

# دروس السبع

بقلم العلامة الأديب والأستاذ الكبير الشيخ  
آية الله العظمى الشيخ محمد باقر المجلسي

الجزء الأول

تأليف: سيد محمد حسيني طه (كاهاني)

مكتبة آية الله العظمى الشيخ محمد باقر المجلسي

# دروس السبع

بِقَرَارِ خَازِنَةِ الْأَسْتَاذِ الْعَظِيمِ سَمَاءِ حَبْرٍ  
لَيْلَةَ اللَّهِ الْعَظِيمِ الشَّيخِ حَسْبِ الْوَحِيدِ الْخُرَاسَانِيِّ

الجزء الأول

تأليف: سيد محمد حسيني طه (كاهاني)



مؤسسه تفطيم و نشر آثار حضرت  
آيت الله العظمى وحيد خراساني





## دروس البيع (الجزء الاول)

تقرير أبحاث آية الله العظمى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله

تأليف: سيد محمد حسيني طه (كاهاني)

الناشر: مدرسة الإمام باقر العلوم عليه السلام

الطبعة الثاني: ١٤٤٣ هـ ق - ١٤٠١ هـ ش.

المطبوع: ٥٠٠ نسخة

المطبعة: نكين

ردمك (الجزء الاول): ٤-٨-٩٦٣٤٦-٦٢٢-٩٧٨ ISBN

ردمك (الدورة): ١-٩-٩٦٣٤٦-٦٢٢-٩٧٨ ISBN

قم، شارع صفائيه، فرع ٣٧، رقم ٢١، هاتف ٣٧٧٤٣٢٥٦ - ٢٥٠



مؤسسة تنظيم و نشر آثار حضرت  
آية الله العظمى الوحيد الخراساني



### مراكز التوزيع:

- ١) قم، شارع معلم، بنایة الناشرين، الطابق الأرضي، رقم ٩، منشورات دليل ما، الهاتف ٣٧٨٤٢٤٦٦
- ٢) قم، شارع ارم، فرع ١١، مؤسسة پیام الإسلام، هاتف ٣٧٧٤٢٤٩٨ - ٣٧٧٤١٨٤٧
- ٣) طهران، شارع إنقلاب، شارع الفخر الرازي، رقم ٦١، هاتف ٦٦٤٦٤١٤١
- ٤) مشهد، شارع الشهداء، شمالي حديقة نادري، زساق خوراكیان، بنایة گنجینه الكتاب، الطابق الأول، منشورات دليل ما، هاتف ٥ - ٣٢٢٣٧١١٣
- ٥) النجف الأشرف، سوق الويش، مقابل جامع الهندي، مكتبة الامام باقر العلوم عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٦٦٣٥٧٩
- ٦) كربلاء المقدسة، شارع قبله الإمام الحسين عليه السلام، مكتبة ابن فهد الحلبي عليه السلام، هاتف ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٣ - ٠٧٨٠١٥٥٨٩٤٣

سرشناسه: حسيني طه، سيد محمد، ١٣٤٤-

عنوان و نام پديدآور: دروس البيع: تقرير أبحاث الشيخ حسين الوحيد الخراساني / تأليف سيد محمد حسيني طه (كاهاني).

مشخصات نشر: قم: مدرسة الامام باقر العلوم عليه السلام، ١٤٤١ق. = ١٣٩٩-

مشخصات ظاهري: ج: ١، ٤ - ٩٦٣٤٦٨ - ٦٢٢ - ٩٧٨؛ دوره: ١ - ٩٦٣٤٦٩ - ٦٢٢ - ٩٧٨

شابك وضعيت فهرستنویسی: فبیا

یادداشت: عربي .

عنوان دیگر: تقرير أبحاث الشيخ حسين الوحيد الخراساني.

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: Transactions (Islamic law)\*:

موضوع: معاملات (فقه)

موضوع: Options (Finance) (Islamic law)\*:

شناسه افزوده: وحيد خراساني، حسين، ١٢٩٩-

شناسه افزوده: Vahid Khorassani, Hossein:

شناسه افزوده: مدرسة الامام باقر العلوم (ع)

شناسه افزوده: Imam Baqir Science School:

رده بندي كنگره: BP190 / 1:

شماره رده ديويي: ٢٩٧ / ٣٧٢:

شماره كتابشناسي ملي: ٦١٢٨٤٠٧:



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين سيما بقية الله  
في الأرضين ولعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين

وبعد فقد لاحظت بعض ما قرره جناب الفاضل العلامة المحقق حجة الإسلام

والمسلمين السيد محمد الحسيني الكلهاني في كتابه دروس البيع مما قرره

من بعض أبحاثنا العرفية التي ألقيناها على طلاب وفضلاء المدرسة العلمية

في قم المقدسة

فوجدتها صادرة من فهم وقد تيقى مستوعبة لنكات البحث ودقائقه

بما يدل على إحاطته العلمية ولا غرو في ذلك فإنه ممن حضر أبحاثنا

في الفقه والأصول مدة طويلة في النجف الأشرف وقم المقدسة

حضور فهم وتدقيق واستيعاب فليست درره وعلى الله أجره

وأسأل الله تبارك وتعالى أن يديم في توفيقه وأن يشملته عنايتة صالحة

صلوات الله عليه وعلى آباءه وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



بسم الله الرحمن الرحيم

### مقدمة المقرر

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين لا سيما بقية الله الأعظم روحي وأرواح العالمين له الفداء واللعن على أعدائهم إلى يوم الدين. وبعد، فإن كتاب المكاسب للشيخ الأعظم الأنصاري أعلى الله مقامه من أعظم الكتب الفقهية في باب المعاملات، فإنه قد جمع فيه عمدة آراء الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، وأضاف إليها من آرائه النقادة تحقيقات أنيقة؛ ولذلك صار مورداً لاهتمام المحققين والمدققين من الأكابر شرحاً وتعليقاً، وأصبح منهجاً للتدريس سطحاً وخارجاً في الحوزات العلمية، ومن الذين درسوا بالدراسة الخارجية على طبق متن المكاسب شيخنا الأستاذ العلامة المدقق، جامع المعقول والمنقول، فقيه أهل البيت عليه السلام سماحة آية الله العظمى المرجع الديني الأعلى الشيخ حسين الوحيد الخراساني دام ظله العالی.

فقد درس المعاملات على طبق متن المكاسب دورتين، الدورة الأولى شرع من البيع إلى أول الخيارات ثم الطهارة حتى انتهى إلى بعض فروع الكفر، ثم المكاسب المحرمة ثم بحث إحياء الموات.

ثم شرع في بحث الصلاة بتاريخ (٣ ربيع الأول ١٣٩٢ ق) على طبق الشرايع للمحقق أعلى الله مقامه حتى إنتهى إلى بحث الخلل والشكوك وشرع فيهما على طبق العروة الوثقى للسيد الفقيه اليزدي.

حتى انتهى البحث إلى فروع العلم الاجمالي بتاريخ ١٣٧١/٠٣/٠٩ ش الموافق لـ (٢٧ ذي القعدة الحرام ١٤١٢ ق).

ثم شرع الدورة الثانية على طبق متن المكاسب من أول البيع بتاريخ ١٣٧١/٠٦/٢٨ ش) الموافق لـ (٢١ ربيع الأول ١٤١٢ ق) إلى آخر كتاب المكاسب وتم البحث بتاريخ (١٣٨٩/١٠/٠٧ ش) الموافق لـ (٢٢ محرم الحرام ١٤٣٢ ق).

وكان مكان تدريس أستاذنا الأعظم (دام ظله) في قم المقدسة في أربعة أماكن على التناوب:

الأول: مدرسة خان، الثاني: مسجد عشق علي، الثالث: مسجد سلماسي، الرابع: مسجد أعظم.

ولتقريرنا هذا مزايا:

منها: أنّ ما قررناه وإن كان تقريراً للدورة الثانية؛ ولكننا نتعرض في الهامش إلى نقل بعض آراء شيخنا الأستاذ (دام ظله) من الدورة الأولى أيضاً.

ومنها: أنه ما اكتفيت في هذا التقرير بما تلقيته في الدرس فقط، بل ربما استفدته من الكراسات المتعلقة بمكتب المعظم له التي أخذت من التسجيلات الصوتية لدروسه.

ومنها: أنه قد أضفت على التقرير الدرسي ما يرتبط بالمقام وقد استفدته من المعظم له من مواضع أخرى.

ومنها: أنه قد نشر في الهامش إلى بعض مباني المعظم له لما فيه من الفائدة. ومنها: أنه قد يخطر ببالي بعض النقود على نظرية الأستاذ الأعظم أشرت إليها في الهامش.

ومنها: أنه ذكر شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) قبل الشروع في الدورة الثانية أن همتنا في هذه الدورة طرح آراء أركان المحشين على المكاسب، ولا سيما المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامهم، فإنه دقيق النظر في باب المعاملات بحيث كان السيد الجليل المحقق السيد محمد هادي الحسيني الميلاني أعلى الله مقامه يزعم أنه أعلم من الشيخ الأعظم في المعاملات وإن كان هذا غير مقبول عندنا.

ومنها: أنّ لشيخنا الأستاذ (دام ظلّه) تعاليق على منهاج الصالحين الذي هو رسالة عملية لأستاذه المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامه، وقد وصل عدد هذه التعاليق إلى رقم (١٢٧٦) تعليقة إما بالاحتياط أو بالفتوى وعمدتها في باب المعاملات، ومنشأ الاختلاف هو الاختلاف في المبنى رجالاً وأصلاً وفقهاً.

وكان شيخنا الأستاذ من أكابر تلامذة المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامه وكان يقول في مجلس الدرس إنني كنت مصاحباً للسيد الخوئي مدة (٢٣) سنة. فنشير إلى بعض تلك المباني.

أما اختلاف المباني في الرجال:

١- يرى السيد الخوئي أنّ إكثار الكليني في الكافي لا يدل على المدح ولا على الوثاقة خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه جعله علامة للتوثيق.

٢- ويقول السيد الخوئي إنّ وقوع شخص في مستثنى نواذر الحكمة

لمحمد بن أحمد بن يحيى العمران الأشعري لا يدل على التضعيف، كما أن وقوعه في المستثنى منه لا يدل على التوثيق خلافاً لشيخنا الأستاذ حيث فصل بين المستثنى فلا يدل على التضعيف، والمستثنى منه فيدل على التوثيق..

٣- وذهب السيد الخوئي إلى وثاقة مشايخ جعفر بن قولويه بلا واسطة في كامل الزيارات (على مبناه الأخير) ووثاقة جميع أسانيد علي بن إبراهيم في التفسير ووثاقة مشايخ النجاشي بلا واسطة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه وافقه بالنسبة إلى كامل الزيارات والتفسير وخالفه بالنسبة إلى مشايخ النجاشي. هذا ما تلقيناه في المباحث الأصولية والفقهاء؛ ولكنه عدل أخيراً إلى وثاقة مشايخ النجاشي على ما نقله الأخ الجليل الشيخ محسن الوحيد.

٤- وجاء عن السيد الخوئي أن ما ذكره الشيخ الطوسي في عدة الأصول من أنه <sup>(١)</sup> سَوَّت الطائفة بين ما يرويه محمد بن أبي عمير، وصفوان بن يحيى، وأحمد بن محمد بن أبي نصر وغيرهم من الثقات الذين عرفوا بأنهم لا يروون ولا يرسلون إلا عن <sup>(٢)</sup> يوثق به فإنه مستند إلى إجماع الكشي ومتخذ منه، وليس إجماعاً مستقلاً فلا يدل على توثيق مروى عنه هؤلاء، خلافاً لشيخنا الأستاذ حيث ذهب إلى أنه إجماع على حدة فيدل على توثيق مروى عنه هؤلاء.

٥- وعن السيد الخوئي أن ترصّي الصدوق لا يدل على المدح فكيف على الجلالة؟ خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أن الترضي في كلام الصدوق في مقابل الترحم يدل على الجلالة.

(١) العدة في أصول الفقه ١: ١٥٤، فصل ٥ «في ذكر القرائن التي تدل على صحة أخبار الآحاد أو على بطلانها.

(٢) في الأصل: ممن.

٦- وعنه أيضاً أنّ شهادات العلامة الحلبي في الجرح والتعديل حدسية وذلك لوجهين، أولاً بالقطع بذلك الحدس، فإنّ السلسلة قد انقطعت بعد الشيخ الطوسي وثانياً: باستناده إلى أصالة العدالة في مواضع من رجاله، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ شهادته حسية لبسط يده على الكتب الرجالية القديمة؛ ولذلك انه نقل الجرح والتعديل من رجال ابن عقدة ومن رجال العقيقي وهما ليسا بأيدينا.

وأما استناد العلامة إلى أصالة العدالة في رجاله فهو ممنوع؛ لأنه المؤسس لملكة العدالة وما استظهر من كلماته على أصالة العدالة في غير محله. إلا أنّ شيخنا الأستاذ يفصل بين توثيقاته وتضعيفاته بحمل التوثيقات على الحس دون التضعيفات.

وأما اختلاف المباني في الأصول:

فنشير إلى اختلاف بعض المباني الأصولية بين السيد الخوئي وشيخنا الأستاذ:

١- أنّ السيد الخوئي يرى أنّ الوضع عبارة عن التعهد بأنه كلما قصد تفهيم معنى يبرزه بهذا اللفظ، فتكون الدلالة في الوضع دلالة تصديقية لا تصويرية، وأنّ كل مستعمل واضح خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ الوضع عبارة عن جعل اللفظ علامة لمعناه، وأما التعهد والإرادة والتصوير فهي من المقارنات لا الدخيلة في المفهوم وذلك بالنص والارتكاز واللغة وأما النص فعن علي بن فضال عن الرضا عليه السلام:....، فقلت: وما السمة؟ قال: العلامة<sup>(١)</sup>.

(١) تفسير البرهان ١: ٢٤، ح ٧.

وأما اللغة ففي لسان العرب: الاسم علامة، وعن القاموس الألفاظ علامة للمعاني.

٢- أنّ السيد الخوئي - في المعني الحرفي - يرى أنّ الحروف عبارة عن إيجاد التضييق في المعاني الاسمية وقد تكون ملحوظة بلحاظ استقلالي كما إذا كان المحمول والموضوع معلومين، وكانت النسبة بينهما مجهولة فيخبر عن النسبة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذكر أنّ الحروف موضوعة لواقع النسبة والتضييق من لوازمها لا نفس معناها وأنّ الحروف ملحوظة بلحاظ آلي دائماً.

٣- وعن السيد الخوئي أنّ السبب الوحيد لمعرفة الحقيقة في الوضع غالباً هو الاطراد، فإن تصريح الواضع نادر والتبادر لا بد أن يستند إلى العلم بالوضع، إما من جهة تصريح الواضع أو من جهة الاطراد، والأول نادر فهو لا محالة مستند إلى الثاني، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه خص السبب الوحيد في علامة الحقيقة بالتبادر وتنصيب الواضع، وأما الاطراد فليس بعلامة؛ إذ يمكن أن يكون مستنداً إلى المجاز المشهور.

٤- وعن السيد الخوئي أيضاً أنّ حقيقة الصلاة شرعاً عبارة عن الطهور والركوع والسجود مستنداً إلى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام <sup>(١)</sup> قال: الصلاة ثلاثة أثلاث، ثلث طهور وثلث ركوع وثلث سجود. وعليه لا تجب الصلاة لفاقد الطهورين؛ إذ لا تشملها قاعدة الصلاة لا تسقط بحال لانتهاء الصلاة موضوعاً خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ صحيح الحلبي معارض بصحيح زرارة

(١) الوسائل، الباب ٩ من أبواب الركوع، الحديث ١.

عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا دخل الوقت وجب الطهور والصلاة» فإنه يدل على كون الطهور خارجاً عن حقيقة الصلاة.

٥- وعنه أيضاً أنّ صيغة الأمر تدل على الوجوب بحكم العقل خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى عدم دلالتها على الوجوب لا وضعاً ولا إطلاقاً ولا عقلاً وإنما يستفاد ذلك بالنص المعتبر كصحيح زرارة ومحمد بن مسلم أنهما قالاً: قلنا لأبي جعفر عليه السلام: ما تقول في الصلاة في السفر كيف هي وكم هي؟ قال: إن الله عز وجل يقول ﴿إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ فصار التقصير في السفر واجباً كوجوب التمام في الحضر، قالوا: قلنا: إنما قال الله عز وجل ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ﴾ ولم يقل: افعلوا فكيف أوجب ذلك كما أوجب التمام في الحضر؟ فإن فهم زرارة ومحمد بن مسلم يكشف عن دلالة صيغة افعل على الوجوب.

قلت لشيخنا الأستاذ ما هو المنشأ لفهمهما الوجوب؟ إذ لا بد من منشأ لذلك؟ أجابني أنّ المنشأ هو الإطلاق المقامي.

٦- وجاء عن السيد الخوئي أنّ الأمر بالصلاة وغيرها من المركبات الشرعية ينحل إلى الأوامر الضمنية المولوية النفسية، وبهذا المبنى حل إشكال استحالة أخذ قصد الأمر في الأمور به في التعبدية والتوصلي.

وأيضاً ذهب في الأقل والأكثر إلى تعلق الأمر بالأقل من الاجزاء هل هو بنحو الاطلاق بالنسبة إلى الجزء المشكوك أو بنحو الاشتراط فيتعارض الاستصحابان وتجري البراءة عن الاشتراط بلا معارض، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى عدم الانحلال وأنكر الأوامر الضمنية وذهب إلى استحالة أخذ قصد الأمر في



متعلق الأمر وذهب إلى البراءة في الأقل والأكثر بوجه آخر.

٧- وجاء عنه أيضاً أنّ الوصف في باب المفاهيم ليس له مفهوم اصطلاحي وهو نفي سنخ الحكم عن سائر الحصص؛ ولكن له مفهوم بمعنى نفي سنخ الحكم عن الطبيعة؛ ولذلك ذهب في المطلق والمقيد المثبتين إلى أنّ المطلق يحمل فيهما على المقيد؛ لأنّ الأصل في القيد هو الاحتراز فينفي به سنخ الحكم عن الطبيعة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه وإن وافقه في الدورات السابقة من الأصول لكنه خالفه في الدورة الأخيرة وذهب إلى أنّ احترازية القيد حدها نفي الحكم الشخصي لا السنخي.

٨- وتبنى السيد الخوئي أنّ الجمع المحلي بأل كأكرم العلماء عام وضعي يدل على العموم بالوضع؛ لأنّ اللام للتعريف والتعيين من جميع الجهات ولا ينطبق إلّا على العام الاستغراقي، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى دلالة بالاطلاق ومقدمات الحكمة؛ لأنّ المقدار اللازم في التعريف أن يكون اللام دالاً على أصل التعيين في مقابل التزيين، أما كونه للتعيين من جميع الجهات فلا دليل عليه وتبادر العموم الوضعي ممنوع.

٩- ويرى السيد الخوئي أن كتاب الله إنما يصدق على موارد النص الكتابي والعموم الوضعي، وأما العموم الاطلاقي في القرآن فحيث إنه ثبت بحكم العقل لا يعدّ من كتاب الله ولا من كلام الله، فكل خبر خالف إطلاق كتاب الله لا يصدق عليه أنه مخالف لكتاب الله ولا يشمل قوله ﷺ: «ما خالف كتاب الله زخرف، لم نقله» خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى صدق كتاب الله وكلامه على مطلق الكتاب أيضاً فإن حكم العقل بمنزلة القرينة فيوجب

الظهور الاستعمالي واستناده إلى الله تعالى.

١٠- ويرى أيضاً أنّ خبر الثقة حجة وإن حصل الظن بخلافه وكذلك الظواهر، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه خص حجيتهما بما إذا لم يحصل الظن بخلافهما لعدم السيرة على ذلك ولا أقل من الشك.

١١- وذهب السيد الخوئي إلى أنّ استصحاب عدم جعل الوجوب أو الحرمة يجري في موارد الشبهة البدوية ويقدم على أدلة البراءة بنحو الحكومة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى عدم جريان الاستصحاب في الشبهات البدوية؛ إذ يلزم من جريانه حمل أخبار البراءة على النادر.

١٢- وذهب أيضاً إلى أنّ دليل حجية الخبر هي السيرة العقلانية والسيرة قامت على العمل بالخبر الموثوق الصدور وبالخبر الموثق وبالخبر الحسن أي ما إذا كان المخبر ممدوحاً، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى عدم حجية خبر الممدوح.

١٣- وعن السيد الخوئي أنّ عمل المشهور لا يكون جابراً لضعف السند ولا إعراضهم موهناً للسند المعتمد، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ عمل المشهور ليس جابراً؛ لكن إعراضهم يكون موهناً.

١٤- ويرى أنّ الاجماع المحصل ليس بحجة كبروياً فضلاً عن المنقول، فإنّ الاجماع إذا لم يكن له مستند عندنا فإنه مع ذلك لا يكشف عن رأي المعصوم إذ غايته أنه يكشف عن الحجة في عصر المعصوم فكما يحتمل أن يكون الحجة عندهم رأي المعصوم يحتمل أن يكون المستند خبراً صحيح السند وصريح الدلالة، وقد خفي علينا، ولعله لو وصل إلينا لوجدنا له معارضاً،

واحتمال المعارض كافٍ في عدم الحجية، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أن مثل هذا الاجماع لا محالة يكشف عن رأي المعصوم إذ من المجمعين الكليني والصدوق والشيخ وابن ادريس والعلامة والشهيدين وأمثالهم، ولو كان مستند في البين لوصل البينا.

١٥- ويرى أيضاً أن الاستصحاب حجة من باب الأمانة إلا أنه فرش الأمارات وعرش الأصول العملية خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنه من الأصول العملية المحرزة.

١٦- وقال السيد الخوئي إن استصحاب المجعول في الاحكام الكلية الالزامية التي لها حالة سابقة ما زال معارض باستصحاب عدم الجعل خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى عدم المعارضة.

١٧- وقال أيضاً إن جريان استصحاب العدم الأزلي يجري في الذوات وعوارض الماهية ولا يختص بأوصاف الوجود، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه خصه بأوصاف الوجود كاستصحاب عدم القرشية مثلاً.

١٨- وعلمنا أن السيد الخوئي يقول إن مقتضى الأصل الأولي في تعارض الخبرين هو التساقط وعدم تمامية أخبار التخيير إما سنداً أو دلالة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أن الأصل الأولي وإن كان هو التساقط إلا أنه قد ثبت التخيير بأخبار التخيير فيما إذا لم يكن مرجح في البين كموثقة سماعة قال: «يرجئه حتى يلقى إمامه فهو في سعة حتى يلقاه»<sup>(١)</sup>.

(١) الكافي، الباب ١ من أبواب اختلاف، الحديث ٧.

١٩- وأخيراً فإن السيد الخوئي يرى أنّ المرجح لأحد الخبرين المتعارضين يختص بموافقة الكتاب ثم مخالفة العامة مستنداً إلى رواية القطب الراوندى، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ المرجح هي الشهرة الروائية ثم موافقة الكتاب ثم مخالفة العامة ثم مخالفة ما فيه قضاتهم أميل مستنداً إلى مقبولة عمر بن حنظلة، فإن المحقق الأردبيلي والشهيد الثاني وصاحب مفتاح الكرامة قد ادعوا الإجماع على العمل بالمقبولة، مضافاً إلى أنّ صفوان بن يحيى روى عن عمر بن حنظلة وهو ممن لا يروى ولا يرسل إلاّ عمن يوثق به على ما شهد به الشيخ الطوسي في عدة الأصول.

وأما اختلاف المباني في الفقه:

ونقتصر بتناسب موضوع التقرير بمباحث المعاملات ونشير إلى بعض اختلافات المباني بين السيد الخوئي وشيخنا الأستاذ منضمّاً إلى بعض المباني في الاجتهاد والتقليد.

١- يرى السيد الخوئي<sup>(١)</sup> أنه إذا مات المجتهد الذي قلده الصبي قبل بلوغه جاز له البقاء على تقليده، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى جواز عمل الصبي بفتوى الميت إذا أدركه مميزاً وإن لم يقلده؛ لعموم أدلة حجية رأي المجتهد الشاملة للتقليد الابتدائي والبقائي، وإنما خرج التقليد الابتدائي عن الميت بدليل لبي (الاجماع والضرورة) والقدر المتيقن منه غير الصبي المميز المدرك.

(١) منهاج الصالحين ١: ١٠، مسألة ٥.

٢- ويرى السيد الخوئي<sup>(١)</sup> أيضاً أنه إذا قلد مجتهداً فمات فإن كان أعلم من الحي وجب البقاء على تقليده فيما إذا كان ذا كراً لما تعلمه من المسائل، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنه وجب عليه البقاء مطلقاً، عمل أم لم يعمل، تعلم أم لم يتعلم، التزم أم لم يلتزم، وليس المدار على عنوان التقليد إذ لم يقد دليل معتبر على اعتبار هذا العنوان، بل المدار على إداركه حياً وحجية رأيه عليه.

٣- وذهب السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> إلى أن عدالة المرجع في التقليد واجتهاده وأعلميته تثبت بخبر الثقة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنها تثبت به إذا لم يكن ظن على خلافه لعدم السيرة في الفرض ولا أقل من الشك.

٤- وذهب السيد الخوئي أيضاً إلى أن المحرم هو التعاون على الإثم لا الإعانة على الإثم، والتعاون من باب التفاعل يقتضي صدور الماده من الطرفين خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه وإن وافقه في منهاج الصالحين؛ ولكنه ذهب في مجلس الدرس إلى حرمة الإعانة على الإثم؛ لأن التعاون كما عن أهل اللغة عبارة عن إعانة بعضهم على بعض، وهو صادق على الإعانة على الإثم.

مضافاً إلى فحوى أدلة النهي عن المنكر فإن الناهي عن المنكر غرضه عدم تحقق المنهي فكيف يجوز الإعانة عليه؟

٥- وجاء عن السيد الخوئي أنه ذهب إلى عدم مالكية الدولة فالمال المأخوذ من الشركة الحكومية من المجهول المالك فيحتاج إلى الاستيذان من

(١) منهاج الصالحين ١: ١٠، مسألة ٧.

(٢) منهاج الصالحين ١: ١٣، مسألة ٢٠.

الحاكم الشرعي خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى مالكية الدولة. وللمعظم له تقريبٌ خاص في مالكية الدولة موكلٌ إلى محله.

قلت لشيخنا الأستاذ، ما الدليل على مالكية الدولة؟ أجبني بأن ما استدل به على مالكية الدولة وإن كان كل واحد بنفسه قابلاً للمناقشة إلا أن الجميع يوجب الاطمينان بمالكية الدولة، والأحوط استحباباً الاستيذان من الحاكم الشرعي أو وكيله إذا كانت الشركة حكومية.

٦- وجاء عن السيد الخوئي أيضاً أنه لا بد من التمييز بين العوضين في باب البيع، فإذا كان أحد العوضين متاعاً والآخر نقداً فهو بيع، سواء كان غرضهما تحصيل الربح أو رفع الحاجة أو مختلفين، وأما إذا كان العوضان متاعاً كمبادلة كتاب بكتاب وكان الغرض لكلا المتعاملين أمراً واحداً كتحويل الربح أو رفع الحاجة لم يكن هذا بيعاً جزماً، بل هي معاملة مستقلة تشملها قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أن امتياز العوضين في البيع إنما هو بإنشاء المعوض وإنشاء العوض وإن كان غرض البائع رفع الحاجة وغرض المشتري حفظ المالية. نعم، إذا كان المنشأ هو المبادلة من دون اختصاص أحدهما بالمعوضية والآخر بالمعوضية تكون المعاملة مستقلة.

٧- وعن السيد الخوئي أن قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ مطلق يشمل البيع العقلاني وكذلك البيع السفهائي فيكون الإطلاق إمضائياً بالنسبة إلى البيع العقلاني، وتأسيسياً بالنسبة إلى البيع السفهائي، وإنما يبطل بيع السفهيه بالنص، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى اختصاص الإطلاق بالبيع

العقلاني؛ لأن الآية في مقام الامضاء ومع احتفائه بهذه القرينة المقامية لا ينعقد إطلاق بالنسبة إلى البيوع السفهائية فتبطل البيوع السفهائية أيضاً كبيع السفية.

٨- وعن السيد الخوئي أيضاً أن قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ بصدد البيان فهو مطلق، بل لو شككنا في ذلك كانت اصالة البيان محكمة، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أن سوق الآية بصدد بيان أصل التشريع فلا موضوع للإطلاق ولا لأصالة البيان، وإنما يلتزم بإطلاق الآية لأجل استدلال الامام عليه السلام بالآية لتصحيح بيع المضطر في النص المعتبر عن عمر بن يزيد<sup>(١)</sup>.

والاستدلال يكشف عن دلالة الآية وكونها بصدد البيان لا أصل التشريع وإلا لما كان وجه للاستدلال.

٩- وتبنى السيد الخوئي أن قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ أعم من الحكم الوضعي والتكليفي لأن مادة الحل بمعنى الإطلاق والارسال (يقال بالفارسية: رهايي) وهو جامع قابل للوضعي والتكليفي، وكذلك لفظ التحريم فإنه بمعنى المنع والحجر فيعم الوضعي والتكليفي، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه أنكر إطلاق لفظ (الحل) على الحلية الوضعية في العرف واللغة والروايات، بل هو مجرد اصطلاح الفقهاء وخص الحل بالتكليفي وإن كانت حلية جميع التصرفات بحكم الإطلاق تلازم الحلية الوضعية.

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٧، الباب ٤٠ من أبواب التجارة، الحديث ١.

مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام جُعِلْتُ فِدَاكَ إِنَّ النَّاسَ يَزْعُمُونَ أَنَّ الزَّبْحَ عَلَى الْمُضْطَرِّ حَرَامٌ وَهُوَ مِنَ الزَّبْحِ؟ قَالَ: وَهَلْ رَأَيْتَ أَحَدًا يَشْتَرِي غَنِيئًا أَوْ فَقِيرًا إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ يَا عُمَرُ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزَّبْحَ فَابْتَغِ وَلَا تُزْبِعْ قُلْتُ: وَمَا الزَّبْحُ؟ قَالَ دَرَاهِمٌ يَدْرَاهِمٌ مِثْلَيْنِ بِمِثْلِ.

١٠- وذهب السيد الخوئي إلى أنّ من الأدلة العامة على صحة البيع وغيره من المعاوضات آية التجارة عن تراض<sup>(١)</sup> لأنّ التجارة عبارة عن كل معاملة مشروطة بالقبول، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى اختصاص التجارة بالبيع والشراء (خريد وفروش) فإنه المتفاهم من العرف واللغة.

١١- وعن السيد الخوئي أنّ الاستثناء في قوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ استثناء متصل والمستثنى منه (بسبب من الاسباب) محذوف بقرينة الباء السببية في كلمة (بالباطل) أي لا تملكوا بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ الاستثناء منقطع والمستثنى منه نفس (بالباطل) إذ الاتصال مستلزم للتكلف، واستثناء المنقطع أمر شائع والآية في مقام حصر أسباب المعاملة في الحق والباطل.

١٢- وجاء عن السيد الخوئي أنّ العقود في قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قد فسرت في صحيحة عبد الله بن سنان بالعهود. (عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي أوفوا بالعهود<sup>(٢)</sup>. فيكون أوفوا حكماً وضعياً إرشاداً إلى اللزوم في باب المعاوضات وحكماً تكليفاً أي وجوب الوفاء في العهد واليمين والقسم، ولا محذور أن يكون إنشاء واحد تكليفاً وإرشادياً فيما إذا كان كلاهما مولوياً، وإنما يستحيل ذلك فيما إذا كان أحدهما مولوياً والآخر إرشاداً

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) تفسير القمي ١: ١٦٠؛ فَإِنَّهُ حَدَّثَنِي أَبِي عَنِ التَّضَرِّينِ سُؤْيِدِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَوْلُهُ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قَالَ: بِالْعُهُودِ.



إلى حكم العقل، فلا يعقل أن يكون إنشاء واحد بداعي الإنشاء مصداقاً للإنشاء وبداعي الحكاية مصداقاً للخبر، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى الاستحالة حتى فيما إذا كان كلاهما مولوياً إذ لا يعقل أن يكون إنشاء واحد مصداقاً لداعيين.

١٣- ويرى السيد الخوئي أنّ حديث رفع القلم عن ثلاثة<sup>(١)</sup> عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ، ضعيف سنداً بعدة مجاهيل، بل المستند في رفع القلم عن الصبي مفهوم موثقة عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٢)</sup>.

خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى أنّ حديث رفع القلم عن ثلاثة تام سنداً لدعوى المفيد في الإرشاد<sup>(٣)</sup> بأنه روت العامة والخاصة رفع القلم عن ثلاثة، وعن ابن ادریس المجمع عليه رفع القلم عن ثلاثة.

١٤- وجاء عن السيد الخوئي أن بيع الفضول مال الغير مقارناً للرضا النفساني غير المبرز من المالك لا يخرج عن الفضولي، بل المخرج هو الرضا المبرز، سواء كان مقارناً أو لاحقاً، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب تبعاً للشيخ الأعظم الأنصاري إلى خروجه عن الفضولية بالرضا النفساني المقارن لقوله تعالى ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ﴾، وبالنص المعتمد.

١٥- وجاء عنه أيضاً أنه ورد النص على حرمة خصوص مال المسلم ودمه

(١) الوسائل: الباب ٤ من أبواب المقدمات العبادات، الحديث ١١.

(٢) الوسائل: الباب ٤ من أبواب المقدمات العبادات، الحديث ١٢.

(٣) الإرشاد ١: ٢٠٢.

لصحيحة زيد الشحام وموثقة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه»، ويلحق به الذمي، وأما من لم يكن مسلماً ولا ذمياً فلا حرمة لدمه ولا ماله، فالحربي هو الكافر الذي لم يكن ذمياً أو معاهداً.

خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى حرمة مال الغير سواء كان مسلماً أو كافراً وإنما خرج منه الكافر الحربي بالفعل لما رواه الصدوق في كمال الدين<sup>(١)</sup> بالنص المعتبر فإن ترضى الصدوق لمشايخه كاف في جلاتهم.

١٦- وذهب السيد الخوئي إلى أنه إذا لم يعلم أن شخصاً ذمي أو حربي فإنه لا حرمة لدمه ولا ماله؛ لأن الأصل عدم كونه ذمياً، فيندرج في الحربي فإن الحربي أمر عدمي، خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى حرمة ماله ودمه؛ لأن الحربي أمر وجودي خرج بالتخصيص فالأصل عدم كونه حربياً.

١٧- وقال السيد الخوئي إن فسح ذي الخيار كاشف عن انتهاء أمد الملكية بالفسح وليس برافع لها؛ إذ لا يعقل إنشاء ملكيته بالنسبة إلى ما بعد الفسخ؛ لأن الإهمال محال وإطلاق التملك حتى بالنسبة إلى ما بعد الفسخ محال،

(١) كمال الدين وتمام النعمة ٥٢٠: ٢، ح ٤٩: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ الشَّيْبَانِيُّ وَعَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ الدَّقَاقِ وَالْحُسَيْنُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ هِشَامِ الْمُؤَدَّبِ وَعَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْوَرَّاقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قَالُوا: حَدَّثَنَا أَبُو الْحُسَيْنِ مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ عليه السلام قَالَ: كَانَ فِيمَا وَرَدَ عَلَيَّ مِنَ الشَّيْخِ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عُثْمَانَ قَدَسَ اللَّهُ رُوحَهُ فِي جَوَابِ مَسْأَلَتِي إِلَى صَاحِبِ الزَّمَانِ عليه السلام أَمَا مَا سَأَلْتُ عَنْهُ مِنَ الصَّلَاةِ عِنْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَعِنْدَ غُرُوبِهَا.... فَلَا يَجُزُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ.

فيحدد إنشاءه التمليك إلى قوله فسخت. خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى كون الفسخ رافعاً لا كونه كاشفاً عن انتهاء أمد الملكية بالفسخ.

١٨- ويرى السيد الخوئي أنّ القاضي المنصوب عن الاثمة عليه السلام لا دليل عليه إلا مقبولة عمرين حنظلة وهي ضعيفة سنداً بعمرين حنظلة، وإن كانت تامة دلالة، وإنما يثبت القاضي المنصوب من باب الأمور الحسبية التي لا بد منها فيستكشف رضی المعصوم منها، فالقدر المتيقن أن يكون القاضي المنصوب أعلم من في بلده. خلافاً لشيخنا الأستاذ فإنه ذهب إلى تمامية المقبولة سنداً ودلالة، فالقاضي منصوب من قبل المعصومين عليهم السلام بالدليل اللفظي<sup>(١)</sup>: «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا ونظرفي حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا... فإنني جعلته عليكم حاكماً». فلا يعتبر أن يكون أعلم من في بلده.

هذا ما حضرنا عاجلاً من اختلاف المباني بين العلمين ولتحقيقها محل آخر لا يناسبه المقام.

نسأل الله تعالى أن يوفقنا لمرضاته وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

#### الحوزة العلمية بقم المقدسة

١٢ جمادى الثانية ١٤٤٠ ق - ٢٩/١١/١٣٩٧ ش.

(١) وسائل الشيعة ١: ٣٤، ح ٢ باب ثبوت الكفر والارتداد بجحود بعض الضروريات. وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٧، ح ١١ باب وجوب الرجوع في القضاء والفتوى إلى رواة الحديث من الشيعة.

قال الشيخ: كتاب البيع<sup>(١)</sup>

إنَّ مجموع المعاملات خمسة عشر كتاباً أولها كتاب البيع، وهو ما يبحث فيه من المباحث العامة المفيدة لسائر المعاملات فهو مفتاح لأربعة عشر كتاباً، وهمنا في هذه الدورة<sup>(٢)</sup> طرح الآراء الدقيقة الدخيلة في تحصيل القدرة على ولذلك نتعرض لآراء أهل التحقيق كالشيخ والنائيني والاصفهاني والسيد اليزدي والأخوند والميرزا محمد تقي الشيرازي والايرواني رضوان الله تعالى عليهم.

### تقسيم المسائل الفقهية عند النائيني

وينبغي تقديم مقدمات: المقدمة الأولى ما تعرض له المحقق النائيني أعلى الله مقامه<sup>(٣)</sup> وهو أنَّ الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - قسموا المسائل الفقهية إلى أربعة أقسام<sup>(٤)</sup>: العبادات والعقود والايقاعات والأحكام.

(١) المكاسب ٣: ٧.

(٢) وهي الدورة الثانية من الدورتين اللتين القاهما شيخنا الأستاذ (دام ظله) في قم المقدسة وكان تاريخ شروع الدورة الثانية هو ١٣٧١/٦/٢٨ الشمسية = ٢١ / ربيع الأول / ١٤١٢ القمرية.

(٣) منية الطالب ١: ٣٣.

(٤) هذا التقسيم الرباعي هو كتقسيم المحقق في الشرايع (٢: ١) فإنه قسم الفقه إلى أربعة أقسام: القسم الأول: العبادات، القسم الثاني: العقود، القسم الثالث: الايقاعات، القسم الرابع: الأحكام

والعبادات تطلق على معانٍ ثلاثة:

أولها: ما يعتبر فيه قصد القربة وهي العبادات بالمعنى الاخص.

ثانيها: ما يمكن فيه قصد التقرب وهي العبادات بالمعنى الأعم.

ثالثها: الوظيفة التي شرعت على اشخاص معيّنين وهي المتوسطة بين المعنيين، فإن هذا المعنى أعم من المعنى الأول من جهة، وأخص من الثاني من جهة.

والعقود على أقسام ثلاثة: عقود اذنية وعهدية ثم العهدية على قسمين:

تعليقية وتنجزية.

أما العقود الاذنية فهي عبارة عما كان قوامه بالإذن والرضا من دون أن يكون فيه عهد والتزام كالوديعة وكالعارية بناء على أنّ مفادها الاباحة المجانية، واما بناء على أنّ مفادها التملك المجاني فتندرج في العهدية، وكالوكالة على أحد قسميها فإنّ الوكالة على قسمين: قسم منها عهدي وهو الذي يتوقف على الايجاب والقبول ومن أحكامه إنه لو تصرف الوكيل بشرائط التصرف ولم يعلم بعزل الموكل لا يبطل بتصرفه وقسم منها اذني وهو عبارة عن الاستنابة في التصرف، ويكفي فيه مجرد الاذن في التصرف، بل مطلق الرضا، ومن احكامه انه يبطل تصرف الوكيل بمجرد رجوع الموكل عن اذنه ولو لم يطلع عليه الوكيل.

→

وهي اثني عشر كتاباً أولها الصيد والذباحة، وكتقسيم العلامة في التذكرة (١: ١٦١) قال: رتب هذا الكتاب على أربعة قواعد والله الموفق والمعين، القاعدة الأولى: العبادات وهي تشتمل على ستة كتب - إلى أن قال في ج ١٠: ص ٥ من التذكرة - القاعدة الثانية: في العقود، وكتقسيم الشهيد في القواعد (١: ٣٠) القاعدة (٢).

والعقود الإذنية عقود باصطلاح الفقهاء لا بالمعنى اللغوي والعرفي فإنَّ العقد لغة وعرفاً هو العهد المؤكد وهو المشتمل على الالتزام والالتزام، واما العقد الإذني فهو عبارة عن التعهد والالتزام والالتزام وليس بعقد حقيقة وإنما سمي عقداً لكونه واقعاً بين شخصين ومرتباً بهما.

وبهذا ظهر أنَّ العقود الإذنية خارجة عن تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> تخصصاً لا تخصيصاً، وإنما المندرج تحت الآية ما يصدق عليه العقد حقيقة وهي العقود العهدية، سواء كانت تعليلية وهي العقود التي يكون المنشأ فيها معلقاً على شيء كالسبق والرماية والجعالة أو كانت تنجزية، وهي العقود التي يكون المنشأ فيها محققاً ومنجزاً بإنشاء الطرفين، سواء كان من تملك العين أو المنفعة، وسواء كان بعوض أو بلا عوض، وتمليك العين بعوض بيع، وبلا عوض هبة، وتمليك المنفعة بعوض اجارة، وبلا عوض عارية بناء على افادتها الملكية لا الإباحة.

إلى هنا ظهر أنَّ كتاب البيع - على نظرية المحقق النائيني - من قسم العقود لا العبادات والأحكام ومن قسم العقود العهدية لا الإذنية ومن قسم العهدية التنجزية لا التعليلية.

### نقد النائيني

والتحقيق في هذه المقدمة يقتضي ملاحظة جهات ثلاث:  
الجهة الأولى: في التقسيم الذي ذكره المحقق النائيني ونسبه إلى الفقهاء.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

الجهة الثانية: في مشي الفقهاء وعملهم أعلى الله مقامهم في تقسيم المسائل الفقهية.

الجهة الثالثة: في نقد هذين التقسيمين؛ تقسيم الفقهاء وتقسيم النائيين أعلى الله مقامه.

اما الجهة الأولى: فإن الأصل في هذا التقسيم هو الشهيد الأول في القواعد والفوائد والعلامة في بعض كلماته.

قال الشهيد<sup>(١)</sup>: الحكم الشرعي ينقسم إلى الخمسة المشهورة، وربما جعل السبب والمانع والشرط مغايراً لها كالدلوك الموجب للصلاة والنجاسة المانعة منها والظاهرة المصححة لها وكل ذلك ينحصر في أربعة أقسام: العبادات والعقود والإيقاعات والأحكام ووجه الحصر: أن الحكم الشرعي إما أن تكون غايته الآخرة أو الغرض الأهم منه الدنيا.

والأول: العبادات، والثاني: إما أن يحتاج إلى عبارة أولاً، والثاني: الأحكام والأول: إما أن تكون العبارة من اثنين تحقيقاً أو تقديراً أولاً، والأول: العقود، والثاني: الإيقاعات انتهى كلامه رفع مقامه. ولكن تقسيم النائيين أدق من تقسيم الشهيد فإن الشهيد أعلى الله مقامه جعل المقسم الحكم الشرعي وعد من أقسامه العقود والإيقاعات مع أن العقود والإيقاعات ليست حكماً شرعياً بل هي من الموضوعات.

وكذا العبادات والقضاء والشهادات، فإنها وإن كانت مجعولات شرعية، لكن بما أن أسماء العبادات والعقود والإيقاعات للأعم من الصحيح والفاقد،

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٠٠ القاعدة ٢.

فلاوجه لإطلاق الحكم الشرعي على الفاسد منها. وإرادة خصوص الصحيح، أي الجامع للأجزاء والشرائط والفاقد للموانع لا يجتمع مع البحث عن الأجزاء والشرائط والموانع.

وأما دفع الإشكال على مناه - من أن الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم وسائر العقود حقيقة في الصحيح ومجاز في الفاسد إلا الحج لوجوب المضي فيه، وإرادة المجعول من الحكم - فمخدوش أولاً: لعدم كون العقود والإيقاعات من الماهيات الجعلية الشرعية حتى تكون من مصاديق الحكم الشرعي بأي معنى كان. وثانياً: على تقسيم الحكم الشرعي إلى الخمسة المشهورة وجعل السبب والشرط والمانع مغايراً لها لا تنطبق على العقود والإيقاعات، وإن تكلف في انطباقه على العبادات، إلا أن يقال إن مراده موضوعات الأحكام ومتعلقاتها. وتقسيم النائيني أعلى الله مقامه سالم عن هذا الإشكال فإنه جعل المقسم المسائل الفقهية.

وإنما الإشكال في اسناده إلى الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم فإن اسناد هذا التقسيم إليهم بقول مطلق مما لا وجه له كما سيظهر إن شاء الله في الجهة الثانية.

وأما الجهة الثانية: وهي مشي الفقهاء في تقسيم الفقه فالذي ظفرنا به من الكلمات على وفق تقسيم المحقق النائيني بنحو مطلق هو الشهيد الأول في اللمعة<sup>(١)</sup> والدروس<sup>(٢)</sup> فإنه ادرج القضاء والشهادات وكذلك الجهاد والأمر

(١) شرح اللمعة ١: ٢٧٦.

(٢) الدروس ٢: ٦٥.



بالمعروف والنهي عن المنكر في هذين الكتابين في قسم العبادات؛ ولكن هذا المشي منه على خلاف الضابطة التي ذكرها في قواعده، فإنه قسم فيها الحكم الشرعي إلى ما يفيد الوجوب والحرمة والاستحباب والاباحة ثم صرح بعده بالقضاء والشهادات وعده من قسم الأحكام.

### تقسيم المسائل الفقهية عند عمدة الاساطين

وأما مشي عمدة الأساطين في كتبهم فهو على خلاف تقسيم المحقق النائيني كالمحقق في الشرايع<sup>(١)</sup> والمختصر<sup>(٢)</sup> والعلامة في القواعد<sup>(٣)</sup> والإرشاد<sup>(٤)</sup> والمختلف<sup>(٥)</sup> والشيخ في المبسوط<sup>(٦)</sup> والشهيد في القواعد<sup>(٧)</sup> فإنهم ادرجوا القضاء والشهادات في قسم الأحكام لا العبادات. نعم، بعض الكتب غير الاستدلالية كنهاية الشيخ<sup>(٨)</sup> ووسيلة<sup>(٩)</sup> ابن حمزة قد ذكرهما قبل العقود.

أما كتب الحديث فإن الكافي<sup>(١٠)</sup> الذي هو الأصل بين كتب الحديث عدّ

(١) شرائع الإسلام ٤: ٥٩.

(٢) المختصر راجع جامع المدارك ٦: ٢.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٠٠.

(٤) الإرشاد راجع مجمع الفائدة والبرهان ج ١٢.

(٥) المختلف ٢: ١٣٨.

(٦) المبسوط ٨: ٨١.

(٧) القواعد والفوائد ١، القاعدة ٢: ٣٠.

(٨) النهاية: ٣٢٥.

(٩) الجوامع الفقهية: ٧٣٣.

(١٠) الكافي ٧: ٣٧٨.

القضاء والشهادات من قسم الأحكام وفي مقابله الشيخ في التهذيب<sup>(١)</sup> والاستبصار<sup>(٢)</sup> ذكرهما قبل البيع؛ ولكنه مع ذلك قدم بعض أقسام البيع على العقود فتحصل ان اسناد هذا التقسيم من ناحية النائبي إلى الفقهاء تام في الجملة لا بالجملة.

### نقد تقسيم الفقهاء وتقسيم المحقق النائبي

واما الجهة الثالثة: وهي النقد على التقسيمين - تقسيم الفقهاء وتقسيم المحقق النائبي - فإنه يرد على تقسيم الفقهاء بأنهم عدوا الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من قسم العبادات باعتبار أن من العبادات ما يمكن ان يتقرب به فيرد عليهم النقص بالقضاء والشهادات حيث جعلوهما من قسم الأحكام مع أن العبادة بمعنى ما يمكن أن يتقرب به صادقة عليهما أيضاً فلا وجه للتفكيك من جعل أحد الموردين من قسم العبادات والآخر من قسم الأحكام.

### الإشكالات على تقسيم المحقق النائبي

ويرد على تقسيم المحقق النائبي - أعلى الله مقامه - إشكالات: الإشكال الأول: انه قسم العبادة إلى أقسام ثلاثة: ما يعتبر فيه قصد القرية، وما يمكن فيه قصد القرية ولا يعتبر، وما هو متوسط بينهما كالوظائف الشرعية لأشخاص معينين.

ويرد عليه أن العبادة لا تخلو من قسمين ولا ثالث لهما فإنها إما يعتبر فيها

(١) التهذيب ٦: ٢١٧ وتعرض إلى المكاسب في ج ٦: ٣٢١.

(٢) الاستبصار ٣: ١٢ - ٤٧ وتعرض إلى المكاسب في ص ٤٨.

قصد القربة، وإما لا يعتبر إلا انه يمكن فيها التقرب ولا يعقل هنا فرض ثالث يكون متوسطاً بين المعنيين.

فإنَّ العبادة على معنيين: العبادة بالمعنى الأخص بأقسامها الثلاثة من البدني المحض كالصلاة والاعتكاف والصوم، والمالي المحض كالخمس والزكاة والمشارك بين البدني والمالي كالحج فإنه بدني من حيث الطواف والسعي والوقوف ومالي من حيث الهدى.

والعبادة بالمعنى الأعم وهو ما يمكن فيه قصد القربة ولا يعتبر فيه اما فرض قسم ثالث بمعنى الوظائف الخاصة المتوسطة بين المعنيين بحيث يكون أعم من الأول وأخص من الثاني فهو فرض غير معقول، والوجه فيه أن هذا التقسيم إن كان بلحاظ ما في الكتب الفقهية ففيه انه ليس في تلك الكتب من القسم الثالث بعنوان العبادة أثر.

وان كان بلحاظ نفس اطلاق العبادة ففيه ان النسبة بين المعنى الثالث والثاني عموم من وجه، فإن ما يمكن فيه قصد القربة أعم من كونه وظيفة لأشخاص معينين أو لم يكن كالنكاح وما هو وظيفة لأشخاص معينين أعم مما يمكن فيه قصد القربة أو لا يمكن كولاية الأب والجد فإنها من الوظائف الخاصة ولا يمكن فيها قصد القربة.

الإشكال الثاني: على هذا المحقق انه قسم العقود إلى العهدية والإذنية ثم العهدية إلى التنجزية والتعليقية وذكر أن العقود الإذنية خارجة من العقود تخصصاً.

هذا، ومن ناحية أخرى انه عرف العقد بالعهد المؤكد أي ما فيه الزام والتزام

وعَدَّ الشركة قسماً من الوكالة والعارية - إذا اشتملتا على الإيجاب والقبول - من العقود العهدية.

فيرد عليه ان عد الشركة والوكالة والعارية من العقود العهدية وزان البيع والاجارة بطلانه من الواضحات فإن المسلم عندهم كون الشركة والوكالة والعارية من العقود الإذنية التي ليس فيها الزام والتزام لا العهدية، بخلاف مثل البيع والاجارة فإن فيهما إلزاماً والتزاماً؛ ولذلك لا يثبت فيهما الخيار إلا بشرط الخيار أو بجعل من الشارع.

ويرد عليه أيضاً أنه فسر العقد بالعهد المؤكد، وفسر العهد المؤكد بما فيه إلزام والتزام، فما لا يكون مؤكداً ليس فيه إلزام والتزام، مع أن العهد لغة وعرفاً متقوم بالالتزام من المتعهد، كما أنه جعل الوكالة المشتملة على الإيجاب والقبول من العقود العهدية، وقال إن المندرج تحت الآية الشريفة العقود، فلا بد من الالتزام بخروج الوكالة من العهدية.

الإشكال الثالث: على هذا المحقق انه فسر العقد بالعهد المؤكد وهذا هو المعمول في الالسنه.

ولكن يرد عليه ان واقع الأمر على خلافه عرفاً ولغة.

أما عرفاً - وهو المرجع الاصيل في العنوان المأخوذ في الكتاب والسنة عند عدم بيان من ناحية الشارع واللغة طريق إليه - فبأن العقد عبارة عن الربط بين القرارين وبهذا الاعتبار يسمى الإيجاب والقبول عقداً.

وأما العهد المؤكد فلا يتبادر منه، بل المتبادر منه هو مطلق العهد، ويقال

له بالفارسي (پیمان).

اما لغة فإنَّ كلمات أهل اللغة مختلفة في المقام فلا يستفاد منها العهد المؤكد، بل غايته الاجمال بين العهد والعهد المشدد.

ونشير الى كلمات بعض أهل اللغة واما تحقيق البحث فموكول إلى محله .  
عن الجمهور<sup>(١)</sup>: يقال: تعاقد القوم إذا تعاهدوا وتعاضدوا.

وعن المفردات<sup>(٢)</sup>: العقد: الجمع بين اطراف الشيء ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما.

وعن القاموس<sup>(٣)</sup>: العقد: الضمان والعهد.

وعن تاج العروس<sup>(٤)</sup>: جمعه العقود وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٥)</sup> قيل هي العهود وقيل هي الفرائض التي ألزموها وقال: عقد العهد واليمين يعقدهما عقداً، وعقدتهما: أكدهما.

وعن لسان العرب<sup>(٦)</sup>: والعقد: العهد والجمع عقود وهي اوكد العهود.

ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله الزمته ذلك فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فتأويله الزمته ذلك باستيثاق. ولا يثبت لقول بعضهم، لأن شأن اللغوي بيان موارد الاستعمال وهو أعم.

(١) جمهرة اللغة لابن دريد ٢: ٦٦١.

(٢) المفردات: ٣٤١.

(٣) قاموس ١: ٦٠٣.

(٤) تاج العروس ٨: ٣٩٤.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

(٦) لسان العرب ٩: ٣٠٩.

الإشكال الرابع: ان ما ذكره هذا المحقق مخالف للنص الصحيح فإن صحيحة عبدالله بن سنان فسرت العقود بالعهود كما في تفسير علي بن ابراهيم<sup>(١)</sup> في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup> انه قال حدثني أبي، عن النضر بن سويد عن

(١) كذا في تفسير علي بن ابراهيم (١: ١٦٠) ولكن في تفسير نور الثقلين (١: ٤٨٤) أوفوا بالعقود، قال: أي بالعهود، وفي الوسائل (٢٣: ٣٢٧، الباب ٢٥ من أبواب النذر والعهد، الحديث ٣) نقلًا عن العياشي في تفسيره عن ابن سنان سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله عزوجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال: العهد.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

والحق أن يقال - بغض النظر عن النص الصحيح - إن العقد من العقدة، ويقال بالفارسي (كره بستن) مقابل الحل بمعنى (باز كردن) ولذلك يقال: العقد والحل ويقال عقد الحبل، وأما العهد فهو بمعنى الجعل والقرار، وعليه ان تفسير العقد العرفي بالعهد كما عن شيخنا الأستاذ (دام ظله) ففي غير محله؛ لأن العهد أعم من العقد فإن من يتعهد على نفسه بنذر وشبهه لا يصدق عليه أنه عقد على نفسه، وإن العهد يقع متعلقاً ومفعولاً للعقد يقال: عقد العهد، وهذا دليل على مغايرة العقد للعهد.

وقد ورد العقد في موارد من الروايات لا يصح أن يراد منه العهد: كقوله عليه السلام في الميت يحل عقد كفته (الوسائل ٣: ١٧٣ ح ٥) وعن أبي عبدالله عليه السلام: انه كره عقد شرك النعل وأخذ نعل أحدهم فحل شراكها (الوسائل ٥: ٦٤ ح ١) وعن أبي جعفر، وأبي عبدالله عليه السلام قالوا: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عقد الحج، وفي رواية أخرى: عقد الاحرام (الوسائل ٩: ١٨، ١٩) وعن الحميري أنه سئل صاحب الزمان عليه السلام هل يجوز أن يشد عليه مكان العقد تكة؟ فأجاب: لا يجوز شد الميزر بشيء سواه من تكة أو غيرها. (الوسائل ٩: ١٣٦ ح ٤). وفي حديث أبي رافع، قال: كنت على بيت مال علي بن ابي طالب عليه السلام. وكان في بيت ماله عقد لؤلؤ (الوسائل ١٨: ٥٢١ ح ١).

\* ويمكن أن يجاب: بل العقدة من العقد: تهذيب اللغة ١: ١٣٥؛ والعقد: عقد طاق البناء، وجمعه عقود، وقد عقده البناء تعقيداً. وموضع العقد من الحبل عقدة، ومنه عقدة النكاح. المحيط في اللغة ١: ١٥٠؛ وموضع العقد: العقدة.

الصحاح ٢: ٥١٠؛ والعقدة بالضم: موضع العقد، وهو ما عقده عليه، يقال: جبرئت يده على عقدة، أي على عظم.

عبدالله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ قال: بالعهود.

وثمره هذه المقدمة أن العقد إن كان بمعنى العهد المؤكد فلا يصح التمسك

→

\* ما هو موجود في كتب اللغة الأصل كون العهد بمعنى القرار والجعل.

\* كيف يكون أعم مع أن كتب اللغة تفسر العقد بالعهد: تهذيب اللغة ١٥: ٣٦: وتقول: لا وعهد الله وعقده لا أفعل ذلك.

جمهرة اللغة ٢: ٦٨٠: وكُتبت العهد والعقد توكيداً، إذا أحكمته، وكل شيء أحكمته فقد وكُتبت. وغيرها من كتب اللغة.

كتاب العين ١: ١٤١: عقد: والعقد مثل العهد، عاقفته عقداً مثل عاهدته عهداً.

\* يصدق عقد على نفسه: تهذيب اللغة ٣: ١٠١: وقوله جل وعز: ﴿فَقَدِ اسْتُمْسِكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا﴾ [البقرة: ٢٥٦]. قال أبو إسحاق: معناه: فقد عقد لنفسه من الدين عهداً وثيقاً لا تحلّه حجة.

لسان العرب ١٥: ٤٥: وقوله تعالى: ﴿فَقَدِ اسْتُمْسِكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا﴾؛ شُبّه بالعروة التي يُتَمَسَّكُ بها. قال الزجاج: العروة الوثقى قول لا إله إلا الله، وقيل: معناه فقد عقد لنفسه من الدين عهداً وثيقاً...

\* يقال: عقد العهد كما يقال: عقد العقد: كتاب العين ٨: ١٤٣: وإذا عقدت عهداً بإدارة الرباط مرة واحدة قلت: عقده بتّ واحد.

ومثله في تهذيب اللغة ١٤: ٢٤٨.

النهاية في غريب الحديث والأثر ٣: ٤٣٩: فيه «من فَارَقَ الجماعة فميتته جاهلية» معناه كل جماعة عقدت عهداً يوافق الكتاب والسنة فلا يجوز لأحد أن يُفَارِقَهُم في ذلك العقد، فإن خالفهم فيه استحق الوعيد.

وكذلك في اللسان وتاج العروس.

\* ويمكن أن يكون العهد في عقدت العهد بمعنى الحبل: جمهرة اللغة ١: ٢٨٣: والحبل: العهد، والحبل: الأمان.

جمهرة اللغة ٢: ٦٦١: وعقدت الحبل والعهد وغيرهما أعقده عقداً.

\* وأما ما ورد في الروايات فالعقد فيها بمعنى العقدة، كما كان مذكوراً في كتب اللغة. فإن للعقد معنيين، والمناسب لما نحن فيه هو العهد.

بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ في العقود الإذنية بالمعنى الذي ذكره المحقق النائيني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه لخروجها عن الآية تخصصاً، وكذلك لا يجوز التمسك بعموم الآية أيضاً لو شك في المعنى وصار شبهة مفهومية على ما تقدم، لولا رفع الإجمال بالنص فإنّ النص الصحيح رافع للشك في المراد من الآية.

وإن كان بمعنى مطلق العهد كما هو المختار عرفاً ولصحيحة عبد الله بن سنان فلا محذور فيه فيحتاج الخروج إلى المخصص.

### تقسيم الأسباب المملكة عند المحقق الإيرواني

المقدمة الثانية: ان الأسباب المملكة تنقسم إلى الاختيارية والقهرية والاختيارية إلى ما يتوقف على الإنشاء كالبيع والاجارة ونحوهما، وإلى ما لا يتوقف عليه كالحيازة.

### نظرية المحقق الإيرواني في كون الحيابة أم الأسباب المملكة

وعن المحقق الإيرواني<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه مقدمة قبل الورود في كلام الشيخ أعلى الله مقامه وهي ان الأموال كلها تكون اجنبية عن الاشخاص ثم يحدث الارتباط بينهما بالحيابة فهي أم الأسباب المملكة والسبب الوحيد في ذلك، وكما تحدث السلطنة بالحيابة تزول بالإعراض، فالحيابة والإعراض محددان

(١) وتبعه تلميذه المحقق السيد الخوئي في مضاربة مباني العروة (٣٨) بدعوى قصور ادلة اللزوم عن شمول العقود الإذنية التي لا يكون فيها أي التزام وانما هي مجرد اباحة واذن في التصرف من احدهما وقبول من الآخر كالعارية.

(٢) حاشية المكاسب: ٧١.



للملك من جانبي المبدأ والمنتهى وفي نقطتي التقابل والنسبة بينهما نسبة النكاح والطلاق، فكما ان العلاقة الزوجية تحدث بالنكاح وتزول بالطلاق، كذلك الملكية تحدث بالحيازة وتزول بالإعراض<sup>(١)</sup>.

وأما سائر الاسباب من الاسباب القهرية كالارث والاختيارية كالمعاملات فليست في عرض الحيازة، بل متفرعة عليها وواردة في موضوعها، فإن ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيازتنا للثمن ولو بوسائط، أو ملكنا شيئاً بالهبه أو بالارث فقد ملكناه بحيازة من انتقل المال منه الينا بما ان حيازته حيازتنا كما في الارث أو بتفويض منه حق حيازته الينا كما في الهبة.

وبالجملة ان ما عدا الحيازة من النواقل انما هي لنقل السلطنة من شخص إلى آخر، وتبديل الاضافة مع انحفاظ أصل الاضافة والملكية الا انه يختلف بعضها من بعض.

فقد يكون اختلاف بعض هذه الاسباب في مجرد العبارة مع اتحاد الواقع والحقيقة كالهبة والبيع والصلح، فإن المؤدي - وهو نقل الملك - واحد في هذه الثلاثة حقيقة الا ان الهبة تؤدي بالمدلول المطابقي، والصلح والبيع بالمدلول الإلتزامي، نظير ما يقال: زيد جواد وكثير الرماد ومهزول الفصيل، فإن المراد الجدي في الجميع واحد وهو الاخبار عن الجود الا ان دلالة الأول عليه بالمطابقة والثاني والثالث بالالتزام.

(١) اضاف المحقق الايرواني في رسالة الاعراض ص ٢١٦ من الحاشية: قسمين آخرين على الإعراض:

١- زوال الملكية في المملوك بالعتق.

٢- زوالها في الاوقاف العامة بالتحريم على القول به.

وباختلاف التعابير تختلف الأحكام الشرعية، فإذا أنشئ التمليك بالبيع جاء فيه خيار المجلس والحيوان إلى آخر ما للبيع من الأحكام، بخلاف انشائه بالصلح والهبة، ولا غرو في اختلاف الأحكام باختلاف التعابير. وقد يكون اختلاف بعض هذه الاسباب معنوياً، لا في مجرد العبارة وذلك كالاجارة والبيع، فإن من ملك عيناً كان له علقتان: علقه الملكية لرقبة العين وعلقه استحقاق القبض لاستيفاء منافعها وبين الاستحقاقين عموم وخصوص من وجه قد يفترقان وقد يجتمعان وإذا اجتمع الاستحقاقان، فإن أُريد نقل العين يتعين التعبير بلفظ البيع وإن أُريد نقل استحقاق القبض لاستيفاء المنافع يتعين التعبير بالإجارة، فما تعلق به أحدهما غير ما تعلق به الآخر ويكون الفرق معنوياً.

وكالقرض والبيع، فانهما وإن تشاكلا صورة حتى يرى ان القرض هو البيع نسيئة إلا ان القرض ينحل إلى أمرين: هبة واستئمان، فإنه هبة بلحاظ ان المقرض يرفع يده عن العين ويدفعها إلى المقرض مجاناً وبلا عوض واستئمان بلحاظ انه يستأمن مالية العين عند المقرض لكي يردها عند رأس الاجل. فلا معاوضة في القرض بوجه وانما هو اعراض عن خصوصية العين واستئمان لماليتها.

### نقد المحقق الإيرواني

وفيما افاده نقاط من البحث، الأولى: ان الاموال كانت اجنبية عن الاشخاص فصارت مملوكة بالحيازة فهي أم الاسباب المملوكة وما عداها ينتهي إليها وترد في موضوعها.

الثانية: ان الحيابة والاعراض محددان للملك من جانبي المبدأ والمنتهى والنسبة بينهما نسبة النكاح والطلاق.

الثالثة: ان الهبة والبيع والصلح على حقيقة واحدة وهي تملك العين، وانما الإختلاف بينهما في ان الهبة تفيدها بالمطابقة والبيع والصلح بالالتزام، واختلف الأحكام ناشٍ من اختلف التعابير.

الرابعة: ان سائر الاسباب ما عدا الحيابة ليست لاحداث الملكية وانما هي لنقل الملك من طرف إلى طرف مع انحفاظ اصل الملكية.

الخامسة: ان الفرق بين البيع والاجارة والقرض فرق معنوي لا في مجرد التعبير، فإن البيع لنقل العين، والاجارة لنقل استحقاق العين لاستيفاء منافعها، والقرض هبة واستئمان، وبعبارة أخرى انه اعراض عن خصوصية العين واستئمان لماليتها.

اما النقطة الأولى فإن في كلامه فقرات ظاهرة - اطلاقاً أو عموماً - في كون الحيابة أم المملكات لكل الاموال كقوله: كل الاموال كانت اجنبية عن الاشخاص إلى أن قال وبالحيابة صارت مرتبطة بالاشخاص وكقوله<sup>(١)</sup>: ان ملكنا شيئاً بالشراء فقد ملكناه بحيابتنا للثمن ولو بوسائط وكقوله<sup>(٢)</sup> سلطنة النفس على الاموال الخارجة التي حصلها بالحيابات.

والمراد من الخارجة ما يقابل السلطنة على النفس وعلى اعمالها ومنافعها

(١) الحاشية: ٧١.

(٢) الحاشية: ٧٢.

فتعم مطلق الاموال فترد عليه نقوض: منها ملكية<sup>(١)</sup> الامام ﷺ للانفال كرؤس الجبال وبطون الاودية والمعادن وكل ارض ميتة لا رب لها، فانها مملوكة لهم ﷺ لا بالحيازة ولا بما ينتهي إليها، بل بجعل الشارع. ومنها اقطاعات النبي ﷺ.

ومنها المملوك الكلي في الذمة سواء ملكت بالمعاملة، كبيع السلف والنسيئة أو بغير المعاملة كالديات وأروش الجنائيات، فإن الذمة مملوكة لصاحبها بالذات ولغيره بالاعتبار واجنبية عن الحيازة، بل اعتبار الملكية في الذمة أمر ثابت سواء كانت حيازة في العالم أم لا.

ومنها الخمس فيما ملك بنفس الحيازة، فإن المحاز مشترك فيه من الأول بين الحائز وارباب الخمس الا ان سبب الملك في أحدهما الحيازة وفي الآخر جعل الشارع المستفاد من قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾<sup>(٢)</sup>.

(١) اعترف بهذه المقابلة نفس المحقق الإيرواني في بحث الأراضى: ١٦٦، حيث قال: الاراضي اما ان تكون دخلت في حيازة البشر وتحت تملكه أو لم تكن دخلت فالثانية من الانفال وتختص بالامام ﷺ.

بل المستفاد من كلامه في الخراج والمقاومة ص ٦٨ بعد تقسيم الملاك إلى أربعة: جامع الولي - جامع المسلم - اشخاص المسلمين - اشخاص الكفار - ان الارض كلها لخلفاء الله وبقية الملاك بضرب من الاختصاص.

\* ويمكن أن يقال: الإشكال وارد على ما أفاده هنا، لعدم إخراج الإمام ﷺ.

نعم، لوقلنا مراده هنا الأسباب المملكة للبشر في الإمام ﷺ لما ورد عليه النقض بالأنفال، كما لعل الظاهر من عبارته في ص ١٦٦ أنه ﷺ جعل البشر في مقابل الإمام ﷺ.

ومنها خمس المحياة، فإن الاحياء من الأسباب المملكة مقابل الحيابة  
ويستحيل أن يكون الخمس المقابل في موضوع ما يقابله.  
ومنها الخمس فيما ملكه في الذمة بالتجارة.  
ومنها الملكية بإحياء الموات.  
ومنها ملكية أرباب الزكاة للنصاب بالنسبة إلى الغلات فانها ملك لكلي  
الفقراء من أول النصاب سواء قلنا بالشركة العينية أو المالية.  
ومنها العمل بازاء الكلي في الذمة فإنه يصير مملوكاً بالمعاملة ولا ينتهي  
بالحيابة لا من ناحية العوض ولا المعوض.  
وبما ذكرنا من النقوض ظهر النقاش فيما تبعه بعض الأكابر<sup>(١)</sup>.

### عدم تحقق الملكية بمجرد الاعراض

وأما النقطة الثانية فمردودة بأن الاعراض على نحوين: اعراض عن المال،  
وزان إعراض الزوج عن الزوجة، واعراض عن الملكية وزان الاعراض عن  
الزوجية، ومحل الكلام هو الثاني والمشهور على كونه مزيلاً للملك.  
ولكن يرد عليه، أولاً: أن حد الدليل من السيرة وغيرها كون المال المعرض  
عنه مباحاً لغيره وقابلاً لتملكه، والقدر المسلم من الزوال ما اذا عرض المالك  
وتملكه الحائز بالحيابة؛ وأما الخروج عن الملك بمجرد الاعراض فلا دليل عليه.  
وثانياً: قام الدليل على بقاء الملك وعدم زواله بالاعراض أولاً بإطلاق أدلة  
الأسباب وثانياً بالاستصحاب.

(١) مستند العروة كتاب الاجارة: ٣٥٨.

اما الاطلاق فبأنّ الاسباب المملكة شرعاً على أقسام أربعة - كما تقدمت الإشارة إليها - ما هو سبب قهري كالارث، وما هو سبب اختياري انشائي كالبيع والصلح والاجارة، وما هو سبب اختياري غير انشائي كالحيازة، والقسم الرابع اقطاع الامام عليه السلام.

وادلة هذه الاسباب مطلقة تدل على بقاء الملكية، سواء اعرض المالك أم لا؟ فإن الاعراض وعدمه من الانقسامات الطارئة على الموضوع أي المحي كما في صحيحة الفضلاء عن الصادقين عليهم السلام قالوا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحيأ ارضاً مواتاً فهي له<sup>(١)</sup> والحائز فيمن حاز ملك<sup>(٢)</sup> وغيرهما من موضوعات ادلة الاسباب فمقتضى اطلاق دليل السبب المملك بقاء سلطنة المعرض.

ولا مقيد في البين الا السيرة العقلائية القائمة على تملك المال المعرض عنه والقدر المتيقن منها اباحة التملك، لا صيرورته من المباحات الاصلية. بل السيرة قائمة على بقاء الملك - كإطلاقات الادلة اللفظية - وعدم خروجه عن ملكه بمجرد الاعراض، والشاهد عليه انه اذا ندم المعرض ورجع إلى اخذ ماله المعرض عنه معارضاً للأجنبي في عرض واحد، فإنه لا شبهة عند العقلاء على عدم التزاحم بينهما وانه ليس للأجنبي مزاحمته والامتناع من ذلك ما لم يتصرف. فتحصل انه لا يترتب على الاعراض بما هو اعراض الا الاباحة لا زوال الملك.

(١) الوسائل ٢٥: ٤١٢، الباب ١ من أبواب احياء الموات، الحديث ٥.

(٢) قاعدة متصيدة.

وأما الاستصحاب فمع غمض العين عن اطلاق ادلة الاسباب لا مانع من جريان استصحاب الملكية للمعرض عدا توهم انه من الشك في المقتضي أو قصور ادلة الاستصحاب للشبهات الحكمية الكلية أو أنه معارض بعدم الجعل ولكن المبنى المحقق في محله في الأول والثاني على الجريان، وفي الثالث على عدم المعارضة.

وأما النقطة الثالثة فهي على خلاف اللغة والعرف والشرع.

أما لغة فإن البيع في حد ذاته متقوم بالمعاوضة، وجعل المثلن بازاء الثمن بخلاف الهبة فإن حقيقتها على المجانية وعدم المقابلة بين الموهوب والعيوض فعن ابن منظور: الهبة: العطية الخالية عن الاعواض والاغراض<sup>(١)</sup>. وعن ابن الأثير: مثله<sup>(٢)</sup>.

وعن الراغب: الهبة: ان تجعل ملكك لغيرك بغير عوض<sup>(٣)</sup>.

ومع هذا الاختلاف الجوهرى بينهما كيف يعقل دعوى الوحدة في الحقيقة فمثل وهبتك هذا بهذا - كما في كلام الايرواني - ان أريد به الهبة حقيقة كانت باطلة قطعاً، وإن أريد به البيع كان الاستعمال مجازاً أو غلطاً. ونكتة تقييد الهبة بلا عوض ولا غرض اشارة إلى الفرق بين الهبة والنحلة والعطية، وبيان ذلك:

ان المحقق<sup>(٤)</sup> أعلى الله مقامه قد عنون كتاباً بعنوان (كتاب الهبات) وازاد منه

(١) لسان العرب ١٥: ٤١١.

(٢) النهاية لابن الأثير ٥: ٢٣١ باب الواو مع الهاء.

(٣) مفردات غريب القرآن: ٥٣٣.

(٤) الجواهر ٢٨: ١٥٧. وفي الشرايع ٢: ١٧٩ قال كتاب الهبات والنظر في الحقيقة والحكم.

الاعم من الهبة الاصطلاحية، فإن لهذه الثلاثة - الهبة - النحلة - العطية - جهة اشتراك وافتراق، أما الاشتراك فهو تقوم بالمجانبة وبلا عوضية، وأما الافتراق فهو أن للهبة اطلاقين: اطلاق خاص وهو التمليك بلا عوض ولا غرض لا بمعنى عدم الغرض بقول مطلق فانه لا يخلو فعمل من الافعال الاختيارية من الغرض، بل بمعنى عدم غرض أخروي.

واطلاق عام وهو الاعم منه ومن التمليك بلا عوض ومع الغرض فيندرج فيه الصدقة.

وأما عرفاً فإن الهبة بالفارسية بمعنى (بخشیدن) والبيع بمعنى (فروختن) وبينهما اختلاف في الماهية لا في التعبير. فعلى القول بأن البيع مبادلة مال بمال، أو تبديل طرف إضافة بالطرف الآخر، فمباينة المنشأين واضحة، وعلى القول بأنه تمليك مال بمال والهبة تمليك المال بلا عوض، والملكية المقيدة بالعوض وبلا عوض متقابلان، والمتقابلان مختلفان ماهية ووجوداً.

وأما شرعاً فإن الهبة على قسمين: غير المعوضة، والمعوضة أما غير المعوضة فاختلفها مع البيع واضح؛ إذ لم يؤخذ فيها العوض لا شرطاً ولا شرطاً، بخلاف البيع فإن العوض مأخوذ فيه شرطاً.

وأما المعوضة فالعوض فيها انما هو بنحو الاشتراط لا كونه مقابل الموهوب أو الهبة ولكن ظاهر كلامه المقابلة بين الموهوب والعوض.

وكيف كان: ان كان المراد من الهبة المعوضة اشتراط العوض في الهبة فالاختلاف بينهما اختلاف جوهري بلا إشكال وان كان المراد المقابلة بين الموهوب والعوض فهو على خلاف العرف واللغة والشرع، ومناف مع مفهوم الهبة.



مضافاً إلى ان المنشأ في احدهما غير المنشأ في الآخر.  
 واما ما ذكره من تنظير المقام بباب الحقيقة والكناية مثلاً بمثال زيد جواد  
 وزيد كثير الرماد وزيد مهزول الفصيل فهو قياس به مع الفارق فإن المخبر به  
 في الامثلة وهو الإخبار عن جود زيد واحد لكنه بتعابير مختلفة هذا بخلاف  
 المقام فإن المنشأ فيه مختلف ذاتاً.

نعم، ان البيع والهبة والصلح وان كانت متحدة من حيث الاثر وهو نقل  
 العين الا ان الاتحاد في الاثر وأمر والاتحاد في الحقيقة أمر آخر، فإن اثر مصالحة  
 العين بالعرض نقل العين لكن المنشأ فيه هو التسالم واثار البيع نقل العين لكن  
 المنشأ فيه تبديل طرفي الاضافة واثار صلح المنفعة بالعرض مع الاجارة واحد  
 وهو نقل المنفعة الا انها مختلفان حقيقة، وفرق بين الاتحاد في النتيجة  
 والاتحاد في الحقيقة، واختلاف الأحكام - في العناوين الانشائية - انما هو  
 باختلاف المنشآت.

ولعل منشأ الإشكال هو خلط وحدة الاثر بوحدة المنشأ.

واما النقطة الرابعة فالتحقيق فيها موكول إلى مبحث حقيقة البيع وطرح  
 المباني فيها.

واما النقطة الخامسة فمندفعة بأن المنشأ في الاجارة نقل المنفعة لا نقل  
 الاستحقاق بل هو من الآثار المترتبة على ملك المنفعة.

وبعبارة أخرى ان البيع انما هو لنقل العين والاجارة لنقل المنفعة والاستحقاق  
 من الأحكام الشرعية والحكم الشرعي غير قابل للنقل بالانشاء.

واما ما ذكره من انحلال القرض إلى الهبة والاستئمان فهو مخدوش ثبوتاً واثباتاً.

أما ثبوتاً فبان الهبة والاستئمان من العقود الجائزة والقرض من العقود اللازمة فكيف يعقل انحلال المباين إلى المباين. هذا أولاً.

وثانياً: انه كيف يعقل ان يكون العقد الواحد مركباً من عقدين.

وثالثاً: لا شك في أن المقترض ضامن، والضمان لا يكون بلا سبب، ولا تكون الهبة والاستئمان من أسباب الضمان.

واما اثباتاً فبأنه لا يفهم من انشاء (اقرضتك) الهبة والاستئمان لا في عرف الخاص ولا في عرف العام.

وهنا مقدمات أخرى تتضح خلال كلمات الشيخ أعلى الله مقامه كحقيقة

الحق والملك وغيرهما، فالأولى صرف عنان الكلام إلى تعريف البيع!!

### تعريف البيع

#### تعريف المصباح المنير

قال الشيخ أعلى الله مقامه: كتاب البيع وهو في الاصل كما عن المصباح<sup>(١)</sup>

مبادلة مال بمال.

ان للبيع اطلاقات ثلاثة:

الأول: اطلاقه على ايجاب البائع من الانشاء القولي والفعلي يقال: باع فلان

(١) المصباح المنير: ١: ٨٧ (بيع) قال: والاصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابع وبيع خاسر وذلك حقيقة في وصف الاعيان.

متاعه واشتريته فقد اطلق البيع هنا على ما يقابل الاشتراء.

الثاني: اطلاقه على فعل القابل، ولذلك عد البيع لغة من الاضداد، لصدقه على فعل البائع والمشتري.

وقد اطلق في الروايات على المعنيين أما على المعنى الأول ففي كثير من الاخبار، وأما على المعنى الثاني فيما روى في مدارك العامة<sup>(١)</sup> عن النبي ﷺ: لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه. وقد حملة ابو عبيدة وابوزيد وغيرهما من اهل العلم على الاشتراء. وان كان قابلاً للمناقشة عندنا.

الثالث: اطلاقه على المعاملة البيعية وهذا هو الظاهر من قوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٣)</sup>.

وفي قوله ﷺ في دليل خيار المجلس واذا افترقا وجب البيع<sup>(٤)</sup> إلى غير ذلك من الاطلاقات الكثيرة.

وفي اطلاقات الفقهاء بعنوان كتاب البيع - احكام البيع، أقسام البيع، فمراد الشيخ ﷺ من كتاب البيع هو المعاملة البيعية لا فعل البائع، إذ لا معنى

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع ٣: ٩٠ باب لا يبيع على بيع أخيه، وكتاب النكاح ٧: ٢٤ باب لا يخطب على خطبة أخيه، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠: ١٥٨ باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه. باسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه الا ان يأذن له.

(٢) سورة الجمعة: الآية ٩.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٤) الوسائل ١٢ الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

لكتاب فعل البايع وهو المقسم للاقسام الخمسة في الكتاب:

١- حقيقة المنشأ بين الطرفين.

٢- تعتبر فيها الصيغة أو تكفي المعاطاة.

٣- أحكام المتعاقدين.

٤- أحكام العوضين.

فضمير (هو) في كلامه  $\text{يرجع}$  إلى البيع بهذا المعنى.

وبه يندفع كثير من الإشكالات حيث وقع الخلط في بعض الحواشي بين

البيع في كتاب البيع وفعل البايع فاشكل على تعريف المصباح بإشكالات.

إشكال الآخوند على المصباح المنير

ومن الإشكالات إشكال المحقق الخراساني أعلى الله مقامه بأن التعبير

بالمبادلة لا يخلو من مسامحة وحقه ان يقال تبديل مال بمال فإنه فعل الواحد

لا الاثنين فافهم.

ويقع الكلام في مقامين: احدهما كبروي والآخر صغروي.

في مفاد هيئة المفاعلة

اما الكبرى فهي ان باب المفاعلة هل الاصل فيه ان يكون بين الاثنين -

كما في باب التفاعل - أم لا؟

المعروف هو الأول وذهب المحقق الاصفهاني - وتبعه بعض من تأخر عنه -

إلى ان قول المشهور مما لا أصل له.

### نظرية المشهور

وتوضيح كلام المشهور- على ما ذكره المحقق الاصفهاني- ان باب المفاعلة نحو: ضارب زيد عمراً، يدل على نسبتين احدهما نسبة ضرب زيد إلى عمرو والآخر نسبة ضرب عمرو إلى زيد وكذلك باب التفاعل الا ان الفرق بينهما- بعد اشتراكهما في التقوم بفعل الاثنين- ان الانتسابين في التفاعل عرضيان وفي المفاعلة طوليان بمعنى ان الانتسابين في الأول اصليان وفي الثاني أحدهما أصلي والآخر تبعي.

### نقد المحقق الإصفهاني على المشهور

اعترض المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه على المشهور، أولاً بالنقض بأمثلة عديدة تقرب من خمسة عشر مثلاً من الاستعمالات الصحيحة الفصيحة القرآنية كقوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾<sup>(١)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى: ﴿يِرَانُونَ﴾<sup>(٣)</sup> وقوله تعالى: ﴿نَادَيْنَاهُ﴾<sup>(٤)</sup> وقوله تعالى: ﴿نَافِقُوا﴾<sup>(٥)</sup> وقوله تعالى: ﴿شَاقُوا﴾<sup>(٦)</sup> وقوله تعالى: ﴿مَسْجِدًا ضَرَارًا﴾<sup>(٧)</sup> وقوله تعالى:

(١) سورة البقرة: الآية ٩.

(٢) سورة النساء: الآية ١٠٠.

(٣) سورة النساء: الآية ١٤٤، سورة الماعون: الآية ٦.

(٤) سورة مريم: الآية ٥٢، سورة الصفات: الآية ١٠٤.

(٥) سورة آل عمران: الآية ١٦٧، سورة الحشر: الآية ١١.

(٦) سورة الانفال: الآية ١٣، سورة محمد: الآية ٣٢، سورة الحشر: الآية ٤.

(٧) سورة التوبة: الآية ١٠٧.

﴿لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾<sup>(١)</sup> وقوله تعالى: ﴿لَا تَوَاحِشِي﴾<sup>(٢)</sup>، وغير القرآنية كقولهم: عاجله بالعقوبة، وبارزه بالحرب، وباشره بالحرب، وساعده التوفيق، وخالع المرأة، وواراه في الارض.

فإن جميع ذلك بين ما لا يصح فيه ارادة الانتساب إلى الاثنين، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ لاستحالة الهجرة من الله تعالى، واستحالة مساعدة الشخص للتوفيق وما لا يراد منه ذلك، كقوله تعالى: ﴿يُحَادِثُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾ إذ الغرض نسبة الخديعة منهم إلى الله تعالى وإلى المؤمنين، لا منهما إليهم أيضاً.

وثانياً أن مفاد هيئة (تفاعل) و(المفاعلة) في انتسابها إلى الاثنين ان كان بمعنى وضعها بإزاء النسبتين فهو أمر ممنوع، إذ ليس مفاد هيئة تضارب زيد وعمرو مثلاً هو الدلالة على النسبتين، احداهما نسبة ضرب زيد عمراً، والأخرى نسبة ضرب عمرو زيداً، بل هناك نسبة واحدة قد وضعت الهيئة بإزاء تلك النسبة مع أنه مع تعدد الفعل لا يعقل وحدة النسبة، فكل فعل نسبة صدورية بفاعله.

وان كان بمعنى وضعها بإزاء نسبة واحدة متقومة باثنين، كأن لوحظ - في المثال - ضرب كل منهما للآخر نسبة واحدة بينهما على نهج اضافة مادة واحدة إلى طرفين، ويعبر عنها بالفارسية (بهم زدن) فزيد وعمرو طرفا هذه النسبة الوحداية، فهو وان كان أمراً معقولاً، الا انه يختص بباب التفاعل، لاضافة المادة

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣١.

(٢) سورة الكهف: الآية ١٣.

فيه إلى طرفين؛ ولذا يرفع فيه كلا المعمولين، دون باب المفاعلة، ولهذا يرفع فيه أحد المعمولين وينصب الآخر، واتحاد الإعراب لا يدل على الوحدة الشخصية، بل على النوعية، وهي النسبة الصدورية. كما أن اختلاف الإعراب يدل على الاختلاف النوعي بالصدور من أحدهما والوقوع على الآخر.

وبعبارة أخرى ان محط النظر في باب التفاعل إلى فاعلية الاثنين؛ ولذا يقال: تضارب زيد وعمرو، برفع الاثنين، بخلاف باب المفاعلة فإن النظر فيه إلى فاعلية أحدهما ومفعولية الآخر؛ ولذا يقال: ضارب زيد عمراً برفع أحدهما ونصب الآخر.

مضافاً إلى ان ما ذكره - من الاصلة والتبعية في باب المفاعلة - مخدوش ثبوتاً واثباتاً.

أما ثبوتاً فلأنها فرع تعدد النسبة، لكي تكون احدهما اصلية والأخرى تابعة؛ إذ لا تعقل الاصلة والتبعية مع وحدة النسبة، وقد تقدم ان التعدد أمر غير معقول.

واما اثباتاً فلأن الاصلة والتبعية في الدلالة فرع الاصلة والتبعية في المدلول، كتبعية المدلول الالتزامي للمدلول المطابقي، والدلالة المفهومية للدلالة المنطوقية، وليس ضرب عمرو زيدا تابعاً لضرب زيد عمراً ثبوتاً حتى تنحل النسبة الخاصة إلى نسبتين احدهما لازمة للأخرى. فالحق ان مفاد هيئة المفاعلة مغاير لمفاد هيئة التفاعل في تقوم الثاني بالطرفين دون الأول.

هذا محصل ما افاده المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه في الإشكال على

المشهور نقضاً وحلاً.

## نقد المحقق الاصفهاني

والحق ان يقال: ان إشكاله النقضي متين لا غبار عليه؛ لان هذه الاستعمالات الفصيحة بلا عناية وقرينة دليل على ابطال قول المشهور. الا ان حدّ هذا النقص ابطال وضع الهيئة - حصراً - للمشاركة بين الاثنين لا ابطال اصل الوضع، لما سوف يأتي - ان شاء الله تعالى - من اتفاق اهل اللغة، والادب، والتفسير على وضعها للمشاركة بين الاثنين، فلعلها قد وضعت مشتركة. واما إشكاله الحلّي على الاستحالة فالجواب عنه أولاً: أنه لم يبرهن عليها إلا بقوله: (ان كل هيئة لا تكون موضوعة الا بإزاء نسبة خاصة من النسب)، وهو عين المدعى.

وغاية ما يمكن ان يقرب به الاستحالة وجهان: أحدهما من ناحية استحالة وضع الهيئة للمعنيين. الثاني: من ناحية استحالة استعمالها فيهما. اما الوجه الأول فبتقريب ان الوضع عبارة عن جعل اللفظ علامة للمعنى، ويستحيل جعله علامة للمعنيين، كما يستحيل وضع علم واحد على رأس كل من الفرسخين، والا يلزم منه تعدد الواحد، أو وحدة المتعدد.

## الآراء في الوضع

توضيح ذلك ان في الوضع آراء ثمانية، أحدها: ما افاده صاحب الكفاية أعلى الله مقامه من أنه نحو اختصاص اللفظ بالمعنى، وارتباط خاص بينهما، ناشٍ من تخصيصه به تارة، ومن كثرة استعماله فيه أخرى<sup>(١)</sup>.



الثاني: ما افاده المحقق النائيني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من انه جعل متوسط بين التكويني والتشريعي فليس تكوينياً محضاً حتى لا يحتاج إلى أمر آخر، ولا تشريعياً صرفاً، حتى يحتاج إلى تبليغ نبي، أو وصي، بل الإهام منه تعالى عباده على لفظ مخصوص عند إرادة معنى خاص.

الثالث: ما افاده المحقق العراقي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه من أنه عبارة عن ملازمة خاصة وربط مخصوص بين طبعي اللفظ والمعنى الموضوع له، نظير سائر الملازمات الثابتة في الواقع بين أمرين من الأمور التكوينية، مثل قولنا: ان كان هذا العدد زوجاً فهو منقسم إلى متساويين، وان كان فرداً فهو غير منقسم كذلك، غاية الأمر أن الملازمة في المثال ذاتية ازلية، وفي باب الوضع جعلية اعتبارية.

الرابع: انه عبارة عن اعتبار ملازمة بين طبعي اللفظ والمعنى الموضوع له، وحقيقة هذه الملازمة انما هي باعتبار من بيده الاعتبار- أي الواضع -كسائر الامور الاعتبارية من الشرعية، أو العرفية<sup>(٣)</sup>.

الخامس: ما في كلام الفلاسفة<sup>(٤)</sup> من انه عبارة عن وجود اللفظ وجوداً تنزلياً للمعنى، فهو هو في عالم الاعتبار، وان لم يكن كذلك حقيقة، فإن الموجود على قسمين: ما له وجود تكويني، كالجواهر والاعراض، وما له وجود اعتباري، كالأمور الاعتبارية الشرعية، أو العرفية من الأحكام التكليفية،

(١) أجود التقريرات ١: ١٢.

(٢) نهاية الافكار ١: ٢٦.

(٣) نهاية الدراية ١: ٤٣.

(٤) ذهب إليه المنطقيون والشيخ علي القوجاني والسيد البجنوردي والايرواني والاصفهاني والسيد السيستاني والشيخ نصير الدين الطوسي في الاشارات ص ٢١.

والوضعية، والوضع من قبيل الثاني لان الواضع اعتبر اللفظ وجعله وجوداً تنزلياً للمعنى في عالم الاعتبار، دون عالم الخارج والعين.

السادس: ما افاده المحقق النهاوندي<sup>(١)</sup> واختاره بعض الأعاظم<sup>(٢)</sup> من انه التعهد والتباني النفساني بأنه متى قصد تفهيم معنى أن يبرزه بلفظ مخصوص كالترام كل واحد من الأمة العربية بأنه متى قصد تفهيم جسم سيال بارد بالطبع، أن يجعل مبرزه لفظ الماء.

السابع: انه عبارة عن اخطار المعنى باللفظ عند تصور اللفظ، كما في تداعي المعاني.

الثامن: ما افاده المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من ان الوضع في عالم الالفاظ وزان وضع العلم على رأس الفرسخ في عالم الخارج، بمعنى أنه من سنخ سائر الدلالات، غاية الأمر أن الوضع فيه حقيقي، وفي اللفظ اعتباري، فعليه ان حقيقة الوضع ليست امرأً تسببياً، لكي يحتاج إلى قوله: وضعت ونحوه، بل مباشري، قائم بالمعتبر بالباشرة، والارتباط والاختصاص من لوازم الوضع، لا نفسه.

وبعد ما ظهرت الآراء في باب الوضع، ظهر وجه استحالة الوضع للمعنيين - على مسلك المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه - لان وضع اللفظ على مبنى هذا المحقق متقوم بثلاثة اركان: الموضوع، والموضوع عليه، والموضوع له،

(١) تشريح الأصول ص ٢٥.

(٢) كالمحقق الحائري في درره ٤: ١ وأبي المجد الاصفهاني في وقاية الاذهان ص ٦٢ والسيد الخوئي في تعليقه أجود التقريرات ١: ١٢، وفي المحاضرات ١: ٣٨ - ٤٣.

كما هو كذلك في وضع العلم على رأس الفرسخ، فاللفظ موضوع، والمعنى موضوع عليه، ويستحيل ان يوضع لفظ واحد علامة على المعنيين، إذ يلزم منه تعدد الموضوع عليه مع وحدة الموضوع، كما انه يستحيل وضع علم واحد على رأس كل من الفرسخين.

ولكن يرد عليه انه لو تمّ فهو في الوضع الحقيقي لا الاعتباري. إذ الاعتبار سهل المؤونة فيمكن ان يعتبر اللفظ علامة على المعنيين فيتعدد الموضوع عليه مع وحدة الموضوع لكنه اعتباراً لا حقيقة.

واما الوجه الثاني أي تقريب استحالة استعمال الهيئة في المعنيين فإن لكل من الاعلام الثلاثة - الخراساني والنائيني والاصفهاني أعلى الله مقامهم - برهان على حدة.

### براهين استحالة استعمال اللفظ في معنيين

فقد برهن الأول<sup>(١)</sup> على ان حقيقة الاستعمال جعل اللفظ وجهاً وعنواناً للمعنى، ولحاظه يتبع لحاظ المعنى فانياً فيه فناء الوجه في ذي الوجه والعنوان في المعنون، ومعه لا يكاد يمكن في حال استعمال واحد لحاظه وجهاً لمعنيين وفانياً في الاثنين الا ان يكون اللاحظ أحول العينين.

وبرهن الثاني<sup>(٢)</sup> على ان النفس لا تستطيع ان تجمع بين اللحاظين المستقلين في آن واحد والاستعمال في اكثر من معنى واحد مستلزم لذلك، والمستلزم للمحال محال.

(١) الكفاية ١: ٥٤.

(٢) أجود التقريرات ١: ٥١.

وبرهن الثالث<sup>(١)</sup> على ان حقيقة الاستعمال ايجاد المعنى في الخارج باللفظ، لكنه لا بالوجود الحقيقي بل بالوجود الجعلي، ومن ناحية ان اليجاد والوجود متحدان ذاتاً ومتغايران اعتباراً ومن ناحية أخرى ان الوجود الواحد يقتضي اليجاد الواحد، وتعدد الوجود يقتضي تعدده.

واستعمال اللفظ في اكثر من معنى عبارة عن ايجاد المعنى بوجود لفظي مقابل ايجاده بوجود كتبي أو عيني أو ذهني، والوجود الواحد لا يقتضي اليجاداً واحداً، فيستحيل ايجاد اكثر من معنى بوجود واحد لفظي.

ولكن يرد على هذا التقريب أن مقامنا هذا اجنبي عن تلك الباب أي باب استحالة الاستعمال؛ لأن هذه البراهين الثلاثة انما تفرض فيما اذا استعمل اللفظ في كل من المعنيين على سبيل الانفراد والاستقلال كما صرح به اهل الفن قديماً وحديثاً<sup>(٢)</sup> ولكن الذي يدعى في المقام استعمال هيئة المفاعلة في النسبتين على نحو المعية لا استقلالاً، والاستعمال بنحو العام الاستغراقي امر، والاستعمال بنحو العام المجموعي أمر آخر، وما أُقيم البرهان على استحالاته هو الأول دون الثاني.

والجواب الثاني عن الإشكال الحلّي أن ما افاده من وضع هيئة تفاعل يازاء

(١) نهاية الدراية ١: ٦٤.

(٢) قال صاحب المعالم: موضع البحث هو استعمال اللفظ في المعنيين على ان يكون كلاً منهما مناطاً للحكم ومتعلقاً للاثبات والنفي، المعالم: ٣٦.

وقال صاحب الكفاية: اختلفوا في جواز استعمال اللفظ في اكثر من معنى واحد على سبيل الانفراد والاستقلال. الكفاية ١: ٥٤.

وقال في الفوائد: واما استعماله في المجموع نحو استعمال العشرة أو في مفهوم الكل كما في استعمال العام فليس من محل الكلام بين الاعلام. الفوائد: ٣٠٠.

نسبة واحدة متقومة باثنين أمر غير معقول؛ لأن نسبة المادة إلى طرفين - وكانت صدورية في باب التفاعل لا ايقاعية، نحو تضارب زيد وعمرو - تستحيل وحدتها مع تعدد الطرف، فإن صدور الضرب من زيد إلى عمرو أمر، وصدوره من عمرو إلى زيد أمر آخر، ومع تعدد المنتسبين كيف تعقل وحدة النسبة؟ إذ لا بد في كل قيام صدوري من نسبة وربط بين المنتسبين.

وان شئت فقل إنَّ هذا المحقق أعلى الله مقامه قد سلك في المعاني الحرفية والمفاهيم الأدوية<sup>(١)</sup> إلى ان الوضع فيها عام وهو عنوان النسبة، والموضوع له خاص وهو واقع النسبة والربط - أي ما هو بالحمل الشائع نسبة وربط - الذي نسبة ذلك المفهوم اليه نسبة العنوان إلى المعنون، لا الطبيعي وفرده؛ إذ الطبيعي متحد مع فرده ذهنياً وخارجاً وهذا بخلاف العنوان فإنه مغاير للمعنون ذاتاً ووجوداً نظير مفهوم العدم، وشريك الباري، واجتماع النقيضين، ولا يتعدى عن مرحلة الذهن إلى الخارج.

والحاصل: ان الحروف والادوات موضوعة للنسب والروابط الموجودة لا في انفسها، مقابل ما هو موجود في نفسه، لنفسه، بنفسه كالواجب تعالى شأنه، وموجود في نفسه، لنفسه بغيره، كالجوهر وموجود في نفسه لغيره بغيره، كالعرض. وعليه ان ما يتصور فيه الوحدة كعنوان النسبة لم يوضع اللفظ بإزائه، وما وضع اللفظ بإزائه كالنسب الجزئية الخارجية تستحيل فيه الوحدة، بل لا مناص فيه من التعدد لكنه على نحو المعية لا على سبيل الانفراد والاستقلال. فتلخص بما ذكرنا أنَّ المتصور - هنا - أمور ثلاثة اثنان منها محال والثالث

(١) نهاية الدراية: ١٦ - ١٩.

منها ممكن، الأول: استعمال هيئة تفاعل أو المفاعلة في الاثنين على سبيل الاستقلال، وهذا هو المبحوث عنه في باب استعمال اللفظ في اكثر من معنى، وقد اشتهر بين المحققين المتأخرين عدم جوازه.

الثاني: استعمالها في نسبة واحدة متقومة بطرفين، وقد مضى وجه استحالته.

الثالث: استعمالها في نسبتين على نحو المعية، وهذا هو المراد - هنا - وهو أمر ممكن ثبوتاً، بل قام الدليل عليه اثباتاً، كما سوف يظهر عند الجواب عن الآراء التي حدثت مقابل المسلك المعروف، فالمهم عرض تلك الآراء.

فنقول إن لهيئة المفاعلة - مقابل المسلك المعروف - آراء مختلفة.

### آراء أخرى في المفاعلة

#### رأي المحقق الاصفهاني

الرأي الأول ما حققه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه - بعدما استشكل على المسلك المعروف ثبوتاً واثباتاً - وحاصله: أنّ باب المفاعلة يدل على إحدى النسبتين فقط كالثلاثي المجرد إلا أنه يمتاز عن الثلاثي من ناحيتين: الناحية الأولى: أنّ هيئة (مفاعلة) تدل على التعدية بالمطابقة وبنفسها، بخلاف الثلاثي المجرد فإنه لا يدل على التعدية إلا بتوسط الأداة، أو يتعدى بنفسه، لكنه لا بالمطابقة، بل بالالتزام.

بيان ذلك: أنّ مواد الأفعال - في الثلاثي المجرد - قد تكون لازمة ك: جلس، وذهب، وقد تكون متعدية بنفسها، ك: كتب الحديث، لكنه لا يتعدى إلى

(١) نهاية الدراية ٢: ٣١٨، حاشية كتاب المكاسب: ٢.

المكتوب إليه إلا بتوسط الأداة، فتجاوز المادة في هذين القسمين إلى غير الفاعل انما هو بواسطة الأداة فيقال: جلس إليه، ذهب إليه، وكتب إليه. وقد تكون متعدية إلى شخص آخر بنفسها ك: ضرب، ونصر، وخدع، يقال: ضرب زيد عمراً، فإن هذه التعدية ذاتية لمفادها لا لهيئتها في مقام إفادة النسبة. هذا بخلاف هيئة المفاعلة، فإنها لا تكون إلا متعدية - بنفسها وبالمطابقة - إلى الشخص فتقوم هذه الهيئة مكان تلك النوعين من التعدية، يقال: ضارب زيد عمراً، مكان: ضرب زيد عمراً، وجالسه وكتبه، مكان: جلس إليه وكتب إليه. وبعبارة أخرى: ان هيئة المفاعلة إنما هي لمجرد تعدية المادة وإنهائها إلى الغير، مثلاً الكتابة لا تقتضي الا تعدية المادة إلى المكتوب، فيقال: كتب الحديث، من دون تعديتها إلى المكتوب إليه، بخلاف قولهم: كاتبه، فإنه يدل على تعديتها إلى الغير بحيث لو أُريد إفادة هذا المعنى بالمجرد لقليل: كتب إليه. وربما تدل الهيئة المجردة على نسبة متعدية كقولهم: ضرب زيد عمراً، إلا ان إنهائها إلى المفعول غير ملحوظ في الهيئة، وان كان لازم النسبة، بخلاف ضارب زيد عمراً، فإنَّ التعدية والانتهاء إلى المفعول ملحوظ في مفاد الهيئة، فما هو لازم النسبة تارة، ومفاد حرف من الحروف أُخرى مدلول مطابق لمفاد هيئة المفاعلة.

### دلالة هيئة المفاعلة على التعمد والتقصد

الناحية الثانية - التي هي من متفرعات<sup>(١)</sup> الناحية الأولى - : ان هيئة المفاعلة

(١) كما يستفاد من حاشية المكاسب بقوله: ولذا ربما يفهم التعمد والتقصد. وأيضاً يستفاد منه

تدل على التعمد والتقصّد إلى ايجاد المادة - كما في حاشيته على المكاسب - والتصدي إلى ايجاد المادة - كما عبره في نهاية الدراية - فيفرق بين خدعه وخذاعه، وضار، ومضار، فإنه إذا فعل فعلاً، كان أثره خداع غيره، صدق عليه انه خدعه، لا انه خادعه الا اذا تصدى لخديعته، وكذلك اذا صدر منه ضرب واقع على عمرو، صدق عليه انه ضربه، ولا يصدق انه ضاربه الا اذا تصدى لضربه؛ ولذا لما أبى سمرة بن جندب عن الاستئذان، قال ﷺ: «انك رجل مضار»<sup>(١)</sup> أي متصدٍ لإضرار الانصاري، لا مجرد كون دخولك ضرراً عليه، فيكون حاصل قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» نفي اصل الضرر ولو بدون التصدي له، ونفي التصدي للاضرار. هذا غاية ما افاده المحقق الاصفهاني ﷺ في هذا المقام.

### نقد المحقق الاصفهاني

وفي كلامه - من حيث الكبرى - دعاؤ ثلاث، الدعوى الأولى: ان المفاعلة تدل على احدى النسبتين. الدعوى الثانية: انها تفيد التعدية بالمطابقة، الدعوى الثالثة: انها تدل على التعمد والتقصّد إلى ايجاد المادة. وهذه الدعاوى كلها مخدوشة. أما الدعوى الأولى ففيها أنّ الاستفادة من الكلمات وضعها لمعان ثلاثة -

→

انه لازم مفارق لا دائم لقوله (ربّما) لكن الظاهر من نهاية الدراية كونه دائماً كما ادعى ولكن الاستفادة منه أيضاً كونه لازماً مفارقاً.  
(١) الوسائل ١٧ الباب ١٢ من ابواب احياء الموات الحديث ٤ في رواية زرارة عن أبي جعفر انه قال: فقال له رسول الله ﷺ انك رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن.



فعل الاثنين، والواحد، والتفضيل أي المبالغة.

والمهم اثبات المعنى الأول ويتم ذلك بإمكانه ثبوتاً وبقيام الدليل عليه اثباتاً، أما الامكان فثبت بما تقدم منا من المناقشات على المحقق الاصفهاني القائل باستحالته.

وأما الاثبات فإن العمدة في فهم مداليل الالفاظ من الادوات والهيئات طريقان، الأول: اعمال علائم الحقيقة كالتبادر والانسباق عند أهل المحاورة وبتعبير آخر التبادر عند المستعمل لا المستعلم، وفي الدرجة الثانية الاطراد وعدم صحة السلب وغيرهما من العلائم.

الثاني: تنصيب أهل اللغة على ما هو التحقيق - كما يظهر بالتبع - من كونهم بصدد تحصيل المعنى الحقيقي، لا مجرد ذكر موارد الاستعمال، فإن بعضهم كتاج العروس وغيره ذكروا بمقدمات يستكشف منها ان الشأن على اثبات المدلول وانما يذكر موارد الاستعمال ليظهر بها المعنى، وان القاموس - كما قيل - يذكر المعنى الحقيقي في صدر كلامه، ثم يطرح موارد الاستعمال. فما عن بعض المحققين<sup>(١)</sup> من ان اللغوي كان بصدد بيان موارد الاستعمال ففي غير محله.

نعم، قد لا يفيد التنصيب، اذا كان صاحبه على مسلك باطل كتصحیحات أبي اسحاق الاسفرائيني القائل بعدم المجازية في لغة العرب وتاج الدين السبكي القائل بأن الأصل هو الحقيقة، والمجاز خلاف الاصل.

(١) كالآخوند (كفاية الأصول بحاشية المشكيني ٣: ٢٢٨ مبحث حجية قول اللغوي) والعراقي (نهاية الافكار ٣: ٩٤) والسيد الخوئي (مصباح الأصول ٢: مبحث حجية قول اللغوي، ص ١٣٢).

إذا عرفت ذلك نقول: أما الطريق الأول وهو أعمال علائم الحقيقة فمستود  
في المقام، لعدم كوننا من أهل اللسان وانسباقه عند أهله غير ثابت لنا.  
وأما الطريق الثاني فهو المرجع. هنا؛ لا تفاق أهل اللغة والأدب والصرف  
والتفسير على وضع المفاعلة للآثنين، ولا فرق في هذا بين حجية قول أهل  
اللغة وعدمها.

أما على الحجية فلأنه يكفي فيه قول الواحد فكيف بالاتفاق.  
وأما على عدم الحجية فلأن اتفاق مهرة الفن يوجب الوثوق به والوثوق  
حجة عقلانية.

والعمدة بيان الاتفاق: أما أهل اللغة فقد صرحوا بدلالة المفاعلة على  
الآثنين كابن الأثير، والقاموس والصحاح والمصباح ولسان العرب، وأهل  
الصرف كسيبويه وابن الحاجب والرضي ونجم الأئمة، والأدب كسيبويه وابن  
الحاجب وغيرهما.

والمفسرون من القدماء من الخاصة والعامّة كالشيخ الطوسي والفخر الرازي.  
وكذلك المحدثون من العامّة. كشرح البخاري ومسلم ومسنّد أحمد .  
والخاصة.

وأما الدعوى الثانية ففيها:

أولاً: بالنقض بقوله تعالى: ﴿مَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾<sup>(١)</sup> وقوله  
تعالى: ﴿إِنِّي مُهَاجِرٌ إِلَى رَبِّي إِنَّهُ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾<sup>(٢)</sup>. فإنه لو كانت الهيئة متعدية

(١) سورة النساء: الآية ١٠٠.

(٢) سورة العنكبوت: الآية ٢٦.

- بالمطابقة - لما صحت التعديّة بالأداة ثانياً. وثانياً: انه يلزم منه اللغوية في نحو ضارب زيد عمراً؛ لأنّ التعديّة إلى عمرو قد حصلت بالمادة، والحاصل لا يتحصل ثانياً، والتأكيد خلاف الغرض فإنّ الوضع للدلالة على المقصد كما يعترف به ومع وجود الدال لا حاجة إلى دال آخر بل الحمل على التأكيد في التعديّة لا معنى له.

وثالثاً: انه لا مناص من الفرق بين ما إذا كانت المواد لازمة أو متعدية بوضع الهيئة المفاعلة للتعديّة على الأولى، دون الثانية؛ لان نفس القرينة العقلية السابقة - لزوم اللغوية - ترشدنا إلى هذا، فيقال: جالس زيد عمراً من باب تعديّة الهيئة، دون ضارب زيد عمراً؛ لأنّ المفروض حصول التعديّة بنفس مادة الضرب، فلا حاجة إلى لحاظ التعديّة بالهيئة ثانياً.

مضافاً إلى ان مهرة الفن فرعوا التعديّة على الوضع للمشاركة كابن الحاجب<sup>(١)</sup> وغيره.

واما الدعوى الثالثة فأشكل الأستاذ (دام ظله) بالنقض بمثل ساعده التوفيق. أولاً أنها وإن كانت قابلة في مثل ضرب، وضرر، إذ لم يشرب في مادتهما التقصد والتعمد، فقد يصدران بلا تقصد وتعمد، واخرى معهما، فيدعى ان المتكفل للأول هو المادة، وللثاني هيئة مفاعلة.

لكنها غير قابلة في مثل خدعه، لأنّ التقصد قد اعتبر في مادتها لغة وعرفاً، وذات المعنى متقوم بالتقصد والتعمد، ولذلك لا يصدق انه خدعه اذا صدر

(١) شرح الشافية ١: ٩٦.

بلا قصد، وقد فسر في اللغة<sup>(١)</sup> بذلك.

وثانياً: أنّ التعمد والتقصّد مدلول للهيئة وانتهاء المادة مدلول آخر وكيف يعقل - على مسلكه واعترافه - ان يكون لفظ واحد لمدلولين؟  
وثالثاً: أنّ هيئة المفاعلة بمعنى التصدي إلى ايجاد المادة مما لا دليل عليه؛ إذ نحن قد تفحصنا ولم نعر على قائل به من اهل اللغة والأدب والتفسير.

(١) قال في الصحاح (٣: ١٢٠١): خَدَعَهُ، يَخْدَعُهُ، خَدَعًا، وَخَدَاعًا أَيْضًا بِالْكَسْرِ، مِثْلُ: سَحَرَهُ سِحْرًا أَيْ خَتَلَهُ وَارَادَ بِهِ الْمَكْرُوهَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ.

وقال في القاموس (٢٣٤): خَدَعَهُ كَمَنَعَهُ خَدَعًا وَيَكْسِرُ: خَتَلَهُ وَارَادَ بِهِ الْمَكْرُوهَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ. وجاء في مجمل اللغة (١: ٢٧٩) لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى (٣٩٥) قوله: خَدَعْتَ الرَّجُلَ: خَتَلْتَهُ.

وفي تاج العروس (٢٠: ٤٨٢): خَدَعَهُ كَمَنَعَهُ يَخْدَعُهُ خَدَعًا... خَتَلَهُ وَارَادَ بِهِ الْمَكْرُوهَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ كَاخْتَدَعَهُ فَانْخَدَعَ، كَمَا فِي الصَّحَاحِ.

وفي مجمع البحرين: خَدَعَهُ يَخْدَعُهُ خَدَعًا وَخَدَاعًا أَيْضًا بِالْكَسْرِ: خَتَلَهُ وَارَادَ بِهِ الْمَكْرُوهَ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ.

لكن الاستفادة من بعض الكلمات ان الخدع: كتمان الشيء واخفاؤه قال في تاج العروس بعد كلمة (كما في الصحاح): وقال غيره: الخدع: اظهار خلاف ما تخفيه، وفي المفردات والبصائر: الخداع: انزال الغير عما هو بصده بأمر يبيده على خلاف ما يخفيه.

وقال الخليل في العين (١: ١١٥): الإخداع: إخفاء الشيء وبه سميت الخزانة مخدعاً. وقال ابن دريد (جمهرة اللغة ١: ٥٧٩): خَدَع - خَدَعْتَ الرَّجُلَ - أَخْدَعَهُ خَدَعًا: إِذَا ظَهَرَتْ لَهُ خِلَافَ مَا تَخْفِي، وَكُلُّ شَيْءٍ كَتَمْتَهُ فَقَدْ خَدَعْتَهُ... وَاشْتِقَاقُ الْمَخْدَعِ مِنْ قَوْلِهِمْ خَدَعْتَ الشَّيْءَ إِذَا كَتَمْتَهُ وَخَبَأْتَهُ.

وفي نهاية ابن اثير (٢: ١٤): والخدع: إخفاء الشيء وبه سمي المخدع. وفي تفسير التبيان (١: ٧٠): الخداع مشتق من الخدع: وهو إخفاء الشيء مع إيهام غيره، ومنه المخدع.

نعم، إنَّ المستفاد من كلام ابي علي الفارسي والحسن والشيخ الطوسي أنَّ مدلول الهيئة في يخادعون: قصد الخديعة سواء وقع منه خدعة أم لا؟ فعن الفارسي<sup>(١)</sup>: العرب تقول: خادعت فلاناً اذا كنت تروم خدعه. وعن الطوسي<sup>(٢)</sup>: أعلى الله مقامه - : فإن قيل: أليس الكفار قد خدعوا المؤمنين بما اظهروا بألسنتهم حتى حقنوا بذلك دماءهم وأموالهم، وان كانوا مخدوعين في أمر آخرتهم.

قيل: لا نقول: خدعوا المؤمنين؛ لان إطلاق ذلك يوجب حقيقة الخديعة لكن نقول: خادعوهم وما خدعوهم، بل خدعوا انفسهم - كما قال في الآية - ولو أن انساناً قاتل غيره فقتل نفسه، جاز ان يقال: انه قاتل فلاناً فلم يقتل إلا نفسه، فيوجب مقاتلة صاحبه وينفى عنه قتله.

وهذه المقالة - مضافاً إلى مغايرتها مع مقالة المحقق الاصفهاني<sup>(٣)</sup>؛ إذ المدلول على مقالتهم: قصد الخديعة وعلى مقالة الاصفهاني: أنه ربّما يفهم التعمّد والتقصّد إلى إيجاد المادة من جهة كون الإنهاء إلى المفعول ملحوظ في مفاد الهيئة، وكم فرق بينهما - باطلة من أصلها؛ لأنّ المدلول في موارد باب المفاعلة - كهاجرونحوه - وقوع الفعل لا القصد إلى وقوعه<sup>(٤)</sup>.

(١) راجع لسان العرب ٤: ٣٧.

(٢) التبيان ١: ٧٠.

(٣) نهاية الدراية ٢: ٣١٨، حاشية المكاسب: ٢.

(٤) ولكن كلام المحقق الاصفهاني: (لا يصدق انه ضاربه الا اذا تصدى لضربه ولا يصدق انه خادعه الا اذا تصدى للخديعة ونفي التصدي للاضرار في حديث سمرة) ظاهر في قصد الخديعة، لا الخدعة عن قصد.

وانما وقع الإشكال في قوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ﴾<sup>(١)</sup> من ناحية استحالة وقوع الخدعة عليه تعالى.

وقد أجاب عنه بعضهم<sup>(٢)</sup> ان المدلول وقوع الخدعة على الرسول ﷺ وقد أُضيف إلى الله تعالى إما من باب حذف المضاف، أو من باب أن طاعة الرسول طاعة الله، ومعصيته معصية الله تعالى.

وذهب المحقق العراقي<sup>(٣)</sup> أعلى الله مقامه إلى ان ضرار أريد منه الإصرار على الضرر، والمحقق النائيني<sup>(٤)</sup> أعلى الله مقامه إلى التعمد والاصرار على الضرر، وهذا المحقق قد جمع بين مسلكي: الاصفهاني والعراقي.

وقد ظهر النقاش فيهما مما سبق، وسيأتي النقاش فيهما أيضاً في البحث الصغروي.

### رأي المحقق الخوئي

الرأي الثاني ما ذكره بعض المحققين<sup>(٥)</sup> من ان الذي يشهد به التتبع أن

→

\* ويمكن أن يجاب: أن عبارته هكذا: "أنه ربما يفهم التعمد والتقصّد إلى إيجاد المادة من جهة كون الإنهاء إلى المفعول ملحوظ في مفاد الهيئة". وليس في كلامه أن معنى هيئة المفاعلة القصد إلى الفعل ولولم ينته إلى الفعل، بل لما كان المعنى الإنهاء إلى المفعول يفهم منه التعمد.

(١) سورة البقرة: الآية ٩.

(٢) انظر: تفسير مجمع البيان ١: ١٠١، والقرطبي ١: ١٩٥، والكشاف ١: ٣١، والبيضاوي ١: ٢٥.

(٣) مقالات الأصول ٢: ١١٢.

(٤) منية الطالب ٢: ١٩٩.

(٥) مصباح الأصول ١: ٥٢٣.

هيئة المفاعلة وضعت لقيام الفاعل مقام ايجاد المادة، وكون الفاعل بصدد ايجاد الفعل.

واقوى شاهد على ذلك هي الآيات الشريفة القرآنية:

فمنها قوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

فذكر سبحانه وتعالى: ان المنافقين بصدد ايجاد الخدعة ولكن لا تقع خدعتهم إلا على انفسهم، ومن ثم عبر في الجملة الأولى بهيئة المفاعلة؛ لأن الله تعالى لا يكون مخدوعاً بخدعتهم؛ لأن المخدوع ملزوم للجهل، وتعالى الله عنه علواً كبيراً.

وعبر في الجملة الثانية بهيئة الفعل المجرد لوقوع ضرر خدعتهم على انفسهم لا محالة.

ومنها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنَّ لَهُمُ الْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ﴾<sup>(٢)</sup> وجه الدلالة واضح لا حاجة إلى البيان.

ثم إنه فرغ<sup>(٣)</sup> على هذا المبني استفادة حرمة الإضرار بالغير من الفقرة الثانية - في حديث لا ضرر ولا ضرار - وهي قوله ﷺ: لا ضرار، بتقريب أن المراد منه النهي عن كون الشخص في مقام الاضرار بالغير، فيدل على حرمة الاضرار بالغير بالاولوية القطعية.

(١) سورة البقرة: الآية ٩.

(٢) سورة التوبة: الآية ١١١.

(٣) مصباح الأصول ١: ٥٣٤.

## نقد المحقق الخوئي

وفي كلامه مواقع للنظر: إذ يرد عليه:

أولاً: أن هذا المعنى لم يقم عليه دليل، لا لغة، ولا عرفاً.

أما اللغة؛ فلعدم تنصيص منهم بذلك، وأما العرف؛ فلعدم التبادر؛ إذ لا يتبادر من هيئة (هاجر) قيام الشخص مقام ايجاد الهجرة، بل المتبادر منه خلافه، وهو وقوع الهجرة. وكذلك سائر علائم الحقيقة والمجاز.

وثانياً: أن لازم هذا المبنى الالتزام بالمجاز - بلا قرينة وعناية - في كثير من موارد الكتاب والسنة؛ لأن هيئة المفاعلة قد وردت في القرآن في أكثر من أربعين مورداً<sup>(١)</sup> وما أريد منها الا وقوع الفعل خارجاً، ومنه قوله تعالى: ﴿فَاتْلُوهُنَّ

(١) ولهيئة المفاعلة في القرآن بلحاظ المواد الاصلية موارد كثيرة، لا بأس بالاشارة إليها، فإن ذكرها لا يخلو من الفائدة:

(أخذ) ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا. سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(برك) يوقد من شجرة مباركة زيتونة. سورة النور: الآية ٣٥.

(بشر) ولا تبشروهن وانتم عاكفون. سورة البقرة: الآية ١٨٥.

(بعد) فقالوا ربنا باعد بين اسفارنا. سورة سبأ: الآية ١٩.

(بيع) لقد رضي الله عن المؤمنين إذ يبايعونك تحت الشجرة. سورة الفتح: الآية ١٨.

(جدل) وان جادلوك فقل الله اعلم بما تعملون. سورة الحج: الآية ٦٨.

(جور) ثم لا يجاورونك فيها إلا قليلاً. سورة الاحزاب: الآية ٦٠.

(جوز) وجاوزنا ببني اسرائيل البحر. سورة الاعراف: الآية ١٣٨.

(جهد) والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا. سورة العنكبوت: الآية ٢٩.

(حجج) فان حاجوك فقل اسلمت وجهي لله. سورة آل عمران: الآية ٢٠.

(حدد) ان الذين يحادون الله ورسوله اولئك في الأذلين. سورة المجادلة: الآية ٢٠.

(حرب) يحاربون الله ورسوله. سورة المائدة: الآية ٣٣.



→

- (حسب) ان تبدوا ما في انفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله . سورة البقرة: الآية ٢٨٤ .
- (حفظ) والذين هم على صلواتهم يحافظون . سورة المؤمنون: الآية ٩ .
- (حور) فقال لصاحبه وهو يحاوره أنا أكثر منك مالاً وأعز نفراً . سورة الكهف: الآية ٣٤ .
- (خدع) يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم . سورة البقرة: الآية ٩ .
- (خطب) وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً . سورة الفرقان: الآية ٦٣ .
- (دفع) ان الله يدافع عن الذين آمنوا . سورة الحج: الآية ٣٨ .
- (دول) تلك الايام نداولها بين الناس . سورة آل عمران: الآية ١٤٠ .
- (رأى) الذين هم يراءون \* ويمنعون الماعون . سورة الماعون: الآية ٦ و ٧ .
- (ربط) يا ايها الذين آمنوا اصبروا وصابروا وربطوا . سورة آل عمران: الآية ٢٠٠ .
- (رود) ولقد راودته عن نفسه فاستعصم . سورة يوسف: الآية ٣٢ .
- (سرع) يسارعون في الخيرات واولئك من الصالحين . سورة آل عمران: الآية ١١٤ .
- (سفح) محصنات غير مسافحات . سورة النساء: الآية ٢٥ .
- (سهم) فساهم فكان من المدحضين . سورة الصافات: الآية ١٤٦ .
- (شرك) شاركهم في الاموال والاولاد . سورة الاسراء: الآية ٦٤ .
- (شقق) ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى . سورة النساء: الآية ١١٥ .
- (شور) وشاورهم في الأمر . سورة آل عمران: الآية ١٥٩ .
- (صبر) اصبروا وصابروا وربطوا . سورة آل عمران: الآية ٢٠٠ .
- (ضرر) ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن . سورة الطلاق: الآية ٦ .
- (ضعف) ان تك حسنة يضاعفها ويؤت من لدنه أجراً . سورة النساء: الآية ٤٠ .
- (ظهر) والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية . سورة المجادلة: الآية ٣ .
- (عجز) والذين سعوا في آياتنا معاجزين . سورة الحج: الآية ٥١ .
- (عشر) عاشروهن بالمعروف . سورة النساء: الآية ١٩ .
- (عقب) وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به . سورة النحل: الآية ١٢٦ .
- (عهد) من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه . سورة الاحزاب: الآية ٢٣ .
- (غدر) ترى الارض بارزة وحشرناهم فلم نغادر منهم أحداً . سورة الكهف: الآية ٤٧ .
- (فدى) وان يأتوكم أسارى فادوهم . سورة البقرة: الآية ٨٥ .

حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً ﴿١﴾ حيث إنَّ الغاية وهي عدم كون الفتنة انما تترتب على وقوع القتل لا على كونهم بصدد القتل.

ثالثاً: أنَّ المجاز سواء كان في الاسناد أو الكلمة، فإنه يحتاج إلى المصحح، وهو العلاقة - بمعنى ما يستحسنه الذوق، لا بمعنى ما ذكر في المعاني والبيان من الانحصار بالعلائق الخاصة - وهذه العلاقة غير موجودة في المقام. توضيح ذلك يتوقف على بيان أمرين، أحدهما: الإشارة إلى معنى المجاز في الاسناد والكلمة، والآخر: وجه عدم تطبيقهما على المقام.

→

- (فرق) فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف. سورة الطلاق: الآية ٢.  
 (قتل) قاتلهم الله انى يؤفكون. سورة التوبة: الآية ٣٠.  
 (لقي) قل ان الموت الذي تفرون منه فإنه ملاقيكم. سورة الجمعة: الآية ٨.  
 (لمس) أو لامستم النساء فلم تجدوا ماءً. سورة النساء: الآية ٤٣.  
 (مرء) فلاتمار فيهم مرءاً ظاهراً. سورة الكهف: الآية ٢٢.  
 (نجو) اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة. سورة المجادلة: الآية ١٢.  
 (ندى) ونادى اصحاب الاعراف رجالاً يعرفونهم بسيماهم. سورة الاعراف: الآية ٤٨.  
 (نزع) فلا ينازعنك في الأمر. سورة الحج: الآية ٦٧.  
 (نفق) الم ترالى الذين نافقوا يقولون لاخوانهم الذين كفروا. سورة الحشر: الآية ١١.  
 (هجر) والذين هاجروا وجاهدوا في سبيل الله. سورة البقرة: الآية ٢١٨.  
 (ودد) يوادون من حادَّ الله ورسوله. سورة المجادلة: الآية ٢٢.  
 (ورى) أمجزت أن أكون مثل هذا الغراب فأؤاري سوءة أخي. سورة المائدة: الآية ٣١.  
 (وطأ) يحلونوه عاماً ويحرمونه عاماً ليواطشوا عدة ما حرم. سورة التوبة: الآية ٣٧.  
 (وعد) واذا وعدنا موسى ثلاثين ليلة. سورة الاعراف: الآية ١٤٢.  
 هذا ما عثرنا عليه من الآيات، واخترنا لكل من المواد آية من الآيات.  
 (١) سورة البقرة: الآية ١٩٣، وسورة الانفال: الآية ٣٩.

أما الأمر الأول فإن المجاز في الاسناد - على ما سلكه السكاكي<sup>(١)</sup> - عبارة عن استعمال لفظ أسد في مثل (زيد أسد) في معناه الحقيقي وهو الحيوان المفترس، وأما حملة على زيد فمن جهة انه ادعى ان زيداً فرد من الحيوان المفترس بفرد إدعائي قبال الفرد الحقيقي، فيكون الاسناد على نحو الحقيقة الادعائية.

والمجاز في الكلمة - على ما سلكه المشهور - عبارة عن استعمال لفظ اسد في المثال في غير ما وضع له بعلاقة المشابهة.

واما الأمر الثاني فلأنه على المجاز في الاسناد أن لفظ هاجروا وجاهدوا - مثلاً - في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾<sup>(٢)</sup> قد استعملوا في نفس الموضوع له وهو كونهم بصدد الهجرة والجهاد، لكنه أريد منهما وقوع الهجرة والجهاد من باب أنهما فردان من ذلك المعنى بفرد ادعائي، وقد اعترف نفس القائل بالمجاز في الاسناد في فقرة (لا ضرار)<sup>(٣)</sup>.

ولكن يرد عليه بأنه ليس لهذا النحو من الفرد الإدعائي وجه استحساني؛ إذ فرق بين أن يدعى أن الكامل - وهو وجود الهجرة والجهاد - فرد من الناقص وهو كونهم بصدد الهجرة والجهاد، وبين أن يدعى أن الناقص فرد من الكامل، والذي يستحسنه الذوق هو الثاني دون الأول؛ لأن الشخص اذا كان بصدد ايجاد الفعل ولما يصدر منه الفعل فإنه يستحسن - عقلاً وطبعاً - ان يدعى بأنه فرد من

(١) راجع مفتاح العلوم: ١٥٧ والمطول للتفتازاني: ٣٦٢ لكنه ادعى ذلك في خصوص الاستعارة وذهب ابوالمجد الاصفهاني (وقاية الاذهان: ١٠٣) وتبعه السيد البروجردي (نهاية الأصول: ١: ٢٤) إلى ان اللفظ في مطلق المجازات مستعمل في ما وضع له تطبيقاً على المراد الجدي بادعاء كونه من مصاديق الموضوع له.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢١٨.

(٣) مصباح الأصول: ١: ٥٣٤ (التنبيه الأول).

الفاعلين لما فيه من علاقة المشاركة والقرب، وهذا بخلاف ما اذا كان فاعلاً فإنه لا يستحسن ان يدعى بأنه من المستعدين لايجاد الفعل، إذ ليس فيه علاقة من العلائق المعنونة في المعاني والبيان، ولانه مما يستحسنه الذوق.

مضافاً إلى انه لو تمّ فإنما يصح ذلك في الاستعداد القريب من الفعل لما فيه من علاقة المشاركة والقرب، لا في مطلق الاستعداد.

فتحصل مما ذكرنا انه لا مجال لتطبيق المجاز في الاسناد على المقام. نعم، يمكن أن يدعى ذلك فيما اذا عدّ الفعل - لنقصه - كالفعل، لكن المقام ليس من هذا القبيل.

واما المجاز في الكلمة فقد ظهر حكمه مما ذكرناه من انه هل يصح استعمال اللفظ الموضوع للنقص في الكامل، أو بالعكس، أو لا بد من التفصيل بين الاستعداد القريب من الفعل ومطلق الاستعداد؟

ورابعاً: أنّ بين ما ذهب اليه في اصوله وما ذهب اليه في الفقه، كما في مصباح الفقه<sup>(١)</sup> تهافت، فإنه بعدما نسب هذا القول - في مصباح الفقه - إلى المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) أجاب عنه بما ملخصه: ان هيئة المفاعلة لا تتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنین، ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدي أحدهما لايجاد المادة دون صاحبه، فلا يقال ضارب زيد عمراً أو صارعه أو جادله، فيما اذا تصدى زيد لضرب عمرو، أو صراعه، أو جداله، من دون أن يصدر منه أحد هذه الأمور، بل لو لم يصدر الفعل منه ومن صاحبه معاً لعدّ مثل هذا الاستعمال من الاغلاط الواضحة.

(١) مصباح الفقه ٢: ٢٨.

أما وجه التهافت فواضح، حيث ادعى في الأصول: ان وضع هيئة المفاعلة لقيام الفاعل مقام ايجاد المادة وإن لم يتحقق الفعل مما يشهد به التتبع، وفي الفقه: ان هذا النحو من الاستعمال يعد من الاغلاط الواضحة.

وأما ما نسبته إلى المحقق الاصفهاني - أعلى الله مقامه - ففي غير محله، لما تقدم في تقرير كلامه: من ان الضرر إن صدر عن قصد يقال له ضرار، وإلا فهو ضرر.

وخامساً: أنَّ ما ذكره في مرحلة التفريع - من ان لفظة لا ضرار دلالتان: احدهما بالمطابقة وهو النهي عن كون الشخص في مقام الاضرار. والأخرى بالفحوى وهو النهي عن الاضرار - ففيه انه يستلزم القول بتعدد العقاب فيما اذا كان بصدد الاضرار وأضر به، مع أنه مما لا يلتزم به فقيه.

### اختصاص المبيع بالعين

قال الشيخ (أعلى الله مقامه): «والظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم ابدال المنافع بغيرها وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع»<sup>(١)</sup>.

يقع الكلام في مقامين:

الأول: في ان المبيع يختص بالعين أو يعم المنفعة.

الثاني: في المراد من العين - على الاختصاص - من انها العين الشخصية

أو تعم الكلّي بانحائه.

أما المقام الأول ففيه قولان:

أحدهما: ان البيع حقيقة في تبديل العين بعوض.

(١) المكاسب (طبع تراث الشيخ) ٣: ٧.

والآخر: انه حقيقة فيما يعم المنفعة واختاره المحقق الايرواني ذيل قول الشيخ (والظاهر اختصاص المعوض بالعين) بقوله: بل المقطوع به خلافه وانه يعم ابدال المنافع.

وتظهر ثمرة النزاع في بيع المنفعة كبيع سكنى الدار، فإنه على الاعمية ينعقد بيعاً وترتب عليه أقسام البيع واحكامه من خيار المجلس ونحوه، بخلافه على القول بالاختصاص.

ويقع الكلام من جهتين: ملاحظة كلمات الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم وأدلة الطرفين.

اما الكلمات فقد ادعى صاحب الجواهر (أعلى الله مقامه) انه: «لا خلاف ولا إشكال في اعتبار كون المبيع عيناً»<sup>(١)</sup>.

ولكن الكلمات بظاها لا تخلو من اختلاف فتحتاج إلى التوفيق.

فإنه ذهب الشيخ الطوسي - في المبسوط<sup>(٢)</sup> - إلى اخذ العين في تعريف البيع، وقال: البيع انتقال عين مملوكة، واختاره ابن ادريس في السرائر<sup>(٣)</sup>، والعلامة في التذكرة<sup>(٤)</sup>، والقواعد<sup>(٥)</sup> والتحرير<sup>(٦)</sup> والمختلف<sup>(٧)</sup>، والمحقق في

(١) الجواهر ٢٢: ٢٠٨.

(٢) المبسوط ٢: ٧٦.

(٣) السرائر ٢: ٢٤٠.

(٤) التذكرة ١٠: ٥.

(٥) قواعد الأحكام: ٤٧.

(٦) تحرير الأحكام ١: ١٦٤.

(٧) المختلف ٥: ٥١.

المختصر<sup>(١)</sup>، والشهيد في الدروس<sup>(٢)</sup>.

وفي المقابل ذهب المحقق في الشرايع<sup>(٣)</sup>، والشهيد في اللمعة<sup>(٤)</sup>، والمحقق الثاني في جامع المقاصد<sup>(٥)</sup>، والفاضل النراقي في المستند<sup>(٦)</sup> إلى تعريفه بنقل الملك، والملك اعم من العين.

(١) المختصر النافع: ١١٨.

(٢) الدروس ٣: ١٩١ لكنه صرح في ص ٣٨٧ ببطان رهن المنفعة لعدم امكان بيعها.

(٣) الشرايع ٢: ٧ فإنه عرف البيع بالعقد الدال على نقل الملك.

(٤) الروضة البهية في شرح اللمعة ١: ٣١٢ قال الشهيد في عقد البيع وأدابه: وهو الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٥٥ قال والاقرّب ان البيع هو نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغة مخصوصة.

(٦) مستند الشيعة ١٤: ٢٤٣ قال: وهو عرفاً نقل الملك بعوض لكنه ذكر في شرائط العوضين في ص ٣٠٦ ومنها ان يكونا عيينين فلو كانا منفعة كسكنى الدار مدة لم ينعقد للاجماع وعدم معلومية صدق البيع على نقل المنفعة عرفاً وتجوز الشيوخ في المبسوط (٦: ١٧) بيع خدمة العبد شاذ غير قادح في الاجماع.

وكيف كان وقع الخلاف في اعتبار العين في المبيع على اقوال:

١- ما هو المعروف من الاختصاص بالعين.

٢- ما عليه المحقق الايرواني من ان البيع يعم ابدال المنافع.

٣- ما عليه الجواهر (٢٢: ٢٠٦) من ان العين لم تؤخذ في المفهوم بل اعتبرت شرعاً.

٤- ما عليه النراقي من ان صدق البيع على ابدال المنافع مشكوك (مستند الشيعة ١٤: ٣٠٦) وهذا هو المستفاد من كلام الشيخ في ضمان المنافع حيث قال: لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة. وكذلك تأمل فيه المحقق الشيخ محمد تقي الشيرازي على ما حكاه المحقق الشيخ كاظم الشيرازي في بلغته (٢: ٥٠).

٥- ما عليه المحقق الاصفهاني في اجارته (ص ١٧) من ان مفهوم البيع وان كان عاماً لكن البيع المقابل للاجارة المحكوم باحكام خاصة صنف مخصوص من طبيعي المعنى اللغوي والعرفي.

٦- ما في بعض الكلمات من التعميم إلى بعض الحقوق دون المنفعة (ارشاد الطالب ٤: ٢).

كما انه ظهر الاختلاف أيضاً في نفس كلام الشهيد والمحقق، حيث اخذا العين في الدروس والمختصر، والملك في اللمعة والشرايع. واما التوفيق بين الكلمات فإنه يستفاد من إشكال الشهيد الثاني على تعريف المحقق في الشرايع، والشهيد في اللمعة ان مسألة اختصاص المبيع بالعين كانت من المسلمات، وان المراد من الملك هو العين لا ما يعم المنفعة؛ ولذلك اشكل عليهما بنقض التعريف (نقل الملك) بالإجارة؛ إذ الملك يشمل العين والمنفعة، ولولا ما استفدناه من التسالم لما كان للنقض مجال. مضافاً إلى تصريح المحقق في اجارة<sup>(١)</sup> الشرايع باختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان.

وظهر - بهذا الجمع - ان ما ذكره المحقق الايرواني (أعلى الله مقامه) قول مقابل اتفاق الكل إلا أن يؤخذ بالجمود على لفظ الملك فتكون المسألة خلافية.

### وجه عدم اختصاص المبيع بالعين

واما ادلة الطرفين فما يمكن ان يكون معتمداً للمحقق الايرواني (أعلى الله مقامه) وجهان:

الوجه الأول: اطلاق البيع - في الأخبار والآيات - على غير الاعيان بلا عناية<sup>(٢)</sup>.

(١) الجواهر ٢٧: ٢٠٥.

(٢) عن المحقق الاصفهاني: ان اخبار بيع خدمة المدبر والاطلاقات الشائعة القرآنية وغيرها من دون عناية اصدق شاهد على ان مفهوم البيع عرفاً غير مقصور على تملك عين بعوض. الاجارة: ٨.



اما الاخبار- وفيها المعتبر وغير المعتبر- فقد اطلق فيها البيع على غير العين من المنفعة والحق في كلام السائل والامام عليه السلام.

منها: ماورد في بيع سكنى الدار كما في موثقة<sup>(١)</sup> اسحاق بن عمار فإنه روى الشيخ باسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن علي بن رثاب وعبدالله بن جبلة عن اسحاق بن عمار عن العبد الصالح 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 اظنه يجيء لها رب ابدأ، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: ابيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي، قال: نعم، يبيعها على هذا.

ومتعلق البيع في كلام الراوي والامام عليه السلام هو السكنى لا العين واطلق البيع على تبديل السكنى بلا عناية.

لا يقال: إن السكنى في مورد الرواية - كنفس الدار- لا يعرف لها مالك فإنه يقال إن اليد بالنسبة اليها أمانة الملكية؛ إذ لعلها استؤجرت من الحاكم الشرعي أو وقفت على الاولاد فيرفع اليد من الأمانة بالمقدار الثابت وهو نفس العين ويتمسك بها في الباقي.

(١) الوسائل ١٢: الباب ١ من أبواب عقد البيع، ح ٥.

ومنها: ماورد في شراء ارض الخراج كما في معتبري<sup>(١)</sup> محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة بناء على اعتبار عمر بن حنظلة (روى الشيخ باسناده عن علي بن الحسن بن فضال عن علي عن حماد عن حريز عن محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن ذلك؟ فقال: لا بأس بشرائها، فإنها اذا كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدي عنها كما يؤدي عنها). ومتعلق الشراء هو المنفعة لا الرقبة كما لا يخفى.

ومنها: ماورد في بيع خدمة المدبر، في كلام السائل والامام عليه السلام، كما في رواية الشيخ<sup>(٢)</sup> باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن ابي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أبطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياتها؟ فقال: أي ذلك شاء فعل.

وباسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن ابراهيم بن هاشم عن النوفلي

(١) التهذيب ٤: ١٤٧، مسلسل ٤٠٨، الوسائل ١١ الباب ٧١ من جهاد العدو، ح ٣، جامع احاديث الشيعة ١٦ ب ٨٦ من جهاد العدو، ح ١٣. وعمر بن حنظلة معتبر عند الأستاذ (دام ظله) برواية صفوان بن يحيى عنه بسند صحيح ذكره الصدوق في كتاب المتعة من الفقيه (٣: ٢٩٤) قال: روى صفوان عن عمر بن حنظلة وطريق الصدوق إلى صفوان معتبر برواية الوقت ان عمر بن حنظلة أتانا عنك بوقت، فقال ابو عبدالله عليه السلام: اذا لا يكذب علينا. وسند الحديث لا بأس به الا من ناحية يزيد بن خليفة، ويزيد بن خليفة روى عنه صفوان بن يحيى بسند معتبر في الكافي ٤: ١٤٤ باب كفارة الصوم وفديته، و صفوان وابن ابي عمير وبالزمني قال الشيخ في عدة الأصول (١: ١٥٤) الذين عرفوا بانهم لا يروون ولا يرسلون الا عن يوثق به. ولكن لا يضر ضعف عمر بن حنظلة هنا فانه ذكر مع واو العطف (محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة). نعم طريق الشيخ الى علي بن الحسن بن فضال ضعيف في المشيخة والفهرست باحمد بن عبدون وعلي بن محمد بن الزبير. وهنا سندان آخران معتبران احدهما سند الصدوق الى الملاء والآخر سند الشيخ الى الحسين بن سعيد فالسند لا بأس به.

(٢) الوسائل ١٦ الباب ٣ من التدبر ح ١ و ابو مريم وهو عبد الغفار بن القاسم ثقة قاله النجاشي والعلامة. وباقي الرجال ثقات.

عن السكوني عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي عليه السلام قال: باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبيع رقبته<sup>(١)</sup>.

(١) الوسائل الباب ٣ من التدبير ح ٤ ولا نقاش فيها سنداً الا من ناحية النوفلي وعن الأستاذ (دام ظلّه): ان اكثر الكليني الروايات التي فيها النوفلي في المسائل الاصولية والفرعية دليل على اعتماده عليه. وهذا يوجب الاحتياط في شأنه. ويمكن ان يقال إن الحسين بن يزيد النوفلي نقل كتاب السكوني وناقل رواياته هو النوفلي غالباً، ومن ناحية ان الشيخ قد ذكر اتفاق الاصحاب على العمل بروايات السكوني فيستكشف منه بالملازمة العرفية وثيقة النوفلي. واما اكثر الكليني فهو عمل لا يكشف عن وثاقته بل غاية اعتماده ولعل منشأ اعتماده اصالة العدالة أو حسنه. \* ويمكن أن يجاب:

أما ما ذكر من الملازمة فيرد عليها أن روايات غير النوفلي عن السكوني أيضاً كثيرة وإن لم تكن بتلك الكثرة، ففي الكتب الأربعة ما يقرب من مئتي مورد زائداً على سائر الجواميع الروائية، ففي الأمالي مثلاً (١٠) مورد وإلى غير ذلك.

وأما ما أفاده الأستاذ (مدّ ظلّه) فتأم؛ لأن الكليني لو سلم أنه كان على مسلك ظاهر العدالة، مع أنه مورد للتأمل، يصرح بأنه كتب الكافي ليكون حجة لما بعده أي مع اختلاف مبانيهم ومسالكهم، حيث قال: "وذكرت أن أمراً قد أشكلت عليك، لا تعرف حقائقها لاختلاف الرواية فيها، وأنت تعلم أن اختلاف الرواية فيها لاختلاف عللها وأسبابها، وأنت لا تجد بحضرتك من تذاكره وتفاوضه ممن تثق بعلمه فيها، وقلت: إنك تحب أن يكون عندك كتاب كافٍ يجمع [فيه] من جميع فنون علم الدين، ما يكتفي به المتعلم، ويرجع إليه المسترشد، ويأخذ منه من يريد علم الدين والعمل به بالأثار الصحيحة عن الصادقين عليهم السلام والسنن القائمة التي عليها العمل، وبها يؤدّي فرض الله عزّ وجلّ وستة نبيه صلى الله عليه وآله، وقلت: لو كان ذلك رجوت أن يكون ذلك سبباً يتدارك الله [تعالى] بمعونته وتوفيقه إخواننا وأهل ملتنا ويقبل بهم إلى مرآشدهم." ثم قال: "مع ما رجونا أن نكون مشاركين لكل من اقتبس منه، وعمل بما فيه في دهرنا هذا، وفي غابره إلى انقضاء الدنيا، إذ الربّ جلّ وعزّ واحد والرسول محمّد خاتم النبيّين - صلوات الله وسلامه عليه وآله - واحد. والشريعة واحدة، وحلال محمّد حلال وحرامه حرام إلى يوم القيامة" فلامعنى لأن يكتر عمن لا يكون ثقة عنده بل على ظاهر العدالة عنده. وعلى كل حال يحتاط الأستاذ فيمن كثر الكليني عنه في الكافي عملاً.

ومنها: ماورد في اشتراء حق القسم من الزوجة كرواية<sup>(١)</sup> الشيخ باسناده عن محمد بن احمد بن يحيى عن محمد بن احمد العلوي عن العمركي عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر<sup>(٢)</sup> قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: ليلتي ويومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان أيجوز ذلك؟ قال: اذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس. ورواه علي بن جعفر في كتابه.

ومنها: ماورد في بيع الآخرة كرواية الصدوق<sup>(٣)</sup> باسناده عن حماد بن عمرو وانس بن محمد عن أبيه جميعاً عن جعفر بن عن آبائه<sup>(٤)</sup> في وصية النبي<sup>(ص)</sup> لعلي<sup>(ع)</sup> يا علي شتر الناس من باع آخرته بدنياه، وشتر منه من باع آخرته بدنياه غيره.

الى غير ذلك من الاخبار الدالة على اطلاق البيع على غير الاعيان. واما الكتاب فبآيات كثيرة كقوله تعالى<sup>(٥)</sup>: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَى﴾ وقوله تعالى<sup>(٦)</sup>: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ﴾ وقوله تعالى<sup>(٧)</sup>: ﴿إِنَّ الَّذِينَ اشْتَرُوا الْكُفْرَ بِالْإِيمَانِ﴾ وقوله تعالى<sup>(٨)</sup>: ﴿اشْتَرَوْا بِآيَاتِ اللَّهِ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾

(١) الوسائل ١٥ الباب ٦ من القسم والنشوز والشقاق ح ٣ والسند معتبر لوقوعه في كتاب علي بن جعفر الثابت بشهادة الحر العاملي في الفائدة الرابعة ٣٦:٢ واما الطريق الآخر فضعيف بمحمد بن احمد العلوي إذ لم يثبت توثيقه.

(٢) الوسائل ١١، الباب ٧١ من جهاد النفس ح ١١ وطريق الصدوق اليهما في وصية النبي<sup>(ص)</sup> ضعيف بعدة من المجاهيل معجم رجال الحديث ٣:٢٤١، ٦:٢٢٣، نخبه المقال: ٤٠٠.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٦.

(٤) سورة البقرة: الآية ٨٦.

(٥) سورة آل عمران: الآية ١٧٧.

(٦) سورة لقمان: الآية ٦.

وقوله تعالى<sup>(١)</sup>: ﴿يَشْتَرُونَ الضَّلَالَهَ وَيُرِيدُونَ أَنْ تَضَلُّوا السَّبِيلَ﴾ وغير ذلك من الاطلاقات بلا عناية ومسامحة والمجاز محتاج إلى القرينة الصارفة.

وعن المحقق الايرواني (أعلى الله مقامه): كل ما اطلق من البيع على بيع المنفعة في الاخبار وغير الاخبار فذلك على حقيقته<sup>(٢)</sup>.

وفيه ان مستند دعوى الحقيقة ان كان مجرد الاطلاق فيتم ذلك على مسلك السيد المرتضى أعلى الله مقامه من اجراء اصالة الحقيقة بمجرد الاستعمال.

ولكن المفروض انه بعيد عن الحق، فإن اصالة الحقيقة اصل عقلائي وموردها ما اذا علم المعنى الحقيقي من اللفظ وشك في المراد، فإن بناء العقلاء في محاوراتهم لمثله حملة على معناه الحقيقي، وهذا معنى ما يقال: الاستعمال منضمّاً إلى اصالة عدم القرينة علامة الحقيقة.

واما اذا لم يعلم له معنى حقيقي وأريد اثباته بنفس الاستعمال فليس فيه بناء ومحاورة على الحمل.

اعمية مفهوم البيع عند العلمين الاصفهاني والشيخ كاظم الشيرازي

ومنه ظهر النقاش فيما ادعاه بعض المحققين كالاصفهاني<sup>(٣)</sup> والشيخ

كاظم الشيرازي<sup>(٤)</sup> من اعمية مفهوم البيع.

واستند الاصفهاني إلى اخبار بيع خدمة المدبر، والاطلاقات القرآنية الشائعة

(١) سورة النساء: الآية ٤٤.

(٢) الحاشية: ٧٢.

(٣) رسالة الاجارة (ضمن بحوث في الفقه): ٨.

(٤) بلغة الطالب ٢: ٣.

وغيرها، وانها اصدق شاهد على ان مفهوم البيع عرفاً غير مقصور على تملك عين بعوض.

والشيرازي بوجوه مآلها إلى ذلك.

نعم، يستفاد من قواعد الشهيد<sup>(١)</sup> في قاعدة ٢٥٨ «كل ما صح بيعه صح رهنه وما لا فلا، وقد يتصور ما يصح بيعه ولا يصح رهنه وهو الدين والمنفعة عند الشيخ، حيث حكم بأن الاجارة بيع في بعض المواضع من المبسوط»<sup>(٢)</sup>.

### اعمية مفهوم البيع عند الشيخ الطوسي

إن الشيخ يرى صحة البيع في الدين والمنفعة، فيدل على اعمية مفهوم البيع عنده.

فإنه قد كان الشيخ<sup>(٣)</sup> ببغداد محشوراً مع أهل اللسان وقريب العهد بعصر الأئمة الأطهار<sup>(عليهم السلام)</sup>، فيكون كلامه سنداً في باب المفاهيم ومورداً للاعتناء به هذا بخلاف بعض المتأخرين ممن عرف.

(١) قواعد الشهيد ٢: ٢٦٨.

(٢) المبسوط ٢، كتاب البيوع: ١٢٠ بقوله: (لان الاجارة ضرب من البيوع).

(٣) ان الشيخ الطوسي قدم بغداد من خراسان سنة (٤٠٨ هـ) وهو ابن ثلاثة وعشرين عاماً وتوفي بالنجف سنة (٤٦٠ هـ) وحضر عند الشيخ المفيد ببغداد نحواً من خمس سنين، ثم اختص بعد وفاة شيخه المفيد بالسيد المرتضى طيلة ثلاثة عشر عاماً وبقي في بغداد بعد وفاة أستاذه السيد المرتضى اثني عشر سنة مستقلاً بالزعامة ثم هبط إلى النجف الاشراف سنة (٤٤٨ هـ) وهو أول من أسس الحوزة العلمية بها.

وبلغ عدد مشايخه اكثر من خمسين شخصاً من اعلام الفريقين وتلامذته إلى ثلاثمئة مجتهد من الخاصة ومن العامة ما لا يحصى عددهم. راجع مقدمة تهذيب الأحكام ١: ٤٤.

وما نسبه الشهيد إلى المبسوط وان لم نعثر عليه ولكن لا يضر به فإن نقله سند لنا.

إلا أنّ ما ذكره الشيخ موهون باختلاف كلماته حيث صرح بكلمة العين واخذها في تعريف البيع في بعض كتبه حتى في المبسوط<sup>(١)</sup> حيث قال: البيع انتقال عين مملوكة. والاصل في التعريف بيانه على نحو الحقيقة<sup>(٢)</sup>. وعن الشيخ - قال دعوى الحقيقة لهذه الاطلاقات - استظهار كونها مسامحة في التعبير بقوله: والظاهر انها مسامحة في التعبير.

وفيه ان الاطلاق المسامحي ليس إلا بمعنى الاطلاق المجازي فاستظهاره يحتاج إلى قرينة حالية أو مقالية ولا اقل من لحاظ خصوصية مصححة للاطلاق كإطلاق الاسد على الرجل الشجاع بلحاظ الشجاعة، وليس في هذه الاطلاقات الكثيرة أي قرينة من الحالية والمقالية ولا لحاظ خصوصية فيها فهل تجد قرينة لمثل: باع رسول الله خدمة المدبر ولم يبع رقبة<sup>(٣)</sup>؟ أو لقوله تعالى<sup>(٤)</sup>: «اشترؤا الصَّالَةَ بِالْهُدَى» فلا محالة يكشف كشفاً إنباً الأعمية في المعنى؛ ولكن الانصاف ان دعوى الحقيقة في الاعم مشكلة ودعوى المسامحة في التعبير

(١) المبسوط ٢: كتاب البيوع: ٧٦.

(٢) ويمكن رفع التنافي بان تعريف المبسوط ناظر الى البيع الصحيح بقرينة (على وجه التراضي) المأخوذة فيه فإنه ليس دخيلاً في المفهوم قطعاً، والمحكى في القواعد ناظر الى مفهوم البيع. وثانياً بما سيأتي من حضرة الأستاذ (دام ظله): المسامحة في تعريف المبسوط على أي تقدير فإنه على الصحيح لم يؤخذ فيه جميع شرائط الصحة وعلى الاعمي أخذ فيه ما ليس دخيلاً في المفهوم كقيد بعوض مقدر على وجه التراضي. فينتهي إلى الاجمال والمجمل لا يعارض المبين.

(٣) الوسائل ب ٣ من أبواب التدبير ح ٤.

(٤) سورة البقرة: الآية ٨٦.

أشد إشكالاً؛ وذلك لما ذكرنا في توضيح الاستدلال من كثرة الاطلاقات في الآيات والاختبار بلا مسامحة وقرينة.

الوجه الثاني التبادر: بأن المتبادر من مفهوم البيع عند اهل العرف من اهل آية لغة كانت - هو الاعم، فإنه يقال: باع دينه وشرفه وعرضه وماله ويصدق البيع في الجميع على نسقٍ واحدٍ بلا عناية فيه لمورد دون مورد، ويقال بالفارسية: (أبرويش را فروخت وشرفش را فروخت) بلا عناية ومسامحة والتبادر علامة الحقيقة.

وفيه ان دعوى تبادر الاعم وانسباقه من حاق اللفظ دعوى بلا دليل لولم يدع تبادر الاخص، والانسباق الحاقى أمر وغير الحاقى أمر آخر، والخلط بينهما صار منشأ لهذه الدعوى.

بل غاية ما يمكن ان يدعى هو التوقف من جهة الاستعمالات الكثيرة بلا مسامحة فإن بها لا يثبت الاعم بل توجد الشبهة الموجبة للتوقف، وكم فرق بينهما.

فتحصل ان ما يمكن ان يكون معتمدا للمحقق الايرواني وغيره من الاعلام الوجهان المذكوران وقد ظهرت المناقشة فيهما.

أدلة المشهور على اختصاص المبيع بالعين

الوجه الأول لقول المشهور

واستدل للمشهور بوجوه<sup>(١)</sup>:

(١) يمكن ان يستدل للمشهور بوجه ثبوتي واثباتي اما الاثباتي فبما في المتن، واما الثبوتي



الوجه الأول التبادر<sup>(١)</sup>: بان المتبادر من مفهوم البيع اختصاص المعوض بالعين، وانه يصلح سلبه عن تملك المنفعة، والتبادر علامة الحقيقة وصحة السلب علامة المجاز.

يقع الكلام فيه تارة من حيث المقتضي، وأخرى من حيث المانع. اما المقتضي فيتوقف على تمامية مقدمتين، الأولى: ان تتبادر العين في عصرنا الحاضر بتبادر حاق.

الثانية: جريان اصالة عدم النقل إلى زمان صدور الادلة والنصوص المعبر عنها بالاستصحاب القهقرى<sup>(٢)</sup> واصالة تشابه الازمان. ولكن المقدمتين قابلتان للمناقشة.

أما الأولى فبأن أصل التبادر وان كان مما لا إشكال فيه الا ان الإشكال في انه من حاق اللفظ أو بمعونة القرينة، فإنه مع اشتهاار اطلاقه على ما كان

→

فباستحالة تعلق البيع بمعنى التملك بالمعدوم فان الملكية عرض لا تتعلق بالمعدوم والمنفعة معدومة.

وبان سكنى الدار من اعراض الساكن لا مالك الدار وما لا يملكه الباع كيف يملكه للمشتري وسيأتي الجواب عن المحذور الشبوتي في المقام الثاني.

(١) كما عن العلامة أعلى الله مقامه في المختلف فإنه ذكر للبيع تعريفين: التعريف الأول: ما ذكره الشيخ في المبسوط وتبعه ابن ادریس: انه انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي، التعريف الثاني: ما ذكره ابن حمزة انه عقد على انتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي ثم قال: والاقرب قول ابن حمزة لنا انه المتبادر إلى الفهم عند الاطلاق فيكون حقيقة فيه. مختلف الشيعة ١: ١٦٩.

(٢) اصالة عدم النقل باصطلاح القوم واستصحاب القهقرى باصطلاح المحقق شريف العلماء راجع تقريرات الميرزا الشيرازي للروزدي ٤٠٠: ١.

المعوض عيناً وكثرة استعماله في ذلك في الكتاب والسنة لا يمكن دعوى الجزم بالتبادر الحاقى؛ إذ لعله نشأ من ناحية هذه الاطلاقات والتبادر مرجع وعلامة عند اهل المحاورة فيما أُحرز كونه من الحاق لا فيما احتمل كونه من ناحية القرائن، وفرق بين مطلق التبادر - كما نحن فيه - والتبادر المطلق، والذي يفيدنا هو الثاني دون الأول.

### نقد اتفاق الفقهاء على اختصاص المبيع بالعين

الا ان يعتضد المدعى بما تسالم عليه الفقهاء من ان الاصل في البيع كونه لنقل الاعيان، كما ان الاجارة لنقل المنافع وتوضيح ذلك بيئنى على ملاحظة أمور:

الأمر الأول: ان يثبت انعقاد الاجماع - صغرياً - على هذا الاصل.

الثاني: ان لا يكون هذا الاجماع بمعناه الاصطلاحي وهو انعقاده على اعتبار العين شرعاً وكشفه عن رأي المعصوم، بل بمعنى انعقاده على مفهوم عرفي وكشفه عن ظهور البيع في نقل الاعيان عند اهل اللسان.

الثالث: ان لا يكون على مستند اجتهادي كالاستناد إلى اللغة أو غيرها من الأمور الحدسية، بل على فهم المعنى بما هم من اهل العرف واللسان.

أما الأمر الأول فإنه يستفاد مما ذكره الفقهاء - أعلى الله مقامهم - في الاجارة من انه لوني بالبيع الاجارة فإن أورده على العين وقال: بعثك الدار شهراً فلا خلاف في بطلانه، وإن اورده على المنفعة. وقال: بعث سكنى الدار سنة فمورد للخلاف، فإنهم وان اختلفوا في الثانية على اقوال<sup>(١)</sup> من البطلان كما

(١) مفتاح الكرامة ٧: ٧٤.

عن العلامة في القواعد والارشاد وفي التحرير انه الاقرب، وعن الشهيد الثاني في المسالك والروضة انه الأصح، بل عن العلامة في التذكرة دعوى الاجماع عليه المستفاد من قوله «لم يصح عندنا» أو التردد كما عن المحقق في الشرايع، وبلا ترجيح كما عن اللمعة، أو الصحة كما في مجمع البرهان.

الا ان المستفاد من الوجوه المذكورة للاستدلال: اتفاقهم على كون البيع حقيقة في نقل الاعيان واليك نبذة من الكلمات:

قال الشهيد رحمته في اللمعة<sup>(١)</sup>: وان قال: بعث سكتها سنة مثلاً ففي الصحة وجهان، البطلان كما ذكر الشهيد الثاني في الروضة والمسالك وجه ذلك: ان البيع موضوع لنقل الاعيان، والمنافع تابعة لها فلا يثمر الملك، وفي وجه الصحة قال: انه يفيد نقل المنفعة أيضاً في الجملة ولو بالتبع فيقوم مقام الاجارة مع قصدها.

والوجهان - كما ترى - يتفقان على اصل مفروغ عنه وهو كون البيع موضوعاً لنقل الاعيان إلا أنَّ أحد الوجهين يدل عليه بالمطابقة والآخر بالالتزام.

وعن العلامة رحمته في التذكرة<sup>(٢)</sup>: لوقال في الايجاب: بعثك منفعة هذه الدار شهراً بكذا لم يصح عندنا، لما بيّنا من اختصاص لفظ البيع بالاعيان، وللشافية وجهان: احدهما الجواز لان الاجارة صنف من البيع.

واظهرهما عندهم المنع؛ لان البيع موضوع لملك الاعيان، فلا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الاجارة.

(١) الروضة ٢: ٢، والمسالك ١: ٣٢٠ كتاب الاجارة.

(٢) التذكرة ٢: ٢٩١ كتاب الاجارة.

وقوله (لم يصح عندنا) ظاهر في الاجماع على بطلان الاجارة، وظاهر التعليل في الذيل ان الاجماع مستند إلى كون البيع حقيقة في نقل الاعيان.

وقال في التحرير<sup>(١)</sup> لوقال: بعتك هذه الدار، ونوى الاجارة لم ينعقد، ولو قال: بعتك سكنها سنة، فالاقرب عدم الجواز لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان.

وقال في القواعد<sup>(٢)</sup>: لا تنعقد بلفظ العارية، ولا البيع، سواء نوى به الاجارة أو قال: بعتك سكنها سنة؛ لانه موضوع لملك الاعيان.

وقال المحقق الثاني في الشرح: اذا نوى بلفظ البيع الاجارة فقد تجوز في لفظ البيع، واذا قال: بعتك سكنها سنة، فقد تجوز في السنة، فإن السكنى لا يقع عليها البيع إلا مجازاً وانما لم يصح؛ لانه خلاف الوضع لما عرفت من ان البيع لنقل الاعيان، فإذا تجوز به لم يثمر الملك، لما عرفت من ان العقود بالتلقي.

وختام الاقوال بكلام الجواهر<sup>(٣)</sup>، فإنه - كالشهيد الثاني - ذكر وجهاً للبطلان ووجهها للصحة: وجه البطلان قول الماتن: لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان منضمّاً بقوله: على وجه يستهجن استعماله في نقل المنافع مجازاً.

ووجه الصحة: ان البيع يفيد نقلها تبعاً للاعيان، بل لعل قيامه مقامها انسب من لفظ العارية الذي هو حقيقة في اباحة المنفعة مجاناً.

ثم اختار البطلان فقال: ألا ان الاصح العدم، لاستهجان العقد بذلك في عرف المشرعة كالعكس أي عقد البيع بلفظ الاجارة.

(١) التحرير: ٢٤١.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٨٣.

(٣) كتاب الاجارة ٢٧: ٢٠٥.

وهذه الأقوال - كما ترى - ظاهرة في اتفاقهم<sup>(١)</sup> على أصل مفروغ عنه وهو كون البيع حقيقة في نقل الأعيان.

وأما الأمر الثاني: فهو أن الإجماع المذكور - كما يظهر من التأمل في الأمر الأول - ليس ذلك الإجماع المصطلح الذي هو أحد الأدلة الأربعة أي الإجماع القائم على حكم فرعي<sup>(٢)</sup>، بل إجماع على مسألة أصولية<sup>(٣)</sup> وهي ظهور لفظ

(١) ولكن دعوى الاتفاق على الحقيقة العرفية أو اللغوية موهونة بما افاده المحقق الثاني ذيل كلام العلامة (فيه فصول: الأول الماهية وهي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم مع بقاء الملك على أصله): هذا بيان حقيقة الإجارة شرعاً.

فانه حمل تعريف العلامة على الحقيقة الشرعية وبقرينة المقابلة يحتمل لفظ الوضع والاختصاص في البيع على هذا المعنى، ولا أقل من الاحتمال، فلا يكفي مجرد التعبير بالوضع كما عن الشهيد والمحقق الثانيين أو الاختصاص كما عن العلامة والمحقق، بل اللازم فيه أن ينسب ذلك إلى العرف العام أو اللغة.

\* ويمكن أن يجاب: أولاً: لا ينشلم ما يراد من الاتفاق بمخالفة واحد، لأن المقصود من هذا الاتفاق هو الاطمئنان بمعنى اللفظ لا الإجماع والاتفاق الاصطلاحي. وثانياً: غير صاحب جامع المقاصد من شارحي قواعد الأحكام ما فسر كلامه هكذا بل أشكل بعضهم عليه، فراجع.

(٢) والظاهر أن لمسألة اعتبار العين في المبيع إجماعين: أولهما: إجماع على المفهوم وهو كما في المتن والثاني على الاعتبار الشرعي وهو المستفاد من كلام الجواهر (٢٢: ٢٠٨) حيث قال: «ثم لا خلاف ولا اشكال في اعتبار كون المبيع عيناً» وذلك بقريضة داخلية وخارجية: أما الداخلية فيما افاده حضرة الأستاذ (دام ظله) في المحاضرة من أن الاعتبار بما هو أعم من الشرعي والمفهومي، والأعم لا يثبت الاخص.

وأما الخارجية فيما تقدم من الجواهر (٢٢: ٢٠٦) من اشكاله في اعتبار العين في مفهوم البيع ومن ناحية قال هنا: لا اشكال في الاعتبار، فيدل على أن المراد به هو الاعتبار الشرعي لا المفهومي، والإجماعان متنافيان.

ثانيهما: أن ما ادعى من الإجماع على المفهوم إنما يتم لو صرح كونه حقيقة عرفاً أو لغة وهكذا. (٣) أي ما كان دخلياً في تشكيل صغرى القياس أو كبراه - على ما اختاره حضرة الأستاذ (دام ظله).

البيع في نقل الاعيان وليس اعتباره الا من جهة اشتماله على عدة من اهل العرف واللسان.

وقد ذكرنا في الاصول في تمييز الحقيقة والمجاز: ان التبادر عند اهل اللسان علامة للحقيقة أي الوضع التعييني.

ومنه يعرف انه لا حاجة فيه إلى الاجماع، بل يكفي فيه دعوى طائفة من فقهاء اهل اللسان، ويكفي في المقام دعوى امثال العلامة والمحقق والشهيد الثاني - أعلى الله مقامهم - منضمّاً إلى نفي الخلاف من الجواهر.

وقد حقق في الأصول ان عمل المشهور وان كان لا يجبره ضعف الدلالة وانما يجبره ضعف السند، ولكنهم مع ذلك تسالموا على انه اذا حمل جماعة من علماء اهل اللسان اللفظ على معنى لم يكن ظاهراً عندنا فإنه يستكشف منه كون اللفظ ظاهراً فيما حمل عليه مع احراز كونه من حاق اللفظ، لا من الاستناد الى حدس واجتهاد.

واما الأمر الثالث: فلقاتل ان يقول: إن تبادر العين عند الفقهاء - أعلى الله مقامهم - لم يحرز كونه من حاق اللفظ، لاحتمال استنادهم في ذلك إلى كلمات اهل اللغة، مبنياً على حجية قول اللغوي، في تعيين الموضوع له وهو ممنوع بأنهم بصدد بيان موارد الاستعمال لا الحقيقة.

ولكنه يقال: لا مجال لهذه الشبهة فيما نحن فيه، إذ أولاً ان كلمات اهل اللغة خالية<sup>(١)</sup> عن التقييد بالعين إلا نادراً فلا تصلح للاستناد إليها.

(١) فتدل على نفي التقييد بالعين لكونها في مقام التحديد وفي المطلق والمقيد في كلمات اهل اللغة اقوال (مفاتيح الأصول: ٦٣):

قال الراغب<sup>(١)</sup>: البيع اعطاء المثلث وأخذ الثمن، والشراء: اعطاء الثمن واخذ المثلث.

وقال ابن الفارس في معجم مقاييس اللغة<sup>(٢)</sup>: بيع - الباء والياء والعين اصل واحد، وهو بيع الشيء وربما سمي شري بيعاً، والمعنى واحد.

وفي أقرب الموارد<sup>(٣)</sup>: البيع: بذل المثلث واخذ الثمن أو أخذ المثلث وبذل الثمن من الاضداد.

وقال الخليل<sup>(٤)</sup>: العرب تقول بعث الشيء بمعنى اشتريته، ولا تبع بمعنى لا تشتري، وبعته فابتاع أي اشترى، والبياعات: الاشياء التي يتبايع بها للتجارة والابتياح: الاشتراء، وغير ذلك من الكتب التي ليس فيها من العين اثر، بل المصرح به خلافه كالتعريف بمبادلة مال بمال، فإن المال اعم من الاعيان خلافاً لبعض أهل اللغة<sup>(٥)</sup> وسيأتي الإشكال فيه إن شاء الله تعالى.

وثانياً أنّ بناء الفقهاء - أعلى الله مقامهم - في تمييز الحقيقة والمجاز على

→

١- التوقف اتجه اليه السيد المجاهد.

٢- الاخذ بالمطلق اتجه اليه العلامة أعلى الله مقامه.

٣- حمل المطلق على المقيد لكن الحق هو التعارض لأن اخذ العين ورفضها في مقام التعريف متنافيان.

(١) المفردات في غريب القرآن: ٦٧.

(٢) ١: ٣٢٧.

(٣) ١: ٧٠.

(٤) العين ١: ٢٠٨. وقال صاحب الجواهر في وصف كتاب العين بقوله: عن العين وهو عين اللغة وقال السيد المجاهد (المفاتيح: ٦١) اتفق جمهور اهل اللغة على القدر في كتاب العين.

(٥) كابن اثير والطريحي.

العلامات الحسية، لا الحدسية، فإنه قد ذكر المحقق (أعلى الله مقامه) في المعارج طرماً لذلك كتخصيص اهل اللغة، والتبادر، وصحة التصرف، واستعمال اهل اللغة وتعليق اللفظة بما يستحيل تعلقها به، ولكنه اعتمد فيها على خصوص التنصيص والتبادر وجعل الباقي مورداً للنظر، واليك نص كلامه<sup>(١)</sup>:

المسألة الثانية فيما يفصل به [بينهما وهو ما بنص اهل اللغة بأن يقولوا هذا حقيقة وذلك مجاز أو بالاستدلال بعوائدهم كان يسبق إلى اذهانهم عند سماع اللفظ المعنى من دون قرينة. وههنا فروق أخر: الأول: الاطراد في فائدتها دلالة على كون اللفظ حقيقة في تلك الفائدة.

الثاني: صحة التصرف - كالتثنية والجمع - دلالة على الحقيقة.

الثالث: استعمال اهل اللغة دلالة عليها أيضاً.

الرابع: تعليق اللفظة بما يستحيل تعلقها به دلالة على المجاز كقوله

تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾<sup>(٢)</sup> وفي الكل نظر.

وعن العلامة رحمته في أصوله<sup>(٣)</sup> الاعتماد على التنصيص والتبادر.

### الاستصحاب القهقري في اعتبار كون المبيع عيناً

واما المقدمة الثانية - وهي الحاجة إلى اصالة عدم النقل إلى زمان صدور

(١) معارج الأصول: ٥٠.

(٢) سورة يوسف: الآية ٨٢.

(٣) مبادئ الوصول إلى علم الأصول: ٨٠: (ويعلم كون اللفظ حقيقة ومجازاً بالنص من اهل اللغة، ومبادرة المعنى إلى الذهن في الحقيقة، واستغناؤه عن القرينة، وبضد ذلك في المجاز وتعلقه بما يستحيل تعلقه عليه).



الآيات والاحبار- فقد تمسك بها السيدان - أعلى الله مقامهما - لتتميم التبادر الا ان في تعبير السيد اليزدي: اصالة عدم النقل من اللغة، وفي تعبير السيد الخوئي: اصالة عدم النقل من المفهوم العرفي، والفارق بينهما - كما لا يخفى - اثبات عدم التبدل في المعنى اللغوي على التعبير الأول، وعدم التبدل في المعنى العرفي على الثاني.

### نقد استصحاب القهقري

وفيه - مع ان ما ذكره السيد اليزدي لا يخلو من التسامح، لارتباط التبادر بالمفهوم العرفي لا اللغوي - ان المدرك لهذا الاصل ليس اخبار الاستصحاب، كقوله عليه السلام: «ليس ينبغي لك ان تنقض اليقين بالشك» لاختصاصها باليقين السابق والشك اللاحق، ومورد الاستصحاب القهقري هو اليقين اللاحق والشك السابق فمورد احدهما غير الآخر، بل المدرك الوحيد لهذا الاصل بناء العقلاء كما اذا وصلت الينا قبالة من الازمان السابقة - بستمئة سنة مثلاً - فإن بناء هم فيها على ان ما يتفاهم منها الحال هو المتفاهم به بذلك الزمان فإذا كان في القبالة وقف دنك من المزرعة، وتبادر منه في الحال السدس مثلاً فإنه يحتمل عليه في الادوار السابقة ببناء العقلاء على عدم النقل الا ان ذلك مشروط بعدم استعمالات لذلك - وان كان بنحو الاعم أو الأخص - على خلاف المعنى المتبادر في الحال والا لما كان بناء منهم على هذا الاستصحاب، وكذلك يقال في مفهوم البيع، فإن المتبادر منه في الحال وان كان الاختصاص بالعين - بنحو التبديل أو النقل أو التملك على اختلاف

المباني من هذا الحيث - الا ان اطلاقه - في الكتاب والسنة - كثيراً على غير الاعيان يمنع عن هذا الاستصحاب القهقري .

فأصل السيرة ثابت بلا إشكال ، انما الإشكال في حدها سعة وضيقاً . ومع الشك يؤخذ بالمتيقن ؛ لأن الدليل لئبي وهو غير ما نحن فيه .

### إشكال السيد الحكيم على اعتبار العين في المبيع

واما من حيث المانع فعن السيد الحكيم<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه - بعد اختيار تبادل العين - إشكال بتعارض العرف واللغة بأن البيع لغة - كما عن المصباح<sup>(٢)</sup> - مبادلة مال بمال ، والمال اعم من العين ، فيتعارض مع ما يتبادر منه عرفاً .

### جواب السيد الحكيم عن الإشكال

واجاب عن الإشكال بأن ظاهر غير واحد من أهل اللغة ، بل صريح مجمع البحرين اختصاص المال بالعين قال : في المجمع<sup>(٣)</sup> : المال في الاصل الملك من الذهب والفضة ثم أُطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان .

### نقد السيد الحكيم

وفيه ان صاحب المجمع يجتهد كثيراً فلا اعتبار بقوله ، مضافاً إلى ان

(١) نهج الفقاهة: ٣ .

(٢) مصباح المنير: ٨٧ .

(٣) مجمع البحرين ٥: ٤٧٥ في مادة (مول) اختاره المحقق الهمداني في حاشيته على المكاسب: ٩ وقال: المراد من المال ما يقابل المنفعة والحقوق حيث لا يصدق عليهما المال .

الأصل في ذلك ما ذكره ابن الأثير في النهاية<sup>(١)</sup> من أن المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقنى ويملك من الاعيان، وابن الأثير وإن كان لغوياً أصيلاً إلا أن قوله معارض بما ذكره عدة من اللغويين<sup>(٢)</sup> من أن المال عبارة عما يملك من كل شيء، هذا أولاً.

وثانياً أن ما ذكره السيد الحكيم أعلى الله مقامه هنا مناقض لما افاده في اجارة السفية من المستمسك<sup>(٣)</sup> من أن منافع الحر وإن كانت من الاموال ويصح البذل بإزائها ولكنها ليست مملوكة له.

وثالثاً: أن المال عبارة عما يتنافس فيه العقلاء سواء كان عيناً أو مفنعة.

ورابعاً: يرد على هذا القول نقوض غير قابلة للدفع، فإن لازمه اختصاص قوله تعالى: ﴿مَوْلَا تَقَرَّبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾<sup>(٤)</sup> وقوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٥)</sup> بالاعيان، ولا اظن ان يلتزم به.

### الوجه الثاني لقول المشهور

الوجه الثاني لقول المشهور الاستدلال على الاختصاص من ناحية الشبهة

(١) النهاية ٤: ٣٧٣ (مول).

(٢) عن القاموس (٤: ٥٢): المال: ما ملكته من كل شيء. وفي المصباح ٢: ٢٨٨: المال معروف يذكر ويؤنث وهو المال وهي المال. وفي لسان العرب ١٣: ٢٢٣ المال معروف ما ملكته من جميع الأشياء. وفي المنجد: ٧٨٠: المال جمع اموال ما مكنه من جميع الأشياء وهو عند اهل البادية يطلق على النعم والمواشي كالابل والغنم.

(٣) المستمسك ١٢: ١١.

(٤) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

(٥) سورة النساء: الآية ٢٩.

المفهومية بانه - مع التنزل عن التبادر وبقية العلامات - يكفيننا مجرد الشك في صدق مفهوم البيع على تملك المنفعة، لاندراجه في الشبهة المفهومية المرددة بين الأقل والاكثروالضابطة فيها الاقتصار على المتيقن، فلا يتمسك بأدلة امضاء البيع على ما زاد عليه.

هذا ما اختاره المحقق النائيني أعلى الله مقامه<sup>(١)</sup> وتبعه بعض المحققين من تلامذته في مصباح الفقاهة<sup>(٢)</sup>.

الأ أنه على مبنى السيد الخوئي المال مردد بين المالكين والمحقق النائيني في فسحة منه.

### نقد السيد الخوئي

بيان ذلك: أن المحقق السيد الخوئي له مبيان: أحدهما: عدم جريان الأصل في الشبهات المفهومية موضوعاً وحكماً، كما هو التحقيق عندنا. والآخر: ان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الالزامية ما زال معارض بعدم الجعل، ومع التحفظ عليهما توجد مشكلة تردد المال بين المالكين، فانه لا يمكنه ان يتمسك باطلاق احل الله البيع، لكونه من الشبهة المفهومية، ولا باستصحاب عدم تحقق البيع أو عدم تحقق الملكية؛ لانه من الاستصحاب في الشبهة المفهومية ولا يقول به لا موضوعاً؛ لعدم الشك إلا في مفهوم اللفظ، وموضوع الحكم هو الواقع وامره بين العُلَمين نظير الشك في

(١) في تقرير الآملي ١: ٨٨، واختاره في تقرير الخونساري بعد التنزل عن انصراف الادلة ١: ٣٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ١١.

مفهوم العدالة بأنها خصوص ترك الكبائر أو مع ترك الصغائر فإذا ارتكب العادل صغيرة فإن ارتكابه الصغيرة معلوم وارتكابه للكبيرة معلوم الانتفاء، وليس الواقع الا هذا وذاك ومفهوم العدالة بما هو مفهوم ليس بموضوع.

ولا حكماً، لاشتراطه بإحراز بقاء الموضوع ومع الشك فيه يكون التمسك بلا تنقض من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ولا باستصحاب الملك لمالكة الأول؛ لانه من الاستصحاب في الشبهة الحكمية المعارض بعدم الجعل فلامحالة يتردد المال بين المالكين ولا طريق لحل المشكلة الا بالمصالحة.

ولكن المحقق النائيني أعلى الله مقامه في فسحة من ذلك؛ إذ لا يقول بالمعارضة كما هو التحقيق عندنا فيستصحب الملك لمالكة الأول بلا معارض.

ولقائل ان يقول: لا نتمسك باطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> لكي يقال إنه تمسك بالشبهة المفهومية، بل نتمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup> واطلاق ﴿تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاوٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(٣)</sup> ولا شبهة مفهومية فيهما كما هو المفروض.

لكنه ممنوع بأن في التمسك بهما محذوراً آخر وهو لزوم تخلف العقد عن القصد؛ فإن مدلول ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - سواء كان تكليفاً أو وضعياً - ارشاداً إلى اللزوم كما سيأتي تحقيقه في المعاطاة ان شاء الله تعالى - انما هو في موضوع تحقق فيه العقد والقصد، وفيما نحن فيه إن ما قصد هو العقد البيعي والتجارة

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

البيعية، وفيه شبهة مفهومية، وما ليست فيه شبهة مفهومية هو مطلق العقد والتجارة<sup>(١)</sup>، ولم يقصد.

لا يقال: ان تخلف العقود عن القصد مما لا غرابة فيه، وقد وقع التخلف في جملة من الموارد:

الأول: العقد الفاسد، وقد ذكر الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم انه يؤثر في الضمان بالقيمة الواقعية مع ان ما قصد به هو الضمان بالمسمى.

الثاني: العقد المشروط بالشرط الفاسد، فإن ما قصد به هو العقد المشروط وما وقع ذات العقد بدون الشرط، بناء على ان الشرط الفاسد ليس بمفسد للعقد<sup>(٢)</sup>.

الثالث: بيع الغاصب لنفسه فإنه يقع للمالك بالاجازة، مع ان ما قصد به لم يقع، وما وقع لم يقصد.

الرابع: بيع ما يملكه مع ما لا يملكه، ورده المالك فإنه يصح البيع فيما يملك ويبطل فيما لا يملك مع ان ما قصد به لم يقع، وما وقع لم يقصد.

(١) بناء على ان التجارة مطلق التكسب على ما هو المعروف أو في دائرة البيع والاشتراء على ما اختاره حضرة الأستاذ (دام ظله)، لا خصوص البيع.

(٢) في افساده للعقد اقوال:

١- الافساد مطلقاً.

٢- عدم افساده مطلقاً.

٣- تفصيل ابن زهرة بين الشرط غير المقدر فيفسد وغيره فلا.

٤- تفصيل ابن المتوج البحراني بين ما كان فساد العقد لاجل عدم تعلق غرض عقلائي به فلا يفسد والا فيفسد.

٥- التوقف وعليه المحقق في الشرايع وتبعه ابن فهد وفخر المحققين وقال الشيخ في خيارات المكاسب (٦: ١٠٠) الانصاف ان المسألة في غاية الإشكال.

الخامس: نسيان الاجل في نكاح المتعة، فإنه ينقلب دائماً، مع ان ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع.

فإنه يقال: ان تخلف العقد عن القصد أمر على خلاف القاعدة فيحتاج إلى الدليل، واما النقوض المذكورة وغيرها فقد أُجيب عنها: إما بعدم تخلف المقصود عن القصد كالموارد الخمسة المذكورة<sup>(١)</sup> أو ثبوته بدليل خاص كما في المعاطاة، فان المقصود بها التملك الا انها تفيد الاباحة ببركة الاجماع.

واما فيما نحن فيه فيلزم التخلف بلا دليل، فإن بيع السكنى مثلاً يتصور على نحوين: أحدهما: ان يراد به الاجارة وهذا خارج عن النزاع وقد تقدم فيه اقوال الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم واخترنا فيه الصحة لما سيأتي<sup>(٢)</sup> ان شاء الله تعالى من صحة الإنشاء بالمجازات.

(١) كما في مصباح الفقاهة ٢: ١٠٧.

(٢) في باب الانشاء بالمجازات، وافاد حضرة الأستاذ (دام ظلّه) في المسألة اقوالاً:

١- اعتبار الوضع اللغوي أو الشرعي.

٢- القدر المتيقن من الالفاظ.

٣- كفاية المجاز القريب فقط.

٤- كفاية المجاز حتى بالمجاز البعيد.

٥- تكفي الكناية.

٦- يكفي المشترك المعنوي.

٧- التفصيل في المشترك المعنوي بين الجنس القريب كالانشاء بالتمليك فيكفي، وبين الجنس البعيد كالانشاء بالنقل فلا يكفي، واختاره النائي.

٨- يكفي المشترك اللفظي.

٩- ما اختاره شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) من كفاية الانشاء بالكناية وبالمجاز حتى المجاز البعيد ما لم يخرج عن السببية العرفية والمبرزة العقلانية.

والآخر: ان يراد به البيع وهذا هو محل النزاع، فإن قلنا ان مفهوم البيع يعم نقل المنافع فلا محذور فيه لتطابق العقد والقصد، وان قلنا باختصاصه بالاعيان فيلزم فيه تخلف العقد عن القصد وتخصيص هذه القاعدة وان كان لا محذور فيه الا انه لم يقم هنا دليل على التخصيص.

### الوجه الثالث لقول المشهور

الوجه الثالث للمشهور ما افاده المحقق النائيني<sup>(١)</sup> "أعلى الله مقامه من انه لا يبعد أن يكون منشأ الاتفاق وعدم الخلاف على اعتبار العين انصراف الادلة إلى ما هو المعهود خارجاً من جعل المعوض في البيع عيناً.

وأورد عليه<sup>(٢)</sup> بأن المقصود هاهنا تحصيل مفهوم البيع عرفاً، سواء كان صحيحاً شرعاً أم لا؟ لا ما هو المؤثر شرعاً، والا كان اللازم تقييد الموضوع بكل ما يعتبر في مؤثرته شرعاً، فلا يتجه التمسك بالاجماع أو تسالم الاصحاب أو انصراف الادلة أو الشك في اطلاقها فإن كل ذلك اجنبي عن المقصود.

وفيه ان الفقيه همه على تشخيص موضوع الدليل وانما يكون بصدد تعيين المعنى العرفي ليصل منه إلى هذا الغرض، بيان ذلك:

ان شأن اللغوي تعيين الموضوع له أو المستعمل فيه للالفاظ بما له من المعنى في عرف العام، ولكن شأن الفقيه تعيينه من حيث كونه موضوعاً

(١) منية الطالب ١: ٣٩ وهذا الانصراف مقابل انصراف مفهوم البيع الذي استظهر من كلام الشيخ

كما في بلغة الطالب ٢: ٣.

(٢) كتاب البيع ١: ١٥.



للدليل ومتعلقاً للحكم الشرعي؛ ولذلك لو كان مفهوم عرفي غير مرتبط بموضوعات الأدلة لما وقع مورداً لنظره.

وأما الطريق إلى هذا الغرض فبوجوه: منها التبادر أو غيره من علامات الحقيقة كما هو ظاهر، ومنها انصراف الدليل حيث يفهم منه ان موضوع الدليل حصة من المفهوم لا تمام المفهوم فيصل به إلى غرضه.

والحق في الإشكال على المحقق النائيني أعلى الله مقامه ان ما افاده هنا مناف لمبناه الأصولي، فإنه قد انكر في الأصول<sup>(١)</sup> الانصراف من ناحية المعهودية والتعارف كما اذا قال المولى في بغداد لعبده: جئني بماء، فإنّ المتعارف فيه من الماء وان كان ماء دجلة الا انه مع ذلك اذا اتى العبد بماء زمزم عدّ ممتثلاً بلاريب.

والوجه فيه ان الضابط للانصراف ليست المعهودية والتعارف في الوجود بل عدم صحة الصدق، وبتعبير هذا المحقق أعلى الله مقامه التشكيك في الصدق إما بحد عدم الصدق رأساً كانصراف ما لا يؤكل لحمه عن الانسان، أو بحد الخفاء والظهور كانصراف لفظ الماء إلى غير ماء الزاج والكبريت.

وهذا هو الصحيح؛ لأن القضايا الشرعية قضايا حقيقية تدور مدار صدق المفهوم، فإن كان الصدق متواطئاً كصدق الانسان على مصاديقه فلا انصراف فيه، وان كان مشككاً إما بعدم الصدق من رأس أو بحد الخفاء والظهور فهو موجب للانصراف<sup>(٢)</sup>.

(١) اجود التقريرات ١: ٥٣٢ التنبيه الأول من تنبيهات المطلق والمقيد.

(٢) افاد حضرة الأستاذ (دام ظله) في أصوله: ان الانصراف ما يوجب القصور في المقنضي خلافاً للشيخ من كونه مانعاً عن الاطلاق تبعاً لما هو المعروف بين القوم، وهذا الانصراف تارة بغلبة

## نقد ادلة المشهور

ملخص المرام في هذا المقام ان العمدة في مستند اختصاص المبيع بالعين وجوه ثلاثة: التبادر، وتسالم الفقهاء على ان البيع لنقل الاعيان، وانصراف البيع إلى نقل الاعيان.

اما التبادر فيندفع أولاً بإطلاق البيع على الأعم كثيراً بلا قرينة في الآيات والاخبار فيستكشف منه ان التبادر اطلاقي لا حاقبي، ولا أقل من الشك في أنه من حاقّ اللفظ.

وثانياً ان هذا التبادر لا يكشف عن المعنى الحقيقي في عصر الشريعة الا بضميمة بناء العقلاء على عدم النقل إلى عصر الاخبار والآيات المصطلح عليه بالاستصحاب القهقري؛ ولكن بناء العقلاء على هذا الاستصحاب في خصوص المقام بملاحظة كثرة اطلاق البيع في الاعم كتاباً وسنة أمر محرز. واما تسالم الفقهاء فهو وان كان وجيهاً فإنّ بينهم عدة من الفقهاء من اهل اللسان وهم يدعون التبادر كالعلامة في التذكرة<sup>(١)</sup> والقواعد<sup>(٢)</sup> والشهيد الثاني في الروضة<sup>(٣)</sup> والمسالك<sup>(٤)</sup> والمحقق الثاني في جامع المقاصد<sup>(٥)</sup> (أعلى الله مقامهم).

→

الوجود وأخرى بالتشكيك في الصدق إما بنحو الأظهر والظاهر كصدق قاعدة الفراغ على بعد الدخول في شيء آخر قبله أو بنحو الخفاء، والظهور والذي يضر بالاطلاق هو الأخير دون الأولين. تقريرات الأصول بحث المطلق والمقيد.

(١) التذكرة ٢: ٢٩١.

(٢) القواعد جامع المقاصد ٧: ٨٣.

(٣) الروضة ٢: ٢.

(٤) المسالك ١: ٣٢٠.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٨٣.

الا ان غايته انه يثبت به الحقيقة العرفية في عصرهم وهذا لا يفيدنا الا بضميمة الاستصحاب العقلاني بعدم النقل إلى عصر المعصومين عليه السلام وقد عرفت المناقشة فيه.

واما الانصراف ففيه ان اطلاق البيع على نقل العين وان كان معهوداً متعارفاً الا ان التعارف الوجودي ليس من موجبات الانصراف بل الموجب له هو التشكيك في الصدق بنحو الظهور والخفاء كخفاء صدق ما لا يؤكل على الإنسان ودعوى التشكيك في المقام عهدتها على مدعيها والانصاف ان دعوى الاعمية مشكلة ودعوى المسامحة في التعبير في مورد غير الاعيان كما عن الشيخ <sup>(١)</sup> «أعلى الله مقامه» اشد إشكالاً.

فلامحالة تصل النوبة إلى الشبهة المفهومية ومقتضى القاعدة فيها هو استصحاب بقاء ملكية مالك المنفعة فلم ينتقل إلى الطرف الآخر بهذا الإنشاء وإن كان للاحتياط بالتصالح لمن باع شخص سكنى داره قاصداً به البيع وجه، ولهذا احتطنا في حاشية المنهاج.

### المراد من العين

واما المقام الثاني - وهو ما يراد من العين - فقد أريد بها في المقام ما يقابل المنفعة والحق، وتنقسم إلى الجزئي كبيع هذه الدار، والى الكلي بأقسامه من الكلي في المعين كبيع صاع من الصبرة، والكسر المشاع كبيع ثلث الدار، والكلي في الذمة، سواء كان ديناً فباعه أو ثبت في الذمة بنفس البيع كبيع

(١) المكاسب (تراث الشيخ الأعظم) ٣: ٧.

من من الحنطة في الذمة سلماً أو حالاً.  
والكسر المشاع هل هو كلي أو جزئي فيه إشكال، وسيأتي ان شاء الله تعالى  
الإشارة إلى وجه الإشكال، وتحقيقه موكول إلى محله وكذلك الكلي في المعين.

### الإشكال على الكلي في الذمة

اما الكلي في الذمة فقد استشكل عليه بإشكالين: الإشكال الأول إشكال  
عام يتوجه على الكلي في الذمة ديناً كان أو غير دين وهو أنّ البيع عبارة عن  
تمليك العين بعوض، والملكية من الامور القائمة بالغير، فلا يمكن أن يكون  
ما به يقوم الملكية معدوماً، فإنها محتاجة إلى المالك والمملوك.

وبتعبير آخر - كما عن بعض الفقهاء - ان الملكية عرض وهو محتاج إلى  
محل موجود ولا وجود للكلي الذمي.

الإشكال الثاني إشكال خاص بالمبيع الكلي الذي يثبت بالذمة بنفس  
البيع وهو انه لا يبيع الا في ملك وهذا النحو من الكلي في الذمة قبل البيع  
ليس بملك ولا مال فلا يكون قابلاً للبيع.

اما الإشكال الأول فقد أُجيب عنه بجوابين:

### جواب النراقي عن الإشكال بتقريبين

الجواب الأول ما افاده المحقق النراقي في عوائده<sup>(١)</sup> من ان البيع عبارة عن  
نقل الملك لا التمليك حتى يتوجه اليه الإشكال.

ولهذا الجواب تقريبان: التقريب الأول ما ذكره المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> من ان البيع ليس تمليكاً، بل نقل الملك والملكية وان كانت من الاعراض ولكن النقل ليس بعرض فما هو فعلي ليس بعرض، وما هو عرض ليس فعلياً، بل بالقوة وتبعه بعض الأعاظم في مصباح الفقاهة<sup>(٢)</sup> بأن النقل وان كان فعلياً الا انه ليس بعرض لكي يحتاج إلى موضوع، وما هو عرض وهو الملك ليس بفعلي حتى يناقش بعدم وجود الموضوع له.

وفيه أولاً اني لم اعثر في كلماته على ما دل على هذا التقريب كالتعبير بالعرض<sup>(٣)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ١٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ١٩.

(٣) ولا يخفى ان كلماته في العوائد الثلاث مشتملة على فقرات يستفاد منها العرضية:

منها: ما ذكره في العائدة الأولى ٣٤ من ان الملكية والمالكية صفتان رابطتان وجوديتان نفس الأمرتان فلا يمكن ثبوتهما الا لموضع متحقق.

ومنها: ما ذكره في العائدة الأولى أيضاً (٣٥) من انه يلزم كون ما يتعلق به صفة الملكية معيناً في الواقع ونفس الأمر، ولكن لا يجب كون تعيينه بالجزئية الحقيقية، بل يلزم فيه التعيين سواء كان موجوداً خارجاً معيناً أي جزئياً حقيقياً أو ماهية كلية معينة ممتازة عن غيرها بفصلها المميزة. ومنها: ما ذكره في العائدة الأولى أيضاً (ص ٣٥) من انه لا بد للملكية من موضوع وهو لا بد وان يكون أمراً واقعياً يمكن تحققه في الخارج.

ومنها: ما ذكره في العائدة الثالثة (ص ٤٠) من كون الملكية من العوارض حيث قال: ومما يمكن ان يتأيد به ورود الملكية وعروضها لجميع الاشياء.

وهذا مضافاً إلى ما ذكره في مستنده (١٤: ٣٢٧) في شروط معلومية العوضين من أن الملكية لكونها صفة وجودية معينة لا بد لها من موضع معين.

وقد أورد عليه الشيخ في المكاسب (٤: ٢٥١) بأن الملكية أمر اعتباري يعتبره العرف والشرع أو احدهما في موارد وليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة والسواد.

→

والمقولة على قسمين: الموجود بوجود ما بحذائه - والموجود بوجود منشأ انتزاعه والملكية على المقولية من القسم الثاني كما ان الاعتبارية أيضاً على قسمين: الاعتبار المقابل للمقولات الذي لا ثبوت له الا في أفق الاعتبار - الاعتبار المجامع للمقولة كاعتبار وجود الشيء بوجود منشأ انتزاعه ولذلك قد ذهب المحقق الخراساني - على ما نسبه اليه الاصفهاني (١٣: ١) إلى ان الملكية من مقولة الاضافة وهي اعتبارية.

\* ويمكن أن يجاب: المقصود من العرض في كلام الاصفهاني السيد الخوئي ﷺ العرض المقولي، ويشهد له تعبير السيد الخوئي ﷺ: - ولأن الملك من الأعراض المصطلحة. وقد تقدمت الإشارة إليه وستعرض له تفصيلاً. - فإنه ﷺ فهم من كلام التراقي العرض المقولي. وليس لهذا المعنى عين ولا أثر في كلام التراقي، بل في كلامه خلافه، فإن العرض المقولي محتاج في وجوده إلى موضوع موجود في الخارج، بخلاف الملكية فإنها غير محتاجة إلى موضوع موجود في الخارج. ومحصل كلام التراقي لمن راجعه أن الملكية تارة يراد بها الملكية المؤثرة في الخارج من جواز التصرفات كالأكل والوطء... فهذا تحتاج إلى موضوع في الخارج، وتارة يراد بها الملكية وهي الحكم الوضعي الشرعي التي شرطها الشارع في صحة البيع، فهذا أمر اعتباري يتوقف على اعتبار الشارع وموضوعه أيضاً أمر اعتباري. وإليك نص كلامه:

١- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١٠١.

[هل يكفي ثبوت الموضوع للملكية والمملوكية في الواقع]

الملكية والمملوكية: صفتان، رابطتان، وجوديتان، نفس الأمرتان، فلا يمكن ثبوتهما إلا لموضع متحقق.

فإن ثبتنا واقعاً، يكفي ثبوت الموضوع في الواقع، ولا يلزم فيه الوجود الخارجي، كما إذا قال الشارع: الخمر نجس، ولم يكن حين التكلم خمر موجوداً في الخارج، أو العنب حلال، ولم يكن العنب موجوداً حينئذ.

فإن المراد: إثبات الحلية والحرمة واقعاً لهاتين الماهيتين الواقعتين، ومرجه إلى الحكم: بأنه لو وجد هذا الموضوع في الخارج، لوجدت فيه تلك الصفة.

فالمحقق قبل وجود الموضوع في الخارج هو هذا الحكم الشرطي، ومحل هذا الحكم هو الموجود الذهني، فحكم عليه بأنه لو وجد في الخارج، لوجدت معه هذه الصفة فيه خارجاً. وبعد وجوده توجد فيه الصفة، لأجل جعل الشارع بإيجاد هذا الحكم الشرطي لهذا الموجود

→

الذهني على النحو المقرر والشرائط المعلومة، علة وسبباً لتحقق هذا الحكم الخارجي بعد وجود الموضوع فيه.

٢- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١٠٢.

وهذا هو المراد من الثبوت الواقعي للحكم، بل موضوعه، وليس مبنياً على ثبوت المعدومات. وإن وجدت الصفة في الخارج، فلا بد من وجود الموضوع خارجاً أيضاً، لامتناع قيام الموجود بالمعدوم.

٣- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١٠٣.

وعلى هذا: فلما كان البيع إثبات ملكية شيء للمشتري، فإن تعلق بالموجود الخارجي حال البيع، يجب تعيينه خارجاً كهذا الشيء المعين، وإن تعلق بالماهية والنوع، يجب تعيينها في نفسها، فلا يصح بيع أحد هذين الشئيين، أو أحد هذين النوعين.

٤- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١٠٣.

والتوضيح: أنه كما عرفت لا بد للملكية من موضوع، وهو لا بد وأن يكون أمراً واقعياً يمكن تحققه في الخارج. وكما أن الأعيان الخارجية والجزئيات الحقيقية أمور موجودة متأصلة متحققة، فكذا الكليات، لا بمعنى أنها موجودة خارجاً بوصف الكلية، بل على نحو وجود الكليات، كما بيناه في شرح تجريد الأصول وغيره.

٥- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١١١.

فإن قلت: كيف يمكن بيع المعدوم، مع أن البيع نقل الملك، ولا ملك إلا في الموجود؟ قلت: اللازم في البيع تحقق النقل حال البيع، لا تحقق الملك حينئذ، لجواز نقل الملك المتحقق غداً أو بعد شهر، اليوم، كما في نقل المنفعة في الإجارة،

٦- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١١٢.

والحاصل: أن البيع نقل الملك إلى الغير بالفعل، سواء كان الملك أيضاً ملكاً فعلياً، أو قوتياً مترقب الحصول.

فيكون معنى بعثك حينئذ: إنني نقلت الآن الملك الذي يحصل لي بعد مدة كذا إليك بعوض كذا.

ثم بعد تحقق البيع يلزم عليه التحصيل من باب مقدمة التسليم الواجب عليه حين حلول الأجل. ومن هذا يصح بيع ما في الذمة حالاً أيضاً وإن كان موجوداً في الخارج، لكن لا في ملك

## نقد التقريبين

وثانياً أن المحقق النراقي (أعلى الله مقامه) صرح في العائدة التالية بأن الملكية من الأحكام الوضعية، والحكم الوضعي الاعتباري كيف يجتمع مع العرض المقولي. ولعل هذا المحقق كان مستغرقاً بالفكر فطراً عليه الغفلة عن ذلك وتبعه في ذلك السيد الخوئي.

التقريب الثاني ان البيع ليس تمليكاً بالفعل حتى يتوجه الإشكال، بل هو عبارة عن نقل الملك بالفعل، سواء حصل الملك بالفعل أو بالقوة فإن اللازم في البيع تحقق النقل حال البيع، واما الملك فلا يلزم تحققه بالفعل لجواز نقل الملك - المتحقق غداً أو بعد شهر - اليوم، وزان نقل منفعة الدار وعمل الأجير في الاجارة فإن النقل فيهما فعلي دون المنفعة والعمل، وهذا التقريب هو الظاهر من كلماته والفرق بين التقريبين انهما يشتركان في أمر، ويفترقان في أمر. فانهما يشتركان في ان الإشكال انما يندفع بتعريف البيع بنقل الملك لا بالتمليك.

→

البائع، كبيع قفيز حنطة إذا لم يملكه البائع، فإنه أيضاً نقل ملك مترقب الحصول أو مقطوع الحصول بقصد البائع.

وهذا أيضاً أمر مخالف لأصل اشتراط الملكية الحالية، خرج عنه بالأخبار والإجماع.

٧- عوائد الأيام في بيان قواعد الأحكام: ١١٤.

... وكذلك وجوب شيء له معنى لغوي وعرفي غير محتاج في معرفة هذا المعنى إلى توقيف من الشرع، ولكن تحقق الوجوب بالنسبة إلى شخص محتاج إلى التوقيف، وكذلك غيره من الأحكام الشرعية والوضعية.

والحاصل: أن الملكية من الأحكام الوضعية التي لا يحكم بها إلا بعد ثبوت الوضع بدليل معتبر.



ويفترقان في ان الإشكال على التقريب الأول يدور مدار كون الملك عرضاً والعرض يحتاج إلى وجود الموضوع، وعلى التقريب الثاني يدور مدار كون الملك أمراً فعلياً وان لم يكن من الاعراض.

اما التقريب الأول فقد تقدم النقاش فيه.

واما التقريب الثاني فهو مردود بما ذكره نفس هذا المحقق في العائدة الثانية من أنّ الملكية من الأمور ذات اضافة.

توضيح ذلك: أنّ المحقق النراقي (أعلى الله مقامه) قد ذكر عوائد ثلاث في معنى الملكية وما يرادفها و اشار إلى وجه الإشكال في العائدة الثانية<sup>(١)</sup> وهو أنّ الملكية من الأمور ذات الإضافة لا يمكن وجودها بدون طرفيها إذ لا يعقل في المتضايفين ان يكون الطرف معدوماً والاضافة موجودة.

ويرد عليه أنّ هذا الإشكال بعينه يتوجه على تعريف البيع بنقل الملك فإن النقل أيضاً من الأمور ذات الإضافة يحتاج إلى الطرف الموجود إذ لا يعقل ان يكون الطرف معدوماً والاضافة موجودة.

### جواب السيد اليزدي عن الإشكال

الجواب الثاني ما افاده السيد الفقيه<sup>(٢)</sup> (أعلى الله مقامه) من أنّ الملكية وان كانت من الاعراض الخارجية إلا أنّ حقيقتها ليست إلا اعتباراً عقلائياً أو شرعياً. و اذا كانت الملكية أمراً اعتبارياً بمعنى أنّ حقيقتها عين اعتبار العقلاء أو

(١) عوائد الأيام: ٣٨.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٢٧٢، التعليقة ٣٦٨.

الشارع فيمكن ان يكون محلها أيضاً موجوداً اعتبارياً، فالعقلاء يعتبرون الكلي الذي أمراً موجوداً حتى تتعلق به الملكية، وكذلك في المنفعة المعدومة والثمرة المتجددة.

### مناقشة المحقق الاصفهاني للفقهاء البيهقي

وناقشه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> بأن الجمع بين العرضية والاعتبارية بلا وجه؛ لان العرض أمر واقعي مقولي والاعتبار المقابل للمقولات لا ثبوت له الا في أفق الاعتبار.

وفيه انه لا وجه لهذا الإشكال فإن مراد السيد (أعلى الله مقامه) من العرض ليس العرض الفلسفي قبال الجوهر - والجوهر الفلسفي ماهية اذا وجدت في الخارج وجدت لا في موضوع والعرض الفلسفي ماهية اذا وجدت في الخارج وجدت في موضوع<sup>(٢)</sup>، بل مراده من العرض بمفهومه العام وهو القائم بغيره

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ١٣.

(٢) قال السبزواري رحمته الله في منظومته (المقصد الثاني: ١٣١):

الجوهر المهيبة المحصلة اذا غدت في العين لا موضوع له

وقسم الجوهر الى اقسام فقال:

فجوهر كان محل جوهر هيولاً أو حل به من صور

وجوهر ليس بذاك وبذا إن منهما ركب جسماً أخذاً

ودونه نفس اذا تعلق جسماً والا عقل المفارق

اما العرض فقال:

العرض ما كونه في نفسه الكون في موضوعه لا تنسه

وذكر في مقولة العرض اقوالاً ثلاثة: التسعة كما عن ارسطو وتابعه، وهي: كيف وكم واين ومتى والوضع والنسبة والملك والفعل والانفعال، والثلاثة وهي: الكم والكيف والنسبة الشاملة للسبعة

قبال القائم بنفسه وذلك بقرينة صريحة في كلامه وهي أن الملكية أمر اعتباري بمعنى ان حقيقته عين اعتبار العقلاء أو الشارع.

وبعبارة أخرى ان للعرض اطلاقين: اطلاق فلسفي وهو ما كان وجوده في نفسه عين وجوده في موضوعه، واطلاق غير فلسفي وهو ما كان قائماً بغيره.

و اما إشكال القوم فتقريبه<sup>(١)</sup>: انه كيف يمكن ان يكون القائم (في القائم

→

نسبه إلى صاحب البضائر. والأربع وهي: الكم والكيف والنسبة والحركة. ونسبه إلى شيخ الإشراق. (١) هذا التوجيه مخالف لظاهر كلمات بعض وصريح بعض آخر توضيح ذلك: ان الأقوال العسدة في الملكية ثلاثة: القول الأول ما نسبه السيد الفقيه ١: ٢٧٢ إلى الشيخ الأعظم من ان بعض ما يعد من الأحكام الوضعية ليس حكماً بل هو أمر واقعي كشف عنه الشارع كالملكية.

القول الثاني: ما نسبه المحقق الاصفهاني (١: ١٣) إلى أستاذه المحقق الخراساني وتكرر في كلماته فقهاً وأصولاً من أن الملكية من مقولة الاضافة وهي اعتبارية، الا ان الاعتبارية المجامعة للمقولة بمعنى وجود الشيء بوحود منشأ انتزاعه في قبال الموجود بوجود ما بذاته لا الاعتبارية التي لا تتوقف على موضوع محقق في الخارج.

القول الثالث: ان الملكية من الاعتبارات المحضة العقلانية أو الشرعية التي لا ثبوت لها الا في أفق الاعتبار من دون ان تتوقف على موضوع محقق في الخارج.

واما كلمات الفقهاء في طرح هذا الإشكال فهي بين ما هو صريح في طرح الإشكال بنحو العرض المقولي كطرح الشيخ الأعظم فإنه نقل إشكالاً رابعاً على بيع الفرد المررد في مختلف القيمة كبيع عبد من عبيد: بأن الملك صفة وجودية محتاجة إلى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج (٤: ٢٤٩) ثم اجابه بقوله واما الرابع فيمنع احتياج صفة الملك إلى موجود خارجي واقاد في وجه ذلك: ان الملكية أمر اعتباري يعتبره العرف والشرع أو احدهما في موارد وليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة والسواد. (٤: ٢٥١) وتبعه المحقق الاصفهاني (١: ١٢) والسيد الخوئي (مصباح الفقاهة ٢: ١٩٢).

وبين ما هو ظاهر في ذلك كطرح الفاضل النراقي وذلك للقرائن على ذلك التي تقدمت وطرح السيد الفقيه وذلك للتعبيرات الثلاثة في كلامه (العرض والخارجية والأمر الواقعي).

بغيره) موجوداً وما يقوم به غير موجود.

واجابه السيد (أعلى الله مقامه) بأن الملكية أمر اعتباري متقوم باعتبار  
المعتبر ومحلها أيضاً أمر اعتباري يوجد بوجود اعتباري.

ومراده من الواقعية هي الواقعية قبال الانياب والاعوال كما ان مراده من  
الخارجية في (الاعراض الخارجية) ليس ما هو الخارج قبال الذهن، بل المراد  
ما هو الخارج قبال الانياب والاعوال.

وما أجابه<sup>(١)</sup> السيد الفقيه متين لا غبار عليه إذ الملكية أمر اعتباري

→

والذي ينبغي ان يقال ان الإشكال العام في الكلبي الذمي ينتهي إلى اشكالين - من دون  
توجيهه بارجاع احدهما إلى الآخر.

الإشكال الأول - الإشكال الراجح في الكلمات - وهو ان الملكية من الاعراض الخارجية التي اذا  
وجدت في الخارج وجدت في موضوع، ويندفع بما تقدم في بعض الكلمات من ان الملكية  
من الاعتبارات العقلانية أو الشرعية وخارجة عن دائرة المقولات.

الإشكال الثاني: ما يستفاد من كلمات المحقق الاصفهاني من ان النقل كالملكية من الأمور  
ذات الإضافة والإضافة تحتاج إلى الطرف وان لم تكن من الاعراض.

وبتعبير شيخنا الأستاذ (دام ظله) انه كيف يمكن ان يكون القائم بغيره موجوداً وما يقوم به غير  
موجود.

ويندفع بانه يكفي في الاعتباريات تحقق الطرف بوجوده الاعتباري، والفرق بين الجوابين أن  
الجواب في الإشكال الأول صغروي، وهو ان الملكية ليست من الاعراض، وفي الإشكال الثاني  
كبروي.

(١) وقد نقل السيد الفقيه ١: ٢٧٤ أجوبة أخرى ثلاثة عن الإشكال العام لا بأس بالإشارة إليها  
ملخصاً فان في اشكالاته على الاجوبة نحو دخل في فهم مراده من الكلبي.

الجواب الأول: ان الكلبي موجود بوجود ما يفرض من افراده.

ودفعه بأن الفرد الفرضي كيف يكفي في وجود الكلبي فعلاً.

الجواب الثاني: ان التملك انما يتعلق بالقابلية والاستعداد الموجود في الشخص أو العين

والموجودات الاعتبارية وان كانت ذات تعلق الا ان متعلقها يكون متناسباً بها بمعنى أنّ الأمر الاعتباري ومتعلقه كليهما اعتباريان، فالكلي الذمي وان كان معدوماً في عالم الجواهر والأعراض لكنه موجود في وعاء الاعتبار.

### الإشكال على الكلي في المعين والكسر المشاع

ثم ان الإشكال العام هل يختص بالكلي الذمي أو يعم الكلي في المعين والكسر المشاع، وقد انكر السيد الفقيه جريانه في الكلي في المعين والكسر المشاع ولكن الحق جريانه فيهما أيضاً بيان ذلك:

ان الكلي في المعين فيه إشكالان: إشكال عام وهو أنّ الوجود مساوق للتشخيص فإن الشيء ما لم يتشخص لم يوجد<sup>(١)</sup> والكلي - في الكلي في

→

ودفعه بانه كما ترى ولعل المراد انه خلف إذ النزاع انما هو في وجود الكلي فعلاً لا فيما هو بالقوة والاستعداد.

الجواب الثالث: ان هذا ليس ملكاً حقيقياً، بل هو ملك حكمي بمعنى ان الشارع رتب عليه احكام الملك، وما هو بحكم الملك لا يقتضي الوجود في الخارج ودفعه بأنّ ملك الكلي ملك حقيقي عرفي.

(١) ان في مساوقة التشخيص مع الوجود أو تغيرهما أقوالاً أربعة:

القول الأول: العينية بينهما مصداقاً وتغيرهما مفهوماً بمعنى أنّ كل ما صدق عليه هذا المفهوم صدق عليه ذاك المفهوم وبالعكس وإليه ذهب الفحول كالمعلم الثاني وصدر المتألهين والسبزواري.

القول الثاني: تقدم الوجود على التشخيص وهو مذهب القائل بأن ثبوت كل صفة لشيء متأخر عن وجوده في نفسه.

القول الثالث: تقدم التشخيص على الوجود وهو مذهب القائل بأن الشيء ما لم يتشخص لم يوجد. القول الرابع: ما ذهب اليه المحقق الشريف - من انهما متغايران لا يتقدم احدهما على الآخر

المعين - بوصف الكلية ليس قابلاً للوجود فلا يقع موضوعاً للملكية فما هو موجود وهو التعين الخارجي ليس موضوعاً وما هو موضوع ليس بموجود.

وإشكال خاص وهو أن الكلي في المعين مآله إلى الجمع بين النقيضين بنحو السالبة الكلية والموجبة الجزئية فيستحيل تصوير الملكية فيه لاستحالة موضوعها فإن ملك المشتري في بيع صاع من الصبرة على نحو الكلي في المعين ليس هو هذا الصاع وذلك الصاع وهكذا، فالخصوصية مسلوقة على نحو السالبة الكلية ومن ناحية أخرى ان له صاعاً من هذه الصبرة على نحو الموجبة الجزئية والسلب الكلي مع الايجاب الجزئي متناقضان.

ولهذه الشبهة ناقش بعض الاكابر في تصويره كالسيد الخونساري (أعلى الله مقامه) في نصاب الغنم من كتاب الزكاة<sup>(١)</sup> وله ثمرات في باب الزكاة والخمس والوصية والبيع وامثال ذلك.

أما الإشكال العام فقد أجيب عنه بوجوه:

→

فانه لو تقدم الوجود على التشخيص لزم ان يكون المبهم موجوداً في الخارج ولو انعكس لزم ان يكون المعدوم ذا هوية في الخارج - درر الفوائد في شرح المنظومة للأملي ١: ٣٢٧. وأقوى الأقوال هو القول الأول.

(١) جامع المدارك ٢: ٢٣ قال: مع تسليم كون النصاب كالصاع الكلي: وجه المنع انه كيف يتصور الجمع بين ملكية جميع افراد الصاع الكلي لأحد مع ملكية الكلي لغيره ويشبه هذا اجتماع الموجبة الجزئية والسالبة الكلية.

وقال في بيع الشمار ٣: ٢٨١: يمكن ان يقال في صورة بيع الكلي في المعين كيف يتصور ان يكون الباع مالكاً للاشخاص مع خروج الكلي عن ملكه فإن ملكية كل صاع من الصيعان مع عدم ملكية الصاع الكلي يشبه صدق الموجبة الكلية مع السالبة الجزئية فمع الإشكال لا بد من القول بالسقوط في كلا المقامين (الكلي في المعين والكسر المشاع).

## الجواب عن الإشكال العام في الكلي في المعين

الوجه الأول: ان الكلي في المعين موجود بوجود فرده فليس بمعدوم. وفيه انه خلف الفرض إذ المفروض ان الكلي في المعين مملوك بوصف الكلية.

الوجه الثاني<sup>(١)</sup>: ان الكلي في المعين موجود بوجود اعتباري كالكلي في

(١) كتاب البيع للسيد الخميني ١: ١٧ و ٣: ٢٩٢

وفي الكلي في المعين تصاوير عديدة ثمانية - على اختلاف المباني - يندفع بها الإشكال منها ما ذكره شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) من الوجوه الثلاثة:

ومنها: انه عبارة عن الفرد المنتشر الموجود في الصبرة الخارجية وقابل الانطباق على كل فرد فرد وهذا التصوير وان كان يندفع به الإشكال (وهو ان ما هو موضوع ليس بموجود وما هو موجود ليس بموضوع) الا انه مردود بأن الفرد المعين خلف الفرض؛ إذ المفروض ان الكلي هو الموضوع ومعنى الكلي هو عدم تشخصه بخصوصية خاصة ومعنى الفرد المعين انه متميز بالخصوصية والفرد المبهم أمر محال.

ومنها: ان الكلي في المعين هو نفس الكلي في الذمه لكنه بضميمة الاشتراط على البائع ان يؤديه من هذه الصبرة الخارجية، وبه يندفع الإشكال أيضاً الا انه مردود بالفرق الجوهرى بين الكلي في الذمة والكلي في المعين يستظهر من بعض الأحكام المترتبة عليهما فإن بيع الكلي في الذمة لا يبطل بتلف الصبرة، بخلاف بيع الكلي في المعين حيث ذهب الفقهاء (رضوان الله عليهم) إلى انفساخه بتلف الصبرة قبل القبض وبيع الكلي في المعين على هذا التصور في فرض تلف الصبرة انما يترتب عليه خيار تخلف الشرط لا البطلان.

ومنها: ان الكلي في المعين هو الكلي في الذمه لكنه بضميمة تقيده بالخصوصية. والفرق بين هذا وسابقه ان الخصوصية على التصوير السابق مأخوذة على نحو الاشتراط وفي هذا التصور مأخوذة على نحو القيدية.

وهذا وان كان يندفع به الإشكال أيضاً الا انه مردود أيضاً بما ذكرنا من الفرق الجوهرى بين الكلي في المعين والكلي في الذمة فإنه على هذا التصور يثبت خيار تعذر التسليم في فرض تلف الصبرة لا انفساخ البيع.

الذمة مع تفاوت بينهما وهوان ظرف الكلّي في الكلّي في الذمة هو الذمة وفي الكلّي في المعين هو الخارج فإن العقلاء تارة يعتبرون الكلّي في عهدة الطرف فيكون ظرفه الذمة، وأخرى يعتبرونه في الخارج فيكون وعاء المعين هو الخارج كزيد اسد، فإن زيدا اسد في اعتبار العقلاء لكنه في وعاء الخارج والكلّي في المعين كبيع صاع من الصبرة من هذا القبيل، فإن الصاع كلّي اعتباري قد اعتبر في وعاء الخارج، وعليه ان الكلّي في المعين ليس بمعدوم بل موجود لكنه لا بوجود تأصلي بل بوجود اعتباري والوجود ولو بوجود اعتباري كافٍ في

→

ومنها: ما ذكره المحقق الاصفهاني (٣: ٣٣٥).

من ان الكلّي في المعين هو نفس الكلّي غير المنطبق على شيء في الخارج والكلّي في الذمة والكلّي في المعين في حد الكلية على نهج واحد، غاية الأمر انه في الأول مضاف إلى الذمة، وفي الثاني مضاف إلى الصبرة، والاضافة إلى الصبرة لا توجب تشخصاً خارجياً فليس لها تعين خارجي الا التعين الحاصل له من اضافته إلى الصبرة، والفرق بين هذا التعين والاشتراط ان التعين المزبور مقوم للكلّي، بخلاف الاشرط ولذلك يختلف حكمهما فانه ينحل العقد بتلف الصبرة تماماً على الأول ويثبت الخيار بتعذر الشرط على الثاني.

ومنها: ما ذكره السيد الخوئي (مصباح الفقاهة ٥: ٣٧٠ - ٣٧٢) من ان الكلّي في المعين ليس المطلق من جميع الخصوصيات ذمياً وخارجياً كما عليه شيخنا المحقق ولا مقيداً بجميع الخصوصيات الخارجية حتى يلزم الخلف من خروج الكلّي عن وصف الكلية، بل مقيد ببعض الخصوصيات وهي خصوصية كونه من هذه الحنطة أو هذه الطاقة أو هذا الفراش بحيث اوجبت الخصوصية تضييقاً في دائرة الكلّي ولم توجب صيرورته شخصياً، وهذا ما يسمى بالكلّي المضيق فإن مجرد التقيد لا يوجب تشخص الكلّي بل يوجب تضييق دائرته فالكلّي في المعين عبارة عن الكلّي المضيق بكونه في هذه الصبرة قابل للانطباق على افرادها والظاهر ان هذين التصويرين يرجعان إلى أمر واحد وهو تقيد الكلّي ببعض الخصوصيات لا بجميع الخصوصيات، ولا يخفى ان تعذر هذا التقيد بتلف الصبرة يوجب الخيار لا الانساخ.



دفع الإشكال. ومحصل النظرية في هذا الوجه ان في بيع الكلي في المعين كبيع صاع من الصبرة ان الملكية والمملوك كليهما اعتباريان.

يرد عليه أولاً: بالنقض بالقسم الثاني من أقسام الكلي في باب الاستصحاب فإن الالتزام باعتبارية الكلي في المعين ينافيه القول بجريان الاستصحاب في الكلي من القسم الثاني.

والوجه في ذلك ان الاثر في الكلي في القسم الثاني ككلي الحدث المردد بين الاصغر والاكبر مترتب على الحدث الخارجي لا الحدث الاعتيادي.

توضيح ذلك ان المحدث بالحدث المردد بين الاصغر والاكبر اذا توضحاً فإن المستصحب فيه ليس هو الجزئي الخارجي من الحدث إذ لا شك فيه فإن الحدث ان كان بولاً فهو مقطوع الزوال، وان كان منياً فهو مقطوع البقاء.

بل المستصحب فيه هو الحدث الكلي الا ان الاثر مترتب على الحدث الخارجي لا الاعتيادي فلا مناص من الالتزام بوجود الكلي في الخارج وجوداً تأصلياً.

وثانياً: بالحل بما يجاب عن النقض بأن المعيار في موضوعات الأحكام العرفية والشرعية هو العرف والكلي وان كان غير موجود عقلاً إلا بوجود الفرد ببرهان مساوقة الوجود للتشخص؛ لكنه موجود عرفاً بوجود واقعي عرفي ولهذا المدعى شاهدان:

الشاهد الأول: ان قاطبة اهل العرف يحكمون ببقاء النوع الانساني وكذا سائر الأنواع من بدو الخلقة إلى انقراضها.

وأما ما يقال من أنّ الكلي يوجد بوجود الفرد ويزول بزواله فهو تام بالدقة

العقلية وبالْحَقِيقَةُ الفِلسَفيّة، واما بِالْحَقِيقَةُ العرفية التي هي المناط في الباب فالكلّي موجود بنفسها ويحكم ببقائه وبهذا المناط يحكم بوحدة القضية المتيقنة والمشكوكة في القسم الثاني من الكلّي.

الشاهد الثاني: ان الارتكاز العرفي في بيع صاع من هذه الصبرة وميّ من مئة منّ ونحوهما انما هو على التفاوت بين الحكم وموضوعه فإنهم يرون الفرق بين الوجودين وان وجودهما ليس على نسقٍ واحد، فإنهم بارتكازهم يرون وجود الحكم وهو الملكية وجوداً اعتبارياً ووجود موضوعه وهو الصاع والمن وجوداً حقيقياً خارجياً.

وبعبارة أُخرى ان المرتكز عندهم على الافتراق بين الكلّي في الذمة والكلّي في المعين في أنّ الكلّي في الذمة اعتباري مملوكاً وملكية، بخلاف الكلّي في المعين فإنّ الملكية فيه اعتبارية والمملوك موجود خارجي.

الوجه الثالث: ان الكلّي في الكلّي الذمي موجود بوجود اعتباري وفي الكلّي في المعين موجود بالوجود الحقيقي العرفي.

وبعبارة أُخرى انه يصحح موضوع الملكية في الكلّي في الذمة بالوجود الاعتباري وفي الكلّي في المعين بالوجود الخارجي العرفي لا الدقي الفلسفي فإن المعيار في موضوعات الأحكام العرفية والشرعية انما هو على الحقيقة العرفية لا الدقي العقلي.

وهذا الوجه وجيه وقد تقدم توضيحه عند الرد على الوجه الثاني وهو المختار وبه يندفع الإشكال.

وملخص الكلام في هذا المقام أنّ الإشكال يندفع بطريقتين اساسيين:

الطريق الأول: ان الكلي في المعين ليس بمعدوم بل موجود بوجود اعتباري وهذا المقدار من الوجود كافٍ في دفع الإشكال.

وهذا الطريق وان كان وجيهاً كبيرياً فإنّ بهذا الوجه يندفع الإشكال في الكلي الذمي لكنه مردود صغرياً فإنّ الكلي في الكلي في المعين ليس بموجود اعتباري؛ إذ يرد عليه أولاً: بالنقض باستصحاب الحدث في القسم الثاني من أقسام الكلي.

وثانياً: أنّ الارتكاز العقلاني على خلافه فإنهم يرون الكلي في الكلي الذمي موجوداً اعتبارياً وفي الكلي في المعين موجوداً خارجياً.

الطريق الثاني: ان الكلي في المعين موجود بالحقيقة العرفية والمعياري في موضوعات الأحكام العرفية والشرعية انما هو على الحقيقة العرفية لا الحقيقة العقلية، والإشكال انما نشأ من الخلط بين الأمرين، فإن بين الحقيقتين عموماً وخصوصاً من وجه؛ إذ قد تصدق الحقيقة العقلية دون العرفية، كالبخار فإنه ماء بالحقيقة العقلية وليس بماء بالحقيقة العرفية، وقد تصدق الحقيقة العرفية دون العقلية، كالانسان موجود فإنّ الانسان - على اصالة الوجود - ليس بموجود بالدقة العقلية ولكنه موجود بالحقيقة العرفية وقد يجتمعان. وهذا الطريق هو المختار هذا أولاً.

وثانياً: لو تنزلنا عن ذلك فإنه ليس الكلي في المعين أسوأ حالاً من الكلي الذمي فإنه اذا كان الكلي الذمي قابلاً عند العقلاء فبطريق اولي يثبت ذلك في الكلي في المعين.

### الجواب عن الإشكال الخاص في الكلي في المعين

وأما الإشكال الخاص في الكلي في المعين - وهو أنّ الكلي في المعين مآله إلى المتناقضين على نحو السالبة الكلية والموجبة الجزئية، والتزم به السيد الخونساري (أعلى الله مقامه) في نصاب الغنم في كتاب الزكاة حيث قال هذا يشبه اجتماع الموجبة الجزئية والسالبة الكلية - فقد ظهر اندفاعه مما سبق فإن التناقض مشروط بوحدة الموضوع، والموضوع متعدد هنا فإن الموضوع في ناحية السلب الكلي هو الأشخاص عقلاً وفي ناحية الموجبة الجزئية هو الكلي عرفاً فلا تناقض.

### الإشكال على بيع الكلي بنحو الكسر المشاع

وأما الكسر المشاع فتقريب إشكاله: أنّ الوجود مساوق للتعين، فيلزم في بيع الكلي بنحو الكسر المشاع اجتماع المتعين مع غير المتعين، والموجود بنحو التعين والموجود بنحو الاشاعة مما لا يجتمعان.

### الجواب عن الإشكال في الكسر المشاع

وقد اجابوا عنه بان موضوع الملكية لا يعتبر كونه موجوداً خارجياً، بل يكفي كونه موجوداً اعتبارياً والكسر المشاع من هذا القبيل فإنه موجود اعتباري وقيام الملكية الاعتبارية بالموضوع الاعتباري أمر معقول. يرد عليه أولاً أنه يلزم منه توالي فاسدة:

منها اجتماع المملوك الواقعي والاعتباري في شيء واحد كما في ارث الاعيان فيما اذا تعدد الوارث، فإن الدار مثلاً كانت مملوكة للميت مملوكة

واقعية وماتركه الميت فهو لوارثه، ومن ناحية المفروض أن الموروث بالكسر المشاع مملوك اعتباري لا واقعي، فيلزم اجتماع المملوك الحقيقي والاعتباري في شيء واحد، وإن شئت فقل: إن الدار مثلاً وإن كانت قابلة للانحلال إلى ملكيات ضمنية ملكاً ومملوكاً بمقتضى تركيب الأجزاء إلا أن المفروض أنها مملوكة واحدة لمالك واحد، فإذا مات صاحب الدار وتعدد ورثته فإنهم يرثون ما هو مملوك واقعي، فإن ماتركه الميت فهو لوارثه وما ترك مملوك واقعي، ومن ناحية أخرى إن الموروث بالكسر المشاع مملوك اعتباري وبقاء المملوك الواقعي في ملك الميت خلف فيلزم اجتماع المملوك الخارجي والاعتباري في شيء واحد.

ومنها: إنه يلزم في بيع الدار بنحو الكسر المشاع بقاء الدار بما هي مملوك واقعي في ملك الباع وانتقالها بما هي مملوك اعتباري إلى المشتري.

ومنها: جريان الإشكال في بيع نصف الدار معيناً فإن النصف المعين لا وجود له قبل التقسيم، وإنما يتحقق ذلك بالبيع كما في بيع نصفه الشرقي لزيد ونصفه الغربي لعمرو، فالنصف المعين لا وجود له قبل البيع وله وجود بعده فيلزم المحذور السابق إلا أن الشبهة فيه أهون.

وثانياً: بالحل وهو أن المحتملات في الكسر المشاع ثلاثة:

الأول: أن يكون المدار على الوجود الحقيقي العقلي.

الثاني: أن يكون على الوجود الاعتباري.

والثالث: أن يكون على الوجود الحقيقي العرفي.

والحق إن الكسر المشاع موجود حقيقي عرفي كالكلي في المعين، فيندفع

به الإشكال لا انه موجود اعتباري ظرفه الخارج أو موجود دقي عقلي كوجود  
الاضافة بوجود المضاف حتى يتوجه اليه الإشكال.

هذا وسيأتي إن شاء الله تحقيق الكسر المشاع في بيع نصف الدار.  
واما الإشكال الثاني - وهو الإشكال الخاص بالكلّي الذمي قبال الدين  
وبيانه ان ما في الذمة قبل البيع ليس بملك ولا مال ويعتبر في البيع الملكية  
والمالية - فقد أجيب عنه بوجهين:

جواب السيد الخوانساري عن الإشكال الخاص في الكلّي في الذمة  
الوجه الأول: ما في جامع المدارك<sup>(١)</sup> من انه لا وقع لهذا الإشكال بعد ملاحظة  
اعتبار العقلاء البيع بالنسبة اليه، ولعل وجه الجمع بين صحة هذا الاعتبار  
واعتبارهم المالية والملكية في المبيع أن من باع الكلّي في ذمته، وذمته قابلة  
للتعهد في المرتبة الأولى يصير مالاً وواجداً للمال، وفي المرتبة الثانية ينقل  
المال إلى المشتري نظير الفسخ الفعلي في صورة الخيار كمن باع العين  
المبيعة بالبيع الخياري ففي المرتبة الأولى يملك وفي المرتبة الثانية ينقل.  
وتوضيح كلامه يحتاج إلى بيان المقيس والمقيس عليه ووجه القياس.  
اما المقيس فهو الكلّي الذمي المتحقق بنفس البيع، وقد نوقش في هذا  
البيع بانه يعتبر في المبيع ان يكون ملكاً ومالاً في الرتبة السابقة على البيع  
والكلّي الذمي قبل البيع ليس ملكاً ولا مالاً هذا هو حال المقيس.

(١) جامع المدارك ٣: ٦٩.

وأما المقيس عليه فهو عبارة عن فسخ ذي الخيار العقد الخياري بالبيع لا بإنشاء الفسخ، ووجه الإشكال فيه أنّ البيع يتوقف على الفسخ إذ لا بيع إلا في ملك والمفروض ان الفسخ متوقف على البيع.

وأما وجه القياس فهو أنّ الموردين كما انهما مشتركان في وجه الإشكال كذلك مشتركان في وجه الصحة وهو أنّ العقلاء يعتبرون مرتبتين ففي المرتبة الأولى يملك، وفي المرتبة الثانية ينقل.

### نقد جامع المدارك

يرد عليه أولاً: أنّ المقيس عليه باطل في نفسه لاستحالة<sup>(١)</sup> فلا يبقى موضوع للقياس.

(١) وفي وجه الاستحالة تقريبان: التقريب الأول ما نقله العلامة في التذكرة ١١: ١٨٤ عن بعض العامة (الشافعية) من ان الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد، ولعل المراد به إما ما فهمه العلامة (أعلى الله مقامه) من ان العقد والفسخ متقابلان فلا يعقل ان يجتمعا في واحد أو عروض أحد المتقابلين على الآخر أو سببية أحد المتقابلين للآخر (حاشية الاصفهاني ٥: ٢٦٦).

أو ما فهمه المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) من ان المزيل لا يكون مصححاً كما يفهم من التنظير بالتكبير الثانية بقصد الافتتاح، ويرد على التفسيرين ان الامور الاعتبارية سهلة المعونة فانه يمكن اعتبار امرين متناقضين أو ضدين وبراؤهما مبرز واحد والانشاء اعتبار وبراؤهما، اما مطلقاً أو في خصوص المعاملات.

التقريب الثاني ما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) من الدور المضمّر. وأجيب عنه بوجوه: منها ما نسبه الشيخ الاعظم إلى الشهيد (٦: ١٣٧) من ان الدور معي لا توقفه ولعل مراد الشهيد من الدور المعني ان الفسخ والنقل إلى المشتري الثاني هما معاً معلولان للعقد ولا يكون احدهما علة للآخر.

ومنها: ما افاده فخر المحققين (ايضاح الفوائد ١: ٤٨٨) وتبعه الشيخ الاعظم (٦: ١٤٠) من ان

وجه الاستحالة أنّ الفسخ الفعلي متأخر عن البيع بمرتبين فإن عود المبيع إلى ملك ذي الخيار متوقف على الفسخ، والفسخ متوقف على البيع؛ إذ الفسخ من الانشائيات ولم ينشأ قبل البيع بإنشاء قولي ولا فعلي ومن ناحية انه لا بيع إلا في ملك وما هو متأخر عن البيع بمرتبين كيف يعقل أن يتقدم عليه<sup>(١)</sup>.

→

الفسخ يحصل بأول جزء من العقد والنقل بتمام العقد. ومنها: ما افاده العلمان السيد الخوئي والسيد الخميني (مصباح الفقاهة ٤٥٦:٧ والبيع ٥: ٢٨٣) من ان الفسخ يحصل بالايجاب فقط. واما البيع وتحقق النقل فمشروط بالقبول فيقدم الفسخ زماناً، وهذا الوجه قوي عندنا ويرتفع به المحذور.

(١) خلافاً للمحقق الاصفهاني فإنه انكر توهم محذور الدور مطلقاً، سواء أريد بالبيع هو البيع بالحمل الشايح أي التملك الحقيقي أو البيع بأحتمل الأولي أي التملك الانشائي، وسواء أريد من البيع الانشائي هو الايجاب فقط أو المركب منه ومن القبول. اما انتفاء محذور الدور في البيع بالحمل الشايح فلأنّ الفسخ وإن كان متوقفاً على البيع الا ان البيع ليس متوقفاً على الملكية السابقة عليه فإنه يكفي في ذلك البيع الملكية المقارنة للتمليك، بل المحذور أمران آخران:

احدهما: اجتماع ملكيتين على عين واحدة للمشتري بالتصرف وللبيع بالفسخ وهو محال من غير جهة الدور.

ثانيهما: ايجاد المعلول بغير علته التامة إذ المفروض ان البيع بالحمل الشايح سبب للفسخ والبيع لا يتحقق الا مع الملكية السابقة والمفروض عدم حصولها بالفسخ. واما انتفاء محذور الدور في البيع الانشائي المركب أي بالعقد المركب من الايجاب والقبول فلان الفسخ وإن كان متوقفاً على البيع الانشائي إلا أنّ البيع الانشائي لا يتوقف على الملكية بل المحذور فيه ما تقدم من المحذورين.

واما البيع الانشائي بمعنى الايجاب فقط فيندفع به المحاذير كلها اما الدور فمن اصله واما سائر المحاذير فلغرض حصول الفسخ بالايجاب فقط فلا يلزم منه اجتماع ملكين في زمان واحد ولا المعلول بلا علة. حاشية الاصفهاني ٢٦٩:٥.

هذا وقد ذهب شيخنا الأستاذ (دام ظله) في احكام الخيار في مسألة ان الفسخ الفعلي سبب



→

أو كاشف (المكاسب ٦: ١٣٤ ودرس الأستاذ ٥/ ٩/ ١٣٨٧) إلى التفصيل بين التصرفات الاعتبارية كالبيع والصلح والاجارة والتصرفات التكوينية كالوطني الذي يحصل به الفسخ والتزم باندفاع الدور في التصرف الاعتباري بحصول الفسخ بالايجاب وحصول النقل بعد القبول لانه فعل البايع الفاسخ دون القبول بخلاف الفسخ بالوطني فانه يبقى فيه محذور الدور بحاله وللتخلص عن الدور في التصرف التكويني كالوطني آراء ثلاثة:

احدها: ما اختاره المحقق والشهيد الثانيان وقواه الشيخ (١٤١: ٦) من كون الوطني كاشفاً عن تحقق الفسخ بالقصد والارادة لا بالوطني وزان الملكية أنا ما في عتق العمودين. وفيه أولاً يلزم ان تكون النية بنفسها من الانشائيات وثانياً يلزم ان لا يحصل الفسخ باللفظ أيضاً لسبق القصد عليه.

ثانيهما: ما اختاره المحققان الايرواني (٢: ٧٤ طبع قديم) والسيد الخوئي (مصباح الفقاهة ٧: ٤٥٩) أعلى الله مقامهما من جواز التقارن الزمني بين الوطني والملك لأن ادلة التحريم ناظرة إلى السبق الزمني ومنصرفه عن مورد التقارن الزمني.

وفيه ان المستفاد من الدليل كتاباً وسنة اعتبار سبق الزوجية والملكية علي الوطني زماناً اما الكتاب فلقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ \* إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (سورة المؤمنون: الآية ٢٣ وسورة المعارج: الآية ٧٠).

وأما السنة فلمعتبرة حمران (الوسائل باب ٢ من نكاح العبيد والاماء) فإنه روى الكليني عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد بن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارة عن حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى أمة هل يصيب منها دون الغشيان ولم يستبرأها؟ قال: نعم، إذا استوجبها وصارت من ماله وإن ماتت كانت من ماله.

وقد خلط هذان العلمان بين الموضوع والحكم وبين الموضوع والترتب عليه فان بين الموضوع والحكم كقوله: الخمر، حرام تقدم وتأخر ترتبي وتقارن زمني عقلاً وعرفاً إذ لا يعقل السبق الزمني بين الحكم وموضوعه بخلاف الموضوع والترتب عليه كمورد الآية والحديث فان المركز العرفي فيهما على تقدم الزوجية والملكية زماناً على ما يترتب عليهما من الاستمتاع.

وفي سند الحديث موسى بن بكر وليس له توثيق خاص الا انه معتبر من ناحيتين: الأولى برواية ابن أبي عمير وصفوان عنه بسند معتبر اختاره شيخنا الأستاذ (دام ظله) الثانية بشهادة صفوان



بأن كتاب موسى بن بكر لا اختلاف فيه بين الاصحاب اختاره السيد الخوئي.  
ثالثها: ما افاده المحقق النائيني (منية الطالب ٢: ١٦٥) من التلازم بين الحكم الوضعي والتكليفي اصلاً وعكساً، فكلما جاز وضعاً جاز تكليفاً وكلما كان الشيء حراماً أو واجباً لا يمكن ان يكون تصرفه نافذاً وضعاً، وجه التلازم ان الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً ولا ممتنع ان يكون طرفي الفعل تحت سلطنة الفاعل وضعاً وخروج أحد طرفيه عن تحت سلطنته تكليفاً.

وفيه ان الاصل والعكس كليهما ممنوعان، أما الاصل فهو ممنوع صغيراً وكبيراً.  
أما الصغرى، فأولاً: ان اطلاق معقد الاجماع ممنوع، وثانياً: انه مدركي، وثالثاً: انه علي تقدير الكشف غايته انه كاشف عن نصي معتبر عن المعصوم أو تقريره لكنه معارض بمعتبر حمران ويؤخذ بهذا المعتبر لكونه موافقاً لقوله تعالى: ﴿الَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾.

وأما الكبرى فلعدم التلازم إذ لا منافاة بين ان يكون الشيء جائزاً تكليفاً وفاسداً وضعاً فإن التنافي والتضاد لو كان، فهو إما من ناحية تضاد الأحكام بنفسها أو من ناحية المنتهى أو المبدأ، أما الأحكام فهي اعتبارات بنفسها والاعتبار سهل المؤنة، وأما المنتهى فان اثر التكليف هو الاطاعة والعصيان وهما قائمان بالمكلف والنفوذ والصحة قائم بالجاعل، وأما المبدأ فإن ملاك الحكم التكليفي والوضعي قابلان للاجتماع بأن يكون الوطي حراماً لمصلحة وفسخاً لمصلحة أخرى.

وأما عكس المسألة فالحق فيها هو التفصيل بين ما اذا كان العمل حراماً تكليفاً فيمتنع الحكم بنفوذه وما اذا كان واجباً فلا يمتنع.

وأما التنافي في المحرمات فليس الوجه ما ذكره المحقق النائيني، بل الوجه فيه هو التضاد في ناحية المنتهى كما اذا كان عمل حراماً ووقع مورد الاجارة كاجارة الحائض لكنس المسجد فإنه يقع التنافي في شمول ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لكونه اجارة وعدم شموله لكونه حراماً ووجوب تسليم العمل وحرمة متنافيان.

وأما في الواجبات كما اذا وقع العمل الواجب مورداً للاجارة أو النذر أو العهد فإنه لا محذور في نفوذه إذ لا تضاد بين وجوب العمل تكليفاً ووجوب الوفاء به فإن المعتبر في صحة العقد هو القدرة علي التسليم تكويناً وتشريعاً والمفروض انه قادر عليه تكويناً وتشريعاً واجتماع الوجوبين احدهما بالعنوان الاول والثاني بالعنوان الثانوي مما لا محذور فيه، بل احدهما مؤكد للآخر. هذا خلاصة ما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) في احكام الخيار وانما تعرضناه هنا لما فيه من الفائدة.

وثانياً: لو تنزلنا عن ذلك وقلنا بصحة الفسخ الفعلي بنفس البيع فهو أمر قد ثبت على خلاف القاعدة بإجماع ونحوه فلا بد ان يقتصر فيه على مورده، وأما التعدي منه إلى سائر الأبواب كالتعدي من الفسخ الفعلي إلى الكلي في الذمة فيحتاج إلى المثبت.

وثالثاً: على فرض التعدي فإن المقام بالخصوص مبتلٍ بالمانع فان غاية ما استدل به هذا السيد المحقق (أعلى الله مقامه) على صحته هو أن العقلاء يعتبرونه اعتبارين ففي المرتبة الأولى يملك، وفي المرتبة الثانية ينقل. وفيه: أن المرتبة مربوطة بالأحكام العقلية كالعلة والمعلول فإنهما متقارنان زماناً ولهما التقدم والتأخر رتبة.

وأما الأحكام العرفية والشرعية فهي مربوطة بالزمانيات فاللازم فيها تصحيح التقدم والتأخر بالزمان نظير انعقاد العمودين أنا ما، فإن العتق متوقف على الملك، فالولد يملك العمودين أنا ما ثم ينعقدان عنه، والمقام من هذا القبيل فلا بد من تصويره بالزمان فيقال إن الكلي في الذمة يملك أنا ما ثم يباع لكن الالتزام بالملكية أنا ما قبل البيع في خصوص المقام يكون مبتلياً بتالٍ فاسد وهو أن لازمه أن الفقير إذا باع بما في الذمة أن يصير غنياً أنا ما ثم صار فقيراً، وهذا أمر لا يساعده العرف والعقلاء فما افاده المحقق السيد الخونساري مخدوش بهذا التالي الفاسد<sup>(١)</sup>.

(١) وفيه أولاً النقض ببيع العمودين فإن صدق الغنى فيه مما لا يساعده العرف، وثانياً بالحل وهو ان موضوع الغناء ليس مطلق الملك والمال حتى الملك أنا ما، بل الموضوع هو الملك القابل لرفع الحاجة والملك أنا ما فاقد لهذا الوصف.

### جواب السيد الخوي عن الإشكال الخاص في الكلي في الذمة

الوجه الثاني: ما افاده السيد الخوي (أعلى الله مقامه) في مصباح الفقاهة<sup>(١)</sup> من ان الكلي الذمي وان كان مملوكاً بملكية ذاتية الا انه صالح للتملك بملكية اعتبارية ببيع ونحوه، فالكلي الذمي وان لم يكن مملوكاً قبل البيع الا انه يصير مملوكاً فعلياً بنفس البيع اعتباراً واللازم في البيع ان يكون المبيع مملوكاً بملك اعتباري ولوبنفس البيع اما اشتراط كونه مملوكاً قبل البيع فلا دليل عليه.

والفرق بين الدين وبيع ما في الذمة ان الدين يكون قبل بيعه مملوكاً للبائع والكلي في الذمة ليس ملكاً لصاحب الذمة وانما له السلطنة عليه كسلطنته على افعاله، ولا فرق في صحة بيع ما في الذمة بين ان يكون الكلي مملوكاً قبل البيع كبيع الدين ممن هو عليه أو من غيره وبين ان يكون مملوكاً بالملكية الاعتبارية بنفس البيع.

وفي الحقيقة انه يحصل بالبيع امران: اتصاف الكلي بالملكية وصيرورته ملكاً للمشتري.

→

\* ويمكن أن يجاب: أما النقض فعدم الصدق في بيع الأبوين من جهة إسقاط الشارع ماليته. كأسقاط مالية الخمر، وأما بحسب العرف مع قطع النظر عن المنع الشرعي فمن ملك عموديه فله مال، ويمكنه بيعهما، كمن ملك الخمر.

أما الحل فلا شك في تقسيم الغني بالباقي والزائل، وهذا قرينة على عدم اشتراط البقاء في المعنى، وكذلك لا يشترط رفع الحاجة في صدق الغني، الغني هو ذوالمال الوافر، فمن ملك مالاً وبعد تملكه تلف بأفة سماوية مثلاً يصدق عليه أنه صار غنياً أنا ما ثم صار فقيراً. والنقض أنه بالنسبة إلى ملك ما في الذمة لا يصدق عليه الغني.

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٧.

### نقد السيد الخوئي

وفيه ان صيرورة البيع ملكاً بنفس البيع مستلزم لأمر محال وما لزم منه المحال فهو محال.

توضيح ذلك: ان الإشكال في بيع الكلي في الذمة من ناحيتين: احدهما من ناحية عدم كون الذمي ملكاً، والأخرى من ناحية عدم كونه مالاً.

اما من ناحية الملكية فبأنه اذا قلنا ان البيع عبارة عن تبديل المملوكين في الاضافة الملكية في باب الاملاك فلو توقف ملك المبيع على نفس البيع لزم ان يكون المتقدم متأخراً والمتأخر متقدماً.

بيان ذلك: ان البيع عند هذا المحقق<sup>(١)</sup> تبعاً لأستاذه المحقق النائيني<sup>(٢)</sup> عبارة عن تبديل المملوكين في الاضافة قبالة الارث الذي هو - عندهما - عبارة عن تبديل المالكين في الاضافة.

والاضافة اية اضافة كانت سواء كانت بإضافة المصرفية أو الاضافة الحقيقية أو الاضافة الملكية فهي دخيلة في حقيقة البيع والتبديل في الاضافة المصرفية كبيع سهم سبيل الله في الزكاة، فإن في الزكاة سهام، منها سهم سبيل الله وهو ليس ملكاً لشخص ولا لجهة معينة بقريضة لفظة في (وفي سبيل الله) في آية الصدقات<sup>(٣)</sup> الظاهرة في بيان المصرفية، كما ان لفظة اللام فيها

(١) مصباح الفقاهة: ٢٣ مع تفاوت بينهما وهو أن السيد الخوئي رحمته الله يعتبر القبول دخيلاً في مفهوم البيع لا بنحو الجزئية، بل بنحو الشرط المتأخر أو بنحو القضية الحينية. مصباح الفقاهة ٢: ٧٣، بخلاف شيخه الأستاذ فإنه يراه دخيلاً في عقد البيع لا في مفهوم البيع منية الطالب ١: ٣٦.

(٢) منية الطالب ١: ٤٠.

(٣) قال الله تعالى في كتابه: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ

ظاهرة في الملكية فإذا باع الحاكم الشرعي سهم سبيل الله فهو يبدل في  
الإضافة المصرفية.

والتبديل في الإضافة الحقية كبيع الأرض المحجرة فإن الأرض المحجرة  
ليست مملوكة وإنما هي متعلقة لحق التحجير والإضافة إضافة حقية وبيعها  
تبديل في الإضافة الحقية.

والتبديل في الإضافة الملكية كبيع الاملاك.

والبيع على هذا المبنى متأخر عن التبديل، والتبديل متأخر عن الطرف  
والطرف متأخر عن الإضافة ولو فرض تحقق الإضافة بنفس البيع لزم ان يكون  
متعلق ببيع متأخراً عن البيع أو لا اقل في رتبته وكلاهما محال.

وبهذا التحقيق قد ظهر الخلط في كلمات الاعلام فإن إشكال الاستحالة  
انما يرد على التعريف الفوق لا مطلقاً فإن البيع تارة يعرف بأنه اعطاء شيء  
بإزاء شيء لا مجاناً كما عليه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) فلا يرد  
عليه الإشكال.

وأخرى يعرف بأنه تبديل في طرف الإضافة، فيرد عليه انه مستلزم لاجتماع  
المتقابلين فإن الإضافة وطرفها مقومتان للبيع والمتقدم على البيع يستحيل  
ان يتحقق بنفس البيع ولا مفر منه الا ان يقال إن هنا ضرورتين، الضرورة  
الأولى: ثبوت بيع الكلي في الذمة عرفاً وشرعاً، الضرورة الثانية: دخل الإضافة

→

وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَإِنَّ السَّبِيلَ فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿سورة التوبة: الآية ٦٠﴾

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٦٦، التعليقة ٢٢.

في حقيقة البيع فيستكشف الملكية أنا ما قبل البيع من الجمع بين الضرورتين وزان كشف الملكية أنا ما في المعاطاة بمقتضى الجمع بين الأدلة بناء على ما هو المشهور من ان المعاطاة تفيد الإباحة ومن ناحية ثبت جريان الصلح والبيع والهبة والوقف في المعاطاة والجمع يقتضي الملكية أنا ما فيما يتوقف على الملك لكنه خروج عن الفرض فإن المفروض تحقق الملكية بنفس البيع لا قبله.

مضافاً إلى ان دلالة الاقتضاء على الملكية أنا ما قبل البيع تجري فيها ما سيأتي من الإشكالات على الملكية أنا ما في المعاطاة.

منها: ان الملكية أنا ما بدلالة الاقتضاء ليست أمراً عقلياً ولا تعد دلالة الاقتضاء على الملكية عندهم من الأسباب العقلانية.

فتحصل مما ذكرنا ان قياس الكلي الذمي بالفسخ الفعلي - كما عن بعض أهل الدقة والنظر - مردود بما تقدم من الإشكالات، واتصاف الكلي بالملكية بنفس البيع - كما عن بعض أهل التحقيق - مردود أيضاً بكونه مستلزماً للمحال.

وما هو القابل للتصور والتعقل هو دلالة الاقتضاء على الملكية أنا ما قبل البيع بملاحظة الجمع بين الأدلة لكنه يكون مبتلياً بإشكال آخر.

واما الإشكال على الكلي الذمي من ناحية المالية فهو قابل للدفع فإن الكلي بإضافته إلى الذمة يعدّ من الأموال عرفاً، فإن ذمم الأشخاص مما يتنافس به العقلاء.

والمفروض ان الكلي في بيع الكلي الذمي كبيع مئة من الحنطة بالذمة، قد أُضيف إلى الذمة لكنه لا بالبيع بل في الرتبة السابقة على البيع، وهذا المقدار

من الاضافة يكفي في تحقق المالية، فإن المال هو الموجود الخارجي، سواء كان جزئياً أو كلياً في المعين أو الكسر المشاع أو الكلي في الذمة.  
وما لا يعد مالا ولا يتنافس فيه العقلاء، انما هو الكلي من دون الاضافة إلى الذمة.

فتحصل مما ذكرنا ان الإشكال على الكلي الذمي من ناحية المالية وان كان قابلاً للدفع لكنه من ناحية الملكية غير قابل للدفع، الا ان يقال بعدم اعتبار الملكية في البيع، وسيأتي ان شاء الله تعالى تحقيق المباني في حقيقة البيع.

### حكم العوض

قال الشيخ (أعلى الله مقامه): واما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة.  
ان عوض البيع اما ان يكون عيناً أو منفعة أو عملاً - كعمل المملوك وعمل الحر - أو حقاً.

والعوض العيني على أقسام: شخصي، وكلي في الذمة، وكلي في المعين وكسر مشاع.

لا إشكال في جواز كون العوض عيناً وان كان بعض أقسامه كالكلي في الذمة والكلي في المعين والكسر المشاع تجرى فيه الإشكالات<sup>(١)</sup> المتقدمة

(١) ملخص تلك الإشكالات: ان الكلي الذمي فيه اشكالان اشكال عام لمطلق الكلي في الذمة ولو كان ديناً، وهو ان الملكية عرض محتاج إلى محل موجود والمعروض وهو الكلي في الذمة ليس بموجود.

واشكال خاص لخصوص الكلي الذمي الذي يتحقق بنفس البيع وهو ان البيع عبارة عن التبديل في اضافة الملكية فالبيع متوقف على ملكية المبيع إذ لا بيع الا في ملك، ولو توقفت ملكية





المبيع على البيع لزم ان يكون المتقدم متأخراً والمتأخر متقدماً. واجابوا عن الإشكال العام بوجهين، احدهما: ما عن المحقق التراقي بتوضيح من المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامهما من ان البيع عبارة عن نقل الملك لا التملك والنقل ليس بعرض فما هو فعلي ليس بعرض وما هو عرض ليس بفعلي.

والآخر ما افاده السيد الفقيه (أعلى الله مقامه) واختاره شيخنا الأستاذ (دام ظله) من ان الملكية ليست بعرض، بل هي امر اعتباري فيمكن ان يكون محلها أيضاً اعتبارياً، والعقلاء يعتبرون كلياً في الذمة ثم يعتبرون الملكية لهذا المحل الاعتباري، واما الإشكال الخاص وهو لزوم اجتماع المتقابلين فقد أُجيب عنه بوجهين، أحدهما: عن السيد الخونساري، والآخر عن السيد الخوئي لكن شيخنا الأستاذ التزم ببقاء الاستحالة في ناحية الملكية بناء على اعتبار الملكية في البيع وانما تندفع الاستحالة في ناحية المالية فقط.

وفي الكلي في المعين أيضاً اشكالان: اشكال عام وهو ان الكلي بوصف الكلية ليس قابلاً للوجود فلا يكون موضوعاً للملكية وما هو الموجود خارجاً ليس بموضوع فما هو الموضوع ليس بموجود، وما هو الموجود ليس بموضوع.

واشكال خاص تعرض إليه السيد الفقيه الخونساري في جامع المدارك (٢: ٢٣) وهو ان الكلي في المعين مآله إلى الجمع بين النقيضين أي الجمع بين السالبة الكلية والموجبة الجزئية، فإن خصوصية هذا وذاك مسلوبة في الكلي في المعين ومن ناحية ان صاعاً من هذه الصبرة ملك له على نحو الموجبة الجزئية، والسلب الكلي مع الايجاب الجزئي متناقضان.

واجابوا عن الإشكال العام بوجه ثلاثة وقد تقدمت، ثالثها ما اختاره شيخنا الأستاذ (دام ظله) من ان الإشكال على الكلي في المعين لا يمكن دفعه عقلاً ولا بنحو الاعتبار العقلائي، بل يندفع بالحقيقة العرفية فان الكلي في المعين وان كان غير موجود بالدقة العقلية لكنه موجود بالحقيقة العرفية، والمعيار في موضوعات الأحكام العرفية والشريعة على الحقيقة العرفية لا الدقي العقلي، كما ان به يندفع اشكال المتناقضين فإن الموضوع في السلب الكلي هو الاشخاص بالدقة العقلية وفي الموجبة الجزئية هو الكلي بالحقيقة العرفية فالكلي موجود عرفاً وغير موجود عقلاً.

وفي الكسر المشاع اشكال واحد وهو انه يلزم فيه اجتماع المتعين مع غير المتعين فإن الوجود مساوق للمتعين، والموجود بنحو الاشاعة معناه المتعين بنحو غير المتعين واجابه شيخنا

في المبيع الكلي من حيث الكلية والجواب هو الجواب .  
 اما اذا كان العوض منفعة أو عمل حر أو من الحقوق .  
 فقد تعرض إليه الشيخ (أعلى الله مقامه) في مقامات ثلاثة:  
 المقام الأول: ان يكون العوض منفعة .  
 المقام الثاني: ان يكون عمل حر .  
 المقام الثالث: ان يكون من الحقوق .

### جعل المنفعة عوضاً

اما المقام الأول فقال الشيخ (أعلى الله مقامه) <sup>(١)</sup>: لا إشكال في جواز كونه منفعة كما في غير موضع من القواعد <sup>(٢)</sup> وعن التذكرة <sup>(٣)</sup> وجامع المقاصد <sup>(٤)</sup> ولا

→  
 الأستاذ (دام ظله) بما اجابه عن الكلي في المعين بأن المدار في موضوعات الأحكام العرفية والشرعية على الحقيقة العرفية فيقال في الكسر المشاع انه موجود بالحقيقة العرفية لا انه موجود اعتباري ظرفه الخارج أو موجود دقي عقلي كوجود الاضافة بوجود المضاف حتى يتوجه عليه الإشكال .

وهذه الإشكالات بعينها تجري في ناحية الثمن الكلي بأقسامه والجواب هو الجواب مع بقاء الإشكال بحاله في بعض الأقسام، ولنا تعليقات تقدمت في المبيع الكلي فراجع فإنها لا تخلو من الفائدة .

(١) المكاسب ٣: ٨ .

(٢) القواعد ١: ١٣٦ و ٢٢٥ .

(٣) تذكرة الفقهاء ١١: ٣٣٦ قال في ثمن السلم: رأس المال منفعة عبد أو دار مدة معينة صح وكان تسليم تلك المنفعة بتسليم العين .

(٤) جامع المقاصد ٧: ١٠٣ .

يبعد عدم الخلاف فيه نعم نسب<sup>(١)</sup> إلى بعض الاعيان<sup>(٢)</sup> الخلاف فيه .  
وقال صاحب الجواهر (أعلى الله مقامه): اما الثمن فالظاهر من اطلاق الادلة  
والفتاوى ما صرح به في المصاييح من انه مطلق المقابل فيدخل فيه الشخصي  
والكلي والعين والمنفعة - إلى ان قال - وعن بعض المتأخرين اعتبار عينية  
العوضين .  
وظهر أنّ في المسألة قولين، احدهما: الجواز وهو المعروف وادعى نفي  
الخلاف فيه .

والآخر: عدم الجواز وهو المنسوب إلى بعض الاعيان .

### إشكالات على جعل المنفعة ثمناً

وقد استشكل على مسلك المعروف بإشكالات:

الإشكال الأول: انهم - رضوان الله تعالى عليهم - قالوا: ان البيع لنقل الاعيان  
والاعيان اعم من الثمن والمثمن .  
وفيه<sup>(٣)</sup> ان مرادهم من الاعيان هو المعوض نظير قولهم: الاجارة لنقل  
المنافع، فإنه لا ريب أنّ مرادهم من المنافع هو المعوض فكذلك يقال في البيع  
لنقل الاعيان بقرينة المقابلة .

(١) نسبة الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرحه على بيع القواعد: ٤٨ .

(٢) هو الوحيد البهبهاني في رسالته الفارسية الموسومة بأداب التجارة: ٢٥ .

(٣) والأصل في هذا الإشكال هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرح القواعد، قال: ومنع بعض  
الاعيان ناش من قول بعض الفقهاء انه موضوع لنقل الاعيان وليس الا نظير قولهم: الاجارة  
موضوعة لنقل المنافع شرح القواعد: ٤٨ . واختاره صاحب الجواهر (٢٢: ٢٠٩) والشيخ الاعظم

الإشكال الثاني:<sup>(١)</sup> ان المنفعة معدومة حال البيع والمعدوم لا يقبل التملك.

وفيه انه يكفي في اعتبار ملكية المعدوم قابليته للوجود والمنافع كسكنى الدار وركوب الدابة وان كانت معدومة بالفعل لكنها موجودة بالقوة وهذا المقدار من الوجود هو المصحح للاعتبار ولذلك ترى العقلاء يعتبرون ملكية فعلية بالنسبة إلى شيء معدوم بالفعل وموجود في المستقبل. وقد تقدم<sup>(٢)</sup> البحث في ذلك.

الإشكال الثالث: ان المتعارف من البيع بين الناس هي المبادلة بين العينين فتتصرف ادلة البيع إلى ما هو المتداول بينهم، وهو ما اذا كان الثمن من الاعيان كالدراهم والدينارين.

وهذا الوجه ممنوع كبروياً وصغروبياً.

اما من حيث الكبرى فبما تقدم في البحث مع المحقق النائيني (أعلى الله مقامه) من ان تعارف الوجود لا يوجب الانصراف، بل الضابط في الانصراف هو التشكيك في الصدق بالظهور والخفاء كصدق ما لا يؤكل على الانسان وعلى غيره من الحيوانات غير ما كور اللحم، فإن الانسان يعدّ من مصاديقه لغة لكنه منصرف عنه عرفاً.

(١) كما ذكره بعض العامة وهو ظاهر الشهيد في قواعده قائلاً: ان مورد الاجارة العين لاستيفاء المنفعة لان المنافع معدومة. انظر حاشية الاصفهاني ١٥:١.

(٢) تقدم في المبيع الكلي وان كان المناسب ذكره فيما اذا كان المبيع منفعة فإن فيه بحث ثبوتي وإثباتي لكن شيخنا الأستاذ (دام ظله) اكتفى هناك بالبحث الإثباتي وأوكل البحث الثبوتي أي استحالة التملك المعدوم إلى المبيع الكلي.

واما من حيث الصغرى فإن جعل الثمن من المنافع ليس امراً نادراً عندهم حتى يوجب الانصراف كموارد بيع المتاع بإزاء خدمة العبد أو عمل الحر أو سكنى الدار وغيرها من المنافع.

### إشكال بعض المدققين بأن المنفعة غير قابلة للمملوكية

الإشكال الرابع ما عن بعض المدققين - على ما نقله المحقق الاصفهاني في كتاب الاجارة<sup>(١)</sup> - من ان المنفعة غير قابلة للمملوكية، فإن منفعة الدار سكنها وهي من اعراض الساكن لا من اعراض الدار، وعرض الساكن لو كان مملوكاً لكان لموضوعه لا لغيره ومتى لم يملكه الموجر فكيف يملكه المستأجر؟ وتبعه في ذلك بعض الاجلة (أعلى الله مقامه)<sup>(٢)</sup>.

وبعبارة أخرى: ان المنفعة كسكنى الدار عرض قائم بالمستأجر ومن الصفات المتعلقة به واجنبية عن المالك فكيف يملكها وينقلها اليه؟

(١) بحوث في الفقه كتاب الاجارة: ٤.

(٢) افاد السيد الميلاني أعلى الله مقامه (محاضرات في فقه الامامية كتاب البيع ١: ١٨) في توضيح الإشكال ان المنفعة عبارة عن قابلية العين لان ينتفع بها وذلك أمر ذاتي فانها حيثية الاعداد والسببية لحصول النفع للمنتفع وليس هنالك في قبالة العين مال يجعل عوضاً في الشراء، واما ما يتداول في اللسن من ان السكنى والركوب منفعة الدار والدابة فذلك مما لا اصل له ضرورة انهما عرضان يقومان بموضوعهما وهو البايع في المقام والمستأجر في باب الاجارة ولا معنى لكونهما مالا للمشتري أو الموجر.

والحاصل انه لا يصح جعل المنفعة عوضاً فإن الذي يوصف بها في اللسن لا يملكه المشتري، والقابلية للانتفاع أمر ذاتي مملوك بتبع العين لا يعقل تملكه منحازاً عن تملك العين.

### جواب السيد الميلاني عن الإشكال

وأجيب عن الإشكال - في باب البيع والاجارة - بطريقتين<sup>(١)</sup>:

الطريق الأول: ما افاده السيد الميلاني (أعلى الله مقامه)<sup>(٢)</sup> من ان الإشكال انما يتم اذا كانت الاجارة هي تملك المنفعة فيتوجه عليه بان المنفعة لا تقبل الملكية لكن الحق ان الاجارة قد تعلقت بالعين يقال أجرتك الدار وحقيقة الاجارة عبارة عن السلطنة على العين للانتفاع بها<sup>(٣)</sup> وهذا التمكين والتسليط على العين بدل عن المتاع في البيع وتقع بإزائه الأجرة في الاجارة فاندفع الإشكال في البابين.

### نقد السيد الميلاني

يرد عليه أولاً بالنقض بما اذا قال الموجز: ملكتك منفعة الدار فإنه اجارة بضرورة فقهية لا عقد آخر، وكذلك اذا قال: اكرتتك منفعة الدار.

(١) هنا طريق ثالث نقله الاصفهاني (كتاب الاجارة: ٤) عن بعض المدققين وهوان الاجارة تملك العين في جهة خاصة في مدة مخصوصة في مقابل البيع الذي هو تملك العين من جميع الجهات من دون تقيدها بجهة ولا بمدة وتبعه في ذلك بعض الاجلة.

(٢) محاضرات في فقه الامامية كتاب البيع ١: ١٨. وعن السيد الفقيه (العروة الوثقى ٥: ٧ كتاب الاجارة): يمكن ان يقال ان حقيقتها التسليط على عين للانتفاع بها بعوض وناقشه النائيني والعراقي في الهامش بعدم اطراده إذ لا يعم اجارة الاعمال الكلية في ذمة الاحرار.

(٣) وناقش فيه سيدنا الأستاذ السيد الخوئي في كتاب الاجارة (مستند العروة: ١٥) بان التسليط من آثار الاجارة والأحكام المترتبة عليها بعد انعقادها حيث يجب على الموجز تسليم العين للمستأجر لينتفع بها وفيه انه تسليط خارجي متفرع على التسليط الاعتباري ومراد القائل من التسليط في تعريف الاجارة هو التسليط الاعتباري لا الخارجي.

وثانياً: بأن ما أفيد خلط بين الاجارة والعارية فإنه لا ترديد ان المستأجر في الاجارة يملك المنفعة لانه يملك مجرد الانتفاع.

هذا بخلاف العارية فإن المستعير فيها يملك مجرد الانتفاع فيعود المحذور لان الإشكال انما يندفع لو كانت ثمرة الاجارة هي ملكية الانتفاع فقط لا المنفعة.

والشاهد على ان الثمرة هي المنفعة لا الانتفاع هو مسألة الارث فإنه اذا مات المستأجر تورث المنفعة إلى ورثته.

### جواب المحقق الاصفهاني عن الإشكال

الطريق الثاني<sup>(١)</sup> - وهو الحق في الجواب - ما افاده المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه)<sup>(٢)</sup>، واختاره بعض الأعاضم في مستند العروة من ان سكنى الدار وركوب الدابة وغيرها من المنافع وهي من الأمور ذات الإضافة ولها طرفان. أحد الطرفين هو الساكن والراكب والطرف الآخر هو المسكون والمركوب

(١) اختاره سيدنا الأستاذ السيد الخوئي أعلى الله مقامه في اجارة مستند العروة (ص ١٥) وسيدنا الأستاذ الطباطبائي القمي في مباني منهاج الصالحين (٨: ٣٠٠).

(٢) بحوث في الفقه كتاب الاجارة: ٥، وهذا نص كلامه تعرضنا له لما فيه من الفائدة: ان سكنى الدار كما هو مبدأ لعنوان الساكنة المنتزعة من ذات الساكن كذلك هو مبدأ لعنوان المسكونة المنتزعة من الدار كما في كل عنوانين متضايقين فما هو من شؤون الدار وحيثياتها الموجودة بوجودها حتى حيثية المسكونة لا حيثية الساكنة التي هي من اعراض المستأجر، غاية الأمر ان حيثية المسكونة وجودها بوجود الدار على حد وجود المقبول بوجود القابل، وفعليتها بفعلية مضايقتها القائم بالمستأجر في مقام الاستيفاء وشؤون العين قابلة لعروض الملكية لها كنفس العين.

وفي التزوين بالحلي هو المتميزين والمتميزين به والحيثية القائمة بالسائكن والراكب غير الحيثية القائمة بالعين، ومتعلق التمليك في باب البيع والاجارة هو حيث المسكونية والمركوبية وهي قائمة بالعين لا بالسائكن والراكب.

وبعبارة أخرى ان الدار مثلاً بما هي من الجواهر ولها عرض قائم بها وهي حيث المسكونية وهي المتعلقة للتمليك في البيع والاجارة. وان شئت فقل ان سكناً الدار لها حيثتان حيثية المسكونية وحيثية السائكنية. والأولى قائمة بالعين وزمامها بيد مالكها، والثانية قائمة بالمستأجر.

هنا نكتة ظريفة ينبغي الالتفات إليها وبشي ان المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) بعد حله الإشكال بهذا الطريق اجابه بطريق ادق منه.

بقوله مع انه يمكن ان يقال <sup>(١)</sup> ان حقيقة السكناً المبدئي وان كانت عين الكون في الدار وهو عرض لذات الكائن لا للدار الا ان هذا العرض حيث ان له نسبة إلى الدار يكون زمام امره بيد المالك، لا نعني بالملكية الا ذلك. يرد على الوجه الثاني، أولاً: أن لازمه أن يكون لصاحب الدار أملاكاً ثلاثة العين وحيثية مسكونيتها وطبيعي السكناً من حيث نسبتها إلى العين لا من حيث عرضيتها لذات السائكن.

وثانياً: أن النسبة الخارجية إما حيثية تقييدية للملكية وهي معنى حرفي لا يكون محكوماً عليه بالملكية، والحكم عليها بالملكية مستلزم لانقلابها عن

(١) والفرق بين الوجهين ان المملوك على الوجه الأول هي المسكونية وهي عنوان انتزاعي، وعلى الوجه الثاني هو السكناً الذي هو مبدأ لانتزاع عنوان المسكونية من الدار وانتزاع عنوان السائكنية من المستأجر والسكناً عبارة عن الكون في الدار وهو عرض لذات الكائن لا للدار الا ان هذا العرض له نسبة إلى الدار وبهذه النسبة يصحح كونه مملوكاً.



الحرفية إلى الاسمية، وإما حيثية تعليلية والمملوك هو السكنى القائم بالساكن ففيه أن ملكية العرض القائم بالغير مخالف للأصل، فتحتاج إلى سبب، والأسباب المملكة في الشريعة معينة، وليست مطلق النسبة منها.

### في جعل عمل الحر عوضاً في البيع

قال الشيخ (أعلى الله مقامه)<sup>(١)</sup>: (و اما عمل الحر فإن قلنا: انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا إشكال وإلا ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة، كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح). يقع الكلام أولاً حول كلام الشيخ (أعلى الله مقامه) وثانياً فيما يقتضي التحقيق في المسألة.

ولا يخفى ان عمل الحرواين كان من صغريات المنفعة وقد تقدم البحث فيها الا ان الشيخ استدركه وافرده بالذكر لشبهة مختصة به دون سائر المنافع وهي ان عمل الحر قبل المعاوضة عليه هل يعد من الاموال أو لا؟

افاد الشيخ (أعلى الله مقامه) في بيان الشبهة ان عمل الحر قبل المعاوضة عليه إن قلنا انه من الاموال فلا إشكال في وقوعه عوضاً في البيع فإنه مال كما هو المفروض والبيع مبادلة مال بمال فيشملة قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٢)</sup> وأما اذا لم نقل بذلك فيتوجه عليه إشكال من ناحية الشبهة المفهومية في البيع لاحتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة).

(١) المكاسب ٣: ٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

ومنشأ هذا الاحتمال كلام الفيومي في مصباح المنير<sup>(١)</sup> من ان الاصل في البيع: مبادلة مال بمال، فإن ظاهره اعتبار المالية الفعلية في العوضين قبل المبادلة.

واما وجه الاحتمال - مع هذا الظهور - فلعله ناظر الى انه لم يحرز من قول اللغوي تقوم البيع بالمالية الفعلية، بل غايته انه يوجب الاحتمال. وعمل الحرثارة يلاحظ بعد وقوع المعاوضة عليه كما اذا استأجره لبنانية داره أو لخياطة ثوبه ثم جعله عوضاً في البيع، وأخرى يلاحظ قبل المعاوضة عليه.

وعلى الأثر يصح جعله عوضاً في البيع لانه مال بلا إشكال، بل هذا الفرض مما قام الاتفاق على ماليته ولعله، لذلك لم يتعرض إليه الشيخ (أعلى الله مقامه).

وعلى الثاني يكون مورداً للإشكال لان عمل الحر قبل المعاوضة عليه ليس بمال أو لا اقل انه مشكوك فيه فلا يشمل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٢)</sup> لكونه من الشبهة المفهومية في صدق البيع.

اما التحقيق في المسألة فإنه قد حصر الشيخ (أعلى الله مقامه) الإشكال بالشبهة في مفهوم البيع.

لكن الحق ان في عمل الحر قبل المعاوضة إشكالات ثلاثة:

(١) مصباح المنير: ٨٧ مادة بيع.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

## الإشكالات الثلاثة على جعل عمل الحر عوضاً

الإشكال الأول: ان عمل الحر أمر معدوم، والمالية وصف وجودي وكيف يعقل ان يقوم الأمر الوجودي على المعدوم.

## إشكال الشيخ باندراج المقام في الشبهة المفهومية

الإشكال الثاني: ما ذكره الشيخ الاعظم من الشبهة المفهومية في البيع لاحتمال دخل مالية العريزين - قبل المعاوضة - في مفهوم البيع.

الإشكال الثالث: ان عمل الحر وإن فرض كونه مالاً لكنه ليس بملك قبل المعاوضة عنده ويعتبر في البيع ان يكون التبدل في الاضافة المنهية.

وبعبارة أخرى ان مناط الإشكال في عمل الحر من ناحيتين:

الناحية الأولى من حيث المالية، والناحية الثانية من حيث الملكية، وعمل الحر قبل المعاوضة عليه ليس بمال ولا معاملة.

والنسبة بين المال والملك عموم من وجه فإنه قد يكرن شيء ما لاً

(١) يمكن ان يقال: ان النسبة بينهما عموم من وجه بملاحظة الاعتبار العقلاني مع غض النظر عن الشريعة كما هو ظاهر كلام الأخوند حيث قال: من الاعتبارات العقلانية. (حاشية كتاب المكاسب: ٣).

واما بلحاظ الشريعة فليس في الشرع مال بلا مالك قال صاحب الجواهر في بحث الوقف (٢٨: ٩٠) ليس في الشرع مال بلا مالك. وعن شيخنا الأستاذ (دام ظله) في مبحث احياء الموات أن الارض كلها ملك للامام عليه السلام بالملكية الاعتبارية. وقد يقال (كتاب البيع ٣: ٨٧) ان المباحات كالكنوز والمعادن اموال بلا مالك. وفي المعادن أقوال ثلاثة:

١- انها من الانفال مطلقاً.

٢- ليست منها مطلقاً.

وليس بملك كالمباحات الاصلية فإنها مال لوقوعها مورداً لتنافس العقلاء وكونها قابلة ان يبذل بإزائها، وقد يكون ملكاً وليس بمال كحبة من الحنطة فإنها ملك لصاحبها وليست بمال إذ لا يبذل بإزائها شيء وقد يجتمعان.

وفي ناحية المالية إشكالان: الإشكال الأول ان المالية من العناوين الانتزاعية تنتزع من ذات المال وتوجد بوجوده كسائر الامور الانتزاعية القائمة بمنشأ انتزاعها كقيام الأبوة بالاب والفوقية بالفوق قبال الاعراض المتأصلة كالسواد القائم بالجدار.

وإذا كانت المالية أمراً انتزاعياً وجودياً فإنه كيف يعقل أن ينتزع من عمل الحر الذي هو أمر معدوم قبل وقوع المعاوضة عليه.

### نقد الشيخ

يرد عليه بما تقدم منا حول الإشكالات على الكلي في الذمة من ان الأمور الانتزاعية على قسمين: الأمر الانتزاعي الاصيل - وهو الذي له وجود تأصلي كالفوقية والتحتية - والأمر الانتزاعي الاعتباري كالمالية والملكية.

اما القسم الأول فإنه يستحيل فيه ان يكون الأمر الانتزاعي موجوداً ومنشأ انتزاعه معدوماً كانتزاع الفوقية من أمر معدوم لأن الموجود الانتزاعي بوجوده تأصلي لا بد له من محل موجود خارجي.

→

٣ - أنها منها ان استخرجت من ارض الانفال.

وقال السيد الفقيه (العروة الوثقى ٦: ٣٤٧ في لواحق الوقف) ان المال بلا مالك لا مانع منه كما في المال المعرض عنه قبل ان يتملكه أحد فإنه مال ولا مالك له بعد الاعراض.

أما القسم الثاني فحيث انه أمر انتزاعي اعتباري لا محذور ان يكون منشأه أيضاً أمراً اعتبارياً وان كان معدوماً خارجاً إذ لم يقم برهان على لزوم تقويم الأمر الاعتباري بأمر موجود خارجي.

والمالية من هذا القسم فإنها من الحثيات الانتزاعية الوجودية الاعتبارية فلا محذور أن يكون عمل الحر- الذي هو معدوم بالفعل - منشأً لانتزاع المالية في وعاء الاعتبار فإن الاعتبار سهل المؤنة.

والإشكال الثاني ما اشار اليه الشيخ (أعلى الله مقامه) من احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة ومنشأ هذا الاحتمال كلام مصباح اللغة من ان البيع مبادلة مال بمال، فإنه يدل على الاعتبار ويكون منشأً للاحتمال.

ومن ناحية ان عمل الحر قبل المعاوضة عليه ليس بمال فيندرج البيع فيما اذا كان المبيع يازاء عمل الحرفي الشبهة المفهومية.

وهذا الإشكال مشتمل على بحث كبروي وهو انه هل يعتبر في البيع مالية العوضين أو لا؟

وعلى تقدير الاعتبار هل تعتبر المالية قبل وقوع البيع أو انه يكفي في اعتبارها تحققها بنفس البيع.

وبحث صغروي وهو ان عمل الحر قبل المعاوضة هل يعد من الاموال أو لا؟ والإشكال ممنوع كبرئ وصغري، اما البحث الكبروي فإن غاية ما يقال في وجه ذلك قول اهل اللغة كالمصباح المنير وغيره من ان البيع مبادلة مال بمال، وهو بظاهره يدل على اعتبار المالية أولاً وتقدم المالية على البيع ثانياً.

## الجواب عن الإشكالات الثلاثة

يرد عليه أولاً أن هذا الوجه انما يتم لو قلنا باعتبار المالية عرفاً فإن في هذا الفرض مجال للاستدلال بقول اللغوي بدعوى ان اللغوي انما يكون بصدد بيان المعاني العرفية.

واما اذا قلنا باعتبار المالية شرعاً - كدعوى انصراف ادلة البيع عن موارد غير المالية - فلا مجال لهذا الاستدلال.

وثانياً: انه على تقدير اعتبار المالية عرفاً فإنما يتم الاستدلال بقول اللغوي إذا كان أهل اللغة بصدد بيان المعاني الحقيقية العرفية؛ ولكنه بعيد عن الحق لانهم بصدد بيان موارد الاستعمال فقط<sup>(١)</sup>.

(١) اختاره المحقق العراقي (نهاية الأفكار ٣: ٩٤) قال: مضافاً إلى ان دأب اللغويين ليس الا ببيان موارد الاستعمالات لا ببيان المعنى الموضوع له. تبعاً لشيخه الآخوند (كفاية المشكيني ٣: ٢٢٨). وقال سيدنا الأستاذ السيد الخوئي (مصباح الأصول ٢: ١٣٢): لا يصح الرجوع إلى كتب اللغة لانها لم توضع لبيان الموضوع له بل لبيان ما يستعمل فيه اللفظ حقيقة كان أو مجازاً والا لزم كون جميع الالفاظ المستعملة في اللغة العربية الا النادر مشتركاً لفظياً؛ لأن اللغويين يذكرون لللفظ واحدٍ معانٍ كثيرة وهو مقطوع البطلان.

وعن المحقق الثاني في جامع المقاصد ان كتب اللغة تجمع بين الحقيقة والمجاز... لأن رأيهم جمع المعاني التي استعمل فيها ولا يلتزمون بالفرق بين الحقيقة والمجاز. وعن المدارك ان دأب أهل اللغة جمع المعاني التي استعمل فيها اللفظ، سواء كان حقيقة أو مجازاً. مفاتيح الأصول: ٦٥.

هذا، ولكن ذهب شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدورة الثانية من الأصول مبحث حجية قول اللغوي في الدرس (١٣٧٦/٧/٢٠) إلى ان ما ذكره الآخوند وتبعه بعض الاعلام من ان هم اللغوي ضبط موارد الاستعمال ليس في محله لانه يظهر لمن تتبع في كلماتهم ان دأبهم وهمهم على تعيين المعنى الحقيقي، والشاهد على ذلك ان بعضهم كالقاموس يذكر المعنى الحقيقي في

والاستعمال اعم من الحقيقة والمجاز، والاختصاص لا يثبت بالاعم؛ ولذلك ذكر اعيان الفقهاء كالمحقق<sup>(١)</sup> وغيره ان اللازم في اثبات الموضوع له تصريح اهل اللغة بالمعنى الحقيقي كتصريحهم بان هذا معنى حقيقي وذلك معنى مجازي. مضافا إلى انه لو فرضنا ان اهل اللغة بصدد بيان المعنى الحقيقي أو انهم صرحوا بالمعنى الحقيقي ففي حجية قولهم وجوه واقوال: الحجية مطلقاً والحجية على تقدير التعدد والعدالة من باب الشهادة أو الاخبار عن الموضوعات لمعتبرة مسعدة بن صدقة: «الاشياء كلها على هذا حتى تستبين أو تقوم به البينة»<sup>(٢)</sup> والحجية على تقدير الوثاقة كما هو المختار وتحقيق البحث موكل إلى محله<sup>(٣)</sup>.

→

بدو كلامه ثم يتعرض موارد الاستعمال كما قيل، وبعضهم كتاج العروس وغيره ذكر مقدمات يستكشف منها ان شأنهم على اثبات المعنى الحقيقي.

(١) انظر معارج الأصول (ص ٥٠)، فإنه ذكر علامات ستة للحقيقة والمجاز واختار منها اثنان - وتنظر في الباقي - وهما تنصيب اهل اللغة بأن يقولوا هذا حقيقة وذلك مجاز، وانسباق المعنى إلى اذهانهم عند سماع اللفظ من دون قرينة.

(٢) الوسائل ١٢ ب ٤ مما يكتسب به الحديث ٤. وفيه: حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة.

(٣) ما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الأصول - بتلخيص منا - هو أن في حجية قول اللغوي في الموضوعات - عمدة - مبنيين:

المبنى الأول: أن قول اللغوي حجة من باب خبر الثقة.

وفيه أولاً: ان خبره مردد بين الحس والحدس، والخبر المردد بين الحس والحدس وان كان يحمل على الحسن بأصالة الحس عقلاء، ولكن في قول اللغوي خصوصية لا تحمل بهذه الخصوصية على الحس وهي انهم يستشهدون في اثبات المعاني بشواهد من الآيات والاخبار والآثار وقواعد الادب وبهذا الوصف لا يبقى مجال لجريان اصالة الحس.

وثانياً أنه لم تثبت عدالة لغوي ولا وثاقته فإنهم على طائفتين بصريون وكوفيون، والبصريون



إمامهم محمد بن الحسن بن دريد الأزدي وهو مضافاً إلى عدم وثاقته منهم بشرب الخمر بتسعين سنة، بل قالوا انه طرأ عليه لقلقة اللسان من كثرة شرب الخمر، والكوفيون امامهم علي بن حمزة الكسائي وهو مضافاً إلى عدم وثاقته منهم بشرب الخمر والغلمان. واما استدلالنا بشرب الخمر فلقولته تعالى ﴿لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (سورة النساء: الآية ٥). منضماً إلى ما ورد في الصحيح.

وأي سفيه أسفه من شارب الخمر فانه اذا لم يعتمد في الاموال فكيف يعتمد عليه في الدين واستنباط الأحكام؟ واليك نص الحديث:

علي بن ابراهيم، قال حدثني ابي عن ابن ابي عمير، عن ابي بصير، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: شارب الخمر لا تصدقوه اذا حدث ولا تزوجوه اذا خطب - إلى ان قال - ولا تأتمنوه على امانة فمن ائتمننه على امانة فأهلكها فليس على الله ان يخلفه عليه ولا ان يأجره عليها لان الله يقول ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ وأي سفيه أسفه من شارب الخمر. تفسير البرهان ٣٤٢:١.

نعم، مثل الخليل بن احمد صاحب كتاب العين وان لم يكن له توثيق من القدماء لكن ذكره العلامة (أعلى الله مقامه) في القسم الأول - وهم الذين اعتمد العلامة على روايتهم أو رجح قبول قولهم - في الفصل السابع: ٦٧، قال: الخليل بن احمد كان افضل الناس في الادب وقوله حجة فيه واخترع علم العروض وفضله أشهر من ان يذكر، وكان امامي المذهب وعن ابن ادريس في السرائر: انه من كبراء أصحابنا المجتهدين. معجم رجال الحديث ٧: ٧٦.

وقال ابن داود - في القسم الأول - الخليل بن احمد شيخ الناس في علوم الأدب فضله وزهده اشهر من ان يخفى كان امامي المذهب. تنقيح المقال ٢٦: ١١ فالخليل معتمدنا في اللغة مع حفظ بقية الشرائط.

قال الرجالي الكبير المامقاني (١١: ٢٦) يدل على كونه امامي المذهب انه قيل له ما تقول في علي بن ابي طالب عليه السلام؟ فقال: ما اقول في حق امرئ كتمت مناقبه اولياؤه خوفاً واعدائه حسداً ثم ظهر من بين الكتمين ما ملأ الخافقين. وقيل له أيضاً ما الدليل على ان علياً عليه السلام امام الكل في الكل؟ قال: احتياج الكل اليه واستغناؤه عن الكل.

المعنى الثاني: ان قول اللغوي حجة لكونه من اهل الخبرة في اللغة. وفيه أولاً: ان الخبر لا بد ان يكون موثقاً وقد بينا آنفاً ان اهل اللغة لم تثبت وثاقتهم الا للخليل بن



### عدم اعتبار مالية العوضين في مفهوم البيع

والذي يقتضيه التحقيق انه لا يعتبر في مفهوم البيع مالية العوضين والدليل عليه صحة تقسيم البيع بما له من المفهوم إلى البيع العقلاني وغير العقلاني فإنه كما يصح تقسيم البيع - بلا عناية - إلى بيع الرشيد وبيع السفه كذلك يصح تقسيمه إلى البيع السفهي وغير السفهي، والمراد من البيع السفهي انه وان كان يقع مورداً لغرض الشخص الا انه ليس مورداً للاغراض النوعية العقلائية، كما اذا وجد ورقة مخطوطة بخط أحد اجداده عند شخص ولا فائدة فيها الا مجرد كونها ورقة جده فاشتراها بأعلى ثمن فإنه مورد لغرض الشخص لكنها مما لا يتنافس فيه العقلاء ولا مالية لها عندهم.

فالباع السفهي يبيع بمفهومه الحقيقي لكنه لا يرتب عليه الاثر عقلاء.

توضيح ذلك: ان تقسيم اللفظ بلحاظ معناه على نحوين، تقسيم بما له من المعنى الارتكازي كتقسيم الماء إلى القليل والكثير، وتقسيم بما استعمل فيه اللفظ كتقسيم الماء إلى المطلق والمضاف.

والفرق بين التقسيمين ان التقسيم الأول تقسيم ارتكازي تبادري من حاق اللفظ، والتقسيم الثاني تقسيم بلحاظ مرحلة الاستعمال، وتقسيم البيع إلى

→

احمد، على بعض المباني.

وثانياً: ان لا يكون مبناه في اللغة مخالفاً لمبنى المجتهد المراجع كالمبنى الباطل لابي اسحاق الاسفرائيني الذي انكر المجاز في لغة العرب والتزم ان المعاني كلها حقيقة، وكنج الدين السبكي الذي يقول: ان الاصل في الاستعمال الحقيقة، كالسيد المرتضى وابن زهرة من الخاصة.

البيع السفهي والعقلاني من القسم الأول فإن البيع بمفهومه الارتكازي العرفي ينقسم إلى هذين القسمين.

وعلى التنزل عما ذكرنا فإن غاية ما يستفاد من الدليل اعتبار مطلق المالية، سواء تحققت قبل المعاوضة أو بنفس المعاوضة، وأما اعتبار خصوص المالية قبل المعاوضة فلم يقدّم عليه دليل إلا أن يقال إن كلام المصباح المنير (مبادلة مال بمال) ظاهر في المالية الفعلية. هذا تمام التحقيق في مفهوم البيع وتحصل أنه بمفهومه الارتكازي حقيقة في الأعم.

### في انصراف ادلة البيع عن البيع السفهي

إلا أنه وقع الخلاف في أن ادلة نفوذ البيع كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> هل هي مطلقة تشمل البيع السفهائي أو منصرفه عنه، فإن دائرة الامضاء قد تكون أضيق مما تعلق به الإمضاء كما في حجية الخبر، حيث إن السيرة قائمة على حجية خبر الثقة أو الموثوق به إلا أنه قد ادعى<sup>(٢)</sup> اختصاص ادلة الامضاء شرعاً - كآية النبأ<sup>(٣)</sup> - بصورة خبر العادل وقد تكون أوسع من الممضى؛

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) وهذا هو خيرة المعارج: ١٤٩، والنهابة والتهديب والمبادئ وشرحه والمنية وكنز العرفان وشرح الدراية والمعامل والزبدة وفي المعالم ص ٤٢٧ أنه المشهور بين الأصحاب. راجع مقباس الهداية ٢: ٣٣.

(٣) سورة الحجرات: الآية ٦ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ واستدل بهذه الآية من وجوه عمدتها مفهوم الشرط.

وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) أولاً أن المراد من الفسق في الآية هو الفسق الخبري أي

لأن مقتضى الأدلة الامضائية حجية الخبر الصحيح والموثق، والحسن<sup>(١)</sup> وأريد بالحسن خبر الإمامي الممدوح الذي لم يظهر فسقه ولا عدالته. وقد تكون مساوقة له من دون ان تكون اوسع منه ولا اضيق، وهذا هو المختار في بابي المعاملات وحجية الخبر.

### نظرية السيد الخوئي على أعمية ادلة البيع

وقد ذهب بعض الأعظم<sup>(٢)</sup> إلى أنّ البيع أعم من السفهي وغير السفهي لعدم الدليل على اعتبار المالية في مفهوم البيع، بل المناط في تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضة عليه.

والمعاملات السفهائية وان كانت باطلة عقلاء لكنها صحيحة شرعاً لاطلاق ادلة نفوذ المعاملات كإطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوه وهذا معنى أوسع ادلة الامضاء عن الممضى.

→

الكذب لا مطلق الفسق بقريئة التعليل ﴿أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ وثانياً ان مفهوم الشرط انما يتم لو كان الموضوع طبعي النبأ لا الفاسق ولا نبأ الفاسق، ولكن الظاهر ان الموضوع هو الفاسق ولا اقل من الاحتمال فتسقط الآية من الاستدلال.

(١) والمستفاد من كلمات سيدنا الأستاذ الخوئي أعلى الله مقامه ان مقتضى السيرة العقلائية حجية الخبر الحسن أيضاً حيث قال: ان العمدة في حجية الخبر هي السيرة ومقتضى السيرة حجية الصحيحة والحسنة والموثقة فإنها قائمة على العمل بهذه الاقسام الثلاثة فإذا بلغ أمر المولى إلى عبده بنقل عادل أو بنقل امامي ممدوح لم يظهر فسقه ولا عدالته أو بنقل ثقة غير امامي لا يكون العبد معذوراً في مخالفة أمر المولى في نظر العقلاء. مصباح الأصول ٢: مبحث حجية خبر الواحد، ص ٢٠٠.

والفاسد شرعاً إنما هو معاملة السفية؛ لأن السفية محجور شرعاً عن المعاملات لورود النص عليه<sup>(١)</sup>.

### نقد السيد الخوئي

ويرد عليه ان البيع وان كان اوسع مفهوماً الا ان البيع فيما لا مالية له ثمناً أو مثنماً سفهي لا يرتب عليه الاثر عقلاً.

وادلة نفوذ البيع امضائية لا تأسيسية وشأن الممضي بما انه رئيس العقلاء انما هو امضاء اعمال العقلاء لا تصحيح الاعمال السفهائية وترويجها ردعاً

(١) قال في الجواهر ٢٦: ٥٦: المنع من التصرفات المالية بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه، بل عن مجمع البرهان دعواه وهو الحجة بعد الاعتضاد بما دل عليه من كتاب وسنة.

وقال في ذيل كلام المحقق (الوصف الثاني الرشد) في المال بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه بل الكتاب والسنة دالة عليه أيضاً. الجواهر ٢٦: ٤٨.

والمراد من الكتاب كقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾. سورة النساء: الآية ٦ وقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّبِعُوا السَّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم﴾ سورة النساء: الآية ٥.

ومن السنة صحيح هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال انقطع يتم اليتيم بالاحتلام وهو اشده وان احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفياً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله. (الوسائل ١٣ ب ١ من الحجر الحديث ١ وفي ج ١٢: ب ١٤ من عقد البيع الحديث ٢)

وصحيح عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: وجازله كل شيء الا ان يكون ضعيفاً أو سفياً (الوسائل ١٢ ب ١٤ من عقد البيع الحديث ٣) وفي السند الحسن بن علي الوشاء قال شيخنا الأستاذ قول النجاشي: وكان من وجوه هذه الطائفة - وكان عيناً من عيون هذه الطائفة، ملازم لجلالته، وقال سيدنا الأستاذ في معجم رجال الحديث ٥: ٣٦ وكيف كان فلا ينبغي الربيب في جلالة الرجل ووثاقته. ومستند في ذلك قول النجاشي ووقوعه في اسناد تفسير علي بن ابراهيم.

لبنائهم فإن الردع شأن التأسيس لا شأن الامضاء وادلة النفوذ مع احتفافها بهذه القرينة الارتكازية المسماة بالقرينة المقامية تنصرف إلى تنفيذ البيوع العقلانية فقط ولا اقل من احتفافها بما يحتمل للقرينة الصالح للصارفية. ودعوى ان ادلة النفوذ امضائية بأصلها وتأسيسية باطلاقها انما تتم لولم يكن الاطلاق محفوفاً بتلك القرينة الارتكازية التي هي من القرائن اللبية المتصلة بالكلام.

وهذا البيان المذكور ضابط كلي سار في جميع المعاملات الامضائية. وتحصل مما ذكرنا ان المالية غير معتبرة في مفهوم البيع وانما تعتبر في نفوذه عقلاً وشرعاً.

وأما البحث الصغروي وهو أنّ عمل الحر قبل المعاوضة عليه هل يعد من الاموال أم لا؟

فالذي يقتضيه التحقيق ان عمل الحر على أقسام ولا بد ان يلاحظ كل واحد من أقسامه من حيث أحكامه.

فان الحر قد يكون كسوباً ومن اهل الحرفة والصناعة، وأخرى ليس له حرفة وصناعة.

وعلى التقديرين قد يلاحظ عمله بعد وقوع المعاوضة عليه وأخرى قبل المعاوضة.

اما عمل الحر بعد المعاوضة عليه فلا إشكال في كونه مالاً<sup>(١)</sup> ومملوكاً بل هو

(١) واستدل عليه - بعد الوفاق - بوجوه: منها انه يصح اطلاق ذي المال على المستأجر الذي ملك عمل الحر بالاجارة والصلح. منها انه يخرج المستأجر بعمل اجره عن عنوان الفقراء

مورد الوفاق ولعله لذلك لم يتعرض إليه الشيخ (أعلى الله مقامه) كما اشرنا إليه في توضيح كلامه.

### في مالية عمل الحر قبل المعاوضة

واما عمل الحر<sup>(١)</sup> قبل المعاوضة عليه فقد وقع الخلاف في كونه مالاً، ولكن الحق انه مال فإن المال عرفاً عبارة عما يبذل بإزائه شيء ويقع مورداً لرغبة العقلاء وتنافسهم وعمل الحر قبل المعاوضة يعد من الاموال العرفية لكونه مورداً لتنافس العقلاء ورغباتهم ولذلك يقع مورداً لعقد الاجارة والمصالحة فانهما تكشفان عن المالية وكذلك يقع مورداً للتضمين كما اذا أمر حرّاً على عمل فإن امره بذلك من المضمنات.

ولكن مع ذلك كله لا يصح جعله عوضاً في البيع.

والوجه في ذلك ان في عمل الحر قبل المعاوضة عليه إشكاليين:

→

ويعامل معه معاملة الاغنياء. منها ان اتلافه موجب للضمان. منها انه يجب على المستأجر المزبور حج البيت اذا كان عمل اجره وافياً بزياده وراحلته. وبهذه الأمور يستكشف صدق مفهوم المال على عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه.

(١) والفرق بين عمل الحر وعمل العبد قبل المعاوضة من وجهين، الوجه الأول: ان عمل العبد مال ومملوك لمولاه، بخلاف عمل الحر فإنه مال وليس مملوكاً لأحدٍ لا لغيره كما هو المفروض ولا لنفسه بملكية اعتبارية وان كان شخصه مالاً كعمله بملكية ذاتية لكن المدار في المعاملات على الملكية الاعتبارية على الفرض.

الوجه الثاني ان اتلاف عمل العبد موجب للضمان إذ يصدق عليه انه اتلف مال الغير، بخلاف اتلاف عمل الحر فإنه لا يوجب الضمان لعدم كونه ملكاً لأحد ومدار الضمان على أمرين: المالية والمملوكية.

## المعاوضة على عمل الحر

الإشكال الأول ان البيع مبادلة مال بمال وعمل الحر ليس بمال وهذا الإشكال قد ظهر بطلانه آنفاً.

الإشكال الثاني: ان البيع تبديل في الاضافة الملكية ومقتضى الاضافة سبق ملكية العوضين على البيع فإن البيع على هذا المبنى متأخر عن التبديل والتبديل متأخر عن الطرفين والطرفان متأخران عن الاضافة، فالاضافة سابقة على البيع بمراتب ولو توقفت ملكية العوضين على البيع لزم ان يكون المتقدم متأخراً والمتأخر متقدماً، وعمل الحر قبل المعاوضة عليه ليس مملوكاً لأحد بملكية اعتبارية. فإنه لا يقال لصاحبه انت ذا مال. وبعبارة أخرى فإن التبديل متأخر عن الإضافة الملكية، ولو توقفت الإضافة على التبديل لزم الدور واجتماع المتقابلين.

وهذا إشكال قوي على التعريف المزبور وغير قابل للدفع وقد تعرضنا إلى وجوه في دفعه في بيع الكلبي في الذمة<sup>(١)</sup>.

(١) وما يمكن أن يقال في دفع الإشكال وجوه:

الوجه الأول: ما تقدم من السيد الخونساري أعلى الله مقامه (جامع المدارك ٣: ٦٩) في الكلبي الذمي من أن العقلاء يعتبرون الملكية أولاً، ثم يقع مورداً للبيع ففي المرتبة الأولى يملك وفي المرتبة الثانية ينقل. وفيه أولاً بما تقدم من شيخنا الأستاذ (دام ظله) ان اختلاف المرتبة مربوط بالحكم العقلي كتقدم العلة على المعلول فإنه تقدم رتبي عقلي ولكن الأحكام العقلانية كالأحكام الشرعية ظرفها الزمان.

ويرد عليه، أولاً: انه خلاف ظاهر كلام هذا السيد الجليل فإن مراده من التقدم هو التقدم الزمني بقرينة المقابلة بينه وبين النقل فإن النقل البيعي الذي هو أحد الطرفين زمني فكذلك طرفه الآخر وثانياً: بما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) من ان التقدم الزمني له تال فاسد فإن لازمه أن



الفقير في هذه المعاملة يصير غنياً أنا ما ثم يصير فقيراً وهذا مما لا يساعده العقلاء. ويرد عليه أولاً أن موضوع الغناء ليس مطلق الملك ولو بالملك أنا ما بل الملك القابل لرفع الحاجة والملك أنا ما ليس قابلاً لرفع الحاجة وثانياً نلتزم هنا بالغناء أنا ما واثره انما هو مجرد رفع الحاجة في هذه المعاملة.

\* ويمكن أن يجاب: ظاهر كلام السيد الخونساري: التقدم والتأخر في المرتبة لا الزمان، وذلك لتصريحه بالتقدم في المرتبة الأولى، ولتنظيره بالفسخ الفعلي وإليك نص كلامه: "... وذمته قابلة للتعهد في المرتبة الأولى بصير مالكاً وواجداً للمال، وفي المرتبة الثانية ينقل المال إلى المشتري نظير الفسخ الفعلي في صورة الخيار كمن باع العين المبيعة بالبيع الخياري ففي المرتبة الأولى يملك وفي المرتبة الثانية ينقل".

وأما إشكال صدق الغنى: فتقدم الجواب عن الإشكال في الغنى فراجع. ثم لو التزمنا باشتراط رفع الحاجة في صدق الغنى فالأثر المذكور ليس مما يصدق عليه رفع الحاجة عرفاً، كرفع حاجة الأكل والمرض ونحوهما، ولأقل من الشك.

الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ (دام ظله) من الالتزام بالملكية أنا ما نظير الملكية في العمودين جمعاً بين الأدلة، وورد عليه شيخنا الأستاذ (دام ظله) ان دلالة الاقتضاء على الملكية أنا ما قبل البيع مبتلاة باشكالات سيأتي ان شاء الله في بحث المعاطاة منها ان دلالة الاقتضاء ليست امرأ عقلاً ولا تعد من اسباب الملكية عقلاً وفي العمودين تعبد شرعي نلتزم به.

الوجه الثالث: ما افاده سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي (اعلى الله مقامه) (مصباح الفقاهة ٢: ٣٥) من انه يكفي في اعتبار الملكية عروضها بنفس البيع ولم يرد دليل من النقل والاعتبار على سبق ملكية العوضين على البيع.

وناقشه شيخنا الأستاذ بالمنافاة بينه بين مسلكه في تعريف البيع بانه تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة. اية اضافة كانت، سواء كانت باضافة المصرفية أو الحقية أو الملكية. فانه لا فرق في المنافاة بين تعريف البيع بانه تبديل شيء بشيء في الاضافة الملكية أو تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة لان الاضافة - آية اضافة كانت - دخيلة في حقيقة البيع، وما هو متقدم على البيع رتبة كيف يعقل أن يتأخر عن البيع أو يكون في رتبته؟

وما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) قابل للدفع أولاً بأن ما هو الدخيل في مفهوم البيع هو نفس الاضافة، واما طرف الاضافة فهو وان كان دخيلاً في وجود الاضافة لكنه خارج عن دائرة



→

المفهوم، الا ان يقال إن محذور اجتماع المتقابلين باقٍ على حاله ولا يندفع بخروجه عن المفهوم مع دخله في تحقق الاضافة.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه لا شك أن الدخيل في معنى البيع الحاكي عن الخارج واقع الإضافة لا مفهومها من حيث هو مفهوم.

وثانياً: انه لا تنافي بين اختلاف الرتبة عقلاً والتقارن زماناً فإن العلة والمعلول مختلفان رتبة ومتقارنان زماناً.

\* ويمكن أن يجاب: ليس الإشكال من جهة تقارن ما هما مختلفان بالرتبة، بل من جهة أن تقدم إضافة الملكية على البيع بالرتبة وتأخر التبديل في الإضافة أيضاً بالرتبة فيلزم المحذور، وثالثاً: ان هذا الإشكال بعينه يتوجه على شيخنا الأستاذ حيث انه سلك في بحث تعاريف

البيع إلى ان اقرب التعاريف ما اختاره المحقق النائيني في الدورة الاخيرة (المكاسب والبيع ١٠٠:١) من ان البيع تبديل عين بعوض مصرحاً بأن التبديل لا يخلو من الاضافة اية اضافة كانت من اضافة المصرفية والحقية والملكية. (والموجود في كلام النائيني تبديل عين بمال ولعله اصلاح من الأستاذ طبعاً لمرامه من عدم اعتبار المالية في مفهوم البيع).

الا ان يقال ان نظر شيخنا الأستاذ هو الاقربية بالنسبة إلى تعريف البيع بالتملك ولذلك ذكر انه اسلم من تعريف البيع بالتملك ولكنه لا يندفع به بعض الإشكالات، منها الإشكال في بيع الكلي فالعويصة على مسلك شيخنا الأستاذ (دام ظله) تبقى على حالها.

الوجه الرابع: ما افاده المحقق الاصفهاني (١: ١٧) من انه لا يجب في المبيع ولا في العوض ان يكون مملوكاً، بل قابلاً لأن يملك بالبيع فان البيع مبادلة مال بمال لا مبادلة مال مملوك بمال مملوك وحقيقته التملك لا تملك المملوك، وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله) من ان المبادلة من الامور ذات التعلق فان مبادلة هذا بهذا في أي اضافة وجهة والاهمال محال فلا محالة تكون المبادلة في اضافة الحقيقة أو المصرفية أو الملكية فيعود المحذور من اجتماع المتقابلين.

الوجه الخامس: ما تخلص به المحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ١: ٦٦ التعليق ٢٢) من هذا الإشكال وغيره من الإشكالات بأن تعريف البيع بالنقل والتبديل والتملك مما لا ملزم به الاشتهاره بذلك، بل لا يبعد ان يقال ان البيع عبارة عن جعل شيء يباؤه شيء الا انه يختلف اثره بحسب الموارد، فأثره تارة ملكية العوضين كما في غالب افراده، وأخرى انقطاع الملكية

وعن السيد الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) ان في عمل الحرجوهاً من حيث المباني: احدها: ان يقال انه مال عرفي مطلقاً.  
والآخر: ان يقال انه ليس بمال فعلاً ولذا لا تتعلق به الاستطاعة.

→

وزوالها كما في البيع ممن ينعق عليه، وثالثه بسقوط ما في الذمة كما في بيع الدين ممن هو عليه، ورابعة قيام كل من العوضين مقام الآخر في اضافة من الاضافات كإضافة المصرفية والحقية والوقفية - إلى ان قال - ان هذا المسلك وان كان غير معروف ولا مألوف الا ان المتبع هو البرهان والله المستعان.

وقد تقدم من شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) عند الإشكالات على بيع الكلبي في الذمة استدراك بأنه ان عرف البيع باعطاء شيء بإزاء شيء لا مجاناً كما عليه المحقق الاصفهاني فلا يتوجه عليه محذور اجتماع المتقابلين فإن المحذور انما يتوجه على من عرفه بالتبديل في الاضافة. هذا ولكن ناقش هذا التعريف أيضاً شيخنا الأستاذ في بحث تعاريف البيع بأن المراد من جعل الشيء ليس هو الجعل في وعاء التكوين، بل المراد به هو الجعل في وعاء الاعتبار وحيث ان جعل شيء بإزاء شيء من الأمور ذات التعلق فيحتاج إلى الاضافة من الاضافة الحقية أو الملكية أو المصرفية فيعود المحذور.

الوجه السادس: ان الحر وان لم يكن مالكاً وإذا مال عقلاً لكنه ذا مال شرعاً كما يستفاد من النصوص الواردة في زكاة الفطرة (الوسائل الباب ٢ من زكاة الفطرة).

كصحيح عبدالله بن ميمون القداح عن أبي عبدالله عن أبيه عليه السلام في حديث زكاة الفطرة قال: ليس على من لا يجد ما يتصدق به حرج.

منضمّاً إلى انه لا واسطة بين من لا يجد ومن يجد والحر المحترف والكسوب ليس من مصاديق من لا يجد إذ ليس مصرفاً للزكاة بالضرورة الفقهية فلا محالة يندرج في عنوان من يجد والواجدية بالاضافة إلى الاموال عبارة أخرى عن المالكية.

وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) بما سيأتي ان شاء الله في ضمان الحر الكسوب من ان المراد من الواجدية في هذه النصوص هو التمكن لا الواجدية الفعلية المساوقة للمالكية ولا اقل من الاجمال.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٧٨.

### في التفصيل بين عمل الحرالكسوب وغيره

الثالث: ان يفرق بين عمل الكسوب وغيره ويقال إنَّ الأوَّل مال عرفي دون الثاني.

وهذا غير بعيد عن الصواب للصدق العرفي في الأوَّل دون الثاني. ويمكن هذا الفرق في مسألة الضمان وتعلق الاستطاعة أيضاً. انتهى كلامه رفع مقامه.

وفي كلامه تفصيلاً: التفصيل الأوَّل: ان عمل الحرالكسوب مال عرفياً دون عمل الحر غير الكسوب.

التفصيل الثاني: ان عمل الحرالكسوب يمكن ان يقع مورداً للضمان والاستطاعة دون عمل غيره.

أما التفصيل الأوَّل فقد ظهر النقاش فيه من البحوث السابقة فإننا قد ذكرنا ان عمل الحر مال مطلقاً، سواء كان كسوباً أو غير كسوب، ولكنه مع ذلك لا يكون مملوكاً ولا يعد الحر مال كالأول، وذا مال عقلاء، وفرق بين المالية والمملوكية فإن النسبة بينهما عموم من وجه.

وأما التفصيل الثاني وهو ضمان عمل الحرالكسوب دون غيره فاختلَفوا فيه، فمنهم من جزم بالضمان، ومنهم من جزم بعدم الضمان مطلقاً، ومنهم من قال بإمكان الضمان كالسيد الفقيه فينبغي لنا بسط المقال في مستند الأقوال ثم التحقيق فيما هو المختار من القول بالضمان.

فنقول: ان الحر على قسمين: الحر غير المحترف والكسوب والحر المحترف والكسوب وعلى التقديرين قد يمنع عن العمل بالحبس وأخرى بغير الحبس.

اما القسم الأول فلا إشكال في عدم ضمانه، والوجه في ذلك ان موجبات الضمان لا تخلو من أحد امور تالية منتفية في المقام: منها الاستيفاء<sup>(١)</sup> وفيه المفروض ان الحر محبوس أو ممنوع ولم يستوف منه شيء.

منها الاتلاف. وفيه ان موضوع قاعدة الاتلاف (من اتلف مال الغير فهو له ضامن)<sup>(٢)</sup> مال الغير وعمل الحر وان كان مالاً لكنه ليس مملوكاً ومال الغير عبارة عن شيء له المالية والمملوكية.

منها قاعدة اليد المستفادة من النبوي<sup>(٣)</sup>: على اليد ما أخذت حتى تؤدي. وفيه ان عمل الحر لا يندرج تحت قاعدة اليد اما لعدم صدق اليد عليه أو لعدم صدق الاخذ كما هو المختار أو لعدم صدق التأدية والرد، فإن العمل قبل وجوده معدوم وبعد وجوده منعدم فليس قابلاً للرد على اختلاف المباني. واما القسم الثاني وهو ضمان عمل الحر الكسوب فهو مورد للإشكال ويقع الكلام في مقامين: المقام الأول من حيث المقتضي للضمان والمقام الثاني من حيث المانع كدعوى الاجماع على عدم الضمان.

(١) مستند ضمان الاستيفاء وجوه (كسيرة العقلاء، وتقويت مال الغير، وحرمة مال المسلم كحرمة دمه، وقاعدة على اليد) وعمدها هي السيرة العقلاء. والجميع مقبول عند شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) وتحقيقه موكل إلى بحث المقبوض بالعقد الفاسد.

(٢) قاعدة متصيدة من الاخبار الواردة في موارد عديدة عند شيخنا الأستاذ ولكن المدار في موضوع القاعدة على صدق التقويت فإنه المعلل في بعض الأخبار لا التلف حتى يدعى عدم صدق التلف والاتلاف بالنسبة إلى المنافع كما عن المحقق الايرواني.

(٣) عوالي اللآلي: ١: ٢٢٤ الحديث ١٠٦ وص ٣٨٩ الحديث ٢٢.

## أدلة ضمان عمل الحر الكسوب

أما المقام الأول فما يمكن ان يستدل به على الضمان وجوه:

### الضمان بقاعدة على اليد

الوجه الأول قاعدة: (على اليد ما اخذت حتى تؤدي)<sup>(١)</sup>.

وتقريب الاستدلال بهذه القاعدة ان اليد كناية عن الاستيلاء على الشيء ومن حبس حراً يصدق عليه انه قد استولى عليه، كما هو كذلك في حبس العبد.

ومن ناحية انه لا فرق في صدق الاستيلاء بين الاستيلاء بالاصالة كالاستيلاء على العين، والاستيلاء بالتبع كالاستيلاء على المنافع كما انه لا فرق في موجب الضمان بين الاستيلاءين فكما ان الاستيلاء على العين من موجبات الضمان كذلك الاستيلاء على المنافع.

### المناقشة في الاستدلال بقاعدة على اليد

وقد نوقش في هذا الاستدلال تارة<sup>(٢)</sup> بعدم صدق الاستيلاء باليد بالنسبة إلى المنافع ومنها عمل الحر الكسوب بل موردها الاعيان كما عن عدة من الفقهاء (رضوان الله عليهم).

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤؛ الحديث ١٠٦ وص ٣٨٩ الحديث ٢٢. وفي كتب العامة: سنن ابن ماجه: ٢؛ كتاب الصدقات، باب العارية، الحديث ٢٤٠، ومسند أحمد بن حنبل ٥: ٨ و ١٢ و ١٣، والمستدرک للحاكم ٢: كتاب البيوع: ١٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٩٥؛ كتاب الغصب.

(٢) قال في الجواهر ٣٧: ٤١؛ لا وجه للضمان في الفرض كما قطع به الاصحاب لان الحر لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال ولو شرعاً.

## دفع المناقشة

وبما ذكرنا في تقريب الاستدلال ظهر بطلان هذه المناقشة فإن المراد باليد ليست تلك اليد الجارحة، بل هي كناية عن الاستيلاء فيصدق على الحر كغيره.

وأخرى<sup>(١)</sup> بعدم صدق الاخذ وهذا هو المختار فإن في الحديث (على اليد

---

(١) اختاره الشيخ أعلى الله مقامه (المكاسب ٣: ٢٠٤ في المقبوض بالعقد الفاسد) حيث قال: ولا اشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ.

وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله) في ضمان المنافع المستوفاة بأن أخذ كل شيء بحسبه والمنافع غير قابلة للأخذ بالاصالة، ولكنها قابلة للأخذ بتبع أخذ العين. وبين ما اختاره هنا وما ناقشه هناك تهافت.

\* ويمكن أن يجاب: لا تهافت في كلام الأستاذ مدّ ظله، لأننا نسلم أن أخذ كل شيء بحسبه، فيكون أخذ منفعة الدار مثلاً بأخذ الدار، أي بأخذ ما يقوم به المنفعة، ولكن المفروض أن الحر ليس مأخوذاً لا بنفسه ولا بعمله.

وهنا مناقشة ثالثة في حديث على اليد ذكرها المحقق الاصفهاني (١: ٣١٧) واختارها في مصباح الفقاهة (٣: ١٢٨) من ان الظاهر من الأداء في ناحية الغاية (حتى تؤدي) هورد المأخوذ بنفسه بدءاً، وهذا مما لا يعقل في المنافع لانها قبل وجودها غير مضمونة، وبعد وجودها تنعدم وتنصرم فلا تقبل الأداء، وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله) بأن المنافع وان لم تكن قابلة للأداء بنفسها لكنها قابلة للرد بماليتها فإن للمأخوذ شؤون ثلاثة: الخصوصية والمالية والنوعية، ويكفي في صدق الاداء القابلية بلحاظ المالية. هذا ما افاده في مبحث المنافع المستوفاة ولكنه استقر نظره في مبحث ضمان المنافع غير المستوفاة إلى تقوية نظرية الاصفهاني واستظهر من الغاية (حتى تؤدي) ان يكون الشيء المستولى عليه قابلاً للرد بنفسه والمنفعة فاقدة لهذا الوصف.

فتحصل مما ذكرنا ان مناقشة شيخنا الأستاذ (دام ظله) على حديث على اليد نهائياً انما هي المناقشة من ناحية صدق الاداء على المنافع، فإن الظاهر من الاداء هو القابل للرد بنفسه والمنافع فاقدة لهذه الخصوصية ولا اقل من الشك في ذلك فيكون التمسك به من الشبهة المصدقية.

ما اخذت) معيارين: احدهما اليد بمعنى الاستيلاء والآخر: الأخذ، والمنافع والاعمال وان كانت قابلة للاستيلاء ولكنها ليست قابلة للأخذ، فإن القابل للأخذ هي الأعيان وإن شئت فقل إنَّ الحابس لم يأخذ شيئاً من الحر لا من نفسه ولا من عمله، ولا اقل من الشك في صدقه فيكون التمسك بقاعدة على اليد من التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية لنفس الدليل.

الوجه الثاني الضمان بالاستيفاء<sup>(١)</sup>.

وهذا الوجه منتفٍ قطعاً إذ ليس هنا استيفاء فإن المفروض أنَّ الحر قد منع عن العمل أو حبس والمنع والحبس أمر، واستيفاء عمله أمر آخر.

### الضمان بالاتلاف

الوجه الثالث اتلاف مال الغير، واستدل به السيد الفقيه اليزدي<sup>(٢)</sup> (أعلى الله مقامه) بتقريب ان عمل الحر الكسوب مال وقد اتلفه الحابس.

وفيه ان موضوع قاعدة الضمان بالاتلاف هو مال الغير لا مطلق المال، وعمل الحر وان كان مالاً لكنه ليس مملوكاً ولا يعد الحر ذا مال عقلاء بمجرد كونه محترفاً وكسوباً؛ ولذلك لا يقال له بالفارسي (او دارا است) وهذا مما لا إشكال فيه عقلاء.

(١) نسبة الجواهر ٤٠٠:٣٧ إلى التذكرة حيث قال: والمراد بالتفويت في عبارة التذكرة الاستيفاء كما يشعره تفریع ذلك عليها.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٤٦٥ التعليقة ٧٢٠.

### دلالة روايات زكاة الفطرة على ان عمل الحرالمحترف مال

وانما الإشكال من ناحية أخرى وهي ان الاستفادة من النصوص الواردة في زكاة الفطرة ان الشارع اعتبر الحرالمحترف واجداً للمال فيجب عليه اداء الزكاة ويحرم عليه اخذ الزكاة والواجدية مساوقة للمالكية.

منها ما رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن حماد يعني ابن عيسى عن عبدالله بن ميمون عن أبي عبدالله عن أبيه عليه السلام: (فى حديث زكاة الفطرة) قال: ليس على من لا يجد ما يتصدق به حرج <sup>(١)</sup>.

ومنها ما رواه الشيخ باسناده عن علي بن مهزيار عن اسماعيل بن سهل عن حماد عن حريز عن الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: لمن تحل الفطرة؟ قال: لمن لا يجد، ومن حلت له لم تحل عليه، ومن حلت عليه لم تحل له <sup>(٢)</sup>.

(١) الوسائل ٦ الباب ٢ من زكاة الفطرة، الحديث ٢، والحديث صحيح سنداً فإن طريق الشيخ إلى الحسين بن سعيد صحيح في الفهرست، واما في المشيخة فعلى مبنى وثيقة أبي الحسين بن أبي جيد القمي لكونه من مشايخ النجاشي ووثيقة احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد لكونه من مشايخ الاجازة وان كان المبنى مخدوش عندنا. وحماد بن عيسى من اصحاب الاجماع ووثقه الشيخ والنجاشي والعلامة، وعبدالله بن ميمون القداح وثقه النجاشي والعلامة.

(٢) الوسائل ٦ الباب ٢ من زكاة الفطرة، الحديث ٩، والحديث ضعيف بإسماعيل بن سهل، قال النجاشي: اسماعيل بن سهل الدهقان ضعفه اصحابنا ويمكن التصحيح بالتعويض في السند فإن للشيخ إلى حريز بجميع كتبه ورواياته طريق معتبر، وهذه الرواية تعد من روايات حريز التي رواها الشيخ بهذا التعويض اختاره سيدنا الأستاذ السيد الخوئي (هامش التنقيح كتاب الطهارة ١: ٦٣) قال المقرر: كذا افاده دام ظله. وفي عالم الرؤيا سألت نفس هذه المسألة عن شيخنا الأستاذ الميرزا على الغروي هذا المقرر الشريف (أعلى الله مقامه) واجابني: كذا افاده دام ظله وفسرته في عالم الرؤيا بأني سمعته من سيدنا الأستاذ شفاهاً) وتعرض شيخنا الأستاذ (دام ظله) في بعض مباحثه مرة واحدة وقواه وان كان غير مقبول عندنا وتحقيقه موكول إلى محله.



## تقريب الاستدلال بروايات زكاة الفطرة

وفي وجه التمسك بها تقريبان:

### التقريب الأول

التقريب الأول ان الحر المحترف الذي ليس بزدي مال بالفعل اذا ادرك ليلة الفطر فهو لا يخلو من أحد أمرين:  
احدهما: انه ممن لا يجد فيعطى له الزكاة.

والآخر: انه ممن يجد المال فتجب عليه الزكاة منضمماً إلى انه لا واسطة في زكاة الفطرة بين من تجب عليه الزكاة ومن تعطى له، والحر الكسوب ليس ممن يتصدق عليه الزكاة والا يلزم اختصاص وجوب الزكاة على من كان له مال بالفعل، وهو خلاف الضرورة<sup>(١)</sup> فلا محالة يندرج في من يجد المال.

(١) وفيه أولاً يظهر من الجواهر ١٦: ١٨٦ طبع جماعة المدرسين القول بالتفصيل بين الغني فعلاً فتجب عليه زكاة الفطرة والغني بالقوة فلا تجب.

\* ويمكن أن يجاب: أولاً: صاحب الجواهر قائل بعدم الوسطة وعدم التفصيل بين الغني والفقير، ويشهد له كلامه: "إذ لا ريب في كون الحاصل من الجميع وجوبها على المالك مؤونة السنة وعدمه على غير المالك، وليس هما إلا الفقير والغني، لعدم موضوع ثالث بينهما. وثانياً: المراد من القوة والفعل في قوله: "لكن اعتبار زيادة قدر الفطرة كالمنتهى، إلا أنه ظاهر في اعتبار ذلك في الغني فعلاً أو قوة"، متعلق بالزيادة على مؤونة يومه، وكذلك قوله: "وأما التفصيل بين الغني قوة وفعلاً فإن كان المراد أنه يشترط أن يزيد فيما يكتسبه طول السنة على مؤونة سنته صاع أو مقدار الزكاة فلا أجد له وجهاً، وإن كان المراد أنه يجب أن يكون بيده في يوم الفطر زيادة على مؤونته ليومه ذلك فلعل وجهه حينئذ أنه لو لم يكن ذلك احتاج في أداء الفطرة إلى الاقتراض ونحوه، والأصل عدم وجوبه عليه، بخلاف الغني فعلاً فإن عنده ما يؤديه فطرة، وإلا لم يكن غنياً فعلاً فإن المقصود من القوة والفعل بالنسبة إلى زيادة على مؤونة يوم

وبعبارة أخرى ان في باب زكاة الفطرة موضوعين لا ثالث لهما:  
 الفقير والغني، والمحترف يدور بينهما وحيث انه ليس ممن يتصدق عليه  
 فهو غني وواجد للمال والواجدية مساوقة للمالكية.

لا يقال: إنما يحكم عليه بوجوب الزكاة لا بعنوان انه غني، بل بعنوان انه ذا  
 حرفة وصنعة وانما خرج عن حكم الفقير تخصيصاً لا موضوعاً، كما يدل عليه

→

ليمكنه إعطاء الفطرة، ولا يريد أن يقول هناك واسطة بين الغني والفقير، هو الغني بالقوة. ومنه  
 يظهر كلام السيد الخوئي الآتي.

وقال سيدنا الأستاذ السيد الخوئي في زكاة الفطرة (فقه العترة: ٥٨): القول الثاني ما عن  
 المبسوط من التفصيل بين الغني فعلاً فتجب عليه زكاة الفطرة والغني بالقوة.

كمن تأتيه مؤنته يوماً فلا تجب عليه. ومع هذا الوصف كيف تدعى الضرورة؟

\* ويمكن أن يجاب: أولاً: لم نجد هذا الكلام في المبسوط والسيد الخوئي لم يتعرض لهذا  
 الكلام ناسباً إلى الشيخ في كتابه الخمس على ما في تقرير بحثه، وإتما ذكر كلام الشيخ بما هو  
 موجود في كلامه، وهو: "لا تجب الفطرة إلا على من ملك نصاباً من الأموال الزكوية، والفقير لا  
 تجب عليه" نعم، نسبه إلى الشيخ في فقه العترة. وثانياً: المدعى عليه الضرورة أمران: عدم  
 الوسطة بين من يجب عليه الزكاة ومن تعطى إليه الزكاة، والمحترف ليس مما يعطى إليه  
 الزكاة، فهو ذومال.

وثانياً: أنّ صور المسألة ثلاث: الأولى: أن يكون المحترف مشغولاً بالحرفة بالفعل، وهذا هو  
 المتيقن من مورد الاجماع، الثانية: ما إذا لم تساعده الظروف على الاشتغال ببعض العوامل  
 الخارجية. قال الشيخ الأنصاري (كتاب الزكاة: ٢٧٠): فيه اشكال من صدق الفقر عليه، ومن  
 صدق المحترف. ثم قال - لكن الانصاف انه لو لم يتعقد الاجماع على الخلاف قوي القول  
 بجواز الدفع. الثالثة: انه ترك الاشتغال تكاسلاً وهذا هو محل الخلاف أيضاً وذهب اليه جماعة  
 واستند لهم بوجوه اربعة فتحصل ان دعوى الضرورة مطلقاً ممنوع وفي الجملة لها وجه.

\* ويمكن أن يجاب: أنّ لازم عدم وجوب الزكاة على الحر الكسوب، اشتراط فعلية المال لمن  
 عليه الزكاة، وهذا الاشتراط خلاف الضرورة.

بعض الأخبار كصحيح زرارة بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: إنَّ الصَّدقة لا تحلُّ لمحترفٍ ولا لذي مِرَّةٍ سوِّيٍّ قويٍّ فتزهدوا عنها<sup>(١)</sup>.

وصحيحه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تحل الصَّدقة لغني ولا لذي مِرَّةٍ سوِّيٍّ ولا لمحترفٍ ولا لقوي، قلنا: ما معنى هذا؟ قال: لا يحل له أن يأخذها وهو يقدر على أن يكف نفسه عنها<sup>(٢)</sup>.

فإنه يقال: إن المستفاد من الروايات - لمن تأمل فيها - خروج المحترف عن المستحقين موضوعاً لا حكماً بمعنى أن المحترف خارج عن مصرف الزكاة من جهة كونه غنياً<sup>(٣)</sup> وواجداً للمال لا بجهة أخرى.

(١) الوسائل ٦ الباب ٨ من أبواب المستحقين للزكاة، الحديث ٢، رواه الكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن حريز بن عبد الله عن زرارة بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام.

(٢) الوسائل ٦ الباب ٨ من أبواب المستحقين للزكاة، الحديث ٨، روى الصدوق في معاني الأخبار عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد عن أبيه عن حماد بن عيسى عن حريز بن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام.

(٣) لا يستفاد من الروايات الخروج الموضوعي كفرض المحترف غنياً، بل يستفاد من صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: (قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تحل الصَّدقة لغني ولا لذي مِرَّةٍ سوِّيٍّ ولا لمحترف) خلافه بقرينة المقابلة بين الغني والمحترف ولا أقل من الشك في خروجه الموضوعي.

\* ويمكن أن يجاب: أولاً: الظاهر هو الخروج الموضوعي، كما يظهر من معتبرة زرارة ح ٨ ب ٨ أبواب المستحقين، فإن المذكور في ذيل المعتبرة بيان الكبرى: «لَا تَحُلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيِّ وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ وَلَا لِمُحْتَرَفٍ وَلَا لِقَوِيٍّ، فَلَمَّا مَا مَعْنَى هَذَا؟ قَالَ لَا يَحُلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَكْفُفَ نَفْسَهُ عَنْهَا»، والمحترف والغني من مصاديق القادر على كَف النفس ومن لم يصل إليهم الزكاة،

وثانياً: يلزم على التخصيص أن يكون المحترف فقيراً وداخلاً فيمن تصل إليه الزكاة، ولكنه خرج عنه تخصيصاً، وهذا خلاف النصوص.

وثالثاً: مع الالتفات إلى الذيل يظهر أن ما ذكر من المحترف والغني وغيرهم من المصاديق،

## التقريب الثاني

التقريب الثاني: ان عنوان يجد ولم يجد من مادة الوجود قبال العدم والوجدان قبال فقدان فإذا قيل يجب على من يجد أن يتصدق به فإنه يستظهر منه ان من كان واجداً للمال بالفعل وليس بفاقد له يجب ان يتصدق به وهذا أمر ثابت عرفاً ولغة، اما عرفاً فبأن الظاهر من عنوان الواجد والفاقد هي الفعلية.

واما لغة فقد أطلقه ابن منظور في لسان العرب<sup>(١)</sup> على من كان له مال بالفعل وكذلك أبو منصور الأزهري في تهذيب اللغة، قال ابن منظور: وجد مطلوبه والشيء يجده وجوداً ووجد يجد وجداً وجدة ووجداً ووجدوا ووجداناً و....

→

فليس من باب المقابلة بين المذكورين.

ففي الصحيحة وان جعل المحترف قسيماً للغني، ولكنه يحمل الغني على الغني العرفي بقريفة مقابلة الفقير مع الغني في الكتاب والسنة، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ (سورة التوبة: الآية ٦٠) ورواية هارون بن حمزة، مع أن الصحيحة معارضة بصحيح معاوية بن وهب: وَعَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ مَخْبُوبٍ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يُرْوُونَ عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله أَنَّ الصَّدَقَةَ لَا تَجُلُ لِغَنِيِّ وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ، فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: لَا تَضْلُحُ لِغَنِيِّ (وسائل الشيعة ٩: ٢٣١)، ورواية هارون بن حمزة: وَيَأْتِيهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَالٍ عَنْ يَزِيدَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ هَارُونَ بْنِ حَمَزَةَ، قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يُرْوَى عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله - أَنَّهُ قَالَ لَا تَجُلُ الصَّدَقَةُ لِغَنِيِّ - وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ، فَقَالَ: لَا تَضْلُحُ لِغَنِيِّ، قَالَ: قُلْتُ لَهُ: الرَّجُلُ يَكُونُ لَهُ ثَلَاثِمِئَةَ دِرْهَمٍ فِي بِضَاعَةٍ وَلَهُ عِيَالٌ فَإِنْ أَتَبَلَ عَلَيْهَا أَكَلَهَا عِيَالُهُ وَلَمْ يَكْتَفُوا بِرَبْحِهَا، قَالَ: فَلْيَنْظُرْ مَا يَسْتَفْضِلُ مِنْهَا فَلْيَأْكُلْهُ هُوَ وَمَنْ يَسْعُهُ ذَلِكَ وَلْيَأْخُذْ لِمَنْ لَمْ يَسْعُهُ مِنْ عِيَالِهِ. (وسائل الشيعة ٩: ٢٣٩)

وفي مرسله الصدوق: وَقِيلَ لِلصَّادِقِ عليه السلام إِنَّ النَّاسَ يُرْوُونَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ الصَّدَقَةَ لَا تَجُلُ لِغَنِيِّ وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ، فَقَالَ: قَدْ قَالَ: لِغَنِيِّ وَلَمْ يَقُلْ: لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ. (وسائل الشيعة

(٢٣٣: ٩)

(١) لسان العرب ١٥: ٢١٨.

كل ذلك بمعنى الإصابة إلى المطلوب والظفر به ومنه وجدت الضالة أي ظفرت بها. ووجد المال وغيره يجده وجداً ووجداً ووجدة.

وقال الازهرى في تهذيب اللغة<sup>(١)</sup>: يقال وجدت في المال ووجداً ووجداً ووجداً ووجداناً ووجدة أي صرت ذا مال.

والمتحصل من التقريبيين ان الحر المحترف اعتبره الشارع واجدً والواجد بالاضافة إلى المال هي المالكية بالملكية الفعلية لغة وعرفاً.

فيتم الاستدلال بقاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن على حبس الحر المحترف.

### نقد التقريبيين

ويرد على التقريبيين ان الوجدان وان كان يطلق على الواجدية الفعلية كما عرفت الا انه يطلق على معانٍ أخرى أيضاً.

فإنه قد فسر باليسار والسعة والغناء والتمكن وتفسيره بالتمكن أمر رائج في كتب اللغة وغيرها.

ومن كتب اللغة ما قاله الراغب الاصفهاني في المفردات<sup>(٢)</sup>:

ويعبر عن التمكن من الشيء بالوجود نحو ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾<sup>(٣)</sup> أي حيث رأيتموهم وقوله ﴿فَوَجَدَ فِيهَا رَجُلَيْنِ﴾<sup>(٤)</sup> أي تمكن منها

(١) تهذيب اللغة ١١: ١١٠ لأبي منصور محمد بن أحمد الازهرى.

(٢) المفردات في غريب القرآن: ٥١٣.

(٣) سورة التوبة: الآية ٥.

(٤) سورة القصص: الآية ١٥.

وقوله ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً﴾<sup>(١)</sup> فمعناه فلم تقدرُوا على الماء وقوله ﴿مِنْ وَجْدِكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> أي تمكنكم وقدر غناكم.

ومن غير اللغة آية الوضوء ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾<sup>(٣)</sup>.

فإن وجدان الماء في هذه الآية أريد به التمكن قطعاً لا الوجدان الفعلي فالتمكن من الماء موضوع لوجوب الوضوء والغسل وعدم التمكن منه موضوع لوجوب التيمم، واخبار الباب<sup>(٤)</sup> شاهدة على ذلك، منها: ما رواه محمد بن مسعود العياشي في تفسيره عن الحسين بن أبي طلحة، قال: سألت عبداً صالحاً رضي الله عنه عن قول الله عزوجل: ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ ما حدّ ذلك؟ قال: فإن لم تجدوا بشراء وبغير شراء، قلت: ان وجد قدر وضوء بمئة الف أو بألف وكم بلغ؟ قال: ذلك على قدر جدته<sup>(٥)</sup>.

(١) سورة المائدة: الآية ٦، وسورة النساء: الآية ٤٣.

(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٣) سورة المائدة: الآية ٦.

(٤) كالأخبار الواردة في الوسائل ٢: الباب ٥ من أبواب التيمم. قال صاحب الوسائل (باب جواز التيمم مع عدم التمكن من استعمال الماء لمرض وبرد وجدرى وكسروجرح وقرح ونحوهما). بل الشاهد في الآية قرينتان على حمل الوجدان على التمكن: القرينة الداخلية والخارجية، أما القرينة الداخلية فذكر المريض في الآية المباركة فإن السفريعد من أسباب عدم الماء غالباً لا سيما إذا كان في البوادي ولا سيما في الأزمنة السابقة، وهذا بخلاف المرض فإنه ليس من أسباب عدم الماء إذ الغالب أنه يوجد عند المريض ولكنه لا يتمكن من استعماله عقلاً أو شرعاً وأما القرينة الخارجية فهي الروايات الواردة في الوسائل في الباب ٥ من التيمم الدالة على جواز التيمم في موارد الخوف من استعمال الماء أو من تحصيله.

(٥) تفسير العياشي ١: ٢٤٤.

وقد اطلق واجد الماء في هذه الرواية على المتمكن من تحصيله.  
فتحصل ان مع احتمال التمكن يشكل الاستظهار من اخبار زكاة الفطرة؛  
لان لفظ الوجدان فيها محتمل بين المعنيين: التمكن والوجدان الفعلي.  
وانما يتم الاستدلال بهذه الاخبار بناء على تفسير الوجدان فيها بالوجدان  
الفعلي، وأما بناء على تفسيره بالتمكن والقدرة كما هو أحد الاحتمالين وقد  
بيننا رواج اطلاقه على هذا المعنى أيضاً فيبطل به الاستدلال؛ إذ بطرو هذا  
الاحتمال يشكل الاستظهار.

### ضمان عمل الحر الكسوب بقاعدة لا ضرر

الوجه الرابع<sup>(١)</sup> على الضمان التمسك بقاعدة لا ضرر وهذا الوجه ممنوع  
كبروياً وصغروبياً.

(١) استدل به المحقق الاردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ١: ٥١٣ واستدل أيضاً بقوله تعالى: ﴿فَعَنِ  
اغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ سورة البقرة: الآية ١٩٤ ويقول تعالى: ﴿وَجَزَاءُ  
سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ سورة الشورى: الآية ٤٢ وغيرهما مما دل على المقاصة والعقاب بمثل ما عوقب.

ثم انه قد استدل على الضمان بقاعدة لا ضرر بوجهين، الوجه الأول: ان عدم ضمان الحابس  
منشأ لتضرر المحبوس فينفي بقاعدة لا ضرر. اجابه شيخنا الأستاذ (دام ظله) بأن منشأ الضرر  
لا بد ان يكون حكماً مجعولاً للشارع وعدم الضمان وان كان بقاءً مستنداً إلى الشارع عرفاً  
وعقلاء خلافاً للمحقق الثانيي ولكنه ليس بمجعول شرعي حتى ينفي بلا ضرر، مضافاً إلى ما  
ذكره شيخنا الأستاذ (دام ظله) في المقبوض بالعقد الفاسد من أن الضرر مستند إلى الحابس،  
وحكم الشارع بالضمان يتدراك به الضرر، وبعدم حكمه بالضمان لا يتدراك به الضرر كتلف  
المقبوض بالعقد الفاسد فإن منشأ الضرر هو التلف لا عدم جعل الضمان.

الوجه الثاني: ان المنفي بلا ضرر هو الضرر غير المتدراك فيثبت به الضرر المتدراك يعني ضرر  
المحبوس مع تداركه بضمان الحابس، وأجابه شيخنا الأستاذ (دام ظله) بأن مدلول لا ضرر نفي

## نقد الاستدلال بقاعدة لا ضرر

اما من حيث الكبرى فبان مفاد لا ضرر نفى الحكم لا اثبات الحكم لا تكليفاً ولا وضعاً فلا يثبت به الضمان.  
واما من حيث الصغرى.

→ الحكم الضرري لا اثبات الحكم. ثم ان شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) وان انكر التمسك بقاعدة لا ضرر كبروياً هنا وفي تنبيهات قاعدة لا ضرر؛ لكنه اثبت الضمان - مضافاً إلى السيرة العقلانية كما سيأتي إن شاء الله - بقاعدة الاضرار فإن الاضرار بما هو اضرار من موجبات الضمان مستنداً في ذلك الى صحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتفتر بصاحبها فتعقره؟ فقال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه. (الوسائل ١٩: الباب ٩ من أبواب الديات، موجبات الضمان، الحديث ١).

وصحيح أبي الصباح الكناني قال: قال ابو عبدالله عليه السلام: من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن (الوسائل ١٩: الباب ٨ من أبواب الديات موجبات الضمان، الحديث ٢).

وقد نوقش هذا الاستدلال بوجوه: منها ان الضمان بالاضرار ورد في مورد الاضرار بالطريق فيختص به والتعدي منه يحتاج إلى الدليل. ومنها ما ذكره المحقق النائيني في قاعدة لا ضرر التنبيه الرابع من ارجاعه إلى قاعدة التسبب، ومنها دعوى الاجماع على انحصار موجبات الضمان بالأمر الثلاثة كالضمان باليد وبالاتلاف وبالتسبب، ومنها انه يلزم منه تأسيس فقه جديد إذ يلزم ان يكون أمر الطلاق بيد الزوجة لو كان الزوج غائباً وكان بقاؤها على الزوجية مضراً بها. (قاعدة لا ضرر للنائيني، التنبيه الرابع).

أجاب شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) عن المانع الأول بإلقاء خصوصية المورد ارتكازاً إذ لا فرق ارتكازاً بين الاضرار بالطريق والاضرار بالمال. وعن المانع الثاني انه لا وجه لإلقاء الاضرار عن الموضوعية وحمله على الضمان بالتسبب. وعن المانع الثالث ان الاجماع لو سلم فليس اجماعاً تعدياً، وعن المانع الرابع أولاً منصوص عليه، وثانياً التزم به بعض الاساطين على ما نقله النائيني (قاعدة لا ضرر التنبيه الرابع) والسيد اليزدي في ملحقات العروة (ج ٦، مسألة ١٣ و ٣٣ في كتاب العدد حكم الزوجة المفقود زوجها).



فإن الضرر هو النقص في المال لا الحرمان من كسب المال، إلا أن يستفاد التعميم لمثل المقام من قوله ﷺ لسمرة إنك رجل مضار.

### الضمان بسيرة العقلاء

الوجه الخامس السيرة القطعية العقلائية التي استقرت على ضمان الحابس في حبسه الحر الكسوب الشاغل بالفعل وعلى ضمان المانع عن شغله ولم تستقر على مجرد اللوم والتقبيح وقد تمسك بها عدة من الاعلام. اما اصل انعقاد هذه السيرة فهو قطعي غير قابل للمناقشة.

### مناقشة الاستدلال بالسيرة العقلائية

وانما الإشكال فيها من وجهين، احدهما: من ناحية اتصالها بزمان المعصوم، والآخر: في انها ممضاة من ناحية الشارع أو مردوعة؟  
اما الوجه الأول: فقد يتوهم انه لم يحرز اتصالها بزمان المعصوم إذ لم يحرز بناء العقلاء في عصرهم ﷺ على الضمان حتى يستكشف الامضاء من عدم الردع.

### دفع المناقشة في السيرة

والجواب عن هذا الوجه ان هذه السيرة ليست من الأمور المستحدثة بل من الأمور المرتكزة عندهم والأمور الارتكازية لا تختص بزمان دون زمان، بل ثابتة في الازمنة المستمرة.

والشاهد على ذلك انه لو حبس الحر الكسوب - المشتغل لامرار معيسته ومعيشة عياله - خمس سنين مثلاً ظلماً وعدواناً واكتفى في محاكم القضاء

العقلانية بتعزير الحابس فقط من دون التضمين والتغريم فإنه يعد هذا الحكم عند العقلاء أمراً مستنكراً؛ لأنَّ العقلاء مضافاً إلى تقبيح الحابس وتوبيخه يؤاخذونه بالمؤاخذة المالية، وهذه من الأمور المجبولة المفطورة عندهم الثابتة في اشباه الزمان ومن دون اختصاص بزمان دون زمان.

وأما الوجه الثاني فما يمكن ان يقال في وجه الردع أمور:

منها قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن فإنها مشتملة على اداة الشرط فتكون رادعة عن ضمان الحر الكسوب بإطلاق مفهوم الشرط وفيه: أن القاعدة لا تشتمل على أداة الشرط.

ومنها الردع بالاطلاق المقامي المستفاد من القواعد الامضائية الواردة في موجبات الضمان كقاعدة اليد والاتلاف والتسبب والاضرار فإنها تدل على ردع الضمان بغيرها من الموجبات بالاطلاق المقامي.

وفيه أنَّ هذه القواعد عارية من الاطلاق المقامي<sup>(١)</sup>؛ لأن كل واحد منها كما لا ينفي الضمان عن غيره كذلك كلُّها. ومنها دعوى الاجماع على عدم الضمان.

(١) ولعل الوجه فيه ان الاطلاق المقامي انما يثبت هنا اذا قلنا إنَّ الامضاءات موقوفة على صدور البيان من ناحية المعصوم عليه السلام فيستدل على هذا التقدير على الاطلاق المقامي بأنهم عليهم السلام كانوا بصدد بيان موجبات الضمان واكتفوا بهذه الأمور، فيدل على نفي ما زاد بالاطلاق المقامي، ولكنه مخدوش فإن الامضاء كما يثبت بالبيان فكذلك يستكشف من عدم الردع في مورد القابل للردع. وهذه القواعد مثبتات، واثبات الشيء ليس نفياً لما عداه.

\* ويمكن أن يجاب: بل الوجه أن الإطلاق المقامي يتوقف على إحراز كون المتكلم في مقام البيان، ولا يكفيه أصالة كونه في مقام البيان كما في الإطلاق اللفظي، وإحراز كون القواعد المذكورة في مقام البيان من هذه الجهة ممنوع ولا أقل من الشك، فيؤخذ بالقدر المتيقن.

وهذا الاجماع بإطلاقه ممنوع، بل الحق هو التفصيل بين المنع والحبس فيقال بعدم الضمان في المنع دون الحبس وسيأتي تحقيق ذلك ان شاء الله في المقام الثاني.

### ادلة عدم ضمان عمل الحر الكسوب

اما المقام الثاني وهو وجود المانع عن ضمان عمل الحر الكسوب فقد ادعى الاجماع على عدم الضمان مطلقاً، سواء حبس أو منع من العمل.

### التفصيل في الضمان بين المنع والحبس

ولكن الحق في هذا المقام هو التفصيل بين المنع والحبس، فيقال بعدم الضمان في الأول وبالضمان في الثاني.

اما وجه عدم الضمان في صورة المنع فيما ادعاه العلامة (أعلى الله مقامه) في التذكرة<sup>(١)</sup> من اتفاق الفريقين على عدم ضمانه، قال: اما لو منعه من العمل من غير حبس فإنه لا يضمن منافعه وجهاً واحداً؛ لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى.

وقوله: وجهاً واحداً. اشارة إلى اتفاق الفريقين من العامة والخاصة والسيرة وان كانت مستقرة على ضمان المانع في منع الحر الكسوب من عمله الا انها تكون مردوعة بهذا الاجماع<sup>(٢)</sup>.

(١) التذكرة كتاب الغصب: ٣٨٢.

(٢) لكنه مع ذلك كله قد احتاط شيخنا الأستاذ (دام ظله) في تعليقه على منهاج الصالحين حيث قال: في عدم الضمان اذا كان الممنوع كسوباً أشكال. (منهاج الصالحين المحشى ٣:

### التهافت في كلمات بعض الاكابر

ولأحد الاكابر في هذا الفرع تهافت في كلماته فإنه ذهب في كتابه الاستدلالي في الدورة الثانية من بحث المكاسب<sup>(١)</sup> إلى ضمان المانع مستنداً إلى السيرة القطعية العقلانية قال: اذا كان الحر كسوباً وله عمل خاص يشتغل به كل يوم كالبناية والتجارة والخياطة وغيرها فإن منعه عن ذلك موجب للضمان للسيرة القطعية العقلانية. وذهب في الدورة الأولى<sup>(٢)</sup> إلى ضمان الحابس، قال: وأما اذا كان كسوباً بالفعل فحبسه الجائر يكون ضامناً لما يفوته بسببه من الاعمال لصدق من اتلف مال غيره فهو له ضامن.

ولكنه اختار في كتابه الفتاوي<sup>(٣)</sup> عدم ضمان المانع، قال: اذا منع حراً عن عمله لم يضمن الا اذا كان اجيراً خاصاً لغيره فيضمن لمن استأجره. مضافاً إلى ان ما ذكره في مصباح الفقاهة من القول بضمان المانع للسيرة القطعية العقلانية فهو مخالف لفتوى الفريقين من العامة والخاصة على عدم ضمانه.

والسيرة وان كانت قائمة على الضمان لكنها مردوعة باتفاق الكل.

→

١٦٩، مسألة ٦٨٥ كتاب الغصب).

\* ويمكن أن يجاب بما أفاده الأستاذ كراراً من أنه يلاحظ في مقام الإفتاء أمور أخرتوجب الاحتياط في مقام الفتوى وإن كان بحسب البحث العلمي متعيناً.

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٣٦.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٢٠٠.

(٣) منهاج الصالحين، مسألة ٦٨٥، كتاب الغصب.

### الضمان بسيرة العقلاء في صورة الحبس

وأما وجه الضمان في صورة الحبس فلأنَّ المقتضي للضمان وهو السيرة القطعية العقلائية موجود، والمانع من ناحية الاجماع مفقود، فإن هذا الاجماع اولاً قد انعقد على قاعدة كبروية وطبقها الناقلون على مسألة حبس الحر. وثانياً لو سلمنا انه انعقد في خصوص هذه المسألة ففيه انه ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم أو عن دليل معتبر كان موجوداً عند السلف وقد خفي علينا، بل هو اجماع مدركي أو محتمل المدركية بوجوه عديدة استند اليها في خلال الكلمات.

### عدم رادعية الاجماع

فلنا في هذا المقام دعويان:

الدعوى الأولى: ان ما قام عليه الاجماع قاعدة كبروية، لكنه قد طبق هذا الاجماع على موردنا هذا اجتهاداً زعماً منهم ان المورد من صغريات تلك الكبرى.

فإن الاجماع في كلمات الفقهاء على قسمين: اجماع قائم على خصوص الصغرى، و اجماع قائم على الكبرى وادعي على الصغرى من باب تطبيق تلك الكبرى على الصغرى.

الدعوى الثانية: انه لو سلم انعقاد الاجماع في خصوص المسألة فهو مدركي أو محتمل المدركية بوجوه عديدة.

### كلمات الشيخ الطوسي في ضمان عمل الحرالكسوب

اما الدعوى الأولى فلها شواهد في كلمات الفقهاء (رضوان الله عليهم): منها ما في كلمات شيخ الطائفة الشيخ الطوسي (أعلى الله مقامه) فإنه طرح المسألة في ثلاثة مواضع: ففي موضع ذهب إلى عدم الضمان مستنداً إلى البراءة ثم اختار الضمان من باب الاحتياط كما في غضب الخلاف.

وفي موضع آخر اختار الضمان مستنداً إلى أنه مقتضى المذهب والاختبار كما في كتاب الجراح من المبسوط. وفي موضع ثالث اختار عدم الضمان بسبب كان أو غير سبب إذا لم يكن السبب منه مثل لسع حية ونحوه كما في غضب المبسوط.

قال في غضب المبسوط<sup>(١)</sup>: «وان غضب حراً صغيراً فتلف في يده فلا ضمان عليه بسبب كان أو غير سبب اذا لم يكن السبب منه مثل لسع حية أو لدغ عقرب أو اكل سبع أو وقوع حائط عليه.

وقال في غضب الخلاف<sup>(٢)</sup>: «اذا غضب حراً صغيراً فتلف في يده فلا ضمان عليه، وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة: ان مات حتف انفه كقولنا، وان مات بسبب مثل ان لدغته عقرب أو حية أو اكله سبع أو سقط عليه حائط فعليه الضمان، دليلنا ان الاصل براءة الذمة فمن شغلها فعليه الدلالة، وان قلنا بقول أبي حنيفة كان قوياً ودليله طريقة الاحتياط على ما بيناه.

(١) المبسوط ٣: ١٠٥، كتاب الغصب.

(٢) كتاب الخلاف ٢: ١٧٩، مسألة ٤٠ وقوله: «على ما بيناه» اشارة إلى ما بينه في المسألة السابقة بقوله: دليلنا طريقة الاحتياط لانه اذا ضمنها برئت ذمته بيقين وان لم يضمنها فليس على براءة ذمته دليل.

وقال في كتاب الجراح من المبسوط<sup>(١)</sup>: "وإذا اخذ حراً فحبسه فمات في حبسه فإن كان يراعيه بالطعام والشراب فمات في الحبس فلا ضمان بوجه صغيراً كان أو كبيراً، وقال بعضهم: إن كان كبيراً مثل هذا (وإن) كان صغيراً فإن مات حتف انفه فلا ضمان، وإن مات بسبب مثل ان لدغته حية أو عقرب أو قتله سبع أو وقع عليه حائط أو سقف فقتله فعليه الضمان وهذا الذي يقتضيه مذهبنا واخبارنا.

ومحل الاستشهاد في كلماته فقرتان: الأولى قوله: هذا الذي يقتضيه مذهبنا واخبارنا.

الثانية قوله: ودليله طريقة الاحتياط.

والمستفاد من الأولى ان الموضوع ليس خصوص مسألة حبس الحر؛ إذ لم يَقم عليها خبر فضلاً عن الاخبار، كما انها ليست مما يقتضيه المذهب، فالموضوع أمر آخر، وقد دلت الفقرة الثانية ان ذلك الموضوع عبارة عن طريقة الاحتياط والمراد بها هو الاحتياط في النفوس، وهذا هو الذي يقتضيه مذهبنا واخبارنا (كقوله ﷺ لا يذهب دم امرئ مسلم هدرأ وغيره من الاخبار) وهي قاعدة كبروية قد طبقت على مسألة حبس الحر.

وان شئت فقل ان شيخ الطائفة في سيره الفقهي ذهب اولاً إلى عدم الضمان لعدم دليل عليه فيكون مقتضى الاصل هو البراءة ثم عدل منه وقوى الضمان من باب الاحتياط، وأوضحه في اواخر مبسوطه بأن هذا الضمان مما يقتضيه مذهبنا واخبارنا، ويظهر من مجموع كلماته أولاً: أن ما قام عليه

(١) المبسوط ٧: ١٨.

المذهب والاختبار هو الاحتياط في النفوس<sup>(١)</sup> وقد طبق على مسألة حبس الحر من باب تطبيق الكبرى على الصغرى.

وثانياً: أنّ عدم الضمان بمقتضى البراءة مخالف للمذهب والاختبار. وثالثاً: أنّ الشيخ (أعلى الله مقامه) اختار عدم الضمان في أول مبسوطه؛ ولكنه عدل في آخر مبسوطه إلى الضمان، فهو في الحقيقة عدل عن المخالف للمذهب بما هو الموافق للمذهب والاختبار.

ومنها - أي من الشواهد على الدعوى الأولى - ما ذكره صاحب الجواهر والمحقق الأردبيلي من نفي الخلاف في مسألة عدم ضمان حبس الصانع. قال صاحب الجواهر: بلا خلاف أجده فيه<sup>(٢)</sup>.

وقال المحقق الأردبيلي: ولعله ليس لهم فيه خلاف<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستشهاد بهما انهما لم يدعيّا الاجماع ولا نفي الخلاف بضرر قاطع بل ادعى الجواهر بلا خلاف اجده والأردبيلي لعله ليس لهم فيه خلاف وهو اضعف من نفي الخلاف كما ان نفي الخلاف اضعف من دعوى الاجماع واتفاق الكل، فيستكشف من هذين التعبيرين ان الاجماع المدعى في الكلمات ناظر الى قاعدة كبروية ولكنه طبق على المورد من باب تطبيق

(١) إن العلامة أعلى الله مقامه في المختلف ٤٥٩ حمل كلام الشيخ في آخر المبسوط (هذا هو الذي يقتضيه مذهبنا واختيارنا) على سبب الاتفاق حيث قال: لانه قربه من سبب الاتفاق على وجه لا يمكنه الاحتراز فلزم الضمان كما لو حفر بئراً فسقط فيها غيره. وهذا له وجه ولعله استظهر من قول الشيخ (وان مات بسبب). وكذلك فهمه المحقق الأردبيلي، قال: فقول للشيخ بأنه ضامن لانه سبب لتلفه مع عدوانه. مجمع الفائدة والبرهان ٥١١:١.

(٢) الجواهر ٣٧:٣٩.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠:٥١٣.



الكبرى على الصغرى ولولا ذلك لصرح بهذا الاجماع هذان العلمان المحققان المتتبعان في آراء الفقهاء واقوالهم.

ومنها ما ذكره المحقق السبزواري في كفاية الأحكام<sup>(١)</sup> وهذا نص كلامه:  
والمقطوع به في كلام الاصحاب أنه لو حبس صانعا حراً مدة له أجره لم يضمن أجرته ما لم يستعمله؛ لأنَّ منافعه في قبضته.  
والمقطوع به عبارة عن عدم الضمان؛ لأنَّ منافعه في قبضته وما هو منشأ القطع ليس نفس الحكم بعدم الضمان بما هو ولا متلقياً عن رأي المعصوم، ولا عن نص معتبر قد خفي علينا، بل المنشأ كون المنافع في قبضته فلا محالة يكون المقطوع به أمراً كبروياً وهو كون المنافع في قبضته وقد طبق على عدم ضمان الحابس من باب تطبيق الكبرى على الصغرى.

### كلمات العلامة في ضمان عمل الحر الكسوب

ومنها ما عن العلامة (أعلى الله مقامه) في المختلف<sup>(٢)</sup> قال: لو غصب حراً صغيراً فمات بسبب لا منه مثل لدغ الحية واكل البيع، قال الشيخ في المبسوط والخلاف: لا ضمان عليه لأصالة البراءة ولأن الحر لا يضمن باليد. ووجه الاستشهاد به ان العلامة (أعلى الله مقامه) جعل التعليل الثاني قريناً لأصالة البراءة عند الشيخ فيكونان على نسق واحد، وقد عرفت ان اصالة البراءة كانت مستندة لفتوى الشيخ في برهنة ثم عدل إلى الضمان لكونه

(١) كفاية الأحكام: ٢٥٥.

(٢) المختلف ١: ٤٥٩.

مقتضى المذهب في برهه أخرى فيعلم منه ان موافقة المذهب ومخالفة المذهب مربوطه بالكبرى لا الصغرى.

ومنها ما عن العلامة في التذكرة قال: ولو حبسه مدة لمثلها أجرة وعطل منافعه فالاقوى أنه لا يضمن الأجرة؛ لأنّ منافعه تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا تلفت عليه واطرافه ولان منافعه في يده لأنّ الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده فلم يجب ضمانها بخلاف الاموال<sup>(١)</sup>.

### نقد الاجماع

ووجه الاستشهاد به ان التعبير بالاقوى<sup>(٢)</sup> يدل على ان مسألتنا هذه ليست مورداً لاتفاق السلف من الاصحاب فإنه لا يعقل التعبير به مع كون المسألة اتفاقية فيستكشف من هذا التعبير ان الاجماع المدعاة مربوطه بالكبرى الكلية وانما طبقت على المقام من ناحية الناقلين من باب تطبيق الكبرى على الصغرى.

واما الدعوى الثانية - وهي ان الاجماع على خصوص مسألة حبس الحر

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٨٢ (الطبع الحجري).

(٢) قال في الجواهر: وان عتبر في التذكرة بلفظ الاقوى مشعراً باحتمال الضمان فيه، بل في مجمع البرهان قوة ذلك لقاعدة نفى الضرر مع كونه ظالمياً وعادياً فيندرج في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾.

ثم قال وحكاه في الرياض عن خاله العلامة في حواشيه عليه.

ومال اليه في الرياض حيث يكون الحابس سبباً مفقوتاً لمنافع المحبوس انتهى كلامه. فالمسألة ذات قولين: احدهما عدم الضمان كما هو المشهور بل ادعي عليه الاجماع، والآخر الضمان كما قواه المحقق الاردبيلي وحكى عن الوحيد البهبهاني وصاحب الرياض.

على التنزل اجماع مدركي لا التعبدي الكاشف عن رأى المعصوم أو النص  
المعتبر- فالشاهد عليها انه ذكرت وجوه عديدة على عدم الضمان في خلال  
كلماتهم فتكون مستندة لعدم الضمان ولا اقل من الاحتمال.

منها: اصالة البراءة ذكرها شيخ الطائفة في غضب الخلاف<sup>(١)</sup> وامضاه  
العلامة في المختلف<sup>(٢)</sup>.

ومنها: التعليل بأن منفعه في يده كما عن العلامة<sup>(٣)</sup> ومنفعه في قبضته  
كما عن المحقق في الشرايع<sup>(٤)</sup> والسبزواري في الكفاية<sup>(٥)</sup>.

ومنها: التعليل بأن منفعه تابعة لما لا يصح غضبه فأشبهت ثيابه  
واطرافه<sup>(٦)</sup>، ومنها ان الحر لا يدخل تحت اليد<sup>(٧)</sup>.

ومنها: ان الحر لا يضمن باليد ذكره العلامة في المختلف<sup>(٨)</sup>.

الى هنا ظهر أن منع الحر عن العمل لا يوجب الضمان لا لعدم المقتضي  
فإن مقتضى الضمان وهو بناء العقلاء موجود، بل لوجود المانع والرادع عن  
السيرة لاتفاق الفريقين على عدم الضمان، كما ظهر أن حبس الحر الكسوب  
يوجب الضمان لقيام السيرة العقلائية عليه وعدم المانع، فإن المانع عمدة

(١) كتاب الخلاف ٢: ١٧٩، مسألة ٤٠.

(٢) المختلف ١: ٥٩.

(٣) التذكرة كتاب الغصب: ٣٨٢.

(٤) قال في الشرايع: لان منفعه في قبضته. راجع الجواهر ٣٧: ٤١.

(٥) الكفاية: ٢٥٥.

(٦) التذكرة كتاب الغصب: ٣٨٢.

(٧) التذكرة كتاب الغصب: ٣٨٢، والجواهر ٣٧: ٤١.

(٨) المختلف ١: ٥٩.

هو الاجماع فقد ذكرنا اولاً ان الاجماع قائم على قاعدة كبروية وقد طبقوها على الفرع المزبور وثانياً لو كان اجماع فهو مدركي. واما البحث عن الكبرى المجمع عليها فموكول إلى بحث ما يضمن بصحيحه.

### عدم صدق الاستطاعة على الحرالكسوب والصانع والمحترف

وقد تم بحث ضمان الحرالكسوب وبقي من البحث ما افاده السيد الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> «أعلى الله مقامه» من ان عمل الحرالكسوب يمكن ان يقع مورداً للاستطاعة<sup>(٢)</sup>.

يرد عليه أولاً أن الموضوع في النصوص الكثيرة الواردة في الحجج ان يكون له ما يحجج به كصحيح محمد بن مسلم<sup>(٣)</sup> والحلبي<sup>(٤)</sup> والخثعمي<sup>(٥)</sup> وهشام بن

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٧٨.

(٢) وعن السيد في العروة ٤: ٣٦٣: انكاره حيث قال: لا خلاف ولا اشكال. في عدم كفاية القدرة العقلية في وجوب الحجج، بل يشترط فيه الاستطاعة الشرعية وهي كما في جملة من الاخبار الزاد والراحلة فمع عدمهما لا يجب وان كان قادراً عليه عقلاً بالاكتساب ونحوه.

(٣) محمد بن الحسن باسناده عن موسى بن القاسم عن معاوية بن وهب عن صفوان عن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ قال: يكون له ما يحجج به. الحديث. الوسائل ٨: الباب ٨ من أبواب وجوب الحجج وشرائطه، الحديث ١.

(٤) محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن محمد بن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله الله عزوجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ ما السبيل؟ قال: ان يكون له ما يحجج به. الحديث. الوسائل ٨: الباب ٨ من أبواب وجوب الحجج وشرائطه، الحديث ٣.

(٥) محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن محمد بن يحيى

الحكم<sup>(١)</sup> وغيرها من الاخبار<sup>(٢)</sup> وهذا العنوان ظاهر فيمن له زاد وراحلة بالفعل

→

الخشعي، قال: سألت حفص الكناسي أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ ما يعني بذلك؟ قال: من كان صحيحاً في بدنه مخلى سريره له زاد وراحلة فهو ممن يستطيع الحج - أو قال - ممن كان له مال. الحديث. الوسائل ٨: الباب ٨ من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الحديث ٤.

(١) الصدوق في كتاب التوحيد عن أبيه عن علي بن ابراهيم بن هاشم عن أبيه عن محمد بن أبي عمير عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله عز وجل: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ ما يعني بذلك قال من كان صحيحاً في بدنه مخلى سريره له زاد وراحلة. الوسائل ٨: الباب ٨ من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الحديث ٧.

(٢) الباب ٨ و٩ من أبواب وجوب الحج وشرائطه.

ولكن بإزائها روايات تدل على تحقق الاستطاعة بالقدرة على المشي عمدتها صحيحة معاوية بن عمار (محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة بن ايوب عن معاوية بن عمار) قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه دين أعليه ان يحج؟ قال: نعم، ان حجة الاسلام واجبة على من اطاق المشي من المسلمين ولقد كان (أكثر) من حج مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم مشاة ولقد مر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بكراخ العميم فشكوا اليه الجهد والعناء، فقال: شدوا ازركم واستبطنوا ففعلوا ذلك فذهب عنهم. الوسائل ٨: الباب ١١ من أبواب وجوب الحج وشرائطه، الحديث ١. وقد أُجيب عن هذه الطائفة في مقام الجمع بين الطائفتين بوجوه:

منها: حملها على الندب كما في الجواهر ١٧: ٢٥١.

ومنها: حمل آية الاستطاعة على القدر المشترك بين الوجوب والندب، كما عن الجواهر ١٧: ٢٥١. ومنها: ان هذه الصحيحة ظاهرة في الوجوب وتلك الاخبار اظهر منها فيرفع اليد عن الظاهر بالاظهر كما عن الأستاذ السيد الخوئي. معتمد العروة ١: ٨٣.

ومنها: حملها على من استقر عليه الحج سابقاً فيجب عليه ان يحج ولو ماشياً، كما عن الجواهر ١٧: ٢٥١.

ومنها: انها مورد لاعراض الاصحاب للاجماع المحكي عن الناصريات والغنية والتذكرة والمنتهى (الجواهر ١٧: ٢٥١) وعن سيدنا الأستاذ في المعتمد (١: ٨٤) لم يعمل بمضمون صحيح معاوية بن عمار أحد من الأصحاب، وفي مقابل ما هو المعروف والمعظم ذهب السيد

والحر الكسوب والصانع والمحترف قادر على ان يحج ولا يصدق عليه له ما يحج به.

وثانياً: أن عدم الوجوب مما تسالم عليه الاصحاب.

وثالثاً: أن الحج من المسائل العامة المبتلى بها ولو كان واجباً عليه لبان وظهرو لم يكن له خفاء.

### جعل العوض من الحقوق

واما المقام الثالث وهو جعل العوض من الحقوق كجعل حق الخيار أو حق التحجير ثمناً في البيع فيسقط الحق على الأول وينتقل إلى البايع على الثاني فينبغي نقل كلام الشيخ بتمامه لما فيه من الفائدة ثم التحقيق في المسألة بجوانبها وانما آخره على بحث المنفعة وعمل الحر لكونه أقوى إشكالاً منهما. قال الشيخ<sup>(١)</sup> «أعلى الله مقامه»: واما الحقوق الأخر فان لم تقبل المعاوضة

→

في المدارك ٧: ٣٦) وتبعه صاحب الحدائق وجماعة، وقال السيد في العروة (١٤: ٨٢): بتحقيق الاستطاعة بالتمكن على المشي من غير مشقة واعترف به الأصحاب في القريب وأجيب عن الطائفة الأولى بوجوه:

منها: حمل روايات الزاد والراحلة على الغالب كما عن المرتضى (١: ٥٢) والعروة ٤: ٣٦٣.

منها: ان صحيحة معاوية بن عمار نص وتلك الروايات ظاهرة في اعتبار الزاد والراحلة ويرفع اليد من الظاهر بالنص كما عن المرتضى (١: ٥٣).

ومنها: ان تلك النصوص مطلقة ومثل صحيح معاوية بن عمار مقيد فيحمل المطلق على المقيد، وبما ذكرنا ظهر النقاش في دعوى اعراض الاصحاب وكذلك دعوى تسالم الاصحاب وقال السيد: لولا الاجماع المنقولة والشهرة لكان هذا القول في غاية القوة.

(١) المكاسب ٣: ٨، طبع تراث الشيخ الاعظم.

بالمال كحق الحضانة والولاية فلا إشكال، وكذا لولم تقبل النقل<sup>(١)</sup> كحق الشفعة وحق الخيار؛ لأن البيع تملك الغير ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه لانه لا مانع من كونه تملكاً فيسقط؛ ولذا جعل الشهيد في قواعده الابراء مردداً بين الاسقاط والتمليك.

والحاصل: انه يعقل ان يكون مالاً كما لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط ولا يعقل ان يتسلط على نفسه، والسر أن هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه فافهم. واما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير ونحوه فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح إلا أن في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوض المبيعة لغة وعرفاً مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض بشروط العوضين ولما يصح أن يكون أجره في الاجارة في حصر الثمن في المال. انتهى كلامه رفع مقامه.

ويقع البحث في مقامين:

المقام الأول: في توضيح كلام الشيخ (أعلى الله مقامه).

المقام الثاني: في بيان حقيقة الحكم والملك والحق وأقسام الحق وفي نهاية البحث تحقيق المسألة بجوانبها.

(١) في بعض النسخ: الانتقال.

## توضيح كلام الشيخ

أما المقام الأول فقد اختلفت الأقوال في جعل الحق عوضاً في البيع: ذهب كاشف الغطاء (أعلى الله مقامه) إلى المنع مطلقاً وصاحب الجواهر (أعلى الله مقامه) إلى جوازه مطلقاً والشيخ (أعلى الله مقامه) إلى التفصيل بين ما لا يقبل النقل فلا يجوز وما يقبل النقل كحق التحجير فيجوز من حيث وإن كان فيه إشكال من حيث المالية.

## نقد صاحب الجواهر لكاشف الغطاء

وكلمات الشيخ ناظرة إلى صاحب الجواهر كما ان كلمات صاحب الجواهر ناظرة إلى أستاذه كاشف الغطاء.

وقد اورد صاحب الجواهر على شيخه بإشكالين: إشكال نقضي وإشكال حلّي - كإطلاق الأدلة والفتاوى - وتنظير فقهي.

اما الإشكال النقضي فبالنقض ببيع الدين على من هو عليه فإن مقتضاه سقوط الدين فليكن كذلك في بيع العين بحق الخيار والشفعة.

وبعبارة أخرى ان من البيوع بيع الدين على من هو عليه ولا ريب في اقتضائه الاسقاط منضمّاً إلى قاعدة ان الانسان لا يملك على نفسه وهذا بعينه يجري في مثل حق الخيار والشفعة فإن البيع في مورد الحقوق يختلف مقتضاه باختلاف الحقوق فان مقتضاه في بيع العين بحق التحجير نقله إلى البائع وفي بيع العين بحق الخيار والشفعة سقوط الحق.

واما الإشكال الحلّي فإنه استدل بوجوه ثلاثة:



الوجه الأول: اطلاق الادلة بإطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيرهما من الادلة فإن تقييد العوض بغير الحقوق أو ببعض الحقوق مخالف لهذه الاطلاقات.

الوجه الثاني: اطلاق الفتاوى والمراد به هو الاجماع والتمسك بإطلاق معقده فإن الظاهر من الثمن في الفتاوى على ما صرح به في المصابيح<sup>(١)</sup> هو مطلق المقابيل فيشمل الثمن بأنحائه وتقييده بغير الحقوق أو ببعض الحقوق منافٍ لهذا الاطلاق.

الوجه الثالث: تنظير فقهي وهو التنظير بالصلح فإنه لا إشكال في وقوعه على الحقوق، سواء كان الحق قابلاً للنقل كالصلح على حق التحجير أو قابلاً للإسقاط فقط كالصلح على حق الخيار والشفعة إلا أنه يختلف المقتضي باختلاف الحقوق فإن مقتضى الصلح في حق التحجير هو النقل وفي حق الخيار والشفعة هو السقوط.

والصلح والبيع في ذلك على حد سواء، فكما ان الصلح على بعض الحقوق يقتضي نقله، وعلى بعض آخر يقتضي سقوطه فكذلك البيع فإن بيع العين بحق التحجير يقتضي نقله وبحق الخيار والشفعة يقتضي سقوطه.

توجيه صاحب الجواهر لكلام كاشف الغطاء

ثم ان صاحب الجواهر (أعلى الله مقامه) ذكر توجيهها<sup>(٢)</sup> لكلام كاشف الغطاء

(١) لمؤلفه السيد بحر العلوم وحكاه صاحب الجواهر ٢٢: ٢٠٩.

(٢) الجواهر ٢٢: ٢٠٩.

(أعلى الله مقامه) حيث قال: وكأن نظره ﷺ في المنع إلى الأول (اي إلى الحق القابل للاسقاط فقط) باعتبار معلومية كون البيع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح.

ونظر صاحب الجواهر في هذا التوجيه إلى ان بيع العين بحق التحجير أمر مفروغ عنه ولا إشكال في جوازه لكونه قابلاً للنقل، وانما الإشكال في مثل حق الخيار والشفعة من الحقوق غير القابلة للنقل والقابلة للاسقاط فلامحالة يكون نظر بعض الاساطين في المنع إلى هذا القسم من الحقوق لان البيع من قسم النواقل لا المسقطات فيختص في الحقوق بالحقوق القابلة للنقل، وهذا بخلاف الصلح فإنه قابل لأن يكون من النواقل والمسقطات فيشمل الحقوق بكلا القسمين؛ ولذلك يصح الصلح على حق التحجير وعلى حق الخيار والشفعة.

### نقد صاحب الجواهر لهذا التوجيه

وقد اورد على أستاذه - بعد هذا التوجيه - اشكالاً نقضياً وهو النقض ببيع الدين على من هو عليه فإنه من قسم البيوع ولا ريب في اقتضائه الاسقاط لا النقل فإن الانسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه. وهذا بعينه يجري في حق الخيار والشفعة فيجوز بيع العين بحق الخيار والشفعة وانما اثره السقوط لا النقل.

وملخص كلام الجواهر أن له في المقام دعواً ثلاثاً، الدعوى الأولى: انه لا يبعد وقوع الحق ثمناً في البيع وغيره سواء كان قابلاً للنقل أو الاسقاط.  
الدعوى الثانية: ان البيع والصلح في الحقوق على وزان واحد، فكما ان

الصلح يكون ناقلاً في بعض الحقوق ومسقطاً في بعض آخر، فكذلك البيع فإنه يكون ناقلاً ومسقطاً.

الدعوى الثالثة: ان بيع الدين على من في ذمته الدين اثره الاسقاط دون النقل.

### نقد الشيخ للجواهر

وكلمات الشيخ (أعلى الله مقامه) ناظرة إلى الجواهر كقوله: لأن البيع تمليك الغير، وقوله: ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه، وقوله: واما الحقوق القابلة للانتقال، بل عباراته من الصدر إلى الذيل تعريض بالجواهر في ابطال هذه الدعاوى.

وتوضيح كلامه: ان الفرق بين البيع والصلح فرق جوهري فإن البيع مفهوماً عبارة عن تمليك الغير فيختص بالعوضين القابلين للانتقال إذ البيع لغة وعرفاً ليس إلا التمليك والمبادلة والنقل وما يساويها من الالفاظ.

وهذا بخلاف الصلح فإن حقيقته ليست التمليك على وجه المقابلة والمعاوضة، بل معناه الاصلى هو التسالم الا انه يختلف اثره باختلاف متعلقه، فقد يتعلق بالمال عيناً أو منفعة فيفيد التمليك، وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد العارية يعني مجرد التسليط، وقد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال، وقد يتعلق بتقرير أمرين المتصالحين فيفيد مجرد التقرير.

واما نقض صاحب الجواهر ببيع الدين على من هو عليه الذي ليس مفاده الا الاسقاط فيندفع بأنه أيضاً تمليك؛ إذ لو لم يعقل التمليك لا يعقل البيع لما

ذكرنا من أنّ البيع لغة وعرفاً ليس إلا التملك وما يساويه من المفاهيم، إلا ان من عليه الدين يملك ما في ذمة نفسه فيسقط فإنه لا محذور عقلاً أن يكون مالاً كما في ذمته فيسقط بقاء؛ إذ لا يعقل ان يتسلط الشخص على نفسه<sup>(١)</sup>.

فكما ان البيع والصلح بينهما فرق ذاتي، كذلك الملك والحق فإنهما يفترقان بافتراق ذاتي، فإن الملك نسبة بين المالك والمملوك من دون حاجة إلى المملوك عليه فلا يلزم في بيع الدين على من هو عليه اتحاد المالك والمملوك عليه، وفي قوله: لا يحتاج إلى من يملك عليه نكتة دقيقة<sup>(٢)</sup>.

وهذا بخلاف الحق فإنه سلطنة فعلية فهو متقوم بالمسلط عليه فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد؛ إذ لا يعقل تسلط الشخص على نفسه، كما اذا باع الكتاب بحق الخيار فإن حق الخيار ينتقل منه إلى من عليه الخيار فيلزم فيه اتحاد المسلط والمسلط ويكون شخص واحد من له الحق ومن عليه الحق، ثم قال: فافهم.

(١) وسيأتي - ان شاء الله - الإشكال عليه من شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) أولاً بالنقض بتسليط الناس على انفسهم فإن تسلط الشخص على نفسه أمر ارتكازي عقلائي واول دليل على امكانه وقوعه. وثانياً: بما افاده المحقق الاصفهاني (١: ٥٥) باشكال حلي وهو أنّ من انحاء التقابل قسم خاص من المتضايفين وهو ما كان بينهما تباين في الوجود ومختلف الاطراف كالعالية والمعلولية والمتقدم والمتأخر، واما اذا كان من متفق الاطراف كالعالمية والمعلومية والمحبة والمحبووية فليس بينهما تقابل ولا محذور من اجتماعهما والمسلط والمسلط عليه من هذا القسم.

(٢) وجه النكتة ما سيأتي من شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) من ان الملك بطبعه لا يتوقف على المملوك عليه وان كان في خصوص بيع ما في الذمة متوقف على المملوك عليه، ويندفع به اشكال السيدين العلمين اليزدي والخوئي.

## مسائل تسع في كلمات الشيخ

ثم ان كلمات الشيخ (أعلى الله مقامه) - على ما يستفاد منها - مشتملة على

مسائل تسع:

١- تعريف الملك<sup>(١)</sup> بأنه نسبة بين المالك والمملوك الا انه لم يتعرض إلى مراده من هذه النسبة وسيأتي ان شاء الله ان الملك عنده من الأمور الانتزاعية الذي ينتزع من حكم تكليفي، وبعبارة أخرى ان الملك نسبة انتزاعية تنتزع عن حكم تكليفي طبقاً لمسلكه في الأحكام الوضعية من كونها أموراً انتزاعية تنتزع من الأحكام التكليفيه.

٢- تعريف الحق<sup>(٢)</sup> بأنه سلطنة فعلية وتبعه بعض الفقهاء (رضوان الله عليهم)

(١) في تعريف الملك آراء عديدة:

١- انه أمر انتزاعي كما عليه الشيخ (فرائد الاصول ٣: ١٣٠).

٢- انه من مقولة الجدة كما عليه المحقق النائيني في الدورة الثانية من البيع. تقرير الأملي (المكاسب والبيع ١: ٨٤).

٣- اعتباري حدوثاً لا بقاءً كما عليه العراقي (نهاية الافكار القسم الأول من الجزء الرابع: ص ١٠١ مبحث الأحكام الوضعية).

٤- اعتباري حدوثاً وبقاءً لكنهم اختلفوا انه السلطنة أو الاضافة أو الواجدية.

(٢) وفي تعريف الحق أيضاً آراء عديدة:

١- انه السلطنة الفعلية كما عليه الشيخ (المكاسب ٣: ٩).

٢- السلطنة الاعتبارية نسبة المحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ١: ٤١) إلى المشهور حيث قال: المعروف انه السلطنة وليكن المراد منها السلطنة الاعتبارية.

٣- ما عليه الآخوند من انه اعتبار خاص له آثار مخصوصة (حاشية كتاب المكاسب: ٤).

٤- ان الحق يختلف باعتباره باختلاف متعلقه، اختاره المحقق الاصفهاني (الحاشية على المكاسب ١: ٤٤).

٥- انه الاهلية اختاره السيد الميلاني (كتاب البيع: ٢٧) وتبعه شيخنا الأستاذ (دام ظله).

فإنهم اضافوا هذا القيد (الفعلية) متأثرين بالشيخ الاعظم من دون توجيه وجيه مقابل المشهور القائلين بأنه السلطنة، وهل المراد منها عند المشهور هي السلطنة الاعتبارية أو الشأنية أو الفعلية؟ فسيأتى إن شاء الله تحقيق ذلك في المباحث القادمة.

٣- الفرق بين الملك والحق وهو أنّ الملك نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى المملوك عليه، والحق سلطنة فعلية ويحتاج إلى المسلط عليه.

٤- استدلاله على عدم جواز وقوع الثمن من الحقوق بقوله: «لأنّ البيع تملك الغير» والتعليل المزبور ناظر إلى تملك المشتري كما هو مفروض البحث، وهذا التعليل انما يتم لو قلنا ان البيع تملك من الجانبين، بمعنى تملك المثل من جانب البائع وتملك الثمن من جانب المشتري، فحقيقة البيع تملك العوضين من الطرفين؛ ولكنه بعيد من الحق؛ لأنّ البيع تملك من ناحية البائع وتملك من ناحية المشتري<sup>(١)</sup>.

٥- بيع الدين بمن عليه الدين فإنه تملك عند الشيخ (أعلى الله مقامه) كسائر البيوع الا أنّ هذا البيع اثره السقوط خلافاً للجواهر فإنه ذهب إلى انه إسقاط بدو لا أثراً.

(١) هنا مسلكان، احدهما: ما اختاره الشيخ أعلى الله مقامه (٣: ١٣) وتبعه شيخنا الأستاذ (دام ظله) من ان البيع من جانب البائع تملك بالاصالة وتملك العوض ضمنى، ومن جانب المشتري تملك بالاصالة وتملك العوض ضمنى، ثانيهما: ما اختاره بعض المحققين كالاصفهانى والايروانى وسيدنا الأستاذ الخوئى من ان البيع تملك بالاصالة من الطرفين وقول الشيخ: لان البيع تملك الغير مطلق يعم التمليكين على كلا المسلكين الا انه على الأوّل احدهما اصلي والآخر تبعي، وعلى الثاني كلاهما اصليان.

## نقد الشيخ

ويتوجه على الشيخ:

أولاً: أنّ التملك ان كان قابلاً حدوثاً فهو قابل بقاء، فإنه اذا لم يعقل تملك الانسان لما في ذمته لا يفرق في ذلك بين الحدوث والبقاء، واذا صح ذلك حدوثاً صح ذلك بقاء.

وثانياً: انه يلزم ان يكون ثبوت الشيء علة لسقوطه؛ إذ يلزم من الملكية عدم الملكية، والأمر الاعتبائي وان كان سهل المؤونة الا انه يحتاج إلى الأثر، واثر التملك في سائر البيوع جواز التصرف وضعاً وتكليفاً؛ لكن اثر التملك في بيع الدين بمن عليه الدين ليس إلا سقوط الملكية والتملك لغرض انعدام الملكية لغو عقلاء، وسيأتي البحث في ذلك بنحو مستوفى ان شاء الله تعالى.

٦- دخل المالية في العوضين في البيع لغة وعرفاً وبالاجماع المستفاد من ظهور كلمات الفقهاء في حصر الثمن في المال في مبحث شروط العوضين وفي الأجرة في الاجارة.

٧- تقسيم الحقوق إلى أقسام ثلاثة:

القسم الأول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة والولاية، ونظره في هذا القسم إلى ما لا يقبل النقل والانتقال والاسقاط.

القسم الثاني: ما لا يقبل الانتقال كحق الشفعة وحق الخيار<sup>(١)</sup>، ونظره إلى ما

(١) ذهب الشيخ في أحكام الخيار (٦: ١١١) إلى انتقال حق الخيار بالارث تمسكاً بالاجماع حيث قال: وكيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية ان شاء الله تعالى.

لا يقبل النقل والانتقال ولكنه يقبل الاسقاط فتصح المعاوضة عليه بلحاظ الاسقاط.

القسم الثالث: ما يقبل الانتقال كحق التحجير ونظره إلى ما يقبل النقل والانتقال والاسقاط.

ولا بد من التأمل في هذا التقسيم فهل هو حاوٍ لجميع أقسام الحقوق أو هناك أقسام أخرى<sup>(١)</sup>.

وفي كيفية هذا التقسيم فهل هي تامة أم لا؟ وفي تداخل هذه الأقسام بعضها ببعض، وفي تداخل القسمين الأولين، وفي النسبة بين هذه الأقسام، وهل النسبة بين القسمين الأولين عموم وخصوص مطلق؟ كما هو الظاهر أو لا هذه هي احتمالات هذا التقسيم.

٨- التفصيل في وقوع الحق عوضاً في البيع بين القسمين الأولين - فلا إشكال في عدم وقوعه عوضاً - وبين القسم الثالث، فجعله مورداً للإشكال وتردد بين الجواز والمنع وذكر في وجه الإشكال أمرين: اخذ المال في عوض المبيعة

(١) عن السيد الفقيه اليزدي في الحاشية ١: ٢٨١ تقسيم الحقوق إلى أقسام ستة:

١- ما لا ينتقل بالموت ولا يصح اسقاطه ولا نقله كحق الأبوة ولاية الحاكم.

٢- ما يجوز اسقاطه ولا ينقل ولا ينتقل بالموت كحق الغيبة.

٣- ما ينتقل ويسقط ولا ينقل كحق الشفعة.

٤- ما ينقل وينتقل ويسقط كحق الخيار وحق القصاص.

٥- ما يسقط وينقل لا بعوض كحق القسم على ما ذكره جماعة كالعلامة في القواعد (٢: ٤٥)

والشهيد في اللمعة (١٧٤).

٦- ما هو محل الشك في صحة الاسقاط والنقل والانتقال كحق الرجوع في العدة الرجعية وحق

الفسخ بالعيوب في النكاح.



لغة وعرفاً وظهور كلمات الفقهاء في حصر الثمن في المال منضمماً إلى عدم كون الحق مالاً عرفاً.

٩- الفرق بين الصلح والبيع - في القسم الثالث من الحقوق وهو الحق القابل للانتقال كحق التحجير - بجواز الصلح عليه دون البيع.

هذه هي المسائل التسع التي تعرض إليها الشيخ (أعلى الله مقامه) ولم نجد من تعرض إلى جميع جوانب البحث بنحو مستوفى من المحشين، بل اكتفوا ببيان الحق والملك وما يتعلق بالحقوق.

ولهذه المسائل آثار مهمة نفيًا وإثباتاً إلا أن التعرض للجميع لا يسعه المقام، ونكتفي ببيان حقيقة الحكم والملك والحق وما يتعلق بالحقوق. هذا تمام البحث في المقام الأول المرتبط بتوضيح كلام الشيخ.

### حقيقة الحكم والملك والحق

وأما المقام الثاني وهو بيان حقيقة الحكم والملك والحق فهل هذه الثلاثة ذات حقيقة واحدة وإنما الاختلاف في احكامها وآثارها أو انها حقائق مختلفة ذاتاً واثراً؟ فيه مذهبان<sup>(١)</sup>.

(١) ويوجد مذهب ثالث وهو التفصيل بين الحق والملك باتحاد الحق مع الحكم دون الملك اختاره سيدنا الأستاذ الخوئي (مصباح الفقاهة ٢: ٤٥) واستدل على مرامه بوجوه: منها أن الملك يتعلق تارة بالاعيان وأخرى بالافعال؛ لكن الحكم والحق لا يتعلقان إلا بالافعال، والاصل في هذا التفصيل هو الشهيدي في شرحه على المكاسب في كفارة الغيبة (هداية الطالب ١: ٣٦٣-٣٦٠).

وما افاده سيدنا الأستاذ (أعلى الله مقامه) من الافتراق مناقض لما ذكره في الخيارات (مصباح

المذهب الأول: ان هذه الثلاثة حقيقة واحدة وانما اختلفت في الأحكام والآثار، فالملك هو الحكم والحكم هو الملك في حقيقته وجوهره، وكذلك الأمر في ناحية الحق.

بيان ذلك: ان الاعتبارات الشرعية والعقلانية لا تخلو من هذا التقسيم، فانها اما اعتبار فيه جهة الاقتضاء والتخير، واما اعتبار ليس فيه حيث الاقتضاء والتخير.

القسم الأول: هي الأحكام التكليفية الخمسة فانها اعتبارات شرعية، قسم منها فيه جهة الاقتضاء كالوجوب والحرمة، وقسم منها فيه جهة التخير كالاستحباب والكراهة والاباحة، فإن التخير مع رجحان جانب الفعل استحباب ومع رجحان جانب الترك كراهة وبدون الرجحان اباحة.

والقسم الثاني: هي الأحكام الوضعية فإنها اعتبارات شرعية تارة تتعلق بفعل المكلف كالشرطية والمانعية والقاطعية ككون الوضوء شرطاً للصلاة وما لا يؤكل مانعاً والقهقهة قاطعة.

وأخرى لا تتعلق بفعل المكلف كالملكية والزوجية وما هو من اوصاف الملكية كاللزوم والجواز.

ومحصل هذا البيان ان الملكية والحق من أقسام الحكم لا قسيم الحكم. المذهب الثاني: ما عليه الأكثر من ان هذه الثلاثة حقائق مختلفة ذاتاً واثراً وهذا هو المختار.

→

الفقاهة (٤١٠:٧)، من ان حق التحجير يتعلق بالعين حيث قال: وقد تعلق حقه بالارض التي هي موجودة في الخارج.

وتحقيق المسألة ان هذه الثلاثة وان كانت مشتركة في كونها أموراً اعتبارية قبالة الموجودات الخارجية، فإن الموجود ينقسم إلى الموجود الخارجي والاعتباري، والاعتباري إلى الملكية والحقية والحكمية، والبيان المذكور في المذهب الأول مقبول بهذا المقدار.

الا انه يرد عليه أولاً أنّ هذا المقدار من البيان ليس وافياً بما هو محل النزاع، فإن النزاع انما هو في تشخيص حقيقة هذه الأمور الاعتبارية ومجرد الاشتراك في اصل الاعتبار غير وافي بذلك.

وما هو محل النزاع هو الحكم بالمعنى الاخص الذي هو قسيم في تقسيمات الفقهاء (رضوان الله عليهم) لا الحكم بالمعنى الاعم الذي هو مقسم الأقسام، واما تفسير الملك والحق بأمر عدمي كما تقدم في بيان المذهب الأول من تفسيرهما بما ليس فيه اقتضاء، وتخيير ولم يتعلق بفعل المكلف، ففيه ان التفسير بالأمر العدمي ليس بياناً للحقيقة، بل إرجاعه إلى أمر عدمي عجز عن بيان الحقيقة.

وثانياً: ان تفسير الحكم التكليفي بالأمر الاعتباري يتم على بعض المباني، فإن لحقيقة الحكم مبانٍ عديدة: منها: ان الحكم أمر اعتباري اقتضاء أو تخييراً. ومنها: انه عنوان انتزاعي منشأ انتزاعه أمر خارجي كالانشاء بداعي جعل الداعي فإنه أمر خارجي والحكم منتزع منه.

ومنها: انه عبارة عن الارادة والكرهه المبرزة وما لم تبرز لا تتعنون بعنوان الحكمية.

تحصل مما ذكرنا ان الحكم بالمعنى الاخص المسمى بالحكم الاصطلاحي

هو قسيم للملك والحق في تقسيمات الفقهاء (رضوان الله عليهم) لا مقسم ولكن فهم حقيقته موكول إلى محله، فإن مسير البحث في دائرة ما تعرض إليه الشيخ (أعلى الله مقامه) فيقع البحث حول الملك والحق.

### تعريف الملك

البحث الأول في تعريف الملك وفيه آراء:

### تعريف الشيخ

الرأى الأول: ما عن الشيخ<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من انه نسبة بين المالك والمملوك، هذا ما ذكره هنا ولم يبين حقيقة هذه النسبة، وذهب في الأصول<sup>(٢)</sup> إلى ان الملك من الامور الانتزاعية المنتزعة من الحكم التكليفي فحقيقة الملك عنده - بعد الجمع بين الأصول والفقهاء - انها نسبة انتزاعية بين المالك والمملوك المنتزعة من الحكم التكليفي، فإنه وإن ذهب<sup>(٣)</sup> إلى ان بعض الأحكام الوضعية من الأمور الواقعية كالطهارة والنجاسة، ومن ناحية ان هنا قولاً<sup>(٤)</sup> بان الملك أمر واقعي ولكنه مع ذلك لا يمكن نسبة هذا القول إلى

(١) المكاسب ٣: ٩.

(٢) فرائد الأصول ٣: ١٣٠.

(٣) ويظهر ذلك من كلماته في كتاب الطهارة (اول النجاسات ذيل كلام الشهيد وتبعه المحقق الهمداني في كتاب الطهارة اول النجاسات حيث قال: النجاسة صفة مستأصلة ولكنه يظهر من فرائد الشيخ (٣: ١٣٠) الترديد بين الانتزاعية والواقعية التي كشف عنها الشارع.

(٤) نسب إلى الاسفار ٤: ٢٢٣ وإلى شرح التجريد ٢١٦ وتعرض إليه الآخوند (الكفاية طبعة آل البيت: ٤٠٢) بعنوان وهم ودفع.

الشيخ فانه صرح في بعض كلماته ان الملكية من الأمور الانتزاعية<sup>(١)</sup>.

### المناقشة في تعريف الشيخ

وقد اورد عليه اشكالات<sup>(٢)</sup> نكتفي منها بإشكالين:

(١) ان كان نظر شيخنا الأستاذ إلى ذيل كلامه في الرسائل كما هو الظاهر ففيه انه تردد بين كونها انتزاعية أو واقعية كشف عنها الشارع حيث قال: وحقائقها اما امور اعتبارية منتزعة من الأحكام التكليفية كما يقال: الملكية كون الشيء بحيث يجوز الانتفاع به وبعبوضه، والطهارة كون الشيء بحيث يجوز استعماله في الاكل والشرب والصلاة نقيض النجاسة، واما امور واقعية كشف عنها الشارع (فوائد الاصول ٣: ١٣٠ مبحث الأحكام الوضعية) وهكذا استظهره شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدورة الثانية من الاصول ٢٧/٦٦٨. وان كان نظره إلى صدر كلامه من الاحالة إلى الوجدان (٣: ١٢٨) حيث قال في مثل: اكرم زيداً ان جاءك، ليس مجعولين بجعلين احدهما وجوب اكرام زيد والآخر كون مجيء زيد سبباً، بل مجعولان بجعل واحد، احدهما وهو وجوب اكرام زيد تأسيس، والآخر انتزاعي، ففيه ان الشيخ (اعلى الله مقامه) قد صرح بأن هذا كله في السبب والشرط والمانع والجزء في غير المعاملات، واما المعاملات فأفادته بنحو التردد. ولا اقل من دعوى الظهور لا الصراحة.

\* ويمكن أن يجاب: أولاً: أن التردد الواقع في كلام الشيخ في حقيقة الأحكام الوضعية على نحو الإطلاق، أنها إما منتزعة وأما واقعية، ثم يمثل للحكم الانتزاعي بالملكية، فلا تردد في كلامه في كون الملكية منتزعة.

وثانياً: يشهد لكون الملكية عنده انتزاعية كلام الشيخ في المكاسب حيث قال: فإن الملك ملزوم لحدية التصرف... وقال في شرحه المحقق الإيرواني: الظاهر أن مراده أن الملكية منتزعة من توجه خطاب أحل.

(٢) الإشكالات، منها: ما ذكره في الكفاية من أن الملكية والزوجية والطلاق والعناق تنتزع بمجرد العقد أو الإيقاع من دون ملاحظة التكاليف ولو كانت منتزعة عنها لما صح الا بملاحظتها.

ومنها: ما ذكره في الكفاية من انه يلزم على الانتزاع ان لا يقع ما قصد وقوعه ما لم يقصد. ومنها: ما ذكره في الكفاية من انه لا تلازم بين الملكية وجواز التصرف فإن النسبة بينهما هو العموم من وجه. كفاية المشكيني ٤: ٤٨٢، كفاية آل البيت: ٤٠٢.

الاشكال الأول: ان فرض الملكية من الأمور الانتزاعية مما لم يتم عليه دليل، بل قام الدليل على خلافه فإن المجمعول أولاً وبالذات في مثل قاعدة من حاز ملك<sup>(١)</sup> هي الملكية المترتبة على موضوعها الحيابة، وليس هناك

→

ومنها: ما ذكره المحقق النائيني من انه ليس في الأحكام الوضعية ما يختص بحكم تكليفي لا يشاركه غيره حتى يكون منشأ لانتزاعه بخصوصه فإن أي حكم تكليفي فرض يكون مشتركاً بين موارد الحكم الوضعي وغيرها فكيف يمكن انتزاعه منه؟ وفرض انتزاعه من مجموع احكام تكليفية تكلف في تكلف. فوائد الأصول ٤: ٣٨٧، أجود التقريرات ٢: ٣٨٢.

ومنها: ما ذكره المحقق الاصفهاني (نهاية الدراية ٥: ١١٤) من انه يعتبر في الأمر الانتزاعي ان يحمل على منشأ الانتزاع العناوين المشتقة من المبدأ القائم به قياماً انتزاعياً كحمل الفوق على السقف بلحاظ قيام مبدئه به بقيام انتزاعي ومن الواضح ان جواز التصرف الذي فرض انه منشأ الانتزاع لا يحمل عليه عنوان المالك والمملوك، فيعلم منه ان مبدأ العناوين غير قائم به بقيام انتزاعي، وهذا الوجه اختاره شيخنا الأستاذ أيضاً، واما الإشكالان في المتن فقد تعرض إليهما العراقي وسيدنا الأستاذ الخوئي (نهاية الافكار ٤: ١٠٣، مصباح الأصول ٢: ٨٢، دراسات ٤: ٧٩).

(١) لم يثبت بهذا المضمون رواية ولم نثر عليه في كتب الاخبار وانما هو معروف في السنة الفقهاء. وما يمكن ان يكون مستنداً للتملك بالحيابة وجوه: نذكر عمدتها.

منها: ما تمسك به الشيخ أعلى الله مقامه في اقسام الارضين واحكامها للتملك بالحيابة (٤: ١٧) النبوي المرسل: من سبق إلى ما لا يسبقه اليه مسلم فهو احق به.

وفيه أولاً بما ناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) (الدرس ٢٧/ ٨/ ١٣٧٦) من ضعف السند فإنه ليس في جوامعنا الروائية الا في المستدرک نقلاً عن عوالي اللآلي (المستدرک ١٧: ١١١) وفي عوالي اللآلي ٣: ٤٨٠) وانما ذكر في الكتب الاستدلالية واصله عامي وجبر السند بعمل المشهور ممنوع صغرى وكبرى، اما من حيث الصغرى فلم نثر على كلمات الاقدمين الاستناد إليه، والظاهر ان اول من استند إليه هو صاحب مفتاح الكرامة (١٩: ١٣٥ و ١٧٤) ولم ينقل استنادهم إليه، مضافاً إلى وجوه عديدة مذكورة في الكلمات فلا يحرز استنادهم إليه وقد استند الشيخ (اعلى الله مقامه) في المبسوط (٣: ٢٧٤) احياء الموات) إلى السيرة حيث قال: اذا سبق إلى موضع كان احق به من غيره لأن بذلك جرت عادة اهل الامصار يفعلون ذلك ولا ينكره أحد.

→

واما من حيث الكبرى فموكول إلى محله وقد حقق فيه عدم الجبر.

وثانياً أنه مخدوش دلالة فإن مفاده الحقية لا الملكية.

الا ان يقال بقرينة الارتكاز العقلاني اريد منها الاحقية على نحو الملكية.

ومنها ما رواه الشيخ باسناد، عن علي بن الحسن عن محمد بن الوليد عن يونس بن يعقوب

عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث.

من استولى على شيء منه فهو له (الوسائل ١٧: الباب ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٣).

وفيه: أولاً: ان سند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال ضعيف في المشيخة والفهرس بأحمد

ابن عبدون وعلي بن محمد بن الزبير فإنهما لم يوثقا.

وثانياً: بما افاده سيدنا الأستاذ الخوني في الدورة الأولى (محاضرات في الفقه الجعفري ٣:

١١٩).

ان هذه الجملة ناظرة إلى أمارية اليد؛ لانها وردت في مورد الزوج والزوجة وماتا واشتبه اموال

الزوجة بأموال زوجها وكانت الاموال تحت اليد.

ومنها: ما تمسك به سيدنا الأستاذ الخوني في الدورة الأولى من المكاسب (٣: ١٢٠) بما رواه الكليني

عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قال

في رجل ابصر طيراً فنبعه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه، فقال امير المؤمنين عليه السلام: للعين ما

رأت وليد ما اخذت. (الوسائل: الباب ٣٨ من أبواب الصيد، الحديث ١).

ومن الظاهر انه لا خصوصية للطير فيعم حيازة غيره من المباحات؛ ولكنه ناقشه في الدورة

الثانية (مصباح الفقاهة ٥: ١٣٨) بانه وان كان تام الدلالة لكنه ضعيف بالسكوني.

وفيه لعله غفلة منه أو من مقرره فإن السكوني عامي ثقة وإنما الإشكال من ناحية النوفلي

واختار اخيراً وثاقته لوقوعه في كامل الزيارات وتفسير علي بن ابراهيم وإن عدل عن كامل

الزيارات أيضاً وعن شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) وثاقته أو التوقف فيه لإكثار الكليني عنه في

الأصول والفروع.

والحق أنه ثقة عندنا بوجهين أحدهما أنّ راوي كتاب السكوني عمدة هو النوفلي وقد اعتمد

الاصحاب على هذا الكتاب وعملوا به وهذا يكشف عن وثاقة النوفلي بالتلازم العادي.

ثانيهما: إكثار ابراهيم بن هاشم القمي عنه في بلدة قم في عصر احمد بن محمد بن عيسى

الاشعري، وكان يعدّ الاكثار عن الضعيف طعناً على الراوي في ذلك العصر، ولم يقع طعن في

حكم تكليفي كي يكون منشأ لانتزاعها، بل هذه القاعدة بنفسها دليل على كون الملكية من المجعولات المستقلة وكذلك في نظائرها.

الإشكال الثاني: أن انتزاع الملكية من الحكم التكليفي قد يكون امراً غير معقول، والوجه في ذلك أن الملكية في بعض الأدلة موضوع للحكم التكليفي كقول صاحب الزمان عليه السلام - في جواب مسائل أبي جعفر محمد بن عثمان العمري عليه السلام: وأما ما سألت عنه عن أمر الضياع التي لناحيتنا.. فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه فكيف يحل ذلك في مالنا؟<sup>(١)</sup>

→

ابراهيم بن هاشم فيستكشف منه وثيقة النوفلي.

ومنها: السيرة العقلانية القائمة على كون الحيابة من المملكات ولم يردع عنها الشارع وهذا الوجه هو العمدة ومن المعلوم أنّ المرتكز العقلائي هو اعتبار الملكية في موضوع الحيابة لا اعتبار جواز التصرف في هذا الموضوع وكون الملكية امراً انتزاعياً وما هو المجعول عقلاً يكون هو الممضى شرعاً فالملكية من الاعتبارات الامضائية الشرعية في موضوع الحيابة وترتب عليها احكام تكليفية وهنا وجه أخرى موكولة إلى محله.

(١) رواه الطبرسي في الاحتجاج ٢: ٢٩٨ عن أبي الحسن محمد بن جعفر الاسدي قال: كان فيما ورد علي من الشيخ أبي جعفر محمد بن عثمان العمري عليه السلام: في جواب مسائل إلى صاحب الزمان. وقال في مقدمة الاحتجاج: ولأنّني في اكثر ما نوره من الاخبار باسناده إما لوجود الاجماع عليه أو موافقته لما دلّت العقول اليه أو لاشتهاره في السير والكتب بين المخالف والمؤلف.

وقد يقال باعتبار الحديث لكونه مستنداً لا مرسلألحذف اسانيده، والسند معتبر لاحتفائه بالقرينة التي شهد بها الطبرسي. فانه يقال إنّ الحديث لو سلم كونه مستنداً لكنه لحذفه ملحق بالارسال واحتفاف القرينة أولآنه مربوط بأكثر ما أورده وثانياً أنه حجة له لانا، والأولى ان يستند إلى صححة أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده أمانة فليزدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه. (الوسائل ٣: الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١. ومفصله في الوسائل ١٩: في الباب ١ من أبواب قصاص النفس، الحديث ١). تقدم ان سند الحديث تام باسناد الصدوق في كمال الدين.



فإن الاضافة في (مال غيره وفي مالنا) إضافة الملكية وقد وقعت موضوعاً لحرمة التصرف، وكل موضوع متقدم رتبة على حكمه بمناط التقدم الطبيعي كما هو المختار أو كونه بمنزلة العلة.

ومن ناحية أنّ كل أمر انتزاعي متأخر رتبة عن منشأ انتزاعه كتأخر الفوقية من الفوق، ولو كانت الملكية منتزعة من الحكم التكليفي للزم في أمثال هذا الدليل مما وقعت الملكية موضوعاً للحكم التكليفي اجتماع المتقابلين من تقدم الملكية على الحكم التكليفي بمناط الموضوعية، ومن تأخرها عنه بمناط الانتزاعية<sup>(١)</sup>.

(١) وفيه أنه إنما تلزم الاستحالة إذا كان الاحتمال ثبوتاً منحصراً بنشوء الملكية من ذلك التكليف المتعلق بالموضوع أو بجعله مستقلاً لكنه هنا احتمالاً ثالثاً وهو نشوء هذه الاضافة من تكليف آخر في الرتبة السابقة على هذه الاضافة وإذا جاء الاحتمال بطلت الاستحالة. \* ويمكن أن يجاب: ليس هناك تكليف آخر للملكية غير جواز تصرف المالك، وليس جواز تصرف المالك ملازماً لحرمة تصرف غير المالك، فلا بد على القول بالانتزاعية من انتزاع الملكية عن حرمة تصرف غير المالك، مع أن المذكور في التوقيع الشريف ترتب الحرمة على الملكية.

وقد أثبت الاستحالة المحقق العراقي (نهاية الافكار ٤: ١٠٣) بدفع هذا الاحتمال أيضاً بأنه على الاحتمال الأول يلزم اجتماع المتقابلين، وعلى الاحتمال الثاني يلزم اجتماع المثليين فيبقى الاحتمال الثالث وهو كونها مجعولة مستقلاً.

وفيه ان هنا احتمالاً رابعاً وهو نشوء الملكية من حكم سابق عليها وهو جواز التصرف لا من حرمة التصرف السابق كي يلزم اجتماع المثليين.. ولا من حكمها المترتب عليها كي يلزم اجتماع المتقابلين.

هذا مضافاً إلى ان في ناحية جعل الملكية مستقلاً أيضاً اشكالاً ثبوتياً. وهو أنّ تعلق الاعتبار العقلاني أو الشرعي على أمرئها هو بملاحظة ترتب اثر عملي عليه والا لكان لغواً لا يصدر من

الرأى الثاني: أنّ الملكية من الأمور الاعتبارية، والفرق بين المسلكين أنّ الملكية على مسلك الانتزاع ليس لها ما بحذاء، بل ما له ما بحذاء هو الحكم التكليفي الذي هو منشأ الانتزاع وعلى مسلك الاعتبار يكون لها ما بحذاء لكنه لا في وعاء العين، بل في وعاء الاعتبار ومبنى هذا النظر أنّ الموجودات تنقسم إلى قسمين<sup>(١)</sup>:

القسم الأول: ما له ما بحذاء في الخارج كالجواهر والاعراض عدا مقولة الاضافة فإنها مختلف فيها.

القسم الثاني: ما له ما بحذاء في وعاء الاعتبار في مقابل ما ليس له ما بحذاء لا في الخارج ولا في وعاء الاعتبار، بل يكون موجوداً بوجود منشأ انتزاعه، سواء كان منشأ انتزاعه موجوداً خارجياً أو موجوداً اعتبارياً.

وقد اختلف ارباب هذا النظر في تفسير اعتبار الملكية.

→

العاقل الحكيم، ومع هذا الاصل الموضوعي يقال إنه حين اعتبار الملكية بعقد البيع مثلاً إما يتعلق اعتبار آخر بآثاره التكليفية كجواز التصرف وحرمة التصرف أو لا يتعلق اعتبار آخر فعلي، وعلى الأول يكون اعتبار الآثار مغنياً عن اعتبار الملكية وعلى الثاني يلزم عدم ترتب أثر تكليفي فيكون جعل الملكية لغواً على التقديرين.

(١) قال المحقق النائيني (اجود التقريرات ٢: ٣٨١) إنّ الموجود إما أن يكون موجوداً في العين أو في عالم الاعتبار، وعلى كل منهما فإما أن يكون من الموجودات المستأصلة أو الانتزاعية فتكون الاقسام اربعة، الأول: كالجواهر والاعراض، الثاني: الموجود الانتزاعي في العين كالفوقية، الثالث: الموجود المتأصل في عالم الاعتبار كالوجوب والحرمة والملكية والزوجية، الرابع: الموجود الانتزاعي في عالم الاعتبار كالسببية للملكية.

## تعريف الملكية عند المحقق النائيني

التفسير الأول ما ذهب اليه المحقق النائيني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) فإنه بعدما اختار أن الملكية موجود اعتباري لا انتزاعي عدها من سنخ مقولة الجدة بكلمة (بل) الاضريبية حيث قال: بل يمكن أن يقال إن الملكية الاعتبارية انما تكون من سنخ الملكية الحقيقية التي هي إحدى المقولات التسع العرضية المعبر عنها بالجدة، وذكر أن الجدة لها مراتب، المرتبة الأولى: وهي أتمها واكملها ملكية الباري تعالى للموجودات، والمرتبة الثانية: هي ملكية ولي الأمر لقوله تعالى: ﴿التَّيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ وهذه الملكية في مرتبة نازلة عن ملكيته تعالى، والمرتبة الثالثة: هي الملكية الاعتبارية كالملكية في باب الاموال وهذه الملكية مرتبة نازلة عن ملكية أولي الأمر الذين هم أولى بالمؤمنين من أنفسهم، والمرتبة الرابعة: هي الملكية الاصطلاحية<sup>(٢)</sup> أي الهيئة الحاصلة من إحاطة شيء بشيء كالهيئة الحاصلة من وضع العمامة على الرأس أو من لبس القميص والعباءة. وهي مرتبة نازلة عن ملكية الملاك في باب الاموال وقد اضطربت كلماته فقهاً وأصولاً.

(١) فوائد الأصول ٤: ١٣٨، الأحكام الوضعية، منية الطالب تقرير الخونساري ١: ٢٥ وهي الدورة الأولى من المكاسب والبيع تقرير الأملي ١: ٤٨ وهي الدورة الثانية من المكاسب، ويستفاد منها تقسيم الجدة إلى مراتب وعده الملكية الاعتبارية منها.

(٢) سورة الاحزاب: الآية ٦.

(٣) في الاسفار الاربعة ٤: ٢٢٣، ومما عذ في المقولات الجدة والملك وهو هيئة تحصل بسبب كون جسم في محيط ب كله أو بعضه بحيث ينتقل المحيط بانتقال المحاط مثل التسلح والتقمص والتعمم والتختم والتنعيل وينقسم إلى طبيعي كحال الحيوان بالنسبة إلى إهابه وغير طبيعي كالتسلح والتقمص.

## اضطراب كلمات المحقق النائي فقهاً واصولاً

اما الفقه فني الدورة الأولى<sup>(١)</sup> عبر عن الملكية تارة بالاضافة وأخرى بالجدة وثالثة بالوجدان وبالاضافة الواجدية وان الجدة الاعتبارية اضعف مرتبة من الجدة الحقيقية وهي ملكه تعالى ﴿لِلّٰهِ مَا فِي السَّمٰوٰتِ وَمَا فِي الْاَرْضِ﴾، والجدة الاصطلاحية وهي الهيئة الحاصلة من احاطة شيء بشيء حيث قال ذيل كلام الشيخ: «البيع وهو في الاصل كما عن المصباح مبادلة مالٍ بمالٍ» إن الملكية عبارة عن اضافة حاصلة بين المالك والمملوك وهي عبارة أخرى عن الجدة، غاية الأمر أن الجدة الحقيقية والواجدية الواقعية هي مخصصة بمن له مثلت السموات والارض، ولا شبهة ان من أعلى مراتب الجدة هذه الواجدية، وأما الملكية الاصطلاحية التي هي من إحدى المقولات فهي أضعف رتبة وأدنى درجة من الجدة الحقيقية، وأما الجدة الاعتبارية فهي أضعف من المرتبتين السابقتين. ويستفاد من مجموع كلماته أنه لا يستنكف من تفسيرها بالانضمام الواجدية إلا أنه يمنع عن استناده اليه ما ذكره المحقق الأملي في الدورة الثانية من تفسير الملكية بالجدة دون الاضافة حيث قال: «يجوز ان هي جدة أو إضافة كما عليه المحققين لكل وجه إلا أن بناء الأستاذ على الأول».

وأما في الأصول فني الدورة الأولى جمع بين الجدة والاضافة وعدّها من حيث المرتبة دون التذكية الحقيقية وفوق الجدة الاصطلاحية ويستفاد من مجموع كلماته فقهاً واصولاً أن الملكية ذات مراتب، سواء فسرت بالجدة أو بالاضافة التي هي السلطنة.

## نقد تعريف المحقق النائبي

ويرد عليه:

أولاً- مع الغض عن تلك الاضطرابات - أنّ الملكية الاعتبارية عدّها من مقولة الجدة أمر غير معقول؛ فإنّ الجدة من الأعراض التسعة وأهل الفن وإن اختلفوا في مقولة الاضافة في كونها اعتبارية أو واقعية<sup>(١)</sup>؛ ولكنهم اتفقوا في ما عداها من الأعراض التسعة على أنها من الأمور الواقعية، ومنها الجدة فإنّ الجدة عندهم عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة شيء بشيء ويقال على ماله مصداق في الخارج وتسميتها بعنوان المقولة انما هو بهذا اللحاظ والجمع بين المقولية والاعتبارية جمع بين المتنافيين.

وثانياً: أنّ اندراج ملكية الباري تعالى في مقولة الجدة لم تكن تتوقع صدوره من هذا المحقق فإنه أمر مستحيل؛ إذ يلزم عليه أن تحصل من احاطته تعالى بالموجودات هيئة ويكون الباري تعالى متهيئاً بها سبحانه الله وتعالى عن ذلك علواً كبيراً وهذا مما لا يمكن أن يتفوه به أحد فكيف بهذا المحقق العظيم<sup>(٢)</sup>.

(١) إنّ مقولة الاضافة عبارة عن النسبة المتكررة، سواء كانت متفقة الاطراف كالأخوة أو مختلفة الاطراف كأبوة والبنوة، والفرق بين الاضافة والنسبة انه ليس كل نسبة اضافة، فإنّ النسبة لطرف واحد، والاضافة تكون لطرفين. الاسفار ٤: ١٩٢، شرح منظومه: ١٣٩، راجع الاسفار ٤: ٢٠٠ فصل ٥ في أنّ الاضافة هل تكون موجودة في الخارج أم لا؟

(٢) انما يتوجه هذان الإشكالان على هذا المحقق اذا كان المقسم بهذه الاقسام عنده هي الماهية المتأصلة فيورد عليه تارة بالتنافي بين الاعتبارية والمقولية، وأخرى بأن الباري تعالى لا يتهيئاً بهيئة فإن ماهيته إنية لكن نظره إلى التوسعة في مقولة الجدة وانها لا تختص بما له ماهية متأصلة، بل المراد منها هي الواجدية بالمعنى الشامل للماهيات وغيرها وكلماته فقهاً وأصولاً تنادى بذلك.

وثالثاً: أن المقولات التسع العرضية ومنها الجدة هي من انقسامات الماهية، والماهية أمر عدمي لا أنها عدم، فإنه فرق بين العدم والعدمي وملكية الباري للموجودات اضافة إشراقية وهي عين الوجود ووجود محض لا ماهية له، وكيف يعقل الجمع بين الوجود المحض والأمر العدمي بنحو التشكيك وعدّهما مرتبتين من حقيقة واحدة؟ ويقال إن الملكية ذات مراتب اول مرتبتها الاضافة الاشراقية والمرتبة الثالثة هي مقولة الجدة<sup>(١)</sup>.

→

\* ويمكن أن يجاب: إن مناط كلا الإشكاليين أنه ﷺ جعل ملكية الله تبارك وتعالى ومقولة الجدة والاعتبارية من مراتب حقيقة واحدة، وهذا محال، لكون ملكيته تبارك وتعالى لا ماهية لها ومقولة الجدة من الماهيات المتأصلة، والاعتبارية لا وجود له إلا في وعاء الاعتبار، فكيف تكون هذه الثلاثة من حقيقة واحدة ذات مراتب؟ ولا شك أنه ﷺ ليس بصدد جعل اصطلاح خاص في مقولة الجدة، فإنه لا مشاحة في جعل الاصطلاح.

(١) وهذا الإشكال انما يتوجه على من ذهب إلى أن ما به الاشتراك وما به الامتياز انما هو بالوجود وأن التشخص انما هو بنفس الوجود فتكون الماهية امرأ عدمياً؛ ولكن النائيبي من المنكرين لهذا المبنى، بل يقول إن التشخص باللوازم والاعراض، فتشخص الاشياء بمشخصاتها لا بنفس وجودها (فوائد الأصول ٢: ٤١٧، أجود التقريرات ١: ٣٤٤) ولذلك اورد عليه تلميذه في المحاضرات (٢١: ٤) ببطلان المبنى وان تشخص الوجود بنفسه لا بشيء آخر.

\* ويمكن أن يجاب: إن الإشكال المذكور لا يتربط باختلاف كون التشخص بالوجود أو باللوازم، فإن الإشكال عدم اندراج ملكية الله تبارك وتعالى التي هي من الوجود، ومقولة الجدة التي والملكية التي هي من المقولات الموجودة في عالم العين، والملكية الاعتبارية غير موجودة إلا في عالم الاعتبار، تحت حقيقة واحدة.

وقد اورد شيخنا الأستاذ (دام ظله) على المحقق النائيبي في الدورة الأولى من فقه المكاسب أولاً انه فسر الملكية تارة بالاضافة، وأخرى بالسلطنة، وثالثة بالواجدية، والاضافة وإن كانت عامة عنواناً فتشمل جميع اقسام المتقابلات كالاضافة بين الاب والابن واضافة المحيط بالمحاط واضافة الواجدية؛ لكن السلطنة بمعنى القدرة كيف نفساني وبمعنى الاحاطة لا بجامع الواجدية. ثانياً: أن الملكية أعم من السلطنة لوجود الملكية في السفه والمفلس دون

ورابعاً: ان ما افاده من ان ملكية ارباب الاموال إلى اموالهم هي دون ملكية الباري تعالى وفوق مقولة الجدة الاصطلاحية أمر غير قابل للتعقل فان الجدة المصطلحة عبارة عن احاطة شيء بشيء كالهئية الحاصلة من وضع العمامة على الرأس ومن لبس القميص والعباءة وهي من الامور الواقعية لا تدور مدار وجود ناظر أو اعتبار معتبر وهذا بخلاف ملكية زيد لداره مثلاً فانها منوطة بالاعتبار ولاحظ لها من الوجود وراء عالم الاعتبار وكيف يعقل ان يكون رتبة ماله وجود خارجي ادون مما لا وجود له الا في وعاء الاعتبار.

### تعريف الملكية عند المحقق العراقي

التفسير الثاني ما افاده المحقق العراقي<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من ان الملكية ليست من الامور الانتزاعية كما عليه الشيخ الاعظم ولا من الامور الخارجية بل هي من الأمور الاعتبارية إلا أنّ الاعتباريات على قسمين:

القسم الأول: ما هو متقوم بالاعتبار حدوثاً وبقاءً كاعتبار أنياب الاغوال كما إذا اعتبر زيد ملكاً وسلطاناً فإنه يدور مدار اعتبار المعترف حدوثاً وبقاءً والنظر فيه موضوعي لا طريقي.

والقسم الثاني: ما هو متقوم بالاعتبار حدوثاً لا بقاءً كباب الاوضاع، فإن الوضع عبارة عن اعتبار الملازمة بين اللفظ والمعنى حدوثاً لا بقاءً، فإن الملازمة

→

السلطنة. ثالثاً: أنّ الملك بمعنى الاضافة المقولية لا تقبل الشدة والضعف، والقابل لهما هو طرف الاضافة لا نفس الاضافة. ورابعاً: أنّ السلطنة على العين وان كانت اقوى من السلطنة على المنفعة؛ لكن الاقوائية انما هي بمعنى الاكثرية قبالة الاقلية لا الاشدية قبالة الاضعفية. (١) نهاية الأفكار: ٤: ١٠١ الأحكام الوضعية.

بقاءً تصير من الأمور النفس الأمرية وباقية من دون الحاجة إلى اعتبار معتبر أو نظر ناظر، والوضع بهذا المبني جعله مفتاحاً لحل بعض المباحث المشكّلة في الأصول والملكية من هذا القبيل، فإنها اعتبارية حدوثاً لا بقاءً والنظر فيها طريقي لا موضوعي كملكية زيد لداره مثلاً فإنها تتوقف حدوثاً على اعتبار التملك بسبب من الأسباب كعقد البيع ونحوه، أما بقاءً فهي تصير من الأمور الواقعية النفس الأمرية<sup>(١)</sup> ولا تحتاج إلى اعتبار معتبر أو نظر ناظر.

وإن شئت فقل إن الملكية من الأمور الواقعية النفس الأمرية كالملازمة النفس الأمرية بين الفساد وتعدد الآلهة في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾<sup>(٢)</sup> إلا أن الملازمة في الآية أمر واقعي حدوثاً وبقاءً وليس فيها أي اعتبار لا حدوثاً ولا بقاءً، ولكن الملكية اعتبارية حدوثاً وواقعية بقاءً.

ولا يخفى انه لا بد من الدقة في كلماته حتى لا يغفل من بعض النكات الدخيلة في فهم مرامه حتى لا يختلط الأمر<sup>(٣)</sup>.

(١) إن الأمور الواقعية على قسمين، الأول: ما يكون له وجود في الخارج ويعبر عنه بما يكون الخارج ظرفاً لوجوده وهي المقولات العشر الجوهر والاعراض التسعة.  
الثاني: ما لا وجود له خارجاً ويعبر عنه بما يكون الخارج ظرفاً لنفسه كالملازمة في الآية فإنها لا وجود لها في الخارج منحاذاً عن وجود المتلازمين ومع ذلك لها تقرر في نفس الأمر ولا ترتبط بجعل جاعل، فالملازمة نظير الوجود، فإن الوجود خارجي بنفسه لا بالوجود، والملازمة خارجية بنفسها لا بوجودها إذ لا وجود لها غير وجود الطرفين هكذا استظهره شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدورة الثانية من الأصول من مقالات الأصول للعراقي في قوله: تتميم فيه تحقيق (مقالات الأصول: ١: ١٣).

(٢) سورة الانبياء: الآية ٢٢.

(٣) كما اختلط الأمر على بعض تلامذته فإنه تصوّر أنّ حقيقة الوضع عند العراقي عبارة عن



## نقد العراقي

ويرد عليه<sup>(١)</sup> إشكالان:

الإشكال الأول: أن قياس الملكية باللوازم الذاتية قياس مع الفارق.

بيان ذلك: أن اللوازم الذاتية - ومنها اللوازم التي يستحيل فيها تحقق الطرفين كالملازمة بين تعدد الآلهة والفساد - أمور حقيقية ولها واقعية في حد نفسها مع قطع النظر عن الاعتبار فإن التلازم بين تعدد الآلهة والفساد أمر متحقق في نفسه، سواء وجد من يعتبره حدوداً وبقاءً أم لم يوجد.

ووجه عدم حاجته في البقاء إلى الاعتبار إنما هو من جهة عدم حاجته إليه في الحدوث.

نعم، هنا بحث عميق في اللوازم الذاتية وهو أن هذه اللوازم هل وعائها الذهن أو الخارج أو لا هذا ولا ذاك؟ والمسألة من مشكلات الفن، وملخص ما

→

الملازمة الواقعية التي هي البرزخ بين الموجودين الذهني والخارجي ولذلك أورد عليه بأنها ليست بحقيقة الوضع، بل هي متفرعة عليها ومتأخرة عنها رتبة محاضرات في الأصول ١: ٣٩ وقد عرفت أن حقيقة الوضع عند العراقي عبارة عن اعتبار الملازمة بين اللفظ والمعنى حدوداً والملازمة الواقعية تترتب عليها.

(١) وأورد شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) على المحقق العراقي في الأصول تارة: بأن جعل الملازمة محال، والقابل للجعل هو الطرفين من اللازم والملزوم هكذا ذكره في الدورة الأولى من الأصول تبعاً للمحقق الحائري لكنه عدل عنه في الدورة الثانية (١٣٦٩/٨/٢١) والتزم بأن المحال هو جعل الملازمة تكوينياً، وأما جعلها اعتباراً فهو يمكن من الامكان فإن الاعتبار سهل المؤونة وأخرى: بأن استغناء الأمر الاعتباري عن الاعتبار بقاءً أمر محال؛ لأنه انقلاب من الأمر الاعتباري إلى التكويني، ووجه الاستحالة أن قوام الأمور الاعتبارية وجودها بالاعتبار، وزواله أيضاً بالاعتبار ولا يمكن استغناؤها عن الاعتبار.

قيل في حلّ الإشكال أنّ اللوازم الذاتية ليس وعائها الذهن ولا الخارج، بل وعاؤها نفس الأمر فهي موجودة بالوجود النفس الأمري، والذي ينبغي أن يقال إنّ المقدار القابل لإدراكنا أنّ اللوازم الذاتية ليس من سنخ أنياب والأغوال ولا من سنخ الاعتبارات العقلائية والشرعية، بل لها واقعية غير متقومة بالقصد والنظر حدوثاً وبقاءً.

وهذا بخلاف مثل الملكية والحجية والقضاة والولاية فإنها من الاعتبارات العقلائية والشرعية، وشأن الفقيه هو التحقيق في حقيقة هذا الاعتبار بقدر الامكان فإن الموضوع قد يكون عرفياً محضاً مثل الاكل والخمر فلا يلزم على الفقيه معرفته، وأما إذا صار موضوعاً للأحكام فعلى الفقيه أن يشخصه سعة وضيقاً، وقد يكون له اعتبار شرعي وراء الاعتبار العرفي كما هو نظر بعض المحققين كالتائيني والاصفهانى والعراقي وغيرهم من أعيان الفن في الأمثلة المزبورة فإنهم ذهبوا إلى أنّ هذه الأمثلة لها اعتبار شرعي وراء الاعتبار العرفي، والاعتبار الشرعي في مثل هذه الموارد إمضاء لما عند العرف والعقل، والامضاء عبارة عن جعل الحكم المماثل إلا أنّهم اختلفوا في أنّ المعتبر الشرعي هل يحتاج إلى الجعل والاعتبار حدوثاً فقط كما زعمه المحقق العراقي (أعلى الله مقامه) أو أنه يحتاج إلى الجعل والاعتبار حدوثاً وبقاءً كما هو مسلك الآخرين؟ وهذا هو الصواب إذ يستحيل أن يتوقف عليه حدوثاً لا بقاءً لاستحالة استغناء الممكن عن العلة فإن الممكن محتاج في ذاته إلى العلة حدوثاً وبقاءً، والوجه في ذلك أنّ كلّ مفهوم من المفاهيم الممكنة فإنه بالنسبة إلى الوجود والعدم في حد الاستواء وترجيح أحد الطرفين يحتاج إلى العلة برهاناً ووجداناً.

والموجود الاعتباري حدوثه بلا علة محال فكذلك بقاءه فإنه في مرحلة البقاء لا يخلو من أحد أمرين: إما أنه يحتاج إلى العلة أو أنه مستغن عنها والأوّل هو المطلوب، والثاني يلزم فيه استغناء الممكن عن العلة، وهذا على خلاف البرهان والوجدان.

الإشكال الثاني: أنّ ما قاله المحقق العراقي (أعلى الله مقامه) من استغناء الأمر الاعتباري عن القصد والنظر بقاءً فإنه يقال عليه بالنسبة إلى الحدوث أيضاً؛ لأنّ حكم الامثال فيما يجوز وما لا يجوز واحد.

بيان ذلك: أنّ بقاء الحادث عبارة عن استمراره واستمرار الحادث عبارة عن تماثل الآنات فيه بمعنى انه في كل آن متماثل مع الآن السابق عليه، وهذا مما لا بحث فيه ولا إشكال.

وإذا فرضنا أنّ الموجود ولو كان اعتبارياً فإنه لا يحتاج في بقائه إلى القصد والنظر فيقال عليه بمثل ذلك في ناحية الحدوث أيضاً بقاعدة حكم الامثال فيما يجوز وما لا يجوز واحد، وهذه قاعدة عقلية برهانية.

وتحصل مما ذكرنا ان تفسير المحقق العراقي (أعلى الله مقامه) وان سلم عن بعض المناقشات المتوجهة على المحقق النائيني؛ ولكنه مبتلى بهاتين المناقشتين.

### تعريف الملكية عند المحقق الخوئي

التفسير الثالث ما افاده السيد الخوئي في مصباح الفقاهة<sup>(١)</sup> من أنّ الملكية

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٢٠٠ و٤٤.

هي السلطنة والاحاطة<sup>(١)</sup> وتوضح مرامه:

أنه ممن ذهب إلى أنّ الملكية ليست منتزعة من الأحكام التكليفية ولا من الاعراض المقولية بل هي أمر اعتباري عقلائي أو شرعي، واستدل على ذلك بما استدل به بعض اهل الفن<sup>(٢)</sup> من أنّ الملكية قد تثبت لأمر معدوم كما اذا كان أحد طرفيها من المالك أو المملوك كلياً كملكية الخمس لطبيعي السادة وملكية الزكاة لكلي الفقير وملكية الوقف للجهة العامة فإن ثبوتها لأمر معدوم دليل على أنها ليست من الاعراض؛ لاستحالة تحقق العرض بدون وجود موضوعه خارجاً، بل هي من الأمور الاعتبارية ثم ذكر أنها مقولة بالتشكيك على المراتب الأربع وقد بيّن تلك المراتب في (مبحث اختصاص المبيع بالأعيان) حيث قال ما ملخصه: إنّ الملكية لها أربع مراتب:

الأولى: الملكية الحقيقية وهي السلطنة التامة بحيث يكون اختيار المملوك

(١) خلافاً للدورة الأولى (محاضرات في الفقه الجعفري ٢: ٢١) فإنه فسرها في هذه الدورة بالسلطنة فقط دون السلطنة والاحاطة، وبالسلطنة الاعتبارية دون السلطنة الفعلية ولم يقسم الملكية إلى المراتب الأربع على نحو التشكيك فلا تتوجه على هذه الدورة الإشكالات التي أوردها شيخنا الأستاذ (دام ظله) على الدورة الثانية، ولعله لذلك نقل التفسير من مصباح الفقاهة.

(٢) كالمحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ١: ٢٥ نهاية الدراية ٥: ١١٢ التعليقة ٤٧) واستدل بوجه ثلاثة:

الوجه الأول: ان الاعراض لم تختلف فيها الانظار بخلاف الملكية العرفية والشرعية.  
الوجه الثاني: أنّ الاعراض بعد تحققها لها مطابق في الخارج بخلاف الملكية العرفية والشرعية.  
الوجه الثالث: ان العرض يستحيل تحققه في الخارج مع عدم تحقق موضوعه بخلاف الملكية العرفية والشرعية فإنها قد تثبت لأمر معدوم اختاره تلميذه في المحاضرات ٢: ٢٢ وناقش في الوجه الأول والثاني.

تحت سلطنة المالك حدوداً وبقاء وهي مخصصة بالله تعالى؛ لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات بالإضافة الاشرافية، وهذه المرتبة من الملكية هي أعلى مراتب الملكية؛ ولاجل ذلك لا تدخل تحت مقولة من المقولات. ونظير ذلك في الممكنات احاطة النفس بصورها بداهة أن النفس مالكة لصورها بالإضافة الاشرافية.

الثانية: مالكية الانسان لنفسه واعضائه وافعاله وذمته فإن هذه الأمور مملوكة له بالإضافة الذاتية الأولية وهذه المرتبة من الملكية أيضاً غير داخلية تحت المقولات العرفية وانما هي سلطنة الشخص على افعاله بسلطنة تكوينية.

الثالثة: الملكية المقولية الخارجية وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر كالهيئة الحاصلة عن التعمم والتقمص وهذه المرتبة تسمى بمقولة الجدة.

الرابعة: الملكية الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى ذلك، وربما يمضى الشارع اعتبارهم هذا لاجل تلك المصلحة، بل قد يعتبر الشارع ملكية شيء لشخص وإن لم يعتبرها العقلاء كما يتفق ذلك في بعض أقسام الارث.

ثم إنه ذكر في مبحث الفرق بين الملك والحق: أن حقيقة الملكية الاعتبارية هي السلطنة والاحاطة، ولا ريب في أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالاعيان الخارجية تارة وبالأفعال أخرى، يقال: الناس مسلطون على اموالهم وزيد مسلط على الخياطة والبناية والتكلم والكتابة. وهذا بخلاف الحق والحكم فإنهما لا يتعلقان إلا بالأفعال.

هذا ما أفاده هذا السيد المحقق وتبع في تقسيم الملكية إلى المراتب الاربع شيخه المحقق النائيني إلا أنه تخلص عن بعض الإشكالات المتوجهة على الأستاذ:

منها أن الأستاذ<sup>(١)</sup> جعل المراتب الأربع تحت مقولة واحدة ولكن التلميذ عد الملكية المقولية مرتبة من الملكية ولم يجعل المراتب تحت مقولة واحدة. ومنها أن الأستاذ عدَّ الملكية الاعتبارية فوق الملكية المقولية ولكن التلميذ عدَّ الملكية الاعتبارية من أدون المراتب.

### نقد المحقق الخوئي

ولكنه مع ذلك كله يرد عليها إشكالات:

الإشكال الأول: أنه فسر الملكية بالسلطنة والاحاطة والجمع بينهما جمع بين المتباينين فإنهما متباينان مفهوماً وحقيقة، والشاهد على التباين أن السلطنة عبارة عن القدرة، والاحاطة عبارة عن الاضافة، والسلطنة تتعدى بأداة الاستعلاء (على) كالنبوي<sup>(٢)</sup>: (الناس مسلطون على اموالهم). والاحاطة تتعدى بالباء كقوله تعالى<sup>(٣)</sup>: ﴿وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ مُّحِيطًا﴾ وافترقاها في

(١) فوائد الأصول ٤: الأحكام الوضعية، منية الطالب ١: ٢٥ والمكاسب والبيع ١: ٤٨.

(٢) غوالي اللآلي ١: ٢٢٢ الحديث ٩٩، بحار الانوار ٢: ٢٧٢.

(٣) سورة النساء: الآية ١٢٦ وقد ذكرت بمشتقاتها في القرآن ٢٥ مورداً واستعملت متعدية بالباء وعن المحقق الاصفهاني (الحاشية على المكاسب ١: ٣٢) ان السلطنة - مفهوماً - تتعدى إلى متعلقها بحرف الاستعلاء والملك يتعدى بنفسه كما أن الاحاطة تتعدى تارة بالباء وأخرى بحرف الاستعلاء.

أسباب التعدية دليل على افتراقهما في المعنى.

الإشكال الثاني: أن السلطنة قد جعلت من آثار الملكية في مثل الناس مسلطون على أموالهم، وما هو من آثار الملكية كيف يعقل أن يكون نفس الملكية.

الإشكال الثالث: أن الملكية المقولية التي هي من إحدى مقولات التسع العرضية عدها من أقسام الملكية ومراتبها يستلزم محذوراً عقلياً.

بيان ذلك: أن العرض ماهية اذا وجدت وجدت في موضوع قبالة الجوهر الذي هو ماهية اذا وجدت وجدت لا في موضوع، فلامحالة تكون الماهية هي المقسم لهذه الأقسام إذ الأقسام لا بد فيها من ما به الاشتراك وما به الامتياز. والماهية عند أهل الفن - ونفس هذا المحقق من أهل الفن والاصطلاح - ليست وجوداً ولا عدماً، بل عديمياً ومن ناحية أن الملكية بالمرتبة الاعلى إضافة اشراقية والاضافة الاشراقية وجود بحث لا ماهية له، وكيف يعقل الجمع بين الوجود المحض والأمر العدمي وعدّهما مرتبتين من حقيقة واحدة<sup>(١)</sup>.

(١) وعن شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدورة الأولى من فقه المكاسب:

أن المتحصل من كلام السيد الخوئي أمور ثلاثة:

الأمر الأول: أن الثابت في نظام الوجود لا يخلو من أربعة اقسام: الواجب، والممكن، والممكن إما جوهر أو عرض، والأمر الاعتباري القائم بنفس الاعتبار.

الأمر الثاني: أن الملكية الاعتبارية عبارة عن الاحاطة أي اعتبار احاطة المالك بالمملوك ثم قال فحقيقة الملكية انما هي السلطنة والاحاطة.

الأمر الثالث: أن هذه الملكية الاعتبارية هي المرتبة الرابعة من حقيقة الملكية.

ويرد عليه إشكالات:

الإشكال الأول: أن الوجود من اقسام الثابت في نظام الوجود وليس جوهرأ ولا عرضأ ولا امرأ



اعتبارياً، بل هو الفيض المقدس بقوله تعالى: ﴿إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾ (سورة آل عمران: الآية ٥٩)، بل ينبغي أن يقال في مقام التقسيم: إن الامكان إما ما هوي أو فقري، والماهوي إما جوهر أو عرض، والفقري هو الوجود الامكاني.

الإشكال الثاني: أن تفسير الملكية بالاحاطة الاعتبارية غير مقبول عقلاً إذ ليست الملكية عندهم على شأن الهيئة الحاصلة من العمامة المحيطة بالرأس مع تفاوت أن هذا اعتباري وذلك مقولي.

الإشكال الثالث: أن الاتحاد بين الملكية والاحاطة لا يخلو من أحد شقوق ثلاثة: الاتحاد المفهومي أو الواقعي أو هما معاً ولو فرض اتحادهما مفهوماً وواقعياً ومصداقاً كما هو مفروض البحث في باب التعاريف للزم اتحادهما في نحو التعدية؛ لكن التالي واضح البطلان لأنهما مختلفان من حيث التعدية فإن الملكية تتعدى بنفسها يقال: ملكه ولا يقال: ملك به، والاحاطة تتعدى بالباء يقال: أحاط به ولا يقال: أحاطه.

الإشكال الرابع: أنه فرض الملكية ذات مراتب وعدّ منها الملكية المقولية والاعتبارية والملكية المقولية عبارة عن الجدة وهي الهيئة الحاصلة من احاطة شيء بشيء، والملكية الاعتبارية عنده عبارة عن الاحاطة والسلطنة والاحاطة هي الاضافة، والسلطنة عبارة عن القدرة وهي من مقولة الكيف والمقولات متباينات لا يتصور فيها المراتب.

الإشكال الخامس: أنه لا يعقل جعل الملكية الاعتبارية والمقولية من مراتب الاضافة الاشرافية.

الإشكال السادس: أن سلطنة الشخص على افعاله واعضائه من المقولات لا قبالة المقولات فإن السلطنة عبارة عن القدرة، والقدرة من مقولة الكيف، وما لا يندرج تحت المقولة إنما هو الوجود والأمر الاعتبارية ولا يخلو بعض هذه الوجوه من الضعف.

فإن الإشكال الأول مردود بما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الأصول في المعنى الحرفي (١٣٦٩/١٠/٤) بأن الوجود الفقري من أقسام الممكن، وكل ممكن زوج تركيبى من الماهية والوجود، فإن البارى تعالى لا ماهية له لانه لا حد له؛ لكن الوجود الامكاني محدود، والماهية عبارة عن حد الوجود وقد حمل السيد الخوئي كلام المحقق الاصفهاني في المعنى الحرفي على الوجود الرابط أي الوجود لا في نفسه وفسره بأنه سنخ وجود لا ماهية له، وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله) أولاً: أن معنى الحرفي عند الاصفهاني عبارة عن ذات الربط لا الربط الموجود



→

وثانياً: أنّ الوجود الرابط من الممكنات وكل ممكن زوج تركيبى من ماهية الوجود إلا أنّ الوجود الرابط له ماهية ناقصة لا التامة - كما صرح به المحقق الاصفهاني بمعنى أنه يتصور بتوسط الطرفين لا مستقلاً.

\* ويمكن أن يجاب هناك اصطلاحان: الإمكان الفقري والإمكان الماهوي، والإمكان الفقري لا ماهية له على ما حقق في الحكمة، من أنه إضافة إشراقية وتكون نفس الربط، وعين الفقر، وليس لهذه الإضافة طرف، بخلاف الإضافة المقولية. (راجع الحكمة المتعالية في الاسفار العقلية الاربعة ١: ٤١١-٤١٣ وج ٦: ٢٥٠). وشرح المنظومة ٣: ٥٨٩-٥٩١ وكتب أخرى. وأما إمكان الماهوي فهو ما له ماهية. فلا منافاة بين جواب الأستاذ (مد ظله) هنا، وما في المعنى الحرفي. والإشكال الثاني فيه خلط بين الاضافة والجدة فإنّ الإحاطة اضافة اعتبارية لمقولة الاضافة لا لمقولة الجدّة.

\* ويمكن أن يجاب: أن الخوئي جعل الملكية الاعتبارية عبارة عن الإحاطة أي اعتبار إحاطة المالك بالملوك، وإشكال الأستاذ (مدّ ظله) أنّ الملكية ليست عندهم على شأن الهيئة الحاصلة من العمامة المحيطة بالرأس ولو بالاعتبار.

والإشكال الثالث: كأنه مبنائي فإنه يستفاد من كلمات السيد الخوئي في قاعدة لا ضرر أنّ اختلاف اسباب التعدية قد لا يكشف عن اختلاف المعنى حيث قال: مادة الضرر تستعمل متعدية اذا كانت مجردة فيقال ضره ويضره، واما ان كانت من باب الافعال فتستعمل متعدية بالباء فيقال: اضربه، ولا يقال: أضره، واما معنى الضرر فهو النقص في المال أو في العرض أو في البلدان (مصباح الأصول ٢: ٥٢٢).

\* ويمكن أن يجاب: أن كلام السيد الخوئي في مادة واحدة في هيتين مختلفتين، والكلام في مادتين، فإنهما لو كانتا بمعنى واحد فلامعنى لاختلاف التعدية فيهما.

ويؤيده ما في لسان العرب (ضره يضره وضربه وأضره وضاره مضارة وضاراً بمعنى) (٤: ٤٨٢). والإشكال الرابع: أيضاً يتم على المبنى المشهور عند الفلاسفة من كون الاعراض التسعة مقولات متباينات وليس من المسلمات عندهم، قال السبزواري: أجناسه القصوى لدى المعلم وبالثلث أو بالاربع نسي، فإنه جعل ابن سهلان الساوي اقسام العرض ثلاثة: الكم والكيف والاضافة وجعل الباقي تحت الاضافة، وجعل الشيخ السهرودي الاقسام اربعة: الكم والكيف والاضافة والحركة وجعل الاضافة شاملة لبقية الاقسام.

وهذا الإشكال بعينه يتوجه على المحقق النائيني أيضاً كما بيّناه سابقاً.

### تعريف الملك عند المحقق الاصفهاني

التفسير الرابع ما افاده المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) بقوله: المظنون أنّ الملك يساوق الاحتواء والوجدان تقريباً، والتعبير بالظن يكشف من عدم جزمه بذلك وتوقفه في المسألة والحق معه، فإنّ هذا النحو من المعاني التي ليست قابلة للتحديد بالجنس والفصل تعريفه بالبت والجزم في غاية الإشكال<sup>(٢)</sup>.

→

\* ويمكن أن يجاب: إن تباين المقولات مسلّم عند الكل، وإن كان في تعداده اختلاف، فجعل الملكية من الكيف والإضافة يكون من جعلها لمقولتين مختلفتين، على المباني الثلاثة المذكورة.

(١) الحاشية على المكاسب ١: ٣٢.

(٢) فرّق الاصفهاني بين معرفة مفهوم الملك لغة وعرفاً ومعرفة حقيقته فقال في معرفة المفهوم (٣٢:١) هل الملك مفهوماً هو الاحتواء أو السلطنة أو الوجدان؟ إلى أن قال: والمظنون أنه يساوق الاحتواء والوجدان تقريباً.

وقال في معرفة حقيقة الملك في مرحلة الاعتبار (٣١:١) هل هو اعتبار للجدّة أو اعتبار للاضافة أو اعتبار جدّة ذات اضافة؟ الأوسط منها الأوسط إلى ان قال: بل التحقيق أنّ اعتبار احتواء المالك بالمملوك وكون المملوك محويّاً أو احاطة المالك بالمملوك وكون المملوك محاطاً من اعتبار مقولة الاضافة.

وما ذكر شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) من أنّ المعاني بسائط ومعرفتها في غاية الإشكال مربوط بهذا القسم الذي اختاره المحقق الاصفهاني بنحو البت والجزم، وإما القسم الأول فلا إشكال في معرفته فضلاً عن كونها في غاية الإشكال فإن المرجع فيه هو العرف العام وكتب اللغة. نعم، قد يطرأ عليه الإشكال فيوجب المظنة أو الاجمال.

\* ويمكن أن يجاب: إن الكلام في الأمور الاعتبارية، والمفروض أن المفهوم والماهية فيها شيء واحد، بخلاف الماهيات المتأصلة.

والتفسير بهذا المعنى موجود أيضاً في كلمات سائر الاعلام (أعلى الله مقامهم) كالمحقق النائيني<sup>(١)</sup> فإنه فسّر الملك بهذا المعنى في الدورة الأولى من فقه المكاسب بتقرير الخونساري حيث قال - ذيل كلام الشيخ<sup>(٢)</sup> (البيع وهو في الأصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال) - ولا يخفى أنّ تعريفات القوم كلها تقريبية ولا سيما في البسائط فإنها ليست مركبة من جنس وفصل إلى ان قال: الملكية: اضافة حاصلة بين المالك والمملوك.

وكلماته في هذه الدورة وإن كانت مضطربة كاضطرابها في أصوله<sup>(٣)</sup> إذ فسّر الملكية فيهما تارة بالاضافة، وأخرى بالجدّة ولكنه يستفاد من مجموع كلماته فقهاً وأصولاً أنه لا يستنكف من تفسير الملكية بالاضافة الواجدية والاحتواء وإن كان بين أصوله وفقهه افتراق من ناحية أخرى تقدمت في التفسير الأول.

ولكن الذي يمنعنا من الاسناد اليه ما صرح به تلميذه المقرر المحقق الآملي في الدورة الثانية من فقه المكاسب<sup>(٤)</sup> من أنّ بناء الأستاذ على تفسير الملكية بالجدّة لا بالاضافة حيث قال: وهل هي جدّة أو اضافة كما عليه المحققون؟ لكل وجه الا أنّ بناء الأستاذ على الأول.

(١) منية الطالب ١: ٣٤.

(٢) المكاسب ٣: ٧.

(٣) اجود التقريرات ٢: ٣٨١ فوائد الأصول ٤: ١٣٨.

(٤) المكاسب والبيع ١: ٤٨.



والوجدان كابن سيدة<sup>(١)</sup> حيث قال: الْمَلِكُ وَالْمُلْكُ وَالْمِلْكُ: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.

ففيه أنّ الملك وإن استعمل في هذه المعاني إلا أنه من المحتمل قوياً أنّ مرادهم من الجدة ليست تلك الجدة - بالاصطلاح الفلسفي - التي هي من المقولات التسع العرضية، بل هو مصدر وجد، يقال: وجد وجداً وجدّةً، وزان وعد وعداً وعدةً.

وأما ابن سيدة فإنه وإن فسر الملك بالاحتواء ولكنه اشتبه عليه أمر آخر حيث جعل الْمَلِكُ وَالْمُلْكُ وَالْمِلْكُ بمعنى واحد، وهو وإن كان من ائمة اللغة لكنه طرأ عليه الغفلة في هذا المورد، فإن الْمُلْكُ وَالْمِلْكُ بينهما بون شاسع لقوله تعالى<sup>(٢)</sup>: ﴿قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعْزِزُ مَنْ تَشَاءُ﴾.

والمضاف والمضاف اليه دليل المغايرة.

والمالك والملك وإن صح إطلاقهما على الباري تعالى كقوله تعالى<sup>(٣)</sup>: ﴿مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ﴾ وقوله تعالى<sup>(٤)</sup>: ﴿لَمَنْ الْمُلْكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَاحِدِ الْقَهَّارِ﴾ إلا أنّ النسبة بينهما عموم مطلق فإن الملك حاوٍ للملك؛ ولكن الملك ليس حاوياً للملك. وأما الآيات فبقوله تعالى<sup>(٥)</sup>: ﴿وَتَخْرِبُ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ

(١) انظر لسان العرب ١٣: ١٨٣ نقلاً عن ابن سيدة.

(٢) سورة آل عمران: الآية ٢٦.

(٣) سورة الفاتحة: الآية ٤.

(٤) سورة غافر: الآية ١٦.

(٥) سورة النساء: الآية ٩٢.

مُتَّابِعِينَ ﴿ أَي من لم يكن ذي مال يشتري رقبة مؤمنة فعليه صيام شهرين .  
 وبقوله تعالى <sup>(١)</sup> : ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ ﴾ وقرئ بثلاث الواو:  
 (وَجِدْكُمْ وَجِدْكُمْ وَجِدْكُمْ) بمعنى ما وجد عنكم .  
 وبقوله تعالى <sup>(٢)</sup> : ﴿ وَأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَنًا أَلَّا يَجِدُوا مَا يُنْفِقُونَ ﴾ وغيرها  
 من الآيات .

وأما الاخبار فإنه يستفاد من أخبار الفريقين الاضافة الواجدية .  
 فمنها: قوله: « الحمد لله الذي اوجدني بعد فقر» <sup>(٣)</sup> أي صيرني ذا مال .  
 ومنها: قوله ﷺ في الواجد يحل عقوبته <sup>(٤)</sup> .

(١) سورة الطلاق: الآية ٦ .

(٢) سورة التوبة: الآية ٩٢ .

(٣) وفي لسان العرب ١٥: ٢١٩ وفي الحديث: «لئى الواجد يحل عقوبته وعرضه» أي القادر على قضاء دينه ، وقال الحمد لله الذي اوجدني بعد فقراى أغناني ، وأجدني بعد ضعف أي قواني . وفي مجمع البحرين ٣: ١٥٥ ومنه الدعاء «الحمد لله الذي اوجدني بعد ضعف» أي قواني والواجدية في هذا الدعاء بمعنى الغنى بقرينة المقابلة مع الفقر، كما في لسان العرب وبمعنى القدرة بقرينة المقابلة للضعف كما في مجمع البحرين . وفيه أولاً: أن الاستعمال أعم من الحقيقة . وثانياً: أن الغنى والقدرة غير الملكية .

(٤) الوسائل ١٣ الباب ٨ من أبواب الدين والقرض ، الحديث ٤ . وفيه «لئى الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته ما لم يكن دينه فما يكره الله عز وجل» .

وفي المعجم المفهرس لالفاظ الحديث النبوي: (لئى الواجد يحل عرضه وعقوبته) وحكاها عن البخاري (استقراض ١٣) وابي داود قضية ٢٩ والنسائي بيوع ١٠٠ وابن ماجه صدقات ١٨ ومسند احمد ٤: ٣٨٨ ، ٢٩٩ . ونقله السيوطي في الجامع الصغير ٢: ٤٧٤ ، والحاكم في مستدركه وقال: حديث صحيح . وفسره في لسان العرب بالقادر على قضاء دينه وعن الطريحي: الواجد: الغني القادر على الشيء . ولا يخفى ان النسبة بين الغني والقادر على الشيء مع المالك للشيء عموم من وجه .

ومنها: الاخبار الواردة في زكاة الفطرة كقول الباقر عليه السلام: «ليس على من لا يجد ما يتصدق به حرج»<sup>(١)</sup> فإن أصل ظهور هذه الاخبار في الواجدية بمعنى كونه ذا مال تام.

وأما ما تقدم منا - في مبحث عمل الحر - من التزلزل في هذه الاخبار وحملها على التمكن فإنما هو من ناحية أخبار الوضوء، ومثله لا يضرب أصل الظهور في نفسه<sup>(٢)</sup>.

أما ثمرة المسألة فنقول: إن هنا أثراً علمياً وعملياً.

### الثمرة على مباني في تعريف الملك

أما الأثر العلمي فهو العلم بحكم الشارع في مورد الملك من الاضافة الواجدية أو الجدة أو السلطنة.

وأما الأثر العملي فإنه وإن لم نجد أثراً تاماً بين الجدة والواجدية على مبني التغيرات بينهما؛ لكنه توجد ثمرة مهمة بين السلطنة والضافة الواجدية، وهما قولان أساسيان بين أعيان الفقهاء، بيان ذلك:

إن الملك على القول الأول هي السلطنة كما أن الحق أيضاً سلطنة إلا أن الملك من حيث المتعلق عام، والحق من حيث المتعلق خاص، فإن السلطنة على جميع الجهات تسمى ملكاً، وعلى بعض الجهات تسمى حقاً، كما

(١) الوسائل ٦: الباب ٢ من أبواب زكاة الفطرة، الحديث ٢.

(٢) ان المناقشة فيما سبق كانت من ناحيتين، إحداهما: من ناحية أخبار الوضوء، وثانيتها: من ناحية رواج استعمال الوجدان في التمكن، والناحية الأولى وإن لم تمنع الظهور لكونها منفصلة فرضاً؛ لكن الناحية الثانية تمنع الظهور.

صرح به المحقق الايرواني<sup>(١)</sup> وغيره من الاعيان.

قال المحقق الايرواني: إن الفرق بين الحق والملك بعموم الاستيلاء والسلطان وخصوصه، فالملك يكون بدخول الشيء تحت السلطان بتمام شؤونه وكافة حيثياته، والحق يكون بدخوله تحت السلطان ببعض جهاته وحيثياته.

وعلى القول الثاني هي الاضافة الواجدية كما هو المختار وتظهر الثمرة بين المسلكين في عدة موارد، فإنه على مسلك الاضافة لا يتوجه عليه إشكال؛ ولكنه توجد مشكلة على مسلك السلطنة في عمدة من المسائل ويشكل الأمر فيها.

منها: أنه إذا بلغ الصبي المميز عشر سنين جاز له التصرف بنحو الوصية والعق والصدقة؛ وذلك للنصوص<sup>(٢)</sup> الخاصة العديدة الدالة على سلطنته على هذه الأمور، وهذا مما لا محذور فيه.

وانما الإشكال في الصبي غير المميز كالصبي الذي بلغ سنة أو ثلاثة أشهر مثلاً. فإنه مسلوب السلطنة عن جميع التصرفات وفي جميع الاشياء، فلو انتقل اليه مال بالميراث مثلاً فعلى مسلك الاضافة لا يترتب عليه محذور والأمر سهل؛ ولكنه على تفسير الملك بالسلطنة يتوجه عليه الإشكال من أنه كيف

(١) حاشية المكاسب ١: ٧٣.

(٢) الوسائل ١٣: الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، منها: ما رواه الصدوق بإسناده عن صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو أوصى على حدٍ معروف وحق فهو جائز. ورواه الكليني والشيخ، والحديث موثق بموسى بن بكر على سند الصدوق والكليني وباين فضال على سند الشيخ، فإن موسى بن بكر واقفي وابن فضال فطحي.



يجمع بين فقد جميع انحاء السلطنة واعتبار الملكية بالارث<sup>(١)</sup>.

ومنها أنه إذا قلنا أنّ العبد يملك - بناء على مسلك التحقيق من أنّ العبد يملك كسائر الناس لكنه مسلوب السلطنة عن مطلق الشيء لقوله تعالى: ﴿صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾<sup>(٢)</sup> فإنه على تفسير الملكية بالاضافة لا تنافي بين اعتبار الملكية مع كونه مسلوب السلطنة، وأما على تفسيرها بالسلطنة فيلزم الجمع بين المتنافيين، فإن اعتبار الملكية بمعنى السلطنة للعبد مع سلب سلطنته وقدرته بنحو مطلق جمع بين المتهافتين فيحتاج إلى التوجيه، وغاية ما يقال<sup>(٣)</sup> في توجيه ذلك: إنّ الملكية سلطنة اعتبارية، وما هو المسلوب منه سلطنة فعلية فلا تهافت بينهما. وفيه أنّ اعتبار السلطنة مع سلب القدرة بجميع أنحاءها جمع بين المتهافتين.

ومنها: المعاواة المفيدة لإباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المملكة

(١) وملخص ما افاده شيخنا الأستاذ (دام ظله): أنّ اعتبار الملكية للصبي غير المميز مع كونه مسلوب السلطنة بنحو مطلق مما لا يجتمعان للزوم لغوية هذا الاعتبار. وفيه انه لا يلزم فيه اللغوية، إذ ترتب عليه آثار أخرى كعدم جواز تصرف الغير وضمانه اذا اتلف المال وتعلق الخمس به لوقلنا به وتعلق الارث به، فإن هذه الأمور من آثار السلطنة الاعتبارية لا السلطنة الفعلية.

\* ويمكن أن يجاب: بأن الأستاذ (مدّ ظله العالي) يشير بعد سطور إلى الحل بالسلطنة الاعتبارية والفعلية، لكن الإشكال من جهة عدم تحقق الموضوع للآثار الشرعية؛ لأن موضوعها الملك، والمفروض أن الملك هو السلطنة، وإذا كانت جميع أنحاء السلطنة مسلوقة عن الصبي فلا يتحقق الملك أي الموضوع للآثار.

(٢) سورة النحل: الآية ٧٥.

(٣) كما عن المحقق الاصفهاني (الحاشية على المكاسب ١: ٤١) قال: المعروف أنه السلطنة وليكن المراد منها السلطنة الاعتبارية.

فإن المعاطاة على قولين، أحدهما: أنها تفيد الإباحة وهذا هو المشهور المدعى عليه الاجماع من القدماء.

والآخر: انها تفيد الملكية.

ويشكل الأمر على قول المشهور فإنّ الأخذ بالمعاطاة على هذا القول له السلطنة على جميع التصرفات فإن فسّرنا الملكية بالاضافة الواجدية فلا نواجه إشكالاً؛ إذ يمكن التفكيك بين الملكية بهذا المعنى مع اباحة جميع التصرفات.

بخلاف ما إذا فسّرنا الملكية بالسلطنة فإنه يلزم فيه الجمع بين المتنافيين؛ إذ يلزم أن يكون له السلطنة على التصرفات وعدم السلطنة عليها.

فيتوجه السؤال إلى المحقق الايرواني (أعلى الله مقامه) بأن متعلق السلطان في المعاطاة محدود أو مطلق والمحدودية خلف الفرض؛ إذ المفروض أنّ المتعلق جميع أنحاء التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والعتق. فعلى تفسير الملكية بالاضافة لا يتوجه إشكال؛ ولكنه على تفسيرها بالسلطنة يلزم التهافت ولا يمكن الدفع إلا بوجه غير وجيه.

ومنها سهم الامام عليه السلام فإنه لا ترديد في أنه ملك للامام عليه السلام وملكية الفقيه قطعية البطلان، بل الفقيه وغيره من موارد المصرف والقابض لسهم الامام له السلطنة المطلقة على التصرفات كالمعاطاة على القول بالاباحة - من دون أن يكون ملكاً له.

فعلى تفسير الملكية بالسلطنة يلزم الجمع بين السلطنة وعدم السلطنة.

ومنها: سهم سبيل الله في الزكاة فإنّ في الزكاة سهماً.

منها: سهم سبيل الله وهو ليس ملكاً للقباض ولا لجهة معينة - بقرينة لفظة ﴿فِي﴾ و﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ في آية الصدقات الظاهرة في بيان المصرفية قبال لفظة اللام (للفقراء) الظاهرة في الملكية؛ ولكن قابض سهم سبيل الله له السلطنة على جميع التصرفات.

فعلى تفسير الملكية بالاضافة الواجدية لا يتوجه عليه إشكال؛ ولكنه على تفسيرها بالسلطنة يلزم الجمع بين المتنافيين ولا يمكن حل التنافي إلا بتوجيه. وهو أن ما هو المسلوب سلطنة اعتبارية، وما هو الثابت فيه سلطنة فعلية من التكليفية والوضعية؛ ولكنه غير وجيه لبقاء التنافي على حاله بنظر العقلاء وسيأتي - إن شاء الله - تحقيق ذلك حول قاعدة الناس مسلطون على اموالهم. هنا ثمرات أخرى يطول الكلام بالتعرض لها وهي متفرقة في أبواب الفقه، وتدل على أن الملكة هي الاضافة لا السلطنة، وما ذكرناه من الثمرات يكون به غنى وكفاية، كما أنه تترتب على ما ذكرنا نتائج في كتاب الاقرار وفي قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به.

بقي البحث في أنه كيف يمكن الجمع بين ملكية الباري تعالى وملكية اولياء الله - كما امام العصر ارواحنا فداه - لجميع الكائنات؟ وبتعبير فني أن للملكية أقساماً أربعة:

أحدها: ملكية من منه الوجود وهو الباري تعالى.

الثاني: ملكية من به الوجود وهو ملكية إمام العصر عليه السلام لجميع الكائنات.

الثالث: الملكية بالاصطلاح الفلسفي ويعبر عنها بمقولة جدة وهي خارجه

عن مجال البحث.

الرابع: الملكية الاعتبارية وهي المبحوث عنها في المقام. وهذه الانحاء من الملكية كيف يمكن اندراجها تحت كلمة واحدة ذات مفهوم واحد وهذه المشكلة هي التي دعت المحقق النائيني والسيد الخوئي (أعلى الله مقامهما) إلى تصوير المراتب الأربعة. ولتحقيق هذه المسألة مجال آخر ولا ربط لها بالبحث الفقهي، وأما ما هو مربوط بالبحث الفقهي فقد بسطنا الكلام فيه بنحو مستوفى. إلى هنا تم البحث الأول وهو البحث عن تعريف الملك والآراء العديدة فيه.

### الآراء في تعريف الحق

البحث الثاني: في تعريف الحق وفيه آراء مختلفة وهي ترجع لثبأ إلى مبانٍ ثلاثة:

المبنى الأول: أن الحق يغاير الملك بحسب ذاته بمعنى أن بينهما اختلاف نوعي<sup>(١)</sup>.

المبنى الثاني: أنه الملك ذاتاً وإنما يختلفان بالشدة والضعف يقال الحق والملك بمعنى السلطنة، إلا أن السلطنة الشديدة تسمى بالملك والضعيفة تسمى بالحق.

المبنى الثالث: أنه الملك بذاته ومرتبته، وإنما يختلفان في سعة المتعلق وضيقة، فالملك يكون بدخول الشيء تحت السلطان بتمام شؤونه وكافة

(١) كما يظهر من السيد الفقيه البيهقي، في حاشية المكاسب (١: ٢٨٠) طبع دار المصطفى لآحياء التراث) قال: فهو مرتبة ضعيفة من الملك بل هو نوع منه.

حيثياته كتسلط المولى على أمته بجميع أنحاء التصرفات، والحق يكون بدخوله تحت السلطان ببعض جهاته كتسلط الزوج على الزوجة في خصوص المباذعة.

### تعريف الحق بالسلطنة

اما الآراء فالرأي الأول أنّ الحق بمعنى السلطنة، وهذا هو المشهور إلا أنه وقع البحث في أنّ السلطنة هل هي سلطنة فعلية أو شأنية أو اعتبارية. أفاد الشيخ<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) في بحث حقيقة البيع: أنّ الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك والمملوك ولا يحتاج إلى من يملك عليه.

ولم يبين هنا مراده من السلطنة الفعلية وإنما بيّنه في مقام آخر. في رسالة له في قاعدة من ملك<sup>(٢)</sup> - حيث قال:

إنّ المراد بملك الشيء السلطنة عليه فعلاً فلا يشمل ملك الصغير لأمواله لعدم السلطنة الفعلية. نعم، يملك بعض التصرفات المالية مثل الوصية والوقف والصدقة وهي داخله في عموم القضية ولهذا أطبقوا على الاستناد إليها في صحة إقرار الصغير بالأمر المذكورة.

والدليل على إرادة السلطنة الفعلية مضافاً إلى اقتضاء اللغة كما لا يخفى هو عموم لفظ الشيء للأعيان والأفعال مثل التصرفات فلا يمكن حمل الملك

(١) المكاسب ٣: ٩.

(٢) رسائل فقهية (تراث الشيخ الأعظم) قاعدة من ملك: ١٨٥.

على ملك الأعيان ليشمل ملك الصغير لامواله، بل الظاهر أن لفظ الشيء يراد به خصوص الافعال أعني التصرفات على ما يقتضيه ظاهر الاقرار به لأن المقر به حقيقة لا يجوز أن يكون من الأعيان. انتهى كلامه رفع مقامه.

توضيح كلامه: أن السلطنة على قسمين: شأنية وفعلية فإن السلطنة مع الحجر كسلطنة الصغير سلطنة شأنية، فإن الحجر يمنع عن التصرفات والسلطنة بدون الحجر كسلطنة غير المحجور سلطنة فعلية أي سلطنة توأمة مع القدرة على التصرف واقتضاء اللغة في كلامه ناظر إلى قول ابن سيدة<sup>(١)</sup> فإنه قال: المَلِكُ والمُلْكُ والمِلْكُ: احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به، والملك على هذا التعريف يساوق السلطنة الفعلية قبال ما اخترناه سابقاً من أنه عبارة عن الاحتواء والواجدية.

ويستفاد من كلمات الشيخ (أعلى الله مقامه) أمران:

الأمر الأول: أنه ذهب في كتاب البيع إلى المغايرة بين الحق والملك فإنه فسر الحق بالسلطنة الفعلية، والملك بالنسبة بين المالك والمملوك، والتغاير بين التفسيرين تغاير ذاتي، فإن السلطنة تحتاج إلى المسلط عليه؛ ولكن الملك لا يحتاج إلى المملوك عليه.

وذهب في قاعدة من ملك إلى تفسير الملك بالسلطنة الفعلية فيكون الحق مساوقاً للملك.

الأمر الثاني: أنه يستفاد من كلمات الشيخ (أعلى الله مقامه) في قاعدة من ملك أن مراده من السلطنة الفعلية هي السلطنة التكليفية كجواز الاكل

(١) لسان العرب ١٣: ١٨٣، نقلًا عن ابن سيدة.

والشرب والسلطنة الوضعية كنفوذ التصرفات الاعتبارية فإنه قسم السلطنة إلى الفعلية كسلطنة غير المحجور، وإلى الشأنية كسلطنة المحجور، فإن الصبي محجور عن التصرفات فهو سلطان على أمواله؛ لكنه شأنًا لا فعلاً. هذا، ولكن المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) ذهب في تفسير الحق<sup>(١)</sup> إلى أن المعروف أنه السلطنة ثم قال: وليكن المراد منها السلطنة الاعتبارية لا السلطنة التكليفية الراجعة إلى مجرد جواز الفسخ والامضاء أو جواز الملك من المشتري في الشفعة وأشباه ذلك.

وذلك لثلايورد عليه بأن السلطنة من أحكام الحق لا نفسه وأنه لا سلطنة للقاصر على التصرفات مع كونه ذا حق شرعاً.

### نقد الرأي الأول

والتفسيران كلاهما مورد للنظر:

أما تفسير الشيخ (أعلى الله مقامه) ففيه أولاً بالتهافت في كلماته فإنه جعل الملك مغايراً للحق تارة ومساوقاً له أخرى، وعزّف الحق بالسلطنة الفعلية تارة، وخصّها بموارد غير المحجور أخرى.

وثانياً: أن قوله: الحق سلطنة فعلية لا يخلو من أحد احتمالين.

وكلاهما مورد للمناقشة: أحدهما أن يكون «ال» للجنس كما يشهد عليه استدلاله به في مقام الفرق بين الحق والملك.

وفيه أن الحق بذاته لا يحتاج إلى المسلط عليه كحق التحجير فإنه حق

(١) حاشية المكاسب ٤١:١.

بلا إشكال ولا يكون مشتملاً على المسلط عليه<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: أن يكون للعهد مشيراً إلى حق الخيار وحق الشفعة كما هو الظاهر من كلامه<sup>(٢)</sup> بل لا محيص عنه صوتاً عن الإشكال السابق.

وفيه النقص بإرث الخيار فيما إذا كان الوارث صغيراً فإن الخيار موروث بالتسالم القطعي والصغير يرث الخيار ومن ناحية أنه محجور ليست له سلطنة فعلية.

(١) وفيه أولاً: بالنقض بما أفاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) في درس بتاريخ (٢٥/٨/١٣٧١ = ٢٠/١/١٤١٣) من أن الحق ذاتاً متقوم بالمسلط عليه، وفرغ عليه أن يبيع الحق بمن عليه الحق أمر معقول ثبوتاً.

\* ويمكن أن يجاب: أن قول الأستاذ مدّ ظله العالي في ذلك الدرس من كون الحق ذاتاً متقوم بالمسلط عليه، على مسلك كون الحق هي السلطنة، وليس مختاره مدّ ظله أنه بمعنى السلطنة، كما بينه عند مختاره، وعلى مسلكه لا يتقوم على المسلط عليه.

وثانياً: بالحل بما أفاده المحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ١: ٥٤) من أن السلطنة بحسب مفهومها من المعاني المتعدية بحرف الاستعلاء ولا تتعدى بنفسها غاية الأمر أن متعلقها تارة عين من الاعيان كالأرض المحبّرة فله السلطنة عليها بإحيائها وتملكها، وأخرى شخص من الاشخاص؛ فلذا لخيار السلطنة على من عليه الحق بحل عقده وللشريك سلطنة على المشتري بتملك ما اشتراه ببذل الثمن.

\* ويمكن أن يجاب: أن السلطنة من المعاني ذات تعلق، لها مسلط ومسلط عليه أي الشخص الذي يسלט عليه، والشئ الذي مورد للسلطنة، ويتعدى السلطنة بكليهما بحرف على يقال: زيد مسلط على عمرو على أخذ ماله. ولا معنى للسلطنة على الأرض بمعنى إعمال القدرة عليه، مع أن السلطنة تقتضي ما يعمل القدرة عليه وفي مورد.

(٢) قال المحقق الاصفهاني ١: ٥٤ أن في النسخ المصححة هكذا: «والسرأن هذا الحق سلطنة فعلية» واسم الاشارة إشارة إلى ما سبق في كلامه من حق الخيار والشفعة كما هو كذلك في الجواهر (٢٢: ٢٠٩).



بيان ذلك: أنّ حق الشفعة وإن اختلف في إرثه بين السيد المرتضى واتباعه والشيخ الطوسي واتباعه (أعلى الله مقامهم) فإنه ذهب شيخ الطائفة<sup>(١)</sup> واتباعه<sup>(٢)</sup> إلى أنه لا يورث، والباقون<sup>(٣)</sup> إلى أنه يورث؛ ولكنهم تسالموا<sup>(٤)</sup> على أنّ الخيار موروث فينتقض بالوارث الصغير، فإنه يرث الخيار مع كونه محجوراً عن السلطنة الفعلية.

إلا أن يقال إنّ حق الخيار عنده يكون على وزان الملك فيفسر بالسلطنة الفعلية لغير المحجور وبالسلطنة الشأنية للمحجور، وبعبارة أخرى أنّ الحق

(١) النهاية: ٤٢٥، الشفعة. والخلاف ٣: ٤٣٦، الشفعة، مسألة ١٢.

(٢) كالقاضي في المذهب ١: ٤٥٩، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٥٩، كتاب الشفعة، والطبرسي على ما حكاها الشهيد الثاني في المسالك ١٢: ٣٤١، في لوائح الاخذ بالشفعة.

(٣) كالمقنعة والانتصار والخلاف في باب البيع والتحرير والارشاد والتبصرة والسرائر وجامع الشرايع والشرايع والنافع وكشف الرموز والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض والتذكرة والايضاح. راجع مفتاح الكرامة ١٨: ٧٠١.

(٤) قال الشيخ الانصاري في أحكام الخيار ٦: ١٠٩: الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الاصحاب كما في الرياض وظاهر الحدائق وفي التذكرة: أنّ الخيار عندنا موروث لأنه من الحقوق كالشفعة والقصاص في جميع أنواعه. وادعى في الغنية الاجماع على إرث خيارى المجلس والشرط، واستدل عليه - مع ذلك - بأنه حق للميت فيورث لظاهر القرآن ثم قال الشيخ في ختام البحث - بعد الإشكال في الأدلة آية ورواية - : وكيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى.

وناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدرس بتاريخ (١٣٨٧/٢/٨) بأن الاجماع بتعبيراته الثلاثة مدركي فإنه معلل في الكلمات تارة بكونه من الحقوق كما في التذكرة وغيرها، وأخرى بظاهر القرآن كما في الغنية، وثالثة بالنبوي: «ما ترك الميت من حق فلوارثه» فإن صدق ما ترك على حق الخيار مشكوك، بل عمدة الدليل في إرث الخيار هوسيرة العقلاء وهي عندهم تختص بالحقوق المالية.

هي السلطنة إلا أنها تختلف باختلاف مواردها؛ ولكنه بغض النظر عن التهافت فإن أصل المبنى - تعريف الحق بالسلطنة - مخدوش بما سيأتي تحقيقه إن شاء الله.

وأما تفسير المحقق الاصفهاني في تعريف المشهور بقوله: وليكن المراد منها السلطنة الاعتبارية لا السلطنة التكليفية، ففيه أنه إن أراد به أن مراد المشهور ذلك فهو غير وجيه، كيف فإن الشيخ عرفه بالسلطنة الفعلية والظاهر أنه بصدد تعريف المشهور.

وإن أراد به أنه لا بد أن يحمل عليه ليسلم التعريف من الإشكاليين السابقين فله وجه.

### تعريف الحق بالاعتبار الخاص

الرأي الثاني ما أفاده المحقق النائيني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من أن الحق بالمعنى الأخص - قبال المعنى العام وهو الثبوت بمعناه اللغوي - إضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق، وأقواها إضافة مالكية العين، وأوسطها إضافة مالكية المنفعة. وبتعبير آخر: الحق سلطنة ضعيفة على المال والسلطنة على المنفعة أقوى منها والأقوى منهما السلطنة على العين، والجامع بين الملك والحق هو الاضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الاضافة المعبر عنها بالواجدية. وهذه الاضافة لو كانت تامة من حيث نفسها ومتعلقها بأن تكون قابلة لأنحاء التقلبات تسمى ملكاً.

ولو كانت ضعيفة إما لقصور نفس الاضافة كحق المرتهن، وإما لقصور في متعلقه كحق التحجير تسمى حقاً.

وقال في آخر كلامه: الحق عبارة عن اعتبار خاص الذي أثره السلطنة الضعيفة على شيء.

### نقد الرأي الثاني

ويتوجه عليه:

أولاً: التهافت في كلماته في الدورة الأولى بتقرير الخونساري<sup>(١)</sup> فإنه عرف الحق تارة: بإضافة ضعيفة أو سلطنة ضعيفة، وأخرى: باعتبار خاص أثره السلطنة فإنَّ كون الحق نفس السلطنة أو اعتبار خاص أثره السلطنة من المتنافيين.

وثانياً: التهافت في كلماته في الدورة الثانية بتقرير الأملي<sup>(٢)</sup> فإنه عرف الحق تارة بمرتبة ضعيفة من الملكية قائمة بمن له الحق ومن عليه وبتعبير المقرر بالفارسية (ملكيت نارسيده) وأخرى بسلطنة فعلية متأثراً من رأي الشيخ الأعظم حيث قال<sup>(٣)</sup> في آخر كلامه: الحق سلطنة توأمة مع التمكّن والقهر والاستيلاء وهذه عبارة أخرى عن السلطنة الفعلية. مضافاً إلى أنه يتوجه عليه بما توجه على الشيخ من النقص بالقاصر فإنه ليست له سلطنة

(١) منية الطالب ١: ٤١.

(٢) المكاسب والبيع تقرير الأملي ١: ٩٢.

(٣) هكذا نسبه شيخنا الأستاذ (دام ظله) ولكن الموجود في التقرير هكذا: أن حقيقة الحق هي السلطنة على الشيء وكون زمامه بيده بحيث يكون له القدرة على الأعمال والاسقاط ١: ٩٢.

فعلية على التصرفات مع كونه ذا حق شرعاً.  
 وثالثاً: أنّ الاضافة ليست من الأمور التشكيكية فإن القابل للشدة والضعف هي الكيفيات كالسواد والبياض لا الاضافة.  
 ورابعاً: بما أفاده المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من أنّ الاضافة بذاتها ليست لها مراتب مختلفة بالشدة والضعف، بل هي تابعة لطرفها، فإن كان الطرف يتصف بالشدة والضعف فتتصف الاضافة بذلك أيضاً بالتبع، وإن كان لا يتصف بهما فلا تتصف الاضافة أيضاً.

#### تعريف الحق عند المحقق الايرواني

الرأي الثالث ما أفاده المحقق الايرواني<sup>(٢)</sup> (أعلى الله مقامه) من أنّ الملك والحق يختلفان بسعة المتعلق وضيقة فالملك عبارة عن دخول الشيء تحت السلطنة بتمام شؤونه وكافة حيثياته كتسلط المولى على أمته بجميع انحاء التصرفات بأن يبيع ويهب وينكح إلى سائر التصرفات السائغة.  
 والحق عبارة عن دخول الشيء تحت السلطنة ببعض جهاته كتسلط الزوج على الزوجة في خصوص المباضة.

#### نقد الرأي الثالث

وفيه النقض بحق التحجير لسعة دائرة المتعلق فيه لجميع التصرفات

(١) الحاشية على المكاسب ١: ٤٣.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٧٣.

والتقلبات فإنه على تعريف المحقق الايرواني يندرج في الملك لا في الحق مع أنه حق بلا إشكال.

لا يقال: إن هذا النقص يتوجه على المحقق النائيني أيضاً فإنه يرى الحق مرتبة ضعيفة من الملك، بمعنى أنه ليس فيه جميع أنحاء التصرفات والتقلبات.

فإنه يقال: إن المحقق النائيني لا يرى تضييقاً في متعلق الحق، بل يقول هو من حيث المتعلق كالملك، وإنما يفرقان في أن الحق بذاته مرتبة ضعيفة من الملك، فالملك ذا مراتب والمرتبة الضعيفة منه تسمى حقاً، هذا بخلاف المحقق الايرواني فإنه يرى الاختلاف بين الملك والحق في متعلقهما لا في ذاتهما فإنه إن كان المتعلق موسعاً في أنحاء التصرفات والتقلبات يسمي ملكاً وإن كان مضييقاً فيها يسمي حقاً فلذلك يتوجه عليه النقص بحق التحجير إذ يلزم عليه أن يندرج حق التحجير في الملك دون الحق.

بقي الكلام في طرح نظرية السيد الفقيه اليزدي (أعلى الله مقامه) فإنه من القائلين بتفسير الحق بالسلطنة.

وقد أفاد في مقام الفرق بين الحق والحكم<sup>(١)</sup>: أن الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين كحق التحجير وحق الرهانة وحق الغرماء في تركة الميت أو بعقد كحق الخيار أو بشخص كحق القصاص وحق الحضانة وحق القسم فهو مرتبة ضعيفة من الملك، بل نوع منه وصاحبه مالك شيء يكون أمره إليه كما أن في الملك مالك شيء من عين أو منفعة.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٨٠ طبع دار المصطفى لإحياء التراث.

وما ذكره مآله إلى أحد تلك الآراء الثلاثة<sup>(١)</sup>.

وبعد الفراغ عن الآراء الثلاثة نرجع إلى نظرية المشهور من تعريفهم الحق بالسلطنة ويتوجه عليه إشكال أساسي وهو أنّ السلطنة لا تخلو من أحد أمرين لا ثالث لهما: فإنها إما سلطنة فعلية، أو اعتبارية، والشقان كلاهما مبتليان بمحذور.

أما السلطنة الفعلية فهي تنتقض<sup>(٢)</sup> بإرث الصغير فإنه يرث الحق ومن

(١) هكذا أفاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) ولم يبين وجه الرجوع.

ويمكن أن يقال في وجه المآل: للسيد الفقيه نظر بدوي ونظر نهائي فبالنظر البدوي يقول الحق مرتبة ضعيفة من الملك وهو بعينه تفسير المحقق النائيني.

وأما نظره النهائي المستفاد من كلمة بل الاضرابية بقوله: بل هو نوع منه وصاحبه مالك شيء يكون أمره اليه كما أنّ في الملك مالك شيء من عين أو منفعة، فلعل وجه الرجوع أنّ الاختلاف بين الحق والملك لا يخلو من أحد أمور ثلاثة - منضماً إلى ما سيأتي منه في (ص ٢٨٩) من أنّ الملكية نفس السلطنة الخاصة لا العلقة الملزومة لها، وهذا هو الاظهر بملاحظة ساير المشتقات كما لا يخفى - إما الاختلاف في الأثر أو في الذات أو في المتعلق، والاختلاف من حيث الاثر خلاف الظاهر من كلماته مع أنّ اختلاف الاثر غاية يكشف عن اختلاف المورد لا عن الاختلاف النوعي، فيبقى قسمان فيكون النظر البدوي ناظراً إلى الاختلاف في الذات باختلاف المرتبة والنظر النهائي منه إلى الاختلاف في المتعلق الراجع إلى تفسير المحقق الايرواني كما هو الظاهر من كلماته من جعل التفريق في المتعلق.

ولا يخفى أنّ شيخنا الأستاذ (دام ظله) جعل الاختلاف النوعي بين الحق والملك في صدر البحث قبال القسمين - وهما الاختلاف بالمرتبة والاختلاف بالمتعلق - وهنا أرجعه إليهما فكيف التوفيق؟

(٢) توضيح النقض بما تقدم من شيخنا الأستاذ (دام ظله) في بحث الملك من أنّ النقض وإن كان لا يتوجه على الصبي فيما إذا بلغ عشر سنين فإنه جازله بعض التصرفات كالوصية والعق والصدقة لنصوص خاصة دالة على سلطنته على هذه الأمور منها موثقة زرارة عن أبي

ناحية يكون محجوراً من أنحاء التصرفات فليست له سلطنة فعلية.

أما السلطنة الاعتبارية فمحدورها هو لزوم اللغوية في موارد نفي جميع الآثار وتوضيح ذلك يحتاج إلى بيان أمرين:

الأمر الأول: أنّ حقيقة الاعتبار سواء كانت عقلية أو عقلانية أو شرعية ادعاء وتنزيل كاعتبار زيد أسد والطواف بالبيت صلاة.

ومعنى التنزيل والادعاء أنّ هذا فرد من أفراد الواقع ادعاءً لا واقعاً، فإن زيدا بالادعاء لا يكون فرداً من الاسد واقعا بل هو فرد منه ادعاءً.

الأمر الثاني: أنّ الفرد الادعائي لا يتصور كونه فرداً ادعائياً إلا بلحاظ ترتب الآثار الواقعية على الفرد الادعائي فالمصحح للاعتبار هو ترتيب الآثار ولو في الجملة فإذا اعتبر الشارع الطواف بالبيت صلاة فإنه لا يصح هذا الاعتبار إلا بلحاظ ترتيب أثر الصلاة على الطواف، وأما التنزيل والادعاء مع فرض انتفاء جميع الآثار فهو لغو محض.

لا يقال: إنه لا حاجة إلى التنزيل وترتيب آثار الواقع في الاعتباريات، بل تكفي نفس الاعتبار في نشوء الآثار.

فإنه يقال: إن هذا إنما يتم فيما إذا كان للاعتبار خصوصية يكون منشأ للأثر حتى لا يحتاج إلى تنزيه منزلة الواقع وكان تلك الأثر مسانخاً لأثر الواقع وإلا لما كان هذا النحو من الاعتبار أمراً عقلانياً.

→

جعفر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حدّ معروف وحق فهو جائز. الوسائل ١٣: الباب ٤٤ من أبواب احكام الوصايا.

ولكنه يتوجه على الصغير غير المميز والصغير المميز الذي لم يبلغ عشر سنين فإنهما محجوران عن جميع التصرفات.

وإن شئت فقل: إنَّ السلطنة الاعتبارية بدون الأثر لغو محض، وبلحاظ الأثر لا تخلو من أحد أمرين: فإنها إما أن تكون بنحو التنزيل أو بالاعتبار المحض، فعلى الأول يجب ترتيب آثار الواقع صوتاً عن اللغوية، وعلى الثاني يجب أن يكون ذا أثر اعتباري مسانخ للأثر الواقعي حتى يكون أمراً عقلائياً فإن الشارع لا يرتكب أمراً غير عقلائي.

ومثال هذا القسم كاعتبار الشارع الحجية لرأي الفقيه بقوله ﷺ (فإنهم حجتني عليكم)<sup>(١)</sup> فإن الحجية اعتبارية وأثرها أيضاً اعتباري.

توضيح ذلك: أنّ اعتبار الحجية لشخص وكون الأثر لشخص آخر لا معنى له، بل الأثر سواء كان واقعياً أو اعتبارياً لا بد أن يكون في مورد الاعتبار، والأثر في مورد الحجة أثر اعتباري مسانخ مع الأثر الواقعي فيكون أمراً عقلائياً. فتحصل أنّ اللازم في باب الاعتبار هو ترتيب الأثر عليه إما بأثر واقعي أو اعتباري، وسلطنة الصغير فاقدة لكلا الأثرين، فإن اعتبار السلطنة للصغير مع نفي جميع الآثار لغو على الحكيم، سواء كان بنحو التنزيل أو بالاعتبار المحض<sup>(٢)</sup>. هذا بحسب مقام الثبوت، وأما بحسب مقام الإثبات فعمدة ما استدلل به لقول المشهور وجهان:

(١) الوسائل ١٨: الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

(٢) ولا يخفى أن اعتبار السلطنة للصغير غير المميز أو المميز قبل أن يبلغ عشر سنين ليس فاقداً لجميع الآثار، بل هنا بعض الآثار يترتب عليها كعدم جواز تصرف الغير فيما إذا كان متعلق الحق عيناً كحق التحجير وضمانه إذا أتلفه وتعلق الخمس به لو قلنا به وتعلق الارث به فيما إذا كان الحق مورثاً فإن هذه الآثار آثار اعتبارية مترتبة على السلطنة الاعتبارية حتى في مورد الصغير. \* ويمكن أن يجاب: ترتب هذه الآثار ليس دليلاً على اعتبار السلطنة؛ لأنها تترتب على اعتبار



الوجه الأول: الارتكاز العرفي وفيه بما سيأتي في تحقيق الحق أن المرتكز على خلافه.

الوجه الثاني: قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِيُولِيهِ سُلْطَانًا﴾<sup>(١)</sup> وفيه أن السلطنة المجعولة لا تلازم الحقيقة، بل هي أعم منها، فإن الاستفادة من الآية أن السلطنة مجعولة أما كونها هي حق القصاص فلا تدل عليه، فإن الاعم لا يدل على الاخص.

هذا مضافاً إلى أنه وردت روايات معتبرة في باب القصاص تدل على أن

→

الإضافة الملكية وغيره أيضاً، والمقصود أن اعتبار السلطنة من حيث السلطنة وإعمال القدرة لا يترتب على اعتبارها للصبي غير المميز.  
هذا مضافاً إلى ما سيأتي من شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الخيارات في تعريف الخيار في الدرس (١٣٧٨/٧/٥ = ١٦/٢/١٤٢٠) من أن تفسير الحق بالسلطنة الاعتبارية لا محذور فيه ثبوتاً، وإنما المحذور فيه اثباتي فإنه دعوى بلا دليل.  
\* ويمكن أن يجاب: بأن ما أفاده هناك هو تفسير حق الخيار بالسلطنة ولا محذور فيه، لا تفسير مطلق الحق.

وثالثاً: أنه مناقض لما اختاره شيخنا الأستاذ في بحث إرث الخيار في الدرس بتاريخ: (١٣٨٧/٢/١٤) من أن حقيقة الحق هي السلطنة وفي بحث تلف المبيع في زمن الخيار في الدرس بتاريخ: (١٣٨٨/٨/٣) من أن حقيقة الخيار هي السلطنة على حل العقد وإبرامه، فإن المجعول عبارة عن اختيار حل العقد وإبرامه.

\* ويمكن أن يجاب: بأن كون حق الخيار هي السلطنة ولا محذور فيه، وأما كون مطلق الحق هي السلطنة فهو مشكل.

ورابعاً: أن لزوم اللغوية في اعتبار سلطنة الصغير منقوض باعتبار الملك له مع كونه محجوراً عن جميع التصرفات، وقد اعترف بهذا النقص شيخنا الأستاذ في تعريف الخيار في الدرس بتاريخ: (١٣٧٨/٧/٤).

(١) سورة الاسراء: الآية ٣٣.

المجعول في حق القصاص هي الولاية لا السلطنة. فقول المشهور ممنوع ثبوتاً وإثباتاً.

### الرأي الرابع في تعريف الحق

الرأي الرابع: ما أفاده المحقق الخراساني<sup>(١)</sup> "ومن تبعه (أعلى الله مقامهم) من أن الحق: اعتبار خاص له آثار مخصوصة: منها السلطنة على الفسخ كما في حق الخيار أو التملك بالعوض، كما في حق الشفعة أو بلا عوض، كما في حق التحجير إلى غير ذلك.

وهذا الاعتبار الخاص هل هو سلطنة أو إضافة أو غيرهما، فمهم ولم

يبين<sup>(٢)</sup>.

(١) حاشية كتاب المكاسب: ٤.

(٢) وله بيانات في مطاوي كلماته ويستفاد منها أن الحق له عقد سلبي وعقد إيجابي.

أما العقد السلبي فأمر: منها: أن الحق بنفسه ليس سلطنة (الحاشية: ٤).

ومنها: أنه ليس من الأمور الواقعية التي كشف عنها الشارع ولا من المقولات (الحاشية: ٤).

ومنها: أنه ليس بوزان الملك بل بوزان المالية والملكية ولكنه غيرهما (الحاشية: ٤ و ٢٥٣).

وأما العقد الإيجابي فأمر أيضاً: منها: أن الحقية من الاعتبارات كالمالية والملكية إلا أنها غيرهما (الحاشية: ٤) ومنها: أنه اعتبار خاص له آثار مخصوصة منها السلطنة على الفسخ كما في حق الخيار أو التملك بالعوض كما في حق الشفعة أو بلا عوض كما في حق التحجير (الحاشية: ٤).

ومنها: أن السلطنة من آثاره كما أنها من آثار الملك (الحاشية: ٤).

ومنها: أن الحق عبارة عن اعتبار خاص منتزع عن منشأ انتزاع مخصوص كالملكية فهو ليس بوزان الملك بل بوزان الملكية (الحاشية: ٢٥٣).

والأمر الانتزاعي تابع لمنشأ الانتزاع فإن كان المنشأ واقعياً فهو واقعي كالفوقية المنتزعة من الفوق، وإن كان المنشأ اعتبارياً فهو اعتباري.

### الرأي الخامس في تعريف الحق

الرأي الخامس: ما أفاده المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من أنه يمكن أن يقال وإن لم أجد من وافق عليه صريحاً. إن الحق في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصة فحق الولاية هو اعتبار ولاية الحاكم والأب والجد ومن أحكامه جواز تصرفه في مال المولى عليه تكليفاً ووضعاً وحق التولية وحق النظارة هو اعتبار التولية والنظارة وإضافة الحق إلى الولاية والتولية والنظارة بيانية، وكذلك سائر الحقوق إلا في حق القصاص والشفعة والخيار فإنه قد قام الدليل على اعتبار نفس السلطنة في هذه الثلاثة.

### نقد المحقق الاصفهاني

ولهذا المحقق دعويان: الدعوى الأولى أنّ المجمعول في مثل حق الولاية والتولية والنظارة والرهانة والاختصاص والأولية هو نفس هذه الأمور وإضافة الحق إليها إضافة بيانية. الدعوى الثانية: أنّ المجمعول في حق القصاص والشفعة والخيار هي السلطنة لمساعدة الدليل عليه.

→

ومنها: أن حق الخيار اعتبار وإضافة مخصوصة بين العقد والاشخاص (الحاشية: ١٤٣).  
ومنها: أن الحق يورث ويسقط والسلطنة من الأحكام فهي كسائر الأحكام لا تورث ولا تسقط (الحاشية: ١٤٣).

ومحصل كلامه: أن الحق اعتبار خاص منتزع من منشأ اعتباري وزان الملكية.  
\* ويمكن أن يجاب: بأن جميع ما ذكر لا يبيّن حقيقة الحق، بل هو بيان لآثاره، وأنه أمر اعتباري وانتزاعي و... لكنه أي أمر اعتباري أو انتزاعي فلم يكن مبيناً.  
(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٤٤ رسالة في تحقيق الحق والحكم.

أما في حق القصاص فلقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾<sup>(١)</sup>. فإن متعلق الجعل في هذه الآية هي السلطنة، وأما في حق الشفعة والخيار فلأن المورد فيهما غير مناسب للمجعولية فيكون قرينة على أن المجعول فيهما هي السلطنة، فإن حق الشفعة ليس إلا بمعنى السلطنة على ضم حصة الشريك إلى حصته بتملكه عليه قهراً؛ إذ لا معنى لاعتبار نفس الشفعة، وإلا كان معناه اعتبار ملكية حصة الشريك مع أنه لا يملك إلا بالأخذ بالشفعة لا بمجرد صيرورته ذا حق.

وحق الخيار ليس إلا بمعنى السلطنة على الاختيار أي السلطنة على ترجيح أحد الأمرين من الفسخ والإمضاء؛ إذ لا معنى لجعل نفس الخيار والاختيار فإنه في قوة كونه فاسخاً أو ممضياً مع أنه لا فسخ ولا إمضاء بمجرد جعل الحق. أما الدعوى الأولى - وهي اختلاف الحقوق باختلاف المضاف إليه - ففيها: أولاً: أنها بلا شاهد، ونفس هذا المحقق لم يذكر في كلماته دليلاً وشاهداً على مختاره<sup>(٢)</sup>.

وإن شئت فقل: إن دعوى المشهور - في نفسها - قابلة للاستدلال باللغة والارتكاز والكتاب والسنة كاستدلالهم بأن الحق كالسلطنة يتعدى بـ (على)، والاشترار في التعدية علامة المساوقة بقوله تعالى ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا

(١) سورة الاسراء: الآية ٣٣.

(٢) بل أشار إلى الدليل بأن هذه الموارد تناسب أن تكون مجعولة للحق ونفس التناسب يكفي في ذلك من دون لزوم اعتبار أمر آخر. حاشية المكاسب رسالة في تحقيق الحق والحكم: ٤٤. \* ويمكن أن يجاب: صرف المناسبة مع عدم دليل على لحاظها يوجب الظن بكون المجعول نفس المعنى المناسب.

لِرَبِّهِ سُلْطَانًا»<sup>(١)</sup> فَإِنَّ المَجْعُول فِي الآيَةِ هِيَ السُّلْطَنَةُ مَنْضَمَةٌ إِلَى القَاءِ الخُصُوصِيَّةِ بَيْنَ حَقِّ القِصَاصِ وَغَيرِهِ إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الوُجُوهَ مُورِدٌ لِمُناقِشَةِ عِنْدنَا.

ولكن مختار المحقق الاصفهاني من اختلاف الحق باختلاف المضاف اليه فلا يساعده دليل، بل اللغة والارتكاز والكتاب والسنة على خلافه، فإنَّ طريق الاثبات - في المقام - منحصر باللغة والاشتقاق والارتكاز وهذه الوجوه قائمة على خلافه - كما سيأتي إن شاء الله - فكيف تكون شاهداً له ؟

وغاية ما يمكن أن يقال - دليلاً على هذا المسلك - إنَّ اختلاف الآثار في الحقوق يكشف عن اختلاف الحقوق وتعدددها.

فإنه يقال: إنَّ اختلاف الأثر في عالم التكوين يكشف عن اختلاف السبب. ولكن الدخيل في اختلاف الأثر في عالم التشريع والاعتبار إنما هو بمجرد اختلاف المتعلق بالملك - مثلاً - المتعلق بالعين له أثر والمتعلق بالمنفعة له اثر آخر والمتعلق بالانتفاع له أثر ثالث، فاختلاف الأثر باختلاف المتعلق لا يوجب اختلافاً في حقيقة الملك، وكذلك يقال في الحق، فإنَّ حق التحجير مثلاً وإن كان يختلف مع حق الخيار من حيث الأثر لكنه يكشف عن اختلاف المتعلق لا عن اختلاف حقيقة الحق.

وثانياً: أنَّ اختلاف الحقوق باختلاف الموارد يلزمه الالتزام بالاشتراك اللفظي واللازم باطل، فإن الحق له مفهوم فارد يطلق في الجميع على نسق واحد والملزوم مثله، بيان الملازمة: أنه لو فرضنا اختلاف الحق باختلاف المضاف إليه فإنه لا محالة تختلف المعطيات باختلاف الموارد، فتكون

(١) سورة الاسراء: الآية ٣٣.

الولاية والتولية والرهانة والاختصاص معتبرات مختلفة متفاوتة ولا جامع في البين فيلزم الالتزام بالاشتراك اللفظي.

وقد يتوهم أنّ الجامع موجود في البين وهو الحق بمعنى الثبوت قبال الباطل كما اعترف به نفس هذا المحقق في أول رسالة تحقيق الحق والحكم حيث قال: وأما الحق فله في اللغة معانٍ كثيرة، والمظنون رجوعها إلى مفهوم واحد وجعل ما عداه من معانيه من باب اشتباه المفهوم بالمصداق وذلك المفهوم هو الثبوت تقريباً، فالحق بمعنى المبدأ هو الثبوت، والحق بالمعنى الوصفي هو الثابت.

ولكنه توهم فاسد فإنّ الحق بمعنى الثبوت قبال الباطل باعترافه صادق على الحكم والملك أيضاً، ومحل الكلام إنما هو في الحق قبال الحكم والملك<sup>(١)</sup>.

(١) لقائل أن يقول: في كلمات المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه موردان يشهدان على أنّ الحق بالمعنى الواحد وهو الثبوت قد لوحظ في الجميع، وأن الحق في كل مورد اعتبار مخصوص مصداقاً لا مفهوماً.

المورد الأول: أنه بعدما اختار أنّ الحق في جميع اطلاقاته بمعنى الثبوت وصرح بأنني لم أجد في الاستعمالات القرآنية وغيرها ما يأتى بمفهومه عن الثبوت وتعرض لبيان ما هو القابل للاعتبار وذكر: أنّ الثبوت من دون الاضافة غير قابل لاعتبار صحيح، بل هو لغو لعدم الاثر للثبوت المطلق فلا بد من إضافته إلى شيء.

ومن ناحية أنّ موارد الحق ومتعلقاته لا تكون قابلة لاعتبار ثبوت نفسها فإنه لا معنى لاعتبار ثبوت الأرض المحجرة للشخص بنفسها، بل الصحيح اعتبار ثبوت ملكه لها أو سلطنته عليها كما أنه لا معنى لاعتبار ثبوت الفسخ مثلاً فإن معنى ذلك اعتبار كون الشخص فاسخاً مع أنّ المراد إثبات كونه مالكاً أو مسلطاً عليه، وهكذا سائر الموارد فلا محالة يجب أن يكون الثابت أمراً اعتبارياً متعلقاً بمورد الحق كالملك أو السلطنة أو إضافة أخرى. هذه الكلمات

وأما الدعوى الثانية - وهي أنّ المَجْعُول في حق القصاص والشفعة والخيار هي السلطنة لمساعدة الدليل عليه - ففيها أنّ الدليل غير مساعد له لا في القصاص ولا في الشفعة والخيار.

أما القصاص فدليل السلطنة فيه مبتل بالمحذور ثبوتاً واثباتاً.

→

كما ترى تشهد على أنّ المعتبر عنده هو الحق بمعنى الثبوت في الحق قبالة الحكم والملك.

\* ويمكن أن يجاب: لا يخفى أن المعتبر في مورد الأرض المحجرة ليس بثبوت الملك، بل يعتبر العقلاء أو الشارع نفس الملك، وكذلك يعتبرون نفس السلطنة لا بثبوت السلطنة، كما أن المعتبر في عقد النكاح أو البيع نفس الزوجية والملكية، لا بثبوتها. وهكذا المعتبر في خيار المجلس مثلاً ليس بثبوت الخيار، بل نفس الخيار. ويلزم عليه أن يكون المعتبر في حق التحجير مثلاً بثبوت التحجير، ولا معنى لاعتبار ثبوت التحجير، حيث إن الواقعي منه قد تحقق في الخارج. ثم إشكال الأستاذ أن المعتبر لو كان هو الثبوت فهو صادق على الحق بمعنى الحكم والملك، ومحل الكلام هو الحق قبالة الحكم والملك.

والمورد الثاني: ما أفاده في توضيح مختاره من أنّ الحق مصداقاً في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصة فحق الولاية ليس إلا اعتبار ولاية الحاكم والأب والجد، وكذلك حق التولية وحق النظارة، بل كذلك حق الرهانة وحق التحجير وحق الاختصاص فإن هذه الموارد تتناسب أن تقع مورد الاعتبار من دون لزوم اعتبار آخر. (حاشية كتاب المكاسب رسالة الحق: ٣٩ و٤٤).

\* ويمكن أن يجاب: هذا الكلام اعتراف من الإصفهاني ﷺ في عدم كون المعتبر بثبوت الولاية أو بثبوت الرهانة أو بثبوت الاختصاص. وقد صرح بأن الثبوت المطلق لا معنى له فلا بد من إضافته إلى شيء. ثم كيف يمكن اعتبار مصداق الثبوت كالولاية بدون اعتبار نفس الثبوت على مسلكه؟

وقد طرحنا الإشكال في محضر شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) فقبله منا واستشكل على المحقق الاصفهاني بإشكال آخر - غير الاشتراك اللفظي - وهو أنه يصح أن يقال في المحاورات: هذا الحق ثابت لي، ووقوعه محمولاً للحق لدليل على أنّ الحق في هذه الموارد ليس بمعنى الثابت، بل بمعنى آخر سيأتي تحقيقه إن شاء الله.

\* ويمكن أن يجاب: بأنّ الحق عدم ورود الإشكال لما ذكر.

أما ثبوتاً فللزوم اللغوية في المحجور كالصغير فإن اعتبار السلطنة فيه مع سلب جميع الآثار لغوياً يصدر عن الحكيم.

وأما اثباتاً فلأن الحد المستفاد من الآية كون المجعول في مورد القصاص هو السلطنة، أما كون السلطنة المجعولة هو الحق فلا يدل عليه، فإن السلطنة المجعولة أعم من الحق، والأعم لا يثبت الأخص<sup>(١)</sup>.

ويؤكد أنه المستفاد من الروايات المعتبرة الواردة في القصاص<sup>(٢)</sup> أن المجعول هي الولاية لا السلطنة.

(١) إن بيانات شيخنا الأستاذ (دام ظله) هنا قابلة للمناقشة:

أما المحذور الثبوتي فلما تقدم منا من أن السلطنة الاعتبارية للصغير لها أثر في الجملة كالآثار وعدم جواز تصرف الغير فتخرج عن اللغوية.

\* ويمكن أن يجاب: بأن اعتبار السلطنة لغوياً لا اعتبار الملك؛ لأن اعتبار السلطنة يقتضي إمكان إعمال القدرة وهو في الصبي غير معقول. وما ذكر آثار لاعتبار الملك.

وأما المحذور الاثباتي وهو عدم التلازم بين السلطنة المجعولة وحق القصاص فله وجه لولم يكن إطلاق الآية «فَقَدْ جَعَلْنَا لِيُولِيهِ سُلْطَانًا» محفوفاً بأمر ارتكازي على أن السلطنة المجعولة هنا هو الحق ولكنه محفوف به فإن المرتكز عندهم أن المجعول في الآية أي شيء كان فهو مجعول حقي أمره بيد ولي الدم وليس حكماً تكليفياً أو وضعياً لم يكن أمره بيده، وهذا الارتكاز منشأ لانصراف إطلاق الآية إلى السلطنة الحقية.

\* ويمكن أن يجاب: بأن ما ذكر من كون الأمر بيد الولي ارتكازاً لا مجعولاً تأسيساً - على فرض تسلمه - أعم من كونه حقاً، فإن العرف على فرض التسلم يرى السلطنة للولي، وأما كون السلطنة من باب الحق، أو باب ولاية الولي أو غيرهما فلا ارتكاز من العقلاء عليه.

(٢) إن الروايات الواردة في حق القصاص على طوائف:

الطائفة الأولى: ماورد بعنوان: الذي له الحق والذي عليه الحق، كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: ينبغي للذي له الحق أن لا يعسر أخاه إذا كان قد صالحه على دية وينبغي للذي عليه الحق أن لا يظلم أخاه. الوسائل ١٩: الباب ٥٧ من أبواب قصاص النفس



→

الحديث ١. وكوثق أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث: فأمر الله عز وجل الذي له الحق أن يتبعه بمعروف ولا يعسره وأمر الذي عليه الحق أن يؤدي إليه بإحسان إذا أيسر. الوسائل ١٩: الباب ٥٧ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٣.

الطائفة الثانية: ما ورد بعنوان ولي الأمر كصحيحة أبي ولاد الحنائط، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في حديث قال: فمن أسلم منهم فهو وليه يدفع القتال إليه فإن شاء قتل وإن شاء عفا وإن شاء أخذ الدية وإن لم يسلم أحد كان الإمام ولي أمره.

وكخبير أبي البخترى في قول علي عليه السلام: فإن عشت فأنا أولى بما صنع بي. الوسائل ١٩: الباب ٦٢ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٤.

وفي نهج البلاغة: أقبل على ابنه الحسن عليه السلام فقال: يا بني أنت ولي الأمر، وولي الدم، فإن عفوت فلك، وإن قتلت فضربة مكان ضربة ولا تأثم. الوسائل ١٩: الباب ٦٢ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٦.

ولعل نظر شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) في المتن إلى هذه الطائفة من الروايات.

الطائفة الثالثة: ما ورد بعنوان الأحمية كحديث علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن موسى عليه السلام في حديث قال فإنه أحق بديته من غيره. الوسائل ١٩: الباب ٥٩ من أبواب قصاص النفس، الحديث ٢.

الطائفة الرابعة: ماورد في تفسير قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرَفُ فِي الْقَتْلِ﴾ الدال على التقرير وامضاء مفاد الآية. كصحيح أبي العباس البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا اجتمع العدة على قتل رجل واحد حكم الوالي أن يقتل أيهم شاء وليس لهم أن يقتل أكثر من واحد إن الله يقول:

﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرَفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾.

قال: وأي نصره أعظم من أن يدفع القتال إلى أولياء المقتول فيقتله ولا تبعة تلمزمه من قتله في دين ولا دنيا. تفسير البرهان ٢: ذيل الآية (سورة الاسراء: الآية ٣٣) الحديث ١. (محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن القاسم بن عروة عن أبي العباس وغيره عن أبي عبدالله عليه السلام).

وفي السنند القاسم بن عروة ولم يرد فيه توثيق خاص، ولكن رواه ابن أبي عمير بسند معتبر كما في نفس هذه الرواية. وهو لا يروي إلا عن يوثق به كما شهد به الشيخ في عدة الأصول (١: ١٥٤).

وأما الخيار ففيه أنّ الظاهر من ادلة الخيار كون المجعول هو نفس الخيار لا السلطنة على الخيار أو السلطنة على الفسخ والامضاء أو ملك فسخ العقد أو القدرة عليه فإن الموضوع في لسان الدليل هو الخيار، كما في أخبار خيار المجلس والحيوان والرؤية فهو المجعول بنفسه لا غير.

ففي صحيح فضيل<sup>(١)</sup> عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث، قال: قلت له ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما. وفي صحيح محمد بن مسلم<sup>(٢)</sup> عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. وفي صحيح جميل بن دراج<sup>(٣)</sup> قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

→

والظاهر أنّ الآية لها سمة البيانية لهذه الروايات وتبين أنّ المجعول في باب القصاص هي السلطنة لولى الدم.

(١) الوسائل ١٢: الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣. رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن جميل عن فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام. ورواه الصدوق في الخصال عن ابيه عن سعد بن عبدالله عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن جميل عن الفضيل بن يسار. ورواه الشيخ باسناده عن الحسن بن محبوب مثله.

(٢) الوسائل ١٢: 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.

(٣) الوسائل ١٢: الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١. رواه الشيخ باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن ايوب بن نوح عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام الحديث.

وطريق الشيخ إلى محمد بن علي بن محبوب صحيح في الفهرست قال أخبرنا بجميع كتبه ورواياته جماعة عن محمد بن علي بن الحسين عن ابيه ومحمد بن الحسن عن احمد بن ادريس عنه، ومن الجماعة المفيد أعلى الله مقامه.

اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها «فتفتشها - به» ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال ابو عبدالله عليه السلام إنه لو قلب «قبلها - به» منها ونظر إلى تسعة وتسعين قطعة ثم بقى منها قطعة ولم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية.

وأما إيراد المحقق الاصفهاني <sup>(١)</sup> «أعلى الله مقامه» من أنه لا معنى لجعل نفس الخيار والاختيار، فإن الاختيار هو ترجيح أحد الأمرين واعتباره في قوة كونه فاسخاً أو ممضياً مع أنه لا فسخ ولا إمضاء بمجرد جعل الحق، ففيه أن النسبة بين الخيار والاختيار نسبة المصدر إلى اسم المصدر فهما متحدان ذاتاً ومتغايران اعتباراً، فالخيار هو الاختيار ذاتاً؛ لكنه بالإضافة إلى الفاعل يسمى

(١) حاشية كتاب المكاسب رسالة الحق: ٤٤. هذا، ولكن المحقق الاصفهاني عدل في آخر كلامه عن مبنى السلطنة في الخيار بقوله: ويمكن أن يقال بأن المعنى الاعتباري المعقول هنا بحيث يناسب الخيار جعله مفوضاً فاعتبار كونه مفوضاً يترتب عليه جواز الفسخ والإمضاء وتكليفاً ووضعاً من دون لزوم اعتبار آخر.

وهنا إشكال آخر أورده سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي على أخبار الخيار وهو أن السلطنة والقدرة مجعولة فيها وتستفاد هي بحسب اقتران مادة الخيار بكلمة اللام أو ذو أو صاحب أو الباء أو بالهيئة المفيدة لهذا المعنى كهيئة المختار. مصباح الفقاهة ٦: ٩.

أجابه شيخنا الأستاذ (دام ظله) في مبحث الخيار الدرر بتاريخ (١٣٧٨/٧/٦).  
أولاً: بالنقض بالهبة فإن الخيار في أخبارها مقترن بالباء وهو لا يلتزم به كمكاتبة محمد بن عيسى بن عبيد، قال: كتبت إلى علي بن محمد عليه السلام رجل جعل لك شيئاً من ماله ثم احتاج إليه أيأخذه لنفسه أم يبعث به إليك؟ فقال: هو بالخيار في ذلك ما لم يخرج عن يده. وخبر ابراهيم عبد الحميد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك (الوسائل ١٣: الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٦ و٨).

وثانياً: أن القدرة والسلطنة من المعاني الاسمية وهيئة المختار من المعاني الحرفية لا الاسمية.

بالاختيار ويقطع النظر عن الاضافة يستمى بالخيار، واعتبار الخيار والاختيار ليس بمعنى كونه فاسخاً أو مفضياً، بل هنا أمران المجمعول وهو الخيار والاختيار، ومتعلق المجمعول وهو الفسخ والامضاء، وكم فرق بين ما هو المجمعول وما هو متعلق المجمعول. فالمجمعول في الخيارات هو الخيار بمفهومه والسلطنة من لوازمه، وقد وقع عليه الخلط بين الملزوم واللازم فراراً عن المحذور المذكور وقد ظهر بطلانه.

وأما الشفعة فمقتضى أخبارها في مقام الاثبات هو جعل الأحقية لا السلطنة، كرواية هارون بن حمزة الغنوي<sup>(١)</sup> عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن. ورواية عبد الله بن سنان<sup>(٢)</sup> أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع

(١) الوسائل ١٧: الباب ٢ من أبواب الشفعة، الحديث ١. رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن يزيد بن إسحاق شعر عن هارون بن حمزة الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يحيى. ويزيد بن إسحاق شعر مجهول.

(٢) الوسائل ١٧: الباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ٧. رواه الصدوق باسناده عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله بن سنان أنه سأله وهذا الحديث مضمروطريق الصدوق إلى البيزنطي صحيح في مشيخة الفقيه؛ ولكن الأمر سهل فإن هنا حديثين صحيحين يدلان على هذا المضمون أحدهما صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: في المملوك يكون بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم، إذا كان واحداً، قيل له في الحيوان شفعة؟ قال: لا.

ثانيهما: صحيح عبد الله بن سنان وموقفه، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء فيباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم، إذا كان واحداً.

نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه أعطني؟ قال: هو أحقّ به. وفي جامع احاديث الشيعة نقلاً عن الفقيه: قال: سألته.

وتحصّل مما ذكرنا أنّ كلام المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) في حق القصاص مبتلى بالمحذور ثبوتاً وإثباتاً وفي الخيار والشفعة مبتلى بالمحذور إثباتاً.

### تعريف الحق عند السيد الميلاني بالأهلية

الرأي السادس: ما أفاده المحقق السيد الميلاني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من أنّ الحق - بحسب اللغة - تارة يستعمل في ما له الواقعية قبال الباطل وقد كثر استعماله بهذا المعنى بصيغة الصفة المشبهة، فيقال: الاسلام حق والقرآن حق وكلامك حق.

وقد يستعمل في هذا المعنى بصيغة اسم الفاعل كقوله تعالى: ﴿الْحَاقَّةُ \* مَا الْحَاقَّةُ﴾<sup>(٢)</sup> وبصيغة الماضي كقوله تعالى: ﴿لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ﴾<sup>(٣)</sup> و﴿حَقَّتْ كَلِمَةٌ رَبِّكَ﴾<sup>(٤)</sup> وبصيغة المصدر أو اسمه كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ هَذَا لَهُوَ حَقُّ الْيَقِينِ﴾<sup>(٥)</sup>.

(١) محاضرات في فقه الامامية، كتاب البيع: ٢٧.

(٢) سورة الحاقه: الآية ١ - ٢.

(٣) سورة يس: الآية ٧.

(٤) سورة يونس: الآية ٣٣.

(٥) سورة الواقعة: الآية ٩٥.

وقد ذكر السيد الميلاني للحق أموراً خمسة نتعرض إليها لما فيها من الفائدة:

وأخرى يستعمل من (حَقَّ يَحِقُّ) بصيغة المصدر واسم المصدر بمعنى كونه أهلاً لذلك ولانقاً وجديراً به، وهذا المعنى أنسب إليه من غيره؛ ولكن الذي وقع في حيز الاعتبار هو الحق بمعنى الاهلية واللياقة، واستدل<sup>(١)</sup> على مراده بالارتكاز والتبادر والآيات.

### نقد السيد الميلاني

وفيه أنّ هذا الرأي وإن كان من أقرب الآراء؛ ولكنه مع ذلك لا يمكن المساعدة عليه إذ يرد عليه:

أولاً: أنّ الاهلية قد وردت في الاستعمالات الفصيحة قبال الحق والاستحقاق والمقابلة دليل المغايرة كما في مثل الحمد لله كما هو أهله ومستحقه<sup>(٢)</sup>.

→

أحدها: أنّ كل حق يقبل السقوط «كل ذي حق له إسقاط حقه». ثانيها: أنّ كل حق كان اعتباره لأجل غبطة من له الحق جاز إسقاطه ونقله، وما كان لأجل مصلحة الغير لم يجز: ثالثها: أنّ نقل الحق هو بالدقة. بمعنى إحداث لمثله لا نقله بعينه. رابعها: أنّ الحق المبحوث عنه اسم مصدر - في مقابل ما كان صفة مشبهة - يقع مسنداً أو مسنداً إليه فيقال: هذا حق. خامسها: أنّ الحق دائماً يضاف إلى العمل، سواء كان عمل نفسه أو عمل غيره، وربما يضاف إلى سببه، ويقال: حق الحياة وحق التحجير قبال ما ذكره المحقق الاصفهاني من كون الاضافة في هذه الأمور بيانية.

(١) كاستدلّاه بأنّ الحق يضاف إليه أو يسند إليه الثبوت، فيقال: ثبوت الحق أو ثبت له الحق أو ثبت له الحق، وإن الاهلية هو المتبادر من استعمالات الحق ولقوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَىٰ اللَّهِ إِلَّا الْحَقُّ﴾ سورة الاعراف: الآية ١٥٥، وقوله تعالى ﴿وَيُعَوِّلُهَا أَخُو بَرِّدِهَا﴾ سورة بقرة: الآية ٢٢٨، وقوله تعالى: ﴿وَكَانَ حَقًّا عَلَيْنَا نَضْرَ الْمُؤْمِنِينَ﴾.

(٢) بحار الانوار ١٠٦: ٨٤.

وقوله تعالى: ﴿وَالرَّمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾<sup>(١)</sup>.

إلا أن يدعى أن العطف في أمثال المقام تفسيري، كما ادعاه بعض المفسرين في قوله تعالى: ﴿وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾.

ولكنه يقال إن العطف بالتفسير خلاف الأصل؛ فإن الأصل في العطف هو المغايرة ولا سيما في القرآن الحكيم.

وأما الآية فإنه وإن ذهب بعض المفسرين إلى كونها من العطف بالتفسير ولكن المتعمقين<sup>(٢)</sup> منهم على خلافه فإنهم قالوا: أهلها أي خاصتها. عن الآلوسي<sup>(٣)</sup>: «الأهل أبلغ من أحق، وأحق أبلغ من الحق».

وكذلك يستفاد التغاير المفهومي بين الحق والأهل من كلمات الفخر الرازي<sup>(٤)</sup> والمحققين من مفسري الإمامية<sup>(٥)</sup>.

وثانياً: أن الحق بما له من المعنى يصح إطلاقه على ذي الحق وعلى

(١) سورة الفتح: الآية ٢٦.

وإليك تمام الآية ﴿إِذْ خَلَّ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْحَمِيَّةَ حَمِيَّةَ الْجَاهِلِيَّةِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ وَعَلَىٰ الْمُؤْمِنِينَ وَالرَّمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾.

(٢) أشرنا إلى بعضها فيما يلي.

(٣) روح المعاني ٢٦: ٣٨٠، قال: وأهلها أي المستأهل لها وهو أبلغ من الأحق حتى قيل بينه وبينه وبين الأحق كما بين الأحق والحق.

(٤) التفسير الكبير ٢٨: ١٠٣ ولا يخفى أن تفسير الفخر الرازي ينتهي في الجزء الثالث والعشرين وقد صرح بفراغه في آخر الجزء وقد ألف الباقي من ناحية شخصين آخرين ذكره ميرحامد حسين في العباقيات وكذلك الشيخ عباس القمي.

(٥) التبيان في تفسير القرآن ٩: ٣٣٤. مجمع البيان ٩: ١٢٦ وتفسير الميزان ١٨: ٢٩٠ قال: وأما كونهم أهلها فلأنهم مختصون بها لا توجد في غيرهم، وأهل الشيء خاصته.

متعلق الحق؛ ولكن الأهل لا يصح إطلاقه إلا على ذي الحق.  
 وبتعبير آخر أن الحق بما له من المعنى يقع وصفاً لذوي الحق ولمتعلقه؛  
 ولكن الأهل لا يقع وصفاً لمتعلق الحق، بل إنما يقع دائماً وصفاً لذوي الحق،  
 وهذا الفارق أمر ارتكازي عرفي، ويدلنا على ذلك ما ورد في دعاء يوم الثلاثاء  
 «الحمد لله والحمد حقه كما يستحقه حمداً كثيراً»<sup>(١)</sup>. فإن الحق هنا قد وقع  
 وصفاً للحمد الذي هو المتعلق، ولا يصح هنا أن يقع الأهل مكان الحق؛ فإنه  
 لا يصح أن يقال: الحمد أهله، فالأهل لا يصلح أن يقع مكان الحق في جميع  
 إطلاقاته فيستكشف منه أن الحق بما له من المعنى أعم إطلاقاً من الأهل،  
 وهذا المائز دليل المغايرة وعلامة للتغاير المفهومي بينهما.

وثالثاً<sup>(٢)</sup>: أن الحق بمعنى الأهلية لا يختص بالحق الذي قبالة الحكم

(١) البلد الأمين والدرع الحصين: ١٢٤.

(٢) وقد استشكل شيخنا الأستاذ (دام ظله) على نظرية تفسير الحق بالأهلية في الدورة الأولى  
 بإشكالات أربعة:

الإشكال الأول: هو الإشكال الثالث المذكور في المتن وهو أن الحق بمعنى الأهلية لا يختص  
 بالحق قبالة الحكم والملك بل يعم الحكم.

الإشكال الثاني: أن عنوان (أحق) في الآيات التي استدلت بها السيد الميلاني (أعلى الله مقامه)  
 على الأهلية لا يدل عليها فإنه بمعنى الأولوية لا الأهلية كقوله تعالى: ﴿وَيُؤَلِّمُنَّ أُمَّهَاتٌ لِّأَوْلَادِهِنَّ﴾  
 وذلك نظير عنوان ﴿أَحَقُّ بِهَا﴾ الوارد في أخبار إحياء أرض الموت فإنه بمعنى الأولوية بلا  
 إشكال لا الأهلية كما في صحيح أبي خالد الكابلي (الوسائل ١٧: الباب ٢ من أبواب إحياء  
 الموت، الحديث ٢) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قال: فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من  
 المسلمين من بعده فعمرها وأحيها فهو أحق بها من الذي تركها.

الإشكال الثالث: أن الأهلية في الارتكاز العقلائي أمر معلل يحتاج إلى العلة وبما هو المنشأ



والملك، بل يعمّ الحكم والملك أيضاً فإنّ الواهب له الأهلية في مورد الهبة مع ان الهبة من الأحكام لا من الحقوق والمالك له الأهلية في ملكه بأن يتصرف فيه بأنحاء التصرف وهذه الأهلية مربوطة بالملك لا الحق، ومحل الكلام انما هو في حقيقة الحق الذي يكون قبالة الحكم والملك.

نعم، لا يتوجه هذا الإشكال على مثل السيد الخوئي (أعلى الله مقامه) القائل

→

للاعتبار؛ فإنهم يقولون المالك أهل لبيع الدار لكونه مالكاً لها، وصاحب الحق أهل لكذا لأجل أنه ذا حق، فالجعل والاعتبار يتعلق أولاً وبالذات بالعلة، وثانياً بالأهلية، فما هو المجعول في الرتبة السابقة هي السلطنة والملكية وأمثالهما لا الأهلية.

الإشكال الرابع: ان مفهوم الأهلية هوسنخ مفهوم لا يقبل النقل والانتقال والاسقاط ولذلك قال ابو الحسن علي بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء لمأمون (في مسئلة الخلافة) بهذا المضمون: لو كنت اهلاً للخلافة فلم تفوضها إلى غيرك ولو لم تكن اهلاً فلم تصديته. فالأهلية امر لا يقبل النقل والانتقال والاسقاط ولكن الحق قبالة الحكم والملك قابل للنقل والانتقال والاسقاط، واليك نص الرواية:

فقال له المأمون إنني قد رأيت ان اعزل نفسي عن الخلافة وأجعلها لك وأبايعك فقال له الرضا عليه السلام إن كانت هذه الخلافة لك وجعلها الله لك فلا يجوز أن تخلع لباساً ألبسه الله وتجعله لغيرك وإن كانت الخلافة ليست لك فلا يجوز لك ان تجعل لي ما ليس لك. (بحار الانوار (ط بيروت) ٤٩: ١٢٩، ح ٣ رواية ابي الصلت الهروي باب ولاية العهد).

مضافاً إلى أن الأهلية في كل شيء بحسبه فان الأهلية في مورد الامامة غير قابلة لذلك وقابلة في مورد الحقوق الاصطلاحية بشهادة الارتكاز.

والإشكال الأول والثاني إشكالات اثباتي، والإشكال الثالث والرابع ثبوتي، والفرق بين الدوريتين أنّ شيخنا الأستاذ (دام ظله) أورد على السيد الميلاني في الدورة الأولى بإشكالات ثبوتي وإثباتي؛ لكنه عدل عنه في الدورة الثانية وأورد عليه بالإشكالات اثباتي، ولعل الوجه فيه أنّ الإشكالات الثالث أيضاً قابل للدفع فإنّ أهل قابل للجعل والاعتبار باستقلاله؛ ولعل لذلك عدل عنه في الدورة الثانية.

بأن الحق هو الحكم أيضاً إلا أن الحكم على نحوين، أحدهما: أن يكون أمره بيد المكلف من إسقاطه ونقله، وثانيهما: أن لا يكون أمره بيد المكلف، والأول يسمى حقاً باصطلاح المشهور، والثاني يسمى حكماً، سواء كان تكليفاً أو وضعياً.

### تعريف الحق بالجدير والحري

الرأي السابع: ما هو المختار من أنّ الحق بمعنى الجدير والحري ويعبر عنه بالفارسي (سزاواری) هو المجمعول في باب الحقوق، وقد أشار إلى هذا المعنى السيد الميلاني (أعلى الله مقامه) في كلماته أيضاً<sup>(١)</sup> وإن استقر رأيه في النهاية على أنّ المجمعول هو الحق بمعنى الأهلية واللياقة. والشاهد على المختار هو اللغة والارتكاز والاستعمالات الفصيحة كتاباً وسنة.

أما اللغة فقد صرح بهذا المعنى بعض أعيان أهل اللغة كتاج المصادر

(١) محاضرات في فقه الامامية، كتاب البيع: ٢٧، قال: وأخرى يستعمل من حق يحق واسم المصدر أي كونه أهلاً لذلك ولانقاً وجديراً به وأنه أنسب إليه من غيره، ظاهره أنّ السيد الميلاني يرى الأهل مرادفاً لجدير لا مغايراً له وما استقر عليه رأيه هو المعنى الثاني قبل الثبوت الذي هو المعنى الأول. والوجه فيه أن الأهل له معنيان، الأول بمعنى خاصة الشيء وبهذا المعنى يتعدي بنفسه كما في الآية المباركة «أَحَقُّ بِهَا وَأَهْلُهَا» ومن هذا القبيل «كما هو أهله ومستحقه» الثاني بمعنى الجدير، وبهذا المعنى يتعدي باللام ففي المنجد: حقيق أن يفعل كذا: أي جدير وأهل له وفي لسان العرب (١: ٢٥٤) هو أهل لكذا أي مستوجب. وأجابني شيخنا الأستاذ بالنقض بكلام الاصمعي فإنه قال في الأهل بمعنى المستوجب أهل ذلك وأهل لذلك أي سواء كان متعدياً بنفسه أو باللام.

للبيهقي وكشاف اصطلاح الفنون ومنتهى الارب فإنهم عدّوا في عداد معاني الحق بعد الثبوت: (سزاوار شدن) و(سزاوار گردیدن).

وقال الصاحب بن عباد: حقيق به وحق أي جدير، وفي أقرب الموارد<sup>(١)</sup>: هو حق به أي جدير.

والجدير بمعنى الحري كما في جمهرة ابن دريد والقاموس قالا: فلان جدير بكذا: أي حري به.

وأما الارتكاز فهو إن المرتكز عند العقلاء تعلق الجعل والاعتبار على الحق بمعنى الجدير والحري دون ساير المعاني، فلو كان دليل الحق هي سيرة العقلاء فإنه يحمل على الحق بهذا المعنى - لا على الحق بمعنى الثابت أو السلطنة أو الملك أو مرتبة منهما أو الأهلية - فإنه الموافق لمرتكزاتهم.

(١) أقرب الموارد ١ / ٢١٥ وذكر أحد عشر معنى ولا يخفى أن الحق قد استعمل في أربعة عشر معنى: ١- كونه من صفات الباري ٢- ضد الباطل ٣- العدل ٤- العمل الذي قد وقع ٥- الاسلام ٦- المال ٧- الملك ٨- الواجب ٩- الثابت ١٠- الصدق والمطابق ١١- الجدير ١٢- الموت ١٣- الحزم ١٤- نصيب. ثم إن الحق يختلف معناه باختلاف التعدية والجمع فإنه مع التعدية بالباء يكون بمعنى الجدير، يقال حق به وحقيق به ويجمع على أحقاء، ومع التعدية بنفسه أو بحرف (على) يكون بمعنى الوجوب والثبوت يجمع على الحقوق، ومحل الكلام في الحق الذي يجمع على الحقوق لا في الحق الذي يجمع على أحقاء، وبهذا المعيار يميز المعنى في بحث الأوامر. وقد ذهب شيخنا الأستاذ إلى أن الأمر إذا جمع على أوامر فهو بمعنى الطلب وإذا جمع على أمور فهو بمعنى الشيء فالأمر مشترك في معنيين بشهادة اختلاف الجمع وكذلك يقال في المقام. \* ويمكن أن يجاب: ليس الأحقاء جمع حق بل جمع حقيق: وحق له أن يفعل كذا، وهو حقيق أن يفعل كذا، وهو حقيق به، ومخفوق به، أي خليق له، والجمع أحقاء ومخفوقون. (الصحاح ٤: ١٤٦١)

وأما الكتاب فبآيات قد أُطلق فيها الحق على الجديروالحري كقوله تعالى<sup>(١)</sup>: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾ حقيق أي جدير. وقوله تعالى<sup>(٢)</sup>: ﴿وَيُعَوِّظُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ أي أحرى بردهن. وقوله تعالى<sup>(٣)</sup>: ﴿وَنَحْنُ أَحَقُّ بِالْمُلْكِ مِنْهُ﴾ أي أحرى بالملك منه. وقوله تعالى<sup>(٤)</sup>: ﴿فَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ﴾ أي أحرى. وقوله تعالى<sup>(٥)</sup>: ﴿أَفَنَنْتَ بِهِدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ﴾ أي أحرى أن يتبع. وقوله تعالى<sup>(٦)</sup>: ﴿وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ﴾ أي أحرى وأجدر أن تخشاه. وأما السنة فبروايات قد أُطلق فيها الحق على الجديروالحري فراجع<sup>(٧)</sup>.

(١) سورة الاعراف: الآية ١٠٥، وفي لسان العرب ٣: ٢٦١ تفسيران آخران قال: أنا حقيق على كذا أي حريص عليه عن أبي علي وبه فترس قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾ في قراءة من قرأ بدون ضمير المتكلم، وقرئ: حقيق علي، مع ضمير المتكلم ومعناه واجب علي ترك القول على الله بالحق الا وعن الراغب في المفردات: ١٣٦: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ﴾ قيل معناه جدير وقرئ: «حقيق علي» قيل: واجب.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٤٧.

(٤) سورة الانعام: الآية ٨١.

(٥) سورة يونس: الآية ٣٥.

(٦) سورة الاحزاب: الآية ٣٧.

(٧) كصحيح أبي خالد الكابلي (الوسائل ١٧: الباب ٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢) عن أبي جعفر ع - في حديث - فهو أحق من الذي تركها. وصحيح الحلبي عن أبي عبدالله ع انه قال في المملوك يكون بين شركاء فبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم، اذا كان واحداً. الوسائل ١٧: الباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ٣. وصحيح عبدالله بن سنان وموثقته قال: قلت لأبي عبدالله ع المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم، اذا كان واحداً. (المصدر نفسه، الحديث ٤) وغير ذلك من الأخبار.

فالذي ينبغى أن يقال هو أنّ الحق بمعنى الجدير والحري هو الأقرب إلى الواقع فإنه أخف إشكالاً من سائر الآراء.

أما وجه الأقربية عن الحق بمعنى الأهلية فإنّ الحق بما له من المعنى يقع وصفاً لصاحب الحق ولمتعلق الحق؛ لكن الأهل لا يقع وصفاً للمتعلق، بل يقع دائماً وصفاً لذی الحق، والشاهد على الفرق بينهما في دعاء يوم الثلاثاء: (الحمد لله والحمد حقّه) حيث وقع الحق بما له من المعنى وصفاً للحمد الذي هو المتعلق ولا يصح أن يقال: الحمد اهله ولكن الجدير والحري يقع وصفاً لصاحب الحق فيقال: المحجّر جدير بالأرض، ويقع وصفاً لمتعلق الحق فيقال: والأرض جديرة بالمحجّر، فالحقّ بمعنى الجدير يطلق على المتعلق وعلى صاحب الحق على حدّ سواء.

فيستكشف منه أنّ المناسب لمعنى الحق هو الجدير لا الأهلية.

ويبعده أيضاً قوله تعالى: ﴿وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾.

فإنّ نظر عمدة المفسرين في الآية على المغايرة لا العطف بالتفسير.

وأما وجه الأقربية عن الحق بمعنى الملك أو بمرتبة ضعيفة منه:

فأولاً: أنه لا يساعده مقام الاثبات، هذا بخلاف الحق بمعنى الجدير فإنه

قد ساعده اللغة والارتكاز والاستعمالات الفصيحة.

وثانياً: أنه ليس بجامع للأفراد فإنّ حقّ الاختصاص من الحقوق قطعاً ولا

يطلق عليه الملك ولو بمرتبة ضعيفة.

وثالثاً: أنّ الحق قابل للنقل والاسقاط ولكن الملكية غير قابلة للاسقاط.

وأما وجه الأقربية عن الحق بمعنى السلطنة:

فأولاً: لا يساعده مقام الاثبات فإنه يمكن أن يدعى أنّ السلطنة الموجودة في مورد الحق إنما هي من آثار الحق لا نفس الحق، كما في الملك فإن السلطنة في مورد الملك من آثار الملك لا نفس الملك وفرق بين أن تكون السلطنة مجعولة أو تكون هي من لوازم المجعول.

وأما السلطنة في حق القصاص فهي وإن كانت مجعولة لظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾<sup>(١)</sup>.

إلا أنّ السلطنة المجعولة لا تلازم الحقية فإنها أعم من الحق والأعم لا يثبت الاخص.

وثانياً: أنه ممنوع ثبوتاً للزوم اللغوية في موارد إرث الصغير؛ لكونه محجوراً عن جميع آثاره، وهذا بخلاف الحق بمعنى الجدير فإنه لا يترتب عليه أي محذور لا ثبوتاً ولا إثباتاً.

وأما وجه الأقربية عن نظرية المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) من أنّ الحق في كل مورد له اعتبار خاص وأثر مخصوص: فأولاً: أنه ادعاء بلا دليل.

وثانياً: يلزم فيه الاشتراك اللفظي هذا بخلاف الحق بمعنى الجدير فإنه سالم عن المحذورين.

(١) سورة الاسراء: الآية ٣٣.

### نقد على تعريف الحق بالجدير

إلى هنا تحصل أن أقرب الآراء إلى الواقع هو الحق بمعنى الجدير هذا ولكنه مع ذلك يبتلي بإشكالين:

الإشكال الأول: أن هذا التعريف ليس جامعاً لجميع أفراد الحق فإنه إنما يتم فيما إذا كان المأخوذ في الدليل نفس عنوان الحق أو كان الدليل على إثبات الحق هي السيرة العقلائية فإنه يحمل فيهما على الحق بمعنى الجدير؛ لما ذكرنا من مساعدة الدليل عليه من اللغة والارتكاز والاستعمالات الفصيحة.

وأما إذا كان الدليل على إثبات الحق دليلاً تبعدياً وكان المأخوذ فيه عنوان غير عنوان الحق ففي مثله لا مثبت لحمله على الحق بمعنى الجدير وذلك كأخبار خيار المجلس والحيوان والرؤية، فإن الخيار الثابت بها أمر تبعدي والمأخوذ فيها هو عنوان الخيار<sup>(١)</sup> لا عنوان الحق، وفي مثله لا يحمل الحق على الجدير والحري.

وبعبارة أخرى أن مختارنا منقوض بما أوردنا على المحقق الاصفهاني من النقض وهو أن المجعول في هذه الأخبار هو نفس الخيار لا السلطنة فيناقض علينا بأن المجعول في هذه الأخبار هو عنوان الخيار لا عنوان الحق.

(١) كصحيح فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. وصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام. وصحيح جميل بن دراج الوارد في خيار الرؤية (الوسائل ١٢: الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: ... له في ذلك خيار الرؤية.

## الجواب عن الإشكال الأول

والحق في الجواب عن هذا الإشكال أن يقال: إن الحق بمعنى الجدير هو المَجْعُول في الجميع إلا أنه مَجْعُول تارة بنفسه وأخرى بمنشأ انتزاعه، وذلك نظير الطلب والوجوب في باب الأوامر على ما سلكه المحقق الخراساني من أن الطلب بعنوانه قابل للجعل فإنه قد يقول المولى: أطلب منك الصلاة فمفهوم الطلب هنا يوجد بوجود اعتباري بنفسه، وأخرى يقول صل بصيغة (افعل) فإنَّ المنشأ هنا هي النسبة البعثية بالمعنى الحرفي وهو منشأ لانتزاع الطلب<sup>(١)</sup> فالطلب هو المَجْعُول تارة بلا واسطة وأخرى مع الواسطة، وكذلك الوجوب فإنه قد يقول المولى تجب عليك الصلاة، فالمَجْعُول هنا هو نفس الوجوب وأخرى يقول: صل، والمَجْعُول هنا هي النسبة البعثية بالمعنى الحرفي وهو مصحح لانتزاع الوجوب، فالوجوب مَجْعُول على أي تقدير؛ لكنه

(١) إنَّ عنوان الطلب مع المعنى الحرفي وهي النسبة البعثية نسبة العنوان إلى المعنون ولا يبرهان على اتحادهما لا نسبة الأمر الانتزاعي بمنشأ الانتزاع إذ يلزم عليه اتحاد المعنى الاسمي مع المعنى الحرفي يبرهان اتحاد الأمر الانتزاعي مع منشأ الانتزاع.

\* ويمكن أن يجاب: لا يخفى أن هاهنا أمرين لا بد من عدم الخلط بينهما:

أولهما: أنه من شرائط الأمر المنتزع، إمكان أخذ وصف اشتقائي من الأمر المنتزع وحمله على منشأ الانتزاع، كاشتقاق الفوق وهو وصف أصولي من الفوقية وحمله على السقف، ويقال السقف فوق. وما يقال من الاتحاد في الوجود هو هذا أي الاتحاد بحسب الحمل الشايع الصناعي.

ثانيهما: أن الأمر المنتزع من المقولات العرضية، ومنشأ انتزاعه يمكن أن يكون جوهر أو عرضاً، فلا يكون الأمر المنتزع مع منشأ انتزاعه متحداً في الوجود، لاستحالة اتحاد وجود العرض مع الجوهر وكذلك وجود عرض مع وجود عرض آخر، بل الأمر المنتزع موجود بوجود له والمنشأ موجود بوجود له، لكن الأمر المنتزع موجود بوجود منشأ انتزاعه كوجود الفوقية بوجود السقف. ثم إن ما ذكرنا من هون في الأمور الواقعية، وأما في الأمور الاعتبارية كما في ما نحن فيه فالأمر سهل.



مجعول تارة بنفسه وأخرى بمصحح انتزاعه، وهذه الضابطة تنطبق على الحق فإنه تارة يكون مجعولاً بنفسه فيما إذا أخذ في لسان الدليل بعنوانه، وأخرى يكون مجعولاً بمصحح انتزاعه كأخبار خيار المجلس والحيوان والرؤية، فإن المنشأ فيها هو الخيار بعنوانه وهو مصصح لانتراع الحقية<sup>(١)</sup>.

**الإشكال الثاني:** أن هذا التعريف ليس مانعاً للأغيار فإن الحق بمعنى الجدير والحري مفهوم عام قد أُطلق على بعض الأحكام كحق الولاية والأبوة والاستمتاع وغيرها فإنها من الأحكام بلاريب، ومحل الكلام في الحق الاصطلاحي وهو الحق قبال الحكم والملك القابل للاسقاط والنقل والانتقال. وهذا الإشكال غير قابل للدفع، بل هو متوجه على جميع الآراء فإن الحق بما له من المعنى قد أُطلق على تلك الأحكام، سواء كان بمعنى الجدير أو

(١) هذا الجواب بظاهره غير وافي في دفع الإشكال فإن حدّ الدليل أن الحق مجعول بمصحح انتزاعه أما كونه هو الحق بمعنى الجدير فلا مثبت له إلا بضم ضميمة أفادها شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) في مبحث الخيارات وهي أن هذه الخيارات الثلاثة وإن كانت تعبدية من حيث المورد إلا أن الظاهر أن سنخ المجعول في هذه الخيارات هو ذلك السنخ المجعول في الخيارات الماضية العقلانية فيكون قرينة على أن الحق المجعول هو الحق بمعنى الجدير والحري. هذا، ولكنه ذهب شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) في بحث الخيارات في تعريف الخيار الدرّس بتاريخ (١٣٧٨/٧/٦) إلى التفصيل بين ما ورد الحق بعنوانه فهو يحمل على الحق بمعنى الجدير والحري وبين ما ورد بعنوان الخيار كما في أخبار الخيارات الثلاثة من المجلس والحيوان والرؤية فالمجعول فيها هو نفس الخيار والاختيار.

\* ويمكن أن يجاب: بأن المقصود أن المجعول في باب الخيارات هو الخيار، ولكن لما كان لازمه الحقية، فيكون الحق مجعولاً بتبع جعل الخيار، كما صرح به الأستاذ (مدّ ظلّه العالی) في مبحث الخيارات عند بيان المختار.

الاهلية أو الملك أو السلطنة أو غيرها إلا أنّ المختار أخف إشكالاً من سائر الآراء فإن تلك الآراء مبتلاة بإشكالات سابقة أيضاً؛ ولذلك قلنا إنّ رأينا أقرب إلى الواقع من غيره<sup>(١)</sup>.

(١) هذا وقد ذهب شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) في الدورة الأولى إلى أنّ الحق هو ملك الأمر وأثبت مرامه بوجود المقتضي وعدم المانع.

أمّا المقتضي فهو أنّ المرجع في حلّ المعنى أمران: أحدهما ارتكاز العقلاء الثاني: المأخوذ في لسان الشرع.

أمّا الارتكاز فليعلم أولاً أنّ الحق عندهم ليس نفس الحكم كما اختاره السيد الخوئي، بل يرون وراء جواز التصرف أمراً آخر قابلاً للاسقاط وحقيقته عبارة عن ملك الأمر في مثل حق القصاص يعتبرون ولي الدم مالكاً لواحد من الأمور: من العفو أو أخذ الدية أو القصاص، وهذا المعنى أمر ارتكازي شائع في جميع الحقوق، والفرق بين الحق والملك الاصطلاحي أنّ الملك الاصطلاحي يتعلق بالعين والمنفعة، والحق يتعلق بالفعل وتعبّر عنه بملك الأمر.

وغاية ما يتوهم أنّ الحق قد يتعلق عند الارتكاز بالعين كحق التحجير المتعلقة بالأرض المحجرة، وحق الاختصاص المتعلقة بالخمير مثلاً، وحق الرهانة المتعلقة بالعين المرهونة.

ولكن بالدقة في ارتكازهم يتبين أنّ الحق في هذه الموارد الثلاثة أيضاً بمعنى ملك الأمر لا ملك العين فإن الحق في حق التحجير يتعلق بالتحجير لا بالعين فالأرض متعلقة المتعلقة لا نفس المتعلقة، فالمحجر مالك لأمر الأرض لا نفس الأرض وفي حق الاختصاص يتعلق بالاختصاص لا بالعين، فإنه إذا مات الفرس بحتف الأنف فصاحبه مالك لأمره لا لعينه وفي حق الرهانة يتعلق بالاستيثاق كما هو المشهور لا بالعين المرهونة خلافاً للمحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب، ٤٤) أعلى الله مقامه فإنه ذهب إلى أنّ حق الرهانة ليس إلا اعتبار كون العين وثيقة شرعاً وأثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء.

وما اختاره لا يخلو من قوة فإن المجعول في باب الرهن هو نفس الرهن ويقال بالفارسية (گروگان وگروشدن) ومتعلقه نفس العين.

فالمعتبر هو رهن العين بغرض الاستيثاق.

أما لسان الشرع فالظاهر من ادلة الحقوق هو ملك الأمر ويستفاد ذلك تارة من المفهوم كما في

هذا تمام الكلام في تفسير الحق وحقيقته عند أصحابنا.

→

رواية محمد بن مسلم الواردة في حق الولاية عن أحدهما يقال:

الجارية اذا كانت بين أبيها ليس لها من الأب أمر، فإنها تدل بمفهومها أن الأب هو مالك الأمر. وفي حديث آخر الجارية التي لها اب لا تتزوج إلا بإذن أبيها قال: إذا كانت مالكة أمرها تزوجت بغير إذن أبيها.

وأخرى يكون ماله إلى ملك الأمر كما في روايات حق القصاص فإن مدلولها يرجع إلى ملك الأمر. وثالثة يستفاد ذلك من المدلول المطابقي كما في روايات حق الشفعة والخيار فإن الوارد فيها هو عنوان (له) ومفاده ملكية الأمر.

فتحصل أن المتقضي لملكية الأمر موجود ارتكازاً ونصاً في جميع الحقوق إلا في حق الرهن فإنه مورد الخلاف هذا كله من حيث المقتضي.

وأما المانع فوجهان:

الوجه الأول: أن هذا التعريف غير مانع للاختيار فإن ملك الأمر يصدق على الهبة لاشتمال أخبارها على عنوانين: عنوان: (له) وعنوان الرجوع، وهما يدلان على ملك الأمر مع أن الهبة من الأحكام لا من الحقوق.

وفيه ان المشتمل على العنوان الأول خبر إبراهيم بن عبد الحميد (الوسائل ١٣ الباب ٤ من الهبات الحديث ٦) وهو ضعيف سنداً. ولعل وجه الضعف تردد إبراهيم بين إبراهيم بن هاشم الموثق وبين إبراهيم بن اسحاق الذي ضعفه الشيخ والنجاشي.

والمشتمل على عنوان له الرجوع كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (فله ان يرجع ان شاء فيها) (الوسائل ١٣ الباب ٧ من الهبات الحديث ٢) مختلف فيه فإنه مورد للكلام بين الأعلام في كونه من الأحكام أو من الحقوق وإنما يتوجه الإشكال على تقدير كونه من الأحكام.

الوجه الثاني: أن الحق الاصطلاحي قابل للإسقاط ولكن الملكية لا تقبل الإسقاط فكيف يمكن أن يفسر ما يقبل بما لا يقبل.

وفيه أن الملكية التي لا تقبل الإسقاط هي ملكية العين والمنفعة، وأما ملكية الأمر فهي تعد من الحقوق ارتكازاً فتكون قابلة للإسقاط.

فتحصل أن تعريف الحق بملكية الأمر المقتضي فيه موجود والمانع مفقود.

### تعريف الحق في مدرسة الفرنسي والروماني

وأما نظرية العامة فهم في أعصارنا من اتباع مدرسة الفرنسي والروماني وجوهر الحق عند الفرنسي والروماني هي السلطنة وقالوا - في مقام التعريف - إن كانت السلطنة شاملة لجميع النواحي يعبر عنها بالملك، وإن كانت في بعض الجهات يعبر عنها بالحق، وهذا النظر هو الذي حققه المحقق الايرواني وقد تقدم النقاش فيه.

ثم إنهم قسموا الحقوق إلى قسمين: الحقوق المادية وهي التي تتعلق بالمحسوسات. والحقوق غير المادية وهي التي تتعلق بغير المحسوسات كحق التأليف وحق الفكر وحق الصناعة والاختراعات، وقد نشأ هذا التقسيم بعد الثورة الاختراعية وقسموا الحقوق المادية إلى أقسام وجعلوا منها الملك وعبروا عنه بالحق الملكي وجعلوا للملك خصائص ثلاث: الاستعمال، والاستغلال (بالغين المعجمة أي الدوام).

ولا يخفى ان نهاية الفكر الغربي واتباعهم في الحقوق هي بداية الفكر عند فقهاءنا وقد كتب السنهوري من العامة كتاب الوسيط وقال بعد ذلك - في مقام تجليل الشيخ الاعظم الانصاري - ولو كنت عثرت على مكاسب الشيخ الانصاري لكتبت الوسيط طوراً آخر.

### أقسام الحقوق واحكامها

بعد الفراغ عن تعريف الحق والملك وبيان الفارق بينهما يقع الكلام في أقسام الحقوق.

وقد قسّم الشيخ<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) الحقوق إلى أقسام ثلاثة - وهو أقلها تقسيماً قبلاً تقسيمات السيد الفقيه<sup>(٢)</sup> التي هي أجمعها وأكثرها تقسيماً - :  
القسم الأول: ما لا يقبل المعاوضة عليه بالمال كحق الولاية<sup>(٣)</sup>: (ولاية الحاكم وولاية الأب والجد).

القسم الثاني: ما لا يقبل الانتقال<sup>(٤)</sup> كحق الشفعة والخيار.

القسم الثالث: ما يقبل الاسقاط والنقل والانتقال كحق التحجير.

وفي عبارة الشيخ إشكال وهو أنّ ما لا يقبل الانتقال يعدّ من أقسام ما لا يقبل المعاوضة عليه فكيف جعل قسيماً له.

ويتضح الإشكال ببيان أمرين: الأمر الأول: أنّ ما يقبل الانتقال قابل لانقسامه إلى ما يقبل المعاوضة وما لا يقبل المعاوضة، وأما ما لا يقبل الانتقال فهو لا يقبل الانقسام إليهما، بل هودائماً من أقسام ما لا يقبل المعاوضة عليه.

الأمر الثاني: أنّ الشيخ (أعلى الله مقامه) قد جعل ما لا يقبل الانتقال قسيماً لما لا يقبل المعاوضة وهو أمر غير معقول، فإنّ القابل للمقابلة إنّما هو ما يقبل

(١) المكاسب ٣: ٨.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٨١.

(٣) في بعض نسخ المكاسب كحق الحضانة والولاية.

(٤) وفي بعض النسخ: النقل بدل الانتقال، وهذا هو الصحيح لوجهين، الوجه الأول: تمثيله بالخيار منضمّاً بما افاده الشيخ أعلى الله مقامه في أحكام الخيار (٦: ١٠٩) من أنّ الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف بين الاصحاب، كما في الرياض وظاهر الحدائق وفي التذكرة أنّ الخيار عندنا موروث؛ لأنه من الحقوق كالشفعة والقصاص ثم قال الشيخ في ختام البحث: وكيف كان ففي الاجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية.

الوجه الثاني: التعليل بقوله: لأنّ البيع تمليك الغير فإنه يتناسب مع نسخة النقل.

الانتقال وأما ما لا يقبل الانتقال فهو دائماً من أقسام ما لا يقبل المعاوضة فالإشكال المتوجه على العبارة هو أنّ قسم الشيء كيف جعل قسيماً له ؟ وقد ذكر توجيه لدفع هذا الإشكال وهو أنّ مراد الشيخ (أعلى الله مقامه) من القسم الأول (ما لا يقبل المعاوضة بمال) هو الحق الذي لا يبذل بإزائه مال بوجه من الوجوه وذلك كالحق الذي لا يقبل الإسقاط ولا النقل والانتقال كحق الولاية فإنه لا يقبل الإسقاط ولا النقل والانتقال فلا يقبل المعاوضة، فإن المعاوضة عبارة عن تبديل شيء مكان آخر، ولا تبديل في حق الولاية ومراده من القسم الثاني ما يقبل الإسقاط وإن لم يكن قابلاً للنقل والانتقال كحق الشفعة - بناء على عدم انتقاله إلى غير الشريك وعدم كونه موروثاً - فمثل حق الشفعة يكون قسيماً للقسم الأول فإنه يقبل الإسقاط فيقبل المعاوضة عليه وإن كان لا يقبل الانتقال لا بنقل قصدي ولا قهري.

نعم، يتوجه على هذا التقسيم إشكال آخر وهو أنّ هذا التقسيم مناسب مع الحق بالمعنى الأعم الذي يشمل لما يقبل الإسقاط وما لا يقبل، ومحل الكلام هو الحق الاصطلاحي قبالة الملك والحكم، ومثل حق الولاية والوصاية والأبوة المندرج في تقسيم الشيخ (أعلى الله مقامه) حق بالمعنى الأعم لعدم كونه قابلاً للإسقاط ولا النقل والانتقال<sup>(١)</sup>.

(١) ولا سيما بملاحظة ما أفاده الشيخ أعلى الله مقامه في مسقطات خيار المجلس (٥: ٦١) من الاستدلال بال قاعدة المسلمة: لكل ذي حق إسقاط حقه، إلا أنه وقع الخلاف في أن هذا التسالم هل هو تسالم عقلائي كما اختاره السيد الحكيم في (نهج الفقاهة: ٨) أو تسالم فقهي كما يظهر من كلام الشيخ حيث علّله بفحوى تسلط الناس على أموالهم.

ثم إنه يقع الكلام في أمور:

الأمر الأول: في تقسيم الحقوق.

الأمر الثاني: في ضابطة إسقاط الحق.

الأمر الثالث: في ضابطة النقل.

والأمر الرابع: في ضابطة الانتقال.

### أقسام الحقوق عند السيد اليزدي

أما تقسيم الحقوق فأجمع التقسيمات ما أفاده السيد الفقيه<sup>(١)</sup> (أعلى الله

مقامه)، فإنه قسم الحقوق إلى أقسام ستة:

القسم الأول: ما لا ينتقل بالموت ولا يصح إسقاطه ولا نقله كحق الأبوة

وحق الولاية للحاكم وحق الاستمتاع بالزوجة وحق السبق في الرماية قبل تمام

النصال وحق الوصاية ويمكن أن يقال إنها أو جملة منها من الأحكام لا من

الحقوق.

القسم الثاني: ما يجوز إسقاطه ولا يصح نقله ولا انتقاله بالموت كحق

الغيبة أو الشتم أو الأذية بإهانة أو ضرب أو نحو ذلك بناء على وجوب إرضاء

صاحبه وعدم كفاية التوبة.

القسم الثالث ما ينتقل بالموت ويجوز إسقاطه ولا يصح نقله كحق الشفعة

على وجه.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٨١، والأصل في ذلك هو السيد محمد آل بحر العلوم صاحب

القسم الرابع: ما يصح نقله وإسقاطه وينتقل بالموت كحق الخيار وحق القصاص وحق الرهانة وحق التحجير وحق الشرط.

القسم الخامس: ما يجوز إسقاطه ونقله بلا عوض كحق القسم على ما ذكره جماعة<sup>(١)</sup> من جواز نقله إلى الضرة بلا عوض، واختار السيد الفقيه جوازه مع العوض<sup>(٢)</sup>.

القسم السادس: ما يكون مشكوكاً وهو ينقسم إلى أقسام ثلاثة:

١- ما شك في إسقاطه وعدمه.

٢- ما شك في نقله وعدمه أو شك في نقله بعوض وعدمه.

٣- ما شك في انتقاله وعدمه.

وقد عدّ من الموارد المشكوكة: حق الرجوع في العدة الرجعية وحق النفقة في الاقارب كالأبوين والأولاد وحق الفسخ بالعيوب في النكاح وحق السبق في إمامة الجماعة وحق المطالبة في القرض والوديعة والعارية وحق العزل في الوكالة وحق الرجوع في الهبة وحق الفسخ في ساير العقود الجائزة كالشركة والمضاربة ونحوهما إلى غير ذلك، وأنت خبير بأن جملة من ذلك من باب الحكم انتهى كلامه في مقام التقسيم<sup>(٣)</sup>.

(١) كالعلامة رحمته في القواعد ٢: ٤٥، والشهيد في اللمعة دمشقية: ١٧٤.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٢٨٢.

(٣) أفاد شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدورة الأولى: أنّ الحق ينقسم بحسب الارتكاز ولسان الأدلة إلى ما يقبل الاسقاط وما لا يقبل وينقسم بحسب الاستقصاء إلى اقسام خمسة أو ستة: القسم الأول: ما يقبل الاسقاط والنقل والانتقال كحق التحجير وحق السكنى والركبى.

القسم الثاني: ما لا يقبل الاسقاط والنقل والانتقال كحق الولاية والوصاية وحق الاستمتاع بالزوجة.



ولا يخفى أنّ مراد السيد (أعلى الله مقامه) من المقسم في تقسيم الحقوق هو الحق بالمعنى الأعم أي ما يطلق عليه لفظ الحق لا الحق الاصطلاحي قبالة الملك والحكم وذلك لوجهين: الوجه الأول: بعض القرائن في كلماته: القرينة الأولى ما ذكره في ذيل أمثلة القسم الأول (حق الأبوة وحق ولاية الحاكم وحق الاستمتاع بالزوجة وحق السبق في الرماية وحق الوصاية).

بقوله: ويمكن أن يقال إنها أو جملة منها من الأحكام لا من الحقوق فإنه صريح في الإعمية.

القرينة الثانية: ما ذكره في ذيل أمثلة القسم السادس بقوله: وإنك خير بأن جملة من ذلك من باب الحكم.

وهذا كما ترى صريح في الإعمية.

الوجه الثاني: أنه لو حمل كلامه على الحق الاصطلاحي للزم التناقض في كلماته فإنّ السيد (أعلى الله مقامه) قبل الورود في التقسيم<sup>(١)</sup> عرّف الحق

→

القسم الثالث: ما يقبل الاسقاط والانتقال وفي النقل مورد للاشكال كحق الخيار. القسم الرابع: ما يقبل النقل والاسقاط دون الانتقال كحق القسم للضرة فإنه لا ينتقل بالأثر قبل الاسقاط، وأما النقل فهو مورد للخلاف ذهب الشيخ ( ) والعلامة (القواعد ٤٥: ٢)، والشهيد (اللمعة الدمشقية: ١٧٤) إلى عدم جواز نقله والمختار جوازه فإن له المالية يبذل بإذاته المال ويدل على جوازه بعض الاخبار (كصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل له امرأتان قالت احدهما: ليلتي ويومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان أيجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس. الوسائل ١٥: الباب ٦ من أبواب القسم والنشوز والشقاق، الحديث ٢.

القسم الخامس: ما يقبل الاسقاط دون النقل والانتقال كحق القذف وحق الرهانة.

(١) حاشية المكاسب ١: ٢٨٠.

بالسلطنة وبعد الفراغ عن التقسيم<sup>(١)</sup>. ذكر أنّ الحق بطبعه يقتضي الإسقاط مستدلاً بأن صاحب الحق مالك للأمر ومسلط عليه فله رفع اليد عن ملكه، ومن ناحية أنّ بعض القرائن في كلماته ينادي بالأعمية فيلزم التناقض.

هذا، ولكن الجمع بين كلماته بالنص والظهور يكشف عن اختلاف المقامين فإنّ السيد (أعلى الله مقامه) أراد من الحق في مقام التقسيم الحق بالمعنى الأعم، ومن الحق في مقام التعريف الحق الاصطلاحي أي الحق قبال الملك والحكم الذي هو محل الكلام.

وبما ذكرنا ظهرت المناقشة في كلام المحقق النائيني (أعلى الله مقامه) فإنه بعد ما تعرض لتقسيم السيد تعجب منه بأن الحق عنده متقوم بالإسقاط فكيف قسمه إلى ما يقبل الإسقاط وما لا يقبل.

ولكن العجب من هذا المحقق - لا من السيد - أولاً بما تقدم من الوجهين وثانياً بما التفت إليه نفس هذا المحقق من أنّ السيد احتمل في ضمن التقسيم أنّ بعض هذه الأقسام من الحقوق لا من الأحكام.

### مغايرة الحق مع الحكم

وأما ضابطة إسقاط الحق فيقع الكلام أولاً - مقدمة للبحث، أنّ الحق بحقيقته مغاير للحكم أو أنه قسم من الحكم هنا مسلحان ذهب المشهور إلى التغاير بينهما، وبعض الأعاظم<sup>(٢)</sup> إلى اتحادهما وأنّ الحق قسم من الحكم

(١) حاشية المكاسب ١: ٢٨٢.

(٢) السيد الخوئي مصباح الفقاهة ٢: ٤٥ ويستفاد ذلك من كلام الشهيد في الحاشية على

المكاسب في كفاة الغيبة وبنحو الاشارة في بحث البيع ( ) .

وإنما يختلفان أثرًا لا حقيقة، والفارق إنما هو بين الملك والحكم فإن حقيقة الملك هي السلطنة وهذه السلطنة تتعلق بالأعيان تارة وبالأفعال أخرى وهذا بخلاف الحق والحكم فإنهما لا يتعلقان إلا بالأفعال<sup>(١)</sup> وقد ذكر في مقام التوضيح: (أن المجموعات الشرعية على ستة أقسام):

- ١- التكليفي الالزامي كالواجبات والمحرمات.
  - ٢- التكليفي غير الالزامي كالمستحبات والمكروهات والمباحات.
  - ٣- الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ كالبيع والاجارة والصلح ونحوها فإنها وإن كانت لازمة في نفسها ولكنها تنفسخ بالاقالة ونحوها.
  - ٤- الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ كالزواج فإنه لا يفسخ إلا في موارد خاصة.
  - ٥- الوضعي الترخيصي الذي يقبل الاسقاط كحق الشفعة وحق الخيار فلصاحب الحق أن يرفع يده عن حقه ويسقطه.
  - ٦- الوضعي الترخيصي الذي لا يقبل الاسقاط كالجواز في الهبة فإنه حكم مجعول للشارع ولا يرتفع بالاسقاط.
- وهذه الأمور الاعتبارية وإن اختلفت من حيث الآثار اختلافًا واضحاً ولكنها تشترك في أن قوامها بالاعتبار المحض، وإذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلاني إلى الحق والحكم لكي تحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلها حكم شرعي أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة.

(١) ما أفاده سيدنا الأستاذ هنا مناقض لما ذكره في بحث الخيارات مصباح الفقاهة ٧: ٤١٠ من تعلق حق التحجير بالعين حيث قال: وقد تعلق حقه بالأرض التي هي موجودة في الخارج.

وملخص كلامه أنّ الحق والحكم متحدان حقيقة؛ لأنهما أمران اعتباريان وإنما يختلفان أثراً من حيث إنّ بعض الأحكام يقبل الاسقاط وبعضها لا يقبل الاسقاط.

### استدلال السيد الخوئي على كون الحق قسماً من الحكم

واستدل على مسلكه بدليلين:

الدليل الأول: أنّ الحق والحكم وإن كانا يختلفان أثراً لكنهما يشتركان في أن قوامهما بالاعتبار المحض، والأمور الاعتبارية تعدّ من الأحكام، سواء كانت عقلانية أو شرعية وحقيقة الحكم ليست إلا الاعتبار المحض.

وأما إطلاق الحق على خصوص طائفة من الأحكام وهي التي تقبل الاسقاط فهو إطلاق اصطلاحى ولا مشاحة في الاصطلاح.

ثم قال ومن المظنون أنّ هذا الإطلاق الاصطلاحى هو المنشأ لاختلاف العلماء في حقيقة الحق والحكم.

الدليل الثانى: أنّ الحق لغة هو الثبوت وهذا المفهوم صادق على الحكم والحق الاصطلاحيين فيدل على أنّ الحكم والحق بمعنى واحد وهو الثبوت الاعتبارى.

### نقد السيد الخوئي

يرد عليه أولاً بالنقض فإنّ ما أفاده من أنّ الحق قسم من الحكم ذاتاً منقوض بما ذكره في مباني تكملة منهاج الصالحين<sup>(١)</sup> في مسألة تعدد أولياء القصاص

(١) بل منقوض بما صرح به في نفس البحث من تفسيره حق القصاص بسلطنة ولي الدم قال:

من تفسيره حق القصاص بالسلطنة، بيان ذلك أنّ في تعلق حق القصاص احتمالات ثلاثة: الاحتمال الأول: أنه عام مجموعي قائم بمجموع الأولياء. الاحتمال الثاني: أنه قائم بصرف وجود الولي. الاحتمال الثالث: أنه قائم بطبيعة الولي بنحو مطلق الوجود واختار الثالث واستدل عليه - بعد ابطال الاحتمالين السابقين - بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾<sup>(١)</sup> بأن المَجْعُول في الآية هي السلطنة، وهي مطلقة تنحل بتعدد الاولياء.

ووجه النقض واضح فإنه خالف المشهور في تفسير الحق بالسلطنة هنا والتزم به في المباني.

وثانياً: أنّ ما ذكره في الفرق بين الملك والحق من أنّ الملك يتعلق بالاعيان والافعال والحق يختص بالافعال لا يمكن المساعدة عليه، فإنه كما أنّ الملك تارة يتعلق بالأعيان وأخرى بالافعال، فكذلك الحق فإنه يتعلق بالاعيان كحق التحجير فإن متعلقه هي الأرض المحجرة وبالافعال كحق الخيار أي حق فسخ العقد.

وثالثاً: أنه قسم المَجْعُولات الشرعية إلى ستة أقسام وعدّها منها الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ كالبيع والإجارة والصلح.

→

فاعطف نظرك هل ترى فارقاً بين جواز قتل المشركين الذي يسمّى حكماً شرعياً وبين سلطنة ولي الدم على قتل القاتل الذي يسمّى حقاً شرعياً لقبوله الاسقاط. مصباح الفقاهة ٤٦:٢. ومنقوض أيضاً بما سيأتي منه في مباحث الخيار من تفسير الخيار بالسلطنة والقدرة؛ وذلك بحسب اقتران مادة الخيار في أخبار الخيار بكلمة اللام أو ذوأ أو صاحب أو الباء أو بالهيئة المفيدة لهذا المعنى كهيئة المختار. مصباح الفقاهة ٦:٦ و٩.

(١) سورة الاسراء: الآية ٣٣.

وفيه أن البيع والإجارة والصلح ليست من المجموعات الشرعية<sup>(١)</sup> بل هي من منشآت المتعاقدين وإنما المجعول الشرعي هو اللزوم والجواز ونفس هذا المحقق ممن عرف البيع بالتبديل في طرف الاضافة آية إضافة كانت فالبيع موضوع من الموضوعات الصادرة بإنشاء المتعاقدين فكيف يعقل أن يكون مجعولاً شرعياً؟

ورابعاً: أن مجرد اشتراك الحق والحكم في قوامهما بالاعتبار لا يلازم الاتحاد فإن الحق سنخ اعتباره يختلف عن الحكم والملك والفارق هو الارتكاز. وخامساً: وهو العمدة أن ما استدل به من الدليلين كلاهما مخدوشان أما الدليل الأول - وهو أن الحق والحكم قوامهما بالاعتبار المحض - ففيه أنه منقوض بالملك، فإن قوامه بالاعتبار فكيف جعل قسيماً للحكم ولو كان مجرد التقوم بالاعتبار دليلاً على الاتحاد للزم منه اتحاد الملك والحكم. وأما الدليل الثاني - وهو أن الحق مفهومه الثبوت وهو يصدق على الحق والحكم بنسق واحد - ففيه أن الحق بمعنى الثبوت يصدق على الاعيان الخارجية أيضاً فإن كل ما هو ثابت في دار الوجود فهو حق بهذا المعنى؛ ولكنه مع الوصف لا يمكن الالتزام باتحاد الخارجيات مع الحق والحكم.

(١) ولا يخفى أن السيد الخوئي أعلى الله مقامه أراد بهذه الامثلة لزومها لا نفسها ولذلك علل في الذيل بقوله: فإنها وإن كانت لازمة في نفسها ولكنها تنفسخ بالاقالة ونحوها ولا اقل من الاحتمال.

\* ويمكن أن يجاب: كيف يراد من البيع في صدر الكلام لزوم البيع وفي الذيل حيث يقول ينفسخ يراد به نفس المعاملة؟

فتحصل مما ذكرنا أنّ نظرية بعض الأعاظم مخدوشة - نقضاً وحلاً - بوجوه خمسة وتبين أنّ الفارق بين الأمور الثلاثة - الحق والحكم والملك - موجود ذاتاً واثراً.

### الآراء في ضابطة إسقاط الحق

وبعد الفراغ من هذه المقدمة يقع الكلام في ضابطة إسقاط الحق وهو كثير الابتلاء في عمدة أبواب الفقه .  
وقد ذكر في بيان هذه الضابطة وجوه عمدتها:

#### رأي السيد اليزدي والنائيني في ضابطة إسقاط الحق

الوجه الأول ما أفاده السيد اليزدي (أعلى الله مقامه) من أنّ الحق بطبعه يقتضي جواز الاسقاط مستدلاً بأنّ الحق سلطنة وبمقتضى هذه السلطنة يكون صاحب الحق مالكاً للأمر ومسلطاً عليه ويكون أمره بيده، وليس ذلك إلا بالقابلية للسقوط والاسقاط بخلاف الحكم فإنّ أمره بيد الحاكم لا المحكوم عليه؛ لأنّ المفروض انه لم يجعل له السلطنة على شيء حتى يكون أمره بيده .  
وهذا الوجه اختاره المحقق النائيني (أعلى الله مقامه) وذهب إلى أنه لا يعقل أن يكون حق ولم يكن قابلاً للاسقاط .  
والمستفاد من كلمات هذين العلمين أنّ الحق بذاته متقوم بالقابلية للسقوط والاسقاط .

### دليل العلمين على الضابطة

واستدلا على مرامهما بدليل واحد وملخصه أنه لا يعقل مالكية الأمر في مورد الحق بدون قابلية الحق للسقوط والاسقاط.

### نقد السيد اليزدي والنائيني

ويرد على العلمين:

أولاً: بفساد المبنى فإنّ الحق ليس بمعنى السلطنة بل هو بمعنى الجدير والحري كما حققناه سابقاً.

وثانياً: بالنقض بالملك فإنه بمعنى السلطنة عند العلمين، ومع ذلك لا يكون قابلاً للاسقاط فإنه لو كان قابلاً للاسقاط بمناط السلطنة لكان الملك أيضاً قابلاً للاسقاط بذلك المناط، والتالي باطل بالضرورة فالمقدم مثله.

وثالثاً: أنّ حدّ الدليل<sup>(١)</sup> هو أنّ صاحب الحق مسلط على شيء ومقتضاه مالكية المسلط عليه لا مالكية نفس السلطنة فإن المسلط على شيء ليس مقتضاه هو السلطنة على السلطنة بمعنى أن تكون السلطنة طرفاً للسلطنة حتى يقتضي القابلية للاسقاط، بل مقتضاه هي السلطنة على متعلق الحق وكف فرق بينهما وما يقتضي القابلية هو الأول دون الثاني.

ورابعاً: أنّ السيد الفقيه تعرّض إلى فارق بين جعل الحق ونفس الحق فذكر<sup>(٢)</sup>

(١) أفاد السيد الخوئي في مصباح الفقاهة (٦:٦) لذي الخيار سلطنتان، الأولى: السلطنة المتعلقة بإعمال الخيار أي اتخاذ الفسخ أو الإبقاء، الثانية: السلطنة على إعدام السلطنة.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٨٠ قال: فجعل الشارع الخيار من باب الحكم لكن نفس الخيار الذي هو المجعول حق لديه.



أن جعل حق الخيار من مقولة الحكم والمجعول وهو نفس الخيار من مقولة الحق.

وفيه أن ذلك إنما يتصور فيما إذا كانت النسبة بين الجعل والمجعول نسبة السبب والمسبب ليكونا متعددين، فيصح أن يكون أحدهما من سنخ الحكم والآخر من سنخ الحق، ولكنه بعيد عن الحق فإن النسبة بينهما نسبة المصدر واسم المصدر فهما متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار فالخيار مثلاً بالإضافة إلى الجاعل جعل، وبالإضافة إلى نفسه مجعول ولا يعقل أن يكون شيء واحد قابلاً للإسقاط وغير قابل له.

رأي صاحب البلغة والمحقق الاصفهاني في ضابطة قابلية الحق للإسقاط

### والنقل والانتقال

الوجه الثاني: للضابطة ما يستفاد من بعض الكلمات وقد اختلفت كلمات الأكابر في ذلك فيلاحظ الضابطة تارة بحسب مقام الثبوت، وأخرى بحسب مقام الإثبات<sup>(١)</sup>، أما بحسب مقام الثبوت فهو أن الموجب للحق أي العنوان المأخوذ موضوعاً للحق تارة تكون النسبة بينهما بنحو العلة التامة للمعول،

(١) كبلغة الفقيه للسيد محمد آل بحر العلوم (ج: ١، ص: ١٧) قال: إن الموجب للحق إما أن يكون علة تامة فيستحيل انفكاكه عنه بسقوط أو انتقال لاستحالة تخلف المعول عن علته التامة كولاية الآباء والأقارب الحاكم ومنصوبه... وإما أن يكون من قبيل المقتضي فيمكن فيه التخلف بحيث ما يوجب من السقوط أو النقل أو الانتقال إذا كان المنع عنه من جهة قصور في كفيته بحسب الجعل كان يكون الحق متقوماً بشخص خاص أو عنوان خاص، كحق التولية والوصاية لشخص خاص إلى أن قال في ص ١٩ واستفادة ما يتميز به إنما هي من الأدلة بحسب ما يستفيده الفقيه منها وكالمحقق الاصفهاني في حاشية كتاب المكاسب ١: ٤٧.

وأخرى بنحو نسبة المقتضي للمقتضى.

وانما عبرنا بالنسبة؛ لأنّ العناوين ليست علة حقيقية للحكم فإنّ علة الحكم هو الجاعل، بل هي تكون على وزن العلة في عدم انفكاك المعلول عن العلة، فإنه كما أنّ المعلول لا ينفك عن علته فكذلك الحكم لا ينفك عن موضوعه وكذلك الأمر في ناحية المقتضى.

فإن كانت النسبة بينهما نسبة العلة والمعلول فلا يكون الحق قابلاً للاسقاط ولا النقل والانتقال، وإلا يلزم الخلف فإنّ تخلف المعلول عن علته يكشف عن تبدل الموضوع وهو خلف الفرض، كما في حق القضاء فإنه ثبت لمن كان عارفاً بالأحكام وناظراً في الحلال والحرام وسلب الحاكمية عن العارف والناظر يكون من سلب المعلول عن العلة التامة.

وأما إن كانت النسبة بينهما نسبة المقتضي بالمقتضى فيمكن أن يكون الحق قابلاً للاسقاط والنقل والانتقال.

وأما بحسب مقام الاثبات<sup>(١)</sup> فما أفاده أهل النظر هي ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع المستفادة من الادلة.

ولكن الحق نلاحظ ما هو مقتضى الأصل الأولي في المقام، أي الأصل الداخلي أولاً، ثم الأصل الخارجي ثانياً، أي القرائن الخارجية.

والاصل الداخلي يحتاج إلى بيان جهتين:

الجهة الأولى: أنّ كل عنوان مأخوذ في موضوع الدليل فإنّ الأصل الأولي فيه - عرفاً - يقتضي موضوعية ذلك العنوان فكونه عنواناً مشيراً خلاف الأصل.

(١) رسالة في تحقيق الحكم والحق: ٤٩.

الجهة الثانية: أن إطلاق الموضوع من دون ضم شيء إليه يقتضي أن يكون هو تمام الدخل في المحمول.

ومن تطابق مقام الاثبات لمقام الثبوت يستكشف أن نسبة الموضوع إلى الحق هونسبة العلة إلى المعلول، وهذا الأصل يستمى بالأصل اللفظي الداخلي، ومن هذا القبيل ما ادعاه السيد اليزدي (أعلى الله مقامه) من أن طبع الحق يقتضي الاسقاط. ولكنه قد ظهرت المناقشة فيه فإن الأصل الأولي الداخلي يقتضي عدم الاسقاط لا الاسقاط.

### نظرية المحقق الاصفهاني في القرينة الخارجية

وأما الأصل الخارجي أي ملاحظة القرائن الخارجية فقد ذهب المحقق الاصفهاني (أعلى الله مقامه) <sup>(١)</sup> في هذا المقام إلى أن الحق بلحاظ السقوط على قسمين:

القسم الأول: هي الحقوق المجعولة لرعاية حال ذي الحق كحق الخيار والشفعة، فإن المجعول في مثل خيار المجلس هو الخيار لرعاية مصلحة المتبايعين، وفي خيار الحيوان للرافاق بصاحب الحيوان والرافاق بتناسب الحكم والموضوع قرينة في القابلية للاسقاط، وكذلك حق الشفعة فإنه قد جعل لمصلحة الشريك كي لا يقع في الضرر.

القسم الثاني: من الحقوق ما جعل لرعاية غير ذي الحق كحق الولاية والوصاية فإنه مجعول لرعاية مصلحة المولى عليه والموصى، وهذا القسم من

(١) رسالة في تحقيق الحكم والحق: ٤٩.

الحق ليس قابلاً للاسقاط إذ لم يجعل لرعاية حال ذي الحق.

### نقد المحقق الاصفهاني

وما ذكره مخدوش كبيرٌ وصغرى.

أما الكبرى فإن رعاية حال ذي الحق الاستفادة من تناسب الحكم والموضوع إنما تصلح قرينة إذا أحرز كونها علة تامة في الدخل، وأما إذا كانت حكمة أو ترددت بين الحكمة والعلة فلا تصلح للقرينة.

وأما الصغرى فهي مخدوشة في الشفعة والخيار.

أما الشفعة فاولاً أنّ كون الضرر حكمة في الشفعة أو علة إنما يتم إذا قلنا إنّ الضرر المذكور في حديث الشفعة كحديث عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن وقال: لا ضرر ولا ضرار<sup>(١)</sup>) ورد بنحو الجمع في المروي بمعنى أنّ الحديث - صدرأً وذيلاً - قد صدر في مجلس واحد.

(١) والحديث رواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا ارفقت الارف وحدت الحدود فلا شفعة. وروى الشيخ باسناده عن محمد بن يحيى مثله، ورواه الصدوق باسناده عن عقبة بن خالد. (الوسائل ١٧: الباب ٥ من أبواب الشفعة، الحديث ١) وسند الكليني والشيخ ضعيف بمحمد بن عبد الله بن هلال وعقبة بن خالد فإنهما لم يوثقا، وسند الصدوق ضعيف أولاً لأنه لم يذكر طريقه في مشيخة الفقيه وثانياً بعقبة بن خالد.

وذهب شيخنا الأستاذ (دام ظله) الى وثاقة محمد بن عبد الله بن هلال مستنداً الى ابن وليد لم يستثنه من نوادر الحكمة.

ولكنه من المحتمل<sup>(١)</sup> أن يكون الحديث من الجمع في الرواية بمعنى أن الحديث لم يصدر بتمامه من الرسول الأعظم ﷺ في مجلس واحد، بل الراوي جمع بين الشفعة ولا ضرر في مقام النقل فلا يكون أحدهما مرتبطاً بالآخر. وثانياً: أن الضرر في الشفعة - على الجمع في المروي - إنما يصلح للقريئة إذا كان دائماً أي كونه علة تامة لحق الشفعة ولكنه خلاف الواقع؛ فإن النسبة بين الشفعة والضرر عموم من وجه إذ قد لا يتضرر أحد الشريكين ببيع الآخر، كما إذا كان الشريك البائع مؤدياً وكان المشتري ورعاً باراً محسناً، وقد يتضرر الشريك من دون حق الشفعة، كما إذا كان الشركاء أكثر من اثنين وقد يجتمعان. وأما الخيار فأولاً أن تناسب الحكم والموضوع وإن كان يقتضي الارفاق

→

وثانياً بما أفاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) في قاعدة لا ضرر في الدرس (١٣٦٥/٦/٣٠) من أن الظهور السياقي هو الجمع في المروي ويؤكد اتفاق الكلمات من المتقدمين والمتأخرين على الجمع في المروي وغاية ما يمكن أن يكون مانعاً وجهان وكلاهما فاسدان: الوجه الأول: أن لا ضرر - على الجمع في المروي - لا يخلو من أحد أمرين - العلة والحكمة - ولا يمكن تطبيقهما على الشفعة، أما عدم تطبيق العلة فلأن النسبة بين الشفعة ولا ضرر عموم من وجه ولا يمكن انفكاك المعلول من العلة، والحكمة إنما تجرى فيما إذا كانت غالبية والضرر في الشفعة ليس غالبياً.

ووجه الفساد أن الضرر في الشفعة حكمة لا علة، ولا يشترط في الحكمة غلبة الوجود، بل تصح وإن كانت نادرة.

الوجه الثاني: أن رواية عقبة بن خالد عند الخاصة هي على وزن رواية عبادة بن الصامت عند العامة في الجمع بين أفضية النبي ﷺ عند النقل، ووجه الفساد أن المقيس عليه وهو رواية عبادة ضعيف عندنا فلا يصلح للقريئة.

(١) وهذا الاحتمال بعيد بل المحتمل القريب أحد الأمرين وهو رجوع الضمير إلى النبي ﷺ وإلى الصادق عليه السلام.

بحال ذي الحق إلا أنه اقتضاء ظني<sup>(١)</sup> - لا قطعي، والظن لا يغني من الحق شيئاً.

وثانياً: أنّ الاقتضاء لو كان فهو حكمة لا علة، ولا أقل من الاحتمال، وما يصلح للقرينة هي العلة فإنها تعمم وتخصص لا الحكمة.

### ضابطة إسقاط الحق عند الشيخ

الوجه الثالث للضابطة ما استدل به الشيخ (أعلى الله مقامه) في مسقطات خيار المجلس وهي: القاعدة المسلمة لكل ذي حق إسقاط حقه.

### نقد الشيخ

وفيه أنّ كلام الشيخ لا يخلو من أحد احتمالين:

(١) ما ذكره شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) هنا منافي لما ذكره في خيار المجلس في درس يوم (١٣٧٨/٨/٣٠) من أنّ حكمة الخيار وهو الأرفاق بحال ذي الخيار أمر قطعي لا ظني فإنها وإن كانت مستنبطة إلا أنها من الاستنباطات القطعية العقلانية وهو أنّ الخيار لم يجعل إلا لأجل التروي إرفاقاً بحال ذي الخيار، والحكمة وإن لم تكن كالعلة معممة ومخصصة إلا أنها لا ترتكزيتها تعدّ من القرائن اللبية المتصلة بالكلام المانعة عن الإطلاق، ولا أقل من احتفاف الكلام بما يحتمل للصارفية فما نوقش في كلام الشيخ (أعلى الله مقامه) بالفرق بين العلة والحكمة فإن العلة معممة ومخصصة فتصلح للقرينة دون الحكمة قد ظهر فساد.

\* ويمكن أن يجاب: ما نحن فيه يختلف عما في مبحث إسقاط الخيار من الوكيل، وذلك لأنّ الخيار لما كان لتروي صاحب المال فلا يثبت للوكيل في إجراء صيغة العقد كما لا يخفى، وهنا قد جعل الشارع حقاً لشخص لمصلحته، وأما أن له أن يسقط الحق المجعول من الشارع ليس قطعياً، بل ظني لكون المجعول بمصلحته، وهذا بخلاف الخيار المجعول لتروي صاحب المال للوكيل الأجنبي عن المال.

الاحتمال الأول: أنّ القاعدة مسلمة عقلانية، الاحتمال الثاني: أنها مسلمة فقهية.

أما الاحتمال الأول فهو مدفوع أولاً: أنّ تعليل الشيخ بقوله: (ولعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال) يدفع هذا الاحتمال، وثانياً: أنّ هذه السيرة غير ثابتة، وثالثاً: لم يحرز اتصالها بزمان المعصوم.

نعم، لو تمّت السيرة اقتضاء فإنه لا رادع في البين، ولكن المشكلة في أصل الاقتضاء، ومما ذكرنا ظهرت المناقشة فيما ذكره السيد الحكيم<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) من أنّ قاعدة لكل ذي حق إسقاط حقه قاعدة مسلمة عقلانية. وأما الاحتمال الثاني كما هو الظاهر المستفاد من التعليل<sup>(٢)</sup> ففيه أنه إجماع غير كاشف؛ لأنه مدركي أو محتمل المدركية.

(١) نهج الفقاهة: ٨.

(٢) أما استدلال الشيخ بفحوى تسلط الناس على أموالهم بأنه إذا كان الناس مسلطون على أموالهم فهم مسلطون على الحقوق المتعلقة بالأموال بالأولوية فقد ناقشه شيخنا الأستاذ (دام ظله) في مسقطات خيار المجلس في درس يوم (١٣٧٩ / ٢ / ١٧) بوجوه أربعة: أولاً أنّ في مستنده احتمالين أحدهما النبوي: (الناس مسلطون على أموالهم). غوالي اللثالي ١: ٢٢٢ والبحار: ٢ / ٢٧٢) والاحتمال الآخر السيرة العقلانية، والنبوي ضعيف بالإرسال، وأما الجبر فإن النبوي وإن كان مذكوراً في المتون الفقهية ولكنه أعم من الاستناد والمتيقن من السيرة عدم حجر الملاك في أموالهم.

وثانياً: أنّ الاستدلال بالفحوى إنما يتم إذا كان الحق مرتبة ضعيفة من الملك وهو بعيد عن الحق فإن التشكيك يختص بالأموال التكوينية، والحق والملك من الاعتباريات، واعتبار أحدهما لا يرتبط بالآخر.

وثالثاً: أنّ السلطنة على الأموال لا تلازم السلطنة على الحقوق لا عقلاً ولا عرفاً ولا مناطاً.

## تحقيق الكلام في المقام

تحقيق الكلام في المقام هو أننا ذكرنا سابقاً أن الأصل الأولي في العنوان المأخوذ في موضوع الدليل موضوعية ذلك العنوان وإطلاقه يدل على أنه تمام الموضوع لا جزء الموضوع.

وأما تناسب الحكم والموضوع فهو قرينة على ذلك موجبة جزئية لا كلية. توضيح ذلك أن تناسب الحكم والموضوع تارة يقتضي حيثية تقييدية بمعنى كونه دخیلاً في الموضوع حدوثاً وبقاءً، كما في مثل: يجب تقليد المجتهد، فإن الاجتهاد حيثية تقييدية بمعنى أنه يجب تقليد المجتهد مادام متصفاً بملكة الاجتهاد، وأخرى يقتضي حيثية تعليلية، كما في مثل: اجتنب عن الماء المتغير بالنجاسة، فإن التغير عرفاً علة للنجاسة ليس مقوماً للموضوع حدوثاً وبقاءً، وكاختلاط المياه في باب العدة.

وثالثة يكون منشأ للشك في كونه حيثية تقييدية أو تعليلية كالوفاء بالعقد الضروري فإن الضرر علة لجواز العقد حدوثاً وبقاءً أو أنه دخيل في الجواز حدوثاً فقط.

وكذلك حق الشفعة والحضانة والرهانة.

فإن ضرر الشريك في حق الشفعة لم يؤخذ في الموضوع، بل الموضوع هو أن الشريك أحق بالشفعة<sup>(١)</sup>.

→

ورابعاً: أن الفحوى لو كانت فهي بتنقيح المناط، وتنقيح المناط هنا استحساني لا قطعي.  
(١) الوسائل ١٧: الباب ٢ من أبواب الشفعة، الحديث ١ (الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق به. والباب ٧ من أبواب الشفعة، الحديث ٧. كصحيح عبدالله بن سنان، قال: قلت لأبي



إلا أنه قد يتمسك لدخل الضرر برواية<sup>(١)</sup> عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار. بناء على الوحدة في المروري فيشك في أنه علة لحق الشفعة حدوداً وبقاءً أو حدوداً فقط مبنياً على كونه علة أو حكمة أو مردداً بينهما، وحق الحضانة مجعول لرعاية مصلحة الطفل كما هو المستفاد من تعبيرات الفقهاء (رضوان الله عليهم) كالعلامة في القواعد<sup>(٢)</sup> والشهيد الثاني في المسالك<sup>(٣)</sup> من أنها ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سيره وكحله وتنظيفه وغسل خرقة وثيابه ونحو ذلك.

وتناسب الحكم والموضوع في هذا الحق حيث جعل لمصلحة غير ذي الحق وإن كان يقتضى كونه قائماً بذى الحق وعدم القابلية للإسقاط على ما سلكه المحقق الاصفهاني<sup>(٤)</sup> ولكنه منافي لخبر<sup>(٥)</sup> أيوب بن نوح: (المرأة أحق

→

عبد الله صلى الله عليه وآله وسلم: المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهما: أنا أحق به أله ذلك؟ قال: نعم، إذا كان واحداً).

(١) الوسائل ١٧: الباب ٥ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

(٢) القواعد ٢: ٥١، والرياض ١٢: ١٤٤، والجواهر ٣١: ٢٨٣.

(٣) المسالك ١: ٥٨١.

(٤) حاشية كتاب المكاسب (رسالة في تحقيق الحق والحكم) ١: ٤٨.

(٥) الوسائل ١٥: الباب ٨١ من أبواب احكام الاولاد، الحديث ٦: (محمد بن علي بن الحسين باسناده عن عبد الله بن جعفر عن أيوب بن نوح قال: كتب إليه بعض أصحابه كانت لي امرأة ولي منها ولد وختيت سبيلها فكتب عليه السلام: المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة). واسناد الصدوق إلى عبد الله بن جعفر الحميري صحيح في مشيخة الفقيه والمكاتبه مضمة.

بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة) فإن تعليق الأحقية فيه على المشيئة يدل على كونه قابلاً للإسقاط.

هذا، ولكن هنا خبراً<sup>(٢١)</sup> آخر لأبيوب بن نوح وقع البحث في التعارض بينهما<sup>(٢٢)</sup> وتحقيقه موكول إلى باب النكاح.

### الضابطة في نقل الحق عند المحقق الاصفهاني

وأما الضابطة في نقل الحق فقد أفاد المحقق الاصفهاني<sup>(٢٣)</sup> (أعلى الله مقامه) في بيان هذه الضابطة: أنّ العنوان المأخوذ في الموضوع وإن كان يقتضي

(١) الوسائل ١٥: الباب ٨١ من أبواب احكام الاولاد، الحديث ٧: (محمد بن ادريس في آخر السرائر نقلاً من كتاب مسائل الرجال ومكاتباتهم لمولانا ابا الحسن علي بن محمد عليه السلام رواية الجوهري والحميري عن أبيوب بن نوح، قال: كتبت إليه مع بشر بن بشاز: جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقتها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: اذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله.

(٢) ولعل وجه التعارض أنّ الخبر الأول ناظر إلى الحقيقة بقريئة المشيئة والأحقية، والخبر الثاني إلى الحكم التكليفي بقريئة (يجب) والجواب أنّ الخبر الأول حاكم على الثاني، بل المعارض على ما نقله صاحب الجواهر (٣١: ٢٨٤ و ٢٨٦) وجهان:

أحدهما: الاجماع قال في الجواهر: اللهم الا أن يكون اجماعاً وأجابه بقوله: ولم نحققه، بل لم نعثر على تحرير لأصل المسألة في كلماتهم، الثاني موثقة داود بن الحصين عن أبي عبدالله عليه السلام قال: والوالدات يرضعن اولادهن، قال مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية فإذا فطم فالأب أحق به من الأم فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبية) ولذلك ذهب ابن فهد الحلبي إلى أنّ الحضانة شركة بين الأب والأم، بل ادعي الاجماع عليه فيتعارضان وأجابه صاحب الجواهر أنّ الاجماع موهون بذهاب الأكثر إلى خلافه، بل الكل ومعارضة صدر خبر داود بذيله مع عدم وضوح المراد بالتسوية.

(٣) حاشية كتاب المكاسب (رسالة في تحقيق الحق والحكم) ١: ٤٩.

الموضوعية لكنه ربما يستفاد من قرائن المقام أنه عنوان مقوم كما في حق الشفعة والرهانة.

وربما يستفاد أنه عنوان معرف كما في حق التحجير وحق القسم في الزوجة. أما القسم الأول فلا يجوز فيه النقل فإن حق الشفعة يمكن أن يكون لأجل ضرر الشريك أحياناً فهو يختص به فلا معنى لنقله إلى غيره، وفي حق الرهانة تكون العين وثيقة للدائن، وكون العين وثيقة لغير الدائن أمر غير معقول فنقل الحق غير معقول إلا بتبع نقل الدين فإنه ينقل الدين أولاً وحق الرهانة تبعاً. وأما القسم الثاني فليس فيه شيء من الموانع فإنه لا مانع من نقل حق الرهانة إلى غيره ونقل حق القسم من زوجة إلى زوجة.

### نقد المحقق الاصفهاني

ويرد عليه أن الضابطة غير تامة في كلا القسمين:

أما القسم الأول فقد تقدّم النقاش فيه كبرى وصغرى، وملخصه من حيث الكبرى أن تناسب الحكم والموضوع إنما يكون قرينة إذا أحرز كونه علة تامة في الدخل، وأما إذا كان حكمة أو تردد الأمر بين الحكمة والعلة فلا يصلح للقرينة.

ومن حيث الصغرى فأولاً أن الضرر في حديث الشفعة (كما في حديث عقبة بن خالد<sup>(١)</sup>) عن أبي عبد الله عليه السلام قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار) إنما يصلح للقرينة إذا

(١) الوسائل ١٧، الباب ٥ من أبواب الشفعة، الحديث ١.

كان مأخوذاً بنحو الجمع في المروي بمعنى أنّ الحديث قد صدر بتمامه في مجلس واحد ولكنه من المحتمل أنّ عقبة بن خالد قد جمع بين الشفعة ولا ضرر ولا ضرار في مقام النقل فلا ارتباط بينهما حتى يكون أحدهما قرينة على الآخر، فكما يحتمل أن يكون الضرر مناطاً لجعل حق الشفعة كذلك يحتمل أن يكون المنطأ أمراً آخر وهو القدرة على تحصيل خير شريك.

وثانياً: أنّ الضرر في الشفعة إنما يكون قرينة - بناء على الجمع في المروي - إذا أخذ بنحو العلة التامة ولكنه بعيد عن الواقع فإن النسبة بين الشفعة والضرر عموم من وجه فلا مناص من حمله على الحكمة ولا أقل من ترده بين الحكمة والعلة فلا تصلح للقرينة وغاية ذلك أنه يوجب الشك في ذلك فتصل النوبة إلى الأصول اللفظية والعملية.

وأما القسم الثاني: وهو كحق التحجير الذي ليس فيه شيء من الموانع فلذلك يقبل الاسقاط والنقل والانتقال، ففيه أنّ الموانع ليست منحصرة بتلك الموانع، بل هنا مانع آخر وهو احتمال قيام الحق بذي الحق ونفس الاحتمال تكفي في عدم القابلية.

### ضابطة انتقال الحق عند المحقق الاصفهاني

وأما الضابطة في انتقال الحق فقد أفاد المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> (أعلى الله مقامه) في بيان هذه الضابطة:

إنّ الانتقال بالارث في حق الشفعة والخيار والتحجير أمر معقول وبلا مانع

(١) حاشية كتاب المكاسب - رسالة في تحقيق الحق والحكم - ٤٩: ١.

بخلاف حق القسم فإن انتقاله بالارث أمر غير معقول فإن القسم حق الزوجة ما دامت الحياة والوارث لا يمكن أن يقوم مقامها في هذا الحق ولا يعقل استفادته منه .

وملخص نظره<sup>(١)</sup> في باب الحقوق من حيث السقوط والنقل والانتقال:

أن بعض الحقوق لا يعقل فيه الاسقاط والنقل والانتقال كحق الولاية وبعضها يعقل فيه السقوط دون النقل والانتقال .

وفي ثالث يعقل فيه النقل دون الانتقال كحق القسم، ورابع يعقل فيه النقل والانتقال، وفي خامس يعقل فيه الانتقال دون النقل ففي كل لا بد من ملاحظة دليل الحق وما يحتف به من القرائن والوجوه والمصلحة والمناسبات .

### نقد المحقق الاصفهاني

والجواب عن هذا المحقق - كما تكرر منا سابقاً - أن المصالح والمناسبات في الحكم والموضوع وإن كانت تعد من القرائن وهي معممة تارة ومخصصة أخرى ولكنه لا ترد في كونها موجبة للظهور موجبة جزئية لا كلية، فإن تناسب الحكم والموضوع قد يقتضي حيثية تقييدية بمعنى دخله في الموضوع حدوداً وبقاء، وقد يقتضي حيثية تعليلية بمعنى دخله بنحو الحكمة، وثالثة يوجب الشك في كونه تقييدياً أو تعليلياً كما في أكثر الحقوق كالعقد الضروري وحق الشفعة والرهنان والحضانة ونحوها .

(١) المصدر نفسه ١: ٥٠٠ .

## نتيجة البحث

قد تحصل مما ذكرنا أنه لم توجد لنا في باب الحقوق - ضابطة عامة على قابلية الحق للاسقاط والنقل والانتقال، بل الضابطة على عدم القابلية فإن الأصل الأولي - بمقتضى موضوعية العنوان المأخوذ في الدليل وإطلاقه - هو كونه دخیلاً في الحكم بتمام الدخل على وزان العلة التامة في دور الحكم مداره حدوثاً وبقاءً، ونتيجة ذلك أن الضابطة بالأصل الأولي هو عدم قابلية الحق للأمر الثلاثة لا القابلية.

مقتضى الأصل فيما إذا شك في كون الحق قابلاً للاسقاط أو النقل والانتقال ثم إنه بعد الفراغ عن بحث الضابطة يقع الكلام فيما إذا شك في كون الحق قابلاً للاسقاط أم لا؟ وقابلاً للنقل والانتقال أم لا؟ فيقع البحث في مقامات ثلاثة:

المقام الأول: فيما إذا شك في كونه قابلاً للاسقاط أم لا؟

المقام الثاني: فيما إذا شك في كونه قابلاً للنقل أم لا؟

المقام الثالث: فيما إذا شك في كونه قابلاً للانتقال أم لا؟

ومنشأ الشك في هذه المقامات يرجع إلى أحد أمرين:

أحدهما الشك في كونه حكماً أو حقاً؟ كالشك في أن جواز الهبة حق أو

حكم وأكل المارة حق أو حكم؟ الثاني أنه على تقدير كونه حقاً فهل يقبل

الاسقاط والنقل والانتقال أم لا؟

مقتضى الأصل اللفظي فيما إذا شك في قابلية الحق للإسقاط  
أما المقام الأول فيقع البحث فيه تارة من ناحية الأصل اللفظي وأخرى من  
ناحية الأصل العملي.

أما الأصل اللفظي فقد تمسك به من وجوه: الوجه الأول ما أفاده بعض  
الأعظم<sup>(١)</sup> من أنه إذا شك في مجعول شرعي أنه حق اصطلاحى حتى يقبل  
الاسقاط أو حكم اصطلاحى لا يقبله، فالمرجع فيه الدليل المجعول فإن كان  
لدليله عموم أو إطلاق أخذ به ويثبت بذلك كونه حكماً. هذا من حيث  
الكبرى، وأما من حيث التطبيق فقد التزم بإطلاق الدليل في أكل المارة  
والهبة والتحجير والقصاص وأنكره في الشفعة والخيار.

أما القسم الأول فهو أنه إذا شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة التي تمر  
عليها أو جواز الفسخ في الهبة حق أو حكم فإنه بعد إسقاطهما - يتمسك  
بإطلاق ما دل على جوازهما. وإذا شككنا في بقاء حق التحجير - بعد  
إسقاطه - رجعنا إلى إطلاق قول<sup>(٢)</sup> النبي ﷺ: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه  
مسلم فهو أحق به.

وإذا شككنا في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه - رجعنا إلى إطلاق قوله  
تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّتِهِ سُلْطَانًا﴾<sup>(٣)</sup> فإنه مطلق يدل على جعل  
السلطنة حتى بعد الاسقاط، ومع عدم إطلاقه رجعنا إلى الآيات والروايات الدالة

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٤٨.

(٢) عوالي اللآلي ٣: ٤٨٠، وروى عنه ﷺ قال: مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَا يَنْسِبُهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ.

(٣) سورة الاسراء: الآية ٣٥.

على حرمة قتل النفس المحترمة: بتقريب أنّ الآيات كقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾<sup>(١)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَدِّيًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾<sup>(٢)</sup>. وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(٣)</sup>. مطلقاً وقد خصصت بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ ومع إجمال المخصص المنفصل كما هو المفروض يتمسك بإطلاق تلك الآيات.

وأما القسم الثاني فهو إذا شك في أنّ الشفعة والخيار من قبيل الحقوق أو قبيل الأحكام لم يجز أفعالهما بعد الإسقاط لعدم الإطلاق في دليلهما. فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية رجعنا إليه وإلا فالمرجع هي العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه.

### نقد السيد الخوئي

والقسمان كلاهما مورد للمناقشة، أما القسم الأول ففيه مناقشتان: المناقشة الأولى: أنّ ما ذكره من التمسك بإطلاق قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾<sup>(٤)</sup> وإن كان متيناً فإنه مطلق يدل على بقاء السلطنة حتى بعد الإسقاط؛ لكن ما ذكره من التمسك بعمومات حرمة القتل من الآيات والروايات فهو غير تام فإن قاعدة التمسك بعموم العام في المخصص المنفصل المجمل

(١) سورة النساء: الآية ٩٤.

(٢) سورة النساء: الآية ٩٥.

(٣) سورة الانعام: الآية ١٥.

(٤) سورة الاسراء: الآية ٣٥.



المردد بين الأقل والأكثر، وإن كانت تامة كبروياً كما إذا ورد منفصلاً: أكرم العلماء ولا تكرم العالم الفاسق، وتردد الفسق بين مرتكب الصغيره والكبيرة فيؤخذ بمتيقن التخصص ويتمسك في الباقي بعموم العام إلا أن هنا إشكالاً صغروباً وهو أن آيات حرمة القتل ورواياتها<sup>(١)</sup> لا إطلاق لها بالنسبة إلى القتل عن حق من أول الأمر، فإنها محفوفة بالارتكاز العقلي والعقلاني بما عدا ذلك فإن من المسلمات عند العقلاء ثبوت حق القصاص لولي الدم وهو أمر ارتكازي عقلاني أمضاه الشارع بالأدلة الشرعية، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكَ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكَ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾<sup>(٣)</sup>

(١) ولا يخفى أن الآية إمضاء لما عند العقلاء والحقوق العقلانية تسقط بإسقاطهم ومع الشك فيه لا يمكن أن يتمسك به فإنه دليل لُتبي، ومع عدم إطلاق في الممضي كيف يدعي الإطلاق في الامضاء؟

\* ويمكن أن يجاب: أولاً: أن الكلام في المقام الأول وهو كون المجعول حقاً أو حكماً، لا في المقام الثاني من كون المجعول حقاً، ولكننا لا نعلم أنه قابل للإسقاط أم لا؟ حتى يقال إن الآية إمضاء لما عند العقلاء والحقوق العقلانية قابلة للإسقاط.

وثانياً: الإشكال على السيد الخوئي ؑ حيث يسلم إطلاق آية القصاص في الفرض الأول. وثالثاً: كون السيرة دليلاً لياً يؤخذ بالقدر المتيقن منها إنما في فرض كون إمضاء السيرة بعدم الردع، وأما إن كانت السيرة ممضاةً بدليل لفظي له الإطلاق فالمرجع إطلاق دليل الإمضاء. ولهذا يتمسك بإطلاق ﴿أَحْرَجَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، مع كونها إمضائية للسيرة العقلانية. إلا إذا كانت السيرة مرتكزة بحيث يوجب عدم انعقاد إطلاق دليل الإمضاء، فنحتاج في مثله إلى تعدد الدليل ولا يكتفى بدليل واحد، كالردع عن القياس، والمفروض في ما نحن فيه أنه ليس كذلك، ولو كان فالأدلة الواردة لجعل القصاص لولي الدم أيضاً متعددة.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٩٤.

(٣) سورة الشورى: الآية ٤٠.

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾<sup>(١)</sup> وهذا الارتكاز العقلي والعقلاني يعدّ من القرائن المتصلة بأدلة حرمة القتل وتمنع عن انعقاد الاطلاق فيها فمثل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا﴾ لا يشمل القتل بحق سواء كان بقصاص أو بحد شرعي.

المناقشة الثانية: أنه قد ذكر أنّ المرجع - مع عدم العموم والاطلاق - هو استصحاب الجواز إن قلنا بجريانه في الشبهات الحكمية ونتيجة هذا الاستصحاب أنّ الجواز المستصحب بعد إسقاطه يكون حكماً. وإن لم نقل بجريانه في الشبهات الحكمية فالمرجع في سائر الأصول اللفظية أو العملية وقد تكون نتيجة ذلك الأصول هو السقوط بالاسقاط فيكون حقاً.

وفيه أنّ الحق جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية، وأما مع عدم جريانه فهو مبني على مسلكين:

أحدهما: ما اختاره بعض المعاصرين كالسيد الخوانساري أعلى الله مقامه من قصور المقتضي بمعنى اختصاص أخبار الاستصحاب بالشبهات الموضوعية وقصورها عن الشمول للشبهات الحكمية.

الثاني: ما اختار السيد الخوئي أعلى الله مقامه من وجود المانع وهو تعارض استصحاب المجعول باستصحاب عدم الجعل والمسلكان كلاهما مخدوشان، والبحث طويل وتحقيقه موكول إلى محله.

أما القسم الثاني ففيه أيضاً مناقشتان:

المناقشة الأولى: أنّ هذا السيد المحقق قد التزم بإطلاق من سبق إلى ما

لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به. بمعنى أنّ المسلم أحق به<sup>(١)</sup> بمعنى أنّ المسلم أحق به، سواء أسقطه أم لا، وأنكر الإطلاق في دليل الشفعة والخيار ويرد عليه أنه لا فرق بين هذا الحديث وحديث: البيعان بالخيار<sup>(٢)</sup>. فكما أنّ الأول مطلق من حيث الإسقاط وعدمه فكذلك الثاني فإنّ الطبيعة في الموردين قابلة للانقسام إلى الإسقاط وعدمه فهي مطلقة من هذا الحديث<sup>(٣)</sup>.

(١) مستدرک الوسائل

(٢) الوسائل ١٢، الباب ١ من أبواب الخيارات.

(٣) ويتوجه على شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) أولاً: أنّ حديث السابق ضعيف سنداً والمستند العمدة في حق السابق بناء العقلاء ولا إطلاق فيه.

\* ويمكن أن يجاب: إن الكلام مع فرض قبول الحديث، والسيد الخوئي وإن لم يقبل حديث السابق، لكنه قبل ما بمضمونه على ما في المستند، وإليك نص كلامه: ويؤكدّه عموم ما ورد من أن: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به» فإنها وإن كانت نبوية إلا أن مضمونها مطابق لما عرفت من السيرة العقلانية. وكذا ما ورد من أن «من استولى على شيء فهو له» فإن الرواية المشتملة على نفس هذا التعبير وإن كانت واردة في غير ما نحن فيه إلا أنّ مضمونها يستفاد من معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل أبصر طيراً فنبهه حتى وقع على شجرة فجاء رجل فأخذه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: للعين ما رأت ولليد ما أخذت. وقد رواها في الوسائل في كتاب الصيد «الوسائل ١٦: باب ٣٨ من أبواب الصيد، الحديث ١، ص ٢٩٧». عن الكليني والشيخ وفي كتاب اللقطة «الوسائل ١٧: الباب ١٥ من أبواب اللقطة، الحديث ٢» عن الصدوق ففرق بين الموضوعين في النسبة مع أنها رواية واحدة رواها المشايخ الثلاثة، ولعل هذا غفلة منه عليه السلام.

وكيف ما كان فالرواية معتبرة عندنا لأن التوفلي الواقع في السند من رجال كامل الزيارات، كما أنها واضحة الدلالة على أن اليد أي الاستيلاء على ما لم يكن ملكاً لأحد موجب للملكية. وثانياً: أنه لا إطلاق في الموردين فإن إسقاط الحق من الأمور الارتكازية العقلانية والأمر الارتكازي من القرائن الحافة بالكلام ومعه يشكل التمسك بالإطلاق في الحديثين فإن الإطلاق ينهدم بأدنى معونة ولو باحتمال قرينية الموجود.

المناقشة الثانية: أنه - بعد ما أنكر الإطلاق في دليل الشفعة والخيار - قد ذكر أنّ المرجع هو استصحاب الخيار والشفعة لوقلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية وإلا كان المرجع هي العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه.

ويرد عليه أنّ في قوله: «العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه» احتمالين: الاحتمال الأول: عموم: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

الاحتمال الثاني: عموم: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه» اما الاحتمال الأول وهو المتسك بالآية فيبنتني على مختاره من كون الاستثناء في الآية متصلاً والمستثنى منه محذوفاً أي لا تأكلوا أموال الناس بسبب من الأسباب فإنه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض. توضيح الابتناء في مفروض المسألة: أنّ ذا الخيار قد أسقط خياره أولاً ثم فسخه، والفسخ وإن كان من أسباب التملك لكنه ليس من أسباب التجارة عن تراض فلا محالة يندرج في الأسباب الباطلة إلا أنّ الشارع قد أخرج الفسخ بدليل منفصل، والمفروض أنّ دليل الخيار مجمل والمتيقن من الخروج ما لم يسبقه إسقاط، وأما إذا سبقه الإسقاط كما هو المفروض كان مشكوك الخروج فيتمسك فيه بعموم ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾.

→

\* ويمكن أن يجاب: بأنّ الإشكال على السيد الخوئي: من جهة التمسك في أحدهما وعدمه في الآخر. أي فإن تمسكنا بدليل «البيعان بالخيار» فلا بد من التمسك بإطلاق دليل خيار الشفعة، وإن لم يتمسك بدليل خيار الشفعة فلا بد من عدم التمسك بدليل البيعان بالخيار.

هكذا ينبغي أن يقرر كلامه وينبغي أن يحمل على هذا الاحتمال فإنه على الاحتمال الثاني غير قابل للتوجيه كما سنشير إليه .

ويرد عليه أولاً: أنّ المبنى مخدوش عندنا لما سيأتي إن شاء الله في مبحث المعاطاة من أنّ الاستثناء المتصل خلاف الظاهر، فإنه يحتاج إلى هذه التمحلات من تقدير وتاويل .

وثانياً: أنّ المقام يندرج في مسألة دوران الأمرين التمسك بعموم العام واستصحاب حكم المخصص، ومختار هذا السيد المحقق في تلك المسألة هو التمسك بعموم العام دون الاستصحاب، سواء كان العام مجموعياً أو استغراقياً. توضيح ذلك: أن قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ له عموم أفرادى وإطلاق أزمني والإطلاق الأزمني قد قيد بالفسخ قبل الإسقاط، وأما الفسخ بعد الإسقاط فيشك في خروجه، فالمرجع فيه عموم العام لا استصحاب حكم المخصص .

التمسك بعموم لا يحل مال امرئ فيما إذا شك في قابلية الحق للإسقاط وأما الاحتمال الثاني وهو عموم لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه ففيه أنّ التمسك بهذا العموم لمثل المقام يكون من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية، فإن ذا الخيار بعد إسقاط خياره وقبل الفسخ يشك في أنه من أمواله أم لا؟ إلا أن يقال باستصحاب بقاء الحق لكنه استصحاب في الشبهة الحكمية مخالف لمسلكه؛ ولذلك قد ذكرنا سابقاً أنّ تقريب الاستدلال على الاحتمال الثاني غير قابل للتوجيه وأنه لا مناص من حمل كلامه على الاحتمال الأول .

نعم، لا بأس بهذا الاستصحاب على مسلك التحقيق من جريان الاستصحاب في الشبهة الحكمية فنقول إنَّ حق الخيار كان متيقناً قبل الاسقاط ويشك في بقاءه بعده فيستصحب.

### التمسك بأدلة تنفيذ المعاملات في الشك في القابلية

الوجه الثاني: ما هو المعروف بينهم من التمسك بأدلة تنفيذ المعاملات كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup>. و﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٢)</sup> وقوله ﷺ: «الصلح جائز بين الناس»<sup>(٣)</sup>. والمؤمنون عند شروطهم<sup>(٤)</sup>.

بتقريب أنَّ الشك في القابلية قد يكون في القابلية العرفية، وأخرى في القابلية الشرعية. أما الشك في القابلية العرفية كالشك في أنَّ حق الولاية قابل للبيع عرفاً أم لا وقابل للصلح والشرط أم لا، فلا يمكن التمسك بهذه الاطلاقات لكشف هذه القابلية العرفية لرجوعه إلى الشك في صدق عنوان البيع والصلح والشرط، وهذا بخلاف ما إذا كان الشك في القابلية الشرعية

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) الوسائل ١٣: الباب ٣ من أبواب الصلح، الحديث ٢، صحيحة حفص بن البختري روى الكليني والشيخ عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله ﷺ.

(٤) الوسائل ١٥: الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

روى الشيخ باسناده عن علي بن الحسن بن فضال عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بزرج عن عبد صالح ﷺ ورواه الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن محمد بن اسماعيل بن بزيع عن منصور بزرج نحوه.

فإنه يرجع إلى التقييد شرعاً بعد الفراغ عن إحراز القابلية عرفاً، ولا محذور في التمسك بهذه الاطلاقات لإحراز هذه القابلية الشرعية فإن مآله إلى الشك في تخصيص الزائد والأصل العقلائي على عدم التخصيص، وبعبارة أخرى أنه بعد الفراغ عن إحراز القابلية العرفية وصدق عنوان البيع أو الصلح أو الشرط عرفاً يكفينا عمومات التنفيذ في كشف القابلية الشرعية.

### إشكال المحقق الاصفهاني والسيد الخوئي والسيد الميلاني على التمسك بأدلة المعاملات

واستشكل عليه المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه وتبعه بعض المحققين من تلامذته - كالسيدين الخوئي والميلاني أعلى الله مقامهما - بأن أدلة المعاملات إنما تكون في مقام إنفاذ الأسباب عموماً أو إطلافاً من دون نظر إلى باقي الجهات بمعنى أن كل مورد صدق عليه أنه بيع أو صلح وشك في تنفيذه فإنه يتمسك فيه بإطلاق أدلة البيع والصلح، وأما إذا شك في مورد كحق الخيار مثلاً أنه يقبل النقل الشرعي ببيع أو صلح فلا يمكن إحراز قابليته بإطلاق أدلة التنفيذ.

وإن شئت فقل إن الإطلاق في أدلة تنفيذ المعاملات حيثي بمعنى أن الشارع يكون بصدد البيان من حيث تنفيذ الأسباب وزان آية الصيد بالكلب المعلم فإنها ناظرة إلى جواز أكل الصيد من حيث التذكية لا من حيث الطهارة والنجاسة. فكما أن الإطلاق ومقدمات الحكمة في قوله تعالى ﴿كُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ﴾ حيثي وناظر إلى حلية الأكل من حيث التذكية لا من حيث

الطهارة والنجاسة، فكذلك الإطلاق ومقدمات الحكمة في أدلة المعاملات فإنها ناظرة إلى إنفاذ الأسباب ولا تثبت القابليات.

فإذا شك في حق من الحقوق أنه قابل للنقل بالصلح والبيع ونحوهما فإنه لا يمكن كشف القابلية بهذه الاطلاقات.

### تقريب الاستدلال بأدلة المعاملات بوجه آخر

ويمكن أن يستدل عليه بوجه آخر:

وهو أنّ القيود على القسمين: قيود عقلية وهي القيود التي تؤخذ في المجعولات الشرعية عقلاً، وقيود شرعية وهي القيود التي تؤخذ في المجعولات الشرعية من قبل الشارع وقابلية المحل للبيع ونحوه شرعاً كقابليته عرفاً تعد من القيود العقلية بمعنى أنّ الحاكم بهذا القيد هو العقل بيان ذلك:

أن أدلة إنفاذ البيع ونحوه بالنسبة إلى قابلية المحل للنقل إهمالها في مقام الثبوت من الملتفت محال وإطلاقها أي سواء كان المورد قابلاً للنقل أم لا أيضاً محال، فإن قابلية المحل للبيع ونحوه مأخوذة في مرتبة الموضوع وحلية البيع تقع في ناحية المحمول ويستحيل أن يتكفل الحكم لموضوعه ورافعاً لشكه، فلا محالة تختص بما إذا كان المحل قابلاً للنقل عرفاً وشرعاً، فما أفاده المحقق الاصفهاني وتبعه السيدان العلمان من إنكار إطلاق أدلة انفاذ المعاملات هو المختار.



## استدلال الشيخ بحديث الناس مسلطون

الوجه الثالث ما تمسك به الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من التمسك بالحديث النبوي الناس مسلطون على أموالهم<sup>(٢)</sup> بتقريب أنهم مسلطون على أموالهم فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال ولا معنى لتسلطهم إلا نفوذ تصرفهم.

### نقد الشيخ

وفيه أولاً: أن النبوي ضعيف بالارسال، وثانياً بما سيأتي تحقيقه في مبحث المعاطاة<sup>(٣)</sup> من أنه ليس بصدد تشريع أنحاء السلطنة كما وكيفاً ووضعاً

(١) المكاسب ٥: ٦١.

(٢) غوالي اللآلي ١: ٢٢٢ الحديث ٩٩ نقلاً مما ذكره بعض الأصحاب في بعض كتبه ونقله عن الشهيد في ص ٤٥٧ الحديث ١٩٨ وفي البحار ٢: ٢٧٢ نقلاً عن الغوالي: وقال عليه السلام: إن الناس مسلطون على أموالهم. والظاهر أن المصدر الأصلي في هذا النبوي هو الشهيد الأول في بعض مصنفاته. قال صاحب الغوالي في ج ١: ص ٣٨٠ المسلك الثالث في أحاديث رواها الشيخ العالم شمس الملة والدين محمد بن مكّي في بعض مصنفاته.

(٣) في درس يوم ١٠ و١١ و١٢/١١/١٣٧١ وذكر شيخنا الأستاذ (دام ظله) في مدلول الحديث هناك أقوالاً ستة: القول الأول: ما أفاده المحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ١: ١٠٩) من أن المرسلة بصدد بيان أنواع السلطنة كما وكيفاً ويستفاد ذلك من كلمات الجواهر (٢٢: ٢١٨). القول الثاني: ما أفاده الشيخ أعلى الله مقامه (المكاسب ٣: ٤١) من الدلالة على تشريع السلطنة كما لا كيفاً بمعنى أن عمومها إنما هو باعتبار أنواع السلطنة لا الكيفيات.

القول الثالث: ما ذكره المحقق الرشتي (بغية الطالب للاشكوري ١: ٥٦).

من أن ظاهر الحديث هو التسلط على التصرف في موضوع المال، وأما إخراج المال عن الملكية والمالية فليس تصرفاً في المال وبعبارة أخرى أن مفاد الحديث هو حفظ الملكية لا زوال الملكية.

وتكليفاً، بل مسوق لبيان سلطنة المالك مقابل حجره بمعنى أنّ الناس ليسوا بمحجورين عن التصرف في أموالهم ولا يجوز لأحد أن يزاحمهم فيه. وثالثاً: أنّ مفاده هي سلطنة الملاك على أموالهم لا على ملكياتهم حتى تثبت السلطنة على حقوقهم بالاولوية.

### نقد السيد الخوئي في التمسك بالأصل العملي

وأما الأصل العملي فمن السيد الخوئي أعلى الله مقامه أنّه إن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكيمة يحكم ببقاء الحق وعدم سقوطه بالاسقاط ببركة الاستصحاب.

وإن قلنا بعدم جريانه كما هو الحق من أنّ الاستصحاب في الشبهات الحكيمة ما زال معارض بعدم الجعل كان المرجع سائر الأصول من اللفظية

→

القول الرابع: ما أفاده المحقق الايرواني أعلى الله مقامه (حاشية المكاسب: ١: ٧٧) من أنّ مدلول الحديث ثبوت السلطنة في موضوع المال دون السلطنة على إذهاب هذا الموضوع وإزالة السلطان ولا يلزم من عدم سلطنة الشخص على إزالة سلطانه نقص في سلطانه انظر الى سلطنة الله تعالى التي هي أشدّ أنحاء السلطان تجدها شاهد صدق على ما ادعيناه. وهذا كما ترى يرجع ثباً إلى القول الثالث.

القول الخامس: ما أفاده السيد الميلاني أعلى الله مقامه (كتاب البيع: ٧١) من أنّ الرواية دلّت على تشريع أمر وضعي وهو التسلط على المال ومعنى التسلط هو المتمكن من قهر بمعنى أنّ زمامه في يد مالكة ثم إن الإطلاق يعم أنواع المسلط عليه وأنحاء كل واحد منها ومن جملة الانحاء التملك بالتعاطي.

القول السادس: ما أفاده المحقق الخراساني أعلى الله مقامه (حاشية كتاب المكاسب: ١٢) من أنّ الحديث مسوق لبيان سلطنة المالك وتسلطه مقابل حجره لالبيان تشريع أنحاء السلطنة، وتبعه في ذلك المحقق السيد الخوئي (مصباح الفقاهة: ٢: ١٠٢).

والعملية، وقد تكون نتيجة ذلك السقوط بالاسقاط .

ولكن الحق عندنا جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية الكلية من دون معارضة، وقد ذكرنا سابقاً حول كلام هذا السيد المحقق بنحو مستوفى أنّ المرجع في المقام هو الأصل العملي لا الاصل اللفظي فيستصحب الحق ويحكم ببقائه وعدم سقوطه بالاسقاط .

وكذلك فيما إذا شك في مورد -كالشفعة - أنه حق حتى يسقط بالاسقاط أو حكم فلا يسقط فإنه يستصحب عدم سقوطه وهو ملحق بالحكم أثرًا لا موضوعاً .

فيما إذا شك في قابلية الحق للنقل

وأما المقام الثاني وهو ما إذا شك في كون الحق قابلاً للنقل أم لا؟ فيقع الكلام فيه أيضاً تارة من ناحية الأصل العملي، وأخرى من ناحية الأصل اللفظي .

استدلال السيد الخوئي بأصالة عدم النقل

أما الأصل العملي فعن بعض الأعاظم<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه أنّ مقتضى الأصل عدم النقل قال: إذا شككنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أو لا؟ فإنّ الأصل عدم قبوله إياه، إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذوي الحق فقط فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل .

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٤٩؛ والظاهر أنّ الاضطراب من المقرر؛ ولذلك لا اضطراب في كلمات المقرر الآخر في التنقيح حيث فرض الاجمال والأخذ بالمتيقن قال: لا بد من الاقتصار فيها على مواردها المتيقنة وهي ثبوتها لنفس الشخص (التنقيح: ١: ٣٧) .

## نقد السيد الخوئي

وفيه أنّ كلماته هنا مضطربة فإنّ مفروض البحث هنا هو الشك فيه ومع ظهور أدلة الحق في اختصاصه بذى الحق لا يبقى مجال للشك فيه ووجه الاضطراب واضح فإنه جمع بين الأصل العملي والدليل الاجتهادي وعلل جريان الأصل العملي بظهور أدلة الحق في اختصاصه بذى الحق فنقول: إن أراد من الأصل الأصل اللفظي فهو خلف الفرض، وإن أراد منه الأصل العملي ففيه أنه استصحاب في الشبهات الحكمية<sup>(١)</sup> ولا يقول به لذهابه إلى أنّ

(١) ولا يخفى أنّ المستصحب في الشبهات الحكمية إن كان وجودياً فهو ما زال معارض بعدم الجعل كاستصحاب وجوب صلاة الجمعة في عصر الغيبة فإنه معارض بعدم جعل وجوب صلاة الجمعة في عصر الغيبة.

وأما إن كان عدمياً كاستصحاب عدم النقل فلا يقول بتعارضه فيجري استصحاب عدم النقل جعلاً ومجوعلاً.

إلا أنه يستفاد من بعض كلمات سيدنا الأستاذ السيد الخوئي أعلى الله مقامه أنه عدل عن تعارض استصحاب المجعول مع استصحاب عدم الجعل وذهب إلى حكومة استصحاب عدم الجعل على استصحاب المجعول من باب تقديم الأصل السببي على الأصل المسببي، سواء كانا متوافقين كاستصحاب عدم النقل مع استصحاب عدم جعل النقل فإنّ الشك في قابلية الحق للنقل وعدمه ناشئ من الشك في الجعل وعدمه، أو متخالفين كاستصحاب وجوب صلاة الجمعة في عصر الغيبة مع استصحاب عدم جعل الوجوب في ذلك العصر. ولكن التحقيق أنّ السببية بين الجعل والمجعول عقلية لا شرعية، فيجريان في المتوافقين ويتعارضان في المتخالفين بناءً على تمامية الاقتضاء فيها إلا أن يقال إن الجعل على القضية الحقيقية يتحد مع المجعول في مرحلة الفعلية ولذلك يقع التعارض بينهما فهذا الاعتبار تكون السببية شرعية لا عقلية.

\* ويمكن أن يجاب: بالنسبة إلى عدم التعارض في استصحاب عدم النقل، أنه معارض باستصحاب آخر، وذلك لأن الملكية أو الحقبة مسبوق بالعدم، فتحققت بسبب من الأسباب، فنشك في أنّ التحجير مثلاً أوجب الحق حتى بعد الإسقاط أم أوجبه إلى الإسقاط، فالمتيقن

الاستصحاب في الشبهات الحكمية ما زال معارض بعدم الجعل، نعم يجرى استصحاب عدم النقل على مختارنا من أنّ المقتضي له موجود والمانع مفقود. وأما الأصل اللفظي فالمعروف بينهم جواز نقل الحق تمسكاً بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> و«أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»<sup>(٢)</sup> و«الصلح جائز بين الناس»<sup>(٣)</sup>.

### إشكال المحقق الاصفهاني والسيد الخوئي والسيد الميلاني

واستشكل عليه المحقق الاصفهاني وتبعه العلمان من تلامذته كالسيد الخوئي والسيد الميلاني أعلى الله مقامهم.

والإشكال يتوقف على الإشارة إلى وجه نظرية المشهور وتوضيحه:

أنّ الشك في قابلية النقل على قسمين:

أحدهما: أن يشك في قابليته عرفاً.

الثاني: في قابليته شرعاً.

أما القسم الأول فلا ريب أنّ التمسك بأدلة المعاملات في مثله يكون من التمسك بالعام في الشبهة الصدقية فإنه بعد ما شك في قابلية النقل يشك

→

من ثبوت الحق إلى حد الإسقاط، فما نتيقن به ايجاب الحق إلى حد الإسقاط، وأما بالنسبة إلى بعده مقتضى الاستصحاب عدمه بعد الإسقاط، فنتيجته عدم بقاء الحق بعد الإسقاط فصار منتقلاً إلى الطرف، واستصحاب عدم النقل يقتضي عدم النقل.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) الوسائل ١٣: الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١. رواه الكليني عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام.

في صدق هذه العناوين (البيع، والصلح، والعقد) فهذا القسم مما لا إشكال فيه ولا كلام.

القسم الثاني: أنّ يشك في قابلية النقل شرعاً وهذا القسم هو محط الكلام والإشكال، والمعروف بينهم هو التمسك بأدلة المعاملات في إثبات هذه القابلية بتقريب أنّ الحق إذا كان قابلاً للنقل عرفاً فلامحالة يصدق عليه عناوين المعاملات كالعقد والبيع والصلح فيتمسك بإطلاق مثل ﴿أَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ﴾ فإنّ الشك فيه يكون من الشك في التخصيص الزائد والمرجع فيه عقلاء عموم العام.

#### نقد المحقق الاصفهاني لاستدلال المشهور

وأورد عليه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه بأن أدلة المعاملات إنما هي في مقام إنفاذ الأسباب شرعاً عموماً أو اطلاقاً بعد الفراغ عن القابلية للنقل والانتقال، فإنه تارة يقطع بأن العين الفلانية قابلة للملكية والنقل ويشك في أنه يعتبر فيه سبب خاص أو لا؟

فبعموم دليل الصلح أو الشرط نقول إنه يملك بالصلح والشرط، وأخرى يشك في أصل قبوله للنقل لا من حيث خصوصية سبب من الأسباب، وفي الفرض لا يجوز أن يتمسك بها لتصحيح أصل القابلية وتوضيح كلامه: أنّ أدلة إنفاذ المعاملات كقوله تعالى<sup>(٢)</sup>: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ﴾ وقوله ﷺ<sup>(٣)</sup> الصلح

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٥٠، رسالة في تحقيق الحق والحكم.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٣) الوسائل ١٣: الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١.

جائز، إطلاقها حيثي على وزن آية الصيد<sup>(١)</sup> ﴿كُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ﴾ فكما أنّ آية الصيد إطلاقها حيثي وناظر إلى حلية الأكل من حيث التذكية بالصيد لا من حيث الطهارة والنجاسة كذلك أدلة إنفاذ المعاملات فإنّ إطلاقها حيثي بمعنى أنّ الأدلة ناظرة إلى التنفيذ من حيث الأسباب بعد الفراغ عن القابلية للنقل والاسقاط.

وتبعه في ذلك السيد الخوئي أعلى الله مقامه وأفاد في وجه ذلك أنّ عمومات المعاملات ناظرة إلى بيان حكم وضعي، وهو إمضاء المعاملات العرفية فيكون المدار على الممضى والمعاملات عند العرف والعقلاء تختص بما يكون موردها قابلاً للنقل والانتقال، ومع الشك في ذلك يكون التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصدقية، وهذا البيان يمتاز عن بيان الاصفهاني، فإن فيه قد أُشير إلى وجه الانصراف بخلاف بيان الاصفهاني فإنه ساكت عن بيان وجه الانصراف.

### كلام المحقق الاصفهاني ومن تبعه لا يخلو من قوة

وما أفاده المحقق الاصفهاني وتبعه بعض الأعلام من تلامذته لا يخلو من قوة، فإن أدلة المعاملات إنما هي بصدد تنفيذ المعاملات من حيث الأسباب بعد الفراغ عن قابلية المورد للنقل والانتقال، ففي كل مورد رجوع الشك فيه إلى ناحية السبب يتمسك فيه بالعمومات، وفي كل مورد شك في قابلية المورد كما هو مفروض البحث - كالشك في أنّ حق الخيار قابل للبيع

(١) سورة المائدة: الآية ٤.

أم لا؟ - فلا يمكن إحراز قابلية المورد بتلك العمومات لكونه من التمسك بالدليل في الشبهه المصدقية<sup>(١)</sup>.

(١) ولكن الحق أن يقال: إنه بعد الفراغ عن القابلية العرفية إذا شك في القابلية شرعاً فإنه يتمسك في إحرازها بإطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» لوجهين: الوجه الأول: أَنَّ الآية وردت في مورد دفع للشبهة في عدم قابلية العوضين وهي شبهة لزوم الربا في العوضين.

\* ويمكن أن يجاب: لا شك أن معنى البيع لا يختلف شرعاً وعرفاً، بل البيع في الأدلة الشرعية بمعنى التبدل الخاص في ما يمكن نقله وانتقاله، فإذا استعمل العرف البيع فيراد منه التبدل في ما هو قابل للنقل والانتقال عرفاً، وإذا استعمله الشرع فلا معنى لاستعماله في ما لا يمكن نقله وانتقاله شرعاً، بل يستعمل في التبدل في القابل عند الشرع، فإذا شك في القابلية الشرعية يكون التمسك بـ «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» من التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية للدليل.

الوجه الثاني: حديث عمر بن يزيد الوارد في الاستدلال بالآية قال: قلت لأبي عبد الله: جعلت فداك إن الناس يزعمون أَنَّ الربح على المضطر حرام وهو من الربا؟ قال: وهل رأيت أحداً يشتري غنياً أو فقيراً إلا من ضرورة، يا عمر قد أحل الله البيع وحرّم الربا فابرح ولا تربه، قلت: وما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثلين.

فإن الامام عليه السلام استدلل بالآية لدفع شبهة عدم قابلية العوضين وهي شبهة لزوم الربا، فيتمسك بالاطلاق لرفع الشك بالنسبة إلى ساير الموارد.

\* ويمكن أن يجاب: ليس التمسك بالآية في الحديث الشريف في مورد الشك في القابلية للنقل والانتقال، بل من جهة ما ليس دخيلاً في معنى البيع، فإن عدم زيادة أحد العوضين على الآخر في الأجناس الربوية ليس دخيلاً في معنى البيع لا عرفاً ولا شرعاً، على مسلك التحقيق من وضع ألفاظ المعاملات للأعم، ويشهد به استعمال لفظ البيع في الأجناس الربوية شرعاً، نحو: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ قَالَ: لَا بَيْعَ مَخْثُومَانَ مِنْ شَعِيرٍ بِمَخْثُومٍ مِنْ حِنْطَةٍ وَلَا بَيْعَ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَالتَّمْرُ مِثْلُ ذَلِكَ قَالَ: وَسَيْلٌ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْحِنْطَةَ فَلَا يَجِدُ عِنْدَ صَاحِبِهَا إِلَّا شَعِيرًا يُضَلِّعُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ؟ قَالَ: لَا إِنَّمَا أَضْلُهُمَا وَاحِدٌ وَكَانَ عَلِيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ يُعَدُّ الشَّعِيرَ بِالْحِنْطَةِ. ونحو: وَعَنْهُ عَنِ النَّضْرِ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حُمَيْدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ



### إشكال ثبوتي على استدلال المشهور

ويمكن أن يستدل عليه بوجه آخر يسمى بالمحذور الثبوتي وهو أن القيود المأخوذة في الدليل على قسمين: قيود عقلية وهي القيود التي أخذت بالطريق العقلي، وقيود غير عقلية وأدلة المعاملات كدليل: الصلح جائز، ﴿أَحَلَّ اللَّهُ التَّبَيْعَ﴾ مقيد عقلاً. بما إذا كان المورد قابلاً للبيع والصلح بقابلية شرعية، فإن الإهمال محال والإطلاق أي سواء كان المورد قابلاً للنقل الشرعي أم لا أيضاً محال فبالضرورة يقتد نفوذ الصلح وحلية البيع بالمورد القابل.

وإن شئت فقل إن نفوذ الصلح وحلية البيع محمول القضية ويستحيل أن يتكفل المحمول لما وقع في رتبة الموضوع، فإن إطلاق الحكم متأخر عن الحكم المتأخر عن موضوعه، والمتأخر عن الموضوع بمرتبتين كيف يمكن أن يرفع الشك عن ناحية الموضوع؟ فالشك في قابلية الموضوع يكون دائماً من الشبهة المصدقية.

فتحصل أن المرجع في موارد الشك في قابلية النقل هو الأصل العملي وهو استصحاب عدم النقل لا الأصل اللفظي، فإن في التمسك بالأصل اللفظي محذورين كمحذور حكم ما إذا شك في قابلية الحق للانتقال الثبوتي والاثباتي<sup>(١)</sup>.

→

المؤمنين ﷺ: لَا تَبِعِ الْجَنْظَةَ بِالشَّعِيرِ إِلَّا يَدَا بَيْدٍ وَلَا تَبِعِ قَفِيرًا مِنْ جَنْظَةٍ بِقَفِيرَيْنِ مِنْ شَعِيرٍ. الخديث (كتاب التجارة أبواب الربا ٨) وكذلك استعمل لفظ البيع في بيع الخنزير ونحوه مع أنه لا يصح بيعهما.

(١) لكن ما أفاده شيخنا الأستاذ (دام ظله) الوارف من الوجهين: الثبوتي والاثباتي كلاهما مخدوشان: أما الوجه الاثباتي فيما تقدم منا في التعليقة المتقدمة، وأما الوجه الثبوتي ففيه أولاً

وأما المقام الثالث وهو ما إذا شك في كون الحق قابلاً للانتقال أم لا؟

### استدلال السيد الخوئي على قابلية الحق للانتقال

فعن السيد الخوئي أعلى الله مقامه: أنه إذا شك في حق أنه يقبل الانتقال إلى

→

بالنقض بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فإن مفاده اللزوم وبالنسبة إلى صحة العقد شرعاً فهو من صغريات قابلية المورد ففي كل مورد شك في صحة العقد شرعاً فإنه لا يمكن أن يصحح بأية الوفاء فان لزوم العقد متأخر عن العقد وعن صحته، وما هو المتأخر ترتيباً كيف يمكن أن يتكفل بالنسبة إلى ما هو المأخوذ في المتقدم؟ وثانياً بالحل وهو أن آية الوفاء تدل بالالتزام على صحة العقد على نحو الكاشفية إلا ان الكاشف متأخر والمنكشف متقدم، فإن الكاشف عن الصحة وهو اللزوم متأخر والمنكشف وهو الصحة متقدم، فكما يقال بذلك في آية الوفاء كذلك يقال في المقام، فيقال إن الأهمال من الحكيم الملتفت محال، ولكن الإطلاق ليس بمحال، بل واجب فانه بعد الفراغ عن قابلية الصلح والبيع عقلاً و عرفاً إذا شك في القابلية شرعاً فإنه يتمسك بإطلاق الدليل لرفع ذلك الشك إلا أن الكاشف متأخر والمنكشف سابق ولا محذور فيه ثبوتاً ولو كان فيه محذور فهو إثباتي، وقد ذكرنا في التعليقة السابقة أن إطلاق الآية محكم في الكشف عن القابلية وذلك بقرينتين الداخلية والخارجية.

\* ويمكن أن يجاب: أما الخدشة في الوجه الإثباتي، فتقدم الجواب عنه.

وأما الخدشة في الوجه الثبوتي فالصحة والفساد من الأمور المترتبة على البيع والعقد، فيمكن التمسك بإطلاق الدليل لصحة عقد كذا، لتحقق الموضوع وهو العقد والبيع، بخلاف قابلية النقل والانتقال، فإنه دخيل في حقيقة البيع والعقد، فالموضوع مع الشك في القابلية غير متحقق، فالنقض غير وارد. وكذلك الحل، فإن الصحة واللزوم من الأحكام والآثار المترتبة على البيع، بخلاف قابلية النقل والانتقال كما تقدم. وقد تقدم أن معنى البيع لا يختلف شرعاً و عرفاً، بل البيع في الأدلة الشرعية بمعنى التبديل الخاص في ما يمكن نقله وانتقاله، فإذا استعمل العرف البيع فيراد منه التبديل في ما هو قابل للنقل والانتقال عرفاً، وإذا استعمله الشرع فلا معنى لاستعماله في ما لا يمكن نقله وانتقاله شرعاً، بل يستعمل في التبديل في القابل للنقل عند الشرع.

الوارث أو لا كحق الحضانة والولاية وأمثالهما، فإن كان هناك دليل على قبوله النقل فإنه يحكم بقبوله الانتقال أيضاً إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه وإلا فإنه يحكم بعدم انتقاله.

### النقد على السيد الخوئي

ويرد عليه بمنع الملازمة بين جواز النقل وجواز الانتقال فإن ما هو اللازم في باب الانتقال أن يندرج الحق تحت عموم ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه، ويثبت به عنوان ما ترك بالوجدان أو بالتعبد وجواز النقل وإن كان يثبت به أن هذا الحق ليس مختصاً بذوي الحق؛ ولكنه لا يثبت به كونه مما تركه الميت فإنه من قبيل إثبات الأعم بالخاص كما في حق القسم بين الزوجات فإنه يقبل النقل ولا يقبل الارث.

### إشكالان في بحث الحقوق

بقي في بحث الحقوق إشكالان ذكرهما الشيخ أعلى الله مقامه:

الأول: إشكال عام أورده صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه.

الثاني: إشكال خاص متوجه على بعض الحقوق أورده الشيخ أعلى الله مقامه ومنشأ الإشكاليين هو تعريف البيع بتملك الغير.

### إيراد صاحب الجواهر بالإشكال العام

أما الإشكال العام فهو أن تعريف البيع بتملك الغير منقوض ببيع الدين

على من هو عليه فإن به يلزم أن يكون المديون مالكا لذمة نفسه أي اجتماع المالك والمملوك عليه وهو أمر غير معقول.

### نقد الشيخ للجواهر

أجاب الشيخ<sup>(١)</sup> عن هذا الإشكال: بأنه لا مانع من كونه تملكاً فيملك لما في ذمته فيسقط.

### تقوية السيد الخوئي لكلام الشيخ

وهذا البيان قواه السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه وقال: إن ما ذكره المصنف من أن جواز ملك الانسان لما في ذمته معقول عقلاً وجائز شرعاً موافق للتحقيق لأن مالكية الانسان لنفسه وفعله وذمته مالكية بالاضافة التكوينية الذاتية الاولى، وما لا يُعقل في الذمة إنما هي الملكية الاعتبارية، فإن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي، وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً وتحصيلاً للحاصل، فإن مالكية الانسان لذمته أمر تكويني حقيقي، ومع ذلك الوصف لا يحتاج إلى ثبوت اعتباري وهذا واضح لا ريب فيه.

هذا غاية ما أفاده السيد الخوئي في إصلاح كلام الشيخ أعلى الله مقامهما.

### نقد السيد الخوئي

ويتوجه عليه أولاً أن محط كلام الشيخ هي الملكية الاعتبارية لا الذاتية

(١) المكاسب ٣: ٩ قال: لا مانع من كونه تملكاً فيسقط.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٣٩.

فإن مفروض البحث في كلامه: هو أنّ ذمة زيد مشغولة لعمره وبمئة من من الحنطة مثلاً والدائن يجعله مبيعاً أو ثمناً في البيع فهو يملكه بتملكه اعتباري كما هو مقتضى البيع الانشائي، وأما الملكية الذاتية فأمرها دائريين الوجود والعدم وبين ما هو حاصل وما هو غير حاصل.

وثانياً: أنّ كلام الشيخ أعلى الله مقامه أب عن الحمل على الملكية الذاتية حيث إنه فرض سقوط الملكية بقوله: ولا مانع من كونه تملكاً فيسقط، والمتصور فيه السقوط هي الملكية الاعتبارية لا الذاتية. وإصلاح السيد الخوئي وقع في غير محله أولاً وغير صحيح ثانياً.

### إشكال اللغوية

ويبقى في البين إشكال اللغوية وهو أنّ اعتبار الملكية في مورد الملكية الذاتية لغو محض وتحصيل للحاصل. وقد يقال: في حل الإشكال أنّ الملكية الاعتبارية هنا أثرها السقوط، فلا تكون لغواً.

فإنه يقال: إنّ هذا النحو من التصحيح له محذور عقلي إذ يلزم أن يكون ثبوت الشيء علة لسقوطه ولا يعقل أن يكون الشيء علة لعدمه.

### طريقان في حل إشكال اللغوية

وقد ذكر في حل هذا الإشكال العقلي طريقان: الطريق الأول: ما أفاده المحقق النائيني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ الدين بالنسبة إلى الذمة اهماله محال فلا يخلو

(١) منية الطالب ١: ٤٣.

من أن يكون مقيداً بها أو مطلقاً والتقييد بالذمة أيضاً محال لأن المقيد بالذمة لا يقبل النقل ولا يعقل أن يوجد في الخارج فلا محالة يكون مطلق أي الكلي القابل للإنطباق على المصاديق فحينما 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.

### نقد المحقق النائيني

وفيه أن ما في الذمة وإن لم يكن مقيداً بالذمة إذ المقيد بالذمة غير قابل لللداء، بل هو مطلق لكنه ليس بمطلق من جميع الجهات والا لما صدق عليه بيع الدين فاللزم ان يكون المبيع في بيع الدين هو الكلي الذي كان مورداً للتعهد به فيعود محذور التقيد بالذمة.

### حل الإشكال اللغوية بطريق المحقق الايرواني

الطريق الثاني: ما أفاده المحقق الايرواني من أن حقيقة البيع هي التبديل في الاضافة ويختلف باختلاف الموارد، فقد يكون بالإضافة الملكية الاعتبارية كما في بيع العين الموجودة فإن العين لم تكن مملوكة للمشتري فصارت مملوكة، وأخرى بالاضافة الحرية كما في بيع من ينعتق عليه كبيع العمودين وثالثة، بالاضافة الاطلاقية أي إطلاق الذمة كما في بيع الدين على من هو عليه، فالمديون في بيع الدين يطلق ذمته لا أن يصير مالكاً للذمة فيسقط.

### نقد المحقق الايرواني

وهذا الطريق أيضاً غير وافي بحل الإشكال، فإنه إن أراد من الاختلاف باختلاف الموارد أن البيع يختلف مفهوماً باختلاف الموارد ففيه أن البيع في جميع موارد له مفهوم واحد وحقيقة واحدة وهو تملك العين بالعرض، سواء تعلق بالعين الخارجية أو بالكلي في المعين أو بالذمة أو بمن ينعقد عليه. وإن أراد أن البيع وإن كان تملكاً في جميع موارد لكن في كل مورد له أثر خاص، فقد يكون الأثر جواز التصرف، وأخرى براءة الذمة، كما في بيع الدين على من هو عليه، وثالثة الطلقة كما في بيع العمودين على من ينعقد عليه، فالبيع في الجميع حقيقة واحدة تختلف آثاره باختلاف الموارد ففيه أن به يعود الإشكال ولا ينحل به.

### إشكالان عقليان في بيع الدين على من هو عليه

إلى هنا ظهران الإشكال العقلي اشكالان:

الإشكال الأول: أن الملكية إن لم تكن قابلة للبقاء فلا تكون قابلة للحدوث وإن كانت قابلة للحدوث فهي قابلة للبقاء فالمحذور العقلي إنما هو في أصل الملكية بأنها كيف تحدث أنا ما وتسقط؟  
وبعبارة أخرى: أن الملكية بالآن العقلي ليست عقلانية، وبالآن الزماني إن صح حدوثاً فيصح بقاء من غير تفكيك بينهما.  
والإشكال الثاني لزوم اللغوية فإن اعتبار الملكية بلحاظ سقوطها محال فإن الشيء لا يكون علة لعدمه<sup>(١)</sup>.

(١) وفيه أولاً: أن الكبرى - وهي أن الشيء لا يكون علة لعدمه تامة، وإنما الإشكال في التطبيق

## التحقيق في المقام

فتحصل أنّ الإشكال العقلي غير قابل للدفع، فالحق أن يقال: إنّ بيع الدين على من هو عليه بيع صورة ولكنه لباً إبراء<sup>(١)</sup> فلا تملك حتى يلزم

→

على المقام، فإن البيع ليس علة للسقوط بل هو علة للتمليك، وعلة السقوط أمر آخر وهو بناء العقلاء، فإنهم بعد تحقق التمليك يعتبرونه إبراء ولم يردعه الشارع.

وثانياً: منقوض بما سيأتي من الأستاذ (دام ظله) في درس يوم ١٣٧١/٩/١٠ عند النقوض على تعريف البيع بأنه قابل للحل عقلاً لكنه غير قابل عقلاء، والأمر العقلاني قابل للتعبد وادعى عليه الاجماع عن ابن ادريس والعلامة أعلى الله مقامهما.

\* ويمكن أن يجاب: بأنّ السقوط في ما نحن فيه قهري؛ ولذا لولم يكن اعتبار من العقلاء للإبراء لا يرون العقلاء المديون مديوناً بعد هذا البيع. ثم النقض غير وارد لأن موردنا غير قابل للحل عقلاً.

(١) وفيه أنّ الإبراء أمر قصدي ولم يقصد، وما قصد هو البيع لا الإبراء، والمحذور العقلي لو كان فإنه يمنع من البيع، لأنّ يبدل الحقيقة بحقيقة أخرى، فإن العقود والمعاملات تابعة للقصد.

\* ويمكن أن يجاب: بأننا نسلم أنّ الإبراء أمر قصدي، لكن هناك موارد حكم على وفق اللب ولولم يقصد، كما في مبحث تبعض الصفقة، فإن الإنشاء واحد وقع على المجموع صورة، ولكن بحسب اللب ينحل؛ ولذا قال السيد الخوئي: «فإن الالتزام بالتقسيط انما يصح إذا أمكن الالتزام بالانحلال ويقال بكون البيع الواحد منحلّاً إلى بيوع عديدة، كبيع ما لا يملك مع ما يملك كالشاة مع الخنزير، وكبيع مال نفسه مع مال غيره، فإن في أمثال ذلك يلتزم بصحة البيع فيما يملك أو في المملوك وبيطلاته في ما لا يملك وغير المملوك غاية الأمر ثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة في المالية. والآ فلا يلزم محذور أصلاً والوجه فيه هو أنّ البيع وإن كان واحداً، ولكنه بحسب الحقيقة بيوع متعددة حسب تعدد المبيع، وهذا واضح». مصباح الفقاهة ٦: ٢٩٩. وكتحقق الرجوع بالوطني وإن لم يقصده، ففيما نحن فيه بنى العقلاء على الإبراء في بيع الدين على من عليه، وأمضاه الشارع بعدم الردع، ويمكن أن يقال إنه قصد الإبراء وأبرزه بالبيع، وإبراز الإبراء بالبيع في بيع الدين على من هو عليه ممكن.



المحذوز إلا أن الإبراء على قسمين: إبراء بلا عوض وإبراء مع العوض والمقام من القسم الثاني.

### الإشكال الخاص من الشيخ على بعض الحقوق

أما الإشكال الخاص المتوجه على بعض الحقوق كبيع الخيار والشفعة فقد أفاد الشيخ أعلى الله مقامه في هذا المقام بأن بيع حق الخيار وحق الشفعة يوجب محذوراً عقلياً، لا من ناحية أن البيع تمليك يحتاج إلى المملوك عليه ليلزم اتحاد المالك والمملوك عليه، فإن الملكية لا تكون متقومة بالمملوك عليه، بل من ناحية أن الحق سلطنة فعلية تحتاج إلى المسلط عليه فيلزم اتحاد المسلط وانسلط عليه.

وفي كلامه دعويان:

الدعوى الأولى: أن التمليك لا يحتاج إلى المملوك عليه.

الدعوى الثانية: أن في بيع الخيار وحق الشفعة يلزم اتحاد المسلط والمسلط عليه.

### نقد عمدة المحشين للشيخ

أما الدعوى الأولى فنناقش فيها عمدة المحشين أعلى الله مقامهم بأن ما ذكره الشيخ أعلى الله مقامه يتم في بيع الأعيان، فإن بيع العين الخارجية لا تتوقف على المملوك عليه، بخلاف بيع ما في الذمة فإنه متقوم بالمملوك عليه فيلزم اتحاد المالك والمملوك عليه.

فما هو محل النزاع يلزم فيه المحذور، وما لا يلزم فيه المحذور خارج عن النزاع.

ولكن هذه المناقشة لا تتوجه على الشيخ أعلى الله مقامه، فإنه إن أراد أن الملكية - أيما تحققت - لا تحتاج إلى المملوك عليه فيتم عليه النقص ببيع ما في الذمة، فإن التمليك قد يحتاج إلى المملوك عليه كما في بيع الذمة على من هو عليه.

لكن مراد الشيخ أعلى الله مقامه أمر آخر وهو بيان المغايرة بين الطبيعتين أي طبيعة الملك مع طبيعة الحق، فإن طبيعة الملك بما هي لا تحتاج إلى المملوك عليه، وما يحتاج إليه كما في بيع الذمة فهو احتياج عارضي لا بلحاظ الطبيعة. وهذا بخلاف طبيعة الحق فإنها سلطنة، والسلطنة ما زالت متقومة بالمسلط عليه، والسرفي ذلك أن السلطنة بمفهومها تحتاج إلى كلمة (على) كما يقال: (الناس مسلطون على أموالهم)، بخلاف مفهوم الملكية فإنه لا يحتاج إلى هذه الكلمة<sup>(١)</sup>.

### إشكالات على الشيخ

وأما الدعوى الثانية وهي لزوم اتحاد المسلط والمسلط عليه في بيع الخيار وحق الشفعة فقد استشكل عليها بإشكالات.

(١) وفيه أن الآثار تترتب على الطبيعة الموجودة لا على الطبيعة بما هي فيعود المحذور. \* ويمكن أن يجاب: ليس الكلام في الآثار الوجودية لتتوقف على الوجود الخارجي، بل الكلام في المفهوم، وأن مفهوم الملك لا يتوقف على المملوك عليه، ومفهوم الحق يتوقف على المسلط عليه.

## إشكال المحققين من المحشين

الإشكال الأول ما عن المحققين من المحشين كالسيد<sup>(١)</sup> والآخوند<sup>(٢)</sup> وغيرهما أعلى الله مقامهم<sup>(٣)</sup> من أنه أخص من المدعى، فإنه يلزم المحذور فيما إذا بيع الحق بمن عليه الحق دون غيره. وفيه أنه متين إذا كان نظر الشيخ أعلى الله مقامه إلى الاعم، وأما إذا كان نظره إلى خصوص من عليه الحق كما هو المحتمل فلا يرد عليه الإشكال.

## بيان شيخنا الأستاذ بمناسبة الفاطمية

ثم إن شيخنا الأستاذ (دام ظله) الوارف - بمناسبة الفاطمية (١٦/٨/١٣٧١ = ١١ جمادى الأولى ١٤١٣) - نقل حديثين في عظمة فاطمة عليها السلام:  
ونحن نذكرهما تيمناً وتبركاً ليكون ذخراً إلى يوم الحساب.

الحديث الأول: نقله جلال الدين السيوطي في تفسيره الروائي - المسمى بالدر المنثور في التفسير بالماثور - عن الطبراني بحذف السند عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: لما أُسري بي إلى السماء أدخلت الجنة فوَقعت

(١) حاشية اليزدي ١: ص ٢٨٨ قال: أما أولاً فلانه لا يجرى فيما إذا نقله الى غير من عليه الحق.  
(٢) حاشية كتاب المكاسب: ص ٤ قال: مع ان ذلك انما يلزم في بيع الحق ممن كان عليه لا من غيره.

(٣) كالمحقق الايرواني (حاشية المكاسب: ص ٧٢ قال: ثم ان في المقام خبطاً واضحاً فان محل الكلام في الحقوق هو جواز جعله عوضاً ولو بنقله الى اجنبي لا خصوص نقله الى من عليه الحق وكالسيد الخوئي (مصباح الفقاهة ٢: ٤١) قال: ان هذا انما يتم فيما اذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار وأما اذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور واذا فالدليل اخص من المدعى.

على شجرة من أشجار الجنة لم أَر في الجنة أحسن منها ولا أبيض ورقاً ولا أطيب ثمرة، فتناولت ثمرة من ثمرتها فأكلتها فصارت نطفة في صلبى، فلما هبطت إلى الأرض واقعت خديجة فحملت بفاطمة عليها السلام، فإذا أنا اشتقت إلى ريح الجنة شممت ريح فاطمة.

ونقل حديثاً آخر عن الحاكم وأنه ضعفه عن سعد بن أبي وقاص عن النبي صلى الله عليه وآله: أتاني جبرئيل بسفرجلة فأكلتها ليلة أُسرى بي فعلقت خديجة بفاطمة، فكنت إذا اشتقت إلى رائحة الجنة شممت رقبة فاطمة.

وقد اعتمد السيوطي على الحديث الأول<sup>(١)</sup>.

وكان للنبي صلى الله عليه وآله معارج عديدة عند العامة والخاصة.

وعن ابن عباس يقول<sup>(٢)</sup>: المعراج معراجان: معراج العجائب ومعراج الكرامات.

والحديثان ناظران إلى معراج العجائب.

وإذا كان البدن من أحسن الابدان وأطيب الأثمار فكيف بالروح المتعلق به، وأشار إلى هذا البيان الشيخ الرئيس بو علي سينا في نمط الاشارات<sup>(٣)</sup> حول ارتباط النفس والبدن وأن بينهما كمال الارتباط، ومنه يستظهر مقام العارفين. الحديث الثاني - الذي اتفقت كلمات المحدثين والنقادين على صحته -

(١) الدر المنثور ٤: ١٥٣ ذيل آية ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى﴾.

(٢) مناقب آل أبي طالب ١: ١٥٣.

(٣) (المسألة الثالثة) في وحدة النفس وكيفية تأثر البدن فيها، وفيها فصل واحد. شرح الفخر

الرازي على الاشارات. شرح الاشارات ١: ١٢٨.

ما رواه البخاري<sup>(١)</sup> ومسلم<sup>(٢)</sup> وغيرهما<sup>(٣)</sup> عن عائشة، قالت: انا كنا ازواج النبي ﷺ عنده جميعاً لم تغادر منا واحدة فأقبلت فاطمة عليها السلام تمشي ما تخطى مشيتها من مشيته رسول الله، فلما رآها رحب بها، وقال: مرحباً بابنتي ثم أجلسها عن يمينه أو عن شماله ثم سارها فبكت بكاء شديداً، فلما رأى حزنها سارها الثانية فإذا هي تضحك، فلما توفي قلت لها: عزمت عليك لما أخبرتيني، قالت: أما الآن فنعم، فأخبرتني، قالت: أما حين سارتني في الأمر الأول فإنه أخبرني أنّ جبرئيل كان يعارضه بالقرآن كلّ سنة مرة وأنه قد عارضني به العام مرتين، ولا أرى الأجل إلا قد اقترب فاتقي الله واصبري فإنني نعم السلف أنا لك، قالت: فبكيت بكائي الذي رأيت، فلما رأى جزعي سارتني الثانية، قال: يا فاطمة ألا ترضين أن تكوني سيدة نساء المؤمنين أو سيدة نساء هذه الأمة.

تم نقل الحديثين في فضل فاطمة صلوات الله عليها.

عود إلى البحث.

### إشكال المحقق الخراساني وغيره من الاعاظم

الإشكال الثاني ما أفاده المحقق الخراساني<sup>(٤)</sup> وغيره<sup>(٥)</sup> من الأعاظم أعلى الله مقامهم من أنه إذا لزم في الحق اتحاد المسلط والمسلط عليه للزم ذلك في

(١) صحيح البخاري، كتاب الاستئذان باب من ناجى بين يدي الناس.

(٢) صحيح مسلم، كتاب الفضائل باب فضائل فاطمة عليها السلام.

(٣) ابن ماجه، باب ما جاء في ذكر مرض رسول الله ﷺ، وخصائص النسائي: ٣٤.

(٤) حاشية كتاب المكاسب: ٤.

(٥) كالمحقق الايرواني ٧٣: ١، والسيد الخوئي ٤٢: ٢.

الملك أيضاً؛ لأنّ السلطنة من آثار الملك وإن لم تكن مرادفة له مفهوماً، وكذلك يقال في الحق فإنّ السلطنة من آثاره لا مفهومه فيلزم في بيع الدين أحد المحذورين: إما محذور تسلّط الشخص على نفسه، وإما التفكيك بين الملك وأثره.

وأجابه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه بأنه ليس في باب الملك اعتباران: اعتبار الملكية واعتبار السلطنة كي يلزم منه أحد المحذورين، بل ليس فيه إلا اعتبار الملكية وجواز التصرف تكليفاً ووضعاً، ويعبر عن هذا الجواز بالسلطنة العنوانية، وفرق بين عنوان السلطنة واعتبار السلطنة. والسلطنة في الحق سلطنة اعتبارية وهي من الأحكام الوضعية، وهذا بخلاف السلطنة في مورد الملك فإنها سلطنة عنوانية لا اعتبارية.

ويتوجه عليه أنّ ما ذكره مخالف لظاهر النبوي: «الناس مسلطون على أموالهم»<sup>(٢)</sup> فإنّ مفاد الحديث اعتبار السلطنة لا اعتبار التصرف تكليفاً كالاكل والشرب، ووضعاً كنفوذ المعاملة.

وإن شئت فقل إنّ كلام المحقق الخراساني ناظر إلى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم والسلطنة في هذه القاعدة سلطنة اعتبارية لا عنوانية.<sup>(٣)</sup>

(١) حاشية الاصفهاني ٥٥: ١، تعليقة ١٠.

(٢) نقله العلامة المجلسي في البحار (٢: ٢٧٢) عن غوالي اللآلي، وفي الغوالي (١: ٢٢٢) الحديث ٩٩، ونقله العلامة في منهج الحق: ٥١٤، قبل الغوالي بمئتين سنة تقريباً بقوله: لأنّ النبي ﷺ قال: الناس مسلطون على أموالهم.

(٣) وفيه أنّ المجمعول في حديث السلطنة عند المحقق الخراساني هو عدم الحجر عن التصرف وضعاً وتكليفاً لا السلطنة الكمية كما عليه الشيخ، ولا الأعم من الكمية والكيفية

## إشكال المحقق الاصفهاني وجمع من الأعظم

الإشكال الثالث ما أفاده المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> وتبعه جمع<sup>(٢)</sup> من الأعظم أعلى الله مقامهم من أنّ المحال قسم خاص من اتحاد المسلط والمسلط عليه لا مطلقاً، فإنّ عنوان المسلط والمسلط عليه وإن كانا من المتضايقين؛ لكن الذي من انحاء التقابل قسم من التضاييف لا التضاييف بجميع أقسامه.

→

كما عليه المحقق الاصفهاني فلا محالة تكون السلطنة عنده أمراً عنوانياً لا اعتبارياً. \* ويمكن أن يجاب: الظاهر من مطاوي كلمات المحقق الخراساني أن المجمعول بحديث السلطنة هي السلطنة الاعتبارية لا العنوانية، وتعبيره بعدم الحجر من باب التعبير باللازم، وإليك بعض كلماته:

١- ص ٦٧: لا يخفى أنه ليس من أنحاء السلطنة على المال، السلطنة على إسقاط العقد الواقع عليه من الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة به، فإنه السلطنة على الحكم، لا على المال، مع أنه لو كان منها، لا دلالة لمثل «الناس مسلطون» إلا على أنّ المالك ليس مجبوراً عن التصرفات النافذة شرعاً، ويكون مسلطاً. وبعبارة أخرى، إنما يكون بصدد بيان أنه السلطان على التصرفات النافذة، لا لبيان أنّ له أنحاء السلطنة، كي يمكن التمسك به على تشريع نحو سلطنة شكّ في أنه يكون شرعاً أو لا، كما لا يخفى.

٢- ص: ١٤٨: بدهاة أنه لا دلالة على عدم ثبوت الخيار في العقد وعدم انفساخه وانحلاله بالفسخ، فإنه إنما دلّ على السلطنة على الأموال، لا على الأحكام، (فإنه لا معنى لعدم الحجر على الأحكام).

٣- ص: ١٥: قد عرفت أنه لا دلالة على مشروعية معاملة أصلاً، وأنه لا دلالة الآ على إثبات السلطنة للمالك، مقابل الحجر، كما في بعض أفرادها، بأحد أسبابه، وفي غيره، الأسباب ولاية، أو وكالة، لإثبات أنحاء السلطنة، كي يجدي فيما إذا شكّ في شرعية أصل معاملة، أو فيما اعتبر في صحتها... (جعل السلطنة قبالة الحجر)

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٥٥ تعليقة ١٠.

(٢) كالسيد الخوئي مصباح الفقاهة ٢: ص ٤٠.

توضيح ذلك: أنّ المتضايفين على قسمين:

أحدهما: أن يكون بينهما تغاير في الوجود كالعلية والمعلولية والتقدم والتأخر فإنهما من المتضايفين مختلف الطرفين ويعدان من أقسام التقابل ويستحيل اجتماعهما في شيء واحد.

القسم الثاني: أنّ يكونا من المتضايفين متحد الطرفين كالعالمية والمعلومية والمحبية والمحبوبة والقاهرة والمقهورية، ويجوز اجتماعهما في شيء واحد، فإنّ كلّ إنسانٍ عالم بنفسه فهو عالم ومعلوم ويحب نفسه فهو محب ومحبوب وقاهر على نفسه فهو قاهر ومقهور فهذا القسم لا يعد من أقسام التقابل وعنوان المسلط والمسلط عليه من هذا القسم، فإنه يجوز أن يكون شخص واحد بالنسبة إلى نفسه مسلطاً ومسلطاً عليه.

تقريب بلغة الطالب لاستحالة المسلط والمسلط عليه

وقد يقال<sup>(١)</sup> إنّ السلطنة إضافة قد لوحظ فيها العلو والاستعلاء فاعتبر فيها الفوقية أي فوقية المسلط على المسلط عليه، فمن له السلطنة له التفوق على من عليه السلطنة إما من جميع الجهات أو بعض الجهات، وأما المسلط عليه فهو في مرتبة دانية بالنسبة إليه فلا يعقل أن يكون شيء فوق نفسه وتحت نفسه.

نقد بلغة الطالب

وفيه أولاً: بالنقض بقاعدة تسلط الناس على أنفسهم فإنها قاعدة عقلانية

(١) بلغة الطالب للسيد الكلبيكاني أعلى الله مقامه ١: ٢٩.



ارتكازية والأمر المحال كيف يعقل أن يوجد ويصير من الأمور العقلانية الارتكازية.

وثانياً: بالحل وهو أن الفوقية والتحتية لم تعتبر في مفهوم السلطنة ولا تكونان من لوازمها الدائمة، فإن السلطنة قد تكون توأمة مع الفوقية والتحتية، وبتعبير آخر أن النسبة بينهما عموم من وجه قد يجتمعان وقد يفترقان.

وثالثاً: سلمنا كونهما من لوازم السلطنة؛ ولكنه لا يمكن الالتزام به في سلطنة الشخص على نفسه التي هي محل البحث في المقام فإنه يمكن أن تكون مرتبة من النفس لها السلطنة على مرتبة من النفس بأن يكون الشخص مسلطاً بحسب الإرادة ومسلطاً عليه بحسب انفعاله عن الإرادة في حركاته وسكناته.

ورابعاً: أن التقابل إنما يجري في السلطنة الحقيقية لا السلطنة الاعتبارية، فإن الاعتبار سهل المؤونة، فيمكن أن يعتبر لمن عليه الخيار كونه مسلطاً ومسلطاً عليه؛ ولذلك يقال: إن اجتماع الوجوب والحرمة في عالم الاعتبار مما لا محذور فيه، وإنما المحذور فيه من ناحية المبدأ والمنتهى أي من ناحية الملاك والامثال والسرفي ذلك أن التقابل وعدم إمكان الاجتماع بين المتضادين والمتناقضين والمتضايقين إنما هو في عالم التحقق والوجود لا في وعاء الاعتبار.

وغاية ما يمكن أن يقال إن اعتبار الاتحاد بين المسلط والمسلط عليه وإن كان سهل المؤونة لكنه محال على الحكيم للزوم اللغوية، فإنّ اعتباره من دون ترتب أثر عليه لغوياً يصدر عن الحكيم.

أجاب الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه عن محذور اللغوية في باب الملكية بقوله: لا مانع من كونه تملكاً فيسقط وبقوله: والحاصل أنه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمته فيؤثر تملكه السقوط.

أراد الشيخ أعلى الله مقامه أن يدفع بهذه العبارة محذور اللغوية ببيان أن اعتبار الملكية أنا ما لا يكون لغواً؛ لأنَّ له الأثر وهو سقوط الملكية عن الذمة ويجب أن يعين هذه المقالة في ناحية السلطنة، فيقال: إن اعتبار السلطنة لا يكون لغواً؛ لأنَّ له الأثر وهو سقوط الحق عن الذمة.

### إشكال بعض الاعلام

الإشكال الرابع: ما أفاده بعض الاعلام وتبعه السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامهم من أنه يلزم محذور اتحاد المسلط والمسلط عليه فيما إذا كان الموضوع فيهما هو العاقد، ولكن الموضوع في المسلط هو العاقد وفي المسلط عليه هو العقد لا العاقد؛ لما سيأتي في مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتعاقدين وإلا نسقط خيار كل منهما بموت صاحبه. وفيه أن في الخيار قولين، أحدهما: أنه حق استرداد العين، ثانيهما: حق حل العقد. والثاني: هو مختار المحققين ومنهم الشيخ<sup>(٣)</sup> أعلى الله مقامهم ومن

(١) مكاسب ٣: (تراث الشيخ الاعظم) ٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٤١.

(٣) لا يخفى أن الشيخ لم يعرف الخيار بفسخ العقد بقول مطلق، بل ادعى أن الخيار بهذا المعنى هو المتبادر منه عند الاطلاق في كلمات المتأخرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار

→

وكلمات الاصحاب على غيره أمر شائع؛ ولذلك قال في أحكام الخيار (٦: ١٩٢)؛ ويمكن أن يقال بعدم ثبوت الخيار عند التلف إذ لم تدل أدلة الخيار من الأخبار والإجماع إلا على التسلط على الرد أو الاسترداد وليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضاً وإرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع لما عرفت في أول باب الخيارات من أنه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين.

أفاد شيخنا الأستاذ بالتناقض بين هذه الكلمات وما تقدم منه في نفس أحكام الخيار (٦: ١٤٩) من أن الثابت من خيار الفسخ - بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكن في حالتي وجود العين وفقدها.

ولكنه لاتناقض بينهما فإن ما تقدم ناظر إلى ما قام الدليل الخاص على الخيار حتى بعد التلف، والآخر ناظر إلى مورد لم يقد دليل خاص، بل حد الدليل عمومات أدلة الخيار أو الاجماع. ثم إنه لا فرق في مسألة الاستلزام بين أن يكون الخيار هو حل العقد أو الرد والاسترداد. \* ويمكن أن يجاب: أولاً: يظهر من تتبع في كلمات الشيخ أنه يبتني الأمور على تعريف الخيار بفسخ العقد لا رد المبيع أو الثمن، فالظاهر من نحو الكلمات الآتية كون الخيار متعلق بفسخ العقد، وإليك بعض كلماته:

١- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة) ٣: ٥٩٧؛ ويمكن أن يبتني على أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد؟ فإن قلنا بالأول، ثبت الخيار؛ لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير السابقة، فإن الشارع لم يمضها. لكن هذا المبني ليس بشيء؛ لوجوب الاختصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقن.

٢- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة) ٤: ٢٨٠؛ قلت: السبب في الخيار وسلطنة المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه. وبعبارة أخرى: هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية.

٣- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة) ٥: ١١؛ الخيار لغة: اسم مصدر من «الختيار»، عُلب في كلمات جماعة من المتأخرين في «ملك فسخ العقد» على ما فسره به في موضع من الإيضاح، فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة وفي عقد الفضولي، وملك الوارث ردَّ

→

العقد على ما زاد على الثلث، وملك العمّة والخالة لفسخ العقد على بنت الأخ والأخت، وملك الأمة المزرّجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، وملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب.

٤- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه) ٥: ١٦؛ ويمكن توجيه ذلك: بأن العيب سببٌ مستقلٌّ لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرض بمقتضى العيب وإن لم يثبت خيار الفسخ، موجبٌ لاسترداد جزء من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزلٌ قابلٌ لإبقائه في ملك البائع وإخراجه عنه، ويكفي في تزلزل العقد بملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. وإن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، ونقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين في مقابل الآخر.

٥- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه) ٥: ٥٧؛ وهل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشروط الخيار بعد العقد وإن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط، ومن أن المقصود منه إبقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ.

٦- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه) ٥: ٦٥؛ ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. ومنه يظهر: أنه لو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد؛ لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما. وهذا ليس تعارضاً بين الإجازة والفسخ وترجيحاً له عليها.

٧- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه) ج: ٦: ١٤٩ هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع، لكنه لا يخلو عن نظر؛ فإنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكّن في حالتي وجود العين وفقدها، فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً ومنعاً، فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم، ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين؟ ومجرد الفرق بينهما: بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد وإرجاع الملك إلى الحالة السابقة، لا يؤثر في الحكم المذكور مع أن الملك في الشفعة أولى بالتزلزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتفاقاً.

→

٨- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة) ٦: ١٨٩؛ وهو كذلك؛ لأن الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد، ومعلوم: أن العقد بعد التلف قابل للفسخ؛ ولذا تشرع الإقالة حينئذ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف ولا مقيد له بصورة البقاء.

٩- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - القديمة) ٢: ٢٥١؛ فإن قلت لا دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنوياً بالعنوان المذكور، بل نقول قد خرج عن تلك العمومات المال الذي وقع المعاوضة بينه وبين ما لم ينطبق على المدفوع، فإذا شك في ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. قلت السبب في الخيار وسلطنة المشتري على فسخ العقد وعدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه، وبعبارة أخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية، كما أن السبب في لزوم العقد تحقق مقتضاه من انتقال العين بالصفات التي وقع العقد عليها إلى ملك المشتري، والأصل موافق للأول ومخالف للثاني مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنها سميئة فبانت مهزولة فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه في...

١٠- كتاب النكاح (للشيخ الأنصاري)؛ ص: ١١٠؛ ويدل على خلاف المشهور ما رواه في التهذيب عن يزيد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام، وفيها: «إن الغلام إذا تزوج أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة، أو يشعر في وجهه، أو يثبت في عانته قبل ذلك». ورواية أبان موثقة الفضل بن عبد الملك، قال: «إذا زوّج الرجل ابنه فذاك إلى ابنه، وإذا زوّج الابنة جاز».

والأقوى ما عليه المشهور؛ لأن المراد بثبوت الخيار للصبي بعد الإدراك إن كان هو الخيار في إجازة العقد ورده بحيث يكون العقد قبلها فضولياً موقوفاً، فيرده - مضافاً إلى صحيحة الحداء - أخبار التوارث، ولا يعارضها الخبران.

وإن كان هو الخيار بين فسخ العقد وإبقائه، كالخيار في سائر العقود - ويؤيده ما في الرياض من أنه قيل: بأن القول بثبوت التوارث لا ينافي الخيار، وأنه قال بالتوارث كل من قال بالخيار للصبي، حيث إن ظاهر ذلك أنه يراد بالخيار خيار الفسخ لا خيار الإجازة - فيكون كالعقد الجائز لا الفضولي.

وثانياً: التناقض ثابت في كلام الشيخ عليه السلام وذلك لأنه في أحكام الخيار (ص ١٩٢) أفاد بأن الخيار

→

المجول من قبل المتعاقدين إذا كان مشروطاً برد العين والغرض من جعل الخيار ذلك يمكن القول بعدم بقاء الخيار مع تلف العين: وإليك نص كلامه: "ومن مواضع التردّد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه إرادتهما التسلّط على مجرد الردّ المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ وإن لم يتوقّف على بقاء العين، إلاّ أنّه إذا فرض الغرض من الخيار الردّ أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء. والتمكّن من الردّ والاسترداد وإن كان حكماً في خياري المجلس والحيوان، إلاّ أنّ الحكم أعمّ مورداً من الحكمة إذا كان الدليل يقتضي العموم، بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به في الكلام أو استظهاره منه لعدم تعلق الغرض إلاّ بالردّ أو الاسترداد.

ومن هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط بردّ الثمن في البيع الخياري إذا تلف المبيع عند المشتري؛ لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن، لا التسلّط على مطلق الفسخ المشروع مطلقاً ولو عند التلف. لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرّض له.

ومن هنا يمكن أن يقال في هذا المقام وإن كان مخالفاً للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلاّ في موضع دلّ عليه الدليل؛ إذ لم تدلّ أدلّة الخيار من الأخبار والإجماع إلاّ على التسلّط على الردّ أو الاسترداد، وليس فيها التعرّض للفسخ المتحقق مع التلف أيضاً. وإرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنة في كلمات الشارع؛ لما عرفت في أوّل باب الخيارات: من أنّه استعمالاً غالباً في كلمات بعض المتأخّرين.

نعم، لو دلّ الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضاً. والله العالم."

وقال في موضع آخر: ص ١٤٩: "و يؤيد ما ذكرنا: أنّهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأنّ التصرف الناقل إذا وقع ياذن ذي الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقاً متعلّقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافي بقاء الخيار؛ لعدم منافاة التصرف لعدم الالتزام بالعقد وإرادة الفسخ بأخذ القيمة.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع، لكنّه لا يخلو عن نظر؛ فإنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز التفاسخ في حال تلف العينين هي سلطنة ذي الخيار على فسخ العقد المتمكّن في حالتي وجود العين وفقدها، فلا دلالة في مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف

كان على هذا المسلك كيف يمكن ان لا يتنبه إلى هذا الإشكال الواضح والتزم بمحذور اتحاد المسلط والمسلط عليه.

والسرفي ذلك أن الخيار التزام في ضمن الالتزام، والسلطنة على الالتزام سلطنة على الملتزم، والسلطنة على العهد سلطنة على المتعهد، فالسلطنة وإن كانت على العقد ابتداء لكنها سلطنة على العاقد التزاماً، وبهذه الجهة يلزم اتحاد المسلط والمسلط عليه.

### الإشكال النقضي ببيع الدين على من هو عليه

الإشكال الخامس<sup>(١)</sup> بالنقض ببيع الدين على من عليه الدين فإن الملكية

→

جوازاً ومنعاً، فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم، ألا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشتري من نقل العين؟ ومجرد الفرق بينهما: بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد وإرجاع الملك إلى الحالة السابقة، لا يؤثر في الحكم المذكور مع أن الملك في الشفعة أولى بالترزول، لإبالتها تصرفات المشتري اتفاقاً\*.

والظاهر من هذا الكلام أنه في مقام الرد على من قال بعدم الخيار بتلف العين، ويستدل على كون الخيار متعلقاً بالعقد، أن حقيقة الخيار من الأمور ذات التعلق بالعقد، لأنه في هذا المورد الخاص كذلك، وإلا لطلب بالفرق، ولما إذا لا يكون ما نحن فيه من قبيل تعلق الخيار بالعين. (١) حاشية المكاسب للمحقق الخراساني قال: فيلزم في بيع الدين إما محذور تسلط الشخص على نفسه وإما التفكيك بين الملك وأثره.

ومصباح الفقهة للسيد الخوئي (٢: ٤٢) قال: لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار لاستحال ملك الانسان لما في ذمته بالاولوية القطعية؛ لاستحالة تملك الكلي بدون المملوك عليه، وحيث عرفت إمكان الثاني من أن المتضايقين محال في التغاير الوجودي لا مطلقاً (ص ٤٠)، فكان الأول أولى بالإمكان.

والمالية في باب الذم تحتاج إلى الاضافة إلى الذمة ولا مناص فيه من المملوك عليه فيلزم فيه اجتماع المتقابلين إذ يلزم فيه أن يكون شخص واحد مالكا ومملوكاً عليه، وحل المسألة فيهما على منوال واحد لا يمكن التفكيك بينهما، وقول الشيخ أعلى الله مقامه فافهم لعلّه إشارة إلى بعض هذه الإشكالات.

### الجواب عن الإشكال النقضي

وفيه أنّ قياس بيع الحق بمن عليه الحق ببيع الدين على من عليه الدين مع الفارق، فإنّ الحق ذاتاً متقوم بمن عليه الحق، واتحاد المسلط والمسلط عليه في نفسه وإن كان مما لا محذور فيه ولكنه إنما يلزم المحذور بلحاظ الأثر لما ذكرنا سابقاً من أنّه يلزم في بيع الحق على من عليه الحق أن يكون ذو الخيار مسلطاً على رد الملك، ولا يكون مسلطاً عليه وأن يكون واجداً لسلطنة الرد وفاقداً لها، وهذا بخلاف بيع الدين على من عليه الدين فإنّ الدين بذاته ليس متقوماً بالمملوك عليه، بل قد يحتاج إليه، كما إذا تعدد الدائن والمديون، فالدائن هو المالك والمديون مملوك عليه وقد لا يحتاج إليه، كما إذا اتحد الدائن والمديون، فيما إذا باع الدائن الدين على المديون فهنا مالك ومملوك من دون الحاجة إلى المملوك عليه.

والشاهد على عدم التقوم هي الملكية الذاتية كملكية الانسان لعمله ولما في ذمته ويبيع في ذمته مئة منّ من الحنطة نقداً أو سلفاً، فهنا مالك ومملوك من دون المملوك عليه، فالمختار في المسألة أن يبيع الحق بمن عليه الحق أمر غير معقول إذ يلزم فيه اتحاد المسلط والمسلط عليه تبعاً للشيخ أعلى الله مقامه لما تقدم التحقيق فيه ودفعنا الإشكالات بتماها.



وأما بيع الحق بغير من عليه الحق فلا محذور فيه ثبوتاً، وأما صحته في مقام الاثبات فتبني على أحد المبنيين:

المبني الأول: التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فيما إذا شك في قابليته للنقل فيحكم بصحة البيع.

والمبني الثاني: أنه لا يمكن التمسك بهذه العمومات في موارد الشك في القابلية، بل المرجع فيه هو الأصل الأولي، وهو أصالة عدم النقل فيحكم ببطلان البيع، والمبني الثاني هو المختار، وقد تقدم التحقيق فيه سابقاً.

### محذور الاستحالة عند السيد الخوئي

وممن ذهب إلى استحالة نقل حق الشفعة وحق الخيار هو المحقق السيد الخوئي تبعاً للشيخ أعلى الله مقامهما؛ لكنه لا من ناحية محذور اتحاد المسلط والمسلط عليه الذي ذكره الشيخ فإنه واضح الاندفاع<sup>(١)</sup>، بل بمحذور آخر وهو

(١) بوجوه أربعة ذكرها سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي (أعلى الله مقامه):

أولها: أن الدليل أخص من المدعى لاختصاص الاستحالة بنقل الحق إلى من على الحق دون نقله إلى غيره.

ثانيها: أن محذور الاستحالة إنما يلزم فيما إذا كان متعلق الحق المتعاقدين دون العقد؛ ولكن المفروض أن المتعلق هو العقد.

ثالثها: أنه لو استحال ذلك في الحق لاستحال في ملك الانسان لما في ذمته بالألوية القطعية. رابعها: أن المسلط والمسلط عليه من المتضايقين، والمتضايقان لا يستحيل اجتماعهما في محل واحد دائماً، بل فيما إذا كان بينهما تباين وجودي كالعالية والمعلولية، وأما إذا لم يكن بينهما تباين وجودي ككونه تعالى عالماً بذاته وهو معلوم له وكل شاعر يحب نفسه فهو محب ومحبوب، فلا يستحيل اجتماعهما فيصدقان على شيء واحد، والمالك والملوك والمسلط والمسلط عليه من هذا القبيل. مصباح الفقاهة ٢: ٤١.

في حق الشفعة غير المحذور في حق الخيار، ووجه استحالة النقل في أحدهما يختلف عن الآخر، أما في حق الشفعة فلأنه لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يباع من المشتري أو من غيره.

فعلى الأول يكون البيع لغواً محضاً إذ المشتري مالك للحصة المباعة قبل انتقال حق الشفعة إليه واستحقاقه تملك تلك الحصة ثانياً تحصيل للحاصل، وعلى الثاني يلزم ثبوت الحكم لغير موضوعه وانفكاك الحكم عن موضوعه محال كاستحالة انفكاك المعلول عن علته؛ فإن حق الشفعة عبارة عن استحقاق الشريك للحصة المباعة في شركته، وغير المشتري ليس بشريك فهو أجنبي عن الشركة ولا يعقل سراية حكم الشريك إلى غير الشريك<sup>(١)</sup>.

### نقد السيد الخوئي

وما أفاده لا يمكننا المساعدة عليه بقول مطلق فنقول: أما نقل حق الشفعة إلى المشتري فما أفاده من وجه الاستحالة تبعاً لأستاذة المحقق الأصفهاني<sup>(٢)</sup>

(١) تبعه في ذلك عن الشيخ الطوسي والشهيد والجواهر وفي الجواهر (٣٧: ٣١٤) ناسباً إلى محكي الخلاف والدروس أنه لا يعقل أن يستحق الإنسان شيئاً على نفسه. ثم قال: وقيل والقائل الشيخ وقال المحقق لعله أقرب ونحوه الفاضل في المختلف بل في جامع المقاصد أنه أصح وكأنه لاشتراكهما في العلة الموجبة للاستحقاق ولا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة لأن علل الشرع وأسبابه معرفات فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد؛ ولأن للشفعة آثاراً غير استحقاق التملك وهو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه وهذا الاثر لا مانع منه إلا أن الجميع كما ترى لأنه ملكه أولاً بسبب الشراء وبعد الشراء استحققه بالشفعة فيعود المحذور من كونه يستحق تملك ملكه.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٤٩ قال: كما أن سلطة الشخص على تملك ما ملكه غلط لأنه حاصل فنقل الحق إلى المشتري أيضاً باطل.

فهو متين لا غبار عليه، وأما نقله إلى غير المشتري فما ذكره من لزوم انفكاك الحكم عن موضوعه فهو مردود نقضاً وحلاً.

أما نقضاً فبقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» فإن الموضوع فيه البيعان ومع ذلك ينتقل الخيار إلى الوارث بالارث وبقوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً فهي له والموضوع فيه هو المحيي ومع ذلك يصح نقله إلى غيره». وعلى ما ذكره يلزم فيهما انفكاك الحكم عن موضوعه.

وأما حلاً فبيان الموضوع وإن كان في حق الشفعة هو الشريك وفي خيار المجلس البيعان وفي إحياء الأرض هو المحيي إلا أن الحق وعدمه يدور مدار أن الموضوع فيها هل هو دخيل في الحكم حدوثاً وبقاءً أو حدوثاً فقط؟ وإنما يلزم المحذور إذا كان دخيلاً في الحكم حدوثاً وبقاءً؛ ولكنه أمر يحتاج إلى الدليل في مقام الإثبات، فإن الحق بعد ما وجد أثره السلطنة عليه من نقل أو إسقاط فالحق في الإشكال أنه لا محذور فيه ثبوتاً، بل المحذور فيه إثباتي وهو النص الخاص الدال على عدم جواز نقله إلى غير الشريك كصحيح<sup>(١)</sup> أبي العباس البقباق قال: سمعت أبا عبد الله ﷺ يقول: الشفعة لا تكون إلا لشريك. فإنه نفى الشفعة عن غير الشريك بقول مطلق.

ومحط الاستدلال عندنا هو العقد السلبي في ناحية المستثنى منه وعند السيد الخوئي هو العقد الإيجابي.

وأما نقل حق الخيار فقد ذكر المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامه في وجه

(١) الوسائل ١٧: الباب ١ من أبواب الشفعة، الحديث ١، رواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن جعفر بن سماعة عن ابان عن أبي العباس البقباق. والسند موثق بحسن بن محمد بن سماعة وجعفر بن سماعة فإنهما واقفيان.

استحالته: أنّ الخيار المجمعول يجعل المتبايعين أو يجعل شرعي ترجع حقيقته إلى تحديد الملكية في البيع إلى زمان فسخ من له الخيار، ومن الظاهر أنّ هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار. نعم، هو قابل للاسقاط والانتقال إلى الوارث بأدلة الارث.

توضيحه: أنّ التملك في البيع الخياري بالنسبة إلى بعد الفسخ لا يخلو من أحد أمور ثلاثة: إما أنه مهمل أو مطلق حتى بعد الفسخ أو محدود بالفسخ. والأول محال ثبوتاً، والثاني باطل بالضرورة، فلا محالة ينحصر بالشق الثالث، فتكون الملكية في البيع الخياري ملكية محدودة بالفسخ قبال الشيخ وغيره الذين ذهبوا إلى أنّ المجمعول في البيع الخياري ملكية مرسلة. والفرق بينهم أنّ الفسخ على أحد المسلكين يكون رافعاً، وعلى الآخر يكون محدوداً.

وهذا البيان مردود مبنى وبناءً، اما المبنى فموكول إلى محله، وأما البناء مع التنزل عن المبنى فلأنّ المال على هذا المبنى تملك إلى زمان الفسخ، أما حق الخيار فهل يختص بمن جعل له أولاً أو يجوز نقله إلى غيره؟ فهو خارج عن مدلول هذا الدليل، بل يحتاج إلى قيام دليل آخر عليه، فقد يقوم الدليل على اختصاصه فلا يجوز نقله إلى غيره، وأخرى على عمومه فيجوز، وثالثة يشك في عمومه وخصوصه فلا يجوز لاستصحاب عدم كونه قابلاً للنقل أو أصالة عدم النقل<sup>(١)</sup>.

(١) تقدم عن شيخنا الأستاذ (دام ظله) في مسألة ما إذا شك في كون الحق قابلاً للنقل أم لا (ص ٩٢) أنه لا يجوز في الفرض التمسك بالعمومات، فالمرجع هو الأصل العملي، وذهب

### في جعل الحق ثمناً في البيع

قال الشيخ أعلى الله مقامه<sup>(١)</sup>: وأما الحقوق القابلة للانتقال - كحق التحجير ونحوه - فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح إلا أنّ في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة لغة وعرفاً مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرض لشروط العوضين ولما يصح أن يكون أجرة في الإجارة - في حصر الثمن في المال انتهى كلامه.

ذهب الشيخ أعلى الله مقامه إلى أنّ الحق لا يجعل ثمناً في جميع أقسامه إلا أنّ المانع في بعضها ذاتي وفي الآخر عرضي.

توضيح ذلك: أنّ الحق عنده<sup>(٢)</sup> على أقسام ثلاثة: القسم الأول: ما لا يكون قابلاً للمعاوضة كحق الحضانة والولاية بمعنى أنه لا يقبل الإسقاط والانتقال والنقل.

القسم الثاني: ما يقبل الإسقاط والانتقال ولكنه لا يقبل النقل كحق الشفعة والخيار.

وفي هذين القسمين لا يجعل الحق عوضاً في البيع بالمانع الذاتي: إما

→

المشهور إلى التفصيل بين الشك في القابلية عرفاً والقابلية شرعاً بعدم التمسك بالعمومات في الأول دون الثاني.

وأنكره المحقق الاصفهاني وبعض الاعلام من تلامذته وأنه لا يجوز التمسك بها مطلقاً واختاره شيخنا الأستاذ وذلك للمحذور الشبوتي والاثباتي، وتقدم منا النقاش على كلا المحذورين. \* ويمكن أن يجاب: بما تقدم.

(١) المكاسب ٣: ٩.

(٢) ولكن صاحب البلغة والسيد اليزدي أعلى الله مقامهما قسماً الحق إلى أقسام ستة. البلغة ١:

لعدم كونه قابلاً للمعاوضة وإما لعدم كونه قابلاً للنقل.  
القسم الثالث: ما يقبل الإسقاط والانتقال والنقل كحق التحجير ونحوه؛  
ولكنه مع ذلك لا يقع ثمناً لمانع عرضي وهو المانع من قبل البيع فإنّ المال  
قد اعتبر في عوضي المبايعة، والحق ليس بمال.  
ولا يخفى أنّ كلام الشيخ أعلى الله مقامه ناظر إلى نفس الحق، وأما متعلق  
الحق كالأرض المحجرة فهل يقع ثمناً أم لا؟ فلا تعرض له في كلماته.

### الأقوال في جعل الحق ثمناً

والتحقيق في المسألة أنّ هنا أقوالاً ثلاثة:

القول الأول: ما عليه الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ الحق لا يقع ثمناً في  
البيع.

القول الثاني: ما عليه المحقق النائيني<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ الحق لا يقع  
ثمناً بنفسه ولا بمتعلقه.

القول الثالث: ما عليه المحقق الأيرواني<sup>(٣)</sup> ومن تبعه<sup>(٤)</sup> من التفصيل بين  
الحق ومتعلقه بأن المتعلق قابل للعوضية دون نفس الحق.

والفرق بين هذه الأقوال أنّ الحق بنفسه على قول الشيخ أعلى الله مقامه لا  
يقع عوضاً في البيع إلا أنه في القسمين بالمانع الذاتي، وفي القسم الثالث

(١) المكاسب ٣: ٩.

(٢) منية الطالب للخوانساري ١: ٤٣، وتقرير الأملى ١: ٩٣.

(٣) حاشية المكاسب ١: ٧٣.

(٤) مصباح الفقاهة ٢: ٤٣.

بالمانع العرضي، وأما متعلق الحق فكلماته ساكنة عنه.  
وعلى قول المحقق النائيني أعلى الله مقامه لا يقع عوضاً بالمانع الذاتي، ومن  
دون فرق بين الحق ومتعلقه، وعلى قول المحقق الإيرواني يكون المانع ذاتياً  
لكنه يختص بنفس الحق، وأما متعلقه فلا مانع فيه لا بالذات ولا بالعرض.

### أدلة الاقوال

أما القول الأول فاستدل الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه على مرامه من حيث  
الكبرى يعني اعتبار المال في العوضين في البيع - بوجه ثلاثة:  
الوجه الأول - اعتباره لغة كما في مصباح المنير<sup>(٢)</sup>: البيع مبادلة مالٍ بمال.  
الوجه الثاني: اعتباره عند العرف والمحاورة.  
الوجه الثالث: ظهور كلمات الفقهاء في حصر الثمن بالمال في موردين:  
أحدهما: عند شروط العوضين في البيع، والآخر: عند شروط الأجرة في الاجارة.  
وأما من حيث الصغرى فقال: إن في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً.  
ووجه الإشكال إن الحق ليس بمال أو لا أقل أنه مشكوك فيه فلا تعمه أدلة  
الإمضاء<sup>(٣)</sup> فيبقى في عموم قوله تعالى<sup>(٤)</sup>: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾.

(١) المكاسب ٣: ٩.

(٢) المصباح المنير: ٦٩ مادة بيع.

(٣) كقوله تعالى: ﴿أَخْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (سورة البقرة: الآية ٢٧٥) وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا  
بِالْعُقُودِ﴾ (سورة المائدة: الآية ١).

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ  
تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.

ولا يخفى أنه في فرض الشك تكون الشبهة مفهومية في المخصص المتصل فيسري إجمالها

## إشكال المحقق الخراساني على الشيخ

وقد أورد عليه بإشكالين: الإشكال الأول ما أفاده المحقق الخراساني أعلى

الله مقامه.

أولاً: باختلال النظم في كلماته، وثانياً بأن الملكية والمالية والحقية اعتبارات ثلاثة متقابلات يكون كل واحد منها قسيماً للآخر.

فعلى القول باعتبار المالية في العوضين أو باعتبار النقل في البيع لا يصح أن يجعل الحق عوضاً في البيع كما هو واضح؛ إما لعدم كونه مالاً بحكم التقابل وإما لعدم كونه قابلاً للنقل، كما في بعض الحقوق، وأما على القول بعدم اعتبارهما في البيع فيجوز أن يجعل الحق عوضاً لأن قوام البيع على الفرض إنما هو بعدم المجانية وإن يكون فيه ما يإزاء من دون أن يكون فيه نقل والحق يصلح للعوضية بهذا المعنى.

## نقد المحقق الخراساني

وهذا الإشكال غير مقبول عندنا.

→

إلى العموم هذا مضافاً إلى منافاته ما سيأتي منه في شروط العوضين ( ) من أن الحق إن أحرز أنه ليس بمالٍ فيندرج في عموم ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ وإلا فيكون المرجع عموم ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾ ولكنه يقع التهافت بين ما ذكره في شروط العوضين من التمسك بعموم أدلة الإمضاء في الشبهة المصدقية، وما تقدم منه في عمل الحر من أنه قبل المعاوضة عليه إن كان من الأموال فلا إشكال وإلا ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً - يعني لا يجوز التمسك بعموم أدلة الامضاء في فرض الاحتمال لكون المورد من الشبهة المصدقية.



أما اختلال النظم فقد ظهر بالتوضيح في كلمات الشيخ أعلى الله مقامه استقامة كلماته من دون أي اختلال فيها.

وأما التقابل بين الاعتبارات الثلاثة فيما أجابه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ التقابل بين الحق والمالية تقابل مفهومي لا مصداقي فإن الحق والمال متغايران في مقام التعقل والمفهومية، وأما من حيث المصداق فقد يتواردان على مورد واحد كحق التحجير.

الإشكال الثاني<sup>(٢)</sup>: أنّ الحق يصدق عليه المال بالحمل الشائع، فإنّ المال عبارة عما يرغب فيه العقلاء ويبدل بإزائه، ومن البين أنّ الحق كحق التحجير مثلاً مورد لرغبة العقلاء وتنافسهم ويبدلون بإزائه فلا محذور في جواز المعاوضة عليه من هذه الناحية. وهذا إشكال متين لا غبار عليه.

### مختار المحقق النائيني

أما القول الثاني الذي اختاره المحقق النائيني<sup>(٣)</sup> أعلى الله مقامه وهو أنّ الحق بنفسه ومتعلقه لا يقع عوضاً في البيع حتى سقوطاً وإسقاطاً، كحق التحجير مثلاً فإنه لا يقع عوضاً في البيع لا بنفسه حتى سقوطاً وإسقاطاً، ولا بمتعلقه. يعني سواء قلنا باعتبار المالية أو النقل في البيع أم قلنا بعدم اعتبارهما وكفاية المعاوضة بالمعنى الأعم فإنه لا يجوز المعاوضة على الحق في البيع -

(١) حاشية كتاب المكاسب: ٥٧ قال: فالمقابلة مفهوماً لا دخل له بالتقابل وجوداً كي يأتى عن الصدق.

(٢) كما في مصباح الفقاهة ٣: ٤٢.

(٣) منية الطالب للشيخ موسى الخونسارى ١: ٤٣، وتقرير الأملي ١: ٩٣.

فهو ينحل إلى دعاوى ثلاث:

الدعوى الأولى: أن الحق لا يجعل عوضاً بإسقاطه ولا بسقوطه.

الدعوى الثانية: أن متعلق الحق لا يجعل عوضاً في البيع.

الدعوى الثالثة: أن الحق بنفسه لا يقع عوضاً في البيع.

والظاهر أن هذا القول بهذه الدعاوى من مختصاتهِ ولم يقل به أحد.

أما الدعوى الأولى فقد استدل عليها بأن الحق بنفسه لا يقع عوضاً كما

سيأتي تحقيقه في الدعوى الثالثة فبطريق أولى لا يقع عوضاً بسقوطه وإسقاطه.

والوجه فيه أن إسقاط الحق معنى حرفي لا يتمول إلا من جهة نفس الحق

فهو ملحوظ بتبع الحق لا باستقلاله وحينما لا يكون الحق بنفسه قابلاً للعوض

فلا يكون إسقاطه وسقوطه قابلاً له بطريق أولى.

وبالنتيجة:

إن الأعمال على قسمين: أحدهما: ما يكون قابلاً للتملك كخياطة الثوب.

والآخر: ما لا يكون قابلاً له كإسقاط الحق.

ويرد عليه أولاً بالنقض، وثانياً بالحل.

أما النقص فيما اعترف به نفس هذا المحقق في مطاوي كلماته من أن

الإسقاط يكون قابلاً للتملك بالشرط ومن التزم به في الشرط فليلتزم به في

غيره إذ لا فرق في ذلك بين سبب دون سبب.

وأما الحل فبأن الإسقاط عنده معنى حرفي والمعنى الحرفي مانع عقلي لا

يمكن التفكيك فيه بين مورد دون مورد.

وبعبارة أخرى: إن المانع هنا إن كان مانعاً شرعياً فهو قابل للتخصيص

بمورد دون مورد بأن يكون قابلاً للتملك بالشرط ولم يكن قابلاً له بالبيع؛ ولكن المانع هنا عقلي والمانع العقلي لا يختص بمورد دون مورد.

وما ذكره هذا المحقق من عدم الملازمة بين المقامين فإنما يتم على المانع الشرعي دون العقلي.

وأما الدعوى الثانية - وهي أنّ متعلق الحق لا يجعل ثمناً في البيع - فقد استدل عليها كما يستفاد العموم من تقريرات الآملي<sup>(١)</sup> بأن حقيقة البيع

(١) المكاسب والبيع ٩٣:١ ولكن ظاهر كلام المحقق النائيني في الصدر والذيل هو انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً بمعنى أنه يستحيل تبديل الملك بالحق حتى مع فرض بقاء العلقتين حيث قال إذ يلزم صيرورة ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق، وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكية، وهذا خارج عن حقيقة البيع، فيلزم الخلف في تبديل طرف العلاقة لا في تبديل العلاقة.

\* ويمكن أن يجاب: المستفاد من كلامه أن انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً، أي صيرورة ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق، وبالعكس، نتيجة جواز بيع الحق بالملك؛ لأن لازم هذا البيع التبديل في الإضافة، أي صيرورة ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق وبالعكس، مع أن البيع عبارة عن تبديل طرفي العلاقة لا تبديل نفس العلاقة؛ ولذا يذكر هذا اللازم بقاء التفريع، وإليك نص كلامه: "إذا عرفت هذا فنقول) لو باع الملك بالحق كان الخارج عن تحت علقه البائع هو الملك والداخل تحت علقته هو الحق؛ وقد تقدم أن البيع هو المبادلة بين طرفي العلاقة لا بين نفس العلقتين، فالعلاقة التي بين البائع والمبيع هي العلاقة الخاصة التي يعبر عنها بالملكية، والتي بين المشتري وال عوض هي التي يعبر عنها بالحق، وطرف علقه البائع كان ملكاً لكونه طرفاً للملكية، وطرف علقه المشتري كان حقاً، وتبديل الطرفين مع بقاء العلقتين يقتضي أن يصير الملك الذي كان طرفاً لإضافة الملكية التي كانت بينه وبين البائع طرفاً للسلطنة الفعلية التي كانت بين المشتري وبين ما قام به الحق مثل الأرض المحجرة والحق الذي كان طرفاً للإضافة الخاصة التي بين المشتري وبينه طرفاً للملكية التي هي بين البائع والملك فيلزم انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً أي صيرورة ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكية، وهذا خارج عن حقيقة البيع.

عبارة عن التبديل في طرفي العلقه مع التحفظ على أصل العلقه. وإن شئت فقل إنها عبارة عن التبادل بين المضافين مع بقاء الاضافة أو التبادل بين المملوكين مع بقاء الملكية. وعلى هذا المعنى يستحيل أن يجعل متعلق الحق ثمناً في البيع إذ يلزم فيه تبادل الإضافة أيضاً فإنه إذا تبدل متعلق الحق بالمملوك لزم فيه التبادل في حقيقة العلقه أيضاً كما في بيع الكتاب بالأرض المحجرة فإنه يصير البائع بهذا البيع صاحب الأرض المحجرة بالضافة الحقيقه، وقد كان صاحب الكتاب بالضافة الملكية؛ ولكنه لم تبقى الإضافة الملكية على حالها بل تبدلت بالضافة الحقيقه وهو خلف فرض حقيقة البيع.

### نقد المحقق النائيني

ويرد عليه أنه يتم على مختاره من تعريف البيع بالتبديل في طرفي العلقه مع التحفظ على أصل العلقه. ولكن المبنى مخدوش عندنا فإن البيع لا يختص بالتبديل في طرفي العلقه بل أعم منه ومن التبديل في الاضافة. والشاهد عليه هو العرف العام والخاص: أما العرف العام فإن البيع في الارتكاز العقلاني يصدق على بيع الكتاب بالأرض المحجرة صدقاً حقيقياً ولا يصح سلبه عنه، والتبادر ونحوه علامة الحقيقه فيشملة إطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾. وأما العرف الخاص فإن في الشريعة موارد من التبديل في الإضافة ينطبق

عليها البيع كما إذا كان أحد الطرفين بالإضافة الملكية والآخر بالإضافة المصرفية كسهم سبيل الله في الزكاة، فإنه بمقتضى قوله تعالى ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ ظاهر بقرينه (في) في المصرفية فيقع التبدل هنا بين الإضافتين أيضاً.

وأما الدعوى الثالثة وهي أنّ الحق بنفسه لا يكون قابلاً للعوضية في البيع فقد استدل عليها المحقق النائيني أعلى الله مقامه <sup>(١)</sup> بأنّ الحق مباين للملك وليس مراده من التباين هو التباين العقلي كي يناقش فيه <sup>(٢)</sup> بأنّ الحق عنده من مراتب الملك، فإنه مرتبة ضعيفة من الملك، ولا يلزم من جعله طرفاً لإضافة الملك محذور أصلاً غاية الأمر اختلاف المرتبة في طرف الإضافة بل المراد منه هو التباين العرفي فيبينهما اختلاف المرتبة عقلاً وتباين عقلاً أيضاً.

ومن ناحية يعتبر في البيع أن يكون الطرفان من سنخ واحد ولم يكن بين العوضين اختلاف سنخي، فإذا كان المعوض ملكاً فليكن العوض أيضاً ملكاً كي لا يلزم الاختلاف السنخي بينهما، فلا يجوز جعل الحق بإزاء الملك لما عرفت أنّ الحق ليس مسانخاً للملك بل مباين له عرفاً.

(١) منية الطالب ١: ٤٤.

(٢) كما عن السيد الميلاني أعلى الله مقامه (محاضرات في فقه الامامية كتاب البيع: ٣٥) قال: إنّ الحق على القول بأنه مرتبة عن الملك كما هو مسلّكه لا يلزم من جعله طرفاً لإضافة الملك محذوراً أصلاً غاية الأمر حينئذ اختلاف المرتبة في طرف الإضافة، وكذلك يندفع ما ذكره السيد الخميني أعلى الله مقامه (كتاب البيع ١: ٣٥) من التناقض بين الاعتراف بكونه من المراتب الضعيفة للملك مع دعوى مباينتهما سنخاً ضرورة عدم التباين السنخي بين مراتب شيء واحد. وجه الاندفاع أنّ التناقض إنما يلزم إذا أريد بالتباين العقلي لا العرفي (٣) كما عن المحقق الاصفهاني (١: ٤٧) قال: بيع الكلبي صحيح مع أنه لا نقل فيه من طرف اضافة إلى أخرى بل تملك ابتدائي.

## نقد السيد الميلاني

وقد أورد عليه تارة بالنقض وأخرى بالحل.

أما النقض فبيع الكلي كالبيع نسية فإنه تملك ابتدائي وليس فيه تبديل في طرف الاضافة.

وأما الحل<sup>(١)</sup> فبأن الإضافة متقومة بالطرفين ولا يعقل بقاء الإضافة بدون الطرفين.

## الجواب عن السيد الميلاني

ولكن النقض والحل كليهما مردودان أما النقض فبأن التبديل في بيع الكلي كالنسية انما هو في طرفي الاضافة ولا يعتبر في طرف الإضافة أن يكون موجوداً خارجياً بل المعتبر فيه في أي وعاء كان أن يكون مملوكاً ومئة من من الحنطة بنحو الكلي في البيع نسيئة مملوك.

وأما الحل<sup>(٢)</sup> فإن الاضافة وإن كانت حقيقة وجودها بوجود المضاف كالفوقية والتحتية ولا يعقل بقاء الإضافة بدون الطرف إلا أن ما ذكره متين في

(١) كما عن السيد الميلاني أعلى الله مقامه محاضرات في فقه الامامية كتاب البيع ٣٥.

(٢) \* ويمكن أن يجاب: أنه لا شك في إمكان تصور الملكية بدون الطرف، والاعتبار ليس إلا التصور.

وما يقال من عدم الإهمال والإطلاق بل التقييد، إنما يكون فيما إذا أُريد ترتب حكم على الملكية بلحاظ طرفها، وإما إذا أُريد ترتب الحكم على نفس الملكية، كأن يقنن المقنن جواز الملكية الشخصية في مقابل الشائعة، أو حرمة الملكية المعنوية، فيرتب الجواز والحرمة على الملكية المطلقة بلحاظ طرف خاص.

إن ملاحظة الإطلاق والتقييد بالطرف إنما يكون فيما إذا أُريد ترتب حكم على الإضافة.

عالم التكوين، وأما عالم الاعتبار فيمكن أن يعتبر الطرف بدون الإضافة أو الإضافة بدون الطرف فإن الاعتبار سهل المؤونة وإسراء أحكام التكوين إلى الاعتباريات هنا بلا وجه، وقد وقع فيه الخلط بين العالمين عالم التكوين وعالم الاعتبار.

والحق أن ما أفاده المحقق النائيني أعلى الله مقامه من أن الحق بنفسه لا يقع عوضاً مقبول عندنا لكنه لا بالامتناع العقلي، بل بالامتناع العقلاني بيان ذلك: أن اعتبار بقاء الإضافة بدون الطرف أمر ممكن عقلاً فإن الاعتبار سهل المؤونة ولكنه ليس أمراً عقلياً فإن الإضافة عندهم تتبدل بتبدل الطرفين، سواء كانت الإضافة ملكية أو حقية أو مصرفية أو مختلفة إلا أن التبدل يقع أولاً وبالذات على الطرفين وثانياً وبالعرض على الإضافة فيكون بقاء الإضافة بدون الطرف أمراً غير عقلائي.

ولكنه مع ذلك لا يجعل الحق عوضاً في البيع عند العقلاء والوجه في ذلك: أن البيع سواء كان بمعنى مبادلة مال بمال أو تملك عين بعوض أو تبديل شيء بشيء، فإنه على جميع المباني يكون التبدل بين الطرفين وهو المقصود بالذات عند العقلاء والمدار في باب المعاملات على الاعتبار العقلانية والتبدل في الإضافة يكون ثانياً وبالعرض هذا من حيث الكبرى.

وأما تطبيق الكبرى على الحق كحق السبق وحق التحجير فهو أن الحق حينما يقع عوضاً لا يراد به الحق بالمعنى المصدرية، بل يراد به الحق بالمعنى الوصفي يعني تقع المعاوضة على طرف الحق لا نفس الحق وفي المثال يقع التبدل بين الأرض المحجرة والكتاب، فكما أن التبادل بين

المملوكين هو المقصود عند العقلاء، وأما التبادل بين الملكيتين فهو تبادل بالعرض؛ ولذلك يقال ببيع المملوك ولا يباع الملكية، فكذلك في ناحية الحق فإنّ التبديل في طرف الحق مقصود بالذات وفي نفس الحق يكون بالعرض، وهذا التعارف الارتكازي يوجب الانصراف في إطلاق «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»<sup>(١)</sup> فما أفاده المحقق النائيني أعلى الله مقامه مقبول في نفس الحق - لا في متعلقه ولا في سقوطه وإسقاطه - مع التفاوت في الاستدلال.

### تفصيل المحققين الايرواني والسيد الخوئي

وأما القول الثالث - وهو ما ذهب إليه المحققان الايرواني والسيد الخوئي أعلى الله مقامهما من التفصيل بين الحق ومتعلقه بوقوع المتعلق طرفاً للمعاوضة دون نفس الحق - فقد استدل عليه المحقق الايرواني بطور، والمحقق السيد الخوئي بطور آخر.

أما المحقق الايرواني<sup>(٢)</sup>، فإنه استدل على مرامه<sup>(٣)</sup>: بأنّ تعريف البيع بمبادلة مالٍ بمال منزل على الغالب والتعريف الجامع عبارة عن مبادلة متعلق سلطان بمتعلق سلطان لغرض نقل السلطنة.

وبهذا التعريف يظهر جواز بيع متعلق الحق ما لم يمنع عنه دليل شرعي

(١) السورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٧٢ و ٧٣.

(٣) ولا يخفى أنّ شيخنا الأستاذ (دام ظله) لم يتعرض هنا إلى استدلال المحقق الايرواني وكان المناسب تعرضه له، ولعله اكتفى في ذلك بكلام السيد الخوئي إذ به يتضح كلام الايرواني استدلالاً واشكالاً ونحن تعرضناه في المتن تنظيمياً للتقرير.



فيجوز للانسان أن يبيع حجرته في المدرسة وما سبق اليه من المساجد والاقواف وأثريعه انتقال حق أولويته إلى المشتري كما أنه يظهره أن الحق بنفسه لا يقبل ان يجعل عوضاً ولا معوضاً كنفس الملك بمعنى العلقه، وإنما القابل له هو المملوك ومتعلق الحق وإنما أثر جعلهما عوضاً أو معوضاً انتقال الملك والحق من جانب إلى آخر.

فما هو طرف المعاوضة هو متعلق الحق، وأما نفس الحق فهي من الآثار المترتبة على المعاوضة.

والفرق بين الملك والحق بعموم الاستيلاء وخصوصه فإن الملك استيلاء من جميع الجهات والحق استيلاء ببعض الجهات.

### نقد المحقق الايرواني

ويرد عليه ما أوردناه على المحقق النائيني أعلى الله مقامه وسيوضح عند الايراد على المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامه من أنّ الاعتبار سهل المؤونة فيمكن أن يعتبر الحق أولاً، ثم يعتبر طرفاً في المعاوضة، بل يمكنه بنفس اعتبار الحق أولاً من دون الحاجة إلى اعتبار جديد.

وما ذكره من أنّ الحق بنفسه لا يقبل أن يجعل عوضاً أو معوضاً إن أريد به عدم القابلية شرعاً فهو دعوى بلا دليل؛ إذ لم يقم دليل شرعي على عدم القابلية، وإن أريد به عدم القابلية عقلاً فهو أيضاً دعوى بلا دليل؛ إذ لم يقم برهان على استحالة اعتبار الحق طرفاً في الاضافة.

وقد يتوهم<sup>(١)</sup> بأنّ مقابلة الحق بمعنى الإضافة بشيء تحتاج إلى إضافة أخرى لكي يقع التبديل في تلك الإضافة فيلزم فيه التسلسل. ويندفع بأنّ التسلسل يكون باطلاً في التكوينيات، وأما الاعتباريات فينقطع بانقطاع الاعتبار.

وأما المحقق السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه فقد استدل على مرامه بأن البيع تبديل في طرف الإضافة آية إضافة كانت من الملكية والمصرفية وغيرهما، والحق حكم شرعي، والحكم الشرعي لا يقبل أن تتعلق به الإضافة الملكية أو غيرها من الإضافات.

نعم، يصح أن يجعل نقل الحق أو إسقاطه ثمناً في البيع، فإنه فعل من أفعال المكلف، فيصح أن يجعل ثمناً فيملكه البائع ويلزم على المشتري تسليمه إلى البائع كما هو الحال في بقية الأفعال المجعولة ثمناً.

### نقد السيد الخوئي

يرد عليه:

أولاً: أنه اعترف<sup>(٣)</sup> أنّ الحق حكم شرعي ومع ذلك يكون قابلاً للنقل والانتقال

(١) نقله سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي (مصباح الفقاهة ٢: ٤٣) ثم دفعه بأنّ التسلسل ينقطع بانقطاع الاعتبار، بل المحذور شيء آخر وهو استحالة تعلق الملكية بالحكم الشرعي.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٤٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٢: ٤٣ قال الحق وإن كان قابلاً للنقل والانتقال أو السقوط والاسقاط مجاناً أو بعوض إلا أنه لا يمكن جعله ثمناً في البيع بداهة أنّ الحق حكم شرعي غير قابل لأن تتعلق به إضافة ملكية أو غيرها.

والاسقاط وإنما لا يقع طرفاً في الإضافة الملكية وغيرها من الإضافات ويتوجه عليه أنّ الحق إذا كان حكماً شرعياً فكيف يعقل أن يكون قابلاً للنقل فإنّ النقل لا يعقل إلا في إضافة تكوينية كالنقل في مكان أو إضافة اعتبارية كالنقل في الإضافة الملكية.

والنقل في الإضافة التكوينية بديهي البطلان هنا فينحصر بنقله في الإضافة الاعتبارية كإضافة الملكة ونحوها وهذا منضمماً إلى ما اعترف به من أنّ الحكم الشرعي لا يعقل أن يقع طرفاً في الإضافة؛ إذ يلزم فيه الجمع بين المتهافتين.

وبيان آخر: أنّ هذا المحقق أعلى الله مقامه قد صرح هنا أنّ الحق يكون قابلاً للنقل ومن ناحية اعترف<sup>(١)</sup> في البحث مع الفاضل النراقي أعلى الله مقامه في تعريفه البيع بنقل الملك بأنّ نقل الملك ليس من العناوين الاستقلالية وإنما هو بلحاظ الإضافة والمكان ومن يعترف بهذا كيف يقول إنّ الحق حكم شرعي، والحكم الشرعي لا يقبل أن تتعلق به الإضافة الملكية وغيرها من الإضافات.

وثانياً: أنّ ما ذكره من أنّ الحق - حيث انه حكم شرعي - لا يقبل أن تتعلق به الإضافة الملكية وغيرها لا يمكن المساعدة عليه؛ إذ لا نرى في جعل الحق ثمناً أيّ محذور لا شرعاً ولا عقلاً ولا عقلاً فإنه:

إن أراد به عدم المقبولية شرعاً فهو دعوى بلا دليل؛ إذ لم يقدّم دليل شرعي على عدم القابلية.

وإن أراد به عدم القابلية عقلاً فهو أيضاً دعوى بلا برهان؛ إذ لم يقدّم برهان

(١) مصباح الفقاهة ٢: ١٩.

على استحالتها، بل قام على إمكانه، فإنّ الاعتبار سهل المؤونة فيمكن أن يجعل الاعتبارات الشرعية أو العقلانية طرفاً في المعاوضة.

وإن أراد به عدم القابلية عقلانياً فهو أيضاً ممنوع فإنهم يعتبرون الحق طرفاً في المعاوضة ومن انتقل إليه الحق واجدأله.

نعم، هذه المعاوضة أمر غير متعارف عندهم فإن المتعارف عندهم تبديل طرف الحق لانفس الحق فينتهي البحث إلى أنّ التعارف هل يمنع عن إطلاق أدلة الامضاء أم لا؟

وبتعبير آخر هل يوجب انصراف أدلة الامضاء عما إذا كان الحق ثمناً في البيع أم لا؟

### بسط الكلام في تحقيق البحث

وتحقيق البحث يقتضي بسطاً من الكلام فنقول: في معاوضة مثل حق التحجير صور أربع:

الصورة الأولى: أن تجعل الأرض المحجّرة ثمناً في البيع وهذا هو المتعارف بين العقلاء، فإنهم في معاوضة الحقوق يجعلون متعلق الحق عوضاً لا نفس الحق فتشملها أدلة الإمضاء كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(٢)</sup>. ولا إشكال هنا إلا إشكالاً ثبوتياً تعرض إليه المحقق النائيني أعلى الله مقامه وتقدم منا دفعه.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

الصورة الثانية: أن تجعل الارض المحجّرة مبيعاً في البيع، وهذه الصورة إيجاباً ونفيّاً تبثني على مفاد: لا يبيع إلا في ملك<sup>(١)</sup> فإن قلنا في مفاده: لا يبيع إلا في مملوك لما صح البيع هنا؛ لأن الارض المحجّرة طرف الإضافة الحقيقية لا الملكية.

وإن قلنا إنّ مفاده هو السلطنة على البيع كما هو الحق<sup>(٢)</sup> أو قلنا بإجماله

---

(١) مستنده أخبار ذكرها الشيخ الاعظم في المكاسب (٣: ٢٦٥) تراث الشيخ الاعظم) عمدتها صحيحان: أولهما ما ورد بلسان: لا تبع ما ليس عندك. وهو صحيح سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام (روى الشيخ باسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن علي بن اسباط عن سليمان بن صالح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن. راجع الوسائل ١٢: الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤. وفي الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥. ورواه في الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢. هكذا محمد بن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد لكن الصحيح الأول كما في التهذيب.

وعن سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي (مصباح الفقهة ٤: ٨٧) أنّ النبوي غير نقي السند، وذكر تلميذه في الهامش أنّ السند ضعيف بسلميان بن صالح، وفيه أنّ سليمان بن صالح يتصرف عند الاطلاق إلى سليمان بن صالح الجصاص كما ذكره في معجم رجال الحديث وقد وثقه النجاشي والعلامة اعلى الله مقامهما.

ثانيهما: ما ورد بلسان: لا يجوز بيع ما ليس يملك. وهو صحيح الصفار (روى الكليني عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين... فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء على ما يملك. الوسائل ١٢: الباب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ١.

(٢) ما اختاره شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) هنا من أنّ مفاد: لا يبيع إلا في ملك، هو السلطنة على البيع منافٍ لما سيأتي منه في مسألة: من باع شيئاً ثم ملك، عند الرد على المحقق الايرواني الذي ذهب إلى أنّ هذه الأخبار كناية عن القدرة والسلطنة على المبيع، من أنّ بعض هذه الأخبار أب عن هذا الحمل كصحيح محمد بن مسلم في مقام التعليل «انما يشتريه منه بعد

جاز البيع هنا، فالمختار عندنا أنه يجوز بيع الأرض المحجّرة خلافاً للمشهور. الصورة الثالثة: أن يجعل حق التحجير معوضاً وهذه الصورة تقدم بحثها في أول البيع، وقلنا يعتبر في المبيع أن يكون عيناً فلا يجوز بيع المنافع والحقوق. الصورة الرابعة: أن يجعل حق التحجير بنفسه عوضاً، وهذه الصورة هي محط البحث هنا، ولا مانع منه عقلاً ولا عقلاء، بل غاية ما فيه انه خلاف المتعارف فإنهم في معاملاتهم في باب الحقوق يجعلون الأرض المحجّرة عوضاً أو معوضاً دون أصل الحق، وإنما يقع عليه التبادل بالعرض فيقع البحث في أنّ غير المتعارف هل هو يوجب الانصراف في أدلة الامضاء أم لا؟

### الثمرة بين القابلية العرفية والقابلية الشرعية

والفرق بين عدم العقلانية وعدم التعارف في أنه على الأول يكون عدم

→

ما يملكه «الوسائل ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٨. فانه نص في أنّ علة فساد المعاملة هو عدم الملك لا عدم القدرة والسلطنة، ثم قام شيخنا الأستاذ بتصحيح قاعدة من باع شيئاً ثم ملك بالوجه الذي أفاده المحقق الأصفهانى وهو أنّ إطلاق لا تبع ما ليس عندك يدور مدار وصف لم يملك حدوداً وبقاءً، وإذا زال الوصف زال الإطلاق بالتبع فيصح بيع من باع ثم ملك بإطلاقات أدلة الامضاء، ومن ناحية ذهب في بحث الخمس في مسألة ٥٢ من العروة في فاضل المؤنة أنّ أصل الكبرى (من باع شيئاً ثم ملكه) فيه إشكال وهو أنه حين البيع لم يكن مالكاً، وحينما يملكه لم يصدر منه بيع فكيف يعقل تصحيح هذا البيع؟ (درس يوم ١٣٩٣/٧/٨) وفي قاعدة من ملك أقوال ثلاثة: ١- البطلان كما عن المقابس واختاره الجواهر والسيد الخوئي في مصباح الفقاهة (٤: ٢٨٤) بأن الإضافة الملكية حال البيع غير محفوظة حال الاجازة ٢- الصحة من دون الحاجة إلى الاجازة كما عن جماعة من الأعيان منهم الشيخ الطوسي واختاره السيد الخوئي في مستند العروة في كتاب الزكاة والخمس ٣- الصحة مشروطاً بالإجازة عن المحقق في المعتبر.

نفوذ البيع بعدم القابلية العرفية وعلى الثاني بعدم القابلية الشرعية. وتظهر الثمرة في فرض الشك في القابلية فإنه إن كان الشك فيها في القابلية العرفية لما جاز التمسك بالعمومات والإطلاقات كعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإطلاق ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فإن الأدلة إمضاء للمعاملات بعد الفراغ عن قابليتها عرفاً وغير القابل خارج عن دائرة الامضاء، ومع الشك فيها يكون المورد من الشبهة الموضوعية.

وإن كان الشك فيها في القابلية الشرعية بعد الفراغ عن القابلية العرفية كالشك في اشتراط العقد بالعربية شرعاً كانت المسألة ذات قولين:  
القول الأول: وهو المعروف بينهم أنه يجوز التمسك بالعمومات والإطلاقات؛ إذ المفروض أنه بيع عرفي ونافذ عندهم، والخطابات الشرعية في المعاملات إمضاء لما هو النافذ عندهم، واحتمال اعتبار قيد زائد شرعاً يدفع بتلك العمومات والإطلاقات.

القول الثاني: ما أفاده المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه - بتوضيح منا - من أنه يمكن أن يقال: إن أدلة المعاملات لا تشمل موارد الشك في القابلية الشرعية، لا من جهة كونها من التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية بتوهم اندراجه تحت الحق القابل وغير القابل، فإن الشبهة إنما تكون مصداقية فيما إذا كان العام معنوياً بعنوان القابل والمخصص معنوياً بعنوان غير القابل؛ لكن الأمر ليس كذلك، فإن القابل وغير القابل عنوانان انتزاعيان من الحق الداخل تحت العموم والخارج عنه.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٥٠.

بل من جهة إهمال أدلة المعاملات من هذا الحيث.

### إطلاق أدلة المعاملات من حيث دون حيث

بيان ذلك: أنّ أدلة المعاملات مطلقة من حيث ومهملة من حيث:

فإنها مطلقة من حيث إنفاذ الأسباب الشرعية، بمعنى أنّ السبب مطلق وليس مقيداً بخصوصية، فيقال مثلاً: الصلح بعنوانه سبب مطلق ولم يقيد بشيء آخر، وهكذا سائر أسباب النقل وهي مهملة من حيث القابلية العرفية والشرعية، فإذا شكّ في حقّ أنه قابل للنقل أم لا؟ فإنه لا يمكن دفعه بإطلاق أدلة الأسباب لأنّ دليل السبب بلحاظ قابلية المورد مهمل، وليس بصدد بيانه من هذا الحيث.

لا يقال: إنا إذا شككنا في إهمال الدليل وإطلاقه نتمسك بإطلاقه بحكم أصالة البيان، فإنّ الأصل العقلاني قام على كونه في مقام البيان بالنسبة إلى أغراضه وانقسامات اللفظ لا في مقام الإهمال.

فإنه يقال: إنّ ذلك إنما يتم فيما إذا شكّ في إهمال الدليل وإطلاقه بعد كون المورد من انقساماته، لا فيما إذا أحرز أنه ليس بصدد بيانه من ذلك الحيث، والمقام من هذا القبيل على وزن قوله تعالى: ﴿فَكُلُّوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾<sup>(١)</sup> فإنّ سوق الآية قرينة على كونها بصدد البيان من حيث حلّية اللحم وحرمة بالتذكية لا من حيث طهارته ونجاسته بمباشرة الكلب المعلم.

(١) سورة المائدة: الآية ٤.



وما أفاده المحقق الاصفهاني فهو متين عندنا<sup>(١)</sup> فإن أدلة المعاملات إنما هي بصدد التنفيذ بحيث السببية، وتكون بهذا الحث مطلقة فيتمسك بإطلاقها فيما إذا شك في اعتبار سبب خاص وليست بصدد التنفيذ بحيث أخربل تكون مهمة.

ربما يقال: إن قابلية الحق للنقل وإن كان لا يمكن إحرازها بإطلاقات أدلة المعاملات ولكنه يمكن إحرازها باطلاق دليل: الناس مسلطون على أموالهم، بتقريب أن الحق على قسمين: حق مالي - كحق الشفعة والخيار، وحق غير مالي - كحق قسم الزوجة والقصاص.

والحق المالي يشمله<sup>(٢)</sup> دليل السلطنة فإن تقييده بالقابلية للنقل تضييق

(١) تقدّم من شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) استدلاله على مختاره بالمحذور الثبوتي والإثباتي.

وملخص بيانه في المحذور الثبوتي أن أدلة المعاملات - كدليل: الصلح جائز - ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ - بالنسبة إلى قابلية المورد للنقل عرفاً وشرعاً إهماله من الملتفت محال وإطلاقه أي سواء كان قابلاً للنقل أم لا أيضاً محال، فبالضرورة العقلية يقيد نفوذ الصلح والبيع بالمورد القابل. وبيانه في المحذور الإثباتي بما في المتن تبعاً للمحق الاصفهاني أعلى الله مقامه بأن إطلاق أدلة المعاملات حيثي وناظر إلى التنفيذ من حيث السبب، وليس له إطلاق بلحاظ قابلية المورد.

وقد تقدم منا المناقشة على كلا المحذورين. فالحق هو التفصيل بين الشك في القابلية العرفية فلا يتمسك بإطلاق أدلة المعاملات لكونه من الشبهة المصدقية، وبين الشك في القابلية الشرعية فيجوز التمسك والسرّف في ذلك: أن الاطلاق والتقييد في أدلة الإمضاء يدور مدار المضى والمقيد في المعاملات العقلانيه إنما هو خصوص القابلية العرفية لا الأعم منها ومن القابلية الشرعية فيتمسك فيها بإطلاق أدلة الإمضاء حتى يثبت خلافه بالدليل.

\* ويمكن أن يجاب: بما تقدم فراجع.

(٢) أو يقال بتقريب الشيخ الأعظم في الخيارات (٥ / ٦١) وهو أن الحق المالي ليس بمال فهو

لسلطنة صاحب الحق ومنافٍ لإطلاق السلطنة وإذا تمّ الإطلاق في الحق المالي يتم بالفحوى في حق غير المالي أو بالبقاء الخصوصية. وبهذا العموم ينقح موضوع عمومات الصلح والعقد والشرط فيتمسك بها للتنفيذ.

### الإشكالات الخمسة على حديث السلطنة

وترد عليه اشكالات:

الإشكال الأول: أنّ حديث السلطنة ضعيف سنداً بالإرسال ولم يذكر في الكتب الروائية، وإنما نقله العلامة المجلسي أعلى الله مقامه في البحار مرسل<sup>(١)</sup> وغير منجبر بعمل المشهور، فإنّ الرواية وإن نقلت في الكتب الفقهية لكن الدوران في الكتب الفقهية لا يكشف عن الإستناد<sup>(٢)</sup>؛ إذ لعل مستندهم هي

→

خارج عن دليل السلطنة موضوعاً ولكنه مندرج في الدليل بالفحوى فان التسلط على الأموال يدل بالفحوى على التسلط على الحقوق المتعلقة بالأموال ثم ينتقل من الفحوى إلى الفحوى. (١) بحار الأنوار (٢: ٢٧٢) رواه عن غوالي اللآلي والغوالي رواه عن الشهيد الأول قال: في الغوالي (١: ٣٨٠) المسلك الثالث في أحاديث رواها الشيخ العالم شمس الملة والدين محمد بن مكي في بعض مصنفاته. والحديث مذكور في الغوالي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩ وص ٤٥٧، الحديث ١٩٨. فالمصدر الأصلي للغوالي هو الشهيد الأول ولعل المصدر للشهيد هو الشيخ في الخلاف (٣: ١٧٦) قال روي عن النبي ﷺ: الناس مسلطون على أموالهم.

وقد يقال: إنّ مستند الشيخ كلام الشافعي ولكن الشافعي لم يسنده إلى النبي ﷺ.

فإنه يقال: إن الشيخ كان له بسط يد على المنايع فلعله أخذه من منبع آخر.

(٢) أفاد شيخنا الأستاذ (دام ظله) في الدورة السابقة: أنّ الرواية وإن كانت مرسلة لكنها عند الشيخ أعلى الله مقامه وغيره متلقاة بالقبول، وأورد عليه بأن عمل المشهور استناداً إليها غير ثابت فلا يكون جابراً لضعف السند.

القاعدة الارتكازية على سلطنة الناس على أموالهم، وإنما ذكروا الرواية تأييداً لتلك القاعدة.

الإشكال الثاني: النقص بالحكم التكليفي فإنه إذا قيل إن الحرمة الوضعية تضيق دائرة السلطنة فيحكم بالجواز الوضعي تمسكاً بإطلاق السلطنة فكذلك يقال في الحكم التكليفي، فإن الحرمة التكليفية أيضاً تضيق دائرة السلطنة فيحكم بالجواز بإطلاق السلطنة كما إذا شككنا في حلية لحم

→

وما ذكره شيخنا الأستاذ (دام ظله) هنا وفي الدورة السابقة منافي لما سيأتي منه عند الاستدلال على صحة المعاطاة بحديث السلطنة في درس يوم: ١٠/١١/١٣٧١ = ٧ شعبان / ١٤١٣ من أن السند مرسل ولكنه من المرسلات المشهورة ذكره القدماء والمتأخرون واستدلوا به كثيراً.

\* ويمكن أن يجاب: ليس الاستدلال بحديث السلطنة عند الأستاذ (مدّ ظله العالی) تاماً، ويشهد له أمور:

١- بيانه في درس يوم ١٠-١١-٧١: "وجه دیگری که استدلال شده است بر صحت معاطاة: این روایت نبوی است...." وهذا لا يشهد تماميته عند الأستاذ (مدّ ظله العالی).

٢- بيانه في الدرس ١٣-١٠-٧١: "محصل بحث این است که نسبت به صحت معاطاة از جهت ادله استدلال به احل الله البيع به جميع وجوه تمام است. استدلال به آیه تجارة عن تراض هم به جميع وجوه تمام است. استدلال به حديث سلطنت بهیج وجه تمام نمی شود."

٣- بيانه في الدرس ١٣-١٠-٧٣: "اگر الناس مسلطون على اموالهم به مسلک مرحوم کمپانی تمام می شد جزء ادله عامه می گردد بالنسبة به معاطاة در تمام ابواب."

وعن العناوين (٢: ١٠) ان الفقهاء يستدلون به في كون الاستقاط موجباً للسقوط وفي كون الاذن مبيحاً للتصرف ونحو ذلك من المقامات.

والحق أن يقال: في سند المرسلة: أن تلقى المشهور من القدماء بالقبول ممنوع صغرى وكبرى، وتلقى المشهور من المتأخرين بالقبول ثابت صغروباً؛ ولكنه لا اعتبار به كبروباً.

إذ النزاع في الجبر بالعمل والوهن بالاعراض إنما هو شهرة القدماء لا المتأخرين.

حيوان وحرمة، فإنه يحكم بالحلية تمسكاً بهذا الاطلاق وهذا مما لا يلتزم به فقيه.

الإشكال الثالث: وهو النقص أيضاً بأنه يلزم عليه القول بتعارض دليل السلطنة مع أدلة المحرمات حيث إن النسبة بينهما عموم من وجه فقد يكون المال حراماً وليس مورداً للسلطنة كحرمة مال الغير، وقد يكون مورداً للسلطنة وليس بحرام كالسلطنة على أمواله المحللة وقد يجتمعان كالسلطنة على أمواله المحرمة كحرمة وطى العبد على مولاه فإنه يتعارض دليل حرمة اللواط مع دليل سلطنة المولى على عبده بالعموم من وجه فليلزم القول بالتعارض والتساقط والرجوع إلى البراءة وهو خلاف الضرورة والاجماع القطعي ولا يمكن أن يلتزم به فقيه.

الإشكال الرابع: أنه لو سلمنا ذلك فإنما يتم في الحق المالي، وأما الحق غير المالي فيحتاج إلى التلازم بالفحوى أو بالمساواة بإلقاء الخصوصية. ولا ملازمة بين الحقين لا بالفحوى ولا بالمساواة، فإن موضوع السلطنة هو الأموال (مسلطون على أموالهم) والسلطنة على المال حقاً كان أو غير حق فهو أمر عقلائي دارج بينهم؛ ولكن السلطنة على الحق غير المالي فليست دارجة بذلك الحد وبهذه الخصوصية تمنع المساواة فكيف بالأولية.

الإشكال الخامس: وهو العمدة أن حديث السلطنة ناظر إلى أمارتكازي عقلائي وهو سلطنة الناس على أموالهم في دائرة المشروع أي تحت القوانين المقررة لا مطلقاً بل ما بلغ.

وإن شئت فقل إن الحديث ليس بصدد بيان السلطنة كما وكيفاً ولا كما

فقط حتى تتوجه عليه النقوض المتقدمة، بل يكون بصدد بيان بسط اليد من ناحية مزاحمة الغير، فمفاد الحديث أنّ الناس ليسوا بمحجورين عن التصرف في أموالهم، فالحديث وإن كان عقداً إيجابياً صورة؛ ولكنه عقد سلبي لبأ بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير، وهذا المبنى أصرّ عليه المحقق الخراساني وتبعه السيد الخوئي أعلى الله مقامهما، وهذا المبنى لا مناص منه وإلا لتوجهت عليه النقوض المتقدمة.

إلى هنا كان البحث في الحقوق الثابتة بالارتكاز العقلاني أو الشرعي.

### الحقوق المستحدثة

وأما الحقوق المستحدثة المتعارفة في زماننا هذا - كحق السرقة وحق امتياز الهاتف (التلفون) ونحوه فيتضح حكمها من حيث المعاوضة من المباحث السابقة وملخصه: أنّ هذه الحقوق بعد الفراغ عن مشروعيتها لا إشكال في جواز المعاوضة على متعلق الحق؛ إذ لا محذور فيه ثبوتاً ولا إثباتاً وأما نفس الحق فجعلها ثمناً وإن لم يكن فيه محذور عقلي خلافاً لبعض الأعلام إلا أنّ فيه محذوراً إثباتياً، فإنّ المتعارف عندهم جعل المتعلق عوضاً لانفس الحق وهذا التعارف يوجب الانصراف لأدلة الإمضاء ولا اقل من الشك في قابليته للعرض عقلاء فلا يصح التمسك بتلك العمومات، بل لا يصح التمسك بها مع الشك في قابليته شرعاً، بعد الفراغ عن قابليته عقلاء وقد تقدّم الوجه فيه عن المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه.

(١) حاشية المكاسب ٥٠:١.

وفي مثل حق امتياز الهاتف (التلفون) ونحوه بعد الفراغ عن مشروعيته يقع الكلام في أن سند الحق أي أوراق الكمبيالات يجعل ثمناً أو نفس الحق .  
أما السند فيجوز جعله ثمناً في البيع إذا كان مالأً ومما يبذل بإزائه المال وأما إن قلنا إنه وثيقة فقط ولا يقع طرف المعاوضة إذ ليس له المالية فلا يجوز المعاوضة عليه .

وأما الحق أي نفس الإضافة فقد تقدم أن جعله ثمناً لا محذور فيه ثبوتاً، بل المحذور فيه إثباتي .

ولكن البحث العمدة في هذه الحقوق إنما هو في مشروعيتها ويمكن أن نثبت المشروعية في مثل حق السرقفلية على طريق حق الشرط بتصويرين<sup>(١)</sup> .  
التصوير الأول: أن يكون بدل الإيجار السنوي مئة دينار مثلاً إلا أن المالك لغرض ما يؤجرها بمبلغ خمسمئة دينار ويشترط على نفسه في ضمن العقد أن يجدد الإيجار لهذا المستأجر أو لمن يتنازل المستأجر سنوياً بدون زيادة ونقصية فيجوز للمستأجر التخلية بمبلغ يساوي لما دفعه إلى المالك وليس للمالك مخالفته حسب الشرط المقرر .

التصوير الثاني: أن يشترط في عقد الإيجار بما يلي:

الف - ان لا يكون للمالك إجبار المستأجر على التخلية وللمستأجر حق البقاء في المحل .

ب - للمستأجر حق تجديد عقد الإجارة بالصورة التي وقع عليها في السنة

(١) هذان التصويران ذكرهما السيد الخوئي في منهاج الصالحين وأمضاهما شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) ولم يعلق عليهما . منهاج الصالحين ٢: ٤٤٨ .

الأولى فإذا دفع شخص مبلغاً للمستأجر إزاء تنازله عن المحل وتخليته فقط يجوز للمستأجر أخذ المبلغ المذكور وتكون إزاء التخلية فقط لا بإزاء انتقال حق التصرف منه إلى غيره وذلك الثالث يستأجر المحل من المالك إذ المالك بعد التخلية له الحرية في إيجار المحل.

وكذلك يقال في سائر الحقوق الامتيازية.

قال الشيخ أعلى الله مقامه: <sup>(١)</sup> (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، بل هو باقٍ على معناه العرفي كما سنوضحه <sup>(٢)</sup> إن شاء الله.

### آراء الفقهاء في تعريف البيع

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه:

ففي المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها: انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي).

استظهر الشيخ أعلى الله مقامه أن لفظ البيع في الأدلة الشرعية ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية لا بوضع تعييني ولا تعيني، بل هو باقٍ على معناه العرفي، إلا أن الفقهاء أعلى الله مقامهم قد اختلفوا في تحديده وعرفوه بتعاريف:

### التعريف الأول

التعريف الأول: - الذي هو أقدم التعاريف - ما ذكره الشيخ في المبسوط <sup>(٣)</sup>

(١) المكاسب طبع آثار الشيخ ٣: ١٠٠.

(٢) عند التعرض لكلام الشهيدين أعلى الله مقامهما (كتاب المكاسب ٣: ١٩).

(٣) المبسوط ٢: ٧٦.

واختاره ابن إدريس في السرائر<sup>(١)</sup> والعلامة في التذكرة<sup>(٢)</sup> وغيرها كالقواعد<sup>(٣)</sup> والتحرير<sup>(٤)</sup> من أنّ البيع انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي.

### إشكالات على التعريف الأول

واستشكل على هذا التعريف بإشكالات:

### إشكال الشيخ

الإشكال الأول: ما ذكره الشيخ<sup>(٥)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ في هذا التعريف مسامحة واضحة<sup>(٦)</sup>.

(١) السرائر ٢: ٢٤٠.

(٢) التذكرة ١: ٤٦٢، وفي الطبع الجديد ١: ٥٠.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٦ طبع دفتر انتشارات اسلامي ١٤١٤. وطبع آخر ١: ١٢٣.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٥ طبع مؤسسة الامام الصادق ع ١٤٢٠ وفي طبع آخر ١: ١٦٤.

(٥) كتاب المكاسب طبع آثار الشيخ ٣: ١٠.

(٦) عن العلامة بحر العلوم في مصابحه إشكالات على التعريف تكون منشأ التسامح:

أولها: أنّ البيع فعل فلا يكون انتقالاً لأنه انفعال بمعنى أنّ البيع متعدّد والانتقال لازم فلا ترادف.

ثانيها: أنّ الانتقال أثر البيع وغايته أنه مسبب عنه لا نفسه.

ثالثها: أنّ تعريفه بالانتقال لا يوافق تصاريف البيع.

الإشكال الأول: ناظر إلى امتناع تعريف المبين بالمباين لتباين المقولات.

الإشكال الثاني: ناظر إلى امتناع تعريف الشيء بأثره.

الإشكال الثالث: ناظر إلى أن تعريفه بالانتقال منافٍ لسائر مشتقات البيع وتصاريفه. راجع مفتاح

الكرامة ١٢: ٤٧٦ طبع جماعة المدرسين.



### بيان المحقق الاصفهاني في وجه التسامح

قال المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه في وجه التسامح:

إن البيع - بما له من المعنى - أمر يقوم بالبائع لا بالعوضين، فهو إما نقل أو تمليك أو تبديل، لا الانتقال والبديلية فإنهما يقومان بالعوضين.

### بيان السيد الخوئي في وجه التسامح

وعن السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه: أن المصنف رماه إلى التسامح الواضح ولعل الوجه فيه أن الانتقال أثر للبيع فلا يسوغ تعريف الشيء بأثره إلا على سبيل العناية والمجاز.

### نقد العلمين

ويتوجه على هذين العلمين (الأستاذ والتلميذ) أن البيع بلا إشكال ليس من الأعراض والجواهر حتى يكون تعريفه تعريفاً منطقياً بالحد والرسم والتام والناقص، بل هو من الاعتباريات وليس فيها تعريف منطقي.

بل أريد به هنا في مقام التعريف ما وقع في الخارج من العمل الانشائي مع قطع النظر عن الحيث المصدرى والاسم المصدرى أي ذات مادة البيع مع قطع النظر عن النسبة الصدورية والوقوعية نظير الضرب في مقام التعريف، فإنه يعرف بما هو حدث مع قطع النظر عن الاضافة، فالبيع بمعنى النقل والانتقال

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٥٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٥٣، وعن السيد البيهقي في وجه المسامحة: وذلك لأن الانتقال أثر للبيع وأيضاً أنه فعل والانتقال انفعال (حاشية المكاسب ١: ٢٩٢)، طبع جديد.

أمر واحد بالذات ويتغاير بالاعتبار، فإنه بلحاظ صدوره عن البائع نقل ويسمى بالمصدر، وبلحاظ العوضين انتقال يسمى باسم المصدر، فالنقل والانتقال تكون النسبة بينهما نسبة المصدر واسم المصدر يتحدان بالذات ويتغايران بالاعتبار كالأيجاد والوجود، لا نسبة العلة والمعلول والمؤثر والأثر.

فما ذكره السيد الخوئي أعلى الله مقامه في مقام الإشكال على التعريف بأن الانتقال أثر البيع لا نفس البيع إن أراد به الانتقال الشرعي فهو وإن كان متيناً، فإن النسبة بين البيع والانتقال الشرعي نسبة الموضوع والحكم لكنه ليس بمراد؛ لأنه في مقام تعريف البيع بما له من المعنى العرفي والانتقال الشرعي خارج عن هذه الدائرة.

وإن أراد به الانتقال بنظر البائع كما هو المراد به قطعاً هنا<sup>(١)</sup> لأنّ التعريف بصدد تفسير فعل البائع فلا محالة تكون النسبة بينهما نسبة المصدر واسم المصدر لا العلة والمعلول.

(١) وفيه انه كذلك لولا بعض القرائن الموجودة في التعريف كقوله: بعوض مقدر على وجه التراضي فإن معلومية العوض وكونه على وجه التراضي من القيود الدخيلة في الانتقال الأثري العرفي أو الشرعي فهو المراد ولا أقل من الاحتمال.

ويستفاد من بعض كلمات الشيخ الأعظم (المكاسب ٣: ١٨) كقوله (وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال فلم يوجد في اللغة ولا في العرف، وإنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط) أنه فسر الانتقال في تعريف المبسوط بالانتقال الأثري العرفي أو الشرعي.

\* ويمكن أن يجاب: بأنّ ظاهرهما في مصباح الفقاهة كونه في مقام تعريف البيع عرفاً، ويشهد له أن السيد الخوئي يطرح هذه التعاريف ذيل كلام الشيخ<sup>ؑ</sup> قوله: (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية، ولا منشورية بل هو باقٍ على معناه العرفي). أقول: قد عرف الفقهاء البيع بتعاريف شتى غير ما ذكرناه...\*

ويؤكد ما ذكرناه اعتراف نفس العلمين بأن النسبة بين النقل والانتقال نسبة المصدر واسم المصدر متحدان بالذات ومتغايران بالاعتبار.

قال المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> ذيل قول المصنف: (وأما البيع بمعنى الأثر فهو الانتقال) أنه إن أُريد بالانتقال حاصل المصدر المعبر عنه باسم المصدر تارة، وبالمبدأ الساري أخرى في قبال النقل المصدري كان صحيحاً.

قال السيد الخوئي<sup>(٢)</sup>: إن أُريد من الانتقال اعتبار الملكية بنظر المتبايعين فإنه يجوز تعريف البيع بذلك؛ لأنّ الانتقال متحد مع البيع وجوداً لما عرفت قريباً من اتحاد اليجاد والوجود وإن تغايراً اعتباراً.

فنقول: إنّ البيع في تعريف المبسوط ناظر إلى الانتقال بما هو فعل البايع لا الانتقال الشرعي حتى يتوجه التسامح.

### إشكال المحقق الثاني على التعريف الأول

الإشكال الثاني: أنّ البيع فعل والانتقال انفعال فيكون من تعريف المباين بالمباين فإنّ الفعل والانفعال مقولتان ومقولات متباينات، والأصل في هذا

→

مضافاً إلى أن القيود المذكورة كما يمكن أخذها في تعريف الانتقال، كذلك يمكن أخذه في تعريف النقل، فلا تكون قرينة على كون المراد الانتقال الأثري.

(١) حاشية المكاسب ١: ٨١. قال الأستاذ (دام ظلّه): ذكر الاصفهاني ذيل أو هام حول تعريف البيع ولم نعرّبه ولذلك أسقطناه من التقرير.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٧٦. لكنه لا تنافي بين المقامين إذ فرق بين ما يستظهر من تعريف المبسوط والسرائر والعلامة وكلام الشيخ الأعظم من أنّ لفظ الانتقال أُريد به الانتقال الشرعي، فالتعريف مسامحي وبين ما إذا أُريد بالانتقال اعتبار الملكية بنظر المتبايعين دون اعتبار الملكية العرفية والشرعية فلا مسامحة فيه لاتحاد الانتقال مع البيع وجوداً.

الإشكال هو المحقق الثاني في جامع المقاصد<sup>(١)</sup> حيث قال، وأيضاً فإنَّ البيع فعل فكيف يكون انتقالاً.

واختاره الجواهر<sup>(٢)</sup>، قال: ولأنَّ البيع فعل فلا يكون انتقالاً؛ لأنه انفعال.

وحكاه مفتاح الكرامة<sup>(٣)</sup> عن أستاذه العلامة بحر العلوم.

ووجه الإشكال بما تقدم من أنَّ البيع من مقولة الفعل، والانتقال من مقولة

الانفعال والمقولات متباينات فيلزم تعريف المبين بالمبين.

### نقد المحقق الثاني ومن تبعه

وفيه أنَّ ما ذكر من التقابل يتم في المقولات لا في الاعتباريات، والبيع فعل

عرفي اعتباري وليس بمقولي.

بيان ذلك: أنَّ الفعل المقولي عبارة عمّا له تأثير تدريجي، كتأثير النار في

حرارة الماء، والانفعال المقولي عبارة عمّا له تأثير تدريجي كتأثير الماء بالحرارة،

والمقولات حقايق متقابلات لا يمكن تعريف إحدهما بالأخرى.

وهذا بخلاف البيع فإنه فعل عرفي اعتباري.

والفعل العرفي التكويني قد يتحد مع الانفعال العرفي فكيف بالاعتباري.

فإن النقل المكاني (كانتقال الحجر من مكان إلى مكان) بذاته شيء واحد،

(١) جامع المقاصد ٤: ٥٥.

(٢) الجواهر ٢٣: ٣٣٦، طبع جماعة المدرسين.

(٣) مفتاح الكرامة ١٢: ٤٧٦، طبع جماعة المدرسين. لكن المحكي في مفتاح الكرامة أنَّ البيع فعل متعدٍ والانتقال فعل لازم لا يصح تعريف المتعدي باللازم، وهذا هو الإشكال التالي الذي نسبه شيخنا الأستاذ إلى شريف العلماء.

وبالإضافة إلى المحرك نقل ويسمى بالمصدر، وبالإضافة إلى المتحرك انتقال وتحرك يسمى باسم المصدر، فهما متحدان ذاتاً ومتغايران اعتباراً. وإذا كان هذا حال النقل الخارجي فكيف بحال النقل الاعتباري<sup>(١)</sup>.

### إشكال العلامة بحر العلوم على التعريف الأول

الإشكال الثالث: ما ذكره العلامة بحر العلوم على ما حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامة<sup>(٢)</sup> من أن البيع فعل فلا يكون انتقالاً؛ لأنه انفعال وهو فعل لازم مطاوع للنقل، فلا يصح تعريف البيع المتعدي به، وملخصه أن البيع من أفعال التعدية والانتقال من أفعال اللازم، ولا يصح تعريف المتعدي باللازم، واختاره المحقق شريف العلماء<sup>(٣)</sup>.

وفيه أن اللزوم والتعدية إنما يتحققان من ناحية النسبة لا المادة<sup>(٤)</sup> كالكسر

(١) والأصل في هذا البيان هو المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه حيث قال: إن كل ما يعد فعلاً عرفاً ليس من مقولة الفعل اصطلاحاً، بل ما له حالة التأثير التجديدي المساوق لحالة التأثير التجديدي في غيره كتأثير النار في حرارة الماء مثلاً، وتأثير الماء به هو المسمى بمقولة الفعل المقابلة لمقولة الانفعال، لا كل فعل خارجي فضلاً عن النقل الاعتباري. حاشية المكاسب: ١.

(٢) مفتاح الكرامة ١٢: ٤٧٧، نقلاً عن مصابيح الأحكام في البيع: ٢٣٠، مخطوط. وقال السيد العاملي بعد ما نقل كلام أستاذه الشريف بطوله: هذا كلامه بعباراته وقد نشر قلّمه الشريف من غرر التحقيق وفرائد التحقيق في هذا الباب ما لم يأت به أحد من الأصحاب فأحببت أن أحلي بها هذا الكتاب بنقل ذلك بعبارته وأن كل ما في هذا الكتاب من بركاته.

(٣) وقال الشيخ نظير ذلك عند الجواب عن نقض تعريف البيع بالصلح بما حاصله أن البيع متعدي بنفسه والصلح متعدي به (على) فلا يعقل أن يكون أحدهما مرادفاً للآخر. المكاسب ٣: ١٣.

(٤) كما عن سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي أن التعددي وللزوم أمران تعبديان في اللغة وليسوا داخليين في صميم معنى اللفظ (راجع بحوث في علم الأصول ٥: ٤٥٥).

والانكسار، فإنهما واحدتان مادة والتعدي في الكسر، واللزوم في الانكسار إنما طرأ من ناحية النسبة.

والبيع إنما يعرف بما له من المادة التي تقع تحت المشتقات المختلفة أي ما صدر مع قطع النظر عن النسبة الصدورية والوقوعية وبما له من المعنى الذي يقع تحت تصاريفه ومشتقاته.

فنقول: إن تعريف البيع بالانتقال بلحاظ نسبة اللزوم يلزم فيه المحذور؛ إذ البيع بلحاظ النسبة متعدد فلا يمكن تعريف المتعدي باللازم؛ ولكن الصحيح أن البيع يعرف بما له من المعنى مع قطع النظر عن النسبة الصدورية والوقوعية. وتبين مما ذكرنا أن منشأ الخطأ في هذه الإشكالات أمران:

أولهما: تفسير الانتقال بالانتقال الشرعي وقد عرفت أن المراد من الانتقال في تعريف البيع هو الانتقال بما هو فعل البائع.

ثانيهما: توهم التعدد الذاتي بين النقل والانتقال، وقد عرفت أن النسبة بينهما نسبة المصدر واسم المصدر متحدان ذاتاً ومتغايران اعتباراً، وتعريف أحدهما بالآخر إنما هو باعتبار الوحدة الذاتية.

### الحق في الإشكال على التعريف المبسوط

والحق في الإشكال على تعريف المبسوط ومن تبعه ما ذكره الشيخ أعلى الله

→

وفيه أن التعدي على قسمين: ١- التعدي في المادة إذا كان الفعل صدورياً لا حلولياً ٢- التعدي في النسبة وهو إذا كان التعدي بالحرف إذ الحروف موضوعة للنسبة فيكون التعدي بهذا اللحاظ. \* ويمكن أن يجاب: التعدي في النسبة ليس منحصراً في الحروف، فإن (أذهب) متعدي بنفسه لا بالحرف.

مقامه من المسامحة ووجه المسامحة أنه قد أخذ في التعريف ما لا يكون دخیلاً في مفهوم البيع، بل هو دخيل في صحته كأخذ العوض المقدر على وجه التراضي، فإن كون العوض مقدراً من شرائط الصحة وكذلك التراضي في البيع فإنه يعد من شرائط الصحة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ فيدور الأمر مدار أن البيع هل هو موضوع للصحيح أو الأعم؟

فإن قلنا إن البيع حقيقة في الصحيح كما اختاره الشهيدان<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامهما كان التعريف خالياً عن هذه المناقشة.

وإن قلنا إنه حقيقة في الأعم كان الإشكال وجيهاً؛ لأن القيد دخیلان في الصحة دون المفهوم.

لا يقال لماذا لا نقول إن الشيخ الطوسي أعلى الله مقامه صحيحي كالشهيدين ولا أقل من الاحتمال، وكذلك يقال للعلامة في القواعد والتذكرة.

فإنه يقال من راجع المبسوط<sup>(٢)</sup> والقواعد<sup>(٣)</sup> والتذكرة<sup>(٤)</sup> يجد أن الشيخ

(١) المسالك ٢: ١٩٨، القواعد والفوائد ١: ١٥٨ وتعرض إليه الشيخ في المكاسب ٣: ١٩.

(٢) المبسوط ٢: ٧٦، هذا البيع صحيح، ولا يجوز بيع عين بصفة مضمونة، وفي ص ٩٤ إذا كان البعض من غير جنسه بطل البيع فيه ولا يبطل في الباقي وفي ص ٩٨ إذا باع ثوباً بمئة درهم من صرف عشرين درهماً بدينار لم يصح الشراء؛ لأن الثمن غير معين، وقال إذا اشترى ثوباً بمئة درهم إلا ديناراً أو مئة درهم إلا درهماً لم يصح؛ لأن الثمن مجهول.

(٣) راجع القواعد متن جامع المقاصد ٤: ٧٨، لو باع ملكه وملك غيره صح في ما يملك ووقف الآخر على إجازة المالك. وص ٨٢: ولو ضم إلى المملوك حرّاً أو خمراً أو خنزيراً صح في المملوك وبطل في الباقي. وص ٨٤: ولو باع أربعين شاة وفيها الزكاة مع عدم الضمان لم يصح في نصيبه إذ ثمن حصته مجهول على إشكال، وص ٨٧ و ٨٨ و ٩٢ لا يصح بيع الطير في الهواء و٩٣ والعلم فلا يصح بيع المجهول.

(٤) التذكرة ١٠: ٦٢، لو كان المبيع مما يتغير في مثل تلك المدة غالباً لم يصح البيع؛ لأنه مجهول

والعلامة من القائلين بوضع البيع للأعم، فإنهما ذكرا فروعاً فيها بعض التعابير التي تكون قرينة على الأعمية مثل أن هذا بيع صحيح ولا يصح البيع ولا يجوز البيع وبطل البيع، وغير ذلك من التعابير، والمحمول بالحمل الشائع غير الموضوع مفهوماً ومتحد معه مصداقاً.

### التعريف الثاني للبيع

التعريف الثاني ما اختاره العلامة أعلى الله مقامه في المختلف<sup>(١)</sup> تبعاً لابن حمزة<sup>(٢)</sup> من أن البيع عقد على انتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على جهة التراضي.

فإنه ذكر تعريف المبسوط أولاً ثم عدل عنه إلى التعريف المذكور آنفاً عن ابن حمزة وقال: والأقرب قول ابن حمزة. إليك نص كلامه: قال الشيخ في المبسوط: البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي، وتبعه ابن إدريس على ذلك، وقال ابن حمزة: البيع عقد على انتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على جهة التراضي، والأقرب قول ابن حمزة، لنا أنه المتبادر إلى الفهم عند الإطلاق فيكون حقيقة فيه.

→

وص ٦٣ لا يصح بيع اللبن في الضرع عند علمائنا أجمع، ولكن لعل المراد من الصحيح هو الصحيح العرفي، وهذه العبارات تدل على الصحيح الشرعي وكم فرق بينهما، وقال صاحب هداية المسترشدين ١: ١٤٩، إن المراد من كون أسامي المعاملات موضوعة للصحيحة هو الصحيح العرفي لا الشرعي.

(١) المختلف ١: ١٦٩، وفي الطبع الجديد ٥: ٥١.

(٢) الوسيلة في الجوامع الفقهية: ٧٤٠.



وقول الشيخ<sup>(١)</sup> «أعلى الله مقامه: عدل آخرون إلى تعريفه ب: (الإيجاب والقبول الدالين على الانتقال) ناظر إلى تعريف العلامة في المختلف ومن تبعه، فإنه أول من بدأ بهذا التعريف إذ المراد بالعقد في تعريف العلامة هو الإيجاب والقبول.

### إشكالان على التعريف الثاني

وقد أورد على هذا التعريف بإشكالين:

#### إشكال الشيخ على التعريف الثاني

الإشكال الأول: ما ذكره الشيخ<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه من أن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ المجرد أو بشرط قصد المعنى والإيجاب والقبول من مقولة اللفظ ولا يعقل إنشاء اللفظ باللفظ، فالبيع الإنشائي لا يعقل تعريفه بما ليس قابلاً للإنشاء. وهذا البيان وجيه.

(١) المكاسب ٣: ١٠. والظاهر أن نظر الشيخ من الآخرين هو المحقق في المختصر (١: ١١٨) والشهيد في الدروس ٣: ١٩١، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٢٤. من أخذهم الإيجاب والقبول في مفهوم البيع لا العلامة فإنه لم يأخذهما في المفهوم وإنما أخذهما فيه بالوجوب الشرطي، وبدل عليه ما ذكره في المسألة اللاحقة من المختلف بقوله:

مسألة: لا بد في عقد البيع من الإيجاب والقبول ولا يكفي المعاطاة في العقد.

\* ويمكن أن يجاب: بأن الظاهر أن نظر الأستاذ (مدّ ظله العالی) إلى ما قاله في المختلف: وتبعه ابن إدريس على ذلك. وقال ابن حمزة: البيع عقد على انتقال عين مملوكة أو ما هو في حكمها من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي. والأقرب قول ابن حمزة. وقوله في ما بعد من لا بدية الإيجاب والقبول لرد المعاطاة، ولا بدية أعم من كونه من جهة اقتضاء البيع أو من جهة الاشتراط.

(٢) كتاب المكاسب ٣: ١٠، وحيث إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى، وإلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ.

### مناقشة السيد الخوئي على الشيخ

وناقشه السيد الخوئي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه بأن هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف الشيخ أيضاً فإنه أخذ الإنشاء في تعريف البيع وقال<sup>(٢)</sup>: والأولى تعريفه بأنه إنشاء تملك عين بمال.

### نقد السيد الخوئي

وهذه المناقشة تتوجه على السيد الخوئي بعينها فإنه عرف البيع بإنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهة الاضافة، والإنشاء عبارة عن إبراز الأمر الاعتباري بقول أو بفعل وكلاهما ليسا قابلين للإنشاء.

### إشكال شريف العلماء والجواهر على التعريف الثاني

الإشكال الثاني: ما ذكره بعض الأكابر كشريف العلماء وغيره<sup>(٣)</sup> من أنّ البيع من مقولة الفعل، والعقد من مقولة الكيف والمقولات العشرة متباينة فلا يصدق بعضها على بعض. وفيه أنّ البيع من الاعتباريات لا المقولات فهو خارج موضوعاً عن المقولات العشرة.

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٥٤؛ ولكن هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف المصنف أيضاً؛ لأنه أخذ

الإنشاء في تعريف البيع.

(٢) المكاسب ٣: ١١.

(٣) الجواهر ٢٣: ٣٣٦، طبع جماعة المدرسين.

## تعريف جامع المقاصد

التعريف الثالث: ما نسبته الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه إلى المحقق الثاني في جامع المقاصد من أنّ البيع: نقل العين بالصيغة المخصوصة. ولكن الموجود في جامع المقاصد<sup>(٢)</sup>: والأقرب أنّ البيع هو نقل الملك من مالك آخر بصيغة مخصوصة.

والفرق بين التعبيرين أنّ نقل العين على تعبير الشيخ يتمّ نقل العين من الجهة، كالزكاة فإنّ مالكةا الجهة لا الشخص ولا يختص بما إذا كان مالك العين شخصاً، وهذا بخلاف التعبير الموجود في جامع المقاصد فإنه يختص بالنقل من المالك الشخصي لظهور كلمة (من مالك آخر) في ذلك.

إلا أنّ يُدعى أنّ المالك بمفهومه أعم من الشخص والجهة.

وقد اعتمد على أخذ النقل في تعريف البيع عدة من الأعاظم كالمحقق في الشرايع<sup>(٣)</sup> قال في تعريف عقد البيع: العقد هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك آخر بعوض معلوم.

وكالشهيد في اللمعة<sup>(٤)</sup> وكذلك المحقق شريف العلماء فإنه - بعد ما نقل

(١) المكاسب ٣: ١٠.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٥٥.

(٣) راجع الشرايع متن الجواهر ٢٢: ٣٤٠، فإنّ التعريف وإن كان عقد البيع بالمطابقة إلا أنه يدل بالالتزام الضمني على أنّ البيع عبارة عن نقل الملك.

(٤) راجع اللمعة في الروضة البهية ١: ٣١٢، كتاب المتاجر: (الفصل الثاني في عقد البيع... قال: عقد البيع وهو الإيجاب والقَبُولُ الدَّالُّانِ عَلَى نَقْلِ الْمَلِكِ بِعَوْضٍ مَعْلُومٍ) وتقريب الاستدلال به بما تقدم في تعريف الشرايع من أنه يدلّ ضمناً على أنّ البيع عبارة عن نقل الملك، واحتمل الشهيد

تعريف البيع بالعقد والانتقال واستشكل عليه - ، اختار تعريفه بالنقل، واستدل على مختاره بوجهين: التبادر وموافقة النقل مع تصاريف البيع بخلاف الانتقال.

وكذا صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه فإنه بعد ما نقل تعريف البيع بالعقد والانتقال اختار تعريفه بالنقل واستدل عليه بالتبادر<sup>(٢)</sup>، قال: الظاهر أنه النقل للتبادر.

وهذه التعاريف الثلاثة هي المعروفة بين الفقهاء والمتداولة بينهم يعني تعريف الشيخ في المبسوط وتعريف العلامة في المختلف وتعريف جامع المقاصد.

### إشكالات من الشيخ على تعريف جامع المقاصد وأورد الشيخ<sup>(٣)</sup> على تعريف جامع المقاصد بإشكالات ثلاثة:

→

الثاني في الروضة كون إضافة العقد إلى البيع بيانية فيكون التعريف لنفس البيع بالمطابقة، فلا يكون شاهداً على التعريف الثالث؛ ولكنه خلاف الظاهر؛ ولذلك قال صاحب الجواهر ذيل تعريف المحقق في الشرايع وظاهره كاللمعة: أن البيع نقل الملك.

(١) الجواهر ٢٣: ٣٣٦.

(٢) بل استدل على مراده بوجه أربعة:

الوجه الأول: التبادر الذي لا ينافي اقتضاؤه الحقيقة إطلاقه على العقد مسامحة.  
الوجه الثاني: أن البيع من مقولة الفعل، والانتقال من مقولة الانفعال، والعقد من مقولة الكيف، والمقولات متباينات.

الوجه الثالث: أن الانتقال أثر البيع والعقد سببه فيمتنع تعريف البيع بهما.

الوجه الرابع: أن النقل هو الموافق لتصاريف البيع وما يشتق من الأفعال والصفات.

(٣) المكاسب ٣: ١٠.

الإشكال الأول من الشيخ على تعريف جامع المقاصد  
الإشكال الأول: أن النقل ليس مرادفاً للبيع، بل أعم منه لصدقه على الصلح  
ونحوه ولذلك صرح العلامة في التذكرة<sup>(١)</sup> بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت  
فإنه من الكنايات ولا يجوز الإنشاء بالكناية.

### نقد الشيخ

وفيه أولاً أن مرادفة جزء المعرف مع المعرف لا يعتبر في التعريف الحقيقي  
فكيف بالتعريف المفهومي.

بيان ذلك: أن التعريف قد يكون حقيقياً كالتعريف المنطقي<sup>(٢)</sup> بالحد أو  
الرسم كتعريف الإنسان بالحيوان الناطق أو بالحيوان الضاحك .  
وأخرى مفهوماً لغوياً أو عرفياً ولا يعتبر في التعريف الحقيقي أن يكون جزء  
المعرف مرادفاً مع المعرف؛ ولذلك يصح التعريف بالجنس والفصل، فبطريق  
أولى لا يعتبر ذلك في التعريف المفهومي؛ لكونه أسهل من التعريف الحقيقي.  
بل حد البرهان كفاية مرادفة مجموع المعرف مع المعرف، فمفهوم النقل  
في تعريف جامع المقاصد وإن كان أعم من مفهوم البيع؛ لكنه بضميمة<sup>(٣)</sup>

(١) التذكرة ١٠: ٩، قال الشيخ الأعظم في شروط العقد (المكاسب ٣: ١٢٠) والمراد بالصريح كما  
يظهر من جماعة من الخاصة والعامة في باب الطلاق وغيره ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد  
لغة أو شرعاً، ومن الكناية ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد إفادة نفسه بالقرائن وهي  
على قسمين جلية وخفية.

(٢) قال التفنيزاني: التعريف بالفصل القريب حد، وبالخاصة رسم، فإن كان مع الجنس القريب  
فتام، وإلا فناقص. الحاشية لملا عبد الله: ٥٨.

(٣) الأصل في هذين الإشكاليين هو الشهيدي (هداية الطالب ٢: ٢٣). ولكن لعل المراد أنه يعتبر

بقية القيود يكون مرادفاً مع البيع.

وثانياً: أنّ ما نسبته إلى صريح التذكرة<sup>(١)</sup> من أنّ النقل من الكنايات لم نعثر به والموجود في التذكرة في شروط البيع هكذا: الرابع التصريح فلا يقع بالكناية مع النية مثل أدخلته في ملكك أو جعلته لك أو خذه مني بكذا أو سلطتك عليه بكذا عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأن المخاطب لا يدري بمّ خوطب.

فأصل الكبرى وهو عدم وقوع البيع بالكناية ثابت عند العلامة أعلى الله مقامه واستدل على مختاره بوجهين:<sup>(٢)</sup> باستصحاب الملك، وبأنّ المخاطب لا يدري بمّ خوطب في باب الكناية.

ثم قال وأصح وجهي الشافعي: الوقوع، قياساً على الخلع.

وناقشه بأن لا يمنع الأصل وينتقض بالنكاح يعني أنا نمنع القياس أولاً، وعلى التنزل ينتقض بالنكاح فإنّ النكاح لا يصحّ أن يقع بالكناية.

وأما التطبيق فطبّق الكبرى على أمثلة وليس النقل منها.

بل نقول إنّ لفظ النقل عنده من الألفاظ الصريحة لا الكنائية، والشاهد

→

في التعريف صراحة اللفظ بنفسه لا بضم القرائن يعني كون اللفظ موضوعاً له بنفسه فلا يقع بالمجازات؛ ولذلك قال في جامع المقاصد ٤: ٥٨: إنّ الأفعال ليست صريحة كالأقوال وإنما تدل مع القرائن، وقال: لا بد من صيغة الماضي لأنه صريح في إرادة نقل الملك، وأما المستقبل فهو شبيه بالوعد والأمر وبعيد عن المراد جداً (جامع المقاصد ٤: ٥٩) فيتوجه عليه إشكال الشيخ بأنّ النقل ليس بنفسه من الألفاظ المصرحة أي الموضوعه للبيع بل هو من الكنايات وأشار إلى هذا المامقاني (٤: ٢٧) والشهيد ذيل كلامهما.

(١) التذكرة ١٠: ٩.

(٢) المصدر نفسه.

عليه أنّ حقيقة البيع عنده عبارة عن الانتقال كما صرح به في التحرير<sup>(١)</sup> قال:  
 البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض معلوم على وجه التراضي  
 والانتقال هو النقل فكيف يعقل أن يجعل النقل من الكنايات.  
 فكما يصح الإيجاب بصيغة بعث وملك، وما يقوم مقامهما فكذلك  
 يصح بصيغة نقلت على نسق واحد، بل النقل أولى بالدلالة على الانتقال.

### الإشكال الثاني من الشيخ على تعريف جامع المقاصد

الإشكال الثاني أنّ هذا التعريف ليس جامعاً للأفراد فإنّ المعاطاة عند<sup>(٢)</sup>  
 المحقق الثاني بيع ولكنه لا ينطبق عليه التعريف لخلوها عن الصيغة.

### نقد الشيخ

وفيه أنّ المحقق الثاني أعلى الله مقامه أراد من التعريف تعريف البيع المنشأ  
 بالقول لا البيع المطلق، سواء أنشأ بالقول أو بالفعل، وذلك بقريئة ما صرح في  
 جامع المقاصد من كون المعاطاة بيعاً بالاتفاق فإنّ بهذا التصريح يستكشف أنه  
 أراد بالتعريف تعريف البيع الخاص لا المطلق فلا يتوجه عليه هذا الإشكال<sup>(٣)</sup>.

(١) التحرير: ١: ١٦٤، وكذلك في التذكرة قال الأول في ماهيته وهو انتقال عين مملوكة من شخص  
 إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨، قال: المعروف بين الأصحاب أنها (المعاطاة) بيع وإن لم يكن كالعقد  
 في اللزوم خلافاً لظاهر عبارة المفيد، ولا يقول أحد من الأصحاب بأنها بيع فاسد سوى المصنف  
 (العلامة) في النهاية وقد رجع عنه في كتبه المتأخرة عنها وقوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يتناولها  
 لأنها بيع بالاتفاق حتى القائلين بفسادها لأنهم يقولون هي بيع فاسد.

(٣) وفيه أنّ المدار في الحدود والتعاريف على المصرحات ولو بالقريئة المتصلة لا على المرادات

## الإشكال الثالث من الشيخ على تعريف جامع المقاصد

الإشكال الثالث: أنّ البيع بمدلوله من الانشائيات ومن ناحية أنّ الصيغة قد أخذت في مدلول البيع والنقل بالصيغة لا يعقل إنشاؤه بالصيغة .  
ولا يندفع الإشكال بتصوير أنّ الصيغة لم تؤخذ في مدلول البيع حتى يكون مدلول بعث: نقلت بالصيغة، بل أخذت بعنوان مشير إلى حصة خاصة من مدلول النقل؛ لأنّ الصيغة على هذا التصوير إما أريد بها خصوص بعث أو ما يشمل ملكة، فعلى الأوّل يلزم الدور؛ لأنّ المقصود من التعريف معرفة مادة بعث، ولو توقفت على نفس بعث لزم الدور وبيان آخر أنّ البيع يتوقف على معرفة حصة من النقل، ومعرفة هذه الحصة تتوقف على معرفة المحصص، والمحصص إما أريد بها خصوص صيغة بعث أو أعم منها ومن ملكة ونقلت، فعلى الأوّل يلزم الدور فإنّ معرفة البيع تتوقف على معرفة بعث، ومعرفة بعث تتوقف على معرفة البيع، فالموقوف نفس الموقوف عليه وبالعكس.  
وعلى الثاني وجب في مقام التعريف الاقتصار على خصوص التملك والنقل وعدم التقييد بالصيغة المخصوصة؛ لأنّ المفروض أنّها عبارة أخرى عن التملك والنقل مع أنّهما من لوازم البيع لا من المرادفات.

→

المستكشفة بالقرائن المنفصلة والاتفاق على كون المعاطاة بيعاً من القرائن المنفصلة فلا يفيد في باب الحدود.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه لا يخفى أن الاتفاق والإجماع والتسالم من القرائن المتصلة في كتب الفقهاء العارفين بها، ولو سلم فلعل الاعتماد على المنفصل في الكتب المعدة للاستدلال. وثانياً بما احتمله الشهيد من أن يكون مراد المحقق الثاني من الصيغة أعم من القول والفعل.



وأجيب عن الإشكال الثالث بجوابين:

### جواب المحقق الاصفهاني عن الإشكال الثالث

الجواب الأول<sup>(١)</sup> أن المراد من الصيغة ليس خصوص صيغة بعث ولا الأعم بنحو العام المجموعي أي مجموع صيغة: بعث وملكت ونقلت، حتى يلزم الدور للزوم التوقف من الطرفين؛ لتوقف معرفة البيع على معرفة (بعث) بمادته وهو على معرفة البيع، بل المراد منها هو الأعم بنحو القدر الجامع مع إلقاء الخصوصية أي المطلق بنحو رفض القيود فلا توقف في البين.

### جواب السيد الفقيه اليزدي عن الإشكال الثالث

الجواب الثاني<sup>(٢)</sup>: أن مراد المحقق الثاني من الصيغة المخصوصة هي خصوص صيغة بعث، ومع ذلك لا يلزم فيه دور لأن المراد بها مجرد لفظ بعث لا اللفظ بما له من المعنى، فالموقوف والموقوف عليه متغايران فأن المأخوذ في التعريف لفظ بعث لا اللفظ بما له من المعنى.

### نقد المحقق الايرواني للسيد الفقيه اليزدي

وأورد عليه المحقق الايرواني أعلى الله مقامه بأن لفظ بعث بما له من المعنى ينشأ به البيع لا بمجرد اللفظ، فإن النقل الانشائي إنما يتحقق بلفظ بعث بما

(١) يستفاد ذلك من كلمات الاصفهاني. حاشية المكاسب ١: ٦٣، التعليقة ٢٠.

(٢) والقاتل به هو السيد الفقيه اليزدي (حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٩٦) قال: في الدور منع فإن المراد من بعث لفظه فهو في قوة قولنا إن البيع هو النقل بلفظ بعث ولا يلزم العلم بمعنى بعث حتى يلزم الدور.

له من المعنى لا باللفظ مع قطع النظر عن المعنى، فاللفظ بما هو مع غض النظر عن المعنى لا دخل له في البيع الانشائي فيعود الدور.

### الحق في الجواب عن الإشكال الثالث

والحق في الجواب عن الشيخ أعلى الله مقامه بتقريب يوجه به جواب السيد الفقيه اليزدي.

ويندفع به إشكال المحقق الايرواني وهو أنّ التعريف قد يكون تعريفاً حقيقياً كالتعريف بالحدّ التام أو الناقص وبالرسم التام أو الناقص، كما في التعريف بالجنس والفصل والعرض العام والخاص ففي مثل هذه التعاريف تؤخذ القيود بلحاظ المعنى ليس إلّا.

وأخرى يكون تعريفاً بمقدار التمايز بين الحصص، وفي مثله يكفي<sup>(١)</sup> التعريف اللفظي من دون نظري المعاني.

والبيع والصلح والإجارة وغيرها من المعاملات تكون من الاعتبارات

(١) وفيه أنّ قاعدة جامع الأفراد ومانع الأغيار في باب التعاريف لا تختص بالذاتيات وبالحقائق التكوينية، بل تجري في الأمور الاعتبارية فإنّ البيع مثلاً لا بد أن يعرف بنحو يكون جامعاً لافراده ومانعاً عن أغياره والتعريف بنحو الجامعية والمانعية لا يتصور إلّا بالنظر إلى المعاني، فالحق مع العلمين الاصفهاني والايرواني من أنّ اللفظ بما له من المعنى دخيل في التعريف لا مجرد اللفظ بما هو، فيعود محذور الدور.

\* ويمكن أن يجاب: تتحقق الجامعية والمانعية بما أفاده السيد اليزدي ﷺ لأن النقل والإنشاء بلفظ بعث خاص بالبيع، ولا ينشأ غير البيع من الإجارة والصلح ونحوهما بلفظ البيع. نعم لا شك في أن اللفظ من دون المعنى لا أثر له، لكن تعريف البيع بالتعريف اللفظي بما هو أعرف عند المخاطب يصحح التعريف.

العقلانية والمقصود في تعريف المعاملات هو التعريف بمقدار تمييز حصته عن بقية الحصص.

والبيع والاجارة والصلح تكون مشتركة في النقل الانشائي، والمحقق الثاني قد أتى في تعريف البيع بالصيغة المخصصة لأجل تمييز حصة من النقل عن باقي الحصص.

وتحصل مما ذكرنا أنّ الحق في الجواب عن الإشكال الثالث بجوابين - يندفع بهما محذور الدور -:

أولاً: أنّ المراد من الصيغة لفظ بعث لا معناه؛ لأنّ التعريف في باب المعاملات والاعتباريات يكون بصدد التمييز بين الحصص، وفي مثله تكفي القيود اللفظية، فيكون الموقوف غير الموقوف عليه.

وثانياً لو سلمنا أنّ لفظ بعث بما له من المعنى يكون دخیلاً في التعريف لكننا نقول إنّ المراد من الصيغة أعم من بعث ونقلت وملكت على نحو الجامع مع إلقاء الخصوصية أي المطلق بنحورفض القيود فلا يلزم الدور<sup>(١)</sup>.

(١) وفيه أنّ الإشكال الثالث كان متشكلاً من شقين، فعلى الشق الأول يلزم محذور الدور، وعلى الشق الثاني يلزم الاقتصار على مجرد التملك والنقل وترك التقييد بالصيغة المخصصة مع أنهما من لوازم البيع لا من المرادفات.

وبالجوابين في المتن يندفع محذور الدور.

وأما محذور الشق الثاني: فهو يبقى بحاله ولم يدفعه شيخنا الأستاذ (دام ظله).

والحق في الجواب عن الشق الثاني ما ذكره المحقق الخراساني (الحاشية: ٣) من أنه لا يلزم الاقتصار على النقل أو التملك؛ لأنّ الصيغة قيد احترازي عن الصيغ الكنائية وأنه لا يكفي مطلق الصيغة ولو كانت كناية.

## التعريف الرابع للشيخ

التعريف الرابع ما اختاره الشيخ أعلى الله مقامه قال<sup>(١)</sup>: فالأولي تعريفه بأنه: إنشاء تملك عين بمال<sup>(٢)</sup>، وقال: ولا يلزم عليه شيء مما تقدم.

ويتوجه على هذا التعريف الإشكال الذي أورده الشيخ أعلى الله مقامه على التعريف الثاني الذي ذكره العلامة في المختلف<sup>(٣)</sup> تبعاً لابن حمزة<sup>(٤)</sup> بأن البيع من مقولة المعنى فهو يقبل الانشاء، والايجاب والقبول المأخوذان في

(١) كتاب المكاسب ٣: ١١.

(٢) وقال العلامة بحر العلوم: إن الأخصر والأسد تعريفه بأنه إنشاء تملك عين بعوض على وجه التراضي.

وتعريف الشيخ ناظر إلى هذا التعريف فيكون أخصر وأسد منه فإنه بَدَل العوض بالمال لاعتبار مالية العوضين في مفهوم البيع عنده إذ العوض أعم من المال فإنه يشمل الحق؛ لكن الحق عند الشيخ ليس بمال أو مشكوك الصدق حيث قال: في جواز وقوع الحقوق عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة لغة و عرفاً. (كتاب البيع ٣: ٩)

وأسقط وجه التراضي لكونه من شرائط صحة البيع لا من شرائط المفهوم، والأخصر والأسد من تعريف الشيخ تعريف السيد الفقيه اليزدي حيث قال: إن الأسد والأخصر في تعريف البيع أن يقال: إنه تملك عين بعوض فإنه أسقط الانشاء عن التعريف لعدم دخله في مفهوم البيع وسائر تصاريفه وبدل المال بالعوض ليشمل الحق إذ لا يعتبر مالية العوضين في مفهوم البيع، فهو الأخصر حيث أسقط الانشاء والأسد من حيث تبديل المال بالعوض. (حاشية كتاب المكاسب ١: ٢٩٧ - ٢٩٨).

(٣) المختلف ١: ١٦٩ وفي الطبع الجديد ٥: ٥١.

(٤) الوسيله في الجوامع الفقهية: ٧٤٠، ولكنه تقدم منا في التعريف الثاني أن القائل بهذا التعريف هو المحقق في المختصر ١: ١١٨، والشهيد في الدروس ٣: ١٩١، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٢٤، لا العلامة فإنه جعل الايجاب والقبول في المختلف في المسألة اللاحقة ١: ١٦٩، من شرائط البيع.

التعريف من مقولة اللفظ، واللفظ ليس قابلاً للإنشاء.

وما أورده على التعريف الثالث الذي ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد<sup>(١)</sup> من أنّ الصيغة المأخوذة في التعريف لا يعقل إنشاؤها بالصيغة، وهذا الإشكال بعينه يتوجه على تعريف الشيخ فإنّ ما يقبل التقسيم إلى الإخبار والإنشاء هو المعاني، واما الإخبار فهو بنفسه لا يكون إخبارياً وكذلك الإنشاء بنفسه لا يكون إنشائياً وذلك: فإن العمدة في مسالك الإنشاء ثلاثة: - وعلى المسالك الثلاثة لا يوصف الإنشاء بالإنشاء :-

### المسالك الثلاثة في الإنشاء

المسلك الأول: ما عليه المشهور من أنه إيجاد المعنى باللفظ، واللفظ جزء مقوم للإنشاء ولا يعقل إنشاء اللفظ باللفظ.

المسلك الثاني: ما عن المحقق الاصفهاني<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى بوجود اللفظ وجوداً تنزلياً، فإنّ للشيء كصيغة بعث وجودين: وجود حقيقي وهو الكيف المسموع، ووجود تنزيلي وهو اعتبار كونه وجوداً للبيع الإنشائي والموجود بالوجود التنزيلي لا يوجد ثانياً بوجود تنزيلي.

المسلك الثالث: ما عليه المحقق السيد الخوئي<sup>(٣)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ

(١) جامع المقاصد ٤: ٥٥.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٧٦، ونهاية الدراية في الحاشية على الكفاية ١: التعليق ٦١.

(٣) مصباح الفقاهة ٢: ٥١؛ فإنه اعترض على مسلك المشهور تبعاً لأستاذه المحقق الاصفهاني بأنّ إيجاد المعنى باللفظ اما إيجاد خارجي أو إيجاد اعتباري.

أما الإيجاد الخارجي فهو ضروري البطلان بداهة أنّ الموجودات الخارجية برمتها مستندة إلى

الإنشاء عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بمبرز خارجي والابراز جزء مقوم للإنشاء والابراز لا يقبل الابراز.

ثم إنَّ هذا التعريف الرابع الذي اختاره الشيخ بقوله<sup>(١)</sup> فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال.

فيه نحو إصلاح<sup>(٢)</sup> وتكميل لتعريف الجواهر ومع ذلك الوصف قال الشيخ أعلى الله مقامه: ولا يلزم عليه شيء مما تقدّم. نعم، يبقى عليه أمور.

يعني وإن كان لا يتوجه عليه شيء من الإشكالات المتوجهة على التعاريف السابقة؛ ولكنه تبقى نقوض وإيرادات<sup>(٣)</sup> تتوجه على هذا التعريف تعرض لها الشيخ أعلى الله مقامه وتصدى لدفعها.

→

عللها الخاصة واللفظ أجنبي عنها.

وأما الإيجاد الاعتباري فإنَّ كان المراد به وجود المعنى في النفس فهو واضح الفساد فإنَّ الاعتبار النفساني من أفعال النفس وعلتها أيضاً نفسانية.

وإن كان المراد به وجود المعنى في اعتبار العقلاء ففيه أنَّ الإنشاء موضوع لاعتبار العقلاء لا نفس اعتبار العقلاء فلانماص من كون اللفظ مبرزاً للاعتبار النفساني لا كونه موجداً له. مصباح الفقهة ٥٠:٢.

(١) المكاسب ٣: ١١.

(٢) راجع جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ٢٢: ٢٠٦، أنا لم نجد في الجواهر تعريفاً اختاره صاحب الجواهر، والظاهر أنَّ تعريف الشيخ فيه نحو إصلاح وتكميل لتعريف السيد بحر العلوم.

(٣) إنَّ الإيرادات التي تعرض لها الشيخ الاعظم سبعة وتنقسم إلى أقسام ثلاثة:

قسم من جهة كون التعريف تعريفاً بالمغاير، كالإيراد الأوّل وهو تعريف البيع بالتملك، ووجه المغايرة أنَّ النسبة بينهما عموم من وجه، فقد يكون بيع ولا تملك كبيع المال الزكوي من سهم سبيل الله فإنه مصرف لا تملك، وقد يكون تملك وليس بيعاً كالهبة والصلح، وقد يجتمعان. وقسم من جهة عدم كونه جامعاً للأفراد كالإيراد الثاني بأنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه.

### الإيرادات على تعريف الشيخ

الإيراد الأول<sup>(١)</sup>: أن تعريف البيع بالتملك موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت وكون التملك مرادفأ له لا مغايراً.

وأجابه الشيخ أعلى الله مقامه بقوله<sup>(٢)</sup> ويرده أنه الحق كما سيجيء، يعني أن الحق جواز الإيجاب بصيغة ملكت كما سيجيء عند النقض بالهبة والصلح بأن البيع حقيقة في تملك العين بالعوض.

وسياتي في شروط العقد من جواز الإيجاب بصيغة ملكت؛ لأن الذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة ونصوص الفتاوى في مواضع مختلفة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود من دون فرق بين صيغة بعت وملك، فلا يشترط الصراحة وإيقاع العقد باللفظ الموضوع له.

→

وقسم من جهة عدم كونه مانعاً للأغيار كالإيرادات الباقية كانتفاض طرده بالمعاطاة والشراء والصلح والهبة المعوضة والقرض.

ثم التعبير بالأولى في كلام الشيخ هل هو أولوية تعيينية أو تفضيلية؟ سياتي عن شيخنا الأستاذ (دام ظله) الوارف (عند تعرض كلمات سيد الحكيم على بيان مغايرة البيع مع التملك) أن الأولوية في كلام الشيخ لعلها تفضيلية، لو لم ندع الظهور؛ إذ يبقى بعض الإشكالات على حالها لعدم اندفاع بعضها كالنقض ببيع المال الزكوي من سهم سبيل الله فإنه مصرف لا تملك فالبيع أعم من التملك.

(١) كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة) ٣: ١١، منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملك».

(٢) كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة) ٣: ١١.

## اشكالات على جواب الشيخ

واستشكل على هذا الجواب بإشكالات:

## اشكال السيد الخوئي

الإشكال الأول ما ذكره السيد الخوئي أعلى الله مقامه<sup>(١)</sup> من أنّ الإنشاء بصيغة ملكت إنما يصحّ فيما إذا كان المشتري أصيلاً، وأما إذا كان فضولاً أو ولياً من قبل الأشخاص المحجورين، فإنه لا يصحّ خطابه بلفظ ملكتك بكاف الخطاب؛ إذ لا يملكه الفضول ولا ولي المحجور، بل لا بد من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت، فلا يكون البيع مرادفاً للتملك.

## نقد السيد الخوئي

وهذا الإشكال غير متوجه إلى الشيخ أعلى الله مقامه كما هو ظاهر؛ وذلك: أولاً: بالنقض بصيغة بعثك فإنه لو كان كاف الخطاب مقوماً للإنشاء ودخيلاً في مفهوم البيع للزم عدم الجواز بصيغة بعثك أيضاً بالنسبة إلى الفضول والولي.

وثانياً: بالحل وهو أنّ الركن في البيع هو العوضان، وأما الطرف فأيّ من كان فهو خارج عن حقيقة البيع، والشاهد عليه تعريف الشيخ البيع بإنشاء تملك عينٍ بمال، بخلاف مثل النكاح فإن الركن فيه هو الزوجان، ففي مثل بيع الدار بالثمن تكون المقابلة والمبادلة بين العوضين والبايع والمشتري خارجان عن حقيقة البيع.



لعل التوهم نشأ مما ذكره الشيخ في ألفاظ البيع<sup>(١)</sup> من جواز إنشاء البيع بصيغة نقلت هذا إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا، وأنه لا فرق بين قوله: بعث وملكته، وبين قوله: نقلت إلى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا. ولكنه توهم في غير محله؛ لأن الخطاب ليس مقوماً للإنشاء وإلا لزم عدم الجواز بصيغة بعثك أيضاً، بل البيع عبارة عن إنشاء تملك عين بمال، والمبادلة تقع بين العوضين فقط، سواء كان طرف المعاملة فضولاً أو أصيلاً، ولياً أو غير ولي، والخطاب الملحوظ حيثية تعليلية لا تقييدية.

### إشكال السيد الحكيم

الإشكال الثاني: ما ذكره السيد الحكيم<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه من أنه لا ينبغي التأمل في مباينة مفهوم البيع مع مفهوم التملك. واستدل على ذلك بوجوه:

الوجه الأول: أنه لو كان مفاد البيع التملك لاقتضت الإجازة ملك الغاصب؛ لأن ذلك هو المقصود في البيع فإجازته تقتضي نفوذه مع أن بياناتهم على ملك المالك لا الغاصب.

توضيحه: أن الغاصب إذا باع المغصوب لنفسه وأجازته المالك فإن الملك في الفرض المزبور يقع للمالك لا للغاصب، ولو كان البيع تملكاً للزم أن يقع الملك للغاصب لا للمالك.

(١) المكاسب ٣: ١٢٠.

(٢) نهج الفقهة: ١٤.

الوجه الثاني: أنّ المشتري إذا كان وكيلاً لا يجوز أن يقول له الموجب بصيغة ملكتك، بل لا بد له أن يقول ملكت موكلك، ويجوز أن يقول له: بعثك، ولو كان مفاد البيع التملك لصح إنشاؤه بصيغ ملكتك أيضاً.

الوجه الثالث: أنّ بناء الأصحاب قد استقر على عدم صحة شرط البيع بنحو شرط النتيجة وصحة شرط الملكية كذلك، فلاحظ كلماتهم في صحة بيع الحامل مع شرط الحمل، وبيع الشجر مع شرط الثمر، والرهن بشرط كون العين المرهونة مبيعة عند الأجل، وغير ذلك. ولو كان البيع مرادفاً للتملك لصح شرط البيع بنحو شرط النتيجة أيضاً.

### نقد السيد الحكيم

وهذه الوجوه الثلاثة كلها مخدوشة، أما الوجه الأول وهو الاستشهاد بوقوع الملك في البيع المجاز للمالك لا الغاصب فإنما هو من جهة أنّ الركن في البيع هو العوضان والمبادلة تقع بين العوضين من دون أخذ خصوصية المتعاملين فبالإجازة يقع العوض ملكاً للمالك لا للغاصب.

والخطاب وإن كان يوجد في مقام إنشاء البيع لكنه مما لا حاجة إليه؛ إذ ليس دخیلاً في قوام البيع ولو أخذ في مورد فهو مأخوذ على نحو الحيثية التعليلية لا التقييدية.

وهذا بخلاف مثل باب النكاح فإنّ الركن فيه هو الزوجان فيكون الخطاب فيه مأخوذاً على نحو الحيثية التقييدية، بمعنى كونه دخیلاً في قوام النكاح، ولذلك لو كان المخاطب في النكاح وكيلاً لما صح أن يقول له الموجب

أنكحتك؛ إذ يقع النكاح له لا لموكله، بل اللازم أن يقول أنكحت موكلك.

وقد اعترف هذا المحقق الكبير بنفس هذه المقالة في البيع الفضولي<sup>(١)</sup> بما ملخصه:

أنه لو قال الموجب: ملكتك هذا بهذا، وكان المخاطب هو الغاصب وأجازه المالك فإن الملكية تقع للمالك لا للغاصب.

وذكر في مقام حل الإشكال أن المسألة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يكون مقصود الموجب المعاوضة بين المالكين وكان قصد تمليك المخاطب خارجاً عنها نظير قصد تملك العوض.

وبتعبير آخر أن يكون المقصود الأولي بالعقد نفس المعاوضة، وتكون الخصوصية كملكية الثمن والمثمن لشخص خاص أمراً زائداً على المقصود الأولي.

القسم الثاني: أن يكون المقصود الأولي الخصوصية، كما إذا قال الباع الفضول للمشتري الفضول ملكتك هذا بهذا لي وقبّله المشتري مع غفلتهما عن عنوان المعاوضة.

أما القسم الثاني فهو خارج عن المتعارف المعهود من بيع الغاصب ونحوه فيبقى القسم الأول، والإجازة على هذا القسم - تتعلق بالعقد بمضمونه الأولي فيكون التبديل بين العوضين مع خروج الخصوصية عن حقيقة البيع.

وأما الوجه الثاني وهو التفريق بين صيغة ملكتك وبعثتك بالنسبة إلى الوكيل بصحة الثاني دون الأول، فقد ظهر اندفاعه مما ذكرنا من أن الركن في

(١) نهج الفقاهة: ٢٢٣.

المعاوضة هي المبادلة بين العوضين، والخطاب خارج عن دائرة الركن، ولا فرق في ذلك بين بعثك وملكتك مع العوض وإنما يفترق بعثك عن ملكتك فيما إذا كان التملك بلا عوض، فإن المخاطب في مثله يكون ركناً في التملك، ومحل الكلام هي المرادفة بين البيع مع الملكية بالعوض لا مع الملكية المحضة.

وأما الوجه الثالث: وهو بناء الاصحاب على الفرق بين شرط الملكية وشرط المبيعية بنحو شرط النتيجة بصحة الشرط في الأول، وبطلانه في الثاني وأن التبع الفقهي في ذلك يكشف عن المغايرة بين البيع والتمليك؛ إذ لو كان بينهما ترادف لما كان وجه للفرق بين الشرطين.

فالعمدة هي المناقشة على الموارد الثلاثة لكي يسقط التبع الفقهي عن الاعتبار.

فنقول: أما بيع الحامل بشرط ملكية الحمل أو بشرط مبيعية الحمل ففيه: أولاً: أنّ دعوى بناء الاصحاب على صحة شرط ملكية الحمل غير تامة؛ إذ في هذا الشرط قولان: ثانيهما عدم الصحة، نقله ابن ادريس<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه عن

(١) السرائر الطبع القديم: ٢٣٦. قال شيخنا في مبسوطه في باب الغرز: وإن باع بهيمة أو جارية حاملاً واستثنى حملها لنفسه لم يجز؛ لأن الحمل يجري مجرى عضوم من أعضائها... وما قدمنا من صحة استثناء الحمل للبايع هو الصحيح الذي لا خلاف فيه بين أصحابنا؛ لأنّ الحمل بمجرد العقد من الحامل للبايع فكيف إذا اشترطه؟ إلا أن يشترطه المشتري... وهذا قول شيخنا في نهايته وجميع كتبه إلا ما أشرنا إليه لكون هذا الكتاب مجمع مذهب المخالف له وقد ذكر فيه مذهبنا ومذهب غيرنا وما ذكره فيه مذهب الشافعي؛ لأنّ في أحد قوله أنّ الحمل لا يتسقط الثمن عليه ويجري مجرى عضوم من أعضاء الحامل ومذهبنا بغير خلاف بيننا

مبسوط<sup>(١)</sup> الشيخ وجواهر<sup>(٢)</sup> القاضي أعلى الله مقامهما.

وثانياً: أنّ مرداهم من الملكية في طرف الشرط هي الملكية المحضة لا الملكية مع العوض، وبحث الترادف مربوط بالثاني دون الأول.

والشاهد على ذلك: أنّ الأصحاب أعلى الله مقامهم قد صرحوا في مسألة ما لوباع الحامل وشرط أن يكون الولد للمشتري أنّ القائلين بجواز الشرط صرحوا في وجه الجواز أنّ هذا الشرط لا تلزم فيه جهالة الثمن والمثمن، ولازمه بطلان شرط الملكية بالعوض لاستلزامه الجهالة.

وأما بيع الشجر بشرط ملكية الثمر أو بشرط مبيعية الثمر ففيه أنّ وجه الفرق بينهما عند الأصحاب إنما هو من جهة أنهم صرحوا أنّ البيع يحتاج إلى صيغة خاصة فلا يتحقق بالشرط.

وأما الشرط في ضمن الرهن وتوضيحه بالفرق بين شرط ملكية العين المرهونة عند حلول الأجل وشرط مبيعتها بذهاب الأصحاب إلى صحة الشرط في الأول دون الثاني، ففيه أنّ مرادهم من الملكية التي هي طرف الشرط هي الملكية المحضة أي الملكية بلا عوض لا الملكية مع العوض التي هي محل الكلام في مرادتها مع البيع، والشاهد على ما ذكرنا أنهم استدلوا<sup>(٣)</sup> على

→

بخلاف مذهب الشافعي في هذه المسألة وابن البراج من أصحابنا نظر في هذه في المبسوط لظنها اعتقاد شيخنا أبي جعفر فنقلها إلى جواهر الفقه، كتاب له. وعمل بها واختارها تقليداً لما وجده في المبسوط من المسطور المذكور.

(١) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٢) جواهر الفقه: ٦٠.

(٣) قال في الجواهر ذيل كلام المحقق «ولو شرط إن لم يؤد أن يكون الرهن مبيعاً لم يصح»: لم

بطلان شرط مبيعية الرهن عند حلول الأجل بوجهين:  
الوجه الأول: التعليق وبطلان البيع به.

الوجه الثاني: أنّ البيع لا بد فيه من صيغة خاصة.

وهذان الوجهان لا يجريان في أصل الملكية، فإنه لا يحتاج إلى صيغة خاصة، ولا دليل على بطلانها بالتعليق، وهذا بخلاف الملكية بالعوض فإنها بيع فيجري فيها الوجهان المزبوران.

### اشكال عدة من الأعلام على جواب الشيخ

الإشكال الثالث: على جواب الشيخ من دعوى الترادف ما اختاره عدة من الأعلام<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامهم: من أنّ البيع أعم من التملك؛ إذ قد يصدق البيع وليس

→

يصح الشرط قولاً واحداً للتعليق وتوقف البيع على سببه من الصيغة ونحوها. الجواهر، طبع جماعة المدرسين ٢٦: ٤٤٢.

وقال العلامة في التذكرة ١٣: ٢٥٥، مسألة ١٧٦: لورهن وشرط المرتهن أنه متى حلّ الحق ولم يوفه الراهن فالرهن له بالدين أو فهو مبيع له بالدين فهو شرط فاسد بلا خلاف.

(١) كالسيد الحكيم أعلى الله مقامه (نهج الفقاهة: ١٤) حيث قال: إن من البيع ما لا يكون كذلك كما في الشراء من مال الوقف للأعيان الموقوفة، ومن مال الزكاة للأعيان الزكوية من علف ونحوه، وكالسيد الخوئي أعلى الله مقامه (مصباح الفقاهة ٢: ٢٣) حيث قال بما ملخصه: إنّ سهم سبيل الله من الزكاة ليس ملكاً لشخص خاص ولا لجهة معينة، بل هو مصرف يستفاد من آية الصدقات ﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ الواردة بلفظة «في» الظاهرة في بيان المصرف ومع ذلك يجوز بيع السهم المزبور وصرف ثمنه في سبيل الله، وكذلك يجوز بيع ثمن العين الموقوفة في سبيل الله وصرف ثمنه في قربات الله، ولو سلمنا مالكية الجهة في المثالين فرضنا الكلام في من أوصى بصرف ماله في سبيل الله مصرحاً بعدم صيرورته ملكاً لأحد، ففي مثله يكون بيعه تبديلاً بين العوضين من دون الإضافة للملكية.

فيه تملك كبيع سهم سبيل الله من الزكاة فإن سهم سبيل الله من الزكاة مصرف - بقرينة لفظة «في» في آية الصدقات<sup>(١)</sup> ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾. فإن لفظة «في» في قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ وفي سبيل الله ظاهرة في بيان المصرف قبال (اللام) الظاهرة في الملكية ويجوز بيع السهم المزبور وصرف ثمنه في سبيل الله.

وهذا الإشكال قوي ومتين وسيتضح إن شاء الله تعالى أن هذا الإشكال هو الإشكال الوحيد على تعريف الشيخ وسائر الإشكالات غير واردة عليه. ولعلّه لذلك عبر الشيخ أعلى الله مقامه عن التعريف بالأولي<sup>(٢)</sup> وأراد به الأولوية التفضيلية لا التعيينية.

### الايراد الثاني: النقض ببيع الدين على من هو عليه

الايراد الثاني على التعريف هو النقض<sup>(٣)</sup> ببيع الدين على من هو عليه، فإنه لو كان البيع تملكياً للزم أن لا يشمل بيع الدين على من هو عليه؛ إذ لا يعقل أن يملك الانسان مالا على ذمة نفسه. وهذا الإشكال النقضي يتوقف على تمامية أمرين: الأمر الأول: أن يكون

(١) سورة التوبة: الآية ٦٠. ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾.

(٢) المكاسب ٣: ١١. لكن الأولوية على طبق هذا الإشكال تكون تعيينية لا تفضيلية.

(٣) الناقض صاحب الجواهر ٢٢: ٢٠٩ قال: وفيه أن من البيع بيع الدين على من هو عليه ولا ريب في اقتضائه الاسقاط ولو باعتبار أن الانسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه.

جواز بيع الدين على من هو عليه كبروياً من المسلمات الفقهيّة وإلا لما يتمّ النقض.

الأمر الثاني: أن يثبت عدم معقولية مالكية الإنسان لذمة نفسه والنتيجة - بضم الأمرين - أنّ البيع ليس بمعنى التملك وإلا يلزم أن لا يكون جامعاً لإفراده، فإنّ من أفراده بيع الدين على من هو عليه ولا يعقل فيه التملك. أما الأمر الأوّل فالمستفاد من الكلمات كون المسألة من المسلمات قال العلامة أعلى الله مقامه في المختلف<sup>(١)</sup>: مسألة: قد بيّنا أنه يجوز بيع الدين وهو مذهب علمائنا، ولا فرق بين بيعه على من هو عليه وعلى غيره ومنع ابن إدريس: من بيعه على غير من هو عليه. وظاهره دعوى الاجماع.

ونسبها الشيخ في المبسوط إلى رواية أصحابنا.

وعن ابن إدريس - بعد ما خصّ الجواز ببيع الدين على من هو عليه -:

دعوى الإجماع والأخبار وإنها مورد الاتفاق الفقهاء وتصانيفهم وآرائهم<sup>(٢)</sup>.

ولذلك ترى الجواهر<sup>(٣)</sup> والشيخ<sup>(٤)</sup> أعلى الله مقامهما أرسلوها إرسال المسلمات.

(١) المختلف كتاب الدين ١: ١٣٤، مسلسل ٤١٢ الطبع القديم.

(٢) السرائر طبع القديم: ١٦٣، كتاب الدين، قال: ان بيع الدين على من هو عليه جائز صحيح لا خلاف فيه فقد علمنا بالإجماع واتبعنا ظواهر الأقوال والأخبار والفتاوى وما في التصنيفات وأعطينا الظاهر حقه وخصصنا ما عدا بيع من عليه الدين بالأدلة المجمع عليها.

(٣) الجواهر ٢٢: ٢٠٩ قال في بيع الدين على من هو عليه ولا ريب في اقتضائه حينئذٍ الاسقاط، ولو باعتبار أنّ الانسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه.

وظاهر الجواهر كون أصل المسألة جوازه مفروغ عنه.

(٤) المكاسب ٣: ١١.



وأما الأمر الثاني فالوجه في بيان النقض أنه يلزم أن يكون المديون في اشتراء دينه مالكاً ومملوكاً عليه؛ لأن التمليك قد يحتاج إلى المملوك عليه كما في بيع الذمة على من هو عليه، فيلزم اجتماع الدائن والمديون في شخص واحد من جهة واحدة.

أجوبة عن النقض ببيع الدين  
وأجيب عن النقض بأجوبة:

الجواب الأول: ما ذكره الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه: أولاً بالنقض بجواز البيع فإنه لو لم يجز التمليك والتبديل والنقل وما يساويها لما جاز بيعه أيضاً؛ إذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى إلا بهذه النظائر؛ ولذا قال فخر الدين<sup>(٢)</sup> "إنّ معنى بعت في لغة العرب ملّكت غيري".

فإذا لم يعقل تمليك ما في الذمة على من هو عليه وما يساويه لم يعقل البيع أيضاً.

وثانياً بالحل وهو أنه لا مانع في بيع الدين على من هو عليه - من تمليكه حدوداً وسقوطه بقاء - نظير تملك ما هو مساوٍ لما في ذمته وسقوطه بالتهاتر - فلا يلزم فيه اجتماع المالك والمملوك عليه.

(١) المكاسب ٩: ٣ و١٢.

(٢) نقله الشيخ في المكاسب ٣: ١٣١ وحكاها السيد العاملي أيضاً في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٢ عن الايضاح.

## مناقشة الإصفهاني والسيد الخوئي على جواب الشيخ

وناقشه المحقق الاصفهاني<sup>(١)</sup> وتبعه تلميذه المحقق السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامهما بأن التملك إن كان لا يعقل بقاءً فلا يعقل حدوثاً، وإن كان يعقل حدوثاً فيعقل ذلك بقاءً، والتفكيك بينهما بلاوجه، فالمعضلة باقية على حالها.

بيان المعضلة: أن الملكية الحاصلة - في بيع الدين على من هو عليه - لا تخلو من أحد أمرين: أحدهما: أن الملكية علة للسقوط والنسبة بينهما نسبة المؤثر والأثر، كما هو المفروض من سقوط الملكية في بيع الدين. ثانيهما: أن الملكية هنا لا أثر لها وإنما تسقط من جهة عدم الأثر ولزوم اللغوية، وكلا الأمرين غير معقول: أما الأمر الأول فلأنه يلزم فيه أن يكون الشيء علة لعدمه؛ إذ يلزم أن تكون الملكية معدمة للملكية<sup>(٣)</sup>.

وأما الأمر الثاني فلأنه يلزم فيه أن يكون اعتبار الملكية لغوياً، فإن اعتبار الملكية فيما لم يكن لها أثر لغوياً لا فرق في ذلك بين الحدوث والبقاء.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٦٧ التعليقة ٢٤: قال: السقوط إن كان لكونه أثر ملكية ما في ذمته، فالشيء لا يكون ثبوته علة لسقوطه عقلاً، وإن كان لعدم الأثر ولغوية الاعتبار الذي لا أثر له فيسقط، ففيه أن مانع البقاء مانع الحدوث.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٥٨ قال: إذا صح ملك الانسان لما في ذمته حدوثاً صح ذلك بقاءً أيضاً بديهية أن الموانع العقلية لا يفرق فيها بين الحدوث والبقاء.

(٣) ظاهر كلام الشيخ الأعظم أن السقوط أثر للملكية قال: فيؤثر تملكه السقوط ٣: ٩، ولعله بمعنى أن العقلاء يرتبون السقوط على هذا الاعتبار، وليس المورد من باب العلية والمعلولية التكوينية، وكما انه لا لغوية في اعتبار الملكية بملاحظة هذا الترتيب.

وهذه مناقشة قوية فنقول إنّ كلام الشيخ يرجع إلى دعاوي ثلاثة:  
الدعوى الأولى: تعقل تملك ما على نفسه، وهذا هو أصل المدعى.  
الدعوى الثانية: أنه إذا كان لا يعقل التملك فلا يعقل البيع؛ إذ البيع ليس  
إلا التملك وجواز البيع مسلم.

وفيه أنا نقول باستحالتهما وملتزم بعدم معقولة التملك والبيع معاً، وما  
ادعى من الإجماع على جواز بيع الدين بمن عليه الدين فإنما يصح التمسك  
به في الممكنات لا في المستحيلات.

الدعوى الثالثة: تنظير المقام بموارد التهاثر، كما فيما إذا كان الشخص  
مديوناً وأتلف الدائن من مال المديون بمثل ذلك الدين، فهنا تكون الذمتان  
متماثلتين وذهب الفقهاء في ذلك بسقوط الذمتين بالتهاثر، وليكن المقام  
من هذا القبيل.

وفيه أولاً أنّ القياس بين المقامين مع الفارق، فإن باب التهاثر فيه مال كان  
ومملوكاً واعتبار مالكية المديون في ذمة الدائن فيه من الأثر كالصلح والبيع  
ونحوهما، وحيث إنّ الذمتين تكونان متساويتين تعد إحداهما وفاءً للآخرى  
ونفس الوفاء يعدّ من الآثار.

وهذا بخلاف المقام فإنّ التملك فيه يستلزم أحد المحذورين: إما كون  
الشيء علة لعدمه أو لغوية اعتبار الملكية لفقد الأثر.

وثانياً: أنّ القول بالتهاثر وإن كان مشهوراً بين الفقهاء لكن للمحقق الأردبيلي  
في شرح الإرشاد<sup>(١)</sup> في كتاب الديون ذيل قول العلامة: (ومن عليه وله مثله

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٩٩.

تساقطاً وإن كان مخالفاً افتقر إلى التراضي) كلاماً يظهر منه التأمل في التهاتر فإنه بعد ما ذكر وجهاً لفتوى المشهور بقوله: ولعل دليله ما يظهر أن الحقين متساويان من غير فرق ومرجح فتبراً ذمة كل واحد بما له في ذمة الآخر ولا يظهر دليل آخر.

قال وينبغي التراضي لأن شغل الذمة معلوم ولا تحصل البراءة إلا به شرعاً؛ إذ لكل حق يمكن أن يكون له طلبه واستيفاءه ولا يمنع من ذلك حقه في ذمته كما في الحدود والتعزيرات ولا شك أن الأحوط هو التراضي من الجانبين بالبراءة والصلح ونحوهما، كما إذا كان مخالفاً بأن يكون أحدهما ذهباً والآخر فضة أو أحدهما نقداً والآخر جنساً أو كل واحدٍ جنساً.

فتحصل أن جواب الشيخ أعلى الله مقامه لا تنحل به المعضلة.

### جواب المحقق النائيني عن النقض ببيع الدين

الجواب الثاني: ما أفاده المحقق النائيني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أن الدين بالنسبة إلى الذمة أهماله محال، فلا يخلو من أن يكون مقيداً بالذمة أو مطلقاً والتقيد بالذمة أيضاً محال؛ لأن المقيد بالذمة لا يقبل النقل، ولا يعقل أن يوجد في الخارج فلا محالة يكون مطلقاً وبنحو الكلّي القابل للانطباق على المصاديق، وتكون الذمة ظرفاً للدين، وهو وإن لم تكن من التهاتر حقيقة إلا أنه أشبه شيء به.

وفيه أن الكلّي كما ذكره ليس مقيداً بالذمة وإلا لما كان قابلاً للأداء ولكنه

ليس مطلقاً من جميع الجهات أيضاً، وإلا لما صدق عليه أنه من بيع الدين فاللازم أن يكون المبيع هو الكلي الذي يكون مورداً للتعهد به حتى يصدق عليه كونه من بيع الدين فيعود المحذور؛ إذ كيف يعقل أن يملك الكلي المضاف إلى الذمة أنا ما فيسقط؟

### جواب المحقق الايرواني عن النقض ببيع الدين

الجواب الثالث: ما أفاده المحقق الايرواني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أن البيع عبارة عن التبديل في الإضافة، ويختلف التبديل باختلاف موارد الإضافة فقد يكون التبديل في الملكية الاعتبارية كما في بيع العين الموجودة.

فإن العين لم تكن مملوكة للمشتري فصارت مملوكة بالبيع، وأخرى في الإضافة الحرية كما في البيع إلى من ينعق عليه كبيع العمودين، وثالثة بالإضافة الاطلاقية أي إطلاق الذمة كما في بيع الدين على من هو عليه، فإن المديون في هذا البيع يطلق ذمته لا أن يصير مالاً لذمته ثم يسقط.

وهذا الجواب أيضاً غير وافي بحل الإشكال فإن اختلاف البيع باختلاف الموارد إن أُريد به الاختلاف المفهومي، وإن البيع يختلف مفهوماً باختلاف الموارد.

ففيه أن البيع في جميع موارد له مفهوم واحد وحقيقة واحدة وهو تمليك العين بالعرض، سواء تعلق بالعين الخارجية أو بالكلي في المعين أو بالذمة أو بمن ينعق<sup>(٢)</sup> عليه.

(١) حاشية الايرواني.

(٢) إن كان المراد من هذا الشق أن البيع في جميع موارد ومصاديقه عبارة عن تمليك العين

وإن أريد به أنّ البيع وإن كان في جميع الموارد بمعنى التملك إلا أنّ التملك يختلف باختلاف الآثار فقد يكون الأثر جواز التصرف، وأخرى براءة الذمة كما في بيع الدين على من هو عليه، وثالثة الطلقة، كما في بيع العمودين على من ينعتق عليه والبيع في جميع هذه الموارد ذا حقيقة واحدة وإنما تختلف آثاره باختلاف الموارد.

ففيه أنّ به يعود المحذور ولا يندفع به الإشكال.

### جواب المحقق الإصفهاني عن النقض ببيع الدين

الجواب الرابع ما أفاده المحقق الإصفهاني أعلى الله مقامه من أنّ الإشكال العقلي - وهو لزوم اتحاد المالك والمملوك في بيع الدين على من هو عليه - إنّما يتوجه إذا كان البيع بمعنى التملك؛ ولكنه خلاف التحقيق، فإنّ حقيقة البيع هي جعل شيء بإزاء شيء، وتختلف الآثار باختلاف الموارد كاعتق العمودين في بيع العمودين، وسقوط الدين من الذمة في بيع الدين على من هو عليه، وسقوط الحق في بيع الشيء بإزاء الحق.

→

بالعوض فهو مخالف لمبناه من أنّ البيع والتبديل في الإضافة، إما بالاضافة الملكية أو الحقيه أو المصرفية، كما أنه مخالف لمبنى المحقق الإيرواني، وإن كان المراد منه أنّ البيع في خصوص هذه الموارد الثلاثة - وهي التبديل في الملكية وفي بيع العمودين وفي بيع الدين - بمعنى التملك فهو متين ولكنه يتوجه عليه بالتمثيل بالكلي في المعين فإنه في مورد الاضافة الحقيه أو المصرفية ليس بنحو التملك.

\* ويمكن أن يجاب: إنما جواب الإيرواني وحل المشكلة على مبنى الشيخ القائل بأن البيع تملك عين بعوض؛ لأنهم يصدد رفع الإشكال عن تعريف الشيخ.

وفيه مضافاً إلى بطلان المبنى أن جعل الشيء في عالم الاعتبار أمر ذاتي تعلق يحتاج إلى إضافة كإضافة الملكية أو الحقيقية أو المصرفية وهكذا، وإضافة في بيع الدين إضافة ملكية فيعود المحذور.

وثانياً: أن الإشكال إنما يندفع بهذا التعريف في خصوص البيع ولا يندفع في غيره كما إذا ورث الولد عن والده وكان مديوناً له فإن المحذور العقلي هنا يبقى على حاله<sup>(١)</sup>.

### الجواب الخامس عن النقض ببيع الدين

الجواب الخامس ما أفاده السيد الخوئي أعلى الله مقامه فإنه بعد ما أورد على الشيخ أعلى الله مقامه أنه إذا صح ملك الإنسان لما في ذمته حدوثاً صح ذلك بقاءً أيضاً، بديهية أن الموانع العقلية لا يفرق فيها بين الحدوث والبقاء.

### تحقيق السيد الخوئي في حل النقض

قال: والتحقيق أن مالكية الانسان لذمته أمر ذاتي تكويني من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري، بديهية أن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي، وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً وتحصيلاً للحاصل. وعليه فإذا ملك شخص شيئاً في ذمة غيره فقد ملكه بالملكية الاعتبارية، وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدلت الملكية الاعتبارية بالملكية الذاتية التكوينية؛ لما عرفته من لغوية الثبوت الاعتباري في موارد الثبوت

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٥٨ - ٥٩.

الحقيقي، وإذن فلامجال للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه باستحالة ملك الإنسان لما في ذمته، كما لا مجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك بل يوجب البيع تبدل الاضافة الاعتبارية بالاضافة الذاتية.

### نقد السيد الخوئي

يرد عليه أولاً<sup>(١)</sup> أنّ الملكية الذاتية أمر تكويني ليس قابلاً للإنشاء والبايع في بيع الدين ممن عليه الدين قد أنشأ الملكية الاعتبارية فما هو المنشأ هي الملكية الاعتبارية لا الذاتية، سواء كان الإنشاء تسببياً كما عليه المشهور أو اعتباراً وإبرازاً كما عليه مسلك هذا السيد المحقق.

وثانياً: أنّ الملكية الذاتية ليست قابلة للإعطاء لأنها أمر تكويني والأمر التكويني تحتاج إلى أسباب تكوينية، والإعطاء والنقل والانتقال في مورد بيع الدين أمر اعتباري يحتاج إلى سبب اعتباري.

وثالثاً: إنه لا ترديد أن المنشأ بصيغة ملكت في بيع الدين وفي غيره له مفهوم واحد وهو الملكية الاعتبارية لا كونها اعتبارية في غير بيع الدين

(١) ظاهر كلام سيدنا الأستاذ أعلى الله مقامه في مصباح الفقاهة أنّ التملك في بيع الدين ممن عليه الدين وإن كان تملكاً اعتبارياً لا ذاتياً إذ الذاتي ليس قابلاً للإنشاء إلا أن هذا التملك الاعتباري بمناسط لغوية الثبوت الاعتباري في مورد الثبوت التكويني تبدل بقاء بالملكية الذاتية، وفرق بين التبدل الاعتباري بالتكويني وبين الحدوث الاعتباري وسقوطه بقاء. وبما ذكرنا يندفع الإشكال الثاني والثالث أيضاً، نعم يتوجه الإشكال عليه بما قرره في المحاضرات في الفقه الجعفري (٢: ٢٨) حيث قال: والصحيح في الجواب أن يقال إنّ التملك في بيع الدين على من هو عليه ثابت إلا أنه تملك بالملكية الحقيقية لا الاعتبارية. فإن ظاهره أنّ المنشأ ببيع الدين هي الملكية الذاتية لا الاعتبارية.



وتكوينية في بيع الدين وأما تبدل الملكية الاعتبارية إلى الذاتية فغير معقول، حيث إن تبدل الأمر الاعتباري إلى الحقيقي مستحيل، فإنه من تبدل الذات والذاتي، ولو سلم فإنه من تبدل الأمر الحقيقي بالأمر الحقيقي، والأمر الاعتباري لا وجود له في الخارج ليتمكن تبدله بوجود حقيقي آخر. ومجرد اللغوية لا يكون من الأسباب الواقعية للتبديل<sup>(١)</sup>.

### التحقيق في مسألة النقص

والحق في المسألة أن يقال إن القاعدة العقلية وهي استحالة أن يكون الشيء علة لعدمه تامة كبروياً ولكنها غير منطبقة على المقام، فإن المقام من

(١) قد عرفت أن هذه النقود الثلاثة لا تتوجه على السيد الخوئي أعلى الله مقامه على طبق ما ذكره في مصباح الفقاهة من تبدل الاعتباري بالتكويني، وإنما تتوجه على ما قرر في المحاضرات في الفقه الجعفري (٢: ٢٨) والظاهر أن مباحث المحاضرات من الدورة الأولى في المعاملات ومصباح الفقاهة من الدورة الثانية.

والحق في الإشكال على سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي أعلى الله مقامه أولاً بالنقص بما ورد في الشريعة المقدسة من الملكية الاعتبارية في مورد الملكية التكوينية، كما في الخمس فإن سهم الله في قوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾. (سورة الانفال: الآية ٤١)، ملكية اعتبارية كما هو مقتضى التحقيق وهو المعروف بين الفقهاء ومنهم السيد الخوئي مع أن الله تعالى مالك بالملكية التكوينية. وثانياً بالحل، وهو أن الثبوت الاعتباري في مورد الثبوت التكويني له آثار خاصة كالإضافة التشريعية مثلاً في سهم الله في الخمس وكالنقل الاعتباري فإن العلاء يرونه من آثار الملكية الاعتبارية، وفي خصوص المقام وهو بيع الذمة على شخص المديون يرون السقوط أثراً للملكية فإن المديون إذا اشترى ما في ذمته يملكه أنا ما ثم يسقط.

\* ويمكن أن يجاب: ليس الإشكال من جهة اعتبار الملكية الاعتبارية في مورد الملكية الحقيقية، ليرد النقص والحل المذكوران، إنما الإشكال في تبدل الملكية الاعتبارية إلى الملكية الحقيقية، على ما تقدم.

الأمر الاعتبارية والاعتبار سهل المؤونة، فإنه يمكن أن تعتبر الملكية أنا ما ويعتبر سقوطها بقاء فيما إذا قامت المصلحة على هذا النحو من الاعتبار كما هو المفروض، فاعتبار الملكية حدوثاً وسقوطها عن الذمة بقاء أمر لا يستحيل ذلك عقلاً. نعم، هذا النحو من الاعتبار مما يستحيل عقلاً إذ لم يعهد عندهم أن يعتبرون الملكية أنا ما ثم يعتبرون زوالها وما ذكرناه هو الفارق بين مسلكنا وما سلكه القوم والمحقق الاصفهاني فإنهم يقولون بالاستحالة عقلاً وعقلاً ويقول الشيخ بإمكانه عقلاً وعقلاً.

ونحن نقول لا يستحيل ذلك عقلاً وإنما يستحيل عقلاً، وتظهر الثمرة فيما إذا استحال عقلاً فإنه لا يمكن أن يتعبد الشارع فيه على خلافه، بخلاف ما إذا استحال عقلاً فإنه يمكن أن يتعبد الشارع على خلافه فيؤخذ به فيما قام الدليل عليه.

### الايراد الثالث على تعريف الشيخ

الايراد الثالث<sup>(١)</sup> على تعريف الشيخ أعلى الله مقامه هو النقض بالمعاطة فإنه يشمل التمليك بالمعاطة مع أنه المشهور، بل ادعى الاجماع<sup>(٢)</sup> على أن المعاطة ليست بيعاً.

### جواب الشيخ عن النقض بالمعاطة

أجابه الشيخ أعلى الله مقامه أن صدق البيع على المعاطة أمر مسلم وإنما

(١) المكاسب ٣: ١٢.

(٢) كما ادعاه ابن زهرة في الغنية: ٢١٤.

وقع الخلاف بينهم في صحة هذا النحو من البيع وفساده فمراد النافين من نفيه نفي صحته لا نفي البيع.

### الايراد الرابع على تعريف الشيخ

الايراد الرابع النقض بالشراء فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع ويصدق عليه أنه إنشاء تملك عين بمال فلا يكون التعريف مانعاً للأغيار.

### جواب الشيخ عن الايراد الرابع

أجابه الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه أن التملك في البيع استقلالي وفي الشراء ضمنى فإن حقيقته التملك بالعوض، وإنما يدل على التملك ضمناً والتعريف ناظر إلى إنشاء التملك استقلالاً وبالمطابقة.

### إشكالات ثلاثة على الشيخ

ونوقش فيه بإشكالات ثلاثة:

### الإشكال الأول للأعلام الثلاثة

الإشكال الأول: ما ذكره المحققون الاصفهاني والايرواني والسيد الخوئي أعلى الله مقامهم من أن التملكين - تملك البايع وتمليك المشتري - يتحققان في مرتبة واحدة فلا أصالة ولا تبعية في المقام.

(١) المكاسب ٣: ١٢.

## نقد الأعلام الثلاثة

وفيه أنّ في البيع تملّكين وتملّكين: والتمليكان يكون أحدهما بالأصالة والآخر بالتبع كما أنّ التملّكين يكون أحدهما بالأصالة والآخر بالتبع. توضيح ذلك: أن تملك المبيع من ناحية البائع يكون بالأصالة، وتملكه من ناحية المشتري يكون بالأصالة.

وتملك الثمن من ناحية المشتري يكون تملكاً ضمناً، وتملكه من ناحية البائع يكون تملكاً ضمناً وبالتبع، فالتمليك المنشأ بالأصالة مختص بالبائع ولا يشمل تملك المشتري فإنه تملك ضمني وبالتبع. وإن شئت فقل إنّ تملك البائع يكون بالأصالة، وتملكه الثمن يكون بالتبع وينعكس ذلك في المشتري فإن تملكه للمبيع يكون بالأصالة وتملكه الثمن يكون بالتبع.

والشاهد على ما قلناه تخلل الفاء بين التملك والتملك. يقال: ملكته فتملك ولا يعقل العكس.

وبهذا التوضيح في مراد الشيخ أعلى الله مقامه يندفع الإشكال إذ التملّكان ليسا في مرتبة واحدة بل يكونان في مرتبتين: إحداهما بنحو الأصالة والأخرى بالتبعية<sup>(١)</sup>.

(١) ولكن بالدقة في كلام المحقق الخوئي يبقى الإشكال بحاله إليك متن كلماته: قال: إنّ البيع تبديل شيء بشيء في جهة الأضافة ومن الضروري أنه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين إلا أن ينتقل كل منهما إلى محل الآخر في آن واحد وفي مرتبة واحدة، وعليه فلا يعقل وجود التملك من ناحية البائع إلا في آن وجود التملك من ناحية المشتري وقبول الإيجاب، وإن كان شرطاً في البيع لاجزءاً موقوماً إلا أنه شرط في أصل اعتبار البيع ودخيل في مفهومه بنحو الشرط المتأخر لا

الإشكال الثاني: ما ذكره الاصفهاني والايرواني والسيد الخوئي أعلى الله مقامهم أيضاً من أنّ التعريف مطلق ولم يقيد بالتمليك بالأصالة فهو أعم من الأصلي والتبعي.

وفيه أنّ التعريف ليس مطلقاً بل مقيد بالقرينة المقامية بالتمليك بالأصالة وهي عمل البائع والمشتري، فإنّ عمل المشتري في مقام الإنشاء على تملك المبيع بالأصالة وتمليك الثمن ضمناً، فالتعريف بالقرينة المقامية مقيد بالتمليك بالأصالة ولا يشمل تملك المشتري.

### الإشكال الثالث للسيد الفقيه اليزدي

الإشكال الثالث: ما تعرض إليه السيد الفقيه اليزدي من أنه يجوز الإيجاب

→

كونه شرطاً لإمضاء الشارع أو العقلاء، وبهذا البيان يبقى الإشكال الثاني أيضاً على حاله إذ وقع الخلط بين مقام الثبوت والاثبات، والمقام مرتبط بمقام الثبوت، وفي مقام الثبوت يكون التملك في مرتبة واحدة ولا يعقل فيه اختلاف المرتبة. إلا أن يقال إنّ الإشكال منائي، فإنّ الشيخ والأستاذ لا يلتزمان القبول دخیلاً في مفهوم البيع، فإنهما ذهبا إلى أنّ القبول ليس دخیلاً في مفهوم البيع ولو بنحو الشرط المتأخر إذ يلزم فيه محذور الدور فإن القبول متأخر عن القبول ولو كان دخیلاً فيه يلزم فيه اجتماع المتقابلين، بل يكون دخیلاً في الملكية المثمرة.

\* ويمكن أن يجاب: على تعريف السيد الخوئي ﷺ لولم يكن هناك اختلاف المرتبة، يلزم صدق البيع على الاشتراء، ثم لو سلم كون التبدل في الإضافة يكون في مرتبة واحدة، فينحل الإشكال على تعريف البيع بهذا التعريف ولا ينحل الإشكال على تعريف الشيخ.

ولا يندفع المحذور بما ذكره السيد الميلاني (أعلى الله مقامه) من لزوم الدور المعني ولا محذور فيه. فإنه أجابه شيخنا الأستاذ (دام ظله) أنّ الدور المعني مورده المتلازمان وليس المقام من المتلازمين فإنّ الإيجاب والقبول بلحاظ العقد وإن كانا من المتلازمين؛ ولكن البيع بمفهومه عبارة عن نفس إيجاب البائع ولا تلازم بينهما بلحاظ البيع.

في الصرف والسلم من ناحية المشتري إجماعاً كما في الجواهر، فإنه كما يصح الإيجاب من البائع كذلك يصح من المشتري ويقول: أسلمت إليك هذه الدراهم في قفيز من الحنطة، فيكون الشراء تمليكاً ويندرج في إنشاء تمليك عين بالمال.

وأجابه السيد الفقيه أنّ المشتري وإن كان بالإيجاب في الصرف والسلم مملّكاً إلا أن تمليكه يكون بعنوان العوضية والتملك في التعريف يكون بعنوان المعوضية فلا اندراج ثم قال: فتأمل.

وربما يشكل بأن إنشاء تمليك عين الواقع في التعريف أعم من التملك بعنوان العوضية والمعوضية.

ويجاب عنه بأنه يظهر من الدقة في كلمات الشيخ أعلى الله مقامه أنه اشرب في التعريف حيث المعوضية فإنه أخذ المال في ناحية العوض وهو أعم من العين والعمل والمنفعة ويدل بالفحوى على اعتبار المالية في المعوض أيضاً فلا حاجة إلى التصريح به وأخذ العين في ناحية المعوض وهو قرينة على اختصاص المعوض بالعين وقال في أول البيع: الظاهر اختصاص المعوض بالعين فيختص التعريف بالتمليك بعنوان المعوضية.

### الايراد الخامس على التعريف الشيخ

الايراد الخامس انتقاض طرده بالصلح على العين بمال.

### جواب الشيخ عن الإيراد الخامس

أجاب الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه عن هذا النقض باختلاف الحقيقة بين البيع والصلح فإن حقيقة البيع هو التملك على وجه المقابلة والمعاوضة وحقيقة الصلح هو التسالم ومفهوم أحدهما غير الآخر.

### وجوه الافتراق بين البيع والصلح

ويدل على ذلك الافتراق وجوه:

الوجه الأول: أن جميع العقود يحتاج إلى تسالم الطرفين لكنه يختلف بكيفية الأخذ فإن المنشأ في الصلح هو نفس التسالم، بخلاف سائر العقود فإن التسالم فيها يكون موردياً، كما في البيع فإن المنشأ فيه هو تملك العين بال عوض والتسالم فيه موردي والمعياري في اختلاف الحقيقة إنما هو باختلاف المنشأ فإن الصلح معناه الأصلي هو التسالم لا التملك وإنما يتضمن التملك إذا تعلق بالعين.

الوجه الثاني<sup>(٢)</sup> اختلاف الصلح والبيع في التعدي وعدمها فإن الصلح

(١) المكاسب ٣: ١٣.

(٢) أفاد المحقق الاصفهاني (حاشية المكاسب ١: ٦٩): أن الصلح مفهومه يتعدى طبعاً باللام فيقال صالح لكذا وقال تعالى ﴿أَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ﴾ (سورة الانبياء: الآية ٩٠) وانما يتعدى بحرف الاستعلاء؛ لأن الصلح وقع مورد المعاهدة لا باقتضاء مفهومه وما يرى من تعديه بحرف المجاوزة أحياناً فإنما هو في مقام الصلح عن قبل شيء وما يقع الصلح عن قبليته غير ما يقع الصلح عليه فيكون مملوكاً به، فتوهم أن الصلح بمعنى التجاوز سخيف جداً.

فما ذكره في مصباح الفقاهة (٢: ٦٣) من أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن) أو (على) وتبعه شيخنا الأستاذ، محجوج بما تقدم عن المحقق الاصفهاني، وكذا ما ذكره السيد البيزدي

يتعدى إلى متعلقه بأداة (عن) أو (على) يقال: صالحت عنه بكذا أو عليه بكذا وهذا بخلاف البيع فإنه يتعدى إلى متعلقه بنفسه يقال: بعثك هذا

→

(في الحاشية ١: ٣٠١) لا يقال صالحتك الدار بل يقال صالحتك عن كذا بكذا. \* ويمكن أن يجاب: أولاً: المهم في الجواب عن الإشكال كون البيع متعدياً بنفسه، والصلح بالحرف.

وثانياً: أن الصلح حسب الموارد المختلفة يتعدى بالحروف المختلفة، فليس لمادة الصلح اقتضاء خاص بطبعه بالنسبة إلى حرف جز خاص كما أفاده المحقق الإصفهاني، وإليك بعض كلمات أهل اللغة والأدب: العيين ٣: ١١٧، صلح: الصَّلَاحُ: نقيض الطلاح «٣». ورجل صالح في نفسه ومُصلِح في أعماله وأموره. والصَّلُحُ: تَصَالُحُ القوم بينهم. وأصلُحْتُ إلى الدابة: أحسنت إليها.

تهذيب اللغة ٤: ١٤٢: الصَّلُحُ: تَصَالُحُ القوم بينهم، والصَّلَاحُ: نقيض الفساد، والإصلاح: نقيض الإفساد، ورجُلٌ صالح: مُصلِحٌ، والصالح في نفسه، والمصلح في أعماله وأموره، وتقول: أصلحتُ إلى الدابة إذا أحسنت إليها.

لسان العرب ٢: ٥١٧: وأصلح الشيء بعد فساده: أقامه. وأصلح الدابة: أحسن إليها فَصَلَحْتُ. وفي التهذيب: تقول أصلحتُ إلى الدابة إذا أحسنت إليها. والصَّلُحُ: تَصَالُحُ القوم بينهم. والصَّلُحُ: التَّيْلُمُ

المنجد: صلح: صلحت حال فلان. صلح في عمله. هذا يصلح لك أي يوافقك ويحسن بك. أصلح الشيء ضد أفسده. أصلح بينهم وفق. أصلح إليه: أحسن إليه. أصلح الله له في ذريته وماله. وقال في كتاب صيغ العقود: صالحتك على كذا بكذا، وفي كتاب الدر المنضود... وصورته: صالحتك على ما تستحق في ذمتي بكذا، أو: على ما تستحق في هذه الدار بكذا، أو: على هذه الدار بكذا....

وثالثاً: أن الصلح يتعدى بحرف الاستعلاء في غير مورد المعاهدة: ١- تهذيب اللغة ١: ٢٤٤: ويقال: نجع في الإنسان طعامه ينجع، إذا استمرأه وصلح عليه.

٢- لسان العرب ٤: ٥٨٩: عَفَّرَ الزَّرْعَ: أن يُسْقَى سَقِيَّةً يَنْبَتُ عنه ثم يُتْرَكُ أياماً لا يُسْقَى فيها حتى يعطش، ثم يُسْقَى فيصلح على ذلك، وأكثر ما يفعل ذلك بجُلْفِ الصَّيْفِ وَخَصْرَاوَاتِهِ.



المتاع بكذا، واختلاف التعديّة شاهد على تغيّير المفهومين فإنّ الحاجة إلى أداة التعديّة في الصلح وعدم الحاجة في البيع دليل على اختلافهما في الحقيقة.

الوجه الثالث: الاختلاف في ناحية المتعلّق فإنّ المتعلّق في البيع هو تملك عين بمال ليس إلّا؛ ولكن متعلّق الصلح يختلف باختلاف الموارد فإنّ الصلح تارة يتعلّق بالعين، وأخرى بالمنفعة، وثالثة بالانتفاع، ورابعة بالحق ويفيد السقوط والاسقاط والاختلاف في ناحية المتعلّق دليل على اختلاف الحقيقة.

الوجه الرابع: أنّ الصلح يجري في عمدة موارد العقود إلّا أنه وقع الخلاف بين الفقهاء على قولين:

أحدهما: أنّ الصلح حقيقة مستقلة يفيد في كل مورد فائدة تلك المورد فإنه إن تعلّق بالعين ينتج نتيجة البيع، وإن تعلّق بالمنفعة ينتج نتيجة الإجارة وإن تعلّق بالانتفاع ينتج نتيجة العارية وهكذا.

القول الثاني: أنّ الصلح في كل مورد متحد مع حقيقة تلك المورد فالصلح المتعلّق بالمنفعة إجارة والمتعلّق بالانتفاع عارية وهكذا.

والقول الأوّل هو الحقّ فإنّ الصلح عقد مستقل، وإنما يختلف باختلاف النتيجة.

الوجه الخامس: ما ذكره الشيخ أعلى الله مقامه بما هو متن كلامه: من أنه لو كانت حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً وهو واضح البطلان، فلم يبقَ إلّا أن يكون مفهومه معنى آخر وهو التسالم

فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه، فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمن التملك لأن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو إنشاء التملك.

الوجه السادس: أنّ الصلح لا يعد طلبه من الخصم إقراراً وهذا بخلاف التملك فإن طلبه من الخصم يعد اقراراً.

وما ذكره الشيخ من الوجوه الستة الفارقة بين المفهومين - مفهوم البيع والصلح - متينٌ لا غبار عليه.

### تعريضان بكلام الشيخ

هنا مطلبان فيهما تعريض بكلام الشيخ:

### التعريض الأول للسيد اليزدي

المطلب الأول، - ما عن السيد الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> في الفرق بين الإجارة والعارية حول توضيح كلام الشيخ - من أنّ الإجارة توجب ملكية المنفعة والعارية توجب ملكية الانتفاع وتظهر الثمرة في الغصب، فإن غاصب الإجارة ضامن للمالك المنفعة وهو المستأجر وغاصب العارية لا يكون ضامناً للمستعير بل هو ضامن للمالك وإليك نصّ كلامه:

الفرق بين ملكية المنفعة وملكية الانتفاع أنه لو غصب العين غاصب يكون ضامناً للمالك على الثاني؛ لأن المنفعة الفاتنة تكون باقية على ملكه بخلافه

(١) حاشية اليزدي ٣٠١:١.

على الأول؛ لأنها صارت مملوكة للمصالح له فيكون الغاصب ضامناً له.

### نقد السيد اليزدي

وفيه أنه توضيح بلاوجه إذ ليس في عبارة الشيخ أعلى الله مقامه ملكية الانتفاع بل الموجود فيها تملك المنفعة في الاجارة ومجرد التسليط في العارية حيث قال: وقد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية وهو مجرد التسليط. وهذا هو الحق فإن العارية عقد لا يفيد إلا إباحة الانتفاع وليس في موردها ملكية فإن المستعير لا يملك المنفعة ولا الانتفاع وإلا لزم القول بفسخ الملك فيما إذا رجع المعير في عاريتيه ولا يمكن الالتزام به وذلك لذهاب الفقهاء<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامهم إلى أن العارية تفيد الإباحة والتسليط.

### التعريض الثاني للمحقق الاصفهاني

المطلب الثاني ما ذكره المحقق الاصفهاني<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه من أن الصلح وإن كان بمعنى التسالم إلا أن حقيقة التسالم لا يعقل تعلقه بالعين؛ لأن التسالم كمقولة الالتزام لا يتعلق إلا بفعل كالتملك أو نتيجته كالملكية، فالتملك والملكية من التعلقات لا من الفوائد خلافاً للشيخ<sup>(٣)</sup> أعلى الله مقامه

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٢٧٥، المكاسب ٣: ٥٨٩.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٧٠، وتبعه في ذلك تلميذه المحقق السيد الخوئي قال: إن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان، بل لا بد وأن يتعلق ذلك إما بالفعل كالاسقاط والعمو والتملك وأشباهاها أو بالحكم الوضعي كالملكية ونحوها، بخلاف البيع فإنه تبادل شيء من الأعيان بعوض. مصباح الفقاهة ٢: ٦٣.

(٣) كتاب المكاسب ٣: ١٣.

حيث ذهب إلى أنّ الصلح يتعلق بنفس العين لأجل إفادة التملك وقال: إن الصلح هو التسالم فيفيد في كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه.

فالتسالم فيما إذا تعلق بالعين يكون بوزان تعلق الحلية والحرمة بالعين فكما أنه إذا قال:

الخمير حرام، والماء حلال، كان معناه شرب الخمير حرام، وشرب الماء حلال فكذلك فيما إذا قال: صالحت على هذا بكذا كان معناه صالحت على ملكية هذا بكذا.

والفرق بين القولين أنّ متعلق التسالم على قول الشيخ نفس العين، وعلى قول الاصفهاني هو الفعل أو نتيجة الفعل.

وتظهر الثمرة بين القولين فيما إذا طُلب صلح العين من الخصم فإن طلب الصلح من الخصم<sup>(١)</sup> - على قول الشيخ - لا يكون إقراراً بخلاف قول الاصفهاني فإن طلب الصلح منه على هذا القول طلب للتملك فيكون إقراراً منه بالملكية الطرف.

(١) وقد أشار الشيخ الأعظم إلى هذه الثمرة بقوله: ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً بخلاف طلب التملك. المكاسب ٣: ١٤.

وأجابه المحقق الاصفهاني أولاً أنّ وجهة الصلح بحسب الغالب تكون على المسالمة على قطع النزاع.

وثانياً أنه قد يكون إقراراً كما إذا طلب الصلح على عين بعوض لا مطلقاً، فإنه إذا طلب الصلح عن قبل العين على شيء فلا دلالة فيه على الإقرار.

وفيه أنّ الثمرة ولو كانت في الجملة فهي تكفي في الفرق بين القولين.

### نقد المحقق الاصفهاني

وما أفاده المحقق الاصفهاني - أعلى الله مقامه - وإن كان في كمال الدقة ولكنه مع ذلك لا يخلو عن نظر، فإن التسالم يكون في نقطة المقابل للتنازع، فكما أنّ التنازع بما دته وهيئته يتعلق بالعين، وفائدته التمليك أو الملكية مثلاً، فإن التنازع يتعلق بالعين إلا أنّ منشأ التنازع هي الملكية أو أمر آخر، فكذلك يقال في التسالم بقرينة التقابل بينهما فنقول: إنّ التسالم كالتنازع يتعلق بالعين لأجل التمليك، وإن شئت فقل: إنّ المتعلق هو العين وفائدته التمليك أو الملكية.

وأما ما ذكره المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من أنّ التسالم كمقولة الالتزام مما لا يتعلق إلا بفعل أو نتيجته كتمليك أو ملكية شيء فهو قياس مع الفارق، فإن الالتزام من مادة اللزوم، واللزوم والالتزام من الأفعال الجنائية الاختيارية فلا بد أن يتعلق بفعل اختياري كالتمليك والملكية ونحوهما؛ ولذلك يقال بذلك في مقولة الشرط فإنه عبارة عن الالتزام فقد يتعلق بالتمليك ويسمى بشرط الفعل، وأخرى بالملكية ويسمى بشرط النتيجة.

فالحق ما ذهب إليه الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أنّ مفهوم الصلح كبروياً هو

(١) قال الشيخ الأعظم: إنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعة فيفيد التمليك، وقد يتعلق بالانتفاع به فيفيد فائدة العارية وهو مجرد التسليط وقد يتعلّق بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال وقد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين، كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: صالحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك، فيفيد مجرد التقرير. فلو كانت حقيقة الصلح هي عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً وهو واضح البطلان. المكاسب ٣: ١٣.

التسالم ويفيد في كل موضوع فائدة من الفوائد بحسب ما يقتضيه متعلقه، فالصلح على العين بعوض - صغروباً - هو التسالم على العين وهو يتضمن التملك لا أن مفهوم الصلح هو إنشاء التملك.

### الايراد السادس على تعريف الشيخ

الايراد السادس: انتفاض تعريف البيع بالهبة المعوضة فإنه يصدق عليها إنشاء تملك عين بمال.

### أقسام الهبة

وتوضيح الانتفاض: أن الهبة تنقسم إلى أقسام:

القسم الأول: أن تكون مجانية ويسمى في لسان الشيخ بالهبة الأولى وهي متقومة ذاتاً بالمجانية، ويستفاد ذلك من تعاريف الفقهاء كتعريف المحقق والعلامة وغيرهما، فإنهم عرفوا الهبة بالعقد المقتضي لتملك العين من غير عوض تملكاً منجزاً مجرداً عن القرية كما عن المحقق، وعن العلامة في بعض كتبه كالقواعد والتحرير اعتبار الايجاب والقبول والقبض فيها، وفي بعض كتبه كالتذكرة عدم احتياجها إلى الايجاب أو القبول وأنها ليست بعقد، بل مجرد التملك أو الاباحة، سواء كان هبة المتهب بمقتضى مقابلة الإحسان بالإحسان أم لا؟

القسم الثاني: أن تكون معوضة بمعنى أن تكون مشروطة بشرط الفعل، كما إذا اشترط الواهب على المتهب تملك شيء يقول: وهبتك هذا على أن تملكني كذا أو بشرط النتيجة كما إذا اشترط الواهب على المتهب ملكية

شيء يقول: وهبتك هذا على أن يكون فراشك هذا ملكاً لي.  
والمراد من الهبة المعوضة - عند المشهور - أنّ المعاوضة تقع بين المالكين  
أي الموهوب والمشروط لكنها تقع باقتضاء الشرط لا باقتضاء نفس عقد  
الهبة، سواء كانت المعوضة بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة.

### أقسام الهبة عند السيد اليزدي

وقد زاد المحقق السيد اليزدي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه إلى الهبة المعوضة قسمين  
آخرين: أحدهما أن يكون التملك بإزاء التملك بنحو المعاوضة والمقابلة  
لكنه لا باقتضاء الشرط، بل باقتضاء نفس الهبة يقول: ملكتك هذا بإزاء  
تمليكك الشيء الفلاني ويقول: ملكتك هذا بإزاء ملكية الشيء الفلاني.

ثانيهما: أن يكون التملك بإزاء المال باقتضاء نفس عقد الهبة.  
وتوهم انتقاض تعريف البيع بالهبة المعوضة لا يختص بقسم الاشتراط، بل  
يجري في قسم المعاوضة أيضاً بل النقض بهذا القسم أولى من قسم الاشتراط.

### عدم انتقاض تعريف البيع بالهبة

والجواب أنّ تعريف البيع لا ينتقض بالهبة بأقسامها.

(١) حاشية المكاسب ٦١:١؛ ومرة على أن يكون المراد المقابلة بين المال وفعل التملك بأن  
يكون الباء متعلقاً بملكك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلقه نظيره قوله: أكرمتك بعوض ما  
أعطيتني وهذا راجع إلى الهبة؛ لأنّ المال لم يعوّض بشيء، بل العوض في مقابل فعل  
التمليك ومرة يقول ملكتك كذا بتمليكك إياي كذا وهذا أيضاً قد يكون العوض الذي هو  
التمليك في مقابل المال وقد يكون في مقابل التملك.

أما عدم الانتقاض بالهبة المجانية فواضح لتقومها بالمجانية والبيع ليس مجانياً فإنه إنشاء تملك عين بمال ولا فرق في الفرض المزبور بين ما إذا وهب الموهوب به بإزائها إحساناً أم لا؟

أما على فرض عدم الاحسان فعدم الانتقاض واضح إذ ليس هنا عوض والبيع فيه عوض.

وأما على فرض الإحسان فلا انتقاض أيضاً لأنّ العوض هنا إحسان بإزاء الاحسان بخلاف البيع فإنّ العوض فيه مجعول بإنشاء البيع. وأما عدم الانتقاض بالهبة المعوضة بنحو الاشتراط فلأنّ العوض هنا قد جعل باقتضاء الشرط بخلاف البيع فإنّ العوض فيه مجعول باقتضاء نفس إنشاء البيع.

وإن شئت فقل: إنّ المستفاد من تعريف البيع - إنشاء تملك عين بمال - أنّ الدال على العوض هو نفس إنشاء البيع، وهذا بخلاف الهبة المعوضة بالشرط فإنّ الدال على العوض هنا هو الاشتراط لإنشاء الهبة، وهذا الفارق الإثباتي كافٍ في عدم صدق الانتقاض.

وأما عدم الانتقاض بالهبة المعوضة بمعنى المقابلة فلأنّ الهبة والبيع وإن كانا مشتركين من هذا الحيث فإنّ العوضية في الموردين إنما تكون بنفس إنشاء المعاملة لا بالاشتراط إلاّ أنهما يفترقان في أنّ المعاوضة في الهبة تكون بين الملكيتين أو بين التملك والملكية بخلاف المعاوضة في البيع فإنّ المعاوضة فيه تكون بين المالين.

فتحصّل أنّ تعريف البيع لا ينتقض بالهبة المعوضة بجميع أقسامها.



قال الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه: أن المتهب لولم يؤد العوض كان للواهب الرجوع في هبته.  
أفاد الشيخ أعلى الله مقامه أن الواهب له حق الرجوع عن الهبة إذا تخلف المتهب عن الشرط.

### إشكالان على الرجوع في الهبة

وهنا إشكالان:

الإشكال الأول: أن الرجوع لا يتصور في شرط النتيجة لتحقق ملكية العوض في زمان الهبة فلا يتصور فيه التخلف حتى يحصل به حق الرجوع.  
والجواب أن الرجوع والتخلف قابلان للتصور في شرط الفعل كشرط تمليك العوض، وهذا المقدار كافٍ في طرحه.

الإشكال الثاني: أن الهبة جائزة بالذات بالجواز الحكمي وجوازه ثانياً بالجواز الحقيقي لغو.

والجواب عنه بعدم اللغوية لوجود الفارق بينهما من ناحيتين:  
الناحية الأولى: أن الجواز الحكمي ليس قابلاً للسقوط والاسقاط ولا قابلاً للانتقال بالارث، بخلاف الجواز الحقيقي، فإنه قابل للارث والسقوط والاسقاط.  
الناحية الثانية: أن الجواز الحكمي لا يجري في الهبة بذوي رحم وفي مورد التلف لصيرورتها لازمة.

بخلاف الجواز الحقيقي فإنه حق متعلق بالعقد يبقى ببقاء متعلقه.

### الايراد السابع على تعريف الشيخ

الايراد السابع<sup>(١)</sup>: انتقاض تعريف البيع بالقرض فإنه يصدق عليه أنه إنشاء تملك عين بمال.  
أجيب عن هذا الانتقاض بوجوه:

### جواب الشيخ عن انتقاض التعريف بالقرض

الوجه الأول، ما أجابه الشيخ أعلى الله مقامه: من أن البيع عبارة عن التملك على وجه المعاوضة والقرض عبارة عن التملك على وجه الضمان، وهما مفهومان متغايران لا ينطبق أحدهما على الآخر، فإنّ العوض في البيع هو المال، وفي القرض الضمان، فمفهوم القرض ليس نفس المعاوضة، بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمة.

### توضيح المحقق الاصفهاني لكلام الشيخ

وللمحقق الاصفهاني<sup>(٢)</sup> بيان في توضيح هذا الوجه وهو أنّ قصد العوض دخيل في المعاوضة التسببية إذ لا بد في تملك شيء بعوض ملاحظة الطرفين.

وأما التعويض التسببي فلا يكون قصد العوض دخيلاً فيه؛ ولذلك ينقسم تارةً إلى ما إذا كان الشخص في مقام تبديل ماله بشيء فهذا يسمى بالبيع. وأخرى إلى ما إذا كان في مقام تبديل ماله ببدل واقعاً قاصداً بتملكه عدم

(١) المكاسب ٣: ١٥.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٧٢.

المجانية لا جعله بإزاء شيء ويسمى بالقرض، وعدم ذكر العوض فيه شاهد قوي على عدم كونه من المعاوضات التسببية.

فتحصل أنّ القرض تملك على وجه التضمن لا تملك محض ولا تضمين محض.

### نقد الشيخ

ويرد على هذا الوجه بما سيأتي إن شاء الله في تحقيق حقيقة القرض أنه من المعاوضات وأنه المشهور أو لا أقل من ذهاب جماعة من أساطين الفقه إليه، إلا أنه وقع الخلاف في أنّ القرض هو التملك بإزاء المثل أو القيمة كما هو المشهور أو التملك بضمان المثل أو القيمة كما هو المختار. والفرق بين التعريفين أنّ العوض على تعريف المشهور هو نفس المثل أو القيمة، وعلى التعريف الثاني هو الضمان لا نفس المثل أو القيمة.

### افتراق القرض والبيع بلحاظ الآثار

الوجه الثاني ما أجابه الشيخ أعلى الله مقامه أيضاً من أنّ القرض والبيع يختلفان في الآثار والأحكام ومن اختلاف الآثار يستكشف كونهما مختلفين في الحقيقة إذ لا يعقل الاختلاف في الآثار مع وحدة الموضوع. واختلاف الآثار له موارد:

فمنها: أنّ الغرر يجري في البيع لما روى<sup>(١)</sup> من نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر - دون القرض.

(١) دعائم الإسلام ٢: ٢١.

- ومنها: أنّ الربا المعاوضي يجري في البيع دون القرض.  
 ومنها: أنه يعتبر العلم بالعوضين في البيع دون القرض.  
 ومنها: أنه يعتبر ذكر العوضين في البيع دون القرض<sup>(١)</sup>.

### حقيقة الهبة عند المحقق الايرواني

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الايرواني<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه فإنه بعد ما بين النقض بالقرض بأنه يبيع إلى أجل، فكأنّ المقرض ينشئ تبديل ماله بعوض في ذمة المقرض إلى رأس الأجل، وما هذا إلا البيع نسيئة، أجابه بأن القرض ينحل إلى أمرين هبة واستئمان.

أما الهبة فبا النسبة إلى العين، فإنّ المقرض يرفع يده عن العين ويدفعها إلى المقرض مجاناً وبلا عوض.

وأما الاستئمان فبالنسبة إلى مالية العين فإنه يستأمن مالية العين عند المقرض وفي ذمته على أن يردها إليه في رأس الأجل؛ ولذا يطالب بماله من حيث المالية لا بعوض ماله، فلامعاوضة في القرض بوجه، وإتّما هو إعراض عن خصوصية العين واستئمان لماليتها، فلا ينتقض تعريف البيع بالقرض.

(١) قال الشيخ الأعظم أعلى الله مقامه في آخر كلامه: «فتأمل» كما في بعض النسخ ولعل وجه التأمل أنّ حدّ دلالة الوجهين أنّ للقرض ليس بمعاوضة بيعية لا نفى المعاوضة من رأس. (المكاسب ٣: ١٦).

(٢) حاشية المكاسب للإيرواني ١: ٧١.

توضيح لكلام الايرواني في تعريف القرض بالهبة والاستئمان  
وتوضيح كلامه يحتاج إلى بيان أمرين:

### تعاريف للقرض

الأمر الأول: في وجه عدوله عن سائر تعاريف القرض إلى تعريفه بالهبة  
والاستئمان.

الأمر الثاني: في إثبات مرامه من تعريف القرض بالهبة والاستئمان.

أما الأمر الأول فهو أنّ القرض قد عرف بتعاريف:

التعريف الأول: ما نسب إلى المشهور من أنه تملك العين بإزاء المثل أو  
القيمة.

التعريف الثاني ما عن الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه أنه تملك العين على وجه  
الضمان.

التعريف الثالث: ما عن السيد الفقيه اليزدي<sup>(٢)</sup> أنه تملك بالضمان.

وقد عدل المحقق الايرواني عن هذه التعاريف إلى تعريف آخر وهو أنّ  
القرض هبة واستئمان.

ووجه العدول أنّ القرض بإزاء المثل أو القيمة لا يخلو من أحد أمرين ولا  
ثالث في البين، أحدهما: أن يكون بنحو المقابلة والمعوضة والآخر: أن يكون  
بنحو الاشتراط.

(١) المكاسب ٣: ١٥.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٣٠٣ تعليقة ٤٠٥ طبع جديد. قال: لوضح أنّ القرض تملك  
بالضمان لا بالعوض.

وعلى المعاوضة يعود محذور النقص بالقرض، وعلى الاشتراط يلزم المحال، فإنه لا يعقل أن يضمن شخص مال نفسه؛ إذ يلزم أن يكون المقترض ضامناً لماله.

وأما تعريف الشيخ أعلى الله مقامه فهو ليس قبال تعريف المشهور بل يرجع لُبّاً إلى المعاوضة، فإن ما أفاده في الفرق بينه وبين المعاوضة إما هو مجرد تغيير للعبارة مع كون واقعه هو المعاوضة أو هو غير معقول، فإن التملك على وجه ضمان المثل أو القيمة إن كان بمعنى المقابلة على أن يكون تملكياً بإزاء عوض في الذمة فذلك هو الأول. وإن كان لا بمعنى المقابلة، بل كان التملك مجانياً وقد اشترط في تملكه أن تكون الذمة مشغولة بحكم الشارع كما تكون مشغولة في موارد الضمانات فذاك هو الثاني فإنه لا يعقل أن يكون الشخص ضامناً لملك نفسه.

### الاستدلال على تعريف القرض بالهبة والاستئمان

وأما الأمر الثاني وهو تعريف القرض بالهبة والاستئمان فلأنه لا مناص من الأخذ بهذا التعريف وذلك لوجهين:

الوجه الأول: أنّ القرض يسلم بهذا التعريف عن إشكال المعاوضة والاشتراط. الوجه الثاني: أنّ القرض بعنوانه هو المتعلق للإنشاء صورة؛ لكنه ينحل لُبّاً إلى هبة واستئمان، هبة بالنسبة إلى العين واستئمان بالنسبة إلى ماليتها، فإنّ القرض تملك للعين مجاناً وأمانة مالكية بالنسبة إلى ماليتها. والشاهد على ذلك: أنّ المقرض له المطالبة بماله من حيث المالية لا

بعوض ماله فيستكشف منه أنّ القرض بحسب الحقيقة تملك للعين مجاناً واستئمان لماليتها.

### نقد السيد الخوئي على المحقق الايرواني

وأورد عليه السيد الخوئي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه بأن هذه المناقشة من المحقق الايرواني أعلى الله مقامه غريبة عن مقصود الشيخ أعلى الله مقامه، فإن غرضه - على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمة - أنّ الضمان على قسمين: الضمان باليد كضمان الغاصب، والضمان بالإقدام كضمان المقترض في القرض، والفرق بينهما أنّ الغاصب إذا وضع يده على مال غيره ضمنه لمالكة بجميع خصوصياته النوعية والصنافية والشخصية والمالية، فإنّ الثابت في ذمته ابتداءً إنما هونفس العين فيجب ردّها إلى مالكة بقاعدة ضمان اليد.

وإذا تلفت العين وجب مثلها في المثليات؛ لأنه أقرب إلى التالف وأداء قيمتها في القيميات، وأما القرض فليس الضمان فيه بضمان اليد؛ لأنّ المفروض أنّ يد المقترض لم يتعلق بمال غيره، بل الضمان فيه إنما يكون بالاقدام بمقدار ما أقدم عليه وتعهّد به والعهدة لم تثبت إلا بالنسبة إلى مالية العين المأخوذة قرضاً لا بالنسبة إلى خصوصياتها الشخصية.

وعلى هذا الضوء يعرف القرض بأنه عبارة عن تملك العين على وجه الضمان بالمثل أو القيمة، فالمديون يملك العين بالخصوصية الشخصية،

والدائن يملك على المديون بالخصوصية النوعية والصنفية الدخيلة في المالية.

وعليه يصح أن يقاس القرض بالغصب من دون فرق بينهما، إلا أن الغاصب يضمن بجميع الخصوصيات، والمقترض يضمن بالخصوصية النوعية والصنفية فقط، فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيع بالغصب كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض.

### نقد السيد الخوئي

وهذا البيان غير وافي بدفع الإشكال.

توضيح ذلك: أن المحقق الايرواني أعلى الله مقامه قد استشكل على تعريف الشيخ بأن التملك على وجه الضمان إهماله محال فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون على نحو المعاوضة أي المبادلة بين التملك والضمان، وإما يكون التملك مجانياً ويتحقق الضمان بالاشتراط.

فعلى الأول يندرج القرض في المعاوضات ويترتب عليه أحكام المعاوضة، فيكون تعريف الشيخ مجرد تغيير في العبارة ويكون القرض معاوضة لئلاً. وعلى الثاني يلزم أن يكون المقترض ضامناً لملك نفسه وهو غير معقول.

وبيان السيد الخوئي أعلى الله مقامه غير وافي في دفع هذا الإشكال فإن الإقدام على الضمان لا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون إقداماً معاملياً أو غير معاملي، والثاني مفروض العدم؛ لأن الإقدام هنا إقدام معاملي، والإقدام المعاملي إما أن يكون بالمعاوضة أو بالشرط، فعلى المعاوضة ينتقض تعريف البيع بالقرض، فإن العوض في تعريف البيع



أعم من العين والعمل، والعمل أعم من العمل الخارجي والعمل في الذمة. وعلى الشرط يلزم أن يكون ضمان القرض ثابتاً بالشرط لا بعقد القرض، وهو خلاف التحقيق خلاف وما اختاره أكثر أركان الفقه على ما سيأتي بيانه، فإنّ الضمان في القرض ضمان عقدي لا شرطي، وهما متفاوتان جوهرًا وأثرًا.

### توجيه الإصفهاني لكلام الشيخ رحمته

وأما توجيه المحقق الاصفهاني لكلام الشيخ أعلى الله مقامهما في تعريف القرض بالتملك على وجه الضمان، وهو أنّ القرض وإن كان مشتملاً على العوض؛ ولكنه ليس من المعاوضات لكي يعتبر فيه قصد العوض وجعل التملك بإزاء العوض وإنما اعتبر فيه قصد عدم المجانية. ففيه أنّ التملك والتضمن إما أن لا يرتبط أحدهما بالآخر أو يرتبط ولا ثالث في البين.

فعلى الأول لا بد من تخلل (او) العطف بينهما، ويقال: تملك وتضمن فيلزم ان يكون من موارد تعدد الايجاب أي تملك إيجابي وتضمن ايجابي وتعدد الايجاب يستلزم تعدد القبول، ولو كان القبول بلفظ واحد مثل (قبلت) فإنه ينحل لُبّاً إلى تعدد القبول بتبع تعدد الايجاب.

وعلى الثاني أنه لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون الارتباط بنحو المقابلة فهو يرجع لُبّاً إلى ملكتك هذا بضمائك بماليتة، فيعود إشكال الانتقاض؛ إذ يصدق على القرض أنه تملك عين بعوض فإن العوض في تعريف البيع أعم من كونه عيناً خارجية أو في العهدة وأعم من العمل في الذمة.

وإما أن يكون الارتباط من ناحية الشرط أي ملكتك هذا بشرط ضمانك

لماليته فيلزم فيه ما هو خلاف ما ذهب إليه أكثر أركان الفقه، فإن الضمان في القرض ثابت بعقد القرض لا بالشرط والضمان عقدي لا شرطي.

### عويصة في ظاهر تعريف الشيخ

هنا عويصة وهي أنّ ظاهر تعريف الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه ثبوت الضمان القرضي بالاشتراط لا بالعقد، حيث قال: التملك على وجه الضمان، ولم يقل بالضمان فإنّ حرف (على) ظاهر في الاشتراط، كما أن حرف (الباء) ظاهر في المعاوضة وفي كون التملك بإزاء الضمان.

### استظهار الاشتراط من بعض كلمات الفقهاء

والضمان بالاشتراط يستظهر من بعض كلمات الفقهاء أيضاً: قال المحقق في الشرايع<sup>(٢)</sup> في تعريف القرض: هو عقد يشتمل على إيجاب كقوله: أقرضتك أو ما يؤدي معناه مثل: تصرف فيه أو انتفع به و عليك ردّ عوضه. وعن الشهيد أعلى الله مقامه في الدروس<sup>(٣)</sup>: وهو عقد إيجابه أقرضتك أو أسلفتك أو ملكتك و عليك ردّ عوضه أو خذه بمثله أو قيمته أو تصرف فيه أو انتفع به كذلك وشبهه.

وعن الشهيد الثاني أعلى الله مقامه في المسالك<sup>(٤)</sup> ذيل قول الشرائع (أو ما

(١) المكاسب ٣: ١٥.

(٢) الشرائع ٢: ٦١.

(٣) الدروس ٣: ٣١٨.

(٤) المسالك ٣: ٤٤٠.

يؤدي معناه إلى قوله وعليك ردّ عوضه) من المؤدي لمعناه: خذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتك أو أسلفتك ونحوه وعليك ردّ عوضه أو مثله ونحو ذلك .

وجه الاستظهار لكلمة (على) فإنها ظاهرة في الاشتراط لا المعاوضة .

وقال الشهيد الثاني خذ هذا وعليك ردّ عوضه ، وظاهره الاشتراط ولو كان معاوضة لقال: خذ هذا بهذا. عن العلامة في القواعد<sup>(١)</sup> تبعاً لأستاذه المحقق صاحب الشرايع: ولا بد فيه من إيجاب صادر عن أهله كقولك أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك وعليك ردّ عوضه .

وقال المحقق الثاني في جامع المقاصد ذيل جملة (وعليك ردّ عوضه) هذا معتبر فيما عدا أقرضتك؛ لأن الإذن في التصرف والانتفاع والتملك أعم من استحقاق ردّ العوض الذي هو جزء مفهوم القرض .

توضيحه: أنه إذا قال المقرض في القرض ملكتك هذا أو تصرف في هذا أو انتفع بهذا فهو يحتاج إلى ذكر جملة (وعليك ردّ عوضه) فإنّ هذه العناوين كالتمليك ونحوه أعم من المجانية والمعاوضة ، بخلاف ما إذا قال: أقرضتك فإنّ القرض بمفهومه متضمن لردّ العوض فقول المقرض (أقرضتك) ينحلُّ بُنْياً إلى قوله: (ملكتك وعليك ردّ عوضه) .

هذا، ولكنه يستفاد من كلمات عمدة أركان الفقه كون القرض من المعاوضات، بل يستفاد من بعض كلمات الشهيد الثاني أنّ إباحة العين بنحو الاشتراط في القرض نادر<sup>(٢)</sup> .

(١) القواعد ٢: ١٠٣ .

(٢) مسالك ٣: ٤٥١ .

### إشكالات على تعريف القرض بالهبة والاستئمان!!!

وأما نظر المحقق الايرواني أعلى الله مقامه في حل الإشكال وهو أنّ القرض عبارة عن الهبة والاستئمان بمعنى أنّ القرض ينحل إلى هبة العين والاستئمان في ماليتها فترد عليه إشكالات:

الإشكال الأول: أنه خلاف المرتكز العرفي، فإنّ العرف لا يفهم من إنشاء القرض الهبة والاستئمان لا في العرف العام ولا في العرف الخاص، فإنّ متعلق الإنشاء في باب القرض قول المقرض: (أقرضتك) فهل يفهم من القرض هبة المقرض واستئمانه كلا؟، فإنّ العرف ببابك.

وبعبارة أخرى أنّ الهبة والاستئمان من عناوين المعاملات والمعاملات أمور إنشائية متقومة بالقصد والاعتبار وتحتاج إلى ما يدل عليه إما صريحاً على القول باعتبار الصراحة في الإنشاء أو بالظهور على القول بعدم اعتبار الصراحة، ولفظ (أقرضتك) ليس قابلاً لابرز الهبة والاستئمان على القول بأن أسباب المعاملات مبرزات ولا قابلاً لايجادهما على مسلك المشهور من كون أسباب المعاملات موجبات لمعانيها فيكون التعريف من الدعوى بلا شاهد. الإشكال الثاني أنّ انحلال عقد القرض إلى الهبة والاستئمان أمر محال ولا معنى له، فإنّ الاستئمان عبارة عن جعل الشيء وديعة عند شخص كالاستيداع فإنه عبارة عن جعل الشيء وديعة عند شخص، والاستئمان في القرض استئمان مالكي لا شرعي بمعنى أنّ المقرض في مقام الإنشاء جعل مالية العين أمانة عند المقرض.

فنقول إنّ العين في القرض لا تخلو من أحد أمرين:

أما أن تكون العين ملكاً للمقترض بالخصوصية الشخصية فقط وبدون المالية أو مع المالية.

فعلى التقدير الأول تكون المالية أمانة عنده فلا يجوز له التصرف في المبادلات التي يعتبر فيها المالية، وهو واضح البطلان، وعلى التقدير الثاني يلزم الخلف.

الإشكال الثالث: أنه يلزم على هذا التعريف الالتزام بتركب عقد القرض من عقدين:

عقد الهبة وعقد الاستئمان ومن الإيجابين والقبولين، وإن يترتب على عقد القرض أحكام الهبة والاستئمان وهو خلاف ضرورة الفقه.

### التحقيق في تعريف القرض

والتحقيق أن يقال أن القرض يعد من المعاوضات وهو الموافق للارتكاز ويساعده الدليل ولا مانع في البين إلا ما ذكره الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من المحذورين:

المحذور الأول: انتقال تعريف البيع بالقرض، فإن البيع تملك عين بمال، والقرض (على المعاوضة) أيضاً تملك عين بمال.

المحذور الثاني: أن القرض لو كان من المعاوضات للزم فيه ترتب أحكام المعاوضة عليه كالربا المعاوضي والغرر في المعاملة ولزوم العلم بالعوضين ولزوم ذكر العوضين في متن العقد وهذه الآثار غير جارية في القرض.

(١) المكاسب ٣: ٥٠.

ويستكشف من عدم ترتب هذه الأحكام على القرض أنه ليس من المعاوضات؛ ولذلك ذهب الشيخ أعلى الله مقامه ومن تبعه كالمحقق الاصفهاني وغيره في دفع الانتقاض إلى أنّ القرض ليس من المعاوضات ليرتفع المحذوران. والجواب أنّ المحذورين قابلان للدفع: أما المحذور الأول فمندفع بأنه لم يقم نص ولا إجماع على نفي المعاوضة في القرض.

أما فقد النص فواضح إذ لم يرد نص على نفي المعاوضة في القرض. وأما الاجماع فإنه لو لم نَدعِ ذهب المشهور على المعاوضة فلا أقل من ذهب جماعة كثيرة من أساطين الفقه إلى ذلك كما يظهر ذلك بالتتبع في الكلمات.

### أنظار عدة من الفقهاء في اعتبار المعاوضة في القرض

ونشير هنا إلى أنظار عدة من أعيان الفقه:

قال المحقق الأردبيلي<sup>(١)</sup> ذيل كلام العلامة في إرشاد الأذهان<sup>(٢)</sup> (وكل مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصح إقراضه فإن كان مثلياً ثبت في الذمة مثله، وإلا القيمة وقت التسليم): لعلّ دليله أنّ القيمي إنما خرج عن ملك المالك بالعوض، وليس له العوض إلا القيمة لعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات، وهذه العبارة نصّ في كون القرض من المعاوضات فإن الباء في (بالعوض) للمقابلة.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٦٩.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٠.

وقال في موضع آخر<sup>(١)</sup> عند النقد على كلام المحقق<sup>(٢)</sup> "لأن الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكاً ويكون عليه العوض لا مطلقاً، كما في سائر المعاوضات فإنه أعلى الله مقامه قد جعل القرض من المعاوضات بالإرسال المسلم ورتب عليه فروع المعاوضة.

وقال الشهيد الثاني ذيل كلام المحقق في الشرايع<sup>(٣)</sup> (وهل للمقرض ارتجاعه): لأنّ العوض الثابت في الذمة في الحقيقة هو أحد العوضين في هذه المعاملة من قبل المقرض والعوض الآخر هو العين المنتقلة من المقرض<sup>(٤)</sup> وهذه الحاشية مفصلة، وقال في موضع منها في الفرق بين الهبة والقرض: بخلاف القرض فإنّ هناك عوضاً هو المثل أو القيمة ومعوّضاً وهو العين فمن فسّخه رجع إلى حقه.

وقد عدّ القرض هنا من المعاوضات حيث صرح بالعوض والمعوض.  
وقال صاحب الرياض في نقد على الشهيد الثاني في حاشية الشرايع<sup>(٥)</sup> -  
ويضعف أولاً بأن الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون المقرض مالكاً

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٧٤:٩.

(٢) كذا في التقرير لكن الظاهر كونه نقداً على الشهيد الثاني في حاشية الشرايع (حاشية شرايع الاسلام: ٣٨٩، وهي حاشية مستقلة غير المسالك). قال المحقق الأربيلي: لا يمكن الجواب بما قاله في شرح الشرايع (وفيه نظر لمنع التبعية للملك مطلقاً وتوقفه عليه، بل يكفي في جواز التصرف إذن المالك كما في غيره من المأذونات): لأنّ الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون مالكاً ويكون عليه العوض لا مطلقاً.

(٣) الشرايع ٦٢:٢.

(٤) مسالك ٤٥٣:٣.

(٥) حاشية شرايع الاسلام: ٣٨٩.

ويكون عليه العوض لا مطلقاً كما في سائر المعاوضات<sup>(١)</sup>.

توضيح ذلك أنه قال المحقق في الشرائع: القرض يملك بالقبض لا بالتصرف؛ لأنه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به. ومحصل كلامه: أنه لو كان التصرف شرطاً للزم الدور؛ لأنه فرع الملك.

قال الشهيد الثاني في نقد لزوم الدور: وفيه نظر لمنع تبعية التصرف للملك وتوقفه عليه، بل يكفي فيه إذن المالك وهو حاصل هنا بالايجاب المقترن بالقبول.

وقال صاحب الرياض نقداً على الشهيد الثاني: ويضعف أولاً بأن الإذن إنما حصل من المالك بأن يكون المقترض مالكاً ويكون عليه العوض لا مطلقاً كما في سائر المعاوضات.

ويظهر من كلام صاحب الرياض أنه عدّ القرض من المعاوضات.

وقال صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup> في مبحث اعتبار العلم بالقيمة في صحة القرض: اللهم إلا أن يقال إن القرض وإن كان له شبهة في الضمانات إلا أنه من المعاوضات أيضاً إذ هو كما عرفت دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة. ومحصله: أن القرض وإن كان شبيهاً بالضمانات إلا أن فيه جهة المعاوضة؛ لأنه عبارة عن دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة فهو يعدّ من المعاوضات أيضاً.

وفي الختام نذكر كلام ابن حمزة في الوسيلة وهو من القدماء، وكلامه نص

(١) رياض المسائل ٩: ١٦٤.

(٢) الجواهر ٢٥: ١٦.



في كون القرض من المعاوضات، قال: فصل في بيان القرض: القرض كل مال لزم في الذمة بعقدٍ عوضاً عن مثله.

ونحن اكتفينا بهذا المقدار من الكلمات ومن تتبع في كلماتهم يصل إلى أن المعاوضة في القرض قول رائج بينهم وعدمها قول شاذ نادر.

هنا كلام من الشهيد الثاني ذكره في موضع من المسالك يستفاد منه أن القرض ليس على طريق المعاوضات، ويكون بنحو الإباحة بشرط العوض حيث قال<sup>(١)</sup> ذيل قول المحقق - «القرض يملك بالقبض لا بالتصرف» في وجه حصول الملك بالتصرف - : ويؤيده أصالة بقاء الملك على أصله إلى أن يثبت المزيل، وإن هذا العقد ليس تبرعاً محضاً إذ يجب فيه البذل وليس على طريق المعاوضات فيكون كالإباحة بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلا مع استقرار بدله وكالمعاطاة، ومع ذلك كله فالعمل على المشهور، بل لا يكاد يتحقق الخلاف.

### الأمر الخمسة المستفادة من عبارة الشهيد الثاني

ويستفاد من هذه العبارة أمور: أولها: أن القرض عند الشهيد الثاني على بعض الوجوه ليس على طريق المعاوضات.

ثانيها: أن القرض عبارة عن الإباحة بشرط العوض.

ثالثها: أن الإباحة بشرط العوض أحد المحتملات في تعريف القرض أشار

إليه الشهيد الثاني هنا<sup>(١)</sup> قبال القول بالتمليك بشرط العوض.  
 رابعها: أن الأقوال في القرض تدور بين كونه من المعاوضات أو التملك  
 بشرط العوض أو الإباحة بشرط العوض أو كونه كالمعاطاة.  
 وأما التملك والتضمين بحيث لم يكن ارتباط بينهما على ما اختاره  
 المحقق الايرواني<sup>(٢)</sup> «أعلى الله مقامه، فلم نجده في الكلمات له قولاً ولا وجهاً.  
 خامسها: أن قوله: «ومع ذلك فالعمل على المشهور بل لا يكاد يتحقق  
 الخلاف» ناظر إلى أن القرض يملك بالقبض لا بالعقد فقط ولا بالتصرف، وقد  
 أفاد الشهيد الثاني أعلى الله مقامه أن حصول الملك بالتصرف يبتني على وجه  
 يكون مؤيداً له لا مؤكداً وهو أن الأصل بقاء الملك على أصله إلى أن يثبت  
 المزيل منضمماً إلى أن العقد ليس تبرعاً محضاً؛ ولذلك يجب فيه البديل ومن  
 ناحية أنه ليس على طريق المعاوضات فلا محالة ينحصر في كونه كالأباحة  
 بشرط العوض أو كالمعاطاة، وعلى هذين الوجهين يوجه القول بأن القرض  
 يملك بالتصرف.

ثم قال ومع ذلك كله فالعمل على المشهور بل لا يكاد يتحقق الخلاف  
 ويظهر من هذه العبارة أن الوجهين المزبورين في تحقق الملك بالتصرف  
 ليسا على وجه معتد به، بل بوجه جعل مؤيداً لا مؤكداً، ويظهر أيضاً أن حصول

(١) مع تردده بين كون القرض كالأباحة بشرط العوض وكونه كالمعاطاة ويستفاد من كلامه أن  
 القرض ثبوتاً فيه احتمالات أربعة: أولها: كونه تبرعاً محضاً، ثانيها: كونه من المعاوضات،  
 ثالثها: كونه الإباحة بشرط العوض، رابعها: كونه كالمعاطاة.

(٢) حاشية الايرواني ١: ٧٤، الطبع قديم.

الملك بالتصرف ليس له قائل إذ المشهور، بل لا يكاد يتحقق الخلاف على حصول الملك بالقبض لا بالتصرف.

إلى هنا اتضح أنّ القرض من المعاوضات ولا مانع في البين لا نصاً ولا فتوى ولا ينتقض<sup>(١)</sup> به تعريف البيع وما ذكره الشيخ أعلى الله مقامه من أنّ القرض بمفهومه ليس نفس المعاوضة؛ لأنه تملك على وجه الضمان قد ظهرت المناقشة فيه؛ لأنّ القرض تملك بالضمان كما اختاره السيد الفقيه<sup>(٢)</sup> أي التملك بإزاء الضمان و(الباء) ظاهرة في المقابلة كما أنّ حرف (على) ظاهر في الاشتراط.

فالقرض معاوضة لكنه ليس بمعاوضة بيعية فإنّ البيع عبارة عن تملك عين بمال.

وأما المحذور الثاني الذي ذكره الشيخ أعلى الله مقامه وهو أنّ القرض لو كان معاوضياً لجرى عليه آثار المعاوضة كالربا المعاوضي والغرر المنفي فيها ولزوم ذكر العوض والعلم به، ومن اختلاف الآثار نستكشف أنّ القرض ليس من

(١) وأما لا ينتقض به إذا قلنا أن المال يختص بالأعيان ولا يعم الأعمال والمنافع كما اختاره السيد الحكيم في نهج الفقاهة ص ٣ قال لعدم ظهور كون المال يعم المنفعة بل لا يبعد ظهوره في خصوص العين كما يساعده المتفاهم العرفي وظاهر غير واحد من أهل اللغة بل صريح مجمع البحرين ذلك ولكنه مناف لما اختاره الشيخ الأعظم حيث عم المال إلى المنافع والأعمال وإنما استشكل بالنسبة إلى الحقوق (المكاسب ٣: ٨) ومناف لما تقدم من شيخنا الأستاذ دام ظله في الرد على السيد الخوئي من أن العوض في تعريف البيع أعم من العين والعمل اعم من العمل الخارجي وما في الذمة.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٣٠٣ تعليقة ٤٠٥ (طبع جديد) قال: لوضوح أن القرض تملك بالضمان لا بعوض.

المعاوضات، بل هو تمليك على وجه الضمان لا على وجه المعاوضة -  
 فيندفع هذا المحذور بعدم الاختلاف في الآثار فإن بعض هذه الآثار يختص  
 بالبيع ولا يجري في مطلق المعاوضات.  
 وبعضها يجري في مطلق المعاوضات حتى القرض فلا محذور في البين.

### اختصاص نفي الغرر بالبيع

توضيح ذلك: أنّ من الآثار قاعدة نفي الغرر وقد ادعى جريانها في مطلق  
 المعاوضات بمعنى أنّ كل معاوضة لا تنفك عن هذه القاعدة، وفيه أنه دعوى  
 بلا دليل معتبر فإن النص المعتبر<sup>(١)</sup> قام على نفي الغرر في البيع والتعميم إلى

(١) ولعله أراد من النص المعتبر ما رواه الصدوق أعلى الله مقامه في عيون أخبار الرضا عليه السلام (٢: ٢٥،  
 الحديث ١٦٨) بأسانيد ثلاثة ذكره في نفس العيون ٢: ٢٣. رواه الحر العاملي في الوسائل (١٢):  
 الباب ٢ من آداب التجارة، الحديث (٣) وقال رواه الصدوق في عيون الأخبار بأسانيد تقدمت  
 في إسباغ الوضوء (الباب ٥٤ من الوضوء) عن الرضا عن أبيه عن علي عليه السلام نحوه وزاد: ونهى عن  
 بيع المضطرو عن بيع الغرر.

والأسانيد الثلاثة ضعيفة فإن الأول فيه محمد علي الشاه وعبيد الله أو عبد الله - كما في رجال  
 النجاشي - بن أحمد بن عامر وهما مجهولان ومحمد بن عبد الله النيسابوري وهو مهمل.

والسند الثاني فيه أحمد بن إبراهيم بن بكر وإبراهيم بن هارون بن محمد الخوزي وهما  
 مجهولان وجعفر بن محمد بن زياد الفقيه وأحمد بن عبد الله الهروي مهملان.

والسند الثالث فيه الحسين بن محمد العدل وعلى بن محمد بن مهرويه القزويني وهما  
 مجهولان وداود بن سليمان القراء مهمل.

وقال الشيخ الأعظم في مسألة اعتبار القدرة على التسليم (المكاسب ٤: ١٧٥). واستدل في

التذكرة بأنه نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر واشتهر الخبرين الخاصة والعامّة يجبر إرساله.  
 واكتفى شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) في تلك المسألة بنقل التذكرة وناقش في الحديث بالارسال  
 وعدم الجبر ولكنه قد استدل على تمامية قاعدة نفي الغرر في مسألة اعتبار الكيل أو الوزن في

غيره كالأجارة ونحوها مستند إلى ما روى عن النبي ﷺ: نهى النبي عن الغرر.

→

المكيل والموزون بوجهين: ١. قيام السيرة العقلانية على عدم الغرر بمعنى الخطر في معاملاتهم وأدلة المعاملات إمضائية.

٢. صحيح الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ معللاً بقوله: فإنه لا يصلح مجازفة.

وفيه أن الوجهين يعمان لمطلق المعاوضة ولا يختصان بالبيع.

\* ويمكن أن يجاب: بالنسبة إلى حديث النهي عن بيع الغرر، أن ابن إدريس قال في السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي (والمستطرفات ٢: ٢٩٠): "وقال ﷺ في نهايته: ولا بأس بابتياح جميع الأشياء حالاً، وإن لم يكن حاضراً في الحال، إذا كان الشيء موجوداً في الوقت، أو يمكن وجوده، ولا يجوز أن يشتري حالاً، ما لا يمكن وجوده في الحال، مثال ذلك، أن يشتري الفواكه حالة، في غير أوقاتها، فإن ذلك لا يمكن تحصيله، فأما ما يمكن تحصيله، فلا بأس به، مثل الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، والثياب، وغير ذلك، وإن لم يكن عند بائعه في الحال.

قال محمّد بن إدريس: هذا خبر واحد، أورده شيخنا في تهذيب الأحكام، عن ابن سنان، لا يجوز أن يعمل به، ولا يلتفت إليه، ولا يعول عليه، لأننا قد بينا أن البيع على ضربين، بيوع الأعيان، وبيوع السلم، وهو ما في الذمة، ولا يصح إلا أن يكون مؤجلاً، موصوفاً، على ما تقدّم شرحنا له، فأما بيوع الأعيان، فتنقسم إلى قسمين، أحدهما بيع عين مرئية مشاهدة، والقسم الآخر بيع عين غير حاضرة موصوفة، وهذا البيع، هو المسمى ببيع خيار الرؤية وما أورده، خارج عن هذه البيوع، لا مشاهد، ولا موصوف بوصف يقوم مقام المشاهدة، فدخل في بيع الغرر، والنبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ونهى ﷺ، عن بيع ما ليس عند الإنسان ولا في ملكه إلا ما أخرجه الدليل من بيع السلم.

ومقصوده من الخبر الواحد هو ما رواه: (وسائل الشيعة ١٨: ٤٩): مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِيهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنِ ابْنِ سِنَانٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِيهِ يُرِيدُ بَيْتِي ظَعَامًا أَوْ يَبْعَانِيًّا وَلَيْسَ عِنْدِي أَنْ يَبْلُغَ أَنْ أبيعَهُ إِثَاءً وَأَقْطَعُ لَهُ سِغْرَهُ ثُمَّ أَشْتَرِيَهُ مِنْ مَكَانٍ آخَرَ فَأَذْفَعُهُ إِلَيْهِ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ.

وهذا الخبر كما ترى تام السند، ولكن مع ذلك يقول - بتأكيد شديد - أنه خبر واحد لا يجوز أن يعمل به، ولا يلتفت إليه، ولا يعول عليه. ولكن نفس ابن إدريس يعمل بخبر نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، وهذا يكشف عن كون الرواية ثابتة، أضف إلى ذلك الشهرة في الرواية والعمل.

ولكنه ضعيف سنداً بالارسال وغير منجبر بعمل المشهور فتختص قاعدة نفي الغرر بالبيع ويستكشف منه أنّ القرض ليس بيعاً لا أنه ليس بمعاوضة. ومن الآثار لزوم ذكر العوض في المعاوضات ولم يلزم ذكره في القرض. وفيه أولاً: أنه لم يقدّم دليل على لزوم ذكر العوض في كل معاوضة فالمسألة ممنوعة كبروياً.

وثانياً: أنّ الصغرى ممنوعة فإن القرض لا يحتاج إلى ذكر العوض، فإنّ ذكر العوض لا موضوعية له، وإنما هو طريق لتعيين العوض عند المتعاملين والعوض في القرض معلوم لدى المقرض والمقترض فلا حاجة إلى ذكره فإنّ العوض على مسلك المشهور في المثليات هو المثلي، وفي القيميات هو القيمي وهو معلوم لديهما.

ومن الآثار اعتبار العلم بالعوض في المعاوضات وفيه أنه ممنوع كبرى وصغرى وظهور وجهه مما سبق.

ومن الآثار عدم جريان الربا المعاوضي في القرض.

### عدم جريان الربا المعاوضي في القرض

وفيه أنّ الربا على قسمين: معاملي وقرضي، وفي الربا المعاملي ذهب المعروف من الفقهاء إلى اختصاصه بالمكيل والموزون وإلى اعتبار اتحاد المجانسة في العوضين وجريانه في مطلق المعاوضة ومقتضى الدليل اختصاصه بالبيع، وبهذا الوصف يستكشف أنّ القرض ليس بيعاً لا أنه ليس بمعاوضة.

نعم، لو قام نص على نفي الربا في مطلق المعاوضة والتزمنا بعدم جريانه

في القرض، فهنا لا مناص من الالتزام بخروج القرض عن تحت الدليل، إما تخصيصاً بأنّ القرض معاوضة ولكنه خرج عن تحت تحريم الربا أو قلنا بالتخصص بأنّ القرض ليس بمعاوضة.

وإنما يتم المحذور لو قلنا إنّ المورد من دوران الأمرين التخصيص والتخصص، ومقتضى القاعدة فيه تقديم التخصص على التخصيص ولكنه ممنوع لأمرين، وهما:

أولاً: أنه لم يقم نص على نفي الربا في مطلق المعاوضة<sup>(١)</sup>.

(١) قال السيد الخوئي في منهاج الصالحين ٣: ٦١: وهل يختص التحريم بالبيع أو يجري في غيره من المعاوضات؟ قولان والأظهر اختصاصه بما كانت المعاوضة فيه بين العينين، سواء كانت بعنوان البيع أو الصلح، قال شيخنا الأستاذ (دام ظله) في التعليقة: على الأحوط فيه. والروايات على طائفتين:

الطائفة الأولى: ما يدل على التحريم في البيع كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يباع مختومان من شعير بمختوم من حنطة ولا يباع إلا مثلاً بمثل والتمر (الثلث) مثل ذلك (الوسائل ١٢: الباب ٨ من أبواب الربا، الحديث ٤).

وكصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدأ بيد. (الوسائل ١٢: الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ٢).

الطائفة الثانية: ما يدل على التحريم في مطلق المعاوضة كصحيح عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول كان علي عليه السلام يكره أن يستبدل وسقاً من تمر خبير بوسقين من تمر المدينة لأن تمر خبير أجودهما (الوسائل ١٢: الباب ١٥ من أبواب الربا، الحديث ٢). والتبديل بإطلاقه يشمل ما عدا البيع من المعاوضات كالصلح وغيره والباء تدل بإطلاقه على مطلق المقابلة.

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قَالَ: الْفِصَّةُ بِالْفِصَّةِ مِثْلًا بِمِثْلِ لَيْسَ فِيهِ زِيَادَةٌ وَلَا نَقْصَانٌ الرَّائِدُ وَالْمُسْتَرِيدُ فِي النَّارِ (الوسائل ١٢: الباب ١ من أبواب الصرف، الحديث ١). وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَادٍ نَحْوَهُ إِلَّا أَنَّهُ زَادَ وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلِ وَقَالَ لَيْسَ فِيهِ زِيَادَةٌ

وثانياً: قد ثبت أن القرض من المعاوضات كما هو المشهور فلا مناص من الالتزام بالتخصيص.

### تعريف القرض عند السيد اليزدي

وأما ما ذكره السيد الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من أن القرض عبارة عن التملك بالضمان ومن ناحية أنه ذكر تبعاً للشيخ أعلى الله مقامه أن القرض ليس من المعاوضات فهو في الحقيقة جمع بين المتناقضين، فإن (الباء) في الضمان للمقابلة فتدل على المعاوضة، فينتهي الأمر إلى التناقض وهو أن القرض معاوضة وليس بمعاوضة.

وتحصل مما ذكرنا أن أحسن التعاريف في تعريف القرض تملك العين بالضمان.

→ ولا نظرة). فإن الباء في (بالفضة) تدل على مطلق المعاوضة بيعاً كان أو غير البيع من المعاوضات.

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كلاً أو لا وزناً أو وزن خ ل (الوسائل ١٢: الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ٣).

فإن الموضوع للجواز منطوقاً وللتحريم مفهوماً هو المعاوضة وهي أعم من البيع وحيث لا تنافي بين الطائفتين وليس المورد من صغريات وحدة المطلوب فيؤخذ بالإعم.

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يبدأ بيد (الوسائل ١٢: الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ١).

\* ويمكن أن يجاب: أنه قد مرّ كراراً من الأستاذ (مدّ ظله العالی) أن مقام الإفتاء يختلف عن مقام البحث العلمي. وله مناقشات فيما ذكر.



فإنّ العوض في القرض هو التعهد والضمان خلافاً للمشهور فإنهم جعلوا العوض نفس المثلي أو القيمي.

وأما تعريف صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> بأنّ القرض عبارة عن دفع الشيء بقصد ثبوت عوضه في الذمة، فإن أراد من العوض التعهد والضمان فنعم الوفاق فإنه يرجع لتبأ إلى التملك بالضمان.

وإن أراد به نظر المشهور فهو مورد للإشكال؛ لأنّ العوض في القرض بالارتكاز العرفي هو التعهد بالمثلي أو القيمي لا نفس المثلي أو القيمي<sup>(٢)</sup>.

### انتقاض تعريف الشيخ بموارد أخرى

ثم إنّ تعريف الشيخ أعلى الله مقامه وإن بقي سالماً عن الإيرادات السابقة ولكنه قد ذكر انتقاضه بموارد أخرى لاستحالة الالتزام بالتمليك فيها.

المورد الأول: النقض ببيع العبد ممن يعتق عليه كبيعه من العمودين فإنه كيف يعقل التملك مع أنه بمجرد تحقق البيع يتحقق الاعتناق.

المورد الثاني: النقض ببيع العبد من نفسه فإنّ اتحاد المالك والمملوك محال فلا يعقل أن يكون بيع العبد من نفسه بنحو التملك.

(١) الجواهر ٢٥: ص ١٦.

(٢) يمكن أن يقال إنّ في القرض تعهداً في ناحية المعوض والعوض إلا أنّ المعاوضة ليست بين التعهدين بل المعاوضة تقع بين طرفي التعهد أي مقابلة العين بإزاء المثلي أو القيمي، وهذا ما يساعده الارتكاز.

\* ويمكن أن يجاب: ليس ما عليه الأرتكاز التعهدين ولا العين وبدله من المثل والقيمة، بل المعوض عين، والعوض التعهد بالمثل أو القيمة.

المورد الثالث: النقض ببيع الدين على من هو عليه فإنه لا يعقل أن يملك الانسان ما في ذمة نفسه.

المورد الرابع: النقض بشراء العبد تحت الشدة من الزكاة فإن المشتري، سواء كان من عليه الزكاة أو الحاكم الشرعي وإن كان له ملك التصرف والولاية على الشراء؛ لكنه لا يملك الرقبة ولا الزكاة الواقعة عوضاً.

المورد الخامس: النقض باشتراء آلات المسجد والقنطرة من الزكاة أو من الموقوفات العامة كخلة العين الموقوفة عليهما فإن المسجد والقنطرة موردان للمصرف لا الملك وكذلك آلتهما والموقوفة عليهما، ومع ذلك تقع ثمناً ومثمناً في البيع.

المورد السادس: النقض ببيع العين بإزاء سقوط الحق فإن العوض فيه حق لا ملك فكيف يعقل فيه التملك.

ووجه انتقاض تعريف الشيخ أعلى الله مقامه بهذه الأمور أنه لا يعقل فيها التملك مع اشتراك الجميع في صدق البيع وجوازه.

### انتقاض في تعريف الشيخ ببيع العبد من العمودين

واللازم ملاحظة هذه الموارد على حدة لاشتغال بعضها على إشكال خاص أيضاً فنقول:

أما المورد الأول: وهو بيع العبد ممن ينعتق عليه كبيع العبد من العمودين ففيه إشكالان:

إشكال عام وهو ما تقدم من انتقاض تعريف الشيخ به.

وإشكال خاص وهو فيما إذا ابتاع الكافر أباه المسلم فإنه مشمول لآية نفي السبيل وهي قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>(١)</sup> واستيلاء الكافر على المسلم منفي بهذه الآية.

**إشكالان في بيع العبد المسلم من ولده الكافر**

فبيع العبد المسلم من ولده الكافر يكون مبتلى بإشكالين:

الإشكال الأول: أنه يلزم فيه اجتماع ملكية العبد المسلم مع اعتاقه في أن واحد وهو من اجتماع الضدين.

الإشكال الثاني أن هذا البيع منفي بقاعدة نفي السبيل فإنه لم يجعل للكافر على المسلم سبيلاً وبيع العبد المسلم من الكافر سبيل له. وعليه يكون من ينعقد عليه على قسمين: القسم الأول: أن لا يكون كافراً القسم الثاني أن يكون كافراً وكان العبد مسلماً.

أما القسم الأول: فقال المحقق أعلى الله مقامه: «يصح أن يملك الرجل كل أحد عداً أحد عشر وهم: الآباء والأمهات والأجداد والجندات وإن علوا والأولاد وأولادهم ذكوراً وإناثاً وإن سفلوا والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت» ويظهر من الجواهر أن هذا القسم مما لا خلاف يوجد بل عليه الاجماع منقولاً ومحصلاً.

فإنه قال في ذيل هذا القسم: بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى؛ إذ اقتصر البعض على ذكر البعض ليس خلافاً في المقام قطعاً، كما لا يخفى على من

لاحظ بل الاجماع بقسميه على ذلك<sup>(١)</sup>.

وأما القسم الثاني: فقال المحقق: «لو ابتاع أباه المسلم هل يصح؟ فيه تردد، والأشبه الجواز لانتفاء السبيل بالعتق» ويظهر منه ومن الجواهر<sup>(٢)</sup> أنهم اختلفوا فيه على قولين: جواز البيع وعدمه.

فعن المبسوط وابن براج والخلاف عدم الجواز، وعن الشرائع والمقنعة والنهاية والسرائر وكافة المتأخرين الجواز، بل عن السرائر أنه مجمع عليه.

فتحصل مما ذكرنا أنّ جواز البيع في القسم الأول لم يوجد فيه خلاف، بل ادّعي عليه الاجماع.

وجواز البيع في القسم الثاني مورد الخلاف بينهم، وعلى تقدير جواز البيع في القسمين يقع الكلام في حل الإشكال.

أما الإشكال العام فقد أجيب عنه بوجوه: الوجه الأول: ما هو المشهور من تقدم الملك على الانعتاق بالتقدم الآتي الزماني فإنه يتحقق الملك أنا ما، ثم بعد ذلك يتحقق الانعتاق.

وهذا الوجه وقع مورداً لنقد الجواهر وغيره بأن مقتضى جملة من النصوص كون الشراء سبباً لحصول الملك والعتق معاً فيعود المحذور، فإنّ الملك سبب للعتق، ومع اختلاف الزمان بينهما ولو بالآن يلزم تخلف المعلول عن العلة في الزمان وهو ممتنع عقلاً.

(١) الجواهر ٢٤: ١٤١.

(٢) الجواهر ٢٢: ٣٤٠.

### نظرية الجواهر في الجمع بين العتق والملك

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب الجواهر<sup>(١)</sup> أعلى مقامه من تقدم الملك على العتق ذاتاً لا زمانياً والتقدم في الرتبة كافٍ في مثل: لا عتق الا في ملك، وإن كان الملك والعتق مجتمعان في الزمان.

### مناقشة المحقق الاصفهاني للجواهر

وناقشه المحقق الاصفهاني<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامه بأن ما ذكره خلاف التحقيق؛ إذ لا اعتبار للملك إلا في الزمان، والملك لا في زمان غير معقول فكيف يكون الأمر غير المعقول جمعاً بين النصوص.

وهذه المناقشة غير متوجهة على الجواهر كما يظهر بالدقة في كلماته، فإنه فرض تقدم الملك على العتق ذاتاً ومقارناً له زماناً لا مجرداً عن الزمان، وإليك متن كلامه<sup>(٣)</sup>: عند الاستدلال على جواز البيع في القسم الثاني - بل من السرائر أنه مجمع عليه وهو الحجة بعد العموم جنساً ونوعاً السالم عن معارضة الآية بعد أن كان الحكم الانعتاق قهراً، وإن قلنا باستلزامه الملك الضمني

(١) الجواهر ٢٤: ١٤١.

(٢) حاشية المكاسب ١: ٦٥.

(٣) الجواهر ٢٢: ٣٤٠؛ لا يخفى أنه لا حاجة إلى الاستدلال بكلماته في هذا المجلد، بل نفس كلماته في المجلد (١٤١: ٢٤) التي هي محط استدلال المحقق الاصفهاني كافية في الاحتجاج عليه؛ ولكن مراد المحقق الاصفهاني أمراً آخر، وهو أن موضوع الأدلة الشرعية في الملكية هي الملكية في الزمان لا الرتبة وكذلك الملكية عند اعتبار العقلاء. \* ويمكن أن يجاب: هذا ما يشير إليه الأستاذ (مدّ ظله العالي) في ما بعد.

الذي هو مقارن للعتق زماناً متقدماً عليه ذاتاً كتقدم العلة على المعلول لعدم اندراجها في السبيل المنفى.

فإن هذه العبارة تدل على أنه فرض الملك متقدماً على العتق رتبة وذاتاً في الزمان لا مجرداً عن الزمان، وزان العلة والمعلول فإنهما مجتمعان في الزمان مع تقدم العلة على المعلول رتبة.

### حق الإشكال على الجواهر

والحق في الإشكال على الجواهر أن كلامه لا يخلو من أحد احتمالات ثلاثة والجميع مورد للمناقشة:

الاحتمال الأول: أن يراد من تقدم الملك تقدمه على العتق رتبة، وأن التقدم الرتبي يكفي في مثل (لا عتق إلا في ملك) <sup>(١)</sup>.

ويرد عليه بما تقدم عن المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من أن الملكية

(١) بهذا المتن مروى في كتب العامة كسنن أبي داود (٢: ٢٥٨) وسنن الترمذي (٣: ٤٨٦) وسنن البيهقي (٧: ٣٢٠) ومستدرک الحاكم (٢: ٤١٩) بأدنى تفاوت.

وأما الخاصة ففي غوالي اللآلي (٢: ٢٩٩ و ٣٧٣) وفي (٣: ٤٢١) وروى الكليني في الكافي بعنوان لا عتق إلا قبل ملك ففي الكافي ٤: ٩٥: عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ سَيْفِ بْنِ عَمِيرَةَ عَنْ حَسَّانَ بْنِ مُحَمَّدٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ مَا الْوَصَالُ فِي الصِّيَامِ؟ قَالَ: فَقَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَا وَصَالُ فِي صِيَامٍ وَلَا صَمْتٌ يَوْمَ اللَّيْلِ وَلَا عِتْقٌ قَبْلَ مَلِكٍ. حسان بن مختار مجهول.

وفي الكافي (ط - الإسلامية) ٥: ٤٤٣: عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ يُوسُفَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثٍ: لَا عِتْقَ قَبْلَ مَلِكٍ، موثقة فإن منصور بن يونس واقفي ثقة وثقه النجاشي وباقي رجال السند ثقات.

من الاعتبار العقلانية يكون ظرفها الزمان لا الرتبة، فالتقدم فيها لا بد أن يكون تقدماً زمانياً لا رتبياً.

الاحتمال الثاني: أن يراد من تقدم الملك تقدمه على العتق زماناً بمعنى أنه يتحقق الملك أنا ما من الزمان ثم يتحقق العتق.

ويرد عليه أنه (كّر على ما فر) فإنه ممن اعترف باستحالة التفكيك الزمني بين العلة والمعلول والملك سبب للعتق ومع اختلاف الزمان بينهما ولو بأن يلزم تخلف المعلول عن العلة وهو ممتنع عقلاً.

الاحتمال الثالث: أن يراد من تقدم الملك تقدمه على العتق في الرتبة مع اجتماعهما في الزمان على وزان العلة والمعلول فإنهما يجتمعان في الزمان ويختلفان بتقدم العلة على معلولها رتبة.

وفيه أنه يلزم منه اجتماع النقيضين بلحاظ الزمان، وهو اجتماع الملك وعدمه في آنٍ واحد فإن العتق عبارة عن زوال الملك، ووجود الملك وزواله في آنٍ واحد محال<sup>(١)</sup>.

(١) يمكن أن يقال إن الملك بالنسبة إلى العتق - في قوله ﷺ: لا عتق إلا في ملك وفي قوله ﷺ: في صحيح محمد بن مسلم إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو خالته أو عمته عتقوا - نسبة الموضوع إلى حكمه تقدم الموضوع على حكمه، إما أن يكون بنحو التقدم بالطبع أو وزان التقدم بالعلية أو يكون بنحو تقدم المعروض على العارض (كما عن بعض أعظم العصر في منتقى الأصول ٦: ٢١٣)، وعلى التقادير يكون بالتقدم الرتبي مع اجتماعهما في الزمان وإلا لما كانت النسبة بينهما نسبة الموضوع والحكم ولعله مراد صاحب الجواهر من كفاية التقدم الرتبي في قوله ﷺ: لا عتق إلا في ملك.

\* ويمكن أن يجاب: أولاً الظاهر من قوله إذا ملك الرجل.... كون الملك شرطاً وسبباً.

### جواب المحقق الاصفهاني من انتقاض التعريف بالقرض

الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من أنّ الالتزام بالتملك الحقيقي في هذه الموارد لا يخلو عن تكلف وتعسف، ولا ملزم به إلا اشتهاً تعريف البيع بالنقل والتبديل والتملك.

ولا يبعد أن يقال إن البيع جعل شيء بإزاء شيء فيختلف أثره بحسب الموارد فأثره تارة ملكية العوضين كما في غالب أفرادها من كونه في المورد القابل، وأخرى الانعتاق، كما في البيع ممن ينعتق عليه، وثالثة سقوط ما في الذمة كبيع الدين ممن هو عليه، ورابعة الوقفية فيما إذا كان المال بإزاء الموقوف وعلى هذا الإطلاق يقال: باع فلان دينه بدين غيره.

ثم قال: وهذا المسلك وإن كان غير معروف ولا مألوف إلا أنّ المتبع هو البرهان.

### نقد المحقق الاصفهاني

ويرد عليه إشكالان:

الإشكال الأول: بطلان المبني، فإن تعريف البيع بجعل الشيء بإزاء الشيء. يناقش فيه، أولاً: بالنقض بالجمالة، فإنه إذا قال الجاعل من ردّ ضالتي فله هذا المتاع فإنه يصدق عليه جعل الشيء بإزاء الشيء، مع أنه ليس ببيعاً قطعاً، وثانياً: بالحل وهو أنّ جعل الشيء بإزاء الشيء من الأمور ذات تعلق،

→

وثانياً: على تقدير كون النسبة بين الملك والعتق نسبة الموضوع والحكم، يلزم كون الحكم معدماً لموضوعه، وهو محال عقلاً. وإن شئت قلت: يلزم اجتماع الملك وعدمه في زمان واحد.



فيحتاج إلى إضافة، والإضافة لا تخلو من أحد أمرين؛ إما عبارة عن وعاء التكوين أو وعاء الاعتبار، والأول غير مراد قطعاً فننحصر في الإضافة الاعتبارية كإضافة الملكية أو الحقية أو المصرفية فيعود المحذور.

الإشكال الثاني: أنّ المحذور في بيع العبد ممن ينعقد عليه محذور شرعي لا عرفي، فإنّ العرف يرى المقتضي للتملك فيه موجوداً والمانع مفقوداً فيصح عرفاً بيع العبد ممن ينعقد عليه إلا أنّ الشارع قد ألقى الملكية في الشريعة فاللازم ملاحظة الأدلة الشرعية حتى يتعين حدّ المحذور الشرعي، ويستفاد من الجمع بين الروايات أنّ العبد يملك آناً ما في الزمان ثم ينعقد، بيان ذلك: أنّ الروايات في بيع العبد ممن ينعقد عليه على طائفتين: الطائفة الأولى: ما يدل على نفي الملكية مطلقاً، كصحيح محمد بن مسلم فإنه روى محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن العلاء بن رزين عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: <sup>(١)</sup> لَا يَمْلِكُ الرَّجُلُ وَالِدَهُ وَلَا وَالِدَتَهُ وَلَا عَمَّتَهُ وَلَا خَالَتَهُ وَيَمْلِكُ أَخَاهُ وَغَيْرَهُ مِنْ ذَوِي قَرَابَتِهِ مِنَ الرِّجَالِ. فإنّ ظاهره نفي الملكية بنحو المطلق.

الطائفة الثانية: ما يدل على تحقق الملكية في مورد العتق ويدل على نحو القضية الشرطية بأنه إذا ملك يعتق كصحيح محمد بن مسلم <sup>(٢)</sup> عن أبي جعفر عليه السلام فإنه روى محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن عيسى عن صفوان بن يحيى عن العلاء بن رزين عن محمد بن

(١) الوسائل: الباب ٧ من العتق، الحديث ٢.

(٢) الوسائل: الباب ٧ من العتق، الحديث ١.

مسلم عن أبي جعفر الأول قال: إِذَا مَلَكَ الرَّجُلُ وَالِدَيْهِ أَوْ أُخْتَهُ أَوْ خَالَتَهُ أَوْ عَمَّتَهُ عَتَّقُوا.

وكرواية محمد بن ميسر<sup>(١)</sup> رواها محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن محمد بن ميسر (نسخه بدل) محمد بن قيس، قال: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ﷺ رَجُلٌ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ مُضَارَبَةً فَأَشْتَرَى أَبَاهُ وَهُوَ لَا يَتَلَمَّ، فَقَالَ: يُقَوِّمُ فَإِذَا زَادَ دِرْهَمًا وَاحِدًا أُعْتِقَ.

ومقتضى الجمع بين الطائفتين أن الأولى ظاهرة في نفي الملكية مطلقاً، والثانية نص في أصل الملكية، وحيث لا يعقل حملها على الآن الرتبي العقلي فتحمل على الآن الزماني بحمل الظاهر على النص من دون أن يتوجه نقض على تعريف البيع، فإن البيع بمفهومه العرفي عبارة عن تملك العين بمال ويصدق على البيع ممن ينعقد عليه، إلا أنه حدد فيه شرعاً بالملكية آنأما ثم الانعتاق جمعاً بين الأدلة.

### جواب السيد الميلاني عن انتقاض التعريف بالقرض

الوجه الرابع ما حكى<sup>(٢)</sup> عن المحقق السيد الميلاني أعلى الله مقامه من

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب المضاربة، الحديث ١، والحديث معتبر على النسختين فإن محمد بن قيس هو أبو نصر الأسدي وثقه الشيخ والمفيد، ومحمد بن ميسر وإن كان مشتركاً بين محمد بن ميسر بن عبد العزيز البياع الرظي النخعي الذي وثقه النجاشي وبين محمد بن ميسر بن عبد الله النخعي الذي لم يوثق إلا أن المطلق ينصرف إلى الأول؛ لكونه صاحب كتاب، ومع التنزل تكفي رواية ابن أبي عمير عن المطلق كما في المقام فإنه لا يروي إلا عن يوثق به وقد شهد به الشيخ في عدة الأصول ج: ١٥٤.

(٢) لم نعر عليه، والمقدار الذي عثرنا عليه في بعض كلماته هكذا: أن المشتري إنما ينشئ

تحقق ملكية العمودين بإيجاب البيع وتحقق الانعقاد بالقبول.

### نقد السيد الميلاني

وفيه أن الملكية إنما تتحقق بالقبول، وبالإيجاب إنما يتحقق إنشاء الملكية لا الملكية.

### جواب السيد الحكيم عن انتقاض التعريف بالقرض

الوجه الخامس: ما ذكره بعض الأكابر<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من المغايرة بين البيع والتملك وتباينهما مفهوماً واستشهد لمرامه بشواهد:

الشاهد الأول: صحة بيع الغاصب وشرائه لنفسه فيما إذا أجازاه المالك فإنه يقتضي تملك المالك لا الغاصب، ولو كان مفاد البيع التملك لاقتضت الإجازة ملك الغاصب؛ إذ كان ذلك هو المقصود في البيع مع أن بناءهم على ملك المالك، وليس ذلك إلا من جهة أن مفهوم البيع ليس هو التملك، بل مجرد جعل البدلية بين المالكين، فالبيع لا يستلزم التملك فضلاً عن أن يكون بمعناه.

→

القبول والرضا بما يتصداه البائع من تملك ماله بعوض مال المشتري، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشتري مكانه إنشاء، والمشتري يقبل ذلك فلا إنشاء منه للتمليك أصلاً، وإنما هو لازم قبوله في التحقق خارجاً، وهذا كما ترى على خلاف المقصود أدل. محاضرات في فقه الامامية: ٣٨.

(١) هو السيد الحكيم أعلى الله مقامه في نهج الفقاهة: ١٤، وقد تعرضنا إليه عند الإيراد الأول على تعريف الشيخ أعلى الله مقامه.

الشاهد الثاني: أنه يجوز للموجب في البيع أن يقول للوكيل عن المشتري: بعتك، ولا يجوز له أن يقول: ملكتك كذا، بل إنما يقول: ملكت موكلك، ولو كان البيع هو التمليك لجاز ذلك أيضاً بمناط الترادف.

الشاهد الثالث: أن بناء الأصحاب كما يظهر بالتتابع الفقهي على عدم صحة شرط البيع بنحو شرط النتيجة، وصحة شرط الملكية بنحو شرط النتيجة، فلاحظ كلماتهم في صحة بيع الحامل مع شرط الحمل وبيع الشجر مع شرط الثمر، والرهن بشرط كون العين المرهونة مبيعة عند الاجل، يستكشف منها التباين المفهومي بين البيع والتمليك.

ويرد على هذا المحقق<sup>(١)</sup> أن البيع وإن لم يكن مرادفاً للتمليك مفهوماً، بل هو أعم فإنه عبارة عن التبديل بين العوضين في الإضافة الملكية أو الحقيقية أو المصرفية إلا أن التبديل يكون في الإضافة الملكية فيما إذا كان المورد قابلاً للتمليك كما هو الغالب وستأتي الإشارة إلى الوجه المختار.

### نقد السيد الحكيم

والشواهد التي ذكرها هذا السيد المحقق أعلى الله مقامه قابلة للمناقشة. أما الشاهد الأول - وهو أن المالك بإجازته يبيع الغاصب لنفسه يملك العوض دون الغاصب، وهذا يكشف عن التباين المفهومي بين البيع والتمليك - : ففيه أولاً، أن ما ذكره هنا مناقض لما أفاده في البيع الفضولي، توضيح ذلك:

(١) نهج الفقاهة: ٢٢٣.

أنه فرق واضح بين النكاح والبيع فإن الركن في النكاح هو الزوجان فلو قالت المرأة لوكيل شخص في عقد الزواج: زوجتك نفسي أو انكحتك نفسي، يقع النكاح للوكيل دون الموكل؛ لأن الخطاب ركن في النكاح، ويقال في الاصطلاح العلمي أن حيث الخطاب حيثية تقييدية، وهذا بخلاف البيع فإن الركن فيه العوضان دون المالكين، فلو قال الباع لوكيل شخص في الاشتراء: بعتك هذا بهذا أو قال: ملكتك هذا بهذا، فإنه يقع البيع للموكل دون الوكيل وذلك لأن الخطاب ليس ركناً في البيع، ويقال في الاصطلاح العلمي إن حيث الخطاب حيثية تعليلية لا تقييدية.

إذا عرفت ذلك نقول: إن ما ذكره هنا مناقض لما أفاده في البيع الفضولي فإنه صرح في البيع الفضولي بهذا الفارق بأن حيثية المالكية لو كانت ملحوظة فهي حيثية تعليلية من دواعي التملك، وليس المجمعول هو التملك القائم بالمالك لتكون حيثية تقييدية.

ثم أجاب عن الإشكال فيما لو كان الإيجاب بلفظ ملكتك بأن المقصود الأولي بالعقد على قسمين: تارة يكون المقصود نفس المعاوضة، وأخرى يكون خصوصية المالك؛ لكن الفرض الثاني خارج عن المتعارف المعهود من بيع الغاصب ونحوه، والفرض الأول يكون المقصود فيه نفس المعاوضة بين المالكين، ويكون قصد تملك المخاطب خارجاً عن المعاوضة ولا يلزم من إجازة المعاوضة إجازة الخصوصية المذكورة.

وثانياً: أن قول الموجب ملكتك هذا بهذا هل هو بيع أو معاوضة مستقلة، والثاني خلاف الإجماع القطعي فينحصر في كونه بيعاً فلا محالة يكون

التملك مرادفاً للبيع لا مغايراً له<sup>(١)</sup>، والشاهد على كونه بيعاً أنه قد التزم بأنه يقع للمالك بالإجازة.

وأما الشاهد الثاني وهو الفرق بين لفظ بعثك وملكتك فيما إذا كان المشتري وكيلاً لا أصيلاً، حيث يجوز أن يقول الموجب: بعثك، ولا يجوز أن يقول: ملكتك، وإلا لوقع التملك لنفس الوكيل لا لموكله<sup>(٢)</sup> - ففيه أنه ظهرت

(١) وفيه أولاً أن قيام الاجماع على عدم كونه معاوضة مستقلة لا يلزم كونه بيعاً لا عرفاً ولا شرعاً إذ يحتمل أن يكون هبة أو صلحاً، بل عن الشهيد الثاني في الروضة (٣: ٤١٣) أن التملك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها.

\* ويمكن أن يجاب: لا يكون هبة لتقوم التملك في ما نحن فيه بالعوض، والهبة غير متقومة بالعوض، ولا يكون صلحاً لعدم كون المنشأ التصالح، ولا الإجازة لعدم تعلقه بالمنفعة، فلا يبقى إلا أن يكون بيعاً.

وثانياً: أن إنشاء البيع بلفظ ملكت أمر ومرادفة التملك مع البيع أمر آخر، فإن النسبة بين المفهومين عموم من وجه؛ إذ قد يوجد التملك ولا يصدق عليه مفهوم البيع، كما في الهبة والوصية والارث وتمليك الزكاة للفقراء والخمس لبني هاشم. وقد يوجد البيع ولا يكون هناك تملك كبيع المتاع بسهم سبيل الله من الزكاة، وكذلك إذا أوصى أحد بصرف ماله في سبيل الله وعدم صيرورته ملكاً لأحد فإذا بيع المال المزبور لكي يصرف ثمنه في قربات لم يقع التبدل بين العوضين في الاضافة الملكية (راجع مصباح الفقاهة ٢: ٥٧ و ٧٥) وقد يجتمعان.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه سيأتي هذا الإشكال من الأستاذ (مد ظله العالي) في الإشكال الثاني على تعريف الشيخ، ويجاب عن الاشكال بأن المقصود مرادفة التملك بالعوض مع البيع، لا التملك المطلق، والنسبة المذكورة في التملك المطلق والبيع.

ثالثاً: أن الإنشاء بصيغة ملكتك إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلاً، وأما إذا كان فضولياً أو كان ولياً من قبل المحجورين فإنه لا يصح خطابه بلفظ ملكتك، بل لا بد من إنشاء البيع بغير لفظ ملكتك إلا أن يقال: إن الخطاب في مقام البيع حثية تعليلية لا تقييدية.

\* ويمكن أن يجاب: بأن هذا هو المذكور في الشاهد الثاني.

(٢) وإلى الافتراق ذهب السيد الخوئي أعلى الله مقامه في المصباح (٢: ٥٧) قال: إن الإنشاء

المناقشة فيه مما تقدم وهو أنّ الركن في البيع العوضان والخطاب فيه خارج عن المقصود الأصلي.

وبعبارة أخرى أنّ الخطاب في أنكحتك حيثية تقييدية وركن في النكاح وفي بعثك وملكتك ليس ركناً في المعاوضة بل يعدّ من الدواعي.

وأما الشاهد الثالث - وهو أنّ بناء الأصحاب - كما يظهر بالتتابع الفقهي - قد قام على عدم صحة شرط البيع بشرط النتيجة وصحة شرط الملكية بشرط النتيجة، وهذا الافتراق شاهد على التغاير المفهومي بين البيع والتمليك - ففيه أنّ وجه الافتراق بين البيع والتمليك ليس بالتغاير المفهومي بل الوجه فيه أمر آخر: وذلك:

أما في شرط البيع بشرط النتيجة فقد استدل الأصحاب على بطلانه بوجهين: الوجه الأول: أنّ شرط كون الحمل مبيعاً في بيع الحامل مستلزم للتعليق، والتعليق موجب للبطلان.

الوجه الثاني: أنّ البيع يحتاج إلى صيغة مخصوصة ولا يتحقق بأيّ مبرز. وأما في بيع الحامل بشرط ملكية الحمل ففيه أولاً: أنّ بناء الأصحاب فيه ليس على الصحة بقول واحد، بل هنا قولان: أحدهما الصحة وهو المشهور بينهم، وثانيهما عدم الصحة ذكره ابن ادريس في السرائر حاكياً عن مبسوط

→

بصيغة ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلاً. وأما إذا كان فضولياً، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فإنه لا يصح خطابه بلفظ ملكتك. بل لا بد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت.

الشيخ وجواهر القاضي، فأولاً أصل بناء الاصحاب على الصحة ممنوع، بل إنما هو في حد الشهرة.

وثانياً: أن القائلين بجواز شرط الملكية قد استدلوا على جوازه بأنه لا يلزم في الاشتراط محذور إذ لا يترتب عليه جهالة في الثمن والمثمن ويستظهر من هذا الدليل أن محط كلماتهم إنما هو في شرط الملكية لا في شرط الملكية بالعوض، فإن شرط الملكية بالعوض مستلزم للجهالة، ومحط البحث مع السيد الحكيم أعلى الله مقامه هو الثاني؛ لأن البيع عرف بالملكية الخاصة وهي ملكية العين بالعوض لا الملكية المطلقة.

وتحصل إلى هنا أن تعريف البيع بتملك العين بمال الذي اختاره الشيخ أعلى الله مقامه يبقى سالماً من الإشكالات.

### الإشكال العمدة على تعريف الشيخ

نعم، يبقى إشكالان وهما العمدة في الإشكال.

الإشكال الأول: انتقاض التعريف ببيع الدين ممن عليه الدين فإنه لا يعقل أن يكون الشخص مالكا لذمة نفسه.

وهذا الإشكال يندفع بما أفاده الشيخ أعلى الله مقامه من أنه يملك أنا ما ثم

يسقط<sup>(١)</sup>.

(١) ظاهر العبارة أن ما أفاده الشيخ أعلى الله مقامه تام في دفع الإشكال؛ ولكنه تقدم من شيخنا الأستاذ (دام ظله) ذيل الإيراد الثاني على تعريف الشيخ أنه لا محذور ثبوتاً أن يعتبر الملكية حدوداً ويسقط على الذمة بقاء، إلا أنه مما يستحيل عقلاً؛ إذ لم يعهد عندهم أن يعتبروا الملكية أنا ما ثم يعتبرون زوالها. والفارق بين المسالك أن مثل المحقق الاصفهاني ذهب إلى



الإشكال الثاني: أنّ النسبة بين البيع والتملك عموم من وجه يفترقان فيما إذا كان التملك بالهبة أو الوصية فإنه تملك وليس بيعاً، وفيما إذا كان بيعاً ولم يكن فيه تملك كبيع سهم سبيل الله من الزكاة بقريئة لفظ (في) في قوله تعالى ﴿وَفِي الرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾<sup>(١)</sup> الظاهر في المصرفية اقبال اللام الظاهر في الملكية ويجتمعان في بيع الأعيان المملوكة.

وعليه لا يكون تعريف البيع بالتملك جامعاً لأفواده؛ ولذلك قد عدلنا عن تعريف الشيخ أعلى الله مقامه إلى تعريف البيع بتبديل<sup>(٢)</sup> العين بعوض في الإضافة الملكية أو الحقية أو المصرفية ولعل قول الشيخ: فالأولى تعريفه بأنه (إنشاء تملك عين بمال) ناظر إلى هذا الإشكال ويكون المراد من (الأولى) هي الأولوية التفضيلية لا التعيينية<sup>(٣)</sup>.

وقال الشيخ أعلى الله مقامه<sup>(٤)</sup>: (ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله

→

استحالته عقلاً وعقلانياً والشيخ إلى إمكانه عقلاً وعقلانياً، وشيخنا الأستاذ (دام ظله) إلى إمكانه عقلاً واستحالته عقلاً.

\* ويمكن أن يجاب: بأن المقصود أن التعريف سالم عن الإشكال على مذهب المعرف وهو الشيخ.

(١) سورة التوبة: الآية ٦٠.

(٢) اختاره المحقق النائيني في الدورة الأخيرة على ما قرره المحقق الأملي واختاره المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامهم في مصباح الفقاهة.

(٣) وفيه أنّ الأولوية على طبق هذا الإشكال تكون تعيينية لا تفضيلية.

\* ويمكن أن يجاب: قد تقدم من الأستاذ (مدّ ظله العالی) الإشكال في هذا التعريف أيضاً؛ لكن التعريف أقلّ محدوراً.

(٤) المكاسب ٣: ١٦.

في معانٍ أخر غير ما ذكر:

أحدها التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري، وإليه نظر بعض مشايخنا حيث أخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح).

بقي من بحث مفهوم البيع مسألتان:

المسألة الأولى: أنّ التعقب بالقبول هل هو دخيل في مفهوم البيع أو أنه دخيل في صحته لا في مفهومه، وبعبارة أخرى أنّ البيع سواء كان بمعنى التملك أو التبديل أو المبادلة هل يعتبر في مفهومه التعقب بالقبول أم لا؟

المسألة الثانية: أنّ البيع ونحوه من العقود اسم للصحيح كما اختاره الشهيدان أعلى الله مقامهما أو اسم للأعم؟

### كيفية دخل التعقب بالقبول في البيع

أما المسألة الأولى: ففيها قولان: القول الأول ما اختاره الشيخ الكبير كاشف الغطاء أعلى الله مقامه الذي عبر عنه الشيخ بـ (من قارب عصرنا)<sup>(١)</sup> من دخل

(١) وقع الخلاف في مراد الشيخ ممن قارب عصرنا فعن السيد الفقيه اليزدي الظاهر أنه الشيخ الكبير الشيخ جعفر في شرح القواعد (١: ٣٥٥) واختاره شيخنا الأستاذ (دام ظله). وعن الشهيد: الظاهر أنه صاحب المقابس (١: ٣١). وعن السيد الخوئي لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقابس (مصباح الفقاهة ٢: ٧١).

والحق ما استظهره الشهيد فإن إطلاق البيع على المعاني الثلاثة وإن كان موجوداً في كلام صاحب المقابس وكاشف الغطاء إلا أنّ مراد الشيخ من بعض من قارب عصرنا هو صاحب المقابس؛ وذلك لوجهين: الوجه الأول: أنّ هذا التعبير اصطلاح من الشيخ لصاحب المقابس فإنه يعبر عن المحقق التستري ببعض من قارب عصرنا، وعن كاشف الغطاء ببعض الأساطين. الوجه الثاني: أنّ في كلام الشيخ قرينة على ذلك، فإنّ قوله: «قال بل الظاهر اتفاهم إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاطاة» ليس إلا في المقابيس.

التعقب بالقبول في مفهوم البيع، وعن المحقق النراقي أنه دخيل في البيع المصطلح، والفرق بينهما أنّ كاشف الغطاء يدّعي دخله في المفهوم العرفي، والنراقي يدّعي دخله في المفهوم الاصطلاحي.

القول الثاني: ما اختاره الشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من عدم دخله في المفهوم العرفي ولا الاصطلاحي وإنما يكون دخيلاً في الايجاب المثمر أي الايجاب المتعقب بالقبول.

### دليل دخل القبول في مفهوم البيع

أما القول الأول فقال الشيخ<sup>(٢)</sup> في وجه هذا القول: ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل وصحة السلب عن المجرد؛ ولهذا لا يقال: باع فلان ماله، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: بعته مالي، أنه اشتراه غيره لا أنه أوجب البيع فقط.

وملخصه: أن لتقريب الاستدلال لهذا القول وجهين:

الوجه الأول: أنّ المتبادر من لفظ البيع هو التملك المقرون بالقبول والتبادر علامة الحقيقة.

الوجه الثاني: صحة سلب البيع عن الايجاب المجرد، وصحة السلب علامة المجاز فإنه يصح أن يقال بلا عناية أنه لم يبيع متاعه بمجرد الايجاب، وإنما أنشأ البيع، وإنشاء البيع أمر، وكونه بيعاً حقيقةً أمر آخر.

(١) المكاسب ٣: ١٧.

(٢) المكاسب ٣: ١٦.

وهنا وجه ثالث: نسبة الشيخ أعلى الله مقامه إلى صاحب المقابس وهو أنّ البيع بلحاظ الأثر يكون على وزان الكسر والانكسار في أنه لا انفكاك بينهما بجميع الانظار.

### إشكالات الشيخ على دخل القبول في مفهوم البيع

وأورد الشيخ أعلى الله مقامه على هذا القول إشكالات:

الإشكال الأول: أنّ المتبادر من إطلاق البيع هو التملك المقرون بالقبول، والتبادر إنما يكون علامة الحقيقة إذا كان من حاق اللفظ لا من إطلاقه وانصرافه، فقول المخبر: بعث داري، ينصرف إلى الإيجاب المقيد بكونه في مقام إرادة الإيجاب المثمر، فالمقيد مستفاد من القرينة المقامية لا من استعمال لفظ بعث في الإيجاب المتعقب بالقبول، وكذلك يقال في لفظ النقل والإبدال والتمليك وشبهها.

الإشكال الثاني: دعوى الاتفاق على خروج القبول عن مفهوم البيع قال

الشيخ أعلى الله مقامه: لم يقل أحد إنَّ تعقب القبول له دخل في معناها.<sup>(١)</sup>

الإشكال الثالث: أنّ البيع وما يساويه من حيث المعنى إنما يكون من

قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما تخيله صاحب المقابس<sup>(٢)</sup>،

(١) المكاسب ٣: ١٧: قد يقال: ضمير التأنيت في معناها بلاوجه فإن المرجع وهو البيع مذكور فإنه

يقال: نظر الشيخ من التأنيت هذه الألفاظ المذكورة كالبيع والنقل والإبدال والتمليك وشبهها.

(٢) مقابس الأنوار: ١٠٧، أول كتاب البيع، قال: فإنه لا يطلق اللفظ الذال على أحدهما إلا بعد

حصول الآخر كالكسر والانكسار.

أي لا يطلق لفظ البيع على الإيجاب إلا بعد حصول القبول كعدم الانفكاك بين الكسر والانكسار.

والوجه في ذلك: أن الكسر والانكسار لا ينفك أحدهما عن الآخر بحسب جميع النظائر، بخلاف الإيجاب والوجوب فإنه يقع بينهما الانفكاك بحسب النظائر كما إذا كان الإيجاب من الداني إلى العالي فإن طلب الداني من العالي ينفك عنه الوجوب عرفاً.

والبيع بلحاظ ترتب الأثر يكون على وزان الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار فإنه وإن لم يكن بين البيع وأثره انفكاك بنظر البائع؛ ولكن بينهما انفكاك بنظر العرف؛ لأن العرف يرى التعقب بالقبول دخيلاً في ترتب الأثر.

### نظريتان في دخل القبول في مفهوم البيع

وفي هذه المسألة آراء عمدتها نظريتان:

النظرية الأولى ما أفاده السيد الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> وتبعه المحقق السيد الخوئي<sup>(٢)</sup>

أعلى الله مقامهما.

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٣٠٧.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٧٢، أورد السيد الخوئي على الشيخ اشكالات ثلاثة وتبع في الإشكال الأول ما ذكره الفقيه اليزدي من الإشكالات كالتبادر وصحة السلب ولزوم التناقض والاختبار بالكذب وصيرورة الإيجاب من الإيقاعات، وقال في الإشكال الثاني إنه لا وجه لفرقة المصنف بين الإيجاب والوجوب والكسر والانكسار فإنهما كالإيجاد والوجود متحدان ذاتاً متغايران بالاعتبار، فإن الشيء الواحد إلى جهة الإصدار إيجاد وإلى جهة الصدور وجود، فكذلك الإيجاب والوجوب والكسر والانكسار.

قال في الإشكال الثالث: إن البيع إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الاضافة، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الإنشاء بالقبول بنحو الشرط المتأخر أو على سبيل القضية الحينية. والاشتراط وإن كان يرجع إلى التعليق إلا أن بطلان العقود بالتعليق إنما هو من ناحية الإجماع لا الاستحالة العقلية فيؤخذ بالمتيقن، فلا يشمل التعليق الذي يكون دخيلاً في مفهوم العقد.

النظرية الثانية: ما أفاده المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه.  
 أما نظرية الفقيه اليزدي وله حاشية طويلة فنتعرض إليها لما فيها من  
 الفائدة والحاشية مشتملة عمدة على مطلبين:  
 المطلب الأول: في إيراداته على نظرية الشيخ.  
 المطلب الثاني: في تثبيت مختاره تبعاً لكاشف الغطاء من دخل التعقب  
 بالقبول في مفهوم البيع بنحو الشرط المتأخر.

### إيرادات السيد على الشيخ

أما المطلب الأول فقد أورد الفقيه اليزدي على الشيخ أعلى الله مقامهما  
 إيرادات:

الايراد الأول: النقض بسائر الشرائط الشرعية الدخيلة في تأثير ايجاب البيع  
 فإنه لو ادعى انصراف البيع إلى الإيجاب المشرى في اشتراط القبول للزم القول  
 بانصرافه بالنسبة إلى سائر الشرائط الشرعية أيضاً، والتالي باطل لصدق البيع  
 حقيقةً فيما إذا تعقب بالقبول مع فقد بعض الشرائط الدخيلة في التأثير ولا  
 يكون اللفظ منصرفاً عنه ولا يعدّ الإخبار به من الكذب.

الايراد الثاني بالحل وهو أنه لو قال الموجب: بعث، وما قبل المشتري يعدّ  
 تناقضاً أو يحتمل قوله على إرادة قصد البيع، بخلاف ما لو قال: بعث، مع عدم  
 تعيين المبيع أو الثمن أو نحوهما من فقد سائر الشرائط فإنه ليس تناقضاً.

الايراد الثالث: أنّ ما ذكره الشيخ من أنّ البيع وما يساويه من المعاني يكون  
 على وزان الإيجاب والوجوب في الانفكاك بينهما.

وبعبارة أخرى أنّ إيجاب البيع ينفك عن القبول نظير انفكاك إيجاب الأمر عن الوجوب في موارد طلب الداني من العالي، وليس نظير الكسر والانكسار في عدم الانفكاك بينهما، ففيه أنّ إيجاب البيع نظير لإيجاب الأمر من جهة ويفترق منه من جهة أخرى.

أما وجه الاشتراك بينهما فهو أنّ إيجاب الأمر إيجاب إنشائي ولا ينفك عن إيجاد الوجوب بنظر الأمر كذلك يقال في إيجاب البيع فإنه لا ينفك التمليك الانشائي عن وجوده الخارجي بنظر الموجب.

أما وجه الافتراق بينهما فهو أنّ إيجاب الأمر يعدّ من الإيقاعات، بخلاف إيجاب البيع فإنه يعدّ من العقود، فإن الإيجاب البيعي جزء من العقد، والجزء الآخر هو القبول وإلا لزم أن يكون الإيجاب البيعي من الإيقاعات، وهذا مما لا يلتزم به أحد.

وإن شئت فقل إنّ الإيجاب البيعي جزء من العقد والعقد عبارة عن إيقاعين مرتبطين لا إيقاعين مستقلين.

أدلة السيد اليزدي على دخل القبول في البيع بنحو الشرط المتأخر  
وأما المطلب الثاني وهو أنّ القبول دخيل في حاق البيع المصطلح من باب الشرط المتأخر بمعنى أنه إن حصل القبول يتحقق مفهوم البيع ويكون التمليك المذكور مصداقاً له - فقد استدل الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه لتثبيت هذه النظرية بوجوه:

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٣٠٧.

الوجه الأول: ما ذكره ذلك البعض (بعض من قارب عصرنا) من التبادر وصحة السلب، فإن المتبادر من لفظ البيع وسائر تصرفاته هو التملك المتعقب بالقبول من باب الشرط المتأخر، فلو قال: بعث داري، والمفروض أنه لم يقبل المشتري يقال إنه كاذب في إخباره.

الوجه الثاني<sup>(١)</sup>: أنه لو قلنا بتحقق البيع بمجرد إنشاء البيع مع عدم قبول المشتري لزم كونه من الإيقاعات، مع أنه ليس كذلك، بل هو من العقود لا بمعنى أنه بنفسه عقد، بل بمعنى أنه جزء للعقد.

الوجه الثالث: أنه لو لم يكن التعقب بالقبول دخیلاً في البيع لزم اللغوية في إنشاء التملك بدون القبول، كما يلزم ذلك فيما لو قال أحد: أنكحت فلانة من نفسي بكذا من الصداق مع عدم حضورها ولا حضور وكيلها ولا علمهما وشعورهما.

ثم قال: فالمقام نظير ما يقوله صاحب الفصول من أن الواجب من المقدمات هي الموصلة وظتي أن ما ذكرنا مراد جميع الفقهاء وإنما لم يتعرضوا له لكمال وضوحه، فافهم واغتنم واستقم.

ومراده أنه كما لا تصدق المقدمة عند صاحب الفصول إلا بالموصلة فكذلك لا يصدق البيع عندنا إلا بحصول القبول.

### إشكالات على الفقيه اليزدي

ويتوجه على الفقيه اليزدي ومن تبعه كالمحقق السيد الخوئي أعلى الله



مقامهما إشكالات:

الإشكال الأول<sup>(١)</sup>: أنّ البيع من الإنشائيات وهو فعل اختياري للبايع، والتعقب بالقبول عنوان انتزاعي ينتزع من قبول المشتري وهو فعل اختياري له وخارج عن تحت اختيار البايع، ولو كان التعقب بالقبول دخیلاً في حقيقة البيع استحاله صدورہ من البايع صدوراً اختيارياً فإن كل شرط يقال فيه تقيّد جزءٌ وقيد خارج، واشترط أمر غير اختياري في مفهوم البيع مستلزم لصيرورة البيع غير اختياري.

وهذا إشكال عام يجري في جميع الشرائط المتأخرة غير الاختيارية.

الإشكال الثاني: أنّ قياس المقام بالمقدمة الموصلة قياس مع الفارق، فإن المقدمة الموصلة شرط متأخر مقدور للمكلف، وهذا بخلاف التعقب بالقبول فإنه غير مقدور للبايع وقياس غير المقدور بالمقدور قياس مع الفارق.

الإشكال الثالث: أنه يستحيل دخل القبول في مفهوم البيع على مسلك

العلمين، بيان ذلك:

أنه قد ذهب الفقيه اليزدي أعلى الله مقامه في مبحث صيغ القبول<sup>(٢)</sup> إلى أنّ

(١) هذا الإشكال لا يتوجه على السيد الفقيه فانه قد صرح بأنه لا يلزم ان يكون التعقب من فعله بل يكفي كون الأمر المتعقب (بالفتح) بيده الا ترى انه يصح نذر البيع مع ان القبول ليس من فعله ولا اشكال في كون المنذور هو البيع المثمر. حاشية كتاب المكاسب ج: ١: ٣١٠.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١: ٤٣١ مبحث تقديم الإيجاب على القبول، والذي استقر عليه رأي السيد اليزدي أنّ صيغة قبلت تدل على قبول الإيجاب بالمطابقة وسائر صيغ القبول كاشترت وابتعت ورضيت تدلّ على قبول الإيجاب بالالتزام، فإنّ هذه الصيغ لا تنفك عن قصد المطاوعة بالنسبة إلى من كان ملتفتاً إلى المعاملة وأراد إيجادها.

الاشتراء بمعنى قبول الشراء، وابتعت بمعنى قبلت البيع، وتملكت بمعنى قبلت الملكية، ففي الجميع معنى القبول. نعم، لفظ ملكت مخففاً ليس فيه معنى القبول.

قال السيد الخوئي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه في صيغ القبول: لا شبهة في جواز القبول بلفظ قبلت ورضيت وتملكت وملكتم مخففاً وابتعت وشريت، وهذه الصيغ عند العلمين عبارة عن قبول البيع، فإن صيغة ابتعت من صيغ القبول عندهما، بل عند الجميع ومفهومه بمقتضى تاء الافتعال عبارة عن قبول البيع، ومع هذا المبنى كيف يعقل أن يتوقف مفهوم البيع على القبول وكان مشروطاً به بنحو الشرط المتأخر؟ فالبيع بمفهومه لا بد أن يكون خالياً عن القبول لكي يقع مورداً للقبول.

### اجتماع المتقابلين في الاشتراط بالقبول

الإشكال الرابع: أن يلزم أنه يكون القبول من حيث كونه شرطاً للبيع متقدماً عليه، ومن حيث كونه قبولاً متأخراً عن البيع المقبول فيلزم اجتماع المتقابلين ويتضح الإشكال بتقديم مقدمتين:

(١) ويظهر من كلمات المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامه في مبحث تقديم الإيجاب على القبول أنه لا دليل على اعتبار القبول في مفهوم العقد ولا في صحته ولا في لزومه، بل المتحصل من كلمات أهل اللغة وأهل العرف، هو أن العقد لا يوجد إلا بين شخصين فان حقيقة العقد هو الالتزام النفساني المبرز بمظهر خارجي سواء، سواء أكان الصادر منهما مركباً من الإيجاب والقبول، أم كان ذلك مركباً من إيجابين فقط، فإنه - على كلا التقديرين - يكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها. مصباح الفقاهة ٣: ٤٧.

المقدمة الأولى: أن نسبة كل مشروط بالإضافة إلى شرطه نسبة التقدم والتأخر بالطبع، فإن الشرط سواء كان مقارناً أو سابقاً أو متأخراً متقدماً على مشروطه بالتقدم الطبيعي، وإن كان موجوداً معه بحسب الزمان ومناطق التقدم والتأخر بالطبع هو أن المشروط لا يتحقق إلا بتحقيق شرطه؛ ولكنه يمكن أن يتحقق الشرط من دون أن يتحقق مشروطه.

المقدمة الثانية: أن النسبة بين القبول والمقبول أيضاً نسبة التقدم والتأخر بالطبع، فإن المقبول متقدّم على القبول بالتقدم الطبيعي، والقبول متأخر عن مقبولة بالتأخر الطبيعي.

بملاحظة هاتين المقدمتين يستحيل أن يكون القبول دخيلاً في مفهوم البيع بالشرط المتأخراً وإلا يلزم أن يكون القبول من حيث كونه شرطاً للبيع متقدماً عليه، ومن حيث كونه قبلاً متأخراً عنه، وليس هذا إلا من اجتماع المتقابلين إذ يلزم أن يكون القبول متقدماً على البيع ومتأخراً عنه وموقوفاً عليه، وهو من الدور المحال.

### جوابان عن اجتماع المتقابلين

وأجيب عن هذا المحذور الثبوتي بجوابين:

الجواب الأول: ما أفاده المحقق السيد الميلاني أعلى الله مقامه من أن المقام ليس من الدور المحال بل من الدور المعني.

الجواب الثاني: ما أفاده المحقق النائيني أعلى الله مقامه من كون الدخول بنحو القضية الحينية والحصة التوأمة، لا القضية الشرطية لكي يلزم المحال.

### جواب السيد الميلاني عن محذور اجتماع المتقابلين

أما الجواب الأول فقد ذكر السيد الميلاني<sup>(١)</sup> في توضيح قول الشيخ (أحدها: هو التملك المذكور، لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري) أموراً ويندفع ببعضها شبهة الدور. وكلماته لا تخلو من الفائدة فنتعرض إليها:

١- (الأمر الأول) أنّ المفهوم إما جوهرى، وإما عرضي، وإما اعتباري. والجوهرى له وجود ذهني وخارجي بما له في نفسه في نظام الوجود، وهو جامد ولا يشتق منه مشتق.

والعرضي له وجود ذهني وخارجي في نفسه ونظام الوجود، ويشتق منه مشتق، فليس لمصدره إلا نسبة ناقصة، لا تفيد التحقق الخارجي، وماضيه ومضارعه يدلان على النسبة التحققية الوجودية في الخارج.

والاعتباري له وجود ذهني ووجود اعتباري في نظر من بيده الاعتبار، من العرف العقلاني أو الشرع، وخارجيته بعين اعتباريته.

٢- (الأمر الثاني) أنّ البيع هو التملك الجدّي من البائع، بمعنى إيجاده للملكية العقلانية، لا مجرد إنشائه لها، فإن إنشاء البيع وإنشاء التملك خفيف المؤنة، ويمكن إنشاء تملك السماء لزيد، أو إنشاء تملك داره لغنمه وبقره، فالتملك المالكى إنما يكون عقلاً إذا أنشأ التملك بقصد حصول الملكية في نفس الأمر بما يناسبها من موطنها، ويقصد التسبب إلى اعتبار الشارع، إن قلنا في العقود الشرعية التي لها آثارها بلزوم قصد التسبب إلى اعتبار الشارع.

(١) محاضرات في فقه الإمامية كتاب البيع: ٤٤.

٣- (الأمر الثالث) أنّ العنوانين ربما يكونان متحدين بالذات ومختلفين بالاعتبار، كالإيجاد والوجود، والتأثير والأثر، والتملك والملكية، والإيجاب والوجوب، إلى غير ذلك. وربما يكونان أمرين مختلفين لكنهما متلازمان، لكون أحدهما مطاوعاً للآخر، كالإحراق والاحتراق، والبعث والانبعاث، والكسر والانكسار، والتملك والتعليم، والتعلم.

ومن هنا يظهر الفرق بين قول الشيخ (أعلى الله مقامه): إنه مثل الإيجاب والوجوب، لا الكسر والانكسار. والمقصود أن التملك والملكية مثل الإيجاب والوجوب متحدان بالذات، بخلاف الكسر والانكسار فإنهما غير متحدين حيث إن أحدهما عنوان الصدور، والآخر عنوان القبول.

وملخص الكلام: أن المعنى تارة يلاحظ وجوده في نفسه، فهو بالإضافة إلى الفاعل إيجاد وبالإضافة إلى نفسه وجود، وأخرى يلاحظ وجوده في غيره فلا بد من قابل يقبله، فتمليك الغير إيجاد الملكية له، وهذا المعنى لا يعقل تحققه إلا مع قبوله، فيصح كلام من قال بأن البيع هو التملك بشرط القبول.

إن قلت: إذا كان معنى البيع مشروطاً بالقبول، فمعناه مقيد به، وكل مقيد يتوقف تحققه على تحقق القيد، فيلزم توقف حصول البيع على القبول، مع أن القبول هو قبول البيع، ومتوقف على حصوله، فيلزم توقف حصول البيع على ما يتوقف على حصوله، وذلك دور.

قلت: ذلك سارٍ في كل ما هو بين الفاعل والقابل، فإن الإحراق يتوقف على وجود ما يقبل الاحتراق، دون ما لا يحترق، وقبوله يتوقف على تحققها وصدورها من الفاعل، وكذلك تحقق الكسر يتوقف على وجود ما يقبله أي المنكسر، وقبوله يتوقف على صدور الكسر، وهكذا.

٤- (الأمر الرابع) أنه لا شبهة فيما إذا قال: بعث داري من زيد، يستظهر منه إقراره بأنها ملك لزيد، وذلك لأجل أنه يستفاد منه أن ملكه بحقيقة التمليك الذي لا ينفك عن القبول، وأنه تمليك مع مطاوعة.

### نقد السيد الميلاني

وكلماته مشتتة على مطلبين: المطلب الأول أنّ الموجودات تنقسم إلى الجواهر والأعراض والانتزاعيات والاعتباريات. أما الجواهر والأعراض فهي خارجة عن محل النزاع فتبقي الانتزاعيات والاعتباريات.

والانتزاعيات تحتاج إلى منشأ الانتزاع كأنتراع الزوجية عن الأربعة، والاعتباريات ليس لها منشأ الانتزاع، وإنما تحتاج إلى مصحح الاعتبار كالملكية الاعتبارية في البيع، فإنها تتوقف على مصحح الاعتبار وهو عبارة عن قبول المشتري، فما دام لم يتحقق القبول لم يتحقق الملكية في وعاء الاعتبار. والوجه في ذلك أنّ الأمور الاعتبارية العقلائية مصحح اعتبارها هو الشرائط العقلائية بضميمة الإيجاب والقبول، كما أنّ الاعتبارات الشرعية مصحح الاعتبار فيها هو الشرائط الشرعية بضميمة الإيجاب والقبول.

المطلب الثاني أنّ توقف البيع على القبول أشبه شيء بالدور المعني. وهذان المطلبان كلاهما موردان للمناقشة: أمّا المطلب الأول فهو متين من حيث الكبرى، فإنّ الأمور الاعتبارية، سواء كانت حقيقية أو إنشائية تحتاج إلى مصحح الاعتبار، ولكن الصغرى وهي كون القبول مصححاً لمطلق الملكية

الاعتبارية فممنوعة فإن الملكية الاعتبارية على قسمين:

القسم الأول: الحقيقية وهي الملكية الاعتبارية العقلانية، والمصحح لهذا الاعتبار عند العقلاء هو الشرائط العقلانية بضميمة الايجاب والقبول فالقبول هو المصحح لاعتبار الملكية عند العقلاء، ولا يتحقق الاعتبار عندهم بدون القبول.

وكذلك يقال في الملكية الاعتبارية الشرعية فإن المصحح للاعتبار الشرعي هو الشرائط الشرعية بضميمة الايجاب والقبول.

القسم الثاني: الملكية الاعتبارية الانشائية التي هي فعل البائع، وهي محط البحث هنا في مقابل الاعتبار العقلائي والشرعي، وهذا القسم من الاعتبار وإن كان يحتاج إلى المصحح أيضاً إلا أن مصححه إنما هو نفس التملك الانشائي لا القبول وغيره من الشرائط؛ إذ لا دليل على كونه مصححاً لهذا القسم.

وغاية ما يقال إن المتبادر من البيع هو البيع المشروط بالقبول وأنه يصح سلب البيع عن الايجاب المحض؛ ولكنه وقع الخلط بين الملكية الاعتبارية الحقيقية والملكية الاعتبارية الانشائية، فإن الذي يحتاج إلى القبول هو الأول دون الثاني، فإن التبادر وصحة السلب إنما نشأ من إطلاق البيع لا من حاقه فإن إطلاق البيع ينصرف إلى البيع المثمر، أما ذات البيع فهو أعم من المثمر وغير المثمر؛ ولذلك يقع مقسماً من دون عناية.

فكلام الشيخ أعلى الله مقامه هنا دقيق ومتين، حيث فرق بين اعتبار الملكية واعتبار الملكية المثمرة، والمتوقف على القبول هو الثاني دون الأول.

وأما المطلب الثاني وهو أن الدور في المقام أشبه شيء بالدور المعني ولعل

وجه التشبيه (أشبهه شيء) أنّ المقام من الاعتباريات ومقسم الدور إلى المستحيل والمعني من التكوينيّات .  
 فيه أنّ الموضوع في الدور المعني هو المتلازمان كأبوة وبنوة حيث لا ينفك أحدهما عن الآخر، وأما البيع والقبول فليس بينهما تلازم، وإلا يلزم بطلان انقسام البيع إلى القبول والمردود، والمتلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر، بل يكون المقام من الدور المحال، فإنّ القبول لاشتراط دخله في مفهوم البيع متقدّم عليه، ولكونه قبلاً متأخر عن المقبول فيلزم أن يكون شيء واحد موقوفاً وموقوفاً عليه .

### جواب المحقق النائيني عن محذور اجتماع المتقابلين

وأما الجواب الثاني عن المحذور الثبوتي الذي يستظهر من تعريف المحقق النائيني<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه: تملك العين بالعرض في ظرف تملك المشتري، حيث إنّ قوله: في ظرف تملك المشتري ظاهر في دخل القبول بنحو القضية الحينية والحصة التوأمة لا بنحو الاشتراط لكي يلزم الدور المحال .

(١) منية الطالب ١: ٤٥ قال: الأولى في تعريف البيع أن يقال هو تملك العين بالعرض في ظرف تملك المشتري وأما تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال فهو يقتضي كون البيع إيقاعاً غير متوقف على القبول .

ويستفاد من كلماته في مبحث تعريف البيع وفي مبحث تقديم الإيجاب على القبول أنّ القبول فعل المشتري، والبيع فعل البايع ولا يعقل أن يتوقف فعل بمفهومه على فعل آخر، بل وجه التوقف أنّ البيع من العقود ولو كان البيع مجرد الإيجاب لكان إيقاعاً وليس التوقف بنحو الاشتراط بالنسبة إلى مفهوم البيع بحيث كان تقييد جزء وتقييد خارج، ومراده من الظرفية هي جزئية الإيجاب للقبول لكي يتحقق العقد .



### نقد المحقق النائيني

ففيه أولاً أن الدخل بنحو الحصص التوأمة والقضية الحينية لا محالة يرجع لُبّاً إلى القضية الشرطية لاستحالة الإهمال في مثل المقام، فيدور بين كونه بنحو لا بشرط عن الدخل والتوقف أو بنحو الاشتراط، واللا بشرط خلف فيتعين في الاشتراط.  
والوجه في ذلك:

أن البيع من العناوين القصدية الاختيارية والتملك فعل صادر من البائع عن قصد والتفات وإنشاء التملك المهمل من الملتفت محال، وإنشاء التملك بنحو لا بشرط لازمه إلقاء دخل القبول ولو بنحو الظرفية وهو خلف الفرض فيرجع إلى إنشاء التملك بشرط القبول فيعود محذور الدور.  
وثانياً سلمنا أن القبول دخيل بنحو الحصص التوأمة ومع ذلك يكون التملك في ظرف القبول أمراً غير معقول.

والوجه في ذلك أنه قد أُشرب في حقيقة القبول ما كان متعلقه قابلاً للرد والقبول، وكذلك الأمر في حقيقة الرد فإنه قد أُشرب فيه ما كان متعلقه قابلاً للرد والقبول، بل ذلك مقتضى كل خصوصية ترد على الذات، والتملك حين القبول لا يكون قابلاً للرد فإنه لم يؤخذ فيه التوأمة فلا تكون القضية حينية وإن أُخذ فيه التوأمة فلا يكون قابلاً للرد<sup>(١)</sup>، فدخل القبول في البيع محال، سواء كان بنحو القضية الشرطية أو الحينية.

(١) المستفاد من كلمات سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي أن إنشاء تملك العين في البيع فعلي لكن المنشأ وهو الملكية معلق بالقبول، وبطلان العقود بالتعليق ليس بالاستحالة العقلية، بل إنما هو من ناحية الاجماع، والقدر المتيقن منه بطلان التعليق الخارج عن صميم العقد

ومن هنا ظهرت المناقشة فيما أفاده المحقق السيد الخوئي<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه من إمكان دخل القبول في البيع، سواء كان الدخل بنحو القضية الشرطية أو الحينية.

→

ومفهومه، وعليه لا يكون المنشأ مطلقاً حتى يكون قابلاً للرد والقبول وإنما يتم الإشكال على مبنى كون المنشأ مطلقاً لا معلقاً. راجع مصباح الفقاهة ٢: ٧٣.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه لا شك في أن البائع لا ينشئ الملكية المعلقة، بل ينشئ الملكية المطلقة، نعم تحققها متوقف على قبول المشتري لا المنشأ بالإيجاب.

وثانياً: لو سلم أن المنشأ هو الملكية المعلقة بالقبول، ولكن القبول يتعلق بأي شيء؟ هل يتعلق بالمنشأ أو بأمر خارج عن المنشأ؟ لا شك أن القبول يتعلق بالمنشأ، والملكية المعلقة على القبول غير قابلة للقبول، وعلى حسب الاعتراف، مع أن القبول سنخ معنى يقتضي أن يكون متعلقه قابلاً للرد والقبول.

وثالثاً: يرد على التعليق ما أفاده الأستاذ (مدّ ظله العالی) من الإشكال الأول على السيد اليزدي، من اعتبار أمر غير اختياري في إنشاء البائع....

وثانياً أنّ مفهوم البيع وإن كان أعم من المثمر وغيره على الأعمى - كما سيأتي البحث عنه - إلا أنّ البائع في مقام الانشاء يكون بصدد إيجاد الموضوع لإمضاء العقلاء فمع التفاته فالاهمال محال وكذلك الاطلاق فيكون مقيداً.

\* ويمكن أن يجاب: بأنّ محل الكلام اعتبار القبول في مفهوم البيع الذي ينشئه البائع، وقبول المشتري ليس من أوصاف إنشاء البائع ليتكلم في الإطلاق بالنسبة إليه وتقييده، نعم موضوع الحكم بالانتقال من العقلاء أو الشارع هو الأنشاء المتعقب بالقبول، وليس الكلام فيه؛ ولذا فرق الأستاذ (مدّ ظله العالی) بين البيع الذي هو فعل البائع وبين البيع المعاملي الذي يقع موضوعاً لترتب الأثر فإنّ الثاني منوط بالتزام المشتري في كلامه الآتي في الإشكال الخامس.

(١) مصباح الفقاهة ٢: ٧٣، لا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر، أو على سبيل القضية الحينية.

وإذن فينحل البيع في الحقيقة إلى قضية شرطية أو حينية. فمعنى قول البائع بعث المتاع الفلاني من زيد: أنه بعته إياه إن قبله، أو حين قبوله.

الإشكال الخامس على السيد الفقيه اليزدي<sup>(١)</sup> ومن تبعه كالمحقق السيد الخوئي<sup>(٢)</sup> أعلى الله مقامهما أنهما قالوا: إن الإيجاب الصّرف لو كان بيعاً من دون تعقبه بالقبول للزم أن يكون البيع من الإيقاعات لا من العقود، والتالي باطل لتسالم الفقهاء على كون البيع من العقود لا من الإيقاعات، فلا مناص من الالتزام باشتراط البيع بالقبول لكي لا يلزم المحذور الفوق.

وفيه أنه لا تلازم بينهما إذ يمكن أن يكون الإيجاب الصّرف من الباع بيعاً مفهوماً، ومن ناحية أنّ ذلك الإيجاب لا يصير عقداً إلا بضميمة قبول المشتري. والوجه في ذلك: أنّ العقد عبارة عن الالتزام المربوط بالتزام آخر، والالتزام الإيجابي الصّرف ليس عقداً، بل هو جزء العقد وإنما يصير عقداً بضميمة التزام المشتري، بخلاف الإيقاعات فإنّ الإيقاع عبارة عن التزام غير مربوط بالتزام آخر كالطلاق والعهد والنذر.

فالعقد عبارة عن إنشاءين مرتبطين، والإيقاع عبارة عن إنشاء واحد، وإن شئت قلت: إنّ العقد عبارة عن إيقاعين مرتبطين.

وذكر صاحب الجواهر - في أول كتاب الطلاق<sup>(٣)</sup> - تفسير الإيقاع، قال المحقق

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٣٠٨، وفي نسخة ١: ٦٢ (نشر مؤسسه اسماعيليان ١٤١٠ق) ولو تحقّق البيع بمجزّد إنشاء البائع مع عدم قبول المشتري لزم كونه من باب الإيقاع مع أنّه ليس كذلك، بل هو من العقود لا بمعنى أنّه بنفسه عقد، بل بمعنى أنّه جزء العقد والعقد، ليس عبارة عن إيقاعين مستقلّين بل إيقاعين مرتبطين.

(٢) مصباح الفقاهة ٢: ٧٢ للزم أن يكون البيع من الإيقاعات لا من العقود وهو يدهي البطلان.

(٣) الجواهر ٢: ٣٢.

في الشرايع: القسم الثالث<sup>(١)</sup> في الايقاع وهي أحد عشر كتاباً. ولم يذكر تفسيراً للايقاع. وقال صاحب الجواهر في تفسيره: وهو اللفظ الدال على إنشاء خاص من طرف واحد.

وإن كان لنا في هذا التفسير كلام<sup>(٢)</sup> موكول إلى محله.

وبهذا البيان يندفع الإشكال الخامس وذلك للفرق بين البيع الذي هو فعل البائع وبين البيع المعاملي الذي يقع موضوعاً لترتب الأثر، فإنّ الثاني منوط بالتزام المشتري ويسمى بالعقد ويقع موضوعاً للأثار، والأول إيجاب صرف وفعل البائع ويصدق عليه مفهوم البيع لانقسامه حقيقة إلى المثمر وغير المثمر، وتعريف الشيخ أعلى الله مقامه ناظر إلى هذا القسم وهو محط البحث.

### نظرية المحقق الاصفهاني في عدم اشتراط البيع الانشائي بالقبول

أما نظرية المحقق الاصفهاني<sup>(٣)</sup> أعلى الله مقامه فهي أنّ البيع ينقسم إلى

قسمين:

القسم الأول البيع الانشائي، القسم الثاني البيع الحقيقي، ويسمى الأول

(١) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣: ٣. القسم الثالث من الاقسام الأربعة التي يبني عليها كتاب الشرايع. قال المحقق في الشرايع ١: ٢؛ وهو (أى كتاب الشرايع) مبني على أقسام أربعة: الأول: العبادات. القسم الثاني: في العقود (٣: ٢) القسم الثالث في الإيقاعات (٢: ٣) القسم الرابع في الأحكام (٣: ٣) (١٥٣) وهي اثني عشر كتاب (اولها الصيد والذباحة).

(٢) ويظهر وجه المناقشة في تعريف صاحب الجواهر من التعريف الذي ذكره شيخنا الأستاذ في تعريف الايقاع بأنه عبارة عن التزام غير مربوط بالتزام آخر.

(٣) حاشية كتاب المكاسب ١: ٧٣، التعليقة ٣٧.

بالتملك الإنشائي، والثاني بالتملك الحقيقي على مبنى تفسير البيع بالتملك.

والقبول دخيل في الحقيقي دون الإنشائي. بيان أوضح: أن البيع إذا كان بمعنى التملك فالموضوع له هو طبيعي التملك القابل لجميع أنحاء الوجود وهذا الطبيعي قد يوجد بوجود إنشائي، وقد يوجد بوجود حقيقي والقبول ليس دخيلاً في مفهوم البيع ولا في وجوده الإنشائي، وإنما يكون دخيلاً في وجود التملك بالوجود الحقيقي ويسمى الإنشائي بالسبب والحقيقي بالمسبب وبالتملك بالحمل الشايع.

وأوضح مرامه برسم أمور نتعرض إليها لما فيها من الفائدة:

الأمر الأول: أن جميع الألفاظ موضوعة لنفس المعاني المجردة عن جميع أنحاء الوجود العيني والذهني والحقيقي والاعتباري والذاتي والعرضي الإنشائي، والدليل على خروج الوجود عن الموضوع له أن فائدة الوضع والاستعمال هو الانتقال من سماع اللفظ إلى معناه والانتقال وجود إدراكي والموجود بأي وجود كان لا يقبل وجوداً آخر، سواء كان مماثلاً أو مقابلاً له فإنه يلزم أن يوجد ما هو الموجود وهو تحصيل للحاصل، وتحصيل الحاصل محال.

والمعاني على قسمين: أحدهما ما له وجود عيني ووجود ذهني كلفظ الماء والتراب.

وثانيهما: ما له وجود إنشائي وحقيقي كالمعاني المعاملية الأعم من العقدية والايقاعية والمعاني الطلبية وشبهها فإنها قابلة للوجود الإنشائي والحقيقي الذي هو عين الاعتباري والملكية من هذا القبيل، فإنها قابلة

للملكية الحقيقية كملكية الباري تعالى وقابلة للوجود الاعتباري كملكية زيد للدار، ولها وجود فعلي كلفظ الملكية.

والنتيجة على طبق هذا الأمر الأول أنّ البيع موضوع لطبيعي التملك لا للتملك الموجود بالوجود الانشائي ولا للتملك الموجود بالوجود الحقيقي لما تقدم من البرهان على استحالة أخذ الوجود في ناحية الموضوع له.

### النقد على نظرية المحقق الاصفهاني

ويتوجه على هذا الأمر بإشكالين:

الإشكال الأول: أنّ الالفاظ إذا كانت موضوعة لنفس الطبايع فينتقض بما لا طبيعة له كأسماء الله تعالى، ﴿وَلِلَّهِ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَىٰ فَادْعُوهُ بِهَا وَذَرُوا الَّذِينَ يُلْحِدُونَ فِي أَسْمَائِهِ﴾<sup>(١)</sup> فإنّ أصل المبنى وإن كان متيناً فإنّ الالفاظ موضوعة للطبيعي من المعنى بغض النظر عن أنحاء الوجود، لكنه منقوض بما لا طبيعة له كأسماء الله تعالى، وليس الموضوع له المفهوم بما هو مفهوم فإنّ المفهوم بما هو من أنحاء الوجود<sup>(٢)</sup> فيلزم الخلف.

(١) سورة الأعراف، الآية ١٨٠.

(٢) وجه النقض أنّ الله تعالى لا ماهية له فإن ماهيته إنيته إذ مقتضى العروض معلوليته (شرح المنظومة قسم الفلسفة: ١٦) ولو كان للباري ماهية ووجود عارض للماهية للزم تقدم الشيء على نفسه أو التسلسل أو كونه من الممكنات، والثالث خلف، والدور والتسلسل محال، فالحق أنّ الله تعالى وجوده عين ذاته وعليه يتوجه النقض على وضع الالفاظ لطبيعة المعنى. وقد طرح هذا النقض في مبحث المشتق بالنسبة إلى أسماء الله تعالى وذلك لمحدورين: المحدور الأول: أنّ المشتق من حمل الوصف على الموصوف فلا بد فيه من التغاير بين الموضوع والمحمول وهذه الضابطة لا تنطبق على صفات الله تعالى، فإن صفاته جلّ اسمه

الإشكال الثاني وهو العمدة أنه وقع الخلط بين ما هو حصة من الطبيعي وبين ما هو الموجود بالوجود الانشائي أو الحقيقي.

ولفظ البيع لا يمكن أن يكون موضوعاً للتملك بالوجود الانشائي ولا التملك بالوجود الحقيقي، ولكنه يمكن أن يكون موضوعاً للتملك الانشائي أو التملك الحقيقي بما أنهما حصتان من طبيعي التملك والحصة من الطبيعة كنفس الطبيعة قابلة للوجود والعدم والمحال هو الموجود بالوجود الانشائي والموجود بالوجود الحقيقي بالبرهان السابق، فإنّ الموجود لا يوجد

→

تكون عيناً لذاته ولا تغاير بينهما.

المحذور الثاني: أنّ الوصف والموصوف إنما يصدقان في مورد تتحقق فيه النسبة بين المبدأ والذات، ومن الواضح أنّ النسبة تقتضي التغاير والائتينية، وهذه الضابطة لا تنطبق على صفات الباري لأنها عين ذاته فلا نسبة في البين.

وقد تخلصوا عن الإشكال بوجوه:

الوجه الأول: ما أفيد في بعض الكلمات (تفسير فاتحة الكتاب للملكي الميانجي ص ٦١) من أنّ أسماء الله تعالى لها أوضاع على حدة والواضع فيها هو الله تعالى، وأنّ أسماء الله جميعاً أعلام شخصية له تعالى.

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب الكفاية (كفاية المشكيني ١: ٢٩٣) والمحقق النائيني (أجود التقريرات ١: ١٢٥) من أنه يكفي في صحة المشتق التغاير المفهومي بين المبدأ والذات وإن كان عينها خارجاً، كما في صفات الباري، فإن علمه وقدرته وحياته عين ذاته ومغايرة للذات مفهوماً. الوجه الثالث: ما أفاده المحقق الخوئي (محاضرات في أصول الفقه ١: ٢٩٢) من أنّ المناط في الحمل هو الواجدية، وهي كما تصدق على واجدية الذات لغيرها كذلك تصدق على واجدية الذات لنفسه من دون مغايرة بينهما وجوداً ومفهوماً.

الوجه الرابع: ما أفاده صاحب الفصول (الفصول: ٦١) واختاره السيد الروحاني (منتقى الأصول ١: ٣٦٤) من أنّ صفات الباري قد أطلقت عليه تعالى بالعناية والمجاز. أما تحقيق البحث فيه فمكول إلى محله.

ثانياً سواء كان مماثلاً أو مقابلاً له.

وأما الحصّة من الطبيعة كالتملك الإنشائي أو الحقيقي بما أنهما حصتان من الطبيعة فهي قابلة لوضع البيع لها كنفس الطبيعة. والشاهد لما ذكرنا اعتراف نفس المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه في الأمر الثاني بذلك حيث قال <sup>(١)</sup>: إنّ التملك الحقيقي لا نفوذ له، بل له وجود وعدم بديل له وهذا اعتراف منه بانقسام التملك الحقيقي <sup>(٢)</sup> إلى الوجود والعدم،

(١) حاشية كتاب المكاسب ١: ٧٥، التعليقة ٣٧.

(٢) والوجه في ذلك ما أشار إليه في الأمر الثاني من أن التملك الإنشائي سبب والتملك الحقيقي مسبب له، والصحة والفساد والنفوذ وعدم النفوذ من لوازم السبب لا من لوازم المسبب. فإذا كان المحمول من قبيل الصحة والفساد أو النفوذ وعدمه فهو قرينة على إرادة التملك الإنشائي وإذا كان المحمول من قبيل جواز التصرف وضعاً وتكليفاً فهو قرينة على إرادة التملك الحقيقي. ولا يخفى أنّ كلام المحقق الاصفهاني فيه قرينة داخلية وقرينة خارجية على أنّ التملك الإنشائي والحقيقي متقدمان بالوجود، وليس لهما نسبة الحصّة والفرد، بل نسبة العنوان والمعنون، وكم فرق بينهما، والتملك الطبيعي حصته تملك العين بالعوض لا التملك الإنشائي.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه لا معنى لكون التملك الطبيعي حصته تملك العين بالعوض، بل طبيعي التملك ينقسم إلى التملك الإنشائي والحقيقي، فكلاهما من طبيعي التملك. أما القرينة الداخلية فهي أنّ قوله: بل له وجود وعدم بديل له يكون بصدد بيان أنّ التملك الحقيقي لا يتحقق إلا بالوجود، وهذا الوجود ناقض ومعدم لبديله، وهذا هو المراد، وإلا يلزم التناقض في كلماته، ومع التناقض كيف يكون شاهداً؟ ولا أقل من الاحتمال فلا يكون شاهداً.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه لا شك أن كل شيء يتحقق بالوجود، فالتملك الحقيقي يتحقق بالوجود المناسب له، والتملك الإنشائي أيضاً يتحقق بالوجود، وما يتحقق بالوجود هو الطبيعي، وإذا كان له قسمان فالمتحقق في كل قسم حصّة من الطبيعي.

وأما القرينة الخارجية فهي ما صرح به في الأمر الرابع (الحاشية ١: ٧٦) من أنه قد حقق في الأصول أنّ الإنشاء والأخبار من وجوه استعمال اللفظ في معناه مثلاً مفهوم ملكت هي النسبة الإيجابية



وليس هذا إلا بلحاظ كونه حصّة من الطبيعي وإلا فالموجود بالوجود الحقيقي لا ينقسم إلى الوجود والعدم.

الأمر الثاني: أنه بعد ما عرفت من وضع اللفظ البيع كسائر الألفاظ للطبيعة المجردة عن الوجود مطلقاً تعرف أنّ دعوى تبادر التملك الحقيقي أو الانشائي منه بلا وجه لعدم دخل كلا الوجودين في الموضوع له والمستعمل فيه قطعاً. كما أنّ صحة سلبه عن التملك الانشائي المحض إن أُريد السلب الذاتي فهي صحيحة إلا أنّ سلب الحقيقي منه ذاتاً أيضاً كذلك لعدم تقوم المعنى بشيء منهما وإن أُريد السلب بالحمل الشايع فهو غير صحيح لتحقق المعنى بهذا النحو من الوجود، ويتوجه عليه الإشكال الثاني المتقدم في الأمر الأول فإن دعوى تبادر التملك الحقيقي أو الانشائي منه بما لهما من الوجود تكون بلا وجه لقيام البرهان على عدم دخل كلا الوجودين في الموضوع له؛ ولكن الكلام في دعوى التبادر التملك الحقيقي أو الانشائي منه بما أنهما حصتان

→

المتعلقة بالملكية، فتارة يقصد باستعمال اللفظ ثبوت تلك النسبة ثبوتاً عرضياً بتبع ثبوت اللفظ فيكون انشاءً، وأخرى يقصد باستعماله الحكاية عن ثبوت تلك النسبة في الخارج فيكون إخباراً. فالتملك الانشائي أو الحقيقي ينقسم إلى العنوان والمعنون لا الحصّة والفرد.

\* ويمكن أن يجاب: بأن الشيء لا ينقسم بالعنوان والمعنون، فالإنسان لا ينقسم إلى عنوان الإنسان ومعنونه، بل الإنسان طبيعي ينقسم إلى الحصص، كالإنسان الأبيض والأسود. والصحيح في التعبير الانقسام إلى الحصص، لا إلى الحصّة والفرد. وبالجمله ليس التملك الحقيقي فرداً للتملك الإنشائي ولا معنوياً للتملك الإنشائي، لاستحالة كون الوجود الحقيقي فرداً أو معنوياً للوجود الإنشائي كما لا يخفى، بل كلاهما من حصاص طبيعي التملك.

ثم قال: فتدبره فإنه حقيق به، ولا تستوحش من مخالفته لكلمات الأعيان مع موافقته للبرهان المساوق للعيان.

من الطبيعة القابلتان للوجود والعدم وقد ذكرنا أنّ نفس المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه معترف به في نفس هذا الأمر الثاني حيث قال:

إنّ التملك الحقيقي لا نفوذ له، بل له وجود وعدم بديل له. وقد تقدّم منا بيان وجه الاعتراف.

الأمر الثالث: أنّ الايجاب والقبول وبقية الشرائط تعدّ من علل وجود البيع الذي يكون موضوعاً للأثار العرفية والشرعية، وأما مفهوم البيع فله علة أخرى تكون دخيلة في قوامه وتسمّى بعلة قوام البيع كالانسان فإنّ الحيوان الناطق من علل قوامه وأما وجود الانسان فيحتاج إلى علة أخرى.

ووجود البيع ليس دخيلاً في مفهومه فضلاً عن علل الوجود ومبادئه.

وأما علل قوام البيع فنقول إنّ في التملك مراحل ثلاث:

التملك الطبيعي والتملك الانشائي والتملك الحقيقي.

وأما طبيعي التملك فله حصص منها الحصّة المقيدة بإضافة التملك إلى عين لها عوض وهي البيع، ومنها الحصّة المقيدة بإضافة التملك إلى المنفعة وهي الاجارة، وهكذا فإن المقوم لمفهوم البيع إضافة التملك إلى العين التي لها عوض.

أما نفس العين والعوض فهي خارجة عن دائرة المفهوم كخروج الايجاب والقبول وسائر الشرائط.

وإن شئت فقل إنّ الأضافة دخيلة في ماهية البيع ويعد من علل قوام البيع أما المضاف والمضاف إليه فخارجان عن حقيقة البيع ويعدّان من علل وجود البيع.

وأما التملك الإنشائي فهو عبارة عن إيجاد معنى البيع وجوداً عرضياً يتبع وجود اللفظ، فإن لفظ بعث له وجود بالذات، وهو كيف المسموع ويعدّ من المقولات وله وجود تنزيلي لمعنى البيع بالجعل والمواضعة يكون تملكاً إنشائياً فيما إذا لم يقصد به الحكاية، فلفظ بعث كيف مسموع وجود للفظ بالذات ووجود تنزيلي بنحو الهوهوية للبيع الإنشائي بالجعل والمواضعة.

وليس معنى الإنشاء إيجاد المعنى بالذات في الخارج بألية اللفظ؛ لأنه غير معقول؛ لأنّ الوجود الخارجي لكل معنى، سواء كان مقولياً أو اعتبارياً يتوقف على مبادئ ذلك الوجود، كما أنه ليس معنى الإنشاء إيجاد المعنى في النفس فإن وجوده النفساني الإدراكي لا يتوقف على التلفظ به حتى يوجد به، بل المعقول من الإنشاء هو الأيجاد العرضي التابع لوجود لفظه بالذات والوجود الإنشائي بالنسبة إلى الوجود الاعتباري كالسبب بالنسبة إلى مسببه، بمعنى أنّ الباع بقوله بعث الإنشائي يتسبب إلى تحصيل الملكية المعترية باعتبار الشرع أو العرف.

أما دخل القبول في التملك الإنشائي فهو أمر غير معقول إذ لا يعقل دخل إنشاء معنى في إنشاء معنى آخر فإنّ كل إنشاء موجود بوجود لفظه تنزيلاً وعرضاً ولا يعقل أن يكون لفظ دخيلاً في وجود لفظ آخر.

وأما التملك الحقيقي فهو في البيع عبارة عن البيع الحقيقي الذي يترتب عليه الآثار عرفاً وشرعاً، والقبول يعدّ من علل وجوده ولا خصوصية له بل جميع الشرائط يعدّ من علل وجوده.

ثم قال<sup>(١)</sup>: ولعلّ الخلط بين علل الوجود وعلل القوام، أو الخلط بين الوجود الإنشائي والوجود الاعتباري أوجب هذه الأوهام وبالله الاعتصام. وهذا الأمر الثالث هو العمدة بين الأمور التي ذكرها في حل الإشكال، وأما بقية الأمور التي ذكرها كالأمر الرابع والخامس والسادس والسابع فهي وإن كانت مهمة إلا أنها مما لا حاجة إلى التعرض إليها كالأمر الثالث، فالعمدة ملاحظة هذا الأمر.

### نقد المحقق الاصفهاني

ويتوجه عليه بإشكالين:

الإشكال الأول: بطلان المبنى فإن تفسير الإنشاء بإيجاد المعنى بوجود اللفظ وجوداً تنزلياً وبالعرض والجعل بنحو الهووية، بمعنى كون اللفظ نفس المعنى أمر غير معهود عند الواضعين فإنّ الواضع لم يلاحظ هذا المعنى عند الوضع لعدم كونه معهوداً عنده فتبقى بقية المباني في باب الإنشاء كاختصاص اللفظ بالمعنى<sup>(٢)</sup> أو التعهد<sup>(٣)</sup> بمعنى أنّ الواضع تعهد بأنه كلما أراد المعنى استخدم هذا اللفظ لافادته أو وضع اللفظ علامة للمعنى كما اختاره نفس هذا المحقق في مبحث الوضع<sup>(٤)</sup> وهو المختار عندنا.

(١) حاشية المكاسب ١: ٧٦ التعليقة ٣٧.

(٢) كما عن صاحب الكفاية.

(٣) كما عن النهاوندي والمحقق الحائري والسيد الخوئي رحمهم الله.

(٤) نهاية الدراية ١: ٤٧. دلالة اللفظ على معناه كالعلم المنسوب على رأس الفرسخ غاية الأمر أنّ الوضع في العلم تكويني وفي اللفظ اعتباري فاللفظ كأنه وضع على المعنى ليكون عليه

الإشكال الثاني: إشكال بنائي بعد تسليم المبنى وهو أن متعلق القبول ليس إلا الإيجاب على جميع المباني في الإيجاب، فلنا دعويان: الدعوى الأولى أن متعلق القبول ليس إلا الإيجاب.

الدعوى الثانية: أن الإيجاب هو المقبول الذي يتعلق به القبول على جميع المباني في الإيجاب وعلى مبنى المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه في الإنشاء يستحيل أن يكون الإيجاب مورداً للقبول.

أما الدعوى الأولى فإن ما يمكن أن يكون مقبولاً أحد هذه الأمور الثلاثة ولا رابع في البين:

أولها: أن يكون المقبول هو التملك الحقيقي، وفيه أنه غير معقول؛ لأن التملك الحقيقي مشروط بالقبول ومتأخر عنه رتبة فكيف يعقل أن يكون مقبولاً ومتقدماً على القبول، فما هو متفرع على القبول يستحيل أن يكون متعلقاً للقبول.

ثانيها: أن يكون المقبول البيع بما له من المفهوم. وفيه أن المفهوم ليس موضوعاً للأثر لا عرفاً ولا شرعاً والمقبول ما هو موضوع للأثر عرفاً وشرعاً.

→

ويتوجه على مبنى المحقق الاصفهاني في تفسير الانشاء:

أولاً: أن الهووية منافٍ لمسلكه في الوضع من اعتبار العلامة.

ثانياً: أن الوجود التنزيلي والهووية لا ينسب إليه عند العرف العام.

وثالثاً: التهافت في كلماته فإنه يستفاد من من بعض كلماته أن الإنشاء والإخبار من شؤون الاستعمال وعدم دخلهما في الموضوع له والمستعمل فيه ومن بعض كلماته أن اللفظ بواسطة العلقه الوضعية وجود المعنى تنزيلاً في جميع الانشاءات فكان المعنى ثابت في مرتبة ذات اللفظ.

ثالثها: أن يكون المقبول هو التمليك الانشائي والبيع الانشائي ويعبر عنه بالإيجاب فينحصر المقبول بالإيجاب، وسيأتي في الدعوى الثانية أن أي إيجاب يمكن أن يكون مقبولاً.

وأما الدعوى الثانية وهي أن الإيجاب هو المقبول في باب العقود على جميع المباني فما أوجبه الموجب يقبله القابل فاللازم ملاحظة المباني في الإيجاب وفي حقيقة الإيجاب عمدة مبانٍ ثلاثة:

المبنى الأول ما هو المعروف والمشهور<sup>(١)</sup> من أن الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى بالصيغة في وعاء الاعتبار.

والملكية تارة ذاتية كملكية الباري، وأخرى اعتبارية كملكية زيد للدار وهي التي وجودها الحقيقي بعين اعتبارها ونسبة الإيجاب بالنسبة إلى الملكية الاعتبارية نسبة السبب إلى المسبب.

وناقشه المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه وصارت مناقشته منشأً لعدوله إلى مبنى آخر.

بيان المناقشة: أن كل موجود سواء كان حقيقياً أو اعتبارياً له سبب وجودي واللفظ ليس في سلسلة تلك الأسباب فإن أرادوا من إيجاد المعنى بالصيغة إيجاداً تكوينياً كما في وجود الجوهر والعرض ففيه أن الموجود بوجود

(١) والجمع بين المعروف والمشهور وان وقع كراراً في كلمات المحقق السيد الخوئي أعلى الله مقامه الا ان شيخنا الاستاذ دام ظله قد ناقش فيه بأنه خلاف اصطلاح بينهم فانه يعبر بالمشهور فيما إذا كان في مقابله قول وكان قائله معلوماً ويعبر بالمعروف فيما إذا كان في مقابله قول وكان قائله غير معلوم وقال في مفتاح الكرامة «المشهور بل المعروف» بتخلل بل الاضرائيه.

تكويني له علة تكوينية خاصة، واللفظ خارج عن دائرة تلك العلة بالضرورة. وإن أرادوا من الایجاد ایجاداً اعتبارياً فيه أنّ الموجود بالوجود الاعتباري إنما يوجد بنفس الاعتبار النفساني من دون الحاجة إلى اللفظ. وبهذا الإشكال عدل المحقق الاصفهاني إلى المبنى الثاني الذي يشير إليه وأنه لا مناص من حمل تعريف المشهور على هذا المعنى.

### مبنى المحقق الاصفهاني في الانشاء

المبنى الثاني ما ذهب إليه المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من أنّ الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى بعين وجود اللفظ، وفرق بين إيجاد المعنى بسبب اللفظ، وبين كون اللفظ نفس المعنى تنزيلاً وبنحو الهووية. وإن شئت فقل إنّ الانشاء والإخبار من شؤون الاستعمال فتارة يقصد باستعماله ثبوت النسبة ثبوتاً عرضياً بتبع ثبوت اللفظ فيكون انشاءً، وأخرى يقصد باستعماله الحكاية عن ثبوت تلك النسبة في الخارج فيكون إخباراً.

### نقد المحقق الاصفهاني

ويتوجه عليه أولاً بما تقدّم منا من بطلان المبنى؛ لأنّ التملك الانشائي بمعنى كون اللفظ عين المعنى بنحو الهووية أمر غير معهود عند العرف العام وغير منسب إلى أذهانهم.

وثانياً: مع التنزل كما هو المفروض أنّ التملك الانشائي بهذا المعنى يستحيل أن يكون مقبولاً للقبول فإنّ الإنشاء على ذلك هو نفس اللفظ والتكلم به، ونفس اللفظ ليس قابلاً لأن يتعلق به القبول، ومن ناحية أنّ مفهوم البيع بما

هو مفهوم ليس موضوعاً للأثر كي يتعلق به القبول، والتملك الحقيقي مشروط بالقبول ومتأخر عنه فلا يمكن أن يكون متقدماً عليه، فنسأل هذا المحقق فأبي شيء يكون مقبولاً للقبول وليس في البين شق رابع وراء الشقوق الأربعة. فهذا الإشكال الثاني يكشف أيضاً عن بطلان المبني.

المبني الثالث: أن الإنشاء عبارة عن الاعتبار المبرز فإن التملك الاعتباري المبرز باللفظ يعد إنشاء؛ وذلك أن اللفظ ليس من علل الوجود في الوجود التكويني ولا في الوجود الاعتباري فلا محالة ينحصر في كونه مبرزاً ومظهراً للتمليك الاعتباري فمادام لم يبرز ذلك الاعتبار النفساني باللفظ لا يتصف الاعتبار بالإنشاء.

والتملك الإنشائي بهذا المعنى هو الايجاب القابل لتعلق القبول به. إلى هنا ظهر أن الأقوى بين الأنظار ما ذهب إليه الشيخ أعلى الله مقامه من أن الايجاب لا يتوقف على القبول لا بنحو الشرط المتأخراً ولا بنحو القضية الحينية، خلافاً للسيد الفقيه اليزدي أعلى الله مقامه فإنه ذهب إلى دخل القبول بنحو الشرط المتأخراً والمحقق النائيني أعلى الله مقامه إلى دخله بنحو القضية الحينية والمحقق الخوئي أعلى الله مقامه إلى دخله، إما بنحو الشرط المتأخراً أو بنحو القضية الحينية.

### نقد دخل القبول في الايجاب

وقد تقدم منا بطلان هذا التوقف بنحو مستوفى لاستحالة القضيتين. أما استحالة القضية الشرطية فبلزوم الدور المحال فإن القبول لا اشتراط



دخله في مفهوم البيع متقدّم عليه؛ ولكونه قبلاً متأخراً عن المقبول بمناط تأخر القبول عن المقبول فيلزم أن يكون شيء واحد موقوفاً وموقوفاً عليه.

وأما استحالة القضية الحينية فلأنّ الدخل بنحو الحصّة التوأمة لا محالة يرجع لبتاً إلى الاشتراط فإنّ البيع من العناوين القصدية، فالبيع فعل صادر عن البائع عن قصد والتفات، وإنشاء التملك المهمل من الملتفت محال، لانقسامه إلى كونه مع القبول وبدونه، فيستحيل الإهمال من الملتفت وإنشائه بنحو لا بشرط إلقاء الدخل، فيتعين في إنشائه بشرط القبول فيعود المحذور.

وثانياً: أنّ دخل القبول بنحو الحصّة التوأمة أمر غير معقول وإن لم يرجع إلى الاشتراط وذلك أنه قد أُشرب في حقيقة القبول أن يكون متعلقه قابلاً للرد والقبول، وكذلك الأمر في حقيقة الرد قد أُشرب فيه ما كان متعلقه قابلاً للرد والقبول والتمليك حين القبول على نحو الحصّة التوأمة لا يكون قابلاً للرد، فإنه إن لم يؤخذ فيه التوأمة فلا تكون القضية حينية وهو خلف الفرض وإن أخذ فيه التوأمة فلا يكون قابلاً للرد وقد ذكرنا أنّ المقبول عبارة عما يكون قابلاً للرد والقبول.

وقد ظهر برهاناً بطلان نظرية المحقق الاصفهاني أيضاً فيتعين الحق في نظرية الشيخ أعلى الله مقامه من عدم دخل القبول في البيع الانشائي.

### نظرية الشهيدان في وضع العقود للصحيح

قال الشيخ أعلى الله مقامه<sup>(١)</sup>: ثم إنّ الشهيد الثاني نصّ في «كتاب اليمين»

من المسالك على أنّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح، مجاز في الفاسد.

قال المحقق في الشرايع<sup>(١)</sup> في كتاب اليمين في المسألة الثانية من المطلب الرابع: إطلاق العقد ينصرف إلى العقد الصحيح دون الفاسد.

وقال الشهيد الثاني<sup>(٢)</sup> ذيل كلام المحقق: عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في الفاسد لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره وغيره.

ومن ثم حمل الاقرار به عليه حتى لو ادّعي إرادة الفاسد لم تسمع إجماعاً وعدم صحة السلب وغير ذلك من خواصه ولو كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد ليقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة.

وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعم من الحقيقة وحيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّ بالفاسد ولو حلف على الإثبات، سواء كان فساده لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر والخنزير، أم لفقد شرط فيه كجهالة مقداره وعينه. انتهى.

أدلة الشهيد الثاني على كون العقود حقيقة في الصحيح

وللمسالك دعويان:

الدعوى الأولى: كون عقد البيع وغيره حقيقة في الصحيح.

الدعوى الثانية: كونه مجازاً في الفاسد.

(١) راجع الجواهر ٣٦: ٥٣٦.

(٢) مسالك الافهام ٢: ١٩٨ الطبع الحجري.

أما الدعوى الأولى فاستدل لها بوجوه:

الوجه الأول: تبادر الصحيح إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره.

الوجه الثاني: أنه لو أقر أحد بالبيع فإنه يحمل الاقرار به على الصحيح، بحيث لو ادعى إرادة الفاسد لم تسمع إجماعاً، وعدم القبول دليل على كون العقد حقيقة في الصحيح.

الوجه الثالث: عدم صحة السلب، والموجود في المكاسب<sup>(١)</sup> نقلاً عن المسالك صحة السلب لكن الموجود في المسالك عدم صحة السلب، وهذا لا يخلو من خدشة؛ لأن عدم صحة سلب الصحيح لا يكون علامة الحقيقة؛ إذ لا يصح سلب الصحيح عن الجامع أيضاً<sup>(٢)</sup> فيحتاج إلى التوجيه<sup>(٣)</sup>.

استدلال الشهيد الثاني على مجازية العقود في الأعم

وأما الدعوى الثانية فاستدل الشهيد الثاني أعلى الله مقامه لها بوجهين:

الوجه الأول: أن انقسام العقد إلى الصحيح والفساد أعم من الحقيقة، توضيح هذا الوجه أنه قد يستدل للحقيقة في الأعم بانقسام العقد إليهما، فإن التقسيم إلى الصحيح والفساد علامة الحقيقة.

(١) المكاسب ٣: ١٩.

(٢) كما في القوانين حيث قال: وأما تمتكه بعدم صحة السلب فلم أتحمق معناه لأننا لا ننكر كونه حقيقة إنما الكلام في الاختصاص وهو لا يشته. قوانين الأصول ١: ٥٢.

(٣) ولعله علامة الاختصاص منضماً إلى ما ذكره في الذيل من أنه لو كان مشتركاً ليقبل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة.

وهذا الاستدلال دفعه الشهيد الثاني بأن التقسيم إنما يكون علامة للحقيقة إذا كان التقسيم بلحاظ ذات المعنى، ولا يكون علامة إذا كان بلحاظ ما يستعمل فيه اللفظ أو احتمال ذلك وفي المقام يحتمل أن يكون التقسيم بلحاظ ما يستعمل فيه اللفظ فلا يكون علامة.

### استدلال المحقق على مجازية العقود في الأعم

الوجه الثاني: ما أشار إليه المحقق في الشرايع بأنه لا يبرّر بالبيع الفاسد لو حلف ليبيعن وكذا غيره من العقود.

وأوضحه الشهيد الثاني بقوله: وحيث كان الإطلاق محمولاً على الصحيح لا يبرّر بالفاسد ولو حلف على الإثبات، سواء كان فساده لعدم صلاحيته للمعاوضة كالخمر والخنزير، أم لفقد شرط فيه كجهالة مقداره وعينه.

### نقد الشهيد الثاني

وفي كلمات الشهيد الثاني تنافٍ صدرراً وذيلاً، فإنه صرح في الصدر أن عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح، ويصرح في الذيل أن الإطلاق يحتمل على الصحيح دون الفاسد فيما لو حلف على البيع فإن قوله: كان الإطلاق محمولاً على الصحيح كان بمعنى ظهور الإطلاقي ذلك بقرينة (محمولاً) فيقع التنافي بين كون عقد البيع حقيقة في الصحيح وبين انصراف إطلاق العقد إلى الصحيح، فإن انصراف الإطلاق إلى الصحيح متفرع على كون العقد أعم من الصحيح والفاسد.

ومضافاً إلى ذلك يتوجه على الشهيد الثاني أعلى الله مقامه إشكالات:

الإشكال الأول: أنه لو كان عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح للزم عليه أن لا يتمسك بإطلاقات أدلة العقود كإطلاق قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(١)</sup> فَإِنَّ مفاد الآية على هذا أَنَّ البيع النافذ نافذ، وهذا مما لا يمكن أن يلتزم به للزوم اللغوية.

وهذا الإشكال يتوقف على تمامية أمرين:

الأمر الأول: أن يكون المراد من العقد هو المسبب وأريد منه البيع والصلح والإجارة بمعنى الاسم المصدرى.

وكانت إضافة العقد إلى هذه العناوين كعقد البيع وعقد الصلح وعقد الاجارة إضافة بيانية، فإنه على هذا المعنى يرجع مفاد قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ إلى أَنَّ البيع النافذ نافذ وهذا مما لا يمكن أن يلتزم به.

بخلاف ما إذا أُريد من العقد السبب أي الايجاب والقبول وأريد من البيع وغيره من العناوين المسبب، فإنه على هذا المعنى لا يتوجه عليه إشكال، وكلام المحقق والشهيد الثاني أعلى الله مقامهما ناظر إلى المعنى الثاني، قال المحقق في الشرايع: العقد اسم للايجاب والقبول.

ويستفاد من كلمات الشهيد الثاني في المسالك أَنَّ العقد عبارة عن الايجاب والقبول والبيع ونحوه مسبب منه، وإضافة العقد إلى البيع مجاز بعلاقة السببية.

الأمر الثاني: أن يراد من الصحيح الصحيح الشرعي لا العرفي ومراد الشهيد الثاني من الصحيح هو الصحيح الشرعي لا العرفي، وذلك بقرينة التمثيل

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

بالقسم والنذر فإنّ الوفاء والحنث بهما على الصحيحى دون القول بالفاسد إنما يتصور على الصحيح الشرعى دون العرفى .

وبملاحظة هذين الأمرين يتوجه الإشكال على الشهيد الثانى والتحقيق - كما سيأتى إن شاء الله بيبانه - جواز التمسك بإطلاق أدلة المعاملات، سواء كانت ألفاظ المعاملات موضوعة للسبب أو المسبب، وسواء كانت موضوعة للصحيح العرفى أو الشرعى وأنه يجوز التمسك بالإطلاق على جميع المباني .

الإشكال الثانى: أنّ بحث الصحيح والأعم له مجال واسع فى الفاظ العبادات؛ لأنّ العبادات أمور مخترعة ومستحدثة عند الشارع فىبحث فى أنها حقيقة فى الصحيح بالوضع التعيينى أو التعيينى أو حقيقة فى الأعم .

وأما الفاظ المعاملات فلامجال لهذا البحث فيها؛ لأنّ المعاملات أمور ارتكازية متعارفة بين الناس ولها ألفاظ خاصة موضوعة لها فلا حاجة فيها إلى وضع جديد .

الإشكال الثالث: أنه قد عرفت أنّ الشهيد الثانى ادعى التبادر من حاق اللفظ حيث قال <sup>(١)</sup>: عقد البيع وغيره من العقود حقيقة فى الصحيح ومجاز فى الفاسد، لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما، كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم: باع فلان داره .

ويتوجه عليه أنّ التبادر فى الألفاظ المعاملات ليس حاقياً، بل هوناش من احتفافها بقرائن حالية أو مقالية .

والذي يشهد على ذلك أن نفس الشهيد الثاني قد ذكر كلاماً في موضعين يدل على إنكار التبادر الحاقى.

الموضع الأول: ما ذكره في ذيل كلام المحقق في الشرايع في اختلاف المتبايعين في المسألة الرابعة قال المحقق: <sup>(١)</sup> «الرابعة إذا قال بعتك بعبد فقال بل بخّر، أو بخل فقال بل بخمر، أو قال فسخت قبل التفريق وأنكر الآخر، فالقول قول من يدعي صحة العقد مع يمينه وعلى الآخر البينة.

قال الشهيد الثاني في الذيل <sup>(٢)</sup>: «تبه بقوله: «فالقول قول مدعي صحة العقد» على علة الحكم، وهو أصالة الصحة في العقود، فإن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة، فيكون قول مدعي الصحة موافقاً للأصل.

الموضع الثاني ما ذكره في الروضة ذيل قول الشهيد في اللمعة الدمشقية، قال الشهيد <sup>(٣)</sup>: «وفي شرط مفسد يقدم مدعي الصحة.

وقال الشهيد الثاني في الذيل <sup>(٤)</sup>: «لأنها الأصل في تصرفات المسلم. فإنّ الشهيد الثاني ذهب في الموضوعين كبروياً إلى أنّ المنكر في مقابل المدعي من وافق قوله مع الأصل، وصغروباً إلى أنّ مدعي الصحة منكر؛ لأنّ دعواه موافقة لأصالة الصحة في العقود.

ووجه الاستشهاد بهذين الموضوعين أنّ صدور هذه الكلمات من مثل

(١) شرايع الإسلام ٢: ٢٧.

(٢) مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ٣: ٢٦٧.

(٣) اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية: ١٢٢.

(٤) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كلاتر) ٣: ٥٤١ (الرابع في اختلافهما).

العلامة والمحقق والشهيد الأول أعلى الله مقامهم مما لا محذور فيه؛ ولكن صدورهما من مثل الشهيد الثاني أعلى الله مقامه يشهد على أنه لا يقول بالتبادر الحاقّي، وإلا لما بقي لهذا الأصل موضوع.

الإشكال الرابع: أنه لو كانت العقود حقيقة في الصحيح لما جاز التمسك بإطلاقات أدلة العقود في فرض الشك في صحة عقد من العقود؛ لكونه من الشبهة المصدقية لموضوع الدليل.

والفرق بين الإشكال الأول والإشكال الرابع أنّ عدم التمسك بإطلاقات أدلة العقود في الإشكال الأول كان من جهة لزوم لغوية الدليل وسقوطه عن الاعتبار بمناط اللغوية، فإنّ مآل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ إلى أنّ البيع الصحيح صحيح وهذا مما لا يمكن أن يلتزم به.

وعدم التمسك بها في الإشكال الرابع يكون من ناحية الشبهة المصدقية لموضوع الدليل.

### نظرية الشهيد الأول في كون العقود حقيقة في الصحيح

قال الشيخ أعلى الله مقامه<sup>(١)</sup>: قال الشهيد الأول في قواعده<sup>(٢)</sup>: «الماهيات الجعليّة كالصلاة والصوم وسائر العقود لا تطلق على الفاسد إلاّ الحجّ؛ لوجوب

(١) المكاسب ٣: ١٩.

(٢) القواعد والفوائد ١: ١٥٢ (قاعده ٤٠ فائدة الماهيات الجعلية...) قال الشيخ في المطارح (١):

(٣٩) في توضيح المراد: فالظاهر - بقرينة الاستثناء والتعليل - هو أنّ الفاسد في الشريعة غير مأمور به إلاّ في الحجّ، فإنّ المضيّ في فاسده واجب ومأمور به، كما يشير إليه المحقق القميّ. (قوانين الأصول ط قديم: ٤٧).



المضتي فيه، انتهى. وظهره إرادة الإطلاق الحقيقي.

والفرق بين الشهيدين أنهما اتفقا في كون العبادات والمعاملات حقيقة في الصحيح، والظاهر أن نظرهما واحد وأنهما افترقا في أنّ الشهيد الأول استثنى الحج من أصالة الحقيقة، وهذا الاستثناء يبتني على القول بأنّ الحج يفسد بالجماع ويجب عليه الحج في العام القابل فيكون الحج للأعم من الصحيح والفاقد وإلا فلا وجه للاستثناء.

وفي المسألة قولان:

أولهما: أنّ الحج يفسد بالجماع ويجب عليه حج آخر في السنة القادمة، واستثناء المرحوم الشهيد يتم على هذا القول.

ثانيهما: أنّ الحج الأول فرض، والحج الثاني عقوبة كما هو الظاهر من الشهيد في الدروس<sup>(١)</sup> وسيأتي وجه الاستظهار.

اختلاف الاخبار في وجه استثناء الحج

منشأ القولين اختلاف الأخبار فإنها على طائفتين:

الأولى: ما يدل على فساد الحج بالجماع ووجوب الحج عليه من قابل كصحيح سليمان بن خالد<sup>(٢)</sup>.

(١) الدروس ١: ٣٧٠.

(٢) الكافي (ط - الإسلامية) ٤: ٣٣٩، الوسائل ٩: الباب ٣ من أبواب كفارات الاستمتاع، الحديث ٨، وأورد صدره في الباب ١ من أبواب بقية الكفارات، الحديث ١ وفي الباب ٢ من أبواب بقية الكفارات، الحديث ١ وفي الجميع ورد أبو المعز بالبزاء والموجود في الرجال أبو المغراء بالغين المعجمه والبزاء المهملة وهو حميد بن المشنى العجلي الكوفي وثقه النجاشي والشيخ. راجع معجم رجال الحديث (٦: ٢٩٤) طبع بيروت.

محمد بن يعقوب عن عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ  
ابْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَصَّالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ أَبِي الْمَغْرَاءِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ خَالِدٍ، قَالَ:  
سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ فِي حَدِيثٍ: وَالرَّفَثُ فَسَادُ الْحَجِّ.

واستثناء الشهيد في القواعد يتم على هذا المبنى.

الثانية: ما يدل على أن الحجة هي الأولى، والثانية عقوبة كصحيح زرارة  
(مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ حَمَادٍ عَنْ خَرِيزِ عَنْ زُرَّارَةَ  
قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ مُحْرِمٍ عَشِيَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ مُحْرِمَةٌ؟ قَالَ: جَاهِلَيْنِ أَوْ عَالِمَيْنِ؟  
قُلْتُ: أَجِبْنِي فِي الرَّوَجَيْنِ جَمِيعًا؟ قَالَ: إِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ اسْتَعْفَرَا رَبَّهُمَا  
وَمَصَّيَا عَلَى حَجَّتَيْهِمَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمَا شَيْءٌ وَإِنْ كَانَا عَالِمَيْنِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ  
الْمَكَانِ الَّذِي أَحَدْتَا فِيهِ وَعَلَيْهِمَا بَدَنَةٌ وَعَلَيْهِمَا الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ فَإِذَا بَلَغَا  
الْمَكَانَ الَّذِي أَحَدْتَا فِيهِ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَقْضِيَا نُسُكَهُمَا وَيَرْجِعَا إِلَى الْمَكَانِ  
الَّذِي أَصَابَا فِيهِ مَا أَصَابَا، قُلْتُ: فَأَيُّ الْحَجَّتَيْنِ لَهُمَا؟ قَالَ: الْأُولَى الَّتِي أَحَدْتَا  
فِيهَا مَا أَحَدْتَا، وَالْأُخْرَى عَلَيْهِمَا عُقُوبَةٌ.

وهو الظاهر من كلام الشهيد في الدروس حيث اكتفى في نقل الروايات بنقل  
رواية زرارة كما هو دأبه في بقية الأبواب من الاكتفاء بنقل الرواية في مقام الفتوى،

→

وعن السيد الخوئي في معجم رجاله في ترجمة أبي المغراء (٥٦: ٢٢) هذا أي المطلق هو حميد  
المثنى ثم ذكر عنوانين هما أبو المغراء الخصاف وأبو المغراء العجلي، وظهر أنهما مجهولان  
لكن الظاهر أن العجلي هو حميد بن المثنى فإنه العجلي الكوفي.

فالمكنى بأبي المغراء اثنان أحدهما له كتاب كما عن النجاشي، وله أصل كما عن الشيخ وهو  
المعروف الثقة.

وثانيهما الخصاف مجهول.

فيستظهر منه أنه قدم القول الثاني فإنه ذكر قولين وقال<sup>(١)</sup> «وروى زرارة أن الأولى فرضه وتسميتها فاسدة مجاز، وقال ابن ادريس: الثانية فرضه وتظهر الفائدة في الأجير وكفارة خُلف النذر لو عينه بتلك السنة وفي المصدود المفسد إذا تحلل ثم قدر على الحج لسنته أو غيرها وعلى ما اختاره في الدروس لا وجه بالاستثناء.

### نقد الشهيد الأول

ويتوجه على الشهيد أعلى الله مقامه عمدة إشكالات ثلاثة:

الإشكال الأول أنه قد عدّ الصلاة والصوم والعقود من الماهيات الجعلية

وهذا البيان منه مخدوش.

أما العقود فلا شك في كونها من الماهيات العرفية كالبيع والصلح والاجارة

وأمثال ذلك، وليست هي من الماهيات الجعلية الشرعية.

وأما الصلاة والصوم والحج فهي وإن كانت شرعية لكنها ليست من

الماهيات الجعلية الشرعية، بل هي أمور واقعية جعلها الشارع مع بعض

الخصوصيات موضوعاً للحكم، فالصلاة مثلاً عبارة عن التكبير والقراءة

والركوع والسجود وهذه الأمور ماهيات واقعية والشارع جعل المجموع المركب

منها موضوعاً للوجوب.

(١) الوسائل ٩: الباب ٣ من أبواب كفارات الاستماع، الحديث ٩. ورواية زرارة مضمرة إلا أنه يعامل مع إضماره معاملة المسند إما لكونه من الأجلء فهو أجل شأناً من أن ينقل عن غير المعصوم. وإما لأنه لم ينقل عن غير المعصوم ولو برواية واحدة فلا يحتمل في مورد الاضمار احتمالاً عقلانياً. نعم، يحتمل عقلاً لكنه لا اعتبار به هنا. وقد ذكر المحقق الخوئي ذلك الوجه في اعتبار مضمرة سماعه وهو يعينه يجري في مضمرة زرارة.

فدعوى كون الصلاة والصوم وسائر العقود من الماهيات الجعلية الشرعية غير صحيح.

الإشكال الثاني: ما تعرض به الشيخ أعلى الله مقامه من أن الحقيقة الشرعية في مثل الصوم والصلاة قابلة للتصور، فيقال: إن لفظ الصوم والصلاة موضوع للجامع من الأجزاء والشرائط الصحيحة الشرعية؛ ولكن الالتزام بالوضع للصحيح الشرعي في العقود مما لا وجه له واحتماله ساقط من أصله.

الإشكال الثالث: أن الالتزام بالوضع للصحيح الشرعي في العقود كوضع البيع للتمليك الانشائي المؤثر بملكية شرعية على فرض تصوره يترتب عليه تالٍ فاسد وهو الاجمال في جميع الأدلة الشرعية الواردة في العقود فيما إذا شك في اعتبار شيء فيها، فإن جريان أصالة الاطلاق يتوقف على إحراز صدق الماهية الجعلية وانطباق اللفظ بما له من المعنى على المشكوك ومع الشك في شيء في البيع يرجع الشك فيه إلى الشك في صدق البيع على المشكوك، فيكون التمسك بدليله من التمسك بالدليل في الشبهة الموضوعية لنفس الدليل وهذا الإشكال يختص بالأدلة الواردة في العناوين الخاصة بعنوان البيع والصلح والاجارة، وهكذا توضيح ذلك: ان ادلة المعاملات على قسمين: القسم الأول ما ورد بعناوين المعاملات الخاصة مثل قوله ﷺ: الصلح جائز، وقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وقوله ﷺ: النكاح سنتي، وأمثالها. القسم الثاني: ما ورد بالعنوان العام كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>(١)</sup>.

والإشكال المذكور يختص بالقسم الأول دون الثاني فإن النزاع بين الصحيح والأعمى إنما هو في العناوين الخاصة كالبيع والصلح والإجارة هل هي موضوعة للصحيح أو الأعم؟ وأما عنوان العام كعنوان العقود فهو خارج عن النزاع.

إلا أن يدعى أنّ العنوان العام كعنوان العقود عنوان مشير إلى عناوين المعاملات فقله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يرجع لتأثيره إلى لزوم الوفاء بالبيع والصلح والإجارة وهكذا.

فيجري فيه الإشكال أيضاً مع تفاوت<sup>(١)</sup> بين القسمين فإن الشبهة في

(١) والحق أنّ ما ورد بالعنوان العام كقله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يعد من أدلة الصحة أيضاً إلا أنّ القسم الأول يدل على الصحة بالمطابقة والقسم الثاني يدل على الصحة بالالتزام، وهذا المقدار من الفرق ليس ببارق إلا أن يقال إنّ التمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ للصحة مستلزم للدور على ما نسبته الشيخ الأعظم في المطارح إلى بعض المحدثين من أصحابنا كصاحب الحقائق (١٨: ٣٧٤) نظراً إلى أنّ المراد بالعقود هي الصحيحة فالتمسك بالعموم موقوف على العلم بكون العقد صحيحاً فإذا أريد استكشاف الصحة من العموم لزم الدور وواقفه سيدنا الأستاذ الطباطبائي القمي أعلى الله مقامه (عمدة الطالب ٢: ٢٨) حيث قال: إنّ الإهمال في ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ في الواقع محال فالعقد الذي حكم بلزومه أن يكون خصوص الصحيح أو الأعم منه ومن الفاسد أو خصوص الفاسد لا سبيل إلى الثاني والثالث فيكون الشق الأول متعيناً فيلزم فرض العقد صحيحاً كي يترتب عليه الزوم.

وأجابه الشيخ الأعظم طبقاً لمبناه (مطارح ١: ٦٥) أنّ الصحة منتزعة من الماهية بعد تعلق الطلب فيستحيل أن يكون مأخوذاً في ناحية الموضوع.

وأجاب شيخنا الأستاذ (دام ظلّه) عن الدور فقهاً وأصولاً أنّ مثل دليل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ دليل إمضائي لما هو المرتكز عندهم من العمل بالعقود الصحيحة عندهم، فما هو المأخوذ في العقود هي الصحة العرفية، وما هو المستكشف من الإمضاء بالالتزام الصحة الشرعية فلا دور. وهذا البيان متين عندنا.

القسم الأول شبهة مصداقية لموضوع دليل الصحة وفي القسم الثاني شبهة مصداقية لموضوع دليل لزوم الوفاء.

### الفارق بين الحاشية والمطرح والمكاسب

وللشيخ<sup>(١)</sup> أعلى الله مقامه هنا مطالب يكون فيها بصدد دفع الإشكال عن الشهيدين وبدأ بها من قوله: نعم، يمكن أن يقال. وما ذكره عصاره مما ذكره صاحب هداية المسترشدين<sup>(٢)</sup> في حاشية المعالم لكنه مع تفاوت بينهما وسنشير إن شاء الله إلى نكتة في كلام الشيخ توجب الفرق بينهما خلافاً للسيد الفقيه اليزدي أعلى الله مقامه حيث ذهب إلى أن كلام الشيخ هو المأخوذ من حاشية المعالم من دون تفاوت بينهما. قال السيد<sup>(٣)</sup>: الظاهر أن نظره في هذا التوجيه إلى ما ذكره شيخ المحققين في حاشيته على المعالم في آخر مسألة الصحيح والاعم.

ثم قال بعد نقل كلام الحاشية بما حاصله وبيان المراد: أن عبارة المصنف وإن كانت قاصرة عن إفادة ما ذكرنا من المراد إلا أنه يجب حملها عليه بقرينة أخذ جميع ما ذكره في المقام من كلام ذلك المحقق.

ولكنه بالدقة في كلمات الشيخ يستظهر أن توجيه الشيخ لا ربط له بما ذكره في المطرح على ما فهمه من الحاشية، كيف، فإنه نقل كلام الحاشية في

(١) المكاسب ٣: ٢٠.

(٢) هداية المسترشدين ١: ٤٩٢.

(٣) حاشية المكاسب ١: ٣١٩.

المطرح واستشكل عليه وقال في آخر البحث<sup>(١)</sup>: وبالجملة فلانعلم وجهاً لتصحيح ما أفاده الشهيد ولعلَّ الله يحدث بعد ذلك أمراً، وقال وممَّا ذكرنا يظهر أنَّ النزاع لا يجري في ألفاظ المعاملات والله الهادي إلى سواء السبيل والموفق. ومن أنكر مبنى صاحب الحاشية في أصوله كيف يبتني عليه في الفقه ويُجيب على وفق ذلك المبنى، بل ما في المكاسب هو الذي أحدثه الله له من بعد ذلك، فاللازم علينا أن نذكر هداية المسترشدين أولاً ثم المطرح ثم المكاسب حتى يتبين لنا التفاوت بين هذه الكلمات.

### متن كلام هداية المسترشدين

أما كلام هداية المسترشدين فإليك نص كلامه<sup>(٢)</sup>: فالأظهر أن يقال بوضعها لخصوص الصحيحة أي المعاملة الباعثة على النقل والانتقال أو نحو ذلك ممَّا قرره تلك المعاملة الخاصة، فالبيع والإجارة والنكاح ونحوها إنما وضعت لتلك العقود الباعثة على الآثار المطلوبة منها، وإطلاقها على غيرها ليس إلا من جهة المشاكلة أو نحوها على سبيل المجاز.

لكن لا يلزم من ذلك أن تكون حقيقة في خصوص الصحيح الشرعي حتى يلزم أن تكون توقيفيتها متوقفة على بيان الشارع لخصوص الصحيحة منها، بل المراد منها إذا وردت في كلام الشارع قبل ما يقوم دليل على فساد بعضها هو العقود الباعثة على تلك الآثار المطلوبة في المتعارف بين الناس،

(١) مطروح: ١، ٤٢٩.

(٢) هداية المسترشدين (الطبع الجديد): ١، ٤٩٢، ولنتمم الكلام في المرام برسم آموز: ...٤٨٩ ص.

فيكون حكم الشرع بحلّها أو صحتها أو وجوب الوفاء بها قاضياً بترتب تلك الآثار عليها في حكم الشرع أيضاً، فتتطابق صحتها العرفية والشرعية، وإذا دلّ الدليل على عدم ترتب تلك الآثار على بعضها خرج ذلك عن مصداق تلك المعاملة في حكم الشرع وإن صدق عليه اسمها بحسب العرف، نظراً إلى ترتب الأثر عليه عندهم.

وحيث إن عدم صدق اسم البيع - مثلاً - عليه حقيقة عند الشارع والمتشرعة لا ينافي صدقه عليه عند أهل العرف مع فرض اتحاد العرفين، وعدم ثبوت عرف خاص عند الشارع؛ إذ المفروض اتحاد المفهوم منه عند الجميع، وإتّما الاختلاف هناك في المصداق فأهل العرف إتّما يحكمون بصدق ذلك المفهوم عليه من جهة الحكم بترتب الأثر المطلوب عليه، وإتّما 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 أنّ البيوع الفاسدة في حكم العرف خارجة عندهم عن حقيقة البيع. فظهر أنّه 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 يتحقّق هناك حقيقة شرعية جديدة، فتأمل جيّداً. انتهى.

### متن كلام المطارح

أما كلام الشيخ في المطارح فقال: وقد تصدّى بعض المحقّقين<sup>(١)</sup> في

(١) هو الشيخ محمد تقي الأصفهاني.



تعليقاته على المعالم لدفع التنافي، وأطال في بيانه، وملخصه: أنّ المراد من كون أسامي المعاملات موضوعة للصحيحة، أنّ المعنى العرفي أيضاً هو الصحيح، لا أنّها أسام<sup>(١)</sup> للصحيح الشرعي الذي لازمه الإجمال ويكون موقوفاً على بيان الشارع، وإنّما يكون إطلاقها على الفاسدة من باب المشاكلة ونحوها<sup>(٢)</sup> من المجاز، فلا اختلاف بين الشرع والعرف في أصل المفهوم والمعنى.

غاية الأمر أنّ العرف ربما يزعمون صدق ذلك المعنى والمفهوم على أمر ليس ذلك مصداقاً له في الواقع يكشف عنه الشارع، فالاختلاف إنّما هو في المصداق الشرعي والعرفي بعد الاتفاق على نفس المعنى والمفهوم. وحينئذ إذا ورد من الشارع أمر بامضاء معاملة من تلك المعاملات على وجه الإطلاق من دون ملاحظة قيد من القيود يحكم بالمشروعية عند الشك على وجه الإطلاق، من دون حزاظة ولا محذور<sup>(٣)</sup>.

ثم استشكل على صاحب الحاشية بإشكالات<sup>(٤)</sup> وقال بعد الفراغ عن

(١) في «ع» و«م»: «أسامي».

(٢) في «ط» و«م» بدل «ونحوها»: «ونحو».

(٣) الأنصاري، مرتضى بن محمد أمين، مطارح الأنظار: ٤١ (الطبع الجديد) قم.

(٤) استشكل الشيخ الأعظم على المحقق صاحب الحاشية بإشكالات ثلاثة: (١: ٤٢).

الإشكال الأول: أنّ مآذره صاحب الحاشية مخالف لصريح كلام الشهيد، والصريح لا يقبل التوجيه، وكلام الشهيد صريح في كون المراد من الصحيح الشرعي ومن الفاسد هو الفاسد الشرعي.

الإشكال الثاني: أنّ التوجيه المذكور لا ينهض بدفع الإشكال بوجهه وبيانه يتوقف على مقدمة وهي أنّ الرجوع إلى متفاهم العرف عند إطلاق الالفاظ الواردة في المحاورات، إما يكون لأجل تشخيص المفاهيم العرفية واللغوية من حيث إنّ انظارهم تكشف عن حقيقة المسمى وإما

الإشكالات: وبالجملة: فلا نعلم وجهها لتصحيح ما أفاده الشهيد رحمته، ولعلّ الله يحدث بعد ذلك أمراً.

### الفارق بين المكاسب والمطرح

وأما كلام المكاسب فهو مشتمل على مطلبين: المطلب الأول في توجيه وضع البيع وشبهه للصحيح، المطلب الثاني في وجه تمسك العلماء بإطلاق ادلة المعاملات على الصحيح.

أما المطلب الأول، فهو أنّ البيع وشبهه لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً مؤثراً وهو الجامع المؤثر القابل للانطباق على الصحيح العرفي

→

يكون لتشخيص مصاديقها، والاشتباه في المصاديق لا يخلو من أحد أمرين، إما يكون تابعاً للاشتباه في المفهوم، وإما يكون الاشتباه لأجل أمر خارج كما إذا اشتبه الرجل بالمرأة لعارض الظلمة ولا نقل شقاً ثالثاً للاشتباه في المصداق.

بعد الفراغ عن المقدمة نقول: إن الموجه كصاحب الحاشية إما يلتزم بإجمال المفهوم على وجه لا يرتفع إجماله بالرجوع إلى العرف، وإما يعترف بعدم الاجمال.

فعلى الأول لا وجه للرجوع إلى العرف؛ لأنه ملحق بالمجملات، وعلى الثاني لا مناص من الرجوع إلى العرف في تشخيص المصاديق.

لا يقال: إنّ الشارع لمخالفته مع العرف يحكم بخطأ العرف في ذلك المورد والمصداق. فإنه يقال: إنّ التخطنة لا موضوع لها في المقام، فإنها تجدي فيما إذا تبدل حكم العرف بعد كشف الشارع عن الخطأ، مثل حكمه بخطأ العرف في طهارة الكافر لاحتمال أن يكون هناك قذارة معنوية يطلع عليها الشارع، وفي باب المفاهيم لا يتبدل الاعتقاد العرفي بعد الكشف.

الإشكال الثالث: أنا سلمنا إمكان شق ثالث من الاشتباه في المصداق بعد العلم بالمفهوم، مع ذلك لا ينهض قول الموجه دافعاً للإشكال، فإنه بعد فرض اختلاف نظر الشارع في تشخيص المصداق لا وجه للتمسك بالإطلاق والحكم بالخطأ قد ذكرنا خروج المقام منه موضوعاً.

والصحيح الشرعي، فالصحيح العرفي والشرعي مصداقان لذلك الموضوع له. وبين المصداقين عموم من وجه؛ إذ قد يصدق الصحيح العرفي دون الصحيح الشرعي كبيع الخمر فإنه صحيح عرفاً وفاسد شرعاً، وقد يصدق الصحيح الشرعي دون الصحيح العرفي وقد يجتمعان.

وهذا المطلب بعينه ذكره المحقق صاحب الحاشية من دون تفاوت بينهما، وبهذا المقدار يتم كلام السيد الفقيه حيث قال: الظاهر أنّ نظره في هذا التوجيه إلى ما ذكره شيخ المحققين في حاشيته على المعالم في آخر مسألة الصحيح والاعم<sup>(١)</sup>.

والعمدة ملاحظة الفارق بين المطارح والمكاسب، وذلك يتوقف على بيان أمرين: الأمر الأول: بيان التهافت بين الكتابين، وبتعبير آخر التهافت بين الاصول والفقه.

الأمر الثاني: بيان الفارق بين المطارح والمكاسب وعدم التهافت بينهما.

### الفارق بين المكاسب والمطارح

أما الأمر الأول وهو التهافت فهو أنّ الشيخ أعلى الله مقامه قد استشكل في المطارح على توجيه حاشية المعالم لكلام الشهيد بإشكالات، وانكر توجيه كلام الشهيد غاية الإنكار بحيث قال في آخر المبحث: وبالجملة فلانعلم وجهاً لتصحيح ما أفاده الشهيد ولعل الله يحدث بعد ذلك أمراً. ولكنه قبل

(١) حاشية المكاسب ١: ٣١٩.

ذلك التوجيه في المكاسب ووجهه به تمسك العلماء بإطلاقات العقود، وهذا من التهافت البيّن.

فإن الشيخ أعلى الله مقامه أنكر التوجيه في المطرح واستشكل على الحاشية بأنّ العرف مرجع في المفاهيم لا المصاديق؛ ولكنه قبله في المكاسب وذهب إلى أنّ العرف مرجع في تعيين المصداق وليس هذا إلاّ التهافت بين كلماته فقهاً وأصولاً.

وأما الأمر الثاني وهو بيان الفارق بين المطرح والمكاسب وعدم التهافت بينهما فهو أنّ نظره في المطرح إلى ما إذا كان مفهوم اللفظ معلوماً إلاّ أنّ العرف قد يطلقه على بعض المصاديق بالمسامحة العرفية كمفهوم الفرسخ فإنه موضوع لحد معين من المسافة إلاّ أنّ الفرسخ يطلق على الأقل منه بالمسامحة العرفية، وكذلك يقال في مفهوم الكرفان موضوع عرفاً لحجم مخصوص ويطلق على الأقل منه مسامحة وما ذكره الشيخ في المطرح نقداً على صاحب الحاشية من أنّ العرف مرجع في المفاهيم دون المصاديق ناظر إلى أنّ العرف مرجع في باب المفاهيم دون المسامحات العرفية في مصاديقها، وهذا أمر متين فإنّ العرف مرجع في تشخيص المفاهيم بدقة عرفية ولا اعتبار بمسامحاتهم العرفية.

وأما نظره في المكاسب فهو بما إذا كان مفهوم اللفظ معلوماً كوضع البيع للصحيح المؤثر القابل للانطباق على الصحيح العرفي والشرعي وهما مصداقان لذلك الموضوع له وبين المصداقين عموم من وجه قد يجتمعان وقد يفترقان واختلاف العرف والشرع لو كان فإنما هو في مرحلة المصداق.

ومن ناحية أنّ الخطابات الشرعية كما سيأتي في المطلب الثاني ملقاة إلى العرف العام، ولو كان للشارع اصطلاح خاص لزم التنبيه عليه، ومن عدم التنبيه يستكشف أنّ الصحيح عنده هو الصحيح عند العرف.

وبهذا ظهر الفارق بين المطارح والمكاسب، فإن الشيخ في المطارح كان بصدد بيان أنّ العرف مرجع في المفاهيم دون المصاديق المسامحية، وفي المكاسب يكون بصدد بيان أنّ العرف كما أنه مرجع في المفاهيم يكون مرجعاً في المصاديق الحقيقية العرفية فيما إذا أطلق الشارع اللفظ ولم يبين لنفسه اصطلاحاً، فيستكشف من عدم التنبيه أنّ المصداق العرفي هو المصداق عند الشارع فلا تهافت بين الكتابين فإنه ذهب في المكاسب إلى أنّ العرف مرجع في المصاديق العرفية الحقيقية، وفي المطارح إلى أنه ليس بمرجع في المصاديق العرفية المسامحية.

وأما المطلب الثاني فهو ما ذكره الشيخ أعلى الله مقامه في وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع ونحوه.

وقد ذكر في وجه تمسكهم بإطلاقات أدلة المعاملات تقريبين:

التقريب الأول: أنّ البيع الموضوع للصحيح المؤثر عبارة عن المصدر الذي يراد من لفظ بيع أي إنشاء تملك العين بمال ويطلق عليه السبب، كما أنه يطلق عليه أنه فعل الموجب، وبهذا العنوان وقع موضوعاً للحكم الشرعي؛ لأن الخطابات ملقاة إلى المحاورات، فاللفظ ينصرف إلى ما هو المؤثر عند الباع، فيستدل بإطلاق حلية البيع على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً. ثم قال -: فتأمل. ولعل وجه التأمل إشارة إلى أنّ الاستدلال بإطلاقات

حلية البيع بيتني على أن يكون الموضوع له أعم من الصحيح والفاسد<sup>(١)</sup>.  
التقريب الثاني أنّ البيع وشبهه الموضوع للصحيح المؤثر عبارة عما هو  
المؤثر عند العرف والشرع، والصحيح العرفي والشرعي مصداقان لذلك  
الموضوع له، وبين المصداقين عموم من وجه قد يتفقان وقد يختلفان، إلا أنّ  
الخطابات الشرعية لما وردت على طبق المحاورات العرفية ينصرف لفظ  
البيع وشبهه في تلك الخطابات إلى ذلك المصداق العرفي ويستكشف منه  
أنه الصحيح الشرعي أيضاً.

وإليك نصّ كلامه: وأما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع ونحوه؛  
فلأنّ الخطابات لما وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» وشبهه في  
الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، أو على المصدر  
الذي يراد من لفظ «بعث»، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء  
على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً<sup>(٢)</sup>.

وبهذين التقريبيين ظهر أنّ المراد من الإطلاق في كلام الشيخ الإطلاق  
اللفظي لا الإطلاق المقامي، فإنّ حمل لفظ البيع وشبهه على الصحيح  
العرفي بقرينة ورود الخطابات على طبق المحاورات عبارة أخرى عن انصراف  
اللفظ وليس إلا من ناحية الإطلاق اللفظي لا المقامي صوتاً عن اللغوية.

(١) وأورد محقق السيد الخوئي على هذا التقريب بأنّ التمسك بالإطلاق على هذا النحو وإن كان  
صحيحاً ولكنه عبارة أخرى عن القول بوضع ألفاظ المعاملات للأعم بداهة أنّ ما يصدق عليه  
لفظ البيع بالمعنى المصدري أعم من الصحيح والفاسد.

(٢) كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة (٣: ٢٠).

## إشكالات على الشيخ

وقد أورد على كلام الشيخ أعلى الله مقامه بإشكالات:

الإشكال الأول: ما ذكره بعض المحققين<sup>(١)</sup> من حمل كلام الشيخ على الإطلاق المقامي، وذكر في توضيح الإطلاق المقامي: إن لفظ البيع مثلاً وإن كان اسماً للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذي يراه الشارع مؤثراً في الملكية إلا أنه لم يبيّن الأسباب، وإنما أمضى المسببات ببركة الاطلاقات والعمومات ويدور أمر الأسباب العرفية بين إهمالها من قبل العمومات والاطلاقات وبين إهمالها بها، والإهمال مما لا وجه له فيتعين في الأمضاء وذلك بالدلالة الاقتضائية وصوناً لكلام الشارع عن اللغوية.

## إشكال السيد الخوئي على الإطلاق المقامي

ونوقش<sup>(٢)</sup> فيه بأن التمسك بالإطلاق المقامي إنما يجوز فيما إذا لم يكن للمطلق أفراد متيقنة وإلا فينصرف إليها من دون أن تلزم اللغوية من الإهمال ومن البين أن مقامنا من هذا القبيل؛ لأننا كشفنا عن مذاق الشارع كشفاً قطعياً أن بعض ما هو سبب للبيع عرفاً مؤثراً في الملكية جزءاً كالشك في اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول وفي اعتبار العربية في الصيغة فيؤخذ بالمتيقن ولا تصل النوبة إلى الإطلاق المقامي صوناً عن اللغوية.

(١) كالمحقق الآيرواني، حاشية المكاسب ١: ٧٥. وتبعه المحقق السيد الخوئي، مصباح الفقاهة

. ٨٣: ٢

(٢) المناقش هو المحقق السيد الخوئي، مصباح الفقاهة ٢: ٨٤ تبعاً لأستاذه المحقق النائيني

منية الطالب ١: ٣٨.

## نقد السيد الخوئي

وهذا الإشكال وإن كان متيناً وأشار إليه المحقق النائيني أعلى الله مقامه أيضاً، فإن ضابطة التمسك بالإطلاق المقامي صوتاً عن اللغوية أن لا يكون قدر متيقن في البين، وإلا يحتمل عليه الإهمال من دون أن تلزم اللغوية. ولكنه يتوجه على هذا السيد المحقق بما تقدم منا من أنّ نظر الشيخ من الإطلاق هو الإطلاق اللفظي<sup>(١)</sup> لا الإطلاق المقامي، فإنه يدّعي انصراف لفظ

(١) والحق ما فهمه سيدنا الأستاذ المحقق الخوئي من كلام الشيخ الأعظم تبعاً لأستاذه المحقق الأيرواني.

فإن مراد الشيخ من البيع العرفي في هذا التقريب هو الحاصل أي المسبب، والبيع في موضوع الأدلة وإن كان ينصرف إلى البيع العرفي؛ لكنه أريد به المسبب العرفي وصدر كلام الشيخ قرينة على ذلك حيث جعل المقابلة بين الحاصل من المصدر وبين المصدر، ومن المعلوم أنّ إمضاء المسبب إنما يستلزم إمضاء السبب بنحو مطلق بدلالة الاقتضاء صوتاً عن اللغوية. \* ويمكن أن يجاب: بأنه لا شك في أن الظاهر أن مراد الشيخ هو الإطلاق اللفظي كما يظهر من تعبيرات الشيخ: «وإليك نص عبارته: ياطلاق نحو «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، وإطلاقات أدلة سائر العقود في مقام الشك في اعتبار شيء فيها، مع أنّ سيرة علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات. نعم، يمكن أن يقال: إنّ البيع وشبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل: «بعث» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلا في ما كان صحيحاً مؤثراً ولو في نظر القائل، ثم إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان يبعأ عنده، وإلا كان صورة بيع، نظرياً في الهازل عند العرف. فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعث» عند العرف والشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر، ومجاز في غيره، إلا أنّ الإفادة وثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف والشرع. وأما وجه تمسك العلماء بإطلاق أدلة البيع ونحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» وشبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعث»، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإنّ للكلام محلاً آخر. انتهى كلامه.\*



البيع في أدلة الحل إلى البيع الصحيح العرفي بقرينة أنّ الخطابات وردت على طبق العرف ولا يدعى الانصراف صوناً عن اللغوية لكي يكون الاطلاق مقامياً، وبعبارة أخرى أنّ الشيخ أعلى الله مقامه يدعى أنّ طرف الخطابات الشرعية هو العرف ولفظ البيع وشبهه المأخوذ في الأدلة الشرعية محمول على المعنى العرفي وهو البيع الصحيح المؤثر عندهم، وفي مورد الشك صدق البيع العرفي فيه محرز وإنما يشك في تقييده شرعاً بالعربية والموالاتة مثلاً فيتمسك بإطلاق اللفظ لنفي ذلك التقييد.

### إشكال المحقق النائيني على الشيخ

الإشكال الثاني: ما أفاده المحقق النائيني أعلى الله مقامه فإنه طرح البحث بعنوان الأمر الثاني وقال: قد اشتهر بين الفقهاء أنّ باب ألفاظ العقود وما ينشأ بها باب الاسباب والمسببات فيريدون أنّ مثل بعت واشتريت سبب لحصول النقل والانتقال.

→

ولا يخفى أن تعبيره: صحيحاً مؤثراً، أو المفيد للأثر، أو الصحيح المؤثر... ظاهر في كون مصب الإطلاق هو السبب لا المسبب.

نعم، للإطلاق اللفظي على التقريب الأخير مجال وهو أن يكون المراد من البيع المعنى المصدرى؛ ولكن نظر المحقق الخوئي في حمل كلام الشيخ على الإطلاق المقامي إنما هو على التقريب الحاصل من المصدر إلا أن يوجه كلام الشيخ بأنّ المسبب ينقسم بلحاظ اسبابه إلى أقسام بالحقيقة العرفية كاتقسام الحرارة النارية والشمسية والكهربائية فيكون التمسك بالإطلاق بلحاظ انقسامه بانقسام الاسباب لفظياً كما اختاره شيخنا الأستاذ (دام ظله).

وفيه أنه تام في المقيس عليه كاتقسام الحرارة بلحاظ أسبابها ومورد للتأمل في المقيس؛ إذ لا يعد المسبب العرفي الاعتباري بلحاظ أسبابه من انقساماته ولا أقل من الشك.

وقال يظهر من الشهيدين عليه السلام أن عقد البيع وغيره حقيقة في الصحيح ومجاز في الفاسد فعلى هذا يتولد هنا إشكالان:

الأول: أن كون العقد حقيقة في الصحيح معناه أن الشارع وضعه للصحيح مع أن المعاملات بأجمعها إمضائية.

الثاني عدم صحة التمسك بالإطلاقات عند الشك في الصحة والفساد كما لا يصح في العبادات.

ثم إن هذا المحقق أعلى الله مقامه ذكر مطلبين:

المطلب الأول: في نقد كلمات الشيخ أعلى الله مقامه نقضاً وإبراماً على مبنى كون الفاظ العقود من باب الأسباب والمسببات.

المطلب الثاني: في حل الإشكال بطور آخر على مختاره من كونها من باب الآلة وذو الآلة.

### إشكال المحقق النائيني على كونها حقيقة في الصحيح

أما المطلب الأول فقد نقل لتصحيح الإشكال الأول وجهاً ولتصحيح التمسك بالاطلاق وجهين:

أما وجه تصحيح الإشكال فهو أن كون العقد حقيقة في الصحيح معناه أن الشارع أمضى المعاملات العرفية فكل ما كان صحيحاً مؤثراً عرفاً يكون صحيحاً مؤثراً شرعاً، غاية الأمر قد يقع الاختلاف بين الشرع والعرف في المصداق كالبيع الربوي، وبتعبير المصنف قد يكون الاختلاف بين النظريين فإن ما هو بنظر العرف يبيع ليس بنظر الشارع بيعاً فالبيع عند الشرع والعرف واحد مفهوماً وقد يتفقان مصداقاً وقد يختلفان.

وناقش فيه المحقق النائيني<sup>(١)</sup> بأنّ العرف مرجع في المفاهيم وأما تطبيق المفاهيم على المصاديق فليس بمتبع، فإنّ المصاديق العرفية المسامحية لا اعتبار بها.

### نقد المحقق النائيني

وفيه بما ذكرناه سابقاً وأوضحناه من أنّ مراد الشيخ أعلى الله مقامه من صدر كلامه وذيله هو المصادق الحقيقي العرفي لا المسامحي.

### إشكال المحقق النائيني على التمسك بالاطلاق

أما تصحيح الإشكال الثاني فقد نقل المحقق النائيني لتصحيح التمسك بالإطلاق وجهين:

الوجه الأول: أنّ الخطابات الشرعية وإن وردت في إمضاء المسببات إلا أنّ إمضاء المسبب إمضاء للسبب.

ثم قال<sup>(٢)</sup> ولا يبعد أن يكون نظر المصنف ومن تبعه في التمسك بمطلقات أبواب المسببات لصحة ما شك في كونه سبباً راجعاً إلى هذا الوجه، بل هو المتعين فإن قوله ﷺ: «فلأنّ الخطابات الشرعية لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع على ما هو الصحيح والمؤثر عند العرف» ظاهر في أنّ إمضاء

(١) منية الطالب ١: ٣٧.

(٢) منية الطالب ١: ٣٨ وقال في فوائد الأصول (١: ٨٠): وما يقال في حله: من أنّ إمضاء المسبب يلازم عرفاً إمضاء السبب، إذ لولا إمضاء السبب كان إمضاء المسبب لغواً، فليس بشيء؛ إذ لا ملازمة عرفاً في ذلك وإن يظهر من الشيخ ﷺ الميل إلى ذلك.

المسبب إمضاء للسبب، لا أنّ المصداق المسامحي العرفي مندرج تحت الاطلاق.

وناقش فيه أنّ إمضاء المسبب إنما يكون إمضاء للسبب مبنياً على أحد الأمرين:

أولهما: أن يكون بينهما اتحاد ولا اتحاد بين السبب والمسبب لا حقيقة ولا عرفاً.

ثانيهما: أن يكون بينهما تلازم في الامضاء ولا ملازمة بينهما مع تباينهما خارجاً كما هو المفروض.

نعم، لو قلنا كما قيل إن الإمضاء الشرعي ورد على الأسباب، فلا إشكال في أنه يكفي في التمسك بالإطلاقات، كما أنّ إمضاء السبب يكفي في إمضاء المسبب.

وأما المسبب فلا يكفي في إمضاء السبب إلا بأحد الأمرين المذكورين وقد ذكرنا أنه لا اتحاد بين السبب والمسبب ولا تلازم بينهما في الإمضاء.

### نقد المحقق النائبي

وفيه أولاً أنّ نظر الشيخ أعلى الله مقامه ليس إلى مبنى إمضاء المسبب إمضاء السبب، بل نظره إلى أنّ الموضوع له عند العرف والشرع أمر واحد مفهوماً وهو الصحيح المؤثر وله مصداق عرفي ومصداق شرعي والمصداقان قد يتفقان وقد يختلفان، وحيث إنّ الخطابات الشرعية وردت على طبق المحاوراة العرفية ينصرف لفظ البيع ومثله في تلك الخطابات إلى المصداق الحقيقي العرفي لا المسامحي، ويستكشف منه أنّ الصحيح العرفي هو الصحيح

شرعاً وإنما خرج عن تحت موضوع دليل الإمضاء خصوص ما قام الدليل الشرعي على فساده كالبيع الربوي ويبقى الباقي تحت الدليل العام أو المطلق فإذا شك في صحة العقد الفارسي شرعاً لاحتمال اعتبار العربية عند الشارع، فهنا يتمسك بإطلاق لفظ البيع في أدلة الإمضاء، فإنّ الصدق العرفي محرز وجداناً، وإنما يشك في صحته شرعاً وأصالة الإطلاق رافعة للشك. والانتقال من مصداق إلى مصداق أمر، والانتقال من المسبب إلى السبب أمر آخر<sup>(١)</sup>.

وثانياً: لو أغمضنا عن ذلك وقلنا إنّ المقام بنظر الشيخ أعلى الله مقامه يكون من صغريات السبب والمسبب وأنه يدعى أنّ إمضاء المسبب إمضاء للسبب، فمع ذلك لا يتوجه عليه إشكال المحقق النائيني أعلى الله مقامه إذ يرد عليه بإشكال نقضي وحلي.

أما النقض فيما ذكره في الأصول<sup>(٢)</sup> في مبحث مقدمة الواجب في مقدمة

(١) قد مرّ منا أنّ الخطابات الشرعية وردت في إمضاء المسبب العرفي فيحتاج في إثبات إمضاء العرفي إلى أدلة الاقتضاء وبمناط اللغوية.

\* ويمكن أن يجاب: بما تقدم.

(٢) أجود التقريرات ١: ٢٤٩. ولكنه تقدم من المحقق النائيني في نفس مقدمة الواجب (أجود التقريرات ١: ٢١٩) التفصيل بين ما كان وجود أحدهما مغايراً لوجود الآخر في الخارج كشرب الماء ورفع العطش فلا معنى لصرف الأمر المتعلق بالمسبب إلى سببه بعد كون المسبب مقدوراً ولو بالواسطة، وبين أن يكونا عنوانين لموجود واحد فإذا تعلق الخطاب بظاهره بالمسبب فهو متعلق بذات السبب في نفس الأمر وهذا أولاً.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه قد فصل المحقق النائيني في صورة تغاير الوجود بين ما كان المقدمة علة تامة للحرام بحيث لا يتمكن المكلف من امتثال تكليف الحرمة بعد الإتيان بها أو لا تكون

الحرام من ان المقدمة اذا كانت علة تامة للحرام بحيث لا يتمكن المكلف من امتثال تكليف الحرمة بعد الاتيان بها فلا إشكال في حرمتها فإنها هي التي تتعلق بها القدرة والإرادة أولاً وبالذات، والمعلول إنما يكون مقدوراً بتبعها

→

كذلك، وإليك نص كلامه: "وعلى الثاني [قد لا يكون له صارف عنه] فأما أن يكون عنوان الحرام وعنوان ما هو مقدمة له منطبقين على شيء واحد، كما في الأفعال التوليدية نظير إجراء الماء على أجزاء البدن للوضوء المنصب على أرض مغموصة بلا وساطة جريانه على أرض أخرى مباحة، وأما أن يكون عنوان الحرام منطبقاً على غير ما ينطبق عليه عنوان ما هو مقدمة له وعلى الأول، فالحكم المتعلق بالفعل التوليدي يكون بنفسه متعلقاً بما يتولد منه كما عرفت سابقاً فتكون الحرمة المتعلقة بالغصب متعلقة بإجراء الماء على البدن فيدخل بذلك في باب اجتماع الأمر والنهي، وعلى الثاني فإما أن تكون المقدمة علة تامة للحرام بحيث لا يتمكن المكلف من امتثال تكليف الحرمة بعد الإتيان بها أو لا تكون كذلك، أما على الأول فلا إشكال في حرمتها فإنها هي التي تتعلق بها القدرة والإرادة أولاً وبالذات، والمعلول إنما يكون مقدوراً بتبعها فتسري إليها الحرمة المتعلقة به مثال ذلك إجراء الماء في الوضوء على الأرض المباحة المشتملة على ميزاب يجري منه الماء على الأرض المغموصة بحيث لا يتمكن المكلف بعد جريان الماء على الأرض المباحة من منع انصبابه على الأرض المغموصة..."

وما نحن فيه من هذا القبيل حيث إن السبب علة تامة لتحقيق المعاملة لفرض توفرساثر ما يعتبر في تحقق المسبب.

وثانياً: يمكن أن يقال بالفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، فإن الحكم التكليفي على مسلكه يتعلق بالحصّة المقدورة باقتضاء الخطاب وما هو المقدور هو المقدمة، بخلاف الحكم الوضعي فإنه ليس مشروطاً بالقدرة ففي مثله لا تلازم بين إمضاء المسبب وإمضاء السبب ومقامنا من قبيل السبب والمسبب في الحكم الوضعي.

\* ويمكن أن يجاب: بأنه لا فرق بين الحكم التكليفي والوضعي، لوحدة المناط فيهما، فإن المناط استحالة انفكاك المعلول عن علته التامة في الحكم، فلا يعقل ليحكم بصحة المسبب والمعلول، ويحكم بطلان وعدم تأثير السبب والعلة، مع كون العلة علة تامة. نعم، يتم ذلك على مرام الشيخ من أنّ الحكم الوضعي ينتزع من الحكم التكليفي.

فتسري إليها الحرمة فالعلة تكون حراماً بالحرمة النفسية لا الغيرية .

ومن يقول بهذا المبنى في أصوله كيف يقول هنا إن إمضاء المسبب لا يسري إلى إمضاء السبب ؟

وأما الحل<sup>(١)</sup> فبأن المسبب وإن كان مغايراً لسببه وجوداً لكن المسبب ينقسم بلحاظ أسبابه إلى أقسام بالحقيقة العرفية كأنقسام الحرارة إلى الحرارة النارية والشمسية والكهربائية، ومناطق الاطلاق بمقدمات الحكمة أن يكون المقسم قابلاً للأقسام فيتمسك بإطلاق المسبب بلحاظ أسبابه فيكون إمضاء المسبب إمضاء للسبب بهذا المناطق .

وأما ما ذكره من التفصيل بين ما إذا كان اللفظ موضوعاً للسبب العرفي فلا إشكال فيه وبين ما إذا كان موضوعاً للمسبب فهو محل النزاع والإشكال، ففيه أن كليهما مورد للإشكال؛ لأن مناطق الإشكال وهو الاجمال في الصدق في مورد الشك موجود فيهما فلا وجه للتفصيل بين وضع لفظ البيع للسبب العرفي والمسبب العرفي .

### الإشكال الثاني من المحقق النائيني على الإطلاق المقامي

الوجه الثاني لتصحيح التمسك بالإطلاقات هو التمسك بالإطلاقات المقامية بتقريب أن الشارع إذا أمضى الأثر فلا محالة لا ينفك من إمضاء المؤثر، فإن المفروض أن العرف يرون جميع هذه العقود مؤثراً فلولم يكن مؤثراً عند الشارع لوجب عليه التنبيه، ومن عدم التنبيه يستكشف كون العقود

(١) انقسام المسبب بلحاظ أسبابه يستفاد من كلمات المحقق الاصفهاني حاشية المكاسب ١: ٩١.

مؤثرة عند الشارع، فإذا شك في صحة عقد الفارسي شرعاً يتمسك بإطلاق قوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ إطلاقاً مقامياً بدلالة الاقتضاء وعدم لزوم اللغوية. وناقش فيه أنّ المورد يكون من صغريات الشك في المحصل كالشك في الطهارة الحاصلة بالغسلات والمسحات، فإن الشك في الطهارة الحاصلة من الغسل بكيفية خاصة شك في حصول الطهارة به ولا يمكن التمسك فيه بالإطلاق المقامي، بل لا بد فيه من الاحتياط، والمقام من هذا القبيل فإن الملكية مسبب نشك في حصولها بالعقد الفارسي فهو من الشك في المحصل، ومقتضى القاعدة العقلية فيه وجوب الاحتياط، مضافاً إلى أنّ الإطلاق المقامي إنما يتمسك به فيما إذا لم يكن له قدر متيقن في البين، وفي المقام أسباب متيقنة عند العرف، وبعد معلومية أسباب متيقنة عند العرف لا مجال للتمسك بالإطلاق المقامي.

وفي كلام المحقق النائيني نقض وحل:

أما النقض فبمثل الطهارة الحاصلة من الغسلات والمسحات والمقام من هذا القبيل فإن الشك فيه شك في المحصل، ومقتضى الحكم العقلي في الشك المحصل هو الاحتياط ولا مجال للبراءة ولا الإطلاق المقامي.

أما الحل فبأن التمسك بالإطلاق المقامي بدلالة الاقتضاء وعدم لزوم اللغوية يبنتني على عدم وجود القدر المتيقن في البين، وإلا فتحمل آية حل البيع على ذلك المتيقن ولا يصح التمسك بها في موارد الشك لعدم لزوم اللغوية.

ومن هنا ظهر أنّ إشكال المحقق السيد الخوئي على الإطلاق المقامي قد نشأ من إشكال المحقق النائيني ومتخذ منه.



### نقد المحقق النائيني والسيد الخوئي

والجواب عن هذا الإشكال أنّ الإشكال على الإطلاق المقامي وإن كان متيناً إذ لا يمكن التمسك بالإطلاق المقامي مع وجود القدر متيقن في البين إلا أنّ نظر الشيخ أعلى الله مقامه ليس إلى الإطلاق المقامي، بل نظره في وجه تمسك العلماء إنما هو إلى الإطلاق اللفظي بتقريب ذكرناه سابقاً، وملخصه: أنّ الخطابات الشرعية فيما إذا لم يكن للشارع اصطلاح خاص ملقاة إلى العرف العام فلفظ البيع عند الإطلاق ينصرف إلى المصاديق العرفية فيكون الإطلاق لفظياً بمنأى الانصراف لا بمنأى اللغوية، ومع وجود الإطلاق اللفظي لا مجال لحكم العقل بالاحتياط، فإنّ حكم العقل بالاحتياط تعليلي موقوف على عدم البيان الشرعي، والإطلاق اللفظي بيان وارد على موضوع حكم العقل.

### التمسك بالإطلاق على مسلك الآلة وذي الآلة

وأما المطلب الثاني من كلام المحقق النائيني أعلى الله مقامه وهو حل الإشكال على مسلكه في باب المعاملات، فقد ذكر أنّ المنشآت بالعقود ليست النسبة بينهما نسبة المسبب إلى السبب لكي تتوجه عليه الإشكالات السابقة، سواء كانت السببية إعدادية، كما إذا لم يتخلل بين الفعل والأثر فعل اختياري كوقوع الأعمى في البئر المترتب على حفر حافر في الطريق العام، أو كانت توليدية كالإحراق المترتب على الالتقاء في النار.

بل النسبة بينهما نسبة ذي الآلة إلى الآلة فإنّ المنشأ بالعقد حاله بالنسبة إلى العقد حال الكتابة بالقلم واسم المصدر إلى المصدر وهما متحدان

وجوداً ومتغايران اعتباراً، فإن أثر الفعل لو انتسب إلى الفاعل يسمّى تأثيراً ومصدراً ولو انتسب إلى المفعول يسمّى اسم المصدر وتأثراً.

والفرق بين السبب والمسبب واسم المصدر والمصدر أنّ إمضاء المسبب لا يكفي في إمضاء السبب بخلاف اسم المصدر فإنّ إمضاءه ملازم لإمضاء المصدر بل هو عينه على وجه.

وعلى طبق هذا المبنى أنّ تعلق الإمضاء بنفس اليجاد كما هو المتعين في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لأنّ الإمضاء تعلق بالعقد الذي هو آلة لإيجاد المعاملة وهو الظاهر من قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ لو كان المراد منه الحلية التكليفية الراجعة إلى الافعال فلا إشكال لتعلق الامضاء بنفس هذه اليجاد العرفي.

وإن تعلق الامضاء بالأثر الحاصل من الافعال كما يمكن أن يكون هو المراد من قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ بناء على ظهوره في الحلية الوضعية، فلا إشكال أيضاً لاتحاد الأثر مع التأثير، فإمضاء الأثر إمضاء للمؤثر.

### نقد مسلك الآلة وذو الآلة

ويرد على هذا المحقق أعلى الله مقامه:

أولاً: أنّ الجمع بين الآلة وذو الآلة والمصدر واسم المصدر أمر لا نفهمه فإنه من الجمع بين المتنافيين فإن الآلة وذو الآلة كالكتابة والقلم متعددان في الوجود، ويستحيل اتحادهما وجوداً، والمصدر واسم المصدر يستحيل تعددهما وجوداً فإنهما يتحدان وجوداً ومتغايران اعتباراً فالجمع بينهما من الجمع بين المتنافيين.

وثانياً: أنّ تطبيق المصدر واسم المصدر على المنشئات بال عقود غير قابل للدرك ولا معنى له، فإن المنشئات كالبيع والاجارة والصلح وأضرارها أمور اعتبارية والعقود التي هي آلة لها أمور تكوينية، سواء كانت العقود مختصة باللفظ على القول بإنكار المعاطاة أو كانت أعم من اللفظ والفعل على القول بصحة المعاطاة.

فإنّ اللفظ أو الفعل موجود تكويني والمنشئات أمور اعتبارية واتحاد الموجود التكويني مع الموجود الاعتباري محال. فظهر أنّ المبنى غير قابل للقبول وليس قابلاً للتوجيه.

### إشكال عدة من الاكابر على الشيخ

الإشكال الثالث على كلام الشيخ أعلى الله مقامه ما ذكره عدة من الاكابر، من أنّ الانقسام إلى الصحيح والفساد إنما يتصور فيما إذا كانت ألفاظ المعاملات موضوعة للأسباب واما اذا كانت موضوعةً للمسببات فلا يتصور فيها الانقسام إلى الصحيح والفساد.

فإن الصحيح بمعنى ما يترتب عليه الأثر والفساد بمعنى ما لا يترتب عليه الأثر والانقسام إليهما إنما يتصور بالنسبة إلى الأسباب أي الايجاب والقبول فإن مثل صيغة بعت واشترت يصح أن ينقسم إلى ما يترتب عليه الأثر وما لا يترتب عليه الأثر بلحاظ ما اعتبر فيه من الشرائط.

وأما المسبب فأمره يدور بين الوجود والعدم فلا يكون قابلاً للانقسام إلى الصحيح والفساد، فلا يصح ان يتمسك فيه بإطلاق موضوع أدلة المعاملات وبذلك الاساس ذهب الشيخ أعلى الله مقامه إلى حل المسألة على مختاره في

تعريف البيع وهو انشاء تمليك العين بمال، فإن البيع بهذا المعنى قابل للانقسام إلى الصحيح والفاسد أي إلى المؤثر وعدم المؤثر، بخلاف البيع بمعنى المسبب أي الملكية فإن أمره دائريين الوجود والعدم. وفيه أنّ المنشئات بالعقود قد عبر عنها في كلمات القوم بالسبب والمسبب والمؤثر والأثر.

### المحتملات في المسبب من الايجاب والقبول

والمسبب بالايجاب والقبول على هذا التعبير لا يخلو من أحد أمور ثلاثة:

أحدها: الملكية الحاصلة بنظر الشارع.

ثانيها: الملكية الحاصلة بنظر العرف.

ثالثها: الملكية الحاصلة بنظر المتعاملين.

فإن كان المراد من المسبب اعتبار الشارع فما ذكره من أنّ المسبب يدور أمره بين الوجود والعدم فهو متين، فإن اعتبار الشارع أمره دائريين الوجود والعدم ولا يكون قابلاً للانقسام إلى الصحيح والفاسد.

وأما إذا كان المراد من المسبب ما حصل بالانشاء في اعتبار المتعاقدين كما هو الحق في المسألة أو كان المراد منه ما حصل بالانشاء في اعتبار العرف فهو قابل للانقسام إلى الصحيح والفاسد، فإن ما حصل بالانشاء في اعتبار المتعاقدين يصح أن ينقسم بلحاظ اعتبار العرف إلى ترتب اعتبار العرف وعدمه وكذلك بلحاظ ترتب اعتبار الشارع.

وما حصل باعتبار العرف ينقسم إلى الصحيح الشرعي وعدمه بلحاظ وقوعه موضوعاً لأعتبار الشارع وعدمه.

وأما ما نسب إلى الشيخ أعلى الله مقامه من أنه حل المسألة على السبب دون المسبب ففيه أن الشيخ أعلى الله مقامه فرض البحث على البيع بالمعنى المصدرى وهو السبب وعلى البيع بمعنى اسم المصدر وهو المسبب، فهو ممن يرى انقسام المسبب إلى الصحيح والفاقد كانقسام السبب إليهما فلا يختص النزاع عنده بخصوص الأسباب.

### إشكال المحقق الاصفهاني على الشيخ

الإشكال الرابع على كلام الشيخ أعلى الله مقامه ما أفاده المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من التفصيل في أدلة المعاملات بين ما إذا كان بلسان الإمضاء كقوله تعالى ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فيجوز فيه التمسك بالإطلاق اللفظي، وبين ما إذا كان بلسان ترتب الحكم الشرعي الذي لازمه الإمضاء كقوله ﷺ: البيعان بالخيار حتى يفترقا، فلا يجوز فيه التمسك بالإطلاق اللفظي، بل المعقول فيه هو التمسك بالإطلاق المقامي.

تفصيل المحقق الاصفهاني بين ما كان بلسان الإمضاء وما كان بلسان

### ترتب الحكم

أما الدليل على التفصيل فهو أنّ مفاد الدليل إذا كان بلسان الإمضاء فلا محالة يكون موضوع القضية هو النقل العرفي ويكون النقل الشرعي على طبق اعتبار النقل العرفي لكي يعقل عنوان الإمضاء.

وأما وجه كون الإطلاق كلامياً فقد ذكر المحقق الاصفهاني في بيان ذلك: أنّ طبيعى النقل العرفي باعتبار أصناف أسبابه له حصص كل منها ملزومة

لصنف من طبيعي السبب، فمقتضى إمضاء طبيعي النقل العرفي لجميع حصصه إمضاء السبب المحمص بجميع أطواره فعلى طبق كل حصة عرفاً حصة شرعاً.

وأما إذا كان مفاد الدليل بلسان ترتب الحكم فلا يجوز فيه التمسك بالإطلاق الكلامي، وإنما يجوز فيه التمسك بالإطلاق المقامي، وقد أفاد المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه في وجه ذلك: أنّ موضوع جواز التصرف تكليفاً ووضعاً ليس إلا النقل الشرعي والتملك الشرعي وهو غير قابل للتوسعة والتضييق، فلا يعقل فيه الإطلاق الكلامي. نعم، يعقل فيه الإطلاق المقامي بتقريب أنه إذا كان الشارع في مقام ترتيب الأثر على النقل الشرعي الذي يختلف وجوداً وعدمياً بوجود محققه شرعاً وعدمه ومع ذلك لم يعين له محققاً خاصاً يعلم منه أنّ كل ما هو محقق له عرفاً فهو محقق له شرعاً.

وما أفاده هذا المحقق أعلى الله مقامه مشتمل على دعويين:

الدعوى الأولى هو التمسك بالإطلاق اللفظي فيما إذا كان الدليل بلسان الإمضاء.

الدعوى الثانية هو التمسك بالإطلاق المقامي فيما إذا كان الدليل بلسان ترتب الحكم.

### التمسك بالإطلاق اللفظي بتقريبين

أما الدعوى الأولى فهي متينة وذلك بتقريبين:

التقريب الأول: ما تقدم من الشيخ أعلى الله مقامه من أنّ الموضوع له على الصحيح هو الصحيح المؤثر والصحيح العرفي والشرعي مصداقاً لذلك

الموضوع له، وبين المصداقين عموم من وجه قد يجتمعان وقد يختلفان إلا أن الخطابات الشرعية لما وردت على المحاورات العرفية فينصرف لفظ البيع وشبهه في تلك الخطابات إلى المصداق العرفي فيستدل بإطلاق الحكم على كونه مؤثراً في النظر الشارع أيضاً.

ومراده من الإطلاق هو الإطلاق اللفظي لا المقامي فإنه يدعي انصراف لفظ البيع في أدلة الحل إلى البيع الصحيح العرفي بقرينة ورود الخطابات على طبق العرف، ولا يدعي الانصراف صوتاً عن اللغوية لكي يكون الإطلاق مقامياً. وبعبارة أخرى أن الشيخ أعلى الله مقامه يدعي أن طرف الخطابات الشرعية هو العرف ولفظ البيع وشبهه المأخوذ في الأدلة الشرعية محمول على المعنى العرفي وهو البيع المؤثر عندهم وإذا شككنا في اعتبار شيء شرعاً كان صدق البيع العرفي محرراً بالوجدان، وإنما يشك في تقييده شرعاً بالصيغة العربية أو بالموالات مثلاً، فيستدل بالإطلاق الكلامي على نفي التقييد، وإن ما هو الصحيح عرفاً هو الصحيح شرعاً وهذا التقريب بتوضيح من امتين عندنا.

### تقريب المحقق الاصفهاني للتمسك بالاطلاق اللفظي

التقريب الثاني: ما أفاده المحقق الاصفهاني أعلى الله مقامه من أن المسببات تنقسم بلحاظ أسبابها إلى أقسام بالحقيقة العرفية كاتقسام الحرارة إلى الحرارة النارية والشمسية والكهربائية.

والمناطق في الاطلاق الكلامي أن تكون الأقسام من انقسامات اللفظ وكون المقسم قابلاً للانقسام إليها لكي تجري فيه مقدمات الحكمة.

والمسببات العرفية في باب المعاملات بالنسبة إلى أسبابها من هذا القبيل، فإن الملكية العرفية الحاصلة بالبيع بالفارسي قسم من البيع وبالبيع بالصيغة العربية قسم آخر منه هكذا.

### نقد المحقق الاصفهاني

وهذا التقريب متين لوقلنا إن الموضوع في أدلة المعاملات كالعقود والإيقاعات هو المسبب العرفي، ولكنه بعيد عن الصواب فان الموضوع فيها ليس هو المسبب العرفي ولا المسبب الشرعي، بل الموضوع هو فعل العاقد في العقود وفعل الموقع في الإيقاعات، وسيأتي إن شاء الله بيان ذلك عند التحقيق في المسألة أن النسبة بين فعل المتعاقدين كالتبديل بين العوضين وبين الإيجاب والقبول باللفظ أو بالمعاطاة نسبة الاعتبار والابرار لا المسبب والسبب. وأما الدعوى الثانية وهي التمسك بالإطلاق المقامي دون الاطلاق الكلامي فيما إذا كان الدليل بلسان ترتب الحكم كقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا».

فهي متينة بالنسبة إلى الاطلاق الكلامي؛ إذ لا يعقل أن يكون الموضوع فيما ورد بلسان ترتب الأثر هو الصحيح العرفي، بل الموضوع المأخوذ فيه هو الصحيح الشرعي؛ لأن الشارع لا يرتب الأثر إلا على الصحيح عنده، فإن الإهمال من الملتفت محال والاطلاق بمعنى أن صاحب الحيوان المشتري له الخيار أو البيعان لهما خيار المجلس، سواء كان البيع فاسداً أم صحيحاً أيضاً محال، فلا محالة يكون الموضوع بحكم هذا البرهان منحصرأ بما إذا كان البيع صحيحاً شرعاً فلا يعقل فيه الإطلاق اللفظي.



### تقريب المحقق الاصفهاني في التمسك بالاطلاق المقامي

وأما ما ذكره المحقق الاصفهاني من إجراء الإطلاق المقامي بتقريب ذكره وهو أنّ موضوع الأثر الشرعي وإن كان هو النقل الشرعي وهو يختلف بوجود أسبابه إلا أنه حيث لم يبين سبباً خاصاً يعلم منه أنّ كل ما هو سبب عرفاً فهو سبب له شرعاً.

وبيان آخر أنّ في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» طرف الخطاب هو العرف، ولو كان للشارع سبب خاص لكان عليه التنبيه ومن عدم التنبيه يعلم أنّ ما هو الموضوع عند العرف هو الموضوع عند الشارع.

### نقد على تقريب المحقق الاصفهاني

ففيه أنّ الاطلاق المقامي وإن كان مبتنياً على كون المتكلم في مقام إفادة غرضه بجميع ما له الدخل في الغرض، ولو كان في المقام بيع خاص مورداً لامضائه كان عليه البيان وإلا لزم نقض الغرض ولزمت اللغوية في كلامه فيفهم من عدم التنبيه أنّ ما هو بيع عرفاً بيع عنده بقول مطلق؛ ولكنه إذا كانت الأسباب على حد سواء ولم يكن قدر متيقن بين الأسباب وإلا فيؤخذ بالمتيقن من الأسباب فلا يستكشف منه إمضاء الأسباب بنحو الاطلاق.

ففي مثل قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» لا يمكن أن يتمسك به بالإطلاق المقامي على إمضاء جميع ما هو سبب عرفي للبيع لأن وجود المتيقن من الأسباب العرفية في المراد مانع عن انعقاد الإطلاق المقامي.

### التحقيق في المسألة

والتحقيق في المسألة أنّ الموضوع في أدلة المعاملات من العقود والإيقاعات هو نفس عنوان البيع والعقد والعهد والصلح والإجارة والنكاح والطلاق لا الإيجاب والقبول في باب العقود ولا الإيجاب فقط في باب الإيقاعات.

سواء قلنا إنّ بينهما نسبة الأبراز والمبرز كما هو المختار أو نسبة السبب والمسبب كما هو المشهور.

وقد حققنا في محله أنّ الإنشاء في المعاملات عبارة عن الاعتبار والأبراز والاعتبار أمر نفساني يوجد بنفس الاعتبار، واللفظ أو الفعل إنما يكون مبرزاً له. ولو تنزلنا وقلنا بالسببية فهل المسبب منهما هو المسبب الشرعي كالملكية الحاصلة باعتبار الشارع أو المسبب العرفي كالملكية الحاصلة عند العرف أو المسبب عند المتعاملين كالملكية الحاصلة عند المتعاملين؟ والحق هو الأخير فإنّ المسبب من الإيجاب والقبول أو من الإيجاب فقط لا يخلو من أحد أمور ثلاثة لا رابع في البين:

أحدها: أن يكون المراد من المسبب في البيع هو الملكية الحاصلة عند الشارع.

ثانيها: أن يكون المراد به هو الملكية الحاصلة عند العرف.

ثالثها: أن يكون المراد به الملكية الحاصلة عند المتعاملين.

أما الشق الأول فهو أمر غير معقول فإن عناوين المعاملات مورد لامضاء الشارع فلا يعقل أن تكون فعل الشارع، فإن البيع عبارة عن تملك عين

بعض، ولا ربط له بالشارع فهذا الاحتمال ساقط قطعاً.

وأما الشق الثاني وهو أن يكون الموضوع في الأدلة هو المسبب العرفي فهو أيضاً أمر غير معقول؛ لأنّ عناوين المعاملات عبارة عن فعل المتعاملين الذي يتعلق به الإمضاء العرفي والإمضاء غير الممضي.

وأما الشق الثالث وهو أن يكون الموضوع هو المسبب عند المتعاملين فهو الحق في المسألة على مبنى السببية فإن البيع والصلح والاجارة عناوين لفعل المتعاملين والطلاق فعل المطلق والنكاح فعل النكاح وهكذا.

وبعبارة أخرى أنّ الموضوع في أدلة العقود عبارة عن فعل العاقد، وفي أدلة الإيقاعات عبارة عن فعل الموقع إلا أنه يقع تارة مورداً للتنفيذ العرفي والشرعي وقد لا يقع مورداً للتنفيذ.

وبهذا البيان ظهر أنّ الموضوع له في ألفاظ المعاملات أعم من الصحيح والفاسد، فإن لفظ البيع إن كان واجداً لشرائط العرف والشرع فهو صحيح، وإن كان فاقداً لها فهو فاسد.

والوضع للصحيح وإن كان ممكناً ثبوتاً لكنه ممنوع اثباتاً وتبين أيضاً أنّ التمسك بالإطلاق الكلامي تام بلا إشكال.

### التفصيل على القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح

ثمّ إنه لو تنزلنا عما ذكرنا وقلنا إنّ ألفاظ المعاملات الأعم من العقود والإيقاعات موضوعة للصحيح لكان الحق عندنا هو التفصيل في أدلة المعاملات بين ما إذا ورد بلسان الإمضاء كقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فيجوز

فيه التمسك بالإطلاق اللفظي بالوجهين المتقدمين: الوجه الأول ما أفاده الشيخ أعلى الله مقامه، والوجه الثاني أن إمضاء المسبب إمضاء لسببه لكونه من انقساماته؛ لكنه مع التنزل عن الوجه الأول وبين ما إذا ورد بلسان ترتب الأثر كقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، فلا يجوز فيه التمسك بالإطلاق الكلامي ولا الإطلاق المقامي.

أما عدم الإطلاق اللفظي فيما تقدم أن الموضوع فيما ورد بلسان ترتب الأثر عبارة من الصحيح الشرعي، والوجه في ذلك أن الأهمال من الملتفت محال وإطلاق الموضوع وكونه أعم من الصحيح والفاقد محال؛ إذ لا يعقل ترتب الأثر على الفاسد فينحصر بالصحيح الشرعي فلا يعقل فيه الإطلاق اللفظي للزوم اللغوية وتحصيل الحاصل.

وأما عدم الإطلاق المقامي فلأنه يبتني على عدم المتيقن في البين والإلا يحمل المقامي على ذلك المتيقن، فلا يدل الدليل إلا على إمضاء المتيقن. وبما ذكرنا ظهرت المناقشة في إطلاق كلام الشيخ فإن التمسك بالإطلاق اللفظي يختص بما ورد بلسان الإمضاء لا مطلقاً.

وكذلك ظهرت المناقشة في تفصيل المحقق الاصفهاني؛ إذ لا مجال للتمسك بالإطلاق فيما ورد بلسان ترتب الأثر إذ لا يجوز فيه التمسك بالإطلاق الكلامي ولا الإطلاق المقامي.

### بحث مع العلمين الخوئي والايرواني

بقي هنا بحث مع العلمين من أهل النظر وهما المحقق الخوئي والمحقق

الايرواني أعلى الله مقامهما.

أما البحث مع المحقق الخوئي<sup>(١)</sup> فإنه قد ذهب إلى جواز التمسك بإطلاق قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup> على صحة البيع في الموارد المشكوكة، مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الإسلام هو وفاء المسلم بشرطه، ومن البديهي أن الحديث بهذا المعنى إمضاء تشريعي للشرط وحكم مولوي بلزوم العمل بها وإنهاؤها وإتمامها.

### نقد السيد الخوئي

ويتوجه عليه:

أولاً: أن الشرط لغة وعرفاً عبارة عن الالتزامات الضمنية، فإنه عبارة عن التزام في بيع ونحوه، ولا يطلق على الالتزامات الابتدائية إلا بالعناية والمجاز. وهذا المحقق نفسه ممن يعترف بذلك فإنه خصّ الشروط بالشروط الضمنية والبيع ونحوه من الشروط الابتدائية لا الضمنية.

وثانياً: أن محل الكلام إنما هو في صحة الشرط وفساده، وهذا المحقق ممن ذهب إلى اختصاص الحديث بوجوب الوفاء تكليفاً<sup>(٣)</sup>.

(١) مصباح الفقاهة ١: ٨٥.

(٢) الوافي ١٠: ٦٨، الوسائل ١٢: ٨٠، باب ٦ من أبواب الخيار، وج ١٥: الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٥.

(٣) كما صرح به في مصباح الفقاهة ١: ١٤٢ قال: أنا لوسلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية. ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي: بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفي: أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه، ولكنه عدل في ج ٧: ٣٦١ إلى أن المجمعول في الروايات هو العندية (عند شروطهم) أي ملازمة المؤمن لشرطه وعدم انفكاكه منه فيعم التكليفي والوضعي.

وثالثاً: وهو الإشكال الاساسي في المقام وأن حديث: «المؤمنون عند شروطهم» كصحيح ابن سنان<sup>(١)</sup> وغيره<sup>(٢)</sup> مقيد بقوله: «إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً أو شرطاً خالف كتاب الله».

ومع تقييد الحديث بهذا القيد يصير المعنى أنّ المؤمنين عند شروطهم إذا لم يكن الشرط محللاً أو محرماً أو لم يكن مخالفاً لكتاب الله.

فيكون التمسك بإطلاقه في الموارد المشكوكة من التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية للعام المخصص ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقيد متصلاً كما في بعض الأخبار<sup>(٣)</sup> وبين أن يكون منفصلاً بالنسبة إلى بعضها<sup>(٤)</sup> لصيرورة الموضوع مركباً من الشرط وعدم كونه محللاً أو محرماً، إلا أن يقال بجريان استصحاب عدم مخالفة الشرط للكتاب بالعدم الأزلي، فيحرز به موضوع الدليل.

(١) الوسائل ١٢: الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢٠١.

(٢) الوسائل ١٢: الباب ٦ من أبواب الخيار، وفي ح ١٥: الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

(٣) كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز. الوسائل ١٢: الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

وموثق اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: أنّ علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول من شرط لامرأته شرطاً فليغيب لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً. (الوسائل ١٢: الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٤). في سند الحديث الثاني الحسن بن موسى الخشاب، فقد قال النجاشي أنه من وجوه أصحابنا. وهذا يدل على جلالته الملازمة للتوثيق. وأما غياث بن كلوب فيظهر من الشيخ في عدة الأصول توثيقه، وأما باقي رجال السند فهم ثقات.

(٤) كصحيح علي بن رثاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام في حديث: «المسلمون عند شروطهم».

الوسائل ١٥: الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٢.

## البحث في كلام المحقق الايرواني

وأما البحث مع المحقق الايرواني أعلى الله مقامه فإنه قد أفاد مطلبين:

أولهما: ما هو متين عندنا واخترناه سابقاً.

ثانيهما: مورد للنقد والإشكال.

أما المطلب الأول<sup>(١)</sup> الذي اخترناه سابقاً فهو مشتمل على أمرين:

الأمر الأول: ما فهمه من كلمات الشيخ أعلى الله مقامه من أنّ الموضوع له

على القول بوضع المعاملات للصحيح هو الصحيح المؤثر الصادق على

الصحيح الشرعي والصحيح العرفي والنسبة بينهما عموم من وجه قد يتفقان

وقد يختلفان.

وإنّ الموضوع في أدلة المعاملات وإن كان الأعم من الصحيح العرفي

والشرعي؛ لكنه بقرينة كونه بصدد إمضاء ما عند العرف ينصرف لفظ البيع

وشبهه في تلك الخطابات إلى ما هو صحيح عرفاً، إلا أنه حمل الإطلاق في

كلام الشيخ على الاطلاق المقامي، ونحن ذكرنا أنّ مراده بالإطلاق هو الاطلاق

اللفظي ويستدل به على أنّ كل ما كان صحيحاً عرفاً فهو ممضى شرعاً.

الأمر الثاني: أنّ الوضع للصحيح الشرعي في الفاظ المعاملات وإن صحّ

في ذاته؛ لكنه باطل في خصوص الألفاظ الواقعة تحت الخطابات الشرعية،

كمثل «أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ» واشباهه فإنه لا يعقل أن يراد من البيع في خطاب

(أحل) البيع الصحيح الشرعي؛ إذ الصحة مستفادة من نفس هذا الخطاب

فلا يعقل أخذها في متعلقه فلا بد أن يراد من البيع في هذا الخطاب الصحيح

(١) حاشية المكاسب الطبع القديم: ٧٥.

العرفي أو إنشاء البيع ولو لأجل قيام القرينة، فإذا كان المراد من البيع هذا صح التمسك بالإطلاق عند الشك في اعتباره أمر فيه شرعاً.

### المطلب الثاني من الايرواني الذي هو مورد للنقد

وأما المطلب الثاني: الذي يكون مورداً للنقد والإشكال فهو أن له بياناً في حاشيتين قابلاً للمناقشة.

الحاشية الأولى أنه ذكر في مسألة نسبة الإيجاب والوجوب مع الكسر والانكسار ذيل قول الشيخ<sup>(١)</sup>: «لا في نظر الناقل إذ لا ينفك التأثير عن الأثر» أن البيع والإيجاب بنظر الشيخ أعلى الله مقامه اسم لإنشاء البيع وإنشاء الإيجاب. وهذا توهم فاسد<sup>(٢)</sup> فإن البيع والإيجاب عناوين لواقع البيع وواقع الإيجاب وواقع البيع يتوقف على تحقق النقل الخارجي، وواقع الإيجاب يتوقف على تحقق الوجوب بالزام العقل بالاطاعة، فما لم يتحقق هذا ولم يتحقق ذلك لم يكن هذا بيعاً ولا ذلك إيجاباً وإنما يكون إنشاء بيع وإنشاء إيجاب.

### نقد المحقق الايرواني

ويتوجه عليه:

أولاً: أنه إذا كان البيع عنواناً لواقع البيع والإيجاب عنواناً لواقع الإيجاب لما صح تقسيمهما إلى الصحيح والفاسد؛ إذ كيف يعقل أن ينقسم واقع البيع وواقع الإيجاب إلى الصحيح والفاسد مع أنه صرح في بعض حواشيه أن البيع

(١) المكاسب ٣: ١٧.

(٢) حاشية المكاسب: ٧٥.



ينقسم إلى صحيح في نظر الشارع وفساد في نظره، فما كان واجداً لجميع ما اعتبره فهو صحيح عنده، وما كان فاقداً فهو فاسد في نظره، وأيضاً ينقسم إلى صحيح وفساد في نظر العرف فبيع اللاغي والعاث وبيع ما لا يتمول وبيع غير المالك فضولاً فاسد وما عداه صحيح.

وثانياً: أنّ لازمه هو الالتزام بالتخطئة والتصويب.

الحاشية الثانية أنه أورد<sup>(١)</sup> على تعريف الشيخ أعلى الله مقامه ذيل قوله «فالاولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك» بإشكالات منها أنّ هذا التعريف يشمل إنشاء العايب واللاغي مع أنه ليس بيعاً، بل إنشاء للبيع، فتعريف الشيخ منقوص بذلك.

ويتوجه عليه بما صرح به في بعض حواشيه<sup>(٢)</sup> أن بيع اللاغي والعايب فاسد بنظر العرف، فإنّ ما ليس ببيع كيف يعقل أن يتصف بالفساد؟ إلى هنا ظهر أنّ محل الابتلاء من حيث الشبهة أمور أربعة:

الابتلاء الأول: الشبهة الحكمية في العقود من حيث الصحة والفساد.

الابتلاء الثاني: الشبهة الموضوعية في العقود من حيث الصحة والفساد.

الابتلاء الثالث: الشبهة الحكمية في الشروط من حيث الصحة والفساد.

الابتلاء الرابع: الشبهة الموضوعية في الشروط من حيث الصحة والفساد.

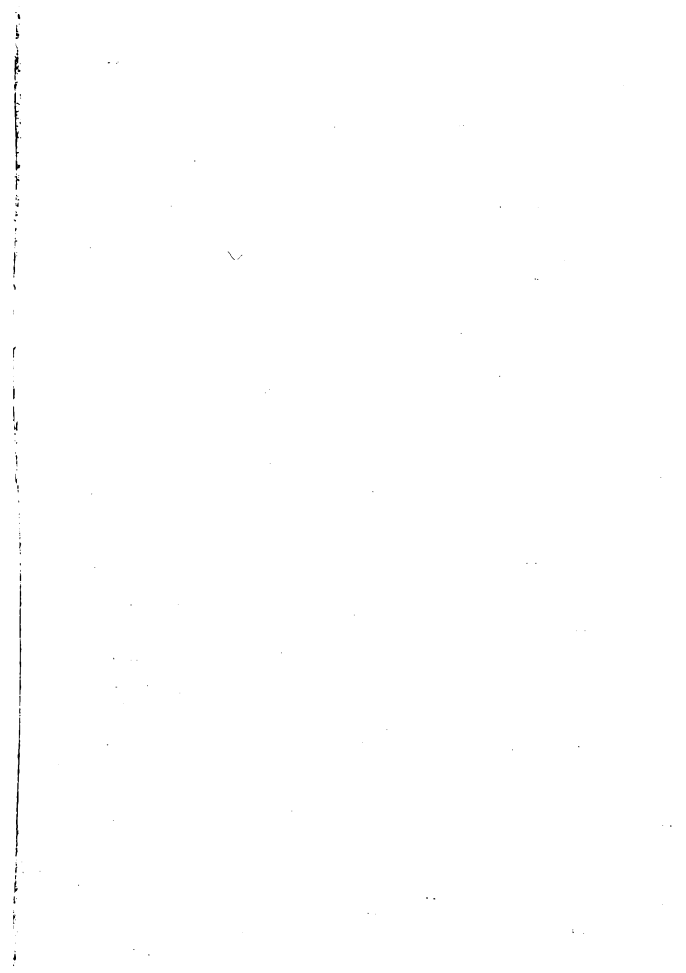
أما الابتلاء الأول فقد مضى البحث فيه بنحو مستوفى وذهبنا إلى صحة التمسك بالإطلاق اللفظي في أدلة الإمضاء.

(١) حاشية المكاسب: ٧٤

(٢) حاشية المكاسب: ٧٥.

وأما الابتلاء الثاني فقد تمسك المحقق الخوئي في حل الشبهة بإطلاق «المسلمون عند شروطهم» وقد مرّ الكلام فيه.

وأما الابتلاء الثالث والرابع فيصح أن يتمسك بإطلاق «المسلمون عند شروطهم» فللشبهة الحكمية طريق، وللموضوعية طريق آخر تحقيقه موكول إلى محلّه.



## فهرس

٥.....	مقدمة المقرر.....
٢٣.....	تقسيم المسائل الفقهية عند النائيني.....
٢٥.....	نقد النائيني.....
٢٨.....	تقسيم المسائل الفقهية عند عمدة الاساطين.....
٢٩.....	نقد تقسيم الفقهاء وتقسيم المحقق النائيني.....
٢٩.....	الإشكالات على تقسيم المحقق النائيني.....
٣٥.....	تقسيم الأسباب المملكة عند المحقق الإيرواني.....
٣٥.....	نظرية المحقق الإيرواني في كون الحياة أُمُّ الاسباب المملكة.....
٣٧.....	نقد المحقق الإيرواني.....
٤٠.....	عدم تحقق الملكية بمجرد الاعراض.....
٤٥.....	تعريف البيع.....
٤٥.....	تعريف المصباح المنير.....
٤٧.....	إشكال الأخوند على المصباح المنير.....
٤٧.....	في مفاد هيئة المفاعلة.....
٤٨.....	نظرية المشهور.....
٤٨.....	نقد المحقق الإصفهاني على المشهور.....
٥١.....	نقد المحقق الاصفهاني.....

- الآراء في الوضع ..... ٥١
- براهين استحالة استعمال اللفظ في معنيين ..... ٥٤
- آراء أخرى في المفاعلة ..... ٥٧
- رأي المحقق الاصفهاني ..... ٥٧
- دلالة هيئة المفاعلة على التعمد والتقصد ..... ٥٨
- نقد المحقق الاصفهاني ..... ٥٩
- رأي المحقق الخوئي ..... ٦٥
- نقد المحقق الخوئي ..... ٦٧
- اختصاص المبيع بالعين ..... ٧٢
- وجه عدم اختصاص المبيع بالعين ..... ٧٥
- اعمية مفهوم البيع عند العلمين الاصفهاني والشيخ كاظم الشيرازي ..... ٨٠
- اعمية مفهوم البيع عند الشيخ الطوسي ..... ٨١
- أدلة المشهور على اختصاص المبيع بالعين ..... ٨٣
- الوجه الأول لقول المشهور ..... ٨٣
- نقد اتفاق الفقهاء على اختصاص المبيع بالعين ..... ٨٥
- الاستصحاب القهقري في اعتبار كون المبيع عيناً ..... ٩١
- نقد استصحاب القهقري ..... ٩٢
- إشكال السيد الحكيم على اعتبار العين في المبيع ..... ٩٣
- جواب السيد الحكيم عن الإشكال ..... ٩٣
- نقد السيد الحكيم ..... ٩٣
- الوجه الثاني لقول المشهور ..... ٩٤
- نقد السيد الخوئي ..... ٩٥

- ٩٩..... الوجه الثالث لقول المشهور
- ١٠١..... نقد ادلة المشهور.
- ١٠٢..... المراد من العين
- ١٠٣..... الإشكال على الكلبي في الذمة
- ١٠٣..... جواب النراقي عن الإشكال بتقريبين
- ١٠٧..... نقد التقريبين
- ١٠٨..... جواب السيد اليزدي عن الإشكال
- ١٠٩..... مناقشة المحقق الاصفهاني للفتية اليزدي
- ١١٢..... الإشكال على الكلبي في المعين والكسر المشاع
- ١١٤..... الجواب عن الإشكال العام في الكلبي في المعين
- ١١٩..... الجواب عن الإشكال الخاص في الكلبي في المعين
- ١١٩..... الإشكال على بيع الكلبي بنحو الكسر المشاع
- ١١٩..... الجواب عن الإشكال في الكسر المشاع
- ١٢١..... جواب السيد الخوانساري عن الإشكال الخاص في الكلبي في الذمة
- ١٢٢..... نقد جامع المدارك
- ١٢٧..... جواب السيد الخويي عن الإشكال الخاص في الكلبي في الذمة
- ١٢٨..... نقد السيد الخويي
- ١٣١..... حكم العوض
- ١٣٣..... جعل المنفعة عوضاً
- ١٣٤..... إشكالات على جعل المنفعة ثمناً
- ١٣٦..... إشكال بعض المدققين بأن المنفعة غير قابلة للمملوكية
- ١٣٧..... جواب السيد الميلاني عن الإشكال

- ١٣٧..... نقد السيد الميلاني
- ١٣٨..... جواب المحقق الاصفهاني عن الإشكال
- ١٤٠..... في جعل عمل الحر عرضاً في البيع
- ١٤٢..... الإشكالات الثلاثة على جعل عمل الحر عرضاً
- ١٤٢..... إشكال الشيخ باندراج المقام في الشبهة المفهومية
- ١٤٣..... نقد الشيخ
- ١٤٥..... الجواب عن الإشكالات الثلاثة
- ١٤٨..... عدم اعتبار مالية العوضين في مفهوم البيع
- ١٤٩..... في انصراف ادلة البيع عن البيع السفهي
- ١٥٠..... نظرية السيد الخوئي على أعمية ادلة البيع
- ١٥١..... نقد السيد الخوئي
- ١٥٣..... في مالية عمل الحر قبل المعاوضة
- ١٥٤..... المعاوضة على عمل الحر
- ١٥٨..... في التفصيل بين عمل الحر الكسوب وغيره
- ١٦٠..... أدلة ضمان عمل الحر الكسوب
- ١٦٠..... الضمان بقاعدة على اليد
- ١٦٠..... المناقشة في الاستدلال بقاعدة على اليد
- ١٦١..... دفع المناقشة
- ١٦٢..... الضمان بالاتلاف
- ١٦٣..... دلالة روايات زكاة الفطرة على ان عمل الحر المحترف مال
- ١٦٤..... تقريب الاستدلال بروايات زكاة الفطرة
- ١٦٤..... التقريب الأول

- ١٦٧ ..... التقريب الثاني
- ١٦٨ ..... نقد التقريبيين
- ١٧٠ ..... ضمان عمل الحر الكسوب بقاعدة لا ضرر
- ١٧١ ..... نقد الاستدلال بقاعدة لا ضرر
- ١٧٢ ..... الضمان بسيرة العقلاء
- ١٧٢ ..... مناقشة الاستدلال بالسيرة العقلانية
- ١٧٢ ..... دفع المناقشة في السيرة
- ١٧٤ ..... ادلة عدم ضمان عمل الحر الكسوب
- ١٧٤ ..... التفصيل في الضمان بين المنع والحبس
- ١٧٥ ..... التهافت في كلمات بعض الاكابر
- ١٧٦ ..... الضمان بسيرة العقلاء في صورة الحبس
- ١٧٦ ..... عدم رادعية الاجماع
- ١٧٧ ..... كلمات الشيخ الطوسي في ضمان عمل الحر الكسوب
- ١٨٠ ..... كلمات العلامة في ضمان عمل الحر الكسوب
- ١٨١ ..... نقد الاجماع
- ١٨٣ ..... عدم صدق الاستطاعة على الحر الكسوب والصانع والمحترف
- ١٨٥ ..... جعل العوض من الحقوق
- ١٨٧ ..... توضيح كلام الشيخ
- ١٨٧ ..... نقد صاحب الجواهر لكاشف الغطاء
- ١٨٨ ..... توجيه صاحب الجواهر لكلام كاشف الغطاء
- ١٨٩ ..... نقد صاحب الجواهر لهذا التوجيه
- ١٩٠ ..... نقد الشيخ للجواهر



- ١٩٢.....مسائل تسع في كلمات الشيخ
- ١٩٤.....نقد الشيخ
- ١٩٦.....حقيقة الحكم والملك والحق
- ١٩٩.....تعريف الملك
- ١٩٩.....تعريف الشيخ
- ٢٠٠.....المناقشة في تعريف الشيخ
- ٢٠٦.....تعريف الملكية عند المحقق النائيني
- ٢٠٧.....اضطراب كلمات المحقق النائيني فقهاً واصولاً
- ٢٠٨.....نقد تعريف المحقق النائيني
- ٢١٠.....تعريف الملكية عند المحقق العراقي
- ٢١٢.....نقد العراقي
- ٢١٢.....إشكالان على العراقي:
- ٢١٤.....تعريف الملكية عند المحقق الخوئي
- ٢١٧.....نقد المحقق الخوئي
- ٢٢١.....تعريف الملك عند المحقق الاصفهاني
- ٢٢٣.....اقرب التعاريف
- ٢٢٦.....الشمرة على مباني في تعريف الملك
- ٢٣١.....الآراء في تعريف الحق
- ٢٣٢.....تعريف الحق بالسلطنة
- ٢٣٤.....نقد الرأي الأول
- ٢٣٧.....تعريف الحق بالاعتبار الخاص
- ٢٣٨.....نقد الرأي الثاني

- ٢٣٩..... تعريف الحق عند المحقق الايرواني
- ٢٣٩..... نقد الرأي الثالث
- ٢٤٥..... الرأي الرابع في تعريف الحق
- ٢٤٦..... الرأي الخامس في تعريف الحق
- ٢٤٦..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٢٥٦..... تعريف الحق عند السيد الميلاني بالأهلية
- ٢٥٧..... نقد السيد الميلاني
- ٢٦١..... تعريف الحق بالجدير والحري
- ٢٦٦..... نقد على تعريف الحق بالجدير
- ٢٦٧..... الجواب عن الإشكال الأول
- ٢٧١..... تعريف الحق في مدرسة الفرنسي والروماني
- ٢٧١..... أقسام الحقوق واحكامها
- ٢٧٤..... أقسام الحقوق عند السيد اليزدي
- ٢٧٧..... مغايرة الحق مع الحكم
- ٢٧٩..... استدلال السيد الخوئي على كون الحق قسماً من الحكم
- ٢٧٩..... نقد السيد الخوئي
- ٢٨٢..... الآراء في ضابطة إسقاط الحق
- ٢٨٢..... رأي السيد اليزدي والنائيني في ضابطة إسقاط الحق
- ٢٨٣..... دليل العلمين على الضابطة
- ٢٨٣..... نقد السيد اليزدي والنائيني
- رأي صاحب البلغة والمحقق الاصفهاني في ضابطة قابلية الحق للإسقاط والنقل  
والانتقال..... ٢٨٤

- ٢٨٦..... نظرية المحقق الاصفهاني في القرينة الخارجية
- ٢٨٧..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٢٨٩..... ضابطة إسقاط الحق عند الشيخ
- ٢٨٩..... نقد الشيخ
- ٢٩١..... تحقيق الكلام في المقام
- ٢٩٣..... الضابطة في نقل الحق عند المحقق الاصفهاني
- ٢٩٤..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٢٩٥..... ضابطة انتقال الحق عند المحقق الاصفهاني
- ٢٩٦..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٢٩٧..... نتيجة البحث
- ٢٩٧... مقتضى الأصل فيما إذا شك في كون الحق قابلاً للإسقاط أو النقل والانتقال
- ٢٩٨..... مقتضى الأصل اللفظي فيما إذا شك في قابلية الحق للإسقاط
- ٢٩٩..... نقد السيد الخوئي
- ٣٠٤.... التمسك بعموم لا يحل مال امرئ فيما إذا شك في قابلية الحق للإسقاط
- ٣٠٥..... التمسك بأدلة تنفيذ المعاملات في الشك في القابلية
- إشكال المحقق الاصفهاني والسيد الخوئي والسيد الميلاني على التمسك
- ٣٠٦..... بأدلة المعاملات
- ٣٠٧..... تقريب الاستدلال بأدلة المعاملات بوجه آخر
- ٣٠٨..... استدلال الشيخ بحديث الناس مسلطون
- ٣٠٨..... نقد الشيخ
- ٣٠٩..... نقد السيد الخوئي في التمسك بالأصل العملي
- ٣١٠..... فيما إذا شك في قابلية الحق للنقل

- ٣١٠..... استدلال السيد الخوئي بأصالة عدم النقل
- ٣١١..... نقد السيد الخوئي
- ٣١٢..... إشكال المحقق الاصفهاني والسيد الخوئي والسيد الميلاني
- ٣١٣..... نقد المحقق الاصفهاني لاستدلال المشهور
- ٣١٤..... كلام المحقق الاصفهاني ومن تبعه
- ٣١٦..... إشكال ثبوتي على استدلال المشهور
- ٣١٧..... استدلال السيد الخوئي على قابلية الحق للانتقال
- ٣١٨..... النقد على السيد الخوئي
- ٣١٨..... إشكالان في بحث الحقوق
- ٣١٨..... إيراد صاحب الجواهر بالإشكال العام
- ٣١٩..... نقد الشيخ للجواهر
- ٣١٩..... تقوية السيد الخوئي لكلام الشيخ
- ٣١٩..... نقد السيد الخوئي
- ٣٢٠..... إشكال اللغوية
- ٣٢٠..... طريقان في حل إشكال اللغوية
- ٣٢١..... نقد المحقق النائيني
- ٣٢١..... حل الإشكال اللغوية بطريق المحقق الايرواني
- ٣٢٢..... نقد المحقق الايرواني
- ٣٢٢..... إشكالان عقليان في بيع الدين على من هو عليه
- ٣٢٣..... التحقيق في المقام
- ٣٢٤..... الإشكال الخاص من الشيخ على بعض الحقوق
- ٣٢٤..... نقد عمدة المحشين للشيخ

- ٣٢٥..... إشكالات على الشيخ
- ٣٢٦..... إشكال المحققين من المحشين
- ٣٢٦..... بيان شيخنا الأستاذ بمناسبة الفاطمية
- ٣٢٨..... إشكال المحقق الخراساني وغيره من الاعاظم
- ٣٣٠..... إشكال المحقق الاصفهاني وجمع من الأعاظم
- ٣٣١..... تقريب بلغة الطالب لاستحالة المسلط والمسلط عليه
- ٣٣١..... نقد بلغة الطالب
- ٣٣٣..... إشكال بعض الاعلام
- ٣٣٨..... الإشكال النقضي ببيع الدين على من هو عليه
- ٣٣٩..... الجواب عن الإشكال النقضي
- ٣٤٠..... محذور الاستحالة عند السيد الخوئي
- ٣٤١..... نقد السيد الخوئي
- ٣٤٤..... في جعل الحق ثمناً في البيع
- ٣٤٥..... الأقوال في جعل الحق ثمناً
- ٣٤٦..... أدلة الاقوال
- ٣٤٧..... إشكال المحقق الخراساني على الشيخ
- ٣٤٧..... نقد المحقق الخراساني
- ٣٤٨..... مختار المحقق النائيني
- ٣٥١..... نقد المحقق النائيني
- ٣٥٣..... نقد السيد الميلاني
- ٣٥٣..... الجواب عن السيد الميلاني
- ٣٥٥..... تفصيل المحققين الايرواني والسيد الخوئي

- ٣٥٦..... نقد المحقق الايرواني
- ٣٥٧..... نقد السيد الخوئي
- ٣٥٩..... بسط الكلام في تحقيق البحث
- ٣٦١..... الثمرة بين القابلية العرفية والقابلية الشرعية
- ٣٦٣..... إطلاق أدلة المعاملات من حيث دون حيث
- ٣٦٥..... الإشكالات الخمسة على حديث السلطنة
- ٣٦٨..... الحقوق المستحدثة
- ٣٧٠..... آراء الفقهاء في تعريف البيع
- ٣٧٠..... التعريف الأول
- ٣٧١..... إشكالات على التعريف الأول
- ٣٧١..... إشكال الشيخ
- ٣٧٢..... بيان المحقق الاصفهاني في وجه التسامح
- ٣٧٢..... بيان السيد الخوئي في وجه التسامح
- ٣٧٢..... نقد العلمين
- ٣٧٤..... إشكال المحقق الثاني على التعريف الأول
- ٣٧٥..... نقد المحقق الثاني ومن تبعه
- ٣٧٦..... إشكال العلامة بحر العلوم على التعريف الأول
- ٣٧٧..... الحق في الإشكال على التعريف المبسوط
- ٣٧٩..... التعريف الثاني للبيع
- ٣٨٠..... إشكالان على التعريف الثاني
- ٣٨٠..... إشكال الشيخ على التعريف الثاني
- ٣٨١..... مناقشة السيد الخوئي على الشيخ

- ٣٨١..... نقد السيد الخوئي
- ٣٨١..... إشكال شريف العلماء والجواهر على التعريف الثاني
- ٣٨٢..... تعريف جامع المقاصد
- ٣٨٣..... إشكالات من الشيخ على تعريف جامع المقاصد
- ٣٨٤..... الإشكال الأول من الشيخ على تعريف جامع المقاصد
- ٣٨٤..... نقد الشيخ
- ٣٨٦..... الإشكال الثاني من الشيخ على تعريف جامع المقاصد
- ٣٨٦..... نقد الشيخ
- ٣٨٧..... الإشكال الثالث من الشيخ على تعريف جامع المقاصد
- ٣٨٨..... جواب المحقق الاصفهاني عن الإشكال الثالث
- ٣٨٨..... جواب السيد الفقيه اليزدي عن الإشكال الثالث
- ٣٨٨..... نقد المحقق الايرواني للسيد الفقيه اليزدي
- ٣٨٩..... الحق في الجواب عن الإشكال الثالث
- ٣٩١..... التعريف الرابع للشيخ
- ٣٩٢..... المسالك الثلاثة في الإنشاء
- ٣٩٤..... الايرادات على تعريف الشيخ
- ٣٩٥..... اشكالات على جواب الشيخ
- ٣٩٥..... اشكال السيد الخوئي
- ٣٩٥..... نقد السيد الخوئي
- ٣٩٦..... إشكال السيد الحكيم
- ٣٩٧..... نقد السيد الحكيم
- ٤٠١..... اشكال عدة من الأعلام على جواب الشيخ

- ٤٠٢.....الايراد الثاني: النقض ببيع الدين على من هو عليه .....
- ٤٠٤.....أجوبة عن النقض ببيع الدين .....
- ٤٠٥.....مناقشة الإصفهاني والسيد الخوئي على جواب الشيخ .....
- ٤٠٧.....جواب المحقق النائيني عن النقض ببيع الدين .....
- ٤٠٨.....جواب المحقق الايرواني عن النقض ببيع الدين .....
- ٤٠٩.....جواب المحقق الإصفهاني عن النقض ببيع الدين .....
- ٤١٠.....الجواب الخامس عن النقض ببيع الدين .....
- ٤١٠.....تحقيق السيد الخوئي في حل النقض .....
- ٤١١.....نقد السيد الخوئي .....
- ٤١٢.....التحقيق في مسألة النقض .....
- ٤١٣.....الايراد الثالث على تعريف الشيخ .....
- ٤١٣.....جواب الشيخ عن النقض بالمعاطاة .....
- ٤١٤.....الايراد الرابع على تعريف الشيخ .....
- ٤١٤.....جواب الشيخ عن الايراد الرابع .....
- ٤١٤.....إشكالات ثلاثة على الشيخ .....
- ٤١٤.....الإشكال الأول للأعلام الثلاثة .....
- ٤١٥.....نقد الأعلام الثلاثة .....
- ٤١٦.....الإشكال الثالث للسيد الفقيه اليزدي .....
- ٤١٧.....الايراد الخامس على التعريف الشيخ .....
- ٤١٨.....جواب الشيخ عن الايراد الخامس .....
- ٤١٨.....وجوه الافتراق بين البيع والصلح .....
- ٤٢١.....تعريضان بكلام الشيخ .....



- ٤٢١..... التعريض الأول للسيد اليزدي
- ٤٢٢..... نقد السيد اليزدي
- ٤٢٢..... التعريض الثاني للمحقق الاصفهاني
- ٤٢٤..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٤٢٥..... الايراد السادس على تعريف الشيخ
- ٤٢٥..... أقسام الهبة
- ٤٢٦..... أقسام الهبة عند السيد اليزدي
- ٤٢٦..... عدم انتقاض تعريف البيع بالهبة
- ٤٢٨..... إشكالان على الرجوع في الهبة
- ٤٢٩..... الايراد السابع على تعريف الشيخ
- ٤٢٩..... جواب الشيخ عن انتقاض التعريف بالقرض
- ٤٢٩..... توضيح المحقق الاصفهاني لكلام الشيخ
- ٤٣٠..... نقد الشيخ
- ٤٣٠..... افتراق القرض والبيع بلحاظ الآثار
- ٤٣١..... حقيقة الهبة عند المحقق الايرواني
- ٤٣٢..... توضيح لكلام الايرواني في تعريف القرض بالهبة والاستئمان
- ٤٣٢..... تعاريف للقرض
- ٤٣٣..... الاستدلال على تعريف القرض بالهبة والاستئمان
- ٤٣٤..... نقد السيد الخوئي على المحقق الايرواني
- ٤٣٥..... نقد السيد الخوئي
- ٤٣٦..... توجيه الإصفهاني لكلام الشيخ ﷺ
- ٤٣٧..... عويصة في ظاهر تعريف الشيخ

- ٤٣٧..... استظهار الاشتراط من بعض كلمات الفقهاء
- ٤٣٩..... إشكالات على تعريف القرض بالهبة والاستثمان !!!
- ٤٤٠..... التحقيق في تعريف القرض
- ٤٤١..... أنظار عدة من الفقهاء في اعتبار المعاوضة في القرض
- ٤٤٤..... الأمور الخمسة المستفادة من عبارة الشهيد الثاني
- ٤٤٧..... اختصاص نفي الغرر بالبيع
- ٤٤٩..... عدم جريان الربا المعاوضي في القرض
- ٤٥١..... تعريف القرض عند السيد اليزدي
- ٤٥٢..... انتقاض تعريف الشيخ بموارد أخرى
- ٤٥٣..... انتقاض في تعريف الشيخ ببيع العبد من العمودين
- ٤٥٤..... إشكالان في بيع العبد المسلم من ولده الكافر
- ٤٥٦..... نظرية الجواهر في الجمع بين العتق والملك
- ٤٥٦..... مناقشة المحقق الاصفهاني للجواهر
- ٤٥٧..... حق الإشكال على الجواهر
- ٤٥٩..... جواب المحقق الاصفهاني من انتقاض التعريف بالقرض
- ٤٥٩..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٤٦١..... جواب السيد الميلاني عن انتقاض التعريف بالقرض
- ٤٦٢..... نقد السيد الميلاني
- ٤٦٢..... جواب السيد الحكيم عن انتقاض التعريف بالقرض
- ٤٦٣..... نقد السيد الحكيم
- ٤٦٧..... الإشكال العمدة على تعريف الشيخ
- ٤٦٩..... كيفية دخل التعقب بالقبول في البيع

- ٤٧٠..... دليل دخل القبول في مفهوم البيع
- ٤٧١..... إشكالات الشيخ على دخل القبول في مفهوم البيع
- ٤٧٢..... نظريتان في دخل القبول في مفهوم البيع
- ٤٧٣..... إيرادات السيد على الشيخ
- ٤٧٤..... أدلة السيد اليزدي على دخل القبول في البيع بنحو الشرط المتأخر
- ٤٧٥..... إشكالات على الفقيه اليزدي
- ٤٧٧..... اجتماع المتقابلين في الاشتراط بالقبول
- ٤٧٨..... جوابان عن اجتماع المتقابلين
- ٤٧٩..... جواب السيد الميلاني عن محذور اجتماع المتقابلين
- ٤٨١..... نقد السيد الميلاني
- ٤٨٣..... جواب المحقق النائيني عن محذور اجتماع المتقابلين
- ٤٨٤..... نقد المحقق النائيني
- ٤٨٧..... نظرية المحقق الاصفهاني في عدم اشتراط البيع الانشائي بالقبول
- ٤٨٩..... النقد على نظرية المحقق الاصفهاني
- ٤٩٥..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٤٩٨..... مبنى المحقق الاصفهاني في الانشاء
- ٤٩٨..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٤٩٩..... نقد دخل القبول في الايجاب
- ٥٠٠..... نظرية الشهيدين في وضع العقود للصحيح
- ٥٠١..... أدلة الشهيد الثاني على كون العقود حقيقة في الصحيح
- ٥٠٢..... استدلال الشهيد الثاني على مجازية العقود في الاعم
- ٥٠٣..... استدلال المحقق على مجازية العقود في الاعم

- ٥٠٣..... نقد الشهيد الثاني
- ٥٠٧..... نظرية الشهيد الأول في كون العقود حقيقة في الصحيح
- ٥٠٨..... اختلاف الاخبار في وجه استثناء الحج
- ٥١٠..... نقد الشهيد الأول
- ٥١٣..... الفارق بين الحاشية والمطراح والمكاسب
- ٥١٤..... متن كلام هداية المسترشدين
- ٥١٥..... متن كلام المطراح
- ٥١٧..... الفارق بين المكاسب والمطراح
- ٥١٨..... الفارق بين المكاسب والمطراح
- ٥٢٢..... إشكالات على الشيخ
- ٥٢٢..... إشكال السيد الخوئي على الاطلاق المقامي
- ٥٢٣..... نقد السيد الخوئي
- ٥٢٤..... إشكال المحقق النائيني على الشيخ
- ٥٢٥..... إشكال المحقق النائيني على كونها حقيقة في الصحيح
- ٥٢٦..... نقد المحقق النائيني
- ٥٢٦..... إشكال المحقق النائيني على التمسك بالاطلاق
- ٥٢٧..... نقد المحقق النائيني
- ٥٣٠..... الإشكال الثاني من المحقق النائيني على الإطلاق المقامي
- ٥٣٢..... نقد المحقق النائيني والسيد الخوئي
- ٥٣٢..... التمسك بالاطلاق على مسلك الآلة وذو الآلة
- ٥٣٣..... نقد مسلك الآلة وذو الآلة
- ٥٣٤..... إشكال عدة من الاكابر على الشيخ

- ٥٣٥ ..... المحتملات في المسبب من الايجاب والقبول
- ٥٣٦ ..... إشكال المحقق الاصفهاني على الشيخ
- تفصيل المحقق الاصفهاني بين ما كان بلسان الإمضاء وما كان بلسان ترتب
- ٥٣٦ ..... الحكم
- ٥٣٧ ..... التمسك بالإطلاق اللفظي بتقريبين
- ٥٣٨ ..... تقريب المحقق الاصفهاني للتمسك بالاطلاق اللفظي
- ٥٣٩ ..... نقد المحقق الاصفهاني
- ٥٤٠ ..... تقريب المحقق الاصفهاني في التمسك بالاطلاق المقامي
- ٥٤٠ ..... نقد على تقريب المحقق الاصفهاني
- ٥٤١ ..... التحقيق في المسألة
- ٥٤٢ ..... التفصيل على القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح
- ٥٤٣ ..... بحث مع العلمين الخوئي والايرواني
- ٥٤٤ ..... نقد السيد الخوئي
- ٥٤٦ ..... البحث في كلام المحقق الايرواني
- ٥٤٧ ..... المطلب الثاني من الايرواني الذي هو مورد للنقد
- ٥٤٧ ..... نقد المحقق الايرواني
- ٥٥١ ..... فهرس