

هَدْيُ الْإِسْلَامِ

إِلَى

شَرَحِ الْمَكَائِيْبِ

تَأَلَّفَتْ بِمُحَاضَرَةِ آيَةِ اللَّهِ
السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ عَفْوِ الْإِسْرَافِ الرَّقْمِ

الْبَحْرُ الْأَوَّلُ

هَذَا كِتَابُ الظَّالِمِينَ

إِلَى

شَرْحِ الْمَكَايِبِ

مركز تحقیق کتاب ویر علوم اسلامی

تأليف

سَيِّدَةُ آيَةِ اللَّهِ

السَّيِّدَةُ مُحَمَّدَةُ جَعْفَرَةَ الْبُزْزَارِيَّةِ

الجزء الأول

شابك دورہ: ۹ - ۳۴ - ۲۵۶۰ - ۹۶۴ - ۹۷۸
شابك جلد ۱: ۶ - ۳۵ - ۲۵۶۰ - ۹۶۴ - ۹۷۸

هدى الطالب إلى شرح المكاسب الجزء الأول

- تأليف: الفقيه المحقق السيد محمد جعفر المروّج
- الناشر: طليعة النور
- الطبعة: الأولى
- الكمية: ۲۰۰۰ دورة
- المطبعة: قلم
- تاريخ النشر: شعبان المعظم / ۱۴۲۸ هـ
- سعر الدورة: ۳۵۰۰۰ تومان

« حقوق الطبع والنشر محفوظة »

مركز التوزيع: مكتبة ذوي القربى، قم - شارع ارم - قيسرية القدس، الهاتف: ۷۷۴۴۶۶۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الانبياء والمرسلين محمد وآله
الطيبين الطاهرين سيما الامام المبين و غياث المضطر المستكين عجل الله تعالى فرجه الشريف،
واللعن على أعدائهم أجمعين من الآن الى يوم الدين.

أما بعد فغير خفي على رؤاد الفضيلة وأرباب الكمال ان كتاب «المتاجر» الذي صنّفه
فخر الطائفة، تاج الفقهاء والمجتهدين علّم العلم والتقى شيخنا المرتضى الانصارى «نور الله
مضجعه» من خير ما ألفه فقهاؤنا الابرار في قسم المعاملات من الفقه الشريف، فأقبل عليه
علماؤنا العظام بالبحث والشرح والتدريس وصار محورا للدراسات العليا ومتنا دراسيا في
المحوزات العلمية، فلذا أحببت أن أعلق عليه شرحا كاشفا عن معضلاته، عسى أن يكون
عونا لاخواني المشتغلين بدراسة الكتاب و بحثه، وقد وفّقت أيام تشرفي بجوار أمير المؤمنين
«عليه أفضل صلوات المصلين» لتحرير شطر واف منه، ولكن لم يتيسر نشره والامور مرهونة
بأوقاتها، إلى أن منّ علينا الباري جلّ وعلا بتسهيل وسيلة طبعه، فأعدت النظر فيه ونهجت
فيه منهج شرحي على الكفاية من التفكيك بين توضيح المتن، والتعليق عليه ليسهل تناوله.
وأسأله جلّ وعلا أن يتقبّله مني بقبول حسن، وأن يجعله ذخرا لي يوم فقري وحاجتي انه
خير معين ومسؤول.

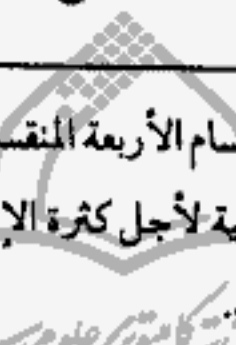
محمد جعفر الموسوي الجزائري

المروج

ملاحظة: بما أننا لم نُحفظ - مع الأسف - بالوقوف على النسخة الأصلية من
المكاسب بقلم شيخنا الاعظم، وكان الاختلاف بين النسخ المطبوعة كثيراً، فلذا
اقتصرنا غالباً على نسخة مطبوعة عام ١٢٨٦ كانت عند سيدنا الاستاذ العلامة
الورع السيد علي النوري تغمّده الله برحمته، وكان يصحبها معه في مجلس
الدرس مدعياً أنها مصححة على نسخة المؤلف بواسطة واحدة او بدون واسطة
- والترديد مني لبعد العهد - هذا بالنسبة الى غير الأخبار والكلمات المنقولة في
الكتاب، وأماهما فقد راجعنا المصادر، وتبهنّا غالباً على موارد الاختلاف، ومنه
نستمد المعونة انه ولي التوفيق.

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنة الله
على أعدائهم إلى يوم الدين.

كتاب البيع^(١)

(١) الذي هو من كتب ثافي الأقسام الأربعة المنقسم إليها الفقه الشريف، ولعلّ التعرض
له دون غيره من سائر العقود المعاوضة لأجل كثرة الإقتلاء به و دورانه بين الناس، و وقوع
أكثر المعاوزات و المبادلات المالية به.  وكيف كان فلا بأس قبل الخوض في تعريف البيع بتقديم أمور:
الأول: أن العقد عبارة عن الربط الخاص الحاصل بين التزامين، مثلاً إذا قال أحد
المتعاقدين: «بعثُ كتابي بدينار» وقال الآخر: «قبلتُ» فهنا أمور ثلاثة:
أحدها: إلزام كل منهما بمبادلة الكتاب بالدينار إعتباراً، وهذا الالتزامان قائمان بهما،
وكلُّ منهما أمرٌ خارجي حقيقي يتعلق به الإرادة تارةً والكراهة أخرى، ويكون الالتزام الأول
إحداثاً، والثاني إمضاءً، نظير الإعطاء والأخذ، والإقباض والقبض، فالالتزام الثاني منفعل
بالالتزام الأول، والأول فاعل له. وهذا الربط الخاص بين الالتزامين يُسمّى عقداً، فلو لم يكن
هذا الربط الخاص بين التزامين كما إذا إلتمز أحدهما ببيع الكتاب بدينار، وإلتمز الآخر بشراء
دفتر بدرهم لم يكن ذلك عقداً، لعدم الربط بينهما، بل كل منهما أجنبي عن صاحبه.
وبالجملة: فالعقد هو الربط الخاص المتحقق بين التزامين، لا الإيجاب والقبول، لأنهما

موضوعان للعقد أي الربط، فإطلاق العقد عليها مسامحة. و الوجه في هذا الإطلاق المسامحي هو قيام الربط بهما.

فلخص هذا الأمر: أن العقد حقيقة هو نفس الربط الحاصل بين الالتزامين لانفسهما وإن أطلق عليها مسامحة.

ثانيها: الأمر الاعتباري الذي هو إضافة محضة قائمة بالكتاب و الدينار، المعبر عنه بمبادلة مال بمال، ولا وجود له في الخارج، و الالتزام - الذي هو الأمر الأول - يتعلق بهذه الإضافة، فكل من الالتزامين متعلق بهما، فهذه الإضافة ملتزم بهما، و هي الأمر المعهود به.

ثالثها: الصيغة المحاكية عن الإيجاب و القبول، فإن قوله: «بعث الكتاب بدينار» حاكٍ بالمطابقة عن الأثر - أعني به الأمر الاعتباري - المترتب على البيع، و بالالتزام عن الالتزام النفساني، بقرينة وروده في مقام الانشاء، و قول الآخر: «قبلت» حاكٍ بالمطابقة عن الالتزام النفساني، و بالالتزام عن الأمر الاعتباري، فالقبول - من هذه الحيثية - عكس الإيجاب، إذ مدلول «بعث» مطابقة مدلول التزامي له «قبلت» و بالعكس.

و قد ظهر مما بيناه في هذا الأمر: أن البيع القابل للإنشاء بقوله: «بعث» هو الأمر الاعتباري أعني به المبادلة. و أمّا الإلتزام النفساني فهو أمر حقيقي خارجي قائم بالنفس، نظير الطلب الحقيقي القائم بها غير القابل للإنشاء. و كذا الصيغة من الإيجاب و القبول، فإنها أمر خارجي متصرم الوجود. و عليه ففهوم البيع هو الإضافة الاعتبارية المحضة أي المبادلة بين المالين، إذ هي القابلة للاعتبار و الانشاء سواء قلنا بمقالة المشهور من كون الانشاء - قولاً أو فعلاً - إيجاباً للأمر الاعتباري، أم كونه إبرازاً له كما اختاره بعض الأجلة.

هذا ما يتعلق بأصل العقد من غير فرق بين اللازم و الجائز، و أمّا كونه مطلق العهد أو خصوص الموثق منه فلا علاقة له بما ذكرناه، و سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى.

الثاني: أن العقد الذي يتوقف على إنشاءين يكون على ثلاثة أقسام:

أولها: العقود الإذنية كعقد الوكالة، وتسمية هذا القسم بالعقد إنما هي باصطلاح خاص، وهو اصطلاح الفقهاء، إذ العقد بالمعنى اللغوي والعرفي - كما أفيد - هو العهد المؤكد والالتزام المشدد، وهذا المعنى مفقود في العقود الإذنية، لأن حقيقة الإذن والرضا بالتصرف في ماله ولاية التصرف فيه، وليس فيها إلزام وإلتزام. ولعل وجه التسمية بالعقد هو كونه مرتبطاً بشخصين كارتباط العقد بهما.

وكيف كان فليس هذا عقداً حقيقةً، فلا يشمل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ فعدم شمول «العقود» لهذا القسم يكون من باب التخصص، لا التخصيص حتى يلزم تخصيص الأكثر.

ثانيها: العقود العهدية التعليقية، وهي التي يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء بـ «إن» ونحوها من أدوات التعليق، كالسبق والرماية والجعالة، بناءً على كونها عقداً منوطاً بالقبول وإن كان فعلاً، وكالوصية التمليلية بناءً على المشهور، فإن المنشأ فيها - أعني به الملكية - معلق على موت الموصي. وعلى هذا فالعقود العهدية التعليقية عقود حقيقة، لما فيها من الإلزام والإلتزام المنوطين بشيء يتوقع حصوله.

ثالثها: العقود العهدية التنجزية، وهي التي لا يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء، كالبيع والاجارة والنكاح، فإن المنشأ في الأول - على المشهور - تمليك العين، وفي الثاني تمليك المنفعة، وفي الثالث التزويج، ولا تعليق فيما ينشأ في هذه العقود أصلاً. وتنقسم العقود العهدية إلى معاوضية مالية وغير معاوضية، فالبيع عقد عهدي تنجزى معاوضي مالي. ويمتاز عن سائر العقود المالية كالصلح والهبة بما سيأتي في تعريفه قريباً إن شاء الله تعالى.

الثالث: أن الأسباب المملّكة - الموجبة لحصول عُلقة الملكية بين المال والشخص - تنحصر في ثلاثة أقسام، إذ السبب إما أن يكون قهرياً كالإرث، وإما أن يكون إختيارياً، والسبب الاختياري إما أن يكون من الأمور الاعتبارية الإنشائية كالبيع والاجارة والهبة، وإما أن يكون فعلاً خارجياً كالحيازة وإحياء الموات، ولا ترتب بين هذه الأقسام، بل هي في

رتبة واحدة، و البيع من القسم الثاني، فإنه من العقود المعاوضة المالية (*).

(*) خلافاً لما يظهر من المحقق الايرواني رحمته من إرجاع جميع النواقل الى حيازة المباحات، و ترتب سائر الأسباب عليها، و قد أفاد ذلك في تعليقه مفصلة لا بأس بالتعرض لجملة منها:

أولها: أن أم الأسباب المملوكة هي حيازة المباحات، و كل ما عداها من المعاملات الاختيارية و النواقل القهرية - كالإرث - متفرع عليها و ارد في موضوعها، لا أنها أسباب في عرضها و رتبها، فكل الأموال كانت أجنبية عن الأشخاص، و كانت نسبتها الى الكل نسبة واحدة، و بالحيازة صارت مرتبطة بالأشخاص، و وردت في سلطانها، و مملوكة لها، فالحيازة هي السبب الوحيد في حدوث الملك، و سائر النواقل تنتهي إليها ولو بوسائط، فإن ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للثمن ولو بوسائط، و ان ملكنا شيئاً بالهبه أو بالإرث فقد ملكناه بحيازة من إنتقل عنه المال إلينا بما أن حيازته حيازتنا كما في الإرث، أو بتفويض منه حق حيازته إلينا كما في الهبة.

مثلاً إذا حاز بالصيد طائراً، و باعه، فالمنتقل الى المشتري - بحسب الثب و الواقع - هو سلطة الحائز، فكأن المشتري صار مالكاً بالحيازة. هذا إذا لم تكن واسطة بين الحائز و المشتري، و كذا الحال مع فرض الواسطة، كما إذا مات الحائز و إنتقل المال الى وارثه فباعه، فإن المشتري صار مالكاً بالحيازة بواسطة قيام الوارث مقام مورثه.

و على هذا لا ينبغي جعل الناقل القهري و المعاملات الاختيارية المملوكة في رتبة الحيازة، بل هما متأخران عنها و متفرعان عليها.

ثانيها: أن الملكية كما تحصل بالحيازة تزول بالإعراض عن المال و صرف النظر عنه، فالحيازة و الإعراض متقابلان، كالنكاح و الطلاق بالنسبة الى علة الزوجية إيجاداً و إعداماً.

و قد فصل المحقق الايرواني الكلام في مسألة زوال الملك بالاعراض في رسالة «جمان السلك» المطبوعة مع حاشية المكاسب، فلاحظها.

فالتها: أن المعاملات الموجبة لنقل الربط و تحويل السلطان من شخص الى آخر تنقسم الى أقسام، لكون اختلاف بعضها مع بعض نارة في مجرد العبارة و الألفاظ المنشأة بها، مع اتحاد الواقع و الحقيقة، و أخرى بحسب المتعلق، و ثالثة في كون بعضها لنقل ربط خاص، و بعضها لنقل ربط آخر.

أما القسم الأول - و هو الاختلاف في مجرد العبارة مع وحدتها جوهرأ و حقيقة - فكالبيع و الهبة و الصلح، فكل منها يقوم مقام الآخر، إذ كان المؤدى واحداً، و الاختلاف في مجرد التعبير، فإذا أراد نقل كتابه إلى زيد بمبلغ كذا جاز له تأدية مقصوده بما يدل على كل واحد من هذه العقود، لا اشتراكها في نقل الملك بالعوض.

نعم تختلف في أن الهبة تدل على نقل الملك بالمطابقة، سواء عثر بها بلفظ التملك أم الهبة، و البيع و الصلح يدلان عليه بالكناية و الالتزام. أما البيع فلأن حقيقته تبديل طرف الاضافة، و لازم هذا التبديل الخاص نقل الملك. و أما الصلح فلأن حقيقته التسالم، فمعنى قوله: «صالحتك عن هذا بكذا هو: أنني مسالمتك غير منازعتك في هذا، و لئن بسطت يدك لأخذ هذا ما أنا بباسط يدي إليك لأمنحك» و هذه العبارة إذا أتى بها في مقام التملك أفادته بنحو أبلغ. و على هذا فاختلاف ألفاظ العقود الثلاثة في تأدية نقل الملك بالعوض يكون بالصراحة و الظهور، نظير تأدية معنى واحد بعبارات متفاوتة، كقولك: «زيد جواد، و مهزول الفصيل، و كثير الرماد» إذ المراد الجدي هو الإخبار عن كرم زيد و سخائه، و هو مدلول مطابق للجملة الأولى، و كنائي للأخيرتين.

و مقتضى اتحاد البيع و أخويه حقيقة اشتراكها في الآثار و الشرائط، لكن اختلاف التعبيرات المؤدية إليها صار منشأ لاختلاف الآثار. و لا غرو في ذلك، فإذا أنشأ إعطاء سلطانه

لآخر بعوض بلسان التبديل بين الأصل و العوض كان بيعاً، و جرى فيه خيار المجلس، و اعتُبر فيه معلومية العوضين، و غير ذلك. و إذا أنشأ بلسان التصالح أو بنفس إعطاء السلطنة - لا بلسان آخر - لم يجر فيه أحكام البيع.

و أما القسم الثاني - و هو الاختلاف في المتعلق - فيمكن التنظير له بالبيع و الوديعة مثلاً، لكون المقصود بالأول نقل الملك، و بالثاني الاستيمان في الحفظ.

و أما القسم الثالث - و هو كون بعض العقود لنقل ربط خاص غير ما ينقله الآخر - فكالبيع و الاجارة، فإن نقل المنفعة بالبيع و الهبة و الصلح و إن كان صحيحاً، و لا يختص البيع بنقل الأعيان كما توهم، إلا أن الفارق بين الاجارة و البيع هو عموم الثاني لنقل العين و المنفعة و الحق، و إختصاص الأول - إذا تعلق بالعين - بنقل المنفعة، فإذا أراد نقل رقبة الدار تعين التعبير بالبيع، و إذا أراد نقل سكنها تعين التعبير بلفظ الاجارة، فالاجارة شأنها نقل ربط خاص غير ما هو شأن البيع، فصَحَّ أن الفرق بين الاجارة و البيع معنوي، لا في مجرد العبارة كما في الفرق بين البيع و أخواته. أ. هذا محصل جملة مما أفاده **قوله** في المطالب الثلاثة، و تركنا جملة أخرى من إفاداته خوفاً من الإطالة.

لكن في كلماته **قوله مواقع للنظر ينبغي ذكر بعضها:**

فمنها: ما أفاده في المطلب الأول من إنتهاء جميع النواقل الى حيازة المباحات، و وافقه بعض الأجلة كالسيد المحقق الخوني **قوله** على ما في تقرير بحثه الشريف ^٣.

إذ فيه: أن الظاهر عدم إنتهاء النواقل الى الحيازة خاصة، لاختصاص مملكية الحيازة بالمنقول، مثل ما يحاز بالاحتطاب، أو بالصيد أو بالغوص، و أما غير المنقول - كالأرض - فالظاهر توقف ملكيتها على الإحياء، و عدم كفاية التحجير و إن أوجب حقاً. بل لا يتم ذلك

أ: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧١، لاحظ رسالة «جنان السلك في أحكام الملك» ص ٢١٦

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٥ الى ٧، مستند العروة الوثقى، كتاب الاجارة، ص ٣٥٨.

حتى في المنقول كَلَيْتَةً، كما في بيع الحُرِّ عملَه للغير، لتصريح المحقق الايرواني رحمته بجوازه، لكونه من شؤون سلطته على نفسه، ولا معنى لمالكِيته بالحيازة. وكذا في تملك غنائم الحرب، واسترقاق العبيد والاماء، لأجنبية ذلك كله عن الحيازة المصطلحة.

هذا إذا كان المقصود من كون الحيازة أم الأسباب هو الملكيات المتعارفة بين العقلاء. ولو كان مقصوده رحمته إنهاء جميع النواقل اليها حتى ما ليس متداولاً فعلاً كان أوضح منعاً، فإن ملكية النبي والامام «صلى الله عليهما وآلهما» للأنفال - كرووس الجبال والمعادن والأرض المينة التي لا رب لها - بالملكية الاعتبارية ابتدائية بتفضله تعالى، و غير مسبقة بحيازة ولا بسبب آخر، ومن المعلوم أن الملكيات المتأخرة بهبة الامام عليه السلام وبيعه ووقفه وتحليله لا تنتهي الى الحيازة التي جعلها المحقق الايرواني رحمته أم الأسباب المملُكة.

ولو سلمَ انتهاء جميع النواقل الى الحيازة لم يكن ذلك مصححاً لقيام المنتقل إليه مقام الحائز، على ما صرح به في آخر كلامه بقوله: «فان ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للشئ ولو بوسائط، أو ملكنا شيئاً بالهبة أو بالإرث فقد ملكناه بحيازة من انتقل المال منه إلينا بما أن حيازته حيازتنا...» وذلك لتوقف مملُكة الحيازة التي هي فعل إختياري على التصدي لها مباشرة أو تسبباً بالاستنابة. وأما مجرد الشراء من الحائز الفاقد لكل من المباشرة، والتسبب فلا يوجب صدق الحيازة عليه قطعاً خصوصاً مع كثرة الوسائط.

ومنها: ما أفاده في المطلب الثاني من تقابل الحيازة والإعراض. إذ فيه: عدم كون الإعراض بنفسه مُزيلاً لعلاقة الملكية الحادثة بالحيازة، وليس كالطلاق الرافع لعلاقة الزوجية الحادثة بالنكاح، بل الظاهر كون الاعراض رافعاً للمانع عن تملك الغير بالأخذ ووضع اليد على ما أعرض عنه مالكه، فلو لم يأخذه الغير كان باقياً على ملك المُعْرِض، لو ضوح توقف زوال الملك - كإحداثه - على الجعل الشرعي ولو بإمضاء سيرة العقلاء الحاكمة بإباحة تملك الغير لا بزوال ملك المُعْرِض بمجرد الإعراض.

ولو شك في ذلك كان مقتضى إطلاق دليل السبب المملك - أحوالاً و أزمانياً - بقاء سلطنة المعروض إلا ما أخرجه الدليل، ومن المعلوم أن المتيقن من السيرة في باب الإعراض هو رفع المانع عن تملك الغير، لا كونه بنفسه مزيلاً للعلاقة والربط.

ولو فرض كون دليل السبب المملك لبيئاً لا لفظياً حتى تجري المقدمات فيه كان مقتضى إستصحاب الملكية بقاءها وعدم زوالها بالإعراض.

ومنها: ما أفاده **قوله** في المطلب الثالث من إشراك البيع و الصلح و الهبة المعوضة في جامع التملك بالعروض، و افتراقها في مجرد التعبير. و هو كما ترى غير متضح المراد، فإن كان مقصوده إتحاد النتائج المترتبة على كل منها - وإن تعددت المنشآت حقيقة - كان متيناً، إذ لا ريب في حصول هذا النقل الخاص - أعني به نقل الملك بعوض - سواء أنشئ بعنوان البيع أم الهبة أم الصلح. و لا ينافيه اختلاف الآثار و الأحكام بتبع اختلاف المضمون المؤدي إلى ذلك النقل الخاص.

و إن كان مقصوده **قوله** وحدة هذه العناوين الثلاثة ماهية و حقيقة - فضلاً عن إتحاد نتائجها - و كون الاختلاف بينها في مجرد العبارة كما ربما يستفاد من تنظيرها في إفادة التملك بعوض بباب الحقيقة و الكناية فهو غير ظاهر، لوضوح مغايرة البيع و الصلح و الهبة مفهوماً، فالبيع في حد ذاته متقوم بالمبادلة بين مالين كما سيأتي نقله عن المصباح و مصطلح الفقهاء. و الهبة هي العطية الخالية عن الأعراض و الأغراض كما في عدة من كتب اللغة، فالمجانبة مأخوذة في حقيقتها، و لذا كان العرض - في الهبة المعوضة - في قبال الفعل لا العين، و لازم ذلك صدق العنوان حتى مع تخلف الموهوب له عن الوفاء بالشرط. فيستند إستحقاق رد العين إلى تخلف الشرط، لا إلى انتفاء العنوان. و هذا بخلاف المبادلة في باب البيع، فإنه لولا العوضان لم يصدق العنوان قطعاً.

و أما الصلح فمفهومه - كما قالوا - التراضي و التسالم بين المتنازعين، و هو عقد شرع

لقطع المنازعة، فالمُنشأ فيه هو التسالم على مبادلة مالين أو على أمرٍ آخر، ولا ربط له بنفس المبادلة.

والحاصل: أن البيع والهبة والصلح أمور إعتبارية متميزة حقيقةً، ولذا يعتبر في تحقق كل منها في وعاء الاعتبار إنشاؤه بما يصلح عرفاً للدلالة عليه صراحةً أو ظهوراً ولو بمعونة القرينة. ولعلَّ اختلاف حقائقها منشأ اختلاف أحكامها كاشتراط الهبة بالقبض، واختصاص البيع بخيار المجلس ونحوه، ومن المعلوم أجنبية هذا المعنى عن إفادة مقصود وحداني بالمطابقة تارةً وباللزوم أخرى، كما في الإخبار عن جود زيدٍ بعبارات متفاوتة صراحةً وظهوراً.

ووجه الفرق كون المخبر به في المعاني الكنائية واحداً حقيقةً، بحيث يكون مدار صدق الخبر وكذبه هو نفس المخبر به كالجود، لا هزال الفصيل ولا كثرة الرماد، وهذا أجنبي عن التملك المشترك بين البيع وأخويه.

ومنها: ما أفاده من تعلق البيع والهبة والصلح بكل من العين والمنفعة والحق. إذ فيه: أنه مخالف للمشهور - بل لما تسالموا عليه - من إعتبار كون المعوِّض عيناً، وإن أصرَّ هذا المحقق رحمته الله على الأعمية وادعى القطع بها.

ومنها: ما أفاده من «أن النسبة بين البيع والإجارة العموم المطلق، لكون البيع ناقلاً للعين والمنفعة، والإجارة للمنفعة خاصة» وهو لا يخلو من تهافت لكلامه الآتي بعد أسطر من: أنه لو أراد نقل العين تعيين الانشاء بعنوان البيع، ولو أراد تملك المنفعة تعيين الانشاء بعنوان الإجارة. ووجه التنافي ظاهر، إذ بناءً على صدق البيع على نقل متعلق السلطان - عيناً كان أو منفعة أو حقاً - معوِّض لا وجه لتعين نقل المنفعة بعنوان الإجارة، لاقتضاء هذا التعيين عدم أعمية البيع واختصاصه بنقل الأعيان.

هذا بعض ما يتعلق بكلام المحقق الايرواني رحمته الله وإن أمكن التأمل في بعض آخر من

وهو^١ في

(١) هذا الضمير راجع إلى البيع في قوله: «كتاب البيع» وليس المراد به فعل البائع. توضيحه: أن «البيع» يطلق على معاني ثلاثة:

الأول: فعل البائع - وهو باذل السلعة غالباً - سواء كان بالإنشاء القولي مثل «بعث الكتاب بدينار» أم الفعلي باعطاء المثلن وأخذ الثمن. والبيع بهذا المعنى يقابل الشراء الذي هو فعل المشتري القابل. وإطلاق البيع على إنشاء الموجب شائع، بل هو المتبادر منه.

الثاني: فعل القابل، وهو معنى حقيقي للبيع أيضاً، لكونه من الأضداد كما صرح به ابن منظور وغيره. واستشهد على إرادة الشراء من البيع بما رواه عن النبي ﷺ: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه، قال أبو عبيد: كان أبو عبيدة وأبو زيد وغيرهما من أهل العلم يقولون: إنما النهي في قوله: لا يبيع على بيع أخيه إنما هو لا يشتري على شراء أخيه، فإنما وقع النهي على المشتري لا على البائع... الخ»^٢.

الثالث: المعاملة البيعية المعدودة من العقود المعاوضية، وهي في قبال سائر المعاملات من الصلح والاجارة. وهذا المعنى شائع في الأدلة وفي الكتب الفقهية، وهو المراد في قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ و ﴿وذروا البيع﴾ وفي قوله ﷺ في دليل خيار المجلس: «وجب البيع» وفي قول الفقهاء: «كتاب البيع، أحكام البيع» ونحوها.

والظاهر أن مقصود المصنف من التعرض لكلام المصباح هو بيان معنى المعاملة البيعية المقابلة لسائر المعاملات كالاجارة والهبة والصلح، فلذا يكون المناسب إرجاع ضمير «هو» إلى البيع بهذا المعنى، لا بمعنى فعل البائع أو المشتري.

إفادته كجعل مآل عقد النكاح والمزارعة والمساقاة إلى الاجارة، وجعل القرض هبةً واستيماً، فراجع كلامه بتعامه زيد في علو مقامه.

الأصل كما عن المصباح^{١)}

تعريف البيع لغةً

١) قال في المصباح: «و الأصل في البيع مبادلة مال بمال، لقولهم: بيع رايح و بيع خاسر، و ذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنه أُطلق على العقد مجازاً، لأنه سبب التمليك و التملك، و قولهم: صح البيع أو بطل و نحوه: أي صيغة البيع، لكن لما حذف المضاف و أقيم المضاف إليه مقامه - و هو مذكر - أسند الفعل إليه بلفظ التذكير»^أ.

و يستفاد من كلامه: أن كلمة «البيع» تُطلق على أمرين، أحدهما حقيقي، و هو المبادلة بين المالين، و ثانيها مجازي، و هو العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، من باب إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على سببه.. و على هذا فالمراد بالأصل بقرينة قوله: «أطلق على العقد مجازاً» هو المعنى اللغوي الحقيقي الذي كان متداولاً في الأيام السالفة بين عامة الناس. و لعل الوجه في التنبيه على مجازية إطلاقه على العقد هو شيوع هذا الإطلاق بحيث ربما يتوهم كون البيع مشتركاً بين المبادلة و العقد، أو كونه منقولاً عن المعنى الأول إلى الثاني (*).

مركز تحقيق كتاب أصول علوم إسلامي

(*) و قد يقال: بإمكان إرادة معنى آخر من الأصل «و هو ما كان متعارفاً في الأيام السالفة من كون البيع عبارة عن مطلق المبادلة بين الأموال، بديهية أنه لو كان غرض الفتيومي من هذه الكلمة هو اللغة لوجب أن يُصدّر كلامه بلفظ الأصل عند شرح كل مادة ترد عليه. و قد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب و مجمع البحرين في مادة المال»^ب.

لكن قد يُشكل بأن كون البيع في الأيام السالفة عبارة عن مطلق المبادلة بين المالين لا يُنافي إرادة الموضوع له من «الأصل» بعد مقابله للمعنى المجازي بقوله: «ثم أطلق على العقد مجازاً» لصلاحيه هذه المقابلة للقرينة على إرادة المعنى بحسب الوضع الأولي من كلمة

أ: المصباح المنير، ج ١، ص ٦٩

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٠

«الأصل» بناءً على تسليم كون اللغوي من أهل الخبرة بالأوضاع لا بمجرد موارد الاستعمال، كما هو غير بعيد بالنسبة إلى أئمة اللغة الذين كان دأبهم استكشاف معاني الألفاظ من تتبع موارد الاستعمال و استعلامها من محاورات أهل البوادي و القرى بلا إعمال نظرٍ من أنفسهم حتى يكون إخبارهم حديثاً.

و أما الاستشهاد بما في لسان العرب و المجمع فلم يظهر صراحة كلاميهما في أن المراد بالأصل هو المعنى المتعارف في الأيام السالفة - لا المعنى الحقيقي اللغوي - قال في اللسان: «قال ابن الأثير: المال في الأصل: ما يملك من الذهب و الفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى و يملك من الأعيان، و أكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل، لأنها كانت أكثر أموالهم». إذ المذكور في هذه العبارة معانٍ ثلاثة للمال، أحدها الذهب و الفضة، ثانيها كل عين متمولة. ثالثها الإبل. و حيث إن إطلاق المال على الأخيرين حدث في عصر متأخر بمقتضى قوله: «ثم أطلق» كان مقصوده من الأصل هو المعنى الحقيقي الموضوع له اللفظ أولاً، ثم نُقل إلى وضع تعيني ثانياً و هو مطلق الأعيان المتمولة.

و على هذا فلا يبعد أن يراد بالأصل في كلام المصباح و اللسان معنى واحد، و هو الموضوع له، و النكتة في تصدير الكلام بالأصل هو التنبيه على أن الموضوع له أولاً مغاير لما يستعمل فيه اللفظ في عهد متأخر، و أن هذا المعنى الحادث إما مجاز بعلاقة السببية و المسببية كما في استعمال البيع في العقد، و إما حقيقي أيضاً من باب النقل أو الاشتراك كما في إطلاق المال على كل عين متمولة. فلو لم يكن للفظ معانٍ متعددة لم يكن وجه لتصدير المعنى بالأصل، كما لم نظفر بذلك في موارد وحدة المعنى. نعم عبارة المصباح لا تخلو من مسامحة سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

«مبادلة^(١) مال بمال»^(٢).

(١) فالبيع إسم للمبادلة التي هي الملتزم بها، لا للعقد الذي هو نفس الإلتزامين المرتبطين، ومن المعلوم مغايرة الإلتزام للملتزم به، لكون الثاني نتيجة للأول، فإطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة التسبيب، كما تقدم في كلام المصباح بقوله: «ثم أطلق على العقد مجازاً».

(٢) قد تقدم آنفاً كلام ابن الأثير في معنى المال، ونحوه عبارة بمجمع البحرين، لكن فسرته في القاموس بأن «المال ما ملكته من كل شيء»^أ ويحتمل التعميم لغير الأعيان، من المنافع والحقوق، فيكون مخالفاً لمن خصّه بالأعيان، كما يحتمل إرادة عدم اختصاص المال بالذهب والفضة، وشموله لكل عين متمولّة، بلا نظر إلى إطلاقه على المنافع، وعلى هذا الاحتمال الثاني لا يختلف معنى «المال» بحسب اللغة، لكون «الأعيان» هي القدر المتيقن من «المال».

ثم إن مقتضى الجمود على تعريف المصباح إعتبار عينية كلا العوضين في صدق مفهوم البيع.

لكن الظاهر إطلاق المال على ما هو أعم من الأعيان، وصدقه على المنافع أيضاً. ولولم يكن المال حقيقة في الأعم فلا أقل من إستقرار إصطلاح الفقهاء عليه، كما يظهر بمراجعة كلماتهم، ولذا حكّم المصنف رحمته بجواز وقوع المنافع عوضاً في البيع، وهو كاشف عن إطلاق المال عليها حقيقة بإطلاقه على الأعيان المتمولة. وكذا لا ريب في كون الإجارة من نواقل الملك، مع أنّ العوضين أو أحدهما من المنافع.

نعم تفرق الإجارة عن البيع من جهة المتعلق، فالبيع تمليك عين بعوض، والإجارة تمليك منفعة كذلك. وسيأتي في المتن إعتبار عينية المبيع (*).

(*) بقيت أمور تتعلق بتعريف المصباح:

الأول: أنّ المبادلة بين المالين قد تكون خارجية بحسب المكان والزمان ونحوهما كجعل شيء مكان آخر كتبديل ثوب برداء، وقد تكون إعتبارية. ولما كان البيع من نواقل الملك تعيّن إرادة المبادلة الاعتبارية في الإضافة القائمة بالمالين، لما أفيد من أنّها من سنخ

المعاني التي لا استقلال لها في التحصيل، بل لابد أن تكون بلحاظ أمر كالحكومة والرياسة والملكية، وحيث كانت مضافة هنا إلى المال - بما هو مال - عُلِمَ منها إرادة التبديل المعاملي، والتسبب إلى جعل شيء مكان شيء في الملكية أو الحقيقة أو المصرفية، وإن كان أظهر خواص البيع التمليك كما لا يخفى.

ثم إنه بناءً على كون الملكية إضافةً إعتبارية، تتحقق أمور ثلاثة، الأول: المضاف إليه، وهو المالك، الثاني: المضاف وهو المال، الثالث: نفس النسبة الخاصة و الاضافة المتحققة بين المالك والمملوك، المعبر عنها بالملكية.

البيع تبديل الاضافة و طرفها

ولا ريب في إقتضاء البيع - و سائر النواقل - التبديل في المضاف أعني به المالكين المملوكين، فكل من المتعاملين يخلع يده عن ماله و يحلُّ ربطه به و يشدُّها بعوضه، إنما الكلام في أن البيع هل يقتضي بدلية إحدى الإضافتين عن الأخرى بعد الفراغ عن إقتضائه بدلية المضاف، أم يؤثر في بدلية المضاف خاصة و بقاء الإضافة على حالها؟ ذهب شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته إلى الثاني، ولأجله فسّر تعريف البيع «بالمبادلة بين مالين» بأنه: تبديل أحد طرفي الإضافة بطرف إضافة أخرى، لا نفس تبديل إضافة بإضافة أخرى.

و محصل كلامه رحمته: أن التبديل إما أن يكون بين المالكين أو بين المملوكين، ولا معنى للتبديل بين الملكيتين، فالملكية الإعتبارية تكون كالخيطة الذي أحد طرفيه بيد المالك، و طرفه الآخر بالمملوك، ففي باب الارث يحلُّ الربط الملكي عن المورث و يشدُّ بالوارث مع بقاء الربط و المال على حالهما، ولذا لو كان المال متعلق حق الغير إنتقل إلى الوارث كذلك.

و في العقود المعاوضية - وكذا الخالية عن العوض كالهبة - يحدث التغيير في الطرف الآخر وهو المملوك، فيحلُّ ربط المالك عن ماله و يشدُّ بالعوض، ولا يحدث تغيير في المالكين ولا الملكيتين. وهذا هو المقصود من إقتضاء البيع بدلية أحد المضافين عن الآخر،

لا بدلية إحدى الملكيتين عن الأخرى.

و يدل عليه أمران، أحدهما: أن نفوذ تصرف المالك في ماله بالتصرفات المشروعة يستند إلى قاعدة السلطنة، ومن المعلوم أن المجمعول هو السلطنة على الأموال لا على الملكية الاعتبارية الكائنة بين الملاك وأموالهم، فلو اقتضى البيع تبديل ملكية بملكية أخرى - لا تبديل مملوك بمثله - لزم إثبات سلطنة المالك على ملكيته، والملكية هي السلطنة على أنحاء التصرفات في المال، ولا معنى للسلطنة على السلطنة، لما عرفت من أن موضوع مثل «الناس مسلطون على أموالهم» هو الأموال لا الأحكام. ولعلّه لهذا يقال بعدم زوال الملكية بالإعراض، إذ لا دليل على ثبوت سلطنة المالك على إزالة ملكيته عن ملكه، ولذا لم يبين الجدل لولا الكل على مشرعية قاعدة السلطنة.

ثانيهما: أن الوجدان حاكم بأن فعل المتبايعين نقل الأموال، لا نقل الملكية القائمة بها، فالبايع يعطي المثل، لا أنه يعطي واجديته له، والمشتري أيضاً يعطي الثمن لا واجديته له. وكذا الحال في الهبة الخالية عن العوض، فإن الواهب ينقل ماله إلى المتهب في عالم الاعتبار، ولازمه إنعدام الإضافة الاعتبارية، وحدث إضافة أخرى بين المتهب والعين الموهوبة، لا أن فعل الواهب - ابتداءً - نقل اضافته إلى المتهب. هذا محصل ما أفاده مقرر بحثه الشريف.

و الإراد عليه بالنقص «تارة بيع الكلي الذي لا ريب في صحته مع أنه لا نقل فيه من طرف إضافة البائع إلى طرف إضافة أخرى، لعدم كونه مملوكاً له. وأخرى بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه، لعدم خروج شيء عن طرف إضافة ملكية إلى طرف إضافة ملكية أخرى» لعلّه نشأ من عدم ملاحظة تمام كلامه، وأن تعريف البيع بتبديل طرفي الإضافة مخصوص بالبيع المتعارفة بين الملاك، ومورده الأعيان الخارجية، فمورداً النقض خارجاً عن حدّ التعريف المتقدم. أما بيع الكلي فقد قال فيه المحقق النائي: «ليس المعتبر في البيع إلا كون

المبيع منتقلاً عن البائع الى المشتري، و هو حاصل بالبائع، و لا يكون لاعتبار الأزيد منه دليل حتى يكون الإلتزام به موجباً للاشكال^أ. نعم في تملك البائع للكلبي بنفس البيع أو قبله أناماً كلام لعلّه سيأتي التعرض له في إعتبار عينية المبيع.

و أما بيع وليّ الموقوفة فقد أفاد في حلّه بقوله: «إن الملكية المعتبرة في البيع عبارة عن السلطنة على البيع، و لذا يصح بيع الولي لما له الولاية على بيعه، مع أنه ليس ملكاً له، و المراد بالملك في قوله: - لا بيع إلا في ملك - هو السلطنة على البيع...»^ب.

نعم يشكل المساعدة على جملة ممّا أفاده الميرزا رحمته.

منها: «جعل البيع تبديل طرفي الاضافتين، على خلاف باب الارث الذي يتبدل فيه المضاف إليه بمضاف إليه آخر، مع بقاء نفس الإضافة و المضاف و هو المال على حاليهما، فالبايع يحلّ ربطه بالثمن و يعقده بالثمن». و وجه الاشكال فيه: أنّ القابل للنقل و إن كان هو المضاف لا الإضافة القائمة به، إلا أنها تزول قطعاً بزوال أحد طرفيهما، إذ الإضافات تتشخص بأطرافها، فحلّ الإضافة من طرف المملوك - و هو المبيع - مع بقائها في طرف المالك - أعني به البائع - محال، ضرورة امتناع بقاء الإضافة المتقومة بطرفين بعد إرتفاع أحدهما، فإذا خرج المبيع عن ملك البائع فلا محالة تزول الإضافة عن البائع أيضاً، لتقومها به و بالمبيع، فتحدث إضافة أخرى قائمة بالبائع و بالثمن. و كذا الحال في المشتري. و ذلك لتضاييف المالكية و المملوكية، و هما متكافئتان في القوة و الفعل. فكما لا يعقل بقاء المملوك بلا مالك - ولو كان كلياً، كما في مالكية السادة للخمسة، و الفقراء للزكاة - فكذا لا يعقل بقاء المالك بلا مملوك، فكيف تبقى إضافة المالكية للبائع بعد زوال إضافة المملوكية عن المبيع؟ و عليه فلا بد من الإلتزام بتبدل نفس الإضافة القائمة بالبائع و المبيع أيضاً، و حدوث إضافة مثلها قائمة بالبائع و الثمن.

و منه يظهر حكمُ باب الارث، لاستحالة بقاء المملوكية و الملكية مع إنخلاع يد

المورث و قيام الوارث مقامه، فلا بد من حدوث إضافة جديدة أيضاً بين الوارث و مال المورث.

ومنها: «الاستدلال على مدعاه بقاعدة السلطنة و كون الملكية هي السلطنة».

و وجه غموضه أولاً: منع كون الملك سلطنة، بل هي من لوازمه و آثاره، كما تثبت في غير الملك أيضاً على ما سيأتي ان شاء الله تعالى في بحث الحقوق من إفتراق أحدهما عن الآخر كما في ملك الصبي المحجور عن التصرف في ماله، و سلطنة ولي الموقوفة على التصرف الناقل عند طرؤه المسوِّغ. و كذا عدَّ الماتن مؤيِّدٌ بعض الحقوق سلطنةً، مع إختلاف إضافتي الملكية و الحقيقة سنخاً. و الاستشهاد بحديث السلطنة غير ظاهر، إذ لو كانت الملكية هي السلطنة - كما تكرر في كلماته - كان الحديث مسوقاً لتوضيح الواضح أعنى به «الناس مالكون لأموالهم». و هو مما ياباه الذوق السليم. مضافاً الى عدم التزامهم به كما سيأتي تفصيله في أدلة مملكية المعاطاة إن شاء الله تعالى. فالصحيح أن السلطنة من أحكام الملك لا نفسه، لأنَّ المسلَّط عليه ليست المباحات الأصلية، بل بقرينة إضافتها الى المُلْك هي الأموال المملوكة لهم، فالمقصود كون المالك سلطاناً على أنحاء التصرفات المشروعة في ماله ولو بإخراجه عن الملك ببيع أو هبة أو إعراض.

و ثانياً: أنَّ المحذور الذي ألجأ هذا المحقق الى جعل البيع تبديل طرفي الاضافة - لعدم سلطنة الناس على الملكية التي هي السلطنة، بل متعلقها الاموال - يترتب على كلامه أيضاً، و ذلك لأنَّ مقتضى تفسير الملكية بالسلطنة إثبات طرفيها و هما السلطان و المسلَّط عليه أي المالك و المملوك، فخلع المال عن طرفية السلطنة تضرّف في موضوعها، و المفروض أن الناس مسلّطون على أموالهم لا على سلطانهم، فلا يتكفل الحديث بالتصرف في نفس السلطنة القائمة بطرفين، و المفروض ارتكاب التصرف قهراً بإخراج المسلَّط عليه عن طرفية السلطنة، و لازمه كما مرَّ آنفاً إنتفاء أصل السلطنة، مع أن إعدام السلطنة ليس مدلول الحديث كما اعترف به.

ومنها: تفسير الملكية تارةً بالجدة كما في قوله: «فالبائع يُعطي المثلن لا واجديته له» وأخرى بالإضافة مكرراً، والتنافي بين الجدة الاعتبارية و الإضافة الاعتبارية واضح، فيما أن تكون الملكية إعتبار مقولة الجدة تنزلاً لها منزلة الملكية الحقيقية المفسرة في كلمات بعضهم بالجدة و بـ«له»، وإما تكون إعتبار مقولة الإضافة كما مال إليها بعض المحققين رحمهم الله.

وقد تحصل: أن البيع يفيد بدلية المضاف و المضاف إليه و الإضافة، لما عرفت من أن الملكية - ونحوها - من البسائط المتقومة بطرفيها، و يستحيل تبدل الطرف و بقاء الإضافة. و الأمور الاعتبارية و ان إفرقت عن المقولات و الحقائق المتأصلة، إلا أنها مشاركة لها في جملة من الأحكام كما لا يخفى، و لا فرق في استحالة بقاء الإضافة بدون المضاف بين المقولية و الاعتبارية.

المبادلة بين المالين تحصل بإنشاء البائع

الأمر الثاني: أن المبادلة - التي هي البيع حقيقةً - هل تتحقق بفعل البائع أم تتوقف على فعل المشتري أيضاً؟ الظاهر ذلك، لأن ما يُنشِئ البائع هو المبادلة، غاية الأمر أن تأثير إنشائه منوط بقبول المشتري.

و بعبارة أخرى: جعل كل من المالين قائماً مقام الآخر و تلون كل منهما بلون الآخر يتحقق بايجاب البائع، لأن تبدل المبيع بالثلن يستلزم العكس، لكون البدلية من المتضائفات، فصيرورة المبيع بدلاً توجب بدلية الثمن أيضاً عن المبيع، فإنشاء البائع يوجب إتصاف كل من المالين بالبدلية. لكن تعارف التعبير عن أحدهما بالمعوض و عن الآخر بالعوض، من جهة أن الملحوظ في إنشاء البيع - غالباً - مبدلية المبيع و أصالته، و بدلية الثمن عنه، كما يدل عليه دخول الباء في الثمن في قول البائع: بعثك هذا بدينار مثلاً.

و الحاصل: أن عنوان المبادلة و المعاوضة يقتضي إتصاف كل منهما بالبدلية. فباب المعاوضة يكون نظير الأبدال العرضية، كخصال الكفارة المخيرة، لا الأبدال الطولية كالكفارة

المرتبة، و الأبدال الاضطرارية كالصلوات العذرية، فإنها وإن اتصفت بالبديلة، لكن لا تنصف مُبدلاتها - و هي الصلوات الاختيارية - بالبديلة، لأنها واجبات أولية، وليست هي أبدالاً عن الصلوات الإضطرارية التي هي واجبات ثانوية كما لا يخفى.

لا يختص المبادلة في البيع بالاضافة الملكية

الأمر الثالث : قد ظهر أن المبادلة البيعية تكون في الإضافة المالكية غالباً، و هل يتوقف صدق مفهوم البيع على هذه المبادلة الخاصة بحيث لو لاها لم يكن المنشأ بيعاً بل معاملة أخرى، أم أنها غير دخیلة في تحقق العنوان؟ الظاهر عدم اعتبار وقوع المبادلة في خصوص إضافة الملكية، لصدق مفهوم البيع على نقل الأعيان الموقوفة العامة بعوض - عند طرؤ المسوِّغ لبيعها - لعدم كون الوقف العام ملكاً لأحد، و المتولي الخاص أو الحاكم الشرعي وإن كان سلطاناً على البيع، إلا أنه لا مالك في البين. وكذا في بيع الحاكم الأجناس الزكوية أو حق الامام عليه السلام، أو اشتري به شيئاً - بناءً على عدم صيرورته ملكاً لأحد، بل جعل لمصرف خاص، فالمبادلة تكون بين إضافة مصرفية من طرف، وإضافة ملكية أو غيرها من طرف آخر. و عليه فأخذ التملك في حد البيع منزل على الغالب، وليس لحصر المفهوم فيه.

اعتبار مالية العوضين

و كيف كان فهل يعتبر مالية العوضين في صدق البيع عرفاً أم لا؟ و على الأول فهل اللازم الاتصاف بها قبل إنشاء المعاملة أم يصح البيع ولو صار مالاً بنفس البيع كما هو مبنى التشكيك في مالية عمل الحر قبل المعاوضة عليه، و عدم وقوعه ثمناً في البيع أم تكفي ماليته مطلقاً؟ الظاهر اعتبار مالية العوضين وإن كان الاتصاف بها بعد البيع، لصدق المبادلة بين مال و مال، فليتأمل.

و أما إنكار أصل المالية بدعوى: «أن المدار على صدق المعاوضة بين شيئين سواء أكانا

مالاً عند العقلاء أم لا كالحشرات، فإذا لم يكن المبيع مما يرغب فيه النوع الذي هو المناط في مالية الأشياء لا الرغبات الشخصية واشتراه بأعلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع. كما إذا اشترى أحد تصوير جدّه أو خطّه لرغبته في حفظه، ولم يكن بنظر العقلاء يُساوي فلساً صبح شراؤه. والمعاملة وإن كانت سفهية، إلا أنّه لا دليل على بطلانها، بعد ما شملتها أدلة الإمضاء، والفساد شرعاً معاملة السفهية من جهة الحجر لا المعاملة السفهية. وعليه فأخذ المال في تعريف المصباح مبني على المسامحة، إذ لا تعتبر المالية فيه عرفاً وشرعاً، ولو سلّم قيام الدليل الشرعي على اعتبار المالية فيه كان ذلك حكماً تعديلاً غير مرتبط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه^أ.

فلا يخلو من غموض، ودعوى دخل المالية في مفهوم البيع عرفاً قريبة جداً، ودخلها شرعاً في الصحة والنفوذ ليس لتعبد خاص، بل لتوقف صدقه على ذلك، لأنّ المقصود بالبيع هو المعاملة الاعتبارية التي يتداولها العقلاء لغرض تسديد حوائجهم وتمشية أمورهم، وهذا هو موضوع أدلة الإمضاء، ومن المعلوم أنّ ما لا يتنافس العقلاء على إقتنائه ولا يرغبون في تحصيله لعدم ترتب فائدة عليه لا يتعاملون عليه، إذ لا غرض يتعلق بالمبادلة بين ما يكون فاقداً لمناط المالية، فيصح سلب عنوان البيع عن تبديل مقدار من الثلج بمثله في فصل الشتاء في منطقة جليدية، وعن تبديل كأس من ماء النهر بمثله على الشاطئ، ونحو ذلك، بل نفس هذا التبديل لغو بحيث لو صدر من بعضهم كان سفهياً.

والحاصل: أنّ البيع ماهية اعتبارية تدور في كل مورد مدار اعتبار العقلاء و تباينهم، وليس التبديل بين ما لا يتعلّق غرضهم بتحصيله بيعاً. وحيث اعتبر مالية العوضين في صدق مفهومه فدخلها في البيع النافذ شرعاً أمر مفروغ عنه. ولا أقل من كون الشبهة مفهومية، ولا مجال حيثنّذ للتمسك بالاطلاقات.

هذا بحسب الكبرى. وأما خصوص المثال المذكور في كلامه عليه السلام من بذل الثمن بإزاء

إقتناء خط الجَدِّ ونحوه فيمكن أن يقال: بكونه بيعاً، لوجود مناط المالية - وهو الرغبة النوعية - فيه، إذ من المتعارف - لا سيما في هذا العصر - بذل المال الكثير لإقتناء آثار السلف كثراتٍ يُتَحَفَّظُ عليه، فشراء شخص خطَّ جدِّه لا يعدّ بنظر العقلاء سفهياً بل هو أمر جَرَّتْ سيرتهم عليه، لما عرفت من أن ما يوجب إنحفاظ الخصوصيات و صفات الأب و الجد أو غيرهما - ممَّن له عُلقة طبيعية أو معنوية بمن يطلب تصويره أو خطّه أو سائر آثاره - مالٌ قطعاً، ولو نوقش في صدق البيع عليه أمكن جعلها معاملة مستقلة.

و عليه فتعريف المصباح من جهة أخذ المال فيه سليم عن المناقشة.

نعم نوقش فيه بوجوه أخرى:

مناقشات في تعريف البيع بالمبادلة بين المالين

أ - أعمية المال من العين والمنفعة

منها : ما في حاشية السيد قوله من قوله: «ثم لا يخفى ما في تعريف المصباح من المسامحة، لأنَّ مطلق مبادلة مال بمال لا يكون بيعاً، وإلا فالصلح والإجارة ونحوهما كذلك. و أيضاً البيع ليس بمبادلة بل تمليك عين بعوض...» وأيضاً يعتبر أن يكون المبيع عيناً، والمال أعم، فيُعلم من هذه أنه ليس بصدد بيان الحقيقة إلا في الجملة...^أ.

أقول: لا ريب في عدم كون شأن اللغوي تحديد المفهوم من جميع الجهات، خصوصاً في الأمور الاعتبارية التي هي من البسائط الفاقدة للجنس والفصل ونحوهما ممَّا يُبيِّن حقيقة الشيء و يكشف عنه، كما اعترف السيد قوله بذلك في آخر كلامه.

لكن لو فرض كون تعريف المصباح لفظياً لم يرد عليه بعض ما أورده السيد عليه.

أما الاشكال الأوّل فلا يخلو من نهافت مع الثالث، وذلك لا ببناء النقض بالاجارة على فرض أعمية المال من العين، فلو قيل باختصاصه بها - كما هو مبنى الاشكال الثالث - لم ينتقض

تعريف المصباح بالاجارة، لفرض عدم كونها مفيدة لتمليك العين سواء قيل في تعريفها بأنها تمليك منفعة بعوض، أم بأنها التسليط على العين لاستيفاء منفعتها كما اختاره السيد في العروة. وعلى كل لا تقع العين طرفاً للتمليك إلا بناءً على جعل حقيقة الاجارة «تمليك العين في جهة خاصة» في قبال البيع المفيد لملك العين من جميع الجهات، لكنه لا يخلو من بحث سيأتي التعرض له إن شاء الله تعالى.

و الحاصل: أن النقض بالاجارة موقوف على أعمية المال من العين، كما هو مبني الاشكال الأول، فلو قيل باعتبار كون المبيع عيناً وهو الصحيح - كما أفاده في الاشكال الثالث - لم يبق مجال للنقض بالاجارة كما هو واضح.

وأما النقض بالصلح فغير ظاهر أيضاً، لما تقدم في ما يتعلق بكلام المحقق الإيرواني رحمته من أن المناط في العناوين المعاملية القصدية هو المنشآت لا النتائج المترتبة عليها، ولما كان المنشأ بعقد الصلح نفس التسالم - مهما كان التسالم عليه - لم ينتقض تعريف البيع به.

وأما الاشكال الثاني - وهو كون البيع تمليكاً لا مبادلة - فنوقش فيه بظهور التمليك في المقابلة بين التسليطين لا المالكين، وحيث إن السلطنة حكم شرعي موضوعه الأملاك لا الأحكام، فإن الناس مسلطون على أموالهم لا على أحكامهم، لم تكن قابلة للنقل إلى الغير حتى يكون البيع نقلاً لها، وإنما القابل له طرف الاضافة وهو المال، وإلا فالسلطنة والملكية كجواز شرب الماء أحكام شرعية ليست مما يتعلق به السلطان حتى تستقل إلى الغير. هذا محصل ما في تقرير بحث المحقق النائيني رحمته.

لكن يمكن أن يقال: بأنه إن أريد بالتمليك إحداث السلطنة التي هي حكم شرعي، إتجه الاشكال عليه، لكونه نظير إحداث جواز شرب الماء، وهو غير قابل للنقل إلى الغير. وإن أريد به الإضافة الاعتبارية المعبر عنها بالملكية فالظاهر جواز نقلها إلى الغير بما جعله الشارع ناقلاً لها، كما لا مانع من سلبها عن نفسه بالإعراض بناءً على زوال الملك به. والمبادلة البيعية وإن

كانت بين المالين، إلا أن أشخاص الملكيات والإضافات تتغير أيضاً بعد ما تقدم من تشخص كل إضافة بطرفيها، ومن عدم كون السلطنة هي الملكية بل من أثارها.

نعم يمكن منع إشكال السيد عليه السلام بعدم كون إنشاء التملك جامعاً لجزئيات البيع، لاختصاصه بما إذا نُقل الملك. وأما في مثل بيع العبد تحت الشدة وبيع آلات البناء لتعمير القناطر والخانات والمساجد بسهم سبيل الله من الزكاة، فلا تملك في البين إلا على توجيه لا يخلو من تكلف.

و على هذا فلو كان مقصود الفئومي من تعريف البيع بالمبادلة خصوصاً التبديل الملكي كان إشكال عدم جامعية التعريف باقياً عليه. ولو كان مراده ما هو أعم من ذلك، أي قيام كل منهما مقام الآخر فيما له من الأوصاف - نظير التنزيلات الشرعية كتزويل الطواف منزلة الصلاة في مالها من الأحكام والآثار - كان متيناً. كما لو باع المتولي العين الموقوفة - عند طروء مسوغ بيعها - فإنها تصير ملكاً للمشتري وتكتسب لون الثمن وهو الملكية، كما يكتسب الثمن لون المبيع و يصير وقفاً، ومن المعلوم كون المبادلة حيثية وإضافة قائمة بالمالين، وهذه الحيثية دعت الى تفسير البيع بالمبادلة. هذا إذا كان مقصود السيد عليه السلام أخذ التملك في مفهوم البيع من جهة كونه من العقود المعاوضية الناقلة للملك.

و إن كان مقصوده لحاظ حيثية إضافة الفعل الى فاعله و مبدأ صدوره و هو البائع المتصدّي لتبديل الإضافة الاعتبارية من دون دخل لقبول المشتري إلا في التنفيذ و الإمضاء - و هذا يناسبه التعبير بالتبديل دون المبادلة - فسيأتي بيانه في إشكال صاحب الكفاية إن شاء الله تعالى.

ب - البيع تبديل بين مالين لا مبادلة بينهما

ومنها: ما أورده المحقق الخراساني عليه السلام على تعريف المصباح بقوله: «التعبير بالمبادلة لا يخلو من مسامحة، و حقه أن يقال: تبديل مال بمال، فانه من فعل الواحد، لا الاثنين،

فافهم^أ.

و محصله: أن المنسوب إلى مشهور علماء العربية في الفرق بين بابي المفاعلة و التفعيل دلالة الأول على قيام المبدأ بإثنين وإشتراكهما في صدور الفعل كما هو ظاهر مثل «ضارب زيد عمرواً» و تلبسهما بالضرب معاً، بخلاف الفعل الثلاثي المجزّد من هذه المادة مثل «ضَرَبَ زيد عمرواً» الظاهر في قيام المبدأ صدوراً بزيد و وقوعاً بعمر و. و دلالة الثاني - و هو التفعيل - على قيام الفعل بالفاعل مع لحاظ حيثية التعدية الى الغير. و حيث إن إنشاء البيع يكون بيد البائع فقط و لا دخالة للمشتري فيه سوى الإمضاء كان المناسب التعبير بالتبديل لا المبادلة الظاهرة في تصدي كل من الموجب و القابل لها، هذا.

و إعرض عليه تلميذه المحقق الأصفهانى رحمته الله بوجهين، يبتني أحدهما على تصحيح التعبير بالمبادلة على مختار مشهور علماء الأدب، و ثانيهما على مبنى آخر ابتكره في مدلول هيئة المفاعلة و التفاعل.

و محصل هذا الوجه الثاني: أن باب المفاعلة وُضِع للدلالة على مجزّد تعدية المادة وإنهائها الى الغير من غير فرق بين الأفعال اللازمة و المتعدية، فإن صوغها من باب المفاعلة يدل على أن حيثية إنهاء المادة الى شخص آخر ملحوظة فيها. و استشهد على مدعاه بعدد من إستعمالات هذه الهيئة في الكتاب العزيز و غيره مع عدم صحة إفادة الاشتراك في المبدأ، أو عدم إرادته، و قد تصدى رحمته الله لإثبات مرامه ببيان أوفى في تعليقه الأنيقة على الكفاية^ب و قد تعرضنا له و لما يتعلق به في رسالة لا ضرر، فراجع^ج.

و لهذا فالأولى الإقتصار هنا على ما أفاده في الوجه الأول من الاشكال قال رحمته الله: «و يمكن أن يقال: ان التبديل مجرد جعل شيء ذا بدل، سواء كان له مساس بالغير أم لا، و المبادلة

أ : حاشية المكاسب ، ص ٣

ب: نهاية الدراية ، ج ٢ ، ص ٣١٧ ، الطبعة المحجّرية .

ج : منتهى الدراية ، ج ٦ ، ص ٥٦٦ الى ٥٧٣

تكون بهذا المعنى مع المساس بالغير، و ينسب الفعل المشتق منها إلى من هو الأصل في التبديل كالموجب في البيع، و مع الأصالة في الطرفين يُنسب إليهما التبادل كما هو الفارق بين المفاعلة و التفاعل في فنّ الأدبية، فتبين وجه التعبير عن البيع بالمبادلة دون التبديل...^أ.

أقول: الظاهر أولوية تعريف البيع بالمبادلة سواء أريد به المعاملة البيعية أم فعل البائع وإنشاؤه. أما على الأول - كما هو الظاهر، إذ المقصود تعريف البيع و تمييز حقيقته عن سائر العقود المالية - فواضح، لقيام هذه الماهية الاعتبارية بطرفين و بمالين ولو كان قبول المشتري مجرد إمضاء و مطاوعة لإيجاب البائع.

و أما على الثاني فلأنه لابد من وفاء التعريف بما يكون دخيلاً في المعرف، و هو في المقام أمران، أولهما: أن الملحوظ حين إنشاء البيع - غالباً - هو مبدلية المبيع و أصالته، و بدلية الثمن عنه، حيث يعتني المشتري بخصوصية المبيع. لا مجرد ماليته، بخلاف البائع الذي لا يهتم إلا بحفظ مالية ماله. فالبيع يمتاز عن سائر المعاملات بهذه الجهة.

ثانيهما: أن البيع وإن كان من العقود القائمة بطرفين، إلا أن إنشاء ماهيته يكون بيد البائع، و شأن المشتري المطاوعة و الإمضاء، لا إحداث فرد آخر من المبادلة الاعتبارية.

و المتكفل لهذين الأمرين هيئة المفاعلة لا التفعيل، فإنها تدل على قيام المبدأ بطرفين مع حيثية أخرى لا تتكفلها هيئة التفاعل بعد تضمن كلا البابين للاشتراك في المادة، و الفارق - كما نُسب إلى مشهور علماء الأدب - دلالة المفاعلة على إنتساب المادة إلى أحدهما بالأصالة و إلى الآخر بالتبع، كما في «ضارب زيد عمرواً». و دلالة التفاعل على إستواء نسبتتهما إليها بلا أصالة من أحدهما و تبعية من الآخر كما في: تضارب زيد و عمرو.

و عليه فتعريف البيع بالمبادلة يدل على أن الأصل في التبديل هو البائع، و يكون قبول

المشتري تبديلاً ضمناً تبعياً، فحيثية الأصالة و التبعية الملحوظة في الإيجاب و القبول مدلول عليها بهيئة المبادلة.

و من المعلوم قصور «التبديل» عن إفادة دخل هذه الحيثية في البيع، لما أفاده المحقق الاصفهاني - و يظهر بمراجعة اللغة - من أن التبديل مجرّد جعل الشيء ذا بدلٍ ولو بتغيير هيئته كتغيير صورة الخاتم بالحلقة، و تغيير صورة الثوب بالرداء، و هذا لا ربط له بالبيع القائم بطرفين. قال في لسان العرب: «و تبديل الشيء تغييره و إن لم تأتِ ببدلٍ. و الأصل في التبديل: تغيير الشيء عن حاله. و الأصل في الإبدال: جعل شيء مكان شيء آخر... و بادل الرجل مبادلةً و بَدَّالًا: أعطاه مثل ما أخذ منه...»^١

و على هذا فالبيع و إن كان فعلً البائع، لكن المفروض مساسه بالغير و هو المشتري، و الدال على هذه الحيثية - مع الأصالة و التبعية - هي هيئة المفاعلة لا التبديل.

كما أنه تستفاد حيثية كون المبيع أصلاً و الثمن بدلاً من حرف الجر في «بمالٍ» فإنها للعوض، فتدل على مبدلية المال الأوّل و بدلية المال الثاني عنه. هذا لو لم يدل نفس هيئة المبادلة على لحاظ معوضيّة المبيع و عوضيّة الثمن، و إلا كان الدال على هذه الحيثية أمرين أحدهما هيئة المبادلة و ثانيهما حرف الجرّ.

و الحاصل: أنّ تعريف المصباح يتكفل الأمور المعتمدة في البيع من قيامه بطرفين، و كون إنشائه بيد البائع، و من ملاحظة المبيع أصلاً و الثمن بدلاً، كما ظهر قصور تعريفه بالتبديل عن إفادتها.

و لا فرق فيما ذكرناه - من أولوية المبادلة من التبديل - بين المصير الى ما هو المشهور بين علماء العربية من دلالة المفاعلة على نسبة المادة إلى أحد الطرفين أصالةً و إلى الآخر تبعاً،

و الظاهر^(١) إختصاص المعوض

إختصاص المبيع بالأعيان

(١) أي: الظاهر من إطلاق «البيع» إختصاص المعوض بالعين، ومقصوده تفريق تصحيح تعريف المصباح وعدم كون مطلق مبادلة مال بمال آخر بيعاً، بل البيع مبادلة عين متمولة بمال آخر، ويستفاد إعتبار عينية المبيع من نفس عنوان البيع، بحيث لو قال المتكلم: «بعثت» استفيد منه نقل عين، ولو قال: «بعثت عيناً» كان تأكيداً لما دلّ عليه مادة البيع. ولو قال: «بعثت كتاباً» كان ذكر المبيع لأجل تعيينه، لا لتوقف صحة إطلاق البيع على ذكره حتى يتوهم أعمية المفهوم من تمليك العين والمنفعة.

و الغرض من هذا البحث تحديد موضوع الأدلة المتكفلة لإمضاء البيع وأحكامه و شرائطه، مثل «البيع حلال» و «وَجَبَ البيع» إذ يحتمل إرادة المعاوضة التي يكون العوضان عينين، كما يحتمل إرادة ما يكون المعوض فيه عيناً سواء أكان العوض عيناً أم منفعة أم حقاً قابلاً للنقل إلى الغير.

و توضيح ما أفاده المصنف رحمته: أن «المال» إما أن يختص بالأعيان ذوات المنافع كما تقدم عن ابن الأثير، و يترتب عليه إعتبار عينية كلا العوضين كما ذهب إليه الوحيد البهبهاني رحمته لعدم صدق المال على المنافع، و لا أقل من الشك فيه. و إما أن يعمّ المنافع كسكنى الدار وركوب الدابة و خياطة الثوب. و على هذا الاحتمال الثاني يبني إستظهار

وبين ما اختاره نجم الأنعة في شرح الشافية من إنكار هذه الدلالة رأساً، و ظهورها في مجرد المشاركة في المبدأ. و ذلك لدلالة الباء الجارة على حيثية معوضيّة المبيع و أصلته، و بدلية الثمن و عوضيته عنه.

المصنف ^{رحمه الله} إختصاص المعوض بالعين، لتصريحه بجواز وقوع المنفعة عوضاً في البيع، مع وضوح اعتبار المالية في كل من الثمن والمثمن.

ولأجل صدق المال على المنافع تصدئ لتمييز البيع - من ناحية المتعلق - عن الاجارة ونحوها من العقود المالية، وقال باعتبار كون المعوض عيناً.

وهذه الدعوى تتوقف على أمرين مسلمين:

أحدهما: أن المتبادر الى الأذهان في هذه الأعصار من «البيع» هو تملك العين لا مطلق المال.

ثانيهما: إحراز ذلك في عصر التشريع حتى يحمل إطلاق «البيع» في الأدلة على تملك خصوص العين، وعدم إطلاقه على تملك المنافع إلا بالمساحمة.

وكلا الأمرين مسلم. أما الأول فلوجهين: التبادر و صحة السلب، وهما من علائم الحقيقة و المجاز. أما التبادر فلأن المنسب من إطلاق «البيع» و مشتقاته هو مبادلة عين بمال، و يكفيه شاهداً تعريفه في كتب الفقهاء بذلك، و جلهم من أهل اللسان. و أما صحة السلب، فلاعترافهم بمجازية استعمال البيع في تملك المنافع، كما إذا أنشأ تملك سكنى الدار بقوله: «بعتك سكنها سنة بكذا» و هذا كاشف عن صحة سلب عنوان «البيع» عن تملك غير الأعيان من الأموال، و عن مجازية إطلاق البيع على تملك غير الأعيان.

و أما الثاني - أعني به إحراز كون معنى البيع في عصر التشريع تملك الأعيان - فلاصالة عدم النقل الجارية في معاني اللغات عند الشك في الموضوع له سابقاً، و أنه هل هو المعنى المتبادر من اللفظ فعلاً أم أنه نقل المعنى الفعلي عن الوضع الأولي؟ فبناؤهم على التمسك بأصالة عدم النقل لإثبات وحدة المعنى. و عليه يحرز كون معنى «البيع» الوارد في الأدلة الشرعية هو المنسب الى أذهاننا من تملك خصوص العين، لا كل ما يملك وإن لم يكن عيناً.

هذا منشأ إستظهار المصنف رحمته إختصاص المعوض بالعين، وقد ظهرت المسامحة في تعريف المصباح، حيث أطلق كلمة «المال» ولم يُقيِّده - في جانب المعوض - بالعين.

١) قد تُطلق «العين» ويراد بها ما يقابل الكلّي، أي الأعيان الخارجيّة، وقد تُطلق ويراد بها ما يقابل المنفعة والحق، والمراد بها هنا المعنى الثاني، سواء أكانت موجودة بالفعل أم بما يمكن أن يوجد في المستقبل، فالعين في المقام هي ما إذا وجدت خارجاً كانت جسماً، وفي قبالتها المنفعة التي هي عَرَض قائم بالعين، وحيثيّة فيها توجب بذل المال بازائها كسكنى الدار و خياطة الثوب و بناء الدار ونحوها.

و الدليل على عموم «العين» للشخصية و الكلية و عدم إختصاصها بالجزئيات الخارجيّة هو تسالمهم على جواز كون المبيع كلياً في موارد:

الأول: بيع الكلّي في المعين، كصاع من صيعان صبرة الحنطة بدينار، فإن الصاع منتشر في الصبرة، و يتعين بعد البيع في مقام الوفاء بالعقد.

الثاني: بيع الكلّي المشاع، كبيع نصف الدار بمائة دينار، إذ لا تعين للنصف قبل الإفراز و التقسيم، و يتعين بالتقسيم.

الثالث: بيع الكلّي الذمي، و هو على أنحاء، فتارة يكون المبيع كلياً ثابتاً في ذمة غير البائع، كما إذا كان زيد مالكا لمن من الحنطة في ذمة عمرو، فيبيعه زيد من بكر، فتشتغل ذمة عمرو لبكر بعد ما كانت مشغولة لزيد. وأخرى يثبت الكلّي في ذمة البائع، إمّا بأن يُسلم المبيع حالاً، كم إذا باع زيد متناً من الحنطة، الموصوفة بكذا من عمرو، و يُسلمه بعد العقد. وإمّا بأن يُسلم المبيع بعد مضيّ زمان، كما هو الحال في بيع السلف، كما إذا باع زيد في ذمة نفسه متناً من الحنطة على أن يُسلمها بعد ستة أشهر مثلاً.

و صحة البيع في هذه الموارد كاشفة عن عدم إعتبار كون المبيع عيناً خارجيّة متشخصّة، بل يكفي وجودها في المستقبل، ولو وجد كان عيناً لا عَرَضاً لعين.

فلا يعم^(١) إبدال المنافع بغيرها^(٢)، و عليه^(٣) إستقرّ إصطلاح الفقهاء^(٤).

(١) هذا متفرّع على إختصاص المبيع بالعين، يعني: أن إبدال المنافع و تمليكها ليس بيعاً، بل هو إجارة، فتمليك منفعة الدار - و هي سُكنائها مدّة عام مثلاً سواء أكان العوض عيناً كالدينار و الكتاب، أم منفعة كخياطة الثوب - ليس بيعاً، بل لابد من إنشائه بما يدل على نقل المنفعة، مثل «آجرتك الدار، أو ملكتك سكنائها، أو أكريتك الدار» و لا يصحّ إنشاؤه بمثل «بعتك منفعة الدار أو سكنائها مدّة عام مثلاً» سواء أكان العوض عيناً كالدينار و الكتاب، أم منفعة كخياطة الثوب، لعدم تعلّق البيع بما عدا العين. نعم لو قصّد الإجارة و قيل بصحة إنشاء العقود بالمجازات جاز ذلك، كما سيأتي بيانه في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(٢) أي: بغير المنافع، و هذا الغير هو العوض سواء أكان عيناً أم منفعة أم حقاً.

(٣) يعني: إستقرّ إصطلاح الفقهاء على إختصاص المعوض بالعين، حيث جعلوا البيع في قبالة الإجارة، و قالوا: البيع لتمليك الأعيان، و الإجارة لتمليك المنافع. و المائز بينهما تعلّق البيع بالعين، و الإجارة بالمنافع. و يترتب عليه أنه لو شكّ في صدق عنوان البيع على تمليك غير الأعيان كفى في عدم جواز التمسك بأدلة نفوذ البيع، لكون الشبهة مفهومية، فلا وجه لترتيب الأحكام المختصة به عليه.

(٤) كما يظهر بمراجعة كلماتهم في تعريف البيع، و سيأتي طائفة منها في المتن، و هي وإن اختلفت مضامينها من الانتقال و النقل و العقد الدال على الانتقال أو على النقل و غير ذلك، إلّا أنّها تطابقت على أخذ «العين» و اعتبارها في المبيع، فمنها قول شيخ الطائفة رحمته: «إنتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي»^أ و إختاره ابن إدريس و العلامة في كثير من كتبه كالتذكرة و التحرير و القواعد و النهاية^ب.

أ: الميسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٧٦

ب: السرائر، ج ٢، ص ٢٤٠؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢؛ تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٤

قواعد الأحكام، ص ٤٧؛ نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٧

نعم^١ ربما يستعمل في

و منها: قول ابن حمزة: «البيع عقد على إنتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة [وجه] التراضي»^أ واختاره العلامة في المختلف^ب.
و منها: قول المحقق: «أما البيع فهو الايجاب و القبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك إلى غيره بعوض مقدر»^ج.

و منها: قول المحقق الثاني: «نقل العين بالصيغة المخصوصة»^د.
و عليه فاختصاص «البيع» بتملك الأعيان كآته من المسلمات، و لعلّه لذا قال في الجواهر: «ثم لا خلاف و لا إشكال في إعتبار كون المبيع عيناً»^{هـ}.
نعم وَرَدَ تعريفه في بعض الكلمات بنقل الملك: كما في الشرائع و اللعة، إلا أن المراد بالملك هو العين لا ما يعمّ المنفعة، كما ستقف عليه في التعليقة.

استعمال البيع في نقل المنافع

(١) هذا إستدراك على ما نسبته إلى الفقهاء من إعتبار كون المبيع عيناً. و حاصل الاستدراك: منع إختصاص البيع بكون المعوض عيناً، و منع إستقرار إصطلاح الفقهاء على إعتبار عينية المبيع، و ذلك لما يترأى من استعمال «البيع» في نقل المنافع و بعض الحقوق على حدّ استعماله في تملك الأعيان، و لا قرينة في ذلك الاستعمال حتى يدعى مجازيته. فالظاهر كون الجميع معنى حقيقياً للبيع، و معه لا وجه لدعوى إختصاص المعوض بالعين.
و قد ورد إستعمال البيع في تملك ما عدا الأعيان في موضعين:

أ: الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهية) ص ٧٤٠

ب: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١

ج: المختصر النافع، ص ١١٨

د: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥

هـ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٨

كلمات بعضهم في نقل غيرها^(١)، بل^(٢)

الأول: في كلام غير واحد من الفقهاء كالشيخ والإسكافي، والثاني في عدة نصوص.
أما الأول فقد عبّر شيخ الطائفة رحمته عن تملك منفعة العبد المدبر بالبيع، فقال في
المبسوط في مسألة «عدم جواز بيع رقبة العبد المدبر إلا إذا أراد نقض تدبيره» ما لفظه: «لأنَّ
عندنا يصحُّ بيعُ خدمته دون رقبته مدة حياته»^أ. وقال في النهاية - في بطلان بيع رقبته: - «إلاَّ
أن يعلم المبتاع أنَّه يبيعه خدمته»^ب.

وحُكي نحو ذلك عن ابن الجنيد، من أنه «تباع خدمته مدة حياة السيد»^ج.
وأما الثاني، فقد استعمل «البيع» في روايات متعددة وأريد منه نقل غير العين، كما
سنذكرها إن شاء الله تعالى.

(١) أي: تملك غير الأعيان، وهذا الغير هو المنفعة وبعض الحقوق.

(٢) هذا إشارة إلى الموضع الثاني - وهو استعمال البيع في النصوص في إبدال غير
الأعيان - والأتان بأداة الإضراب لأجل التشبيه على أنَّ استعمال البيع في كلام بعض الفقهاء
في إبدال المنافع يمكن توجيهه بكونه مسامحاً غير منافي لاستقرار ظهور اللفظ في تملك
الأعيان خاصة، إذ التنافي يترتب على اشتراك المادة لفظاً بتعدد الوضع، أو معنىً بالوضع لجامع
نقل الملك، وأما إذا كان اللفظ حقيقةً في حصّة من طبيعي النقل و مجازاً في حصّة أخرى منه
بمعونة القرينة لم يكن بأس بكلا الاستعمالين.

وهذا التوجيه - لو تمّ - لا يجري بالنسبة إلى استعمال «البيع» في الكتاب والسنة في غير
نقل العين مجرداً عن قرينة المجاز، ضرورة وروده في الأخبار في نقل الأعيان والمنافع وبعض
الحقوق بوزان واحد. ومعهُ يُشكل ما استظهره المصنف رحمته من إختصاص المعوض بالعين
وإستقرار الاصطلاح الفقهي عليه.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٦، ص ١٧

ب: النهاية، ص ٥٥٢

ج: الحاكي هو الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٣٣

يظهر ذلك^(١) من كثير من الأخبار، كالخبر^(٢) الدال على جواز بيع خدمة العبد المدبر^(٣)، وبيع^(٤) سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها.

(١) أي: استعمال البيع في إبدال المنافع.

(٢) المراد به الجنس لا الواحد الشخصي، لتعدد الأخبار الدالة على جواز بيع خدمة العبد المدبر، وهو المملوك المعلق عتقه على موت مولاه.

(٣) كصحيح أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطاها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال: أي ذلك شاء ففعل». أ. والشاهد في تقرير الامام عليه السلام لسؤال الراوي من إطلاق البيع على تملك خدمة الأمة وعمالها، ولا قرينة في الكلام على مجازية هذا الإطلاق.

و نحوه خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام، قال: «باع رسول الله ﷺ خدمة المدبر، ولم يبع رقبته» ب. ونحوها غيرها. والتقريب كما تقدم آنفاً. (٤) معطوف على «بيع خدمة» وهذا إشارة إلى المورد الثاني من موارد استعمال البيع في الأخبار في تملك غير الأعيان، ولا قرينة على مجازية الاستعمال، كمعتبرة إسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام، قال: «سألته عن رجل في يده دار ليست له، ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله، قد أعلمه من مضى من آبائه أنها ليست لهم، ولا يدرون لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي، ولا أظنه يجيء لها رب أبداً؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده، فيقول: أبيعك سكناي، وتكون في يدك كما هي في يدي؟ قال: نعم، يبيعها على هذا» ج.

ودالتها على المدعى أوضح مما تقدم، لإطلاق الامام عليه السلام البيع على تملك السكنى

أ: وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٧٤، الباب ٣ من أبواب التدبير، الحديث: ١

ب: المصدر، الحديث: ٤

ج: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٠، كتاب البيع، الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث: ٥

وكأخبار^١ بيع الأرض الخراجية وشرائها.

بعد كراهته عليه السلام بيع الرقبة، ولا قرينة في الكلام على كون الإطلاق بالعناية والمساحة.
(١) معطوف على «كالخبر الدال...» وهذا إشارة إلى المورد الثالث مما استعمل فيه البيع في إبدال غير الأعيان، كاستعماله في نقل حقه من الأرض الخراجية، كما في خبر أبي بردة بن رجاء، قال: «قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: ومن يبيع ذلك؟ هي أرض المسلمين. قال: قلت: يبيعها الذي هي في يده، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال: لا بأس، إشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملئ بخراجهم منه» أ.

و تقريب الاستدلال: أن الامام عليه السلام أفاد في جواب السائل حكيم، أحدهما: النهي عن بيع رقبة الأرض، لكونها ملكاً لكافة المسلمين، وليس لأحد منهم أن يبيعها.
ثانيهما: جواز بيع الحق وشرائه، لقوله عليه السلام: «لا بأس، إشتري حقه منها» والمراد بالحق هو ما له من جواز التصرف، دون ملكية رقبة الأرض، قال شيخ الطائفة رحمته الله: «إن أهل الذمة لا يخلو ما في أيديهم من الأرضين من أن يكون فتحة عنوة أو صلحوا عليه؛ فإن كانت مفتوحة عنوة فهي أرض المسلمين قاطبة، وهم أن يبيعوها إذا كانت في أيديهم بحق التصرف، دون أصل الملك، ويكون على المشتري ما كان عليهم من الخراج كما كانت خبير مع اليهود. وإن كانت أرضاً صلحوا عليها فهي أرض الجزية يجوز شراؤها منهم إذا إنتقل ما عليها إلى جزية رؤوسهم، أو يقبل عليها المشتري ما كانوا قبلوه من الصلح، وتكون الأرض ملكاً يصلح التصرف فيه على كل حال» ب.

و على هذا فلما كانت ولاية التصرف من منافع الأرض الخراجية وهي مما يُبذل المال بازائها صحّ المعاوضة عليها بتفويض حق الانتفاع إلى الغير. وبهذا يثبت استعمال البيع

أ: وسائل الشيعة، ج ١١، ص ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث: ١، ونحوه أخبار آخر وردت في ج ١٢، ص ٢٧٤ و ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع.

ب: الاستبصار، ج ٣، ص ١١١

والشراء في إبدال المنافع والحقوق، وعدم إختصاص إستعماله بما كان المعوض عيناً.
هذا ما أشار إليه المصنف عليه السلام من الموارد الثلاثة، وكذا ورد إطلاق البيع والشراء على غير تملك العين، في مواضع أخرى:

منها: جواز نظر مُريد التزويج إلى وجه المرأة ومحاسنها، كما في معتبرة محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال: نعم، إنما يشتريها بأعلى الثمن»^أ.

ودلالتها على المدعى ظاهرة، إذ ليس المقصود شراء الرقبة، بل إستيفاء منفعة خاصة، فأطلق الشراء - المقابل للبيع - على بذل المال بازاء التمتع الخاص.

ومنها: جواز أخذ الزوجة مالاً على إسقاط حق القسم، كما في معتبرة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن رجل له امرأتان، قالت إحداهما: ليلتي و يومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس»^ب.

وهي كالرواية السابقة في إطلاق الشراء على نقل غير العين، كرفع اليد عن حق القسم.

والمحصل: أنّ شيوع إستعمال البيع والشراء في الأخبار في غير تملك الأعيان مانع عن إستقرار ظهور «البيع» في الأدلة المتكفلة لأحكامه - كأدلة خيار المجلس - في خصوص مبادلة الأعيان، بل مقتضى القاعدة تعميم المعوض لمطلق ما يبذل بازائه المال عيناً كان أو منفعةً أو حقاً.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩، الباب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه، الحديث: ١

ب: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٨٥، الباب ٦ من أبواب القسم والنشوز، الحديث: ٢

والظاهر^(١) أنها مسامحة في التعبير، كما^(٢) أن لفظ الإجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان

(١) غرضه **توضيح** منع الاستدراك المتقدم بقوله: «نعم ربما يستعمل...» و توجيه استعمال البيع في الروايات وكلمات بعض الفقهاء في إبدال غير الأعيان. و محصل التوجيه: أن التنافي بين ما ذكرناه من اختصاص البيع بنقل العين و بين استعماله في الكلمات في الأعم من ذلك مبني على كونه حقيقياً في كلا المقامين، لصيرورة «البيع» مشتركاً بين معنيين أحدهما أخص وهو ما يعتبر فيه عينية المعوض، و ثانيهما أعم وهو كفاية كونه مالاً سواء أكان عيناً أم منفعة أم حقاً، و نتيجة الاشتراك إجمال موضوع الأدلة، لدورانه بين الخاص و العام.

لكنك عرفت آنفاً أمارية التبادر و صحة السلب على كون البيع حقيقة في خصوص مبادلة الأعيان بعوض، و هو الذي استقر عليه إصطلاح الفقهاء، كاستقرار إصطلاحهم على اختصاص الإجارة بنقل المنافع بعوض. و على هذا يكون استعمال البيع في غير تملك الأعيان مسامحياً، كالمسامحة في إطلاق «الإجارة» في بعض الأخبار على تملك العين. و عليه يتعين حمل «البيع» في الأدلة على معناه الحقيقي، إلا مع قيام قرينة على إرادة المعنى المجازي.

و بالجملة: لا منافاة بين الاصطلاح المزبور و بين استعمال البيع في نقل غير العين، إذ المفروض كون الاستعمال المذكور مبنياً على العناية و المسامحة، و هو غير قادح في حمل «البيع» على نقل الأعيان خاصة.

(٢) غرضه إقامة الشاهد على أن الاستعمال المسامحي غير قادح فيما استقر عليه الإصطلاح، و حاصله: أن البيع الموضوع لنقل العين كما يستعمل مجازاً في نقل المنفعة، كذلك الإجارة - التي استقر إصطلاح الفقهاء على كونها حقيقة في نقل المنفعة - قد تستعمل مجازاً في «تبدل العين بعوض» الذي هو معنى حقيقي للبيع، و لما كان الاستعمال في المقامين مبنياً على العناية و المسامحة، لم يلزم إجمال في أدلة كلا البابين، فيحمل «البيع» بدون القرينة على تملك العين، و الإجارة كذلك على تملك المنفعة مع بقاء العين على ملك الموخر.

كالثمرة على الشجرة^(١).

(١) مقصوده ثُمَّ أَنَّ الإجارة تطلق مسامحةً على نقل الثمرة حال كونها على الشجرة، مع أَنَّ الثمرة عين، فلا بد من نقلها بالبيع لا بالإجارة، فإن مقتضى المقابلة للبيع هو إرادة إطلاق لفظ الإجارة على نقل العين، كإطلاق لفظ البيع على نقل المنفعة في روايات بيع خدمة العبد المدبر وبيع سكنى الدار المجهول مالکها وبيع الأرض الخراجية. و ليس المقصود من استعمال الإجارة في تملك العين إجارة الشجرة للانتفاع بشمرتها أو إجارة الدار للانتفاع بسكنائها، وذلك لوضوح كون المقصود تملك منفعة الشجرة والدار، وهذا هو مورد الإجارة.

و كيف كان فقد ورد استعمال الإجارة - مسامحةً - في تملك العين في معتبرة عبيد الله الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة، وإن شئت أكثر. وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر». والشاهد إنما هو في استعمال الإجارة في تملك العين، إذ المراد بالتقبل بقرينة الذيل - أعني به قوله عليه السلام : فلا تستأجر - هو الإجارة، فحصل معنى الرواية - والله العالم - هو: أَنَّ الثمار إذا ظهر بعضها جاز بيعها سنة أو أزيد. وإن لم تظهر - ولو بعضها - لم يجز بيعها، وقد عبر بالإجارة عن نقل العين مسامحةً، هذا (٢).

(٢) و على هذا فلا وجه للاشكال على المتن «بعد العثور على إطلاق الإجارة على نقل الثمرة، لا في الأخبار ولا في كلمات الفقهاء»^ب وذلك لكفاية رواية الحلبي لإثبات ما أفاده المصنف من استعمال الإجارة في نقل العين مسامحةً.

ثم إنَّ للسيد ثُمَّ كلاماً في الحاشية والعروة ينبغي التعرض له. قال في حاشيته على المتن: «الظاهر أَنَّ المراد إذا أجرة الشجرة لثمرتها قبل وجودها، لا بعده، فإنه لا يصح الإجارة حينئذٍ، ولا يُطلق عليه أيضاً لفظها لو ملكها بعنوان البيع مثلاً. وأما الأول فصحيح، ولا يضر كونه نقلاً للعين، لأنها تعدّ منفعة للشجر عرفاً، كما في إجارة الحمام المستلزم لإهراق الماء،

أ: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٨، الباب ٢ من أبواب بيع الثمار، الحديث: ٤

ب: محاضرات في الفقه الجعفري، ج ٢، ص ١٥

وإجارة الشاة للبنها، وإجارة المرضعة كذلك، فإن الإجارة في جميع ذلك صحيحة^أ.
و قال في إجارة العروة: «يجوز إستيجار المرثة للإرضاع، بل للرضاع بمعنى الانتفاع
بلبنها - وإن لم يكن منها فعل - مدة معينة... الخ»^ب.

و قال فيها أيضاً: «يجوز إستيجار الشاة للبنها، والأشجار للانتفاع بأثمارها، والآبار
للإستقاء، ونحو ذلك، ولا يضر كون الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، لأن المنافع في المنفعة هو
العرف، و عندهم يعد اللبن منفعة للشاة، و الثمر منفعة للشجر، و هكذا. و لذا قلنا بصحة
إستيجار المرأة للرضاع وإن لم يكن منها فعل بأن إنتفع بلبنها في حال نومها، أو بوضع الولد في
حجرها، و جعل نديها في فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض العلماء من إشكال
الإجارة في المذكورات - لأن الانتفاع فيها بإتلاف الأعيان، و هو خلاف وضع الإجارة -
لا وجه له^ج.

أقول: فيما أفاده ^{في} مواقع للنظر:

منها: قوله في الحاشية: «الظاهر أن المراد إذا أجرة الشجر لثمرتها...» إذ فيه: أن مراد
الشيخ الأعظم - كما تقدم في التوضيح - هو إطلاق لفظ الإجارة على نقل نفس الثمرة، لا إطلاقها
على الشجرة لملكية ثمرتها كما هو صريح كلام السيد في الحاشية، فليس هذا بياناً لمقصود
الشيخ، مع أن ظاهره بيان مراده و توضيح مراده.

ومنها: قوله: «لأنها تعد منفعة... الخ» إذ فيه: أن للمنفعة إطلاقين:

أحدهما: ما يتولد و يتكون من شيء، كاللبن و الثمرة المتولدين من الشاة و الشجر،
ونحو ذلك من موارد التولد.

أ: حاشية المكاسب، ص ٥٤

ب: العروة الوثقى، كتاب الإجارة، الفصل السادس، المسألة السابعة، ص ٦١٨ من العروة المحشاة المطبوعة
في مجلدين.

ج: المصدر، ص ٦٢٠، المسألة ١٢ من الفصل السادس.

ثانيهما : ما يقابل العين من الحيثية القائمة بها التي تُستوفى تارة ولا تُستوفى أخرى، كالسكنى القائمة بالدار، والإستغلال القائم بالأشجار، والتنزه القائم بالبستان، ونحو ذلك من الحيثيات القائمة بالأعيان.

ولا ينبغي الإشكال في تعلق الإجارة بالمنفعة بهذا المعنى، وإلا لكانت جُلّ الأعيان - بل كلّها - منافع، وجازت إجارة الحيوانات لتملك نتائجها، والجارية لتملك ولدها، ضرورة كونها منافع لأمتها، لتولدها منها، فإن الولد واللبن والثمرة والسُخال ونحوها - ممّا يتكوّن من الأعيان - أعيانٌ في أنفسها و منافع لغيرها، فالبيع الذي هو تملك الأعيان يوجب نقلها، والإجارة التي هي تملك المنافع توجب نقل الحيثيات القائمة بها، فكما لا يصح تملك الدار والدكان بلفظ الإجارة فكذلك لا يصح تملك الثمرة واللبن ونحوهما ممّا يتكوّن من الأعيان بلفظ الإجارة.

ومنها : قوله : « كما في إجارة الحمام المستلزم لإهراق الماء » إذ فيه : أن ظاهره كون الماء منفعةً للحمام، كاللبن والثمرة اللذين هما منفعتا الشاة والشجرة. وهو كما ترى، لعدم صدق المنفعة - بشيءٍ من معنيها المتقدمين - على الماء. أمّا معناها الأول فواضح، لعدم تكوّن الماء من الحمام ليكون كاللبن المتكوّن من الشاة.

و أمّا معناها الثاني فلعدم كون الماء عَرَضاً قائماً بالحمام وحيثيةً عارضةً له، كسائر منافع الأعيان التي هي أعراض قائمة بمعروضاتها. بل الماء جوهر قائم بنفسه، وليس عَرَضاً متقوماً بغيره، فلا يعدّ منفعةً للحمام، فجعل ماء الحمام كلبن الشاة وثمر الشجرة في غير محله، لصدق المنفعة بمعناها الأول عليهما، بخلاف ماء الحمام، فإنه لا يصدق عليه المنفعة بشيءٍ من معنيها، هذا.

ومنها : قوله : « فإن الإجارة في جميع ذلك صحيحة » إذ فيه : أن ظاهره التسالم أو الشهرة على صحة الإجارة في الجميع، مع عدم كونه كذلك، إذ المشهور - كما قيل - المنع عن إجارة الشاة للبهن. وفي إجارة الشجرة للثمرة قيل بعدم الخلاف في فسادها. وفي إستيجار البشر

للإستقاء قد حُكي أن العلامة في القواعد و موضع من التذكرة، و المحقق الثاني في جامع المقاصد إختار المنع.

ومنها: قوله: «بل للرضاع بمعنى الانتفاع بلبنها وإن لم يكن منها فعل...» إذ فيه: أنَّ الانتفاع تارة يكون بنحو الإرتضاع، فتصير المرأة كالدار وغيرها من الأعيان ذوات المنافع، في مقابل الإرضاع، الذي تكون الإجارة له كإجارة العامل للعمل. و أخرى لا يكون بنحو الارتضاع، بأن يحلب في إناء ليشربه الطفل، كحلب لبن البقر والشاة في إناء ليشرب. و الإجارة صحيحة في الأولى دون الثانية، لكون اللبن بعد الحلب كالخبز وغيره من الأعيان التي لا يجوز إستيجارها، لتلفها بالانتفاع بها، فلا يجوز إجارة الخبز للأكل، و اللبن للشرب، و المحطب و الشمع للإشعال.

و عليه فلا بد من تقييد الانتفاع باللبن بأن يكون بنحو الارتضاع كما هو الحال في إلتقام الطفل ثدي المرأة و إمتصاصه، الذي هو إستيفاء لمنفعة المرأة مع بقاء عينها، كاستيفاء سكني الدار مع بقائها على حالها. فمجرد إطلاق الانتفاع باللبن لا يُصحح الإجارة، لصدق التبعية للعين على اللبن مادام في الثدي و كونه منفعة لها، و عدم صدقها على اللبن المحلوب في الإناء، و كذا على الثمرة المقطفة من الشجرة، مع أنَّ الإجارة تتعلق بالعين ذات المنفعة، و لا بد من بقاء العين التي تعلقت الإجارة بها، و عدم تلفها بالاستيفاء.

و لعل ما عن جامع المقاصد - من تعليل بطلان الإجارة للرضاع «بأنَّ الإجارة مشروعة لنقل المنافع لا الأعيان، و اللبن من الثانية» بل قيل: أنه يظهر من محكي التذكرة: «الاجماع على الفساد فيه، و أنه يتم على قول المخالفين من أنَّ الإجارة قد تكون لنقل الأعيان» - ناظر إلى اللبن المنفصل عنها بالحلب في إناء ثم شرب الطفل منه، لا إلى صورة إمتصاص المرتضع ثدي المرضعة، لصدق تبعية اللبن للمرأة، فلا مانع من إستيجار المرأة لذلك، لأنها حينئذ بمنزلة الدار و نحوها من الأعيان ذوات المنافع، و لذا يكون الإرتضاع مغايراً حكماً لشرب لبن المرأة من الإناء، لانتشار الحرمة بالأول دون الثاني. ولو كانت الشاة كذلك جاز إستيجارها للإنتفاع بها

بامتصاص ثديها.

وبالجملة: الانتفاع بالعين المستأجرة إن لم يكن متلفاً لنفس تلك العين جاز الاستيجار له وإن استلزم الانتفاع بها إتلاف عين أخرى، كالاستيجار على الخياطة المنوطة بإتلاف الخيط، والاستيجار على إيجاد السرير أو الباب أو غيرها مما يتوقف العمل على إتلاف عين من الخشب و المسمار، ونحو ذلك.

تحقيق اختصاص المبيع بالأعيان

ثم إن تحقيق ما في المتن من اختصاص المعوض بالعين يستدعي بسط الكلام في مقامين، أحدهما: في أصل اعتبار عينية المبيع، وثانيهما في عدم الفرق بين الأعيان الشخصية والكلية.

أما المقام الأول، فمحصله: أنه لا ريب في اعتبار عينية المبيع عند المشهور، كما يشهد به تعريفهم للبيع بنقل العين ونحوه، بل لا يبعد دعوى تسالمهم عليه. و الظاهر تقوُّم صدقه العرفي بذلك، بمعنى عدم إطلاق «البيع» على تملك غير العين إلا بالعناية والمسامحة، فيكون أخذها في التعريف ناظراً إلى دخلها في المفهوم العرفي الموضوع لأحكام خاصة، لا للتعبد الشرعي، خصوصاً مع ما تقدم عن ابن الأثير من عدم إطلاق المال على غير الأعيان المتمولة. لكن أنكر المحقق الأيرواني رحمته ذلك، و ادعى القطع بصدق البيع على إبدال المنافع وغيرها، وأن معناه نقل متعلق السلطان عيناً كان أو منفعة أو حقاً، ولأجله جاز للإنسان أن يبيع نفسه لولا التعبد الشرعي على المنع، وأن يبيع منفعته وعمله، كما جاز أن يشتري نفسه إذا كان مملوكاً للغير.

وتظهر ثمرة النزاع في إنشاء تملك المنافع بعنوان البيع، كأن يقول: «بعثت سكنى الدار بكذا» فبناءً على المشهور لا ينعقد بيعاً، ولا تجري فيه أحكامه المختصة به كخيار المجلس.

وصحته بعنوان الاجارة منوطة بدلالة البيع على نقل المنفعة، وعلى جواز إنشاء العقود اللازمة بالكناية و المجاز كما سيأتي تفصيله في بحث ألفاظ العقود إن شاء الله تعالى. وبناءً على مختار المحقق الايرواني رحمته الله يصح الانشاء المزبور بعنوان البيع، لصدق «نقل متعلق السلطان بعوض» عليه.

ولما كان «البيع» موضوعاً لأحكام خاصة تعين تحديده و تمييزه عن سائر العناوين المعاملية، فنقول و به نستعين:

قد أُستدل للمشهور بالتبادر عند أهل اللسان، و صحة سلب العنوان عن تعليق ما عدا الأعيان، بضميمة أصالة عدم النقل عن معناه العرفي. و ممّا اشتهر بين الفقهاء جعل الفارق بين البيع و الاجارة كون الأول تعليق الأعيان، و الثاني تعليق المنافع.

و يمكن إستظهار هذا المعنى من كلماتهم في بابي البيع و الاجارة، أمّا في البيع فلما تقدّم في التوضيح من تعريفه بنقل العين أو بانتقالها أو بالعقد الدال على النقل أو على الانتقال، مضافاً إلى تصريح بعضهم كالعلامة بعدم إنعقاده على المنافع. وإشتهار المعنى بين الأصحاب من عصر شيخ الطائفة الى المتأخرين كافٍ لإثبات معناه العرفي، و لا يقلّ عن إخبار اللغوي بما استعمل فيه اللفظ. و لعلّه لهذا نفى صاحب الجواهر رحمته الله الخلاف في المسألة، بل ادّعى الاجماع صريحاً الشيخ الفقيه كاشف الغطاء في شرحه على القواعد معلّقاً على قول العلامة «فلا ينعقد على المنافع» بما لفظه: «للأصل، مع القطع بعدم صدق الاسم، لما مرّ، أو الشك فيه، وللإجماع».

و أما في الإجارة فيكفي تصريح العلامة بذلك، حيث قال: «الإجارة عقدٌ يتعلق بنقل المنافع، و ليست بيعاً عندنا. و قال الشافعي و أحمد: الإجارة نوع من البيع، لأنها تعليق من كل واحد منهما لصاحبه... و هو غلط، لأنّ البيع مختص بنقل الأعيان. إذا ثبت هذا فلو قال في الإيجاب: بعثك منفعة هذه الدار شهراً بكذا، لم يصح عندنا، لما بيّنا من إختصاص لفظ البيع

بنقل الأعيان^أ. وكلمة «عندنا» لا تخلو من ظهور في الإجماع بل هي من ألفاظه. ولا وجه للחדشة فيه بأنه إجماع منقول لا يُعتمد عليه، إذ المقصود إستكشاف معنى اللفظ عند أهل اللسان، ومثله يثبت بدعوى الاتفاق على مدلول اللفظ.

فإن قلت: لم يثبت الاتفاق على اختصاص البيع بتمليك الأعيان، بل ثبت الخلاف فيه كما يظهر من كلام بعضهم في البيع والإجارة. أما في البيع فقد عرّفه المحقق في الشرائع بأنه «العقد الدال على نقل الملك»^ب و تبعه في ذلك جماعة من أساطين الفقه كالمحقق الثاني والشهيد والفاضل السبزواري، والفاضل النراقي^ج. وحيث إن الملك أعم من العين، فدعوى اختصاصه بالعين كما ترى.

و أما في كتاب الإجارة فقد تردّد المحقق في إنشاء الإجارة بلفظ البيع و لم يحكم ببطلانه، قال: «ولو قال: بعثك هذه الدار ونوى الإجارة لم يصح، وكذا لو قال بعثك سكنها، لا اختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان. وفيه تردد»^د. كما تردّد الشهيد أيضاً في المسألة، و معه لا سبيل لاستكشاف مدلول اللفظ بالاتفاق، بعد وقوع الخلاف فيه بين الفقهاء.

قلت: كلمات هؤلاء الأجلة - في الموضوعين - غير قاذحة في دعوى الإجماع على اختصاص البيع بتمليك الأعيان، وإطلاقه على نقل المنافع مجازاً. أما تعريف البيع بنقل الملك فلا يدلّ على صدق البيع على تمليك المنفعة حقيقة، لكون مرادهم بالملك العين لا ما يعمّ المنفعة، فالمحقق عرّف البيع في المختصر النافع «بالعقد الناقل للعين المملوكة»^{هـ}.

أ : تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٩١

ب : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٧

ج : لاحظ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥؛ الروضة البهية في شرح اللمعة، ج ٣، ص ٢٢١؛ كفاية الأحكام،

ص ٨٨، مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦٠

د : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤٠؛ الروضة البهية في شرح اللمعة، ج ٤، ص ٣٢٨

هـ : المختصر النافع، ص ١١٨

والمحقق الثاني صرح بمجازية البيع في تمليك المنفعة^أ كما سيأتي نقل كلامه. و الشهيد عرّفه في الدروس بأنه «نقل العين»^ب، و صرح في رهنه أيضاً «ببطلان رهن المنفعة، لعدم إمكان بيعها»^ج. و الفاضل النراقي اعتبر في شرائط العوضين «أن يكونا عينين، فلو كانا منفعة كسكنى الدار مدة لم ينعقد للاجماع»^د.

و لأجل تسالمهم على الاختصاص و عدم كون المسألة خلافية أورد الشهيد الثاني في المسالك على تعريف المحقق بما لفظه: «أن الملك يشمل الأعيان و المنافع، فيستقضى في طرده أيضاً بالإجارة، فإن عقدها أيضاً لفظ دالّ على نقل الملك - و هو المنفعة - بعوض معلوم»^{هـ} و بمثله أورد في الروضة على تعريف الشهيد في اللمعة.

و عليه فما ذكروه في تعريف البيع بنقل الملك لا ينافي تسالمهم على اعتبار عينية المبيع.

و أمّا ما ذكروه في الإجارة من التردد في بطلان إنشائها ببيع السكنى فلا يصادم الاختصاص المزبور، و ذلك لعدم كون منشأ التردد احتمال إطلاق البيع على نقل الملك عيناً أو منفعة، بل منشؤه الاختلاف في اعتبار الصراحة و الظهور الوضعي في ألفاظ العقود مطلقاً أو خصوص اللازمة منها، و عدم تحققها بالمجاز و الكناية و المشترك. و يشهد له بيان الشهيد الثاني في المنع عن إنشاء الإجارة بلفظ العارية، حيث قال: «و لا يخفى أن التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة»^و.

أ: جامع المقاصد، ج ٧، ص ٨٣

ب: الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩١

ج: المصدر، ص ٣٨٧

د: مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٧١

هـ: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٦

و: مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٧٣

و قال في الجواهر في جواز إنشاء البيع بلفظ السلم: «قولان أشبههما العدم، لأنه مجاز في مطلق البيع، و العقود اللازمة لاتنقذ بالمجازات كما صرحوا به»^أ. و قال المحقق الثاني: «و اذا قال: بعثك سكتها سنة فقد تجوز في السنة، فإن السكتى لا يقع عليها البيع إلا مجازاً»^ب. و الحاصل: أن اختصاص البيع عندهم بنقل الأعيان و مجازيته في نقل المنافع من الواضحات، و مقصودهم بيان المتفاهم العرفي بما أنهم من أهل اللسان، و لذا استند بعضهم إلى التبادر، و عليه فلا وجه لإشكال بعض الأعظم على الاستناد إلى كلمات الأصحاب «بأن غرضهم بيان موضوع الأثر شرعاً، مع أن الكلام في تحديد المعنى عرفاً» و ذلك لأن الاستشهاد بكلماتهم ناظر إلى كونهم من أهل اللسان، لا إلى كونهم فقهاء حتى يكونوا بصدد بيان المعنى الشرعي، بل صرح بعضهم بأن المعرف هو المعنى العرفي لكونه المتبادر من اللفظ عند الإطلاق. و احتمال إستناده الى القرائن لا إلى حاق اللفظ مندفع بأن المحجة على الوضع عندهم أحد أمرين، تنصيص الواضع، وإنسباق المعنى الى الذهن عند سماع اللفظ مجرداً عن القرينة. و قد تحصل مما ذكرناه: أن مستند الفقهاء في أخذ العين في البيع هو التبادر عند أهل اللسان، و ليس الغرض تحديد ما هو موضوع الأثر شرعاً، بل تحديد معناه العرفي. هذا ما يتعلق بالقول المشهور.

وأما القول الثاني - و هو عدم اعتبار عينية المبيع - كما اختاره المحقق الايرواني وغيره فيستدل له بإطلاق البيع في الاستعمالات الفصيحة على غير نقل الأعيان بلا قرينة، كما في مثل قوله تعالى: ﴿ أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى ﴾^ج. فإن المقابلة بين البيع و الشراء تقتضي كون المبيع هي الهداية التي ليست من سنخ الأعيان و المنافع التي يبذل بازائها المال.

أ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٨

ب: جامع المقاصد، ج ٧، ص ٨٣

ج: معارج الاصول، ص ٥٠ للمحقق الحلي.

د: البقرة، الآية: ١٦

وقوله تعالى: ﴿وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾^أ.
وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا﴾^ب وغير ذلك من الآيات التي أطلق فيها
البيع والشراء على غير نقل العين، على حد إطلاقهما عليها في قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ
بَخِيسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾^ج.

وتقدمت روايات بيع خدمة العبد المدبر وسكنى الدار ونحوهما من إطلاق البيع على
نقل المنفعة والحق بلا عناية. كما تعارف في هذه الأزمنة إطلاق البيع على نقل بعض الحقوق
كالسرقفلية، وغيرها. ولا ريب في أن كثرة موارد الاستعمال - المجردة عن قرينة المجاز -
كاشفة عن أعمية الموضوع له، أو المتفاهم من اللفظ، وأن البيع بمعنى نقل خصوص العين
صنف خاص من طبيعي النقل المستفاد من إطلاقاته في الكتاب والسنة والمحاورات العرفية.
ولعله لهذا ذهب المحقق الاصفهاني رحمته الله إلى أن البيع العرفي بمعنى نقل العين صنف
من مفهومه العام، حيث قال في النسب إلى حقيقة الاجارة بالاعارة والبيع ما لفظه: «فإن أخبار
بيع خدمة المدبر والإطلاقات الشائعة القرآنية وغيرها من دون عناية أصدق شاهد على أن
مفهوم البيع عرفاً غير مقصور على تملك العين بعوض، وإن كان البيع المقابل للاجارة
المحكوم بأحكام خاصة صنفاً مخصوصاً من طبيعي معناه اللغوي والعرفي»^د.

لكنك خبير بأن مجرد شيوع استعمال البيع في غير نقل الأعيان لا يكشف عن أعمية
الموضوع له بعد ما عرفت من تبادر صنف خاص إلى الذهن، وهو من أمارات الوضع. ويؤيده
تصريح مثل المحقق الثاني بمجازية البيع في تملك المنفعة.

و عليه فالوضع للأعم أو وضعه تارة للصنف وأخرى لطبيعي النقل منوط بقيام إحدى

أ: البقرة، الآية: ٩٦

ب: المائدة، الآية: ٤٨

ج: يوسف، الآية: ٢٠

د: كتاب الاجارة، ص ٨

أماراته عليه، ولا يكفي نفس الاستعمال، لما تقرّر من كون أصالة الحقيقة من الأصول المرادية التي يعول عليها عند الشك في مراد المتكلم بعد إحراز الحقيقة و المجاز.

و ما نسبته المحقق الاصفهاني الى اللغة و العرف محل تأمل، إذ لم أقف على معنى آخر في اللغة أعم من «مبادلة مال بمال» و ظهوره في حصر المعنى فيه لا كونه صنفاً من معناه العام ممّا لا ينكر. وكذا في العرف كما تقدم.

مع أنّ لازم وضع البيع لطبيعي التبديل لغةً و عرفاً إجمالاً الأدلة المتكفلة لأحكام البيع كآية حلّ البيع و دليل خيار المجلس و نحوهما، لعدم إحراز الموضوع. حيث لا قرينة معيّنة على موضوعية الصنف أو الطبيعي.

و دعوى حمل البيع المقابل للإجارة على نقل العين غير ظاهرة، لفرض تردّد الموضوع في مثل «البيع بالخيار» بين كون المعوض عيناً و ما يعمّ المنفعة، لفرض صدق البيع على بيع سكنى الدار حقيقةً، و يلزمه إجراء أحكامه عليه، و لا أقلّ من كون الشبهة مفهومية، مع تسالمهم على مرجعية تلك الأدلة بلا فحص عن قرينة تُعيّن المراد من البيع، و هذا كافٍ في استقرار ظهور اللفظ عندهم في ما كان المعوض عيناً.

و الحاصل: أنّ ما ذهب إليه المشهور من اختصاص البيع بتعمليك الأعيان و نقلها هو المتيقن من مفهومه العرفي.

ولو شكّ في شموله لنقل المنافع إمتنع التمسك بالاطلاقات لتصحيحه، للشك في الموضوع حسب الفرض، كما أفاده المحقق النائيني رحمته الله. و مجرد «صدق العقد العرفي على إنشاء نقل المنفعة بعنوان البيع فيحكم بصحته للأمر بالوفاء بالعقود و تنفيذها» لا يقتضي ترتيب الأحكام المختصة بالبيع عليه. بل يُشكل ترتيب آثار الإجارة عليه أيضاً، إلا بناءً على دلالة البيع - ولو بمعونة القرينة - على تملك المنفعة، و على كفاية الانشاء بالمجازات، و تحقيقه موكل الى بحث ألفاظ العقود.

هذه جملة من الكلام في المقام الأول و هو أصل إعتبار العينية في المبيع.

لا فرق في المبيع بين الأعيان الشخصية والكلية بأقسامها

وأما المقام الثاني - وهو عدم الفرق في العين بين الشخصية والكلية بأقسامها - فنخبة الكلام فيه: أن الظاهر عدم إختصاص المبيع بالعين الشخصية، فتعم الكلية بأقسامها من المشاع والمعين والدين والذمي، لصدق العين المقابل للمنفعة والحق على جميع ذلك، وأدعى السيد الطباطبائي رحمته «الاجماع على الصحة»^أ.

و ربما يشكل إنطباق مفهوم البيع على الكلّي الذمي، و منشأ الاشكال أمران، أحدهما: إنتفاء الملكية، وهو مشترك بين قسمي الذمي من الدين والحال، و ثانيهما: إنتفاء المالية، وهو مختص ببيع الكلّي في ذمة نفسه من دون أن يكون ديناً على غيره.

و تقريب الاشكال المشترك هو: إنتفاء الملكية مع أن البيع تمليك عين بعوض، و بيانه: أن الملكية تكون من قبيل الأعراض التي لا تتحقق في دار الوجود إلا في موضوع محقق، نظير السواد والبياض اللذين يكون وجودهما المحمولي وجوداً نعتياً لمعروض فعلي. و حيث إن الكلّي الذمي معدوم إمتنع إتصافه بالمملوكية، و من المعلوم عدم صدق البيع بانتفاء الملكية التي تقع المبادلة فيها. و لا فرق في هذه الجهة بين الدين وغيره، لأن مناط الإشكال إمتناع قيام الملكية بالمعدوم، نعم بيع الكلّي المشاع و المعين سليم عن هذا المحذور، لكون معروض الملكية موجوداً بالفعل.

و تقريب الاشكال الثاني - المختص بالكلّي الذمي غير الدين - هو: أن البيع مبادلة مال بمال، و ظاهره إعتبار مالية العوضين مع الغض عن تعلق العقد بهما، و من المعلوم أن الكلّي الذمي لا يعدّ مالاً قبل البيع، فلا يقال لمن ليس له حنطة: انه ذو مال بالنسبة الى ألف من منها، نعم بعد تمليك كلّي الحنطة للغير يكون المشتري ذا مال في ذمة البائع، لكن المناط في صدق البيع

كون كل من العوضين في حد نفسه مالاً.

هكذا قرّر السيد عليه السلام الاشكالين، وجعل مصبهما الكلي الذمي ديناً أو غيره، ثم أجاب عنهما بما سيأتي.

لكن الظاهر أنّ إشكال ملكية المعدوم جارٍ في القسمين الآخرين أعني بهما: المشاع والمعين. أمّا في المشاع كبيع نصف الدار فلما قيل من أنّ الوجود مساوق للتعين، ولا تعين للكسر المشاع قبل الإفراز، إذ الموجود هو الدار، والنصف بعد التقسيم موجود مستقل لا يصدق عليه النصف. فصحّ أن يقال: الكسر المشاع معدوم فلا ملك حيثنّذ.

و أمّا في الكلي في المعين كصاعٍ من صبرة فكذا، فإنّ الشيء ما لم يوجد لم يتشخص، فالوجود مساوق للتشخص، والصاع بوصف كليته الصادق على كل واحد من صيعان الصبرة غير موجود بالفعل، لأنّ الموجود أبعاض الصبرة وآحادها، والواحد الشخصي غير قابل للصدق على الكثير، مع أنّ المبيع حسب الفرض هو الصاع بوصف قابلية الانطباق على كل واحد من الصيعان، وليس صاعاً شخصياً، ولذا لا يملكه المشتري قبل التقسيم والإفراز.

و الحاصل: أن محذور بيع الكلي الذمي - أعني به إنتفاء معروض الملكية - جارٍ في المشاع والمعين، وإن كان الفارق تقيّد المبيع بصنف من الطبيعي وهو المحصور في الدار والصبرة، وعدم تقيّد الذمي به، لكن هذا المقدار من الفرق غير رافع للاشكال. والغرض الاشارة الى عموم المحذور، وتحقيقه موكول الى مسألة بيع نصف الدار وبيع الصاع.

وكيف كان فيندفع إشكال عدم كون الكلي الذمي مملوكاً بأنّ الملكية تطلق تارةً على الملكية الحقيقية التي يراد بها الإحاطة القيومية المعبر عنها بالاضافة الاشراقية التي هي إفاضة الوجود على الممكنات، وهذه الإحاطة نظير إحاطة النفس بالصور المخلوقة لها. والملكية بهذا المعنى ليست من المقولات، بل هي عين الإيجاد.

و أخرى على الملكية المقولية المعبر عنها بالجدة، التي هي هيئة حاصلة من إحاطة جسم بجسم، كإحاطة العمامة بالرأس، و القميص بالبدن، و الملكية بهذا المعنى عَرَضَ مقولي يتوقف على محيط و محاط خارجيين.

و ثالثة على الملكية الاعتبارية، و هي الاضافة الخاصة بين شيئين لوحظ فيها تبعية أحدهما للآخر، كما في قولنا: «الدار لزيد» فإنَّ اللام تحكي عن كون الدار مضافةً بالاضافة الملكية التي روعي فيها حيثية التبعية و المتبوعة، فلو كان طرفا هذه الاضافة من سنخ واحد كما اذا كانا جمادين غير صالحين لمتبوعة أحدهما للآخر إمتنع اعتبار الملكية، لأنَّ جعل أحدهما تابعاً للآخر ترجيح بلا مرجح و خالٍ عن المقتضي.

و عليه فالملكية الاعتبارية - التي هي مدار المعاملات - ليست من الأعراض المقولية المنوطة بوجود موضوعاتها خارجاً، فلا تتوقف على وجود معروضها كذلك، بل يكفي في إعتبارها وجود محلها إعتباراً بلحاظ ترقب حصوله، فيكون كل من الملكية و المملوك - بل وكذا المالك في بعض الموارد ككُلِّي السيد و الفقير - أمراً إعتبارياً، و من المعلوم أنَّ العقلاء يعتبرون الملكية للكلِّي الذمي - بقسميه - خصوصاً الدين، كما يعتبرونها للثمرة المتجددة فيما بعد، و للمنفعة المعدومة، و للأعيان الشخصية الموجودة بالفعل.

و الحاصل: أنَّ الملكية الاعتبارية تابعة لاعتبار العقلاء و الشارع، سواء أكان المملوك فعلياً أم مما يتوقع وجوده، و يكفي شاهداً عليه تعارف بيع السلف عندهم بعد إحراز أهلية المتعهد، فالبائع مالكٌ لألف من من الحنطة في ذمة نفسه وإن لم تكن موجودة بالفعل.

و دعوى: أنَّ الملكية الاعتبارية محققة في بيع دين على ذمة الغير، و أما «بيع السلم و نحوه فيشكل، إذ لا مملوك لا خارجاً و لا في الذمة. أما انتفاؤه في الخارج فواضح، و أما في الذمة فلأنَّه لا ملك قبل العقد حسب الفرض، فإنَّ لم يعتبر مالكية نفسه للمبيع لم يكن بيعاً، وإن اعتبرها بنفس إنشائه لزم إيجاد موضوع المبادلة بمحموله المتأخر عنه، و من المعلوم استحالة إيجاد المتقدم بالرتبة بما هو متأخر عنه كذلك» غير مسموعة، لكفاية إعتبار مالكية المبيع أنما

قبل الإنشاء كما التزموا بها في موارد كالمعاطاة بناءً على الإباحة، و شراء العمودين و نحوهما ممن ينعتق عليه بمجرد الشراء قهراً.

و ما أفاده بعض الأجلة رحمهم الله من تصحيح بيع الكلي الذمي «بالملكية الرتببة، نظير فسخ ذي الخيار»^أ فإن كان مراده بالرتبة الملكية الزمانية الآتية - حيث لا إعتبار للملكية في غير وعاء الزمان - فهو متين، و لعل تنظيره يعود المال الى ملك ذي الخيار بمجرد فسخه الفعلي شاهد على إرادة الملكية الآتية. و إن كان مراده بالرتبة ما يصطلح عليها في باب العلة و المعلول، مع وحدة وجودهما زماناً بمقتضى تكافؤ المتضايين فغير ظاهر، إذ لا عِلَّةٌ بين إعتبار ملكية الكلي و بين إنشاء البيع عليه.

هذا كله في حل الاشكال عن بيع الكلي الذمي من جهة اعتبار ملكية المبيع.

وأما الاشكال الثاني - وهو إنتفاء المالية المعتبرة في البيع - فقد أجاب عنه السيد رحمهم الله بما لفظه: «ان المعتبر في البيع بل سائر التمليكات ليس إلا كون المتعلق ممّا يتموّل في حدّ نفسه و إن لم يعدّ كونه مالاً عرفياً للممّلك، و من المعلوم أن ألف من من الحنطة مال بهذا المعنى»^ب.

و ببيان المحقق الاصفهاني رحمهم الله: ان المالية صفة ثبوتية تنتزع من الشيء بملاحظة كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع، كالمن من الحنطة، فإنّه ليس في حدّ نفسه كالمن من التراب. إلا أن المالية كالملكية صفة إعتبارية، و ليست كالأعراض المقولية المنوطة بوجود معروضاتها خارجاً، فمنشأ الانتزاع موجود خارجاً تارةً، و إعتباراً أخرى. و المال بهذا المعنى صادق على الكليات الذمية بلحاظ توقُّع وجودها، و لذا يتنافس العقلاء على شرائها سلمك.

أ: جامع المدارك، ج ٣، ص ٦٩

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٤

ج: حاشية المكاسب، ص ٣

ولو قيل بأن عدم مالية الكلي الذمي ينشأ من تقيده بالذمة المانع عن قابلية وجوده خارجاً، ومثله يمتنع إتصافه بالمالية، قلنا: إن العهدة ظرف للكلي لا قيده حتى يمتنع وجوده العيني، ومن المعلوم عدم إقتضاء الظرفية المنع عن قابلية الانطباق على ما في الخارج، والمالية تتوقف على هذه القابلية كما لا يخفى.

وقد تحصل إندفاع إشكال بيع الكلي من ناحيتي الملكية والمالية معاً، هذا مضافاً إلى الاجماع المدعى في كلام صاحب العروة قوله.

وقد أجيب عن إشكال الملكية بوجوه أخرى تعرض السيّد لها ولما فيها، ونحن نقتصر على بيان وجهين منها:

الأول: ما أفاده الفاضل النراقي قوله في تصوير بيع المعدوم كالسلم بقوله: «قلت: اللازم في البيع تحقق النقل حال البيع، لا تحقق الملك حينئذٍ، لجواز نقل الملك المتحقق غداً أو بعد شهر اليوم، كما في نقل المنفعة في الاجارة، سيما إذا لم يكن مبدؤها متصلاً بالعقد...»^١ و محصله: أن محذور بيع الكلي يتوقف على كون البيع نقلاً للملك الفعلي، فيشكل حينئذٍ بامتناع التملك مع انتفاء المملوك. ولكن البيع نقل الملك، ولا مانع من فعلية النقل وإستقبالية المملوك، لعدم كون النقل عرضاً حتى تتوقف فعليته على فعلية معروضه وهو الملك، هذا.

ولكنك خبير بأنه لا وجه للتصرف في معنى البيع بجعله نقلاً فعلياً وإن كان المنقول معدوماً حين النقل، بل يمكن تصحيحه حتى بناء على كون البيع نقلاً للملك الفعلي، وذلك لأن الملكية والزوجية - كما صرح به الفاضل النراقي بعد أسطر^٢ - من الأحكام الوضعية، ومن المعلوم أنها أمور إعتبارية لا ثبوت لها إلا في أفق الاعتبار بعد تحقق مصحح الاعتبار عند

أ: عوائد الأيام، ص ٣٨

ب: المصدر، ص ٣٩

العقلاء والشرع، وليست من الأعراض المقولية التابعة لمعروضاتها قوةً وفعلًا. ولا ريب في اعتبارهم مملوكية المعدوم بعد تعارف بيع السلم عندهم، وهو كاشف عن كفاية فرض الوجود لطرف إضافة الملكية في المعاملة عليه، وعدم اعتبار وجوده العيني، وعلى هذا لم يتوقف تصحيح بيع الكلبي على التصرف فيه بما أفاده الفاضل رحمته من كون الملكية حكماً وضعياً دائراً مدار الاعتبار، وليست عرضاً مقولياً حتى بتخيل إمتناع قيامها بالمعدوم.

مع أن عدوله الى جعل البيع نقلاً فعلياً - وإن كان المنقول إستقبالياً - غير مجدٍ، أما أولاً: فلأن النقل وإن لم يكن عرضاً مصطلحاً، إلا أنه من المعاني التي لا إستقلال لها في التحصّل، بل لا بد أن يكون بلحاظ مكان أو إضافة، فإذا لم تكن إضافة الملكية الى المعدوم معقولةً فالنقل بلحاظها غير معقول أيضاً، فكما أن الملكية غير فعلية فكذا النقل غير فعلي، وإنما هو معلق على أمر متأخر، ومن المعلوم مبطلية التعليق إجماعاً.

ولو قيل: بأن الملكية فعلية، والموجود بالقوة هو المملوك، فنقل الملكية فعلياً ولا ربط له بالتعليق، قلنا: إن الملكية نسبة خاصة بين المالك والمملوك، ومع إنتفاء المملوك حسب الفرض لا يعقل وجود الملكية فعلاً، وهذا كثر على ما فر منه.

هذا ما أفاده السيد والمحقق الاصفهاني رحمتهما بتوضيح منا.

وأما ثانياً: فللنقض بما في كلام السيد أيضاً من: أن لازم كلام الفاضل رحمته بطلان البيع إذا تعذر بعد ذلك تسليم الكلبي، أو أمكن ولم يحصل للبائع، لكونه كاشفاً عن أنه باع ما ليس له، ومن المعلوم أنه لا يكون باطلاً، بل له خيار تعذر التسليم.

أ: حاشية المكاسب، ص ٥٤

ب: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٣

ج: حاشية المكاسب، ص ٥٤

إلا أنه يمكن ذبه بتصريح الفاضل بدلالة الأخبار على اشتراط المملوكية حال البيع، وإنما يخرج عنه بدليل كما في بيع السلم وبيع المعدوم مع الضميمة. ومقتضى هذا البيان الالتزام بصحة بيع الكلّي سَلماً، وتعذر التسليم لا يستلزم البطلان بل يوجب الخيار.

الوجه الثاني: ما أفاده السيد عليه السلام ومحصله: أن الملكية وإن كانت من الأعراض الخارجية، إلا أن حقيقتها عين إعتبار العقلاء أو الشارع، فيمكن أن يكون محلها موجوداً في وعاء الاعتبار كالكلّي الذمي والمنفعة المعدومة والثمرة المتجددة، نظير الوجوب والحرمة، فإنهما وإن كانا عرضين إلا أنهما يتعلقان بكلّي الصلاة والشرب قبل وجودهما في الخارج. أقول: إن كان مراده عليه السلام من كون الملكية عَرَضاً خارجياً ما اصطلاح عليه أهل المعقول - أي الماهية التي لو وجدت وجدت في موضوع - في قبال الجوهر توجه عليه ما أفاده المحقق الاصفهاني عليه السلام من إمتناع الجمع بين كونها عَرَضاً وإعتباراً عقلائياً، لما بينهما من التقابل؛ فالعَرَضُ المقولي أمر واقعي، والاعتبار المقابل للمقولات لا ثبوت له إلا في أفق الاعتبار، فعدها من الأعراض معناه توقف فعليتها على فعلية معروضها أي المملوك، كما أنها إن كانت من الاعتباريات المغايرة سنخاً للمقولات كان نفس إعتبارها منشأ لترتيب الآثار عليها. وكان المناسب أن يقتصر السيد عليه السلام على أن حقيقتها عين إعتبار العقلاء.

و إن كان مراده من العَرَضُ معناه اللغوي وهو اللقوق لا العَرَضُ المقولي فما أفاده متين، فالملكية نسبة بين المالك والمملوك و يتصف بها المال، ومعنى خارجيتها عدم كونها مجرد تخيل كأنياب الأغوال. ولا تنافي حيثنذ بين توصيف الملكية بالعَرَضُ الخارجي وبالأمرا الاعتباري، هذا.

والإنصاف أن ما ألزمه به المحقق الاصفهاني في محله، لكونه أخذاً بظاهر الكلام.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بالمعوض.

و أما العوض^(١) فلا إشكال^(٢) في جواز

التمن في البيع أعم من العين والمنفعة

(١) قد عرفت إختصاص المعوض بالعين، و أما العوض فلا يعتبر فيه ذلك، بل يكفي كونه مالا يُرغب فيه و يتنافس عليه، سواء أكان عيناً أم منفعةً أم حقاً، و حيث إن صدق البيع على ما إذا كان كلا العوضين عيناً من المسلمات لم يتعرض له المصنف رحمته، و إنما عقّد الكلام في مقامات ثلاثة، أحدها: في كفاية كون العوض منفعةً، و ثانيها: في حكم عمل الحرّ. و ثالثها: في جواز جعل بعض الحقوق عوضاً، و سيأتي تفصيل الكلام فيها عند تعرض المصنف له إن شاء الله تعالى.

أما إذا كان العوض عيناً فيجري فيه ما تقدّم في المعوض من الأقسام، من الشخصية والكلية بأنواعها.

(٢) من هنا شرّع المصنف في بيان المائز بين التمن و التمن، و هو إشارة إلى المورد الأول أعني به البحث عن جواز كون التمن منفعةً، خلافاً للوحيد البهبائي رحمته القائل باعتبار عينية العوضين معاً.

ثم إن المنفعة تطلق على معنيين:

الأول: ما يقابل العين، و هي حيثية قائمة بالعين، سواء أكانت منفعة الأعيان الجامدة كسكنى الدار، أم منفعة الأعيان الناطقة كالأعمال المحترمة التي يعملها الكسوب - حرّاً كان أو عبداً - كالخياطة و الطبابة و التجارة.

الثاني: ما يشمل العين، فيكون بمعنى الربح و الفائدة، فكما يقال: إستفاد بتجارته عشرة دنانير مثلاً أو ربح فيها، فكذا يقال: إنه إنتفع فيها بعشرة، و من المعلوم أن المنفعة بهذا المعنى أعم من العين الخارجية و من الحيثية القائمة بالعين.

و المقصود بالمنفعة هنا هو المعنى الأول أي ما يقابل العين، كما لا يخفى.

ثم إن المصنف رحمته حكم بجواز وقوع المنافع ثمناً في البيع سواء أكانت كسكنى الدار أم

كونها^(١) منفعة، كما في غير موضع من القواعد^(٢) و عن التذكرة^(٣) و جامع المقاصد، ولا يبعد عدم الخلاف فيه^(٤).

خدمة العبد أم عمل الحر، و فصل في الأخير بين وقوع معاوضة عليه قبل جعله ثمناً في البيع، و بين عدم وقوع المعاوضة عليه قبله، بالجواز في الأول و التأمل في الثاني كما سيظهر.

(١) تأنيث الضمير باعتبار الخبر.

(٢) قد ظفرت بتصريح العلامة بجواز كون العوض منفعة في موضعين من القواعد، أولهما بيع السلف، حيث قال فيه: «ولو كان الثمن خدمة عبد أو سكنى دار مدة معينة صح» أ ومن المعلوم عدم الفرق بين بيع السلف وغيره في الحكم.

و ثانيهما: عوض الإجارة، حيث قال: «وكلما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون عوضاً، عينا كان أو منفعة، ماثلت أو خالفت» ب.

(٣) قال في إجارة التذكرة: «مسألة: كلما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، لما بينهما من التناسب حتى ظناً واحداً. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا أو منفعة» ج.

(٤) أي: في جواز كون العوض منفعة، قال في الجواهر: «و أما الثمن فالظاهر من إطلاق الأدلة و الفتاوى و ما صرح به في المصاييح من أنه مطلق المقابل، فيدخل فيه الشخصي والكلّي، والعين والمنفعة، فيكون البيع بالنسبة إلى ذلك كالإجارة و الصلح يقع بكل منهما، ولا فرق بينهما من هذه الجهة» د.

أ: قواعد الأحكام، ص ٥٢

ب: قواعد الأحكام، ص ٨٩

ج: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٢٩٢، و لاحظ كلام المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٠٣

د: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٩

نعم ^(١) نُسِبَ ^(٢) إلى بعض الأعيان ^(٣) الخلاف فيه ^(٤).
ولعلّه ^(٥) لما اشتهر في كلامهم من «أن البيع لنقل الأعيان».

(١) إستدراك على نفي البُعد عن تحقق الاجماع على وقوع المنفعة ثمناً في البيع، وحاصله: أنه نُسِبَ الى بعض الأعيان إعتبار كون العوض عيناً كالمعوض، ومع وجود المخالف في المسألة لا تتجه دعوى نفي الخلاف.

(٢) المناسب هو الفقيه الكبير الشيخ جعفر النجفي في شرحه على بيع القواعد، قال فيه: «و منع بعض الأعيان ناش من قول بعض الفقهاء: انه موضوع لنقل الأعيان. وليس إلا نظير قولهم: الإجارة موضوعة لنقل المنافع».

(٣) وهو الوحيد البهبائي رحمته الله في رسالته الفارسية في المعاملات، قال فيها ما ترجمته: «ومن شرائط البيع كون المبيع والتمن عيناً لا منفعة، إذ البيع إنتقال عين بازاء إنتقال عين. وأما المنفعة فيمكن إنتقالها بعنوان لزوم بعقد إجارة أو صلح». أ. و وافقه الفاضل النراقي رحمته الله ب.

(٤) أي: في جواز كون العوض منفعة.

(٥) أي: ولعلّ خلاف بعض الأعيان، ومقصوده رحمته الله توجيه فتوى الوحيد البهبائي رحمته الله من إعتبار عينية كلا العوضين، وهذا التوجيه مذكور في مفتاح الكرامة والجواهر، وسبقها في التنبيه عليه الفقيه الكبير كاشف الغطاء رحمته الله. وتوضيحه: أنه يمكن أن يكون خلاف بعض الأعيان ناظراً إلى ما اشتهر في كلمات الفقهاء «رضوان الله عليهم» في مقام الفرق بين البيع والإجارة «أن البيع نقل الأعيان، والإجارة نقل المنافع» وعليه لا يصدق مفهوم البيع

أ: آداب التجارة، ص ٢٥. وهذا نصّ كلامه: وأز جمله شرائط بيع آنستکه مبيع و ثمن عين باشند نه منفعت، چه بيع انتقال عين بازاء انتقال عين است. وأما منفعت پس انتقال آن بعنوان لزوم بعقد إجاره ميشود يا صلح.

ب: مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٧١

ج: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٤٨؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٩

والظاهر^(١) إرادتهم بيان المبيع، نظير قولهم: إن الإجارة لنقل المنافع.

إلا إذا كان كلا العوضين عيناً، فمثل «تمليك كتاب سكنى دار شهراً» ليس بيعاً.

(١) هذارد التوجيه المزبور، وحاصله: أن المراد بهذه الجملة المعروفة بين الفقهاء تعيين حال المعوض خاصة، سواء في باب البيع والإجارة، فرادهم بوضع البيع لنقل الأعيان هو اعتبار عينية المبيع، كما أن مقصودهم بوضع الإجارة لتمليك المنافع هو اعتبار كون المعوض منفعة، من دون نظر إلى بيان حال العوض. والشاهد على هذه الدعوى تصريح بعضهم - كما تقدم في عبارة قواعد العلامة - بجواز كون عوض الإجارة عيناً ومنفعة، فإذا أجر داره سنة للسكنى جاز أن يجعل الأجرة مائة دينار، كما جاز أن يجعلها خياطة ثوب أو بناء غرفة، ونحوهما. وهذا كاشف عن كون قولهم: «الإجارة لنقل المنافع» ناظراً إلى المعوض خاصة، بلا نظر إلى العوض، فيتعين حينئذ أن يراد بقولهم: «البيع لنقل الأعيان» اختصاص المعوض بالعين، فالعوض إنما تعتبر ماله سواء أكان عيناً أم منفعة أم حقاً، على خلاف في الأخير سيأتي بيانه.

هذا تمام ما أفاده المصنف في المقام الأول مما يتعلق بالعوض، و صار حاصله: جواز كون المنافع ثمناً في البيع، إلا صنفاً خاصاً منها وهو عمل الحر كما سيأتي (*).

(*) ما أفاده المصنف رحمه الله من نفي الاشكال عن كون العوض منفعة لا بد أن يكون لصدق «المال» عليها حتى ينطبق عنوان البيع أي «مبادلة مال بمال» على تمليك عين بمنفعة. ولكنه ينافيه تردده في مالية المنافع فيما يتعلق بالمقبوض بالعقد الفاسد من قوله تارة: «بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة» وأخرى: «بناءً على صدق المال على المنفعة» وإن كان الصحيح ما اختاره هنا، من كفاية كون الثمن منفعة، إذ لا وجه لتخصيص الأموال بالأعيان كما هو ظاهر.

وكيف كان فيمكن الانتصار لمذهب الوحيد البهبهاني رحمه الله بوجوه أخرى غير ما تقدم

في كلامه من كون البيع لنقل الأعيان.

الأول: إنصراف أدلة البيع الى المتعارف من البيوع المتداولة بين الناس، من كون الأثمان أعياناً كالدرهم والدنانير، لا منافع وإن كانت أموالاً حقيقة.

و فيه: أن الموجب لانصراف الاطلاق الى حصة من الطبيعي هو التشكيك في الصدق، لا مجرد غلبة الوجود. فمع الاعتراف بمالية المنافع كالأعيان - و صدق «مبادلة مال بمال» حقيقة على تمليك عين بمنفعة - لا وجه للشك في شمول الأدلة له كما هو واضح. نعم لا بأس بهذا الانصراف في مثل أدلة مانعية لبس ما لا يؤكل في الصلاة عن أجزاء الإنسان مع كونه من أفراد.

الثاني: التردد في صدق «المال» على المنفعة، إما للجمود على ظاهر كلام ابن الأثير وغيره من عدم تسلّم صدقه على المنفعة، فيتوقف صدق البيع على كون العوضين من الأعيان. وإما لأنّ المنافع معدومة حال العقد، ولا مالية للمعدوم، كما لعلّه يستفاد من كلام الشهيد قده في قواعده من أنّ «مورد الاجارة العين لاستيفاء المنفعة، لأنّ المنافع معدومة» أ.

و فيه: أنّ المال صادق عرفاً على المنافع بل الحقوق أيضاً، فلو شك في سعة مفهومه لها لغة كفى التعويل على معناه لدى العرف العام، مع أنّ ظاهر القاموس تعميم المال للمنافع، لقوله: «ما ملكته من جميع الأشياء» إلا أن يدعى عدم إطلاق الشيء إلا على الأعيان، فليتنامل.

وأما مجرد كون المنفعة معدومة فلا يقتضي سلب المالية عنها، لما تقدم في بيع الكلي من أن المناط في الملكية والمالية وجود مصحح الاعتبار العرفي أو الشرعي، لا وجود ذات المال و الملك خارجاً. و عليه فسكنى الدار مثلاً مما يُبذل بازائه المال و يُرغب فيه، و معه لا وجه لنفي مالية المعدوم و لا ملكيته بقول مطلق.

الثالث : أن المنافع غير مملوكة، و هو إشكالٌ حكاه المحقق الاصفهاني قده في

بيعه وإجارته عن بعض أهل الدقة - و وافقه بعض الأجلة - من المنع عن جعل المتعلق في إجارة الأعيان هو المنفعة، بل لابد أن يكون تملك العين في جهة خاصة. و محصل الاشكال: أن المقصود من تملك المنفعة تسليط الطرف المقابل على حيثية من حيثيات العين ذات المنفعة كالدار للسكنى فيها، و الدابة للركوب عليها. و هذا مما يمتنع تحقيقه، لعدم كون السكنى من أعراض الدار حتى تكون مملوكة لمالك الدار بتبعتها، بل هي عرض قائم بالسكن، و عرض الساكن لو كان مملوكاً لكان لموضوعه لا لغيره، و إذا لم يملكه الموجر فكيف يملكه المستأجر؟

و لأجله لابد من تعريف الإجارة بأنها «تمليك العين في جهة خاصة في مدة مخصوصة» في قبال البيع الذي هو تملك العين من جميع الجهات بلا تقيد بجهة و لا مدة^أ. و هذا الاشكال - لو تم - منع عن تملك المنفعة وحدها، بل يتعين تملك العين في جهة إستيفاء منفعتها، و لا فرق في كون الاستيفاء عرضاً قائماً بمن يستوفيه - لا بالعين التي تقع مورداً للإجارة - بين جعل المنفعة معوضاً كما في باب الإجارة، و بين جعلها عوضاً كما في البيع. و لا يقدح إختلافهما في قصر السلطنة في الأول على حيثية معينة من العين، و شمولها في الثاني لجميع شؤونها، و وجه عدم الفرق إستحالة تملك المنفعة وحدها.

و أجاب عنه المحقق الاصفهاني رحمته الله بمنع مبنى العدول عن تعريف المشهور للإجارة إلى تعريفها بتمليك العين في جهة خاصة. و محصل ما أفاده : - بتوضيح منّا - أن سكنى الدار ليست عرضاً قائماً بالمستأجر خاصة حتى يتوهم عدم مملوكيتها للموَجِر حتى يمتنع تملكها للمستأجر، بل سكنى الدار كما هي مبدأ لعنوان الساكنية المنتزع من ذات الساكن - أي المستأجر - كذلك هي مبدأ لعنوان المسكونية المنتزع من الدار، كما هو حال كل عنوانين متضايقين، فما هو من شؤون الدار و حيثياتها هي حيثية المسكونية، لا حيثية

الساكنية التي هي عَرَض قائم بالمستأجر. غاية الأمر أن حيثية المسكونية لها نحوان من الوجود.

أحدهما: وجودها الاستعدادي القائم بالدار على حدّ وجود المقبول بوجود القابل كالنطفة والطفل، وهو في الدار قابليتها للسكنى، وهذا أمر قارٌّ غير متدرج في الوجود، وباقي ما دامت الدار باقية على حالها ولم تسقط عن قابلية السكنى فيها.

و ثانيهما: وجودها الفعلي أي المنفعة التدريجية، حيث إنّ فعليتها تكون بفعلية مضايغها القائم بالمستأجر في مقام الاستيفاء، ومن المعلوم أنّ متعلق الإجارة هو هذه الحيثية التي تكون من شؤون الدار، ولا ريب في أن شؤون العين قابلة لعروض الملكية لها بتبع مملوكية العين.

و الحاصل: أنّ مورد الإجارة هو حيثية المسكونية الفعلية المضايغة للساكنية الفعلية، وما هو من أعراض المستأجر حيثية الساكنية، وليست هي محط النظر.

هذا مضافاً إلى: أن حقيقة السكنى - التي هي مبدأ عنواني الساكنية و المسكونية - وإن كانت هي عين الكون في الدار، وهو عرض لذات الكائن لا للدار، إلّا أنّ هذا العرض حيث إنه من الأعراض النسبية التي لها نسبة إلى غير موضوعاتها - في قبال الأعراض غير النسبية - جاز أن يكون زمام أمره بيد مالك الدار، ولا نعني بالملكية إلّا ذلك.

فتحصل: أن منافع الأعيان مملوكة بتبع الأعيان، لكونها من شؤونها وحيثياتها. وعليه فلا وجه للتحاشي عن تعريف الإجارة بتمليك المنفعة.

ولو فرض تسليم الاشكال فتعريفها «بتمليك العين من جهة» لا يُجدي في دفع الغائلة، إذ لو كان معروض الملكية نفس تلك الجهة - كالسكنى في الدار - لا العين عادةً محذور تعلق الملكية بالمنفعة. ولو كان معروضها نفس العين المخصصة بجهة بما هي مقيدة بها لزم اجتماع ملكين إستقلايين على عين واحدة، و تقيّد مملوكيتها للمستأجر بجهة، وإطلاقها للموَجَر لا يوجب تعدد الموضوع. و دعوى خروجها عن ملك الموَجَر مؤقتاً، و صيرورتها ملك

المستأجر خاصة فلا يلزم إجتماع مالكين على عين واحدة، ممنوعة، للقطع بمشروعية التصرفات المالكية فيها للموَجَر من بيعها و هبتها و سائر الآثار المترتبة على ملك الموَجَر لها غير المزاحمة لانتفاع المستأجر بها. و كُلُّ ذلك دليل على بقاء الرقبة على ملك الموَجَر.

و نتيجة هذا البحث: أنَّ المنع عن وقوع المنافع عوضاً في البيع و معوضاً في الاجارة ممَّا لا وجه له، لا من جهة التشكيك في ملكية المَعْدوم، و لا في مالية المنفعة.

ولو إنتهى البحث الى الشك في صدق المال على المنفعة لزم الاقتصار على القدر المتيقن من مفهوم البيع و هو عينية كلا العوضين، لكون الشبهة مفهومية، و في مثلها لا مجال للتمسك لنفيه باطلاق ما دلَّ على حلية البيع - كما في بعض الكلمات - لكون الشك في موضوع الدليل حسب الفرض.

نعم لا بأس بالتمسك لصحة هذه المعاوضة بما دلَّ على وجوب الوفاء بالعقود، و بحلَّة الأكل بالتجارة عن تراخٍ و نحوهما من العمومات، وإن لم يترتب عليها الأحكام المختصة بالبيع.

هذا بناء على عدم كون عنوان «العقد» مشيراً إلى خصوص العقود المتعارفة في عصر التشريع، و إلا إمتنع التمسك بالآية أيضاً لمشروعية تملك العين بالمنفعة ما لم يحرز التعارف في ذلك العصر. إلا أنَّ الحمل على المشيرية مخالف لظهور العناوين المأخوذة في الخطابات في الموضوعية، كما هو ظاهر.

هذا كله فيما يتعلق بجعل المنفعة عوضاً، و سيأتي الكلام في المقام الثاني و هو عمل الحر.

وَأَمَّا^(١) عمل الحر

جواز وقوع عمل الحر ثمناً في البيع

(١) استدراك على قوله: «وَأَمَّا العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة» وعمل الحر وإن كان صنفاً من طبيعِي المنفعة، إلا أن وجه إفراده بالبحث هو الشبهة في ماليته، بخلاف سائر المنافع التي لا ريب في ماليتها. وقد أشرنا إلى أن الثمن إما أن يكون عيناً أو منفعة أو عمل حرّاً أو حقاً، وتقدم الكلام في مطلق المنفعة، وجواز وقوعه عوضاً، ويقع الكلام في المقام الثاني وهو إستثناء عمل الحر عن حكم كُلِّي المنفعة، للشك في صدق مفهوم «المال» عليه.

و توضيح ما أفاده المصنف رحمه الله: أن منفعة الآدمي - التي يُقصد جعلها ثمناً في البيع - إما أن تكون خدمة مملوك، وإما أن تكون عمل حرّاً، والثاني إما أن تقع المعاوضة عليه قبل البيع، وإما لا، فالأقسام ثلاثة:

الأول: أن تكون المنفعة عمل مملوك كما إذا أراد السيد شراء كتاب وجعل ثمنه خدمة مملوكه يوماً، ولا شبهة في صحة هذا البيع، لكون الثمن مالا مملوكاً يتبع ملك رقبته، ومن المعلوم سلطنة السيد على أنحاء التصرفات المشروعة في ماله، ومنها جعل عمل عبده أو أمته ثمناً في شراء سلعة.

الثاني: أن تكون المنفعة عمل حرّاً قد عومل بها، كما إذا آجر زيد نفسه لخياطة ثوب عمرو بدينار، وصارت الخياطة مملوكة للمستأجر في ذمة أجيره، فإذا اشترى المستأجر كتاباً من بكرٍ صحَّ جعل عوضه الخياطة التي يملكها في ذمة زيد، وتصير مشغولة حينئذٍ لبكرٍ بعد ما كانت مشغولة لعمرو. والوجه في الصحة كون هذه المنفعة الخاصة مالا مملوكاً للمستأجر، ولا يعتبر في البيع إلا صدق «مبادلة مال بمال» والمفروض تحققه في عمل الحر بعد وقوع معاوضة عليه بإجارة أو صلح.

الثالث: أن تكون المنفعة عمل حرّاً وأريد جعله ثمناً في البيع ابتداءً من دون سبق معاوضة عليه، وهذا هو مورد البحث فعلاً، كما إذا اشترى الحرّ الكسوب كتاباً وجعل ثمنه

خياطة ثوب، بأن يقول البائع: «بعثك كتابي بخياطة هذا الثوب» وقبله المشتري. وفي صحة هذا البيع وجهان أحدهما الصحة، والآخر البطلان.

ووجه الأول: إنطباق تعريف البيع عليه، إذ المراد بالمال كل ما يتنافس العقلاء عليه ويبدلون بازائه شيئاً، عيناً أم منفعة أم عمل حرّ أم خدمة عبد، ومن الواضح صدق المال على عمل الحرّ كخياطته ونجارته سواء وقعت معاوضة عليه أم لم تقع، فالمناط كون العمل في حدّ نفسه مما يرغب فيه النوع. ولولاه لزم بطلان إجارة عمل الحرّ، لوضوح اعتبار مالية المنفعة في باب الإجارة أيضاً، مع أنّه لا ريب في صحتها. ومن المعلوم أن وزان الإجارة وزان البيع في مبادلة الأموال، غايته أن هذا يفيد تمليك الأعيان، وتلك تفيد تمليك المنافع.

ووجه الثاني: - وهو البطلان - إحتال اعتبار مالية العوضين - في حدّ ذاتهما - قبل ورود البيع عليهما، لظهور تعريف المصباح في وقوع المبادلة بين شيئين إتصفاً بالمالية مع الغض عن المعاوضة، ومن المعلوم أن عمل الحرّ - قبل المعاوضة عليه بإجارة أو صلح - ليس مالاً، بل ماليته تتوقف على المعاوضة عليه، فالخياط بمجرد معرفته بالخياطة ليس ذا مال، وإنّما يصير كذلك إذا ملك عمله للغير بعوض.

ويكشف عن عدم مالية عمل الحرّ - في حدّ ذاته - ما ذكره في مسائل:

الأولى: في الاستطاعة المالية للحج، حيث لا يعدّ الكسوف المحترّف مستطعاً من ناحية كسبه وصنعتة، وتوقف استطاعته المالية على أن يؤجر نفسه للغير - قبل الحج - بما يفي بمؤونة حجه، فلو خرّج مع الرّفقة ولا يجد ما يحجّ به لا يجب عليه أن يؤجر نفسه في الطريق بما يكفي لنفقتة، لأنّه تحصيل للاستطاعة، ومن المعلوم عدم وجوب تحصيلها. ولو كان نفس عمل الحر وصنعتة مالاً - سواء آجر نفسه للغير أم لا - لكان مستطعاً قبل الإجارة واجداً لما يحجّ به، وَجَبَ عليه إجارة نفسه مقدّمة لأداء الحج الواجب عليه.

فان قلنا^(١): إنه قبل المعاوضة عليه^(٢) من الأموال فلا إشكال، وإلا^(٣)

الثانية: في ضمان حابس الحر الكسوب لمنافعه الفائتة منه في الحبس، حيث فصلوا بين كون المحبوس أجيراً لغيره - قبل الحبس - فيضمنها الحابس، وبين عدم كونه أجيراً فلا يضمنها. ولو كان ذات عمله و منفعتة متصفة بالمالية لزم تقريم الحابس مطلقاً، ولم يبق وجه للتفصيل المزبور.

الثالثة: في حجر المفلس، حيث إنه محجور بالنسبة إلى أمواله، لتعلق حق الغرماء بها، وليس محجوراً بالنسبة إلى أعماله. ولو كانت أعماله أموالاً لكان محجوراً بالنسبة إليها أيضاً. والحاصل: أن التردد في صدق المال على عمل الحر - قبل المعاوضة عليه - يكفي في المنع عن جعله عوضاً في البيع، ولا يلزم الجزم بعدم ماليته، لوضوح مانعية الشك في المالية عن التمسك باطلاق أدلة الامضاء، لكونه من الشك في موضوع الدليل.

هذا توضيح كلام المصنف رحمته في عمل الحر، ومحصلة: عدم صلاحية عمل الحر لوقوع ثمناً في البيع، وذلك لمقدمتين:

الأولى: عدم كون عمله في حد نفسه مالاً، والبيع مبادلة بين مالين. ثانيتهما: أنه يعتبر مالية العوضين قبل البيع، ولا يكفي إتصاف عمل الحر بالمالية بنفس البيع.

وقد ظهر مما ذكرناه وجه تقييد العمل بكونه عمل الحر، وهو الاحتراز عن عمل العبد، فإنه مال مملوك لمولاه بلا ريب كما تقدم.

(١) هذا وجه تصحيح جعل عمل الحر - كسائر المنافع - ثمناً في البيع، وكأنه قال: «و أما عمل الحر ففيه وجهان فان قلنا ...» وكيف كان فقد عرفت توضيح وجه الصحة بقولنا: «و وجه الأول إنطباق تعريف البيع عليه ... الخ».

(٢) هذا الضمير و ضمير «انه» راجعان الى عمل الحر.

(٣) أي: وإن لم نقل بكون عمل الحر مالاً في حد نفسه - بل تتوقف ماليته على المعاوضة عليه - أشكل وقوعه ثمناً في البيع. وقد عرفت وجه الاشكال بقولنا: «و وجه الثاني -

ففيه^(١) إشكال، من حيث احتمال إعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة^(٢)، كما يدل عليه^(٣) ما تقدم عن المصباح (*).

وهو البطلان - احتمال اعتبار... ».

(١) أي: ففي جواز كون عمل الحرّ عوضاً في البيع إشكالاً، منشؤه احتمال اشتراط البيع بمالية عوضين ذاتاً، لا حدوث المالية لهما أو لأحدهما بالبيع.

(٢) أي: قبل المعاوضة البيعية، يعني: سواء استؤجر على عمله قبل البيع أم لم يستؤجر عليه، فليس المراد بكلمة «المعاوضة» هنا مطلق المعاملة، إذ لو آجر الحرّ نفسه لخياطة ثوب فقد صحّ أنه عاوض على عمله، فيقع عمله المملوك للمستأجر عوضاً عن المبيع.

(٣) أي: على إعتبار كون العوضين مالا قبل إنشاء البيع. ووجه دلالة تعريف المصباح عليه هو: أن «مبادلة مال بمال» مؤلفة من موضوع ومحمول، فالموضوع هو المالان، والمحمول هو المبادلة بينهما، ولا ريب في ظهور التعريف في وقوع المبادلة بين المالين الفعليين، لا بين ما سيصير مالا بنفس البيع، ولو فرض عدم هذا الظهور كان نفس الشك في الموضوع كالقطع بانتفائه في عدم جواز التمسك بدليل الامضاء.

(*) لا يخفى ظهور المتن في أن المراد بعمل الحرّ هو فعله بمعناه المصدري كما مثلنا له بالخياطة ونحوها من الحرف، كما أن منشأ تردّد المصنف في كونه عوضاً في البيع هو عدم إتصافه بالمالية قبل المعاوضة عليه، لا عدم كونه ملكاً.

وقد يقال: إن المقصود من العمل معناه الاسم المصدري، وهو أثره ككون الثوب مخيطاً، وتوضيحه: أن المالية صفة وجودية تنتزع من الوجود، وفعالية الأمر الانتزاعي وشأنية منشئه غير معقولة، والعمل المتصف بالمالية بعد المعاوضة عليه هو الأثر، ضرورة كون العمل قبل الشروع فيه وبعد الفراغ منه معدوماً، وهو في حال التلبس به معدوم أيضاً بمقتضى تدرجه في الوجود وعدم كونه قارراً، والمعدوم ليس بمالٍ، فما يقبل الاتصاف بالمالية

هو أثره المحسوس كالخياطة و الصباغة، و هذا بخلاف ما لا يبقى أثره كصلاة الأجير و صومه، فإن صدق المال عليه مشكل، هذا ما قيل.

لكنك خبير بإمكان إتصاف المعدوم بالمالية و المملوكية، كما في الكلي المبيع، و الثمن في النسيئة، و المنفعة المتدرجة الوجود في باب الاجارة. ولو سُلّم قيامهما بالوجود العيني لا الاعتباري لم يكن وجهٌ لنصرف العمل عن معناه الحَدَثي الى أثره بعد ظهور الكلام بل صراحته في إرادة جعل العمل - بما هو صنف من طبيعى المنافع - عوضاً في البيع، و من المعلوم كون المنفعة متصرّمة الوجود لا قرار لها، و لازمه الالتزام بمنع مالية مطلق المنافع، لا خصوص عمل الحُر، و هو كما ترى.

ثم إن الاشكال في عمل الحُر كما ينشأ من التردد في ممالئته أو الجزم بعدمها، فكذا ينشأ من إنتفاء ملكيته، لعدم كونه مضافاً إليه بإضافة الملكية الاعتبارية، مع أن البيع مبادلة المالكين في الملكية، و يظهر من بعض أهل النظر حمل المتن - من الشك في المالية - على إنتفاء الملكية بين الحُر و عمله، و إن كان هذا التنزيل خلاف الظاهر جداً.

وكيف كان فالمسألة ذات وجوه:

أحدها: كون عمله مالاً مطلقاً سواء أكان قبل المعاوضة عليه أم بعدها، كما يظهر من تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته الله.

ثانيها: عدمه كذلك.

ثالثها: التفصيل بين وقوع المعاوضة عليه و عدمه كما في المتن.

رابعها: التفصيل بين عمل الكسوب و غيره كما مال إليه السيد رحمته الله.

و لا يبعد أن يقال بمالية عمله مطلقاً، لصدق حدّ المال عليه من «كونه شيئاً يبذل بازائه المال» أو «شيئاً يدخر لوقت الضرورة و الحاجة» أو «شيئاً يجري فيه الشح» فعمل الحُر كعمل

العبد في الرغبة و النفع و الأثر، فكما لا تكون المعاملة على خدمة العبد سفهية، فكذا على عمل الخُرّ، و لذا يصحّ جعله صداقاً في النكاح، و أخذ العوض بازائه في الاجارة و الصلح. و الجزم بعدم ماليته قبل المعاوضة عليه أو الشك فيها إما أن يكون لاختصاص المال بالأعيان ذوات المنافع، و إما أن يكون لتقوم مالية الشيء بوجوده فعلاً لا قوة. و كلاهما ممنوع كما مرّ آنفاً، و في بحث جعل مطلق المنفعة عوضاً في البيع.

بل يمكن الالتزام بصحة وقوعه عوضاً في البيع - قبل المعاوضة عليه - مع اعتبار مالية العوضين، لكفاية ماليته بنفس البيع كما تقدّم في تصوير الملكية الأناثائية في بيع الكلّي سلفاً و نحوه.

و أما إشكال عدم تملك الانسان لعمل نفسه بالملكية الاعتبارية ففيه: - بعد تسليم اعتبار الملكية بهذا المعنى في صحة المعاوضة - أنّ البيع مبادلة مال بمال، لا مبادلة مال مملوك بعمله، بشهادة جواز بيع الوقف عند طروء المسوّغ، و شراء الحاكم الشرعي آلات البناء للمساجد مثلاً بسهم سبيل الله، مع أنه ليس ملكاً لأحد.

و عليه فلا مانع من جعل عمل الخُرّ عوضاً في البيع بعد صدق المال عليه عرفاً. و أمّا ما تقدم في التوضيح - من الاستشهاد على عدم مالية عمله قبل المعاوضة عليه بمسألة الاستطاعة و ضمان الحابس و نحوهما - فلا ينفي ماليته، بل مالكيته لعمله بالملكية الاعتبارية العقلائية.

توضيحه: أمّا الاستطاعة فلأنّها - كما يظهر من أخبارها - منوطة بوجودان نفقة الحج فعلاً من الزاد و الراحلة و نحوهما من المؤن، و عدم كفاية مجرد التمكن من تحصيلها، ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام تفسير السبيل بقوله عليه السلام: «أن يكون له ما يحجّ به» و في معتبرة هشام بن الحكم عن أبي عبدالله عليه السلام في تفسير آية الاستطاعة: «من كان صحيحاً في بدنه

مخلّي سربه، له زاد وراحلة^أ ونحوهما غيرهما^ب، و ظهور اللّام في الملك مما لا يتنكر، ومن المعلوم أنّه لا يصدق على أرباب الأعمال - قبل المعاوضة عليها - أنّهم مالكون للأموال. وإضافة العمل الى الخُر ليست كإضافة الكتاب الى زيد إعتباراً في «كتاب زيد» بل من إضافة القرض الى موضوعه في القيام به تكويناً. نعم للخُر سلطنة على تمليك عمله للغير، لكونها - كما أفيد - من مراتب سلطانه على النفس بجميع شؤونها.

فان قلت: إنّ مقتضى نصوص الاستطاعة وإن كان ملك الزاد والراحلة فعلاً، وعدم كفاية القدرة على تحصيلها في وجوب الحج، إلّا أنّ الخُر الكسوب و ذا الصنعة ممّن يستطيع الحج أيضاً، وذلك لأنّ الأخبار المفسّرة للاستطاعة كما ورد فيها ما يكون ظاهراً في ملك النفقة فعلاً كقوله عليه السلام: «له ما يحج به» كذلك ورد فيها كفاية وجدان المؤمن، كما في رواية حذيفة بن منصور عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان الله عزّ وجلّ قرّض الحجّ على أهل الجدة...»^ج.

و مادة الوجود والوجدان وإن كانت ظاهرة في حصول الشيء فعلاً، فهي مساوقة لقوله عليه السلام: «له ما يحج به». إلّا أنّ هذا المضمون ورّد أيضاً في نصوص زكاة الفطرة الظاهرة في حصر المكلفين في صنفين، أحدهما من يجب عليه أن يزكّي وهو «الواجد والغني وذو المِرّة»، وثانيهما من لا يجب عليه ذلك، وهو «الفقير ومن لا يجد».

ففي رواية عبيدالله بن ميمون عن أبي عبدالله عن أبيه عليه السلام: «قال: ليس على من لا يجد ما يتصدّق به حرج»^د. وفي رواية الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: قلت له: لمن تحلّ

أ: وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٢٣، الباب ٨ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: ٧

ب: المصدر، الحديث: ١ و ٩ و ٤

ج: وسائل الشيعة، ج ٨، ص ١١، الباب ٢ من أبواب وجوب الحج و شرائطه، الحديث: ٢، ونحوه الحديث

٤ و ٥

د: وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٢٢٣، الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة، الحديث: ٢

الفطرة؟ قال: لمن لا يجد، و من حلت له لا تحل عليه، و من حل عليه، لم تحل له^أ.

و ظاهرهم حمل الوجدان على التمكن و القدرة على تحصيل المال، لا مالكيته فعلاً، قال السيد عليه السلام في العروة: «وكذا لا يجوز - يعني أخذ الزكاة - لمن كان ذا صنعة أو كسب يحصل منهما مقدار مؤونته»^ب و مقتضاه عدم كون الحر المحترف فقيراً مستحقاً للزكاة، بل هو غني بمجرد تمكنه من الكسب و إعمال صنعته، و أن فقده للنقد ليلة العيد لا يقدح في غناه و واجديته لما يتصدق به، و لا يوجب فقره و إستحقاقه للزكاة.

و عليه فليكن المراد من الوجدان في نصوص الاستطاعة المالية مجرد القدرة على تحصيل الزاد و الراحلة، لا مالكيتهما فعلاً بملك النقد و الثمن.

و الحاصل: أنه لا وجه للتفكيك بين الاستطاعة و الزكاة، فإما أن يراد من كلمة «يجد» في المقامين فعلية المال، التي مقتضاها عدم وجوب الزكاة على الكسوب، بل هو مستحق لها، وإما أن يراد منها في المقامين ما يعتمد القدرة على التحصيل، و لازمه وجوب الحج على الكسوب الفاقد للنقد، القادر على تحصيلها بالعمل في الطريق.

قلت: لا منافاة بين المقامين، لأن «الجدة و الوجود و الوجدان» و ما يشتق منها غير ظاهرة في الغنى و إصابة المال فعلاً، بل قد يراد بها ذلك و قد يراد بها اليسار و التمكن، و التعيين منوط بالقرينة. و كذلك وردت في اللغة، ففي اللسان: «التهذيب: يقال: وجدت في المال - وُجداً و وجداً و وجداناً و جدة أي: صرت ذا مال... و الوجد... اليسار و السعة...» و في المفردات: «و يُعبر عن التمكن من الشيء بالوجود، نحو: أقتلوا المشركين حيث وجدتموهم، أي: حيث رأيتموهم... فلم تجدوا ماء: فمعناه: فلم تقدرُوا على الماء، و قوله: من وُجدكم أي:

أ: وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٢٢٤، الحديث ٩

ب: العروة الوثقى، ج ٢، ص ٣٠٦، كتاب الزكاة، الفصل السادس في أصناف المستحقين.

ج: لسان العرب، ج ٣، ص ٤٤٥

تمكنكم و قدر غناكم، و يعتبر عن الغنى بالوجدان و الجدة، و عن الضالة بالوجود...^أ.
و في بعض أخبار التيمم تفسير وجدان الماء بالتمكن منه ولو بالشراء مع عدم إصابته
فعلاً، كرواية الحسين بن أبي طلحة عن العبد الصالح عليه السلام : «قال: فإن لم تجدوا بشراء و بغير
شراء»^ب فالقدرة على تحصيل الماء بالشراء وجدانه حقيقة.

و الحاصل: أن هذا المبدأ يستعمل تارة في حضور الشيء فعلاً و القدرة الفعلية على
التصرف فيه، و أخرى في التمكن من تحصيله مع فقده فعلاً. و يتوقف إستظهار كل منهما على
قرينة معينة.

و عليه فلا وجه لجعل نصوص الاستطاعة و زكاة الفطرة من باب واحد، لفرض إجمال
مادة الوجدان و الوجود، و احتمال إرادة اليسار و الغنى الفعلين، و إرادة القدرة على تحصيله.
و من المعلوم أن النصوص المشتملة على «لام» الملك كقوله عليه السلام : «له ما يحج به» ظاهرة جداً
في إصابة المال و القدرة الفعلية على التصرف فيه، و عدم كفاية التمكن من تحصيله، فتكون
قرينة على المراد من «الجدّة» في الأخبار المشتملة عليها. و لذا قال السيد عليه السلام في باب
الاستطاعة: «إذا لم يكن عنده الزاد، ولكن كان كسوباً يمكنه تحصيله بالكسب في الطريق لأكله
و شربه و غيرهما من بعض حوائجه هل يجب عليه أو لا؟ الأقوى عدمه، وإن كان أحوط به».

و هذا بخلاف باب زكاة الفطرة، إذ لم يرد فيها ما يصرف اللفظ عن ظهوره في التمكن
من التحصيل، و لذا أفتوا بعدم كون الكسوب مستحقاً للزكاة لكونه ممّن يجد المال.

و الحاصل: أن عمل الخَرْ وإن كان ملاً عرفاً، إلا أنه لا يوجب الإستطاعة، من جهة إعتبار
وجدان المال فعلاً فيها، إمّا بملك أو بإباحة كما في الحج البذلي.

و أما فرع ضمان حابس الخَرْ ظلماً لما فات من منافعه عنه في الحبس، فتفصيله: أن في

أ: مفردات ألفاظ القرآن، ص ٥١٣

ب: وسائل الشيعة، ج ٢، ص ٩٩٨، الباب ٢٦ من أبواب التيمم، الحديث: ٢

ج: العروة الوثقى، ج ٢، ص ٤٣٠، كتاب الحج، الفصل ٢ (شرائط وجوب الحج) الشرط الثالث، المسألة: ٥

المسألة قولين:

أحدهما: - وهو المشهور بل المدعى عليه الاجماع - عدم ضمان منافعه .
 و ثانيهما: الضمان، ذهب إليه المحقق الأردبيلي أ، و وافقه جمع من أعيان الفقه كالوحيد
 البهبهاني و السيد الطباطبائي.

قال في الشرائع: «ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم يستفد به، لأن منافعه في قبضته»^١. و علق عليه صاحب الجواهر رحمته بقوله: «فضلاً عن غير الصانع، بلا خلاف أجده فيه. بل في الكفاية: هو مقطوع به في كلام الأصحاب، وإن عثر في التذكرة بلفظ الأقوى مُشعراً باحتمال الضمان فيه. بل في مجمع البرهان: قوة ذلك، لقاعدة نفي الضرر مع كونه ظالماً وعادياً، فيندرج في قوله تعالى: ﴿من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ و ﴿جزاء سيئة سيئة مثلها﴾ و غيرهما مما دلّ على المقاصة والعقاب بمثل ما عوقب به، فالضمان حينئذٍ لذلك، لا للغصب الذي لا يقتضيه باعتبار عدم كون المغصوب مالاً تتبعه منافعه ولو شرعاً في الدخول تحت اليد واسم الغصب و غيرهما. و حكاة في الرياض عن خاله العلامة في حواشيه عليه، حيث قال: إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب، وإلا فالأمر كما ذكره الشارح، و مال إليه في الرياض، حيث يكون الحابس سبباً مفوّتاً لمنافع المحبوس ... الخ»^٢.

و المستفاد منه أنّ في المسألة قولين كما تقدم بيانه. و المهمّ صرف النظر الى أدلتهما، فنقول: يمكن أن يستدل على الضمان بوجوه:

الأول: ما في كلام المحقق الأردبيلي رحمته من الآيات الدالة على جواز الاعتداء بمثل ما اعتدى، و جواز سيئة سيئة مثلها، و جواز القصاص بالعقاب بمثل ما عوقب به، بتقريب: أن

أ: مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٥١٣

ب: شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٨٥

ج: جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٣٩

حبس الحرّ ظلماً إعتداءً عليه وعقاباً وسينّةً، فيجوز المقاضاة والعقاب بمثل ما عوقب به أ. هذا.

لكن الظاهر أنّ الحكم الوضعي - أعني به الضمان - أجنبي عن مساق الآيات، لكون العقاب بالمثل عبارة عن إيجاد عملٍ مماثلٍ لما عوقب به، ومن المعلوم أنّ العقاب بالمثل هو الحبس ونحوه من الاعتداء الذي وقع عليه.

إلا أن يقال: بصحة إطلاق العقاب والسينّة على كلّ من الحرمة الوضعية والتكليفية، لأنّ كلّاً منهما سينّة وإعتداء، وعليه فالحابس ضامن، لكون ضمانه مماثلاً لحبسه.

الثاني: ما في كلامه أيضاً من الاستناد إلى قاعدة نفي الضرر، فإنّ تفويت المنفعة بلا تداركٍ ضررٍ منفيٍّ في الشريعة المقدّسة، وهو أيضاً مفروض فيما إذا كان الضرر مسبباً عن الحبس، كتسبب الضرر عن استعمال الماء في الوضوء.

إلا أن يقال: إنّ المقام من عدم النفع، لا الضرر الذي هو النقص، فلا يصح التمسك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان.

و أما منع جريانها في أمثال المقام بدعوى: «أنّها نافية للأحكام التي ينشأ منها الضرر كوجوب الوضوء ولزوم العقد، وعدم الضمان ليس حكماً شرعياً حتى تجري فيه القاعدة» فغير مسموع، لأنّ عدم غير القابل للرفع بالقاعدة هو العدم الواقعي كعدم الوجوب وعدم الحرمة، لانتفاء الجعل الشرعي، وأما عدم الحكم إنشاءً كأن يقول الشارع: «لا يجب أو لا يحرم» فهو لكونه مجعولاً شرعياً تجري فيه الأحكام الثانوية، لوضوح كون الأعدام بعد التشريع مجعولةً ولو بالإمضاء، فإبقاء الشارع لها جعلها بقاءً لا إخبار ببقاء الأعدام الواقعية على حالها كما زعمه بعض. وهذا المقدار من الجعل كافٍ في نفيها بالقاعدة الامتنانية التي تقتضي حكومتها تقييداً لإطلاق كلّ ما يصح أن يُنسب إلى الشارع. ومن المعلوم أنّ الحكم بعدم ضمان المنافع الفائتة في الحبس ضررٌ على الحرّ الكسوب الذي لو لا حبسه لكان يُعوضها بالمال.

و عليه فالشبهة المانعة عن جريان القاعدة هنا هو كون الفائدة منفعة، و لا يصدق «النقص» الذي هو المناط في جريانها.

وإن أمكن الخدشة فيه باختلاف الموارد، فقد يكون المحبوس ثرياً بحيث يُعَدُّ الفائتُ منه مدة حبسه منفعة، و لا يبدو نقص في أمواله أصلاً. و قد لا يكون كذلك، بل عليه العمل في كل يوم لإعاشة عياله بحيث يلزمه الإستدانة مدة حبسه للإئفاق عليهم، فإنه لا ريب في صدق النقص عليه حينئذٍ، و لا مانع من جريان القاعدة في حقه.

الثالث: قاعدة التفويت أعني بها المنع عن الوجود، فإن الحبس يمنع عن وجود المنفعة، فيضمنها الحابس. و هذا يفرض فيما لو كان فوات المنفعة مسبباً عن الحبس، لا عن تساهل المحبوس، كما إذا حبسه الظالم في مكانٍ يمكنه العمل فيه، لكنه أهمل و لم يعمل باختياره وإرادته، لا لمانعية الحبس عن عمله، لأن التفويت إيجاد المانع عن الوجود، و عنوان المانع لا يصدق إلا بعد وجود المقتضي - و هو إرادة الوجود - إذ العدم يستند إلى أسبق علله أعني به عدم المقتضي، لا إلى وجود المانع، و لذا لا يصح أن يستند عدم إحتراق الثوب مثلاً إلى الرطوبة مع عدم وجود النار، بل يستند إلى عدم المقتضي له كما لا يخفى.

و قد ظهر أن المناط في ضمان المنافع الفائتة هو صدق التفويت أي المنع عن الوجود، في قبال قاعدتي الاستيفاء الذي هو إستخراج المنافع من القوة الى الفعل، و الاتلاف الذي هو إعدام الموجود، هذا.

و لا يخفى أنهم عبّروا - في قبال فوت منفعه في الحبس - تارة بالانتفاع كما في الشرائع، و أخرى بالاستخدام كما في الارشاد، و ثالثة بالاستعمال كما في شرحه للمحقق الأردبيلي، و رابعة بالاستيفاء كما في التذكرة، و الكل صحيح.

لكن في عبارة التذكرة مسامحة، حيث قال: «منفعة الحرّ تضمن بالتفويت لا بالفوات...»^ب ثم فسر التفويت بالاستيفاء و الاستعمال، و الفوات بمجرد عدم تحقق المنفعة.

أ: مجمع الفائدة والبرهان، ج ١٠، ص ٥١٣

ب: تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢

و الظاهر أن هذا مجرد إصطلاح، وإلا فظاهر التفويت هو الفوت المستند الى قاهر خارجي، بخلاف الفوت الظاهر في عدم المقتضي لوجود المنفعة، والأمر سهل.

الرابع: ما أفاده سيدنا الخوئي رحمته من السيرة العقلانية القطعية على تضمين مانع الحر الكسوب عن عمله بحيث لو لا منعه عنه لكان يكتسب المال^أ.

و الظاهر إستقرار سيرتهم على التفرغ و عدم إقتصارهم على مجرّد اللوم و التوبخ، فالمناقشة في أصل السيرة لا تخلو من مكابرة. إنما الكلام في الإمضاء. و لا يبعد كونها من السيرة المرتكزة عندهم من الأعصار، من حيث كون الانسان مدنيّاً بالطبع مع الغض عن تدنيّه بشريعة، و ليست من السيرة الحادثة بعد عصر التشريع حتى يدعى توقفها على الإمضاء، بل الردع عنها منوط بالبيان، و حيث لا رادع شرعاً عنها فهي ممضاة، مضافاً الى وفاء الأدلة المتقدمة بامضاءها.

نعم لو توقّس في الأدلة المتقدمة و تمّ الإجماع المتضافر نقله في الكلمات على عدم الضمان أمكن جعله رادعاً عن هذا البناء العملي. لكن الاعتماد عليه مشكل كما سيأتي. هذا كله في أدلة الضمان، و قد ظهرت تماميتها في نفسها لو لا وجود المعارض و هو الدليل النافي للضمان.

و يستدل على عدم الضمان - كما في الجواهر - تارةً بنفي الخلاف، بل دعوى قطع الأصحاب بذلك كما في كفاية الفاضل السبزواري رحمته من قوله: «و المقطوع به في كلام الأصحاب أنه لو حبس صانعاً حرّاً مدة لها أجره لم يضمن أجرته ما لم يستعمله، لأن منافعه في قبضته»^ب. و نحوه كلام العلامة في التذكرة.

و أخرى: بأن منافعه تابعة لما لا يصحّ غصبه، فأشبهت ثيابه و أطرافه. و ثالثة: بأن منافعه في قبضته، لأن الحر لا يدخل تحت اليد المضمّنة، فمنافعه تفوت

أ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٣٦

ب: كفاية الأحكام، ص ٢٥٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٨٢

تحت يده، فلم يجب ضمانها، بخلاف الأموال، هذا.

و الظاهر رجوع هذا الوجه الى سابقه، لأن تبعية المنافع لما لا يصح غصبه - كالحُرّ - تستلزم كون المنافع تحت قبضة نفس الحُرّ، هذا.

وكيف كان ففي الوجه المتقدم ما لا يخفى. أما الاجماع ففيه: أنه لا عبرة به حتى لو سُلم اتفاق الكل على الفتوى، لكونه معلوم المدرك، وذلك لتعليل عدم الضمان في كلام المجمعين بمثل «لأن منفعه في قبضته» أو «لأن الحُرّ لا يدخل تحت اليد». ومن المعلوم ظهور التعليل في أن المتفق عليه ليس عدم ضمان منافع الحُرّ بعنوانه، بل المجمع عليه كبرى عدم ضمان ما لم يقع تحت اليد، فطبق هذا العموم على منافع الحُرّ. ولا ريب في أن مثله غير مجد، إذ لا يستند القائل بالضمان الى قاعدة اليد حتى توجب المناقشة في الضمان اليدي إنكار أصل الضمان المستند إلى وجوه أخرى. ولذا ذهب المحقق الأردبيلي رحمته الى الضمان، لجواز الاعتداء على الظالم بمثل ما اعتدى، ولدفع الضرر ونحوهما، مع إطلاعه على كون المسألة إتفاقية بينهم، لقوله: «و لعلهم ليس لهم خلاف فيه».

والحاصل: أن حجية الاجماع تتوقف على كشفه عن رأي المعصوم عليه السلام أو عن حجة معتبرة، والمفروض إستناد المجمعين في المقام الى قصور حديث «على اليد» عن شموله للمنافع، ومن المعلوم عدم منافاته لما إذا قيل بالضمان بدليل آخر غير اليد.

وأما الوجه الثاني - وهو تبعية المنافع لما لا يصح غصبه - ففيه: أن الضمان المدعى ليس لتبعية المنافع للمغصوب حتى يقال: إن الحُرّ لا يصح غصبه، بل لقاعدة التفويت و غيرها مما ذكر.

وأما الوجه الثالث - وهو أن منفعه في قبضته - ففيه: أن منفعه تفوت بالتفويت الذي هو من موجبات الضمان، وهذا أجنبى عن التعليل بعدم دخول الحر تحت اليد، إذ ليس الإشكال في الضمان من ناحية دخول المنافع تحت اليد وعدمه حتى يقال: بعدم دخولها تحتها

.....

تبعاً لعدم وقوع نفس الحر تحت اليد.

والاشكال على ضمان المنافع الفائتة بغير إستيفاء تارة بعدم كونها مالاً، لأنّ المالية صفة وجودية ولو بوجود منشأ إنتزاعها، فلا تنتزع من المعدوم. وأخرى بعدم صدق المال عرفاً على عمل الحر، ولذا لا يقال: إنه ذو مال، ولأجله لا يصدق عليه المستطيع حتى يجب عليه الحج، ولا يضمن عمله إذا حبسه الظالم، إلا إذا قُدِّرَ بمالٍ كما إذا صار أجيراً للغير، فإنّ عمله حينئذٍ مال له كما لا يخفى.

مندفع، إذ في الأول: أنّ الوجود ليس مقوماً لمالية المال، ولذا يحمل عليه الوجود تارة والعدم أخرى، فيقال: الممن من الحنطة مثلاً موجود أو معدوم، فلو كان الوجود مقوماً لها لم يصح حمل الوجود والعدم على الشيء المتصف بالمالية كالممن من الحنطة، وعليه فالمقوم للمالية هو الوجود الاعتباري لا الخارجي.

والحاصل: أنّ الذمة أو الخارج ظرف لوجود المال لا مقوم لمالته.

وفي الثاني: -بعد النقض بالمبيع والتمن الكليين الذميين والمنافع العملية في الاجارة- أنّ غاية ما يقتضيه هذا الوجه هو نفي إضافة الملكية الاعتبارية، وعدم كونه ذا مالٍ، لا نفي المالية. وذلك لأن المالية والملكية إعتباران عقلايان، تنتزع الأولى من الشيء باعتبار ما فيه من الخصوصية الذاتية الموجبة لميل الناس إليه وتنافس العقلاء عليه، وبذلهم الأموال بازائه، فإنّ الممن من الحنطة في حدّ نفسه ليس كالممن من التراب في إنتزاع إعتبار المالية عن الأول باعتبار ما فيه من الخصوصية، دون الثاني. والمالية وإن كانت صفة وجودية، لكنّها إعتبارية، والشيء المتصف بالمالية الذاتية يكون موجوداً تارة، ومعدوماً أخرى.

نعم فعلية بذل العقلاء مالاً بازائه موقوفة على تقدير وجوده في الذمة، أو تقدير وجوده بوجود العين كالمنفعة التي هي من حيثيات العين وشؤونها.

و تنتزع الثانية - أعني بها إضافة الملكية الاعتبارية - من كون الشيء المسمّى بالمال مضافاً إلى شخص بالأصالة كمالكية السيد لرقبة مملوكه، أو بالتبع كمالكيته لمنفعة عبده بتبع

رقبته. فالمن من الحنطة قبل التعهد، والمباحات قبل الحيازة وعمل الحر قبل المعاوضة عليه أموال، وليست أملاكاً بالملكية الاعتبارية، وإن كان بعضها كعمل الحر مضافاً إلى صاحبه بالملكية الذاتية التكوينية، فإن عمل كل شخص ونفسه وذمته مملوكة له ملكية ذاتية، وهذه المرتبة من الملكية فوق الملكية الاعتبارية ودون الملكية الحقيقية التي هي له تعالى بما أنه فاعل ما منه الوجود، ولأوليائه ^{عليه السلام} بما أنهم فاعل ما به الوجود.

و المراد بالملكية الذاتية السلطنة على التصرف في نفسه وشؤونها، لحكم الوجدان والضرورة والسيرة العقلانية بتسلط كل أحد على عمل نفسه وما في ذمته، وأن له السلطنة على تمليك عمله بالايجاد وغيره، وبيع ما في ذمته، وهذه السلطنة ممضاة شرعاً وغير مردوع عنها. فالسلطنة الذاتية موضوع للسلطنة على ايجاد الملكية الاعتبارية إلا ما خرج بالدليل، كعدم سلطته شرعاً على التمليك الاعتباري بالنسبة إلى بعض المملوك الذاتي كالخمر المصنوع له، وآلات اللهو التي صنعها، فإن الشارع ألغى الملكية الاعتبارية فيها.

وبالجملة: فالملكية الذاتية لعمل الحر ثابتة، دون الملكية الاعتبارية، إذ لا مجال لها مع الملكية الحقيقية، للغويتها وكونها من تحصيل الحاصل.

وقد تحصل مما ذكرناه أمور:

الأول: أن عمل الحر مال عرفي مملوك له بالملكية الذاتية التكوينية التي هي السلطنة على النفس والذمة بتمليك عمله وما في ذمته للغير، وليس مملوكاً له بالملكية الاعتبارية. فيشترك عمل الحر والعبد في المالية والملكية الذاتية، ويفترقان في إضافة الملكية الاعتبارية، حيث إن عمل العبد - مع كونه مملوكاً لنفسه ذاتاً - مملوك لسيدته تبعاً لرقبته بالملكية الاعتبارية، كسائر الأعيان المملوكة له كالدار والداية ونحوهما. بخلاف عمل الحر، فإنه مملوك له بالملكية الذاتية دون الاعتبارية، إلا بعد تمليكه للغير بإجارة أو غيرها، فإنه يصير حينئذ مملوكاً للمستأجر كمملوكية عمل العبد لمولاه. ومقتضى مملوكية عمل العبد لمولاه وجوب الحج على المولى إن كان عمله مساوياً لمال يفي بالحج، واجتمع سائر شرائط وجوبه.

الثاني: أن عمل الحُرّ مال عرفاً، فلا مانع من جعله ثمناً في البيع الذي هو مبادلة مالٍ بمالٍ، إذ ليست الملكية الاعتبارية شرطاً في صحة البيع العرفي ولا الشرعي، فليس البيع مبادلة مالٍ مملوك بالملكية الاعتبارية بمالٍ كذلك، بل هو مبادلة المالكين العرفيين.

الثالث: أن عدم حصول الاستطاعة - التي يترتب عليها وجوب الحج - بعمل الحُرّ إنما هو لأجل دخل الملكية الاعتبارية أو الإباحة في حصول الاستطاعة، وعدم كفاية الملكية الذاتية في حصولها، فراجع نصوص الاستطاعة كما أشرنا إلى بعضها.

الرابع: أن مقتضى مالية عمل الحُرّ عرفاً ضمانه بالتفويت، إلا أنه قد ادّعى ظهور أدلة الضمان في إعتبار إضافة الملكية الاعتبارية فيه، ولذا قال في الشرائع في عبارته المتقدمة: «لو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به... الخ». لكنه يشكل المساعدة عليه، لأن حكمه بالضمان في صورة إنتفاع الحابس به إن كان لأجل كون المنفعة ملكاً اعتبارياً للحُرّ، ففيه ما لا يخفى، لما عرفت من أن مالكية الشخص لعمله ذاتية لا اعتبارية.

وإن كان لأجل كفاية الملكية الذاتية في الضمان وعدم إنباطه بالملكية الاعتبارية فقد ثبت المطلوب.

والحاصل: أن قاعدة اليد أو الاتلاف أو الاحترام أو غيرها من موجبات الضمان - لو سلّم دلالتها على إعتبار الملكية الاعتبارية في الضمان - يمكن أن يقال: إن مقتضى الجمع بينها وبين ما دلّ على جواز الاعتداء بالمماثل والتفاسد به ونحوه مما يدل على الضمان من دون تقييد بالملكية الاعتبارية هو: أن المضمون لا بد أن يكون مضافاً إلى شخص أو هيئة حتى تقوم تلك الإضافة بالمضمون به، فإذا أتلف الزكاة أو الخمس أو عوائد الوقف الخاص - كالوقف على الذرية، ومثله الوقف على العناوين كالفقراء والزوار والعلماء - قامت إضافة الوقفية ببدل التالف، ويتصف البدل بالعنوان الذي كان قائماً بالمبدل التالف.

ولا فرق بين كون الإضافة ذاتية وإعتبارية، إلا إذا ألغى الشارع مالية المملوك الذاتي كالخمر، فإن المسلم إذا صنعه كان مالاً لها بالملكية الذاتية، لكن الشارع أسقط ماليتها المعبرة

في الضمان، فلا يضمنها المسلم إذا غصبها من مسلم. فالملكية الذاتية توجب الضمان ما لم يبلغ الشارع مالئمة المملوك الذاتي. ولذا نقول بضمنان منافع الحر إذا استوفأها الحابس، مع أن عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه - مع كونه مالاً - ليس ملكاً لأحد بالملكية الاعتبارية.

ولو كان الضمان منوطاً بالملكية الاعتبارية لزم الاقتصار في ضمان الحابس على ما إذا قُدر عمله بأجارة أو صلح، وعدم تضمينه بمجرد الاستيفاء. مع أن ضمانه في مورد الانتفاع به لعله إجماعي عندهم، مستدلّين عليه «بأنه أخذ منه ماله بلا عوض، فكأنه غَصَبَ منه مالاً وحقاً أو أتلفه، فيضمن».

مع أن الضمان لو كان دائراً مدار غصب المال المضاف الى مالكة بالملكية الاعتبارية أو إتلافه توجّه سؤال الفرق بين استخدام الحر قهراً و استعماله و بين منعه عن العمل، إذ المفروض عدم كون عمله ملكه بالملكية الاعتبارية ما لم تقع معاوضة عليه، بل هو مملوك له ذاتاً، فكيف يحكم بضمنان الحابس لو استعمل الحر؟

و قد مرّ أن سبب الضمان غير متحصن في اليد حتى يوجّه ضمان الحابس في صورة الاستخدام بوضع اليد العادية عليه، دون ما إذا منعه عن العمل، لعدم صدق وضع اليد عليه. هذا.

الخامس: أن عمل الحر الصانع المحبوس مضمونٌ على الحابس إذا لم يكن مانع عن وجود عمله إلا الحبس، بمعنى أن يكون المقتضي لوجوده - وهو إرادة الحر لا إيجاد العمل - موجوداً، و لم يكن مانع عن وجوده إلا الحبس بحيث يتصف الحبس بالمانعية و التفويت، و يستند العدم إليه لا إلى عدم المقتضي.

و لا فرق في ذلك بين الحبس و المنع، لوحدة المناط و هو المانعية.

و عليه فما في الجواهر من قوله: «أما لو منعه من العمل من غير حبس، فإنه لا يضمن منافعه وجهاً واحداً، لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى». وكذا ما ذكره بقوله: «على أن التسبب الذي ذكره - يعني صاحب الرياض - إنما يقتضي الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، و منفعة الحر معدومة، فلا يتصور التسبب لتلفها». الى أن قال ما محصله: «أنه لو بُني

على شمول قاعدة الضرر و غيرها من الآيات للفرض و هو ضمان عمل الحر المحبوس
لأثبتت فقهاً جديداً، لاقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله، و غير ذلك مما
عرفت عدم القول به من العامة الذين مبنئ فقهم على القياس و الاستحسان، فضلاً عن
الامامية الذين مبنئ فقهم على القواعد المقررة الثابتة من أهل بيت العصمة عليهم السلام، فلا وجه
للضمان في الفرض كما قطع به الأصحاب، لأن الحر لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل
منافعه معه كالمال ولو شرعاً، بل منافعه في قبضته كثيابه باقية على أصالة عدم الضمان و ان ظلم
و أثم بحبسه أو منعه، في غاية الاشكال، لعدم إستلزام القول بالضمان فقهاً جديداً، فإن
التفويت من موجبات الضمان. و معدومية عمل الحر لا تقتضي سقوطها عن المالية كما مر
مفضلاً، و الاجماع المدعى على نفي الضمان في الحبس و المنع معلوم المدرك، فلا يصلح
للاعتدال عليه و لا لردع السيرة العقلانية على تغريم المانع عن الكسب و العمل.

كما أن تخصيص السيرة - في كلام السيد الخوئي رحمته الله - بالمنع دون الحبس لم يظهر له
وجه، إذ لا فرق في بنائهم على التغريم بين الحبس و مجرد المنع عن العمل. ولو أريد رعاية
الاجماع المنقول على عدم الضمان في الحبس فقليل بالضمان في المنع خاصة دون الحبس
ففيه ما لا يخفى، ضرورة ظهور كلام العلامة رحمته الله في التذكرة «بعدم الضمان وجهاً واحداً» - مع
تعبيره بالأقوى في الحبس - في إتفاق عامة المسلمين على نفي الضمان في المنع دون الحبس،
و مثله أولى بالرعاية في الفتوى، و عدم مخالفته.

و لعل مقصوده رحمته الله من المنع عن العمل ما يشمل الحبس، أي تفويت المنافع عليه قهراً،
و هو مورد بناء العقلاء على الضمان، و قد أمضاه الشارع ولو بعدم الردع، بعد ما عرفت من
قصور ما استدل به على نفي الضمان.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بعمل الحر.

وَأَمَّا الْحَقُوقُ ^(١) [الأخر]

أقسام الحقوق ووقوعها عوضاً في البيع

(١) معطوف على قوله: «وَأَمَّا عمل الحر» ومقصوده ^{تذكير} تحقيق حال الحقوق من حيث قابليتها لوقوعها عوضاً في البيع وعدمها. وقد أشرنا في شرح قوله: «وَأَمَّا العوض» الى: أن الثمن في البيع - بعد عدم اشتراطه بكونه عيناً - يجوز أن يكون منفعةً، ووقع الخلاف بينهم في عمل الحر والحقوق، وقلنا: إن البحث يقع في مقامات ثلاثة، وتقدم الكلام في مقامين وهما كون العوض منفعة وحكم عمل الحر، وانتهى البحث الى المقام الثالث، وهو ما عنونه بقوله: «وَأَمَّا الحقوق».

ثم إنه ينبغي بيان أمور ثلاثة قبل شرح المتن، فنقول وبه نستعين:

الأمر الأول: أن كلمة «الأخر» موجودة في بعض النسخ المصححة دون جميعها، والأولى حذفها، لعدم سبق ذكر بعض الحقوق حتى يحتزبها عن سائر الحقوق. وعلى فرض وجودها في النسخة الأصلية بقلم المصنف أعلى الله مقامه لا بد من توجيهها إما بالاحتراز عن العين والمنفعة، لكونها من الحقوق بالمعنى الأعم حيث يقال: يحق للمالك أن ينتفع، وللحر المختار أن يعمل، فالمراد بالحق هو القبول، وإما بالاحتراز عن خصوص عمل الحر إذا استحقه شخص بالإجارة ونحوها من المملكات، فيكون عمل الحر بعد تملك الغير له من الحقوق، يعني يستحقه المستأجر.

وكلا الأمرين لا يخلو من تكلف. واحتمل بعض الأجلة ^{تذكير} أن كلمة «الأخر» لم تذكر هنا، وإنما يناسب وقوعها أول القسم الثالث، بأن كانت العبارة هكذا...: «وَأَمَّا الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة... وأما الحقوق الأخر القابلة للانتقال كحق التحجير...» والأمر سهل بعد وضوح المطلب.

الأمر الثاني: في معنى الحق، ولم يظهر من المتن تعريف عام لكافة الحقوق، لكنه في القسم الثاني منها جعل الحق سلطنة فعلية، فبناءً على هذا التفسير يكون ذو الحق سلطاناً على المتعلق، وأدنى مراتب السلطنة هو جواز إسقاط حقه على ما ذكره ^{تذكير} في الخيارات. كما في

مثل حق الخيار في العقود اللازمة أو الجائزة، فإنَّ ذا الخيار إمَّا مالك لأمر العقد من حيث الفسخ والإمضاء، وإما لمتعلقه من حيث الرد والإسترداد.

و الحق - بناءً على كونه سلطنة - يُشارك الحكم المصطلح من التكليفي و الوضعي في كونه مجعولاً شرعياً تأسيساً أو إمضاءً، و يُفارقُه في أنَّ المملحوظ في الحقوق نوع سلطنة على المتعلق، بخلافه في الحكم، حيث لا يعتبر فيه إلا الرخصة و عدم المنع من الشيء، مثلاً يُطلق على جواز فسخ العقد بالخيار: أنه حق، و على جواز الرجوع في الهبة: أنه حكم.

و الوجه فيه أنَّ ذا الخيار إعتبره الشارع مسلطاً على أمر العقد، و من آثار سلطنته جواز إسقاطه و رفع اليد عنه. ولكن الجواز في الهبة حكمي، بمعنى أنَّ الشارع رخص للواهب في الرجوع عن هبته، كترخيصه في سائر المباحات، و لم يعتبر سلطنة على الرجوع، و لذا لا يرتفع هذا الجواز الحكمي بإسقاط الواهب، بل يبقى ما دامت العين الموهوبة باقيةً بعينها.

هذا معنى الحق، و قد ذكرناه بنحو الإجمال و الإشارة، و إن شئت الوقوف على أنظار الأعلام في تعريفه فلاحظ التعليقة الآتية إن شاء الله تعالى بعد الفراغ من توضيح المتن.

الأمر الثالث: في ما هو المقصود من جعل الحق ثمناً في البيع، إذ يحتمل فيه وجهان: أحدهما: أن يراد بالحق نفس الإضافة الاعتبارية المعبر عن بعض أقسامها في المتن بالسلطنة الفعلية، و معنى وقوع الحق عوضاً في البيع تفويض هذه السلطنة الاعتبارية إلى البائع بدلاً عن سلطنته على المبيع، فإذا باع زيد كتاباً من عمرو و جعلَ عمرو ثمنه حقَّ الخيارِ الثابت له في معاملة أخرى، إنتقل حقَّ الخيارِ إلى زيد، و صار كتابه ملكاً لعمرو.

ثانيهما: أن يُراد بالحق متعلقه، بدعوى عدم قابلية نفس الحق - بمعنى الإضافة و السلطنة - للنقل إلى الغير، لأنَّ الإضافة نسبة قائمة بين طرفيها - و هما من له الحق، و ما يتعلق به الحق - سواء أكان عيناً كالأرض المحجرة التي هي متعلق حق المحجر، أم منفعة أم عمل حرّ. هذا.

و الظاهر أنَّ مقصود المصنف رحمته من البحث عن حكم جعل الحقوق عوضاً هو

الإحتمال الأول، وذلك لوجهين:

الأول: أنه ﷺ تعرض لحكم العوض في البيع، وأفاد جواز كونه عيناً - كالمعوض - ومنفعة - عدا عمل الحر - ثم تعرض للبحث عن قابلية الحقوق لوقوعها عوضاً و عدمها. وهذا يقتضي أن يكون مراده من الحق نفس الإضافة أي السلطنة، إذ لو كان مقصوده منه متعلقه لما كان وجهه لإفراد الحقوق بالبحث، فإن متعلق الحق إما عين كما في مثل حق التحجير والرّهانة، وإما منفعة كما في مثل حق الإستمتاع بالزوجة، وإما عمل حر كما في مثل حق الولاية وحق الحضانة، وليس متعلق الحق أمراً خارجاً عن هذه الأقسام حتى يختص بالبحث والنظر. وعليه فعقد أحكام الحقوق على حدة كاشف عن أن المبحوث عنه قابلية نفس الحق لوقوعه عوضاً، لا متعلقه.

الثاني: أن المصنف ﷺ إستشكل في وقوع الحقوق عوضاً في البيع - حتى ما يقابل بالمال في الصلح كحق التحجير - بدعوى إعتبار المالية في العوضين، وهي مشكوكة الصديق على الحقوق. ولو كان محط البحث والنزاع متعلق الحق لما كان وجهه للتشكيك في ماليتها كحق التحجير، إذ لا ريب في ماليتها الأرض المحجرة وتنافس العقلاء عليها، فلا بد أن يكون المقصود من الحق المشكوك ماليتها هو نفس الإضافة الإعتبارية لا متعلقه.

وبهذا ظهر غموض ما في بعض الكلمات من «أن المراد عوضية متعلقات الحقوق بدعوى عدم قابلية نفس الحق للعوضية والمعوضية» وذلك لأنه على فرض تسليمه ليس بياناً لما أفاده المصنف كما تقدم.

إذا عرفت ما ذكرناه فنقول: إختلف الفقهاء ﷺ في صحة جعل الحقوق عوضاً في البيع، فذهب الشيخ الفقيه كاشف الغطاء ﷺ الى المنع مطلقاً، واختار صاحب الجواهر ﷺ الجواز كذلك. وفصل المصنف بين أقسام الحقوق فجزم بالمنع في قسمين منها - وهما ما لا يقبل المعاوضة وما لا يقبل النقل - وتردد في القسم الثالث وهو ما يقبل الإنتقال القهري والنقل بالصلح، وإن كان مآله الى عدم وقوعه عوضاً كالقسمين الأولين:

كما أنه ﷺ تعرض في القسم الثاني للفرق بين بيع الدين ممن هو عليه وبين نقل الحق

فإن لم تقبل^(١) المعاوضة^(٢) بالمال كحق الحضانة والولاية^(٣) فلا إشكال^(٤).

الى من عليه الحق، بجواز الأول دون الثاني، و سيأتي توضيح تمام ما أفاده بعونه تعالى.

القسم الأول: الحقوق غير القابلة للإسقاط

(١) هذا هو القسم الأول من التقسيم الثلاثي للحقوق بنظر المصنف، وضابطه - على ما قيل - كل حق روعي فيه مصلحة غير من قام به الحق كحق الحضانة التي لوحظ فيه مصلحة الطفل من حيث تربيته وإصلاح شأنه، و كحق الولاية المراعى فيه مصلحة المولى عليه و غبطته، فليس زمام الحق في هذين الموردين بيد من له الحق وهو الأم والولي كالأب والجدة حتى يجوز لكل منهما التصرف فيه بنقله الى الغير أو إسقاطه للتخلص من تبعاته. فإذا اشترت الأم سلعة لم يجز لها جعل الثمن حق حضانتها لولدها، وكذا لا يجوز للولي جعل حق ولايته ثمناً لمتاع يشتره من المولى عليه.

و الوجه في عدم جواز جعل هذا القسم عوضاً هو: أن البيع مبادلة مال بمال، وتقليك للغير، وهو غير محقق فيما كان الثمن هذا الصنف من الحقوق، لفرض قيامه بذوي الحق وعدم إنفكاكه عنه، فهو غير قابل للإسقاط عمن عليه الحق فضلاً عن أن ينتقل الى غيره.

(٢) ظاهر كلمة «المعاوضة» هو المبادلة بين المبيع وبين الحق، لكنه غير مراد هنا بقريئة ما سيأتي في القسم الثاني من الحق غير القابل للنقل، فيكون المقصود بالمعاوضة هو إسقاط الحق، وإطلاق المعاوضة عليه من جهة وقوع إسقاط الحق عوضاً عن المبيع.

(٣) أي: حق الولاية للحاكم الشرعي و لساير الأولياء كالأب والجدة.

(٤) يعني: فلا إشكال في عدم وقوع هذا القسم عوضاً في البيع، لعدم دخول شيء في ملك البائع الذي خرج المعوض عن ملكه.

وكذا^١ لو لم تقبل النقل

القسم الثاني: الحقوق غير القابلة للنقل

(١) يعنى: وكذا لا إشكال في عدم وقوع القسم الثاني من الحقوق عوضاً في البيع. والمقصود بهذا القسم هو الحق الذي استفيد من دليله جواز إسقاطه مجاناً ومع العوض، لكنه لا يقبل الانتقال الى الغير بحيث يقوم الحق بالمنتقل إليه على نحو قيامه بالمنتقل عنه. ومثل المصنف رحمته له بحق الخيار وحق الشفعة، كما إذا باع زيد كتابه من عمرو بدينار على أن يكون له الخيار إلى شهر مثلاً، ثم أراد شراء سلعة من عمرو - وهو من عليه الخيار - بجعل الثمن حق الخيار الذي كان له في بيع الكتاب بدينار.

و الوجه في عدم قابلية هذا القسم من الحقوق لوقوعه عوضاً هو: تقوم مفهوم البيع بالتقليك من الطرفين، و حيث إن مثل حق الخيار لا ينتقل الى الغير، لامتناع إتحاد المسلط والمسلط عليه - كما سيأتي توضيحه - لم يصح جعله عوضاً. نعم لا بأس بأخذ المال بازاء إسقاطه عمن عليه الخيار، لكونه قابلاً للإسقاط، بخلاف القسم الأول الذي دلّ دليله على عدم سقوطه عمن يقوم به فضلاً عن انتقاله الى الغير.

فإن قلت: لا وجه لجعل القسم الأول مقابلاً للقسم الثاني، فإن ما لا يقبل المعاوضة لا يقبل النقل المعاوضي الى الغير. و عليه فكل حق استفيد من دليله عدم قابليته لأخذ العوض بازائه كان غير قابل للنقل أيضاً، وكل حق دلّ دليله تشريعه على عدم نقله عمن له الحق فهو غير قابل للمعاوضة عليه. و عليه ينبغي جمع القسمين تحت عنوان واحد، وهو ما لا يقبل المعاوضة والنقل.

قلت: قد أفاد بعض أجلة المحشين رحمته - و تقدمت الإشارة اليه - أن المعاوضة أعم من النقل، فالمراد بالحق غير القابل للمعاوضة هو ما لا ينتقل الى الغير، و لا يجوز إسقاطه أصلاً سواء أكان الإسقاط مجاناً أم بازاء عوض. والمراد بالحق غير القابل للنقل هو القابل لأخذ العوض بازاء إسقاطه.

و عليه فحصل الفرق هو قابلية القسم الثاني للإسقاط مطلقاً، و عدم قابلية القسم الأول له كذلك، فلا تداخل بين القسمين. كما أن القسم الثالث في كلام

كحق الشفعة^(١) وحق الخيار، لأن^(٢) البيع تمليك الغير.
ولا ينتقض^(٣) ببيع الدين

المصنف رحمه الله هو القابل للإسقاط و للإنتقال الفهري بالإرث، و للنقل الإختياري ببعض وجوهه كالصلح، ولكن يشكل جعله ثمناً في البيع.

(١) و هو إستحقاق الشريك الحصة المباعة في شركته، كما إذا كانت الدار مشتركة بين زيد و عمرو، فباع زيد حصته من بكر، فيحدث لعمر و حق على البيع الواقع بين زيد و بكر، ويجوز له دفع الثمن الى بكر و ضم الحصة المباعة الى حصته. فلو إشتري عمرو من بكر كتاباً فهل يجوز له جعل ثمنه حق شفعته من الدار حتى لا يتمكن من فسخ العقد الواقع بين زيد و بكر أم لا؟ قد أفاد المصنف رحمه الله عدم جوازه، لما تقدم من إناطة البيع بانتقال كل من العوضين الى ملك الآخر، و حيث كان الحق قائماً بصاحبه بحيث لا ينتقل الى غيره - وإن جاز إسقاطه - لم يتحقق الإنتقال الملكي.

(٢) هذا تعليل لعدم قابلية وقوع مثل حق الشفعة و الخيار - مما يقبل الإسقاط و لا يقبل النقل الى الغير - عوضاً في البيع، و محصله: كون البيع من نواقل الأملاك، فإذا تعذر إنتقال الحق الى غير من له الحق لزم كون المبيع بلا عوض، و من المعلوم عدم صدق مفهوم البيع عليه حينئذ.

الفرق بين إسقاط الحق و بيع الدين

(٣) يعني: و لا ينتقض عموم قولنا: «لأن البيع تمليك الغير» - في مقام تعليل عدم قابلية القسم الثاني من الحقوق لوقوعه عوضاً - ببيع الدين ممن هو عليه، إذ لا تمليك فيه، بل هو إسقاط لما في ذمة المديون.

و لا يخفى أن كلام المصنف هنا إلى آخر القسم الثاني من الحقوق تعريض بما أفاده صاحب الجواهر رحمه الله من تصحيح جعل الحقوق عوضاً في البيع، خلافاً لشيخه الفقيه كاشف الغطاء، و لمسيس الحاجة الى توضيح الأمر لا مناص من بيان مرام كل منهم قدس الله أسرارهم الزكية، فنقول و به نستعين: إن هنا مطالب ثلاثة، أولها كلام كاشف الغطاء، ثانيها مناقشة

صاحب الجواهر فيه، ثالثها تحقيق المصنف.

أما الأول، فقد ذكر فيه الفقيه الكبير في شرحه على القواعد ما لفظه: «و أما الحقوق فالظاهر أنها لا تقع ثمناً ولا مثنياً» ومقتضى إطلاقه عدم قابلية شيء من الحقوق لوقوعها ثمناً في البيع. وأما عدم كونها مثنياً فمن مسلماتهم، لاختصاص المعوض بالعين، فليس نقل المنفعة والحق بيعاً عندهم.

و أما الثاني، فقد قال فيه في الجواهر: «نعم في شرح الأستاذ إعتبار عدم كونه - أي الثمن - حقاً، مع أنه لا يخلو من منع، كما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضي لكونه كالصلح الذي لا إشكال في وقوعه على الحقوق، فلا يبعد صحة وقوعها ثمناً في البيع وغيره، من غير فرق بين إقتضاء ذلك سقوطها كبيع العين بحق الخيار والشفعة على معنى سقوطها، وبين إقتضائه نقلها كحق التحجير ونحوه. وكأن نظره في المنع الى الأول، باعتبار كون البيع من النواقل لا من المسقطات، بخلاف الصلح. وفيه: أن من البيع بيع الدين على من هو عليه، ولا ريب في إقتضائه حينئذ الإسقاط ولو باعتبار أن الإنسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه، الذي بعينه يُقرّر في نحو حق الخيار والشفعة، والله أعلم».

ولا بأس بتوضيحه، فنقول: قد أفاد صاحب الجواهر رحمته أن المراد بالثمن في باب البيع - على ما صرح به السيد بحر العلوم رحمته في مصابيح - هو مطلق المقابل للمثنى، لا خصوص العين الشخصية، ولذا جاز أن يكون العوض عيناً كليةً ومنفعةً. وكذا يجوز كونه حقاً سواء أكان قابلاً للنقل الى الغير كحق التحجير، أم لا ولكن جاز إسقاطه كحق الشفعة. والدليل على جواز كون الحقوق ثمناً وجوه ثلاثة:

أحدها: إطلاق أدلة صحة البيع كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ لاقتضائه حلية كل ما صدق عليه البيع عرفاً، ولم ينهض دليل على تقييد الحلية والصحة بما إذا لم يكن العوض

حقاً حتى يدعى بطلان عوضية الحقوق.

ثانيها: إطلاق الفتاوى بصحة البيع سواء كان العوض عيناً أم منفعة أم حقاً. و ظاهره دعوى إتفاق الفقهاء على ذلك.

ثالثها: الإستشهاد بما ذكروه من جواز الصلح على العين بحق الجنهار و الشفعة والتججير، وإن كانت ثمرة الصلح على الحقوق مختلفة، فإذا صالح الكتاب على حق التججير إنتقل الحق من المتصالح الى المصالح، وإذا صالح الكتاب على حق الخيار سقط الحق و لم ينتقل الى المصالح. ولما كان الصلح على الحقوق نافذاً شرعاً فَلْيَكُنْ بيع الأعيان بالحقوق صحيحاً أيضاً. و لعلَّ نظَرَ كاشف الغطاء - المانع من جعل الحقوق عوضاً في البيع - الى خصوص الحقوق التي لا تنتقل الى الغير كحق الشفعة القائم بشخص الشريك، لا إلى مطلق الحقوق حتى ما كان قابلاً للنقل الى الغير كحق التججير.

و الفارق بين البيع و الصلح بنظره رحمته - حيث يجوز الصلح على مطلق الحقوق سواء القابل منها للإسقاط فقط أم القابل له و للنقل الى الغير، ولا يجوز جعلها ثمناً في البيع - هو كون البيع من نواقل الملك، و هو غير صادق على ما إذا كان العوض حقاً لا يقبل النقل إلى الغير كحق الخيار، إذ لا يتحقق النقل الملكي من الجانبين. و هذا بخلاف الصلح، فإنه من المسقطات، لا من النواقل، فيجوز جعل الحق غير القابل للنقل عوضاً عن المتصالح عليه، و يكون أثره سقوط الحق عمن عليه الحق و هو المصالح.

كما إذا صالح من عليه حق الشفعة مع من له الحق على كتاب بعوض حق الشفعة، فإنه صلح نافذ، و أثره سقوط حق الشريك، و زوال سلطنته على حل عقد شريكه مع المشتري. ثم أورد صاحب الجواهر على شيخه الفقيه رحمته بالنقض عليه ببيع الدين، حيث يظهر به عدم كون الفارق المذكور بين البيع و الصلح مانعاً عن جعل الحقوق عوضاً في البيع.

و تقريب النقض: أنه إذا كان زيد مديوناً لعمر و بمائة من منحنطة جاز لعمر أن يبيع هذا المملوك الذمي من زيد، بأن يقول له عمرو: «بعثك ما أملكه في عهدتك بدينار» و يقول

زيد: «قبلت» ولا ريب في صحة بيع الدين ممن هو عليه، مع عدم ترتب النقل من طرف البائع الى المشتري، لعدم إعطائه إياه شيئاً، وإنما أسقط دينه المستقر على عهدة زيد، وفرغت ذمته عما اشتغلت به لعمره.

و عليه فإذا كان أثر البيع في بعض الموارد إسقاط الدين كان كالصلح في إفادته النقل تارةً والإسقاط أخرى. وهذا النقض كاشف عن بطلان عموم التعليل المتقدم في المتن من «أن البيع تملك الغير» لما عرفت من صحة بيع الدين، مع أن التملك يكون بدينار من طرف المشتري فقط - وهو المديون - لا من الجانبين. هذا توضيح ما أفاده صاحب الجواهر في تصحيح جعل الحق القابل للإسقاط عوضاً في البيع.

و نتيجة هذا البيان: أن القسم الثاني من الحقوق يجوز كونه ثمناً في البيع، وليس البيع منوطاً بالمبادلة الملكية من الطرفين، بل يكفي تملك أحدهما، وإسقاط الآخر لحقه، بشهادة مشروعية بيع الدين ممن هو عليه، مع إنحصار أثره في السقوط و فراغ ذمة المديون.

وأما الثالث: وهو إشكال المصنف على صاحب الجواهر في قوله: أن النقض ببيع الدين ممن هو عليه ممنوع، للفرق بينه وبين وقوع الحق عوضاً، و بيانه: أن تحقق عنوان البيع في جميع الموارد منوط بالانتقال الملكي من الجانبين، وهذا المعنى حاصل أيضاً في بيع الدين من المديون، وذلك لأن الدائن يملك دينه للمديون، و يملك المديون لما في ذمة نفسه، لكن لما لم يعتبر العقلاء مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه دائماً فلذا يملك المديون دينه آناءً، ثم يسقط عما في ذمته. لا أن البيع يفيد سقوط الدين كما زعمه صاحب الجواهر. بل المديون يملك الدين ثم يسقط عن عهده.

و عليه فالتعليل المتقدم وهو «أن البيع تملك الغير» كبرى تامة لم يرد عليها تخصيص، لا ببيع الدين ولا بغيره. وهذا بخلاف الصلح على الحق الذي أثره سقوطه ممن عليه الحق، لعدم توقف الصلح على النقل والانتقال الملكي، بل يكفي نفس الصلح في ترتب السقوط عليه. و بعبارة أخرى: الذي يقتضيه البيع في جميع الموارد حدوث تملك الغير لا بقاءه.

مَنْ^(١) هو عليه، لأنَّه^(٢) لا مانع من كونه^(٣) تمليكاً، فيسقط^(٤)، ولذا^(٥) جعل الشهيد

و الذي يقتضيه نقضُ صاحب الجواهر بيع الدين هو إمتناع بقاء تملك الإنسان لما في ذمة نفسه، لا حدوثه. و مع إختلاف الإقتضاءين لا مانع من الإلتزام بصحة بيع الدين مَنْ هو عليه، لكونه كسائر أفراد البيع تمليكاً من الطرفين هذا.

و قد ظهر الفرق بين المقيس - أعني به الحق القابل للإسقاط دون النقل - وبين المقيس عليه أعني به بيع الدين، فإنَّ الدين قابل لدخوله في ملك المديون آنأماً - أي حدوثاً - وإن إمتنع بقاؤه على ملكه، بخلاف الحق غير القابل للنقل، فإنَّ عدم قابليته للدخول في ملك من عليه الحق حدوثاً و بقاء مانع عن جعله عوضاً في البيع المتوقف على التمليك من الجانبين. و عليه فقياس الحق بالدين مع الفارق. هذا توضيح ما أجمله المصنف رحمته في المتن من النقض ببيع الدين و الجواب عنه.

(١) يعني: المديون.

(٢) الضمير للشأن، و هذا تعليل لقوله: «ولا ينتقض» و قد تقدم تقريب عدم ورود النقض بقولنا: «ان تحقق عنوان البيع في جميع الموارد منوط بالانتقال الملكي . . . الخ». و محصله: أنَّ الاعتبار في البيع - سواء أكان المبيع عيناً شخصية أم كلية - هو حدوث ملكية العوضين للمتبايعين، و أمَّا بقاؤها فغير معتبر فيه، و من المعلوم حدوث تملك المديون لما في ذمة نفسه آنأماً، و سقوطه في الآن اللاحق غير قادح في تحقق عنوان البيع. و هذا المناط غير محقق في نقل الحق الى من عليه الحق، لاستحالة إجتماع المتقابلين - ولو آنأماً - و هما من له الحق و من عليه الحق.

(٣) أي: كون بيع الدين من المديون تمليكاً للمديون، و أثره فراغ الذمة.

(٤) الفاء تدل على ترتب سقوط الدين - عن الذمة - على تملكه فوراً، و هذا النحو من الملك يعبر عنه بالملكية الآتية.

(٥) يعني: و لأجل أنَّه لا مانع من كون بيع الدين مفيداً للملكية الآتية جعل الشهيد،

في قواعده^(١) الإبراء مردداً بين الإسقاط والتملك.
والحاصل^(٢): أنه يعقل أن يكون مالكا لما في ذمته، فيؤثر

و غرض المصنف تأييد ما ذكره - في جواب صاحب الجواهر رحمته - من أن مالكية المدين لما في ذمة نفسه آنأما وسقوط الدين بعده ليست محالاً بل ممكنة، فإن الشهيد رحمته جعل إبراء الدائن لما يملكه في ذمة مديونه مردداً بين كونه إسقاطاً لما في ذمته ابتداء، أو تملكاً له، ثم سقوط الدين عن الذمة في الآن الثاني. ولو لم يكن أصل تملك المدين لما في ذمة نفسه ممكناً لم يكن وجه هذا الترديد، إذ لا يعقل الترديد بين ما هو ممتنع وما هو ممكن، فالترديد بين شيئين كاشف عن إمكان كليهما، وعدم كونهما من المحالات. وعليه فبيع الدين من المدين يفيد الملكية آنأما فيسقط، وليس أثر البيع هو السقوط من أول الأمر كما زعمه صاحب الجواهر رحمته حتى يكون إسقاط الحق مثل بيع الدين.

(١) ذكر الشهيد ذلك في قاعدة عنوانها بقوله: «قد تردد الشيء بين أصلين يختلف الحكم فيه بحسب دليل الأصلين، منه الإقالة... ومن المتردد بين الأصلين: الإبراء، هل هو إسقاط أو تملك؟» أ.

(٢) هذا تقرير آخر لما أفاده من عدم جواز جعل القسم الثاني من الحقوق ثمناً في البيع، وجواز بيع الدين ممن هو عليه، توضيحه: أن الفرق بين الحق والملك ينشأ من مغايرتهما جوهرأ و ذاتاً، ولذا يترتب عليه استحالة إنتقال الحق ممن له الحق الى من هو عليه، وإمكان مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه آنأما.

و الدليل على الفرق ما أفاده بقوله: «و السر» و بيانه: أن هذا القسم من الحقوق نوع من أنواع السلطنة الاعتبارية، وهذا المبدأ لا يتعدى بنفسه بل بحرف الإستعلاء، كما ورد في النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم» ومقتضى هذه التعدية تقوم السلطنة بطرفين، أحدهما سلطان والآخر مسلط عليه، وهما متقابلان يستحيل إجتماعهما في شخص واحد.

و على هذا فلو صَحَّ وقوع مثل حق الخيار عوضاً في البيع بأن ينتقل الى من عليه الخيار لزم كون شخص واحد مجعلاً لعنوانين متقابلين «وهما المسلط والمسلط عليه» وإستحالته من الواضحات. مثلاً: حقُّ الخيار سلطنة على من عليه الحق بحلِّ عقده، كما إذا تباع زيدٌ وعمرو داراً بألف دينار، وشرط زيدٌ لنفسه الخيار، أي السلطنة على إقرار العقد وفسخه، فإذا اشترى من عمرو كتاباً وجعل ثمنه الخيار - الثابت له في بيع الدار بالألف - لزم صيرورة عمرو - وهو من عليه الحق - مجعلاً لعنوانين متقابلين آنأماً أي كونه من له الحق ومن عليه الحق، أو السلطان والمسلط عليه، وقد تقرّر إستحالة إجتماع المتقابلين في واحد شخصي ولو في لحظة واحدة.

و هكذا الكلام في حق الشفعة، إذ مناط الإستحالة في المقام كون هذا الحق سلطنة، والسلطنة بحسب طبيعتها تقوم بطرفين، ويمتنع قيامها بواحد ولو آنأماً. وهذا بخلاف الملكية، فإنها تتمدد بنفسها الى المملوك، ولا تتعدى بحرف الإستعلاء، فيقال: «ملك زيد الدار» فهي إضافة إعتبارية - لا مقولية - وعلاقة يعتبرها العقلاء والشارع بين المالك والمملوك، ولا يتوقف وجودها في وعاء الإعتبار على قيام المبدأ - أي الملكية - بشيء آخر يكون هو المملوك عليه. و حيث كانت الملكية ربطاً ونسبةً صَحَّ إعتبارها في شخص واحد بأن يكون هو من له الملك ومن عليه الملك - أي مالكاً ومملوكاً -.

و عليه لا مانع من مالكية الإنسان لما في ذمة نفسه، لتحقيق المغايرة المعتبرة بين المالك والمملوك، لكون المالك نفسه، والمملوك المال الذي في ذمته، وهما متغايران.

و بهذا البيان يظهر غموض تنظير صاحب الجواهر «أعلى الله مقامه» جواز جعل الحق - القابل للإسقاط عوضاً في البيع - ببيع الدين لمن هو عليه. لما عرفت من أنه يعتبر في البيع حصول التملك من الطرفين سواء أكان مستمراً أم زائلاً كما في بيع الدين للمديون، وهذا التملك الآتي لا يتحقق في نقل الحق إلى من عليه الحق، لاستحالة إجتماع المتقابلين ولو آنأماً، فإن إجتماع المسلط والمسلط عليه في شخص واحد يرجع الى التناقض وهو كونه سلطاناً وغير سلطان، وهو كما ترى.

تمليك^(١) السقوط، ولا يُعقل^(٢) أن يتسلط على نفسه.
والسر^(٣): أن مثل هذا الحق^(٤) سلطنة فعلية^(٥) لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد^(٦)، بخلاف الملك، فإنه نسبة بين المالك والمملوك^(٧).

(١) يعني: أن تمليك البائع دينه للمديون أثره سقوط الدين عن ذمة المديون.
(٢) يعني: أن ما ذكرناه... من حدوث الملكية في بيع الدين ثم سقوطه - غير جارٍ في القسم الثاني من الحقوق، لأن انتقال الحق إلى من عليه الحق - ولو حدوثاً - يستلزم صيرورة شخص واحد سلطاناً ومسلطاً عليه، ومن المعلوم عدم الفرق في استحالة إجتماع المتقابلين بين الحدوث والبقاء.

(٣) قد عرفت أنه تعليل للفرق بين بيع الدين وبين عوضية الحق، وقد أوضحناه آنفاً بقولنا: «و الدليل على الفرق ما أفاده بقوله: والسر... الخ».

(٤) أي: القسم الثاني من الحقوق، كحق الخيار والشفعة مما يقبل الإسقاط دون النقل. هذا بناء على النسخة المصححة المعتمد عليها.

وإن كانت العبارة: «أن الحق سلطنة...» فلا بد أن يكون اللام للعهد إلى قسم خاص من الحقوق، وهو الذي يكون محل النزاع بين صاحب الجواهر والمصنف رحمته، كالقسم الثاني من الحقوق، وليس مقصوده تفسير مطلق الحقوق بالسلطنة الفعلية المتقومة بتعدد طرفيها، لوضوح أن حق التحجير لا يقوم بشخصين.

(٥) التقييد بالفعلية في قبال السلطنة الشأنية الموجودة في الملك كما في موارد الحجر، فإن الصبي والسفيه مالكان لأموالهما بالملكية الاعتبارية، إلا أنه لا قدرة لهما - فعلاً - شرعاً على التصرف فيها، للحجر. وعليه فالسلطنة وإن كانت أثراً مشتركاً بين الحق والملك، إلا أنها في الحق فعلية وتتقوم بطرفين، وفي الملك أعم من الشأنية والفعلية، فيصح اعتبار الملكية ولو لم تحدث قدرة فعلية على التقلب والتقلب في المملوك.

(٦) لما عرفت من استحالة إجتماع المتقابلين.

(٧) وهذه النسبة الاعتبارية مغايرة طبعاً للحق، فيصح اعتبارها بين المالك والمملوك وإن إجتمعا في شخص واحد.

صحة بيع الدين ممن هو عليه..... ٩٩
و لا يحتاج^(١) إلى من يملك عليه حتى يستحيل^(٢) إتحاد المالك و المملوك عليه،
فافهم^(٣) .

(١) يعني: لا يتوقف إعتبار الملكية - في جميع مواردنا - على وجود مملوك عليه،
و ان احتيج اليه أحياناً، وهذا في قبال الحق المتوقف - بحسب طبعه - على وجود مسلط عليه.
ففي المقام إذا باع الدائن دينه من المديون لا تتوقف مالكية المديون لما في ذمة نفسه على وجود
مملوك عليه، بل يكفي وجود طرفين أحدهما المالك، و الآخر المال المملوك، و سياقي مزيد
توضيح له في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(٢) إذ لو توقفت الملكية على وجود المملوك عليه إستحال بيع الدين من المديون، كما
إستحال إنتقال حق الشفعة ممن له الحق إلى من عليه الحق، لوحدة المحذور - أعني به إجتماع
المتقابلين في واحد - في كلا المقامين.

(٣) لعلّه إشارة إلى: أن إستحالة قيام طرفي السلطنة بشخص واحد إنما تلزم إذا لم يكن
نقل الحق إلى من هو عليه إسقاطاً له، إذ بناءً عليه لا يلزم إمتناع إتحاد السلطان و المسلط عليه.
نعم يلزم إشكال إتحادهما بناءً على كون نقل الحق إلى من هو عليه تمليكاً له.
إلا أن يقال: إن لزومه مبني على بقاء الحق بعد إنتقاله إلى من عليه الحق، و أمّا بناءً على
سقوطه عنه بالتمليك كترتب سقوط الدين عن المديون على مجرد تمليكه - كما أفاده
المصنف رحمه الله - فلا يلزم محذور الإتحاد أصلاً.

أو إشارة إلى: أن الحق هو الملك، و السلطنة تكون من أحكامه، لا أن الحق نفس
السلطنة، كما سياقي في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(*) ما أفاده المصنف رحمه الله في القسم الثاني من الحقوق - و هو ما لا يقبل النقل إلى الغير -
قد ناقشه المحققون من المحشين بوجوه، بعضها ناظر إلى تنظير الحق ببيع الدين، و بعضها إلى
منع إطلاق قيام الحق بطرفين، و بعضها إلى توقف بيع الدين على وجود من يملك عليه، فيكون
كالحق، و بعضها إلى أصل تصوير الملكية - ولو أننا - في بيع الدين حتى يترتب عليه السقوط.
فمنها: ما أفاده السيد رحمه الله تارة: بأن تعليل إمتناع جعل الحق عوضاً بمحذور إستحالة

المتقابلين أخَصَّ من المدعى: الذي هو عدم قابلية الحقوق لوقوعها ثَمناً في البيع سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره، و محذور الاتحاد يقتضي تخصيص المنع بما إذا إنتقل الحق إلى من عليه الحق، لا إلى غيره.

وأخرى: بعدم لزوم محذور اتحاد المتقابلين لو إنتقل الحق إلى من هو عليه، لعدم قيامه بشخصين في مثل حقّي الخيار و الشفعة، لكون متعلق الحق في الشفعة عقد الشريك مع المشتري لحصته، وفي حقّي الخيار عقد من عليه الخيار، و عليه فلا موضوع لإستحالة إجتماع المتقابلين في شخص واحد.

و ثالثة: بأن التفرقة بين الملك و الحق بجعل الأول نسبةً و الثاني سلطنة غير مُجدٍ في تصحيح بيع الدين ممن هو عليه مع إعتبار ترتب الملك على البيع، و ذلك لتوقف الملك في بيع ما في الذمم على مملوك عليه، إذ لا بدّ من إلتزام الذمة القابلة للتعهد بالوفاء بالكلي، و يعود حينئذ محذور إجتماع المسلّط و المسلّط عليه في واحد، لفرض لزوم مغايرة المالك للمملوك عليه و تعددهما. و عليه فجعل الملك نسبةً إعتبارية غير نافع لحلّ الاشكال في بيع الدين ممن هو عليه. هذا.

أقول : أمّا الاشكال الأول فتفصيله: أنه إن كان مقصود المصنّف ^{بإزالة} منع جعل الحق عوضاً في البيع مطلقاً سواء أكان ممن هو عليه أم من غيره تمّ ما أفاده السيد ^{بإزالة} من الأخصية. وإن كان مقصوده البحث مع صاحب الجواهر - القائل بجعل الحق عوضاً عن مبيع يبذله من عليه الحق على وجه الاسقاط - لم يتّجه عليه هذا الاشكال، لكون النظر حينئذ مقصوراً على ردّ مقالة الجواهر، فالتنقض على المصنّف - بما إذا كان المبيع من غير من عليه الحق - في غير محلّه، لكونه أجنبيّاً عن مورد كلام الجواهر، وإن كان أصل المطلب حقّاً.

و بعبارة أخرى: محطّ الاستدلال باستحالة إجتماع المسلّط و المسلّط عليه هو صورة

إنتقال الحق الى من هو عليه، وليس إنتقاله الى الأجنبي مورداً للبحث حتى يُورد على المصنف بالأخصية. نعم عدم جواز جعل الحق عوضاً لغير من عليه الحق وإن كان صحيحاً، لكنه لا بمناط إتحاد من له الحق و هو من عليه، بل بمناط عدم قابلية الحق للنقل و التملك إلى الغير.

وأما الاشكال الثاني - و هو تعلق حَقِّي الخيار و الشفعة بالعقد لا بمن هو عليه - ففيه: أن مثل حَقِّي الشفعة و الخيار وإن لم يكن كحق القصاص في تعلُّقه بشخصين، فطرف الحق هو العقد كما صرح به المصنف في الخيارات، لا السلطنة على إسترداد العين، إلا أن السلطنة على فسخ عقد الغير سلطنة عليه حقيقة، لاستلزام الاستيلاء على حل العقد - و هو الإلتزام المرتبطان - للسلطنة على الملتزم و العاقد، و معه يعود محذور إتحاد المسلط و المسلط عليه عند نقل مثل حق الخيار الى من هو عليه. وكذا الحال في حق الشفعة، فإن السلطنة على عقد الشريك مع المشتري سلطنة على المشتري حقيقة و بلا عناية، فتأمل.

وأما الاشكال الثالث - و هو توقف ملك الكلي على من يملك عليه - فيمكن أن يقال: إن توقف الملك في الكليات الذمية على مغايرة المالك للمملوك عليه و إن كان صحيحاً، لكن الظاهر أن مقصود المصنف من نفي الحاجة الى المملوك عليه في المقام هو ملاحظة واقع الامر بعد إنتقال الدين إلى المديون، لا قبله، و المتوقف على المملوك عليه هو الدين كما إذا تعهد البائع بالكلي سلفاً أو حالاً لغيره، فالمالك هو المشتري و المملوك هو الحنطة مثلاً، و المملوك عليه هو البائع، و هذا مسلم. لكن إذا باع المشتري ما يملكه في ذمة البائع من نفس البائع لا من الأجنبي لا تتوقف مالكية المديون لما في ذمة نفسه آنأما - ثم سقوطه - على طرف آخر.

و بهذا يسلم كلام المصنف عن الاشكال، و لا مجال لتنظيره ببيع الحق ممن هو عليه في إستلزامه الاستحالة. إلا أن يناقش في أصل تصوير مالكية الانسان لما في ذمة نفسه بالملكية الاعتبارية.

ومنها: ما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله - مضافاً إلى إشكال الأخصية المتقدم في كلام صاحب العروة - من وجهين:

أحدهما: أن مورد الكلام هو عدم صحة جعل الحق عوضاً في البيع، فلا يناسبه التعليل

بقوله: «لأن البيع تمليك الغير» لعدم دلالة على لزوم النقل من طرف الثمن أيضاً، كما لا يناسبه النقض ببيع الدين أصلاً، لعدم كونه بصدد بيان عدم وقوعه عوضاً، إذ المفروض كون الدين مبيعاً لا ثمناً.

و ثانيهما: أن الحق ليس بنفسه سلطنة، بل هي من آثاره، كما تكون لازمة للملك أيضاً، فلو إمتنع إتحاد طرفي الحق لاستحالة إجتماع المتقابلين لزم في بيع الدين ممن هو عليه أحد محذورين، إما إتحاد المسلط والمسلط عليه لو حصلت السلطنة للمديون بصيرورته مالكا لما في ذمته، وإما تفكيك الملكية عن السلطنة التي هي أثرها لو قيل بأن الحاصل في بيع الدين من المديون هو مجرد الملكية و السقوط، لا السلطنة على نفسه حتى يترتب عليه إجتماع المتقابلين المحال^أ.

أقول: أما الاشكال الأول فالظاهر عدم وروده على المتن بناء على مبناه من أن إنشاء التمليك في البيع يكون من الطرفين، وإن كان من طرف المشتري ضمناً كما صرح به المصنف في الجواب عن النقض الرابع على تعريف البيع بإنشاء تمليك عين بمال. و عليه يكون تعليل عدم وقوع الحق - غير القابل للنقل - عوضاً في البيع بقوله: «لأن البيع تمليك الغير» في محله، لعدم تمكن المشتري من تمليك الثمن - و هو الحق - للبائع، لفرض عدم قابليته للنقل، فلا يتحقق مفهوم المبادلة المأخوذة في تعريف المصباح.

و أما نقض عدم وقوع الحق ثمناً ببيع الدين ممن هو عليه فالمقصود منه النقض بالأولوية، لأن كل من اكتفى بالإسقاط في ناحية المعوض الذي هو المبيع الملحوظ فيه الأصالة فقد اكتفى بالإسقاط في طرف العوض الذي - هو مورد البحث - بطريق أولي، فتأمل.

مضافاً إلى: أن مقصوده منع تنطير صاحب الجواهر سقوط الحق ببيع الدين.

وأما الاشكال الثاني فالظاهر وروده على المتن، فإن الملك الاعتباري - بأي معنى قُسر -

موضوع للسلطنة كما يقتضيه مثل ما روي عنه عليه السلام من قوله: «الناس مسلطون على أموالهم» فلو إمتنع قيام طرفي السلطنة الفعلية - في الحق - بواحد من جهة إستحالة إجتماع المتقابلين لزم إمتناعه في الملك أيضاً، كما أنه لو أمكن تصوير قيامه بشخص واحد - كما سيأتي في كلام المحقق الاصفهاني - جرى ذلك في الملك أيضاً.

و الحاصل: أن الحق و الملك بوزان واحد إمكاناً وإمتناعاً.

و منه يظهر أن المناقشة فيه «بأن الحق سلطنة إعتبارية هي من الأحكام الوضعية كاعتبار الملكية، و جواز التصرف تكليفاً و وضعاً يعبر عنه بعنوان السلطنة، لأنه هناك سلطنة إعتبارية حتى يكون في كل ملك إعتبار الملكية و اعتبار السلطنة»^أ غير ظاهرة، لكون المجعل نفس السلطنة في مورد المالك بالنسبة إلى أموالهم، ولو كانت عنواناً مشيراً الى مشروعية التصرفات تكليفاً و وضعاً كانت حكماً مشتركاً بين الملك و الحق، إذ لا يراد من كون الحق سلطنة إلا جواز تصرف ذي الحق في حقه.

و الحاصل: أن السلطنة أثر مشترك بين الملك و الحق، و هي إما إعتبار وضعي، و إما عنوان جامع بين أنحاء التصرفات، فلا وجه للفتك بين الملك و الحق بجعل السلطنة في الملك نفس الجواز تكليفاً و وضعاً، و في الحق إعتبار السلطنة.

هذا بناءً على الاقتصار على ما في المتن من كون الملك نسبة إعتبارية متزعة من جواز التصرف و نحوه من الأحكام التكليفية كما هو مبناه المصرح به في باب الاستصحاب و غيره من إنتزاع الأحكام الوضعية من التكليفات، و ليست مستقلة بالجعل، كما أن الملكية ليست عنده كالطهارة و النجاسة من الامور الواقعية التي كشف عنها الشارع - على ما نسبته السيد إليه - . فعلى كل تكون السلطنة على التقلب و التقلب من آثار الملك و أحكامه.

و أما بناءً على ما أفاده المصنف عليه السلام في رسالة قاعدة «من ملك» من التصريح بكون الملكية سلطنة فعلية، فالاشكال أكد، لمساوقة إعتبار الملكية لاعتبار السلطنة على المملوك،

ولذا تكون سلطنة الصبي والمحجور على ماله شأنية لا فعلية، وحينئذ يكون محذور إستحالة قيام طرفي الملك بواحد - كما في مالكية المديون لما في ذمة نفسه أنامًا - محذور إجتماع المسلط والمسلط عليه في واحد.

و على كل حال فالسلطنة ملحوظة في الملك سواء أكان حقيقة إضافة اعتبارية أثرها السلطنة، أم كانت نفس السلطنة الاعتبارية، هذا.

و الحاصل: أن إشكال المحقق الخراساني وارد على المتن ولا دافع له.

هذا مضافاً الى ما في تفسير مثل حق الخيار بالسلطنة الفعلية من إشكال آخر، و هو: أنه لا خلاف في كونه موروثاً، فلو ورثه الصبي كان كسائر ما يرثه مما له سلطنة إقتضائية عليه لا فعلية، و سلطنة وليه الفعلية لا ربط لها به. و دعوى إنتزاع سلطنته من جواز تصرف الولي ممنوعة، إذ لا معنى لقيام الأمر الانتزاعي بالصبي ونحوه من القصر، و قيام منشأ الانتزاع بمن له الولاية.

ومنها: ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمته الله من وجهين:

أحدهما - بتوضيح منا -: أن منشأ إستحالة إنتقال الحق إلى من هو عليه تضايق عنواني السلطان والمسلط عليه، و المتضايقان متقابلان لا يجتمعان في واحد. لكنه ممنوع، لعدم إقتضاء مطلق التضايق للتقابل، بل إنما هو شأن قسم خاص منه، و هو المتضايقان المتغايران وجوداً كالعلة والمعلول و التقدم و التأخر، و أما العالمية و المعلومية و المحببة و المحبوبة فيقومان بوجود واحد بلا ريب.

و حقيقة السلطنة - كالملكية الحقيقية - تكاد أن تكون من القسم الثاني، إذ ليست حقيقة السلطنة إلا كون الشخص قاهراً على شخص، و كون الغير طوعاً إرادته في حركاته و سكناته، و من المعلوم أن أولى الأشخاص بهذا المعنى هو الانسان بنفسه، فإنه لا يتحرك إلا بإرادة نفسه، فهو مسلط على نفسه حقيقة. و لا محذور في ذلك بعد كون مرتبة من النفس قاهرة على مرتبة أخرى منها، كما هو المشاهد في أصحاب الرياضات و المجاهدين بالجهاد الأكبر لأجل قهر

النفس و جعل زمامها بأيديهم و طوع إرادتهم.
و عليه فالسلطنة الحقيقية - فضلاً عن الاعتبارية - لا تتوقف على تعدد الطرف حتى يلزم المحال من إجتماعهما في شخص واحد.

و دعوى توقف السلطنة على تعدد الوجود - و إمتناع قيامها بواحد - لأن خصوصية الاستعلاء المقتضية لكون السلطان فوقاً على المسلط عليه موجبة لمغايرتهما وجوداً، لاستحالة كون الشخص فوق نفسه، فيتجه كلام الماتن من عدم معقولية قيام طرفي الحق بواحد (ممنوعة) بأن السلطنة هي القهر و الاستيلاء، و لا تتوقف بحسب طبعها على تعدد الوجود، وإن كانت كذلك في بعض الموارد كما في السلطان و رعيته، ولكن لا تتوقف عليه في مثل كون النفس بمرتبة مريدتها قاهرة على مرتبة إنفعالها و إطاعتها.

ثانيهما: أن محذور الاستحالة - على فرض ثبوته - إنما هو في السلطنة الحقيقية، لا الاعتبارية التابعة للأثر المصحح للاعتبار، فكما يعقل مالكية الانسان لما في ذمة نفسه، و أثرها السقوط، فكذا في السلطنة الاعتبارية. وكما أن إعتبار هذا المعنى لغو في السلطنة بدون أثر السقوط كذلك في الملكية.

و عليه لا مانع من أن يعتبر الشارع من عليه الخيار مسلطاً و مسلطاً عليه، إذ الكلام في السلطنة الاعتبارية. و إمتناع إجتماع طرفي السلطنة الحقيقية في واحد لا يقتضي إمتناعه في أمثال المقام، لكون التضايف و التقابل من خصوصيات دار الوجود لا المفاهيم الاعتبارية. نعم يشكل أصل إعتبار الملكية في بيع الدين كي يترتب عليه السقوط من جهة أن سقوط ملكية ما في الذمة إن كان لعدم أثر لا اعتبار كون الإنسان مالكاً لما في ذمته فلا يبقى، ففيه: أن الحدوث كالبقاء في الامتناع و الامكان. و إن كان السقوط بنفسه أثر الملكية ففيه: أنه لا يعقل أن يكون الشيء علة لعدم نفسه.

و الظاهر ورود هذين الإشكالين على المتن من عدم معقولية إتحاد طرفي السلطنة.
و دعوى أجنبية بيع الحق ممن هو عليه عن سلطنة مرتبة النفس على مرتبة أخرى، لأن

مقتضى سلطنته على العقد تمكنه من حله وإقراره، ومقتضى كونه ممن عليه الحق عدم نفوذ تصرفه فيه، ولا معنى لاعتبار قبض اليد وبسطها معاً، (غير مسموعة) بما تقدم في بيان المحقق الاصفهاني رحمته من دوران الامور الاعتبارية مدار الأثر المصحح، وحيث إلترزم شيخنا الأعظم بمالكية المديون لما في ذمة نفسه أناماً فليكن الأمر كذلك في إنتقال الحق إلى من هو عليه.

ومنها: ما أفاده العلامة الشيخ البلاغي رحمته من منع تصوير مالكية الانسان لما في ذمة نفسه أناماً، وذلك لأن المقصود بها هنا هي الملكية الاعتبارية التي يكون المرجع في سعة دائرة إعتبارها وضيقها العقلاء، ومن المعلوم أن الذمة بنفسها ليست وعاء تميز حصّة من الكلّي للأغراض والأحكام من دون سائر حصصه، وإنما يكون منشأ إعتبار مملوكية ما في الذمة إلترام صاحب الذمة به، وإستحقاق الغير لأدائه. وهذا المعنى غير محقق في مالكية الانسان لما في ذمة نفسه، إذ لا يستحقه الغير، ولا إلترام بأدائه له. وعليه فلا منشأ لانتزاع ملك الدين عند العقلاء، ولا لما يترتب عليه من السقوط.

وهذا الاشكال لا يخلو من وجه، ولأجله يتفصّل عنه في مسألة بيع الدين تارة بالالتزام بالإبراء بالعوض دون التملك، وكفاية هذا المقدار في صدق مفهوم البيع. وأخرى بأن الملكية الحاصلة في بيع الدين هي الذاتية لا الاعتبارية، فالانسان كما يملك نفسه وأعماله ومنافعه كذلك يملك ما في ذمة نفسه حقيقة لا إعتباراً. وثالثة بالتهاتر، وسيأتي تحقيق الكلام عند تعرض المصنف للتفصّل الثاني على تعريف البيع إن شاء الله تعالى، فانتظر.

لكن تنزيل قول الماتن هنا: «لا مانع من كونه تملكاً فيسقط» على الملكية الذاتية - كما في تقرير بعض الأعظم رحمته ب - لا يخلو من نظر، لأن شيخنا الأعظم رحمته جعل الفارق بين الملك والحق كون الأول نسبة والثاني سلطنة فعلية، وهذه المقابلة تقتضي إرادة الاضافة

و أمّا^(١) الحقوق القابلة

القسم الثالث: الحقوق القابلة للانتقال

(١) هذا بيان حكم القسم الثالث من الحقوق من حيث وقوعها ثمناً في البيع و عدمه. وقد أشرنا إلى أن المصنف رحمته الله لم يجزم ببطلان ذلك، بل تردّد فيه وإن كان مآله إلى عدم جواز جعله عوضاً.

و محصل ما أفاده في الإشكال على وقوعه عوضاً هو: أن مثل حق التحجير وإن كان قائماً بشخص المحجّر كسائر الحقوق القائمة بذويها، إلا أنه يجوز نقله إلى الغير بصلح ونحوه ويصح أخذ المال بازائه، فالمحذور المتقدم في القسمين الأولين - من عدم قابليتهما في حد ذاتيهما للنقل إلى الغير - غير جارٍ في هذا القسم. إلا أن المانع من جعله عوضاً في البيع هو الخصوصية الملحوظة في مفهوم البيع لغةً و عرفاً، وهي وقوع المبادلة بين مالين، و صدق «المال» على الحقوق غير ظاهر لو لم يكن ظاهر العدم، و عليه فلا يجوز جعلها عوضاً في البيع.

أمّا أخذ «المال» في معنى البيع لغةً فلما تقدم في تعريف المصباح له بقوله: «مبادلة مال بمال» فلو لم تُحرز مالية العوضين لم تكن المبادلة بينهما بيعاً، و أمّا أخذه في مفهومه عرفاً - مضافاً إلى إستكشافه بقول اللغوي - فلما يظهر من تعريف الفقهاء للبيع العرفي، كما تقدّمت جملة منها عند البحث عن إعتبار عينية المبيع، و قد

الاعتبارية التي تكون بين المالك و أموالهم سواء أكانت فعلية كما في ملك غير المحجور عن التصرف، أم إقتضائية كما في ملك القَصْر ممن لا سلطنة له فعلاً على التصرف في ماله.

و عليه فيكون مقصود الشيخ رحمته الله من مالكية المديون لما في ذمة نفسه هو الملكية الاعتبارية لا الذاتية، فتوجيهه معقولة ملك المديون للمدين «بأنه من شؤون سلطنة النفس على ذمته و عمله ذاتاً لا إعتباراً» لعلّه من التوجيه الذي لا يرضى به صاحبه.

و أما أصل تصوير مالكية الشخص لما في ذمة نفسه فسيأتي في نقوض تعريف المصنف للبيع إن شاء الله تعالى.

لانتقال^(١) - كحق التحجير^(٢) ونحوه^(٣) - فهي وإن قبلت

عرفت أيضاً أن الموضوع للأدلة المتكفلة لأحكامه هو ما يصدق عليه البيع عرفاً، إذ لا حقيقة شرعية ولا متشرعية له.

و يدل على اعتبار مالية العوضين أيضاً ما أفاده الفقهاء (قدّست أسرارهم) في موضعين: أحدهما: في شرائط العوضين من البيع، و ثانيهما: في شرائط الأجرة في كتاب الإجارة. و عليه فلا يجوز جعل هذا القسم من الحقوق أيضاً عوضاً في البيع.

ثم إن المصنف رحمته لم يتعرض لوجه جواز جعل هذا القسم ثمناً، ولعله لكون «المال» المأخوذ في تعريف البيع و سائر العقود المعاوضية عبارة عن مطلق ما يتنافس عليه العقلاء وإن لم يكن عيناً ولا منفعة، و من المعلوم كون الحق مما يبذلون شيئاً بازاء نقله و إسقاطه وإراحة أنفسهم عنه، كم يبذلونه بازاء ما اشتغلت ذمهم به من أموال الناس عيناً و معنى. و بعبارة أخرى: يكون أخذ «المال» في تعريف البيع منزلاً على الغالب من البيوع المتعارفة بين الناس، و مثلاً لكل ما للشخص سلطنة عليه، و هذا المعنى العام صادق على الحقوق أيضاً، لأنها أموال عرفاً.

(١) قد يراد بالانتقال ما يعم النقل الاختياري بالبيع و الشراء، والقهري بالإرث و قد يراد به ما يخصّ النقل القهري، كما يختص النقل بالإختياري، و مقصود المصنف رحمته من الانتقال هو الأول، لقوله بعده: «قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح». هذا بيان المراد، ولكن الانصاف مقابلة الانتقال للنقل، لاختصاصه بالنقل القهري كاختصاص النقل بالإختياري.

(٢) فيجوز للمحجّر نقل حقه إلى الغير، و يصير المنقل إليه - كالأصيل - أولى من غيره في تملك الأرض بالإحياء، و لا يجوز للأجنبي مزاحمته فيه.

(٣) كحق الرهانة و القصاص و الشرط كما قيل أ.

النقل^(١) و قوبلت بالمال في الصلح^(٢)، إلا^(٣) أن في جواز وقوعها^(٤) عوضاً للبيع إشكالاً، من^(٥) أخذ المال في عوضي المبايعة لغة^(٦) و عرفاً^(٧)، مع^(٨) ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض

(١) يعني: فلا يرد الإشكال على هذا القسم بما أورد على القسمين المتقدمين من قوله: «لأن البيع غليك الغير» إذ المفروض قابلية قيام القسم الثالث - من الحقوق - بالغير، فالإشكال في عوضية هذا القسم من الحقوق لا بد أن يكون من ناحية الشك في صدق «المال» عليه. (٢) قال في الجواهر - في مسألة جواز الصلح على عين بعين أو بمنفعة، وبالعكس - ما لفظه: «للعومومات مقتضية لذلك، و لغيره من الصلح عن الحق إسقاطاً أو نقلاً، كحق الخيار و حق التحجير و حق الشفعة، بل الظاهر أنها - أي عومومات الصلح - تقتضي صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعاً».

(٣) هذا استدراك على قوله: «و ان قبلت النقل و قوبلت بالمال في الصلح» و محصله: التفرقة بين باب البيع و الصلح، للاغتفار فيه بما لا يفتر في البيع، فجواز الصلح عن الحقوق لا يقتضي جواز وقوعها عوضاً في البيع.

(٤) أي: وقوع الحقوق القابلة للانتقال.

(٥) هذا وجه عدم الجواز، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و محصل ما أفاده في الإشكال على وقوعها عوضاً في البيع... الخ».

و وجه الاشكال أمران، أحدهما: دخل مالية العوضين في مفهوم البيع العرفي و اللغوي، و ثانيهما: ظهور كلمات الفقهاء في ذلك في موضعين.

(٦) فإنّ ظهور تعريف المصباح للبيع - بالمبادلة بين مالين - في اعتبار المجانسة بين العوضين في المالية ممّا لا يُنكر.

(٧) لتسالمهم على دخل مالية العوضين في مفهوم البيع عرفاً.

(٨) هذا هو المنشأ الثاني للإشكال في وقوع الحقوق عوضاً في البيع، و هو الإشتهاد بكلمات الفقهاء في موضعين.

لشروط العوضين^(١)، ولما^(٢) يصح أن يكون أجره في الإجارة في^(٣) حصر الثمن في المال.

- (١) هذا هو الموضع الأول من كلمات الفقهاء، وهو بحث شرائط العوضين في البيع.
- (٢) عطف على «لشروط» أي: عند التعرض لما يصح أجره في باب الإجارة، وهو الموضع الثاني من كلمات الفقهاء.
- (٣) متعلق بـ «ظهور كلمات الفقهاء» أي: أن الكلمات ظاهرة في إنحصار ثمن البيع وأجرة الإجارة في المال، وهو مشكوك الصدق على الحقوق القابلة للانتقال.
- وقد تحصل: أن المصنف رحمته الله فصل في جعل الحقوق عوضاً في البيع بين صورٍ تقتصر على ذكر مهماتها:

الأولى: إن لا يكون الحق قابلاً للمعاوضة - بمعنى عدم كونه مما يقبل الإسقاط والنقل الاختياري والانتقال القهري، إذ المعاوضة لا بد وأن تكون بازاء النقل أو الإسقاط - كولاية الأب والمجدو الحاكم على ما قيل. وحكم هذه الصورة أنه لا يصح جعله عوضاً في البيع، لكون البيع من النواقل المعاوضة.

و الظاهر أن هذه الصورة خارجة عن مورد النزاع بين المصنف وبين صاحب الجواهر رحمته الله القائل بجواز جعل الحقوق عوضاً في البيع، كما لا يخفى وجهه.

الثانية: أن يكون الحق قابلاً للإسقاط دون النقل كحق الشفعة، فجعله عوضاً عن المبيع قد يكون بنحو النقل إلى من عليه الحق، كأن يقول البائع: «بعثك هذا الكتاب بحق الشفعة الذي لك عليّ». أو إلى غير من عليه الحق، كأن يقول البائع: «بعثك هذا الكتاب بحق الشفعة الذي لك عليّ زيد عليّ أن ينتقل الحق إليّ». وقد يكون بنحو الإسقاط.

فإن كان بنحو النقل لم يصح جعله عوضاً في البيع مطلقاً - سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره - إذ المفروض عدم قبوله للنقل، و البيع من النواقل، فجعله عوضاً بنحو النقل مساوق لكون البيع بلا ثمن، فلا بد أن تكون هذه الصورة أيضاً خارجة عن مورد كلام الجواهر بجواز جعل الحق عوضاً في البيع.

و إن كان بنحو الإسقاط، فتارة يكون البائع من عليه الحق كأن يقول البائع: «بعثك

هذا الكتاب بأن يسقط ما لك من حق الشفعة عليّ». وأخرى يكون أجنبياً، كأن يقول البائع لصاحب الحق: «بعثك هذا الكتاب بأن يسقط ما لك على زيد من حق الشفعة».

فإن كان البائع من عليه الحق ففساد البيع فيه مبني على كون البيع هو النقل من الطرفين، كما هو مقتضى تعليل المصنف رحمته لذلك بقوله: «لأن البيع تمليك الغير». وأما بناءً على عدم اعتبار النقل من الطرفين في البيع وكفاية مطلق إنتفاع المتبايعين بالعوضين - أو إنتفاع أحدهما بأحد عوضين - في تحقق البيع ولو بنحو الإسقاط وتخليص نفسه عن حق الغير، حيث إنه إنتفاع عقلائي مرغوب فيه عندهم، فلا مانع من صحته.

و حيث إن المصنف إعتبر في البيع النقل من الطرفين إلّٰم بالفساد، و صاحب الجواهر لما لم يعتبر النقل من الطرفين - و اكتفى في تحقق البيع بمطلق الإنتفاع بالعوضين، أو أحدهما وإن لم يكن بنحو الإنتقال - حكّم بالصحة، هذا.

وإن كان البائع أجنبياً عمن عليه الحق، ففساده مبني على إعتبار أحد أمرين في صحة البيع، إمّا النقل من الطرفين كما هو مذهب المصنف رحمته، وإمّا الإنتفاع بالعوضين ولو بغير النقل كما هو مذهب الجواهر. وكلاهما مفقود فيما إذا كان البائع أجنبياً عمن عليه الحق، ضرورة عدم نقل المشتري شيئاً إلى البائع، إذ المفروض كون العوض إسقاط الحق لا نقله، و من المعلوم أن البائع الأجنبي عمن عليه الحق لا ينتفع بإسقاطه، فالبايع لا ينتقل إليه الحق، و لا ينتفع أيضاً بإذها به، فلا يصح البيع.

و عليه ينبغي إخراج هذه الصورة أيضاً عن مورد نزاع صاحب الجواهر و المصنف، لاقتضاء مذهب كل منهما بطلانه، لفقدان شرط صحته من النقل من الطرفين، أو الإنتفاع بالعوضين ولو بغير الإنتقال فيما إذا كان البائع غير من عليه الحق، هذا.

الثالثة: أن يكون الحق قابلاً للنقل و مقابله بالمال في الصلح، لأجل قابليته لكل من النقل و الإسقاط، كحق التحجير، فإن جعل عوضاً عن المبيع على وجه الإسقاط، جرى فيه ما تقدم من بطلان البيع على مذاق المصنف، لفقدان النقل من الطرفين المعتبر في البيع

سواء أكان البائع من عليه الحق أم غيره، و صحته على مذاق صاحب الجواهر القائل بكفاية إنتفاع كل من المتبايعين بالعوضين ولو بغير الإنتقال إن كان البائع من عليه الحق. و بطلانه إن كان البائع أجنبياً، إذ لا ينتفع البائع بشيء من أنحاء الإنتفاعات بإسقاط الحق عمّن هو عليه. وإن جعل الحق عوضاً عن المبيع على وجه النقل - سواء أكان البائع من عليه الحق أم أجنبياً - فقد إستشكل فيه المصنف رحمته بعدم وضوح صدق المال على الحق، مع لزوم اعتبار مالية كلا العوضين في البيع، فقتضى أصالة الفساد في العقود فساد البيع.

ولو كان البائع أجنبياً ففي صحة البيع إشكال آخر، و هو عدم إنتفاع البائع بعوض المبيع بنحو من الأنحاء. إلا أن يكون في إنتقال حق التحجير الى الغير - بهذا البيع - غرض عقلائي، فلا مانع من صحته حينئذ.

فاتضح من جميع ما ذكرناه: أن المصنف رحمته يمنع جعل الحقوق بأسرها عوضاً عن المبيع، للإشكال في صدق المال على الحقوق، و لكون البيع من النواقل، و الأول جارٍ في جميع الحقوق، و الثاني في خصوص الحقوق غير القابلة للنقل، فلاحظ و تأمل.

نظرة في الحقوق، أقسامها وأحكامها

قد يعدُّ الحق عند جمع من الأعظم نوعاً من الملك أو مرتبة منه، فينبغي البحث أولاً في تعريف الملك، ثم في ماهية الحق وأقسامه وأحكامه، فيقع الكلام في موضعين:

الموضع الأول: في الملك

اختلفت كلماتهم في تعريف الملكية الاعتبارية المنشأة في المعاملات على أقوالٍ. منها: ما اختاره المصنف رحمته في المتن من أنها نسبة بين المالك والمملوك. و ينبغي أن تكون منتزعة من الحكم التكليفي كجواز التصرف، بناءً على ما حققه في الأصول من عدم تأصل الأحكام الوضعية في الجعل.

ومنها: ما اختاره في رسالة «من ملك» في من يصح منه الإقرار بالملك من: أنها سلطنة فعلية كما تقتضيه اللغة، واحترز بها عن إقرار الصبي بما يملكه، إذ ليست سلطنته إلا بالإنشاء، فراجع أ.

ومنها: أنها سلطنة، ولعل المراد بها ما يعم الفعلية والشأنية، اختاره جمع، منهم السيد رحمته، حيث قال تارة في تفسير الحق: «سواء جعلناه إضافةً ونسبةً بين الطرفين، أم سلطنة كما في الملك» وأخرى في تعريف الملكية: «و يمكن أن يقال: إن الملكية هي نفس السلطنة الخاصة لا العلقمة الملزومة لها» ب.

أ: رسالة «من ملك» المطبوعة مع عدة رسائل فقهية أخرى، ص ١٨٤

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٧ (آخر الصفحة) و ص ٥٨

و منها: أنها مرتبة من مقولة الجدة، كما في تقرير بحث شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته من: «أن الملكية في باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، أي: إعتبار كون شيء لشيء آخر»^أ.

و منها: أنها إضافة، كما ربما يظهر من المحقق الخراساني في باب الأحكام الوضعية، حيث قال: «ان الملك يقال بالاشتراك على ذلك - أي الجدة المقولية - و على إختصاص شيء بشيء خاص»^ب.

و منها: أنها برزخ بين الإعتبارات الذهنية الصرفة و هي الوجودات الإدعائية كآنياب الأغوال العارية عن الحقيقة، الزائلة بالغفلة و ذهول النفس، و بين الإضافات المقولية و النسب الخارجية، كما في تقرير شيخنا المحقق العراقي رحمته.

و منها: أنها تساوق الإحتواء و الوجدان تقريباً، كما مال إليه المحقق الإصفهاني رحمته^د.

و منها: أنها إحاطة و سلطنة، كما في تقرير السيد الخوئي رحمته^{هـ}.

و منها: غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

و الظاهر أن التعاريف المذكورة تقريبية، لوحظ في كل منها حيثية من حيثيات الملك و أثر من آثاره. و لعل الأقرب - بالنظر إلى ورود هذه المادة في الإستعمالات الفصيحة هو الوجدان، فإنه المنسب منه إلى الذهن سواء في الملك الحقيقي و الإعتباري الذي هو مورد البحث، فقد تكرر في الذكر الحكيم التعبير بعدم الوجدان فيمن لا يستطيع الهدى، و في الكفارة المرتبة، قال عز من قائل: ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾^و. و ﴿ فمن لم

أ: المكاسب و البيع، ج ١، ص ٨٤

ب: كفاية الأصول، ج ٢، ص ٣٠٧، المطبوعة مع حواشي العلامة المشكيني.

ج: نهاية الأفكار، ج ٤، ص ١٠٢

د: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧

هـ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٤

و: البقرة، الآية: ١٩٦

يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴿١﴾. و ﴿٢﴾ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم ﴿٣﴾.

و روي عنه عليه السلام : «لِي الْوَاجِدُ بِالَّذِينَ يُحْلُ عَرْضَهُ وَ عَقُوبَتُهُ» و المقصود به المماثلة بالدين مع القدرة على أدائه. و وَرَدَ فِي النُّصُوصِ الْمَفْسُورَةِ لِلْإِسْتِطَاعَةِ الْعَالِيَةِ التَّعْبِيرُ بِالْوَاكِدِ وَ أَهْلِ الْجِدَّةِ. كَمَا أُرِيدَ بِهَا الْغَنَى وَ الْيَسَارُ فَيَمُنْ يَجِبُ عَلَيْهِ زَكَاةُ الْفِطْرَةِ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ جَمَلَةٌ مِنْهَا.

و عَرَّفَهُ اللَّغَوِيُّونَ بِالْإِحْتَوَاءِ، وَ هُوَ إِحْرَازُ الشَّيْءِ بِحَيْثُ يَتِمَكَّنُ الْمَالِكُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكِهِ. فَفِي اللِّسَانِ نَقْلًا عَنْ ابْنِ سِيدَةَ: «الْمَلِكُ وَ الْمُلْكُ وَ الْمِلْكُ: إِحْتَوَاءُ الشَّيْءِ، وَ الْقُدْرَةُ عَلَى الْإِسْتِبْدَادِ بِهِ»^١ وَ نَحْوُهُ فِي الْقَامُوسِ وَ غَيْرِهِ. وَ الْإِحْتَوَاءُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِنَفْسِهِ مُنْسَبِقًا إِلَى الذَّهْنِ، لَكِنْ تَقْيِيدُ الْمَفْهُومِ «بِالْقُدْرَةِ عَلَى الْإِسْتِبْدَادِ بِهِ فِي التَّصَرُّفِ» يَجْعَلُهُ بِمَعْنَى الْوَجْدَانِ تَقْرِيبًا. وَ يَدُلُّ عَلَى أَخْذِ خُصُوصِيَّةٍ فِي الْمَلِكِ بِهَا تَكُونُ أَضْيَقُ مَقْهُومًا مِنَ الْوَجْدَانِ، وَ هِيَ كَوْنُ الْمَالِكِ مُتَبَوِّعًا وَ مِنْ ذَوِي الْإِرَادَةِ وَ الْعَقْلِ، فَلَا يُقَالُ لِلدَّارِ الْوَاجِدَةِ لِلْبُيُوتِ: «أَنَّهَا مَالِكَةٌ لِلْبُيُوتِ خَمْسَةٌ» وَ إِنَّمَا يَقْتَصِرُ عَلَى التَّعْبِيرِ عَنْهَا بِالْوَجْدَانِ.

و لَا فَرْقَ فِي دَخَلِ هَذِهِ الْحَيْثِيَّةِ فِي مَقْهُومِ الْمَلِكِ بَيْنَ مُطَابَقَاتِهِ التَّكْوِينِيَّةِ وَ الْإِعْتِبَارِيَّةِ، كَمَا سَيُظْهِرُ.

كَمَا أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَنْزِيلِ كَلَامِ اللَّغَوِيِّ عَلَى الْغَالِبِ، لظهوره في دورانِ صَدَقِ الْمَلِكِ مَدَارِ سُلْطَنَةِ الْمَالِكِ فَعَلًا عَلَى التَّصَرُّفِ فِي مَمْلُوكِهِ، وَ عَدَمِ كِفَايَةِ السُّلْطَنَةِ الشَّأْنِيَّةِ فِيهِ، وَ مِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ لَازِمَ هَذِهِ صَحَّةِ سَلْبِ الْمَلِكِ عَنِ الْقَاصِرِ الْمُحْجُورِ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ، مَعَ أَنَّهُ لَا رَيْبَ فِي صَدَقِ الْمَلِكِ عَلَيْهِ حَقِيقَةً عَرَفًا وَ شَرْعًا. أَمَّا عَرَفًا فَلِأَنَّ الْمُحَاكِمَ الْعَرْفِيَّ الْمَانِعَةَ عَنِ تَصَرُّفِ

أ: النساء، الآية: ٩٢

ب: المائدة، الآية: ٥

ج: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٩٠، الباب ٨ من أبواب الدين و القرض، الحديث: ٤

د: راجع الصفحة: ٧٣

ه: لسان العرب، ج ١٠، ص ٤٩٢

الأطفال في أموالهم قبل بلوغ الثامنة عشر من العمر تلتزم بمالكيتهم لما يرثونه من الأموال وأما شرعاً فلو ضوح حكمه بمالكية الصبي - بل الجنين - لحصته من تركة مورثه.

والمستفاد مما ذكرناه: كفاية السلطنة الإقتضائية في الملك وإن كانت السلطنة الفعلية للولي، وبطلان تعريفه بها.

بل قد يقال: بأجنبية مفهوم الملك عن السلطنة حتى الشأنية، إذ الملك يتعدى بنفسه، والسلطنة تتعدى بحرف الإستعلاء، فلا ترادف بين مفهوميهما. وعليه فالملك الإعتباري أمر آخر، ومن أحكامه - عرفاً وشرعاً - السلطنة على أنحاء التصرفات.

وبالجملة: فالملك العقلائي والشرعي هو الوجدان كما مال إليه المحقق الإصفهاني رحمته الله. وليكن المراد به إعتبار الواجدية، لوضوح كون الملك مفهوماً عاماً له مطابقات حقيقية وجعلية. والمقصود بالبحث هنا وإن كان تعريف الملك الإعتباري، إلا أنه لما كان وجوداً إدعائياً للملك الحقيقي كان المناسب الإشارة إلى مطابقاته، فنقول: يطلق الملك على معان:

مركز تحقيق تكامل علوم إسلامي إطلاق الملك على معانٍ أربع

الأول: الملكية الحقيقية والإضافة الإشرافية، حيث يكون المالك قيوماً على مملوكه بحسب ذاته وجميع شؤونه، وله السلطنة الحقيقية عليه، والإحاطة التامة به، كما في ملك الباري جلّت عظمتة لما سواه، قال عزّ من قائل: ﴿وَعَنَتِ الْوُجُوهُ لِلْحَيِّ الْقَيُّومِ وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْماً﴾^أ، والقَيُّوم هو القائم الحافظ لكل شيء، والمعطي له ما به قوامه، وذلك هو المعنى المذكور في قوله تعالى: ﴿الَّذِي أُعْطِيَ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَى﴾^ب.

ومثلوا للملك بهذا المعنى في عالم الممكنات بوجدان النفس الناطقة للصور الإدراكية المرتسمة في صقعها، حيث إنّ النفس واجدة لها حقيقة، وهي قيوماً، بحيث تمنحها عنها

أ: طه، الآية: ١١١

ب: مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ٤١٧

بالغفلة والذهول. والنفس وإن كانت جوهرًا موجودة لنفسها في نفسها، لكنها قائمة بغيرها - أي بآرائها وموجدتها - فلذا كانت الصور قائمة بذلك الغير.

وكيف كان فالملك بمعنى الإضافة الإشرافية مخصوص بالباري جلّ وعلا، وهو أمر تكويني خارج عن أفق المقولات فضلاً عن الاعتبار. ويثبت بالتبع وفي مرتبة تالية لأوليائه من النبي ﷺ والأئمة المعصومين عليهم أفضل الصلاة والسلام، لكونهم مجاري فيضه ومجالى نوره، فلهم السلطنة المعنوية على جميع الموجودات، وبهذا الاعتبار بهم تتحرك المتحركات وتسكن السواكن، قال المحقق الإصفهاني: «فإن الممكنات كما أنها مملوكة له تعالى بإحاطته الوجودية على جميع الموجودات بأفضل أنحاء الإحاطة الحقيقية، كذلك النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام لكونهم عليهم من وسائط فيض الوجود، فلهم الجاعلية والإحاطة بذلك الوجه، بمعنى فاعل ما به الوجود، لا منه الوجود، فإنه مختص بواجب الوجود، ولا بأس بأن تكون الأملاك وملاكها مملوكة لهم بهذا الوجه، كما في قولهم عليهم السلام: الأرض كلها لنا، وإن لم تكن مملوكة لهم بالملك الاعتباري الذي هو موضوع الأحكام الشرعية»^أ.

الثاني: الملك الذاتي، وهو حيثية وجودية هي قيام وجود شيء بشيء بحيث يختص به في التصرف فيه كيف شاء، ومثلوا له بمالكية الإنسان لنفسه وأعضائه ومنافعه وأعماله. أما مالكيته لنفسه فلأن وجدان كل موجود لنفسه ضروري الثبوت له، كوجدان كل ماهية لنفسها. وأما مالكيته لفعله فلأن زمامه بيده لصدور عنه بإرادته وإختياره، فهو أملك بفعله من غيره، لأن سلطنته على فعله من شؤون سلطنته على نفسه.

وهذا النحو من الملكية قد يتحقق بين شخصين إذا كان أحدهما طوعاً وإرادة الآخر في حركته وسكونه، كما حكاها تعالى عن الكليم بالنسبة إلى هارون «على نبينا وآله وعليهما الصلاة والسلام» بقوله: ﴿لَأَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي﴾^ب إذ لا يراد به الإضافة الاعتبارية بين السيد والعبد، بل المراد به إنقياد هارون له بحيث تكون أفعاله بإرادة أخيه عليه السلام. والملكية بهذا المعنى حقيقية لا اعتبارية ولا مقولية، وتسميتها بالذاتية دون الحقيقية لأجل إختصاص الملك

الحقيقي بالإشراق والإيجاد.

الثالث : الملك المقولي، أي ما يُعدّ في فنّ المعقول من الأعراض النسبية، المعبر عنه بالجدّة أيضاً، قال في الأسفار: «وَمِمَّا عُدَّ مِنَ الْمَقُولَاتِ: الْجِدَّةُ وَالْمَلِكُ، وَهُوَ هَيْئَةٌ تَحْصُلُ بِسَبَبِ كَوْنِ جِسْمٍ فِي مَحِيطٍ بِكُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ، بِحَيْثُ يَنْتَقِلُ الْمَحِيطُ بِانْتِقَالِ الْمَحَاطِ، مِثْلَ التَّسَلُّحِ وَالتَّقْمِصِ وَالتَّعَمُّمِ وَالتَّخْتُمِ وَالتَّنْعُلِ، وَيَنْقَسِمُ إِلَى طَبِيعِي كَحَالِ الْحَيَوَانَاتِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِهَابِهِ، وَغَيْرِ طَبِيعِي كَالْتَّسَلُّحِ وَالتَّقْمِصِ... الخ»^أ.

وَجَعَلَ فِي شَرْحِ الْهِدَايَةِ مِلْكِيَةَ الْبَارِي تَعَالَى مِنَ الْإِخْتِصَاصِ الطَّبِيعِيِّ، كَكَوْنِ الْقَوَى لِلنَّفْسِ^ب.

وإدراج ملك الباري تعالى في الجدّة مجرد اصطلاح، لا بمعنى إنقسام الملك المقولي إلى الطبيعي والإعتباري، لوضوح أن المبدأ الأعلى «جَلَّ وَعَلَاءُ» وفعله الإطلاقي المعبر عنه بالإضافة الإشرافية جَلَّ أن يندرج تحت المقولات التي هي أجناس الماهيات الامكانية من الجواهر والأعراض. بل الأمر كذلك في ملك النفس لقواها، فإنه حيثية وجودية، والوجود مطلقاً ليس بجوهر ولا عرض إلا بالعرض. والتفصيل في محله.

والمقصود: أن بعض الأمثلة المذكورة في مقولة الجدّة - بمعنى الهيئّة التكوينية الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر به - أجنبي عنها، فمالكية النفس للقوى مثلاً مصداق للملكية الحقيقية، كما أن مالكية زيد للفرس إعتباري، لا ربط لها بالموجودات الحقيقية المنحصرة في الجواهر والأعراض. إلا أن يراد من مالكية زيد للفرس الهيئّة الحاصلة من ركوبه عليه.

الرابع : الملك الإعتباري وهو وجود إدعائي تنزيلي للملك الحقيقي أو المقولي. وليس المراد بالإعتبار هنا ما يصطلح عليه في فنّ المعقول من إطلاقه تارةً على الإعتبارات الذهنية، سواء أكان ظرف العروض والإتصاف الذهن كالكلية والجنسية، فأنهما مفهومان

أ: الأسفار الأربعة، ج ٤، ص ٢٢٣

ب: شرح الهداية الأثيرية، ص ٢٧٤

عارضان لمعروض ذهني، أم كان ظرف العروض الذهن و ظرف الإتصاف الخارج كالوجوب والإمكان، وهما من المعقولات الثانية في قبال المعقولات الأولى كالإنسان والحجر من المفاهيم الماهوية.

و أخرى على الأصالة و الاعتبارية في بحث أصالة الوجود أو الماهية، حيث إن مقصودهم بالإعتبارية تحقق الشيء بالعرض في قبال ما يكون تحققه بالذات، فبناءً على أصالة الوجود تُنسب الآثار الخارجية إلى الوجود حقيقةً وأصالةً، وإلى الماهية بالعرض. و ينعكس الأمر بناءً على أصالة الماهية وإعتبارية الوجود. و على كُلِّ فإعتبارية الوجود أو الماهية تغاير الإعتبارية بالمعنى الأول، فإنَّ الماهيات أمور حقيقية، وليست كالوجوب والإمكان المتزعين من ذات الممكن والواجب.

بل المراد بالاعتبار هنا هو الفرض و التنزيل، أي: جعل ما ليس مصداقاً حقيقياً لمفهوم مصداقاً له إدعاءً و تنزيلاً، ثم استعمال اللفظ فيه، نظير المجاز العقلي و الحقيقة الإدعائية في كلام السكّاكي، و يترتب عليه كون استعمال اللفظ في الفرد الإدعائي حقيقةً لا بالعناية، فيقال: إن «الأسد» موضوع للحيوان الشجاع، إلا أنَّ له مصداقين أحدهما حقيقي، و الآخر فرضي تنزيلي و هو الرجل الشجاع، و استعمال اللفظ في الفرد الإدعائي أجنبي عن استعماله في غير ما وضع له، لكونه استعمالاً في ما ينطبق عليه المفهوم، و إن كانت مصداقيته له إدعائية لأجل ترتيب آثار المصداق الحقيقي الواقعي - أو أظهر خواصه - على الفرد التنزيلي.

والحاصل: أن الملكية العقلانية تكون من سنخ المعاني الإدعائية التي يعتبرها العقلاء لنظم شؤونهم الاجتماعية إقتصادياً و سياسياً كالزوجية و الحرية و الرئاسة و الحكومة ونحوها، و يكون وعاء تقرُّرها الإعتبار الذي هو برزخ بين الوجودين الذهني و العيني، و يترتب على وجودها في ذلك الصُّقع أحكام و آثار.

و حقيقة الإعتبار توسعة في المفاهيم الحقيقية و إعطاء حكم المعتبر عنه للمعتبر له، كاعتبار زيد رئيساً على قومه، فإنَّ معناه تنزيله منزلة الرأس من الجسد، فالملكية الإعتبارية إعتبار للملك الحقيقي أو لمقولة الجدة كما سيظهر، يعني: أنَّه لو وجد في الخارج لكان مصداقاً لمقولة الجوهر أو الكيف أو الجدة، أو الإضافة، لكنه لا حظُّ له من الوجود الخارجي حتى

يكون مصداقاً حقيقياً للمقولة.

و الإعتبار بهذا المعنى يسري الى سائر المقولات أيضاً، «فالأسد» مثلاً مُطابِّقه الحقيقي هو الحيوان المفترس، الذي هو نوع من الجسم النامي، الذي هو نوع لمطلق الجسم، وهو نوع من مقولة الجوهر. و مُطابِّقه الإعتباري هو الرجل الشجاع كزيد، مع أنه مباين له حقيقة، لكونه نوعاً آخر من الحيوان. و كذا البياض فإنه عرض متأصل. و مطابِّقه الحقيقي نوع من مقولة الكيف المبصر المفرق للبصر، و يعتبرونه لغير الجسم، فيقال: «قلبه أبيض» و المقصود منه بيان أمر معنوي.

و الفوقية مثلاً إضافة حقيقية في مقولة الاين عند كون جسم في أين بالنسبة الى جسم آخر بينه و بين الأرض. ولكنها تطلق على المعجرات تنزيلاً و إدعاءً، فيقال: «علم زيد فوق علم عمرو» و هكذا في سائر المقولات. فالعنى مثلاً هو عدم البصر في المحل القابل له، مع إطلاقه في الذكر الحكيم على الضلال المقابل للهداية و الرشد.

و الغرض من ذكر المعاني الإعتبارية هو النظر في ما ذهب إليه شيخنا الأعظم رحمته و من تبعه من دعوى إنتزاع الملكية من التكليف، لكونها من الإعتباريات الذهنية التي يمتنع جعلها استقلالاً كما سيأتي بيانه.

ثم إنه ينبغي تميم البحث في الملكية بالتعرض إجمالاً لأمر:

الأمر الأول: أن إطلاق الملك على الموارد الأربعة المتقدمة حقيقي لا عناية فيه أصلاً، ولكنه ليس من إطلاق الكلي المشكك على جزئياته، إذ التشكيك صدق طبيعة واحدة على أفرادها بالتفاوت بأولية و شبهها، و ليس مطلق عموم المفهوم من التشكيك، إذ لا جامع أصيل بين كل ما ينطبق عليه الملك حتى يكون صدقه على بعض أولى من صدقه على غيره، و ذلك لأن مطابقات الملك أمور متباينة بالذات لا تندرج تحت طبيعة واحدة، فمالكية الباري تعالى بإضافته الإشرافية و إحاطته الوجودية في مرحلة فعله بإيجاد الممكنات، و من المعلوم أن الوجود مطلقاً ليس بجوهر و لا عرض إلا بالعرض، فكيف بالوجود المطلق؟

و الملك بمعنى العدة عرض نسبي، وهو وإن كان موجوداً خارجاً بوجود ناعتي، إلا أن الماهيات أمور عدمية و إن لم تكن أعداماً.

و الملكية الاعتبارية لا خارجية لها أصلاً، و لذا عدّوها دون مرتبة المقولات التي هي أجناس للموجودات الإمكانية؟ و مع تباين هذه المطابقات لا وجه لدعوى صدق الملكية عليها بالتشكيك.

ولا ينافي تباين هذه الموارد سنخاً صدق المفهوم عليها حقيقة، بلحاظ سعته و عمومته لمراتب الموجودات، فينطبق على الموجود في وعاء الإعتبار و على المقولة، و على ما هو خارج عن أفق المقولات طرّاً. «و نظيره العلم، فإنّه بمعنى الحضور، و هو مفهوم عام صادق على مقولات مختلفة و على ما هو خارج عن حدود المقولة، فحضور الصورة المجردة للجوهر العاقل من مقولة كيف على المشهور، و علم الجوهر النفساني بذاته من مقولة الجوهر النفساني، و علم العقل بذاته من مقولة الجوهر العقلاني، و علمه تعالى بذاته و بمصنوعاته في مقام ذاته وجود واجبي خارج عن أفق المقولات، بل علمه الفعلي في مقام الإيجاد بعين الوجود المنبسط، و هو لا جوهر و لا عرض^أ.

و بهذا يظهر غموض ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته و تقرير السيد المحقق الخوئي رحمته «من كون الملكية ذات مراتب أربع أطلق عليها بالتشكيك»^ب لما تقدم من أنّ الحقائق المتباينة بالذات لا تندرج تحت جامع أصيل. مع أنّ جعلها مراتب لمقولة الجدة لا يخلو من تأمل آخر، إذ ليست مالكية الباري تعالى للعالم إلا بالإشراق، مع أنّ الجدة المقولية هي الهيئة الحاصلة للجسم بسبب إحاطة جسم آخر بكّله أو بعضه. كما أنّ كون الملكية الاعتبارية مرتبة لمقولة الجدة محل بحث كما سيأتي.

الأمر الثاني: قد تقدم أنّ الملكية العقلانية و الشرعية ليست من الأمور الاعتبارية بحسب اصطلاح أهل المعقول، كالكلية و الجنسية لأنها عوارض ذهنية لمعروضات ذهنية، و الملكية الشرعية و العرفية من عوارض الموجودات الخارجية سواء وجدت بالفعل أم بالقوة، إذ الموصوف بالمالكية زيد الخارجي لا الذهني، و الموصوف بالمملوكية هو العين

أ: نهاية الدارية، ج ٥، ص ١١٦

ب: المكاسب و البيع، ج ١، ص ٨٤؛ مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٢٠ و ٤٤

الخارجية أو المنفعة المتدرجة في الوجود.

وكذا ليست من سنخ المقولات العرضية سواء الموجود بوجود ما يحذائه أو الموجود بوجود منشأ إنتزاعه كمقولة الإضافة، وذلك لأنَّ الأعراض المقولية برمتها يتوقف وجودها الناعتي على وجود معروضاتها خارجاً. والملكية الاعتبارية لا تتوقف فعليتها على موضوع محقق، فقد يعتبرها المعتبر في ظرف عدم أحد طرفي الإضافة أو كليهما، فتتعلق الملكية بالمعنى المفعولي - أي المملوكية - بالكلية الذي في بيع السلف، للاجماع على صحته. وكذا تتعلق في أبواب الضمانات بالمثل أو القيمة، وربما لا يكون له وجود خارجي. كما أن الملكية بالمعنى الفاعلي - أي المالكية - تتعلق بطبيعي السيد والفقر في بابي الخمس والزكاة.

وعليه: فتتام المناط في الاعتبار الوضعية التي منها الملكية هو اعتبار من بيده الأمر عند تحقق الجهة المقتضية للاعتبار والجعل من عقد أو حيازة مباح أو إحياء موات أو موت مورث ونحوها. ولا يعتبر فعلية طرفي إضافة الواجدية في جعلها كما عرفت.

و حيث كانت الملكية الادعائية التنزيلية خارجة عن حدود المقولات العرضية فهل هي اعتبار لمقولة الكيف أو الإضافة أو الجودة أو غيرها؟ لا يبعد أن تكون إعتبار الواجدية، من جهة تبعية المملوك للمالك وكون زمامة بيده، وبهذا اللحاظ لا مانع من جعلها إضافة اعتبارية لما بينهما من الربط. والتفصيل في محله.

الأحكام الوضعية مجعولة بالأصالة أم منتزعة من التكليف

الأمر الثالث: في أن الأحكام الوضعية كالملكية والزوجية والحرية هل هي منتزعة من الأحكام التكليفية في موارد، أم هي بأنفسها قابلة للجعل؟ نُسب إلى شيخنا الأعظم رحمته إمتناع تأصلها في الجعل، و كونها منتزعة من التكليف، والأولى نقل كلامه، قال في بحث الإستصحاب عند التعرض لكلام الفاضل التوني في الأحكام الوضعية ما لفظه: «فإن لوحظت المعاملة سبباً لحكم تكليفي كالبيع لإباحة التصرفات، والنكاح لإباحة الإستمتاع، فالكلام فيهما يعرف ممّا سبق في السببية وأخواتها. وإن لوحظت لأمر آخر كسببية البيع للملكية والنكاح للزوجية والعق للحرية، وسببية الغسل للطهارة، فهذه الأمور بنفسها ليست أحكاماً

الملكية الاعتبارية متأصلة في الجعل أو منتزعة ١٢٣

شرعية. نعم الحكم بثبوتها شرعي، وحقائقها أمور اعتبارية منتزعة من الأحكام التكليفية، كما يقال: الملكية كون الشيء بحيث يجوز إلانتفاع به وبعوضه... وإما أمور واقعية كشف عنها الشارع، فأسبابها على الأول في الحقيقة أسباب للتكليف، فيصير سببية تلك الأسباب في العادة كمسبباتها أموراً إنتزاعية^أ.

و ظاهره التردد في كون الملكية و نحوها من الوضعيات إعتباراً ذهنياً منتزعة من التكليف. أو أمراً واقعياً كشف عنه الشارع بما أنه محيط بحقائق الأمور، كإخباره عن الطهارة و النجاسة اللتين هما حالتان في الجسم الطاهر و النجس.

و بناء على كلا شقي التردد يتعين صرف الأدلة المتكفلة لترتيب أحكام تكليفية على الملكية - بمجرد إنشائها - عن ظاهرها إلى أن المجعول بها نفس التكليف التي هي منشأ الإنتزاع. لفرض عدم قابلية الإعتبارات الوضعية للجعل الإستقلالي.

و اختار هذا المسلك جمع من الإعيان كالمحققين الميرزا الأشثاني و الإيرواني ^{رحمهما} بل إستدل عليه و شيد أركانه الميرزا الأشثاني بتمهيد أمور ستة مدعياً أنها مجموع إفادات شيخنا الأعظم في مجلس الدرس و الكتاب، و ملخصه: أن الأحكام الوضعية كالسببية و الشرطية و الملكية إعتبارات منتزعة من التكليف، إذ الأمر الإعتباري لا يقبل الوجود الخارجي. وإنما يكون وجوده باعتبار المعبر، بحيث لو لم يعتبره لم يكن شيئاً مذكوراً، مع أن الحكم الذي يُنشؤه المحاكم موجود خارجي، فكيف يوجد بالإعتبار بعد وضح تباين الوجودات؟^ب

و كذا الحال لو كانت الأحكام الوضعية من الأمور الواقعية التي كشف عنها الشارع، كالملكية التي هي عُلقة واقعية بين المالك و المملوك، و كالطهارة و النجاسة اللتين هما حالتان في الطاهر و النجس، لما عرفت من أن الحكم الشرعي فعل قائم بالمحاكم، و هذه الأمور - على التقدير المذكور - من الأوصاف الكامنة في متعلقاتها واقعاً، فيستحيل قيامها بالمحاكم. نعم قد

أ: الرسائل، ص ٦٠٣، طبعة مؤسسة النشر الاسلامي بقم المقدسة.

ب: راجع بحر الفوائد، ج ٣، ص ٦٥ الى ٦٩، و نهاية النهاية للمحقق الإيرواني، ج ٢، ص ١٨٨ - ١٨٩

يصير الحكم كاشفاً عن وجودها الواقعي بمقتضى علمه، فهو إخبار حينئذٍ عن وجودها، لا جعل له بالجعل الشرعي، هذا.

و بناءً على مسلك الإنتزاع فالمجعل بالأصالة هو التكليف كجواز أنحاء التصرفات في المال حيث ينتزع منه الملكية، وكحلية النظر والإستمتاع المنتزع منها الزوجية، وهكذا. و يكفي في الإنتزاع وجود حكم تكليفي في المورد سواء أكان منجزاً أم معلقاً على أمر غير حاصل فعلاً، فتنتزع ملكية البالغ من خطابه الفعلي بجواز التصرف، و تنتزع ملكية القاصر كالصبي من خطاب تعليلي كقول الشارع: «إذا بلغت جاز لك التصرف» و لا منافاة بين فعلية الأمر الإنتزاعي و تعليلية منشئه، إذ المهم وجود الحكم التكليفي القابل لأن ينتزع منه الإعتبار الوضعي سواء أكان منجزاً أم معلقاً.

هذا محصل ما أفاده شيخنا الأعظم، و قرره عليه تلميذه الأجل رحمته الله بل زاد الميرزا الآشتياني: إنتزاع ضمان الصبي بالإتلاف من خطاب و ليّه فعلاً بدفع غرامة ما أتلّفه المولى عليه، حتى لا يلزم التفكيك بين الأمر الإنتزاعي و منشئه بجعل الأول فعلياً تنجيزياً، و الثاني تقديرياً، هذا.

أقول: الظاهر أنّ منشأ إنكار قابلية الأحكام الوضعية للجعل الاستقلالي هو مقايستها بالإعتبارات الذهنية باصطلاح أهل المعقول، كما يشهد بها تنظير الملكية بالسببية و الشرطية، مع وضوح الفرق بين الإعتبار باصطلاح الأصولي بينه باصطلاح غيره، فالمقصود بالإعتبارات التي منها الأحكام الشرعية هو الوجود الإدعائي التنزيلي.

و عليه فالحق هنا ما صنعه المحقق الخراساني رحمته الله من التفصيل بين ماعّد من الوضعيات، بأن بعضها وجودات ذهنية تتقوم بالتصور و تنعدم بالغفلة و الذهول، و بعضها إعتبارات عقلانية و شرعية موطنها وعاء الإعتبار. و ليست الملكية و الزوجية من قبيل السببية حتى يحكم عليهما بعدم قابليتهما للجعل.

وكيف كان فقد أورد على مسلك الإنتزاع بوجوه:

الأول: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته الله في مواضع من كلماته، و محصله - بتوضيح منا -

أن الحكم التكليفي ليس عين الحكم الوضعي و لا منشأ إنتزاعه، و لا مصحح إنتزاعه. فلا معنى

للقول بالانتزاع.

أما عدم كون الحكم التكليفي - كإباحة التصرف في المال - عينَ الحكم الوضعي كالملكية، فلأنَّ حقيقة الملكية إما النسبة بين المالك والمملوك وإما الإحتواء أو السلطنة أو الواجدية، وليس شيء منها عين مفهوم إباحة التصرف كما لا يخفى.

و أما عدم كون التكليف منشأ الانتزاع، فلو جهين أحدهما: أن الأمر الانتزاعي كالفوقية ليس إلا حيثية القبول القائمة بالمتحيث، ولازمها صحة حمل العنوان الإشتقاقي - المأخوذ من الأمر الانتزاعي - على المتحيث بها أعني به منشأ انتزاعه، بلحاظ تلك الحيثية، كصحة حمل عنوان «الفوق» على السقف لأجل قيام مبدئه - أي الفوقية القائمة بقيام انتزاعي - بالسقف.

و من المعلوم عدم تحقق هذا الملاك في المقام، لأنَّ الحكم التكليفي - مثل جواز التصرف الذي فُرض كونه منشأ الانتزاع - لا يحمل عليه عنوان المالك والمملوك. ويستكشف من عدم صحة الحمل أنَّ مبدأ العنوانين المتضايين غير قائم بجواز التصرف بقيام انتزاعي.

و دعوى كون الملكية جواز التصرف، والمالك من يجوز له التصرف والمملوك ما يجوز فيه التصرف، فينتزع الملك بتبع إنشاء التكليف، ممنوعة بأنَّ الملكية لو كانت إباحة التصرف كان ذلك عدولاً عن الانتزاع إلى دعوى العينية، وهو ممنوع، بعدم الترادف، مضافاً إلى كونه خلاف الفرض.

ثانيهما: أنَّ الأمر الانتزاعي تابع لمنشأ انتزاعه فعلية وقوة، ومن البديهي اعتبار الملكية والزوجية للصغير مع ارتفاع قلم التكليف عنه. وجعل منشأ الانتزاع خطابه التعليقي المتوقف فعليته على البلوغ كما ترى، لامتناع انتزاع الملكية والزوجية الفعليتين - لترتيب آثارهما عليهما - من الخطاب التقديري الذي لاحظ له من الوجود الفعلي.

كما أنَّ تصحيحه بما أفاده المحقق الأشتياني رحمته من «انتزاع ملكية الصبي من خطاب وليه بإباحة التصرف فيه، وانتزاع ضمانه لما ألتفه من خطاب الولي فعلاً بالتفريم» غير ظاهر، إذ لا يعقل قيام الحيثية المصححة للانتزاع بشيء، والانتزاع من شيء آخر.

و توجيه كلام الشيخ الأعظم رحمته من قابلية الخطاب التعليقي لانتزاع الملكية فعلاً للصبي منه «للفرق بين الأضافة المقولية وبين الاعتبارات الشرعية، فلا مانع من صحة انتزاع

الملكية والزوجية من التكليف المتوقف فعليته على البلوغ، فإن للحكم التعليقي حفظاً من الوجود في صقع الإنشاء، فلا بأس بانتزاع ضمان الصبي فعلاً لما أتلغه من خطاب الشارع بعد بلوغه : «أغرم ما أتلفته حين صباك» ممنوع، فإن تبعية الأمر الانتزاعي لمنشئه حكم عقلي لمطلق وجود الإضافة، فالإضافة المقولية تتوقف على منشأ متاصل، والإضافة الإعتبارية على منشأ إعتباري، وليس قيام الأمر الانتزاعي بمنشئه من أحكام الوجود الحقيقي حتى يتوهم إمتناع تسريته الى الإعتباريات.

هذا مضافاً إلى إباء صراحة ما قرره الميرزا الأشتياني رحمته عن هذا الحمل، فإنه جعل الملكية والسببية والشرطية من واحد واحد وقال بأنها اعتبارات ذهنية.

هذا كله في إستحالة كون التكليف منشأ الإنتزاع.

و أمّا عدم كون الحكم التكليفي مصحح الاختراع فلأن لازمه كون الملكية مثلاً من المقولات الواقعية الموجودة في جميع الأنظار كسائر المقولات التي لاخلاف فيها بين نظر ونظر آخر، ومن المعلوم توقف العرّض المقولي على معروض موجود، مع أنه لا شبهة في قيام الملكية العرفية والشرعية بالمعدوم كما تقدم.

وعلى هذا فإن أراد شيخنا الأعظم رحمته بقوله: «الملكية كون الشيء بحيث يجوز الإنتفاع به وبعوضه» وحدتهما مفهوماً، وحكايتهما عن حقيقة واحدة، فقد عرفت منعه، فإن الملكية عنده هي النسبة أو السلطنة، وهما غير إباحة التصرف، مع أنه رجوع عن دعوى الإنتزاع الى العينية.

و إن أراد كون التكليف منشأ الإنتزاع كما هو ظاهره، فالمفهوم ان متباينان، ولكنهما متضادان في الوجود، ففيه ما عرفت من إنتفاء ملاك الإنتزاع بين التكليف والوضع.

و منه يظهر الإشكال في إنتزاعها من العقد القولي أو الفعلي. مضافاً الى: أن نسبة العقد الى الملكية نسبة المسبب الى سببه، بناءً على المشهور من كون ألفاظ العقود أسباباً لتأوينها، والسبب مبين لمسببه كما لا يخفى^أ.

هذا محصل ما اعترض به المحقق الإصفهاني على إنكار قبول الأحكام الوضعية للجعل المستقل، وإنزاعها من التكليف أو العقد. وهو في غاية المتانة.

الثاني: ما في تقرير شيخنا المحقق العراقي رحمته ومحصله: منافاة ظواهر الأدلة الشرعية التي جعلت الملكية والزوجية ونحوهما من الإضافات الاعتبارية فيها موضوعات لأحكام تكليفية، كقوله عليه السلام: لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بطيبة نفسه - لانزاع تلك الإعتبارات من التكليف، لوضوح أن موضوع الحلية هو الملك أي المال المضاف الى الغير، فلو كانت الملكية منتزعة من التكليف، فإما أن تنتزع من تكليف آخر، أو من نفس الحكم بحرمة التصرف، المتأخر عنها رتبة.

و كلاهما محال. أما الأول، فلاستلزامه إجتماع المثلين، أحدهما التكليف الثابت في الرتبة السابقة، وهو محقق الأضافة، و ثانيهما التكليف المترتب عليها، المدلول عليه بقوله: «لا يحل».

و أما الثاني، فلاستلزامه تقدم المتأخر، لفرض أن مثل جواز التصرف متأخر عن الملكية رتبة. لتأخر كل حكم عن موضوعه كذلك، فلو كان هو محقق الأضافة ومنشأ الإنزاع لزم تقدمه على الأمر الإنزاعي كتقدم وجود العلة على معلولها رتبة، مع أن جواز التصرف متأخر عنها. وإستحالة إجتماع المتقابلين في واحد من الأمور الواضحة سواء في التكوينيات والإعتباريات.

و عليه يتعين القول بأن الملكية ونحوها من الإسهاريات المتأصلة بالجعل، ولاوجه للتكليف وإتعاب النفس لإثبات انتزاعيتها من التكليف، مع أنه لا تكليف في مثل «من حاز ملك».

الثالث: ما في التقرير المذكور أيضاً من أن الملكية ونحوها إعتبارات متداولة بين العقلاء من ذوي الأديان وغيرهم ممن لا يلتزم بشريعة، فلو كان مُصحح إعتبارها الخطابات التكليفية الشرعية لزم عدم وجودها في حقهم، وعدم ترتيب الأثر على معاملاتهم، وهو كما

تري، فلا مناص من القول بأن هذه الأمور مجعولة بالاستقلال، قد أمضاها الشارع، هذا.

أقول: أما الوجه الأول - مما أفاده شيخنا العراقي - فهو وإن كان متيناً في نفسه، إلا أنه لا بد أولاً من إثبات أجنبية الإعتباريات العقلانية عن الأمور الإنتزاعية عند أهل المعقول، فمجرد مخالفة مسلك الإنتزاع لظواهر الأدلة الشرعية لا يكفي في نفي نظر الشيخ الأعظم ومن وافقه، لتصريح الميرزا الأشثاني بلزوم التصرف في ظهور الأدلة المتكفلة لأحكام تكليفية مرتبة على مثل الملكية و الزوجية. و عليه فالمهم على القائل بأصالتها في الجعل إبطال الانتزاع حتى تصل النوبة الى إبقاء ظواهر الخطابات على حالها.

و أما الوجه الثاني فيمكن أن يقال فيه: إن كون الملكية و الزوجية من الإعتباريات المتداولة بين العقلاء حتى غير ذوي الأديان لا يكشف عن أصالتها في الجعل بالعقود المتعارفة بينهم و غيرها من الأسباب، و لا يبطل به مسلك الإنتزاع، فإن المقصود من التكليف الذي يفرض منشأً للانتزاع ليس خصوص الحكم المتعبد به عند الكل، فإن الخطابات عامة لجميع المكلفين سواء من تدين منهم بها و من لم يكن كذلك.

و الحاصل: أن الأمور الإعتبارية لو قيل بانتزاعيتها من التكليف كانت الأحكام المشتركة بين الجميع منشأً للانتزاع وإن لم يلتزم بها بعضهم.

هذه جملة من الكلام في الملكية. و تلخص مما ذكرناه أمور:

الأول: أن الملكية العرفية و الشرعية خارجة عن حدود المقولات، فإن موطنها وعاء الإعتبار - باصطلاح الأصولي - لا الإعتبار عند أهل المعقول بماله من الإطلاقات.

الثاني: أن الملكية ليست مشتركة معنوية مقولة على موارد بالتشكيك، بل هي مفهوم عام يكون مطابقاً إشرافاً تارة، وجدة مقولية أخرى، وإعتباراً عقلائياً أو شرعياً ثالثة.

الثالث: أن الملكية إعتبار الواجدية، و هي متأصلة في الجعل إما بجعلها تأسيساً أو إمضاءً لما عند العرف، و لا تنتزع من التكليف و لا من العقد. هذا كله في الموضع الأول، و هو البحث عن الملك.

الموضع الثاني: في الحق

و استقصاء جهات البحث فيه يتم في طي مقامات:

المقام الأول: في بيان ماهيته وحقيقته.

فنقول: عرّفه جمع من اللغويين بما يقابل الباطل، ففي القاموس و اللسان أنه «ضدّ الباطل» و في الصحاح «أنه خلافه»^أ قال ابن منظور: «حقّ الأمر و يحقّ حقاً و حقوقاً؛ صار حقاً و ثبت. قال الأزهرى: معناه و جبه يجب و جوباً. و في التنزيل: قال الذين حقّ عليهم القول، أي: ثبت. ولكن حقّت كلمة العذاب على الكافرين، أي: و جبت و ثبتت...»^ب.

و عرّفه الراغب بأن أصل الحق المطابقة و الموافقة، و يُطلق على أمور أربعة:

أحدها: مُوجّد الشيء بحسب ما تقتضيه الحكمة، فيطلق عليه تعالى كما في قوله جلّ و علا: ثم رُدُّوا إلى الله مولا هم الحقّ.

ثانيها: الموجّد - بمعناه المفعولي - بحسب ما تقتضيه الحكمة، ففعله تعالى حقّ، كما في قوله عزّ من قائل: ما خلق الله ذلك إلا بالحقّ.

ثالثها: الإعتقاد بشيء ثابت في نفسه كالثواب و العقاب و حوادث القيامة.

رابعها: الفعل و القول الواقع بحسب ما يجب و بقدر ما يجب و في الوقت الذي يجب،

كقوله تعالى: ﴿حقّت كلمة ربك، و حقّ القول مني﴾^ج.

و لا يبعد أن يكون معناه المصدري الثبوت - كما احتمله المحقق الإصفهاني - و رجوع

سائر معانيه إليه من باب اشتباه المفهوم بالمصداق، و معناه الرصفي هو الثابت، بإطلاقه عليه

جلّ و علا لكونه ثابتاً بأفضل أنحاء الثبوت الذي لا يُخالطه عدم و لا عدمي^د. هذا بحسب اللغة.

و أما بحسب الإصطلاح الفقهي فهل هو إعتبار للثبوت الواقعي أم أمر آخر؟ قد تقدم

أ: صحاح اللغة، ج ٤، ص ١٤٦٠

ب: لسان العرب، ج ١٠، ص ٤٩، القاموس المحيط، ج ٣، ص ٢٢١

ج: مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ١٢٥

د: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٩ (رسالة الحق).

في بحث الملك أن حقيقة الإعتبار هو الإدعاء وفرض الوجود لما لاحظ له من الوجود العيني، فيقال: إن الملكية الاعتبارية إعتبار الواجدية، في قبال الواجدية الحقيقية في مثل مالكية النفس للقوى، والإعتبار يدور مدار ترتب الأثر. وعليه يقال: إن الحق الإعتباري ليس إعتباراً للثبوت الواقعي، للغوية إعتبار الثبوت المطلق كلفوية إعتبار ثبوت شيء لشيء، فليس المراد من مثل حق التحجير إعتبار ثبوت الأرض المحجرة ولا ثبوتها للمحجر، بل المقصود إثبات سلطنته عليها أو ملكه لها أو أولويته بها من غيره، فالمعنى الواقع في حيز الإعتبار هو الملكية ونحوها لا مجرد الثبوت، ويستكشف منه عدم كون الحق المصطلح إعتباراً للثبوت الواقعي.

مضافاً إلى: أن الثبوت مفهوم عام يصح إطلاقه على كل ما له تقرر في نفس الأمر، فالملك والحكم التكليفي حق أي ثابت في وعاء الإعتبار والتشريع، ومنه قولهم في باب القضاء: للمدعي حق الإستحلاف، وزائد الصلاة حق الله، لثبوتها على المكلف بنفس إيجابها عليه.

فيعلم من هذا أن الحق المصطلح إعتبار آخر أخص من مفهوم الثبوت، ويقع الكلام في أنه إعتبار الملك أو السلطنة أو الأولوية وما شابه ذلك أو غيرها؟ لم نقف في كلماتهم على تحديد جامع ومانع كما سيظهر بعد التعرض لجملة من الضوابط المذكورة:

فمنها: ما نُسب إلى المشهور من كون الحق سلطنة، وربما تُقيد بالفعالية في بعض أقسامها كما تقدم في المتن بالنسبة إلى حق الخيار والشفعة.

واختاره جمع منهم السيد في أول كلامه وإن عرّفه في آخره بأنه نوع من الملك. فقال ما محصله: إن الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير، أو غير عين كحق الخيار في العقود اللازمة، أو على شخص كحق القصاص. وعليه فالحق مرتبة ضعيفة من الملك ونوع منه، وصاحبه مالك لشيء يكون أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد إعتبار الرخصة مثلاً بلا إعتبار السلطنة كما في جواز الرجوع في العقد الجائز.

وقال في آخر البحث: «و بالجملة: الحق نحو من الملك، بل هو ملك بحسب اللغة، وكونه في مقابل الملك إصطلاح عام أو خاص، ولا بد له من متعلق، سواء جعلناه إضافة ونسبة

بين الطرفين، أو سلطنة كما في الملك»^أ.

و مقتضى تفسير الحق بالملك و الملك بالسلطنة كون الحق سلطنة، لا إعتباراً مغايراً للملك.

و منهم المحقق الإيرواني رحمته حيث إنه جعل الفارق بين الملك و الحق سعة دائرة متعلق السلطان و ضيقها، فالشيء إذا كان متعلق سلطنة الشخص بجميع حيثياته كان ملكاً، و إن كان متعلقها ببعض شؤونه كان حقاً، نظير الأمة و الزوجة، فالأولى ملك سيدها، لأن له أنحاء التصرفات فيها من البيع و الهبة و المباشرة، و الزوجة متعلق حق الزوج، إذ ليس له إلا السلطنة على البضع^ب.

و لكنك خبير بأنهم إن أرادوا بالسلطنة ما تكون فعلية غير مقترنة بالمانع فهو و إن كان صادقاً على كثير من الحقوق، لكنه ينتقض بما تسالموا عليه من إنتقال حق الخيار بالارث إذا كان الوارث صبيّاً غير مميز، لحجّره عن التصرف في كل ما انتقل اليه من مورثه. و دعوى أن سلطنة القاصر سلطنة وليّه ممنوعة بأن المحجور مسلوب السلطنة لا مفوّضها، و لا منشأ آخر لسلطنة الولي.

و إن أرادوا بالسلطنة ما هو أعم من الفعلية و الإقتضائية - فالصبي غير المميز و إن لم يكن سلطاناً فعلاً، لكنه لا مانع من جعله سلطاناً شأنًا، و تتوقف فعليته على زوال المانع و هو الصبا، و بهذا الإعتبار يصح قيام وليّه مقامه، لتشريع أصل السلطنة في حقّه - ففيه: أن الإعتبار هو الإدعاء و التنزيل المنوط بترتب الأثر، كما في تنزيل الطواف منزلة الصلاة لمشاركته لها في بعض أحكامها، فلو فرض سلب جميع آثار المنزل عليه لغا الإعتبار. و لما لم تكن للصبي سلطنة على فسخ عقد مورثه و إمضائه و لا على إسقاط حقه و لا نقله الى الغير - بناءً على كونه من الحقوق القابلة للنقل الى غير من عليه الخيار - لم يكن مُصحّح الإعتبار و التنزيل موجوداً حتى يتفصّل به عن محذور تفسير الحق بالسلطنة الفعلية الى جعله سلطنة إعتبارية. و عليه

أ: حاشية المكاسب، ص ٥٥ و ٥٧

ب: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧٣

فلا بد من كون الحق إضافة أخرى قد يكون ملزوماً للسلطنة وقد لا يكون.

إلا أن يقال: إن السلطنة مجعولة للصبي فعلاً وإن لم يكن قادراً على الأعمال بنفسه بل كان الأمر مفوضاً إلى الولي، فالسلطنة الفعلية بيد الولي.

و أما ما أفاده المحقق الإيروني فينتفض بمثل حق التحجير الذي يلتزم عليه السلام بجواز أنحاء التصرفات فيه بالبيع والهبة ونحوهما من النواقل، إذ لو كان الفارق بين الحق والملك راجعاً إلى متعلق السلطان لا نفسه كان حق التحجير من الملك المصطلح لا من الحقوق، مع أنه عليه السلام جعله من الحقوق، ولذا إعتراض على المصنف عليه السلام في ترده في صدق المال عليه. وقد تحصل: أن تعريف الحق بالسلطنة لا مانع ولا جامع.

ومنها: ما اختاره جمع من الأعيان من كون الحق نوعاً من الملك أو مرتبة منه - على اختلاف بينهم في التعبير - فمنهم السيد الطباطبائي عليه السلام في كلامه المتقدم، ومنهم شيخ مشايخنا المحقق النائيني عليه السلام في بعض تعابيره، حيث فسره بالملكية الناقصة وبالمرتبة الضعيفة من الملك، وإن عرّفه في موضع آخر تارة «بالسلطنة الضعيفة» وأخرى «بالاعتبار الخاص الذي أثره السلطنة الضعيفة على شيء»، ومرتبة ضعيفة من الملك^أ.

ومنهم سيدنا الأستاذ عليه السلام حيث فسره بالملك، وجعل الفارق بينهما إختلاف المملوك، ومحصله: أن إضافة الملكية - وهي التبعية والمتبوعية - سنخ واحد في الملك والحق، لا تحادهما مفهوماً، وإختلافهما مورداً، وذلك لأن طرف إضافة الملكية إما عين وإما عَرْض ومعنى، وكل منهما على ثلاثة أقسام، فالعين إما خارجية كالدرهم والدار، وإما ذمّية كالبيع الكلي في باب السلف، والتمن الكلي في النسيئة، وإما لا هذا ولا ذاك، بل كحق الجناية المتعلق بالعبد الجاني، وحق الزكاة المتعلق بالنصاب، على بعض الأقوال.

والعَرْض والمعنى إما أن يكون ذمياً كعمل الحرّ الأجير للغير، وإما أن يكون قائماً بعين خارجية من دون توقف الإعتبار على الإضافة إلى ذمّة، كمنافع الأعيان المملوكة كالدار والعبد، حيث إنّ تعلق الملكية الإعتبارية بها منوط بقابلية العين للمنفعة، ويكفي إعتبار ملكية العين في

إضافة المنفعة إليه. بخلاف مثل عمل الحر، فإن ملكيته الاعتبارية متوقفة على وقوع عقد عليه كالإجارة و الصلح . وإما أن يكون إعتبار الملكية موقوفاً على إضافته إلى مالك، و وجود مصحح الإعتبار كحق الخيار القائم بالعقد، و حق الشفعة القائم بالمبيع، وحق القسم القائم بالزوج، و نحوها من الحقوق، فاعتبار الخيار لأحد المتعاملين منوط بوجود غبن أو شرط أو عيب، و نحوها. كما أن الشركة في مثل الدار تصحح إستحقاقه لحصة شريكه المبيعة من الأجنبي.

إذا عرفت هذه الأقسام الستة فاعلم: أن إضافة الملكية في جميعها على حد سواء، فلا فرق بين أن تقول: زيد مالك للدينار الشخصي أو الكلي، أو لمنافع الدار التي إستأجرها، أو لعمل أجيره كخياطته، أو لأخذ المبيع المشاع بالشفعة، أو للاقتصاص من الجاني المتعمد، أو لاستيفاء دينه من العين المرهونة، أو للمضاجعة مع زوجته، أو للتصرف في الأرض المحجرة، و لا تتفاوت إضافة الملكية بالشدة و الضعف، نعم تسمى في قسمين منها - وهما ثالث أقسام العين و المعنى - بالحق. فالحق الإصطلاحي عين أو معنى متعلق بغيره على نحو يتوقف إعتباره على إعتبار ملكية لمالكه، فاعتبار حق الجناية مثلاً منوط بالجنائية المصححة لإضافة ملكية الإقتصاص، و إعتبار حق الخيار منوط بإضافة ملكيته لذي الخيار بسبب مثل الغبن و الشرط و المجلس، هذا.

و يختلف الحق عن الذميات - حيث إنها أملاك و ليست بحقوق - بأن الذمة ظرفها لا موضوعها، و لذا لا يكون الدين المستقر في ذمة الحر من الحقوق، فلا يسقط بانعدام ذي الذمة، بل يقضى من تركته أو غيرها، بخلاف الإقتصاص القائم برقبة الحر الجاني حيث يسقط بموته. هذا.

أقول: الظاهر أن التبعية و المتبوعية أوسع مفهوماً من الملكية، لشمولها لتصرفات الأولياء فيما لهم الولاية عليه، كتصرف الفقيه الجامع للشرائط في سهم الإمام «عليه الصلاة والسلام» من الخمس - على ما مال إليه عليه السلام في خمس المستمسك - و أنه ولي على مصرفه

و على الجهات المتعلقة به أ، و كتصرف ولي الموقوفة في عوائدها، و كتصرف الأب و الجد له في مال الصبي، و غيرهم من الأولياء، إذ لا ريب في سلطتهم على التصرفات، و نفوذها شرعاً، فإن الأموال و الأملاك تابعة للأولياء مع عدم كونهم مالكيها لها.

و لو أريد من التابعة في الملكية خصوص الذاتية فسلطنة الأولياء و إن كانت خارجة عن دائرة الملكية، لفرض كونها بالعرض، و تكون التبعية الذاتية للمولى عليه، إلا أنه ينتقض بمثل حق الإختصاص بالخير المنقلب عن الخل، المعد للتخليل، حيث إن التبعية موجودة قطعاً، مع عدم الملكية المصطلحة، بشهادة تصريحهم بأن الخمر الكذائي ليس بملك، بل للمسلم نحو إختصاص به. و لو جعلنا التبعية أعم مما هو بالذات و بالعرض لانتقض بتصرفات الأولياء.

و الحاصل: أنه إن أراد عليه السلام من التبعية الاعتبارية خصوص الذاتية إنتقض بحق الإختصاص بالخير، و كذلك بحق التحجير، فإنهم جعلوا هذا الحق مقابلاً للملك، و قالوا بتوقف تملك الرقة على إحيائها، و ليس له قبل الإحياء إلا الأولوية بها. و إن أراد عليه السلام منها ما يعم التبعية بالعرض إنتقض بتصرف الأولياء، فإن الملك تابع للمولى شرعاً و عرفاً، مع أن إضافة الملكية للمولى عليه دون الولي.

و هذا كاشف عن عدم كون الملكية الاعتبارية بمعنى التابعة، بل إعتبار الواجدية، فالمالك من يكون واجداً لشيء إعتباراً، سواء أكانت له السلطنة على التصرف في مملوكه أم لا. هذا بالنسبة إلى أصل جعل الحق من أقسام الملك.

و منه يظهر حال تعريفه بالمرتبة الضعيفة منه. إذ فيه: أن الملكية الاعتبارية هي إعتبار الواجدية، و هي ليست ذات مراتب حتى تسمى مرتبة منها بالملك، و مرتبة أخرى بالحق.

نعم لو كانت الملكية إعتباراً لمقولة كيف أمكن تفاوت أفرادها بالشدة و الضعف، لكن الظاهر عدم كونها منها.

و أما ما أفاده المحقق النائيني عليه السلام فمقتضى تعريف الحق بالسلطنة موافقة لما نسب إلى

المشهور فيه، و مقتضى تعريفه بالملكية الناقصة والضعيفة - مع تفسير الملكية باعتبار مقولة الجدة - هو كون الحق مرتبة ضعيفة من هذه المقولة، وأثرها السلطنة. وهو موقف على جريان الإشتداد والمرتبة في هذه المقولة. و مقتضى كلامه الآخر من كون الحق اعتباراً وضعياً مغايراً للملك والسلطنة هو العدول عما اشتهر في تعريف الحق بالسلطنة، والميل إلى ما أفاده المحقق الخراساني رحمته من كونه اعتباراً خاصاً - مجهول الكنه - له آثار منها السلطنة، قال رحمته : «هو... اعتبار خاص، له آثار مخصوصة، منها السلطنة»^أ.

وهو وإن كان سليماً عما يرد على تعريفه بالملك والسلطنة، إلا أن ظاهره كون ذلك الإعتبار الخاص واحداً سنخاً، فينطبق على أنحاء الحقوق، لكونها مصاديقه وموارده، والأثر المشترك بينها سلطنة ذي الحق على شؤونه، وأقل مراتبها الإسقاط وإخراج نفسه من طرفية الإضافة. ولأبأس به في مثل حق الخيار والشفعة والرهانة والقصاص، إلا أنه لا يجري في مثل حق الولاية والحضانة، بل يُشكل حتى في حق الخيار الذي يرثه القاصر، إلا بأن تكون سلطنة الولي سلطنة المولى عليه لا غيرها.

ومنها: ما اختاره المحقق الإصفهاني رحمته - بعد تعذر تصور جامع لشنات الحقوق حتى ينطبق الحق عليها إنطباق الكلي على مصاديقه - من أنه مشترك لفظي، فهو في كل موردٍ نحو من الإعتبار له أثر مخصوص، ولأجله تختلف آثار الحقوق، فحق التولية والولاية والرهانة والإختصاص والوصاية إعتبار لنفس هذه الأمور، والإضافة بيانة، فحق الولاية للأب والجد والحاكم إعتبار ولايته على التصرف فيما يتعلق بالمولى عليه، وحق الرهانة إعتبار كون العين وثيقة للدين أو محبوسة عليه، وأثره جواز إستيفاء الدين منه. وحق الإختصاص نفس إعتبار إختصاصه بالخمر، لسبق ملكه له قبل إنقلابه عن الخل إلى الخمر. وحق الوصاية إعتبار كون الشخص نائباً في التصرف عن الموصي. وحق التحجير إعتبار كون المحجّر أولى بالأرض من غيره في تملكها بالإحياء.

و حق الخيار والشفعة والجنابة إعتبار للسلطنة، فحق الشفعة إعتبار للسلطنة على ضم

حصة الشريك الى حصة نفسه ببذل مثل الثمن للمشتري، وحق الخيار إعتبار للسلطنة على الفسخ. وحق الجناية إعتبار للسلطنة على الإسترقاق، وحق الإقتصاص هو إعتبار كونه سلطاناً شرعاً، وهكذا. أ

ومنها: ما اختاره السيد المحقق الخوئي رحمته الله من عدم مغايرة الحق للحكم سنخاً، فالكل أمور إعتبارية إعتبرها الشارع لمصالح خاصة، وأن الحق المصدري بمعنى الثبوت، والوصفي بمعنى الثابت، ويصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له. وإنما الفارق بين الحق والحكم إختلاف آثارهما لآثارهما، فالمجوعول الشرعي إن كان قابلاً للإسقاط كان حقاً مصطلحاً، وإن لم يكن قابلاً له سُمي حكماً، لأن زمام الأمور الشرعية بيد الشارع حدوثاً وبقاءً، فإن حكم ببقائه بعد إسقاط المكلف له كان حكماً، وإلا كان حقاً، وهذا المقدار من التفاوت في الأثر لا يوجب إختلافهما ماهيةً.

و يشهد له أن جواز فسخ العقد في الهبة الجائزة وفي العقد الخياري إعتبار شرعي واحد، وإنما يطلق الحكم على الأول بلحاظ عدم تأثير إسقاطه في ارتفاعه، ويطلق الحق على الثاني بلحاظ إنتهاء أمدّه بإسقاط من له الخيار. وكذا لا فرق بين جواز قتل الكافر الحربي و قتل الجاني قصاصاً، فالجواز في الجميع معنى واحد وإن اختلف أثرهما.

و أما فرق الحق و الملك فهو أن متعلق الحق فعل من الأفعال، و متعلق الملك أعم من العين الخارجية و الفعل. ب

أقول: إن أريد بالحكم مطلق ما هو مجعول للشارع - سواء أكان تكليفاً أم وضعاً و سواء أكان إلزاماً أم ترخيصاً - فلا إشكال في شموله للحق، فإنه إعتبار وضعي تأسيسي أو إمضائي، كغيره من الإعتبارات التي تنالها يدُ الجعل و لو إمضاءً كالملكية و الزوجية و الحرّية، فالحكم بهذا المعنى العام صادق على الحق و الملك و التكليف على حدّ سواء.

وإن أريد بالحكم ما يقابل الحق و الملك - كما هو المقصود من تقسيم الأمر الإعتباري

أ: حاشية المكاسب، ص ٤ و ٥ و ١٠ و ١١

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٥ إلى ٤٨، المحاضرات، ج ٢، ص ٢٠ و ٢١

الى هذه العناوين الثلاثة - فلا إشكال في مبايحتها، لأن الحق - كما قالوا - متقوم بقابليته للإسقاط و سلطنة ذي الحق عليه، وهذا بخلاف مثل حلية الماء والحنطة، فإنها أحكام على موضوعاتها، ولا إضافة تُصحح إعتبار سلطنة أو ملك للمحكوم عليه.

و التعبير بـ «لزيد شرب الماء كما أن له حل العقد والاقتصاص من الجاني» وإن كان صحيحاً، إلا أن اللام في حلية شرب الماء تكليفاً للتعدية والظرف لغو، لتعلقه بمقدّر مثل «يحل ويجوز» كما هو الحال في إضافة الحلية الى الأعيان في الذكر الحكيم، قال عز من قائل: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾^١، ولكن الظرف في إعتبار حلية العقد مستقر، ويدل على اعتبار إضافة خاصة كالسلطنة أو الملك.

و على هذا فما أفاده **تؤيّد** - من كون الحق حكماً حقيقة لأنه أمر إعتباري كاعتبار اللابدية والحرمان في باب التكاليف، ولأن الحق بمعناه الوصفي بمعنى الثابت، و هو صادق على الحكم والحق - غير ظاهر، ضرورة أن مجرد إعتبارية الحق لا يوجب وحدته مع الحكم ولا مغايرته مع الملك، لوضوح أن الإعتبارات الوضعية متقومة أيضاً بالجعل ولو إمضاء، مع أنه **تؤيّد** حكم بمغايرة الحق للملك، لكونه سلطنة أو إحاطة. لكنك خبير بصدق «الثابت» على الملك الإعتباري كصدقه على التكليف المحض وعلى الحق أيضاً، إذ المناط في جميعها هو التقرر في الوعاء المناسب له.

و منه يظهر أن الحق المصطلح ليس بمعناه اللغوي أي الثابت، لكونه مفهوماً عاماً منطبقاً على الجواهر والأعراض فضلاً عن الوجود الادعائي، هذا.

مضافاً إلى: أن جعل الحق هنا مقابلاً للملك الذي هو السلطنة والاحاطة ينافية تصريحه - في مسألة قيام حق القصاص بمطلق الوجود من الولي أو بصرف الوجود منه أو بالمجموع - بأنه سلطنة منحلة بعدد أولياء الدم. وهذا عدول الى جعل هذا الحق بمعنى السلطنة كما ذهب إليه المشهور، والمحقق الإصفهاني الذي جعله مشتركاً لفظياً.

و إلى: أن جعل الحق عبارة عن الجواز وال لزوم الشرعيين القابلين للإسقاط قد يشكل

بتسالمهم على ثبوت الحق في موارد إنتفاء التكليف مما يكشف عن تغاير سنخ المجعول، فإذا كان حق الخيار بمعنى جواز فسخ العقد تكليفاً لزم إنعدامه بما يوجب زواله كالسفه الطارىء، الرافع للجواز التكليفي، فإنه لا يسقط حقه، وإنما يقوم وليه مقامه.

ولا يبعد أن يقال: انه إن أريد بالحق المصطلح مفهومه العام الصادق على مطلق المجعولات الشرعية - ولو إمضاء - حتى إذا لم يقبل الإسقاط، فمن المعلوم أنه ليس نوعاً من الملك ولا مرتبة منه ولا سلطنة ولا مرتبة منها، بل ينبغي تعريفه بما له ثبوت في وعاء الاعتبار، سواء لوحظ فيه حيثية التفويض الى المكلف في إبقائه ورفع، أم لا، فيطلق الحق على وجوب الصلاة وإباحة شرب الماء وحرمة الربا وجواز فسخ العقد ونحوها على حد سواء، لكونها أموراً اعتبارية.

و إن أريد بالحق المجعول الذي اعتبر فيه سلطنة ذي الحق أو كونه مفوضاً أو كونه أولى به من غيره بحيث كان زمامه بيده - وهو المسمى في كلام الشهيد بحق العبد في قبال حقه تعالى - فمن المعلوم أنه لا ينبغي تعريفه بما هو ثابت في وعاء الاعتبار لما عرفت من شموله لمطلق المجعول. بل إما أن يختص بالمجعول الذي استفيد من دليل اعتباره نحو سلطنة أو أولوية، وحينئذ تخرج جملة معتد بها من الحقوق عن حريم البحث، لفرض عدم قابليتها للإسقاط.

و إما أن يلتزم بما سلكه المحقق الإصفهاني من إنكار معنى وحداني للحق و كونه مشتركاً لفظياً بين شتات الحقوق، فكل حق اعتبار خاص له أثر مخصوص، فكما لا جامع بين وجوب الصلاة وبين حق التحجير سوى كونهما مجعولين شرعيين، فكذا لا جهة مشتركة بين حق الحضانة وحق الخيار إلا الثبوت في وعاء الاعتبار، مع أنهم عدوا حق الحضانة من الحقوق - بالمعنى الأخص - المقابلة للحكم و الملك.

و يتوقف حل الاشكال على الإلتزام بالإشتراك اللفظي، أو جعل مثل حق الولاية والوصاية والأبوة اعتباراً وضعياً أجنبياً عن الحق المصطلح، حيث لا دخل لإرادة المكلف في بقائها وارتفاعها.

أو يقال: إن الحق بمعنى الأولوية منطبق على الكل، ومقتضاه جواز الإسقاط والنقل، إلا

أن للمنع الشرعي مجالاً آخر، فتأمل.

هذا بعض الكلام في ماهية الحق، و امتياز ثبوتاً عن الحكم والملك.

و أمّا الفارق الإثباتي فممنوط بالفحص التام عن دليل كل واحد من الأمور المعدودة من الحقوق سواء أكانت تأسيسية أم إضائية.

و قد يقال في ضابطه: إن دليل التشريع إن كان متكفلاً لإثبات شيء من عين أو فعل على المخاطب كان ظاهراً في الحكم، كقوله تعالى شأنه: ﴿و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف﴾^أ، و قوله عزّ من قائل: ﴿و لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً﴾^ب. وإن كان متكفلاً لإثبات شيء كذلك له كان ظاهراً في الحق، مثل ما ورد في مملكية الخيابة من قول أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين: «للعين ما رأت، و لليد ما أخذت»^ج، فإن العين المباحة الأصلية المقصودة بـ «ما» الموصولة حُمل المكلف عليها، و صارت تحت يده. و نحوه ما ورد في الخيارات، كقول الصادق عليه السلام في رواية الحلبي: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري»^د، و ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا»^{هـ}.

و لكنه لا يخلو من غموض، إذ المثبت له إن كان عيناً كان ظاهر اللام ملكيتها للحائز و ليست حقاً مصطلحاً. و إن كان معنى كان أعم من الحق، لاحتمال كونه حكماً، إذ لا فرق بين قولنا: «للمغبون حل العقد» و «لزيد شرب الماء» مع أن مدلول الأول حق، و الثاني حكم. و عليه فمجرد كون لسان الدليل إثبات شيء للمكلف لا يدل على أن المجهول حق.

فالإنصاف أنه لم يُحرر إلى الآن ضابط إثباتي للحق و الحكم، و إن كان الفرق بينهما ثبوتاً من الواضحات، فتمييزهما في مقام الإثبات لابد و أن يكون بالنظر إلى خصوصيات

أ: البقرة، الآية: ٢٣٣

ب: آل عمران، الآية: ٩٧

ج: الكافي، ج ٦، ص ٢٢٣، كتاب الصيد، باب صيد الطيور الأهلية، الحديث: ٦

د: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث: ١

ه: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث: ١

الموارد والأدلة، هذا.

ولا يبعد أن يقال: - وإن كان محتاجاً إلى الدقة والتأمل فيه - إن مفاد الدليل إن كان ثبوت حكمٍ لعينٍ أو فعلٍ من دون إضافته إلى فاعلٍ ما، كأن يقال: «الماء أو شربه حلال، و المعاطاة جائزة، والتدبير والمضاربة والوكالة ونحوها من العقود والإيقاعات جائزة» كان ظاهراً في الحكم، لظهور الدليل في كون الجواز حكماً للطبيعة من حيث هي، مع الغض عن كل شخص. و أن اشتغال الخطاب أحياناً على أشخاص لأجل الإمتنان أو غيره من النكات كقوله تعالى: «أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ» ولذا كان الظرف لغوياً لا مستقراً.

وإن كان مفاد الدليل إثبات شيءٍ لشخص، فإن كان ذلك الشيء عيناً خارجية أو ذميمة كان ظاهراً في الملك. وإن كان معنًى كان حقاً، مثل «للمغبون حل العقد» وهذا الظاهر متبع حتى يثبت خلافه.

هذا بعض الكلام في المقام الأول.

المقام الثاني: في أقسام الحقوق

و حيث عرفت الفرق بين الحق والحكم ثبوتاً، و عدم إنطباق أحدهما على الآخر، فاعلم: أن الفقهاء «رضوان الله عليهم» قَسَمُوا الحق باعتبار قابليته للسقوط بالإسقاط وعدمها، ونقله الاختياري مع العوض وبدونه وعدمه، وإنتقاله القهري بالموت ونحوه وعدمه على أنحاء شتى. وقبل التعرض لها لا بأس بالتنبيه على أمرٍ ربما يكون دخيلاً في وضوح الحال، فإن كثيراً مما ذكروه من الحقوق خارج عنها و مندرج في الحكم، وذلك الأمر هو ملاحظة ما ورد في الروايات من إطلاق الحق على كثير من الأحكام، فلاحظ باب جوامع الحقوق من كتاب العشرة من الوسائل، الذي هو مختصر من جوامع الحقوق المدونة في بحار الأنوار، فإن الحق أطلق في تلك الروايات على حكم الأب بالنسبة إلى الولد وبالعكس، وعلى عبادة الله سبحانه وتعالى، وعدم الإشراك له، وعلى ولاية الحاكم والسلطان، وعلى الماء وكيفية شربه من الكوز وغيره مما لا ينطبق عليه ضابط الحق المصطلح.

وبالجملة: يظهر بمراجعة الروايات المشتملة على إطلاق الحق على الحكم أن التقسيم إلى ما لا يسقط بالإسقاط وإلى ما يسقط به ويجوز نقله ليس في محله، لأن ما لا يسقط بالإسقاط

ينافي ما ذكروه من القاعدة المسلّمة بينهم، وهي أنّ لكل ذي حق إسقاط حقه.

و لا يندفع هذا التنافي إلّا بإخراج ما لا يسقط بالإسقاط - كحق الأبوة والولاية وحقّ السلام، على ما حكاه الفقيه المامقاني رحمته عن بعض المشايخ، وحق الرجوع في الطلاق الرجعي، وغير ذلك - عن حريم الحق موضوعاً، وإدراجه في الحكم.

نعم من لم يلتزم بتلك القاعدة كالمحقق الإصفهاني صَحَّ له تقسيم الحقوق الى ما لا يسقط بالإسقاط وإلى ما يسقط به، كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

إن قلت: إنّ تقسيم الحقوق الى ما يسقط بالإسقاط وما لا يسقط به لا ينافي تسلّم قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» لكونها من العمومات القابلة للتخصيص، فتخصّص بالحقوق غير القابلة للإسقاط، فكأنّه قيل: كل حق قابل للإسقاط إلّا حق الأبوة وحقّ السلام، وغير ذلك.

قلت أولاً: منع كون ما لا يسقط بالإسقاط حقّاً، لإباء الروايات الدالة على الحقوق عن حملها على الحق المصطلح وهو السلطنة وتفويض الأمور والألوية، بل هي أحكام إلزامية أو ترخيصية أو وضعية سُمّيت بالحق، فلا تندرج في قاعدة «أن لكل ذي حق إسقاطه حقه» حتى يلتزم بالتخصيص لأجل دلالة الروايات على عدم سقوطها بالإسقاط، بل الشك في إنطباق الحق المصطلح عليها كافٍ في عدم جريان التخصيص في القاعدة، لوضوح كون التخصيص إخراجاً حكماً متوقفاً على مصداقية الفرد الخارج بالتخصيص للعام، وحينئذٍ يدور الأمر بين التخصيص والتخصّص، ويتعيّن تقديم الثاني. وعليه فلو شك في صدق الحق على ما لا يقبل الإسقاط كان مقتضى عكس القاعدة خروجه عنه موضوعاً لا حكماً.

و ثانياً: أنه لو سلّم شمول الحق لما لا يقبل الإسقاط قلنا: إنّ قاعدة «سلطنة كل ذي حق على إسقاط حقه» من العمومات الآبية عن التخصيص، لظهوره في علّية عنوان الحق للسلطنة على إسقاطه، نظير قبح الظلم، وأنه «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» و «أنه لا يطاع الله من حيث يعصى» الى غير ذلك من العمومات الآبية عن التخصيص، خصوصاً بملاحظة ما اشتمل عليه من تقديم ما حقه التأخير، فإنّ تقديم الخبر على المبتدأ يوجب خصوصية في الكلام

و يورث تأكيداً في ثبوت المحمول للموضوع.

و ثالثاً: أن البناء على كون «ما لا يقبل الإسقاط» حقاً يستلزم تخصيص الأكثر المستهجن، ولا مناص منه إلا باختصاص الحق بالمجعول الذي جاز لمن ثبت له بعض أنحاء التصرفات، وأقلها الإسقاط.

فتلخص: أن ما لا يقبل الإسقاط ليس حقاً، بل هو حكم، فحق الأبوّة والسلام والحضانة والولاية ونحوها مما لا يقبل الإسقاط غير مندرجة في الحق المصطلح حتى يصح تقسيم الحق الى ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله.

و المنافاة المذكورة - وهي إدراج ما لا يقبل الإسقاط في الحق، مع تسليم قاعدة «ان لكل ذي حق إسقاط حقه» - باقية على حالها، ولا يمكن دفعها عن التزم بها، ثم قسم الحقوق إلى ما لا يقبل الإسقاط وإلى ما يقبله، فلاحظ وتدبر.

و منه يظهر غموض ما صنعه جمع منهم الشهيد والمصنف رحمهما من إلزامهما بهذه القاعدة مع تقسيم الحق المقابل للحكم الى ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله.

أما الشهيد رحمته فقد جعل الفارق بين حق الله و حق العبد قابلية الثاني للإسقاط دون الأول، حيث قال في قواعده: «و الضابط فيه: أن كل ما للعبد إسقاطه فهو حق للعبد، وما لا فلا، كتحريم الربا والغرر... الخ». إذ ظاهر المقابلة و التمثيل لحكم الله تعالى بحرمة الربا أن ما لا يسقط بالإسقاط لا يكون من حقوق العبد، بل من حقوقه تعالى المعبر عنها بالحكم، و مقتضاه الإلتزام بقابلية مطلق الحقوق للإسقاط، لكونها راجعة الى العبد و زمامها بيده. مع أنه رحمته قسم الحق - المقابل للحكم - من حيث القابلية للإسقاط و عدمها الى قسمين. و المنافاة كما ترى.

و أما المصنف رحمته فقد تقدم منه في المتن تقسيم الحقوق الى ما لا يقبل المعاوضة بالمال، و ما لا يقبل النقل، و ما ينتقل قهراً و يُنقل بالصلح، و القسم الأول هو ما لا يقبل الإسقاط، على ما استفاده محققوا المحشّين، بشهادة تمثيله بحق الولاية و الحضانة. و هذا التقسيم منافٍ لتصريحه - في مسقطات خيار المجلس - بسقوط الحق بالإسقاط، للقاعدة المتقدمة، قال: «و

من المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد... الى أن قال: و يدل عليه بعد الاجماع فحوى ما سيجي من النص ... مضافاً الى القاعدة المسلّمة من أن لكل ذي حق إسقاط حقه^أ.

و التهافت واضح، إذ لو كان قوام الحق بقبوله للإسقاط و كونه أدنى مراتبه لم يبق مجال لإدراج ما لا يقبل الإسقاط في الحقوق، ثم البحث عن وقوعها عوضاً في البيع و عدمه.

إلا أن يُعَوَّل في دفع هذا التنافي على تصريح السيد عليه السلام بأن جملة ممّا عُدَّ من الحقوق ليست منها حقيقة، بل هي أحكام، إذ ليس المجمعول فيها سلطنة لذي الحق و لا ملكاً له^ب.

فبناءً على هذا التوجيه لا مانع من تقسيم ما يُسمّى بالحق إلى أقسام ستة، و منها ما لا يسقط بالإسقاط، ضرورة كون المقسم ما يستعمل فيه كلمة الحق، لا ماهيته التي فسرها السيد كالمصنف عليه السلام بالسلطنة.

هذا كله بناءً على كون قاعدة لكل ذي حق إسقاط حقه حجة شرعاً، فلو نوقش فيها سنداً أو دلالة كان الحكم بعدم قابلية بعض الحقوق للإسقاط منوطاً بإحراز عليّة العنوان، و دوران الحق مداره، دون ما كان مقتضياً له كما سيأتي.

و قد ناقش المحقق الإصفهاني عليه السلام فيها تارةً بمنعها سنداً، لعدم ورودها في آية و لا رواية، و لا هي معقد إجماع حتى يؤخذ بعمومها أو إطلاقها، و عليه فالحق ينقسم حقيقة الى ما يقبل الإسقاط و الى ما لا يقبله^ج. و أخرى دلالة، بناءً على إستفادتها من فحوى قوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسلطون على أموالهم» لا قنصائه سلطنة الناس على حقوقهم بالأولوية القطعية.

و محصل المناقشة: منع الفحوى، و ذلك لأن مفاد الحديث سلطنة الملاك على أموالهم لا على ملكياتهم حتى تثبت لهم السلطنة على حقوقهم بالأولوية، بيانه: أن الملكية تنحل إلى أمرين، أحدهما الإضافة المعبر عنها بالملكية، و ثانيهما المضاف و هو المملوك، و كذلك الحق ينحل الى الإضافة و إلى طرفها من عين أو عقد أو فعل تُعلّق به الإعتبار الحقيقي. و السلطنة على

أ: المكاسب المطبوعة مع حاشية العلامة الشهيدي، ص ٢٢١

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٦

ج: حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٣، رسالة الحق.

المملوك إنما تقتضي اخراجه عن طرفية الإضافة، فتقطع نفس الإضافة بالتبع، فإذا أبرأ الدائن حقه أو أعرض المالك عن العين المملوكة كان معناه إخراج المال عن طرفية إضافته، فتزول ملكيته، لا متناع بقائها بدون طرف، وهذا هو مقتضى السلطنة على المملوك بالتصرف فيه، وعدم سلطنة المالك على نفس الملكية.

ولكن هذا المعنى لا يجري في الحق، ضرورة أن ما يقصد إسقاطه هو نفس الحق لا متعلقه من المال والعين والفعل، ومن المعلوم أن سلطنة ذي الحق على إزالة نفس الإضافة - المعبر عنها بالحق - أجنبية عن مفاد الحديث الدال على سلطنة الناس على أموالهم - لا على ملكياتهم - حتى يبقى مجال للتمسك بالفحوى.^أ

لكن يمكن أن يقال: أما الخدشة في مستند قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» فيجواب عنها بأن هذا المضمون وإن لم يرد في آية ولا رواية ولا معقد إجماع معتبر، إلا أنها من القواعد العقلائية المرتكزة عندهم، ويكفي في إمضاء الشارع لها عدم ردعه عنها، بل يمكن إستفادة إمضائها مما ورد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه من قوله ^{العلامة} «فذلك رضا منه» بتقريب: أن المناط في سقوط الخيار هو رضا المشتري بالبيع سواء أظهره بالتصرف أو بإسقاط حقه. ويتعدى من حق الخيار إلى الحقوق الأخر التي استفيد من أدلتها جعل التفويض والأولية لشخص بحيث يكون لرضاه دخل في زوال سلطنته على المتعلق. ولا مانع من الالتزام بشمول القاعدة للحق المصطلح.

و يؤيد إرتكازية القاعدة - بل يدل عليها - اعتماد الأصحاب عليها وارسالها إرسال المسلمات، كما يظهر من تعبير العلامة ^{رحمته} في التذكرة وغيرها من قوله في سقوط خيار المجلس بالاسقاط: «ولأنه حقه أسقطه فسقط كالدين»^ب ونحوه في حق الشفعة وغيرها، فراجع.

و عليه فدعوى كون القاعدة من الإرتكازيات العقلائية غير المستحدثة كارتكازهم

أ: حاشية المكاسب، ج ٢، ص ٢٦

ب: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٥٢٢، وكذلك لاحظ ص ٥١٧ و ص ٦٠٤

على العمل بظواهر الألفاظ و بخبر الثقة قريبة جداً، مضافاً الى إنتفاء الرادع أو ما يصلح للرادعية.

نعم لا ريب في أن موضوع سلطنة ذي الحق على إسقاط حقه ليس خصوص الحق المصطلح المقابل للملك و الحكم، بل يعمّ الذميات كالديون، و هو الذي يعبر عنه الفقهاء بالإبراء في قبال الاسقاط الذي خصصوا إطلاقه بمثل حق الشفعة و الخيار و القصاص.

و أمّا الخدشة في الفحوى التي ادّعاها المصنف في خيار المجلس، فيمكن التخلص عنها أولاً: بإمكان كون القاعدة بنفسها مورد التسالم، لا كونها من شؤون سلطنة الناس على أملاكهم حتى تتجه المناقشة بالفرق بين إبراء الملك و إسقاط الحق.

و ثانياً: بأن إسقاط الملك و الحق من وادٍ واحد، و ذلك لأن إسقاط الحق إما أن يراد به إخراج المتعلق عن طرفية الإضافة الحقيقية، كما يلتزم به المحقق الإصفهاني في رسالة الحق، حيث قال - بعد نفي كون الإسقاط مطلقاً بمعنى العفو - مالفظه: «ثم إن الإسقاط هل هو بمعنى رفع الإضافة أو إخراج الشخص أو الطرف عن الطرفية للإضافة، ربما يترجح الثاني...»^أ.

و عليه لا يبقى فرق بين إبراء الملك و إسقاط الحق، لاشتراكهما في إخراج المضاف عن طرفية الإضافة، و تزول الإضافة حينئذٍ بتبع زوال الطرف، فلو كان مفاد قاعدة السلطنة سلطنة المالك على التصرف في مملوكه بإخراجه عن طرفية علقته كانت سلطنة ذي الحق على إسقاط حقه أيضاً بمعنى إخراج المتعلق عن طرفية إضافة الحقيقية، لا بمعنى إعدام نفس الإضافة ابتداءً حتى يختلف الملك عن الحق.

وإما أن يراد به إعدام نفس الإضافة و قطع العلقة ابتداءً كما علّله يستفاد من كلماتهم، إلا أنه لا يوجب وهنا في الإستدلال، لإمكان كون الإبراء في باب الكليات المملوكة في الذمم متعلقاً بنفس الملكية لا إخراجاً للطرف.

و لا يبعد دلالة حديث السلطنة على أن كل ما يُعدّ من شؤون الملك عرفاً كان متعلق سلطان المالك؛ حتى قطع نفس الإضافة، و سيأتي في أدلة ملكية المعاظة الكلام في مفاد

قاعدة السلطنة إن شاء الله تعالى.

و قد تحصل: أنه لا مانع من التشبث بقاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» والحكم بعدم حقية ما لا يقبل الإسقاط، فيختص الحق بما كان المجعول سلطنة أو أولوية أو نحو اختصاص يوجب كون زمامه بيده، والمعول في ذلك كله أدلة الحقوق، وذلك نظير حق القصاص وحق الخيار والشفعة، وحق التحجير. وحق الإسترقاق على رقبة العبد الجاني ونحوها.

أما حق القصاص فلأن المجعول هو سلطنة ولي الدم على القاتل ظلماً، سواء أكان حق القصاص نفس هذه السلطنة أم كانت من آثاره وأحكامه.

و أما حق الخيار فلأن المستفاد من الأخبار جعل المختارية و تفويض أمر العقد فسخاً وإمضاءً إليه، فالخيار هو التفويض في ترجيح أحد الأمرين.

و أما حق الشفعة فالمستفاد من رواية الغنوي أولوية الشريك بالحصصة المبتاعة وأحقية بها، واستيلاؤه على إنتزاعها من يد المشتري ببذل مثل الثمن إليه.

و أما حق التحجير فالمستفاد من دليله إعتبار أولويته من غيره بتملك الأرض بالإحياء وإن لم تكن ملكاً مصطلحاً له قبل الإحياء.

و أما حق الجنابة فالمجعول هو تفويض أمر قتل الجاني وإسترقاقه إلى ولي الدم.^٣ ثم إنه لو لم تتم القاعدة المذكورة التي هي كالقرينة الحافّة بأدلة الحقوق، أو قلنا بكون الحقوق إعتبارات متفاوتة لكل منها أثر مخصوص كما اختاره المحقق الإصفهاني رحمته الله فتقسم إلى ما يسقط بالإسقاط وما لا يسقط به. والضابط المذكور في كلام بعض الأعلام كالسيد صاحب البلغة رحمته الله هو: أن ما كان العنوان الموجب للحق علة تامة له إستحال إسقاطه ونقله، لاستحالة تخلف المعلول عن علة التامة. وإن كان مقتضياً له، فإما أن يقتصر بمانع عن النقل والإسقاط كما إذا تقوم الموضوع بعنوان خاص، أو تقتيد مورد الحق و متعلقه بقيد يوجب

أ: وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١٦، الباب ٢ من كتاب الشفعة، الحديث: ١

ب: وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ٧٣، الباب ٤١ من أبواب قصاص النفس.

تضييق دائرته لم يقبل النقل والانتقال، وإما أن لا يقترن بمانع فيقبل الإسقاط والنقل، هذا.
و هذا الضابط الثبوتي وإن كان متيناً في نفسه، لكنه لا يجدي في مقام الإثبات
لو لم يستظهر من نفس دليل الحق العلية والإقتضاء. إذ لا معين لكون الموجب لولاية الحاكم
مثلاً علة تامة، و لحق الخيار و الشفعة مقتضياً، مع اقتضاء أصالة الموضوعية في العناوين
الماخوذة في الخطابات دخلها بأنفسها في الأحكام المترتبة عليها و عدم انفكاكها عنها.
و حملها على المشيرية الى أمر آخر هو موضوع الحكم واقعاً خلاف الأصل لا يُصار إليه بلا
قرينة، و من المعلوم استحالة تخلف الحكم عن موضوعه.

و لأجله تصدّى المحقق الإصفهاني رحمته الله لاستظهار ضابط إثباتي ينتفع به لو شك في
قابلية المجهول للإسقاط أو النقل، و محصله: بعد إنكار إقتضاء طبع الحق لقابلية الإسقاط: أن
المرجع في ذلك دليل الحق و مناسبة الحكم و الموضوع و الحكمة الباعثة على الجعل
و التشريع، فإن روعي في مقام الجعل مصلحة ذي الحق كالإرفاق به إقتضت مناسبة الحكم
و الموضوع جواز إسقاطه. و إن روعي فيه غبطة الغير و مصلحته لم يجز إسقاطه، بل يقوم
بذي الحق، خاصة. هذا بحسب الكبرى.

و أما في مقام التطبيق على أنحاء الحقوق فسيأتي التعرض لبعض كلامه رحمته الله في ذلك
إن شاء الله تعالى.

و حيث إنك عرفت إقتضاء طبع الحق لقبول الإسقاط كان الأولى إخراج ما لا يقبله عن
التقسيم، لكن لا بأس بذكره تبعاً للقوم، أو بناء على عدم تقوم الحق بالملكية والسلطنة، بل هي
إعتبارات وضعية مختلفة ذاتاً و أثراً، والمرجع في ذلك دليل كل واحد من الحقوق والقرائن
المكتنفة به، فنقول و به نستعين و بوليه رحمته الله و عجل فرجه الشريف نستجير:

القسم الأول: ما لا يقبل الإسقاط و النقل الإختياري و الانتقال القهري.

و عُدَّ منها حق الأبوة و النظارة و الولاية و الوصاية و الحضانة، و الضابط فيه ما روعي
فيه مصلحة غير من له الحق، فمثل حق ولاية الحاكم غير قابل للسقوط و النقل. أما عدم قبوله

للسقوط فلأن الملحوظ في مقام الجعل مصلحة المولى عليه، وكذا في حق الوصاية المجعول لأجل القيام بشؤون الموصي.

و أمّا تقوم الحق بنفس العنوان المأخوذ في الدليل و عدم قبوله للنقل إلى الغير فلأن موضوع الولاية الشرعية هو الفقيه الجامع للشرائط. فلا معنى لنقله إلا لمثله، ولكنه لا يعقل نقله إلى حاكم آخر، لفرض كونه بنفسه مشمولاً لأدلة الولاية العامة، فلا معنى لتفويضها إليه من قبل حاكم آخر.

وكذا خصوصية تعيين الوصي من بين الأشخاص - في نظر الموصي - مانعة عن نقل الحق إلى غيره إلا مع إبقاء الموصي بذلك.

و هكذا حق الحضانة المجعول للأُم لأجل مصلحة الطفل وتربيته، و ظاهر مكاتبة أيوب بن نوح «المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، إلا أن تشاء المرأة»^أ وإن كان جواز رفع اليد عن حقها إن شاءت. لكن لا أظن الإلزام بمضمونه، فنفس حكمة الجعل تقتضي عدم قبوله للإسقاط.

القسم الثاني: ما يقبل السقوط دون النقل والانتقال، كحق الغيبة والشم والإهانة، بناءً على كونها من الحقوق التي لا ترتفع بالتوبة فقط، بل لا بد من إرضاء صاحبها وإبرائه. أمّا كونها من الحقوق فلائها ظلم وإيذاء، ولا ريب في قبحه عقلاً، و شرعاً، للنصوص الدالة على «أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه»^ب و «أن حرمة عرض المسلم كحرمة دمه وماله»^ج ونحوهما، فلاحظ.

و أمّا توقف إرتفاعها على إبراء ذي الحق فللمستفيضة المعتضدة بالأصل الدالة على «أن الغيبة لا تُغفر حتى يغفرها صاحبها»^د وللنبوي: «من كانت لأخيه عنده مظلمة في عرض أو

أ: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ١٩٢، الباب ٨١ من أبواب أحكام الاولاد، الحديث: ٦

ب: وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٥٤٣، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٤

ج: المصدر، ص ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب العشرة.

د: وسائل الشيعة، ج ٨، ص ٢٩٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٩

مالٍ فليستجملها من قبل أن يأتي يوم ليس هناك درهم، ولا دينار، فيؤخذ من حسناته، فإن لم يكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فيتزايد على سيئاته^أ. والنبوي الآخر: «من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلاته ولا صيامه أربعين يوماً وليلة، إلا أن يغفر له صاحبه»^ب. إلى غير ذلك من الروايات والأدعية الدالة على كونها من الحقوق التي يتوقف إرتفاعها على إبراء ذي الحق، وعدم كفاية التوبة. والتفصيل موكول إلى محله.

القسم الثالث: ما يقبل الإسقاط والنقل إلى آخر ينطبق عليه العنوان أيضاً ولا ينتقل بالموت، كحق القسم في الزوجات، أما جواز إسقاطه فلائنه مقتضى كونه حقاً للزوجة، فإذا طابت نفسها بعدم إستيفائه كان لها ذلك. وأما عدم الإنتقال بالإرث فلائنه حق للزوجة مادامت حية وكانت في حباله زوجها، فإذا ماتت لم يكن لها شيء حتى ينتقل إلى الوارث.

و أما جواز نقله إلى زوجة أخرى فلعله مما لا خلاف فيه، إنما الكلام في جواز أخذ العوض بازائه وعدمه، قال العلامة في قواعده: «ولو وهبت ليلتها من ضررتها فللزوج الإمتناع، فإن قيل فليس للموهوبة الإمتناع ولا لغيرها، وليس له المبيت عند غير الموهوبة أو الواهبة... إلى أن قال: ولو عاوضها عن ليلتها بشيء لم يصح المعاوضة، لأن المعوض كون الرجل عندها، وهو لا يقابله عوض، فترد ما أخذته، ويقضى، لأنه لم يسلم لها العوض»^ج.

وعلل الشهيد الثاني في الروضة فتوى الشهيد - في اللمعة «ولا يصح الإعتياض عن القسم بشيء من المال» - بما لفظه: «لأن المعوض كون الرجل عندها، وهو لا يقابل بالعوض، لأنه ليس بعين ولا منفعة. كذا ذكره الشيخ رحمته وتبعه عليه الجماعة. وفي التحرير نسب القول إليه ساكتاً عليه، مشعراً بتوقفه فيه أو تمرضه. وله وجه، لأن المعاوضة غير منحصرة فيما ذكر، ولقد كان ينبغي جواز الصلح عليه كما يجوز الصلح على حق الشفعة والتججير ونحوهما من الحقوق. وحيث لا تجوز المعاوضة فيجب عليها رد العوض إن كانت قبضته، ويجب عليه

أ : كشف الريبة، ص ١١٠

ب : مستدرک الوسائل، ج ٩، ص ١٢٢، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث : ٣٤

ج : قواعد الأحكام، ص ١٦٤

القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه لم يسلم لها العوض»^أ.

وقال في كشف اللثام - في ذيل تعليل القواعد المتقدم أنفاً - مالفظة: «و فيه تردد، لمنع الحصر، ولأن علي بن جعفر عليه السلام سأل أخاه عليه السلام، عن رجل له امرأتان، فقالت إحداهما: ليلي و يومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس»^ب.

و هذا مما تقتضيه القاعدة في الحقوق التي جعل فيها السلطنة لذي الحق أو الأولوية بالشيء، فيجوز له إسقاطه و نقله الى الغير بعد إحراز قابليته له عرفاً، سواء أكان مع العوض أم بدونه. نعم لو استفيد من الدليل تَقَوُّمُ الحق بعنوان لا ينطبق على غير ذي الحق أو المماثل له تعين تخصيص جواز النقل بما اذا كان المنتقل إليه مماثلاً لمن له الحق كالضرة في حق القسم، لصدق عنوان الزوجة على كل واحدة من الضرات.

و عليه فما في بعض الكلمات «من تجوز نقل هذا الحق الى الأجنبي ليكون له الاسقاط أو النقل و إن لم يتمكن من إستيفاء الحق بنفسه للمنع الشرعي» لا يخلو من غموض، لكون الأثر المطلوب من المعاوضة إباحة التصرف فيما إنتقل الى كل من المتعاملين، و من المعلوم أن مضاجعة الزوجة مع الأجنبي مما ياباه العقلاء فضلاً عن الشرع، فعدم قابلية خصوص حق القسم للنقل الى الغير عرفاً يكون من باب قصور المقتضي لا للمانع الشرعي.

و بالجملة: لولا النص الخاص و هو رواية علي بن جعفر الدال على جواز نقل حق القسم إختياراً لكان ذلك مقتضى القاعدة في كل مجعول أحرز كونه حقاً لا حكماً.

و عليه فلا فرق في جواز النقل الإختياري بين المجاني و المعاضي. فعدم القابلية ينشأ من قيام الحق بشخص خاص كالوصي و الناظر و المتولي للموقوفة، حيث إن للموصي عناية بشخص الوصي، و الواقف يجعل التولية لشخص خاص من حيث إنه خاص، لا من حيث إنه إنسان أو عايلم مثلاً حتى يكون قابلاً للنقل الى الغير.

أ: الروضة البهية، ج ٥، ص ٤٢٣، ٤٢٤

ب: كشف اللثام، ج ١، ص ٦٣ و ٦٤

لكن تقوم الحق بصاحبه لابد أن يستفاد من نفس الدليل بماله من الخصوصيات المكتنفة به، أو من دليل خارجي، فمع الشك يرجع الى عموم قاعدة سلطنة ذوي الحقوق في حقوقهم.

القسم الرابع: ما يقبل السقوط و النقل - مجاناً و مع العوض - و الإنتقال كحق التحجير، بل حق الخيار و الشفعة و نحوهما.

أما حق التحجير فلأن ما اعتبره الشارع فيه هو كونه أولى بالأرض المحجرة بتملكها بالاحياء، و عدم جواز مزاحمة الغير له، فللمحجر إسقاط أولويته بمعنى إخراج الأرض عن طرفية الإضافة الخاصة المعبر عنها بالألوية، و يرتفع المانع حينئذ عن تملك الغير بإحيائها و عمارتها. كما أن له نقل أولويته إلى الغير مجاناً أو مع العوض، و كذا تنتقل الى الوارث، فيقوم مقام مورثه في أولويته بالأرض.

و أما حق الشفعة و الخيار فقد حكم المحقق الإصفهاني رحمته الله بجواز الإسقاط و الإنتقال، و منع من نقلهما. أما جواز الإسقاط في باب الخيار فلأن مصلحة الإرفاق بالبايع أو بالمشتري أو بهما معاً أو جب إعتبار السلطنة لهم على فسخ البيع و إمضائه رعايةً للذي الحق، لا لمن عليه الحق كما كان في حق الولاية و الحضنة، و من المعلوم أن لصاحب الحق إسقاط حقه.

و كذا في حق الشفعة، فإن حكمة الجعل - وهي عدم تضرر الشريك ببيع حصة شريكه ممن لا يلائمه أحياناً - أوجب جعل حق إنتزاع الحصة من المشتري ببذل مثل الثمن إليه، فللذي الحق إسقاط حقه كما إذا لم يكن تضرراً في البين، أو تحمّل الضرر.

و أما الإنتقال بالإرث فلأنه مقتضى قيام الوارث مقام مورثه فيما كان له من مال و حق كما يدل عليه ماورد من «أن كل ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه».

و أما عدم جواز النقل فلأن حق الخيار ثبت لعنوان البيع و المغبون و صاحب الحيوان و من له الشرط و نحوه من العناوين، و هذا العنوان كما يحتمل كونه معرّفاً كذلك يحتمل كونه مقوماً، و المجدي في جواز النقل إحراز المعرفة، و مع عدمه يقتصر على نفس العنوان المأخوذ في أدلة جعل الخيار.

و أما حق الشفعة فلأن حكمة التشريع هي عدم تضرر الشريك، دون غيره، فلا معنى

لنقله الى الأجنبي أو إلى الشريك. أما الأجنبي فلعدم تضرره. و أما المشتري فلأنه قد تملك الشقص بشرائها من أحد الشريكين فلا معنى لتملكه له مرة أخرى بانتقال الحق إليه، هذا.

أقول: لا ريب في أن القرائن المكتنفة بالكلام توجب ظهوراً ثانوياً في توسعة موضوع الحكم تارة و تضييقه أخرى، إن كانت تلك القرائن بمثابة يصح للمتكلم الإعتماد عليها في إفادة مراده الجدّي، وإلا فالمتبع بحسب الأصل العقلاني المتسالم عليه هو الظهور الأولي مالم تقم على خلافه حجة أقوى كما في موارد حمل الظاهر على النص أو الأظهر.

و على هذا فحكمه تشريع حق الشفعة وإن كانت سد باب تضرر الشريك أحياناً، إلا أن النسبة بين موارد مشروعية هذا الحق و الضرر عموم من وجه، فقد يجتمعان، و قد يتضرر و لا شفعة كما في زيادة الشركاء على اثنين، و كما في الشركة في غير الأرضين و الدور على ما تضمنته عدة من النصوص ^ب. و قد ثبتت الشفعة مع إنتفاء الضرر كلية، بل ربما كان المشتري أنفع للشريك من شريكه السابق.

و عليه فلا سبيل لجعل التضرر قرينة على عدم قابلية الحق للنقل الى الغير. خصوصاً بناءً على ميل هذا المحقق في قاعدة لا ضرر إلى مختار الفقيه شيخ الشريعة ^{عليه السلام} من: أن قضاء النبي ^{صلى الله عليه وآله} بالشفعة لم يكن مديلاً بلا ضرر، وإن وردا مجتمعين في رواية عقبة بن خالد عن الصادق ^{عليه السلام}: «قضى رسول الله ^{صلى الله عليه وآله} بالشفعة بين الشركاء في الأرضين و المساكن، و قال: لا ضرر لا ضرار»، لكنه من الجمع في الرواية لا من الجمع في المروي حتى يكون ملاك جعل المنة على الشريك بنفي الضرر عنه خاصة.

كما أن حكمهم بثبوت حق الشفعة مطلقاً حتى مع عدم التضرر بشركته مع المشتري - بل مع الإنتفاع به - كاشف عن عدم دوران الحق مدار التضرر أصلاً. و عليه فليس من ثبت له الحق إلا عنوان الشريك، و كما يحتمل كون العنوان معرّفاً فكذا يحتمل كونه مقوماً، و معه لم

أ: حاشية المكاسب، ج ١ ص ١٢

ب: وسائل الشيعة: ج ١٧، ص ٣٢٠ و ٣٢٢، الباب ٧ و ٨ من أبواب الشفعة.

ج: وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١٩، الباب ٥ من كتاب الشفعة، الحديث: ١

يكن الحكم بانتقال الحق الى الوارث بذلك الوضوح. فلو فرض كون الضرر حكمة الجعل كان كتعليل وجوب الإعتداد على الزوجة بمنع إختلاط المياه، و المناسبة تقتضي تضيق موضوع الحكم بمن يتمشى فيه إحتمال الإختلاط، مع أنهم تسالموا على وجوب العدة على الزوجة مطلقاً و لو مع القطع بانتفاء الإختلاط. و هذا كاشف عن عدم كون حكمة التشريع موجبةً للتوسعة و التضيق في جميع الموارد.

فالمهم في الحكم بجواز الإسقاط و النقل و الإنتقال ملاحظة دليل الحق، كرواية الغنوي عن أبي عبدالله عليه السلام بعد سؤاله عن مورد الشفعة، فقال عليه السلام: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»^أ و ورد هذا التعبير في بعض الأخبار، كما دلّ على هذا الحق في بعض النصوص كلمة اللام الذي قد يُدعى ظهوره في الملك، فلاحظ روايات الباب. و من المعلوم أن تفويض الأمر الى الشريك و كونه أولى بحصة شريكه التي باعها ظاهر عرفاً في قابلية إسقاطه و نقله و إنتقاله.

و أما في حق الخيار فالحكمة وإن كانت هي الإرفاق بذوي الخيار، إلا أن إلغاء خصوصية العناوين المأخوذة في الأدلة «كالبيع، و المشتري، و صاحب الحيوان» و نحوها - حتى يترتب عليه قابلية إسقاطها و إنتقالها دون نقلها - لا يخلو من تأمل.

فالأولى إستظهار القابلية من لسان الدليل المتكفل للسلطنة على ترجيح أحد الطرفين من الفسخ و الإمضاء، كقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام»^ب. و كتعليل سقوط خيار الحيوان إن أحدث المشتري في الحيوان حدثاً قبل إنقضاء الثلاثة بما روي عن الصادق عليه السلام: «فذلك رضى منه، فلا شرط»^ج. فإن ظهوره العرفي في كون المجعول حقاً ممّا لا يُنكر.

و على هذا فلا يبعد جواز نقل حق الخيار إلى الغير كجواز إسقاطه، فيكون للمنتقل إليه

أ : وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٣١٦، الباب ٢ من كتاب الشفعة، الحديث : ١

ب : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث : ١

ج : المصدر، ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث : ٤

السلطنة على أمر العقد فسخاً وإمضاءً، أو على الإسترداد. فجواز نقل الخيار إلى الأجنبي كجواز جعله له ابتداءً في ضمن العقد. نعم لا بد من ترتب غرض عقلائي عليه، وإلا فالعوضان يعودان إلى مالكيهما لا إلى من إنتقل الحق إليه. ولذا قد يشكل نقل حق الشفعة إلى الأجنبي. إلا أن يراد منه التوكيل في أعمال الحق، كما إذا لم يتمكن الشفيع - لجهة من الجهات - من ضم الحصنة إلى ملكه.

و الحاصل: أن مجرد أخذ عنوان خاص في دليل الخيار والشفعة لا يمنع عن قبول النقل إلى الغير، إلا بإحراز كون العنوان مقوماً، فهما نظير الحبة المخصوصة بالولد الأكبر من بين الورثة، ولكن لا مانع من سلطنته على نقلها إلى غيره ببيع أو هبة أو صلح.

وأما حق الرهانة فهو حق متعلق بالعين المرهونة لاستيفاء الدين منها. وحيث إن غير الدائن لاحق له فيها فقد يشك في جواز نقله، إلا أن يكون من باب التوكيل في الإنقاذ واستيفاء الدين منها. نعم لا مانع من إنتقاله بالموت، فيكون الوارث قائماً مقام الدائن في جعل العين وثيقة لدينه المستقر في ذمة المديون.

هذا بعض الكلام في أقسام الحقوق بلحاظ ما يستفاد من أدلتها من قبولها للسقوط والنقل والإنتقال.

المقام الثالث: في حكم الشك في كيفية الجعل، فتارة يكون الشك في أن المجعول حكم - بمعناه الأخص المقابل للحق - أو حق، وأخرى في قابلية الحق للسقوط، وثالثة في قابلية نقله وانتقاله.

أ - حكم الشك في أن المجعول حق أو حكم

أما الأول: فإن كان لدليله عموم أو إطلاق أخذ به، ومقتضاه إحراز إطلاق المجعول وعدم سقوطه بالإسقاط، ويندرج في الحكم المصطلح المقابل للحق، ولا بأس بالتعرض لبعض ما عُدّ مثلاً للمسألة.

فمنه: ما إذا شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة الممرور بها حق يسقط بالإسقاط أو حكم يبقى بعد إسقاط المارة.

وإن كان دليله مجعلاً، فإن كان في المورد عام فوق كان هو المرجع، كحرمة أكل أموال الناس بالباطل، والقدر المتيقن من دليل التقييد أو التخصيص هو المآز الأكل للثمرة، فيبقى غيره مندرجاً في عموم حرمة الأكل، و نتيجته عدم بقاء الجواز بعد إسقاطه. و لو منع من مرجعية الآية الشريفة هنا أمكن الرجوع الى عموم النهي عن التصرف في مال الغير بدون إذنه و رضاه، لأنه من الشك في التقييد الزائد على جواز التصرف - للمآز - في ملك غيره.

وإن لم يكن في المورد عام فوق كان المرجع إستصحاب بقاء المجعول، و نتيجته بقاء الحق بعد إسقاطه، بناءً على حجية الإستصحاب في الشبهات الحكمية.

ومنه: ما إذا شك في بقاء سلطنة ولي الدم على القاتل عند إسقاط حقه من القصاص، فمقتضى إطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^أ بقاء الجواز بعد إسقاطه، لإطلاق السلطنة المجعولة لحالتي الإسقاط وعدمه.

ولو نوقش في إطلاق الآية كان المرجع إستصحاب بقاء المجعول بناءً على جريانه في الشبهات الحكمية، فيرتب عليه جواز الإقتصاص بعده.

و أما ما أفاده السيد المحقق الخوئي رحمته الله «من مرجعية عموم الآيات و الروايات الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾^ب و قوله عز من قائل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^ج، و كالروايات المتضافرة المروية في أبواب قصاص النفس^د. و بها يثبت عدم جواز الإقتصاص بعد إسقاطه^{هـ} فلا يخلو من تأمل، فإن العام و إن كان حجة في غير القدر المتيقن من التخصيص بالمجمل، كما إذا تردد الفاسق بين مرتكب خصوص الكبائر و مطلق المعصية، فإن عموم «أكرم العلماء» يُعَيَّن حكم مرتكب الصغيرة، فيجب إكرامه، و يكون الخارج عن

أ: الاسراء، الآية: ٢٥

ب: النساء، الآية: ٩٥

ج: الأنعام، الآية: ١٥٢

د: راجع وسائل الشيعة، ج ١٩، ص ١٠ الى ٢٠ الباب ١ و ٢ وغيرهما من أبواب قصاص النفس.

ه: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٨ و ٤٩

حكم العام خصوص مقترف الكبيرة.

إلا أن تطبيقه على مثل حق القصاص بعد الإسقاط لا يخلو من شيء، وذلك لأن الآيات والروايات الناهية عن سفك الدماء محفوفة بقرينة قطعية من أول الأمر مانعة عن إنعقاد الإطلاق فيها لمن يقتل قصاصاً، فإنه من مرتكزات العقلاء ومن أحكام الشرائع السابقة، خصوصاً بملاحظة مثل قوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾^أ وقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^ب وما دلّ على حرمة الإسراف في القتل، والكُلّ شاهد على أن حرمة قتل المؤمن والوعيد بخلود القتال في النار غير ناظر إلى حكم ولي الدم الذي يأخذ بحق قصاصه. وليس القتل بسبب حق كالقصاص مندرجاً في عموم النهي عن قتل المؤمن حتى يرجع إليه لو شك في بقاء السلطنة على القاتل بعد الإسقاط.

وبعبارة أخرى: إرتكازية حق القصاص عند العقلاء - بقرينة وروده في الشرائع السابقة وإبائه سياق ما دلّ على حرمة قتل المؤمن متعمداً عن التخصيص، وكون تضيق المحمول من أقوى القرائن على تضيق الموضوع وتقيده بغير القتل القصاصي - تقتضي خروج القتل قصاصاً عن عموم النهي موضوعاً، وليس مندرجاً فيه حتى يرجع إليه في الشك في التقيّد الزائد، والمستفاد منها أن القتل قد يكون بحق كما في الأخذ بالقصاص، وقد لا يكون بحق وهو الذي توعده عليه بالخلود في النار. وأنهما متقابلان لا يندرج أحدهما في الآخر.

ومنه: ما إذا شك في بقاء حقي الخيار والشفعة بعد الإسقاط كبقاء الجواز الحكمي في رجوع الواهب عن هبته، وارتفاعهما لكونهما من الحقوق التي يكون زامها بيد ذي الحق، وقد أفاد في أنه لا إطلاق في دليل ثبوتيهما لذي الخيار والشفيع، بل المرجع الاستصحاب بناءً على حجتيه في الشبهات الحكمية، وعلى تقدير عدم حجتيه فيها فالعمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة.

أ: الشورى، الآية: ٤

ب: البقرة، الآية: ١٩٤

ج: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٩

أقول: أمّا إنكار إطلاق دليل حقي الخيار و الشفعة فغير ظاهر، فإنه كما يتمسك بإطلاق ما روي عنه صلى الله عليه وسلم : «من سبق الى مال يسبقه إليه مسلم فهو له»^أ و يلتزم ببقاء أولويته بما سبق إليه من المكان سواء أسقط حقه أم لم يسقطه، كما اعترف صلى الله عليه وسلم به، فكذا لا مانع من الأخذ بإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم : «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» سواء أسقط أحدهما أو كلاهما حقه أم لم يسقطه. و كذا قوله صلى الله عليه وسلم في حق الشفعة: «فهو أحق به» مع وضوح كون الإسقاط في كلا المقامين من الحالات المتبادلة المندرجة في الدليل.

و أمّا الحكم بمرجعية الإستصحاب أولاً ثم عموم حرمة أكل مال الغير بالباطل فلا يخلو من غموض، إذ مع فرض وجود العموم الذي هو حجة في ماعدا القدر المتيقن من دليل المخصّص - أعني به الأخذ بحقي الخيار و الشفعة و عدم إسقاطهما - لا يبقى مجال للرجوع الى الأصل العملي، و بيانه: أنّ لدليل حرمة الأكل عموماً أفرادياً وإطلاقاً أزمانياً و أحوالياً، فلا يجوز للبائع التصرف في ما إنتقل عنه الى المشتري، و لا للشريك التصرف في حصة المشتري التي اشتراها من شريكه. و إجمال المخصّص - و هو دليل تشريع الخيار و الشفعة - يقضي بالأخذ بالقدر المتيقن منه و هو إعمال ذي الخيار و الشفيع حقهما، و إنتزاع ما كان بيد من عليه الخيار و المشتري. و أمّا إذا أسقطا حقهما و أرادا الأخذ به بعده كان عموم حرمة الأكل حاكماً بعدم الجواز.

هذا ما تقتضيه الصناعة، لكنه مجرد فرض، إذ لا وجه للشك في أنّ المجهول في مورد القصاص و الخيار و الشفعة هو السلطنة و الأولوية المعبر عنهما بالحق المقابل للجواز الحكمي، و من المعلوم كون أدنى مراتبه قابلية سقوطه بإسقاط من له الحق. هذا كله في حكم الشك في السقوط و البقاء، و مرجعه الى الشك في كون المجهول حقاً مصطلحاً أو حكماً.

ب - حكم الشك في قابلية الحق للإسقاط

و أمّا الثاني: و هو الشك في قابلية الحق للسقوط بعد إحراز عدم كونه حكماً مصطلحاً

أ: مستدرک الوسائل، ج ١٧، ص ١١٢، الباب ١ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٤

فإن قلنا باقتضاء قاعدة «لكل ذي حق إسقاط حقه» عدم حقية ما لا يقبله فهو، وإلا فإن أمكن رفع الشك بالرجوع إلى دليل الحق و لو بمعونة القرائن المكتنفة به و إستفادة قيام الحق بشخص ذي الحق كالوصي والمتولي للموقوفة و الناظر عليها، أو قيامه بعنوان خاص كالفقيه، أو روعي فيه مصلحة الغير كما في حق الحضانة، فالظاهر عدم قابليته للسقوط، لظهور العنوان في دوران الحق مداره.

و إن لم يمكن إستفادة شيء من ذلك كان مقتضى جريان الإستصحاب في الشبهات الحكمية بقاءه و عدم سقوطه.

ج - حكم الشك في قابلية الحق للانتقال

وأما الثالث: و هو الشك في إنتقال الحق قهراً بموت و ارتداد فنقول: إن أمكن إستفادة الحكم من الدليل و الخصوصيات المكتنفة به فهو، و إلا يجرى الإستصحاب فيه، و يحكم بعدم سقوطه بالموت، الذي هو من قبيل الشك في رافعية الوجود، و هو مورد تسالمهم على حجية الإستصحاب. فلو شك في إنتقال حق الخيار و الشفعة و التحجير الى الوارث لم يكن مانع من الإلتزام بانتقاله.

و مناقشة المصنف رحمته الله في هذا الإستصحاب بما أفاده في أحكام الخيار بقوله: «و التمسك في ذلك - أي في قابلية حق الخيار للانتقال - باستصحاب بقاء الحق، و عدم إنقطاعه بموت ذي الحق أشكل، لعدم إحراز الموضوع، لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق» غير ظاهرة، لاعترافه رحمته الله بأن هذا القسم من الحقوق سلطنة، و هي كالملك قابلة للانتقال القهري، و الشك إنما هو في رافعية الموت لها، كالشك في إطفاء الريح الخفيفة للسراج مع إستعداد نورها للبقاء لوجود الوقود. فيندرج هذا الحق ببركة الإستصحاب في «ما تركه الميت».

و الإشكال في جريانه بعدم إحراز الموضوع - لتقوم الحق بالمستحق - ممنوع بالنقض بأملكه، لتقومها بالمالك، مع أنه لا ريب في إنتقالها الى الوارث.

و حله: أن سبب الإنتقال الى الوارث بقاء الملك أو الحق إلى زهوق روح المورث، والأول محرز بالإستصحاب، والثاني بالوجدان.

بل لا يبعد الاستغناء عن الاستصحاب في المقام بناءً على كون الحق سلطنة فعلية، أو إضافة اعتبارية أخرى أثرها السلطنة، فإنه كالملك مشمول لإطلاق الموصول في قولهم **«ما تركه الميت فهو لوارثه»** بناءً على أن مفاده عدم إيجاب الموت سقوطاً ما كان للميت من المال أو الحق عن إضافة الملكية، بل تنتقل هذه الإضافة إلى الوارث. وإن كانت الدقة تقتضي حدوث إضافة أخرى للوارث مماثلة لإضافة المورث، لاستحالة بقاء شخص الإضافة مع تبدل طرفها.

و الحاصل: أن مدلول الرواية عقدان سلبي وإيجابي، فالأول عدم سقوط الملكية بالموت، والثاني انتقال الإضافة إلى الوارث على النحو الذي كان للمورث. لا يقال: إن مقتضى أصالة عدم الانتقال إلى الوارث ذهاب الحق بالموت، فلا يصدق عليه **«ما تركه الميت»** حتى ينتقل إلى الوارث.

فانه يقال: إن الشك في الانتقال مسبب عن بقاء الحق بعد الموت وارتفاعه به، فإذا جرى الأصل في السبب وأحرز به بقاؤه وعدم سقوطه بالموت يندرج في **«ما تركه الميت»** وانتقل إلى الوارث.

نعم الشك في البقاء إلى ما بعد الموت ناشئ عن الشك في القابلية، إذ لو كان الحق مجعولاً بنحو يتقوم بمن له الحق خاصة كان إرتفاعه بموت صاحبه مسلماً، ولا موضوع لعنوان **«ما تركه الميت»** حتى ينتقل إلى الوارث.

لكن لا يجري الأصل في نفس القابلية، لعدم العلم بها سابعاً، فيجري الأصل - لا محالة - في مسيبيه، وهو البقاء إلى ما بعد الموت الملازم لانتقاله إلى الوارث، لصدق **«ما تركه الميت»** عليه.

وهذا نظير عدم جريان الاستصحاب في قابلية الحيوان للتذكية وعدمها، وجريانه في عدم التذكية، فإذا تحقق كل ما له دخل في التذكية من فري الأوداج بشرائطه، وتمخض الشك في حلية الحيوان في قابليته للتذكية جرى الأصل في المسبب، ويحكم بعدم التذكية.

هذا كله في تقريب التمسك باستصحاب شخص الحق، والحكم ببقائه بعد الموت. ويمكن أن يقرر بنحو يندرج في القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي، بتقريب: أن

الحق - المشكوك إنتقاله بالموت - إن كان متقوماً بصاحبه كان ساقطاً بموته، وإلا فهو باقٍ، وهذا نظير الشك في كون الحيوان الداخِل في الدار موجوداً بفرد قصير العمر و طويله.

و بعبارة أخرى: مناط القسم الثاني - وهو كون الشبهة موضوعية - موجود في المقام، حيث إن الحقوق على نوعين، فمنها ما يتقوم بمن له الحق و يرتفع بموته قطعاً كحق القسم والإستمتاع، ومنها ما لا يتقوم به كحق التحجير، فلو شك في مثل حق الخيار أمكن إبقاؤه تعبداً بالإستصحاب، فيندرج في موضوع تشريع الإرث.

و توهم كونه من قبيل القسم الثالث من أقسام استصحاب الكلي، ببيان: «أنه يعلم بارتفاع الفرد الأول من المستحق - بالموت - و يشك في قيام الثاني مقامه. نظير العلم بخروج زيد من الدار و الشك في دخول عمر و فيها مقارناً لخروج زيد عنها» فاسد، بأن هذا الشك ناشئ عن كيفية جعل الحق و تشريعه، فيجري الإستصحاب في نفس المجعل الشرعي الجامع بين الخصوصيةين، و يحكم ببقائه إلى ما بعد الموت ببركة الأصل، و يندرج في الموصول في «ما تركه الميت».

و لكن ما ذكرناه - من إستصحاب كلي الحق إلى ما بعد الموت بنحو القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي - مخدوش بأن جريانه منوط بموضوعية نفس الكلي للأثر الشرعي، كاستصحاب كلي الحدث لمن توضعاً بعد البطل المشتبّه، فإنه لا مانع من جريانه لإثبات حرمة مسّ الكتاب العزيز، بناءً على موضوعية كلي الحدث لحرمة المسّ على ما استفيد من قوله تعالى: ﴿ لا يمسه إلا المطهرون ﴾ و عدم كونه مشيراً إلى خصوصيتي الحدث الأكبر والأصغر، إذ عليه لا أثر لكلي الحدث حتى يستصحب، و التفصيل في محله.

و عليه يقال في المقام: إنَّ المنتقل إلى الوارث ليس كلي الحق الثابت للمورث، بل خصوص الحق غير المتقوم بمستحقه، و الإستصحاب قاصر عن إثبات هذه الخصوصية إلا بناءً على القول بالأصل المثبت. فاستصحاب الحق - الجامع بين فرديه - لا يجري، لعدم كونه موضوعاً للأثر المقصود و هو الإنتقال إلى الوارث، وإنما موضوع الأثر هو الحق المتخصص بعدم كونه متقوماً بمن له الحق، و استصحاب الجامع لا يُثبت هذه الخصوصية. فلا يجري، لعدم أثر له. و حينئذٍ فلا محيص عن إستصحاب عدم الإنتقال.

الشك في قابلية الحق للنقل ١٦١

و عليه فالشكوك الثلاثة المترتبة - وهي الشك في كيفية جعل الحق، و الشك في بقاءه، و الشك في إنتقاله - إنما يجري الأصل في ثالثها و هو عدم الإنتقال كما أفاده السيد المحقق الخوئي رحمته الله.

إلا أن يقال: إن شبهة تَقْوُمُ الحق بالمستحق في كلام الشيخ الأعظم رحمته الله إن كان منشؤها كونها من الشك في المقتضي، لفرض عدم إحراز استعداد الحق للبقاء بعد موت ذيه أمكن الجواب عنه بأن المبنى المنصور في المسألة حجية الإستصحاب مطلقاً سواء كان الشك في المقتضي أم في الرفع. و عليه لا مانع من استصحاب بقاء الحق، و الحكم بانتقاله ظاهراً بالموت.

د - حكم الشك في قابلية الحق للنقل الاختياري

و أما الرابع : - و هو الشك في قابلية نقل الحق الى الغير إختياراً - فإن أمكن إستظهار قبوله للنقل من حكمهم بانتقاله بالإرث كما في حقي الخيار و الشفعة، بدعوى إستكشاف عدم تَقْوُمُ الحق بمن له الحق، و إلا لم ينتقل الى وارثه، فهو، للملازمة العرفية بين إنتقاله فهراً و نقله إختياراً في عدم قيامه بذی الحق.

و إن لم يمكن ذلك الإستظهار، لعدم ثبوت الملازمة بين جواز النقل و الإنتقال، أو لكون الحق مما لا ينتقل بالإرث كحق القسم و الإستمتاع، كان المعول في جواز نقله الى الغير قابليته العرفية للنقل و المعاوضة عليه، و كون الشك في الجواز متمحّضاً في إحتمال المنع تعبداً عن سقوطه أو نقله أو إعتبار شرط فيه، و من المعلوم أن المرجع فيه عمومات إمضاء العقود و المعاوضات و إطلاقاتها.

إلا أن يناقش في التمسك بها بأحد وجهين:

الأول: أن الرجوع إليها من التشبث بالعام في الشبهة الموضوعية، و هو ممنوع على ما حَقَّق في محله، بيانه: أن طائفة من الحقوق غير القابلة للإسقاط و النقل خُرِجَتْ عن حيز أدلة تنفيذ المعاملات كالأمر بالوفاء بالعقود، و حلية البيع، و جواز الصلح بين المسلمين، و وجوب العمل بالشرط، و نحوها، فحقُّ الولاية و الأبوة خرج عن تلك العمومات، لما ثبت من عدم

قابليتهما للاسقاط والنقل، كما أن طائفة منها باقية تحت العمومات كحق التحجير. ولا يعلم أن المشكوك فيه مندرج في هذا القسم أو ذاك، وفي مثله لا وجه للرجوع الى العام لإحراز حال الفرد، لكونه نظير الشك في كون زيد عالماً أو جاهلاً، حيث إن عموم «أكرم العلماء» قاصر عن إحراز حاله و تعيين حكمه، وهذا معنى عدم حجية أصالة العموم في الشبهة المصدقية.

و لكن يمكن دفعه بأن يقال: إن الخارج عن عموم أدلة المعاوضات إنما خرج عنها فردياً لا عنوانياً، ومن المعلوم أن القادح في التمسك بالعام هو القسم الثاني لا الأول، مثلاً إذا قال: «أكرم العلماء، ولا تكرم البصريين منهم» وتردّد «زيد» بين البصري والكوفي - لتعارض البيّتين فيه مثلاً - لم يجز التمسك بـ «أكرم العلماء» لإثبات وجوب إكرام زيد، بل المرجع فيه أصالة البراءة عن وجوب إكرامه.

و أما إذا قال: «أكرم العلماء إلا زيداً وعمراً» ثم شك في إستثناء بكر أيضاً لم يكن مانع من التمسك بالعام لإثبات وجوب إكرامه، لأنّه من الشك في التخصيص الزائد، الذي هو كالشك في أصل التخصيص في جواز الرجوع الى العام.

و مانحن فيه من هذا القليل، لأن الخارج عن حيّز العمومات حقوق معيّنة كحق الأبوة والسلام و ولاية الحاكم الشرعي و الحضنة، لا العنوان الكلّي حتى يكون الشك في إندراج المشكوك فيه في عنوان الخاص أو العام من باب الرجوع الى العام في الشبهة الموضوعية. و العنوان الإنتزاعي كعدم القابلية لا يجدي، إذ ليس ذلك العنوان خارجاً عن العمومات حتى يوجب تعنون العام. و عليه فالشك في كون الحق قابلاً للمعاوضة يكون من الشك في التخصيص الزائد، و من المعلوم مرجعية أصالة العموم فيه.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني، و وافقه بعض الأجلة من تلامذته و بيانه: أن الشك في صحة معاملة ينشأ تارة من الشك في قابلية مورد المعاملة للمعاوضة عليه، كما إذا شك في قابلية جعل الغناء - المشكوك حرمة - ثمناً في بيع أو عوضاً في صلح أو مورداً لإجارة. وأخرى من الشك في دخل سبب خاص في صحة المعاملة بعد إحراز قابلية العوضين لها، كما إذا شك في صحة البيع المعاطاتي بين مالين قابلين للتملك و التملك، أو شك في دخل العربية و الماضوية في صيغ العقود.

و أدلة الإمضاء كالأمر بالوفاء بالعقود و نفوذ الصلح بين المسلمين و حلية البيع و مشروعية الإجارة ناظرة الى نفوذ أسباب النقل و الإنتقال، فيتمسك بإطلاق حلية البيع على مملوكة المعاطاة على حد البيع بالصيغة، وأنه لا يعتنى بالشك في دخل سبب خاص في صحة المبادلة بين المالين، لمكان عموم دليل الإمضاء و إطلاقه.

و أمّا الشك من الناحية الأولى - وهي الشك في قابلية العوضين للمعاملة عليهما - فلا بد من رفعه بدليل آخر، لعدم إرتباط هذا الشك بسببية سبب خاص حتى يُجدي الإطلاق لنفيه. و عليه فالشك في جواز جعل أحد العوضين الغناء في كلام صحيح كالدعاء يكون المرجع فيه أدلة شرائط العوضين، و لو فرض عدم إستفادة شيء منها فالمرجع أصالة الفساد المحكّمة في المعاملات، و لا تتكفل أدلة الإمضاء هذه الجهة حتى يتجه تصحيح المعاملة المذكورة بها.

و ببيان آخر: أن أدلة المعاملات بما أنها صادرة عن الحكيم الملتفت الى إنقسام موضوع المعاملة إلى المورد القابل و غير القابل يستحيل إهمالها، فإما أن يتعلّق الإمضاء بمسمى المعاملة سواء أكان المورد قابلاً لها أم لم يكن. وإما أن يتعلّق بحصّة خاصة منها وهي ما أحرز قابليته قبل الإمضاء. و لا مجال للإطلاق فيتعين التقييد، و يكون الرجوع الى العام أو الإطلاق - لأحرز حال المشكوك فيه - من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية.

و على هذا فلو شك في جواز نقل حق الخيار إلى الغير بهية أو بيع أو صلح لم يتجه تصحيحه بالرجوع الى أدلة تنفيذ المعاملات، بل المرجع فيه الأصل العملي و هو أصالة عدم قبوله للنقل، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن أدلة المعاملات إمضائية، و ليست تأسيسية، و موضوعها هو العنوان العرفي لا الشرعي، فما أحله الشارع و أمر بالوفاء به هو البيع العرفي لا البيع الصحيح شرعاً، و كذا بالنسبة الى سائر العقود. و من المعلوم أن تمام المناط قابلية العوضين للمبادلة في

أ: حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني ج ١، ص ١٢ و ١٣، رسالة الحق، محاضرات في الفقه الجعفري.

نظرهم، فلو كان تبديل من من التراب بمثله سفهياً عندهم، أو لم يترتب على بيع الخنافس و الديدان غرض عقلائي يعتنى به بحيث يصح سلب عنوان المعاقدة و البيع عنه عرفاً لم يكن موضوعاً لدليل الإمضاء قطعاً. و أمّا إذا أحرزت قابلية العوضين بنظرهم للمبادلة و تمحّض الشك في مشروعيتها في المنع التعبدى كانت أدلة المعاملات هي المرجع لإثبات صحتها، فلو كان بيع الجنسيتين بالتفاضل متداولاً عند العقلاء، ك تداول بيع الخمر و الخنزير عندهم كان موضوع أدلة الإمضاء محققاً، و بطلان البيع موقوفاً على تقييدها أو تخصيصها شرعاً.

و لا يبعد جريان ديدنهم على الرجوع الى العمومات و الإطلاقات في رفع الشك في إعتبار شرط تعبداً أو مانع كذلك بعد إحراز الموضوع العرفي. و لم يظهر وجه لتخصيص مرجعية الأدلة بالشك في تنفيذ الأسباب خاصة.

نعم في التمسك بقاعدة السلطنة في المقام إشكال، ينشأ من احتمال كونها بصدد بيان عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة، لا كونها مُشْرَعَة للتصرف المشكوك في حكمه، على ما سيأتي في المعاطاة إن شاء الله تعالى.

و أمّا قياس الحق القابل عرفاً للنقل إلى الغير بجعل الغناء مثلاً أحد العوضين - حيث لا تتكفل أدلة الإمضاء حليته و صحة جعله عوضاً - فالظاهر أنه مع الفارق، و ذلك لأن تلك الأدلة غير ناظرة الى بيان حكم الأفعال تكليفاً بعنوانينها الأوليّة، لكونها واردة لبيان حكم الفعل بعنوانه الثانوي أي صحة وقوعه في العقد المعاوضي أحد العوضين، فلو كان الفعل مشكوك الحكم - بعنوان أنه غناء مثلاً - لم يكن وقوعه عوضاً في البيع أو معوضاً في الإجارة كاشفاً عن مشروعيته بعنوانه الأولي.

و هذا بخلاف المقام، إذ ليس المقصود من التمسك بدليل الإمضاء إحراز مشروعية أصل الحق حتى تكون الأدلة قاصرة عن إثباته، بل المراد إستكشاف صحة وقوعه عوضاً بعد كون أصل الحق مشروعاً و قابلاً للنقل عرفاً.

فالمتحصل - بعد إندفاع كلتا جهتي الإشكال - أن كل حق شك في قبوله شرعاً للنقل يرجع فيه الى عمومات المعاوضة، فعدم قبوله للنقل لا بد أن يستفاد من دليله بأن يكون ظاهراً في تقومه بعنوان خاص أو شخص كذلك، كحق الولاية، ضرورة كون العنوان أو الشخص

موضوعاً للحق يدور مداره، لا موردأ له حتى يجوز تفويضه الى غيره، هذا.

و أما جواز المعاوضة على الحقوق فسيأتي في المقام الخامس.

المقام الرابع: في ذكر بعض ما يتردد بين الحق والحكم.

إعلم: أنهم ذكروا أموراً جعلوها من المصاديق المشتبهة بين الحق والحكم:

منها: الأولوية بالسبق إلى المساجد و المدارس و القناطر و الرباطات و الطرق النافذة،

و نحو ذلك من الحقوق الراجعة إلى عموم الناس، أو المتلبس بعنوان خاص منهم كالمصلين

و الزائرين و العابرين و نحوهم، فإنه لم يظهر المراد من الأولوية، فهل يراد بها الحق بحيث

يصير السابق إلى مكان من الأمكنة المذكورة ذا حق فيها، فتكون العبادة مع دفع السابق

و إخراج عنه باطلّة، لكون المكان متعلقاً لحق الغير كحقي الرهانة و التحجير؟ أم يراد بها

حرمة المزاحمة مع السابق تكليفاً، فدفع السابق و إن كان حراماً تكليفاً، لكنه لا يوجب الغصبية

حتى تبطل الصلاة، فتقديم السابق حينئذ في تراحم الحقوق يكون من باب الحكم. نظير تقديم

الأهم في تراحم الواجبات. فإطلاق الأحقية في النصوص على السابق الدالة على زيادة المبدأ -

و هو الحق - في السابق إنما هو باعتبار إختصاص الإستيفاء فعلاً بالسابق ما دام شاغلاً للمكان،

فالحق المشترك بينه و بين غيره من الموقوف عليهم الثابت بنفس الوقف يختص إستيفاءه

بالسابق، و ليس لغيره إستيفاء ذلك الحق المشترك حتى يُعرض السابق عن المكان؟

ظاهر كلمات الأصحاب كون السبق سبباً لحدوث حقّ للسابق، حيث إنهم عبّروا بكونه

أحق من غيره. قال في الشرائع: «و أما المسجد فمن سبق إلى مكان منه فهو أحق به مادام

جالساً»^أ.

و قال في القواعد: «و أما المسجد فمن سبق إلى مكان فهو أحق به، فإذا قام بطل حقّه

و إن قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو نوى العود، إلا أن يكون رحله باقياً فيه»^ب.

و في اللمعة و شرحها: «فمنها المسجد، و في معناه المشهد، فمن سبق إلى مكان منه

أ: شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٧٧

ب: قواعد الأحكام، ص ٨٧

فهو أولى به مادام باقياً فيه» أ.

وفي الجواهر: «و أما المسجد فلا إشكال ولا خلاف في أن من سبق إلى مكان منه فهو أحق به ما دام جالساً فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة عليه. بل في المسالك وغيرها: سواء أكان جلوسه لصلاة أم لمطلق العبادة أم لتدريس العلم والإفتاء ونحو ذلك... إلى أن قال: وعلى كل حال فلو قام مفارقاً رافعاً يده عنه بطل حقه، بلا خلاف ولا إشكال حتى لو عاد وقد شغله غيره. وإن قام ناوياً للعود إليه، فإن كان رحله باقياً فيه فهو أحق به، وإلا كان مع غيره سواء كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم. بل في جامع المقاصد: أنه المشهور. بل في محكي المبسوط نفى الخلاف فيه، قال: فمن سبق إلى مكان في المسجد كان أحق به، فإن قام وترك رحله فيه فحقه باق، وإن حوّل رحله منه إنقطع حقه منه، ولا خلاف فيه، وفيه نص لنا عن الأئمة عليهم السلام» ب.

و ظهور هذه العبارات وغيرها مما لم نذكرها في حدوث حق للسابق مما لا يمكن إنكاره. ومستندهم في ذلك - بعد الإجماع الذي إدعاه في مفتاح الكرامة بعد قول العلامة: فهو أحق به «مادام فيه إجماعاً محضاً بل كاد يكون ضرورياً» وكذا غيره من الأصحاب - روايات:

إحداها: خبر طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل، وكان لا يأخذ على بيوت السوق كراء»^١.

ثانيها: رسالة محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «قلت له: نكون بمكة أو بالمدينة أو بالحيرة أو المواضع التي يرجى فيها الفضل، فربما خرج الرجل يتوضأ

أ: الروضة البهية، ج ٧، ص ١٧٠

ب: جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٨٨ و ٨٩

ج: مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٣٦

د: وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٥٤٢، الباب ٥٦ من أبواب أحكام المساجد، الحديث: ٢

فيجيء آخر فيصير مكانه، فقال عليه السلام: من سبق إلى مكانٍ [موضع] فهو أحق به يومه وليلته^أ.
والتعبير بالإرسال من جهة سقوط الوسطة بين محمد وبين الإمام عليه السلام لعدم كون ابن
بزيع من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام. ورواه في البحار عن أمالي الشيخ عن ابن بزيع عن
بعض أصحابه يرفعه إلى الإمام أبي عبدالله عليه السلام. وعليه فلا تبقى شبهة في الإرسال وحذف
الوسطة.

ثالثها: مرسله ابن أبي عمير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سوق المسلمين [القوم]
كمجدهم، يعني: إذا سبق إلى السوق كان له مثل المسجد»^ب.

رابعها: النبوي «من سبق إلى ما لا يسبقه إليه مسلم فهو أحق به»^ج.

أما سندها فغير نقي، لأن في سند الأولى «طلحة بن زيد» وهو عامي، ولم أعثر إلى الآن
على توثيقه. وما في الفهرست من «أن طلحة بن زيد عامي المذهب، إلا أن كتابه معتمد»^د ليس
توثيقاً لطلحة، بل تصحيحاً لكتابه، وهو لا يدل على توثيق طلحة، لعدم الملازمة بينهما، إذ من
الممكن أن الشيخ صحح كتابه لكون مافيه مروياً في الكتب المعتبرة، لا لأجل كون صاحب
الكتاب موثقاً عنده حتى يكون قول الشيخ: «أن كتابه معتمد» شهادة بوثاقته، بل يكون قوله هذا
تصحيحاً لكتابه، فيندرج في البحث المعروف بينهم، وهو: أن تصحيح الغير هل يجوز
الإعتماد عليه؟ ويغني الآخرين عن نقد السند أم لا؟

هذا مضافاً إلى: أنه -بعد تسليم صحة الإعتماد على تصحيح الغير- إنمّا يجدي ذلك فيما
إذا أحرز أن الرواي نقل عن كتاب طلحة لا عن نفسه، وهو ممّا لا سبيل إلى إحرازه، فالرواية
مشكوكة الاعتبار، ومن المعلوم أن الأصل يقتضي عدم حجيتها، هذا.

و يظهر مما ذكرناه ضعف ما أفاده بعض المعاصرين من قوله: «و يكفي في إعتبار خبره

أ: وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٥٤٢، الباب ٥٦ من أبواب أحكام المسجد.

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٠٠، الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة، الحديث: ٢

ج: مستدرک الوسائل، ج ١٧، ص ١١٢، الباب ١ من أبواب إحياء الموات، الحديث: ٤

د: الفهرست، ص ١١٢، رقم ٣٧٤

-مضافاً الى تصريح شيخ الطائفة بكون كتابه معتمداً- رواية ابن الوليد الذي لم يرو بعض كتب الصفار و سعد، لعدم معلومية صحة مضمون ذلك البعض، وإستثنى كثيراً من أخبار كتاب محمد بن أحمد بن يحيى لكتابه^١.

وجه الضعف: أن رواية ابن الوليد لكتاب طلحة لاتدل على أزيد من إعتقاد ابن الوليد بصحة مضامين الكتاب و مطابقتها للواقع أو للروايات المعتبرة، و لاتدل على وثاقة مؤلفه، و تكون الشهادة بصحة الكتاب من قبيل تصحيح شخص لرواية، في كون حجية تصحيحه لغيره مورد للبحث والنظر والإشكال. و عليه فالشهادة بصحة الكتاب ليست إلا شهادة باعتبار الكتاب، و لا تكون شهادة بوثاقة مؤلفه. و قد عرفت عدم طريق لإحراز كون الرواية المزبورة مروية عن كتابه حتى نلتزم باعتبارها، بعد البناء على إعتبار الكتاب المزبور بشهادة الشيخ و رواية ابن الوليد له.

و أما كونه من رجال كامل الزيارة و تفسير علي بن إبراهيم فلا يكفي للتوثيق كما قرر في محله.

وبالجملة: فلم يثبت إعتبار الخبر المزبور بسبب ضعف طلحة، فالإعتماد عليه في غاية الإشكال. هذا ما في سند خبر طلحة من الضعف.

و أما مرسلتا ابن أبي عمير و محمد بن إسماعيل بن يزيد فالإشكال في إعتبارهما ظاهر، لأنهما مرسلتان، و لا عبرة بالمراسيل ما لم تنجر بعمل المشهور بناء على ما هو الأقوى من جبر عمل المشهور لضعف الرواية، كموهنية إعراضهم عنها لا اعتبارها. وكذا الحال في النبوي. و دعوى «إنجبارها بعمل المشهور الذين بنوا على ثبوت حق السبق للسابق في المسجد» خالية عن البيئة، إذ يعتبر في جبر الشهرة لضعف الرواية إحراز إستناد المشهور في فتواهم إلى الرواية الضعيفة حتى يدل إستنادهم إليها على إعتبارها لديهم، وإلا فمجرد موافقة فتواهم لرواية ضعيفة لا تكشف عن حجيتها عندهم كما هو واضح.

و بالجملة: فلا سبيل إلى إثبات حجية الروايات المزبورة.

إلا أن يدعى: أن سياق عباراتهم يدل على إستنادهم إلى هذه الروايات، لتعبيرهم بما عُبر به فيها. و ان كان هذا مخدوشاً أيضاً، لإمكان كون مستندهم روايةً معتبرةً سنداً مع كون متنها مثل متن المرسلتين، فاقتبس الأصحاب من تلك الرواية لا من هاتين الروایتين، فلا يحصل الوثوق باستنادهم إليهما.

كما لا وجه لحجية الإجماع المدعى في المقام بعد احتمال مدركيته، إذ من المحتمل إستناد المجمعين إلى الروايات المزبورة، فلا يصح الإستناد إلى شيء من الروايات والإجماع. نعم يمكن الإستناد إلى السيرة العقلانية الحاكمة باختصاص من سبق إلى ما يشترك فيه غيره - كالمباحات الأصلية و نحوها - بذلك المشترك، بحيث يرى العقلاء نحو اختصاص للسابق بذلك الشيء، بل هذا مركز في الحيوانات أيضاً، والشارع لم يردع عن هذه السيرة، فهي حجة.

كما يمكن أن يكون مستندهم مرسلّة ابن أبي عمير، ولا يقدح إرسالها، لما يظهر من الأصحاب من تسالمهم على العمل بمراسيله، لقول النجاشي: «أصحابنا يسكنون إلى مراسيله»^أ. و لقول الشيخ في حقه و حق آخرين من أصحاب الإجماع في بحث تعارض الرواية المسندة مع المرسلّة: «و إذا كان أحد الراويين مُسنداً و الآخر مُرسلاً نُظِر في حال المُرسِل، فإن كان ممن يعلم أنه لا يُرسِل إلا عن ثقة موثوق به فلا ترجيح لخبر غيره على خبره، و لأجل ذلك سَوّت الطائفة بين ما يرويه محمد بن أبي عمير و صفوان بن يحيى و أحمد بن محمد بن أبي نصر و غيرهم من الثقات الذين عُرفوا بأنهم لا يروون و لا يُرسِلون إلا عمّن يوثق به و بين ما أسنده غيرهم، و لذلك عملوا بمراسيلهم إذا انفرد عن رواية غيرهم»^ب.

و كذا عدّ الكشي جمعاً من أصحاب أبي إبراهيم و أبي الحسن الرضا عليهما السلام ممّن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنهم و الانقياد لهم و الإقرار لهم بالفقه، و منهم ابن أبي

أ: رجال النجاشي، ص ٢٢٩

ب: عدة الاصول، ج ١، ص ٣٨٦ و ٣٨٧

عمير أ.

و عليه تتصف مرسله ابن أبي عمير بالإعتبار بعد شهادة أعلام الرجال بالتسوية بين
المسندات والمرسلات.

لكن في أصل تحقق هذا الإجماع التعبدى تأملاً بل منعاً قد تعرضنا له في شرح الكفاية
فيما يتعلق بسند مقبولة عمر بن حنظلة، فراجع ب.

فتلخص: أن مراسيل أصحاب الإجماع كمراسيل غيرهم مالم تنجبر بعمل المشهور
لا تكون حجة بحيث تُخصص عموم أدلة حرمة العمل بالظن، فمرسله ابن أبي عمير الدالة على
حق السبق لا تصلح للاستناد إليها. هذا كله في السند.

و أمّا دلالتها فعن المشهور - بناءً على استنادهم إليها كما لعل كلماتهم مقتبسة منها -
دلالتها على ثبوت حقّ للسابق، واللازم حينئذٍ ترتيب آثار الحق عليه من جواز إسقاطه ونقله
مجاناً ومع العوض، وانتقاله قهراً إلى الوارث، ومن بطلان العمل العبادي الصادر من المزاحم
المُخرج للسابق عن المكان، لكونه غصباً كما في إعتكاف العروة، حيث قال: «إذا غَصَبَ مكاناً
من المسجد سبق إليه غيره، بأن أزاله وجلس فيه فالأقوى بطلان إعتكافه معاً. إلا إذا نهض دليل
على منع بعض هذه الآثار. ولم أعثر إلى الآن على قائل بهذا التعميم.
كما أن لازم الحقيقة هو صيرورة السابق ذا حقين أحدهما بالوقف، والآخر بالسبق،
وهذا بعيد.

فالمحتمل قوياً: أن المراد بالأحقية هو حرمة المزاحمة مع السابق وإزعاجه ودفعه عن
المكان مادام باقياً فيه وشاغلاً له، فالسبق لا يوجب إلّا حرمة المزاحمة كحرمة مزاحمة غير الولي
للولي في تجهيز الميت، بناءً على كون المراد بالولاية هناك - على ما عن جماعة من القدماء -
حرمة المزاحمة معه، فإن تصدّى الولي للتجهيز مباشرة أو تسبباً فليس لأحد مزاحمته،

أ: رجال الكشي، ص ٤٦٦، طبع النجف الآشرف.

ب: منتهى الدراية، ج ٨ ص ١٥٠ إلى ١٦٤

ج: العروة الوثقى، ج ٢ ص ٢٥٦، كتاب الاعتكاف، المسألة: ٣٢

وإن لم يتصدّد لذلك جاز لغيره - بل وجب عليه كفاية - القيام به.

و بالجملة: فالسبق في الحقوق كالأهمية في تراحم الواجبات، فكما أنّ تقديم الأهم هناك ليس من باب الحق في شيء، فكذلك السبق في باب الحقوق، فإنّه لا يوجب حقّاً للسابق حتى يصير المكان متعلّقاً لحقه، و يندرج دفع الغير له عن ذلك المكان - إشغاله له - في الغصب، و تكون صلاة المزاجم الدافع للسابق من صغريات مسألة الاجتماع، لصيرورة المكان حينئذٍ مغصوباً، إذ لا فرق في المغصوب بين كون الرقبة مال الغير و بين كونها متعلّقة لحق الغير كحقي الرهانة و التحجير، فيكون هنا أمر متعلق بطبيعي الصلاة، و نهى متعلق بطبيعي الغصب، و تكون الصلاة مندرجة تحت هذين العنوانين، فبناءً على الاجتماع - بمعنى صغروية المورد لكبرى التزاخم لتعدد المتعلق و كون التركيب إنضمامياً - تصحّ الصلاة في وجهه. و بناءً على الإمتناع - لوحدة المتعلق، لكون التركيب إتحادياً - لا تصح الصلاة، لكون مسألة الاجتماع حينئذٍ من صغريات النهي في العبادة.

فالمتحصل: أن المراد بالأحقية في الروايات - بعد البناء على اعتبارها - يحتمل أن يكون إختصاص السابق في إستيفاء الحق المشترك بين السابق و بين سائر أفراد الموقوف عليهم الثابت لهم بالموقف، فالسبق يوجب هذا الإختصاص.

كما يحتمل أن يراد به الحق المصطلح، بأن يكون السبق موجباً لتعيين مصداق كلّ الموقوف عليه في السابق مادام شاغلاً للمكان أو غير مُعرض عنه، كتعيين مصداق كلّ المالك في الخمس و الزكاة و غيرهما من الجهات العامة بالقبض، فإنّ الكلّي لا يتعيّن إلّا به. و قد عرفت بعد هذا الإحتمال، و عدم الإلتزام بكثير من آثار الحق من الإنتقال و النقل.

و إذا شكّ في كون السبق موجباً للحق و دار أمر تقديم السابق على غيره بين الحكم و الحق فالأثر المشترك - و هو سقوطه بالاعراض - يترتب عليه قطعاً. و أمّا جواز النقل الإختياري مع العوض و بدونه فلا يترتب عليه، للشك في القابلية العرفية، إذ لو كان حكماً لم يقبل النقل أصلاً كما هو ظاهر، فلا وجه للتمسك بأدلة العقود الجائزة لإثبات جوازه. و كذا الحال في الإنتقال القهري، فلا يترتب عليه، لكونه من الآثار المختصة بالحق.

و أما أخذ المال بازاء الإعراض عن المكان فالظاهر أنه لا بأس به، لأن رفع موضوع الحرمة - وهو المزاحمة - يكون تحت سلطنة السابق، لكونه عملاً من أعماله كسائر أعمال الحر.

و أما صلاة المزاحم الدافع للسابق فلا تبعد صحتها، للبراءة عن الشك في مانعية المزاحمة، إذ لو كان السبق موجباً للحق كانت الصلاة باطلة، وإلا فهي صحيحة. ولما كان منشأ الشك في الصحة الشك في مانعية التزام جري الأصل في المانعية.

نعم بناءً على إقتضاء الأمر بشيء للنهي عن ضده يحكم بفساد الصلاة، للعلم ببطلانها، إما لكون السبق موجباً للحق، وإما لكون الأمر مقتضياً للنهي عن ضده، فتدبر.

ثم إنه بناءً على ما تقدم من الإشكال في سند الروايات كالإشكال في حجية الإجماع لاحتمال مدركيته لا يبقى مستند لحق السبق. إلا أن يتمسك بالسيرة العقلانية القاضية بتقديم السابق في المشتركات، بل تقديم السابق من مرتكزات الحيوانات أيضاً، حيث إن ما تقدم من السباع إلى إفتراش حيوانٍ لياأكله لا يزاحمه غيره من السباع في أكله، فعدم مزاحمة السابق من الأمور الارتكازية الجارية عليها السيرة العقلانية التي لم يردع عنها الشريعة المقدسة الإسلامية، بل الإجماع والروايات المتقدمة - على تقدير تماميتها - دليل على إمضاء تلك السيرة.

لكن المتيقن منها هو إختصاص السابق، بمعنى عدم جواز مزاحمة أحد له فيما سبق إليه. وأما الإختصاص بمعنى الحق فليس مما تقتضيه السيرة، بل لابد حينئذٍ من معاملة الحكم مع ما جرت عليه السيرة دون معاملة الحق معه، فلا يبطل العمل الصادر من المزاحم، كما لا ينتقل قهراً بموت ونحوه إلى غير السابق. وكذا لا يقبل النقل.

نعم لا بأس بأخذ مالٍ لتخلية المكان و تفرغه، لأن التفرغ عمل يبذل بازائه المال، وبعد التخلية يُشغله باذل الفلوس، فيصير هو السابق، والله العالم.

ومن المصاديق المشبهة بين الحق والحكم: جواز الرجوع في المطلقة الرجعية على ما قيل، وإن كان الظاهر كونه من الأحكام، والتفصيل في محله.

ومن المصاديق المشتبهة - على ما قيل أيضاً - جواز الرجوع في العقود الجائزة، فإن كان حكماً لم يسقط بالإسقاط، وإلا يسقط به. لكن الحق أن الجواز فيها حكم، فلا تصير العقود الجائزة لازمة بإسقاطه، فلاحظ.

ومنها: غير ذلك مما يقف عليه المتتبع.

المقام الخامس: في حكم المعاوضة على الحقوق القابلة للنقل والإسقاط.

أما ما لا يقبل الإسقاط - بناءً على كونه حقاً - فلا كلام في عدم جواز أخذ العوض بازائه، وأما القابل للنقل والإسقاط فقد تقدم في أول بحث الحقوق خلاف الأعلام فيه، فمنهم من منع من وقوع الحق عوضاً في البيع مطلقاً، كالشيخ الفقيه كاشف الغطاء، واختاره المحقق النائيني رحمته الله أيضاً. ومنهم من جوز ذلك مطلقاً كصاحب الجواهر رحمته الله. ومنهم من فصل بين ما يقبل الانتقال وبين ما بين لا يقبله ويقبل الإسقاط خاصة، كالمصنف رحمته الله وإن مال في آخر كلامه إلى المنع مطلقاً.

والتحقيق: جواز جعل الحقوق عوضاً عن المبيع مطلقاً أي جعل إسقاط ما يقبل الإسقاط ثمناً، وانتقاله إلى باذل المبيع فيما يقبل الانتقال إلى الغير، وذلك بعد تمامية أمرين: أحدهما: عدم اختصاص «المال» بالأعيان المتمولة، وصدقه على منافع الأعيان الصامته وعمل الحر ولو بعد المعاوضة عليه. وجواز أخذ العوض في الصلح على إسقاط بعض الحقوق كاشف عن ماليته عرفاً، وعدم اختصاص المال بالأعيان. ويتعين حمل كلام ابن الأثير في تفسير المال على الغالب، وإلا أشكل الأمر في بذل المال بازاء المنافع في الإجارة والصلح.

ولو فرض تعذر توجيه كلام اللغوي بالحمل على الغالب لم يقدح في إتصاف الحقوق بالمالية، لأعمية المال عرفاً من العين والمعنى والحق، إذ المال عندهم كل ما يرغب فيه العقلاء ويتنافسون عليه، ولا شك في أعمية المعنى العرفي حتى تجري فيه أصالة عدم النقل عن معناه اللغوي.

ثانيهما: كفاية صدق المعاوضة على البيع ولو لم يكن فيها نقل و تملك من الطرفين، ولا إنتفاع أحد المتبايعين بمال صاحبه، فالعبرة فيه بتحقيق عنوان المعاوضة و المبادلة بحيث لا يخلو البيع عن الثمن و العوض، و يكون بذل المال مورد غرض العقلاء. و القيود المأخوذة في تعريف البيع بالمبادلة بين المالين - الاستفادة من كلام المصباح - غير دخيلة في حقيقته العرفية، سوى كون المبيع عيناً، و أمّا عينية الثمن، أو تحقق المبادلة في خصوص إضافة الملكية، أو إختصاص المال بالأعيان فلا دليل على شيء منها لو لم ينهض على خلافها، ففي بيع سهم سبيل الله من الزكاة لا ينتفع البائع بالعوض، لغرض صرفه في جهات القرب و سُبل الخير كالمساجد و المشاهد و القناطر. و إنكار صدق البيع على هذه المعاوضة لا يخلو من مكابرة، و كذا بيع الوقف بمثله عند إقتضاء المصلحة، و بيع الحاكم مقداراً من زكاة الحنطة بشيء من زكاة النقدين.

و بناءً على تمامية هذين الأمرين و تسلمهما يظهر أن الأصل الأولي في الحقوق القابلة للإسقاط و النقل جواز المعاوضة عليها، فهي وإن لم يصح جعلها مبيعاً لعدم كونها من الأعيان، لكنها كالمنافع و عمل الحرّ يصح جعلها ثمناً في البيع، كصحة أخذ العوض بإزاء نقلها و إسقاطها في باب الصلح، و ذلك لصدق المال عرفاً عليها، و كفاية ماليتها الإسقاط و النقل في صحة المعاوضة، و إمضاؤها بأدلة المعاملات.

إلا أن يستشكل في مالية الحقوق بما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته الله حيث قال: «و الأقوى عدم قابلية الحق لوقوعه ثمناً في البيع، كعدم قابلية وقوعه ثمناً، سواء جعل نفس الإسقاط و السقوط ثمناً أو جعل نفس الحق. أمّا الأول فلأن الثمن لابد من دخوله في ملك البائع، و الإسقاط بما أنه فعل من الأفعال و السقوط بما أنه اسم المصدر ليس كالخيطة و سائر أفعال الحرّ و العبد ممّا يملكه البائع، و يكون طرفاً لإضافة ملكية البائع، و يقوم مقام المبيع في الملكية، فإنّ هذا المعنى معنى حر في غير قابل لأن يتموّل إلا باعتبار نفس الحق. و سيجيء ما فيه. و بالجملة: نفس الإسقاط بما أنه فعل، و أثره بما أنه اسم المصدر لا يقبل الدخول في ملك الغير بحيث يتحقق بالنسبة إليه الخروج عن ملك المشتري الى ملك البائع، و يكون البائع

مالكاً لهذا العمل.

و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم، لأن في باب الشرط يملك المشروط له على المشروط عليه إسقاط الحق أو سقوطه. و لا ملازمة بين قابليته للدخول تحت الشرط و بين قابلية وقوعه ثمناً، لأن إسقاط الحق يصير بالشرط مملوكاً للغير على صاحب الحق، ولكنه لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً، و يحل محل المبيع في الملكية.

و أما الثاني - و هو جعل نفس الحق ثمناً بعد فرض كونه قابلاً للنقل إلى الغير كحق التحجير - فلما عرفت من أنه في باب البيع يعتبر أن يكون كل من الثمن و المثلث داخل في ملك مالك الآخر، و لا شبهة في أن الحق لا يكون قابلاً لذلك، فإنه مباين مع الملك سناً و إن كان من أنحاء السلطنة بالمعنى الأعم. و من المراتب الضعيفة للملك. و لكن كونه كذلك غير كافٍ لوقوعه عوضاً، لأنه لا بد من حلول الثمن محل المثلث في الملكية، فلا بد أن يكون كل منهما من سنان الآخر^أ.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن دخول كل واحد من العوضين في ملك الآخر غير معتبر في مفهوم البيع عرفاً، بل المعتبر فيه هو صدق المبادلة و المعاوضة، و من المسلم صدقها على ما إذا جعل الثمن حقاً على وجه النقل أو الإسقاط، و عدم صدق «البيع بلا ثمن» على هذا البيع ليكون أكل المبيع أكلاً للمال بالباطل، هذا.

و غير خفي على المتأمل مواقع النظر في كلامه رحمته :

منها: قوله: «و الإسقاط بما أنه فعل من الأفعال و السقوط بما أنه إسم المصدر ليس كالخيطة...» إذ فيه: أنه لا مانع من صيرورة الإسقاط بما أنه فعل مبدول بإزائه المال عند العقلاء كسائر أعمال الحر مملوكاً، فالبايع يصير مالكاً للإسقاط بسبب البيع كما يصير المشروط له مالكاً له بالشرط، لوجود مناط مملوكية الفعل و هو كونه مرغوباً فيه عند العرف بحيث يبذلون المال بإزائه، فللبايع إجبار المشتري على الإسقاط كما له الإجبار على الخيطة و الكتابة

ونحوهما.

نعم جعل العوض في البيع السقوط - لا الإسقاط - لا يخلو من إشكال، لعدم معلومية تعلق الملكية بالتأثير كما قرّر ذلك في شرط النتيجة. و حديث عدم تمول المعنى الحرفي أجنبي عن الإسقاط بما هو فعل ومعنى إسمي، فتدبر.

ومنها: قوله: «و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم...» إذ فيه: أن الإسقاط إن كان في نفسه قابلاً لأن يكون طرفاً لإضافة الملكية فصيرورته مملوكاً بالبيع أولى من مملوكيته بالشرط في ضمن عقد لازم، لأن تأثير نفس العقد في ملكية أحد ركنيه - و هو الثمن - أولى من تأثير الشرط الواقع في ضمنه - الذي هو كالجزم من العقد - في الملكية.

وإن لم يكن في نفسه قابلاً للملكية - كما هو مقتضى قوله: فإن هذا المعنى معنى حرفي غير قابل لأن يتمول - لم يعقل أن يؤثر الشرط في ملكيته، و لا يؤثر نفس العقد اللازم في ملكيته كما هو واضح، بل لابد من عدم تأثير شيء من العقد و الشرط في ملكيته.

وعلى هذا فبين قوله: «و لا يقاس بشرط الإسقاط في ضمن عقد لازم» وقوله: «فإن هذا المعنى معنى حرفي» تهاافت واضح، لأن مقتضى هذه العبارة إمتناع صيرورة الإسقاط طرفاً لإضافة الملكية، و مقتضى قوله: «و لا يقاس» إمكانها، فتدبر.

ومنها: قوله: «و لا ملازمة بين قابلية الدخول تحت الشرط» الى قوله: «و لكن لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً و يحل محل المبيع في الملكية» إذ فيه: أن الملازمة ضرورية، لأن نفس العقد اللازم أقوى بمراتب في التأثير في الملكية من الشرط الواقع في ضمنه كما عرفت آنفاً، فقول: «و لكن لا يمكن أن يكون بنفسه مملوكاً» في غاية الغرابة، إذ لا يدعيه أحد، وإنما المدعى الملكية بسبب البيع.

ومنها: قوله: «و لا شبهة أن الحق لا يكون قابلاً لذلك» إذ فيه: أن الشبهة إن كانت من جهة صدق المال على الحق فقد عرفت دفعها. وإن كانت من جهة إعتبار التملك، بتقريب: أن الحق لا يملك، لمبايئته للملك، فقد عرفت عدم إعتبار المبادلة في إضافة الملكية خاصة في مفهوم

البيع عرفاً.

ومنها: قوله: «فانه مباين مع الملك سنخاً» إذ فيه: منافاته لقوله: «و من المراتب الضعيفة للملك، و قد تقدمت الإشارة الى تهافت كلماته تعالى في تفسير الحق و بيان ماهيته في المقام الأول، عند التعرض للأقوال، فراجع.

و قد تحصل: أن الأقوى وفاقاً لجماعة منهم صاحب الجواهر وسيدنا الأستاذ وغيرهما من أعلام المحققين عليهم السلام صحة جعل الحقوق القابلة للإسقاط و النقل و الإنتقال عوض المبيع، لأعمية المال عرفاً من العين و المنفعة و العمل و الحق، كما لا يعتبر في صدق المعاوضة المبادلة في خصوص الملكية، و الله العالم. هذا تمام الكلام في هذا المقام.

و لنختتم الكلام في بحث الحقوق بالإشارة الى مامر من الأبحاث في ضمن أمور:
الأول: أن الحق إعتبار و ضعي مجعول تأسيساً أو إمضاءً كالحكم التكليفي، ولكنه يفترق عنه بأن زمام الحق بيد من ثبت له، بخلاف الحكم الذي لا خيرة للمحكوم عليه في رفعه وإبقائه. و الأحسن في تعريفه إمّا جعله نحو اختصاص أو أولوية، فتكون السلطنة من أحكامه و آثاره، و يختص بطائفة مما عُدّ من الحقوق. و إمّا جعله مشتركاً لفظياً بين أنحاء الإعتبارات. و حينئذ لا مانع من إطلاق الحق على ما لا سلطنة لذي الحق على إسقاطه.

الثاني: أن الحق ينقسم الى ما يقبل كلاً من الإسقاط و النقل الإختياري و الإنتقال الفهري، مع العوض و بدونه كحق التحجير، و إلى ما لا يقبل شيئاً غير الإسقاط كحق الغيبة، و إلى ما يقبل الإسقاط و النقل بلا عوض - عند بعض - كحق القسم، و إلى غير ذلك كما تقدم.

الثالث: أن المرجع في الشك في كل من الأقسام إطلاق دليل نفس الحق إن كان، و إلا فالعموم الفوق، و إلا فاستصحاب بقاء المجعول بناء على حججه في الشبهات الحكمية.

الرابع: أن المرجع في الشك في قبول الحق للنقل شرعاً - بعد إحراز قبوله له عرفاً - هو

إطلاق أدلة إمضاء المعاملات، لرجوع الشك الى التقييد بخصوصية ما، و ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية حتى يرجع فيها إلى أصالة الفساد المحكمة في العقود والايقاعات.

الخاص: أن متعلق الحق كالحكم فعل المكلف، فيقال: «للمغبون حل العقد» كما يقال «يباح شرب الماء» ولو تعلق بعين كما في حق التحجير والإختصاص و الرهانة كان متعلقه ثبأً فعلاً، فالمحجّر أولى من غيره في عمارة الأرض، و صاحب الخمر أولى من غيره بتخليله، والمرتهن له إستيفاء دينه من الرهن، و هكذا سائر الحقوق. و هذا مما يفرق به الحق عن الملك، حيث إنه أعم مورداً، فقد يتعلق بالعين الشخصية والذمية، وبالفعل كالخياطة، وبمنافع الأعيان كالسكنى، أي كون الدار مسكونة، وهكذا.



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

ثم الظاهر^(١) أن لفظ البيع ليس له

تعريف البيع في كلمات الفقهاء

(١) قد تقدم تعريف البيع عن المصباح المنير بـ «مبادلة مال بمال» وكان ظاهر المصنف إرتضاءه وعدم التصرف فيه سوى إعتبار كون المعوض عيناً، وترددت في صدق «المال» - في طرف العوض - على عمل الحرّ والحقوق. وعلى هذا فالبيع العرفي هو «مبادلة عين بمال» وهذا المعنى هو موضوع أدلة الإمضاء، كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^أ، فالبيع الممضى شرعاً هو مبادلة عين بمال، لا غير.

لكن قد يُنافي هذا تعريف البيع في كلمات الفقهاء بما يُغاير تعريف المصباح، فعرفوه تارة بالنقل، وأخرى بالانتقال، وثالثة بالایجاب والقبول، ورابعة بالتقليد الإنشائي، مع إختلافهم في القيود المأخوذة فيه. ولما كان كلّ منهم بصدد تعريف حقيقة البيع كان إختلافهم فيه كاشفاً عن إختلاف حقيقته، ومن المعلوم أن ذلك يقتضي إجمال مفهوم «البيع» وهو مانع عن التمسك بالآية الشريفة ونحوها من الأدلة الامضائية، إذ لم يُعلم أن موضوع الحلية هل هو النقل الذي يكون فعل البائع، أم العقد الذي يكون فعل البائع والمشتري معاً، أم الانتقال الذي هو أثر البيع، أم غير ذلك؟ ومع إجمال الموضوع لا وجه للتمسك بالدليل كما هو واضح. وكيف يُوجّه إستقرار سيرتهم قديماً وحديثاً على التشبث بالآية الشريفة لإثبات مشروعية البيع وصحته ونفوذه؟

و الظاهر أن مقصود المصنف رحمه الله من قوله: «ثم الظاهر» دفع هذه الشبهة وتصحيح الرجوع الى الآية ونحوها من أدلة الإمضاء، ومحصلة: أن إختلاف الفقهاء في تعريف البيع ليس لأجل تعدد معانيه العرفية حتى يشكل الأمر من جهة إجمال الموضوع وينسحب باب التمسك بالأدلة، بل لأجل أن كل واحد من التعاريف ناظر الى جهة من جهات المعنى العرفي المركوز في الأذهان، الذي هو موضوع أدلة الامضاء.

وعليه فجميع التعاريف تشير الى معنى واحد، وهو المعنى العرفي الذي فسره المصباح

حقيقة شرعية^(١) ولا متشرعية^(٢) (*)، بل هو باقٍ على معناه العرفي

بالمبادلة بين مالين، و لم يُنقل لفظ «البيع» منه الى معنى آخر شرعاً، لا بالوضع التعيني ولا التعيني.

و الشاهد على أن الفقهاء بصدد الإشارة الى ما هو المتفاهم عرفاً من لفظ «البيع» هو إنكارهم الحقيقة الشرعية، وإعترافهم ببقاء اللفظ على معناه العرفي، الذي كَشَفَ كُلُّ تعريفٍ له عن حيثية من حيثياته، فن عَرَفَهُ بالعقد لاحتِطَ كونه سبباً للمبادلة الاعتبارية بين المالين، ومن عَرَفَهُ بالنقل لاحتِطَ تعنونُ الانشاء بالنقل عند إستجماعه لشرائط التأثير. ومن عَرَفَهُ بالانتقال لاحتِطَ الأثر الحاصل في المالين، وتبدّل إضافة كل منهما الى صاحبه باضافة أخرى، وهكذا.

و عليه لا يلزم إجمال المفهوم حتى ينسَدَ باب الرجوع الى الأدلة الامضائية.

(١) يعني: أن الشارع - الذي جَعَلَ البيع موضوعاً لأحكامه - لم يتصرّف في مفهوم لفظه عرفاً، كما لم يتصرف في سائر الألفاظ المأخوذة في الخطابات كالماء و الصعيد و التراب ونحوها.

(٢) يعني: لم يُنقل «البيع» عن مفهومه العرفي - في لسان الأئمة المعصومين «عليهم الصلاة والسلام» و الفقهاء العظام - إلى معنى آخر.

(*) لا تبعد دعوى الحقيقة المتشرعية، اذ المنسوب الى المشهور - كما قيل، و الشائع المعروف بين الفقهاء كما في المقابس^أ، بل عن العلامة دعوى الاجماع عليه، و في المختلف^ب: أنه المتبادر - هو كون البيع العقد المركب من الايجاب و القبول، اذ التبادر علامة الحقيقة.

الا أن يقال: ان مقصود الفقهاء لما كان تعريف البيع المؤثر شرعاً، فلذا عَرَفُوهُ بالعقد، مع إرادتهم البيع العرفي.

أ: مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢

ب: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥١

كما سنوضحه^(١) إن شاء الله، إلا^(٢) أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه.
ففي المبسوط و التذكرة و غيرهما^(٣): «انتقال عين^(٤) من شخص إلى غيره
بعوض مقدّر على وجه التراضي» أ. و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة^(٥)

(١) أي: في خلال كلامه المتعلق بتعريفات القوم، خصوصاً ما يتعلق بكلام الشهيدين،
فانتظر.

(٢) هذا كالأستدراك على قوله: «باقٍ على معناه العرفي» حيث إنّ مقتضى نفي الحقيقة
الشرعية و بقاء «البيع» على مفهومه العرفي هو عدم إختلاف الفقهاء في تعريفه، و إقتصارهم
على ما يتفاهم منه عند العرف العام، لكنهم اختلفوا في تحديده على عناوين شتى، وربما أوجب
ذلك إجمال المفهوم. إلا أنّ مقصودهم بيان المعنى العرفي، و الإشارة الإجمالية إليه، و ليس
إختلافهم في حقيقة البيع و ماهيته.

(٣) كالسرائر و التحرير و القواعد و النهاية^ب و قد نقلنا بعض كلماتهم للاستشهاد بها
على اعتبار كون المبيع عيناً، فراجع ص ٣٤.

(٤) الموجود في الكتب المذكورة «انتقال عين مملوكة» و الأمر سهل.

(٥) الوجه في وضوح المسامحة - كما عن مصابيح العلامة الطباطبائي رحمته - وجوه ثلاثة:
«أحدها: أن البيع فعل، فلا يكون انتقالاً، لأنّه إنفعال. ثانياً: أن الانتقال أثر البيع و غايته
المسببة عنه، لا نفسه. ثالثاً: أن تعريفه بالانتقال لا يوافق تصارييف البيع، إذ لا يراد من لفظ

و ببيان آخر: ان العقد محصّل للبيع العرفي و سبب له.

أو يقال: ان هذا تعريف لعقد البيع لا لنفسه، فلا يكون التعريف بالايجاب و القبول
معنى آخر للبيع، فالحقيقة المتشترعية غير ثابتة فيه.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٧٦؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب: السرائر الحاوي، ج ٢، ص ٢٤٠؛ قواعد الأحكام، ص ٤٧، نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٧

تحرير الأحكام، ج ١، ص ١٦٤

-بعت - إنتقلت، وكذا سائر تصاريفه» انتهى ملخصاً.

و الوجه الأول ناظر إلى إمتناع تفسير المباين بالمباين، لتقابل المقولات و عدم صدق بعضها على الآخر، و عليه لا وجه لتفسير «البيع» - الذي هو فعل - بالانتقال الذي هو إفتعال، و هو هنا الانفعال (*) .

و الوجه الثاني ناظر إلى إمتناع تفسير الشيء بعلة الغائية، كتعريف السرير بالجلوس عليه. وجه الامتناع: أن غاية الشيء مباينة للشيء، فلا وجه لتعريف البيع بالانتقال، كما أن الأثر لازم للمؤثر، و اللازم غير الملزوم، فلا يُعرّف أحدهما بالآخر.

(*) يمكن منعه بما أفاده المحقق الأصفهانى رحمته من أجنبية المقام عن تعريف مقولة الفعل بمقولة الانفعال، و ذلك لأن الفعل المقولي هو ما له حالة التأثير التجديدي في الشيء كتأثير النار في سخونة الماء، و الانفعال المقولي هو ما له حالة التأثير التجديدي كالماء المتأثر تدريجاً بحرارة النار. و ليس كل فعل خارجي - فضلاً عن النقل الاعتباري - مصداقاً لمقولة «أن يفعل» حتى يندرج تفسير البيع - الذي هو نقل - بالانتقال في التعريف بالمباين^أ.

كما يمكن منع كون الانتقال أثراً للبيع بما سيأتي تفصيله فيما يتعلق بكلام المحقق صاحب المقابس رحمته من أن النسبة بين النقل و الانتقال هل هي كالايجاد و الوجود أم كالايجاب و الوجوب.

فإن أريد من الانتقال حكم الشارع به إمضاء لما أنشأ المتبايعان كان أثراً للعقد. و إن أريد به الانتقال في نظر البائع - و هو موضوع الإمضاء - فهو لا ينفك عن النقل في نظره حتى يكون أثراً له.

و الحاصل: أن التعريف بالنقل أو الانتقال ناظر إلى نفس المعنى الحداثي، لا المادة المنتسبة إلى البائع أو الى المبيع حتى يتعين تعريفه بالنقل بلحاظ حيثية صدوره، لا الانتقال

عَدَلَ آخرون^(١) إلى تعريفه «بالإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال»^(٢).

و الوجه الثالث ناظر إلى بطلان التعريف بالانتقال، لأنّ قاعدة «لزوم توافق المشتق والمشتق منه في المعنى الكلّي الساري في المشتقات» تقتضي وحدة مدلولي «بعثٌ وإنتقلتٌ» لو كان البيع هو الانتقال.

هذا مضافاً إلى مسامحتين أخريين:

إحداهما: توصيف «العين» بالمملوكة، لعدم اشتراط صحة البيع بكون المبيع مملوكاً، وإلّا لم يصح بيع الوقف والزكاة، مع أنّه لا ريب في صدق البيع العرفي عليه.

ثانيتهما: أنّ الانتقال صفة العوضين، و البيع كالتملك و التبديل و نحوهما ممّا يقوم بالبائع، فجعل الانتقال قائماً بالبائع مسامحة، لأنّه من قبيل الوصف باعتبار المتعلق.

(١) كابن حمزة و العلامة في خصوص كتابه «المختلف» حيث قال في تعريفه بعد نقل تعريف المبسوط: «و قال ابن حمزة: البيع عقد على إنتقال عين مملوكة - أو ما في حكمها - من شخص إلى غيره بقدر معيّن على وجه التراضي أ. والأقرب قول ابن حمزة، لنا: انه المتبادر إلى الفهم عند الاطلاق، فيكون حقيقة فيه» ب. *مكتبة جامعة طهران*

(٢) أي: إنتقال عين مملوكة أو ما في حكمها من شخص إلى غيره بقدر معيّن على وجه التراضي، ولم يذكر المصنف *فقط* تمام التعريف إتكالاً على وضوحه، ولأنّ مقصوده الإشارة إلى تعريف البيع بالعقد في قبال تعريفه بالانتقال.

الذي يوصف به المبيع.

إلّا أن يقال: ان تكثير القيود في تعريفاتهم - ككون العين مملوكة، و العوض معلوماً، و اشتراط الرضا - شاهدٌ على إرادة الانتقال الشرعي الذي هو أثر الانشاء، لا الانتقال في نظر المنشيء حتى يتحدّد مع النقل، و عليه فما أفاده السيد الطباطبائي في وجه المسامحة في محله.

أ : لاحظ كتاب الوسيلة في الجوامع الفقهية ، ص ٧٤٠

ب: مختلف الشيعة ، ج ٥ ، ص ٥١

ثم إن تعريف البيع بالعقد شائع بين الفقهاء كما نسبته صاحب المقابس رحمته إليهم، قال في مقام بيان إطلاقات البيع: «رابعها نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وهذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في سائر ألفاظ العقود مما كان منها مصدراً بصيغة الفاعل والمفاعلة، أو بمعناه كالقراض والمضاربة والمزارعة»^١. وعليه فأشهر معاني البيع - بل مشهورها - هو هذا المعنى.

وأما وجه العدول عن تعريفه «بالانتقال» إلى تعريفه «بالإيجاب والقبول» الدالين عليه فهو ما تقدم من كون الانتقال إسم مصدر، وصفة للعوضين، مع أن البيع المقصود في التعريف معنى مصدري لكونه فعل البائع، ولا ينبغي تعريف المعنى المصدري بالمعنى الاسمي المغاير له. وهذه المسامحة لا ترد على تعريفه بالإيجاب والقبول، لأن ما بيد المتعاقدين هو العقد المؤثر في الانتقال، لا نفس الانتقال المترتب عليها^(*).

(*) ربما يستفاد من تعبير المصنف رحمته: «وحيث أن في هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون... الخ» أن كل من لم يرض من الفقهاء تعريف البيع بالانتقال عدل إلى تعريفه بالعقد الدال على الانتقال، مع أنه يظهر للمتتبع في كلماتهم خلافه، لوجود تعاريف أخرى فيها، فعرفه جمع بالعقد الدال على النقل، كالمحقق في الشرائع^٢، والشهيد في الدروس واللمعة، وعرفه أبو الصلاح الحلبي بأنه «عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والتمن وتسليمهما»^٣. وعليه فلعل الأنسب تبديل «آخرون» بـ «الجمع» بأن يقال: «عدل جمع إلى تعريفه بالإيجاب والقبول...» والأمر سهل.

أ : مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٢

ب : شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٣

ج : الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩١؛ الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢١

د : الكافي في الفقه، ص ٣٥٢

و حيث^(١) إن البيع

(١) غرضه تبييض تعريف البيع بالعقد - الدال على الانتقال - بأن ظاهره كون البيع من مقولة اللفظ، مع أنه من مقولة المعنى، لأنه مقتضى أمور مسلمة:

الأول: أن الإنشاء - على المشهور - هو التسبيب باللفظ أو بالفعل إلى حصول أمر اعتباري موجود في صقع النفس، كما إذا اعتبر الشارع لأبدية الصلاة على المكلف و أنشأها بقوله: «أقم الصلاة» فيوجد به الصلاة في عهده.

و المعاملات من العقود و الايقاعات كلها أمور اعتبارية، فهي أمور قصدية يتوقف وجودها في وعاء الاعتبار على إيجادها بآلة كالصيغ المخصوصة بها.

الثاني: أن اللفظ موجود خارجي متصرم الوجود كالزمان، و هو من مقولة الكيف المسموع، و وجود كل لفظ منوط بسبب تكويني كتحرريك اللسان نحو مقاطع الحروف، و لا يصير لفظ من مبادئ وجود لفظ آخر كما لا يخفى.

الثالث: أن حقيقة البيع - بناء على توقف إيجادها على اللفظ - لا تخلو من أحد وجوه أربعة، أشار المصنف الى ثلاثة منها: مركز تحقيق كالمبيوتر علوم إسلامي
أحدها: أن يكون البيع أمراً معنوياً اعتبارياً يقصده المتبايعان، و لا دخل لللفظ في ماهيته أصلاً، سوى أنه يوجد به في مقام الإنشاء، و قد أشار الماتن إلى هذا الاحتمال بقوله: «من مقولة المعنى».

ثانيها: أن يكون من مقولة اللفظ، يعني: أن الإيجاب و القبول اللفظيين هما تمام ماهية البيع، و وجوده في موطن الاعتبار أجنبي عن حقيقته التي هي نفس العقد اللفظي، و قد أشار إلى هذا بقوله: «دون اللفظ مجرداً».

ثالثها: أن يكون هو العقد اللفظي، لكن بشرط قصد ذلك الأمر الاعتباري، و يفرق عن سابقه بأن قصد المبادلة الاعتبارية غير مؤثرة في تحقق البيع على الاحتمال الثاني، و مؤثرة على الاحتمال الثالث، لأن مقتضى الاشتراط إنتفاء المشروط بعدم شرطه.

رابعها: عكس الثالث، بأن يكون البيع هو الأمر المعنوي الاعتباري، لكن لا مطلقاً

من مقولة المعنى^(١) - دون اللفظ مجرداً، أو بشرط قصد المعنى، وإلا^(٢) لم يعقل إنشاءه

- كما كان في الاحتمال الأول - بل بشرط أن يتأدى باللفظ، فإن أنشئ التملك والتبديل باللفظ كان بيعاً، وإلا فلا بيع. وهذا الاحتمال لم يتعرض له المصنف.

ومما ذكرناه يظهر وجه بطلان تعريف البيع بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال، ضرورة كونه كسائر المعاملات - من الاجارة والهبة والوصية والوقف - من الامور الاعتبارية المنشأة تارة باللفظ وأخرى بالتعاطي، وثالثة بالإشارة، ورابعة بالمنازعة، وخامسة بالكتابة، ونحوها. ولا دخل لللفظ في حقيقتها شرطاً و شرطاً، إذ لو كان اللفظ مؤثراً فيها لزم استحالة إنشائها، لما عرفت من استحالة إنشاء لفظ بلفظ آخر، وإنما القابل للإنشاء هو الأمر المعنوي الذي موطنه وعاء الاعتبار، ولا يصلح للوجود الخارجي أصلاً. وعلى هذا فإن كان البيع نفس الانتقال - كما عرّفه به الشيخ والعلامة - أمكن إنشاءه باللفظ كإنشائه بالفعل بناءً على مملكية المعاطاة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإن كان البيع نفس الإيجاب والقبول إستحال إنشاؤه، لأن اللفظ موجود مقولي خارجي، ويمتنع إنشاؤه بلفظ آخر أي بإيجاب وقبول، ولا مناص من هذا المحذور إلا إنكار تعريف البيع بالعقد. هذا.

(١) هذا هو الوجه الأول - والمتعين - مما يحتمل في حقيقة البيع، والمراد بمقولة المعنى هو الأمر الاعتباري الموجود في موطن الاعتبار، الذي هو وعاء وجود الأحكام العقلانية والشرعية، من التكليفية والوضعية. ولو فرض دخل اللفظ فيها فإنما هو في مقام الإنشاء والإيجاد، وإلا فنفس البيع بما أنه «مبادلة إعتبارية بين المالين» أجنبي عن اللفظ والفعل وغيرهما من آلات الإنشاء وأسبابه.

(٢) أي: وإن لم يكن البيع من مقولة المعنى - بل كان من مقولة اللفظ مجرداً عن المعنى أو مشروطاً بقصد معناه - لزم إستحالة إنشاء البيع، لما عرفت من أن الإنشاء لا يتعلق إلا بالأمور الاعتبارية التي لا وجود لها إلا في صقع الاعتبار كالأحكام الشرعية. ولا يتعلق الإنشاء باللفظ، لأنه موجود حقيقي مغاير للموجود الاعتباري سنخاً، ويتوقف وجود اللفظ خارجاً

على مبادٍ خاصة، ولا يصلح لفظاً لأن يصير من مبادي وجود لفظ آخر.
ولا فرق في استحالة إنشاء البيع - لو كان هو العقد - بين كون اللفظ تمام حقيقته أو بعضها. مضافاً إلى إستلزامه نفي بيعية المعاطاة، لخلوها عن الإيجاب والقبول اللفظيين، مع أنها بيع عندهم ولو كانت فاسدة عند بعضهم.

(*) مضافاً إلى ما فيه من: أن هذا التعريف ليس حدّاً للبيع الذي هو فعل البائع فقط كما هو واضح.

وإلى: عدم شموله للبيع المعاطاتي، لظهور الدلالة في الإيجاب والقبول اللفظيين، فتأمل.

وإلى: عدم اعتبار الانتقال في مفهوم البيع، لصدقه على بيع الوقف و سهم سبيل الله من الزكاة إذا كان العوضان منهما، فإنه لا انتقال فيهما أصلاً، مع صدق مفهوم البيع عرفاً على بيعهما، لوجود مفهوم المعاوضة فيه، هذا.

وإلى: صدقه على جميع العقود المعاوضية، بل والمجانية كالهبة، لأن جميعها تشتمل على الإيجاب والقبول الدالين على الانتقال.

و على كل حال: المراد بالمعنى هنا ما ذكرناه من كون البيع أمراً اعتبارياً، لأنه تبديل اعتباري بين مالين. لا ما في حاشية السيد عليه السلام من أن بعض معاصريه قال: «المراد بالمعنى هو النقل القلبي، وهو راجع إلى الكلام النفسي المزيف في محله، فلا بد أن يكون البيع من مقولة اللفظ. كما أن هذا القائل إلزام لدفع محذور الالتزام بالكلام النفسي بأن الطلب أيضاً عبارة عن نفس القول، إذ لو كان غير اللفظ يلزم الالتزام بالكلام النفسي»^أ. هذا.

فإنه لا وجه للالتزام المزبور، لوضوح أن النقل القلبي - وهو الالتزام النفساني به من دون إيجاده بما يكون آلة للإنشاء - ليس بيعاً عرفياً قطعاً، لعدم كون مجرد النقل القلبي كافياً في

عَدَلَ^(١) (*) جامع المقاصد إلى تعريفه «بنقل العين بالصيغة المخصوصة».

(١) جواب «و حيث إن البيع» و توجيه عدول المحقق الكركي رحمته عن تعريف البيع «بالإيجاب و القبول» الى تعريف آخر، قال في جامع المقاصد - بعد أن حكى عن المختلف تعريفه تبعاً لابن حمزة بالعقد، و توجيه فخر المحققين و الشهيد له - ما لفظه: «و فيه نظر، فإن المفهوم من - بعث - ليس هو عقد البيع قطعاً، وإنما المفهوم منه هو المفهوم من - ملكك - فإن كليهما إيجاب للبيع. ولو كان المفهوم من - بعث - هو عقد البيع لما صَحَّ الإيجاب بملكك. و لأن البيع هو المقصود بالعقد لا نفسه... الى أن قال: و الأقرب: أن البيع هو نقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة لا إنتقاله، فإن ذلك أثره إن كان صحيحاً. و أيضاً فإن البيع فعل، فكيف يكون إنتقالاً؟»^أ.

و لما كان البيع نفس النقل الإعتباري الذي هو من مقولة المعنى كان سليماً عن المحذور إستحالة إنشاء اللفظ باللفظ.



البيع الناقل عندهم للأموال.
و بالجملة: فجعل البيع من المعنى و إرادة الكلام النفسي منه في غير محله. و مراد المصنف من المعنى هو ما ذكرناه من الأمر الاعتباري في قبال الوجود الخارجي الحقيقي كالأفعال الخارجية من التكلم و الضرب و الأكل و الشرب و نحوها.

(*) ظاهر هذا الكلام - لو لم يكن صريحه - أن وجه عدول المحقق الثاني رحمته عن تعريف البيع «بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال» هو كون البيع من مقولة المعنى لا من مقولة اللفظ. مع أن وجه عدوله عنه ليس ما أفاده المصنف رحمته من كون البيع من مقولة المعنى، بل لما ذكره من وجهين:

أحدهما: أن المفهوم من لفظ «بعث» ليس هو العقد قطعاً، لعدم سريان هذا المعنى في جميع تصاريفه، فإن لفظ البائع ليس معناه العاقد للإيجاب و القبول، و كذا سائر مشتقاته، بل معناه إيجاب البيع فقط كإيجاب التملك.

و يرد عليه^(١) - مع أن

(١) أي: على تعريف جامع المقاصد للبيع، وقد أورد المصنف عليه بوجوه ثلاثة:
الأول: أنه يعتبر في باب الحدود و التعريفات - ترادف الحد للمحدود كترادف
«الحيوان الناطق» للإنسان، ولذا يصح إطلاق أحدهما مكان الآخر. ولم تُراعَ هذه الضابطة
في تعريف المحقق الثاني للبيع بالنقل، و ذلك لعدم ترادفهما، إذ لا يصح استعمال النقل موضع
البيع، فلا يقال: «نقلتُ الدار» مثلاً بدل «بعثُ الدار» و من المعلوم أن عدم صحة هذا
الاستعمال يكشف عن عدم الترادف.

و يدل عليه تصريحُ العلامة في التذكرة بعدم وقوع البيع بلفظ «نقلتُ» لكونه من
الألفاظ الكنائية، مع أن المعتبر في صيغ العقود الصراحة أو الظهور الوضعي، ولا تقع بالألفاظ
الكنائية.

و عليه فلا وجه لتفسير البيع بالنقل أصلاً، بل لابد من تعريفه بمثل التملك مما يرادف
البيع كما سيأتي تعريفه في المتن بـ «إنشاء تملك عين بعوض».

الثاني: أن تقييد البيع بكونه «نقلًا بالصيغة» يوجب خروج البيع المعاطي عن
التعريف، لوقوع النقل بالفعل لا بالقول، مع أن «المعاطاة بيع» جزماً، خصوصاً عند المحقق
الثاني الذي حمل مذهب المشهور - من إفادتها الإباحة - على الملك الجائر، على ما سيأتي
تفصيله في المعاطاة إن شاء الله تعالى، و معه يحتلُّ أخذ «الصيغة» في التعريف، بل ينبغي جعل
البيع مطلق نقل العين سواء أكان باللفظ أم بالتعاطي.

ثانيهما: أن البيع ليس نفس العقد، بل ما يترتب عليه، و بعارة أخرى: العقد سبب للبيع
لا نفسه، و لا يصحَّ تعريف المسبب بالسبب، لعدم الاتحاد بينهما كما لا يخفى.

مضافاً إلى: ما عرفت من التأمل في ظهور تعريف المشهور - بالإيجاب و القبول الدالَّين
على الانتقال - في إرادة الإيجاب و القبول اللفظيين، لوضوح أن الدلالة لا تختص باللفظ، فإن
الأفعال تدلُّ أيضاً على الإيجاب و القبول.

النقل^١ ليس مرادفاً للبيع (*).

ثم إن هذا الإشكال نبه عليه في الجواهر أيضاً بقوله: «مضافاً الى منافاته ما عنده من كون المعاطاة بيعاً، مدّعياً الاتفاق عليه»^أ.

الثالث: أن المحذور المتقدم في تعريف البيع «بالإيجاب والقبول الدالين على الانتقال» - من استحالة الإنشاء حينئذٍ لعدم قابلية العقد للإنشاء - يرد على تعريف المحقق الثاني رحمته أيضاً، لوضوح أن القابل للإنشاء بصيغة مخصوصة مثل «بعث وملك» هو نفس النقل الاعتباري، لا النقل المقيّد بكونه بصيغة مخصوصة، لكون الصيغة لفظاً، وهو مما لا يقبل الإنشاء، وإنما القابل له هو الأمور الاعتبارية التي توجد في صقع الاعتبار بواسطة ألفاظ خاصة، وقد مرّ توضيحه، ولو اقتصر المحقق الكركي رحمته على قوله: «نقل الملك من مالك الى آخر» ولم يُعقّبهُ «بالصيغة المخصوصة» كان سليماً عن هذا المحذور.

(١) هذا أول وجوه المناقشة في تعريف جامع المقاصد، وحاصله: عدم ترادف البيع والنقل، مع لزوم رعاية الترادف في التعريف، بل النقل من لوازم المبادلة الاعتبارية، كما أن كثرة الرماد وهزال الفصيل من لوازم جود زيد مثلاً.

مركز تحقيق كتب أصول العلوم الشرعية

(*) يمكن دفعه بأن المعتبر في الحدة هو كون مجموعه - من الجنس والفصل أو غيرهما من القيود - مرادفاً للمحدود كالحيوان الناطق في تعريف الانسان، دون كل ما يذكر في تعريفه من الألفاظ، فإن الحيوان ليس مرادفاً للانسان مع صحة التعريف به. وعليه فالنقل الذي هو بمنزلة الجنس للبيع - على ما قيل - لا مانع من تعريف البيع به مع عدم كونه مرادفاً له. وكيف كان فصحة إيقاع الصيغة بلفظ معرّف للبيع منوطة بالصراحة وعدم الكناية، فإن قلنا بأن المدار في الصراحة صراحة نفس اللفظ دون ما ينضم إليه، فإيقاع الصيغة بلفظ «نقلت» غير صحيح، وإلا فلا مانع منه كما لا يخفى.

ويمكن دفع الإشكال الثاني - وهو كون المعاطاة عند المحقق الثاني بيعاً مع تحلّوها عن الصيغة - بأنه في مقام تحديد البيع الذي يقتضي اللزوم بطبعه، وليست المعاطاة كذلك، فتأمل.

ولذا^١ صرح في التذكرة بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت» وجعله^٢ من الكنايات. وأن^٣ المعاطة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة - : أن^٤ النقل بالصيغة أيضاً^٥ لا يعقل إنشاءه بالصيغة (*).

(١) أي: و لأجل عدم الترادف، و مقصوده تثبيت الإشكال على المحقق الثاني بالاستشهاد بكلام العلامة. ولكن لم أظفر بما نسبه إليه بعد الفحص، وإنما قال في التذكرة: «ويشترط في الصيغة أمور... الرابع: التصريح، فلا يقع بالكناية مع النية، مثل: أدخلته في ملكك، أو: جعلته لك، أو: خذه مني، أو: سلطتك عليه بكذا. عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأن المخاطب لا يدري بمخاطب به...». أ. و لابد من مزيد التتبع.

(٢) يعني: جعل العلامة في التذكرة - النقل - كناية عن البيع الذي هو تخليك العين بعوض.

(٣) معطوف على «أن النقل» و إشارة الى المناقشة الثانية في تعريف جامع المقاصد، ومحصلها: النقص بالمعاطة التي هي بيع مجرد عن الصيغة.

(٤) مرفوع محلاً على أنه فاعل لقوله: «ويرد عليه» وكأن هذا الاشكال هو الأصل في الايراد على تعريف جامع المقاصد، وهو - كما عرفت - محذور مشترك بين تعريف ابن حمزة بالعقد و تعريف المحقق الكركي، و محصله: أن دخل اللفظ في حقيقة البيع يوجب استحالة إنشائه، لفرض كون بعض المنشأ لفظاً، و الانشاء لفظاً آخر، و كل لفظ بما أنه عرض متأصل - و من مقولة الكيف المسموع - يستحيل أن يتسبب وجوده من لفظ آخر.

(٥) يعني: كما لا يعقل إنشاء «الايجاب و القبول الدالين على الانتقال» بصيغة مثل «بعث».

(*) و يمكن أن يقال: إن هذا الاشكال إنما يرد على تعريف جامع المقاصد إذا كان قوله: «بالصيغة المخصوصة» قيداً. و أما إذا لوحظ مشيراً إلى نفس النقل فلا يرد ذلك أصلاً، إذ لا يعتبر

ولا يندفع هذا^(١) بأن المراد

(١) أي: ولا يندفع الاشكال الثالث - وهو إمتناع إنشاء اللفظ بلفظ آخر - ومحصل وجه إندفاع الاشكال: أن مقصود المحقق الكركي ^{تتبع} من تعريف البيع بأنه «نقل الملك بالصيغة المخصوصة» بيان كون البيع نقلاً اعتبارياً لا خارجياً، توضيحه: أن نقل الملك قد يكون خارجياً، كما إذا بذل الكتاب بدينار يجعل كل منهما في مكان الآخر، وقد يكون اعتبارياً، وهو المبادلة بينهما في إضافة الملكية، بأن يصير المبيع ملكاً للمشتري بدلاً عن ديناره، والتمن ملكاً للبائع كذلك. وحيث إن البيع مبادلة اعتبارية بين المالين أراد المحقق الثاني تعريفه بالنقل الاعتباري، ولا دخل لللفظ في حقيقته حتى يتجه عليه المحذور، وإنما أتى بقوله: «بالصيغة المخصوصة» لمجرد الإشارة إلى أن البيع نقل اعتباري ينشأ بالصيغة تارة وبالمعاطاة أخرى. وليس قوله: «بالصيغة» قيداً لحقيقة البيع ودخلاً في ماهيته حتى يستحيل إنشاؤه. وبعبارة أخرى: البيع نفس النقل الاعتباري، لا المقيّد بكونه مدلول الصيغة، فجعله مدلول الصيغة للإشارة إلى ذلك الفرد من النقل الذي هو بيع، ومن المعلوم خروج العناوين المشيرة عن المشار اليها، إذ العنوان المشير ليس إلّا حاكياً عن ذات المشار إليه ومراًة لها.

مساواة العنوان المشير مع العنوان المشار اليه، هذا.

لكن الانصاف أنه خلاف الظاهر جداً، فلا يرتكب في الحدود.

إلا أن يُدعى: إن التزام المحقق الثاني بكون المعاطاة بيعاً قرينة على إرادة المشيرية من الصيغة.

لكن يرد عليه حينئذ الاشكال الأول، وهو: أنه إذا كان البيع نفس النقل من دون دخل الصيغة فيه لزم عدم الترادف، مع أنه لا بد من الترادف.

إلا أن يقال: إن النقل بمنزلة الجنس للبيع، والترادف بين الحد والمحدود معتبر بين الحد بتمامه من الجنس والفصل أو ما هو بمنزلة لهما وبين المحدود، فأشكال الترادف غير وارد.

من البيع^(١) نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة^(٢)، فجعله^(٣) مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل^(٤)، لا أنه^(٥) مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعث» نقلت بالصيغة^(٦). لأنه^(٧) إن أريد بالصيغة خصوص «بعث» لزوم الدور،

(١) أي: البيع الذي أريد تعريفه بقوله: «نقل الملك بصيغة مخصوصة» هو نفس النقل والتبادل الاعتباريين.

(٢) أي: مدلول صيغة «بعث أو ملكت».

(٣) أي: فجعل البيع مدلول صيغة «بعث» إشارة إلى النقل الاعتباري، لا قيداً في التعريف.

(٤) أي: النقل الاعتباري في قبال النقل الخارجي، و من المعلوم أن النقل في وعاء الاعتبار يُنشأ باللفظ وشبهه، ولكن ليس اللفظ جزءاً من مفهومه ولا دخيلاً في حقيقته، وعليه فتعريف المحقق الكركي رحمته الله سليم عن الاشكال الثالث.

(٥) أي: لا أن كون البيع مدلولاً للصيغة مأخوذاً في ماهية البيع حتى يستحيل إنشاؤه باللفظ من جهة إمتناع إنشاء لفظ بلفظ آخر.

(٦) بل مدلول «بعث»: هو «نقلت» فالصيغة غير مأخوذة في حقيقة البيع، بل هي آلة لإنشائه.

(٧) تعليل لقوله: «و لا يندفع هذا» و مقصوده تثبيت الإشكال الثالث و عدم إمكان التفصي عنه بما أفيد من جعل الصيغة المخصوصة عنواناً مشيراً لا قيداً في مفهوم البيع.

توضيح عدم إندفاع الاشكال بذلك هو: أنه يلزم من إرادة ما ذكر أحد محذورين على سبيل منع الخلوة، إذ لو كان مراد المحقق الثاني رحمته الله من «الصيغة المخصوصة» خصوص صيغة «بعث» لزم الدور، لوقوع المعرف في المعرف، مع توقف معرفة المحدود - أعني به البيع - على المحدد، و المفروض أخذ «بعث» في المحدد، وكلما توقف معرفة المحدد - كلاً أو بعضاً - على المحدود لزم الدور، فكأنه قيل «البيع هو نقل الملك بالبيع».

وهذا الشق من الاشكال قد نبّه عليه صاحب الجواهر رحمته الله بقوله - في الإيراد على تعريف

لأن المقصود^١ معرفة مادة^٢ «بعث» (*)

ابن حمزة والعلامة، وهذا التعريف - «والأول منها...» - مشتمل على الدور، لذكر المبيع فيه، بل لعل الثاني كذلك أيضاً، ضرورة إرادة صيغة البيع من الصيغة فيه، وإلا إنتقض بغيره». ثم دفعه بما سيأتي نقله في التعليقة إن شاء الله تعالى.

و إن كان مرادُ المحقق الثاني رحمته من «الصيغة المخصوصة» - في مقام إنشاء النقل الاعتباري - صيغة «نقلت وملكْتُ» فكأنه قيل: «البيعُ نقل الملك بصيغة نقلتُ أو ملكْتُ» قلنا: إن إشكال الدور وإن لم يتجه حينئذٍ، لكن فيه محذور آخر، وهو لزوم الاختصار في مقام الانشاء على لفظ النقل والتملك والتبديل مثلاً، وعدم صحة إنشائه بلفظ «بعثُ» أصلاً. مع كون صيغة «بعثُ» أصرح صيغ البيع، لأن جواز الانشاء بلفظي النقل والتملك مورد بحث بينهم كما ستقف عليه في ألفاظ العقود إن شاء الله تعالى، ومعه كيف يقتصر على هذين اللفظين ويُترك الانشاء بمادة البيع مع صراحتها في إرادة تملك العين بعوض؟

فالتنتيجة: أنه بعد بطلان كلاشقي التردد يبقى الاشكال الثالث - أعني به: استحالة إنشاء اللفظ باللفظ - على حاله، ولا يصلح جعل الصيغة عنواناً مشيراً للتخلص عنه، هذا.

(١) هذا تقريب الدور، لأن المقصود معرفة «البيع» الذي هو مادة صيغة «بعثُ» فكيف يؤخذ المعرف في المعرف؟

(٢) التي يكون معناها سارياً في جميع التصاريف والمشتقات التي منها صيغة «بعثُ».

(*) قيل في دفع الدور كما في حاشية السيد رحمته: «بأن المراد من - بعثُ - لفظه، فهو في قوة قولنا: إن البيع هو النقل بلفظ بعثُ، ولا يلزم العلم بمعنى - بعثُ - حتى يلزم الدور. وعلى فرضه يكفي العلم اجمالاً^٣ وقريب منه ما في حاشية العلامة المامقاني رحمته ج.

أ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٥

ب: حاشية المكاسب، ص ٥٩

ج: غاية الآمال، ص ١١٧٤

و لعلّه مقتبس مما أفاده صاحب الجواهر رحمته بقوله: «أللهم إلا أن يدفع الدور بأن الموقوف معرفة البيع بالرسم أو الوجه الأتم، و الموقوف عليه معرفته بالوجه الظاهر المعلوم لكل أحد».

و حاصل وجه دفع الدور: أن المحدود هو معنى البيع، و المأخوذ في الحد - أعني به: بعث - هو نفس اللفظ، فالموقوف هو المعنى، و الموقوف عليه هو اللفظ، و هما متغايران، ألا ترى أنّه لو قيل: «البيع نقل العين بلفظ: بعث» لم يلزم الدور، لأنّ الدال على النقل هو اللفظ، لا المعنى.

أقول: لا مجال لشيء من إشكال الدور، و لزوم الاختصار على النقل و التملك حتى تصل التوبة الى دفعهما، و ذلك لأنّ «الصيغة المخصوصة» بناءً على صحة وجه الاندفاع - أعني به مشيرية قوله: بالصيغة المخصوصة - خارجة عن الحد رأساً، لأنّ معنى المشيرية هو خروج العنوان المشير عن الحد، و عدم دخله فيه أصلاً. و مع فرض خروجه عن حيّز الحد لا معنى لإيراد أحد الاشكالين من الدور أو لزوم الاختصار على النقل و التملك على التعريف المزبور، بداهة أنّ القيود المأخوذة في الحدود دخيلة في نفس المفهوم، بخلاف العناوين المشيرة، فإنّها خارجة عن الحد، و حاكية عن المفهوم المبيّن حدوده.

و بعبارة أخرى: دخل الحدود في المحدودات ثبوتياً، و دخل العناوين المشيرة في المحدودات إثباتياً، لأنّها واسطة في العلم و الإثبات.

و على هذا فلاموضوع لاشكال المصنف رحمته - على جعل «الصيغة المخصوصة» مرآة - بما ذكره من الدور، أو لزوم الاختصار في التعريف على مجرد التملك و النقل وإسقاط الصيغة المخصوصة، و ذلك لأن موضوع الاشكال هو ما يؤخذ في الحد، و المفروض خلافه، إذ لا دخل للعنوان المشير في الحد أصلاً.

نعم يرد على المشيرية: أنّها خلاف الأصل في القيود، سيّما الواقعة في الحدود، إذ المقصود بها بيان حدود المفهوم، و الحمل على المشيرية إلغاءً للقيود حقيقة، كالحمل على

وإن أريد بها^(١) ما يشمل^(٢) «ملكتُ» وجب^(٣) الاختصار على مجرد التملك والنقل.

(١) أي: بالصيغة المخصوصة، وهذا هو الشق الثاني مما أجاب به المصنف رحمه الله عن إندفاع الاشكال الثالث. وقد عرفت توضيحه آنفاً بقولنا: «وإن كان مراد المحقق الثاني رحمه الله من الصيغة المخصوصة في مقام... الخ».

(٢) لا تخلو العبارة عن قصور في التأكيد، لأن المقصود بهذا الشق هو إرادة ما عدا صيغة «بعث» من قول المحقق الثاني: «بصيغة مخصوصة» فالبيع هو نقل الملك بصيغة «نقلتُ أو ملكتُ» حتى يندفع محذور الدور، إذ لو أريد من الصيغة ما هو أعم من «بعث وملك» لم يندفع المحذور، فعق العبارة بقرينة قوله: «وجب الاختصار» أن تكون هكذا: «وإن أريد بها ما عدا لفظ بعث وجب الاختصار...».

(٣) وجه وجوب الاختصار هو عدم قابلية لفظ «بعث» لإنشاء البيع به.

التوضيحية التي هي كالغاء القيد وجعله كالمعدم.

و على هذا فقول المحقق الثاني: «بالصيغة المخصوصة» ظاهر في القيدية للمفهوم، فيرد عليه ما أورده على تعريف المشهور: من عدم تعقل إنشاء اللفظ في وعاء الاعتبار، لكونه من الموجودات الحقيقية غير القابلة للوجود الاعتباري كما لا يخفى.

ثم إنه إن أغمضنا عن مقتضى المشيرية - من عدم دخل العنوان المشير في مفهوم المحدود - لا يلزم الدور أيضاً، لأن النقل بالصيغة - أعني بها: بعث - يوجب معرفة معنى «بعث» وهو النقل، لأن لفظ «بعث» إن لم يكن معناه: «نقلتُ» فلا وجه لجعله آلة للنقل، فمعنى البيع المصدري إذا كان هو النقل فلا محالة يكون معنى «بعث» وسائر مشتقاته أيضاً هو النقل.

و كيف كان فيرد على تعريف المحقق الثاني أولاً: أنه لا يدل على اعتبار العوض في

البيع.

و ثانياً: عدم صدقه على بيع الزكاة والوقف إذا كان كل واحد من العوضين منهما، إذ

لا نقل فيه، مع صدق البيع العرفي عليه.

فالأولى^(١) تعريفه^(٢) بأنه

المختار في تعريف البيع

(١) هذه الأولوية تعيينية كالأولوية في إستحقاق أولى الأرحام للإرث، وليس المراد مجرد تفضيل هذا التعريف على ما سبق من التعاريف، فإنها لما لم تكن خالية عن الخلل ولاوافية بتعريف البيع لم تكن مشاركةً للتعريف الآتي حتى يكون هذا التعريف راجحاً عليها، بل المتعين تعريف البيع بإنشاء التملك، ولا وجه لتعريفه بما تقدم من الانتقال والعقد ونحوهما.

(٢) أي: تعريف البيع، وهذا مأخوذ - مع بعض التصرف - من العلامة الطباطبائي رحمته حيث قال في محكي المصابيح: «ان الأخصر والأسد تعريفه بأنه إنشاء تملك العين بعوض على وجه التراضي»^أ.

و يتلخص وجه الأولوية في سلامة هذا التعريف من وجوه الخلل و الاشكالات الواردة على التعاريف الثلاثة المتقدمة.

وبيانه: أنه لا يرد على تعريف المصنف رحمته ما أورد به على تعريف المبسوط و التذكرة «بانتقال عين من شخص الى غيره ...» تارة بأن البيع من مقولة الفعل، و الانتقال من مقولة الانفعال. وأخرى بأن الانتقال من الغايات المترتبة على البيع لانفسه. و ثالثة بانحرام قاعدة لزوم موافقه التصاريح لمبدأ الاشتقاق في المعنى، بداهة عدم كون معنى «بعث، أبيع: إنتقلت، أنتقل» وهكذا سائر التصاريح.

وكذا لا يلزم على تعريف المتن ما أورد به على تعريفه «بالعقد الدال على الانتقال» من عدم تعقل إنشاء اللفظ باللفظ.

وكذا ما أورد به على تعريف جامع المقاصد «بنقل الملك بالصيغة المخصوصة» من عدم مرادفة البيع للنقل، و من خروج المعاطاة عن التعريف مع كونها بيعاً عنده، و من عدم تعقل إنشاء النقل - المقيد بالصيغة - باللفظ.

هذا مضافاً إلى: إسقاط قيد «على وجه التراضي» المذكور في تعريف شيخ الطائفة

أ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٥ و ٢٠٦، واختاره في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٤٨ من دون نسبته إلى السيد بحر العلوم.

«إنشاء^(١) تمليك عين بمال» (*).

والسيد ببحر العلوم وغيرهما رحمهما الله، لأن أخذَه في التعريف يوجب خروج بيع المكره عن الحد، مع أنه بيعٌ عندهم إذا لحقه الرضا، بل بدونه أيضاً في بعض الموارد كبيع الحاكم في موارد جواز إكراهه البائع عليه، فإن البيع صحيح مع عدم التراضي.

وإلى: العدول عن «العوض» إلى «مال» من جهة أعمية العوض من المال، لشموله لجملة من الحقوق كحق السلام وحق ولاية الأب و الجدد على الصغير، وحق الحضانة، ونحوها مما لا يصدق عليه المال مع صدق العوض عليها، على ما قيل. وقد تقدم تحقيق الحال في بحث الحقوق، وأن ما يقبل منها الإسقاط فقط - أو مع النقل - مالٌ عرفاً، فلا مانع من جعله عوضاً في البيع.

(١) وجه زيادة لفظ «الإنشاء» في التعريف هو: كون البيع تمليكاً إنشائياً لا تمليكاً خارجياً أي ممضئاً شرعاً، أو عقلاً، لأن ما يبد البائع هو التمليك الإنشائي، والملكية الشرعية أو العقلانية خارجة عن حيز قدرته، فلا معنى لإيجادها بالإنشاء، فإن كان ما أنشأه واجداً لشرائط البيع الصحيح العرفي والشرعي ترتبت الملكية على إنشائه، وإلا فلا.

مركز تحقيق كاتر علوم اسلامی

(*) لا بأس بالبحث إجمالاً عن حقيقة الإنشاء، فنقول: تُنسب إلى المشهور الإيجاد والتسبب، بمعنى ترتب عناوين العقود والایقاعات على الصيغ الإنشائية ترتب المسببات على أسبابها.

لكن أنكر ذلك جمعٌ من الأعيان وذهب كل منهم إلى أن حقيقة الإنشاء أمر آخر، فاختار شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته الله أن ترتب العناوين المعاملية على الصيغ كترتب ذوات الآلة على آلاتها.

وذهب شيخنا المحقق العراقي رحمته الله إلى اشتراك الإخبار والإنشاء في الحكاية عن نسبة إيقاعية، وإنما يفرقان في المحكي، ووافق السيد المحقق الخوئي رحمته الله إلا أنه قال بأن الإنشاء اعتبار نفسياني وإبرازه ببرز، فالبيع مثلاً مجموع الأمرين، لا محض الاعتبار، ولا الإبراز المجرد عن الاعتبار.

وأبدى المحقق الاصفهاني رحمته الله نظراً آخر، فقال إنَّ الإنشاء إيجاد نفس الأمر الاعتباري

بوجود لفظي في قبال وجوده في افق الاعتبار. هذا.

ويمكن أن يستدل للمشهور - وهو الابداعية بمعنى التسبيب - بتمهيد أمور:

أحدها: أن الإنشاء لغة هو الخلق، ففي الصحاح: «أنشاء الله: خَلَقَهُ». و في المجمع: «أنشأكم، أي: ابتدأكم وخلقكم...»، و النشأة الأخرى: الخلق الثاني^أ، ولم يثبت نقله الى معنى آخر، فالإنشاء هو الإيجاد و الخلق، و ليس الإبراز مرادفأ له و لا مما يؤدي معناه، حيث إن الإبراز هو الإظهار. قال في المجمع: «و ترى الأرض بارزة أي: ظاهرة»^ب و من المعلوم أن الإبراز مترتب على الوجود، لأنه إظهاره، و هو منوط بوجود شيء قبل الإظهار، فلا يكون الإبراز إنشاء أي إيجاداً.

ثانيها: أن كل معنى يتصف بالوجود اللفظي حين الاستعمال، سواء أكان ذلك المعنى موجوداً عينياً أم ذهنياً، و سواء أكان جوهرأ أم عَرَضاً. ولكن هذا الوجود اللفظي ليس محل البحث في إيجاد المعنى باللفظ في الإنشاء، إذ المقصود به وجوده في وعاء الاعتبار، هذا.

ثالثها: أن ترتب الوجود الخارجي وكذا الصفات النفسانية على الألفاظ ترتب المعلول على العلة بمكان من الامكان، بل واقع، كتأثير الكلام العنيف في إصفرار وجه الوجل. و كتأثير ذكر النار و دركاتنها و شدة عذابها في حصول الخوف الذي هو من صفات النفس. و من المعلوم أنه لا فرق بين الوجود الخارجي و الوجود الاعتباري في إمكان عليّة اللفظ لهما، بل الثاني أهون من الأول، لأنه إعتبار محض، بخلاف الوجود الخارجي.

فدعوى إمكان إيجاد المعنى في الجملة في وعاء الاعتبار باللفظ - سواء أكان المعنى خارجياً أم اعتبارياً و سواء أكان معنى حقيقياً لللفظ أم غيره كالأمثلة المتقدمة من إصفرار وجه الوجل بالكلام العنيف و نحوه - غير مجازفة.

رابعها: أن المسلّم عدم إتصاف الإنشاء بالصدق و الكذب، و إنما المتصف بهما هو الإخبار، و حيثنذ فإن قلنا: إن الإنشاء هو الإبراز بمعنى إظهار ما في النفس فلا بد من إتصافه

أ : مجمع البحرين، ج ١، ص ٤١٥ و ٤١٦

ب : مجمع البحرين، ج ٤، ص ٦

بالصدق والكذب، لأن إظهار ما في النفس إخبار و حكاية عن الشيء الموجود فيها من صفة أو اعتبار كالوجوب، فإن كان هذا الاظهار - الذي يكون إخباراً و حكاية عن وجود صفة أو اعتبار في النفس - مطابقاً للواقع، بأن كان المبرز موجوداً في النفس كان الإبراز متصفاً بالصدق، وإلا فهو موصوف بالكذب.

و إن قلنا: إن الإنشاء هو الإيجاد بأن يكون اللفظ موجداً لما لم يكن موجوداً قبل الإنشاء لم يتصور الإتصاف بالصدق والكذب، إذ ليس للنسبة الكلامية خارج تطابقه أو لا تطابقه، لوضوح أنه ليس شيء موجوداً قبل الإنشاء كي يكون الإنشاء حاكياً عنه ومبرزاً له، حتى يتزع الصدق عن مطابقة الحاكي للمحاكي عنه، والكذب عن عدم المطابقة له. بل يوجد شيء بنفس هذا اللفظ، فلا يكون اللفظ مبرزاً ومخبراً عن شيء موجود، بل هو علة لوجود شيء، فلا إبراز ولا حكاية أصلاً.

خامسها: أن الإنشائية والإخبارية من صفات اللفظ، فيقال: الكلام إما خبر وإما إنشاء. قال في تهذيب المنطق بعد تقسيم دلالة اللفظ الى المطابقة والتضمن والالتزام: (والموضوع - يعني اللفظ الموضوع - إن قصد بجزء منه الدلالة على جزء المعنى فمركب إما تام خبر أو إنشاء ... الخ) ونحو ذلك ما في سائر الكتب الأدبية.

فلو لم يكن اللفظ موجداً للمعنى في باب الإنشاء - بل كان مبرزاً للاعتبار الذي إعتبرته النفس - لم يصح توصيفه بالإنشاء. كما أنه إذا لم يكن حاكياً عن النسبة لم يصح توصيفه بالإخبار، لأن هذين الوصفين حينئذ ثابتان للمدلول، فيكون الوصف باعتبار المتعلق.

إذا عرفت هذه الأمور تعرف أن الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى المقصود - وإخراجه عن العدم الى الوجود - باللفظ إيجاداً اعتبارياً، مضافاً إلى إيجاده اللفظي الموجود في استعمال كل لفظ في معناه. كما أن الإخبار عبارة عن حكاية كلام عن مبدء فارغاً عن ثبوته أو عدمه. وهذا يلزم نسبة خارجية تطابقها النسبة الكلامية أو تخالفها.

بخلاف الإنشاء، فإن إيجاد النسبة ملازم لعدم نسبة خارجية، فإن وجود النسبة الخارجية شأن الحكاية المقومة للإخبار. وبعد إتصاف الكلام بالإخبارية والإنشائية - إذا انضم إليهما جهة الجد بالإنشاء والحكاية - يتصف الإنشاء بالموجدية، والخبر بالمبرزية للواقع،

وإلا يبقى الإنشاء على مجرد إنشائيته المحفوظة مع الهزل و السخرية، و يبقى الإخبار على صرف إخباريته، المجتمع مع الهزل و السخرية و غيرهما.

و لا ينافي الإنشاء بهذا المعنى ما أفاده بعض مشايخنا الأساطين و سيدنا المحقق الخوئي رحمته الله من أن حقيقة الوضع هي التعهد و الالتزام النفسي بجعل لفظ خاص أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمرٍ تعلق به غرض المتكلم.

وجه عدم التناقض: أن بعض الهيئات كصيغة «إفعل» وُضعت لإيجاد أمرٍ اعتباري وإيقاع المبدأ في وعاء الاعتبار على عهدة المخاطب، كما أن بعض الهيئات كالجملة الاسمية وضعت لإبراز قصد الحكاية عن وقوع نسبة أو لا وقوعها، فالمعنى المقصود تفهيمه في القسم الأول و هو إيجاد المعنى في وعاء الاعتبار، و في القسم الثاني هو الحكاية عن نسبة ثبوتية أو سلبية. و أما غيرهما من الهيئات التي تُطلق ويراد بها الإنشاء تارةً و الإخبار أخرى فالموضوع له فيها هو إنتساب المبدأ الى الفاعل، و إرادة الإيجاد و الحكاية منه منوطة بقريضة خارجية، فتكون إرادة الإنشاء أو الإخبار حينئذٍ من باب تعدد الدال و المدلول.

و بالجملة: فالموضوع له في الهيئات المختصة بالإخبار - كالفعل الماضي و المضارع و الجملة الاسمية - هو الحكاية عن ثبوت النسبة أو نفيها. و في الهيئات المختصة بالإنشاء كصيغة الأمر هو إيجاد الأمر الإعتباري في وعاء الاعتبار، فالمعنى الموضوع له في هذين القسمين هو المقصود بالتفهم، و في غيرهما تفهيم المقصود بالقريضة على المراد حتى لا يلزم المجاز في الكلمة.

والحاصل: أن الإخبار و الإنشاء مفهومان متغايران، لأن الإخبار هو الحكاية عن نسبة لها خارج تطابقه أو لا تطابقه، و الإنشاء عبارة عن إيجاد نسبة ملازم لعدم خارج لها، بل حقيقتها هي تحققها بنفس الإنشاء الناشئ عن اللفظ. فإن كان الإنشاء بداعي الجد ترتب عليه المنشأ بحكم العقل أو الشرع أو العرف أو الجميع، حيث إن الإنشاء بهذا الداعي موضوع لحكم و موصوف بالموجدة، دون الإنشاء الهزلي، فإن داعي الهزل يجعل الإنشاء صورياً و خارجاً عما هو موضوع لاعتبار العقلاء أو الشارع.

وكذا الحال في الإخبار، فإن كان الداعي الى الإخبار الجد يتصف بالمبرزية للواقع، وإلا

فيبقى على خبريته المجتمع مع الهزل والسخرية.

فالمتحصل مما ذكرنا: أن الإنشاء يوجد معناه إذا كان عن جد، و لا ينافيه ما تقدم من معنى الوضع، لأننا ندعي أن إيجاد الأمور الاعتبارية من المعاني المقصودة بالتفهم، فوضع الواضع هيئات خاصة لإيجادها، كما أن حكاية النسبة - التي لها خارج - من المعاني المقصودة بالتفهم، فَوَضَعَ لها هيئات خاصة كالجملة الاسمية. فدعوى إمكان إيجاد اللفظ للمعنى في الإنشاء غير مجازفة، هذا.

هذا كله في الانتصار لما تُنسب إلى المشهور من الإيجاد بمعنى التسبيب. و استدلل المحقق النائيني رحمته على مقالته من كون ألفاظ المعاملات موجدة لتلك العناوين الاعتبارية على حد إيجاد الآلة لذي الآلة بما حاصله: أن العقود والإيقاعات ليست من باب الأسباب والمسببات وإن أطلق عليها ذلك، بل إنما هي من باب الإيجاد بالآلة. والفرق بين الأسباب والمسببات وبين الإيجاد بالآلة هو: أن المسبب لم يكن بنفسه فعلاً اختياريًا للفاعل بحيث تتعلق إرادته به أولاً وبالذات، بل الفعل الاختياري المتعلق للإرادة هو السبب، فيترتب عليه المسبب قهراً. وهذا بخلاف باب الإيجاد بالآلة، فإن ما يوجد بالآلة كالكتابة باستعانة القلم هو بنفسه فعل اختياري للفاعل و متعلق إرادته، و يصدر عنه أولاً وبالذات، ضرورة أن الكتابة ليست إلا عبارة عن حركة القلم على القرطاس بوضع مخصوص، و من المعلوم أنها بنفسها فعل اختياري صادر عن المكلف أولاً وبالذات، بخلاف الإحراق، حيث إن الصادر عن المكلف هو الإلقاء في النار لا الإحراق.

وكذا الكلام في سائر ما يوجد بالآلة من آلات النجارة والصياغة والخياطة وغير ذلك، فإن جميع ما يوجد النجار مثلاً يكون فعلاً اختياريًا له، والمنشار وغيره من آلات النجارة آلة لإيجاده. و باب العقود والإيقاعات كلها من هذا القبيل، فإن هذه الألفاظ كلها آلة لإيجاد الملكية والزوجية والفرقة وغير ذلك. وليس البيع مثلاً مسبباً توليدياً لهذه الألفاظ، بل البيع بنفسه فعل اختياري للفاعل يتعلق إرادته به أولاً وبالذات و يكون إيجاده بيده.

و بهذا الوجه تخلص المحقق النائيني رحمته عن الاشكال الآتي بيانه في التمسك بإطلاق أدلة الإمضاء - لفظياً أو مقامياً - من أن حلية معاملة كالبيع هل تقتضي حلية كل ما يتسبب به أم لا؟ وذلك لأن معنى صحة البيع - بناءً على هذا المسلك - صحة إيجاده بكل ما يكون إيجاداً له بنظر العرف. هذا.

و ذهب شيخنا المحقق العراقي رحمته الى أن المائز بين الإخبار و الإنشاء ليس هو قصد الحكاية و الإيجاد كما ذكره، بل كما أن بينهما جهة مشتركة و هي الدلالة على إيقاعية النسبة - خلافاً للمركبات الناقصة - فكذا يفترقان في أن المحكي في الجملة الخبرية مبدأ ثابت فارغاً عن ثبوته، وأن المحكي في الجملة الانشائية إيقاع المبدأ، الملازم لعدم وجود نسبة خارجية تطابقه النسبة الكلامية أو لا تطابقه. فإذا قال: «بعثك» إخباراً كان المتبادر منه إبراز نسبة ثابتة محفوظة في قبال كونه إنشاءً، إذ المتبادر منه إبراز نسبة إيقاعية أوجدها المستعمل في وعائها المناسب لها. و حيث كانت الحكاية و الإبراز عمّا في الضمير مأخوذةً في استعمال الجملة في الإخبار تارة و الإنشاء أخرى جرى فيهما قصد الجدّ و الهزل، و يكون قصد الإيجاد من أطوار الانشاء لا مقوّمًا له، و إلا لزم لحاظ الإيجاد مرتين لو قصد موجدية الانشاء لمضمونه، و هو خلاف الوجدان^أ.

و بهذا البيان يُجاب عن بعض ما أورده القائل بالأيجادية على هذا القول أعني به إشراك الإنشاء و الإخبار في جهة الإبراز و الحكاية، و إفتراقهما في المبرز و المحكي.

و رتب رحمته على هذا المبنى كون الإنشاء في باب الأحكام التكليفية من وسائل إثبات الإرادة، لأن قول المولى «صلّ» مثلاً يدل على إيقاع المادة - أعني بها الصلاة - على المخاطب، و هذه النسبة الإيقاعية من لوازم الطلب القائم بنفس المولى، فيكون «صلّ» مبرزاً لذلك الطلب الحقيقي، و يترتب على هذا الإبراز الوجوب و البعث و التحريك و نحوها من العناوين، فلا توجد هذه العناوين بنفس الإنشاء، بل توجد بإبراز الطلب النفساني الذي يكون إبرازه منشأً لاعتبار عنوان الوجوب و البعث مثلاً، فالإنشاء واسطة في إثبات الوجوب، لا واسطة ثبوتية له.

و هذا بخلاف الإنشاء في باب العقود و الإيقاعات، فإنه من الوسائط الثبوتية، لمضامينها التي هي حقائق إعتبارية^أ.

هذا كله في الفرق بين الإنشاء والإخبار ثبوتاً. و أما في مقام الإثبات فحيث إن طبع هذه الجمل كان على الحكاية عن واقع ثابت فيحمل الكلام على الإخبار، و يتوقف إرادة الإنشاء على قرينة صارفة عن الحكاية عن الواقع الثابت الى إبراز الإيقاع الذي هو خروج النسبة من العدم الى الوجود^ب. هذا.

و فقهب سبئنا الخوئي رحمته الله الى هذا المسلك ببيان آخر، محصّله: أن الإنشاء و الإخبار يشتركان في كون كل منهما مبرزاً لمقاصد المتكلم في مقام التفهيم، و يستعمل اللفظ في كل منهما في معناه الموضوع له. و يفترقان في أن الجمل الإنشائية بما لها من الهيئات الخاصة وُضعت لإبراز الامور النفسانية سواء أكانت من الاعتباريات كالملكية و الزوجية و الوجوب و الحرمة و غيرها، أم من الصفات كالتمني و الترجي و نحوهما، و لما لم يكن في مواردنا خارج - تطابقه النسبة الكلامية أو لاتطابقة - لا تنصف بالصدق و الكذب، بخلاف الجمل الخبرية، فإن المعنى الموضوع له فيها - المبرز بها - لما كان عبارة عن قصد الحكاية، و هو متصف بالصدق و الكذب - اتصف بأحدهما لا محالة بالتبع.

فالفرق بين الخبر و الإنشاء ليس من ناحية دواعي الاستعمال كما ذهب إليه صاحب الكفاية رحمته الله، بل من ناحية الوضع الذي هو التعهد و الالتزام النفساني بجعل لفظ خاص أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهمه.

و ما اشتهر من أن «الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ» ممنوع، إذ الإيجاد إما تكويني كإيجاد الجواهر و الأعراض، و هو ضروري البطلان، لعدم كون الألفاظ من سلسلة علل وجود الموجودات الخارجية، بل لها علل و مَعِدَات أجنبية عن عالم الألفاظ. و إما إعتباري كإيجاد الوجوب و الحرمة و الملكية و الزوجية و نظائرها من الامور الاعتبارية. و هو أيضاً كذلك،

ضرورة كفاية نفس إعتبار المعبر في وجودها في وعاء الاعتبار بلا حاجة الى اللفظ أصلاً، وإنما اللفظ مبرز له وحاك عنه.

و عليه فالصحيح أن الإنشاء مبرز للاعتبار النفساني لا موجد. هذا محصل ما أفاده ^{٢٦} في مواضع. و أضاف إليه في بعض كلماته: أن العناوين المعاملية ليست هي مجرد الأمور النفسانية الموجودة في أفق الاعتبار فحسب حتى يكون اللفظ مجرد مبرز لها، بل البيع مثلاً لا يترتب عليه الأثر عرفاً و شرعاً إلا بإبرازه، فموضوع الأثر مجموع المبرز والمبرز ^{٢٧} هذا.

و يمكن أن يورد على القول بالإبراز أولاً: بأن الإبراز و الكشف يستلزمان حصول المنشأ بكل ما يدل عليه و يبرزه ولو غير اللفظ من إشارة أو كتابة أو إلقاء حصاة أو فتح باب أو غير ذلك، لأن هذا من لوازم العناوين المشيرة التي لا تدخل لها في هوية العناوين المحكية بها والمشار إليها. و الإلتزام بذلك كما ترى.

و أما ثانياً: فلاستلزام ذلك كون الإنشاءات بأسرها إخباراً، لأنها حاكية عما في النفس، فإن كانت النسبة الكلامية مطابقة لما في النفس فهي صادقة، وإلا فهي كاذبة، فتتصف بالصدق والكذب. و هذا خلاف ما اتفقت عليه كلماتهم من أن الإنشاء لا يتصف بالصدق و الكذب، وإنما المتصف بهما هو الخبر فقط. ^{٢٨}

و أما ثالثاً: فلاستلزامه كون الأحكام الشرعية هي الطلب و الكراهة الحقيقيين القائمين بالنفس اللذين هما من الأمور الخارجية المباينة للأمور الاعتبارية.

و هذه الوجوه يمكن التفصي عنها - أو عن بعضها - بما تقدم في كلامي شيخنا المحقق العراقي و السيد المحقق الخوئي ^{٢٩}.

وقد يُفرض للقول بالإبراز وجه آخر غير ما أفاده العلّمان، و محصله: أن إيجاد الأمر الاعتباري الشرعي أو العقلاني ليس بيد المنشئ، وإنما بيده إيجاد موضوع ذلك الأمر الاعتباري كالسفر و الحضر، فإن المكلف لا يتمكن من إيجاد حكمهما و هو وجوب القصر أو التمام، لكنه يقدر على إيجاد موضوعهما أعني به السفر و الحضر اللذين هما موضوعا وجوب

أ : أجود التقريرات، ج ١، ص ٢٦ و ٢٧

ب : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٥٣

القصر و التمام. و الألفاظ لم توضع إلا لتفهم المقاصد و ما في الضمائر، و هذا من الأفعال الاختيارية، فما بيد المتكلم هو إبراز ما في نفسه باللفظ سواء أكان صفةً راسخةً فيها كالشجاعة، أم إعتباراً - كالملكية و الزوجية و الرقية و نحوه - من الاعتبارات الشرعية أو العقلانية، فإن إيجاد تلك الاعتبارات في وعاء الاعتبار بيد معتبرها من الشارع أو العقلاء.

و عليه فمقتضى عدم إختيارية تلك الاعتبارات للمتكلم، و كون الألفاظ مبرزةً للمعاني المقصودة - حيث إن الغرض من وضع الألفاظ هو المبرزية و الحكاية عن المقاصد، على إختلافها في التفهيم من كونها حكاية عن نسبة لها خارج أو عن إيجاد نسبة - هو كون الإنشاء عبارةً عن إبراز نسبة إيجادية، فإن كان ما في النفس إيجاد نسبة بين الصلاة مثلاً و بين المخاطب و إيقاع المادة عليه فيبرزه بقوله: «صل» أو كان ما في النفس ملكية دارٍ معينة لزيد، أو زوجية هندٍ له، فيبرزه بقوله: «بعث» أو زوجت، فإذا أبرز ما في النفس بالألفاظ وضعت لإفهامها و إبرازها إعتبر العقلاء أو الشرع في عالم الاعتبار ذلك الاعتبار المقصود له الكامن في نفسه.

فبالإخبار و الإنشاء يشتركان في الإبراز عما في النفس كما هو الغرض من وضع الألفاظ، و يفترقان في المبرز، لأنه في الإنشاء قصد إيجاد نسبة، و في الإخبار قصد الحكاية عن نسبة لها خارج تطابقه أو تخالفه، فلذا يتصف الخبر بالصدق و الكذب، بخلاف الإنشاء، لأنه إيجاد نسبة كانت معدومة، فليس لها خارج حتى يتصف بالصدق و الكذب.

والحاصل: أن الأمرين المتقدمين - وهما: كون الألفاظ موضوعاً لتفهم المقاصد و ما في الضمائر، و كون الأمر غير الاختياري غير قابل للإيجاد - يقتضيان أن يكون موضوع الأمر الاعتباري بيد المتكلم، لا نفس الاعتبار، فإن ذلك من شأن معتبره من العقلاء أو الشرع. فالمتكلم حين تلفظه بقوله: «بعث» مثلاً يبرز ما في نفسه من تبديل ماله بمال، فيبرز هذا المقصود بلفظ «بعث» المستعمل فيما وضع له. و هذا الإبراز موضوع لحكم الشرع أو العقلاء بالملكية. و هكذا التزويج و نحوه. فالإختلاف بين الإنشاء و الإخبار إنما هو في الوضع، لا في القصد كما عليه صاحب الكفاية، و لا يرد عليه شيء مما أسلفناه كما هو ظاهر بالتأمل.

لكن هذا التقريب لا يخلو أيضاً من تأمل، فإن مصب النزاع في إيجادية الإنشاءات

ولا يلزم^(١) عليه شيء مما تقدم.
نعم^(٢)

(١) أي: لا يرد على تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» شيء من الاشكالات المتقدمة على تعريفه بالانتقال أو بالعقد أو بالنقل بالصيغة، نعم تبقى وجوه من المناقشة في التعريف المتقدم تعرض المصنف رحمته لجملة منها، و نعرض - بعدها - لجملة أخرى منها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

مناقشات في التعريف المختار

(٢) إستدرك على قوله: «لا يلزم» يعني: أن إشكالات سائر التعاريف وإن لم ترد على تعريف المتن، لكن هنا وجوه أخرى ربما يتوهم ورودها عليه، فلا بد من ذكرها و بيان سلامة التعريف منها.

و ليعلم أن جملة من الوجوه - التي تعرض المصنف لها - لا تختص بتعريفه، بل يشترك فيها تعريف البيع بالعقد أو بالانتقال أو بالنقل، فإن الشهيد الثاني رحمته أورد بها على تعريف المحقق بالعقد كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

و مبرزيتها هو فعل المنشئ، سواء في إنشاء الشارع في مقام التشريع كاعتبار اللابدية و الحرمان أو اعتبار البعث و الزجر النسبيين، أم في إنشاء العقلاء، أم في إنشاء كل من له إنشاء، و قد تحقق في محله - و سيأتي التنبيه عليه - أن الملكية و نحوها من الاعتباريات تكون بيد المنشئ، سواء قلنا بالإيجاد أم بالإبراز، و ليس للعرف و الشرع إلا الاعتبار المماثل.

و عليه فلا وجه لجعل إنشاء المنشئ إبرازاً و إمضائه عقلاً و شرعاً إيجاداً له في وعاء الاعتبار، بل إما أن يلتزم بالإيجاد في المراحل الثلاث و هي فعل المنشئ و اعتبار العقلاء و الشارع، أو بالإبراز فيها.

هذا بعض الكلام في المسألة، و تحقيقه موكول الى علم الاصول.

و الإنصاف أن المسألة لا تخلو من إعضال، فكل على ما يختاره ثمة، والله الهادي الى

الصواب.

يبقى عليه^(١) أمور:

منها^(٢): أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «مَلَكْتُ» و إلا^(٣) لم يكن مرادفأله.

ويرد^(٤): أنه^(٥) الحق كما سيجيء^(٦) (*).

(١) أي: على تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال».

١- توقف التعريف على جواز الإنشاء بالتمليك

(٢) هذا أول الإشكالات التي أوردها المصنف على تعريفه البيع بما ذكره، ومحصله: أن هذا التعريف يتوقف صحته على جواز إيجاب البيع بلفظ «مَلَكْتُ» و وجه التوقف واضح، إذ المفروض تفسير ماهية البيع بالتمليك الإنشائي، فلو لم يصح إنشاء البيع بلفظ التمليك إمتنع تفسيره به، لاحتمال كون حقيقته أمراً آخر غير التمليك. و عليه فصحة التعريف موقوفة على جواز إنشاء البيع بالتمليك، فإن جاز إنشاؤه به صح تعريفه به، وإلا فلا.

(٣) أي: و إن لم يحز الإيجاب بلفظ «مَلَكْتُ» لم يكن التمليك مرادفاً للبيع، و لم يصح حينئذ تعريف البيع بإنشاء التمليك.

(٤) هذا جواب الإشكال الأول، و حاصله: الالتزام بجواز الإيجاب بلفظ «مَلَكْتُ» فلا محذور من هذه الناحية في تعريف البيع بإنشاء التمليك، فالترادف ثابت بين المادتين.

(٥) أي: أن جواز الإيجاب بلفظ «مَلَكْتُ» هو الحق.

(٦) سيأتي تصريحه بجواز الإنشاء بلفظ «مَلَكْتُ» في موضعين:

أحدهما: قوله في جواب الإشكال الخامس على تعريف البيع: «فلو قال: ملكتك كذا بكذا كان بيعاً، و لا يصح صلحاً و لا هبة معوضة و ان قصداهما...».

ثانيهما: في المقدمة المعقودة لألفاظ العقود - بعد تنبيهات المعاطاة - حيث قال: «و منها: لفظ - مَلَكْتُ - بالتشديد».

(*) ظاهره تسليم الإشكال، و أن تعريف البيع بالتمليك يلزمه جواز إنشائه به، لكن

يمكن منع الملازمة كمنع الترادف بينهما.

أما منع الملازمة بين تعريف العنوان المعاملي بمادة خاصة و جواز الإنشاء بها فلا يمكن اعتبار الإنشاء بلفظ خاص، و عدم الاكتفاء بمطلق ما يدل عليه، فإن الطلاق الذي حقيقته البينونة بين الزوجين لا يتعين إنشاؤه بصيغة خاصة، و لا يقع بلفظ البائن الصريح في المنشأ. و عليه فالمهم في التعريف إتحاد الحد و المحدود ذاتاً و اختلافهما بالاجمال و التفصيل، فلا مانع من صحة تعريف البيع بالتملك مع عدم جواز الإنشاء به.

إلا أن يقال: إن مقتضى الترادف جواز إنشاء الطلاق بالبينونة أيضاً لولا التعبد الشرعي، و حيث إنه لم يؤخذ في البيع خصوص لفظ «بعث» فلا بد من الالتزام بجواز إنشائه بالتملك. و أما منع الترادف فلأن مفهوم البيع هو التبديل لا التملك. و ما عن فخر المحققين رحمهم الله من «أن بعث في لغة العرب ملكك غيري» معارض بما عن الشهيد الثاني من «أن ملكك - يفيد معنى غير البيع».

نعم التملك يلزم البيع غالباً، و لذا جعله العلامة من الكنايات، هذا أولاً.

و ثانياً: أن جواز الإيجاب بلفظ «ملكك» على فرض ثبوته أعم من المرادفة، إذ يمكن أن تكون دلالة على البيع مع قرينة ولو مقامية، فالدلالة على البيع تكون من قبيل تعدد الدال و المدلول. فلعل التملك بمنزلة الجنس للبيع أو من لوازمه، و القرينة المقامية أو غيرها تدل على النوع و هو البيع. كما أن عدم جواز الإيجاب بلفظ «ملكك» لا يدل على عدم الترادف بعد إمكان التعبد في صيغ العقود، فتدبر.

و ثالثاً: أن التعريف لم يكن بلفظ التملك حتى يتوجه عليه هذا الاشكال، بل كان بإنشاء التملك، فالاشكال المتوجه عليه هو إستلزامه جواز إنشاء التملك، و هو عين إشكال عدم قابلية الإنشاء للإنشاء، حيث إن التبديل متضمن للإنشاء، فيلزم إنشاء إنشاء الملكية.

ومنها^(١) :**ب - خروج بيع الدين عن الحد**

(١) هذا ثاني الاشكالات التي أوردها المصنف رحمته على تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» وحاصله: عدم جامعية التعريف لأفراد البيع، وذلك لأن مقتضى أخذ التمليك في حقيقة البيع هو صيرورة المشتري مالكا للمبيع، كمالكية البائع للثمن، فلو لم يترتب عليه مالكية المشتري له لم يكن بيعاً، ومن المعلوم عدم صدق التعريف على بيع الدين على المديون، إذ لا يصير المشتري مالكا لمال على نفسه.

مثلاً: لو كان زيد مديوناً لعمر بن من الحنطة، فباعه عمرو على زيد بدينار، فإن المشتري لم يملك شيئاً في هذه المعاملة، لعدم معقولية تملك الانسان شيئاً على عهدة نفسه، وإذا امتنع التملك إمتنع تمليك البائع إياه، لتضاييف التمليك والتملك، فلا يفيد بيع الدين تمليك الدين للمديون، وإنما يؤثر في سقوط ما في ذمته.

وعليه فلازم عدم ترتب انتقال الملك - في بيع الدين - هو عدم صحة إطلاق البيع عليه، مع أن كون «بيع الدين» من أفراد البيع لعله مما لا خلاف في مشروعيته وصحته في الجملة، قال العلامة رحمته : «قد بينا أنه يجوز بيع الدين، وهو مذهب علمائنا، ولا فرق بين بيعه على من هو عليه أو على غيره»^أ.

وفي الجواهر: «يجوز بيع الدين - بعد حله - على الذي هو عليه، بلا خلاف فيه بينا ولا إشكال، بل وعلى غيره، وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل لعلها كذلك، بعد إنحصار الخلاف في الحل^ب، لوجود المقتضي وارتفاع المانع...»^ج.

والحاصل: أن بيع الدين على الغريم بيع حقيقة، مع أن أثره سقوط الدين، ولا تمليك فيه.

أ : مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٧٩

ب : راجع السرائر، ج ٢، ص ٣٨ الى ٤٠

ج : جواهر الكلام، ج ٢٤، ص ٣٤٤

أنَّه ^(١) لا يشمل بيع الدين على من هو عليه ^(٢)، لأنَّ ^(٣) الإنسان لا يملك مالاً على نفسه.

وفيه ^(٤) - مع ما

وهذا النقض يوجب بطلان تعريف البيع بإنشاء التملك. بل لابد من تعريفه بما ينطبق على بيع الدين ونحوه مما لا يترتب عليه تبديل إضافة الملكية.

ثم لا يخفى أنَّ هذا النقض - لو تمَّ في نفسه - لا يختص بتعريف المصنف، بل يرد على التعاريف المتقدمة أيضاً، إذ كما لا يملك المديون ما في ذمة نفسه، فكذا لا ينتقل إليه شيء، وعليه فلا بد من علاج الاشكال على جميع التعاريف، هذا.

(١) أي: أنَّ هذا التعريف غير جامع لأفراد البيع.

(٢) تقييد بيع الدين ببيعه على خصوص المديون إنما هو لأجل إفادته التملك لو باع الدائن دينه للأجنبي، فيصير المشتري مالكا للكلِّي في ذمة المديون بدلاً عن مالكية البائع له. وعلى هذا فإشكال عدم إطراد التعريف يختص بما إذا كان المشتري للدين هو المديون، لا الأجنبي.

(٣) محصل هذا التعليل: أنَّ عنواني «المالك والمملوك عليه» متقابلان كتقابل عنواني «المسلط والمسلط عليه» ومن المستحيل إتحاد المتقابلين، فإذا بُنيَ على جواز تملك المديون لما في ذمة نفسه لزم وحدة المتقابلين وهما المالك والمملوك عليه، وهذا المهدور ألجأ بعضهم إلى القول بأن بيع الدين على المديون يفيد السقوط لا الملك.

(٤) هذا جواب الاشكال الثاني على تعريف البيع، وهو يرجع إلى وجهين، أحدهما: تقدّم في القسم الثاني من أقسام الحقوق، وأضاف إليه هنا تنظيره بباب التهاثر، وثانيهما: نقض على المستشكل، و أنَّ الإشكال لا يختص بتعريف البيع بإنشاء التملك، بل يرد على تعريفه بالنقل والانتقال أيضاً، فلا بد من علاجه على جميع التعاريف.

هذا إجمال الوجهين.

أما توضيح الوجه الأوّل فهو: أنَّه لا مانع من تعريف البيع بـ «إنشاء التملك» و ترتب الملكية عليه في جميع الموارد حتى في بيع الدين على المديون، ولا منافاة بين مالكية المديون لما

في عهدة نفسه وبين سقوطه عنه، لأن الممتنع هو تملك الانسان لمال على نفسه حدوثاً وبقاءً، وأما تملكه له حدوثاً فقط ثم سقوط المال عن ذمته فليس بممتنع. فالمقام - من حيث التملك آنأماً ثم السقوط - نظير أن يكون زيد مديوناً لعمر وديناراً، واشترى عمرو منه متاعاً بدينار كلي في ذمته، فإن الدينارين يسقطان عن كلتا الذمتين بالتهاتر.

و عليه فلم يُنتقض تعريف المصنف ببيع الدين أصلاً، لفرض دخول المبيع الكلي في ملك المديون آنأماً، وهذا المقدار كافٍ في صحة البيع، ولا يعتبر فيه تأثيره في بقاء المبيع على ملك المشتري.

وأما توضيح الوجه الثاني فهو: أن إشكال عدم جامعية التعريف لأفراد المعرف لا يختص بما إذا كان البيع بمعنى التملك، بل هو مشترك الورود على تعريفه بالانتقال أو بالنقل أو بالعقد الدال على أحدهما، إذ لو كانت نتيجة بيع الدين على من هو عليه مجرد فراغ الذمة لا التملك كان تعريفه بالنقل والانتقال منتقضاً أيضاً ببيع الدين، لفرض عدم انتقال شيء إلى المديون.

و عليه فلا وجه لإيراد هذا المحذور على خصوص تعريف المصنف ^{عليه السلام} بل اللازم - على من عرفه بالنقل وشبهه - التفصي عن هذا الاشكال، وتصحيح بيع الدين على المديون على كل حال، سواء أكان البيع هو التملك، كما عن فخر المحققين، حيث قال فيما حكى عنه: «أن بعث في لغة العرب بمعنى ملك غيري» أم هو المبادلة أم النقل، لأن عدم معقولية مالكية الانسان لما في ذمة نفسه يوجب عدم معقولية البيع، الذي هو عبارة في العرف واللغة عن المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الألفاظ.

والحاصل: أن استحالة تملك الشخص لما في ذمته يوجب عدم معقولية بيع الدين مطلقاً حتى لو عرفنا البيع بالمبادلة والنقل، مع أن من عرفه بالانتقال - كشيخ الطائفة والعلامة وغيرهما، أو بالعقد الدال على نقل الملك كما في الشرائع - صرح بجواز بيع الدين بمن هو عليه،

عرفت^(١) وستعرف^(٢) من تعقل تملك ما على نفسه، ورجوعه^(٣) إلى سقوطه عنه^(٤)،
نظير^(٥) تملك ما هو مساو لما في ذمته وسقوطه^(٦) بالتهاتر - أنه^(٧) لو لم يعقل التمليك
لم يعقل البيع، إذ ليس للبيع لغةً و عرفاً معنىً غير المبادلة و النقل و التمليك

كما تقدم في عبارة المختلف والجواهر.

(١) يعني: في القسم الثاني من الحقوق، حيث قال: «لأنه لا مانع من كونه تمليكاً
فيسقط... والحاصل: أنه يعقل أن يكون مالاً لما في ذمته، فيؤثر تمليكُه السقوط».

(٢) يعني: بعد أسطر، حيث يقول: «فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه، لم يعقل شيء مما
يساويها... الخ».

(٣) أي: ورجوع التملك، يعني: أن مال تملك الانسان لما في ذمة نفسه هو سقوط الدين
الذي كان في ذمته.

(٤) أي: سقوط ما على سهدته عن نفسه.

(٥) كالمثال المتقدم آنفاً من كون زيد مديوناً لعمر و ديناراً، ثم شراء عمرو من زيد متاعاً
بدينار كلي نسيئة، إذ يتساقط الديناران عن الدينين قهراً.

و غرضه من هذا التنظير رفع الاستبعاد عن سقوط ما في الذمة قهراً بدون الإسقاط في
بيع الدين على المديون، و أن السقوط يترتب على ملكية المديون لما في ذمته آنأماً. و ليس
الغرض من هذا التنظير ما أفاده بعض المحشين من «مجرد رفع الاستبعاد عن سقوط ما في
الذمة قهراً بدون الإسقاط» بل المقصود إثبات ملكية المديون لما في ذمة نفسه آنأماً أيضاً حتى
يتجه بيع الدين من المديون.

(٦) أي: سقوط ما في ذمة المديون بسبب التهاتر القهري.

(٧) هذا و بعده مرفوع محلاً لكونه مبتدأ مؤخرأ لقوله: «وفيه» و هذا إشارة الى الوجه
الثاني مما أجاب به عن الاشكال، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و أما توضيح الوجه الثاني
فهو... الخ».

و ما يساويها من الألفاظ، و لذا قال ^(١) فخر الدين: «ان معنى بيعت في لغة العرب ملكت غيري» فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع ^(٢).

(١) مقصوده تَوْكَد جعل كلام فخر المحققين تَوْكَد شاهداً على أن معنى البيع في اللغة والعرف هو التملك، فإذا لم يتحقق «تمليك الغير» في مثل بيع الدين من جهة استحالة تملك الانسان لما في ذمة نفسه لم يعقل النقل والمبادلة أيضاً، لاتحاد هذه العناوين مفهوماً، وحيث إن القائلين بأن البيع هو الانتقال أو العقد أو المبادلة صرحوا بصحة بيع الدين، فلا بد من صحته بناءً على كونه التملك أيضاً. و ينحل الاشكال بمحصول النقل والملك والمبادلة آنأما، ثم يسقط الدين عن المديون.

(٢) مع أن البيع بمعنى النقل و الانتقال معقول في بيع الدين، فليكن معقولاً بناءً على تعريفه بالتمليك (٣).

(٣) ما أفاده تَوْكَد في بيع الدين من تصحيحه بالالتزام بالملكية آنأما و من تنظيره بالتهاتر لا يخلو من تأمل.

أما تأثيره في الملكية ثم سقوط الدين عن المديون ففيه: أن السقوط إن كان معلولاً لمالكية الانسان لما في ذمة نفسه فمن المعلوم عدم معقولية تأثير الشيء في عدم نفسه. و إن كان للغوية بقاء الملكية فمانع البقاء مانع الحدوث أيضاً، إذ لو لم يكن مانع عن التملك فلم يسقط، و إن كان مانع عنه فلم يثبت.

و بالجملة: محذور استحالة إجتماع المتقابلين كما يمنع من البقاء كذلك يمنع من الحدوث، نعم لو كان المانع شرعياً كما في مالكية العمودين تعين الالتزام بالملكية الأنامائية جمعاً بين الأدلة.

إلا أن يقال: بأجنبية المقام عن المحذور العقلي، إذ حكم العقلاء بالسقوط كحكمهم بالملكية إعتباري لا حقيقي، ولو لأجل لغوية إعتبار مالكية الشخص لما على عهدة نفسه،

و هذا المقدار لا يُزاجم الإجماع على جواز بيع الدين على من هو عليه، فيلتزم بالملكية الآنية. ولكنك خبير بأن منشأ الأشكال أخذ التمليك في البيع، فلو نوقش فيه - كما تقدم في جعل إسقاط الحق عوضاً - لم تكن منافاة بين صحة بيع الدين و تأثيره السقوط من أول الأمر بعد المناقشة في اعتبار التمليك في البيع، فيكون نفس سقوطه الدين عوضاً من دون حاجة الى اعتبار سبق ملكية الدين للمديون في سقوطه عنه.

وأما تنظيره بالتهاتر فيمكن منعه أولاً: بالفرق بين البابين، بأنه في بيع الدين تتحد الذمة المالكة والمملوكة، ولا بد حينئذ من الالتزام بالسقوط، وإلا يلزم كون الانسان مديوناً لنفسه، و ذا حق المطالبة على نفسه. بخلاف باب التهاتر، لتعدد الذمة فيه، وإنما أوجبت المماثلة بين ما عليهما براءة تهما.

و ثانياً: بأن التهاتر - فيما إذا أتلّف الدائن مماثلاً لما له في عهدة المديون - وإن كان مشهوراً بين الفقهاء، لكن يمكن منعه بصيرورة كل منهما مديوناً للآخر، و يتوقف براءة الذمة على الصلح أو الإبراء كما ذهب إليه المحقق الأردبيلي رحمته الله حيث قال معلقاً على كلام العلامة: «و من عليه حق، و له مثله تساقط، وإن كان مخالفاً إقتصر الى التراضي» ما لفظه: «لعل دليله ما يظهر أن الحقيين متساويان من غير فرق و مرجح، فيبرء ذمة كل واحد بما له في ذمة الآخر، و لا يظهر دليل آخر.

و ينبغي التراضي، لأن شغل الذمة معلوم، و لا تحصل البراءة إلا به شرعاً، إذ لكل حق يمكن أن يكون له طلبه و إستيفاؤه، و لا يمنع من ذلك حقه في ذمته، كما في الحدود و التعزيرات. و لا شك أن الأحوط هو التراضي من الجانبين بالإبراء و الصلح و نحوهما، كما إذا كان مخالفاً...»^أ.

و هو في غاية المتانة، إذ لا دليل على أن مجرد المماثلة بين ما في الذمتين يكون مسقطاً قهرياً، خصوصاً مع تنظيره بباب الحدود و التعزيرات، كما لو قذّف شخصان كل منهما الآخر، فإن إشتغال الذمة قطعي، و مجرد المماثلة لا يسقط الحد و لا الإستحلال، فليكن كذلك في

الحقوق المالية. هذا.

ومنه يظهر غموض الوجه الثاني أيضاً، فإنه التزام بالشكال لا جواب عنه، إذ لا مناص - من محذور إستحالة ملك الشخص لما في ذمته - بجعل البيع نقلاً أو مبادلة بناءً على إرادة التبديل في إضافة الملكية أو في طرفي الإضافة. فالاشكال كله ينشأ من تخصيص البيع بالتملك، فمع إنكار إطلاقه لا مانع من صحة بيع الدين على من هو عليه وإن كان فائده السقوط لا الملك حتى آنأما.

إلا أن يشكل صدق البيع عليه من جهة إعتبار عينية المبيع، المختصة بالعين الخارجية والكلية الذمية التي يترقب وجودها خارجاً كالمبيع سلفاً. وأما الدين فحيث إنه يمتنع وجوده ببيعه على من هو عليه فلا يصح، فتأمل.

و عليه فلا بد من أن يكون حقيقته الإبراء بالعوض، وإطلاق البيع عليه لا يخلو من مسامحة. وصحته بعنوان البيع وإن كان إجماعياً كما إدعاه الحلبي والعلامة وغيرهما، إلا أنه محتمل الاستناد إلى إطلاق الأدلة وخصوص ما ورد في نصوص بيع الدين بأقل منه، ولا مناص إما من التوسعة في مفهوم البيع، وإما من إرادة جواز أخذ الدائن مالاً من غريمه بإزاء إبراء ذمته عن الدين.

كما يمكن تصحيحه بجعله من باب الهبة المشروطة، بأن يهب المديون شيئاً للدائن على أن يُبريء ذمته، ويكون عوض الهبة نفس الإبراء الذي هو فعل يبذل بازائه المال كإسقاط الحق.

ولا يخفى أن للمحقق النائيني رحمته كلاماً في الجواب عن النقض المزبور لا بأس بنقله، قال المقرر: «فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه وإن كان صحيحاً، إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة، فيكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته، وذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه في الخارج. ولا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية، بل يقع البيع على الكلي وهو من من الحنطة مثلاً، فيصير المشتري - أعني المديون - مالكاً لذلك الكلي على البائع. وحيث إن البائع كان مالكاً لمن من الحنطة على ذمة المديون

- وهو المشتري - فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري، فيوجب سقوط ذمة كليهما. وهذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقة، إلا أنه أشبه شيء به^أ.

و ملخصه: أن بيع الدين تارة يقع على نفس ما في ذمة المديون - بوصف كونه ما في الذمة - وهو باطل، لأنه بهذا القيد لا يصلح للوجود الخارجي. وأخرى يقع على كلي في ذمة البائع معانيل لما في ذمة المشتري وهو المديون. ولما كان المبيع منطبقاً على ما على المشتري من الدين صار هذا الانطباق منشأ لسقوط ما في ذمة البائع والمشتري. ففي الحقيقة بيع الدين من المديون ليس بيعاً لنفس الدين، بل لما ينطبق على الدين. هذا.

وفي كلامه مواقع للنظر:

منها: قوله: «إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة» إذ فيه: أنه لا وجه لهذا الاستثناء بعد وضوح كون الذمة ظرفاً للمبيع، إذ لو لم يضاف الكلي إلى ذمة شخص لا يتعلق به إضافة الملكية، وليست الذمة قيداً له، فإن الالتزام بصحة البيع موقوف على عدم قيدية الذمة للمبيع، وإلا لم يكن المبيع حينئذ مالاً حتى يبذل بإزائه المال، فيختل أحد أركان البيع وهو مالية المبيع.

فالأولى تعليل عدم جواز بيع الدين على المديون بعدم المالية. بل يتجه حينئذ عدم جواز بيعه مطلقاً ولو من غير المديون، لسقوطه عن المالية بسبب تقيده بذمة المديون المانع عن صلاحية الانطباق على الخارجيات، فعدم تقيده بالذمة مقوم للمالية، وليس شرطاً لبيعه من خصوص المديون.

والحاصل: أنه لا وجه للاستثناء المزبور، إذ التقييد بعدم الذمة شرط لمالية الكلي الذي سواء قلنا بجواز بيع الدين على من هو عليه، أم لم نقل.

نعم إن كان الاشكال في بيع الدين من المديون من جهة المالية كان للاستثناء المزبور وجه، فتدبر.

ومنها: قوله: «ليكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته» إذ فيه: أنه موهم بل ظاهر في أن ما في الذمة - بقيد كونه في الذمة - مملوك للشخص، وحيث لا يمكن بيعه من أحد، إذ مع هذا القيد يمتنع وجوده في الخارج. وكذا سائر المعاملات، مع أن المعاملات الذمية في غاية الكثرة.

و بالجملة: لا مجال لتوهم مالكية الشخص لما في ذمته مقيداً بكونه في الذمة، إذ لا يصلح حيث لا يصلح حيث لا يصلح للمعاوضة عليه أصلاً، بل الذمة ظرف للكلي.

ومنها: قوله: «و لا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية». إذ فيه: أنه لا يعتبر الوجود الخارجي الفعلي في المبيع قطعاً، بل المعتبر فيه هو إمكان وجوده في موطن استحقاق المشتري له، إذ لو كان وجوده الخارجي الفعلي معتبراً فيه لا نسد باب بيع الذمي رأساً، وهو كما ترى. ولعل مقصوده من عينية المبيع الخارجي هو قابلية الوجود لا فعليته، فيرتفع الاشكال.

ومنها: قوله: «بل يقع البيع على الكلي... الخ» إذ فيه: أن هذا ليس من بيع الدين على من هو عليه في شيء، ضرورة أن المبيع هو الكلي الذي ظرفه ذمة البائع لا ذمة المديون والمفروض أن المبيع في «بيع الدين من المديون» هو نفس ذلك الدين، لا شيء آخر ينطبق على الدين حتى يسقط عن ذمة المديون بسبب إنطباق كلي آخر عليه، فإنه خارج عن مورد النقض المذكور في المتن أعني به بيع الدين على من هو عليه.

و الحاصل: أن الكلام في بيع نفس ما في ذمة المديون، وأنه كما يجوز بيعه من أجنبي بلا إشكال، كذلك يجوز بيعه من نفس المديون.

و أما جعل المبيع كلياً في ذمة البائع الدائن قابلاً للانطباق على ما في ذمة المديون فهو خارج عن بيع الدين الثابت على المديون كما لا يخفى. فكلام المحقق النائيني رحمته ليس جواباً عن نقض تعريف البيع ببيع الدين من المديون، فتدبر.

و منها^(١): أنه يشمل التملك بالمعاطاة^(٢)، مع^(٣) حكم المشهور^(٤) بل^(٥) دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً.

ج - انتقاض التعريف بالمعاطاة

(١) أي: و من الأمور الباقية على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» عدم كونه مانعاً عما لا يفيد التملك، فينتقض بالمعاطاة، فإنها وإن كانت تملكاً فعلياً فاقداً للصيغة المعتبرة في العقود اللازمة، إلا أنه يصدق عليها «إنشاء تملك عين بمال» كالبيع القولي، فإن كل واحد من المتعاطيين يدفع ماله إلى الآخر بقصد التملك، مع أن المشهور - بل المجمع عليه - عدم كون المعاطاة بيعاً، فيلزم أن يكون تعريف المصنف للبيع غير مانع عن دخول ما ليس من أفراد البيع في البيع.

(٢) لعلّ تعبيره بالتملك بالمعاطاة دون «يشمل المعاطاة» لأجل التنبيه على أن المعاطاة - كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى - قد يقصد بها إباحة التصرف، وقد يقصد بها التملك. ومن المعلوم أن انتقاض تعريف البيع إنما هو بالمعاطاة المقصود بها التملك دون ما يقصد بها الإباحة، لخروجها موضوعاً عن تعريف البيع، لفرض بقاء المالكين على ملك المتعاطيين كما كانا قبل التعاطي.

(٣) هذا هو منشأ ورود الإشكال الثالث على التعريف، ومحصله: ذهاب مشهور الفقهاء إلى نفي بيعية المعاطاة المقصود بها التملك، لتوقف العقود اللازمة على اللفظ، والمعاطاة فاقدة للصيغة، فليست بيعاً، مع أنها إنشاء فعلي^١ لملك عين بمال، فلو عرّف المصنف البيع بقوله: «إنشاء تملك عين بمال بالصيغة» كان سليماً عن نقضه بالمعاطاة.

(٤) قال السيد الفقيه العاملي: «وفي الميسية: أن المشهور بين الأصحاب أنها ليست بيعاً محضاً»^أ.

(٥) غرضه تقوية الاشكال والإضراب عن قيام مجرد الشهرة على نفي بيعية المعاطاة، حتى يقال بكفاية كونها بيعاً عند بعض الفقهاء، فلا ينتقض التعريف حينئذٍ بها.

وفيه^(١):

و يحصل الاضرار: إنعقاد الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً، قال السيد ابن زهرة: «إنها ليست ببيع، وإنما هي إباحة للتصرف. يدل عليه الاجماع المشار إليه... الخ». وقال الشهيد الثاني معلقاً على كلام المحقق: «و لا يكفي التقابض من غير لفظ» ما لفظه: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كان يكون إجماعاً...»^(٢).

(١) هذا جواب الاشكال الثالث، و توضيحه: أن النقص بالمعاطاة غير وارد، لأن المحدود هو البيع بالمعنى الأعم الشامل للصحيح والفساد، ومن المعلوم أن المعاطاة - المقصود بها التملك - بيع عرفاً، ونفي بيعيتها في بعض العبارات راجع إلى حكمها أي عدم ترتب أثر البيع اللفظي على مجرد التعاطي، وهذا نظير بيع ما لا يملك شرعاً - كالخمر - بالصيغة، فإنه لا يؤثر في الملكية وإن صدق عليه عرفاً حد البيع.

و بعبارة أخرى: إن كان مورد النفي بيعية المعاطاة كان للنقص المزبور مجال، إذ المفروض وجود «إنشاء التملك» في المعاطاة مع عدم كونها بيعاً. وإن كان مصب النفي حكم المعاطاة من الصحة أو اللزوم لم يبق مورد للنقص المذكور، إذ المفروض صدق البيع على المعاطاة وإن كانت بيعاً باطلاً. و على هذا فنفي بيعيتها - الذي هو المشهور أو المجمع عليه - يرجع إلى نفي الحكم أعني الصحة، لا الموضوع، و ورود النقص يتوقف على كون مورد النفي هو الموضوع أعني البيعة، لا الحكم.

و الشاهد على أن مراد النافين نفي الحكم لا الموضوع - بعد بداهة صدق مفهوم البيع لغة و عرفاً على المعاطاة المقصود بها التملك - أن الاجماع لا بد أن ينعقد على حكم شرعي، لا على ثبوت موضوع عرفي أو نفي. و عليه فلا محيص عن كون معقد الاجماع على النفي هو الحكم الشرعي من صحة المعاطاة أو لزومها.

أ: غنية النزوع في الاصول والفروع، ص ٥٢٤

ب: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٧، ونحوه كلامه في الروضة، ج ٣، ص ٢٢٢

ما سيجيء^(١) من كون المعاطاة بيعاً، وأن^(٢) مراد النافين نفي صحتها^(٣).
ومنها^(٤):

(١) يعني: في بحث المعاطاة عند الاستدلال على إفادتها للملك بآية ﴿أحل الله البيع﴾ حيث قال: «وَأَمَّا مَنْعُ صَدَقِ الْبَيْعِ عَلَيْهِ عَرَفًا فَكَايِرَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَى الْجَمَاعِ فِي كَلَامِ بَعْضِهِمْ عَلَى عَدَمِ كَوْنِ الْمَعَاطَةِ بَيْعًا كَابِنِ زَهْرَةٍ فِي الْغَنِيَّةِ، فَمُرَادُهُمْ بِالْبَيْعِ: الْمَعَامَلَةُ اللَّازِمَةُ الَّتِي هِيَ إِحْدَى الْعُقُودِ... الخ».

(٢) معطوف على «كون» ومبين لمراد النافين حتى يندفع توهم المنافاة بين دعوى بيعية المعاطاة وبين نفي بيعيتها. وعليه فلا ينتقض تعريف المصنف رحمته الله بالمعاطاة.

(٣) فلم يتوارد النفي والإثبات على أمر واحد، بل المثبت ناظر الى الموضوع، والنافي إلى الحكم.

د- إنتقاض التعريف بالشراء

(٤) يعني: ومن الأمور الباقية على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» وهذا رابع الاشكالات التي أوردها المصنف رحمته الله على تعريف نفسه. ومحصله: إنتقاض التعريف بالشراء، لصدق «إنشاء التملك» على قبول المشتري، لأن البيع «تمليك الغير» كما صرح به المصنف رحمته الله في المنع من جعل القسم الثاني من الحقوق - أي ما لا يقبل النقل الى الغير - ثمناً في البيع، فكما يملك البائع المبيع للمشتري، كذلك المشتري يملك الثمن للبائع، وهذا معنى المبادلة في إضافة الملكية، فكل من المتبايعين يُنشئ التملك، ولا يختص بالبائع. مع أن مقصود المصنف رحمته الله تعريف البيع بالمعنى المصدري الذي هو فعل البائع وقائم به، لا الملكية والنقل بالمعنى الاسمي المترتب على مجموع الايجاب والقبول.

نعم لو لم يعتبر التملك من الطرفين وكان تملك البائع كافياً كان تعريفه بـ «إنشاء تملك عين بمال» سليماً عن هذا النقض، لكنه خلاف تصريحه باعتبار التملك من كلا المتبايعين. وعلى هذا فتعريف البيع بما في المتن غير مانع للغير، وهو إنشاء قبول المشتري.

صدقه^(١) على الشراء، فإن^(٢) المشتري بقبوله للبيع يُملِّك ماله بعوض المبيع^(٣) (*).

و ليعلم أن هذا النقض ناظر إلى ما هو الغالب من كون الثمن عيناً خارجية كالثمن، سواء أكان نقداً أم عَرَضاً، إذ يتوجه حينئذٍ محذور صدق تعريف البيع على قبول المشتري. وأما لو كان الثمن منفعةً مملوكة - كسكنى الدار أو عمل الحر بعد المعاوضة عليه - لم ينتقض تعريف البيع بقبول المشتري، لفرض عدم كون الثمن عيناً، حتى يصدق البيع على تملكه، لما تقدم من إعتبار عينية المعوض دون العوض.

(١) أي: صدق تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بـمال» على الشراء الذي هو فعل المشتري.

(٢) هذا تقريب النقض، وقد عرفته آنفاً.

(٣) فيصدق على الشراء «أنه إنشاء تملك عين بـمال» مع أن المقصود تعريف البيع القائم بالبائع، فلا بد من تعريفه بما لا ينطبق على قبول المشتري.

(*) قال سيدنا الأستاذ رحمته الله: «هذا لا يراد له تم توجه أيضاً على التعريف الأول والثالث، ولا يختص بهذا التعريف».

أقول: المراد بالأول هو تعريف البيع بما في المبسوط والتذكرة وغيرهما «من انتقال عين من شخص إلى غيره... الخ». وبالثالث هو تعريف جامع المقاصد للبيع: «بنقل العين بالصيغة المخصوصة». ولم يظهر صدق شيء من هذين التعريفين على الشراء.

أما الأول فلما فيه أولاً: من أن الشراء - بناءً على كونه إنشاء التملك - يكون من مقولة الفعل، والانتقال من مقولة الانفعال، ولا يصدق أحدهما على الآخر.

و ثانياً: من أن المال المتقل من المشتري إلى البائع لا يعتبر أن يكون عيناً، لما تقدم من أن العينية غير معتبرة في الثمن.

وأما الثالث فلما فيه أولاً: من مغايرة النقل للتملك.

وفيه ^(١): أن التملك فيه ^(٢) ضمني، وإنما حقيقته التملك بعوض، ولذا ^(٣)

(١) هذا جواب الاشكال، وحاصله: عدم إنتقاض تعريف البيع بقبول المشتري، وذلك لأن المتصدّي لإيجاد المبادلة بين المالين هو البائع، فهو يملك ماله للمشتري بالعوض، وإنشاء المشتري يتعلق بما أنشأه البائع من التملك بالعوض، فوظيفة المشتري إنشاء التملك الذي هو مطاوعة فعل البائع، وإن انحل هذا التملك المطاوعي المعاوضي إلى تملك ماله للبائع، إلا أنه ليس متعلقاً لإنشاء أولاً وبالذات، بل بالتحليل، حيث إن مطاوعة تملك البائع تستلزم تملك المشتري.

و الحاصل: أن متعلق إنشاء البائع - أولاً وبالذات - هو التملك، و متعلق إنشاء المشتري كذلك هو التملك الذي يكون مطاوعةً لفعل البائع، و حيث إن فعل البائع هو التملك بالعوض فلا محالة يكون فعل المشتري تملكاً بالعوض، فهذا التملك - الذي هو متعلق إنشاء المشتري أولاً - يتضمن التملك أيضاً، لأن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم عدم إنتقال إضافتهم الملكية الى غيرهم إلا بفعل إختياري مسمّى بالتملك.

وإن شئت فقل: إن متعلق إنشاء المشتري - أولاً وبالذات - هو التملك المتضمن لتملك الثمن للبائع، لفرض كون البيع من المعاوضات. و متعلق إنشاء البائع أولاً وبالذات هو التملك، فالإنشاء ان متعاكسان، ولا يصدق أحدهما على الآخر.

(٢) أي: في الشراء.

(٣) أي: ولأجل كون التملك في الشراء ضمناً غير مستقل لا يجوز إنشاء الشراء بلفظ «ملكك» وذلك لأن هذا اللفظ ليس صريحاً ولا ظاهراً في التملك الضمني، بل ظاهر في التملك

و ثانياً: من عدم اعتبار العينية في الثمن، و المفروض إعتبارها في التعريف المزبور، و هو نقل العين بالصيغة المخصوصة.

و ثالثاً: أن الشراء لا يقع بلفظ «بعث» الذي هو المراد بالصيغة المخصوصة. و لم يظهر لنا مراده ^(٤)، و هو أعلم بما قال.

لا يجوز الشراء بلفظ «مَلَكْتُ» تقدّم على الإيجاب أو تأخّر^(١) (*).

الأصلي الابتدائي، و المفروض عدم كون الشراء تمليكاً أصلياً، فلا يجوز إنشاؤه بلفظ ليس صريحاً ولا ظاهراً في التمليك الضمني.

(١) عدم دلالة على التمليك الضمني واضح، إذ ليس فيه شائبة التمليك التبعية ولا التملك بالعوض أصلاً، ولا فرق في هذه الجهة بين تقدم القبول على الإيجاب وتأخره عنه، لأنّ تمام المناط هو دلالة القبول - أولاً وبالذات - على مطاوعة الإيجاب والتملك بالعوض، ثم دلالة على تمليك الثمن للبائع، و المفروض عدم تكفل «مَلَكْتُ» للتملك بالعوض والتمليك التبعية، و إنّما مدلوله التمليك الأصلي الذي هو مدلول الإيجاب.

(*) و عليه فالفرق بين إنشاء البيع وإنشاء الشراء ثبوتي، حيث إنّ مفهوم القبول هو إنشاء التملك بعوض، سواء أكان الدال عليه اللفظ أم الفعل كما في المعاطاة، فيترتب القبول على الإيجاب ترتب الانفعال على الفعل، فلا يكون القبول في رتبة الإيجاب، لكونه بمنزلة العلة للقبول، فليس التمليك الضمني مفاد اللفظ، هذا.

لكن قد يورد عليه بما في كلام جمع من الأعيان، منهم السيد الخوئي رحمته الله قال المقرر: «ولكنّا لم نفهم معنى محصلاً للتمليك الضمني، إذ يرد عليه أولاً: أنّه إن كان مراده من التمليك الضمني: التمليك التبعية - بمعنى أنّ البائع يملك ماله للمشتري أولاً، و يملك المشتري ماله للبائع ثانياً - فيرد عليه: أنّ لازم ذلك أن ينعكس الأمر فيما إذا تقدّم القبول على الإيجاب، بأن يكون التمليك من ناحية المشتري أولاً، و البيع من ناحية البائع ثانياً.

و إن كان مراده من التمليك الضمني أنّ ألفاظ الإيجاب و القبول إنّما تدلّ بالدلالة المطابقة على تمليك المشتري ماله للبائع، سواء في ذلك تقدّم القبول على الإيجاب وعدمه، فيرد عليه: أنّ هذا يرجع إلى جهة الدلالة و مقام الاثبات، فلا يوجب فرقاً بين التملّكين لُبّاً و في

مقام الثبوت، بداهة أنَّ البيع تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، ومن الضروري أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين إلا أن ينتقل كل منهما إلى محلٍّ الآخر في آن واحد وفي مرتبة واحدة. وعليه فلا يعقل وجود التملك من ناحية البائع، إلا في آن وجود التملك من ناحية المشتري... وإذن فلا أصالة ولا تبعية في المقام...^أ.

و أنت خبير بأنَّ المراد بتبعية تملك المشتري لتملكه هنا هو كون التملك الشرائي من لوازم التملك الشرائي، بحيث لا يحتاج إلى جعل على حدة، ولذا يصح قصد التملك من المشتري وإن لم يلتفت إلى لازمه وهو التملك حتى يقصده، فالأصالة والتبعية ملحوظتان في نفس مفهوم البيع والشراء. فالقبول إن كان بلفظ: «قبلت» لم يكن لتقديمه معنى صحيح، بعد وضوح ترتب مفهوم القبول على مفهوم الإيجاب. نعم إن كان بلفظ آخر يفيد التملك بالأصالة كان إيجاباً لا قبولاً.

بل يمكن دعوى عدم الوجه في اعتبار التملك التبعية في الشراء أيضاً، بدعوى: أنَّ البيع هو الإيجاب والقبول، وليس حقيقة القبول إلا إمضاء تملك البائع، فالعقد هو التملك والتملك، وهما موضوعان لحكم الشارع أو العقلاء بالملكية، فلا يرد عليه ما في التقرير المزبور من: «أنه إن سلمنا التملك فلا يندفع الاشكال، لإطلاق إنشاء التملك على التملك الضمني، فنقض تعريف البيع وارد عليه».

وأما ما أفاده من: «أن معنى البيع يقتضي تحقق التبديل بينهما في رتبة واحدة...» ففيه: أنَّ المراد بالتبديل هو التبديل الإنشائي القائم بالبائع، ومن المعلوم أنَّ بدلية كُلٍّ من المالين عن الآخر تحصل في رتبة واحدة بنفس هذا الإنشاء، لكنه لا يُجدي بنفسه في ترتب الأثر وهو

أ : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٦٠ و ٦١؛ ونحوه ما في حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني، ج ١، ص ١٧؛

وحاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج ١، ص ٧٤

التبديل الخارجي الإعتباري، لأنه مترتب على إنشاء المشتري قبول إنشاء البائع، وإلا كان البيع إيقاعاً لا عقداً، وبعد ضمّ هذا الإنشاء إلى إنشاء البائع يترتب عليه التبديل الإعتباري، فهنا أمور ثلاثة:

أحدها: إنشاء البائع تمليك المبيع بمالٍ، وهذا التملك الإنشائي يتحقق بين المالكين في آنٍ واحدٍ وفي رتبةٍ واحدة، بمعنى صيرورة كلٍّ من المالكين بدلاً عن الآخر في مقام الإنشاء.

ثانيها: إنشاء المشتري مطاوعة ما أنشأه البائع، فمتعلق هذا الإنشاء أولاً وبالذات هو تملك المبيع بإزاء الثمن الذي مرجعه مطاوعة بدلية الثمن عن المبيع. ولا إشكال في تأخر هذا الإنشاء عن إنشاء البائع رتبةً وزماناً، ومن المعلوم أن إنشاء التملك متضمن لإنشاء تمليك المشتري للثمن، لكونه مقتضى المعاوضة المترتبة على التملكين، أعني بهما: تمليك البائع وتمليك المشتري، ومن البديهي تأخر تمليك المشتري عن تمليك البائع برتبتين، إحداهما: تأخره عن تملك المشتري الذي هو متعلق بإنشاء الشراء أولاً وبالذات، والآخرى: تأخره عن تمليك البائع، ومع التأخر برتبتين كيف يعقل اتحاد التملكين رتبةً؟ كما في التقرير المزبور.

ثالثها: حكم الشارع أو غيره ممن بيده الاعتبار بترتب الأثر كالملكية على مجموع الإنشاءين، فهما كموضوع الحكم التكليفي كوجوب الحج المترتب على البالغ العاقل المستطيع، فإ إنشاء تمليك البائع وإنشاء تملك المشتري معاً موضوع لحكم الشارع أو العرف بالملكية.

فتحصل مما ذكرناه أمور:

الأول: أن التملك الإنشائي بين المالكين يتحقق بنفس إنشاء البائع وفي زمانٍ واحد.

الثاني: أن المراد لضمنية تمليك المشتري هو ترتبه على إنشاء مطاوعة فعل البائع، بمعنى: أن إنشاء المشتري يتعلق أولاً وبالذات بتملك المبيع، و ثانياً بتمليك الثمن، وهذا التملك يكون في ضمن إنشاء التملك.

الثالث: أنَّ التملك الضمني ليس راجعاً إلى مقام الدلالة و الإثبات، بل إلى مقام الثبوت و اللب.

الرابع: أنَّ تملك المشتري للثمن ليس في عرض تملك البائع و رتبته، بل في طوله. و عليه فما أفاده المصنف رحمته في دفع النقص بالشراء من كون تملك الثمن ضمناً في محله.

لكن يرد عليه: أنَّ إطلاق تعريف البيع «بإنشاء تملك العين بمالٍ» يشمل التملك الضمني كالاتقالي، فينتقض بالشراء، فيما كان الثمن عيناً لا منفعة.

و أما النقص عليه ببيع السلم، حيث إن المحكي إطباقهم على جواز كون الإيجاب فيه من المشتري بأن يقول: «أسلمت إليك عشرة دراهم في منٍّ من الحنطة» و تعقبه قبول البائع، فيكون تملك المشتري أصلياً و تملك البائع ضمناً، مع أنَّ البائع هو صاحب الطعام، الذي يترتب قبوله على تملك المشتري للدراهم، فقد تخلص منه السيد رحمته «بأن الإيجاب وإن كان من المشتري، إلا أنه يملك بعنوان العوض، فكانه قال: أعطيتك الدراهم عوضاً عن تملكك الطعام، فالتملك الأصلي من البائع و الضمني من المشتري، فلا نقض»^أ.

هذا، مع إمكان كون العوض في باب السلم منفعة مملوكة كسكنى الدار، بأن يخلي المشتري بينها و بين البائع لاستيفائها؛ فإن الثمن مقبوض، و لا ينتقض تعريف البيع حينئذٍ، لا اعتبار كون المعوض عيناً ولو كلياً في الذمة، هذا.

إلا أن يقال: بورود الاشكال على تعريف البيع حينئذٍ، إذ لازم ذلك إنكار صدق الحد على تملك المنفعة، لعدم كونها عيناً، مع أنه لا ريب في مصداقيته لبيع السلم، فينحصر الجواب في توجيه السيد رحمته من أنَّ ما يدفعه المشتري إلى البائع معنون بكونه عوضاً لا معوضاً، سواء أكان الثمن عيناً أم منفعة أم حقاً قابلاً للنقل إلى الغير.

وبه^(١) يظهر إندفاع الإيراد بانتقاضه^(٢) بمستأجر العين

هـ- إنتقاض التعريف بالاستيجار بالعين

(١) أي: وبما ذكرناه - من كون التملك في الشراء ضمناً - يظهر إندفاع الإيراد، ... الخ. وهذا إشكال خامس على تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال، ولم يُفرد بالبحث لأجل مشاركته للإشكال الرابع نقضاً وجواباً، فهنا أمران، أحدهما ت قريب النقض، و ثانيها دفعه. أما الأول - وهو أصل النقض - فبيانه: أن حقيقة الإجارة - كما سبق التعرض له في اعتبار عينية المبيع - هي تملك المنفعة بعوض، سواء أكان العوض عيناً كالدينار والكتاب ونحوهما، كما إذا أجر داره شهراً بدينار، أم منفعةً كما إذا أجر داره شهراً بخياطة ثوب أو نجارة سرير ونحوهما، فإذا استأجر زيد داراً من عمرو وكانت الأجرة عيناً كدينار صدق على تملك الدينار للموَجَر: أنه إنشاء تملك عين بمال، وهذا معنى إنتقاض تعريف البيع باستيجار عين بعين.

ويظهر من هذا البيان ورود هذا النقض أيضاً على تعريف البيع بانتقال عين مملوكة بعوض.

وأما الثاني - وهو جواب النقض - فتوضيحه: أن الاستيجار ليس بإنشاء تملك الأجرة كالدينار بالمنفعة، بل حقيقته إنشاء تملك المنفعة بالأجرة، فتملك الأجرة لمالك الدار مثلاً ضمناً، وليس بنفسه - أولاً وبالذات - متعلقاً للإنشاء، كما تقدم في حقيقة الشراء.

(٢) بيان للإيراد، يعني: ينتقض تعريف البيع - بإنشاء تملك عين بمال - بباب الإجارة إذا كانت الأجرة عيناً كالدينار والكتاب.

ثم إن في إستشهاد المصنف رحمته - على ضمنية تملك المشتري - بعدم جواز إنشاء القبول بلفظ «ملكت» مسامحة، إذ لا شهادة في عدم جواز ذلك على كون التملك الشرائي ضمناً، إذ لو أريد عدم الجواز شرعاً كان خارجاً عن محل الكلام، إذ مورد البحث هو البيع العرفي. وإن أريد عدم الجواز عرفاً فهو غير ظاهر، بل ممنوع.

بعين^(١)، حيث^(٢) إن الاستيجار يتضمن تملك العين بمالٍ أعني المنفعة (*).
ومنها^(٣): إنتقاض

(١) قد عرفت أن تقييد النقص - بالإجارة - بما إذا كانت الأجرة عيناً إنما هو لأجل إخراج مستأجر العين بالمنفعة، فإنه لا تملك للعين أصلاً لا من طرف المؤجر لكونه مملوكاً لمنفعة العين لا رقبته، ولا من طرف المستأجر، لفرض كونه مملوكاً لمنفعة كالحياطة و النجارة، فتقع المبادلة بين منفعتين، فلا مورد حيثن لدخول الإجارة في تعريف البيع حتى ينتقض تعريفه بها.

(٢) هذا تقريب النقص، وقد عرفته. وأما جواب النقص فقد أحاله المصنف على ما ذكره في دفع النقص بالشراء، و محصله: أن المستأجر بالعين إنما يملك المنفعة بعوض بالأصالة، ويملك عينه للموَجِر ضمناً، كما أن المشتري يملك المبيع أصالةً، ويملك الثمن للبائع ضمناً، فلا موضوع للنقض.

و- إنتقاض التعريف بالصلح

(٣) أي: و من الأمور الباقية على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمالٍ» إنتقاضه

(*) لا يخفى أن دفع الاشكال عن الاستيجار بالعين بما في المتن مبني على كون الإجارة بمعنى «تمليك المنفعة» حتى يكون الإِستيجار تملك المنفعة، كي يجاب عن الاشكال بأن مفهوم الاستيجار - إذا كانت الأجرة عيناً - هو تملك المنفعة بالعين ليصير تملك العين بعوض ضمناً.

لكن الأمر ليس كذلك، لأن حقيقة الإجارة ليست تملك المنفعة بعوض و الاستيجار تملك المنفعة، إذ لو كانت حقيقتها التملك لخرجت الإجازات الواقعة على الموقوفات، خصوصاً إذا كانت الأجرة غير مملوكة أيضاً، كما إذا إستأجر الولي العام خاناً وقفياً لحفظ الزكوات أو للزوار و الغرباء، فإن شيئاً من المنفعة و الأجرة ليس مملوكاً للموَجِر و المستأجر، مع صحة الإجارة، و دخول هذا النحو من المعاملة في عنوان الإجارة عرفاً، فحقيقة الإجارة هي التبديل بين المنفعة و الأجرة.

طرده (*) بالصلح على العين

بالصلح على عين بعوض و بالهبة المعوضة، و هذا خامس الاشكالات التي أوردها المصنف رحمه الله على تعريفه للبيع، وقد أورده صاحب الجواهر رحمه الله على تعريف المصاييح - الذي هو كالأصل لما في المتن - بقوله: «و فيه - مع كونه مبنياً على أصالة البيع في نقل الأعيان بالعوض - من دون توقف على قصد البيع - ينتقض بالصلح والهبة المعوضة»^أ.

وقد سبقها الشهيد الثاني، حيث عدّ النقص بالصلح والهبة المعوضة من وجوه الخلل في تعريف البيع «بالعقد الدال على نقل الملك» كما الشرائع، قال في المسالك: «الثالث: ينتقض أيضاً بالهبة المشروط فيها عوض معين، فإنّ التعريف يشملها وليست بيعاً. الرابع: يدخل فيه أيضاً: الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معين، فإنه ليس بيعاً عند المصنف»^ب.

و يظهر منه عدم اختصاص النقص بهما بتعريف البيع بإنشاء التملك أو بالعقد الدال على نقل الملك، بل يرد على تعريفه بانتقال عين مملوكة أيضاً كما أورد به المحقق الثاني على تعريف العلامة، فراجع ج.

وكيف كان فتوضيح هذا الاشكال الخامس هو: عدم مانعية التعريف عن دخول غير البيع في الحدّ، وذلك لأنّ «إنشاء تملك عين بمال» يصدق على عقدين آخرين. أحدهما: الصلح على العين بماله كما إذا صالح على الدار بألف دينار.

(*) الأولي أن يقال: «و منها: صدقه على الصلح بعين...» أو «انتقاض طرده أيضاً بالصلح...» إذ ربما يوهم تعبير المتن «طرده» مخالفة هذا النقص سنخاً للنقوض المتقدمة، والمفروض أنّ النقص بالصلح إشكالاً على عدم طرد التعريف كالنقوض السابقة، وليس إشكالاً على عكس التعريف حتى يكون مغايراً لتلك النقوض سنخاً. فإنّ الاشكال على عكسه - أي: جامعته - سيأتي إن شاء الله تعالى، ولم يظهر وجه للعدول عن السياق.

أ : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٠٦ .

ب : مسالك الافهام، ج ٣، ص ١٤٦

ج : جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٥

بمال^(١)، وبالهبة^(٢) المعوضة (*).

الثاني: الهبة المعوضة، كما إذا وهبه كتاباً بشرط أن يدفع المتهب ديناراً إلى الواهب، والوجه في النقض واضح، لما فيها من إنشاء تمليك عين بمالٍ كأنشاء تمليكها به في البيع، وعليه لا يكون تعريف البيع هنا مانعاً عن دخول الغير فيه، كالصلح والهبة المعوضة والإجارة، مع أنه لا ريب في خروجها عن حد البيع، بشهادة عقد بابٍ على حدة لكل منها في المعاملات، فتعين حينئذٍ تعريف البيع بتعريف آخر مطرد ومنعكس.

(١) تقييد النقض بما إذا كان «الصلح على عين» إنما هو لسلامة تعريف البيع عن هذا النقض إذا كان الصلح على منفعة أو على حق قابلٍ للاسقاط أو النقل، أو كان الصلح على إبراء دين، فالأول كما إذا صالح على سكنى الدار شهراً بدينار، والثاني كالصلح على حق الخيار أو حق التحجير بدينار، والثالث كالصلح على إبراء ما في ذمة المديون من الدين بدينار، فالصلح في هذه الموارد لا يصدق عليه «إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ» حتى ينتقض تعريف البيع به كما هو واضح.

ز- إنتقاض التعريف بالهبة المعوضة

(٢) معطوف على قوله: «بالصلح» وتقريب إنتقاض التعريف بالهبة المعوضة هو: أن الموهوب لا بد أن يكون عيناً، ففي الهبة المعوضة يُنشئ الواهب تمليك عينٍ بعوض، فيصدق تعريف البيع على الهبة، وتندرج هي في الحد مع وضوح خروجها عنه، وعليه فليس التعريف مانعاً للأغيار.

(*) لا يخفى أن الهبة المعوضة تكون على أقسام:

أحدها: أن يعطي المتهب شيئاً للواهب من دون أن يشترط الواهب عليه عوضاً، بل يعطيه تداركاً لإحسانه.

ثانيها: أن يشترط الواهب على المتهب عوضاً، كأن يهبه داراً بشرط أن يعطيه كتاب البحار مثلاً.

ثالثها: أن تكون الهبة في مقابل مثلها، كأن يقول: «وهبتك كذا بهبتك كذا» بحيث تكون المقابلة بين الهبتين.

وفيه^(١): أن حقيقة الصلح

(١) هذا دفع الاشكال الخامس، ولما كان متضمناً لنقض تعريف البيع بعقدين آخرين - وهما الصلح والهبة المعوضة - فلذا تصدّى للجواب عن كل واحد منهما بما يناسبه. فيقع الكلام في مقامين: أحدهما في التفصي عن النقص بالصلح، والثاني في دفع النقص بالهبة المعوضة. أمّا المقام الأول، فحصل ما أفاده فيه: مغايرة البيع والصلح مفهوماً، واستدل عليه بأمر ثلاثة.

أما اختلافها مفهوماً فبيانها: أن البيع - كما تقدّم في كلام بعض أهل اللغة كالفيومي

رابعها: أن تكون الهبة مشروطة بشيء بنحو شرط النتيجة، كأن يقول الواهب: «وهبتك كذا بشرط أن تكون دارك ملكي».

و المناسب للنقض هو الهبة التي تقع المقابلة فيها بين المالين بنحو يكون العوض جزءاً لا شرطاً كما في القسم الثالث، إذ الهبة الثانية تكون عوضاً عن الهبة الأولى، فيصدق عليه: «إنشاء تملك عين بعوض» بخلاف ما عداه من الأقسام المزبورة، فإن شرط العوض غير نفس العوض بنحو الجزئية، وكونه مقابلاً للعين الموهوبة كمقابلة الثمن للمثمن في البيع. ولذا تبطل الهبة بانتفاء العوض فيما إذا كان مقابلاً للموهوب، كبطلان كل معاوضة بفقدان أحد العوضين قبل القبض، دون ما إذا كان بنحو الشرطية، لأن إنتفاء الشرط لا يوجب البطلان، بل يوجب الخيار.

وبالجملة: فتمليك مالٍ بازاء مالٍ خارجي بيع، وكذا تملك مالٍ بازاء فعل من الأفعال المتمولة من إعطاء و تملك و خياطة و قصارة و غير ذلك من الأعمال المتمولة، فإن جميع هذه التملكيات مصاديق البيع الذي هو تملك عين متمولة بمال.

و مما ذكرناه يظهر ما في حاشية السيد عليه السلام من جعل بعض أقسام التملكيات المزبورة من الهبة مع أنها من البيع. لأن تملك العين بعوض - سواء أكان العوض عيناً أم منفعة أم حقاً - ليس إلا البيع، فإن التملك المقابل بالتمليك أيضاً بيع، لكون التملك عملاً، وسيأتي تفصيل مقابلة العين بالتمليك أو التملك بمثله في رابع تنبيهات المعاطاة إن شاء الله تعالى.

وكذا في كلمات الفقهاء - تمليك عين بمال على وجه المقابلة، فلا يصدق على تمليك غير الأعيان من الحقوق و المنافع، كما لا يصدق على تمليك عين خالٍ عن العوض. و معنى الصلح هو التراضي بين المتنازعين و تسالمهما على أمرٍ من تمليك عينٍ أو منفعة، أو إباحة تصرف، أو سقوط حق، أو إبراء دين، ونحوها. قال العلامة الطريحي في بيان النبوي: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» ما لفظه: «أراد بالصلح: التراضي بين المتنازعين، لأنه عقدٌ شرع لقطع المنازعة»^أ.

و عليه فحقيقة الصلح - إذا تعلّق بعينٍ مع عوض - ليست إنشاءً تمليك عينٍ بمال حتى ينتقض به البيع، بل هي التسالم الإعتباري، يعني: أن الإنشاء يتعلّق أولاً بالتراضي و الموافقة، لا بالتمليك، إلا أن التسالم حيث إنّه من سنخ المعاني التعلّقية - لاستحالة التراضي المطلق كاستحالة تعلّقه بالأعيان - فلا بد من تعلّقه بفعلٍ أو بحكم، فالأول - أي تعلّقه بالفعل - نظير الصلح عن الدار بألف دينار، بأن يكون المقصود التسالم على تمليكها بالألف، والثاني كالصلح على ملكيتها بالألف.

و فائده هذا السنخ من الصلح - إذا تعلّق بالتمليك - وإن كانت متّحدة مع البيع من حيث وقوع المبادلة بين عينٍ و عوض، إلا أن العبرة في صدق كل عقدٍ - ليرتب عليه أحكامه الخاصة به - هي نفس العنوان المنشأ، سواء إتحدت نتيجته مع عقد آخر أم إختلفت عنه. هذا كلّهُ في إختلاف مفهومي البيع و الصلح سنخاً.

و أما الدليل عليه فوجوه ثلاثة نشير إليها فعلاً، و سيأتي توضيحها عند شرح كلمات المصنف رحمته.

أولها: تعدي البيع بنفسه الى المبيع، و تعدي الصلح إلى متعلّقه بالحرف، سواء أكان المتصلح عليه عيناً أم منفعة، و سواء أفاد الملك أم الإباحة أم غيرها، و من المعلوم أن التعدي بالنفس و بالحرف أمانة إختلاف المفهومين.

ثانيها: أن الصلح يجري في موارد طائفة من العقود المعاوضية و الإيقاعات، فلو كان

- ولو^(١) تعلق بالعين - ليس هو التملك على وجه المقابلة^(٢) و المعاوضة، بل معناه الأصلي^(٣) هو التسالم، ولذا^(٤) لا يتعدى بنفسه إلى المال.

مدلوله كالبيع تملك عين بعوض فإما أن يكون إطلاقه في تملك المنفعة و إسقاط الحق ونحوها مجازياً، وإما بنحو الاشتراك اللفظي، وكلاهما ممنوع.

ثالثها: أنه لو كان التملك مأخوذاً في مفهوم الصلح لزم أن يكون طلبه من الخصم إقراراً بمالكيته، مع أنهم فرقوا بين طلب التملك و طلب الصلح على المتنازع فيه.

فهذه أمور تشهد بأن «التملك على وجه المقابلة» غير ملحوظ في تعريف الصلح، وأن مفهومه مجرد التسالم مهما كان التسالم عليه، هذا.

(١) و صليته، يعني: لا فرق في عدم تضمن مفهوم الصلح للتملك على وجه المقابلة بين كون المتصلح عليه عيناً، و غيرها، فالمُنشأ في وعاء الاعتبار هو التسالم، لا التملك بنحو المعاوضة بين عين و مال.

و نبه بقوله: «ولو تعلق بعين» على مورد النقض، حيث إن مورد إنتقاض تعريف البيع إنما هو الصلح على العين، كما تقدم في عبارتي المسالك و الجواهر، فدفعه المصنف ^{بقرينة} بأجنبية مفهوم الصلح عن التملك بالعوض، بل هو التسالم و التراضي بلا فرق بين تعلقه بالعين أو بالمنفعة أو بغيرها كالحقوق.

(٢) أي: المقابلة بين العوضين، و بهذه العبارة يمكن إخراج الهبة المعاوضة عن تعريف البيع أيضاً، لأن تملك المثهب للواهب ليس لاقتضاء تملك العين الموهوبة له، بل للشرط، مع أن الثمن في باب البيع عوض نفس المبيع، و لذا يصح سلب العنوان حقيقة عما إذا قال: «بعثك بلا ثمن».

(٣) الذي هو المنشأ، و هو المناط في تعنون الإنشاء بعنوان الصلح، و لا عبرة بالفائدة المترتبة عليه.

(٤) هذا هو الدليل الأول على تغاير مفهومي البيع و الصلح سنخاً، و محصله: أن مادة

نعم ^(١) هو متضمن للتملك إذا تعلق بعين، لا أنه ^(٢) نفسه.
والذي يدلُّك على هذا ^(٣) أن الصلح قد يتعلّق

«البيع» تتعدى الى المبيع بنفسها، فيقال: «بعثت الدار بكذا». ولكن الصلح لا يتعدى الى المتصالح عليه بنفسه، بل بمعونة حرف المجاوزة أو الاستعلاء، فيقال: «صالحتك عما عليم بما عليم» أو «صالحتك على أن يكون هذا لك و ذلك لي» فيعلم منه عدم كون الصلح بمعنى التملك و النقل و البيع المتعدية بأنفسها الى العين، لأن التعدية بالنفس و بالحرف أماره إختلاف المفهومين. ولو كان الصلح بمعنى التملك على وجه المقابلة لصح إنشاءه بمثل «صالحتك الدار بألف دينار» مع عدم صحته.

(١) استدراك على قوله: «ليس هو التملك» وقد عرفت عدم المنافاة بين كون المنشأ في الصلح هو التراضي على أمر، وبين إفادته التملك.

(٢) يعني: لا أن الصلح نفس تملك العين على وجه المقابلة كالبيع.

(٣) أي: على أن الصلح هو التسالم الاعتباري، لا التملك. وغرضه إقامة دليل ثان على عدم كون الصلح نفس التملك، و حاصله: أن الصلح يجري في موارد عقود و معاوضات متعددة، و يفيد في كل واحد منها فائدة تلك المعاملة. و المذكور منها في المتن خمسة:

أولها: أن يتعلق التسالم بتمليك عين في قبال عوض، و فائدته فائدة البيع، غير أن الأحكام الخاصة به لا تجري في الصلح، كخيار المجلس، فيتملك لزوماً كل من المتصالحين المال عقيب وقوع العقد و إن لم يفرقا عن مجلس المعاملة.

ثانيها: أن يتعلق التسالم بتمليك منفعة كسكنى الدار مدة شهر بدينار، و ثمرته متحدة مع الإجارة.

ثالثها: أن يتعلق التسالم بتسلط المتصالح على الإنتفاع بملك المتصالح، فيباح له الإنتفاع به من دون دخول المنفعة في ملكه، و هذا فائدة عقد العارية.

رابعها: أن يتعلق الصلح بإسقاط حق أو بنقله، فالأول كما إذا تصالح الشفيع و المشتري

على إسقاط حق الشفعة، أو تصالح ذو الخيار مع من عليه الخيار على رفع اليد عن حقه.
والثاني كالتصالح على نقل حق التحجير الى الغير حتى يكون المتصالح - بمنزلة المحجر -
أولى بإحياء الأرض وعمارتها من غيره.

خامسها: أن يتعلق الصلح بتقرير مقابلة بين المتصالحين، كما إذا اشترك شخصان في رأس مالٍ للتجارة به، فاتجرا ورجعا، غير أن الفوائد موزعة بعضها نقوداً وبعضها ديوناً على آخرين، فإن مقتضى عقد الشركة توزيع الأرباح والخسائر على ذوي الحصة بنسبتها. لكن لو أراد أحد الشريكين فسخ الشركة وأخذ رأس ماله جازاً أن يصالح شريكه على سحب حصته، بأن يكون الربح والخسارة المحتملان في مال الآخر، فإن كانت شركتهما رابحة كانت الفائدة له بمنزلة هبة من الذي أخذ حصته، وإن كانت خاسرة فالتضرر أبرأ ذمة ذلك الذي استقل برأس ماله.

و فائدة هذا الصلح تثبيت المقابلة المذكورة بين المتصالحين، إذ لولاها كان اللازم العمل بمقتضى عقد الشركة من توزيع الربح والخسارة على الشريكين بنسبة الحصة.

هذه جملة من الموارد التي شرع عقد الصلح فيها، ولا يترتب تملك العين فيها إلا على الأول منها أعني به الصلح على عين بعوض، وهو متحد مع البيع أثراً وفائدة.

و حيث كانت الفوائد في هذه المقامات متفاوتة فالمتعين جعل المنشأ جامع التسالم والتراضي كي ينطبق المفهوم على جميع الموارد، ولم يؤخذ التملك في حقيقة عقد الصلح حينئذ. ولو لم يكن المنشأ هو جامع التسالم فإما أن يلتزم بأن الصلح كالبيع تملك عين بعوض لا غير، فيكون استعماله مجازاً في ما لو تعلق بتمليك المنفعة أو بإباحة الانتفاع أو بإسقاط حق ما شابه ذلك. وإما أن يلتزم بتعدد الوضع، بأن يكون موضوعاً مرةً لتملك العين، وأخرى لإباحة الانتفاع، وثالثة للإبراء، وهكذا.

بالمال عيناً^(١) أو منفعةً، فيفيد التملك.

وقد يتعلّق^(٢) بالانتفاع فيفيد فائدة العارية، وهو مجرد التسليط.

وقد يتعلّق^(٣) بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال.

وكلاهما كما ترى مأماً مجازية إستعماله فيما عدا تملك الأعيان فظاهر المنع، فإن إستعماله في الأمثلة المتقدمة يكون بوزان واحد، وليس في الصلح على الإبراء مثلاً قرينة صارفة عن معناه الحقيقي - أي تملك العين - الى معنى آخر. وأما اشتراكه اللفظي فكذلك واضح البطلان، إذ المعهود بينهم هو إنطباق الصلح بمفهومه الوحيداني على تلك الموارد، وإن كان مفيداً في كل مورد فائدة غير الفائدة المترتبة على مورد آخر.

(١) هذا إشارة الى المورد الأول، وهو يفيد فائدة البيع، وإن لم يترتب عليه أحكامه الخاصة به، فلا يثبت في هذا الصلح خيار المجلس.

كما أن قوله: «أو منفعة» إشارة الى المورد الثاني، وهو يفيد فائدة الإجارة. ثم إن تصريحه بأعمية المال من العين والمنفعة يوافق ما أفاده في أول كتاب البيع من كفاية كون الثمن منفعة متمولة، ويخالف ما سيأتي منه في بحث المقبوض بالعقد الفاسد من التشكيك في صدق المال على المنافع.

(٢) هذا إشارة الى المورد الثالث، وهو: إفادة الصلح فائدة العارية وهي التسليط على العين للانتفاع بها. والفارق بين الانتفاع والمنفعة أن الانتفاع عَرَض قائم بالمستعير، بخلاف المنفعة التي هي حيثية في نفس العين ذات المنفعة.

وهل تفيد العارية الإذن في الانتفاع من دون أن يملك المستعير شيئاً، أم تفيد الملك، كما أن الإجارة تملك المنفعة؟ وجهان، ولا صراحة في عبارة المصنف رحمته في واحدٍ منهما. ولعلّ قوله: «مجرد التسليط» أقرب الى إفادة الإباحة المالكية لا التملك.

(٣) هذا إشارة الى المورد الرابع، وهو الصلح على الحقوق، فإن كان الحق قابلاً للإسقاط خاصة ترتب على الصلح عليه سقوطه عن عليه الحق. وإن كان قابلاً لكل من الإسقاط والنقل جاز الصلح على كلتا الحثيتين. وأما الحق غير القابل للإسقاط كحق الولاية ونحوه

و قد يتعلّق^(١) بتقرير أمر بين المتصالحين، كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك» فيفيد مجرد التقرير. فلو كانت^(٢) حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة، لزم كونه مشتركاً لفظياً، وهو واضح البطلان^(٣)، فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى آخر^(٤)،

فلا يقبل الصلح عليه.

(١) هذا إشارة إلى المورد الخامس وهو الصلح على مقابلة بين شريكين لأجل تقريرها وتثبيتها، والظاهر مشروعية هذا النوع من الصلح، قال المحقق: «و إذا إصطلح الشريكان، على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله، صح» أ.

و مستنده - مضافاً إلى إطلاق دليل الصلح - خصوص معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين إشتراكاً في مال، فربحاً فيه، وكان من المال دين، وعليهما دين [و في التهذيب: وكان من المال دين وعين] وقال لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى، فقال: لا بأس إذا إشتراكاً، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عز وجل»^(٥).

(٢) غرضه الاستنتاج مما ذكره بقوله: «و يدلّك على هذا» إلى هنا، وأن الصلح لو استعمل في تلك الموارد حقيقة - بعد عدم وجود جامع بينها كالتملك - لزم كونه مشتركاً لفظياً، والمقرر في محله بطلانه، فهذا التالي الفاسد شاهد على نفي تعدّد الوضع، فلا بد من فرض جامع بين الموارد وهو التسام. وعليه يخرج التملك - في الصلح على العين - عن حريم المفهوم، وإنما يقتضيه المتعلّق.

(٣) إذ لم يدّعه أحد، وعدم إدّعائه يدلّ على عدم إشتراكه اللفظي، مضافاً إلى كونه خلاف الأصل.

(٤) يعني: غير التملك والتسليط والإسقاط والتقرير ونحوها.

أ : شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٢١

ب : وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٦٥، الباب ٤ من كتاب الصلح، الحديث: ١

و هو التسالم (*)، فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه. فالصلح^(١) على العين بعوض تسالم عليه، وهو^(٢) يتضمن التملك، لا أن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام^(٣) و حقيقته

(١) هذه نتيجة نفي الإشتراك اللفظي، وأن الصلح موضوع بنحو الاشتراك المعنوي لجامع التسالم و التراضي، فيكون التسالم على كل شيء بحسبه مقتضى متعلق الصلح، ولا دخل لذلك الأثر المترتب عليه في مفهوم الصلح و معناه.

(٢) أي: الصلح على العين يقتضي التملك وإن لم يكن المنشأ تملك عين بعوض. وقد عرفت أن المدار في صدق عنوان من العناوين الاعتبارية نفس المنشأ، لا الخواص التي قد يشترك فيها عقدان أو أكثر.

(٣) وهو مقام نقض تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» بالصلح على عين بعوض، فكما أن الصلح على الانتفاع ليس معناه التسليم بل معناه التسالم، فكذا في الصلح على عين بعوض، فليس مفهومه التملك وإن ترتب عليه لأجل خصوصية في متعلق التسالم.

(*) قد يشكل التفصي عن النقض - بجعل حقيقة الصلح تسالماً على أمر - بما أفاده المحقق الاصفهاني^(١) من: أن التسالم من مقولة الالتزام، وهو منقطع لا يتعلق بالعين، بل لابد من تقدير الفعل المناسب كالحلية و الحرمة المتعلقة بالأعيان، و عليه فلا معنى للتسالم على العين إلا باعتبار فعل كالتملك أو نتيجته كالملكية، فالمنشأ حقيقة هو التسالم على مثل التملك أو الإباحة، لا التراضي المطلق حتى يخرج المتعلق عن حاق المفهوم و يصير فائدة له. فالتسالم كالمتنازع و إن تعلّقاً ظاهراً بالأعيان، إلا أن المتسالم عليه ثبأ و المتنازع فيه كذلك ليس هو نفس العين بل حيشة أخرى من حشياتها، كملك الرقبة أو المنفعة أو إباحة الانتفاع بها، و نتيجة ذلك إنتقاض تعريف البيع «بانشاء التملك» و نحوه بالصلح على العين بعوض، كما ذكره الشهيد الثاني و صاحب الجواهر^(٢) إذ المنشأ هو التسالم على تملكها لا التسالم المطلق حتى يكون متضمناً للتملك، هذا.

هو إنشاء التملك^(١).

و من هنا^(٢) لم يكن

(١) حتى ينتقض تعريف البيع بهذا المورد من موارد الصلح.

(٢) يعني: و من عدم كون مفهوم الصلح - إذا تعلق بعين على عوض - هو التملك لم يكن طلب الصلح من المنكر إقراراً بصحة ما يدعيه المدعي، و غرضه إقامة دليل ثالث على اختلاف البيع و الصلح مفهوماً، و عدم كون الصلح تملكاً، و توضيحه: أنهم ذكروا في كتاب الصلح: إذا تنازع زيد و عمرو على أرض - مثلاً - فادعى زيد ملكيتها، و أنكر عمرو ذلك، فأرادا التصالح و فصل الخصومة، أمكن ذلك بأحد نحوين:
الأول: أن يستدعي عمرو من زيد بيع الأرض أو تملكها، فيقول: «يعني الأرض أو ملكها».

مضافاً إلى: أن حقيقة الصلح لو كانت هي التسالم للزم جواز إنشاء الصلح بلفظ «سالمت» مقام «صالحات» كما تقدم نظير هذا الإشكال من المصنف على بعض التعاريف، و لم يظهر من الأصحاب جوازه، و ذلك يكشف عن عدم كون التسالم مرادفاً للصلح، و إلا جاز إنشاؤه به.

فلعل الأولى أن يقال: إن الجامع بين موارد الصلح - بحيث ينطبق عليها - هو التجاوز و رفع اليد عن متعلق الصلح، فمعنى قوله: «صالحاتك عن الدار أو عن منفعتها أو عن الخيار أو غيره من الحقوق» هو رفع اليد و الإعراض عنه.

أو يقال: إن الصلح في غير موارد التملك أجنبي عن البيع، فلا ينتقض به، و في موارد التملك إذا كان - متعلقاً بالعين - كالصلح على الدار و الدكان و غيرهما من الأعيان بعوض، فيمكن أن يقال: إنه بيع حقيقة، غاية الأمر أنه إنشاء بغير لفظ البيع، فلا يرد نقض.

نعم بناءً على عدم جواز إنشاء البيع بلفظ آخر فالنقض وارد، و دفعه منحصر بكون الصلح حقيقة في التجاوز و رفع اليد عما تعلق به كما قيل.

طلبه^(١) من الخصم إقراراً له، بخلاف طلب التملك^(٢).
و أما^(٣) الهبة المعوضة

الثاني: أن يستدعي منه الصلح على تلك الأرض، فيقول: «صالحني عليها بكذا». و فرّقوا بين الطريقتين بأن الأول - وهو طلب التملك والبيع - يُعدّ تنازلاً من المنكر وإعترافاً بالكية المدّعي للعين المتنازع فيها، إذ لا معنى لاستدعاء البيع من غير المالك، فلا بدّ أن يتضمّن طلب البيع إقراراً بصحة دعوى زيد و مالكته للأرض. بخلاف الثاني، فإنّ استدعاء الصلح ليس إقراراً بصحة دعوى زيد، لأنّ همة قطع المنازعة.

قال المحقق: «و إذا قال المدّعي عليه: صالحني عليه، لم يكن إقراراً، لأنّه قد يصحّ مع الإنكار. أمّا لو قال: يعني أو ملّكني كان إقراراً».

و هذا التفصيل خير شاهد على أنّ حقيقة الصلح - مع الغض عن متعلّقه - ليست تملكاً، وإلاّ لم يكن فرق بين أن يُطالب المنكر من المدّعي تملك العين بالبيع، وبين أن يُطالب الصلح عليها.

هذا توضيح كلمات المصنف رحمه الله في المقام الأول من الجواب عن الاشكال الخامس. و أما المقام الثاني المتعلق بدفع النقض بالهبة المعوضة فسيأتي.

(١) يعني: أن طلب المنكر الصلح و استدعاءه من المدّعي ليس إقراراً له بكونه مالكاً.
(٢) حيث إنّ طلب التملك من المنكر إقراراً منه للخصم، فلو كانت حقيقة الصلح تملكاً لكان طلبه كطلب التملك إقراراً للخصم و تصديقاً له في دعواه، بداهة أنّ طلب التملك لا يصحّ إلاّ فيما إذا كان بناءً طالب التملك على مالكية الخصم للمدّعي به، إذ لا معنى لطلب التملك من غير المالك.

(٣) هذا شروع في المقام الثاني أعني به دفع نقض تعريف البيع - بإنشاء تملك عين بمال - بالهبة المعوضة، أي المشروط فيها العوض، و محصله: إختلاف مفهومي البيع و الهبة، فالبيع متقومّ بالعوض بحيث لو كان التملك من طرف واحد صحّ سلب العنوان عنه، ولكنّ الهبة متقومة بالجانبة و تملك العين بلا عوض، ففي الهبة المعوضة لا بدّ من إناطة وجوب العوض

و المراد بها هنا^(١) ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة

بالشرط، بأن يشترط الواهب على المتهب تمليك شيء في قبالة هبته، و من المعلوم الفرق بين إقتضاء ذات العنوان المعاملي للعوض بحيث لا يصدق بدونه كما في البيع، و بين عدم إقتضاء نفس العنوان له، و توقّف وجوب دفعه على الشرط، الذي هو خارج عن حدود المفهوم كما لا يخفى.

هذا بحسب الدعوى.

و الدليل على الفرق المزبور ما أفتى به الأصحاب في بحث الهبة المعوضة من: أن الواهب لا يتملك العوض - المشروط على المتهب - بمجرد هبته و قبول المتهب، بل يتوقف تملكه للعوض على أن يملكه المتهب، بحيث لو تخلف المتهب عن الشرط و لم يف به لم تبطل هبة الواهب، و إنما يثبت له خيار تخلف الشرط، فيكون رجوعه عن هبته و استرداد عينه مستنداً الى الخيار، لا إلى إقتضاء ذات الهبة للمعاوضة و المقابلة، إذ لو كان كذلك إمتنع تملك المتهب للعين الموهوبة من دون أن يتملك الواهب للعوض الذي إشرطه على المتهب.

و هذا الفرق كاشفاً عن كون هبة المتهب للواهب تمليكاً مستقلاً، و لا يقدح التخلف عنه في صدق عنوان «الهبة» على فعل الواهب. و هذا بخلاف البيع، فإن عدم قبول المشتري - بحيث يصير البيع بلا ثمن - يمنع عن صدق البيع عليه.

(١) أي: في مقام النقض على تعريف البيع، و مقصوده هو إخراج قسم آخر من الهبة المعوضة عن مورد النقض، و هو ما إذا لم يشترط العوض في عقد الهبة، ولكن المتهب يهب شيئاً للواهب جبراً لإحسانه، و هذه و إن صدقت عليها الهبة المعوضة - على ما قيل - لاشتغالها على العوض، لكن لا ينتقض تعريف البيع بها، لعدم كون الإعطاء بعنوان العوضيّة حتى يصدق المعاوضة بين المالكين أو بين الإعطاءين.

و بهذا ظهر أن مقصود المصنف هو بقوله: «هنا» ليس الإحتراز عن مثل العطية و النحلة و الصدقة و الوقف مما يطلق عليها الهبة بالمعنى العام، كما في بعض الحواشي، بل المراد به إخراج الهبة المعوضة التي يُعطي المتهب شيئاً للواهب إحساناً إليه، لا لأجل الشرط.

المقابلة^(١)، وإلا^(٢) لم يعقل(*) تملك أحدهما^(٣) لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر.

(١) كما في البيع، فإنه تملك عين بعوض على جهة المقابلة بين المالين، فالهبة المعوضة يُقصد فيها المعاوضة بين الهبتين لا بين العين الموهوبة والعوض، فالهبة المعوضة تملك في قبالة تملك، لا معاوضة بين مالين كما هو المقصود في باب المعاوضات.

(٢) يعني: ولو كانت الهبة - المشروط فيها العوض - إنشاء تملك عين بعوض على وجه المقابلة، لم يعقل تملك المتهب للعين الموهوبة قبل أن يملك العوض للواهب، لامتناع اعتبار المعاوضة بين المالين إلا بتملك كل من المتعاملين للعوض في ظرف خروج المعوض عنه، مع أنهم حكموا بانتقال العين الموهوبة إلى المتهب من دون تملك الواهب لشيء من مال المتهب. وهذا أقوى دليل على عدم كون الهبة مطلقاً - حتى المعاوضة - من سنخ المعاوضات.

(٣) يعني: تملك المتهب للموهوبة من دون تملك الواهب لعوضه الذي يستحقه بالشرط.

(*) إعراض عليه المحقق الأيرواني بقوله: «هذا إذا كان العوض مالاً، وأما إذا كان فعلاً أعني تملك الآخر للمال على أن تكون الهبة تملكاً بازاء تملك، استحق الواهب بقبول المتهب تملك المتهب للمال، لأنفس المال، فإن ملك فهو، وإلا كان كامتناع المشتري من تسليم الثمن، والمقابلة مع ذلك محفوظة، لكن بين الفعلين لا بين المالين، أو بين مال وفعل^أ. لكنه غير ظاهر، ضرورة أن المفروض أخذ العوض شرطاً في الهبة لا مقابلاً لها، فالعوض المشروط سواء كان عيناً أم فعلاً - كالتملك - لم يؤخذ على وجه المقابلة كما صرح به المصنف بقوله: «على جهة المقابلة» ومن المعلوم أن المعاوضة متقومة بجعل كل من المالين أو الفعلين عوضاً عن الآخر، والمعاوضة بهذا المعنى مفقودة في الهبة المعوضة، فالهبة المشروطة بهبة لا تقابل فيها بين الفعلين، واستحقاق الواهب بقبول المتهب تملكه أعم من كونه على وجه المقابلة وعلى نحو الشرط، فالمقابلة - مطلقاً - مفقودة في الهبة المعوضة.

مع^(١) أن ظاهرهم عدم تملك العوض^(٢) بمجرد تملك الموهوب له الهبة^(٣)، بل^(٤) غاية الأمر أن المتَّهب لو لم يؤدَّ^(٥) العوض كان للواهب الرجوع

(١) غرضه الاستدلال - على أجنبية الهبة المعوضة عن باب المعاوضات - بفتوى الأصحاب بأن المتَّهب يملك العين الموهوبة بمجرد قبول الهبة سواء وفي بالشرط أم لم يف به. قال المحقق: «ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط، بل يكون بالخيار»^أ يعني: يكون المتَّهب مخيراً بين التعويض و رد العين الموهوبة الى الواهب، فلو امتنع عن دفع العوض تخير الواهب - بمقتضى الشرط - بين الرجوع والإمضاء، ومن المعلوم أن جواز رجوع الواهب كاشف عن تملك الموهوب له - ولو بالملك المتزلزل - للعين الموهوبة قبل الوفاء بالشرط. ولو كان تملكه لها منوطاً بالعمل بالشرط لم يبق وجه لأن يكون الواهب بالخيار، لبطلان أصل العقد حينئذ.

و عليه فليست الهبة المشروطة فيها الثواب من سنخ المعاوضات، لاقتضاء المعاوضة ملكية كل واحد من المالكين في رتبة الآخر، فحكمهم بتملك المتَّهب - قبل أن يهب العوض للواهب - دليل على خروج الهبة عن المعاوضات.

(٢) يعني: عدم تملك الواهب للعوض قبل أن يهبه المتَّهب، فجرد عقد الهبة المعوضة لا يقتضي تحقق ملكية كل منها في آن ملكية الآخر.

(٣) مفعول لقوله: «تملك» والمراد بالهبة هنا: العين الموهوبة.

(٤) يعني: ليس شرط العوض في الهبة كالبيع الموجب لترك كل من المتعاملين لكل من العوضين في رتبة واحدة، بل غاية ما يترتب على هذا الشرط هي: أن الواهب يتسلط على الرجوع عن هبته لو لم يف المتَّهب بالشرط، إذ ليست حينئذ هبة معوضة، فهي وإن لم تكن باطلة من أول الأمر، لكنها جائزة كما هو الأصل في الهبة.

(٥) المقصود من الأداء هو الهبة الواجبة على المتَّهب من جهة الشرط.

في هبته^(١) (*)، فالظاهر^(٢) أن التعويض المشترط في الهبة كالتعويض غير المشترط

(١) المقصود بجواز رجوع الواهب هنا هو الجواز الحقي الناشئ من تخلف المتهب عن الوفاء بالشرط، وهذا وإن اتحد أثره مع جواز فسخ عقد الهبة ذاتاً، إلا أن الأول جواز حقي قابل للإسقاط ومتعلقه العقد، والثاني حكمي غير قابل للإسقاط، ومتعلقه إسترداد العين الموهوبة. مضافاً إلى ظهور الثمرة في الهبة المشروطة لذي رحم، لانتفاء جوازها الحكمي، ويبقى ١٥٣٩ جوازها الحقي خاصة.

(٢) هذه نتيجة عدم كون الهبة معاوضة، يعني: أن شرط العوض في الهبة - بعد أن لم يكن موجباً لصيرورة الهبة كالمعاوضات - صار كالتعويض من باب الإحسان في كونه تملكاً مستقلاً يقصده وقوعه عوضاً، فكما لا يكون التعويض غير المشروط في ضمن الهبة إلا تملكياً مستقلاً، فكذلك التعويض المشروط في ضمنها، غاية أنه يكون في الهبة المشروطة هبتان، بخلاف غير المشروطة، حيث إنها واحدة. والحاصل: أن الهبة متقومة بالمجانبة، في مقابل المعاوضة، فلا يصدق عليها «تملك العين بعوض» حتى ينتقض بها تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال.

(*) ويشهد أيضاً بعدم إقتضاء الشرط كون الهبة من المعاوضات: ما ذكره الفقهاء من أنه لو ظهر كون العوض مستحقاً للغير لم تبطل الهبة، بل يجب دفع البدل مطلقاً أو خصوص المثل أو القيمة، ولو كانت المقابلة بين المالين بطل العقد بظهور الاستحقاق، قال في الجواهر: «ولو خرج العوض أو بعضه مستحقاً أخذه مالكة، ثم إن كانت الهبة مطلقاً لم يجب دفع بدله، ولكن للواهب الرجوع. وإن شرطت بالعوض ففي القواعد: دفع المتهب مثله أو قيمته مع التعيين، أو العين، أو ما شاء إن رضي الواهب مع الإطلاق. وهو ظاهر أيضاً في وجوب دفع العوض، وفي وجوب قبول الواهب له مع بدله، فيكون الهبة كالنكاح في عدم كون ظهور إستحقاق المهر مبطلاً لها»^أ.

فيها في^(١) كونه تملكاً مستقلاً يُقصد به وقوعه^(٢) عوضاً، لا أن حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة في كل من العوضين^(٣)، كما يتضح ذلك^(٤) بملاحظة التعويض غير المشترط في ضمن الهبة الأولى^(٥).

فقد تحقق^(٦) مما ذكرنا^(٧) أن حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلا البيع،

(١) متعلق بالتعويض، وهو وجه اشتراك الهبة التي يكون العوض بسبب الشرط، مع الهبة التي يكون التعويض فيها من جهة الإحسان إلى الواهب، ووجه الاشتراك ما عرفته من كون هبة المتهب تملكاً جديداً، وليس باقتضاء الهبة الأولى أي هبة الواهب.

(٢) هذا الضمير و ضمير «به» راجعان الى التملك المستقل.

(٣) إذ لو كانت المقابلة ملحوظة كانت منافية للهبة التي قصد بها المجانية المقومة لحقيقتها، بداهة منافية المجانية للمقابلة بين المالكين.

(٤) أي: عدم كون الهبة المعوضة معاوضة حقيقية، وحاصله: أن بذل المتهب عوضاً الى الواهب تداركاً لإحسانه كما لا يوجب صيرورة الهبة معاوضة حقيقية بأن تكون البدلية ملحوظة في العين الموهوبة وما يبدله المتهب، فكذا لا تكون الهبة المشروطة بالعوض مندرجة في المعاوضة الحقيقية، لوضوح خروج الشرط عن حقيقة الهبة، كما في سائر الشروط الضمنية المأخوذة في المعاملات، فإن الشروط أمر لا يقتضيه طبع تلك المعاملة.

(٥) هذه الكلمة قرينة على أن المراد بالهبة المعوضة في المقام هو القسم الثالث المتقدم عند بيان النقص، أعني به ما يكون المقابلة بين الفعلين أي الهبتين، فالهبة الأولى تصير مشروطةً بالثانية، بأن يقول الواهب: «وهبتك هذا الكتاب على أن تهبني هذا الدرهم» فالهبة الأولى فعل الواهب، والثانية فعل المتهب.

هذا تمام ما حققه المصنف رحمه الله في المقام الثاني أعني به دفع النقص بالهبة المعوضة.

(٦) هذا تلخيص لما سبق في دفع النقص بالصلح والهبة المعوضة، وتهديد للإشكال على جعل الأصل في تملك الأعيان هو البيع كما صرح به الفقيه الكبير كاشف الغطاء رحمه الله.

(٧) يعني: في جواب إنتقاض تعريف البيع بالصلح على عين و بالهبة المعوضة، حيث

فلو ^(١) قال: «مَلَكْتُكَ كَذَا بِكَذَا» كان بيعاً ^(٢)، و لا يصحّ صلحاً و لا هبةً معوضةً

أفاد: أنّ حقيقة الصلح هي التسالم على أمرٍ، و ليس التملك مأخوذاً فيها، وأنّ الهبة المعوضة ليست تملكاً على وجه المقابلة بأن يدخل العوض في ملك الواهب بمجرد هبته، بل هبة المتهب تملك جديد، و قد دخل الموهوب في ملكه سواء وفي بالشرط أم لا.

و من هنا يعلم أنّ «تملك عين بعوض» - على وجه المقابلة بين العوضين - منحصراً في البيع، فلذا لو أنشأ البائع الإيجاب بالتملك لا بالبيع كان بيعاً لا معاملة أخرى، بأن قال: «مَلَكْتُكَ الْكِتَابَ بِدِينَارٍ» فإنّه متحد مفهوماً مع قوله: «بَعْتُكَ الْكِتَابَ بِدِينَارٍ» و لا يكون هذا التملك صلحاً و لا هبةً معوضةً، إذ ليس المنشأ فيها جعل مالٍ عوضَ مالٍ آخر، و المفروض كما عرفت أنه جعل في قوله: «مَلَكْتُكَ الْكِتَابَ بِدِينَارٍ» مالٌ هو الدينار عوضَ الكتاب.

(١) هذه نتيجة إنحصار «تملك عين بعوض على وجه المقابلة بين المالكين» في البيع، و عدم كون هذا النحو من التملك مشتركاً معنوياً جامعاً بين البيع و الصلح على عين و الهبة المعوضة، و لا مشتركاً لفظياً بينها. و عليه فحقيقة التملك بالعوض هي البيع، و إستعماله فيها عداً مجازاً يتوقف إرادته على قرينة.

(٢) أمّا كونه بيعاً فلأنّ مضمون هذه الصيغة الخاصة ليس إلا البيع، و المفروض قصده في مقام الإنشاء. و أمّا عدم كونه صلحاً و لا هبةً فواضح، لأنّه إمّا أن يقصد الموجب بقوله: «مَلَكْتُكَ كَذَا بِكَذَا» الصلح أو الهبة المشروطة بالعوض، و إمّا أن لا يقصد شيئاً منها. فإنّ قصد أحد الأمرين لم يقع، لما تقرّر من أنّ المعاملات و إن كانت متوقفة على القصد، و لذا قيل: «العقود تابعة للمقصود» إلا أن تأثير القصد في حصول المقصود منوط بكون اللفظ كاشفاً عما قصده، و ظاهراً فيه عرفاً و لو بوضع ثانوي، فلو لم يكن اللفظ كذلك لم يؤثر في حصول المقصود. و إن لم يقصد بقوله: «مَلَكْتُكَ كَذَا بِكَذَا» أحد الأمرين من الصلح و الهبة، كان عدم تحققها من باب السالبة بانتفاء الموضوع، و كان كإنشاء النائم و الهازل في عدم تأثيره في حصول العنوان الاعتباري.

وإن قصدَهما^(١)، إذ^(٢) التملك على جهة المقابلة الحقيقية^(٣) ليس صلحاً ولا هبةً، فلا يقعان به^(٤). نعم^(٥) لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدَهما^(٦).

فما قيل^(٧) من: «أن البيع

(١) أما إذا لم يقصدَهما لم يقعا قطعاً، فإن قوام الأمر الإنشائي بالقصد.

(٢) تعليل لقوله: «كان بيعاً...»

(٣) التقييد بالمقابلة الحقيقية لأجل إشتال الصلح و الهبة على التملك من الطرفين، إلا أنه ليس مأخوذاً في حقيقتها كما عرفت.

(٤) أي: فلا يقع الصلح و الهبة بقول المنشئ: «ملكك كذا بكذا» و وجه عدم الوقوع عدم صراحة لفظ التملك في إفادة العنوانين.

(٥) استدراك على قوله: «فلا يقعان به» و مقصوده أن عدم وقوع الصلح و الهبة المعوضة بقوله: «ملكك» مبني على إعتبار الألفاظ الصريحة في صيغ العقود، كعدم وقوع الإجارة بمثل «بعتك سكني الدار».

فلو قيل بجواز استعمال الألفاظ غير الصريحة - من المجازات و الكنايات - في مقام الإنشاء جاز إنشاء الصلح و الهبة بالتملك عند قصد العنوان.

(٦) هذا الضمير و ضميراً «بوقوعهما، تحققهما» راجعة إلى الصلح و الهبة.

أصالة البيع في تملك الأعيان

(٧) هذا متفرع على إختصاص التملك على وجه المقابلة الحقيقية بالبيع، و عدم كونه جامعاً بين أقسام العقود المعاوضيّة، و مقصوده توضيح الخدشة فيما أفاده الشيخ الفقيه كاشف الغطاء في موضعين من شرح القواعد، حيث قال في أحدهما: «وأن الأصل في مطلق التملك للأعيان التنزيل على البيع» و قال في ثانيهما: «فالظاهر: أنه متى جاء الفعل مستقلاً أو مع ألفاظ لا تستجمع الشروط مقصود بها المسامحة جاء حكم المعاوضة. و على الأول، فإن صرح فيها بالحاق بيع و غيره بنى عليه. و إلا فالبيع أصل في المعاوضة على الأعيان مقدّم على الصلح

هو الأصل (*) في تملك الأعيان بالعوض،

والهبة المعوضة. وإلجارة في نقل المنافع مقدمة على الصلح والجمالة». ومحصله: أن «نقل العين بالعوض» وإن كان جامعاً بين البيع والصلح والهبة المعوضة، إلا أنه عند الاطلاق ينصرف إلى البيع، لأن الأصل في «انتقال عين بعوض» هو البيع. و ظاهر هذا الكلام: أن تملك الأعيان مشترك معنوي بين البيع والصلح والهبة، فإذا قصد الصلح أو الهبة فلا كلام، لأن مميزهما هو القصد، فيحمل الإنشاء على ما قصده. وإن لم يقصد شيئاً منها كان بيعاً، لكونه الأصل في تملك عين بعوض. وعليه فخصوصية البيع عدمية، و خصوصيتها وجودية.

و ناقشه المصنف رحمه الله بما عرفت آنفاً من منع الاشتراك المعنوي، و أن «تملك عين بعوض» هو حقيقة عقد البيع خاصة، وإستعماله في غيره مجاز منوط بالقرينة، فإرادة البيع من قوله: «ملكك الكتاب بدينار» ليست لكونه الفرد الغالب من تملك العين بعوض حتى يكون صدقه على الصلح والهبة المعوضة حقيقياً أيضاً بدعوى مصداقيتها لجامع التملك. بل تكون إرادة البيع من التملك لأجل أنه الموضوع له بالخصوص.

نعم يمكن توجيه كون البيع أصلاً في تملك الأعيان بما يبعد عن مساق كلام كاشف الغطاء رحمه الله بأن يقال: إن التملك بالعوض معنى حقيقي لخصوص البيع، فلو شك في أن الموجب بقوله: «ملكك» أراد معناه الحقيقي أي البيع، أو معناه المجازي من الصلح والهبة، إقتضت أصالة الحقيقة - التي هي من الأصول العقلية الكاشفة عن المرادات - إرادة البيع لا غير، كما لو شك في أن القائل: «رأيت أسداً» أراد معناه الموضوع له أو الرجل الشجاع، فإن أصالة الحقيقة تقضي بالحمل على المعنى الحقيقي.

لكن الظاهر أن مقصود كاشف الغطاء من الأصل ليس أصالة الحقيقة الكاشفة عن المراد في مقام الإثبات، بل مراده الغلبة، و سيأتي مزيد توضيح له.

(*) يرد عليه - مضافاً إلى ما أورده المصنف رحمه الله عليه -: أن المراد بالأصل ظاهراً هو

فيقدم^(١) على الصلح و الهبة المعوضة» محل تأمل بل منع، لما عرفت^(٢) من أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير^(٣).

نعم^(٤) لو أتى بلفظ التملك بالعوض و احتمل إرادة

(١) يعني: فيقدم البيع - عند إطلاق «ملكك كذا بكذا» و عدم قصد خصوصية الصلح و الهبة - على إرادة أحدهما.

(٢) تعليل لقوله: «محل تأمل» و قد عرفت توضيحه.

(٣) يعني: فليس تملك الأعيان مشتركاً معنوياً حتى يدعى إنصرافه عند الإطلاق الى البيع، بل ليس تملك الأعيان بالعوض إلا البيع.

(٤) استدراك على قوله: «محل تأمل بل منع» و مقصوده توضيحه تصحيح أصالة البيع في تملك الأعيان بإرادة أصالة الحقيقة في معنى التملك، لا الأصل الذي إدعاه كاشف الغطاء توضيحه و هو الغلبة و الانصراف.

و عليه فيكون قوله: «نعم» كاستثناء المنقطع الذي يختلف فيه المستثنى و المستثنى منه موضوعاً. و ليس هذا توجيهاً للأصل الذي أسسه الشيخ الكبير توضيحه في شرح قواعده، لا بقاء كلامه عنه. و وجه كون الاستثناء منقطعاً أجنبياً الأصل بمعنى الغلبة - و الانصراف في المشترك المعنوي - عن أصالة الحقيقة المعول عليها في تمييز المراد من المعنى الحقيقي عن المجازي.

الغلبة. بتقريب: أن غالب ما يقع في الخارج من تملك العين بالعوض هو البيع، و هذه الغلبة تلحق الفرد المشكوك منه بالبيع، لقاعدة لحوق الشيء بالأعم الأغلب.

و فيه: أن مجرد الغلبة لا حجية فيها، بل و لو مع إفادتها الظن أيضاً، لعدم الدليل على إعتباره، فيقع تحت عموم دليل عدم الحجية.

إلا أن يقال: إن المراد بالأصل هو الإطلاق في مقام الثبوت بمعنى عدم قصد خصوصية الصلح أو الهبة التي بها يمتازان عن البيع المعزى عن الخصوصية، فيكون مراد القائل بهذا الأصل هو عدم الخصوصية، و هذا أصل ثبوتي أجنبي عن الغلبة التي هي أصل إثباتي.

غير حقيقته^(١) كان مقتضى الأصل اللفظي حملة^(٢) على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع^(٣).

لكن^(٤) الظاهر أن الأصل بهذا المعنى^(٥) ليس مراد القائل المتقدم، وسيجيء^(٦) توضيحه في مسألة المعاوضة في غير البيع إن شاء الله تعالى.
بقي القرض^(٧) داخلاً في ظاهر الحد.

(١) أي غير حقيقة «التمليك بالعوض» التي هي البيع، والمراد بالغير احتمال إرادة الصلح والهبة المعوضة، ومن المعلوم أن حمل كل لفظ على معناه الموضوع له عند دوران الأمر بين إرادته وإرادة المعنى المجازي هو مقتضى أصالة الحقيقة كما عرفت في مثل الأسد.

(٢) أي: حمل «التمليك بالعوض» على معناه الحقيقي وهو البيع.

(٣) ولا يقبل منه دعوى إرادة الصلح أو الهبة المعوضة.

(٤) هذا بيان أجنبية التوجيه الذي أفاده بقوله: «نعم» عن مراد الشيخ الكبير رحمته الله.

(٥) أي: أصالة الحقيقة التي هي حجة في تشخيص المراد، ولذا عُدَّت من الأصول المرادية التي هي معتبرة في مقام الإثبات. والظاهر عدم إرادة كاشف الغطاء رحمته الله هذا المعنى، لظهور عبارته في مقام الثبوت، وهو تحديد مفهوم البيع وتمييزه عن مفهومي الصلح والهبة، فراده بالأصل هو عدم دخل خصوصية في مفهوم البيع، والمفروض أنه لم يقصد إلا التملك بالعوض، وهذا أصل ثبوتي لا إثباتي، فالبيع لا خصوصية فيه، بخلاف الصلح والهبة، فإن مفهومهما متخصص بخصوصية وجودية وهي قصد عنوانها.

(٦) في خامس تنبيهات المعاوضة. لكنه رحمته الله لم يف بوعده في ذلك التنبيه كما ستقف عليه.

جـ - إنتقاض التعريف بعقد القرض

(٧) هذا سابع النقوض التي أوردها المصنف رحمته الله على تعريف البيع بـ «إنشاء تملك عين بمال» تقريب النقض: أن هذا التعريف يصدق على القرض كصدقه على البيع، حيث إن المقرض يملك المقرض عيناً في قبال العوض الذي يؤديه المقرض عند المطالبة أو عند حلول

ويمكن إخراج^(١) بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تملك على وجه

الأجل، فإذا أقرض زيد عمرو ديناراً مثلاً فقد ملكه ديناراً بعوض، وهو الدينار المائل للدينار الذي أقرضه، وعليه فـ «إنشاء تملك العين بعوض» صادق على القرض أيضاً. ثم إن هنا أمرين ينبغي التنبيه عليهما.

الأول: أن سوق العبارة يقتضي أن يقال: «و منها: صدقه على القرض» يعني: ومن الأمور الباقية على تعريف البيع عدم مانعيته للغير - أي القرض - كعدم مانعيته عن الشراء والصلح والهبة المعوضة، مع خروج القرض عن البيع قطعاً، فلا بد من تعريفه بما لا ينتقض بالقرض. ولم يظهر وجه عدول المصنف ^{رحمه الله} عن السياق إلى قوله: «بقي القرض».

الثاني: أن هذا النقض لا يختص بتعريف البيع بما في المتن من «إنشاء تملك عين بعوض» لوروده على تعريفه بالانتقال والعقد الدال عليه أو على النقل إذا كان الإنشاء بلفظ التملك، لاشتراك الكل في جامع التملك بالعوض. نعم في ورود النقض على تعريفه بما في جامع المقاصد من «نقل العين بالصيغة المخصوصة» تأمل لا يخفى وجهه.

(١) هذا الضمير وضمير «مفهومه» راجعان إلى القرض، وهذا جواب الاشكال. ومحصل ما أفاده في دفع نقض تعريف البيع بالقرض هو: أن حقيقة القرض تملك وتضمين، بمعنى أن المقرض تارة ينشئ تملك المال للمدين، وأخرى ينشئ شرطية ضمانه عليه بما يناسبه ويكون أقرب إليه من المثل إذا كان مثلياً أو القيمة إذا كان قيميّاً. فيكون نظير الهبة بشرط العوض في كون شرط العوض خارجاً عن البدلية المقومة للمقابلة المعتبرة في حقيقة المعاوضة.

وبيان آخر: يخرج القرض عن تعريف البيع بقوله «العوض». توضيحه: أنه يُعتبر عرفاً في مفهوم المعاوضة المقومة للبيع تغاير العوض للمعوض وتعددهما، إذ لا يعقل اعتبار المعاوضة في شيء واحد بأن يكون عوضاً عن نفسه كما هو واضح. إذا عرفت هذا فنقول: إن المدينون تشتغل ذمته بكلّ ينطبق على الأفراد الخارجية المساوية للعين المقترضة في الخصوصيات النوعية والصنفيّة الدخيلة في المالية التي تدخل

ضمان المثل أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما (*) .

تحت الضمان، بخلاف الخصوصيات الشخصية فإنها لا تدخل تحت الضمان، لبناء الدائن والمديون على ذلك، حيث إنَّ القرض يوجب ملكية العين للمديون ليتمكن من صرفه في حوائجه، فلو كانت الخصوصيات الشخصية داخلة تحت الضمان لزم من ذلك نقض القرض من القرض، و كان ضمان الدين كضمان الغصب، حيث إنَّ العين المغصوبة بجميع خصوصياتها النوعية و الصنفية و الشخصية مضمونة على الغاصب.

فالفارق بين الضمان القرضي و الغصبي هو: أنَّ جميع الخصوصيات في الغصب مضمونة على الغاصب، و لذا يجب دفع العين لو كانت موجودة إلى المغصوب منه. بخلاف القرض، إذ المضمون على المديون ليس إلا الخصوصيات النوعية و الصنفية، و أما الشخصية فلا، و لذا لا يجب على المديون دفع العين إذا كانت موجودة، كما ليس للدائن إلزام المديون بذلك بقاعدة اليد، لعدم موضوع لها بعد وضوح كون يد المقرض على العين المقرضة مالكية. و لا قاعدة الاقدام، لأنها تابعة لما تعهد به الضامن. و قد عرفت أنَّ ما ثبت به تعهده هو المال المقرض بخصوصياته النوعية و الصنفية دون الشخصية. هذا كله في اختلاف البيع و القرض مفهوماً. و يترتب عليه إختلافهما بحسب الآثار و الأحكام، و هو كاشف إنَّاً عن مغايرتهما سنخاً، و قد إستشهد المصنف رحمته بأمور أربعة يفترق فيها البيع عن القرض، و سيأتي بيانها.

(*) قد يشكل هذا الجواب بما في حاشية المحقق الايرواني رحمته من أنَّ إنكار المعاوضة في عقد القرض و الالتزام بكونه تمليكاً على وجه ضمان البذل لا يخلو من أحد وجهين لا سبيل الى شيء منهما، لكون أحدهما تسليماً للنقض مع تغيير العبارة، و الآخر غير معقول.

توضيحه: أنَّ «التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة» إن كان بمعنى المقابلة بأن يكون تمليك العين بازاء عوض كلي في الذمة كان إلزاماً بالاشكال، لصدق «تمليك عين

بعوض «على القرض كصدقه على البيع، إذ ليس مفاد صيغة «أقرضتك» أو «ملكتك هذا» عليك ردّ عوضه» إلا تمليك عين في قبال عوضها.

و إن كان تمليك المقرض لا على وجه المقابلة بل كان تمليكه مجانياً و خالياً عن العوض - و إنما اشترط على المقرض ضمان البذل، كحكم الشارع على الضامن باشتغال العهدة في موارد الضمانات كالاتلاف - كان غير معقول. لاستحالة أن يضمن الشخص مآل نفسه، لا سيما مع قيام عينه، فيكون العين له قد تملكها مجاناً، و مع ذلك يضمنها على أن يؤدي العوض للغير^أ.

و هذا الاشكال لا يخلو من وجه، و التفصي منه «بأن ضمان المقرض للإقدام عليه لا لقاعدة اليد، فالمقرض أقدم على ضمان مالية العين و إن لم يضمن خصوصيتها»^ب لا يخلو من غموض، إذ لا إقدام هنا إلا على القرض، و الإشكال كله في تصوير الضمان، لانحصار سببه في أحد أمرين، إما إقتضاء ذات العقد للمعاوضة، فيعود إنتقاض تعريف البيع بالقرض، لا اشتراكهما في جامع التمليك بالعوض، و إن كان العوض فيه كلياً دائماً، بخلاف الثمن في البيع، فإنه أعم منه و من العين الشخصية و المنافع المملوكة، بل و بعض الحقوق.

وإما لاقتضاء الشرط المدلول عليه بقوله: «و عليك ردّ عوضه» مع فرض عدم اقتضاء نفس تمليك المقرض للبذل، و هذا هو محذور ضمان الشخص لما تملكه مجاناً، و هو غير معقول. و بهذا ظهر أنه لا إقدام على ضمان العين من غير ناحية الإقتراض، فإما أن يكون الضمان مقتضى طبع القرض، و إما أن يكون مقتضى الشرط.

و تخلص المحقق الإيرواني رحمته عن النقص بإنكار المعاوضة في باب القرض، و أن حقيقته تمليك العين و تأمين المالية، و قد أوضحه في موضع آخر بقوله: «إن القرض ينحل إلى أمرين: هبة و إstimان. أما الهبة فبالنسبة إلى العين، فإن المقرض يرفع يده عن العين و يدفعها إلى المقرض مجاناً و بلا عوض. و أما الاستيمان فبالنسبة إلى مالية العين، فإنه يستأمن مالية

أ: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧٤

ب: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٦٨

العين عند المقرض، وفي ذمته على أن يردها إليه في رأس الأجل، ولذا يطالب حينما يطالب بماله، لا بعرض ماله. فلا معاوضة في القرض بوجه. وإنما هو إعراض عن خصوصية العين واستيمان لماليتها^أ.

وهذا البيان كما تراه إنكار للمعاوضة في القرض رأساً، فينهدم أساس النقض، ولا بأس به من جهة التفكيك في حيثيات العين الشخصية بين خصوصيتها ونوعيتها، فيكون نظير اللقطة التي حكم الشارع بجواز التصرف فيها مع ضمان البدل الواقعي مثلاً أو قيمة.

لكنه قد يشكل الالتزام به من جهة تصريحات الأصحاب بعد القرض من العقود المعاوضة، فنفس تملك المقرض يقتضي إستحقاق البدل، فإن أنشأ بقوله: «أقرضتك» لم يفتقر إلى الاشتراط، وإن أنشأ بمثل «ملكتك» لزم الاشتراط بمثل «و عليك ردّ عوضه».

وجعل حقيقته منحللاً إلى عقدين هبة العين واستيمان المالية وإن كان محتملاً ثبوتاً، لكنه لا شاهد عليه في مقام الإثبات، بل الكلمات ظاهرة في خلافه، قال ابن حمزة رحمته في تعريفه: «القرض كل مال لزم في الذمة بعقد عوضاً عن مثله»^ب. فالقرض عنده ذلك البدل الكلي المستقر في العهدة عوضاً عما أخذه من المقرض.

وقال المحقق الأردبيلي رحمته لدى التعليق على قول العلامة: «فإن كان مثلياً يثبت في الذمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم» مالفظة: «لعلّ دليله: أن القيمي إنما خرج عن ملك المالك بالعوض، وليس له العوض إلا القيمة، لعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات...»^ج. وقال في موضع آخر: «لأنّ الاذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكاً ويكون عليه العوض، لا مطلقاً

أ : حاشية المكاسب، ج ١، ص ٧١

ب : المجموع الفقهي، كتاب الوسيلة، ص ٧٤٨

ج : مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، ج ٩، ص ٦٩

كما في سائر المعاوضات، أ.

و قال في الجواهر: «أنَّ القرض وإن كان له شبه بالضمائن، إلا أنه من المعاوضات أيضاً» ب.

و في هذه الكلمات كفاية لعدِّ القرض من العقود المعاوضية وإن كان له أحكام خاصة به، و لا سبيل لإخراجه منها، كما لا وجه لجعله منحلًّا إلى عقد هبة للعين، و عقد إستيمان وإستيداع للمالية.

و بالجملة: فما تفصّل به المحقق الأيرواني رحمته عن النقص غير ظاهر.

و اختار المحقق الاصفهاني رحمته لدفع النقص وجهاً آخر، فأفاد في توضيح المتن ما حاصله: أنَّ العوض وإن كان مقصوداً في القرض، لكنه لا يكفي في عدّه من العقود المعاوضية، إذ المناط فيها أن يتسبّب إليه بنفس الإنشاء كأن يقال: «بعث هذا بهذا» فلو كان العوض مقصوداً و لم يتسبّب إلى وجوده الاعتباري بالإنشاء لم يكن معاوضة، و لذا فعقد القرض تمليك على وجه التضمين، لا تمليك محض و لا تضمين محض ج.

و هذا الوجه أيضاً لا يخلو من تأمل، إذ لا ريب في أنَّ التمليك على وجه التضمين، إمّا أن يلاحظ فيه الضمان بنحو العوض، و إمّا أن يلاحظ فيه بنحو الشرط، و على كلّ منهما يكون تمليك المقرض حصّة من طبيعي التمليك، و هي الملحوظ فيها إستحقاق العوض.

فالأولى الإلتزام بكون القرض من المعاوضات، وإن إختصّ بأحكام لم تجر في البيع كما سيأتي التنبيه عليها في المتن.

أ: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٩، ص ٧٤

ب: جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ١٦

ج: حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٨

ولذا^(١) لا يجري فيه ربا المعاوضة، ولا^(٢) الغرر المنفي^(٣) فيها، ولا^(٤) ذكر العوض،

(١) أي: ولأجل عدم كون مفهوم القرض هو التملك على وجه المقابلة، بل مفهومه «التمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة» لا يجري فيه ربا المعاوضة.

و هذا أول الوجوه الأربعة التي إستشهد بها المصنف رحمته الله على خروج القرض عن مفهوم البيع، وحاصله: أنهم ذكروا إنقسام الربا الى قسمين أحدهما معاوضي، والآخر قرضي. واعتبروا في صدق الربا في المعاوضة أن يكون العوضان من جنس واحد، وأن يكونا مكيلين أو موزونين، فلا يحرم مطلق التفاضل بين العوضين كما اذا كانا من جنسين أو لم يكونا من المكيل والموزون.

و هذا بخلاف الربا القرضي، فإنه يحرم التفاضل - في القرض - مطلقاً، ولا يشترط بكون العين المقترضة من المكيل والموزون، ولا بوحدة الجنس.

و على هذا نقول: بخروج القرض عن باب المعاوضة، إذ لو كان بيعاً لاعتبر في رباها ما يُعتبر في ربا المعاوضة، مع وضوح حرمة اشتراط التفاضل - مطلقاً - في باب القرض، حتى إذا لم تكن العين المقترضة من المكيل والموزون، فلو أقرض معدوداً كالبيض - كما هو المتعارف في بيعه بالعد في بعض البلاد، لا بالوزن - بأكثر منه كان رباً حراماً. أو أقرض متناً من حنطة بمنين من عدس، وهكذا. بخلاف ما إذا باع بيضة واحدة بإثنين، أو متناً من حنطة بمنين من عدس، فإنه لا بأس بذلك، وهذا شاهد على عدم كون القرض بيعاً.

(٢) هذا ثاني الوجوه التي إستشهد بها على عدم كون القرض معاوضةً، وحاصله: أنه لو كان القرض بيعاً لم يجوز قرض المجهول، إذ يعتبر في البيع كون المبيع معلوماً، لنهي النبي صلوات الله وسلامه عليه عن بيع الغرر، فجواز قرض المجهول - كصبرة أو قبضة من الدراهم - دليل على عدم كون القرض بيعاً، إذ القرض وَقَعَ صحيحاً.

(٣) هذا ثالث الوجوه، وحاصله: أنه يعتبر في المعاوضة ذكر العوضين في متن العقد، لأنهما ركنان في باب المعاوضة، فعدم ذكر أحدهما أو كليهما يوجب إختلال العقد، لعدم ذكر

أ: عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ٢، ص ٤٥ و ٤٦، الحديث ١٦٨، وفيه: «وقد نهى رسول الله صلوات الله وسلامه عليه عن بيع المضطر وعن بيع الغرر» وعلى هذا فالرواية منقولة بطرقنا أيضاً.

ولا^(١) العلم به، فتأمل^(٢).

ركنيه أو أحدهما. مع أنه لا يجب ذكرُ العوض في باب القرض، و عليه فعدم وجوب ذكره فيه كاشف عن خروجه عن باب المعاوضة.

(١) هذا رابع تلك الوجوه، ومحصله: أنه يعتبر العلمُ بالعوض في باب المعاوضة، مع أنه غير معتبر في القرض، بشهادة صحة القرض مع عدم العلم بكون العين المقرضة مثلياً أو قيميّاً، ومن المعلوم أنه لو كان القرضُ معاوضةً بين العين المقرضة و ما يؤدّيه المقرض لزم إحرازُ كون العين مثلياً أو قيميّاً حتى يعلم بما اشتغلت الذمة به من المثل أو القيمة.

(٢) لعلّه كما أفاده جماعة من المحشّين - منهم الفقيهان المامقاني والسيد زكي^(١) - إشارة إلى: أن الوجوه الأربعة المتقدمة لا تشهد بعدم كون القرض من المعاوضات، لإمكان اختلاف أنواع المعاوضات في الأحكام، فلا يدلّ شيء من تلك الوجوه على خروج القرض موضوعاً عن حيّز المعاوضات، كما هو المقصود من الاستشهاد بها، إذ ليست تلك الأمور الأربعة مقوِّمة لمفهوم المعاوضة عرفاً حتى يكون إنتفاؤها موجباً لانتفاء حقيقة المعاوضة، بل هي أحكام تعبدية ثبتت في البيع لقيام الدليل على ثبوتها له، وعلى هذا فلا سبيل لإخراج القرض عن باب المعاوضات ولا بدّ من إقتراحه عن البيع بوجه آخر^(*).

(*) لكن الظاهر دلالة الامور الأربعة المتقدمة على خروج القرض عن باب المعاوضات بنظر المصنف، وأن أمره بالتأمل ناظر إلى مطلب آخر، لكون المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، وقد إختار^(١) حجية أصالة العموم في مثله وإقتضائها إحراز حال الفرد وعدم كونه من مصاديق العام، مثلاً: إذا علمنا بعدم وجوب إكرام زيد وشككنا في أن خروجه عن عموم «أكرم العلماء» هل يكون تخصيصاً أم تخصّصاً لعدم كونه منهم، فمقتضى أصالة عدم تخصيص العام الحكمُ بخروجه تخصّصاً، لحجية مثبتات الأصول اللفظية.

قال مقرّرُ بحث المصنف: «و على ذلك جرى ديدنهم في الاستدلالات الفقهيّة،

كاستدلالهم على طهارة الفسالة على أنها لا تنجس المحل، فإن كان نجساً غير منجس يلزم تخصيص قولنا: كل نجس منجس^١.

و على هذا المبنى يمكن الاستشهاد على خروج القرض من المعاوضة موضوعاً بهذه القاعدة - ببيان: أنه يشك في كيفية خروج القرض عن عموم أدلة أحكام المعاوضات، وأنه موضوعي أو حكمي، فأصالة عدم تخصيص تلك الأدلة تثبت عدم كون القرض من المعاوضات، لأنه معاوضة غير محكومة بتلك الأحكام الأربعة.

و عليه فمرجع الاستشهاد بتلك الوجوه - ببركة حجية أصالة عدم التخصيص - إلى عدم كون القرض من المعاوضات، فتدبر جيداً.

ولذا كان ينبغي تنزيل الأمر بالتأمل هنا على تثبيت ما أفاده بقوله: «ولذا لا يجري فيه ربا المعاوضة... الخ» من استكشاف خروج القرض موضوعاً عن باب المعاوضات، لاحمله على عدم التنافي بينها وبين كونه معاوضة كما أفاده الشراح^٢.

نعم، الإشكال كله في المبنى، لما تقرّر في أصالة العموم من إقتصار حجيتها على جهة الحكم، سواء كان الشك في أصل التخصيص أم في التخصيص الزائد، ولا أقل من الشك في بناء العقلاء على العمل بها لإحراز حال الموضوع، عند العلم بعدم محكوميته بحكم العام.

مناقشات أخرى في تعريف البيع

هذا تمام الكلام في الاشكالات التي أوردها المصنف^٣ على تعريفه للبيع و دفعها، وقد أورد عليه جمع من المحشين بوجوه أخرى، ينبغي التعرّض لجملة منها:

الأول: أن البيع يوجد بالإنشاء، فهو موضوع له لا نفسه. وإن شئت فقل: إن الإنشاء سبب للبيع لا نفسه، فهو من الإعتبارات الناشئة منه، فتعريفه به تعريف للشيء بسببه. نعم هذا التعريف يلائم إنشاء البيع لا نفسه كما لا يخفى.

وقد تقدّم توضيح وجه الحاجة الى ذكر لفظ الإنشاء في تعريف المصنف^٤.

و لكن مع ذلك لاحتاج الى ذكر لفظ الانشاء، لأن وجه الحاجة إليه - و هو إخراج التملك الشرعي و العرفي الذي ليس تحت قدرة البائع و كون ما بيده هو التملك الانشائي - يتأدى بلفظ «التمليك» لأنه عبارة عن إيجاد الملكية الانشائية، فيكون لفظ الإنشاء مستدركاً، إذ مرجع إضافة الانشاء إلى التملك إلى «إنشاء إنشاء الملكية».

و لو فرض الحاجة إلى زيادة لفظ الانشاء بدعوى: عدم دلالة التملك على الانشائي لم يحسن جعل الانشاء جنساً للحد، إذ ليس ذلك جنساً، بل سبباً للبيع، فالمناسب ان يقال: البيع هو التملك الانشائي.

الثاني: أنه يستلزم إنخراط قاعدة توافق المشتق و المشتق منه في المعنى، لوضوح أن «الإنشاء» لم يؤخذ في مفهوم شيء من تصاريف البيع، فإن قوله في مقام الاخبار: «بعث، أو أبيع، أو باع زيد، و يبيع» و نحو ذلك لا يراد به إلا التملك، لا إنشاء الذي هو سبب له، هذا. و يمكن دفعه: بأن المراد بالإنشاء هو التملك الانشائي، في قبالة التملك الخارجي الممضي شرعاً أو عرفاً، لا الإنشاء في مقابل الاخبار، و من المعلوم سريان التملك الانشائي في جميع تصاريف البيع، فقوله: «بعث» اخباراً يراد به الاخبار عن التملك الانشائي، فلا يلزم إنخراط قاعدة لزوم توافق المشتقات للمشتق منه في المعنى، فتدبر.

الثالث: ما في حاشية الفقيه المامقاني رحمته الله من «أن العوض غير مأخوذ في مفهوم البيع وضعاً، فيصح الاخبار بالبيع عمن قال: بعث هذه الدار مثلاً بدون ذكر العوض. و الوجه في ذلك واضح، فإنه اسم لما هو أعم من الصحيح و الفاسد، و لذلك تراهم يذكرون مسألة البيع بلا ثمن، و يختلفون في حكمه، فلو لم يكن بيعاً لم يكن لذلك وجه».

و فيه ما لا يخفى، لما مر في تعريف المصباح للبيع بأنه «مبادلة مال بمال» فالعوض مأخوذ في مفهوم البيع لغةً. و أما صحة الاخبار بالبيع بدون ذكر العوض فلعدم الحاجة إلى ذكر العوض بعد وضح دخله في مفهوم البيع لغةً و عرفاً، و كون البيع من العقود المعاوضة. و أما كون البيع اسماً للأعم من الصحيح و الفاسد و كون التعريف للأعم فلا كلام في ذلك، إلا أن

الشأن في صدق البيع العرفي على ما يكون فاسداً شرعاً كالبيع بلا ثمن، فإن إطلاق البيع عليه عرفاً ممنوع، ولذا يُعَدُّ شرطُ تحلُّو البيع عن الثمن منافياً لمقتضى حقيقة البيع، لا منافياً لمقتضى إطلاقه، كما لا يخفى.

الرابع: ما في حاشية المحقق الايرواني رحمته من: «أن العين تشمل غير المتمولة كالخنافس والديدان»^أ.

و فيه: أنه لا ضير في ذلك، لكون المعرف هو البيع الأعم من الصحيح والفساد. إلا أن يمنع صدق البيع عليه لغة كما يظهر من المصباح، بل و عرفاً.

و يمكن دفع الاشكال عن تعريف المصنف باختصاص العين بالمتمولة، لما تقدم منه في ذيل تعريف المصباح من استظهار كون المعوض عيناً، في قبال أعمية العوض منها و من المنافع، فإن ذلك كله بعد الفراغ عن إعتبار مالية العوضين، ولذلك منَعَ من جعل العوض عملَ الحرّ، كما منَعَ عن قابلية وقوع بعض الحقوق عوضاً. و عليه فلفظ «العين» وإن كان ظاهراً بدواً في ما يقابل المنفعة مطلقاً سواء اتصف بالمالية أم لا، إلا أن التأمل في كلام المصنف رحمته قاضٍ بارادة خصوص ما يتموّل كما ذكرناه، فلاحظ.

الخامس: ما في الحاشية المزبورة أيضاً من «شموله لإنشاء العايب والآغي، وإنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول، مع أن شيئاً من ذلك ليس ببيعاً، بل إنشاء البيع».

و فيه: أنه لا يصدق البيع على إنشاء العايب والآغي، لأنه - على ما عرفت - ما يكون مبرزاً للاعتبار الموجد في النفس أو موجداً للأمر الاعتباري، على الخلاف المتقدم في حقيقة الإنشاء، و من المعلوم أن إنشاء الآغي الفاقد للقصد لا يُبرز ذلك و لا يوجد. و أمّا إنشاء الإيجاب غير المتعقب بالقبول فهو بيع قطعاً، إذ المحدود هو فعل البائع، لا المعاملة الخاصة القائمة بكلا المتبايعين.

السادس: ما في حاشيته أيضاً من: «أنه يشمل الانشاء الصريح و الضمني، مع أن مقصوده الانشاء الصحيح كيلا يشمل القبول من المشتري، و لا يشمل قبول مستأجر العين، و لا يشمل الصلح».

و يمكن دفعه: بأن قبول البيع و الإجارة عبارة عن إنشاء التملك، و ليس مفهومه لغة أو عرفاً إنشاء التملك، و إنما يرجع الى إنشاء التملك بعد التحليل، فليس القبول إلا مطاوعة لإنشاء الموجب، فمفهوم القبول ليس إلا إنشاء التملك.

و أما الصلح فليس هو أيضاً إنشاء التملك بل إنشاء التسالم، و التملك مما يترتب عليه، فليس الصلح أولاً و بالذات إنشاء التملك.

السابع: ما في حاشيته أيضاً من: أنه يلزم تعلق الجار بالعين أو بصفة مقدرة لها حتى يكون تقدير الكلام: «إنشاء تملك عين مقابل المال» لينطبق على البيع، مع أن ظاهره التعلق بالتملك، و ينطبق التعريف على الهبة المعوضة بناءً على ما تقدم في المتن من كون العوض عوضاً لفعل الواهب و هو التملك، لا عوضاً عن العين الموهوبة المتعلقة بها التملك. و الفارق بين البيع و الهبة عند المصنف هو هذا أي كون الثمن عوضاً عن العين في البيع، و كونه عوضاً عن الفعل في الهبة، هذا.

و هذا الاشكال وإن كان وارداً على تعريف المصنف رحمته، لكنه لا يختص به، إذ لابد من تعيين متعلق للباء الدالة على المقابلة بين العين و الثمن حتى يتميز البيع عن الهبة، فلا مناص من صرف ظهوره في تعلقه بالتملك الى تعلقه بمقدّر.

هذه جملة من مناقشاتهم في تعريف المتن. و قد تقدم فيما يتعلق بتعريف المصباح بعض وجوه النظر فيه أيضاً، فراجع.

وكذا يظهر ما في تعريف البيع بما في تقرير بحث شيخنا المحقق النائيني رحمته قال المقرر: «الأولى في تعريف البيع أن يقال: هو تملك العين بالعوض في ظرف تملك

المشتري،^أ وذلك لما مرّ مراراً من أنّ البيع ليس هو التملك، بل مفهومه التبديل.
مضافاً إلى: أنّ تملك المشتري ليس دخیلاً في البيع المصدري الذي هو فعل البائع،
وإنّما هو دخیل في ترتب الأثر المقصود على المعاملة الخاصة القائمة بالبائع والمشتري.
وإلى: لزوم تقييد كل من العين والعوض بالتمول، لما عرفت من أنّ البيع هو المبادلة
بين المالين لغةً وعرفاً ولو بأصالة عدم النقل، هذا.

كما يظهر مما ذكرناه: ما في تعريف البيع بما أفاده الحلبي في كافيته من: «أنه عقد يقتضي
إستحقاق التصرف في المبيع والتمن و تسليمهما»^ب من الإشكال، وذلك لما فيه أولاً: من أنّ
«العقد» إن أريد به الإيجاب والقبول اللفظيان توجه عليه ما تقدم في تعريف البيع - بالإيجاب
والقبول الدالين على الانتقال - من: أنّ البيع من مقولة المعنى، وهو الأمر الاعتباري، وليس من
مقولة اللفظ. ومن خروج المعاطاة عنه.

وإن أريد به ما يقوم بالبائع والمشتري من العهد، ففيه: أنّ المحدود هو البيع بمعناه
المصدري الذي هو فعل البائع فقط، ومن المعلوم أن العهد قائم بالطرفين كما لا يخفى.

و ثانياً: أنّ المحدود أعم من البيع الصحيح والفاسد، ومن البديهي أن إستحقاق
التصرف والتسليم من آثار خصوص البيع الصحيح، فلا يشمل الحدّ البيع الفاسد.

و ثالثاً: أنّه يستلزم الدور، لاشتغال الحدّ على المبيع الذي هو من مشتقات البيع، فإذا
توقّف معرفة الحدّ - كلّاً أو بعضاً - على المحدود لزّم الدور، لتوقف معرفة المحدود أيضاً عليه.

ورابعاً: أنّه يقتضي عدم اعتبار العينية في المبيع.

وخامساً: أنّه يقتضي عدم اعتبار المائيّة في العوضين كما لا يخفى.

فالأولى في تعريف البيع أن يقال: «أنّه تبديل إعتباري بين عين وشيء متمولين» فإنّ

هذا هو البيع العرفي الصادق على الصحيح والفاسد.

أ: منية الطالب، ج ١، ص ٤٥

ب: الكافي في الفقه، ص ٣٥٢

ثم إن ما ذكرنا^(١)

(١) يعني: من تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بـمال» و غرضه بيان أمرين:
 الأول: أن البيع الذي يكون أصلاً للمشتقات هو البيع بمعناه المصدري، الذي هو فعل
 البائع، في قبال الشراء الذي هو فعل القابل، لا البيع بمعناه الاسمي، فإذا قال: «بعثت» فمعناه:
 أنشأت البيع، وهذا هو مختار المصنف رحمته في تعريف البيع، حيث قال: «أنه إنشاء تمليك عين بـمال».
 الثاني: عدم منافاة التعريف المزبور لإطلاق البيع على معانٍ أخرى، ورجوعها إلى المعنى
 الذي إختاره، وهو: إنشاء تمليك عين بـمال، كما سيّضح عند تعرّضها في المتن.
 هذا إجمال الأمر، والمقصود الأصلي النظر في كلام صاحب المقابس رحمته، حيث إنه
 ادّعى إطلاق البيع حقيقة على معانٍ أربعة، وجعل ثانيها: إنشاء التمليك الذي يكون بيد البائع.
 وأول تلك الإطلاقات هو: إنشاء تمليك البائع، وإنشاء تملك المشتري - لكون البيع من
 الأضداد - لكن بشرط إنضمام أحدهما إلى الآخر، فلو لم يتعقب إنشاء البائع بقبول المشتري
 لم يُطلق على إنشاء البائع: أنه بيع.
 و ثانيها: إنشاء التمليك، الذي هو فعل البائع.
 و ثالث تلك المعاني هو النقل المترتب على الإيجاب والقبول.
 و رابعها: نفس العقد المؤلف من الإيجاب والقبول. و الفرق بين هذا الإطلاق الأخير
 وبين إطلاقه على إيجاب البائع بشرط تعقبه بتملك المشتري هو دخل القبول شرطاً في الأول،
 و شرطاً في الأخير.

هذا ما أفاده صاحب المقابس من إطلاق البيع على معانٍ أربعة أ، و قد سبقه في التنبيه
 عليه شيخه الفقيه كاشف الغطاء رحمته في شرح القواعد، حيث قال - بعد تعريف البيع بالانتقال
 كما في القواعد - ما لفظه: «و قد يراد به - أي البيع - مجموع النقلين في العوضين أو الإنتقالين، أو
 مجموع كلا القسمين، أو ما دلّ على النحو السابق و إن لم يوافق ما أريد به في هذا الكتاب.
 و على نحو اختلاف التعريفات اختلفت الإطلاقات، فمرة يقع الشراء قسيمة، و مرة قسمة،
 و مرة جزؤه. و يتعين الأول عند تعاطفهما، و الثاني إذا أريد النقل بالنحو الخاص، و الثالث إذا

تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعث» وغيره من المشتقات^(١).
ويظهر من بعض مَنْ قَارَبَ عصرنا استعماله في معانٍ أخرى^(٢) غير ما ذكر(*):

أريد به العقد في مقابلة العقود الأخرى. ومعنى النقل أو إيجابه هو الشائع على اللسان. والعقد إيجاباً وقبولاً ألصق بباب المعاملات ومذاق الفقهاء. وأما الانتقال فلا يوافق مقتضى الحال، لأن البيع على الظاهر من مقولة الفعل لا الانفعال، ويشهد لذلك تعديته بالاستقلال...^أ.

و عليه فإطلاق البيع على معانٍ أربعة وإن كان موجوداً في كلام صاحب المقابس وشيخه الفقيه كاشف الغطاء رحمهما، إلا أن مقصود المصنف رحمهما من «بعض من قارب عصرنا» هو الأول، بقرينة ما سيأتي نقله في المتن بقوله: «قال: بل الظاهر إتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات...» فإنها نصُّ كلام صاحب المقابس.

(١) كـ «أبيع و بائع و بع» ونحوها من التصاريف، فالمبدأ الساري في الكل معنى وحداني وهو إنشاء تملك عين بمال. «نعم لو كان في مقام الإخبار عما أنشأه كان معناه «إنشاء التملك المقرون بقبول المشتري» لا إنشاء البيع مطلقاً حتى بدون إنضمام القبول، ولكن خصوصية التعقب مستفادة من كونه في مقام الإخبار عن إنشاء المعاملة المتوقعة على تمامية العقد شرطاً و شرطاً.

إطلاق البيع على معانٍ أخرى

(٢) أي: معانٍ ثلاثة أخرى ذكرها الفقيهان كاشف الغطاء و صاحب المقابس.

(*) قال المحقق الإيرواني رحمهما مالفظة: «لا يخفى أن ما ذكره من المعاني هنا هي عين ما تقدم من المعاني، فلا وجه للإعادة. نعم المعنى الأول مما ذكره هنا مشتمل على قيد زائد على المعنى الذي اختاره المصنف سابقاً في تعريف البيع و هو: إنشاء التملك، بلا قيد التعقب بإنشاء التملك من المشتري»^ب.

أحدها: التملك المذكور^(١)، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري. وإليه^(٢) نظر بعض مشايخنا، حيث أخذ قيد التعقب بالقبول مأخوذاً في تعريف البيع المصطلح^(٣). ولعله^(٤) لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن المجرد،

(١) أي: إنشاء تملك عين بمال، وهو فعل البائع، ولكن البيع ليس مجرد هذا الإنشاء، بل المشروط بانضمام القبول إليه. وإطلاق «البيع» على الإيجاب المشروط بالقبول هو أول المعاني الأربعة المذكورة في المقابس، حيث قال: - بعد إطلاقه حقيقة على كل واحد من الإيجاب والقبول، لكونه من الأضداد - ما لفظه: «ويشترط في كلا الإطلاقين إنضمام الفعلين وإجتماعهما في الوجود، فلا يقال لمن أوجب البيع بقوله: بعث: أنه باع، إلا بعد أن ينضم قول الآخر. وقبوله. ومثله الآخر، بل الحكم فيه أظهر... الخ».

ووجه المصنف رحمه الله هذا الاشتراط بالتبادر وصحة السلب، حيث إن المتبادر من لفظ «البيع» ومشتقاته هو التملك المتعقب بتملك المشتري. وكذا يصح سلب عنوان «البيع» عن التملك المجرد عن قبول المشتري، بشهادة أنه لا يقال في مقام الإخبار: «باع زيد داره» إلا بعد أن يشتريها شخص منه. وعلى هذا فلم ينضم قبول المشتري إلى إيجاب البائع لا يصدق عنوان «البيع» على إنشاء التملك الذي هو فعل البائع.

(٢) أي: وإلى استعمال البيع في التملك الإنشائي المشروط بقبول المشتري نظر بعض المشايخ، ولعل هذا البعض صاحب الجواهر رحمه الله.

(٣) يعني: ما يقابل سائر المعاملات والعقود، وإلا فالبيع المقابل للشراء لم يؤخذ فيه قيد التعقب بالقبول قطعاً.

(٤) غرضه رحمه الله توجيه كلام بعض من عاصره من إطلاق البيع حقيقة على إنشاء تملك البائع بشرط إنضمام القبول إليه. ومحصل التوجيه: وجود أمارتين من علائم الحقيقة في المقام

أقول: لعل الوجه في التعرض لها مع ذكرها سابقاً هو دفع التنافي في بين مختاره في تعريف البيع من كونه إنشاء تملك عين بمال وبين تلك المعاني، فالنكته في الإعادة هي إثبات عدم التنافي بينهما، فلا تغفل.

ولهذا^(١) لا يقال: «باع فلان ماله» إلا بعد أن يكون قد إشتراه غيره. ويستفاد^(٢) من قول القائل: «بعثت مالي» أنه إشتراه غيره، لا أنه أوجب البيع فقط.
الثاني^(٣): الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول، وهو الانتقال(*)

تكشفان عن وضع «البيع» لفعل البائع المنضم إلى قبول المشتري.
أحدهما: تبادل هذه الحصة - دون طبيعي التملك الإنشائي - لو قال المخبر: «بعثت داري» إذ لا يراد منه الإيجاب المحض.

والآخر: صحة سلب عنوان «البيع» عن الإيجاب المجرد عن قبول المشتري.
وعليه فالتمليك غير المقرون بالتملك ليس بيعاً.

(١) يعني: ولتبادر الإنشاء المتعقب بالقبول - وصحة سلب البيع عن الإيجاب المجرد عن القبول - لا يقال لمن يخبر عن بيع داره: أنه باعها إلا بعد أن إشتراها غيره.

(٢) زاد المصنف رحمه الله هذا المثال الثاني لأجل تثبيت التبادر وصحة السلب، وكان المثال الأول وافياً بإثبات الأمارتين، ولذا إقتصر صاحب المقابس رحمه الله على مثال واحد.

(٣) قال في المقابس: «ثالثها: الأثر المترتب على تحقق جزأي العقد معاً، وهو النقل العرفي مطلقاً، والشرعي مع صحة العقد، ويُعبر عنه بالانتقال أيضاً ويختلفان بالاعتبار» وحاصله: أن البيع موضوع لمعنى ثالث - غير ما تقدم من وضعه تارةً للإيجاب المحض، وأخرى للإيجاب المنضم إلى القبول - وهو الأثر المترتب على كلا الفعلين: تملك البائع وتملك المشتري. وهذا المعنى الثالث هو ظاهر جمع من الفقهاء كشيخ الطائفة والحلي والعلامة - في ما عدا المختلف من كتبه - حيث عرّفوا البيع بـ «انتقال عين مملوكة...» ومن المعلوم أن الانتقال - القائم بالمال - أثر مترتب على مجموع الإيجاب والقبول.

(*) قال السيد رحمه الله: «لا يخفى أن الانتقال أثر الإيجاب فقط، لا أثر المجموع، إلا أن يراد منه الانتقال الشرعي» أ.

كما يظهر من المبسوط أو غيره.

الثالث^(١): نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول^(٢)، وإليه^(٣) ينظر(*) من عرف البيع بالعقد، قال^(٤): بل الظاهر إتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب

(١) قال في المقابس: «رابعها: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول، وهذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في سائر ألفاظ العقود، مما كان منها مصدراً بصيغة الفاعل والمفاعلة، أو بمعناه كالقراض والمضاربة والمزارعة والمساقاة والمسابقة والمباراة والمكاتبة والشركة والصلح. أو إسم عين كالوديعة والعارية... الخ».

(٢) ظاهره إرادة الإيجاب والقبول اللفظيين، لظهور «العقد» في خصوص القول، فكل من عبّر عن البيع بالعقد أراد العقد اللفظي، خصوصاً مع بناء جُلهم على إفادة المعاطاة للإباحة، وتصريح بعضهم بنفي بيعتها.

(٣) أي: وإلى إرادة نفس العقد المؤلف من الإيجاب والقبول نظر من عرف البيع بالعقد كالحلبي وابن حمزة والمحقق وغيرهم رحمهم الله.

(٤) يعني: قال بعض من قارب عصرنا - وهو صاحب المقابس - بأن إرادة العقد لا تختص بالبيع، بل الأمر كذلك في مطلق العقود والمعاملات كالصلح والهبة والإجارة والشركة والعارية والمضاربة وغيرها، فتعريف كل منها في كلمات الفقهاء يراد به تعريف عقدها المؤلف من الإيجاب والقبول، وسيأتي مزيد توضيح له.

لا ينبغي التأمل في إرادة الأثر المترقب وهو الانتقال الخارجي، لأنه الحاصل من الإيجاب والقبول معاً، دون الانتقال المترتب على الإيجاب فقط.

(*) كما أنه يحتمل أن يكون نظر من عرفه بالعقد إلى المبادلة الحاصلة من الإيجاب والقبول، لا إلى العقد اللفظي، كما هو ظاهر تعريف المصباح المتقدم من أنه «مبادلة مال بمال» بل هو ظاهر قوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ وقوله تعالى: ﴿لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله﴾

المعاملات حتى^(١) الاجارة و شبهها التي ليست هي في الأصل إسماً لأحد طرفي

(١) كلمة «حتى» تدلّ على كون مدخوله أضعف من سابقه، كقوله: «قدم الحاج حتى المشاة»، و توضيح وجه أضعفيته منوط ببيان أقسام عناوين المعاملات على ما ذكره صاحب المقابس رحمته.

فمنها: ما يكون عنوان المعاملة مصدراً من باب المفاعلة أو الفِعال، فالأوّل كالمزارعة والمسابقة و المساقاة و المكاتبه و المضاربة، و الثاني كالقراض. و من المعلوم أنّ مقتضى الإشتراك في المبدأ في بابي المفاعلة و التفاعل هو كون العنوان المعاملي إسماً لطرفي العقد أي الموجب و القابل.

و يلحق بهذا القسم مثل الشركة و الصلح، فإنّهما وإن كانا مصدرين للفعل المجرد، إلّا أنّ العنوان قائم بشخصين.

و منها: ما يكون عنوان المعاملة إسماً لأحد طرفي العقد كالبيع و الضمان و الخلع و ما أشبهها، فإنّهما أسماء للإيجاب الذي هو أحد طرفي العقد.

و منها: ما يكون العنوان المعاملي إسمَ عين، لا هو فعل أحد المتعاقدين و لا فعل كليهما، وذلك كالوديعة و العارية و الصدقة، فإنّ معناها لغةً و عرفاً و شرعاً نفس المال الذي يُستأمن الودعي على حفظه، و يُسلّط المستعير على الانتفاع به، و يُعطى للغير بقصد القرية.

و قد تستعمل هذه الثلاثة بمعنى المصادر أيضاً نادراً. و من هذا القبيل الاجارة، فإنّها ليست في الأصل فعل الموجر و لا المستأجر، بل هي إسم لعوض المنفعة. قال في القاموس: «الأجر الجزاء على العمل، كالاجارة»^أ.

و غيرهما من الآيات، بل هو ظاهر الفقهاء في عناوين المعاملات، كقولهم: «كتاب البيع، شرائط البيع، أحكام البيع، و كتاب الاجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة» و غيرها من عناوين المعاملات، فإنّ مورد البحث في تلك الأبواب نفس المعاملات لا عقودها. نعم وقوعها منوط بالعقد المركب من الإيجاب و القبول، فاحتياجها إلى العقد من أحكامها، لا أنّها نفس العقود.

إذا عرفت هذه الأقسام الثلاثة في العناوين المعاملية، فنقول: إن المقصود بكل واحدة من المعاملات العقد الدال عليه. ولكن إطلاق المعاملات على عقودها ليس على السواء، فإطلاق المزارعة مثلاً على إيجابها وقبولها قريب جداً، لدلالة «المفاعلة» على قيام المبدأ بالموجب والقابل. وإطلاق البيع ونظائره مما يكون إسماً لأحد طرفي العقد إنما هو لوجود علاقة الكل والجزء فيها، حيث إن استعمالها في العقد يكون من استعمال اللفظ الموضوع للجزء في الكل، الذي هو من جنسه أعني به اللفظ الجامع بين الإيجاب والقبول.

وأما استعمال الإجارة في العقد القائم بطرفين - مع كونها إسماً للمال - لا فعلاً لها فأبعد من استعمال البيع في العقد، لأن علاقة الجزء والكل المتحققة في البيع مفقودة في مثل الإجارة، لعدم كون الإجارة - بمعنى الأجرة التي هي عين المال - بمعنى المصدر حتى تصاغ منها المشتقات. نظير الأمر بمعنى الفعل والشأن، فإنه لا يصح حينئذ صوغ المشتقات منه، بخلاف الأمر بمعناه المصدرى، فإنه مبدأ للمشتقات وأصلها. وعليه فاستعمال الإجارة والوديعة في العقد ليس لعلاقة الكل والجزء، بل لعلاقة السببية والمسببية.

والمحاصل: أن مقصودهم من كل عنوان معاملي عقد، ولكن إطلاق عناوين المعاملات على عقودها ليست على سواء، فالأقرب ما كان عنوان المعاملة إسماً للطرفين كالمزارعة، ويتلوه مثل البيع مما كان العنوان إسماً لأحد الطرفين. ويتلوه مثل الإجارة مما ليس العنوان إسماً لشيء من الإيجاب والقبول، و كان مصحح الإطلاق مجرد علاقة السببية والمسببية، هذا.

(١) وإنما هي أسماء لأعيان خارجية، فالإجارة كالأجرة عوض المنفعة غالباً، والوديعة إسم للعين المودعة عند المستودع. والعارية إسم للعين التي ينتفع بها المستعير. هذا تمام الكلام في الأمر الأول، وهو توضيح كلام صاحب المقابس رحمه الله.

أقول^(١): أما البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول^(٢)، وإنما هو^(٣) فردٌ إنصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة^(٤) على إرادة

تحقيق إطلاق البيع على معانٍ أخرى

١- إطلاقه على الإيجاب المنضم إلى القبول

(١) هذا شروع في الأمر الثاني الذي أشرنا إليه بقولنا: «الثاني عدم منافاة التعريف المزبور لإطلاق البيع على معانٍ أخرى... الخ» فالمقصود مناقشة كلام بعض من قارب عصره، وأن إطلاق البيع على معانٍ أخرى - غير إنشاء تملك عين بمال - ليس حقيقياً ناشئاً من تعدد الوضع كما يظهر من إطلاق كلامه.

أما عدم التنافي بين المختار في تعريف البيع - من إنشاء تملك عين بمال - وبين المعنى الأول من المعاني الثلاثة الأخرى، وهو الإيجاب المتعقب للقبول - فلأن البيع في جميع موارد إطلاقه يراد به إنشاء التملك خاصة، سواء تعقبه تملك المشتري أم لا. ودلالة قولنا: «بإيجاب زيد داره» على خصوص الإيجاب المقرون بالقبول وإن كانت مسلمة، إلا أنها ليست مستندة إلى الوضع، بل منشؤها قرينة الإخبار على وقوع بيع مؤثر وهو التملك المتعقب بالقبول، فيكون من باب تعدد الدال والمدلول. لأن البيع استعمل في التملك المقيد بالقبول حتى يكون استعمالاً آخر في مقابل المعنى المختار، ومنافياً لا نحصر معناه في جامع التملك المقرون بالقبول وغير المقرون به. وعليه فليس مختارنا في تعريف البيع مغايراً لما ذكره بعض من قارب عصرنا من «أن البيع هو التملك المشروط بتمليك المشتري» بل هذا المعنى الذي ذكره يكون من أفراد البيع بالمعنى الذي ذكرناه وهو «تمليك العين بمال». فالموضوع له هو «إنشاء التملك» الجامع للمتعقب بالقبول وغيره، ويتوقف إرادة خصوص المتعقب على قرينة. وأما إرادة الإنشاء المجرد فلا يتوقف على شيء، بل يكفي الإطلاق الذي هو عدم التقيد بالتعقب بالقبول.

(٢) المراد بالأول هو «إنشاء تملك عين بمال» الذي إختاره المصنف في تعريف البيع،

لا الأول في كلام صاحب المقابس.

(٣) هذا الضمير وضميراً «أنه، إليه» راجعة إلى البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول.

(٤) يعني: فيكون قيد تملك المشتري مستفاداً من قرينة مقامية، وهي كون المتكلم

الايجاب المشير، إذ لا ثمة في الإيجاب المجرد^(١)، فقول المخبر: «بعث» إنما أراد الايجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج^(٢)، لا أن البيع مستعمل في الايجاب المتعقب للقبول^(٣). وكذلك^(٤) (*) لفظ النقل و الإبدال و التملك و شبههما، مع^(٥) أنه لم يقل أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها^(٦).

بصدد الإخبار عن فعله، لا أن البيع أستعمل في مجموع تملك البائع و تملك المشتري.

(١) أي: الإيجاب المجرد عن القبول، فلو لم تكن القرينة المقامية لكان المراد من لفظ «البيع» الإيجاب المحض.

(٢) أي: من قرينة مقامية، لا من حاق لفظ «البيع» حتى تكون دلالة على إقتران الايجاب بالقبول بالوضع. و عليه فتكون إستفادة قيد التعقب من باب تعدد الدال و المدلول، نظير دلالة «أعتق رقبة مؤمنة» على مطلوبة عتق الصنف لا طبيعي الرقة، فإن «الرقة» لم تستعمل إلا في طبيعة الرقة، و قيد «الايان» أستفيد من لفظ «المؤمنة».

(٣) حتى يكون مغايراً للمعنى المختار و هو تملك العين بالمال.

(٤) غرضه إثبات مقصوده - وهو عدم دخل تعقب القبول في مفهوم البيع - بما حاصله: أن ما يرادف البيع من «النقل، و الإبدال، و التملك، و شبهها كالتبديل» لا يتوقف صدق مفاهيمها على تعقب القبول، بل يتحقق مفهومها بدونه، إذ لم يقل أحد بدخل تعقب القبول في معناها، فلا بد أن يكون الأمر في البيع كذلك، فلا يعتبر في مفهوم البيع أيضاً تعقبه بالقبول كما هو مقتضى الترادف.

(٥) ليس هذا وجهاً آخر، بل هو متمم إستشهاد، فكأنه قال: «لا يعتبر في مفهوم البيع تعقبه بالقبول، لعدم اعتباره فيما يرادفه من النقل و غيره، حيث إنه لم يلتزم أحد من الأصحاب باعتبار القبول فيه، فلا بد أن يكون البيع كالنقل و التملك في عدم اعتبار القبول فيه».

(٦) أي: في معنى النقل و الإبدال و التملك و شبهها مما يرادف البيع.

(*) هذا بمنزلة الدليل لعدم شرطية تعقب القبول، فحق العبارة أن تكون هكذا: «و يدل

عليه عدم اعتبار القبول في معنى لفظ النقل ونحوه مما هو مرادف للبيع، وإن كان القبول معتبراً في ترتب الأثر الخارجي على البيع. لكنه غير إعتباره في مفهوم البيع.

و الوجه في عدم اعتبار القبول في معنى البيع و النقل و التمليك و شبهها هو أنها من قبيل الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الإنكسار، فإن الأمر قد يأمر بشيء و لا يكون واجباً في الخارج، فينفك الوجوب عن الإيجاب. و كذلك البيع، فإن البائع قد ينشؤه و لا يوجد في الخارج. بخلاف الكسر و الإنكسار، فإنه لا ينفك الإنكسار عن الكسر هذا.

ثم إن جعل النقل و الإبدال و التمليك مما يرادف البيع لا يخلو من غموض. أما النقل فلأنه موضوع لمفهوم عام يصدق على النقل الخارجي، كنقل شيء من مكان إلى آخر، و الاعتباري كنقل إضافة مال شخص إلى غيره، كنقل إضافة داره إلى زيد مثلاً، و نقل زيد إلى مالك الدار عشرة دنائير، فليس معنى النقل مساوياً لمعنى البيع.

و كذا الحال في الإبدال فإنه - لأعميته من الإبدال الخارجي و الاعتباري - لا يكون مساوياً لمعنى البيع.

و أما التمليك فلأن النسبة بينه و بين البيع عموم من وجه، لوجود التمليك بدون البيع كالهبة و الوصية و تمليكه سبحانه و تعالى لعباده بالإرث أو الفقر كما في الزكاة، أو السيادة كما في الخمس. و وجود البيع بدون التمليك كبيع متاع يسهم سبيل الله من الزكاة، و بيع الطعام للصرف في التعازي الحسينية بالفلوس المبدولة من الشيعة طول السنة لهذا الأمر الخير، فإن البيع موجود بدون التمليك كما هو واضح. و اجتماع التمليك و البيع معاً كالبيع الواقعة على المملوكات بالأثمان المملوكة كبيع زيد داره من عمر و بمائة دينار.

و بالجملة : فلا يكون التمليك مساوياً للبيع حتى يقال: إن عدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم النقل و الإبدال و التمليك يدل على عدم إعتباره في البيع أيضاً، هذا.

و الحق ما أفاده المصنف رحمته من عدم دخل القبول في مفهوم البيع، و ذلك لأن البيع المبحوث عنه هو معناه المصدري الذي يكون مبدأً لمشتقاته، و هو بهذا المعنى فعل البائع،

و من المعلوم أنَّ الصادر منه هو التبديل الإنشائي، إلا أنَّ الإنشاء متقوم بالقصد، و من المعلوم أنَّ القصد لا يتمشئ إلا مع العلم بتعقب القبول للإيجاب، أو رجاء تعقبه له. و أمّا مع القطع بعدمه فلا يتحقق القصد إلى إنشائه.

و بعبارة أخرى: لما كان البيع من العناوين القصدية لم يتحقق إلا بالقصد، فمع القطع بعدم لحوق القبول لا يحصل قصد الإنشاء الناقل حتى في نظره.

و تفصيل البحث: أنَّ للبيع إطلاقاً أربعة:

الأول: الإنشاء الساذج من دون إنضمام القبول إليه، بمعنى القطع بعدم إنضمامه إليه، و هذا ليس بيعاً حتى في نظر الموجب، لعدم تمشئ القصد المقوم لإنشائه، فيصح سلب البيع عنه، و يقال: أنه ليس ببيع.

الثاني: الإيجاب و القبول بدون إمضاء العرف و الشرع، كأن يقول بعثك هذا المن من التراب بكذا، فإنه بيع بنظر الموجب، لكنه غير مُقضى عرفاً و شرعاً، فتأمل.

الثالث: هذه الصورة مع إمضاء العرف دون الشرع كبيع الخمر، فإنه فاسد شرعاً و صحيح عرفاً.

الرابع: أن يكون مُقضى شرعاً أيضاً، كبيع من من الحنطة بدرهم مثلاً، مع إشماله لجميع ما يعتبر فيه، فإنه صحيح عرفاً و شرعاً.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنَّ البيع المصدري الذي هو فعل الموجب ليس إلا ما يُعدّ فعلاً له، و من المعلوم أنَّ فعله - بحيث يضاف إليه - ليس إلا التملك أو التبديل الإنشائي، و أمّا القبول فليس جزءاً و لا شرطاً، لصدق مفهوم البيع عليه بدونه، كيف؟ و هو - أي القبول - يكون معنى الشراء الذي هو مقابل البيع و فعل القابل.

نعم بناءً على ما ذكره المصباح من كون البيع «مبادلة مال بمال» و كون المفاعلة مثل التفاعل في الدلالة على إعتبار التعدد في معناه يتجه دخل القبول في مفهوم البيع شرطاً، و إلا فلا دليل على اعتباره فيه، و التبادر و صحة سلب مفهوم البيع عن فاقد القبول لا يدلّان على

إعتبار القبول في مفهومه، لنشو الانسباق المزبور عن القرينة كما لا يخفى، كما أن إنسباقه في النذر - فيما اذا نذرَ بيع شيء - يكون لأجل القرينة.

فما في حاشية السيد و تقرير السيد الخوئي رحمتهما - من الاستدلال على إعتبار القبول في مفهوم البيع بوجوه أ - لا يخلو من غموض. إذ منها التبادر و صحة سلب البيع عن فاقد القبول، و قد عرفت حالهما من الاستناد الى القرينة.

و منها: أن البيع إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الاضافة و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول.

و فيه: أن التبديل الإنشائي لا يتوقف على ذلك، و إنما المتوقف عليه هو التبديل الخارجي العرفي أو الشرعي الذي يكون التبديل الإنشائي موضوعاً له.

و منها: أن البيع من العقود، و بناءً على كون البيع الإيجاب الساذج يلزم أن يكون من الإيقاعات.

و فيه: أنه إن أريد بالايقاع ترتب الأثر الخارجي على الإيجاب فقط فهو ممّا لا ريب في بطلانه، لأن الأثر كالملكية حكم شرعي وضعي يترتب على العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، لا خصوص الإيجاب.

و إن أريد به الأثر المترتب على الإيجاب في نظر الموجب و إن لم يترتب عليه في نظر غيره - نظير الإيجاب و الوجوب، حيث أن الوجوب يترتب على الإيجاب في نظر الأمر و إن لم يترتب عليه في نظر غيره، و لذا لا يكون وجوباً في نظر العقل حتى يستلزم مخالفته إستحقاق العقوبة، إلا إذا كان الأمر عالياً مثلاً - فلا محيص عن الالتزام به، لأن الموجب لا بد أن ينشئ ما يريد و يقدر عليه، و هو ليس إلا التبديل الإنشائي، كما أن القابل لا ينشئ إلا القبول الإنشائي، و هذان الانشاءان معاً عقد يترتب عليه الحكم الشرعي بالملكية أو غيرها، فتدبر جيداً.

نعم^١ تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل، إذ^٢

(١) بعد أن نفى دخل القبول في مفهوم البيع - و التزم بتحقيقه بدون القبول - إستدرك عليه و قال: نعم يشترط القبول في تحقق الانتقال الخارجي لا الانتقال في نظر البائع، لأن النقل الإنشائي يؤثر في الانتقال الإنشائي لا محالة، و إلا يلزم إنفكاك الأثر عن المؤثر، فالأثر المترتب على الإيجاب المتعقب للقبول هو الانتقال الخارجي، لا الانتقال في نظر البائع.

(٢) تعليل لعدم شرطية القبول للانتقال في نظر الناقل، و ملخصه: أن المؤثر التام في الانتقال الإنشائي في نظر الناقل هو نقله المفروض تحقيقه، و لا يمكن التفكيك بين المؤثر و أثره، غاية الأمر أن هذا الأثر الإنشائي غير الأثر الخارجي الذي يترتب على الإيجاب المتعقب بالقبول.

فالمتحصل: أنه لا وجه لأخذ القبول في مفهوم البيع الإنشائي.

وأما ما أفاده السيد من الاشكال على المتن بقوله: «و ما ذكره المصنف ^{في} من أن ذلك من جهة الانصراف الى البيع المثير فيه: أنه لو كان كذلك وجب أن يكون كذلك في فقد جميع الشرائط الشرعية. مع أنه لو تحقق القبول و لم يكن صحيحاً شرعياً من جهة فقد بعضها يكون بيعاً قطعاً، و لا يكون اللفظ منصرفاً عنه، و لا يعدّ الإخبار به معه من الكذب. و أيضاً لو قال: بعث، و ما قبل المشتري يعدّ تناقضاً فغير ظاهر، إذ مع قرينة الإخبار على إرادة الإيجاب المثير لم يفرّق فيه بين إعتبار لحوق القبول و بين إجتماع شرائط الصحة، فلو قصد الإخبار عن بيع داره وفاء بالنذر أو أداء للدين، و كانت المعاملة فاقدة لبعض شرائط الصحة كان قوله: «بعث داري» كذباً قطعاً، لفرض عدم تأثير العقد - غير المستجمع لشرائط النفاذ - في النقل و الانتقال. و إن كان مقصوده الإخبار عن إيجابه البيع بلا نظر الى تحقق جميع ماله دخل في ترتب الأثر كان إخباره صدقاً، سواء أكان عدم ترتب الأثر مستنداً إلى عدم تعقب القبول أم الى إختلال الشرائط.

و عليه فما في المتن من قوله: «الإيجاب المثير» سليم عما أورد عليه.

التأثير لا ينفك^(١) عن الأثر، فالبيع^(٢) وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار كما تخيَّله بعض^(٣)، فتأمل^(٤).

(١) بل التأثير والأثر واحد وتعددهما إعتباري، لأنّه إذا نُسب إلى الفاعل فهو تأثير، وإذا نُسب إلى المحل فهو أثر، فلا يعقل التأثير بدون الأثر.

(٢) هذا بمنزلة التعليل لعدم إعتبار القبول في مفهوم البيع، يعني: أنّه لا يعتبر القبول في البيع، لأنّه من قبيل الإيجاب والوجوب، فكما ينفك الوجوب عن الإيجاب، فكذلك ينفك إيجاب البيع عن الانتقال الخارجي المترتب على إنضمام القبول. وليس البيع من قبيل الكسر والانكسار حتى لا ينفك إيجاب البيع عن الانتقال، كما لا ينفك الكسر عن الانكسار.

(٣) وهو المدقق صاحب المقابس رحمته الله.

(٤) لعله - كما قيل - إشارة إلى: أنّ البيع من قبيل الكسر والانكسار، حيث إنّ الانتقال الإنشائي لا ينفك عن النقل، فلا يتوقف على القبول. نعم الانتقال الشرعي الذي هو الحكم الشرعي موقوف على القبول. وكذا الحال في الوجوب والإيجاب، فإنّه لا يكاد يمكن انفكاكهما في مرتبة واحدة بحسب نظر واحد، نعم إنّما ينفك الإيجاب في مرتبة - أو بحسب نظر - عن الوجوب في مرتبة أخرى ونظر آخر.

وبالجملة: فالإيجاب في نظر أو في مرتبة لا ينفك عن الوجوب في ذلك النظر أو تلك المرتبة، و ينفك عنه في مرتبة أخرى أو نظر آخر.

وكذا النقل والانتقال، فإنّ النقل في كل نظر أو مرتبة لا ينفك عن الانتقال في ذلك النظر أو تلك المرتبة. فلا فرق بين الإيجاب والوجوب والنقل والانتقال والكسر والانكسار

و لا يبعد أن يكون النزاع بين المشبّتين و النافين لفظياً، ببيان: أنّ البيع العُشُور لما كان متوقفاً على الإيجاب والقبول معاً قالوا: ان البيع مركّب منهما، غفلة عن أنّ ذلك خارج عن مفهوم البيع المصدري، و أنّ إعتباره فيه نائش عن القرينة، فمن ادّعى إعتبار القبول فيه أراد إعتباره في تأثيره، و من نفى ذلك عنه أراد خروجه عن مفهومه.

و منه ^(١) يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح ^(٢)

إلا في كونها من الأمور الخارجية التي لها مرتبة واحدة، بخلاف الوجوب و الإيجاب و النقل و الانتقال، فإنها من الأمور الاعتبارية التي لا واقع لها إلا بحسب الاعتبار الذي يختلف بحسب الأنظار.

و لعلّه إشارة إلى الدقة و الإمعان فيما أفاده لا تمريضه. و لعلّه أولى بملاحظة ما فرّعه عليه بقوله: «و منه يظهر ضعف ...» إذ لو كان المطلب السابق موهوناً لم يبق مجال لبناء قدحه في مطالب الآخرين على أساس ضعيف في نظره.

(١) أي: و من عدم دخل القبول في النقل و الانتقال في نظر البائع - و أن البيع لم يستعمل إلا في مجرد النقل، و أن قيد التعقب بالقبول يستفاد من دال آخر - يظهر ضعف أخذ قيد التعقب بالقبول في معنى البيع الاصطلاحي.

و مقصوده ^{تتبع} في خاتمة مناقشته في أول إطلاقات البيع هو التنبيه على أن قيد التعقب بالقبول غير دخیل في معنى البيع سواء أريد به معناه المصطلح عليه بين الفقهاء من «إنشاء تمليك عين بمال» و ما يقرب منه، أم أريد به معناه اللغوي من مبادلة مال بمال.

و عليه فلا وجه لما ذهب إليه بعض مشايخه من عدم دخل قيد التعقب بالقبول في معناه اللغوي، وإنما هو دخیل في معناه باصطلاح الفقهاء. و لا لما أفاده صاحب المقابس ^{تتبع} من أخذ قيد التعقب في معناه اللغوي، حيث ادعى إطلاق البيع حقيقة على معانٍ أربعة، و كونه مشتركاً لفظياً بينها، و جعل أول تلك المعاني: الإيجاب المشروط بالقبول و المقترن به.

و قد نفى المصنف ^{تتبع} دخل القبول في البيع الاصطلاحي و اللغوي معاً، و من المعلوم أن عدم دخله في البيع الاصطلاحي يدلّ بالأولوية القطعية على عدم دخله في معناه اللغوي، و وجه الأولوية: أن الفقيه ربّما يتصرّف في المعنى اللغوي بزيادة قيد التعقب بالقبول في مصطلحه و إن لم يكن دخیلاً في الوضع اللغوي، فإذا ثبت عدم دخله في معناه الاصطلاحي فقد ثبت - بالأولوية - خلوه معناه اللغوي عن هذا القيد.

(٢) الذي أخذه بعض مشايخه، على ما تقدم في قوله: «و إليه نظر بعض مشايخنا حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح».

فضلاً^(١) عن أن يجعل أحد معانيه.

وأما البيع^(٢) بمعنى الأثر - وهو الانتقال - فلم يوجد في اللغة^(٣) ولا في العرف^(٤)،

(١) قد عرفت آنفاً وجه الأولوية، و محصله: أن القبول لا يكون دخيلاً في المعنى الاصطلاحي الذي هو أهون من المعنى الأصلي اللغوي، فكيف جعله صاحب المقابس^{تتبع} دخيلاً في معناه اللغوي؟

إلا أن يناقش في هذه الأولوية بمنع الملازمة بين اللغة والإصطلاح الفقهي، لإمكان دخل القبول في البيع باصطلاح الفقهاء وإن لم يكن دخيلاً في معناه اللغوي.

هذا تمام الكلام فيما يتعلق بإطلاق البيع حقيقة على الإيجاب المشروط بتعقبه بالقبول، وقد ظهر أن شرطية التعقب ليست مدلول نفس البيع، بل استفيدت من قرينة خارجية من باب تعدد الدال والمدلول.

٢- إطلاق البيع على الأثر

(٢) هذا هو المعنى الثاني الذي قيل بإطلاق البيع عليه حقيقة في قبال إطلاقه على إنشاء تمليك عين بمال. وحاصل إشكال المصنف عليه: أن استعمال «البيع» في الانتقال - المترتب على الإيجاب والقبول - غير معهود لا لغة ولا عرفاً، على ما سبق تفصيله في مناقشة تعريف الشيخ والعلامة وغيرهما بالانتقال.

وعليه فلم يثبت كونه من معاني البيع حتى يتكلف في دفع التنافي بينه وبين ما اختاره المصنف - وجعله صاحب المقابس ثاني إطلاقات البيع - من كونه إنشاء تمليك عين بمال. فالانتقال أثر البيع وغايته، ويكون استعماله فيه مجازياً، ومن المعلوم عدم التنافي بين استعمال لفظ في معناه الحقيقي تارةً والمجازي أخرى.

(٣) لأن معناه اللغوي «مبادلة مال بمال» والمبادلة مغايرة للانتقال مفهوماً.

(٤) لأن معناه العرفي إما هو إيجاب البائع خاصة، وإما العقد كما ادعى العلامة في المختلف تبادره منه.

وإنما وقع في تعريف جماعة^١ تبعاً للمبسوط. و قد يوجّه^٢ بأن المراد من البيع المحدود المصدر من المبني للمفعول

(١) كاهن إدريس و العلامة في ما عدا المختلف من كتبه.

(٢) نُسب هذا التوجيه الى العلامة الطباطبائي رحمته في المصابيح و نقله صاحب الجواهر معترضاً عليه، قال رحمته : «بل ربما قيل: أن التعريف بالانتقال للبيع مصدراً للفعل المبني للمجهول، فيوافق حينئذٍ تعريفه بالنقل مصدراً للفعل المعلوم، و يسلم من التجوز في الحد والمحدود، و ان كان فيه ما فيه»^أ.

و توضيح هذا التوجيه: أن المصدر حيثيتين، إحداهما: إنتساب المادة الى الفاعل، وهو في المقام من يصدر منه البيع، و هذا موافق لتعريفه بإنشاء التملك و نحوه مما ظاهره الصدور من البائع، و أثره الانتقال.

ثانيتها: حيثية إنتساب المادة الى المفعول به، وهو ما يقع عليه البيع أعني به العوضين. و الفرق بين هاتين حيثيتين: أن الملحوظ في الأولى نسبة الصدور من الفاعل، و الملحوظ في الثانية نسبة الوقوع على المفعول به. مثلاً «الضرب» يراد به تارة ضاربة زيد، و أخرى مضروبة عمرو.

و على هذا فتعريف البيع بـ «إنشاء التملك» ناظر إلى ظهوره في نسبة المادة الى البائع، فيكون المعرف حيثية بايعيته. ولكن هذا الظهور لا يمنع من إرادة المعنى المفعولي من المصدر، فيكون المعرف مبيعية المعوض، و من المعلوم أن تعريف البيع بالانتقال ناظر إلى تعريف المصدر المبني للمفعول الذي هو أثر البيع المصدري المبني للفاعل.

و عليه فليس إطلاق البيع على الانتقال مجازياً، بدعوى: كونه أثراً مسبباً عن الإيجاب و القبول. و ذلك لما عرفت من إرادة المبيعية من «البيع» المعرف بالانتقال، لكون الانتقال صفة للمبيع، هذا.

(١) وهو المعبر عنه بالفارسية بـ «فروخته شده، منتقل شده».

(*) لا يخفى أن هذا المعنى يرجع إلى المعنى الأول، ولا يكون مغايراً له، بناءً على ما تقدم أنفاً من اتحاد النقل والانتقال، والإيجاب والوجوب، والكسر والانكسار ذاتاً، واختلافها اعتباراً، حيث إنها باعتبار إضافتها إلى الفاعل نقل وإيجاب وكسر، وباعتبار إضافتها إلى القابل وجوب وانتقال وانكسار، لأن نسبة كل مصدر مجرد إلى مصدر مزيد فيه من تلك المادة تكون كنسبة الوجود إلى الإيجاد، فكما أن الوجود والإيجاد متحدان حقيقةً ومختلفان اعتباراً، فكذلك المصادر المجردة والمزيد فيها. هذا ما يقال في الفرق بين المصادر المجردة والمزيد عليها.

لكن فيه: أن هذا الفرق يتم في المصادر المجردة اللازمة كالحسن والوجود ونحوهما حتى تكون ملحوظة بالنسبة إلى المحل، وأما في المجردة المتعدية فلا يتم ذلك، لأنها مضافة إلى الفاعل وملحوظة بالنسبة إلى جهة الصدور.

وبالجملة: إن أريد بالانتقال ما يكون بنظر الموجب فيرجع إلى المعنى الأول، لاتحاد النقل والانتقال ذاتاً. وإن أريد به ما هو ثابت شرعاً وعرفاً بأن يراد بالانتقال الملكية الشرعية أو العرفية فقليل بغلطية هذا الاستعمال، أي استعمال كلمة البيع في الانتقال، لأن الانتقال حكم مترتب على البيع ترتب الحكم على الموضوع، ومتأخر عنه تأخر المعلول عن العلة، لأن نسبة البيع إلى الاعتبار الشرعي أو العرفي نسبة الموضوع إلى حكمه، فإطلاق البيع على حكمه ولو مجازاً غلط كما في تقرير السيد الخوئي رحمته الله هذا.

لكن يمكن أن يقال: بصحة هذا الاستعمال لعلاقة السببية والمسببية، فإن الموضوع كالسبب والعلة للحكم، فلا بأس بإطلاق البيع وإرادة الحكم منه مجازاً بالعلاقة المزبورة. إلا أن يقال: إن صحة الاستعمال المجازي منوطة باستحسان الطبع له، لا بالعلاقة، والطبع لا يستحسن استعمال لفظ الموضوع في الحكم الذي يترتب عليه، فإن البيع غير الحكم الشرعي المترتب عليه، ولا يستحسن الطبع استعمال لفظ البيع فيه.

وهو^(١) تكلف حسن (*).

و أما البيع^(٢) بمعنى العقد فقد صرح^(٣) الشهيد الثاني رحمته الله بأن إطلاقه عليه مجاز، لعلاقة السببية.

(١) يعني: أن هذا التوجيه تكلف حسن. أما كونه تكلفاً فلظهور التعريف في إرادة البيع بمعناه المصدري، لا بلحاظ ما يشتق منه كالمبيعية التي لوحظ فيها حيثية زائدة على أصل المبدأ، وهي وقوع البيع على عين متمولة.

و أما كونه حسناً فلأن إشراب المعنى المفعولي لا يوجب خروج «البيع» المحدود عن المبدأ المقصود تعريفه.

٣- إطلاق البيع على العقد مجازاً

(٢) هذا هو المعنى الثالث المتقدم في كلام صاحب المقابس ومحصل ما أفاده المصنف رحمته الله في دفع التنافي بين تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» وبين جعله بمعنى العقد هو: أن إطلاق البيع على الإيجاب والقبول ليس حقيقياً، بل هو مجازيٌ بعلاقة السببية والمسببية، لما تقدم في تعريف البيع «بالعقد الدال على الانتقال» من كون المعاملات أموراً اعتبارية أي من مقولة المعنى، وليست من مقولة اللفظ، ومن المعلوم أن إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على سببه مجازي لا حقيقي.

و عليه فللبيع معنى حقيقي واحد، و لا منافاة بينه وبين استعماله في ما عداه بقرينة علاقة السببية والمسببية ونحوها. فما تقدم في كلام صاحب المقابس وغيره من «أن للبيع إطلاقات، وعدّ منها إطلاقه على الإيجاب والقبول» ممنوع بما عرفت.

(٣) غرضه رحمته الله الاستشهاد بكلام الشهيد الثاني رحمته الله على مجازية تعريف البيع بالعقد

(*) بل لا حسن فيه، لأن الانتقال في نظر الناقل المنشئ للبيع يترتب على إنشائه، لا على الإيجاب والقبول معاً، و الانتقال في نظر الشارع أو العرف ليس بيعاً، بل هو حكم شرعي أو عرفي يترتب على البيع، و لا ينشأ بالإيجاب والقبول حتى يكون أثراً لهما.

الدال على الانتقال، و بيانه: أَنَّهُ قَوْلُهُ ذَكَرَ فِي الْمَسَالِكِ تَعْرِيفِينَ لِلْبَيْعِ.
أحدهما: العقد كما في الشرائع و المختصر النافع و الدروس، بدعوى أَنَّهُ المتبادر عرفاً
من معنى البيع.

و ثانيهما: أثر العقد وهو الانتقال كما في كلام المبسوط وغيره. ثم نَقَلَ الشَّهِيدُ الثَّانِي عَنْ
الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ: إِرْجَاعَ تَعْرِيفِ الْبَيْعِ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى تَعْرِيفِهِ بِالْعَقْدِ، وَ وَجْهَهُ بِقَوْلِهِ: «نَظَرًا إِلَى أَنَّ
الصِّفَةَ الْمَخْصُوصَةَ سَبَبٌ فِي الْإِنْتِقَالِ، فَأُطْلِقَ إِسْمُ الْمُسَبَّبِ عَلَى السَّبَبِ، وَ عُرِفَ الْمَغْيَا بِالْغَايَةِ»
ثم إِعْتَرَضَ الشَّهِيدُ الثَّانِي عَلَيْهِ بِقَوْلِهِ: «و فِيهِ نَظَرٌ، لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ الْمَذْكُورَ مُجَازِيٌّ يَحْسِبُ
الِإِحْتِرَازَ عَنْهُ فِي التَّعْرِيفَاتِ الْكَاشِفَةِ لِلْمَاهِيَةِ، إِلَّا مَعَ قِيَامِ قَرِينَةٍ وَاضِحَةٍ، وَ هُوَ مُنْتَفٍ. وَ أَمَّا
التَّعْرِيفُ بِالْغَايَةِ بِهَذَا الْمَعْنَى فَغَيْرُ جَائِزٍ... الخ»
و المقصود من نقل عبارة المسالك أمران:

أحدهما: أَنَّ قَوْلَ الْمُصَنِّفِ - مِنْ تَصْرِيحِ الشَّهِيدِ الثَّانِي قَوْلُهُ بِمُجَازِيَّةِ إِطْلَاقِ الْبَيْعِ عَلَى
العقد - لَا يَخْلُو مِنْ شَيْءٍ، فَإِنَّهُ وَ إِنْ صَرَّحَ بِهَذَا الْإِطْلَاقِ الْمُجَازِي، إِلَّا أَنَّ عِلَاقَةَ السَّبَبِيَّةِ
وَالْمُسَبَّبِيَّةِ قَدْ نَقَلَهَا عَنِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ فِي مَقَامِ تَوْجِيهِ تَعْرِيفِ الْبَيْعِ بِالْعَقْدِ، وَ كَانَ مَقْصُودُ الشَّهِيدِ
الثَّانِي الْإِيرَادَ عَلَى الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ بِإِلْزَامِهِ بِمَا اعْتَرَفَ بِهِ مِنْ وَضْعِ الْبَيْعِ لِلْإِنْتِقَالِ - أَيِ الْمُسَبَّبِ -
وَأُطْلِقَ مُجَازاً عَلَى الْعَقْدِ، لِكَوْنِهِ سَبَباً لَهُ. لَا أَنَّ الشَّهِيدَ الثَّانِي صَرَّحَ بِمُجَازِيَّةِ إِطْلَاقِ الْبَيْعِ عَلَى
الِإِيجَابِ وَ الْقَبُولِ.

ثانيهما: أَنَّ مَا فِي بَعْضِ الْحَوَاشِي «مِنْ عَدَمِ الْعُثُورِ عَلَى تَصْرِيحِ الشَّهِيدِ الثَّانِي فِي الْمَسَالِكِ»
غَيْرُ ظَاهِرٍ، لَوْفَاءَ عِبَارَتِهِ الْمُتَقَدِّمَةِ بِكَوْنِ الْعَقْدِ مَعْنَى مُجَازِيّاً لِلْبَيْعِ بِعِلَاقَةِ السَّبَبِيَّةِ وَ الْمُسَبَّبِيَّةِ،
غَايَتُهُ أَنَّهُ نَقَلَهُ عَنِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ وَلَمْ يَعْتَرَفْ بِهِ.

و قد ظهر مما ذكرناه مسامحة دعوى صاحب الجواهر من «أَنَّ الشَّهِيدَ صَرَّحَ بِالْمُجَازِيَّةِ

والظاهر^(١) أن المسبب هو الأثر المحاصل في نظر

في الروضة «ألا في المسالك، فإننا لم نظفر على المطلب في بيع شرح اللمعة، فراجع.

هذا تمام الكلام في نفي ما ذكره الفقيهان في شرح القواعد و المقابس من إطلاق البيع حقيقة على معانٍ أربعة، فيكون مشتركاً لفظياً فيها.

وقد تحصل من كلمات المصنف: أن تلك الإطلاقات ليست على نحو الحقيقة إلا واحداً منها وهو الإيجاب القائم بالبائع، وعليه فإستعمال اللفظ في المعاني الثلاثة الآخر مجازي، فلا ينافي إرادة الحقيقة عند التجرد عن القرينة.

وجه عدم المنافاة: أن المعنى الأول قد استفيد قيد التعقب بالقبول فيه من قرينة خارجية مثل كون المتكلم في مقام الإخبار عن بيع داره.

والمعنى الثاني أيضاً ليس مدلول البيع أصلاً، إذ النقل المعتبر في مقام الإنشاء هو قصد المنشئ مبادلة مالٍ بمال، وليس ترتب الأثر - أعني به الانتقال في وعاء الاعتبار عرفاً أو شرعاً - دخیلاً في المفهوم.

والمعنى الثالث - وهو العقد - قد عرفت أن إستعمال البيع فيه مجازيٌ بعلاقة السببية والمسببية.

(١) غرضه تبيين توجيه ما حكاه عن الشهيد الثاني رحمه الله - من أن إطلاق البيع على العقد مجاز بعلاقة السببية - بنحو لا يرد عليه إشكال، وهو عدم كون المقام من صغريات إطلاق اللفظ الموضوع للمسبب على السبب، بتقريب: أن لفظ «البيع» وضع للنقل الذي هو فعلُ البائع فقط - على ما اختاره المصنف من عدم دخل القبول في معناه - ومن الواضح أن البيع بهذا المعنى مسبب عن جزء العقد وهو الإيجاب فقط، لا عن جزئي العقد معاً حتى يصح إطلاق البيع على العقد بعلاقة السببية، فهذا الإطلاق خارج عن حيز إستعمال اللفظ الموضوع للمسبب في السبب مجازاً بعلاقة السببية والمسببية.

و ملخص ما أفاده المصنف في دفع الاشكال و توجيه هذا الاطلاق المجازي بعلاقة

الشارع^(١)، لأنّه^(٢) المسبّب عن العقد^(٣). لا النقل الحاصل من فعل الموجب، لما^(٤) عرفت من أنه^(٥) حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف على شيء^(٦)، كحصول وجوب الضرب

السببية بقوله: «و الظاهر...» هو: أنّ الإشكال المذكور إنّما يتوجه على الشهيد عليه السلام إذا أراد من المسبّب الأثر المتحقّق في نظر الموجب. وأمّا إذا أراد من المسبّب الأثر الحاصل في نظر الشارع لم يرد عليه هذا الاشكال أصلاً، بداهة أنّ السبب فيه هو تمام العقد لا جزؤه، فيصح حينئذٍ استعمال «البيع» بمعنى الأثر الشرعي المترتب على العقد - بكلا جزئيه - في العقد بعلاقة السببية والمسببية.

(١) والشاهد على إرادة هذا النقل الشرعي لا النقل في نظر البائع ما ورد - في تعريف شيخ الطائفة بالانتقال - من القيود مثل كون العين مملوكة والعوض مقدّراً، ورضي المتبايعين، فإنّها تكشف عن إرادة الانتقال بنظر الشارع أي الإنشاء المثمر، لا مطلق الانشاء وإن كان فاقداً لشرائط التأثير في نظر الشارع.

(٢) أي: لأنّ الأثر الحاصل في نظر الشارع من النقل الاعتباري هو المسبّب عن العقد. (٣) فالمصنف والشهيد الثاقب عليه السلام متفقان على كون البيع مجازاً في العقد المراد به الإيجاب والقبول، ومختلفان في العلاقة المصحّحة للاستعمال المجازي، فالمصنف يقول: إنّها علاقة الكل والجزء، إذ البيع إسم للإيجاب، فاستعماله في العقد يكون بعلاقة الكل والجزء، والشهيد يقول: إنّها علاقة السببية والمسببية.

(٤) تعليل لقوله: «لا النقل...».

(٥) أي: أنّ النقل الحاصل من فعل الموجب حاصل بنفس إنشائه.

(٦) فيكون إنشاء الموجب والنقل المترتب عليه في نظره نظير الكسر والانكسار، والإيجاب والوجوب، والإيجاد والوجود، ولا فرق بينها إلّا في كون ما عدا الكسر والانكسار من الأمور الاعتبارية التي يمكن إختلاف الأنظار فيها كما مرّت الإشارة إليه، بخلاف الكسر والانكسار، فإنّه أمر خارجي لا إختلاف فيه حتى يحصل بنظر دون نظير آخر.

في نظر الأمر^(١) بمجرد الأمر وإن لم يصِر واجباً في الخارج في نظر غيره.
وإلى هذا^(٢) (*) نَظَرَ جميع ما وَرَدَ في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم
البيع»^(٣)

(١) الظاهر أن مقصوده من الأمر هنا هو من لم يحكم العقل بلزوم إطااعته، وإلا فالسيادة الحقيقية تقتضي الوجوب و الامتثال في نظر المأمور قطعاً. نعم إذا لم يكن الأمر عالياً ولا مستعلياً لم يكن إيجابه مستتباً للوجوب كما هو واضح.

(٢) يعني: وإلى الأثر الحاصل في نظر الشارع - الذي هو المسبب عن العقد - نَظَرَ جميع ما وَرَدَ في النصوص و الفتاوى، فالمراد بالبيع الموجود فيها هو هذا المعنى، لا النقل الحاصل من فعل الموجب.

(٣) كما في رواية عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلٍ اشترى أرضاً على أنها عشرة أجريه، فإذا هي خمسة أجريه، قال: إن شاء استرجع فضل ماله، وإن شاء ردَّ البيع وأخذ ماله كله، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون فليؤخذ و يكون البيع»

(*) بل إلى المعاملة الخاصة الحاصلة بالإيجاب و القبول ينظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى و غيرهما، لأنها هي التي يعرضها البقاء و يتعلّق بها الفسخ و الإمضاء، و يرد عليها الشروط و الأحكام. بخلاف العقد، فإنه من مقولة اللفظ و يتصرّم و لا يقبل الاستمرار حتى يُمضى أو يُفسخ، فلا يصح إرادة الإيجاب و القبول من البيع في قولهم: «كتاب البيع» أو «عقد البيع». فالمراد بالبيع في كلمات الفقهاء و كذا الآيات الشريفة و النصوص هو المعاهدة الخاصة الحاصلة بين المتبايعين المترتبة عليها الأحكام، فإضافة العقد حينئذٍ إلى البيع بيانية، فإطلاق لفظ البيع على الإيجاب و القبول و إن كان صحيحاً بعلاقة السببية و المسببية، إذ العقد سبب لتحقيق تلك المعاملة، و ليس من الأغلاط الواضحة - كما قيل - إلا أنه لم يعهد ذلك في الإطلاقات المتعارفة.

أو «وجب البيع»^(١) أو «لا بيع بينهما»^(٢) أو «أقاله في البيع»^(٣) ونحو ذلك^(٤).
والحاصل^(٥) (*): أن البيع الذي يجعلونه من العقود يُرادُ به النقل بمعنى إسم
المصدر مع إعتبار تحققه في نظر الشارع المتوقف على تحقق الإيجاب والقبول،
فإضافة العقد إلى البيع - بهذا المعنى - ليس ببيانية: ولذا يقال: إنعقد البيع ولا ينعقد
البيع.

لازمًا له، وعليه الوفاء بتمام البيع... الحديث أ.

(١) كما في عدة نصوص، منها معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أيمًا رجل
إشترى من رجل بيعاً ففهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»^ب الحديث.
(٢) كما في معتبرة علي بن يقطين «أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع
ولا يقبضه صاحبه، ولا يقبض الثمن، قال: فإنَّ الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعة، وإلا
فلا بيع بينهما»^ج.

(٣) كما في مثل رواية هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أيمًا عبد أقال مسلماً
في بيع أقاله الله عثرته يوم القيامة»^د.
(٤) مثل قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ وقوله عليه السلام في ما رواه إسحاق بن عمار:
«فلا بيع له»^{هـ}.

(٥) يعني: وحاصل كلام الشهيد بملاحظة التوجيه المذكور: أن البيع - الذين يعدونه من

(*) لا يخفى أن ما أفاده المصنف رحمه الله في توجيه كلام الشهيد رحمه الله - من كون إطلاق البيع
على العقد مجازاً بعلاقة السببية بإرادة النقل الشرعي من البيع وإطلاقه على سببه وهو العقد -

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٦١، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث: ١

ب: المصدر، ص ٣٤٦، الباب ١، من أبواب الخيار، الحديث: ٤

ج: المصدر، ص ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث: ٣

د: المصدر، ص ٢٨٦، الباب ٣ من أبواب آداب التجارة، الحديث: ٢

هـ: المصدر، ص ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث: ٢٤

العقود، و يستعملونه في العقد بعلاقة السببية، و يقولون: البيع عقد مركب من إيجاب و قبول - يراد به النقل الشرعي المسبب عن العقد، و يطلق عليه العقد بعلاقة السببية، لا النقل في نظر الموجب، لما مرَّ من أنَّه مسبب عن الإيجاب خاصة.

و على هذا فإضافة العقد إلى البيع لامية من قبيل إضافة السبب إلى المسبب، لا بيانية بأن يكون البيع بمعنى العقد، إذ لا يصح حينئذ أن يقال: «انعقد البيع أو لم ينعقد» حيث إنَّ مرجعه إلى إنعقاد العقد و عدمه، و من المعلوم أنَّه لا معنى له، لأنَّ العقد بمعنى الإيجاب و القبول اللفظيين بعد تحققه لا يكون مورداً للنفي، فلا يقال: لم ينعقد البيع، مع أنَّه يصح ورود النفي والإثبات على البيع بعد تحقق العقد، فلا بدَّ أن تكون الإضافة لامية حتى يصح أن يقال: «انعقد البيع أو لم ينعقد» لأنَّ إنعقاده عبارة عن ترتب الأثر الشرعي و عدم إنعقاده عبارة عن عدم ترتب الأثر الشرعي عليه. فبعد تحقق الإيجاب و القبول يمكن أن ينعقد البيع - أي الأثر الشرعي - إذا كان العقد جامعاً للشرائط، و يمكن أن لا ينعقد كما إذا كان فاقداً لها.

مركز تحقيق كاميور علوم إسلامي

تمهيداً للإشكال عليه.

و محصل ما يستفاد من مجموع عبارات المصنف في المقام: أنه إن أريد بالبيع النقل بنظر الموجب، ففيه: أن علاقة السببية المصححة لإطلاق البيع بهذا المعنى على العقد مفقودة، حيث إنَّ العقد ليس سبباً للبيع بمعنى النقل في نظر الموجب، بل سببه الإيجاب فقط الذي هو أحد جزئي العقد، لا العقد المركب من الإيجاب و القبول.

و إن أريد بالبيع النقل الشرعي فالعلاقة المصححة لإطلاق البيع على العقد مجازاً و إن كانت موجودة، بداهة سببية العقد للنقل الشرعي، لكن فيه: أن جعل البيع بمعنى الأثر الشرعي مما لم يثبت لا في اللغة و لا في العرف كما مرَّ في المعنى الثاني.

مضافاً إلى: أن إطلاق البيع على العقد غير سديد، لأنَّ البيع من مقولة المعنى، و العقد من مقولة اللفظ، و تصحيحه بما أفاده الشهيد - من إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية - قد عرفت ما فيه.

ثم^{١٣} إنَّ الشهيد الثاني نصَّ في كتاب اليمين من المسالك على أنَّ عقد البيع

ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح أو للأعم

(١) لما فرغ المصنف رحمته من تثبيت تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» و دَفَعَ ما أورده عليه، و ناقَشَ في كلام بعض من قارب عصره وهو إطلاق «البيع» على معاني ثلاثة أخرى غير إنشاء التمليك - من باب تعدد الوضع و الاشتراك اللفظي، أراد التنبيه على أمر آخر،

إلا أن يوجه كلام الشهيد الثاني بما لا يرد عليه الاشكال بأن يقال: إنَّ المراد بالمسبَّب الذي وُضِعَ له لفظ البيع هو إعتبار المتعاقدين، و سببه هو الإيجاب و القبول، فالمسبَّب - و هو إعتبارهما يوجد بإنشاء الإيجاب و القبول، بناءً على ما ذهب إليه القدماء من كون الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ. وعلى هذا فالمسبَّب يوجد بالعقد و هو الإيجاب و القبول اللفظيان، أو مطلقاً، فيصح كلام الشهيد الثاني رحمته من كون استعمال لفظ البيع في العقد مجازاً بعلاقة السببية. و لا يرد عليه تعريض المصنف رحمته به من: أنَّ المراد بالمسبَّب هو الأثر الشرعي، و المفروض أنَّ استعمال لفظ البيع في الأثر الشرعي غير ثابت، لا لغةً و لا عرفاً، كما أفاده في بيان المعنى الثاني و الاشكال عليه، بهذا.

لكن صحة هذا التوجيه مبنية على كون الإنشاء إيجاد المعنى باللفظ، و هو غير ثابت، لما مرَّ سابقاً من أنَّ في الإنشاء مسلكاً آخر و هو أنَّه عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بالمبرز اللفظي أو الفعلي، فلا سببية في البين أصلاً.

فالمحصل: أنه لا منافاة بين ما اختاره المصنف من معنى البيع و بين المعاني الثلاثة التي ذكرها بعض من قارب عصره.

أما المعنى الأول فلاَّته فرد من أفراد معنى البيع الذي اختاره المصنف من كونه إنشاء تمليك عين بمال.

و أما المعنى الثاني فلم يثبت لا لغةً و لا عرفاً.

و أما المعنى الثالث فلرجوعه الى المعنى الثاني.

و غيره حقيقة في الصحيح مجازاً في الفاسد^(١).

و هو وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أو للأعم منه و من الفاسد، فنقل كلام الشهيد رحمته الله الظاهر في الوضع للصحيح، ثم أورد عليها بأن لازم ذلك إجمال الأدلة الإيضائية المانع عن التمسك بها، ثم وجه التمسك بالإطلاقات حتى على القول بوضعها لخصوص الصحيح، و ستظهر هذه الأمور إن شاء الله تعالى.

كما أن في نقل خصوص كلام الشهيد الثاني رحمته الله غرضاً آخر، و هو التنبيه على تهافت كلامه المتقدم - من كون إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية و المسببية - مع ما أفاده في كتاب اليمين، و ذلك لدلالة كلامه المتقدم على كون البيع حقيقة في المسبب و هو الانتقال الشرعي، و على خروج القبول عن مفهوم البيع، و كون إستعماله في العقد المركب من الإيجاب و القبول مجازاً بعلاقة السببية، و لدلالة كلامه في يمين المسالك - الذي سيأتي عليك - على دخل القبول في مفهوم البيع، لأنه حقيقة في العقد الصحيح، فيكون البيع على هذا إسماً للسبب و هو العقد، لا المسبب أعني به الأثر الشرعي، و من المعلوم أن هذا تناقض.

توضيحه: أن المتصف بالصحة و الفساد هو الشيء المفروغ عن وجوده، لكونها وصفين للشيء الموجود. فإن أريد بالبيع «العقد» إتصف بالصحة تارة و بالفساد أخرى. و إن أريد به الأثر الحاصل - و هو الانتقال - لم يتصف بالصحة و الفساد، بل يتصف بالوجود تارة و بالعدم أخرى. و كذا الحال لو أريد بالعقد معناه اللغوي - المعبر عنه بالفارسية بـ گيره - لدوران أمره بين الوجود و العدم.

فالمحصل: أن المراد بعقد البيع هو الإيجاب و القبول، لأنه المتصف بالصحة إن كان جامعاً لشرائط التأثير، و بالفساد إن كان فاقداً لها ولو لبعضها، فيكون إضافة «العقد» إلى «البيع» لامية، كما أن إضافة العقد بمعناه اللغوي إلى البيع بيانية من قبيل إضافة الكلّي الى الفرد.

(١) الأولى نقل كلام الشهيد الثاني رحمته الله بألفاظه، قال في المسألة الثانية من مسائل

المطلب الرابع - ذيل قول المحقق: إطلاق العقد ينصرف الى الصحيح دون الفاسد - ما لفظه: «عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجازاً في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيها، كمبادرة المعنى الى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره، وغيره، و من

لوجود^(١) خواص الحقيقة و المجاز كالتيبادر و صحة السلب^(٢)، قال: »

ثم حُجِّل الإقرار به عليه، حتَّى لو ادَّعى إرادة الفاسد لم يُسمع إجماعاً. و عدم صحة السلب، و غير ذلك من خواصه. ولو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لُيَقْبَل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة. و إنقسامه الى الصحيح و الفاسد أعم من الحقيقة. و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرُّ بالفاسد، ولو خَلَفَ على الإثبات سواء أكان فساداً لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر و الخنزير، أو لفقد شرط فيه كجهالة مقداره و عينه، و سيأتي البحث فيه^أ. و المستفاد من كلامه تَبَيَّنَ أَنَّ ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح المؤثِّر، لا للجامع بينه و بين الفاسد، و ذلك لوجود أمانة الحقيقة من تبادر خصوص الصحيح، و صحة السلب عن الفاسد، و إطراد إستعمالها في الصحيح. و حيث إنَّ المتَّصِف بالصحة و الفساد هو العقد لا الأثر المترتب عليه كان دعوى وضع عناوين المعاملات لخصوص العقود الصحيحة منافية لما تقدم عن الشهيد الثاني تَبَيَّنَ - بناءً على صحة النسبة - من التصريح بكون إطلاق البيع على العقد مجازاً بعلاقة السببية، فلاحظ.

ثم إنَّ في كلامه تأملاً من جهات سيأتي بيانها في التعليقة إن شاء الله تعالى.

(١) تعليل لقوله: «حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد» و قد تقدم آنفاً.

(٢) هذا التعبير أولى مما في عبارة المسالك من قوله: «و عدم صحة السلب» فإنَّ مقصود الشهيد الثاني تَبَيَّنَ إقامة أمانة على وضع «البيع» و نحوه من العقود لخصوص الصحيح المؤثِّر، فكان المناسب أن يقول: «و صحة السلب عن الفاسد» لا «و عدم صحة السلب» و ذلك لأنَّ عدم صحة السلب عن الصحيح ليس أمانة الوضع لخصوص الصحيح، لوضوح أنَّ عدم صحة السلب عن الحصّة لا يشهد بعدم كون الجامع و الطبيعي موضوعاً له، فإذا لم يصح سلب الانسان عن العالم لم يكشف ذلك عن عدم وضع لفظ «الانسان» للجامع بين العالم و الجاهل، فعلاية الوضع لخصوص العالم صحّة سلب الانسان عن الجاهل، لا عدم صحة سلبه عن العالم.

و من ثم^{١٣} حُجِّل الإقرار به عليه^٢ حتَّى لو ادَّعى^٣ إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً. ولو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لُقِبَ تفسيره بأحدهما، كغيره من الألفاظ المشتركة. و إنقسامه^٤ إلى الصحيح و الفاسد أعم

والمحاصل: أنَّ عدم صحة سلب «البيع» عن العقد الصحيح لا يدلُّ على كون الموضوع له هو خصوص الصحيح. كما أنَّ عدم صحة سلب الإنسان عن العالم لا يشهد بوضعه لخصوص العالم و مجازيته في غيره. و لعلَّه لهذا أصلح المصنَّف رحمته العبارة و قال: و صحة السلب.

(١) أي: و لأجل وجود علائم الحقيقة في إطلاق العقود على خصوص الصحيح منها - و مجازية إطلاقها على الفاسد - حُجِّل الإقرار بالبيع على الصحيح خاصة، كما لو ترفع شخصان في بيع دار فادَّعاه أحدهما و أنكره الآخر، ثم اعترف المنكِّرُ بوقوع البيع، ولكنه و جهه بكون عقده فاسداً لفقده بعض الشرائط، فإنه يلزم المقرُّ بالبيع، و لا يُسمع منه إعتذاره بفساد العقد. و من المعلوم أنَّ قبول أصل إقراره بوقوع البيع - و عدم سماع إعتذاره بفساد العقد - دليلٌ على وضع «البيع» لخصوص الصحيح، لا للجامع بينه و بين الفاسد، إذ لو كان الموضوع له هو الجامع المشترك بين الصحيح و الفاسد لزم قبول دعوى فساد العقد، كما هو الحال في الإقرار بلفظ مشترك بين معنيين أو أكثر.

(٢) أي: حُجِّل إقرار أحد المترافعين بالبيع على الصحيح.

(٣) أي: لو ادَّعى المقرُّ بالبيع إرادة عقد فاسد لم يقبل منه، بل يؤخذ بظاهر إقراره، و هو البيع الصحيح أي العقد الجامع للشرائط.

(٤) أي: و إنقسام البيع، و مقصود الشهيد رحمته دفع دخل، أمَّا الدخل فتقريبه: أنَّ القائل بوضع ألفاظ المعاملات للجامع بين الصحيح و الفاسد يستدلُّ بصحة تقسيم العنوان المعاملي - كالبيع - إلى الصحيح و السقيم، فيقال: «هذا بيع صحيح لاستجماعه لشرائط الصحة، و ذاك بيع فاسد لاختلال شرائطه لكونه غريباً مثلاً» و لو كان «البيع» حقيقةً في خصوص الصحيح و مجازاً في الفاسد لم يصح توصيف البيع بأنَّه فاسد، إذ البيع الفاسد ليس ببيع و إنما هو كإنشاء العايب و اللأغي يصح سلبُ العنوان عنه، مع أنَّه لا ريب في صحة تقسيم البيع إلى الصحيح

والفاسد، كصحة تقسيم كل لفظ موضوع للجامع إلى حصصه و أفراده.
و أما الدفع فهو: أن مجرد الانقسام الى الصحيح و الفاسد لا يدل على كون المقسم معنى حقيقياً لللفظ، فيمكن أن يكون المقسم معنى مجازياً له، فلا يثبت كون لفظ «البيع» و نحوه حقيقة في الجامع بين الصحيح و الفاسد، لأن مجرد الاستعمال - الذي هو أعم من المعنى الحقيقي - لا يثبت الوضع، و ذلك لما ثبت في محله من اختصاص أصالة الحقيقة بالشك في المراد مع العلم بالمعنى الحقيقي. و أما لو علم بالمراد و شك في الموضوع له فلا تجري حتى يثبت كون المراد معنى حقيقياً.

(*) لا يخفى أن في كلامه مواقع للنظر:

منها: الاستدلال بالتبادر على الوضع للصحيح.

إذ فيه: أن تبادر الصحيح هنا ليس دليلاً على الحقيقة، لقوة احتمال نشوء عن القرينة، و من المعلوم أنه حيثئذ ليس أمانة عليها، فإن التبادر - بناءً على تسليم أماريته على الوضع - يختص بما إذا كان من حاق اللفظ، و هذا في المقام غير ظاهر. و إثبات كونه من حاق اللفظ - بأصالة عدم القرينة - غير سديد، لاختصاصها بالشك في المراد، فلا يشمل الشك في الوضع. و منها: الاستدلال بصحة السلب عن الفاسد. إذ فيه: أنه مخصوص بما إذا كان الفساد من جهة عدم انضمام القبول، و أما من جهة غيره فلا.

و منها: قوله «لم يسمع إجماعاً» إذ فيه: أنه يمكن أن يكون عدم سماع إرادة العقد الفاسد

لأجل ظهور حال المسلم، لا لظهور لفظ البيع في العقد الصحيح الشرعي.
و يشهد لهذا كلامه في المسالك و الروضة في تقديم قول مدعي الصحة عند اختلاف المتبايعين في صحة العقد و فساد. قال رحمته في المسالك: «نبه بقوله: - فالقول قول مدعي صحة العقد - على علة الحكم، و هو أصالة الصحة في العقود، فإن الظاهر من العقود الجارية بين

وقال^(١) الشهيد الأول في قواعده: «الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم

(١) غرضه من نقل كلام الشهيد رحمته أن يختاره في مسألة الصحيح والأعم هو الوضع

المسلمين الصحة، فيكون قول مدعي الصحة موافقاً للأصل...»^أ.

وقال في شرح اللمعة في مسألة إختلافهما في الشرط: «يقدم قول مدعي الصحة، لأنها الأصل في تصرفات المسلم»^ب.

و عليه فمجرد عدم سماع إرادة الفاسد لا يكشف عن وضع ألفاظ المعاملات للعقود الصحيحة منها.

ومنها: التنافي بين قوله في أول كلامه: «عقد البيع وغيره حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز» وآخره من قوله: «و حيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرز بالفاسد». وجه التنافي: أن إنصراف إطلاق العقد الى حصّة منه - و هو الصحيح - يقتضي تسليم كون اللفظ حقيقة في الأعم حتى ينصرف إلى فرد من الجامع، لبعض موجبات الانصراف كالشك في الصدق، و من المعلوم أنه مع إقامة أمارات الحقيقة على الوضع لخصوص الصحيح - في أول كلامه - لا يبقى موضوع للانصراف، هذا.

مضافاً إلى: أن ظاهر كلام المحقق رحمته: «إطلاق العقد ينصرف الى الصحيح» تسليم الوضع للجامع، ولكنه ينصرف الى الصحيح من باب ظهور حال المسلم، و معه لا يتّجه استدلال الشهيد الثاني على الوضع للصحيح بالتبادر و نحوه من خواص الحقيقة والمجاز. فتأمل في العبارة حقه.

ومنها: قوله في آخر كلامه «بأعمية التقسيم من الحقيقة» إذ يمكن يقال: إن الظاهر من تقسيم شيء هو تقسيمه باعتبار معناه الحقيقي لا المجازي، فتأمل.

أ: مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٢٦٧ و ٢٦٨

ب: الروضة البهية، ج ٣، ص ٥٤١

وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلا الحج، لوجوب المضي فيه^(١). و ظاهره^(٢)

لخصوص الصحيح، و الفارق بينه و بين كلام الشهيد الثاني المتقدم: أنه ﷺ خص نزاع الصحيح والأعم بالمعاملات، ولم يتعرض للنزاع في العبادات، ولكن الشهيد الأول عَمَّ الوضع للصحيح لمطلق الألفاظ المتداولة في الخطابات الشرعية، سواء أكانت معاملة أم عبادة.

(١) وقال بعد ذلك: «فلو حَلَفَ على ترك الصلاة أو الصوم اكتفى بمسئتي الصحة، وهو الدخول فيها، فلو أفسدَها بعد ذلك لم يزل الحنث. و يحتمل عدمه؛ لأنها لا تسقى صلاة شرعاً ولا صوماً مع الفساد. أمّا لو تحرّم في الصلاة أو دَخَلَ في الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعاً».

و على هذا فكلام الشهيد الأول موافق لما حكاه المصنف عن الشهيد الثاني ﷺ من وضع ألفاظ العبادات و المعاملات للصحيح أي الواجد لكل ما يعتبر فيه شرطاً و شرطاً. واستثنى الشهيد الأول ﷺ الحج، لكونه موضوعاً للأعم من الصحيح و الفاسد، بشهادة إطلاقه - على الفاسد - في النصوص الآمرة بإتمام الحج فيمن أفسده بالوقاع قبل الوقوفين، كمضرة زرارة، قال: «قلت: فأَيُّ الحجّتين لها؟ قال: الأولى التي أحدثا فيها ما أحدثا، والأخرى عليها عقوبة»^(٣). فإنّ الحجّة الأولى مع فسادها بالجماع قد وجب إتمامها. و من المعلوم أنّ إطلاق الحج على الفاسد منه ظاهر في كونه على نحو الحقيقة.

و هذا بخلاف الصلاة و الصوم و الزكاة و المعاملات، فإنّها موضوعة للصحيح خاصة، وإستعمالها في الفاسد - أي الفاقد شرطاً أو شرطاً - مجاز.

(٢) يعني: و ظاهر قول الشهيد: «لا تطلق على الفاسد» هو الإطلاق الحقيقي، و عليه فإستعمال هذه الألفاظ على نحو الحقيقة منوط بكون تلك الماهية المخترعة واجدة للأجزاء

أ : القواعد و الفوائد، ج ١، ص ١٥٨، القاعدة: ٤٢ الفائدة: ٢

ب : وسائل الشيعة، ج ٩، ص ٢٥٧، الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع في الإحرام، الحديث: ٩

إرادة الاطلاق الحقيقي (*).

والشرائط وفاقدة للموانع، فلو كانت فاسدة كالصلاة الفاقدة للستر أو للسورة كان إستعمالها فيها مجازياً. وكذا الحال في ألفاظ المعاملات كالبيع، فإنها موضوعة لخصوص المؤثر في النقل والمبادلة، فالبيع الربوي والغرري ليسا بيعاً حقيقياً، ولا يصح أن يقال: إنهما بيع فاسد.

(*) نعم، لكن تعليل إستثناء الحج الفاسد بوجوب المضي فيه قرينة على أن مراده الإطلاق في مقام الطلب والأمر، يعني: أن المأمور به من الصلاة والصوم وسائر العبادات والمعاملات هو الصحيح دون الفاسد، إلا الحج، لأن فاسده كصحيحه مأمور به، حيث إنه يجب إتباعه إذا أفسده الحاج بما يفسده من الجماع قبل الوقوفين. وعلى هذا فيراد من قوله: «لا تطلق على الفاسد» أنه لا يطلب الفاسد إلا مسامحة، فيراد من الإطلاق تعلق الطلب بالفاسد، يعني: أن الأمر لا يتعلق بالفاسد إلا الحج، فإن فاسده أيضاً يتعلق به الأمر. وعليه فليس مورد كلام الشهيد الاستعمال الحقيقي - كما استظهره المحقق القمي رحمته الله - حتى يقال: إنه قائل بوضع ألفاظ العبادات والمعاملات للصحيح. ولا أقل من الاحتمال، خصوصاً بقرينة تعقيبه بحث النذر.

نعم ما جزم به الشهيد هنا من إطلاق الحج على الفاسد حقيقة يُنافيه ما أفاده في الدروس من تقوية كون الفرض ما بيده، وأن الحج الواجب عليه من قابل عقوبة، قال: «وروى زرارة أن الأولى فرضه، وتسميتها فاسدة مجازاً». فيتعين الجمع بينها وبين معتبر سليمان بن خالد من «أن الرفث فساد الحج» بحمل الفساد على النقص، كالنقص الوارد عليه بارتكاب محرمات الاحرام المنجبر بالكفارة، فيكون الحج من قابل كفارة للرفث قبل الوقوفين والتفصيل موكول إلى محله.

و يُشكّل^(١) ما ذكره

امتناع التمسك بالإطلاق بناءً على الوضع للصحيح

(١) بعد أن فرغ المصنف رحمته من نقل كلام الشهيدين رحمتهما الظاهر في وضع ألفاظ المعاملات - بل و العبادات كما في قواعد الشهيد الأول - لخصوص الصحيح، أخذ في بيان الإشكال الوارد على هذه المقالة، ومحصله: أن مقتضى وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، وعدم شمول الموضوع له فيها للفرد الفاسد هو عدم صحة التمسك بإطلاق ما دلّ على مشروعية المعاملة عند الشك في أصل مشروعيتها أو في إعتبار أمر فيها، ضرورة أن الشك حينئذ يكون في موضوع دليل الإمضاء، ومن المعلوم أنه مع الشك في إنطباق موضوع الدليل على المشكوك فيه لا سبيل للتمسك بإطلاقه، فينسُدُّ باب التمسك بإطلاقات أدلة المعاملات طرّاً، ويجري أصالة الفساد في جميع موارد الشك في دخل شيءٍ شرطاً أو شرطاً في المعاملة.

و هذه الدعوى مما يقطع بفساده، لإستقرار سيرة الأصحاب «رضوان الله عليهم» قديماً وحديثاً على التمسك، بالإطلاقات في دفع الشك في جزئية شيءٍ أو شرطية في المعاملات، بل نسب المصنف على ما في تقرير بحثه الشريف إلى الشهيد تمسكه بها، قال مقرر بحثه: «حتى أن الشهيد قد ملأ الأساطير من ذلك، بل ولولاه لما دار رحى الفقه كما لا يخفى على المستأنس بكلامهم، وقد ادّعى الفاضل الاجماع على جواز التمسك بعموم قوله تعالى: «أحل الله البيع» أ.

ثم لا يخفى أن كلام المصنف رحمته مسوق لبيان الاشكال من جهة إجمال الأدلة الإيضائية بناءً على الوضع للصحيح.

ولما كان ذلك متوقفاً على القول بالحقيقة الشرعية و تصرف الشارع في الأوضاع اللغوية والعرفية كان الاشكال منحلّاً إلى أمرين وإن لم يُصرَّح بهما معاً.

الأول: أن إختصاص وضع الماهيات المخترعة الشرعية - والعقود - بالأفراد الصحيحة

بأن وضعها^(١) للصحيح يوجب عدم جواز التمسك بإطلاق نحو^(٢) ﴿أحل الله البيع﴾ وإطلاقات^(٣) أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها^(٤)،

مبني على القول بالحقيقة الشرعية بمعنى أخذ قيد الصحة في الموضوع له، فكما أن الشارع وضع لفظ «الصلاة» للماهية التي تحريمها التكبير وتحليلها التسليم، فكذلك وضع لفظ «البيع» مثلاً للمعاملة المؤثرة في نقل العوضين، وهي الواجدة لجميع الشرائط والقيود، فالمعاملة الفاقدة لبعضها ليست بيعاً حقيقةً.

الثاني: أن لازم وضع أسامي المعاملات لخصوص الصحيح المؤثر في ترتب الأثر المقصود على العقد هو إجمال الأدلة عند صدق العنوان عرفاً على المعاملة، والشك في اعتبار شيء فيه شرعاً. مثلاً إذا أحرز صدق «البيع» عرفاً على عقد المكره، وشك في اشتراط البيع الممضي شرعاً بالرضا المقارن للعقد لم يمكن الرجوع إلى مثل ﴿أحل الله البيع﴾ للحكم بنفوذ عقد المكره المتعقب بالرضا، إذ المفروض كون البيع موضوعاً للصحيح الشرعي لا العرفي، ومع الشك في اعتبار مقارنة الرضا للعقد يشك في صدق موضوع الدليل، ومن المعلوم عدم جواز التمسك بالدليل ما لم يحرز موضوعه من الخارج.

هذا تقريب الاشكالين، وسيأتي الجواب عنها.

(١) يفهم من هذه الكلمة إبتناء إشكال إجمال الأدلة على القول بالحقيقة الشرعية، بمعنى: جعل وضع شرعي لأسامي المعاملات كالعبادات، فكما أن «الصلاة» في عرف الشارع تختلف عن معناها اللغوي والعرفي وهو الدعاء، فكذلك البيع والنكاح والصلح ونحوها من عناوين المعاملات موضوعة بوضع جديد لمفهوم آخر أضيق من مفاهيمها العرفية واللغوية.

(٢) مثل ﴿تجارة عن تراض﴾ بناءً على إختصاص التجارة بالبيع والشراء، وقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ بناءً على كونه عنواناً مشيراً إلى آحاد العقود.

(٣) مثل «النكاح سُنِّي» و«الصلح جائز بين المسلمين» ونحوهما.

(٤) للإجمال الناشئ من إحتال دخل ما يحتمل إعتباره - في صحة المعاملة - في صدق الاسم، فيتوقف صدق «البيع» على رعاية جميع الشرائط الشرعية، ولا يكفي إطلاقه عرفاً

مع^(١) أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها في هذه المقامات^(٢) (*).

على العقد الفاقد لبعض ما يحتمل دخله شرعاً فيه.

(١) هذا وجه الاشكال على كلام الشهيدين رحمهما و محصله: منافاة الوضع للصحيح - المستلزم للاجمال - لسيرة الفقهاء على تسليم إطلاق الأدلة؛ ونفي دخل ما يشك في إعتباره في المعاملات بها، فيتمسكون بإطلاق آية حل البيع لمشروعية العقد بالفارسية و بالمعاطاة، وذلك لصدق البيع العرفي عليها.

(٢) أي: مقام الحكم بعدم دخل ما يحتمل إعتباره شرعاً في المعاملات.

(*) هذا الاشكال مبني على أمرين:

أحدهما: وضع ألفاظ المعاملات للصحيح الشرعي لا العرفي.

و فيه أولاً: أنه مبني على ثبوت الحقيقة الشرعية، و هي غير ثابتة في ألفاظ العبادات فضلاً عن المعاملات.

و ثانياً: أنه يمتنع إرادة الصحيح في ألفاظ المعاملات الواقعة في حيز الخطابات، كقوله تعالى: ﴿ أحل الله البيع ﴾ و «الصلح جائز بين المسلمين» و نحو ذلك من أدلة إمضاء المعاملات، و ذلك لأن الصحة مستفادة من نفس الأدلة، فكيف تؤخذ في متعلقها مع تأخرها عنها؟ فإن من الممتنع دخل ما يتأتى من الحكم في متعلقه.

نعم إن استفيدت الصحة من غير دليل الإمضاء لا يلزم الامتناع، لكن يترتب عليه اللغوية، إذ لا فائدة حينئذ في جعل المحلية بقوله تعالى: ﴿ أحل الله البيع ﴾ مثلاً مع فرض صحته بدون هذا الدليل، هذا.

ثانيهما: كون المراد من عقد البيع في كلام الشهيد الثاني نفس البيع، على أن تكون الإضافة بيانية، لا عقده حتى تكون الإضافة لامية. و الظاهر هو الأول، لأنه جعل عقد البيع كسائر ألفاظ المعاملات و العقود أسامي لخصوص الصحيح، و من المعلوم أن مورد النزاع هو عناوين العقود كالأجارة و الهبة و العارية و الوديعة و المزارعة و المساقاة و غيرها.

مضافاً إلى القرائن الموجودة في كلامه كالإقرار به و الإخبار به، فإنها قرائن على إرادة العقد من البيع، هذا.

نعم^١ يمكن أن يقال: إن البيع

توجيه الوضع للصحيح

(١) استدراك على قوله: «و يُشكّل ما ذكرناه» و غرضه تبيّن دفع الاشكال الوارد على مقالة الشهيدين رحمهما من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، و كونها مجازاً في الفاسد. و كلام المصنف متضمن لمقامين.

أحدهما: إمكان وضع أسامي المعاملات لخصوص الصحيح، بنحو لا يترتب عليه إجمال الأدلة الامضائية، و لا ينسدّ باب التمسك بإطلاقاتها.

و ثانيهما: توجيه التمسك بالاطلاق بناءً على الوضع لخصوص الصحيح.

و الكلام فعلاً في المقام الأوّل، و لا بأس بالإشارة الى أمرين تمهيداً لتوضيح المتن:

الأوّل: أن المعاملات أمور إعتبارية، متقوم حقائقها باعتبار الاعتبار، و ليس لها وجود وراء وجودها في وعاء الاعتبار، و بهذا تمتاز عن الموجودات الحقيقية التي لا دخل للجعل والمواضع في وجودها في موطنها، و لا تتغيّر حقائقها باختلاف الأنظار. و أمّا الأمر الإعتباري فيمكن وجوده باعتبار معتبر، دون آخر، و ذلك كالأوراق النقدية التي يعتبر ماليّتها حكوميّة، و لا يعتبرها حكومة أخرى، فتسقط عن الاعتبار حينئذ.

الثاني: أن إنطباق العنوان و المفهوم على المصاديق مختلف، فقد يكون قهرياً لا يتوقف على أزيد من تحقّقه خارجاً بمعدّاته و مباديه كالقتل، الصادق على إزهاق الروح قسراً سواء أكان مع القصد أم بدونه، و لذا يُسند القتل حقيقة إلى القاتل في القتل الخطائي الذي لم يقصد القاتل ذلك أصلاً. و قد يكون متوقفاً على القصد و الاعتبار كالتعظيم، فإنّه لا ينطبق على مجرد القيام عند قدوم الغير، بل لابدّ من كونه بقصد إكرامه و رعاية عظّمته.

ثم إنّ مثل التعظيم مما يُنطاط صدقه بالاعتبار ربما يقع الخلاف في مصداقه مع عدم الخلاف في أصل المفهوم، فقد يُعدّ القيام بنظر جمع - بقصد إكرام القادم الى مجلس - من أظهر أنحاء التعظيم، بينما يرى آخرون كشف الرأس أو الإحناء إلى حدّ الركوع مطاباً للمفهوم. و هذا الاختلاف ناشئ من إعتبار فعل مصداقاً للتعظيم عند جمع، و اعتبار فعل آخر كذلك

وشبهه^(١) في العرف إذا استعمل في الحاصل

بنظر غيرهم. و نتيجة تعدد الاعتبار كون كُلِّ واحد من الأفعال مصداقاً حقيقياً لذلك المفهوم الواحداني، من دون أن يُخطئ بعضهم بعضاً.

إذا اتضح ما ذكرناه فنقول في توجيه كلام الشهيدين رحمتهما - من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، و أن إستعمالها في الفاسد مجاز - : إن المعاملات أمور عرفية إعتبرها العقلاء قبل الشريعة الإسلامية لتنظيم شؤون مجتمعهم، و لم يخالفهم الشارع الأقدس في أصل المفهوم، و لم يخترع طريقاً آخر، و لم يتصرف فيها تصرفاً أساسياً، و إنما ردَّع عن بعضها كالبيع الربوي و الملامسة و المنابذة، و نكاح الشغار، و زاد قيداً في بعضها الآخر كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، و اعتبر في بعضها صيغة خاصة كما في الطلاق.

و ليس هذا التصرف راجعاً الى تغيير أصل المفهوم حتى يكون المستعمل فيه من لفظ «البيع» عند الشارع مغايراً لما هو عند العرف، بل المستعمل فيه واحد عندهما، و هو ما يترتب عليه الأثر المترقب كمبادلة إضافة الملكية، غاية الأمر أن للبيع مثلاً مصداقين حقيقيين أحدهما منسوب الى الشارع و مضاف اليه، و هو موضوع للآثار الشرعية، و الآخر منسوب الى العرف و هو الموضوع للآثار الخاصة عندهم، و ينطبق على كليهما ذلك الجامع الواحداني أعني به «النقل المؤثر» فيكون إختلاف العرف و الشرع في ترتب الملكية عند أحدهما دون الآخر نظير إختلاف طائفتين في كون ما به التعظيم هو القيام خاصة أو فعل آخر، و السّر في تعدد الأنظار حينئذ هو أن المعاملات لا حقائق لها وراء الاعتبار.

و المتحصل: أن الموضوع له في مثل «البيع» بمعناه المصدري هو الإنشاء المؤثر في النقل و الانتقال، فإن ترتب عليه الأثر - ولو بنظر العرف - إتصف بالصحة، و إلا كان فاسداً، و يتوقف إستعماله فيه مجازاً على قرينة. و إرادة هذا المعنى من الصحة لا يمنع من الرجوع الى إطلاقات أدلة الإمضاء كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(١) كالإجارة و النكاح و الرهن و نحوها من عناوين العقود و الايقاعات مما يكون رائجاً عند العقلاء مع الغض عن الشرع.

من المصدر^(١) - الذي^(٢) يراد من قول القائل: «بعث» عند الإنشاء - لا يستعمل^(٣) حقيقة إلا فيما^(٤) كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع

(١) المراد بالمصدر هو «إنشاء تملك عين بمال» وهذا مختار المصنف في تعريف البيع. والمراد بحاصل المصدر هو الملكية و الانتقال المترتبان على الإنشاء، فإذا أنشأ البائع فقد حصلت الملكية به في إعتبار نفسه، وكذا بنظر العرف، وإن لم تحصل بنظر الشارع.

(٢) صفة للمصدر، يعني: أن المراد من قول البائع: «بعث» هو المعنى المصدري.

(٣) خبر قوله: «ان البيع» يعني: أن ما يستعمل فيه لفظ «البيع» هو الملكية المنشأة المؤثرة - بنظر العرف - في إنتقال إضافة العوضين، فإذا لم يترتب عليها أثر كان إستعمال البيع فيها مجازاً.

(٤) المراد بالموصول هو التملك، والمقصود بالتمليك الصحيح هو المؤثر، فالبيع مستعمل حقيقة في النقل المؤثر، فما ليس بمؤثر ليس بصحيح. لكن التأثير قد يكون بنظر العرف دون الشرع، فإن اعتبر العرف الملكية كان البيع متصفاً بالصحة عنده، وإن اعتبرها الشرع كان صحيحاً بنظره، فلانفاة بين وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح، و بين إختلاف العرف والشرع في المصدق.

و بالجملة: أن إيجاب البائع يتضمن أموراً ثلاثة:

الأول: نفس الإنشاء و التملك الذي هو معنى البيع المصدري.

الثاني: الملكية في إعتبار نفس البائع، حيث إنه يعتبر تبادل إضافة العوضين من كل منهما الى الآخر.

الثالث: تأثير هذا الإعتبار في حكم العرف و الشرع بترتب الانتقال على الإنشاء.

و الأمران الأولان متحققان في كل إنشاء صادر بداعي الحد، ولكن الأمر الثالث قد يتخلف، فإن كان إعتبار الموجب مؤثراً - أي واجداً للشرائط العرفية - كان ذلك بيعاً صحيحاً، وإلا كان فاسداً نظير إيجاب الهازل، فإنه يعتبر الملكية، لكن العرف لا يراه مؤثراً.

كان بيعاً عنده^(١)، وإلا كان صورة بيع، نظير بيع المازل عند العرف. فالبيع^(٢) الذي يُراد منه ما^(٣) حصل عقيب قول القائل: «بعث» عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره. إلا^(٤) أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع^(٥).

(١) فيصير الصحيح الشرعي أعم من الصحيح العرفي، ضرورة أن العقلاء يعتبرون الملكية في بيع الخمر، و يرونه مؤثراً في الانتقال، ولكن الشارع لا يعتبر ذلك التأثير، فيصير بيع الخمر عند العرف - في عدم التأثير بنظر الشارع - نظير ما إذا إعتبر البائع ملكية من من التراب بمثله، و لم يعتبرها العقلاء، فيكون فاسداً بنظرهم.

و عليه فالموضوع له عند العرف و الشرع هو النقل المؤثر، لكن ما به يتحقق هذا النقل مختلف بنظر العرف و الشرع.

(٢) هذه نتيجة جعل معنى البيع هو خصوص الملكية - في نظر البائع - المؤثر في إمضائه عرفاً و شرعاً، فإذا كانت الملكية و الانتقال مخصوصين باعتبار البائع فقط كان استعمال البيع فيها مجازاً.

و على هذا فلو كان مقصود الشهيدين قوله من وضع ألفاظ العقود للصحيح - وضعها للانشاء المؤثر بنظر العرف أو الشرع كان وجيهاً، ولو كان مقصودهما وضعها لخصوص ما يراه الشارع مؤثراً لم يمكن المساعدة عليه.

(٣) المراد بالموصول كما عرفت هو الملكية و الانتقال في نظر البائع، و قد أفاده فيما يتعلق بكلام كاشف الغطاء قوله بقوله: «نعم تحقق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل». فالانتقال بنظر الناقل يحصل بمجرد إنشائه، و هذا الانتقال يتصف بالصحة تارة و بالفساد أخرى.

(٤) يعني: لا منافاة بين وضع عناوين المعاملات للصحيح المفيد للأثر و بين اختلاف العرف و الشرع، كما لا منافاة في اختلاف الملل فيما به التعظيم مع إتفاق الكل على مفهومه.

(٥) فإنه يعتبر شرعاً في بيع المكيل و الموزون - إذا كانا متجانسين - عدم زيادة أحدهما على الآخر، و يعتبر في بيع الصرف التقابض في المجلس، و لا يعتبر شيء منهما في البيع العرفي.

وأما^(١) وجه تمسك العلماء

هذا تمام الكلام في توجيه كلام الشهيد رحمته الله من وضع أسماء العقود للصحيح، لا للأعم منه ومن الفاسد. وسيأتي الكلام في توجيه التمسك بالإطلاق.

طريق التمسك بالإطلاق بناء على الوضع للصحيح

(١) هذا هو المقام الثاني مما أفاده رحمته الله في دفع الإشكال المتقدم على كلام الشهيد رحمته الله وتقريره: أن جهة البحث إلى الآن كانت في توجيه كلامهما وتحقيق مرادهما من وضع ألفاظ العقود للصحيح، وقلنا إن المقصود به في البيع مثلاً هو طبيعي النقل المؤثر في انتقال الإضافتين، ولهذا المفهوم الجامع مصداقان، أحدهما النقل المؤثر عرفاً، والآخر النقل المؤثر شرعاً. وبعد إستيفاء هذه الجهة غطف عنوان البحث إلى تصحيح الرجوع إلى الخطابات الشرعية بوجهين.

و ينبغي تقديم أمرين قبل بيانها:

الأمر الأول: أنهم فرّقوا في مسألة الصحيح والأعم بين ألفاظ العبادات والمعاملات بناءً على إنكار وضعها للأعم، والقول باختصاصها بالصحيح، ومحصل الفرق: أن العبادات ماهيات مخترعة شرعية غير معلومة للعرف، فع عدم معرفة تلك الماهيات لا وجه للتمسك باطلاقاتها، لكون الشك في صدق مفهوم «الصلاة» مثلاً على فاقده ما يشك دخله فيها جزءاً أو شرطاً. فلا بد من علاج الشك بالرجوع إلى إطلاق مقامي أو أصل عملي كما حرّر ذلك في الأقل والأكثر الارتباطيين.

وهذا بخلاف المعاملات، فإنها أمور عرفية كانت متداولة بينهم - قبل عصر التشريع - لتنظيم شؤونهم الاجتماعية. وقد أمضى النبي صلوات الله وسلامه عليه هذه الطريقة ولم يخالفهم فيها، ولم يخترع طريقاً آخر، ولم يتصرّف فيها تصرّفاً أساسياً، بل كان تصرّفه بالردع عن بعضها كالبيع الربوي ونكاح الشغار، وبزيادة قيد كاعتبار البلوغ في المتعاقدين، واعتبار صيغة خاصّة في بعضها كالطلاق والنكاح.

والحاصل: أنَّ الشارعَ لم يستعمل ألفاظ المعاملات إلا في مفاهيمها العرفية، ودخل القيود في مقام تأثيرها شرعاً إنما استفيد من دوالٍ أخرى، وليست مقومة لمفاهيمها، فكما لم يستعمل الشارع ألفاظ الخمر والحنطة والماء - في الأدلة التي جعلها موضوعات لأحكامه - إلا في مفاهيمها العرفية، فكذلك لم يستعمل لفظ البيع والصلح والنكاح في قوله: «البيع حلال، الصلح جائز، النكاح سُنتي» إلا في معانيها العرفية التي تنسب إلى أذهانهم.

الأمر الثاني: أنَّ أدلة المعاملات لا يستفاد منها أزيد من كونها إمضاء للمعاملات العرفية، فمثل قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ إمضائي لا تأسيسي، والممضئ هو المعاملة العرفية، لا المعاملة الشرعية حتى يكون مفهومها مجعلاً مانعاً عن الرجوع إلى الإطلاق. نعم لابد من إحراز الصحة العرفية، فلو شك في صدق العنوان - كما إذا شك في اعتبار معرفة العوضين، أو شك في قابلية وقوع المنافع ثمناً في البيع العرفي - إمتنع التمسك بالآية الشريفة لإثبات الصحة ونفي دخل ما يحتمل إعتباره في المفهوم العرفي. وأما إذا أحرز صدق الاسم عندهم وكان الشك متمحضاً في الدخل التعبدية كان الإطلاق نافياً له، إذ لو كان ذلك المشكوك فيه دخيلاً في ترتب الأثر على المعاملة شرعاً لزم التنبيه عليه لئلا يكون عدم بيانه مخلاً بالغرض.

إذا اتضح ما قدّمناه قلنا في تقريب الوجهين المشار إليهما في المتن:

الوجه الأول: أن يحمل «البيع» الوارد في الخطابات الشرعية على المنشأ - أي المسبب - كالملكية و الانتقال المترتبين على الانشاء، فالممضئ هو الملكية العقلانية الحاصلة بالعقد القولي أو الفعلي. وعلى هذا فليس المراد بالبيع طبعياً النقل المؤثر حتى يكون نظر العرف والشرع طريقاً إليه و مصداقاً له، بل المراد خصوص المؤثر بنظر العرف، ففاد آية حل البيع هو: أنه تعالى أمضى كل ملكية حاصلة بالعقد المؤثر في الانتقال بنظر العرف، ومن المعلوم أن هذا خطاب إنحلالي يعم جميع المصاديق العرفية.

فقتضى عموم الإمضاء مشروعية بيع المناهضة والملامسة والغرر والخمر والخنزير والبيع الربوي وبيع الكالي بالكالي وغير ذلك من البيوع الفاسدة الشرعية. ويتوقف الحكم

ببطلان هذه على ورود مُقَيَّد لإطلاق الآية، إذ لولا التقييد والتخصيص كان موضوع الخطاب - وهو البيع المؤثر عرفاً - صادقاً على جميعها، و ينحصر الردع الشرعي عنها في الإخراج الحكمي مع محفوظية موضوع الإمضاء.

ولارتبط لهذا التقريب بالتصرف في الموضوع بأن يكون إمضاء طريقة العرف تصويباً لنظرهم، وردعها في مثل بيع الخمر تخطئة لهم. وذلك لما عرفته من أن الموضوع العرفي بمحدوده محفوظ في مورد النهي الشرعي، فيتعين تصرف الشارع في التخصيص والتقييد.

الوجه الثاني: أن يحمل «البيع» الواقع في الأدلة الإيضائية على المصدر الذي يراد من لفظ «بعث» والمصدر هو ما تقدم في تعريف المصنف رحمته الله للبيع بقوله: «فالأولى تعريفه بإنشاء تمليك عين بمال» وهذا فعل الموجب فقط، فعني آية حل البيع: أن إنشاء النقل حلال مطلقاً ويؤثر في النقل والملكية، إذ لولا تأثيره فيها لم يكن حلالاً ولم يجب الوفاء به، فإذا كان معنى البيع عرفاً هو إنشاء التمليك كان معنى إمضاء الشارع تأثير هذا الإيجاب في حصول الملكية عرفاً وشرعاً، سواء أكان إنشاء النقل متعلقاً بمجنس ربوي أم بالخمر أم بالأعيان المحللة.

ولو لم يكن هذا الانشاء مؤثراً في إغتيال الملكية شرعاً كان عليه التنبيه لئلا يلزم الإخلال بالغرض، فيقيّد هذا الإطلاق بما دلّ على عدم تأثير «إنشاء التمليك» في مثل الخمر والأعيان النجسة والمنايذة ونحوها. ويبقى موارد إحتال التصرف الشرعي مندرجاً في إطلاق الحيل، كما لو شك في إعتبار مقارنة الرضا بالعقد، وعدم كفاية الرضا المتأخر في مثل بيع المكره، فإنه لا مانع من نفي هذا الشك بالتمسك بإطلاق حلية إنشاء النقل المؤثر بنظر العرف.

وهذا الوجه يشترك مع سابقه في أن موضوع الإمضاء مبين، والتصرف الشرعي راجع إلى الإخراج الحكمي تخصيصاً أو تقييداً. ويفترق عنه بأن الوجه الأول ناظر إلى كون الموضوع العرفي هو البيع بالمعنى الإسمي كالملكية والانتقال، والوجه الثاني ناظر إلى ما اختاره في معنى البيع من إرادة المعنى المصدرى، وهو إنشاء التمليك.

ثم إن الحلية المدلول عليها بالآية الشريفة تكون تكليفية بناءً على ما سيأتي في

توجيه التمسك بالاطلاق بناءً على الصحيح ٣٠٧

بإطلاق أدلة البيع^(١) ونحوه^(٢) فلأن الخطابات لما وردت على طبق العرف^(٣) حُمل لفظ «البيع» وشبهه في الخطابات الشرعية على ما^(٤) هو الصحيح المؤثر عند العرف^(٥)، أو^(٦) على المصدر الذي يُراد من لفظ «بعث» فيستدل^(٧)

المعاطاة من جعل متعلق الحيل التصرفات. وبناءً على كونها للجامع بين التكليف والوضع أو إرشاداً إلى خصوص الوضع كانت المحلية للأعم أو لخصوص الوضع، فالمسألة مبنائية.

(١) كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ و﴿تجارة عن تراض﴾ سواء أكانت التجارة خصوص البيع والشراء، أم شاملة لغيرها من المعاملات التي يُقصد بها الإسترباح وتنمية المال.

(٢) كقوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين» و«النكاح سُنتي» فالمراد في الجميع هو المسبب - كالتسالم والزوجة - الصحيح عرفاً أي موضوعاً لترتيب الآثار عليها عندهم. (٣) لما تقدّم من أنه ليس للشارع في المعاملات إصطلاح جديد، بخلاف العبادات التي هي مخترعاته، وهو المرجع في تعيين حدودها.

(٤) هذا إشارة إلى أول الوجهين لتوجيه التمسك بالاطلاق الأدلة الإيضائية بناءً على الالتزام بوضع أسامي المعاملات للصحيح، لا للأعم منه ومن الفاسد.

(٥) لا المؤثر واقعاً حتى يكون نظر العرف طريقاً إليه، بل تمام الموضوع التأثير بنظر العرف. وعليه فما ليس بمؤثر في نظر العقلاء ليس موضوعاً للأدلة الإيضائية، لصحة سلب العنوان عنه.

ثم إن هذا المعنى للصحة يجعل موارد الردع الشرعي خارجة حكماً، لكونها بيوعاً عرفية صحيحة، لا أنها خارجة عنه موضوعاً من باب التخطئة كما مال إليه جمع من الأعلام. (٦) هذا إشارة إلى الوجه الثاني من توجيه التمسك بأدلة المعاملات بناءً على وضعها للصحيح لا للأعم، وحاصله: أن كل ما يعدّ عرفاً مصداقاً لإنشاء التملك فهو حلال.

(٧) يعني: لما كانت أدلة المعاملات إيضائية لا تأسيسية، وكان المضى هو المعاملة المؤثرة بنظر العرف لا الشرع، فلا محالة يتمسك بها - فيما إذا أحرز إطلاقها - وينتج دخل ما يحتمل إعتباره في المعاملة، سواء قلنا بوضع البيع مثلاً للمعنى الإسمي - أي المسبب - كما هو

بإطلاق الحكم بحله^(١) أو بوجوب الوفاء^(٢) على^(٣) كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً^(٤)، فتأمل^(٥)، فإن للكلام محلاً آخر (*).

مقتضى الوجه الأول، أم للمعنى المصدري - أي السبب - كما هو مقتضى الوجه الثاني.
و عليه فقوله: «فيستدل» متفرع على الوضع للصحيح المؤثر، سواء أكان الموضوع له
إسم المصدر أو نفسه.

فإن قلت: بناءً على الوجه الثاني كيف يحمل البيع على المعنى المصدري القائم بالبائع؟
مع أن الإنشاء المؤثر بنظر العرف يتوقف في مطلق العقود على إنضمام القبول إلى الإيجاب.
قلت: لامنافاة بين وضع البيع للمعنى المصدري وبين توقّف تأثيره على تعقب القبول
للإيجاب، وذلك لقابلية الإطلاق للتقييد، فكما قيّد الإيجاب المؤثر عرفاً بموارد ردع الشارع
وتصرّفه، فكذلك قيّد بإنضمام القبول إليه، فالبيع حينئذٍ هو السبب القابل للاتصاف بالصحة
والفساد.

(١) كما هو مقتضى قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾.

(٢) كما هو مقتضى قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٣) متعلق بقوله: «فيستدل».

(٤) كما هو مؤثر بنظر العرف.

(٥) لعلّه إشارة إلى: أن التوجيه الثاني ينافي ما تقدم عنه من كون البيع «إنشاء تمليك
عين بمال» وإن لم يتعقبه القبول، ضرورة أن المؤثر ليس خصوص الإيجاب، بل هو مع القبول.
إلا أن يقال: إن البيع حقيقة في المؤثر أيضاً، فيكون مشتركاً، لكنه بعيد، فتدبر.

(*) قد يقال: لا وجه للتقييد بالمؤثر عرفاً، إذ معنى البيع هو المؤثر واقعاً، والعرف
طريق إلى معرفته، و مجرد كون الاستعمال جارياً على طبق الاستعمالات العرفية لا يصلح
قربنة على إرادة غير معناه الحقيقي وهو المؤثر واقعاً، بل لابد من حمله على المعنى الحقيقي.
هذا.

إلا أن يقال: إن حمله على الصحيح الواقعي يوجب لغوية دليل الإمضاء، حيث إن

الموضوع - على الفرض - هو الصحيح الواقعي، و معه يكون تصحيحه بمثل ﴿أحل الله البيع﴾ لغواً، إذ مرجعه إلى: أنه تعالى شأنه أحل البيع الحلال، أو: أمضى البيع الممضى. و هذا من اجتماع الحكمين المثليين في موضوع واحد. فلا محيص عن جعل موضوع الحلية البيع الصحيح العرفي، بمعنى كون المفهوم عرفياً حتى يكون نظرهم حجة فيه، لا بمعنى مرجعية العرف في تشخيص فردية الفاقد - لمشكوك الدخل - لمفهوم البيع، ضرورة أن نظرهم حجة في تشخيص نفس المفاهيم العرفية، لا في تطبيقها على أفرادها، فمع الشك في فردية الفاقد لما احتمل دخله فيه للبيع مثلاً لا يصح التمسك باطلاق الآية الشريفة ولو حَكَمَ العرف بفرديته له. و حينئذ يكون مفاد دليل الإمضاء أن الصحيح عرفاً صحيح شرعاً، فالدليل يُصحح نظر العرف في كون أفراد البيع صحيحة.

هذا بناءً على إتصاف المسبب بالصحة والفساد كما هو مبناه في قوله.

و أما بناءً على عدم إتصافه بهما - كما ذهب إليه المحقق الخراساني رحمته الله وغيره، بدعوى: أنهما من المحمولات المترتبة، و موضوعها هو المركب حتى يكون صحيحاً إذا كان تاماً، و فاسداً إذا كان ناقصاً. و أما البسائط كالملكية و الزوجية المتربتين على العقد فلا تنصف إلا بالوجود و العدم، فلا يتعلّق بها الإمضاء - فلا بدّ من إرادة البيع السببي، فيكون مفاد دليل الامضاء تنفيذ الأسباب العرفية إذا شك في دخل شيء فيها شرعاً، مع العلم بعدم اعتباره فيها عرفاً، إذ مع الشك في دخله عرفاً لا مجال للتمسك بالدليل، لعدم إحراز موضوعه، و إجماله المانع عن الأخذ به.

و لذا جعل المحقق الخراساني كلا الوجهين المذكورين في المتن ناظرين إلى تنفيذ السبب، و أن قول المصنف: «فيحمل على الصحيح المؤثر عند العرف» ناظر إلى العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، و قوله: «أو على المصدر» إلى إيجاب البائع خاصة، إذ يتّجه حينئذ توصيفهما بالصحة و الفساد. أما العقد فواضح. و أما الإيجاب فاتصافه بالصحة بلحاظ تعقبه

بالقبول، و بالفساد إذا لم يتعقبه، هذا.

و هذا البيان و إن كان أخذاً بظاهر المتن «الصحيح المؤثر» إذ المؤثر في الملكية الاعتبارية هو الإنشاء لا المنشأ، لكن يشكل بأن المصنف يرى إتصاف البيع الإسمي بالصحة و الفساد، كما هو صريح قوله قبل أسطر: «إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل بعث عند الإنشاء لا يستعمل...» و قوله «فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعث عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر». و لا مانع من توصيف المنشأ بالصحة تارة و بالفساد أخرى، إذ المنشأ هو الملكية في اعتبار نفس المنشئ و هو البائع، فإن كان مؤثراً في محيط العقلاء ثم الشرع إتصف بالصحة، وإلا كان فاسداً.

ولو سلم إختصاص الوصفين بالأسباب لكونها مركبات، و امتنع حملها على البسائط لم يكن ذلك موجباً لحمل كلام المصنف رحمته على إرادة العقد أو الإيجاب خاصة، لقابلية البسائط - بنظر شيخنا الأعظم - للإتصاف بالصحة و الفساد أيضاً.

بقي أمران ينبغي التعرض لهما تنميماً للبحث:

أحدهما: أجنبية المقام عن باب تصويب نظر العرف في موارد الإمضاء، و تخطئته في موارد الإستثناء كالبيع الربوي.

ثانيهما: أن الصحة و الفساد كما توصف بهما الأسباب فهل توصف بهما المسببات أم لا؟ و هل الممضى بأدلة المعاملات المسببات أم الأسباب؟

أما الأمر الأول: فقد إتضح بما ذكرناه في بيان مرام المصنف رحمته عدم إبتناء تصحيح الرجوع الى الأدلة - بناء على وضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح - على تخطئة نظر العرف في موارد التصرف الشرعي، خلافاً لما يظهر من حاشية المحقق التقي رحمته على المعالم، حيث إنه بعد نقل كلام الشهيدين و الاشكال عليهما وجه التمسك بالإطلاقات بإرادة الوضع

للسحيح الواقعي كما سيظهر، و لأجله حَمَلَ بَعْضُ أَجَلَةِ الْمُحْشِينَ كَالسَّيِّدِينَ الطَّبَاطِبَائِيَّ
وَالْإِشْكَورِيِّ جَوَابَ الْمُصَنِّفِ عَلَى ذَلِكَ مُعْتَرِفًا بِعَدَمِ وِفَاءِ الْعِبَارَةِ بِهِ، قَالَ السَّيِّدُ: «وَبِالْجُمْلَةِ:
وَإِنْ كَانَ لَا إِشَارَةَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ إِلَى كَوْنِ الْمَطْلُوبِ مِنْ بَابِ التَّخَطُّطِ فِي الْمَصْدَاقِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ
مِنْ حَمْلِهِ عَلَيْهِ». ثُمَّ اعْتَرَضَ السَّيِّدُ عَلَى الْمُصَنِّفِ بِإِبْتِنَائِهِ عَلَى كَوْنِ الْمَلَكِيَّةِ مِنَ الْأُمُورِ الْوَاقِعِيَّةِ،
لَا مِنَ الْأَحْكَامِ الْوَضْعِيَّةِ.

وَالْأَوَّلَى نَقَلَ كَلَامَ الْمُحَقِّقِ النَّقِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَقَوَّافًا عَلَى حَقِيقَةِ الْحَالِ، قَالَ فِي هِدَايَةِ
الْمُسْتَرَشِدِينَ: «قُبِيلَ بَحْثِ الْمُشْتَرَكِ - مَا لَفْظُهُ: «فَالْأَظْهَرُ أَنْ يُقَالَ: بِوَضْعِهَا لَخْصُوصِ الصَّحِيحَةِ
أَيَّ الْمَعَامَلَةِ الْبَاعِثَةِ عَلَى النُّقْلِ وَالْإِنْتِقَالِ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ مِمَّا قُرِّرَ لَهُ تِلْكَ الْمَعَامَلَةُ الْخَاصَّةُ، فَالْبَيْعُ
وَالْإِجَارَةُ وَالنِّكَاحُ وَنَحْوُهَا إِنَّمَا وُضِعَتْ لِتِلْكَ الْعُقُودِ الْبَاعِثَةِ عَلَى الْأَثَارِ الْمَطْلُوبَةِ مِنْهَا،
وَإِطْلَاقُهَا عَلَى غَيْرِهَا لَيْسَ إِلَّا مِنْ جِهَةِ الْمَشَاكِلَةِ أَوْ نَحْوِهَا عَلَى سَبِيلِ الْمَجَازِ. لَكِنْ لَا يُلْزَمُ مِنْ
ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ حَقِيقَةً فِي خُصُوصِ الصَّحِيحِ الشَّرْعِيِّ حَتَّى يُلْزَمَ أَنْ تَكُونَ تَوْقِيفِيَّةً مُتَوَقِّفَةً عَلَى
بَيَانِ الشَّارِعِ لَخْصُوصِ الصَّحِيحَةِ مِنْهَا.

بَلِ الْمُرَادُ مِنْهَا إِذَا وَرَدَتْ فِي كَلَامِ الشَّارِعِ قَبْلَ مَا يَقُومُ دَلِيلٌ عَلَى فُسَادِ بَعْضِهَا هُوَ الْعُقُودُ
الْبَاعِثَةُ عَلَى تِلْكَ الْأَثَارِ الْمَطْلُوبَةِ فِي الْمَتَعَارِفِ بَيْنَ النَّاسِ، فَيَكُونُ حُكْمُ الشَّرْعِ بِحُلِّهَا أَوْ صَحَّتْهَا
أَوْ وَجُوبُ الْوَفَاءِ بِهَا قَاضِيًا بِتَرْتِبِ تِلْكَ الْأَثَارِ عَلَيْهَا فِي حُكْمِ الشَّرْعِ أَيْضًا، فَيَتَطَابَقُ صَحَّتْهَا
الْعَرَفِيَّةُ وَالشَّرْعِيَّةُ. وَإِذَا دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى عَدَمِ تَرْتِبِ تِلْكَ الْأَثَارِ عَلَى بَعْضِهَا خَرَجَ ذَلِكَ عَنْ
مَصْدَاقِ تِلْكَ الْمَعَامَلَةِ فِي حُكْمِ الشَّرْعِ وَإِنْ صَدَّقَ عَلَيْهِ إِسْمُهَا بِحَسَبِ الْعَرَفِ، نَظَرًا إِلَى تَرْتِبِ
الْأَثَرِ عَلَيْهِ عِنْدَهُمْ.

وَحِينَئِذٍ فَعَدَمُ صَدَقِ اسْمِ الْبَيْعِ مَثَلًا عَلَيْهِ حَقِيقَةُ عِنْدَ الشَّارِعِ وَالْمُتَشَرِّعِ لَا يَنَافِي صَدَقَهُ
عَلَيْهِ عِنْدَ أَهْلِ الْعَرَفِ مَعَ فَرْضِ إِتْحَادِ الْعَرَفِيِّينَ وَعَدَمِ ثُبُوتِ عَرَفِ خَاصٍ عِنْدَ الشَّارِعِ،
إِذَا الْمَفْرُوضُ إِتْحَادُ الْمَفْهُومِ مِنْهُ عِنْدَ الْجَمِيعِ، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ هُنَاكَ فِي الْمَصْدَاقِ، فَأَهْلُ الْعَرَفِ

إنما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، وإنما يحكم بعدم صدقه عليه بحسب الشرع، للحكم بعدم ترتب ذلك الأثر عليه.

ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف - لا من قبل الشارع - لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً، كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع. فظهر أنه لا منافاة بين خروج العقود الفاسدة عند الشارع عن تلك العقود على سبيل الحقيقة، وكون المرجع في تلك الألفاظ هو المعاني العرفية، من غير أن يتحقق هناك حقيقة شرعية جديدة، فتأمل جداً.

و ملخصه: أن البيع موضوع لخصوص ما يؤثر في الملكية واقعاً، ويعبر عنه بالصحيح، ونظر العرف والشرع طريق إليه، وليس إختلافهما في مفهومه بل في مصداقه، إذ ما هو مملوك واقعاً واحداً لا تعدد فيه، وإستعمال العرف البيع حقيقة في البيوع الفاسدة الشرعية كالمنازعة إنما هو لعدم إطلاعه على نفي الشارع بيعتها، فلو إطلع عليه إعترف بخطائه في تطبيق مفهوم البيع عليها، وحكم بخروجها عن المفهوم جداً، كخروج إنشاء التملك هزلاً عنه.

و عليه فإذا كان الشارع في مقام البيان، وحكم بحلية ما يؤثر في الملكية واقعاً ولم ينصب طريقاً إليه عليم من إطلاقه في مقام البيان أن نظر العرف طريق إلى ذلك المؤثر واقعاً، وأن ما هو محقق للملكية الواقعية في نظرهم محقق لها في نظره.

و على هذا لا مانع من التمسك بإطلاق أدلة العقود، وإستفادة تصديق نظر العرف في تطبيق ما هو المؤثر على المورد، وإمضاء الأسباب العرفية وتنفيذها، وإستفادة تخطئة نظرهم في موارد الردع.

و لا يخفى أن لفظي «التصويب» و «التخطئة» الناظرين إلى الموضوع لا الحكم، وإن لم يردا في عبارة المحقق التقي رحمته الله إلا أن قوله: «ولو انكشف عدم ترتب الأثر عليه عند أهل العرف لا من قبل الشارع لم يحكم عرفاً بصدق ذلك عليه أيضاً، كما أن البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم حقيقة عن البيع» كالصريح في أن الإمضاء والردع الشرعيين ناظران إلى التصرف في الموضوع، ومعناه أن يلتزم العرف - بعد إطلاعه على فساد البيع الربوي مثلاً - بعدم

صدق البيع عليه حقيقة، لأنه بيعٌ فاسد حتى يكون التصرف في الحكم.
وقد إختار المحقق الخراساني رحمته في كفايته هذا المسلك - أي التصويب و التخطئة -
في بحث الصحيح والأعم، فراجع.

وكيف كان فما أفاده المحقق التقي رحمته يلتزم مع كون الملكية من الأمور الواقعية التي
كشفت عنها الشارع، إذ الكشف منوط بوجود واقع محفوظ حتى تتصور طريقة الأنظار إليه،
فتصوره تارةً و تخطئه أخرى. و هو مناسب لبعض كلمات المصنف رحمته في الرسائل من
احتمال كون الملكية و الطهارة و نحوها أموراً واقعية كُشِفَ عنها الشارع.

و أمّا في خصوص المقام فقوله في المتن: «فلأن الخطابات لما وُزِدَتْ على طبق العرف
حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف...» ظاهر
جداً في أن المستعمل فيه في الأدلة هو خصوص الصحيح العرفي، لا الواقعي، و حينئذ يدرج
تصرف الشارع في الردع عن بعض البيوع في الإخراج الحكمي، فالعرف حتى بعد إطلاعه
على فساد بيع الخمر يُذعن ببقاء اعتبار الملكية له، و صحة مبادلتها بمال.

كما أن قوله قبل ذلك: «يحمل البيع الصحيح على النقل المؤثر» لا يستلزم على كلام
هداية المسترشدين من إرادة الصحة الواقعية، و ذلك لأن البيع أمر اعتباري، فيمكن أن يعتبر
العرف تأثير البيوع الفاسدة شرعاً، و لا يعتبر الشارع تأثيرها، إذ لا واقع للأمر الاعتبارية وراء
الإعتبار حتى يجري حديث التخطئة و التصويب فيها.

هذا كله مضافاً إلى: أن المصنف رحمته إعتراض - فيما نسب إليه في التقارير - على كلام
المحقق التقي، و معه لا يُظن إقتباس المتن منه. و محصله - بعد أجنبية التوجيه عن كلام
الشهيد - أن نظر العرف حجة في تشخيص المفاهيم، لا في تطبيق المفهوم المبيّن على
المصاديق المشتبهة بعد العلم بالمفهوم بحدوده. و ما أفاده المحقق التقي من التخطئة لا مجال
له في المقام، لعدم تبدل نظر العرف بعد كشف الشارع عن الخطأ، فلو حكّم الشارع بنجاسة
الكافر أمكن تبدل نظرهم، لإحاطة الشارع بقذارة معنوية خفيت عليهم. و أمّا إذا لم يتبدل النظر
بعد الكشف و حكموا بوجود المصدق بعده أيضاً كحكمهم بمصادقية الإنشاء بالفارسية

لمفهوم البيع لم يكن وجهاً للتخطة، بل الخروج حكمي، وقياس ذلك ببيع الهازل مما يصح السلب عنه حقيقة ممنوع. فراجع تمام كلامه هناك^أ.

وبالجملة: لا ظهور في كلام المصنف في تخطئة نظر العرف و تصويبه، سواء ما أفاده في قوله: «نعم لا يبعد أن يقال» أو في قوله: «و أما وجه تمسك العلماء» كما لا ملزم لتنزيله على ذلك أصلاً.

نعم تنظير البيوع الفاسدة شرعاً بإنشاء الهازل - الذي لا يصدق عليه البيع عرفاً حقيقة - لا يخلو من ظهور في خروج موارد النهي الشرعي عن المفهوم موضوعاً، وهو المعبر عنه بالتخطة في مقام التطبيق، فينتج حينئذ ما استظهره السيد قوله من وحدة معنى البيع واقعاً و طريقة الأنظار إليه.

لكن الظاهر أن مجزّد التنظير ببيع الهازل لا يوجب الحمل على ما استفاده السيد من تخطئة نظر العرف في موارد الردع، و تصويبه في موارد الإمضاء، بعد ما عرفت من مناقشة المصنف في ما أفاده المحقق التقي، و تصريحه هنا بأن الموضوع له هو البيع المؤثر عرفاً. فتدبره فإنه حقيق به، والله العالم بحقائق الأمور.

و أمّا الأمر الثاني و هو: أن إمضاء السبب هل يستلزم إمضاء السبب أم لا؟ فنقول: قد يورد على المتن بأن وضع ألفاظ المعاملات كالبيع لما هو مؤثر بنظر العرف خاصة أو للمصدر لا يجدي في التمسك بالأدلة الإيضائية لو شك في إعتبار شيء في الإيجاب والقبول كالعربية و الماضوية، أو مطلق اللفظ، أو صيغة خاصة، و ذلك فإن عناوين المعاملات أسام للمسيبات لأسابيها، ولتعدد هـ و جوداً لا يكون إمضاء الأمر الاعتباري كالملكية إمضاءً لسببه بنحو الإطلاق، بل يتعين إنشاؤه بسببه المتيقن، و هو الواحد لما يحتمل دخله في تأثيره. نعم لو كان له سبب واحد كان إمضاءه إمضاءً، إذ لولا لزم لغوية إمضاء السبب هذا.

أقول: ينبغي البحث في جهتين: إحداهما: ورود الإشكال على المتن، و ثانيتهما: في أصل تصحيح التمسك باطلاقات المعاملات في موارد الشك في المسبب أو في السبب.

أما الجهة الأولى فيمكن أن يقال: إن المصنف رحمته الله جعل الموضوع له - بناءً على الصحيح - البيع المؤثر عند العرف، والمراد به إما المعنى المصدري كما استظهره المحقق الخراساني رحمته الله وإما المعنى الإسمي كما استفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله بقرينة قوله: «أو على المصدر».

فإن أريد بالبيع المؤثر عند العرف إنشاؤه إيجاباً وقبولاً لم يبق موضوع للاشكال، لفرض كون الموضوع له هو السبب المؤثر في ترتب الملكية عليه، فالممضى هو الإيجاب والقبول، ومعه لا مجال للبحث عن إستلزام تنفيذ المسبب تنفيذ سببه، كما هو واضح.

وإن أريد بالبيع المؤثر عرفاً معناه الإسمي كالملكية والانتقال كان مقتضى إطلاق تنفيذ المسبب تنفيذ كل ما يراه العرف سبباً له، وبيانه: أن ما دل على حلية التصرف المترتب على البيع العرفي يكون إطلاقه أفرادياً وأحوالياً، يعني: أن كل مال وقعت المبادلة عليه فهو حلال ويجب ترتيب الأثر عليه، سواء أكان سببه عقداً يقطع بتأثيره شرعاً، أم لا كالعقد بالفارسية والمعاطاة، إذ لو كانت حلية المسبب مقيدة بعدم حصولها من مشكوك السببية كالمعاطاة كان مقتضى عدم الإخلال بالغرض التنبيه عليه مع فرض كون المتكلم في مقام البيان لا الإهمال.

ودعوى أن المتبع أنظار العرف في تشخيص المفاهيم لا التطبيق ممنوعة، بأن مفروض الكلام إرادة الصحة العرفية لا الصحة الواقعية حتى يتجه إختصاص نظرهم بتعيين حدود المفهوم لا تطبيقه على المصادق مسامحةً، و عليه فالعرف كما يعتبر ملكية الخمر كذلك يتسبب إليها بالمعاطاة.

ومنه يظهر أن الإطلاق في كلام المصنف رحمته الله لا يتعين في الإطلاق المقامي كما حمله عليه جمع من الأعيان، بل لا يبعد إرادة الإطلاق اللفظي بناءً على وضع «البيع» للمعنى المصدري، كما يظهر وجهه بالتأمل.

هذا كله بناءً على كون النسبة بين العقد وأثره نسبة السبب إلى مسببه، وهما متعددان وجوداً.

وأما بناءً على إنكاره فلا مجال لهذا البحث، إفا لأن النسبة بين صيغ العقود والإيقاعات إلى المعاملات - بالمعنى الأعم - نسبة الآلة إلى ذبيها كما اختاره شيخ مشايخنا المحقق

النائيني رحمته على ما تقدم بيانه في بحث الإنشاء.

و على هذا المبني فلما كانت العناوين المعاملية من البيع و الصلح و النكاح و الطلاق و العتق أفعالاً مباشرة توجد بآلات خاصة كالصيغ الإنشائية كان إمضاؤها إمضاء للآلات المتعارفة.

وإفان المعاملات ليست أسامي لخصوص الإنشاء و لا لخصوص المنشأ، بناء على بطلان مبني إيجابية الإنشاء، بل هي أسام لمجموع الأمر الاعتباري القائم بنفس الاعتبار إبرازه بمبرز خارجي.

و عليه ينحسم مادة الاشكال، إذ لا مسبب و لا سبب، كما لا آلة و لا ذبيها، فمعنى حلية البيع إمضاء الاعتبار القائم بنفس البائع المظهر بما يدل عليه و يحكى عنه. كما لا مجال للبحث عن أن إطلاق إمضاء المسبب لفظاً هل يستلزم إطلاق السبب أم لا، ضرورة كون متعلق الإمضاء أمراً واحداً لا تعدد فيه حتى يتجه البحث عن إستلزام إطلاق المسبب إطلاق السبب.

وإفان نسبة المصدر إلى إسمه ليس نسبة السبب إلى المسبب، لاتحادهما ذاتاً و اختلافهما اعتباراً، حيث إن الحدث مع النسبة الناقصة عين الحدث بدونها، فإمضاء المعنى المصدري - و هو الحدث المنسوب إلى فاعلٍ ما - كالتعليك متحد مع الملكية التي هي إسم المصدر، فيسقط البحث عن أن إمضاء السبب أو المسبب هل يستلزم إمضاء الآخر أم لا؟

و لا يخفى إنحلال المعضل بكل من هذه الوجوه الثلاثة، و يتم التمسك بإطلاق أدلة المعاملات سواء قلنا بوضعها للأعم أم لخصوص الصحيح.

إلا أن في تمامية ما سلكه المحقق النائيني رحمته خفاء، لمغايرة الآلة لذيها وجوداً، كمغايرة السبب للمسبب، فإشكال تعدد الوجود جارٍ في الآلات أيضاً.

و ينحصر الحل بأن دليل الإمضاء ظاهر في أن الممضى هي الجهة الصديورية الملحوظ فيها نسبة ناقصة، فمثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ ظاهر في توجه الأمر بالوفاء إلى الذين تصدر عنهم العقود، فكأنه قيل: «أوفوا بما تصدرونه من العقود» فحشية صدور ملحوظة في مقام الإمضاء، و من المعلوم إناطة صدور البيع بالآلة المعمولة عند العرف لإيجاده، فإمضاء ذي الآلة إمضاء لنفس الآلة.

الكلام في المعاطاة^١

(١) لما فرغ المصنف رحمه الله من تعريف البيع بـ «إنشاء تمليك عين بمال» تعرّض - تبعاً للقوم - لحكم المعاطاة، وأنه هل يعتبر في إفادة الملكية اللازمة إنشاء البيع باللفظ، أم يكفي إنشاؤه بالفعل، وقد فرّع الفقهاء هذا البحث على اعتبار الصيغة في المعاملة، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم، قال المحقق في تعريف عقد البيع: «العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم. ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع... إلخ»^أ.

و ظاهر هذا التفريع اعتبار جميع ماله دخل في البيع بالصيغة في المعاطاة، من شرائط العوضين والمتعاقدين، و ينحصر الفرق في فقد العقد القولي.

ثم إن المصنف رحمه الله بسّط الكلام في المعاطاة وما يتعلق بها، فتعرّض لجملة من أحكامها وفروعها في التنبيهات، وقدّم البحث عن مفهومها وحكمها الشرعي، في طيّ مقامات: أحدها: بيان مفهومها، لأن معرفة الموضوع مقدّمة على حكمه، و يُذكر فيه صوّر المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين.

ثانيها: الأقوال المذكورة فيها.

ثالثها: حكمها على ما يقتضيه الدليل الاجتهادي و الأصل العملي، و سيأتي بيانها

إعلم: أنَّ المعاطاة^(١) (*) على ما فسره جماعة^(٢): أن يُعطي كلُّ من إثنين عوضاً عما يأخذه

مرتباً إن شاء الله تعالى.

المقام الأول: تعريف المعاطاة

(١) هذا شروع في المقام الأول المتكفل لبيان مفهوم المعاطاة، ومحصله: أن مقتضى دلالة باب المفاعلة على قيام المبدأ بإثنين هو أن يُعطي كلُّ من المتعاملين ماله للآخر، وهذا هو القدر المتيقن من قيام العقد الفعلي مقام العقد القولي، فلا ينافي ما سيأتي منه في التنبيه الثامن من تقوية كفاية وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف بناءً على الإباحة.

(٢) كالعلامة والشهيد الثاني والسيد الطباطبائي، ففي شرح اللمعة: «وهي: إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص» أ.

مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

(*) لَمَّا لم تقع المعاطاة في شيء من الأدلة موضوعاً لحكم فلا جدوى في التعرض لحقيقتها التي هي العطاء من الطرفين بناءً على إشتراك المفاعلة كالتفاعل بين إثنين، بل لابد من بيان ما تداول بين الناس من المعاملة المبنية على عدم الصيغة، والظاهر أن المتعارف بينهم من المعاملة المسماة بالمعاطاة عدم إختصاصه بتحقيق التعاطي من الطرفين كما في السلف والنسيئة. بل يمكن تحقق الإيجاب به والقبول بالأخذ، وكون إعطاء الآخر وفاء بالمعاملة. بل يمكن أن يقال: بعدم اعتبار الإعطاء ولو من طرف واحد أصلاً كالمعاملة الواقعة بإنشاء العقد بالفاظ ملحونة أو فاقدة للشرائط.

أ: الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٢٢ وكذلك لاحظ: تذكرة الفقهاء، ج ١ ص ٤٦٢، نهاية الأحكام، ج ٢،

ص ٤٤٩، رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٠

من الآخر^(١). وهو^(٢) يتصوّر على وجهين:
أحدهما: أن يُبيح كلّ منها للآخر التصرف فيما يُعطيه من دون نظير

(١) هذا معنى المعاطاة لغة بناءً على المشهور بين علماء العربية في مدلول هيئة المفاعلة، قال في شرح النظام: «و - فاعل - لنسبة أصله و هو مصدر ثلاثية إلى أحد الأمرين متعلقاً بالآخر، للمشاركة صريحاً، فيجبيء العكس ضمناً، نحو: ضاربته و شاركته. الى أن قال: و بمعنى - فَعَلَّ - نحو: ضاعفته، بمعنى: ضَعَفْتُ. و بمعنى - فَعَّلَ - نحو: سافرتُ بمعنى سَفَرْتُ» أ. و المستفاد من كلامه استعمال هيئة المفاعلة في غير الإثنين أيضاً، فجعل المعاطاة إعطاء كلّ من الإثنين - بحيث يكون استعمالها في إعطاء واحد لكونها من المفاعلة مجازاً - غير ظاهر. و قد عرفت آنفاً أهمية المعاملة المتداولة من ذلك، لجريان النزاع فيما لو كان الإعطاء من طرف واحد، و غير ذلك.

صُوْر المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

(٢) يعني: أن إعطاء كل واحد للآخر لما كان منبعثاً عن القصد فإما أن يكون المقصود مجرد إباحة التصرف بمقتضى الإذن المالكى، وإما أن يكون المقصود التملك على حدّ البيع اللفظي.

ثم إن ظاهر المتن جعل مقسم الوجهين المذكورين المعاطاة المعنونة في كتاب البيع، حيث ذهب جمع من الخاصة و العامة إلى كونها مفيدة للملك، خلافاً لمشهور القدماء من إفادتها الإباحة. و ليس المقسم مطلق التعاطي، و ذلك لإمكان تصويره على نحو لا يقصد فيها تملك ولا إباحة، كالوديعة بناءً على جريان المعاطاة فيها، و هكذا غيرها من العقود والإيقاعات على ما سيأتي تفصيله في التنبيه الخامس إن شاء الله تعالى.

فان قلت: لو كان المقصود تصوير المعاطاة الواقعة بعنوان البيع فن المعلوم أن مقصود المتبايعين هو تملك مالهما لا إباحتهما، فينبغي حصر المعاطاة - بقصد البيع - في الصورة الثانية

إلى تملكه^(١).

الثاني^(٢): أن يتعاطيا على وجه التملك^(٣).

وربما يُذكر^(٤) وجهان آخران:

وهي قصد التملك، وإخراج قصد الإباحة عن حريم البحث.

قلت: نعم، إذ مقتضى التفريع أجنبية قصد الإباحة عن المعاطاة المقصود بها البيع، إلا أن الموجب لذكر الوجه الأول - وهو قصد الإباحة - ما سيأتي تفصيله في المقام الثاني من دلالة بعض عبارات القوم على قصد الإباحة كما في كلام شيخ الطائفة: «وإنما هي إستباحات محضة» لظهور هيئة «الاستفعال» في قصد الإباحة، لا في ترتبها تعبداً على ما إذا قصد التملك. وعليه فلا مانع من جعل قصد المتعاطين للإباحة من أقسام المعاطاة في البيع.

(١) فتكون الإباحة بإزاء الإباحة، فالمقابلة بين الفعلين وهما الإباحتان.

(٢) هذا هو الشائع من المعاطاة البيعية، وهو المناسب لعقد البحث عن حكمها في كتاب البيع، إذ لو لم يقصد التملك كان عدم ترتب الملك على تعاطيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع، فلا بد من قصد التملك حتى يتمحض البحث عن حكمها من إفادة الإباحة أو الملك المترزل أو اللازم.

(٣) فيكون مقصودهما تملك عين بإزاء تملك عوض.

(٤) الذاكر صاحب الجواهر رحمته الله فإنه جعل صور المعاطاة أربعاً: أولاً: قصد الإباحة المطلقة مع التصريح بها. ثانياً: قصد التملك. ثم قال: «ثالثها: أن يقع الفعل من المتعاطين، من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يُعطي البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه، فيدفعه إليه ... إلى أن قال: رابعها: أن يقصد الملك المطلق».

و ظاهر كلامه في الصورة الثالثة: أن كل واحد من المتعاطين يدفع مالا إلى الآخر لا بقصد التملك البيعي ولا بتصريح بالإباحة المالكية، فيكون المقصود الأصلي مجرد حصول مال كل منهما عند الآخر، كما إذا دفع بأذن الفلوس ماله إلى البقال ليتناول البقل، فقبض البقلى

أحدهما: أن يقع النقل^(١) من غير قصد البيع ولا تصريح بالاباحة المزبورة، بل يُعطي شيئاً ليتناول شيئاً^(٢)، فدفعه الآخر إليه.
والثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.
ويُرد الأول^(٣)

الفلوس وأعطى البقل إلى الباذل، ففي هذا التعاطي لم يقصد التملك، ولم يُصرّحاً بالاباحة. وإنما الحاصل به مطلق التسليط. ولم يستبعد صاحب الجواهر^{رحمته} مشروعية هذا الوجه.
وأما الصورة الرابعة - وهي قصد الملك المطلق - فقد حَكَمَ^{رحمته} بفسادها، لأن تملك العين لا بد أن يكون بعنوان البيع أو الهبة أو الصلح، فع عدم قصد خصوصية إحدى المعاملات لا ينطبق عليها عنوان خاص، فتبطل. إلا أن يكون الأصل في تملك الأعيان هو البيع، فيُحمل عليه. ويصير كالصورة الثانية أي: قصد المتعاطيين التملك البيعي.
(١) الموجود في الجواهر - كما تقدم آنفاً - في بيان هذه الصورة: «أن يقع الفعل من المتعاطيين ... الخ» لا «النقل» ولعل المصنف حكاه بالمعنى.
وكيف كان فالمراد بالنقل هو النقل الخارجي الحسي المعبر عنه بالمعاطاة، وليس المراد به النقل الاعتباري - الذي يُفسر به البيع في جملة من الكلمات - أي الملكية المترتبة في موطن الإعتبار على الإعطاء والأخذ الخارجيين.

والوجه في إرادة النقل الخارجي في كلام صاحب الجواهر هو: أن المفروض عدم قصد المتعاطيين البيع والتملك، فلا مقتضي لحصول الملكية بهذا التعاطي.
(٢) بأن أعطى أحدهما قطعة ليتناول بقلًا، فدفعَ صاحبُ البقل بقله إلى باذل الفلوس.
(٣) ناقش المصنف^{رحمته} في كلا الوجهين المذكورين في الجواهر. وما أفاده في منع أول الوجهين مبنًى على أمرين:

الأول: أن النقل الخارجي - أي إعطاء كل واحد منهما ماله للآخر - فعل إرادي لهما، وليس كحركة يد المرتعش خارجاً عن الاختيار.
الثاني: أن العناوين المعاملية محصورة في أمور معلومة، بعضها يفيد ملك العين كالبيع

بامتناع^(١) خلّو الدافع [الواقع] عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة^(٢)

والقرض والهبة، وبعضها يفيد ملك المنفعة كالأجارة والصلح على المنفعة، وبعضها يفيد إباحة الانتفاع كالعارية، وبعضها يفيد الاستيلاء في الحفظ عن التلف والضياع كالوديعة، وبعضها يفيد الإذن في التصرف كالوكالة، إلى غير ذلك.

وعلى هذا فإذا وَقَعَ النقل الخارجي من الناقل المُتَقَبِّطِ وكان قصده المعاملة إمتنع خلّؤه عن قصد عنوان خاص من عناوين المعاملات، فإمّا أن يقصد تملك العين بعوض وهو البيع، أو يقصد التسالم على العين بعوض وهو الصلح، أو يقصد تملك العين في قبالة هبة عين أخرى، وهو الهبة المعوضة، أو يقصد التسليم على الإنتفاع وإباحته وهو العارية، أو يقصد المتعاطيان إباحة التصرف كما في الضيافة وهي الإباحة المالكية المصطلحة. ولا يعقل تحقق النقل والتعاطي من الشاعر المختار مجرداً عن أحد العناوين المتقدمة.

وعليه فلا وجه لما في الجواهر من تصوير المعاطاة على نحو النقل المطلق الخالي عن قصد البيع، وعن قرينة على إرادة الإباحة. هذا توضيح مناقشة المصنف في الوجه الأول. ويمكن أن يورد على صاحب الجواهر بوجه آخر ذكرناه في التعليقة.

و نَأْقِشُ في الوجه الثاني بما حاصله: أَنَّ «تمليك عين بعوض على وجه المقابلة بين المالكين» هو مفهوم البيع، وليس أمراً آخر حتى يُعَدَّ الإعطاء بقصد التملك المطلق أمراً آخر مغايراً للتعاطي بقصد التملك البيعي. وعليه لم يظهر فرق بين الوجه الثاني والرابع من صور المعاطاة في كلام صاحب الجواهر.

(١) وجه الاستحالة ما عرفت من أَنَّ الفعل الإرادي - القابل للإطباق على عناوين مختلفة - يتشخص بالقصد، فلا معنى للتعاطي المهمل أو المطلق.

(٢) المراد بها الإباحة المصطلحة ولو إستلزمت إتلاف العين كما في الضيافة ونحوها، وبهذا تفرق عن إباحة الإنتفاع بالعارية، حيث إن المستعير يضمن العين لو أتلفها.

أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك^١ من العنوانات الخاصة(*)).

(١) كقصد الإعراض أو التوكيل، فالأول: بأن يقصد كلٌ منها بإعطاء ماله الإعراض عن ملكه و رفع المانع عن تملك غيره له، فيكون الفعل الصادر من كلٍ منها إعراضاً، فيقع التقابل بين الإعراضين، ومن المعلوم أن الإعراض عنوانٌ قصدي كالعناوين الخاصة المزبورة. والثاني: بأن يقصد كلٌ واحدٍ من المتعاطيين توكيل الآخر في أن يأخذه لنفسه، إما تملكاً وإما على وجه الإباحة، فيكون إعطاء كل منها توكيلاً معاطاتياً بإزاء توكيل.

(*) يمكن منعه بعدم خلو المتعاطيين عن القصد، فإن الموجود في الجواهر في تقريب هذه الصورة «عدم قصد الملك و لا تصريح بالإباحة» في قبال الصورة الأولى و هي قصد الإباحة مع التصريح بها و لو بمعونة القرائن، فالمقصود في هذه الصورة الثالثة هو الإباحة المطلقة و إن لم يُصرَّح بها، و ذلك لأن كل واحد منهما يُسلط الآخر على ماله من دون تمليك، و التسليط غير المقرون بقصد التمليك إباحة مطلقة، يعني: أن فصلها أمر عديم و هو عدم قصد قطع إضافة الملك عن نفسه، فالتسليط المتفصل بهذا الفصل العدمي تسليط إباحي، فالقصد متحقق قطعاً، و معه لا يبقى موضوعٌ للإشكال عليه: بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان... الخ.

و إن شئت فلاحظ كلام الجواهر في حكم هذه الصورة: «و لعل القائل باشتراط الصيغة في البيع يُشرِّعه أيضاً على جهة الإباحة التي هي كالأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج الى قصد آخر، بخلافها، فإنه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق»^أ.

نعم يرد على الجواهر إشكال آخر نبه عليه المحقق الاصفهاني رحمته، و هو: أن السلطنة حكم شرعي مترتب على العقود المعاملية و الإباحات المالكية، فتتمليك العين بالبيع و الهبة و الصلح أثره السلطنة عليها، و هكذا السلطنة على المنفعة في تمليكها بالاجارة، و على الانتفاع في إباحته بالعارية و نحو ذلك، و من المعلوم إناطة تحقق السلطنة الاعتبارية - اللازمة للعنوان

المعاملي و للإباحة - بتحقيق ذلك العنوان الخاص الذي هو موضوع لها، فلو لم يقصد المتعاطيان عنواناً خاصاً بل قصداً التسليط المطلق كان معناه ترتب اللازم الأعم من دون قصد الملزوم الخاص، وهو ممتنع، إذ لا وجود للزوم بغير ملزومه أ.

ثم إن ما أفاده المصنف بقوله: «بامتناع خلؤ الدافع...» يحتمل وجهاً آخر ذكره السيد عليه السلام بقوله: «و لعلّه من جهة إمتناع إيجاد الجنس من دون فصل، فإنّ الإيجاد الإنشائي في ذلك كالإيجاد الخارجي في الامتناع، و لذا ذكروا أنّه لا يمكن الطلب بارادة القدر المشترك بين الوجوب و الندب، بل لابدّ من كونه في ضمن أحد الفصلين» ب.

و عليه فمنشأ إستحالة خلؤ الدافع عن القصد هو إستحالة تحقق الجنس - أي الإباحة المطلقة - بدون فصل معيّن من فصولها، هذا.

و الظاهر أنّ كلام السيد عليه السلام مقتبس ممّا أفاده صاحب الجواهر عليه السلام في الإشكال تارة على إرادة ترتب الإباحة عند قصد المتعاطيين البيع، و أخرى على الصورة الرابعة و هي قصد الملك المطلق، فقال في الموضع الأول: «فلا أعرف للثاني منها - و هو ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود بها البيع - وجهاً، ضرورة أنّهم إن أرادوا أنّها من المالك فالقرصّ عدمها، لكون المقصود له أمراً خاصاً لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه. و إن أرادوا بها إباحة شرعية، فهو مع أنّه من الغرائب... الخ» ج.

و على هذا الأساس إحتمل السيد عليه السلام أنّ وجه إستحالة الإباحة المطلقة - بنظر المصنف - هو وجه الاستحالة في الإباحة المالكية بنظر صاحب الجواهر، هذا.

لكن لا يبعد أن يكون مراد المصنف من تعليل بطلان الإباحة المطلقة بقوله: «بامتناع خلؤ الدافع عن القصد» هو ما أثبتناه في التوضيح من أن الإعطاء الخارجي فعل إختياري لابدّ

أ : حاشية المكاسب، ج ١، ص ٢٣

ب : حاشية المكاسب، ص ٦٦

ج : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٢ وتظيره كلامه في ص ٢٢٧ في استحالة الملك المطلق، فراجع.

و الثاني^(١) بما تقدّم في تعريف البيع^(٢) من: أن التملك بالعوض على وجه المبادلة^(٣) هو مفهوم البيع لا غير.

نعم^(٤) يظهر من غير واحدٍ منهم في بعض العقود

(١) يعني: ويردّ الوجه الثاني بأن التملك المطلق بين عينٍ و عوضٍ هو معنى البيع، وليس قدراً جامعاً بينه وبين الصلح و الهبة حتى يُحمل على خصوص البيع - عند الشك في إرادة غيره - لأجل الغلبة مثلاً. وعليه فالوجه الرابع في كلام الجواهر متحد مع الوجه الثاني فيه، و ليس وجهاً على حدة.

(٢) في ردّ ما أفاده الشيخ الكبير من أن الأصل في تملك الأعيان هو البيع، فيقدّم على الصلح و الهبة المعوّضة أ. حيث قال المصنف: «أن تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير».

(٣) و إشتال الصلح على العين و الهبة المعوّضة على البدل لا يقتضي كون «التملك بالعوض» مشتركاً معنوياً بين مفادات عقود ثلاثة، إذ المنشأ في الصلح هو التسالم لا التملك. و البدل في الهبة ليس مقابلاً للعين الموهوبة، كما تقدم تفصيله، فراجع.

(٤) إستدراك على قوله: «أن التملك بالعوض هو مفهوم البيع» يعني: أن ما ذكرناه - من إنكار تعدد مفهوم البيع و التملك المطلق - ليس أمراً متفقاً عليه، لذهاب غير واحد من الفقهاء إلى أعمية «التملك المطلق» من البيع، و حينئذٍ يتجه ما أفاده صاحب الجواهر رحمته من جعل التعاطي بقصد التملك البيعي وجهاً، و بقصد التملك المطلق وجهاً آخر. فتصير المسألة مبنائية بعد وجود الخلاف فيها. نعم حكّم صاحب الجواهر رحمته بفساد التعاطي بقصد الملك المطلق، فراجع.

أن ينبعث عن قصد أحد العناوين المعاملية.

هذا مضافاً إلى ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من أن السلطنة ليست جنساً، بل لازماً عاماً لكافة موارد التملك و الإذن. والله العالم بحقائق الأمور.

- كبيع لبن الشاة مدة^(١) و غير ذلك - كون^(٢) التملك المطلق أعم من البيع.
ثم إن^(٣) المعروف بين علمائنا في حكمها أنها مفيدة

(١) كما نسبته المحقق الثاني إلى العلامة في مختلفه، قال في جامع المقاصد: «ولو قاطعه على اللبن مدة معلومة بعوض لم يكن بيعاً حقيقياً، بل نوع - معاوضة و مراضة غير لازمة، بل جائزة. وفاقاً لاختياره في المختلف»^أ. ونحوه عبارته المحكية عن تعليق الإرشاد^ب.
لكن الظاهر وقوع السهو في النسبة، فإن العلامة رحمته الله وإن ذكر هذا الكلام في المختلف، لكنه لم يذكره في بيع اللبن في الضرع بعد حلب مقدار منه، وإنما ذكره في مسألة تالية لمسألة بيع اللبن، حيث قال: «مسألة: قال الشيخ في النهاية: لا بأس أن يعطي الانسان الغنم و البقر - بالضرية مدة من الزمان - بشيء من الدراهم و الدنانير و السمن، وإعطاء ذلك بالذهب و الفضة أجود في الاحتياط. و قال ابن إدريس: لا يجوز ذلك. و التحقيق: أن هذا ليس ببيع، وإنما هو نوع معاوضة و مراضة غير لازمة، بل سائغة، و لا يمنع من ذلك ... الخ»^ج.
و كيف كان فالغرض من نقل كلام العلامة هو قوله: «نوع معاوضة» الظاهر في أن «تملك عين بعوض» أعم من البيع.
(٢) بالرفع فاعل «يظهر». هذا تمام الكلام في المقام الأول المتكفل لمفهوم المعاطة، و الوجوه المحتملة ثبوتاً في قصد المتعاطين.
و لا يخفى عدم إنحصار الصور في الأربعة المتقدمة، لإمكان أن يقصد أحدهما التملك و الآخر الإباحة بحيث تكون الإباحة بإزاء التملك، و سيأتي في التنبيه الرابع أحكام جملة من الصور إن شاء الله تعالى.

المقام الثاني: آراء الفقهاء في حكم المعاطة

(٣) هذا هو المقام الثاني أعني به الأقوال المذكورة في حكم المعاطة، و هي ستة كما

أ : جامع المقاصد، ج ٤، ص ١١٠ .

ب : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٨٤ .

ج : مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٨ و ٢٤٩ .

لإباحة التصرف^(١)، ويحصل الملك بتلف إحدى العينين^(٢).

سيأتي تصريح المصنف بها، لكنه قد أشار - فعلاً - إلى ثلاثة منها، مقدمة للخوض في تحرير محل النزاع حتى تتوارد الأقوال المختلفة على موضوع واحد.

و محصله: أنه يختلف نظراً المحقق الكركي و صاحب الجواهر رحمهما الله في أن مصب الآراء المتضاربة في المعاطاة هل هو المعاملة الفعلية المقصود بها مجرد إباحة التصرف أم التي يقصد المتعاطيان بها التملك كما في البيع بالصيغة؟ كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(١) كما في المسالك، حيث قال: «لكن هل يُفقد - أي التقايض - إباحة تصرف كل منها فيما صار إليه من العوض، نظراً إلى إذن كل منها للآخر في التصرف، أم يكون بيعاً فاسداً من حيث إختلال شرطه و هو الصيغة المخصوصة؟ المشهور الأول. فعلى هذا يباح لكل منها التصرف، و يجوز له الرجوع في المعاوضة ما دامت العين باقية، فإذا ذهبت لزمتم^أ».

و قد حُكيت الشهرة على إفادتها الإباحة عن كفاية الفاضل السبزواري و مفاتيح المحدث الفيض و غيرهما^ب. و على هذا فالشهرة على الإباحة - التي هي القول الأول - متضافرة النقل. و هل الإباحة شرعية أم مالكية؟ سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(٢) كما صرح به الشهيد الثاني بقوله: «لو تلفت العينان معاً تحقق الملك فيهما. ولو تلفت إحداها خاصة فقد صرح جماعة بالاكْتفاء به في تحقق ملك الأخرى^ج».

و المستفاد منه: أن المراد باللزوم هو الملك لا لزوم الإباحة، وإنما الخلاف في كفاية تلف إحدى العينين في حصول الملكية - و تبدل الإباحة بالملك - أو توقفه على تلفها معاً.

فإن قلت: إن ما نسبته المصنف إلى المشهور - من حصول الملك اللازم بتلف إحدى العينين في المعاطاة المفيدة للإباحة عندهم - غير سديد، لخلو عبارات الأصحاب عن الحكم بحصول الملك بالتلف، بل حكوا باللزوم بالتلف، فإن عبارة جمع من المتأخرين - كما صرح به

أ : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٧

ب : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٤

ج : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٩

في جامع المقاصد - هي: أنها تفيد الإباحة، وإنما تلزم بتلف إحدى العينين. و ظاهره لزوم الإباحة - لا الملك - بالتلف، إذ حصول الملك بمجرد التلف مع كون الحاصل قبله هو الإباحة خلاف القواعد^أ و عليه فالأولى تغيير قول المصنف: «و يحصل الملك بتلف ...» بأن يقال: «و تحصل الإباحة اللازمة بتلف إحدى العينين» كي لا يكون مخالفاً لكلمات المشهور.

قلت: ما نسبته المصنف رحمته إلى المشهور في غاية المتانة، لما عرفت من صراحة عبارة الشهيد الثاني رحمته في تبدل الإباحة - بالتلف - بالملك، لا صيرورة الإباحة لازمة بعد أن كانت جائزة. بل يتعين إرادة هذا المعنى أيضاً من عبارة جامع المقاصد، لأن المحقق الثاني - كما سيأتي في المتن - استغرب من فتوى المشهور بترتب الإباحة على المعاطاة، و أنها تنقلب إلى الملك بسبب تلف إحدى العينين أو التصرف فيها، و لأجله حمل المحقق الثاني الإباحة - في كلمات القدماء - على الملك المتزلزل، إذ لا غرابة حينئذ في صيرورة الملك الجائر لازماً بالتلف، لكونه كالعقد الخياري الذي ينقلب جوازه باللزوم بانقضاء زمان الخيار أو بإسقاطه.

(١) إشارة إلى ثاني الأقوال في المعاطاة، وهو كونها كالبيع القولي مفيداً للملكية، تُسبب إلى المفيد مئاً، و إلى بعض العامة. قال الشيخ المفيد رحمته: «و البيع ينعقد على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التبائع له، إذا عرفاه جميعاً، و تراضيا بالبيع، و تقابضا، و افتراقاً بالأبدان»^ب. و دلالة على تأثير المعاطاة في الملك اللازم - كالبيع بالصيغة - إنما هي لاقتصاره رحمته على التقابض، و عدم تعرضه لشرطية الصيغة في البيع (*).

(*) لكنه أعم من عدم اعتبار الصيغة، لاحتمال كون عدم تعرضه للصيغة لأجل التسالم على اعتبارها في اللزوم، لا في صحته. و يؤيده ما في الجواهر من: «أن المفيد رحمته ترك التعرض لها - أي الصيغة - في الكتاب المزبور في النكاح و الطلاق و نحوه مما لا إشكال في اعتبار

وبعض العامة^(١) القول بكونها لازمة كالبيع^(٢). وعن العلامة رحمته الله في النهاية^(٣)

(١) يعني: جماعة منهم، على ما يظهر من تعبير بعضهم: «الصيغة في البيع هي كل ما يدل على رضا الجانبين: البائع والمشتري، وهي أمران، الأول: القول وما يقوم مقامه من رسول أو كتاب... والثاني: المعاطاة». ثم نقل عن الشافعية: «أن البيع لا ينعقد إلا بالصيغة الكلامية، أو ما يقوم مقامها... أمّا المعاطاة فإن البيع لا ينعقد بها... الخ».

والمقصود من نقل هذه العبارة أن القول بكون المعاطاة لازمة كالبيع القولي مذهب جماعة من العامة، ولم ينقل الخلاف من غير الشافعية.

(٢) يعني: كالبيع اللفظي.

(٣) هذا إشارة إلى القول الثالث، ولعل المتفرّد به هو العلامة في النهاية لا في سائر

الصيغة فيه وأن يتركها يتحقق الزنا وإن حصل التراضي، بل هو من ضروريات الدين^ب.
وعن المختلف: «أن للمفيد قولاً يؤهم الجواز» ثم نقل العبارة المتقدمة وقال: «ليس في هذا تصريح بصحته، إلا أنه موهم» بل في كشف في الرموز^ج في باب الفصول: نسبة إعتبار اللفظ المخصوص في البيع إلى المفيد والطوسي رحمتهما الله.
وعلى هذا فتسبب القول بعدم إعتبار اللفظ في البيع إلى المفيد رحمته الله لا تخلو من التأمل. ولم ينسب هذا القول إلى غير المفيد من القدماء.

وأما قول المصنف: «يكفي في وجود القائل به قول العلامة في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا يبد من الصيغة» فلا يدل على وجود القول المزبور المنسوب إلى المفيد، لاحتمال إرادة العلامة من قوله: «الأشهر» الإشارة إلى ما نسب إلى المفيد الذي قد عرفت التأمل في صحته، بل معارضة هذه النسبة لنسبة خلافه، وهو إعتبار الصيغة الخاصة في البيع إلى المفيد كما تقدّم عن كشف الرموز.

أ: الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ١٥٥ و ١٥٦

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١١

ج: كشف الرموز، ج ١، ص ٤٤٦ للشيخ الفقيه عز الدين أبو علي الحسن بن أبي طالب اليوسفي الآبي، وهو تلميذ المحقق، وكتب «كشف الرموز» شرحاً على كتاب «النافع».

إحتمال كونها فاسداً في^١ عدم إفادتها لإباحة التصرف.
ولا بدّ أولاً^٢ من ملاحظة

كتبه، قال مؤيّد: «و المعاطاة ليست بيعاً... و هل هو إباحة؟ أو يكون حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة؟ الأقرب الثاني، فلكل منها مطالبة الآخر بما سلّمه إليه ما دام باقياً، و يضمّنه إن كان تالفاً».

و هذا مختاره في النهاية، فلا بد من حمل قول المصنف: «إحتمال كونها...» على الاحتمال الراجح الذي يسكن إليه الفقيه، لا مجرد الاحتمال الثبوتي الموهوم، إذ المفروض أنّ العلامة مؤيّد يستقرب فساد المعاطاة.

(١) خلافاً للمشهور القائلين بترتب الإباحة عليها ولو كانت بيعاً فاسداً، ولعلّ الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «بيعاً فاسداً في جميع الجهات حتى في عدم إفادتها لإباحة التصرف» وجه الأولوية: إتفاق الأكثر على أنّ المعاطاة بيع فاسد لا يؤثر في النقل الملكي، وإنما الخلاف في أنها فاسدة من جميع الجهات فيكون المأخوذ بالمعاطاة كالمأخوذ غصباً في حرمة التصرف والضمان، أو أنّها فاسدة من حيث خصوص عدم ترتب الملك عليها، و لا تكون كالغصب، بل يُباح التصرف في العينين.

تحرير محل النزاع في المعاطاة

(٢) إقتصر المصنف مؤيّد هنا على ثلاثة من الأقوال، و سيأتي نقل تمامها قبيل استدلاله على المختار من إفادتها الملك. و غرضه الآن تحرير محلّ النزاع بين الفقهاء، إذ بعد ما عرفت في المقام الأوّل من تصوّر وجهين - بحسب قصد المتعاطيين - في المسألة لا بدّ من تعيين مصبّ الأقوال المتضاربة، و أنّ الفقهاء - القائلين بفساد المعاطاة أو بصحتها أو بجواز التصرفات غير المتوقفة على الملك، أو بغير ذلك - هل يكون موضوع حكمهم المعاطاة المقصود بها الملك، أم المقصود بها الإباحة؟ إذ بهذا يصير نزاعهم معنوياً، لتوارد الآراء على موضوع واحد.

أن النزاع في^(١) المعاطاة المقصود بها الإباحة أو في المقصود بها التملك؟ الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني^(٢).

و حيث^(٣) إن الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله^(٤) بعده لا يجامع^(٥) ظاهراً قصد التملك من المتعاطين نزل^(٦) المحقق الكركي الإباحة في كلامهم على الملك المجائز المتزلزل، وأنه^(٧) يلزم بذهاب إحدى العينين،

و أما إذا قال بعضهم بفساد المعاطاة المقصود بها الملك، و قال آخرون بصحة المعاطاة المقصود بها الإباحة كان النزاع بينهم صورياً لا معنوياً.

(١) الظرف متعلق بمحذوف، يعني: هل يكون محل النزاع المعاطاة المقصود بها الملك، أم المقصود بها الإباحة؟

(٢) كما سيظهر عند نقل العبارات، فإن تفريع المعاطاة على إعتبار الصيغة في البيع أقوى شاهد على كون المراد هي المعاطاة المقصود بها التملك، و أن للبيع فردين قولياً و فعلياً.

(٣) هذا شروع في تقرير النزاع بين المحقق الثاني و صاحب الجواهر رحمتهما في أن معركة الآراء هل هي المعاطاة المقصود بها الإباحة أم المقصود بها التملك؟ فالمحقق الكركي ذهب الى الثاني مصيراً على حمل «الإباحة» في كلمات إقداماء على الملك المتزلزل. و صاحب الجواهر حكم بلزوم إبقاء الإباحة على ظاهرها، و يتعين جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(٤) بالجرّ معطوف على «الإباحة» أي: الحكم بحصول الملك بعد التلف.

(٥) أما عدم إجتماع الحكم بالإباحة مع قصد التملك فلأن الإباحة غير مقصودة، فاقصد لم يقع، و ما وقع لم يقصد. و أما عدم إجتماع الملك بعد التلف مع قصد التملك فلأن قصد التملك إذا لم يكن مؤثراً في الملكية قبل التلف فكيف يؤثر في الملكية بعده؟ و ليس هذا إلا من كون التلف مملكاً، و هو كما ترى. و هذا دعا المحقق الثاني إلى حمل الإباحة في كلامهم على الملك المجائز، و لزومه بالتلف.

(٦) جواب «و حيث أن الحكم» و المراد بالتنزيل التوجيه و التصرف في ظاهر الكلام.

(٧) معطوف على «الملك» و ضميره و ضمير «يلزم» راجعان الى الملك المجائز.

و حقق^(١) ذلك في شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.
 لكن بعض المعاصرين^(٢) لما إستبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محل النزاع
 هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، و رجّح بقاء الإباحة في كلامهم على
 ظاهرها المقابل للملك، و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا
 الوجه^(٣)، و طعن على من جعل محل النزاع في المعاطاة بقصد التملك، قائلاً: «إن
 القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب إلى أصاغر الطلبة
 فضلاً عن أعظم الأصحاب وكبرائهم»^(*).

(١) معطوف على «نزل».

(٢) هو صاحب الجواهر رحمته الله و وجه إستبعاده هو: أن إرادة الملك من الإباحة - بعد نفي
 حصول الملك بالمعاطاة - في غاية البعد، بل غير صحيحة كما سيظهر من جملة من الكلمات
 المذكورة في المتن، مثل قول الشيخ في الخلاف: «فيتصرف كل منهما فيما أخذه تصرفاً مباحاً من
 دون أن يكون ملكه ... الخ». و نحوه كلام غيره. و لذا أبقى صاحب الجواهر رحمته الله «الإباحة»
 المذكورة في كلامهم على حالها، و نزل مورد حكم القدماء بالإباحة على المعاطاة المقصود
 بها الإباحة، لا التملك.

(٣) أي: الإباحة المقابلة للملك، لا المترتبة عليه.

(*) لكن في حاشية العلامة الشهيدي رحمته الله: أن صاحب الجواهر رحمته الله لم يجعل مورد نزاع
 العامة والخاصة المعاطاة المقصود بها الإباحة، فجعل هذه النسبة إليه إشتباة، إذ من الأقوال كون
 المعاطاة بيعاً مفيداً للملك اللازم كما عن المفيد و بعض العامة و لا سبيل إلى ذلك، إذ لا وجه
 لكون ما قصد به الإباحة لا التملك بيعاً، لأن قصد التملك مقوم للبيع العرفي. و هذا مما
 لا يمكن صدوره عن مثل صاحب الجواهر رحمته الله.

بل غرضه بيان أن مورد حكمهم بإفادة المعاطاة للإباحة ليس عين مورد حكمهم
 بإفادة المعاطاة للملك، و أن الإباحة إنما يكون موردها المعاطاة التي قصد بها الإباحة،

و الإنصاف^(١) أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل بعيداً في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في المبسوط والخلاف، والحلي

(١) بعد ما عرفت من كمال المقابلة بين دعويي المحقق الثاني و صاحب الجواهر رحمتهما شرع المصنف رحمته في مناقشة كلتا الدعويين بمخالفتهما لظواهر كلمات الأصحاب، ولا ملزم بهذا الحمل و التوجيه، فلا بد من إبقائها على ظاهرها من قصد المتعاطيين التمليك، و ترتب الإباحة عليها تعبداً. و لا تفيد هذه المعاطاة ملكاً متزلزلاً، كما أنه ليس محط النزاع و مصب الأقوال ما إذا قصد المتعاطيان الإباحة كما زعمه صاحب الجواهر أعلى الله مقامه. و الدليل على بطلان التوجيهين المزبورين ما سيأتي من المصنف رحمته من الأخذ بظاهر كلمات أساطين الفقه، الآية عن الحمل على الملك المتزلزل و على قصد الإباحة، فانتظر.

فالحكم بالإباحة مختص بما إذا قصدت بالمعاطاة. و أما إذا قصد بها التمليك فلا يترتب عليها الإباحة، بل إما تفيد الملك اللازم أو الجائز أو هي بيع فاسد لا يترتب عليها شيء. و الحاصل: أن صاحب الجواهر رحمته ليس معني جعل مصب الأقوال المعاطاة المقصود بها الإباحة، لعدم صدور ذلك عن عاقل فضلاً عن فاضل. فما أفاده المصنف رحمته من نسبة كون محل النزاع و مصب الأقوال إلى صاحب الجواهر رحمته هو المعاطاة المقصود بها الإباحة اشتباهاً، فالنسبة في غير محلها، هذا.

و لا يبعد ما أفاده العلامة الشهيدي، فإن الجواهر يُصرح بذلك، حيث قال: «و أما دعوى أن النزاع فيما إذا قصد المتعاقدان بفعلهما البيع مثلاً على حسب البيع بالصيغة و كان جامعاً للشرائط عدا الصيغة، فهل يقع بيعاً ذلك أو يكون إباحة، أم يقع بيعاً فاسداً؟ كما وقع من المتأخرين، فلا أعرف للثاني منها وجهاً... الخ»^ب إلى أن قال: «لاريب في أن حمل كلام قدماء الأصحاب على ما ذكرناه من أن مرادهم بيان قابلية الأفعال للإباحة لو قصدوها، و أن

أ: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، ص ١٥٦ و ١٥٧

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٢

في السرائر، وابن زهرة في الغنية، والحلي في الكافي، والعلامة في التذكرة وغيرها.

ذلك مشروع، دون التملك البيعي مثلاً خير من ذلك»^أ.

فليس مقصود الجواهر جعل مصب جميع الأقوال المعاطاة التي قصد بها الإباحة، لأن ذلك مما يمتنع صدوره منه مع علو مقامه العلمي، فهذه النسبة إشتباه.

لكن ما أفاده الجواهر مخالف لظاهر كلمات القدماء، فإن عباراتهم ظاهرة في كون مصب الأقوال المعاطاة المقصود بها التملك، بقرينة تفريع المعاطاة صحة وفساداً على اعتبار الصيغة في البيع وعدمه، ومن المعلوم أن شرطية الصيغة إنما تكون في مورد قصد التملك، ونفي البيعية إنما هو لأجل فقدان الشرط، وإلا كان المتعين إسناد هذا النفي إلى عدم قصد التملك والبيعية، لا إلى فقدان الشرط أعني الصيغة.

وبالجملة: فلا يرد على الجواهر ما أورده المصنف عليه من جعل مورد النزاع والأقوال المعاطاة المقصود بها الإباحة.

لكن يرد عليه: أن جعل مورد قول القدماء بالإباحة المعاطاة المقصود بها الإباحة خلاف ظاهر كلماتهم، لما عرفت من أن موضوع الإباحة عندهم على ما هو ظاهر عباراتهم هو المعاطاة المقصود بها التملك، فلا حظ وتدابير، والله تعالى هو الهادي.

وقد يوجه كلام الأصحاب بما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله من: أن المعاطاة المقصود بها الملك تؤثر فيه بشرط التصرف في العين كتأثير القبض - بنحو الشرط المتأخر - في مملوكة عقد الصرف والسلم. وأما الإباحة قبله فمالكية ضمنية وليست شرعية. ولو سلم كونها تعبدية لم يكن لاستبعادها مجال بعد تحقق السيرة التي هي العمدة في الباب^ب.

لكنك خبير بأن تنزيل التصرف الملزوم في المقام على القبض في بيع الصرف في توقف الملك عليه وإن كان ممكناً، إلا أن مجرد الإمكان ثبوتاً غير مُجدٍ في الالتزام به، بل لابد من وفاء الدليل بآبائه.

و أما جعل الإباحة قبل التصرف مالكية ضمنية - أي في ضمن قصد التملك -

أ: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٢٤

ب: حاشية المكاسب، ص ١٠

بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف^(١).
إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك^(٢) أبعد منه^(٣).
بل لا يكاد يوجد(*)

(١) ومع هذه الصراحة كيف تُحمل الإباحة على الملك ولو الجائز منه؟
(٢) كما صنعه صاحب الجواهر رحمته حيث إنه جعل محل النزاع ومصّب الأقوال المعاطاة المقصود بها الإباحة دون التملك.

(٣) أي: أبعد من توجيه الإباحة بالملك المترزّل، وجه الأبعدية أمور ثلاثة:
الأول: ظهور كلمات العامة والخاصة في تفريع المعاطاة على اشتراط الصيغة في البيع وعدمه، فمن اشتراطها قرّع عليه عدم كفاية المعاطاة. ومن المعلوم عدم صحة هذا التفريع نفياً وإثباتاً على صورة قصد الإباحة، فلا يصح أن يكون مورد النزاع صورة قصد الإباحة.
الثاني: أن مورد نفي الخاصة إفادة المعاطاة للملك عين مورد إثبات العامة لإفادتها الملك، ومن المعلوم أن مورد الخلاف لا يمكن أن يكون صورة قصد الإباحة، بل لابد أن يكون صورة قصد التملك، إذ لا يصدر القول بالملك اللازم - مع قصد الإباحة - من عاقل فضلاً عن فاضل.

الثالث: أن مورد البحث والخلاف إنما هو المعاطاة المتداولة بين الناس، ومن المعلوم أنها هي المعاطاة المقصود بها التملك. وأما المعاطاة المقصود بها الإباحة فهي غاية الندرة، بل عامة الناس لا يلتفتون إلى الإباحة حتى يقصدها، فلو كان محل النزاع بينهم المعاطاة المقصود بها الإباحة لزم تعرضهم للنادر وإهمالهم لحكم ما هو الشائع بينهم وهذا في غاية البعد.

فلم يتضح وجهه، لتقابل الإباحة المالكية والتمليك، ضرورة أن قصد التملك معناه سلب إضافة المال عن نفسه وجعلها متعلقة بالأخذ، ولا يمكن الجمع بينه وبين الإباحة المالكية المنوطة بإبقاء ملكية الرقبة وجواز إسترادها منه، لبقاء سلطته على ماله وعدم إنقطاعها عنه، فكيف يجمع في إنشاء واحد بين إبقاء السلطنة وإعدامها؟

(*) بل يوجد، كما في موضع من المبسوط، حيث قال - بعد وجوب تقديم الإيجاب

في كلام أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى^(١).

و لننقل أولاً كلمات جماعة يَمَن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي، و أبعدية جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك^(٢)، فنقول و بالله التوفيق:

قال في الخلاف: «إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب فقال: أعطني بها بقلأ أو ماء فاعطاه، فإنه لا يكون بيعاً، وكذلك سائر المحقرات، وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كل منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه. و فائدة ذلك أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته

(١) أي: كون مورد كلامهم صورة المعاوضة المقصود بها الإباحة.

(٢) كما صنعه صاحب الجواهر رحمه الله.

على القبول، و غيره مما يعتبر في البيع: «فإذا ثبت هذا فكل ما جرى بين الناس إنما هي إستباحات و تراخيص، من دون أن يكون ذلك بيعاً منعقداً. مثل: أن يعطي درهماً للخباز فيعطيه الخبز، أو قطعة للبقلي فيناوله البقل، و ما أشبه ذلك. و لو أن كلاهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع» فإن ظاهر الاستباحة هو قصد الإباحة، كما ذكره صاحب الجواهر رحمه الله ب.

إلا أن يقال: ان قوله: «لأنه ليس بعقد صحيح هو بيع» قرينة على إرادة البيع الشرعي المتقدم بالصيغة، لا العرفي. و من المعلوم أن هذا التعليل إنما يصح فيما إذا كان المتعاطيان قاصدين للتمليك، و إلا كان اللازم التعليل بعدم قصد الملك، لأن عدم مقتضي أولى من الشرط في إستناد العدم إليه.

أ: المبسوط في فقه الامامية، ج ٢، ص ٨٧

ب: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٥

كان لها ذلك، لأنّ الملك لم يحصل لها. و به قال الشافعي. و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يوجد الإيجاب و القبول، و قال ذلك في المحقرات دون غيرها. دليلنا: أنّ العقد حكم شرعي، و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت^(١). و أمّا الإباحة^(٢) بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها» انتهى.

و لا يخفى^(٣) صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك^(٤)، و في أن محل الخلاف بينه و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة^(٥)، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية، حيث إنه - بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال - قال: «و ينعقد بالإيجاب و القبول و التعاطي».

(١) للاستصحاب.

(٢) يعني: أن مقتضى عدم ثبوت العقد الشرعي عدم ترتب شيء من الملك و الإباحة على المعاطاة، لانتفاء السبب المؤثر. و لكن الالتزام بالإباحة إنما هو لدليل تعبدى، و هو الاجماع على تأثير التعاطي في إباحة التصرفات.

(٣) غرضه وفاء عبارة الخلاف بأمرين:

أحدهما: عدم حصول الملك، و به يضعف تأويل المحقق الثاني للإباحة المذكورة في كلام الأصحاب بالملك.

ثانيهما: كون مورد الأقوال خصوص المعاطاة المقصود بها التملك، و به يضعف ما أفاده الجواهر من جعل مورد النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة.

(٤) فلا وجه مع هذه الصراحة لتأويل المحقق الكركي الإباحة بالملك المتزلزل.

(٥) فلا يبق وجه لما نسبته إلى الجواهر من جعل محل النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التملك.

و أيضاً: فتمسكه^(١) بأن العقد حكم شرعي يدل على عدم إنتفاء قصد البيعة، وإلا^(٢) لكان الأولى بل المتعين التعليل به^(٣)، إذ مع إنتفاء حقيقة البيع لغة وعرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفية الأسباب الشرعية كما لا يخفى.

وقال في السرائر- بعد ذكر إعتبار الإيجاب والقبول، وإعتبار تقدم الأول على الثاني- ما لفظه: «فإذا دَفَعَ قطعةً إلى البقليّ أو إلى الشارب فقال: أعطني، فإنه لا يكون بيعاً^(٤) ولا عقداً^(٥)، لأن الإيجاب والقبول^(٦) ما حَصَلَ. وكذلك سائر المحقرات وسائر الأشياء محقراً كان أو غير محقر من الثياب والحيوان، أو غير ذلك، وإنما يكون إباحةً له، فيتصرف كلٌ منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه^(٧)، أو دَخَلَ^(٨) في ملكه. ولكلٍ منهما أن يرجع فيما بذّله، لأن الملك لم يحصل لهما.

(١) يعني: وكذا يدل تمسك شيخ الطائفة بـ «أن العقد حكم شرعي» على وجود قصد التملك، وكان المانع عن حصوله إنتفاء الصيغة الخاصة.

(٢) أي: وإن لم يقصد المتعاطيان التملك كان اللازم إسناد عدم الملك إلى عدم مقتضيه وهو القصد، لا إلى عدم شرطه وهو العقد الذي هو سبب شرعي لترتيب آثار الملك.

(٣) أي: بانتفاء قصد البيعة أي بانتفاء المقتضي للملك.

(٤) حتى يشمل إطلاق قوله تعالى: ﴿أحل ... البيع﴾ كي يكون التعاطي مفيداً للملك.

(٥) حتى يكون كالعقد اللفظي مفيداً للملك بمقتضى عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٦) أي: اللفظيين. وكذا في قول المسالك: «وإن لم يوجد الإيجاب والقبول» فلو كان المفقود قصد التملك كان التعليل به أولى، لأن التعليل بعدم المقتضي أولى منه بعدم الشرط.

(٧) أي: بنفس التعاطي.

(٨) أي: بما يوجب الملك بعده كالتلف، وذلك بقرينة جملة لم يذكرها المصنف، بعد قوله: -فما بذله- وهي: «بشرط إن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أولاً فلا خيار لأحدهما»

و ليس ذلك^(١) من العقود الفاسدة، لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منها، وإنما ذلك^(٢) على جهة الإباحة» انتهى.

فإن تعليله^(٣) عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك^(٤). مع أن ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا^(٥). ولا ينافي ذلك^(٦) قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسدة... الخ» كما لا يخفى.

لدلالة إنتفاء الخيار بعد التلّف على دخول العين الأخرى في ملك الآخذ. و عليه فقول ابن ادریس: «أو دخل في ملكه» ليس عطفاً تفسيراً لقوله: «و من غير أن يكون ملكه».

(١) يعني: فيكون التعاطي المفيد للإباحة برزخاً بين العقد القولي المفيد للملك و بين العقد الفاسد الذي يكون كالفصب في الحرمة و الضمان.

(٢) أي: دفع القطعة إلى البقلي أو الشارب إنما هو على جهة الإباحة، لا البيع حتى يقال: إن البيع الفاسد كسائر العقود الفاسدة لا يجوز التصرف مطلقاً.

(٣) غرضه تذكّر أن كلام ابن ادریس واف بما هو المقصود من نقل عبارات الأصحاب - من أن محط الكلام في المعاطاة قصد الملك و ترتب الإباحة التعبدية عليها - و ذلك لوجهين: أحدهما: تعليل عدم إفادتها للملك بانتفاء الشرط الشرعي و هو الصيغة.

ثانيهما: أن تفریع المعاطاة - على شرائط عقد البيع - مما يدل على أن قصد المتعاطين تملك ما لهما مفروغ عنه.

(٤) بل يكون مورد الكلام قصد التملك، و إلا كان الأولى تعليل عدم الملك بعدم المقتضي لا بفقدان الشرط كما لا يخفى.

(٥) و هو قصد التملك، لما عرفت آنفاً من أن الإستناد إلى عدم المقتضي أولى من الاستناد إلى عدم الشرط، فهذا التفریع يدل على أن عدم بيعية المعاطاة إنما هو لفقدان الإيجاب و القبول، لا لعدم قصد التملك.

(٦) المراد بالمشار إليه عدم حصول الملك بالتعاطي، و حصول الإباحة به في صورة

و قال في الغنية - بعد ذكر الإيجاب و القبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له - ما هذا لفظه: «و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول تحرراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الإيجاب من البائع، بأن يقول: بِغْنِيهِ بِأَلْف، فيقول: بعتك بألف، فإنه لا ينعقد بذلك، بل لابد أن يقول المشتري بعد ذلك: إشتريت أو قبلت، حتى ينعقد. و احترازاً أيضاً^(١) عن القول بانعقاده بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة و يقول: أعطني بقلأ، فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف. يدل على ما قلناه الإجماع المشار إليه^(٢). و أيضاً^(٣) فما اعتبرناه مجتمع على صحة العقد به، و ليس على صحة ما عداه دليل. ولما ذكرنا^(٤) نهى صلى الله عليه وسلم

قصد التملك منه.

و تقريب وجه المنافاة هو: أنه في صورة قصد البيع - مع فرض عدم ترتب الأثر عليه - لا معنى لنفي كونه من العقود الفاسدة، إذ لا معنى للفساد إلا عدم ترتب الأثر المقصود عليه، هذا.

مركز تحقيق تكملة علوم إسلامي

و وجه عدم المنافاة: أن الفساد من حيثية البيع لا يتنافى الصحة من حيثية الأخرى، فلا منافاة بين فساد البيع من حيث البيعية، و صحته من حيث الإباحة. فليس مقصود السرائر نفي الصحة مطلقاً، بل الصحة من حيث البيعية، فلا مانع من كونه صحيحاً بلحاظ إفادته الإباحة، و هذا معنى ما ذكرناه من كون المعاطاة برزخاً بين العقد اللفظي و الغصب.

(١) يعني: كما احترزنا عن انعقاد البيع بالاستدعاء.

(٢) لم يُصرح السيد ابن زهرة رحمته الله بالإجماع على عدم بيعية المعاطاة حتى يشير إليه، ولعل مراده ما ذكره في أول البيع من شرطية الإيجاب و القبول، بلا نقل خلاف فيه.

(٣) يعني: كما تحقق - الإجماع على إفادة الإباحة، كذلك على نفي بيعية المعاطاة المقصود بها الملك.

(٤) أي: ولا اعتبار الإيجاب و القبول اللفظيين نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المنابذة.

عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصة^(١) على التأويل الآخر^(٢). و معنى ذلك^(٣) أن يجعل اللبس بشيء و التبذله و إلقاء الحصة بيعاً موجباً^(٤) إنتهى. فإن^(٥) دلالة هذا الكلام على أن المفروض قصد المتعاطيين التملك من وجوه متعددة: منها: ظهور أدلته الثلاثة^(٦) في ذلك^(٧). و منها: إحترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد^(٨).

(١) التأويل الأول المذكور في كلامه هو: أن يكون بيع الحصة عبارة عن كون المبيع ما يقع عليه الحصة، فبطلان البيع إنما هو لجهالة المبيع، و فقدان شرط الصحة و هو العلم بالعوضين و هذا المعنى أجنبي عما نحن فيه، و المرتبط بالمقام معناه الآخر، و هو: أن يكون بيع الحصة إيجاب البيع بنفس إلقاء الحصة، و لذا فرّع بطلانه على إعتبار الإيجاب و القبول.

(٢) أي: و معنى التأويل الآخر أن يجعل ... الخ.

(٣) غرضه: إستظهار مدّعاء - و هو قصد التملك بالمعاطاة - من عبارة الغنية.

(٤) أولها الإجماع الذي معقده عدم حصول البيع بالمعاطاة.

ثانيها: و قوله: «و أيضاً لما اعتبرناه مجتمع على صحة العقد به ... الخ»، و المراد بهذا الكلام هو كون الأصل في ما عداه البطلان، و المعاطاة تكون ممّا عداه.

و ثالثها: قوله: «و لما ذكرنا نهى النبي ﷺ ... الخ» حيث إنه لا وجه لبطلان المعاطاة إلا فقدان اللفظ كإنشاء البيع باللامسة.

(٥) أي: في قصد المتعاطيين التملك.

(٦) حيث فرّع السيّد ابن زهرة - على إشتراط البيع بالإيجاب و القبول - أمرين: أحدهما: المنع من إنعقاده بالاستدعاء من المشتري.

و الآخر: المنع من إنعقاده بالمعاطاة. و مقتضى التفريع وجود قصد التملك في المعاطاة كوجوده في الاستدعاء.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: ١٣

ب: غنية النزوع في الاصول و الفروع، ص ٥٢٤ (الجوامع الفقهية).

وقال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحة البيع أمور ثمانية - ما لفظه:
 «واشترط الإيجاب والقبول، لخروجه^(١) من دونها^(٢) عن حكم البيع» الى أن قال:
 «فإن إختل شرط من هذه لم ينعقد البيع، ولم يستحق التسليم وإن جاز التصرف
 مع إخلال بعضها، للتراضي^(٣)، دون عقد البيع، ويصح معه الرجوع» انتهى.
 وهو في الظهور قريب^(٤) من عبارة الغنية.
 وقال المحقق رحمته الله في الشرائع: «ولا يكفي التقابض من غير لفظ وإن حصل
 من الأمارات ما دلّ على إرادة البيع»^(٥) انتهى.
 وذكر^(٥) كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة

- (١) أي: البيع الفاقد للإيجاب والقبول يخرج عن البيع شرعاً وإن كان بيعاً عرفياً، ومن
 المعلوم تقوم البيع العرفي بقصد التملك.
- (٢) أي: من دون الإيجاب والقبول.
- (٣) متعلق بقوله: «وإن جاز» يعني: وإن جاز التصرف للتراضي لا لأجل عقد البيع،
 إذ المفروض عدم تحققه بغير الإيجاب والقبول اللفظيين.
- ثم لا يخفى أن قوله: «للتراضي» شاهد على أن الإباحة المحاصلة بالمعاطاة مالكية
 لا تعبدية، لفرض رضئ كل من المتعاطيين بتصرف الآخر في المأخوذ بالمعاطاة. نعم تختص
 هذه الإباحة المالكية بما إذا علم المتعاطيان باشتراط الصيغة الخاصة في حصول الملكية
 وعدم إنعقاد البيع بالتعاطي.
- (٤) وجه القرب صراحة قول أبي الصلاح: «لم ينعقد البيع، ولم يستحق التسليم» في نفي
 البيعية في فرض بناء المتعاطيين على التملك.
- (٥) يعني: قوله: «وإن حصل ... إلخ» توضيحه: أن حرف الوصل يشير الى الفرد الخفي،
 وهو في عبارة المحقق رحمته الله يحتمل وجهين:

لما لم يقصد به البيع^(١) بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.
وقال في التذكرة في حكم الصيغة: «الأشهر عندنا أنه لا بد منها، فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير، مثل: أعطني بهذا الدينار ثوباً، فيعطيه ما يرضيه أو يقول: خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه. وبه قال الشافعي مطلقاً، لأصالة بقاء الملك، وقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. وعن بعض الحنفية وابن شريح: في الجليل. وقال أحمد: ينعقد مطلقاً، ونحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً» انتهى.

ودلالته على قصد المتعاطين للملك لا تخفى من وجوه^(٢): أدونها جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: «ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً».

الأول: أن يكون مقصوده عدم كفاية التقابض في حصول الملك، سواء قصد المتعاطيان التملك كما في البيع القولي، أم قصداً مجرداً لإباحة التصرفات والإذن فيها.

الثاني: أن يكون مقصوده عدم تأثير التقابض في ترتب الملك عليه، سواء قامت قرينة على أن المتعاطين قصداً التملك - كما سظهر - قصدهما من المفاولة التي تسبق التقابض غالباً - أم لم تقم قرينة على قصد التملك.

والمصنف رحمه الله استظهر الاحتمال الثاني، لأن المحقق رحمه الله فرغ عدم كفاية التقابض على العقد الدال على نقل الملك، فلا بد أن يكون المتعاطيان قاصدين للتمليك حتى يتجه التفريع المذكور، إذ لو كانا قاصدين للإباحة كان عدم حصول الملك مستنداً إلى عدم مقتضي لا إلى فقد الشرط. ومن المعلوم أن المبيع يجوز له الرجوع عن إذنه في التصرف، وله إسترداد ماله. (١) كما زعمه صاحب الجواهر رحمه الله حيث وجّه عدم ترتب الملك في المعاطاة بعدم قصده، إذ مقصودهما الإباحة لا التملك.

(٢) أحدها: قوله: «فلا يكفي التعاطي... الخ» فإن تفريعه على إعتبار الصيغة يدل على كون المتعاطين قاصدين للتمليك، وأن الفساد نشأ من فقدان الشرط وهو الصيغة.

وقال الشهيد في قواعده-بعد قوله : قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي وذكر أمثلة لذلك- ما لفظه: «وَأَمَّا المعاطاة^(١) في المبايعات فهي تفيد الإباحة لا الملك وإن كان في الحقيق عندنا»^أ.

ودلالاتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى^(٢).

هذا كله^(٣) مع أن الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التملك، وبيعد فرض الفقهاء من العامة والخاصة الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس.

ثانيها: قوله: «وقصور الأفعال... الخ» لظهوره في أن مقصود المتعاطين هو الملك، وعدم الوقوع إنما هو لقصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد وما في الضمائر.

ثالثها: قوله: «ينعقد بما يعتقده الناس بيعاً» إذ لا معنى لوقوع البيع عند الناس بدون قصد التملك كما لا يخفى.

(١) ليس في النسخة المطبوعة من قواعد الشهيد «قيام السبب الفعلي مقام القولي» لأنه لأنه قال: «قد يقوم السبب الفعلي غير المنصوب ابتداءً مقام الفعلي المنصوب ابتداءً، كتقديم الطعام الى الضيف، فإنه مغني عن الإذن في الأصح، وتسليم الهدية إلى المهدى إليه وإن لم يحصل القبول القولي في الظاهر من فعل السلف والخلف، وكذلك صدقة التطوع... الخ». نعم الأمثلة المذكورة قرينة على إرادة السبب القولي من قوله: «السبب الفعلي المنصوب» فراجع كلامه.

(٢) يعني: أن المعاطاة عند غيرنا تفيد الملك.

(٣) يعني: أنه - مضافاً الى كلمات الفقهاء الدالة على أن محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها الملك - يكفي لإثبات المطلب المراجعة إلى سيرة العقلاء في بيوعهم المعاطاتية المبنيّة على التملك لا على الإذن المالكى مع بقاء العينين على ملكهما كما كان قبل التعاطي.

ثم إنك^(١) قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها كالخلاف والسرائر والقواعد.
و مع ذلك^(٢) كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: «أنهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل».

فقال: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع وإن لم يكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد^(٣)، ولا يقول أحد بأنها بيع فاسد سوى المصنف في النهاية، وقد رجّح عنه في كتبه المتأخرة. وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ عام^(٤) إلا ما أخرجه الدليل. وما^(٥) يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب - من أنها تفيد الإباحة وتلزم بذهاب إحدى العينين - يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، وبالذهاب يتحقق اللزوم، لا امتناع^(٦) إرادة الإباحة المجردة من أصل الملك إذ^(٧) المقصود للمتعاطين الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً،

(١) بعد أن إستوفى المصنف رحمته مقصوده من نقل كلمات الفقهاء في تحرير محل النزاع، وأن مرادهم قصد الملك، و يترتب عليه الإباحة تبعداً، تعرض لجملة مما أفاده المحقق الكركي رحمته في وجه حمل الإباحة على الملك الجائز، وسيورد المصنف عليه بإباء عبارات الأصحاب عن هذا الحمل.

(٢) أي: مع صراحة بعضها، وظهور بعضها الآخر.

(٣) قد تقدمت عبارة المفيد التي استفيد منها كون المعاطاة بيعاً لازماً كالبيع القولي.

(٤) يعني: أن الآية المباركة - التي هي من أدلة إمضاء البيع - قد أخذت التجارة فيها موضوعاً للنفوذ والصحة، ومن المعلوم شمول «التجارة» لكل من القول والفعل، ولا تختص بالمعاملة اللفظية.

(٥) من هنا أخذ المحقق الكركي في التصرف في «الإباحة» الواردة في كلمات القوم بحملها على الملك الجائز.

(٦) تعليل لقوله: «يريدون ...» والمعنى واضح.

(٧) تعليل لامتناع إرادة الإباحة العارية عن الملك، ومحصلة: أن قاعدة «تبعية العقود

ولم يجوز التصرف وكافة^(١) الأصحاب على خلافه. وأيضاً^(٢) فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً ورأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده. وإنما^(٣) الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول - لأنها تدل بالقرائن - منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد مادام ممكناً، ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، ويكفي تلف بعض إحدى العينين، لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعض الصفقة والضرر^(٤) انتهى.

للقصود» من القواعد المسلّمة عندهم، وعليه قلنا كان المتعاطيان قاصدين للتعميل كان اللازم إما ترتب الملك على تعاطيها حتى تتحقق متابعة عقد المعاوضة للقصد، وإما فساد أصل المعاملة وكون التصرف في العينين كالغصب في الحرمة والضمان، ومن المعلوم أن ترتب الإباحة المحضة ليس مقتضى صحة المعاملة ولا فسادها. فلا مجال للقول بها.

(١) يعني: والحال أن كافة الأصحاب قائلون بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاوضة. وهذا الاجماع كاشف عن حصول الملك.

(٢) هذا وجه آخر استدلل به المحقق الثاني على ضرورة توجيه الإباحة بالملك المتزلزل. ومحصله: أن الفقهاء حكموا بلزوم المعاوضة بتلف إحدى العينين، ويستبعد جداً أن يصير إحدى العينين ملكاً لمن هي في يده بسبب تلف العين الأخرى في يد المتعاطي الآخر. ويزول هذا الاستغراب بالالتزام بحصول الملك الجائز حتى يصير لازماً بتلف إحدى العينين، فإن ترتب الملك الجائز على العقد ثم إنقلابه بالملك اللازم أمر واقع في الشريعة كما في موارد الخيارات.

(٣) مقصود المحقق الثاني تأيد توجيه الإباحة بالملك الجائز، ومحصله: أن الفقهاء حكموا بتوقف العقود اللازمة على إنشائها باللفظ، لقصور الأفعال عن تأدية القصور والمرادات، ولأجله منعوا من إفادة المعاوضة للملك اللازم، وحكموا بجواز تراد العينين مع الإمكان، ولزوم الملك إذا تلفت إحدى العينين. وليس مقصودهم من جواز التراد حصول

و نحوه المحكي عنه في تعليقه على الارشاد، و زاد فيه : «أن مقصود المتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع، فإن حَصَلَ مقصودُهما ثَبَتَ ما قلنا، وإلا لَوَجَبَ أن لا تحصل إباحة بالكلية، بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع، فلو وَقَعَ غيره لَوَقَعَ بغير قصد، وهو باطل. و عليه يتفرع النماء و جواز وطي الجارية، و من مَنَعَ فقد أغرب»^(١) إنتهى.

و الذي^(٢) يقوى في النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها،

الإباحة المجرّدة عن الملك كما اشتهر نسبة ذلك الى الأصحاب، بل مرادهم الملك الجائز الذي يجوز إسترداد المال كما في العقد الخياري.

و النتيجة: أن جواز التراد أعم من الإباحة و الملك المتزلزل، فليس قرينة على إرادة الإباحة في كلمات الأصحاب.

(١) هذه العبارة قد نقلها السيد العاملي رحمته الله. و راجعنا نسخة مخطوطة من تعليق المحقق الكركي على إرشاد العلامة رحمته الله و فيها زيادة على ما في المتن، و هي قوله: «و كما يرشد إلى ما قلناه - مضافاً الى ما تقدم - عبارات القوم، فإن بعضها كالصرح فيما قلناه. قال المصنف في التحرير: فتجوز الفسخ يستلزم الاعتراف بثبوت ملك في الجملة . وكذا تسميتها معاوضة. و الحكم باللزوم بعد الذهاب يستلزم ثبوت شيء متزلزل قبله ليتصف باللزوم بعده ... الخ».

(٢) لما فرغ المصنف من نقل كلمات المحقق الثاني رحمته الله في شرح القواعد و تعليقه على الارشاد، شرّع في تحقيقها، و المستفاد من أول كلام الماتن الى آخره مطالب ثلاثة.

أحدها: الايراد على المحقق الكركي.

ثانيها: الانتصار له في إيراده على المشهور.

ثالثها: الاعتراض على المحقق الكركي مرة أخرى بأن إستلزام مقاتلتهم لمخالفة القواعد المسلمة لا يوجب التصرف في كلامهم بحمل الإباحة على الملك المتزلزل. و سيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

وأنهم^(١) يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك في المعاطاة^(٢) مع فرض قصد المتعاطين التملك، وأن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً^(٣)، بل إنما حصلت كما اعترف به في المسالك^(٤) من «استلزام إعطاء كل منها سلعته مسلطاً عليها الإذن»^(٥) في التصرف فيها بوجوه التصرفات.

(١) عطف تفسيري لقوله: «حالتها» وهذا هو المطلب الأول، ومحصله: أنه لا وجه لتزليل الإباحة - الواردة في عبارات الأصحاب - على الملك المتزلزل كما أفاده المحقق الكركي، لكونه خلاف الظاهر، لا يُصار إليه بلا قرينة، والمفروض عدم وجود قرينة على التصرف المزبور.

(٢) خلافاً للمحقق الثاني، حيث جعل الإباحة بمعنى الملك لئلا يلزم تخلف العقد عن القصد، وقال: إن مرادهم بالإباحة هو الملك المتزلزل.

(٣) يعني: كما هو مقتضى توجيه الجواهر، لأن المفروض أن المتعاطين قصدا التملك لا الإباحة.

(٤) أي: كما اعترف الشهيد الثاني بحصول الإباحة في المسالك، حيث قال فيه - بعد نفي الملك احتجاجاً بأن الناقل للملك لابد أن يكون من الأقوال الصريحة في الإنشاء المنصوبة من قبل الشارع - ما لفظه: «و إنما حصلت الإباحة باستلزام إعطاء كل منها الآخر سلعته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيها بوجوه التصرفات، فإذا حصل كان الآخر عوضاً عما قابله، لتراضيهما على ذلك. وقبله يكون كل واحد من العوضين باقياً على ملك مالكة، فيجوز له الرجوع فيه. ولو كانت بيعاً قاصراً عن إفادة الملك المترتب عليه لوجب كونها بيعاً فاسداً إذ لم يجتمع شرائط صحته، وما جاء من قبل الشارع أن البيع على قسمين، فما حصل فيه الإيجاب والقبول على وجهها لازم، وما حصل فيه التراضي بدونه جائز، ومن ثم ذهب العلامة في النهاية إلى كونها بيعاً فاسداً، وأنه لا يجوز لأحدهما التصرف فيما صار إليه أصلاً».

(٥) بالنصب مفعول قوله: «استلزام» و «مسلطاً» حال من «إعطاء» يعني: أن الإعطاء التسليطي يستلزم الإذن في التصرف.

ولا يرد عليهم^{١)} عدا ما ذكره المحقق المتقدم في عبارته المتقدمة^{٢)} وحاصله^{٣)}: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ للإباحة التصرف،

(١) هذا هو المطلب الثاني، وهو تقوية كلام المحقق الثاني في الإيراد على المشهور، الذي دعاه إلى حمل الإباحة - في كلامهم - على الملك الجائز.

(٢) وهو قول المحقق الكركي: «إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك لا الإباحة».

(٣) أي: حاصل ما ذكره المحقق الكركي: أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل لزم عدم تأثير المعاطاة أصلاً، لكونها عقداً فاسداً، فلا منشأ للإباحة.

ثم إن هذا بيان المطلب الثاني المشار إليه آنفاً، وهو الانتصار للمحقق الثاني في الاعتراض على المشهور، وهو يتضمن أمرين، أحدهما: المناقشة في ترتب الإباحة على المعاطاة، وثانيهما: تأييد المناقشة بالاستناد إلى إطلاق كلامهم.

أما أصل المناقشة فبيانها: أن الإباحة التي ادّعاها المشهور إنما مالكية وإما تعبدية. فإن أرادوا ترتب الإباحة المالكية على المعاطاة إنجبه عليهم: أنه لا ريب في إنتفائها، إذ مفروض الكلام قصد المتعاطين للملك لا الإباحة المحضة، ومن المعلوم إناطتها بالقصد كالمملك.

وإن أرادوا ترتب الإباحة التعبدية إنجبه عليهم أولاً: أن هذه الإباحة حكم شرعي يتوقف إسناده إلى الشارع على حجة شرعية، و المفروض خلو كلمات الأصحاب عن الاستناد إلى نص يدل على ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود بها التملك.

و ثانياً: لا ريب في أن قاعدة «العقود تابعة للقصود» من القواعد الفقهية المسلّمة بينهم، ومقتضى هذه التبعية عدم وقوع ما لم يقصده المتعاقدان، وعليه يستبعد جداً أن يُلغى الشارع التملك الذي قصده المتعاطيان، وأن يحكم بحصول الإباحة المحضة غير المقصودة.

هذا مضافاً إلى: منع أصل النسبة، إذ لم يثبت إلترام المشهور بترتب الإباحة الشرعية على المعاطاة المقصود بها التملك، فإن التأمل في كلماتهم يُعطي ترتب الإباحة المالكية لا التعبدية، لقولهم «برضى المتعاطين بتصريف كل منها فيما يأخذه من الآخر بالمعاطاة» و من المعلوم

إذ^(١) الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التملك^(٢)،

بعدُ - هل منع - حمل الرضا بالتصرف على أن الشارع حكمَ بترتب الإباحة على المعاطاة تبعداً من باب إعمال مولويته، ولم يُخصِ إذن المالك المبيع بتصرف الآخذ فيما أخذه.

فالتنتيجة: أنه - بعد بطلان إرادة الإباحة المالكية و التعبدية في كلمات المشهور - يتعين الالتزام بترتب الملك الجائز على المعاطاة طبقاً لقصد المتعاطيين. وهذا هو الذي إستظهره المحقق الثاني من عبارات القوم.

وأما تأييد المناقشة المتقدمة فبيانها: أنه لا بد أن يريد المشهور بقولهم: «المعاطاة تفيد الإباحة» الملك. وذلك لأنهم حكموا بجواز تصرف المتعاطيين مطلقاً فيما يأخذونه، سواء أكان ذلك التصرف منوطاً بالملك، كالبيع والوقف والعق ونحوها، أم لم يكن منوطاً به، كجواز أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها، وكجواز الأكل من بيوت من تضمنته الآية المباركة من الأقارب.

و وجه التأييد واضح، فإن تجويز أنحاء التصرفات المخصوصة بالمالك - و من يقوم مقامه - يتوقف على صيرورة المتعاطيين مالكين لما يأخذونه، وإلا لزم مخالفة حكم الشارع في قوله ﷺ: «لا بيع إلا في ملك» ونحوه. ولو كان مقصودهم من الإباحة ظاهراً - لا الملك - كان عليهم تقييد جواز التصرف بأن يقولوا: «إن المعاطاة تفيد إباحة خصوص التصرفات غير المتوقفة على الملك» فإطلاق الجواز كاشف عن إرادة الملك.

وأما وجه التعبير بالتأييد فسيأتي.

(١) تعليل لقوله: «فلا منشأ لإباحة التصرف» وهذا وجه بطلان ترتب الإباحة على المعاطاة، وقد أوضحناه بقولنا: «فإن أرادوا ترتب الإباحة المالكية على المعاطاة اتجه عليهم... إلخ».

(٢) و من المعلوم أن التملك مُضادٌ للإباحة، وليست الإباحة من مراتب الملك، فإن حقيقة الإباحة هي الإذن في التصرف في ملك الغير، وهي غير إباحة التصرف للمالك في ملكه لقاعدة السلطنة.

وإن كانت^(١) من الشارع فليس عليها دليل، ولم يُشعر كلامهم بالإستناد إلى نص^(٢) في ذلك. مع^(٣) أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جداً. مع^(٤) أن التأمل في كلامهم يُعطي إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية^(٥).
و يؤيد^(٦) إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولاً للتصرفات التي لا تصح إلا من المالك كالوطني والعق

(١) معطوف على قوله: «إن كانت من المالك» وهذا يبطال لترتب الإباحة التعبدية على المعاطاة، وقد أوضحناه بقولنا: «وإن أرادوا ترتيب الإباحة التعبدية إتجه عليهم أولاً... إلخ».
(٢) بل إستند بعضهم - كالخلاف و الغنية - إلى الإجماع، فراجع.
(٣) هذا إشارة إلى الإشكال الثاني على المشهور إن أرادوا بالإباحة التعبدية، وقد تقدم بيانه بقولنا: «و ثانياً: لا ريب في أن قاعدة العقود تابعة للمقصود... إلخ».
(٤) مقصوده ^{فإن} منع صحة ما نُسب إلى المشهور من ترتيب الإباحة التعبدية على المعاطاة، ومن أن مرادهم من الإباحة هي المالكية. وقد عرفته بقولنا: «مضافاً إلى منع أصل النسبة، إذ لم يثبت إلزام المشهور... إلخ».
(٥) بل كلام المسالك - المتقدم آنفاً - كالصريح في كون الإباحة مالكية، لقوله: «إستلزام إعطاء كل منها الآخر سلعته مسلطاً عليها الإذن في التصرف فيها».

(٦) بعد أن أبطل المصنف ^{فإن} ترتيب الإباحة - بقسمها - علم، المعاطاة وأنه يتعين إرادة ما استظهره المحقق الثاني ^{فإن} من الملك الجائز من قولهم: «المعاطاة تفيد الإباحة» أراد تأييده بالإستناد إلى كلماتهم الظاهرة في جواز كل تصرف في المأخوذ بالمعاطاة سواء أوقف على الملك أم لا، ومن المعلوم أن المعاطاة لو لم تؤثر في الملك لم يكن للمتعاطين إباحة مثل البيع والعق فيما وصل إليهما، فإن توقف البيع على كون العوضين مملوكين - أو كالمملوكين - حكم شرعي ليس بيد المتعاطين جوازه ومنعه.

وأما وجه التعبير بالتأييد دون الدلالة - مع أن الإطلاق أصل لفظي يصح الاحتجاج به على المشهور - فهو: أن الأخذ بالإطلاق منوط بعدم معارض أقوى منه. ولعل صراحة

و البيع لنفسه^(١) و إلزامهم^(٢) حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات - كما إذا وقعت

كلمة «الإباحة» في ما يقابل الملك مانعة عن إنعقاد الإطلاق في قولهم: «المعاطاة تفيد الإباحة» فيكون نتيجة تقديم أقوائية الإباحة - في الإذن المجرد - على إطلاق التصرف هي: اختصاص إباحة التصرف بما لا يتوقف على الملك، وقد صرح بهذا التقييد الشهيد في محكي حواشيه على القواعد، حيث منع دفع المال - المأخوذ بالمعاطاة - بعنوان الخمس و الزكاة المتوقفين على الملك.

(١) تقييد البيع لنفسه لأجل أن المتعاطي يجوز له أن يبيع المأخوذ بالمعاطاة بقصد ماله، فجواز البيع للمالك لا يصير مؤيداً لإرادة الملك من «الإباحة» في كلام المشهور، وإنما يحصل التأيد إذا أضيف من إطلاق كلام المشهور إباحة أن يبيع المباح له لنفسه بأن يصير الثمن ملكاً له لا للمبيع.

(٢) هذا دفع دخلٍ مقدر، و حاصل الدخل: أن ما ذكره المصنف بقوله: «و يؤيد إرادة الملك» ممنوع، و ذلك لتوقف التأيد المزبور على أن المشهور أرادوا «بإباحة أنهاء التصرفات» حصول الملك للمتعاطين بمجرد التقابض، إذ يتعين حينئذ حمل الإباحة على الملك، ضرورة توقف بعض التصرفات على الملك.

و لكن يمكن منع هذه الاستفادة، بأن يلتزم المشهور بالملكية الآتية، و بيانه: أن المشهور أرادوا بالإباحة الإذن المقابل للملك، و تجوز البيع والعتق والوقف ليس قرينة على إرادة الملك من حين التعاطي، فادامت العين باقية على حالها فهي ملك المبيع، وإذا أراد المباح له بيعها أو وقفها دخلت العين في ملكه آنأماً، فيكون ذلك التصرف المتوقف على الملك واقعاً في ملكه، لا في ملك المبيع.

و عليه فلا وجه لاستفادة مالكية المتعاطين - من حين التعاطي - من إطلاق قول المشهور بإباحة التصرفات. بل لابد من إبقاء الإباحة على ظاهرها، و الالتزام بالملكية الآتية التي ليست هي عديمة النظر في الشريعة المقدسة. و ذلك كتصرف ذي الخيار، فإنهم حكموا بأن البائع إذا جعل لنفسه الخيار صارت العين ملكاً جائزاً للمشتري، فإن أمضى البائع العقد

هذه التصرفات من ذي الخيار أو من الواهب الذي يجوز له الرجوع - بعيد^(١).
و سيجيء^(٢) ما ذكره بعض الأساطين من أن هذا القول^(٣) مستلزم لتأسيس
قواعد جديدة^(٤).

صارت ملكاً لازماً للمشتري، وإن فسَخَ بقوله: «فسخت» عادت إلى ملكه كما كانت قبل
البيع، وإن فسَخَ بالفعل بأن باعها من شخص آخر فقد قالوا بصحة هذا البيع، ويكون فسخاً
فعلياً للبيع الأول، وتصير العين ملكاً له أنا ما قبل بيعه الثاني حتى يقع البيع في ملكه.
وكذلك حكم الفقهاء بالملكية الآتية في رجوع الواهب عن هبته. وليكن المقام كذلك.
و عليه فلا مجال للتأييد المتقدم.

(١) خبر قوله: «وإلزامهم» و دفعٌ للدخل المزبور. و حاصل الدفع: أن حمل إطلاق
كلام المشهور على بقاء العينين على ملك المتعاطين - و دخول كل منهما في ملك الآخر آنأما
قبل التصرف المتوقف على الملك - بعيد جداً، لعدم كون الملكية الآتية معهودةً منهم في باب
المعاطاة. و مجرد إلزامهم بها في فسخ ذي الخيار و رجوع الواهب لا يوجب الالتزام بها في
المقام، فإن الجمع بين الأدلة يقتضي القول بالملكية الآتية في المسألتين السابقتين، وهما: فسخ
ذو الخيار و رجوع الواهب.

بخلاف المعاطاة - بناءً على المشهور من إفادتها للإباحة المحضة - إذ كان عليهم تقييد
التصرفات المجائزة بما لم يتوقف على الملك، لا إبقاء «جواز التصرف» على إطلاقه حتى
يتكلف لمشروعيتها بالملكية الآتية بلا دليل عليها. و عليه فالتأييد المتقدم في محله.

(٢) مقصوده توثيق إقامة الشاهد على بُعد حمل كلام المشهور على الملكية الآتية، وهو ما
أفاده الفقيه كاشف الغطاء توثيقاً - و سيأتي كلامه مفصلاً - من أن القول بترتيب الإباحة المحضة
على المعاطاة ثم تبدلها بالملك يستلزم تأسيس قواعد جديدة. و ليس البعد منحصراً في
الالتزام بدخول العين آنأما في ملك المباح له قبل تصرفه فيها، بل هناك محاذير أخرى سيأتي
بيانها إن شاء الله تعالى.

(٣) أي: القول المنسوب إلى المشهور، وهو إفادة المعاطاة للإباحة مع قصد الملك.

(٤) يعني: فعلى هذا لا بد من إرادة الملك من الإباحة المذكورة في كلماتهم، لا ظاهرها من

لكن الانصاف^(١) أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه

الاباحة المجردة عن الملك، لاستلزام ذلك تأسيس قواعد جديدة.

(١) هذا شروع في المطلب الثالث مما أفاده المصنف حول كلام المحقق الثاني رحمته ومحصّله: المناقشة في حمل الاباحة - في كلام المشهور - على الملك المتزلزل، وذلك لوجهين: أحدهما: راجع إلى منع الكبرى، وهو أصل الاستبعاد عن ترتيب آثار الملك على المأخوذ بالمعاطاة المفيدة للاباحة المحضة.

وثانيهما: راجع إلى منع الصغرى، وهو عدم جواز التصرفات المتوقفة على الملك في المأخوذ بالمعاطاة.

و توضيح الوجه الأول: أن حكم المشهور بإباحة التصرفات المتوقفة على الملك مع كون المعاطاة مفيدة للاباحة عندهم وإن لم يكن مستأنساً، إلا أن في رفع اليد عن الاباحة بحملها على الملك الجائر - كما صنعه المحقق الكركي - محذوراً أكثر، وذلك لإمكان توجيه رأي المشهور بما ينطبق على القواعد الفقهية ولا تبقى غرابة في البين.

وبيانه: أن الدليل على الحكم الشرعي لا ينحصر في الآية والرواية الواضحتين دلالة، بل الجمع بين الأدلة المختلفة لو اقتضى حكماً شرعياً كان حجة أيضاً بنظر الفقيه.

وعلى هذا يقال في تأييد كلام المشهور: إن هنا طائفتين من الأدلة.

إحداها: إستصحاب عدم مالكية المتعاطيين لما انتقل إليهما، بعد قصور الأدلة الاجتهادية عن إفادة حكم المعاطاة.

ثانيتهما: الإجماع المدعى في كلامهم على مشروعية أنحاء التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة سواء توقفت على الملك أم لا. ومن المعلوم أن الجمع بين هذين الدليلين يقتضي الالتزام بالإباحة العارية عن الملك ما لم يتصرف المباح له فيما أخذه تصرفاً متوقفاً على الملك كالوقف والعق، فإذا تصرف فيه بهذا التصرف الخاص دخل في ملكه آنأماً.

وأما قاعدة «تبعية العقود للقصور» فهي قاعدة شرعية قابلة للتخصيص كما سيأتي تفصيله. وعليه فليس في كلام المشهور ما يكون خارقاً للقواعد الفقهية المسلمة، والأحكام

كلامهم^(١)، فإن هذه الامور لا إستبعاد في إلزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، ولم يساعد عليها^(٢) دليل معتبر، واقتضى^(٣) الدليل^(٤) صحة التصرفات المذكورة.

الضرورة.

و توضيح الوجه الثاني - وهو المنع الصفروي -: أن جواز التصرفات المتوقفة على الملك ليس مجعماً عليه حتى يتجه الاستبعاد، بل هو من المسائل الخلافية، وذلك لما يستفاد من تضاعيف كلماتهم، فشيخ الطائفة رحمته منع من مباشرة الجارية المهداة بالمعاطاة. والشهيد منع من أداء الزكاة والخمس بالمأخوذ بالمعاطاة، لتوقفها على الملك، والمعاطاة مفيدة للإباحة دون الملك.

و قد تحصل: أن توجيه المحقق الكركي للإباحة بالملك المتزلزل - لأجل تلك الإستبعادات - غير سديد، فالأولى إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، والتخلص عن الاستبعادات بوجه آخر.

(١) بإرادة الملك من الإباحة كما صنعه المحقق الكركي رحمته وذلك لأن الأمور المبعدة المذكورة الموجبة لتأسيس قواعد جديدة لا إستبعاد في إلزامها إذا اقتضى الدليل صحة تلك التصرفات، مع أن صحتها ليست مسلمة عند الكل كما عرفت آنفاً.

(٢) أي: لم يقم على الملكية دليل معتبر حتى يكون حاكماً على أصالة عدم حدوث الملك بالتعاطي.

(٣) معطوف على قوله: «اقتضى» ومقصوده الجمع بين الاستصحاب وما دلّ على نفوذ التصرف المتوقف على الملك في المأخوذ بالمعاطاة، ومحصّله: الالتزام بالملكية الآتية أي دخول العين في ملك الآخذ في الآن المقارن للتصرف المتوقف على الملك كالبيع لنفسه والعق ونحوهما. وقد تقدم توضيح هذا الوجه بقولنا: «و توضيح الوجه الأول: أن حكم المشهور... الخ».

(٤) الكلام كله في وجود هذا الدليل، و سيأتي تفصيله فيما يتعلق باستبعادات الفقيه كاشف الغطاء رحمته.

مع^(١) أن المحكّي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عمّا يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة، وكوطني الجارية^(٢).
ومما يشهد^(٣) على نفي البعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التملك: أنّه قد صرح الشيخ في المبسوط^ب والحليّ في السرائر كظاهر العلامة في القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية^(٣) بدون الإيجاب والقبول^(٤) ولو من الرسول^(٥).

(١) هذا إشارة الى الوجه الثاني من الإشكال على المحقق الكركي. ومحصله: منع الصغرى، وبه لا يبقى موضوع للاستبعاد أصلاً، لفرض عدم جواز التصرف المتوقف على الملك في المأخوذ بالمعاطاة.

(٢) وجه الشهادة: أنّه لو كان التعاطي مفيداً للملك المتزلزل لم يكن وجه لاستثناء وطي الجارية، لأنّه يسوغ بالملك ولو كان متزلزلاً، فاستثناءه يشهد بأنّ المعاطاة - المقصود بها التملك - لا تسوّغ إلاّ إباحة التصرف، دون التصرفات المتوقفة على الملك كالوطني، ومع هذا الاستثناء كيف تُحمل الإباحة على الملك المتزلزل كما أصرّ عليه المحقق الثاني^(٦)؟

(٣) مطلقاً سواء كانت جارية أم شيئاً آخر.

(٤) قال الشيخ: «وإذا وصلت الهدية الى المهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المهدى، حتى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها، لأنّ الإباحة لا تدخل في الإستمتاع. ومن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك فيها الى المهدى إليه الغائب فليوكل رسوله في عقد الهدية معه... الخ». ونحوه كلام ابن إدريس، فلاحظ.

(٥) هذا إشارة الى الفرد الخفي من الهدية المفيدة للملك. إذ تارة يكون العاقد هو الواهب الأصيل، وأخرى رسوله بالوكالة من مرسل الهدية، فلو لم يقترن إقباض الهدية بالعقد - سواء من المالك أم من وكيله - لم يفد إلاّ إباحة التصرف، ولا تُشرع التصرفات المنوطة بالملك فيه.

أ: الحاكي هو الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨

ب: المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٣١، السرائر، ج ٣، ص ١٧٧، قواعد الاحكام، ص ١١٠

نعم^(١) يُفيد ذلك إباحة التصرف، لكن الشيخ إستثنى وطي الجارية^(٢).
ثم^(٣) إنَّ المعروف بين المتأخرين أنَّ من قال بالاباحة المجردة في المعاطة قال
بأنَّها ليست بيعاً حقيقةً كما هو ظاهر بعض العبارات المتقدمة^(٤) و معقد إجماع الغنية^(٥)

(١) إستدراك على قوله: «بعدم حصول الملك» و مقصوده أنَّ الهبة المعاطية ليست
عقداً فاسداً بالكلية حتى لا يُباح التصرف غير المنوط بالملك فيها، بل تؤثر في إباحة ما لا
يتوقف على الملك.

(٢) ففرق - بنظر شيخ الطائفة - بين الاستمتاع وبين سائر التصرفات، فتباح هذه دون
الاستمتاع، لتوقفه على الملك، ولم يحصل حسب الفرض.

(٣) غرضه قَوْلُهُ من هذا الكلام الى الشروع في الأقوال: التنبيه على أمرين:
أحدهما: أنَّهم اختلفوا فيما يراد من قول القدماء: «المعاطة تفيد الاباحة» فاستظهر منه
جماعة عدم كونها بيعاً حقيقةً، إذ البيع عقد مُملِك، فترتب الإباحة المحضة على المعاطة كاشف
عن عدم كونها بيعاً حقيقةً، فيصح سلب الاسم عنها.
و استظهر منه المحقق الثاني قَوْلُهُ الملك المترنل - كما تقدم كلامه مشروحاً - فالمعاطة
بيع قطعاً، و لا يقدح جواز الملك في بيعتها كما هو حال البيوع الخيارية، حيث إنه لا يصير
الملك لازماً إلا بانقضاء أمد الخيار.

و لا يخفى على المتأمل تقابل هذين الاستظهارين و تهاقتهما.
ثانيهما: أنَّ كلا الاستظهارين المذكورين ممنوع، فلا وجه لدعوى نفي بيعية المعاطة
المفيدة للإباحة، كما لا وجه لدعوى كون المعاطة بيعاً جائزاً. و سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.
(٤) مثل قول الشيخ في الخلاف: «فإنَّه لا يكون بيعاً» و قول ابن ادريس في السرائر:
«فإنَّه لا يكون بيعاً و لا عقداً» و قول السيد ابن زهرة في الغنية: «فإنَّ ذلك ليس ببيع، وإنَّما هو
إباحة للتصرف».

(٥) حيث قال: «يدلُّ على ما قلناه: الاجماع المشار إليه» و المشار اليه في كلامه هو نفي
بيعية المعاطة.

وما أبعد ما بينه^(١) وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم.

وكلاهما^(٢) خلاف الظاهر.

و يدفع الثاني^(٣) تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر في

(١) يعني: ما بين نفي البيع حقيقةً وبين توجيه المحقق الثاني من إرادة نفي اللزوم، وهذا هو الأمر الأول الذي ذكرناه.

(٢) يعني: أن نفي بيعية المعاطاة، وتوجيه الإباحة بالملك الجائز خلاف الظاهر.

أما كون الأول خلاف الظاهر فلأن المعاطاة بيع عرفي يُقصد بها التملك.

وأما الثاني فلأن الإباحة المحضة و الملك المتزلزل مغايرتان ماهيةً، فلا معنى لتزويلها عليه، لكونه تصرفاً في ظاهر الإباحة بلا شاهد.

(٣) هذا شروع في إبطال كلا الاستظهارين سواء أراد المشهور من قولهم: «المعاطاة تفيد الإباحة» نفي البيعية أم الملك المتزلزل أم أرادوا معنى آخر.

وإرادة الملك الجائز من الإباحة وإن ناقش فيها المصنف رحمه الله بقوله: «لكن الانصاف... إلخ» إلا أن ما أفاده هنا وجه آخر للمناقشة فيه، ومحصله وجهان:

الأول: أن بعض الفقهاء صرح بكون البيع عقداً لازماً من غير جهة الخيارات، فتزله منوط بوجود خيار فيه، فلم يكن فيه خياراً فلا بد من لزومه. فلو اقتضت المعاطاة ملكاً جائزاً كان ذلك مخالفاً لطبع البيع المبني على اللزوم، وانحصار سبب جوازه في ثبوت خيار فيه. وعليه فصدق البيع على معاملة مساوق للزوم، ولا معنى لصدق البيع على المعاطاة مع الالتزام بإفادتها ملكاً جائزاً.

الثاني: أن جماعة صرحوا بكون الإيجاب والقبول اللفظيين من شرائط صحة انعقاد البيع، لا من شرائط لزومه، ومعنى هذا الاشتراط عدم بيعية المعاملة العارية عن الإيجاب والقبول، فكيف إلزام المحقق الثاني رحمه الله بصدق البيع على المعاطاة حقيقةً، وإفادتها للملك الجائز. ثم إنه لا يخفى الفرق بين ما أورده المصنف على المحقق الثاني هنا. بقوله: «و يرد الثاني» وبين ما تقدم في قوله: «لكن الانصاف أن القول بالتزامهم بهذه الأمور أهون...» وذلك لأن

مُسقطات الخيار^(١) فكلُّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات. و تصریح^(٢) غير واحد^(٣) بأن الإيجاب و القبول من شرائط صحة إنعقاد البيع بالصيغة^(٤). و أمّا الأول^(٥) فإن قلنا بأن البيع عند المتشرعة حقيقة في الصحيح

مقصود المصنف هناك إبطال ما صنعه المحقق الكرکي من حمل عبارات القوم على الملك المتزلزل. و مقصوده هنا إبطال أصل كون البيع مفيداً للملك الجائز، و هذا مع الغض عن أن حمل الاباحة على الملك المتزلزل ممكن أولاً. و عليه فليس في كلمات المصنف هنا تكرار.

(١) كان الأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «بأن شرط جواز البيع منحصر في الخيار». (٢) معطوف على «تصریح» و هذا إشارة الى الوجه الثاني المانع عن الالتزام بإفادة المعاطاة ملكاً جائزاً. و المصرّح بتوقف صحة البيع على العقد جمع، منهم القاضي حيث قال: «و تفتقر صحته - أي صحة عقد البيع - الى شروط ثمانية ... و قول يقتضي إيجاباً من البائع و قبولاً من المبتاع».

(٣) كما تقدم في عبارتي الغنية و الكافي و غيرها من جعل الإيجاب و القبول من شرائط الصحة، لا من شرائط اللزوم. مركز تحقيق كاتبيور علوم اسلامی

(٤) هذه اللفظة مُخَلَّة بالمقصود، إذ الصيغة هي الإيجاب و القبول اللفظيان، فلا معنى لشرطية الصيغة للإيجاب و القبول.

و يمكن توجيهه: بأن البيع يقع بالصيغة تارةً و بالفعل أخرى. فالبيع القولي يعتبر فيه الإيجاب و القبول، بخلاف الفعلي، إذ لا يعتبر فيه ذلك.

لكنه كما ترى، إذ «البيع بالصيغة» ليس إلا البيع بالإيجاب و القبول. نعم لو كانت العبارة: «إنعقاد البيع باللفظ أو بالقول» أمكن توجيهها، و ذلك لأعمية مطلق اللفظ من الصيغة، فأمكن اعتبار لفظ خاص في البيع القولي، و أمّا البيع بالصيغة فهو بيع بلفظ خاص، فلا يعقل التقييد بالصيغة. فلاحظ.

(٥) و هو نفي بيعية المعاطاة الذي صرح به جماعة كالشيخ في الخلاف، و الحلّي

- ولو^(١) بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع من أن البيع في العرف إسم للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المشرعة من حيث إنهم مشرعة ومتدّينون بالشرع صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان^(٢) صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف^(٣) - فيصح^(٤) على ذلك نفي البيعة على وجه

في السرائر، وابن زهرة في الغنية. ومقصوده المناقشة في قولهم: «المعاطاة ليست بيعاً» فإنهم إن أرادوا نفي البيع العرفي كان واضح المنع، لما تقدم من أن المعاطاة المقصود بها التملك بيع عرفي، وإنما الكلام في صحته شرعاً وعدمها.

وإن أرادوا نفي الصحة الشرعية أمكن توجيه النفي بأن يكون على نحو الحقيقة، وذلك بما تقدم في التمسك بالاطلاقات من أن ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح المؤثر عند العرف فالبيع موضوع لما يؤثر في الملكية بنظر العرف، فإن كان مؤثراً فيها بنظر الشارع بل المشرعة أيضاً كان بيعاً حقيقياً. وإلا كان البيع العرفي بيعاً صورياً لا حقيقياً، كما أن بيع الهازل ليس عند العرف بيعاً حقيقياً.

و على هذا فبناءً على جعل الإيجاب والقبول شرط صحة البيع، أو جعل البيع نفس العقد الدال على النقل - كما تقدم في كلام جماعة كالحقق وابن حمزة والعلامة في المختلف - كان البيع الصحيح هو المنشأ باللفظ، وصح سلب البيع عن المعاطاة حقيقة.

(١) هذا بيان للفرد الخفي، إذ الصحة إما أن تكون بنظر الشارع، كما كان ظاهر كلام الشهيدين من وضع ألفاظ المعاملات للصحيح، وعليه فعدم كون المعاطاة بيعاً حقيقياً واضح. حيث إن المشروط عدم عند عدم شرطه.. وإما أن تكون بنظر العرف أي الإنشاء المستجمع لشرائط التأثير عندهم، فإذا كان مؤثراً عرفاً لا شرعاً - لخلوه عن الإيجاب والقبول اللفظيين - صح سلب العنوان عنه حقيقة، لعدم كونه مؤثراً في النقل شرعاً، ويعدّه العرف كإنشاء الهازل مما لا يصدق عليه البيع حقيقة.

(٢) أي: وإن لم يكن البيع مؤثراً في النقل كان بيعاً صورياً.

(٣) جواب قوله: «فإن قلنا» و جملة الشرط والجزاء جواب قوله: «و أما الأول»

الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغة أو فسره بالعقد، لأنهم^(١) في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرنا^(٢) فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة^(٣):

اللزوم مطلقاً^(٤) كما عن ظاهر المفيد^(٥)، ويكفي في وجود القائل به

و لم يذكر المصنف رحمته عدلاً لقوله: «فان قلنا» إتكالا على وضوحه، و تقديره: أنه إذا لم نقل بالوضع للصحيح لا شرعاً ولا عرفاً - بل قلنا بالوضع للأعم منه و من الفاسد - فلا ريب في كون المعاطاة بيعاً وإن كانت فاسدة.

(١) تعليل قوله: «فيصح» يعني: بناء على كلا القولين - من جعل الصيغة من شرائط الصحة أو تفسير البيع بالعقد المؤثر - يتجه نفي بيعية المعاطاة، لفرض عدم تأثيرها في النقل والانتقال، وإنما تفيد إباحة التصرف مع بقاء العينين على ملك المتعاطيين المبيحين. هذا تمام الكلام في تحرير محل النزاع ومصيب الأقوال في المعاطاة. وقد تحصل: أن محط البحث هو المعاطاة المقصود بها الملك، لا الإباحة، ولم يتم توجيه المحقق الكركي من حملها على الملك الجائز، ولا توجيه صاحب الجواهر رحمته من جعل مقصود المشهور القائلين بترتب الإباحة عليها ما لو قصدوا المتعاطيان ولم يقصدوا الملك.

تفصيل الأقوال في حكم المعاطاة

(٢) هذا شروع في بيان الأقوال في حكم المعاطاة مقدّمة للاستدلال على القول المختار. (٣) بل سبعة، والقول السابع منسوب إلى كاشف الغطاء رحمته في شرحه على القواعد من: أن المعاطاة معاوضة مستقلة مفيدة للملك. (٤) أي: سواء كان الدال على التراضي لفظاً أم غيره.

(٥) قد تقدّمت عبارة المفيد، ومَرَّ الكلام في هذا الاستظهار. وكيف كان فقد اختاره المحقق الأردبيلي رحمته جازماً بأن المعاطاة بيع صحيح مفيد للملك، قال: «فاعلم: أن الذي

قول العلامة رحمته في التذكرة: «الأشهر^(١) عندنا أنه لا بد من الصيغة»^أ.
و اللزوم بشرط كون الدال على التراضي^(٢) أو المعاملة^(٣) لفظاً^(٤). حكى عن

يظهر أنه لا يحتاج في انعقاد عقد البيع المملوك الناقل للملك من البائع الى المشتري وبالعكس - الى الصيغة المعينة كما هو المشهور. بل يكفي كل ما يدل على قصد ذلك مع الإقباض، وهذا المذهب منسوب الى الشيخ المفيد من القدماء، وإلى بعض معاصري الشهيد الثاني رحمته، وهو المفهوم عرفاً من البيع... الخ^٣ و وافقه المحدث الكاشاني. ثم استدل المحقق الأردبيلي بأربعة عشر دليلاً على مدّعا، فراجع.

نعم في عدّ بعض معاصري الشهيد من أصحاب هذا القول تأمل، فإن الشهيد الثاني حكى عنه إعتبار مطلق اللفظ الدال على التراضي، لا خصوص الإيجاب والقبول اللفظيين.
(١) هذا التعبير يدل على وجود القول المعتقد به بحيث يكون مشهوراً، وإلا كان المناسب التعبير عنه بالمشهور بدل «الأشهر» وسيأتي من المصنف في خاتمة الاستدلال إختيار هذا القول. و مستنده العمومات، كقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ و: ﴿أحل الله البيع﴾ بعد وضوح كون المعاطاة المقصود بها التملك بيعاً عرفاً.

(٢) هذا هو القول الثاني، والظاهر أن أول من قال به بعض مشايخ الشهيد الثاني، ولعل وجهه: إناطة العقود اللازمة بإنشائها بلفظ، فبدونه لا يصير لازماً، لعدم دليل عليه.

(٣) أي: الماولة التي هي قبل إنشاء المعاملة، وإلا ففروض الكلام وقوع الإنشاء بالتعاطي.

(٤) بأن كان اللفظ الفاقداً للشرائط كالعربية والماضوية - بناءً على اعتبارهما - آلة إنشاء البيع.

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٢

ب: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٣٩ الى ١٤٢

بعض^(١) معاصري الشهيد الثاني، وبعض^(٢) متأخري المحدثين.
لكن في عد هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل^(٣).
و الملك الغير اللازم، ذهب إليه المحقق الثاني^(٤)، و نسبه الى كل من قال
بالإباحة، و في النسبة ما عرفت^(٥).

(١) و هو السيد حسن ابن السيد جعفر الكركي، كما حكاه السيد العاملي^أ عن حاشية
المسالك، قال الشهيد الثاني - بعد نقل خلاف المفيد مع المشهور - ما لفظه: «و قد كان بعض
مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك أيضاً، لكن يشترط في الدال كونه لفظاً، و إطلاق كلام
المفيد أعم منه ... الخ»^ب

(٢) كصاحب الحقائق، و نسبه الى جمع من علماء البحرين، فراجع ج.
(٣) هذه العبارة حاشية من المصنف^{رحمته} على قوله: «و اللزوم بشرط كون الدال ... الخ»
و لعل وجه التأمل هو: أنه مع شرطية مطلق اللفظ يكون إنشاء البيع بالصيغة لا بالفعل، غاية
الأمر ذهب هذا القائل الى عدم إعتبار لفظ خاص.
إلا أن يكون المراد إعتبار اللفظ في مقام المساومة، لا إنشاء المعاملة، بل لابد من إنشاء
البيع باللفظ، فتأمل.

(٤) هذا هو القول الثالث، ذهب اليه المحقق الكركي^{رحمته} مصرّاً عليه، حتى أول كلمات
القائلين بالإباحة به، و تقدم نص كلامه في المتن . و استدل عليه بالسيرة المستمرة على
معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك و يأتي التجارة عن تراض و حل البيع.
(٥) من الاشكال، و أن حمل «الإباحة» في كلمات القدماء على «الملك الجائز» بعيد
غايته، بل خلاف تصريح بعضهم بعدم الملك.

أ : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٦

ب : مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٤٧

ج : الحقائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٥٠ و ٣٥٥

و عدمُ الملك مع إباحة جميع التصرفات^(١) حتى المتوقفة على الملك، كما هو ظاهر عبائر كثير، بل ذكر في المسالك: «أن كل من قال بالإباحة يسوِّغ جميع التصرفات»^(٢).

و إباحة^(٣) ما لا يتوقف على الملك، و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على القواعد^(٤)، و هو^(٥) المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول.

(١) هذا هو القول الرابع، و مستنده وجوه:

الأول: استقرار السيرة من الخاص و العام و النسوان و الصبيان على التصرف في المأخوذ بالمعاطاة و يؤيده الاجماع المنقول عن الغنية و الروضة و المسالك المعتضد بالشهرة المحققة، إذ لم يقل أحد - بمن عدا المفيد رحمته الله - بإفادة المعاطاة للملك الى زمان المحقق الكركي .
الثاني: الأخبار الدالة على حصر المحلل و المحرم في الكلام، فإنها و إن اقتضت نفي الحل عند إنتفاء الكلام، لكنها تُحمل على نفي لزوم المعاملة عند إنتفائه، جمعاً بينها و بين ما دلّ على حصول الإباحة بالتراضي مركز تحقيق كليات علوم إسلامي

الثالث: إستصحاب بقاء ملك المالك الأول مع فرض الشك في إنتقال كل مالٍ عن صاحبه إلى غيره.

(٢) عبارة المسالك هذه: «لأن من أجاز المعاطاة سوِّغ أنواع التصرفات» أ.

(٣) هذا هو القول الخامس، و وجهه: أن الإباحة غير الملك، فدلّيل الإباحة - من الاجماع المنقول عن الغنية أو السيرة - لا يقتضي التصرفات المنوطة بالملك كالبيع و العتق و الوطي .

(٤) حيث ذكّر المصنف: أن المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد: المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه في خمس أو زكاة، و كوطي الجارية.

(٥) يعني: و ما ذكره الشهيد - من إباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك - هو

والقول^(١) بعدم إباحة التصرف مطلقاً^(٢).

المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية، حيث قلنا: «و صرح الشيخ في المبسوط: بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحل وطئها» فإن المنع عن وطئ الجارية المهداة بالهدية المعاطاتية ينطبق على هذا القول أي: عدم الملك مع إباحة التصرف غير المتوقف على الملك.

(١) هذا هو القول السادس أي: كون المعاطاة بيعاً فاسداً، و مستنده وجهان: أحدهما: أن ما قصد لم يقع، لأن المقصود و هو الملك لم يقع، و الإباحة غير مقصودة، فلا وجه لحصولها، فالمرجع عمومات حرمة التصرف في مال الغير بدون رضاه. ثانيهما: ما ورد من أنه «إنما يحل الكلام و يحرم الكلام» قال في الوافي: «الكلام هو إيجاب البيع، و إنما يحل نفياً و يحرم إثباتاً»^أ.
(٢) يعني: حتى التصرفات غير المتوقفة على الملك، فتكون المعاطاة على هذا كالعقود الفاسدة التي ادعى الاجماع على كون المقبوض بها كالمقنن.
و هنا قول سابع ذكره السيد ^{تتبع} في حاشيته، وهو: «أن المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملكية، و ليست بيعاً و إن كانت في مقامه، و نسب هذا القول الى الشيخ الكبير كاشف الغطاء»^ب.

و في مفتاح الكرامة عن حواشي الشهيد على قواعد العلامة: «أنها معاوضة برأسها إما لازمة و إما جائزة» و قال بعد أسطر: «حيث يجعلونها معاوضة برأسها»^ج.
و الفرق بين هذا القول و بين ما عن المحقق الثاني - من كون المعاطاة بيعاً جائزاً - هو: أن المعاطاة بناء على قول الشيخ كاشف الغطاء ليست بيعاً، فلا تجري عليها أحكام البيع، بخلافها على قول المحقق الثاني، لأن المعاطاة بناء عليه بيع جائز، فتجري عليها أحكام البيع.

أ : الوافي، ج ٣، ص ٩٥، كتاب المعاش و المكاسب و المعاملات، الطبعة الحجرية.

ب : حاشية المكاسب، ص ٦٨

ج : مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨، ١٥٩

نُسِبَ إلى ظاهر النهاية، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها^(١).
و المشهور^(٢) بين علمائنا عدم ثبوت الملك^(٣) بالمعاطاة وإن قصد المتعاطيان
بها التملك، بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، ولم يقتصر على
ذلك^(٤) حتى نسبته^(٥) إلى الأصحاب^(٦).

و مستند هذا القول السابع - مع عدم كونها بيعاً - هو آية التجارة عن تراض، لوضوح
صدق «التجارة» على المعاطاة وإن لم يصدق عليها البيع، لتوقف صدق البيع على الإيجاب و
القبول اللفظيين. وهذا القول يدل على كون النزاع في المعاطاة صفرياً، لأنه يكشف عن عدم
صفريتها للبيع، وعدم فرديتها له، فيكون مساوفاً لنفي بيعيتها في العبائر المتقدمة.

(١) يعني: ثبت رجوع العلامة عليه السلام عن هذا القول في غير «نهاية الأحكام» من كتبه،
وسياقي كلامه في التحرير - الموهوم لموافقته للمحقق الكركي في الالتزام بالملك الجائز.
ثم إن النزاع في المعاطاة على هذه الأقوال صفرياً على بعضها، وكبروي على بعضها
الآخر، فإن من نفي بيعيتها نظر إلى عدم صفريتها لمفهوم البيع بناءً على كون النفي حقيقياً.
ومن قال ببيعيتها ونفي صحتها أو لزومها وأثبت جوازها كان نزاعه كبروياً، لتسليمه ببيعة
المعاطاة، وإنما يناقش في الكبرى، وهي: أن كل بيع لازم.

(٢) بعد أن أشار إلى الأقوال وأربابها أراد التنبيه على ما هو المشهور منها وما ليس
كذلك، وما تفرّد به بعض دون آخر.

(٣) لما عرفت من أن حمل الإباحة في كلامهم على الملك الجائز - كما صنعه المحقق
الكركي عليه السلام - بعيد جداً.

(٤) أي: على إفادة المعاطاة للملك.

(٥) هذا الضمير و ضميراً «به» في الموضعين راجعة إلى الملك.

(٦) حيث قال في جامع المقاصد و تعليقه على إرشاد العلامة: «المعروف بين الأصحاب
أن المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللزوم»^أ.

نعم^(١) ربما يُوهمه ظاهر عبارة التحرير، حيث قال فيه (*): «الأقوى^(٢) أن المعاطاة غير لازمة، بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فإن تلفت

(١) هذا إستدراك على قوله: «بل لم نجد قائلاً به» يعني: أن كلام العلامة في التحرير يُوهم ترتب الملك على المعاطاة، فلعل الأولى نسبة إفادة الملك الجائز الى العلامة المتقدم عصراً على المحقق الكركي رحمته الله.

(٢) فإن ظاهره وجود القول القوي بالملك اللازم. توضيحه: أن تعبير العلامة بـ«الأقوى» يحتمل أمرين، قال بكل منهما بعض.

الأول: أن يكون القول القوي - المقابل للأقوى - هو الإباحة المحضة التي هي القول المشهور المتداول على الألسن إلى زمان العلامة.

الثاني: أن يكون القول القوي: الملك اللازم المنسوب الى المفيد. و على كلا الوجهين يتم إستشهاد المصنف رحمته الله بعبارة التحرير، لأن محط نظر شيخنا الأعظم هو قول العلامة: «ان المعاطاة غير لازمة» سواء أكان مقصود العلامة من القول الآخر الملك اللازم المنسوب إلى المفيد، أم الإباحة التي ذهب إليها المشهور.

(*) لا يقال: إن إيهام عبارة التحرير لإفادة المعاطاة للملك مبني على كون المراد بالمعاطاة في كلامه ما قصد به التملك، و هو غير معلوم، لاحتمال أن يراد بها ما قصد به الإباحة، و لا ينافيه التعبير باللزوم و الفسخ، لأن هذا التعبير إنما هو بلحاظ كون المعاطاة عقداً قد أنشئ بالفعل، كما أن التعبير بالمعاوضة إنما هو لأجل كون الإباحة بازاء الإباحة كما هو مقتضى باب المفاعلة، فالمعاوضة ثابتة، غاية الامر أنها بين الفعلين لا المالين، فلا حاجة معه الى ما تكلف به المصنف رحمته الله.

فإنه يقال: لا يراد هذا الاحتمال، لمكان قوله بعد ذلك: «بخلاف البيع الفاسد» إذ لا مجال لتوهم كون المعاطاة المقصود بها الإباحة كالبيع الفاسد حتى يدفع بذلك، و هذا بخلاف المقصود بها التملك، فتدبر.

لزمت» انتهى. ولذا^(١) نَسَبَ ذلك إليه في المسالك، لكن^(٢) قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كل منها الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» ظاهر في أن مراده مجرد

(١) يعني: ولأجل توهم هذا الظهور قال الشهيد الثاني: «و عبارة العلامة في التحرير كالصريحة في إفادة هذا المعنى، لأنه قال: الأقوى عندي: أن المعاوضة غير لازمة... الخ» ب.

و ما أبعد ما بين تعبير المصنف بالإيهام و دعوى الشهيد الثاني التصريح.
(٢) غرضه دفع قوله: «نعم ربما يؤهم ظاهر عبارة التحرير» و محصل ما أفاده تضعيفاً لتوهم الظهور المزبور هو: أن منشأ توهم الظهور في الملك في عبارة التحرير أمور: أحدها: قوله: «الأقوى».

ثانيها: قوله: «بل لكل منها فسخ المعاوضة» لظهوره في كون المعاوضة من المعاوضات، كما أن الفسخ مخصوص بالعقود، و في موارد الإباحة إسترداد للعين.
ثالثها: قوله: «فان تلفت لزمت» فإن جميع ذلك ظاهر في حصول الملك المتزلزل و لزومه بالتلف.

و المصنف رحمته الله ناقش في الجميع. أما في الأول فبأن المراد بقوله: «الأقوى» هو في مقابل قول المفيد باللزوم.

و أما في الثاني فبأن إطلاق المعاوضة عليها إنما هو باعتبار قصد المتعاطيين. و كذا إطلاق الفسخ على الرد، لا باعتبار تحقق عقد بمملك.

و أما الثالث فبأن إطلاق اللزوم بالتلف إنما هو بهذا الاعتبار أيضاً.
و على فرض ظهور هذه الجمل في الملك يكون قوله: «و لا يحرم على كل منها الانتفاع... الخ» أظهر من تلك الجمل في عدم حصول الملك، إذ مع فرض حصوله لا يبقى مجال لقوله: «و لا يحرم» لأنه لا ينبغي الإرتياب في جواز التصرف في الملك، فع حصول الملك بالمعاوضة لا يبقى شك في حليّة التصرف.

الانتفاع، إذ لا معنى (*) لهذه^(١) العبارة بعد الحكم بالملك.
و أما قوله: «و الأقوى... إلى آخره» فهو إشارة إلى خلاف المفيد عليه السلام
و العامة القائلين باللزوم (**).
وإطلاق^(٢) المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان. وإطلاق الفسخ على
الرد بهذا الاعتبار^(٣)

(١) أي: لقول العلامة: «و لا يحرم على كل منها الانتفاع» إذ لو كانت المعاطاة مفيدة
للملك. لم يكن معنى لحكم العلامة بعدم حرمة الانتفاع، لكون جواز إنتفاع كل واحدٍ منها
- فيما انتقل إليه - من آثار الملك، فلا حاجة إلى التنبيه عليه، فصون كلام العلامة عن توضيح
الواضح يقتضي إرادة الإباحة من الملك، لما بين الإباحة و جواز الانتفاع من الملائمة والمناسبة.
(٢) معطوف على: «و أما قوله» وهو إشارة إلى منع المنشأ الثاني لظهور عبارة التحرير
في الملك، و هذا هو إطلاق المعاوضة على المعاطاة، وإطلاق الفسخ على إسترداد العينين
مادامت باقيتين.

(٣) أي: باعتبار قصد المتعاطيين.

(*) بل لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالإباحة، لأنه تكرار لما يستفاد من العبارة
السابقة على القول بالإباحة، بخلافه على القول بالملك، لأنه بناء على هذا يكون من قبيل
الحكم بعد حصول موضوعه، فكأنه قال: «الأقوى: أن المعاطاة تفيد الملك غير اللازم،
فلا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه، ليتحقق الملك. بخلاف البيع الفاسد، فإنه يحرم
الانتفاع فيه، لعدم تحقق الملك، فلا مسوغ للتصرف فيه».

و عليه فما استظهره المسالك من عبارة التحرير و نسبه إليه من كون المعاطاة مفيدة
للملك الجائز لا يخلو من جودة.

(**) لا يخفى أن المنسوب إلى شيخنا المفيد و بعض العامة هو العلك اللازم،
فالمقابلة تقتضي أن يكون المراد بقوله: «الأقوى أن المعاطاة غير لازمة» أن المعاطاة تفيد
الملك الجائز، فاستظهار المسالك في محله، والله العالم.

أيضاً^(١)، وكذا اللزوم^(٢).

ويؤيد^(٣) ما ذكرنا - بل يدل عليه - : أن الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقفها على الإيجاب والقبول، ثم قال: «و هل يستغنى عن الإيجاب والقبول في هدية الأئمة؟ الأقرب عدمه^(٤)، نعم^(٥) يباح التصرف بشاهد الحال» انتهى. وصرح بذلك^(٦) أيضاً في الهدية ب، فإذا لم يقل^(٧) في الهبة بصحة المعاوضة فكيف يقول بها في البيع؟

(١) أي: كصدق المعاوضة على المعاوضة باعتبار قصدهما.

(٢) أي: إطلاق لزوم المعاوضة باعتبار القصد. وهذا منع المنشأ الثالث.

(٣) أي: يؤيد إرادة مجرد الانتفاع - لا الملكية المتزلزلة - في عبارة التحرير ما أفاده العلامة في هدية التحرير من توقف مملكتها على الإيجاب والقبول اللفظيين، وإلا أفادت إباحة محضة.

و التعبير بالتأييد لعلّه لاحتمال وجود تعبد في البين فارق بين باب المعاوضة في البيع والهدية. والإضراب عنه إلى الدلالة ناظر إلى منع التعبد، وكونها من باب واحد.

(٤) أي: عدم الاستغناء عن الإيجاب والقبول.

(٥) الشاهد في تصريح العلامة ^{تتويلاً} بحصول إباحة التصرف في الهدية الفعلية، ولو كانت بالإيجاب والقبول اللفظيين لأفادت الملك.

(٦) أي: بعدم استغناء الهدية عن الإيجاب والقبول اللفظيين، وبحصول مجرد إباحة التصرف، كعدم استغناء الهبة عنها.

(٧) يعني: أن عدم التزام العلامة ^{تتويلاً} بالمعاوضة في عقد الهبة يستلزم إنكار المعاوضة في البيع بالأولية القطعية، إذ البيع عقد لازم، والهبة جائزة، فتوقف العقد المجاوز على إنشائه باللفظ يستلزم أولوية توقف العقد اللازم عليه.

و ذهب^(١) جماعة تبعاً للمحقق الثاني الى حصول الملك^(٢). ولا يخلو عن قوة، للسيرة^(٣) المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق والبيع والوطي والإيصاء وتوريثه، وغير ذلك من آثار الملك.

(١) معطوف على قوله: «والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة» وهذا إشارة الى القول الثاني - المعنى به - في حكم المعاطاة، بعد القول المشهور النافي للملك.

(٢) هذا مختاره قوله من بين الأقوال الستة المتقدمة. والعبارة ظاهرة بدوياً في الميل الى مختار المحقق الكركي قوله من الملك المتزلزل. لكن مقصود المصنف قوله - بقرينة أدلة مملكية المعاطاة وما سيأتي من أدلة اللزوم - هو الاستدلال على أصل إفادة المعاطاة للملك، مع الغض عن جوازه و لزومه، بقرينة قوله: «الى حصول الملك» و لم يقل «الملك المتزلزل» و ليس مقصوده تقوية خصوص الملك الجائز الذي أسسه المحقق الكركي حتى يتوهم منافية قوله: «ولا يخلو عن قوة» لما سيأتي من الأدلة الثمانية على كون المعاطاة كالبيع بالصيغة مفيدة للملك اللزوم.

ثم إن هذا شروع في المقام الثالث المتكفل لحكم المعاطاة بحسب الأدلة الاجتهادية، وتعرض المصنف لوجوه خمسة استدلت بها القوم، و ناقش في بعضها. أولها: السيرة، ثانيها: آية حل البيع، ثالثها: آية التجارة عن تراض. رابعها: حديث السلطنة، خامسها: الاجماع المركب.

المقام الثالث: الاستدلال على القول المختار

الدليل الأول: السيرة

(٣) هذا هو الدليل الأول على مملكية المعاطاة، وقد استدلت به المحقق الثاني في ما تقدم من عبارتي جامع المقاصد و تعليق الإرشاد، و تبعه غيره ممن قال بالملك.

ثم إن السيرة إما عقلانية و إما متشرعية، و المراد بالأولى بناء العقلاء - بما هم عقلاء - مع الغض عن تديتهم بشرعية، كسيرتهم على الأخذ بظاهر الكلام في مقام الاحتجاج، و بالعمل

بإخبار الثقة ونحوهما. والمراد بالثانية عمل المتشرعة بأمرٍ وإلتزامهم به بما أنهم متدينون.
و الفارق بين السيرتين: أن إعتبار الاولى يتوقف على إمضاء الشارع لها ولو بعدم الردع، دون الثانية، لكونها إجماعاً عملياً متلقاةً من الشارع.
والظاهر أن مقصود المصنف ^{عليه السلام} من السيرة هنا هي السيرة العقلانية دون التشريعية، وذلك لما سيأتي منه في التشكيك في حجيتها بقوله: «فهني كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة وقلّة المبالاة في الدين...» و من المعلوم أن سيرة المتشرعة لا سبيل للطعن فيها بمثله، وإلا لم تكن سيرة المتشرعة.

وكيف كان فالاستدلال بالسيرة العقلانية على ترتيب آثار الملك على المعاطاة منوط بأمر ثلاثة لابد من إحرازها:

الأول: أصل ثبوت بناء العقلاء على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.

الثاني: استمرار عملهم من زماننا إلى عهد الشارع وعدم كونه من السير الحادثة.

الثالث: عدم ردع الشارع الأقدس عنه حتى يستكشف إمضاءه له و تقريره إياه.
وهذه الامور الثلاثة محققة في المقام.

أما الأمر الأول، فلوضوح إستقرار بناء العقلاء على ترتيب آثار الملك على المعاطاة، لتصرفهم في المأخوذ بها بما يكون من شؤون سلطنة المالك خاصة، من جواز بيعه و عتقه والايصاء به الى الغير، و توريثه، و وقفه، و التصدّق به، و نحو ذلك من التصرفات التي يتوقف نفوذها على صدورها من المالك أو من يقوم مقامه، و لا تكون مشروعةً من المباح له. ولو كانت المعاطاة مؤثرة في الإباحة المحضة دون الملك لكانت التصرفات المذكورة غير نافذة شرعاً، و أوجب ذلك إختلال نظام المعيشة. و إنكار هذه السيرة مكابرة، فإنها ثابتة من العقلاء بما هم عقلاء، و من المتشرعة بما هم متشرعون. فدعوى كون المتيقن من هذه السيرة هو إباحة التصرفات لا الملكية مجازفة.

وأما الامر الثاني: فلأن هذه السيرة ليست حادثة في الزمن المتأخر عن عصر الشارع،

و يدل عليه^(١)

بل مقتضى تشابه الازمنة و عدم نقل خلافها في التواريخ ثبوت هذه السيرة في عصر الشارع. وقد أشار المصنف الى هذه الجهة بقوله: «المستمرة».

وأما الأمر الثالث فلأنه يكفي في إحراز الإمضاء - بعد ثبوت الاستمرار - عدم ثبوت الردع الشرعي، ولو لم تكن سيرة العقلاء مرضية له لزمه الردع عنها.

فان قلت: يكفي في الردع إطلاق دليل الاستصحاب القاضي بلزوم الجري العملي على اليقين - أو المتيقن - السابق، و عدم نقضه بالشك، فأصالة عدم حدوث الملك بالمعاطاة حجة شرعية صالحة للردع. وكذا الاجماع المتقدم - في عبارة شيخ الطائفة وإبنا زهرة وإدريس - على كون المعاطاة مبيحة لا مملّكة. و عليه فالسيرة هنا ساقطة عن الاعتبار.

قلت: لا مجال للردع بإطلاق دليل الاستصحاب مع كون السيرة دليلاً إجتهادياً حاكماً على الاستصحاب. بعد البناء على حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية، و أما الاجماع المنقول ففيه عدم حجّيته في نفسه خصوصاً مع احتمال مدرّكته.

مركز تحقيق كاتيب علوم اسلامی

الدليل الثاني: آية حل البيع

(١) أي: و يدل على حصول الملك بالمعاطاة عموم قوله تعالى. و هذا هو الدليل الثاني على كون المعاطاة - كالبيع بالصيغة - في إفادة الملكية. و المذكور في المتن في تقريب دلالة الآية المباركة على المدعى وجوه ثلاثة:

أولها: دلالة الآية بالمطابقة على حلية أنحاء التصرفات - تكليفاً في المأخوذ بالمعاطاة سواء توقفت على الملك أم لا، و مدلولها الإلزامي الشرعي هو صحة المعاطاة أي: كونها مؤثرة في النقل.

و الشاهد على إبتناء هذا الوجه على الملازمة الشرعية بين حلية البيع و صحته هو ما سيأتي منه ^{في} في مقام المناقشة فيه بقوله: «و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية المحاصلة في سائر المقامات... الخ».

ثانيها: دلالتها بالمطابقة على الصحة، لأنّ تعلق الحلية بالأمر الاعتباري يُناسب إرادة الوضع لا التكليف، ومعه لا حاجة الى تقدير الأفعال الخارجية التي هي متعلقات الأحكام التكليفية.

ثالثها: دلالة الآية بالملزمة العرفية - لا الشرعية - على صحة المعاطاة، وإفادتها للملك من أول الأمر. وسيأتي بيان الأخيرين عند تعرّض الماتن لهما.

وأما الأول فتقريبه: أنّه مبني على أمور مسلّمة:

أحدها: أنّ المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفاً.

ثانيها: أنّ مقتضى إلقاء الخطابات الى العرف كون موضوع الأدلة الشرعية هو البيع الصحيح. بنظرهم، لا الصحيح شرعاً، لما تقدم قبيل بحث المعاطاة من أن المستعمل فيه - من كلمة البيع في الأدلة - هو النقل المؤثر عند العرف.

ثالثها: أنّ الموجب لتقدير «التصرفات» وإرادة الحلية التكليفية من الآية المباركة - مع

تعلق الحيل بنفس البيع - أحد أمور أربعة: *موسم علوم هدى*

الأول: ظهور «الحيل» في التكليفي، خصوصاً مع تأكّد هذا الظهور الذاتي بالعرضي وهو

تحريم الربا، وعدم تعلق الحيل التكليفي بالبيع بمعنى إنشاء التملك، إذ لا يتوهم فيه غير الحيل حتى يحتاج إلى البيان.

الثاني: ورود الآية مورد الامتنان، ومن المعلوم عدم الامتنان في حليّة مجرد الإنشاء،

بل لابدّ في حصول الامتنان من تحليل التصرفات المترتبة على البيع.

الثالث: كون البيع بنفسه غير إختياري، لترتبه على سببه بلا إختيار، فلا بدّ حينئذٍ من

تقدير ما يصحّ تعلق الحيل التكليفي به وهو التصرفات.

الرابع: أنّ الملكية إعتبار ذهني لا يتعلق بها الجعل، بل تنزع من التكليف المجعول

بالاستقلال.

وبهذا يتم الاستدلال، حيث إنّ إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة تستلزم شرعاً

أيضاً^١ عموم^٢ قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^٣ حيث إنه يدل على حلّية جميع التصرفات المترتبة على البيع (*).

صحتّها، إذ لو لم تكن مؤثّرة في النقل لم يحلّ التصرف فيه أصلاً.
هذا تقريب الاستدلال، وسيأتي مناقشة المصنف رحمته فيه من عدم إقتضائه أزيد من الملك الآتي، وأما حصول الملكية من أول الأمر فلا.
(١) أي: كما دلّت السيرة العقلانيّة المضاعفة شرعاً على صحة المعاطة وتأثيرها في الملك من حين التعاطي.

(٢) المراد به الشمول الصادق على كل من العموم الوضعي والإطلاق الحكمي، لوضوح أنّ شمول «البيع» للقولّي والفعلّي ليس بالوضع، بل بمعونة مقدمات الحكمة.
(٣) يعني: حيث إنّ عموم الآية يدلّ على حلّية جميع التصرفات، والوجه في هذه الدلالة بعد تقدير متعلق الحيل أي - التصرف - هو العموم الناشئ من حذف المتعلق، فتثبت حلّية كل تصرف في المأخوذ بالمعاطة، سواء توقف على الملك أم لا.

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

(*) الحق دلالة الآية على المدعى بلا حاجة إلى تقدير أصلاً. وتوضيحه يتوقف على تقديم أمور:

الأول: أنّ التصرفات المترتبة على البيع مختلفة بحسب الحكم، مثلاً: إذا باع زيد فرسه بدنائير معيّنة، فركوبه حلال تكليفاً، وبيعه ووقفه وهبته وصلحه ونحوها حلال وضعاً، وإنفاقه واجب تكليفاً، وحمل ما يحرم أكله وشربه عليه كالميتة والخمر حرام تكليفاً.
والحاصل: أنّ التصرفات المترتبة على البيع مختلفة سنخاً وحكماً، لكون بعضها خارجياً كالركوب والأكل والشرب واللبس، وهذا القسم محكوم بالحلّ التكليفي أو الحرمة أو الوجوب كذلك، كحرمة حمل المحرّمات من الخمر ولحم الخنزير ونحوهما عليه، وكوجوب الانفاق عليه. وبعضها إعتبارياً كالبيع والصلح والهبة والوقف والعق ونحوها،

و هذا القسم محكوم بالحكم الوضعي كما لا يخفى.

الثاني: أن القيود الناشئة عن الحكم يمتنع دخلها في المتعلق، و من تلك القيود الصحة، فإنها ناشئة عن الدليل، فدخلها في موضوع الدليل غير صحيح كما هو واضح.

الثالث: أن الحل في اللغة - كما عن الصحاح - هو الطلق الذي هو الإرسال و عدم المنع و الحجر، في مقابل الحرمة التي هي المنع و الحجر، و من المعلوم أن الحل بهذا المعنى أعم من التكليفي و الوضعي، فنفوذ البيع يصدق عليه الحل، لعدم منع عنه، في مقابل البيع غير النافذ، فإنه ممنوع عنه، للمنع عن نفوذه و كونه كسائر البيوع النافذة. فمعنى حرمة بيع الملامسة و المنابذة و الحصة و المجهول و غير ذلك هو عدم نفوذها و عدم ترتب الأثر المقصود عليها. فكل من الحل و الحرمة يعم التكليفي و الوضعي، و تعين أحدهما في بعض الموارد إنما هو بالقرينة، فتتقرر بعض المحشين ^{في} في جواز إرادتهما معاً، نظراً إلى عدم القدر المشترك، غير ظاهر الوجه.

فالمتحصل: أنه مع عدم القرينة على إرادة خصوص أحدهما يحمل كل من الحل و الحرمة على القدر المشترك.

الرابع: أن الأصل عدم التجوز و عدم التقدير، فمع إمكان إرادة الظاهر لا تصل النوبة إلى ارتكابهما، لأنه رفع اليد عن الظاهر و ارتكاب خلافه بلا دليل، فلا يصار إليه بلا موجب.

الخامس: أن الحل كالحرمة تارة يتعلق بالأعيان الخارجية كقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بِهِمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ ب. و ﴿أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ، وَ طَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ﴾ ج. و ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ﴾ د. و أخرى يتعلق بالأفعال الخارجية كالأكل و الشرب

أ : حاشية المحقق الايرواني على المكاسب، ج ١، ص ٧٧

ب: المائدة، الآية: ١

ج: المائدة، الآية: ٥

د: النساء، الآية: ٢٣

و النكاح و غير ذلك. و ثالثة يتعلق بالامور الاعتبارية المبرزة بمبرز خارجي أو المنشأة بإنشاء قولي أو فعلي كالصلح و البيع و الإجارة، و غيرها من الامور الاعتبارية.

فإن تعلق بأعيان خارجية لم يصح الكلام إلا بتقدير فعل مناسب يتعلق به الحكم، و إلا كان لغواً، فدلالة الإقتضاء توجب التقدير المزبور، فيتعلق الجل في الآيات المتقدمة بالأكل و في آية حرمة الأمهات بالنكاح.

و إن تعلق بالأفعال الخارجية يصح الكلام من دون حاجة الى تقدير، كقوله تعالى: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم﴾^أ لكون متعلق الحل - وهو الفعل كالرفث في الآية الشريفة - مذكوراً في الكلام.

و إن تعلق بالأمور الاعتبارية فكذلك الصحة تعلقه بها من دون حاجة الى تقدير. إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: أن مقتضاه إرادة حلية نفس البيع من الآية الشريفة و عدم تقدير التصرفات، لأنه خلاف الأصل كما عرفت، فمعنى الآية الشريفة - و الله العالم -: أن الله تعالى شأنه قد رخص في إيجاد البيع و أطلقه، و لم يمنع عن تحقيقه في الخارج. فيراد بالجل الجامع بين التكليفي و الوضعي، فتدل الآية المباركة - بالمطابقة - على جواز البيع تكليفاً و نفوذه وضعاً. و لا ينبغي الارتياح في كون المعاطاة المقصود بها التملك بيعاً، فيشملة قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ لأن المراد بالبيع في هذه الآية المباركة هو معناه العرفي لا الشرعي، بمعنى ما يكون جامعاً للشرائط الشرعية حتى يكون مؤثراً فعلاً، لما عرفت - في بعض الأمور المتقدمة من امتناع دخل ما ينشأ عن الحكم في متعلقه، و المفروض أن الصحة مترتبة على الدليل، فلا يمكن أخذها في متعلقه. فالمقصود من البيع في الآية هو العرفي، فالبيع العرفي بمقتضى هذه الآية حلال تكليفاً و وضعاً، فالمعاطاة حلال كذلك، لأنها بيع عرفي.

فالمحصل: أن الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ على كون المعاطاة بيعاً جائزاً و نافذاً في غاية المتانة.

و قد ظهر أن الدلالة على ذلك تكون مطابقة.

لا يقال: إن مقتضى المقابلة بين حلية البيع و حرمة الربا هو إرادة الحلية التكليفية في مقابل الحرمة التكليفية للربا، و حيث إن حلية البيع - الذي هو إنشاء تمليك عين بمال - تكليفاً غير محتاجة الى البيان، فلا بد من تقدير ليصح تعلق الحلية التكليفية به، و المقدّر هو التصرفات، فجميع التصرفات المترتبة على البيع حلال تكليفاً بالدلالة المطابقة، و نفس البيع حلال إلزاماً، فالتصرفات المترتبة على المعاطاة حلال تكليفاً و إن كانت متوقفة على الملك، فلا يستفاد من الآية الملكية بل حلية التصرفات، إذ لا يراد حينئذ من «أحل» إلا الحلية التكليفية كما هو ظاهر المصنف رحمته الله.

فإنه يقال: لا مجال لإرادة حلية التصرفات المترتبة على البيع من قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ لما عرفت من اختلاف أحكامها بحيث لا يشملها الحل، و إرادة بعضها مما لا قرينة عليه، هذا.

مضافاً إلى: لغوية ذلك، لنضمن أدلة تشريع تلك الأحكام لها، فتشريعها ثانياً ممتنع على الحكيم.

و إلى: أن الحمل على التصرفات محتاج الى تقدير أو تجوز. و كلاهما خلاف الظاهر جداً من دون حاجة اليه، لما مرّ من صحة تعلق الحل بنفس البيع، و عدم الوجه في رفع اليد عن هذا الظاهر.

و أما حرمة الربا فليست قرينة على إرادة خصوص الحل التكليفي، لأن المراده بالحرمة هو المنع و الحجر، في مقابل الإطلاق و الإرسال، فالمراد بحرمة الربا هو المنع عنها، و عدم نفوذ البيع فيها. و ليس المراد خصوص الحرمة التكليفية، لأنها إن كانت عين حرمة التصرف في مال الغير فهي لغو، فلا بد من الالتزام بالتأكد، و هو خلاف الأصل. و إن كانت غيرها لزم تعدد العقاب على المخالفة، و تعدد الثواب على الموافقة، هو كما ترى ممّا يبعد الالتزام به. و هذا يصلح لأن يكون قرينة على إرادة الحل الوضعي و هو نفوذ البيع من «أحل» و يقابله حرمة الربا،

فيراد بها عدم النفوذ.

فحاصل المعنى: أن البيع نافذ، و الربا غير نافذ، فبالقرينة المقامية يتعين إرادة الحلية الوضعية من «أحل» و الحرمة الوضعية من «حرّم الربا».

و مع الغض عن هذه القرينة لا مانع من إرادة القدر المشترك - و هو الإرسال - من «أحل» و المنع الذي هو ضد الإرسال من «حرّم الربا».

فقد ظهر من جميع ما ذكرنا: ضعف ما أفاده المصنف رحمته من دلالة الآية الشريفة على حلية التصرفات المترتبة على البيع، بل المراد الحلية الوضعية، فالبيع يوجب الملكية، لا أنه يبيع التصرفات بدون الملكية كما أفاده المصنف رحمته حتى نحتاج الى الالتزام بالملك التقديري بالنسبة الى التصرفات المتوقفة على الملك.

نعم يتجه ما أفاده رحمته من تعلق الحلية بالتصرفات بناءً على أن المراد بالبيع خصوص الصحيح، حيث إنه لا معنى حينئذٍ لحلية البيع الصحيح، بل لابد من جعل متعلق الجل التصرفات المترتبة على البيع الصحيح.

لكن لا مجال لذلك بعد البناء على إرادة البيع العرفي، و بعد ما عرفت من إمتناع جعل الجل بالنسبة الى التصرفات المختلفة الأحكام المترتبة على البيع.

و أما ما أفاده المصنف رحمته من جعل الحل متعلقاً بالتصرفات ففيه أولاً: أن التقدير خلاف الأصل، و لا موجب له بعد صحة تعلق الجل بنفس البيع الذي هو معاملة خاصة عرفية، حيث إنها من الأمور الاعتبارية التي يصح أن يتعلّق بها الحلية و الحرمة كما مرّ في بعض المقدمات.

و ثانياً: عدم صحة تعلق الجل التكليفي بتلك التصرفات بعد إختلافها في الأحكام كما تقدم أيضاً.

و ثالثاً: أن حلية التصرفات لا تنطبق على المدعى، و هو كون المعاطاة مفيدة للملك، لأن مجرد إباحة التصرفات لا يدلّ على الملكية التي هي المدعاة، إذ المفروض أن

المحقق الثاني عليه السلام يلتزم بمملوكة المعاطاة، لا مجرد كونها مبيحة للتصرفات، والمصنف عليه السلام يريد إثبات هذا المدعى بالسيرة وبآية جل البيع. ومن المعلوم أن حلية التصرفات - تكليفاً - المترتبة على البيع لا تثبت الملكية، فالدليل لا ينطبق على المدعى.

أللهم إلا أن يقال: إن المقصود ترتب حلية جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - على البيع الصادق على المعاطاة، فالآية حينئذ تدل بالمطابقة على حلية التصرفات المترتبة على البيع، وبالالتزام على تأثير البيع الصادق على المعاطاة في الملكية.

لكن قد عرفت عدم صحة تعلق الجل بالتصرفات المختلفة حكماً، فلا وجه لتقدير «التصرفات» وجعل الجل متعلقاً بها.

وأما شيء من الوجوه الأربعة - من ظهور الجل في التكليفي، وورد الآية مورد الامتنان، وكون البيع غير اختياري و انتزاعية الملكية - فلا يصلح لإثبات تقدير التصرفات وجعلها متعلقة للجل.

إذ في الأول أولاً: منع الظهور في الجل التكليفي، بعد ما عرفت من عدم إرادة الحرمة التكليفية في قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

و ثانياً: بعد تسليمه عدم مانع عن إرادة الجل التكليفي، لأن متعلقه المعاملة الخاصة المعهودة بين الناس، وجليتها التكليفية ملازمة عرفاً لحليتها الوضعية.

وفي الثاني: حصول الامتنان بجل البيع العرفي تكليفاً المستلزم لجله وضعاً، فلا حاجة إلى تقدير التصرفات.

وفي الثالث: منع عدم اختيارية البيع، لأن المراد به هو المعاملة المتداولة بين العقلاء التي هي من أفعالهم الاختيارية. نعم ليست هذه المعاملة فعلاً اختياريّاً لأحد المتعاقدين، لأنها فعلهما معاً، لا واحد منهما، فتأمل.

وفي الرابع: أن الملكية ليست إعتباراً ذهنياً، بل هي حكم وضعي قابل لتعلق الجعل به، استقلالاً، كما تقدم مراراً.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: صحة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ على كون المعاطاة مفيدة للملك، سواء أريد بالحل التكليفي أم الوضعي. أما على الأول فلاستلزام حل المعاملة الخاصة البيعية تكليفاً لحلها وضعاً، إما للامتنان، وإما لعدم احتياج الحل التكليفي المجرد عن الوضعي إلى البيان، لوضوحه وعدم توهم حرمة غاية الأمر أن دلالة على الحل الوضعي بناء على هذا تكون التزامية لا مطابقة. وأما على الثاني - كما هو الأصح - فلكون متعلق الحل أولاً وبالذات نفس البيع، فدلالته على نفوذ البيع ومملكته تكون بالمطابقة، فلا يتوقف الاستدلال بالآية المباركة على تجوز أو تقدير ليكون متعلق الحل بالتصرفات.

ثم إنه قد أورد على المصنف رحمته بوجوه عديدة، إثنان منها راجعان إلى منع دلالة الآية الشريفة التزاماً على إفادة البيع للملكية، واحداً منها راجع إلى كون المعاطاة بيعاً، وهي: **الأول:** أن حلية التصرفات تكليفاً لا تدل على الملكية بالدلالة الالتزامية، إذ لا ملازمة بينهما لا عقلاً ولا شرعاً. أما الأول فواضح، وأما الثاني فلأن جواز التصرف في أموال الناس في حال الضرورة والمجاعة مسلم عندهم، من غير أن يكون ذلك ملكاً للمتصرف. نعم التصرفات المنوطة بالملك تكشف عن حصوله آنأما قبل التصرف جمعاً بين الأدلة. فالاستدلال بالآية الشريفة - بناء على كون مدلولها المطابقي حلية التصرفات تكليفاً - على تحقق الملكية من حين التعاطي في غير محله، لعدم الملازمة بين الملكية وإباحة التصرفات، هذا.

لكن يمكن دفعه بأن المراد التصرفات التي يربطها العقلاء على بيوعهم. ومن المعلوم أن المتداول بينهم هي التصرفات المالكية، بمعنى: أن العرف يرى إسناد تصرفات المشتري في المبيع إلى مالكه له، لا إلى إباحة المالك أو الشارع له، وإباحة هذه التصرفات - لا محالة - تدل التزاماً على ملكية المبيع للمشتري والتمن للبائع.

وهذا بخلاف التصرفات المباحة من جهة الضرورة، فإن الضرورات تنقذ بقدرها. ومن المعلوم إرتفاع الضرورة بمجرد الإباحة في التصرف كالأكل، فلا موجب للالتزام بالملكية كما لا يخفى.

الثاني: ما تقدم من أن الحل التكليفي يمتنع أن يشمل جميع التصرفات، لاختلافها سنخاً وحكماً، فإن وجوب الإنفاق على الدابة المبيعة أو حرمة العمل عليها مما لا يمكن تناؤل الحل التكليفي له. والالتزام بحلية بعض التصرفات دون بعضها بلا ملزم وبلا دليل يقتضيه. ودعوى «شمول الحل لجميع التصرفات، غاية الأمر أنه يخرج بعضها - كوجوب الإنفاق وحرمة الصرف في المعصية - بالدليل، فيخصص عموم حل التصرفات بالدليل الخارجي» غير مسموعة، لمنافاة التخصيص للامتثال المناسب للعموم، ولمنافاته أيضاً لما يقتضيه حذف المتعلق من إرادة العموم.

مضافاً إلى: عدم الحاجة إلى إثبات الحل التكليفي بالآية المباركة بعد ثبوته بأدلة تشريع تلك التصرفات، فيلزم إما المحال وهو إيجاد الحاصل، وإما ارتكاب خلاف الأصل، وهو التأكد.

الثالث: أنه لو سلم دلالة الآية الشريفة على جواز البيع وضعاً وتكليفاً، أو قلنا بدلالاتها على حلية التصرفات واستكثفنا منها الملكية من أول الأمر، لكنها لا تشمل المعاطاة، لعدم صدق البيع عليها، إذ لا يخلو إما أن يكون البيع من مقولة اللفظ أو من مقولة المعنى. وعلى التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاة.

أما على الأول فواضح. وأما على الثاني فلأن البيع وإن كان من مقولة المعنى، لكن صدق عنوان البيع عليه يتوقف على إبرازه باللفظ، لأن الكلام النفسي مدلول الكلام اللفظي. ومن المعلوم أن المعاطاة لم تُبرز باللفظ، فتكون خارجة عن حد البيع، فلا وجه للاستدلال على مملكتيتها بآية الحل، هذا.

و فيه: أن البيع ليس اسماً لمجرد اللفظ، وإلا يلزم تحققه بلفظ «بعث» بدون الإنشاء. وليس أيضاً اسماً للاعتبار النفساني غير المبرز بمظهر خارجي، وإلا يلزم تحققه بنفس الاعتبار وإن لم يكن مبرزاً خارجاً، بل البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي سواء أكان لفظاً أم فعلاً، ولا دليل على حصر المبرز في اللفظ خاصة.

بل قد يقال^(١): بأن الآية دالة عرفاً بالمطابقة على صحة البيع، لا بمجرد المحكم التكليفي^(٢).
لكنه محل تأمل^(٣) (*).

(١) هذا هو التقريب الثاني من وجوه الاستدلال بالآية الشريفة على مملكية المعاطاة، ولعله مختار من يقول بقابلية الأحكام الوضعية للجعل الاستقلالي، وأن الحلية لو كانت ظاهرة بدواً في خصوص التكليف، إلا أن ذلك منوط بتعلقها بالتصرف الخارجي كالأكل والشرب، وأما إذا تعلق بالتصرف الاعتباري من عقد أو إيقاع فلا، حيث إن الحل الوضعي عبارة عن نفوذ متعلقه وتأثيره في الأثر المقصود، فالبيع المقصود به التمليك تكون صحته عبارة عن تأثيره في الملكية، فالآية الشريفة حينئذ يكون مدلولها المطابقي إفادة البيع للملكية، وقد تقدمت فردية المعاطاة للبيع وصغورتها له، فتشملها آية الحل.
وبهذا ظهر وجه الإضراب المستفاد من قوله: «بل قد يقال» لأولية إستظهار صحة البيع المعاطاتي من الآية الشريفة بالمطابقة من إستظهارها بالدلالة الإلزامية المتفرعة على تمامية الدلالة المطابقة، فلو نوقش في دلالة الآية على حلية التصرفات المترتبة على البيع إمتنع إثبات مملكية المعاطاة كالبيع القولي، وهذا بخلاف ظهور الحلية ابتداءً في الوضع.

(٢) وهو إباحة التصرفات - المترتبة على البيع - المستلزمة لصحته.
(٣) وجهه: أن حمل الحل على الوضعي خلاف الظاهر، لظهوره في التكليفي، ولا بد حينئذ من تعلقه بالتصرفات مطلقاً خارجية كانت أم اعتبارية، إذ لا يتوهم حرمة إنشاء البيع حتى يدفع بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ فلا بد أن يتعلق بالتصرفات، فالآية الشريفة تدل بالدلالة المطابقة على حلية التصرفات تكليفاً، وبالدلالة الإلزامية على حلية البيع وضعاً.

(*) قد عرفت مفصلاً أنه ظاهر الآية الشريفة، ولا ينبغي التأمل فيه. ودعوى ظهور «الحل» في التكليفي إستناداً إلى الوجوه المتقدمة قد عرفت ما فيها، فلاحظ و تدبر.

و أما ^(١) منع صدق البيع عليه عرفاً فكابرة .
 و أما ^(٢) دعوى الاجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعاً - كابن
 زهرة في الغنية - فرداهم ^(٣) بالبيع المعاملة اللازمة التي هي أحد العقود،

(١) هذا راجع إلى أصل استدلاله عليه السلام على مملكية المعاطاة بالآية الشريفة بالدلالة
 الالتزامية، وليس متعلقاً بخصوص قوله: «بل قد يقال» وبيانه: أن الاستدلال بالآية المباركة
 منوط بصدق الموضوع - أعني به البيع - على المعاطاة، إذ بدونه لا يكون المورد فرداً لموضوع
 الدليل حتى يصح التمسك به لإثبات حكمه، ولذا قال: «إن منع صدق البيع الذي هو موضوع
 الدليل على المعاطاة مكابرة» حيث إن صدق مفهوم البيع عرفاً على المعاطاة من الواضحات
 التي لا يعترها ريب. وقد أشرنا إلى هذا بقولنا: «ان المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفاً».

(٢) هذا إعتراض على قوله: «فكابرة» وحاصله: أن وضوح صدق البيع على المعاطاة
 عرفاً - بحيث يكون منع صدقه عليها مكابرة - ينافي دعوى ابن زهرة عليه السلام: الاجماع على عدم
 بيعية المعاطاة.

(٣) هذا دفع الاعتراض، وحاصله: أن المنافاة المذكورة مبتنية على أن يكون مراد
 المجمعين نفي بيعية المعاطاة حقيقة، وليس الأمر كذلك، لأن مرادهم من البيع - الذي نفوه عن
 المعاطاة - هو المعاملة الصحيحة المؤثرة في إفادة الملك فعلاً الموصوفة بالزوم بحسب طبيعتها،
 والجائزة لأمر خارج عن ذاته كالخيار. وإذا كان معقداً إجماعهم على نفي البيع عن المعاطاة ذلك
 لم يكن منافاةً بين هذا الاجماع النافي لبيعية المعاطاة وبين بناء العرف على بيعيتها، لأن نفي
 الصحة غير نفي الحقيقة، والمنفي في كلامهم ومعقداً إجماعهم هو البيع الصحيح الشرعي كما مر،
 والمثبت هو البيع العرفي، فتعدّد مورد النفي والإثبات فلا إشكال.

لا يقال: إن ظاهر عبارة الغنية عدم إنعقاد البيع بالتعاطي، لا عدم لزومه، لقوله فيها:
 «وأما شروطه فعلى ضربين، أحدهما شرائط صحة إنعقاده، والثاني شرائط لزومه، فالضرب
 الأوّل ثبوت الولاية في المعقود عليه... وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري
 ... الخ» و من المعلوم أن مقتضى شرطية الصيغة للإنعقاد عدم بيعية المعاطاة حقيقة،
 فلا يشملها قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾.

و على هذا فقول المصنف: «ولذا صرح في الغنية» شاهد على عدم بيعية المعاطاة.

ولذا^(١) صرح في الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع.
و دعوى^(٢) - أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً -

لا على عدم لزومها.

فإنه يقال: إن مقصود السيد ابن زهرة رحمته عدم بيعية المعاوضة شرعاً لا عرفاً، إذ لو كان مراده نفي بيعيتها عرفاً لكان اللازم التمسك له بعدم الصدق العرفي الذي هو من قبيل عدم المقتضي، لا بالاجماع الذي هو دليل شرعي، ويكون من قبيل المانع. وعليه فالتمسك بالاجماع دليل على كون الإيجاب و القبول من الشرائط الشرعية لا العرفية، فصدق البيع على المعاوضة بما لا ينبغي الارتياح فيه. هذا.

ولو سلم ظهور إجماع الغنية في نفي بيعية المعاوضة حقيقة قلنا: إنه إجماع منقول، وقد ثبت في محله عدم حجته، مضافاً الى معارضته بدعوى المحقق الثاني: «ان المعروف بين الأصحاب كون المعاوضة بيعاً».

(١) غرضه إقامة الشاهد على التصرف المزبور، وهو كون المنفي في كلامهم البيع الصحيح المؤثر شرعاً، لا البيع العرفي. وجه الشهادة: أنه لو كان مرادهم ما هو ظاهر كلامهم - من نفي البيع حقيقة - لم يكن وجه لجعل الإيجاب و القبول من شرائط الصحة، بل كان اللازم حينئذ جعلها من شرائط محقق مفهوم البيع و حقيقته، فيستكشف من تصريح السيد في الغنية «بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع» أن المنفي هو البيع الصحيح، لا البيع العرفي.
(٢) هذه مناقشة في الاستشهاد بعبارة الغنية من جعلها قرينة على التصرف في كلامهم من عدم كون المعاوضة بيعاً حقيقة.

توضيح المناقشة: أن كلام السيد ابن زهرة رحمته يكون شاهداً على التصرف في كلامهم لو كان البيع الفاسد بيعاً عندهم ليكشف ذلك عن وضعه للأعم، وذلك ممنوع، فتكون الصحة مساوقة لتحقق المفهوم، فبانتفائها ينتفي الحقيقة، فيكشف ذلك عن وضعه للصحيح. وعليه فتصريح ابن زهرة في الغنية - بكون الإيجاب و القبول من شرائط الصحة - لا يكون شاهداً على التصرف في كلامهم بحمل النفي على نفي الصحة مع بقاء الحقيقة، حيث إنه بناء على هذا

قد عرفت^(١) الحال فيها(*) .

يكون نفي الصحة مساوياً لنفي الحقيقة.

و نتيجة ذلك: أنه لا يصح الاستدلال بالآية الشريفة على مملكية المعاطاة، إذ المفروض عدم كونها بيعاً حقيقة.

(١) هذا دفع المناقشة المزبورة، و حاصل الدفع: أنه قد ذكرنا سابقاً: أن البيع ليس إلا إنشاء تمليك عين بمال، و لم يؤخذ في مفهومه قيد التعقب بالقبول فضلاً عن الإيجاب و القبول اللفظيين.

و يمكن أن يكون نظره بقوله: «قد عرفت الحال» إلى ما تقدم عن جامع المقاصد من قوله: «المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم يكن كالعقد في اللزوم». و على التقديرين يكون البيع الفاسد بيعاً حقيقة و إن لم يكن مؤثراً شرعاً. هذا تمام الكلام في التقريب الأول و الثاني من وجوه الاستدلال بآية حل البيع، و بقي التقريب الثالث، و سيأتي بقوله: «فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً» فانتظر.

(*) لا يخفى أن البيع الفاسد و إن كان بيعاً عرفياً، لكن فساد شرعاً يمنع عن التمسك بقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ و نحوه من أدلة نفوذ البيع و صحته، و المقصود من إثبات بيعية المعاطاة هو الاستدلال على صحتها بهذه الآية و نحوها. فجعل المنفي في معقد إجماع الغنية صحة البيع لا حقيقته: و إن كان متيناً في نفسه، لكنه ينافي التمسك بالآية المزبورة لكون المعاطاة بيعاً نافذاً، بل تصير المعاطاة حينئذ كبيع المنابذة و الملامسة و نحوهما من البيوع الفاسدة الخارجة عن حيز عموم ﴿أحل الله البيع﴾ و الوجه في خروج المعاطاة عن العموم المزبور هو إجماع الغنية على عدم كونها بيعاً صحيحاً.

فتوجيه معقد الاجماع بإرادة البيع الصحيح ينتج ضد المقصود - الذي هو إثبات بيعية المعاطاة - حتى يصح الاستدلال لها بمثل ﴿أحل الله البيع﴾ فالأولى كما تقدم منع الإجماع أولاً، و منع حجيته بعد تسليمه ثانياً.

و مما ذكر^(١) يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾.

الدليل الثالث: آية التجارة عن تراض

(١) أي: من جعل متعلق الحل في آية حل البيع: التصرفات و ملازمتها شرعاً لصحة البيع و نفوذه يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^أ. وهذا هو الدليل الثالث مما تعرض له المصنف رحمته من الأدلة على مملكية المعاطاة. وقد سبقه في الاستدلال به المحقق الكركي رحمته في كلامه المتقدم عن جامع المقاصد و تعليق الارشاد، و المحقق الأردبيلي رحمته في شرح الارشاد^ب. و لا يخفى أن الوجوه الثلاثة المشار إليها في الاستدلال بآية حل البيع تجري في هذه الآية المباركة أيضاً، و المهم منها فعلاً - بنظر الماتن - هو الوجه الأول، أعني به دلالة الآية بالمطابقة على حلية التصرف تكليفاً في المأخوذ بالتجارة عن تراض، و بالدلالة الالتزامية على صحتها و مملكتها، لأنه رحمته أجال تقريب الاستدلال بهذه الآية المباركة على ما ركن إليه في آية حل البيع، فيقال: المعاطاة المقصود بها الملك تجارة عن تراض - إذ التجارة هي التصرف في رأس المال طلباً للربح^ج - و التصرفات المملكية المترتبة على التجارة جائزة، فالتصرف في المأخوذ بالمعاطاة جائز، و هذا الجواز التكليفي يستلزم شرعاً صحة المعاطاة و مملكتها.

و كيف كان فوجوه الاستدلال بهذه الآية الشريفة متعددة، من جهة كون الأكل كناية عن التصرف أو عن التملك، و من جهة كون النهي في المستثنى منه مولوياً أو إرشاداً إلى الفساد، و كون الجواز في المستثنى إباحةً تكليفيةً أو إرشاداً إلى الصحة، و من كون الاستثناء متصلاً أو منقطعاً. لكن المهم منها إثنان، تعرض المصنف لأحدهما، و سيأتي ذكر الآخر في التعليقة

أ: النساء الآية: ٢٨

ب: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٥٨، مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٤٢

ج: مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الاصفهاني، ص ٧٣

إن شاء الله تعالى.

و توضيح الوجه المذكور في المتن منوط بالإشارة إلى أمرين:

أولهما: أن النهي في المستثنى منه ظاهر في حرمة الأكل تكليفاً، فيكون الجواز في المستثنى ظاهراً في الحلية التكليفية أيضاً.

ثانيهما: أن متعلق النهي وإن كان هو الأكل لكن لا يراد به ظاهره أي الازدراء المقابل للشرب قطعاً، بل المراد به التصرف في أموال الناس بغير حق، ومقتضى حذف المتعلق إرادة مطلق التصرف سواء أكان متوقفاً على الملك أم لا، إذ لا قرينة في الآية الشريفة على إرادة صنف خاص من التصرفات. ومقتضى المقابلة إرادة حلية كل تصرف - سواء توقف على الملك أم لا - في المأخوذ بالتجارة عن تراضٍ.

قال في مجمع البيان: «ذَكَرَ الْأَكْلَ وَأَرَادَ سَائِرَ التَّصَرُّفَاتِ، وَإِنَّمَا خَصَّ الْأَكْلَ لِأَنَّهُ مَعْظَمُ الْمَنَافِعِ... إِلَى أَنْ قَالَ: وَفِي قَوْلِهِ: بِالْبَاطِلِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ الرِّبَا وَالْقَهْرُ وَالنَّجْشُ وَالظُّلْمُ، عَنْ السَّيِّدِ: وَهُوَ الْمُرُورِيُّ عَنِ الْبَاقِرِ ^ط وَالْآخَرُ: أَنَّ مَعْنَاهُ: بِغَيْرِ إِسْتِحْقَاقٍ مِنْ طَرِيقِ الْأَعْوَاضِ، عَنْ الْحَسَنِ. قَالَ: وَكَانَ الرَّجُلُ مِنْهُمْ يَتَحَرَّجُ عَنْ أَنْ يَأْكُلَ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ بَعْدَ مَا نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ إِلَى أَنْ نَسَخَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ فِي سُورَةِ النُّورِ: وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بَيْوتِكُمْ... إِلَى قَوْلِهِ: أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً... إِلَى أَنْ قَالَ: وَثَالِثُهَا: أَنَّ مَعْنَاهُ: أَخَذَهُ مِنْ غَيْرِ وَجْهِهِ، وَصَرَفَهُ فِيهَا لَا يَحِلُّ لَهُ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً أَوْ مَبَايَعَةً^أ».

و بوضوح الأمرين المتقدمين نقول في تقريب الاستدلال بالآية المباركة: إنَّ «الأكل» كناية عن مطلق التصرف، إذ لا قرينة على إرادة فعل خاص، فيتعين إرادة مطلق التصرف، والمعنى حينئذٍ: أَنَّهُ لَا تَتَصَرَّفُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ بِالسَّبَبِ الْبَاطِلِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ السَّبَبُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ كَالْمُعَاوَاةِ الَّتِي هِيَ تِجَارَةٌ لُغَةً وَ عَرَفًا. وَالِاسْتِثْنَاءُ مِنَ الْحَرَمَةِ التَّكْلِيفِيَّةِ يَقْتَضِي الْحِلَّ التَّكْلِيفِيَّ، فَتَدُلُّ الْآيَةُ بِالمطابقة على حلية التصرفات - تكليفاً - المترتبة على

التجارة عن تراض، و تدلّ على تحقق الملكية من أول الأمر - لا حين إرادة التصرف - بالملازمة العرفية، لأنّ السلطنة المطلقة على شيء لا تنفك عرفاً عن الملكية، وإن كانت الملكية قد تنفك عن السلطنة كالمهجور لأحد موجبات الحجر من صِغَرٍ أو قَلَسٍ أو جنون أو غيرها. و بالجملة: فوزان الاستدلال بهذه الآية المباركة وزان الآية المتقدمة، غاية الأمر أنّ الاستدلال بهذه الآية لا يتوقف على التقدير، لكون متعلق الجواز مذكوراً وهو «الأكل» المراد به التصرف، بخلاف الاستدلال بتلك الآية، فإنّه منوط بتقدير التصرفات. فالاستدلال بهاتين الآيتين على مملكية التجارة و البيع - الذي تكون المعاطاة من أفراده - يكون بالدلالة الإلزامية الشرعية، لأنّ مدلولها المطابق هو حلية التصرفات تكليفاً كما عرفت (*) .

(*) و يرد عليه - مضافاً الى ما أورد به على الاستدلال بآية حل البيع - أنّ عموم التصرفات للتصرفات الاعتبارية غير ظاهر، لأنّ الأكل الذي هو تصرف خارجي وإن لم يكن نفسه بمراد، إلّا أنّ المتيقن من التعدي عنه هو التصرفات الخارجية. و أمّا التعدي الى التصرفات الاعتبارية المغايرة سنخاً للتصرفات الخارجية فلا قرينة عليه. و الدلالة الإلزامية الدالة على الملكية لا يكفي فيها إباحة التصرفات الخارجية، فلا يصح الاستدلال بهذه الآية المباركة بالدلالة الإلزامية على مملكية المعاطاة التي هي تجارة عن تراض.

و يرد عليه أيضاً ما أفاده المحقق الايرواني رحمته من: أنّ غاية مدلول الآية حلية التصرفات المترتبة على المعاطاة، و أمّا الملكية من أول الأمر فلا، لكفاية الملكية الأتنية في حلية مطلق التصرف المتوقف على الملك أ.

وهذا الاشكال - الذي أورد به المصنف على الاستدلال بآية الحل - مخصوص بالتقريب الأول. و أمّا التقريب الثالث و هو دلالة الآية على الصحة بالملازمة العرفية بينها و بين الحلية فهو سليم عن هذا الاشكال، إذ المفروض أنّ العرف يُرتّب آثار الملك على المعاطاة من حين

التعاطي، سواء تصرف فيه بما يتوقف على الملك أم لا.

هذا ما يتعلق بالوجه الأول الذي استظهره المصنف رحمته من الآية الشريفة.

الوجه الثاني: - الذي لم يتعرض له في المتن - هو: أن المراد من الأكل التملك، فبأنه الشائع بعد الصرف عن ظاهره، للقطع بعدم إرادته بالخصوص في المقام، لوضوح عدم إرادة خصوص المأكولات هنا، وهذا النحو من الاستعمال متعارف في القرآن الكريم و كلمات الفحصاء. وإرادة «التملك» أظهر من إرادة «التصرف» الذي هو مبنى الوجه الأول. إذ «التجارة عن تراض» إنما تكون من الأسباب الناقلة للملك، فتملك الأموال لابد أن يكون بها، فإن التجارة تناسب الملكية، لا مجرد جواز التصرف تكليفاً.

و كيف كان فمفاد الآية - بناءً على كون الأكل كنايةً على التملك - : أنه يحرم عليكم تملك أموال الناس إلا بالتجارة عن تراض. والمراد بالتجارة هي العرفية، كما هو شأن كل موضوع عرفي يقع في حيز حكم من الأحكام، ومن المعلوم أن المعاطاة تجارة عرفية، فيشمّلها المستثنى، فيجوز تملك الأموال بالمعاطاة.

و عليه فالآية بهذا التقريب تدل بالدلالة المطابقة على المقصود و هو إفادة المعاطاة للملك. كما أن تقريب الاستدلال بها على الوجه الأول يكون بالدلالة الالتزامية، على ما عرفت مفصلاً.

بقي التعرض لأمر، و هو: أن الإستثناء متصل أو منقطع، و ما يترتب عليه من إفادة الآية حصر السبب الممّلك في التجارة عن تراض و عدمها، فنقول: لم يظهر من المصنف رحمته هنا أحد الأمرين، لكنه صرح بانقطاع الاستثناء في رد أدلة بطلان بيع الفضولي، و هو المحكي عن جمع من المفسرين. و الظاهر أنه كذلك، إذ لا معنى لكون التجارة عن تراض سبباً للملكية مع إنطباق عنوان الباطل عليها. فإن عقد المستثنى منه و إن دلّ على العموم، إذ ليس شيء من الأكل بالباطل مرتخصاً فيه، لكنه لا يدل على حصر محلل الأكل في التجارة عن تراض.

و لا فرق في هذه الجهة بين كون «تجارة» مرفوعاً - كما عن الكوفيين - بناءً على أن «كان» تامة، يعني: إلا أن تقع تجارة عن تراض، إذ من المعلوم أن التجارة كذلك ليست من جنس

الباطل حتى يكون المعنى: إلا أن تكون التجارة الباطلة تجارة عن تراضي. و بين كون «تجارة» منصوباً - كما عن عاصم و حمزة و الكسائي - على أن يكون «كان» ناقصة، و التقدير: إلا أن تكون التجارة تجارة عن تراضي، أو: أموالكم أموال تجارة، بحذف المضاف و إقامة المضاف إليه مقامه.

و الحاصل: أن «التجارة عن تراضي» ضد الباطل، فلا تكون من جنسه حتى يكون الاستثناء متصلاً. فما في تقرير بحث السيد المحقق الخوئي رحمته: «من كون الاستثناء متصلاً، حيث قال المقرّر: «فإن كان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر و الموافق للقواعد العربية كان مفاد الآية: أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب، فإنه باطل، إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراضي، فتفيد الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراضي» غير ظاهر، لأن «الباطل» يكون نعتاً للسبب المستفاد من الباء السببية، فالمعنى: أنه يحرم تملك أموال الناس بسبب باطل إلا أن يكون ذلك السبب الباطل تجارة عن تراضي، إذ النعت قيد للمنعوت، و الاستثناء يكون من مجموع النعت و المنعوت، كقوله: «جاءني العلماء العدول، أو: أكرم العلماء العدول إلا زيدا» فإنه لا ينبغي التأمل في عدم صحة هذا الاستثناء إذا لم يكن زيداً عالماً عادلاً. و مجرد كونه عالماً لا يكفي في صحة هذا الاستثناء، لخروجه عن العام موضوعاً من دون حاجة إلى الاستثناء، بل الاستثناء حينئذٍ مستهجن عند أبناء المحاورة.

من غير فرق في ذلك بين التخصيص الفردي كالمثال، و بين النوعي كقوله: «أكرم العلماء العدول إلا شعراءهم، أو فلاسفتهم، أو البصريين منهم» أو غير ذلك من الأنواع، فإن هذا الاستثناء لا يصبح إلا إذا كان المستثنى من العلماء العدول.

نعم إذا كان الكلام هكذا: «كل تجارة باطلة إلا تجارة عن تراضي» كان الاستثناء متصلاً، لكنه ليس كذلك، لأن «الباطل» في الآية الشريفة نعتٌ للموصوف المستفاد من الباء السببية، فالكلام يكون هكذا: «لا تنصرفوا في أموال الناس بالسبب الباطل، إلا أن يكون ذلك السبب

الباطل تجارة عن تراضي» وفساده غني عن البيان. هذا.

مضافاً إلى: أن اتصال الاستثناء وإن كان مقتضى القواعد العربية، لأنه إخراج حكمي متفرع على إندراج المستثنى موضوعاً في المستثنى منه، فالانقطاع منوط بقريته، إلا أنه يناط بعدم معارضته بأصل عقلائي آخر، فإن الحذف والتقدير خلاف الأصل، ولا وجه لترجيح أصالة الاتصال على أصالة عدم التقدير.

ثم إن مقتضى إنقطاع الاستثناء هو عدم حِلِّ تملك أموال الناس بالأسباب الباطلة، وإناطة حِلِّه بالتجارة عن تراضي، فالمستفاد حينئذٍ من الآية الشريفة حكمان كليان، أحدهما: عدم كون الأسباب الباطلة مملوكة أو محللة. والآخر: كون التجارة عن تراضي محللة أو مملوكة. وعليه فلا تدل الآية على إحصار التصرف أو التملك بالتجارة عن تراضي حتى يقال: بعدم صحة هذا الحصر، لوجود سبب آخر غير التجارة عن تراضي كالهبة والصدقة والوقف وغيرها من الأسباب الناقلة للأموال، وأن هذا الحصر يوجب النسخ أو التخصيص المستهجن - كما في البلغة - حيث قال ﷺ ما ملخصه: أنه لو كان الإستثناء في آية التجارة عن تراضي متصلاً لزم منه إما القول بالنسخ، وإما القول بكثرة التخصيص المستهجن، بداهة أن أسباب حِلِّ الأكل ليست منحصرة بالتجارة عن تراضي، بل يحل ذلك بالهبات والوقف والصدقات والوصايا وأروش الجنايات، وسائر النواقل الشرعية والإباحات، سواء أكانت الإباحة مالكية أم شرعية، فلا ملازمة حينئذٍ بين أكل المال بالباطل وبين ما لا يكون تجارة عن تراضي، فيمكن إنتفاء التجارة عن تراضي مع كون أكل المال بالحق لا بالباطل كالهبات والصدقات ونحوهما.

وإن دَفَعَ ﷺ هذا الاشكال بأن ما يحتاج تملكه بالقبول يندرج في التجارة عن تراضي، لأن المراد بها هو الاكتساب عن تراضي، ومن المعلوم صدقها على الهبة والوصية التمليلية بناءً على إعتبار القبول فيها، وكذا الصدقات المندوبة. وما لا يحتاج إلى القبول كالوقف وأروش الجنايات والوصايا - بناءً على عدم اعتبار القبول فيها - فلا بأس بالتزام التخصيص فيها، وليس

ذلك من التخصيص المستهجن^أ.

بل يمكن أن يقال: بخروجها عن دائرة كل من المستثنى والمستثنى منه بالتخصص، وذلك لأنَّ المستثنى منه في الآية المباركة هو تملك مال الغير بالاختيار بغير التجارة عن تراض، فالمستثنى هو تملك مال الغير بالتجارة عن تراض.

و على هذا فلا يندرج مثل الوقوف و أروش الجنايات في شيء من المستثنى والمستثنى منه، لعدم إندارجها في التملك الاختياري، فتخرج عن حريم مورد الآية رأساً، فلا يلزم شيء من محذوري النسخ و تخصيص الأكثر المستهجن.

لكن الانصاف أن هذا الجواب الذي اختاره السيد الخوئي رحمته الله أيضاً لا يخلو من تأمل، فإنَّ التجارة و إن لم تكن مرادفة للبيع، لاقتضاء العطف في قوله تعالى: ﴿ لا تلهيهم تجارة ولا بيع ﴾ المغايرة بينهما، إلا أنَّ صدقها على قبول الهبة والوصية التمليلية في غاية الغموض، إذ التجارة لغة هي «المعاملة برأس المال بقصد الاسترباح» و صدقها على مجرد قبول المتهب والموصى له محل تأمل. و عليه لابد من الالتزام بالتخصيص كما يلتزم به في ما لا يعتبر فيه القبول كالوقوف و أروش الجنايات و الوصايا بناءً على عدم اعتبار القبول فيها.

وقد يقال: بعدم ارتكاب التخصيص في ما لا يتوقف على القبول كالوقوف و التملك بالخمس و الزكاة و نحوها، لخروجها عن دائرة المستثنى والمستثنى منه تخصصاً، وذلك لأنَّ المستثنى منه هو تملك مال الغير بالاختيار بغير التجارة عن تراض، فالمستثنى هو تملك مال الغير بالتجارة عن تراض. و على هذا فلا يندرج مثل الوقوف في شيء من المستثنى والمستثنى منه، لعدم كون التملك فيه إختيارياً، فتخرج عن حريم الآية رأساً، فلا يلزم شيء من محذوري النسخ و تخصيص الأكثر المستهجن.

إلا أنه يشكل أيضاً بعدم إختصاص المستثنى منه بالتملك الاختياري و إن كان ظاهر الآية ذلك، فإنَّ تطبيق «الباطل» في عدة من النصوص على القمار و الربا و ما يؤخذ بحكم

و أما قوله^(١): «الناس مسلطون على أموالهم»^أ

الدليل الرابع : حديث السلطنة

(١) هذا إشارة الى رابع الأدلة على مملكية المعاطاة، وإن ناقش المصنف في دلالة بما سيأتي بعد تقريب الاستدلال به، فنقول: قد إستدل بهذا النبوي على كون المعاطاة مفيدة للملك، بتقريب: أن المراد بتسلط الناس و قدرتهم على أموالهم هو نفوذ تصرفاتهم فيها، ومقتضى عموم السلطنة - المستفاد من الحكمة أو حذف المتعلق - نفوذ جميع التصرفات الخارجية والإعتبارية التي منها المعاطاة، ومن المعلوم أن نفوذ المعاطاة المقصود بها التملك هو كونها مملكة كسائر الأسباب المملكة. والمنع عن نفوذ المعاطاة في الملكية منافٍ لعموم السلطنة الذي يقتضيه الحديث.

حكّام الجور ونحوها مانع من الإختصاص المزبور، فالمنهي عنه ليس التملك، بل تملك المقامير حرام قطعاً بمقتضى التطبيق. وعليه فما عدا التجارة عن تراخى مندرج في عقد المستثنى منه سواء أكان تملكاً أو تملكاً إختياراً أو غير إختيارى. ولا مفر من الاشكال إلا إنكار الحصر المترتب على اتصال الاستثناء.

الأمر الثاني: الظاهر أن المراد بالباطل ما لا سببية له واقعاً للأكل و التصرف، كما أن السبب الحق هو المؤثر في التملك و التصرف واقعاً، وذلك لما أشرنا إليه من تطبيق الأكل بالباطل على القمار بمثل قوله عليه السلام: «ذلك القمار»^ب مع أنه سبب حق عرفي.

ومعه لا مجال لدعوى إرادة الحق و الباطل العرفيين، وحمل التطبيق على التخصيص أو التخطئة أو الحكومة. فإن لسان التطبيق أب عن حمله على أحد الامور المذكورة كما لا يخفى.

أ : بحار الانوار، ج ٢، ص ٢٧٢

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ١٢١، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث: ١٤، ونحوه الحديث:

فلا^(١) دلالة فيه على المدعى، لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة^(٢).

(١) غرضه المناقشة في دلالة الحديث المزبور على مملّكية المعاطاة. وحاصل المناقشة: أنّ الاستدلال به على المقام منوط بعمومه لأسباب أنواع السلطنة وموجبات تحققها، حتى يقال: إنّ تملك المال بالمعاطاة من أنواع السلطنة المشمولة للحديث، فالتمليك بالبيع القولي كما يكون جائزاً كذلك البيع المعاطاتي.

لكنه ليس كذلك، لأنّ المتيقن من الحديث هو السلطنة على أنواع التصرفات من البيع والهبة والصلح وغيرها من التصرفات الاعتبارية، فإذا شكّ في قدرة المالك على نوع من أنواع التصرفات حكم له بالعموم المزبور. وأمّا بالنسبة إلى سبب حصول ذلك النوع وأنّه هل يحصل بفعل أو قول خاص أم لا؟ فلا يتمسك لذلك بالعموم المذكور، لأنّ الحديث مهمل بالنسبة إليه، فهو يحمل من هذه الجهة، وإن كان مطلقاً من جهة أنواع التصرف. ولما كان الشك في مملّكية المعاطاة شكّاً في السبب لم يكن للحديث إطلاق من هذه الحيثية حتى يتمسك به ويثبت به سببية المعاطاة للتمليك.

وإن شئت فقل: القدر المسلم من العموم هو العموم بحسب الكم لا بحسب الكيف، فلا وجه للاستدلال بالحديث لمشروعية الأسباب. ومن هنا إشتهر أنّ قاعدة السلطنة ليست مشرّعة للأسباب، بل هي في مقام جواز المسببات - وهي الأمور الاعتبارية كالهبة والصلح - وعدم حجر المالكين عن أنواع التصرفات في أموالهم، والتقلب فيها، فإذا دلّ دليل على إعتبار اللفظ مثلاً في البيع وأنّ النقل لا يتحقق إلا بصيغة مخصوصة لم يكن ذلك منافياً لقاعدة السلطنة ومخصّصاً لها.

وبعبارة أخرى: سببية شيء لحصول نوع ثابت من السلطنة تكون حكماً، وقاعدة السلطنة لا تُشرّع الحكم، ولذا قيل: أنّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إن الناس مسلطون على أموالهم» لا على أحكامهم بحيث تكون سببية الأسباب تحت سلطنتهم.

(٢) كالبيع والصلح والهبة والمزارعة والمساقاة ونحوها، فعموم السلطنة - المستفاد من الحكم أو حذف المتعلّق - لا يُجدي في الأسباب.

فهو^(١) إنما يجدي فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعاً في حقه أم لا، أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه ماضية شرعاً، لكن شك في أن هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد^(٢) أم لابد من القول الدال عليه^(٣) فلا يجوز^(٤) الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم.

و منه^(٥) يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة.

(١) أي قوله ﷺ : «ان الناس مسلطون» إنما يجدي في دفع الشك عن نوع التصرف.

(٢) أي: قصد التملك قصداً مجرداً عن اللفظ.

(٣) أي: على التملك.

(٤) جواب «أما إذا قطعنا» وهذا متفرع على عدم كون الحديث ناظراً إلى الأسباب، حيث إن النظر إلى المسببات - وهي أنواع التصرفات - غير النظر إلى الأسباب، فإن تشريع السلطنة على البيع - أي التملك - ليس ناظراً إلى تشريع أسبابه، فالاستدلال بالحديث المزبور لإثبات كون المعاطاة مفيدة للملك غير تام.

و بالجملة: فالحديث مهمل بالنسبة إلى الأسباب، فلا يصح الاستدلال به لسببية المعاطاة للتمليك.

(٥) أي: ومن عدم كون الحديث ناظراً إلى الأسباب يظهر أيضاً عدم جواز التمسك به في مقام آخر، وهو نفي ما يشك في إعتباره في الصيغة، لوحدة المناط، يعني: كما لا يجوز التمسك بالحديث لسببية المعاطاة للتمليك، كذلك لا يجوز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة، إذ المفروض عدم كون الحديث ناظراً إلى الأسباب التي منها المعاطاة و البيع القولي، فلا يجري فيه أصالة العموم أو الإطلاق حتى يصح التمسك به لنفي الشك في شرطية شيء.

في الصيغة (*).

(*) ينبغي البحث هنا في جهتين: الأولى في سند الحديث، والثانية في دلالة. أما الأولى فحاصل الكلام فيها: أن النبوي المزبور رواه العلامة المجلسي رحمته الله في البحار^أ عن عوالي اللثالي^ب، ورواه ابن أبي جمهور في مواضع أربعة من عواليه، فرواه تارة عن كتب بعض الأصحاب، وأخرى عن بعض كتب الشهيد، وثالثة عن الفاضل المقداد، ورابعة عن ابن فهد الحلبي. والواسطة بين ابن أبي جمهور وهذه العدة من الفقهاء هم من الأعلام الثقات المذكورين في مقدمة الكتاب في عداد مشيخته.

إلا أن الحديث مرسل، إذ لم يذكر له في كتبهم سند حتى يفحص عن رجاله، فالتعويل عليه في استنباط الحكم الشرعي منوط بإحراز عمل المشهور به حتى يُطمأن بصدوره عنه رحمته الله، بناءً على المبنى المنصور من كون عمل المشهور برواية ضعيفة سنداً جابراً لضعفها، وإعراضهم عن رواية صحيحة موهناً لها.

والظاهر إعتقاد الفقهاء على هذه الرواية وأسنادها إليه رحمته الله بعنوان «قال» لا «روي عنه» حتى من دأبه نقد أسناد الأحاديث وتمييز صحيحها عن سقيمها.

والذي ظفرت عليه في كتب الفقه الاستدلالية هو: أن أول من أسند الحديث إلى المعصوم عليه الصلاة والسلام هو العلامة في المختلف، حيث قال في مسألة جواز تفضيل بعض الأولاد في العتية - ردّاً على ابن الجنيد -: «فإن قصد بذلك التحريم فهو ممنوع، للأصل، ولقوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم... الخ» وقريب منه قوله في التذكرة في كراهة

أ : بحار الأنوار، ج ٢، ص ٢٧٢

ب : عوالي اللثالي، ج ١، ص ٢٢٢، رقم الحديث: ٩٩. و ص ٤٥٧، رقم: ١٩٨، و ج ٢، ص ١٣٨.

رقم: ٣٨٣ و ج ٣، ص ٢٠٨، رقم: ٤٩

ج : مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٧٨

الاحتكار: «و لأنَّ الانسان مسلَّط على ماله»^أ.

و تكرر ذكر الحديث في كتب من تأخَّر عنه كالمحقق الأردبيلي، ففي شرح الارشاد:
«و النقل مثل قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم»^ب و جعله من القواعد المسلَّمة في
مواضع ج.

و كذا الشهيد الثاني، حيث ذكر الحديث كدليل على الحكم في مواضع^د، و رماه في
موضع آخر بضعف السند^{هـ}.

و قال الشيخ في المبسوط و الحلي في السرائر: «و أما إذا أراد أن يحفر بئراً في داره و أراد
جازه أن يحفر لنفسه بئراً بقرب ذلك لم يمنع منه، بلا خلاف في جميع ذلك، و إن كان ينقص
بذلك ماء البئر الأولي، لأنَّ الناس مسلطون على أموالهم»^و. و المظنون قوياً أنه نقل الحديث
بالمعنى.

و لم أجد في كلمات القدماء إسنادهم إلى هذا الحديث، إلا أنه نسب فخر المحققين رحمهما الله
في موضعين من الشرح إلى جماعة كالعقيد و أبي علي و ابن البراج و ابن إدريس الاستدلال به،
فقال في كراهة التفرقة بين أم الولد و ولدها قبل الاستغناء: «احتج القائلون بالكراهة بالأصل،
و قوله عليه السلام: الناس مسلطون على أموالهم»^ز.

و كذلك نسب الفاضل الآبي إلى ابن إدريس استدلاله في هذه المسألة بحديث

أ : تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٨٩

ب : مجمع الفائدة والبرهان، ج ٩، ص ٢٥٨

ج : لاحظ المصدر، ص ٢١٤، ٢٤٣، ٣٨٠، ٣٩٠

د : مسالك الافهام، ج ٦، ص ٢٨، ١٣٥، ٣١٤

هـ : مسالك الافهام، ج ٦، ص ٣١٠

و : المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٢٧٢، السرائر، ج ٢، ص ٣٨٢

ز : ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٤٤

السلطنة أ.

و قال فخر المحققين في مسألة خروج منجزات المريض من الأصل أو الثلث: «و احتج القائلون بالثاني - أي بالخروج من الأصل - بأنه مالك، والأصل جواز تصرف المالك في ملكه، لعموم قوله عليه السلام: الناس مسيطرون على أموالهم. والجواب أن العام يخص بالخاص»^ب و عدم ظفرنا باستدلال مثل المفيد في المقنعة و ابن ادريس في السرائر لا ينافي حجية إخبار فخر المحققين عليه السلام بأنهم احتجوا على الحكم بهذا الحديث، و لم يقل: «و يحتج لهم» حتى يحتمل استنادهم الى حجة أخرى، لكونه من باب عدم الوجدان الذي لا يدل على عدم الوجود.

فدعوى حصول الاطمينان من مجموع ما ذكرناه - ولم نذكره من كلمات الفقهاء - بعمل المشهور بهذا الحديث في أبواب عديدة من الفقه الشريف قريبة جداً. نعم لا يتوقع العمل به ممن يقتصر في حجية الخبر على الوثوق المخبري خاصة في الأخبار الأحاد كصاحب المدارك و من هذا جذوه، لكن المبنى كفاية مطلق الوثوق بالصدور سواء نشأ من وثاقة الرواة - مع العمل بالمضمون - ام من فتوى المشهور به. هذا. و قد يناقش في سند الحديث بما في تقرير السيد الخوئي عليه السلام من منع انجبار ضعفه بعمل المشهور بما محصله: أن الشهرة إن كانت بنفسها حجة أخذ بها، وإلا فإن ضمها إلى غير الحجة لا يوجب الاعتبار، و قد إشتهر أن فاقد الشيء لا يكون معطياً له. و احتمال إطلاع المشهور على قرائن تدل على صدور الرواية و لم نظفر بها غير مفيد. مع أنه منقوض بتصريحهم بعدم إنجبار ضعف الدلالة بعمل المشهور مع وحدة الملاك في البابين. و احتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما. هذا بحسب الكبرى. و أما خصوص هذا النبوي فلما فيه من احتمال استنادهم في فتياهم بصحة البيع المعاطاتي الى غيره من الوجوه التي استدل بها

أ : كشف الرموز، ج ١، ص ٥٦٤

ب: ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ٥٩٤

على ذلك. مضافاً إلى أن المشهور بين القدماء هو القول بالاباحة، فلا شهرة على إفادة الملك حتى يدعى استنادهم إلى حديث السلطنة كي ينجر ضعفه سنداً.

لكنه غير ظاهر. أما بحسب الكبرى فلأن المدعى حصول الوثوق بالصدور تكويناً من عمل المشهور برواية ضعيفة، و موضوع دليل حجية الخبر الواحد هو الخبر المفيد للوثوق به سواء أكان خبرياً أو مخبرياً. والدليل على اعتبار الشهرة إنما يحتاج إليه لو كان الترجيح بها تعدياً ولو لم تكن مفيدة للوثوق، فيقال: إن المرجحية فرع الحجية.

و لا فرق في حصول هذا الوثوق العقلاني بين الجهل بحال رواة الحديث، و الجرح فيهم، و عدم معرفتهم رأساً كما في المرسلات، لما عرفت من أن مناط الحجية هو الوثوق. و أما النقض بجبر ضعف الدلالة فهو كما ترى قياس مع الفارق، لأن الدلالة عبارة عن ظهور اللفظ في المعنى، و لا بد من إحراز هذا الظهور بالوجدان لكُل من يريد الأخذ بالكلام الاحتجاج به، إذ لو لم يكن ظاهراً كان من المجمل الذي لا يكون حجة عند العقلاء، و لذا قيل: إن المجمل و المبين من الأمور الإضافية، إذ ربما يكون لفظ ظاهراً في معنى عند شخص، و غير ظاهر فيه عند آخر.

و عليه فكون لفظ ظاهراً عند شخص أو جماعة لا يوجب حجيته عند من لا يرى اللفظ ظاهراً في المقصود، لعدم بناء العقلاء - الذي هو دليل حجية الظواهر - على حجية كلام لا ظاهر له بنظر شخص و إن كان له ظاهر بنظر غيره.

و هذا بخلاف الصدور، فإن العمل ممن له تثبت و خبرة بكلام يكشف عن صدوره من متكلمه، و يكون العمل محرزاً لصدوره بنحو يوثق به، و المفروض أن الوثوق بالصدور هو مناط الحجية. ولو فرض كون العمل في مقام موجباً للظهور العرفي بنظر شخص آخر لم نضايق في حجيته.

و بالجملة: الظهور مترتب على دلالة تصورية لمفردات الجملة الكلامية، و تصديقية

للهيئة الحاصلة من ضمّ المفردات بعضها إلى بعض، و الظهورات أمور وجدانية لا بد من حصولها عند كل من يتمسك بكلام. ولو فرض حصوله بعملهم كان حجة ببناء العقلاء لأنّ عمل المشهور حينئذ جهة تعليلية لحصول الظهور، نظير قول اللغوي، و لا نعني بهذا حجية إستظهار شخص - و فهمه من الكلام - على غيره تعبدًا.

و أما بحسب الصغرى فلكفاية عمل المشهور برواية في مورد واحد في تحقق الجبر، و لا يعتبر إستنادهم إليها في جميع المقامات. و عليه فذهاب المشهور إلى الإباحة في المعاطاة و اعتمادهم على غير حديث السلطنة لا يوجب قدحاً في إنجباره إذا أحرز عملهم به في مسأله أخرى، لا تصافه بالحجية بعملهم به إجمالاً. و عدم إستدلال المشهور به في غير ذلك المورد - لعدم دلالة بنظرهم على غير ما فهموه منه - غير قادح في حجية سنده.

فالمتحصل: أنّ إنجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور - إذا كان الاستناد موجباً للوثوق تكويناً بصدوره - مما لا ينبغي الارتباب فيه، وإن لم يكن إستنادهم إليه توثيقاً للرواة، إذ المدار في الحجية هو الوثوق بالصدور و ان لم يحصل وثوق بالرواة.

فتلخص: أنّ الاشكال كلّه في إحرار عمل المشهور بخصوص هذا النبوي لا سيماع كون قاعدة سلطنة الناس على أموالهم أصلاً عقلاً تيّاً متّبعا عندهم في جميع الأعصار و الأمصار.

و أمّا تصحيح السند بما أثبتته ابن أبي جمهور في مقدمة العوالي «من رواية جميع أحاديث كتابه بطرق متعددة عن مشايخ الحديث، و منهم إلى الأئمة المعصومين عليهم الصلاة و السلام فيصير هذا النبوي مستنداً لا مرسلًا» فلا يخلو من تأمل ذكرناه في ما يتعلق بأحاديث قاعدة الميسور من شرح الكفاية. هذا تمام الكلام في الجهة الأولى.

و أما الجهة الثانية - وهي دلالة الحديث - فمحصل الكلام فيها: أنّه يحتمل فيه وجوه ثلاثة، ذهب إلى كل منها ذاهب:

الأول: تشريع السلطنة للمالك على أنحاء التصرفات كمّاً و كيفاً - كما هو مبني الاستدلال به على مملّكية المعاطاة - فإذا شكّ في جواز بيع ماله أو في كيفية بيعه كالمعاطاة

و الصيغة الملحونة أمكن دفع الشك بهذا الحديث، فإن أصل البيع و كيفية إنشائه تصرف في المال، مشروع بمقتضى جعل السلطنة. و يستفاد عمومه لجميع التصرفات من حذف المتعلق و هو التصرف، إذ السلطنة التشريعية على الأموال كناية عن السلطنة على التصرف فيها، و حذف المتعلق يفيد العموم، فيدل الحديث على إمضاء جميع الأسباب المتداولة عند العرف، كدلالة آية جل البيع على إمضاء البيوع العرفية.

و مال إلى هذا الوجه السيدان صاحباً البلغة و العروة تتبعاً . بل هو ظاهر استدلال صاحب الجواهر تتبعاً على مشروعية المعاطاة المقصود بها الإباحة مع التصريح بها ولو بالقرائن، حيث قال: «لعموم تسلط الناس على أموالهم»^أ. بل هو مقتضى كلام المصنف تتبعاً في أول تنبيهات المعاطاة: «و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم: أن الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة نفي شرطية غير ما ثبتت شرطيته».

الثاني: أن الحديث في مقام تشريع أنهاء التصرفات كمّا - لا كيفاً - فللمالك السلطنة على بيع ماله و إجارته و هبته و الصلح عليه و نحوها، فلو شك في مشروعية الهبة - مثلاً - جاز التمسك لإثباتها بالحديث، ولكن لو شك في اعتبار صيغة خاصة فيها أو حصولها بالتعاطي لم يكن الحديث متكفلاً لهذه الجهة لعدم كونه في مقام تشريع الأسباب و تنفيذها. و هذا الوجه هو مختار المصنف تتبعاً هنا.

الثالث: أن الحديث في مقام بيان سلطنة المالك - بما هو مالك - على التصرفات المشروعة في أمواله في مقابل الحجر، فالمالك غير محجور عن التصرف في ماله، فليس الحديث في مقام تشريع السلطنة لا كمّا و لا كيفاً، حتى يتمسك به لرفع الشك في أصل جواز تصرف خاص في المال و لا في كيفية وقوعه، بل لابد من إحراز مشروعية التصرفات و أسبابها بوجه آخر، و يقتصر مدلول الحديث على إثبات استقلال المالك في تصرفاته المشروعة، و عدم توقفها على إجازة الغير. مثلاً إذا شك في استقلال الزوجة في هبة شيء من مالها كان الحديث دالاً على استقلالها و عدم توقف هبتها على إمضاء الزوج. و أمّا إذا شك في أن للمالك

هبة ماله أو شك في التسبب إليها بالفعل كما يتسبب إليها بالإيجاب والقبول اللفظيين لم يصح التمسك بهذا الحديث في شيء من المقامين.

و هذا الوجه مختار المحقق الخراساني رحمته في حاشية الكتاب^أ و ارتضاء بعض الأعاظم.

و لعلّه يستفاد من كلام المصنف رحمته في التنبيه الرابع، حيث قال - في ردّ التمسك بالحديث لإثبات الملك التقديري جمعاً بينه وبين أدلة توقف مثل العتق والبيع على الملك - ما لفظه: «بأنّ عموم الناس مسلّطون على أموالهم إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم، لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كلّ تصرف جائز شرعاً، فالإباحة وإن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشريعة». لصراحة كلامه رحمته في عدم مشرعية الحديث للتصرف المشكوك حكمه.

و هنا احتمال رابع حكى عن المحقق الرشتي وأفاده المحقق الإيرواني رحمتهما وهو: كون الحديث أضيق مدلولاً مما تقدم، فإنّ ظاهر تسلّط المالك على التصرف في ماله مع بقاء الموضوع وهو المال، و من المعلوم أنّ إخراج المال - عن إضافته إلى المالك - ليس تصرفاً في المال المضاف إلى مالكه، لأنّه من قبيل إعدام الموضوع بالحكم^ب، فالحديث قاصر عن إثبات جواز التملك. هذا.

هذه احتمالات الحديث ثبوتاً. و قد عرفت أنّ لكلّ منها قائلاً، و لا بد من عطف عنان البحث إلى مقام الاستظهار، فنقول و به نستعين:

يستدل للقول الأوّل بوجهين:

أحدهما: أنّه مقتضى عموم المتعلق المحذوف - و هو التصرف - فإنّ كلّ ما يُعدّ تصرفاً للمالك في ماله يكون نافذاً و مسلّطاً عليه، و من المعلوم أنّ البيع المعاطاتي تصرف في المال،

أ: حاشية المكاسب، ص ١٢ و ١٤

ب: حاشية المكاسب للسيد الاشكوري، ص ١٠. حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج ١ ص ٧٧

فالمالك مسلط عليه، و لا معنى لسلطنته عليه إلا جوازه و نفوذه شرعاً. و بيانه: أن هنا أموراً ينبغي الالتفات إليها:

أحدها: أن السلطنة تشريعية لا تكوينية.

ثانيها: ظهور السلطنة في الوضع، لعدم السلطنة على التكليف الشرعي كما هو واضح، فسلطنة المالك على التصرف في ماله عبارة عن نفوذ تصرفاته في ماله وإمضاءها.

ثالثها: أن الأصل في الكلام التأسيس لا التأكيد، فإنه خلاف الأصل، فيقدم عليه عند الدوران بينهما.

رابعها: أن حذف المتعلق يفيد العموم كما في مثل قوله ^{الغالب} «الماء يطهر، و لا يطهر» إلا إذا كان هناك قرينة على خلافه.

إذا تحققت هذه الأمور كان مقتضاها الإطلاق كماً و كيفاً، إذ لا قرينة على إرادة تصرف خاص من متعلق السلطنة، و حذفه يفيد العموم، و حملة على خصوص الأنواع دون أسبابها - كما عليه المصنف هنا - بلا قرينة، بل الحذف و التأسيس قرينتان على العموم، إذ لو حمل على خصوص الأنواع - دون أصناف كل منها - لزم كون الحديث مؤكداً لا مؤسساً. و من المعلوم أن نقل المال الى شخص بالمعاطاة أو بغيرها مما يراه المالك سبباً للنقل تصرف في ماله، و هو - بمقتضى عموم الحديث - مسلط على هذا التصرف، و منع المالك عنه يُنافي عموم السلطنة. و بعبارة أخرى: أن منع الإطلاق في الحديث يوجب إنسداد باب التمسك بالإطلاق، و مجرد احتمال الإهمال لا يقتضي رفع اليد عن ظاهر الكلام الذي هو كافٍ في إحرازه، من دون حاجة الى الإحراز القطعي الموجب لانسداد باب الإطلاق. و من المعلوم أن إطلاق السلطنة يشمل جميع أنحاءها حتى إخراج المال عن ملكه كابقائه، إذ لا فرق - في نظر العقلاء - في السلطنة على المال بين الإبقاء و الإخراج و لو بالإعراض، ضرورة كون كل منهما من حصص السلطنة التي موضوعها إضافة المال الى المالك، و الإخراج يتعلق بهذه الاضافة، و في الرتبة المتأخرة تزول الاضافة. نظير العتق و الوقف، فإنهما يتعلقان بهذه الاضافة مع انعدامها في الرتبة المتأخرة.

و الكاشف عن هذا الإطلاق جواز التصريح به و بتقييده: بأن يقال: المالك مسلط على التصرف الإيجابي و الإخراجي إلا التصرف الكذائي.

و الحاصل: أنه لا ينبغي التأمل في كون الإبقاء و الإخراج من حالات الملك إعتباراً، و من أنحاء التصرفات التي يشملها إطلاق دليل السلطنة. فلا فرق في ثبوت السلطنة على المال لمالكه بين التصرفات أصلاً من إعدام المال و إتلافه بأكل و شرب و ضيافة، و من إخراجه عن ملكه مع بقاء عينه كبيعه و هبته، فإن من راجع العقلاء في معاملاتهم مع أموالهم يرى أنهم يُثبتون السلطنة للمالك على إبقاء المال و إخراجه على نهج واحد.

الوجه الثاني: ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله فإنه - بعد أن أورد على المتن من «جعل حقابق المعاملات أنواع السلطنة» بأن السلطنة المجعولة هي القدرة على التصرفات المعاملية المتحققة بترخيص الشارع تكليفاً و وضعاً، فتحقق بالترخيص تكليفاً القدرة على إيجادها بما هي عمل من الأعمال، و بالترخيص وضعاً القدرة على المعاملة بما هي معاملة مؤثرة في مضمونها، فالتصرفات متعلقات السلطنة لا عينها و أنواعها - قال ما محصله: إن إطلاق الحديث لا يكون بلحاظ الكم خاصة، بل إطلاقه بلحاظ الكيف أقوى منه بلحاظ الكم، و ذلك لأن السلطنة على البيع مثلاً باعتبار تخصُّصها بمتعلقاتها تكون حصّة من طبيعي السلطنة، و لما كان البيع المتحقق بالمعاطاة حصّة من طبيعي البيع قطعاً كانت السلطنة على هذه الحصّة حصّة من طبيعي السلطنة، فإذا كان الشارع في مقام الترخيص التكليفي و الوضعي لذي المال - و هو المحقق لحقيقة السلطنة - فلا محالة تكون الأسباب ملحوظة إما ابتداءً و بنفسها، أو بتبع لحاظ المسببات المفروضة حصصاً، و بهذا الاعتبار لها نفوذ و مضي، كما هو مقتضى إعراف الماتن بقوله: «ثابتة للمالك و ماضية في حقه شرعاً» و لا نفوذ و لا مضي إلا بملاحظة الأسباب و لو من حيث القيدية المحصصة للتملك و المحصصة للسلطنة^أ.

و لعل هذا الوجه أقوى من سابقه في إثبات السلطنة المطلقة كمّاً و كيفاً، بلحاظ أن

مقتضى إطلاق السلطنة على البيع هو السلطنة على كل حصّة من طبعي البيع. ويتعين المصير إليه لولا النقص - الآتي بيانه - المانع عن الالتزام بالإطلاق أصلاً.

و يستدل للقول الثاني بأن دليل السلطنة يُثبت أنحاء السلطنة على المال بما هو مضاف إلى مالكه، فكل سلطنة راجعة إلى هذه الإضافة جائزة و نافذة، بخلاف ما لا يرجع إلى ذلك، بل يرجع إلى الحكم الشرعي، فإنه لا موجب لإثباته، إذ لم يرد «الناس مسلطون على أحكامهم» والشك في اعتبار الصيغة أو غيرها مما يتعلّق بالسبب يرجع إلى الحكم الشرعي، وهو كون الفعل كالقول سبباً للنقل و الانتقال، و من المعلوم أنه أجنبي عن حيثية إضافة المال إلى مالكه، فلا يندرج تحت سلطنة المالك على ماله، بل هو من الأحكام المقررة شرعاً أو عرفاً، فلا بد فيه من الرجوع إلى الشرع أو العرف.

و بالجملة: ليس كون شيء سبباً لتحقيق البيع أو الهبة أو كون الإعراض مُزيلاً للملكية من حدود السلطنة و شؤونها حتى يشمله دليل السلطنة، فدليل السلطنة يشمل المسيبات دون الأسباب، و إطلاقها بالنسبة إلى جميع أنحاء التصرفات المترتبة على إضافة المال إلى مالكه محكّم، لا ما يكون أجنبياً عن هذه الحيثية، مثل دخل العربية و نحوها في سببية البيع مثلاً للتملك.

و يستدل للقول الثالث: بأن إضافة المال إلى المالك حيثية تقييدية في حكم الشارع بالسلطنة و تصلح قرينة على عدم إرادة العموم في المتعلق، و أن المراد به خصوص الأحكام الراجعة إلى المالك من حيث كونه مالكا، كما إذا سُكّ مثلاً في نفوذ هبة المالك ماله بدون إذن أولاده أو ولاية أمره، و أنه يفترق هذا التصرف إلى إذنهم أم لا؟ فيدفع الشك المزبور بهذا الحديث الدال على استقلال المالك في تصرفاته المشروعة، و عدم كونه محجوراً عنها، و ليس للغير مزاحمته فيها.

و أمّا الأحكام الشرعية - المتعلقة بالمال - التي لا ربط لها بحيثية إضافته إلى المالك فليس الحديث متكلفلاً بها و لا ناظراً إليها. و من المعلوم أن جواز بيع المالك ماله للغير

و تمليكه إياه حكم شرعي غير مرتبط بالمالك من حيث كونه مالكا. و كذا سببية المعاطاة للتمليك ليست من أحكام إضافة المال الى المالك حتى يتمسك بإطلاق السلطنة لإمضاها.

فمعنى الحديث - و الله العالم - أن للمالك كل تصرف ثبت له مشروعيته في ماله، بلا حاجة الى مراجعة شخص آخر، فتصرف المالك نافذ بالاستقلال.

و هذا هو السر في عدم تمسك أحد من الأصحاب بهذا الحديث لجواز أكل ما يشك في حلية لحمه كالإرنب المملوك، بدعوى إطلاق السلطنة على المال لكل تصرف خارجي و اعتباري.

بل مقتضى إطلاق مشرعية الحديث وقرع المعارضة بينه و بين أدلة بعض المحرمات كحرمة أكل الطحال و نحوه من أجزاء حيوان مأكول اللحم، و حرمة شرب العصير العنبي قبل ذهاب ثلثيه، بتقريب: أن إطلاق السلطنة قاض بجواز الأكل و الشرب و بصحة بيعهما، و دليل حرمة الأكل و الشرب شامل لما إذا كانا مملوكين أو مغصوبين أو مرخصاً فيهما من قبل مالكيهما، فيتعارض الاطلاقان بالعموم من وجه في الطحال و العصير المملوكين، و يتساقطان لفقد المرجح، فتصل التوبة الى عمومات الحل، و هذا مما لا يظن أن يجتري عليه متفقه فضلاً عن فقيه.

و التخلص من هذا النقض منوط بقصر مدلول الحديث على جعل استقلال المالك في تصرفاتهم المشروعة في أموالهم و عدم حجرهم عنها.

نعم يشكل هذا الوجه الذي ركن إليه المحقق الخراساني رحمته - و ربما استفيد من كلام المصنف رحمته أيضاً - بما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته من: أن المقتضي للسلطنة هو إضافة المال الى مالكة، و المقتضي هو القدرة المجعولة تكليفاً و ضعاً، و لا مانع من الإخبار بثبوت السلطنة بمجرد ثبوت مقتضيها سواء أكانت هي فعلية أم شأنية، لوجود مانع كالصغر و الفلس و نحوهما. و أما الحجر فهو مانع عن فعلية السلطنة، و لم يعهد الإخبار عن عدم المانع عن الشيء بمجرد ثبوت مقتضيه، فإن عدم المانع يستند الى عدم سببه لا إلى وجود المقتضي و هو الملكية.

و عليه فلا وجه لحمل الحديث - الظاهر في جعل السلطنة التي تقتضيها الملكية - على بيان أمر عديمي وهو الحجر المانع عن نفوذ تصرفات المالك.

لكن يمكن أن يقال: إنه لا غرابة في إستظهار إستقلال المالك و عدم حجره من الحديث، إذ لو كانت إضافة الملكية حيثية تعليلية في جعل السلطنة بأن كانت العبارة «الناس مسلطون على أموالهم لأنها أموالهم» أمكن إستبعاد إسناد عدم الحجر الى تمامية المقتضي، بناءً على جريان حديث المقتضي و المقتضى في موضوعات الأحكام الشرعية. مع أن مقام الاستظهار من الخطابات الملقاة الى العرف مقام آخر، فالمهم قلبية اللفظ للمراد، و تعارف إفادته به، و لا مانع من إرادة عدم الحجر و حرمة المزاحمة من قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم».

و لو فرض عدم تمامية ما أفاده المحقق الخراساني رحمته الله من سوق الحديث بحسب ظهوره الأولي في الاحتمال الثالث دار الأمر بين سقوطه رأساً بعد تعذر الأخذ بمشروعته لأنواع التصرفات و أسبابها، و بين إجماله على إفادة مجرد إستقلال المالك في تصرفاتهم المشروعة في أموالهم، و الظاهر أنه المتعين.

هذا مضافاً الى: تقييد الإطلاق من حيث السبب بما دل على حرمة أكل أموال الناس بالباطل واقعاً، و سيأتي توضيحه في أدلة اللزوم إن شاء الله تعالى.

وقد تحصيل من هذا البحث الطويل الذيل أمور:

الأول: إعتبار الحديث سنداً بعمل المشهور و إرسالهم إياه إرسال المسلمات.

الثاني: أنه لا يستفاد من الحديث أزيد من استقلال المالك في التصرف، لا مشروعته كمأ و كيفاً.

الثالث: أنه لا فرق في سلطنة المالك على ماله في التصرفات المشروعة بين التصرف المزيل لعلقة الملكية و المُبقي لها.

الرابع: أنه لا مانع من التمسك بإطلاق السلطنة عند الشك في ورود دليل على منع المالك عن بعض أنحائها، لأن مرجعه الى الشك في وجود المانع، و الإطلاق يدفعه.

وكيف كان^(١) في الآيتين^(٢) مع السيرة^(٣) كفاية.
اللهم إلا أن يقال^(٤): إنها^(٥) لا تدلان(*) على الملك، وإنما تدلان على إباحة
جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالبيع و الوطي و العتق و الإيضاء،

(١) يعني: سواء تمّ الإستدلال بحديث السلطنة على مملّكية المعاطاة أم لم يتم، لما عرفت
من المناقشة في دلالة، لعدم كونه ناظراً الى تشريع السلطنة على الأسباب حتى يؤخذ
بإطلاقه.

(٢) وهما آية حلّ البيع، و التجارة عن تراض، لأنّ حلّية مطلق التصرفات تستلزم
شرعاً مملّكية المعاطاة.

(٣) أي: السيرة العقلانية المستمرة الى عصر المعصومين عليه السلام، الممضاة بعدم الردع
عنها.

إلى هنا تعرّض المصنف رحمه الله لأدلة أربعة على إفادة المعاطاة للملك، و اختار وفاء ثلاثة
منها بالمقصود، و ناقش في دلالة حديث السلطنة كما عرفت مفصلاً.

(٤) مقصوده من هنا إلى قوله بعد أسطر: «فالأولى التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً
من حلّ البيع صحته شرعاً» الخدشة في دلالة الآيتين و السيرة على إفادة المعاطاة للملك من
حين التعاطي.

(٥) أي: أنّ الآيتين لا تدلان على الملك - من أول الأمر - الذي إدعاه المحقق الثاني
و وافقه المصنف بقوله: «لا يخلو من قوة». و ليُعلم أنّ مناقشته في الآيتين ليست بمعنى كونها
أجنبيتين عن تأثير المعاطاة في الملكية رأساً كما كان حديث السلطنة أجنبياً عنه، بل
غرضه من الخدشة في دلالة الآيتين الكريميتين هو: أنّ المدعى حصول النقل الملكي من
حين وقوع التعاطي، و الآيتان إنما تدلان على حصول الملكية الآتية قبل تصرف كل من

(*) بل تدلان على الملك. أمّا الأولى فبالدلالة المطابقة إن أريد بحلّ البيع ما هو أعم
من التكليفي و الوضعي، و بالالتزامية إن أريد به خصوص التكليفي.

المتعاطين فيما أخذه من الآخر تصرفاً منوطاً بالملك كالوقف والعق، ولا تدلّان على الملك من أوّل الأمر.

و توضيح المناقشة: أن دلالة الآيتين على كون المعاطاة كالبيع القولي مفيداً للملكية من أوّل الأمر تتوقف على مقدمات ثلاث:

الأولى: أن المدلول المطابق للآيتين هو حكم تكليفي أعني به إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة.

الثانية: أن حلية بعض أنحاء التصرفات تكليفاً وصحتها وضعاً منوطة بصدورها من المالك، لا من المباح له.

الثالثة: أن إباحة جميع التصرفات المترتبة على البيع تستلزم شرعاً تأثير المعاطاة - التي هي بيع عرفي - في الملكية من أوّل الأمر.

و لو إختلت إحدى هذه المقدمات إختل الاستدلال بالآيتين على تأثير المعاطاة في الملكية من أوّل الأمر. و غرضه عليه السلام منع المقدمة الثالثة - وهي الملازمة الشرعية بين الحلية التكليفية والملكية - وذلك لأن الملازمة بين إباحة التصرف المترتب على البيع القولي وبين

و أما الثانية فهي وإن كان مفادها حلية التصرفات، إلا أنها لما كانت مترتبة على التجارة عن تراض فهم العرف منه صحة التجارة، وأن ترتب حلية تلك التصرفات على التجارة يكون لأجل التجارة، فيكون من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، نظير قول مالك الأمة بعد تزويجها من الغير: «يجوز لك وطبها» فلا يفهم منه إلا الزوجية، لا جواز الوطي من باب التملك.

فما أفاده المصنف عليه السلام من «إستفادة الملكية في سائر المقامات من جهة الاجماع على الملازمة الشرعية بين إباحة التصرفات والملكية، والاجماع في البيع المعاطاة مفقود» في غاية الغموض. فالانصاف وفاء الآيتين بالدلالة على مملكية المعاطاة.

و أما مناقشته عليه السلام في السيرة فممنوع لمن راجع السيرة وأهلها.

مفاد آيتي جلّ البيع و التجارة عن تراض ٤١١
وإباحة^(١) هذه التصرفات إنما تستلزم الملك

الملكية ثابتة من جهة قيام الاجماع على إباحة مطلق التصرف حتى المتوقف على الملك، وهو كاشف عن حصول الملكية بمجرد العقد اللفظي. وأما في البيع المعاطاتي فلا دليل على هذه الملازمة، بل صرح بعض الفقهاء بالتفكيك بينهما، فقال بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، و بعدم إفادة المعاطاة للملك، و تتوقف الملكية على تلف إحدى العينين. و مع هذا التصريح كيف تتجه دعوى الملازمة الشرعية بين حلية التصرفات المترتبة على البيع و بين الملك من أول الأمر؟

نعم لا مناص من الالتزام بالملكية الآنامائية إذا أراد أحد المتعاطيين أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطاة - بما يتوقف على الملك، جمعاً بين الأدلة، و لكن هذه الملكية الآتية أجنبية عن المدعى و هو تأثير المعاطاة في الملك من أول الأمر.
و قد تحصل مما ذكرنا: قصور دلالة الآيتين الكريميتين على إثبات مملكية المعاطاة على حدّ البيع القولي.

(١) هذا إشارة الى توهم و دفعه - و قد إنضجنا بما ذكرناه - أما التوهم فحاصله: أن الآيتين و إن لم تدلّا مطابقة على الملك، لكنهما تدلان عليه التزاماً، إذ الإباحة المطلقة تقتضي حصول الملك من أول الأمر، لوجود الملازمة بينهما كما في غير مقامنا من البيوع القولية، حيث إنه يحصل الملك في البيع القولي من حين العقد بلا إشكال، فوزان البيع المعاطاتي وزان البيع القولي في استكشاف الملكية - من أول الأمر - من إباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك، للملازمة الشرعية بين الإباحة المطلقة و بين الملك كذلك. فتحقق اللازم أي الملك من أول الأمر في البيع المعاطاتي، و هو المطلوب.

و أما الدفع فحاصله: أن القياس مع الفارق، بداهة كون الملازمة بين إباحة التصرفات و بين الملكية من أول الأمر - في البيع اللفظي - شرعية، لا عقلية و عادية حتى يتعدى من موردها و هو البيع القولي الى المعاطاتي.

و الوجه في كون الملازمة شرعية: أن الدليل على حصول الملكية من حين العقد هو الإجماع على عدم انفكاك الملك عن العقد المفيد لإباحة جميع التصرفات في العوضين، و من المعلوم إختصاص هذه الملازمة بالبيع القولي الذي هو المقيس عليه.

بالملازمة الشرعية^(١) الحاصلة في سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك^(٢)، دون المقام^(٣) الذي لا يُعلم ذلك^(٤) منهم، حيث^(٥) أطلق القائلون^(٦) بعدم الملك إباحة التصرفات،

وأما البيع المعاطاتي فلم يثبت فيه التلازم المزبور، بل عُلِمَ من المشهور الانفكاك بينهما فيه، لأنَّ القدماء - مع قولهم بالإباحة و عدم مملّكية المعاطاة - قائلون بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، على ما يقتضيه إطلاق كلماتهم، حيث لم يُقيّدوا «إباحة التصرف» بما لا يتوقف على الملك.

و يشهد بهذا الإطلاق فهمُ الشهيد الثاني رحمته على ما صرح به في المسالك من «أنَّ من أجاز المعاطاة سوَّغ أنواع التصرفات»^(٧) فإنه لا مسوَّغ لهذه النسبة إليهم إلا إطلاق كلماتهم.

(١) هذه الكلمة هي القرينة القطعية على أنَّ مراد المصنف رحمته من الاستدلال بالآيتين - بالتقريب الأوّل من الوجوه الثلاثة - هو الملازمة الشرعية بين الإباحة التكليفية و مملّكية المعاطاة و صحتها، و تقييد الملازمة بـ «الشرعية» لأجل التنبيه على أنَّ الملازمة لو كانت عرفية كانت حلّة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة دالّة على إفادة الملك من حين التعاطي كالبيع القولي، إذ لا يرى العرف فرقاً بينهما في إفادة الملك من أوّل الأمر.

(٢) بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك من أوّل الأمر، و أنَّ المملّكية لا تتوقف على التصرف أو التلف و نحوهما من الملزمات.

(٣) و هو البيع المعاطاتي، و هذا إشارة الى الدفع المتقدم بقولنا: «ان القياس مع الفارق... إلخ».

(٤) أي: عدم الانفكاك بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك من أوّل الأمر.

(٥) تعليل لقوله: «لا يعلم ذلك منهم» فإنَّ إطلاق إباحة التصرفات مع القول بعدم الملك يوجب القول بالانفكاك بين إباحة التصرفات و بين الملك.

(٦) كقول الشيخ في الخلاف: «و إنّما يكون إباحة له، فيتصرف كل منها فيما أخذه تصرفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه» و نحوه عبارة ابن ادريس و السيد ابن زهرة و القاضي

مفاد آيتي جلّ البيع و التجارة عن تراض ٤١٣

و صرّح^(١) في المسالك «بأنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التصرفات» غاية الأمر^(٢) أنه لا بدّ من إلزامهم بأنّ التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناماً، فإن^(٣) الجمع

الحلبي وغيرهم، و قد تقدمت في المقام الأوّل المنعقد لتحرير محل النزاع في المعاطاة.

(١) معطوف على «اطلق القائلون» يعني - مضافاً الى اطلاق كلام القدماء - صرّح في المسالك، و مقصوده أنّ كلمات الأصحاب في الحكم بإباحة التصرف و إن كانت دالة بإطلاقها على إباحة كل تصرف حتى ما يتوقف على الملك، إلّا أنّه يؤيّد هذا الاستظهار بفهم الشهيد الثاني رحمه الله حيث نسب إلى المشهور إباحة مطلق التصرفات مع إلزامهم بعدم الملك. و على هذا فالقول بالملازمة غير معلوم بل معلوم العدم، فكيف يقاس البيع المعاطاتي - الذي لم يثبت فيه الإجماع على الملازمة بين إباحة كل تصرف و بين الملك - على البيع القولي الذي ثبت فيه الإجماع المزبور.

و عليه فلا يحصل الملك الابتدائي بالمعاطاة، و تصل النوبة الى الملكية الآتية من باب الجمع بين الأدلة.

(٢) غرضه رحمه الله توجيه فتوى المشهور حتى لا يرد عليهم إشكال، محصّله: أن نفي مملّكية المعاطاة يُنافي إباحة التصرفات المتوقفة على الملك كالعق و الوقف، فإنّهما لا يقعان من المباح له. فأجاب رحمه الله بأنّ المشهور لا بدّ أن يلتزموا بالمملّكية الآنامائية في التصرفات المنوطة بالملك، و إلّا كان اللازم تخصيص إباحة التصرف، بما يتوقف على الملك، فإذا لم يُنبّه المشهور على هذه الملكية الآتية فإنّما هو للإتكال على وضوحها لا لأجل إنكارها.

(٣) تعليل لقوله: «يكشف عن سبق» يعني: أن دخول المأخوذ بالمعاطاة في ملك المتصرّف - آناماً - يستفاد من الجمع بين دليلين، أحدهما: ما دلّ على إباحة جميع التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

ثانيهما: الأدلة الخاصة على توقف بعض التصرفات على الملك و عدم صحتها من المباح له، مثل قولهم **طهّر**: «لا بيع إلّا في ملك، لا وقف إلّا في ملك، لا عتق إلّا في ملك». فالجمع بين كل واحد من هذه و بين الاجماع على إباحة جميع التصرفات يقتضي

بين إباحة هذه التصرفات^(١) وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار^(٢)، ولا يتوقف على الإلتزام بالملك من أول الأمر ليقال: إن مرجع هذه الإباحة أيضاً الى التملك^(٣).

و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التورث فهي^(٤) كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلّة المبالاة في الدين ممّا لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى.

ودعوى^(٥) أنّه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة

الإلتزام بدخول المال في ملك المتعاطي - آنأما - حتى يقع البيع و الوقف و العتق في ملكه، لا في ملك المبيع.

(١) المتوقفة على الملك.

(٢) أي: الملك آنأما.

(٣) يعني: حتى يصبح التمسك بالآيتين على مملّكية المعاطاة من أول الأمر.

و بهذا ظهرت المناقشة في دلالتها على كون المعاطاة كالبيع القولي مفيداً للملك من أول الأمر. و لهذه المناقشة تنمة سيلقي بيانها بعد الخدشة في السيرة.

(٤) غرضه المناقشة في الدليل الأول وهو السيرة - التي تشبّث بها سابقاً على صحة المعاطاة وإفادتها الملك - بأن هذه السيرة من السير التي لا عبرة بها، لنشوها عن المسامحة و قلّة المبالاة بالدين، فلا يكشف استمرارها عن رضئ المعصوم عليه السلام بها حتى تكون حجة، و من المعلوم أنّ مجرد الاستمرار الى عصر المعصوم عليه السلام ليس إمضاء لها، فهي كسيرتهم على المنكرات كأكل الربا و حلق اللحي، فهل يكون مجرد تعارفها في عصر المعصوم إمضاء لها؟

و لا يخفى أنّ الخدشة في السيرة بما في المتن ظاهر في أنّ السيرة المستدل بها على مملّكية المعاطاة هي العقلانية لا التشريعية، إذ لو كانت متشرعية كانت حجة بمجرد إحراز استمرارها، لأنّها إجماع عملي كاشف عن رضئ الشارع.

(٥) كان المناسب ذكر هذه الدعوى قبل قوله: «و أما ثبوت السيرة... الخ» لأنّ هذه

على الملك، كما يظهر من المحكي^أ عن حواشي الشهيد على القواعد من: منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و عدم جواز وطي الجارية المأخوذة بها^١. و قد صرح الشيخ ب^٢ الله بالأخير في معاطاة الهدايا، فيتوجه التمسك

الدعوى من بقية الإشكالات المتعلقة بالآيتين، و غرض المستشكل نفي ما أفاده المصنف رحمته من الملكية الآتية و إثبات الملكية من أول الأمر، و أنّه لا وجه للجمع بين الأدلة بالالتزام بالملك آنأما.

و توضيح ذلك: أنّ نفي الاجماع على الملازمة بين إباحة جميع التصرفات و بين الملك مبني على العلم بأنّ المشهور - القائلين بعدم الملك من أول الأمر - ملتزمون بإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، لأنّه حينئذٍ يثبت عدم الاجماع على الملازمة بين إباحة جميع التصرفات و بين ثبوت الملك من أول الأمر.

لكنّه لم يُعلم هذا الإلتزام منهم، إذ لا طريق الى العلم بذلك إلا الإطلاق، و هو غير ثابت، لعدم إحراز كونهم في مقام البيان من هذه الجهة، لقوّة احتمال إرادتهم التصرفات غير المتوقفة على الملك، كما يؤيّده - بل يشهد به - ما عن الشهيد رحمته في حواشيه على القواعد: من منع التصرفات المتوقفة على الملك، كإخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس، و الزكاة، و ثمن الهدى، و عدم جواز وطي الجارية المأخوذة بالمعاطاة. و كذا يشهد به تصريح شيخ الطائفة في المبسوط بعدم جواز وطي الجارية المأخوذة بالهدية المعاطاتية.

و عليه فإذا لم يثبت من القائلين بالاباحة جواز التصرفات المتوقفة على الملك فيتمسك في إثبات جوازها بالآيتين، إذ لا دليل آخر حسب الفرض على حلية هذه التصرفات، فيثبت الملك من أول الأمر، فيكون المأخوذ بالمعاطاة كالمأخوذ بالبيع اللفظي في ثبوت الملك من أول الأمر.

(١) أي: بالمعاطاة البيعية، في قبال معاطاة الهدايا الآتية في كلام شيخ الطائفة.

أ: المحكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٨

ب: المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، ص ٣١٥

حينئذ^(١) بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك^(٢)، مدفوعة^(٣) بأنه وإن لم يثبت ذلك^(٤) إلا أنه لم يثبت^(٥) أن كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بالملك من أول الأمر.

(١) أي: حين عدم العلم بالتزام القائلين بالإباحة بجواز التصرفات المنوطة بالملك يتوجه التمسك بعموم الآية بجواز تلك التصرفات من أول الأمر.

(٢) يعني: من أول الأمر، لأنه مقتضى عموم الآية، فتكون الآيتان ردّاً على القائلين بالإباحة ولا وجه للالتزام بالملكية الآتية من باب الجمع بين الأدلة.

(٣) هذا دفع الدعوى المذكورة، وحاصله: أن مجرد عدم المعلومية - وجواز إثبات هذا النحو من التصرفات ولو بالآيتين - غير كافٍ في إثبات المطلوب وهو الملكية من أول الأمر، بل يتوقف ذلك على إثبات الملازمة بالاجماع، وأن كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بحصول الملك من أول الأمر، ودون إثبات هذه الملازمة خسرط القتاد.

(٤) أي: وإن لم يثبت من القائل بالإباحة جواز التصرفات المتوقفة على الملك، ووجه عدم الثبوت: تصريح الشهيد بعدم جواز بذل المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة المتوقفين على الملك.

(٥) يعني: لم يثبت التلازم بين إباحة جميع التصرفات وبين الملك من أول الأمر. ووجه عدم ثبوت الملازمة: إمكان التزام القائل بإباحة جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - بالملك في آن التصرف، لا بالملك من أول الأمر، فيتعين حينئذ الالتزام بالملكية الآتية جمعاً بين الأدلة.

وقد تحصل الى هنا: أن المصنف رحمته الله أبطل استدلاله بالآيتين الشريفتين بناءً على التقريب الأول، وهو حلية التصرفات المترتبة تكليفاً على البيع وإستلزامها شرعاً مملكية المعاطاة من أول الأمر كالبيع القولي.

فالأولى^(١) حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً، هذا.

(١) هذا متفرع على المناقشة في دلالة الآيتين بالملازمة الشرعية بين حلية التصرف والملكية من أول الأمر. ومقصوده تقريب دلالة الآيتين على ملكية المعاطاة بوجه آخر، وهذا تقريب ثالث أشرنا إليه في صدر البحث عن آية حل البيع، ومحصله: إثبات الملازمة العرفية بين إباحة التصرف وبين الملك، وتوضيحه: أن متعلق الحل هو التصرفات المترتبة على البيع، وحليتها يتصور على نحوين:

أحدهما: بمجرد تحليل التصرفات الموقوفة على الملك، وهذا المدلول المطابق لا يستلزم شرعاً ولا عرفاً صحة المعاطاة ومملكتها من حين الانعقاد. وقد تقدم وجه عدم الملازمة بالتفصيل.

ثانيهما: تحليل التصرفات المترتبة على البيع بما أنه معاملة يتسبب بها إلى الملك، بأن تدل الآية على حلية التصرف بخصوص هذا السبب - أي البيع الصادق على المعاطاة - ومن المعلوم أن جواز التصرف بهذا السبب الخاص يلزم عرفاً سببية المعاطاة للحلية وتأثيرها فيها، وهذا معنى إستلزام الحلية التكليفية للصحة والنفوذ عرفاً، يعني: أن المعاطاة من حين إنعقادها بيع مؤثر في النقل الملكي، ولا بد من ترتيب آثار البيع عليها في إفادة الملكية من أول الأمر.

وهكذا يقال في إستلزام إباحة الأكل لسببية التجارة عن تراض، يعني: أن حلية التصرف المتوقف على الملك فيما يؤخذ بالتجارة عن تراض - بما أنها سبب مملوك - تستلزم صحتها وتأثيرها في الملكية من أول الأمر، وإلا لم تكن الحلية مستندة إلى سببية التجارة، لإمكان تصوير الملكية الآنامائية.

وقد تحصل من كلمات المصنف في الاستدلال بآيتي الحل والتجارة وجوه ثلاثة:

الأول: دلالة الآيتين على حلية التصرفات المترتبة على البيع والتجارة تكليفاً بالمطابقة، ودالتهما بالملازمة الشرعية على الصحة والملكية. وقد ناقش فيه بمنع الملازمة

مع إمكان^(١) إثبات صحة المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض

الشرعية، وإنما غايته إثبات الملكية الآتية قبل التصرف المنوط بالملك.

الثاني: دلالة الآيتين على الحكم الوضعي وهو الصحة لا مجرد الحكم التكليفي. وقد ناقش فيه بالأمر بالتأمل فيه. ولعل وجهه إنتفاء الجامع بين الحل التكليفي والوضعي، فلا بد أن يراد أحدهما، ومقتضى ظهوره في التكليف تعلقه بالتصرفات، وهو الوجه الأول.

الثالث: دلالة الآيتين بالمطابقة على حلية التصرفات، وبالملازمة العرفية على صحة المعاملة المعاطاتية، يعني: أن مدلول الآيتين ليس مجرد اشتراك المعاطاة مع البيع و التجارة في ترتيب الآثار حتى تنفك الملكية عن المحلية، بل مدلولها هو المحلية الناشئة من سببيتها للملك، لكونها سببين عرفيين له. وهذا هو الذي استقر عليه رأيه في الحكم بإفادة المعاطاة للملك. هذا. ويحتمل أن يريد المصنف رحمته الله بهذا الوجه الثالث أمراً آخر، وهو: دلالة الآية بالمطابقة على صحة البيع المعاطاتي، ولعله أوفق بقوله: «بأن المتبادر عرفاً من حل البيع صحته شرعاً» لا ما ذكرناه - أخذاً من المحقق الاصفهاني رحمته الله - من إرادة الملازمة العرفية بين تحليل التصرفات و صحة المعاطاة. وعليه يكون مختاره قريباً من التقريب الثاني وهو إرادة الحل الوضعي.

لكن قد يشكل بأن دلالة الآية بالمطابقة على الصحة ينافي إنتزاع الوضعيات من التكليف و عدم استقلالها بالجعل، فلعل الأولى إرادة الملازمة العرفية كما ذكرناه.

الدليل الخامس: الاجماع المركب

(١) هذا إشارة الى دليل خامس على مملكية المعاطاة، وهو الاستدلال بالاجماع المركب حتى إذا نوقش في الأدلة الثلاثة المتقدمة من الآيتين والسيرة. تقرّبه: أن من الممكن تصحيح المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتها، و تتميمه في البيع بالاجماع المركب، إذ لا يقول أحدٌ بصحة المعاطاة في الهبة و الإجارة و عدم صحتها في البيع، فكل من يقول بصحتها فيها يقول بصحتها في البيع.

إطلاقاتها^(١) (*) و تتميمه في البيع بالإجماع المركب، هذا.

(١) أي: إطلاقات الهبة والإجارة. أما إطلاق أدلة الهبة، فكرواية جرّاح المدائني، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده يبينه، قال: إذا أعطاه في صحة جاز» تقريب الإطلاق: أن الإعطاء إن لم يكن ظاهراً في خصوص الإعطاء الخارجي - لا المترتب من باب الوفاء على الإيجاب والقبول اللفظيين - فلا أقل من شموله لكل من الهبة القولية والفعلية، والوجه في الإطلاق عدم استفصال الإمام عليه السلام عن أن العطية هل كانت باللفظ أم بالفعل. وكرواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم» ب الحديث.

و أما إطلاق بعض أدلة الإجارة فمثل ما جاء في حديث تحف العقول: «و أما تفسير الاجارات فإجارة الإنسان نفسه أو ما يملكه، أو يلي أمره من قرابته أو دابته أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الاجارة» ج و وجه الإطلاق: عدم تقييد الإجارة النافذة شرعاً بما إذا وقعت بالإيجاب والقبول اللفظيين.

و كذلك ما في مكتبة اليقطيني إلى الإمام أبي محمد العسكري عليه السلام: «في رجل دفع إينه إلى رجل و سلّمه منه سنة بأجرة معلومة ليخيط له، ثم جاء رجل، فقال: سلّم إينك مني

(*) هذا لا يخلو من غرابة، لأنّ إطلاقات البيع إن لم تكن أزيد من إطلاقاتها لم تكن بأقل منها، مضافاً إلى أنه يرد عليهما من الاشكال ما يرد على إطلاقه.

و إلى: أن المحكي عن المصنف رحمه الله إنكار وجود الإطلاق فيهما.

و إلى: أنه لا معنى لدعوى الإجماع المركب في المقام مع وجود القول بالفصل، و هو ذهاب مشهور القدماء إلى الإباحة. و سيأتي بعض ما يناسب المقام في التنبيهات.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٤٤، الباب ١١ من كتاب الهبات، الحديث: ٥

ب: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٣٣٥، الباب ٤، من كتاب الهبات الحديث: ٤

ج: تحف العقول، ص ٣٣١

مع^١ أن ما ذكر - من أن للفقهاء التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه -

بزيادة، هل له الخيار في ذلك؟ وهل يجوز له أن يفسخ ما وافق عليه الأول أم لا؟ فكتب ^{عليه السلام} : يجب عليه الوفاء للأول ما لم يعرض لأبنه مرض أو ضعف^٢ فإن الدفع والتسليم ظاهران في إنشاء عقد الإجارة بهما، لا كونهما وفاءً بإنشاء الإجارة بالصيغة سابقاً على الدفع. ولا أقل من الإطلاق المستند إلى ترك الاستفصال، فإنه عليه الصلاة والسلام لم يسأل هل أنشئت الإجارة باللفظ أم لا؟ وإنما حكّم بوجوب الوفاء للأول مطلقاً، سواء كان إنشاؤها باللفظ أم بالفعل.

فان قلت: هذا الإطلاق مُحكّم في آية حل البيع أيضاً، لشمول العنوان للمعاملة الفعلية والقولية على حد سواء، لصدق البيع العرفي على المعاطاة قطعاً، ومعه لا حاجة إلى تطويل الطريق بالتمسك بإطلاق الهبة والإجارة أولاً وإثبات عدم الفصل بين البيع وبينها ثانياً. فنفس إطلاق البيع على المعاطاة كافٍ في ترتيب آثاره عليها.

قلت: إطلاق الآية المباركة وإن كان ثابتاً بدوياً، إلا أن تشتت الأقوال في المعاطاة وإجماع السيد ابن زهرة على نفي بيعيتها أوجباً ضعف الإطلاق وقوة اختصاص البيع - المفيد للملك اللازم - باللفظي، وعدم شموله للمعاطاة، ولأجله تصدّى المصنف ^{عليه السلام} للتمسك بالاجماع المركب.

(١) غرضه تصحيح الاستدلال بآي الحِلِّ والتجارة - بالملازمة الشرعية بين الحلية التكليفية والملك من أول الأمر - وإبطال ما نوقش فيه بقوله: «اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحة جميع التصرفات... غاية الأمر: أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آناماً... الخ».

وحاصل وجه الإبطال - الكاشف عن صحة الاستدلال بالآيتين - هو: أن الالتزام بالملك آناماً قبل التصرف مما لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، فهو فاسد، ولا يمنع عن الاستدلال بالآيتين على الملكية من أول الأمر. فالاستدلال بهما على مملكية المعاطاة كالبيع

لا يليق^(٢) بالمتفقه فضلاً عن الفقيه، ولذا^(٣) ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد، في مقام الاستبعاد: أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التملك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد^(٤) جديدة:»

القول صحيح، والالتزام بالملك الآتي قبل التصرف فاسد. وعليه فإما أن يقال بإفادة المعاطاة لإباحة التصرفات وعدم حصول الملك أصلاً حتى آنأماً قبل التصرف، وإما أن يقال بإفادتها للملك من أول الأمر، وحيث لا سبيل للالتزام بالأول تعين الأخير وهو إفادتها للملك من حين التعاطي.

(١) خبر «أن ما ذكر» ووجه عدم اللياقة هي الاستبعادات التي ذكرها الفقيه كاشف الغطاء^(٥) على المشهور القائلين بالإباحة.

(٢) أي: ولأجل فساد الملك آنأماً قبل التصرف ذكر كاشف الغطاء^(٦) في مقام الاستبعاد... الخ، حيث نقل في شرح القواعد بعض الأقوال في حكم المعاطاة، وقال: «والقول بمجرد الإباحة والاذن في التصرف من غير ملك، كما ادعيت عليه الشهرة ونقل فيه الاجماع، وهو مردود بالسيرة المستمرة القاطعة في إجراء حكم الأملاك على ما أخذ بالمعاطاة من إيقاع عقد البيع والإجارة والهبة والصلح والصدقة وجميع العقود وما يتعلق بتمليك الأعيان أو المنافع عليه، وتعلق العتق والوقف والحبس والرهن والربا والنذر والأيمان والوصايا ونحوه به، وكذا حكم الموارد والأخماس والزكوات وإستطاعة الحج، والنظر إلى الجواري ولمسهن ووطيهن وتحليلهن وتزويجهن ونحو ذلك. فيلزم إما إنكار ما جاز بديهياً أو إثبات قواعد جديدة: منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصور... الخ».

إستلزام القول بالإباحة تأسيس قواعد جديدة

(٣) يعني: أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة لم تكن مشروعة، ومع إستلزام القول بالإباحة لتأسيسها يتعين المصير إلى كون المعاطاة مفيدة للملك من أول الأمر. و بعبارة أخرى: إباحة جميع التصرفات تسلزم قواعد غير مشروعة، فعدم مشروعيتها دليل إنني على فساد القول بإفادة المعاطاة للإباحة.

منها: أن العقود^(١) وما قام مقامها لا تتبع القصور.

ثم إن هنا أموراً ينبغي التنبيه عليها:

الأول: أن أصول إستبعادات كاشف الغطاء رحمته ثمانية، وإن انحَل بعضها إلى إستبعادين أو أكثر كما سننبّه عليه إن شاء الله تعالى

الثاني: أن جملة من هذه الاستبعادات قد نَبّه عليها المحقق الثاني رحمته الذي إلتجأ إلى تأويل القول بالإباحة إلى الملك المتزلزل. ولكنه رحمته لم يذكرها بهذا الترتيب والبسط كما صنعه الشيخ الفقيه كاشف الغطاء رحمته.

الثالث: أن هذه الاستبعادات تدور بين ترتيب آثار الملك على غير الملك، وبين كون التلف والتصرف مملوكاً - عند التلف أو التصرف، من دون ربط له بالإباحة بما هي. وعليه ينبغي أن يضاف إلى قوله: «التملك والبيع»: وحصول الملكية قبل التلف أو التصرف.

القاعدة الأولى: عدم تبعية العقود للقصور

(١) هذا هو الاستبعاد الأول، أي: القاعدة الجديدة التي لا بد من تأسيسها لوقلنا بإفادة المعاوضة - المقصود بها الملك - للإباحة المحضة، وحصول الملكية آنأماً قبل التصرف المملوك. وتوضيحه: أن العناوين الاعتبارية كالملكية والزوجية والحرية والبيونة لا تترتب على أسبابها - من الانشاء اللفظي والفعلي - قهراً، بل يُنَاط ترتيبها بقصد ذلك العنوان الانشائي، ولذلك أسس الفقهاء «رضوان الله عليهم» قاعدة «أن العقود تابعة للقصور». وهذه الجملة تتكفل عقدين، أحدهما: إيجابي، وهو لزوم وقوع ما يقصده المتعاقدان. والآخر سلبي وهو عدم وقوع ما لا يقصدانه.

و على هذا فلو ترتبت الإباحة المحضة على المعاوضة المقصود بها الملك لزم مخالفة كلا العقدين، ولا بد من تأسيس قاعدة جديدة، وهي: «أن العقود لا يلزم متابعتها للقصور» إذ المقصود هو الملك ولم يحصل، والحاصل وهو الإباحة لم يكن مقصوداً. ولا سبيل للفقيه أن يلتزم بهذه القاعدة الجديدة. ويتوقف إنكارها على القول بإفادة المعاوضة للملك من حين إنعقادها.

ومنها^(١): أن يكون إرادة التصرف من المملكات،

القاعدة الثانية: مملكية التصرف أو إرادته

(١) هذا ثاني اللوازم الفاسدة المترتبة على مقالة المشهور من إفادة المعاطاة لإباحة التصرف دون الملك، ومحصله: لزوم تأسيس قاعدة فقهية جديدة لم تكن معهودة من ذي قبل، وهي: كون إرادة التصرف - أو نفس التصرف أو هما معاً - من الأسباب المملكية. توضيحه: أن مقصود المتعاطين - وهو الملكية - لم يحصل حسب الفرض. وحيث إن بعض التصرفات كالبيع والوقف والعتق موقوف على الملك، فلا بد أن تكون مجرد إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة موجبة لدخول المباح له في ملك مُريد التصرف، أو تكون تلك الإرادة مع نفس التصرف مملكة بأن يكون كل من الإرادة والتصرف جزء السبب المملك.

وكلا الشقين ممنوع، لأن إدخال المال في ملك الآخذ قبل التصرف - حتى يقع ذلك التصرف في ملكه - لم يكن مشمولاً لإذن المالك الأول الدافع للمال، لأنه قصد التمليك، ولم يحصل حسب الفرض، فالإذن الضمني في إدخاله في ملكه لم يكن موجوداً حين التعاطي، فكيف يجوز للآخذ إدخال مال الغير في ملك نفسه بمجرد تصرفه فيه أو بإرادة تصرفه؟ فإن قلت: لا مانع من إدخال المأخوذ بالمعاطاة في ملك الآخذ بمجرد التصرف أو بإرادته، لوجود الإذن في التملك ضمناً من قبل الدافع، نظير الإذن الضمني في التملك في مسألتين:

إحداهما: فيما إذا أمر شخص غيره بعتق عبده من قبل الأمر.

وثانيتهما: فيما إذا أمره بالتصدق بماله عنه.

مثلاً: إذا قال زيد لعمر: «اعتق عبدك عتي» كان أمره متضمناً للوكالة في أمرين، الأول: تمليك عمرو عبده لزيد، الثاني: عتق العبد عن الأمر - وهو زيد - فالمأمر يملك عبده لزيد بالأصالة، لكونه مالكا للعبد، ويقبل هذا التمليك - عن زيد - بالوكالة، ثم يعتقه عن الأمر بالوكالة أيضاً. وعليه فالإذن الضمني في إدخال العبد في ملك زيد متحقق.

وكذا الحال في مسألة الأمر بالتصدق.

وليكن المقام من قبيل هذين الفرعين المتسالم على صحتها. يعني: أن من يدفع ماله

فيملك العين^(١) أو المنفعة^(٢) بإرادة التصرف بهما^(٣)، أو معه^(٤) دفعة^(٥)، وإن لم يخطر^(٦)

لغير المعاطاة يعلم بترتب إباحة جميع التصرفات - حتى المتوقفة على الملك - على الدفع، وهذا يتضمن كون الآخذ مأذوناً في إدخال المال في ملك نفسه قبل التصرف المتوقف على الملك. ومع وجود هذا الإذن لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي كون التصرف في مال الغير إحدى المملكات.

قلت: قياس المقام بالأمر بالعتق والصدقة مع الفارق، لوجود الإذن والتوكيل فيهما، بخلاف المعاطاة، فإن المقصود أمر واحد وهو التملك بنفس التعاطي، والمفروض عدم حصوله، لأن الشارع ألغى هذا القصد وحكم بترتب الإباحة المحضة، فكيف يتضمن الدفع إذناً للآخر في التملك، بل مقتضاه إما حرمة التصرف المتوقف على الملك، والمفروض عدم إلزامهم بها، وإما جعل إرادة تصرف الآخذ موجبة لدخول المال في ملكه. وهذا هو القاعدة التي لم تعهد من الفقهاء، والتخلص منها يتوقف على إنكار الإباحة رأساً، والالتزام بالملك كالبيع القولي.

(١) فيما إذا كان المعاطاة في البيع، الذي هو تملك عين بعوض.

(٢) فيما إذا كانت المعاطاة في الإجارة - التي هي تملك المنفعة بعوض - كتمليك سكنى الدار سنة بدينار.

(٣) الباء بمعنى «في» أي: يملك الآخذ العين أو المنفعة بمجرد إرادة تصرفه في كليهما.

(٤) معطوف على «إرادة التصرف» يعني: لا فرق في لزوم تأسيس قاعدة جديدة بين الالتزام بمملكية إرادة التصرف وحدها، وبين جعل المملك مؤلفاً من إرادة التصرف ونفس التصرف.

(٥) قيد لقوله: «فيملك» يعني: فيملك العين أو المنفعة دفعةً. ولعل المقصود بالدفعة عدم دخل لفعل المالك المبيع في تملك صاحبه للمال أصلاً.

(٦) إذ لو خطر ببال المالك المبيع الإذن في التصرف صارت المعاطاة نظير الأمر بالعتق والصدقة في إشتائها على التوكيل في التملك.

ببإل المالك الأول الإذن^(١) في شيء من هذه التصرفات، لأنّه^(٢) قاصد للنقل من حين الدفع، لأنّه^(٣) لا سلطان له بعد ذلك^(٤). بخلاف^(٥) من قال: أعتى عبدك عني، وتصدق بمالي عنك. ومنها^(٦): أن

(١) حتى يكون إذنه دخيلاً في تملك صاحبه لما أخذه بالمعاطاة.

(٢) تعليل لعدم خطور الإذن ببإل المالك في شيء من التصرفات، يعني: أن عدم الخطور إنما هو لأجل كون المالك قاصداً للنقل حين إعطاء المال، ولا سلطنة له بعد ذلك على المال حتى يخطر بباله الإذن في التصرف. حيث إن المالك يعتقد - حين الإعطاء - صيرورة المال ملكاً للآخذ وخارجاً عن حيز سلطنته.

(٣) أي: لأن المالك قاصدٌ للنقل من حين الدفع لا من حين تصرف الآخذ، وهذا تعليل لعدم كون المالك معتقداً بمالكية نفسه بعد الإعطاء حتى يأذن للآخر في التصرف في المال. بل يرى سلطنته منقطعة بعد الإعطاء، فكيف يتمشى منه الإذن في التصرف في المال؟

(٤) أي: بعد الدفع.

(٥) مقصود كاشف الغطاء ~~بأن~~ بهذا منع تمسك القائل بالإباحة لإثبات الإذن الضمني المالكى - في تملك المباح له قبل تصرفه في المأخوذ بالمعاطاة - بمقايسته بما تسالموا عليه من صحة الأمر بالعتق والتصدق. و وقوعها عن الأمر لا المأمور. وقد أوضحناه بقولنا: «فإن قلت... قلت... الخ».

القاعدة الثالثة: ترتيب آثار الملك على المباح

(٦) هذا هو الإستبعاد الثالث المترتب على القول بالإباحة، والقاعدة الجديدة التي لا بد من تأسيسها هي: الحكم بترتب عدة من الأمور على ما في يد المباح له، مع عدم كونه ملكاً له، مع أن هذه الأمور من آثار الملك وشؤونه، ولازم عدم إفادة المعاطاة للملك هو تعلقها بغير الملك، لأن المال المأخوذ بالمعاطاة - مع بقاء عينه وعدم تلفها - باقٍ على ملك مالكة الأول، ولم ينتقل إلى الآخذ، ومع ذلك يتعلق به الأمور المذكورة في المتن، وهي أحد عشر مورداً. فإن قلت: لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة وهي ترتيب آثار الملك على المباح، وذلك

الأخماس^(١)

لأنَّ المنسوب إلى القدماء وإن كان إفادة المعاطاة للإباحة المجردة عن الملك، إلَّا أنَّهم قالوا بمحصل الملك عند تلف إحدى العينين أو كليهما. وعلى هذا فالعين الباقية بحالها عند أحد المتعاطيين تصير ملكاً له بمجرد تلف الأخرى عند الآخر، أو تصرفه فيها.

مثلاً إذا تعاطى زيدٌ وعمروٌ جنساً زكواً كالحنطة والشعير بمائة دينار، واجتمعت شرائط وجوب الزكاة في الحنطة والشعير، فإنَّهما تدخلان في ملك عمرو بمجرد تصرف زيد في الدنانير، وعليه فإذا حَكَمَ الشارع على عمرو بوجوب إخراج زكاتها لم يستلزم تأسيس قاعدة جديدة وهي إخراج الزكاة من المباح لا الملك، بل كان وجوب الزكاة مترتباً على الملك، لفرض دخولها في ملكه بمجرد تصرف زيد في الدنانير.

قلت: مبنى هذا الاستبعاد هو بقاء العين وعدم تصرف الآخر أو الشك فيه، إذ هنا صور ثلاث:

الأولى: العلم بتصرف زيد في الثمن أو العلم بتلفه.

الثانية: العلم بعدم تصرفه في الثمن أصلاً والعلم ببقائه.

الثالثة: الشك في تصرفه فيه وفي بقاءه وتلفه. وتأسيس قاعدة جديدة يبتني على الصورتين الأخيرتين، ضرورة أنَّه مع العلم بعدم تصرف زيد في الثمن أو الشك فيه - وكذا مع العلم ببقائه - تكون الحنطة والشعير مباحةً لعمرو وليستا ملكاً له، ومع ذلك يجب عليه إخراج الزكاة، فثبت ما استقرَّ به الفقيه كاشف الغطاء رحمته من ترتيب حكم الملك - وهو وجوب إخراج الزكاة - على غير الملك.

(١) هذا هو المورد الأول من الموارد الأحد عشر، وتوضيحه: أنَّه إذا كان المأخوذ بالمعاطاة فاضلاً عن مؤونة سنته بأن بقي على حاله من دون أن يتصرف فيه إلى أن مضت السنة عليه، فإنَّه يجب عليه أداء الخمسة، مع أنَّه ليس بملك له، وإنَّما أبيع له التصرف فيه. فيلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي: عدم اختصاص وجوب الخمس بما يملكه الإنسان ويفضل عن مؤونته، بل يعم كل ما في يده سواء كان ملكاً أم مباحاً، وهو غريب.

و الزكوات^(١) و الاستطاعة^(٢) و الديون^(٣) و النفقات^(٤) و حق المقاصة^(٥) [المقاسمة]

(١) هذا هو المورد الثاني، وقد ظهر المراد به آنفاً.

(٢) هذا ثالث الموارد، و توضيحه: أنه إذا كان الثمن في المعاطاة وافياً بمؤونة الحج، و بقي الى أن خروج الرفقة، فإنه لا بد أن يحكم على الآخذ بأنه مستطيع واجد للزاد و الراحلة، مع وضوح عدم كونه مالكا لها بالمعاطاة، بل أبيع له التصرف في ذلك الثمن، فيلزم ترتيب حكم الملك - وهو وجوب الحج على من له الزاد و الراحلة - على غير الملك.

(٣) هذا رابع الموارد، و توضيحه: أن المديون يجب عليه أداء دينه بما يملكه، فإذا اشترى بالمعاطاة شيئاً و أراد أداء دينه به - مع عدم صيرورته ملكاً له - لزم جواز أداء الدين بالمباح لا بالملك، و هو كما ترى.

(٤) هذا خامس الموارد، و بيانه: أنه يجب على الزوج الإنفاق على زوجته - بل على غيرها من الأقارب مع التمكن - و النفقة إنما تجب عند مالكيته لما يُنفقه، فلو تعامل بالمعاطاة و اشترى الطعام و الملابس، و جَبَّ عليه صرفُها في النفقة الواجبة، مع عدم دخولها في ملكه، بل وقع في يده بعنوان الإباحة. فيدور الأمرين عدم وجوب الإنفاق أصلاً - لعدم كونه مالكا - و بين وجوبه عليه حتى في المباح، و لا سبيل للأول، و الثاني هو معنى تأسيس قاعدة جديدة.

(٥) هذا سادس الموارد، و توضيحه: أن المديون الذي لا يؤدي دينه - إما قصوراً و إما تقصيراً - إذا باع بالمعاطاة شيئاً، و كان ثمنه وافياً بدينه، فظفر به الدائن، جاز له أخذه منه تقاصاً، مع أن المأخوذ مقاصة لا بد أن يكون ملكاً للمديون حتى يجوز للدائن أخذه مقاصةً، و لا يكفي مجرد الإباحة و وقوع الشيء في يد المديون.

هذا بناءً على كون العبارة «حق المقاصة». و بناءً على ما في بعض نسخ شرح القواعد من «حق المقاسمة» فبيانه: أنه إذا اشترك إثنان في شراء شيءٍ مشاعاً، ثَبَّتَ لكل منهما حق القسمة و إفراز حصته من حصة شريكه، مع أنه ليس ملكاً له، بل ثبت بالمعاطاة مجرد إباحة التصرف، و عليه يلزم تعلق حق القسمة بما في اليد دون الملك.

و الشفعة^(١) و المواريث^(٢) و الربا^(٣) و الوصايا^(٤) تتعلق بما في اليد،

(١) هذا سابع الموارد، و بيانه: أنه إذا كانت دارٌ مشتركة بين زيد و عمرو، فباعَ زيدُ حصته من بكر بالمعاطاة، فيثبت لعمرو حق الشفعة، و يستحق إرجاعها الى نفسه ببذل مثل الثمن الى بكر. فعلى القول بإفادة المعاطاة للإباحة المحضة يلزم تعلق حق الشفعة بحصة الشريك - أي زيد - مع عدم خروجها عن ملكه، و من المعلوم أنه لا بد في تعلق حق الشفعة من خروج الحصة عن ملك الشريك.

(٢) هذا ثامن الموارد، كما إذا اشترى زيد بالمعاطاة داراً و مات، فإنها تنتقل كسائر أمواله إلى ورثته، مع أن هذه الدار لم تكن ملكاً للمورث، بل كانت في يده مباحة، فيلزم تأسيس قاعدة جديدة: وهي: تعلق الارث بالمباحات و عدم اختصاصه بالأملك و الحقوق.

(٣) هذا هو المورد التاسع، و بيانه: أنه إذا كان العوضان في المعاطاة من جنس واحد مع التفاضل، فإن الزيادة محرمة، فلو لم تكن المعاطاة مفيدة للملك لم يكن وجهاً لمحرمة الزيادة، لأن موضوع المحرمة هو المعاملة الصحيحة المؤثرة في الملك لولا الربا، و من المعلوم فقدان الصحة بدون الربا أيضاً، إذ المفروض عدم كون المعاطاة بيعاً مؤثراً و لو بدون الربا.

و كما إذا باع المأخوذ بالمعاطاة بجنسه مع التفاضل.

(٤) هذا عاشر الموارد، و بيانه: أنه إذا أوصى شخصٌ بصرف المأخوذ بالمعاطاة في الوجوه البرية، أو أوصى بإعطائه لشخصٍ بعد وفاته، فإن المعاطاة لو أفادت الإباحة لزم كون الوصية بمال غيره لا بمال نفسه، لفرض عدم دخوله - بمجرد المعاطاة - في ملكه (*).

(*) هذا هو المقصود، لا ما عن المحقق النائيني عليه السلام من التكسب به مراراً بالمعاطاة،

حتى يستشكل عليه بكونه مسبوقاً بالتصرف الذي هو المملوك.

مع^(١) العلم ببقاء مقابله^(٢) و عدم^(٣) التصرف فيه، أو^(٤) عدم العلم به^(٥)، فيُنقِ^(٦) [فيق] بالأصل.

(١) قيد لقوله: «تعلق» يعني: أن تأسيس قاعدة جديدة يُبتنى على أحد أمرين على سبيل منع الخلو:

الأول: العلم ببقاء العين الأخرى في يد المتعاطي الآخر، و أنها لم تتلف بعد، ولم يتصرف فيها أصلاً.

الثاني: الشك في بقائها، أو تصرفه فيها.

فلو علم أحد المتعاطين بأن العين التي أخذها المتعاطي الآخر قد تلفت أو تصرف فيها لم يلزم تأسيس قاعدة جديدة، لأن هذه العين أيضاً تصير ملكاً لزيد بمجرد تصرف عمرو في تلك العين. وقد أوضحنا هذا بقولنا: «ان قلت... قلت...» راجع (ص ٤٢٦).

(٢) أي: مقابل ما في اليد، إذ مع تلف العين الأخرى عند عمرو يصير ما في يد زيد ملكاً له قهراً.

(٣) معطوف على «بقاء» يعني: مع العلم بعدم تصرف عمرو في ما أخذه بالمعاطاة. والوجه في هذا العطف أن الموجب لتبدل الإباحة بالملك - عند المشهور أحد أمرين: إما تلف إحدى العينين، وإما التصرف فيها.

(٤) معطوف على «العلم» يعني: أو مع عدم العلم ببقاء مقابله عند الأخذ، فيحكم ببقائه بالاستصحاب. وعليه ففي كلتا صورتين - وهما العلم ببقاء مقابله، أو الشك في بقائه - يكون ما بيده ملكاً للغير، ومع ذلك يجري عليه أحكام الملك.

(٥) أي: عدم العلم ببقاء المقابل، و عدم العلم بعدم التصرف في المقابل.

(٦) هذه الكلمة تختلف ضبطها في نسخ شرح القواعد، ففي بعضها «فينق» و في بعضها «فييق» و على كل منهما لا يختلف المقصود. إذ لو كانت «فينق» أو فينتني» كان الضمير المستتر راجعاً إلى «عدم التصرف فيه» يعني: يحرز - باستصحاب عدم تصرف عمرو في العين - أن ما في يد زيد لم ينتقل إلى ملكه، فيلزم ترتيب آثار الملك عليه مع كونه محكوماً بالإباحة المحضة.

ولو كانت «فييق» بالأصل» كان الضمير المستتر في الفعل المبني للفاعل الأخرى في

فتكون^(١) متعلقةً بغير الأملاك. وأن^(٢) صفة الغنى والفقر

من «بقاء مقابله، عدم التصرف فيه» يعني: يحرز - ببركة الاستصحاب - بقاء العين الأخرى في يد عمرو على حالها ولم تتلف، ويحرز أيضاً عدم تصرف عمرو فيها، ويترتب على كل - من البقاء وعدم التصرف - كون ما في يد زيد مباحاً لا ملكاً له.

ولعلّ الأوفق بسياق الكلام: «فَيُنْفَى بِالْأَصْلِ» أي: فَيُنْفَى بِالْأَصْلِ التَّصَرُّفُ الْمَشْكُوكُ فِيهِ، ويحرز الموضوع المؤلف من وجودي وهو بقاء العين، وعدمي وهو عدم التصرف فيه. (١) هذا متفرّع على إحراز بقاء العين الأخرى في يد عمرو وعدم تصرفه فيها، إمّا بالوجدان وإمّا بالتعبد، إذ في كلتا صورتين يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي تعلّق أحكام الملك بما ليس ملكاً، كما مرّ في الموارد العشرة.

(٢) الظاهر أنّه معطوف على قوله: «أنّ الاخماس» ولازمه أن يكون هذا أمراً على حدة في مقابل الموارد العشرة من الاخماس والزكوات. لكن حيث إنّ القاعدة التي يتعيّن تأسيسها في الجميع هي إجراء حكم الملك على ما ليس بملك كان المناسب جعل قوله: «وأنّ الغنى» المورد الحادي عشر لما تقدم عليه.

وكيف كان فتوضيحه: أنّ الإلتصاف بالفقر والغنى موقوف على الملك، فإن كان الانسان واجداً لمؤونة سنته ولو بالقوة كان غنياً وحُرِّمَ عليه أخذ الصدقات، والخمس إن كان هاشمياً. وإن لم يكن واجداً لها - ولو بالقوة - كان فقيراً وجاز له أخذها.

وعليه فإذا باع زيد بالمعاطاة شيئاً من مؤونته - ككتاب يحتاج إليه - بشمنٍ غالٍ لصرفه في نفقة عياله، ولم يتلف الكتاب في يد المشتري ولم يتصرف فيه، وبقي الثمن في يد زيد أيضاً وهو وافٍ بمؤونة سنته، فإنّه يلزم تأسيس قاعدة جديدة، وهي: دوران الغنى والفقر مدار الإباحة دون الملك، وذلك لأنّ الكتاب باقٍ على ملك زيد حسب الفرض، كما أنّ الثمن باقٍ على ملك عمرو، فلو صار زيد غنياً بالمأخوذ بالمعاطاة كان معناه ترتّب الغنى على مجرد كون المال في يده وإن كان ملكاً للغير، وصار عمرو فقيراً بشراء الكتاب مع أنّ الثمن باقٍ على ملكه.

والحاصل: أنّه يلزم ترتّب صفة الغنى والفقر على ما في اليد مع كونه ملكاً للغير، فيترتب وجود الغنى على المأخوذ بالمعاطاة ويرتفع به الفقر مع عدم كون هذا المأخوذ ملكاً.

تترتب عليه^(١) كذلك^(٢)، فيصير^(٣) ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.
و منها^(٤) : كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر^(٥). مضافاً إلى
غربة^(٦) إستناد الملك الى التصرف.

فالأخذُ غنيٌ وليس بمالك، والمعطي للمال فقيرٌ مع عدم خروج المال عن ملكه.
(١) أي: على ما في اليد وإن لم يكن ملكاً له.
(٢) أي: مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه، أو مع الشك في البقاء و التصرف.
و هذا إشارة الى الصورتين المتقدمتين.

القاعدة الرابعة: مملكية تصرف أحد المتعاطيين للآخر

(٣) هذا هي القاعدة التي يلزم تأسيسها لو قيل بإفادة المعاطة للإباحة المحضة.
(٤) أي: و من القواعد الجديدة، و هذا رابع الاستبعادات، و هو يتضمن أمرين لابد من
تأسيسها.

أحدهما: كون أصل التصرف في المباح سبباً لدخوله في الملك، و هو بعيد، لأنَّ
الأسباب المملوكة المعهودة من الشرع محصورة في أمور إختيارية و قهرية، و ليس التصرف
منها، فالإختيارية إما خارجية كحيازة المباحات، وإما إعتبارية كالبيع و الاجارة و المضاربة
و الصلح و نحوها. و القهرية كالموت و الارتداد. فكيف حَكَمَ المشهورُ بدخول المأخوذ
بالمعاطة في الملك بالتصرف فيه؟

ثانيهما: أن يكون تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطة موجباً لصيرورة الآخر
مالكاً لما في يده. و هذا أكثر غرابة من الأول.

(٥) و لم يعهد كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر، إذ لم يتحقق إلا أمران،
أحدهما: المعاطة، و الآخر: التصرف، و المفروض أن الأول لم يؤثر في الملكية، فالمملوك هو
التصرف.

(٦) وجه الغرابة أن التصرف مؤخر طبعاً عن الملك، لأنه مقتضى توقف التصرف على
الملك، و مع تأخره عن الملك كيف يستند الملك إليه؟

ومنها^(١): جعل التلف السماوي^(٢) من جانب مملوكاً للجانب الآخر^(٣).
والتلف^(٤) من الجانبين مع التفريط معيناً للمسمى

القاعدة الخامسة: ترتب آثار غير معهودة على التلف

(١) أي: ومن القواعد الجديدة التي لابد من تأسيسها بناءً على القول بالإباحة، وهذا الاستبعاد الخامس يتضمن قواعد أربعة تتعلق بتلف إحدى العينين أو كليهما.
الأولى: أن المشهور قالوا: «إذا تلفت إحدى العينين لزم» و التلف المُلزم أعم من الاختياري كالأكل والشرب ونحوهما من التصرفات الخارجية والاعتبارية، والقهري وهو ما لم يكن بإرادة الإنسان كالسيل والصاعقة والزلازل وشبهها من أنواع البلاء، المعبر عنها بالتلف السماوي.

ووجه الغرابة: أن تلف المال قهراً عند أحد المتعاطين كيف يوجب دخول المال الآخر في ملك المتعاطي الآخر قهراً؟ فإن مملوكة هذا التلف السماوي أكثر مؤونة من مملوكة تصرف أحدهما للآخر، إذ التصرف فعل اختياري قد يتيسر توجيه مملوكيته، وأما التلف القهري فلا. هذلو سيأتي بيان القواعد الثلاث الأخر التي تضمنها هذا الاستبعاد الخامس.

(٢) التقييد بالسماوي في قبالة الإتلاف الأناسي فإنه تصرف في المال، و يندرج في الاستبعاد الرابع، وهو غرابة مملوكة التصرف.

(٣) فيلزم أن يكون أكل الهرة مثلاً لللحم المأخوذ بالمعاطاة مملوكاً للثمن الذي أخذه الآخر بالمعاطاة. ومن المعلوم أن كون التلف مملوكاً و ناقلاً في غاية البعد. وأما بناءً على إفادة المعاطاة للملك فلا يلزم هذا المحذور أصلاً.

(٤) معطوف على «التلف» وهذا إشارة إلى القاعدة الثانية التي ينبغي تأسيسها، وبيانها: أن مقتضى تأثير المعاطاة في خصوص الإباحة هو: أن العينين باقيتان على ملك مالكيهما، وهما أمانتان عند المتعاطين، ومن المعلوم أن إتلاف الأمانة والتفريط في حفظها يوجب ضمان بدلها الواقعي من المثل أو القيمة، لاقتضاء قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» إشتغال الذمة بالبدل الواقعي، لا بالمسمى، فإنه مخصوص بالمعاوضة الصحيحة، كما إذا باع زيد كتاباً بدينار من عمرو، وكانت قيمته الواقعية دينارين، فتبين غبن زيد بدينار، فإذا أُلِف كلُّ منها

من الطرفين^(١)، ولا رجوع الى قيمة المثل^(٢) حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.
و مع حصوله^(٣) في يد الغاصب

ما في يده مفرطاً في ذلك كان الضمان بالمستى، و لا يرجع زيدٌ على عمرو بدينار آخر و هو
التفاوت بين المستى و القيمة الواقعية.

و على هذا فلو أتلّف كل من المتعاطيين ما في يده لزم أن يضمن للآخر بدله الواقعي،
لعدم كون المعاطاة عقداً صحيحاً مملّكاً حسب الفرض، بل هي مبيحة للتصرف، و معه كيف
حكّم المشهور بأن إتلاف المأخوذ بالمعاطاة لا يوجب إنتقال الضمان من المستى الى الواقعي؟
إذ مقتضى قاعدة «اليد» إستقرار البذل الواقعي على العهدة، و لا وجه لصيرورة الضمان
معاوضياً.

(١) مع أن مقتضى قاعدة «اليد» هو الضمان بالبذل الواقعي من المثل أو القيمة، و جواز
الرجوع بالتفاوت.

(٢) يعني: كما هو مقتضى قاعدة المعاوضة الفاسدة حتى يرجع المغبون منها الى التفاوت.
مثلاً: إذا أعطى كتاب المكاسب بدينار، فأتلّف كل منهما ما في يده مفرطاً في ذلك، فالضمان على
كل منهما يكون بالمستى، فإذا كانت قيمة الكتاب دينارين مثلاً لا يرجع مالك الكتاب على
الآخر - الأخذ له - بدينار يكون ما به التفاوت بين المستى و بين القيمة الواقعية.

(٣) أي: و مع حصول المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب، و هذا إشارة إلى القاعدة الثالثة
التي تضمّنها الاستبعاد الخامس، و حاصل ذلك: أنه إذا تعاطي زيدٌ و عمرو كتاباً بدينار،
فغصب بكرّ الكتاب، سواء تلف عنده أم بقي بحاله. فإن قلنا بأن القابض بالمعاطاة - و هو
عمرو - هو الذي يطالب الكتاب من الغاصب كان القول به بعيداً، لأن غصب الغاصب
للمأخوذ بالمعاطاة أو تلفه عنده كيف يوجب ملكية المأخوذ للقابض بالمعاطاة حتى تصير
المطالبة من الغاصب للمالك؟ إذ لم يُعهد نهوض دليل على كون الغصب أو التلف عند الغاصب
من النواقل الشرعية.

و إن قلنا بأن المطالب هو القابض بالمعاطاة - و هو عمرو - مع فرض عدم تملكه
للمأخوذ بالمعاطاة بسبب غصب الغاصب أو تلف المال عنده كان أيضاً بعيداً جداً، حيث إن

أو تلفه^(١) فيها، فالقول بأنه^(٢) المطالب^(٣) لأنه^(٤) تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب^(٥)، والقول^(٦) بعدم الملك بعيداً جداً.
مع^(٧) أن في التلف القهري

المطالبة من الغاصب من شؤون سلطنة المالك على ماله، فليس لغير المالك سلطنة المطالبة من الغاصب.

(١) يعني: تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب.

(٢) أي: بأن القابض بالمعاطاة.

(٣) بصيغة الفاعل، والمراد به القابض بالمعاطاة.

(٤) أي: لأن القابض بالمعاطاة.

(٥) خبر «فالقول» وهذا إشارة إلى أحد الأمرين الغريبيين، وقد تقدم بقولنا: «فإن قلنا بأن القابض بالمعاطاة - وهو عمرو - هو الذي يطالب... الخ».

(٦) معطوف على «فالقول» وهذا إشارة إلى ثاني الأمرين الغريبيين، ووجه الغرابة: ما عرفت من أن المباح له إذا لم يصير مالكا للمأخوذ بالمعاطاة - بسبب غصب الغاصب أو التلف عنده - لم يكن له حق مطالبة تلك العين - أو بدلها - من الغاصب، لأن الغاصب ضامن للمالك المبيع لا للأخذ المباح له. ومعنى هذا عدم جواز رجوع المباح له على الغاصب لاسترداد ماله. مع أنه لا ريب في ثبوت حق المطالبة للأخذ، وهو كاشف عن كونه مالكا لما أخذه بالمعاطاة، ولا أثر من الإباحة في نظر العرف أصلاً.

(٧) هذا إشكال آخر على مملكية التلف القهري غير ما أفاده بقوله: «جعل التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر» وهذه هي القاعدة الرابعة التي تضمنها الاستبعاد الخامس. ومقصود كاشف الغطاء تذكير إنكار أصل مملكية التلف القهري سواء أكان التلف في يد الغاصب أم القابض.

وحاصل الإشكال: أنه إن قلنا بأن القابض بالمعاطاة مملك المأخوذ بها قبل التلف كان عجبياً، إذ لو حصلت الملكية بغير سبب لزم وجود المعلول بلا علة، ولو حصلت بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علته، وكلاهما غير معقول.

إن ملك التالف قبل التلف فعجيب^(١)، و معه^(٢) بعيد، لعدم قابليته. و بعده^(٣) ملك معدوم، و مع عدم^(٤) الدخول في الملك^(٥) يكون ملك الآخر بغير عوض.

و إن قلنا بحصول الملكية مع التلف كان بعيداً، إذ لا موجب لها في خصوص زمان التلف دون ما قبله. مضافاً إلى: أن زمان التلف هو زمان إنتفاء الملكية لا حدوثها. و منه يظهر بطلان الملكية بعد التلف - لو قيل بها - لأن تملك المعدوم غير معقول. و عليه لا يعقل مملكية التلف القهري أصلاً. لا قبله و لا مقارناً له و لا بعده.

(١) لما عرفت أنفاً من أنه إما من تقدم المعلول على العلة، و إما من وجود المعلول بلا علة.

(٢) أي: و مع التلف فبعيد، و الأولى إقتران «بعيد» بالفناء، لاقتضاء العطف على «قبل التلف» كونه جزاء لقوله: «ان ملك» فكأنه قال: «و إن ملك التالف مقارناً للتلف فبعيد» و الوجه في البعد ما أفاده بقوله: «لعدم قابلية» لأن أن التلف هو آن إنتفاء الملكية بانتفاء المملوك، فكيف تحصل الملكية مقارنة للتلف؟

(٣) أي: بعد التلف، يعني: يكون حصول الملكية - بعد تلف المأخوذ بالمعاطاة - من ملك المعدوم، و هو غير معقول. و الأولى أيضاً إقتران «ملك» بالفناء لما أشرنا إليه آنفاً.

(٤) هذا بمنزلة نتيجة ما أفاده من عدم معقولية مملكية التلف القهري، يعني: و لازم عدم دخول المأخوذ بالمعاطاة - بسبب التلف - هو إجتماع العوض و المعوض عند المتعاطي الآخر.

(٥) يعني: في صورة التلف إن بُني على عدم صيرورة التالف ملكاً للقباض لزم منه أن يكون ملك المتعاطي الآخر لما قبضه - من صاحبه - بلا عوض، و لازمه الجمع بين العوض و المعوض.

فإن قلت: إذا لم يكن التلف مملكاً لمن تلف عنده المال فليكن غير مملك للمتعاطي الآخر أيضاً بالنسبة الى العوض.

قلت: لا سبيل لنفي ملكية الآخر لما عنده، و ذلك لوجهين.

أحدهما: قيام السيرة على صيرورة المال ملكاً للقباض بمجرد تلف إحدى العينين عند الآخر.

و ثانيهما: بناء المتعاطيين على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطاة.

ونفي الملك^(١) مخالف للسيرة وبناء^(٢) المتعاطين.
ومنها^(٣): أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية
فهو بعيد، وإن أوقفناه عليها^(٤) كان الواطي للجارية^(٥) من غيرها^(٦)

(١) يعني: ونفي ملك المتعاطي الآخر لما قبضه بالمعاطاة مخالف للسيرة التي قامت على كونه مالكا له.

(٢) بالجر معطوف على «السيرة». أما كون نفي ملك المتعاطي الآخر لما قبضه بالمعاطاة مخالفا لبناء المتعاقدين فلأن المفروض كونها قاصدين للتملك بالمعاطاة كقصد هما له بالبيع القولي.

القاعدة السادسة: التصرف سبب مملك قهراً أو اختياراً

(٣) أي: ومن القواعد الجديدة التي لا بد من تأسيسها بناء على القول بالاباحة: أن التصرف... الخ. وهذا هو الاستبعاد السادس، وهو ناظر إلى بُعد ملكية التصرف سواء أكان من النواقل القهرية أم الاختيارية.
توضيحه: أن التصرف لا يكون مملكا ولا ناقلا، إذ لو قلنا بذلك، فإن كانت ملكيته قهرية - أي: بلا حاجة إلى نية التملك - كان بعيداً، إذ لا دليل عليه، وبمجرد الإمكان لا يجدي في الوقوع.

وإن كانت ملكيته متوقفة على الملك لزم منه ما لم يلتزم به أحد، وهو كون الواطي للجارية المأخوذة بالمعاطاة واطياً لها بالشبهة، وجريان حكم وطي الشبهة عليه.
وكذا لزم منه كون الجاني على مأخذه بالمعاطاة والمتلف له جانياً على مال الغير ومُتلفاً له لا لمال نفسه، وهذا خلاف ما جرت عليه سيرتهم، ونتيجة ذلك بُعد كون نفس التصرف مملكا، بل لا بد من القول بحصول الملكية من أول الأمر.

(٤) أي: وإن قلنا بتوقف ناقلية التصرف على النية لزم منه كون الواطي للجارية... الخ.

(٥) المأخوذة بالمعاطاة.

(٦) أي: من غير النية.

واطياً بالشبهة (٣) و الجاني عليه و المتلف له (١) جانباً على مال الغير و مُتلفاً له (٢).
و منها (٣): أن النماء الحادث قبل التصرف (٤) إن جعلنا حدوثه مملُكاً له (٥) دون
العين فبعيداً، أو معها (٦) فكذلك (٧).

(١) تذكير هذا الضمير و ضمير «عليه» باعتبار المأخوذ بالمعاطاة.

(٢) أي: لمال الغير.

القاعدة السابعة: مملُكية حدوث النماء

(٣) أي: و من القواعد الجديدة التي لا بد من تأسيسها هو: أنه لا بد من القول بمملُكية
حدوث النماء، و هو غير معهود، توضيحه: أنه يجوز للأخذ بالمعاطاة التصرف في نماء المأخوذ
بها الحادث في العين قبل التصرف فيها، و جواز التصرف في النماء إمّا لأجل كون حدوث النماء
مملُكاً له، و إمّا لأن المالك الأصلي إذن له في التصرف في النماء كإذنه في التصرف في ذي النماء.
و على الأوّل فإن قلنا بكون حدوث النماء مملُكاً للنماء فقط - أي بدون ذي النماء - كان
بعيداً، إذ لا وجه للتفكيك في الملكية بين النماء و الأصل، خصوصاً في النماء المتصل. مع أنه
لم يعهد من مذاق الشارع الأقدس كون حدوث النماء من موجبات تملك النماء.
و إن قلنا بأن حدوث النماء مملُك له و للأصل معاً كان بعيداً أيضاً، لمنافاته لظاهر أكثر
الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية في المأخوذ بالمعاطاة من دون التصرف فيه.
و على الثاني - وهو أن يكون التصرف في النماء مستنداً إلى إذن المالك - قلنا: إن شمول الإذن
- في التصرف في العين - للتصرف في النماء أمرٌ خفي، فلا يمكن الالتزام به، حيث إن المالك الأصلي
لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاطاة لا في نماءاته المتكوّنة منه بعد التعاطي.
(٤) التقييد بالقبليّة لأجل كون التصرف قبل حدوث النماء مملُكاً للأصل، فلا يبقى
موضوع للاستبعاد.

(٥) هذا الضمير و ضمير «حدوثه» راجعان إلى النماء.

(٦) أي: جعل حدوث النماء مملُكاً له و للعين معاً.

(٧) أي: بعيداً.

وكلاهما^(١) منافٍ لظاهر الأكثر. وشمول^(٢) الإذن له خفي.
ومنها^(٣): قصر التملك على التصرف

(١) أي: كون حدوث النماء مملوكاً للنماء خاصة - أو مملوكاً للعين والنماء معاً - خلاف ظاهر الأكثر، لأنهم قائلون بمملكية التصرف، لا بمملكية حدوث النماء.
(٢) هذا دفع دخل مقدر، حاصله: عدم كون حدوث النماء مملوكاً من جهة مخالفة المشهور، و لكن نقول بجواز التصرف في نماء المأخوذ بالمعاطاة من باب إذن المالك في التصرف.

فأجاب رحمته عنه بأن شمول الإذن المالكى لإباحة التصرف في النماء خفي، خصوصاً إذا كان حدوث النماء بعد وقوع المعاطاة بزمان طويل، كما إذا تعاطيا سخلّة بدينار فأحبلت بعد سنة، أو تعاطيا على شجرة بدينار فأثمرت بعد أشهر، فإنه لم يعلم إذن المالك في التصرف في لبن الشاة أو ثمرة الشجرة، لاحتمال - غفلته حين التقابض - عن التصرف في النماء حتى يأذن له.

القاعدة الثامنة: مملكية التصرف تستلزم إجتماع المتقابلين

(٣) أي: و من القواعد الجديدة: قصر التملك... الخ، وهذا هو الاستبعاد الثامن والأخير من إستبعادات كاشف الغطاء رحمته وهو يتضمن إستبعادين:
أحدهما: أنه يلزم من مملكية التصرف إجتماع المتقابلين في واحد، أي صيرورة الموجب والقابل واحداً في المعاطاة.

ثانيهما: أولوية إستناد الملكية الى نفس المعاطاة من إستنادها الى التصرف.
توضيحه: أنه يلزم - بناءً على إفادة المعاطاة للإباحة، وإستناد مملكية التصرف الى إذن المالك، لأجل كون الإذن في الشيء إذناً فيما يتوقف عليه - كون المتعاطي موجباً وقابلاً، لأنه موجب من ناحية المالك المبيع، حيث أنه مأذون من المالك في تملك المال لنفسه، وقابل لتملكه للمال. لكنه - بناءً على إستناد مملكية التصرف الى إذن المالك - يلزم أن يكون نفس التعاطي مملوكاً بالأولوية، وذلك لاقتران التعاطي بقصد التملك من المعطي، دون التصرف الصادر بعد المعاطاة، لانفصاله عنها، بخلاف التعاطي، فإن الإذن في التملك مقرون به.
وبالجملة: فالإذن في التصرف المملوك يوجب مملكية نفس المعاطاة بالأولوية.

مع الاستناد فيه^(١) إلى: أن إذن المالك فيه^(٢) إذن في التملك، فيرجع^(٣) إلى كون المتصرف في تملك نفسه موجباً قابلاً، وذلك^(٤) جارٍ في القبض، بل هو^(٥) أولى منه، لاقتراحه^(٦) بقصد التملك، دونه «إنتهى»^(٧).

و المقصود من ذلك كله إستبعاد هذا القول^(٨)، لا أن الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الأصول و العمومات^(٩)، إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف

(١) أي: أن التملك المستند إلى الإذن في التصرف جارٍ في القبض أيضاً وهو الأخذ من المعطي، لاقتراح الإعطاء بقصد تملك المعطي.

(٢) أي: أن إذن المالك في التصرف إذن في أن يملك المتصرف المأخوذ بالمعاطاة.

(٣) يعني: أن مآل إذن المالك في التصرف إلى صيرورة المتصرف موجباً قابلاً.

(٤) يعني: أن ما ذكر - من كون الإذن في التصرف إذن في التملك - جارٍ في القبض.

(٥) أي: القبض المعاطاتي أولى من التصرف الذي تكون مملكيته مستندة إلى: أن إذن المالك في التصرف إذن في التملك. وجه الأولوية ما عرفته من إقتراح المعاطاة بقصد التملك دون التصرف، فإن الإذن في التملك وإن كان موجوداً حين التصرف أيضاً فيتملك المتصرف المأخوذ بالمعاطاة، إلا أن الإذن في التملك موجود في نفس زمان المعاطاة، فليكن هو المملك بوجوده الحدوثي، لا بوجوده البقائي.

هذا ظاهر العبارة. لكن التعليل لا يخلو من مسامحة، إذ الإذن المملك موجود من زمان حدوثه بالمعاطاة إلى جميع الآتات المتأخرة، ولا يعتبر حدوث إذن آخر في زمان التصرف حتى تتجه الأولوية.

(٦) أي: لأن القبض مقترن بالإذن المملك، دون التصرف، فإن إذن التملك غير مقترن به، بل الإذن سابق عليه.

(٧) أي: إنتهى ما ذكره بعض الأساطين في مقام الاستبعاد عن القول بالإباحة.

(٨) أي: القول بإفادة المعاطاة للإباحة.

(٩) وهي ما يأتي إليه الإشارة في كلامه من أدلة توقف تصرفات على الملك، و عموم «على اليد» و غير ذلك. و ليس المراد بها العمومات الدالة على صحة المعاطاة و كونها بيعاً مفيداً للملكية كما قد يتوهم، إذ لو كانت تلك العمومات دالة على مملكية المعاطاة كانت

القواعد المتداولة بين الفقهاء.

أما^(١) حكاية تبعية العقود وما قام مقامها للمقصود ففيها أولاً^(٢):

هي المعول ولم تصل النوبة الى هذه الاستبعادات التي هي كالدليل الإتي كاشفة عن فساد القول بالاباحة.

واعلم أن غرض الشيخ الكبير رحمته من بيان الوجوه المزبورة هو: أنه لو لم يتم الاستدلال على مملكية المعاطاة بما تقدم من آتي الحيل والتجارة وغيرهما كفي في إثبات مملكتها ما ذكر من الاستبعادات، وإلا لزم تأسيس قواعد جديدة. والمصنف رحمته ناقش في ذلك بأن تلك الوجوه لاتفي بإثبات المقصود، وهو إفادة المعاطاة للملك، لأن لتلك الأمور نظائر في الشريعة، فليست قواعد جديدة توجب رفع اليد عن القول بالاباحة.

المناقشة في القواعد المرتبة على القول بالاباحة

(١) أجاب المصنف رحمته أجاب عن إستبعادات كاشف الغطاء رحمته بوجهين: أحدهما: بالتفصيل بالنظر في كل واحد من الأمور الثمانية، كما ستقف عليه. والآخر بالاجمال، وهو الذي تعرض له في آخر كلامه بقوله: «مع أنه لم يذكرها للاعتداد» وهو إعتذار عن كاشف الغطاء بأن مقصوده مجرد الاستبعاد عن الالتزام بهذه القواعد، لا أنها تصلح لرفع اليد عن القول بالاباحة.

١ - المناقشة في ما يتعلق بقاعدة التبعية

(٢) قد أجاب المصنف رحمته عن أول تلك الوجوه بجوابين، أحدهما حلي، والآخر نقضي. ومحصل الأول هو: أن المعاطاة ليست من صفريات تلك القاعدة، لأن مورد تلك القاعدة هو العقود الصحيحة شرعاً، ومعنى الصحة ترتب الأثر المقصود عليها، فإذا دل دليل على صحة عقد البيع فعناه ترتب الأثر المقصود - وهو الملكية - عليه، ويستحيل مع صحته عدم ترتب الأثر عليه، إذ ليس ذلك إلا التناقض. وأما إذا لم يدل دليل على صحة عمل بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه، ولكن حكم الشارع في مورده بالاباحة التي لم تكن مقصودة من ذلك العمل لم يلزم تخلف العقد عن القصد.

أنّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود^(١)، ولا من القائم مقامها^(٢) شرعاً، فإن^(٣) تبعية العقد للقصد و عدم إنفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى^(٤) ترتب الأثر المقصود عليه، فلا يُعقل^(٥) حينئذٍ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه. أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها^(٦) دليل

و المعاطاة التي لا تفيد الملكية - و ترتب عليها الإباحة شرعاً - كذلك، لأنّ الإباحة حكم شرعي تعبدى يترتب على المعاطاة، و ليست هذه الإباحة عقدية حتى يلزم من ثبوتها محذور مخالفة العقد للقصد.

و بالجملة: المعاطاة التي لم يترتب عليها الملكية - التي هي المقصودة منها - موضوع لحكم الشارع بالإباحة، نظير حكمه بجواز الأكل من أموال الناس في الجماعة، و جواز أكل المارّة من ثمرة الشجرة التي يمرّ بها و إن لم يرض به المالك، بناءً على جواز الأكل مطلقاً، و عدم إناطته برضى المالك.

(١) خبر «أنّ المعاطاة» أي: ليست من العقود حتى تندرج في كبرى «تبعية العقود للقصد» فعدم ترتب الملكية على المعاطاة يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، إذ ليست عقداً حتى يجري فيها قاعدة التبعية.

(٢) كالوصية التملكية بناءً على كون قبول الموصى له شرطاً لا جزءاً، فإذا قبل الموصى له ترتب عليه أثر العقد الصحيح و إن لم تكن هذه الوصية عقداً حقيقةً، لأنّه مؤلف من جزأين الإيجاب و القبول، فلو كان القبول شرطاً صار العنوان ملحقاً بالعقد حكماً. وعلى كلّ فالمعاطاة عند القائل بالإباحة ليست عقداً و لا قائمة مقامه، بل هي إباحة تعبدية.

(٣) تعليل لقوله: «ليست من العقود» و قد عرفت توضيحه.

(٤) هذا مفسّر لقوله: «صحة العقد» يعني: أنّ معنى صحة العقد ترتب أثره الذي قصده المتعاقدان.

(٥) هذا نتيجة حكم الشارع بصحة عقد، و أنّه يمتنع إنفكاك الأثر عن العقد الصحيح.

(٦) على مذاق القدماء القائلين بإفادة المعاطاة للإباحة.

فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها^(١) كما نَبّه عليه^(٢) الشهيد في كلامه المتقدم من:
 أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المعاملات.
 نعم^(٣) إذا دلّ الدليل على ترتب أثرٍ عليه حُكِمَ به وإن لم يكن مقصوداً.
 و ثانياً^(٤): أن تخلف العقد عن مقصود

(١) أي: على المعاملات الفعلية.

(٢) أي: نَبّه الشهيد قَوْلُهُ على عدم صحة المعاملة الفعلية، و أن السبب الفعلي لم يَقم
 دليلٌ على صحته و تأثيره. حيث قال: «و أما المعاطاة في المبيعات فهي تفيد الإباحة دون
 الملك»^أ.

و هذه العبارة وإن لم تكن صريحة في عدم قيام السبب الفعلي مقام القولي، إلا أنها تدل
 عليه بالالتزام، إذ السبب القولي - وهو الإيجاب و القبول - يؤثر في الملكية المقصودة من البيع،
 و لما لم تكن المعاطاة مشتملة على القول لم تكن مؤثرة في الملكية، و أمّا تأثيرها في الإباحة فهو
 تبعي محض، و لولاه لكان مقتضى القاعدة فسادها و عدم تأثيرها أصلاً حتى في إباحة
 التصرف.

(٣) إستدراك على قوله: «فلا يحكم» و غرضه دفع التنافي بين عدم ترتب الأثر المقصود
 على المعاطاة و بين إفادتها لإباحة التصرف بدليل خاص و إن لم تكن الإباحة مقصودة، إذ
 المقصود هو الملك، و لم يحصل.

(٤) هذا هو الجواب الثاني - أي النقص بموارد ثبت فيها التخلف عن القصد - و حاصله:
 أنه لا غرابة في تخلف العقد عن القصد، لوقوعه في موارد، نَبّه المصنف على خمسة منها في المتن
 و سيأتي بيانها.

و لا يخفى أن ظاهر الكلام ذكر موارد النقص على قاعدة «تبعية العقود للمقصود» و أنها
 ليست كالقواعد العقلية الآبية عن التخصيص، فورد تخصيصها بموارد خمسة، و لتكن المعاطاة

المتبايعين^(١) كثير، فإنهم^(٢) أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً

سادسة تلك الموارد، فهي عقد يقصد به الملك، ولكنها تفيد الإباحة.

لكن في عبارة المصنف احتمال آخر تظن له المحقق الاصفهاني رحمته وهو: أن غرضه من ذكر موارد النقص ليس تخصيص قاعدة التبعية، بل أن ترتب الإباحة على المعاطاة المقصود بها الملك تخلف صوري غير قادح بعموم القاعدة، فالقاعدة آبية عن التخصيص ولو بمورد واحد. والشاهد على إرادة هذا الاحتمال أمران:

أحدهما: صراحة كلام المصنف: «فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه» في أن الشارع إذا حكم بصحة عقد و ترتب أثر خاص عليه إمتنع تخلف ذلك الأثر عن القصد. وأما ترتب أثر آخر - غير مقصود - على العقد فلا ينافي صحته أصلاً. و ثانيهما: أن الموارد الخمسة المذكورة في المتن من هذا القبيل، لأن العقد إما ليس بصحيح فلا يبقى موضوع للتخلف، وإما يكون التخلف صورياً.

هذا ما احتملناه، و عليك بالتدبر في كلام المصنف رحمته لعلك تقف على حقيقة الأمر. (١) الأولى تبديله بـ «المتعاقدين» ليشمل المورد الخامس وهو نسيان ذكر الأجل في النكاح المنقطع، وكذا المورد الثاني، لعدم اختصاص مفسدية الشرط الفاسد و عدمها بالبيع.

(٢) هذا شروع في بيان المورد الأول، وهو إنقلاب ضمان المستى الى الواقعي عند فساد العقد، توضيحه: أن المقصود في العقد المعاوضي هو الضمان بالمستى، مع أنه في فاسده واقعي، فإذا باع متاعه بدينار ثم تبين فساد البيع كان ضمان كل من العوضين بقيمته الواقعية، مع أن هذا الضمان لم يكن مقصوداً، بل المقصود كان ضمان المتاع بالدينار، وبالعكس، فتخلف العقد عن القصد، لأن المقصود منه هو الضمان بالمستى، مع أن الضمان صار بالقيمة الواقعية، و هو غير مقصود.

فان قلت: إن عموم قاعدة تبعية العقود للمقصود باقي بحاله، ولم ينتقض بانقلاب ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من المستى إلى الواقعي. وجه عدم النقص: أن ضمان القيمة الواقعية

يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة^(١)، لإفادة^(٢) العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه،

لا يستند إلى العقد حتى يتخلف عن القصد، بل إلى قاعدة اليد، إذ من المعلوم أن كلاً من المتعاقدين وضع يده على مال الآخر. ومقتضى وضع اليد هو الضمان الواقعي. وعليه فلا وجه للنقض على كاشف الغطاء ^{تؤثر} بما أفاده المصنف من تبدل الضمان المسمى - عند فساد العقد - بـ ضمان القيمة الواقعية.

قلت: إن عموم القاعدة قد خُصص بمورد النقض، وذلك لأن انقلاب ضمان المسمى إلى ضمان القيمة الواقعية لا يستند إلى قاعدة اليد، لدلالة كلماتهم على أن المؤثر في الضمان الواقع هو نفس العقد الفاسد، وإقدامها على الضمان. وإنما ذكر بعض الأصحاب قاعدة اليد مستنداً للضمان الواقعي، ولا عبرة به، إذ المهم رعاية نظر الأكثر. وقد عرفت أن مستندهم في هذا الانقلاب إلى نفس الإقدام العقدي لا غير. وبه يتجه صورة النقض على قاعدة التبعية.

(١) بالنصب مفعول «ضمان» والمراد به القيمة الواقعية، قال في الجواهر في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد: «ولذا أطلق المصنف وغيره الضمان على وجه يُراد منه الضمان بالمثل أو القيمة. بل لعله هو الظاهر من معاهد إجماعاتهم في المقام، فضلاً عن التصريح به من بعضهم...»^أ.

و عليه فـضمان المقبوض بالعقد الفاسد بالبديل الواقعي كأنه من مسلماتهم، ولذا كان الأولى التعبير «بالبديل» من التعبير بالقيمة، إلا أن يريدوا بالقيمة مآليتها الفعلية، والأمر سهل.

(٢) تعليل لقوله: «يؤثر» يعني: أن تأثير العقد المعاوضي الفاسد - كالبيع - في الضمان بالبديل الواقعي لا المسمى إنما هو لكونه من صفريات قاعدة مسلمة عندهم وهي: «أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وحيث إن البيع الصحيح يؤثر في الضمان بالعوض المسمى كان فاسده مؤثراً في الضمان بالعوض الواقعي من المثل أو القيمة.

مع^(١) أنّهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما^(٢) بالآخر (*).
و توهُم^(٣) أنّ دليلهم على ذلك قاعدة اليد

(١) هذا هو محطّ الاشكال و النقض على قاعدة تبعية العقود للقصور، حيث إنّ الضمان بالبدل الواقعي غير مقصود للمتعاملين بالعقد الفاسد، و قد حصّل، و المقصود - و هو الضمان بالمستوى - لم يحصل، فتخلّف العقد عن القصد.

(٢) أي: كل من العوضين، يعني: أنّهما لم يقصدا إلا الضمان المعاوضي لا الواقعي، فوقع ما لم يقصد، و قصّد ما لم يقع.

(٣) غرض المتوهم الذبّ عن عموم قاعدة تبعية العقود للقصور، و عدم نقضه بتبدل ضمان العوض المستوى بضمان البدل الواقعي في المقبوض بالعقد الفاسد، و أنّ الموجب للضمان الواقعي هو قاعدة اليد لا العقد الفاسد، حتّى يتوهم حصول ما لم يقصده المتعاقدان، و قد تقدّم توضيحه بقولنا: «ان قلت... قلت...».

(*) فيه: أنّ سبب الضمان في العقود الفاسدة كما سيأتي إن شاء الله تعالى هو اليد لا العقد حتّى يلزم تخلف العقد عن القصد، و لذا لا يحكم بضمان المستوى بنفس تحقيق المعاملة بالإيجاب و القبول مع عدم تحقق القبض و الإقباض، فلو كان مجرد الإقدام العقدي موجباً للضمان لكان الإقدام هنا على المعاملة متحققاً، فلا بد فيه من الحكم بالضمان مع عدمه قطعاً.

و الحاصل: أنّ مورد تبعية العقد للقصد هو ما إذا صحّ العقد، إذ لا معنى حينئذٍ لعدم ترتب الأثر عليه، و ليس هذا إلا التناقض، لأنّ مرجع النقض الى صحة العقد مع تخلفه عن القصد، و من المعلوم مناقضة الصحة - التي هي ترتب الأثر المقصود - مع تخلف العقد عن القصد، فإنّ تخلفه عن القصد ليس إلا عدم ترتب الأثر المقصود على العقد، فكيف يجتمع الصحة مع التخلّف؟

مدفوع^(١) بأنه لم يذكر هذا الوجه^(٢) إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، وهو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك^(٣).

وكذا^(٤) الشرط الفاسد - لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به -

(١) خبر «و توههم» و دفعه، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «قلت: ان عموم القاعدة قد خُصَّص بمورد النقص، و ذلك...».

(٢) أي: قاعدة اليد الموجبة للضمان الواقعي - لا المستثنى - في العقد الفاسد.

(٣) قال الشهيد الثاني في شرح قول المحقق عليه السلام: «ولو قبض المشتري ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضموناً عليه» ما لفظه: «لا إشكال في ضمانه إذا كان جاهلاً بالفساد، لأنه أقدم على أن يكون مضموناً عليه، فيحكم عليه به، و ان تلف بغير تفريط. و لقوله عليه السلام: على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(*).

هذا ما يتعلق بأول الموارد الخمسة من النقص على قاعدة التبعية.

(٤) معطوف على «فانهم اطبقوا» و هذا هو المورد الثاني من موارد النقص، و حاصله: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد عند أكثر القدماء، مع أن ما قصد - وهو العقد المقيّد بالشرط الفاسد - غير واقع، و الواقع الذي هو ذات العقد - المعرّئ عن الشرط - لم يقصد، فتخلّف العقد عن القصد. نعم بناءً على مفسديّة الشرط الفاسد للعقد لم يتوجّه هذا النقص على بعض الأساطين، لكنّه خلاف التحقيق.

(*) الانصاف أن هذا الكلام ظاهر بل صريح في إستنادهم في الحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد إلى دليلين: أحدهما الإقدام و الآخر قاعدة اليد، و توجيهه تارة بما في المتن من أن المعتمد منهما هو الإقدام دون اليد، و أخرى بأن ذكر الإقدام ليس للاستدلال به مستقلاً بل لإتمام الاستدلال باليد و بيان عدم كونها مجانية، بلا شاهد و مما لا يرضى به صاحبه. و التفصيل موكول الى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد إن شاء الله تعالى.

غير^(١) مُفسِد عند أكثر القدماء^(٢) (*).

وبيع^(٣) ما يملك وما لا يملك

(١) خبر «الشرط الفاسد» وجملة «لم يقصد» صلة للشرط الفاسد، وضمير «به» راجع

الى الشرط الفاسد.

(٢) قال في مفتاح الكرامة: «الأصحاب في البيع الذي تضمن شرطاً فاسداً على أنهاء:

الأول: صحة البيع وبطلان الشرط. وهو خيرة الشيخ في المبسوط، وابن سعيد في الجامع، والآبي في كشف الرموز، والمحكي عن أبي علي والقاضي، وربما حكى عن الحلبي ولم أجده في السرائر، ووافقهم أبو المكارم في الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة . . . ووافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه، فليتأمل». وأ عليه فنسبة الحكم الى جماعة من القدماء في محلها.

(٣) معطوف على «فانهم» وهذا ثالث موارد النقض، وحاصله: أن بيع المملوك وغير

المملوك صحيح عند المحققين بالنسبة الى المملوك، وباطل بالنسبة الى غير المملوك، كما لو باع الشاة والخنزير - صفقة واحدة - من شخص. مع أن مقصود المتبايعين - وهو بيع المجموع - لم يقع في الخارج، فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

(*) فيه: أن الشرط إن كان ممّا علّق عليه العقد كما إذا قال: «بعثتك هذا الكتاب إن قدم

الحاج» كان العقد باطلاً لأجل التعليق.

وإن كان الشرط إلتزاماً آخر في ضمن الإلتزام العقدي، فإن كان من باب تعدد المطلوب

لا من باب تقييد الإلتزام العقدي به لم يسر فساد الشرط الى العقد، ولم يلزم تخلف العقد عن القصد. وإن كان من باب وحدة المطلوب سرى فسادُه الى العقد، ولم يجب الوفاء لا بأصل العقد ولا بشرطه، ولا مورد حينئذٍ للنقض على قاعدة التبعية، لاختصاص مورده بالعقود الصحيحة.

صحيح عند الكل^(١) (*) .

وبيع الغاصب^(٢) لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير^(٣) (**).

(١) وفي الجواهر - بعد الاستدلال على الصحة فيما يملك - : «مضافاً إلى عدم الخلاف المعتد به بين من تعرض له» أ.

(٢) معطوف على «فأنهم أطبقوا». وهذا رابع النقوض، وهو ما إذا باع الغاصب لنفسه المال المغصوب، فإن جمعاً كثيراً ذهبوا إلى أن البيع يقع عن المالك فضولاً، وتتوقف صحته على إجازته، مع أن المقصود - وهو كون البيع للبائع - لم يقع، والواقع - وهو وقوع البيع عن المالك - غير مقصود.

(٣) بل نسبته المصنف في بيع الفضولي إلى المشهور، حيث قال: «المسألة الثالثة: أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب... والأقوى فيه الصحة وفقاً للمشهور».

(*) فيه: أن العقد ينحل إلى عقدين أحدهما صحيح، والآخر باطل، ولا يلزم تخلف العقد عن القصد.

إلا أن يقال: إن مقصود المصنف النقض على كاشف الغطاء ^{بما إذا كان المقصود} إنضمام ما يملك وما لا يملك، إذ يلزم حيثئذ من إمضاء بيع ما يملك - دون ما لا يملك - تخلف القصد عن الواقع، فيتم صورة النقض.

لكن يندفع بخروجه عن قاعدة التبعية أيضاً، لاختصاصها بالعقود الصحيحة، والمفروض عدم صحته فيما لا يملك.

(**) فيه: ما مر في تعريف البيع من: أنه تبديل إنشائي بين عين متمولة وبين عوض متمول في جهة الاضافة، أو: تمليك عين بمال. وعلى كل فقصد وقوعه عن المالك أو البائع خارج عن حدوده، فقصد لغو، كما يأتي تفصيله في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى.

و ترك^(١) ذكر الأجل في العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قولٍ نسبه في المسالك وكشف اللثام إلى المشهور^(٢) (*).

(١) معطوف على «فإنهم أطبقوا» وهذا خامس النقوض، ومحصله: أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في النكاح المنقطع إنقلب دائماً على ما أفتى به جماعة، مع أن المقصود هو الزواج المنقطع لا الدائم، فالمقصود غير واقع، والواقع غير مقصود.

(٢) قال في المسالك: «ولو قصدا للمتعة وأخلأ بذكر الأجل، فالمشهور بين الأصحاب: أنه ينعقد دائماً، وهو الذي اختاره المصنف، لأن لفظ الإيجاب صالح لكل منهما، وإنما يتمخص للمتعة بذكر الأجل، وللدوام بعده، فإذا إنتفى الأول ثبت الثاني. ولأن الأصل في العقد الصحة، والفساد على خلاف الأصل. ولموثقة عبدالله بن بكير... إلى أن قال: ليس فيه دلالة على أن من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائماً، بل إنما دل على أن الدوام لا يذكر فيه الأجل، وهو كذلك، لكنه غير المدعى، وحينئذ فالقول بالبطلان مطلقاً أقوى».

وعليه فليس إنقلاب العقد دائماً - عند ترك ذكر الأجل - مسلماً عندهم حتى يصح النقض به، إذ لا بد في صحة النقض من تسليم المورد. ومع الخلاف لا يصح النقض به كما لا يخفى.

(*) و يدل عليه موثق ابن بكير، قال: «قال أبو عبدالله عليه السلام في حديث: إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات» ب.

لكن الانصاف - كما أفاده في المسالك - كون الحديث أجنبياً عن المدعى وهو ما إذا قصدا للمتعة وأخلأ بذكر الأجل إنعقد دائماً، بل ظاهر الحديث كونه في مقام إعتبار ذكر الأجل في المتعة، وعدم إعتباره في النكاح الدائم، ولا دلالة فيه على أنه إذا قصدا للمتعة ونسيا ذكر الأجل إنعقد دائماً، حتى يلزم فيه تخلف العقد عن القصد.

أ: مسالك الأفهام، ج ١، ص ٥٣٩ (الطبعة الحجرية) كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح ص ٥٠.

ب: وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٤٦٩، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث: ١.

فالذي ينبغي أن يقال: إنَّ بناء العاقد إن كان على إنشاء النكاح المنقطع - ولكن نسي ذكر الأجل عند الإنشاء وقَصَدَ النكاحَ الدائم - فلا شبهة في وقوعه دائماً، لأنَّه المقصود بعد نسيان ذكر الأجل. وإن كان بناء العاقد على إنشاء المتعة، ولكن نسي ذكر الأجل أو تركه عمداً فالقاعدة تقتضي البطلان، لأنَّ المقصود بالفرض هو المتعة لم ينشأ، والمنشأ صورة هو الدوام، لكنه غير مقصود، ومن المعلوم أنَّ الإنشاء هو إبراز الأمر النفساني في الخارج، ومع فرض عدم قصد الدوام لا يكون ذلك مبرزاً باللفظ. والمتعة وإن كانت مقصودة، لكنها لم تبرز باللفظ، فلا بد من الالتزام بعدم وقوع شيء من الدوام والمتعة.

أما الأول فلعدم كونه مقصوداً، وقصد عنوان العقد ومضمونه لا بد منه في وقوعه. وأما الثاني فلفقدان شرط صحته أعني ذكر الأجل، على ما دلَّت عليه الروايات. فماعن المشهور كما في عبارة المسالك المتقدمة عند شرح كلام المصنف - من: أنه مع البناء على إنشاء النكاح المنقطع لكنه غفل حين الإنشاء ولم يذكر الأجل إنعقد دائماً استناداً إلى الوجوه الثلاثة المتقدمة في المسالك: من أصالة الصحة ومن تعيُّن الدوام بعد إنتفاء الإنقطاع، للإخلال بشرطه وهو ذكر الأجل، ولموثقة ابن بكير المتقدمة - في غاية الاشكال. أما في أصالة الصحة: فلأنَّها غير مُسرَّعة، بل شأنها تطبيق الكبرى على الصغرى، و متعلق الخطاب على المأتي به.

وبعبارة أخرى: شأن أصالة الصحة إثبات مطابقة الواقع مع المأتي به، وأما كون الشيء الفلاني شرطاً شرعياً لعقد أو لا فلا يمكن إثبات شرطيته أو نفيها بأصالة الصحة.

وأما في تعيُّن الدوام بعد إنتفاء الانقطاع: فلأنَّ العقد لا يتمخض لأحدهما إلا بإنشائه بما يكون دالاً عليه، والإنشاء منوط بالقصد، والمفروض أنَّ المقصود هو المتعة، والقصور يكون في الدالِّ، لعدم ذكر الأجل نسياناً، فلا يقع شيء من النكاحين. أما الدوام فلعدم قصده، وأما الإنقطاع فلفقدان شرطه وهو ذكر الأجل.

و أما في موثقة ابن بكير فلعدم الدلالة كما عرفت آنفاً.

فالحق بطلان العقد رأساً، فأين تخلف العقد فيه عن القصد؟ هذا.

ثم إنه قد يتمسك للمشهور برواية أبان بن تغلب في حديث صيغة المتعة: «أنه قال لأبي عبدالله عليه السلام: فإنني أستحيي أن أذكر شرط الأيام قال: هو أضرب عليك. قلت: وكيف؟ قال: لأنك إن لم تشرط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثاً ولم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة^أ.

بتقريب: أن الاستحياء ظاهر في أن مقصوده النكاح المنقطع، لكن الحياء أوجب إهمال ذكر الأجل، ومع ذلك يحكم بأن المترتب على هذا الإنشاء هو النكاح الدائم، فثبت المطلوب وهو تخلف العقد عن القصد، إذ المقصود هو المنقطع، ولم يقع، والواقع هو الدائم غير مقصود، هذا.

وفيه: أن المحتمل كون السؤال عما إذا بدا له القصد إلى الدوام حياة عما يعتبر في قوام المتعة من اشتراط ذكر الأجل، فيقصد الدوام لذلك، فيقع في لوازمه وأحكامه، فنبهه الامام عليه الصلاة والسلام على أن ذلك يضره.

و على هذا فلا يصح الاستدلال بهذا الخبر على إنقلاب العقد المعرئى عن ذكر الأجل دائماً مع كون المقصود المنقطع: هذا.

وقد يقال: إن مقتضى القاعدة هو ما ذهب إليه المشهور من إنقلاب العقد دائماً، بتقريب: أن الزواج فيهما حقيقة واحدة، وليس له إلأ قسم واحد، وأن الزمان مطلقاً ظرف وقوع الزوجية، وليس قيداً فيهما أبداً، وذكر الأجل مع ذلك - فيما يسمى بالمتعة - حكم شرعي، ويكون تنزيلاً له عند ذكر الأجل منزلة ما يكون الزمان قيداً له.

و يدل على كون الدوام والإنقطاع حقيقة واحدة قوله تعالى: ﴿على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾^ب فإن الزوجية في المتعة والدوام لو كانت مختلفة الحقيقة لم يكن وجه لاستناد أصحابنا القائلين بمشروعية المتعة الى هذه

أ: وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٤٧٠، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ٢:

ب: المؤمنون، الآية: ٧

الآية الشريفة، في قبال العامة المنكرين لمشروعية المتعة. و لوحدة حقيقة الزوجية و عدم اختلافها إستقر بناؤهم على عدم الحاجة في النكاح الدائم إلى إعتبار الدوام. ولو كانت نظير ملك المنافع لكان اللازم ذكر الغاية و الدوام. هذا ما عن بعض الأجلة على ما في فوائد المحقق صاحب الكفاية رحمته.

لكن فيه ما لا يخفى، فإن المتعة تباين النكاح الدائم في جهات ثلاث:

إحداها: في السبب الموجب للإنشاء، فإن في عقد المتعة لابد من ذكر المهر و الأجل، بخلاف الدوام فإنه لا يعتبر فيه شيء من ذلك بل يعتبر في الدوام أن لا يكون مغتبا بغاية و أجل. ثانيها: في المسبب، فإن المنشأ في المتعة - وهو الزوجية المحدودة بوقت خاص التي تزول بمجرد إنتضاء أجلها من دون حاجة إلى طلاق - مغاير لما ينشأ في الدائم، لأن المنشأ فيه هو الزوجية غير المحدودة.

ثالثها: في الأحكام و الآثار، لاختصاص الدوام بحرمة الخامسة، و بالإرث، و وجوب الإنفاق، و ثبوت الطلاق، و القسم و غير ذلك. و اختصاص المتعة ببذل المدة، و تنقيص المهر بالإمتناع عن الاستمتاع.

و هذا الاختلاف الفاحش في هذه الجهات الثلاث يدل على كونهما نوعين متغايرين. و لا ينافي ذلك وضع لفظي التزويج و النكاح للقدر المشترك بين الدوام و المتعة، و ذلك لأنه كلفظ التملك الذي وضع للقدر المشترك بين الهبة و البيع، فيكون تخصيصه بكل منهما بالقرينة.

ومما ذكرنا ظهر: أن النكاح يكون جنساً للدوام و المتعة، و هما نوعان له، فهنا أمور

ثلاثة:

أحدها: زواج مرسل، و هو المسمى بالنكاح الدائم.

ثانيها: زواج محدود بوقت خاص، و هو المسمى بالمنقطع.

نعم^(١) الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلّف عن القصد يحتاج الى

(١) إستدراك على قوله: «و ثانياً» أن تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين كثير» وحاصله: أن مقتضى قابلية عموم «تبعية العقود للقصد» للتخصيص بالموارد الخمسة المتقدمة و إن كان جواز تخصيصها بمورد سادس و هو المعاطاة المقصود بها الملك، حيث إنّها لا تؤثر إلا في الإباحة المجردة عن الملك، إلا أن في الخروج عن عموم قاعدة التبعية فرقاً بين المعاطاة و بين تلك الموارد الخمسة. و الفارق هو: أن التخلّف في المعاطاة إنّما هو من جهة عدم المقتضي للتبعية، لما تقدم من عدم قيام دليل - بعد - على صحتها و ترتب الملك المقصود عليها، و التخلّف في الموارد الخمسة يكون من جهة وجود المانع، و هو الدليل الدال على خروجها عن أدلة صحة العقود. فخروج المعاطاة عن قاعدة التبعية يكون بالتخصيص، و خروج غيرها عنها يكون بالتخصيص.

هذا ظاهر المتن أو صريحه في الفرق بين المعاطاة و موارد النقض.

ثالثها: زواج جامع بينهما متحد معهما في الخارج. لكن المنشأ للأثار و المحمول بالحمل الشائع ليس إلا إثنيين.

فالمتحصل من جميع ما ذكرنا: أن الدوام و الانقطاع ماهيتان مختلفتان، و ليستا حقيقة واحدة، فإذا قصد إنشاء المتعة و نسي ذكر الأجل، أو تركه عمداً بطل العقد رأساً، و لا ينعقد المتعة، لفقدان شرطها و هو ذكر الأجل، كما لا ينعقد الدوام لعدم قصده.

فما في الجواهر من كون الانقلاب على وفق القواعد مع اعترافه ظاهراً بكون الأجل في المنقطع قيداً و شرطاً، بتوهم: «كفاية إنشاء أصل النكاح و عدم اشتراط الأجل في حصول الدوام، و في محل البحث قد أنشئ النكاح بلا شرط الأجل فهو الدائم» لا يخلو من غموض، لأن إنشاء القدر الجامع لا يكفي في إنشاء أحد أفراد ضرورة، بل لابد في وقوع الفرد و تحققه من إنشاء خصوصه، لا الجامع بينه و بين غيره.

الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود^(١)، وما نحن فيه^(٢) عدم الترتب مطابق للأصل.
و أمّا^(٣) ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملّكاً فلا بأس بالتزامه

لكن بناءً على إختصاص قاعدة «تبعية العقود للقصود» بالعقود الصحيحة المضاة
شرعاً إستحال التخلف عن القصد فيها كما نبّه عليه المصنف رحمته بقوله: «لم يعقل».
و عليه فموضوع القاعدة خصوص العقود الصحيحة، لا الأعم منها و من الفاسدة،
فالعقد الفاسد - كالمعاطاة - خارج موضوعاً عن عموم القاعدة. و الفارق بين العقد الفاسد
والمعاطاة حينئذ هو عدم صدق العقد على المعاطاة المفيدة للإباحة، بخلاف العقد الفاسد، فإنّه
عقدٌ عرفاً وإن لم يكن صحيحاً شرعاً.

(١) كما دلّ في نسيان ذكر الأجل في المتعة، بناءً على ما عن المشهور من إنقلابه قهراً
بالدوام.

(٢) و هو المعاطاة على مسلك القدماء من إفادتها الإباحة المحضة. هذا تمام ما أفاده
المصنف في ردّ أول إستبعادات كاشف الغطاء رحمته، و أنّه لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة - في
قبال قاعدة تبعية العقود للقصود - بعنوان «أن العقود لا تتبع القصود» بل العقود الصحيحة
لا تتخلف عن القصود، ولو تخلفت لم يقدح ذلك في عموم القاعدة، إذ ما من عام إلا و قد خُصّ.

٢- التصرف مملّك للمتصرف

(٣) هذا شروع في مناقشة ثاني الاستبعادات المذكورة في شرح القواعد، و هو: إستبعاد
كون إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مملّكة له للمتصرف فيه.
و محصل ما أفاده المصنف: أنّه وإن لم يدلّ دليلٌ مستقل على مملّكية إرادة التصرف، إلاّ
أنّه لا ينحصر الدليل الشرعي في ذلك، بل الجمع بين الدليلين - أو الأدلة - لو اقتضى حكماً
شرعياً كفى في الأخذ به، كما هو غير عزيز في الفقه.

و المقام من هذا القبيل، لوجود طوائف ثلاث من الأدلة لا بد من الجمع بينها.
الأولى: إستصحاب بقاء عُلقة كل من المتعاطيين بما دفعه للآخر، كما إذا تعاطى زيد
وعمر و كتاباً بدينار، فأصالة بقاء الكتاب على ملك زيد، و أصالة بقاء الدينار على ملك

إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل^(١) و دليل جواز التصرف المطلق^(٢) و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك^(٣).

عمرو تقتضي بقاء هذه الملكية و عدم زوالها أصلاً إلا بقيام حجة على قطع هذه العُلقة.
الثانية: الإجماع على إباحة مطلق التصرف في المأخوذ بالمعاطاة سواء توقف على الملك أم لم يتوقف.

الثالثة: الأدلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك، كالبيع و العتق و الوقف.
و مقتضى الجمع بين هذه الطوائف الثلاث هو الحكم بأن المأخوذ بالمعاطاة يدخل في ملك الآخذ بمجرد إرادة التصرف فيه بما يتوقف على الملك.
و الجمع بهذا النحو قد إلزموا به في مسألتين:

إحدهما: تصرف ذي الخيار - فيما انتقل عنه بمثل البيع - تصرفاً منوطاً بالملك، كما إذا باع مبيعه الخياري على شخص آخر، فإن مقتضى الجمع بين سلطنته على فسخ العقد الأول و توقف صحة بيعه ثانياً على دخول المال في ملكه هو: أن إرادة بيع ماله في زمن الخيار توجب فسخ العقد السابق و تملكه له آنأماً حتى يصح بيعه ثانياً من شخص آخر.
و ثانيتهما: تصرف الواهب - فيما وهبه لغيره - تصرفاً منوطاً بالملك.

و عليه فكما أن تصرف ذي الخيار - فيما انتقل عنه - بأحد التصرفات المتوقفة على الملك يكشف عن إنفساخ العقد و رجوع المال الى مالكه الأول. وكذا تصرف الواهب في الهبة يكشف عن انحلال عقد الهبة و عود العين الموهوبة الى الواهب، و وقوع تصرفه في ملكه. فكذلك المقام، أعني به المعاطاة، فإن المتعاطي - الذي يتصرف فيما أخذه بالمعاطاة - يملك المأخوذ بها قبل تصرفه بإرادة التصرف.

(١) المراد به إستصحاب بقاء كل من المالكين على ملك المعطي ماله للآخر.
(٢) و هو الاجماع المدعى في كلام بعضهم على إباحة مطلق التصرفات في المأخوذ بالمعاطاة.

(٣) مثل ما قيل: من دلالة «لا بيع و لا وقف و لا عتق إلا في ملك» على اعتبار إضافة الملكية في نفوذ بيعه و وقفه و عتقه و نحوها من التصرفات.

فيكون^(١) كتصرف ذي الخيار و الواهب فيما انتقل عنها بالوطني^(٢) و البيع و العتق و شبهها^(٣) (*).

(١) يعني: فيكون الالتزام بمملكية إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة نظير الالتزام بمملكية إرادة التصرف من قبل ذي الخيار و الواهب.

(٢) هذا و «البيع و العتق» متعلق بـ «تصرف ذي الخيار و الواهب» يعني: أن ذا الخيار و الواهب إذا لم يفسخ العقد بل تصرفا في ما انتقل عنها تصرفاً متوقفاً على الملك - كالمباشرة مع الأمة المبيعة ببيع خيارى أو الموهوبة بهبة جائزة - كان ذلك التصرف فسخاً فعلياً، و إرادة الفسخ توجب عود المال الى الملك، فيقع التصرف في ملكي الواهب و ذي الخيار.

(٣) كالوقف. و قد تحصل: أن مملكية إرادة التصرف ليست قاعدة غريبة يلزم تأسيسها لو قيل بإفادة المعاطاة للإباحة - كما زعمه كاشف الغطاء رحمته الله - بل لابد من الالتزام بها، لاقتضاء الجمع بين الأدلة ذلك. مضافاً الى وجود نظيره في الفقه.

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

(*) لا يخفى: أن جهة الاشكال إن كانت هي استبعاد مملكية إرادة التصرف فما أفاده المصنف رحمته الله في رفعها - من كون ذلك مقتضى الجمع بين أصالة بقاء الملك الى زمان التصرف، و بين دليل جواز التصرف المطلق، و بين أدلة توقف بعض التصرفات على الملك من قبيل البيع و العتق - متين. إلا أن ظاهر كلام بعض الأساطين عدم كون الاشكال من جهة كون الإرادة من المملكات حتى يدفع ذلك بأنه مقتضى الجمع بين الأدلة.

بل جهة الاشكال هي كون مملكية الارادة خلاف سلطنة المالك على ماله، حيث إن كلاً من المتعاطيين إنما يقصد الملك حال التعاطي، لا حال التصرف، فوقع الملك حال التصرف خلاف سلطنته على ماله. و لذا فرق بين المعاطاة و بين قوله: «أعتق عبدك عني»، و تصدق بمالي عنك، حيث أن تملك عبدك لمن أمره بالعتق كان ناشئاً عن إذنه. و كذا تملك المال الذي أمر بالصدقة به عنه كان بإذن المالك، و ليس فيه مخالفة للقاعدة المذكورة أعني سلطنة المالك.

فقياس مملُكيّة إرادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على تصرف ذي الخيار و الواهب
- فيما انتقل عنهما - في غير محله، اذ ليس فيه مخالفة لقاعدة السلطنة بعد فرض ثبوت الخيار
و جواز الرجوع في الهبة.

و الحاصل: أنَّ الاشكال في المقام راجع الى تخصيص قاعدة السلطنة. بخلاف النظائر
المزبورة.

و أمّا إذا بنينا على الملكية من أوّل الأمر فلا يلزم تخصيص عموم السلطنة أصلاً، لكون
الملكية مقصودة للمتعاطيين، فيتعيّن البناء عليه لدفع محذور هذا التخصيص، فيبني على
ثبوت الملكية من أوّل الأمر حتى لا يلزم تخصيص قاعدة السلطنة. فالجمع بين الأدلة يقتضي
الملكية من أوّل الأمر.

نعم يلزم منه خلاف استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الى حين التصرف. لكن
عموم قاعدة السلطنة يدفع هذا الاستصحاب، فإن أصالة العموم و عدم التخصيص تصلح
لإثبات الملكية من أوّل الأمر، فلا يبقى شك في بقاء الملك على ملك مالكة حتى يجري فيه
الاستصحاب. هذا.

مضافاً الى: أنَّ تنظير مملُكيّة إرادة التصرف بتصرف ذي الخيار و الواهب لا يخلو من
تأمل آخر نبّه عليه المحقق الاصفهاني ^{رحمته}، و هو: أنَّ تصرف ذي الخيار بالفعل إمّا بعنوان
السبب أو بعنوان الكاشف عن قصد الفسخ و الرجوع على الخلاف في المسألة، و على كلّ
فالفعل الاختياري الذي قُصد به الفسخ محقق، بخلافه في المقام و هو: أنَّ نفس تصرف
أحدهما مملُك قهري، لا أنّه يقصد التملك، بل ربما يكون غافلاً عنه، فلا وجه لهذا التنظير.

و المناسب للمقام التنظير بباب الرجوع بالمباشرة في المطلقة الرجعية بناءً على
حصوله بمجرد الاستمتاع ولو لم يقصد به الرجوع أصلاً، فإنّ الشارع حكّم على غشيانها أنّه
رجوع إليها.

و أمّا^(١) ما ذكره من «تعلق الأخماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره» فهو إستبعاد محض.

٣- تعلق الاستطاعة والغنى بالمأخوذ بالمعاطاة

(١) هذا شروع في ردّ ثالث إستبعادات كاشف الغطاء رحمته و هو لزوم تعلق الأخماس و الزكوات ونحوهما بما في اليد دون الملك، مع أنّ المعهود من الشرع تعلقها بالملك. وما أفاده المصنف رحمته في ردّه أمران أحدهما: منع أصل الاستبعاد، وأنّه لا مانع من الالتزام بعدم تعلق هذه الأمور الأحد عشر - المذكورة في الاستبعاد الثالث - بالمأخوذ بالمعاطاة بناءً على إفادتها للباحة كما عليها القدماء.

و ثانيهما: المنع الصغروي، بمعنى أنّ بعض الأمور المذكورة في كلامه لا مانع من الالتزام به، وإجرائه في المأخوذ بالمعاطاة، لعدم توقّفه على الملك، ومعه لا يبقى موضوع للاستبعاد، لأنّه يتوقف على اختصاص الموارد الأحد عشر بالملك حتى يستغرب من عدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطاة، فإذا لم تتوقف على الملك بل جرّت في المباح أيضاً إلترنا بترتها على ما في اليد وإن لم يصير ملكاً أصلاً.

و توضيح الوجه الأوّل - وإن لم تفّ به العبارة لقصورها - هو: أنّ الحكم بعدم تعلق الخمس و الزكاة و الاستطاعة ونحوها بالمأخوذ بالمعاطاة إستبعاد محض، فلا بأس بالالتزام بعدم التعلق.

فان قلت: إنّ عدم التعلق مخالف للسيرة القائمة على تعلق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة، فلا وجه لدعوى عدم التعلق، مع قيام السيرة على تعلق هذه الأمور بالمأخوذ بالمعاطاة، و هذا التعلق المستند الى السيرة كاشف عن إفادة المعاطاة للملك، لا لباحة التصرف.

قلت: لا ريب في قيام السيرة على التعلق، ولكن على هذا تكون السيرة دليلاً على التعلق وإن كان التعلق مخالفاً للقاعدة، فتكون السيرة دليلاً على تخصيصها. فالقاعدة تقتضي عدم التعلق، ولكن في خصوص هذه الامور نلتزم بالتعلق لأجل دليل تعبدى وهو السيرة.

و دفعه بمخالفته^(١) للسيرة رجوع إليها^(٢). مع^(٣) أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج،
و تحقق الغنى المانع عن إستحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك (*).

وحيث أن السيرة دليل على التعلق، لا على الاستبعاد المزبور الذي يريد بعض الأساطين جعله
دليلاً على مملكية المعاطاة، لأن غرضه كون الاستبعاد دليلاً على إفادة المعاطاة للملك،
لا السيرة، فجعل السيرة دليلاً على الملكية من أول الأمر رجوع عن الاستبعاد الى السيرة.
(١) هذا الضمير و ضمير «دفعه» راجعان الى عدم التعلق.

(٢) أي: إلى السيرة، و أن الرجوع الى السيرة عدول عن جعل الاستبعاد دليلاً على
مملكية المعاطاة الى جعل السيرة دليلاً على مملكية المعاطاة.

(٣) هذا إشارة الى الوجه الثاني وهو المنع الصفروي، يعني: أن الأمور المذكورة في كلام
كاشف الغطاء ليس جميعها متوقفة على الملك، حتى يلزم تأسيس قاعدة جديدة لو قلنا بتعلقها
بالمأخوذ بالمعاطاة المفيدة للإباحة لا الملك، و وجه عدم توقفها على الملك هو: أن الاستطاعة
كما تحصل بملك الزاد و الراحلة كذلك تحصل بإباحتها بالبدل نصاً و فتوى.
و كذلك الغنى المانع عن إستحقاق الزكاة، لأن الظاهر صدقه عرفاً بوجودان ما يحتاج
إليه في مؤونة سنته و إن لم يكن مملوكاً له. و تفسير الفقير في كلمات الفقهاء بـ «من لا يملك قوت
سنته» يراد به من لا يجد ذلك ولو بنحو الإباحة، فليتأمل.

(*) ظاهر إقتصار المصنف رحمه الله على الاستطاعة و الغنى هو تسليم توقف غيرهما على
الملك.

لكنه يستشكل فيه. أقا في توقف تعلق حق الديان على الملك فبان المباح له و إن لم
يكن مالكا للعين، لكنه مالك لأن يملكها باسترداد العوض أو بالتصرف فيما عنده، فللغريم
إلزامه بأحدهما.

و فيه: أن الإلزام فرع الحق، و ليس في المعاطاة حق، بل حكم شرعي و هو السلطنة على
الاسترداد أو التصرف فيما عنده، لكون الإباحة تعبدية لا مالكية و لذا ليس له إسقاطها، فحديث
التوقف على الملك في محله.

نعم إن كان المراد بالتوقف على الملك كون الوفاء متوقفاً على الملك بحيث

لا يحصل الوفاء إلا بما يملكه، لا بما يباح له ففيه: عدم التوقف على الملك، لجواز التبرع بالوفاء.
وأما النفقات فالظاهر عدم توقفها - بمعنى وجوب الاتفاق - على الملك، كما هو قضية
إطلاق قوله تعالى: ﴿و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾^أ.

وأما حق الشفعة فالظاهر عدم ثبوتها للمباح له، لاختصاصها بالبيع، والمفروض عدم
كون المعاطاة على هذا المبنى بيعاً.

إلا أن يقال - كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية رحمته - بكفاية البيع العرفي في تحقق
الشفعة، والمفروض أن المعاطاة بيع عرفي، فيشملها دليل حق الشفعة^ب، هذا.

لكن فيه: أن حق الشفعة عبارة عن أخذ الشريك ما باعه شريكه من حصته وتملكه ولو
قهرًا، فإن للشريك سلطنة على أخذ الحصة المباعة من المشتري وتملكها منه، وهو فرع
صيرورة المأخوذ بالمعاطاة ملكاً لمن اشتراه بالمعاطاة. ومجرد كون المعاطاة بيعاً عرفياً مع
عدم ترتب الأثر الشرعي عليها من الملكية غير مجد. فالشفعة لا تترتب إلا على البيع المؤثر في
الملكية حتى يكون المشتري مالكاً لموضوع حق الشفعة، ويتسلط الشريك على أخذه من
المشتري ولو قهرًا، هذا.

ولو أريد من تعلق حق الشفعة بثبوته للمباح له إذا باع شريكه المالك حصته من
شخص، فالحكم بعدم ثبوته أوضح، لكون موضوع الحق هو الشريك الذي لا ينطبق ضرورة
على المباح له.

وأما المواريث فتختص بالملك والحق اللذين هما منفيان بناءً على الإباحة.
وأما الربا فهو إما مختص بالبيع، وإما جارٍ في مطلق المعاوضة. والمعاطاة بناءً على
الإباحة ليست بشيء منهما.

وأما الوصية فهي متوقفة على الملك، لعدم دليل على نفوذها في ملك الغير فالمرجع

أ : البقرة، الآية : ٢٣٣

ب : حاشية المكاسب، ص ١٣

و أما^(١) كون التصرف مملوكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه^(٢) (*).

٤- تصرف أحد المتعاطيين مملوكاً للجانب الآخر

(١) هذا رابع الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء رحمته من كون تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة موجباً لصيرورة العوض في ملك المتعاطي الآخر قهراً.

(٢) يعني: ظهر جوابه مما ذكره في الجواب عن الاستبعاد الثاني، بقوله: «فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع... الخ» و حاصل ذلك الجواب: أن مملوكية التصرف تكون مقتضى الجمع بين الأدلة، فإذا كانت مملوكية التصرف من أحدهما للجانب الآخر مقتضى الجمع بين الأدلة فلا إشكال. وإن لم يكن مملوكاً للجانب الآخر - بأن كان مملوكاً للمتصرف فقط - لزم اجتماع العوض و المعوض في ملك المتصرف، و هو كما ترى. و عليه فالجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف مملوكاً للطرف الآخر أيضاً.

فيها أصالة عدم ترتب الأثر.

و أما توقف الاخراج في الخمس و الزكاة على الملك فلم يظهر له وجه وجيه، لاحتمال جواز تبرع الغير في وفائهما عما استقر في ذمة المالك، لأنهما كسائر الديون التي يجوز التبرع بوفائهما. نعم توقف تعلقهما على الملك لا يخلو من وجه، لكن فيه بحث موكول الى محله.

و أقام ثمن الهدي فالظاهر عدم توقف صحة الهدي على كون ثمنه ملكاً للحاج كما يظهر من هدي النبي ﷺ على ما في بعض الروايات.

و أقام حق المقاسمة و الافراز فهو لا يختص بالمالك، بل يثبت لكل من أبيع له التصرف في المال المشاع و إن لم يكن مالكا لجزء منه. فعلى القول بإفادة المعاطاة للإباحة لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة من الالتزام بشبوت حق الافراز لغير المالك.

(*) قد عرفت أن هذا الجمع مخالف لقاعدة سلطنة المالك على ماله، فمقتضى الجمع

هو الالتزام بالملك من أول الأمر.

و أما^(١) «كون التلف مُملَكاً للجانبين»

٥ - تلف إحدى العينين مملَك للطرفين

(١) هذا خامس الاستبعادات، و المراد بالتلف أعم من تلف إحدى العينين أو كليهما. و محصل ما أفاده جواباً عنه هو: أنه يمكن أولاً أن لا نلتزم بمملَكية التلف أصلاً، بدعوى كون التلف من مال مالكة بدون ضمان من تلف في يده، للإذن المالكى أو الشرعى، غاية الأمر أن التالف إن كان إحدى العينين فقط صارت الإباحة لازمة، فلا يجوز لمن تلف ماله الآخر في يده أن يرجع على الآخر بماله الذي في يده.

هذا، مع الغض عن إجماع أو سيرة على مملَكية التلف. و مع النظر إليه فلا إشكال، لأنه قبل التلف آنأماً ينتقل كل من المالين إلى آخذه، فيقع التلف في ملكه، فيكون ضمان كل منهما بعوضه المستمى، لا بالمثل أو القيمة، فيكون المقام نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع في رجوعه آنأماً قبل التلف إلى ملكه.

و الوجه في الالتزام بالمملَكية التقديرية هو دوران الأمر بين وجهين:

أحدهما: تخصيص عموم اليد - المقتضى للضمان بالمثل أو القيمة في المعاطاة. كسائر موارد اليد - بالاجماع و السيرة القائمين على عدم الضمان بالمثل أو القيمة في مورد المعاطاة. و ثانيهما: التخصُّص، بأن يلتزم بالمملَكية من أول الأمر، حفظاً لعموم «على اليد» عن التخصيص.

و مقتضى القاعدة - على ما قيل في محله - و إن كان تقديم التخصُّص على التخصيص المقتضى للحكم في المعاطاة بالمملَكية من أول الأمر، لكن أصالة عدم المملَكية تقتضى عدم المملَكية إلا آنأماً قبل التلف، و عدم حصول المملَكية من أول الأمر.

ثم إن غرض المصنف رحمته مراعاة عموم دليل اليد عن التخصيص و إبقائه على عمومته، لما ثبت في محله من تقديم التخصُّص على التخصيص عند الدوران بينهما، فيحكم في المقام - لأجل عموم اليد - بأن ضمان المستمى في المأخوذ بالمعاطاة خارج عن موضوع عموم «على اليد» بالاجماع، و ليس الاجماع مختصاً لعموم اليد، لأنه بعد فرض دخول كل من المالين في

فإن ثبت^(١) بإجماع^(٢) أو سيرة^(٣) كما هو الظاهر كان^(٤) كل من المالين مضموناً بعوضه^(٥) فيكون تلقفه^(٦) في يد كل منهما من ماله مضموناً بعوضه^(٧)

ملك آخذه آنماً قبل التلف يقع التلف في ملكه، فيكون أجنبياً عن موضوع دليل اليد - وهو مال الغير - فيبقى عموم اليد بحاله، و مقتضى عمومها عدم كون الضمان بالمستى من أفرادها، لصيرورة العوضين ملكاً للمتعاطيين، ضمان المستى ليس مستنداً إلى عموم اليد، بل إلى الاجماع.

و الكاشف عن صيرورة المالين قبل التلف آنماً ملكاً للمتعاطيين هو العموم المذكور، فلا يكون الاجماع المزبور مخصصاً لعموم اليد، بل عمومها يثبت كون المأخوذ بالمعاطاة داخلاً في ملك الآخذ وأن التلف وقع في ملكه، لا في ملك الغير الذي هو موضوع اليد.

و بالجملة: ففرض المصنف رحمته حفظ عموم اليد عن التخصيص، لا إثبات ضمان المستى به (*).

(١) لم يذكر المصنف عدلاً لقوله: «فان ثبت» فالأولى أن يقال: «كما ثبت» بقرينة إقراره بشبوته بقوله: «كما هو الظاهر».

وكيف كان فقوله: «فان ثبت» وما بعده جواب الشرط في قوله: «وأما كون التلف ...».

(٢) الاجماع على مملكية التصرف و التلف موجود في بعض كلمات القدماء.

(٣) أي: السيرة العقلانية الممضاه شرعاً ولو بعدم الردع.

(٤) جواب «فان ثبت». أي: كان ضمان المأخوذ بالمعاطاة بالمستى، لكون العقد

المعاوضي صحيحاً، ولا موجب لانقلاب ضمان المستى بالواقعي.

(٥) أي: بعوضه المستى.

(٦) أي: تلف المأخوذ بالمعاطاة.

(٧) أي: بعوضه المستى لا الواقعي.

(*) فلا يرد عليه ما أفاده السيد رحمته بقوله: «لا يخفى أن الحكم بالضمان بعوضه

المسمى ليس عملاً بعموم - على اليد - لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة لا المسمى، فمع فرض الاجتماع على الملكية لابد من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر^أ.

وجه عدم الورود ما عرفته: من أن غرض المصنف ^{تؤكّد} ليس إثبات ضمان المسمى بعموم اليد، إذ المفروض أن هذا الضمان يثبت بحصول الملكية للمتعاطين قبل التلف آنفاً، على ما ادّعي عليه من الاجتماع، فليس ضمان المسمى بعموم اليد حتى يتوجه عليه إشكال السيد ^{تؤكّد} بأن ضمان المسمى ليس عملاً بقاعدة اليد... الخ، فلاحظ و تأمل.

ثم لا يخفى أن إثبات الملك للأخذ بعموم «على اليد» في المقام من جزئيات مسألة أصولية، وهي: أنه إذا ورد عام، ثم علم بعدم ثبوت حكمه لشيء شك في فرديته للعام، فبالتمسك بأصالة العموم و صيافته عن التخصيص يحكم بعدم كون ما شك في فرديته للعام من أفراده، وبخروج ذلك المشكوك فيه عن موضوع العام، لا عن حكمه.

ففي المقام يتمسك بعموم «اليد» وبه يحرز أن اليد هنا ليست يداً على مال، الغير الذي هو موضوع قاعدة اليد، بعد العلم بعدم كون الضمان هنا محكوماً بحكم العام أعني اليد التي حكمها ضمان المثل أو القيمة. فبعموم اليد يحرز خروج الضمان هنا عن موضوعه وهو مال الغير نظير ما إذا علم بعدم محكومية زيد بوجوب الإكرام، وشك في أن عدم وجوب إكرامه هل هو لأجل التخصيص وإخراجه عن حيز حكم «العلماء» أم لعدم كونه من أفراد العلماء، فنشك في أن خروجه عن دليل وجوب إكرام العلماء يكون بالتخصص أو التخصيص.

لكن التمسك بالعموم لإثبات أن الخارج منه حكماً خارج منه موضوعاً من المسائل النظرية التي يمنعها بعض، وإن نسبه المصنف - على ما في التقرير المنسوب إليه - إلى الأصحاب، حيث قال المقرر ما لفظه: «و على ذلك - أي التمسك بأصالة العموم - جرى ديدنهم

نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع^(١)، لأن^(٢) هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع^(٣) وبين عموم^(٤) «على اليد ما أخذت»^(٥) وبين أصالة عدم الملك إلا في

-
- (١) في وقوع التلف في ماله، لا في مال المشتري.
 (٢) علة لكون التلف من مال ذي اليد، المتوقف على كونه ملكاً له قبل التلف.
 (٣) أي: الاجماع على كون المأخوذ بالمعاطاة مضموناً بعوضه المسمى لا بقيمته الواقعية.
 (٤) المقتضي للضمان بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.
-

في الاستدلالات الفقهية، كاستدلالهم على طهارة الغسالة على أنها لا تنجس المحل، فإن كان نجساً غير منجس يلزم تخصيص قولنا: كل نجس منجس^(٦).
 و عليه فينعكس قولنا: «كل عالم يجب إكرامه» بعكس النقيض الى قولنا: «كل من لا يجب إكرامه ليس بعالم».
 لكن الحق عدم صحته، إذ لم يثبت بناء أهل اللسان على هذا التمسك. ولذا تأمل فيه في الكفاية.

فالتمسك بعموم «اليد» في المقام لإثبات كون العوضين في المعاطاة ملكاً للمتعاطين محل النظر. فالقول بتخصيص عموم اليد هنا مملاً لا مانع منه وهذا.
 مضافاً إلى: عدم التزام الأصحاب بما نسب إليهم في التقارير في جميع الموارد، فلاحظ كلماتهم. ولعل عدم التزامهم إنما هو لعدم ثبوت مدركها و هو بناء العقلاء على إحراز عنوان الخارج من حكم العام بأصالة العموم، فحجية العام في ذلك مشكوكة، والأصل عدم حجيته.
 و عليه ففي المقام لا مجال لقاعدة اليد، لكونها أمانية مالكية أو شرعية، فمقتضى القاعدة عدم الضمان.

نعم قام الاجماع على ثبوت الضمان بالمسمى، فبدل إننا على تحقق الملكية آنأما قبل التلف، فيصير كل من المالكين ملكاً لأخذه، ويقع التلف في ملكه.

أ : عوالي اللئالي، ج ١، ص ٢٢٤، الحديث: ١٠٦

ب : مطارح الأنظار، ص ٢٩٥

الزمان المتيقن^(١) بوقوعه^(٢) فيه.

توضيحه^(٣): أن الإجماع لما دلّ على عدم ضمانه^(٤) بمثله أو قيمته حُكِمَ بكون التلف من مال ذي اليد^(٥)، رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت» فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في «أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه»^(٦) فإذا قُدِّرَ التلف من مال ذي اليد فلا بدّ من أن يُقدَّرَ في آخر أزمته إمكان تقديره، رعايةً^(٧) لأصالة عدم حدوث الملكية

(١) وهو الزمان المتصل بالتصرف.

(٢) أي: بوقوع الملك في ذلك الزمان، وهو زمان التصرف.

(٣) أي: توضيح أن مقتضى الجمع بين عموم اليد والإجماع واستصحاب عدم الملك هو الالتزام بحدوث الملك للآخذ في الآن المتصل بالتصرف، أو بالتلف: أن الإجماع... إلخ.

(٤) أي: دلّ الإجماع على عدم ضمان التالف ببذله الواقعي من المثل أو القيمة، بل دلّ على ضمانه بالمستوى.

(٥) يعني: يُحكم بحصول الملكية لذي اليد قبل التلف رعايةً لعموم «اليد» من عروض التخصيص عليه، إذ مع بقاء المالكين على ملك مالكيهما يلزم تخصيص عموم اليد، والمفروض أن التخصيص مقدّم على التخصيص.

(٦) فكما أن تلك الرواية تدلّ على أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه - لا من مال المشتري - المترتب على إنفساخ العقد قبل التلف وعوده إلى ملك البائع، وإلا لم يكن من ماله، وكان ضمانه بالمثل أو القيمة لا ضمان المستوى، فكذلك الإجماع على الضمان بالمستوى في المقام - بضميمة إبقاء العموم على حاله - يدلّ على كون التلف من مال ذي اليد، المتوقف على حصول الملكية آنأماً قبل التلف.

(٧) تعليل لما أفاده من لزوم فرض ملكية الآخذ في آخر أزمته تقدير الملكية، وهو الآن المتصل بالتلف، لأن مقتضى الاستصحاب بقاء المال على ملك الدافع إلى زمان تلفه في يد الآخذ، وفي آن التلف ينقطع الاستصحاب، لقيام الدليل على إنتقال المال - في ذلك الآن - إلى ملك الآخذ.

قبله^(١)، كما^(٢) يقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف إستصحاباً
لأثر^(٣) العقد.

و أمّا^(٤) ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر - على القول
بالإباحة - أن لكل منهما^(٥) المطالبة مادام باقياً، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم «التملك
بالتلف» تلفه من مال المغصوب منه^(٦).

(١) أي: قبل آخر أزمدة إمكان تقدير الملك، وهو الآن المتصل بالتلف.

(٢) هذا تنظير لجزاء «إذا» الشرطية، وهو قوله: فلا بد من أن يقدر في آخر أزمدة
إمكان تقديره... الخ يعني: كما يقدر ملكية المبيع للبائع المترتبة على إنفساخ البيع من حين
تلفه لا قبله، لكون إستصحاب ملكيته للمشتري - التي هي أثر العقد - مانعاً عن حدوث
ملكية المبيع للبائع قبل التلف.

(٣) وهو ملكية المبيع للمشتري عندما يتلف في يد البائع، ففي الآن قبل التلف ينقطع أثر
العقد وتزول ملكية المشتري، وينتقل المال إلى البائع حتى يقع التلف في ماله، لا في مال المشتري.

مركز تحقيق كاشف الغطاء

٦ - يجوز للمبيع والمباح له المطالبة من الغاصب

(٤) هذا سادس الاستبعادات التي ذكرها كاشف الغطاء^(١)، وهو ناظر إلى حكم
مطالبة المأخوذ بالمعاطاة لو غصبه غاصب.

(٥) أي: من المتعاطين، أمّا جواز المطالبة للمالك فواضح، لأنه من شؤون سلطنته على
ماله. و أمّا جوازها للمباح له فلاّنه - بناءً على القول بالإباحة - يكون الآخذ مسلطاً على جميع
التصرفات، ومطالبة الغاصب به من شؤون تلك السلطنة، هذا إذا كانت العين باقية.

و أمّا مع تلفها فقتضى إطلاقهم «كون التلف مملوكاً» وعدم تقييده بالتلف عند المباح له
- و شموله للتلف عند الغاصب - هو: صيرورة التالف بيد الغاصب آنماً قبل التلف ملكاً
للمباح له. فعلى هذا لا يكون المطالب من الغاصب إلا المباح له، لأنه المالك للتالف حسب
الفرض، فطالبتة على طبق القاعدة ولا يلزم تأسيس قاعدة جديدة كما زعمه كاشف الغطاء^(٢).

(٦) وهو الذي أخذ منه المال، فله المطالبة، لا للمالك الأول، لذهاب ملكه بالتلف.

نعم ^(١) لو قام إجماع [لولا قام الإجماع] كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه ^(٢) قبله.

وأما ^(٣) ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكي

(١) هذا استدراك على قوله: «فظاهر إطلاقهم... الخ» و حاصله: أن مقتضى إطلاق مملكية التلف هو كونه مملكاً مطلقاً سواء أكان العوض باقياً أم تلفاً، فتلف إحدى العينين مملك للجانبين. نعم إذا لم يتم هذا الإطلاق، و قلنا باختصاص التملك بالتلف بتلف كلا العوضين فحينئذ يلاحظ أن العوض الآخر تلف قبل تلف المغصوب عند الغاصب أولاً، فعلى الأول يكون المطالب من الغاصب هو المباح له، وإلا فالمطالب هو المالك الأصلي.

هذا بناء على كون العبارة كما في النسخ المتداولة: «نعم لو قام إجماع... الخ».

وأما بناء على كونها: «لولا قام الإجماع» كما أنه حكى كون نسخة المصنف المصححة كذلك، فالمراد بها: أنه لولا الإجماع على الملكية قبل التلف آنأما كان مقتضى القاعدة اختصاص حق المطالبة من الغاصب بالمالك، لكون العين تالفة في ملكه، إلا إذا تلفت العين الأخرى قبل تلف المغصوب، فإن حق المطالبة حينئذ للمغصوب منه، لأنه صار مالكا للمغصوب منه بسبب تلف عوضه قبله.

و على كل حال لا تخلو العبارة من سوء التأدية، فتدبر فيها.

(٢) أي: لو لم يتلف عوض المغصوب قبل تلف نفس المغصوب.

٧- احتمال حدوث النماء في ملك المبيع

(٣) هذا سابع الاستبعادات، وهو ما ذكره الفقيه كاشف الغطاء رحمته الله حول حكم نماء المأخوذ بالمعاطاة، وكان حاصله: إستبعاد كون حدوث النماء مملكاً للأصل.

و حاصل جواب المصنف رحمته الله: أن هنا احتمالين يندفع الاستبعاد بكل منهما:

الأول: أن حدوث النماء لا يوجب صيرورة النماء ولا أصله ملكاً للآخر، بل كلاهما باق على ملك الدافع، لا القابض، فكما يجوز للدافع الرجوع في العين - ما دامت باقية ولم يتصرف فيها - واستردادها من الطرف الآخر، فكذا يجوز إسترداد ثمنائها، لأنه حدث في ملكه. وعلى هذا لا يلزم تأسيس قاعدة جديدة، لأن المحكي عن بعض القائلين بالاباحة تبعية النماء للأصل في عدم الانتقال إلى الآخذ.

عن بعض^(١) أن القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ، بل حكمه حكم أصله^(٢) (#).

ويحتمل^(٣) أن يحدث النماء في ملكه^(٤)

الثاني: أن حدوث النماء يوجب ملكيته للآخذ، لأن المالك قد أباح التصرف في العين وتابعها، فإباحة الأصل موضوع لحكم الشارع بملكية النماء حين حدوثه، يعني: أن كلاً من إباحة الأصل و حدوث النماء - معاً - موضوع لحكم الشارع بملكية النماء. ومع إلزام القائل بالإباحة بملكية النماء للآخذ لم يبق مجال للإشكال عليه بالاستبعاد وتأسيس قاعدة جديدة.

(١) لا يحضرنى القول بعدم الانتقال، كما حكاه المصنف عن بعض. نعم إحتمله الشهيد الثاني رحمته حيث ذكر في المراد بالإباحة وجهين: أحدهما الملك المتزلزل، والآخر: الإباحة المحضة التي هي الإذن في التصرف، ثم قال: «و على الوجهين يتفرع النماء، فان قلنا بالأول - أي الملك المتزلزل - كان تابعاً للانتقال وعدمه. وإن قلنا بالثاني إحتمل كونه مباحاً لمن هو في يده كالعين، وعدمه». وفي الجواهر جزم بتبعية النماء للعين على جميع الأقوال، سواء قلنا بالملك أم بالإباحة، وباللزوم أم بالتزلزل، فلاحظ ب.

(٢) وهو الذي جعله في شرح القواعد ظاهر الأكثر، فدخوله في ملك الآخذ يحتاج إلى التصرف الذي تتوقف سببته للملك على إذن المالك فيه، وقد تقدم أن شمول إذن المالك - في التصرف في ذي النماء - للتصرف في النماء خفي كما صرح به بعض الأساطين.

والحاصل: أن النماء بحكم الأصل في عدم الملكية، فكما لا يكون الأصل ملكاً للآخذ فكذلك النماء. نعم يباح له التصرف في النماء كإباحة التصرف في الأصل.

(٣) حاصله: أن إباحة الأصل موضوع لحكم الشارع بملكية النماء حين حدوثه، فإباحة الأصل و حدوث النماء معاً موضوع لحكم الشارع بملكية النماء.

(٤) أي: في ملك الآخذ، يعني: بأن يكون حدوث النماء - بضميمة إباحة التصرف في الأصل - مملوكاً له.

(*) لكن يستشكل فيه بأن لازمه جواز الرجوع فيه مادام باقياً وإن تلف أصله،

بمجرد الاباحة (*).

لاختصاص أدلة مملكية التلف بمملكته للعين، دون النماء. كما أن لازمه عدم جواز تصرف المباح له فيه، لما عرفت من خفاء شمول الإذن للتصرف في الأصل للإذن في النماء سيما المنفصل.

(*) وبيان آخر: أن كلام كاشف الغطاء رحمته يتضمن إستبعادين:

أحدهما: ما ذكره في الصدر من مملكية حدوث النماء.

وثانيهما: ما أفاده في ذيل كلامه من شمول الإذن المالك للتصرف في النماء، خصوصاً النماء المنفصل، مع عدم الملازمة بين الإذن في الأصل و نمائه.

و جواب المصنف رحمته - على فرض تسليمه، لكونه مجرد احتمال لا يغني شيئاً - ناظر الى الصدر، دون الذيل و هو خفاء شمول الإذن المالك للنماء. فكما يشكل أصل مملكية حدوث النماء، كذلك جواز التصرف فيه إستناداً الى إذن المالك في التصرف في الأصل.

و ما أفاده المصنف - من أن القائل بالاباحة لا يلتزم بمملكية حدوث النماء - غير كاف، لأن حدوث النماء لو لم يكن مملكاً كان هو ملكاً للمبيع لا للمباح له، ولا بد من إستناد جواز تصرف المباح له فيه الى أن إذن المالك في الأصل إذن في نمائه. ولكن لا مجال لهذا الإذن المالك هنا، لأن مفروض الكلام ترتب الإباخة على المعاطاة تعبداً لا مالكيّاً، ومع قصر جواز التصرف على المأخوذ بالمعاطاة لا كاشف عن إباحة التصرف في النماء، لأن المسوّغ في التصرف إما تمليك، وإما إباحة مالبكة أو شرعية، والمفروض إنتفاء الأولين، فينحصر المسوّغ في تحليل التصرفات بحكم الشارع، ولا ريب في أن المسلط عليه نفس العين و نماؤه المتصل التابع له عرفاً، و أما المنفصل فلا.

و لم يتعرض المصنف رحمته للجواب عن الإشكال المزبور. ولعله لشمول الإذن للنماء، فإن الإذن في الأصل - مع عدم منع المالك عن التصرف في النماء مع القدرة عليه والعلم بكون العين منشأ للنماء الواقع تحت يد آخذ العين - ملازم عرفاً للإذن في التصرف في توابعها، فلو لم يكن راضياً بالتصرف في النماء لكان عليه التنبيه عليه بالنهي عنه، فيمكن التمسك بالإطلاق المقامي على شمول الإذن للنماء.

فلا يتوجه عليه ما أفيد من «كون تصرف المباح له في النماء تصرفاً في مال غيره بدون

إذنه، فهو حرام عقلاً و شرعاً^أ. و ذلك لكفاية الإطلاق المقامي في تحقق الإذن في التصرف في النماء. و معه لا يكون حراماً كما لا يخفى.

و قد أجاب المحقق النائيني رحمته عن إشكال النماء بما هذا نصه: «فالحق أن يقال: إن مقتضى قوله قاله الخراج بالضمان^ب أن يكون النماء ملكاً له - أي للمباح له - بناءً على ما سيجيء في معنى الخبر... إلى أن قال: حاصله: أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمنين المعاملي فمنافعه له، و هذا من غير فرق بين أن يكون التضمنين على نحو الإباحة أو التملك، فإن مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن. و معنى كون الشخص ضامناً لما يملكه أو لما أبيح له هو: أنه لو تلف كان دركه عليه و صار عوضه المسمى ملكاً للطرف الآخر... الخ^ج.

و فيه: ضعف النبوي - سنداً و عدم إنجباره - كما قيل - بعمل المشهور. و لا يرد عليه ما في تقرير سيدنا الخوئي رحمته: «من عدم شمول الحديث لموارد التضمنين على نحو الإباحة، لوجهين: أحدهما: أن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلي حق الرجوع إلى النماء، مع عدم كون الأصل ملكاً للمباح له، و هو بعيد.

ثانيهما: أن لازمه التفكيك بين الأصل و نمائه. و هو غريب» انتهى ملخصاً. و ذلك لأنه بعد فرض دلالة النبوي على ذلك - و اعتباره سنداً - لا وجه للإشكاليين المذكورين، لأنه يخصص عموم قاعدة سلطنة المالك على ماله، و عموم دليل تبعية النماء للعين، بل يكون حاكماً عليهما.

و الحاصل: أن إطلاق «الخراج بالضمان» للتضمنين على نحو الإباحة محكم، و مقتضاه ملكية النماء بسبب ضمان الأصل ولو على نحو الإباحة. و تقييده بالتضمنين على نحو التملك

أ : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٢١

ب: عوالي اللثالي، ج ٢، ص ٢١٩، الحديث: ٨٩

ج: منية الطالب، ج ١، ص ٥٨

د : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٢٢

المناقشة في سائر وجوه الاستبعاد

(١) لما لم يتعرض المصنف رحمته لدفع جميع استبعادات كاشف الغطاء واقتصر على جملة منها أراد إحالة دفع ما بقي منها على ما أفاده من الأجوبة، ولذا ذكرها تنمياً للكلام: فمنها: ما أفاده كاشف الغطاء رحمته في الاستبعاد الخامس في مملكية التلف القهري بقوله: «إِنْ مَلَكَ التَّالِفُ فَعَجِيبٌ، وَمَعَهُ بَعِيدٌ، لِعَدَمِ قَابِلِيَّتِهِ، وَبَعْدَهُ مَلِكٌ مَعْدُومٌ». إذ يرد عليه: إمكان إختيار الشق الأول وهو تملك التالف آنأماً قبل التلف، لما عرفت في نظائره من أن المملكية الآتية وجه جمع بين الأدلة. و عليه يكون التلف كاشفاً عن سبق دخول المال في ملك الآخذ آنأماً، كما أن تلف المبيع في يد البائع - قبل قبضه من المشتري - كاشف عن إنفساخ العقد وعود المال الى ملك البائع آنأماً، ووقوع التلف في ملكه. وليس التلف سبباً للملك حتى يتجه إستعجاب كاشف الغطاء رحمته. مضافاً إلى: أن تعليل إستحالة دخول المال في ملك الآخذ بعد التلف بقوله: «وَبَعْدَهُ مَلِكٌ مَعْدُومٌ» ممنوع، إذ لو تم لم يختص بما بعد التلف، بل يجري في الدخول مقارناً لأن التلف، لأن حال التلف حال العدم، ولا واسطة بين الوجود والعدم. ومنها: ما أفاده كاشف الغطاء رحمته في الاستبعاد السادس من قوله: «إِنْ التَّصَرَّفَ إِنْ جَعَلْنَاهُ مِنَ النَّوَاقِلِ الْقَهْرِيَّةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى النِّيَّةِ فَهُوَ بَعِيدٌ». إذ يرد عليه: أنه لا مانع من كون التصرف ناقلاً قهرياً غير متوقف على النية، لإقتضاء الجمع بين الأدلة ذلك، ولا بعد فيه.

ومنها: ما أفاده في الإستبعاد الثامن بقوله: «قَصْرُ التَّمْلِيكِ عَلَى التَّصَرُّفِ مَعَ الاسْتِنَادِ فِيهِ إِلَى أَنْ إِذْنُ الْمَالِكِ فِيهِ إِذْنٌ فِي التَّمْلِيكِ، فَيَرْجِعُ إِلَى كَوْنِ الْمُتَصَرِّفِ فِي تَمْلِيكِ نَفْسِهِ مُوجِباً قَابِلاً».

بلا مقيّد، بإطلاقه محكم.

نعم الاشكال كله في ضعف سنده و عدم إنجباره، و سيأتي تفصيل الكلام فيه في المقبوض بالعقد الفاسد إن شاء الله تعالى.

مما ذكرنا^(١) تقدر على التخلُّص عن سائر ما ذكره^(٢).
مع^(٣) أنه ﷺ لم يذكرها للاعتقاد.

وذلك جارٍ في القبض بل هو أولى منه.

إذ يمكن أن يجاب عن إتحاد الموجب والقابل بأحد وجوه:

الأول: أن التصرف مملوك، للجمع بين الأدلة، فلا حاجة إلى الإيجاب والقبول حتى يلزم إتحاد الموجب والقابل، إذ ليس هنا إذن من الدافع للآخذ في تمليك المال لنفسه حتى يكون الآخذ موجباً وقابلاً، كي يتوهم إستحالته، لكونها متقابلين لا يجتمعان في واحد.

الثاني: أنه لا مانع من إتحاد الموجب والقابل في العقود مع تعددهما إعتباراً كما حقق في محله، وليس متقابلين حتى يستحيل إجتماعهما في واحد.

الثالث: أن إتحاد الموجب والقابل إنما يترتب على الإذن المالك في تمليك الآخذ المال لنفسه، وهذا لا مجال له هنا، لأن الإباحة تعبدية مستندة إلى الإجماع، لا مالكية. وأما قوله في ذيل كلامه: «وذلك جارٍ في القبض» ففيه: أن القبض لا يتوقف على الملك حتى يكون الإذن فيه إذناً فيما يتوقف عليه من جهة إقتضاء الجمع بين الأدلة بملكية القبض حينئذٍ. وهذا بخلاف الإذن في البيع والوقف ونحوهما من التصرفات المتوقفة على الملك، فإن الإذن فيها إذن في التملك الذي تتوقف عليه تلك التصرفات، وإلا يلزم لغوية الإذن في البيع وشبهه.

وعليه ففرق واضح بين القبض والبيع، ومجرد إقتران القبض بقصد التملك لا يجعله مساوياً لتلك التصرفات، فضلاً عن أولويته منها.

هذا تمام الكلام في الجواب التفصيلي المحلّي الذي أفاده المصنف عن إستبعادات كاشف الغطاء ﷺ.

(١) يعني: في دفع جملة من إستبعادات بعض الأساطين ﷺ.

(٢) كالاستبعاد الأخير وجملة مما تضمنته الاستبعادان الخامس والسادس.

(٣) هذه الجملة ناظرة إلى جميع الاستبعادات الثمانية التي ذكرها الفقيه

والانصاف أنها إستبعادات في محلها^(١). وبالجملة^(٢): فالخروج

كاشف الغطاء رحمه الله وهو جواب ثانٍ عنها كما أشرنا إليه قبل الشروع في مناقشة كل واحد من الامور الثمانية. و مقصود المصنف: أن الأجوبة المتقدمة لو لم تكن وافيةً بدفع تلك الاستبعادات لم يقدح بقاؤها على حالها في القول بإفادة المعاطاة للإباحة تعبدًا. و وجه عدم القدح: أن كاشف الغطاء رحمه الله لم يذكر هذه الاستبعادات من باب إقامة الدليل على تعيين إفادة المعاطاة للملك، وإنما كان مقصوده مجرد إستبعاد القول بالإباحة، فلا بد للقول بالملك من إقامة دليل آخر حتى لو لم يمكن المناقشة في تلك الاستبعادات، وبقيت على حالها.

(١) وذلك لأن غاية ما أفاده المصنف رحمه الله في تصحيح القول بالإباحة والتخلص عن تلك الإستبعادات هو إقتضاء الجمع بين الأدلة للقول بالملك الآنمائي قبل التصرف أو إرادته أو قبل التلف. مع أن مقصود كاشف الغطاء رحمه الله من هذه الوجوه إنكار هذا الجمع، للخدشة في تلك الأدلة، فإن إجماع السيد ابن زهرة مظهر المدركية بحديث نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المنابذة والملاسة، مع أنه إجماع منقول، وبسقوطه عن الحجية لا يبقى موضوع للجمع المزبور من باب دلالة الإقتضاء، حتى يترتب أثر الملك على غير الملك، أو جعل ما لم يُعهد سببته للتمليك سبباً له كالتلف والتصرف، أو إرادته على التفصيل المتقدم (*).

فذلكة الكلام في المقام الثالث

(٢) هذا إلى قوله: «فالقول الثاني لا يخلو عن قوة» نتيجة ما فصله المصنف رحمه الله في المقام الثالث المنعقد لتحقيق حكم المعاطاة، من الاستدلال على الملك بوجوه خمسة، ثم المناقشة في

(*) و يمكن الإيراد على بعض الأساطين بالالتزام بعدم مملكية المعاطاة الى الآخر، و مع ذلك نلتزم بترتيب جميع آثار الملكية على المأخوذ بالمعاطاة، و لا يلزم من ذلك إلا مخالفة قاعدة واحدة، و هي جعل ما ليس بملك بحكم الملك في جميع الآثار، فلا يلزم من القول بالإباحة مخالفة قواعد عديدة و تأسيس قواعد جديدة، فتدبر.

الدلالة الالتزامية الشرعية، وفي السيرة، و توجيه الملك الآتي، ثم استبعادات كاشف الغطاء المترتبة على قول مشهور القدماء من إفادتها للإباحة، ثم المناقشة فيها، فالمقصود فعلاً بيان المختار من الأقوال.

و توضيح ما أفاده **نحو** : أن هنا طائفتين من الأدلة تقتضي إحداها المصير إلى مسلك القدماء من الإباحة المحضة، و تقتضي ثانيتهما القول بالملك بنفسه مع الغض عن خصوصية الجواز وال لزوم.

أما الطائفة الأولى فهي ثلاثة وجوه:

الأول: إستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك الدافع، و عدم مملوكيته للآخذ.
 الثاني: الشهرة الفتوائية القدمائية على إفادة المعاطاة للإباحة المجردة عن الملك، كما طفحت به كلماتهم المتقدمة في المقام الثاني.
 الثالث: الإجماع المدعى في الخلاف و الغنية على عدم تأثير المعاطاة في الملك، بل تؤثر في الإباحة.

و المهم من هذه الأدلة هو الاستصحاب، إذ لا دليل على اعتبار الشهرة الفتوائية والإجماع المنقول، فهما يصلحان لتأييد المطلب، و معاضدة الاستصحاب الذي هو دليل معتمد على القول بالإباحة، لو لم يكن هناك دليل حاكم عليه.
 وأما الطائفة الثانية فهي ثلاثة وجوه أيضاً.

الأول: عمومات حل البيع و التجارة عن تراض، و إطلاقات بعض العقود كالهبة والإجارة الشاملة للعقود القولية و الفعلية على حد سواء.

الثاني: السيرة العقلانية القطعية على ترتيب آثار الملك على المأخوذ بالمعاطاة.
 الثالث: الإجماع المدعى في جامع المقاصد و تعليق الإرشاد على إفادة المعاطاة للملك، بناءً على حمل كلمات القائلين بالإباحة على الملك المتزلزل. فإن تمّ هذا التوجيه فهو، وإلا كان الدليل على الملك أمرين: العمومات و السيرة.

عن أصالة^(١) عدم الملك المعتضدة بالشهرة^(٢) المحققة إلى زمان المحقق الثاني،
وبالاتفاق^(٣)

و العمدة من هذه الثلاثة عمومات البيع والعقود، وجعل المصنف في السيرة وإجماع
المحقق الكركي مؤيداً للعمومات.
أما السيرة فلا مكان الخدشة فيها بعدم إحراز الإمضاء، وأنها ناشئة من قلة المبالاة
في الدين.

وأما الإجماع فيمكن منعه بوجهين:
أحدهما: منع تحقق هذا الاتفاق، بعد صراحة كلمات القدماء في الإباحة، الآتية عن
الحمل على الملك المتزلزل.

و ثانيهما: كونه - يعد تسليمه - محتمل المدركة، لاحتمال إستناد المجمعين الى السيرة
والعمومات، فيكون العبرة بالمستند لا بالاتفاق.
و حيث اتضح أن عمدة الدليل على الإباحة هو الاستصحاب، وعمدة الدليل على
الملك هو العمومات، تعين الأخذ بالثاني، لعدم صلاحية الأصل العملي للمعارضة مع الدليل
الاجتهادي حتى تصل النوبة الى الترجيح أو التساقط، لما تقرّر في الاصول من تقدم الدليل
على الأصل العملي بالحكومة كما عليه المصنف، أو بالورود كما عليه المحقق الخراساني.
و نتيجة البحث: أن المختار كون المعاطاة مؤثرة في الملك، لا في الإباحة.

(١) هذا الأصل عمدة وجوه القول بالإباحة.

(٢) هذه هي المؤيدة الأولى لاستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة على ملك الدافع.
و تقييد الشهرة بزمان المحقق الثاني للتنبيه على إنقطاع شهرة القدماء على الإباحة، و حدوث
شهرة أخرى على الملك المتزلزل.

(٣) هذا هو المؤيد الثاني للاستصحاب المزبور. و قد تقدم كلام السيد في الغنية والشهيد
في القواعد عند نقل الأقوال في المقام الثاني، و الفرق بينهما صراحة كلام السيد في الاجماع،
و ظهور «عندنا» فيه في قواعد الشهيد.

المدعى في القنية و القواعد هنا^(١)، و في^(٢) المسالك في مسألة توقف الهبة على الإيجاب و القبول مشكلاً^(٣). و رفع^(٤) اليد عن عموم أدلة البيع و الهبة و نحوهما^(٥) المعتضدة^(٦) بالسيرة^(٧) القطعية المستمرة^(٨)،

(١) أي: في حكم المعاطة في خصوص البيع، و غرضه من التقييد بـ «هنا» التنبيه على إجماع المسالك في عقد الهبة.

(٢) حيث قال فيه: «و ظاهر الأصحاب الاتفاق على إفتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا، ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها و قبولها لا يفيد الملك، بل مجرد الإباحة». بناءً على إتحاد حكم البيع و الهبة في توقفها على الصيغة و عدمه.

(٣) خبر «فالخروج» و وجه الإشكال: أن الاستصحاب حجة شرعية، و إطلاقه يقتضي الحكم ببقاء المأخوذ بالمعاطة على ملك الدافع. هذا كله في دليل القول بالإباحة.

(٤) معطوف على «فالخروج» و غرضه بيان وجوه القول بالملك.

(٥) كالأجارة. و هذه العمومات هي العمدة في القول بالملك.

(٦) نعت لـ «أدلة».

(٧) هذه هي المعاضة الأولى للعمومات، حيث إن بناء العقلاء على معاملة الملك مع المأخوذ بالمعاطة.

(٨) إلى عصر المعصومين عليه السلام، و ليست من السير المستحدثة حتى يشك في إضاهاها. و لابد أن يكون مقصود المصنف من السيرة هنا ما يعم سيرة العقلاء و المتشرعة حتى تكون حجة في نفسها، إذ لو كانت السيرة عقلانية لا متشرعية كانت مخدوشة بما تقدم عنه من أنها ناشئة من قلة المبالاة في الدين.

و أما سيرة المتشرعة فلا سبيل لهذه الخدشة فيها، لأن بناء المتشرعة - بما هم متدينون - على أمر يكشف عن تلقية من الشارع و رضاه به.

و بدعوى^(١) الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني - بناءً^(٢) على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة - أشكل^(٣) (*).

فالقول الثاني^(٤) لا يخلو عن قوة.
و عليه^(٥) فهل هي لازمة ابتداءً

(١) معطوف على «بالسيرة» وهذا هو المؤيد الثاني للقول بالملك.

(٢) قيد لـ «بدعوى الاتفاق» يعني: لو تم تأويل كلمات القدماء بالملك المتزلزل فهو، و إلا لم يكن إجماع المحقق الثاني على الملك ثابتاً، لفرض تصريح القدماء بالإباحة، فأين الإجماع على الملك؟

(٣) خبر «ورفع» و وجه أشدية الإشكال - في رفع اليد عن العمومات - ما تقدم من أنها دليل إجتهادي حاكم على الأصل العملي.

فان قلت: بناءً على الحكومة لا إشكال في الخروج عن إستصحاب بقاء الملك حتى يكون رفع اليد عن العمومات أشد إشكالاً، لفرض ارتفاع موضوع الأصل العملي ببركة الدليل الاجتهادي.

قلت: نعم، لكن المصنف رحمه الله متحيز عن مخالفة المشهور، فلذلك لم يكن عدم الإعتناء بالقول بالإباحة هيئناً، وإنما إلتمز بالملك لأجل المحجة الشرعية و هي العمومات.

(٤) هذه نتيجة المباحث المتقدمة في حكم المعاطاة، و أنه يتعين الأخذ بالعمومات المقتضية لنفوذ المعاطاة و تأثيرها في الملكية بعد صدق البيع و التجارة و العقد عليها عرفاً، على ما مر مفصلاً.

المعاطاة تفيد الملك اللازم أو الجائز

(٥) أي: و على القول الثاني - وهو إفادة الملك - فهل هي لازمة؟ يعني: بعد إحراز تأثير المعاطاة في الملك، و بطلان سائر الأقوال تصل النوبة الى البحث عن أن الملك المترتب عليها

(*) الصواب أن يقال: «أشد إشكالاً» لأنه لا يجيء صيغة التفضيل من الأفعال المزيدة

كما لا يخفى.

مطلقاً^(١) كما حُكي عن ظاهر المفيد رحمته الله، أو^(٢) بشرط كون الدال على التراضي لفظاً، كما حُكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني، وقواه جماعة من متأخري المحدثين، أو^(٣) هي غير لازمة مطلقاً، فيجوز^(٤) لكل منهما الرجوع في ماله، كما عليه أكثر القائلين بالملك^(٥)، بل كلُّهم عدا من عرفت^(٦)؟

لازم كما في البيع بالصيغة، أم مترزلاً يجوز لكل منهما الرجوع؟ في المسألة أقوال ثلاثة:
أولها: إفادة المعاطاة للملك اللازم سواء أكان الدال على التراضي لفظاً أم كتابةً أم إشارةً أم غيرها. وهذا منسوب إلى الشيخ المفيد رحمته الله من أنها كالبيع القولي في اللزوم، ولا جواز إلا من ناحية الخيار.

ثانيها: إفادتها للملك اللازم، بشرط كون الدال على التراضي لفظاً، حكاه الشهيد الثاني عن بعض مشايخه. ووافقه جمع، وقد تقدّمت كلمات بعضهم في المقام الثاني عند بيان الأقوال.

ثالثها: إفادتها للملك الجائز دون اللازم، سواء أكان الدال على التراضي لفظاً أم غير لفظ، و يتوقف اللزوم على طروء أحد الملزمات، وهو منسوب إلى أكثر القائلين بالملك من عصر المحقق الثاني رحمته الله.

واختار المصنف رحمته الله القول الأول، واستدل عليه بوجوه ثمانية كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

- (١) أي: سواء كان الدال على التراضي لفظاً أم غير لفظ.
- (٢) هذا هو القول الثاني الذي أبداه بعض معاصري الشهيد الثاني رحمته الله.
- (٣) هذا هو القول الثالث الذي نسبته المصنف رحمته الله إلى أكثر القائلين بالملك.
- (٤) هذا متفرع على تأثير المعاطاة في الملك الجائز، كسائر العقود الجائزة كالهبة في جواز الرجوع في العين ما دامت باقية.

(٥) حيث إن لزوم العقد موقوف على إنشائه باللفظ.

(٦) من المحقق الأردبيلي و جمع من علماء البحرين الذين اعتبروا دلالة اللفظ على

وجوه^(١) أو فقها بالقواعد هو الأول^(٢) بناءً على أصالة اللزوم^(٣) في الملك (*)

التراضي في اللزوم، وإن لم تعتبر صيغة خاصة عندهم.

(١) مبتدأ مؤخر لخبر محذوف، فكأنه قيل: «فيه وجوه ثلاثة».

(٢) وهو اللزوم من أول الأمر وإن لم يكن الدال على التراضي لفظاً.

أدلة القول باللزوم

الدليل الأول: استصحاب الملك الحادث بالمعاطاة

(٣) المراد بهذا الأصل ما يعم اللفظي والعملي، لأنه **قوله** يستدل على اللزوم بالاستصحاب، ثم بالأدلة اللفظية الاجتهادية، وعليه فقوله بعده: «للمشك في زواله» ليس قرينة على إرادة خصوص الأصل العملي، بعد صراحة قوله بعد الفراغ من الاستصحاب: «ويدل على اللزوم مضافاً إلى ما ذكر عموم... الخ».

(*) ثم إنه ينبغي التعرض لأمرٍ قبل الخوض في أدلة اللزوم.

منها: أن الغرض من البحث عن أصالة اللزوم وإن كان إثبات لزوم الملك بالمعاطاة كالبيع بالصيغة، وعدم تأثير رجوع أحدهما فيما دفعه إلى الآخر، إلا أن الأدلة المذكورة في المتن مختلفة المفاد، فبعضها يختص بالبيع كروايات خيار المجلس. وبعضها يثبت لزوم الملك سواء أنشئ بالبيع أم بغيره من العقود المملوكة كالهبة والصلح، وذلك كالاستصحاب، وعدة من الأدلة الاجتهادية كآية التجارة عن تراخٍ وحديثي الجَلِّ والسلطنة. وبعضها يفيد لزوم كل عقد شك في لزومه وجوازه كآية الوفاء بالعقود، وحديث «المؤمنون عند شروطهم» كما لو أحرز زوجية امرأة، وشك في دوامها وانقطاعها، فإنه ينبغي البناء على الدوام.

ومنها: أن مصب البحث عن أصالة اللزوم في الملك أو فيه وفي غيره هو العقود

العهدية، لخروج العقود الإذنية كالوكالة و العارية - على قول - عن حريم النزاع، لتقومها بالإذن المالك، فيجوز الرجوع فيها قطعاً.

و لا فرق في العقود العهدية بين التنجيزية منها كالبيع و الاجارة و الهبة و الصلح، و التعليقية كالسبق و الرماية، لشمول الأدلة الاجتهادية الآتية لكلا القسمين، بل و كذا الاستصحاب بناءً على جريانه في الأحكام التعليقية كما يراه المصنف رحمته الله.

و لم يظهر وجه لتخصيص مجرى الأصل بالعقود العهدية، إذ لا فرق بين إستصحاب حرمة العصير العنبي على تقدير الغليان، و بين إستصحاب ملكية الزامي على تقدير إصابة النصل مثلاً.

إلا أن يقال: إن الملكية ليست عنده حكماً وضعياً مجعولاً. بل هي متزعة من التكليف، و هو كما ترى.

كما أنه بناءً على إنكار الاستصحاب التعليقي - كما ذهب إليه المحقق النائيني رحمته الله - لا وجه للقول باستصحاب الملك في مثل عقد سبق.

و منها: أن أصالة اللزوم تجري تارةً في الشبهة الحكمية كالشك في لزوم المعاطاة، و جريانها فيها منوط بحجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية. و أخرى في الشبهة الموضوعية كما صرح به المصنف في آخر استدلاله بالاستصحاب، كما إذا تنازع المتعاقدان فادعى أحدهما أن المنشأة هبة حتى يجوز له الرجوع، و الآخر أنه صلح حتى يكون لازماً، فإنه لا مانع من إثبات لزومه باستصحاب بقاء الملك.

نعم بناءً على عدم حجية الاستصحاب في الشبهات الحكمية يُعَوَّل فيها على الأصل اللفظي المستفاد من عمومات الكتاب و السنة، بل هي المعتمد أيضاً في الشبهات الموضوعية، لعدم وصول النوبة الى الاستصحاب مع وفاء الأدلة الاجتهادية بإثبات لزوم العقد سواء في الشبهات الحكمية و الموضوعية.

للشك^١ في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي^٢ (*).

(١) استدلل المصنف رحمه الله على أصالة اللزوم بأدلة ثمانية كما يظهر من عدّها هنا، وصرّح به في أوّل التنبيه السادس بقوله: «إعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة» والدليل الأوّل هو الاستصحاب، وقد أجراه تارةً في شخص الملك الحادث - بالمعاطاة، وأخرى في الملك الجامع بين الجائز واللازم، وثالثةً في الملك مع ترده بين الشخصي والكلّي، فهنا تقارب ثلاثة ينبغي بيانها تبعاً لتعرض الماتن لها.

الأوّل: ما أفاده بقوله: «للشك في زواله . . .» وهو إستصحاب بقاء شخص الملك - الحادث بالمعاطاة - بعد الرجوع، حيث يُشكّ في إرتفاعه بسبب رجوع مالكة الأوّل، وهو الدافع للمال الى المتعاطي الآخر، فيستصحب بقاء ملك الآخذ، لكونه من موارد الشك في رافعية الوجود، الذي لا ينبغي الارتياح في حجية الاستصحاب فيه، كحجيّته في الشك في وجود الرافع. فهو نظير العلم بدخول زيد في الدار والشك في موته بقُجأة أو صاعقة أو إنهدام سقفٍ عليه أو غيرها، فتستصحب حياته وتترتب عليها الأحكام الشرعية المترتبة عليها من حرمة تقسيم أمواله وجوب الإنفاق وغيرهما.

(٢) المراد به كل من المتعاطيين، لأنّ كل واحد منهما ملك الآخر ماله بالمعاطاة، ويشك في انفساخها برجوع أحدهما، فيستصحب بقاء الملك الحادث بالمعاطاة، وعدم تأثير الرجوع في عود ملكيّتها كما كان قبل المعاطاة.

(*) لا يخفى أنّه لا فرق في جريان الاستصحاب في الملك بين كون الملكية من أوصاف المال وبين كونها حكماً شرعياً، وذلك لأنّ الأحكام الشرعية من الأمور الاعتبارية التي لها في حدّ ذاتها ثباتٌ ودوام ما لم يرفعها رافع، ومن المعلوم أنّ الملكية أيضاً من الاعتباريات التي تقتضي بالطبع البقاء والاستمرار، فإذا حدثت يحكم ببقائها إلى أن يرفعها رافع، فما في حاشية السيد الاشكوري رحمه الله من «أن الملكية إذا كانت حكماً شرعياً لا يجري فيها الاستصحاب، لكون الشك في المقتضي» محل تأمل، بل منع بناءً على جرياه الاستصحاب في الأحكام الكلية.

و دعوى^(١)

(١) هذا إشكال على إستصحاب بقاء شخص الملك - لأجل إثبات لزوم المعاطاة - ومنشأ الاشكال وجهان:

أحدهما: إختلال بعض أركان الاستصحاب.

والآخر: وجود أصلي حاكم عليه حتى لو فرض إجتماع أركانه.

أما الوجه الأول، فتوضيحه: أنه يعتبر في جريان الاستصحاب تعلق اليقين و الشك بشيء واحد ذاتاً مع تعدده زماناً، بحيث تكون القضية المثبته عين المشكوك، كالقطع بعدالة زيد يوم الجمعة، و الشك في بقائها يوم السبت، فإن متعلق اليقين و الشك - وهو العدالة - واحد ذاتاً و متعدد زماناً.

و ليس المقام كذلك، لأن متعلق اليقين هو القدر المشترك بين الفردين أعني به الملك اللازم و المجائر، و متعلق الشك هو الفرد المعين و هو اللازم، إذ الحادث على تقدير كونه الفرد الآخر - وهو الملك المجائر - قد عُلِمَ إرتفاعه بالرجوع، فالشك في بقاء المستصحب يستند إلى الشك في حدوث الفرد اللازم، فيصح أن يقال: اليقين و الشك لم يتواردا على مورد واحد حتى يجري فيه الاستصحاب، لتعلق اليقين بالقدر المشترك، و تعلق الشك بحدوث الفرد المعين، و مع إختلاف المتعلق لا يجري الاستصحاب، لعدم موضوع له حقيقة مع الإختلاف المزبور. و هذا نظير إختلاف شهادة البينة في تعيين المشهود به و ترديده، كما إذا شهد أحد العدلين بنجاسة أحد الكأسين مردداً، و الآخر بنجاسة أحدهما المعين، فلا يثبت النجاسة حينئذٍ بشهادتهما، لاختلاف المشهود به، فيبني على طهارتهما، إما لقاعدتها، و إما لاستصحابها.

و على هذا فجهة الاشكال هي تعدد متعلق اليقين و الشك، لتعلق اليقين بالكلي، و تعلق الشك بحدوث الفرد الطويل، فلا يجري إستصحاب الشخص.

وأما الوجه الثاني، فتقريبه: أن إستصحاب الملكية وإن كان واجداً للشرائط من إجتماع أركانه من اليقين و الشك، إلا أن هنا أصلاً حاكماً عليه يمنع عن جريان إستصحاب الملك،

أَنَّ الثابت^(١) هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، و المفروض إنتفاء الفرد الأول بعد الرجوع^(٢)، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر^(٣) فلا ينفع^(٤) الاستصحاب - بل^(٥) ربما يزداد إستصحاب بقاء عُلقة المالك - مدفوعة^(٦)

و ذلك لأنّ الشك في بقاء الملك بعد رجوع المالك الأول ناشئ من إنقطاع عُلقته بالمرّة بسبب البيع المعاطاتي، و بقاء شيء من تلك العُلقة التي أثرها جواز الرجوع، فإذا إستصحبنا بقاء العُلقة لم يبقَ لاستصحاب ملكية المالك الثاني مجال. هذا توضيح الوجهين و سيأتي الجواب عنها.

(١) يعني: أَنَّ المعلوم سابقاً هو كليّ الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر، وليس المعلوم هو خصوصية اللزوم، فلا يكون المستصحب شخصياً، بل يكون كلياً.

(٢) إذ لو كان المعلوم الملك المتخصّص بخصوصية الجواز فقد إرتفع قطعاً بالرجوع.

(٣) يعني: فيجري فيه إستصحاب العدم، فينتفي بذلك القدر المشترك، لأنّه لو كان باقياً فهو لأجل حدوث الفرد الطويل كاللزوم في المقام، و المفروض أنّه محكوم بالعدم بمقتضى الأصل.

(٤) بل لا يجري إستصحاب الفرد، لعدم العلم بحدوث الخصوصية - أي اللزوم - حتى يشك في بقائها، فيجري فيها الاستصحاب، بل العلم تعلّق بالجامع، و الشك تعلّق بحدوث الفرد الطويل، و مع مغايرة متعلّقي اليقين و الشك لا يجري الاستصحاب.

(٥) هذا إشارة الى ثاني وجهي الاشكال في استصحاب شخص الملكية الحادثة بالمعاطاة، و محصله: عدم جريانه، لوجود الأصل المحاكم.

(٦) خبر قوله: «و دعوى» و هذا دفع الاشكال، و ليُعلم أَنَّ المصنف قد اقتصر هنا على دفع الاشكال الأول، و لم يتعرض لدفع الاشكال الثاني - و لعلّه إتكالاً على وضوح وهنه - وإنما أجاب عنه في أول الخيارات كما تقف عليه في التعليقة (*). فالأولى الاقتصار هنا على

(*) محصل ما أفاده في أول الخيارات هو: أَنَّ المستصحب إمّا عُلقة الملكية، و إمّا السلطنة على إعادة العين في ملكه، و إمّا العلاقة التي كانت بين المالك و عينه في مجلس البيع.

ما أفاده من دفع الاشكال الأول، فنقول: قد دَفَعَهُ بوجهين:
أحدهما: أنه لو سُلِّم كون المستصحب هو الجامع بين الملك المتزلزل والمستقر أمكن
إجراء الاستصحاب فيه بناءً على ما تقرّر في الاصول من حجية القسم الثاني من أقسام
استصحاب الكلّي.
و ثانيهما: أن المستصحب في المقام هو شخص الملكية الحادثة بالمعاطاة، وليس كلياً
أصلاً، وقد بَرَّهَنَ عليه بما سيأتي توضيحه.

ولا مجال لاستصحاب شيء منها.
أمّا الملكية فللقطع بارتفاعها وانقطاعها بالمعاطاة حسب الفرض من إفادتها الملك،
لا الإباحة المحضة. فالعين بجميع شؤونها صارت ملكاً للغير، ولم تبقَ الملكية السابقة على
التعاطي. ولو بقيت لزم اجتماع ملكيتين على مملوك واحد، وهو محال عقلي أو عقلائي.
و أمّا السلطنة على إستراداد العين فهي لم تكن مجعولة للمالك حتى تستصحب، وإنما
هي سلطنة حادثة بعد زوال الملك، لدلالة دليل كما في الخيار، فإن دَلَّ دليل على ثبوتها فهو،
وإلا فالأصل عدمها. وليست هذه السلطنة من شؤون المالك على ماله حتى
تستصحب، لأنّ موضوع هذه هو المال المنتقل الى الغير، فما لم ينتقل الى الغير لا مجال لجعل
سلطنة الاسترداد للمالك الأول.

و أمّا العلقة المتحققة في مجلس العقد ففيها أولاً: إختصاصها بما ثبت فيه الخيار في
المجلس.

و ثانياً: أنه لو شك في ثبوتها كان المرجع عموم وجوب الوفاء بالعقود القاضي بلزوم
العقد، ولا مجال للاستصحاب.

و ثالثاً: أنه لا معنى للشك المزبور مع دلالة النص على إنتفاء الخيار مع الافتراق.
و عليه يبقى إستصحاب الملك الحاصل بالعقد سليماً عن الاشكال.

..مضافاً^(١) إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب،

أما الوجه الأول فتقريبه: أنا نلتزم بكون المستصحب هنا كلياً، لا شخصياً، ولكن لا يسقط الاستصحاب عن الاعتبار، لما تقرر في علم الاصول من شمول أدلة حجيته - كقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تنقض اليقين بالشك» - لما إذا كان المتيقن شخصياً وكلياً، كما إذا علم بحدوث مردد بين الأكبر والأصغر، أو بنجاسة مرددة بين البول والدم، فإنه بعد الإتيان برفع الحدث الأصغر كالوضوء، وبقسّ المحل مرة يُشكّ في بقاء الحدث والنجاسة، فيستصحب كلي الحدث والنجاسة، وهذا هو ثاني أقسام إستصحاب الكلي الذي حقيقته العلم بوجود الكلي في ضمن أحد فردين: أحدهما معلوم الارتفاع، والآخر محتمل الحدوث.

والمقام من هذا القبيل، فإنه وإن لم يُعلم بحدوث إحدى الخصوصيتين بالمعاطاة - من جواز الملك ولزومه - حتى تستصحب، لكنه لا مانع من إستصحاب الجامع بينهما بعد كون الأثر مترتباً عليه، لا على الخصوصية.

و عليه فملخص هذا الجواب هو: كفاية إستصحاب كلي الملك في إثبات المقصود، وهو لزوم المعاطاة، وعدم الحاجة إلى إستصحاب الفرد - أي اللزوم - حتى يقال: إنه مشكوك الحدوث، فلا يجري فيه الاستصحاب. لكن أركان الاستصحاب في القدر المشترك مجتمعة، لليقين بحدوث الملكية بالمعاطاة والشك في ارتفاعها برجوع أحد المتعاطيين، ومنشأ الشك في بقاء القدر المشترك هو تردد الحادث بين مقطوع البقاء والارتفاع.

هذا توضيح الجواب الأول. وأما الجواب الثاني فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) الترتيب الطبيعي يقتضي تقديم الجواب الثاني على هذا الجواب، لأنه أقوى جعل المستصحب شخصياً، ومقصوده من الجواب الذب عنه، وأجنبية الملك عن القدر المشترك، لكونه حقيقة واحدة، ولو سلم كونه كلياً لم تنع كليته عن جريان الاستصحاب فيه، لما ثبت في الاصول من حجيته في القسم الثاني، بل وبعض أقسام القسم الثالث.

(١) يمكن أن يكون إشارة إلى وجوه:

منها: عدم كفاية إستصحاب القدر المشترك في إثبات اللزوم، لأنّ الشك في بقاءه مسبّب عن الشك في حدوث الفرد الطويل، والأصل عدمه، فلا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب في القدر المشترك، لكون الشك فيه مسبباً عن الشك في حدوث الفرد الطويل، والأصل الجاري في الشك السببي حاكم على الأصل الجاري في الشك المسببي، هذا.

ففي المقام يتسبّب الشك في بقاء الملك وإرتفاعه - بعد الرجوع - عن الشك في حدوث ملك لازم بالمعاطاة، ويستصحب عدم حدوثه، لكون هذا عدم متيقناً قبل التعاطي، ويترتب على إحراز عدم حدوث الملك اللازم إرتفاع الملك بالرجوع، وينتفي الشك تبعداً في بقاء القدر المشترك بين الملك اللازم والجائز.

لكن المصنف أجاب عنه في رسالة الاستصحاب «بأنّ إرتفاع القدر المشترك من آثار كون الحادث ذلك المقطوع الارتفاع، لا من لوازم عدم حدوث الأمر الآخر. نعم اللازم من عدم حدوثه عدم وجود ما هو في ضمنه من القدر المشترك في الزمان الثاني، لا إرتفاع المشترك بين الأمرين، وبينهما فرق واضح» (*).

(*) لكن أورد عليه السيد عليه السلام بأنّ المناط في جريان الأصل ترتب الأثر على المستصحب، ومن المعلوم أنّ الحكم بممانعة النجاسة مثلاً مترتب على وجود القدر المشترك بين قذارة البول والدم، لا على بقاءه الذي هو الوجود بعد الوجود، ولا على حدوثه الذي هو الوجود بعد العدم، وموضوع الأثر الشرعي في المقام هو وجود الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين، ومن المعلوم أنّ وجوده من لوازم وجود الفرد الطويل، كما أنّ عدمه من لوازم عدمه، ويترتب على إستصحاب عدم الفرد الطويل عدم القدر المشترك بين الفردين.

وعليه فأصالة عدم الفرد الطويل حاكمة على أصالة وجود الكلي، لتسبّب الشك فيه عن الشك في وجود ذلك الفرد من أول الأمر. قال عليه السلام: «فالشك في وجوده بعد حدوث ما يزيل أحد الفردين - على تقديره - نائش عن الشك في وجود الفرد الآخر من الأول وعدمه،

ومنها: أن الشك ليس في المقتضي حتى لا يجري فيه الاستصحاب على مبنى المصنف، بل في رافعية الوجود و هو الرجوع، حيث إن الملكية من الأمور الاعتبارية التي لها في حد ذاتها إقتضاء الدوام والاستمرار، فليست الملكية الجائزة كالنكاح المنقطع الذي لا استمرار فيه، بل يرتفع بنفس مضي زمانه وأمدّه. وهذا بخلاف الملك، فإن زواله منوط بطرؤه زماني كرجوع المالك الأصلي، فلا يكون الشك في الملكية شكاً في المقتضي، بل من الشك في وجود الرافع ورافعية الوجود.

فيندفع بهذا البيان ما في حاشية المحقق الخراساني ^{١٣} من «عدم كفاية استصحاب القدر المشترك، لكونه من الشك في المقتضي الذي لا يكون الاستصحاب حجة فيه»^أ. ووجه الاندفاع ظاهر مما ذكرنا.

ومنها: أن المقصود من إستصحاب القدر المشترك هو عدم تأثير الرجوع في زوال الملكية، وليس هو من آثار القدر المشترك بين الملك اللازم والجائز، بل من آثار خصوص الأول، فلا تصح دعوى كفاية تحقق القدر المشترك.

و محصل دفعه منع كون المقصود ذلك، بل المقصود من إستصحاب القدر المشترك إثبات صرف الملك، وعدم تأثير الرجوع في زواله لازم عقلي له، ولا ضير فيه بعد كون المستصحب حكماً شرعياً، كوجوب الاطاعة عقلاً المترتب على الوجوب والحرمة الثابتين شرعاً بالاستصحاب.

وإذا كان الأصل عدمه فلا يبقى بعد ذلك شك في الوجود، بل ينبغي أن يبنى على العدم^ب. و ما أفاده - من موضوعية نفس الوجود للأثر الشرعي دون خصوصية الحدوث والبقاء - وإن كان متيناً، إلا أن في إستصحاب الكلّي يكون أصل حدوثه متيقناً، وإنما يتمحض

أ: حاشية المكاسب، ص ١٣

ب: حاشية المكاسب، ص ٧٣

الشك في ناحية استمرار وجوده المعتبر عنه بالبقاء، والإهمال في المتيقن و المشكوك غير معقول. و عليه ينتجه كلام الشيخ هنا من أن بقاء الكلّي - بعد طروء مزيل أحد الفردين - من لوازم كون الحادث الفرد الطويل، وإرتفاعه أثر وجوده بوجود الفرد القصير، ولا أصل يُحرز به خصوصية الحادث. فيجري في الكلّي بلا مانع.

هذا مضافاً إلى: ما في تعبيره بعلية وجود الفرد لوجود الكلّي و عدمه لعدمه من المسامحة، لاقتضاء العلية و السببية للإثنية و التعدد، مع أنه لا إثنية بين الكلّي الطبيعي و مصداقه، فزيّد هو الانسان، لا أن وجود النوع معلول وجود الفرد، كالأحراق المسبب عن وجود النار.

و إلى: أن الشك في بقاء الكلّي و ارتفاعه لم يتسبب عن الشك في حدوث الفرد حتى تنجّه حكومة أصالة عدم حدوث الفرد الطويل على أصالة بقاء الجامع، بل يتسبب عن الشك في بقاء الفرد الحادث و ارتفاعه. هذا مع الغض عن اعتبار التسبب الشرعي في حكومة الأصل السببي على المسببي.

و منها: ما في تقرير شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته من منع صغروية المقام لاستصحاب الكلّي، و بيانه: أنه يعتبر في جريان استصحاب الكلّي تنوعه بنوعين أو أكثر مع الغض عن تعبد الشارع بالبقاء، كالحادث المرّد بين الأصغر و الأكبر، و الحيوان المرّد بين طويل العمر و قصيره، فيجري استصحاب القدر المشترك عند اليقين بنقض عدمه المحمولي بوجوده كذلك و الشك في بقائه، فيتعبد ببقاء ما يكون له في حد ذاته استعداد البقاء.

و هذا بخلاف المقام، فإن تنوع الملكية بنوعي الجواز و اللزوم يستند إلى حكم الشارع ببقاء العلقه بعد الفسخ و الرجوع تارة، و بزوالها أخرى. و لا حقيقة لهاتين الحصّتين مع الغض عن التعبد الشرعي كما كان الأمر في الحادث و الحيوان و نحوهما من الطبائع ذوات الأنواع.

و بعبارة أخرى: الحكم ببقاء الملكية و ارتفاعها مأخوذ في عقد الحمل، لا الوضع، مع أن المعتبر في استصحاب القسم الثاني كون الموضوع بنفسه قدراً مشتركاً بين نوعين، سواء

حكم عليه بالبقاء و الارتفاع أم لا.

ثم قال مقرر بحثه الشريف: «وإلى هذه الدقيقة أشار بقوله: فتأمل»^أ.

و يظهر من موضع آخر من كلامه: أن جهة الاشكال في استصحاب الملكية هنا هي: أنه يعتبر في استصحاب الكلي موضوعيته بنفسه للأثر غير ما يترتب على الخصوصية، فلو أريد ترتيب أثرها على استصحاب الجامع لم يجز لأجل الاثبات^ب.

أقول: ما أفاده «قدس الله نفسه الزكية» من ضابط جريان الاستصحاب في القدر المشترك مما لا غبار عليه، فيعتبر وجود الطبيعة المتنوعة - بنفسها - بنوعين أو أكثر، مع قطع النظر عن حكم الشرع و العقلاء، و يعتبر أن يكون لها أثر غير أثر الفرد.

لكن الكلام كله في أن اللزوم و الجواز هل هما نوعان من الملك أم حكمان مترتبان على موضوع بسيط، و هما خارجان عن حريمه حقيقة؟ و كلماته ^{هنا} لا تخلو من تشويش فقد صرح تارة: «بأن اللزوم و الجواز نوعان من الملك متباينان بتمام هويتهما» و أخرى بأن الملك يتنوع بالحكم، حيث قال: «فإن تنوعه بنوعين ليس باختلاف السبب المملك و لا باختلاف حقيقة و ماهيته من غير جهة أن أحدهما يرتفع بالفسخ، و الآخر لا يرتفع».

فبناءً على كلامه الأول ينهدم أصل الاشكال في استصحاب جامع الملك، و ذلك لكون الملكية كالحيوان و الحدث في أن لكل منهما نوعين متباينين، و إن كان في الجمع بين النوعين و «التباين بتمام الهوية» مسامحة، إذ ليست الأنواع متباينة بتمام الهوية للمتنوع، كما لا يخفى. و بناءً على كلامه الآخر يتجه الاشكال لو تم في نفسه، إذ لو كان اللزوم و الجواز مأخوذين شرعاً في عقد الحمل تعين أن يكون الموضوع ذات الملك، و حينئذ يستحيل تنوعه بلحاظ حكمه، و ذلك لأمرين مسلمين:

أحدهما: تأخر كل حكم عن موضوعه رتبة تأخر المعلول عن علته.

أ: المكاسب و البيع، ج ١، ص ١٧٢ و ١٧٣

ب: المصدر، ص ١٦٧

بأن^١ إنقسام الملك الى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار إختلاف في حقيقته، وإنما

(١) هذا هو الجواب الثاني من وجهي دفع الاشكال، و حاصله: منع إنقسام الملك الى قسمين و تنوعه بنوعين حتى يكون كل من المتزلزل والمستقر فرداً لطبيعة الملك كي يجري الاستصحاب في تلك الطبيعة التي هي القدر المشترك بينها. وعلى هذا فلا كلياً هنا حتى يجري فيه الاستصحاب، بل يجري في الشخص، و هو الملكية التي هي إضافة خاصة بين المالك والمملوك، فالتزلل والاستقرار ينشآن - من حكم الشارع على الملك بزواله برجوع المالك الأصلي في بعض الموارد، و ببقائه و عدم زواله برجوع المالك الأصلي في بعضها الآخر. فاللزوم والجواز حكمان للملك، و ليسا منوعين له، بل هما من أحكام السبب المملك لا من خصوصيات السبب و هو الملك.

و ثانيهما: أن منوع الطبيعة يكون في رتبة المتنوع، لا متأخراً عنه، كتنوع الكلمة إلى أنواعها الثلاثة: الاسم والفعل والحرف، فإن المتنوع و هي هذه الأنواع في رتبة ذات المتنوع و هي الكلمة.

و عليه فلو كان اللزوم والجواز حكمين مترتبين على الملك لزم أن يكون تنوع الملك بهما من باب تنوع الموضوع بحكمه المتأخر عنه.

نعم إن أريد من التنوع ما يكون في رتبة الأثر مسامحة لا حقيقة كان صحيحاً، حيث إن الموضوع يتنوع بحكمه، لكن هذا المقدار غير قادح في استصحاب الجامع.

و المتحصل: أن حمل الأمر بالتأمل على ما أفاده السيد الطباطبائي والمحقق الخراساني والمحقق النائيني رحمهم الله لا يخلو من خفاء. و لعل الأولى حملة على الإمعان في المطلب، وسلامته عن إشكالات استصحاب القسم الثاني المذكورة في علم الاصول.

و هذا لا ينافي بإصرار المصنف رحمهم الله على أن اللزوم والجواز حكمان شرعيان، والملكية حقيقة بسيطة لا تعدد فيها.

وجه عدم المناقاة: أن إحراء الاستصحاب في القدر المشترك يكون من باب التنزل و تسليم تعدد الملك اللازم والجائز حقيقة بالنوع أو بالفرد أو بالمرتبة كما سيأتي بيانه عن قريب.

هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع^(١) المالك الأصلي. ومنشأ هذا^(٢) الاختلاف إختلاف حقيقة السبب المملك، لا إختلاف حقيقة الملك، فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب^(٣)، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب^(٤) (*).

والمحصل: أنه بعد كون الجواز وال لزوم من أحكام الملك - لا من خصوصيات نفس الملك - لا جامع بينهما حتى يجري فيه إستصحاب الكلّي، بل الجاري فيه هو إستصحاب الشخص.

هذا كله بحسب الدعوى، وقد استدلل عليه بوجهين سيأتي بيانها.

(١) متعلق بـ «زوال» و ضميراً «حقيقته» عليه راجعان الى الملك.

(٢) يعني: إختلاف حكم الشارع بجواز الرجوع و عدمه.

(٣) كالبيع والهبة وغيرهما من الأسباب المملّكة.

(٤) وهو الملك، فلا يكون للزوم والجواز من الخصوصيات الدخيلة في حقيقة الملك.

(*) أورد المحقق الخراساني ^{رحمته الله} عليه بما لفظه: «لو كان الجواز وال لزوم ها هنا بمعنى جواز فسخ المعاملة و عدمه كما في باب الخيار فلا شبهة في كونهما من أحكام الأسباب. وأما لو كانا بمعنى تراد العينين و تملك ما انتقل عنه و عدمه بلا توسط فسخ المعاملة - كما في الهبة - على ما صرح به في الملزمات، فهما من أحكام المسببات لا محالة، و إختلافها فيهما كاشف عن إختلافها في الخصوصيات المختلفة في إقتضاء الجواز و اللزوم لئلا يلزم الجفاف في أحكام الحكيم تعالى شأنه، وإن كان إختلافها فيهما ناشئاً من إختلاف الأسباب ذاتاً أو عَرَضاً. ومحصله: أن إبطال أثر العقد قد يكون بفسخه أو بإقالة أحدهما للآخر فمقتضاه كون اللزوم والجواز من أحكام السبب، و قد يكون باسترداد العين كما في الهبة أو بتراد العينين كما في المعاوضة، فيكونان من أحكام نفس الملك، كما أفاده المصنف في الملزمات. و حيثئذ يكون إختلافهما كاشفاً عن وجود خصوصية في كل منهما غير ما في الآخر، و هذا المقدار كافٍ في

اختلاف الأحكام، وإن لم يكن إختلافهما بالحقيقة و/الماهية. و عليه يُشكل إستصحاب الشخص، و يتعين إجراؤه في القدر المشترك، هذا.

لكن يمكن أن يقال أولاً: إن مقتضى استدلال المصنف رحمته على أصالة اللزوم في الملك بما سيأتي من آية وجوب الوفاء وأخبار خيار المجلس هو خروج اللزوم والجواز عن حقيقة الملك و كونهما من أحكام السبب المملوك. فالفسخ والإقالة يتعلّقان بنفس السبب كتعلق الإمضاء به. وهذا لا يُنافي ما سيأتي منه في الملزمات من أن المعاطاة - مع قطع النظر عن أصالة اللزوم - تكون جائزة بالاجماع قبل تلف العينين، ولما كان دليلاً لُبياً وجب الأخذ بالقدر المتيقن منه و هو تعلّق الجواز بالتراد المنوط ببقاء كلتا العينين بحالهما، و من المعلوم أن رفع اليد عن أصالة اللزوم في الأسباب المملّكة - بالاجماع على عدم لزوم المعاطاة قبل التلف - لا يدلّ على كون جواز التراد من خصوصيات نفس الملك لا السبب المملّك.

نعم جواز إسترداد العين الموهوبة ابتداءً قبل فسخ العقد قد يكون شاهداً على إختلاف الملك الحاصل في الهبة الجائزة واللازمة سخيّاً أو مواتية.

و ثانياً: أن اللزوم والجواز سواء استفيدا من نحو قول الشارع: «البيع لازم و غير لازم» أم من مثل قوله: «يجوز ترادّ العينين و لا يجوز» يكونان من أحكام الملك، و ينشأن من إختلاف الأسباب، لما فيها من الخصوصيات المقومة للسبب المتنوعة له أنواعاً مختلفة الحقيقة، المقتضية للزوم تارةً وللجواز أخرى، و لهما معاً في وقتين كالبيع الخياري الجائز في مدة الخيار، و اللازم في غيرها، و الهبة للأجنبي المقتضية للجواز قبل التصرف، و لللزوم بعده. و لو كانا من الخصوصيات الموجبة لتنوّع الملك لزم تغاير الملكية في البيع في زمان الخيار للملكية فيما بعده، نظير تغاير زيد و عمرو، كما أن ذلك شأن الأفراد، فإنها وإن إندرجت تحت حقيقة واحدة لكنها متباينات، لامتناع صدق كل منها على الآخر، فلو بُني على مغايرة الملك اللازم للجائز - كمغايرة زيد لعمرو - لزم إنعدام الملك الحادث أولاً، و حدوث ملك آخر، و هو كما ترى، إذ لا إنشاء غير الإنشاء الأول الموجب لحدوث الملكية، فإن كانت جائزة

و يدل عليه^(١) - مع^(٢) أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من

(١) أي: ويدل على كون الجواز واللزوم من أحكام الملك لا من الخصوصيات المنوعة له... الخ.

(٢) ظاهره - بمقتضى السياق - كونه دليلاً على أن اللزوم والجواز من أحكام الملك، لا من الخصوصيات الدخيلة في حقيقته، لكن من البديهي عدم إرادة ذلك، لأن غرضه تبيين عدم الحاجة إلى إقامة الدليل على كون اللزوم والجواز من أحكام السبب لا من الخصوصيات الدخيلة في السبب وهو الملك.

وجه عدم الحاجة إلى ذلك: عدم توقف صحة الاستصحاب المزبور - وهو استصحاب الملك - على إحراز كون اللزوم والجواز من أحكام الملك لا من خصوصياته المنوعة له، لأن الاستصحاب المزبور يجري، ويثبت اللزوم، ولو مع الشك في كون اللزوم والجواز من خصوصيات نفس الملك حتى يكون المستصحب كلياً، أو من أحكام الملك حتى يكون شخصياً.

والوجه في جريان استصحاب الملكية مع هذا الشك هو: أنه بناءً على كون الاشكال في جريان استصحاب الكلي حكومة الأصل السببي يكون الشك هنا في وجود المانع عن استصحاب الملكية، إذ لو كان المستصحب كلياً فالمانع موجود، وإن كان شخصياً فلا مانع، فارجع الشك حينئذٍ إلى الشك في وجود المانع وهو الأصل الحاكم وعدمه، وعليه لا مانع من جريان استصحاب الملكية.

وبالجملة: بناءً على المنع عن جريان استصحاب الكلي - لأجل حكومة الأصل السببي

تصير لازمة بانقضاء زمان الخيار مثلاً.

و عليه فما أفاده المصنف في المتن «من إرجاع الاختلاف بين الملك اللازم والجائز إلى الأسباب ووحدة حقيقته في جميع الموارد» سليم عن الاشكال، وسيأتي مزيد بيان له إن شاء الله تعالى.

عليه - لا مانع من جريان إستصحاب الملكية في المقام، لكون الشك في وجود المانع عن جريانه، حيث إنه لو كان اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك لا من أحكامه لم يجري الاستصحاب، لكون المستصحب حينئذ كلياً، والأصل المحاكم عليه موجود. وإن كان من أحكامه فالمستصحب شخصي، والاستصحاب جارٍ فيه، فراجع الشك حينئذ إلى وجود المانع وهو الأصل المحاكم وعدمه، وما لم يحرز وجود المحاكم يجري الأصل المحكوم، فلا مانع من جريان إستصحاب الملكية، فلا يتوقف جريان إستصحاب الملكية على إحراز كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك، لا من خصوصياته المتنوعة له (٥).

هذا توضيح ما أفاده المصنف رحمه الله.

و منه يظهر أن قوله: «مع أنه يكفي في الاستصحاب» إشارة إلى تقريب ثالث لاستصحاب الملك الحاصل بالمعاطاة، سواء أحرز كون المستصحب شخصياً أم كلياً، أم شك في شخصيته وكليته، وكان المناسب تأخيرها عما هو بصدده فعلاً من الاستدلال على أن الملك الحاصل بالعقد واحد شخصي، ويرجع تزلزله واستقراره إلى السبب المملوك.

(٥) نعم بناءً على كون الاشكال في إستصحاب الكلي مغايرة القضية المتيقنة للمشكوكة إتجه عدم جريان إستصحاب الملكية إذا لم يحرز كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك أو من خصوصياته المتنوعة له، لأنه مع هذا الشك لا يحرز العنوان المأخوذ في أدلة الاستصحاب، إذ المستصحب إن كان كلياً لم ينطبق عليه نقض اليقين بالشك، لمغايرة القضية المشكوكة للمتيقنة، فلا يصدق عليه الإبقاء و لا النقص. وإن كان شخصياً ينطبق عليه ذلك. ومع الشك في إنطباقه لا يجوز التمسك بعموم دليل الاستصحاب، فإن إحراز موضوع الدليل شرط عقلاً لجواز التمسك به.

و إلى هذا ينظر ما أفاده سيدنا الأستاذ رحمه الله من الاشكال على هذا الاستصحاب بقوله: «إذ مع الشك المذكور لا يحرز اجتماع ركني الاستصحاب اللذين هما شرط في جريانه، ومع عدم

إحراز ذلك لا مجال للتمسك بدليله، لعدم جواز التمسك بالعام ما لم يحرز عنوان موضوعه^أ.
فإن قوله **فَوَيْلٌ**: «إذ مع الشك» قرينة على إرادة الإشكال الأول على إستصحاب الكلّي،
وهو مغايرة القضية المتيقنة للمشكوكة، لعدم تطرق هذا التعليل في المقام بناءً على الاشكال
الثاني وهو حكومة الأصل السببي على المسببي كما هو ظاهر.

و يظهر مما ذكرنا غموض ما في تقرير المحقق النائيني **فَوَيْلٌ** في جريان الاستصحاب
هنا من: أن المورد وإن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، إلا أنه لا بأس به في
المقام، بداهة أن المانع عن جريان الاستصحاب في القسم الثاني من أقسام إستصحاب الكلّي
هو حكم العقل، حيث إنه لم يقدّم دليل لفظي على تخصيص عموم - لا تنقضى - وإخراج
إستصحاب الكلّي عن حيّزه، فمع الشك في كون المستصحب كلياً أو شخصياً يجري
الاستصحاب، للزوم الاقتصار في تخصيص العام بالمخصص اللبّي على الأفراد المتيقنة،
و التمسك في غيرها بعموم العام، ففي المقام لا مانع من التمسك بالاستصحاب مع الشك في
كون الملك كلياً أو شخصياً^ب.
انتهى ملخص كلامه على ما تقرير بعض أجلة تلامذته **فَوَيْلٌ**.

وجه الغموض: أنه - بعد البناء على صحة المبنى - هو جواز التمسك بالعام في الشبهة
المصدقية في المخصص اللبّي - يكون مورد البحث فيه ما إذا أحرز عنوان العام وكان الشك
في إندراجة تحت الخاص و عدمه لشبهة خارجية، كتردد اليد الموضوعة على مال الغير بين
العادية والأمانية، وكالماء المردّد بين كونه معتصماً وغير معتصم، وهكذا سائر الموارد التي
أحرز كونها من مصاديق العام وشك في دخولها تحت الخاص. وكالشك في إيمان شخص من
بنّي أميّة مثلاً، فإن عنوان العام وهو كونه من بنّي أميّة معلوم، والشك إنما هو في كونه مؤمناً
ليحرم لعنه، وعدمه حتى يجوز لعنه.

فحينئذ يقال: إن تخصيص عموم «لعن الله بنّي أميّة» بمن علم إيمانه منهم معلوم، وأما

أ: نهج الفقه، ص ٤٤

ب: المكاسب والبيع، ج ١، ص ١٧٣ و ١٧٤

من شك في إيمانه منهم فخروجه عنهم غير معلوم، فظهور العام فيه لم تنل حجته، فيتمسك به، فيقال بجواز لعنه.

و أمّا إذا لم يحرز عنوان العام، فلا وجه للتمسك به، كالمقام، فإنّه بناءً على أن يكون الملك كلياً لا يندرج تحت عموم أدلة الاستصحاب، لو كان إشكال إستصحاب الكلّي عدم وحدة القضية المتيقنة والمشكوك، نعم بناءً على كون إشكاله حكومة الأصل السببي لا مانع من جريانه، لأنّه ما لم يحرز الأصل الحاكم يجري الأصل المحكوم.

ثم إن السيد رحمته الله أفاد: «أنّه لا حاجة الى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل فيه بما ذكر، بل يكفي استصحاب الفرد الواقعي المردّد بين الفردين، ولا يقدر تردده بحسب علمنا في تيقن وجوده سابقاً، والمفروض كون الأثر الثابت للقدر المشترك أثراً لكل من الفردين، فيمكن ترتيبه باستصحاب الشخص الواقعي المعلوم سابقاً، كما في القسم الأوّل من أقسام الاستصحاب الكلّي، وهو ما إذا علم بوجود الكلّي في ضمن فرد معيّن، فشك في بقائه، حيث إنّ حكمه فيه بجواز استصحاب كل من الكلّي والفرد انتهى ملخصاً.

و فيه: أنّه إن أريد بالشخص العلم بشخصه فهو ممنوع، لامتناع العلم بتشخصه مع فرض تردده بين شخصين.

وبالجملة: لا يعقل العلم بالشخص الحقيقي الواقعي الخارجي مع تردده بين فردين. وإن أريد بالمردّد ما هو مردّد واقعاً، ففيه: أنّه لا يعقل وجوده بوصف كونه مردّداً، فإنّ الموجود في أيّ وعاء من أوعية الوجود متشخص بمشخصات وجودية توجب تعينه، ويمتنع حينئذ تردده.

وإن أريد بالفرد المردّد المردّد عندنا والمعيّن في الواقع ليرجع الى العلم الاجمالي بأحدهما ففيه: أنّه عين الكلّي، إذ مع الغض عن الخصوصيات المفردة يكون متعلق العلم نفس الكلّي. فالمتحصل: أنّه لا معنى لاستصحاب الفرد المردّد، لأنّه على المعنى الصحيح ليس إلّا الكلّي وقد تعرضنا في بحث الاستصحاب لشرط مما يتعلق باستصحاب الفرد المردّد، فراجع ٣.

أ : حاشية المكاسب، ص ٧٣

ب : منتهى الدراية، ج ٧، ص ٢٨١ إلى ٢٨٨

خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملّك. ومع أنّ المحسوس^(١) بالوجدان أنّ إنشاء^(٢) الملك في الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد - أنّ^(٣) اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإمّا أن يكون تخصيصُ القدر المشترك

(١) قد تقدم في توضيح قوله: «لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب» الإشارة إلى: أنّه يُستدلّ بإستدلالين على مدعاه من أنّ الملكية في جميع الموارد حقيقة واحدة، وأنّ اللزوم و الجواز غير متّوعين لها، بل هما حكمان شرعيان عارضان عليها، ولا يتنوعُ الموضوع بحكمه المتأخر عنه.

وما أفاده بقوله: «مع أنّ المحسوس» هو الدليل الأول على هذه الدعوى، بتقريب: أنّ الملكية المنشأة في الهبة اللازمة - التي يكون الملك فيها لازماً - و الملكية المنشأة في غير الهبة اللازمة من العقود الجائزة كالهبة للأجنبي تكونان على نهج واحد، فليس المنشأ في العقود اللازمة و الجائزة إلا إضافة الملكية التي هي أمر بسيط شخصي، وإنّما الشارع حكم في هبة ذي الرحم باللزوم، و في هبة الأجنبي بجواز الرجوع.

و عليه فلا يوجب الحكم باللزوم تارة و بالجواز أخرى تنوعاً في حقيقة الملك حتى يصير الملك اللازم حقيقة مباينة للملك الجائر، بل هما حكمان شرعيان للملك يستندان إلى السبب المملّك.

(٢) الأولى أن يقال: الملكية المنشأة في الهبة.

(٣) هذا دليل ثانٍ على كون اللزوم و الجواز من أحكام الملك لا من مقوماته، و محصله: أنّ اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك كان تخصيصُ القدر المشترك باللزوم و الجواز - الموجبين لتشخصه - إمّا يجعل المالك، و إمّا يجعل الشارع، و لا ثالث لهما، لأنّهما إن كانا حكّمين لموضوعهما فلا بد أن يكون التخصيصُ وظيفة الشارع، و إن كانا دخيلين في الموضوع فلا بد أن يكونا من فعل المالك، فلا ثالث في البين.

فإن كان الأول فلازمه التفصيل في الحكم باللزوم أو الجواز بين صور ثلاث:

إحداها: أن يقصد المالك اللزوم، و يجعله، فيحكم به لا غير.

بإحدى^(١) الخصوصيتين يجعل المالك أو يحكم الشارع.
فان كان الأول^(٢) كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب^(٣)
قصد الرجوع^(٤) و قصد عدمه،

ثانيتها: أن يقصد الجواز، ويجعله، فيحكم به دون غيره.
ثالثتها: أن لا يحكم بشيء من اللزوم والجواز فيما إذا لم يجعل المالك شيئاً منها
ولم يقصده، بأن أنشأ الملكية المهملة عن خصوصيتي اللزوم والجواز.
و بالجملة: يدور اللزوم والجواز مدار قصد المالك لهما، فإذا قصد أحدهما حكم به،
وإلا فلا يحكم بشيء منها. وذلك - أي دوران اللزوم والجواز مدار قصد المالك - بديهياً
البطلان، ضرورة أنه لا يؤثر قصد المالك في ذلك أصلاً، ولذا لو وهب لأجنبي عينا
ولذي رجم أخرى مع الغفلة عن الجواز واللزوم كانت الهبة الأولى جائزة والثانية لازمة،
وقصد اللزوم في الأولى يوجب البطلان، لأنه على خلاف تشريع الهبة للأجنبي، وعلى فرض
الصحة تكون جائزة.

وكذا الحال إذا قصد الجواز في الثانية، فإنها لا تصح جائزة، بل إماتبطل وإماتصح لازمة.
فالنتيجة: أنه ثبت بالدليلين المتقدمين كون اللزوم والجواز من أحكام الملك.

(١) هذا وقوله: «يجعل» و «يحكم» متعلق بـ «تخصيص» يعني: أن تعيين كلي الملك تارة
في المجازر وأخرى في اللازم إما يتسبب عن قصد المالك وجعله، وإما يتسبب عن إرادة
الشارع وحكمه، ولا ثالث لهما.

(٢) أي: كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين يجعل المالك، و عليه فاسم
«كان» ضمير راجع الى التخصيص.

(٣) متعلق بـ «المختلفة» أي: كان إختلاف حصول الملك المجازر تارة واللازم أخرى
دائراً مدار قصد المملك الرجوع حتى يكون جائزاً، وقصده عدم الرجوع حتى يكون
المملك لازماً.

(٤) الأولى تبديله بقصد الجواز واللزوم، وكذا قوله: «إذ لا تأثير لقصد المالك في
الرجوع».

.....٥٠٠ هدى الطالب / ج ١

أو عدم قصده^(١). وهو^(٢) بديهي البطلان، إذ^(٣) لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و
عدمه.

وإن كان^(٤) الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده^(٥) المنشئ،
وهو^(٦) باطل في العقود.

(١) أي: عدم قصد الرجوع، بأن قصد المالك التملك المهرل العاري عن خصوصيتي
اللزوم والجواز، فيلزم أن يقع الملك المشترك بينهما، لا خصوص اللازم والجائز. مع أنه بديهي
البطلان، إذ الملكية الاعتبارية لا تخلو من أن تقع لازمة أو جائزة، فعدم قصد الخصوصية
لا يوجب وقوع الملك الجامع بين الخصوصيةين، وهذا دليل قطعي على بطلان الاحتمال الأول
وهو دوران الجواز واللزوم مدار قصد المالك.

(٢) أي: التفصيل بين أقسام الملك - بحسب قصد الملك - باطل بالبداهة، فإن الهبة
لغير ذي رحم تفيد ملكاً متزلاً سواء قصد الواهب الرجوع في هبته أم لم يقصده، أو قصد
عدم الرجوع.

(٣) تعليل لبداهة البطلان، وقد عرفت.

(٤) معطوف على «فإن كان الأول» وهذا هو الشق الثاني من المنفصلة، يعني: إذا كان
تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيةين مسبباً عن حكم الشارع باللزوم تارةً
وبالجواز أخرى لزم تخلف قاعدة تبعية العقود للقصد، فإذا قصد المالك في الهبة لذي رحم
الجواز - لقصده الرجوع، وحكم الشارع بصحة هبته ولزومها - لزم تخلف العقد عن قصد
الرجوع، مع وضوح تبعية العقود الصحيحة للقصد.

(٥) لأن الشارع جعل الملكية اللازمة مع قصد المالك الملكية الجائزة، وبالعكس.

(٦) يعني: وإمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ باطل، لما تقدم من أن
العقود المصححة شرعاً تابعة للقصد، يعني: أن العقد الصحيح عبارة عن إمضاء الشارع العقد
على النحو المقصود للمنشئ، فلا يمكن أن يكون محض شرعاً مع مخالفته لمقصود المنشئ،
فلو قصد اللزوم مثلاً لم يصح إمضاء الشارع لذلك العقد على وجه الجواز.

و عليه فلا ربط لحكم الشارع - باللزوم و الجواز - بقصد المتعاقدين أصلاً، إذ لا عبرة بقصدهما في لزوم العقد و جوازه.

فإن قلت: هذا الشق الثاني من المنفصلة ممنوع، لمنع الملازمة بين قوله: «وإن كان الثاني لزم إمضاء... الخ» و حينئذٍ لا سبيل لإحراز كون الملك المنشأ في العقود أمراً بسيطاً حتى يرجع الاختلاف باللزوم و الجواز إلى التعبد الشرعي، بل يحتمل كون الملك الجائز مغايراً للملك اللازم حقيقة، فلا يتم إستصحاب الشخص حينئذٍ، ولا بد من إستصحاب القدر المشترك وجه منع الملازمة: أن المصنف ^{تتبع} صرح في مناقشة أول إستبعادات كاشف الغطاء ^{تتبع} بأن مورد قاعدة تبعية العقود للقصد هو العقد الصحيح الذي أمضى الشارع ما قصده المتعاقدان، فإن أحرز الامضاء تعين ترتب الأثر المقصود على العقد، وإن لم يحرز فلا. و على هذا فلما كانت المعاطاة معاملة فعلية لم يحرز إمضاؤها شرعاً لم يكن بأس بتخلفها عن التملك اللازم الذي قصده المتعاطيان. فلا مانع من كون الملك طبيعياً جامعاً بين اللازم و الجائز، و يتوقف حصول كل واحد من النوعين أو الفردين على تعيين الشارع. و لم يلزم منه مخالفة قاعدة التبعية أصلاً، لأن هذه القاعدة مخصوصة بالعقود الصحيحة. ونتيجة ذلك عدم إثبات شخصية الملك حتى يرجع اللزوم و الجواز إلى محض التعبد الشرعي. قلت: بل الملازمة ثابتة، فإنها مبنتية على مقدمتين مسلمتين:

الأولى: أن أصالة اللزوم لا تختص بالمعاملة الفعلية المملّكة، بل تجري في العقد اللفظي المملّك، مثلاً لو شك في أن الملكية المنشأة بعقد السبق و الرماية جائزة يجوز الرجوع فيها قبل إصابة النصل، أو لازمة لا يجوز الرجوع فيها؟ جرى إستصحاب شخص الملك الحادث بالعقد، و يحكم بلزومه. و لا ريب في أن الملكية المنشأة بالعقد اللفظي حقيقة واحدة لا تعدد فيها بالنوع و المرتبة و الفرد، و يرجع اللزوم و الجواز إلى تأثير السبب المملّك، لا إلى نفس الملك.

الثانية: أنه ثبت عدم القول بالفصل بين موارد حصول الملك، فسواء كان اللزوم و الجواز من خصوصيات السبب القولي أم من خصوصيات السبب - في المعاملة الفعلية -

لما^(١) تقدّم^(٢) أنّ العقود المصحّحة عند الشارع تتبع القصد. وإن أمكن^(٣) القول بالتخلف هنا في مسألة المعاطاة بناءً على ما ذكرنا سابقاً^(٤) إنتصاراً للقائل

تجري أصالة اللزوم في الملك، لبنائهم على حجية هذا الأصل في العقود القولية و المعاملات الفعلية، ولما كان المستصحب في العقد اللفظي شخص الملك الحادث بالعقد كان كذلك في السبب الفعلي أيضاً.

و نتيجة هاتين المقدمتين: أنّ قاعدة التبعية وإن لم تجر في المعاملة الفعلية كالمعاطاة، إلا أنّ قاعدة اللزوم لا تختص بالمعاطاة، بل تشمل العقود اللفظية المفيدة للملك أيضاً، فحينئذٍ تُجري فيها الدليل المزبور، وهو «أنّ اللزوم و الجواز إن كانا من خصوصيات الملك بحكم الشارع لزم إمضاء الشارع العقد على غير الوجه الذي أنشأه العاقد، فيلزم تخلف العقد عنه، وهو باطل بالضرورة».

وعليه فإذا ثبت عدم كون اللزوم والجواز في العقود اللفظية من خصوصيات الملك - بحكم الشارع - ثبت عدم كونها من خصوصيات الملك في العقود الفعلية بحكم الشارع أيضاً، لعدم القول بالفصل في حقيقة الملك بين سببها القولي و الفعلي، فاللزوم و الجواز خارجان عن حقيقة الملك مطلقاً من دون فرق بين موارد من العقود اللفظية و الفعلية.

(١) تعليل لبطلان الشق الثاني من المنفصلة، وقد تقدم توضيحه بقولنا: «يعني: إذا كان تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين... الخ».

(٢) حيث قال في مناقشة إستبعادات كاشف الغطاء **تَوْجُّهٌ**: فإنّ تبعية العقد للقصد و عدم إنفكاكه عنه إنما هي لأجل دليل صحة ذلك العقد... الخ.

(٣) غرضه رفع محذور منافاة إمضاء الشارع لقاعدة تبعية العقود للقصد، و محصل ما أفاده في رفع المنافاة هو: أنّ مورد قاعدة تبعية العقود للقصد هو العقود القولية لا الفعلية، وقد تقدّم توضيحه بقولنا: «فان قلت: هذا الشق الثاني من المنفصلة ممنوع... الخ».

(٤) عند التعرض لأجوبة إستبعادات بعض الأساطين، حيث قال: «أما حكاية تبعية العقود وما قام مقامها... إلى أن قال: أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحتها دليل فلا يحكم

بعدم الملك من^(١) منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطين.
لكن^(٢) الكلام في قاعدة اللزوم في الملك يشمل العقود أيضاً^(٣).

بترتب الأثر المقصود عليها.

(١) بيان لقوله: «ما ذكرنا».

(٢) هذا جواب قوله: «وإن أمكن القول بالتخلف» و غرضه تصحيح الشق الثاني من
المنفصلة المتقدمة، وقد أوضحناه بقولنا: «قلت، بل الملازمة ثابتة... الخ».

(٣) يعني: كما تشمل المعاملات الفعلية، فقاعدة تبعية العقد للقصد وإن اختصت بالعقود
اللفظية، لكن أصالة اللزوم لا تختص بالمعاطاة، بل تعم العقود اللفظية أيضاً (*).

(*) فتحصل: أن المستصحب شخص الملك الحادث بالمعاطاة، و اللزوم و الجواز
حكمان على هذا الموضوع، و لا إختلاف في حقيقته، إذ لو كان قائماً أن يستند الى قصد المالك
أو الى الشارع، و كلاهما ممنوع، لما تقدم في التوضيح.
لكن قد يشكل بأن إختلاف الملك الجائز و اللازم و إن كان مستنداً الى السبب المملك،
إلا أنه لا ريب في إقتضاء الأسباب المختلفة مسببات كذلك، فعقد الهبة يقتضي ملكاً جائزاً،
و عقد الصلح يقتضي ملكاً لازماً، و لو لا تفاوت إقتضاء هذين العقدين لم يعقل ترتب أمرين
متفاوتين عليهما، لاستحالة تأثير المتباينين أثراً واحداً، و عليه يستكشف إختلاف المسبب
من إختلاف السبب، لامتناع تأثير أسباب مختلفة في مسبب واحد. و بهذا يشكل إستصحاب
شخص الملك، إذ لا علم بالخصوصية اللاحقة.

و أجاب المحقق الاصفهاني رحمه الله عنه بما توضيحه: أن الأسباب و إن كانت مختلفة، إلا أنه
لا يلزم تعدد حقيقة المسبب المترتب عليها، و ذلك لأن السببين المملكين بينهما جهة إشتراك،
و جهة إمتياز، فبالنظر الى الجهة الأولى يؤثران في الملك، و إلى الثانية يؤثران في الحكم
باللزوم و الجواز. فالبيع العقدي و المعاطاة يؤثران بجامعهما في تملك عين بعوض،
و خصوصية البيع العقدي - و هي الصيغة الجامعة لشرائط التأثير - تؤثر في جعل اللزوم،

كما تقتضي خصوصية البيع الفعلي جعل الجواز. وبهذا يتجه إستصحاب شخص الملك الذي إقتضته الحيثية الجامعة بين السببين^١، هذا.

لكن يمكن أن يقال: لا يبعد أن يكون مراده ^٢ إمكان تأثير الجامع بين السببين في الملك، و من المعلوم أن مجرد إمكان ذلك لا يجدي في إستصحاب شخص الملك الحادث المترتب على السببين المختلفين، بل لابد من إحراز وحدته. فلو شك في كونهما مؤثرين بجامعهما في أصل الملك أو بخصوصيتهما حتى يكون الملك الجائز مغايراً لللازم لم يتجه التمسك بدليل الاستصحاب لإحراز الشخص، بل هو مندرج في الشك في كون المستصحب الفرد أو الكلّي، وهو التقريب الثالث المتقدم في المتن.

مضافاً إلى: إختصاص هذا التوجيه بالشبهة الحكمية أعني بها المعاطاة التي يحتمل فيها بقاء الملك بعد الرجوع و عدمه. ويشكل تطبيقه على الشبهة الموضوعية، كما لو تردّد العقد الخارجي بين الهبة و الصلح، إذ لاجماع أصيل بين إنشاء التسالم و التملك المجاني، و سببية العقود أمر واقعي و إن كان إعتبارياً، ولا يكفي فيه الجامع الانتزاعي كعنوان المعاملة. مع أنه سيأتي من المصنف ^٣ التصريح بحجية أصالة اللزوم في الشبهة الموضوعية كالحكمية.

ولعلّ الأولى في حسم مادة الاشكال أن يقال: إن المستصحب شخصي لا كلي، لأن كلية الملكية إمّا أن تكون بالنوع أو بالمرتبة أو بالفرد، و الكل ممنوع. فإن الملكية العقلانية و الشرعية إمّا إعتبار مقولة الجدة، و إمّا إعتبار مقولة الاضافة، و إمّا إعتبار أمر آخر، و على كل منها لا مجال للتنوع فيها، لبساطتها.

و أمّا الاختلاف بالشدة و الضعف فكذلك، لفقدان مناط التشكيك فيها، إذ مناطه أن يكون لحقيقة الشيء عرض عريض كالنور و السواد و البياض و نحوها ممّا يكون بعض مراتبه أشدّ من بعض. و أمّا إذا كان هناك شينان تصدق الطبيعة عليهما على السواء - و إن كان أحدهما باقياً لبقاء علته و الآخر زائلاً بزوال علته - كان أجنبياً عن الكلي المشكك، فلا يصح أن

يقال: إن زيدا مالك للشيء الكذائي وأملك للآخر، ولا أن الشيء الفلاني مملوك والآخر أشد مملوكاً منه.

مع أنه تقرر عند أهله إختصاص الشدة والضعف بالحركة، والامور الاعتبارية أجنبية عن الاشتداد والضعف المخصوصين بالمقولة الواقعية كالكيف. و عليه فليست الملكية اللازمة مرتبة قوية والجائزة ضعيفة.

وأما الاختلاف الفردي بأن يكون الملك اللازم والجائز فردين لطبيعة نوعية واحدة كزيد وعمر، فممنوع أيضاً، ضرورة أن الملكية المنشأة بالعقد الخياري أو بالهبة الجائزة تصير بنفسها لازمة بانقضاء الخيار أو بتصرف المتب، لا أن الملكية الجائزة تنعدم ويحدث فرد آخر، أو تنقلب إليه. لاستحالة كليهما.

أما إنعدام فرد و حدوث آخر فلتوقف الحدوث على الإنشاء سواء قلنا بالتسبب أم بالموضوع والحكم، و المفروض عدم حدوث إنشاء آخر غير العقد الخياري أو العقد الجائز.

وأما الانقلاب فلما قيل من استحالة إنقلاب الموجود عما هو عليه.

وبالجملة: فالبرهان يقتضي الالتزام بكون الملكية المنشأة حقيقة واحدة في السبب المفيد للجواز و اللزوم، فيحكم عليها في برهة بالجواز، وفي أخرى باللزوم.

بل هذا هو مقتضى مقام الإثبات أيضاً، فإن قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا افترقا وجب البيع» ظاهر في صيرورة نفس البيع الجائز لازماً بالافتراق عن مجلس المعاملة، لحدوث فرد آخر أو مرتبة أخرى.

هذا كله في امتناع تعدد الملكية الاعتبارية في نفسها.

وأما احتمال كون اللزوم و الجواز موجبين للتعدد النوعي أو الصنفي أو الفردي، فيدفعه: أن هذا الاختلاف ليس بذاته مع الغض عن الأسباب المملكة، بل بملاحظتها، بداهة إختلاف الأسباب في إقتضاء اللزوم و الجواز عند العقلاء، فإن العقد عندهم على قسمين لازم و جائز، فالملك يتبع سببه أيضاً كذلك.

إذا عرفت هذا فنقول: إنَّ العقد اللازم إما سبب فهرى للملك اللازم و واسطة ثبوتية له، بأن يُنسب اللزوم إلى الملك حقيقةً، وإما واسطة عروضية له بحيث يُنسب اللزوم إلى العقد أولاً وبالذات وإلى الملك ثانياً وبالعرض. لا سبيل إلى الأول كما ثبت في محله من إمتناع السببية الحقيقية للأسباب العقلانية و التشريعية، فيتعين الثاني و هو الوساطة العرضية، و كون إتصاف الملك باللزوم و الجواز بالعرض و المجاز، و من المعلوم أنه لا يوجب الاختلاف نوعاً أو صنفاً أو شخصاً.

فتمحصل من جميع ما ذكرنا: أن إستصحاب الملك شخصي، و لا إشكال فيه، و ليس كلياً. و قد ظهر مما بيّنا ضعف الاستدلال لا اختلاف المسببات بسبب اختلاف الأسباب. و كذا ضعف الاستدلال «بأنَّ اختلاف الأسباب لو لم يكن موجباً لاختلاف المسببات لا يقتضي اختلاف الأحكام» و ذلك لأنَّه إن أريد باختلاف الأحكام اختلاف الأسباب، فهو لا يقتضي إلا اختلاف الأسباب، لا اختلاف المسببات. و إن أريد به اختلاف أحكام المسببات مع كون المقصود بالأحكام اللزوم و الجواز - ففيه: أنه مصادرة.

و إن أريد به كشف الأسباب المختلفة عن المسببات المختلفة، ففيه: أنه غير صحيح، لما عرفت من عدم السببية الحقيقية في الأسباب العقلانية و التشريعية. هذا. ثم إنه بناءً على كون الملك كلياً، و أنَّ اللزوم الجواز من الخصوصيات المتنوعة له يشكل جريان الاستصحاب فيه، لا لأجل الاشكالات التي أوردوها على إستصحاب الكلي في الاصول، لأنها واضحة الدفع، بل لأجل عدم وجود للجامع بين الأفراد الذي هو موضوع الأثر، إذ الموجود في كل فرد حصة من الكلي متخصصة بخصوصية مباينة لخصوصية أخرى متخصصة لخصوصية أخرى من الطبيعة، فلا يصدق شيء من الحصص الموجودة على الأخرى، لمباينتها لها، و مع عدم وجود الجامع كيف يصح إستصحابه؟ فحينئذ يصعب جريان استصحاب الكلي و ينحصر في الشخصي، فتدبر.

و يمكن دفعه بأن يقال: إنَّ موضوع الحكم إن كان وجود الكلي بحدده الجنسي

وبالجملة^(١): فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد^(٢) شك في لزومه شرعاً. وكذا^(٣) لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من

(١) هذه خلاصة ما حققه المصنف رحمته الله في جريان إستصحاب الملك في الشبهة الحكمية - عند الشك في لزومه وجوازه - بتقريب ثلاثة تقدمت مفصلاً.

(٢) مملك، لا كل عقد ولو غير مملك أيضاً، ولذا لا تجري قاعدة اللزوم في العقد المردّد بين كونه قرضاً وبين كونه وديعة، لعدم إحراز أصل الملك حتى تجري أصالة اللزوم في الشك في اللزوم والجواز كما لا يخفى.

هذا تمام الكلام في جريان أصالة اللزوم في الشبهة الحكمية التي هي المقصد الأصلي من عقد البحث، إذ الغرض المهم في المقام هو إثبات ترتب الملك اللازم على المعاطاة بعد الفراغ عن ترتب أصل الملك عليها. وسيأتي لهذا الأصل تنمّة في جريانه في الشبهة الموضوعية إن شاء الله تعالى.

(٣) هذا إشارة إلى حجية أصالة اللزوم في الشبهة الموضوعية كالحكمية. وكلامه رحمته الله يتضمن جهتين من البحث:

إحداها: بيان الحكم الكلي، أي ما يُفتي به الفقيه في كل مورد تردّد العقد الخارجي

لا الفصلي فالمعلوم هو نفس الجنس، ولا مانع من استصحابه وإن كان الجنس لا يوجد إلا بالفصل، لكن لما لم يكن الفصل ملحوظاً في مقام موضوعية الجنس فيصح أن يقال: إن الكلي علم بوجوده وشك في بقاءه، فيستصحب.

وهذا نظير الحدث الذي هو موضوع لحرمة مسّ الكتاب العزيز فإذا علم بحدث مردّد بين الأصغر والأكبر جاز إستصحابه، فالمراد باستصحاب الكلي هو إستصحاب الجنس المعلوم وجوده في ضمن فصل. إلا أن الفصل لعدم دخله في موضوع الحكم غير ملحوظ حال الشك في بقاء الكلي، فإذا كانت الخصوصية الفصلية أو الفردية دخيلة في موضوع الحكم وتردّدت بين الخصوصيتين لا يجري إستصحاب الجامع، لكونه مثبتاً، بداهة مثبتية الأصل الجاري في الكلي لإثبات أحد الفردين أو كليهما، بل يعامل معه معاملة العلم الإجمالي بوجود موضوع ذي حكم مردّد بين موضوعين، فيحتاج بالجمع بين كلتا الوظيفتين.

دون عوض، والهبة^{١١}.
نعم^{١٢} لو تداعيا أحتمل

المملك بين كونه مفيداً للزوم والجواز، كما لو شك في أن المنشأ صلح على هذه العين بلا عوض حتى يكون العقد لازماً، أم هبة حتى يكون العقد جائزاً يصح فيه الرجوع؟ فيبني على لزوم العقد باستصحاب الملك، وإن لم يترتب عليه أحكام عقد الصلح، لقصور الأصل الجاري في الجامع بين الخصوصيتين عن إثبات خصوصية الحادث. والظاهر أن المستصحب هنا هو الكلّي لا شخص الملك.

ثانيتهما: بيان حكم ترفع المتعاقدين، وإدعاء أحدهما وقوع عقد لازم، والآخر وقوع عقد جائز حتى يصح معه الرجوع. والحكم هنا يبتني على ما هو مذكور في كتاب القضاء من أن العبرة بالغرض من الترفع أم بمصّب النزاع؟ وسيأتي بيان حكم هذه الصورة.

(١) أي هبة غير ذي رحم، وإلا كان العقد الواقع لازماً على كل حال، لكون الصلح لازماً. فتحصل: أن أصالة اللزوم تجري في الملك مطلقاً من غير فرق بين كونه ناشئاً من العقود اللفظية والفعلية، فإن للملك حقيقة واحدة في جميع العقود.

(٢) استدراك على قوله: «وكذا لو شك... الخ» وهذا إشارة إلى الجهة الثانية مما تعرض له في الشبهة الموضوعية، يعني: أن مقتضى أصالة اللزوم - مع شك كل من المتعاقدين في كون الواقع عقداً لازماً أو جائزاً - هو البناء على اللزوم، وعدم تأثير رجوع المالك الأصلي في الفسخ لكنه في صورة الاختلاف والتراجع هو التحالف، كما لو ادعى أحدهما العلم باللزوم لكون العقد الواقع صلحاً، وادعى الآخر العلم بالجواز وأنه هبة.

توضيحه: أنه تارة يكون الغرض من الدعوى تعيين خصوصية السبب الواقع، وأنه صلح أو هبة، وأخرى يكون الغرض بقاء الملك بالرجوع وعدمه.

ففي الصورة الأولى يرجع إلى التحالف، لعدم أصل يقتضي تعيين العقد الواقع، وقول كل منهما مخالف للأصل، فكل منهما مدّعٍ لشيء ينكره الآخر، فينطبق على هذه الصورة ضابطة التحالف التي هي إدعاء كل من المتداعيين على الآخر ما ينفيه الآخر، بدون الاتفاق على أمر واحد، كما في الحقائق التصريح به^١.

التحالف^(١) في الجملة^(٢).

ويدل^(٣) على اللزوم - مضافاً إلى ما ذكر^(٤) - عمومُ قوله ﷺ [قولهم]:
«الناس مسلطون على أموالهم»^(٥)

وإن شئت فقل: إن قول كلٍّ منها موافق للأصل من جهةٍ ومخالفٌ له من جهةٍ أخرى.
وفي الصورة الثانية يُقدّم قول من يدّعي إنتفاء الملكية بالرجوع، لمخالفة قوله لقاعدة
اللزوم.

(١) و يقابلُ هذا الاحتمالُ ما عن المشهور من إحتال كون اليمين على مدّعي الجواز،
وإن كانت صورة الدعوى تعيين العقد. وهذا وجيه، لأنّ المدار في المرافعات على أغراض
المترافعين و نتيجة دعواهم، ومن المعلوم أنّه لا أثر لتعيين العقد إلّا ما يترتب عليه من الأثر
وهو اللزوم أو الجواز.

وما عن الجواهر من «إحتال التحالف مطلقاً سواء أكانت صورة الدعوى تعيين العقد
أم الجواز و اللزوم» لا يخلو من غموض. و التفصيل في محله.

(٢) وهو الصورة الأولى، وهي كون الغرض تعيين العقد الواقع.

الدليل الثاني: حديث السلطنة

(٣) هذا هو الدليل الثاني على أصالة اللزوم، وهذا وما بعده من عمومات الكتاب
والسنة تدل على أصالة اللزوم في الملك بما أنّها أصل لفظي لا عملي، ولذا كان الأنسب تقديم
هذه الأدلة السبعة على ما ذكره من الاستصحاب كما لا يخفى وجهه.

(٤) وهو أصالة اللزوم في الملك.

(٥) هذا تقريب الاستدلال بالحديث الشريف النبوي ﷺ على أصالة اللزوم في
الملك بالاطلاق.

و محصل تقريب الاستدلال - على نحو لا يرد عليه إشكال الشبهة المصداقية - هو: أنّه
قد تقدم في أدلة مملكية المعاطاة أنّ هذا الحديث و ان كان قاصراً عن إثبات مشروعية

الأسباب، إلا أنه يدل على سلطنة المالك على أنحاء التصرفات في ماله، سواء أكان تصرفاً خارجياً أم اعتبارياً.

وعلى هذا نقول: إن مقتضى تشريع سلطنة مطلقة للمالكين على أموالهم هو جواز كل تصرف للمالك بمجرد تحقق التعاطي المفيد للملك حسب الفرض، ومنع الغير عن التصرفات المزاحمة، ومن المعلوم أن فسخ المالك الأول وتملكه لما انتقل عنه بالمعاطاة ينافي تلك السلطنة المطلقة، فيدفع بإطلاق السلطنة، ويثبت به عدم نفوذ فسخه، ولا نعي بلزوم الملك إلا عدم تأثير فسخ المالك الأول فيه.

فإن قلت: إن التمسك بهذا الحديث للزوم الملك تشبُّث به في الشبهة المصدقية، لأن موضوع السلطنة هو المال المضاف إلى المالك، وأن السلطنة مترتبة على هذه الإضافة ترتب الحكم على موضوعه، ومن المعلوم أن إطلاق السلطنة - كسائر الأحكام - لا يقتضي حفظ الموضوع، إذ ليس شأن الحكم ذلك، بل الحكم يثبت على تقدير وجود الموضوع من باب الاتفاق، فانحفاظ ملكية المال للمالك خارج عن مدلول السلطنة التي هي متفرعة على هذه الإضافة، ولعل رجوع المالك الأول يرفع موضوع السلطنة وهو ملكية المال للمالك الآخذ، لاحتمال خروجه عن ملكه برجوع ماله الأصلي، وحينئذ لا يمكن تطبيق القاعدة، لعدم إحراز موضوعها.

ولو قيل بأن الاستصحاب يقتضي بقاء المال على ملك من إنتقل إليه بالملك الشرعي، قلنا: إنه رجوع عن الاستدلال بقاعدة السلطنة على الزوم إلى الاستصحاب، هذا.

قلت: لا يرد هذا الاشكال، وذلك لأن مقتضى إطلاق السلطنة الفعلية للمالك على ماله هو المنع عن المزاحمات التي منها تملك الغير له بالفسخ، فإن تملك الغير ينافي سلطنة المالك بداهة، فالقاعدة تقتضي عدم تأثير الفسخ في رجوع المال إلى ملك ماله الأول، ولا نعي باللزوم إلا عدم نفوذ تملك المالك الأصلي له بالفسخ.

وبالجملة: فاحتمال خروج المال عن ملك المالك بلا إذنه مني بقاعدة السلطنة، فليست الشبهة مصداقية حتى لا يجوز التمسك بالقاعدة.

فإن^(١) مقتضى السلطنة أن لا يخرج^(٢) عن ملكيته^(٣) [ملكه] بغير إختياره، فجواز تملكه^(٤) عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافٍ للسلطنة المطلقة.
فاندفع^(٥) ما ربما يتوهم من^(٦): أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، ولا نُسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي^(٧) (*).

(١) هذا تقريب الاستدلال بالحديث، و محصله: ظهوره في أن المجهول هو السلطنة المطلقة غير المحدودة بشيء، فإذا تحققت إضافة الملكية بالمعاطاة مثلاً وقعت جميع شؤون المملوك تحت إختيار المالك الفعلي و سلطنته، ولم يُجزَ لغيره - سواء كان هذا الغير المالك الأول أم شخصاً أجنبياً - أن ينتزع المال من ماله بدون رضاه، ومن المعلوم أن المال لو لم يكن ملكاً لازماً للمتعاطي لجاز للمالك الأول أن يسترده منه، ولم تكن سلطنة المتعاطي مطلقة، بل كانت مقيدة بعدم رجوع الطرف، مع أن مدلول الحديث سلطنة المالك مطلقة و غير مقيدة برجوع الآخر و عدم رجوعه، وهذا هو اللزوم.

(٢) الضمير المستتر و ضميراً «تملكه، فيه» راجعة الى المال.

(٣) هذا الضمير و ضمائر «إختياره، عنه، رضاه» راجعة الى المالك، المستفاد من العبارة.

(٤) يعني: إذا جاز للمالك الأول أن يملك المال بالرجوع كان منافياً للسلطنة المطلقة

للمالك الفعلي.

(٥) هذه نتيجة تقريب الاستدلال، و مقتضاه عدم المجال لاحتمال كون المقام من التمسك

بالدليل في الشبهة المصداقية، الذي تقرّر عدم جوازه في الأصول.

(٦) قد تقدّم توضيح هذا التوهم بقولنا: «فان قلت: ان التمسك بهذا الحديث... الخ» كما

تقدّم جوابه بقولنا: «قلت: لا يرد هذا الاشكال...».

(٧) إذ لعله عاد بالرجوع الى ملك المالك الأول، و يرتفع موضوع سلطنة المالك الفعلي

حينئذٍ. هذا تمام التوهم. و لم يذكر المصنف جوابه إتكالاً على ما أفاده في تقريب

الاستدلال بالحديث، و قد تقدم توضيحه.

(*) قد استشكل في هذا النبوي تارةً بضعف السند.

و أخرى بأنه غير مسوق لبيان أنحاء السلطنة ليكون دليلاً على لزوم العقد بمعنى عدم

جواز الرد، لمنافاته لإطلاقها، بل مفاده عدم الحجر وإستقلال المالك فيما ثبت مشروعيته.
و ثالثة - بعد تسليم دلالة على جعل السلطنة - بأنه لا إطلاق له، بل الثابت السلطنة في
الجملة، وهو غير مجد في المقام.

و رابعة بأن التمسك بالحديث لعدم نفوذ رجوع المالك الأصلي في عود المال إليه
منوط بجواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، لأنه يشك في كون رجوعه فسخاً للمعاملة
و موجباً لعود المال إلى مالكه، و مع الشك لا مجال للتشبه بدليل السلطنة كما هو واضح، هذا.
أقول: قد اتضح مما ذكرناه حول الحديث - في أدلة مملكية المعاطاة - حال الاشكالات
الثلاثة الأول، و لا حاجة الى الاعادة.

إنما الكلام في الاشكال المختص بالمقام و هو شبهة إندراج في التمسك بالدليل في
الشبهة المصداقية، فنقول: لا ريب في كون دليل السلطنة معلقاً على عدم مزاحمة سلطنة العبد
لسلطنة مولاه. لكنه منوط باحرازها بالعلم بها أو بقيام الحجة عليها. و أما مع الشك في تحقق
سلطنة المولى يُبنى على عدمها كالشك في ورود المخصص اللفظي أو الوارد أو الحاكم، فإنه لا
أثر لمجرد احتمالها - بعد الفحص عنه و عدم الظفر به - في قبال إطلاق الدليل اللفظي، و لا وجه
لرفع اليد عنه بمجرد الإحتمال المزبور.

فهو نظير ما إذا ورد «أكرم العلماء» و احتمل خروج شعرائهم عن حيّز وجوب الاكرام،
أو وُرد «كل مشكوك الحكم حلال» و احتمل قيام أمانة على حرمة شرب التتن، و من المعلوم
أن هذه الأمانة على فرض وجودها واردة أو حاكمة على دليل حلية مشكوك الحكم، و لكن
لا نرفع اليد عن هذا الدليل بصرف إحتمال قيام أمانة على الحرمة، كما لا نرفع اليد عن عموم
دليل وجوب «إكرام العلماء» بمجرد إحتمال ورود دليل على حرمة إكرام شعرائهم.

و كذا الحال في دليل السلطنة، فلا نرفع اليد عن إطلاقه بمجرد إحتمال وجود الرافع.
نعم لا بد في التمسك بالإطلاق من الفحص عن المقيّد كما ثبت في محله.

ثم إنَّ هنا إشكالاً آخر على الاستدلال أفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله بقوله: «أن المنفي بالالتزام هي السلطنة المنافسة لسلطنة المالك على جميع التصرفات الواردة على المال، دون غيرها من أنحاء السلطنة... وليس سلطنة الغير على الرجوع سلطنةً على تملك المال على حدَّ سلطنة الشفيع على تملك مال المشتري ببذل مثل الثمن لتكون مزاحمة لسلطان المالك، بل سلطنة على الردِّ والاسترداد، فهو في الحقيقة سلطنة على إزالة الملكية، و المالك له السلطان على الملك لا على الملكية...»^أ.

و محضله: أنَّ الفسخ و الرجوع يُؤثر في إبطال موضوع السلطنة، و بيانه: أنَّ مقتضى ترتب السلطنة على «أموالهم» تأخرها رتبةً عن إضافة الملكية تأخر كل حكمٍ عن موضوعه، و الاضافة متأخرة عن العقد المملَّك كالمعاطاة، و حيث إنَّ نسبة الفسخ الى العقد نسبة الراجع إلى المرفوع فلو فسَّخ المالك الأصلي كان مقتضاه إعدام العقد الموضوع لإضافة الملكية الموضوعية للسلطنة، و مع تأخر سلطنة المتعاطي عن العقد - الذي ينحل بالفسخ و الرجوع - برتبتين لم تكن سلطنته بقولٍ مطلقٍ منافيةً لتأثير الفسخ في إعدام العقد، لاستحالة تكفل الحكم بإبقاء موضوع نفسه، و لا تأثيره في أمرٍ متقدم بالرتبة على موضوع نفسه.

و بعبارة أخرى: الفسخ يزيل العقد، و سلطنة المتعاطي لا تمنع من تأثير الفسخ، لقيامها بموضوعها و هو الملكية الناشئة من العقد.

و عليه فلا يصلح الحديث لإثبات أصالة اللزوم، فإنَّ دلالة إنمَّا هي بمدلوله الإلزامي و هو إقتضاء سلطنة المالك - على جميع التصرفات سلطنةً مطلقة - عدم سلطنة الغير على ما يزاحم هذه السلطنة المطلقة، و إلَّا لم تكن مطلقة. و أنت خبيرٌ بأن موضوع هذه السلطنة المطلقة المأل المضاف - باضافة الملكية - الى المالك. و مع تعلق الفسخ بالعقد الموجب للملكية لا مجال لنفيه باطلاق سلطنة المالك لكل تصرف في ملكه، هذا.

و هذا البيان و إن لم يخلُ عن قوَّة و دقَّة، إلَّا أنَّه يمكن أن يقال: أنَّ الفسخ و إن تعلق

ولما^(١) ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن^(٢)

(١) أي: ولأجل كون مقتضى السلطنة المطلقة على الملك عدم خروجه عن ملكه بغير إختياره تمسك المحقق في الشرائع على لزوم القرض - الذي هو من موجبات الملك - بأن فائدة الملك السلطنة. وغرض المصنف إقامة الشاهد على ما استظهره من الحديث النبوي من دلالة على جعل السلطنة المطلقة للمالك على أموالهم، وأن تحديدها بشيء يتوقف على دليل. قال المحقق: «القرض يملك بالقبض، لا بالتصرف، لأنه فرع الملك، فلا يكون مشروطاً به. وهل للمقرض إرتجاعه؟ قيل: نعم ولو كره [أكره] المقرض. وقيل: لا، وهو الأشبه، لأن فائدة الملك التسلط»^أ.

(٢) يعني: أن فائدة ملك المقرض هي السلطنة على العين المقرضة، وهذه السلطنة مانعة عن رجوع المقرض، فليس له الرجوع بدون إذن المدين، لأن تملكه برجوعه منافٍ لسلطنة المقرض على ماله، فلا ينفذ. فدليل السلطنة يدل بالدلالة الالتزامية على عدم جواز الرجوع، وعدم نفوذه، لأن لازم نفوذه عدم سلطنة المالك على ماله.

بالعقد ابتداءً لا بالمال، لكن الظاهر عدم موضوعية حل العقد بما هو، وإنما الغرض التوصل بالفسخ إلى إستراد المال، وإخراجه عن ملك مالكة الفعلي، كما أن نفس العقد طريق لتملك مال الغير، وحينئذ فلو كان لغير المالك حق الفسخ والرجوع كان معناه سلطنته على إخراج المال عن ملك مالكة الفعلي رغماً لأنفه وبلا طيب نفسه، وهذا ينافي جداً - بحسب النظر العرفي - لجعل سلطنة مطلقة للمالك، لفرض عدم مانعيتها عن تصرف غير المالك بفسخ العقد. وحديث تعدد الرتبة وإن كان صحيحاً، لكنه أجنبي عن باب الاستظهار العرفي المعول عليه في الخطابات الشرعية. وعليه فهذا الاشكال يمكن منعه.

والمتحصل: أن المهم في الاستدلال بحديث السلطنة هو إحراز مشرعيته وعدم كونه في مقام بيان أمر عدمي، وهو إستقلال المالك وعدم حججه عن التصرفات المشروعة في نفسها. والمسألة لا تخلو بعد من تأمل.

فائدة الملك السلطنة. ونحوه العلامة رحمته في موضع آخر^(١).
و منه^(٢) يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحلُّ مالُ امرئٍ إلا عن طيب نفسه»

فالمتحصل: أنه لا ينبغي الاشكال في كون تملك مال الغير بلا إذنه - وبدون طيب نفسه - منافياً لسلطنة المالك، فيُدفع بإطلاق دليل السلطنة.

(١) يعني: غير كتاب القرض، و لعل مقصود المصنف ما أفاده العلامة في بيع التذكرة بقوله: «يجوز بيع كل ما فيه منفعة، لأن الملك سبب لإطلاق التصرف»^أ.

وفي قرض المختلف ما يستفاد منه المطلب أيضاً، حيث قال - في مسألة عدم جواز إسترجاع المقرض العين المستقرضة - مالفظه: «و قال ابن ادريس: ليس له ذلك إلا برضى المقرض. وهو الأجود. لنا: أنه ملكه بالقرض والقبض، فلا يتسلط المالك على أخذه منه، لانتقال حقه الى المثل أو القيمة»^ب لدلالته على إقتضاء الملك السلطنة على التصرف في ماله، وإنما لا يجوز للمقرض الرجوع في العين من جهة إنقطاع إضافته عن العين بما لها من المشخصات، وانتقال حقه الى البديل.

الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه

(٢) يعني: ومن تقريب الاستدلال - على أصالة اللزوم في الملك - بحديث السلطنة يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحل...» وهذا هو الدليل الثالث على أصالة اللزوم، وينبغي البحث أولاً في متن الحديث وسنده، ثم دلالاته على المدعى، فنقول: لم أظفر في كتب الأخبار بالنص المذكور في المتن، إذ فيها روايات خمس تختلف عما أثبتته المصنف رحمته.

الأولى: معتبرة سماعة و زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: «ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من إئتمنه عليها، فإنه لا يحل دم

أ: تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٤

ب: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٩٢

إمرؤ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه [نفسه] أ.

الثانية: ما في تحف العقول عن رسول الله ﷺ: «أنه قال في خطبة حجة الوداع: أيها الناس إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه» ب.

الثالثة: ما في عوالي اللثالي عنه ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم، لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه» ج.

الرابعة: رواية محمد بن زيد الطبري، قال: «كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي أبي الحسن الرضا عليه السلام: يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه: بسم الله الرحمن الرحيم... لا يحل مال إلا من وجه أحله الله» د.

الخامسة: ما في التوقيع المبارك إلى محمد بن جعفر الأسدي - في جواب مسأله عنه عليه الصلاة والسلام: «و أما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا، هل يجوز القيام بعمارتها وأداء الخراج منها، وصرف ما يفضل من دخلها الى الناحية، إحتساباً للأجر، وتقرباً إليكم، فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحل ذلك في مالنا، من فعل شيئاً من ذلك بغير أمرنا فقد إستحل متاً ما حرم عليه، ومن أكل من أموالنا شيئاً فإنما يأكل في بطنه ناراً، وسيصلى سعيراً» هـ.

وهذا التوقيع الشريف وإن كان مُرسلاً في الإحتجاج، لكنه مُسند بنقل الصدوق في

أ : وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٤٢٤، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث: ١، ورواه أيضاً في ج ١٩،

ص ٣، الباب ١ من أبواب قصاص النفس، الحديث: ٣

ب : وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٤٢٥، الحديث: ٣

ج : عوالي اللثالي، ج ٣، ص ٤٧٣، الحديث: ١، وبمضمونه الحديث ٣ من نفس الصفحة، وفي ج ١،

ص ٢٢٢، الحديث: ٨٩٨ وج ٢، ص ١١٣ و ٢٤٠

د : وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٥، الباب ٣ من أبواب الأنفال وما يختص بالامام، الحديث: ٢

هـ : بحار الأنوار، ج ٥٣، ص ١٨٣، كمال الدين وتمام النعمة ص ٤٨٥، طبع النجف الأشرف، وفيه

«ولا يحل» بدل «فلا يحل». وسائل الشيعة، ج ٦، ص ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث: ٦

كحال الدين مفلأ وجه لرميه بالارسال بقول مطلق، فلاحظ.
و عدم إنطباق ما في المتن على إحداها واضح، فيحتمل أن المصنف قد نقل المضمون والمعنى لا اللفظ، ويحتمل سهو الناسخ.

و كيف كان فتقريب الاستدلال بما في المتن: أن الحديث يدل على كون سبب حلية التصرف في أموال الناس منحصرأ في رضا الملاك، و أنه لا يجوز لغير المالك شيء من التصرفات، و حيث إن المال إنتقل الى ملك المتعاطي بنفس المعاطاة لم يجوز للغير - سواء أكان هو المالك السابق أم أجنبياً عن المعاملة - أن يتملك ذلك المال بدون رضا مالكة الفعل، حيث إن تملكه كذلك مناف لا منحصر سبب الحيل في الرضا و طيب النفس، كمنافاة تملكه بدون رضاه لسلطنة المالك المطلقة.

و عليه فانحصار سبب الحيل في رضا المالك يكشف عن عدم نفوذ فسخ المالك الأصلي، لأن الفسخ و الرجوع تصرف في مال من إنتقل إليه المال بالمعاطاة، و كل تصرف غير مقرون برضا المالك ممنوع شرعأ، فلا عبرة برجوع المالك الأصلي، و هذا معنى لزوم الملك بالمعاطاة. فإن قلت: إن موضوع حرمة التصرف و التملك هو المال المضاف إلى الغير، فما دام هذا الموضوع محققأ ثبتت الحرمة، و إلا فلا، إذ لا يتكفل الحكم لموضوعه نفياً و إثباتأ.

و عليه فالتمسك بأحاديث الحيل على لزوم المعاطاة لا يخلو من شبهة التشبث بالدليل في الشبهة الموضوعية، إذ لو اشترى زيد كتابأ من عمرو بدينار - بالمعاطاة - حرم على عمرو التصرف في الكتاب ما لم يرجع عن بيعه، لأنه تصرف في مال الغير. و أمأ إذا رجع و فسخ المعاطاة إحتمل خروج الكتاب عن ملك زيد و انتقاله إلى ملك نفسه، لاحتمال إفادة المعاطاة ملكأ جائزأ، فلم يحرز حينئذ كون الكتاب مال زيد كي يترتب عليه حكمه - أعني به حرمة تصرف عمرو فيه - حتى يستكشف منها لزوم المعاملة.

قلت: لا مجال لهذه الشبهة، لما تقدم في حديث السلطنة، من أنه ليس المجعول سلطنة

حيث ^(١) دلّ على إنحصار سبب حلّ مال الغير ^(٢) أو جزء ^(٣) سببه في ^(٤) رضا المالك، فلا يحل ^(٥) بغير رضاه.

مهملة حتى يتطرق إليه الشك في تأثير الرجوع، بل السلطنة مطلقة، ونقول هنا: إن المقرّر في الأصول: إفادة حذف المتعلّق للعموم، وفي المقام يكون الفعل المحذوف المتعلّق بالمال في قوله **لا يحل مالٌ لغيره**: «لا يحل مالٌ لغيره» كل فعل يتعلّق بمال الغير سواء أكان تصرفاً خارجياً كالأكل والشرب واللبس ومطالعة الكتاب وسكنى الدار ونحوها، أم تصرفاً اعتبارياً كتملكه وبيعه ووقفه، وعليه فكلّ تصرف في مال الغير منهي عنه إلا إذا كان بطيب نفس المالك، فلا ينفذ تملكه إلا بإذنه، فلا أثر لرجوع المالك الأول.

وبهذا ظهر أجنبية المقام عن التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية، لدلالة الحديث على أنّ نفس رجوع المالك الأول - الذي يوجب الشك في إنقطاع إضافة المال الى الغير وهو المتعاطي - مما لا عبرة به، لأنّ الرجوع الموجب لخروج المال عن ملك المتعاطي منهي عنه وغير نافذ شرعاً.

(١) هذا تقريب الاستدلال، وقد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «وكيف كان فتقريب الاستدلال بما في المتن... الخ».

(٢) كما في موارد إباحة المالك ماله للغير كالإذن له في شربه وأكله، فإنّ الرضا هنا سبب منحصراً لحلية تصرف غير المالك.

(٣) معطوف على «سبب» أي: دلّ على إنحصار جزء سبب الحلّ في رضا المالك، وذلك كما في موارد التملك بالمعوض كالبيع أو بلا عوض كالهبة، فإنّ الرضا جزء السبب، وجزؤه الآخر هو العقد سواء أكان قولياً أم فعلياً.

(٤) متعلق بـ «إنحصار».

(٥) أي: فلا يحلّ مالٌ لغير من دون رضا ماله.

و توهُم^(١) تعلُّق الحِلِّ بمال الغير^(٢)، و كونه^(٣) مالَ الغير - بعد الرجوع - أوَّل الكلام - مدفوع^(٤) بما تقدّم^(٥) من أن تعلُّق الحِلِّ بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملُّك أيضاً^(٦)، فلا يحلُّ^(٧) التصرف فيه، ولا تملكه إلا بطيب نفس المالك (*).

(١) غرض التوهُم درج المقام في التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية، و هو ممنوع عندهم.

(٢) يعني: أن قوله عليه السلام: «لا يحلُّ» متعلق بـ «مال امرئ» و من المعلوم أن الحكم بالحرمة منوط بإحراز كون المال «مالَ امرئ» حتى لا يجوز التصرف فيه، و المفروض الشكُّ في بقاء إضافة الملكية بعد الرجوع و الفسخ.

(٣) أي: لم يحرز كون المال مالَ الغير بعد رجوع المالك الأصلي حتى يحرم عليه التصرف فيه.

(٤) خبر «و توهُم» و تقدم توضيحه بقولنا: «قلت: لا مجال لهذه الشبهة، لما تقدّم...». (٥) يعني: في حديث السلطنة، فكما أن حذف متعلق السلطان يفيد إطلاق السلطنة المجعولة، كذلك يفيد حذف متعلق «لا يحلُّ» عموم التصرف، الشامل للخارجي و الاعتباري، و من المعلوم أن المالك الأصلي لو فسخ المعاملة و تملك - ما باعه بالمعاطاة - كان فسخه تصرفاً في مال غيره، فهذا الفسخ غير نافذ.

(٦) كما يشمل التصرف الخارجي كالأكل و الشرب و ركوب الدابة و نحوها.

(٧) هذا متفرع على عموم حرمة التصرف في مال الغير، المستفاد من حذف المتعلق، و مقصوده من قوله: «فلا يحلُّ له» هو التصرف الخارجي، بقرينة قوله: «ولا تملكه» الناظر الى التصرف الاعتباري.

(*) لا يخفى أن مقتضى عموم المحذوف الذي يتعلّق به الحِلُّ هو إرادة الجامع بين الحلّ التكليفي و الوضعي، لامتناع أعمية الموضوع من المحمول، و لذا لا يصح أن يقال: «الحيوان إنسان». و في المقام لما كان المحذوف عامّاً للتصرف الخارجي كالأكل و الشرب و نحوهما، و الاعتباري كالبيع و الصلح و الهبة و نحوها لزم أن يكون المحمول - وهو الحِلُّ -

أيضاً عاماً، فيصير المعنى حينئذ: أن كل تصرف خارجي و إعتباري في مال الغير ممنوع إلا بطيب نفس المالك، فالمراد بالحلّ عدم المنع، واستفادة خصوص التكليف أو الوضع إنما هي باختلاف المتعلق، فإذا قيل: «أكل مال الغير مثلاً أو شرب الفقاع أو أكل لحم الخنزير عند الإضطرار حلال» فالمراد الحلّ التكليفي. وإذا قيل: «غسل الرجلين في الوضوء حال التقية أو لبس الميتة أو الحرير أو الذهب أو ما لا يؤكل في الصلاة كذلك حلال» فالمراد به الحلّ الوضعي.

و الحاصل: أن الحلّ و الحرمة يستعملان في الجامع، و يراد الخصوصية باختلاف المتعلق، فلا يتوقف الاستدلال على إرادة خصوص الحلّ الوضعي من قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل».

فعم قد يشكل الاستدلال بما أفاده سيدنا الأستاذ رحمته: من توقف الاستدلال به على أن يكون المراد من الحلّية الحلّية الوضعية، ليكون موضوعها التصرفات الاعتبارية التي منها التملك. أما لو كان المراد منها الحلّية التكليفية كما هو الظاهر منها، و لا سيما بقرينة السياق والمورد، إذ لم نعر على المتن المذكور إلا على ما رواه سماعة... إلى أن قال: اختصت بالتصرفات بالحقيقتية مثل أكله و لبسه و نحوهما، فلا تشمل التملك.

و قريب منه ما في تقرير السيد المحقق الخوئي رحمته و محصله: أن الحلّ وإن كان أعظم من التكليف و الوضع، لكونه لغة بمعنى الإطلاق و الإرسال، في قبالة التحريم الذي هو بمعنى المنع و الحجر، فيناسب كليهما، و يصح استعماله فيهما، و تستفاد خصوصية إحداهما من اختلاف القرائن و الموارد، فإذا أسند الحلّ إلى أمر إعتباري كالبيع أريد منه الحلّ التكليفي و الوضعي معاً، وإذا أسند إلى الأعيان الخارجية أريد منه التكليف خاصة كقوله تعالى: ﴿و أحلّ لكم الطيبات﴾ و هكذا لفظ التحريم. و لفظ الحلّ في الحديث الشريف يُنسب إلى المال، و هو إما عين خارجية، و إما منفعتها.

و على كلا التقديرين لا معنى لحليته إلا باعتبار ما يناسبه كالتصرف، فيراد من حلية المال حلية التصرف فيه، كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها الأكلية، فمعنى الرواية: أن الشارع المقدس لم يُرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه، فتكون أجنبية عما نحن فيه^أ.

لكن يمكن أن يقال: إن الاستدلال لا يتوقف على إرادة الحلية الوضعية، لتمايمته مع إرادة الجامع أيضاً. بل يتم حتى مع ظهورها في التكليف خاصة، لدلالة حرمة التصرف الخارجي - في مال الغير بعد الفسخ - التزاماً على عدم تملكه بالفسخ، إذ مع نفوذ تملكه لا وجه لحرمة التصرف فيه تكليفاً. و عليه فلو سلمنا اختصاص التصرف بالخارجي دون الاعتباري، والجُلّ بالتكليفي تم الاستدلال بالحديث أيضاً على المدعى.

و أما استفادة خصوص الحلية التكليفية عند الإضافة إلى الأعيان فلا تخلو من غموض. فإن الحلية المسندة إلى الأعيان يراد بها كل من التكليف والوضع، كقوله تعالى: ﴿أحلّ لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حلّ لكم، وطعامهم حلّ لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾^ب فإن الجُلّ المضاف إلى الطيبات والطعام تكليفي، والمضاف إلى المحصنات وضعي، لأن المراد به العقد عليهن. وكذا في قوله تعالى في المطلقة ثلاثاً: ﴿فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره﴾^ج.

و بالجملة: بإطلاق «الجُلّ» المضاف إلى الأعيان على كل من الحلّ التكليفي والوضعي معاً لا ينبغي التأمل فيه.

بل يمكن أن يقال: بعدم الحاجة إلى التقدير حتى يقال: إن المقدّر هو التصرف الخارجي، بتقريب: أن إطلاق إضافة الجُلّ إلى ذات المال مبني على الإدعاء، ضرورة أنه لا معنى

أ : مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٣٩

ب : المائدة، الآية ٥:

ج : البقرة، الآية ٢٣٠:

لكون الذات حلالاً أو حراماً، و بديهي أن صحة هذا الإدعاء منوطاً بكون المال بجميع شؤونه غير حلال، فلا تصح هذه الدعوى إذا كان المال ببعض شؤونه حلالاً. و لا ريب في كون التصرفات المعاملية من أوضح شؤون المال و تحولاته، فلو حلّ لغير المالك تلك التحولات المعاملية كان إدعاء عدم حلية الذات له مستهجناً.

و دعوى «عدم كون التحولات المعاملية من التصرفات» مدفوعة، بما عرفت من أن التصرفات المعاملية من التحولات الشائعة في المال، كما يشهد به مراجعة العقلاء، فإن المعاملات تعدّ عندهم من أوضح التصرفات. ولو تنزلنا عن صدق التصرف على المعاملة كفي كونها من الشؤون البارزة للعال بحيث لا تصحّ دعوى نفي حلّ ذات المال بدونها. فلا يمكن المساعدة على ما في تقرير سيدنا الخوئي: من كون المقدّر خصوص التصرف، فيراد من نفي الحل نفي الترخيص، و هو أجنبى عما نحن فيه من نفي تملك الغير الذي هو حكم وضعي.

فالمحصّل: أن كون المعاملات من التصرفات مما لا ينبغي الإرتياب فيه. و يشهد له التبادر، فإنّه بالنسبة الى التصرفات الخارجية و المعاملية سواء.

وقد ظهر مما ذكرنا - من كون التحولات المعاملية تصرفاً حقيقةً بمقتضى التبادر لا مجازاً - صحة التمسك على أصالة اللزوم في الملك بموثقة سماعة المتقدمة من دون ورود شيء من الإشكالات عليه، من كون التمسك بها بعد رجوع المالك الأصلي تشبهاً بها في الشبهة المصدقية، و من كون متعلق الجلّ المضاف الى المال خصوص التصرفات الخارجية، و من كون ظاهر «لا يحلّ» بقرينة السياق و المورد الحلية التكليفية المتعلقة بالتصرفات الخارجية، و من كون الجمع بين إرادة الحكم التكليفي و الوضعي استعمالاً لللفظ في أكثر من معنى. فإنّه بعد النظر الى مقدمات ثلاث، قبل الاستدلال بالموثقة يظهر عدم ورود شيء من هذه الاشكالات.

المقدمة الأولى: كون الجلّ بمعنى المضى و عدم المنع عنه في الشريعة، و هذا المعنى أعم من التكليف و الوضع مع وحدة المعنى.

و يمكن الاستدلال أيضاً^(١) بقوله تعالى: ﴿و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ﴾ أ.

الدليل الرابع: حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض

(١) يعني: كما أمكن الاستدلال بما مضى من حديثي السلطنة والحيل. وكان الأنسب تقديم الاستدلال بهذه الآية المباركة - و آية وجوب الوفاء بالعقود - على الاستدلال بالحديثين الشريفين.

المقدمة الثانية: أن التصرف أعم من الخارجي والاعتباري بحكم التبادر.

المقدمة الثالثة: كون الحذف أمانة على كون المقدّر عامّاً، بل قد عرفت عدم الحاجة إلى التقدير وكفاية الإدعاء في صحة الاستدلال، وإرادة جميع التحولات في الذات وإن لم تسمى تصرفاً، إذ لا يصح إطلاق عدم حلية الذات إلا بملاحظة كون المنفي جميع الشؤون والتحولات.

و ربما يشهد به مورد الرواية وهو حبس الأمانة وعدم ردّها، إذ ليس الحبس تصرفاً محسوساً كالأكل والشرب، فلو كان المراد خصوص التصرفات الحسّية لم تنطبق الكبرى الكلية على المورد، وهو حبس الأمانة، واستهجان غير خفي.

و أمّا عطف حرمة المال فيها على حرمة دم المسلم فليس قرينة على تعيين إرادة الحرمة التكميلية فيه من جهة عدم تصوّر حرمة الدم وضعاً. و وجه عدم القرينية ما ذكرناه من أعمية الحلية من التكليف والوضع.

و لو سلّمت قرينتها عليها لم يقدح في الاستدلال، لما تقدم أيضاً من إقتضاء حرمة مطلق التصرف في مال الغير - بدلالاتها الالتزامية - على عدم تملكه بالفسخ.

فالمتحصل: أن الاستدلال بالموثقة و ما بمضمونها - على فرض اعتباره - على أصالة اللزوم في الملك و جبه كما اختاره المصنف رحمته الله.

ولا ريب^(١) أن الرجوع ليست تجارة^(٢) ولا عن تراض^(٣)،

و كيف كان فهذه الآية دليل على أصالة اللزوم في الملك، و للمصنف تقريبان للاستدلال بها.

أحدهما: بالنظر الى مجموع المستثنى والمستثنى منه: وهو رابع الأدلة على اللزوم.

و الآخر: مقصورٌ على إستفادة الحكم من عقد المستثنى منه بلا ضم الاستثناء، و هو خامس الأدلة و سيأتي توضيح كلا الوجهين إن شاء الله تعالى.

(١) هذا شروع في تقريب الوجه الأول - أعني به دلالة المستثنى منه والمستثنى معاً على لزوم الملك - و حاصله: أن الأكل كناية عن التصرف كما هو الشائع، يعني: أن مجوز التصرف في مال الغير منحصر - بمقتضى المحصر - في التجارة عن تراض، فالآية في مقام سلب سببية الباطل للنقل و التملك، و من المعلوم أن الرجوع ليس تجارة عرفاً، بل حلاً و فسخاً لها، و لا عن تراض، لعدم رضا المالك الفعلي برجوع المالك الأصلي.

و عليه فمقتضى إنحصار السبب الناقل و المملك للأموال في التجارة عن تراض هو عدم كون الرجوع مملكاً و ناقلاً، لكونه باطلاً عند العقلاء عرفاً و شرعاً. فالآية الشريفة تدل على بطلان الفسخ و عدم تأثير رجوع المتعاطي فيما أعطاه للآخر، و ذلك لأن المدار في جواز أكل مال الغير هو صدق التجارة عن تراض على السبب المحل له، و حيث إنه لا يصدق أصل التجارة - و لا بقيد التراض - على الرجوع أستكشف منه حرمة التصرف في المال بعد الرجوع، و هو دليل لزوم المعاطاة، و كون الرجوع لغواً.

(٢) وجه عدم صدق عنوان التجارة على رجوع المتعاطي هو كون التجارة لغة: الإعطاء و الأخذ بقصد الاسترباح، و هذا المفهوم منحصر في المعاملات الموجبة لنمو رأس المال و زيادته، و من المعلوم أن المتعاطي عند رجوعه لا يحصل ربحاً، وإنما يترد عين ماله التي تعاطى بها.

(٣) وجه عدم كون الرجوع تجارة عن تراض - لو سلم صدق التجارة عليه - واضح،

فلا يجوز^(١) أكل المال.

و التوهم المتقدم في السابق^(٢) غير جارٍ هنا، لأن^(٣) (*) حصر مجوز أكل المال

لفرض عدم رضا المتعاطي الآخر به، وإلا كان إقالة من الطرفين.

(١) يعني: فلا يجوز لأحد المتعاطين أن يتصرف فيما أعطاه للآخر، لأن تصرفه فيه أكلٌ

لمال غيره بالباطل.

(٢) يعني: في تقريب الاستدلال بحديثي السلطنة وعدم جُل مال غيره إلا بطيب نفسه.

و التوهم المزبور هناك هو: أن التمسك بهما من التمسك بالدليل في الشبهة المصداقية، ضرورة أنه بعد رجوع المالك الأصلي يشك في كون المال ملكاً للغير، لإحتمال رجوع المال إليه، فلا يكون أكله حينئذٍ أكلاً لمال غيره، بل لمال نفسه. ومع هذا الشك لا تحرز الإضافة التي هي موضوع السلطنة و حرمة التصرف، فيكون التمسك بالدليل تشبُّهاً به في الشبهة الموضوعية.

(٣) تعليل لعدم جريان التوهم المزبور، و حاصل وجه عدم جريانه هنا هو: أن

المستفاد من الآية حصر سبب تملك أموال الناس في التجارة عن تراض، بحيث يكون تصرف الأكل فيه تصرفاً في ماله لا في مال غيره، ومن المعلوم أن هذا الحصر ينفي سبب رجوع المالك الأصلي بتملكه، لعدم كون رجوعه تجارةً عن تراض، بل من الأسباب الباطلة، فهذه الآية الشريفة نص في عدم كون رجوع المالك مملوكاً، لعدم إندراج الرجوع في «التجارة عن تراض» وكل ما لم يكن كذلك يعدّ من الأسباب الباطلة.

و بالجملة: لفاد الآية الشريفة هو: أنه لا يجوز للإنسان أن يأكل مالا على أنه ماله،

وهو مال لغيره واقعاً، إلا إذا كان بسبب التجارة عن تراض. و ليس مفادها عدم جواز تصرفه في مال الغير حتى يقال: إنه بعد رجوع المالك يشك في أنه مال الغير، فلا يصح التمسك بالآية، لكونه من التشبث بالدليل في الشبهة المصداقية.

(*) هذا التقريب - كما عرفت - ناظر إلى سلب سببية الباطل للتملك.

ويمكن أن يُقرَّب على وجه آخر، وهو: أن النهي عن الأكل ناظر إلى حرمة الأكل ابتداءً،

في التجارة إنما يُراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل^(١) لا لغيره.
و يمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها^(٢)، حيث إنَّ أكلَ المال

(١) يستفاد هذا القيد في المستثنى منه بقرينة المقابلة للمستثنى، بداهة أنَّ المترتب على المستثنى هو الأكل بعنوان كون المال ملكاً للأكل، لأنَّ أثر التجارة عن تراضٍ التي هي سبب شرعي للنقل و التملك هو كون المتصرف - بعد وقوع هذه التجارة - مالكا للمال، و قرينة المقابلة تقتضي كون المأكول في المستثنى منه أيضاً - بعنوان كونه ملكاً لذی اليد، و عدم جواز أخذه منه.

و على هذا فلا يردُّ عليه التخصيصُ بمثل الضيافة و غيرها مما يجوز الأكل فيه بدون تجارة عن تراضٍ، لأنَّ خروجها بناءً على هذا المعنى موضوعي، إذ المفروض أنَّ المالك أجاز للأكل أن يتصرف فيه.

نعم يرد عليه التخصيصُ بالإرث و نحوه، كانتقال مال المرتد الفطري الى وارثه بالارتداد، فإنَّ الوارث يتصرف في المال على أنَّه مال الأكل مع عدم كون السبب المحلَّ تجارة عن تراضٍ.

الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل

(٢) يعني: مع الغض عن الإستثناء، بخلاف التقريب الأول الذي كان تمسكاً بمجموع جملة المستثنى منه و الاستثناء.

و محصل تقريب الإستدلال بالوجه الثاني: أعني به جملة المستثنى منها - مع قطع النظر

و إلى بطلان السبب ثانياً، فدلالته على حرمة الأكل مطابقة، و على بطلان السبب الذي ينشأ منه الأكل إلزامية، حيث إنَّ النهي يدلُّ مطابقةً على حرمة الأكل، و إلزاماً على بطلان سببها، إذ لا منشأ لحرمة الأكل إلا بطلان منشأها و سببها، فيعلم من حرمة الأكل عدم صحة سببه و كونه من الباطل، فحرمة الأكل تكشف عن كون الفسخ و الترادُّ سبباً باطلاً عرفاً و غير نافذ شرعاً.
و الفرق بين التقريبين واضح، لأنَّ الأول مدلول مطابقي، و الثاني إلزامي.

وتقله عن مالكة^(١) بغير رضی المالك أكلً وتصرفً بالباطل عرفاً^(٢). نعم^(٣) بعد إذن المالك الحقيقي وهو الشارع - وحكمه التسلُّط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك - يخرج^(٤) عن البطلان(*)

عن الإستثناء - هو: أن تملك أموال الناس قهراً وبغير رضی منهم تملك بالباطل، وهو حرام بمقتضى النهي عنه، فيكون تملك المال بالفسخ بدون رضی مالكة أكلاً له بالباطل، إلا إذا أذن له الشارع في الفسخ، فحينئذٍ يخرج التملك بالفسخ عن الباطل ويكون جائزاً كما ثبت ذلك شرعاً في موارد:

منها: أكل المازة من ثمرة الشجرة المروور بها، فإنه بعد إذن الشارع يخرج عن أكل المال بالباطل.

ومنها: الأخذ بالشفعة والفسخ بالخيار.

ومنها: تملك أموال المرتد الفطري بالارتداد. وغير ذلك من الأسباب القهرية لتمكن أموال الناس، فإن إذن الشارع يخرجها عن الباطل.

هذا بحسب الكبرى. وتطبيقها على المقام هو: أن الشارع لما لم يأذن في فسخ المعاطاة - لفرض عدم ثبوت جواز الرجوع بعد - كان التصرف في مال الغير بإخراجه عن ملكه أكلاً له بالباطل، وهو حرام تكليفاً ووضاً.

(١) وهو الذي اشترى المال بالمعاطاة وصار مالكا له.

(٢) هذه الكلمة صريحة في أن موضوع حرمة الأكل هو الباطل العرفي الصادق على فسخ أحد المتعاطيين ورجوعه فيما انتقل عنه، وليس المراد به الباطل الشرعي حتى تتجه شبهة التمسك بالدليل في شبهة المصادقية.

(٣) إستدراك على موضوعية الباطل العرفي لحرمة الأكل، يعني: أن ترخيص الشارع لأكل مال الغير كاشف عن كونه سبباً حقاً لا باطلاً.

(٤) ظاهر الخروج عن البطلان هو الخروج الموضوعي لا الحكمي بالتخصيص.

ولذا^(١) كان أكل المازة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي^(٢)، وكذا الأخذ بالشفعة^(٣)، والفسخ بالخيار^(٤)، وغير ذلك من الأسباب القهرية^(٥) (*).

فقصوده ظاهراً تخطئة الشارع نظر العرف فيما يرويه باطلاً كأكل المازة من ثمرة الشجرة الممرور بها، فهذا سبب حق عرفي بعد إلغائه إلى إباحة الأكل شرعاً.

والوجه في الخروج الموضوعي لا الحكمي هو: أن عنوان «الباطل» كالعلة التامة لحرمة الأكل غير قابل للتخصيص، وعليه فوارد ترخيص الشارع في الأكل خارجة عن الباطل تخصصاً.

(١) يعني: ولأجل خروج موارد ترخيص الشارع في الأكل عن «الباطل» موضوعاً كان أكل المازة باطلاً بنظر العرف لولا إذن الشارع، وأما بعد إذنه فليس أكله باطلاً.

(٢) يعني: وبعد إذن المالك الحقيقي يخرج الأكل عن كونه أكلاً بالباطل إلى كونه أكلاً بالحق.

(٣) حيث إن الشريك مسلط على فسخ عقد المشتري ببذل مثل الثمن إليه، فيضم حصة المشتري إلى حصة نفسه قهراً وإن لم يرض المشتري به، وهذا أكل للمال بالباطل بنظر العرف لولا إطلاعه على ترخيص المالك الحقيقي.

(٤) الظاهر إرادة الخيار التعبدية كخيار المجلس والحيوان، فإن الفسخ بهما باطل عرفاً، ما لم يطلع على تخيير الشارع للمتعاقدين أو لصاحب الحيوان. وأما الأخذ بالخيارات المستندة إلى شرط إرتكازي أو إلى جعل نفس المتعاقدين فليس أكلاً للمال بالباطل عرفاً من أول الأمر، بل هو سبب حق بنظرهم.

(٥) كالإرث والإرتداد والإتلاف في حال الغفلة كالنوم، فإن هذه أسباب باطلة للملك ما لم يطلع العرف على جعل الشارع، وأما مع الإطلاع فيحكم العرف أيضاً بحقية هذه الأسباب للأكل.

باطلاً عرفاً مع احتمال إذن الشارع فيه، للشك في الموضوع، إذ مع الإذن الشرعي يخرج عن الباطل حقيقة، فالشك حينئذ يكون في عنوان الباطل كما حررناه في التعليقة الآتية فلاحظ.

(*) قد يمنع دلالة الآية الشريفة على لزوم الملك بما في تقرير السيد الخوئي رحمته من: أن الاستدلال بها مبني على أن يكون المراد بالباطل هو الباطل العرفي ليكون متميزاً عند العرف

عن السبب الصحيح. أما لو أريد الباطل الواقعي كما هو قضية وضع الألفاظ للمفاهيم الواقعية أو احتملت إرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود، لاحتمال أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة الواقعية لا الباطلة كذلك. فحينئذ يكون التمسك بالآية لكون الفسخ سبباً باطلاً من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية. انتهى ملخصاً.

و فيه: أن المراد بالباطل هو الباطل العرفي، لكون المخاطب بهذا الخطاب هو العرف كسائر الخطابات، ما لم يثبت كون موضوع الخطاب مخترعاً شرعياً، لأنه لا بد حينئذ من الرجوع إلى الشارع. إذ لا سبيل للعرف إلى معرفته، والالتزام بكون الباطل هو الواقعي الذي لا سبيل للعرف إليه يستلزم سقوط الخطاب عن الاعتبار، لصيرورته حينئذ مجملاً. بل تطبيق الآية على القمار الذي هو مورد نزول هذه الآية المباركة - كما في صحيحة زياد بن عيسى: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله عز وجل ﴿و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ فقال: كانت قريش يُقامر الرجل بأهله و ماله، فنهاهم الله عز وجل عن ذلك»^٣ وقريب منه ما عن نوادر أحمد بن محمد بن محمد بن عيسى ونحوهما غيرهما^٤ - يدل على كون المراد بالباطل هو العرفي حيث إن القمار عند العرف والعقلاء من مصاديق الباطل، فليتأمل. ثم إنه على تقدير كون الباطل هو الواقعي يمكن التمسك أيضاً بالآية المباركة لأجل الاطلاق المقامي، فإنه لو لم يكن نظر العرفي حينئذ معتبراً في مقام التمييز كان الخطاب ساقطاً، للاجمال كما مرّت الإشارة إليه.

وبالجملة: فالباطل العرفي هو موضوع حرمة الأكل في الآية المباركة، وإذا شككنا في تخصيصه فمقتضى أصالة العموم هو عدم التخصيص، فمن هذه الناحية لا يرد إشكال على

أ: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٤١

ب: وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ١١٩، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١

ج: المصدر، ص ١٢١، الحديث: ١٤

التمسك بالآية الشريفة.

نعم يرد عليه: أنَّ عنوان «الباطل» معلق على عدم ورود دليل من الشارع، إذ مع وروده يخرج موضوعاً عن الباطل، و يكون خروجه بالتخصيص لا التخصيص، لإبائه الآية المباركة عن التخصيص الحكمي كما لا يخفى. فالتعليق على عدم الورد من الشارع بشيء من قيود موضوع الحكم، فكأنه قيل: الباطل العرفي هو المعلق على عدم ورود شيء من الشرع على خلافه كأكل المازة و الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار، فإنها باطلة عرفاً، لكن مع ورودها من الشرع تخرج حقيقة عن الباطل، فالتمسك بالآية الشريفة - مع احتمال ورود دليل من الشارع على خلافه - يكون تشبيهاً بالدليل في الشبهة المصدقية.

ففرق بين هذه الآية و بين حديث السلطنة، حيث إنَّ احتمال إعماله تعالى سلطنته من قبيل المخصص الذي يكون الموضوع محفوظاً معه. بخلاف الباطل، فإنه معلق موضوعاً على عدم حكم الشارع، إذ مع حكمه لا يكون باطلاً حقيقة، فالتمسك بالآية حينئذٍ تشبث بالدليل في الشبهة المصدقية، هذا.

مركز تحقيق كاتو نور علوم اسلامی

إلا أن يقال: إنَّ مرجع ذلك إلى كون المراد بالباطل هو الشرعي، إذ لا أثر للباطل العرفي بدون كونه باطلاً شرعياً. و البناء عليه يوجب كون الباطل في الآية المباركة عنواناً مشيراً إلى ما جعله الشارع باطلاً كالقمار و بيع الحصاة و البيع الربوي و نحوها، و هذا خلاف ظاهر العناوين المأخوذة في الخطابات، و يكون النهي عن أكل المال مؤكداً لسلب سببية الباطل الشرعي للتمليك، و لا يكون حكماً تأسيسياً، و من المعلوم أنَّ حمل الباطل و النهي عن الأكل على المشيرية و التأكيد خلاف الأصل، فلا محيص عن الالتزام بكون المراد بالباطل هو العرفي، غاية الأمر أنه يخرج عن حكمه في بعض الموارد، كالشفعة و الخيار و أكل المازة من ثمرة الشجرة، مع صدق الموضوع و هو الباطل العرفي عليه. نظير سلب المالتية عن بعض الأموال العرفية كالخمر و الخنزير و نحوهما مما يعدّ مالاً عرفياً، و الشارع الأقدس ألغى مالتيتها، فيكون خروج بعض الموارد عن الباطل العرفي بالتخصيص، لا التخصيص حتى لا يجوز التمسك بالآية الشريفة في صورة الشك في كون الرجوع سبباً باطلاً أو صحيحاً، لكون الشبهة مصداقية.

فالظاهر أنَّ الآية الشريفة وزان حديث السلطنة، فكما لا مانع من التمسك به لعدم نفوذ رجوع المالك الأصلي، فكذلك لا مانع من التمسك بهذه الآية لذلك. فالفرق بينهما «بالخصوص في الآية، فلا يجوز التمسك بها، و التخصيص في حديث السلطنة فيجوز ذلك فيه» لا يخلو من غموض.

مع أنه بعد تسليم كون المراد بالباطل هو الشرعي يمكن التمسك بالآية أيضاً بمقتضى الإطلاق المقامي، بأن يقال: إنَّ المقصود بالباطل وإن كان شرعياً، لكن تمييزه منوط بنظر العرف، فكلما كان باطلاً عرفاً فهو باطل شرعاً إلا ما ثبت خروجه.

ثم إنَّ المحقق الأيرواني رحمته الله ناقش في الاستدلال بالآية المباركة بأنَّ الاستدلال بها إنما يصح إذا قلنا إنَّ الفسخ والرجوع من الأسباب المفيدة للملك. أمَّا إذا قلنا بأنَّ شأنهما رفع أثر السبب المملَّك، ثم الملك يكون حاصلاً بما كان من السبب أولاً، لم يكن الأكل بسبب الفسخ أكلاً بالباطل أ.

لكن لا يخفى ما فيه، لأنَّ هذه المناقشة إنما تنجبه بناءً على دلالة الآية على حرمة الأكل إن حصل المال بسبب باطل مستقل. لكنه ليس كذلك، لظهورها في إبقاء تأثير الباطل مطلقاً وإن كان جزء العلة، فإنَّ تأثير الفسخ في دفع المانع عن تأثير السبب الأول أكل للمال بالباطل ولو بنحو جزء العلة.

و الحاصل: إنَّ التسبب بالباطل لأكل مال الناس - ولو بنحو دفع المانع - حرام ولو بمناسبة الحكم والموضوع، إذ المناسب للباطل هو عدم دخله في سببته للنقل والتملك حتى بنحو جزء السبب أو الشرط أو عدم المانع.

فتمحصل مما ذكرناه: أنه يمكن التمسك تارةً بالمستثنى منه مع الغض عن الاستثناء بما تقدّم من التقرين، أحدهما: سلب سببية الباطل للنقل والتملك. والآخر: النهي عن أكل المال الحاصل بسبب باطل.

و أخرى بالمستثنى، بأن يقال: إن إطلاق تجويز أكل المال الحاصل بالتجارة يقتضي جوازه بعد الرجوع والفسخ أيضاً، وهذا الإطلاق الأحوالي يكشف عن عدم نفوذ الفسخ، وإلا لم يكن وجه لجواز الأكل حينئذ.

و ثالثة: بالحصر المستفاد من مجموع الجملتين.

لكن إبتنى السيد عليه السلام في حاشيته الاستدلال بالحصر على كون الاستثناء متصلاً بأن يقال في تقريب الاتصال: كأنه قيل: لا تأكلوا أموال الناس إلا أن تكون تجارة، فإن كل أكل باطل نظير قولك: «لا تعبد غير الله شركاً» أي فإنه شرك، فيكون المستثنى منه الأموال، وقوله تعالى: «الباطل» قيداً توضيحياً، وذكره لبيان علة الحكم، لا إحترازياً. أو يقال: أن المستثنى منه محذوف أي: لا تأكلوا أموال الناس بوجه من الوجوه إلا بوجه التجارة فإن الأكل لا بهذا الوجه باطل^أ.

و أنت خبير بما فيه، إذ الكلام في ظهور الآية في كون الاستثناء متصلاً، لا في إمكانه حتى يتكلف في وجه تصويره بما ذكره. و ما أفاده في وجه الاتصال خلاف الظاهر و تأويل مخالف لفهم العقلاء و لكلمات المفسرين و للروايات الواردة في نزول الآية المباركة، و قد تقدم بعضها كصحيفة زياد بن عيسى، فإن ظاهر تلك الروايات كظاهر نفس الآية هو النهي عن الأكل بالسبب الباطل، فالقيد إحترازي لا توضيحي، فالاستثناء حينئذ منقطع كقوله تعالى: ﴿ لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً إلا قليلاً سلاماً ﴾^ب.

و الحاصل: أن الاستثناء ليس متصلاً أولاً. و على فرض الاتصال يمكن منع دلالة الآية على الحصر في التجارة ثانياً، لأن قوله تعالى: «الباطل» تعليل لحرمة الأكل، إذ المتفاهم العرفي منه كون البطلان موجباً لذلك، كما أن الظاهر المتفاهم عرفاً أن إستثناء التجارة في مقابل الباطل لكونها حقاً.

و على هذا فالمستفاد حلية الأكل بكل حق، و حرمة بكل باطل، فلا يختص الحق

أ: خاشية المكاسب، ص ٧٤

ب: الواقعة، الآية: ٢٥

هذا كله^(١) مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع^(٢)، مثل قوله عليه السلام : «أَلْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا»^(٣).

(١) يعني: أَنَّ الأدلة المتقدمة على أصالة لزوم الملك - من الاستصحاب و حديثي السلطنة والحِلِّ، و آية النهي عن أكل أموال الناس بالباطل - كانت أدلة عامة على لزوم الملك سواء أكان السبب المملُك فعلاً إختيارياً من العناوين المعاملية و الحيازة و نحوها، أم قهرياً كالارث و الإرترداد. و هذا بخلاف الدليل الآتي فإن مفاده لزوم الملك الحاصل بالبيع خاصة.

الدليل السادس: أخبار خيار المجلس

(٢) هذا دليل سادس على لزوم الملك، و هي طائفة من الأخبار الواردة في خيار المجلس، و تقريب الاستدلال بها يتم بوجوه ثلاثة:

الأول: جعل الخيار في البيع، حيث إنَّ جعله مختص بالبيع اللازم، و مقتضى إطلاق الجعل ثبوت الخيار في البيع المعاطاتي، فثبوت الخيار فيه يكشف عن لزوم، فتكون المعاطاة بيعاً لازماً لأجل ثبوت الخيار فيها، الذي هو من خصائص البيع اللازم.

الثاني: دلالة مفهوم الغاية، ببيان: أنَّ ماهية الخيار مقيّاة بعدم الافتراق، لقوله عليه السلام :

بالتجارة، بل يندرج فيه كل حق ليس بتجارة كالإباحات و القرض، و التملُّك في مجهول المالك، و غيره من الحقوق الواجبة و المستحبة، و لا يتنقض الحصر بها حتى نحتاج الى بعض التكلُّفات كما صدر عن بعضهم.

كما أنه على فرض كون الاستثناء منقطعاً تدل الآية على التنويع بين الباطل و الحق بمناسبة الحكم و الموضوع، فلا فرق في دلالة الآية عرفاً على سقوط الباطل لبطلانه عن السببية - أو صيرورته موجباً لحرمة الأكل من المال الحاصل بالباطل، و ثبوت سببية الحق لحقيته - بين كون الإستثناء متصلاً و منقطعاً، فلا يتوقف الاستدلال بالآية الشريفة على أن يكون الاستثناء متصلاً.

«فإذا افترقا وجب البيع» إذ مفهومه بقاء الخيار قبل الافتراق، و معه يسقط الخيار، و سقوطه ملازم للزوم، و من المعلوم أن مقتضى إطلاق البيع على المعاطاة هو صدق البائع على من باع معاطاة، فتكون لازمة.

الثالث: قوله ^{عليه السلام}: «فإذا افترقا وجب البيع» بتقريب: أن الإطلاق يقتضي أن يكون البيع واجباً فعلياً من جميع الجهات، لكن يقيد بأدلة سائر الخيارات. أما لو أريد جعل الزوم من حيث خيار المجلس لا مطلقاً فلا يدل سقوط الخيار - من حيث المجلس - على الزوم من سائر الهيئات، و حينئذ يشترك المعاطاة مع البيع بالصيغة في أن المدلول عليه برواية خيار المجلس هو الزوم الحيثي أي من حيث خيار المجلس، و أما من سائر الجهات فلا دلالة فيها على الزوم.

و على كل فهذا المقدار من الزوم الثابت للمعاطاة كافٍ لإثبات المدعى و هو إقتضاء طبع البيع مطلقاً للزوم (*) (مركز تحقيق كميونر علوم إسلامي)

(*) لا يخفى أنه بناء على جواز جعل الخيار في البيع الجائز ذاتاً لا يدلّ جعله على لزومه، لأن الخيار حينئذ لازم أعم، و من المعلوم أنه لا يدل على الملزوم الخاص و هو البيع اللازم، فالإستدلال حينئذ على التقريب الأول ساقط، لما عرفت من عدم دلالة اللازم الأعم على الملزوم الخاص.

و بناء على عدم صحة جعل الخيار للجائز ذاتاً بحسب حكم العقل أو العقلاء، فإن كان هذا الحكم كالقيد الحافٍ بالكلام كان إطلاق قوله ^{عليه السلام}: «البيعان بالخيار» مقيداً بالبيع اللازم، فمع الشك في لزوم بيع كالمعاطاة لا يصح التمسك بإطلاقه، لكون الشبهة مصداقية.

و إن كان الحكم المذكور كالمخصص المنفصل الذي لا يوجب تقييد الموضوع عند صدور الخطاب المطلق، بل يقيدُه، لكون القيد لبيئاً منفصلاً، فعلى القول بجواز التمسك

بالعام في الشبهة المصدقية في مثله - كما قيل - فيصح التمسك بإطلاق «البيعان بالخيار» لاثبات الخيار في المعاطاة وكشف لزومها. نظير التمسك بقوله ^{النبأ} «لعن الله بني أمية قاطبة» في مورد الشك في إيمان واحد منهم لجواز لعنه، وكشف عدم إيمانه.

و بالجملة: فبناءً على جواز التمسك بالعام في المخصص اللبّي المنفصل يجوز التمسك بمثل «البيعان بالخيار» لإثبات الخيار في المعاطاة وكشف لزومها.

و على القول بعدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية مطلقاً من غير فرق بين المخصصات اللفظية و اللبية المتصلة و المنفصلة كما هو المنصور فلا يصح التمسك بالإطلاق لكشف حال الموضوع، هذا.

فان قلت: إن الشبهة المصدقية للمخصص اللبّي الذي لا يجوز فيها التمسك بالعام في الشبهة المصدقية هو ما إذا خرج عن العام عنوان بحسب حكم العقل كالمؤمن الذي خرج عن حيّز عموم «لعن الله بني أمية» و شك في مورد أنه مصداق الخارج أولاً. و أمّا إذا شك في أصل الخروج و لو من جهة عدم إحراز مصداق للعنوان العقلي - كما فيما نحن بصدده، إذ لم يحرز أن للبيع مصداقاً جائزاً - فليس الشك فيه من قبيل الشبهة المصدقية للمخصص المحرزة مخصّصيته.

قلت: لا فرق في عدم جواز التمسك إذا كان المخصص عقلياً بين ما ثبت تحقق أفراد من العنوان الخارج عن العام و شك في فرد آخر، و بين ما لم يثبت ذلك لأن تحقق الفرد و عدمه لا دخل له في الحكم العقلي بالتخصيص.

مثلاً حكم العقل بعدم جواز لعن المؤمن ثابت، و موجب لعدم دخوله في قوله: «لعن الله بني أمية قاطبة» من غير نظر إلى خصوصيات المصاديق و خروجها و دخولها، فلو شك في فرد أنه مؤمن أو لا مع العلم بعدم إيمان غيره منهم يكون من الشبهة المصدقية للمخصص، لا من الشبهة في أصل التخصيص، لأن التخصيص بحكم العقل ثابت على النحو الكلي لا الجزئي، إذ لا شك في خروج المؤمن عن هذا العام، فالشك في إيمان واحد منهم يندرج في

الشك في مصداق المخصص، لا في أصل التخصيص.

و ما نحن فيه من هذا القبيل بناءً على كون عدم الدخول أو التخصيص بحكم العقل، فإن البيع الواقع بين البيعين مخصص بعدم كونه جائزاً بالذات، فإذا شك في أن المعاطاة جائزة بالذات أو لا، لا يجوز التمسك بمثل: البيعان بالخيار، هذا.

لكنه لا يخلو من غموض، لأن الشبهة المصدقية هي الشبهة الموضوعية التي يرجع في رفع الشك عنها إلى غير الشارع. وليس المقام كذلك، لأن المرجع في لزوم المعاطاة وجوازها هو الشارع لا غيره، وإن كانت بالنظر إلى المخصص العقلي شبهة مصداقية، للشك في مصداقيتها له كما هو واضح، لكن في كون هذا النحو من الشبهة المصدقية مانعاً عن التمسك بإطلاق دليل التشريع منع.

فالحق: أن مثل هذه الشبهة تلحق بالشبهة الحكمية التي مرجعها إلى الشك في التخصيص، لا مصداق المخصص المعلوم، فلا مانع من هذه الحيثية من التمسك بإطلاق مثل «البيعان بالخيار» لاثبات لزوم المعاطاة، هذا.

وأما الاستدلال بمفهوم الغاية ففيه: أن نفي ماهية الخيار لا يكون ملازماً للزوم، ونفي الجواز، ضرورة مغايرة ماهية الخيار للجواز الحكمي، لما ثبت في محله من أن الخيار حق مجعول لذي الخيار قابل للنقل والاسقاط والارث، بخلاف الجواز الحكمي، حيث إنه حكم للمعاملة كالهبة والوكالة، وليس حقاً مجعولاً لأحد حتى يقبل ما ذكر في الخيار، فنفي ماهية الخيار لا ينافي بقاء الجواز الحكمي.

وأما الاستدلال بذيل الرواية وهو قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» ففيه: أنه يقع التعارض بين إطلاق الصدر وإطلاق الذيل بعد وضوح كون الموضوع فيهما واحداً من حيث الإطلاق والتقييد، يعني أنه لو أريد من الصدر مطلق البيع أو مقيده كان في الذيل كذلك.

توضيحه: أن أصالة الإطلاق في الصدر تقتضي كون البيع بلا قيد موضوع الحكم، فأطلاقه يشمل البيع القولي والمعاطاني سواء أكانت المعاطاة لازمة واقعاً أم جائزة. وأصالة

الإطلاق في الذيل تقتضي الوجوب مطلقاً بعد الافتراق في الموضوع المأخوذ في الصدر، فيقع التعارض بينهما، لأن الوجوب المطلق يضاد البيع الجائز. فلا بد من رفع اليد عن إطلاق الذيل أو الصدر. وعلى التقديرين لا يصح التمسك بالذيل لإثبات اللزوم في مورد الشك فيه. أما على الأول فلأن الوجوب الحيثي لا ينافي الجواز، فوجوب البيع من حيث خيار المجلس لا ينافي جوازه من حيث الذات و سائر الحيثيات، فهذا الوجوب لا يثبت اللزوم في مورد الشك كالمعاطاة. وعلى القول بالوجوب الفعلي و ارتكاب التقييد بالنسبة الى الجائز - على فرض وجوده - كان التمسك به تشبهاً بالدليل في الشبهة المصدقية للمخصص لا احتمال كون المعاطاة مصداقاً للمخصص، فلا تكون لازمة.

و أما على الثاني فلأن البيع في الصدر إذا اختص بالبيع اللازم كان في الذيل كذلك، فتصير الشبهة مصداقية، لأنه يشك في أن المعاطاة مثلاً من النوع الجائز بالذات أو اللازم، فيشك في موضوعيته للدليل، فلا يصح التمسك به مع هذا الشك، من دون فرق بين كون التخصيص متصلاً و منفصلاً، لفظياً و لُبياً. وبالجملة: فلا يصح التمسك بالعام لإثبات لزوم ما يشك في لزومه كالمعاطاة مطلقاً، سواء أقلنا بتقييد إطلاق الصدر أم الذيل، لما عرفت من أن تقييد الذيل بالوجوب الحيثي لا يثبت اللزوم، لعدم منافاة بين الجواز و بين الوجوب الحيثي. و من أن تقييد الصدر بالبيع اللازم يوجب كون الشبهة في شكوك اللزوم مصداقية.

هذا كله مع الغض عن الروايات.

وأقام مع النظر إليها فهي على طوائف ثلاث:

الأولى - وهي أكثر ما في الباب - ما لم يصرح فيها بالمفهوم كقوله ^{المطلوب} في صحيحة محمد بن مسلم: «البَّيعَان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام». و نحوها

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث: ١، رواه الكليني عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله ^{عليه السلام}، قال: «قال رسول الله: البيعان...» الحديث و الرواية صحيحة، لكون الرواة بأجمعهم ثقات، فلاحظ تراجعهم.

في عدم التصريح بالمفهوم صحيحة زرارة^أ ورواية علي بن أسباط^ب و الحسين بن عمر بن يزيد^ج وغيرها.

الثانية: ما صرح فيه بالمفهوم، كصحيحة فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ فقال لي: ثلاثة أيام للمشتري. قلت: وما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»^د.

و صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «أيما رجل اشترى من رجل بيعاً فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع»^{هـ}.

الثالثة: ما يتضمن حكاية فعل المعصوم عليه السلام لما يوجب البيع، كصحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام «عليه الصلاة والسلام» أنه قال: «إن أبي اشترى أرضاً يقال لها العريض، فلما استوجبها قام فمضى، فقلت له: يا أبا عبد الله عجلت القيام؟ فقال: يا بني أردت أن يجب البيع»^و ونحوها غيرها. أمّا الطائفة الأولى فلا ريب في عدم دلالتها على المقصود، إذ فيها مضافاً إلى ما مر من: أن نفي طبيعة الخيار لا ينافي الجواز الحكمي، لأن الخيار حق و الجواز حكم، ونفي الأول لا ينفي الثاني، فلا يثبت نفي الخيار للزوم في مشكوك اللزوم. أن دلالتها على المدعى منوطة بكون المراد بالخيار المجعول ماهيته المطلقة حتى تدل الغاية النافية للخيار على سلب ماهيته، كي يدعى أن هذا السلب ملازم للزوم. و من المعلوم عدم إرادة ماهية الخيار، إذ لا معنى

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث: ٢

ب: المصدر، ص ٣٤٦، الحديث: ٥

ج: المصدر، ص ٣٤٦، الحديث: ٦

د: المصدر، ص ٣٤٦، الحديث: ٣، رواه الكليني عن محمد بن يحيى العطار عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبي عبدالله عليه السلام، والكل ثقات، فالرواية صحيحة.

هـ: المصدر، الحديث: ٤

و: المصدر، ص ٣٤٧، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث: ١ و ٢ وغيرهما من أخبار الباب.

لجعل الافتراق غاية لمطلق الخيار مع كونه غايةً لخيارٍ واحدٍ فقط، بداهة أن سائر الخيارات على كثرتها غير مغتابة بالافتراق، فجعل الافتراق غاية لماهية الخيار - مع كونه غايةً لخيارٍ واحدٍ و مسقطاً له فقط مع ثبوت سائر الخيارات - مستهجنٌ عند أبناء المحاورة، فلا بد من إرادة خيار خاصٍ و هو خيار المجلس، و من المعلوم أن سلبه من السلب الخاص غير الملازم لللزوم.

و أمّا الطائفة الثانية فيظهر الجواب عنها مما تقدم في الجواب عن الطائفة الأولى، فإن قوله ^{الثالثة} «فلا خيار» محمول على الخيار المذكور في الصدر، لتبعية الدليل له.

مضافاً إلى: ما عرفت من أن سلب ماهية الخيار مع ثبوت جميع الخيارات - إلا واحداً - مستهجنٌ عرفاً، فمع كون جميع الروايات بصدد بيان ثبوت خيار خاص لا طبيعة الخيار - و أن المسلوب بعد الغاية و هي الافتراق هو الخيار الخاص، لا لأجل أنه المفهوم، بداهة كون المفهوم الاصطلاحي هو ما إذا عُلّق على الغاية سنخ الحكم لا شخصه - لا يبقى ظهور لصحيحة الحلبي في الإطلاق، و لا في حكم آخر غير ما في سائر الروايات، فلا محيص عن حمله على الوجوب الحيثي.

و بالجملة: فلو دار الأمر بين الحمل على الوجوب الفعلي المطلق، و الالتزام بخروج جميع الخيارات على كثرتها تقييداً، و بين الحمل على الوجوب الحيثي، فالترجيح للثاني.

فعلى هذا لا يصح التمسك بالروايات التي صرح فيها بالمفهوم، لأنه ليس من المفهوم المصطلح، بل من السلب الخاص الذي لا يترتب عليه إلا الوجوب الحيثي، لا الوجوب الفعلي المطلق المترتب على المفهوم المصطلح كما لا يخفى.

و أمّا الطائفة الثالثة ففيها - مضافاً إلى ظهورها باعتبار قوله ^{الثالثة} «استوجبها» في البيع بالصيغة، و إلى: تعارف البيع بالصيغة في الأراضي و القرى، و بعد إشترائها معاطاة - أنها قضية شخصية لا يعلم الحال فيها، فليس لها إطلاق يشمل المعاطاة.

فتلخص: أن روايات خيار المجلس بطوائفها الثلاث لا تدل على لزوم المعاطاة،

وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١)

الدليل السابع: الأمر بالوفاء بالعقود

(١) هذه الآية الشريفة دليل سابع على أصالة اللزوم، ونسب الفاضل النراقي رحمته إلى المشهور إستدلالهم بها على لزوم كل عقد عرفي. ولم يتعرض المصنف رحمته هنا لتقريب دلالتها على المدعى، وإنما أفاده في أدلة اللزوم في أول الخيارات، فينبغي توضيح كلامه هنا وعدم الإحالة على بحث الخيارات مع ما بين المبحثين من الفصل الكثير، فنقول وبه نستعين وبوليته

وعمدة الوجه في عدم دلالتها على ذلك هو كون الوجوب حيثياً، بعد وضوح جعل الافتراق غايةً لخصوص خيار المجلس، فسلب الخيار حيثئذ سلب الخاص، فكيف يترتب عليه سلب العام وهو طبيعة الخيار؟ فلا إطلاق لوجوب البيع يقتضي لزومه على وجه الإطلاق بعد الافتراق. فما في تقرير سيدنا الخوئي رحمته من «أن إطلاقها يقتضي اللزوم على وجه الإطلاق بعد التفريق، فلا موجب لصرفها إلى اللزوم من ناحية خيار المجلس» في غاية الغموض، فلاحظ وتأمل.

ألهم إلا أن يقال: إن مقتضى إطلاق البيع الموضوع للخيار هو لزوم البيع بالافتراق، سواء أكان بيعاً فعلياً أم قولياً، فنفس هذا الإطلاق ينفي الفرد الجوازي للبيع.

وبعبارة أخرى: كأنه قيل: كل فرد من أفراد البيع فيه الخيار، ما لم يفترق المتبايعان، فمع افتراقهما يجب البيع وجوباً مطلقاً. غاية الأمر أن هذا الإطلاق يُقيد بأدلة سائر الخيارات، فإن سائر الخيارات ثابتة بأسبابها الخاصة. بخلاف خيار المجلس، فإنه ثابت للبيع أولاً وبالذات، ولذا أطلق الخيار فيه بقوله: «البيعان بالخيار» وأريد به أن الخيار الثابت لطبع البيع مع الغض عن خصوصية المبيع هو خيار المجلس فقط، فلا ينافي ثبوت خيار الحيوان وغيره من الخيارات. فدعوى دلالة أخبار خيار المجلس على لزوم البيع بسقوطه قريبة جداً، والله العالم.

أ: المائدة، الآية: ١

ب: عوائد الأيمان، ص ١

ج: مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٤٣

صلوات الله و سلامه عليه نتوسل و نستجير:

إن الاستدلال بالآية المباركة يكون تارةً يجعل الأمر بالوفاء مولوياً، و أخرى إرشاداً الى صحة المعاملة بالمعنى الأعم، و لما كان مختار المصنف هو الأول كان اللازم الإقتصار على المقدمات الدخيلة في إثبات مقصوده تبييناً.

الأولى: أن الأصل الأولي في مدلول هيئة «افعل» هو الوجوب التكليفي و بعث المكلف نحو المادة، و هذا أصل متبع لا يرفع اليد عنه إلا بقريضة، كما التزموا به في صرف الأمر بأجزاء المركبات الى الإرشاد الى الجزئية. و أمّا في المقام فلا قريضة تقتضي الحمل على الإرشاد الى صحة المعاملة و لزوم العقد، فيبقى الأمر بالوفاء على ظاهره من الوجوب المولوي.

الثانية: أن معنى الوفاء الذي وقع في حيز الأمر هو القيام بمقتضى العقد، كما عن البيضاوي، فإذا دلّ عقد البيع على تمليك العاقد ماله لغيره و جَب عليه العمل بمقتضاه من تسليمه الى المشتري، و ترتيب آثار مملوكيته له، فلا يجوز أخذه منه بغير رضاه، فإذا تصرف البائع فيه بغير رضى المشتري كان ذلك نقضاً للعقد لا وفاءً به.

ثم إن في هذا الوفاء المأمور به مدلولاً آخر، و هو إطلاقه الأزمانى و الأحوالي، و ربما يعبر عن الأول بعمومه بحسب الأزمان، كما في دوران الأمر بين الرجوع الى حكم العام و استصحاب حكم المخصص.

الثالثة: أن «العقود» التي يجب الوفاء بها تكليفاً و العمل بمقتضاها قد اختلفت كلماتهم في المراد بها في خصوص الآية المباركة، كما اختلفت كلمات أعلام اللغة في أصل معنى العقد، فينبغي الإشارة الى كلا الاختلافين.

أما في معناه اللغوي ففي اللسان: «العقد نقيض الحل» أ و في المفردات: «الجمع بين أطراف الشيء، و يستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل و عقد البناء، ثم يستعار ذلك

للمعاني نحو عقد البيع» أ وفي القاموس : «عَقَدَ الحبلَ و البيعَ و العهدَ يعقده: شدّه» ب وفي الصحاح: «عقدتُ البيعَ والحبلَ و العهدَ فانعقد» ج و عن البيضاوي: «العقدُ: العهد المشدّد». وفي مجمع البيان: «العقود جمعُ عقد بمعنى معقود، وهو أوكد العهود. والفرق بين العقد والعهد: أنَّ العقد فيه معنى الإستيثاق والشّد، ولا يكون إلّا بين متعاقدين، والعهد قد ينفردُ به الواحد، فكل عهد عقد، ولا يكون كل عقد عهداً. وأصله: عقدُ الشيء بغيره، وهو وصله به، كما يعقد الحبل» د.

هذه بعض كلماتهم، ولعلها تتلخّص في معنيين:

أحدهما: مطلق العهد والالتزام النفساني سواء أكان بين شخصين كالعقود، أم شخص واحد كالخلف واليمين، وسواء أكان مشدّداً لا يجوز فسخه والعدول عنه أم غير مشدّد.

ثانيهما: خصوص العهد المؤكّد الذي يقتضي بحسب طبعه العمل بمقتضاه، وعدم الرجوع عنه. هذا بحسب اللغة.

وأما إختلاف المفسّرين في خصوص ما يراد من العقود في هذه الآية المباركة، فقد نقل أمين الاسلام أقوالاً أربعة بعد تفسير العقود بالعهود.

أحدها: العهود التي كان أهل الجاهلية يعاهد بعضهم بعضاً على النصرة والمؤازرة والمظاهرة على من حاول ظلمهم.

ثانيها: العهود التي أخذها الباري جلّ وعلا على عباده بالآيمان به وطاعته فيما أحلّ لهم أو حرّم عليهم.

أ: مفردات ألفاظ القرآن الكريم، ص ٣٤١

ب: القاموس المحيط، ج ١، ص ٣٦٥

ج: صحاح اللغة، ج ٢، ص ٥١٠

د: مجمع البيان، ج ٣، ص ١٥١

ثالثها: العقود التي يتعاهدها الناس كعقد الأيمان و عقد النكاح و العهد و البيع، أي العقود الفقهية و المعاملات بالمعنى الأعم.

رابعها: العهود المأخوذة من أهل الكتاب على العمل بما فيها من تصديق نبينا ﷺ . ثم رجّح أمين الاسلام ﷺ القول بعموم العهود لكل ما أوجبه الله تعالى على العباد و الفرائض و الحدود و العقود الفقهية المتداولة بين العقلاء.

و هذه المعاني الأربعة أنهاها الفاضل النراقي إلى ستة أو ثمانية، فراجع كلامه ب. و كيف كان فتقريب الاستدلال بالآية الشريفة على لزوم المعاطاة هو: أن العقد - سواء أكان مطلق العهد أم خصوص المؤكد - يصدق على المعاطاة، إذ لا شبهة في أن عنوان العقد لا يتقوم باللفظ، لحصول المعاقدة - و الربط بين التزامين - بكل من اللفظ و الفعل، فيجب الوفاء بما يقتضيه العقد من تمليك أو تزويج أو غيرهما، و يحرم نقضه. و من المعلوم أن الوفاء بالعقد ليس مجرد ترتيب الأثر عليه حدوثاً، بل يدور صدق الوفاء مدار القيام بمقتضى العقد بقاءً أيضاً، فلو لم يستمر العاقد في العمل بمقتضى العقد لم يصدق الوفاء به، بل صدق مقابله و هو النقض الذي هو رفع اليد عن بقاء مقتضى العقد. فإذا باع زيد كتاباً من عمرو بالمعاطاة و سلمه إياه، و لکنه بعد ساعة رجّع و استرد الكتاب منه لم يصدق أنه وفى بالعقد بقول مطلق، بل صدق عليه عنوان النقض، لأن وفاءه كان في الساعة الأولى خاصة، مع أن مدلول الآية الشريفة وجوب ترتيب أثر العقد في جميع الآتات المتأخرة عن العقد، و هذا هو اللزوم، إذ لا يجوز للبائع أن يفسخ العقد و يملك الكتاب مرة أخرى.

و بهذا التقريب ظهر عدم جريان توهم التمسك بالعام في الشبهة المصدقية «لاحتمال تأثير الفسخ و الرجوع في رفع أثر العقد، و عود المال الى البائع» وجه عدم الجريان: أن الآية

أ: مجمع البيان، ج ٣، ص ١٥١ و ١٥٢

ب: عوائد الأيام، العائدة الاولى، ص ٢ إلى ٥

بناءً^(١) على أن العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبدالله بن سنان، أو العهد المشدد كما عن بعض أهل اللغة^(٢)، وكيف كان^(٣) فلا يختص^(٤)

المباركة - بمقتضى الإطلاق - تدل على وجوب الوفاء بالعقد في كل حال وفي كل زمان، فالتصرفات الواقعة بعد الفسخ محرمة أيضاً، لكونها نقضاً للعقد، وينتزع من حرمة هذه التصرفات تكليفاً فساد الفسخ وضعاً، وعدم إرتفاع العقد به بناءً على ما حرر في الأصول من إنتزاع الوضع من التكليف وعدم تأصله في الجعل، هذا.

(١) قد عرفت وجه هذا التقييد، وأن الاستدلال بالآية يتوقف على أحد القولين في

المراد بالعقد.

أحدهما: مطلق العهد، كما رواه علي بن إبراهيم في تفسيره - بسند صحيح - عن

الصادق عليه السلام.

ثانيهما: خصوص العهد المشدد، كما ورد في كلام جمع من اللغويين.

وأما لو كان المراد بالعقود في هذه الآية المباركة أموراً آخر - كما تقدمت في كلام مجمع

البيان - كانت أجنبية عما نحن فيه.

(٢) كالفيروزآبادي والجهوري والبيضاوي، ونحوهم صاحب معيار اللغة.

(٣) أي: سواء أكان العقد مطلق العهد أم خصوص المشدد يتجه الاستدلال، لعدم

إختصاص مطلق العهد - ولا خصوص المشدد منه - باللفظ، لصدقه على إنشائه بالفعل أيضاً.

و بالجملة: فالمراد بالوفاء بالعقد هو العمل به مستمراً، ويقابله الحل والنقض.

و المقصود بالأمر هو وجوب الوفاء تكليفاً في جميع الأزمنة التي منها زمان فسخ أحدهما،

فلا ينفذ الفسخ في انحلال العقد.

(٤) أي: لا يختص العقد باللفظ كما قيل، إذ المعاقدة كما تحصل بالقول كذلك تحصل

بالفعل، فتكون المعاطاة عقداً، حيث إن المراد بالشد مطلق الربط وإن لم يكن لازماً، ولذا يمكن

الجمع بين التفسير بالعهد الموثق وبين حسن الوفاء به، وهو كالمفسر لسائر كلمات أهل اللغة

ممن عبّر بالشد كالقاموس والمعيار والمنجد وأقرب الموارد، فالمراد بالإحكام

باللفظ(*) فيشمل المعاطاة.

والشد هو إيقاع الربط كما يستفاد من المحكي عن أقرب الموارد «عَقَدَ الحبلَ و البيعَ و العهدَ واليمينَ و نحوها عقداً: أحكَمَهُ و شدَّهُ، و هو تقيضُ حلِّه» و عنه «حلُّ العُقْدَةِ حلاً: نقَضَها و فَتَحَها».

(*) خلافاً للمحقق النائيني رحمته حيث ذهب إلى اختصاص العقد باللفظ، فإنه بعد تقسيم اللزوم الى حكمي و حقي - و تمثيله للأول بالنكاح و الضمان و الهبة لذي الرحم و نحو ذلك من القربات التي لا رجعة فيها، و لذا لا تصح فيها الإقالة، و لا يصح جعل الخيار لأحد الزوجين في النكاح. و للثاني بالعقود المعاوضية اللفظية من التنجيزية كالصلح و البيع و الإجارة، و التعليقية كالسبق و الرماية - قال مالفظه:

«فإن بقوله: بعثُ ينشأ أمران: أحدهما مدلول مطابق لللفظ، و هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله الذي ينشأ بالفعل أيضاً، لأنه أيضاً مصداق لعنوان البيع بالحمل الشائع الصناعي. و ثانيهما: مدلول التزامي له، و هو التزامهما بما أنشأه، و هو يختص بما إذا أنشأ التبديل باللفظ دون الفعل، فإن الدلالة الالتزامية بحيث يرى في العرف و العادة ملازمة بين تبديل طرف إضافة بمثله و التزام البائع بكون المبيع بدلاً عن الثمن و التزام المشتري بكون الثمن عوضاً عن المثلث تجري في اللفظ».

و أما الفعل فقاصر عن إفادة هذا المعنى، فإن غاية ما يفيد هو تبديل أحد طرفي الإضافة بمثله إذا قصد منه. و أما التزام البائع ببقاء بدلية المبيع للثمن فليس الفعل دالاً عليه ... الى أن قال: فعلى هذا لا يمكن ثبوتاً أن يفيد الفعل الالتزام العقدي، بل هو خارج بالتخصص عن عموم أوفوا بالعقود، فإن العقد إنما يسمى عقداً لكونه مفيداً للعهد المؤكد و الميثاق و التعهد، و الفعل قاصر عن إفادة هذا المعنى.

نعم يمكن إيجاد هذا المعنى بالفعل أيضاً، إلا أنه لا بالتعاطي، بل بالمصافقة و نحوها. و أما باب الألفاظ فحيث إن الملازمات العرفية من أنحاء المدلولات، و العرف يرى من أوجد البيع بلفظ - بعث - أنه إلزام ببقائه على ما أنشأه، فيمكن أن ينشأ بلفظ - بعث -

معنيان: أحدهما نفس التبديل، و ثانيهما إلزامهما بما التزم به من التبديل^أ.

و أنت خبير بأن ما أفاده ^{ففي} مما لم يقم عليه دليل، إذ قوله: «بعث» مثلاً لا يدل بمادته و لا بهيئته على الالتزام ببقاء بدلية المبيع عن الثمن، و ذلك لأن معنى مادة - بعث - هو التبديل أو التمليك، فمدلول المادة ليس غير تبديل طرف الإضافة. و الهيئة تدل على نسبة البيع الى المتكلم نسبةً صدورية. و أما الإلتزام باستمرار البدلية بين العالين فهو معنى إسمي أجنبي عن مدلول كل من المادة و الهيئة.

فالحق أن يقال: إن كان الإلتزام المزبور من لوازم التبديل المذكور عرفاً، فهذا اللازم ثابت له بمجرد تحققه، لأنه من لوازم ذات التبديل، لا بما أنه مفاد اللفظ، فإذا ثبت المعنى و هو التبديل بلفظ أو فعل ثبت لازمه المزبور. و عليه فيمتنع التفكيك بين التبديل المتحقق باللفظ أو الفعل و بين الإلتزام ببقائه.

و إن لم يكن الإلتزام المزبور من لوازم التبديل لم يدل التبديل عليه، سواء أنشئ التبديل باللفظ أم بالفعل. و من المعلوم أن بناء العرف في تبديل الأموال بالبيع على استمرار البدلية بين الثمن و المبيع، فنفس التبديل من غير فرق بين إنشائه باللفظ أو الفعل يدل على الإلتزام المزبور. فدعوى «عدم صدق العقد على المعاطاة لخلوها عن اللفظ، فلا تدل على الإلتزام بالبقاء» خالية عن البرهان.

فلا فرق بين اللفظ و الفعل في الدلالة على الإلتزام المذكور، فصدق العقد على المعاطاة مما لا ينبغي الارتياح فيه، فيشملها عموم «أوفوا بالعقود» و يدل على نفوذ التبديل الحاصل من المعاطاة، و الإلتزام و ببقائه و عدم نقضه هذا.

وقد أورد على الاستدلال بالآية المباركة بوجوه:

الأول: ما في حاشية المحقق الايرواني ^{رحمته} و غيرها من: أن التمسك بالآية بعد الفسخ غير جائز، لكونه من التشبث بالدليل في الشبهة المصداقية، إذ من المحتمل كون الفسخ موجباً لإحلال العقد و ارتفاعه، فلا يحرز معه وجود العقد و بقاءه حتى يشمل عموم «أوفوا»، هذا.

أ: منية الطالب، ج ١، ص ٦٤

ب: حاشية المكاسب، ص ٨١

و فيه: أنه إن أريد بالعقد الانشائي أو النفساني المقيد بالإنشاء فلا إشكال في زواله بنفسه لا بالفسخ. وإن أريد به العهد النفساني فزواله بالفسخ منوط بجعل الفسخ رافعاً له، ومقتضى الإطلاق الأحوالي هو بقاء العقد، و يترتب عليه وجوب إبقائه وعدم نقضه.

وكذا لو كان المشكوك فيه موضوع العقد كالمبادلة التي وقع العقد عليها.

تقرير الشبهة: أنه يحتمل إرتفاع المبادلة بالفسخ، فلا معنى حينئذ لوجوب الوفاء بالعقد عليها، للشك في موضوع العقد، الموجب للشك في إندراجها في موضوع وجوب الوفاء.

و الجواب عن ذلك: أن الإطلاق الأحوالي يقتضي لزوم الوفاء في جميع الحالات التي منها حال الفسخ ومقتضى هذا الإطلاق وجود العقد بعد الفسخ، فالمبادلة مثلاً باقية بعد، فيجب الوفاء بالعقد عليها.

وبالجملة: الإطلاق الأحوالي يحرز بقاء موضوع العقد بعد الفسخ.

الثاني: أن خطاب «أوفوا» يمنع تكليفاً عن الفسخ واسترجاع العين، لا وضعاً، والمدعى هو عدم تأثير الفسخ في حل العقد لا حرمة التصرف تكليفاً، هذا.

و فيه أولاً: أن وجوب الوفاء ليس تكليفاً، بل هو إرشاد إلى صحة المعاملة في جميع الأزمنة والحالات التي منها حال الفسخ، إذ لا معنى لحرمة التلفظ بكلمة «فسخت أو رجعت» بل المراد هو الإرشاد إلى صحة العقود ونفوذها حدوثاً وبقاءً، بحيث لا يؤثر الفسخ في إنحلال العقد ونقضه.

و ثانياً: أن حرمة التصرف في العين بعد الفسخ تكشف عن عدم نفوذ الفسخ في رجوع الفاسخ، إذ لا وجه لحرمة فيها بعد الفسخ إلا بقاء العين على ملك مالكة الفعلي وعدم رجوعه إلى ملك الفاسخ، فحرمة التصرف لازم بقاء العقد وعدم إنفاسحه، وهذه الدلالة الالتزامية كافية في إثبات بقاء العقد وعدم تأثير الفسخ فيه، ولا نعني باللزوم إلا بقاء العقد بعد الفسخ، هذا.

الثالث: أن الآية لا تجدي في إثبات اللزوم عموماً، وإنما تجدي لإثباته في خصوص ما إذا كان العقد متعلقاً بالفعل حتى يخاطب بخطاب «أوفوا» فلا تشمل الآية العقد الواقع على

النتيجة كالمقام، إذ العقد المعاطاتي واقع على النتيجة. هذا محصل ما يظهر من حاشية المحقق الأيرواني ^أ.

و فيه: أن البيع المعاطاتي كالقولي يتعلق بالتملك أو التبديل، من دون فرق بين العقد القولي و الفعلي، فكل منهما يتعلق بالتبديل مثلاً الذي هو فعل يتعلق به خطاب أوفوا، هذا.

مع أن العقد الواقع على النتيجة يتعلق به «أوفوا» باعتبار مقتضياته، فإن الملكية يترتب عليها آثار من حرمة تصرف غير المالك أو حرمة مزاحمته، فالوفاء بالملكية عبارة عن التصرفات المترتبة عليها، كما لا يخفى.

الرابع: احتمال إرادة غير ما تعارف بين الناس من المعاطاة و نحوها مما لا يكون مفاده غير التملك و التملك، بأن يكون مرادهم بالعقد - زائداً على الصيغة و نحوها - التشديد و الإحكام بقول أو عمل، فلا تشمل الآية المعاطاة المبحوث عنها في المقام، فحينئذ لا يصح الاستدلال بالآية للزوم المعاطاة، هذا.

و فيه: أنه لا منشأ لهذا الاحتمال إلا ما ورد في كلام بعض اللغويين من تفسير العقد بالعهد المشدد. لكنّه غير وجيه، لما فيه أولاً من عدم ثبوته، و الظاهر أنه بمعنى العُقدة، و هي أعم من المشددة، فهي بالفارسية بمعنى «كره» سواء أكانت محكمة مبرمة أم لا، ففي المنجد: «وَعَقَدَ الخَيْطَ جَعَلَ فِيهِ عَقْدَةً» ^ب.

و التبادر يقضي بأنه مطلق ما جعل في الحبل و الخيط.

و يشهد لعدم اعتبار الإستيثاق و التوكيد في معناه قول من فسره بمطلق العهود

أ: حاشية المكاسب، ج ١، ص ٨١

ب: المنجد في اللغة، ص ٥١٨، الطبعة المشرون.

كابن عباس و جماعة من المفسرين على ما في مجمع البيان^أ. وعلى هذا فاستعير عقد الحبل لمطلق الربط في الأمور الاعتبارية سواء أكان فيها شذو أم لا.

و ثانياً: من معارضة من قال من اللغويين باعتبار الشذو فيه لقول من لا يقول باعتباره منهم، فلا دليل حينئذ على اعتبار الشذو فيه، فلا مانع من التمسك بالآية الشريفة للزوم المعاطاة.

الخامس: لزوم تخصيص الأكثر، لخروج المعاملات الجائزة، و هي أكثر من العقود اللازمة، بل و خروج العقود الخيارية، فيخرج بسبب خيار المجلس مثلاً مطلق البيع، هذا.

و فيه أولاً: أنه لا يلزم ذلك، لكثرة العقود اللازمة، و قلة العقود الجائزة.

و ثانياً: أن كل تخصيص أكثرى ليس مستهجناً، و أن المستهجن منه هو ما إذا كان الباقي تحت العام بعد التخصيص في غاية القلة، بحيث يكون التعبير عن القليل ببيان العام مستهجناً عند أبناء المحاورة، و خارجاً عن طريقة البيان عندهم، هذا و أما الخيارات فهي من باب التقييد لا التخصيص، و الخيار يكون حينئذ من قبيل اعتبار التقابض في صحة بيع الصرف، فالبيع المشدد المعبر عنه باللازم مقيد بعدم الخيار فيه، فالتقييد ثارة يكون في ناحية الصحة، و أخرى في ناحية اللزوم.

ثم إن هذا الاشكال - أي: لزوم تخصيص الأكثر - مبني على كون الآية المباركة بصدد بيان الوجوب التكليفي أو اللزوم الوضعي. و أما إذا كانت بصدد الإرشاد إلى الصحة فلا إشكال، إذ ليس مفادها حينئذ إلا الصحة المشتركة بين العقود - بأسرها - اللازمة و الجائزة، فلا يلزم تخصيص أصلاً كما لا يخفى. لكن لازمه أجنبية الآية عن أدلة اللزوم بناء على ما يستفاد من المصنف^ت من عدم كونها من أدلة صحة البيع، حيث إنه لم يستدل بها عليها.

السادس: أن المراد بالعقود هي العقود المتعارفة في زمان نزول الآية الشريفة، فلا عموم فيها يشمل المعاطاة.

و فيه: أن الجمع المحل باللام ظاهر في العموم الشامل للعقود المتعارفة في

ذلك الزمان وغيره، ومن المعلوم أنَّ حمل اللام على العهد إلى عقود خاصة بخلاف الأصل. ونظير هذا الاشكال ما يقال أيضاً من: أجنبية الآية عن العقود الفقهية والعهود المتعارفة، إذ المراد بها العقود التي أخذها الرسول الأعظم ﷺ من المسلمين من الاقرار بولاية أمير المؤمنين عليه أفضل صلوات المصلين، كما يظهر مما رواه القمي عن أبي جعفر الثاني عليه السلام، قال عليه السلام: «إن رسول الله ﷺ عقد عليهم لعلي عليه السلام بالخلافه في عشرة مواطن، ثم أنزل: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين عليه السلام»^أ.

و عليه فلا موضوع للاستدلال بهذه الآية على اللزوم من كون الأمر بالوفاء مولوياً أو إرشادياً، ومن كون العقود مطلقاً للعهود أو خصوصاً الموثق منها. لكن يمكن أن يقال: بأن ورود الآية المباركة في الأمر بالوفاء بالميثاق المأخوذ من المسلمين - بل من كافة أهل السماوات والأرضين - و تطبيقها عليه لا يمنع من عموميتها الاستفادة من الجمع المحلى باللام، ومن تفسيره بمطلق العهود كما في صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة، فالمأمور به هو الوفاء بكل عقد وعهد يلتزم به المؤمن وأقر به، سواء أكان إلزاماً معاملياً أم نذراً أم عقد القلب على الإنقياد للإمام المفترض الطاعة، والقيام بما يقتضيه. وعليه فلا مانع من هذه الجهة عن الأخذ بالعموم، والله العالم.

السابع: ما عن الفاضل التراقي رحمه الله من أنه يحتمل أن يكون المراد بالعقود في الآية سائر معاني العهد كالوصية والأمر والضمان، قال: «ولو سلمنا أن للعهد معنى يلائم العقود الفقهية، فإرادة ذلك من الآية غير معلومة»^ب.

وفيه: أولاً: أنه لم يظهر مرادفة العقد للعهد، بل الظاهر خلافه. وثانياً: أن المتسالم عليه بين اللغويين والفقهاء وغيرهم شمول «العقد» للعقود الفقهية.

أ: تفسير البرهان، ج ١، ص ٤٣٦

ب: عوائد الايام، ص ٨

وكذلك^١ قوله صلى الله عليه وسلم : «المؤمنون عند شروطهم»^أ

الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط

(١) كما دلت آية وجوب الوفاء بالعقود على اللزوم، كذلك يدل عليه ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من قوله: «المؤمنون عند شروطهم» وهذا هو الدليل الثامن، وذلك آخر الأدلة التي إستدل بها المصنف رحمه الله على أصالة اللزوم في الملك.

و ينبغي التعرض لأمرين قبل تقريب الاستدلال:

الأول: أن هذا الحديث الشريف روي مُرسلاً عن النبي الأعظم صلى الله عليه وسلم وربما يُرمى بالضعف للإرسال، لكنه روي مسنداً في نصوص معتبرة أسنده الإمام عليه السلام في بعضها إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يُسند لها إليه في بعضها الآخر، وإن كان كلام أولهم وآخرهم صلى الله عليه وسلم أجمعين نوراً واحداً نابعاً من الوحي الالهي وترجماناً له.

الثامن: ما عنه صلى الله عليه وسلم أيضاً من: أن العهد الموثق إما العقد اللازم شرعاً، فلا بد من إحرازه، ومعه لا حاجة إلى التمسك بالآية. أو الموثق العرفي، فلا بد من إثباته. وليس مجرد بنائهم على الإبقاء على مقتضى العقد توثيقاً له، لأن ما لا يقصد فيه الإتيان التثنية ليس عهداً، فحصول التوثيق يحتاج إلى أمر آخر، وعلى المستدل إثبات التوثيق عرفاً.

وفيه: ما عرفته من أن المراد بالتوثيق هو العرفي، ولا موجب لإرادة اللزوم الشرعي من العقود اللازمة، بعد ما مر من عدم كون الوثيقة أمراً زائداً على نفس الربط أو خصوص اللازم منه على الإحتمالين المتقدمين، فيصح التمسك بالآية لصحة كل معاملة على الثاني، ولصحة المعاملات المبنيّة على اللزوم عند العرف على الأول.

نعم مع الشك في الموضوع - أعني به العقدية - لا مجال للرجوع إلى الآية المباركة كما هو واضح.

فتمحصل: أنه يصح التمسك بالآية على صحة المعاطاة بناءً على كون: ﴿أوفوا بالعقود﴾ بصدد بيان صحة العقود، وعلى لزومها بناءً على كونها بصدد اللزوم الوضعي، هذا.

أ: عوالي اللثالي، ج ١، ص ٢١٨، الحديث: ٨٤، و ص ٢٩٣، الحديث: ١٧٣

ب: عوائد الايام، ص ٨

ففي معتبرة منصور بن بزرج - الآتية في التعليقة - استدلّ الامام الكاظم عليه السلام بهذه الجملة على وجوب الوفاء بالشرط فقال: «فان رسول الله ﷺ قال: المؤمنون عند شروطهم». أ وفي موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «أنّ عليّ بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً». ب

وكذا في معتبرتي عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ج. و في معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «و المسلمون عند شروطهم...». د

وعليه فهذا المضمون قد قامت الحجة على صدوره من أهل بيت الوحي عليهم الصلاة والسلام، ومجرد روايتها مرسلّة في عوالي اللئالي غير قادح في الاعتبار. مضافاً الى: أنّها من الروايات المعتمدة عليها في الكتب الفقهية من عصر شيخ الطائفة كما لا يخفى على المتتبع. مركز تحقيق كاتوير علوم إسلامي

الثاني: أنّ المحقق الأردبيلي رحمه الله استدل بهذا الحديث الشريف على لزوم، حيث قال: «لعله يظهر عدم الخلاف في أنّ مقتضى البيع هو اللزوم، مستنداً إلى الكتاب والسنة، مثل قوله تعالى: أو فوا بالعقود، و مثل قول أبي عبدالله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم، إلّا كل شرط خالف كتاب الله، فإنّه لا يجوز، في صحيحة عبدالله بن سنان، وغير ذلك كما سيجيء، فهو مؤيد لما قلناه من اللزوم في بيع المعاطاة، فتذكر». هـ

أ : وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث: ٤

ب : وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث: ٥

ج : المصدر، الحديث: ١ و ٢

د : وسائل الشيعة، ج ١٧، ص ٤٠٨، الباب ٢١ من أبواب موانع الإرث، الحديث: ١

هـ : مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ٢٨٢

و قد حكاه المصنف عنه في أوّل الخيارات عند ذكر هذا النبوي في عداد أدلة اللزوم، لكنه ناقش في دلالة بمنع صدق الشرط على الإلتزامات الابتدائية، فراجع.

وأما تقريب الاستدلال بهذا النبوي على لزوم كل عقد سواء أكان مقتضاه الملكية أم غيرها فهو: أنّ الشرط أطلق على الإلتزام الابتدائي - لا خصوص الإلتزام المأخوذ في ضمن عقد و معاملة - في موارد:

منها: قوله عليه السلام في ردّ من إشتراط على نفسه عدم التزويج بأمرأة أخرى: «انّ شرط الله قبل شرطكم» حيث أطلق الشرط الأوّل على حكم الله الأوّل من تشريع التزويج بأربع.

و منها: قوله عليه السلام في خيار الحيوان: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام» إذ المقصود بالشرط ليس الإلتزام المجعول في عقد البيع، بل نفس كون المشتري بالخيار إلى ثلاثة أيام.

و منها: ما ورد في دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في هذه الدنيا» فإنّ المقصود بالشرط هو الميثاق المأخوذ من الأنبياء عليهم الصلاة والسلام من الإعراض عن زخارف الدنيا والزهد فيها.

و منها: غير ذلك مما سيأتي في التعليقة.

فإطلاق الشرط في النصوص على التعهّد الابتدائي مسلّم.

وكذا ورد في كلام بعض اللغويين، قال في المنجد: «الشرط: إلزام الشيء و إلتزامه» أ و ظاهره أعمية الشرط من الإلتزام الابتدائي و الضمني، فكما يصدق الشرط على الإلتزام بخياطة ثوب في ضمن بيع كتاب بدينار، كذلك يصدق على نفس بيع الكتاب بدينار، لما فيه من الإلتزام بالمعاملة و المبادلة بين المالين.

و عليه فيشمل الشرط الإلتزامات المعاملية، من غير فرق بين كونها مبرزةً بمظهر قولي كالبيع بالصفة، و فعلي كالبيع المعاطاتي، فكأنه قيل: إنّ المؤمن ملزمٌ بشرطه، و أنّه لا يزول شرطه بالفسخ، فالبيع المعاطاتي من الإلتزامات التي لا تزول بالفسخ، وليس هذا إلّا اللزوم،

فإن الشرط لغة^(١) مطلق الالتزام^(٢) فيشمل ما كان بغير اللفظ^(٣).

فيدل الحديث المزبور على لزوم المعاطاة (*).

(١) لا بد أن يكون مقصودُ المصنف من اللغة: بعض اللغويين، وإلا لما صحَّ نسبته إلى اللغة بقول مطلق، إذ فيما بأيدينا من كتبهم تخصيصُ الشرط بالالتزام الضمني، ففي اللسان: «إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه»^أ ونحوه في القاموس وأقرب الموارد. بل في المنجد أيضاً قبل عبارته المتقدمة، حيث قال: «شرطُ عليه في بيع ونحوه: ألزمه شيئاً فيه». وعليه فكون الشرط في اللغة بمعنى مطلق الالتزام غير ثابت. وتام الكلام في التعليقة الآتية.

(٢) يعني: سواء أكان ابتدائياً أم ضمنياً، وسواء أكان قولياً أم فعلياً، وعليه فالإطلاق هنا من ناحيتين.

(٣) كالمعاطاة، فإن الالتزام القلبي فيها يكون كالالتزام في البيع القولي، فيشملة الحديث الدال على وجوب الوفاء به بقول مطلق، ومن المعلوم أن رجوع أحد المتعاطيين فيما انتقل عنه بالمعاطاة نقض للشرط، وهو منهي عنه تكليفاً، وليس بنافذ وضعاً، وهذا هو المقصود من لزوم المعاطاة.

(*) فيه: أن الاستدلال المزبور مبني على كون الشرط مطلق الالتزام، لا خصوص الالتزام الضمني، وذلك غير ثابت، لما عرفت من إختلاف اللغويين في معنى الشرط، وذهب أكثرهم إلى كونه إلتزاماً في ضمن بيع ونحوه. ومقتضى القاعدة التساقط، والمنتقن - بل المتبادر - خصوص الالتزام الضمني، فلا يُطلق على الابتدائي حقيقة حتى يصح الاستدلال به على المعاطاة، ولا أقل من الشك في الشمول.

لا يقال: إن استعماله في الشروط الابتدائية في الروايات كافٍ في رد قول بعض أهل اللغة ممن خص الشرط بالضمني، وإثبات كونه أعم منه ومن الابتدائي، فيُطلق «الشرط» على

نفس البيع كما يُطلق على الالتزام الواقع في ضمنه.

فمن تلك الروايات: قول أبي جعفر عليه السلام - في ردّ من إشتراط عدم التزويج بأمرأة أخرى - : «ان شرط الله قبل شرطكم» إذ المراد بشرط الله جلّ و علا هو نفس تشريع التزويج بالثانية، فأطلق الشرط على الحكم الأولي على حدّ إطلاقه على الالتزام الضمني، المدلول عليه بقوله عليه السلام : «شرطكم».

و منها: قول عايشة لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - في قضية شراء بريرة - «إنّ أهل بُريرة إشتراطوا ولاءها»^ب فتأمل.

و منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «... و شرط الله أكد»^ج.
و منها: قوله عليه السلام : «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام»^د.
و منها: قول الامام السجّاد عليه السلام في دعاء التوبة: «و أوجب لي محبتك كما شرطت. و لك ياربّ شرطي أن لا أعوذ في مكروهك»^{هـ}.

و منها: ما ورد في دعاء الندبة من قوله عليه السلام : «بعد أن شرطت عليهم الزهد... الخ». هذا. فإنّه يقال: بعد تسليم كونه مستعملاً في الموارد المذكورة في الشرط الإبتدائي - إنّ الاستعمال أعم من الحقيقة. مع إمكان التفصي عن ذلك: أمّا في قوله عليه السلام : «شرط الله قبل شرطكم» و «شرط الله أكد» فبكونهما مجازاً بقريئة المشابهة، حيث إنّ شرط الرجل في ضمن عقد النكاح عدمّ التزويج على إمّراته مشابهة لشرطه تعالى جواز تعدد التزويج في النكاح.

و أمّا مثل قوله عليه السلام : «الشرط في الحيوان... الخ» فبأنّ المراد به ظاهراً غير الإلزام

أ : و سائل الشيعة ، ج ١٥ ، ص ٤٦ ، الباب ٣٨ من أبواب المهور ، الحديث : ١

ب : و سائل الشيعة ، ج ١٦ ، ص ٤٠ ، الباب ٣٧ من كتاب العتق ، الحديث : ١

ج : مستدرك الوسائل ، ج ١٣ ، ص ٣٠٠ ، الباب ٥ من أبواب الخيار ، الحديث : ٢

د : و سائل الشيعة ، ج ١٢ ، ص ٣٥١ ، الباب ٤ من أبواب الخيار ، الحديث : ١

هـ : الصحيفة السجّادية ، الدعاء الحادي و الثلاثون : دعاء التوبة.

والالتزام. وإطلاق الشرط عليه باعتبار الشرط الأصولي و هو كون اللزوم معلقاً على إنقضاء الثلاثة، فلزومه معلق على إنقضائها، وجوازه معلق على بقاء الثلاثة.

و الحاصل: أن شرط جواز البيع هو عدم مضي الثلاثة، فإطلاق الشرط على خيار الحيوان بهذه العناية.

و أما قوله عليه السلام: «و أوجب لي محبتك كما شرطت» فيإرادة التعليق منه أيضاً، حيث إن الحب معلق على التوبة، فليس المراد به الالتزام أو الالتزام كما هو مورد البحث.

و أما قوله عليه السلام: «و لك يارب شرطي» فالمراد به هو الضمني، لأن شرط عدم العود وقع في ضمن التوبة.

و أما شرط الولاء للبائع في قصة شراء بريرة فظهوره في الالتزام الضمني لا الابتدائي مما لا يخفى، فراجع الرواية الثانية من نفس الباب، فإنها كالصريحة في أن موالي بريرة شرطوا الولاء في ضمن البيع، فقضى عليه السلام بأن الولاء للمعتق لا للبائع.

و أما إطلاقه على البيع في روايات باب من باع سلعة بثمن حالاً و بأزيد منه مؤجلاً - كقوله عليه السلام في رواية عمار في حديث «إن رسول الله ﷺ بعث رجلاً إلى أهل مكة، وأمره أن ينهائهم عن شرطين في بيع»^أ وفي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف و بيع، و عن بيعين في بيع»^ب و رواية الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي ﷺ: «قال: و نهى عن بيعين في بيع مع - فالظاهر أنه من الإطلاق على الشرط بمعنى التعليق، لا بمعنى الالتزام الابتدائي حتى يتم مدعى المستدل.

توضيحه: أن المراد هو بيع سلعة بثمنين مختلفين - زيادةً و نقيصاً - باختلاف كونه

مؤجلاً وحالاً، فكأنه قال: إن كان حالاً فبكذا، وإن كان مؤجلاً فبكذا، بإطلاق الشرط على البيع حينئذ باعتبار هذا التعليق الذي هو شرط، لا بمعنى الإلزام والإلتزام حتى يكون إلتزاماً ابتداءً، ويثبت به إطلاق الشرط على الإلتزام مطلقاً وإن كان ابتداءً، وباعتبار التبادل يصدق «بيعان في بيع».

وأما الروايتان الواردتان في أبواب المهور فهما:

الأولى: ما رواه منصور بن بُزْرج عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة، ثم طلقها، فبانت منه، فأراد أن يراجعها، فأبى عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاهما ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بش ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار؟ قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: المؤمنون عند شروطهم»^أ.

الثانية: ما رواه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل قال لامرأته: إن نكحتك عليك أو تسرّيت فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء، إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه»^ب.

ونقول فيهما: أما الرواية الأولى التي استدُل بها على إلحاق الشروط بالإبتدائية بالضمينية حكماً - وإن لم يصدق عليها الشرط موضوعاً - فالجواب عنها - بعد الغض عن ظهورها في الشرط الضمني الواقع في ضمن العقد أو وقوع العقد مبنياً عليه - هو: أن إلحاق الحكمي إنما يصح بعد إعتبار الرواية. وليس كذلك، لأنها معارضة بما دل على بطلان هذا النحو من

أ: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث: ٤

وكلمة: «بُزْرج» بضم الباء الموحدة - وقد فتح - وضم الزاء المعجمة، وسكون الراء المهملة ثم الجيم، معرب: بُزْرج أي الكبير، نص عليه في القاموس، كما نقله العلامة المامقاني رحمته الله في تنقيح المقال.

ب: وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٤٧، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث: ٢

الشروط، ولذا حُمِلَتْ على التقية أو الاستحباب، هذا.

وأما الرواية الثانية الظاهرة في كون شرطيته مفروغاً عنها، وأن عدم الجواز إنما هو لأجل مخالفته لكتاب الله، ولا أقل من إثبات الإلحاق حكماً، ففيها: - مضافاً إلى عدم ثبوت كونه ابتدائياً، لقوة احتمال أن يكون الشرط في ضمن العقد ولو بوقوع عقد النكاح مبنياً عليه - أن الاستدلال المزبور مبني على التقية، حيث إن الطلاق لا يقع بهذا النحو مطلقاً وإن كان الشرط سائغاً، ولعل بناء الناس على إدراج هذا النحو من الالتزام في قوله صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون عند شروطهم» إنما كان لأجل قرائن، لا لكونه مقتضى العرف واللغة.

والحاصل: أن دلالة هذين الخبرين على أعمية الشرط للابتدائي - وإلحاق الابتدائي بالضمني حكماً - في غاية المنع.

وأما ماورد في باب إشتراء الطعام وتغير السعر قبل قبضه من الروايات أ - التي يظن منها إطلاق الشرط على البيع، أو مطلق القرار، وكذا في باب السلف وغيره - ففيه: أن المراد به ظاهراً هو الشرط بمعنى التعليق، أو الشرط الضمني، فلا تجدي في المقام، ولا تثبت إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي حتى يقال: إن المعاطاة أيضاً إلزام ابتدائي، فيشمله حديث: المؤمنون عند شروطهم.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لم يثبت إطلاق الشرط لغة وعرفاً على الالتزام الابتدائي الذي جعل المصنف رحمته الاستدلال مبنياً عليه، هذا.

ولا يخفى أنه يمكن منع صحة الاستدلال بالحديث المزبور ولو بعد تسليم أعمية الشرط للشرط الابتدائي موضوعاً أو حكماً، وذلك لأن البيع مبادلة خاصة أو تعليق عين متمولة بعوض متمول على ما تقدم في محله، وعلى التقديرين لا يندرج البيع وغيره من

العقود في الشرط الذي معناه الالتزام، و من المعلوم أن الإلزام أو الالتزام ليس معنى مطابقاً للمعاملات، ولا إلزامياً لها. نعم بناء العقلاء على لزوم بعض المعاملات وإن كان مسلماً، لكنه غير كون المعاملة إلزاماً و إلزاماً، كما هو مورد البحث. فدعوى تمامية الاستدلال بناءً على أعمية الشرط للشروط الابتدائية غير مسموعة.

نعم لو ثبت كون الشرط مطلق الجعل و القرار - أو مطلق الجعل المستتب للإلزام و الضيق كما عن بعض حواشي المتن - لكان البيع و نحوه داخلاً فيه، و لصحّ التمسك بحديث: المؤمنون عند شروطهم.

لكنهما ضعيفان، إذ لازم الأول صحة إطلاق الشرط على جعل النصب و الإشارات، وهو كما ترى.

و لازم الثاني صحة إطلاق الشرط على جعل الأمانة الشرعية المستتبعة للضيق و الإلزام، و لم يعهد هذا الإطلاق أصلاً.

نعم يمكن إلغاء الخصوصية عرفاً و التعدي إلى الشروط الابتدائية - بل إلى مطلق الجعل و القرار - بمناسبة الحكم و الموضوع، بدعوى: أن العرف يفهم من مثل قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» أن ما يكون المؤمن ملزماً به هو نفس الجعل و قراره من غير دخالة لعنوان الشرط فيه، فالضمنية و الابتدائية و الشرط و سائر عهوده على السواء في ذلك، فيتجه الاستدلال حينئذ بحديث «المؤمنون عند شروطهم» على لزوم المعاطاة، هذا.

لكنه لا يخلو من تأمل، لأن إلغاء الخصوصية منوط بالعلم بوحدة المناط، أو ظهور اللفظ في العموم و لو بقرينة توجب كون اللفظ ظاهراً فيه عرفاً. و الكل مفقود في المقام. و مجرد الاحتمال غير مجد كما لا يخفى. فالاستدلال بالحديث لإثبات لزوم المعاطاة و كونها كالبيع بالصيغة غير وجيه. هذا.

فتلخص مما ذكرنا: أن الاستدلال بحديث «المؤمنون عند شروطهم» لا يستقيم بشيء من الوجوه المزبورة: من أعمية الشرط للشروط الابتدائية، و من إلغاء خصوصية الشرط،

والمحاصل^(١): أن الحكم باللزوم

(١) لما فرغ المصنف رحمه الله من إقامة الدليل على أصالة اللزوم نبه على ما تحصل منها تمهيداً للمناقشة في ترتب الملك اللازم على خصوص المعاطاة في البيع. وحاصل تلك الأدلة الثمانية أمران:

الأول: أن الأصل في كل عقد مملوك هو اللزوم، سواء حصل بالبيع أم الصلح أم الهبة أم غيرها، وتزلزله منوط بدليل خاص.

الثاني: أن الأصل في خصوص البيع هو اللزوم، سواء أنشئ باللفظ أم بالتعاطي. وعليه فلا يبقى مجال لسائر الأقوال في المسألة، مثل كون المعاطاة بيعاً فاسداً كما في نهاية العلامة، وكونها مفيدة للإباحة المحضة كما نص عليه المشهور في كليتها، وكونها مفيدة للملك اللازم بشرط كون الدال على التراضي لفظاً كما نقله الشهيد الثاني عن بعض مشايخه، وواقفه جمع.

ومقصود المصنف فعلاً تمهيد الكلام لرفع اليد عن هذا الأمر الثاني، وأن أصالة اللزوم في العقود المملوكة وبيع اللفظي وإن كانت حجة، إلا أنها في خصوص المعاطاة معارضة

ومن جعل الشرط مطلق الجعل أو خصوص الجعل المستتبع للإلزام والضيق، ولا من إطلاق الشرط على البيع في بعض الروايات المتقدمة، وذلك لما عرفت من المناقشة في الجميع. ثم إن قوله رحمه الله: «المؤمنون عند شروطهم» جملة خبرية استعملت في مقام الانشاء كسائر الجمل الخبرية المستعملة في الانشاء، والعُنْشَاء هو الوجوب كما يقتضيه الغلبة. فدعوى: «كون المستفاد منها حكماً أخلاقياً مسوقاً لما يقتضيه الإيمان وبقود إليه، نظير: المؤمن إذا وعد وفى» كما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله غير مسموعة. فدلالة الحديث على وجوب الوفاء بالشروط مما لا مساغ لإنكاره. وبقية الكلام في هذا المقام موكولة إلى مبحث الشروط.

في مطلق الملك^(١)، وفي خصوص البيع^(٢) مما لا يُنكر.
لكن^(٣) الظاهر فيما نحن فيه^(٤) قيام الإجماع

بالاجماع على عدم لزوم الملك فيها، فلا بد من علاج المعارضة، وستأتي تنمة الكلام في ذلك.
(١) كما إقتضته الأدلة العامة، وهي آيتا حرمة الأكل بالباطل ووجوب الوفاء بالعقود،
وحديث السلطنة والحل والشرط، والاستصحاب.

(٢) كما إقتضاه أخبار خيار المجلس، لاختصاص مدلولها بلزوم عقد البيع.
(٣) هذا شروع في الاشكال على القول بإفادة المعاطاة للملك اللازم، و غرضه إقامة
الدليل على تخصيص قاعدة اللزوم - في الملك و البيع - بالمعاطاة، وأن الملك الحاصل بالمعاطاة
خارج عن حيز هذه القاعدة، لوجوه:

أولها: الاجماع، و هو يقرّر تارةً بنحو الاجماع البسيط، و أخرى بنحو الاجماع
المركب.

ثانيها: دلالة بعض الأخبار على اعتبار اللفظ في إنشاء البيع.

ثالثها: السيرة على عدم الاكتفاء بالتعاطي في البيوع الخطيرة.

أما الاجماع فالظاهر تحققه، ففي الجواهر - لدى التعليق على قول المحقق: و لا يكفي
التقايض - ما لفظه: «للأصل المقرّر بوجوه: الاجماع بقسميه أو الضرورة، و صدق البيع مثلاً
بعد التسليم و التجارة عن تراض لا يستلزم تحقق العقد الذي يترتب عليه اللزوم...».

و عليه لابد من تخصيص أصالة اللزوم في الملك و البيع، و الالتزام بالملك المتزلزل
الذي اختاره المحقق الثاني، و يتوقف لزوم المعاطاة على طروء بعض الملزمات من التلف
و التصرف ونحوها.

هذا كله في أصل تحقق الاجماع، و سيأتي بيان بعض الوجوه المؤيدة له.

و أما سائر الأدلة فسيأتي بيانها بعد ذلك إن شاء الله تعالى.

(٤) و هو المعاطاة.

على عدم لزوم المعاطاة^(١) بل ادّعاء صريحاً بعض^(٢) الأساطين في شرح القواعد.
ويعضده^(٣) الشهرة المحققة، بل لم يوجد به^(٤) قائل

(١) هذا هو الاجماع البسيط على عدم لزوم المعاطاة، في مقابل الاجماع المركب الآتي.
(٢) يعني: أن كاشف الغطاء قد إدعى الاجماع على عدم لزوم المعاطاة، لا مجرد الاجماع على اعتبار اللفظ في البيع، لاحتمال إرادة عدم الصحة لا عدم اللزوم. لوضوح أن الاجماع على اعتبار اللفظ يلتزم مع القول بالإباحة كما هو المشهور، والقول بالملك المتزلزل.
وبهذا ظهر وجه إضرابه عن ظهور الاجماع الى صراحته في نفي اللزوم، حيث إن معقد إجماع مثل صاحب الجواهر مجرد اعتبار اللفظ في البيع والعقود اللازمة. ومعقد إجماع كاشف الغطاء نفي تأثير المعاطاة في الملك اللازم.

(٣) أي: وعضد الشهرة الإجماع، وغرضه تأييد دعواه الاجماع - على عدم لزوم المعاطاة - بأمر ثلاثة، وهي الشهرة واجماعان منقولان:

فالأول هو الشهرة الفتوائية القطعية على عدم ترتب الملك اللازم على المعاطاة. قال الشهيد الثاني - في شرح قول المحقق: ولا يكفي التقابض - مالفظة: «هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً، غير أن ظاهر المفيد^{عليه السلام} يدل على الاكتفاء في تحقق البيع بما دل على الرضا به...» فإن المشهور ينكرون لزوم الملك بالمعاطاة، سواء أبقيت عبارتهم على ظاهرها من الإباحة المحضة، أم حُلّت على الملك الجائز.

وعلى هذا فالاجماع المدعى على عدم اللزوم يتأيد بفتوى المشهور، ويشكل مخالفته بدعوى كونه منقولاً بخبر الواحد.

(٤) أي: بلزوم المعاطاة، وغرضه الترقّي عن الشهرة إلى دعوى الاجماع، يعني: أن الاجماع الذي إدّعاء كاشف الغطاء على عدم اللزوم ليس إجماعاً حادثاً، بل هو مستلّق من السلف الصالح، لذهاب الأصحاب طراً - قبل عصر المحقق الأردبيلي - الى عدم اللزوم.

فان قلت: إن القائل باللزوم من القدماء هو المفيد، فلا إجماع منهم على عدم اللزوم،

إلى زمان بعض^١ متأخري المتأخرين، فإن^٢ العبارة المحكية عن المفيد رحمته في المقنعة لا تدلّ على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به^٣، فإن المحكي عنه أنه قال: «ينعقد البيع على تراضٍ بين الإثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع وتقابضا واقتربا بالأبدان» انتهى.

ولا ينحصر القائل باللزوم في المحقق الأردبيلي وغيره ممن هو في طبقة متأخري المتأخرين. قلت: الظاهر اتفاق القدماء على عدم اللزوم، لعدم إحراز مخالفة الشيخ المفيد لهم، اذ في عبارته احتمالان، وليس كلامه صريحاً ولا ظاهراً في اللزوم حتى يعدّ مخالفاً للمشهور.

(١) وهو المحقق الأردبيلي والكاشاني^٤ والمحدث الجزائري رحمته قال جدنا الأجل السيد الجزائري رحمته في ذيل الكلام المتعلق بآية التجارة - على ما حكى عنه - مالفظة: «و اعلم أنّه يمكن أن يستفاد من ظاهر الآية حكمان، أحدهما عدم توقف المبايعة و لزومها على العقد المصطلح بين فقهاءنا من الإيجاب والقبول كمية وكيفية، لأنّه جعل مناط الصحة هو التراضي، وهذا عن شيخنا المفيد طاب ثراه في تجويز بيع المعاطاة. و ثانيهما: فساد بيع الفضولي، لأنّه لم يقع عن تراضٍ من أهل المال، وإليه ذهب الشيخ رحمته في المبسوط. و المشهور بين علمائنا الجواز تعويلاً على رواية عروة، وذكر مضمون الرواية، ثم قال: وفيه بعد تسليم الرواية جاز أن يكون ذلك لكون النبي صلّى الله عليه وآله وكّله وكالة مطلقة» انتهى كلامه رفع مقامه.

و الشاهد في قوله: «عدم توقف المبايعة و لزومها على العقد المصطلح بين الفقهاء» لصراحة هذا الكلام في إفادة المعاطاة ملكاً لازماً.

(٢) هذا دفع ما يتوهم من منافاة ما عن المفيد من اللزوم لقوله: «بل لم يوجد به قائل ... الخ» وقد تقدم توضيحه بقولنا: «ان قلت ... قلت».

(٣) أي: الاعتراف بعدم الدلالة، قال العلامة في المختلف: «ولا تكفي المعاطاة في العقد،

أ: المقنعة، ص ٥٩١

ب: مجمع الفائدة والبرهان، ج ٨، ص ١٤٢، مفاتيح الشرائع، ج ٣، ص ٤٨

ج: غاية المرام في شرح تهذيب الاحكام، الجزء الثالث، مخطوط.

و يقوى^(١) إرادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين إثنين و تأثيره في اللزوم،
و كأنه لذلك^(٢) حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ عليه السلام: أنه لا بد في البيع
عندهما من لفظ مخصوص.

ذهب إليه أكثر علمائنا، و للمفيد عليه السلام قول يوهم الجواز، فإنه قال: و البيع ينعقد... الخ ثم
قال العلامة: «و ليس في هذا تصريح بصحته، إلا أنه موهم»^١.

و مقصوده: أن العبارة المذكورة توهم صحة المعاطاة - عند المفيد - و إفادتها للملك،
و ليست صريحة في ذلك حتى يعد المفيد مخالفاً للقائلين بعدم لزوم المعاطاة.

(١) غرضه أن عبارة الشيخ المفيد عليه السلام تحتل ضعيفاً إرادة اللزوم بعد إستجماع البيع
للشروط التي ذكرها، و من المعلوم أن الصيغة لم تذكر من تلك الشروط، و مقتضى ذلك كون
المعاطاة الجامعة لتلك الشرائط لازمة، فعليه يكون الشيخ المفيد عليه السلام مخالفاً للمجمعين.

و لكن يحتل في عبارته قوياً عدم إرادة إنحصار شروط الصحة و اللزوم فيما ذكره حتى
يقتضي عدم التصريح بشرط آخر إنعقاد البيع و لزومه، بل مقصوده بيان شرائط الصحة
كمعرفة العوضين، و التراضي بالبيع، و شرائط اللزوم كالتقابض المترتب على البيع،
و الإفراق بالأبدان، و مقتضى شرطية شيء هو فقدان الشروط بانتفائه، كشرطية الطهارة
للصلاة، فإن مقتضى شرطيتها هو إنعدام الصلاة بانعدامها، و من المعلوم أن شرطية الطهارة لها
لا تنافي شرطية شيء آخر للصلاة كما لا يخفى.

و عليه فشرطية ما ذكره الشيخ المفيد عليه السلام لصحة البيع و لزومه لا تنافي شرطية غيره
كالإيجاب و القبول.

و يؤيده أن الشيخ المفيد لم يذكر الصيغة في عقد النكاح، مع أن اعتبارها فيه من
القطعيّات، فحينئذ لا يمكن عد المفيد مخالفاً.

فغرض المصنف من قوله: «و يقوى» هو عدم كون المفيد مخالفاً للمجمعين.

(٢) يعني: ولأجل كون مراد المفيد شروط صحة البيع و لزومه حكى كاشف الرموز... الخ،
حيث بنى الفاضل الآبي عليه السلام صحة بيع الفضولي و بطلانه على إقتضاء النهي في المعاملات فساد

وقد تقدّم^١ دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعاً^٢.

المنهي عنه، و عدمه، فالقائل بالاعتضاء يلزمه القول بالفساد، إلا أن يقول إن عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً، بل كل ما يدل على الانتقال فهو عقد، ثم قال: «و اذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا دام ظله - وهو المحقق الحلّي - لأنّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضي الفساد، ولا للبيع لفظ مخصوص. بل يُشكل على الشيخين، لأنّها يُخالفانه في المسألتين»^أ.
و الشاهد في الجملة الأخيرة، حيث إنه نسب - جازماً - إلى الشيخ المفيد والطوسي **تتريماً** اعتبار لفظ مخصوص في عقد البيع، فيكون مختار الشيخ المفيد ما هو المشهور من اعتبار الصيغة المخصوصة في انعقاد البيع، وليست المعاطاة بيعاً.

و لعلّ إسناد كاشف الرموز اعتبار اللفظ المخصوص في البيع إلى المفيد **تتريماً** يكون لأجل اعتبار التقابض بعد قوله: «و ينعقد البيع» إذ لا معنى لشرطية التقابض للمعاطاة، لأنّ حقيقتها التقابض، ولا معنى لكون شيء شرطاً لنفسه، فلا بد أن يراد بالبيع بقوله: «و ينعقد البيع» خصوص القولي. و عليه فورد كلام الشيخ المفيد هو البيع اللفظي، لا الأعم منه و من الفعلي، ولا خصوص الفعلي حتى يقال: **إنّه قائل باللزوم، و يخالف للمُجمعين القائلين بعدم لزوم المعاطاة.**

(١) غرضه **تتريماً** من الإشارة إلى كلام السيد ابن زهرة **تتريماً** تأييد ما ادعاه بقوله: «بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخرين» وهذا معاضد ثانٍ للإجماع المنقول الذي ادّعاه بعض الأساطين، فليس ذلك إجماعاً منقولاً بخبر الواحد حتى يُرمى بعدم الاعتبار، بل هو إجماع متضافر النقل.

(٢) حيث قال في عبارته المنقولة عند نقل الأقوال في المعاطاة: «و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاة . . . فإنّ ذلك ليس ببيع. يدلُّ على ما قلناه الاجماع المشار إليه»^ب.

أ: كشف الرموز، ج ١، ص ٤٤٥ و ٤٤٦

ب: غنية النزوع، ص ٥٢٤ (المجوامع الفقهية).

وهو^١ نص في عدم اللزوم (*).

(١) يعني: وإجماع السيد ابن زهرة على نفي بيعية المعاطاة نص في عدم لزومها بلحاظ القدر المتيقن منه.

فان قلت: لا وجه لجعل إجماع السيد مؤيداً ومعاضداً لإجماع بعض الأساطين على عدم ترتب الملك اللازم على المعاطاة، وذلك لأن مقصود السيد من الاجماع على نفي بيعية المعاطاة نفي الماهية والصحة، لقوله: «وإنما هو إباحة التصرف» و عليه فالمعاطاة عند ابن زهرة بيع فاسد لا يفيد الملك أصلاً لا متزلزلاً ولا مستقراً، وتفيد الإباحة تعبداً، فلا ربط لكلامه بنفي الملك اللازم وإثبات الملك الجائز حتى يكون معاضداً لإجماع كاشف الغطاء على نفي اللزوم. قلت: لا مانع من الاستشهاد بكلام السيد وجعل دعواه الاجماع مؤيداً لعدم اللزوم، وذلك لدلالة قوله: «ليس ببيع» على أمرين: أحدهما: نفي اللزوم، والآخر: نفي الصحة. ودلالته على الأول تكون بالصراحة، إذ الأثر الأقصى المترتب على البيع هو الملك اللازم، وهو غير مترتب على المعاطاة سواء قيل بإفادتها الإباحة أم بإفادتها الملك المتزلزل. ودلالته على الثاني - وهو نفي طبيعة البيع عن المعاطاة - تكون بالظهور، لاحتمال إرادة نفي اللزوم خاصة. وحينئذ فيؤخذ بالقدر المتيقن من قول السيد: «ليس ببيع» وهو عدم مماثلة المعاطاة للبيع بالصيغة في اللزوم، ولا يؤخذ بظهور كلامه في نفي أصل بيعية المعاطاة. و عليه يتجه ما أفاده المصنف رحمه الله من جعل إجماع الغنية موافقاً لإجماع بعض الأساطين على عدم لزوم المعاطاة.

(*) هذا غير ظاهر، لأن نفي البيعة لا يستلزم عدم اللزوم، لإمكان أن يكون المعاطاة إباحة لازمة عندهم، فنفي بيعية المعاطاة لا يدل - ولو بنحو السالبة بانتفاء الموضوع - على نفي اللزوم.

إلا أن يقال: أن المدعى هو نفي الملك اللازم، و الإباحة اللازمة غير الملك اللازم.

ولا يقدح^(١) كونه^(٢) ظاهراً في عدم الملكية الذي^(٣) لا نقول به.
و عن جامع المقاصد: «يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع»^(٤).
نعم^(٥) قول العلامة رحمته الله في التذكرة: «أن الأشهر عندنا: أنه لا بد من الصيغة» أ

(١) يعني: لا يقدح ظهور كلام الغنية - في نفي بيعية المعاطاة - في المدعى، وهو عدم لزوم المعاطاة.

وجه عدم القدح رفع اليد عن ظهور كلام السيد في نفي مملكية المعاطاة، وذلك لقيام الأدلة على إفادتها للملك الجائز، فهذا الظهور لا يمكن الأخذ به من جهة معارضة الأدلة على مملكية المعاطاة بمنعها صغرياً. وقد تقدم توضيح وجه عدم القدح بقولنا: «فان قلت ... قلت».

(٢) يعني: كون إجماع الغنية ظاهراً في نفي الموصوف وهو طبيعة البيع، لا خصوص الوصف وهو اللزوم.

(٣) وصف لقوله: «عدم الملكية» يعني: لا نقول بعدم الملكية.

(٤) هذا الاجماع معاضد ثالث لإجماع بعض الأساطين.

وقد تحصل إلى هنا: أن الاجماع المتضافر نقله قد قام على عدم ترتب ملك لازم على المعاطاة، وعليه لا بد من تخصيص أصالة اللزوم - في الملك والبيع - بهذه الاجماع المنقولة. وسيشرع المصنف في هدم هذه الاجماع، فيانتظر.

(٥) استدراك على قوله: «لكن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة» ومقصوده الإشكال على هذا الاجماع بوجهين:
أحدهما: منع تحققه في نفسه، لوجود المخالف المعتد به.
وثانيهما: منع حجيته، لكونه فاقداً لمناط الاعتبار وهو الكشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

و توضيح الوجه الأول: أن كلام العلامة في التذكرة: «أن الأشهر عندنا ... الخ» يدل عرفاً على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، بحيث يقدح في دعوى الاجماع على عدم اللزوم، إذ لو كان المخالف شاذاً لعبّر العلامة بالمشهور، كما لا يخفى على العارف بمحاورات الفقهاء.

يدل^١ على وجود الخلاف المعتد به في المسألة. و لو كان المخالف شاذاً لعبّر بالمشهور.

وكذلك^٢ نسبته في المختلف إلى الأكثر.

وفي التحرير: «أن الأقوى أن المعاطاة غير لازمة»^ب.

ثم^٣ لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملّكة، وإنما تفيد الإباحة

(١) خبر قوله: «قول العلامة».

(٢) يعني: وكذلك كلام العلامة في المختلف و التحرير يدل على وجود الخلاف المعتد به، وذلك فإن نسبة عدم اللزوم إلى الأكثر في الأول - وجعله أقوى في الثاني - يدل أيضاً على وجود الخلاف المعتد به القادح في دعوى الاجماع على عدم اللزوم في المعاطاة.

و مع دلالة هذه العبارات الثلاث - من التذكرة و المختلف و التحرير - على وجود الخلاف المعتد به كيف تصح دعوى الاجماع على اللزوم؟ ففرض المصنف من ذكر هذه العبائر الثلاث توهين الاجماع المدعى على عدم اللزوم.

(٣) هذا هو الوجه الثاني من الاشكال على الاجماع البسيط على عدم اللزوم، وحاصله: أن الاجماع على عدم اللزوم - بعد تسليمه والإغراض عن وجود الخلاف المعتد به الذي إستظهرناه من كلمات العلامة رحمته في التذكرة و المختلف و التحرير - غير مفيد، لذهاب كثير من القائلين بعدم اللزوم بل أكثرهم إلى كون المعاطاة مفيدة للإباحة، و هذا الاجماع لا يكشف عن إفادة المعاطاة للملك الجائز، لإمكان ذهاب كلهم أو جلهم إلى اللزوم على تقدير عدولهم عن الإباحة، و بنائهم على إفادة المعاطاة للملك. فالاجماع المفيد المطابق للمدعى هو إتفاقهم على عدم اللزوم على تقدير إفادتها للملك، و هذا غير معلوم، فالاجماع المفيد غير متحقق، و المتحقق غير مفيد.

لم يكن^(١) هذا الاتفاق كاشفاً^(٢)، إذ^(٣) القول باللزوم فرع الملكية، ولم^(٤) يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له. وهذا مما^(٥) يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور، لأن^(٦) قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع^(٧). نعم^(٨) يمكن أن يقال: - بعد ثبوت الاتفاق المذكور - إن أصحابنا بين قائل

(١) جواب «لو فرضنا».

(٢) يعني: عن رأي المعصوم عليه السلام بعدم لزوم الملك في المعاطاة، مع أن مناط حجية الاجماع عندنا هو الكشف عن رأيه عليه السلام.

(٣) تعليل لعدم كاشفية الاجماع المتقدمة.

(٤) يعني: والحال أنه لم يقل بالملكية إلا بعض ... الخ.

(٥) يعني: وعدم القول بالملكية إلا من بعض متأخري المتأخرين تبعاً للمحقق الثاني يوهن حصول القطع أو الظن بقول المعصوم عليه السلام من الاتفاق المزبور الذي ادّعاه السيد والمحقق الكركي، والمفروض أن مناط حجية الاجماع إنما هو الكشف عن قوله عليه السلام أو عن حجة معتبرة.

(٦) تعليل لقوله: «يوهن» توضيحه: أن السالبة بانتفاء الموضوع لا تثبت السالبة بانتفاء المحمول التي هي مورد البحث، فإن نفي الملكية لا يثبت الملك الجائز على تقدير القول بإفادة المعاطاة للملك.

وإن شئت فقل: إن الاجماع تقييدي، وهو غير كاشف عن كون إفادة المعاطاة للملك المتزلزل إجماعية، لأن نفي اللزوم وإن كان ظاهراً في سلب المحمول على ما هو الأصل في القضايا السلبية، إلا أن هنا قرينة على إرادة سلب الموضوع، حيث إن الأكثر قائلون بإفادة المعاطاة للإباحة دون الملك، فالمراد بنفي اللزوم نفي الملك، لا نفي وصفه وهو اللزوم مع وجود أصل الملك.

(٧) لكونهم قائلين بالإباحة، فلا بيع حتى يكون لازماً أو جائزاً.

(٨) هذا بظاهره استدراك على مناقشته في الاجماع على عدم اللزوم، ولكنه في الحقيقة

بالمملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأساً^(٢) فالقول بالمملك اللازم قول ثالث^(٣)، فتأمل^(٤).

وكيف كان^(٥) فتحصيل^(٦) الإجماع على وجه إستكشاف قول الامام عليه السلام

إشارة الى الدليل الثاني على تخصيص قاعدة اللزوم في المعاطاة، وهو الاجماع المركب.

و حاصل تقريره: أن الأصحاب بين قائل بالمملك الجائز و بين قائل بعدم الملك رأساً، بل بالإباحة، فهم على هذين القولين، و من المعلوم أن القول بالمملك اللازم مخالف لهما معاً، ويكون قولاً ثالثاً لا يجوز إبداعه.

و عليه فلا بد من الالتزام باختصاص الملك اللازم بالبيع القولي، دون المعاطاتي.

(١) كالمحقق الثاني و من تبعه.

(٢) كما هو مذهب مشهور القدماء من القول بإباحة التصرف.

(٣) يعني: فلا يجوز إحدائه، لكونه خرقاً للإجماع المركب.

(٤) لعلّه إشارة إلى: أن عدم جواز إحداث القول الثالث مبني على رجوع الاجماع المركب إلى البسيط، بأن يكون الفريقان متفقين على نفي الثالث، لا أن يكون نفي الثالث منتزعا منها. و من المعلوم أنه لم يثبت إتفاقهم هنا على نفي الثالث.

و عليه فدعوى الاجماع المركب غير مفيدة في المقام.

أو إشارة إلى: أنه إذا كان المقصود نفي القول بالمملك اللازم من دون قصد إلى إثبات الملك الجائز لم يكن حاجة حينئذ إلى التشبث بالاجماع المركب، لكفاية نفس الاجماع البسيط على عدم اللزوم في نفي الملك اللازم.

(٥) يعني: سواء أريد تخصيص قاعدة اللزوم في المعاطاة بالاجماع البسيط أو المركب،

فإن كليهما ممنوع.

(٦) هذا تقرير الاشكال على كلا تقريري الاجماع على نفي اللزوم، و محصله: عدم تحقق

الإتفاق - بسيطاً و مركباً - لدلالة كلمات العلامة في التذكرة و المختلف و التحرير على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، و معه لا تصح دعوى الإجماع على عدم اللزوم في المعاطاة، إذ

من قول غيره من العلماء - كما هو طريق المتأخرين - مشكلاً^(١)، لما ذكرنا^(٢)، وإن كان هذا^(٣) لا يقدح في الاجماع على طريق القدماء، كما بُيِّن في الأصول. وبالجملـة^(٤)؛ فما ذكره في المسالك^(٥) من قوله - بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ في اللزوم -: «ما أحسنه و ما أمتن دليـله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه» في غاية الحسـن و المتانة.

ليس إتياف جماعة كاشفاً عن قول المعصوم عليه السلام كما هو مناط حجية الاجماع عند المتأخرين. (١) خبر «و تحصيل».

(٢) من عدم تحقق الاتفاق على عدم لزوم المعاطاة، بل المسألة خلافية.

(٣) أي: ما ذكرناه من وجود الخلاف المعتد به، حاصله: أن الخلاف قادح في الاجماع على طريقة المتأخرين، وهي كشف قول المعصوم عليه السلام حدساً عن قول المجمعين. و غير قادح فيه على طريقة القائـلـين بأن مناط حجية الاجماع دخول المعصوم عليه السلام، فلا مانع حينئذ من تحقق الإجماع ولو مع مخالفة كثير منهم ممن هو معلوم النسب، إذ المفروض وجود الامام عليه السلام في غيرهم.

(٤) هذه خلاصة ما ذكره من النقض و الأبرام حول الاجماع المدعى على عدم اللزوم.

(٥) حيث قال: «و الذي اختاره متأخروا الشافعية و جميع المالكية إنعقاد البيع بكل ما دل على التراضي، و عدّه الناس بيعاً، و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم. و ما أحسنه و أمتن دليـله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه».

و هذه العبارة و إن كانت ظاهرة في كفاية مطلق الكاشف لا خصوص اللفظ، لكن تعبيره بـ «و هو قريب من قول المفيد و شيخنا المتقدم» قرينة على أن مراده من الحسـن و المتانة هو مانبه عليه في أول بحث المعاطاة - بعد نقل كلام المفيد - بما لفظه: «و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك أيضاً - أي إلى اللزوم - لكن يشترط في الدال كونه لفظاً».

و كيف كان فوجه المناسبة في نقل كلام المسالك هو: تأييد ما أفاده المصنف رحمه الله من

والإجماع^(١) وإن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلا أن المظنون قوياً
تحققه^(٢) على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على إنشاء التملك، سواء لم يوجد لفظ
أصلاً^(٣) أم وجد و لكن لم ينشأ التملك به^(٤)، بل كان من جملة القرائن على قصد
التملك بالتقابض^(٥) (*).

التردد والتأمل في ثبوت الاجماع على إناطة لزوم الملك باللفظ، حيث إن ظاهر المسالك هو
تردده في ثبوت الاجماع، ومع التردد فيه يتعين التمسك بعموم ما دل على لزوم الملك.

(١) مقصوده ^{مؤيد} - بعد أن منع أنفاً من تحقق إجماع تعدي على اعتبار الصيغة في لزوم
الملك - التفصيل في المسألة، وتأييد الاجماع في صورتين، إذ الصور ثلاث:

الأولى: أن لا يوجد لفظ دال على التملك أصلاً، بأن كانت المقاومة بالإشارة والكتابة،
ثم تحققت المعاطاة. وحكم هذه الصورة عدم اللزوم، للاجماع المظنون تحققه.

الثانية: أن يوجد لفظ دال على التراضي، ولكن كان في مقام المقابلة، لا في مقام إنشاء
التملك، فكان الإنشاء كالصورة السابقة بنفس التقابض. وهذه الصورة كالأولى في عدم اللزوم، للاجماع.

الثالثة: أن يوجد لفظ دال على التراضي وأنشئت المعاملة به، لا بنفس التقابض.
وحكم هذه الصورة اللزوم، لفرض تحقق الإنشاء بالصيغة، سواء أكانت ملحونة مادة أو هيئة.

أم صحيحة جامعة لشرائط الصحة والتأثير في الملك اللازم.

(٢) والظن وإن لم يغن من الحق شيئاً، لكن لا بأس بالاعتقاد عليه في الخروج عن مخالفة
المشهور القائلين باعتبار الإنشاء القولي.

(٣) أي: لا في مقام المقابلة ولا في مقام الإنشاء. وهذه أولى الصور الثلاث.

(٤) أي: باللفظ، وهذا إشارة إلى الصورة الثانية.

(٥) و بقيت صورة واحدة خارجة عن معقد الاجماع، وهي ما إذا كان إنشاء المعاملة
باللفظ الملحون مثلاً، فإنه يؤثر في اللزوم كالصيغة الجامعة للشرائط.

فالمقصود هو كون المعاطاة مفيدة للملك الجائز، و من المعلوم أن الاجماع البسيط على هذا المدعى غير ثابت، لأنَّ جُلَّ القائلين بعدم اللزوم ذهبوا إلى أنَّ المعاطاة لا تنفذ الملك، بل تفيد الإباحة، و حيث إنَّ مناط حجّية الاجماع كشفه عن رأي المعصوم ^{عليه السلام} لم يكن قول القائلين بالإباحة كاشفاً عن كون رأيه ^{عليه السلام} هو الملك الجائز، بل يكون كاشفاً عن عدمه.

و أمّا قول غيرهم ممّن يقول بالملك الجائز فهو و إن كان مطابقاً للمدعى، لكنه ليس إجماعاً كما هو ظاهر، فالاجماع البسيط المحضّل غير حاصل، و المنقول منه و إن كان ثابتاً، لكنه ليس فيه طائل، لعدم اعتباره على ما ثبت في الاصول.

و أمّا الاجماع المركب فهو ما لم يرجع الى البسيط لا يكون حجة، و من المعلوم أن رجوعه إليه منوط بالعلم بذهاب كل من الطائفتين - على تقدير بطلان قوله - إلى قول الطائفة الأخرى حتى يثبت إجماعهم على نفي القول الثالث. و عدم ثبوته هنا بديهي، لكون مسألة المعاطاة ذات أقوال سبعة كما عرفت سابقاً، فالاجماع بقسميه أعني البسيط والمركب غير حاصل. ثم إنّه على فرض حصول الاجماع المحضّل لا سبيل إلى القطع بكونه من الاجماع التعبدى، لقوة احتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه كالروايات التي زعموا دلالتها على اعتبار اللفظ في اللزوم.

و أمّا الشهرة على ثبوت الملك الجائز ففيها أولاً: عدم حجيتها كما ثبت في الاصول.

و ثانياً: معارضتها لشهرة القدماء على إفادة المعاطاة للإباحة.

و أمّا ما أفاده المصنف ^{رحمته الله} من دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى الأشياء الخطيرة بالمعاطاة، و إنّما يكتفون بها في المحقّرات التي لا يلتزمون بلزوم المعاملة فيها، ففيه أولاً: عدم تحقق السيرة كذلك، بل السيرة في الكل على نهج واحد.

و ثانياً: - بعد تسليمها - تكون أخص من المدعى الذي هو أعم من المعاطاة الواقعة على الأمتعة الخطيرة و الحقيرة.

و ثالثاً: يمكن أن يكون الوجه في التفصيل احتمال عدم إمكان التعاطي من الطرفين

وقد يظهر^(١) ذلك^(٢) من غير واحد من الأخبار^(٣).

(١) هذا إشارة الى الدليل الثاني على لزوم تخصيص أصالة اللزوم في الملك بالمعاطاة، كما أن الاجماع المتقدم - من بسيطه و مركبه - هو الدليل الأول على التخصيص. ومحصل هذا الوجه: دلالة طائفة من الأخبار على اعتبار اللفظ - في الجملة - في مقام إنشاء البيع، وعدم كفاية التعاطي العاري عنه.

(٢) قال السيد الطباطبائي رحمته الله: «يعني: يظهر إشتراطُ اللزوم بكون إنشاء المعاملة باللفظ في الجملة». أ. وقال الفقيه المامقاني رحمته الله: «يعني: أنه يظهر منها إنتفاء اللزوم بانتفاء مطلق اللفظ الدال على الإنشاء، سواء لم يوجد أصلاً أم وُجد ولكن لم يُنشأ به التملك» ب. ومفاد كلام كلا العَلَمَين واحد بالتأمل.

(٣) قال السيد: «و لعل نظره في ذلك إلى ما أشرنا إليه سابقاً من الخبر الوارد في بيع المصحف و أطنان القصب» ج مثل قوله عليه السلام في موثق سماعه: «لا تشتري كتاب الله عز و جل، ولكن إشتري الحديد و الورق و الدفتين، و قل: أشتري منك هذا بكذا و كذا» د.

مركز تحقيق كتاب تبيين عدم

المعتبر في المعاطاة في مثل الدار و اليستان و الدكان و نحوها من غير المنقولات التي زعموا أنه لا يتحقق فيها العطاء من الطرفين.

أ: احتمال عدم إفادة المعاطاة للملكية، بل للاباحة. و حيث إن بناءهم على التملك اللازم في الامتعة الخطيرة لئلا يرجعوا فيها تشبثوا في نقلها بالبيع القولي. و مع هذه الاحتمالات لا تكشف السيرة عن اعتبار اللفظ في لزوم الملك حتى تصلح لتخصيص عموم أدلة لزوم الملك في المعاطاة كما لا يخفى.

أ: حاشية المكاسب، ص ٧٤

ب: غاية الآمال، ص ١٨٦

ج: حاشية المكاسب، ص ٧٤

د: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ١١٤، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب، الحديث: ٢

بل^١ يظهر منها أن إيجاب البيع باللفظ - دون مجرد التعاطي - كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار.

و نحوه غيره من الروايات الواردة بهذا المضمون التي جمعتها في الوسائل في باب عدم جواز بيع المصحف و جواز بيع الورق والجلد.

و مثل رواية العجلي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة طن، فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت... الخ»^ب (*).
 (١) قال الفقيه المامقاني رحمه الله ما لفظه: «هذا الظهور يحصل من ملاحظة أخبار متعددة، بمعنى: أن التعارف يستفاد من المجموع، لا أن كل واحد منها يدل عليه...» ثم ذكر جملة من تلك الروايات:

منها: ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار أيشترى بالأجر؟ فيدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب و يشترى، ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت. قال:

(*) لكنك خبير - بعد الغض عما في سند ما عدا الموثق من الضعف - بعدم الدلالة على اشتراط اللزوم بالصيغة، لقوة احتمال كونها في مقام بيان كيفية إنشاء القبول في البيع القولي، و من المعلوم عدم دلالتها حينئذ على اشتراط الصيغة في صحة البيع أو لزومه حتى تدل على عدم صحة أو لزوم البيع المعاطاتي، هذا.

مع أن ذلك في الخبر الأخير من كلام الراوي لا الامام عليه السلام.
 و با لجملة: فهذه الروايات و أمثالها لا تدل على اعتبار الصيغة في صحة البيع أو لزومه.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ١١٤-١١٦، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٧٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١.

لا بأس^أ.

و منها: ما رواه إسحاق المدايني في جواز بيع المبيع قبل قبضه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة يشترون الطعام، فيتساومون بها، ثم يشتريه رجل منهم، فيسألونه، فيعطيه ما يريدون من الطعام، فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه إليهم و يقبض الثمن. قال: لا بأس، ما أراهم إلا وقد شركو» الحديث^ب.

ثم قال عليه السلام: «وجه الدلالة: أنه ليس شيء من المعاملتين على وجه وقع فيه الصيغة الخاصة المقررة، وإنما وقع المقابلة كما لا يخفى على من تدبر فيها. ويمكن استظهار ما ذكره المصنف رحمه الله من ملاحظة أخبار آخر في أبواب البيع»(*).

(*) لكن في دلالتها على كون المتعارف إيجاب البيع باللفظ تأمل، بل منع، لأن ما وقع في تلك الروايات من الألفاظ بين المتبايعين إنما وقع في مقام المقابلة، لا في مقام إنشاء البيع، وإلا يلزم جواز بيع المجهول، إذ لا يعلم المقياس الذي يأخذه صاحب الورق. وأما إنشاؤه فهل وقع باللفظ أم بالفعل - أي التعاطي - فالروايات لا تدل عليه أصلاً. ثم إنه على فرض دلالتها على التعارف المزبور فلا تنفي تعارف إنشاء البيع بالتعاطي أيضاً.

و على تقدير دلالتها على عدم التعارف بالتعاطي لا تدل على عدم اعتبار التعاطي في مقام الإنشاء، كما لا توجب إنصراف أدلة البيع ونفوذه عن البيع المنشأ بالفعل. بل يظهر من بعض الأخبار عدم دخل اللفظ في اللزوم، كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشتري طعاماً، كل كُرْ بشيء معلوم، فارتفع الطعام أو نقص، وقد اكنال

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٩٤، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٢

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٧

ج: غاية الآمال، ص ١٨٦

بل^(١) يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة

و بهذا يظهر وجه إضراب المصنف عن قوله: «و قد يظهر ذلك» الى قوله: «بل يظهر» وذلك لأنَّ قوله: «قد يظهر» ربما يوهم ضعف ظهور بعض الأخبار في توقف لزوم الملك على اللفظ، فأراد رحمته التنبيه على قوة دلالة الأخبار على المدعى، و وجه القوة: أنَّ البيع بالصيغة إذا كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار في عصر التشريع إقتضى إنصراف إطلاق أدلة الامضاء - مثل آية حلُّ البيع - الى خصوص البيع القولي، و خروج الفعلي عن حريم تلك الأدلة. فالمهم حينئذٍ إحراز صغرى التعارف، و المدعى دلالة مجموع الأخبار على هذا التعارف من قبيل تراكم الظنون وإن كان كل واحد من الأخبار بخصوصه قاصراً عن إثباته. (١) هذا دليل ثالث على خروج المعاطاة عن عموم قاعدة اللزوم في الملك - غير ما سبق من الاجماع و التعارف - و ظاهره الترقى عن مجرد تداول البيع القولي إلى قيام السيرة المستمرة

بعضه، فأبى صاحب الطعام أن يُسلم له ما بقي، و قال: إنَّما لك ما قبضت. فقال: إن كان يوم اشتراه ساعره على أنه له، فله ما بقي. و إن كان إنَّما اشتراه ولم يشترط ذلك، فإنَّ له بقدر ما نقد. وجه الدلالة: أنه عليه السلام حكَّم باللزوم بمجرد المساعرة و إن لم يكن إنشاء المعاملة باللفظ، بإطلاق «الاشتراء» يشمل الانشاء باللفظ و الفعل، هذا.

لكن الظاهر أنه ليس إلا في مقام بيان حكم الباقي الذي لم يقبضه المشتري، و أنه هل يستحق المشتري مطالبته من البائع أم لا؟ فأجاب عليه السلام بأنه إن كان يوم اشتراه قدر المبيع بتمام ذلك الطعام فله المطالبة من البائع، و إلا فلا. و أما كون إنشاء البيع باللفظ أو الفعل فليس الخبر في مقام بيانه حتى يصح التمسك بإطلاقه.

ثم إنه بعد تسليم الدلالة على عدم التعارف المزبور يقع التعارض بينه و بين ما ذكره الفقيه المامقاني رحمته من الروايات التي ادعى عليه السلام دلالتها على التعارف المذكور، فيرجع الى إطلاق أدلة البيع سواء أكان إنشاؤه باللفظ أم بالفعل.

- التي^(١) يراد بها عدم الرجوع - بمجرد^(٢)

على إنشاء المعاملات الخطيرة بالصيغة، فلو لم يكن مجرد تعارف البيع اللفظي موجباً لانصراف أدلة صحة البيع الى خصوص ما كان متداولاً في ذلك العصر قلنا: إن قيام سيرة المتشركة و العقلاء على عدم الاكتفاء بمجرد التعاطي كافٍ في اختصاص قاعدة لزوم الملك بالبيع اللفظي.

و الفرق بين هذا الدليل و سابقه هو: أن الوجهين المتقدمين يدلان على عدم كفاية التعاطي مطلقاً سواء أكان العوضان خطيرين أم حقيرين. ولكن هذا الدليل مخصوص بالأموال الخطيرة مع زيادة قيد، فهنا صور ثلاث:

الأولى: أن يكون العوضان من المحقرات - وربما يقدر بما لا يبلغ حد القطع في السرقة - فهنا جرت سيرتهم على كفاية التعاطي و ترتب ملك جائز عليه، و جواز الرجوع فيه.

الثانية: أن يكون العوضان من الأموال الخطيرة كالدور و البساتين، و يجعل المتبايعان أو أحدهما خياراً فيه، فهذه كالصورة الأولى في بنائهم عملاً على إنشاء المعاملة بالمعاطاة.

الثالثة: أن يكون العوضان من الأموال الخطيرة مع بنائهم على لزوم المعاملة و عدم جواز فسخها أصلاً، و هذه الصورة مورد قيام سيرة المتشركة و العقلاء على عدم الإقتصار بالفعل كالمصافقة، بل يلتزمون بالإنشاء اللفظي، بحيث يكون لزوم الملك بنظرهم متوقفاً عليه.

و على هذا فالسيرة منحصصة لعموم أدلة لزوم الملك في المعاطاة بالنسبة الى الأموال الخطيرة التي لا يلتزم فيها بعدم الفسخ و الرجوع. و من المعلوم أن سيرة المتشركة حجة بنفسها، لكونها متلقاة من الشرع، و لا يطالب بدليل على إضايتها، فالمهم إحراز أصل السيرة التي هي إجماع عملي.

(١) هذه إشارة الى الصورة الثالثة المتقدمة، و مفهومها يدل على الاكتفاء بالتعاطي في الأمور الخطيرة عند جعل الخيار لها أو لأحدها.

(٢) متعلق بقوله: «الاكتفاء».

التراضي (*) .

نعم ^(١) ربما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع: «بارك الله لك» أو ما أدنى هذا المعنى بالفارسية ^(٢) .

نعم ^(٣) يكتفون بالتعاطي في المحقرات، و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل يُنكرونها على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين ^(٤) .
نعم ^(٥) الاكتفاء في اللزوم بمطلق الانشاء القولي غير بعيد،

(١) مقصوده **تَبَيَّنَ** أَنْ سِيرَتِهِمْ وَ إِنِ اسْتَقَرَّتْ عَلَى إِنْشَاءِ الْمَعَامَلَةِ بِاللَّفْظِ فِي الْبَيْعِ الْخَطِيرَةِ، لَكِنَّهُ لَا يَنَافِيهَا إِكْتِفَاؤُهُمْ فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ بِالْمَصَافَقَةِ، وَ عَدَمُ الْإِتْيَانِ بِالصِّيغَةِ التَّامَّةِ مَادَّةً وَ هَيْئَةً. وَ وَجَدَ عَدَمَ الْمَنَافَاةِ وَاضِحًا، إِذَا الْمَنَاطُ فِي السَّيْرَةِ إِلتِزَامٌ أَغْلِبَ الْمُتَشَرِّعَ وَ الْعَقْلَاءَ، وَ لَا يَقْدَحُ مَخَالَفَةُ بَعْضِهِمْ فِي تَحْقِيقِهَا.

(٢) كقول البائع: «خَيْرَ شَرَا بِيْنِي».

(٣) هذا إشارة الى الصورة الأولى من الصور الثلاث، وهي الاقتصار على التعاطي في المحقرات، مع إعتقادهم جواز المعاملة و عدم لزومها مادامت العينان باقيتين. و عليه فالإقتصار على المعاطاة في المحقرات ليس بمعنى كونها عقداً لازماً فيها، بل يلتزمون بكونها جائزة، يصح الرجوع فيها.

(٤) وَأَمَّا مَعَ تَلْفِهَا فَتَصِيرُ لَازِمَةً قِطْعاً.

(٥) هذه كاللتمّة لما أفاده بقوله: «بل يمكن دعوى السيرة» و مقصوده أَنَّ الْبِنَاءَ الْعَمَلِيَّ عَلَى عَدَمِ الْإِكْتِفَاءِ بِمَجْرَدِ التَّرَاضِي - وَ لَزُومِ الْإِتْيَانِ بِاللَّفْظِ - لَا يَنَافِي قِيَامَ السَّيْرَةِ الْعَمَلِيَّةِ عَلَى

(*) هذه الدعوى ممنوعة، بل دعوى جريان السيرة العقلانية على معاملة أموالهم بالمعاطاة من غير فرق بين الأموال الخطيرة و الحفيرة قريبة جداً. و على تقدير تسليم السيرة المزبورة يكفي في ردعها مثل ﴿أحل الله البيع﴾ و ﴿أوفوا﴾ و نحوهما من أدلة اللزوم. و مع هذا الردع كيف تكشف عن السنة حتى تخصص العمومات؟

للسيرة^(١) (*) و لغير واحد من الأخبار^(٢)، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

الاقتصار بطلاق اللفظ في إنشاء البيع سواء أكان واجداً لجميع ما يعتبر في الإيجاب والقبول مادةً وهيئةً، أم كان فاقداً لبعض ما يعتبر فيها. وعلى كلٍّ يثبت المقصود، وهو قيام السيرة على عدم الاكتفاء بمجرد التراضي، ودخل اللفظ في اللزوم.

(١) أي: سيرة المتشركة بما هم متشركة.

(٢) التي تقدم بعضها، وإليك بعضها الآخر:

فنها: ما ورد في بيع العبد الآبق مع الضميمة، كموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري العبد، وهو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح، إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نَقَدَه فيما اشترى منه». بتقريب: أنه عليه السلام علّم السائل كيفية إنشاء شراء العبد الآبق مع ضميمته، فكان أصل دخل اللفظ في اللزوم مستغن عن البيان.

ومنها: ما ورد في بيع اللبن في الضرع، كموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألت عن اللبن يُشترى وهو في الضرع، فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه أسكرجة، فيقول: إشتري مني هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الأسكرجة»^ب وتقريب الدلالة كما تقدم.

ومنها: فحوى الأخبار الواردة في النكاح المشتملة جميعاً على الإيجاب والقبول بلفظ

(*) هذه السيرة ممنوعة جداً إن أريد بها سيرة العقلاء بما هم عقلاء. وإن أريد بها بما هم متشركون فنمنع ثبوت هذه السيرة لهم أيضاً. وعلى فرض الثبوت نمنع استقرارها على جنس اللفظ بل يراعون جميع الخصوصيات من الماضوية والعربية وتقديم الإيجاب على القبول.

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٦٣، الباب ١١ من أبواب عقد البيع، الحديث: ٢

ب: المصدر، ص ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع، الحديث: ٢

بقي الكلام في الخبر الذي تُمسك به في باب المعاطاة تارةً على عدم إفادة المعاطاة بإباحة التصرف^(١)، وأخرى على عدم إفادتها اللزوم، جمعاً^(٢) (*) بينه^(٣) وبين

المضارع، والمشتملة على الإيجاب بـ «نعم» والقبول بالأمر. أ

هذا تمام الكلام في الوجوه الثلاثة الموجبة لخروج المعاطاة عن قاعدة اللزوم في الملك. وقد استقر رأي المصنف رحمته أخيراً على إعتبار الانشاء القولي في البيوع الخطيرة، وإن لم يكن جامعاً لكل ما يعتبر في الصيغة، وسيأتي تنمة بحث أصالة اللزوم، وهي تحقيق مفاد الأخبار الدالة على حصر المحلل والمحرم في الكلام.

(١) و كونها بيعاً فاسداً، وهذا مبني على أول الوجوه الأربعة التي سيذكرها المصنف رحمته في معنى قوله عليه السلام : «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» والمراد بأول الوجوه هو: أن يكون النطق والكلام تمام المناط في تحليل شيءٍ وتحريره، فلا يتحقق شيء من الحيل والمحرمية بالقصد المجرد عن الكلام، ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال. وعليه فلا تكون المعاطاة سبباً للإباحة ولا للملك.

(٢) قيد لقوله: «عدم إفادتها اللزوم» يعني: استدلال بعضهم بهذا الخبر على إناطة اللزوم باللفظ، لا أصل صحة المعاطاة، والوجه في هذا هو الجمع بين هذا الخبر وبين الأدلة المتقدمة على إفادة المعاطاة للملك.

(٣) أي: بين الخبر وهو قوله عليه السلام : «إنما يحلل الكلام ... الخ» وبين ما دلّ على صحة البيع مطلقاً كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾ فيجمع بينهما بحمل «إنما يحلل الكلام» على أن

(*) لكنه جمع تبرّعي لا شاهد له، ومقتضى القاعدة وقوع المعارضة بينهما، وحيث أن النسبة بينهما عموم من وجه يرجع في المجمع - وهو البيع الفعلي المعاطاتي - إلى أصالة الفساد. وعليه فلا يؤثر المعاطاة في الملكية.

ما دلّ على صحة مطلق البيع كما صنعه في الرياض^(١)، وهو قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»^(٢).

و توضيح المراد منه يتوقف^(٣) على بيان تمام الخبر، وهو ما رواه ثقة الاسلام في باب «بيع مالىس عنده» والشيخ^(٤) في باب «النقد والنسيئة» عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن الحجّاج أو ابن نجيب، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرّجل يبيّئني ويقول: إشتري هذا الثوب وأربحك كذا وكذا، فقال: أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس، إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»^(٥).

اللزوم منوط بالكلام، فيراد بقوله عليه السلام: «يحلّل الكلام» أنّه يلزم الكلام، فالمعاطاة وإن كانت صحيحة، لكنها غير لازمة، بل هي مفيدة للملك الجائز. أمّا الملكية فلكونها بيعاً، وأمّا غير اللزوم فلعدم الكلام.

(١) وفي مفتاح الكرامة و شرح كاشف الغطاء على القواعد و غيرها أيضاً. قال في الرياض: «ففي الصحيح و غيره من المعتبرة: أنّه إنّما يحلّل الكلام، وهي وإن اقتضت حرمة التصرف، إلّا أنّها محمولة على اللزوم و على ما بعد الرجوع، جمعاً بينه و بين ما دلّ على الإباحة بالتراضي ...»^(٦).

(٢) هذا المضمون وّرّد في روايات متعددة، ولكن المقصود فعلاً التعرض لرواية خالد كما سينقله المصنف في المتن.

(٣) وجه التوقف تطرّق لإحتمالات عديدة في الجملة المستدل بها، وهي «إنّما يحلّل الكلام و يحرّم الكلام» فلا بد من التأمل في جميع فقرات الرواية، عسى أن يكون صدرها قرينة معينة لما يُراد من الذيل.

(٤) ظاهر العطف يقتضي إتّحاد طريق الشيخ و الكليني، و اشتراك السند من

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٤

ب: رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٧

إبن أبي عمير الى الامام الصادق عليه السلام ، و نتيجة ذلك تردّد الراوي عن الامام - في الكافي
والتهذيب - بين «خالد بن الحجاج و خالد بن نجيع».

مع أنّ الأمر ليس كذلك، لعدم إختلاف نُسَخ التهذيب في هذا السند، بل الظاهر توافقه
في ضبط الراوي بعنوان «خالد بن الحجاج». وإنما حُكي إختلاف نُسَخ الكافي المصحّحة، ففي
بعضها «خالد بن نجيع» و في بعضها «خالد بن الحجاج».

و عليه كان المناسب أن يقتصر المصنف عليه السلام على سند الكافي الذي تردّد الراوي فيها
بين إبن الحجاج و إبن نجيع، ثم تعقيبه بذكر سند الشيخ بأن يقول، «و رواه الشيخ في باب النقد
و النسيئة عن خالد بن الحجاج».

و كيف كان فلا بأس بالإشارة الى سند الرواية، ففي الكافي «علي بن إبراهيم عن أبيه
عن إبن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيع، قال: قلت لأبي عبد الله ... الخ»^أ.
و رواها شيخ الطائفة عن الحسين بن سعيد عن إبن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن
خالد بن الحجاج ...»^ب.

و الظاهر إعتبار السند برواية الشيخ، لأنّ إسناده الى الحسين بن سعيد صحيح، كما
لا يخفى على من راجع مشيخة التهذيب ج.

و ابن أبي عمير معلوم الحال، و يحيى ابن الحجاج و خالد قد وثّقهما النجاشي بقوله في
ترجمة يحيى: «ثقة، و أخوه خالد»^ث و عليه فلا شبهة في سند الرواية بنقل الشيخ.

إنّما الكلام في سندها بنقل الكافي، و منشأ الاشكال إختلاف نسخ الكتاب في الراوي
عن الامام الصادق عليه السلام كما ذكرناه، و المفروض عدم ثبوت وثاقة خالد بن نجيع بوجه

أ: الكافي، ج ٥، ص ٢٠١، الحديث: ٦

ب: تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٠، الحديث: ١٦

ج: تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٦٣ من المشيخة.

د: رجال النجاشي، ص ٣١١، الطبعة الحجرية.

يعتمد عليه.

و في مثله إمّا أن يقال بترجيح النسخة المشتملة على «خالد بن الحجاج» و وقوع السهو من قبل نساخ الكافي، لقرينية وحدة متن الرواية - سؤالاً و جواباً، و إتحاد الطريق من ابن أبي عمير إلى خالد، و كون المسؤول في كلا الطريقين الامام الصادق عليه السلام - على ضبط الراوي في النسخة الأصلية من الكافي بعنوان «خالد بن الحجاج».

و إمّا أن يقال - كما هو الظاهر - بأنّ ما ذكر من القرائن لا يورث الإطمئنان بضبط الراوي - في النسخة الأصلية من الكافي - بـ «خالد بن الحجاج» بعد شهادة غير واحد من أهل الخبرة باشتغال بعض النسخ المصحّحة على «ابن نجيب»، و بعضها على «ابن خالد». و حينئذٍ يُشكل الإعتماد على سند الكافي، و يتعيّن الأخذ بسند الشيخ، و المفروض صحته كما أشرنا إليه.

و كم له من نظير، حيث يروى عن المعصوم عليه السلام واحد بطريقين أو أكثر، و يكفي صحة إحدى الطريقين في شمول أدلة حجية خبر الثقة له. و ليكنّ المقام منها، فتكون الرواية ضعيفةً بنقل ثقة الاسلام، و معتبرةً بنقل شيخ الطائفة.

و أمّا احتمال سراية الضعف من سند الكافي الى سند التهذيب فمّا لا وجه له. نعم لو رواها الشيخ عن الكافي - كما في كثير من روايات كتابي التهذيب و الاستبصار - كان لذلك الاحتمال وجهٌ بالنظر إلى أضعفية ثقة الاسلام من الشيخ، فتأمل. و أمّا في خصوص هذه الرواية لا موضوع للبحث، لأنّ الشيخ رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد، لا عن ثقة الاسلام.

فالنتيجة: أنّ الرواية معتبرة سنداً، و العويصة كلّها في مفاد التعليل كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى.

وقد وَرَدَ بِمُضْمُونِ هَذَا الْخَبَرِ رَوَايَاتٌ أُخَرُ^(١) مَجْرَدَةٌ عَنْ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّمَا يُحْلَلُ» كُلُّهَا تَدَلُّ عَلَى: أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهَذِهِ الْمَوَاعِدَةِ وَالْمَقَاوِلَةِ مَا لَمْ يَوْجِبْ بَيْعَ الْمَتَاعِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْ صَاحِبِهِ.

(١) رواها الشيخُ الحرُّ في الباب الثامن من أبواب العقود.

منها: معتبرة ابن سنان عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «لَا بَأْسَ بِأَنْ تَبِيعَ الرَّجُلُ الْمَتَاعَ لَيْسَ عِنْدَكَ، تَسَاوَمُهُ، ثُمَّ تَشْتَرِي لَهُ عَلَى الَّذِي طَلَبَ، ثُمَّ تَوَجِّبُهُ عَلَى نَفْسِكَ، ثُمَّ تَبِيعَهُ مِنْهُ بَعْدُ» أ. وَا مَّا فَقَهُ رَوَايَةُ خَالِدٍ سُؤَالاً وَجَوَاباً وَبِلَا حِظَّةٍ رَوَايَةُ يَحْيَى الْآتِيَةِ فِي الْمَتْنِ - فَهُوَ أَنَّ الْفَرْضَ التَّوَصُّلُ إِلَى حَلِيَةِ الرِّبْحِ الَّذِي يَأْخُذُهُ السَّمْسَارُ، وَحَلِيَةِ الْمَتَاعِ الَّذِي يَشْتَرِيهِ الرَّجُلُ مِنْهُ.

و تَوْضِيحُهُ: أَنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنَ السُّؤَالِ أَمْرَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ رَجُلًا يُرَاجِعُ السَّمْسَارَ وَيُفَاوِضُهُ عَلَى شَرَاءِ ثَوْبٍ مِنْهُ، فَيَقُولُ السَّمْسَارُ: إِنَّهُ لَيْسَ لِي، فَيَأْمُرُهُ الرَّجُلُ بِشِرَائِهِ مِنْ مَالِكِهِ حَتَّى يَشْتَرِيَهُ هَذَا الرَّجُلُ مِنَ السَّمْسَارِ بِثَمَنِ أَزِيدَ، بِأَنْ تَكُونَ الزِّيَادَةُ رِبْحَ السَّمْسَارِ بِإِزَاءِ عَمَلِهِ، الثَّانِي: أَنَّ مَفْرُوضَ الرَوَايَةِ شَرَاءُ السَّمْسَارِ الثَّوْبَ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَبِيعُهُ لِلرَّجُلِ، لَا كَوْنَهُ وَكَيْلًا عَنِ الرَّجُلِ فِي شَرَاءِ الثَّوْبِ مِنْ مَالِكِهِ، وَلَا كَوْنَهُ أَجِيرًا لَهُ، إِذْ لَوْ كَانَ السَّمْسَارُ وَكَيْلًا أَوْ أَجِيرًا لِلْأَمْرِ لَمَّا افْتَقَرَ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ بَيْنَ السَّمْسَارِ وَالْأَمْرِ، بَلْ كَانَ الْآمِرُ مَالِكًا لِلثَّوْبِ بِنَفْسِ شَرَاءِ السَّمْسَارِ الثَّوْبَ مِنْ مَالِكِهِ، هَذَا مَا يَسْتَفَادُ مِنَ السُّؤَالِ.

وَأَمَّا الْجَوَابُ فَقَدْ اسْتَفْصَلَ فِيهِ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِنَ السَّائِلِ بِأَنَّ الرَّجُلَ الَّذِي يَرِيدُ الثَّوْبَ - بَعْدَ إِسْتِدْعَائِهِ مِنَ السَّمْسَارِ شَرَاءَ الثَّوْبِ مِنْ مَالِكِهِ - لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُلْزَمًا بِأَخْذِ الثَّوْبِ مِنَ السَّمْسَارِ، وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مَخِيرًا بَيْنَ الْأَخْذِ وَالْإِنْصِرَافِ. فَعَلَى الْأَوَّلِ يَبْطُلُ، لِأَنَّ السَّمْسَارَ قَدْ بَاعَ الثَّوْبَ مِنَ الْآمِرِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ مَالِكِهِ، وَهُوَ مِنْهِي عَنْهُ، لَكَوْنِهِ مِنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عَنْده.

ونقول: إن هذه الفقرة - مع قطع النظر^(١) عن صدر الرواية - تحتل وجوهاً^(٢):

و على الثاني يصح، لأن خياره بين الأخذ و الترك كاشف عن عدم وقوع البيع بين السمسار و الأمر، بل كان الواقع مجرد مقالة و مواعدة، و هما من مقدمات البيع لأنفسه، و حينئذ يجوز للسمسار أن يبيع الثوب من الأمر بعد أن يشتريه من مالكه، و يحل الربح للسمسار كما يحل الثوب للأمر.

و على هذا فما من شأنه تحليل الثوب و الربح هو مجرد المقالة بين السمسار و الأمر، و ما من شأنه تحريمها هو إنشاء البيع اللازم. هذا كله مفاد السؤال و الجواب.

وقد علل ^{العلل} هذا التفصيل بجملة «إنما يحل الكلام و يحرم الكلام» و لما كان اللازم مناسبة هذا التعليل للحكم المعلل به فينبغي أن يكون المراد من الكلام المحل هو المقالة الواقعة بين الرجل و السمسار، و من الكلام المحرم هو إنشاء البيع.

و بهذا يظهر أجنبية التعليل عن مقصود القائلين بتوقف صحة العقد أو لزومه على اللفظ، و لهذا أشار المصنف ^{رحمته} بقوله: «مع قطع النظر عن صدر الرواية» إلى أنه لا بد من فرض جملة «إنما يحل ...» منفصلة عن ذلك السؤال و الجواب حتى يتطرق فيها احتمالات أربعة أو أزيد.

و أما لو أريد التحفظ على عليته لجوابه ^{العلل} لم تجر الوجوه الأربعة فيه، بل يتعين وجه واحد و هو الاحتمال الثالث منها، كما سيأتي مشروحاً.

(١) إذ مع النظر الى صدر الرواية لا يتطرق إلّا وجه واحد لئلا يكون تعليل ^{العلل} أجنبياً بالمرة عما علّله به من حلية المقالة و المواعدة، و حرمة إنشاء البيع.

(٢) مقصوده ^{رحمته} أن ذيل الرواية - مع قطع النظر عن صدرها - يبحث عنه في مقامين، أحدهما الثبوت، و الآخر الإثبات. فيقع الكلام أولاً في محتملات فقه الذيل، ثم في إستظهار

الأول^(١): أن يُراد من الكلام في المقامين^(٢) اللفظ الدال على التحريم والتحليل، بمعنى أن تحريم شيءٍ وتحليله لا يكون إلا بالنطق بهما^(٣)، فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام^(٤) ولا بالقصد المدلول عليه بالأفعال^(٥)

أحدِها إن لم يصِر مجملًا.

(١) هذا الاحتمال هو ظاهر الجملة بدوًا، وقد إستظهره كلٌّ من استدلالٍ بها على دخل الإنشاء القولي في اللزوم، بل مقتضى إناطة التحليل والتحريم بالكلام عدم تأثير المعاطاة في الإباحة فضلًا عن الملك الجائز، لكنهم رفعوا اليد عنه للجمع بين الأدلة كما تقدم في عبارة الرياض، ونحوها ما في مفتاح الكرامة وغيرها.

وكيف كان فحصل هذا الاحتمال الأول: أن الملحوظ هو نفس طبيعة الكلام مع الغض عن مدلوله. فموضوع التحليل والتحريم هو نفس اللفظ، بخلاف المعاني الآتية، فإن اللفظ لوحظ فيها حاكياً ومرآة، ولذا لا يكون جامعٌ بين هذا المعنى الأول وبين سائر المعاني الآتية، لا امتناع إجتماع اللحاظين الآلي والاستقلالي.

فإن أمكن إرادة هذا المعنى من قوله عليه السلام: «انما يحلل...» صح الاستدلال به على المقام، لفقد الانشاء اللفظي في المعاطاة حتى يوجب الإباحة أو الملكية، إذ القصد المجرد عن الكلام - أو المبرز بغير اللفظ - لا يترتب عليه أثر.

(٢) أي: في مقام التحريم والتحليل، فإذا كان شيءٌ حراماً لم يحل بغير الكلام، وإن كان حلالاً لم يحرم إلا باللفظ.

(٣) أي: بالتحليل والتحريم، فلو لا النطق لا يُحرّم الحلال، ولا يُحلّ الحرام شيءٌ آخر من القصد، أو الكاشف الآخر كالكتابة والتقاطص والإشارة ونحوها.

(٤) كالنذر، لإناطة وجوب الوفاء به بالتلفظ بصيغة النذر، ولا تكفي النية المجردة عنه، على المشهور، وكذا الحال في الظهار والطلاق.

(٥) كما في المعاطاة، لوجود الكاشف عن القصد إلى البيع وهو التعاطي، ولكنه غير

دون الأقوال (*).

كاف، لتوقف حلية التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على الإنشاء اللفظي المفقود حسب الفرض.

(*) لا يخفى أنه قد تقدم سابقاً عدم إختلاف بين الحِلّ والحرمة التكليفيين والوضعيين في المفهوم، فالمراد بالمحلّية و المحرّمية أعمّ من التكليف و الوضع، كإباحة وطي الأمة مثلاً بقوله: «أحللت لك وطي أمتي» و كالملكية الحاصلة بقوله: «بعث». كما أنّ إطلاق مفهوم الحِلّ و الحرمة يقتضي عدم الفرق بين التحليل و التحريم مع الوسطة وبدونها.

أما المحلل تكليفاً بلا واسطة كتحليل مالك الأمة، و مع الوسطة كعقد النكاح الموجب لتحقيق الزوجية التي هي توجب حلية الاستمتاع.

و أما المحرّم تكليفاً بلا واسطة كالظهار، و معها كالطلاق القاطع للزوجية، و الموجب لحدوث الأجنبية التي تترتب عليها حرمة الاستمتاع.

و أما المحلّل الوضعي فكالعقود الصحيحة الموجبة للنفوذ و حصول الانتقال، أو غيره مما هو مقصود في المعاملة.

و أما المحرّم الوضعي فكالعقود الفاسدة كالبيع الربوي و الغرري، و كالشروط المفسدة لها.

بل مقتضى إطلاق موضوعية طبيعة الكلام هو كون كلام واحد محللاً و محرّماً كالفسخ، فإنّه يُحرّم المثلّث على المشتري، و الثمن على البائع، أو محللاً فقط أو محرّماً كذلك.

بل مقتضى الاطلاق المزبور شمول الكلام لكلام الشارع، فمحلّلية المعاطاة وضعاً بواسطة الكلام هو عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود و نحوه، فكلام الشارع في مقام

الجعل قد يكون محللاً كما في المعاطاة، وقد يكون محرماً كما في بيع المجهول ونحوه سواء أكان مع الوسط أم بدونه.

و بالجملة: فيمكن الاستدلال على محللية المعاطاة وضعاً بأن الكلام محلل، والمراد بالكلام هو مثل قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

وعلى هذا المعنى يندفع إشكال تخصيص الأكثر الآتي في كلام المصنف رحمته الله، إذ جميع المحرّمات و المحلّلات ترجع الى سببية الكلام لهما، فإنّ تنجّس المأكولات و المشروبات يوجب حرمتها بكلام دلّ عليها، كما أنّ حلّيتها بتطهيرها أيضاً مما دلّ عليه كلام الشارع.

و كذا محلّلية التذكية و ذهاب الثلثين، و تخليل الخمر، و استبراء الحيوان الجلال و تخميس المال المختلط بالحرام، و غير ذلك من موارد التحليل. و كذا محرّمية موت الحيوان بغير التذكية، و غليان العصير، و الجلل، و خلط المال الحرام بالمال الحلال، إلى غير ذلك من موارد التحريم، فإنّ التحليل و التحريم في الجميع مما دلّ عليه كلام الشارع.

إلا أن يقال: إنّه مع البناء على تعميم الكلام لكلام الشارع لا يستفاد الحصر أيضاً، لأنّ الأحكام الثابتة بقاعدة الملازمة خارجة عن هذا الحصر، فالحصر الحقيقي لا يتصور في محلّلية الكلام و محرّميّته، فلا بدّ من حمّله على الحصر الإضافي.

و الحق أنّ دلالة كلمة «إنّما» على الحصر محلّ تأمل كما ذكر في محله.

لكن هذا التوجيه أجنبي عن مقالة المستدل بهذه الرواية على اعتبار اللفظ في إنشاء المعاملات. و عليه فتوجيه كلامه بأنّ المحلّلات و المحرّمات تنتهي بأسرها إلى بيان الشارع ممّا يأباه كلام المستدل جدّاً.

الثاني^(١): أن يراد بالكلام^(٢) اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: «هذا الكلام صحيح أو فاسد»^(٣)، لا مجرد اللفظ أعني الصوت. و يكون المراد^(٤): أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي حلاً و حرمة باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

(١) محصل هذا الاحتمال الثاني: أن المقصود الواحد يختلف حكمه باختلاف المضامين المؤداة بالكلام، يعني: أن المقصود الواحد إذا أدّى بعبارة مخصوصة صار حلالاً، وإن أدّى بعبارات أخرى لم يحل، مثلاً: يكون الغرض من النكاح السلطنة على بضع المرأة، و هو يحصل بقولها: «مستعتك نفسي» و لا يحصل بقولها: «سلطتك على بضعي أو أجرتك بضعي».

وكذا البينونة المقصودة بالطلاق، فإنها تحصل بقول الزوج: «أنت طالق» و لا تتحقق بقوله: «أنت خلية أو مسرحة أو مطلقة أو برية».

فلخص هذا الوجه هو ملاحظة المطلب الواحد في المقصود الذي يمكن أدائه بمضامين متعددة، فيكون أدائه بمضمون محرماً و بمضمون آخر محلاً. و عليه فليس المراد في هذا الوجه الثاني محللية وجود اللفظ و محرمية عدم اللفظ كما كان في الاحتمال الأول، إذ على الاحتمال الثاني يوجد اللفظ في الجميع، لكن المراد من «إنما يحرم و يحلل الكلام» هو محرمية لفظ و محرمية لفظ آخر، مع اشتراكهما في تأدية المطلب الواحد.

و يؤيد إرادة هذا الاحتمال ما ورد في أخبار عقد المزارعة، و سيأتي بيانها.

(٢) في قوله تعالى: «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام».

(٣) حيث إن مقصود القائل: «هذا الكلام صحيح» هو صحة مضمونه، لا مجرد صحة الألفاظ و الكلمات إعراباً و بناءً، فالمنظور إليه هو المفاد و المدلول اللذان يتوصل إليهما بالألفاظ.

(٤) أي: و يكون المراد من محللية الكلام و محرميته: أن المطلب الواحد... الخ.

مثلاً المقصود الواحد - وهو التسليط على البضع مدة معينة - يتأتى بقولها: «ملكتك بضعي أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسي أو أحللتها لك» وبقولها: «متعت نفسي بكذا» فما عدا الأخير موجب لتحريمه^(١)، والأخير محلل.

و على هذا المعنى^(٢) ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في عدة من روايات المزارعة:

منها^(٣): ما في التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع

(١) المراد من إيجاب تلك العبارات لحرمة المرأة هو عدم تأثيرها شرعاً في حلية البضع، وإلا فالحرمة ثابتة قبل هذه الألفاظ من جهة كونها أجنبية.

(٢) أي: على هذا الوجه الثاني - من معنى الكلام المحلل والمحرم - ورد قوله عليه السلام في روايات المزارعة: «إنما يحرم الكلام» و غرضه تأييد هذا الاحتمال الثاني.

و تقريب التأييد: أن قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في باب المزارعة هو نفس التعبير الوارد في رواية خالد بن نجيع من قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» و حيث إن المقصود بالجملة الواردة في المزارعة وأضح لا إجمال فيه، فليكن التعليل في رواية خالد - من جهة مطابقة المتن - محمولاً على هذا الاحتمال الثاني الذي هو ظاهر رواية المزارعة أيضاً.

و وجه ظهورها: أن مقصود المالك و العامل جعل حصة الأول ثلثاً و حصة الثاني ثلثين، و هذا المطلب الواحد إذا أنشئ باشتراط ثلث للبتقر و ثلث للبذر لم يقع صحيحاً، بل هو عقد فاسد، و إذا أنشئ بقول الزارع: «أزرع في أرضك و لك منها ثلث ولي ثلثان» كان صحيحاً. ثم علل عليه السلام بطلان الإنشاء الأول بقوله: «فإنما يحرم الكلام» و من المعلوم أن مسانحة العلة للحكم المعلل بها ضرورية، فيتعين أن يراد بجملة «إنما يحرم الكلام» إنشاء عقد المزارعة بلفظ دون لفظ آخر.

و حيث إن رواية خالد قد إشتملت على هذا المتن كان المناسب حمل «الكلام» على هذا الاحتمال الثاني، و هو اللفظ مع مضمونه.

(٣) و كذا يشتمل على التعليل روايتان أخريان:

الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سُئِلَ عن الرجل يزرع أرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر و ثلثاً للبقر، فقال: لا ينبغي له أن يُسمي بذراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك، ولك منها كذا وكذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يُسمي بذراً ولا بقرأ، فإنما يحرم الكلام»^١.
الثالث^١: أن يراد بالكلام في الفقرتين:

الاولى: صحيحة الحلبي قال: «سُئِلَ أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً، و للبقر ثلثاً، قال: لا ينبغي أن يسمي شيئاً، فإنما يحرم الكلام»^ب.
الثانية: معتبرة سليمان بن خالد، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع، فيزرع أرض آخر، فيشترط للبذر ثلثاً و للبقر ثلثاً، قال: لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأ، فإنما يحرم الكلام»^ج.

(١) هذا الاحتمال الثالث مبني على حمل «الكلام» في جملة التحريم و التحليل على تعبير واحد و جملة واحدة، مع كون محرميته و محلليته بحسب تعدد المحل أو الوجود و العدم.

و يمكن توضيحه بوجهين:

الأول: ما يظهر من الفاضل الزاقي^د، و حكى عن المحقق القمي في جامع الشتات و سبقهما المحدث الكاشاني، حيث قال: «الكلام هو إيجاب البيع، و إنما يحل نفياً، و إنما يحرم إثباتاً»^{هـ}.

و محصله: أن المراد بالكلام في الفقرتين لفظ واحد يكون محرماً في حال وجوده، و محرماً في حال عدمه، أو بالعكس، بأن يكون وجوده محللاً و عدمه محرماً. فالأول و هو

أ : تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٤، باب المزارعة، الحديث: ٨٥٧؛ وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٠١.

الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة الحديث: ١٠

ب: وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ١٩٩، الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث: ٤.

ج : وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٠٠، الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث: ٦.

د : مستند الشيعة، ج ١، ص ٣٦٢

هـ: الوافي، ج ٣، ص ٥٩، الطبعة الحجرية.

الكلام الواحد^(١)، ويكون تحريمه وتحليله باعتبار وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه محرمًا، أو بالعكس. أو^(٢) باعتبار محله و غير محله، فيحل في محله و يحرم في غيره.

و يحتمل^(٣) هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة.

محرمية وجود الكلام نظير تسمية البذر و البقر في إنشاء المزارعة، فإنه محرم أي يوجب استمرار الحرمة السابقة على العقد، وعدم هذه التسمية محللة. و الثاني نظير إذن المالك - قولاً - لغيره في التصرف في ماله، فإن وجود هذا اللفظ محلل، و عدمه محرم.

الثاني: أن المراد بالكلام وجوده، و يكون إتصافه بالمحللية و المحرمية باعتبار وجوده في محل أو زمان، فاللفظ الواحد محرم في محل و محلل في محل آخر. مثلاً: صيغة «أنكحت و قبلت» إن صدرت من المحرم كان محرمًا غير مؤثر في حدوث علقته الزوجية، و إن صدرت من المحلل كانت محللاً و مؤثراً في التزويج. و كالعقد على ذات العدة، فإنه محرم أبداً، و على الخلقة محلل. (١) يعني: فالمتصف بالتحليل و التحريم حينئذٍ كلام واحد مع إتحاد مضمونه، و هذا هو

الفارق بين هذا الوجه الثالث و بين سائر الوجوه. بخلاف الوجه السابق، فإن المتصف بهما كلامان، حيث إن تسمية البذر و البقر محرم و التعبير بالنصف أو الثلث كلام محلل.

فالفرق بين هذا الوجه و سابقه هو: تعدد الكلام المتصف بالتحليل و التحريم هناك وإتحاده هنا.

كما أن فرق هذا الاحتمال مع الاحتمال الأول هو: أن المناط في التحريم و التحليل هناك كان في طبيعة الكلام في مقابل الفعل، لا بما أنه كلام واحد أو متعدد، و لا باعتبار وجوده في محل و عدمه في محل آخر.

(٢) معطوف على «باعتبار» و هذا إشارة إلى الإحتمال الثاني المذكور في الوجه الثالث.

(٣) أي: الوجه الثالث، فيقال: إن وجود تسمية البذر و البقر محرم، و عدمها محلل. أو

يقال: إن قول الزارع للمالك: «لي الثلثان و لك الثلث» محلل، و عدمه محرم.

و أمّا تقريب إحتمال حمل أخبار المزارعة على الوجه الثالث فهو: نهي الإمام عليه السلام عن

الرابع^(١): أن يراد من الكلام المحلل خصوصُ المقابلة و المواعدة، و من الكلام المحرّم إيجابُ البيع

تسمية ثلث للبذر و ثلث للبقر، فهذه التسمية محرّمة و موجبة لفساد العقد و حرمة التصرف، و عدم هذه التسمية محلّل، بأن يقول - كما علّمه عليه السلام -: «لي الثلث و لك الثلثان» مثلاً.

فإن قلت: إنّ إحتمال إرادة هذا الوجه الثالث من روايات المزارعة ينافي تصريح المصنف عليه السلام في الوجه الثاني بقوله: «و على هذا المعنى وَرَدَ قوله عليه السلام : إنّما يحرم الكلام» و المناقاة واضحة، لأن أخبار المزارعة إمّا أن تكون بمجملة محتملة لكل من الوجه الثاني و الثالث، و إمّا أن تكون ظاهرة في خصوص الاحتمال الثاني، فإن كانت محتملة لكلا الوجهين لم يصحّ قوله في الوجه الثاني: «و على هذا المعنى ورد...» و إن كانت ظاهرة في خصوص الإحتمال الثاني لم يصحّ قوله هنا: «و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعة».

قلت: لا تنافي بين كلامي المصنف عليه السلام، لأنّ مدعاه في الاحتمال الثاني هو ظهور أخبار المزارعة فيه، و أنّ المطلب الواحد يمكن تأديته بعبارتين: إحداها محلّلة و الأخرى محرّمة. و من المعلوم أنّ هذا الظهور لا ينافي إحتمال تنزيل تلك الأخبار على الوجه الثالث، بأن يقال: إنّ وجود الكلام - أي تقييد حصّة العامل بالبذر و البقر - محرّم، و عدم هذا التقييد محلّل.

و الحاصل: أنّ ظهور الكلام في معنى لا ينافي إحتمال إرادة معنى آخر منه. و إنّما يتحقق التهاافت بينهما إذا ادّعي تارة صراحة الكلام في مؤداه، و أخرى إحتماله لمعنى آخر.

(١) محصل هذا الوجه: أنّ المراد بالكلام المحلل - بالنظر إلى صدر الرواية و مورد السؤال فيها - خصوص المقابلة، و بالكلام المحرّم إيجاب البيع، لأنّه بيع قبل الشراء، و هو غير جائز. و تقدم مزيد توضيح لهذا الوجه عند بيان فقه الرواية قبل الشروع في المقام الأوّل المنعقد لبيان محتملات التعليل.

ثمّ إنّّه ينبغي تسميم الكلام ببيان فوارق هذه المحتملات الأربعة، فنقول: إنّ الكلام في هذا الوجه الرابع متعدّد، لكون المقابلة التي هي الكلام المحلل مغايرة لإيجاب البيع الذي هو الكلام المحرّم. فهذا الوجه الرابع يفاير الوجه الثاني في أنّ المضمون فيه متعدّد، إذ المواعدة غير الإيجاب، و بعبارة أخرى: المقابلة و البيع مطلبان، لا مطلب واحد.

بمخلاف الوجه الثاني، فإن المقصود من الكلام شيء واحد، وهو كون ثلثي الزرع للزارع، والاختلاف إنما يكون في التأكيد، وعليه فيكون المعنى الرابع أخص من الثاني. ويُشارك هذا الوجه الرابع الوجه الثاني في تعدد الكلام الموضوع للتحليل والتحريم هذا. والوجه الرابع يغيّر الوجه الثالث بالمباينة، لأن الكلام المحلّل والمحرم متعدد في الرابع، ومتحد في الثالث.

كما أن هذا هو الفرق أيضاً بين الوجه الثاني والثالث، فإن الكلام المحلّل والمحرم في الوجه الثاني متعدد، وفي الثالث متحد.

كما أنه ظهر الفرق بين مجموع هذه الوجوه الثلاثة وبين الوجه الأول، بكون الملحوظ استقلالاً في الأول هو اللفظ مع الغض عن معناه، بمخلاف الوجوه الثلاثة، فإن الملحوظ فيها استقلالاً هو المعنى، واللفظ ملحوظ فيه آلياً، كما تقدم آنفاً. فالفرق بين الوجه الأول وبينها هو التباين.

(١) فاللّام في قوله طَبَقَ : «الكلام» على هذا المعنى الرابع يكون للعهد، فلا يستفاد منه ضابط مطّرد في جميع الموارد. مركز تحقيق كاتيب نور علوم رسولي
هذا تمام الكلام في مقام الثبوت، وسيأتي الكلام في مقام الإثبات.

(*) وفي التعليل احتمال خامس و سادس، فالأول ما احتمله المحقق النائيني رحمته قال المقرر: «أن يراد من الكلام نفس معنى اللفظ، لا اللفظ بمعناه، فيصير حاصله: أن البيع قبل الشراء محرم، و بعده محلل. و هكذا في باب المزارعة، فإن جعل شيء بازاء البقر و البذر محرم، و جعله بازاء عمل الزارع محلل»^أ.

و قد سَبَقَه إلى هذا المعنى صاحب الجواهر^ب و المحقق الخراساني و غيرهما^ج.

أ : منية الطالب، ج ١، ص ٦٦

ب : جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٧

ج : حاشية المكاسب، ص ١٥

و محصل هذا الوجه: أن المراد بالكلام هو الالتزام المعاملي السالب عرفاً للاختيار، والمراد بالتحريم والتحليل بالإضافة إلى شخصين، وهما البائع والمشتري، لا إلى كلامين من شخصين، بحيث يكون أحدهما محرماً والآخر محللاً، فإن المضمن يحرم على البائع بالتزامه المعاملي، و يحل للمشتري، وفي الثمن بالعكس. وإطلاق الكلام على الالتزام شائع. ومنه «كلام الليل يمحوه النهار» كما قد يطلق عليه القول، فيقال: «أعطيت قولاً بذلك» وقوله تعالى ﴿ولكن حق القول مني لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين﴾^أ.

وبعبارة أخرى: لا يراد بالكلام اللفظ، ولا دخله في الأثر، إذ المؤثر هو المعنى، والكلام بما أنه فإن في معناه، إذ هو ما به ينظر لا فيه ينظر، فالكلام المحلل والمحرّم هو الالتزام المعاملي المحرّم للمبيع على البائع والمحلل له للمشتري.

و هذا المعنى الذي أفاده صاحب الجواهر قد يساعده الذوق الفقهي السليم، و يتأيد بكثير من النصوص الواردة في بيع الدلال، كصحيفة ابن سنان الآتية في المتن وغيرها مما رواها ثقة الاسلام في باب بيع ما ليس عنده، وأنه إن كان مجرد مفاوضة ومقولة فلا بأس، وإن كان إيجاب البيع ففيه بأس.

لكن الانصاف أن هذا الوجه يستلزم إسقاط خصوصية الكلام المأخوذ موضوعاً للتحليل والتحريم، ولغوية ذكره، وهو بمكان من الفساد. فمقتضى ظاهر التعليل هو كون الكلام المنشأ به إيجاب البيع قبل الشراء محرماً، وبعده محللاً، فالمناط في التحريم والتحليل هو الكلام، فيدل قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» على كون إيجاب البيع المتحقق بالكلام دون غيره قبل الشراء محرماً، وبعده محللاً، فلا عبرة بإيجاب البيع بغير الكلام كإنشائه بالمعاطاة.

و ما أفاده المحقق الايرواني رحمته في تأييده بإطلاق الكلام على الالتزام المجرد عن

اللفظ إستهاداً بمثل «كلام الليل يمحوه النهار» غير ظاهر، إذ لو سُلِمَ الإطلاق المزبور لم يقتضِ سقوط أصالة الحقيقة في معنى الكلام، و حمله على الالتزام المجرد عن النطق. ولو كان المحلل والمحرم هو الالتزام البيعي لكان المناسب أن يقال: «يحلل البيع ويحرم البيع». هذا مضافاً إلى: لزوم جعل الحصر إضافياً، أي كون البيع محرماً بالإضافة إلى المقولة التي ليست محرمة، مع ظهور «انما» في حصر المحلل في البيع بالإضافة إلى كل شيء.

الاحتمال السادس: ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته وهو: «أن الإيجاب الصحيح في ذاته يؤثر تارة في الجل وأخرى في الحرمة، كالنكاح المؤثر في الحلية، والطلاق المؤثر في الحرمة. والمراد: أن السبب المؤثر تارة في الحلية وأخرى في الحرمة منحصر في الكلام. لأن الصحيح المحلل، و الفاسد المحرم منحصر في الكلام حتى يورد عليه بالاشكال في المحللية والمحرمة^أ.

و حاصله: أن الموصوف بالمحللية والمحرمة هو خصوص الإنشاء الصحيح، ولا عبرة بالإنشاء الفاسد أصلاً. فالكلام الصحيح المحلل كالعقد في النكاح، والمحرم كالطلاق. و بعبارة أخرى: شأن طبيعة الكلام الصحيح: التحليل والتحرير، فهو ينقسم إلى قسمين. لأن الكلام الواحد محلل وجوداً ومحرم عدماً. أو بالعكس. أو أن الكلام إن كان مقولة فهو محلل، وإن كان بيعاً فهو محرم، وغير ذلك من المحتملات.

و هذا ينطبق على مورد الرواية وهو بيع ما ليس عنده، فإن الدلال إذا أوجب البيع قبل أن يتملك المبيع كان إنشاؤه الصحيح محرماً، وإن أوجبه بعد تملكه له كان محللاً، هذا. و هذا الاستظهار وإن كان وجيهاً، لكن تطبيقه على مورد سؤال خالد لا يخلو من شيء، لأنه سأل عن حكم الربح و بيع الثوب من الأمير، فأجابه عليه السلام - وكما في روايات أخرى - بأن الأمير إن كان بالخيار فلا بأس، وإلا ففيه بأس، ثم علله بمحللية الكلام و محرمة. و لا يبعد حملة على المعنى الثالث من عدم محرمة المقولة و محرمة إيجاب البيع،

ثم ^(١) إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول ^(٢)، لأنه ^(٣) - مع لزوم تخصيص الأكثر،

(١) هذا ناظر إلى المقام الثاني وهو الاثبات، وأن أي واحد من تلك الوجوه الأربعة يكون ظاهر الكلام ومراداً منه.

(٢) مع أن المجدي للاستدلال بذيل رواية خالد بن الحجاج على عدم لزوم الملك بالمعاطاة هو إرادة هذا المعنى الأول.

(٣) أي: لأن المعنى الأول يوجب، وهذا وجه عدم إرادة الاحتمال الأول، وهو يرجع إلى وجهين:

أحدهما: أن المعنى الأول يستلزم تخصيص الأكثر، لأن مقتضاه حصر المحلل والمحرم في الكلام، مع أنه ليس كذلك، لكثرة المحرمات والمحللات في الشريعة، مع عدم كون المحلل والمحرم فيها كلاماً، كمحرمة الفليان، ومحلية ذهاب الثلثين، ومحرمة الموت بغير التذكية للحيوان القابل للتذكية، ومحلية التذكية، ومحرمة الجلل، ومحلية الاستبراء منه، إلى غير ذلك.

ثانيهما: أن الفقرة المذكورة - أعني بها: محللية الكلام ومحرميته - علة للحكم المذكور قبله، وإرادة المعنى الأول منها توجب عدم إرباطها بالحكم المزبور وعدم إنطباقها عليه، لأن الحكم - على ما يستفاد من جملة من الروايات - هو الجواز إذا لم يوجب السمسار البيع قبل الشراء من مالكه، ولا دخل للكلام في هذا الحكم أصلاً، بل المدار في الجواز وعدمه هو الإيجاب قبل الشراء. وعدم الإيجاب قبله، فليس المدار في التحليل والتحريم هو النطق حتى يصح تعليل الحكم بالجواز وعدمه به، فإن إيجاب البيع من قبيل المعنى دون اللفظ، فلا يصح التعليل به.

أو على المعنى الخامس. وأما مجرد إنقسام الكلام الصحيح إلى محلل تارة ومحرّم أخرى، فلا يظهر إنطباقه على مورد السؤال.

و لعل الاعتراف بعدم وضوح أمر التطبيق أولى من التصرف في ظاهر التعليل، والله العالم بحقائق الأمور.

حيث^(١) إنَّ ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ -
يوجب^(٢) عدم إرتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع^(٣) كونه
كالتعليل له، لأنَّ ظاهر الحكم - كما يستفاد من عدة روايات أخر^(٤) - تخصيص
الجواز^(٥) بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من ماله، ولا^(٦) دخل^(*)

(١) هذا تعليل للزوم محذور تخصيص الأكثر، يعني: أنَّ ظهور التعليل في حصر سبب
التحليل و التحريم الشرعيين في اللفظ يوجب ورود الاشكال عليه، و ذلك لكثرة الأسباب
المحللة و المحرمة التي لا دخل للفظ فيها أصلاً، وهذا يكشف إنَّما عن إباء التعليل عن الحمل على
الاحتمال الأوّل، بل لا بد من إرادة معنى آخر منه لا يترتب عليه محذور تخصيص الأكثر
و غيره.

(٢) خبر «لأنه» و هذا إشارة الى الوجه الثاني من وجهي الاشكال على الاحتمال الأوّل،
و محصله: أجنبية التعليل عن الحكم المعلّل به، مع وضوح إعتبار المناسبة و السنخية بين
الحكم الشرعي و علته.

(٣) أي: و الحال أنَّ قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام» يكون كالعلة لقوله
عليه السلام: «لا بأس» و هل يتصور تعليل حكم بأمر أجبني عنه؟

(٤) كمعتبرة ابن سنان المتقدمة في ص ٥٨٥، و رواية يحيى ابن الحجاج الآتية في

ص ٦٠٧.

(٥) المستفاد من قوله عليه السلام: «لا بأس».

(٦) يعني: و الحال أنَّ الجواز المزبور لا دخل للفظ فيه حتى يعلّل بحصر المحلّ و المحرّم
في الكلام.

(*) بل له دخل في التحليل و التحريم، لما عرفت من دلالة قوله عليه السلام: «إنما يحلل

الكلام» على كون مناط التحليل و التحريم هو الايجاب المتحقق بالكلام قبل شراء الثوب من
ماله و بعده، دون غير الكلام من الفعل، فلا يتحقق بالمعاطاة بيع ما ليس عنده.

لا شتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلل به^(١)؟
وكذا^(٢) المعنى الثاني، إذ ليس هنا^(٣) مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون
محللاً و بآخر محرمًا.
فتعين المعنى الثالث^(٤)، و هو: أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم

(١) يعني: فكيف يكون «إنما يحلل» علة لمشروعية المقابلة بين الدال و المشتري
للثوب، و علة لعدم مشروعية إيجاب البيع قبل شراء الثوب من مالكة؟

(٢) معطوف على «المعنى الأول» أي: أن الظاهر عدم إرادة المعنى الثاني كعدم إرادة
المعنى الأول، و وجه عدم إمكان حمل التعليل - في رواية خالد - على الاحتمال الثاني هو: أنه
لو كان في مورد الرواية مطلب واحد يؤدي بتعبيرين أو أكثر كما في النكاح المنقطع أمكن
تطبيق التعليل على الاحتمال الثاني، ولكن مورد السؤال و جواب الامام عليه السلام مطلب واحد -
وهو إيجاب بيع ما لا يملكه السمسار - و هذا يؤدي بإنشاء واحد لا بكلامين حتى يكون
أحدهما محللاً و الآخر محرمًا.

(٣) يعني: ليس في مورد الرواية مطلب واحد حتى يكون أداؤه بمضمونه محرمًا
و بمضمون آخر محللاً، بل الموجود في الرواية مطلب واحد يعبر عنه بكلام واحد، غايته أن
هذا الكلام الواحد عدمه محلل و وجوده محرم، يعني: أن إنشاء البيع - قبل أن يشتري
السمسار الثوب من مالكة - محرم، لكونه من بيع ما ليس عنده، و هو منهي عنه.

(٤) أو المعنى الرابع، فإن مجرد بطلان الوجهين الأولين غير كاف في تعيين الاحتمال
الثالث، بل لابد من إبطال الاحتمال الرابع أيضاً. ولكن مقصوده مذكور ملاءمة التعليل لمورد
الرواية، و تطبيقه عليه سواء قلنا بالاحتمال الثالث، أم الرابع كما سيأتي تصريحه بقوله:

وكذا يظهر دخول الكلام بناء على الاحتمال الثاني، لأن مقتضى حصر المحلل و المحرم
في الكلام هو عدم تحقق بيع ما ليس عنده إلا بالكلام، فهذا الحصر ينفي تحقق إيجابه بغير
الكلام، و هذا كاف في إثبات عدم ترتب أثر على المعاطاة في غير هذا المورد.

هذه المعاملة، إلا وجوده قبل شراء العين^(١) التي يريد بها الرجل، لأنه بيع^(٢) ما ليس عنده، ولا يُحْلَلُ إلا عدمه، إذ مع^(٣) عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعة، وهو^(٤) غير مؤثر.

فحاصل الرواية: أن سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في

«أو المعنى الرابع».

(١) كالثوب الذي هو مورد رواية خالد بن الحجاج أو خالد بن نجيع.

(٢) أي: لأن الكلام الدال على الالتزام بالبيع، وهذا تعليل لقوله: «لا يحرم هذه المعاملة» وحاصله: أن الموجب لحرمة هذه المعاملة هو كونه من بيع ما ليس عنده، ومن المعلوم أنه لا يتحقق هذا العنوان إلا بوجود الكلام الدال على البيع، فالمحرمة إنما تكون بوجود الكلام، والمحلية بعدمه قبل الشراء من المالك.

(٣) تعليل لقوله: «ولا يُحْلَلُ إلا عدمه» وحاصله: أن إسناد التحليل إلى عدم الكلام إنما هو لأجل عدم تحقق الكلام الموجب للبيع، حيث إن الكلام الموجود كان هو التواعد بالمبايعة لا نفس البيع، ومن المعلوم أن المواعدة ليست بيعاً حتى تُحرّم.

و بالجملة: فالمناسب لمورد الرواية إرادة المعنى الثالث، وهو كون وجود الكلام - أي إنشاء البيع - محرّماً، وعدمه مُحَلَّلاً.

و به يظهر أجنبية التعليل عن إناطة لزوم البيع بإنشائه باللفظ خاصة كما هو مراد المستدل بهذه الرواية على عدم لزوم المعاطاة.

ثم لا يخفى أن الاحتمال الثالث كان منحلّاً الى وجهين: أحدهما: إناطة التحليل والتحريم بالوجود والعدم، والآخر: إناطتهما معاً بالوجود، غايته دخل الحال والزمان في محليّة إنشاء تارةً ومحرّمية نفس ذلك الانشاء أخرى. وكلام المصنف هنا موافق للوجه الأول، لعدم تعرضه لتطبيق التعليل على الوجه الثاني وإن كان ممكناً كما لا يخفى.

(٤) يعني: وبمجرد التواعد غير مؤثر.

الكلام عدماً^(١) ووجوداً^(٢).

أو^(٣) المعنى الرابع، و هو: أنّ المقابلة و المراضاة مع المشتري الثاني^(٤) قبل اشتراء العين محلّ للمعاملة، وإيجاب^(٥) البيع معه محرّم لها.

(١) يعني: أنّ المحلّ هو عدم إنشاء البيع قبل أن يشتري السمسار الثوب من مالكة.

(٢) يعني: أنّ المحرّم هو إنشاء البيع قبل شراء الثوب من مالكة، و وجه محرّميته هو كونه من بيع ما ليس عنده.

(٣) معطوف على «الثالث» يعني: فتعيّن المعنى الرابع بعد بطلان المعنيين الأولين، و حاصله: أنّ المراد بالكلام المحلّ في مورد الرواية هو المقابلة و المواعدة، و بالكلام المحرّم إيجاب البيع، و هذا المعنى ينطبق على مورد الرواية كانطباق الاحتمال الثالث.

و على هذا الاحتمال الرابع يصير التعليل أجيباً عن مرام القائل بتوقف لزوم الملك على اللفظ و عدم تأثير المعاطاة فيه.

فتحصل: أنّ المصنف رحمه الله رجّح من المعاني الأربعة إثنين، أحدهما المعنى الثالث و هو إضافة التحليل إلى عدم الكلام، و التحريم إلى وجوده. و الآخر المعنى الرابع، و هو كون الكلام المحلّ المقابلة، و المحرّم إيجاب البيع.

و استبعد إرادة المعنيين الأولين. إذ في أوّلها: لزوم تخصيص الأكثر، و عدم إرتباط العلة بالحكم المعلّل.

و في ثانيهما: عدم مطلب واحد يمكن تأديته بمضمونين حتى يكون أحدهما محللاً و الآخر محرّماً، بل مطلب واحد لا يتأدّى إلا بمضمون واحد، و هو إيجاب البيع قبل الشراء، فلا بدّ من إرادة المعنى الثالث أو الرابع.

هذا محصل ما أفاده المصنف في معنى الرواية.

(٤) و هو الرجل الآمر، و المشتري الأوّل هو السمسار الذي يشتري الثوب من مالكة.

(٥) معطوف على «المقابلة» يعني: و أنّ إيجاب السمسار البيع مع المشتري الثاني محرّم

للمعاملة.

و على كلا المعنيين^{١١} يسقط^{١٢} الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاظة (*).

- (١) وهما المعنى الثالث والرابع اللذان يتعين حمل التعليل على أحدهما.
- (٢) أما وجه سقوطه بناءً على المعنى الثالث فهو: أن المحلل حينئذٍ في هذه المعاملة الخاصة منحصراً بعدم الكلام البيعي الإنشائي قبل شراء الدال لنفسه، والمحرم فيها هو وجود الكلام البيعي قبله، ولا يدل هذا على عدم كفاية غير الكلام - ومنه المعاظة - في جميع الموارد حتى في بيع إنسان ماله نفسه.
- و المحاصل: أن الرواية لا تدل إلا على أن وجود إيجاب «بيع ما ليس عنده» محرم قبل الشراء، وعدمه محلل قبله.
- و أما وجه سقوطه بناءً على المعنى الرابع فهو: أن مفاده حينئذٍ هو: أن المحلل في مورد الرواية منحصراً في المقابلة والمواعدة، والمحرم منحصراً في الكلام الإنشائي، ومن المعلوم أن هذا أيضاً أجنبي عن اعتبار اللفظ في البيع في غير مورد الرواية، وهو بيع ما ليس عنده، وعدم كفاية المعاظة فيه، فلا يدل على اعتبار اللفظ في بيع ما عنده حتى تكون دليلاً على عدم تأثير المعاظة في إنشاء البيع في جميع الموارد.
- و كذا يسقط الخبر على المعنى الثاني، لأن اللفظ فيه ملحوظ أيضاً آلياً لا استقلالياً فالاستدلال بالرواية على اعتبار الكلام في إنشاء البيع مبني على الوجه الأول الذي استظهره جمع من الفقهاء.

(*) بل المصير إلى المعنى الثالث والرابع بعيد أيضاً، إذ يلزم في الثالث التفكيك بين الكلامين المتحدّين سياقاً، لأن الظاهر كون وجود الكلام في كل من الفقرتين محللاً ومحزماً، فجعل وجود أحدهما مؤثراً في الحل، وعدم الآخر مؤثراً في الحرمة، أو العكس غير وجيه، هذا. مضافاً إلى: أن المؤثر في وجود الجلّ و الحرمة هو الوجود، لا العدم، فإسناد الجلّ أو الحرمة إلى العدم غير سديد كما هو ظاهر، فإن عدم الكلام لا يؤثر في الحرمة، بل تستند الحرمة

إلى حرمة التصرف في مال الغير، لا إلى عدم علة ضده.

ففي باب المزارعة لا يكون حرمة التصرف في الثلثين من الزرع الموسومين للبذر و البقر مستندة إلى عدم الكلام، بل إلى ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير هذا. وفي الرابع: أنه مع النظر إلى الصدر لا مع الغض عنه كما هو المفروض في الاحتمالات الأربعة، فإن جعل الكلام المحلّل المواعدة و المحرّم إيجاب البيع هو عين مورد الرواية، كما هو واضح. فكيف يكون مع الغض عنه.

و لا تبعد دعوى: إنسباق المعنى الثاني من المعاني المتقدمة من جملة «إنما يُحلّل الكلام و يحرم الكلام» في بيع ما ليس عنده، و من قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في روايات المزارعة، إذ الظاهر أن الروايات في مقام جعل التحليل و التحريم للكلام، و أن المقاصد يختلف حكمها باختلاف المضامين المؤداة بالكلام.

ففي بيع ما ليس عنده - الذي يكون المقصود منه تملك الشخص للمتاع بربيع خاص - إذا عبّر عنه بالوعد كان محللاً، وإذا عبّر عنه بإيجاب البيع كان محرماً.

و في باب المزارعة يكون المقصود تملك الزارع ثلثي الزرع، فإن عبّر عن هذا المقصود بجعل ثلث للبقر و ثلث للبذر كان محرماً، و إن عبّر عنه بجعل الثلثين بإزاء عمل الزارع كان محللاً.

إلا أن يقال: إن المقابلة ليست كلاماً محللاً، إذ المحلّل هو إيجاب البيع بعد الشراء، فوجود المقابلة كعدمها. كما أن مُحَرِّمِيَّة جعل الثلث للبقر و الثلث للبذر أيضاً غير صحيحة، لأنّ المحرم هو التصرف في مال الغير بدون إذنه، لا أن المحرّم هو جعل الثلث للبذر، نعم هو لغو.

فالأولى إرادة الشق الثاني من المعنى الثالث، و هو كون الكلام محرماً في مورد و محللاً في غيره، كإيجاب بيع ما ليس عنده، فإنه مُحَرَّم قبل الشراء، و مُحلّل بعده. وإرادة المعنى الثاني في روايات المزارعة.

نعم^(١) يمكن إستظهار إعتبار الكلام في إيجاب البيع

(١) إستدراك على قوله: «يسقط الخبر عن الدلالة» و مقصوده توجيه الاستدلال بالتعليل على عدم لزوم المعاطاة بناءً على تطبيق التعليل على الاحتمال الثالث، ومحصله: أنَّ مقتضى حصر المحلل والمحرم في الكلام هو إحصار إيجاب البيع بالكلام، وعدم تحققه بغيره من الإشارة والمنازعة والمعاطاة، إذ لو تحقق البيع بغير اللفظ كان مخالفاً لمقتضى حصر المحلل والمحرم في الكلام.

و الفرق بين هذا التقريب وبين الوجه الأول حينئذ هو: إبتناء الوجه الأول على حصر جميع المحللات والمحرمات في الكلام، سواء في العقود والإيقاعات وغيرها، ولذا ناقش فيه المصنف ^{رحمته} بلزوم تخصيص الأكثر، من جهة عدم توقف المحلية والحرمة على اللفظ في موارد كثيرة. بخلاف هذا الاحتمال الأخير، فإن المراد بالكلام بقرينة مورد السؤال هو إيجاب البيع، فالتعليل من أول الأمر مخصوص بباب البيع، فكأنه عليه الصلاة والسلام قال: «إِنَّمَا يُحْلَلُ الْكَلَامُ الْبَيْعِي وَيُحْرَمُ كَذَلِكَ» فإيجاب البيع محرم للشوب والربح إذا كان قبل شراء الدال، وإيجابه بعد شراء الشوب من مالكة محلل لها.

مرکز تحقیقات فقهی و حقوقی اسلامی

و على كل حال لا استفاد من الروايات المشتملة على قوله ^{عليه السلام}: «إِنَّمَا يُحْلَلُ الْكَلَامُ وَيُحْرَمُ الْكَلَامُ» عدم نفوذ المعاطاة، أو توقف لزومها على الكلام، لأن الاستدلال بها موقوف على الوجه الأول، مع دلالة كلمة «إِنَّمَا» على الحصر. وكلاهما محل النظر والمنع، هذا. مضافاً إلى: ما في الحصرين من التنافي، لأن مقتضى حصر المحلل في الكلام إنتفاء المحلية بعده، فيلزم أن يكون عدم الكلام محرماً، وهذا ينافي حصر المحرمة بالكلام، وكذا العكس، وهذا التنافي موجود سواء أكان المراد بالكلام نفسه كما هو مقتضى المعنى الأول، أم مضمونه كما هو مقتضى المعنى الأول، أم مضمونه كما هو مقتضى المعاني الأخر، فلو عولج هذا التنافي بجعل الحصر إضافياً بمعنى كون نوع من الكلام محللاً لا محرماً، ونوع آخر منه محرماً لا محللاً إمتنع الاستدلال بالرواية حتى على المعنى الأول، إذ لا تثبت توقف الصحة كُتَيْة على اللفظ. ودعوى عدم القول بالفصل تنافي القول بالإنتفاء بمطلق الدال كما لا يخفى.

بوجه آخر^(١) بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع^(٢)، بأن^(٣) يقال: إن حصر المحلل والمحرّم في الكلام لا يتأتى إلا مع إنحصار إيجاب البيع في الكلام، إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرّم في الكلام. إلا أن يقال^(٤): إن وجه إنحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد^(٥)، إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول، فتأمل^(٦).

و عليه فدلالة التعليل على توقف لزوم البيع على الكلام تامّة، ولا يترتب اللزوم على المعاطاة.

(١) يعني: غير الوجه الأول الذي تعذر حمل التعليل عليه، لتخصيص الأكثر، وأجنبية الحكم عن التعليل.

(٢) وهو المعنى الثالث.

(٣) هذا تقريب الوجه الآخر المبني على الاحتمال الثالث الذي ارتضاه المصنف. وقد تقدم تقريبه آنفاً.

(٤) هذا إشكال على قوله: «نعم يمكن استظهار...» ومحصله: كون التوجيه المزبور مخصوصاً بمورد الرواية مما لا تجري المعاطاة فيه، ولا يدلّ على إعتبار اللفظ في موارد أخرى يمكن تحقق البيع فيها بالتعاطي، وبيانه: أن حصر المحلل والمحرّم في مورد الرواية في الكلام يكون لأجل نكتة، وهي: أن المعاطاة غير متحققة هنا، لأن المتاع - وهو الثوب - عند مالكة الأول، فلا يتحقق إيجاب البيع من الدّلال بالمعاطاة، بل لابدّ من إنشائه بالقول.

(٥) وأما في الموارد التي يكون المبيع فيها عند البائع والتمنّ عند المشتري - ويمكن إنشاء البيع بالتعاطي - فلا تدلّ رواية خالد على إعتبار اللفظ في التحريم والتحليل، وعليه فالدليل أخصّ من المدّعى.

(٦) إشارة إلى ضعف قوله: «الآن يقال» حاصله: إمكان المعاطاة في المورد أيضاً، لظهور قوله: «اشتر لي هذا الثوب» في كون الثوب عند الدّال، فيمكن المعاطاة فيه.

وكيف كان^(١) فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور^(٢).
 كما يُشعر به^(٣) قوله عليه السلام في رواية أخرى واردة في هذا الحكم^(٤) أيضاً^(٥).
 وهي رواية يحيى بن الحجاج عن أبي عبدالله عليه السلام : «عن رجل قال لي: إشتري
 هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها، أربحك فيها كذا و كذا، قال لا بأس بذلك،
 إشتريها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(٦).
 فإن^(٧) الظاهر أن المراد من مواجهة البيع

ولو سلّم عدم كون المتاع عند الدلال أمكن أن يقال بكفاية المعاطاة بإعطاء الثمن من
 جانب والأخذ من آخر، كما سيأتي تحقيقه في التنبيه الثاني إن شاء الله تعالى.

(١) أي: سواء تمّ هذا التوجيه المبني على الوجه الثالث، أم لم يتم.
 (٢) في إعتبار الكلام في التحليل و التحريم بملاحظة الإستظهار المزبور.
 (٣) أي: يُشعر بانحصار إيجاب البيع في الكلام قول أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام في
 رواية يحيى بن الحجاج.

(٤) و هو التفصيل في شراء المتاع من الدلال بين تحققه قبل أن يشتريه الدلال من
 مالكة، فيبطل، و بين تحققه بعده فيصح.

(٥) يعني: كما ورد هذا الحكم في رواية خالد بن الحجاج أو خالد بن نجيح، و مقصود
 المصنف أن الحكم المزبور يدلّ عليه أكثر من رواية، و لا ينحصر الدليل عليه في رواية خالد
 المتقدمة. نعم لا ظهور للرواية في إعتبار اللفظ، و إنّما هو مجرد إشعار.

(٦) يعني: إلى أن تشتريها، و حاصله: أنّه لا تبعه الدابة إلّا بعد أن تشتريها من مالكة.
 (٧) مقصوده بالظاهر هو الإشعار، لأنّه جعل هذه الرواية مُشعرة باعتبار اللفظ في لزوم
 البيع، و محصله: أنّه يلزم من هذه الرواية أن الامام عليه السلام أمره بإيجاب البيع باللفظ، و أن
 نهيه عليه السلام عن مواجهة البيع قبل شراء العين من المالك ظاهر في النهي عن إنشائه، لا مجرد
 النهي عن إعطاء العين الى المشتري قبل أن يشتريها السمسار من مالكة.

ليس مجرد إعطاء العين للمشتري^(١).

و يُشعرُ به^(٢) أيضاً^(٣) رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: «قلتُ لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً، فيقول: أبيعك بـده دوازده، أو: ده يازده، فقال: لا بأس، إنما هذه المرافضة^(٤)، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة^(٥). أ. فإنَّ ظاهره - على ما فهمه بعض الشراح^(٦) - أنه لا يكون ذلك في المقابلة التي قبل العقد، وإنما يُكره حين العقد.

و في صحيحة ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تُساومه، ثم تشتري له^(٧) نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبيعه منه بعد^(٨)» ب.

(١) حتى يحتمل كفاية المعاطاة.

(٢) أي: وتُشعر رواية العلاء بانحصار إيجاب البيع في اللفظ.

(٣) كما أشعرت رواية يحيى بن الحجاج وخالد بن نجيع بالانحصار المزبور.

(٤) قال في مجمع البحرين: «نترأض على أمر، نستقر على أمر» ج والمراد بجمع البيع هو

العزم عليه، يعني فإذا عزم على البيع جعل رأس المال والربح جملة واحدة، ويسمىها.

(٥) وهو سيدنا الجهد المحدث السيد نعمة الله الجزائري رحمه الله، وحاصله: أن تسمية الربح

مكروهة في نفس العقد، لا في المقابلة والمرافضة التي ليست هي بيعاً، فكان اعتبار اللفظ في

إنشاء البيع مفروغ عنه، وإنما كان السؤال عن جواز بيان نسبة الربح في الإيجاب، فأجابه عليه السلام

بعدم البأس ببيانه في المقابلة التي هي من مقدمات أصل البيع.

(٦) أي: تشتري لذلك الرجل، وتوضيحه: أن شراء السمسار متاعاً من ماله يكون

تارةً بفرض نفسه وكيلاً عن الرجل الذي يريد ذلك المتاع، فيتملكه الرجل بمجرد أن يشتراه

أ: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٨٦، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ٥

ب: وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ١

ج: مجمع البحرين، ج ٤، ص ٢١١ و ٢١٢

السمسار من مالكة و يكون أخرى بشرائه لنفسه، فيبيعه بعده للرجل.
و مورد الرواية هو الثاني، بقرينة قوله عليه السلام : «ثم توجبه على نفسك» أي: تشتريه
لنفسك، و بعد تملكه تبيعه للرجل.
و على كل تقدير لابد من حمل «تشتري» على مقدمات الشراء، لدلالة «توجبه على
نفسك» على الشراء من مالكة.
هذا تمام الكلام في الأخبار التي ادعى المصنف رحمته إشعارها بدخل اللفظ في لزوم
البيع (*)، و بذلك ينتهي البحث في إفادة المعاطاة للملك اللازم، و يقع الكلام في التنبيهات.

(*) لكن إشعار هذه الأخبار باعتبار الإنشاء القولي - فضلاً عن ظهورها فيه - محل
تأمل.
أما قوله عليه السلام في رواية يحيى بن الحجاج: «و لا توجبه البيع قبل أن تشتريها» فلا أنه
لو كان المراد منه إيجاب البيع باللفظ كان مقتضى عطف «تشتريها» بـ «أو» على «تستوجبها»
إرادة الإشتراء معاطاة، فتكون الرواية من هذه الجهة دليلاً على صحة المعاطاة، فلا دلالة
و لا إشعار فيها على اعتبار اللفظ في اللزوم.
و عليه فما استظهره المصنف بقوله: «فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد
اعطاء العين للمشتري» و إن كان صحيحاً، إلا أنه غير مُجِدِّ، ضرورة عدم دلالة مواجهة البيع على
اعتبار اللفظ في انعقاده، لأن إيجاب البيع لا ينحصر عرفاً باللفظ، فيمكن أن تكون هذه الرواية
دليلاً على صحة المعاطاة.

و أما قوله عليه السلام في رواية العلاء: «فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة» فلا إشعار فيه
أيضاً بعدم تحقق إيجاب البيع بغير اللفظ، لإمكان حصوله بالفعل، بأن يجمع رأس المال مع
الربح، و يُعطى المجموع في قبال المبيع. و لا يستفاد إعتبار جمعها في عبارة واحدة، فإذا كان
رأس المال ثمانية و الربح إثنتين وَجَبَ عليه الجمع بينهما بأن يقول: «بعثك المتاع الفلاني

بعشرة دنانير» أو يعطي المجموع للمشتري.

نعم إذا كان المراد بالجملة ما اصطلاح عليه النحاة - من الكلام المفيد لفائدة يصح السكوت عليه - كان دالاً على اعتبار اللفظ في إيجاب البيع، لكنه كما ترى.

و أما صحيحة ابن سنان فكذا لا دلالة فيها على المدعى، ولا إشعار به، لأن قوله عليه السلام : «توجه على نفسك ثم تبيعه منه» لا يستفاد منه حصر الإيجاب المؤثر في اللفظ.

فالحق أن هذه الروايات الثلاث مسوقة لبيان أحكام أخرى، وليست ناظرة الى توقف اللزوم على الإنشاء القولي.

وقد يستدل لاعتبار اللفظ في إيجاب البيع بالروايات الواردة في بيع المصحف كرواية سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين، و قل: اشترى منك هذا بكذا وكذا»^أ.

تقريب الاستدلال بها هو: أن قوله عليه السلام : «قل أشترى» ظاهر في الوجوب الوضعي، فلا يتحقق الشراء إلا باللفظ، وبإلقاء خصوصية المورد يتعدى الى مطلق البيع، بل و سائر المعاملات، فيعتبر الكلام في إنشاء جميعها، هذا.

لكنك خبير بما فيه أولاً: من عدم دلالة قوله عليه السلام : «قل أشترى» على إرادة الإيجاب وإيقاع المعاملة، بل ظاهره أنه في مقام المقابلة قبل البيع، من دون نظر إلى إنشاء البيع باللفظ أو المعاطاة.

و ثانياً: من أنه لا بأس بالالتزام باعتبار إيقاع البيع باللفظ في مثل المورد من المجموع الذي يراد بيع بعضه، فإنه لا بد من ذكر ما يقع عليه البيع، لتوقف إرتفاع الجهالة على ذكره، ففي مثله لا بأس بالالتزام بإيجاب البيع باللفظ. لكن اعتبار اللفظ فيه لا يدل على إعتباره في غيره من سائر الموارد كما هو مورد البحث.

إلا أن يقال: إن الجهالة ترتفع بالمقابلة، ولا يتوقف إرتفاعها على إيقاع البيع باللفظ.

و ثالثاً: من أن الرواية ليست في مقام بيان إعتبار اللفظ في البيع و عدمه، بل في مقام بيان عدم جواز بيع نفس المصحف، وأن الجائز بيعه هو الحديد و نحوه، فقله ^{الشيخ} : «قل اشترى منك نفس ... الخ» كناية عن إيقاع البيع على الحديد و نحوه، لا أنه يراد به وجوب التلفظ، فتأمل.

و رابعاً: من أنه - بعد تسليم كونه في مقام إيجاب البيع بما ذكر في الرواية - لا يدل إلا على إعتبار كون الإيجاب القولي على النحو المزبور، وذلك لا ينفي إنشاء البيع بغير اللفظ، كما لا يخفى.



مركز تحقیق کتاب و ترویج علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفهرست

الموضوع	الصفحة
كتاب البيع	٥
العقد هو الربط بين التزامين	٥
إنقسام العقد إلى تنجيزي و تعليقی وإذني	٧
إنقسام السبب المملک إلى اختياري وقهري	٧
كلام المحقق الايرواني: أ- الحيازة أم الأسباب المملكة	٨
ب- تقابل الحيازة والاعراض	٨
ج- إتحاد طائفة من المعاملات حقيقة واختلاف طائفة أخرى كذلك	٩
تعريف البيع لغة	١٤
المراد بالأصل في كلام المصباح	١٥
البيع تبديل الاضافة و طرفها	١٨
كلام المحقق النائيني	١٨-٢٠
المناقشة في جعل البيع تبديل طرفي الاضافتين خاصة	٢٠-٢٢
المبادلة بين المالين تحصل بإنشاء البائع	٢٢
عدم إختصاص المبادلة بالاضافة الملكية و شمولها للاضافة الحقيقية و المصرفية	٢٣
اعتبار مالية العوضين	٢٣
مناقشات في تعريف البيع بالمبادلة	٢٥
أ- كلام السيد الطباطبائي	٢٥
ب- كلام المحقق الخراساني	٢٧
سلامة تعريف البيع بالمبادلة عن الاشكال	٢٩
إختصاص المعوض بالأعيان	٣١
معنى العين	٣٣
استعمال البيع في نقل المنافع في بعض الأخبار و الكلمات	٣٥

٦١٤.....	هدى الطالب / ج ١
٤٠.....	توجيه الاستعمال المزبور بالمسامحة و المجاز
٤١.....	استعمال الاجارة مجازاً في تمليك العين
٤١-٤٢.....	كلام السيد الطباطبائي في تمليك المنافع
٤٢-٤٥.....	النظر في ما أفاده السيد
٤٥-٥٢.....	تحقيق اختصاص المبيع بالأعيان
٥٢.....	لا فرق في المبيع بين العين الشخصية و الكلية بأقسامها
٥٦-٥٧.....	كلام الفاضل التراقي في تصحيح بيع الكلّي
٥٨.....	كلام السيد الطباطبائي في تصحيح بيع الكلّي
٥٩.....	العوض أعم من العين و المنفعة
٦١-٦٢.....	كلام الوحيد البهبهاني في اعتبار عينية العوضين و النظر فيه
٦٢-٦٦.....	اعتبار عينية العوضين و النظر فيه
٦٧-٧٠.....	عمل الحرّ، و حكم وقوعه ثمناً في البيع
٧١.....	صدق المال على عمل الحرّ سواء وقعت معاوضة عليه أم لا
٧٢-٧٥.....	توقف الاستطاعة المالية على مالكية مؤونة الحج فعلاً، و عدم صدقها على عمل الحرّ
٧٥-٨٥.....	ضمان حابس الحرّ الكسوب لما يفوت منه
٨٦.....	أقسام الحقوق
٨٩.....	القسم الأول: ما لا يقبل المعاوضة
٩٠-٩٦.....	القسم الثاني: ما لا يقبل النقل و إن جاز إسقاطه
٩٢.....	منع كاشف الغطاء عن وقوع الحقوق بأسرها عوضاً في البيع
٩٢-٩٤.....	مناقشة صاحب الجواهر في كلام كاشف الغطاء و مقايضة عوضية الحق ببيع الدين
٩٤-٩٩.....	إشكال المصنف على قياس نقل الحق ببيع الدين
٩٩-١٠٧.....	مناقشات الأعلام في منع وقوع الحق القابل للنقل ثمناً في البيع
١٠٧.....	القسم الثالث: الحقوق القابلة للانتقال القهري
١٠٩.....	المنع من وقوعها عوضاً في البيع
١١٠-١١٢.....	تلخيص ما أفاده المصنف في وقوع الحقوق ثمناً في البيع
١١٣-١٧٨	رسالة في الحق و الملك
١١٣-١٢٨.....	الموضع الأول في الملك
١١٣-١١٦.....	تعريف الملك في كلمات الاصحاب

الفهرست	٦١٥
الملكية العرفية و الشرعية إعتبار الواجدية.....	١١٦
١- إطلاق الملك على معانٍ أربع	١١٦
الملكية الحقيقية هي الاحاطة الصادقة على فاعل منه الوجود و ما به الوجود.....	١١٦
الملكية الذاتية	١١٧
الملكية المقولية	١١٧-١١٨
الملكية الاعتبارية	١١٨-١٢٠
٢- المراد باعتبارية الملكية العرفية	١٢١
٣- الأحكام الوضعية مجعولة بالأصالة و ليست منتزعة من التكليف	١٢٢
كلام المصنف في إنتزاع الملكية و نحوها من التكليف	١٢٢-١٢٤
مناقشة المحقق الاصفهاني في كلام المصنف.....	١٢٤-١٢٦
مناقشة المحقق العراقي في كلام المصنف.....	١٢٦-١٢٨
الموضع الثاني: في الحق	١٢٨-١٢٨
المقام الأول: تعريف الحق	١٢٨-١٣٧
تمييز الحق عن الحكم إثباتاً.....	١٣٧-١٣٩
المقام الثاني: أقسام الحقوق	١٣٩-١٤٠
التنافي بين قابلية كل حق للاسقاط و تقسيم الحقوق إلى ما يقبل الاسقاط و ما لا يقبله.....	١٤٠
مناقشة المحقق الاصفهاني في قاعدة: لكل ذي حق إسقاط حقه	١٤٣
إختصاص القاعدة بالحقوق المجعول فيها سلطنة أو أولوية	١٤٥
القسم الأول: ما لا يقبل الاسقاط و النقل و الانتقال	١٤٧
القسم الثاني: ما يقبل السقوط دون النقل و الانتقال	١٤٧
القسم الثالث: ما يقبل الاسقاط و النقل الى من ينطبق عليه العنوان لا مطلقاً.....	١٤٨-١٥٠
القسم الرابع: ما يقبل السقوط و النقل و الانتقال	١٥٠
كلام المحقق الاصفهاني في كون العنوان معرّفاً تارة، و مقوماً أخرى.....	١٥٠
قابلية هذا القسم من الحقوق للنقل و الانتقال.....	١٥١
المقام الثالث: الشك في كيفية المجعول.....	١٥٣
أ- الشك في أن المجعول حق أو حكم.....	١٥٤
كلام بعض الاعاظم في حق المارة و القصاص.....	١٥٤-١٥٥

٦١٦..... هدى الطالب / ج ١

- الشك في بقاء حقي الخيار و الشفعة بعد الإسقاط ١٥٦.
- ب - حكم الشك في قابلية الحق للإسقاط ١٥٧.
- ج - حكم الشك في قابلية الحق للانتقال ١٥٧.
- استصحاب بقاء الحق بعد موت ذي الحق ١٥٧-١٦٠.
- د - حكم الشك في قابلية الحق للنقل الاختياري ١٦٠.
- مناقشة المحقق الاصفهاني في الرجوع الى إطلاق أدلة المعاملات ١٦١-١٦٤.
- المقام الرابع: ذكر بعض الامور المرددة بين الحق و الحكم ١٦٥-١٧٢.
- حق السبق في المشتركات ١٦٥-١٧٢.
- جواز أخذ المال بازاء الاعراض عن المكان الذي سبق إليه ١٧٢.
- المقام الخامس: جواز المعاوضة على الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط ١٧٣.
- ما أفاده المحقق النائيني في المنع عن جعل الحقوق ثمناً في البيع ١٧٤.
- فذلكة مباحث الحقوق ١٧٧.

١٧٩ تعريف البيع في كلمات الفقهاء

- ١ - تعريفه بالانتقال، و النظر فيه ١٨١.
- ٢ - تعريفه بالعقد الدال على الانتقال ١٨٣.
- ٣ - تعريفه بالنقل بالصيغة المخصوصة ١٨٨.
- المناقشة في التعريف الثالث بوجوه ثلاثة ١٨٩-١٩٦.
- الأول: عدم مرادفة النقل للبيع ١٨٩.
- الثاني: استلزام أخذ الصيغة خروج المعاطاة عن الحد ١٩١.
- الثالث: استلزام أخذ الصيغة للدور ١٩١-١٩٦.
- ٤ - التعريف المختار: إنشاء تمليك عين بمال ١٩٧.
- البحث في حقيقة الانشاء ١٩٨-٢٠٧.
- الاستدلال للمشهور من كون الانشاء إيجاباً ١٩٩-٢٠٢.
- مختار المحقق النائيني من كون الانشاء آلة لتحقيق المنشأ ٢٠٢.
- مختار المحقق العراقي من كون الانشاء إبرازاً كالأخبار، و المائز بينهما ٢٠٣.
- كلام السيد المحقق الخوئي في أن الانشاء اعتبار و إبراز ٢٠٤.
- بعض ما يورد على القول بأن الانشاء إبراز لا إيجاب ٢٠٥.

٢١٧.....	الفهرست
٢٠٥-٢٠٦.....	بيان معنى آخر للابراز
٢٠٧-٢٦٥.....	مناقشات في التعريف المختار
٢٠٨.....	أ- توقفه على جواز الإيجاب بلفظ التملك
٢١٠-٢١٤.....	ب- خروج بيع الدين عن التعريف، والجواب عنه
٢١٤-٢١٨.....	تحقيق ما أفاده المصنف في تصحيح بيع الدين، وتنظيره بالتهاتر القهري
٢١٥.....	كلام المحقق الأردبيلي في منع التهاتر القهري
٢١٦-٢١٨.....	بيان المحقق النائيني في تصحيح بيع الدين
٢١٩.....	ج- إنتقاض تعريف البيع بالمعاطاة
٢٢١-٢٢٤.....	د- إنتقاض تعريف البيع بالشراء
٢٢٤-٢٢٨.....	تحقيق مقصود المصنف من كون الشراء تملكاً ضمناً
٢٢٨.....	هـ- إنتقاض تعريف البيع باستيجار عين بعين
٢٢٩.....	و- إنتقاض تعريف البيع بعقد الصلح
٢٣١.....	ز- إنتقاض تعريف البيع بعقد الهبة المعوضة
٢٣٢-٢٣٥.....	الجواب عن إنتقاض تعريف البيع بالصلح
٢٣٥-٢٤١.....	إقامة شواهد على مغايرة المنشأ في الصلح و البيع
٢٤١-٢٤٥.....	الجواب عن إنتقاض التعريف بالهبة المعوضة
٢٤٥.....	التعويض المشروط في الهبة تملك مستقل
٢٤٨.....	كلام كاشف الغطاء من أن البيع أصل في تملك الأعيان
٢٥٠.....	المناقشة في الأصل المذكور
٢٥١.....	ح- نقض تعريف البيع بعقد القرض
٢٥٢.....	إختلاف مفهوم القرض و البيع
٢٥٣.....	تحقيق ما أفاده المصنف من كون القرض تملكاً على وجه ضمان البذل
٢٥٤.....	مختار المحقق الايرواني في حقيقة القرض
٢٥٧.....	إقامة شواهد أربعة على خروج القرض عن العقود المعاوضة
٢٥٨-٢٦٣.....	مناقشات أعلام المحشين في تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال
٢٦٤-٢٨٨.....	استعمال البيع في غير إنشاء التملك مجازاً
٢٦٥.....	كلام صاحب المقابس في إطلاق البيع حقيقة على معان ثلاثة أخرى
٢٦٦.....	الأول: إيجاب البائع بشرط إنضمام القبول إليه

٦١٨..... هدى الطالب / ج ١

٢٦٧..... الثاني: الانتقال المترتب على العقد

٢٦٨..... الثالث: العقد المؤلف من الإيجاب والقبول

٢٧١-٢٧٨..... تحقيق المعنى الأول

٢٧٦..... البيع كالأيجاب والوجوب لا كالكسر والإنكسار

٢٧٩..... تحقيق المعنى الثاني

٢٨٢..... تحقيق المعنى الثالث

٢٨٦..... إطلاق البيع في النصوص على الانتقال الشرعي المسبب عن العقد

٢٨٩-٣١٦..... وضع ألفاظ المعاملات للصحيح أو للأعم

٢٨٩-٢٩٦..... كلام الشهيدين في الوضع لخصوص الصحيح

٢٩٧..... الاشكال على كلام الشهيدين بامتناع التمسك بإطلاق الأدلة

٣٠٠..... توجيه الوضع للصحيح

٣٠٤..... تقريب التمسك بالإطلاق بوجهين بناءً على الوضع للصحيح

٣٠٥..... الوجه الأول: حمل العنوان المعاملي على المعنى الاسمي

٣٠٦..... الوجه الثاني: حمل العنوان المعاملي على المعنى المصدري

تحقيق مراد المصنف من خروج البيع القاسد شرعاً عن الأدلة المضائية، وأنه موضوعي

٣١٠..... أو حكمي

٣١٤..... أدلة تنفيذ المعاملات هل تدل على امضاء المسبب أو السبب؟

٣١٦..... عدم كون صيغ العقود أسباباً للامور الاعتبارية

٣١٧ الكلام في المعاطة

٣١٨..... المقام الأول: تعريف المعاطة

٣١٨..... صور المعاطة بحسب قصد المتعاطين

٣١٩..... الصورة الاولى: قصد الاباحة

٣٢٠..... الصورة الثانية: قصد التملك البيعي

٣٢١..... الصورة الثالثة: وقوع التعاطي بلا قصد البيع ولا تصريح بالاباحة

٣٢١..... الصورة الرابعة: قصد الملك المطلق

٣٢١..... مناقشة المصنف في الصورتين الأخيرتين المذكورتين في الجواهر

٣٢٣..... تحقيق كلام الجواهر

٦١٩.....	الفهرست
٣٢٥.....	أعمية تمليك العين من البيع
٣٢٦.....	المقام الثاني: الأقوال في المعاطاة
٣٣٠.....	تحرير محل النزاع
٣٣١.....	كلام المحقق الثاني في توجيه الاباحة بالملك الجائز مع قصد الملك
٣٣٢.....	حمل صاحب الجواهر القول بالاباحة على قصدها دون قصد الملك
٣٣٣.....	مناقشة المصنف في كلامي المحقق الثاني و صاحب الجواهر
٣٣٣.....	سلامة كلام صاحب الجواهر عن إشكال المصنف عليه
٣٣٦-٣٤٤.....	الاستشهاد بكلمات الفقهاء على إبقاء الاباحة على ظاهرها مع قصد الملك
٣٤٥.....	كلام المحقق الثاني في توجيه الاباحة بالملك الجائز
٣٤٧.....	المناقشة في التوجيه المزبور
٣٤٩-٣٥٣.....	توجيه حمل الاباحة على الملك الجائز
٣٥٤.....	إستلزام القول بالاباحة لمخالفة القواعد لا يقتضي الحمل على الملك الجائز
٣٥٧.....	ذهاب القائل بالاباحة الى عدم كون المعاطاة بيعاً
٣٦١-٣٧١.....	تفصيل الأقوال في المعاطاة
٣٦١.....	القول الأول: اللزوم مطلقاً كالبيع اللفظي
٣٦٢.....	القول الثاني: اللزوم بشرط دلالة اللفظ على التراضي
٣٦٣.....	القول الثالث: الملك الجائز مطلقاً
٣٦٤.....	القول الرابع: إباحة مطلق التصرفات
٣٦٤.....	القول الخامس: إباحة التصرف غير المنوط بالملك
٣٦٥.....	القول السادس: كون المعاطاة بيعاً فاسداً
٣٦٦.....	ذهاب مشهور القدماء الى القول الرابع
٣٧١-٤٧٨.....	المقام الثالث: الاستدلال على الملك بأدلة خمسة
٣٧١.....	الدليل الأول: السيرة
٣٧٣.....	الدليل الثاني: آية حل البيع، بوجوه ثلاثة
٣٧٤.....	التقريب الأول: دلالة الآية على حلية التصرفات بالمطابقة، و على صحة البيع المعاطاتي بالملازمة الشرعية
٣٧٥-٣٨١.....	تحقيق دلالة الآية على صحة المعاطاة مطابقة
٣٨١.....	المناقشة في الاستدلال بالملازمة الشرعية

٦٢٠..... هدى الطالب / ج ١

- التقريب الثاني: دلالة الآية على صحة البيع بالمطابقة و النظر فيها ٣٨٣
- صدق البيع العرفي على المعاطاة ٣٨٤
- الدليل الثالث: آية التجارة عن تراض، بتقريب دلالتها على الحلبة التكليفية، و بالملازمة الشرعية على الصحة ٣٨٧
- تقريب دلالة الآية على حلية التملك ٣٩٠
- الاستثناء متصل أم منقطع ٣٩٠ - ٣٩٣
- الدليل الرابع: حديث السلطنة ٣٩٤
- منع دلالة الحديث على تنفيذ الأسباب ٣٩٥
- تحقيق حديث السلطنة سنداً و دلالة ٣٩٧ - ٤٠٨
- الاستشهاد بكلمات جمع من الفقهاء على عمل المشهور بالحديث ٣٩٧ - ٤٠١
- الاقوال في مدلول الحديث:
- أ - دلالة على جعل سلطنة مطلقة كماً و كيفاً، اختاره السيد و المحقق الاصفهاني ٤٠١ - ٤٠٥
- ب - دلالة على جعل سلطنة مطلقة كماً، اختاره المصنف هنا ٤٠٦
- ج - دلالة على استقلال المالك و عدم حجره، لا السلطنة، اختاره المحقق الخراساني ٤٠٦
- تقوية القول الثالث ٤٠٨
- مناقشة المصنف في الملازمة الشرعية بين حلية البيع و التجارة تكليفاً و بين مملكتيهما ٤٠٩ - ٤١٦
- المناقشة في الاستدلال بالسيرة ٤١٤
- التقريب الثالث: دلالة الآيتين على صحة البيع و التجارة بالملازمة العرفية ٤١٧
- الدليل الخامس: اجماع المركب ٤١٨
- اتحاد البيع و الاجارة و الهبة حكماً ٤١٨
- استلزام القول بالاباحة تأسيس قواعد جديدة ٤٢١ - ٤٣٩
- القاعدة الاولى: عدم تبعية العقود للقصور ٤٢٢
- القاعدة الثانية: ملكية إرادة التصرف ٤٢٣
- القاعدة الثالثة: ترتيب آثار الملك على المباح ٤٢٥
- القاعدة الرابعة: تصرف أحد المتعاطيين في المأخوذ بالمعاطاة يقتضي تملك الآخر لما أخذه ٤٣١
- القاعدة الخامسة: ترتيب آثار غير معهودة على التلف ٤٣٢
- القاعدة السادسة: ملكية التصرف قهراً أو إختياراً ٤٣٦
- القاعدة السابعة: ملكية حدوث النماء ٤٣٧

٦٢١	الفهرست
٤٣٨	القاعدة الثامنة: استلزام ملكية التصرف لاجتماع المتقابلين
٤٣٩-٤٧٥	المناقشة في الاستبعادات المذكورة
٤٤٠-٤٥٣	الإيراد على القاعدة الاولى بالحلّ و النقض
٤٤١	اختصاص قاعدة تبعية العقود للقصود بالعقود الصحيحة
٤٤٢	النقض على قاعدة التبعية بموارد خمسة
٤٤٣	الأول: إنقلاب ضمان المسمى بالواقعي عند فساد العقد
٤٤٦	الثاني: الشرط الفاسد غير مُفسد للعقد
٤٤٧	الثالث: بيع ما يملك و ما لا يملك
٤٤٨	الرابع: بيع الفاصب لنفسه
٤٤٩	الخامس: إنقلاب النكاح المنقطع بالدائم عند ترك ذكر الأجل
٤٤٩-٤٥٣	تحقيق إنقلاب العقد المنقطع بالدائم
٤٥٣	الفرق بين المعاطاة و العقود الصحيحة التي قد تتخلف عن القصد
٤٥٤	المناقشة في القاعدة الثانية، و اقتضاء الجمع بين الأدلة ملكية التصرف
٤٥٦	تنظير المقام بتصرف ذي الخيار و الواهب
٤٥٨	المناقشة في القاعدة الثالثة:
٤٥٩	جواز تعلق الاستطاعة و الأخماس و نحوهما بالمأخوذ بالمعاطاة بناءً على الإباحة
٤٥٩	تحقيق تعلق الامور الأحد عشر بالمأخوذ بالمعاطاة
٤٦١	المناقشة في القاعدة الرابعة
٤٦١	جواز كون تصرف أحدهما مملّكاً للآخر
٤٦٢	المناقشة في القاعدة الخامسة
٤٦٢	لا محذور في كون تلف إحدى العينين مملّكاً للطرفين
٤٦٣	إيراد السيد على المصنف
٤٦٧	المناقشة في القاعدة السادسة
٤٦٨	يجوز للمبيع و للمباح له المطالبة من الفاصب
٤٦٨	المناقشة في القاعدة السابعة
٤٦٩	احتمال حدوث النماء في ملك المبيع
٤٧١	عدم وفاء كلام المصنف بدفع اشكال ملكية حدوث النماء

٦٢٢..... هدى الطالب / ج ١

المناقشة في سائر القواعد التي رتبها كاشف الغطاء على القول بالاباحة..... ٤٧٢

فذلكة الكلام في إثبات افادة المعاطاة للملك وبطلان القول بالاباحة وغيرها ٤٧٩-٤٧٤

اصالة اللزوم في الملك ٦١١-٤٧٨

الأقوال في لزوم الملك الحاصل بالمعاطاة وجوازه..... ٤٧٩

أدلة القول باللزوم..... ٥٦٠-٤٨٠

الدليل الأول: الاستصحاب، بتقريب ثلاثة ٥٠٩-٤٨٢

أ- استصحاب شخص الملك الحادث بالمعاطاة..... ٤٨٢

المناقشة في إستصحاب شخص الملك..... ٤٨٤

ب- كفاية إستصحاب كَلِّي الملك في إثبات اللزوم ٤٨٦

الخدشة في الاستصحاب الكلِّي هنا بوجوه أوردها أعلام المحشين ٤٩١-٤٨٧

ما أفاده المصنف من تقوية كون المستصحب هنا شخص الملك لا كَلِّيّه ٤٩٢

إيراد المحقق الخراساني على المصنف بتهافت كلاميه في اللزوم والجواز ٤٩٢

ج - جريان إستصحاب الملك سواء كان اللزوم والجواز من أحكام الملك أم من خصوصياته

المنوعة له ٤٩٤

الاستدلال بوجهين على بساطة الملكية وكون اللزوم والجواز حكمين لها ٥٠٣-٤٩٨

كلام المحقق الاصفهاني في توجيه وحدة الملك وتأثير الأسباب المختلفة في مسببات مختلفة ٥٠٣

بساطة الملكية ٥٠٤

جريان أصالة اللزوم في كل من الشبهة الحكمية والموضوعية ٥٠٧

حكم تداعي المترافعين ٥٠٨

الدليل الثاني: حديث السلطنة ٥٠٩

شبهة التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية بعد رجوع المالك الأصلي ٥١١

مناقشة المحقق الاصفهاني في الاستدلال بالحديث على أصالة اللزوم ٥١٣

الدليل الثالث: حديث توقف حلية مال الغير على طيب نفسه..... ٥١٥

شبهة التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية..... ٥١٩

المناقشة في الاستدلال بالحديث بما أفاده السيد الاستاد والسيد الخوئي رحمهما الله ٥٢٣-٥٢٠

الدليل الرابع: النهي عن أكل مال الغير إلا بالتجارة عن تراض ٥٢٣

شبهة التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية..... ٥٢٥

الدليل الخامس: حرمة الأكل بالباطل..... ٥٢٦

٦٢٣.....	الفهرست
٥٢٩-٥٣١.....	هل المراد بالباطل هو الواقعي أو العرفي؟
٥٣١.....	مناقشة المحقق الايرواني في الاستدلال بالآية على أصالة اللزوم
٥٣٢.....	ما أفاده السيد من إيتناء الاستدلال على إتصال الاستثناء
٥٣٣-٥٤٠.....	الدليل السادس: أخبار خيار المجلس
٥٣٤.....	تقريب دلالة الاخبار على لزوم البيع بوجوه ثلاثة
٥٣٥.....	المناقشة في الاستدلال بالأخبار على اللزوم لمنع المتسكك بالعام في الشبهة المصداقية مطلقاً
٥٣٦.....	الخدشة في الاستدلال بمفهوم الغاية
٥٣٧.....	أخبار خيار المجلس طوائف ثلاث
٥٤٠.....	الدليل السابع: الأمر بالوفاء بالعقود
٥٤١.....	المراد بالعقد لغة وفي خصوص الآية المباركة
٥٤٥.....	مناقشة المحقق النائيني في دلالة الآية على اللزوم باختصاص العقد باللفظي
٥٤٧.....	مناقشة المحقق الايرواني في دلالة الآية بالشبهة المصداقية
٥٤٨-٥٥١.....	مناقشات أخرى في الاستدلال بالآية المباركة
٥٥١-٥٦٠.....	الدليل الثامن: الأمر بالعمل بالشرط
٥٥٤.....	توقف الاستدلال على صدق الشرط على الالتزام الابتدائي
٥٥٧-٥٥٩.....	النظر إلى مفاد الأخبار الآمرة بالوفاء بالشرط
٥٦٠.....	صفوة ما تقدم في الاستدلال على أصالة اللزوم
٥٦١.....	الخروج عن أصالة اللزوم في خصوص المعاطاة بوجوه ثلاثة
٥٦١.....	أ- الاجماع المنقول على عدم تأثير المعاطاة في الملك اللازم
٥٦٢.....	شهرة القول بالجواز إلى عصر متأخري المتأخرين
٥٦٣.....	مفاد كلام الشيخ المفيد في المقنعة
٥٦٧.....	مفاد كلمات العلامة في التذكرة و التحرير و المختلف
٥٦٩.....	ب- الاجماع المركب على عدم لزوم المعاطاة
٥٧١.....	المناقشة في الاجماع على عدم اللزوم
٥٧٤.....	ج- إستفادة عدم لزوم المعاطاة من بعض الأخبار
٥٧٧.....	دعوى قيام السيرة على إنشاء البيوع الخطيرة باللفظ
٥٧٩.....	الاقتصار على التعاطي في المحقرات

٥٨١.....	الرواية الحاصرة للمحلل والمحرم في الكلام
٥٨٢.....	صحة سند الرواية بنقل التهذيب
٥٨٦.....	محتملات التعليل مع قطع النظر عن مورد السؤال، وهي أربعة أو ستة:
٥٨٧.....	الأول: حصر مطلق المحلل والمحرم في اللفظ
٥٩٠.....	الثاني: إختلاف المضمون الواحد حلّية وحرمة باختلاف الألفاظ المؤدية له
٥٩١.....	تأييد هذا الوجه بأخبار المزارعة
٥٩٢.....	الثالث: أ- محلّية وجود الكلام ومحرمية عدمه، أو بالعكس
٥٩٣.....	ب- محلّية وجود كلام واحد ومحرميته باعتبار محلّه
٥٩٣.....	احتمال إرادة هذا الوجه في أخبار المزارعة
٥٩٤.....	الرابع: الكلام المحلل هو المقابلة، والمحرم إنشاء البيع
٥٩٥.....	بيان احتمال خامس في التعليل، أفاده صاحب الجواهر وغيره
٥٩٧.....	بيان احتمال سادس أفاده المحقق الاصفهاني
٥٩٨.....	كلام المصنف في إستظهار أحد الوجوه الأربعة
٥٩٨.....	منع الاحتمال الأول
٦٠٠.....	منع الاحتمال الثاني
٦٠٠.....	تعيين الاحتمال الثالث أو الرابع
٦٠٣.....	سقوط التعليل عن اثبات توقف لزوم البيع أو صحته على إنشائه باللفظ
٦٠٥.....	تقريب آخر للاستدلال بالتعليل على اعتبار اللفظ في إنشاء البيع
٦١١-٦٠٧.....	اشعار روايات أخرى باعتبار اللفظ
٦١٣.....	الفهرست

