

فهرست کتب



تذکره

فی

شیخ ابوالکاسم

شیخ ابوالکاسم الکاتبی لیسانی و الفقهی و الفقهیین
(الشیخ مرتضیٰ الزمخشری (ره)
علی‌سیراً له کتاب التکلیف

بیتنا

بیتنا
للسیّد محمد علی



نيل المآرب

في

شرح المكاسب

شرح لكتاب المكاسب لأستاذ الفقهاء والمجتهدين

الشيخ مرتضى الأنصاري رحمته الله

على أساس الأهداف التعليمية

الجزء الثامن

بقلم

الشيخ محمود العيداني

سرسناسه	: عبدانى، محمود، ۱۳۳۶ -
عنوان قراردادى	: المكاسب، شرح
عنوان و نام پدیدآور	: نيل المارِب فى شرح المكاسب: محاوله جديده لشرح كتاب المكاسب بطريقه تقدم للطالب بعض/ بقلم محمود العبدانى.
مشخصات نشر	: قم: ریحانه بهامير، ۱۳۳۳ ق. = ۲۰۰۲ م. = ۱۳۸۱ -
شابک	: دوره : 964-7883-58-7 : ج. ۲ : 96-47883-55-2 : ج. ۳ : 978-600-7226-01-8 : ج. ۵ : 978-600-7226-02-5 : ج. ۶ : 978-600-7226-21-6 : ج. ۷ : 978-600-7226-22-3 : ج. ۸ : 978-600-7226-23-0
وضعیت فهرست نویسی	: فيها
پادداشت	: عربى.
پادداشت	: ج. ۲ (جواب اول: ۱۳۳۳ ق. = ۱۳۸۱).
پادداشت	: ج. ۵ و ۲ (جواب اول: ۱۳۳۵ ق. = ۱۳۹۲).
پادداشت	: ج. ۶ الى ۸ (جواب اول: ۱۳۳۷ ق. = ۱۳۹۵).
پادداشت	: ناشر جلد دوم انتشارات نصاب است.
پادداشت	: ناشر جلد چهارم را هشتم، انتشارات العطار است.
پادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: انصارى، مرتضى بن محمدامين، ۱۲۱۲-۱۲۸۱ ق. المكاسب -- تفهيم و تفسير
موضوع	: معاملات (فقه)
شناسه افزوده	: انصارى، مرتضى بن محمدامين، ۱۲۱۲-۱۲۸۱ ق. المكاسب . شرح
رده بندى كنگره	: ۱۲۸۱ ۷۰۲۱۶۸ م/الف/۱/۱۹۷۱ BP
رده بندى ديوى	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره كتابشناسى ملی	: ۸۱-۳۳۵۷۹ م



مَشْرِطَةُ الْعَطَّارِ

ALATTAR PUBLICATION

alattar_pub@hotmail.com

اسم الكتاب : نيل المارِب في شرح المكاسب ج ۸

كتاب البيع : ۲

المؤلف : الشيخ محمود العبدانى

الناشر : العطار .

الطبعة : الأولى ۲۰۰۲ م - ۱۴۲۷ هـ . ق

عدد الصفحات : ۵۰۶ ص - وزيرى

المطبعة : احسان

التريقيم الدولي: ۹۷۸-۶۰۰-۷۲۲۶-۲۲-۰۰

مراكز التوزيع

ایران . قم المقدسة ، النقال 09121519904

العراق . النجف الأشرف ، سوق الحويش ، مؤسسة العطار الثقافية

النتقال 07801581471 ، 07801036008

جميع حقوق الطبع وحفوظة و مسجلة للناشر

All rights reserved

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي يُرِيدُ بِكُمُ الْيُسْرَ
وَيُسِّرُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَإِلَى
هُوَ الْمَصِيرُ

البحث في شروط العقد

[البحث في شروط العقد] ^(١)

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

إعتبار العربية في العقد

تمهيد منهجي تعليمي تعليمي في نقاط

قبل أن ندخل في تفاصيل المسألة التي نحن فيها، أرجو من الأستاذ والطالب أن يقرأ كل منهما ما ذكر فيها بتأمل وصبر، وليصطادا النقاط الثلاثة التي سأتكلم فيها كتمهيد لهذه المسألة قبل أن أدخل في الشرح.

من الواضح مما تقدم: أن النقاط التي أريد التكلم فيها «ثلاثة» في الظاهر الأولي للكلام، ولكنها أبواب يفتح من كل واحد منها الكثير من الأبواب الفنية للبحث، يفتح من كل واحد منها بدورها أبواب متعددة متنوعة، كما مر علينا عمليا في ما مضى من مطالب تناثرت في كل زاوية وإن صغيرة من زوايا هذا الشرح.

مساعدة: النقاط الثلاثة المقصودة يجب أن يطلع عليها المعلم والمتعلم لكي يحققا الهدف المتوخى من الدراسة، وهو حصول تعلم واع فعال مفيد قائم على أساس الأهداف التعليمية المختلفة التي تقدم الكلام فيها. إقرأ، تأمل، فكر، إصطد.

النقطة الأولى: بيان محل الكلام والسؤال المطروح فيه

بعد أن انتهينا - في الجزء السابق - من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف الكلام فيها في خصوص ألفاظ عقد البيع، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم في محله، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث، إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم.

قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تنظم في مواقف ثلاثة، يتكفل كل منها الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين انتهينا من الجواب عن أولهما، وهو ما كان يتناول اعتبار الصراحة والحقيقة في إنشاء عقد البيع لكي يؤثر الملك اللازم.

وتصل النوبة الآن إلى تشخيص الموقف من السؤال الثاني وإيجاد جواب فني عنه، وهو: هل يعتبر لغة خاصة - كالعربية مثلا - في إنشاء عقد البيع لكي يؤثر الملك اللازم، أم يكفي أية لغة من اللغات؟ وبأي دليل؟

هذا هو السؤال المطروح في المقام، تأمل فيه، ثم حاول أن تشخص الطريق إلى الوصول إلى إجابة فنية عنه. أين أنت؟ من أين أتيت؟ إلى أين تريد؟ ما الذي يلزمك في هذه الرحلة؟

النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذه المسألة

لابد - قبل الدخول إلى تفاصيل المسألة التي نحن فيها - أن نشخص الخطوات التي خطاها المصنف فيها للوصول إلى الجواب عن السؤال الفرعي المطروح فيه. والخطوات هي:

الخطوة الأولى: ذكر ثلاثة أدلة على ما ادعي من اعتبار العربية في العقد وردهما أما الدليل الأول، فهو ما يسمى بدليل «التأسي».

وأما الثاني، فهو ما يسمى بدليل «الألوية».

وأما الثالث، فهو دليل المنع من صدق العقد على غير العربي من العقد

الخطوة الثانية: ذكر النتيجة في المقام، وأنها عدم الإعتبار
الخطوة الثالثة: البحث في اعتبار أو عدم اعتبار اللحن من حيث المادة والهيئة
والإعراب لو بنينا على اشتراط العربي، وأن الأقوى ذلك بالدليل.
الخطوة الرابعة: البحث في اعتبار أو عدم اعتبار عربية جميع أجزاء الإيجاب
والقبول، وأن الأقوى هنا هو الاعتبار.
الخطوة الخامسة: البحث في اعتبار أو عدم اعتبار كون المتكلم عالما تفصيلا
بمعنى اللفظ. وأن الظاهر هو الاعتبار.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

وما دنا نريد الفائدة الفنية وتحقيق أكبر قدر من الأهداف المتوخاة من دراسة
هذا الكتاب، فلا مفر أبدا وبأية طريقة من الطرق من عرض الطريقة الفنية
للإستنباط، كما اتضح ذلك عشرات - بل ربما مائة - المرات إلى حد الآن.
بل ما يعطي المطلب والمعلومة طعما ونكهة، وما يضيف على البحث الجاف
حيوية ونشاطا، ليس إلا هذه الطريقة الفنية، وهو ما لمسناه آلاف المرات إلى الآن.
كنت - ولا زلت - أقول دائما: كيف يمكن لشخص ما أن يصبر على تدريس
معلومات جافة لا علاقة للواحدة منها بالأخرى على الظاهر؟! وكيف يمكن أن
نطلب من المتعلم أن يصبر ويفهم ويستفيد ويحلل ويطبق ووو من مجموع
معلومات يدرسها في كتاب المكاسب، وهو - كأستاذه - لا يدري أين يمشي، ولا
من أين أتى، ولا أين يقف أصلا!؟

ومن العجائب طبعاً، أن يستلذ معلم أ، متعلم ما في مرحلة المكاسب مما يذكره
المصنف في هذا الكتاب؟! ذلك أمر لا أتصوره فضلا عن أن أصدقه.

فالطريقة الفنية هي التي تعطي الصورة الكلية للمطلب، وهي التي توضح

الصورة، وهي التي تعلم الأستاذ كيفية التدريس، وتعلم المتعلم كيفية التعلم، وتضع كل جزء من أجزاء الصورة الكلية مكانه الفني المقصود، فتوضح المقاصد، وتبين الأهداف، وتوضع النقاط على الحروف، فلك اللهم الحمد، ولكم أهل البيت الصلوات على ما هدانا الله له من هذه الطريقة.

وعلى أية حال، فالطريقة الفنية للإستنباط في المقام كالتالي:

الأصل يقتضي البطلان في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط؛ فإننا مع إجراء العقد بغير العربية نشك في ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليها، وأصالة الفساد - بركة الإستصحاب - تثبت البطلان، لتصل النوبة إلى العمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية إن جرت، فإنها تقطع العمل بالأصل العملي لتثبت الإكتفاء بغير العربية مهما كانت اللغة، ولكن، وكما كررنا مرات، بشرط انطباق عنوان من العناوين المأخوذة في هذه العمومات والإطلاقات على العقد بغير العربية.

فلو لم تجر هذه العمومات والإطلاقات، كانت النتيجة لو كنا نحن وهذه المرحلة البطلان بمقتضى الأصل العملي الذي لم يقطع العمل به، وأما إذا جرت، فالنتيجة الصحة واللزوم، لنتقل إلى المرحلة الثالثة حيث البحث عن دليل مخصص أو مقيد للعمومات والإطلاقات. فإن لم يكن، كانت الفتوى على طبق المرحلة الثانية، وإن كان، كانت النتيجة لصالح هذا المخصص والمقيد حسب هذه المرحلة من مراحل الاستنباط، لنتقل بعدها إلى المرحلة الرابعة، حيث نبعث عن المعارض للمخصص والمقيد، أي: عن دليل خاص يثبت صحة العقد بغير العربية، فإن لم يكن، كانت النتيجة لصالح المرحلة الثالثة بالتخصيص أو التقييد، وإلا، انتقلنا إلى المرحلة الخامسة من مراحل العملية حيث تشخيص الموقف من عملية التعارض.

[البحث في إعتبار العربية في العقد] ^(١)

مسألة: المحكي عن جماعة، منهم: السيد عميد الدين ^(٢) والفاضل المقداد ^(٣) والمحقق ^(٤) والشهيد ^(٥) الثانيان: إعتبار العربية في العقد؛ للتأسي ^(٦)

تعليم وتعلم فعال

هذه هي الخارطة الكلية لعملية الإستنباط، وعليك أن تشخص ما يلي:

١- متى يتم القول بعدم إعتبار العقد بغير العربية؟

٢- متى يصح القول بإعتبار العربية في العقد؟

حاول الآن أن ترجع إلى ما ذكره المصنف لتوجه الأدلة الثلاثة التي ذكرها البعض لبطلان العقد بغير العربية، وحاول أنت أن تكون مرة إلى جانب من قال بعدم إعتبار العربية في العقد، أي: إلى جانب المصنف ^{تتأ}، وإلى جانب مقابله مرة أخرى.

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

(٢) حكاه عنه الشهيد في حواشيه، على ما في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٢.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ١٨٤، وكنز العرفان ٢: ٧٢.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

(٥) الروضة البهية ٣: ٢٢٥.

(٦) الخطوة الأولى: ثلاثة أدلة على ما ادعي من إعتبار العربية في العقد وردها

الدليل الأول المدعى على إعتبار العربية: التأسي

ولنتكلم هنا في ثلاثة نقاط كالتالي:

النقطة الأولى: تقريب الإستدلال بالدليل

يتألف هذا الدليل الأول من مقدمتين:

الأولى: الكبرى

وهي أن المصدر الثاني للحكم الشرعي هو «السنة» كما تعلمنا في الأصول، وهي تشتمل على قول المعصوم وفعله وتقريره.

وعلى هذا، فيجب على الجميع التأسّي بأفعالهم والإلتزام بها دليلاً حجة كما هو الحال في أقوالهم وتقريراتهم بلا أي فرق، بل صدر الكثير مما يصرح بلزوم الإلتزام بأفعالهم عليهم السلام، من قبيل قوله (ص): «صلوا كما رأيتموني أصلي»، أو: «خذوا مناسككم عني»، وغير ذلك.

الثانية: ولو راجعنا ما صدر منهم عليهم السلام من عقود، لرأينا أنهم جميعاً كانوا ينشئون تلك العقود بالعربية، حتى أنه لم ينقل عن أي منهم الإنشاء بغير العربية على الرغم من تمكنهم من جميع اللغات كما هو اعتقادنا بهم. والنتيجة التي نصل إليها من المقدمتين السابقتين، هي أننا يجب أن ننشئ العقد بالعربية لا غير؛ وذلك لوجوب التأسّي بهم، والإلتزام بما صدر عنهم وإن كان فعلاً لا قولاً.

وقبل أن نتقل إلى الوجهين الثاني والثالث من الأوجه المدعاة على اعتبار العربية، فلنتم الكلام في هذا الدليل الأول، فتكلم في النقطتين الثانية والثالثة التاليتين:

النقطة الثانية: موقع هذا الدليل من مراحل الطريقة الضنية للإستنباط

سألتك قبل أن أدخل في هذا الإستدلال عن موقع الأدلة المدعاة على اعتبار العربية في المقام من عملية الإستنباط ومراحلها، فهل توصلت إلى نتيجة؟ على أية حال، فإن المتمسك بدليل التأسّي، إنما يدعي وجود الدليل المخصص الجاري في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، فهو - على هذا - يعترف بأن العمومات والإطلاقات جارية، وهل تعرف من أين عرفنا هذه المعلومة

الأخيرة، وهي اعترافه بجريان العمومات والإطلاقات؟ عرفنا ذلك لأنه لو لم يعترف بالجريان، لكان تمسك بالأصل العملي، فقد تقدم أنه يثبت عدم صحة العقد بغير العربية، ولما غض النظر عن ذلك الدليل وتمسك بدليل التأسّي.

النقطة الثالثة: الموقف من دليل التأسّي

على الرغم من جمال ما ذكر في تقريب الإستدلال بدليل التأسّي، إلا أنه غير صحيح ولا تام، وذلك لما يأتي:

لا كلام في وجوب التأسّي بهم عليهم السلام؛ فإن أفعالهم حجة كما هو الحال في أقوالهم وتقريراتهم، إلا أن الكلام إنما هو في تفاصيل هذه المسألة وحدودها، ففي أي الأشياء يجب أن نتأسّى بهم عليهم السلام؟ وما هي الشرط اللازم توفرها لوجوب التأسّي؟

الصحيح: أن التأسّي بهم عليهم السلام إنما هو واجب في الأمور التي تصدر عنهم على جهة التشريع لا في جميع أفعالهم، فما صدر عنهم من أفعال وكان المقصود بتلك الأفعال حين صدورها التشريع وبيان الحكم الشرعي، فإن التأسّب بهم حينئذ واجب بلا كلام.

المعلومة المتقدمة، تعني: أن وجوب التأسّي والإقتداء بهم عليهم السلام في فعل من الأفعال، يشترط فيه إحراز كونه حين صدر إنما صدر بهذه الحيثية، وهي التشريع أو بيان الحكم الشرعي، ما يعني - بالتبع - أننا لو شككنا في حيثية صدور أي فعل من الأفعال الصادرة عنهم عليهم السلام، وأنه كان في مقام التشريع أو البيان أو لم يكن كذلك، فإن هذا الشك معناه عدم لزوم التأسّي بهم عليهم السلام في هذا الفعل، وما ذلك إلا لعدم إحراز شرط وجوب التأسّي، وهو الحيثية المتقدمة، ما يعني أيضاً أن على من يريد التمسك بالتأسّي في ما نحن فيه أن يبرز

دليلا على تحقق الحيثية المتقدمة، ما يعني أخيرا، أن من يبطل التمسك بدليل التأسّي، يكفيه أن يشكك في تحقق تلك الحيثية.

نعم، لا يكفي أي تشكيك مهما كانت قيمته كما ذكرنا ذلك غير مرة، بل لا بد من كون التشكيك عقلائيا معتادا به، وهنا، تأتي ضربة المقابل، حيث يدعي أن عدم صدور العقد من أي منهم عليهم السلام بغير العربية يقطع الشك والترديد اللازم للإبطال العمل بدليل التأسّي.

وفي لحظة الانتصار والنشوة هذه التي بدأ المتمسك بدليل التأسّي يشعر بها، وإذا بالضربة القاضية تأتيه من حيث لا يشعر، حيث يسمع أن عدم صدور العقد بغير العربية نفسه يرد عليه ما يرد على سابقه (قضية إحرار الحيثية المتقدمة)؛ حيث لا نحرز أن عدم صدور العقد بغير العربية منهم عليهم السلام بنفسه لا يحرز كونه صادرا لعدم اعتبار غير العربية، بل المحتمل جدا هو أنه إنما لم يصدر عنهم ذلك لأنهم كانوا في محيط عربي، وأن المتعامل معهم عرب يتكلمون العربية لا غير، فأى حاجة إلى غيرها؟!

فإذا بطل الإستدلال بدليل التأسّي، فمعنى هذا أن العمومات والإطلاقات لا تزال جارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط لتثبت صحة العقد بغير العربية؛ إذ هو «بيع» و«عقد» عرفا، ما يعني بالأخير صحة هذا العقد حتى لو لم يكن بالعربية، ومعنى الصحة كما نعرف: ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليها، أي: الملك اللازم. وهو المطلوب كما كنا نقول في درس الهندسة. رحم الله تلك الأيام.

تعليم وتعلم فعالان

١- يا إلهي، يا لها من قصة لذيدة عجيبة، جمعت بين الفن والتفكير

- كما في جامع المقاصد - ولأن^(١) عدم صحته بالعربي الغير الماضي يستلزم

والإستدلال من جهة، وبين الأخلاق من جهة أخرى، فكلها تربية وعضات.
هل تتذكر الأهداف التي أسميناها «الوجدانية» و«العاطفية»، هل رأيت اننا مهتمون بهذا النحو من الأهداف أيضا في هذا الكتاب تعلم، واستفد.
٢- تأمل في ما ذكرناه في رد دليل التأسّي، هل كان ذلك هجوما على كبرى الدليل، أم على صغراه، أن على الإثنين؟

(١)الدليل الثاني المدعى على اعتبار العربية: الأولوية

ولتتكلم في نقاط ثلاثة أيضا كما تكلمنا في الدليل الأول:

النقطة الأولى: تقريب الإستدلال بالدليل

يعتمد الإستدلال بدليل الأولوية على افتراض فرض هو بطلان العقد بالعربي غير الماضي، المسألة التي لم نبحثها نحن بعد، ولكن، مع هذا، فلنقرب الإستدلال في ما نحن فيه بناء على تمامية هذا الفرض:

لو تأملنا الحكم الشرعي ببطلان العقد بالعربي غير الماضي، لوصلنا إلى نتيجة هي بطلان العقد بغير العربية؛ فإن العقل العرفي يحكم - بمجرد ذلك التأمل - بالبطلان في حالة عدم كون العقد باللغة العربية؛ فإن العقد لو حكم عليه بالبطلان بمجرد فقدان خصوصية من خصوصياته (الماضوية) على الرغم من كونه عربيا، فكيف بما لم يكن عربيا من الأساس؟! وإذا كان الشارع قد حكم بالبطلان في ما كان قريبا إلى العربي الماضي، وهو العربي غير الماضي، فمن الولي أن يحكم بذلك في ما كان أبعد منه، وهو غير العربي.

النقطة الثانية: موقع هذا الدليل من مراحل الطريقة الفنية للإستنباط

وفي حالة تمامية هذا الدليل، فإنه سيكون كصاحبه الأول دليلا مخصصا ومقيدا

عدم صحته بغير العربي بطريق أولى.

وفي الوجهين ما لا يخفى.^(١)

وأضعف منهما^(٢): منع صدق العقد على غير العربي.

لعمومات الصحة وإطلاقاتها، ولنفس التوجيه الذي ذكرناه هناك، فلا نعيد.

تعليم فعال

ولكن، يجب أن لا يفوتك - أستاذي الكريم - أن الإستدلال في المقام ليس هو ما نسميه «الأولية» التي عبرنا بها تبعاً لما جاء على لسان المستدلين، وإنما هو في الحقيقة استدلال بذلك الدليل الذي أثبت اعتبار الماضي في العقد؛ إذ الإستدلال بالأولية في المقام في الحقيقة هو استدلال بالدلالة الإلتزامية لذلك الدليل ليس إلا؛ إذ لو كان عندنا دليل خاص في المقام لاستدللنا به كما هو واضح. فلا تنس. وبهذا، يفتح علينا باب إلى تشخيص الموقف من هذا الدليل، أليس كذلك؟

النقطة الثالثة: الموقف من دليل الأولوية

والصحيح: إن هذا الدليل غير تام، لما يلي:

أولاً: هو قائم على أساس بطلان الإنشاء بغير الماضي، وهذا ما لا نقبله كما سيأتي في السؤال الفرعي التالي بإذنه تعالى.

ثانياً: ولو بنينا على اشتراط الماضي وعضضنا النظر عن الإشكال الأول، فإن الأولوية ممنوعة أيضاً؛ فإن الأولوية إنما هي في حصة خاصة من العقد بغير العربي؛ فإن بطلان العقد بالعربي غير الماضي إنما يستلزم البطلان في العقد بغير العربية لو كان بغير الماضي أيضاً ليس إلا، وليس بطلان العقد بغير العربية مطلقاً كما هو المدعى.

(١) من الضعف كما بينا.

(٢) الدليل الثالث المدعى على اعتبار العربية: عدم صدق العقد على غير العربي

ولنتكلم في هذا الدليل في نقاط ثلاثة أيضاً كما تكلمنا في الدليلين السابقين:

النقطة الأولى: تقريب الإستدلال بالدليل

إتضح - حينما بينا الطريقة الفنية للإستنباط قبل الدخول في تفاصيل المسألة التي بين يدينا - أن إثبات اعتبار العربية في العقد يمكن من عدة طرق، منها: ما تقدم في الدليلين المدعين السابقين، من وجود المخصص أو المقيد لعمومات الصحة وإطلاقاتها، بالطريقة التي مرت معنا.

والطريقة الأخرى في المقام، هي التمسك بالأصل العملي الذي يجري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط.

من الواضح طبعاً أن المستدل بالأصل العملي عليه أن يتخطى مسألة وجود دليل محرز على عدم الإعتبار، سواء أكان ذلك الدليل العمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، أم الدليل الخاص الذي قد يوجد في المرحلة الرابعة من مراحل العملية، وهو الدليل الخاص على الصحة.

وحيث أنه لا دليل خاص على الصحة في المرحلة الرابعة، فالجهد هنا يجب أن ينصب على توجيه عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها، وهنا بالضبط، يأتي دور الدليل الثالث على اعتبار العربية؛ حيث يدعي المتمسكون به عدم صدق أي عنوان من العناوين المأخوذة في العمومات والإطلاقات عرفاً على العقد المنشأ بغير العربية.

ففي الحقيقة: الدليل هنا ليس هو ما ذكره المصنف في المقام من عدم صدق «العقد» على العقد المنشأ بغير العربية، وإنما هو الأصل العملي بالطريقة المتقدمة. فلا تتعكف عنك العلامات، ولا تتخطى بكلام هذا أو ذاك، ولا تختلط عليك الأوراق والعناصر الدخيلة في عملية الإستنباط.

النقطة الثانية: موقع هذا الدليل من مراحل الطريقة الفنية للإستنباط

من الكلام المتقدم في تقريب الإستدلال بالدليل، إتضح - بما لا مزيد عليه -

موقع هذا الدليل الثالث من عملية الإستنباط، وإن حقيقته ترجع إلى التمسك بالأصل العملي، وأما عدم صدق عنوان «العقد» على العقد المنشأ بغير العربية، ليس إلا إبطال الدليل المحرز القاطع للعمل بأصالة الفساد؛ إذ هو المرجع في حالة عدم الدليل المحرز كما بينا مرات ومرات ومرات.

النقطة الثالثة: الموقف من الدليل الثالث

باتضح النقطتين المتقدمتين، نكون قد خطونا كثيرا من تشخيص الموقف من الدليل المدعى في المقام؛ إذ ما لم تشخص كيفية جريان الدليل، لن تستطيع أبدا أن تأخذ موقفا فنيا سليما من دليل ما كما اتضح سابقا من خلال تشخيص الموقف من الكثير الكثير من الأدلة التي استعرضناها سابقا.

ولو تأملنا الدليل في ما نحن فيه، لرأينا أن نقطة الإرتكاز فيه هي عدم جريان العمومات والإطلاقات في ما نحن فيه، بتوجيه عدم صدق «العقد» على غير العربي كما تقدم، ما يعني أن الموقف من هذا الدليل يتلخص في الموقف من هذه الدعوى، فكيف نشخص الموقف من هذه الدعوى؟ ومن هو المرجع الذي يرجع إليه هنا ليشخص لنا صدق الدعوى السابقة أو عدم صدقها؟

قلنا مرارا: إن المرجع في جريان أو عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها هو صدق أو عدم صدق العناوين المأخوذة فيها على المسألة محل البحث، كما قلنا أيضا: إن المرجع في الصدق وعدمه هو المتكلم، وهو الشارع، فإن كان قد تدخل وأوضح مقصوده من العنوان، كان المرجع، وإلا، فإن معنى ذلك هو أنه جعل القضية بيد العرف؛ إذ هو يتكلم معهم، وعلى طبق قواعدهم وكلامهم وما يقصدونه من تلك الكلمات كما عرفنا كل ذلك في علم الأصول.

من الواضح أن الشارع لم يتدخل ليوضح المراد من العناوين التي أخذت في

فالأقوى^(١) صحته بغير العربي.

عمومات الصحة وإطلاقاتها، من قبيل «البيع» مثلاً؛ فقد تقدم الدليل على ذلك في بحث «البيع» كما رأينا، ما يعني أن المرجع هو العرف في ما نحن فيه.

ولو سألنا العرف، لقال بضرر قاطع: إن العقد بغير العربي عقد، وبيع، ما يعني جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المقام، ما يعني بالتبع انقطاع العمل بالأصل العملي في المقام.

هذه هي قصة الإستنباط في المقام، وهذا هو تشخيص الموقف منها بصورة فنية هادئة بعيدة عن القال والقال، وعن التهويل، وعن التقصير أو التطويل، فاستفد، وتعلم.

(١) الخطوة الثانية: نتيجة البحث: الأقوى عدم اعتبار العربية

هذه هي الخطوة الثانية من الخطوات التي خطاها المصنف في هذا البحث حسب ما تقدم من فهرسة لخطواته، حيث يذكر النتيجة التي توصل إليها في هذا البحث، وهي عدم اعتبار العربية؛ إذ ببطان الأدلة الثلاثة المتقدمة الذكر على اعتبار العربية، يتضح الموقف النهائي من السؤال المطروح في المقام، فالصحيح: عدم اعتبار العربية، وصحته بأي لغة من اللغات. ولكن، يجب أن ننتبه إلى أن هذا البحث كله إنما هو من حيث أصل اللغة، وأما الخصوصيات الأخرى المأخوذة في تلك اللغة، فلم نتطرق له هنا إلى الآن، فلا تنس، ولا تختلط عليك الأمور.

تَعْلَمُ فَعَالٌ

ولو تأملنا ما قام به المصنف من جهود في ما نحن فيه، لم يعد ذكر أدلة ثلاثة على البطلان، وادعاء أنها كلها ضعيفة، هذا ما قام به المصنف، والذي يؤسف له، أنه لم يتطرق لا من قريب ولا من بعيد إلى أصل الإستدلال، وطريقته الفنية،

وهل^(١) يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة، بناء على اشتراط العربي؟

والدليل على صحة العقد بغير العربي، بل كان كل ذلك منا كما رأيت. وعليه، فالدليل على الصحة في ما نحن فيه كما تبين حسب الطريقة الفنية للإستنباط، إنما هو عمومات الصحة وإطلاقاتها الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، بعد عدم وجود الدليل المخصص أو المقيد في المقام، فالدليل هو هذا، فلا تنس رجاء.

وبالطريقة الفنية للإستنباط، لا بد من الإشكال على المصنف بكثير من الإشكالات، ولأذكر لك واحدا منها، وعليك أن تفكر في غيره، والإشكال هو في تعبير المصنف بما عبر بها بعد أن ضعف الأدلة الثلاثة المدعاة، حيث قال: «الأقوى صحته بغير العربي»؛ إذ كان المفروض أن يقول مثلا: «فالصحيح: عدم اعتبار العربية»، لا أن يعبر بأن «الأقوى». الحقيقة: أنني لم أجد أي توجيه فني لهذا التعبير. والله العالم.

(١) الخطوة الثالثة: البحث في اعتبار أو عدم اعتبار اللحن من حيث المادة

والهيئة والإعراب لو بنينا على اشتراط العربي

ولتوضيح ما جاء في هذه الخطوة بطريقة فنية صحيحة تعليمية، لا بد أن نتكلم طبق النقاط المهمة التالية:

النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث

المسألة محل البحث هي تشخيص الموقف من مسألة اللحن الموجودة في جميع اللغات ومنها اللغة العربية، حيث يقع الخطأ أحيانا في الكلام، والذي له أشكال ثلاثة:

الأول: اللحن من حيث المادة والحروف التي تتشكل منها الكلمة

كما لو أنشأ النكاح بلفظ «جوزتك» بدلا عن «زوجتك»، كما في بعض الدول العربية.

الثاني: اللحن من حيث الهيئة

كما لو فتح باء بعت مثلا أو ضمها.

الثالث: اللحن من حيث الإعراب

كما لو ضم تاء كلمة «بعت» أو فتحها مثلا.

وفي كل هذه الأنحاء من اللحن والخطأ يتجه البحث في صحة العقد وتأثيره الأثر المقصود منه وعدم صحته.

النقطة الثانية: بناء البحث على اعتبار العربية

ولو تأملنا في كلام المصنف، لوجدنا أنه بنى البحث كله على اشتراط العربية، وهي المسألة التي كنا قد وصلنا فيها إلى عدم الإعتبار، ما يفهم منه أن هذه المسألة لن يكون لها مجال فيما لو قلنا بعدم اعتبار العربية.

إلا أن الذي يبدو، هو وجود المجال للمسألة حتى لو قلنا بعدم اعتبار العربية؛ إذ يتجه السؤال نفسه فيما لو أنشأ العقد بالعربي مثلا، وهكذا فيما لو أنشأ العقد بغير لغة ووقع اللحن في تلك اللغة بأي نحو من الأنحاء.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

وأما بالنسبة إلى الطريقة الفنية للإستنباط، فإنها هي التي تقدمت في أصل مسألة اعتبار العربية وعدم اعتبارها، وإنما أعيد الكلام هنا، للتنبيه إلى العناصر الأهم والأكثر حساسية في ما نحن فيه، ولا ننسى أننا نبني على اعتبار العربية، فنقول:

العمومات والإطلاقات تحكم بالصحة في العربي غير الملحون باعتبار أن المنشأ بهذه الطريقة يتيقن من دخوله في هذه العمومات والإطلاقات، فإذا أنشئ

بالعربي الملحون بأي نحو من أنحاء اللحن الثلاثة المتقدمة، فإننا نشك في دخوله في تلك العمومات والإطلاقات، فيتضح أن هذه الحصة الملحونة من العقد العربي لا تزال داخلة تحت سلطان الأصل العملي الذي يجري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط كما سبق، الأمر الذي يعني اشتراط عدم اللحن؛ إذ قلنا سابقاً أن الأصل يقتضي الإشتراط.

هذه هي الطريقة الفنية للإستنباط في المقام، فالقول باشتراط عدم اللحن، والحكم ببطلان العقد العربي الملحون في الحقيقة إنما هو تمسك بالأصل العملي، بعد الشك في دخول الملحون في عمومات الصحة وإطلاقاتها.

النقطة الرابعة: الموقف من الإستدلال المتقدم

ولو تأملنا الإستدلال المتقدم، لاستعنا بكل بساطة أن نبطل ما ورد فيه من توجيه للبطلان؛ إذ أن المرجع في حالة الشك في دخول فرد ما في العموم أو الإطلاق هو العموم والشمول؛ فهذه هي فائدة «العموم» و«الإطلاق»، وهذه هي بركة أصالة العموم وأصالة الإطلاق التي درسناها في الأصول.

والنتيجة: ما دام يصدق على العقد الملحون باللغة العربية أنه «عقد» أو «بيع» فإنه يكون داخلاً تحت عمومات وإطلاقات الصحة في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، ما يعني الحكم بالصحة والنفوذ بعد خروج ذلك عن مقتضى الأصل العملي الذي كان يجري في المرحلة الأولى. فلا تختلط عليك الأوراق رجاء.

النقطة الخامسة: اختصاص البطلان بدليل الأصل

ولو تأملنا كلام المصنف في المقام، لوجدنا أنه بنى اعتبار عدم اللحن بأنحائه الثلاثة على دليل الأصل في اعتبار العربية، ما يفهم منه عدم الاعتبار فيما لو لم نبن على هذا الدليل في اعتبار العربية، كما لو بنينا على غيره مما ورد من أدلة ثلاثة

قبله، تلك الأدلة التي أبطلنا نحن الإستدلال بها على اعتبار العربية. فلنستعرض تلك الأدلة الثلاثة، ولننظر تمامية كلامه **تَبَيَّنَ** هنا أو عدم تماميته، فهل لو بنينا على دليل من تلك الدلة على اعتبار العربية فإننا لا نصل إلى نتيجة هي اعتبار عدم اللحن؟ وبعبارة أخرى: هل غاية ما تثبته تلك الدلة هو أصل العربية، وأما اعتبار أكثر من ذلك، من قبيل ما نحن فيه من عدم اللحن فيها، فلا طاقة لتلك الدلة على إثباته؟

وفي مقام تشخيص الموقف في المقام، لا بد أن نفترض تمامية كل واحد من تلك الأدلة الثلاثة، لتأمل في مقدار سعة كل واحد منها، تعال معي إذن فلنقم بهذا العمل، إنه عمل شيق جدا ما دام قائما على أساس الفن والإختصاص، والأهم من كل ذلك، على أساس الطريقة الفنية للإستنباط.

أولا: دليل التآسي

أما بالنسبة إلى الدليل الأول، فقد كان التآسي بهم عليهم السلام، فما سعة هذا الدليل على فرض تماميته؟

من الواضح أن التآسي بهم كما يقتضي العقد بالعربية فإنه يقتضي عدم اللحن بأي نحو من الأنحاء الثلاثة المتقدمة؛ إذ لم يلحن المعصومون عليهم السلام في عقودهم، ولم يصلنا أي شيء في هذا المجال.

ثانيا: دليل الأولوية

ويمكن القول هنا بما قلناه قبل قليل، من شمول الدليل لأنحاء اللحن؛ فإن غير الماضي بنفسه ليس ملحونا فيه، بل هو جار على قواعد اللغة، فلا هو ملحون من حيث المادة ولا من حيث الهيئة ولا من حيث الإعراب، ومع هذا كله قد منع من إنشاء العقد به، فكيف بما هو ملحون مغلوط؟! فتأمل.

ثالثاً: عدم صدق العقد على غير العربي

وقد قلنا أن مرجح هذا الدليل هو الإستدلال بالأصل العملي، فلماذا لم يشمل المصنف الكلام لهذا الدليل؟ ولماذا خص استدلاله على اعتبار عدم اللحن بما أسماه «لزوم الإقتصار على المتيقن من أسباب النقل» على الرغم من أن الدليلين يرجعان إلى التمسك بالأصل العملي؟ وهل ما قام به من التفريق بين الدليلين صحيح؟

الصحيح: لزوم التفصيل في المقام بين ما لا يصدق عليه عرفاً «العقد» مثلاً من انحاء اللحن الثلاثة وبين غيره، فالحكم بإبطال اللحن في كل حالة يحكم فيها العرف بعدم صدق «العقد» على العقد العربي الملحون، والحكم بعد بطلان العقد في ما لا يحكم العرف فيه بذلك؛ لوضوح شمول الثاني بعمومات الصحة وإطلاقاتها دون الأول، الذي يبقى على أصالة الفساد كما تقدم.

وعلى هذا، فالصحيح هو التفصيل بين الحالات والأدلة، وعدم إطلاق ما ذهب إليه المصنف من تخصيص الحكم ببطلان اللحن بما إذا كان الدليل على اعتبار العربية ما ذكره من «لزوم الإقتصار على المتيقن من أسباب النقل».

النقطة السادسة: تفصيل فخر الدين في المقام

النتيجة التي وصلنا إليها في المقام حسب المصنف والبناء على اعتبار العربية للأصل، هي أن اللحن بكل أنحائه مبطل للعقد؛ إذ جميع مصاديق تلك الأنحاء مشكوكة الدخول في العمومات والإطلاقات كما تقدم، فتبقى تحت مقتضى الأصل العملي القاضي بالبطلان.

إلا أن المحكي عن فخر الدين القول بالتفصيل بين أنحاء اللحن، فالجواز في ما كان من قبيل فتح باء «بعث» والإبطال فيما كان من قبيل «جوّرت» بدل «زوّجت»،

أي: التصحيح في اللحن من حيث الهيئة دون المادة. إلا مع العجز عن التعلم والتوكيل؛ حيث يصح في الثاني أيضا.

ومع أن دليل البطلان في المقام كان يقتضي البطلان في النحويين كما تقدم، إلا أن التفصيل المتقدم لربما كان وجهه هو وجود الفرق بين اللحن في الموردين؛ فإن اللحن في المورد الأول لا يخرج الكلام الملحون عن وضوحه وصراحته، بخلاف المورد الثاني؛ حيث لا يكون الأمر فيه كذلك بعد الفرق بين الكلمة غير الملحونة والكلمة الملحونة كما هو واضح بعد وجود معنى مختلف للملحون «جوزت» عن غير الملحون «زوجت»، فإذا كان الأمر كذلك، كان المورد الأول مما لا يشك في دخوله في عمومات الصحة وإطلاقاتها، ما يعني خروجه عن مقتضى الأصل العملي المقتضي للبطلان، بخلاف المورد الثاني؛ حيث يبقى مشكوك الدخول في العمومات والإطلاقات؛ ما يعني بقاءه على مقتضى الأصل العملي المقتضي للبطلان والفساد كما تقدم.

ولو تأملنا هذا التوجيه الأخير، لوجدنا أنه يقتصر في التصحيح على ما لا يغير المعنى من اللحن، وإلا، كان شأنه شأن اللحن في كلمة «جوزت» من حيث المصير، ففي الحقيقة: التفصيل ليس هو بين اللحن من حيث الهيئة فيصح دون المادة فلا يصح، وإنما هو بين ما لا يغير معنى الكلمة الملحونة فيصح، وما يغيرها، فلا يصح.

بناء على هذه المعلومة الأخيرة، يتضح أن اللغات المحرفة من حيث الهيئة لا يحكم بصحتها على نحو الإطلاق، وإنما الصحيح منها ما لم يغير المعنى، وأما لو غير المعنى، كان مصيره مصير اللحن في المادة المغير للمعنى، كما في «جوزت». قبل أن أترك هذه النقطة، أرى من الإنصاف أن أتكلم فيها عن دليل التفصيل

المذكور هنا، وهو عدم الشك في ما لم يكن مغيرا للمعنى بخلاف غيره، إذ لا بد من طرح هذا السؤال: وما هو المرجع في هذا التفريق الذي كان الأساس في الإختلاف في الحكم بين نحوين من أنحاء اللحن؟

والجواب: هو العرف طبعاً، فالعرف هو الذي أخرج هذه الحصة «اللحن غير المغير للمعنى» عن الشك في الدخول في عمومات الصحة وإطلاقاتها دون تلك الحصة (اللحن المغير).

هل لاحظت أهمية الفهم العرفي والإستعمالات العرفية وسعة المعنى العرفي؟

النقطة السابعة: موقف المصنف في المقام

وأما موقف المصنف من مسألة اللحن كلها، فقد اتضح من كلامه السابق أول هذه المسألة، فقد بناها على القول ببطلان العقد بغير العربية، وهي النتيجة التي يلم يقبلها، ولكن، هل معنى هذا أنه يقبل اللحن بكل أنحاءه؟ وهل هناك تلازم بين عدم اعتبار العربية وبين القول بصحة العقد حتى مع اللحن؟

الصحيح: ليس الأمر كذلك أبداً؛ فالمصنف حينما بنى المسألة على اعتبار العربية، لم يكن معنى ذلك أبداً أنه يقول بالصحة في حالة اللحن، بل الصحيح عنده قدس سره الشريف هو التفصيل الذي تقدم عن فخر الدين؛ إذ أننا عندما نقول لا يعتبر العربية، فليس معنى ذلك أن يتكلم الإنسان بما شاء من ألفاظ بالعربية، لوضوح عدم الملازمة بين الأمرين، بل اللازم الوقوف على ما اشترطناه سابقاً من شروط، والتي كان منها الصراحة بالمعنى الذي وصلنا إليه بعد البحث والتحقيق، وهو ما يدل على المقصود بوضوح بالوضع أو بما يرجع إلى الوضع، أي: بالقرينة الوضعية، فهذا ما لا نتنازل عنه هنا أيضاً.

المعلومة الأخيرة، معناها لزوم عدم لحن مغير للمعنى في اللغة التي يستعملها

الأقوى ذلك؛ بناء على أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل، وكذا اللحن في الإعراب.

وحكي عن فخر الدين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» - بفتح الباء - وبين ما لو قال: «جوزتك» بدل «زوجتك»، فصحح الأول دون الثاني إلا مع العجز عن التعلم والتوكيل. ^(١)

ولعله ^(٢) لعدم معنى صحيح في الأول إلا البيع ^(٣)، بخلاف التجويز، فإن له معنى آخر، فاستعماله في التزويج غير جائز ^(٤).

ومنه ^(٥) يظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى. ثم ^(٦) هل المعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول، كالثمن والمثمن، أم

المتعاقدان كما هو واضح، فانتبه، ولا تته في زحمة عملية الإستنباط والبحث والتحقيق.

(١) حكاة الشهيد عن فخر الدين على ما في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٣.

(٢) أي: لعل وجه التفصيل المتقدم عن فخر الدين.

(٣) فيبقى ريحا فيه بالمعنى المطلوب من الصراحة.

(٤) لعدم ظهوره وصراحته في المعنى المقصود، وهو النكاح والتزويج.

(٥) أي: من وجه التفصيل الذي ذكرناه لتوجيه كلام فخر الدين.

(٦) إعتبار عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول

لا زال الكلام هنا بناء على اعتبار العربية في العقد، وهو ما لم يقد عليه دليل معتبر كما قلنا، فهل يعتبر عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول، أم أن المعتبر كلمة «بع» أو ما قبلنا إنشاء البيع بع من الأفاظ المتقدمة، وأما غيرها، فيجوز أن يكون بأية لغة من اللغات المعروفة عند المخطب؟

السؤال لا ينجصر بألفاظ الإيجاب طبعاً، بل يشمل ألفاظ القبول أيضاً بناء على عدم الإكتفاء بكلمة «قبلت»، ولزوم التلفظ بالصيغة كاملة.

تعليم وتعلم فعالان

ما هي الطريقة الفنية للإستنباط في المقام يا ترى؟ هل تعرفها؟ هل تعرف ما هي نقطة الإرتكاز في استنباط حكم المسألة محل البحث؟ تأمل. وليكن ذلك حسب ما تعلمته من الطريقة الفنية للإستنباط.

الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

الطريقة في المقام هي الطريقة التي تقدمت في تشخيص الموقف من اشتراط العربية أو عدم اشتراطها.

وأما بالنسبة إلى نقطة الإرتكاز في بناء هذه الطريقة في ما نحن فيه، فإنه الرجوع إلى دليل اشتراط العربية، ثم التأمل في مدى سعته وضيقة، فإن كان يشمل كل كلمة من كلمات الإيجاب والقبول، أفتيينا به، وإلا، اقتصرنا على ما شمله، ليبقى الباقي حتى لو كان من اللغات الأخرى مشمولاً لعمومات الصحة وإطلاقاتها الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط.

من الواضح أن الكلام المتقدم قائم على أساس انطباق عنوان «العقد» أو «البيع» أو غير هذين العنوانية من العناوين الواردة في عمومات الصحة وإطلاقاتها على ما أنشئ مركبا من العربية وغيرها، لكي تشمل هذه العمومات والإطلاقات.

تعلم فعال

ما تقدم من الطريقة الفنية للإستنباط، وتوضيح نقطة الإرتكاز فيه بالنحو المتقدم، يوضح لنا بما لا مزيد عليه الجواب عن أسئلة كثيرة يمكن أن توجه لنا في مجال المسألة محل البحث، فعلى سبيل المثال: لو أنشأ البائع العقد بالعربية،

يكفي عربية الصيغة الدالة على إنشاء الإيجاب والقبول، حتى لو قال: «بعتك
اين كتاب را به ده درهم» كفى؟

الأقوى^(١) هو الأول؛ لأن غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام.

فقبل المشتري بغيرها، فهل يصح العقد حينئذ؟

أعتقد أن الجواب صار واضحا، أجب، ولا تخف، توكل على الله.

(١)الأقوى اعتبار جميع أجزاء الصيغة

ما يذكره المصنف هنا، هو أنه يعتبر جميع أجزاء الإيجاب والقبول. وأما ما
يقدمه دليلا على ذلك، فهو أن غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام،
وما لم يذكر في الكلام، فسيبقى الكلام غير مفهوم ولا معروف، ما يعني بالأخير
عدم تمامية أحد ركني العقد، أعني: الإبراز المتكون من الإيجاب والقبول.

هذا ما ذكره المصنف دليلا على ما اعتبره الأقوى، وهو اعتبار جميع أجزاء
الصيغة، وعدم الإكتفاء بعربية الصيغة الدالة على الإيجاب والقبول، ولو تأملنا في
هذا الإستدلال، فهل يمكن تشخيص الدليل الذي قام عليه؟

كان عندنا أربعة من الأدلة التي تمسك البعض بها لإثبات العربية: التآسي،
والأولوية، ومنع صدق العقد على غير العربي، وأخيرا: لزوم الإقتصار على المتيقن
من أسباب النقل، والظاهر أنه بأي دليل أخذنا من هذه الدلة الأربعة، فإنه يوصلنا
إلى النتيجة التي وصل إليها المصنف.

من الواضح أن هذه النتيجة تتوقف على شمول الأدلة الأربعة للمسألة محل
البحث، ويكفي في ذلك أن يشمل واحد من تلك الأدلة ما نحن فيه، لتكون
النتيجة هي النتيجة.

يمكن التفصيل ومزيد البيان هنا طبعاً، ولكم أحببت أن أفصل هنا وأزيد؛ فإن

نعم^(١)، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب - كما لا يجب في القبول -

الكلام الفني التعليمي لا يشبع منه كما يعبون، إلا أننا بحاجة إلى الوقت والجهد لنبذله على غيرها، فإن العمر يمضي، والفرص تمر مر السحاب، كما أننا نعتمد في ذلك على الكم الكبير الذي قدمناه من الطريقة الفنية للإستنباط وفتياتها، والحر تكفيه الإشارة.

(١) من الواضح أن المسألة المتقدمة بالنتيجة المتقدمة مبنية على مجموعة من المباني تقدم بعضها، كاعتبار العربية في العقد، وكالمسألة التي نحن فيه، وهي لزوم ذكر متعلقات الإيجاب (لو كان البحث في الإيجاب)، وجميع متعلقات القبول (لو كان الكلام في القبول) باللفظ، وعدم الإكتفاء بتشخيصها وانفهامها بغيره، كالإشارة مثلا، وإلا، لكانت النتيجة عدم اعتبار عربية جميع أجزاء الإنشاء كما هو واضح؛ إذ أن اللفظ غير العربي وإن كان كالمعدوم كما تقدم في الإستدلال المتقدم، إلا أنه كالمعدوم من حيث هو «لفظ»، وأما من حيث غيره من أدوات التفهيم والتشخيص للمراد، فإنه ليس كذلك قطعا، فهو ليس بأقل من الإشارة في هذا المقام.

وعليه، فلو بنينا على عدم اعتبار اللفظ في فهم وتشخيص غير صيغة الإيجاب والقبول، لكانت النتيجة عدم اعتبار العربية في جميع أجزاء الإنشاء، وكفاية غيرها من اللغات.

تعليم وتعلم فعالان

تأمل في ما قلناه أخيرا، ألا تشعر أنه خروج عن محل البحث؟
كان الكلام مبنيا على اعتبار العربية، ما يعني أننا افترضنا أمرا هو اعتبار اللفظ، وإذا بنا أخيرا تنازلنا عن ذلك، واكتفينا بغيره، فهو في الحقيقة خروج عن محل البحث، ومن باب السالبة بانتفاء الموضوع كما يقولون؛ إذ أن اللفظ غير لازم، ما

واكتفى بانفهامها ولو من غير اللفظ، صح الوجه الثاني^(١)، لكن الشهيد رحمه الله في غاية المراد - في مسألة تقديم القبول - نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب^(٢).

يعني أنه لا يعتبر العربية من باب عدم لزوم اللغة من الأساس. ما رأيك أنت؟
(١) وفي نسخة أخرى للكتاب: «الأول»، والظاهر أن الكلمة وردت في النسخة الأصلية هكذا؛ فإن الفاضل المامقاني قال - بعد أن أثبتها - : الظاهر هو «الثاني» بدل «الأول»، وكأنه سهو من قلم الناسخ. وقال الشهيد: أقول: الصواب «الثاني» بدل «الأول» كما لا يخفى، أنظر: غاية الآمال: ٢٣٩، و(هداية الطالب): ١٩١.
(٢) أي: ذكرهما باللفظ، لا مجرد ذكرهما بأية طريقة كانت. أنظر غاية المراد: ٨٠.

تعليم وتعلم فعالان

من الواضح أنه لا بد من سؤال الشهيد عن دليل ما ذهب إليه. وهل تعرف الطريقة التي لا بد للشهيد من اتباعها للوصول إلى ما وصل إليه؟ وهل تعرف الضوابط التي لا بد من محاكمة الشهيد على طبقها في المقام؟
نعم، هي الطريقة الفنية للإستنباط المتقدمة؛ فلا بد للشهيد من توجيه واحد من الأدلة الأربعة المتقدمة لكي يتمسك به في المقام، وعليه، فنحن نعلم بما يجب على الآخر إبرازه، كما أننا نعرف كيف نحاكم ذلك الدليل الذي ينوي المقابل إبرازه.
المطلوب منك الآن: أن تأخذ كل واحد من الأدلة الأربعة المتقدمة، وتفترض أن الشهيد تمسك به في المقام، لتجري محاكمة عادلة له. يَنْبَغُ في ما اتخذته من موقف في ما نحن فيه طبقاً للضوابط الفنية الموضوعية، وبعيدا عن كل تحيز أو جهل.
وأعود لأقول: لكم كنت أحب أن أفصل وأبين لك ما نحن فيه، فهو لذيذ وشهي للغاية، ولكن، لا وقت، وأنت جدير بالإعتماد. توكل على الله.

ثم^(١) إنه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ، بأن يكون

(١) هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ؟

تمهيد منهجي في نقاط

قبل الدخول إلى تفاصيل المسألة، لا بد من الكلام في بعض النقاط المهمة،
كتمهيد لما نحن فيه من البحث:

النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث والسؤال المطروح فيها

لازلنا في مسألة اشتراط العربية في العقد ليؤثر الملك اللازم؛ إذ لا بد من
البحث في المسألة من كل زواياها، والوصول إلى الموقف الشرعي من كل تفصيل
من تفاصيلها.

وبعد أن انتهينا من الزاوية السابقة، وهي مسألة اللحن في الكلام بأبعائه الثلاثة
المختلفة، كان من اللازم البحث في ما نحن من تفصيل في العربية، وهو مسألة
معرفة مضمون اللفظ الذي يتكلم به المنشئ للعقد؛ إذ هنا ثلاثة حالات:

الأولى: أن يلتفت المنشئ بالتفصيل إلى معنى الصيغة التي ينشئ بها العقد،
بمعنى: أنه واقف تفصيلا على وقوع أي جزء من الجملة ومن الكلمة التي يلفظ
بها بازاء أي جزء من معناها.

الثانية: أن يلتفت المنشئ إجمالاً إلى معنى الصيغة التي ينشئ بها العقد، بمعنى:
أنه لا يلتفت تفصيلاً إلى وقوع أي جزء منها بازاء أي جزء من معناها، كما يتفق
ذلك غالباً في غير العارف باللغة العربية؛ بل حتى للعارف بها أحياناً؛ فانه يلتفت
إجمالاً إلى معنى جملة خاصة عربية، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفية الدلالة فيها،
ومقابلة أي جزء من تلك الجملة لأي جزء من معناها.

الثالثة: أن يكون المنشئ جاهلاً بمضمون الصيغة بالكامل، ولا يكون عالماً به،

لا إجمالاً، ولا تفصيلاً. فيمكن أن يتلفظ بلفظ عربي، من قبيل «ماء» مثلاً وهو يقصد معنى آخر لا علاقة له بمعنى هذه الكلمة، كالبيع على سبيل المثال.

ولا شك في وقوع العقد وصحته فيما لو أوقع على طبق الحالة الأولى، كما لا شك في عدم صحة العقد ونفوذه لو أنشئ طبق الحالة الثالثة، ويبقى الكلام كله في الحالة الثانية من الحالات الثلاثة المتقدمة، فهل يصح البيع فيها ويؤثر الملك اللازم، أم أنه لا يصح ولا يؤثر الأثر المقصود من المعاملة؟

النقطة الثانية: عدم اختصاص المسألة باعتبار العربية

من الواضح أن المسألة التي نحن فيها، والسؤال المتقدم المطروح في المقام، لا يخص باعتبار العربية في العقد؛ إذ تصور أننا لم نشترط العربية واكتفينا بالفارسية أو الفرنسية مثلاً، أفلا يرد السؤال المتقدم في هذه الحالة أيضاً؟ بل يرد قطعاً.

وأما ما قد يتوهم من بناء المصنف المسألة على اعتبار العربية، فإنما هو توهم أولي ابتدائي ناشي من المكان الذي طرح فيه المصنف هذا البحث والسؤال لا غير.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

وأما بالنسبة إلى الطريقة الفنية للإستنباط في المقام، فهي ما تقدم في قبلها من الفروع التي نحن فيها؛ فإن الإنطلاق من الأصل العملي الذي يقتضي البطلان في غير الحالة الأولى من الحالات الثلاثة المتقدمة؛ إذ لو أنشئ طبق الحالة الثانية، فإننا نشك في ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليها، والإستصحاب يقتضي بقاء ما كان كما قدمنا مرات ومرات.

وأما العمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، فإنها لا تجري إلا إذا انطبق عنوان من العناوين المأخوذة فيها على العقد المنشأ على طبق الحالة الثانية، وهي حالة العلم الإجمالي بالمعاني كما تقدم في

النقطة الأولى.

فإن قلنا بعدم انطباق أي عنوان من العناوين المأخوذة على العقد لأي سبب من الأسباب، فمعنى ذلك أن العقد في ما نحن فيه غير صحيح، فلا يؤثر الملك اللازم، بعد بقاء الحالة على ما كانت عليه بمقتضى الأصل العملي.

وأما إن قلنا بجريان العمومات والإطلاقات في المقام، وصلنا إلى المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، حيث البحث عن الدليل المخصص والمقيد.

فإن لم يكن دليل من هذا القبيل، كانت الفتوى على طبق المرحلة المتقدمة، وأما إن كان، من قبيل بعض ما تقدم من أدلة مرت علينا في اشتراط العربية في العقد مثلاً؛ إذ قد يدعى جريانها في المقام، كانت النتيجة البطلان؛ للتخصيص والتقيد؛ بمعنى اشتراط العلم التفصيلي بمعنى الكلام الصادر عن المتعاقدين.

هذا لو كنا نحن وهذه المرحلة؛ إذ يلزم البحث عن دليل في المرحلة الرابعة معارض لهذه الأدلة كما مر علينا.

فإن لم يكن، كانت الفتوى طبق المخصص والمقيد، وإلا، وقعت المعارضة التي لا بد من تشخيص نتيجتها في المرحلة الخامسة من مراحل عملية الإستنباط.

هذه هي الطريقة الفنية للإستنباط في المقام، فانتبه.

كما لا بد من الإلتباه إلى أمر مهم آخر في المقام يرتبط بالطريقة الفنية للإستنباط، وله علاقة أيضا بما قدمناه في إحدى النقاط المتقدمة، وهي عدم توقف المسألة على القول باشتراط العربية؛ حيث لا بد من الإشارة هنا إلى لزوم أخذ عنصر آخر من العناصر الدخيلة في عملية الإستنباط بناء على هذه الحالة، وهو لزوم وجود ما يبرز الاعتبار النفساني من قبل المتعاقدين، وهو الركن الذي أشرنا له في بيان حقيقة البيع؛ حيث قلنا بأن العقد مكون من ركنين: أحدهما الاعتبار

النفساني، وهو ما أسميناه بالمبرز (بافتح)، والآخر ما يبرز ذلك الاعتبار النفساني إلى العلن، بناء على نظرية الإبراز، وهو اللفظ في ما نحن فيه.

العنصر المتقدم عنصر غاية في الأهمية؛ حيث أنه هو الذي كان محل البحث والتحقيق في المعاطاة، وهو البطل في ما نحن فيه أيضاً؛ حيث البحث في خصوصياته فيما لو كان لفظاً.

وأما أهمية هذا العنصر، فتكمن في أنه ركن المعاملة كما قلنا، وهو ما يعني انعدام المعاملة من الأساس بانعدام هذا الركن، ما يعني أنه عنصر مؤثر في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط؛ إذ لا «عقد»، ولا «بيع»، ولا «تجارة عن تراض»، ولا أي عنوان من العناوين المأخوذة في عمومات الصحة وإطلاقاتها بفقد هذا الركن كما هو واضح.

وبإتضح ما تقدم، يتضح الوجه في ما ادعيناه من عدم ابتناء البحث في ما نحن فيه على اشتراط العربية؛ إذ لو لم نشترطها واكتفينا بالفرنسية مثلاً، يتجه البحث حينئذ في خصوصيات اللفظ الفرنسي المؤثر في الملك اللازم، فهل يشترط علم المتكلم بالفرنسية بالتفصيل بما يتلفظ به من كلام، أم يكفي العلم الإجمالي؟

وعلى العموم، فإننا سنتكلم تبعاً للمصنف تذ، حيث محل البحث لديه هو اللغة العربية، ويمكنك أن تطبق ما جاء على لسانه تذ على غيرها من اللغات.

وقد ذهب المصنف إلى أن الظاهر هو لزوم العلم التفصيلي؛ بتوجيه: أن الأدلة اشترطت «العربية» في الإنشاء، وعليه، فإن السؤال الذي يطرح حينئذ هو عن انطباق هذا العنوان، أعني: «إنشاء العقد بالعربية» على ما يقع بدون العلم التفصيلي، وهذا أمر مرجعه العرف وأهل اللغة أيضاً كما هو واضح.

ولو رجعنا إلى مرجعنا في المقام والكلام للمصنف تذ - لحكم بأن عربية الكلام

ليست بما ينطق به بأي حالة كانت، فالعربية ليست بمجرد التلفظ بالكلمات العربية، وإنما بالنطق مع القصد، أي: بقصد المعنى الموضوع له اللفظ من قبل أهل اللغة. فعلى سبيل المثال، لو قال القائل: «البصرة جميلة»، فإنه لا يقال لهذا القائل أنه تكلم بالعربية إلا إذا كان عالما بمعنى الكلمتين، عارفا بما وضعت له كل منهما من معنى، مميزا بينهما، وإلا، كان حاله حال الآلة التي تتلفظ بالكلمات بدون أن تعلم أي شيء عنها.

فإذا لم يصدق على المتكلم في ما نحن فيه أنه تكلم بالعربية، فهذا يعني أن شرط «العربية» الثابت بالأدلة الأربعة المتقدمة لم يتحقق، ما يعني بطلان العقد كما قلنا قبل ذلك.

وما نلاحظه هنا، هو أن تمام هذا الصرح العالي من الإستدلال في المقام، نقطة الإرتكاز فيه هي حكم العرف المتقدم، وهذا ما سيفتح الباب أمام مسألة سنذكرها بعد قليل. فانتظر.

تعليم فعال

هذا لو اشترطنا العربية في العقد، وأما إذا لم نشترط ذلك، وهكذا بالنسبة إلى غيرها من اللغات، فإن تقريب الدليل السابق لن يختلف كثيرا، حيث يقال بأن «المبرز» (بالكسر) لا يتحقق إلا بالعلم التفصيلي، وعليه، فلا «عقد» من الأساس لكي تشمل العمومات والإطلاقات، ما يعني بالتبع البطلان واشتراط العلم التفصيلي؛ حيث لا زلنا - حينها - تحت رحمة الأصل العملي الذي يثبت البطلان والإشترط كما قلنا مرارا.

وبهذا، يتضح الفرق بين ما إذا قلنا باشتراط العربية وبين ما لو لم نقل بذلك؛ فإن النتيجة وإن كانت واحدة كما رأينا، إلا أن الطريق إلى تلك النتيجة كان مختلفا

فارقا بين معنى «بعت» و «أبيع» و «أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟

الظاهر هو الأول؛ لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام^(١)، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم وأدى المطلوب على طبق لسان العرب، إلا إذا ميز بين معنى «بعت» و «أبيع» و «أوجدت

على بعض المباني.

كما أن النتيجة قد تختلف من الأساس على بعض الافتراضات والحالات، ولأطبق لك ما تقدم في حالة من هذه الحالات:

لو قلنا مثلا بأن العرف يحكم على ما صدر بعلم إجمالي لا تفصيلي بالمعاني والكلمات بأنه كلام بالعربية، فإن معنى ذلك هو أن أدلة اشتراط العربية لن تبطل هذا العقد من هذه الجهة بعد كونه عربيا، إلا أن دليل اعتبار المبرز (بالكسر) سيبقى حيا فاعلا؛ حيث يؤثر البطلان بعد عدم شمول العمومات والإطلاقات لمحل البحث.

نعم، بعض أدلة اشتراط العربية كان يتكلم عن «عدم تحقق عنوان العقد» على غير العربي، ما يعني أنه لو بنينا على هذا الدليل في الاشتراط، فإن النتيجة والطريقة هي هي في المسألتين، أعني: اشتراط العربية وعدم اشتراطها؛ حيث أن المرجع في الحاليتين الأصل العملي الحاكم بالبطلان.

إلا أن الكلام كل الكلام في ما ذهب إليه المصنف اعتمادا على العرف، من عدم انطباق الكلام العربي على غير العالم تفصيلا بالمعاني وإن كان عنده علم إجمالي بها، فهل هذا صحيح بنظرك؟

(١) ومجرد التلفظ بالألفاظ العربية.

البيع» وغيرها.

بل على هذا^(١) لا يكفي معرفة أن «بعت» مرادف لقوله: «فروختم»، حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميز بين «بعتك» و «بعت» - بالضم - و «بعت» - بفتح التاء - فلا ينبغي ترك الاحتياط وإن^(٢) كان في تعيينه

(١) التوجيه لاشتراط العلم التفصيلي؛ حيث يجري في هذه الحالة أيضا..

(٢) في تعيين الإحتياط في التفاصيل الدقيقة نظر

قلنا: إن نقطة الإرتكاز في صرح اشتراط العلم التفصيلي هي حكم العرف بعدم «الكلام العربي» على غير العالم بالتفصيل وإن كان عالما بالإجمال.

معرفتنا بأن نقطة الإرتكاز في الإستدلال في المقام هي ما تقدم، يضع إصبعا على مكمن الهجوم على من يذهب إلى اشتراط العلم التفصيلي في المقام، بمعنى أننا يمكن أن نهجم على أصل القول باشتراط العلم التفصيلي من هذه النقطة بالتحديد؛ حيث نشكك في حكم العرف الذي كان نقطة الإرتكاز.

كما أنه يضع إصبعا أيضا على مكمن الهجوم لا على أصل اشتراط العلم التفصيلي كما كان الأمر قبل قليل، بل على شيء آخر أيضا، وهو سعة وضيق هذا الإشتراط، وهو ما نحن فيه الآن؛ حيث يشكك في سعة الحكم السابق بحيث يشمل حتى الحالة الأخيرة المذكورة من قبل المصنف، وهي حالة العلم بالتفصيلات الدقيقة للكلام وأجزائه.

تعليم فعال

دعنا لا نترك هذا الفرع من فروع البحث بدون تعليم فعال، ولتعرض هنا إلى

مسألتين:

المسألة الأولى: رأينا النتيجة التي توصل إليها المصنف تتل في ما نحن فيه،

وهي عدم تعين الإحتياط في المقام، ومن حقنا أن نطرح سؤالاً عن وجه عدم التعين ذلك، بل عن وجه الإحتياط من الأساس.

فكر معي بكلامي التالي:

حكم العرف بعدم العربية في ما نحن فيه بالسعة التي نتكلم عنها إما أن يكون محرزا، فلا احتياط، بل لا بد من الفتوى بالاشتراط ولزوم العلم التفصيلي، وإما أن لا يكون محرزا، وهو ما يشمل حالتي إحراز عدم الحكم والشك به.

فإن كان يحرز عدم الحكم، فإن الفتوى حينئذ عدم الإشتراط بالسعة التي نتكلم عنها، لعدم شمول أدلة الاشتراط لمحل البحث.

فلا يبقى في المقام إلا حالة الشك، وعدم إحراز الحكم بعدم عربية الكلام الصادر لا عن علم تفصيلي بالسعة التي نتكلم عنها، لا سلبا ولا إيجابا كما يعبرون، ولا شك في أن المرجع في مثل هذه الحالة هي الاشتراط، فإننا لو شككنا في تحقق شرط الصحة وعدم تحققه، وبعبارة أخرى: في تحقق شرط العربية (بناء على اشتراطها)، أو في تحقق «المبرز» (بالكسر) المعتبر، فلا جرم أن الحكم حينئذ هو البطلان، واشتراط العلم التفصيلي، وذلك لبقاء مرجعية الدليل المقتضي للإشتراط، سواء أكان الأصل العملي كما وجهناه قبل ذلك، أم أدلة اشتراط العربية، كما تقدم تقريباها.

فكر في الكلام المتقدم، وحاول أن تبدي رأيك فيه.

المسألة الثانية: تقدمت الطريقة الفنية للإستنباط في ما نحن فيه، وما أفرزته من نتيجة، والمطلوب الآن أن نفرض وجود عنصر جديد يدخل ساحة الإستنباط في ما نحن فيه، وهو ما ذكره السيد الخوئي رحمته في تقريرات بحثه حيث يقول: «أما عوام الناس - حتى العارفين باللغات - فلا يلتفتون إلى خصوصياتها على الكيفية

نظر، ولذا نص بعض^(١) على عدمه.

المتقدمة، ومع ذلك ينشؤون بها العقود والايقاعات، ولا ريب أن هذا متعارف بينهم قديما وحديثا، ولم يثبت عنه ردع في الشريعة المقدسة وإلا لظهر وبان، وصار من الامور الواضحة، ضرورة ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضرورية التي اتضح حكمها في الشريعة المقدسة كالصوم والصلاة والحج وأمثالها». (مصباح الفقاهة ٣: ٣٩-٤٠)

المطلوب: التأمل في الكلام المتقدم عنه نكتُ، ومحاولة ما يلي:

١- تقريب الإستدلال المتقدم حسب القواعد الأصولية التي تعلمناها في علم الأصول. مع تشخيص نقطة الإرتكاز التي يقوم عليها ذلك الإستدلال.

٢- تشخيص محل الإستدلال المتقدم من عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية التي تعلمناها.

٣- إفتراض أن الدليل المتقدم كان تاما، فما الذي سيؤثره ذلك في عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية لها؟ وفي النتيجة النهائية لهذه العملية بصورة فنية؟

إبن المحاولة رقم (٣) على تمامية أدلة اشتراط العربية في العقد مرة، وعلى عدم تمامية تلك الأدلة مرة أخرى.

(١) لم نعثر عليه.

(١) [البحث في إعتبار الماضوية في العقد]

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

البحث في إعتبار الماضوية في العقد

النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث ومحلله والسؤال الفرعي فيه

بعد أن انتهينا من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف الكلام فيها في خصوص ألفاظ العقد، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث، إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم.

قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تتنظم في مواقف ثلاثة، يتكفل كل منها الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين انتهينا من الجواب عن أولهما، وهو ما كان يتناول اعتبار الصراحة والحقيقة في إنشاء عقد البيع لكي يؤثر الملك اللازم.

كما انتهينا من تشخيص الموقف من السؤال الثاني وإيجاد جواب فني عنه، وهو: هل يعتبر لغة خاصة - كالعربية مثلا - في إنشاء عقد البيع لكي يؤثر الملك اللازم، أم يكفي أية لغة من اللغات؟ وبأي دليل؟

وتصل النوبة الآن إلى الموقف الثاني، حيث البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة الإفرادية، أي: هيئة الإيجاب

لوحده، وهيئة القبول لوحدها، في قبال ما سيأتي في الموقف الثالث، حيث البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة التركيبية، أي: الهيئة المركبة من الإيجاب والقبول كليهما.

والسؤال الفرعي المطروح في هذا الموقف الثاني، هو:

هل يشترط في اللفظ المؤثر للملك اللازم في البيع الماضية، أم يكفي دلالاته على الإنشاء ولو بغير الماضي؟

النقطة الثانية: خطوات المصنف في المسألة

ولو تأملنا كلمات المصنف ^{تتأخر}، لرأيناها تنتظم في الخطوات التالية:

الخطوة الأولى: ذكر الرأي الأول في المسألة، هو المشهور، بل المجمع عليه على ما في التذكرة، وهو اشتراط الماضية في العقد، وذكر الأدلة على ذلك، وهي هذا الإجماع، وعدم صراحة غير الماضي، وكون الإنشاء بغيره خلاف المتعارف.

الخطوة الثانية: ذكر الرأي الثاني في المسألة، وهو عدم اشتراط الماضية، وذكر الأدلة على هذا الرأي، وهي: عمومات الصحة وإطلاقاتها، وما دل في بيع الآبق واللبن في الضرع: من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دل عليه في النكاح.

الخطوة الثالثة: ترجيح عدم الإشتراط لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينة المقام.

الخطوة الرابعة: الأمر بالتأمل في الترجيح.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

ليس بعد ما ذكرناه مرارا في المقام من طريقة فنية أخرى للإستنباط، وإنما نفرد لهذه النقطة كلاما لكي نضع العناصر التي تدخل في التفاعل الإستدلالي مكانها من مراحل عملية الإستنباط، فيتضح المطلوب من كل واحد من هذه العناصر من تأثير

من جهة، ولكي نكون على بصيرة من أمرنا ونحن نتخذ الموقف النهائي من الإجابة على السؤال المطروح في ما نحن فيه من جهة أخرى.

الأصل العملي يقتضي البطلان، بمعنى أنه يقتضي اشتراط الشرط المشكوك فيه في المسألة محل البحث، وهو الماضيوية؛ فإننا لو أجرينا العقد بغير الماضي، لشككنا في ترتب الأثر المقصود منه (وهو الملك اللازم) عليه، والأصل يقتضي عدم الترتب.

والأصل ليس بحجة إلا إذا لم تجر العمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، فهل تجري في ما نحن فيه بحيث ينطبق العناوين المأخوذة فيها على العقد المنشأ بغير الماضي؟

هنا بالضبط يأتي دور الأدلة المطروحة لإثبات الإشتراط؛ فإن المطلوب منها عند مدعيها هو إبطال جريان العمومات والإطلاقات، بأحد تقريبين اعتمادا على النوعين المطروحين من هذه الأدلة، فإنها بالنوعين التاليين:

الأول: أدلة اشتراط الصراحة، وهي ما تقدم من أدلة في بحث اشتراط الصراحة في الفاظ العقد، من دليل العلامة ^{تتضمن}، حيث ادعى عدم انعقاد العقد لأن المخاطب لا يدري بم خوطب، ومن أن العقود أسباب شرعية توقيفية، ومن أن العقود متلقاة من الشارع، ومن أنها حكم شرعي حادث لا بد له من دليل يدل على حصوله، وهو العقد اللفظي المتلقى من النص.

ولو راجعنا الأدلة المختلفة المتقدمة، وجدنا أنها تعزف على وتر واحد، وهو التمسك بالأصل العملي، وإن بتوجيهات مختلفة يجمعها عدم جريان العمومات والإطلاقات في العقد المنشأ بألفاظ ليست بالماضي.

وبهذا، يتضح نقطة الإرتكاز التي تعتمد عليها هذه الأدلة، أعني: أدلة اشتراط

الصراحة.

الثاني: إن قصد الإنشاء بغير الماضي خلاف المتعارف

ولو تأملنا في هذا الدليل الثاني، لوجدنا أنه يهدف إلى الهدف نفسه الذي كان يستهدفه الدليل الأول، وهو عدم جريان العمومات والإطلاقات، إلا أنه بطريقة أخرى، وهي أن هذه العمومات والإطلاقات لا تشمل بإطلاقها ما أنشئ بغير الماضي؛ فإنها وإن كانت إطلاقات وعمومات، إلا أنه ينبغي تنزيلها على ما كان متعارفا من الأفاظ التي تنشأ بها العقود، وهي الماضي ليس إلا.

وهذا التوجيه الأخير لهذا الدليل، معناه تقييد تلك العمومات والإطلاقات بحملها على المتعارف، وهو الماضي، ما يعني بالتبع أن هذا الدليل يعترف بالإطلاق والعموم في أدلة المرحلة الثانية، إلا أنه يبرز مقيدا ومخصصا لها في المرحلة الثالثة من المراحل.

لم يبق من أدلة اشتراط الماضي إلا الإجماع، إلا أنه في الحقيقة ليس دليلا مستقلا في عرض النوعين الماضيين من الأدلة؛ فإنه دليل محتمل المدركية، بمعنى أنه إنما قام - على فرض قيامه - لواحد من النوعين المتقدمين من الأدلة، أو لكليهما، فإن كان بسبب النوع الأول، دخل فيه، وإلا، دخل في النوع الثاني. فافهم.

من الواضح أن تمتة قصة الإستنباط في المقام هي البحث في تمامية الأدلة المتقدمة وعدم تماميتها، وهذا ما تقوم به أدلة من نوعين كما هو واضح حسب الطريقة الفنية للإستنباط؛ فإن من يريد نفي الإشتراط في ما نحن فيه، يلزمه أن يوجه عدم جريان النوعين المتقدمين من الأدلة، فيلزمه إبطال ما كان يدعي عدم جريان العمومات والإطلاقات لعدم انطباق العناوين المأخوذة فيها على العُقد المنشأ بغير الماضي، وهو النوع الأول من الأدلة على الإشتراط، كما يلزمه أن يبطل

الدليل على التقييد والتخصيص في المرحلة الثالثة.

باتضح النقطة السابقة، أعني: ما يلزم عمله من قبل النافين للإشتراط، يتضح مكان عمل وتأثير الأدلة التي تذكر لتوجيه عدم الإشتراط، وهذا ما يقوم به بحجر واحد يقذفه فإذا بالنوعين السابقين من أدلة الإشتراط هباء ماثورا، فهي عصفوران اصطيدا بحجر واحد.

والحجر الواحد هو روايات من نوعين يقدمهما القائل بعدم الإشتراط؛ فهذه الروايات دليل يجري في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط؛ بعد كونها دليلا خاصا يثبت الصحة وترتب الأثر في ما كان بغير الماضي من العقود.

وجود هذه الروايات الأخيرة، يعني أمرين لا لبس فيهما:

الأول: أن العقد بغير الماضي «عقد» عرفا، فتشمله العمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية، ليبطل قول كل من ادعى عدم الجريان لعدم الإنطباق.

الثاني: ولو سلمنا جدلا عدم جريان العمومات والإطلاقات، فإن هذه الروايات تكفي دليلا للصحة في المقام، بل هي نعم الدليل في ما نحن فيه، وأي حاجة إلى الدليل العام المطلق بعد وجود الدليل الخاص على الصحة؟!!

نعم، يبقى في المقام نقطة فنية مهمة لا بد من التفكير فيها، وهي أن جميع هذه النتيجة (عدم الإشتراط)، من الواضح أنها مبتنية على تقديم الدليل الذي أبرز في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط (الروايات) على الدليل الذي أبرز في المرحلة الثالثة، وهو لزوم تنزيل الإطلاقات والعمومات على المعهود من العقود، وهو المنشأ بالماضي، ونحن إلى الآن لم نوجه تقديم ذلك الدليل على هذا!!!

والحق: إن النكته المتقدمة مما يحتاج إلى تأمل وتوجيه؛ إذ لماذا لا نقدم دليل المرحلة الثالثة على دليل المرحلة الرابعة، فنسقط الروايات بدلا من إسقاط

المخصص والمقيد!!!

والحقيقة: إن المسألة مسألة فنية دقيقة تحتاج إلى تأمل وتحقيق، ولكن، لا ينبغي الخوف ومعنا العروة الوثقى، وطوق النجاة، أعني: الطريقة الفنية للإستنباط، وقبل أن تأخذك الأفكار لتلعب بك وتتركك في عالم من الشك والحيرة، دعني آخذ بيدك إلى شاطئ النجاة، فأقول:

لو حللنا الدليل المدعى في المرحلة الثالثة، وهو مسألة لزوم حمل الإطلاقات والعمومات على المتعارف، لرأينا أنه دليل ضعيف غير تام؛ وذلك لعدم قيامه على أساس فني علمي سليم؛ وما ذلك إلا لما تعلمناه في الأصول، من أن الإطلاق والعموم لا يصح حملة على المتعارف أبداً؛ فإنه من التقييد والتخصيص والإنصراف بكثرة الوجود وغلبته، والمفروض أن هذا لا يصلح لهذه العملية في الإطلاق ولا في العموم كما تعلمنا، وإنما يصح بكثرة الإستعمال ليس إلا.

المعلومة المتقدمة على بساطتها، تعني خروج هذا الدليل المخصص والمقيد من ساحة الإستدلال قبل أن يأخذ طريقه إليها ليؤثر ما يراد منه أن يؤثره، ما يعني بالنتيجة: أنه ليس عندنا معارضة بين دليلين خاصين، وإنما هو دليل واحد خاص على الصحة.

المعلومة المتقدمة ستؤدي بالتبع إلى إضافة العمومات والإطلاقات إلى دليل الصحة وعدم الإشتراط، ما يعني أن الدليل على عدم اشتراط الماضي هو العموم والإطلاق والدليل الخاص أيضاً، وهو ما يوجه ما ذكره البعض دليلاً على الصحة وعدم الإشتراط، من عمومات الصحة وإطلاقاتها، ومن الدليل الخاص (الروايات من النوعين).

هذه هي القصة الكاملة لعملية الإستدلال في المقام، فخذها، واستفد، وتعلم.

مسألة: المشهور - كما عن غير واحد^(١) :- «إشتراط الماضوية»^(٢) ، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «إشتر مني»^(٣) ؛ ولعله

لم يبق الآن إلا أن نطبق ما تقدم على ما سيأتي من كلام المصنف، وسيبقى أمر هام فاعل طبق الطريقة الفنية لعملية الإستنباط، سنذكره آخر هذه المسألة، حينما نذكر الموقف النهائي مما نحن فيه.

تعليم فعال

ما تقدم مبني على توجيه النوع الثاني من الأدلة على الإشتراط على أنه دليل مقيد ومخصص، والمطلوب سرد قصة الإستنباط فيما لو ادعي أنه دليل يرجع إلى النوع الأول، وهو عدم جريان العمومات والإطلاقات من الأساس لعدم انطباق العناوين المأخوذة فيها على العقد بغير الماضي. أنت تستطيع ذلك. حاول، وستجد نفسك وقد قصصت القصة كاملة بلا أي نقص. توكل على الله.

مساعدة: راجع كيفية توجيه حمل العمومات والإطلاقات على المعهود من العقود في مسألة اشتراط الترتيب بين الإيجاب والقبول، وهي المسألة التي ستأتي قريباً.

(١) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٤٥، والمحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٤٩، والسيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٢.

(٢) في كل من الإيجاب والقبول.

(٣) في التذكرة: «أشترى» بدل «إشتر مني»، التذكرة ١٠: ٤٦٢.

قال تَذَكُّرُ في التذكرة: «الثاني - أي من شروط الإيجاب والقبول - الإتيان بهما بلفظ الماضي، فلو قال: أبيعك، أو: أشترى، لم يقع إجماعاً؛ لانصرافه إلى الوعد.

ولو تقدم القبول بلفظ الطلب، بأن قال: بعني بدل قوله: إشتريت، فقال البائع:

لصراحته في الإنشاء^(١)؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع^(٢) أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف. وعن^(٣) القاضي في الكامل والمهذب^(٤) عدم اعتبارها^(٥)؛ ولعله لإطلاق البيع والتجارة وعموم العقود^(٦)، وما دل^(٧) في بيع الآبق^(٨)

بعتك، لم ينعقد...؛ لانه ليس صريحا في الإيجاب، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب في البيع... .

نعم، لو قال المشتري بعد ذلك: اشتريت، أو: قبلت، صح اجماعا. ولو تقدم لفظ الاستفهام فيقول: أتبيعي؟ فيقول: بعتك، لم يصح إجماعا؛ لأنه ليس بقبول ولا استدعاء».

(١)الدليل الأول: أدلة اشتراط الصراحة التي تقدمت في محلها. ولا تنس أننا وجهنا الإجماع بحيث لا يعتبر دليلا مستقلا في المقام.
(٢)الدليل من النوع الثاني: لزوم الحمل على المعروف (التقييد والتخصيص، الإنصراف).

(٣)أدلة القول بعدم الإشتراط. وقد سبقت بالتفصيل.

(٤)حكاه عنهما العلامة في المختلف ٥: ٥٣. أما الكامل فلا يوجد لدينا. وأما المهذب فلم نقف فيه على ما يدل على المطلب.
(٥)الماضوية.

(٦)فهذه عمومات وإطلاقات تشمل العقد المنشأ بغير الماضي عرفا. وقد تقدمت قصة جريانها بالتفصيل.

(٧)الدليل الثاني على عدم الإشتراط: روايات من نوعين.

(٨)من قبيل ما ورد عن عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري

واللبن في الضرع^(١): من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دل عليه في النكاح^(٢).

ولا^(٣) يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا

العبد وهو أبق عن أهله؟ قال: لا يصلح له إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فَعَلَيْهِ وَاللَّهِ إِنَّ لَمِ يَـقْدِرُ عَلَى الْعَبْدِ، كان الذي نقده في ما اشتري منها». الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب أحكام العقد.

وهذه الرواية واردة في البيع، فهي نعم الدليل الخاص على عدم الإشتراط.

(١) من قبيل وعن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله، لا وارثة، ولا مورثة، كذا وكذا يوماً... فإذا قالت: نعم، فقد رضيت، فهي امرأتك، وأنت أولى الناس بها».

وهذه الرواية وإن كانت واردة في النكاح لا في البيع، إلا أن جواز العقد بغير الماضي في النكاح دال التزاما على الجواز في البيع للأولوية العرفية القطعية؛ فإن النكاح أهم من البيع كما هو واضح. فالإستدلال بالفحوى والدلالة الإلتزامية لا المطابقة.

الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب أحكام العقد.

(٢) أنظر الوسائل ١٤: ١٩٧، الباب الأول من أبواب عقد النكاح، الحديث ١٠.

٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعة، وغيرهما من الأبواب

(٣) هذه هي النقطة الأخيرة التي بقيت في المسألة، وهي ما وعدناك بأنها ستأتي

في حينها، ولا بد من الكلام فيها، فنقول:

النتيجة التي توصلنا إليها إلى حد الآن هي عدم اشتراط الماضي بالتوجيه الذي

يحتاج إلى قرينة المقام، فتأمل^(١).

ذكرناه آنفاً، إلا أنها - كما هو واضح - مبنية على هزيمة أدلة اشتراط الصراحة في المقام، وجريان العمومات والإطلاقات والأدلة الخاصة بالتقريب المتقدم، وهذا ما قد يشكك فيه؛ إذ تقدم اشتراط التصريح بالتفسير الذي قدمناه له، وهو الدلالة على المقصود بالوضع أو بما يرجع إلى الوضع، وذلك اعتماداً على القرينة اللفظية الوضعية، لا بغير ذلك من القرائن، كالمقامية مثلاً.

وفي المقام، القرينة ليست وضعية، بل هي مقامية ناشئة من كون المنشئ في مقام الإنشاء لا الوعد والإستدعاء، فلا يصح العقد بغير الماضي!!!
(١) وقد اتضح وجه الأمر بالتأمل بما تقدم من الطريقة الفنية للإستنباط هنا وفي غيره من المواضع، وهو:

أولاً: أن الدليل الخاص الذي أبرزناه لعدم الإشتراط (الروايات) دليل خاص يثبت عدم الإشتراط بالتقريب المتقدم.

ثانياً: أن جواز وصحة العقد بالماضي يستلزم الجواز والصحة بغير الماضي من المضارع والأمر؛ فإن الماضي شأنه شأن أخويه هذين في توقف صراحته على القرينة المقامية؛ فإن الماضي لم يوضع للإنشاء كما هو واضح، وإنما وضع للإخبار، فاستعماله في الإنشاء وقصد إيقاع العقد به استعمال له في غير ما وضع له، فهو يحتاج إلى قرينة معينة أيضاً، والقرينة في ذلك عادة مقامية ليست ناشئة من اللفظ والوضع. وهذا أمر أشرنا إليه في ما تقدم، فراجع.

فالصحيح في الجواب على السؤال الفرعي المطروح في هذا الموقف، هو: عدم اشتراط الماضوية حسب الطريقة الفنية للإستنباط.

والله المستعان، والحمد لله رب العالمين على ما منح، وله الشكر على ما وهب.

[البحث في اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول]^(١)

(١) ما بين المعقوفين زيادة منا.

البحث في اشتراط الترتيب بين الإيجاب والقبول

النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث ومحلله والسؤال الفرعي فيه

بعد أن انتهينا من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف الكلام فيها في خصوص ألفاظ عقد البيع، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث؛ إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم.

قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تتنظم في مواقف ثلاثة، يتكفل كل منها الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين تناول أولهما اعتبار الصراحة والحقيقة، فيما تناول الثاني اعتبار العربية.

وأما الموقف الثاني، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة الإفرادية، أي: هيئة الإيجاب لوحده، وهيئة القبول لوحدها، في قبال ما نحن فيه من الموقف الثالث، حيث البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة التركيبية، أي: الهيئة المركبة من الإيجاب والقبول كليهما.

وقد قدمنا أن الأسئلة المطروحة في هذا الموقف خمسة، يهتم كل واحد منها بزواوية من زوايا الهيئة التركيبية للعقد، وهذا شروع بالسؤال الأول من تلك الأسئلة،

حيث يتناول البحث في اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول، فهل يعتبر تقدم الإيجاب على القبول في البيع لإيجاد الملك اللازم؟
هذا هو السؤال المطروح في ما نحن فيه، كيف يمكن أن نجيب عن هذا السؤال حسب تصورك للمسألة؟

النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف

وكما فعلنا في غير هذا السؤال، لا بد من الكلام في الخطوات التي قام بها المصنف في المسألة، لكي نكون على بصيرة من الطريق، فأين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟

وبصورة عامة، فإن المصنف سيتكلم في هذه المسألة في مقامين، يتعرض في أولهما للبحث في لزوم تقديم الإيجاب على القبول في البيع، فيما يتعرض في الثاني إلى البحث في حكم ذلك في غير البيع من المعاملات.

المقام الأول: حكم الترتيب بين الإيجاب والقبول في البيع

أما خطوات المصنف في هذا المقام، فهي:

الخطوة الأولى: ذكر الرأي الأول في المسألة، وهو الأشهر، وهو لزوم تقديم الإيجاب على القبول، مع ما يمكن أن يستدل به عليه، وهو الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة، كإطلاق «البيع» و «التجارة» في الكتاب والسنة، وأن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه. هذا علاوة على الإجماع المدعى على الحكم.

الخطوة الثانية: ذكر الرأي الثاني في المسألة، وهو عدم لزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقاً، مع ما يمكن أن يستدل به على ذلك، من العمومات والإطلاقات السليمة عما يصلح لتخصيصها أو تقييدها، وفحوى جوازه في النكاح

الثابت بالأخبار.

الخطوة الثالثة ذكر ما يقتضيه التحقيق في المسألة: وهو التفصيل بين ألفاظ القبول؛ حيث هنا ثلاثة أصناف من هذه الألفاظ:

الأول: «قبلت» و «رضيت».

ولا يصح التقديم هنا؛ للإجماع، ولكونه خلاف المتعارف، ولأن القبول فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدمه عليه.

الثاني: أن يكون بطريق الأمر والاستيجاب، نحو «بعني» فيقول المخاطب: «بعتك».

ولا يصح التقديم هنا أيضا، لما ذكرنا في الصنف الأول، من عدم تحقق القبول المطلوب في المعاملة. ووهن الإجماع المدعى في المبسوط، وعدم الفحوى في روايات النكاح، وعد دلالتها من الأساس على جواز التقديم في النكاح، ما تقدم من اعتبار الماضيّة.

وهنا، يذكرنا المصنف بأن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. وأما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاوضة: من أن البيع العرفي موجب للملك، وأن الأصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يتم إجماع على عدم اللزوم، وهو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم، وأما في غير ذلك فالأصل اللزوم.

الثالث: وإما أن يكون بلفظ «اشتريت» و «ملكيت» مخففا و «ابتعت».

ويصح التقديم هنا؛ لعمومات الصحة وإطلاقاتها بعد تحقق القبول المطلوب

من المشتري، ووهن الإجماع على لزوم تقديم الإيجاب على القبول.
نعم، يشكل الحكم بالصحة هنا بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، فالحكم بجواز التقديم هنا لا يخلو عن شوب الإشكال.

المقام الثاني: حكم الترتيب بين الإيجاب والقبول في غير البيع من المعاملات

وأما المقام الثاني في هذه المسألة، فخطوات المصنف فيه كانت كالتالي:

الخطوة الأولى: ما يؤدي قبوله بإنشاء مستقل

كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا»، أو «ملكك»،
والنكاح، الذي يؤدي قبوله بلفظ «أنكحت» و «تزوجت».

والحكم هنا هو ما ذكر في عقد البيع.

الخطوة الثانية: ما لا إنشاء في قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمنه ك «ارتهنت».

وقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، والتحقيق: عدم الجواز؛ لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن، ولا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن.

الخطوة الثالثة: الهبة والقرض والمصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير

عوض.

والحكم هنا ما تقدم في الخطوة الثانية.

الخطوة الرابعة: المصالحة المشتملة على المعاوضة

ولما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجبا، لصدق الموجب عليه لغة وعرفا.

ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام

الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضا: «صالحتك» كان إيجابا آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

الخطوة الخامسة: تلخيص الموقف من العقود المختلفة

الخطوة الأخيرة: الإشارة إلى أن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا، وكل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا. وسيأتي بيان الغرض من هذه الخطوة الأخيرة بإذنه تعالى.

هذان هما المقامان اللذان تكلم فيهما المصنف في هذه المسألة، وهذه هي الخطوات التي خطاها في كل منهما، ومن الطبيعي أن هناك أمورا تفصيلية في ضمن هذه الخطوات ستعرض لها إن شاء الله تعالى.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

لا نريد أن نعيد ونكرر الطريقة الفنية للإستنباط، فقد عرفناها وحفظناها والحمد لله على هذه النعمة العظيمة، إلا أنه لا بد من أن نلفت النظر إلى بعض فنياتها ونقاط الإرتكاز فيها بالنسبة إلى المقام، فنقول:

نعلم أن الأصل العملي يقتضي اعتبار أي شرط يشك في اشتراط لزوم البيع به، إلا أنه لا يجري إلا مع عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط كما نعلم، وهنا تدور أشد المعارك وأضرها بين القائلين بالاعتبار والقائلين بعدمه أو القائلين بالتفصيل؛ فمن يقول بالاعتبار يبرز هنا الدليل على عدم انعقاد «عقد» ولا «بيع» ولا أي عنوان من العناوين المأخوذة على لسان العمومات والإطلاقات، الأمر الذي سنشاهد فنياته ودروبه في ما سيأتي، من مسألة تبعية القبول للإيجاب، وكونه فرعا عنه مترتبا عليه، لا يتحقق إلا في حالة

تقدم الإيجاب على القبول.

ومن الواضح أن العمومات في حالة عدم جريانها، ستكون الساحة خالية يلعب فيها الأصل العملي كيف شاء، ما يعني ثبوت الإشتراط.

وأما من يذهب إلى عدم الاعتبار والاشتراط، فإنه لا بد له من أن ينتصر في

جبهتين:

الأولى: إثبات انطباق عنوان «العقد» أو غيره من العناوين على العقد الذي يتقدم القبول فيه على الإيجاب؛ إذ من الواضح أن الصحة واللزوم إنما هما من ثمرات هذه الإطلاقات والعمومات التي كانت الأساس في ما أسسناه من قاعدة للزوم في كل ملك حادث، القاعدة التي بنيناها بناء قويا في ما تقدم من بحوث المعاطاة.

الأهمية المتقدمة هي التي تفسر القتال العنيف الذي يقوم به القائلون بعدم اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول كما سنرى تفصيل هذه الحرب الشعواء بصورة حية فاعلة.

الثانية: إثبات عدم المخصص والمقيد

إلا أن جميع الجهود التي يبذلها القائلون بعدم الاعتبار في الجبهة الأولى لن يكون لها أي أهمية ولا ثمرة ما لم ينتصر هؤلاء في الجبهة الثانية، وهي جبهة المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، وما سيرزاه القائلون بالاعتبار - فيما إذا خسروا المعركة على الجبهة الأولى - من أدلة في هذه المرحلة الثالثة، من إجماع أو غيره.

من الواضح أن إبراز المخصص والمقيد لوحده لا يكفي القائلين بالاعتبار؛ إذ يلزمهم أن يخوضوا حربا أخرى لا بد من أن يشبثوا فيها ويتصروا، وهي المعركة مع الدليل المعارض للمخصص والمقيد، وهو الدليل القائم في المرحلة الرابعة من

مسألة: الأشهر^(١) -

مراحل عملية الإستنباط، وهذا ما تقدم مرات ومرات.
من الواضح أن المعارك المتقدمة قد تكون جارية في جميع ألفاظ القبول، فنذهب إلى نتيجة واحدة في الجميع، قد تكون هذه النتيجة الإعتبار مطلقا وفي جميع الألفاظ، كما قد تكون عدم الاعتبار في الجميع، كما أنها قد تكون التفصيل بين ألفاظ القبول، فنقول باعتبار الترتيب في بعضها فيما نقول بعدم ذلك في بعضها الآخر كما هو رأي المصنف رحمته كما سنرى إن شاء الله.

وما دام باب التفصيل قد انفتح في ألفاظ القبول المختلفة في الباب الواحد الذي نحن فيه وهو البيع، فإنه قد يكون مفتوحا في الأبواب المختلفة، فقد نذهب إلى الاعتبار في بعض المعاملات فيما نذهب في بعضها الآخر إلى عدم الإعتبار.
المهم: أنك أصبحت تعرف الآن الهدف والطريق والمؤونة كما كنا نعبر، فتعرف الأدوات المختلفة والعناصر المتنوعة التي ستدخل في عمليات القتال المختلفة الدائرة في الجبهات المختلفة، فاقبض على ذلك بأسنانك، وقل: الحمد لله رب العالمين.

إلى التفاصيل الآن ببركة الصلاة على محمد وآل محمد عليهم السلام.

(١)المقام الأول: حكم الترتيب بين الإيجاب والقبول في البيع (الخطوة الأولى)

قلنا: سيتناول المصنف هذه المسألة في مقامين، يتعرض في أولهما البحث في عقد البيع، فيما سيتعرض في الثاني إلى غير البيع من المعاملات.

وهذه هي الخطوة الأولى من خطوات المصنف في هذا المقام، حيث نذكر الرأي الأول في المسألة، وهو الأشهر، وهو لزوم تقديم الإيجاب على القبول، مع ما يمكن أن يستدل به عليه، وهو الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود

المتعارفة، كإطلاق «البيع» و «التجارة» في الكتاب والسنة، وأن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه. هذا علاوة على الإجماع المدعى على الحكم.

وإليك توضيحا لهذه الأدلة وطريقة عملها في إثبات اعتبار تقدم الإيجاب على القبول:

أولاً: الأصل العملي؛ حيث قلنا أنه المرجع الذي يثبت الإشتراط.

وأما العمومات والإطلاقات التي تقطع العمل بالأصل العملي، فإنها لا تجري في المقام؛ وذلك لما يلي:

أولاً: ما قلناه في المسألة المتقدمة من لزوم حملها على المعهود من إنشاء عقد البيع، وهو ما تقدم فيه الإيجاب على القبول.

وهذا الكلام - كما قلنا في المسألة السابقة - يتضمن التسليم بانطباق عنوان «العقد» على ما تقدم فيه القبول على الإيجاب، إلا أن ذلك إنما هو أمر أولي ابتدائي يزول بالتأمل وبالانتباه إلى ما تقدم من مسألة المعروف والغالب من طرق إنشاء عقد البيع.

ما تقدم يعني أن المدعى هنا هو وجود المقيد والمخصص للعمومات والمطلقات بحيث يوجب تضيق ما يدخل فيها بما تقدم فيه الإيجاب على القبول، ما يعني - بالتبع - أن ما خرج عن أصالة الفساد الجارية في المرحلة الأولى لا يتعدى هذه الحصة التي دخلت في تلك العمومات والإطلاقات، وأما الباقي، فلا يزال تحت سلطة الأصل العملي.

ثانياً: عدم انطباق عنوان «العقد» على ما تقدم فيه القبول

وذلك أن «العقد» لا يوجد ولا يولد إلا بوجود وولادة كل من ركنيه: أعني:

كما قيل^(١):- لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وبه صرح في الخلاف^(٢)،
والوسيلة، والسرائر، والتذكرة، كما عن الإيضاح وجامع المقاصد^(٣)، ولعله

الإيجاب والقبول، ولما كان القبول فرع الإيجاب ومرتبنا عليه ترتب الفرع على
الأصل، بحيث لا يوجد ولا يولد ولا يتحقق ما لم يتقدم الإيجاب، فإن من الواضح
أن «العقد» لن يتحقق أو يولد ما لم يتقدم الإيجاب على القبول.

وما لم يكن عقد، فمن الواضح عدم جريان العمومات ولا الإطلاقات حينها، ما
يعني البقاء على مقتضى الأصل العملي الذي يقتضي الاشتراط كما تقدم.

ثالثا: الإجماع على لزوم الترتيب

وأما الدليل الثالث على عدم جريان العمومات والإطلاقات، فهو الإجماع
المدعى في المقام على اعتبار الترتيب.

ولما كان الإجماع في المقام محتملا للمدركية، فإن دوره في عملية الاستنباط
ستتبع المدرك المحتمل قيامه عليه، وهو أحد الدليلين المتقدمين، ما يعني أن الأدلة
الثلاثة تجتمع في أن الدليل القائم على الاعتبار هو في الحقيقة الأصل العملي لا غير.

تعليم فعال

هل انتبهت إلى الفرق بين تقريبننا للإستدلال بالإجماع في هذه المسألة
والمسألة المتقدمة؟ حاول أن تتأمل في المسألتين لتصل إلى الفرق بين التقريبين
إن كان.

(١)قاله العلامة في المختلف ٥: ٥٢.

(٢)الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٣)الوسيلة: ٢٣٧. السرائر ٢: ٢٤٣. التذكرة ١: ٤٦٢. إيضاح الفوائد ١: ٤١٣.

للأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء^(١) على العقود المتعارفة، كإطلاق «البيع» و «التجارة» في الكتاب والسنة.

وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإيجاب فلا يتقدم عليه، وأنه تابع له فلا يصح تقدمه عليه^(٢).

وحكى في غاية المراد عن الخلاف: الإجماع عليه^(٣)، وليس^(٤) في الخلاف في هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الإيجاب متفق عليه فيؤخذ به، فراجع^(٥).

خلافاً^(٦) للشيخ في المبسوط

(١) وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾. المائدة: ١.

(٢) ذكره المحقق الثاني، وقال: فإن القبول مبني على الإيجاب، أنظر جامع

المقاصد ٤: ٦٠.

(٣) غاية المراد: ٨٠

(٤) رد الإجماع المدعى؛ إذ فرق بين الإجماع على صحة العقد ولزومه مع تقديم الإيجاب على القبول، وبين الإجماع على عدم صحة ولزوم العقد مع تقدم القبول على الإيجاب. ولا ملازمة بين ثبوت الإجماع الأول وثبوت الثاني؛ إذ يمكن ثبوت الأول بدون الثاني كما يمكن ثبوتها معاً، كما يمكن ارتفاعهما معاً.

(٥) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٦) الخطوة الثانية: ذكر الرأي الثاني في المسألة، مع ادلته

اتضح في الطريقة الفنية للإستنباط ما على القائلين بعدم اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول أن يثبتوه، من إثبات جريان العمومات والإطلاقات أولاً، وسلامتها عما يصلح لتخصيصها أو تقييدها ثانياً. وأما إن استطاعوا - مع ذلك - أن

في باب النكاح^(١)، وإن وافق الخلاف في البيع^(٢) إلا أنه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحته بين الإمامية؛ حيث إنه - بعد ما ذكر أن

يبرزوا دليلا خاصا على عدم الاعتبار، فذلك نور على نور، وهو ما يقومون به عبر دليلين:

الأول: الإجماع الظاهر من كلام الشيخ الطوسي في المبسوط، حينما عدل عما قاله في كتاب البيع، بل ذهب إلى أن عدم الإعتبار مجمع عليه في البيع.

الثاني: فحوى جواز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح الثابت بالأخبار؛ إذ لو ثبت في النكاح، لكان ثبوته في البيع بطريق أولى؛ إذ النكاح أهم من البيع، وهو الدليل الذي قلنا أنه تمسك بالدلالة الإلزامية للروايات الواردة في النكاح.

ومن الواضح أننا لم نسمع عن كيفية تخلص أصحاب هذا القول الثاني مما تقدم من هجوم من قبل أصحاب القول الأول في الجبهة الأولى، أعني: جبهة عدم صدق «العقد» على ما تقدم فيه القبول على الإيجاب؛ لمسألة التبعية والفرعية، بل حتى لم نسمع ردهم على ما ادعي من لزوم حمل العمومات والإطلاقات على المعهود الغالب زمن الصدور!!!

ولربما كان يمكن لأصحاب هذا الرأي الثاني أن يضربوا جميع ما وجه إليهم من هجمات في الجبهة الأولى بكلمة واحدة، هي: وجود الروايات في النكاح دليل حجة يصد جميع الهجمات إیرجعها إلى نحرها؛ إذ لم يكن «عقد»، ولو وجب الحمل على المتعارف، فكيف جاز تقديم القبول على الإيجاب في النكاح!!!؟

(١) حيث ذهب في نكاح المبسوط إلى جواز تقديم القبول على الإيجاب، مع أنه وافق الخلاف في بيع المبسوط؛ حيث ذهب إلى الإعتبار

تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: «زوجني فلانة» جائز بلا خلاف - قال: أما البيهقي، فإنه إذا قال: «بعنيها»، فقال: «بعتكها»، صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم: لا يصح حتى يسبق الإيجاب^(١). إنتهى.

وكيف كان، فنسبة القول الأول إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع، وأما في باب النكاح، فكلامه صريح في جواز التقديم، كالمحقق رحمه الله في الشرائع^(٢)، والعلامة في التحرير^(٣)، والشهيدان في بعض كتبهما^(٤)، وجماعة ممن تأخر عنهما^(٥)، للعمومات^(٦) السليمة عما يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار^(٧)، مثل خبر أبان بن تغلب - الوارد في

(١) المبسوط ٤: ١٩٤.

(٢) الشرائع ٢: ١٣.

(٣) التحرير ١: ١٦٤.

(٤) الشهيد الأول في الدروس ٣: ١٩١، واللمعة: ١٠٩، والشهيد الثاني في

المسالك ٣: ١٥٤، وحاشية الشرائع (مخطوط): ٢٧١.

(٥) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٤٥، والمحقق السبزواري في

الكفاية: ٨٩، والمحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٤٩، وصاحب الجواهر في

الجواهر ٢٢: ٢٥٤، وغيرهم.

(٦) لاحظ الكلام الفني، وهو ما كنا نتكلم به منذ أول المكاسب المحرمة وإلى

هذه المسألة؟ أليس كذلك؟

(٧) فهذه الروايات أدلة «خاصة» على عدم اعتبار الترتيب. فأصبحت تعلم أين

موقعها، وما الدور الذي يترقب منها أن تلعبه.

كيفية الصيغة - المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم» - إلى أن قال :-
فإذا قالت: «نعم» فهي امرأتك، وأنت أولى الناس بها^(١) .
ورواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين - كما قيل^(٢) - المشتملة
على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوجنيها»^(٣) .

(١)الوسائل ١٤: ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعة، الحديث الأول.

والحديث هو ما عن أبان بن تغلب قال: «قلت لابي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه، لا وارثة، ولا مورثة، كذا وكذا يوما، وإن شئت: كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهما، وتسمي (من الاجر) ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت، وهي امرأتك، وأنت أولى الناس بها».

بتقريب: أن قول الرجل إنما هو القبول المتقدم؛ لمعرفتنا بأن الموجب في النكاح هو المرأة لا الرجل.

(٢)قاله الشهيد الثاني في المسالك ٧: ٨٩، والسيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٦٩.

(٣)عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، وسنن البيهقي ٧: ٢٤٢، باب النكاح على

تعليم القرآن، وأنظر الكافي ٥: ٣٨٠، الحديث ٥، والتهذيب ٧: ٣٥٤، الحديث ١٤٤٤.

والرواية هي ما عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل، فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها، فقال: ما تعطيه؟ فقال: ما لي شيء، قال: لا، فأعدت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعدت، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: أتحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما

والتحقيق^(١): أن القبول إما أن يكون بلفظ «قبلت» و«رضيت»، وإما أن يكون

تحسن من القرآن، فعلمها إياه».

ودالتها على المدعى في المقام قائمة على أن قول الرجل له ﷺ: «زوجنيها» قبول متقدم، وأن قوله ﷺ: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن» إيجاب متأخر صدر عن المرأة عن طريق وكيلها ووليها، ولم يكن إيجابا متقدما جاء قبوله من بعده وإن لم يذكر في الرواية. وهو ما سنتكلم عنه لاحقا حين رد المصنف الإستدلال بالروایتين إن شاء الله تعالى.

تعليم فعال

نعلم أن الإستدلال بأية رواية كانت فرع تامة أمرين: السند، والدلالة. المطلوب أن تتأمل في دلالة الروایتين المتقدمتين، محددتا النسبة بين ما تثبتانه وبين المدعى، لتصل إلى نتيجة من الموقف منهما بصورة فنية سليمة. مساعدة: فكر بما يسمونه الدليل الأخص من المدعى.

(١) الخطوة الثالثة: ذكر ما يقتضيه التحقيق في المسألة

ومقتضى التحقيق في المسألة حسب ما يراه المصنف رحمته، التفصيل بين ألفاظ القبول؛ حيث هنا ثلاثة أصناف من هذه الألفاظ:

الأول: «قبلت»، و«رضيت».

والثاني: أن يكون بطريق الأمر والإستيجاب، نحو «بعني» فيقول المخاطب:

«بعتك».

وأما الثالث فهو: لفظ «اشتريت» و«ملكيت» مخففا و«ابتعت».

ولنبدا التفصيل معه رحمته، ولتعلم قدر الإمكان مما سيقدمه من ثروة علمية

عظيمة.

بطريق الأمر والاستيجاب، نحو «بعني»، فيقول المخاطب: «بعتك»، وإما أن يكون بلفظ «اشتريت» و «ملكته» مخففاً و «ابتعت» .

فإن^(١) كان بلفظ «قبلت»، فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته في صدر المسألة، بل المحكي عن الميسية^(٢) والمسالك^(٣) ومجمع الفائدة^(٤) : أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، وهو المحكي عن نهاية الأحكام وكشف اللثام في باب النكاح^(٥) ، وقد اعترف به غير واحد من متأخري

(١) حكم تقديم الصنف الأول من ألفاظ القبول: «قبلت» و «رضيت»

أما هذا الصنف من الألفاظ، فقد ذهب المصنف تثنؤ فيه إلى عدم جواز التقديم، ولزوم الترتيب بينه وبين الإيجاب، إلا أن المهم، هو الطريق الذي لا بد له تثنؤ من اتباعه، وهو ما نعرفه جيداً من خلال الطريقة الفنية للإستنباط التي تعلمناها، ووضعت أيدينا على ما يلزم القائل بالإعتبار أو عدم الإعتبار. والجهات التي لا بد له من الإنتصار فيها.

الدليل الأول: الإجماع

فلننظر للمصنف وهو يسير على خطى الطريقة الفنية للإستنباط؛ حيث يبرز أولاً دليل الإجماع على عدم صحة تقديم القبول في الصنف الذي نحن فيه، وقد تقدم توجيه طريقة عمل هذا الإجماع، بالإضافة إلى محله الفني الدقيق من مراحل عملية الإستنباط.

(٢) لا يوجد لدينا، وحكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٥.

(٣) المسالك ٣: ١٥٤.

(٤) مجمع الفائدة ٨: ١٤٦.

(٥) حكى ذلك عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٥، وأنظر نهاية

الإحكام ٢: ٤٤٨، وكشف اللثام ٢: ١٢.

المتأخرين^(١) أيضا، بل المحكي هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه^(٢).

ويدل عليه - مضافا إلى ما ذكر، وإلى كونه خلاف المتعارف من العقد^(٣) -:

أن^(٤) القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدمه

(١) كالسيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٥، والسيد المجاهد في المناهل: ٢٧٢.

(٢) المشار إليه بقوله: «هناك» هو باب النكاح، لكن لم نقف في مسألة تقديم الإيجاب على القبول على ما يظهر منه الإجماع، والموجود فيه أنه نقل المنع عن أحمد ونفى عنه البأس، أنظر التذكرة ٢: ٥٨٣.

(٣) الدليل الثاني على عدم جواز التقديم في هذا الصنف

وأما الدليل الثاني على عدم جواز تقديم «قبلت» و«رضيت»، فهو ما تقدم تقريبه عند عرض الطريقة الفنية للإستنباط، وهو لزوم حمل العمومات والإطلاقات على المتعارف من العقود، وهو ما يقدم فيه الإيجاب على القبول.

وقد تقدم توضيح المقصود بهذا الدليل، علاوة على محله من مراحل الطريقة الفنية لعملية الإستدلال الفقهي، ودوره في إثبات اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول.

تعلم فعال

تقدم في المسألة السابقة ما يمكن أن يورد على مسألة حمل المطلقات والعمومات على المتعارف، الرجاء تقريب ذلك مرة أخرى في ما نحن فيه.

(٤) الدليل الثالث على عدم جواز التقديم في هذا الصنف

وأما الدليل الثالث على عدم جواز تقديم «قبلت» و«رضيت»، فهو ما تقدم ذكره من مسألة تبعية القبول للإيجاب وفرعيته عليه، ما يعني أن «العقد» لن يتحقق في حالة التقديم، ما يعني - بالتبع - عدم جريان العمومات والإطلاقات، ما يعني -

أخيرا - أن المورد لا زال تحت مقتضى الأصل العملي، الذي قلنا إنه يقتضي اشتراط أي شرط يشك في دخالته في الصحة واللزوم.

إلا أن المسألة المهمة الآن، هي توجيه قضية الفرعية والتبعية، الأمر الذي أتعب المصنف تذكُّر نفسه فيه، وهو كما يلي ضمن مرحلتين يجب أخذهما بنظر الاعتبار في تشخيص الموقف من صحة أو عدم صحة تقديم القبول على الإيجاب في كل لفظ من الألفاظ التي ينشأ بها القبول، والمرحلتان هما:

المرحلة الأولى: تشخيص حقيقة «القبول» الذي هو ركن العقد

يحتمل في حقيقة القبول الذي هو ركن العقد، وهو العمل الذي يعتبر وظيفة المشتري وما يجب عليه القيام به ليكون قد «قبل»، أحد التصويرين التاليين:

الأول: مطلق الرضا بالإيجاب

فمجرد أن يرضى المشتري بالصادر عن البائع (الإيجاب)، فإنه «قبول» محقق للركن الثاني من ركني العقد بناء على هذا التصوير، أقصد: القبول.

الثاني: الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء المشتري نقل ماله في الحال إلى الموجب على وجه العوضية، أي: عوضا عن مال البائع.

وبعبارة أخرى: القبول الذي هو ركن في المعاوضة، هو سنخ رضا يعكس تمليك المشتري ماله في الحال عوضا عن مال البائع، بحيث يكون ظاهرا عرفا في هذا العمل، مؤديا لهذا الدور.

وهذا التصوير الثاني هو حصة خاصة مقيدة من الرضا تقابل التصوير الأول، حيث كان الرضا فيه مطلقا.

ومن الواضح أن القبول الذي هو ركن العقد لو كان هو ما يعكسه التصوير الأول، لأمكن القول بصحة تقدمه على الإيجاب مطلقا؛ لوضوح أن الرضا بشيء لا

يستلزم تحقق ذلك الشيء قبله، فقد يرضى الإنسان الآن بما سيقع في المستقبل، من قبيل الرضا الآن بقضاء الله كائنا ما كان.

والسؤال المطروح هنا، هو: ما هي حقيقة القبول الذي هو ركن العقد؟ هذا السؤال بدوره يمكن طرحه بصيغة أخرى، وهي: ما هي وظيفة المشتري عندما تطلبون منه أن «يقبل»؟

ولكي نشخص الجواب، لا بد من أن نحدد قبل ذلك الجهة المسؤولة عن هذا الجواب، وعن المرجع فيه، وإلا، كانت المسألة مجرد مهارات كما نشاهده في عالم غير المتخصصين، أو المتخصصين بالمهارات من السياسيين غير المسؤولين. من الواضح أن المرجع في ما نحن فيه هو العرف بعد عدم دخالة الشارع في التوضيح والتحديد، ما يعني لزوم توجيه السؤال المتقدم إليه.

والحقيقة: إننا طرحنا هذا السؤال قبل هذا على العرف؛ حيث كان أول المباحث التي تكلمنا فيها في كتاب «البيع»، عندما تكلمنا عن الفرق عرفاً بين البيع والشراء، وحيث فرقنا بين هذين هناك، وميزنا بينهما تمييزاً واضحاً، وبتفصيل طويل عريض.

والمهم: أن ما توصلنا إليه هناك، هو أن القبول الذي هو فعل المشتري، هو ما تقدم من التصوير الثاني لا الأول؛ حيث قدمنا هناك ما يقع على عاتق المشتري، وما يكون وظيفة له في قبالة وظيفة البائع؛ فقلنا: إن المشتري ناقل لماله على وجه العوضية، فهو مملك ومتملك شأنه شأن البائع، كل ما في الأمر، الاختلاف في طريقة التمليك والتملك ورتبتهما؛ إذ أن البائع ناقل (مخرج) مملك لماله أولاً وبالذات (بالدلالة المطابقية)، وتملك (مدخل) ثانياً وبالعرض (بالدلالة الإلزامية)، فيما الأمر في المشتري بالعكس؛ حيث أنه متملك (مدخل) أولاً وبالذات (بالدلالة

المطابقية)، ومملك ثانيا وبالعرض (بالدلالة المطابقية).

هذه هي حقيقة الشراء، وباتضح هذه الحقيقة، يتضح أن القبول الذي هو ركن العقد ليس مجرد الرضا بفعل البائع، وإنما هو سنخ رضا يجب أن يعكس هذه الحقيقة، ظاهرا فيها عرفا، وهو التصوير الثاني المتقدم.

هذه هي حقيقة القبول الذي هو ركن العقد، تأمل فيها كثيرا، وافهمها جيدا، فإننا سوف نعلم عليها في كل المباحث التي سنتطرق إليها في الموقف من الأصناف الثلاثة للقبول.

المرحلة الثانية: حقيقة الصنف الأول من الفاظ القبول

إذا فهمنا الحقيقة السابقة بصورة واضحة لا شوب فيها، نخطو الآن خطوة إلى الأمام، تمثل في الرجوع إلى حقيقة كل من لفظ «قبلت» و«رضيت» وماهيتهما، فإن كانا مؤديين لوظيفة المشتري، يعكسان عرفا ما يجب عليه في حالة تقدمهما على الإيجاب، قبلنا بهما لفظين للقبول، وإلا، رفضنا ذلك؛ إذ لن يتحقق مفهوم «العقد» أو غيره من العناوين المأخوذة في عمومات الصحة وإطلاقاتها حينئذ.

ولو تأملنا جيدا في لفظي «قبلت» و«رضيت»، لوجدنا أن حقيقتهما هي سنخ حقيقة قد أخذ فيها «المطابوة» و«الإنعكاس» و«رد الفعل»، ما يعني أنها وإن كانت تحقق الرضا بالإيجاب، إلا أنها لا تحقق وظيفة المشتري التي أشرنا إليها سابقا، وهي إنشاء التمليك والتملك في الحال؛ إذ هي رضا بما يسبقها من الإيجاب، لا أنها رضا مطلقا وإن كان بشيء سيأتي في المستقبل. .

وبعبارة أخرى: القبول الذي تدل عليه كل واحدة من اللفظتين متقوم بجزأين، أولهما: الرضا بالإيجاب، والثاني: إنشاء نقل المشتري القابل ماله إلي الموجب تبعاً لنقل الموجب ماله إلي القابل، أي: مترتبا على نقل البائع وإيجابه.

عليه.

وليس المراد من هذا القبول الذي هو ركن للعقد مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إن الرضا بشيء لا يستلزم تحققه^(١) قبله؛ فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبلي، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل

نتيجة المرحلتين

وبهذا، يتضح أن كلا من «قبلت» و«رضيت» لا تحققان القبول الذي هو ركن العقد؛ وذلك أنهما لا يعكسان وظيفة المشتري، من التملك والتملك حالا؛ بسبب ما أخذ في حقيقتهما من ماهية «المطوعة»، الماهية التي لا تقع إلا بعد تقدم الإيجاب كما هو واضح.

تعليم فعال

هذا توجيه ما ذكره المصنف في المقام من مسألة التبعية والفرعية، وبه يتضح أن المقصود بالتبعية ليس هو تبعية الشراء مطلقا للبيع، أو تبعية مطلق القبول للإيجاب، وإنما تبعية القبول المؤدى بلفظي «قبلت» و«رضيت».

نعم، وربما أمكن أن نستفيد من هذه التبعية الموجودة في اللفظين، والتي تجعل القبول الذي هو ركن العقب مستحيا قبل أن يصدر الإيجاب من البائع، في غير اللفظين من موارد تقدم القبول على الإيجاب كما سنرى ذلك في الصنفين الثاني والثالث، ولربما أفادت هذه التبعية إثبات بطلان التقدم في أحد الصنفين دون غيره كما سيأتي.

الرجاء: التأكيد على سنخ التبعية التي نتكلم عنها في المقام قبل الإستمرار في هذه المسألة؛ فإننا سنعيد مسألة التبعية في الصنفين القادمين من أصناف ألفاظ القبول إن شاء الله تعالى.

(١) أي: تحقق ذلك الشيء.

ماله^(١) في الحال إلى الموجب على وجه العوضية^(٢)؛ لأن المشتري ناقل كالبائع، وهذا^(٣) لا يتحقق^(٤) إلا مع تأخر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال^(٥)؛ فإن من رضي^(٦) بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل، لم ينقل في الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضي^(٧) بالمعاوضة التي أنشأها الموجب سابقا؛ فإنه^(٨) يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضية.

ومن هنا^(٩)، يتضح فساد ما حكي عن بعض المحققين في رد الدليل

(١) أي: مال المشتري الموجب بلفظ «قبلت» أو «رضيت».

(٢) بالدلالة الالتزامية، وثانيا وبالعرض، فهذه هي حقيقة القبول الذي هو ركن العقد.

(٣) المفهوم.

(٤) في «قبلت» و«رضيت». وسيأتي الكلام في تحققه أو عدم تحققه في غيرهما من الصنفين الثاني والثالث من ألفاظ القبول، فانتبه: الكلام الآن في «قبلت» و«رضيت» ليس إلا.

(٥) وهو المطلوب من المشتري القيام به.

(٦) بأحد لفظي: «قبلت» و«رضيت»، لا من رضي مطلقا بأي لفظ.

(٧) بلفظ «قبلت» أو «رضيت».

(٨) أي: فإنه علاوة على أنه يدخل برضاه مال البائع في ملكه بالدلالة المطابقية، فإنه يخرج ماله ويملكه للبائع وإن كان ذلك ببركة الدلالة الإلزامية، وثانيا وبالعرض.

(٩) فساد ما حكي عن بعض المحققين في رد دليل التبعية والضرعية

هذا، وقد أشكل بعض المحققين على ما تقدم من الدليل على عدم جواز تقدم

القبول في ما نحن فيه، وهو التبعية والفرعية بما حاصله:

نسلم بأن القبول تابع للإيجاب وفرع له، إلا أن ذلك لا يستلزم عدم تحقق القبول مع تأخر الإيجاب؛ وذلك أن هناك ثلاثة أنحاء من التبعية، وهي:

أولاً: تبعية اللفظ للفظ

كما في ما تعلمناه من تبعية الوصف للموصوف مثلاً.

ثانياً: تبعية القصد للقصد

من قبيل ما تعلمناه في بحث مقدمة الواجب، وهو تبعية قصد التقرب بالمقدمة لقصد التوصل بها إلي ذبيها؛ إذ لو لم يقصد التوصل بها إلي ذبيها، إمتنع قصد التقرب بالمقدمة، لعدم أتصافها بالمقدمة بدون هذا القصد.

ثالثاً: التبعية الإعتبارية الفرضية التنزيلية

ففي الحقيقة، لا تبعية حقيقية واقعية بين الأمرين في هذا النحو الثالث من أنحاء التبعية، ولكل من هذين الأمرين وجود مستقل يتحقق تقدم وجود الآخر أو تأخر، وكل ما في الأمر، أن الإنسان يعتبر أحد الأمرين تابعا والآخر متبوعا.

إذا اتضحت أنحاء التبعية، قلنا: إن تبعية القبول للإيجاب من الواضح أنها ليست من النحوين الأول والثاني، فلا يبقى إلا النحو الأول الإعتباري التنزيلي، ما يعني - بالنتيجة - إمكان تحقق القبول وولادته ولو في حالة تقدمه على الإيجاب؛ إذ الاعتبار سهل المؤونة كما يقولون.

إن قلت: تقدم أن من مقومات القبول في لفظي «قبلت» و«رضيت» هو «المطاوعة» و«التبعية» و«رد الفعل»، وكيف يمكن تصوير هذه الأمور وتحققها في حالة تقدم اللفظين على الإيجاب بواسطة الاعتبار؟! أليس هذا من السحر؟!!!

قلنا: الإعتبار سهل المؤونة، إذ يكون ذلك بأن يجعل المشتري القابل نفسه متناولاً لما يلقي إليه من قبل الموجب، أي: يعتبر نفسه متناولاً، ويجعل الموجب

المذكور - وهو كون القبول فرعاً للإيجاب وتابعا له - وهو: أن تبعية القبول للإيجاب ليس تبعية اللفظ للفظ، ولا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنما هو على سبيل الفرض والتنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولا^(١) لما يلقى إليه من الموجب، والموجب متناولا، كما يقول السائل في مقام الإنشاء:

نفسه متناولا، كما يقول السائل في مقام الإنشاء: «أنا راض بما تعطيني، وقابل لما تمنحني»، ما يعني أن القابل متناول وتابع ومطواع، قدم إنشائه أو آخر، ولا يصبح مجرد تناول بمجرد تقديمه لقبوله، الأمر الذي يعني أنه حقق ما الوظيفة المناطة به كمشتر، فهو يتناول ويتملك أولا وبالذات وبالذلة المطابقية، وهو تناول ثانيا وبالعرض وبالذلة الإلزامية.

وإذا أمكن تقديم القبول بالطريقة المتقدمة، تحقق مفهوم «العقد» وغيره من العناوين المأخوذة في العمومات والإطلاقات، ما يعني لزوم الحكم بالصحة والذوم؛ لما تقدم من أن الأصل - طبق هذه العمومات والإطلاقات وغيرها - أصالة الذوم في كل ملك حادث، نعم، بشرطها وشروطها، ومن شروطها عدم المخصص والمقيد من إجماع أو غيره يجري في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط.

(١) إنما فرضنا هذا، أي: كونه متناولا لا متناولا لأمرين:

الأول: تحقق ماهية القبول بلفظ «قبلت» و«رضيت»، فقد قلنا بأن ما هيتهما قد أخذ فيها المطاوعة، أي: التناول لما يناوله البائع.

الثاني: أن التناول هو المطلوب من المشتري كما تقدم، فإنه متناول أولا وبالذات، ويتولد من هذا ما هو ثانيا وبالعرض، وهو المناولة، أي: مناولته البائع للثمن، فما يجب على المشتري قد تم تحقيقه بواسطة اللفظين، نعم، ببركة التنزيل والفرض والاعتبار.

«أنا راض بما تعطيني، وقابل لما تمنحني» فهو متناول، قدم إنشاءً أو آخر ، فعلى هذا، يصح تقديم القبول ولو بلفظ «قبلت» و «رضيت» إن لم يجماع على خلافه^(١)، إنتهى.

ووجه الفساد^(٢) : ما عرفت سابقا من أن الرضا بما يصدر من الموجب في

(١)حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٥، لكن إلى كلمة «أو آخر»، ثم قال: وهذا قد ذكره الاستاذ دام ظله.

(٢)وجه فساد الإشكال المتقدم

وأما وجه فساد الإشكال المتقدم، فهو ما تقدم ذكره خلال المرحلتين المتقدمتي الذكر، من أن حقيقة القبول الذي هو ركن العقد ليس هو مجرد الرضا، وإنما هو ما صورناه بالتصوير الثاني، وهو سنخ رضا يعكس التملك والتملك المطلوبين من المشتري القابل، ومن أن حقيقة القبول الموجودة في لفظي «قبلت» و«رضيت» هي سنخ حقيقة لا تتحقق ولا توجد إلا بعد سبق الإيجاب، فالتبعية الموجودة في كل من اللفظين تبعية حقيقية يمتنع إعمال الإعتبار والفرض والتنزيل فيها.

والظاهر أن سبب الإشتباه الذي صار منشأ للإشكال السابق، هو افتراض أننا نتكلم في تبعية الرضا الموجود في الخارج بين الناس، وهو الأمر التابع لتحقق المرضي به أولا، فيتوهم أنه يمكن حل ذلك عن طريق الفرض والتنزيل والاعتبار، والحال أننا لا نتكلم عن هذا الرضا، وإنما نتكلم عن نوع آخر مختلف بالكلية عنه، وهو الذي يعتبر ركنا للعقد، وهو ما بينا أنه ليس محض الرضا بفعل البائع، وإنما هو ذلك وزيادة كما تقدم.

تعليم فعال

هذا ما ذكره المصنف للذهاب إلى بطلان تقديم القبول على الإيجاب في هذا الصنف الأول من ألفاظ القبول، ويتجه سؤال مهم هنا، وهو: ولكن، هناك

المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الإستقبال، وليس المراد أن أصل الرضا بشيء تابع لتحققه في الخارج أو لأصل الرضا به حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد: الرضا الذي يعد قبولا وركنا في العقد^(١).
ومما^(٢) ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر، كما لو

الروايات؛ فقد تقدم أن المستدلين على جواز التقديم مطلقا قد استدلوا بروايتين في المقام دالتين على جواز التقديم؟

مساعدة: إنتظر الكلام في الصنف الثاني من ألفاظ القبول، لربما يأتي الفرج.
(١) وقد تقدم الكلام في حقيقته ومنشئها.

(٢) حكم تقديم الصنف الثاني من ألفاظ القبول: القبول بلفظ الأمر

تقدمت الطريقة الفنية للتحقيق في جواز أو عدم جواز تقديم القبول بلفظ من الألفاظ، وهي التحقيق في مرحلتين، تناول أولاها تشخيص حقيقة القبول الذي هو ركن العقد، وبعبارة أخرى: ما يلزم المشتري القيام به ليكون قابلا مؤديا لما عليه من المسؤولية في بناء «العقد»، فيما تناول الثانية البحث في حقيقة لفظ القبول محل البحث، أي: اللفظ الذي يبحث عن صحة أو عدم صحة تقديمه على الإيجاب.

وفي هذا الصنف الثاني من ألفاظ القبول يجب أن تكون الطريقة هي الطريقة، كل ما في الأمر، أننا لن نكرر المرحلة الأولى، فقد تقدمت وبيننا حقيقة القبول والشراء وما يجب على المشتري القيام به بما لا مزيد عليه.

وبما تقدم من الكلام في الصنف الأول من ألفاظ القبول، من حقيقة القبول الذي يعتبر ركن المعاوضة وما يتكون منه، يتضح حكم تقديم القبول بلفظ الأمر؛

قال: «بعني هذا بدرهم»، فقال: «بعتك»؛ لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلية نقل في الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

وأما ^(١) ما يظهر من المبسوط من الاتفاق - هنا -

لأن غاية ما يدل عليه الأمر هو طلب المعاوضة، وغاية ما يدل عليه هذا الطلب، هو الرضا بهذه المعاوضة، فلم يتحقق إلا جزء من جزأي القبول المطلوب في المقام، وهو أصل الرضا، إلا أن هذا الرضا لا يعكس عرفاً ما يراد من القابل، من نقل ماله في الحال إزاء ما ملكه الموجب، فمن الواضح أنه لم يتحقق، فلا «عقد»، فلا جريان للعمومات والإطلاقات، فلا زلنا تحت مقتضى الأصل العملي الذي يقتضي الفساد والإشتراط، أي: إشتراط تقديم الإيجاب على القبول كما تقدم.

تعليم وتعلم فعالان

من الواضح ما يلزم المصنف **تدُّ** القيام به لكي ينتهي بالقول بالاشتراط في هذا الصنف الثاني من ألفاظ القبول؛ إذ غاية ما قام به هنا، هو أنه منع جريان العمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط، ولكن، لربما كان هناك أدلة خاصة على صحة تقديم القبول على الإيجاب لو كان بصيغة الأمر، فماذا نعمل إزاء ذلك؟

وفي ما نحن فيه، يمكن إبراز دليلين على صحة التقديم وعدم اشتراط الترتيب بين الإيجاب والقبول، وهما: الإجماع على صحة التقديم، وفحوى الروايات الواردة في النكاح حسب ما قدمنا تقريب الاستدلال بكل من هذين الدليلين.

تأمل في الدليلين المتقدمين، وحاول أن تتنبأ بكيفية رد المصنف لكل منهما.

(١) تضعيف الإجماع على صحة التقديم في ما نحن فيه

قلنا: لا بد للمصنف **تدُّ** لكي يصل إلى عدم صحة التقديم في الصنف الثاني من أصناف ألفاظ القبول أن يبطل دليلين: الإجماع، وفحوى الروايات الواردة في

على الصحة به^(١)، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

وأما^(٢) فحوى جوازه في النكاح، ففيها - بعد الإغماض عن حكم الأصل، بناء

النكاح، وها هو تَنُذُّ يمشي طبق مراحل الطريقة الفنية للإستنباط؛ حيث يبطل الدليلين، بادئا بالإجماع، حيث يذكر عدم إجماع في ما نحن فيه، بل الأكثر على خلاف الإجماع المدعى؛ فها هي كلماتهم زاخرة بعد جواز التقديم كما سنقل شطرا منها.

تعلم فعال

١- حاول إبطال الإجماع بطريقة أخرى غير ما تقدم عن المصنف.

٢- لو بطل الإجماع، فما الذي سيؤثره ذلك على سير عملية الإستنباط ونتيجتها لو كنا نحن وما نحن فيه؟

(١) المبسوط ٤: ١٩٤، وقد تقدم.

(٢) إبطال الإستدلال بفحوى روايات النكاح في ما نحن فيه

بعد أن أبطل المصنف تَنُذُّ التمسك بالإجماع على الصحة، لم يبق أمامه للوصول إلى مبتغاه من بطلان تقديم القبول في الصنف الثاني من ألفاظ القبول إلا أن يبطل الإستدلال بروايات النكاح، وها هو يقوم بذلك الآن.
وما يورده المصنف هنا أمران:

الأول: منع دلالة روايات النكاح على جواز تقديم القبول على الإيجاب.

وهو ما عبر عنه المصنف بقوله: «بعد الإغماض عن حكم الأصل»، والمقصود: حكم الأصل الذي استفيدت منه الفحوى، أي الدليل الذي أسسنا عليه الفحوى، بأن كان دالا على جواز التقديم بدلالته المطابقة، وهو باب النكاح ورواياته.
أما بالنسبة إلى رواية سهل، فلأن في قوله: «زوجنيها» احتمالين:

الأول: أن يكون قبولا مقوما على الإيجاب الصادر منه ﷺ بقوله: «زوجتكها بما معك من القرآن».

الثاني: أن يكون مجرد استدعاء وطلب للتزويج بالمرأة أجنبي تماما عن كونه قبولا متقدما لعقد النكاح، وأما القبول، فمن الضروري أنه قد صدر من الصحابي بعد إيجاب النكاح من قبله ﷺ.

ومن الواضح أن دلالة الرواية على جواز تقديم القبول مبني على تمامية دلالاته على الإحتمال الأول، وهو ضعيف للغاية؛ إذ يصطدم هذا الحمل بمشكلة جدية لا يمكن القول بها، وهي القول بجواز تخلل الكلام الأجنبي بين الإيجاب و القبول، وهي ما وقع بينه ﷺ وبين الصحابي من كلام حتى صدر قوله ﷺ: «زوجتكها...»، وهذا ما لا يمكن المصير إليه بعد اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول كما سيأتي.

وأما بالنسبة إلى رواية أبان، فإنه لا يمكن حملها على تقديم القبول على الإيجاب؛ وذلك لأن قول المرأة «نعم» لا يمكن اعتباره إيجابا مقوما؛ فإن ألفاظ إيجاب النكاح عندهم معروفة معدودة من قبيل «أنكحت» و«زوجت» و«متعت»، وأما «نعم» فليست من تلك الألفاظ.

ومن الواضح أن الدلالة المطابقة لو بطلت، فإن الدلالة الإلتزامية تتبعها، فلا يصح الإستدلال بروايات النكاح.

تعليم فعال

لو راجعنا رواية أبان، لرأينا أنها لم ترد بصيغة الأمر، وإنما وردت بصيغة المضارع؛ فلماذا لم يبطل المصنف الإستدلال بها بكونها أجنبية عما نحن فيه؛ بحجة أن الكلام في الصنف الثاني من ألفاظ القبول، وهو الأمر؟ حاول أن تصل

إلى جواب فني صحيح تعلمه لطلبك.

الثاني: عدم الضحوى في المقام

وأما الرد الثاني للإستدلال بروايات النكاح، فهو أننا حتى لو أغمضنا العين عما تقدم من إشكال، وقلنا بتمامية دلالة الروايتين المتقدمتين على جواز تقديم القبول على الإيجاب، فإنه لا فحوى في المقام؛ وذلك لنقطتين:

الأولى: أن الفحوى - كما نعلم - استدلال بالدلالة الإلزامية لدليل ما كما تقدم تقريب الإستدلال عن طريق الأولوية العرفية، بأن كان ثبوت الحكم في الفرع (البيع) أولى من ثبوته في الأصل (النكاح)، وذلك لما قلناه من أن الحكم في النكاح كاشف عن الحكم في البيع؛ فإن من المعروف تشدد الشارع في النكاح بما لا يتشدد به في غيره من العقود كالبيع مثلاً.

ومن الواضح أن الأولوية لا تتم بنظر العرف إلا مع ثبوت وإحراز عدم وجود جهة تستلزم حكم الشارع في الأصل بحكم لا يحكم به في الفرع، وبعبارة أخرى: الأولوية فرع تشدد الشارع في النكاح بما لا يتشدد به في البيع.

ولو تأملنا في المسألة في ما نحن فيه، وأمعنا النظر في البابين لوجدنا أن الأولوية المتقدمة باطلة ببطلان النكته السابقة؛ إذ أن الشارع لا يتشدد في النكاح بما لا يتشدد به في البيع، بل الأمر على العكس من ذلك؛ فإن اللازم أن يتشدد الشارع في البيع بما لا يتشدد به في النكاح؛ إذ أن التشديد في النكاح بالنسبة إلى الصيغة وما يشترط فيها، ستكون نتيجته الوقوع في الحرام في أمر غاية في الأهمية عند الشارع، ألا وهو النكاح والأعراض كما هو واضح.

وببيان آخر: لما كانت الأعراض أشد أهمية عند الشارع بمراتب من الأموال، كان من المعقول أن لا يتشدد في أمور إنشائها؛ فإن ذلك التشديد سيهدد

على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبي ﷺ، ويؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول - منع الضحوى، وقصور دلالة رواية أبان؛ من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: «نعم» في الإيجاب.

ثم اعلم^(١): أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال: «بعتك»،

الأعراض، النكتة غير الموجودة في البيع بنفس الشدة؛ إذ غاية ما سيؤدي إليه التشدد هو عدم صحة المعاملة من الأساس، أو عدم تأثيرها تمام الأثر المقصود منها عليها.

الثانية كما أن هناك نقطة فارقة أخرى يمكن ذكرها في المقام بحيث تبطل الأولوية، وهي أن الأولوية إنما تتم فيما لو لم يكن فرق عرفا بين البابين (الأصل والفرع) بحيث يستلزم الحكم في الأصل بما لا يحكم به في الفرع، وهذا ما لا يتم في المقام؛ وذلك لوجود نكتة في النكاح لا توجد في البيع، بحيث استلزمت أن يحكم الشارع بجواز التقديم في النكاح دون البيع.

النكتة السابقة هي أنه لما كان الإيجاب في النكاح من المرأة، وكانت مخلوقة على حياء، فقد جوز الشارع تقديم إيجاب الزوج مراعاة لهذه النقطة غير الموجودة في البيع كما هو واضح.

من الواضح أنه ليس من الضروري إحراز النقطتين المتقدمتين والقطع بهما، بل يكفي احتمالهما احتمالا عقلانيا لا يستهان به، فيبطل الاستدلال في المقام ببطلان الأولوية؛ إذ مع ورود الإحتمال يبطل الاستدلال كما نعلم، فالمورد من موارد هذه القاعدة.

(١) رددنا الإجماع قبل قليل بذهاب الأكثر إلى المنع، وهذه بعض كلماتهم

تشهد بذلك.

كتاب البيع . الكلام في شروط العقد: إعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول ٨١

صح، والأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت»^(١)،
واختار ذلك في الخلاف^(٢).

وصرح به في الغنية، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من
المشتري، حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول:
«بعنيه بألف»، فيقول: «بعتك»؛ فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك:
«اشتريت» أو «قبلت»^(٣)، وصرح به أيضا في السرائر^(٤) والوسيلة^(٥).

وعن جامع المقاصد: أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاقي^(٦)، وحكي الإجماع
أيضا عن ظاهر الغنية أو صريحها^(٧).

وعن المسالك: المشهور^(٨)، بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط
الإيجاب والقبول^(٩).

(١) المبسوط ٢: ٨٧

(٢) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٣) الغنية: ٢١٤.

(٤) السرائر ٢: ٢٤٩ - ٢٥٠.

(٥) لم نقف في الوسيلة على هذا التفصيل، ولكن عد فيها من شرائط الصحة:
تقديم الإيجاب على القبول، أنظر الوسيلة: ٢٣٧، نعم صرح بذلك العلامة في نهاية
الإحكام ٢: ٤٤٩، ولعل التشابه بين رمز الوسيلة «له» ورمز النهاية «يه»، صار منشأ
لاشتباه النسخ، ويؤيد هذا الاحتمال تأخير ذكرها عن السرائر.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

(٧) الغنية: ٢١٤، والترديد من السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦١.

(٨) المسالك ٣: ١٥٣.

(٩) قاله السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦١، وفيه... الإيجاب والقبول
والماضوية فيهما.

ومع^(١) ذلك كله، فقد صرح الشيخ في المبسوط - في باب النكاح -: بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، ونسبته إلينا مشعر - بقرينة السياق^(٢) - إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال: إذا تعاقدا، فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال^(٣): «زوجتك»، فقال: «قبلت التزويج» صح، وكذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف، وأما إن تأخر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح، فقال الزوج: «زوجنيها»، فقال: «زوجتكها»، صح وإن لم يعد الزوج القبول، بلا خلاف؛ لخبر الساعدي: «قال: زوجنيها يا رسول الله، فقال: زوجتكها بما معك من القرآن»^(٤)، فتقدم القبول وتأخر الإيجاب.

وإن كان هذا في البيع، فقال: «بعنيها»، فقال: «بعتكها»، صح عندنا وعند قوم من المخالفين، وقال قوم منهم^(٥): لا يصح حتى يسبق الإيجاب^(٦)، إنتهى. وحكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل^(٧)، بل يمكن نسبة

ولربما كان بتقريب أن الأمر غير ظاهر في الإيجاب كما قلنا، وإنما هو ظاهر في الإسداء والطلب، ما يعني عدم حصول «الإيجاب» الذي يشترطه القائل باشتراط الإيجاب والقبول.

(١) وهذه كلمات المجوزين؛ لكي ترى مقدار الاختلاف في المسألة.

(٢) أي: بقرينة جعله في سياق «وعند قوم من المخالفين».

(٣) وكيل الزوجة أو وليها.

(٤) أنظر: عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، وسنن البيهقي ٧: ٢٤٢، باب النكاح

على تعليم القرآن.

(٥) أنظر المغني، لابن قدامة ٣: ٥٦١، والمجموع ٩: ١٩٨.

(٦) المبسوط ٤: ١٩٤.

(٧) حكاه عنه العلامة في المختلف ٥: ٥٣.

هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق^(١)، وتمسك^(٢) له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلا^(٣) أن المحقق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية

(١)نسبة القول بجواز التقديم إلى كل من جوز تقديم القبول بقول مطلق

ويمكن نسبة القول بجواز تقديم القبول بالأمر إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق في البيع فلم يقيد جواز التقديم فيه بما لو لم يكن القبول بالأمر.

ومن الواضح أن من الممكن أن يشكل على هذه النسبة بأنها غير تامة؛ وذلك لاحتمال إرادة غير الأمر من المطلق.

ومع أنه يمكن رد الإشكال السابق بعدة طرق كما سيأتي في عنوان (تعليم وتعلم فعالان) في ما سيأتي، إلا أن المصنف اختار واحدة من هذه الطرق، وهي مسألة وجود القرينة على إرادة الإطلاق في المقام، وهي القرينة التي نستفيدها من باب النكاح، وهي استدلال ذلك المطلق على جواز تقديم القبول في النكاح على الإيجاب برواية سهل المتقدمة، وهي ما كان قبولها بلفظ الأمر؛ فإن غالب الفقهاء يذهبون إلى تمامية مسألة الأولوية التي تقدمت، فيكون الاستدلال بالرواية في النكاح دال على الجواز في البيع كما تقدم التقريب.

(٢)هذه هي القرينة التي تقدم تقرب التمسك بها.

(٣)هذه العبارة إلى قوله: «وكيف كان»، من جملة أصعب ما مر علي في هذا الشرح؛ إذ كلما أمعنت التأمل فيها، كلما ازداد إبهامها، كما أن كل من تعرض لها، فقد أسر مسألة عدم ارتباطها الواضح بما قبلها بصورة فنية، فشرحها شرحا واضحا الضعف والجرح.

وعلى كل حال، فإننا سنحاول توجيهها بما يجعلها متناسبة أكثر ما يمكن بما قبلها، وحاصل التوجيه:

هذا رد وتضعيف للنسبة السابقة، وذلك بتضعيف القرينة المتقدمة، وحاصل الرد: إن تمامية القرينة المتقدمة قائمة على الملازمة بين القول بجواز التقديم بلفظ الأمر في النكاح وبينه في البيع؛ بحيث ننسب القول بالجواز في البيع إلى كل من قال به في النكاح، والصحيح أن لا ملازمة من هذا النوع في المقام؛ بشاهد ما ذهب إليه عالمان من الطراز الأول عندنا، وهما المحقق والعلامة الحليان، من التفريق بين باب البيع وباب النكاح في المسألة محل البحث.

أما المحقق، فقد ذهب إلى المنع في باب البيع والجواز في باب النكاح، مع أنه تمسك في باب النكاح برواية سهل الساعدي، حيث قال: «ولو أتى بلفظ الأمر، وقصد الإنشاء... قيل: يصح، كما في رواية سهل الساعدي، وهو حسن».

وأما العلامة، فقد جاء في نكاح القواعد في باب صيغة النكاح ما نصه: «لا بد من وقوعهما بلفظ الماضي. ولو قصد بلفظ الأمر الإنشاء، قيل: يصح كما في خبر سهل الساعدي».

وما نلاحظه هنا، هو تردده في كتاب النكاح في صحة تقديم القبول لو كان بصيغة الأمر، بقرينة تمسكه برواية سهل، والحال أنه قطع في باب البيع بعدم صحة تقديم القبول على الإيجاب وجعل ذلك كالمعاطاة، ما يعني عدم التلازم بين البابين.

تعليم وتعلم فعالان

- ١- ماذا كان الهدف من إبراز القرينة محل الكلام؟
- ٢، ما الذي سترتب على عدم تمامية القرينة؟
- ٣- هل كنا نحتاج القرينة محل الكلام من الأساس؟

مساعدة: لاحظ أننا إنما أتينا بالقرينة لنثبت إرادة الإطلاق في كلام كل من أطلق عدم اعتبار الترتيب بين الإيجاب والقبول في باب البيع، غ عَلَيْهِ السَّلَامُ تمت القرينة ثبت إرادة الإطلاق، وثبت ببركة ذلك أن من أطلق يذهب إلى عدم اعتبار الترتيب حتى في ما نحن فيه من أَلْفُظُ القبول، وهو لفظ الأمر.

هناك مستويان من التمسك بإطلاق من أطلق، سواء أكان شارعا أم مشرعا أم متكلمًا عاديًا، وهما:

الأول: المستوى العادي

بأن نتمسك بإطلاق من أطلق في مسألة من المسائل في إثبات شمول الكلام المطلق لما يحتمل خروجه منه، وهو ما يعبر عنه عادة بأصالة الإطلاق في الأصول.

الثاني: المستوى العالي

وهو المستوى الأول مع إضافة مهمة، وهي إثبات أن من أطلق كان قد أراد الإطلاق بصورة جدية بنكتة إضافية.

ومع أن المستويين يشتركان في إرادة الإطلاق من قبل من أطلق، إلا أن هذه الإرادة تثبت في الأول ببركة قرينة الحكمة التي قرأنا عنها في الأصول، فيما الثاني الأعلى يثبت ذلك بمستوى أعلى من مجرد قرينة الحكمة، وهي القرينة التي نتكلم عنها في المقام.

فلأذكرك بقرينة أخرى من هذا القبيل تقدمت في واحدة من الأجزاء السابقة؛ حيث يذهب المصنف إلى أن بعض الإطلاقات تأبى التقييد ولو ورد المقيد وكان تامًا سندا ودلالة، وذلك بقرينة كثرة المطلقات وورودها في مقام البيان، ما يعكس أن المتكلم كان قد أراد الإطلاق في مقابل التقييد، ولهذا، لم يكتف بالإطلاق، بل أكثر بيانه عن طريق كثير من المطلقات. وما نحن فيه من القرينة من هذا القبيل.

الإستيجاب والإيجاب، صرح^(١) بجواز تقديم القبول على الإيجاب^(٢).

وذكر العلامة قدس سره الاستيجاب والإيجاب، وجعله خارجا عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول^(٣) كالمعاطاة وجزم بعدم كفايته، مع أنه تردد في اعتبار تقديم القبول^(٤).

وكيف كان^(٥)، فقد عرفت أن الأقوى المنع في البيع، لما عرفت، بل لو قلنا

معنى الكلام السابق، هو أنه لو لم تتم القرينة في ما نحن فيه، فإن ذلك لن يؤثر على تمامية الإطلاق وعلى صحة التمسك به؛ فإن عدم تمامية القرينة إنما يمنع التمسك بالإطلاق على المستوى الثاني الأعلى، إلا أن ذلك لن يؤثر قيد أنملة على إمكان وصحة التمسك به على المستوى الأول العادي؛ إذ يبقى الكلام مطلقا نافيا للتقييد ببركة قرينة الحكمة، كما هو الحال في جميع موارد الإطلاق إلا ما ندر مما قامت فيه قرينة على إرادة المطلق بقرينة غير قرينة الحكمة.

معنى ما تقدم، هو أن القرينة التي أبرزها المصنف في المقام إنما جيء بها لتقوية الإطلاق والقول به، إلا أن ذلك ليس ضروريا أبدا في تمامية الإطلاق والتمسك به لنفي التقييد. تعلم، واستفد.

(١) في باب النكاح.

(٢) الشرائع ٣: ٤٩٨.

(٣) أي: لا تحمل هذا القيد المصحح لتأثير البيع للملك اللزوم، فهي كالمعاطاة

من هذه الناحية؛ حيث أنها لا تؤثر اللزوم.

هذا في باب البيع، بينما تردد في باب النكاح.

(٤) في باب النكاح، كما تقدم في التوجيه. راجع: القواعد ٣: ٩.

(٥) دليل آخر على عدم جواز تقديم القبول بلفظ الأمر

وسواء أتم التمسك بالإطلاق في ما نحن فيه أم لا، فإن الصحيح هو عدم صحة

بكفاية التقديم بلفظ «قبلت»، يمكن المنع هنا، بناء على اعتبار الماضوية في ما دل على القبول.

ثم ^(١) إن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية

تقدم القبول على الإيجاب في هذا الصنف الثاني من ألفاظ القبول، وهو ما كان بالأمر، شأنه في ذلك شأن الصنف الأول المتقدم.

بل لو قلنا بجواز التقدم في الصنف الأول فإنه لا سبيل إلى ذلك في هذا الصنف الثاني؛ وذلك لأن هناك جهة أخرى تمنع من ذلك في ما نحن فيه، وهي عدم صحة القبول بغير الماضي كما تقدم.

تعليم فعال

هل تذكر أننا تكلمنا غير مرة في أسس البحث العلمي الصحيح؟ هل تذكر أننا تكلمنا عما عبرنا عنه بحصر البحث والتحقيق في نقطة واحدة ليس إلا، وذلك بفرض جميع الحثيات الأخرى الدخيلة في الحكم تامة لا تأثير لها؟ هل تذكر أننا مثلنا لذلك بعمل الصيدلي الذي يفحص تأثير الأستامينوفين؟

إن لم تتذكر ذلك، إرجع إلى الجزء السابق وطالع هذه المسألة، ثم حاول أن تستفيد منها في المقام، ف ما ذكره المصنف قبل هنيهة من دليل اشتراط الماضوية في القبول.

(١) إبتناء المنع من تقديم القبول بصيغة الأمر على المشهور بين الأصحاب

بعد أن انتهى المصنف نَدُّ إلى نتيجة هي عدم صحة تقديم القبول بصيغة الأمر، أي: هذا الصنف الثاني من ألفاظ القبول، ينه على أن هذه النتيجة إنما هي قائمة على ما هو المشهور بين الأصحاب، من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك، وأما على ما قويناه سابقا في مسألة

المعاطاة، من أن البيع العرفي موجب للملك وأن الأصل في الملك اللزوم، فاللزام الحكم باللزوم في كل مورد لم يتم إجماع على عدم اللزوم فيه، وهو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادته اللزوم، وأما في غير ذلك، فالأصل اللزوم.

وهذا - كما ترى - كلام فني قائم على أساس الطريقة الفنية للإستنباط التي قدمناها أول هذه المسألة؛ فإن القاعدة هي اللزوم ببركة عمومات الصحة وإطلاقاتها الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط كما تقدم توضيحه، نعم، العام والمطلق والقاعدة لا تكون حجة إلا بعد عدم المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة من مراحل العملية.

وقد قدمنا أن المخصص والمقيد الذي قد يبرز من قبل القائلين باشتراط تأخير القبول على الإيجاب في الصنف الثاني من ألفاظ القبول إنما هو الإجماع على عدم الإكتفاء بمطلق اللفظ في اللزوم، واشتراط شروط خاصة فيه.

وعلى هذا، فإن قام إجماع على عدم صحة تقديم القبول بلفظ الأمر، تم المقيد والمخصص، وإلا، كان البقاء لعمومات الصحة وإطلاقاتها المقتضية لقاعدة اللزوم في كل ملك حادث.

ولو تأملنا في كلمات الأصحاب في المقام، لاتضح جلياً عدم الإجماع على عدم صحة تقديم القبول بلفظ الأمر، ويكفي في إثبات ذلك ما تقدم عن شيخ الطائفة من القول بجوازه، بل تقدم عنه ادعاء الإجماع على ذلك، ما يعني أن النتيجة على ما رجحناه نحن من الإكتفاء بمطلق اللفظ في اللزوم هي جواز تقدم القبول في ما نحن فيه.

تعليم وتعلم فعالان

ولو تأملنا في كلمات المصنف المتقدمة، لوجدنا أن الدليل على صحة تقدم

القبول في ما نحن فيه هو العمومات والإطلاقات بعد عدم المخصص والمقيد في المرحلة الثانية، ما يفتح الباب على مصراعيه على إشكاليين تعلمناهما من المصنف في هذه المسألة يصعب الفرار منهما في المقام، يمنعان من جريان العمومات والإطلاقات، وهما:

أولاً: المنع من بسبب الإشكال الذي أبرزه المصنف نفسه، من عدم تحقق عنوان «العقد» في حالة تقدم القبول، وهو الإشكال الذي أبرزناه حين الكلام في عدم جواز تقدم القبول في الصنف الأول من ألفاظ القبول، أعني: القبول بلفظ «قبلت» و«رضيت»؛ إذ بعد عدم تحقق مفهوم القبول المتقدم ولو بلفظ الأمر، من أين يأتي «عقد»، أو «بيع» أو أي عنوان آخر من العناوين المأخوذة في العمومات والإطلاقات؟! ما يعني أننا لا زلنا تحت قبضة الأصل العملي الذي يقتضي الإشتراط بالتقريب المتقدم في محله.

ثانياً: لزوم حمل الإطلاقات والعمومات على المعهود المتعارف من العقود، وهو ما تقدم فيه الإيجاب على القبول، وهو ما أبرزه المصنف تَدُّدُ أيضاً في ما تقدم لإثبات لزوم تقدم الإيجاب على القبول كما تذكر، ما يعني عدم شمول تلك الإطلاقات والعمومات لما تقدم قبوله على إيجابه، سواء أكان من الصنف الأول أم من الصنف الثاني الذي نحن فيه.

وبتامة أي من الإشكاليين المتقدمين اللذين اعتبرهما المصنف تامين في المقام في ما تقدم، يتضح أن المسأل غير مبتنية علي ما ادعاه المصنف قبل قليل من القول بالمشهور بين الأصحاب، بل حتى لو لم نبين على ذلك، واكتفينا بمطلق اللفظ في تحقق اللزوم؛ فإن النتيجة تبقى على ما كانت عليه طبق المذهب المشهور، وهي عدم صحة التقديم بلفظ الأمر؛ فإن القول بالصحة فرع القول

مطلق اللفظ في اللزوم وعدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك.

وأما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاة، من أن البيع للملك، وأن الأصل في الملك اللزوم، فاللازم بالحكم باللزوم في كل مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم، وهو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها للزوم، وأما في غير ذلك، فالأصل للزوم.

وقد^(٢) عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، وحكي عن الكامل أيضا، فتأمل^(٣).

بجريان العمومات والإطلاقات وغيرها من أدلة قاعدة اللزوم التي قدمناها ف باب المعاطاة، وهي لا تجري بعد عدم «العقد».

وأنت ترى أن الكلام المتقدم كله كلام فني جميل جار على أسس الفن وعملياته في المقام، وهي المبتنية كلها بدورها على أساس الطريقة الفنية للإستنباط.

ولربما كان الإشكال المتقدم - والله العالم - هو السبب في أمر المصنف تئذ بالتأمل في المقام. إلا أنه إشكال قوي تام كان على المصنف - فنيا - أن يأخذ به في تشخيص الموقف الأخير في ما نحن فيه، لا أن يكتفي فيه بالأمر بالتأمل.

(١) فلا بد أن يكون هناك «عقد» و«بيع» لكي يتم الكلام.

(٢) إتمام الكلام السابق، أي: ولم ينعقد إجماع في ما نحن فيه، فلا زلنا تحت

مقتضى أصالة اللزوم.

(٣) تقدم الوجه المحتمل في الأمر بالتأمل.

وإن^(١) كان التقديم بلفظ «اشتريت»، أو «ابتعت»، أو «تملكت»، أو «ملكته هذا

(١) حكم تقديم الصنف الثالث: «اشتريت»، أو «ابتعت»، أو «تملكت»، أو «ملكته»
هذا هو الصنف الثالث من ألفاظ القبول عند المصنف تَمْثُلُ، وقد ذهب فيه إلى
جواز تقدمه على الإيجاب، وتأثير العقد الملك اللازم.
ومن الواضح أن المصنف يجب أن يسير على الطريقة نفسها التي اتبعها في
الصنفين المتقدمين، من الكلام في المرحلتين المتقدمتين.
وحيث أننا تكلمنا بما لا مزيد عليه في المرحلة الأولى، من حقيقة القبول الذي
هو ركن المعاملة، وأنه ليس مجرد الرضا بفعل البائع، وأنه ما يعكس ما يجب على
المشتري القيام به من وظيفة، فلا يبقى الآن إلا أن نرجع إلى حقيقة الألفاظ التي
نبحث فيها في هذا الصنف الثالث.

ولو تأملنا في حقيقة ما نحن فيه من ألفاظ، لوجدنا أن العرف يفهم منها أن
المشتري القابل بها ينشئ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة: هو ينشئ
المعاوضة كالبائع، إلا أن الفرق بين ما يقوم به البائع وما يقوم به المشتري بهذه
الألفاظ، هو ما قلناه غير مرة، كان آخرها ما تقدم في الصنف الأول، من أن الفرق
هو ما ينشأ أولاً وبالذات وما ينشأ ثانياً وبالعرض، وما ينشأ بالدلالة المطابقة
للكلام وما ينشأ بالدلالة الإلزامية، وحيث قلنا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه
بإزاء مال صاحبه أولاً وبالذات وبالذات المطابقة، والمشتري ينشئ ملكية مال
صاحبه لنفسه بإزاء ماله أولاً وبالذات وبالذات المطابقة، ففي الحقيقة: كل منهما
يخرج ماله إلى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال (التملك) في
الإيجاب مفهوم التزاماً وثانياً وبالعرض؛ حيث أنه يفهم من ذكر العوض، وأما
الإدخال في القبول (التملك)، فمفهوم من نفس الفعل، أي: أولاً وبالذات وبالذات

المطابقية، وأما الإخراج (التملك)، فبالعكس؛ حيث يفهم من فعل البائع بالدلالة المطابقية وأولا وبالذات، بينما يفهم من فعل المشتري التزاما وثانيا وبالعرض. وبهذا، يتضح أن القبول بهذه الألفاظ يحقق عرفا ما هو وظيفة المشتري القابل والمطلوب منه، أي: القبول الذي هو ركن العقد.

إن قلت: إن كانت هذه الألفاظ تستعمل في القبول، وتعتبر من ألفاظ القبول كما هو محل الكلام، أليس معنى ذلك أنه يوجد في حقيقة القبول بهذه الألفاظ ما ذكرناه في لفظي «قبلت» و«رضيت» من معنى «المطاوعة» و«رد الفعل»، بحيث لا يتحقق القبول إلا إذا تأخرت عن الإيجاب، ذلك المعنى الذي منع من تقديم اللفظين على الإيجاب؟

قلنا: ليس في حقيقة الاشتراء وغيره من ألفاظ هذا الصنف المعنى المتقدم في الصنف الأول، بل غاية ما فيها ما تقدم من الدلالة على الإدخال والإخراج. إن قلت: فكيف كانت من ألفاظ القبول على هذا؟

قلنا: هي من ألفاظ القبول بقرينة خارجية خارجة عن حقيقة هذه الألفاظ، وهي قرينة غلبة وقع هذه الألفاظ عقيب الإيجاب؛ حيث أن وقوع هذه الألفاظ عقيب الإيجاب، معناها إنشاء التملك من قبل المشتري بعد إنشاء تملك البائع، وكرد فعل لما صدر عنه، ومطاوعة لما قام به من الإيجاب، الأمر الذي يوجب تحقق المطاوعة حينئذ عرفا.

ففي الحقيقة: المطاوعة إنما تأتي فيما لو تأخرت ألفاظ هذا الصنف الثالث عن الإيجاب، وإنما تأتي في هذه الحالة لا بسبب تضمن هذه الألفاظ في حقيقتها للمطاوعة، وإنما للقرينة المتقدمة.

وأما إذا تقدمت، فإنه لا مطاوعة في حقيقة هذه الألفاظ أبدا.

بكذا»، فالأقوى جوازه؛ لأنه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة: أنشأ المعاوضة كالبائع، إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة: كل منهما يخرج ماله إلى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال

رد الإشكالات المتصورة في المقام

بهذا، يكون كلام المصنف نكتة قد تم في توجيه جواز تقدم القبول بألفاظ الصنف الثالث، ولا يبقى إلا أن نرد أربعة إشكالات، وهي كما يلي:

الإشكال الأول: إن قلت: إذا لم يكن في الألفاظ محل الكلام معنى المطاوعة لو تقدمت، وإنما تعكس ذلك فيما لو تأخرت عن الإيجاب ليس إلا، أفلا تأتي الفكرة نفسها في ألفاظ الإيجاب، أي: تدل على المطاوعة فيما لو تأخرت؟

وإذا سألنا عن الهدف من السؤال المتقدم، جاءنا الجواب: لو كان الأمر كذلك، كان اللفظ المقدم «إيجاباً» مقدماً، وكان اللفظ المتأخر «قبولاً»، لتكون نتيجة ذلك خروج ما نحن فيه من ألفاظ عن محل البحث، أي: من تقديم القبول على الإيجاب، بل تكون حينئذ من قبيل تقديم الإيجاب على القبول.

قلنا: كلا ليس الأمر كذلك؛ من جهة أن العرف يحكم بأن الإيجاب المتأخر يبقى إيجاباً وإن تأخر؛ فإنه يبقى دالاً عرفاً على التملك ونقل البائع ماله إلى المشتري بالدلالة المطابقة، وعلى تملك مال المشتري بالدلالة الإلزامية، وهذا هو البيع، وهو يكشف عن كون القائم بذلك بائعاً لا مشترياً؛ لما تقدم، من أن المشتري يقوم بعكس ما يقوم به البائع، وهو إدخال مال البائع إلى ملكه «التملك» بالدلالة المطابقة، وعلى إخراج ماله وتمليكه للبائع بالدلالة الإلزامية المفهومة من جعل ماله (التمن) عوضاً عن المبيع، وليس عن طريق نفس العمل وبالمطابقة.

في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض وفي القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس.

وحينئذ^(١) فليس في حقيقة الإشتراء - من حيث هو^(٢) - معنى القبول^(٣)، لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة ومفهوم القبول، أطلق عليه القبول، وهذا المعنى^(٤) مفقود في الإيجاب المتأخر؛ لأن^(٥) المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالإنترام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك^(٦)، لا بمداول الصيغة^(٧).

وقد^(٨) صرح في النهاية والمسالك - على

(١) هذا هو الإشكال الأول في المقام، وقد تقدم بقولنا: «إن قلت».

(٢) وبغض النظر عن القرينة الخارجية.

(٣) أي: معنى القبول الموجود في «قبلت» و«رضيت»، وهو المطاوعة.

(٤) أي: المطاوعة المفهومة من تأخير الإيجاب في ما نحن فيه عن القبول.

(٥) لأن ضابط تمييز البائع عن المشتري يقتضي بقاء الإيجاب المتأخر إيجاباً

وإن تقدم، وبقاء القبول المتقدم قبولاً وإن تقدم، لأن اللفظ المتقدم دال عرفاً على

عمل المشتري، واللفظ المتأخر دال عرفاً على عمل البائع.

(٦) أي: بالإنترام، لأنه ينشئ التملك والإخراج بالمطابقة.

(٧) أي: لا بالدلالة المطابقة للصيغة.

(٨) شاهد على صحة ما ادعيناه في المقام

والشاهد على ما ادعيناه من حقيقة القبول بألغاز الصنف الثالث في حالة

تقدمها، من عدم دخالة المطاوعة في حقيقتها، وانفهام المطاوعة من القرينة المقامية

ما حكى^(١) :- بأن «اشتريت» ليس قبولا حقيقة، وإنما هو بدل، وأن الأصل في القبول «قبلت»؛ لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به^(٢)، ولفظ «اشتريت» يجوز الابتداء به.

ومرادهما: أنه بنفسه^(٣) لا يكون قبولا^(٤)، فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق

الخارجية، هو ما صرح به الشيخ في النهاية والشهد الثاني في المسالك على ما حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٣ (أنظر نهاية الأحكام ٢: ٤٤٨، والمسالك ٣: ١٥٤)، من أن «اشتريت» ليس قبولا حقيقة، وإنما هو بدل عن القبول، وأن الأصل في القبول «قبلت»؛ لأن «القبول» في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به؛ لدخول «المطاوعة» في حقيقته، ولفظ «اشتريت» يجوز الابتداء به.

ومقصودهما من أن «اشتريت» ليس قبولا حقيقة، هو ما ذكرناه نحن، من أن مفهوم المطاوعة لا يفهم من حاق هذا اللفظ وعن طريق الوضع، فليس الأمر فيهما كما كان في «رضيت» و«قبلت»، وإنما من القرينة الخارجية المزبورة، وهذا ما لا ينافي انفهام المطاوعة في حالة التأخر. كما أن «رضيت» و«قبلت» ليس فيهما إنشاء لنقل ماله إلى البائع في الحال إلا إذا وقعا متأخرين، ولذا منعنا عن تقديمهما.

وبعبارة أخرى: «رضيت» و«قبلت» يدلان علي المطاوعة بنفسيهما، ولا يدلان بنفسيهما علي إنشاء النقل إلا إذا تأخرا عن الإيجاب نتيجة لحقيقتيهما هذه، و«اشتريت» وغيرها من ألفاظ الصنف الثالث، تدل علي إنشاء النقل بأنفسها، ولا تدل علي المطاوعة إلّا إذا تأخرت، وعليه، فالصنفان الأول والثالث من أصناف ألفاظ القبول الثلاثة تكون متعاكسة في إفادة المطاوعة والنقل.

(١) أي: ما كان حقيقته المطاوعة، كما كان الأمر عليه في «قبلت» و«رضيت».

(٢) كالقبول الموجود في «قبلت» و«رضيت».

(٣) وحسب الوضع، وبغض النظر عن القرينة الخارجية.

(٤) كقبول «قبلت» و«رضيت».

مفهوم القبول^(١) فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أن «رضيت^(٢) بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع^(٣) إلا إذا وقع متأخرا، ولذا منعنا عن تقديمه^(٤). فكل من «رضيت»^(٥) و «اشتريت»^(٦) بالنسبة إلى إفادة نقل المال ومطوعة البيع^(٧) عند التقدم والتأخر متعاكسان.

فإن^(٨) قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله:

(١) والمطوعة.

(٢) و: «قبلت».

(٣) في الحال.

(٤) تقدم المنع في الصنف الأول من الأصناف الثلاثة لألفاظ القبول.

(٥) و«قبلت».

(٦) وأخواتها من ألفاظ الصنف الثالث.

(٧) وهو ما أسميناه «مفهوم القبول» قبل قليل.

(٨) الإشكال الثاني على صحة تقديم القبول في الصنف الثالث

وأما الإشكال الثاني على صحة تقديم القبول في الصنف الثالث، فهو أن هناك إجماعا على اعتبار الإيجاب والقبول في العقد، والقبول لا يتحقق باللفظ إلا إذا تأخر ذلك اللفظ عن الإيجاب؛ وذلك لأن القبول يتضمن معنى «المطوعة»، ولا «مطوعة» إلا إذا تأخر اللفظ كما اعترفتم أنتم به قبل قليل؛ حيث قلتم بأن «اشتريت» وغيرها من ألفاظ الصنف الثالث لا تعكس المطوعة إلا إذا تأخرت، وأما مجرد إنشاء التملك من قبل المشتري في حالة التقدم، فإنه لا يحقق مفهوم القبول؛ حيث لا مطوعة.

وبعبارة أخرى: إنشاء التملك من قبل المشتري له حالتان:

الأولى: أن يقع عقيب الإيجاب

وهذا يعتبر قبولاً لتحقيق مفهوم المطاوعة فيه.

الثانية: أن يقع قبل الإيجاب

وهذا لا يعتبر قبولاً؛ لوضوح أنه لا يتضمن مفهوم المطاوعة كما اعترفتم أنتم بذلك، فلا يكون هنا إلا إيجاباً أولاً يعقبه إيجاب آخر، فلا عقد، فلا صحة ولا لزوم؛ لأن الإجماع قائم على أن اللزوم منوط بوجود العقد.

وأما الشاهد على أن مجرد إنشاء التملك ليس قبولاً، فهو ما نلاحظه في تملك المباحلة بالحيازة وتملك اللقطة بالإلتقاط؛ حيث ليس هنا إلا إنشاء التملك من قبل المحيز والملتقط كما هو الحال في ما نحن فيه، مع أنه لم يعتبر أحد هذا الإنشاء «قبولاً»، وكيف يكون قبولاً ولا إيجاب في هذين من الأساس!؟

تعليم فعال

دور الإجماع في ما نحن فيه لا يتعدى دلالة الآية الشريفة التي أخذ فيها «العقود»؛ حيث كنا نقول بأن العقد لا يؤثر الملك اللازم إلا بجريان العمومات والإطلاقات، وإلا، كانت النتيجة البطلان والإشتراف ببركة الأصل العملي.

هذا بناء على أن العناوين الأخرى المأخوذة في العمومات والإطلاقات لا تجري ما لم يكن هناك «عقد»؛ فإن «البيع» و«التجارة» عقود أيضاً، وهذا ما كان يظهر من كلمات الفقهاء والمصنف إلى الآن؛ حيث كنا نبطل تقدم لفظ ما بدليل عدم تحقق «العقد» بدون أن نتطرق من بعيد أم من قريب إلى غيره من العناوين، كالبيع أو التجارة.

وأما إذا قلنا بأن غير «العقد» من البيع والتجارة يصدقان بدون أن يصدق العقد، فإن دور الإجماع المتقدم في عملية الإستنباط سيكون مختلفاً؛ حيث سيكون دوره دور المقيد والمخصص الجاري في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط،

«اشتريت» حتى يقع قبولاً؛ لأن إنشاء مالكته^(١) لمال الغير^(٢) إذا وقع عقيب تملك الغير^(٣) له يتحقق فيه معنى الإنتقال^(٤) وقبول الأثر^(٥)، فيكون «اشتريت» متأخراً التزاماً بالأثر^(٦) عقيب إنشاء التأثير^(٧) من البائع، بخلاف ما لو تقدم،

بتقريب أن العمومات والإطلاقات كلها إلا ما أخذ فيه العقد منها دال على الصحة واللزوم حتى مع تقدم القبول، فيأتي الإجماع المتقدم ليخصص ويقيد تلك الإطلاقات، ليحكم بأن اللزوم متوقف على ما كان «عقداً» دون غيره من العناوين.

إن قلت: فما فائدة تلك العناوين والعمومات والإطلاقات إذا؟

قلنا: فائدتها أنها تدل لو كنا نحن وهي على الملك واللزوم كليهما، فمل اجاء الإجماع، خصصها وقيدها، وأخرج الحكم باللزوم منها إلا إذا تضمن «البيع» و«التجارة» مفهوم العقد أيضاً، أي: في مصاديق البيع والتجارة المتضمنة للعقد أيضاً.

والصحيح: لا بيع ولا تجارة إلا إذا كان «عقداً»؛ أما بالنسبة إلى البيع، فلما تقدم عند البحث عن مفهومه عرفاً وشرعاً، من أنه وإن كان فعل البائع، إلا أنه لا يكون مؤثراً إلا إذا انضم إليه فعل المشتري ليكون هناك عقد.

وأما بالنسبة إلى التجارة، فلأنها ليست إلا البيع والشراء بقصد الربح كما جاء عن بعضهم في ما نقلناه في بعض المسائل؛ فرجعنا إلى «البيع».

وسياتي بعض الكلام عن هذا الموضوع في ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) أي: تملكه.

(٢) وهو البائع.

(٣) وهو البائع أيضاً.

(٤) المتفرع على النقل.

(٥) أي: المطاوعة.

(٦) ومطاوعة له.

(٧) وهو التملك.

فإن مجرد إنشاء الملكية^(١) لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات^(٢) أو اللقطة^(٣)، فإنه لا قبول فيه رأساً^(٤).

قلت^(٥): المسلم^(٦) من الإجماع هو إعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب^(٧)، وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن

(١) أي: التملك.

(٢) بالحيازة لا بمجرد النية.

(٣) بالإلتقاط لا بمجرد النية.

(٤) من الأساس؛ ومن ظاين يأتي القبول ولا إيجاب من الأساس!؟

(٥) جواب الإشكال المتقدم

والصحيح: إن الإشكال المتقدم غير تام أبداً؛ فإن الإجماع على الرغم من انعقاده على إعتبار القبول في العقد، إلا أننا تعلمنا أن الإجماع دليل لبي لا إطلاق له، ما يعني لزوم الوقوف في العمل به على المقدار المتيقة دخوله فيه، وهو أصل القبول، وأما ما كان أكثر من ذلك، أعني: الخصوصية الزائدة التي كانت أساساً للإشكال المتقدم، من إعتبار المطاوعة في حقيقة ذلك القبول، فهي أمر مشكوك الدخول في معقد الإجماع، فلا يدل الإجماع عليها.

(٦) أي: القدر المتيقن الذي يجب الوقوف عنده في العمل بالإجماع.

(٧) العبارة موهمة شيئاً ما؛ إذ ليس المقصود مطلق الرضا بالإيجاب كما هو الظاهر الأولي للعبارة؛ فإنه التصوير الأول للقبول الذي هو ركن العقد كما تقدم، وهو ما قلنا إنه ليس الركن، وإنما الركن هو سنخ حصة من الرضا بالإيجاب تتضمن تمليك القابل ماله للموجب في الحال.

نعم، ليست المطاوعة داخلة في حقيقة وماهية هذا السنخ من الرضا بإيجاب البائع، ولا دل الإجماع على إعتبارها في القبول. فانتبه رجاء، ولا تختلط عليك الأوراق.

للمطوعة وقبول الأثر، فلا.

فقد^(١) تبين من جميع ذلك: أن إنشاء القبول^(٢) لا بد أن يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل وللرضا بإنشاء البائع - تقدم أو تأخر - ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع^(٣).

فقد^(٤) تحصل مما ذكرناه: صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشترت»

(١) نتيجة الكلام في حقيقة القبول الذي هو ركن العقد..

(٢) الذي هو ركن العقد.

(٣) ومطوعة فعله.

(٤) الإشكال الثالث على جواز التقديم في هذا الصنف الثالث

هذه نتيجة الكلام في تقديم القبول في هذا الصنف الثالث، وشروع في ذكر الإشكال الثالث ورده.

أما الإشكال الذي قد يتصور في المقام، فهو الإجماع المحكي عن الخلاف على تقديم الإيجاب، فقد حكى الشهيد الأول في غاية المرام ذلك عن شيخ الطائفة. وأما رد هذا الإشكال، فهو ثلاثة أمور:

الأول: عدم انعقاد أصل هذا الإجماع

فقد تقدم صدر المسألة جملة من القائلين بجواز تقديم القبول مطلقا، ومن جملة هؤلاء الشيخ نفسه في الخلاف؛ حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب، وهو الصنف الثاني من ألفاظ القبول، وقد تقدم عدم الملازمة بين المنع عن تقدم هذا الصنف وبين المنع عن تقديم مثل «اشترت» من ألفاظ هذا الصنف الثالث الذي نحن فيه.

وكذا السيد ابن زهرة في الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحترز

بذلك عن انعقاده بالمعاطة وبالاستيجاب والإيجاب، ولم يذكر المنع من تقدم الصنف الثالث.

وكذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي؛ حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد، فالعقد يتحقق حتى مع تقدم القبول، وهذا مطلق شامل لما إذا كان القبول بلفظ «إشترت» وأخواته.

والحاصل: أن المصرح بذلك - في ما وجدت من القدماء - الحلبي، وابن حمزة، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب.

الثاني: عدم صحة نسبة الإجماع إلى الخلاف

وأما الإشكال الثاني في المقام، فهو عدم صحة نسبة الإجماع على عدم صحة التقديم إلى الخلاف؛ إذ لو رجعنا إلى كلام شيخ الطائفة في الخلاف، ما وجدنا غير أنه استدل على عدم صحة العقد بالاستيجاب والإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل، وأين هذا من ادعاء الإجماع على عدم صحة تقدم القبول على الإيجاب مطلقاً؟! فإن الكلام إنما هو في الإيجاب والإيجاب لا غير، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الإجماع على عدم صحة القبول بالاستيجاب والإيجاب لا يستلزم بأي وجه الإجماع على عدم صحة تقدم القبول بألفاظ الصنف الثالث كما هو واضح، وهو ما تقدم منا أيضاً قبل ذلك.

الثالث: بل الإجماع المحكي عن الشيخ باطل من أساسه

وذلك بذهاب الشيخ نفسه في الخلاف إلى جواز التقديم في ما نحن فيه؛ وذلك ما يفهم من غطلاق كلامه هناك؛ حيث أنه مع انه كان في مقام تعداد شروط صحة العقد وترتب الملك اللازم عليه، لم يذكر في هذا المجال إلا من الإنعقاد بالاستيجاب والإيجاب، والذي لا ملازمة بينه وبين المنع من الإنعقاد بالألفاظ الأخرى، وهي ألفاظ الصنف الثالث محل الكلام، وعليه، فالإطلاق المقامي يثبت عدم دخالة شرط آخر في الإنعقاد كما تعلمنا في الأصول.

وفاقا لمن عرفت^(١)، بل هو ظاهر إطلاق^(٢) الشيخ في الخلاف، حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والإيجاب^(٣)، وقد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه والمنع عن تقديم مثل «اشترت»، وكذا السيد في الغنية؛ حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول، واحترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة وبالإيجاب^(٤)، وكذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد^(٥).

والحاصل: أن المصريح بذلك - في ما وجدت من القدماء - الحلبي^(٦) وابن حمزة^(٧)، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف^(٨) على تقديم الإيجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والإيجاب إلا بأن ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل^(٩).

ولعمري أن مثل هذا^(١٠) مما يوهن الإعتماد على الإجماع المنقول، وقد نبهنا على أمثال ذلك في مواردها.

(١) أول المسألة.

(٢) أي: الإطلاق المقامي.

(٣) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٤) ليس إلا. راجع: الغنية: ٢١٤.

(٥) أنظر الكافي في الفقه: ٣٥٢ (فصل في عقد البيع).

(٦) السرائر ٢: ٢٤٣.

(٧) الوسيلة: ٢٣٧.

(٨) حكاة عنه الشهيد الأول في غاية المراد: ٨٠، كما تقدم في صدر المسألة،

والشاهد الثاني في المسالك ٣: ١٥٣.

(٩) أنظر الخلاف ٣: ٤٠، كتاب البيوع، ذيل المسألة ٥٦.

(١٠) عدم التدقيق في استفادة الإجماع.

نعم^(١)، يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة
تقديم الإيجاب^(٢)، ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية، وهو
الوصل بين الإيجاب والقبول^(٣)،

(١) الإشكال الرابع على صحة تقديم القبول في الصنف الثالث

هذا هو الإشكال الرابع من الإشكالات الأربعة التي أوردتها المصنف على
النتيجة التي توصل إليها من جواز تقديم القبول في هذا الصنف الثالث من
الأصناف الثلاثة للقبول.

وحاصل الإشكال: هو ما تقدم غير مرة في هذه الشروط، وهو مسألة لزوم حمل
عمومات الصحة وإطلاقاتها على المتعارف منها، وهو تقديم الإيجاب على القبول.
الأمر الذي يقال في المسألة التالية أيضا، وهي مسألة الموالاتة بين الإيجاب والقبول.
وقد تقدم تقريب هذا الاستدلال والإشكال بطريقتين، قلنا في أحدهما أن
التعارف والغلبة يعتبر مقيدا ومخصصا لعمومات الصحة وإطلاقاتها، بحيث يخرج
ما لم يكن قد تقدم فيه الإيجاب من تلك العمومات والإطلاقات، ما يعني بقاء
تلك العقود على مقتضى الأصل العملي، وهو الإشتراط.

تعلم فعال

تكلمنا عن هذا الدليل في ما تقدم، الرجاء مراجعة ذلك وتطبيقه في المقام.

نتيجة البحث في هذا الصنف الثالث: الجواز لا يخلو عن إشكال

ولما كان هذا الإشكال تاما عند المصنف كما تقدم. في الصنف الأول من ألفاظ
القبول، كانت نتيجة البحث في هذا الصنف الثالث عدم جواز التقديم أيضا.

(٢) فيجب حمل إطلاقات الصحة وعموماتها على المعهود المتعارف الغالب.

(٣) في لزوم الحمل على المتعارف.

فالحكم^(١) لا يخلو عن شوب الإشكال^(٢).

ثم^(٣) إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل، كالإجارة التي يؤدي

(١) بصحة تقديم القبول في هذا الصنف الثالث أيضا.

(٢) بل كله إشكال، واللازم الفتوى بعدم الجواز.

(٣) المقام الثاني: حكم الترتيب بين الإيجاب والقبول في غير البيع

بعد أن انتهينا من الكلام في المقام الأول من مقامي هذه المسألة، وأنهينا الكلام في تقديم القبول في البيع، تصل النوبة الآن إلى المقام الثاني في هذه المسألة، حيث نتناول المسألة في غير البيع من العقود.

ومن الواضح أن الطريقة الفنية للإستنباط بمراحلها الخمسة، والطريقة الفنية للتحقيق عدم جواز تقدم القبول فيها، وهذه هي المرحلة الأولى من مرحلتي التحقيق، نعتبر بعد ذلك إلى المرحلة الثانية، لنشخص أن تلك الوظيفة التي شخصناها للقبول في المرحلة الأولى هل تتحقق مع تقديم القبول أم لا؟ إنتهى، إعرف، إفهم، حلل، ركب، طبق، قوم، واستفد.

وعلى كل حال، فقد كانت خطوات المصنف في هذا المقام عديدة، كالتالي:

الخطوة الأولى: ما يؤدي قبوله بإنشاء مستقل

المقصود بالإنشاء المستقل من القبول، هو ما كان من قبيل الصنف الثالث من أصناف القبول المتقدمة، وهو ما لا يتضمن مفهوم المطاوعة ورد الفعل، من قبيل الإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا»، أو «ملكته»، والنكاح الذي يؤدي قبوله من قبل الزوج أو وليه ووكيله بلفظ «أنكحت» و«تزوجت».

والفتوى هنا ما تقدم في الصنف الثالث من الأصناف الثلاثة، وهو جواز التقديم، وذلك لعمومات الصحة وإطلاقاتها بعد انطباق عنوان «القبول» على ما تقدم منه

قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا»، أو «ملكته»، والنكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ «أنكحت» و«تزوجت» .

وأما^(١) ما لا إنشاء في قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمنه، ك «ارتهنت»، فقد

على الإيجاب، بعد عد دخالة مفهوم المطاوعة في القبول المتقدم، فيضم إلى الإيجاب المتأخر، فيكون عقد، إلا أنه لا يخلو عن شوب الإشكال أيضا؛ فإن لزوم الحمل على المعهود الغالب المتعارف آت هنا أيضا.

(١) الخطوة الثانية: ما لا إنشاء في قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمنه

من قبيل: «إرتهنت»، و «إتهمت»، و «إقرضت»، وما شابهها.

وسيكون الكلام هنا في نقطتين، نتعرض في أولهما إلى ما قد يتصور من إمكان التقديم هنا، فيما نتعرض في الثانية إلى رد التصور المتقدم، لنصل إلى نتيجة هي عدم جواز التقديم.

النقطة الأولى: تصوير إمكان التقديم في ما نحن فيه

وقد يقال هنا بجواز التقديم، بتقريب أن المشكلة التي كانت تمنع من التقديم في «قبلت» و«رضيت» في البيع إنما كانت عدم تأدية اللفظين لما هي مسؤولية القابل وما عليه من التزام، وهي إنشاء تملك ماله للبائع في الحال، وبعبارة أخرى: عدم ظهور اللفظين في سنخ الرضا المطلوب من المشتري؛ إذ المطلوب من المشتري لم يكن مطلق الرضا بالإيجاب كما تقدم، وإنما سنخ رضا يتضمن إنشاء تملك المشتري ماله عوضا عن مال البائع في الحال .

ولما كانت المطاوعة داخلة في حقيقة هذين اللفظين كما تقدم، إمتنع أن يؤدي الدور المطلوب منهما في حالة تقدمهما.

إذا اتضح ما تقدم، قلنا: المشكلة المتقدمة الذكر لا تأتي في ما نحن فيه؛ فإننا لو

يقال بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام في قبوله بشيء كما كان في قبول البيع التزام ينقل ماله إلى البائع^(١)، بل لا ينشئ^(٢) به معنى غير الرضا بفعل الموجب^(٣)، وقد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب^(٤) كما يجوز تعلقه بأمر محقق^(٥)، فيجوز أن يقول^(٦): «رضيت برهنك هذا عندي»، فيقول^(٧): «رهنت». والتحقيق^(٨): عدم الجواز؛

تأملنا في ما هو المطلوب من القابل هنا، لوجدنا أنه ليس إلا مطلق الرضا بإيجاب الموجب، وأما أكثر من ذلك، فلا؛ إذ ليس مطلوب من القابل في ما نحن فيه أن يظهر أي التزام من قبيل ما كان موجودا في البيع، بل غاية ما هو مطلوب منه، هو مطلق الرضا بالإيجاب، ما يعني أنه يمكن تقديم القبول في ما نحن فيه؛ لما تقدم، من أن مطلق القبول بالشيء يمكن أن يبرز ويؤدي قبل أن يتحقق ذلك الشيء. والنتيجة: يجوز تقديم القبول في ما نحن فيه أيضا، فيقول المرتهن: «رضيت برهنك هذا عندي»، فيقول الراهن بعد ذلك: «رهنت».

(١) ليس المقصود عدم الإلتزام مطلقا، وإنما المقصود ما تقدم من الإلتزام، وهو إنشاء تملك ماله للبايع في الحال.

(٢) القابل بقبوله.

(٣) أي: التصوير الأول من تصويري القبول للذين قدمناهما في الصنف الأول من الأصناف الثلاثة للقبول، أي: القول بلفظ «قبلت» و«رضيت».

(٤) مستقبل.

(٥) متقدم.

(٦) المرتهن، الذي هو القابل.

(٧) الراهن، وهو الموجب.

(٨) النقطة الثانية: رد التصوير المتقدم

والتحقيق: إن التصوير المتقدم مرفوض حسب الطريقة الفنية للتحقيق؛ فإن

لأن اعتبار القبول فيه ^(١) من جهة تحقق عنوان المرتهن، ولا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن؛ لأن الإيجاب ^(٢) إنشاء للفعل، والقبول إنشاء للإنفعال ^(٣).

المطلوب من القابل في ما نحن فيه ليس هو ما ادعي في التصوير المتقدم من مطلق الرضا بالإيجاب، ولو كان كذلك، لقبلنا بالتصوير المتقدم، بل المطلوب منه إبراز انفعاله والتزامه بما صدر من فعل من قبل الموجب.

إن قلت: وما الدليل على ما تقولونه؟

قلنا: المطلوب من القابل، والمعتبر من قبوله، هو ما كان محققا لعنوان «المرتهن» كما هو واضح عرفا، ومن البين أن هذا العنوان عنوان قد أخذ في حقيقته المطاوعة كما كان الأمر عليه في «قبلت» في البيع؛ إذ لا يصدق عنوان «المرتهن» على قبول الشخص ما لم يتحقق قبله عنوان «الرهن»، الأمر المطلوب من الراهن الموجب أن يحققه بإيجابه؛ فإن الإيجاب إنشاء للفعل، بينما القبول إنشاء للإنفعال و«رد الفعل».

والنتيجة: لا يجوز التقديم في ما نحن فيه؛ لعدم جريان العمومات والإطلاقات من الأساس مع التقديم، والأصل العملي يقتضي الفساد والإشترط كما قلنا.

(١) أي: القبول المعتبر والمقبول فيه هو ما يحقق عنوان المرتهن لا كل قبول ورضا، أي: لا القبول الذي يعكس مجرد رضا القابل بإيجاب الموجب، وإنما هو نسخ رضا يتضمن تحقيق عنوان «المرتهن»، ففيه معنى المطاوعة على هذا كما كان في «قبلت» في البيع، ما يعني أنه لا يتحقق المطلوب منه إلا إذا تأخر عن الإيجاب، كما تقدم في البيع.

(٢) في ما نحن فيه، لا كل إيجاب، وكذا القبول.

(٣) و«رد الفعل»، وهو ما لا يتأتى من الألفاظ التي نحن فيها إلا في حالة تأخرها

وكذا^(١) القول في الهبة والقرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القبول^(٢) فيهما التزام بشيء، وإتما يحصل به الرضا بفعل الموجب^(٣)، ونحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض^(٤).

وأما^(٥) المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها

عن الإيجاب، كما قلنا بالضبط في «قبلت» و«رضيت» في البيع.

(١) الخطوة الثالثة: الهبة والقرض والمصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض. وما ذكرناه قبل قليل في الخطوة الثانية، من احتمال الجواز للتصوير المتقدم، ومن بطلان هذا الاحتمال كما تقدم، كل ذلك أت في ما نحن فيه من الخطوة الثالثة؛ إذ المطلوب من القبول في هذه الألفاظ لا مجرد عكسها للرضا بالإيجاب بدون أي التزام ورد فعل وانفعال، بل المطلوب منه أن يعكس الإلتزام والانفعال من قبل القابل، لكي يتحقق مفهوم «المتهب» و«المقترض» و«المصالح» بفتح اللام.

(٢) المتقدم.

(٣) ليس إلا.

(٤) أي: المصالحة غير المتضمنة لمعاوضة من الجانبين. وسيتضح السر في هذا التقييد أكثر في الخطوة التالية.

(٥) الخطوة الرابعة: المصالحة المشتملة على المعاوضة

وسيكون الكلام هنا في نقطتين، نتكلم في أولاهما عن المطلوب من كل من المتصالحين.

وأما النقطة الثانية، فتكلم فيها عن أن قيام الإجماع على لزوم القبول في العقد معناه أن لا قبول في المقام إلا بلفظ «قبلت» و«رضيت»، وإلا لم يتحقق قبول من الأساس.

والنتيجة: وما دام القبول في ما نحن فيه محصوراً بـ«قبلت» و«رضيت»، جاء فيه ما تقدم في اللفظين في قبول البيع، من عدم جواز التقديم.

جائزا من الطرفين، وكان نسبتها إليهما على وجه سواء، وليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجبا، لصدق الموجب عليه لغة وعرفا.

وإليك تفصيل الكلام في النقطتين والنتيجة:

النقطة الأولى: المطلوب من المتصالحين

نعرف أن حقيقة الصلح هي «التسالم»، وعليه، فالمطلوب من كل من المتصالحين هو تحقيق هذا العنوان ليس إلا.

ولو تأملنا في هذا العنوان، لرأينا أنه مما يتساوى في نسبه إلى كل من المتصالحين، أي: يمكن أن يصدر من كل منهما ما يؤدي هذا العنوان بلا أي فرق بين الإثنين؛ وما ذلك إلا لأن نسبة هذا العنوان إليهما نسبة واحدة بلا أي تفاوت، أي: المطلوب من كل منهما واحد، وهو أن «يلتزم» بالتسالم، بمعنى أن يبرز هذا الإلتزام باللفظ.

معنى ما تقدم أمران:

الأول: أن لكل من المتصالحين أن يبدأ بإنشاء؛ إذ أنه يؤدي المطلوب منه بإنشاء، وهو إنشاء التسالم وإبرازه.

الثاني: أن من يبدأ منهما يكون هو «الموجب» قهرا لغة وعرفا؛ إذ يصدق لغة وعرفا عليه أنه أوجب، وأنشأ الإيجاب.

الثالث: أن للآخر أن ينشئ التسالم بنفس اللفظ الذي أنشأه به المتصالح الأول؛ إذ المفروض أنه يؤدي الغرض منه بالضبط، وهو إبراز التسالم وإبرازه.

الرابع: أنه ليس من اللازم أن يكون هناك قبول في الصلح، ومن الجائز أن يتركب من إيجابين؛ إذ المفروض أن المتأخر لا يقوم بأي أمر مختلف عما يقوم به الأول.

ثم^(١) لما انعقد الإجماع على توقف العقد^(٢) على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو قال أيضا: «صالحتك»، كان إيجابا آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

وتحقق^(٣) من جميع ذلك: أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز؛ إذ لا

(١) النقطة الثانية: الإجماع على توقف العقد على القبول

قلنا: لو كنا نحن وما هو المطلوب من المتصالحين، لكان المفروض أن الصلح يتحقق بإيجابين، بدون أن يحتاج إلى إيجاب وقبول؛ فإن الإيجابين يحققان ما هو المطلوب منهما عرفا، فيتحقق العنوان المأخوذ في عموماً الصحة وإطلاقاتها، من العقود والصلح وغيرهما، ما يعني خروج ما نحن فيه تخصصاً عن محل البحث؛ إذ هو في تقدم القبول، والحال أنه لا قبول في المقام، وإنما هو من ضم الإيجاب إلى الإيجاب. إلا أن العنصر الذي يجب أخذه بنظر الاعتبار هنا، هو قيام الإجماع على أن اللزوم لا يتحقق إلا بتحقيق عنوان خاص هو «العقد»، ومن الواضح أن هذا العنوان لا يتحقق بدون إيجاب وقبول، ولا يكفي في تحقيقه إيجابان أو من قبولان أبداً.

الإجماع المتقدم يلزم المتصالحين بوجود قبول لتحقيق التسالم، وحيث أن المتقدم منهما يكون موجبا قهراً، فعلى الثاني المتأخر أن يكون قابلاً، الأمر الذي لا يمكن تحقيقه وإبرازه إلا بلفظ صريح في القبول، وهو ما كان من قبيل «قبلت» لا غير، وإلا، لم يكن إلا إيجاباً يضم إلى الإيجاب المتقدم.

(٢) المقصود: توقف اللزوم على العقد، وهو ما يتوقف بدوره على القبول.

(٣) نتيجة الموقف من تقديم قبول الصلح المعوضي

ولما كان القبول في الصلح المعوضي لا يتأدى إلا بلفظ «قبلت» وما شابهه، يتضح أنه لا يجوز تقديم القبول فيه أبداً؛ وذلك أنه يأتي فيه ما أتى في الصنف

قبول فيه بغير لفظ «قبلت» و«رضيت»، وقد عرفت أن «قبلت» و«رضيت» مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض في الحال^(١).

فتلخص^(٢) مما ذكرنا: أن القبول في العقود على أقسام: لأنه إما أن يكون

الأول من أصناف قبول البيع، وهو القبول بلفظ «قبلت» و«رضيت».

(١) للدخالة المطاوعة في حقيقته كما تقدم، فلا يتأتي إنشاء النقل إلا مع التأخر عن الإيجاب.

(٢) الخطوة الخامسة: تلخيص الموقف من جميع العقود

بعد أن أنهى المصنف تَدُُّّ التحقيق في جواز تقديم القبول في العقود المختلفة، ابتداءً بالبيع، يعرض هنا تلخيصاً للموقف من تلك العقود من زاوية جديدة هي الالتزام من قبل كل من المتعاقدين.

ومحصل التفصيل: أن القبول أربعة أقسام؛ فإنه إما أن يشتمل على التزام أو لا يشتمل عليه.

فما اشتمل على الإلتزام، إما أن يكون الإلتزاما فيه مغايراً للإلتزام الموجود في الإيجاب، كما في الشراء والإجارة والنكاح؛ حيث أن المطلوب من القابل أمر غير ما هو المطلوب من الموجب، وإما أن يكون موافقاً له كالصلح المعاوضي كما تقدم قبل قليل، فهنا قسمان.

وما لم يشتمل على الإلتزام، إما أن يكون رضا بالإيجاب مع المطاوعة، كما تقدم في الرهن والهبة والقرض، أو مجرد الرضا بالإيجاب بدون أي مطاوعة، من قبيل الوكالة والعارية والوديعة، فهنا قسمان أيضاً.

وبعد أن اتضحت الأقسام الأربعة للقبول، نقول: تقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين.

التزاما بشيء من القابل، كنقل مال عنه، أو زوجية، واما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب^(١).

والأول على قسمين: لأن الالتزام الحاصل من القابل، إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة^(٢)، أو متغيرا كالاشتراء.

والثاني أيضا على قسمين: لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقتراض، واما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة والعارية وشبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين.

ثم^(٣) إن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكل من

(١) بلا أي التزام.

(٢) كما تقدم توضيحه؛ حيث المطلوب من الإثنين إنشاء التسالو وإبرازه بدون أي فرق بينهما.

(٣) الخطوة الأخيرة: الإشارة إلى أن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه تقدم الفرق بين الصنف الأول (قبلت، رضيت) والثالث (إشترت وأخواتها) من أصناف القبول؛ حيث منعنا عن تقديم الصنف الأول بينما جوزنا ذلك في الصنف الثالث، لما ذكرناه في حينه من اشتمال الأول على مفهوم المطاوعة، الذي يقتضي التأخير، دون الثالث الذي لا يشتمل على ذلك.

إلا أن ذلك الكلام كان باعتبار دخالة المطاوعة وعدم دخالتها في مفهوم كل من الصنفين.

وما دمنا أبرزنا حيثية أخرى مؤثرة في القول بجواز تقديم القبول وعدم القول

التزم بنقل ماله^(١) على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا^(٢)، وكل من نقل ماله^(٣) على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا .

به، وهي حثية المغايرة بين الإلتزام المطلوب من الموجب والإلتزام المطلوب من القابل، إقتضى ذلك عرض النتيجة المتقدمة على ضابط القول بالتقديم والتأخير الأخير، أعني: المغايرة المزبورة؛ حيث قد يشكل القول بجواز التقديم في «اشتريت» وأخواتها، بحجة أنها من القسم الأول من القسم الأول، أي: ما اشتمل قبوله على التزم مشابه للإلتزام المطلوب من البائع؛ إذ أن المطلوب من كل منهما إنشاء المبادلة والتملك والتملك، بعد أن كان المشتري ناقلا مملكا وتملكا شأنه في ذلك شأن البائع بلا أي فرق في البين.

ورد الكلام السابق يكون بما تقدم غير مرة منا، من أنه وإن كان المطلوب من كل من المتبايعين هو عين المطلوب من الآخر، أعني: التملك والتملك وإنشاء المبادلة بين المالكين، إلا أن هناك فرقا بينهما عرفا، وهو طريقة إنشاء ذلك التملك والتملك؛ فإن المطلوب من البائع أن ينشئ التملك بالدلالة المطابقة، وأولا وبالذات، وأن ينشئ التملك بالإلتزامية، وثانيا وبالعرض، خلافا للمشتري؛ حيث ينشئ التملك بالمطابقة وأولا وبالذات، والتملك بالإلتزام وثانيا وبالعرض.

وعلى هذا، فكل من قام بتمليك ماله بالمطابقة وتملك مال الغير بالالتزام، فهو البائع عرفا، وفي المقابل، كل من أنشأ تملك مال الغير بالمطابقة، وتملك ماله للغير بالالتزام، فهو المشتري عرفا، فهناك مغايرة عرفية بين الموجب والقابل، فهناك مغايرة إذن بين المتعاملين على الرغم من أن كليهما يقوم بإنشاء المبادلة والتملك والتملك.

(١) بالدلالة الإلتزامية.

(٢) عرفا.

(٣) بالدلالة المطابقة.

وبعبارة اخرى: كل من ملك ماله غيره بعوض^(١) فهو البائع، وكل من ملك مال غيره بعوض ماله^(٢) فهو المشتري، وإلا، فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره، ويملك مال غيره بإزاء ماله.

(١) بالدلالة المطابقة.

(٢) بالدلالة المطابقة.

[البحث في اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول]^(١)

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

البحث في اشتراط الموالاة بين الإيجاب والقبول

ولا بد قبل الخوض في البحث التفصيلي للمسألة من تمهيد يجعل الكلام في المسألة فنيا علميا تعليميا تعاليميا، فلتتكلم إذن في النقاط التالية:

النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الضريحي فيه

بعد أن انتهينا من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف نَتْرُ الكلام فيها في خصوص أَلْفَاظ عقد البيع، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث؛ إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم.

قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تنتظم في مواقف ثلاثة، يتحمل كل منها مسؤولية الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين، تناول أولهما اعتبار الصراحة والحقيقة، فيما تناول الثاني اعتبار العربية.

وأما الموقف الثاني، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة الإفرادية، أي: هيئة الإيجاب لوحده، وهيئة القبول لوحده، في قبال ما نحن فيه من الموقف الثالث، حيث البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة التركيبية، أي: الهيئة

المركبة من الإيجاب والقبول كليهما.

وقد قدمنا أن الأسئلة المطروحة في هذا الموقف خمسة، يهتم كل واحد منها بزواوية من زوايا الهيئة التركيبية للعقد، وبعد أن انتهينا من السؤال الأول من أسئلة هذا الموقف؛ حيث تناولنا الكلام في الترتيب بين الإيجاب والقبول، نشرع في السؤال الثاني من تلك الأسئلة، حيث يتناول البحث في اعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول، والذي قد يعبر عنه في بعض الأحيان بالفورية، وعدم الفصل المخل بين الإيجاب والقبول أحيانا أخرى، والمقارنة بينهما ثالثة، إلى غير ذلك من التعبيرات، فهل يعتبر الموالاتة بين الإيجاب والقبول في البيع لإيجاد الملك اللزوم، بحيث لا يقع فاصل مخل بينهما؟

هذا هو السؤال المطروح في ما نحن فيه، كيف يمكن أن نجيب عن هذا السؤال حسب خبرتك التي اكتسبتها خلال رحلاتك المختلفة مع المصنف رحمته؟

تعليم فعال

والحقيقة: أن البحث الذي نحن فيه لا يتعلق بحصول اللزوم فقط بعيدا عن حصول الملك، بحيث يختص البحث في خصوصية اللزوم لا غير، وكأنما يخيل للباحث أنه لا كلام في حصول أصل الملك حتى مع عدم الموالاتة، بل الكلام يعم هذه الحيثية أيضا، فهو بحث في حصول الملك اللزوم، لا في حصول أو عدم حصول اللزوم بعد الفراغ عن حصول الملك حتى مع عدم الموالاتة.

النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف

وكما فعلنا في غير هذا السؤال، لا بد من الكلام في الخطوات التي قام بها المصنف في المسألة، لكي نكون على بصيرة من الطريق، فأين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟

الخطوة الأولى: ذكر بعض من ذهب إلى اشتراط الموالاة.
الخطوة الثانية: نقل ما تمسك به الشهيد لاعتبار الموالاة.
الخطوة الثالثة: توضيح كلام الشهيد وما استدل به من قبل المصنف تتُّ.
الخطوة الرابعة: مناقشة المصنف في ما ذكره الشهيد، وتوجيه ثلاثة إشكالات عليه.

الخطوة الخامسة: ذكر المعيار في الموالاة المعتبرة، وأنه العرف.
الخطوة السادسة: توضيح الموقف من رواية سهل الساعدي الدالة على جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

رجعت هنا إلى ما قلته في المسألة المتقدمة، فرأيتة كلاما جميلا مناسباً لما نحن فيه، فصار الرأي أن أعيده بحذافيره، إلا بعض التغيير اللازم لما نحن فيه من المسألة الجديدة، فأقول:

نعلم أن الأصل العملي يقتضي اعتبار أي شرط يشك في اشتراط حصول الملك أو لزوم البيع به كما تقدم، إلا أنه لا يجري إلا مع عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط كما نعلم، وهنا تدور أشد المعارك وأضرها بين القائلين بالإعتبار والقائلين بعدمه أو القائلين بالتفصيل لو كان هناك تفصيل بين مصاديق التفصيل؛ فمن يقول بالاعتبار، يبرز هنا الدليل على عدم انعقاد «عقد» ولا «بيع» ولا أي عنوان من العناوين المأخوذة على لسان العمومات والإطلاقات، الأمر الذي سنشاهد فنياته ودروبه في ما سيأتي، من مسألة أن العقد المركب من الإيجاب والقبول كلام واحد لا يجوز الفصل بين أجزائه، حاله في ذلك حال لزوم الوصل بين المستثنى والمستثنى منه، وإلا كان

المستثنى كلاماً مستقلاً، وكان المستثنى منه كلاماً مستقلاً أيضاً، وحكم بالكذب على المتكلم.

ومن الواضح أن العمومات في حالة عدم جريانها، ستكون الساحة خالية يلعب فيها الأصل العملي كيف شاء، ما يعني ثبوت اشتراط الموالاة.

وأما من يذهب إلى عدم الاعتبار والاشتراط، فإنه لا بد له من أن ينتصر في جبهتين:

الأولى: إثبات انطباق عنوان «العقد» أو غيره من العناوين على العقد الفاقد للشرط محل الكلام، وفي ما نحن فيه: العقد الذي لا موالاة بين إيجابه وقبوله؛ إذ من الواضح أن الصحة واللزوم إنما هما من ثمرات هذه الإطلاقات والعمومات التي كانت الأساس في ما أسسناه من قاعدة اللزوم في كل ملك حادث، القاعدة التي بينهاها بناء قويا من خلال العديد من الأدلة في ما تقدم من بحوث المعاطاة.

الأهمية المتقدمة هي التي تفسر القتال العنيف الذي يقوم به القائلون بعدم اعتبار الموالاة كما سنرى تفصيل هذه الحرب الشعواء التي شنّها المصنف رحمته بصورة حية فاعلة.

الثانية: إثبات عدم المخصص والمقيد

إلا أن جميع الجهود التي يبذلها القائلون بعدم الاعتبار في الجبهة الأولى، لن يكون لها أي أهمية ولا ثمرة ما لم ينتصر هؤلاء في الجبهة الثانية، وهي جبهة المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، وما سيرزّه القائلون بالاعتبار - فيما إذا خسروا المعركة على الجبهة الأولى - من أدلة في هذه المرحلة الثالثة إن كان.

من الواضح أن إبراز المخصص والمقيد لوحده لا يكفي القائلين بالاعتبار؛ إذ

ومن^(١) جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله، ذكره الشيخ في

يلزمهم أن يخوضوا حربا أخرى لا بد من أن يثبتوا فيها وينتصروا، وهي المعركة مع الدليل المعارض للمخصص والمقيد، وهو الدليل القائم في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط، وهنا بالضبط يأتي دور رواية سهل الساعدي، التي قد يتمسك بها لنفي اعتبار الموالاة، بل جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام أجنبي.

من الواضح أن المعارك المتقدمة قد تكون جارية في جميع موارد الفصل بين الإيجاب والقبول، فنذهب إلى نتيجة واحدة في الجميع، قد تكون هذه النتيجة الإعتبار مطلقا في جميع الموارد، كما قد تكون عدم الإعتبار في الجميع، كما أنها قد تكون التفصيل بين موارد الفصل، فنقول باعتبار الموالاة في بعضها، فيما نقول بعدم ذلك في بعضها الآخر.

وما دام باب التفصيل قد انفتح في ألفاظ القبول المختلفة في الباب الواحد الذي نحن فيه وهو البيع، فإنه قد يكون مفتوحا في الأبواب المختلفة، فقد نذهب إلى الإعتبار في بعض المعاملات فيما نذهب في بعضها الآخر إلى عدم الإعتبار. المهم: أنك أصبحت تعرف الآن الهدف والطريق والمؤونة كما كنا نعبر، فتعرف الأدوات المختلفة والعناصر المتنوعة التي ستدخل في عمليات القتال المختلفة الدائرة في الجبهات المختلفة، فاغتنم رجاء.

إلى التفاصيل الآن ببركة الصلاة على محمد وآل محمد ﷺ.

(١) الخطوة الأولى: ذكر بعض من ذهب إلى اشتراط الموالاة

حيث يستعرض الفقيه بداية رحلته في المسألة الأقوال فيها، كما تعرضنا لفوائد

هذه الخطوة وأهدافها في ما تقدم، هل تذكر ذلك؟

المبسوط في باب الخلع^(١)، ثم العلامة^(٢) والشهيدان^(٣)، والمحقق الثاني^(٤)،

(١) قال في المبسوط: «إذا طلقهما بألف، أو علي ألف، فقد طلقهما طلاقاً بعوض ألف. ويقتضي أن يكون جوابه علي الفور، فإن تراخي، لم يصح أن يطلقهما علي ما طلبتا، فإن طلق، كان ابتداء طلاق من جهته، ويكون رجعياً». المبسوط ٤: ٣٦٢.

تعليم فعال

كما ترى، فإن كلام الشيخ إنما هو في الخلع، هل يمكن أن تتكلم عن علاقة ذلك في ما نحن فيه من البيع؟

(٢) قال العلامة في نكاح القواعد: «ويشترط: التنجيز، فلو علقه، لم يصح. واتحاد المجلس، فلو قالت: زوجت نفسي من فلان وهو غائب، فبلغه، فقبل، لم ينعقد. وكذا لو أخر القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب». القواعد ٣: ١٠.

(٣) أما الشهيد الأول فقد صرح بذلك في شرائط الوقف، حيث قال: «ورابعها: القبول المقارن للإيجاب، إذا كان علي من يمكن فيه القبول». الدروس ٢: ٢٦٤.

كما يمكن الاستفادة اعتبار الموالاة عنده **تتأثر** أيضاً من مفهوم قوله في شرائط عقد البيع: «ويشترط فيهما التطابق ... ولا يقدر تخلل آن أو تنفس أو سعال». الدروس ٣: ١٩١.

وأما الثاني، فقد ذكر في الروضة اشتراط الوقف بالقبول - إذا كان الوقف علي من يمكن في حقه القبول - ثم قال: «فعلي هذا، يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة، من اتصاله بالإيجاب عادة». الروضة البهية ٢: ١٩٧.

كما صرح بذلك في الهبة والخلع من المسالك، أنظر المسالك ٦: ٩، و ٩: ٣٨٤.

(٤) رسائل المحقق الكركي ١: ٢٠١، في الخلع، وجامع المقاصد ٤: ٥٩، في

والشيخ المقداد. (١)

قال (٢) الشهيد في القواعد: الموالاة معتبرة في العقد ونحوه (٣) ، وهي (٤)
مأخوذة من اعتبار الإتصال بين الإستثناء والمستثنى منه، وقال بعض العامة:
لا يضر قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد لله، والصلاة على رسول الله، قبلت
نكاحها» (٥).

ومنه: الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر (٦) في الحال، وقيل (٧) : إلى ثلاثة
أيام (٨).

البيع.

(١)التنقيح الرائع ٢: ٢٤.

(٢)الخطوة الثانية: نقل ما تمسك به الشهيد لاعتبار الموالاة

(٣)مما سيأتي من مصاديق في كلام الشهيد نفسه.

(٤)مأخذ القول بلزوم الموالاة بين الإيجاب والقبول عند الشهيد

هذا هو مأخذ القول بلزوم الموالاة بين الإيجاب والقبول، وهو: التأمل في اعتبار
الاتصال عرفاً بين المستثنى والمستثنى منه؛ فإن هذا الاتصال أمر عرفي مقطوع به،
يوجب التأمل فيه تسرية حكمه إلى كل أمر تدريجي ثبتت له الصورة الاتصالية
عند العرف، كما في ما نحن فيه من العقد، وكما في عديد الأمثلة التي سيذكرها
الشهيد نفسه.

(٥)قاله النووي، أنظر المجموع ١٧: ٣٠٧.

(٦)أي: من أمثلة اعتبار الأتصال فورية توبة المرتد عندما يستتاب من قبل

الحاكم الشرعي، فلا بد من الموالاة بين طلب التوبة منه وتوبته، وإلا، قتل.

(٧)قاله العلامة في الإرشاد ٢: ١٨٩.

(٨)وعلى هذا القول، تخرج الاستتابة عن كونها من موارد الفورية.

ومنه^(١): السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيرا، أبطله.
 ومنه^(٢): السكوت الطويل في أثناء القراءة، أو قراءة غيرها، وكذا التشهد.
 ومنه^(٣): تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا
 حتى ركع، فلا جمعة. واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة.
 ومنه: الموالة في التعريف^(٤) بحيث لا ينسى أنه تكرر، والموالة في سنة

(١) ومن اعتبار الاتصال بين الأجزاء ومبطلية الفصل بينها، الأذان؛ حيث يبطل
 بالسكوت أثناء فقراته، مع أنها ليست بالدقة شيئا واحدا، وكذا بالفصل بينها بكلام
 أجنبي أو فعل طبعاً، والسكوت مجرد مثال لما يسبب عدم الاتصال.
 (٢) أي: وكذا السكوت الطويل أثناء قراءة الفاتحة والسورة، أو أثناء قراءة واجبة
 واجبة غير الفاتحة والسورة، فتبطل القراءة بذلك.

هذا بناء على ما نقله المصنف في المتن عن الشهيد، إلا أن الموجود في
 القواعد هو كلمة «خلالها» بعد قوله: «غيرها»، فيكون المقصود أن قراءة شيء ولو
 قرأنا خلال الفاتحة والسورة مبطل للقراءة الواجبة في الصلاة؛ وذلك من جهة
 إخلال ذلك بالهيئة الإتصالية المعتبرة في القراءة.

(٣) ومن اعتبار الاتصال ومبطلية الفصل الحكم بطلان جمعة المأموم لو لم
 يكبر قبل ركوع الإمام، قبل الفاتحة كما عند بعض العامة، فيعتبر الإنصال بين
 التكبيرة وبين صلاة الإمام إلى ما قبل الركوع أو الفاتحة، وإلا، بطلت صلاة المأموم
 جمعة؛ لفوات الموالة، ووقوع الفصل.

(٤) عن اللقطة، بحيث لا ينسى السامع للتعريف التالي أنه تعريف تكرر لنفس
 التعريف السابق للقطعة نفسها، وليس تعريفاً جديداً للقطعة أخرى.
 وعليه، فلو عرف باللقطة مع الموالة شهرين مثلاً، ثم لو يوال، فهل يستأنف

التعريف، فلورجع في أثناء المدة استؤنفت؛ ليتوالى^(١)، انتهى.

أقول^(٢): حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في

التعريف من الأول فلا يحتسب الشهرين الأولين اللذين تحققت فيهما الموالاة؟
الجواب: كما يبطل فوات الموالاة التعريف أثناء السنة، كما في ما لو لم يوال
أثناء السنة، فإنه يبطل التعريف من أساسه للسنة جميعاً، فلا بد له من الإستئناف
في التعريف. كل ذلك مأخذه اعتبار الموالاة بين أجزاء السنة.

(١) القواعد والفوائد ١: ٢٣٤، القاعدة ٧٣.

(٢) الخطوة الثالثة: توضيح كلام الشهيد وما استدل به من قبل المصنف

الغرض من هذه الخطوة الإجابة عن هذا السؤال: عندما قال الشهيد تبطل
الأعمال التي ذكرها بفوات الموالاة، فما هو التوجيه الفني لذلك؟
والجواب: قد يتصور ابتداء أن التوجيه الفني في المقام هو وجود دليل شرعي
عام أو خاص على اعتبارا الموالاة بحيث تبطل الأعمال بدونها، إلا أن الصحيح
ليس ذلك، وإنما هو حكم العرف بلزوم الموالاة في ما هو المأمور به شرعاً، بحيث
لا يتحقق عند العرف إلا بالموالاة.

ولتوضيح ما تقدم نقول: لو أمر الشرع بعمل لا يعتبر واحداً حقيقة وبالذقة
العلمية، بأن كان في الحقيقة مكوناً من جزأين فأكثر، إلا أنه واحد عرفاً، كما هو
الحال مثلاً في أجزاء الأذان على سبيل المثال، فالعرف يحكم حينئذ أن الإتيان
بالمأمور به شرعاً لا يتحقق إلا بالموالاة بين الجزأين أو الأجزاء، فالمأمور به واحد
عرفاً، ويتخلل الفصل بين أجزاء الواحد لن يتحقق الواحد كما هو واضح.

ومن هذا القبيل أيضاً العقد، فهو وإن كان مكوناً حقيقة من فعلين وجزأين هما
الإيجاب والقبول، إلا أنه عند العرف عمل واحد يؤتى به تدريجاً، فلا بد من
الموالاة بين الجزأين، وإلا، لم يتحقق عقد من الأساس، فلا إطلاقات ولا عمومات،

العرف^(١)، فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الإتصالية^(٢)، فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الإتصالية، ولذا، لا يصدق التعاقد إذا كان الفصل مضطرا في الطول، كسنة أو أزيد.

وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف^(٣)، فهو في كل أمر بحسبه^(٤)، فيجوز الفصل^(٥) بين كل من الإيجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما،

فنحن باقون على مقتضى الأصل العملي الذي يقتضي الفساط والإشتراط كما تقدم. وكما نرى في التوجيه السابق، فإن المناط في الإتصال وتحقيق الفعل الواحد هو العرف، وهو ما قد يختلف من فعل إلى فعل آخر كما هو واضح ما دام الشرع لم يتدخل في ذلك، ما يؤذن بكون المرجع في مثل هذه الحالات العرف. إن قلت: بقي عندي سؤال واحد: لو كان الأمر كما تقولون بيد العرف، فما علاقة ذلك بمسألة الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه التي ذكرها الشهيد مأخذا لاعتبار الموالة؟!

قلنا: هذا سؤال لطيف كان المفروض أن يجيب عليه المصنف هنا، إلا أنه أرجأه إلى الخطوة التالية، وهو ما سنراه إن شاء الله هناك. فانظر، ولا تعجل.

(١) مع أنه في الحقيقة ليس شيئا واحدا.

(٢) بحيث يقع شيئا واحدا لا عدة أجزاء.

(٣) فالقاعدة هي مرجعية العرف بعد أن لم يتدخل الشارع في ضبط ذلك بدليل

شرعي خاص أو عام.

(٤) عرفا.

(٥) بنظر العرف.

ويجوز الفصل بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان والقراءة^(١).

وما ذكره^(٢) حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطا بصدق

(١) فيجوز الفصل بين فقرات الأذان، وبين الآيات بما لا يجوز الفصل به بين كلماتهما، ويجوز بين كلماتهما بما لا يجوز بين حروفهما.

(٢) الخطوة الرابعة: مناقشة المصنف في ما ذكره الشهيد

بعد أن وجهنا كلام الشهيد بالنسبة إلى الوجه في اعتبار الموالاة والبطلان بفواتها، حان الوقت لتشخيص الموقف الفني من ذلك التوجيه، ومما ذكره الشهيد في كلامه المتقدم، فنقول:

الإشكال الأول على العلامة في المقام

أما الإشكال الأول، فهو أن ما ذكره العلامة وما قدمناه في التوجيه الفني له، إنما يفيد في إثبات اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول فيما لو كان الدليل المصحح للبيع هو ما ورد فيه «العقد» ومشتقاته، من قبيل آية الوفاء بالعقود، ومن قبيل الإجماع على اعتبار العقد في اللزوم بل في الملك عند الأصحاب، وأما لو كان هناك دليل مصحح غير ذلك، كما هو الصحيح، فإن ما ذكره العلامة غير كاف لإثبات الإعتبار.

وبلغة الطريقة الفنية للإستنباط: ما ذكره العلامة كان تمسكا بالأصل العملي بعد عدم جريان عموم العقود في البيع بعد عدم تحقق عنوان «العقد» في ما كان فيه فاصل بين إيجابه وقبوله، إلا أن الصحة واللزوم - كما تقدم - ليس متوقفا على ذلك، وإنما هناك عمومات وإطلاقات أخرى تجري في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، كما في آية حل «البيع»، و«التجارة عن تراض»، فإن انطباق هذين

العنوانين لا يتوقف على الموالة بين الإيجاب والقبول.

وعليه، هب أن آية الوفاء بالعقود لم تجر، لن يضر ذلك في الحكم بالصحة واللزوم حتى في الفاقد للموالة، فإن في غير تلك الآية غنى وكفاية لإثبات عدم الإشتراط.

تعليم وتعلم فعلاان

١- تأمل في ما ذكره العلامة ووافقه عليه المصنف، من لزوم الموالة في تحقق

«العقد»:

أ - ما هو دليلهما على ذلك؟

ب - كيف يمكن اتخاذ موقف في صحيح مما ذهب إليه؟

٢- ما يذكره المصنف ^{تدوّن} هنا مخالف لما تقدم منه غير مرة لإثبات الإشتراط؛ فقد كان يتمسك هو بنفسه لإثبات اشتراط شرط ما بمسألة لزوم حمل العقود في الآية على المتعارف، ولم يتعرض أبدا للعناوين الأخرى الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط.

وقد تقدم ما يتعلق بذلك في المسائل المتقدمة، مع كلام عن الإجماع على اعتبار العقد في اللزوم، ودوره الفاعل في نتيجة الموقف في المسألة. راجعه رجاء، وحاول أن تستفيد منه في المقام.

تعليم فعال

لو بنينا على مقالة المشهور من توقف اللزوم على «العقد»، ثم شككنا في أن العمومات والإطلاقات التي لم يؤخذ فيها هذا العنوان، من قبيل «البيع»، أو «التجارة عن تراض» مثلا قد أخذ في حقيقتها أن تكون «عقدا» أم لا، كما في ما تقدم في المسألة السابقة. منا من توضيح، فما هو الموقف حينئذ بناء على ما تعلمته من

العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود^(١)، وبإطلاق كلمات الأصحاب في إعتبار العقد في اللزوم، بل الملك، أما لو كان منوطاً بصدق «البيع» أو «التجارة عن تراض»، فلا يضره عدم صدق العقد. وأما^(٢) جعل المأخذ في ذلك إعتبار الإتصال بين الإستثناء والمستثنى منه،

الطريقة الفنية للإستنباط؟ وبأي توجيه؟

(١) المائدة: ١.

(٢) الإشكال الثاني على الشهيد في المقام

هذا هو الإشكال الثاني الذي يورده المصنف في المقام على ما تقدم من كلام الشهيد **تذُّ**.

ويركز هذا الإشكال على ما جعله الشهيد مأخذاً لإعتبار الإتصال والموالاة في ما ذكره من موارد تقدمت في كلامه، من قبيل الأذان والإقامة والعقد وغير ذلك، وهو ما عبر عنه بقوله: «إعتبار الإتصال بين الإستثناء والمستثنى منه»؛ إذ يمكن أن يورد على ذلك أنه تأسيس لقاعدة وضابطة عامة على مورد جزئي خاص، وهذا عين التأسيس على الإستقراء الناقص في استنباط قاعدة عامة.

هذا، وقد تصدى المصنف **تذُّ** لتوجيه ما صدر عن الشهيد في المقام، بما حاصله: أن أكثر الكليات والقواعد والضوابط إنما يلتفت ويتبها إليها من التأمل في مورد خاص، فيكون الإنتباه إلى مورد خاص ما سببا في انقحاح قاعدة ما، وقد صرح الشهيد نفسه في القواعد مكرراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا.

والحاصل: ليس المراد من كون المأخذ في المقام إعتبار الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه هو ظاهر الكلام من كونه الدليل على إعتبار الإتصال في كل ما له هيئة اتصالية واحدة عرفاً، وإنما المراد أن الإلتفات إلى هذا الإتصال صار مصدر

فلأنه منشأ الإنتقال إلى هذه القاعدة، فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، وقد صرح في القواعد مكررا بكون الأصل في هذه القاعدة كذا^(١).

ويحتمل^(٢) بعيدا أن يكون الوجه فيه: أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنى منه

التفات إلى كل ما له الهيئة المتقدمة، فصار المجموع قاعدة معتدا بها.

(١) منها: ما أفاده في القاعدة المشار إليها أنفا من قوله: «وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه»، ومنها: قوله في القاعدة ٨٠ (الصفحة ٢٤٣): «وهو مأخوذ من قاعدة المقتضي في اصول الفقه»، ومنها قوله في القاعدة ٨٦ (الصفحة ٢٧٠): «لعلهما مأخوذان من قاعدة جواز النسخ قبل الفعل»، ومنها: قوله في القاعدة ١٠٥ (الصفحة ٣٠٨): «وأصله الأخذ بالإحتياط غالبا».

(٢) توجيه آخر بعيد لكلام الشهيد

كما يذكر المصنف تَدُُّّ توجيهها آخر لكلام الشهيد في جعله اعتبار الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه مأخذا لاعتبار الإتصال في غيره، من قبيل ما ذكره من أمثلة، وقد عبر عنه تَدُُّّ بأنه توجيه بعيد.

وحاصل التوجيه: أن المقصود بالمأخذ في كلام الشهيد تَدُُّّ ليس هو «الدليل» و«الأساس» كما هو ظاهر كلامه تَدُُّّ، وإنما المقصود هو الإشارة إلى مجموعة من الموارد التي يجمعها قاعدة ما أبرز مصاديق تلك القاعدة وأشدّها وضوحا، كما هو الحال في الكثير من الحالات، من قبيل الإشارة إلى كل كريم بحاتم مثلا، وإلى كل شجاع بالأسد، وغير ذلك من الموارد.

وعليه، صار اعتبار الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه أصلا في اعتبار الموالات بين أجزاء الكلام، ثم تعدي من هذا الباب - أعني: باب الإستثناء - إلى كل

ما له هيئة اتصالية عرفا، مما هو مرتبط بالكلام لفظا، كالتأكيد مثلا؛ حيث يعتبر الإتصال بين المؤكد (بالفتح) والمؤكد (بالكسر) مثلا، وإلا خرج عن التوكيد، أو مما هو مرتبط بالكلام معنى، من قبيل ارتباط المحمول بالموضوع؛ حيث يعتبر عدم الفصل بينهما بحيث يخرج المحمول عن كونه محمولا للموضوع، أو مما هو مرتبط بالكلام من حيث صدق عنوان خاص على ذلك الكلام، من قبيل ما نحن فيه من العقد، ومن قبيل القراءة والأذان والتشهد والتكبير وغير ذلك.

إن قلت: وكيف كان الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه أشد المصاديق وأبرزها؟

قلنا: ذلك أن الإتصال بين هذين من أشد أنواع الإتصال في الكلام؛ بحيث يخرج الكلام عن الكذب إلى الصدق بالإتصال، ويكون كلاما كذبا بمجرد وقوع الفصل بين المستثنى والمستثنى منه؛ حيث يحكم العرف بكذب الجملة الأولى مع الفصل بينها وبين الجملة الثانية. فطول الفصل بين هاتين الجملتين أقبح لذلك، ما جعل الإتصال بينهما من أبرز حالات الإتصال وأشدّها بروزا.

إن قلت: هذا كلام فني لطيف، فما الوجه في حكم المصنف تَدُّ عليه بالبعد؟! قلنا: هو بعيد لأنه خلاف ظاهر كلام الشهيد تَدُّ المتقدم الذكر؛ حيث الظاهر منه ومن غيره من الموارد التي يعتبرها تَدُّ مأخذا ومرجعا لما ذكره في كتابه، أن المقصود من «المأخذ» فيه هو الأساس والدليل، لا ما تقدم منا في التوجيهين الأخيرين.

هذا أولا، وأما ثانيا، فلأن الأشد لا يعتبر وجهها وعنوانا وإشارة لغيره دائما، بل لا يكون ذلك ممكنا في حالات كثيرة، فليس ما نحن فيه من قبيل ما قدمناه مثلا في التوجيه من الكرم والشجاعة، بل هما من باين مختلفين تمام الإختلاف في أحيان

من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه^(١) عن حد الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلذا^(٢) كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلا^(٣) في اعتبار الموالاتة بين أجزاء الكلام، ثم تعدي منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه، لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا، ونحو ذلك^(٤).

ثم^(٥) في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتد، فإن غاية

كثيرة، فأين الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه وأين الإتصال بين فقرات الأذان أو الإيجاب والقبول مثلا؟! بين الإثنين بون شاسع في شدة الإرتباط عند العرف، فكيف يكون الإتصال في الأول عنوانا للإتصال في الثاني.

وبعبارة أخرى: شدة الإتصال بين المستثنى والمستثنى منه تكون بعينها السبب في عدم كون هذا الإتصال معرفا وعنوانا لجميع أنحاء الإتصال، لا أنها تكون سببا في ذلك، لا سيما إذا كان الإتصالان من بابين مختلفين، كما هو الحال مع الإتصال من باب صدق عنوان خاص على الكلام، من قبيل العقد أو القراءة مثلا.

(١) مع الربط.

(٢) لأشدية الربط.

(٣) وعنوانا.

(٤) تقدمت مصاديق ذلك في بيان التوجيه.

(٥) الإشكال الثالث على الشهيد في المقام

هذا هو الإشكال الثالث والأخير على ما تقدم من الشهيد، وحاصله: أن بعض ما جعله الشهيد موردا من موارد اعتبار الموالاتة ليس من تلك الموارد، وإنما هو من باب آخر مختلف عن هذا الباب، وهو باب قيام الدليل على الفورية لحيثيات

ما يمكن أن يقال في توجيهه: إن المطلوب في الإسلام الإستمرار، فإذا انقطع، فلا بد من إعادته في أقرب الأوقات.

وأما^(١) مسألة الجمعة، فلأن هيئة الإجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام والركوع والسجود مطلوبة، فيقدح الإخلال بها.

وللتأمل^(٢) في هذه الفروع، وفي صحة تفريعها على الأصل المذكور مجال. ثم^(٣) إن المعيار في الموالاة موكول إلى العرف، كما في الصلاة والقراءة

مختلفة.

فمسألة توبة المرتد مثلا ولزوم التوبة من المرتد فور طلبها من قبل الحاكم ليست من باب لزوم الموالاة والإتصال بين الأمرين، وإنما هو من باب قيام الدليل على لزوم الإستمرار وعدم الإنقطاع في الإسلام، فإذا انقطع، فلا بد من إعادته في أقرب الأوقات، ما يعني لزوم التوبة فور طلبها، وليس هذا من باب لزوم الموالاة والإتصال بين التوبة والإستتابة.

(١) وما قلناه في مسألة الإستتابة نقوله في مسألة صلاة الجمعة؛ إذ لا علاقة له بمسألة اعتبار الموالاة بين أجزاء المركب الواحد عنوانا؛ إذ أن صحة صلاة الجمعة للمأموم بتكبيرهم قبل الركوع ليس بسبب اعتبار الموالاة بين تحريم الإمام للركوع وتحريمهم، بل لأجل مطلوبة القدوة في جميع أحوال الصلاة، من القيام والركوع والسجود والتشهد وغيرها من أجزاء الصلاة، فالإخلال بها مخل في تحقق الجماعة، ولا علاقة لهذا بمسألة اشتراط صحة الجمعة بالموالاة والإتصال.

(٢) بل يمكن أن يقال بأن في أصل ثبوت الأحكام المختلفة المتقدمة عن العلامة كلام، ولو سلمنا ثبوتها، أتى فيها ما تقدم قبل قليل من عدم كونها من باب اعتبار الإتصال والموالاة لاعتباره في الإستثناء، وإنما هي - كما تقدم - من باب قيام الدليل الخاص عليها لحيثيات مختلفة تقدمت.

والأذان ونحوها.

ويظهر^(٢) من رواية سهل الساعدي - المتقدمة في مسألة تقديم القبول -

(١) الخطوة الخامسة: ذكر المعيار في الموالاة المعتبرة، وأنه العرف

بعد أن لم يتدخل الشارع في تحديد الفصل المخل وغيره، نفهم أن المسألة قد أنيطت بالعرف، يحكم فيها بما هو سار عندهم.

وقد تقدم أن المسألة ما دامت بيد العرف، فإن الفصل المخل عنده يختلف باختلاف الموارد والحالات كما هو واضح. فهذا من موارد مرجعية العرف بعد أن لم توجد حقيقة شرعية أو متشرعية لها، شأنها في ذلك شأن «البيع» مثلاً.

(٢) الخطوة السادسة: توضيح الموقف من رواية سهل الساعدي

قلنا قبل قليل: إن المناط والمعيار في الموالاة هو العرف، فيرد حينئذ إشكال هو ما بين يدينا من كلام المصنف ونقله لرواية سهل الساعدي.

وحاصل الإشكال: لا يمكن أن يكون المرجع في تحديد الموالاة العرف؛ وذلك لما يعترف به الجميع من أن مرجعية العرف إنما هي فيما لو لم يتدخل الشارع في البيان والتحديد والتشخيص، وقد شخخص الشارع وتدخل في تحديد الموالاة، فهنا هي رواية سهل تثبت جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي، بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي: «زوجنيها»، والإيجاب قوله ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن».

ومن الواضح أن الفصل لو كان جائزاً في النكاح، فإنه سيكون جائزاً في سائر العقود، لعدم الفرق عرفاً بينه وبينها، وأما ورود الرواية في النكاح دون غيره من العقود، فإنه ليس لخصوصية في النكاح لا توجد في غيره، وإنما هو من باب المثال والطريقة كما كنا نعبّر مراراً.

جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي، بناء على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي: «زوجنيها»، والإيجاب قوله صلى الله عليه وآله وسلم بعد فصل طويل: «زوجتكها بما معك من القرآن»، ولعل هذا^(١) موهن آخر للرواية، فافهم^(٢).

والجواب: هناك جملة من الموهنات لرواية الساعدي، تقدم بعضها، من قبيل اعدم إحراز كون قول الصحابي قبولا متقدما، ومن قبيل ذهاب الكثير من الأصحاب إلى خلاف ما ورد في الرواية، من قبيل جميع من ذهب إلى اعتبار الموالاة في العقود، ومن جملتهم من تقدم أول هذه المسألة.

كما أن من جملة الموهنات ما ذكرناه سابقا أيضا، من أن ثبوت حكم ما في عقد النكاح لا يستلزم ثبوته في غيره من العقود، لعدم الأولوية؛ فإن تمامية الاستدلال بالرواية قائمة على أن ثبوت الحكم في النكاح يستلزم الثبوت في غيره من العقود مما كان الشارع فيه أقل تشددا، والصحيح: إن المسألة ليست كذلك؛ فإن الشارع يتساهل في مسألة النكاح بما لا يتساهل فيه في غيره من العقود.

(١) أي: دلالة الرواية على جواز الفصل بين الإيجاب والقبول بكلام طويل أجنبي.

(٢) لربما كان الأمر بالتأمل إشارة إلى أن الرواية لو دلت على جواز الفصل، لكان المفروض الأخذ بها والفتوى على طبقها، لا أنها تكون موهونة بذلك.

تعليم فعال

فلنفترض أن الرواية المتقدمة تامة سنداً ودلالة، فما الذي ستؤثره على الموقف

النهائي من اشتراط الموالاة؟

لا بد للجواب عن السؤال المتقدم من الرجوع إلى الطريقة الفنية للإستنباط،

لنضيف العنصر الجديد إلى مجموعة العناصر التي كانت دخيلة في العملية، لننظر تأثير الرواية على نتيجة التفاعل الإستدلالي في المقام.

قلنا: الأصل العملي يقتضي اشتراط الموالة ما لم يجر إطلاق أو عموم في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، وقد رأينا أن ما أخذ فيه «العقود» وإن لم يجر، إلا أن في غيره من «البيع» و«التجارة عن تراض» كفاية، لتكون النتيجة إلى هنا عدم اشتراط الموالة. هذا بناء على ما ذهب إليه المصنف طبعاً من انطباق العناوين الأخرى على العقد الذي تخلله الفصل.

فإذا انتقلنا إلى المرحلة الثالثة، وجدنا الإجماع على اعتبار العقد في اللزوم، الإجماع الذي سيقيد جميع الإطلاقات والعمومات الجارية في المرحلة الثانية بما كان عقداً، لتكون النتيجة طبق هذا الإجماع اشتراط الموالة.

إلا أن الإجماع دليل مخصص ومقيد لا يجري إلا في حالة عدم دليل معارض له في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط، وهنا، يأتي دور رواية الساعدي الدالة على جواز الفصل وعدم اشتراط الموالة، فيقع المعارضة بينها وبين الإجماع، ما يعني أننا لا بد وأن نذهب معاً إلى محكمة الفصل في الموقف من هذا التعارض، وهو ما يقوم بمسؤوليته المرحلة الخامسة من مراحل عملية الإستنباط.

ولو تأملنا في المقام، لوجدنا أن التعارض في ما نحن فيه من التعارض غير المستقر، ما يعني العمل وفق قوانين هذا النوع من التعارض.

أما أن التعارض في ما نحن فيه من التعارض غير المستقر، فلأن النسبة بين الإجماع والرواية هي نسبة العام إلى الخاص، أي العموم والخصوص المطلق من جانب الإجماع؛ فإن الإجماع إنما دل على اعتبار الموالة بإطلاق معقده، أعني: اشتراط انطباق «العقد» في اللزوم، وهو ما له مصاديق كثيرة، من قبيل انطباق هذا

العنوان بلحاظ العربية وبلحاظ تقديم الإيجاب على القبول وغير ذلك، وبلحاظ ما نحن فيه أيضا، فهو - على هذا - دال على اعتبار الموالاة بإطلاقه، وهذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله في ما تقدم: «وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوميل الملك».

هذا من جهة الإجماع، وأما الرواية، فهي دالة على الجواز بلحاظ الموالاة، فهي أخص من هذه الناحية، فتقدم على إطلاق معقد الإجماع.

أ - ولو تأملت، لاستطعت إبراز حيثية أخرى في الرواية تجعلها أخص من الإجماع، هل تستطيع ذلك؟ حاول رجاء.

ب - هذا كله مبني على توجيه تأثير الإجماع بالطريقة التي ذكرناها، وهي كونه مقيدا للإطلاق معقد الإجماع، وأما لو اعتبرناه مجرد إجماع مدركي يشير إلى مسألة اعتبار العرف انطباق عنوان «العقد» في جريان أية الفاء بالعقود ليس إلا، ولا علاقة له بسائر العمومات والإطلاقات الأخرى كما ربما يفهم من كلام المصنف، فإن مثل هذا الإجماع لن يصلح أبدا لمعارضة الرواية كما هو واضح؛ إذ غاية ما سيدل عليه، هو عدم جريان أية الوفاء بالعقود، فيكفي سائر العمومات والإطلاقات كما تقدم.

وبناء على هذا التوجيه الأخير، لن تزيدنا رواية الساعدي شيئا جديدا؛ إذ المفروض كفاية العمومات والإطلاقات في إثبات عدم اشتراط الموالاة، ما يعني أن الرواية تمت أو لم تتم، فإن النتيجة هي النتيجة.

وعليه، فالرواية إنما يكون لها تأثير فاعل فيما. إذا أخذنا بالتوجيه الأول للإجماع، كما أن هذا كله مبني أيضا - كما قلنا - على تمامية الرواية دلالة في شمولها للبيع، فيقع التعارض حينئذ، وأما لو قلنا بالوقوف في دلالتها على النكاح، فإن التعارض لن يجري إلى في النكاح، ولن يشمل البيع، ليبقى الإجماع حينئذ

فرحا متشدقا بخلو الساحة إلى له دون غيره، ناسيا أنه إجماع محتمل المدركية» إذ من المحتمل قويا استناد المجمعين فيه إلى مدارك تعرضنا لها في ما تقدم. ولو تأملت، لاستطعت أن تبني المسألة على عدة مبان أخرى، حاول ذلك، وقد تجد الكثير من الفروض مما يمكن افتراضه، لترى بعد ذلك الموقف كيف يتغير من سلب إلى إيجاب، أو بالعكس، وهذا هو جمال عملية الإستنباط، ولكن، لمن يتذوق ويرى ويلمس ويحس ويتفاعل ويتنفس، ولن يكون أحد كذلك إلا بالطريقة الفنية للإستنباط. فأهل الطريقة الفنية للإستنباط أحياء، وباقي الناس.... فافهم. واغتنم الفرصة، فإنها تمر مر السحاب.

[البحث في إعتبار التنجيز في العقد]^(١)

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

البحث في اشتراط التنجيز في العقد

ولا بد قبل الخوض في البحث التفصيلي للمسألة من تمهيد يجعل الكلام في المسألة فنيا علميا تعليميا تعاليميا، كما كررنا ذلك في المسائل المتقدمة، فلتتكلم إذن في النقاط التالية:

النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الفرعي فيه بعد أن انتهينا من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف **تتمة** الكلام فيها في خصوص ألفاظ عقد البيع، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث؛ إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم. قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تنظم في مواقف ثلاثة، يتحمل كل منها مسؤولية الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين، تناول أولهما اعتبار الصراحة والحقيقة، فيما تناول الثاني اعتبار العربية.

وأما الموقف الثاني، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة الإفرادية، أي: هيئة الإيجاب لوحده، وهيئة القبول لوحده، في قبال ما نحن فيه من الموقف الثالث، حيث البحث في ما يعتبر

في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة التركيبية، أي: الهيئة المركبة من الإيجاب والقبول كليهما.

وقد قدمنا أن الأسئلة المطروحة في هذا الموقف خمسة، يهتم كل واحد منها بزاوية من زوايا الهيئة التركيبية للعقد، وبعد أن انتهينا من السؤال الأول من أسئلة هذا الموقف؛ حيث تناولنا الكلام في الترتيب بين الإيجاب والقبول، ومن السؤال الثاني من تلك الأسئلة، حيث تناولنا البحث في اعتبار الموالة بين الإيجاب والقبول، نصل الآن إلى ثالث تلك الأسئلة، حيث السؤال عن اشتراط اللزوم بالتنجيز، فهل يتوقف الحكم بلزوم الملك في البيع بالتنجيز بالمعنى الذي سيأتي، أم لا؟ وبأي دليل؟

هذا هو السؤال المطروح في ما نحن فيه، وأتركك مع التفكير قليلا في طريقة الإجابة عن السؤال المتقدم اعتمادا على خبرتك التي اكتسبتها خلال رحلاتك المختلفة مع المصنف نثؤ. يكفي أن تفكر وتتأمل وتحاول.

النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف

وكما فعلنا في غير هذا السؤال، لا بد من تشخيص الخطوات التي خطاها المصنف في المسألة، لكي نكون على بصيرة من الهدف، والطريق والمؤونة، فأين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟ ولماذا؟

الخطوة الأولى: بيان المقصود باشتراط التنجيز.

الخطوة الثانية: ذكر بعض من ذهب إلى اشتراط التنجيز، وان المسألة مجمع عليها.

الخطوة الثالثة: وجه ما أجمع عليه من اشتراط التنجيز عند الأصحاب.

الخطوة الرابعة: تفصيل الكلام في المقام من قبل المصنف.

الخطوة الخامسة: في ضعف ما ذكر من وجوه للبطلان غير الإجماع.
 الخطوة السادسة: عرض النتيجة النهائية للبحث في المقام.
 الخطوة السابعة: توضيح أن التعليق القادح إنما هو تعليق الإنشاء.
النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

لا يختلف الكلام هنا عما مر في المسائل المتقدمة أبداً، وقد كررنا ذلك عدة مرات، وقلنا: إننا إنما نهدف من وراء تكرار الكلام في الطريقة الفنية للإستنباط في كل مسألة مسألة إلى أن نضع كل عنصر من العناصر الدخيلة في هذه العملية في المسألة محل البحث موضعها الفني الصحيح، فيتضح بذلك الغرض من كل واحد من تلك العناصر، وتأثيره على عملية الإستنباط، ودوره في تغيير النتيجة، بل والحاجة إليه في هذه العملية أيضاً، وتشخيص الموقف منه بصورة فنية موضوعية، ويتشخص الغث من السمين من الكلام، وفوق كل هذا طبعاً ليتعلم الباحث كيفية التفكير الفقهي الإستنباطي الإستدلالي.

الأصل العملي يقتضي اعتبار أي شرط يشك في اشتراط حصول الملك أو لزوم البيع به كما تقدم، إلا أنه لا يجري إلا مع عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، وهنا تدور أشد المعارك وأضرها بين القائلين بالإعتبار والقائلين بعدمه، أو القائلين بالتفصيل لو كان هناك تفصيل؛ فمن يقول بالاعتبار، يبرز هنا الدليل على عدم انعقاد «عقد» ولا «بيع» ولا أي عنوان من العناوين المأخوذة على لسان العمومات والإطلاقات، الأمر الذي سنشاهد فنياته ودروبه في ما سيأتي، من أدلة مدعاة على الاشتراط، من قبيل: مسألة أن العقد لا يعقل وجوده من الأساس في حالة التعليق وعدم التنجيز؛ للمنافاة بين هذين، ومن قبيل: لزوم الإقتصار على المقدار المتيقن دخوله في عمومات

الصحة وإطلاقاتها، وهو ما كان منجزا من العقود، ومن قبيل: توكيفية العقود التي مرت علينا في المسائل السابقة؛ فإن معناها هو عدم دخول العقد غير المنجز في العمومات والإطلاقات.

ومن الواضح: أن العمومات في حالة عدم جريانها، ستكون الساحة خالية يلعب فيها الأصل العملي كيف شاء، ما يعني ثبوت اشتراط التنجيز.
وأما من يذهب إلى عدم الاعتبار والاشتراط، فإنه لا بد له من أن ينتصر في جبهتين:

الأولى: إثبات انطباق عنوان «العقد» أو غيره من العناوين على العقد الفاقد للشرط محل الكلام، وفي ما نحن فيه: العقد الفاقد للتنجيز؛ إذ من الواضح أن الصحة واللزوم إنما هما من ثمرات هذه الإطلاقات والعمومات التي كانت الأساس في ما أسسناه من قاعدة للزوم في كل ملك حادث، القاعدة التي بنيناها بناء قويا من خلال العديد من الأدلة في ما تقدم من بحوث المعاطاة.
الأهمية المتقدمة هي التي تفسر القتال العنيف الذي يقوم به القائلون بعدم اعتبار التنجيز كما سنرى تفصيل هذه الحرب الشعواء التي شنّها المصنف تكثُر بصورة حية فاعلة.

الثانية: إثبات عدم المخصص والمقيد

إلا أن جميع الجهود التي يبذلها القائلون بعدم الاعتبار في الجبهة الأولى، لن يكون لها أي أهمية ولا ثمرة ما لم ينتصر هؤلاء في الجبهة الثانية، وهي جبهة المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، وما سيبرزه القائلون بالاعتبار - فيما إذا خسروا المعركة على الجبهة الأولى - من أدلة في هذه المرحلة الثالثة إن كان، وهنا يأتي دور الإجماع الذي سيتكلم فيه المصنف كثيرا

كما سنرى؛ إذ المطلوب منه التخصيص والتقيد للعمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط.

من الواضح أن إبراز المخصص والمقيد لوحده لا يكفي القائلين بالاعتبار؛ إذ يلزمهم أن يخوضوا حرباً أخرى لا بد من أن يثبتوا فيها وينتصروا، وهي المعركة مع الدليل المعارض للمخصص والمقيد إن كان، وهو الدليل القائم في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط إن توفر.

من الواضح أن المعارك المتقدمة قد تكون - كاحتمال - جارية في جميع موارد التعليق، فنذهب إلى نتيجة واحدة في الجميع، وقد تكون هذه النتيجة الإعتبار مطلقاً في جميع الموارد، كما قد تكون عدم الاعتبار في الجميع، كما أنها قد تكون التفصيل بين موارد التعليق وصوره المختلفة كما سنرى، فنقول باعتبار التنجيز في بعضها، فيما نقول بعدم ذلك في بعضها الآخر.

وما ستراه من المصنف في هذه المسألة، هو أنه سيتكلم بالنسبة إلى عملية الإستنباط في مقامين؛ يكون الإجماع هو محور العملية في المقام الأول، فنبحث في موارد جريان الإجماع وعدم جريانه، بمعنى: أننا نشخص موارد انعقاده فنفتي بالاشتراط على أساسها، لتقييد الإجماع وتخصيصه لإطلاقات الصحة وعموماتها كما تقدم، وأما الموارد التي لا يحرز فيها انعقاده، وهو ما يشمل موارد إحراز عدم انعقاده وموارد الشك في انعقاده على الاشتراط، فاللازم الافتاء بعدم الاشتراط، للعمومات والإطلاقات؛ فإن الإجماع دليل لبي - كما تعلمنا - يجب الوقوف في العمل به على المقدار المتيقن منه.

هذه هي قصة الإستنباط والعناصر الدخيلة في التفاعل الإستنباطي الإستدلالي، والمهم: أنك أصبحت تعرف الآن الهدف والطريق والمؤونة كما كنا نعبر، فتعرف

ومن^(١) جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد، بأن لا يكون

الأدوات المختلفة والعناصر المتنوعة التي ستدخل في عمليات القتال المختلفة الدائرة في الجبهات المختلفة، فاعتنم زجاء.

(١) الخطوة الأولى: بيان المقصود باشتراط التنجيز

على غير عادته، بدأ المصنف **تتت** هذه المسألة ببيان المراد من الشرط محل الكلام، ولنعم ما فعل، على الرغم من قلة الكلمات التي ذكرها في هذا المقام، علما بأنه سيرجع إلى بيان محل الكلام مرة ثانية آخر المسألة تقريبا.

على كل حال، فمحل الكلام هو ما يلي:

يمكن أن يتصور التعليق في حالات أربع:

الحالة الأولى: التعليق في الإنشاء

والمقصود منه أن لا يقع الإنشاء إلا معلقا على شيء.

ولما كان المقصود من الإنشاء في هذه الحالة الأولى هو إيجاد المعنى باللفظ، وبعبارة أخرى: إيجاد مدلول اللفظ باللفظ، فمن الواضح حينئذ استحالة هذا النوع من التعليق من الأساس؛ إذ لا معنى معقول لهذا المعنى من التعليق؛ فإن الواقع في الخارج إما هو صدور الكلام من المتكلم، فالمعنى قد وجد وانتهى الأمر، فلا تعليق في المقام بل حتى ولا تنجيز أصلا؛ إذ لا علاقة للتعليق ولا التنجيز بما نحن فيه.

وإما أن لا يصدر اللفظ من قبل المتكلم، فلا إنشاء من الأساس لكي يتصف بالتعليق أو التنجيز.

وبهذا، يتضح أن هذه الحالة الأولى من التعليق ليست في الحقيقة تعليقا ليكون

داخلا في محل البحث، فهي إذن خارجة عما نحن فيه.

الحالة الثانية: التعليق في متعلق العقد

وذلك بأن يكون متعلق العقد أمرا خاصا يتوقف حصوله - في الخارج - على تحقق أمر آخر، من قبيل أن يقول الموكل لوكيله: «أنت وكيلى في بيع دارى يوم الجمعة»، بأن كان يوم الجمعة قيدا للبيع، لا للوكالة. فالتوكيل هنا مطلق غير مقيد بمجيء يوم الجمعة، فالموجب قد أنشأ الوكالة الآن، إلا أن متعلق عقد الوكالة «البيع» معلق على مجيء يوم الجمعة.

ومثله: أن يقول: أنت وكيلى على وجه الاطلاق، ولكن، لا تتصرف في أموالى إلى وقت معين - كمجيء زيد مثلا - أو إلى حصول شرط خاص. وهذه الحالة الثانية من حالات التعليق خارجة عن محل الكلام أيضا؛ إذ هي جائزة بدون أي كلام؛ إذ لا تعليق في الحقيقة في العقد، وإنما هو في متعلقه ليس إلا.

الحالة الثالثة: التعليق في ترتب الأثر الشرعي على العقد

وذلك بأن يكون المعلق هو حكم الشارع بترتب الأثر المقصود من العقد عليه، كالملكية اللازمة في البيع مثلا.

ومن الواضح خروج هذا النوع من التعليق عن محل الكلام؛ لوضوح أن حكم الشارع بترتب الأثر وعدم ترتبه ليس بيد المتكلم ليستطيع أن يعلقه؛ وإنما هو من أفعال الشارع ليس إلا، ما يعني أنه في الحقيقة لا تعليق من الأساس؛ لعدم إمكانه من الأساس.

الحالة الرابعة: التعليق في المنشأ (العقد)

وذلك بأن يقول مثلا: «بعتك إن جاء زيد»، وهذا هو محل البحث والتحقيق، وهو المراد من التعليق والتوقف في ما نحن فيه، وذلك بأن يكون التعليق في المعتبر (بالفتح).

والتعليق في هذه الحالة الثالثة قد يكون صريحا، من قبيل أن يقترن العقد بما

معلقا على شيء بأداة الشرط^(١)، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء، لا في غيرها^(٢).
وممن^(٣) صرح بذلك: الشيخ^(٤)

يدل على التوقف صريحا، كأن يقول البائع: بعتك هذا إن جاء زيد، أو: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة.

كما أنه قد يكون ضمنيا، كما إذا لم يذكر في الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط والتوقف، ولكن يستفاد ذلك منه ضمنا: كقول البائع: بعتك دارى يوم الجمعة، فإن هذا الكلام وإن كان خاليا عن التعليق ظاهرا، ولكنه مطوى فيه ضمنا، لأن تقديره: بعتك دارى إذا جاء يوم الجمعة.

وعلى هذا، لا ينحصر مورد البحث بما كان من الكلام مشتملا على أداة الشرط ونحوها مما يدل على التعليق كما هو ظاهر كلام المصنف، بل مدار البحث ما كان معلقا من العقد بأى وجه كانت استفادة ذلك التعليق.

وسأتي من قبل المصنف الأقسام العديدة لهذه الحالة، والتي يجب أن ننشخص الموقف من كل واحد منها طبقا للطريقة الفنية للإستنباط التي تقدم توضيحها.

(١) أو بغيرها كما تقدم في بيان الخطوة الأولى.

(٢) غير تلك الحالة.

(٣) الخطوة الثانية: ذكر بعض من ذهب إلى اشتراط التنجيز، وأن المسألة مجمع عليها

وبما ذكرناه في الطريقة الفنية للإستنباط، إتضح الغرض من هذه الخطوة الثانية؛

فإن الإجماع عنصر محوري من عناصر هذه العملية كما اتضح، فيجب الكلام أولا في انعقاده أصلا، كما يجب الكلام في سعة هذا الإجماع ومعقده ثانيا.

وقد تكلم المصنف في أصل انعقاد هذا الإجماع بما هو إجماع محصل من

فتاوى الأصحاب، ثم انتقل بعدها إلى الإجماع المنقول من قبل البعض.

(٤) المبسوط ٢: ٣٩٩، والخلاف ٣: ٣٥٤، كتاب الوكالة، المسألة ٢٣.

والحلي^(١) والعلامة^(٢)، وجميع من تأخر عنه، كالشهيدين^(٣)، والمحقق الثاني^(٤)، وغيرهم^(٥) قدس الله تعالى أرواحهم.

وعن فخر الدين - في شرح الإرشاد في باب الوكالة -: أن تعليق الوكالة^(٦) على الشرط لا يصح عند الإمامية، وكذا غيره من العقود، لازمة كانت كانت أو جائزة^(٧).

وعن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه^(٨)، وظاهر المسالك - في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف -: الاتفاق عليه^(٩).

(١) السرائر ٢: ٩٩.

(٢) التذكرة ٢: ١١٤ و ٤٣٣، والقواعد ١: ٢٥٢ و ٢٦٦، و ٢: ٤، وغيرها.

(٣) اللعة الدمشقية وشرحها (الروضة البهية) ٣: ١٦٨، الدروس ٢: ٢٦٣،

والمسالك ٥: ٢٣٩ و ٣٥٧.

(٤) جامع المقاصد ٨: ١٨٠، و ٩: ١٤ - ١٥، و ١٢: ٧٧.

(٥) كالمحقق الحلي في الشرائع ٢: ١٩٣ و ٢١٦، والمحقق السبزواري في

الكفاية: ١٢٨ و ١٤٠، والمحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩ و ٢٠٧.

(٦) أي: عقد الوكالة. وسيأتي العلاقة بين كلام الفقيه في الوكالة وذهابه إلى

اشتراط عدم التعليق، وبين ما نحن فيه من البيع.

(٧) حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٦.

(٨) تمهيد القواعد: ٥٣٣، القاعدة ١٩٨، وفيه: «الاتفاق عليه»، وحكاه السيد

العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٩.

(٩) المسالك ٥: ٣٥٧. وقد تقدم سابقا الفرق بين دعوى الإجماع ودعوى

الاتفاق، فراجع، وقد أشرنا أن المقصود بهما قد يكون واحدا، كما هو الحال في ما

والظاهر عدم الخلاف فيه^(١) كما اعترف به غير واحد^(٢)، وإن لم يتعرض الأكثر في هذا المقام^(٣).

ويدل عليه^(٤): فحوى فتاويهم ومعاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كل ما دل على الإذن، حتى^(٥) أن العلامة ادعى الإجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحة أن يقول الموكل: «أنت وكيلي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي»، وعلى صحة قوله: «أنت وكيلي، ولا تبع عبدي إلا في يوم الجمعة»^(٦)، مع كون المقصود واحدا^(٧).

نحن فيه.

(١) ومع أنه لم يتعرض الأكثر إلى حكم التعليق في البيع، إلا أن الظاهر عدم الخلاف في اشتراط التنجيز ومبطلية التعليق، وسيأتي بعد هنيهة الوجه في ذلك.
(٢) كالعلامة في التحرير ١: ٢٨٤، والمحقق السبزواري في الكفاية: ١٤٠، والمحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٢٠٧.
(٣) أي: مقام البيع.

(٤) الوجه في أن الظاهر عدم الخلاف، فالمعنى: ويدل على أن الظاهر ... والمقصود: إن الأولوية العرفية القطعية تقتضي أن الظاهر ...؛ فإن الفقيه عندما يفتي في الوكالة بعدم جواز التعليق، وكذا من يدعي الإجماع على ذلك في الوكالة، فإن من الأولى أن يفتي بذلك في البيع؛ لما ذكره المصنف تذكُّر في المتن.

(٥) الغرض من هذا الكلام إبراز مدى كون المسألة مجمعا عليها عندهم في الوكالة، فقد اهتموا بتفصيلات ذلك جدا؛ فنرى أنهم يفصلون بين صيغتين لا تختلفان في المقصود والغرض النهائي، فيذهبون إلى البطلان في إحداها دون الأخرى.

(٦) التذكرة ٢: ١١٤، والعبارة منقولة بالمعنى، كما صرح بذلك المحقق

وفرق^(٢) بينهما جماعة^(٣) - بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق -: بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع، أنيطت بهذه الضوابط، وبطلت في ما خرج عنها وإن أفادت فائدتها^(٤).

فإذا^(٥) كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة، فكيف الحال في البيع؟! وبالجملة، فلا شبهة في اتفاقهم على الحكم^(٦).
وأما^(١) الكلام في وجه الإشتراط، فالذي صرح به العلامة في التذكرة: أنه

(١) وهو بيع العبد يوم الجمعة لا غيره.

(٢) وإن سألت: ولماذا كل هذا الاهتمام؟ ولماذا فرقتم بين الصيغتين مع أن المقصود والغرض النهائي منهما واحد؟

جاءك الجواب من البعض: لتوقيفية العقود، فنقف في الحكم بالصحة على ما جاء صحته من الشارع، وذلك بالحكم بصحة ما اشتمل على الضوابط التي وردت عنه، والتي من ضمنها عدم التعليق بالصيغة الأولى، التي هي من التعليق في العقد، لا الثانية التي هي من التعليق في متعلق العقد كما تقدم بيانه، فالصيغة الثانية صحيحة لعمومات الصحة وإطلاقاتها، وأما أختها، فتبقى بدون دليل على الصحة، ما يعني بقاءها على حكم الأصل الذي يقتضي البطلان في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط. فالمسألة تعبدية محضة.

(٣) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٥: ٢٤٠ - ٢٤١، وتبعه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٧.

(٤) أي: من حيث الغرض منها.

(٥) فإذا كان الوضوح والتأكيد على عدم الصحة في الوكالة وهي العقد الجائز الذي يتساهل فيه الشارع بحيث يكفي في انعقاده بكل ما دل على الرضا به بهذه الطريقة، كيف بالأشد؟!

(٦) في البيع.

مناف للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علق العقد على شرط، لم يصح، وإن شرط المشيئة^(٢)، للجهل بثبوتها حال العقد، ويقائها مدته^(٣)، وهو

(١) الخطوة الثالثة: وجه ما أجمع عليه من اشتراط التنجيز عند الأصحاب

ليس هذا شروعا في استعراض ما استدل به على الحكم في المقام، أعني: اشتراط التنجيز، وإنما هو بحث في تشخيص سعة معقد الإجماع من خلال الوقوف على مدرك المجمعين؛ فإنه لو عرف ذلك، حدد مقدار ما يذهبون إليه من اشتراط التنجيز، الأمر المهم غاية الأهمية في الموقف من تشخيص الموقف من المسألة محل البحث لو أردنا أن نعرف قيمة الإجماع، الذي نعرف طريقة عمله، ومحل عمله، والموقف مما لم يقم عليه من حالات ومصاديق للتعليق.

كما أن الغرض في المقام ليس هو تشخيص الموقف من الدليل الي سنذكره هنا، بل سنأتي على ذلك في المستقبل إن شاء الله تعالى.

وعلى أية حال، فإن الدليل الذي ذكره العلامة في المقام، هو التنافي بين التعليق والجزم المطلوب في الإنشاء، أي: الجزم بوجود المنشأ (العقد) من قبل الموجب؛ بمعنى أن الإنشاء أمر يستحيل وقوعه في حالة التعليق. ففي الحقيقة: الشرط هو الجزم لا عدم التعليق، أي: ليس الحكم بعدم الصحة حال التعليق لوجود المانع الذي هو التعليق، وإنما هو من باب عدم الشرط، وهو الجزم، وهو الأقوى في الحكم بالبطلان.

وسياتي مزيد كلام في هذا الدليل، وفي الموقف منه من قبل المصنف.

(٢) أي: على مشيئة المشتري، بأن قال: «بعتك ... إن شئت».

(٣) أي: للجهل بثبوت مشيئة المشتري ولو كان البائع عالما بها قبل العقد، أو

حال إنشائه الإيجاب.

أحد قولي الشافعي، وأظهرهما عندهم: الصحة؛ لأن^(١) هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنه لو لم يشأ، لم يشتر^(٢). إنتهى كلامه^(٣).

وتبعه^(٤) على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده، قال: لأن الإنتقال بحكم الرضا، ولا رضا إلا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق^(٥). إنتهى.

ومقتضى ذلك^(٦): أن المعتبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول،

(١) هذا وجه الصحة في حالة التعليق على مشيئة المشتري. وحاصله:

حتى لو أطلق البائع العقد ولم يقيده بمشيئة المشتري أو يوقفه عليها، فقال: «بعتك الكتاب بدينار»، فهو - في الحقيقة - مقيد بها ذاتا وضمنا؛ لأن فرض كونه عقدا يقتضي توقفه على القبول الناشئ من مشيئة المشتري، فبدونها، لا قبول، فلا عقد، وإلا، كان إيقاعا لا عقدا، وهو خلف، وهذا هو المراد من قوله: «لو لم يشأ، لم يشتر». أي: لم يكن مشتريا قابلا.

(٢) أي: لم يكن مشتريا موجبا كما تقدم قبل قليل.

(٣) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٤) وقد تبع الشهيد ما ذهب إليه العلامة وما استدل به، فذهب إلى أن الجزم شرط في صحة العقد، والتعليق مناف للجزم، ولكن، لو سألت الشهيد: ولماذا كان الجزم شرطا في الصحة؟ لأجابه: ذلك من باب أن ترتب أثر العقد عليه إنما هو من باب دلالة على الرضا الفعلي بهذا الأثر، ومن الواضح أن هذه الفعلية منطوقة بالجزم، فحيث لا جزم بسبب التعليق، لا رضا فعليا بالعقد، فلا انتقال ولا أثر للعقد.

(٥) القواعد والفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥.

(٦) أي: ولو تأملنا كلام العلامة والشهيد وما استدلا به، لاستنتجنا أنهما إنما

يذهبان إلى بطلان العقد بالتعليق واشتراط الجزم فيما لو كان التعليق على أمر

كما صرح به المحقق في باب الطلاق^(١).

وذكر المحقق والشهيد الثانيان في الجامع^(٢) والمسالك^(٣) - في مسألة «إن كان لي فقد بعته»:- أن التعليق إنما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.
لكن^(٤) الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أن الجزم ينافي

مجهول الحصول؛ إذ في هذه الحالة لا غير لا يكون جزم ولا رضا فعليا، وأما في غيرها، أي: في ما لو كان المعلق عليه معلوم الحصول، سواء أكان معلوم الحصول حين الإنشاء، أم في المستقبل، وهو المعبر عنه بالتعليق على الصفة، فالجزم موجود، والرضا الفعلي موجود، كما هو واضح. وهذا ما صرح به المحقق في باب الطلاق. وهو ما ذكره المحقق والشهيد الثانيان أيضا.

تعليم وتعلم فعالان

إنتبه إلى ما نستفيده من كلام العلامة والشهيد بالنسبة إلى سعة معقد الإجماع، لا تنس أننا إنما نتكلم في توجيه اشتراط التنجيز من وجهة نظر الأعلام من أجل هدف محدد ذكرناه قبل ذلك، وهو تحديد سعة الإجماع ومعقده.

(١) الشرائع ٣: ١٩.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٣٠٥، واللفظ له.

(٣) المسالك ٥: ٢٧٦.

(٤) الشهيد في القواعد: لا يجوز التعليق مطلقا

وعلى الرغم مما نقلناه وفهمناه عن الشهيد قبل قليل، من أنه يقول بجواز التعليق على معلوم الحصول ولو في المستقبل، إلا أنه يفتي بخلاف ذلك في القواعد؛ حيث ذهب إلى عدم جواز التعليق مطلقا، حتى على ما كان معلوم

التعليق^(١)؛ لأنه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأن الإعتبار^(٢) بجنس الشرط^(١) دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام^(٢)

الحصول حال الإنشاء أو في المستقبل.

وأما دليل الشهيد على ما ذهب إليه في القواعد، فهو ما تقدم، من أن هناك منافاة بين التعليق والإنشاء، وهذه المنافاة منافاة بين الجنسين لا بين بعض أنواع التعليق والإنشاء، بل كل تعليق مناف للإنشاء، والتعليق على معلوم الحصول «تعليق»، فهو مناف للإنشاء.

إن سألت الشهيد الدليل على مدعاه الأخير، وهو المنافاة بين جنس التعليق لا بعض أنواعه وأفراده وبين الإنشاء، لأجاب: هذا واضح من مجرد التأمل في معنى التعليق؛ فإن معناه توقف المنشأ على شرط ما، وهذا يعني بالتبع أن المنشأ في معرض عدم التحقق وإن تحقق العلم بالحصول؛ إذ هذا هو المعنى الحقيقي العام للإشترط والتوقف عند العرف؛ إذ لو سألتهم: ماذا تفهمون من التعليق، لقالوا: نفهم التوقف وعدم الجزم، ولم يقفوا في جوابهم هذا على بعض أنواع التعليق، وإنما يجيبون بالجواب المتقدم مطلقاً؛ إذ ما دام هناك تعليق، فهناك إذن توقف وعدم جزم، لانفهام احتمال عدم تحقق الشرط من مجرد التعليق، أي: وإن كان تعليقا على معلوم الحصول؛ إذ يبقى «تعليقا» بالنهاية.

وبعبارة مختصرة جدا: بمجرد التعليق، يفهم عرفا أن الشرط لو لم يتحقق، فإنه لا منشأ، بدون أن يفصلوا في هذا الحكم بين أفراد الشرط المعلق عليه، بين كونه معلوم الحصول أو غيره.

(١) أي: جنس التعليق، وبكل أنواعه.

(٢) في حصول التنافي.

دون خصوصيات الأفراد. ثم قال: فإن قلت^(٣): فعلى هذا يبطل قوله في صورة

(١) أي: بجنس التعليق دون أنواعه وأفراده، من تعليق على مجهول الحصول في الحال، أو مجهول الحصول في المستقبل، أو معلوم الحصول في الحال، أو في المستقبل، وغيرها من الأنواع المتصورة.

(٢) للتعليق والشرط.

(٣) جواب الشهيد الأول **تتج** على إشكال مقدر

تقدم أن الشهيد يذهب في القواعد إلى عدم صحة كل ما كان «تعليقا»؛ لما تقدم من التوجيه، من أن الاعتبار في التنافي بين التعليق والإنشاء إنما هو بجنس الشرط والتعليق لا ببعض أنواعه وأفراده.

وتنبه الشهيد إلى احتمال إيراد إشكال على ما تقدم منه، حاصله: بناء على ما تقدم، المفروض الإفتاء ببطلان البيع حين قوله في صورة إنكار التوكيل: «إن كان لي، فقد بعته منك بكذا»؛ إذ هو «تعليق» أيضا، والحال أن الجميع يذهب إلى الصحة!!!

والجواب من قبله **تتج**: عندما كنا نقول: إن هناك تنافيا بين جنس التعليق وبين الإنشاء؛ فإن المقصود بذلك ما كان تعليقا حقيقيا بنظر العرف، وهو ما يفهم منه العرف التوقف على أمر متوقع الحصول لا على أمر هو الواقع فعلا؛ إذ لا تعليق هنا عرفا من الأساس، وإنما الموجود صورة تعليق وهيئته ليس إلا.

وبعبارة أخرى: المقصود من العبارة التي ورد فيها التعليق أحد أمرين:

الأول: أن يكون المقصود منها: «لأن المبيع ملكي، فقد بعته لك إياه»، حيث نلاحظ هنا عدم التعليق من الأساس، بل ما صور معلقا عليه إنما هو علة البيع؛ أي: كون المبيع ملكا للبايع هو العلة لبيعه على الغير.

إنكار التوكيل: «إن كان لي، فقد بعته منك بكذا» .

قلت: هذا تعليق على واقع، لا [على] متوقع الحصول، فهو علة للوقوع أو مصاحب له، لا معلق عليه الوقوع، وكذا لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج وإنكار التزويج حيث تدعيه المرأة: «إن كانت زوجتي، فهي طالق»^(١)^(٢) . إنتهى كلامه رحمه الله .

وعلى^(٣) العلامة في القواعد صحة «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطا، وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب

الثاني: أن يكون المقصود منها: «هو لي، وبعتك إياه»، فالملكية المعلق عليها صورة هي أمر مصاحب لعله البيع، التي هي أمر آخر غير ملكية البائع للمبيع، مهما كان ذلك الأمر، كاحتياجه إلى المال مثلا .

والخلاصة هناك فرق بين التعليق على أمر متوقع، وبينه على واقع؛ حيث يحكم العرف بعدم التعليق حقيقة في الأول دون الثاني، الذي يحكم عليه بكونه «تعليقا» حقيقة، ومعلوم الحصول على الرغم من كونه كذلك، إلا أنه في الحقيقة من الأمر المتوقع لا على الواقع كما قلنا قبل طرح الإشكال؛ إذ هو في معرض عدم الوقوع عرفا على الرغم من العلم بحصوله .

(١) فهذا أيضا صورة تعليق وليس تعليقا حقيقيا؛ لأنه من التعليق على الواقع لا على المتوقع .

(٢) القواعد والفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥ .

(٣) وهذا الذي تقدم عن الشهيد في توجيه صحة التعليق في قوله: «إن كان لي، فقد بعته»، ذكره قبله العلامة؛ حيث وجه الجواز فيه بأن المعلق عليه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطا، فليس في الحقيقة تعليق في البين، وكذا كل شرط علم وجوده، فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا توقفا له على شيء .

شكا في البيع ولا وقوفه^(١)، انتهى.

وتفصيل الكلام^(٢): أن المعلق عليه، إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن

(١) القواعد ١: ٢٦٠ - ٢٦١.

(٢) الخطوة الرابعة: تفصيل الكلام في المقام من قبل المصنف

الغرض من هذه الخطوة هو تشخيص الموقف من المسألة محل الكلام، وهي مسألة اشتراط التنجيز في البيع، بمعنى: توقف لزوم الملك الحاصل باييع بتنجيز العقد.

والتشخيص الذي نتاوله في هذه الخطوة يعتمد على دليل الإجماع اعتمادا محوريا، بمعنى: أننا في هذه الخطوة نبني على أن العقد غير المنجز «عقد» و«بيع» و«تجارة عن تراض»، ما يعني أنه مشمول لهذه العمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط، ما يعني الحكم بالصحة واللزوم، طبقا لهذه العمومات وغيرها مما ذكرناه في تنقيح قاعدة اللزوم في بحث المعاطاة.

فإذا كان العقد غير المنجز مشمولاً لهذه العمومات والإطلاقات، فالفتوى على طبق هذه القاعدة إلا أن يدل دليل على التخصيص والتقييد، وهنا بالضبط يأتي دور الإجماع على اشتراط التنجيز في العقد.

وهنا بالضبط، يجب أن نشخص بالدقة حالات عدم التنجيز في العقد من جهة، ومقدار ما انعقد عليه الإجماع من جهة أخرى، وهو ما نعبر عنه بسعة معقد الإجماع، فما أحرز قيام الإجماع عليه من حالات عدم التنجيز، أفتينا بالبطلان فيه وعدم اللزوم لهذا الإجماع، وأما ما لم يحرز الإجماع فيه، فيجب الفتوى على طبق العمومات والإطلاقات التي افترضنا جريانها في عقد غير المنجز.

وبهذا، يتضح ما على الفقيه القيام به فنيا من التشخيص من الجهتين المتقدمتين، ما يوجه ما قام به المصنف في الخطوات المتقدمة من تشخيص ما قام عليه

الإجماع، وما يوجه أيضا ما سيقوم به المصنف من تشقيق حالات عدم التنجيز، لكي تتم عناصر عملية التفاعل الاستدلالي في المقام.

بقي لازما أن نلفت الانتباه مرة أخرى إلى نقطة فنية غاية في الأهمية، وهي: أنه يلزم التدقيق جيدا في الحالات التي لن يقوم عليها الإجماع، والتي يلزم الافتاء فيها بعدم اشتراط التنجيز، إلا أن هذا فيما لو كنا نحن وما فيه من الدليل المفروض في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الاستنباط، أعني: الإجماع، إلا أن هذا لا يعني أننا نفتي بالصحة في هذه الحالات الآن ونختم المسألة، بل يجب أن نرجع لنبحث في ما افترضناه تماما حين التعامل مع دليل الإجماع، وهو العمومات والإطلاقات، فنحقق في أصل هذا الافتراض، لأننا إنما أفتينا بالصحة في ما لم يدل الاجماع على البطلان فيه اعتمادا على هذه الأدلة، ما يعني لزوم البحث والتحقيق في جريانها، وهذا ما يوجه ما سيأتي من قبل المصنف في الخطوة التالية، من البحث في ما ادعي ن أدلة تذهب إلى عدم جريان العمومات والإطلاقات من الأساس.

تعليم وتعلم فعالان

وبهذا، يتضح أن الترتيب الفني للبحث كما ن يقتضي البحث والتحقيق في جريان أو عدم جريان العمومات والإطلاقات أولا قبل أي شيء، أعني: قبل البحث في الإجماع والمجمعين ومقدار ما أجمعوا عليه؛ إذ كل ذلك متوقف على جريان العمومات والاطلاقات.

فاللازم فني أن نبحث في الجريان وعدم الجريان أولا؛ إذ من الواضح أن العمومات والاطلاقات لو افترضنا أنها لا تجري لأي سبب من الأسباب، فإنه لن يكون هناك أي داع لكي نعطي الوقت والجهد للبحث والتحقيق في الإجماع والمجمعين وكلماتهم ومقدار ما تدل عليه. أليس كذلك؟

ثم هناك نقطة أخرى تلزم الفقيه في البحث عن الجريان وعدمه قبل الإجماع غير ما تقدم، هل تعرفها؟ هل تستطيع أن تشخصها؟ حاول، ستستطيع، إسألة

يكون محتمل التحقق^(١). وعلى الوجهين^(٢)، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل. وعلى التقادير^(٣)، فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد^(٤) - ككون الشيء مما يصح تملكه شرعا^(٥)، أو مما يصح إخراجه عن الملك^(٦)، كغير أم الولد، وغير الموقوف، ونحوه، وكون المشتري ممن يصح تملكه شرعا، كأن لا يكون عبدا، وممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغا -، وإما أن لا يكون كذلك^(٧).

ثم التعليق^(٨)، إما مصرح به، وإما لازم من الكلام، كقوله: «ملكك هذا بهذا يوم الجمعة»، وقوله في القرض والهبة: «خذ هذا بعوضه»، أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة»، فإن التمليك معلق على تحقق الجمعة في الحال^(٩) أو في

أستاذك إن لم تستطع، وليسأله أستاذه إن لم يستطع هو أيضا.

(١) كما تقدم.

(٢) معلوم التحقق أم لا، أي: مشكوكا للتحقق.

(٣) الأربعة.

(٤) أي: تتوقف صحة العقد شرعا عليه. بأن يقول مثلا: «بعثك إن كان كذا».

(٥) وهو ما فيه فائدة محللة مقصودة كما تقدم في المكاسب المحرمة.

(٦) أي: مما يصح تملكه شرعا.

(٧) أي: أن لا يكون مصححا للعقد، كما لو كان الشرط مجيء زيد مثلا.

وعلى هذا التقسيم، فالأقسام ثمانية.

(٨) بأقسامه الثمانية المتقدمة.

(٩) بأن كان العقد يوم الجمعة نفسه.

الاستقبال، ولهذا^(١)، إحتمل العلامة في النهاية^(٢) وولده في الإيضاح^(٣) بطلان بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن حياته، معللا بأن العقد وإن كان منجزا في الصورة، إلا أنه معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك^(٤).

فما^(٥) كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنه غير قاذح، وفاقا لمن عرفت كلامه - كالمحقق والعلامة والشهيد والمحقق الثاني^(٦) والصيمري^(٧) - وحكي أيضا^(٨) عن المبسوط^(٩)، والإيضاح^(١٠)، في مسألة ما لو

(١) ولأن التعليق يمكن أن يكون ضمنا بغير أداة الشرط.

(٢) نهاية الأحكام ٢: ٤٧٧.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

(٤) والتعليق مبطل عند العلامة في هذه الحالة.

(٥) حكم معلوم الحصول حين العقد

بعد تشخيص سعة الإجماع في الخطوة السابقة، وتشخيص أقسام التعليق في هذه الخطوة، تعال مع المصنف الآن في تشخيص حكم كل واحد من الأقسام اعتمادا على مقدار ما قام عليه الإجماع كما قلنا في هذه الخطوة.

(٦) تقدم النقل عن هؤلاء الأعلام. وتجويز هؤلاء يعني أنه لم ينعقد إجماع على على اشتراط التنجيز في هذه الحالة بكل مواردها، كان التعليق صريحا أم لا، يتوقف عليه صحة العقد أم لا مثلا.

(٧) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتابه ولا على الحاكي عنه.

(٨) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٩.

(٩) المبسوط ٢: ٣٨٥.

(١٠) إيضاح الفوائد ٢: ٣٦٠.

ما لو قال: «إن كان لي فقد بعته»، بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، ولذا ادعى في الرياض - في باب الوقف - عدم الخلاف فيه صريحا^(١).

وما^(٢) كان معلوم الحصول في المستقبل - وهو المعبر عنه بالصفة - فالظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز - وإن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجري فيه^(٣) - كما اعترف به الشهيد في ما تقدم عنه^(٤)، ونحوه الشهيد الثاني في ما حكى عنه^(٥)، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامة، فإنه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر، فقد وقفته»، لم يصح الوقف بلا خلاف؛ لأنه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضا^(٦). إنتهى؛ فإن ذيله^(٧) يدل على أن مماثلة مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالإمامية، نعم، مماثلته للعتق مختص بهم^(٨).

(١) الرياض ٢: ١٨.

(٢) حكم معلوم الحصول في المستقبل

والحكم هنا عدم جواز التعليق؛ لقيام الإجماع على ذلك، وهو مخصص ومقيد لعمومات الصحة وإطلاقاتها الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط كما تقدم.

(٣) إلا أن المهم أنهم مجمعون عليه، فهذا هو المهم.

(٤) تقدم.

(٥) أنظر المسالك ٥: ٢٣٩.

(٦) المبسوط ٣: ٢٩٩.

(٧) قوله: «وعندنا...».

(٨) بالإمامية.

وما^(١) كان منها مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع - كقدوم الحاج - فهو المتيقن من معقد اتفاهم .
وما^(٢) كان صحة العقد معلقة عليه - كالأمثلة المتقدمة - فظاهر إطلاق

(١) حكم مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع
من قبيل ما ذكره المصنف في المتن، من قدوم الحاج مثلا، بأن يقول: بعثك إن
قدم الحاج.
والحكم هنا بطلان العقد للإجماع، بل هو المقدار المتيقن من معقد هذا الإجماع.
تعليم فعال

ما دام هذا هو المقدار المتيقن من معقد الإجماع، فلماذا أفينا بالبطلان في
الحالة السابقة؟ ألا يلزم التمسك بالمقدار المتيقن الدخول في الإجماع دون غيره،
بعد أن كان الإجماع دليلا لينا؟
لا تستعجل، فكر، وأجب. هناك توجيه فني في المقام.

(٢) حكم مشكوك الحصول وكانت صحة العقد معلقة عليه في الواقع
ظاهر إطلاق معقد الإجماع المتقدم عن الأصحاب يقتضي البطلان، إلا أن
اللازم التحقيق في انعقاد هذا الإطلاق، ولو بحثنا، لوجدنا الطوسي مخالفا، فكيف
ينعقد الإجماع؟!

وحيث لا إجماع، فالفتوى الصحة كما تقدم.
وأما دليل الطوسي للذهاب إلى الجواز في المقام، فهو ما نقله عن «بعض
الناس»، من أن هذا الشرط قد ثبت أن الشارع مما يرضى به، وهو مما قام الدليل
الشرعي على جوازه.

فإن سألت: وأين هذا الدليل؟

كلامهم يشملهم، إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة «إن كان لي، فقد بعته»، قولاً من بعض الناس بالصحة، وأن الشرط لا يضره، مستدلاً بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية^(١) من الموكل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق، لم يضر إظهاره وشرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلن أو ما أشبه ذلك^(٢)، إنتهى.

وهذا الكلام وإن حكاه عن بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له^(٣).
وحاصله: أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه^(٤)، كذلك

قلنا: لما قام الدليل على صحة البيع في هذه الحالة في صورة عدم التصريح بهذا الشرط وما كان من قبيله، فعندما قال تعالى: «أحل الله البيع»، فإنه في الحقيقة قد صحح اشتراط هذا الشرط، فإن الآية الشريفة وإن لم تصرح ببعض الشروط، إلا أنها معناها عرفاً ليس مطلقاً وغير مشروط، وإنما هو مقيد ومشروط بجملة شروط صحة العقد، فمعناها عرفاً: «وأحل الله البيع لو كان المبيع مما يملك، وإذا كان مما يتملك، ولو كان البائع بالغا، وإن كان»، إلى غير ذلك من الشروط التي اشترط صحة البيع بها شرعاً، فالصحة - في الحقيقة - معلقة واقعا على هذه الشروط.

ولما لم يكن فرق عرفاً بين التصريح بالشرط وبين عدم التصريح به، يثبت أن الشارع يقبل بالتصريح بهذا النوع من الشروط، أعني: ما يقتضيه إطلاق العقد من شروط، وإلا لقيده، وأوضح أن التصريح بالشرط الفلاني غير جائز.

(١) مثال لما يقتضيه إطلاق العقد، ولا خصوصية لهذا المثال كما هو واضح.

(٢) المبسوط ٢: ٣٨٥.

(٣) وإلا، لرد عليه، وأبطله.

(٤) كما لو اشترط البائع على المشتري أن يسلمه الثمن بمجرد الإنتهاء من

لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته^(١) كالإلزام ببعض غاياته^(٢)، فكما لا يضر الإلزام^(٣) بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقا عليه ومقيدا به.

وهذا^(٤) الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد - لأن

(١) أي: شروط الصحة المختلفة.

(٢) أي: لوازمه، كما في التسليم الذي مثلنا به.

(٣) في العقد صريحا.

(٤) تعليق المصنف على كلام الشيخ في المقام

وقد علق المصنف تَدْبُرُ على ما ارتضاه الشيخ الطوسي من بعض الناس من توجيه لصحة التعليق في ما نحن فيه بتعليقتين، تناول في الأولى منهما رد التوجيه، فيما تناول في الثانية إشكالا على المصنف نفسه في التمسك بكلام الشيخ في المقام بأنه خارج عن المسألة محل البحث، فلا يصح التمسك به.

أولا: رد المصنف على توجيه الشيخ الطوسي

لا بد من التنبيه قبل توجيه الرد أنه يرتكز على نقطة لا بد من الإلتفات إليها لكي يكون التوجيه واضحا، والنقطة هي: إن محل ما ذكره الشيخ الطوسي من التوجيه، هو مسألة خارجة عما نحن فيه من الأساس؛ فمحل الكلام والبحث - كما بينا في أول المسألة - هو التعليق في المنشأ لا التعليق في غيره من حالات ثلاثة مرت علينا، كالتعليق في الإنشاء (الحالة الأولى)، أو التعليق في متعلق العقد (الحالة الثانية)، أو التعليق في ترتب الأثر الشرعي على العقد (الحالة الثالثة).

ولو تأملنا في ما ذكره الشيخ من التوجيه، لرأينا من التعليق من الحالة الثالثة، أعني: التعليق في ترتب الأثر الشرعي.

هذه هي النقطة المحورية لفهم ما سنذكره الآن من رد للمصنف تَدْبُرُ على ما

تقدم من قبل الشيخ الطوسي. والآن، لبيان الرد:

لو تأملنا في مجمل الشروط التي يتوقف صحة العقد عليها، لوجدنا أنها شروط تتوقف صحة العقد شرعا عليها، ولما كان المقصود من «صحة العقد» هو حكم الشارع بترتب الأثر الشرعي المقصود من المعاملة عليها كما تقدم أكثر من مرة، كانت النتيجة هي أن المعلق في الحقيقة هو ترتب هذا الأثر الشرعي على تلك الشروط.

ولو توقفنا وقفة تفكر بسيطة في الكلام المتقدم، لاتضح أن من المستحيل أن يتمكن البائع من التعليق على تلك الشروط؛ لوضوح أن الحكم بترتب الأثر أو الحكم بعدم ترتبه ليس مما للبائع سبيل إليه ليكون بيده تعليقه مرة وتنجيذه مرة أخرى، كما تقدم في بيان المسألة محل البحث.

إذن، ما ظن أنه قد علق، هو في الحقيقة مما لا يمكن التعليق فيه، فيتضح - بالتبع - أن البائع قد علق أمرا على شيء ليس له أن يعلقه؛ وذلك لأنه ليس له أن يحكم بعدم ترتب الأثر (وهو المعلق) في حالة عدم الشرط، كما ليس له أن يحكم بترتب الأثر في حالة توفر الشرط، لأن هذا الحكم ليس من صلاحياته ولا شؤونه، وإنما هو شأن شارعي خاص.

إن قلت: لربما لا يستطيع البائع أن يحكم بالترتب أو عدم الترتب بصورة مباشرة، إلا أن ذلك ممكن له بصورة غير مباشرة؛ وذلك بأن يعلق إنشاءه على شرط الصحة، لا أن يعلق ترتب الأثر الشرعي عليه مباشرة، فيكون الحكم بالترتب أو عدمه بيد البائع؛ إذ لو أنشأ بلا تعليق، حكم الشارع تبعاً له بالترتب، وإن أنشأ معلقاً، حكم الشارع بعدم الترتب، فيكون الترتب وعدمه بيده وإن لم يكن بصورة مباشرة.

المعلق على ذلك الشرط^(١) في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام^(٢) الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم^(٣)، غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء^(٤)، ليس معلقا في كلام المتكلم على شيء^(٥)، بل ولا منجزا، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام^(١) -

قلنا: هذا الطريق غير المباشر للتحكم بترتب الأثر أو عدم ترتبه غير صحيح أيضا؛ وذلك للوجه المتقدم في استحالة تعليق الأثر الشرعي نفسه؛ وذلك أن تعليق الإنشاء ليس بيد البائع أيضا؛ لما ذكرناه في بيان محل البحث أول المسألة، من أن الإنشاء هو إيجاد المعنى باللفظ أو إبرازه به على الخالف في المسألة، وهذا أمر لا يمكن التعليق فيه؛ إذ إما أن يتكلم الإنسان فيتم الإنشاء (إيجادا أو إبرازا)، وإما أن لا يتكلم، فلا يتم، وليس من المتصور أن ينشئ البائع معلقا.

والخلاصة المعلق في كلام البائع (ترتب الأثر الشرعي) ليس معلقا، بل ولا منجزا أيضا، بل هو أمر خارج عن مدلول كلام البائع؛ إذ ليس الأمر بيده لا بالكلام ولا بغيره، بعد أن كان الحكم بترتي الأثر الشرعي أمر من صلاحيات الشارع وشؤونه حصرا.

(١) المقصود شرط الصحة مهما كان.

(٢) أي: دون إيجاد المعنى الذي هو مدلول الكلام والتلفظ.

(٣) وهو الإنشاء، بمعنى: إيجاد المعنى باللفظ؛ إذ لما وجد اللفظ، فقد تمت عملية الإنشاء، وقد وجد الإنشاء، ولم يعلق على شيء بعد إيجاداه.

(٤) وهو ترتب الأثر الشرعي، وهو الملكية اللازمة في البيع.

(٥) المقصود: غير معلق في كلام البائع حقيقة، وإن كان قد علق عليه صورة ولفظا؛ لما تقدم من أنه ليس ذلك التعليق من شؤون البائع. فانتبه.

إلا^(٢) أن ظهور ارتضاء الشيخ له، كاف في عدم الظن بتحقيق الإجماع عليه.
مع^(٣) أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على أن محل الكلام في

(١) أي: لا علاقة له بكلام البائع من الأساس؛ إذ ليس من صلاحياته كما تقدم.
(٢) وهذا الرد الذي رددنا به الشيخ الطوسي وإن كان تاما عندنا ليثبت بطلان ما ذهب إليه تتُّذُّ من جواز التعليق في المسألة محل البحث، إلا أن ذلك لا يضر في كونه ممن ذهب إلى الجواز فيها، الأمر الذي يعني بالتبع عدم غحراز قيام الإجماع على البطلان في ما نحن فيه، فهو باق على حكم عمومات الصحة وإطلاقاتها وقاعدة اللزوم، فلا يشترط التنجيز.

تعليم فعال

ألا يمكن أن تشكل على المصنف في ما ذهب إليه من الجواز في المقام بأنك لما أبطلت الوجه الذي ذكره الشيخ الطوسي تتُّذُّ، لم يبق عندك دليل على الجواز حينئذ؟ بين سبب ما تجيب به.

للمساعدة: إتبع الطريقة الفنية للإستنباط، تجد الجواب واضحا بينا.

(٣) ثانيا: رد إشكال أجنبية المسألة عن محل الكلام

قلنا: سيتضمن تعليق المصنف على ما تقدم من الطوسي أمرين، تقدم أولهما، هو رد التوجيه الذي ارتضاه الشيخ الطوسي للجواز في المقام. لتصل النوبة الآن إلى التعليق الثاني، وهو رد إشكال قد يرد على المصنف في أصل التمسك بما نقله عن الشيخ الطوسي، حيث قد يمكن أن يقال بأنه أجنبي عن محل الكلام، وحاصله:

لم ننس أن محل الكلام إنما هو ما كان مشكوك الحصول مما كانت صحة العقد معلقة عليه، وهذا ما لا يتكلم عنه الطوسي في كلامه المتقدم، وإنما يتكلم

عن حالة ما إذا كان المعلق عليه معلوم الحصول ليس إلا.

إن قلت: ومن أين لكم ما ادعيتموه؟ وهل صرح الرجل بذلك؟

قلنا: هل تأملت في ما شبه به الطوسي محل كلامه؟ هل لاحظت ما كان؟ إنه «تسليم الثمن، أو تسليم المثل، أو ما شبه ذلك»، وكل هذه الشروط أمور معلومة الحصول بمجرد انطباق الشرط، فكذا المشبه.

هذا هو حاصل الإشكال على المصنف تفتُّ.

وأما الجواب: لو تأملنا كلام الشيخ تفتُّ المتقدم، لرأينا أن الذي وقع فيه هو تشبيه محل كلامه وما حكم به بالجواز بما حكم به بالجواز من الأمور التي ذكرها المستشكل، فالتشبيه إنما كان من حيث الحكم ليس إلا، ولا يشمل التشبيه مورد الجواز، وهو ما كان معلوم الحصول مما شبه به.

إن قلت: هذا إنما يثبت أن المشبه ليس من باب المشبه به في ما تقدم من كلام

الشيخ تفتُّ، إلا أنه لا يثبت محل كلام الشيخ الطوسي وأنه مشكوك الحصول؟

قلنا: هذا صحيح تماما، ولا بد للحق من أن يعترف به، إلا أن الذي يثبت ما ادعينا من شمول محل كلام الشيخ لما نحن فيه من مشكوك الحصول، هو الرجوع إلى ما ذكره تفتُّ قبل التشبيه والتأمل فيه؛ فإنه مطلق «ما يقتضيه إطلاق العقد»، وهذا يشمل حالتين: أولهما: حالة كون المعلق عليه معلوما، والثانية: ما نحن فيه، وهي حالة كون المعلق عليه مشكوك الحصول، فيتم الإستدلال بكلامه تفتُّ.

وما يؤيد ما ندعيه هنا من شمول كلام شيخ الطائفة لما نحن فيه من مشكوك الحصول، هو ذهاب الشهيد في القواعد إلى جواز تعليق البيع على ما هو شرط فيه، ممثلا لذلك بقول البائع: «بعتك إن قبلت»، الذي هو من مشكوك الحصول، وهو ما يظهر منه أواخر القواعد أيضا، ولو كان إجماع على بطلان التعليق في هذه

ما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه^(١)، فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم.

ويؤيد ذلك^(٢): أن الشهيد في قواعده جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: «بعتك إن قبلت»^(٣).

ويظهر منه ذلك أيضا في أواخر القواعد^(٤).

ثم^(٥) إنك قد عرفت أن العمدة في المسألة هو الإجماع، وربما يتوهم أن

الحالة، لما أفتى بذلك.

تعليم فعال

لماذا جعلنا كلام الشهيد «مؤيدا» لا أكثر؟

هذا تمام الكلام في هذه الخطوة الرابعة، التي كان محورها - كما قلنا - تشخيص الموقف من حالات التعليق وصوره بناء على الإجماع المتقدم على بطلان التعليق، الإجماع الذي يخصص ويقيد عمومات الصحة وإطلاقاتها، ما يعني أننا نسلم بجريان تلك العمومات والإطلاقات، وإلا، لما وصلت النوبة إلى البحث عن مخصص أو مقيد لها. ويبقى عليك أن تشخص الحالات التي أفتينا فيها بالبطلان بموجب هذا الإجماع.

(١) أي: المشكوك. وعدمه: عدم المشكوك، وهو العلم بالوجود.

(٢) أي: يؤيد أن محل كلام الشيخ الطوسي ما يشمل ما نحن فيه من حالة كون

المعلق عليه مشكوك الحصول.

(٣) القواعد والفوائد ١: ١٥٥ - ١٥٦، القاعدة ٤١.

(٤) أنظر: القواعد والفوائد ٢: ٢٣٧، القاعدة ٢٣٨، و ٢٥٨، القاعدة ٢٥١، وغيرهما.

(٥) الخطوة الخامسة: في ضعف ما ذكر من وجوه للبطلان غير الإجماع

الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق^(١)، وبطلانه واضح،

وقد اتضح الغرض من الكلام في هذه الخطوة، فهو تشخيص الموقف مما ذكر من أدلة غير الإجماع المتقدم.

وقد تقدم أن هذه الأدلة تحاول إثبات بطلان التعليق في مرحلة متقدمة على الإجماع؛ بحيث تثبت عدم جريان العمومات والإطلاقات للعقد المعلق من الأساس، فلا تصل النوبة إلى البحث عن دليل مخصص أو مقيد كما كان الحال عليه في الخطوة السابقة، فلنواصل المشوار مع المصنف في هذه الخطوة، ولنحاول أن نعرض لما تناوله نذكر بصورة فنية تعليمية تعليمية كما هي العادة. يا الله.

(١) الوجه الأول المتوهم على بطلان التعليق

هذا أول الأوجه التي تعرض المصنف لإبطالها وإثبات عدم صحة التمسك بها على بطلان التنجيز، وهو الوجه الذي تقدم عن العلامة نذكر، من أن الإنشاء مشروط بالجزم، وهذا يتنافى مع التعليق بحيث لا يمكن تحققه مع التعليق، فلا عقد، فلا بيع، فلا عمومات ولا إطلاقات تشمل المقام، ليبقى العقد المعلق تحت وطأة الأصل العملي يقضي عليه بالبطلان كما تقدم.

وأما رد المصنف لهذا الوجه، فحاصله:

ما هو المقصود بالإنشاء الذي يدعى أنه يتنافى مع التعليق ولا يقبله؟

والجواب: المقصود أحد أمرين:

الأول: إيجاد المعنى باللفظ وإخطاره به

وقد قلنا سابقاً أن هذا المعنى من الإنشاء غير قابل للتعليق من الأساس، وهو خارج عن محل الكلام من البداية، فلا كلام فيه.

الثاني: المنشأ

لأن المراد بالإنشاء^(١) إن كان هو مدلول الكلام^(٢)، فالتعليق غير متصور فيه^(٣)،
إلا أن الكلام ليس فيه^(٤)، وإن كان الكلام في أنه كما يصح إنشاء الملكية
المتحققة على كل تقدير^(٥)، فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير

وهو الملكية الاعتبارية الجعلية، بأن يكون المدعى أن هذه الملكية مما لا يمكن
إيجادها وإنشاؤها إلا مطلقة غير معلقة، فلو علق على شيء، أبطل ذلك التعليق
إنشاءها وإيجادها فكأنما لم توجد.

ولو كان المراد من الإنشاء في المقام هو هذا المعنى الثاني، فمن الواضح أن
ادعاء المنافاة المتقدم باطل من أساسه؛ وذلك لوقوع هذا التعليق كثيرا عرفا وشرعا.
أما في العرف، فكما في قول القائل مثلا: «هذا لك إن جنتني ببشارة رجوع
ولدي» مثلا.

وأما في الشرع، فكما في الأوامر، فكما في قوله تعالى مثلا: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ
بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾؛ حيث علق الوجوب المنشأ بمجيء الفاسق بالنبأ، وكما في المعاملات
من عقود وإيقاعات، كما في الوصية التمليلية؛ حيث يتوقف الملك على الموت،
وكما في جعالة مثلا.

(١) الذي ينافيه التعليق.

(٢) أي: معناه.

(٣) لأنه من قبيل الإيجاد والوجود.

(٤) فهو أجنبي عما نحن فيه من بحث التعليق ومبطليته للبيع.

(٥) المقصود من هذا العدل هو: وإن كان الكلام في التعليق في المنشأ كما هو

المفروض.

(٦) أي: المطلقة المنجزة غير المعلقة.

دون آخر^(١)، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غدا»، أو: «خذ المال قرضا - أو قراضا - إذا أخذته من فلان»، ونحو ذلك؟ فلا ريب في أنه أمر متصور واقع^(٢) في

العرف والشرع كثيرا في الأوامر والمعاملات، من العقود والإيقاعات. ويتلو^(٣) هذا الوجه في الضعف: ما قيل: من أن ظاهر ما دل على سببية

(١) أي: على تقدير تحقق الشرط لا على تقدير عدم تحققه.

(٢) لا فقط متصور غير مستحيل، بل هو واقع أيضا عرفا وشرعا.

(٣) الوجه الثاني المتوهم على بطلان التعليق

وأما الوجه الثاني الضعيف لإثبات اشتراط التنجيز عن طريق إبراز توجيه يثبت عدم شمول عمومات الصحة وإطلاقاتها في المرحلة الثانية للعقد المعلق، فقد جاء عن صاحب الجواهر تثنؤ، فارس ميدان الفقه والفقاهة، وحاصله:

إن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ظاهر في أن العقد الذي تصححه هو حصة خاصة من العقود لا «كل عقد»، وهو ما ترتب عليه الأثر المقصود منه عليه بمجرد أن يتم إنشاؤه، هو العقد المنجز لا غير، وأما غير المنجز، فإن الأثر المقصود منه إنما يترتب بالعقد وبتحقق الشرط، كمجيء زيد مثلا، فهو خارج عن عموم الآية الشريفة، باق تحت مقتضى أصالة الفساد الحاكم بالاشتراط كما قلنا.

إن قلت: ومن أين عرفتم أن الآية الشريفة ظاهرة في هذه الحصة فقط؟ قلنا: لوضوح أنها تأمر بترتيب أثر العقد بمجرد أن يتحقق موضوعها، وهو «العقود»، ما يعني لزوم ترتيب هذا الأثر بمحض الانتهاء من الإنشاء، ولو تأملنا في العقد المعلق، لرأينا أن الوفاء به غير ممكن بمجرد إنشائه، لوضوح لزوم تحقق شرطه أيضا، وما دام لا يمكن الوفاء به، فكيف يمكن أن تشمل الآية الكريمة؟! وعليه، فالآية الكريمة لا تشمل العقد غير المنجز، فهي ظاهرة في العقود المنجزة دون غيرها، وبعبارة أخرى: موضوعها ما كان العقد فيه سببا تاما لترتب

العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك^(١).

وفيه^(٢) - بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة واللزوم في مثل قوله

الأثر، لا مجرد مقتض لترتب الأثر، يعتمد تأثيره على عدم المانع وتحقق الشرط. إن قلت: سلمنا أن الآية الكريمة لا تشمل العقد المعلق ابتداء للنكته المتقدمة، ولكنها تشملها بعد تحقق الشرط؛ إذ من الواضح إمكان الوفاء بالعقد حينئذ. قلنا: النكته السابقة كما تمنع من ظهور الآية في العقد المعلق ابتداء، فإنها تمنع من ذلك استمراراً؛ إذ أن العقد الذي تحقق شرطه ليس عقداً «يمكن الوفاء به بمجرد إنشائه»، أو ليس عقداً «هو السبب التام لترتب الأثر الشرعي»، وهو موضوع الآية الكريمة كما تقدم.

(١) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٩٨، و ٢٧: ٣٥٢، و ٣٢: ٧٩.

(٢) رد المصنف لدليل صاحب الجواهر

وقد شن المصنف جوماً كاسحاً على ما استدل به صاحب الجواهر، حيث أورد عليه بإيرادات ستة مفصلة، وإليك تفاصيل هذا الهجوم:

الرد الأول: عدم انحصار أدلة الصحة بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

أما الرد الأول، فهو أننا حتى لو سلمنا صحة ما تقدم من دليل، فإنه إنما يتم في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وأما غيره من عمومات الصحة وإطلاقاتها وأدلة قاعدة اللزوم التي أسسناها في بحث المعاطاة، من قبيل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، أو قوله ﷺ: «الناس مسلطون على أموالهم»، بناء على تمامية الاستدلال به لتشريع الأحكام، فإنها مطلقة غير ظاهرة في ما كان منجزاً من العقود؛ فإن العقد غير المنجز «بيع» عرفاً، فتشمله الآية الكريمة المتقدمة لتثبت صحته ولزوم الملك الحاصل به.

تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)؛ لأن دليل حلية البيع^(٢) وتسلسل الناس على أموالهم^(٣) كاف في إثبات ذلك -: أن^(٤) العقد سبب لوقوع مدلوله، فيجب الوفاء

وهكذا بالنسبة إلى الحديث المتقدم عنه ﷺ؛ فإن للمالك سلطة أن يجعله موضوعاً لعقد معلق غير منجز.

تعليم وتعلم فعالان

١- هل تذكر ما أوردناه على المصنف سابقاً، من أن هذه الكيفية من الإيرادات ترد عليه هو نفسه في ما تقدم منه لإثبات بعض الشروط المتقدمة البحث؟ قرب ذلك هنا.

٢- هل تعتقد أن صاحب الجواهر على عظمته ومكانته التي لا يرقى إليها إلا من آتاه الله ومن عليه، قد فاته أن هناك أدلة غير آية الوفاء بالعقد؟ هل يمكنك أن تبرز توجيهها بحيث يبطل الإستدلال بسائر أدلة الصحة وال لزوم بمجرد بطلان التمسك بالآية الشريفة محل الكلام؟ فكر، المهم أن تفكر.

مساعدة: راجع ما سنذكره في «تعليم فعال» في الخطوة الثانية من خطوات المصنف في المسألة التالية (اعتبار التطابق).

مساعدة: راجع كتاب الجواهر أيضاً.

(١) المائدة: ١.

(٢) مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، البقرة: ٢٧٥.

(٣) انظر: عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٤) الرد الثاني: العقد المعلق مما يمكن الوفاء به فور إنشائه

وأما الرد الثاني، فمحوره أنه مما ذكر صاحب الجواهر أنه موضوع الآية الكريمة، أقصد: «مما يمكن الوفاء به بمجرد إنشائه»؛ فإن لكل واحد من العقدين المنجز وغير المنجز مضمون، والآية الكريمة عندما أمرت بالوفاء بالعقود، فإن

به على طبق مدلوله، فليس مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إلا مفاد ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^(١)،
في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق، فترقب تحقق المعلق عليه في
تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

والحاصل^(٢): أنه إن أريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء

معناها وجوب الوفاء بمضمون العقد مهما كان ذلك المضمون، بلا أن تحصر ذلك
بالمضمون غير المعلق، وعليه، فالعقد المعلق مما يمكن الوفاء به بمجرد إنشائه،
وذلك عن طريق الإلتزام بمضمونه المعلق.

وعليه، فالآية الشريفة لا تدل على أكثر مما تدل عليه الآية الشريفة: ﴿أَوْفُوا
بِالْعَهْدِ﴾؛ من حيث عدم دلالتها على أكثر من وجوب الوفاء والإلتزام بمضمون
العهد، بلا حصر لذلك المضمون بحصة خاصة من المضامين.

(١)الإسراء: ٣٤.

(٢)إعتبر المصنف هذا الكلام حاصل الرد السابق، مع أنه ذكر فيه ما لم يذكره
في الرد، إلا أن محور هذا الكلام لما كان مشتركا بين الكلامين، لم نعتبره ردا
جديدا، وإنما هو تمة وحاصل لسابقه، والأمر سهل.

وحاصل هذا الحاصل:

إننا نسأل الشيخ الأجل صاحب الجواهر هذا السؤال:

ما هو الذي يتخلف ليجعل العقد الذي كانت الآية ظاهرة فيه - كما ادعيت - لا
يشمل العقد المعلق؟

والجواب أحد احتمالين لا ثالث لهما:

الأول: أن يكون مدلول الكلام ومعناه، فيكون التعليق في الإنشاء.

ومن الواضح البديهي أن هذا المدلول لا يتخلف أبدا؛ لما ذكرناه قبل ذلك، من
أن المعنى يوجد بمجرد التلفظ والنطق بالعقد، سواء أكان هذا العقد منجزا أم

العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها^(١)، وإن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية، فيمنع كون أثر مطلق البيع^(٢) الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك^(٣)، فإن كان البيع غير معلق^(٤)، كان أثره الشرعي^(٥) الملك الغير المعلق، وإن كان معلقا، فأثره الملكية المعلقة^(٦).

مع^(٧) أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا.

معلقا، ولا معنى لتخلف المعنى بعد التلفظ بالكلام.

الثاني: أن يكون ترتب الأثر الشرعي على العقد المنشأ

وهذا أيضا لا يتخلف؛ إذ لما كان العقد المنشأ هو «البيع»، كان الأثر المترتب عليه ليس هو مجرد الملك المنجز لكي يتخلف بكون العقد معلقا، وإنما هو «مطلق الملك»، أي: سواء أكان هذا الملك معلقا أم منجزا، فإن كان العقد مطلقا غير معلق، كان الأثر المترتب عليه الملك المنجز، وإن كان معلقا، كان الأثر المترتب عليه الملك المعلق أيضا.

والنتيجة لا تخلف في الأثر المترتب على العقد أبدا، فالعقد غير المنجز مما يمكن الوفاء به فور إنشائه، فيكون مشمولا لعموم الآية الشريفة، ويخرج بذلك عن أصالة الفساد، ليكون مما يؤثر الملك اللازم.

(١) لأن العلاقة بين الإنشاء ومدلول العقد كما قلنا سابقا علاقة الإيجاد والوجود.

(٢) أي: ليس أثر «كل بيع» هو الملكية المنجزة.

(٣) سواء أكان منجزا أم معلقا.

(٤) بأن كان العقد منجزا.

(٥) الذي لا يتخلف.

(٦) فالأثر لم يتخلف أيضا وإن كان الملكية المعلقة.

(٧) الرد الثالث: تخلف الملك عن العقد كثير

هذا رد نقضي على صاحب الجواهر تَدُّل، وحاصله:

هناك موارد كثيرة تخلف فيها الملك عن مجرد العقد؛ حيث كانت الملكية مرتبة على العقد بالإضافة إلى أمر آخر كما سنمثل، ووجود هذه الموارد الكثيرة يمنع ظهور الآية الشريفة في خصوص العقد المنجز؛ فإننا لو قلنا بأن الآية ظاهر في ما ادعاه صاحب الجواهر تَدُّل، للزم تخصيص الأكثر، وهو المستهجن القبيح عرفاً؛ وذلك لأن معنى الآية حينئذ هو عدم صحة كل عقد معلق، إلا الموارد الكثيرة التي سنذكر بعضها، ما يعني عدم صحة الظهور المدعى، والقول بعموم الآية الشريفة للعقد غير المنجز، وإلا، لزم المحذور المتقدم في كلام الشارع.

وبعبارة أخرى: لا بد من التصرف في الآية الشريفة وحملها على ما لا يلزم منه قبيح، وهو ترتيب مضمون العقد عليه، فإن كان هذا المضمون معلقاً، فمعلق، وإن كان منجزاً، فمنجز.

وأما موارد تخلف الملك عن مجرد العقد، فمنها:

١- الهبة؛ التي يتوقف ملك المتهب لها على قبضه.

٢- لوصية؛ إذ لا تتقل العين الموصي بها إلي ملك الموصي له إلا بعد موت الموصي. بيع الصرف، فتتخلف الملكية عن الإنشاء حتى القبض.

٣- بيع المعاطاة بناء على الإباحة، لتوقف الملك- عند القائل به- على طروء الملمزم.

٤- بيع الفضولي بناء على النقل كما سيأتي بالتفصيل إن شاء الله تعالى؛ حيث أن الملكية على هذا الفرض متوقفة على لحوق الإجازة من قبل المالك.

ومنها: المضاربة؛ حيث لا يتملك العامل الحصة المعينة له إلا بعد ظهور الربح، لا بمجرد العقد.

وغير ذلك من الموارد الكثيرة.

مع^(١) أن ما ذكره لا يجري في مثل قوله: «بعتك إن شئت»، أو: «إن قبلت»، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.

مع^(٢) أن هذا لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد

(١) الرد الرابع: أخصية الدليل من المدعى

وأما الرد الرابع والخامس والسادس أيضا، فحاصلها أن الدليل الذي أبرزه صاحب الجواهر أخص من المدعى؛ حيث لا يثبت البطلان إلا في بعض موارد التعليق لا جميعها، مع أن المدعى هو بطلان كل تعليق. وحاصل هذا الإشكال الرابع، هو:

إن حاصل الدليل الذي أبرزه صاحب الجواهر نَدُّ هو ظهور الآية الشريفة في تصحيح ما يترتب عليه الأثر حال إنشائه من العقود، أو ما عبرنا عنه بما «يمكن ترتيب أثره عليه حال إنشائه»، ولو تأملنا بعض موارد التعليق، لرأينا أنها يترتب عليها الأثر حال تمامية إنشائها، كما في البيع بشرط المشيئة، في ما لو قال البائع مثلا: «بعتك إن شئت»، فقال المشتري بلا فصل: «قبلت»، وما نلاحظه هنا، هو عدم تخلف أثر هذا العقد المعلق عن إنشائه، وترتب هذا الأثر بمجرد قبول المشتري، أي: بمجرد تمامية إنشاء العقد، فتشمله الآية الكريمة، فلا يصح الدليل المدعى مستندا للبطلان.

(٢) الرد الخامس: أخصية الدليل من المدعى

كما أن ما استدل به صاحب الجواهر لا يدل على بطلان العقد بالتعليق في ما لو علق العقد على شرط كان محققا واقعا حين العقد، إلا أن المتعاملين لم يكونا على علم بتحقيقه، بل كانا شاكين بذلك، كما لو قال له: «بعتك إن كان لي»، والحال أنه كان له واقعا حين قوله ذلك.

حيثئذ يكون مراعى لا موقوفا.

مع^(١) أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها

ووجه عدم شمول دليل صاحب الجواهر لما نحن فيه، هو أنه لا تأخر في ترتب الأثر الشرعي على هذا العقد؛ إذ الشرط متحقق حين الإنشاء واقعا، فالعقد - على هذا - صحيح يترتب عليه الأثر بمجرد الإنشاء، وإن كان الحكم بالصحة مراعا بانكشاف تحقق الشرط حين الإنشاء، فالحكم بالصحة متحقق حين تمامية الإنشاء، إلا أن العمل بهذه الصحة وهذا الحكم مراعى بانكشاف التحقق ليس إلا، وهذا لا يعني أنها لم تكن قد تحققت بمجرد تامامية العقد. وعليه، فهذا العقد المعلق لا يشمل دليل صاحب الجواهر ^{بشأنه}، فدليله أخص من المدعى.

(١) الرد السادس: أخصية الدليل من المدعى

وأما الرد السادس على ما تقدم من صاحب الجواهر، فهو أن الدليل أخص من المدعى؛ حيث أن المدعى بطلان ما كان «عقدا» معلقا، بدون اختصاص لذلك العقد بما كان بيعا، وإنما هو جنس ما كان عقدا، بينما الدليل المبرز في المقام لا يثبت إلا البطلان في البيع؛ وذلك لما ذكرناه قبل ذلك من وجود عقود كثيرة قد تخلف ترتب الأثر فيها على مجرد العقد، ولم يكن العقد فيها إلا مقتضيا لا تمام السبب، كما في ما تقدم من أمثلة، من الوصية والهبة والمضاربة وغيرها.

إن قلت: ولكن الكلام فعلا في البيع لا في غيره من العقود!

قلنا: البحث في اشتراط التنجيز في العقود وإن كان محل طرحه في عقد البيع، إلا أن محل الكلام أوسع من ذلك، والمدعى فيه ليس هو اشتراط التنجيز في البيع، وإنما هو اشتراط التنجيز في العقد بصورة عامة؛ والدليل على ذلك أن الفقيه لا يبحث في هذا الشرط في كل عقد على حدة، وإنما يبحث بحثا عاما في البيع

عنها كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة.

عما هو دليل لاشتراط التنجيز في كل ما كان عقدا.

مثال ذلك ما تقدم من بحث الشيخ المصنف عن قاعدة اللزوم في الملك الحادث؛ إذ هو بحثها في بحث المعاطاة، أي: في باب البيع، إلا أن المدعى كان عاما شاملا لغير البيع من العقود بل وحتى الإيقاعات، وهو كل حالة ثبت فيها ترتب الملك وحدوثه.

وعليه، فخصوصية الباب الذي يطرح فيه البحث لا تعني خصوصية البحث وخصوصية المدعى دائما.

إن قلت: بل الفقهاء يبحثون هذا الشرط في كل باب وعقد على حدة، فوجدوا دليلا يثبت الجواز في غير البيع، وهذا لا يمنع تمامية الاستدلال بالآية الشريفة على البطلان في البيع.

قلنا: هذا غير صحيح، بل هو مخالف لواقع البحوث الموجودة عن الفقهاء؛ إذ لو راجعنا تلك البحوث، لما وجدنا أنهم يبحثون اشتراط التنجيز فيها بحثا مستقلا يبرزون فيه دليلا خاصا على جواز التعليق في كل واحد من تلك العقود.

تعليم فعال

هل يعني الرد الأخير أن الفقيه ملزم بالفتوى في عقد ما بما توصل إليه في مجموعة من العقود الأخرى؟ كما لو توصل مثلا إلى أن مجموعة من العقود تفيد الملك اللازم، فهل يلزمه ذلك بالإفتاء بذلك في كل العقود هربا من أن يكون الدليل الذي يذكره في باب ما خلافا للنتيجة التي توصل إليها في مجموعة العقود أخص من المدعى كما جاء في الرد الأخير؟ لماذا؟

ثم^(١) الأضعف من الوجه المتقدم: التمسك في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الإقتصار فيها على المتيقن، وليس إلا العقد العاري عن التعليق.

إذ فيه: أن إطلاق الأدلة - مثل حلية البيع، وتسلبت الناس على أموالهم، وحل

(١) الوجه الثالث المتوهم على بطلان التعليق

هذا هو الوجه الثالث والأخير الذي يذكره المصنف في هذه المجموعة من الأدلة من النوع الثاني، أي: الذي يعمل على عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها، ما يعني بالنتيجة بقاء المورد محل البحث (العقد المعلق) تحت مقتضى أصالة الفساد.

وأما هذا الوجه الثالث، الذي اعتبره المصنف قَدْ أضعف مما سبقه من مسألة عدم قابلية الإنشاء للتعليق؛ لوضوح ضعفه، فهو ما تقدم معنا في مسائل سبقت، من توقيفية العقود، بالتقريب الذي سبق أكثر من مرة، فلا نحتاج إلى الإعادة.

وأما ضعف هذا الدليل، فقد سبق أيضاً، وهو أن التمسك بتوقيفية العقود معناه التمسك بالقدر المتيقن من العمومات والإطلاقات، وهو العقد المنجز دون غيره، ليبقى العقد غير المنجز تحت مقتضى الأصل العملي المقتضي للفساد والاشتراط.

والتمسك بالقدر المتيقن لا يصح - فنياً - إلا في حالة كون الدليل مجملاً، لا في ما نحن فيه من الإطلاقات والعمومات؛ إذ لا مانع من التمسك بالإطلاقات والعمومات؛ إذ العقد المعلق «عقد»، و«بيع» و«تجارة عن تراض»، وغير ذلك من عناوين أخذت في العمومات والإطلاقات، لتكون هي - بالتبع - الجاري في المقام، فتكون دليلاً على صحة العقد المعلق من قبل الشارع، ليكون مما حكم الشارع فيه بالصحة، فلا يجري دليل التوقيفية من الأساس.

التجارة عن تراض، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلة سائر العقود^(١) - كاف في التوقيف.
وبالجملة^(٢)، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها ووقوع كثير
منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً^(٣).
ثم^(٤) إن القادح هو تعليق الإنشاء، وأما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد

(١) من عمومات وإطلاقات جارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط.
(٢) الخطوة السادسة: عرض النتيجة النهائية للبحث في المقام
هذه هي النتيجة النهائية للبحث في نوعي الأدلة التي استعرضها المصنف تدرُّجاً
في المقام، وهي أن الموقف هو ما تقدم تشخيصه حين الكلام في الإجماع؛ فإن
الدليل الجاري في المقام هو الإجماع محصلاً كان أم منقولاً، وأما غيره من الأدلة
الثلاثة المتقدمة، فضعيفة لا تصمد أما البحث والتحقيق.
(٣) وفقاً للطريقة الفنية للإستنباط؛ إذ بعد أن أبطلنا الوجوه الثلاثة الأخيرة
لتوجيه عدم جريان عمومات وإطلاقات الصحة الجارية في المرحلة الثانية من
مراحل عملية الإستنباط، كانت هذه العمومات والإطلاقات هي الجارية في هذه
المرحلة، وهي القاضية بالصحة واللزوم كما تقدم مراراً، وهذا ما لا يجوز للفقهاء
رفع اليد عنه والإفتاء على خلافه باشتراط التنجيز إلا بدليل مخصص مقيد في
المرحلة الثالثة من مراحل العملية، ولم يكن هنا إلا الإجماع، فاللازم التوقف في
الإشتراط على مقدار ما انعقد عليه الإجماع، وهو ما تقدم من حالات، وأما في غير
ما لم يحرز دخوله في الإجماع، فالمرجع الذي لا يجوز مخالفته هو عمومات
الصحة وإطلاقاتها.

(٤) الخطوة السابعة: توضيح أن التعليق القادح إنما هو تعليق الإنشاء
وما دمننا قلنا آخر الخطوة السابقة بأن الدليل على الإشتراط منحصر في

الإجماع، ليكون المرجع في غيره عمومات الصحة وإطلاقاتها الحاكمة بالصحة واللزوم، كان لا بد من التنبيه على ما يرجع إلى هذا الإجماع، وهو أنه إنما انعقد على ما كان فيه تعليق في الإنشاء، بمعنى التعليق في المنشأ كما تقدم، وأما إذا لم يكن تعليق هنا، فإن الصحيح عدم الإشرط وإن كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عرفا أو شرعا على ما أنشأه منجزا، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع مما يتمول، أو أن المشتري راض حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا، كمالية المبيع من حيث اشتماله على المنفعة المقصودة، أو شرعا ككون المنفعة المقصودة محللة، فالحكم في جميع هذه الحالات الصحة واللزوم للعمومات والإطلاقات بعد عد قيام الإجماع على البطلان فيها.

بل نذهب إلى أكثر من ذلك فنقول: الظاهر أنه لا يقدر في صحة البيع ولزومه إنشاء العقد مع الاعتقاد بعدم ترتب الأثر العرفي أو الشرعي عليه، نعم، بشرطها وشروطها، ومن شروطها أن ينطبق العنوان المأخوذ في عمومات الصحة وإطلاقاتها على هذا العقد؛ إذ تقدم أن المصحح إنما هو هذه العمومات والإطلاقات، فهب أن الإجماع لا يشمل هذه الحالة، ولكن لا بد أن يكون الدليل المصحح جاريا في الوقت نفسه، وإلا، فما فائدة عدم المانع حيث لا مقتضي من الأساس؟!

المقصود هنا من الكلام المتقدم من لزوم انطباق العنوان المأخوذ في العمومات والإطلاقات هو أن لا يكون هناك مانع من انطباق ذلك العنوان في حالة اعتقاد عدم ترتب الأثر على العقد، أو الشك والتردد في ذلك، من قبيل كون ذلك الاعتقاد مانعا من تحقق القصد إلى التمليك العرفي؛ إذ مع هذا المانع كيف يمكن إنشاء المعاملة من الأساس لتكون مشمولة للإطلاقات والعمومات؟!

بعبارة أخرى: لو افترضنا أن الاعتقاد المتقدم مانع من القصد إلى تحقق

وإن كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع مما يتمول، أو أن المشتري راض حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا أو شرعا، بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التمليك العرفي^(١).

وقد^(٢) صرح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: لا يخل زعم^(٣) فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد^(٤).

نعم^(٥)، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة^(١) - كعدم الزوجية - أو

المعاملة، إنهدم بذلك الركن الأول من ركني صحة المعاملة، وهو «المبرز» (بالفتح)، فماذا يفيد عدم إشكال في «المبرز» (بالكسر) بعدم التعليق حينئذ؟! وهذا ما سنذكره في الاستدراك التالي في المتن.

(١) ليتحقق العنوان المأخوذ في عمومات الصحة وإطلاقاتها كما تقدم في الشرح.

(٢) وهذا الذي ذهبنا إليه من عدم قاحية اعتقاد عدم ترتب الأثر على العقد في الحكم بالصحة واللزوم بشرطها وشروطها هو الذي صرح به المحقق التستري في مقابسه، حيث قال: «لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد»، ومراده بارتفاع القصد، هو ما ذكرناه من شرط جريان جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها. (٣) أي: إعتقاد.

(٤) صرح به المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

(٥) هذا الذي اعتبرناه من شروط عدم قاحية التردد أو حتى اعتقاد عدم ترتب الأثر على العقد المنشأ، وهو أن لا يكون التردد أو الاعتقاد سببا لارتفاع القصد

الشك فيها في إنشاء الطلاق؛ فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزاً^(٢) من دون العلم بالزوجية، وكذا الرقية في العتق.

وحينئذ^(٣)، فإذا مست الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم

اللازم في تحقق ماهية المعاملة، يمكن أن نمثل له بالتردد في تحقق الشروط المقومة لماهية المعاملة عرفاً، أو العلم بعد تحققها، من قبيل العلم بعدم الزوجية، أو الشك فيها في إنشاء الطلاق، وكذا العلم بعدم الرقية أو الشك فيها في العتق؛ إذ في مثل هذه الحالات لا يمكن للمنشئ العالم بعدم تحقق الشرط أو الشاك في تحققه أن يوجد ماهية الطلاق أو العتق؛ إذ لا يمكنه أن يوجد «القصد» و«المبرز» (بالفتح)، بدون أن يعلم تحقق الزوجية والرقية.

(١) لماهية العقد أو الإيقاع.

(٢) وهو الشرط المقوم لتحقيق ماهية المقصود، من طلاق أو عتق كما في المثال.

(٣) وبناء على ما قلناه قبل الاستدراك مرة وبعده مرة أخرى، نقول:

إن مست الحاجة إلى إيقاع الطلاق أو العتق في صورة التردد والشك أو العدم بعد الزوجية أو الرقية، وأردنا أن نحتاط في بعض الحالات المطلوب فيها الإحتياط، كما لو أرادت المرأة الزواج مثلاً، وقلنا بعدم جواز التعليق على ما كان شرطاً في صحة العقد، فإن طريق هذا الإحتياط أمران:

الأول: إيقاع الطلاق أو العتق منجزاً صورة وإن كان معلقاً حقيقة.

وهذا الأمر مبني على إمكان تحقق القصد إلى الطلاق أو العتق حتى في حالة

التردد أو العلم.

الثاني: وأما إذا قلنا بعدم إمكان تحقق القصد مع التردد أو العلم بعدم تحقق

الشرط المقوم للماهية عرفاً، فطريق الإحتياط، هو توكيل الجاهل بترددنا أو عدم

جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بد من إبرازه بصورة التنجيز وإن كان في الواقع معلقاً^(١)، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، ولا يقدر فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للضلع؛ لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

الإ^(٢) أن ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوجه امرأة يشك

علمنا بالزوجية أو الرقية

وعلى هذا، فإنه وإن كان لا يمكننا أن نوقع الطلاق أو العتق منجزا لعدم إمكان القصد، وعدم تحقق ماهية هذين بسبب ذلك، إلا أن هذا لا يجري في الوكيل؛ وذلك لعدم علمه بترددنا وشكنا أو عدم علمنا، فهو ممن يمكنه أن ينشئ منجزا، وممن يمكنه أن يوجد القصد المشروط في تحقق مفهوم المعاملة.

إن قلت: لا يمكن التوكيل في المقام؛ وذلك أن هذه الوكالة معلقة واقعا على أن للموكل إيقاع الطلاق أو العتق، وهذا ما لا يعلم به في ما نحن فيه.

قلنا: وإن كان التوكيل باطلا ما قلنا، إلا أن ذلك لا يعني بطلان إذن الموكل للوكيل بإيقاع الطلاق أو العتق، وهذا كاف في أن يقع الطلاق أو العتق منجزا من قبل الوكيل، ولا يلزم أن نسميه «وكيلا»، بل يكفي أن يكون «مأذونا» بذلك.

(١) هذا بناء على عدم قاذحية التردد فيترتب الأثر أو العلم بعدم ترتيبه في تحقق الماهية كما تقدم، فانتبه.

(٢) مخالفة الشهيد لما ذهبنا إليه في الإحتياط من الإكتفاء بالتنجيز صورة

إلا أن هذا الذي ذهبنا إليه من الإكتفاء بالتنجيز صورة فيما لو مست الحاجة إلى الإحتياط، يخالف ما ذهب إليه الشهيد في قواعده؛ حيث ذهب إلى عدم الصحة؛ وذلك لما تقدم من التنافي بين الجزم المعبر في الإنشاء والتعليق بأي صورة كان

في أنها محرمة عليه أو محللة، فظهر حلها، وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد. قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالع امرأة أو طلقها وهو شاك في زوجيتها، أو ولى نائب الإمام عليه السلام^(١) قاضيا لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلا. ثم قال: ويخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتا؛ لأن الجزم هنا حاصل^(٢)، لكن خصوصية البائع غير معلومة، وإن قيل بالبطلان، أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوج أمة أبيه، فظهر ميتا^(٣)، إنتهى.

هذا التعليق.

نعم، لو تحقق الجزم حتى في حالة التعليق، فإن الشهيد يذهب إلى الجواز حينئذ، كما في ما لو باع شخص ما مال مورثه لظنه حياته، كما لو قال مثلا: «بعتك دار أبي بألف دينار»، فبان ميتا؛ لأن الجزم هنا حاصل، ولا تردد في إنشاء الملكية، وإن كانت خصوصية البائع وأنه البائه نفسه لا مورثه غير معلومة، إلا أن هذا غير قادح في الحكم بصحة البيع ولزومه كما سيأتي في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى. نعم، هناك احتمال للقول بالبطلان ضعيف؛ بتوجيه عدم قصد البائع إلى نقل ملك نفسه، فلا تتحقق ماهية العقد بفقدان ركنه الأول، وهو المبرز (بالفتح) كما تقدم. وكذا الكلام بالنسبة لمن زوج أمة أبيه، فظهرت أتمته حين التزويج بظهور موت أبيه حينها، فإن الصحيح هو صحة العقد حينها؛ لتحقيق الجزم بالتزويج.

(١) أي: الفقيه الجامع للشرائط.

(٢) إذ يمكن القصد إلى إيجاد البيع والمبادلة ولو لم يكن مالكا، كما في بيع

الفضولي، كما سيأتي بالتفصيل.

(٣) القواعد والفوائد ٢: ٢٣٨، القاعدة ٢٣٨.

والظاهر^(١) الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.^(٢)

(١) الإشكال على الشهيد طبقا لمبناه

ولو بنينا على ما جاء في كلام الشهيد تتَّك ، من عدم قادحية التعليق فيما لو كان الجزم متحققا، لتوجه إشكال إلى ما جاء في كلامه قبل إخراجه ما أخرج من حكمه بالبطلان؛ حيث لم يفرق تتَّك بين بين الطلاق من جهة، وبين التزويج والتولية من جهة أخرى.

ووجه الإشكال: أن الشرط غير المحرز في الطلاق مقوم فيه عرفا؛ فإن الطلاق مزيل لعلقة الزوجية، ما يعني أن الزوجية قد أخذت في مفهومه، فلا يمكن القصد فيه مع الشك في تحقق هذا الشرط، وليس كذلك في طرفيه؛ إذ حلية المرأة المتزوج بها من قبيل الشرط الشرعي لترتب الاثر الشرعي، وليس شرطا عرفيا مقوما للزواج. وكذلك بالنسبة إلى بيع أمة الأب؛ فإن كون البائع هو المالك شرط شرعي لا عرفي مقوم.

وعليه، فيمكن الجزم في طرفي الطلاق دونه، فكان ينبغي على الشهيد التفريق بين الطلاق وطرفيه، بالقول بالبطلان فيه دونهما.

(٢) ودقق؛ فإن المطلب دقق يحتاج إلى التدقيق والتأمل.

ولربما كان الأمر بالتأمل إشارة إلى أن إمكان الجزم لا علاقة له بكون الشرط مقوما عرفا أو مقوما شرعا، فما دام هناك تعليق وشرط، فالجزم غير متوفر، وحيث لا جزم، لا صحة عند الشهيد تتَّك ، فعدم تفريقه بين الطلاق وطرفيه له وجه لو بنينا على مبناه من أن القادح هو عدم الجزم.

نعم، على مبنانا، هو قادحية ما كان دخيلا في ماهية المعاملة عرفا دون غيره،

وقال^(١) في موضع آخر: ولو طلق بحضور خنثيين، فظهرها رجلين، أمكن الصحة، وكذا بحضور من يظنه فاسقا، فظهر عدلا، وبشكلان في العالم بالحكم؛ لعدم قصدهما^(٢) إلى طلاق صحيح^(١)، إنتهى.

فإن التفريق بين الطلاق وطرفيه صحيح.

(١) مثالان آخران للشهيد للتفريق حسب الجزم وعدمه

كما أن الشهيد تَدْتُّ ذكر في موضع آخر مثالين لجواز العقد وصحته مع أنه معلق واقعا؛ وذلك على مبناه من أن التعليق إنما يقدر فيما لو كان منافيا للجزم مانعا عنه.

أما المثال الأول، فهو ما لو طلق بحضور خنثيين فظهرها رجلين، وكان غير عالم باشتراط الرجلين في الطلاق؛ فإنه في مثل هذه الحالة ممن يمكن الإنشاء منه جازما. وأما المثال الثاني، فهو ما لو طلق بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا، للتوجيه نفسه. هذا طبعا فيما لو لم يكن المطلق عالما باشتراط حضور رجلين عدلين في صحة الطلاق، وأما لو كان يعلم - والكلام للشهيد تَدْتُّ - فقد ذهب الشهيد إلى البطلان؛ وذلك على مبناه من اشتراط الجزم في الصحة؛ إذ كيف يمكن للعالم الجزم بالإنشاء وهو يعلم بالاشتراط شرعا؟! إذ لا يمكنه القصد إلى طلاق صحيح من الأساس في مثل هذه الحالة كما هو واضح.

تعليم وتعلم فعالان

هل يمكنك تشخيص الموقف هنا بناء على مباني الشيخ المصنف تَدْتُّ؟
مساعدة: هل حضور الرجلين أو العدلين شرط مقوم لمفهوم الطلاق أم شرط في ترتب الأثر الشرعي على الطلاق؟
(٢) في بعض النسخ «لعدم قصده»، والمعنى واضح.

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٦٧، القاعدة ١٤٣.

تعلم فعال

هذا تمام الكلام في هذا الشرط، وقد كان بحثا شيقا جدا على الرغم من كونه منهكا، ولكن، لا تعلم بلا تعب، ومن زرع، حصد، ومن جد، وجد.

هل رأيت أن المصنف بنى الموقف كله على الإجماع؟

لو قلنا - ونحن نقول - بأن الإجماع الحجة إنما هو الإجماع التعبدي، فكيف سيؤثر ذلك في طريقة البحث ونتيجته. الرجاء إجراء بحث وكتابته في هذا المجال.

[البحث في إعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول]^(١)

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

البحث في إعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول

بعد أن طال الكلام في المسألة السابقة، وكثرت فيها الأدلة والتدقيقات، كان لا بد قبل الخوض في البحث التفصيلي للمسألة الجديدة من تمهيد يجعل الكلام في المسألة - كما هو المفروض المطلوب - فنيا علميا تعليميا تعلميا، كما كررنا ذلك في المسائل المتقدمة، فلتكلم إذن في النقاط التالية:

النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الفرعي فيه

بعد أن انتهينا من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف بُدئُ الكلام فيها في خصوص ألفاظ عقد البيع، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث؛ إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم.

قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تنظم في مواقف ثلاثة، يتحمل كل منها مسؤولية الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين، تناول أولهما إعتبار الصراحة والحقيقة، فيما تناول الثاني إعتبار العربية.

وأما الموقف الثاني، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة الإفرادية، أي: هيئة الإيجاب لوحده، وهيئة

القبول لوحده، في قبال ما نحن فيه من الموقف الثالث، حيث البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة التركيبية، أي: الهيئة المركبة من الإيجاب والقبول كليهما.

وقد قدمنا أن الأسئلة المطروحة في هذا الموقف خمسة، يهتم كل واحد منها بزواوية من زوايا الهيئة التركيبية للعقد، وبعد أن انتهينا من السؤال الأول من أسئلة هذا الموقف؛ حيث تناولنا الكلام في الترتيب بين الإيجاب والقبول، ومن السؤال الثاني من تلك الأسئلة، حيث تناولنا البحث في اعتبار الموالة بين الإيجاب والقبول، ومن ثالث تلك الأسئلة، حيث كان السؤال عن اشتراط اللزوم بالتنجيز، نصل الآن إلى رابع تلك الأسئلة، حيث السؤال عن اشتراط اللزوم بالتطابق بين الإيجاب والقبول، فهل يتوقف الحكم بلزوم الملك في البيع على التطابق بين الإيجاب والقبول، بحيث يتحد المضمون المنشأ من قبل الموجب والقابل؟ وبأي دليل؟

هذا هو السؤال المطروح في ما نحن فيه، وكما تركتك في المسألة المتقدمة مع التفكير قليلا في طريقة الإجابة عن السؤال المتقدم اعتمادا على خبرتك التي اكتسبتها خلال رحلاتك المختلفة مع المصنف رحمته، أتركك هنا أيضا. وكما قلت لك: يكفي أن تفكر، وتأمل، وتحاول.

النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف

وكما فعلنا في غير هذا السؤال، لا بد من تشخيص الخطوات التي خطاها المصنف في المسألة، لكي نكون على بصيرة من الهدف، والطريق، والمؤونة، فأين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟ ولماذا؟

الخطوة الأولى: بيان المقصود بالتطابق بين الإيجاب والقبول.

الخطوة الثانية: ذكر الوجه في اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول
الخطوة الثالثة: تشخيص الموقف من بعض حالات الإيجاب والقبول
النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

لا يختلف الكلام هنا عما مر في المسائل المتقدمة أبداً، وقد كررنا ذلك عدة مرات، وقلنا: إننا إنما نهدف من وراء تكرار الكلام في الطريقة الفنية للإستنباط في كل مسألة مسألة إلى أن نضع كل عنصر من العناصر الدخيلة في هذه العملية في المسألة محل البحث موضعها الفني الصحيح، فيتضح بذلك الغرض من كل واحد من تلك العناصر، وتأثيره على عملية الإستنباط، ودوره في تغيير النتيجة، بل والحاجة إليه في هذه العملية أيضاً، وتشخيص الموقف منه بصورة فنية موضوعية، ويتشخص الغث من السمين من الكلام، وفوق كل هذا طبعاً، ليتعلم الباحث كيفية التفكير الفقهي الإستنباطي الإستدلالي.

الأصل العملي يقتضي اعتبار أي شرط يشك في اشتراط حصول الملك أو لزوم البيع به كما تقدم، ففي ما نحن فيه، لو لم يكن تطابق بين الإيجاب والقبول في المضمون، فإننا نشك في هذه الحالة في حصول الملك واللزوم، فيكون المرجع الأصل العملي، الذي يقتضي البطلان، وبالتبع: الإشتراط.

إلا أن الأصل لا يجري إلا مع عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، وهنا يدور البحث كله بين القول بالاعتبار في ما نحن فيه والقول بعدمه، أو القول بالتفضيل لو كان هناك تفصيل؛ فمن يقول بالاعتبار كما سنرى من المصنف، يبرز هنا الوجه على عدم انعقاد «عقد» ولا «بيع» ولا أي عنوان من العناوين المأخوذة على لسان العمومات والإطلاقات في حالة عدم التطابق.

ومن الواضح أن العمومات في حالة عدم جريانها، ستكون الساحة خالية يلعب فيها الأصل العملي كيف شاء، ما يعني ثبوت اشتراط التنجيز كما تقدم.
وأما من يذهب إلى عدم الاعتبار والاشتراط، فإنه لا بد له من أن يتنصر في جبهتين:

الأولى: إثبات انطباق عنوان «العقد» أو غيره من العناوين على العقد الفاقد للشُرط محل الكلام، وفي ما نحن فيه: العقد الفاقد للتطابق بين الإيجاب والقبول؛ إذ من الواضح أن الصحة واللزوم إنما هما من ثمرات هذه الإطلاقات والعمومات التي كانت الأساس في ما أسسناه من قاعدة اللزوم في كل ملك حادث، القاعدة التي بنيناها بناء قويا من خلال العديد من الأدلة في ما تقدم من بحوث المعاطاة.

الثانية: إثبات عدم المخصص والمقيد

إلا أن جميع الجهود التي يبذلها القائلون بعدم الاعتبار في الجبهة الأولى، لن يكون لها أي أهمية ولا ثمرة ما لم يتنصر هؤلاء في الجبهة الثانية، وهي جبهة المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الاستنباط، وما سيرزعه القائلون بالاعتبار - فيما إذا خسروا المعركة على الجبهة الأولى - من أدلة في هذه المرحلة الثالثة إن كان.

من الواضح أن إبراز المخصص والمقيد لوحده لا يكفي القائلين بالاعتبار؛ إذ يلزمهم أن يخوضوا حربا أخرى لا بد من أن يثبتوا فيها ويتصروا، وهي المعركة مع الدليل المعارض للمخصص والمقيد إن كان، وهو الدليل القائم في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الاستنباط إن توفر.

وما سنراه من المصنف في هذه المسألة، هو أنه سيذكر الوجه في اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول، وأنه أدلة اعتبار «القبول»؛ إذ هي التس تلزما

ومن^(١) جملة شروط العقد: التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا في

بالاعتبار في ما نحن فيه؛ إذ لو لم يكن تطابق، فلا عقد من الأساس ولا بيع ولا أي عنوان آخر من العناوين المأخوذة في عمومات الصحة وإطلاقاتها. بعد ذلك، سيتعرض لجملة من الموارد والمصاديق التي لا بد من تشخيص تحقق التطابق أو عدمه فيها.

من الواضح أن الأساس في تحقق التطابق أو عدمه هو العرف ليس إلا، بعد أن لم يتدخل الشارع في هذه المسألة، وإلا، لكان هو المرجع كما هو بين. هذه هي قصة الإستنباط والعناصر الدخيلة في التفاعل الإستنباطي الإستدلالي، فاغتنم، واستفد رجاء.

(١) الخطوة الأولى: بيان المقصود بالتطابق بين الإيجاب والقبول

يبدأ المصنف بتتُّر هنا بحثه بداية فنية جميلة جدا؛ حيث يبدأ ببيان المراد بالمطابقة، وإن كان ذلك عن طريق بيان موارد اعتبار هذه المطابقة. وعلى أية حال، فالذي يظهر من الموارد التي ذكرها للمطابقة، هو أن المراد منها المطابقة في المضمون والمعني دون اللفظ؛ وبعبارة أخرى: أن يقصدا أمرا واحدا، فلا يلزم التطابق بين الإيجاب والقبول في اللفظ، كما لو قال البائع: «بعت»، فقال المشتري: «قبلت» لا «إبتعت»، وكما لو قالت المرأة: «أنكحت»، فقال الرجل: «قبلت التزويج».

ومن موارد هذا التطابق، التطابق من الحثيات التالية:

١- المشتري: بأن يكون القبول ممن أوجب له لا من قبل غيره، كما لو قال: «بعتك»، فقال غير المخاطب المقصود بالخطاب: «قبلت».

٢- المثمن: بأن يتحد في كل من الإيجاب والقبول، لا أن يبيع شيئا فيقبل شراء

المضمنون؛ بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري أو المضمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد.

ووجه^(١) هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول، وهو الرضا

شيء آخر.

٣- الثمن: بأن يتحد في الإيجاب والقبول.

٤- توابع العقد من الشروط: بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بالشروط التي اشترطها لا بغير تلك الشروط.

فلو لو يكن تطابق بين الإيجاب والقبول من هذه الحثيات، فلا لزوم للبيع، بل لا ملك من الأساس كما سيتضح في الخطوة التالية. وبصورة عامة، وفي الجملة كما يعبرون، فإن التطابق بين الإيجاب والقبول أمر متفق عليه بين الفقهاء، إلا أن الكلام يقع في مقامين:

الأول: كون حالة ما داخله ضمن إحدى الحثيات المتقدمة أم لا.

الثاني: كون بعض حثيات الإيجاب والقبول مما يجب فيه التطابق أم لا.

وهذا ما سيتضح أكثر من خلال الكلام في الخطوتين التاليتين، لا سيما الخطوة التالية حيث الكلام عن وجه اشتراط التطابق.

(١) الخطوة الثانية: ذكر الوجه في اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول

أما الوجه في اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول، فهو اعتبار «القبول» في تحقق ماهية «العقد»؛ إذ هو مركب من «إيجاب» و «قبول»، ولما كان القبول هو الرضا بالإيجاب الصادر من الموجب، اعتبر في تحقق ماهيته عرفاً أن يكون مطابقاً من حيث المضمون للإيجاب، وإلا، لما كان «قبولاً» لذلك الإيجاب، بل كان قبولا

بشيء أجنبي.

وبعبارة أخرى أكثر فنية: لما كان «العقد» ربطا بين التزامين يبرز أحدهما بالإيجاب والآخر بالقبول، كان لا بد في تحقق هذا الربط من التطابق بين الإيجاب والقبول في المضمون والمقصود والمعنى الملتزم، وإلا، لم يتحقق ربط من الأساس، فلا عقد، ولا بيع، ولا تجارة عن تراض.

فإذا لم يصدق القبول، فلم يصدق العقد، فلا جريان لعمومات الصحة وإطلاقاتها، فنبقى تحت مطرقة الأصل العملي، الذي يقتضي - كما تعلمنا مرارا - الإشتراط.

مما تقدم من وجه لاعتبار التطابق، يتبين أمران:

الأول: أن الوجه في هذا الشرط ليس أمرا تعديا متلقى من الشارع، وإنما هو أمر يقتضيه نفس العقد، لتحصل المعاقدة والمعاهدة.

والخلاصة: وجه التطابق أمر عرفي هو كونه مقوما عرفا لمفهوم «العقد».

الثاني: أن الوجه الذي ذكره المصنف يَدُّ دليلا لاعتبار التطابق ليس هو بنفسه الوجه والمستند في الاعتبار والاشتراط، وإنما هو مجرد وجه لعدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها، والوجه الحقيقي للاعتبار والاشتراط إنما هو الأصل العملي ليس إلا.

تعليم فعال

١- هذا ما ذكره المصنف في وجه اشتراط التطابق، تأمل فيه قليلا، ثم فكر: ألا يرد عليه ما أورده هو على دليل صاحب الجواهر يَدُّ في المسألة السابقة، من أن عمومات الصحة وإطلاقاتها لا تقتصر على آية الوفاء بالعقود، فهناك «البيع»، وهناك «تجارة عن تراض»، وهناك حديث السلطنة، وكل واحدة من هذه كافية

بالإيجاب.

فحينئذ^(١) لو قال: «بعته من موكلك بكذا» فقال: «إشتريته لنفسي»، لم

في إثبات الملك اللازم؟

ولكن، ولأنني لم أر أحدا قد تعرض لهذه النقطة الدقيقة، كان لا بد من مساعدتك في المقام، فنقول:

ليس المراد من «العقد» في ما نحن فيه هو الوارد في قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإنما المراد به مطلق الربط بين الإلتزامين، وهو الأمر المعتبر في جميع ما ورد من عمومات الصحة وإطلاقاتها، فالبيع والتجارة عن تراض مثلا عقد وربط بين التزامين هما إيجاب وقبول، والقبول: الرضا بالإيجاب، فيعتبر التطابق.

ولربما كان هذا هو مقصود الشيخ صاحب الجواهر في المسألة السابقة، أعني: مسألة اشتراط التنجيز في البيع، حيث ذهب إلى أن ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه.

٢- قبل الانتقال إلى الخطوة التالية، الرجاء الرجوع إلى الدليل الذي ذكره المصنف هنا، والحيثيات التي ذكرناها في الخطوة الأولى، لتشخيص ما هو داخل من تلك الحيثيات في الدليل فنذهب إلى الاعتبار، وما لا يدخل - لو كان هناك ما لا يدخل - فنذهب إلى عدم الاعتبار.

٣- بعد أن بينا الوجه في اعتبار التطابق، وبعد أن تبين أنه اعتبار القبول في تحقق مفهوم العقد، هل دقت في مرجعنا في هذه المسألة؟ هل لاحظت أنه «العرف» لا النظر العقلي الدقي؟ ما هو الدليل على ذلك؟ ما الذي سببته على ذلك؟ أذكر بعض المصاديق لطلابك تبين فيها الفرق بين الإثنين، وتأثير ذلك في النتيجة قبل أن نتقل إلى الخطوة التالية.

(١) الخطوة الثالثة: تشخيص الموقف من بعض حالات الإيجاب والقبول

بعد أن تكلمنا في الخطوتين الأولى والثانية، تصل النوبة الآن إلى الكلام في

ينعقد^(١)، ولو قال: «بعت هذا من موكلك»، فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت»، صح^(٢)، وكذا لو قال: «بعتك»، فأمر المخاطب وكيله بالقبول، فقبل^(٣)، ولو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال: «إشتريت نصفه بتمام الثمن - أو: نصفه^(٤) - لم ينعقد^(٥)، وكذا لو قال: «بعتك العبد بمائة درهم»، فقال: «أشتريته بعشرة دنانير»^(٦).

ولو قال للإثنين: «بعتكما العبد بألف»، فقال أحدهما: «إشتريت نصفه بنصف الثمن»، لم يقع^(٧)، ولو قال كل منهما ذلك، لا يبعد الجواز^(٨)، ونحوه لو

بعض مصاديق الإيجاب والقبول، لتأمل في تحقق التطابق بين الإيجاب والقبول فيها.

(١) لعدم التطابق في المضمون عرفا، من جهة خصوصية المشتري.

(٢) لتحقيق التطابق؛ إذ المضمون واحد، وخصوصية المشتري متحققة، وأما كون المخاطب الوكيل، فهو لا يضر عرفا؛ إذ العرف حاكم بعدم خصوصية ذلك، وكون المقصود البيع للموكل، وأما الوكيل، فهو مجرد واسطة ووسيلة لمخاطبة الموكل.

(٣) لعين ما قلناه في الهامش السابق.

(٤) أي: نصف الثمن.

(٥) لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛ فإن ما أوجب غير ما قبل عرفا، فلا عقد.

(٦) لعدم التطابق، وإن كانت القيمة واحدة؛ لدخالة خصوصية الثمن في المقام؛

حيث كون الثمن دراهم أمر يختلف عن كونه دنانير.

(٧) إذ المبيع هو العبد الكامل لا نصفه، كما أن المشتري الإثنين لا أحدهما.

(٨) إذ بانضمام القبولين يكون تطابق بين القبول والإيجاب، وأما التطابق في

الألفاظ، فقد تقدم في الخطوة الأولى عدم اعتباره.

قال البائع: «بعتك العبد بمائة» فقال المشتري: «إشتريت كل نصف منه بخمسين»^(١)، وفيه إشكال^(٢).

(١) للتطابق، وعدم اعتبار التطابق في اللفظ.

(٢) أي: في هذا الذي قلنا أنه لا يبعد فيه الجواز وما كان نحوه إشكال.

وحاصل الإشكال - كما اتضح - عدم التطابق بين الإيجاب والقبول عرفاً؛ فإن المبيع إنما كان العبد كاملاً، كما أن المشتري كان الإثنين.

تعليم وتعلم فعالان

تأمل في ما تقدم من حالات، وفي ما قلناه توجيهها لما ذهب إليه المصنف رحمته، وحاول أن ترجع إلى العرف وما يحكم به من تحقق التطابق أو عدمه.

تعليم فعال

لو أحرزنا التطابق، فالحكم هو الصحة واللزوم، ولو أحرزنا عدم التطابق، فالحكم واضح أيضاً، وهو عدم الصحة واللزوم، ولكن، ما هو الموقف فيما لو لم نحرز أياً منهما؟ فلو شككنا في تحقق التطابق في حالة ما، وترددنا، فما هو الموقف حينئذ؟ وبأي دليل؟

يجب أن نتكلم طبق القواعد، وبدون خلط بين الأوراق والعناصر والمراحل التي تعلمناه طبق الطريقة الفنية للإستنباط.

لو شككنا في تحقق التطابق، فإن الأصل العملي يقتضي البطلان في هذه الحالة، ما يعني الحكم بالبطلان كما تقدم.

ولكننا لا نحكم بالبطلان إلا بعد البحث في جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط.

هذه هي المرحلة الثانية من المراحل، وتبجّة هذه المرحلة والمرحلة التي

سبقتها، هي أننا لا نغادر مقتضى الأصل العملي إلى بإحراز دخول المورد في عمومات الصحة وإطلاقاتها.

وما دمننا فرضنا الشك في تحقق التطابق، فإن معنى ذلك، هو أننا نشك في انطباق عنوان «العقد» ، ما يعني بالتبع أننا لا نحرز دخول هذه الحالة في عمومات الصحة وإطلاقاتها؛ والذي يعني بالنهاية أننا لا زلنا تحت قبضة الأصل العملي، الذي يقتضي البطلان والاشتراط.

هل لاحظت فائدة الكلام الفني المنهجي الهادئ البعيد عن التوتر والتهيان؟

والآن: فكر في السؤال التالي؟

سمعنا آلاف المرات أننا عندما نشك فإن المرجع أصالة الإطلاق في حالة الشك في شمول الإطلاق لمورد من الموارد، وأصالة العموم في حالة الشك في شمول العموم لمورد ما، فلماذا لم نرجع إلى هذين في المقام؟ أي: لماذا لم يكن المرجع في المقام الدليل في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط لا الدليل في المرحلة الأولى من مراحل عملية الاستنباط، أعني: الأصل العملي؟

للمساعدة: هل هناك فرق بين الإجمال بسبب التردد والشك في المصدق،

وبين الإجمال بسبب التردد والشك في المفهوم؟

[البحث في اعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد]^(١)

(١) ما بين المعقوفتين زيادة منا.

البحث في اعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد

قبل الخوض في البحث التفصيلي للمسألة الجديدة، تعودنا على عرض تمهيد يجعل الكلام في المسألة - كما هو المفروض المطلوب - فنيا علميا تعليميا تعليميا، كما كررنا ذلك في المسائل المتقدمة، فلتتكلم إذن في النقاط التالية:

النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الضري في

بعد أن انتهينا من الكلام في المحطة الأولى من محطتي البحث في هذه المقدمة التي عقد المصنف تذكُّر الكلام فيها في خصوص ألفاظ عقد البيع، ووصلنا إلى نتيجة هي اشتراط اللفظ في الملك اللازم في البيع بالتفصيل المتقدم، وصلت النوبة إلى المحطة الثانية من محطتي هذا البحث؛ إذ كان لا بد - فنيا ومنطقيا - أن نسأل أنفسنا عن خصوصيات هذا اللفظ الذي لا بد منه في إنشاء الملك اللازم.

قلنا: إن الأسئلة الفرعية التي تتكفل بمجموعها الإجابة عن السؤال الأصلي المطروح في هذه المحطة تتظم في مواقف ثلاثة، يتحمل كل منها مسؤولية الإجابة عن بعض تلك الأسئلة الفرعية.

أما الموقف الأول، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة المادة التي تشكل ذلك اللفظ، وقد طرحنا فيه سؤالين فرعيين، تناول أولهما اعتبار الصراحة والحقيقة، فيما تناول الثاني اعتبار العربية.

وأما الموقف الثاني، فقد كان في البحث في ما يعتبر في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة الإفرادية، أي: هيئة الإيجاب لوحده، وهيئة القبول لوحده، في قبال ما نحن فيه من الموقف الثالث، حيث البحث في ما يعتبر

في اللفظ المؤثر في الملك اللازم في البيع من جهة الهيئة التركيبية، أي: الهيئة المركبة من الإيجاب والقبول كليهما.

وقد قدمنا أن الأسئلة المطروحة في هذا الموقف خمسة، يهتم كل واحد منها بزواوية من زوايا الهيئة التركيبية للعقد، وبعد أن انتهينا من السؤال الأول من أسئلة هذا الموقف؛ حيث تناولنا الكلام في الترتيب بين الإيجاب والقبول، ومن السؤال الثاني من تلك الأسئلة، حيث تناولنا البحث في اعتبار الموالة بين الإيجاب والقبول، ومن ثالث تلك الأسئلة، حيث كان السؤال عن اشتراط اللزوم بالتنجيز، ومن رابع تلك الأسئلة، حيث سألنا عن اشتراط اللزوم بالتطابق بين الإيجاب والقبول، نصل الآن إلى خامس تلك الأسئلة وآخرها، حيث السؤال عن اشتراط اللزوم بأهلية كل من المتعاقدين حال العقد، فهل يتوقف الحكم بلزوم الملك في البيع على هذه الأهلية، بحيث يشترط في كل منهما جواز إنشائه من بداية العقد إلى نهايته؟ وبأي دليل؟

هذا هو السؤال المطروح في ما نحن فيه، فكر قليلا في طريقة الإجابة عن السؤال المتقدم اعتمادا على خبرتك، يكفي أن تفكر، وتأمل، وتحاول طبعا للطريقة الفنية للإستنباط.

النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف

وكما فعلنا في غير هذا السؤال، لا بد من تشخيص الخطوات التي خطاها المصنف في المسألة، لكي نكون على بصيرة من الهدف، والطريق، والمؤونة، فأين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟ ولماذا؟

الخطوة الأولى: بيان المقصود بشرط الأهلية في المقام.

الخطوة الثانية: تشقيق المسألة إلى شقين وتشخيص الموقف من كل منهما،

ومن^(١) جملة الشروط في العقد: أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال

ووجه ذلك الموقف.

الخطوة الثالثة: تشخيص الموقف من إشكال جواز لحوق الرضا لعقد المكره.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

لا يختلف الكلام هنا عما مر في المسائل المتقدمة أبداً، ولهذا، ولأول مرة في التاريخ، سوف لن أكرر هذه الطريقة هنا، ويكفي أن ترجع إلى ما قلناه في المسألة المتقدمة، فهو المطلوب هنا طابق القذة بالقذة.

كل ما في الأمر، أننا قلنا هناك أن الوجه في اعتبار التطابق هو تحقق القبول، وهو المقوم لماهية العقد بعد أن يضاف إلى القبول، وأما هنا، فنزيد على ذلك اعتبار تحقق الإيجاب في المسألة أيضاً؛ إذ من الواضح أنه لو لم يكن إيجاب، فلا عقد من الأساس؛ لعين ما قلناه في القبول.

(١) الخطوة الأولى: بيان المقصود بشرط الأهلية في المقام

أما المقصود بالأهلية في المقام، فهو أن يكون كل من البائع والمشتري قابلاً وأهلاً للقيام بما عليه من مسؤولية إنشاء العقد من بداية هذا الإنشاء إلى نهايته، فلا يكفي أن يكون البائع أهلاً حين إنشائه الإيجاب، بل يعتبر أن تستمر هذه الأهلية إلى حين انتهاء المشتري من القبول.

وهكذا بالنسبة إلى المشتري؛ إذ لا يكفي فيه أن يكون أهلاً حين صدور الإيجاب من قبل البائع، وإنما يعتبر استمرار هذه الأهلية من بداية صدور إنشاء العقد من قبل البائع إلى حين انتهاء المشتري من أداء وظيفته، وهي إنشاء القبول.

وعلى هذا، فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج

البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد، بناء على هذا الشرط.

يجوز لكل واحد منهما الإنشاء، فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد.
ثم^(١) إن عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت

وسياتي مزيد توضيح لهذا الشرط حين نتناول الشقين المتصورين لعدم الأهلية.

(١) الخطوة الثانية: شقا المسألة، والموقف من كل منهما، ووجه ذلك الموقف

ولو تأملنا في سبب عدم الأهلية في المقام، لرأينا أنه يمكن تشقيقه إلى شقين؛ فإن هذا السبب يمكن أن يكون لعدم كونهما قابلين للتخاطب من الأساس، من قبيل عروض الموت والجنون والإغماء والنوم على أحدهما، كما انه يمكن أن يكون عدم اعتبار ما يصدر منهما من إيجاب أو قبول شرعا على الرغم من كونهما أهلا للتخاطب، من قبيل عروض الحجر على أحدهما مثلا.

هذان هما شقا المسألة المتصوران في المقام، فلنبداً بأول الشقين، فنشخص الموقف منه، مع بيان الوجه في ذلك التشخيص ودليله طبق الطريقة الفنية للإستنباط.

الصورة الأولى: عدم الأهلية لعدم كون المتعاقدين قابلين للتخاطب

والموقف هنا هو اشتراط الأهلية، فلو لم يكن أحدهما أهلا، فلا لزوم للملك، بل لا ملك من الأساس.

وأما الوجه في ذلك، فهو أنه بانعدام الأهلية، لن يتحقق أمر اسمه «إيجاب»، أو «قبول»، فلا «عقد» ولا معاهدة؛ لعين ما ذكرناه في المسألة السابقة (اشتراط التطابق)، إذ يحكم العرف بعدم تحقق ماهية العقد بعد أن يعتبر أن الأهلية أمر مقوم لتحقيق ماهية العقد.

ومع عدم «عقد» في المقام، فلا جريان لعمومات الصحة وإطلاقاتها، ما يعني

البقاء على مقتضى الأصل العملي الذي يقتضي الإشتراط كما تقدم.

تعلم فعال

١- إرجع إلى ما قلناه في المسألة السابقة لتوجيه عدم جريان جميع ما أخذ من عناوين في عمومات الصحة وإطلاقاتها بمجرد عدم تحقق «العقد».

٢- إرجع إلى ما ذكرناه في المسألة المتقدمة في ما نستفيدة من الوجه في الإشتراط في المقام، وخاصة كون الوجه دليلا عرفيا لا علاقة له بالشارع، فهو أمر يقتضيه نفس العقد، فإننا سنؤسس عليه بعض الأمور في هذه المسألة.

إن قلت: ما نفهمه من الدليل المتقدم هو أنه قائم على اعتبار العرف شرط الأهلية أمرا مقوما للعقد، بحيث لا يتحقق بدون الشرط، وهذا أمر جميل جدا، إلا أنه لا قيمة له في المقام؛ وذلك لدخالة الشارع ونفيه لاعتبار هذا الشرط، وهو ما نفهمه من حكم الشارع بصحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، فلو كان الأمر معتبرا شرعا، لما حكم بالصحة.

قلنا: كلامكم جميل أيضا جدا إلا أنه لا قيمة له في المقام؛ إذ هو أجنبي بالمرّة عما نحن فيه؛ إذ الكلام في العقود بينما الوصية إيقاع، يكفي في وقوعه إنشاء الموصي، فحقيقة الوصية الإيضاء لا غير، وأما القبول، فليس ركنا أبدا؛ وإنما هو مجرد شرط صحة، بحيث لو لم يقبل الموصى له، لم يترتب الأثر المقصود من الوصية.

إن قلت: نحن نقول أنها عقد، وأن القبول ركن آخر يضاف إلى الإيجاب، وأنتم تقولون أنها إيقاع متقوم بالإيجاب لا غير، لكم دينكم ولنا دين، ولنفترق أصدقاء.

قلنا: نحن أبناء الدليل، أينما مال نميل، والدليل على ما ادعيناه، وهو أنه لو مات الموصى له قبل القبول، قام وارث الموصى له مقامه، ولو كانت الوصية عقدا، لكان القبول ركنا، وكان اللازم الحكم بالبطلان، وعدم قيام الوارث مقام الموصي له؛ إذ

والجنون والإغماء، بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاودة والمعاودة حينئذ.

وأما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصي، فهو شرط حقيقة، لا ركن، فإن حقيقة الوصية الإيصاء^(١)، ولذا^(٢) لو مات^(٣) قبل القبول^(٤) قام وارثه^(٥)

بالموت ينتفي «العقد» بانتفاء القبول، فلا يتحقق سبب تام لحق الموصي له لكي ينتقل إلي وارثه.

وعليه، فقيام الوارث مقام الموصي له يكشف عن كون إيجاب الموصي سببا تاما لثبوت حق للموصي له، فينتقل ذلك الحق إلي وارثه، ولا يصح ذلك إلا إذا كانت الوصية إيقاعا.

كما أن هناك حكما يكشف أيضا عن كون حقيقة الوصية الإيصاء، وأن قبول الموصي له مجرد شرط لترتب الأثر الشرعي لا ركنا، وهو ما لو رد الموصى له حال حياة الموصي، فقد حكم الفقهاء بأنه يجوز لوارث الموصى له في مثل هذه الحالة القبول بعد ذلك ما دام الموصي حيا، ما يدل علي عدم كون القبول ركنا؛ وإلا، لكان رد الموصى له يعني خاتمة الوصية، وعدم طريق إلى قيام مقام وارثه مقامه بعد ذلك، شأنه في ذلك شأن جميع العقود.

(١) فهي إيقاع لا عقد.

(٢) ولكونها إيقاعا لا عقدا.

(٣) الموصى له.

(٤) أي: قبل أن يقبل الموصى له. وأما بعده، فلا كلام من الأساس.

(٥) أي: وارث الموصى له.

مقامه، ولورد^(١) جازله^(٢) القبول بعد ذلك^(٣).

وإن^(٤) كان لعدم الإعتبار برضاها، فلخروجه أيضا عن مفهوم التعاهد

(١)الموصى له.

(٢)وارث الموصى له.

(٣)ما دام الموصي حيا طبعاً.

تعليم فعال

١- هل يمكن للمشكل أن يرد الإشكال بأن الوصية عقد مع كل ما تقدم، ولكن الدليل الخاص قام على الحكمين الذين قدمهما المصنف دليلاً على إيقاعية الوصية؟ لماذا؟

٢- لماذا لم يرد المصنف تذكُّر الإشكال المتقدم بأنه أجنبي عن محل الكلام من جهة أنه كلام في الوصية، بينما الكلام في البيع؟

(٤)الصورة الثانية: عدم الأهلية لعدم الإعتبار برضاها شرعاً

هذه هي الصورة الثانية من صورتي انعدام الأهلية، وهي انعدامها بسبب عدم اعتبار ما يصدر من الموجب أو القابل شرعاً؛ من قبيل حجر أحدهما للفلس أو سفه أو رق أو مرض موت مثلاً.

والموقف في هذه الصورة الثانية هو اشتراط الأهلية كما كان في الأولى، ولعين ما قلناه فيها أيضاً؛ إذ لو لم يكن أحدهما أهلاً بوجود الحجر مثلاً، لم يتحقق العقد والمعاهدة؛ وذلك لعدم اعتبار رضاها شرعاً، فكأنما لم يتحقق إيجاب أو قبول من الأساس عند العرف بعد اطلاعه على حكم الشارع بعدم اعتبار ما صدر من الموجب أو القابل، فلا عقد، فلا لزوم للملك، بل لا ملك من الأساس.

تعليم فعال

والتعاقد؛ لأن المعتبر فيه عرفا رضا كل منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه،
كمن يعرض له الحجر بفسل أو سفه أو ورق - لو فرض - أو مرض موت.
والأصل^(١) في جميع ذلك: أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب

١- قلنا سابقا: إن الوجه في الاشتراط هو عدم انطباق التعاقد والتعاقد بفقدان
الأهلية، وقلنا أيضا: إن المرجع في هذا الشرط هو العرف كما كان في الشرط
الكتقدم (التطابق)، ولكن، تأمل في ما قلناه وجها للاشتراط في الصورة الثانية، هل
تراه حكم العرف بعدم انطباق المعاقدة والمعاهدة، أم أن العرف يحكم بالانطباق
إلا أن الشارع خالف حكم العرف هذا ليؤسس حكما جديدا على خلافه؟

٢- لو كان الجواب بالإيجاب، وأن المسألة إنما هي تدخل من قبل الشارع، فهل
هناك طريقة لتوجيه رجوع المسألة لحكم العرف نفسه بعدم تحقق مفهوم المعاقدة
والمعاهدة؟ ما هي هذه الطريقة؟

(١) وجه اعتبار رضا كل من المتعاقدين حال إنشاء الآخر

وأما النقطة التي تعتبر المنطلق والأساس لما جعلناه دليلا على اشتراط الأهلية
في هذه الصورة الثانية، فهي ما يعتبر بديها عرفا، من أن الموجب لو رجع عن
إيجابه ورده قبل القبول، لغى الإيجاب السابق، ولو كان المعتبر رضا الموجب حين
صدور إنشائه لا غير، ولم يكن معتبرا إلى حين انتهاء المشتري من القبول، لم يكن
الرد من قبل البائع نافذا كما هو واضح.

وكذا حكم الفقهاء بطلان العقد لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض،
أو كان ممن لا يعتبر رضاه - كالصغير - ، يكشف عن أن صحة كل من الإيجاب
والقبول وتحقق مفهومهما، يتوقف على كون معناهما (الإلتزام النفساني بما أنشأه)
قائما في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، وبه يتم معنى

السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راض، أو كان ممن لا يعتبر رضاه - كالصغير -، فصحة كل من الإيجاب والقبول يكون معناه قائما في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب، وبه يتم معنى المعاهدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائما في نفس أحدهما، أو قام ولم يكن قيامه معتبرا، لم يتحقق معنى المعاهدة.

ثم^(١) إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لببيع المكره، ومقتضاه عدم اعتباره

المعاهدة والمعاهدة.

والنتيجة: إذا لم يكن هذا المعنى قائما في نفس أحدهما حين إنشاء الآخر، أو قام ولم يكن قيامه معتبرا، لم يتحقق معنى المعاهدة والمعاهدة، فلا جريان للعمومات والإطلاقات، والأصل يقتضي البطلان والاشتراط كما تقدم.

(١) الخطوة الثالثة: الموقف من إشكال جواز لحوق الرضا لعقد المكره

قلنا: يشترط أهلية المتعاقدين من بداية الشروع بالعقد إلى حين الإنتهاء منه؛ إذ لو لم تكن أهلية من أحدهما، ما تحققت ماهية المعاهدة والمعاهدة؛ وذلك لعدم «الرضا» طول آتات العقد، ولغوية العقد المنشأ بدون الرضا.

ويأتي هنا الإشكال؛ حيث يمكن القول بأن الشارع لم يشترط الرضا طول آتات عملية العقد أبدا؛ وهذا ما نستكشفه من حكم الفقهاء بصحة عقد المكره (بالفتح)، سواء أكان الموجب أم القابل، لو لحق العقد كله الرضا منه، فضلا عن حصول هذا الرضا بعد الإيجاب وقبل القبول لا بعد القبول أيضا، ولو كان الرضا كما تقولون شرطا، لما حكم الشارع بالصحة في مثل هذه الحالة.

وأما جواب الإشكال المتقدم:

لا شك في حكم الأصحاب بالحكم المتقدم، ولا شك في دلالة كما قلتم على عدم الإشتراط، إلا أن ذلك لا يعني عدم الإشتراط مطلقا، ولا يعني أن لا قاعدة

تقول بالاشتراط في المقام، وإنما الصحيح، هو أن القاعدة الاشتراط، وأن مورد الإشكال قد خرج من القاعدة بالدليل الخاص، وهو الإجماع، وهذا ليس أمراً نادراً؛ فقد رأينا له العديد من الموارد خلال رحلاتنا مع أستاذ الفقهاء والمجتهدين تفتُّ. قبل أن تنتقل إلى المتن، لاحظ ما يأتي في التعليم الفعال، ليتضح لك الوجه في قول المصنف: «اللهم»، المشعر ببعده التوجيه.

تعليم فعال

طلبت منك أن ترجع إلى المسألة السابقة، وأن تركز في هذه المسألة أيضاً على نقطة مهمة، وهي ما نهيتك عليه في هذه المسألة أيضاً، من أن أساس هذا الشرط الذي بين يدينا عرفي، فهو من مقتضى العقد عرفاً؛ بحيث لو لم يتحقق الشرط، فلا عقد ولا بيع ولا تجارة ولا ... من الأساس، هل تذكر ذلك؟

النقطة السابقة، تعني أن الشرط لو لم يتحقق لا عمومات ولا إطلاقات في المرحلة الثانية، ما يعني عدم أي دليل يدل على الصحة في المقام، فما الذي سيصححه الإجماع على عدم اعتبار الشرط في المقام؟!!!

بعبارة أخرى: ما يفيد الإجماع، إنما هو عدم اشتراط الصحة بالأهلية بالنسبة إلى الرضا، وهذا إنما يفيد فيما لو كان هناك حكم بالصحة أولاً، وأما إذا لم يكن حكم بالصحة ببركة العمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية، فما الذي سيفيده قيام دليل على عدم الإشتراط؟!!!

وباختصار: ما نحن فيه من قبيل لغوية عدم المانع في مورد ما ليس فيه مقتض من الأساس.

إن قلت: أنتم تحتاجون إلى دليل على الصحة، والإجماع بنفسه دليل على الصحة، فما المشكلة حينئذ؟!!!

قلنا: لا يمكن أن يكون هناك حكم بالصحة مع عدم المقتضي (العقد)، لا يعقل ذلك أبدا.

المشكلة السابقة، هي التي اضطرت المصنف بتدُّ إلى أن يعبر بقوله: «اللهم، المشعر بالبعد.

وطريقة الحل والهروب من الإشكال طبق الطريقة الفنية للإستنباط، هي: لو رجعنا إلى ما نحن فيه من الصورة الثانية لعدم الأهلية، لرأينا أن الموقف منها حسب الطريقة الفنية للإستنباط هو كالاتي:

الأصل العملي يقتضي الإشتراط، إلا أن العمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية جارية لتقطع العمل بالأصل العملي؛ وذلك لأن العرف - وهو الحاكم المطلق هنا كما قلنا - يحكم بتحقق العقد والتعاقد والمعاهدة حتى في صورة عدم الأهلية لعدم اعتبار ما يصدر من الموجب أو القابل شرعا للحجر مثلا، فما يصدر من المحجور من إيجاب أو قبول عمل معتبر كاف عند العرف لتحقيق وإيجاد العقد. وعليه، فالعمومات والإطلاقات تقتضي الصحة وال لزوم، وبالتالي: عدم الإشتراط، وعليه، فالقاعدة هي عدم الإشتراط إلا ما خرج بدليل مخصص أو مقيد يجري في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط.

وهنا، تصل النوبة إلى ما أبرزه المصنف دليلا على الإشتراط، وهي مسألة اعتبار الرضا في كل آن من الآتات، فهو دليل مخصص ومقيد للقاعدة المستفادة من العمومات والإطلاقات.

إلا أننا تعلمنا أن التخصيص والتقييد إنما يتم في حالة عدم المعارض لهذا المخصص والمقيد، ما يعني لزوم البحث في المرحلة الرابعة عن وجود أو عدم وجود هكذا دليل، وهنا بالضبط يطل علينا الإجماع برأسه، ليقول ها أنا ذا، لينسف

من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده^(١)، فضلا عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول، اللهم^(٢) إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكروه على خلاف القاعدة لأجل الإجماع^(٣).

ما أبرزه المصنف في المرحلة الثالثة من المخصص والمقيد. هذه هي القصة الكاملة لعملية الإستنباط في المقام، ولو نظرت نظرة بسيطة لما ورد فيها، لأدركت أن الإجماع في هذه الصورة الثانية من صورتي عدم الأهلية ليس على خلاف القاعدة أبدا، بل هو موافق للقاعدة بعد أن كانت العمومات والإطلاقات جارية في المرحلة الثانية، لتثبت عدم الإشتراط. الكلام المتقدم على وفق الطريقة الفنية للإستنباط، يكشف - بما لا مزيد عليه - أن ما وجه من إشكال في المقام باطل من أساسه، ولا نحتاج إلى أي جهد للتخلص منه.

نعم، إنما ذلك طبقا للطريقة الفنية للإستنباط، وإنما وقع المصنف في ما وقع فيه بسبب ما ذهب إليه من أن الإشتراط في الصورة الثانية أمر عرفي، وكان المفروض أن لا يقع في هذه المشكلة.

(١) إذا كان الرضا قد وقع بعد تمامية العقد.

(٢) تقدم الوجه في تعبير المصنف بهذا التعبير المشعر بالبعد، بل بغاية

البعد.

(٣) كما بينا في توضيحه.

فرع

[في اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة]^(١)

(١) فرع: في اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

تمهيد منهجي لازم في نقاط

هذه آخر المسائل التي سنتناولها في هذا الجزء من أجزاء الشرح، ولكي يتصل ختام القصيدة بمطلعها، ولكي نبقي أوفياء لما عاهدناكم عليه، وعملنا به في جميع ما ذكرناه ف الأجزاء المتقدمة، كان لا بد من تنبيه لهذه المسألة، تكون فيه المادة المعروضة فنية تعليمية تعليمية مفيدة للمطالع والباحث، تحترم وقته، وتحترم جهوده، وتحترم فيه أهدافه التي يروم تحقيقها على اختلافها، وتحترم أيضا نزاعته وميله إلى البحث والتقصي، وإلى تعلم فنيات هذا البحث والوقوف على أدواته، ومزاولة هذه العملية على بصيرة من أمره، فيعرف أين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟ وبأية مؤونة وأدوات؟

وسيكون هذا التمهيد في النقاط التالية:

النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث، والسؤال المطروح فيها

بعد أن انتهينا من الكلام في ما يشترط من خصوصيات في الفاظ عقد البيع، واتضح الصورة بالنسبة إلى ما هو المطلوب من المكلف، سواء أكان مجتهدا أم مقلدا، تبرز هنا حالتان:

الأولى: إتفاق المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

كأن اتفقا على اشتراط شرط من الشروط، أو على عدم اشتراطه.

وفي هذه الحالة، لا شك في أن وظيفة كل من المتعاقدين هي وظيفة الآخر، وأن الحكم هنا واحد بالنسبة إلى الإثنين. وهذه الحالة خارجة عما نحن فيه في

هذا الفرع.

الثانية: إختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة كما لو اجتهدا وكان نتيجة اجتهاد أحدهما غير نتيجة اجتهاد الآخر، أو قلد أحدهما من يقول بعدم جواز تقديم القبول بينما كانت نتيجة اجتهاد الآخر الجواز، أو بالعكس مثلا.

وفي هذه الحالة، لا بد من تشخيص الموقف الشرعي للمتعاقدين، فهل يجوز لكل واحد من المتعاقدين أن يكتفي بالقيام بوظيفته طبق تكليفه، وإن كانت وظيفة الآخر غير صحيحة شرعا بنظره؟ أم لا، بحيث يعتبر صحة العقد جميعه؟ ولماذا؟ هذا هو محل الكلام، وهذا هو السؤال المطروح فيه. وأرجو أن تحاول كما حاولت في المسائل المتقدمة أن تصطاد الخارطة الكلية للبحث، من حيث الطريقة الفنية للإستنباط، والخطوات التي سيخطوها المصنف تدتُّ في المقام، للوصول إلى جواب فني صحيح عن السؤال المتقدم.

النقطة الثانية: خطوات المصنف في المقام

أما خطوات المصنف في المقام، فقد كانت كالتالي:

الخطوة الأولى: بيان محل الكلام والسؤال المطروح فيه.

الخطوة الثانية: بيان الوجوه الثلاثة المتصورة في المقام.

الخطوة الثالثة: بيان مبنى كل من الوجهين الأول والثاني.

الخطوة الرابعة: التنبية على أن الوجوه الثلاثة المتقدمة إنما هي لما إذا كان

بطلان العقد مستندا إلى فعل الآخر فقط، وإلا، كان الحكم البطلان.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

وهذه هي النقطة المحورية في هذه المسألة، والفن كل الفن في بيان هذه

الطريقة بصورة صحيحة، وهو العمل الذي يهرب منه جميع شراح المكاسب كما بت تعلم بالقطع واليقين.

وعلى أية حال، فالطريقة الفنية للإستنباط في المقام لا تختلف أبدا عنها في ما سبق من المسائل، من شروعيها بالأصل العملي وانتهائها بتشخيص الموقف من التعارض في المرحلة الخامسة، إلا أنه لا بد في المقام من استعراضها بسرعة لكي نضع النقاط على الحروف في ما نحن فيه، كما فعلنا ذلك في المسائل المتقدمة، فنقول:

الأصل العملي يقتضي البطلان وعدم الاكتفاء بالقيام بوظيفة كل واحد من المتعاقدين المختلفين، أيا كان السبب في اختلافهما؛ إذ يكفي الشك في ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليها في جريان الأصل العملي الذي يقتضي الفساد والاشتراط كما تقدم مرات ومرات ومرات.

المرحلة الثانية هي البحث في جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها في المسألة محل البحث، أي: على العقد المؤلف من صحيح وباطل بنظر كل من المتعاقدين. ومن الواضح أن الجريان وعدمه في المقام بيد العرف كما كان دائما، ما يعني أن نرجع بالسؤال عن الجريان وعدمه إلى العرف.

ومن الواضح أيضا أن الجواب إما أن يكون بالسلب وعدم الجريان، وإما أن يكون بالإيجاب والجريان، فإن كان بالسلب، إتضح الموقف من السؤال في ما نحن فيه طبقا لهذه المرحلة وما بعدها، أعني: إنتهت عملية الإستنباط، وشخص الموقف في المقام؛ إذ بعدم جريان العمومات والإطلاقات لا مقتضي للصحة من الأساس، فلا صحة ولا لزوم، بل الحكم هو البطلان في المقام.

إلى هذا بالضبط يشير كلام المصنف نَدُّ في الخطوة الرابعة المتقدمة الذكر؛

حيث إن الإختلاف بين المتعاقدين له حالتان باعتبار تأثير سبب الاختلاف في انطباق عنوان المعاهدة والمعاقدة عرفاً، وهما:

الحالة الأولى: أن يسبب الاختلاف عدم انطباق عنوان المعاقدة والمعاهدة على ما صدر من عقد مركب، كما سنبينه في تلك الخطوة، ما يعني أن الموقف من هذه الحالة واحد لا غير، وهو البطلان بسبب الإختلاف.

الحالة الثانية: أن لا يسبب الاختلاف عدم انطباق عنوان المعاقدة والمعاهدة على ما صدر من عقد مركب.

بمعنى أن العرف يجيب بالإيجاب عن السؤال المتقدم، بمعنى جريان العمومات والإطلاقات على العقد، وفي هذه الحالة، يكون الحكم الصحة طبقاً لهذه الأدلة، لتصل النوبة بعد ذلك إلى المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، حيث البحث عن المخصص والمقيد.

والمخصص والمقيد هنا هو دليل اشتراط الشرط المختلف فيه نفسه، فلا بد من البحث في هذه الحالة عن تمامية هذا الدليل ونهوضه بالتخصيص أو التقييد.

وهنا بالضبط يكون كلام المصنف من وجود وجود ثلاثة للموقف من الاختلاف.

فإن لم ينهض المخصص والمقيد لأي سبب من الأسباب، كانت الفتوى الصحة للعمومات والإطلاقات، وإلا، وصلت النوبة إلى المرحلة الرابعة، حيث البحث عن المعارض، فإن لم يكن، كانت الفتوى طبقاً للمقيد والمخصص، وإلا، وصلت النوبة إلى تشخيص الموقف من التعارض في المرحلة الخامسة من مراحل عملية الإستنباط.

ما احلاها، وما أجلاها، وما أنفعها، وما أجلها، الطريقة الفنية للإستنباط، وكل ما

لو^(١) اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة، فهل يجوز أن يكتفي كل منهما بما يقتضيه مذهبه، أم لا؟ وجوه^(٢)، ثالثها: اشتراط عدم كون

هو غيرها، غيرها، ضياع في ضياع في ضياع، والعياذ بالله.
إلى التفصيل الآن.

(١) الخطوة الأولى: بيان محل الكلام والسؤال المطروح فيه

وقد تقدم الكلام في هذه الخطوة في النقطة الولي من نقاط التمهيد، فراجع.

(٢) الخطوة الثانية: بيان الوجوه الثلاثة المتصورة في المقام

يجب أن لا ننسى أن الكلام إنما هو في الحالة الثانية من حالتي الإختلاف اللتين ذكرناهما في التمهيد، وهي حالة ما إذا لم يكن الإختلاف بين المتعاقدين مما يمنع من تحقق ماهية التعاقد والتعاهد عند العرف، ففي مثل هذه الحالة هناك وجوه ثلاثة في المقام:

الوجه الأول: صحة العقد بالنسبة إلى كل من المتعاقدين مطلقا، أي: سواء لزم من عمل كل منهما علي مقتضى مذهبه كون العقد المركب منهما مما لا قائل بسببته للنقل، أم لا.

الوجه الثاني: البطلان مطلقا

الوجه الثالث: التفصيل بين أن يكون العقد المركب ممّا لا قائل بسببته للنقل، فالحكم بالبطلان، وبين أن لا يكون ممن لا قائل بسببته للنقل، فالحكم بالصحة. وقد حكم المصنف رحمته على هذا الوجه الأخير بأنه أردأ الوجوه الثلاثة، إذ ليس عليه دليل، بخلاف الولين، حيث لكل منهما دليل ووجه، وهو ما سيتضح أكثر بعد الكلام في مبنى الوجهين الأولين.

ولكن، أليس وصف المصنف للوجه الثالث بالأردأ يفهم أن الوجهين الأولين

العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا في النقل - كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسي - أردوها أخيرها.

والأولان^(١) مبنيان على أن الأحكام الظاهرية - المجتهد فيها - بمنزلة

رديثان؟! فماذا يبقى في البين إذن؟!!!!

هذه هي المباني الثلاثة المتصورة في المقام لما نحن فيه من الحالة الثانية، فلا تغفل رجاء.

(١) الخطوة الثالثة: بيان مبني كل من الوجهين الأول والثاني

يعتمد بيان مبني كل من الوجهين بصورة فنية تعليمية تعلمية واضحة على تمهيد بسيط، إليك حاصله:

قلنا: إن محل الكلام في ما نحن فيه، هو ما حكم العرف فيه بجريان العمومات والإطلاقات، وذلك لانطباق عنوان المعاقدة والمعاهدة عرفا، فالبحث كله في المرحلة الثالثة من مراحل عملية للاستنباط، أي: في وجود المخصص والمقيد للعمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملي الاستنباط.

وعلى هذا، فالكلام الآن كله والبحث كله في صلاحية ما دل على اشتراط الشرط المختلف فيه للتخصيص والتقييد، وبعبارة فنية واضحة: هل يعتبر دليل الاشتراط حجة على من يقول بالاشتراط وعلى من يقول بعدم الاشتراط كليهما، أم أنه حجة على من يقول بالاشتراط ليس إلا، وأما الآخر غير القائل بالاشتراط، فإن دليل الاشتراط لا يشمل، بل حكمه الصحيح هو عدم الاشتراط.

ثم نقول: المقصود هنا هو أن عمل كل باجتهاده يكفي الآخر، ويكون حجة مصححة لعمل المخالف عند المخالف الآخر.

بعبارة أكثر دقة: عمل زيد القائل بعدم الاشتراط حجة مصححة للعقد المركب بالنسبة إلى بكر القائل بالاشتراط.

هذه هي النقطة المحورية في التوجيه الفني لكل من الوجهين، وقبل تطبيقها في ما نحن فيه، فلنرجع إلى منشأ الخلاف في هذه النقطة، أعني: متى يكون موقف زيد حجة لبكر، ومتى لا يكون كذلك؟

والجواب: هذا مبني على مسألة أصولية تبحث في علم الأصول، إجمالها: أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها، أي: التي تثبت بواسطة ما يسمى في علم الأصول بالطرق والأمارات، هل هي بمنزلة الأحكام الواقعية الإضطرارية، أم أنها مجرد أحكام معذرة حجة للمجتهد أو مقلده لا غيرهما؟

فلنوضح السؤال الأخير شيئاً ما، فنقول:

مبنيان بالنسبة إلى الأحكام التي تثبت بالطرق والأمارات

هناك مبنيان بالنسبة إلى الأحكام التي تثبت بالطرق والأمارات:

الأول: أنها بمنزلة الأحكام الواقعية الإضطرارية، كل ما هنالك، هي أحكام واقعية ثانوية، بمعنى: أنه عندما يثبت حكم ما، من قبيل ثبوت عدم اعتبار العربية مثلاً، فإن قيام الأمانة على هذا الحكم، يكون موجبا لحدوث مصلحة في المؤدي موجبة لتشريع حكم علي طبقها، وإن كان هذا الحكم الذي نشأ بسبب الأمانة مخالفاً للحكم الواقعي الأولي وهو الاشتراط، فتكون الأمانة من العناوين الثانوية المغيرة لأحكام العناوين الأولية.

معنى الكلام السابق، هو أن الحكم الثابت للقائل بعدم الاشتراط، يكون بمنزلة الحكم الواقعي الثانوي بالنسبة للقائل بالاشتراط، فيكون من قبيل قيام الإشارة مقام التلفظ فيما لوو أنشئ العقد من المتلفظ وغير القادر على اللفظ، فإن الإشارة كافية

لصحة العقد حتى عند من يشترط اللفظ، فهكذا الحال بالنسبة إلى ما نحن فيه؛ فإن فارسية القائل بعدم اشتراط العربية، هي حكم واقعي ثانوي بالنسبة إلى القائل بالاشتراط، ليتكون العقد من العربية وما يقوم مقام العربية، وهو الفارسية. وكما هو الحال في المؤتم المتوضئ بالإمام المتيّم؛ فإن الطهارة التيممية عند المتوضئ كافية مصححة لإتمامه به.

وبناء على هذا المبني الأول، وهو المسمى بحجية الأمارات على نحو السببية والموضوعية، يكون العقد المركب صحيحا، وما صدر من المخالف صحيحا حجة عند الآخر.

وبعبارة فنية: العبارة الفارسية الصادرة ممن لا يشترط العربية لا توجب مخالفة دليل اشتراط العربية، فلا مخصص ولا مقيد في البين.

الثاني: وأما المبني الثاني، فهو مبني الطريقية، بمعنى: أن الحجة التي تقوم عند مكلف لا تعني أكثر من كونها تعذيرا عنده لا عند غيره؛ حيث لا تكون نافذة عند المخالف.

وعلى هذا المبني، سيكون عمل المخالف حجة له لا غير، فالعقد المكون من الفارسية. والعربية عقد باطل؛ إذ العربية شرط عند القائل بها، وكون ما صدر من المخالف صحيحا بنظره لا يعني الصحة عند الآخر؛ إذ الفارسية معذرة للقائل بعدم الاشتراط لا غير، فيبطل العقد.

وبعبارة فنية أيضا: العبارة الفارسية الصادرة ممن لا يشترط العربية تعتبر بمخالفة لدليل اشتراط العربية، ما يعني بالتبع البطلان؛ للمخصص والمقيد الجاري في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الاستنباط. إنته، ولا تغفل، ولا تختلط عليك الأوراق رجاء.

كتاب البيع . شروط العقد: اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة ٢٢١

الواقعية الإضطرارية؛ فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس، وإيجاب العاجز عن العربية، وكصلاة المتيمم بالنسبة إلى وابد الماء^(١)، أم هي أحكام عذرية^(٢) لا يعذر فيها إلا من اجتهد أو قلدها فيها^(٣)، والمسألة محررة في الأصول^(٤).

هذا كله^(٥) إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر، كالصرحة والعربية والماضوية والترتيب، وأما الموالاتة والتنجز وبقاء

وتفصيل المسألة، وما هو الحق فيها، في علم الأصول لا في علم الفقه.

(١) وهو مبنى السببية والموضوعية، فيصح العقد بناء على هذا كما تقدم في

الشرح.

(٢) معذرة مصححة لعمل العامل.

(٣) دون غيره القائل بالاشتراط.

(٤) أنظر: مطارح الأنظار: ٢٢ (هداية في الأمر الظاهري الشرعي). وراجع غيرها

من كتب الأصول في مبحث «إجزاء الأمر الظاهري عن الواقعي».

(٥) الخطوة الرابعة: التنبيه على أن الوجوه الثلاثة المتقدمة إنما هي لما إذا كان

بطلان العقد مستندا إلى فعل الآخر فقط، وإلا، كان الحكم البطلان

وقد تقدم في بيان الطريقة الفنية للاستنباط الوجه في ما يذكره المصنف في

هذه الخطوة؛ فإن المخالفة هنا تجعل المجموع مما لا ينطبق عليه المعاهدة

والمعاهدة عند القائل بالاشتراط، ومعه، لا يمكن تصحيح العقد بنظره.

النقطة المتقدمة توضح عدم جريان المبنى الأصولي المتقدم في الحالة السابقة

بالمقام؛ إذ مع عدم جريان عمومات الصحة وإطلاقاتها من الأساس عند القائل

بالاشتراط، لا يمكن أبدا تصحيح العقد كما هو واضح.

المتعاقدين على صفات صحة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع^(١)؛ لأن بالإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الإنشاء، يفسد عبارة من يراها شروطاً؛ فإن الموجب إذا علق مثلاً، أو لم يبق على صفة صحة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول^(٢)، وكذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك؛ فإنه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل.^(٣)

(١) مجموع العقد المركب؛ لسراية البطلان إلى عمل الآخر.

(٢) لاعتقاده اللغوية.

(٣) ذكرت بعض الأوجه في هذا التأمل، إلا أنني لا أرى صحة أي منها، وأن الأمر بالتأمل هنا تدقيقي يوجهه دقة المطلب؛ إذ حار في توجيه الكثير ممن لا يعتمد الطريقة الفنية للإستنباط، أو غير المتوجه إليها وإلى بركاتها. فالحمد لله الذي من علينا بها، وله الشكر على ما منح، وشكر كل نعمة من سنخها. لا تنس رجاء.

[أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

مسألة

[أحكام المقبوض بالعقد الفاسد] ^(١)

(١) أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

تمهيد منهجي تعليمي تعليمي في نقاط

تعودنا على أن نتكلم طبق الفن، وطبق المنهج العلمي وما يحدده من أهداف، وطرق، وأدوات بحثية مناسبة ومقتضى المسألة البحوث فيها، وهذا ما يلزمنا - دائما - بعقد تمهيد يضيء لنا الطريق، ويوفر لنا سبل بحث علمية منهجي تعليمي؛ إذ لا بد أن نعرف أين؟ ومن أين؟ وإلى أين؟ وبأي مؤونة.

فلنتكلم إذا في النقاط التالية في هذا المجال:

النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث، والسؤال الأصلي فيها

بعد أن انتهينا - بحمد ومنه تعالى - من الكلام في خصوصيات ألفاظ عقد البيع، واتضح ما يشترط في البيع الصحيح ليؤثر أثره المقصود منه، أو الأثر الذي رتبته الشارع عليه، كان من المنطقي أن نصل إلى مرحلة نبحث فيها ما يترتب على ما قبضه ببيع فاسدا بفقدان شرط من شروط صحته التي تقدمت، من أحكام وضعية وتكليفية.

وعندما نقول: «قبضه ببيع فاسد»، فإننا نعني حالة خاصة من ناحيتين:

أولاهما: أنه قد تم القبض، فلا نتكلم عما إذا لم يتم؛ إذ لن يترتب الكثير مما سيأتي في هذه المسألة من أحكام تكليفية ووضعية حينها.

والثانية: إننا نتكلم عن حالة خاصة من القبض، وهي الحصة المتخصصة بقصد خاص، وهي حالة القبض بقصد كون هذا القبض حقا بسبب البيع الذي اتضح كونه فاسدا؛ وكونه قبضا مترتبا على عقد البيع، والتزاما به، ووفاء به، وذلك بأن

يكون القبض مستندا إلى البيع الفاسد، لا أن يكون قبضا بعنوان آخر وقصد آخر، كأن يكون إنشاء لبيع جديد بعد اكتشاف بطلان البيع كما في المعاطاة؛ إذ هذه الحالة خارجة عما نحن فيه؛ إذ هي أجنبية بالمرّة وما نروم بحثه هنا كما هو واضح.

إذا اتضح ما تقدم، فإن السؤال الأصلي الذي نحاول الإجابة عنه في ما نحن فيه، هو: ما الذي يترتب على قبض ما ابتاعه ببيع فاسد من أحكام تكليفية ووضعية؟

هذا هو محل الكلام، وهذا هو السؤال الأصلي المطروح على بساط البحث في ما نحن فيه.

وكما قلنا سابقا: إن أردنا أن يكون تشخيصنا للموقف من السؤال الأصلي تشخيصا فنيا قائما على منهج علمي رصين، فإنه لا بد من تشقيق السؤال الأصلي إلى مجموعة من الأسئلة أسمينها بالأسئلة الفرعية، يتكفل كل واحد منها الإجابة على زاوية خاصة من زوايا السؤال الأصلي، فيجتمع الجواب على ذلك السؤال من خلال مجموع ما يقدمه كل واحد من هذه الأسئلة الفرعية، كما رأينا ذلك عمليا في المسائل السابقة.

وأما هذه الأسئلة الفرعية، وطبيعتها، والزوايا التي يهتم بها كل واحد منها، فهذا ستطرق إليه في النقطة التالية، حيث نتعرض إلى محطات البحث التي مر عليها قطار البحث والتحقيق حسب نظرة أستاذ الفقهاء والمُجتهدين، الشيخ الأنصاري رحمة الله عليه، وقدس الله أسراره.

النقطة الثانية: محطات البحث في المقام، والأسئلة الفرعية المطروحة فيها
وأما المحطات التي سيمر بها قطار البحث في ما نحن فيه، والأسئلة الفرعية

المطروحة في كل واحدة من تلك المحطات حسب ما رآه المصنف تثنؤ، فهي:
 ما قبل المحطة الأولى: وإنما أسميتها بهذا الاسم، لكي لا يختل الترقيم الذي
 اختاره المصنف تثنؤ للأحكام المترتبة على المقبوض بالبيع الفاسد.
 على أية حال، فإن المبحوث في هذه الخطوة، هو الحكم الوضعي بعدم تملك
 ما قبضه بالبيع الفاسد، والدليل على ذلك.

فالسؤال الفرعي في هذه الخطوة، هو: ما هو الموقف مما قبضه كل من
 المشتري والبائع بالبيع الفاسد من حيث الملك؟

المحطة الأولى: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف

حيث نتطرق هنا إلى حكم آخر من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد، وهو
 الضمان، بمعنى أن المقبوض لو تلف بيد القابض، فإنه مضمون عليه، ما يعني أن
 الكلام في هذه المحطة أيضا كلام في حكم وضعي لا تكليفي.
 فالسؤال الفرعي هنا هو: ما حكم المقبوض بالبيع الفاسد من حيث الضمان
 وعدمه لو تلف بيد القابض؟

المحطة الثانية: وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد

والبحث هنا - خلافا للمحطة الأولى وما قبلها - عن حكم تكليفي لا وضعي؛
 حيث السؤال الفرعي هنا: هل يجب رد المقبوض بالبيع الفاسد فورا؟

المحطة الثالثة: ضمان المنافع المستوفاة وغير المستوفاة للمقبوض بالبيع الفاسد

فلو كان للعين المبتاعة بالبيع الفاسد منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد أو لم
 يستوفها، فهل يكون ضامنا لها؟

وكما ترى، فإن البحث في هذه المحطة يرجع إلى الحكم الوضعي بعد أن كان

كلاما في «الضمان».

المحطة الرابعة: وجوب ضمان المبيع المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة

فإذا تلف المبيع المقبوض بالبيع الفاسد؛ فإذا كان مثليا - كما سنوضح المقصود منه - فإن على القابض أن يضمنه بالمثل، وإلا، فبالقيمة.

والكلام هنا في الحكم الوضعي أيضا؛ إذ أنه كلام في «الضمان» أيضا، لا في حكم تكليفي هو وجوب إعطاء المثل في المثلي أو القيمة في القيمي؛ فإن هذا الحكم مترتب على ذلك ومن آثاره.

والسؤال الفرعي هنا هو: لو تلف ما ابتاعه بالبيع الفاسد، فبماذا يضمنه القابض؟

المحطة الخامسة: إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمنه

قلنا: إذا تلف المقبوض بالبيع الفاسد، وكان مثليا، فيجب ضمانه بالمثل، ولكن، إذا لم يتوفر المثل إلا بأكثر من ثمنه المعتاد، فهل يجب على الضامن الشراء، أم يتبدل حكمه إلى شيء آخر؟

فالكلام هنا أيضا في حكم وضعي لا تكليفي.

المحطة السادسة: إذا لم يتوفر المثل بالمرة، فما حكم الضامن حينها؟

قلنا: إذا تلف المقبوض بالبيع الفاسد، وكان مثليا، فيجب ضمانه بالمثل، ولكن، إذا لم يتوفر المثل بالمرة، فما حكم الضامن حينها؟

فالكلام هنا أيضا في حكم وضعي أيضا لا تكليفي.

المحطة السابعة: وجوب ضمان المبيع القيمي بالقيمة

فإذا تلف المبيع المقبوض بالبيع الفاسد؛ فإذا كان قيميا، فإن على القابض أن يضمنه بالقيمة.

والكلام هنا في الحكم الوضعي أيضا؛ إذ هو كلام في «الضمان» أيضا، لا في حكم تكليفي.

[الأول]

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه^(١)، وكان مضمونا عليه.

والسؤال الفرعي هنا هو: لو تلف ما ابتاعه بالبيع الفاسد وكان قيما، فهل يكون ضمانه بالقيمة أم غيرها؟

هذه هي المحطات الرئيسية في ما نحن فيه، ومن الواضح أن كل واحدة من هذه المحطات سيكون فيها مواقف متعددة تبعا لطبيعة السؤال الفرعي المطروح فيها؛ حيث قلنا إن السؤال الفرعي المطروح في كل واحدة من المحطات سيكون بدورها سؤالا أصليا يشق إلى عدة أسئلة فرعية بما يتناسب والإجابة ع ذلك السؤال، ومن أهم تلك الأسئلة هو الدليل على ما سنتخذه من جواب على السؤال الفرعي.

النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

وأما بالنسبة إلى الطريقة الفنية للإستنباط، فإنها لن تتغير هنا عما تقدم من مسائل، نعم، فارقنا الطريقة الفنية للإستنباط في مجال الحكم التكليفي من زمان بعيد، وستعود معنا - كما رأينا - في المحطة الثانية من المحطات.

وستتطرق إلى تفاصيل الطريقة الفنية للإستنباط في كل واحدة من المحطات المتقدمة الذكر، مع الأخذ بنظر الإعتبار مجموعة العناصر الخاصة والعامّة التي تتضمنها المعادلة الاستدلالية الخاصة بتشخيص الموقف من كل سؤال فرعي من الأسئلة المطروحة في كل واحدة من المحطات.

(١) ما قبل المحطة الأولى

هذا شروع في الكلام التفصيلي بهدف تشخيص الموقف من السؤال الأصلي المطروح في المسألة محل البحث.

وقد تقدم أن السؤال الفرعي المطروح في هذه الخطوة، يبحث عن ملكية أو

عدم ملكية ما قبض بالبيع الفاسد.

والجواب: لا يملك الإنسان ما قبضه بالبيع الفاسد؛ إذ هو مقتضى الطريقة الفنية للإستنباط في المقام؛ إذ لما كان البحث في حكم وضعي، فإن المنطلق من الأصل العملي الجاري في المسألة، والأصل هنا هو الإستصحاب، بمعنى أننا لو شككنا في أن القبض بالعقد الفاسد يوجب الملك أم لا، فإن الحالة المتيقنة السابقة تقتضي بقاء كل واحد من العوضين على ملك مالكة، ما يعني عدم ملكية هذا الذي قبض بالبيع الفاسد.

نعم، كما قلنا مئات المرات، الأصل دليل حيث لا دليل محرز في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط؛ حيث البحث عن عمومات وإطلاقات تقتضي الملكية على خلاف الأصل العملي، لتقطع العمل به، ولو بحثنا في ما نحن فيه، رأينا أن لا دليل على الصحة والملكية يقتضي قطع العمل بالأصل العملي؛ إذ الفرض أن البيع فاسد.

كما أنه لا دليل خاص ناهض يثبت الملكية يجري في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط بعد أن فرضنا البطلان والفساد، ما يعني أن الدليل الخاص إما مفقود من أساسه، وإما أنه معارض بما هو أقوى منه يثبت عدم الملكية، أو معارض بما أدى إلى سقوطه بالتعارض مع أخيه الكائن في المرحلة الثالثة من مراحل العملية.

الكلام المتقدم قد يكون فرضيا في كثير من فقراته، إلا أننا نتكلم عن القصة الكاملة لعملية الإستنباط، لتكون على بصيرة من أمرك وأنت تبحث وتحقق وتطالع آراء أخرى، وكلمات لربما لا تكون قد مرت عليك في نصف السطر الذي ذكره المصنف في هذه الخطوة التي أسميناها بما قبل المحطة الأولى.

والخلاصة: بعد أن فرضنا بطلان البيع، وأن القبض إنما كان بقصد قبض ما يلزم

أما عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد^(١).

وأما^(٢) الضمان بمعنى كون تلفه عليه - وهو أحد الأمور المتفرعة على

عقد البيع به، والتزاما به، ووفاء به كما تقدم في النقطة الاولى من نقاط التمهييد المتقدم، فمعنى ذلك أن لا دليل عام أو خاص يجري ليثبت الملكية، ما يعني بالتبع أن الأصل العملي لا يزال جاريا في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، ليكون الموقف النهائي هو عدم الملك.

تعليم فعال

إدعى بعض المحققين أن الأصل لا يجري في المقام؛ إذ لا حاجة له أبدا في المقام، بعد أن كان عدم الملك يثبت بمجرد عدم الدليل على الصحة والملك، كيف ترد على ذلك بعد ما تقدم من الطريقة الفنية للإستنباط بمراحلها المختلفة؟
(١) بعد أن كان المرجع الأصل العملي الجاري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، بعد عدم دليل خاص أو عام على الملكية، والنقل والإنتقال.

(٢) المحطة الأولى: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

بعد الخطوة المتقدمة التي وصلنا فيها إلى عدم ملك المقبوض بالبيع الفاسد، نشرع في محطات البحث حسب ما شخصه المصنف **تذُّرُ**، بادئين بأولى تلك المحطات، حيث نتطرق فيها إلى حكم آخر من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد، وهو الضمان.

فالسؤال الفرعي هنا، هو: ما حكم المقبوض بالبيع الفاسد من حيث الضمان لو

تلف بيد القابض؟

ولا يمكن تشخيص الموقف من السؤال، وتشخيص الطريقة الفنية للإستنباط بالتبع، ما لم يفهم هذا السؤال فهما لا لبس فيه أبدا؛ وهذا ما لم يفعله المصنف

بداية هذه المسألة، وهو أمر غير فني أبداً؛ إذ كيف يمكن إقامة الدليل على مدعى غير معروف الملامح، ولا محدد الصفات والحدود؟!!!!

والذي يزيد من الطين بلة، هو أن المصنف كان متوجهاً إلى النقطة المهمة المتقدمة، أقصد: ضرورة بيان المدعى، وهو المقصود من الضمان؛ بدليل إشارته إلى ذلك بصورة مجملّة خاطفة سريعة بقوله: «بمعنى كون تلفه عليه».

والظاهر أن المصنف تَدَبَّرَ قد اكتفى هنا بهذا التعريف المختصر للمدعى، إلا أن ذلك غير كاف أبداً في الوصول إلى الغرض من الإستدلال كما هو واضح، وهو تمامية الاستناد إلى دليل ما، إلا أن يكون الإستدلال على قدر هذا المدعى، وهو: «كون تلفه عليه»، وهذا لا يخلو من الكثير من المشاكل الفنية كما هو واضح.

على أية حال، وكما فعلنا في ما سبق مرارا وتكرارا؛ حيث قدمنا ما كان حقه التقديم وإن أخره المصنف، فنفع ذلك هنا أيضاً، وإنا لله وإنا إليه راجعون، فنقول:

ما المقصود بالضمان الذي نتكلم عنه هنا؟ هل نتكلم عن عين أو منفعة دخلت في ذمة القابض بالبيع الفاسد فنوجب عليه ردها؟ هل هذا هو الذي نسعى وراء تشخيص الموقف منه؟

والجواب: كلا، ليس ذلك هو المقصود من السؤال في هذه المحطة، بل المقصود من الضمان هنا - كما ستعرض إليه بالتفصيل حين الكلام في توضيح قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» - هو أن العين التي قبضت لو تلفت - فضلا عما لو أتلفت - فإن خسارتها ودركها على من تلفت عنده، بأن يتداركها من ماله الخاص، ويعطي بدلها الواقعي، وهو المثل في المثلي والقيمة في القيمي، لمالكها. هذا هو المقصود من الضمان هنا.

وعلى هذا، فالمراد بالضمان في ما نحن فيه ليس هو وجوب دفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي التالف، وإنما المراد به هو وجوب تدارك تلك الخسارة التي أوردتها على مالك التالف، بالمثل في المثلي أو القيمة في القيمي، بمعنى كون التدارك وجبران الخسارة من مال من تلف عنده المال، وأما وجوب دفع المثل أو القيمة نفسه، فليس هو المقصود من الضمان، وإنما هو أمر يترتب على المقصود بالضمان، وهو وجوب التدارك؛ فإن هذا لا يتحقق إلا بالدفع.

باتضح النقطة السابقة، يزول الكثير من الغبش والغبرة عن طريق الإستنباط في ما نحن فيه؛ إذ يتضح أن الكلام في ما نحن فيه إنما هو في حكم وضعي لا تكليفي؛ فإن التدارك وكون الخسارة في مال القابض حكم وضعي كما هو الواضح؛ إذ لسنا نتكلم عن وجوب الرد مثلا ليكون حكما تكليفيا كما سيأتي في المحطة التالية.

ولو شئنا أن نشبه ما نحن فيه من الحكم الوضعي بحكم آخر، بحيث يتضح الفرق بين الحكم الوضعي وما يترتب عليه من حكم تكليفي، لشبهنا ذلك بالدية؛ فإنها حكم وضعي بمعنى تعلق مال بذمة القاتل، الحكم الوضعي الذي يستتبع حكما تكليفيا، وهو دفع مال الدية إلى مستحقه.

وباتضح كون الكلام في حكم وضعي لا تكليفي، يتضح الطريقة الفنية للإستنباط في المقام أيضا؛ إذ المنطلق من الأصل العملي الذي ينقحه الفقيه في ما نحن فيه من مسألة، ولما كان الكلام في اشتغال الذمة بالتدارك في حالة التلف أو عدم اشتغالها بذلك، كان مقتضى الأصل الذي ننتقل منه في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط هو عدم الإشتغال؛ وذلك ببركة الإستصحاب أيضا؛ حيث كانت ذمة القابض خالية من التدارك قبل التلف، ونشك الآن أنها اشتغلت بالتلف

بتدارك البديل الواقعي أو لم تشتغل، والإستصحاب يقتضي الحكم بالحالة المتيقنة السابقة، وهي عدم الإشتغال.

المعلومة المتقدمة على بساطتها، ستحدد مسيرة عملية الإستنباط في مراحلها الأربعة التالية؛ حيث يتبين أن المرحلة الثانية هي البحث عن عمومات وإطلاقات تثبت الضمان؛ إذ الأصل والقاعدة عدم الضمان كما رأينا ببركة الأصل العملي.

ولما كان الأصل والقاعدة والمنطلق في عملية الإستنباط هو عدم الضمان، فهذا يفسر ما يبذله المصنف في المقام من جهود عظيمة لإثبات الضمان، ولجعله أدلة إثبات الضمان من الإجماع، ومن قاعدة «على اليد»، ومن رواية الأمة المبتاعة إذا اكتشف في ما بعد أنها مسروقة، ومن قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» محورا للبحث والإستدلال؛ إذ القاعدة - ببركة الأصل العملي كما قلنا - عدم الضمان فالضمان يحتاج إلى الدليل، وأما عدمه، فهو مقتضى القاعدة والأصل الأولي.

من الواضح أن ما كان عاما مطلقا من هذه الأدلة؛ بحيث لم يكن واردا في خصوص المقبوض بالبيع الفاسد، سيكون مقره المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، من قبيل القاعدتين المتقدمتين، وأما ما كان خاصا، من قبيل الإجماع مثلا، فإن مقر عمله هو المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط؛ حيث أن المرحلة الثالثة ستكون في البحث عن دليل مخصص ومقيد لعمومات الضمان وإطلاقاته.

وكما قلنا في ما تقدم، لو أردنا الكلام بصورة أكثر فنية، لكان اللازم أن نقول بأن محل عمل الإجماع وتأثيره، إنما يتبع المدرك الذي نشأ منه؛ إن عاما، فعام، وإن خاصا، فخاص، والأمر سهل إن شاء الله تعالى.

هذه هي الطريقة الفنية للإستنباط في هذه المحطة، فلا تختلط عليك الأوراق، ولا تنه في عبارات أو مصطلحات أو أدلة خاصة يتعرض لها المصنف أو غيره،

وها أنت أصبحت تدري أين، ومن أين، وإلى أين، وبأية مؤونة وأدوات للبحث،
فإلى التفصيل بعد أن صرنا على بصيرة من أمرنا.

تعلم فعال

صرت الآن تعرف الخطوط العامة لفن الإستنباط في المقام، المطلوب منك الآن
أن تحدد الحالات التي يحكم فيها بالضمان، والحالات التي يحكم فيها بعدمه،
كلامك كله فرضي طبعاً، ولكن، إستفد من العناصر التي ذكرناها في الطريقة الفنية
للإستنباط، مثلاً: لو تم الإستدلال بالرواية، فما الذي سيؤثره ذلك على النتيجة
النهائية للمسألة؟ في أي الحالات يتم الإستدلال بالقاعدة؟ متى يمكن الإفتاء طبق
الأصل العملي؟ متى تصل النوبة إلى الدليل المخصص؟ وهكذا. فكر، لا تقف
مكتوف الأيدي تنتظر أن يقدم لك الطعام الجاهز، وإلا، بقيت إمعة يأخذك هذا
الكلام ويأتي بك ذاك، فلا أنت إلى الأرض، ولا أنت إلى السماء. إعرف قدرك،
وأعط نفسك حقها، أنت حر لا عبد، وقد صدق من قال:

وما المرء إلا حيث يجعل نفسه وإني لها فوق السماكين جاعل

هذا ما حرصت على أن أكون عليه أنا، ومتأكد أن ذلك في ذهنك أيضاً ما

دمت تقرأ كتابي هذا.

تعال معي الآن لنضع النقاط على الحروف من خلال استعراض كلمات

المصنف تَدُّر في المسألة.

(١) الدليل الأول على الضمان: الإجماع

هذا هو الدليل الأول على الضمان، وهو الإجماع، فهو القاطع للعمل بالأصل

العملي الذي يقتضي عدم الضمان.

وادعى الشيخ في باب الرهن^(١)، وفي موضع من البيع: الإجماع عليه صريحا^(٢)، وتبعه في ذلك فقيه عصره في شرح القواعد^(٣).

وفي السرائر: أن البيع الفاسد يجري عند المحصلين^(٤) مجرى الغصب في الضمان^(٥)، وفي موضع آخر نسبته إلى أصحابنا^(٦).
ويدل^(٧) عليه: النبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

تعليم وتعلم فعالان

١- ولكن، هل الإجماع دليل خاص على المدعى أم عام؟ أجب؛ لكي تعرف مقر عمل هذا الدليل من مراحل عملية الإستنباط. ولكي تعرف مقدار تأثير هذا الدليل، وطريقة عمله أيضا، وما يقويه، وما يضعفه.

٢- متى يكون الإجماع دليلا تاما؟

(١)المبسوط ٢: ٢٠٤.

(٢)نفس المصدر ٢: ١٥٠.

(٣)هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرح القواعد (مخطوط): ٥٢.

(٤)المحصلين للحكم الشرعي من أدلته، وهم الفقهاء.

(٥)والعين المغصوبة يستقر بدلها في ذمة الغاصب بمجرد التلف، فكذا التالف

بالبيع الفاسد.

(٦)السرائر ٢: ٢٨٥ و ٣٢٦.

(٧)الدليل الثاني: النبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

ولكي يتضح الإستدلال بالنبوي، المنقول في عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث

١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢، لا بد من الكلام في مقامين، نتناول في أولهما البحث

في سند الرواية، فيما نتناول في الثاني دلالتها.

المقام الأول: الكلام في الرواية سندا

أما من حيث السند، فالرواية من أضعف الروايات سندا، بل أردأها؛ إذ لم يذكر في مجامعنا الحديثية الأصلية، وإنما نقل عن مجامع العامة عن رجال لا أردأ منهم، كسمرة بن جندب، صاحب قصة النخلة، الذي لم يسمع لرسول الله ﷺ، وخالفه، وأغضبه، وكذب عليه، وكان من الناصبين للعداء لأهل البيت ﷺ، والذي كان من المنحرفين عن علي (ع)، ومن الحائثين على قتال الحسين (ع)، ببل كان على شرطة ابن زياد.

كما أن في السند الحسن البصري، وموقفه من عثمان وأمير المؤمنين ﷺ معروف منقول، وغير هذين من رجال الحديث الضعاف.

وعليه، فالرواية ضعيفة غاية في الضعف من حيث الرجال.

راجع: الكامل للمبرد، ج ٣، ص ١١٨، طبعة مصر. وشرح ابن أبي الحديد، ج ١، ص ٣٦٨، طبعة مصر أيضا.

إلا أن المصنف تَدْتُّ - كما تقدم - يبني على جبر السند بعمل الأصحاب، وهو ما أسميناه سابقا بالشهرة العملية؛ إذ لا يكفي الشهرة الفتوائية كما نبهنا عليه سابقا. وليس هناك أدنى شك في عمل الأصحاب طرا بالرواية على مر الدهور، وهذا ما يكشف عنه قول المصنف تَدْتُّ: «النبي المشهور»، بقوله: «النبي» أشار إلى الضعف السندي، ويقول: «المشهور» أشار إلى انجبار السند بعمل الأصحاب.

المقام الثاني: الكلام في الرواية دلالة (فقه الرواية) في نقاط

وأما تقريب الاستدلال بالرواية، فيتم عبر الخطوتين التاليتين:

الأولى: أن الرواية في مقام جعل حكم شرعي لا في مقام مجرد الإخبار عن أمر من الأمور، وهو كون المأخوذ فوق يد الآخذ مثلا؛ فإنه المناسب له ﷺ؛ وكونه

المبين للتشريعات، فيتجه السؤال حينئذ عن طبيعة هذا الحكم المنشأ بالعبارة الواردة في الرواية، وهل أنه حكم تكليفي كما ادعى بعض مفاخر علمائنا، أم أنه وضعي كما يدعي المصنف تَدُّؤُ؟

الثانية: أن الحكم المجعول في الرواية المتقدمة هو الحكم الوضعي، بحيث يكون شاملاً لما نحن فيه، من ضمان المقبوض بالبيع الفاسد، وليس حكماً تكليفياً، وإثبات ذلك يتم من خلال النقاط التالية:

الأولى: في تشخيص المراد من «اليد» الواردة في الرواية

ولما كان الكلام الوارد في الرواية كلاماً عرفياً ملقى إلى العرف، فإن العرف يفهم من كلمة «اليد» الواردة في الرواية «صاحب اليد»، أو «الآخذ»؛ وذلك من باب إطلاق الجزء وإرادة الكل، الأمر المعروف المشهور في الإستعمالات العرفية، كما في قولهم: «هو عين»، أي: جاسوس، فأطلقوا الجزء «عين» وأرادوا الكل. كما أنهم يطلقون الكل أحياناً ويريدون الجزء، كما في قولهم: «دخل بها». ولنتيجة إلى الآن في مفاد الرواية، هو «على الآخذ ما أخذ حتى يؤدي».

الثانية: في تشخيص المراد من اسم الموصول «ما» في الرواية

وكما كان المرجع العرف في الخطوة المتقدمة، فإنه المرجع هنا أيضاً، وهو يفهم من الموصول معناه العرفي اللغوي، أعني «الذي»، وهو كل ما هو قابل للأخذ عرفاً، وعليه، فإن النتيجة التي نحصل عليها بضم هذه الخطوة هي: «على الآخذ الشيء الذي أخذه حتى يؤدي».

الثالثة: في لزوم تقدير «فعل مناسب» في الرواية

ولما كان من الواضح عرفاً أنه لا يصح جعل «الشيء» على الآخذ؛ إذ لا معنى لذلك عرفاً أبداً، كان من اللازم عرفاً تقدير فعل يناسب المقام، كما كان الأمر عليه

في غير المقام من موارد تقدمت علينا في المكاسب المحرمة، في مسألة ورود متعلق الحرمة عينا خارجية، من قبيل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾، أو من قبيل قولهم مثلا: «حرمت عليكم الخمر»، حيث قلنا أنه لا معنى للتحريم إلا بتقدير فعل مناسب لذلك عرفا، وهو «الشرب» في الخمر، والأكل مثلا في «الميتة».

الرابعة: في التردد في تشخيص الفعل المناسب في الرواية

والتشخيص هنا عرفي أيضا؛ إذ المرجع العرف ليس إلا، كما كان الأمر عليه في تشخيص الفعل في الموارد المتقدمة الذكر.

وهنا يقع الإختلاف بين فريقين من علمائنا، هما:

الأول: من ذهب إلى أن الفعل المقدر وضعي يفيد «الضمان»، ليكون مفاد الرواية النهائي، هو «الآخذ يضمن (يتدارك من ماله) ما أخذه حتى يؤديه»، وهذا ما يذهب إليه المصنف تذئ.

الثاني: من ذهب إلى أن الفعل المقدر تكليفي يفيد «الأداء والرد»

ليكون مفاد الرواية النهائي، هو «الآخذ يؤدي ويرجع ما أخذه حتى يؤديه».

الخامسة: في رفع التردد في تشخيص الفعل المناسب في الرواية

من الواضح أن تشخيص الموقف الصحيح من الفريقين المتقدمين، ونصرة هذا دون ذلك أمر يرجع فيه إلى العرف، وهنا، يتدخل المصنف تذئ ليدعي قيام القرينة العرفية على ما ادعاه، قرينة في الرواية نفسها؛ وهي إسناد الظرف «على» في الرواية إلى «شيء» لا إلى فعل من الأفعال، وإليك التوضيح:

قد يسند الظرف «على» إلى شيء من الأشياء غير فعل الإنسان، كما في قولنا مثلا: «عليك دين»، كما قد يسند إلى فعل من الأفعال، كما في قولنا مثلا: «عليك الصيام»؛ إذ الظاهر عرفا في الحالة الأولى هو الحكم الوضعي، وهو «الإستقرار في

العهدية»، وهو ما يرادف «الضمان» الذي نحاول الإستدلال بالرواية عليه، بينما الظاهر عرفا في الحالة الثانية الحكم التكليفي، بأن يكون الرد والأداء أو الحفظ مثلا واجبا بالرواية.

وأما أصحاب الرأي الآخر، فإنهم يدعون القرينة العرفية على ما ذهبوا إليه أيضا؛ إذ هم يعرفون أيضا ان عليهم أن يبرزوا قرينة من هذا النوع؛ لإثبات رأيهم من جهة، ولإبطال الرأي الآخر من جهة أخرى.

وأما هذه القرينة التي أبرزها هؤلاء، فهي كلمة «على» نفسها؛ إذ ادعوا أن هذه الكلمة ظاهرة عرفا في «الحكم التكليفي» لا الوضعي، كما في قولنا مثلا: «عليك الصلاة».

هذا تمام الكلام في تقريب الإستدلال بالرواية على الضمان بالمعنى المبحوث فيه في المقام.

تعليم فعال

١- لو تأملنا في ما تقدم من دليلي الفريقين، لوصلنا إلى النتيجةين المشتركتين التاليتين:

الأولى: أن الفريقين يشتركان في ادعائهما ظهور «على» في الوجوب.

الثانية: كما أن الفريقين يشتركان أيضا في متعلق الوجوب؛ فإنهما مشتركان في أن متعلق الوجوب المتقدم هو «الأداء»، فهذا هو الذي ينسب عند الفريقين.

إلا أن الفريقين يختلفان من جهة أخرى في أمرين:

الأول: في متعلق الأداء، أي في «متعلق المتعلق»؛ فإنه عند فريق المصنف «أداء

البدل الواقعي فيما لو تلفت العين»، بينما هو «المأخوذ بنفسه» عند الفريق الآخر.

والثاني: أن «وجوب الأداء» أمر يفهم بصورة مباشرة من الرواية عند الفريق الثاني؛ إذ المفهوم منها هو وجوب أداء ما أخذ بنفسه، بينما هو مفهوم عند الفريق الأول (فريق المصنف) بصورة غير مباشرة؛ وذلك باعتباره محصلا لما أوجب

والخدشة^(١) في دلالته: بأن كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدل على الضمان^(٢)، ضعيفة جدا؛ فإن هذا الظهور إنما هو إذا اسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال^(٣)، كما يقال: «عليه دين»، فإن لفظة «على» حينئذ^(٤) لمجرد الإستقرار في العهدة^(٥)، عينا كان أو دينا، ومن

بالرواية، وهو «وجوب تدارك ما تلف».

٣- قد تحس بنفسك بأن ما ينسب إلى الذهن من الرواية هو «وجوب الأداء»، ثم تحسب أن ما يدعيه الفريق الثاني هو الأقرب بناء على ذلك، وهذا خطأ؛ إذ أن المصنف وفريقه لا ينكر انسباق هذا المعنى أبدا، غاية الأمر، أنه يفهم هذا من باب كونه مترتبا على حكم وضعي هو تدارك التلف والخسارة الواردة على مالك التالف بأداء البدل الواقعي في حالة التلف كما قلنا قبل قليل، ليكون معنى الرواية بناء على هذا «يجب التدارك بأداء البدل الواقعي في حالة التلف»، فالأداء واجب لكونه محصلا للواجب، وهو التدارك، بينما يفهم الفريق الآخر منه وجوب أداء الشيء المأخوذ بنفسه مباشرة، ليكون المعنى عند هؤلاء: «يجب أداء المأخوذ، ورده لمالكه»، وعليه، فانسباق المعنى المتقدم لا يعتبر بأي حال من الأحوال دليلا على صحة ما يدعيه الفريق الثاني. فلا تغفل؛ فإنه من المطالب الدقيقة لتي لم يتعرض لها من تعرض لمفاد الرواية.

(١) تقدم توضيح الخدشة وردها.

(٢) بل على الحكم التكليفي لا غير.

(٣) أو: شيء من الأشياء بصورة عامة في مقابل الفعل.

(٤) حين الإسناد إلى المال، أو الشيء.

(٥) أي: الحكم الوضعي، وهو الضمان، وهو ما نحن فيه.

هنا^(١)، كان المتجه صحة الإستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفة لعدم^(٢) التمييز والشعور.

ويدل^(٣) على الحكم المذكور أيضا: قوله ﷺ في الأمة المبتاعة إذا وجدت

(١) ومما يترتب على ظهور الرواية في الحكم الوضعي، هو كون المتجه حينئذ الإستدلال بها على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم تكن يدهما عرفا ضعيفة بسبب عد تحقق التمييز فيهما، وذلك لأنه يصدق «الأخذ» على فعلهما، فهما ضامنان بناء على عموم الرواية.

(٢) أي: لم تكن يدهما ضعيفة بسبب عدم تمييزهما، فعدم التمييز وجه ضعف اليد، بمعنى: حكم العرف بعدم انتساب الفعل لهما بسبب عدم تمييزهما.

(٣) الدليل الثالث: ما ورد في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدت

كما يمكن الإستدلال على ضمان المقبوض بالبيع الفاسد بروايات الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري، من قبيل ما ورد عن أبي عبد الله ﷺ «في رجل اشترى جارية، فأولدها، فوجدت الجارية مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمته».

والإستدلال بالرواية وما شاكلها يتم ببركة الألووية؛ حيث حكم في تلك الروايات بضمان المشتري قيمة الولد للمالك على الرغم من أنه منفعة غير مستوفاة، فكيف بالأصل لو تلف؟!

ومن الواضح أن تمامية الاستدلال بما ورد في الرواية من حكم في ما نحن فيه من ضمان المقبوض بالبيع الفاسد يتم عبر المرور بخطوتين:

الأولي: إثبات كون موجب الضمان هو القبض بالبيع الفاسد وتلفه بسبب ذلك العقد الفاسد، لا غير ذلك من موجبات الضمان، من قبيل الإلتلاف والاستيفاء

والتسبيب.

الثانية: تمامية الأولوية في المقام، أي: أولوية ضمان الجارية لو تلفت من ضمان نمائها (ولدها).

أما الخطوة الأولى، فنقول فيها:

ليس في المقام بالنسبة إلى الولد استيفاء لمنفعة ما ولا إتلاف.

أما بالنسبة إلى عدم الإستيفاء؛ فإن من الواضح أن الولد في ما نحن فيه وإن كان منفعة من منافع الأمة بالنسبة إلى مالکها الأصلي، إلا أنه لم يستوف هنا من قبل المشتري؛ إذ الولد ينعقد حراً بحكم الشارع تبعاً لأبيه المشتري الحر، ولا ينعقد رقاً حتى يقابل بالمال ويستوفى من قبل المشتري ليقال بأنه منفعة قد استوفيت.

وعليه، فما ورد في الرواية من ضمان النماء (الولد)، إنما هو لتلفه علي مالك الجارية بسبب حرته التي هي بحكم التلف السماوي، أي: التلف لا الإتلاف. وأما بالنسبة إلى عدم الإتلاف، فقد يوجه الإتلاف في المقام بأن المشتري قد أتلف علي مالکها قابليتها لأن تكون حاملة بعدد؛ وذلك لأنه ألقى نطفة الحر في رحمها، فيكون قد أتلف نماء الأمة، ليكون الحكم بالضممان في الرواية مستندا إلي إتلاف النماء لا إلي التلف، من قبيل منع مالك الدابة عن ركوبها مثلاً؛ إذ يلزم المانع بضممان أجرة المثل.

إلا أن التوجيه المتقدم غير تام؛ فإن هناك فرقا كبيرا بين إتلاف النماء وبين إحداثه من البداية غير قابل للملك كما هو الحال في ما نحن فيه؛ فإن الإتلاف إعدام لما هو موجود، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، وإنما هو من إحداث نماء للجارية غير قابل للتملك من أول الأمر بسبب حكم الشارع بحرية الولد تبعاً لأبيه

الحر.

وعلى هذا، فالضمان في الرواية إنما هو للتلف لا للإتلاف، ولا للإستيفاء، فالخطوة الأولى من الخطوتين المتقدمتين تامة، إلا أن ما يثبت بالرواية لحد الآن، إنما هو ضمان نماء المشتري ببيع فاسد بالتلف، وليس هذا محل الكلام، وإنما هو في ضمان المشتري بنفسه، ما يعني ضرورة الكلام في الخطوة الثانية لتمامية الإستدلال بالرواية.

وأما الخطوة الثانية، وهي أولوية ضمان العين من ضمان النماء، فالمرجع فيها إنما هو العرف وحكمه بأن الحكم المتقدم يستلزم الحكم في المشتري بطريق أولى؛ وذلك لا يتم إلا عن طريق خطوتين أيضا:

الأولى: عدم فهم العرف لأية خصوصية تقتضي وقوف الحكم المتقدم على النماء وعدم سرايته إلى الأصل، وهذا ما هو واضح بالنسبة إلى العرف؛ إذ أية خصوصية في البين تقتضي ما تقدم؟!

الثانية: فهم العرف لخصوصية في الأصل تقتضي ثبوت الحكم فيه بالأولوية؛ إذ الخطوة الأولى إنما تمثل عدم المانع من سراية الحكم الوارد في النماء إلى الأصل، وهذا ما لا ينفع - كما هو واضح - إلا مع وجود المقتضي للحكم في الأصل.

وهذه الخطوة الثانية تتم ببركة أن العرف يفهم أن تلف النماء إذا كان موجبا للضمان، فإن من الأولى أن يكون التلف مضمنا في الأصل؛ لأن ضمان النماء في الفرع بنظر العرف إنما كان بسبب وضع اليد عليه تبعا لوضع اليد على الأصل، فإذا حكم الشارع بالضمان بسبب اليد على التابع (النماء)، فحكمه بالضمان بسبب وضع اليد على الأصل أولى بالحكم.

وبتمامية الخطوتين المتقدمتين، يتم الإستدلال بالرواية على الضمان في ما نحن

مسروقة بعد أن أولدها المشتري: إنه «يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بالقيمة»^(١)؛ فإن ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماء^(٢) لم يستوفه المشتري^(٣) - يستلزم ضمان الأصل بطريق أولى^(٤)، وليس^(٥) استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها^(٦) غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف، فافهم^(٧).

فيه تاما.

تعلم فعال

- ١- هل تعرف أين موقع الرواية محل الكلام من مراحل عملية الاستنباط؟
- ٢- كيف تؤثر الرواية في مجمل العناصر الدخيلة في عملية الاستنباط في ما نحن فيه، بما فيه الدليلان الأول والثاني على ثبوت الضمان؟
- ٣- بين كيفية تأثير تمامية الرواية مرة، وعدم تماميتها مرة أخرى على النتيجة النهائية لعملية الاستنباط.

(١)الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣.

(٢)ومنفعة.

(٣)إشارة إلى دفع كون الضمان في الرواية بسبب الإستيفاء. وقد تقدم في

التقريب.

(٤)تقدم بيان الأولوية العرفية القطعية عبر خطوتين.

(٥)وهذا إبطال لكون الضمان في الرواية بسبب الإتلاف لا التلف.

(٦)من البداية، وليس بعد الوجود لكي يكون إتلافا وإعداما للموجود.

(٧)لربما كان الأمر بالفهم إشارة إلى عدم تمامية الخطوة الأولى من الخطوتين

الأساسيتين في تمامية الإستدلال بالرواية، أعني: عدم كون الضمان في الرواية

ثم^(١) إن هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة «كل عقد يضمن

بسبب الإلتلاف؛ إذ أن الحكم بالتلف أو الإلتلاف وكون مصداق ما من مصاديق الأول أم الثاني إنما هو حكم يرجع فيه إلى العرف، ولو سألنا النرف في المقام، لأجاب بأن ما عبر عنه المصنف بأنه من «إحداث المشتري نماءها غير قابل للملك» مجرد تلاعب بالألفاظ؛ إذ هو مما يعده العرف إلتافا لا تلفا، فيبطل الإستدلال بالرواية كما تقدم. والله العالم.

(١)الدليل الرابع: قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، وعكسها

هذا هو الدليل الرابع على ثبوت الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد بالمعنى الذي قدمناه قبل الدخول في تفاصيل هذه الأدلة، وهو القاعدة المعروفة عند الفقهاء، القائلة بأن «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

ولا بد من تمهيد للكلام في القاعدة قبل الدخول في تفاصيلها، ليكون الكلام فنيا تعليميا، وسيكون هذا التمهيد في النقطتين التاليتين:

النقطة الأولى: خطوات المصنف للبحث في القاعدة، والأسئلة المطروحة فيها

من المهم جدا توضيح الخطوات التي سيتبعها المصنف وصولا إلى الغرض من الكلام في القاعدة محل الكلام؛ إذ بغير ذلك يبقى الباحث كالسائر في الظلام، لا هدف، ولا طريق، ولا مؤونة، وهو ما قلناهم مرارا في ما تقدم.

وبعد بحث مختصر في الخطوة الأولى من خطوات المصنف في تاريخ القاعدة وجذورها وعمقها في كلمات وأفكار قدماء فقهائنا العظام، قسم المصنف الكلام إلى قسمين رئيسيين، يهتم أولهما بما يسمى بأصل القاعدة، وهو ما يسمى بالعقد الإيجابي للقاعدة، وهو قولهم: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، فيما يهتم

الثاني بما أسماه المصنف مسامحة بالعكس، إشارة إلى العقد السلبي في القاعدة، وهو قولهم: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده». فهنا ثلاث خطوات رئيسية إذا:

الخطوة الأولى: البحث في تاريخ القاعدة

الخطوة الأولى التي قام بها المصنف تُنقِذ في مجال البحث في القاعدة، هي البحث في تاريخ القاعدة؛ حيث أن القاعدة بألفاظها المعروفة التي سنبحث في دلالتها ومدركها معروفة مشهورة عند المتأخرين، أي: من جاء بعد العلامة تقريبا، وأما قبل ذلك، فإنها لم تكن كذلك، ما استدعى البحث في تاريخ القاعدة وجذورها في كلمات قدماء الأصحاب، لكي تكون القاعدة أقوى وأسلم من حيث الأساس.

كما أن هناك نقطة أخرى هنا تستدعي من المصنف البحث في تاريخ القاعدة وامتدادها إلى قدماء الأصحاب، وهي البحث عن إجماع على القاعدة يكون موجهها للتمسك بها في الإستدلال كما هو واضح.

الخطوة الثانية: البحث في العقد الإيجابي للقاعدة

أما الخطوة الثانية التي تهتم بالعقد الإيجابي للقاعدة، فقد مر فيها المصنف تُنقِذ بالمواقف التالية:

الموقف الأول: بيان معاني ألفاظ القاعدة.

حيث تضمن هذا الموقف الأبحاث التالية:

البحث الأول: في المراد من كلمة «العقد»، وشمولها للعقد الجائر واللازم. فهل

تختص القاعدة بالعقود اللازمة، أم هي عامة شاملة للعقود الجائزة؟

والجواب: بل هي شاملة لكل عقد وإن كان جائزا.

البحث الثاني: في معني الضمان في قولهم: «ما يضمن». فما هي حقيقة هذا

الضمان؟

والجواب: الضمان في الصحيح والفساد بمعنى واحد، وهو كون الدرك والخسارة على من تلف عنده الشيء، نعم، كفية الضمان قد تختلف من حالة إلى أخرى، فقد تكون بالعرض المسمى، وقد تكون بالبدل الواقعي، أعني: المثل في المثلي والقيمة في القيمي، وقد تكون أقل الأمرين السابقين.

البحث الثالث: في تشخيص اللحاظ المأخوذ في عموم «كل عقد»، فهل هو أنواعه بلحاظ النوع، أم أصنافه بلحاظ الصنف، أم أفراده بلحاظ الفرد (العقد) الخارجي الشخصي؟

والجواب: العموم إنما هو بلحاظ الصنف، لا بلحاظ النوع ولا بلحاظ الفرد.

البحث الرابع: تشخيص المراد من الإقتضاء الوارد في القاعدة فعندما نقول: «يقتضي بصحيحه الضمان»، فهل أن هذا الإقتضاء للضمان يختص بذات العقد الصحيح وبطبيعته، أم يعم الإقتضاء العرضي الناشئ من الشرط في ضمن العقد مثلاً؟

والجواب: بل هو الإقتضاء الذاتي ليس إلا.

البحث الخامس: في تشخيص المراد بالباء في قولهم: «بصحيحه» و«بفاسده»، فهل هي سببية أم ظرفية؟

والجواب: يحتمل أن تكون ظرفية ويحتمل أن تكون سببية، ولا إشكال.

الموقف الثاني: في مدرك أصل القاعدة ومستندها

حيث تضمن هذا الموقف البحث في الأدلة الأربعة التالية:

الدليل الأول: إقدام المتعاملين

الدليل الثاني: النبوي المشهور «علي اليد...»

الدليل الثالث: قاعدة الإحترام

الدليل الرابع: قاعدة نفي الضرر

كما ستتكلم هنا بعض الشيء عن ضمان الأعمال والمنافع، ذاكين ما يمكن أن يستدل به لذلك.

الموقف الثالث: في تشخيص سعة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

والسؤال المطروح هنا، هو: في تشخيص أن ضمان المقبوض بالعقد الفاسد هل يشمل حالة علم الدافع بالفساد أم لا؟

والحقيقة، أن هذا البحث لا يختص بالضمان بقاعدة «ما يضمن...» أبداً، وإنما هو بحث عن ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بصورة عامة، إلا أن المصنف تدرّج حشره هنا بين البحث في العقد الإيجابي والبحث في العقد السلبي للقاعدة، وقد كان من حق البحث أن يكون بحثاً مستقلاً بنفسه، وسيأتي مزيد كلام عن هذه المسألة إن شاء الله تعالى.

الخطوة الثالثة: البحث في العقد السلبي للقاعدة

وأما الخطوة الثالثة، وهي التي تهتم بالبحث في العقد السلبي من القاعدة، وهو قولهم: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»، فقد اقتصر المصنف فيها على المواقف الثلاثة التالية، بعد أن كانت جملة من مباحث أصل القاعدة، من قبيل معني الضمان، وكون عموم العقود أفرادياً أو أنواعياً أو أصنافياً، واقتضاء ذات العقد للضمان أو كفاية اقتضاء الشرط له، مشتركة بين العقدين: الإيجابي (الأصل) والسلبي (العكس)، فلم يكن من داع لإعادتها:

الموقف الأول: تشخيص المراد من القاعدة

الموقف الثاني: موارد النقض على القاعدة

الموقف الثالث: مدرك القاعدة ومستندها

حيث تعرض هنا إلى بحثين يتناول كل واحد منهما دليلا من الدليلين المذكورين مستندا ومدركا للعقد السلبي من القاعدة، وهما:

الدليل الأول: الأولوية

الدليل الثاني: عموم دليل الهبة والأمانات

النقطة الثانية: المنهج الفني للبحث في القواعد الفقهية، وتوجيه بحث

المصنف **تدُّ** في تشخيص المراد بالقاعدة

أشكل معظم من تناول كلام المصنف **تدُّ** في المقام على تناوله البحث في المراد من القاعدة ومفرداتها، وهو البحث الذي أطال فيه **تدُّ** المقام، وأتعب نفسه ونفس غيره فيه؛ بتوجيه أن القاعدة بألفاظها ليست آية أو رواية بل حتى ليست معقد إجماع كما سيظهر مما سيذكره المصنف نفسه من مخالفة الشهيد الثاني في المسالك، فلم كل هذا الجهد والوقت في تفسير المراد مما ورد فيها من كلمات؟! بل كان اللازم الاقتصار على البحث في مدرك القاعدة ومستندها؛ للوقوف على شمول تلك المدارك والمستندات للمسألة محل البحث، وهي ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

راجع: الإيرواني، حاشية المكاسب، ص ٩٢. الطباطبائي، حاشية المكاسب، ص ٩٣. الآخوند، حاشية المكاسب، ص ٣٠. الخوئي، مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٣٥٨. ولم أجد من دافع عن المصنف **تدُّ** ممن مر على هذه المعلومة في المكاسب، لا من أولاده المباشرين، ولا من غير المباشرين، الأمر الذي حز في نفسي كثيرا هنا؛ إذ أنني أحب الرجل حينما يكون بحثه بحثا فنيا موضوعيا، محدد الأهداف، ومحدد الطرق، ويعتمد المؤونة والأدوات البحثية المحددة المناسبة.

وفي هذا المجال، ودفاعا عن أستاذ الكل الذي ينبغي أن يتعلم منه، ويحتذى بحذوه، أقول: يرد على ما تقدم ما يلي:

أولاً: علمنا أستاذ الفقهاء والمجتهدين على تنقيح أبحاث قد تكون أعم مما هو مورد البحث، وخاصة ما يمثل قواعد يمكن الإستناد إليها في أكثر من مورد، والتي تمثل قواعد فقهية عامة سارية في أبواب كثيرة من الفقه، من قبيل ما تقدم من قاعدة اللزوم في بحث المعاطاة، حيث نقحنا مع المصنف قاعدة أن الأصل في كل ملك حادث هو اللزوم إلا ما خرج بالدليل؛ إذ لم يقف جهد المصنف هناك على استعراض الأدلة المدعاة على القاعدة وتشخيص انطباقها على المعاطاة وعدم انطباقها، وإنما بحث في القاعدة الكلية وأسسها، لينطلق بعد ذلك منها إلى محل الكلام هناك، ليثبت أن الأصل في الملك الحاصل بالمعاطاة، بعد أن كان من جزئيات قاعدة اللزوم، هو اللزوم.

والأمر في ما نحن فيه من هذا القبيل؛ إذ لم يعتد جل فقهاؤنا على عقد الكلام في القواعد الفقهية وتنقيحها في كتب مستقلة كما هو الأمر عليه عند أبناء العامة، فكان من المنطقي أن تبحث في ثنايا الأبحاث الفقهية في أبواب مختلفة مناسبة. وعندما نطالع الكتب المختلفة التي اهتمت بتنقيح القواعد الفقهية والبحث فيها عند الفريقين، وخاصة عند إخواننا أبناء العامة الذين اهتموا كثيرا بالقواعد الفقهية وأفردوا لها المصنفات الخاصة على طول تاريخ الفقه والإستنباط، وحتى الكتب المؤلفة في هذا المجال في العقود بل والسنوات الأخيرة، فإننا نرى أن الفقيه وهو يبحث في قاعدة فقهية ما، فإن المنهج الفني المعتمد من قبله في هذا المجال، هو التحرك طبق الخماسية الأساسية التالي:

المرحلة الأولى: البحث في ثبوت القاعدة وصياغاتها وألفاظها المختلفة

ومن الواضح أهمية هذه المرحلة؛ إذ تعتبر شبيهة ببحث السند الذي يجريه

الفقيه في الروايات، أو البحث في انعقاد الإجماع في مسألة ما من المسائل. وفي هذه المرحلة أيضا، يقع البحث عادة عن وجود القاعدة بألفاظ أخرى، وكذا البحث في سعة القاعدة أفقيا، أقصد: عند المذاهب الأخرى. وهذا ما قام به المصنف رحمته في المقام؛ حيث بدأ بحثه بالتحقيق في ثبوت القاعدة كقاعدة فقهية معترف بها، ما يوجه ضرورة البحث في عمقها ووجودها وحضورها في كلمات قدماء الأصحاب الذين يسبقون العلامة، وإن كان ذلك بصيغ أخرى تلتقي والقاعدة في مضمونها؛ إذ لا أهمية كبيرة لاختلاف الألفاظ ما دام المفاد محفوظا.

المرحلة الثانية: البحث في مفاد القاعدة والمراد منها

بعد المرحلة الأولى المتقدمة، وبعد ثبوت القاعدة فقهيا على فرض ثبوتها، أو على فرض تسليمها لو لم تثبت كقاعدة معترف بها، يبدأ الفقيه بالمرحلة الثانية من مراحل البحث في القواعد الفقهية، حيث يشرع في هذه المرحلة ببيان مفاد القاعدة محل البحث والدراسة.

من الواضح أهمية هذه المرحلة من الناحية الفنية؛ إذ الحال هنا هو الحال في البحث عن مفاد الآية أو الرواية أو معقد الإجماع بعد ثبوتها؛ إذ لا بد من تشخيص المفاد هنا بالدقة كما هو واضح؛ إذ هو مؤثر من نواح عدة؛ إذ كيف يمكن تشخيص الموقف من اعتبار أو عدم اعتبار القاعدة في المرحلة التالية بعد أن كانت القاعدة حكما فقهيا كليا ليس إلا، يحتاج إلى دليل معتبر عليه؟!

وكيف يمكن تشخيص الموقف من تمامية أو عدم تمامية الاستدلال بالقاعدة في مورد من الموارد ما لم يكن مفادها مشخصا محددًا إلى أبعد ما يمكن من الحدود؟!

هذا وغيره. يوجه اهتمام الفقيه والمتخصص في القواعد الفقهية بهذه المرحلة الثانية من مراحل البحث في القواعد الفقهية، وهذا بالضبط ما قام به أستاذ الكل، الشيخ الأنصاري في المقام؛ حيث نراه يتعب نفسه الشريفة في تحديد مفاد القاعدة بعقديها: الإيجابي ولاسليبي، كما سنرى ذلك بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

إلا أن النقطة المنهجية المهمة في هذه المرحلة، هي ما يعتمده الفقيه والمتخصص في القواعد الفقهية في بيان مفاد القاعدة؛ إذ المفروض أن يتم بيان المفاد على أساس وجهة نظر القائلين بالقاعدة لا على أساس ما يراه الفقيه نفسه؛ إذ المفروض أن الإستاذ هنا إلى أمر خاص محدد اسمه (قاعدة فقهية)، لا إلى رأي شخصي للفقيه الباحث نفسه، الأمر الذي يغيب أحيانا عن نظر الباحث، فنراه يوجه القاعدة حسب ما يراه هو لا حسب ما يراه القائلون بالقاعدة. فانتبه رجاء، ولا تقع في ما وقع فيه البعض، حتى ممن يعتبر من الفطاحل.

المرحلة الثالثة: البحث في مدارك القاعدة ومستنداتها

ومن الواضح التوجيه الفني لهذه المرحلة بعد أن كانت القاعدة الفقهية - كما تقدم - مجرد حكم فقهي كلي، فتستعرض المستندات المدعاة مستندا للقاعدة، أو التي يمكن أن تكون مستندا للقاعدة، كل هذا مع الأخذ بنظر الاعتبار النسبة بين مفاد القاعدة ومقدار ما دل الدليل على اعتباره؛ فإن كان الدليل أعم أو مساويا للمفاد، كانت النتيجة الإعتبار، وإلا، كان أخص من المدعى (في حالة كونه أخص)، أو أجنبيا لا علاقة له بإثبات القاعدة.

المرحلة الرابعة: البحث في تطبيقات القاعدة

إذ الهدف من كل هذا البحث والتحقيق إنما هو تشخيص الموقف من الإستدلال بالقاعدة على مورد من الموارد، كما في ما نحن فيه من الإستدلال

بالقاعدة على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد مثلاً؛ فيراجع الفقيه ما ثبت عنده من اعتبار القاعدة بالمقدار الذي ثبت اعتباره من مفاد القاعدة من جهة، والمفاد الدقيق للمدعى من جهة أخرى، ليخرج بالنتيجة النهائية من جعل القاعدة الفقهية مستندا في المسألة محل البحث.

المرحلة الخامسة: البحث في بعض مستثنيات القاعدة

حيث يبحث الفقيه هنا في بعض ما استثني من القاعدة تخصصاً أو تخصيصاً، وهو ما نشاهده عند المصنف تَدْرُجُ في المقام؛ حيث بحث في بعض ما خرج من القاعدة، وإن كان ذلك البحث بصيغة ما يمكن أن يشكل على اطراد القاعدة كما سنشاهده عنده تَدْرُجُ.

هذه هي المراحل الخمسة الأساسية في البحث المنهجي الفني في القواعد الفقهية، البحث الذي أخذ فقهاؤنا أخيراً بالاهتمام به، وإن كان مظلوماً إلى حد الآن بالنسبة إلى ما أفرد له من بحوث.

المراحل المتقدمة بترتيبها الذي عرضناه هي المنهج الفني الصحيح للبحث في القواعد الفقهية، وهو ما تبين من خلال ما تقدم في توجيه كل واحدة من المراحل المتقدمة، ليتبين الخلل الفني في بعض ما اهتم من الكتابات بالقواعد الفقهية من الفريقين، من قبيل كتاب (العناوين الفقهية) للسيد المراغي المتوفى سنة ١٢٥٠هـ والقواعد الفقهية للسيد البجنوردي، والقواعد الفقهية للشيخ اللنكراني، والقواعد الفقهية للشيخ مكارم الشيرازي من المعاصرين، وهكذا الأمر بالنسبة إلى ما كتب أخيراً في القواعد الفقهية من قبل أبناء العامة، من قبيل (شرح القواعد الفقهية) للشيخ أحمد الزرقا.

إلا أن بعضاً آخر ممن كتب في القواعد الفقهية قد أخذ المنهج الفني الصحيح

في كتابة القواعد الفقهية، من قبيل ما نشاهده في كتاب (القواعد الفقهية: مئة قاعدة فقهية معنى ومدركا وموردا)، للسيد كاظم المصطفوي (حفظه الله) من المعاصرين؛ إذ يمكنك أن ترة أنه (دام ظله) قد أخذ المنهج الفني بنظر الاعتبار حتى في العنوان الذي اختاره لكتابه، الذي يصدف أنني درسته قبل أكثر من خمسة عشر عاما في قم المقدسة.

وهكذا بالنسبة إلى ما أصدره المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية في مدينة قم المقدسة تحت عنوان (القواعد الأصولية والفقهية على مذهب الإمامية)، وهو من إعداد لجنة خاصة في الحوزة الدينية في عش آل محمد عليه وآله، مدينة قم حفظها الله وأعلى شأنها.

ثانيا: ولو غضضنا النظر عما تقدم، فإنه يمكن الدفاع عن المصنف تذ وتوجيه بحثه في المقام، بأن من اللازم البحث في القاعدة المتقدمة لعين ما ذكر إشكالا لتوجيه عدم الكلام فيها، أعني: قولهم بأنها ليست «آية أو رواية ولا معقد إجماع»؛ إذ يفهم منه أن المورد لو كان «دليلا» يتوقع منه إثبات المدعى، فإنه لا بد من الكلام فيه دلالة وسندا ومستندا؛ إذ قد ادعى أكثر الفقهاء كون المستند في ما نحن فيه من الضمان هو القاعدة محل الكلام، فهي على هذا «دليل» مدعى على حكم، ما يلزم الفقيه بالكلام في هذا الدليل المدعى، تماما كما يتعامل مع الآية أو الرواية أو الإجماع، وحتى مع السيرة بقسميها ومع البناء التشريعي مثلا.

والخلاصة الغرض من الكلام في المقام ليس هو محض الاستدلال على الحكم محل البحث، بل هو أعم من ذلك بكثير، ورحم الله والذي المصنف تذ وهو يفكر بالمساكين من أمثالنا، فيأخذ بأيديهم على طريق الاستنباط، وخطوات الطريقة الفنية للإستنباط، فيخرجهم من الظلمات إلى النور.

بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده». وهذه^(١) القاعدة - أصلاً وعكسا - وإن لم أجد لها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة، إلا أنها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط: فإنه^(٢) «علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة: بأنه دخل على أن يكون

(١) الخطوة الأولى: البحث في تاريخ القاعدة

هذه هي الخطوة الأولى من خطوات المصنف تبتُّ في طريق البحث في تشخيص الموقف من الإستدلال بالقاعدة في ما نحن فيه من الضمان. وقد تقدم الغرض من هذه الخطوة في التمهيد المتقدم.

(٢) نسبة القاعدة إلى الشيخ الطوسي تبتُّ (من القدماء)

والقاعدة وإن لم تكن مشهورة بألفاظها عند المتقدمين، إلا أن من يبحث في كلماتهم ويتأمل فيه، يجد أنها كانت حاضرة عندهم بعقديها الإيجابي والسلبي، وإليك التفصيل:

أولاً: العقد الإيجابي للقاعدة

أما العقد الإيجابي للقاعدة، فيمكن اصطياًه من تعليل الشيخ الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه. ولو تأملنا في التعليل السابق، وهو ما سيأتي الكلام فيه بالتفصيل في مدارك ومستندات القاعدة، وجدناه يعكس العقد الإيجابي للقاعدة؛ إذ حاصل التعليل السابق، هو أن قبض المال من قبل المتعاملين مقدمين على ضمانه بعوض واقعي (المثل في المثلي أو القيمة في القيمي) أو جعلي (معين في المعاملة) موجب للضمان، وهو ما يسمى بقاعدة الإقدام، والتي يشمل معناها المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها دون غيرها؛ إذ لا إقدام فيها كما سيأتي التفصيل.

والخلاصة قاعدة الإقدام كما تثبت الضمان في العقد الفاسد، فإنها تثبت في العقد الصحيح؛ إذ المناط موجود في الإثنين، لتكون النتيجة: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

إن قلت: ولماذا لا يدل التعليل وقاعدة الإقدام على العقد السلبي للقاعدة فننسب القاعدة بعقديها إلى شيخ الطائفة؟!

قلنا: التعميم إلى السلبي يحتاج إلى عموم في قاعدة الإقدام ولو عن طريق المفهوم، وهذا ما لا يتم في ما نحن فيه؛ إذ لا مفهوم للقاعدة بعد سكوتها عن العقد السلبي، وعدم نظرها إليه.

نعم، إن كنا نفهم معنى التزاميا للقاعدة، وقلنا بمفهوم للقاعدة، تم الاستدلال في العقدين كما قلتم.

(١) كقوله في ضمان المقبوض بالبيع الفاسد: «فإن كان المبيع قائما، رده، وإن كان تالفا، رد بدله إن كان له مثل، وإلا، قيمته؛ لأن البائع دخل علي أن يسلم له الثمن المسمي في مقابلة ملكه، فإذا لم يسلم له المسمي، إقتضي الرجوع إلي عين ماله. فإذا هلك، كان له بدلها. وكذلك العقد الفاسد في النكاح، يضمن المهر مع الدخول، وكذلك الإجارة الفاسدة. الباب واحد».

وقال أيضا في غير موضع: «وهكذا كل ما كان قبضا مضمونا، مثل أن يأخذه علي سبيل السوم، أو علي أنه بيع صحيح، أو كان ثوبا فأخذه علي أنه عارية مضمونة، فكل هذا يستقر عليه؛ لأنه دخل علي أنه مضمون عليه، فلم يكن مغرورا فيه».

وقال أيضا: «لأنه دخل علي أن العين عليه مضمونة بالبدل».

وحاصله^(١): أن قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي أو جعلي موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها.^(٢)

وذكر^(٣) أيضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أن صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده^(٤)؟ وهذا يدل على العكس المذكور. ولم^(٥) أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك، في ما لو فسد عقد

(١) حاصل التعليل المتقدم من قبل شيخ الطائفة تَدُّنْ.

(٢) وكما ترى، لم يدع المصنف هنا دلالة التعليل المتقدم من قبل شيخ الطائفة على العقد السلبي، ولا نسبه إليه تَدُّنْ. فانتبه، وكن دقيقا، ولا تعجل.

(٣) ثانفا: العقد السلبي للقاعدة

وهذا دليل ذهاب شيخ الطائفة تَدُّنْ إلى العمل بالعقد السلبي للقاعدة.

(٤) المبسوط ٢: ٢٠٤.

(٥) تأمل الشهيد الثاني تَدُّنْ في أصل القاعدة، وخرقه للإجماع عليها

إلا أن ذهاب شيخ الطائفة إلى العمل بالقاعدة لا يعني انعقاد الإجماع على العمل بها؛ إذ تأمل الشهيد الثاني تَدُّنْ في أصل القاعدة، الأمر الذي نفهمه من ترده في المسالك في استحقاق السابق أجرة المثل، في ما لو فسد عقد سبق؛ إذ لو كان يعمل بالقاعدة، لما تردد، ولحكم بالاستحقاق بعد أن كان صحيح السبق مضمنا.

بل صرح في المسالك بعدم اعتبار كلية القاعدة؛ حيث قال: «وقاعدة: أ كل ما كان صحيحه موجبا للمسمي ففاسده موجب لأجرة المثل لا دليل عليها كلية، بل النزاع واقع في بعض مواردنا، فكل ما لا إجماع ولا دليل صالح يدل على ثبوت شيء فالأصل يخالف مدعي القاعدة». المسالك: ٦، ص ١٠٩ - ١١٠.

السبق، في أنه يستحق السابق أجرة المثل أم لا ؟

وكيف كان^(١)، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلا وعكسا، ثم بيان المدرك فيها.

فنقول- ومن الله الإستعانة -: إن^(٢) المراد بـ «العقد» أعم من الجائز واللازم،

إلا أنه ذهب في موضع آخر من المسالك إلى القول بالقاعدة وكليتها، حيث قال في عدم ضمان المحرم المستعير للصيد: «أما مع صحته، فالأصل في العارية أن تكون عندنا غير مضمونة...، وأما مع فسادها؛ فلأن حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه، كما أسلفناه في مواضع قاعدة كلية». المسالك: ٥، ١٣٩.

تعليم فعال

لو فرضنا أن صاحب المسالك لم يخالف في القاعدة، فهل يصح حينئذ أن ندعي الإجماع على القاعدة؟ أين رأي فقهاءنا الآخرين؟ أين المفيد والمرضى و...!؟

(١) الخطوة الثانية: البحث في العقد الإيجابي للقاعدة

أما الخطوة الثانية التي تهتم بالعقد الإيجابي للقاعدة، فقد مر فيها المصنف في مواقف متعددة كما تقدم في التمهيد، فلنقف معه نَدُّ في هذه المواقف، ولنحاول أن لا ننسى هدفنا من كل هذه الجهود: أن نتعلم كيف نتعلم، وأن نتعلم كيف نتعلم.

(٢) الموقف الأول: بيان معاني الفاظ القاعدة (العقد الإيجابي)

هذا هو الموقف الأول من مواقف هذه الخطوة الثانية من خطوات المصنف في تشخيص الموقف من الإستدلال بالاقاعدة على ما نحن فيه، وهو ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

وقد تقدم الهدف من هذا الموقف، ودوره المهم في الوصول إلى الهدف النهائي من الكلام في القاعدة، وتأثير هذا الدور في تشخيص الإجابة الفنية الصحيحة عن السؤال الأصلي المطروح في المقام، فلا تنس رجاء.

البحث الأول: في المراد من كلمة «العقد»، وشمولها للعقد الجائز واللازم.

يبدأ المصنف بتكثُر مشواره في موقفه هذا ببيان المراد من «العقد» الوارد في القاعدة؛ حيث يذهب إلى أن المراد منه هنا هو ما كان شاملا للعقد اللازم والعقد الجائز، هذا هو الظاهر من عموم قولهم «كل عقد»؛ وإلا، لخصصوا ذلك العموم، ولما جعلوا كلامهم عاما شاملا للجميع.

وبناء على هذا العموم، فإن القاعدة تشمل كل ما أطلق عليه «العقد»، حتى ما كان فيه شائبة الإيقاع بوجود القائل بكونه إيقاعا، من قبيل الجعالة؛ إذ ذهب البعض إلى كونها إيقاعا لا عقدا؛ لعدم اعتبارهم عمل المجعول عليه قبولا من قبل العامل، مستندين في ذلك بعدة أمور، منها:

١- إستحقاق العامل الجعل حتى مع الفصل الطويل بين الجعل من قبل الجاعل، وبين عمل العامل، ما يكشف عن عدم كون عمل العامل «قبولا»، وإلا، لما صح عمله، ولما استحق المال المجعول.

٢- إستحقاق الصبي للجعل مع قيامه بالعمل، مع أن قبوله غير معتبر بعد كونه غير بالغ، ولو كانت «الجعالة عقدا، لما صحت في هذه الحالة، ولما استحق الصبي. بل يشمل لفظ «العقد» ما كان أقرب إلى الإيقاع منه إلى العقود، من قبيل الخلع؛ حيث قد يتأمل في كونه عقدا؛ إذ هو في الحقيقة «طلاق» على شرط العوض، والطلاق إيقاع لا عقد، وأما المال المقدم من قبل المختلعة، فهو مجرد أداء للشرط، فالقبول من قبل الزوجة ليس ركن «عقد» مؤلف من إيجاب الزوج وقبول الزوجة، خلافا لما يذهب إليه البعض، مدعيا انه كذلك، فهو «عقد» إذا.

ولكن، ما دام الجميع عقدا، فإنه داخل في مقتضى القاعدة، ولا يهم وجود الشائبة ولا الأقربية المتقدمة الذكر.

البحث الثاني: في معنى الضمان في قولهم: «ما يضمن».

كثر كلام الشراح والمحشين في مقام بيان كلام المصنف في توضيح المراد من الضمان الوارد في القاعدة، وقد شرقوا وغربوا في ذلك كثيرا، كما أن منهم من فرارا تكتيكيا كما يقال من المعركة بتسطيح المطلب وتضييعه كأن شيئا لم يكن، بينما الحقيقة خلاف ذلك بالمرّة.

وعلى كل حال، فإننا سنحاول ما أمكن توضيح المطلب، مع الإعراف بأن المعنى الذي سنوضحه مما سيوقع المصنف في بعض الإشكالات الفنية، إلا أنه أمر مقبول عادي كما في غيره من موارد آراء المصنف ومختاراته في عدة مواضع.

وأما المراد من الضمان في قولهم: «يضمن بصحيحه»، و«يضمن بفأسده»، فهو معنى واحد لا غير، وهو أن القابض لو تلف عنده ما قبضه بعقد فاسد، فإنه مطالب بدرك ذلك التالف من ماله لمالكة، فالتالف باق على ملك مالكة الأصلي حينما تلف، وعلى القابض أن يرفع الخسارة التي وقعت على المالك ويتداركها.

ومن الواضح أن رفع تلك الخسارة وتداركها لا يكون إلا بدفع القابض البدل من كيسه ومن ماله؛ فإن هذا هو معنى الضمان الحقيقي عند العرف، وهو ما عبر عنه المصنف بكونه «ماله الأصلي»، في مقابل «العوضي» أو «الجعلي»، وهو ما وصله بالمعاوضة «ما تلف عنده»، أو أعطاه في مقابل ما تلف عنده «العوض المسمى».

وإنما ذهبنا إلى اتحاد المراد من الضمان في العقد الإيجابي للقاعدة؛ من جهة كونه الظاهر من سياق الكلام، وكلمة «عقد» الواردة في القاعدة؛ إذ وردت في سياق واحد في كلا استعماليهما، ما يعني اتحاد المراد منها من قبل القائلين بالقاعدة، وإلا، لاختلف السياق.

وبهذا التوجيه للمراد بالضمان يتضح الأمور التالية:

الأول: ليس معنى ما تقدم أن القابض لا يستطيع أن يدفع ما أعطاه إلى الآخر عوضا عما تلف عنده، كيف لا وهو ماله أيضا؟! ولكن المقصود، إن العوض ليس هو الضمان المقابل لما تلف لأنه جعل مقابلا له في المعاوضة، وإنما الضمان هو ما سيخرجه القابض من كيسه، وإن كان ذلك باعتبار أن ما أوصله إلى الآخر هو «من كيسه» و«من ماله الأصلي» أيضا، ولهذا، قد يختلف مقدار الضمان عما كان القابض قد دفعه إلى الآخر، فقد يكون مساويا، فيتفقان على جعله ضمانا خرج من كيس القابض، وقد يكون أقل، فيجب على القابض دفع التهمة، كما قد يكون أكثر، فيجب على الآخر أن يرجع الزائد على الضمان إلى القابض.

كما قد لا يجوز احتساب ذلك المال ضمانا ودركا للخسارة، كما لو كان التالف قيميا وكان العوض مثليا، أو بالعكس.

والمهم: عليك أن تفرق بين المال الأصلي والمال غير الأصلي للقابض، فالضمان في المال الأصلي، فالتالف حينما تلف قد تلف على ملك مالكه الأصلي، وهو يستحق الخسارة والضمان من مال القابض الأصلي.

الثاني: كما اتضح أيضا أن المعنى المتقدم للضمان هو معنى كلي قابل للإنتطاق على الضمان الوارد في العقد الإيجاب؛ فإن الضمان في العقد الصحيح والضمان في العقد الفاسد هو ما تقدم من تفسير، وهو كون الخسارة قد وقعت في مال القابض، كما أن الدرك يجب أن يكون من ماله الأصلي.

تلاحظ هنا أننا لم نحدد قدر «الضمان»، بل تركنا القضية كلية، وما ذلك إلا لأن هذا المقدار مختلف بين العقدين: الصحيح والفاسد؛ إذ هو في الصحيح ما جعل عوضا في المعاوضة، وهو الثمن المسمى لو فرضنا أن التالف كان المبيع؛ إذ هو العوض الذي تراضيا به وأمضاه الشارع.

كما قد يكون المقدار «البدل الواقعي»، كما في الفاسد، وهو المثل في المثلي والقيمة في القيمة وإن لم يتراضيا بهذا البدل وال عوض في العقد الفاسد.

كما أنه قد يكون أقل الأمرين من العوض «البدل» الواقعي والعوض الجعلي «المسمى»، كما ذكره بعضهم في بعض الحالات، من قبيل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

الثالث: وأما الأمر الثالث الذي اتضح مما تقدم، فهو عدم كون المقصود بالضمان في القاعدة هو كون التالف حينما تلف قد تلف في ملك القابض، بأن يقدر دخوله في ملكه أنا ما قبل التلف لا يقبل إلا الدخول في الملك، فإذا تلف في ملك القابض، كان المالك الأول مستحقاً لعوضه المسمى في العقد الفاسد؛ وإلا، للزم الجمع بين العوض والمعوض للقابض، وهذا باطل.

وأما الوجه في عدم صحة هذا التفسير الثاني للضمان الوارد في القاعدة؛ فهو من جهة أن هذا المعنى للضمان ليس - في الحقيقة - معنى صحيحاً للضمان عرفاً؛ إذ لو كان ذلك الوجه صحيحاً، فهذا يعني أنه يضمن ما كان قد تلف في ملكه، أي: يضمن ما هو مالك له، ومن ماله، وهذا غير مقبول ولا متصور عرفاً؛ إذ لا يمكن أن يكون الإنسان ضامناً لما يملكه؛ إذ الضمان التزام في مقابل الآخر، ولا يمكن أن يتحد الضامن والمضمون له في وقت واحد.

كما أنه لا يعقل كون الضامن ضامناً لماله ولما وقع في ملكه، وكون المضمون له شخص آخر لم يتلف التالف حينما تلف من ملكه!!!

الرابع: وأما الأمر الرابع هنا، فهو أن إطلاق الضمان في المقام، وعدم تقييده بكونه الضمان بالمسمى، أو بالبدل الواقعي أو بأقل الأمرين منهما، يقتضي الحمل على الضمان بالعوض الواقعي؛ إذ هو معنى «الضمان» في الحقيقة؛ بعد كونه هو

«الضمان من المال الأصلي» للفرد حقيقة.

لا يعني ما تقدم أن الضمان بالمسمى أو بأقل الأمرين ليس «ضمانا» في الحقيقة، بل هما كذلك، إلا أن تحديد مقدار المضمون بغير البديل الواقعي مما يحتاج إلى قرينة تعين أحد هذين الفردين، كما هو الحال في ما نحن فيه؛ إذ المقدار المدفوع دركا في الصحيح غيره في الفاسد، مع كون الإثنين من «ماله الأصلي»، وإنما فهمنا الاختلاف من دال آخر، من قبيل التصريح بالبديل في بعض الأحيان وإمضاء الشارع له، كما في البيع الصحيح مثلا، أو كما في مثال ضمان العارية الذي سيأتي في كلام المصنف تَدْتُّ مثلا.

والحاصل: إذا ورد الضمان مطلقا في كلام الشارع أو المشرعة، فإن المقصود منه هو كون الضمان في مال الضامن الأصلي، وكون المضمّن هو البديل الواقعي من المثل أو القيمة، وأما إرادة غير ذلك، فإنه لا بد من إقامة القرينة عليه بأية كيفية كانت تلك القرينة.

إن قلت: وما الوجه في ذلك المدعى؟

قلنا: لأن الضمان في الحقيقة هو ما تقدم من الضمان من المال الأصلي بالبديل الواقعي، فالضمان في الحقيقة هو الضمان بالمال الأصلي، وهو موجود في المقادير الثلاثة المتقدمة للضمان؛ إذ كلها «ضمان من المال الأصلي»، كما أن كلمة الضمان لو أطلقت، دل إطلاقها على كون البديل هو البديل الواقعي، وأما العدول عن هذا المعنى إلى معنى آخر، فإنه يحتاج إلى قرينة معينة.

وبناء على هذه النقطة الأخيرة، فلو اشترط أحدهم ضمان العارية ولم يحدد هذا الضمان، فإن الضمان حينها يكون بالبديل الواقعي لا غير، وهذا بالضبط ما جعلنا نفتي بالضمان بهذا البديل في المضمونات المختلفة التي لم يرد عن الشارع فيها إلا

«الضمان»، ولم يقيد بنوع البدل ومقداره وكيفيته.

الخامس: ضعف أن يكون المراد من الضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمى في العقد الفاسد كما كان الأمر عليه في العقد الصحيح.

الضعف هنا ليس من باب أن ثبوت العوض المسمى ضمانا يعني حكم الشارع بصحة العقد، وعدم كونه فاسدا بعدما حكم الشارع فيه بالعوض المسمى؛ إذ هو عين ما رتبته على الصحيح، فيلزم خلاف الفرض، وهو فساد العقد.

وإنما قلنا ليس من هذا الباب؛ لأن الحكم بكون الضمان بالعوض المسمى، لا يعني حكم الشارع بالصحة أبدا؛ إذ هنا امر مختلف بين العقد الصحيح والفساد، وهو بقاء كل من العوضين على ملك مالكة حين التلف كما تقدم في بيان معنى الضمان، وأنه ليس بمعنى تلف التالف على ملك من تلف عنده، وإنما هو باق على ملكية المالك الأول، نعم، عند تلف أحد العوضين قد يتعين العوض الآخر للعوضية، نظير المعاوضة على القول بالإباحة، حينما قلنا إن تلف أحد العوضين مملك للجانب الآخر.

لسنا نعني أن ما نحن فيه من قبيل المعاوضة بناء على الإباحة في كل شيء حتى في تعيين العوض المسمى بدلا عن التالف، وإنما المقصود هو التشابه بين ما نحن فيه من تعيين العوض المسمى لا العوض الواقعي في حالة التلف ليس إلا.

وعليه، فلا ملازمة بين حكم الشارع بتعين العوض المسمى وبين حكم الشارع بالفساد، فيمكن أن يحكم الشارع بالعوض المسمى مع حكمه بالفساد في الوقت نفسه.

إذن، ليس من الصحيح أن نذهب إلى أن المراد من الضمان في الصحيح والفساد متحد هو «المسمى»، بتوجيه أن خلاف ذلك يستلزم خلاف الفرض من

بل مما كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة^(١) والخلع^(٢).
والمراد بالضمنان في الجملتين^(٣): هو كون درك المضمون، عليه^(٤)، بمعنى

كون العقد فاسداً، وإنما الصحيح في توجيه عدم إرادة العوض المسمى في الفاسد ما قلناه قبل ذلك في بيان المعنى الحقيقي للضمنان، وأنه الضمان والتدارك من المال الأصلي، وأن إطلاق هذا الضمان يعين الضمان بالبدل الواقعي، وأن تعيين غيره مما يحتاج إلى قرينة عرفاً، من قبيل إمضاء الشارع ما تواطنا على جعله بدلاً، وهو العوض المسمى في الصحيح.

وما دام الشارع لم يعض العقد لفاسد؛ فإن معنى ذلك عدم الدليل على تعيين مغاير البدل الحقيقي، فاللازم الرجوع حينئذ إلى البدل الواقعي.

هذا هو الوجه في ما ذهبنا إليه من عدم كون المضمون في العقد الفاسد هو المسمى كما كان في الصحيح، وليس لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد، بل كلاهما بمعنى واحد، وهو الضمان والدرك من المال الأصلي كما تقدم، ولكن هذا لا يعني أن المقدار المنخرج دركاً وضمناً واحداً في العقدين: الصحيح والفاسد، بل هما متغايران فيهما، إلا أن ذلك لا يعني أبداً التغاير في حقيقة المراد بالضمنان في العقدين، فلا تفكيك في المعنى في المقام، وقرينة وحدة السياق التي تقدم الإشارة إليها محترمة معمول بها في المقام.

(١) فيه شائبة الإيقاع، وقد تقدم وجهه.

(٢) أقرب إلى الإيقاع، وقد تقدم بيانه.

(٣) «يضمن بصحيحه» و«يضمن بفاسده».

(٤) من تلف عنده، أي: القابض.

كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه^(١)؛ لوجوب تداركه منه، وأما مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً^(٢) له - كما يتوهم^(٣) - فليس هذا معنى

للضمان أصلاً^(٤)، فلا يقال: إن الإنسان ضامن لأمواله.

ثم تداركه من ماله، تارة يكون بأداء عوضه الجعلي^(٥) الذي تراضى هو^(٦) والمالك على كونه عوضاً وأمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح. وأخرى بأداء عوضه الواقعي، وهو المثل أو القيمة وإن لم يتراضيا عليه^(٨).

وثالثة بأداء أقل الأمرين من العوض الواقعي والجعلي، كما ذكره بعضهم في

(١) في ماله الأصلي، ومن كيسه.

(٢) أي: حال كونه مملوكاً له، بأن يقدر الملك الأنبي كما تقدم.

(٣) قيل: إنه الشيخ علي في حواشي الروضة في تفسير القاعدة. أنظر غاية الآمال: ٢٧٧، وهداية الطالب: ٢١٠، ولعل المراد من الشيخ علي المذكور هو صاحب (الدر المتثور) حفيد صاحب المعالم، أنظر الذريعة ١٢: ٦٧.

(٤) عند العرف، فلا يصح حمل كلام الشارع أو المشرعة عليه، وقد تقدم توجيهه.

(٥) نعم، المال المخرج من مال القابض الأصلي يختلف.

(٦) المسمى.

(٧) من تلف عنده المال (القابض).

(٨) في العقد، ولكن الشارع حكم به عليهما، وهو المالك الأصلي الحقيقي.

بعض المقامات^(١) مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

فإذا^(٢) ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقول مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأن هذا هو التدارك حقيقة؛ ولذا^(٣) لو اشترط ضمان العارية^(٤)، لزم لزوم غرامة مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات^(٥) - من المغصوبات وغيرها - عدا لفظ «الضمان» بقول مطلق^(٦).

وأما تداركه بغيره^(٧)، فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع.

فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمى - نظير الضمان في العقد الصحيح -، ضعيف في الغاية^(٨)؛ لا^(١) لأن ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد^(٢)، إذ يكفي في

(١) ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ١٧٨، والشهيد الثاني في المسالك

٦٣: ٦.

(٢) فكيف نحدد المقدار المخرج من المال الأصلي؟ نحدده ...

(٣) ولأن هذا هو المعنى الحقيقي للضمان، والمفهوم من الإطلاق.

(٤) ولم يحدد المال الذي يضمن بدلا عن العارية فيما لو تلفت.

(٥) أنظر الوسائل ١٣: ٢٥٧ - ٢٥٨، الباب ١٧ من أبواب أحكام الإجارة،

الأحاديث ٢ - ٦، و ١٣: ٢٧١ و ٢٧٦، الباب ٢٩ و ٣٠، و ١٩: ١٧٩ - ١٨٢، الباب

٨ - ١١ من كتاب الديات وغيرها.

(٦) فاللازم على هذا هو البدل الواقعي، من المثل أو القيمة.

(٧) أيا كان هذا الغير.

(٨) قال المحقق المامقاني - بعد نقل العبارة -: تعريض بما في شرح القواعد،

في تحقق فرض الفساد^(٣) بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضية - نظير المعاطاة على القول بالإباحة - بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان^(٤)، وأن التدارك بالمسمى في الصحيح لإمضاء الشارع ما توأمتا على عوضيته؛ لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة، فافهم^(٥).

ثم^(٦) العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفرادها مثل

أنظر غاية الآمال: ٢٧٩، وشرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقة ٥٢.

(١) وضعفه لأن

(٢) فيلزم خلاف الفرض، وعدم الفرق بين الصحيح والفاقد.

(٣) والفرق بين الصحيح والفاقد.

(٤) وانه لو أطلق اقتضى البديل الواقعي.

(٥) قد يكون المقصود بالأمر بالفهم هنا لمجرد دقة المطلب؛ إذ هو دقيق في الغاية، كما قد يكون الأمر لشيء آخر دقيق في الغاية، وهو أن كل البناء الضخم العملاق الذي بناه المصنف في المقام، كله قائم على نقطة ارتكاز ضعيفة للغاية، وهي أن إطلاق الضمان يعين الضمان بالبديل الواقعي؛ إذ ليس على ذلك دليل قد يدعى غير العرف والفهم العرفي، وهذا مما يمكن التشكيك فيه.

(٦) البحث الثالث: تشخيص اللحاظ المأخوذ في عموم «كل عقد»

لا زلنا في الخطوة الثانية من خطوات المصنف، التي تهتم بالعقد الإيجابي للقاعدة، وبالضبط في الموقف الأول من مواقف هذه الخطوة؛ حيث تناول بيان معاني ألفاظ القاعدة بعقدها الإيجابي، وقد انتهينا من بحثين في هذا المجال، تناول

أولهما المراد من كلمة «العقد»، وشمولها للعقد الجائز واللازم، فيما تناول ثانيهما معني الضمان في قولهم: «ما يضمن»، لنصل اليوم إلى ثالث أبحاث هذا الموقف، حيث نتعرض إلى تشخيص اللحاظ المأخوذ في عموم «كل عقد»، وهل هو أنواعى أم أصنافى أم أفرادى؟

ولا بد هنا من تمهيد فني يضع يدك على بعض أساسيات البحث في المقام وأدواته ومنطقاته، وإلا، ستضيع - والعياذ بالله - في زحمة الكلمات، وستختلط عليك الأوراق، فلا تعرف رأسك من رجلك، وجرب ذلك بنفسك، بأن ترجع قبل أن تقرأ المطلب عندنا إلى أي كتاب آخر يتناول المادة العلمية التي نحن فيها. وعلى أية حال، فإن هذا التمهيد سيتناول ما يلي:

أولاً: تذكير بأساس فني تقدم

تقدم في التمهيد الذي عقدناه للكلام في القاعدة الفقهية التي نحن فيها نقطة منهجية فنية غاية في الأهمية، وإن لم يصرح بها أحد قط ممن تعرض لكلام المصنف في ما نحن فيه، نقطة فنية تعتبر منطلقاً من منطلقات البحث في ما نحن فيه.

والنقطة هي: أننا عندما نكون بصدد تشخيص مفاد قاعدة ما عن طريق تحديد مفاد المفردات الواردة فيها، كما في ما نحن فيه، فإننا في الحقيقة نحاول تشخيص هذا المراد والمفاد عند القائلين بالقاعدة، ومن صدرت القاعدة من أفواههم، ففي الحقيقة: نحاول تشخيص ما أراده هؤلاء في كلماتهم الواردة في القاعدة، شأن ذلك شأن ما لو كان محل الكلام آية أو رواية أو إجماعاً، ففي الآيه، نحاول تشخيص مراده سبحانه وتعالى منها، وفي الرواية، نحاول تشخيص مراد المعصوم منها، وفي الإجماع، نحاول تشخيص مراد المجمعين مما أجمعوا عليه (معقد الإجماع).

وما نحن فيه من هذا القبيل، وبالضبط، من قبيل الإجماع وتشخيص المراد من معقده.

إذا اتضحت هذه النقطة، إتضح أن المرجع في التشخيص في ما نحن فيه إذا هو الرجوع إلى كلام الفقهاء القائلين بالقاعدة، وذلك من خلال القواعد العامة التي يتكلمون على أساسها، سواء أكانت هذه القواعد قواعد عامة للمحاورات العرفية أو خاصة، من قبيل إرادة الظهور مثلا والاعتماد عليه حجة في التخاطب وتبادل المعلومات، ومن قبيل الكلمات التي صدرت عنهم مما يعتبر قرائن على تحديد مفادات كلماتهم الواردة في القاعدة، مثل الأحكام الصادرة عنهم مما له ارتباط بتشخيص المفاد من القاعدة، وهذا ما سنراه عمليا في ما نحن فيه، وسأنبهك عليه إن شاء الله تعالى.

ثانيا: شمول البحث للعقد السلبي للقاعدة

ولأن ما تقدم قد يتوقف على تشخيص المراد من القاعدة بعقدها السلبي، فغن البحث في المقام سيكون عاما شاملا لهذا العقد، للتفاعل بين العقدين: الإيجابي والسلبي في إعطاء النتيجة النهائية للمراد من العموم في ما نحن فيه.

ثالثا: العقود أنواع وأصناف وأفراد

ولو رجعنا إلى العقود المختلفة، لوجدنا أنها أنواع وأصناف وأفراد، وقد يكون للحاظ المأخوذ في ما نحن فيه ناظرا إلى أحد هذه العقود.

ولا بد من الإلتباه هنا إلى نقطة حساسة جدا، يتوقف عليها النتيجة النهائية في ما نحن فيه غاية التوقف، وهي أن تقسيم العقود في ما نحن فيه إلى أنواع وأصناف وأفراد إنما هو بلحاظ نقطة واحدة مشخصة محددة لا غيرها، وهي ثبوت الضمان في صحيح هذه العقود، وليس أمرا آخر مما قد يوجب التقسيم ويصححه، وهو ما يعبر عنه بجهة القسمة، فجهة القسمة في ما نحن فيه إذا هي ما تقدم، دون غيرها من الجهات التي يمكن تقسيم العقود على أساسها.

إذا اتضح ما تقدم، نقول:

أما المراد من نوع العقد، فهو ما كان من العقود مضمنا بصحيحه في جميع أفرادها، بحيث لا يمكن تقسيمه إلى قسمين من هذه الجهة، بل جميع أفرادها في صحيحها ضمان عند تتبع هذه الأفراد.

وليس لهذا القسم إلا فردان، وهما: البيع والعارية.

وأما المراد من الأصناف في ما نحن فيه، فهو أن يكون العقد بحسب التضمين بصحيحه على قسمين: يضمن أحدهما فيما لا يضمن الآخر، من قبيل العارية مثلا؛ إذ لا تضمين في صحيحها إلا في عارية الذهب والفضة والمشروط فيها الضمان دون غيرها.

ولا بد هنا من الإلتباه إلى نقطة مهمة أيضا، وهي أن عقدا ما قد يكون محسوبا على نوع ما، بينما هو في الحقيقة مما له أكثر من صنف، وذلك بأن ينظر إلى هذا العقد فيعتبر نوعا من حيث الأصل والقاعدة، وأما الأصناف، فتعتبر أمرا استثنائيا من ذلك الأصل ثبتت على خلافه، كما في ما نحن فيه من العارية؛ حيث قد يعتبر عقد العارية (نوعا)، ويعتبر من العقود التي ليس في صحيحها ضمان، وأما عارية الذهب والفضة وما شرط فيها الضمان، فهي أمر خارج عن مقتضى تلك القاعدة والأصل، فيكون عقد العارية مما له (نوع) و(صنف) في الوقت ذاته.

وهكذا الأمر في البيع والإجارة، فقد تعتبر (نوعا) باعتبار الأصل والقاعدة؛ إذ قد يكون هناك صنف فيهما مما ليس مضمنا بصحيحه، كما لو قلنا بصحة البيع أو الإجارة بلا مقابل مثلا؛ إذ ليس هذا العقد الصحيح مضمنا.

من الواضح أن المعلومة الأخيرة يشوبها الضعف الفني الشديد؛ إذ هي خروج عن جهة القسمة التي اتخذناها منطلقا للتقسيم، وهي لحاظ الأفراد من حيث ثبوت

الضمان في صحيحها جميعا في نوع من الأنواع. فلا تنس رجاء.
وأما المراد من الفرد في ما نحن فيه، فهو أن نلاحظ العقد الواقع خارجا بين المتعاملين، ولا علاقة لنا بصنفة، ولا بنوعه.

هذه هي أنواع العقود وأصنافها وأفرادها، وكل واحد من هذه الثلاثة، يمكن أن يكون هو الذي لوحظ في قولهم في القاعدة: «كل» في عقديها: الإيجابي والسلبي.

رابعا: بيان العموم بلحاظ كل واحد من العمومات الثلاثة المتقدمة

ولو كنا نحن والبحث الافتراضي وعلى مستوى الإحتمالات في المراد من العموم في ما نحن فيه، فإن من الممكن أن يراد من العموم أي واحد من اللحاظات الثلاثة المتقدمة، فلنبين ذلك إذا، لنتقل بعد ذلك إلى ما يترتب على كل واحد منها، لنستعين بذلك في تشخيص الموقف من السؤال الفرعي المطروح في ما نحن فيه، وهو: ما هو لحاظ العموم في «كل»؟

١. العموم بلحاظ النوع

أما العموم بلحاظ النوع، فالمراد به هو أن يكون الملحوظ بالعموم في ما نحن فيه هو النوع كما تقدم، بأن نلاحظ نوع العقد، فإن كان في صحيحه ضمان، كان ذلك في فاسده، وإن لم يكن، لم يكن في فاسده أيضا.

ولكن، من الحاكم بأن هذا (النوع) من العقود في صحيحه الضمان؟

والجواب: قلنا في النقطة الفنية المتقدمة أنه الفقهاء القائلون بالقاعدة.

وعليه، ستكون النتيجة بناء على كون اللحاظ هو النوع، هي أن العقد لو كان جميع أفراد نوعه مضمونة بالعقد الصحيح، فإن تلك الأفراد مضمونة بالعقد الفاسد. وبعبارة أخرى: المراد من عموم العقود في ما نحن فيه، هو العقود التي كان نوعها مضمنا بصحيحه، بأن كان كل أفرادها مما يضمن بصحيحه؛ لينطبق على هذه

الأفراد أنها تابعة لنوع يضمن بصحيحه.

ولو استقرأنواع العقود المختلفة في الفقه، لما وجدنا نوعا مضمنا من قبيل ما نحن فيه إلا البيع والإجارة، فإنهما مضمنان بجميع أفرادهما، فهما (نوعا) من العقود المضمنة، وأما سائر العقود، فلا، ما يعني أن المراد من «كل عقد» في العقد الإيجابي للقاعدة محل البحث: «كل عقد من عقود البيع والإجارة»، لا غيرها، وكان القاعدة تكون بذلك قد أسست لغرض بيان الموقف من هذه العقود ليس إلا. لا تنس هذه النتيجة رجاء، فإننا سنعتمد عليها في تشخيص النتيجة النهائية من المراد من العموم في ما نحن فيه.

٢. العموم بلحاظ الصنف

وأما العموم بلحاظ الصنف، فإن المراد منه هو كون الملحوظ في العموم هو الصنف الذي ينتمي إليه العقد المبرم بين المتعاملين؛ إذ قد يكون للنوع الواحد من العقود أكثر من صنف كما تقدم، وعلى هذا، فما كان صنفه يضمن بصحيحه، فإنه مضمن بفاسده، وما لم يكن كذلك، فإنه لا يضمن بفاسده، ولا علاقة لنا بالنوع، وكون الأصل والقاعدة في هذا العقد هي عدم الضمان مثلا.

وعلى هذا، فعارية الذهب والفضة يضمن بفاسدها؛ لأنها من صنف ما يضمن بصحيحه، وأم كون الأصل والقاعدة في العارية عدم الضمان، فلا علاقة لنا بذلك، وهكذا الأمر بالنسبة إلى الصلح مثلا، لو قلنا بأن الأصل والقاعدة فيه (النوع) ليس مضمنا.

٣. العموم بلحاظ الضرد

وأما لو كان العموم بلحاظ الفرد الواقع خارجا، فإن النتيجة ستكون أننا نلاحظ هذا الفرد الذي وقع في الخارج، فإن كان في صحيحه ضمان، كان في فاسده ذلك، وإلا، فلا.

خامسا: تشخيص العموم المأخوذ في ما نحن فيه (العموم بلحاظ الصنف)

بعد ما تقدم من كلام ومقدمات، نقول:

المراد من العموم في ما نحن فيه هو العموم بلحاظ (الصنف)، لا بلحاظ (النوع) ولا بلحاظ (الفرد).

١. عدم إرادة العموم بلحاظ النوع

أما عدم إرادة العموم بلحاظ النوع؛ فلأننا لاحظنا النتيجة التي تنتج من إرادة هذا العموم؛ إذ ستكون القاعدة المختصة بالبيع والإجارة من العقود، الأمر الذي يصطدم مع أمرين مهمين لا يمكن غض النظر عنهما: الأول: أن أحدا من الفقهاء لم يدع هكذا ادعاء، وهو اختصاص القاعدة بباين لا غير من أبواب العقود.

الثاني: أن إرادة النوع خلاف كلام الفقهاء والقرائن التي لا بد من أخذها بنظر الاعتبار في تشخيص المراد والمفاد الهائي لكلام ما، ولو رجعنا إلى كلام القائلين بالقاعدة، للاحظنا أنهم يستدلون بالقاعدة في غير هذين البابين، وقد قلنا سابقا في النقطة المحورية التي تقدمت في التمهيد: أن المنطلق في فهم المراد من القاعدة وما ورد فيها من ألفاظ هو الفقهاء لا غيرهم.

٢. عدم إرادة العموم بلحاظ الفرد

وأما عدم إرادة العموم بلحاظ الفرد بما هو فرد، أي: بلحاظ العقد الواقع في الخارج كما تقدم؛ فلأنه لا معنى للقاعدة بلحاظ الفرد، وأما التصوير الذي تقدم لاحتمال كون الملحوظ الأفراد، فهو مجرد تصوير في عالم الثبوت والفرض لا حقيقة له في الخارج وإن كان يمكن تصوره ثبوتا؛ إذ لا يمكن التقسيم فيه أصلا من الأساس بلحاظ الخارج؛ إذ أن الفرد الواقع في الخارج هو فرد واحد لا أكثر

لكي يمكن فيه التقسيم.

وبعبارة أخرى: عندما نقسم تقسيما ما، فإن من الواضح لزوم وجود لا أقل من فردين في الخارج، ليتمكن تقسيمهما إلى قسمين: أحدهما في صحيحه ضمان، فيما الآخر ليس في صحيحه ضمان، ومن الواضح أن هذا لا يتحقق بلحاظ الفرد حسبما فسرناه في المقام؛ إذ الفرد الواقع في الخارج فرد واحد لا أكثر، فهو - بلحاظ كونه فردا خارجيا - إما أن يقع صحيحا لا فاسدا، فهو فرد واحد، وإما أن يقع فاسدا لا صحيحا، فهو فرد واحد أيضا.

وبعبارة مختصرة جدا: عندما تقول: «هذا الفرد»، فمن الواضح أنه فرد واحد لا أكثر ليتمكن أن يقال بأن في صحيحه ضمان أو ليس في صحيحه ضمان. فانتبه، وتأمل جيدا.

فإن قلت: علمتمونا على أن نتأمل جيدا في ما يؤتى به بعنوان كونه دليلا؛ إذ في الكثير من الأحيان يتضح أن هذا الذي يعتمد مستندا ودليلا ليس إلا مدعى يحتاج بنفسه إلى دليل.

ولو رجعنا إلى الدليل على إبطال إرادة الفرد بما هو فرد، لرأينا أنه «لزوم وجود فردين في الخارج: أحدهما صحيح، والآخر فاسد»، فمن أين لكم بهذا الدليل؟ ليس هذا بنفسه مدعى يحتاج إلى دليل؟!

وبعبارة أخرى: لماذا لا نكتفي بوجود الفردين ولو في عالم التصور والفرض، فنقول: هذا الفرد من العقد الذي وقع في الخارج فاسدا، لو كان صحيحا، فإن كان فيه ضمان، ففي هذا الفرد الخارجي الفاسد ضمان، وإلا، فلا؟

قلنا: لا يمكن أن نرد الحق حينما نسمعه، وما تقدم كلام فني جميل، بل غاية في الجمال؛ فإن ما اعتبر دليلا يحتاج بنفسه إلى دليل كما ذكر، وحاشا أن نسمع

الحق فلا نقبله، نعوذ بالله من ذلك.

والدليل حي حاضر يرزق، قائم على أساس فني تقدم قبل الدخول في تفصيلات المراد من ألفاظ القاعدة، حين أبرزنا جملة من الأمور الفنية التي لا بد من أخذها بنظر الاعتبار ونحن نفسر القاعدة ونشخص المفاد النهائي من كل لفظ من ألفاظها، وصولاً إلى تشخيص المفاد النهائي للقاعدة كلها.

والأساس الفني الذي نقصده هنا، هو أن القاعدة كلام صادر من أناس عرفيين يتكلمون طبق القواعد العامة للغة والعرف، ومن ضمن هذه القواعد الكثيرة اعتماد الظهور حجة مبينة للمراد كما هو أوضح من أن يخفى، وهو ما وعدنا بأن ننبه عليه مرة أخرى حين الاعتماد عليه.

ومن الواضح أننا لو رجعنا إلى القاعدة محل الكلام، لوجدنا أن ظاهرها وجود فردين للعقد في الخارج: أحدهما صحيح والآخر فاسد.

والسر في ذلك هو كلمة «بصحيحه» وكلمة «بفاسده» الواردتان في القاعدة؛ إذ أن ظاهر ورودهما معا في القاعدة هو ما تقدم، من وجود الفردين في الخارج. وبعبارة أكثر تخصصاً: الظاهر من هذين اللفظين تحقق كل من القسمين (الصحيح والفساد) في كل فرد مشمول لكلمة «كل» فعلاً. وهذا بالنسبة إلى الفرد الخارجي الشخصي غير متصور؛ إذ أنه إما أن يتصف بالصحة أو بالفساد؛ لكونهما صفتين متقابلتين لا تجتمعان في موضع واحد شخصي.

فإن بطل إرادة الفرد بما هو فرد، فلم يبق إلا إرادة النوع أو الصنف، وقد أبطنا إرادة النوع، فلم يبق إلا الصنف.

لا يقال: ولكن، أليس الأمر في لحاظ النوع والصنف كذلك أيضاً؛ حيث نشير إلى الفرد الواقع من النوع أو الصنف فنقول: هذا الفرد إن كان في صحيحه ضمان،

البيع والصلح والإجارة ونحوها، لجواز كون نوع لا يقتضي بنوعه الضمان^(١)، وإنما المقتضي له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الضرد الفاسد من غير ذلك الصنف^(٢)، مثلاً: الصلح بنفسه لا يوجب

ففي فاسده ضمان، فيرد نفس الإيراد المتقدم في إرادة الفرد؟!

قلنا: هناك فرق بين المقامين؛ فإننا حينما نشير إلى الفرد، قد يكون الملحوظ هذا الفرد بما هو فرد خارجي شخصي، وهذا هو اللحاظ على أساس الفرد، كما يمكن أن يكون الملحوظ هو الفرد، ولكن، لا على بلحاظ كونه فرداً خارجياً شخصياً، وإنما بلحاظ كونه فرداً من صنف، أو فرداً من نوع، وهذا اللحاظ والأساس هو الفارق بين المقامين، وهو ما يجعل التقسيم ممكناً بلحاظ النوع والصنف دون الفرد؛ إذ سيتحقق حينئذ فردان في الخارج أحدهما صحيح والآخر فاسد.

هذه هي القصة الفنية الكاملة لتشخيص العموم المأخوذ في القاعدة بعقديها الإيجابي والسلبي، وبعض ما ذكرناه من معلومات للوصول إلى هذا التشخيص، ستلاحظ أنه سيأتي في المستقبل، في سياق تشخيص اقتضاء الضمان المأخوذ في القاعدة، وأنه الذاتي، أم أنه مطلق عام شامل للإقتضاء العرضي بالشرط مثلاً، إلا أن الضرورة دعتنا لتقديمه؛ حيث حقه التقديم؛ إذ لا يمكن إعطاء الصورة الكاملة للبحث بدون تقديمه.

(١) إذ ليس جميع أفرادها مما يقتضي الضمان بصحيحه، وهي جهة القسمة التي اتخذناها أساساً للقسمة، إلى: النوع والصنف والفرد، كما تقدم.

(٢) أي: ولو كان ذلك العقد من حيث النوع ليس مضمناً لعدم كون جميع أفرادها مما فيها الضمان فيصحيحها. فالمرجع الصنف لا النوع.

الضمان^(١)؛ لأنه قد لا يفيد إلا فائدة الهبة الغير المعوضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان أيضا، ولا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا فلا يضمن بفاسده، وكذا الكلام في الهبة المعوضة^(٢)، وكذا عارية الذهب والفضة^(٣).

نعم^(٤)، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أن صحيح

(١) فهو على هذا بحسب نوعه لا يوجب الضمان؛ إذ ليس جميع أفراد مما يوجب صحيحها الضمان، وإنما بعض أفراد الأصناف.

(٢) فلا يلتفت إلى كون الهبة بحسب النوع ليس في صحيحها ضمان بالتوجيه المتقدم في الصلح.

(٣) فلا يلتفت إلى كون العارية بحسب النوع ليس في صحيحها ضمان بالتوجيه المتقدم في الصلح والهبة.

(٤) الإشكال على المصنف في إرادة الصنف في القاعدة

النتيجة التي وصلنا إليها، هي أن المصنف يختار أن العموم في القاعدة بعقديها الإيجابي والسلبى إنما هو بلحاظ الصنف لا النوع، وهنا، يأتي الإشكال الفني الجميل، وحاصله:

قلت: إن المنطلق في تشخيص المراد من القاعدة وما ورد فيها من ألفاظ هو كلام الفقهاء أنفسهم؛ فالقاعدة كلام صادر عنهم يرجع في فهمه إليهم لا إلى غيرهم، وهنا نقول:

ولو رجعنا إلى كلام الفقهاء وما تمسكوا به بالقاعدة من موارد، لاستطعنا أن نصل إلى نتيجة هي أنهم يريدون العموم بلحاظ النوع لا بلحاظ الصنف؛ فقد

تمسكوا لعدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم بأن صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدها، وهذا الدليل واضح في أن العموم في القاعدة عندهم إنما هو بلحاظ النوع؛ إذ نوع العارية لا يقتضي الضمان بعد أن لم يكن جميع أفراد العارية مما يقتضي صحيحه الضمان، فكان من حيث النوع مما ليس في صحيحه ضمان، فلا يكون في فاسده ضمان، فيتم الإستدلال بالقاعدة على عدم ضمان المحرم.

وأما رد الإشكال المتقدم من قبل المصنف تتد، فهو بسيط جدا، إلا أنه فني جدا في الوقت نفسه؛ إذ هو قائم على أساس فني قوي جدا، وهو أن الإستدلال المتقدم إنما يصلح دليلا على اختيار الفقهاء لكون العموم بلحاظ النوع في حالة واحدة، وهي إحراز دلالة الكلام المتقدم على المدعى، بحيث يحرز أنهم عندما تمسكوا بالقاعدة في مسألة عدم ضمان المحرم من جهة أن الملحوظ في القاعدة هو العموم بلحاظ النوع، وهذا - ببساطة - غير محرز أبدا؛ إذ أن الإستدلال المتقدم يتم بلا أية مشكلة فيما لو كان رأيهم أن الملحوظ هو الصنف لا النوع، بان يكون مرادهم أن صنف العارية محل الكلام (عارية المحرم) مما ليس فيها ضمان بعد كونها ليست من صنف العارية المضمون بصحيحها كما في عارية ال هب والفضة والمشروط فيها الضمان، فكذا لا يضمن بفاسدها.

وما دام باب الإحتمال قد فتح، فباب الإستدلال في المقام قد سد كما هو واضح؛ إذ لا بد للمستشكل من إحراز ظهور كلامهم وإستدلالهم في المدعى، وهو كون اللحاظ في القاعدة النوع، بينما يكفي نحن الرادون للإشكال أن نشكك ليس إلا؛ إذ لو ورد الإحتمال، بطل الإستدلال، نعم، لا بد للتشكيك من أن يكون عقلايا عرفيا مقبولا قائما على أساس فني صحيح، ولا يكفي أي تشكيك مهما كان، وهو

العارية لا يوجب الضمان، فينبغي أن لا يضمن بفاسدها^(١)، ولعل^(٢) المراد عارية غير الذهب والفضة، وغير المشروط ضمانها.

ثم^(٣) المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه

ما نبهنا عليه أكثر من مرة في ما شابه المقام من استدلال ورد.

وعليه، فاحتمال إرادتهم للصنف لما كان عرفيا عقلائيًا، فإنه يكفي في رد الإشكال في المقام.

(١) ونحن في الرد يكفينا التشكيك وإبداء الإحتمال؛ إذ حين يرد الإحتمال،

يطل الاستدلال كما نعرف.

(٢) المسالك ٥: ١٣٩ - ١٤١.

(٣) البحث الرابع: تشخيص المراد من الإقتضاء الوارد في القاعدة

لا زلنا في الخطوة الثانية من خطوات المصنف، التي تهتم بالعقد الإيجابي للقاعدة، وبالضبط في الموقف الأول من مواقف هذه الخطوة؛ حيث نتناول بيان معاني ألفاظ القاعدة بعقدها الإيجابي، وقد انتهينا من ثلاثة أبحاث في هذا المجال، تناول أولهما المراد من كلمة «العقد»، وشمولها للعقد الجائز واللازم، فيما تناول ثانيهما معني الضمان في قولهم: «ما يضمن»، وتناول ثالثها تشخيص اللحاظ المأخوذ في عموم «كل عقد»، وأنه عموم بلحاظ الصنف.

وتصل النوبة اليوم إلى رابع هذه الأبحاث، حيث تشخيص المراد من الإقتضاء الوارد في القاعدة، عندما يقول الفقهاء في بعض صياغات القاعدة: «كل عقد يقتضي صحيحه الضمان،...»، فالسؤال الفرعي الذي يهتم هذا البحث بإيجاد الجواب الناجع عنه، هو: هل يختص اقتضاء العقد الصحيح هذا للضمان باقتضاء ذات العقد، أم يعم الاقتضاء العرضي الناشئ من الشرط في ضمن العقد؟

نحتاج هنا للوصول إلى تشخيص فني صحيح للإجابة المطلوبة أن أذكرك بالنقاط المهمة التالية:

الأولى: أن الكلام كله فيما لو كنا نحن والقاعدة محل الكلام، بحيث كان الإستدلال على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بالقاعدة لا بغيرها، ما يعني أن الإستدلال بالقاعدة لو لم يتم كما سيذهب إليه المصنف في ما لو لم يكن الضمان ثابتا لذات العقد، فإن ذلك ليس معناه الإفتاء بعدم الضمان بمجرد الانتهاء من البحث الحالي، بل لا بد من الرجوع إلى أدلة الضمان الأخرى، من قبيل ما تقدم من قاعدة اليد، أو ما سيأتي من قاعدة الإقدام مثلا. فلا تستعجل وتفت على طبق ما تصل إليه من موقف من الإستدلال بالقاعدة.

الثانية: أن الكلام إنما هو في تشخيص مراد الفقهاء من كلامهم الوارد في القاعدة بعقديها الإيجابي والسلبى، لا في العقد الإيجابي فقط، ولا في تشخيص مراد من آية أو رواية.

الثالثة: المعلومة السابقة تعني: أن الأدوات المطلوبة للتشخيص فقهية أيضا، بمعنى: أننا نرجع إلى كلام الفقهاء أنفسهم الوارد في ما يرتبط بالقاعدة وما ذكروه تطبيقات لهذه القاعدة.

الرابعة: كما أن الفقهاء بما أنهم أناس يتكلمون على طبق القواعد العامة للكلام، فإننا نتعامل مع كلامهم تعاملنا مع أي كلام آخر صادر عن أناس عرفيين يتكلمون على طبق المعايير والقوانين العامة للغة التي ينطقون بها، من قبيل الإعتماد على المتبادر من كلامهم مثلا.

الخامسة: مما تقدم في البحث السابق، يتضح أن العموم المأخوذ في القاعدة إنما بلحاظ الصنف، لا النوع؛ لما تقدم من دليل، ولا الصنف؛ لما تقدم من عدم

صحة ذلك إثباتا وإن كان ممكنا ثبوتا.

السادسة: أن اقتضاء الصحيح للضمان يمكن أن يكون بسببين:

الأول: أن يكون العقد بذاته وبغض النظر عن أمور عارضة عليه مقتضيا للضمان، كما في البيع مثلا والإجارة؛ فإن العقد نفسه يقتضي ضمان العوضين في البيع والإجارة.

الثاني: أن يكون العقد بذاته مما لا يقتضي الضمان، إلا أنه قد تعرض عليه بعض الأمور التي تجعله يقتضي الضمان، كما في عارية غير الذهب والفضة لو اشترط المعير الضمان، وكذا بالنسبة إلى الهبة المعوضة؛ بناء على ما ذهبنا إليه في تعريف البيع حينما أشكل علينا بعدم طرد التعريف الذي اخترناه للهبة المعوضة، فهو غير مانع للأغيار؛ حيث قلنا هناك أن الهبة كلها مجانية حتى ما كان معاوضيا منها؛ إذ العوض ليس عوضا، وإنما هو شرط يثبت للواهب به خيار الشرط فيما لو لم يلتزم المتهمب بالعوض المشروط، فالهبة - على هذا - بنفسها وذاتها لا تقتضي الضمان، وإنما اقتضته في المعاوضي منها بطرو أمر خارجي عن العقد، وهو الشرط، فحالها في ذلك حال العارية المشروط فيها الضمان.

السابعة: السؤال المطروح في ما نحن فيه هو: أننا عندما نقول: «كل عقد يقتضي صحيحه الضمان ففاسده يقتضي الضمان»، فما هو المقصود بالإقتضاء الوارد في هذه العبارة؟ هذا هو السؤال المطروح هنا.

الثامنة: وأما الثمرة المترتبة على السؤال المتقدم، فهي أننا لو قلنا بأن الإقتضاء ذاتي لا عرضي، فإننا سوف نحكم بأن العارية المشروطة لو وقع عقدها فاسدا لأي سبب من الأسباب، فإنه ليس فيها ضمان على الرغم من أن صحيحها يقتضي الضمان؛ إذ المعيار في الصحيح الذي يقتضي فاسده الضمان إنما هو الصحيح

الذي يقتضي بذاته الضمان، وذات عقد العارية - غير عارية الذهب والفضة طبعاً - لا يقتضي الضمان، فكذا فاسد العقد.

وأما لو قلنا بأن الإقتضاء المأخوذ في القاعدة هو الإقتضاء الذاتي أو العرضي، أي: مطلق الإقتضاء، فمن الواضح أن الحكم حينئذ الضمان؛ إذ صحيح العارية المشروط فيها الضمان مضمن، فكذا فاسدها.

وهكذا نقول في كل عقد آخر، من قبيل الإجارة بالنسبة إلى ضمان العين المستأجرة؛ حيث أنها ليست مضمونة بذات العقد، وذات العقد الصحيح لا يقتضي ضمانها، فلو اشترط المؤجر على المستأجر الضمان، ثم اتضح فساد العقد، فإن المستأجر لا يضمن بناء على أن الإقتضاء هو الذاتي، بينما يضمن بناء على الإقتضاء المطلق الشامل للعرضي بسبب الشرط كما في ما نحن فيه.

هذا بالنسبة إلى أمثلة لا تقتضي بذاتها الضمان، وإليك مثالين لعقدين يقتضيان بذاتهما الضمان، فيثبت الضمان في الفاسد حتى مع عروض عدم الضمان بسبب عارض:

الأول: الإستيجار بشرط أن لا أجرة

فلو اتضح فساد هذا العقد، فلو بنينا على أن الإقتضاء ذاتي، كان اللازم الحكم بالضمان؛ إذ أن الإجارة الصحيحة تقتضي بذاتها ضمان الأجرة، فكان اللازم الضمان في فاسدها.

وأما لو قلنا بأن المراد من الإقتضاء هو العام الشامل للإقتضاء العرضي، فإن الشرط المذكور في العقد الصحيح يقتضي عدم الضمان، فكذا ينبغي في العقد الفاسد، فلا يثبت الضمان.

الثاني: البيع بلا ثمن

والكلام فيه هو الكلام المتقدم في الإجارة.

من الواضح أن المثالين الأخيرين مبنيان على صحة الإجارة بشرط عدم الأجرة، وصحة البيع بلا ثمن، كما ذهب إليه بعض الفقهاء.

كما أن من الواضح أننا في المثالين إنما كنا ننظر إلى حالة عدم الضمان العارضة على عقد كان يقتضي بذاته الضمان، وهذا هو الفرق بين المثالين الأخيرين وبين الأمثلة الثلاثة التي تقدمتهما؛ إذ كنا نتكلم هناك عن عقود لا تقتضي بذاتها الضمان، والضمان عارض عليها، من قبيل الهبة والعارية والإجارة بالنسبة إلى العين لا المنفعة، وفي المثالين الأخيرين تكلمنا عن عقدين يقتضيان بذاتهما الضمان، وأما عدم الضمان، فهو عارض عليهما.

المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه

بعد هذه النقاط التمهيدية نقول: المراد من الإقتضاء الوارد في القاعدة هو الإقتضاء الذاتي لا العرضي؛ وذلك لدليلين:

الأول: أن المتبادر من الإقتضاء الوارد في القاعدة بما ورد فيها من ألفاظ هو الإقتضاء الذاتي؛ فهذا المعنى هو المتبادر عرفاً، والتبادر علامة الحقيقة، وأما الضمان الثابت بأمر عرضي كالشرط مثلاً، فإنه أمر أجنبي خارج عن ذات العقد، لا يتبادر من الإقتضاء الوارد في القاعدة.

الثاني: ما تقدم في الموقف السابق، من أن العموم في القاعدة إنما هو بلحاظ الصنف لا النوع ولا الفرد؛ إذ ما ذكرناه هناك دليلاً لإرادة الصنف وعدم إرادة الفرد، جار هنا ليثبت كون الإقتضاء المراد في القاعدة هو الإقتضاء الذاتي.

والسرفي ذلك، هو أن حمل الإقتضاء على ما يشمل الإقتضاء العرضي بالشروط أو بغيره كما تقدم في الأمثلة، مرده - في الحقيقة - إلى إرادة الفرد، أي: أن يكون

الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة^(١) إشكال، كما لو استأجر إجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين، وقلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفساد لأن صحيحه يضمن به ولو لأجل الشرط، أم لا؟ وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة^(٢).

ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفسادها مطلقاً^(٣)، تبعاً لظاهر المسالك^(٤).

الملحوظ في العموم في القاعدة هو إرادة الفرد، لا النوع، ولا الصنف؛ إذ معنى الإقتضاء العرضي هو أننا نشير إلى العقد الواقع في الخارج بلحاظ كونه فرداً واقع في الخارج، لا بلحاظ كونه فرداً من صنف أو فرداً من نوع، وإلا، لكان المراد من الإقتضاء هو الذاتي لا العرضي، وقد تقدم بطلان حمل العموم في القاعدة على العموم بلحاظ الفرد. فانتبه؛ فإن هذا هو الذي اضطر المصنف تَدَبُّرُ إلى الرجوع مرة أخرى للكلام عن عدم صحة إرادة الفرد، وهو الكلام الذي قدمناه نحن إلى البحث المتقدم، وقد نبهنا عليه هناك. إنتهه رجاء. ولا تختلط عليك الأوراق كما اختلطت على غيرك، فخلط المطلب ولم ير منه إلا الدخان والتدخين.

(١) فلا تنس أن الكلام إنما هو في التمسك بهذه القاعدة للضمان، ولا بد من الرجوع إلى الموقف من غيرها من الأدلة لتشخيص الموقف النهائي من الضمان أو عدمه.

(٢) أي: المشروط فيها الضمان، لا في عارية الذهب والفضة؛ فإنها مما كان الضمان فيه من ذاتياته لا بعروض عارض.

(٣) أي: حتى لو كان الضمان في الصحيح بعارض. أنظر الرياض ١: ٦٢٥.

(٤) المسالك ٥: ١٣٩ - ١٤١.

ويمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل^(١)، بناء على أنها هبة مشروطة لا معاوضة.

وربما يحتمل في العبارة^(٢) أن يكون معناه: أن كل شخص^(٣) من العقود يضمن به لو كان صحيحا، يضمن به مع الفساد. ويترتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط أن لا أجره كما اختاره الشهيدان^(٤)، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد^(٥).

ويضعف^(٦): بأن الموضوع^(٧) هو العقد الذي يوجد له بالفعل صحيح وفساد، وفساد، لا ما يفرض تارة صحيحا وأخرى فاسدا^(٨)، فالمتعين^(٩) بمقتضى هذه

(١) أي: مما كان الضمان فيه لعارض، وهو الشرط في ما نحن فيه كما وضحنا في الشرح.

(٢) أي: في القاعدة، والمعني: في الإقتضاء الوارد فيها.

(٣) وفرد.

(٤) نقله المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٢٠، عن حواشي الشهيد، ولكنها لا توجد لدينا، ونقله الشهيد الثاني أيضا في المسالك ٥: ١٨٤، وقال: وهو حسن.
(٥) القواعد ١: ١٣٤.

(٦) إرادة الفرد، وإرادة الإقتضاء مطلقا ولو كان لسبب عارض كالشرط. وقد تقدم بيان المقصود في البحث السابق (الثالث)، حيث بينا المراد من إرادة الفرد، وبيننا الدليل على عدم صحة إرادة الفرد.

(٧) في القاعدة محل الكلام، حيث يقال: «كل عقد... بصحيحه... بفساده»، فهذه قرينة على إرادة عقد له بالفعل (في الخارج) فردان: صحيح وفساد.

(٨) كما بينا في البحث السابق.

هذه القاعدة: الضمان في مسألة البيع^(٢)؛ لأن البيع الصحيح يضمن به^(٣).
 نعم^(٤)، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة: بأنه أقدم على العين^(٥)
 مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع^(٦)، لكن الكلام في معنى القاعدة^(٧)، لا

(١) والنتيجة النهائية: ...

(٢) بلا ثمن. وكذا الإجارة بشرط عدم الأجرة.

(٣) أي: يقتضي بنفسه الضمان، فلا يرفع هذا الضمان بشرط عدم الضمان.

(٤) هذا استدراك على ما وصلنا إليه من نتيجة هي ضمان البيع بلا ثمن،
 والإجارة بلا أجرة بعد أن كان الضمان من مقتضى العقد ذاته وطبيعته، فلا يضر
 اشتراط عدم الضمان.

وحاصل الاستدراك: ان هذا التوجيه للمقصود من الإقتضاء إنما هو بحسب ما
 يظهر من القاعدو ومفرداتها كما تقدم، وهذا لا يمنع لزوم تفسيره تفسيراً آخر بوجود
 عنصر آخر هو الدليل الذي يتمسك به على القاعدة وحجيتها، وهو دليل الإقدام
 الذي ذكره بعض فقهاءنا؛ حيث استند في حجية القاعدة إلى أن الضمان في القاعدة
 إنما هو لأجل إقدام المتعاملين على الضمان، ما يعني أنهما لو لم يتحقق منهما ذلك،
 بأن أقدم على عدم الضمان، كما في البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا أجرة، فلا ضمان
 في الصحيح حينئذ لعدم المقتضي له من الأساس، فلا ضمان في الفاسد.

إلا أن المصنف قد رد هذا الكلام - كما تقدم - بأن البحث فعلاً إنما هو في
 نفردات القاعدة حسب ظاهرها، لا على حسب الأدلة التي أخذت في حجيتها؛ فإن
 ذلك مقام آخر سيأتي، حيث نتعرض إلى مقدار ما يثبت من القاعدة بالأدلة التامة.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٤.

(٦) البيع بلا ثمن، وكذا الإجارة بلا أجرة كما قلنا.

(٧) الظاهر من ألفاظها، اعتماداً على القواعد العامة للمحاورات واللغات، التي

في مدركها .

ثم ^(١) إن لفظة «الباء» في «بصحيحه» و«بفاسده»، إما بمعنى «في»؛ بأن يراد:

من جملتها لعماد الظهور، وجملة الأحكام التي صدرت عن القائلين بها؛ حيث تعتبر قرائن لتشخيص المفاد النهائي للقاعدة كما تقدم بالتفصيل.

(١) البحث الخامس: في تشخيص المراد بالباء في قولهم: «بصحيحه».

لا زلنا في الخطوة الثانية من خطوات المصنف نكتن، التي تهتم بالعقد الإيجابي للقاعدة، وبالضبط في الموقف الأول من مواقف هذه الخطوة؛ حيث نتناول بيان معاني ألفاظ القاعدة بعقدها الإيجابي، وقد انتهينا من أربعة أبحاث من الأبحاث الخمسة التي قام بها المصنف في هذا المجال، تناول أولها المراد من كلمة «العقد»، وشمولها للعقد الجائز واللازم، فيما تناول ثانيها معني الضمان في قولهم: «ما يضمن»، وتناول ثالثها تشخيص اللحاظ المأخوذ في عموم «كل عقد»، وأنه عموم بلحاظ الصنف. كما تناول رابعها الكلام عن أن اقتضاء العقد الصحيح للضمان يختص بذات العقد، فلا يعم الاقتضاء العرضي الناشئ من الشرط في ضمن العقد. وتصل النوبة اليوم إلى خامس أبحاث هذه الخطوة وآخرها، حيث تشخيص المراد من «الباء» الواردة في القاعدة، في قولهم: «بصحيحه» و«بفاسده»، ولا بد من تقديم المادة العلمية في محل الكلام بتسلسل منطقي فني مناسب وإن كان قد يخالف تسلسل المادة في الكتاب، وليس هذا بجديد كما رأيناه في الكثير من المسائل والفروع المتقدمة، فنقول:

أولاً: بيان محل الكلام والسؤال الفرعي المطروح فيه

أما محل الكلام، فهو البحث في المراد من «الباء» الواردة في القاعدة، في قولهم: «بصحيحه» و«بفاسده»، كما قلنا قبل قليل.

وبهذا، يتبين السؤال الفرعي المطروح في المقام، وهو: ما هو المراد بالباء

الواردة في القاعدة؟

ثانياً: الغرض من عقد الكلام في هذا الفرع

من الواضح أن هناك غرضاً للمصنف من وراء البحث في ما نحن فيه؛ إذ ليست القضية قضية ترف علمي وتمضية للوقت وملء للصفحات كما نجده عند كثير من المعاصرين للأسف الشديد، فما هو الغرض الذي كان المصنف ينشده من وراء هذا البحث؟

لا نقصد هنا السؤال بمستواه الساذج؛ حيث قد يجاب على السؤال المتقدم بجواب بسيط، هو: لتشخيص المراد النهائي من القاعدة كما قلتم وكررتم، بل المقصود ما هو أعمق من ذلك، وما يقبع وراء الجواب الساذج البسيط المتقدم، والسؤال هو: ما هي ثمرة تشخيص المراد من الباء في ما نحن فيه؟ هذا هو السؤال.

وللحقيقة أقول: لم يتعرض كل من تناول المادة العلمية التي نحن فيها بدون أي استثناء إلى الغرض الأساسي في ما نحن فيه، ومن أتعب نفسه في هذا الفرع، فإنما وقف على أمور قشرية ساذجة جداً، لا ترقى إلى أن تعكس اهتمام المصنف بالمطلب، ولا جهده الذي بذله في المقام، بل شن بعضهم حملة عليه تتدثر في المقام، إتهمه فيها بإضاعة الوقت والجهد في أمور «بلا طائل».

ولو أردت توضيح الغرض الآن، فقد لا يكون واضحاً بيناً، ولهذا، لا بد أن تنتظر معي الإنتهاء من توضيح المطلب وتفصيله، لتصل النوبة حينها إلى بيان الغرض الأصلي والأساسي لما نحن فيه.

ثالثاً: في الباء الواردة في القاعدة احتمالات ثلاثة

وبصورة عامة، فإن في الباء الواردة في القاعدة احتمالات ثلاثة:

الأول: الظرفية

كما هو الحال في قولنا: «جئت زيدا بالنهار»؛ إذ معناه: «في النهار»، فالباء للظرفية. ويكون معنى القاعدة بناء على هذا الإحتمال: «كل ما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده».

الثاني: السببية التامة

كما هو الحال في قولنا مثلا: «دخل زيد السجن بقتله بkra»؛ بأن كان قتل بكر سببا وعلّة تامة لدخول زيد السجن؛ بحيث لم يكن القتل جزء علة لدخول السجن. وبناء على هذا الإحتمال، سيكون معنى القاعدة: «كل عقد صحيح كان سببا تاما للضمان، كان سببا تاما للضمان لو كان فاسدا».

الثالث: السببية المطلقة الشاملة للناقصة

كما في المثال المتقدم في السببية التامة لو قلنا بأن دخول السجن ليس مترتبا على القتل فقط، وإنما على حكم الحاكم أو قيام البينة مثلا. وبناء على هذا الإحتمال، سيكون معنى القاعدة: «كل عقد صحيح كان سببا ولو غير تام للضمان، كان سببا ولو غير تام للضمان لو كان فاسدا». هذه هي الإحتمالات الإبتدائية الثلاثة في الباء الواردة في القاعدة، وهذه هي معاني القاعدة بناء على كل واحد منها.

رابعا: الفارق العملي بين الإحتمالات الثلاثة

ومن الواضح أن لا إشارة بناء على الإحتمال الأول إلى سبب الضمان، ولا يفهم منه أي شيء له علاقة بزمان بدء الضمان وترتبه على الصحيح أو الفاسد. وأما بناء على الإحتمال الثاني، فإن العقد لما كان العلة التامة والسبب التام للضمان في العقد الصحيح، فإن معنى ذلك أنه سيكون كذلك في العقد الفاسد؛

وذلك لوحدة السياق التي تلزمنا بأن نحافظ على المعنى في العقدين: الإيجابي والسليبي للقاعدة.

وأما بناء على الإحتمال الثالث، فإن العقد ليس هو العلة التامة للضمان في الصحيح، وإنما هو جزء العلة والسبب، وأما الجزء الآخر، فهو القبض، وذلك لما يلي:

أ - بالنسبة إلى العقد الصحيح

أما بالنسبة إلى العقد الصحيح، فإن الضمان لا يترتب على مجرد العقد إلا في غير بيع الصرف والسلم؛ إذ يحكم الفقهاء بعدم الضمان في هذين إلا بعد القبض.

بل يمكن القول بأن البيع بكل أصنافه لا يحكم فيه بالضمان إلا بعد القبض؛ وذلك لأن المبيع لو تلف قبل القبض، فإنه من مال بائعه كما في القاعدة المعروفة، ما يعني أنه مضمون قبل القبض على مالكة الأول الذي تلف عنده، فهو ضامن له بمعنى أن دركه وخسارته عليه، ويضمنه برد الثمن إن لم يكن قد تلف، وإلا، ببدله الواقعي.

الحكم بالضمان بالصيغة المتقدمة، تعني أن لا ضمان بالمعنى الذي نحن فيه إلا بالقبض، وأما بمجرد العقد، فلا.

نعم، إنما نقول بأن مطلق البيع ليس فيه ضمان بمجرد العقد مبنيًا على عدم القول بأن تلف المبيع قبل قبضه يعني الانفساخ أنا ما قبل التلف لا يكفي إلا لرجوع التالف في ملك من تلف عنده وانفساخ العقد؛ إذ لو قلنا بهذا القول، فلن يمكن الذهاب إلى أن كل عقد بيع سببا ناقصا للضمان؛ إذ بناء على هذا القول لن يكون هناك عقد من الأساس بسبب الانفساخ، فعدم الضمان لا بسبب عدم تحقق الجزء الثاني من علة الضمان وهي القبض، وإنما هي من ناحية عدم العلة التامة للضمان، وهي العقد.

وما قلناه في البيع وجزئيته لسبب الضمان بصورة عامة هو ما يمكن القول به

في غير البيع، من قبيل الإجارة والنكاح والخلع؛ فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه، فبدون القبض لا يتحقق السبب الكامل للضمان.

ب - بالنسبة إلى العقد الفاسد

وأما جزئية العقد الفاسد للضمان وكون القبض الجزء الآخر، فيمكن بأحد تصويرين:

الأول: أن نقول بأن العقد هو الذي كان المنشأ والسبب للقبض على وجه الضمان، القبض الذي هو سبب للضمان، ما يعني أن العقد جزء السبب لكونه سبب السبب، والجزء الآخر هو القبض.

الثاني: أن العقد جزء العلة للضمان، وأما الجزء الآخر، فهو القبض؛ وذلك لأن الحكم بالضمان مترتب على العقد بشرط القبض، لا على مجرد العقد. وبعبارة أخرى: العقد مقتض للضمان، وشرط الضمان القبض على وجه الضمان لا المجانية. وهو ما يفهم من كلام جماعة منهم الشيخ الطوسي؛ حيث علل الضمان الشيخ بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، أي: مقدما على الضمان، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بسبب إنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه، فالعقد مقتضي الضمان، والقبض شرط ذلك الضمان وجزؤه الأخير.

خامسا: بطلان كون الباء للسببية التامة

والإحتمال الثاني، وهو كون لباء للسببية التامة باطل؛ وذلك من ناحية ما نقلناه قبل قليل، من أن العقد الصحيح بمجردة قد لا يكون سببا تاما للضمان، كما في الصرف والسلم، بل قد يكون كل بيع من هذا القبيل كما تقدم؛ إذ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

سادسا: بطلان إرادة الظرفية

كما أن إرادة الظرفية باطل أيضا؛ وذلك لكونه خلاف الظاهر في المقام؛ إذ ظاهر الباء في ما نحن فيه هو السببية، وما دامت السببية التامة باطلة كما قلنا قبل قليل، تتعين الباء في ما نحن فيه للسببية المطلقة الشاملة للناقصة.

سابعا: بطلان توهمين في المقام

ويتعين الباء للسببية المطلقة الشاملة للناقصة، يتبين بطلان توهمين:

التوهم الأول: سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد

سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على

الصحيح في سببية الضمان ويقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟!

وبعبارة أخرى: لو كانت الباء للسببية، لما صح أن يقال: «إن ما يضمن بسبب عقده الصحيح يضمن بسبب عقده الفاسد»؛ فإن الضمان في العقد الصحيح وإن كان بسبب العقد بعدما كان صحيحا، ولكن الضمان في الفاسد ليس بسبب العقد؛ بعد وضوح كونه فاسدا لا يترتب عليه شيء، والضمان كله أمر بسبب القبض لا غير.

والنتيجة: لا يمكن أن تكون الباء للسببية في القاعدة في الصحيح والفاسد، وبطلان السببية، يتعين أن تكون لباء للظرفية وإن كان ذلك خلاف الظاهر الأولي لحرف الباء كما قدمنا في بطلان الظرفية، إلا أن الحمل على الظرفية متعين بما ذكر في التوهم.

بطلان التوهم

وبطلان هذا التوهم بأن يقال: تبين مما وجهنا به السببية الناقصة للعقد الصحيح والفاسد، أن العقد لوحده ليس هو السبب في الضمان، كما أن القبض ليس بمجرد السبب التام أيضا، وإنما السبب مركب من هذين الجزأين: العقد والقبض، فالتوهم

المتقدم باطل من أساسه.

التوهم الثاني: السببية الناقصة خلاف ظاهر القاعدة

وأما التوهم الثاني، فهو أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض، فلا بد من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه، وهذا خلاف الظاهر يحتاج إلى دليل.

وبعبارة أخرى: إن ظاهر «بصحيحه» و«بفاسده» هو كون العقد سببا تاما للضمان، ما يعني لزوم حمل الباء على السببية التامة لا الناقصة ولا الظرفية، وأما لو حملناها على الناقصة، فإنه سيكون أمرا مخالفا للظاهر؛ إذ هو بمعنى تخصيص القاعدة الكلية بالنسبة إلى العقد الفاسد؛ إذ يكون المعنى حينئذ: «كل عقد يضمن بسبب صحيحه يضمن بسبب فاسده، إلا العقد الفاسد قبل القبض، فلا يضمن»، ومن المعلوم أن مخالفة الظاهر لا تصح إلا بوجود دليل، من إجماع على عدم الضمان في الفاسد إلا بالقبض مثلا، أو بأي دليل آخر، من قبيل رواية «على اليد...» مثلا.

بطلان التوهم

ولو تأملنا في التوهم المتقدم، لرأينا أن نقطة الإرتكاز فيه إنما هي ادعاء ظهور الباء في السببية التامة، وهذا باطل غير صحيح، وإن كان الحق ظهور الباء في أصل السببية كما تقدم، إلا أن الصحيح هو ظهورها في السببية المطلقة الشاملة للناقصة لا التامة.

وبناء على ما تقدم، بطل حديث التخصيص من الأساس، وبطل ببطلانه حديث الحاجة إلى الدليل على التخصيص؛ إذ ليست سوى أوهام.

ثامنا: الثمرة النهائية لهذا الفرع والسؤال الفرعي فيه

ما نصل إليه من نتيجة لكل ما تقدم من النقاط، هي أن الضمان في الفاسد ليس

كل ما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده^(١)، وإما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة؛ فإن^(٢) العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلا بعد القبض، كما في السلم والصرف، بل لمطلق البيع؛ حيث^(٣) إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع^(٤)، بمعنى أن دركه عليه، ويتداركه برد الثمن^(٥)، فتأمل^(٦)، وكذا الإجارة والنكاح والخلع^(١)؛ فإن المال في ذلك كله مضمون على

هو بمجرد العقد، فلا يترتب الضمان بمحض إجراء العقد الفاسد، وإنما هو لأجل العقد والقبض معا، فالعقد جزء السبب، والباء للسببية المطلقة الشاملة للناقصة. هذه هي الثمرة النهائية التي كانت من وراء كل هذا الجهد الذي بذله المصنف في المقام، فهذا هو مفاد القاعدة طبقا لمجموع البحوث والتحقيقات التي بذلناها في المقام. فانتبه، ألا توجه هذه النتيجة تلك الجهود؟! كيف يكون كل هذا العمل «بلا طائل» كما ادعاه البعض!؟

(١) ولا يستفاد حينئذ من القاعدة سبب الضمان، وزمان ترتيبه.

(٢) توجيهه بطلان إرادة السببية التامة.

(٣) توجيهه أن العقد مجرد جزء سبب الضمان في مطلق البيع.

(٤) ولكن، لا بمعنى الضمان الذي نتكلم عنه في ما نحن فيه، والذي تقدم المراد منه في بحث سابق، وهو كون درك التالف وخسارته من مال القابض الأصلي، وإنما بالمعنى الذي سيذكره المصنف، فلا تختلط عليك الأوراق، وتقول: فهناك ضمان بمجرد العقد إذا.

(٥) لا يكون دركه وخسارته في ماله الأصلي كما هو الضمان محل الكلام.

(٦) تقدم الوجه في التأمل، عندما قلنا: «نعم، إنما نقول بأن مطلق البيع ليس فيه ضمان بمجرد العقد مبني على...»، عندما كنا نتكلم في «الفارق العملي بين الاحتمالات الثلاثة».

من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه. وأما العقد الفاسد، فلا يكون علة تامة أبداً، بل يقتصر في ثبوت الضمان به إلى القبض، فقبله لا ضمان^(٢)، فجعل الفاسد سبباً^(٣)؛ إما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب^(٤) للضمان^(٥)، وإما لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علل

(١) لا ضمان فيها إلا بعد القبض لا بمجرد العقد.

(٢) أي: لا ضمان من قبيل المبحوث عن ثبوته في المقام، وهو كون الدرك في مال القابض الأصلي.

(٣) ناقصاً.

(٤) أي: القبض على وجه الضمان.

(٥) في العبارة شيء؛ فإن المقصود بيان عدم كون العقد بمجرد سبباً تاماً للضمان، وكون العقد منشأ للقبض لا يؤدي إلى هذه النتيجة إلا بتكلف؛ فإن سبب السبب التام سبب تام أيضاً لا ناقص، إلا بأن يوجه بما ذكرناه في التقريب في محله، من أن سبب السبب ليس سبباً تاماً، وإنما هو جزء السبب، والجزء الآخر السبب، الذي يعتبر الجزء الأخير من العلة، وأما سببه، فهو الجزء المتقدم منها.

كما قد يمكن توجيه كون سبب السبب جزء سبب بأن يقال بأن السبب هو القبض على وجه الضمان، وهذا ليس واحداً، وإنما هو مكون من جزأين: القبض، وعلى وجه الضمان لا المجانية، فإذا كان السبب كذلك، كان سبب هذا السبب كذلك أيضاً. والله العالم.

(٦) يصلح كلام الشيخ الطوسي توجيهها لكون العقد سبباً للضمان في كلا التوجيهين المذكورين في العقد الفاسد، لا للتوجيه الأخير منهما فقط.

بل يصلح توجيهها لدخالة العقد مطلقاً في الضمان؛ إذ ما ذكر في كلام الشيخ الطوسي تثبُّ جار في العقد الصحيح أيضاً.

الشيخ^(١) وغيره^(٢) بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه. والغرض من ذلك كله^(٣) : دفع ما يتوهم أن^(٤) سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان ويقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده! وقد ظهر من ذلك أيضا: فساد توهم أن^(٥) ظاهر القاعدة^(٦) عدم توقف الضمان في الفاسد على القبض^(٧)، فلا بد من تخصيص القاعدة^(٨) بإجماع ونحوه^(٩).

(١) تقدم.

(٢) مثل الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

(٣) أي: من توجيه السببية، وإرادة السببية المطلقة الشاملة للناقصة.

والعبارة موهمة جدا؛ فإن المقصود هو أن إثبات إرادة السببية المطلقة غير التامة يدفع توهمين في المقام، كما ذكرنا ذلك في الشرح.

(٤) هذا هو التوهم الأول، وقد تقدم بيانه مع بطلانه بما تقدم من السببية المطلقة.

(٥) وهذا هو التوهم الثاني، وقد تقدم بيانه مع بطلانه بما تقدم من السببية المطلقة.

(٦) يظهر الباء في السببية التامة لا الناقصة.

(٧) ولو بأن يكون على نحو جزء السبب.

(٨) ومخالفتها ظهورها.

(٩) كرواية «على اليد» مثلا.

ثم^(١) إن المدرك لهذه الكلية - على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن

هذا تمام الكلام في الموقف الأول من مواقف الخطوة الثانية من خطوات المصنف في البحث في كون القاعدة محل الكلام مستندا ودليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، والتي تناولت البحث في العقد الإيجابي للقاعدة، حيث بينا مفاد القاعدة من خلال بحوث خمسة مرت معنا. نحمده سبحانه وتعالى على ما من، ونشكره على ما أنعم.

ونتقل الآن إلى الموقف الثاني من مواقف العقد الإيجابي للقاعدة، حيث الكلام في مدرك أصل القاعدة ومستندها.

(١) الموقف الثاني من مواقف الخطوة الثانية: مدرك أصل القاعدة ومستندها

بعد أن أنهينا الكلام في الموقف الأول من مواقف الخطوة الثانية من خطوات المصنف في البحث في كون القاعدة محل الكلام مستندا ودليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، والتي تناولت البحث في العقد الإيجابي للقاعدة، حيث بينا مفاد القاعدة من خلال بحوث خمسة مرت معنا، تصل النوبة الآن إلى الموقف الثاني من مواقف العقد الإيجابي للقاعدة، حيث الكلام في مدرك أصل القاعدة ومستندها..

حيث يتضمن هذا الموقف البحث في الأدلة الأربعة التالية:

الدليل الأول: إقدام المتعاملين على الضمان (قاعدة الإقدام)

الدليل الثاني: النبوي المشهور «علي اليد ..»

الدليل الثالث: قاعدة الإحترام

الدليل الرابع: قاعدة نفي الضرر

ولنتكلم عن هذه الأدلة الأربعة فنقرب الإستدلال بها، ونشخص الموقف الفني

المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل- هو: إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١).

والظاهر^(٢) أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط: حيث علل

منها من قبل المصنف تدرُّجاً حسب ترتيبه. والمهم: أن نتعلم.

الدليل الأول: إقدام المتعاملين على الضمان (قاعدة الإقدام)

(قاعدة الإقدام) هي القاعدة التي استدلت بها الشهيد الثاني علي الضمان في رهن المسالك، في معرض كلامه عن حالة ما لو اشترط المرتهن كون العين المرهونة عنده مبيعا بالدين إذا لم يؤد المديون دينه عند الأجل المحدد، حيث ذهب تدرُّجاً إلي أن الرهن والبيع فاسدان، ثم ذكر الدليل على ذلك، ثم قال:

«فلو قبضه المرتهن علي هذا الوجه، ضمنه بعد الأجل لا قبله؛ لأنه في مدة الأجل رهن فاسد، وبعده مبيع فاسد. وفاسد كل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون، كان فاسده كذلك. وحيث كان صحيح البيع مضموناً علي المشتري، ففاسده كذلك». ثم أتبع قائلاً:

«والسر في ذلك [الضمان] أنهما تراضيا علي لوازم العقد، فحيث كان مضموناً، فقد دخل القابض علي الضمان، ودفع المالك عليه. مضافاً إلي قوله صلى الله عليه وآله وسلم: علي اليد ما أخذت حتي تؤدي. وهو واضح». المسالك ٤: ٥٦.

ومن الواضح هنا استدلاله تدرُّجاً علي ضمان الرهن بعد الأجل بقاعدة «ما يضمن...»، واستدلاله عليها بقاعدة الإقدام علي الضمان، وهو ما نحن فيه.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦، و ١: ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٢) تبعية الشهيد الثاني في استدلاله بالإقدام للشيخ في المبسوط

الضمان في موارد كثيرة - من البيع والإجارة الفاسدين -؛ بدخوله على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى، رجع إلى المثل أو القيمة.

وهذا^(١) الوجه لا يخلو عن تأمل؛ لأنهما إنما أقدما وتراضيا وتواطئا بالعقد

وعندما نسبر مسائل مختلفة لشيخ الطائفة في المبسوط، نجده قد سبق الشهيد الثاني في مسألة الإستدلال بقاعدة الإقدام على الضمان في موارد متعددة من البيع والإجارة الفاسدتين، ما يعني تبعية الشهيد الثاني في استدلاله بالإقدام للشيخ في هذا المقام .

(١) مناقشة المصنف رحمته للدليل الأول (قاعدة الإقدام)

وقد رد المصنف رحمته الإستدلال على القاعدة بالإقدام، ذاكرا ردودا ثلاثة في هذا المجال.

وقبل الخوض في هذه الردود، لا بد من التنبيه على أن هذه الردود إنما هي ردود لاعتبار قاعدة الإقدام دليلا مستقلا على الضمان بقاعدة «ما يضمن...»، أعني: دليلا في عرض الأدلة الأخرى التي سيتطرق لها المصنف بعد ذلك، من قاعدة اليد وقاعدة الاحترام وقاعدة نفي الضرر، وأما إذا لم نعتبر قاعدة الإقدام دليلا مستقلا، وهو ما سيأتي بيانه من قبل الشيخ بعد الإنتهاء من ذكر الأدلة جميعها، فإن لنا كلاما آخر نذكره هناك إن شاء الله تعالى.

وعلى أية حال، فالردود الثلاثة في المقام، هي:

الرد الأول: عدم كون العقد الفاسد من صغريات قاعدة الإقدام

ولو تأملنا ما تقدم من بحوث، وخاصة في ما ذكرناه مما يضمن بالعقد الفاسد فيما لو تلف بيد القابض؛ حيث قلنا أنه البدل الواقعي، وهو المثل أو القيمة، إتضح

أن ما نحن فيه من الضمان أجنبي بالمرة عن قاعدة الإقدام، فالعقد الفاسد ليس من صغريات تلك القاعدة أبداً. وإليك التوضيح:

من الواضح أن قاعدة الإقدام محل الكلام فيما لو كانت هي الدليل على الضمان في مورد ما، فإن الذي يثبت ببركتها هو الضمان الذي أقدم عليه المتعاملان، وليس أمراً آخر مبيناً لذلك، ولو رجعنا إلى ما نحن فيه، رأينا أن الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتعاملان أبداً؛ فإن ما أقدمنا عليه هو العوض المسمى في العقد الفاسد، بينما الثابت الذي يحكم به الفقهاء هو العوض الواقعي، ما يعني أن هناك دليلاً آخر غير قاعدة الإقدام هو الذي أثبت الضمان، وليس القاعدة محل الكلام.

وبعبارة مختصرة: المقدم عليه (الضمان بالعوض المسمى) لم يقع، وما وقع (الضمان بالعوض الواقعي) لم يقدم عليه، فالحكم بالضمان في العقد الفاسد لم يكن بقاعدة الضمان.

تعليم فعال

لو تأملنا في ما تقدم من إشكال من قبل المصنف، لرأينا أمراً عجباً لربما التفت الأستاذ الحاذق إليه، ولو لم يلتفت، فلا مصيبة في البين؛ إذ لم يلتفت إليه، ولا نبه عليه أحد ممن مر بالبحث الذي نحن فيه.

والأمر الذي أتكلم عنه، هو أننا كنا في مسألة محددة مشخصة، وهي الاستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «كل ما يضمن...»، ما يعني أننا لو لم نقبل الاستدلال المطروح في المقام، فاللازم بيان سبب عدم تمامية الاستدلال بهذا الدليل المشخص على هذه القاعدة المشخصة.

ولو رجعنا إلى رد المصنف للإستدلال في المقام، لما وجدناه يتكلم عن نسبة الدليل المدعى (الإقدام) إلى المدعى (القاعدة) أبداً، بل يتكلم عن نسبة الدليل إلى

أصل ما يثبت بالضمان في العقد الفاسد. هل التفت إلى المسألة الآن؟
 ولولا أننا نعرف المصنف تذ من زمان ليس بالقليل كما يقولون، ولولا أننا نعرفه في تدقيقه وتحقيقه وبحثه وفنه وعبقريته، لكان لنا موقف آخر معه بالتأكيد، إلا أن ما نعرفه عنه تذ ، يجعلنا نبحث عن مخرج فني للمسألة، من المؤكد أنه تذ كان قد أخذه بنظر الإعتبار وهو يتعامل مع الدليل المدعى ليرده في المقام. فما هو هذا المخرج الفني؟ هل فكرت في هذه المسألة قبل ذلك؟ هل رأيت أحدا نبه عليها عندما درست الكتاب؟ والأهم من كل ذلك: هل يمكنك أن تكتشف المخرج الفني الذي يفيد في المقام؟

الذي أتصوره مخرجا فنيا في المقام - ولربما كان هناك غيره - هو أننا عندما نقول: الدليل على الضمان في المقبوض في العقد الفاسد هو قاعدة «ما يضمن...»، فمن الواضح أن الدليل على هذه القاعدة يجب أن يكون تأثيره ونتيجته هي نتيجة القاعدة نفسها؛ إما مئة بالمئة، فيما لو كانت النسبة بين مفاده ومفاد القاعدة التساوي، وإما أن يكون تأثيره بحيث يشمل ما تؤثره القاعدة وأكثر، فيما لو كان مفاد ذلك الدليل أعم من مفاد القاعدة.

المعلومة المتقدمة، هي السر في ما يؤكد الفقهاء والمحققون عليه في جميع المجالات، من أن تكون النسبة بين الدليل والمدعى هي نسبة التساوي أو العموم المطلق من ناحية الدليل، وأما نسبة التباين، ونسبة العموم والخصوص من وجه، وكذا نسبة العموم من جهة المدعى، فهي نسب تبطل كلها تامة الاستدلال بالدليل كما هو المعروف عند أهل الاختصاص، وسيأتي بعض ما له علاقة في الرد الثاني الذي رد به المصنف الاستدلال بقاعدة الإقدام على ما نحن فيه.

إذا اتضح ما تقدم، إتضحت النكتة والوجه الفني الذي يشير إليه المصنف تذ

في المقام وهو يرد الإستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «ما يضمن»؛ فإن قاعدة الإقدام لو كانت دليلاً تاماً على أختها «ما يضمن»، لكان اللازم أن ينتج الإقدام النتيجة التي تنتجها قاعدة «ما يضمن»، وهي الضمان بالعوض الواقعي، وهذا ما لا نشاهده في المقام؛ بعد حكم الفقهاء - حسب ما عرفناه من مفاد القاعدة في البحوث السابقة - بأن الضمان في العقد الفاسد هو بالعوض الواقعي، فيما ما تثبتته قاعدة الضمان - فيما لو كانت جارية في المقام - هو الضمان بالعوض المسمى؛ فإنه هو الذي أقدم عليه المتعاملان.

إن قلت: صحيح أن المتعاملين لم يقدموا على الضمان بالبدل الواقعي، وصحيح أن ما أقدموا عليه إنما هو العوض المسمى، إلا أن عدم ثبوت الضمان بالمسمى في العقد الفاسد لا يعني عدم الإقدام على الضمان من الأساس، بل ما ثبت ضمانه بالفاسد، وهو العوض الواقعي، إنما ثبت ببركة الإقدام، وأما ما انتفى، فإنما هو خصوصية ما أقدم عليه، وهو المسمى، وانتفاء الخصوصية لا يعني انتفاء مطلق الإقدام؛ إذ من الواضح أن المطلق لا ينتفي إلا بانتفاء جميع أفرادها، وهذا ما لا يمكن القول به بعد ولادة فرد آخر من أفراد الضمان، وهو الضمان بالبدل الواقعي. والخلاصة: الضمان بالبدل الواقعي في العقد الفاسد إنما ثبت بقاعدة الإقدام لا غيرها، فهذه القاعدة دليل تام على قاعدة «ما يضمن...».

قلنا: المطلق لا يتحقق في الخارج ويتقوم إلا بأفراده، والأفراد لها خصوصية تقوم بها، فإذا انتفت الخصوصية، إنتفى الفرد، وبانتفائه ينتفي المطلق.

وفي ما نحن فيه نقول: إذا انتفت خصوصية الضمان في ما نحن فيه، وهي كون الضمان بالمسمى، إنتفى الفرد، وهو الضمان بالمسمى، وانتفى بانتفائه مطلق الضمان، فما أقدموا عليه لا يفيد أي ضمان بالتفاء الخصوصية، وأما ما ثبت، وهو

الفاسد على ضمان خاص، لا الضمان بالمثل أو القيمة، والمفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص^(١)، ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية^(٢) حتى يتقوم بخصوصية أخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت^(٣)، فحكم شرعي تابع لدليله، وليس مما أقدم عليه المتعاقدان. هذا^(٤) كله، مع أن مورد هذا التعليل أعم من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون

الضمان بالبدل الواقعي، فهو فرد آخر لضمان آخر لا للضمان الذي أقدم عليه، والذي انتفى بحكم الشارع بالضمان بالبدل الواقعي في الفاسد. والنتيجة: ما ثبت من ضمان في العقد الفاسد، وهو البدل الواقعي، إن كان ثابتاً، فإنما هو بدليل آخر غير دليل الإقدام.

تعليم فعال

حاول أن توضح «إن قلت، قلنا» مع التوجه إلى النقطة التي ذكرناها في «تعليم فعال» السابق، والتركيز عليه.

(١) وهو ما يكشف عنه حكم الفقهاء بكون الضمان في الفاسد هو البدل الواقعي لا المسمى.

(٢) تقدم بيانه بصيغة: «إن قلت»

(٣) في العقد الفاسد.

(٤) الرد الثاني: النسبة بين قاعدة الإقدام والمدعى العموم والخصوص من وجه

وأما الرد الثاني للمصنف رحمته على الاستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «ما يضمن...»، فهو ما تبين شيئاً ما مما ذكرناه في الرد الأول؛ فقد تقدم هناك لزوم كون النسبة بين الدليل (قاعدة الإقدام) وبين المدعى (قاعدة ما يضمن...) نسبة المساواة أو العموم المطلق من ناحية الدليل، ولو تأملنا في النسبة بين القاعدتين

في ما نحن فيه، لوجدنا أنها العموم والخصوص من وجه؛ إذ قد يكون الإقدام متحققا ولا ضمان، كما في العقد الصحيح قبل القبض؛ إذ قلنا أن المبيع لو تلف بيد البائع فإنه من ماله، كما قد لا يكون إقدام ويحكم بالضمان في الوقت نفسه، كما في العقد الفاسد؛ حيث يحكم بالضمان بالبدل الواقعي كما تقدم في الرد الأول، وهو ما لم يقدم عليه المتعاملان، وإنما أقدا على الضمان بالمسمى كما مر توضيحه.

وما دامت العلاقة والنسبة بين الدليل والمدعى العموم والخصوص من وجه، فإنه لا تمامية لذلك الدليل؛ إذ المفروض أن الحكم يثبت حيثما قام الدليل، ويرتفع حيثما ارتفع الدليل، وهو ما يتحقق في حالات كون النسبة بين الدليل والمدعى المساواة أو العموم المطلق من ناحية الدليل، وأما إذا لم تكن النسبة كذلك، كما لو كانت من قبيل ما نحن فيه من العموم والخصوص من وجه، فإن الأمر لن يكون كذلك، فنرى الحكم لا يثبت حيث الدليل موجود (العقد الصحيح قبل القبض)، ونرى الحكم يثبت حيث الدليل مفقود (الحكم بالضمان في العقد الفاسد)، ما يكشف عن عدم تمامية الدليل المستدل به على الحكم.

والخلاصة دليل الإقدام منقوض طردا وعكسا؛ إذ المفروض أنه ينفي الحكم حيث ينتفي الإقدام، فيطرد الأعيان، وهذا ما لم نره؛ حيث ثبت الضمان في العقد الفاسد، والمفروض أيضا أنه يثبت الحكم حيث تحقق الإقدام، وهذا ما لم نره؛ حيث انتفى الضمان على الرغم من تحقق الإقدام، كما في العقد الصحيح قبل القبض.

تعليم وتعلم فعالان

ولو تأملت في الرد السابق، لوجدت أننا ضربنا مثلا لعدم الإقدام مع ثبوت

الإقدام موجودا ولا ضمان، كما قبل القبض، وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا شرط^(١) في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، وكما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا اجرة».

الضمان بالعقد الفاسد، ووجهنا ذلك بأن المضمون في العقد الفاسد هو البديل الواقعي وهو ما لم يقدم عليه المتعاملان، وهذا المثل أمر واضح جاء في كلمات المصنف نفسه في الرد الأول.

وأما ما ذكره المصنف هنا كمثال، فهو أمر آخر غير ذلك، وهو ما لو شرط المشتري في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري بعد القبض أيضا، وكما إذا قال: «بعتك بلا ثمن»، أو: «آجرتك بلا اجرة»، فلو اتضح فساد العقد في مثل هذه الحالات، فإن الضمان على المشتري لا على البائع، على الرغم من المشتري لم يقدم على الضمان.

وهذه المثلة كما تصلح لحالة الحكم بالضمان مع عدم الإقدام، فهي تصلح للعكس أيضا؛ حيث أن البائع في المثل الأول بموافقة على الشرط، يكون قد أقدم على الضمان، إلا أن الشارع حكم بعدم الضمان عليه، وجعل الضمان على المشتري.

ونحن إنما عدلنا عما مثل به المصنف من الأمثلة؛ من ناحية أن ما مثل به أمور خلافية؛ فقد حكم الشهيدان بعدم الضمان في مثال الإجارة بلا اجرة، كما استشكل العلامة في ثبوت الضمان في مثال البيع في باب السلم؛ حيث ذهب إلى أنه «يقوى عدم وجوب الأجرة؛ لدخول العامل على ذلك». القواعد ١: ١٣٤.

نعم، قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان^(١)، واستشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم.

وبالجملة^(٢)، فدليل الإقدام - مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله - منقوض طردا وعكسا^(٣).

وأما خبر اليد^(٤)، فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبرا، إلا أن مورده

(١) تقدم عنهما.

(٢) الرد الثالث للمصنف تَبَيَّن: قاعدة الإقدام بنفسها مدعى يحتاج إلى دليل

وأما الرد الثالث في المقام، فهو ما كنا دائما ننبه عليه، ونلفت النظر إليه، وهو أن ما يقدم دليلا في بعض الأحيان، يكون بنفسه مجرد مدعى يحتاج هو بدوره إلى الدليل. وما نحن فيه من هذا القبيل؛ إذ ما الدليل على أن الإقدام من المضمنات من الأساس؟! أليس ما أسميناه بقاعدة الإقدام أمرا يحتاج بنفسه إلى دليل حجة عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو عقل؟! فأين هذا الدليل؟!

(٣) كما تقدم في الرد الثاني من ردود المصنف تَبَيَّن الثلاثة.

(٤) الدليل الثاني: قاعدة اليد

الموقف الثاني من مواقف الخطوة الثانية: مدرك أصل القاعدة ومستندها

بعد أن أنهينا الكلام في الموقف الأول من مواقف الخطوة الثانية من خطوات المصنف في البحث في كون القاعدة محل الكلام مستندا ودليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وصلت النوبة إلى الموقف الثاني من مواقف العقد الإيجابي للقاعدة، حيث الكلام في مدرك أصل القاعدة ومستندها.

وقد تقدم الدليل الأول على القاعدة، وهو (قاعدة الإقدام) مع الموقف منه، لتصل النوبة الآن إلى الكلام عن دليل آخر قد يستدل به على القاعدة، وهو ما

يسمى بقاعدة (على اليد)، فما هي هذه القاعدة؟ وكيف تقرب مستندا في ما نحن فيه؟ وما هو الموقف الفني من الإستدلال بهذه القاعدة على قاعدة «ما يضمن...»؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا المقام، كما فعلنا في الدليل السابق.

أولا: تقريب الإستدلال بقاعدة اليد في ما نحن فيه

ويتم تقريب الإستدلال بقاعدة اليد على قاعدة «ما يضمن...» بعين ما تقدم في تقريب الإستدلال بالحديث على الضمان في ما تقدم؛ حيث تكلمنا عن الإستدلال على ضمان ما يقبض بالعقد الفاسد بالنبوي المشهور محل الكلام، فتكلمنا عن التقريب وعن السند، وعن ما قد يشكل على الإستدلال مع رده، فوصلنا إلى نتيجة هي تمامية الإستدلال.

وما قلناه هناك نقوله هنا أيضا بلا أي فرق في البين.

هكذا قرب المحققون والمحشون على كتاب المكاسب الإستدلال بقاعدة على اليد، وهو مما يدعو إلى التأمل؛ إذ أين نحن اليوم مما كنا عليه بالأمس؛ فالمدعى والمستدل عليه هناك أمر آخر يختلف تماما عما نحن فيه هنا؛ فأين الإستدلال على أصل الضمان بقاعدة اليد، وهو ما كنا عليه هناك، من الإستدلال بالقاعدة على قاعدة «ما يضمن...»، وهو ما نحن فيه اليوم، أليس هناك فرقا شاسعا في البين؟! فكيف يكون الإستدلال اليوم هو الإستدلال الذي قدمناه بالأمس؟!

وعلى أية حال، فهذه من جملة مسؤولياتنا في هذا الكتاب، التي عاهدنا الله قبل الباحث الكريم على بيانها وعدم الهرب منها، وهذا ما لاحظته الباحث الكريم في الكثير الكثير من الموارد التي مررنا بها معا بحمده وشكره تعالى.

ونقول بعد حمده تعالى ومنه: تقدم ما يشبه ما نحن فيه قبل قليل في تقريب الإستدلال بالدليل المتقدم في ما نحن فيه، أعني: قاعدة الإقدام؛ حيث أوضحنا

الوجه الفني الذي يكمن خلف الستار في تقريب الإستدلال من قبل المصنف تتدثر بالطريقة التي تقدمت هناك؛ حيث عانينا هناك مما نعانيه الآن؛ حيث كان الإستدلال هناك على الضمان أيضا، بينما كنا - ولا زلنا - في مقام الإستدلال على القاعدة (ما يضمن...).

تقدم ما يعتبر في النسبة بين المدعى والدليل؛ بحيث يؤثر الدليل ما يؤثره المدعى كلما توفر الدليل من جهة، وبحيث يثبت الدليل ما يؤثره المدعى كلما تحقق المدعى في مورد من الموارد من جهة أخرى، الأمر الذي قدمناه بعدة عبارات؛ حيث قلنا بلزوم كون النسبة بين الدليل والمدعى نسبة المساواة أو العموم المطلق من جهة الدليل كما تقدم.

وعندما تقرب الإستدلال بقاعدة على اليد في المقام، فإننا ندعي تمامية ما تقدم في المقام؛ بحيث تدل قاعدة على اليد على ثبوت الضمان بقاعدة «ما يضمن...».

ثانيا: الموقف الفني من الإستدلال بقاعدة على اليد على قاعدة «ما يضمن...»
ومما تقدم في تقريب الإستدلال بالقاعدة وما يعتبر فيه في النقطة السابقة، إتضحت النقطة التي يمكن الهجوم منها على الإستدلال المزبور؛ إذ النسبة بين الدليل والمدعى ليست المساواة، بل الدليل أخص من المدعى في المقام؛ إذ هناك موارد يدعى فيها جريان قاعدة «ما يضمن...» لإثبات الضمان، فيما لا يشمل الدليل تلك الموارد.

وما نشير إليه هنا، هو ضمان المنافع والأعمال الذي تثبته قاعدة «ما يضمن...» بعمومها، الأمر الذي لا يشمل الدليل في ما نحن فيه، أعني: «قاعدة اليد»؛ فإن المنافع والأعمال مضمونة في الإجارة الفاسدة، وقاعدة على اليد لا تشملها بعد ظهور الأخذ الوارد في الرواية «على اليد..» بكون المأخوذ عينا خارجية، لا مما

مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

اللهم^(١) إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام

كان من حيثيات العين، من قبيل منفعة العبد أو العين، أو عمل العبد أو الدابة مثلاً.

(١) الدليل الثالث: قاعدة الإحترام

لا يزال الكلام في الموقف الثاني من مواقف العقد الإيجابي لقاعدة «ما يضمن...»، حيث الكلام في مدرك أصل القاعدة ومستندها.

وقد تقدم الدليل الأول على القاعدة، وهو (قاعدة الإقدام)، والثاني، وهو (قاعدة على اليد)، مع الموقف من كل منهما، لتصل النوبة الآن إلى الكلام عن دليل آخر قد يستدل به على القاعدة، وهو ما يسمى (قاعدة الإحترام).

وكما فعلنا في الدليلين المتقدمين، نفعل مع هذا الدليل، فنسأل عن هذه القاعدة، وعن كيفية تقريبها مستندا في ما نحن فيه؟ وعن الموقف الفني من الإستدلال بهذه القاعدة على قاعدة «ما يضمن...»؟

أولا: حقيقة قاعدة الإحترام

قاعدة الاحترام قاعدة تدل على «حرمة مال المسلم وضمانه»، وقد اصطادها الفقهاء من طوائف ثلاث من الروايات:

الأولي: ما دل علي عدم حلية مال المسلم إلا عن طيب نفسه

من قبيل معتبرة سماعة وزيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلي من ائتمنه عليها، فإنه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه [نفسه]».

ومن قبيل رواية تحف العقول عنه عليه السلام في خطبته في حجة الوداع: «أيها الناس، إنما المؤمنون إخوة، ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه».

وغيرهما من الروايات.

فهذه الروايات دالة على قاعدة الإحترام بوضوح.

الثانية: ما دل على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه.

من قبيل معتبرة أبي بصير عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قال رسول الله صلي الله عليه وآله وسلم: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه».

ودالاتها على قاعدة الإحترام واضحة أيضا.

الثالثة: ما دل على عدم صلاحية ذهاب حق أحد.

من قبيل معتبرة الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام): «قال: سألته: هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إذا لم يوجد من أهل ملتهم، جازت شهادة غيرهم؛ إنه لا يصلح ذهاب حق أحد».

ودالاتها على قاعدة الإحترام واضحة أيضا.

ولو تأملنا في قاعدة الإحترام، لوجدنا أنها عامة شاملة؛ فهي لا تقف على الأعيان وضماتها، بل هي شاملة للمنافع والأعمال أيضا، الأمرين الذين لم يشملهما قاعدة (اليد)؛ وذلك لأن موضوع القاعدة التي نحن فيها، وهو المصطاد من مجموع الطوائف الثلاث المتقدمة الذكر، هو «المال»، وهو العنوان الذي ينطبق على الأعيان والمنافع والأعمال كما هو واضح.

ثانيا: تقريب الإستدلال بقاعدة الإحترام على قاعدة «ما يضمن ...»

لا ننسى أننا لسنا في مقام الإستدلال على الضمان بقاعدة الإحترام، وإنما على قاعدة «ما يضمن ...»، الأمر الذي قلنا إنه فات من قرب الإستدلال في المقام، أو شرح كلمات الشيخ في المقام، فكيف يمكن تقريب الإستدلال في المقام؟

مال المسلم^(١)، وأنه لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه^(٢)، وأن حرمة ماله كحرمة دمه^(٣)، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد^(٤)، مضافاً^(٥) إلى أدلة نفي الضرر،

والجواب: ما تقدم في تقريب الاستدلال بالدليلين المتقدمين؛ وهو أن يثبت الدليل ما ينتظر من المدعى والمستدل عليه، وهو قاعدة «ما يضمن...». ولو تأملنا في قاعدة الإحترام، لوجدنا أنها تقوم بهذه المهمة تمام القيام؛ فإن قاعدة الإحترام تثبت الضمان الذي ينتظر من قاعدة «ما يضمن...» أن تثبته، كما أن ما أشكل على الدليل المتقدم، من أنه أخض من المدعى لا يأتي في المقام؛ لما ذكرناه قبل قليل من شمول موضوع القاعدة لجميع ما يضمن، من أعيان ومنافع وأعمال.

ثالثاً: الموقف الفني من الاستدلال بقاعدة الإحترام على قاعدة «ما يضمن...» ولم يشكل المصنف تذبذباً على الاستدلال بقاعدة الإحترام على قاعدة «ما يضمن...» ولو بإشكال واحد، ما يشير إلى قبوله بهذا الاستدلال وتمايمته بنظره.

(١) أنظر الوسائل ١٧: ٣٠٩، الباب الأول من أبواب الغصب، الحديث ٤، وعوالي اللآلي ٣: ٤٧٣، الأحاديث ١ - ٥.

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٣، مع اختلاف في اللفظ، وعوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٣) الوسائل ٨: ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٩، والصفحة ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

(٤) الوسائل ١٣: ٣٩٠، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣.

(٥) الدليل الرابع: قاعدة نفي الضرر

لا يزال الكلام في الموقف الثاني من مواقف العقد الإيجابي لقاعدة «ما يضمن

«...»، حيث الكلام في مدرك أصل القاعدة ومستندها. وقد تقدم الدليل الأول على القاعدة، وهو (قاعدة الإقدام)، والثاني، وهو (قاعدة على اليد)، والثالث، وهو (قاعدة الإحترام) مع الموقف من كل منها، لتصل النوبة الآن إلى الكلام عن دليل آخر قد يستدل به على القاعدة، وهو ما يسمى بقاعدة «نفي الضرر».

وكما تعاملنا مع الأدلة الثلاثة المتقدمة، نتعامل مع هذا الدليل، فنسأل عن هذه القاعدة، وعن كيفية تقريبها مستندا في ما نحن فيه؟ وعن الموقف الفني من الإستدلال بهذه القاعدة على قاعدة «ما يضمن...»؟

أولاً: توضيح القاعدة ومستنداتها

أما القاعدة، فهي من أشهر القواعد العامة في فقه الفریقین، حتى أنها كتبت فيها كتب خاصة بها.

ومفاد القاعدة هو نفي الحكم الضرري في الإسلام، فكل حكم يلزم منه الضرر على المسلم، فإنه مرفوع بمقتضى هذه القاعدة التي يعدها الفقهاء حاكمة مقدمة على جميع الأحكام في الإسلام.

وأما مدرك هذا القاعدة، فهو جملة من الروايات إليك بعضها:

١- عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام في قضية سمرة بن جندب، عن رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر، ولا ضرار».

٢- عن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «وقضى رسول الله صلى الله عليه وآله بين أهل البادية: أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كلاء، وقال: لا ضرر، ولا ضرار».

الكافي ٥: ص ٢٩٣ - ٣٩٤.

٣- وعن عقبة، 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». المصدر السابق، ص ٢٨٠.
 ٤- وعن النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام». مرسل. الفقيه ٤، باب ميراث أهل الملل، ص ٢٤٣.
 وغيرها.

ثانيا: تقريب الإستدلال بالقاعدة في المقام

لا زلنا في إقامة الدليل على قاعدة «ما يضمن..»، فكيف يمكن أن تكون قاعدة نفي الضرر مستندا لهذه القاعدة؟

والجواب: أما من الناحية الفنية، فالجواب هو ما ذكرناه في تقريب القاعدة المتقدمة وما تقدمها بالضبط؛ حيث نريد أن يثبت تأثير قاعدة «ما يضمن...» ببركة قاعدة نفي الضرر حيثما جرت الأولى؛ بأن تكون النسبة بين القاعدتين المساواة أو العموم المطلق من جهة الدليل كما تقدم.

وأما من الناحية التطبيقية العملية، فإن قاعدة نفي الضرر كما قلنا، تنفي أي حكم ضرري في الإسلام، وإذا تأملنا في ما نحن فيه من العقد الفاسد، فإن الحكم بعدم الضمان يعتبر ضررا بحق البائع، فهو مرفوع بمقتضى قاعدة نفي الضرر.

وبعبارة أكثر فنية ودقة: الحكم بعدم الضمان وعدم الأخذ بقاعدة «ما يضمن...» حكم ضرري مرفوع في الإسلام بقاعدة نفي الضرر.

ولو تأملنا في سعة ما يثبت ببركة قاعدة نفي الضرر، لرأينا أنه عام شامل للعين والمنفعة والعمل، كما كان الأمر عليه في الدليل المتقدم؛ فإن الحكم بعدم ضمان المنافع أو الأعمال «ضرر» منفي بمقتضى القاعدة، فلا يرد ما أورد على قاعدة اليد من كونها أخص من المدعى.

ثالثا: الموقف الفني من الإستدلال بقاعدة نفي الضرر على قاعدة «ما يضمن...»

وكما وقف المصنف رحمته من الدليل المتقدم، فقد وقف الموقف نفسه من

فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره وتحصيلا لغرضه، فلا بد من أداء عوضه، لقاعدتي الإحترام ونفي الضرر^(١).

ثم^(٢) إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضمان

الإستدلال بقاعدة نفي الضرر في ما نحن فيه؛ إذ لم يشكل بأي إشكال عليها، ما يعكس قبوله بها مستندا ودليلا.

تعليم وتعلم فعالان

تأمل جيدا في مقدار ما تثبته قاعدة نفي الضرر (الدليل)، ومقدار ما ينتظر من المدعى (قاعدة ما يضمن...)، ما هي النسبة بينهما بالضبط؟

مساعدة: ما ينتظر من قاعدة ما يضمن، هو إثبات الضمان بالبدل الواقعي، أي: المثل في المثلي والقيمة في القيمي كما قلنا سابقا، فهل تثبت قاعدة نفي الضرر هذا المقدار المشخص، أم تثبت غيره؟ أم هي ساكنة من هذه الناحية فليس لها تعرض لكيفية الضمان أبدا؟

(١) لا تختص القاعدتان بالعمل أو المنفعة، بل تعمان العين أيضا كما تقدم، وإنما خص المصنف بتكثير العمل بالذكر؛ لأنه كان موضع الإشكال على قاعدة اليد كما تقدم بيانه.

(٢) عود على الإستدلال بقاعدة الإقدام

تقدم الإستدلال بقاعدة الإقدام على قاعدة «ما يضمن...»، فقد كانت الدليل الأول الذي تعرض له المصنف في المقام، بعدما نقله عن المسالك، قائلا أنه تبع فيه الشيخ في المبسوط.

كما تقدم الإشكال على الإستدلال بالقاعدة المزبورة بإشكالات ثلاثة، كان أولها عدم كون العقد الفاسد من صغريات قاعدة الإقدام، وثانيها: أن النسبة بين الدليل

والمدعى العموم والخصوص من وجه، فقاعدة الإقدام منقوضة طردا وعكسا، وأما ثالث تلك الإشكالات، فكان أن ما يقدم دليلا في بعض الأحيان، يكون بنفسه مجرد مدعى يحتاج هو بدوره إلى الدليل، وهذا هو الحال مع قاعدة الإقدام بنفسها. وقد نبهنا هناك على أن الردود الثلاثة المتقدمة الذكر إنما ترد في حالة ما لو اعتبرنا قاعدة الإقدام دليلا مستقلا في عرض الأدلة المدعاة الأخرى على قاعدة «ما يضمن...»، لا في غير هذه الحالة.

وقد وصلت النوبة إلى التفصيل في هذه المسألة؛ حيث السؤال عما نقصده بما تقدم، فكيف يمكن أن تكون قاعدة الإقدام شيئا آخر غير الدليل المستقل؟ وكيف سيؤثر ذلك على توجه الردود الثلاثة المتقدمة على الإستدلال بالقاعدة؟ وهل ستزول كل تلك الردود من صفحة الوجود؟ وما الذي سيؤثره ذلك على الإستدلال بالقاعدة في المقام؟

هذه الأسئلة كلها سنجيب عنها هنا بعونه تعالى.

أما التصوير الآخر لقاعدة الإقدام بحيث لا تكون دليلا مستقلا، فهو أن نعتبر القاعدة إنما قدمت من قبل الشيخ ومن تبعه في الإستدلال بها على الضمان لا كدليل مستقل وسبب تام للضمان كما كان الأمر عليه في قاعدة اليد وقاعدة الإحترام، وإنما قدمت كدليل على عدم المانع من عمل الدليلين المتقدمين؛ فدليل اليد - بالنسبة إلى العين كما قلنا - ودليل الإحترام بالنسبة إلى العين والمنفعة والعمل، إنما هما مقتض للضمان يحتاج إلى إثبات عدم المانع للتأثير؛ بعد أن كانت العلة تتألف من المقتضي وعدم المانع وتحقق الشرط كما نعرف.

فالقاعدتان مقتض للضمان بقاعدة «ما يضمن...»، وأما المانع من عمل هذا المقتضي، فهو تسلم العين من قبل المشتري أو المستأجر مثلا على سبيل المجانية

بالإقدام والدخول عليه: بيان أن العين والمنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجاناً وتبرعاً حتى لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرع به والعين المدفوعة مجاناً أو أمانة، فليس دليل الإقدام دليلاً

وبدون مقابل، وهنا يأتي دور قاعدة الإقدام؛ لتثبت أن المانع مفقود، لينضم عدم المانع إلى المقتضي ليؤثر أثره في إثبات الضمان.

والخلاصة: قاعدة الإقدام ليست هي المقتضي كما كان عليه الحال في قاعدة اليد وقاعدة الاحترام لتكون في عرضهما دليلاً مستقلاً على الضمان كما هو الحال معهما، وإنما هي تحت خدمة القاعدتين، تخدمهما في إثبات عدم المانع من جريانها وثبوت الضمان بهما.

وباتضح كون القاعدة مجرد بيان لعدم المانع، يتضح عدم ورود ما أوردناه من الإشكالات الثلاثة على قاعدة الإقدام؛ فإن تلك الردود إنما تتوجه فيما لو اعتبرت القاعدة دليلاً مستقلاً شأنها في ذلك شأن قاعدة اليد والاحترام وعدم الضرر مثلاً.

أما الإشكال الأول، فهو إنما يرد لو كنا نستدل بقاعدة الإقدام على الضمان؛ إذ يرد حينئذ أن عدم كون العقد الفاسد من صغريات قاعدة الإقدام.

وما قلناه في توجيه عدم ورود الإشكال الأول، نقوله بالضبط في توجيه عدم ورود الإشكال الثاني والثالث. فانتبه.

والحاصل: لو اعتبرنا قاعدة الإقدام مجرد بيان لعدم المانع، لم ترد الإشكالات الثلاثة المتقدمة، إلا أن تلك الإشكالات تبقى حاضرة واردة على من لم يأخذ بالتوجيه المتقدم، معتبراً أن القاعدة دليلاً مستقلاً في المقام، كما هو الحال مع المسالك؛ حيث يظهر منه ذلك بعد ذكر القاعدة في عرض قاعدة اليد، فيبقى عليه ما أوردناه على القاعدة من النقص والإعراض.

مستقلا، بل هو بيان لعدم المانع^(١) عن مقتضى اليد في الأموال^(٢) واحترام الأعمال^(٣).

نعم، في المسالك ذكر كلا من الإقدام واليد دليلا مستقلا^(٤)، فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقص والاعتراض^(٥).

ويبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها

(١) المانع هو الإقدام على المجانية لا الضمان.

(٢) أي: الأعيان كما تقدم مختار المصنف في قاعدة اليد ومقدار إثباتها الضمان.

(٣) والأعيان والمنافع، كما هو مختار المصنف في قاعدة الإحترام كما تقدم.

(٤) المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

(٥) أما النقص، فهو ما الرد الثاني من الردود الثلاثة التي وجهناها إلى الإستدلال بقاعدة الإقدام، وهو كون النسبة بين الدليل والمدعى العموم والخصوص من وجه، وأما الاعتراض، فهو الرد الأول، وهو أجنبية الدليل عن المدعى، وكذا الرد الثالث، وهو أن قاعدة الإقدام بنفسها مجرد مدعى يحتاج إلى دليل.

(٦) بحث في بعض الأعمال المضمونة

ما وصلنا إليه من نتيجة إلى هنا، هي أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض، فالعين مضمونة، والمنافع مضمونة، والأعمال مضمونة، كل ذلك لعموم قاعدة «ما يضمن...»، ذلك العموم الذي ثبت ببركة بعض الأدلة التي سقناها دليلا على هذه القاعدة، من قبيل قاعدة الإحترام مثلا؛ فإن الموضوع المأخوذ فيها، وهو «المال»، مما ينطبق على الأعمال أيضا كما تقدم.

هذا ما عرفناه إلى الآن، إلا أنه يجب التفصيل أكثر بالنسبة إلى الأعمال

المضمونة، فمتى يحكم بالضبط بالضمان في الأعمال؟

والسؤال بعبارة أخرى: في الأعمال التي لا يرجع نفعها إلى الضامن، ولم تقع

في الخارج بأمره، من قبيل السبق مثلاً إذا وقعت المسابقة الفاسدة، فهل هناك ضمان في هذه الحالة أم لا؟

حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل. وحكم قوم آخرون بالاستحقاق.

الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

وقبل أن أبين لك ما ذكره المصنف نتقُّ في المقام، فلأذكر لك الطريقة الفنية للإستنباط من البداية، لتكون على بصيرة من مكانك الذي تقف فيه، ومن مكانك الذي أتيت منه، ومن المكان الذي يفترض بك أن تسير نحوه، ومن المؤونة التي ينبغي لك أن تحملها معك في سفرك الذي تعتمز القيام به، بل وعلى بصيرة من المؤونة المناسبة لسفرك الذي قمت به في انطلاقك من نقطة البداية في كل عمليات الإستنباط، أعني: الأصل العملي، حتى وصلت إلى موقفك التي أنت واقف فيه الآن.

قبل أن أبدأ بتفصيل الطريقة الفنية للإستنباط في المقام، هل يمكنك أن تتنبأ بالمرحل الكلية لهذه العملية؟ إبدأ أولاً من تحديد السؤال المطروح في المقام، ثم تسلسل إلى تحديد نوع المسألة محل الكلام، من كونها بحثاً عن حكم تكليفي أم وضعي، لتحدد في الأخير الخطوط العامة للطريقة الفنية للإستنباط في المقام. توكل على الله.

ولو رجعت إلى ما قدمته لك في الطريقة الفنية للإستنباط أول بحث «أحكام المقبوض بالعقد الفاسد»، لأمكنك أن تضع يدك على الكثير من الخطوط العامة للإستنباط في ما نحن فيه؛ فقد ذكرنا هناك أن الكلام لما كان في الضمان وعدمه، فإنه كلام في حكم وضعي لا تكليفي؛ إذ لا فرق في كون محل الكلام، أعني:

المضمون، بين كونه مقبوضا بالعقد الفاسد كما كان الأمر عليه هناك، وبين ما نحن فيه الآن، وهو ضمان الأعمال؛ فإن الكلام كله عن الضمان ليس إلا.

وباتضح النقطة المتقدمة، يتضح الطريقة الفنية للإستنباط في المقام أيضا؛ إذ المنطلق من الأصل العملي الذي يقتضي عدم الإشتغال؛ وذلك ببركة الإستصحاب كما تقدم؛ حيث كانت ذمة القابض خالية من التدارك وجبران الخسارة قبل القيام بالعمل كما نحن فيه، ونشك الآن أنها اشتغلت بالتدارك أو لم تشتغل، والإستصحاب يقتضي الحكم بالحالة المتيقنة السابقة، وهي عدم الإشتغال.

وأما المرحلة الثانية، فهي البحث عن عمومات وإطلاقات تثبت الضمان؛ إذ الأصل والقاعدة عدم الضمان كما رأينا ببركة الأصل العملي، ما يعني أن الضمان يحتاج إلى دليل، خلافا لعدمه؛ حيث أنه طبق الأصل والقاعدة.

وفي هذه المرحلة الثانية يأتي ما يمكن ذكره دليلا على الضمان، من قبيل ما ذكره المصنف مصلا أدلة للضمان حينما كنا نتكلم عن ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، من الإجماع، ومن قاعدة «على اليد»، ومن رواية الأمة المبتاعة إذا اكتشف في ما بعد أنها مسروقة، ومن قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» التي كنا - ولا زلنا - نتكلم عنها.

وأما المرحلة الثالثة، فهي البحث عن دليل مخصص ومقيد لعمومات الضمان وإطلاقاته، لتكون المرحلة الرابعة المعارض لهذا المخصص والمقيد، ليكون الختام لتشخيص الموقف من التعارض كما نعرف.

وكما كان المحور قبل ذلك هو البحث عن دليل في المرحلة الثانية ما دام الأصل والقاعدة عدم الضمان، فإن الأمر في ما نحن فيه هو ذلك أيضا، فهل من دليل يثبت ضمان الأعمال؟

ولو بحثنا عن دليل من هذا القبيل، لوجدنا ما تقدم ذكره من أدلة سقناها مستندا لقاعدة «ما يضمن...»، فهل تشمل المسألة محل البحث؟

يمكنك أن تغير السؤال طبعاً إلى صيغة أخرى، وهي: هل تشمل قاعدة «ما يضمن...» المسألة محل البحث؟

الجواب عن السؤال المتقدم لا بد أن يمر - فنياً - بإعادة التأمل في الأدلة على القاعدة؛ من أجل تشخيص سعتها وشمولها أولاً، ومن ثم تشخيص شمولها لما نحن فيه.

ولو تأملنا تلك الأدلة والمستندات، وركزنا على مسألة ضمان الأعمال، لرأينا أنها إنما تتكلم عن نوع خاص من الأعمال، وهي ما كان بأمر الضامن، أو رجع نفعه إليه، وإليك التفصيل:

أما الدليل الأول، فقد كان قاعدة الإقدام، وقد اتضح الموقف الفني منها، فهي مجرد بيان لعدم المانع، فلا علاقة لها بالإستدلال على الضمان.

وأما الدليل الثاني، فقد كان قاعدة اليد، التي قلنا أنها لا تشمل الأعمال من الأساس بعد عدم تحقق موضوعها في الأعمال؛ فقد كان موضوعها الأعيان كما اختاره المصنف رحمته.

وأما قاعدة نفي الضرر، فإن الضرر لو كان قد توجه إلى من صدر عنه العمل، فإنه لا يكون كذلك إلا إذا رجع نفعها إلى الضامن أو كانت بأمره عرفاً.

وما قلناه بالنسبة إلى نفي الضرر نقوله في الدليل الأخير، وهو قاعدة الإحترام؛ إذ لا احترام إلا في الحالتين المتقدمتين.

والنتيجة قاعدة «ما يضمن...» لا تجري لتثبت الضمان في الأعمال إلا في الحالتين المتقدمتين.

إلى الضامن ولم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ^(١) والمحقق^(١) وغيرهما^(٢) بعدم استحقاق السابق أجره المثل^(٣)، خلافاً

باتضح ما تقدم، يتبين أن الصحيح في عقد سبق هو عدم الضمان في الفاسد منه.

إن قلت: كيف لم ترجع فائدة السباق إلى غير الخاسر، ولم يكن السباق بأمره؟! قلنا: أما عدم رجوع الفائدة إلى الخاسر، فلأن المفروض أنه قد خسر، فليس له الجائزة، كما أن السباق والجري من قبل الفائز ليس عملاً قد استوفاه الخاسر، وإنما هو عمل يعود نفعه إلى الفائز نفسه، بمعنى: إن عمل كل من المتسابقين إنما كان لفائدته لا لفائدة الآخر.

إن قلت: وما الدليل على ما تقدم؟

قلنا: ما يبرز ما قلناه من عدم رجوع الفائدة إلى المتسابق الآخر هو كون القاعدة في السباق الحرمة تكليفاً ووضعاً كما تقدم في المكاسب المحرمة؛ إذ هو بذل مال في مقابل عمل لا يعود فائدته إلى الباذل، فهو من القمار المحرم، وإنما قلنا بجواز سبق الرماية للدليل الخاص، فهذا الدليل هو الذي أخرجنا من الحرمة التي كانت الأصل والقاعدة بمقتضى عمومات الحرمة تكليفاً ووضعاً كما تقدم في محله.

وأما أن السباق لم يكن بأمر الخاسر؛ فلأن الصادر منه إنما هو جعل الجائزة للفائز، لا دعوة المتسابق الآخر إلى السباق.

والنتيجة لا ضمان في سبق الفاسد.

هذه هي النتيجة طبق البحث الفني الدقيق، فتعلم، واستفد.

(١) المبسوط ٦: ٣٠٢، لكنه نفى فيه استحقاق المسمى، وأما أجره المثل فقد

لآخرين^(٤)، ووجهه^(٥): أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر^(٦)، ولم يقع بأمره أيضا^(٧)، فاحترام الأموال^(٨) - التي منها الأعمال - لا يقضي بضمان الشخص له ووجوب عوضه عليه؛ لأنه ليس كالمستوفي له، ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة^(٩)؛ حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل، وتتمام الكلام في بابه.

ثم^(١٠) إنه لا فرق في ما ذكرنا من الضمان في الفاسد، بين جهل الدافع

نسب إلى قوم ثبوته وإلى آخرين سقوطه.

(١) الشرائع ٢: ٢٤٠.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك ٦: ١٠٩ - ١١٠، والسيزواري في الكفاية: ١٣٩.

(٣) أي: عدم الضمان.

(٤) منهم العلامة في القواعد ١: ٢٦٣، والتذكرة ٢: ٣٥٧، وولده فخر المحققين

في الإيضاح ٢: ٣٦٨، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٨: ٣٣٧.

(٥) أي: وجه عدم الضمان.

(٦) الخاسر.

(٧) كما بينا.

(٨) قاعدة الإحترام.

(٩) إذ القاعدة الحرمة تكليفا ووضعا بعد أن كان من القمار كما تقدم.

(١٠) الموقف الثالث: في تشخيص سعة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

لا زلنا في البحث في قاعدة «ما يضمن...»؛ إذ بعد أن خطونا الخطوة الأولى من خطوات المصنف في بحثه في هذه القاعدة، والتي كانت البحث في تاريخ القاعدة، خطونا الخطوة الثانية معه ^{تدريجاً}، والتي كانت في البحث في العقد الإيجابي للقاعدة.

وقد ذكرنا أن لهذه الخطوة مواقف ثلاثة مر بها نتكئ، إنتهينا من أولها، وهو بيان معاني ألفاظ القاعدة، كما إنتهينا من ثانيها، وهو البحث في مدرك أصل القاعدة ومستندها، لتصل النوبة اليوم إلى الموقف الثالث، حيث البحث في تشخيص سعة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، فهل يشمل حالة علم الدافع بالفساد أم لا؟ وكما نبهنا عليه سابقا، فإن الحقيقة، هي أن هذا البحث لا يختص بالضمان بقاعدة «ما يضمن...» أبدا، وهو ما سنراه بصورة عملية في كلمات المصنف تتكئ وإنما هو بحث عن ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بصورة عامة، إلا أنه تتكئ حشره هنا بين البحث في العقد الإيجابي والبحث في العقد السلبي للقاعدة، وقد كان من حق البحث أن يكون بحثا مستقلا بنفسه ليعطى ما يستحقه من البحث والتحقيق، إلا أن ما يهون الخطب، هو أن هذا البحث سيعطى الوقت والجهد المناسبين له في ما سيأتي في المستقبل من مسألة «البيع الفضولي»، وهي المسألة التي أولاها فقهاؤنا تبا لأساتذتهم ما لم يولوه لغيرها من المسائل.

الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

ما هو السؤال الفرعي المطروح في المقام؟ هل هو عن حكم تكليفي أم وضعي؟ هذا ما يجب أن يبدأ الفقيه به بحثه الإستنباطي الإستدلالي، وقد عرفنا السر في ذلك؛ إذ كيف سيحدد الطريقة الفنية للإستنباط بدون ذلك؟! وكيف سيعرف موطن قدمه، ومن أين أتى، وإلى أين يتجه، وما أدواته البحثية المعرفية بدون ذلك؟!

عندما نسأل: هل يشمل ضمان المقبوض بالعقد الفاسد حالة العلم أم لا؟ فإن هذا في الحقيقة سؤال عن ثبوت الضمان وعدم ثبوته في بعض الحالات، وهي حالة العلم مثلا.

المعلومة المتقدمة على بساطتها، تضع أيدينا على مسألتين مهمتين غاية الأهمية في طريق الإستنباط:

الأولى: ما يرجع إلى نوع المسألة محل البحث
فإن البحث هنا لا يزال في الحكم الوضعي؛ فهو بحث في «الضمان» أيضا ليس إلا.

الثانية: ما يرجع إلى الطريقة الفنية للإستنباط
فإن الخطوط العامة لعملية الإستنباط قد اتضحت إلى حد كبير؛ إذ الطريقة هي الطريقة التي ذكرناها قبل ذلك بالنسبة إلى ثبوت الضمان وعدم ثبوته.

وما يضاف هنا بالنسبة إلى اتضاح عملية الإستنباط وخطوطها العامة في المقام من المعلومة البسيطة المتقدمة، هو اتضاح محور البحث ومركز عملية الإستنباط في ما نحن فيه؛ إذ بعد أن بحثنا طويلا في أدلة ثبوت الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، وهي ما تقدم من الإجماع، ورواية الجارية المسروقة، ورواية «اليد»، وما تقدم أخيرا من قاعدة «ما يضمن...»، يتضح أن السؤال المتقدم يعني التحقيق في مسألتين مهمتين:

الأولى: سعة الأدلة المتقدمة وشمولها لحالة العلم بالفساد
ولا أتوقع أن أهمية البحث في هذه المسألة قد أصبحت خافية؛ فإن الأصل كما قلنا هو عدم ثبوت الضمان بمقتضى الأصل العملي الجاري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، فلا بد - والحال هذه - من البحث عن شمول الأدلة المخالفة للأصل العملي وعدم شمولها لحالات مختلفة، منها حالة العلم بالفساد.

والثانية: البحث في وجود المخصص والمقيد لعمومات وإطلاقات الضمان على فرض ثبوت شمولها في المرحلة الثانية المتقدمة للمسألة محل البحث، الأمر

الطبيعي ما دامت تلك مجرد عمومات وإطلاقات لا حجية لها إلا بعد البحث في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط عن الكخصص والمقيد وعدم وجدانه. وأما مع وجوده، فإن المصير حينئذ إلى المرحلة الرابعة، حيث البحث عن المعارض كما كررنا وكررنا وكررنا.

تعلم فعال

وبهذا، يتبين أن الحكم بالضمان يتوقف على شمول العمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية للمسألة محل البحث، كما يتوقف مع ذلك على عدم وجود المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة.

وعلى ماذا يتوقف الحكم بعدم الضمان؟ قل أنت.

وما سنراه من المصنف **تدُّ** هنا هو ادعاء أن عمومات الضمان وإطلاقاته عامة شاملة لجميع صور العقد الفاسد بالنسبة إلى العلم وعدمه، وهي صور أربعة:

١- علم المتعاملين بفساد العقد الذي أجرياه.

٢- جهلهما معا.

٣- علم الدافع وجهل القابض.

جهل الدافع وعلم القابض.

فإذا كانت العمومات والإطلاقات شاملة، لم يبق إلا البحث في ما يتصور أو يتوهم كونه مخصصا أو مقيدا لتلك العمومات والإطلاقات، وهذا ما سيتطرق إليه المصنف في المقام، فيذهب إلى أن «إطلاق النص والفتوى» يقتضي الضمان في كل الصور.

ولكن، ما الذي يعنيه **تدُّ** بالنص والفتوى؟

الذي أراه، هو أن المقصود بالنص، هو مجموع التام من النصوص التي ذكرناها

بالفساد وبين علمه مع جهل القابض. (١)

دليلاً على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد، والتي تقدمت، من رواية الأمة المسروقة، ورواية «على اليد»، ومجموع النصوص التي ذكرناها دليلاً على قاعدة «ما يضمن...»، لا بد طبعاً من أن نرجع إلى تلك الأدلة وتشخيص المطلق العام منها لكي يشمل المقبوض بالعقد الفاسد في الصور الأربع التي مرت، وهذا ما لم يقيم به قدس سره الشريف للأسف.

وأما المقصود بالفتوى، فيحتمل أن يكون المراد به الدليل الأول الذي ذكرناه على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد، أعني: الإجماع، إلا أن الظاهر عدم انعقاد الإجماع على الضمان في جميع الصور الأربع السابقة كما سنرى.

كما يحتمل أن يكون المراد بالفتوى قاعدة «ما يضمن...» بنفسها؛ فإنها بالأخير «فتوى»؛ فهي «قاعدة فقهية» ليس إلا، ويأتي في هذا الاحتمال ما أتى في أخيه المتقدم بالضبط.

وعلى أية حال، فقد ذهب المصنف - كما قلنا - إلى شمول العمومات والإطلاقات كلا أو بعضاً لجميع صور المسألة الأربع السابقة، ما يلزمه بالبحث في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الاستنباط، حيث البحث عن المخصص والمقيد، وهذا ما يقوم به تفتُّر، فيذكر في هذا المجال مسألة تسليط الدافع القابض في حالة علم الدافع وجهل القابض، ومسألة الغرور، ومسألة الأمانة المالكية أو مسألة العارية، ليدفع كل ذلك ويبطله، لكي يبقى البقاء لعمومات الضمان وإطلاقاته، وهي التي تثبت الضمان في جميع الحالات الأربعة المتقدمة.

هذه هي قصة الاستنباط في المقام، فتعلم، وانتبه، ولا تختلط عليك الأوراق.

(١) لعمومات الضمان وإطلاقاته الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية

وتوهم^(١): أن الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه والمفروض أن القابض جاهل^(٢)، مدفوع: بإطلاق النص والفتوى، وليس^(٣) الجاهل مغرورا؛

الإستنباط كما أوضحنا وسيأتي منه تَبَيُّنٌ.

(١) هذا شروع في ذكر ما يتصور أو يتوهم كونه مخصصا أو مقيدا لعمومات الضمان وإطلاقاته كما تقدم توضيحه، فلا تنه في زحمة الطريق.

المخصص والمقيد المتوهم الأول

أما المخصص والمقيد المتوهم الأول، فهو تسليط الدافع للقابض على التصرف في المبيع وإتلافه.

ويجب أن نتأمل طبعا في صورة جريان هذا التوهم من اصور الأربعة المتقدمة؛ إذ ليس كل ما سيذكره المصنف تَبَيُّنٌ توهما في المقام يجري في الصور الأربعة كلها، وهذا ما أدعه لك لتشخص الموقف منه.

ورد هذا التوهم بسيط بنظر المصنف تَبَيُّنٌ؛ فإنه خلاف عمومات الضمان وإطلاقاته، بمعنى: أنه مجرد مسألة لا تصلح من قريب أو بعيد للتخصيص أو التقييد.

(٢) في هذه الصورة، وهي صورة علم الدافع وجهل القابض.

(٣) المخصص والمقيد المتوهم الثاني

وهذا هو المخصص والمقيد المتوهم الثاني في المقام، وهو قاعدة الغرور؛ حيث يرجع المغرور على من غره ورماه في الجهل طبق هذه القاعدة، فيرجع الضمان بالنتيجة على الدافع، ما يعني عدم ضمان القابض.

ودفع هذا التوهم بأن القابض ليس مغرورا بالنسبة إلى الضمان؛ إذ قد أقدم على ضمان ما قبضه ولم يقبضه على نحو المجانية كما كان الأمر عليه في قاعدة الغرور

لأنه أقدم على الضمان قاصداً، وتسليطاً^(١) الدافع العالم لا يجعلها أمانة مالكية؛ لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه أمانة عنده أو عارية، ولذا، لا يجوز له التصرف فيه والانتفاع به، وسيأتي تنمة ذلك في مسألة بيع الغاصب

مثلاً، بل أقدم على ضمانه بالمسمى؛ إذ المفروض أنه استلمه بعنوان كونه مبيعاً بعقد صحيح.

والخلاصة ما نحن فيه ليس من صغريات قاعدة الغرور، فلا تصلح القاعدة مخصصاً أو مخصصاً لعمومات الضمان وإطلاقاته.

(١) المخصص والمقيد المتوهم الثالث

وأما المخصص والمقيد المتوهم الثالث في المقام، فهو ادعاء أن تسليط الدافع العالم الجاهل يجعل المقبوض بالعقد الفاسد أمانة مالكية أو عارية من قبل المالك، فتكون عمومات الضمان وإطلاقاتها مخصصة أو مقيدة بما دل على عدم ضمان الأمانة المالكية والعارية.

وأما دفع هذا التوهم، فهو أن مجرد دفع المالك على النحو السابق لا يجعل المدفوع أمانة مالكية أو عارية؛ لأنه دفعه بنحو خاص غير ما هو الموجود في الأمانة المالكية أو العارية، وهو الدفع على أنه ملك المدفوع إليه، لا أنه أمانة عنده أو عارية، الأمر الذي يفسر حكم الفقهاء بعد جواز التصرف فيه والانتفاع به من قبل القابض، فلا أمانة مالكية ولا عارية في المقام، فلا تخصيص ولا تقييد في المقام.

وباتضح عدم تمامية أي من المخصصات والمقيدات المتوهمة في المقام، يتبين أن الفتوى في المقام هي الضمان في جميع الصور الأربعة المتصورة في المقام، لحجية العام والمطلق بعد عدم المخصص والمقيد. فلا تنس دربك.

مع علم المشتري.

هذا كله في أصل الكلية المذكورة. ^(١)

وأما عكسها ^(٢)، وهو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه:

(١) هذا تمام الكلام في العقد الإيجابي للقاعدة، وننتقل الآن إلى العقد السلبي لها. ويبقى عليك أن تجمع ما توصلنا إليه من نتائج في الخطوة الثانية من خطوات المصنف في بحثه في هذه القاعدة، والتي كانت في البحث في العقد الإيجابي للقاعدة.

وقد ذكرنا أن لهذه الخطوة مواقف ثلاثة مر بها تَدْرُجُ، كان أولها بيان معاني الفاظ القاعدة، وثانيها مدرك أصل القاعدة ومستندها، وثالثها تشخيص سعة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

(٢) الخطوة الثالثة: البحث في العقد السلبي للقاعدة

هذه هي الخطوة الثالثة من خطوات المصنف تَدْرُجُ في مسيرة بحثه في قاعدة «ما يضمن ...، وما لا يضمن ...»؛ حيث كانت الخطوة الأولى البحث في تاريخ القاعدة، والثانية البحث في العقد الإيجابي للقاعدة.

وأما الخطوة الثالثة، فهي التي تهتم بالبحث في العقد السلبي من القاعدة، وهو قولهم: «وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، وقد اقتصر المصنف تَدْرُجُ فيها على المواقف الثلاثة التالية، بعد أن كانت جملة من مباحث أصل القاعدة، من قبيل معني الضمان، وكون عموم العقود أفراديا أو أنواعيا أو أصنافيا، واقتضاء ذات العقد للضمان أو كفاية اقتضاء الشرط له، مشتركة بين العقدين: الإيجابي (الأصل) والسلبي (العكس)، فلم يكن من داع لإعادتها:

الموقف الأول: تشخيص المراد من القاعدة

الموقف الثاني: موارد النقض على القاعدة

الموقف الثالث: مدرك القاعدة ومستندها

حيث تعرض هنا إلى بحثين، يتناول كل واحد منهما دليلا من الدليلين المذكورين مستندا ومدركا للعقد السلبي من القاعدة، وهما: الأولوية، وعموم دليل الهبة والأمانات.

هذه هي الخارطة الكلية للبحث في عكس القاعدة، فلتوكل على الله، ولتسلسل في البحث معه قدس سره الشريف.

الموقف الأول: تشخيص المراد من القاعدة

تعليم فعال

لا تنس أننا قدمنا حين كان الكلام في توضيح مفاد أصل القاعدة ما يبين أهمية توضيح المفاد من كل قاعدة فقهية قبل الخوض في الإستدلال على حجيتها، وقبل الخوض في مستنداتنا وبعض تطبيقاتها، وبعض ما استثني منها. كما قدمنا الأسس والمنطلقات التي يجب مراعاتها وأخذها بنظر الإعتبار حين محاولة تشخيص مفاد القاعدة الفقهية، أية قاعدة فقهية كانت.

والمهم في هذا المجال، أن لا تنسى أبدا أننا لسنا الآن في هذا الموقف في مقام بيان الأدلة على عكس القاعدة، وإنما الكلام كل الكلام في بيان مفاد القاعدة ليس إلى.

وبناء على ما تقدم، فإننا لن نخوض في ما خضنا فيه هناك من الأمور المتقدمة الذكر هنا، ويجب عليك أن تراجع قبل التسلسل معنا في البحث.

إذا اتضح ما تقدم في التعلم الفعال، نقول:

أما مفاد عكس القاعدة وعقدها السلبي، فقد اتضح مما قلناه في بيان المراد من

أن كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانا، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة والعارية الغير المضمونة، بل المضمونة - بناء^(١) على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه - وغير ذلك^(٢) من العقود اللازمة والجائزة. ثم^(٣) إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا؛ لأن صحيح

الأصل، فكل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده وما تعلق به وانصب فوقه من العين المباعة في البيع مثلا، والمنفعة في الإجارة، والإنقاذ في العارية، ففاسده لا يفيد ضمانا لتلك الموارد، كما في عقد الرهن والوكالة والمضاربة والعارية غير المضمونة، وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزة التي ليس في صحيحها ضمان. بل يشمل العقد السلبي العارية المضمونة، كالعارية التي اشترط في متن عقدها الضمان، فهذه أيضا ليس في فاسدها ضمان على الرغم من الشرط؛ إذ ليس في صحيحها ضمان كما اخترناه في مفاد العقد الإيجابي للقاعدة، من أن الباء الواردة في قولهم «بصحيحه» هي باء السببية الظاهرة في كون العقد بنفسه وذاته السبب في الضمان، لا من ناحية عارضة عليه خارجة عنه، من قبيل شرط الضمان في متنه.

(١) توجيه عدم الضمان في العارية المضمونة، وقد تقدم في الشرح.

(٢) معطوف على قوله: «عقد الرهن و...».

(٣) مقتضى عكس القاعدة عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا

وبناء على ما جاء في بيان مفاد عكس القاعدة معقدها السلبي، من أن العقد الصحيح إذا لم يكن في صحيح مورده ومتعلقه ومصبه ضمان فلا ضمان في فاسده، هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا؛ إذ مورد عقد الإجارة المنفعة لا العين، وصحيح أن المنفعة في الإجارة مضمونة، إلا أنه لما كانت العين في الإجارة

ليست هي مورد العقد، فإن العين غير مضمونة؛ لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به في القواعد والتحرير وحكي عن التذكرة إطلاق الباقي.

وعلى الرغم من أن مقتضى الفن هو الحكم بضمان المنفعة في الإجارة دون العين، إلا أنه قد وقع الخلاف بين الأردبيلي وبين المحقق الثاني في ما هو رأي الأصحاب في المسألة؛ فإن صريح الرضا الحكم بضمان العين في الإجارة الفاسدة، وحكى فيها عن المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان نسبة هذا الحكم إلى الأصحاب، وأنه المفهوم من كلماتهم.

وأما المحقق الثاني، فقد خالف الأردبيلي في رأي الأصحاب في المقام؛ فقد ذهب إلى أن الذي يلوح من كلمات الأصحاب هو عدم ضمان العين.

إلا أن مخالفة المحقق الثاني للأردبيلي إلى هنا إنما هي في نسبة الحكم بضمان العين إلى الأصحاب، وأما رأي المحقق الثاني في المسألة، فقد وافق فيه الأردبيلي؛ حيث ذهب إلى أن الذي ينساق إليه النظر هو ضمان العين، الحكم الذي ذهب إليه الأردبيلي نفسه؛ إذ التصرف في العين والمنفعة تصرف غصبي بعد انتفاء الإذن المالكى بفساد العقد، وقد تقدم أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري عند الأصحاب مجرى الغصب في الضمان، القاعدة التي ذهبوا إليها لقاعدة اليد التي مرت معنا في الأدلة على أصل القاعدة.

ولما كانت العين مضمونة في الغصب، كانت كذلك في الإجارة الفاسدة.

إلا أن المحقق الثاني لم يقف في كلامه وبحثه عند هذا الحد، بل أوضح معلومة أخرى مهمة في البين، وهي أن الحكم بضمان العين لقاعدة اليد معارض بالحكم بعدم الضمان لقاعدة «ما يضمن ... وما لا ...»، بعد التقريب الذي تقدم منا قبل الخوض في الخلاف بين العلمين في رأي الأصحاب، الأمر الذي يرجع إلى ما

استدل به البعض على الضمان في أصل القاعدة، وهو قاعدة الإقدام؛ حيث قال البعض بأن الدليل على الضمان في الصحيح إنما هو الإقدام على الضمان، الأمر الذي يتحقق بالنسبة إلى المنفعة ف. الإجارة دون العين؛ فالمستأجر لم يقدم على الضمان بالنسبة إلى العين، وهذا ما لن يتحول إلى مقابله (وهو الإقدام على الضمان) بمجرد اتضاح فساد العقد، فما كان قبل اتضاح الفساد من عدم الإقدام على ضمان العين يبقى بعد اتضاح الفساد.

وبتعارض القاعدتين في المقام، أعني: قاعدة اليد التي تثبت ضمان العين من جهة، وقاعدة «ما لا يضمن...» التي تثبت عدم الضمان ببركة عدم الإقدام من جهة أخرى، تتساقط القاعدتان - والكلام للمحقق الثاني - فيكون المرجع الأصل العملي في المقام، وهو كما قلنا في بيان الطريقة الفنية للإستنباط في المقام عدم الضمان؛ فإن الأصل - والكلام للمحقق الثاني أيضا - هو براءة الذمة من الضمان.

وما يقوي عدم الضمان - والكلام لا يزال للمحقق الثاني - هو أننا لم نقو جانب قاعدة «ما لا يضمن...»، للزم تال فاسد في المقام، وهو الحكم بضمن المرتهن للعين مع فساد الرهن؛ إذ يأتي فيه عين ما أتى في العين المستأجرة، من مسألة الغصب وقاعدة اليد؛ لأن استيلاءه على العين المرهونة بغير حق بعد اتضاح فساد عقد الرهن، وهو باطل عند الأصحاب، ما يقوي الحكم بعدم ضمان العين في الإجارة.

تعليم وتعلم فعالان

يجب أن نؤكد هنا على ما نبهنا عليه سابقا، من أن الكلام في المقام ليس في الإستدلال وإقامة الدليل على ثبوت الضمان أو عدم ثبوته في العين، وإنما الكلام كله في تشخيص مفاد القاعدة، أعني: العكس، الأمر المهم الذي يلزمنا جميعا بأن

نجعل محور جميع ما تقدم إلى الآن من كلام المصنف وكلام المحقق الثاني وكلام الأردبيلي رحمهم الله تعالى هو تشخيص المفاد ليس إلا، فهل يمكنك أن تتأمل في ما تقدم من الكلام لتجعله كله يدور حول هذا المحور؟

دعني أوضح لك المسألة برمتها مع جعل التشخيص المتقدم محورا:
 ابتدأنا بأن قلنا إن مفاد العكس هو عدم ضمان فاسد العقد الذي لا يقتضي صحیحه الضمان في مورده، ثم أسسنا على ذلك عدم ضمان العين في الإجارة، فالقاعدة الكلية هي هذا.

ثم تسلسلنا في هذا المطلب في الخلاف الذي وقع بين المحقق الثاني والأردبيلي في ما ينسب إلى الأصحاب، فذهب الأردبيلي إلى نسبة الضمان في الإجارة بالنسبة إلى العين إلى الأصحاب، فيما خالفه المحقق في ذلك، ناسبا الضمان إليهم، مستدلا في الوقت نفسه على الضمان بمسألة الغصب وقاعدة اليد، القاعدة التي تخالف العكس في قاعدتنا محل الكلام، منتهيا إلى مسألة المعارضة والرجوع إلى الأصل الذي يقتضي عدم الضمان، مقويا ذلك بالتالي الفاسد الذي يلزم من القول بالضمان، وهو مسألة لزوم الحكم بالضمان في الرهن، الأمر الذي لا يقبل به الأصحاب.

والنتيجة إلى الآن لا تزال مجهولة، فهل تدخل الإجارة بالنسبة إلى العين في العكس عند الأصحاب أم لا؟

السؤال السابق يلزم المصنف **تدخّل** بالتدخل لفض النزاع، والوصول إلى تشخيص دقيق لمفاد العكس، وهذا ما سنشاهده منه **تدخّل** بعد هنيهة إن شاء الله تعالى.

هذه هي القصة الكاملة لمسیر تشخيص مفاد القاعدة إلى الآن، فالمسألة كلها تدور حول هذا التشخيص، ولا علاقة لها من قريب أو بعيد بمسألة الإستدلال على

الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به في القواعد^(١) والتحرير^(٢) وحكي عن التذكرة^(٣) إطلاق الباقي^(٤)، إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان، وحكى فيها عن بعض نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب^(٥)، والظاهر أن المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة^(٦).

وما أبعد ما بينه^(٧) وبين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: إن الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة، والذي^(٨) ينساق إليه النظر هو الضمان؛ لأن التصرف فيها^(٩) حرام؛ لأنه

الضمان بحكم القاعدة أو عدم الحكم بالضمان. إنته، ولا تضع في زحمة الكلام.

(١) القواعد ١: ٢٣٤.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٥٢، هذا وقد وردت الكلمة في أكثر النسخ هكذا: «ثر»، ولكننا لم نقف عليه في السرائر، فراجع.

(٣) التذكرة ٢: ٣١٨.

(٤) كابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٧، والمحقق في الشرائع ٢: ١٧٩، والشهيدان في اللمعة وشرحها (الروضة البهية) ٤: ٣٣١.

(٥) الرياض ٢: ٨.

(٦) مجمع الفائدة ١٠: ٥٠.

(٧) أي: ما أبعد ما بين كلام الأردبيلي في نسبة ضمان العين في الإجارة الفاسدة إلى الأصحاب، وبين كلام المحقق الثاني.

(٨) لا يزال الكلام للمحقق الثاني تتكؤ.

(٩) أي: في العين المستأجرة. فالكلام كله في العين لا في منفعتها؛ فإن المنفعة

مضمونة عند الجميع؛ وذلك لأنها مضمونة في الصحيح كما قلنا.

غضب فيضمنه، ثم قال: إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها^(١) مناف لذلك، فيقال^(٢): إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً، والأصل^(٣) براءة الذمة من الضمان^(٤)، فلا تكون تكون العين بذلك مضمونة، ولولا ذلك^(٥)، لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأن استيلاءه بغير حق^(٦)، وهو باطل^(١)، إنتهى.

(١) طبقاً للقاعدة «ما يضمن ...».

(٢) بيان لتقريب الإستدلال بالقاعدة على عدم الضمان؛ إذ لا إقدام على ضمان العين في الإجارة، وكون العقد فاسداً لا يغير ذلك إلى الإقدام على الضمان كما هو واضح.

(٣) وإذا تعارضت القاعدتان (اليد وما يضمن ...)، تساقطتا، ليكون المرجع

الأصل العملي الجاري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط.

(٤) الأصل الذي نطلق منه هو عدم الضمان كما بينا في الطريقة الفنية للإستنباط، إلا أن المحقق عبر عن الأصل بأصالة براءة الذمة، وهذا عين ما كنا نعبر عنه نحن باستصحاب براءة الذمة الذي يجري في الأحكام الوضعية، فلا تختلط عليك الأوراق.

(٥) أي: ولولا الحكم بعدم الضمان، ولولا تقديم قاعدة «ما يضمن ... وما لا ...»،

...، لكان اللازم الحكم بالضمان في الرهن، وهو ما لا يلتزم به الأصحاب.

والنتيجة لو أخذنا بنظر الأردبيلي، للزم خروج العين في الإجارة الفاسدة من العكس، ولو أخذنا بنظر المحقق الثاني طبقاً لما جاء في آخر كلامه، لكانت العين داخلة في العكس، فلا ضمان فيها. هذه هي النتيجة إلى الآن بالنسبة إلى مفاد العكس. فانتبه رجاء.

(٦) أي: يأتي فيه عين ما أتى في العين المستأجرة، من الإستيلاء بالغضب،

ولعل^(٢) الحكم بالضمان في المسألة: إما لخروجها عن قاعدة «ما لا

وبدون حق بعد فساد الإجارة والرهن.

(١) جامع المقاصد ٦: ٢١٦. (٢) و (٣) كذا في النسخ، والمناسب: فيها.

(٢) تدخل المصنف تثنؤً لتشخيص المفاد النهائي للعكس

قلنا: إن النزاع المتقدم بين المحقق الثاني والأردبيلي يلزم المصنف تثنؤً بالتدخل وحسم الأمر في تشخيص المفاد النهائي للعكس.

ولما كان النزاع قائماً على تشخيص الحكم النهائي بضمان العين في الإجارة وعدم ضمانها، كان لا بد من عمليتين مهمتين في المقام:

الأولى: البناء على الحكم بضمان العين في الإجارة، والرجوع إلى دليل من قال بالضمان؛ فإن الحكم بالضمان لا يعني دائماً انخرام كلية العكس؛ إذ أن الحكم بضمان العين المستأجرة قد يجتمع مع كلية القاعدة، وإليك تفصيل الكلام في هذه العملية:

يمكن توجيه قول القائلين بالضمان فيكون من باب التخصص وخروج العين وحكمها من مفاد العكس من الأساس، فلا انخرام في مفاده، لتبقى القاعدة على كليتها، كما يمكن أن يكون الحكم بالضمان من باب التخصص، لتخرم الكلية.

أولاً: الحكم بالضمان من باب التخصص

أما توجيه الحكم بالضمان ليكون من باب التخصص، فحاصله:

قلنا إن مفاد القاعدة هو أن ما لا ضمان في «مورد» صحيحه، فإنه لا ضمان في مورد فاسده، ولو دققنا في كلمة «مورده» وما جاء في توضيح المراد بها في ما تقدم، لرأيت أننا بينا أن المقصود بالمورد هو متعلق العقد ومصبه، فهذا هو موضوع القاعدة، وهو العين في البيع، والمنفعة في الإجارة مثلاً، وعليه، فالقاعدة موضوعها

هو هذا لا غير.

ولو تأملنا في ذهاب البعض إلى ضمان العين المستأجرة، لرأينا أن من الممكن أن يكون هؤلاء قد حكموا بضمان العين بلا أن يكونوا قد مسوا بالقاعدة محل الكلام أو خرقوها؛ بتوجيه أن القاعدة لا علاقة لها من قريب أو من بعيد بالعين؛ بعد أن كان موضوعها وموردها ومصبتها هو المنفعة في الإجارة ليس إلا، والمنفعة عند الجميع مضمونة بمقتضى القاعدة، وأما العين، فلا علاقة للقاعدة بها كما قلنا. التوجيه السابق معناه خروج العين عن القاعدة بالتخصص، فالعين لم تكن داخلية في موضوع القاعدة من الأساس ليكون الحكم بضمانها خرقا لها وتعديا على كليتها.

إن قلت: فمن أين أتى الحكم بضمان العين عند هؤلاء؟

قلنا: الحكم بالضمان جار حسب القواعد الفنية الصحيحة الجارية في العين في المقام؛ إذ كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا، كما أنها كانت مأذونا فيها من طرف المالك أيضا، فهي أمانة شرعية بمقتضى حكم الشارع بصحة العقد، كما أنها أمانة مالكية بمقتضى تسليط المالك للمستأجر عليها وحكم الشارع بصحة هذا التسليط بحكمه بالصحة، وما دامت العين في الصحيح أمانة، لم يكن فيها ضمان.

هذا في صحيح العقد، وأما في فاسده، فالعين ليست أمانة شرعية ولا مالكية بعد حكم الشارع بفساد العقد، فالحكم بالفساد يعني: أن لا إذن من قبل الشارع بالتصرف، فهي ليست أمانة شرعية، كما أنها ليست أمانة مالكية أيضا؛ إذ أن دفع المؤجر للعين للمستأجر وتسليطه عليها إنما كان بقصد خاص هو البناء على استحقاق المستأجر لذلك بالعقد، الأمر الذي ينتفي باتضحاح فساد العقد، ما يعني

بالنتيجة أن لا استحقاق للمستأجر في المقام، ما يعني أن يده يد عدوان موجبة للضمان بمقتضى الغصب وقاعدة اليد.

ولو تأملت قليلا في الكلام المتقدم، لرأيت أن الدليل على الضمان في المقام هو قاعدة اليد، إلا أن ذلك لا يعني خرقا لكلية العكس كما قلنا؛ إذ العين لم تكن داخلية من الأول في الكلية ليجب الحكم بضمانها خرقا للكلية.

ثانيا: الحكم بالضمان من باب التخصيص

وأما الحكم بالضمان من باب التخصيص، فحاصله:

إن العين في الإجارة كانت داخلية من الأول في مقتضى العكس؛ فغن موضوع العكس هو كل ما لم يكن في صحيحه ضمان، وفي صحيح الإجارة لا ضمان بالنسبة إلى العين، فالصحيح أن لا ضمان بمقتضى القاعدة.

هل لاحظت الفرق في البداية بين التوجيهين، أعني: التخصيص المتقدم

والتخصيص الحالي؟

المعلومة المتقدمة معناها أن الحكم بضمان العين يعني خرقا لكلية القاعدة، وهذا صحيح، إلا أن السؤال الذي يطرح هنا، هو: ولماذا الحكم بالضمان؟ من أين أتى؟ وما الدليل عليه؟

والجواب: إنه قاعدة اليد التي تكلمنا عنها قبل قليل في توجيه التخصص؛ فإنها دليل معارض لقاعدة «ما يضمن...» يتقدم عليه في المعارضة، وليس كما ادعى المحقق الثاني قبل ذلك في توجيهه لعدم الضمان من التساقت والرجوع إلى الأصل العملي الذي يقتضي عدم الضمان، بل الصحيح تقدم اليد على قاعدة «ما يضمن...»، فلا تصل النوبة إلى الأصل العملي؛ إذ العمل به مقطوع بوجود الدليل المحرز الإجتهادي، أعني: قاعدة اليد.

يضمن»؛ لأن المراد بالمضمون مورد العقد، ومورد العقد في الإجارة المنفعة^(١)، فالعين يرجع في حكمها إلى القواعد، وحيث^(٢) كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا ومن طرف المالك^(٣)، لم يكن فيه^(١) ضمان،

وإن قلت: ولماذا تتقدم قاعدة اليد على أختها قاعدة «ما يضمن...»؟ قلنا: لأن قاعدة اليد أخص من أختها لتوجيهات مختلفة، أحدها أن قاعدة اليد أخص من حيث الموضوع من أختها؛ إذ اليد مختصة بالعيان، فيما القاعدة الأخرى عامة شاملة للأعيان والمنافع والأعمال كما تقدم في الاستدلال على القاعدة. وبناء على هذا التوجيه للحكم بضمان العين في الإجارة، تكون القاعدة في عقدها السلبي «العكس» مخرومة، فتخرج العين من كليتها.

العملية الثانية: البناء على الحكم بعدم ضمان العين المستأجرة

ما تقدم، كان كله في العملية الأولى من العمليتين اللتين قلنا بأنهما حاسمتان في تشخيص المفاد النهائي من «العكس»، وهي البناء على الحكم بضمان العين في الإجارة، وأما العملية الثانية، فهي الحكم بعدم الضمان، وهي ما يذهب إليه المصنف **تتمة**.

تعلم فعال

كيف حصل الفرق بين الخروج التخصصي والخروج التخصيصي بينما الدليل على ضمان العين في التخريجين واحد هو قاعدة اليد؟ فكر قليلا. يكفيك أن تتأمل ولو قليلا في ما تقدم من توضيح التخريجين.

تعلم أن تفكك بين الأشياء، وتحلل الدليل إلى أجزائه الأصلية، وتفرق بينها.

(١) فالعين خارجة تخصصا عن موضوع القاعدة.

(٢) وهذه هي القواعد.

(٣) فهي أمانة شارعية ومالكية.

وأما في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها، لحق الانتفاع فيه^(٢)،

والمفروض عدم الإستهقاق^(٣)، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.

وأما^(٤) لأن قاعدة «ما لا يضمن» معارضة هنا^(٥) بقاعدة اليد^(٦).

والأقوى^(٧): عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين

(١) أي: في صحيح الإجارة بالنسبة إلى العين.

(٢) لا بغير هذا البناء والقصد.

(٣) باتضاح بطلان العقد وفساده.

(٤) هذا هو الخروج التخصيصي.

(٥) ومن الواضح أن المعارضة لا تقع إلا بعد اتحاد القاعدتين في الموضوع، ما

يعني أن موضوع قاعدة ما يضمن أعم من «مورد» القاعدة كما عبرنا عنه في ما سبق. فانتبه.

(٦) وتقدم قاعدة اليد لأنها أخص من أختها كما قلنا في التوضيح، فلا تصل

النوبة إلى الأصل العملي الذي يقتضي عدم الضمان.

(٧) العملية الثانية: البناء على الحكم بعدم ضمان العين المستأجرة

هذه هي العملية الثانية المتقدمة الذكر، وهي البناء على الحكم بعدم الضمان؛ إذ

لو سألنا المصنف تَدُّر عن رأيه في المسألة، لقال إنه يرى عدم الضمان، وما ذلك

إلا تطبيقاً لقاعدة «ما لا يضمن...»؛ بالتقريب الذي تقدم؛ فإن العين غير مضمونة

في صحيح الإجارة، فهي غير مضمونة في فاسدها أيضاً، ما يعني أن «العكس» غير

منتقض من ناحية طليته، فلا تخصص ولا تخصيص في البين.

وبهذا الكلام، لا بد للمصنف من أن يجيب عن الأسئلة التالية:

السؤال الأول: ما هو وجه عدم التخصص في المقام؟

وإنما نسأله هنا هذا السؤال لأننا لم ننس ما ذكره المصنف أول بيان مفاد «العكس»؛ حيث قال بأن المقصود به هو «مورد» العقد، وهو مصبه ومتعلقه، كالعين بالنسبة إلى البيع، والمنفعة بالنسبة إلى الإجارة، ما يعني أن العين في الإجارة خارجة تخصصاً بعد عدم كونها «مورداً» للعقد!!!

والجواب: كلامكم صحيح، ولكنني أغير رأبي هنا لأجعل المراد من مورد العقد شاملاً لمصب العقد ومتعلقه، وهو المنفعة في الإجارة مثلاً، ولمتعلق متعلقه، وهو العين، وعليه، فالعين داخلية في القاعدة منذ البداية، ما يعني بالتبع لزوم الحكم عليها تبعاً للقاعدة بعدم الضمان.

السؤال الثاني: ما هو الوجه في عدم التخصيص في المقام؟

وأما الوجه في عدم التخصيص في المقام، فلأن قاعدة اليد لا تقوى على تخصيص قاعدة «ما يضمن ...» لعدة وجوه، منها: أن ما نحن فيه ليس من موارد قاعدة اليد، بل هو أجنبي عنها بالمرّة؛ فإن يد المستأجر على العين في الإجارة الفاسدة ليست يدا عدوانية أبداً، بل هي يد أمانية ناشئة من تسليط المالك إياه عليها.

إن قلت: ولكنكم قلتم أن تسليط المالك وجعله العين أمانة بيد المستأجر يتفني بانتفاء العقد وبثبوت بطلانه!!!

قلنا: الصحيح أنه لا يتفني؛ وذلك بالتقريب التالي:

في عقد الإجارة هناك أمران:

الأول: جعل المالك العين أمانة بيد المستأجر.

الثاني: كون الجعل المتقدم والتسليط مبنياً على استحقاق المستأجر لذلك

الجعل والتسليط.

ولو تأملنا في الأمرين المتقدمين، لرأينا أن الأمر الثاني إنما هو داع ومحرك نحو إيجاد الأمر الأول وليس قيда له بحيث ينتفي المقيد بانتفاء القيد.

ولو رجعنا إلى العقد الفاسد وتأملنا فيه جيدا، لرأينا أن الأمر الأول يبقى حيا يرزق حتى مع انتفاء الأمر الثاني فيه؛ وذلك لما قلناه قبل قليل، من أن العلاقة بين الأمرين ليست علاقة القيدية أو العلية، وإنما هي الداعوية، ومن الثابت عندهم أن الداعي لو انتفى أو سقط فإن ذلك لا يعني انتفاء المدعو إليه أو بطلانه، كما لو كان الداعي لي لشراء الكتاب القراءة والمطالعة، فاشترت الكتاب، وإذا بالداعي يسقط لأي سبب من الأسباب، كأن يكون المكتوب أمرا مكررا قديما، فإن الفقهاء هنا لا يفتون ببطلان الشراء. فهكذا الأمر في ما نحن فيه.

والنتيجة لا جريان لقاعدة اليد في ما نحن فيه؛ فإن العين هنا أمانة مالكية، وليست يد المستأجر يدا معتدية، فتبقى الساحة خالية لقاعدة «ما يضمن...»، لتثبت عدم الضمان، ما يعني عدم تخصيص في المقام، فالعكس باق على كليته بدون أي انخرام.

السؤال الثالث: هل لا زلت . يا مصنفنا . على العهد الذي عاهدتنا عليه؟!

هذا هو السؤال الثالث من الأسئلة التي لا بد للمصنف بتدُّ من الإجابة عليه، وهو سؤال يرجع إلى المنهج الفني للتحقيق في ما نحن فيه، والذي تعلمناه منه قدس سره الشريف.

ونقول: الذي تعلمناه من المصنف في تحقيقه في أصل القاعدة، ونبها عليه أول دخولنا في أبحاث «العكس»، هو لزوم التفكيك بين مراحل عملية البحث العلمي في القاعدة الفقهية مهما كانت تلك القاعدة، ومن ذلك التفكيك بين مرحلة

بيان مفاد القاعدة ومرحلة إقامة الدليل عليها.

ولعظم أهمية هذه النقطة، وهذا الأساس العلمي الرصين في البحث، فقد نبهنا عليه هناك، كما نبهنا عليه هنا أيضا، وهو ما أشار إليه المصنف حين قال في معرض بحثه في تشخيص مفاد الأصل: « نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة: بأنه أقدم على العين مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع، لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدركها».

والظاهر أن ما نبهنا إليه المصنف تَدُّرٌ وعلمنا أن لا نفع فيه قد وقع فيه هو تَدُّرٌ بنفسه في المقام؛ فإن الناس لو اختلطت عليهم الأوراق فضاخوا في زحمة المطالب العلمية الدقيقة المتنوعة المختلفة، فإننا لا نتيه معهم؛ فإن الكلام هنا في تشخيص مفاد القاعدة لا في إقامة الدليل على جريانها أو عدم جريانها في مورد ما.

والمروض أننا لا نتكلم عن تشخيص مفادها عندنا نحن، وهو ما نبهنا عليه سابقا أيضا، بل الكلام كل الكلام في تشخيص مفادها عند الأصحاب القائلين بها؛ إذ هي قاعدة فقهية هم الذين أسسوها، وهم الذين صرحوا بها، والذي نرومه إنما هو تشخيص مرادهم من كلامهم هذا، وهذه العملية لها أسسها ومنطقاتها الخاصة التي نبهنا عليها عندما كنا نبحت في تشخيص مفاد الأصل، وهو الإعتماد على كلام الأصحاب ف بأحكامهم المختلفة ذات الصلة، أو استدلالاتهم المختلفة ذات الصلة؛ فإنها خير قرينة على تحديد وتشخيص مرادهم بالقاعدة.

إلا أن المصيبة، هي أننا عدلنا عن ذلك، وغاب. عنا الأساس الفني السابق، وصرنا إلى أننا نبحت في جريان القاعدة أو عدم جريانها طبقا لما نرتبه نحن في المسألة لا طبقا لما يراه الأصحاب، وهذه هي الواقعة.

أنظر إلى كلام المصنف تَدُّرٌ حيث قال: «والأقوى: عدم الضمان...»، ألا تراه

رأي المصنف في المسألة بعد أن بين رأي الأصحاب في الضمان، وهو ما نقلناه عن الأردبيلي والمحقق الثاني، وعدم الضمان كما نقلناه عن المحقق الثاني؟! وما هي أهمية أن يثبت المصنف الضمان أو عدم الضمان في تشخيص مراد الأصحاب بالقاعدة؟!.

أليس معنى ذلك هو أن مراد الأصحاب يكون عدم انخرام القاعدة في حالة حكم المصنف بعدم الضمان، وأن مرادهم انخرام القاعدة في حالة حكم المصنف بالضمان؟!.

ما علاقة موقفني أنا من مسألة ما في تشخيص المراد النهائي لمجموعة من الناس من كلام لهم في مسألة ما؟!.

هذا هو السؤال الثالث الذي لن يجد له المصنف تَدُّرَ جوابا.

نعم، كما ترى، فإن هذا الكلام كله إنما نشأ من كون قول المصنف المتقدم الذكر توجيهها لرأيه الشخصي، وأما إذا كان في مقام نسبة الرأي إلى الأصحاب من خلال كلام لهم واستدلالات في ما يرتبط بالمسألة محل البحث، فإن جميع هذا الكلام سينتفي، ونرجع إلى الكلام الفني القائم على الأسس والمعايير الفنية للبحث والتحقيق، إلا أن ادعاء أن الكلام السابق إنما هو في سياق بيان رأي الأصحاب لا يكون صحيحا بمجرد ادعائه، إذ هو خلاف ظاهر كلامه قدس سره الشريف جدا.

كما أنه لا يجدي في رفع الإشكال عن المصنف تَدُّرُ أن يكون الأقوى عند الأصحاب هو عدم الضمان؛ إذ معنى هذا الكلام حتى لو تنزلنا ووجهناه بأنه في معرض توضيح كلام الأصحاب وموقفهم من المسألة، هو أن الرأي الأقوى عندهم هو عدم الضمان، الأمر الذي يعني التسليم بأن الرأي الثاني «قوي» ذهب إليه جملة ليست بالقليلة منهم، ما يعني بالنتيجة أن الجملة الأكبر من الأصحاب تبني على أن

المستأجرة، ولا متخصصة^(١).

ثم^(٢) إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد: منها: الصيد الذي استعاره المحرم

مفاد القاعدة عام يشمل العين، وهو ما يلزم منه أن جملة كبيرة منهم ذهبت إلى خلاف ذلك، وأي قاعدة إذا ستبقى بعد هذا الخلاف الشديد؟!

(١) قوله: «غير مخصصة» رد للتخصيص، فقاعدة اليد لم تخصص قاعدة «ما يضمن...» لتخرج منها ضمان العين المستأجرة فاسدا.

وأما قوله: «ولا متخصصة»، فهو رد للتخصص والخروج تخصصا.

(٢) الموقف الثاني: موارد النقض على القاعدة

لا يزال الكلام في الخطوة الثالثة من خطوات المصنف تدُّر في بحثه في قاعدة «ما يضمن...»، وبالذقة: في العقد السلبي للقاعدة، وهو قولهم: «وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

وقد انتهينا من البحث في الموقف الأول من المواقف الثلاثة لهذه الخطوة، حيث كان في تشخيص المراد من القاعدة، لتصل النوبة الآن إلى البحث في الموقف الثاني من تلك المواقف، حيث البحث في موارد النقض على القاعدة؛ حيث قد توجه بعض الإشكالات على اطراد القاعدة، بمعنى أن مقتضى «العكس» كان المفروض أن يثبت عدم الضمان في بعض الموارد، إلا أن الفقهاء حكموا في هذه الموارد بالضمان، من قبيل ما تقدم الكلام فيه في العين في الإجارة الفاسدة؛ فقد النقض الأول على اطراد القاعدة.

وما قمنا به في العين بالنسبة إلى النقض الأول، من البحث في سبب الحكم بالضمان، والتأكد من كون المورد نقضا وخرقا لكلية القاعدة، هو الذي سنقوم به في سائر النقوض.

كما أن ما قلناه هناك من ضرورة الإلتزام بالأسس والضوابط العلمية للبحث والتحقيق في القواعد الفقهية بصورة عامة، وضرورة الفصل وعدم الخلط بين المراحل المختلفة لهذا البحث، نقوله هنا أيضا، وما أوردناه إشكالا على المصنف تتج هناك، نورده هنا إذا كان قد وقع في المشكلة نفسها، ولهذا، فإننا لن نعيد الإشكال في كل مورد من موارد النقض التي ذكرها المصنف تتج، وذلك لك لكي تتصيده حيث يكون.

وبهذا، يتضح أن الحق كان أن هذا الموقف الثاني ليس موقفا مستقلا بنفسه كما درج المحققون والمتخصصون في المكاسب على احتسابه كذلك، وإنما هو في الحقيقة استمرارا للموقف الأول المتقدم؛ حيث الكلام في تشخيص مفاد القاعدة النهائي بالنسبة إلى عقدها السلبي طبعاً. والأمر سهل إن شاء الله تعالى.

النقض الثاني: ضمان الصيد الذي استعاره المحرم

أولاً: بيان النقض

من الواضح أن العارية الصحيحة لا توجب الضمان، فالمفروض أن فاسدها لا يوجب الضمان أيضاً؛ فإن «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، إلا أن الفقهاء حكموا بضمان الصيد الذي استعاره المحرم من المحل.

محل الكلام طبعاً إنما هو ما إذا كان المحرم خارج الحرم؛ فإن الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم أيضاً. فلو اجتمع شخصان، أحدهما محرم والآخر محل خارج الحرم، فصاد المحل حيواناً، فاستعاره المحرم منه، واللازم على المحرم في هذه الحالة إرسال الحيوان، فإن أرسله، كان الواجب ضمانه بالقيمة على المرسل. وليس النقض على القاعدة هنا؛ فإن هذا الفرض خارج تخصصاً عن مقتضى القاعدة حتى لو حكمنا بفساد العارية في المقام؛ إذ أن محل الكلام في ما نحن فيه

من المحل^(١)، بناء على فساد العارية، فإنهم حكموا بضمان المحرم له مع أن صحيح العارية لا يضمن به، ولذا^(٢) ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصحة والفساد^(٣).

إلا أن يقال^(٤): إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم

من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد - كما نبهنا عليه وبحثنا فيه سابقا - هو حالة التلف لا الإتلاف.

وأما إذا لم يرسله بل هرب بنفسه، أو تلف بأفة سماوية، فقد حكم بعض الفقهاء هنا بالضمان بالقيمة أيضا، وهنا يأتي توهم النقض على قاعدة «ما لا يضمن»، بناء على الحكم بفساد العارية طبعاً، وإلا، كان المورد أجنيا عما نحن فيه. (١) خارج الحرم.

(٢) أي: ولكون المورد خلاف قاعدة «ما يضمن...»، ناقش الشهيد الثاني في الحكم بالضمان في فساد العارية؛ فإن صحيحها لا ضمان فيه. (٣) المسالك ٥: ١٣٩.

(٤) ثانياً: الموقف من النقض

بعد أن تبين أصل النقض، حان وقت تشخيص الموقف من هذا النقض، فهل هو نقض صحيح، أم أنه لا نقض في البين ولا إشكال في إطراد القاعدة؟ والجواب: الصحيح أنه لا نقض في البين؛ لعين ما قلناه في الحالة الأولى من الحالتين المتقدمتين، أعني: حالة الإرسال؛ فغن ما نحن فيه يحتسب على الإتلاف لا التلف. وحاصله:

إن ضمان العارية في ما نحن فيه ليس للتلف، وإنما كان الضمان مستقراً في عهدة المحرم بمجرد وضع يده على العارية واستلامها من المحل؛ إذ يجب في

تلك اللحظة الإرسال، ولوجوب الإرسال هذا، كان الحكم بالضمان بالقيمة؛ حيث أن فساد العارية لا يعني انتفاء احترام مال المحل، فللجمع بين احترام مال المحل الذي لا ينتفي بمجرد العارية من جهة، وبين وجوب الإرسال الذي يعني عدم احترام مال المحل بالنسبة إلى العين نفسها، حكم بوجوب الضمان بالقيمة؛ فإنها السبيل للجمع بين الحكمين.

وبعبارة أخرى: الجمع بين حق المخلوق واحترام ماله من جهة، وبين حق الخالق الذي أوجب الإرسال، ينتج لزوم الضمان بالقيمة؛ فإن حرمة مال المسلم كانت تقتضي ضمان ماله بما له من الخصوصيات الثلاثة: الشخصية والصنفية والنوعية؛ فإذا جاء الحكم بلزوم الإرسال، فإن معنى ذلك عدم احترام مال المحل بالنسبة إلى خصوصيته وشخصيته، إلا أن أصل الإحترام في مال المسلم بالنسبة إلى غير العين نفسها بشخصها باق يلزم بإعطاء القيمة.

إلا أن الحكم بضمان القيمة لا علاقة له أبدا بتلف العارية، بل هو حكم ثابت بمجرد تحقق العارية؛ إذ يتحقق بذلك مسألة الجمع بين الدليلين المتقدمين بلا أن يتحقق التلف، وعليه، فالمورد ليس من موارد التلف الذي هو موضوع القاعدة، وإنما من موارد الإتلاف.

إن قلت: أحس بأن شيئاً ما يفوتني هنا، وهو أنكم اعتبرتم الحكم بوجوب الإرسال من موارد الإتلاف لا التلف، فمن أين لكم هذا؟

قلنا: موارد التلف معروفة مشخصة عند العرف، وليس ما نحن فيه منها، وإنما هو من باب الإتلاف عندهم.

تعليم وتعلم فعالان

١- تأمل في الدفع الذي تقدم به المصنف رحمته، هل تستطيع أن تشخص نقطة

إرساله وأداء قيمته - : أن المستقر عليه قهراً^(١) بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب^(٢) دفع القيمة ثابت قبل التلف^(٣) بسبب وجوب الإتلاف الذي هو^(٤) سبب

الإرتكاز التي يعتمد عليها كل بنائه؟

والجواب: إنها ادعاء أن الضمان يثبت في عهدة المستعير بمجرد استلامه للعارية ولو لم يرسل العارية، فلو تلفت قبل الإرسال، فإن المضمن هو وجوب الإرسال لا التلف.

٢- هل تستطيع أن تذكر أمراً واحداً يترتب على نقطة الإرتكاز المتقدمة الذكر؟
والجواب: يجب على الإنسان غير الملك للطعام أن يأكل في المخصصة من طعام غيره ولو بدون إذنه، ما يعني وجوب إتلاف ذلك الطعام، فإن أكل، كان ضامناً، وإن لم يأكل، فهل يثبت عليه الضمان أيضاً؟ ما رأيك في هذه المسألة؟ وما علاقتها بما نحن فيه؟

٣- هل ذكر المصنف تَنْتُزُّ دليلاً على نقطة الإرتكاز التي ادعاها؟

والجواب: هذا جوابه عليك لا علي. حاول أن تصل إلى الجواب.

٤- هل يرد على المصنف هنا ما أوردناه عليه في النقص السابق؟

والجواب: هذا جوابه عليك لا علي أيضاً. حاول أن تصل إلى الجواب.

(١) أي: بحكم الشارع، جمعاً بين احترام مال المحل من جهة، ووجوب إرسال

العين وإتلافها حكماً بذلك من ناحية أخرى.

(٢) وعليه، ...

(٣) بيد المحرم.

(٤) الإتلاف.

ضمان ملك الغير في كل عقد^(١)، لا بسبب التلف.

ويشكل^(٢) أطراد القاعدة أيضا في المبيع فاسدا بالنسبة إلى المنافع التي

(١) إذ الإتلاف من المضمنات كما نعلم، سواء في العارية أم في غيرها من العقود، بل هو مضمن ولو بلا عقد.

(٢) النقض الثالث: المنافع غير المستوفاة للمبيع فاسدا

أولا: بيان النقض

أما النقض المتوهم في المقام، فهو حكم الفقهاء بضمان المنافع غير المستوفاة للمبيع فاسدا، وهو نقض للعكس؛ فإن هذه المنافع غير مضمونة في البيع الصحيح، فكان المفروض الإفتاء بعدم الضمان طبقا للعكس، فالعكس منتقض في المقام.

ثانيا: الموقف من النقض

وأما الموقوف من النقض، فقد جاء في محاولتين: إحداها للبعث، وهي المحاولة التي لم يقبل بها المصنف **تتج**، والثانية له قدس سره الشريف، وإليك التفصيل:

المحاولة الأولى: محل الكلام داخل في العقد الإيجابي لا السلبي للقاعدة

أما المحاولة الأولى، فقد قامت على أساس إدخال الحكم بالضمان في محل البحث في أصل قاعدة «ما يضمن...»، فإن المنافع غير المستوفاة تابعة في ضمانها للعين، وحيث أن العين مضمونة طبقا للعقد الإيجابي للقاعدة في العقد الصحيح، فمن الطبيعي أن تكون مضمونة في الفاسد طبقا للعقد السلبي للقاعدة، فلا خرق للقاعدة في ما نحن فيه. ولا نقض، بل هي من مصاديق العقد الإيجابي لا السلبي للقاعدة.

وما يلزم التنبه إليه هنا، هو تصوير تبعية المنافع غير المستوفاة للعين في الضمان، بحيث تدخل معها في العقد الإيجابي، بحيث تكون العين والمنافع موردا

للعقد وموضوعا له، فتكون بالنتيجة تابعة للعين في الحكم بالضمان وعدمه.
وهنا نقول: قلنا: إن المراد من موضوع القاعدة في عقدها السلبي هو مورد العقد ومصبه ومتعلقه، ولو تأملنا في هذا الموضوع والمورد في عقد البيع، لرأينا أنه ليس العين فقط، وإنما هي العين علاوة على ما لها من منافع؛ وما ذلك إلا لأن الثمن وإن كان في مقابل العين فقط، إلا أن لحاظه من قبل المتعاملين في البيع، يجعله يدخل تبعا للعين في مورد العقد.

الموقف من المحاولة الأولى

ومن الواضح أن المحاولة الأولى المتقدمة بالتقريب الذي ذكر لا تصمد أمام أقل تأمل؛ إذ أننا قلنا أن موضوع العقد السلبي إنما هو «مورد» العقد، وهو مصبه ومتعلقه، وهو في البيع العين ليس إلا؛ إذ الثمن إنما هو في مقابل العين لا العين بالإضافة إلى ما فيها من منافع؛ فإن المنافع وإن كانت ملاحظة من قبل المشتري بحيث تؤثر في ثمن المبيع والإقدام على شرائه بالثمن، إلا أن ذلك ليس معناه أن لهذه المنافع جزءا من الثمن، وإنما الثمن كله للعين، وأما المنافع، فإنما هي مجرد داع ومحرك نحو شراء المبيع، كما أشرنا إلى ذلك في ما سبق.
والخلاصة ما ذكر في المحاولة المتقدمة مجرد دعوى بلا دليل، بل الدليل على خلافها.

المحاولة الثانية: وبما ذكرناه في الرد السابق على المحاولة المتقدمة، يتضح دفع آخر تام لما ذكر في النقض؛ فإن موضوع العكس - كما قلنا في توضيح المفاد - هو مصب العقد ومتعلقه لا غير، ولو رجعنا إلى البيع، لوجدنا أن مورده وموضوعه ومصبه إنما هو العين ليس إلا، وأما المنافع، فإنها أجنبية بالمرّة عن مصب العقد ومورده، ما يعني أنها غير داخلية في القاعدة من الأساس، بل القاعدة لا علاقة لها

لم يستوفها، فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد.

إلا أن يقال^(١): إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح^(٢) والفاسد، وفيه نظر؛ لأن^(٣) نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في

بها سلبا ولا إيجابا؛ فإن القاعدة بالنسبة إلى البيع تتحدث عن العين ليس إلا. إن قلت: ولكن الفقهاء حكموا بضمان المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد، كيف لا يكون ذلك نقضا على القاعدة؟!

قلنا: ذكرنا أن القاعدة لم توجب الضمان بالنسبة إلى المنافع من الأساس، فإذا ثبت الضمان لأي سبب من الأسباب، فإن ذلك لا علاقة له بالقاعدة أبدا، ولا يمثل خروج ما كان داخلا فيها منها.

والخلاصة المنافع المستوفاة خارجة تخصصا عن القاعدة.

تعلم فعال

قارن بين ما قلناه في العين بالنسبة إلى الإجارة الفاسدة وما قلناه هنا، ألم نقل هناك أن موضوع العقد في العكس هو مورده الذي يشمل متعلق المتعلق؟ إبن على ذلك هنا، وانظر ما الي سيؤثره ذلك في الموقف النهائي مما نحن فيه.

(١) هذه هي المحاولة الأولى لرد النقض.

(٢) لأن الثمن في مقابل الإئتين لا في مقابل العين فقط، فهما معا مورد العقد

ومصبه.

(٣) هذا رد المحاولة الأولى لدفع النقض، وهو في الوقت نفسه المحاولة الثانية

التامة لرد ذلك النقض.

العقد الصحيح^(١)؛ لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

ويمكن^(٢) نقض القاعدة أيضا بحمل المبيع فاسدا، على ما صرح به في

(١) لأنها ليست «مورد» العقد؛ لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

(٢) النقض الرابع: حمل المبيع فاسدا

أولا: بيان النقض

وأما النقض الرابع على العكس، فإنه حكم البعض بضمان حمل المبيع فاسدا، بعد البناء على أنه لا يدخل في البيع؛ إذ لما لم يكن موردا لعقد البيع، فهذا يعني أنه ليس مضمونا لو تلف عند المشتري بالبيع الفاسد بمقتضى عكس القاعدة في ما نحن فيه، فحكم البعض بالضمان يعني خرقا لكلية القاعدة ونقضا لاطرادها.

نعم، من الواضح عدم ورود النقض فيما لو بنينا على دخول الحمل في المبيع؛ إذ سيكون حينئذ «موردا» للعقد الصحيح الذي يقتضي صحیحه الضمان، فيكون الحكم بضمانه في الفاسد على طبق القاعدة لا على خلافها.

ثانيا: رد النقض

وأما رد النقض محل الكلام، فالفكرة الرئيسية فيه هي ما تقدم، من توجيه الحكم بالضمان بحيث يكون المورد خارجا تخصصا، فهل يمكنك أن تتصور الخطوط العامة لهذه الفكرة؟

لما لم يكن الحمل مبيعا، فهذا يعني أن القاعدة محل الكلام أجنبية بالمرّة عنه؛ إذ موضوع القاعدة - كما قلنا - هو ما كان «موردا» للعقد ومصبه، والحمل ليس كذلك؛ إذ الثمن ليس في مقابله، وإنما هو في مقابل الأم فقط، وعليه، فالحكم بضمان الحمل لا علاقة له من قريب ولا من بعيد بالقاعدة ونقض اطرادها.

إن قلت: فمن أين أتى الحكم بالضمان؟

المبسوط^(١)، والشرائع^(٢)، والتذكرة^(٣)، والتحريير^(٤): من كونه مضمونا على المشتري، خلافا للشهيدين^(٥)، والمحقق الثاني^(٦)، وبعض آخر^(٧)، تبعا

قلنا: قد يكون الحكم بالضمان من أجل ما نبه عليه الشهيد الأول في الدروس في معرض توجيهه لحكم العلامة بالضمان في ما نحن فيه، من أن فرض المسألة ليست مطلق بيع الحامل، وإنما هو بيع الحامل بشرط دخول الحمل معها، فيكون الحمل حينئذ داخلا في «مورد» العقد ومصبه، شأنه في ذلك شأن الحامل، ما يعني أنه داخل في العقد الإيجابي للقاعدة لا عقدها السلبي ليكون نقضا له، فالقاعدة سالمة عن النقص في حمل المبيع فاسدا.

والخلاصة إن بنينا على عدم دخول الحمل في المبيع، فالقاعدة أجنبية عن محل البحث، وهو خارج تخصصا كما كان الأمر عليه في بعض ما تقدم من موارد النقص. وإن بنينا على أنه داخل في المبيع بالشرط، فإنه «مورد» القاعدة في عقدها الإيجابي لا السلبي، فلا نقض أيضا.

(١) المبسوط ٣: ٦٥.

(٢) الشرائع ٣: ٢٣٦.

(٣) التذكرة ١: ٤٩٦، و ٢: ٣٩٧.

(٤) التحريير ٢: ١٣٧.

(٥) الدروس ٣: ١٠٨، والروضة البهية ٧: ٢٤ و ٢٥، والمسالك (الطبعة الحجرية)

٢: ٢٠٥.

(٦) جامع المقاصد ٦: ٢٢٠.

(٧) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٥١١.

للعلامة في القواعد^(١)، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح، بناء على أنه للبائع.

وعن^(٢) الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع^(٣)، وحينئذ لا نقض على القاعدة.

ويمكن^(٤) النقض أيضا بالشركة الفاسدة، بناء على أنه لا يجوز التصرف بها،

(١) القواعد ١: ٢٠٢.

(٢) دفع النقض.

(٣) الدروس ٣: ١٠٨، والعبارة في " ف " هكذا: إذا شرط الدخول في المبيع.

(٤) النقض الخامس: الشركة الفاسدة

أولاً: بيان النقض

من المعروف أن لا ضمان في الشركة الصحيحة، فلو شارك إثنان في مال ما على أن يكون التصرف لكليهما، وكانت الشركة صحيحة، فتصرف أحدهما بما في يده، فإنه لا ضمان.

وما دام لا ضمان في الشركة الصحيحة، فإن المفروض أن لا ضمان في الشركة الفاسدة، طبقاً للقاعدة محل الكلام (العكس)، وهذا ما يخالف ما حكم به الفقهاء من الضمان في الشركة الفاسدة؛ بناء على حرمة تصرف أي من الشريكين في المال المشترك في حالة الفساد؛ لانتهاء الأذن في التصرف بفساد العقد؛ بناء على أن الإذن مقيد بصحة الشركة، فتصرف أحدهما حينئذ بلا إذن يعتبر عدواناً يوجب الضمان، فتحرق كلية القاعدة «كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» بذلك.

ثانياً: الموقف من النقض

لم يتكلم المصنف تكلُّم في رد هذا النقض، ما يظهر منه أنه يرتضيه، ولكن،

بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان.

ثم^(١) إن مبني هذه القضية السالبة - على ما تقدم من كلام الشيخ في

بشرطها وشروطها طبعاً، ومن شروطها البناء على ما جاء في تصوير النقض.

تعليم وتعلم فعالان

١- قلنا سابقاً: إن مورد القاعدة التي نحن فيها إنما هو التلف، فهل تستطيع أن توجه نقداً للنقض منطلقاً من هذه المعلومة البسيطة؟ حاول رجاء.

٢- نقطة الإرتكاز في النقض المتقدم هو بطلان الإذن في التصرف بفساد الشركة، فكيف يمكن تشخيص الموقف بالنسبة إلى بقاء الإذن بالتصرف أو عدم بقائه بالنسبة إلى المال المشترك فيما لو تبين بطلان الشركة؟ ما هي أدوات البحث في هذه المسألة؟ وما هي العناصر التي يجب أخذها بنظر الاعتبار في هذه المعادلة الإستدلالية؟

٣- هل يمكنك أن توجه نقداً لهذا النقض بالإستفادة مما تقدم من ردود للمصنف أو غيره على النقوض السابقة؟

(١) الموقف الثالث: مدرك القاعدة ومستندها

لا زلنا في الخطوة الثالثة من خطوات المصنف نتكئ في بحثه في قاعدة «ما يضمن ...»، الخطوة التي تهتم بالبحث: في العقد السلبي للقاعدة، وهو قولهم: «وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

وقد انتهينا من البحث في الموقف الأول من المواقف الثلاثة لهذه الخطوة، حيث كان في تشخيص المراد من القاعدة، ومن الموقف الثاني من تلك المواقف، حيث البحث في موارد النقض على القاعدة، لتصل النوبة الآن إلى البحث في الموقف الثالث والأخير من هذه المواقف، حيث البحث في مدرك القاعدة

المبسوط^(١) - هي الأولوية^(٢)، وحاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف

ومستندها، أعني: مدرك العقد السلبي للقاعدة طبعاً.

حيث تعرض هنا إلى بحثين يتناول كل واحد منهما دليلاً من الدليلين المذكورين مستندا ومدركاً للعقد السلبي من القاعدة، وهما: الأولوية، وعموم دليل الهبة والأمانات.

فلنتوكل على الله، ونكمل المشوار التعليمي التعليمي مع أستاذنا جميعاً: الشيخ الأنصاري رحمة الله تعالى عليه، وأدخلنا الجنة بشفاعته، بحق محمد وآل محمد. (١) تقدم.

(٢) الدليل الأول على قاعدة «ما لا يضمن...»: الأولوية

أولاً: تقريب الاستدلال بالأولوية في المقام

أما الدليل الأول على قاعدة «ما لا يضمن...»، فهو ما تقدم عن الشيخ الطوسي حين الكلام عن أدلة أصل القاعدة ومستنداتها، وهي الأولوية؛ إذ لما كان الرهن مثلاً لا يضمن بصحيحه، فمن الأولى أن لا يضمن بفاسده.

الإستدلال بالأولوية يمر بمرحلتين

ولما كان الإستدلال بالأولوية يمر بمرحلتين، هما: إثبات المساواة بين الأصل والفرع، والثانية: إثبات أن الحكم الثابت في الأصل أولى من حيث الثبوت في الفرع، فقد تسلسل كلام المصنف تدرجاً في توضيح الأولوية بهاتين المرحلتين.

المرحلة الأولى: إثبات المساواة في عدم الضمان بين الصحيح والفاسد

والمقصود بإثبات المساواة في المقام، هو أن الأصل (الصحيح الذي لا ضمان فيه)، والفرع (فاسد ذلك الصحيح) متساويان في الحكم بعدم الضمان؛ وذلك لأن سبب الضمان وعلته كما هي مفقودة في الأصل، فإنها مفقودة في الفرع أيضاً بلا

أي فرق من هذه الناحية.

وبيان ذلك:

إن سبب الضمان في العقود الصحيحة المضمنة - كالبيع - لا يخلو من أحد أمرين:
الأول: إقدام المتعاقدين علي الضمان، وعلى أن يكون مال كل منهما مضمونا
بمال الآخر.

الثاني: إمضاء الشارع لما أقدم عليه، وحكمه بوجوب الوفاء بما التزما به،
بحكمه بصحة العقد.

وكلا السببين المتقدمين متف في العقود الصحيحة التي لا ضمان فيها من قبيل الرهن.
أما انتفاء السبب الأول، فواضح، لأن تسليم العين إلي المرتهن إنما كان بقصد
كونها وثيقة عنده، فتكون أمانة، كما هو الحال في الوديعة و العارية مثلا، فلا إقدام
على الضمان إذن.

وأما انتفاء السبب الثاني، وهو الضمان الناشئ من حكم الشارع بصحة العقد،
فلما قلناه مرارا، من أن معنى الصحة شرعا هو إمضاء الشارع لما قصده المتعاقدان
وأقدا عليه، وترتيب الأثر المقصود من المعاملة عليها، وهذا الذي أقدم عليه -
كما تقدم - ليس إلا كون العين المرهونة أمانة ووثيقة، فإمضاء الشارع في المقام -
على هذا - معناه: عدم ضمان العين لو تلفت بيد المرتهن.

وفي الحقيقة: عدم الضمان في الرهن الصحيح بالنسبة إلى انتفاء السبب الثاني
للضمان، إنما هو من السالبة بانتفاء الموضوع؛ إذ لا إقدام من الأساس لتأمل في
أن إمضاء الشارع له يكون سببا في الضمان شرعا.

وما قلناه في العقد الصحيح الذي لا ضمان فيه نقوله في عقده الفاسد؛ إذ لا
ضمان فيه أيضا لعين ما تقدم، لا من جهة الإقدام علي الضمان، ولا من جهة حكم
الشارع وإمضائه.

وتوضيحه^(١): أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفساد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان؛ لأن أثر الضمان^(٢) إما من الإقدام على الضمان^(٣)، والمفروض عدمه، والا، لضمن بصحيحه، وإما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة^(٤)،

أما انتفاء الإقدام، فلأن الراهن والمرتهن لم يقدم على شيء مختلف عما أقدم عليه في الرهن الصحيح، بل هو هو، وهو كون لعين المرهونة وثيقة وأمانة بيد المرتهن ليس إلا.

وأما انتفاء الضمان من ناحية الإمضاء، فلأن المفروض فساد العقد وكونه بمنزلة العدم. وهنا نقول أيضا: في الحقيقة: عدم الضمان في الرهن الفاسد بالنسبة إلى انتفاء السبب الثاني للضمان يعتبر من السالبة بانتفاء الموضوع؛ إذ لا إقدام على الضمان من الأساس لتأمل في تأثير إمضاء الشارع له أو عدم إمضائه على ثبوت الضمان. والنتيجة الوجه في عدم الضمان في صحيح الرهن هو بنفسه موجود في عدم ضمان الرهن الفاسد، فالمساواة في عدم الضمان بين العقدين متحققة، وبهذا تكون المرحلة الأولى للإستدلال بالأولوية في المقام تامة.

(١) أي: توضيح دليل الأولوية، وهذا شروع في توضيحها ببيان المرحلة الأولى من هذا الدليل، وهو المساواة، وقد بيناه.

(٢) أي: ثبوت الضمان وثبوت كون الدرك والخسارة على من تلفت العين عنده. ولا بد من الإلتفات إلى أن المصنف تكلم عن عدم ثبوت الضمان في الفاسد، بينما بينا نحن ما كلن يلزم أن يبينه تفتُّ، وهو وجه عدم الضمان في الصحيح؛ لكي تبين المساواة، وتم المرحلة الأولى من مرحلتي الإستدلال بالأولوية كما تقدم.

(٣) وهو ما عبرنا عنه بالسبب الأول.

(٤) وهو ما عبرنا عنه بالسبب الثاني؛ فإن حكم الشارع بالضمان إنما يتني على

والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

ووجه الأولوية^(١): أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان، أمكن أن يقال: إن الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري في الفاسد، لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريبه: من أنه أقدم على ضمان خاص، والشارع لم يمضه، فيرتفع أصل الضمان.^(٢)

إمضاء ما أقدم عليه المتعاملان، والمفروض أنهما لم يقدموا على الضمان.

(١) المرحلة الثانية: بيان الزيادة من طرف عدم ثبوت الضمان في الفاسد

وهذه هي المرحلة الثانية من مرحلتي الإستدلال بالأولوية على قاعدة «ما لا يضمن...». وتقريبها:

إذا كان العقد الصحيح مفيداً للضمان، من قبيل عقد البيع مثلاً، فمع ذلك، لا يلزم من ثبوت الضمان في الصحيح ثبوته في الفاسد؛ بل يبقى ممكناً أن نتصور عدم الضمان فيه؛ وذلك بأن نقول بأن الضمان إنما هو من مقتضيات العقد الصحيح، وذلك بسبب الإقدام على الضمان، الأمر الذي لا يجري في الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثر شرعاً بعد حكم الشارع بالفاسد، على ما سبق تقريبه: من أنه أقدم على ضمان خاص، وهو الضمان بالمسمى، والشارع لم يمضه، فيرتفع أصل الضمان.

فإذا كان الأمر عليه بهذه الكيفية في فاسد الصحيح الذي فيه مقتضى الضمان، فكيف في فاسد ما ليس فيه مقتضى الضمان، أعني: العقد الصحيح الذي لا يقتضي صحاحه الضمان، من قبيل الرهن مثلاً، فمن الأولى حينئذ الحكم بعدم الضمان في فاسده.

(٢) ولا بد أن تكمل من عندك ما لم يذكره المصنف في المتن، وهو ما تقدم، من قولنا في تقريب الأولوية (المرحلة الثانية): «فإذا كان الأمر عليه بهذه الكيفية في

لكن يخذلها^(١): أنه يجوز أن يكون صحة الرهن والإجارة المستلزمة

فاسد الصحيح...».

(١) الإشكال على دليل الأولوية

وما دنا عرفنا الطريق إلى تمامية الاستدلال بالأولوية حيث لا بد له من أن يمر بمرحلتين تامتين هما ما ذكرناه في التقريب، إتضح الطريق إلى الإشكال والهجوم على تمامية هذا الاستدلال؛ إذ يمكن الهجوم عليه عن طريق مهاجمة المرحلة الأولى وإثبات عدم تماميتها، كما أننا لو فرضنا أنها كانت تامة، فإن معنى ذلك ليس هو تمامية الاستدلال؛ إذ يبقى سلامة المرحلة الثانية وتماميتها. فلنرجع إلى المصنف في مناقشته لدليل الأولوية، ولنر ما صنعه في مناقشته هذه، فما هي المنطقة التي هجم من خلالها على الاستدلال في المقام؟ وهل هناك طريقة أخرى قد يهجم بها على الاستدلال بالأولوية؟

المرحلة الأولى غير تامة عند المصنف تتج

وقد هجم المصنف تتج على الاستدلال بالأولوية عن طريق المناقشة في المرحلة الأولى، وهي: المساواة بين الأصل (العقد الصحيح الذي ليس فيه ضمان) وبين الفرع (فاسد ذلك العقد)، وإليك التوضيح:

لإبطال تمامية المرحلة الأولى من الاستدلال بالأولوية، يكفينا أن نبرز احتمال وجود نكتة تقتضي الفرق بين الأصل والفرع، بحيث تؤثر الحكم بعدم الضمان في الصحيح دون الفاسد الذي لا تتوفر فيه تلك النكتة. نعم، لا بد أن يكون هذا الاحتمال عقلائيا معتدا به لا أي احتمال.

والنكتة التي يبرزها المصنف في المقام، هي نكتة صحة العقد؛ إذ هي موجودة في الصحيح دون الفاسد كما هو واضح.

لتسلط المرتهن والمستأجر على العين شرعا مؤثرة في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطا لهما على العين^(١)، فلا أولوية^(٢).
فإن قلت^(٣): إن الفاسد وإن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أن مقتضى

وأما كيف تعمل هذه النكته في إبطال المساواة وإثبات الفرق بالنسبة إلى الضمان بين الصحيح والفساد، فهي بأن نقول بأن من المحتمل أن يكون ارتفاع الضمان في الصحيح إنما كان من جهة حكم الشارع بصحة العقد، فصحة الرهن والإجارة مثلا مما لا ضمان في صحيحهما بالنسبة إلى العين المرهونة والمستأجرة، تقتضي رفع الضمان؛ إذ التسليط على العين سيكون حينئذ ممضى شرعا، فتكون يد الراهن والمستأجر على العين يد أمان لا ضمان فيها، الأمر الذي لا يجري في العقد الفاسد؛ إذ بعد حكم الشارع بالفساد لن تكون يد هؤلاء يدا أمانية.

والنتيجة لا مساواة بين العقد الصحيح والعقد الفاسد في المقام.

(١) شرعا؛ وذلك لحكم الشارع بفساد العقد، وارتفاع أثره، وهو عدم المضمونية

بالتقريب الذي تقدم.

(٢) لعدم تمامية المرحلة الأولى من مرحلتي تمامية الإستدلال بالأولوية.

(٣) طريقة أخرى للهجوم على الإستدلال بالأولوية

هذه طريقة أخرى للإشكال على دليل الأولوية، وذلك بأن نثبت وجود الدليل على خلاف نتيجة الأولوية؛ فإذا كانت الأولوية تثبت عدم ضمان العقد الفاسد، فإن هناك دليلا على الضمان فيه، وهو قاعدة «على اليد»، التي تثبت الضمان في المقام بالتقريب التالي:

صحيح أن العقد الفاسد بنفسه لا يقتضي الضمان لعدم سببي الضمان الذين ذكرناهما قبل ذلك، إلا أن مقتضى عموم على اليد هو ضمان كل يد سواء أكانت

عموم «على اليد» هو الضمان^(١)، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض^(٢)، وبقي الباقي^(٣).

قلت^(٤): ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض

أمانية أم عدوانية، وسواء أكان ذلك في العقد الصحيح أم الفاسد، خرج من ذلك العموم ما حكم فيه الشارع بعد الضمان من العقود الصحيحة، كالعين في الرهن والإجارة، وبقي الباقي تحت ذلك العموم، فالصحيح: الحكم بالضمان لا عدم الضمان كما ذهب إليه الطوسي.

وقد ذكر بعض المحققين أن الكلام المتقدم تقريب للدليل آخر على عدم المساواة بين العقد الصحيح والعقد الفاسد؛ وأن النقطة الفارقة بين هذين العقدين هي جريان على اليد في الفاسد دون الصحيح، فيبطل دليل الأولوية الذي ذهب إليه الطوسي عن طريق الهجوم على المرحلة الأولى من مرحلتي الاستدلال.

والصحيح: إنه لا يبدو أن الكلام السابق كما ادعاه بعض المحققين؛ إذ هو عند التأمل والتدقيق عين ما تقدم عن المصنف **تتُّ** في قوله: «لكن يخذشها»؛ إذ ليس ذلك الذي ذكره المصنف هناك إلا إبرازاً لقاعدة اليد فرقا بين العقد الصحيح الذي ترتفع فيه لحكم الشارع بالصحة وكون اليد فيه أمانية غير مضمنة، الأمر الذي لا يوجد في العقد الفاسد كما تقدم.

(١) في كل يد.

(٢) بحكم الشارع بالصحة وبأمانية يدهم.

(٣) وهو العقد الفاسد، والصحيح الذي حكم فيه الشارع بالضمان. ومحل الكلام هو الفاسد؛ حيث يثبت الضمان بعموم على اليد، فكيف يدعى عدم الضمان بالأولوية؟!

(٤) موقف المصنف **تتُّ** من الإشكال المتقدم والدليل الثاني على العقد السلبي

وقد رفض المصنف تخطئ الإشكال المتقدم، ميرزا دليلا آخر تاما بنظره على العقد السلبي للقاعدة محل الكلام (ما لا يضمن ...)، وإليك التفصيل:

الإشكال المتقدم على دليل الأولوية بصورته المتقدمة غير صحيح؛ إذ أن ما ورد فيه من عموم على اليد صحيح، كما أن خروج العقد الصحيح الذي حكم فيه الشارع بعدم الضمان من ذلك العموم صحيح أيضا، إلا أن ما ادعي من بقاء العقد الفاسد الذي لا ضمان في صحيحه غير تام؛ إذ أن عين ما أخرج العقد الصحيح غير المضمن هو الذي يجري في هذه العقد فيخرجه عن العموم أيضا، وهو عموم ما دل على عدم ضمان من لم يضمنه المالك، أي: لم يقصد المالك ضمان القابض لماله حين إقباضه إياه، سواء ملكه إياه بغير عوض، كالهبة غير المعوضة، أم سلطه على الإنتفاع به كالعارية، أم استأمنه عليه لحفظه كالوديعة، أم دفعه إليه لاستيفاء حقه كالأجارة بالنسبة إلى العين، أم العمل فيه بلا اجرة أو معها، أم غير ذلك من قبيل استلام الوكيل لمال الموكل، ففي كل هذه الموارد تخصص قاعدة اليد، والمهم أن منها ما نحن فيه من المقبوض بالعقد الفاسد، فما ذكر دليلا على ضمانه، وإشكالا على دليل الأولوية، أمر باطل غير تام.

فالصحيح: إن المقبوض بالعقد الفاسد غير مضمون، لا للدليل الأولوية الذي ذكره الشيخ الطوسي؛ إذ لا أولوية في البين كما بينا في الخدشة، وإنما لهذا الدليل الذي أبرزناه أخيرا، من عدم ضمان اليد الأمانية، وخروجها عن مقتضى قاعدة اليد، شأن العقد الفاسد في ذلك شأن الكثير من الموارد التي ذكرنا بعضها قبل قليل، مما كانت اليد فيها أمانية، لم يقصد المالك تضمين المستلم فيها.

والخلاصة: الدليل في المقام هو عموم «من لم يضمنه المالك فهو ليس

بفاسدها، وهي عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك - سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه، أو العمل فيه بلا اجرة أو معها أو غير ذلك - فهو غير ضامن^(١).
أما في غير التملك بلا عوض^(٢) - أعني الهبة - فالدليل المخصص لقاعدة

(١) قال الشهيد في شرحه: «لم نعثر بهذا الدليل»، بل الظاهر من عبارة المصنف في ما بعد عدم عثوره عليه أيضا. (هداية الطالب: ٢١٨).

تعليم فعال

١- إذا كان المصنف قد أبطل الإشكال المتقدم على الأولوية، ألا يستلزم ذلك إبطال إشكاله هو بتدبير نفسه على الأولوية أيضا؟

٢- ألا يرجع الدليل الذي ذكره المصنف بتدبير لعدم الضمان في العقد الفاسد دليل الشيخ الطوسي في هذا المجال؛ حيث قال بأن السبب للضمان هو الإقدام عليه، وفي الفاسد الذي لا ضمان في صحيحه لا إقدام، فلا ضمان؟

(٢) الفرق بين الهبة غير المعوضة، وبين العقود الأمانية التي لا ضمان فيها

الغرض من هذا الكلام هو بيان الفرق بين الهبة غير المعوضة، وبين العقود الأمانية التي لا ضمان في صحيحها وفاسدها.

والفرق بين هذين البابين، هو عدم صدق الأمانة في باب الهبة؛ إذ الغرض من الهبة إنما هو رفع الملك ونقله إلى المتهب، ما يعني أن العين لن تكون أمانة عنده، وإنما هي ملكه، وهذا ما يختلف عليه الأمر في العقود الأمانية، من قبيل العارية، والوكالة، والرهن، والوديعة وما ماثلها.

النقطة الفارقة المتقدمة الذكر، سيكون نتيجتها أن ما ذكرناه دليلا على عدم الضمان في العقود المتقدمة عندما تكون فاسدة، وهو الدليل الذي خصصنا به

عموم قاعدة على اليد، أعني: عموم «من استأمنه...»، وبعبارة أخرى «الأمين ليس بضمين»، سوف لن يجري في الهبة؛ إذ اليد فيها غير أمانية كما قلنا؛ لعدم كون العين أمانة من الأساس في يد المتهب في صحيحها، ما يعني بالتبع أنه لا بد من التماس دليل آخر على عدم الضمان في فاسد الهبة، وهو الأولوية، ولكن، ليس الأولوية التي تقدمت عن الشيخ الطوسي، وإنما نوع آخر من الأولوية، وإليك التفصيل:

إن العموم المتقدم بنفسه يثبت عدم الضمان في الهبة الفاسدة؛ إذ لما كان الضمان منتفياً بمقتضى ذلك العموم في ما لا تسليط مطلق فيه من قبل المالك لغيره، وهي العقود الأمانية؛ إذ التسليط فيها خاص بما لا يتوقف على الملك من التصرفات، فمن الأولى أن لا يثبت الضمان في ما كان فيه تسليط مطلق مجاني من قبل المالك للآخر، كما في الهبة.

والحاصل: عموم عدم ضمان الأمين، يدل بالمطابقة على عدم ضمانه، فيخصص عموم اليد، ويدل بالإلتزام والفحوى على عدم الضمان في فاسد الهبة، فهو المخصص للعموم المتقدم أيضاً.

هذا كله في التملك بلا عوض، وهو ما يشمل الهبة المعوضة والهبة غير المعوضة؛ إذ أننا قلنا إن الهبة جميعها متقومة بالمجانية حتى المعوضة منها، وأما اشتراط العوض في المعوضة، فإنما يفيد التسلط على الفسخ ليس إلا.

وأما في التملك بعوض، فإنه وإن كان فيه تسليط مجاني كما كان عليه الأمر في الهبة، إلا أنه لا يجري فيه ما يجري في الهبة؛ إذ حقيقته التضمين بعد أن كان عبارة أخرى عنه، فلا يتوهم عدم الضمان فيه بعد الإقدام على الضمان فيه، من قبيل البيع مثلاً.

الضمان عموم ما دل على أن من استأنمه المالك على ملكه غير ضامن^(١)، بل ليس لك أن تتهمه^(٢).

وأما^(٣) في الهبة الفاسدة، فيمكن الإستدلال على خروجها من عموم «على اليد» بفحوى ما دل على خروج صور الاستئمان^(٤)؛ فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، إقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى.

والتقييد بالمجانية^(٥) لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات؛ فإنه عين التضمين^(٦).

فحاصل^(٧) أدلة عدم ضمان المستأمن^(٨)؛ أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي - أعني: المثل أو القيمة - ولا جعلي^(٩)، فليس

(١) راجع الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة، والصفحة ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث الأول.

(٢) كما ورد في الحديث ٩ و ١٠ من الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة.

(٣) فلا يمكن الإستدلال على عدم الضمان في فاسدها بعموم «من استأنمه...»، أو «الأمين ليس بضمنين»؛ إذ لا استئمان فيها، وإنما فيها التملك.

(٤) من هذا العموم.

(٥) في قولنا: «إقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً».

(٦) فلا يتوهم فيه عدم الضمان. فهو ليس بأمانة ولا تسليطاً مطلقاً بغير عوض وضمان. فهو باق على عموم قاعدة على اليد.

(٧) إضافة منا.

(٨) بالفتح، وهو الأمين.

(٩) وهو العوض المجعول المسمى في العقد.

(١) فيما لو تبين فساد العقد.

فقاعدة «ما لا يضمن ...» تامة على هذا لهذا الدليل الأخير.

تعليم فعال

١- قلنا أول الكلام في هذه القاعدة، بل في ما تقدمها أيضا، حينما تكلمنا عن أدلة الضمان في صحيح العقود، أن الأصل العملي الذي هو المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية للإستنباط يقتضي عدم الضمان، فلماذا لم نر لهذا الأصل أي ذكر في استدلال المصنف على العقد السلبي في القاعدة محل الكلام؟ أليس هذا غريبا؟ هل يمكنك أن توجه ذلك حسب ما تعلمته من الطريقة الفنية للإستنباط؟

مساعدة: يكفي في التمسك بالأصل دليلا على عدم الضمان أن نبطل أي دليل علم أو خاص على الضمان.

٢- تقدم الإستدلال على أصل ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بعدة أدلة، كالإجماع، ورواية الأمة المسروقة، وقاعدة اليد، وقاعدة «ما يضمن ...»، هل يمكن أن نقول بأننا يمكن أن نستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد بعدم جريان تلك الأدلة في ما لم يكن في صحيحه ضمان؟

٣- تقدم الإستدلال على أصل قاعدة «ما يضمن ...»، بعدة أدلة، منها الإقدام وقاعدة اليد مثلا، هل يمكن أن نقول بأننا يمكن أن نستدل على عدم الضمان في العقد الفاسد بعدم جريان تلك الأدلة في ما لم يكن في صحيحه ضمان؟

هذا تمام الكلام في هذا الحكم الذي ترتب على المقبوض بالعقد الفاسد، وهو

الضمان مع التلف.

[الثاني] ^(١)

أحمدته تعالى على ما من، وأثني عليه على ما تفضل به، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى أهل بيته الطيبين الطاهرين.
(١) إضافة منا.

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

المحطة الثانية: وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد

أولاً: بيان المسألة محل البحث والسؤال الفرعي المطروح فيها

لا زلنا في محطات البحث في الأحكام المترتبة على المقبوض بالعقد الفاسد، وقد انتهينا من المحطة الأولى التي تناولنا فيها حكماً وضعياً لذلك المقبوض، وهو ضمانه في حالة التلف.

وأما اليوم، فندخل في بحث آخر من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد، هو وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً إلى مالكه، فالبحث هنا - خلافاً للمحطة الأولى وما قبلها - عن حكم تكليفي لا وضعي؛ حيث السؤال الفرعي هنا: هل يجب رد المقبوض بالبيع الفاسد إلى مالكه فوراً؟

ثانياً: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

ولما كان البحث عن حكم تكليفي، فقد اتضح الطريقة الفنية للإستنباط إذا؛ فإننا نطلق من أصالة البراءة التي تقتضي عدم وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً تأتي المرحلة الثانية في البحث عن دليل عام أو مطلق يقتضي الرد، وهنا يأتي ما ذكره المصنف من الروايات، من قبيل قوله عجل الله فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه».

من الطبيعي أن هذه العمومات والإطلاقات لا يمكن التمسك بها إلا بتمامية أمرين: أولهما: جريانها في المسألة محل البحث، وذلك بانطباق ما ورد فيها من عناوين على هذه المسألة، والثاني: عدم المخصص والمقيد.

أما الأمر الأول، فهو ما سيتكلم فيه المصنف كما ستري، حيث يأتي هنا دور بعض ما قد يستدل به لعدم وجوب الرد فوراً، من قبيل أن التصرف بالمقبوض بالعقد الفاسد مأذون فيه من قبل المالك، أو هو أمانة مالكية من قبله.

وإنما قلنا: ما يستدل به على عدم وجوب الرد فوراً، من باب أن العمومات والإطلاقات لو لم تجر، فإن الأصل العملي هو الذي يجري حينئذ، وقد قلنا إنه يثبت عدم وجوب الرد.

من الواضح أننا إنما نستند إلى الأصل العملي في عدم وجوب الرد فيما لو لم يكن دليل محرز على هذا الحكم، فإن كان ما سنبرزه دليلاً على عدم انطباق العناوين المأخوذة في عمومات وإطلاقات وجوب الرد تصلح دليلاً محرزاً على عدم الوجوب، فإن الدليل على عدم الوجوب سيكون نفس هذه الأدلة، ولن تصل النوبة إلى الأصل العملي لإثبات ذلك كما تعلمنا مراراً، من الأصل العملي ليس دليلاً إلا في حالة عدم الدليل المحرز، سواء أكان على خلافه أم موافقاً له.

بعد العمومات والإطلاقات في ما لو تمت، وانطبق ما فيها من عناوين على المسألة محل البحث، تأتي المرحلة الثالثة، حيث البحث عن مخصص أو مقيد لتلك العمومات والإطلاقات،

وأما المرحلة الرابعة، فهي مرحلة البحث عن معارض المخصص أو المقيد المتقدم، وهو الدليل الخاص الذي يثبت وجوب الرد، وهنا يأتي أول الأدلة التي ذكرها المصنف تتمة على وجوب الرد، وهو الإجماع؛ فإنه دليل خاص على

وجوب الرد وإن كان المصنف قد ذكره أول الأدلة كعادته.

وأما المرحلة الخامسة، ففي تشخيص الموقف من التعارض كما قلنا.

هذا بالنسبة إلى الطريقة الفنية للإستنباط في أصل البحث، وهو وجوب رد

المقبوض بالعقد الفاسد، الذي هو حكم تكليفي كما قلنا.

إلا أن المصنف يُدَّعى تطرق - وهو في وسط البحث المتقدم - إلى بحث آخر له

علاقة بالحكم التكليفي المتقدم، وهو مؤونة رد المقبوض بالعقد الفاسد، فهل هي

على القابض، أم هي على المالك؟ فنقل قول البعض بأنها على القابض من باب

مقدمة الواجب.

ومع أننا لن نخوض في هذا الحكم كثيرا، إلا أن طريقتنا في الشرح تلزمننا بذكر

الطريقة الفنية للإستنباط في هذه المسألة أيضا، والطريق - كما تعلمنا - يبدأ بسؤال:

هل هذه المسألة بحث عن حكم تكليفي أم عن حكم وضعي؟

ولما كان البحث عن حكم المؤونة ووجوب دفعها، فإن معنى ذلك هو أن

البحث إنما هو عن دخول هذه المؤونة في العهدة والذمة، أقصد ذمة القابض الذي

يجب عليه أن يرد المقبوض بالعقد الفاسد، ولهذا، كان الكلام هنا عن حكم

وضعي وإن كنا نعبر عن ذلك بوجوب الدفع، فالأمر شبيه بمسألة وجوب دفع

البدل الواقعي والجعلي في الضمان، وهو الأمر الذي شبهناه نفسه في حينه بوجوب

دفع الدية مثلا، فإن البحث في وجوب الدية والضمان مثلا ليس - في الحقيقة -

بحثا عن حكم تكليفي، وإنما هو بحث عن دخولهما في العهدة والذمة، وأما

وجوب الدفع وعدمه، فإنه - في الحقيقة - حكم مترتب على ذلك الحكم

الوضعي؛ إذ لو ثبت المال في الذمة، وجب الدفع، وهنا وجب دفع المؤونة، وإلا،

فلا. فانتبه، ولا تغفل.

وعلى كل حال، فالأصل الذي يجري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، هو - كما قلنا سابقا في مسألة الضمان - إستصحاب فراغ الذمة، وإن شئت عبرت بما جاء على لسان بعض مفاخرنا في المسألة المتقدمة: براءة ذمة الدافع، وهو القابض هنا، وهو يقتضي عدم وجوب الدفع، وعدم كون المؤونة على القابض.

هذه هي المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، لتأتي حينئذ المرحلة الثانية حيث البحث عن دليل يدل بعمومه أو إطلاقه على اشتغال ذمة القابض بالمؤونة، وتأتي هنا أدلة وجوب مقدمة الواجب، أو وجوب ما لا يتم الواجب إلا به، فهو حكم تكليفي، إلا أنه مما يترتب عليه حكم وضعي هو ما نحن فيه. وأما المرحلة الثالثة، فهي البحث عن المخصص أو المقيد، ثم الرابعة البحث عن المعارض، ثم الخامسة تشخيص الموقف من التعارض.

الطريقة المتقدمة، تبين لنا - بكل وضوح - أن الدليل المتقدم في المرحلة الثانية لو لم يتم، فإن الفتوى هي عدم كون المؤونة على القابض؛ وذلك ببركة الأصل العملي، وهذا ما سوف نتكلم عنه عندما نخوض في تفصيلات المسألة.

تعليم وتعلم فعالان

هذه هي الطريقة الفنية للإستنباط في ما نحن فيه، وهذه هي مراحلها وعناصرها الدخيلة فيها، ويبقى عليك الآن أن تعمل تفكيرك في تصورات مختلفة بالنسبة لهذه العناصر، تركز فيها على تأثيرها في النتيجة النهائية لعملية الإستنباط في المقام، فمثلا: في عملية استنباط الحكم التكليفي المتقدم: متى تكون النتيجة وجوب الرد فورا؟ ومتى لا تكون؟ لو افترضنا أن الإجماع دليل غير تام في المقام، من باب كونه إجماعا مدركيا أو لا أقل محتمل المدركية، فما الذي سيؤثره ذلك على نتيجة

الثاني من الأمور المتضرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب رده فوراً إلى المالك^(١).

التفاعل الإستدلالي في المقام؟ وغير ذلك من الأسئلة، حاول أن تسأل نفسك أكبر عدد من الأسئلة، ثم أجب عليها وأنت في هذه المرحلة المن البحث؛ إذ الكلام كله مجرد تصورات وافتراضات، ولم ندخل في صميم البحث والتحقيق في تمامية هذا الدليل أو ذاك.

وما نثيره من تساؤلات في الحكم التكليفي، حاول أن تثيره في الحكم الوضعي وطريقة استنباطه، أثر قوة التصور والتحليل والتركيب والاستنتاج والإبداع فيك. توكل على الله، واشرع في الأسئلة، وحاول الإجابة عنها.

(١) أولاً: وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً

وما دامت الطريقة الفنية للإستنباط قد تبينت، وعناصرها قد اتضحت، واتضح محل عملها وطريقة تأثيرها، لم يبق إلا أن نطبق ما تعلمناه من هذه الطريقة والمراحلها على ما نحن فيه من عناصر.

والظاهر أن الحكم في ما نحن فيه مما «لا خلاف فيه»، فهو «مجمع عليه» كما يلوح من الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان، وتعرف أين محل عمل هذا الإجماع، وما تأثيره على عناصر عملية الإستنباط.

نعم، إنما انعقد الإجماع على وجوب الرد فوراً بناء على عدم جواز التصرف في ما وصله بالعقد الفاسد، وهو ما ستراه بعد قليل، فإن من الأدلة على وجوب الرد هو حرمة التصرف.

تعلم فعال

هل يمكنك أن تشخص قيمة الإجماع محل الكلام في النتيجة النهائية للمسألة

والظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة^(١)، بل^(٢) صرح في

بعد ما تقدم من كلمات عنه؟

(١) مجمع الفائدة ٨ : ١٩٢.

(٢) ثانيا: مؤونة الرد على القابض

بعد الكلام الموجز المتقدم من قبل المصنف في الحكم الوضعي، يترك المصنف ذلك المقام فعلا إلى الحكم الثاني في المسألة، وهو كون مؤونة الرد على القابض، وهو من يجب عليه الرد فورا.

وقد ذكرنا أن الأصل يقتضي عدم كون المؤونة على القابض، ما يعني لزوم وجود دليل عام أو مطلق يدل على الخلاف في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، وهنا، يأتي دور القاعدة المشهورة: مقدمة الواجب واجبة، والتي تعني وجوب ما لا يتم الواجب إلا به، وهو المؤونة في المقام، ما يعني ثبوتها ودخولها في ذمة القابض لكونها مقدمة لوجوب الرد، الحكم التكليفي الذي تقدم بعض الكلام فيه، وهو أن الإجماع منعقد عليه إلى الحد الذي يوجب فيه الفقهاء المؤونة على القابض في ما لو توقف الرد على المؤونة.

إلا أن السؤال المطروح هنا، هو أنه هل هناك حد لهذه المؤونة، فهي واجبة مهما كان مقدارها، أم أن هناك حدا لذلك؟

والجواب: الظاهر من كلام الفقهاء هو أنها واجبة مطلقا، أي: هي واجبة إلى الحد الذي يتحقق به الوجوب التكليفي المتقدم، فمهما استلزم ذلك الرد، فإن المؤونة لازمة.

وبالرجوع إلى الطريقة الفنية للإستنباط، يتضح دليل هؤلاء الفقهاء؛ إذ أن الدليل

على وجوب المؤونة هو الوجوب المقدمي، وهذا - لو كنا نحن والمرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط - مطلق يوجب المؤونة مهما كانت، أي: حتى لو كانت كثيرة على القابض.

وبقولنا: «لو كنا نحن والمرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط»، يبرز الوجه الفني لما قد يذهب إليه بعض الفقهاء خلافا لهؤلاء، من أن هذه المؤونة ليست مطلقة بالشكل الذي ذهب إليه هؤلاء، بل هي مقيدة بما لا يوجب ضررا كثيرا على القابض؛ إذ المطلق والعام في المرحلة الثانية من مراحل العملية ليس حجة إلا بالمقدار الذي ليس فيه مقيد أو مخصص في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، ولو تأملنا، لوجدنا المقيد والمخصص موجودا حيا فاعلا في هذه المرحلة، وهو أدلة نفي الضرر؛ فإنها تقيد العام والمطلق في المقام بما لا ضرر كثيرا فيه على القابض.

السؤال الذي لا بد من طرحه هنا، هو أن أدلة نفي الضرر لم تم تنف أصل الحكم بوجوب الرد ما دام فيه ضررا على القابض؟ أي: لماذا لم تجر لترفع الحكم التكليفي المتقدم الذكر؟ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى: لماذا لم تجر هذه الأدلة لترفع الحكم الوضعي الذي نحن فيه؟ أي: أصل وجوب المؤونة على القابض؟ ولماذا وقفت في نفيها ورفعها على رفع «الكثرة» في المؤونة فقط لا غير؟ هذا هو السؤال، فما جوابك؟ فكر قليلا وتأمل.

والجواب: إننا وقفنا في عمل أدلة نفي الضرر غنى هذا المقدار؛ لأن أغلب الأحكام الشرعية إن لم يكن كلها مبني على الضرر؛ ففيه مقدار من الضرر على المكلف، حتى الصلاة والزكاة والخمس والحج والصيام، كلها أحكام لا تخلو من الضرر، فلو كانت أدلة نفي الضرر تنفي الضرر مطلقا، لما بقي في الشريعة حكم

التذكرة^(١) - كما عن جامع المقاصد -: أن مؤونة الرد على المشتري؛ لوجوب ما لا يتم الرد إلا به^(٢)^(٣)، وإطلاقه^(٤) يشمل ما لو كان في رده مؤونة كثيرة، إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر^(٥).

من الأحكام.

وما نحن فيه من هذا القبيل أيضا، فإن وجوب الرد فورا، وكون المؤونة على القابض، حكمان يبتنيان على الضرر، بمعنى أنهما لا يخلوان عن الضرر بطبعهما، شأنهما في ذلك شأن الأحكام الأخرى، فأدلة نفي الضرر لا تنفي إلا المقدار الزائد من الضرر على القابض. فانتبه.

وانتبه أيضا إلى أن أدلة الضرر ومسألة تقييدها كما هي جارية في الحكم الوضعي لتثبت لكون المؤونة مما لم تكن بالكثيرة، فإنها جارية في الحكم التكليفي المتقدم الذكر أيضا وإن لم يذكرها المصنف هناك في ما تقدم من كلام عن هذا الحكم، ولن يذكرها في ما سيأتي من تنمة الكلام فيه؛ فإن أدلة نفي الضرر حاكمة على جميع الأحكام الأولية، فهي مقيدة كلها بما لم يكن فيه ضرر معتد به زائد على الضرر الموجود في طبيعة كل حكم من الأحكام، وهو ما قد يعبر عنه أحيانا بالضرر الذي لا يتحمل عادة، فانتبه أيضا.

(١) التذكرة ١: ٤٩٥.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٤٣٥.

(٣) وهذا حكم تكليفي يترتب عليه حكم وضعي. فانتبه.

(٤) الكلام الأخير، أي: لوجوب ما ...

(٥) الجارية في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط في ما نحن فيه من

استنباط الحكم الوضعي.

ويدل عليه^(١) : أن الإمساك أنا ما تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز

(١) عودة إلى عملية استنباط الحكم التكليفي

بعد أن انتهينا من عملية استنباط الحكم الوضعي، نرجع إلى عملية استنباط الحكم التكليفي الذي كنا نتكلم عنه، وهو وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً. وقد ذكرنا الإجماع دليلاً أول على الحكم، والذي نبهنا إلى أنه وإن كان قد ذكر أول الأدلة في المقام، إلا أنه ليس أولها في ترتيب الأدلة على الحكم طبق الطريقة الفنية للإستنباط.

وأما الدليل الآخر على وجوب الرد فوراً، فهو عمومات وإطلاقات حرمة «التصرف» في مال أحد إلا بإذنه، الحرمة التي لا يمكن الفرار منها إلا برد المقبوض، كما أن هذه الحرمة هي بنفسها الدليل على الفورية؛ إذ إمساك المقبوض حرام في كل لحظة تمر عليه بيد القابض؛ لكونها تصرفاً منهيًا عنه بمقتضى الروايات.

إن قلت: ولكن، ليس المرجع في تحقق العناوين المأخوذة في الأدلة هو العرف؟ لو سألنا العرف لما حكم بأن «إمساك» المقبوض «تصرف».

قلنا: لو قلنا جدلاً بأن الإمساك ليس تصرفاً فلا تجري الروايات الناهية في المقام، أمكن أن نبرز عمومات وإطلاقات من نوع آخر، وهي الحاكمة بعدم حلية مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه، والتي تصدق في ما نحن فيه على مجرد الإمساك؛ فإنه لما كان عن غير طيب من قبل المالك، كان إمساكه حراماً، فيحرم في كل لحظة من لحظات وجوده بيد القابض، الحرمة التي لا تخمد نارها إلا بالأدوار فوراً.

وهذه هي العمومات والإطلاقات التي تجري في المرحلة الثانية من مراحل

لقوله عجل الله فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه»^(١).
 ولو نوقش في كون الإمساك تصرفاً، كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله
 وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه»^(٢)؛ حيث يدل على
 تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده^(٣).
 وأما توهم^(٤): أن هذا ياذنه؛ حيث إنه دفعه باختياره، فمندفع؛ بأنه إنما ملكه

عملية الإستنباط كما قلنا. ولكن، لما كانت كذلك، فإنها لا تكون حجة معتمدة في
 الإفتاء على طبقها ما لم يكن مقيد أو مخصص في المرحلة الثالثة من مراحل
 عملية الإستنباط، ما يعني أن الفقيه الذي يريد الوصول إلى تشخيص فني للموقف
 من المسألة محل البحث عليه أن يقوم بعمل فني مهم، وهو التأكد من جريان هذا
 الصنف الثاني الذي أبرزه المصنف أخيراً؛ إذ لربما كان المر فيه كما كان الأمر في
 أخيه المتقدم، أعني: أجنبياً بالمرّة عن محل الكلام.

وهنا، يأتي كلام المصنف القادم؛ حيث الكلام في ما قد يتوهم من أجنبية هذا
 الصنف الثاني عما نحن فيه، فننتقل إلى ذلك.

يبقى عليك طبعاً تشخيص الموقف الفني للمسألة في ما لو تمت تلك
 المحاولات مرة، وما لو لم تتم مرة أخرى، ما الذي سترتب على كل من
 الفرضين؟

(١) الوسائل ١٧: ٣٠٩، الباب الأول من أبواب الغصب، الحديث ٤.

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٣، باختلاف

في اللفظ. ورواه في عوالي اللآلي ٢: ١١٣ و ٢٤٠، الحديث ٣٠٩ و ٦.

(٣) أي: إمساكه.

(٤) وكما ناقشنا في صدق عنوان «التصرف» على الإمساك، فلنناقش في صدق

إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً^(١)، والمفروض^(٢) أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك، وكونه مالا للمالك^(٣) وأمانة في يده أيضاً مما لم يؤذن فيه، ولو أذن له، فهو استيداع

«عدم طيب النفس» على الإمساك في ما نحن فيه. هذا ما لا يقبله المصنف تفتُّ؛ إذ لو قلت: إن الدفع في ما نحن فيه لما كان بإذن الدافع وليس رغماً عنه، فهو «عن طيب نفس»، لجاءك الجواب منه تفتُّ: طيب النفس إنما كان مقيداً بكون العين عوضاً عن الثمن، وهذا ما لم يسلم للبائع بسس حكم الشارع بفساد البيع، فإذا انتفى القيد، إنتفى المقيد، فلا طيب نفس في المقام.

(١) الظاهر سقوط جواب الشرط هنا، وهو «إنتفى طيب النفس والإذن في المقام».

(٢) فإن قلت: كان في المقام إذن بالتصرف وطيب نفس به، والعوضية، فإذا انتفت العوضية، فلا موجب لانتفاء أصل الإذن.

قلنا: إنما كان طيب النفس مقيداً، وإذا التفتى القيد، إنتفى المقيد كما قلنا. نعم، لو لكن الإذن وطيب النفس مقيداً، كما لو لم يكن قد أنشأ المالك الملكية على وجه العوضية بل المجانية، لكان الأمر كما ذكر، أي: لكان الإذن وطيب النفس باقياً على الرغم من حكم الشارع بفساد العقد، إلا أن المفروض أن هذا النوع من الملكية لم ينشأ من قبل المالك، بل ما كان إنما هو الملكية على وجه العوضية لا غير ذلك.

(٣) إن قلت: ولكن المقبوض بالعقد الفاسد أمانة بيد القابض مأذون بإمساكها من قبله، فهي أمانة مالكية عن طيب نفس.

قلنا: من أين تأتي الأمانة المالكية بعد عدم الدليل عليها؟! إذ المفروض أن

جديد^(١)، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبة جديدة^(٢).

هذا^(٣)، ولكن الذي يظهر من المبسوط: عدم الإثم في إمساكه، وكذا

الإذن - كما قلنا - قد بطل بطلان القيد، والمالك لم ينشئ الملكية المجانية، فالأمانة المالكية تحتاج إلى دليل متنف في المقام.

نعم، لو أذن المالك بالإمساك بعد اتضاح فساد العقد، كما لو استودعه العين، لكانت العين أمانة حينئذ، إلا أنها ستخرج حينئذ عن محل البحث؛ إذ أنه في المقبوض بالعقد الفاسد ولم يؤذن في إمساكه بعد اتضاح الفساد كما هو واضح لا يحتاج إلى إيضاح، وهو ما نقوله بالضبط في ما لو وهب المالك العين للقباض بعد ذلك.

(١) خارج عما نحن فيه.

(٢) خارجة عما نحن فيه أيضاً.

(٣) الذي يظهر من المبسوط عدم وجوب الرد فوراً

بعد ما تقدم من أدلة على وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً، إتضح ان مقتضى الفن وعملية الإستنباط بطريقتها الفنية هو ثبوت الوجوب في المقام، إلا أن الذي يظهر من شيخ الطائفة في المبسوط هو عدم وجوب الرد فوراً، وعدم الإثم في الإمساك. (المبسوط ٢: ١٤٩).

وما ذهب إليه في المبسوط ذهب إليه الحلبي في السرائر، بل زاد على ذلك أن

نسب هذا القول إلى الأصحاب!

الموقف من المخالفين

إلا أن ما ذهب إليه العلمان غير صحيح كما أثبتناه بالدليل؛ إذ الدليل قائم على وجوب الرد فوراً، وأما ما نسبة السرائر القول بعدم وجوب الرد إلى الإصحاب،

ناسبا له إلى الأصحاب^(١)، وهو ضعيف، والنسبة غير ثابتة، ولا يبعد إرادة صورة الجهل؛ لأنه لا يعاقب.

فهو أمر تكذبه مراجعة أقوالهم في المقام.

نعم، ربما كان ما ذهب إليه الطوسي والحلي وما نسبه الأخير إلى الأصحاب إنما هو ناظر إلى حالة عدم علم القابض بفساد العقد؛ بقرينة التعبير الوارد في كلامهما؛ إذ لم يعبرا بما عبرنا نحن به من وجوب الرد فورا وعدم وجوبه، بل عبرا بأمر آخر، وهو «عدم الإثم في الإمساك»، الأمر الذي هو أقرب من الكلام عن حالة الجهل منه إلى ما نحن فيه من وجوب الرد فورا وعدم وجوبه.

تعلم فعال

١- إن ثبتت نسبة القول بعدم الوجوب إلى الأصحاب، فما الذي سيؤثره ذلك في النتيجة النهائية للموقف في ما نحن فيه؟

٢- إن لم تثبت النسبة المتقدمة، فهل عندك طريق آخر لهدم التمسك بالإجماع غير كونه مدركيا أو محتمل المدركية؟

الثالث

(١) [من الأمور المترتبة على عدم ملك المقبوض بالعقد الفاسد] (١)

(١) ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد

أولاً: بيان المسألة محل البحث، والأسئلة المطروحة فيها

١. محطتا البحث الرئيسيتان

هذه هي المحطة الرئيسية الثالثة بالنسبة إلى الأمور التي تترتب على المقبوض بالعقد الفاسد، وهو ضمان منافع هذا المقبوض، فالسؤال الأصلي المطروح في هذه المسألة، هو: ما حكم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد؟ ولما كانت المنافع قسمين: مستوفاة وغير مستوفاة، فقد قسم المصنف بحثه هنا إلى محطتين كليتين، تتحمل كل واحدة منهما مسؤولية الجواب عن سؤال فرعي من السؤالين الفرعيين في المسألة محل البحث، فتناول في أولى المحطتين البحث في ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، فكان السؤال الفرعي في هذه المحطة: ما حكم ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد من قبل القابض؟

وأما المحطة الثانية، فقد تناول فيها البحث في حكم ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، فكان السؤال الفرعي فيها: ما حكم ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد من قبل القابض؟

٢. مواقف كل محطة من المحطتين

١. مواقف المحطة الأولى

أما مواقف المحطة الأولى، فهي:

الموقف الأول: ذكر أن المشهور هو الضمان، بل ظاهر السرائر الإجماع على

الضمان في المقام.

الموقف الثاني: الإستدلال على الضمان بحديث طيب النفس.
 الموقف الثالث: التعرض إلى خلاف ابن حمزة في الوسيلة؛ حيث ذهب إلى عدم الضمان مستدلاً بحديث «الخراج بال ضمان»، وتقريب الإستدلال به.
 الموقف الرابع: بيان الموقف من الإستدلال بالحديث وأنه غير تام سنداً ودلالة.
 الموقف الخامس: رد إشكالين على استدلال ابن حمزة بالحديث.
 والنتيجة ضمان المنافع المستوفاة.

ب . مواقف المحطة الثانية

وأما مواقف المحطة الثانية، فهي:
 الموقف الأول: ذكر أن المشهور هو الضمان، بل ظاهر السرائر الإجماع على الضمان في المقام.

الموقف الثاني: توجيه الضمان بقاعدة «على اليد» واحترام مال المسلم ورده
 الموقف الثالث: النتيجة إلى هنا: الحكم بعدم الضمان مطلقاً أو مع علم البائع بالفساد وذكر ما قد يستدل به عليه والموقف من ذلك الإستدلال، وهو:
 أولاً: الأصل السليم.

ثانياً: قاعدة «ما لا يضمن...».

ثالثاً: أخبار ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة.
 الموقف الرابع: الإعراف بأن للتوقف في المسألة مجال، وذكر الأقوال فيها.
 الموقف الخامس: القول بال ضمان لا يخلو عن قوة بناء على قيام الإجماع عليه.
 والنتيجة ضمان المنافع غير المستوفاة.

ثانياً: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

١. الطريقة الفنية للإستنباط بالنسبة إلى ضمان المنافع المستوفاة

ما دنا نتكلم عن «ال ضمان»، فإن الطريقة لا تختلف أي شيء عما تقدم في

عملية استنباط حكم «الضمان» في المسائل المتقدمة، ولا يبقى هنا إلا أن نشخص مراحل العملية لتوضيح مواقع عمل العناصر الفاعلة في هذه العملية بالنسبة إلى المسألة، فنقول:

المرحلة الأولى هي الأصل العملي وما يقتضيه من عدم الضمان بالتقريب المتقدم في المسائل الماضية.

وأما الثانية، فهي عمومات الضمان وإطلاقاته، وهنا يأتي روايات احترام مال المسلم وروايات عدم حل ماله إلا بطيب نفسه، فيه تفيد ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد.

وأما المرحلة الثالثة، فهي مرحلة البحث عن المخصص والمقيد للعمومات والإطلاقات الجارية في المرحلة الثانية، وهنا يأتي دور مخالفة ابن حمزة وذهابه إلى عدم الضمان، مستدلاً بحديث «الخراج بالضمان»؛ فهو نعم المقيد والمخصص فيما لو تم سنداً ودلالة.

وهنا أيضاً يأتي مناقشة المصنف تذئ في الإستدلال بالحديث المتقدم بأنه أجنبي عن مسألتنا محل البحث، علاوة على ضعفه سنداً.

وهنا أيضاً يأتي رد المصنف لمحاولتين للإشكال على ما استدل به ابن حمزة، إلا أن الفرق بين هاتين المحاولتين وما تقدم من إشكال المصنف نفسه، هو أن المحاولتين تمثلان محاولة إسقاط الإستدلال بالخبر عن طريق إبراز المعارض في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الاستنباط؛ حيث تحاولان إبراز أخبار شراء الجارية المسروقة، وصحيحة إبي ولاد الواردة في ضمان منفعة المغصوب المستوفاة.

والمحاولتان وإن لم تتما بحسب رأي المصنف، إلا أن في ما رددنا به الإستدلال بالرواية غنى وكفاية، لتكون النتيجة الضمان بعمومات الضمان وإطلاقاته

العاملة في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط من جهة، وللإجماع المدعى من قبل ابن ادريس على أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى الغصب في الضمان، هذا الإجماع الذي يعمل في المرحلة الرابعة أيضا من مراحل عملية الإستنباط؛ بعد أن كان دليلا خاصا على الضمان في ما نحن فيه، وعليه، فهو يصلح ردا آخر على الرواية التي استدل بها ابن حمزة على عدم الضمان.

هذه هي قصة الإستدلال الفنية بالنسبة إلى ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد.

٢. الطريقة الفنية للإستنباط بالنسبة إلى ضمان المنافع غير المستوفاة

وما دام الكلام في هذه المسألة في الضمان، فإن الطريقة الفنية للإستنباط هي، وما يختلف هنا، إنما هو العناصر الدخيلة في هذه العملية.

الأصل كما قلنا يقتضي عدم الضمان، لتأتي عمومات الضمان وإطلاقاته في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، وهنا يأتي الإستدلال بقاعدة اليد، وما دل على احترام مال المسلم وعدم حله إلا بطيب نفسه، الديلان اللذان يرد المصنف الإستدلال بهما كليهما.

بعد المرحلة الثانية تأتي الثالثة، ليدخل هنا عنصر المقيد أو المخصص لإطلاقات الضمان وعموماتها في حالة تمامية الإستدلال بها، وهنا بالضبط يأتي الكلام عن قاعدة «ما لا يضمن...» التي تكلمنا عنها سابقا، كما يدخل هنا الإستدلال بروايات الأمة المسروقة التي تقدمت معنا أيضا؛ حيث يستدل بها عن طريق قياس الأولوية على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة في المقام.

وهنا يأتي قول المصنف في ما سيأتي بأن الإنصاف أن للقول بالتوقف مجالا؛ حيث من جهة: عمومات الضمان وإطلاقاتها، ومن جهة أخرى: هذه المخصصات

والمقيدات لو تمت.

إلا أن توقف المصنف في المقام لا يطول؛ حيث إن هنا عنصرا آخر يجب أن يدخل معادلة الاستنباط، وهو الإجماع على الضمان، وهو ما نستفيده مما صرح به الحلبي في السرائر، من أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى الغصب في الضمان، وهو في ما نحن فيه يثبت الضمان إذا. ولكن، أين يقع هذا الدليل من مراحل عملية الاستنباط؟

لما كان هذا الإجماع دليلا خاصا على الضمان، فمن الواضح إذا أنه يقع في المرحلة الرابعة من مراحل هذه العملية، فهو - على هذا - المعارض للمخصص أو المقيد الواقع في المرحلة الثالثة على فرض تمامية الاستدلال به.

وإذا تعارض الإجماع والدليل في المرحلة الثالثة؛ فإن من الواضح أن البقاء للإجماع، لتكون النتيجة الحكم بالضمان في المنافع غير المستوفاة، إلا أن ذلك الحكم متوقف على القول بالإجماع في المقام كما ترى.

تعلم فعال

١- من الناحية الفنية، هل كان من حق المصنف أن يتوقف ويقول بأن للتوقف

مجالا؟ لماذا؟

٢- لو لو يتم الاستدلال بالعمومات ولا بالمخصص والمقيد ولا بالإجماع، فما

هو الموقف النهائي حينئذ؟ لماذا؟

٣- لو لم يتم الاستدلال بالعمومات والإطلاقات في المرحلة الثانية، فما هي

النتيجة النهائية للمسألة؟

٣- إ حذف عنصر الإجماع من المعادلة في ما نحن فيه، ما هي النتيجة؟

٤- هل يمكن أن تكون نتيجة التعارض بين الدليلين في المرحلة الثانية والثالثة

أنه^(١) لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر، من كونه بمنزلة المغصوب: الإتفاق^(٢) على الحكم.

ويدل عليه^(٣): عموم قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب

هي التساقط؟ لماذا؟

٥- كيف يمكنك أن تسقط الإستدلال بالإجماع في ما نحن فيه؟ صور ذلك، ثم بين الأثر الذي ستركه ذلك على نتيجة عملية الإستنباط حسب الطريقة الفنية للإستنباط.

هذه قصة عملية الإستنباط بالنسبة إلى ضمان المنافع المستوفاة وغير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، وما بقي إلا أن نرجع إلى ما ذكره المصنف تفتُّ في المقام، لنضع النقاط على الحروف، ولتعلم قدر الإمكان مما ينثره تفتُّ من درر ويواقيت.

(١) المحطة الأولى: ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد

الموقف الأول: المشهور هو الضمان، بل ظاهر السرائر الإجماع عليه.

فالمشهور في ما نحن فيه الضمان، بل هو مما قام عليه الإجماع بناء على ما نقلناه عن الحلبي في السرائر، من أن المقبوض باعقد الفاسد يجري مجرى الغصب في الضمان.

ولا يفتك محل عمل الإجماع من عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية التي تعلمتها.

(٢) الإجماع.

(٣) الموقف الثاني: الإستدلال على الضمان بحديث طيب النفس

وقد يستدل على ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد بعموم

قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»، الذي يمثل دليلا عاملا على الضمان في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط. والمهم تقريب الإستدلال بالرواية بحيث تثبت ضمان المنافع المستوفاة، وهو ما يمر بخطوتين:

الخطوة الأولى: فقه الحديث ومفاده

لا بد قبل كل شيء من بيان معنى الحديث وما يراد به بصورة عامة وبغض النظر عما نحن فيه، لكي نتقل في المرحلة الثانية إلى إثبات أنه عام شامل لضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، فنقول:

لو تأملنا في ما ورد في الحديث، لرأينا أن الحل فيه قد أضيف إلي المال، فقال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يحل مال...»، وهذا ظاهر عرفا لأول وهلة في الحكم التكليفي، ليكون المراد: إن مال الآخرين حرام بدون طيب نفسهم.

ولو كنا نحن وهذا الظاهر الأولي للحديث، لكان أجنبيا بالمرّة عن ضمان المنافع؛ إذ قلنا أن الضمان كلام في الحكم الوضعي لا التكليفي.

إلا أن المفهوم عرفا أيضا، هو أن عدم الحلية المتقدمة مما يمكن أن يستنبط منه حكم وضعي هو الضمان، وذلك في ما لو كان المال قد أتلف من قبل الآخر بعدم طيب نفس المالك، وإلا، لكان حلالا حتى مع عدم طيب النفس.

وبعبارة أخرى: عدم حلية المال معناها عدم جواز التصرف بدون الإذن بالنسبة إلى ما كان موجودا لم يتلف، وأما إذا تلف، فإن معنى عدم الحلية عرفا حينئذ هو دخوله في ذمة المتلف، وكونه مطالبا بضمانه وإعطاء عوضه لمالكه، فالحديث - بالأخير - يدل على الحكم الوضعي وهو الضمان.

هذه هي الخطوة الأولى في تقريب الإستدلال بالحديث على ما نحن فيه.

الخطوة الثانية: شمول الحديث للمنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد

ولو تأملنا جيدا في ما قلناه في الخطوة الأولى المتقدمة لتقريب الاستدلال، لرأينا أنها لا تكفي لتمامية الاستدلال بالحديث؛ إذ يبقى أن نثبت أن موضوع الحديث (المال) شامل لما نحن فيه من المنافع، وبعبارة أخرى: أن نثبت أن ما نحن فيه من صغريات ما ورد في الحديث، ما يعني ضرورة الكلام في هذه الخطوة الثانية.

ولو أردنا أن نعبر بحر الخطوة الثانية بأمان، لكان علينا أن نثبت أن ما نحن فيه من المنافع المستوفاة هي من مصاديق ما أخذ موضوعا في الحديث، وهو «المال»؛ إذ قد يدعى أن «المال» لا يصدق إلا على الأعيان.

وقد يدعى وجود شاهدين من كلام الفقهاء على أن المنافع من الأموال: وهما:
أولا: جواز جعل المنفعة ثمنا في باب البيع وعدم اعتبار كون الثمن عينا؛ إذ لما كان حقيقة البيع المبادلة بين مالين، كان حكم الفقهاء بجعل المنفعة ثمنا أنهم يعتبرونها مالا.

ثانيا: جواز جعل المنفعة صداقا في النكاح، مع الأخذ بنظر الإعتبار ما يعتبره الفقهاء في الصداق من كونه «متمولا».

وبتمامية الخطوة الثانية، يتم الاستدلال بالحديث على الضمان في ما نحن فيه. هذا ما ذكره المصنف هنا، وهو ما يمثل - كما قلنا - دليلا عاما يثبت الضمان في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط، فالعمل بالأصل العملي الذي يقتضي عدم الضمان مقطوع إذا، كما أنه سيشير إشارة عابرة لقاعدة احترام مال المسلم، والقاعدة التي تقتضي الضمان في المرحلة الثانية أيضا، وسننبه عليه إن شاء الله تعالى.

نفسه»^(١)، بناء على صدق المال على المنفعة؛ ولذا يجعل ثمننا في البيع وصادقا في النكاح.

خلافًا للوسيلة^(٢)، فنفى الضمان، محتجا بأن الخراج بالضمان^(٣) كما في النبوي المرسل^(٤).

وتفسيره^(٥): أن من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخرجه له، فالبراء للسببية أو

تعليم فعال

لم يستدل المصنف في المقام بقاعدة اليد، لماذا؟ ألا تدل هذه القاعدة على ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد؟

(١) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٢) الموقف الثالث: ابن حمزة: لا ضمان؛ لحديث «الخراج بالضمان»

ولو كنا نحن والمرحلة الثانية وما فيها من عمومات، لكان الحكم الضمان، إلا أن العام والمطلق ليس بحجة إلا بعدم المخصص والمقيد في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الاستنباط، وهنا يأتي ابن حمزة ليذهب إلى عدم الضمان لوجود هذا المخصص والمقيد، وهو قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»، الحديث الذي قرب المصنف ^{تدبر} في المتن الإستدلال به ليثبت الضمان في ما نحن فيه، قبل أن يبطل هذا الإستدلال بعدم التمامية سندا ودلالة في الموقف التالي.

(٣) الوسيلة: ٢٥٥.

(٤) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

(٥) تقريب الإستدلال بحديث «الخراج بالضمان» بحيث يثبت الضمان

هذا هو توجيهه وتقريب الإستدلال بالحديث من قبل المصنف بحيث يدل على

ضمان المنافع المستوفاة في ما نحن فيه.

المقابلة، فالمشتري^(١) لما أقدم على ضمان المبيع وتقبله^(٢) على نفسه بتقبل البائع وتضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجانا، كان اللازم على ذلك أن خراجه له^(٣) على تقدير الفساد، كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضا.

وتقريبه: إن من ضمن شيئا بمعنى أنه تقبله لنفسه مقابل ضمان لا مجانا، فإن منافعه وخراجه له.

فالباء المذكورة في الحديث في قوله ﷺ: «بالضمان»، إما للسببية، بمعنى أن السبب في حل المنافع هو ضمان المستوفي للعين، كما في البيع مثلا حينما يتقبل المشتري المبيع بمقابل، فإن تقبله هذا وإقدامه على ضمان العين بالثمن، هو السبب في تملك المشتري للمنافع مجانا حتى في حالة فساد العقد واستيفاء المشتري لهذه المنافع.

وعلى هذا، فلو كانت الباء للسببية، فإن الاستدلال بالحديث تام في المقام. وهكذا إذا كانت الباء للمقابلة، بأن كانت المنافع مجانية للقابض في مقابل ضمان العين، فتقبله لضمان العين مقابله مجانية المنافع وعدم ضمانها في ما لو استوفاها المشتري، بمعنى أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان المنافع، ومرجه إلى أن الغنيمة والفائدة بإزاء الغرامة، وهذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله ﷺ في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري بلا مقابل ولا ضمان: «ألا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتري؟»، وهو واضح في أن المنافع إنما كانت مجانية في مقابل كون ضمان العين لو احترقت على المشتري. ونحوه في الرهن وغيره.

(١) تقريب المقابلة.

(٢) تقبل ضمانه، ضمنه.

(٣) مجانا وبلا ضمان.

والحاصل^(١): أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، ومرجهه^(٢) إلى أن الغنيمة والفائدة^(٣) بإزاء الغرامة^(٤)، وهذا المعنى^(٥) مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة، مثل قوله ﷺ في مقام الإستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: «ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟»^(٦) ونحوه في الرهن^(٧) وغيره.

وفيه^(٨): أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون

(١) حاصل التقريب بناء على المقابلة.

(٢) مرجع عدم الإجماع.

(٣) أي: الخراج.

(٤) أي: ضمان العين.

(٥) عدم الإجماع، والمقابلة.

(٦) الوسائل ١٢: ٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣، ولفظ الحديث:

«أرأيت لو أن الدار احترقت، من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟!»، ومثله في الدلالة الحديث الأول من هذا الباب.

(٧) الوسائل ١٣: ١٢٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٦، وغيره.

(٨) الموقف الرابع: الإستدلال بحديث «الخراج بالضمان» غير تام سنداً ودلالة

والصحيح أن التمسك بحديث «الخراج بالضمان» غير تام؛ إذ هو أجنبي بالمرّة عما نحن فيه؛ وذلك أنا لو تأملنا في الموارد التي ورد فيها الحديث وهو يجعل الخراج مقابلاً للضمان، لرأينا أنه يجعل الخراج مقابل نوع خاص من الضمان، وهو الضمان الذي أقدم عليه المتعاملان وأقره الشارع وأمضاه، إرجع مثلاً إلى الرواية التي ذكرناها أخيراً، والتي ورد فيها قضية احتراق الدار، ترى أنها إنما كانت واردة

الخراج بإزائه، وإنما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم والمغصوب.

فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج: إلتزام الشيء على نفسه وتقبله له مع^(١) إمضاء الشارع له.

وربما^(٢) ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة؛ حيث إنه

في الضمان في الشراء الصحيح، وهو ما كان الضمان فيه كما قلنا، مما أقدم عليه المتعاملان وأقره الشارع وصححه، وأين هذا مما نحن فيه من الضمان؟! إذ هو في ضمان قهري بالعوض الواقعي حكم به الشارع على الرغم من أن المتعاملين لم يقدموا عليه بعد كون ما أقدموا عليه إنما هو العوض الجعلي المسمى، فالرواية أجنبية عما نحن فيه.

والخلاصة: مع غط النظر عن سند الرواية، فإنها لا تصلح مستندا في ما نحن فيه؛ إذ هي غير تامة دلالة بعد ورودها موردا غير ما نحن فيه بالمرة.
(١) بهذا القيد لا غير.

(٢) الإشكال على المصنف في توجيه رواية «الخراج بالضمان»

تقدم أن المصنف يثبُت رد الإستدلال برواية «الخراج بالضمان» بأنها أجنبية عما نحن فيه؛ من جهة أنها واردة في الضمان الاختياري المقدم عليه مع إمضاء الشارع له.

وقد يشكل على هذا التوجيه بالعارية المضمونة، وإليك حاصل الإشكال:

معنى ما تقدم من توجيه المصنف، هو: أنه حيثما كان ضمان مقدم عليه وممضى شرعا، كان الخراج والمنفعة للضامن مجانا، وهذا المعنى منتقض في العارية المضمونة؛ حيث أنه على الرغم من أن المستعير قد أقدم على ضمانها وأن الشارع قد أمضى هذا الضمان، إلا أننا نرى أن الخراج والمنافع ليست للمستعير؛ إذ

أقدم على ضمانها^(١)، مع أن خراجها ليس له؛ لعدم تملكه للمنفعة، وإنما تملك الإنتفاع الذي عينه المالك^(٢)، فتأمل^(٣).

والحاصل^(٤): أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك

حكم الفقهاء هنا بأن ليس للمستعير إلا الإنتفاع، فهذا ما يملكه هنا، الأمر الذي يختلف عن امتلاك المنافع اختلافا تاما كما هو واضح.

والخلاصة: توجيه الرواية كما جاء على لسان المصنف متقضى في طرده؛ إذ لا يشمل العارية المضمونة على الرغم من أنها تشترك في النكته التي اقتضت جعل الخراج للضامن مجانا، وهي إقدامه على الضمان وإمضاء الشارع لذلك.

(١) وأمضى الشارع هذا الضمان.

(٢) في العقد.

(٣) الإشكال على توجيه المصنف بتُّ غير تام

وقد أمر بتُّ هنا بالتأمل، ما يعني أن الإشكال الذي أورد على توجيهه غير تام؛

إذ يرد على الإشكال أن

تماميته لا تستلزم عدم تمامية التوجيه؛ وإنما قد تستلزم قليل تغيير فيه لا تؤثر على رد الإستدلال برواية «الخراج بالضمان»؛ وذلك بأن نقول أن المراد من المقابلة ما يعم تملك المنافع مجانا وتملك الإنتفاع بها مجانا، فحاصل الرواية: أن الإقدام على الضمان مع تصحيح الشارع وإمضائه له يكون مقابله تملك منافع العين المضمونة أو تملك الإنتفاع بها مجانا، ما يعني بقاء الإشكال على الإستدلال برواية «الخراج بالضمان» في عدم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد المستوفاة؛ وذلك لأن الرواية أجنبية عن ذلك.

(٤) حاصل رد الإستدلال برواية «الخراج بالضمان»

بيننا ضعف الإستدلال بالرواية دلالة، وأما ضعفها سنداً؛ فإنها رواية لم ترد في

كتبنا إلا مرسله، ولم يعمل بها المشهور لكي يدعى انجبار سندها، بل قلنا أول المسألة إن الإجماع على الضمان.

تعليم فعال

١- لو تأملنا ما رد به المصنف الإستدلال بالرواية، لرأينا أنه غير تام أبدا من الناحية الفنية؛ إذ حتى لو اجتهدنا في توجيهه وقلنا أن الرجوع إلى الروايات التي استقي منها معنى الرواية قرينة على إرادة توجيه المصنف، ثم قلنا بأن رواية «الخراج بالضمان» واردة في ضمان اختياري ممضى شرعا، يبقى أن القرينة التي ذكرناها لذلك غير تامة؛ وذلك لأننا لسنا في مقام تعيين مفاد قاعدة فقهية صرفة من خلال ما ورد في مستنداتها، وإنما نحن إزاء رواية مستقلة قائمة بذاتها، تقول أن «الخراج بالضمان»، وورود روايات أخرى تحمل هذا المعنى في موارد أخص من تلك الرواية، لا يعني أبدا لزوم حمل تلك الرواية المطلقة على هذه الروايات؛ إذ ليس المورد من موارد لزوم حمل المطلق على المقيد، وإنما هي من موارد ورود المطلق وورود المقيد بدون أي مخالفة وتعارض في البين، ما يعني صحة العمل بالمطلق، وعدم صحة التقييد.

٢- النكته المهمة التي ذكرناها في النقطة السابقة تضع أيدينا على نقطة فنية مهمة أخرى لا أحسب أنك انتبهت لها، وهي اهتمام المصنف وابن حمزة برواية «الخراج بالضمان» هذا الإهتمام الكبير، فهل عرفت السر الآن؟

السر هو أن هذه الرواية مطلقة تجعل الخراج مقابلا للضمان مطلقا، فأينما تحقق «ضمان»، فإن الخراج والفائدة للضامن، ما يشما ما نحن فيه من المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، على العكس من سائر الروايات التي ادعى المصنف أنها مستقاة منها، من قبيل رواية احتراق الدار؛ إذ تلك واردة - كما قال

لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حله إلا عن طيب النفس.

وربما^(١) يرد هذا القول: بما ورد في شراء الجارية المسروقة، من ضمان قيمة

المصنف - مورد نوع خاص من الضمان، وهو الضمان المسمى من قبل المتبايعين مع إمضاء الشارع له. فانتبه.

٣- لو قلنا بأن الضمان في العقد الفاسد هو الضمان بالمسمى، فهل يتم الإستدلال برواية «الخراج بالضمان»؟ وهل سيظل الرد الذي ذكره المصنف على الإستدلال بها؟ وضح ذلك.

وعلى فرض بطلان رد المصنف تتقضى ، فهل يمكنك أن تصور رداً آخر غيره لإبطال الإستدلال بالرواية؟

(١)الموقف الخامس: رد إشكاليين على استدلال ابن حمزة بالحديث

تقدم استدلال ابن حمزة برواية «الخراج بالضمان»، وقد رد المصنف هذا الإستدلال بأن الرواية أجنبية عما نحن فيه.

ولو تأملنا في هذا الرد الذي ذكره المصنف تتقضى ، لرأينا أنه رد من نوع خاص، وهو هدم الإستدلال بالرواية من الداخل؛ حيث يدعى أنها واردة مورد مسألة أخرى أجنبية عن المسألة محل البحث.

وهناك نوع آخر من الرد غير ما تقدم عن المصنف، وهو تصوير وجود المعارض لرواية «الخراج بالضمان»؛ حيث تسقط هذه الرواية عن الإستدلال بالمعارضة بينها وبين روايات تعمل في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط، بحيث يلزم حملها على غير ما نحن فيه، من قبيل البيع الصحيح مثلاً.

وبعبارة أخرى: التعارض بين الرواية والروايات المعارضة التي ستعرض لها، توجب حمل الرواية على البيع الصحيح، أي: ما حملناها عليه نحن أيضاً في رد

المصنف تَكْذُرُ.

والروايات المعارضة في المقام نوعان، تمسك بكل منهما بعض للإشكال على ابن حمزة، الأمر الذي لم يقبله المصنف في المقام، وإليك - إذا - هذا النوع الثاني من الإشكال؛ حيث تقرب الاستدلال بالرواية المعارضة لرواية «الخراج بالضمان»، لنتقل بعدها إلى رد المصنف للإشكال.

وقبل أن نذكر رد المصنف، هل يمكنك أن تتصور كيف سيرد المصنف في المقام؟ هل يمكنك أن تصطاد النقطة التي سيهجم منها تَكْذُرُ على الإشكال؟ ومع أن حاصل الإشكاليين في المقام بنفع المصنف تَكْذُرُ؛ حيث يتعين حمل رواية «الخراج بالضمان» على البيع الصحيح، وهو ما ادعاه المصنف في ما تقدم، إلا أنه تَكْذُرُ رفض الإشكاليين، وهو ما يقتضيه الفن والموضوعية، وهو ما يجب أن نتعلم منه جميعاً.

الإشكال الأول: الإشكال برواية الأمة المسروقة

تقدمت رواية الأمة المسروقة حين الكلام عن ضمان عين المقبوض بالعقد الفاسد، ولو تأملنا ما ورد فيها، لرأينا أن الإمام عليه السلام قد حكم فيها بضمان منافع الأمة المسروقة من الولد واللبن والخدمة. ولو كان ضمان العين في البيع الفاسد موجبا لتملك المشتري للمنافع مجاناً طبقاً لرواية «الخراج بالضمان»، لما كان وجه لما جاء في هذه الروايات من ضمان المنافع.

المعارضة المتقدمة، ستوجب حمل رواية الخراج بالضمان بسبب التقييد بروايات الأمة المسروقة على غير ما ادعاه ابن حمزة من البيع الفاسد والمقبوض به، وهو البيع الصحيح كما فعل بعض أعظم فقهاءنا، كالعلامة تَكْذُرُ.

وبعبارة أخرى: لو حملنا رواية «الخراج بالضمان» على مطلق العين المضمونة،

الولد وعض اللبن، بل عوض كل ما انتفع^(١).

وفيه^(٢): أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة

أي: ما يشمل المضمونة بالبيع الفاسد، لتصادم ذلك بروايات الأمة المسروقة؛ حيث العين مضمونة في «بيع فاسد» مع أن منافعها ليست للمشتري مجانا، بل هي مضمونة عليه كما هو الحال مع العين، ونتيجة التعارض بين المطلق (الخراج بالضمان) وبين المقيد (روايات الأمة المسروقة) هو التقييد، ما يوجب أن الرواية واردة مورد البيع الصحيح، أي: العين المضمونة بالبيع الصحيح.

(١) أنظر: الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الأحاديث

٥-٢.

(٢) رد الإشكال على ابن حمزة بروايات الأمة المسروقة

ومما تقدم في تقريب الإشكال بروايات الأمة المسروقة، يتبين ضعف هذا الإشكال؛ إذ أن الإشكال لما كان محوره ونقطة الارتكاز فيه هي وقوع المعارضة بين الروايات، فإن تمامية ذلك تعتمد على ورود الروايات المتعارضة موردا واحدا، وهو المقبوض بالبيع الفاسد محل الكلام، وهو ما لم يكن فساده من جهة الغصب كما هو واضح، أي ما كان العقد فيه بين المالكين، وإنما كان فساده بسبب تخلف بعض شروط العقد التي تكلمنا عنها سابقا.

ولو تأملنا روايات الأمة المسروقة، لرأينا أنها ليست واردة في محل كلامنا؛ فإنها وردت في الأمة المسروقة المبيعة من غير المالك.

إن قلت: ولماذا هذا التدقيق والتشدد، أليست الأمة المسروقة مبيعا مضمونا

مقبوضا ببيع فاسد كما في ما نحن فيه؟

قلنا:

أولا: هذا ليس تشددا ولا تدقيقا زائدا عما هو المطلوب، وإنما هو أمر عرفي

أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانتها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.
وأضعف^(١) من ذلك رده بصحيفة

يقتضيه التدقيق العرفي؛ إذ أن النظر العرفي لا يعني عدم الدقة والتغافل عما هو أمر مهم محوري في الحكم الشرعي.

وثانياً: إنما نشدد على ما نحن فيه من المقبوض بالعقد الفاسد الجاري بين «مالكين»، من جهة أن هذا هو الذي قد يتصور فيه أن المنافع تكون للمشتري مجاناً، من جهة أنه ضمن العين للبائع فملكه البائع منافعتها بإزاء ذلك وفي مقابله. وأما في مورد المة المسروقة، فلا يتصور فيها ذلك، فإن النكته المتقدمة لا تتحقق فيها؛ إذ أن البائع لم يكن هو المالك، وإنما كان الغاصب.

والحاصل: روايات الأمة المسروقة أجنبية عما نحن فيه، فلا يتحقق التعارض بينها وبين رواية «الخراج بالضمان»، فيسقط الإشكال على استدلال ابن حمزة بهذه الرواية.

(١) رد الإشكال على ابن حمزة بصحيفة أبي ولاد

سيأتي في المستقبل الاستدلال بصحيفة أبي ولاد على بعض الأحكام الواردة في الغصب، ولا بد من بيان إجمالي عما ورد في هذه الصحيفة ليتضح الكلام في ما نحن فيه:

ورد في هذه الصحيفة سؤال عن أبي ولاد عن حكم كرائه بغلا من الكوفة إلي قصر بني هبيرة لاستيفاء دين من غريم، فلما وصل أبو ولاد إلي قنطرة الكوفة، أخبر بخروج الغريم إلي مكان آخر، و هو النيل، فغير وجهته إلى أن ظفر بالغريم في بغداد، واستوفى دينه، ثم رجع إلي الكوفة بعد خمسة عشر يوماً، المدة التي لا

بد أن تكون أزيد بكثير مما يستلزمه السفر من الكوفة إلى قصر بني هبيرة والرجوع منه إلى الكوفة. فأراد أبو ولاد التحلل من صاحب البغل ببذل أجرة أخرى زائدة علي الأجرة المسماة، فلم يرض بها صاحب البغل، فتراضيا بالترافع إلي قاضي الوقت المعين من قبل الحكومة، فحكم ببراءة ذمة أبي ولاد من الأجرة الزائدة، مستدلا بحديث الخراج بالضمان، فاسترجع صاحب البغل من هذا القضاء الجائر.

ثم زار أبو ولاد الإمام الصادق (عليه السلام) في الحج، فأخبره بما جرى، وبحكم القاضي، فغضب من ذلك الحكم، وحكم علي أبي ولاد بضمان أجرة البغل في جميع المدة التي استغرقها لاستيفاء دينه؛ لأنه استوفي منفعة بإجارة فاسدة بعد عدم التزامه بما وقع عقد الإجارة عليه، وهو المبدأ والتمتهى، فصار البغل مغصوبا بذلك، فيضمنه كما يضمن ما استوفي من منافعه.

هذا ما ورد في الرواية التي ستأتي كما قلنا.

وكما نرى، فقد حكم الإمام بضمان منافع البغل المقبوض بعقد فاسد بسبب الغصب، ما يعارض ما استدل به ابن حمزة من رواية «الخراج بالضمان»، ما يلزمه بحملها على البيع الصحيح كما تقدم في الإشكال المتقدم.

وأما رد المصنف هنا، فهو رده على الإشكال المتقدم؛ من أنه إشكال برواية أجنبية بالمرّة عما نحن فيه، وقد تقدم بيان ذلك.

إلا أن الذي يضيفه المصنف هنا، هو أن الإشكال برواية أبي ولاد على استدلال ابن حمزة أضعف من أخيه المتقدم؛ ووجه الأضعفية: أن الرواية السابقة كان موردها عقد فاسد هو البيع، فالمبيع مقبوض بعقد فاسد، فيمكن أن يقال بأنه مما نحن فيه، وأما في رواية أبي ولاد، فالموجود هو الغصب ليس إلا، البغل مقبوض

أبي ولاد^(١) المتضمنة لضمان منفعة المغضوب^(٢) المستوفاة، ردا على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين ولو بالغضب^(٣) سقط كراها^(٤)، كما يظهر^(٥) من تلك الصحيحة.

نعم^(٦)، لو كان القول المذكور موافقا لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن

بالغضب لا بعقد فاسد، وهذا أجنبي بالمرّة عما نحن فيه من المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو مورد خلافنا مع ابن حمزة.

(١) الوسائل ١٧: ٣١٣، الباب ٧ من أبواب الغضب، الحديث الأول.

(٢) فموردها المقبوض بالغضب، ولهذا كانت أبعد عما نحن فيه، وكانت لذلك

أضعف من أختها المتقدمة.

(٣) وليس بالعقد الفاسد فقط.

(٤) أي: كانت منافعها غير مضمونة، فللغاصب الإستفادة منها بدون مقابل ما دام يضمن العين لو تلفت. أنظر بداية المجتهد ٢: ٢٣١، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٠١.

(٥) أي: يظهر رأي أبي حنيفة في ضمن ما نقل في الصحيحة؛ حيث نقل رأيه

هناك أيضا، وهو خلاف ما نقل عن الصادق عليه السلام في الصحيحة نفسها.

(٦) نعم، لو كان ابن حمزة يذهب إلى ما يذهب إليه أبو حنيفة، من سقوط

ضمان المنافع بضمان العين مطلقا، أي: بما يشمل كون ضمان العين بسبب

الغضب، تمسكا برواية «الخراج بالضمان»، كانت الروايتان الأخيرتان ردا عليه كما

هو واضح.

أما الرواية الأخيرة، فلا يحتاج بيان معارضتها لرواية «الخراج بالضمان» إلى

توضيح بالنسبة إلى الغضب؛ إذ موردها الغضب، الذي حكم الإمام عليه السلام فيه

بالضمان.

الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحة وما قبلها ردا عليه.

هذا^(١) كله في المنفعة المستوفاة، وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء،

وأما رواية الأمة المسروقة، فهي رد على من يذهب إلى إطلاق سقوط الضمان من جهة أنها واردة في البيع الفاسد، وهو ما تضمن العين فيه، ومع ذلك حكمت الرواية بضمان المنافع أيضا، ما يعني معارضتها للإطلاق أيضا. ومن الواضح أن الروایتين الأخيرتين لا تعارضان ما نذهب إليه نحن من توقف عدم ضمان المنافع على العقد الصحيح كما قلنا سابقا؛ كيف وهو ما وصلنا إليه وذهبنا إليه ببركة هاتين الروایتين وما مثلهما؛ حيث كانتا المقيد لإطلاق الخراج بالضمان كما تقدم؟!

هذا آخر ما ذكره المصنف تَدُّلٌ في هذه المحطة الأولى من محطتي البحث في المقام، وهي المحطة التي اهتمت بتشخيص الموقف من ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، وقد كانت النتيجة هنا هي الضمان؛ وذلك لعمومات وإطلاقات الضمان الجارية في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط؛ إذ لا مخصص ولا مقيد لها كما ادعى ابن حمزة وإن لم تنجح محاولتان للتخلص مما ذكره مقيدا ومخصصا، وهو رواية «الخراج بالضمان»؛ إذ الرواية ضعيفة سنداً ودلالة كما قلنا. كما لا بد أن لا ننسى ما ذكرناه أول هذه المحطة، وهو الإجماع الذي ادعاه ابن إدريس على أن المقبوض بالعقد الفاسد يجري مجرى المغصوب في الضمان عند الفقهاء، وهو العنصر الذي يقع في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط كما قلنا سابقا.

(١) المحطة الثانية: ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد

قلنا في تمهيد هذه المحطة الكلية الثالثة من محطات البحث في حكم

فالمشهور^(١) فيها أيضا الضمان، وقد عرفت عبارة السرائر المتقدمة، ولعله لكون المنافع أموالا في يد من بيده العين^(٢)، فهي مقبوضة في يده، ولذا

المقبوض بالعقد الفاسد: إن المصنف تَدُّرُّ قسم بحثه في هذه المحطة الرئيسية إلى محطتين فرعيتين، تقدمت أولاهما، وقد انتهينا فيها من البحث في ضمان المنافع المستوفاة.

وأما المحطة الثانية - وهي ما نحن فيه - فقد تناول فيها البحث في حكم ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد، فالسؤال الفرعي هنا - كما تقدم - ما حكم ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد من قبل القابض؟ وللوصول إلى جواب فني ناجع عن السؤال المتقدم، كان اللازم تقسيم البحث إلى مواقف متعددة، يتحمل كل واحد منها مسؤولية قسم من الجواب المتقدم. كما تقدم الطريقة الفنية للإستنباط في هذه المحطة بالتفصيل، ولم يبق إلا التطبيق عن طريق وضع كل عنصر من عناصر عملية الإستنباط في موضعه المحدد.

(١)الموقف الأول: المشهور الضمان، بل ظاهر السرائر الإجماع عليه

وهذا الموقف هو عينه الموقف الأول في المحطة المتقدمة، كما تقدم محل عمل الإجماع من مراحل عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية لها، فلا حاجة إلى الإعادة.

(٢)الموقف الثاني: توجيه الضمان بقاعدة «على اليد» واحترام مال المسلم ورده

ولما كان الأصل في المقام عدم الضمان كما تقدم بيانه مكررا، كانت المرحلة الثانية عمومات الضمان وإطلاقاته.

وفي هذا المجال، يتعرض المصنف تَدُّرُّ إلى دليلين قد يستدل بهما هنا، وهما: قاعدة اليد وقاعدة احترام مال المسلم، إلا أنه تَدُّرُّ يرد الإستدلال بهما هنا، إليك تقريب كل واحد من الدليلين، ثم رد الإستدلال بكل واحد منهما:

أولاً: الإستدلال على الضمان بقاعدة اليد مع رده

١. تقريب الإستدلال بقاعدة اليد على ضمان المنافع غير المستوفاة

بتقريب أن المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده تبعاً لقبضه للعين، ومقتضى القاعدة أن يضمن هذه المنافع؛ إذ لا بد له من أن يؤدي هذه المنافع، ومع فواتها يكون لا أداؤها إلا بضمانها، فالقاعدة تدل على ضمان المنافع غير المستوفاة.

إن قلت: وما هو الدليل على كون المنافع مقبوضة بيد القابض للمبيع بالعقد الفاسد؟

قلنا: الدليل هو حكم الفقهاء على المنفعة بحكم المقبوض بمجرد قبض العين، وذلك بشاهدين:

الأول: حكمهم بدخول المنفعة في ضمان المستأجر بمجرد قبضه للعين المستأجرة، ولولا أن المنافع تقبض بقبض العين، لما حكموا بذلك الدخول.

الثاني: حكمهم بصحة البيع سلماً وتحقق قبض الثمن فيه مع كون المنفعة ثمناً بمجرد قبض العين ذات المنافع، كما في قبض الجارية المجمعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجمعول سكنها ثمناً. ولو لم يحكموا بقبض المنافع تبعاً لقبض العين، لما حكموا بصحة السلم الذي يشترط في صحته القبض في المجلس بمجرد قبض العين فيه.

٢. رد الإستدلال بقاعدة اليد على ضمان المنافع غير المستوفاة

وقد أجل المصنف تذكُّل الرد على الإستدلال بقاعدة اليد إلى ما بعد تقريب الإستدلال بقاعدة احترام مال المسلم، ولكننا نورد الرد هنا. وحاصله: أن قاعدة اليد أجنبية بالمرّة عما نحن فيه، وذلك لأمرين قد يدعيان في المقام:

الأول: أن المفهوم من قاعدة اليد هو ضمان ما كان «مالاً»؛ إذ لا معنى لضمان ما لم يكن كذلك عرفاً، ولو رجعنا إلى المنافع، لما وجدنا أن العرف يحكم عليها بأنها «أموال»، بل العين ذات المنافع هي المال، وإن كانت العين لا تكون «مالاً» إلا بوجود المنافع، إلا أن ذلك لا يجعل المنافع بنفسها «مالاً» لتكون داخلة في موضوع القاعدة.

الثاني: ولو غرضنا النظر عن الإشكال المتقدم وسلمنا بأن المنافع أموال كما تقدم الإقرار به منا أول المحطة الأولى، وأول كتاب البيع حيث قبلنا بجعل المنفعة ثمناً في البيع مع أنه «مبادلة مال بمال»، فإن قاعدة اليد تبقى أجنبية عما نحن فيه من المنافع؛ إذ أن المفروض موضوعاً للقاعدة هو «الأخذ»، وهو - كما قلنا سابقاً - لا يصدق في مورد الأعيان؛ إذ هي مما لا يصدق فيه «الأخذ».

وأما ما ذكر من صدق «القبض» على الأعيان بقبض العين، فهو أمر وإن كنا نسلم به، إلا أنه لا يستلزم القول بتحقيق «الأخذ» في المنافع؛ إذ بين العلاقة بين الإثنين العموم المطلق من ناحية القبض؛ إذ كل أخذ قبض دون العكس، فكل قبض ليس أخذاً، فالقبض أعم من الأخذ الذي لا يصدق إلا على الأعيان.

إن قلت: العنوان المأخوذ في قاعدة على اليد وإن كان هو «الأخذ» وهو ما نسلم بعدم صدقه في المنافع، إلا أن أخذ العنوان المتقدم (الأخذ) في القاعدة لم يكن على نحو الموضوعية والحقيقة، وإنما هو على نحو الطريقية والكنائية؛ فإنه مثال لعنوان «الإستيلاء»، فذكر الملزوم هنا (الأخذ) وأريد اللازم (الإستيلاء).

وحينئذ نقول: إن الإستيلاء يصدق في المنافع بمجرد قبض المنافع، والذي يصدق بدوره - كما اعترفت - بقبض العين، فالقاعدة عامة شاملة للمنافع، فيتم الإستدلال بها على ضمان المنافع في ما نحن فيه.

قلنا:

أولاً: الكناية من المجاز كما نعلم، وحمل كلمة ما على المجاز مخالفة لظاهر تلك الكلمة لا يصار إليه إلا بقرينة، ولا قرينة في المقام على إرادة الكناية المدعاة، فالكناية في المقام مجرد دعوى خالية عن الدليل.

وثانياً: أن الإستيلاء بدوره لا يصدق إلا في مورد الأعيان الخارجية الموجودة فعلاً، وأما ما لا يكون كذلك من قبيل المنافع، فلا يصدق عرفاً أنه استولى عليها بمجرد استيلائه على العين.

تعليم وتعلم فعالان

لماذا لم يتطرق المصنف **تذُّ** إلى قاعدة اليد في المحطة الماضية، حيث كان الكلام عن ضمان المنافع المستوفاة؟

ثانياً: الإستدلال على الضمان بقاعدة الإحترام مع رده

١. تقريب الإستدلال بقاعدة الإحترام على ضمان المنافع غير المستوفاة

وأما الدليل العام الثاني الذي قد يستدل به على الضمان في المقام، فهو قاعدة الإحترام؛ حيث قد يدعى دلالتها على ضمان المنافع وإن كانت لم تستوف من قبل القابض بالعقد الفاسد.

ويمكن تقريب الإستدلال بقاعدة الاحترام على الضمان في المقام بأن نقول: إن احترام مال المسلم وعدم ذهابه هدراً كدمه، يعني أن العين، ومنافعها المستوفاة، وغير المستوفاة مضمونة على القابض، فلا يتوقف الضمان على العين، أو عليها وعلى المنافع المستوفاة دون غيرها، بل احترام مال المسلم لا يتحقق إلا بضمان المنافع غير المستوفاة أيضاً، وأما ذهابها وتلفها تحت يد القابض بدون الحكم بالضمان، فإنه يعتبر عدم احترام لمال المسلم مالك العين.

يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين^(١)، فتدخل المنفعة في

والخلاصة: إحترام مال المسلم يقتضي ضمان إتلاف ماله علاوة على تلفه تحت يد القابض بفوات منفعه تحت يده.

٢. رد الإستدلال بقاعدة الإحترام على ضمان المنافع غير المستوفاة

وبما ذكرناه في تقريب الإستدلال بقاعدة الاحترام على الضمان في المقام، يتضح الطريق إلى تشخيص الموقف الفني من الإستدلال بها؛ إذ اتضح أن نقطة الإرتكاز التي يقوم عليها ذلك الإستدلال هي أن القاعدة عامة شاملة للتلف ولا تتوقف على الإتلاف.

وباتضح النقطة المتقدمة، يتبين أن الموقف كله يتوقف على اثبات شمول القاعدة للتلف؛ إذ أن المنافع غير المستوفاة تختلف عن أختها المستوفاة وعن العين، في أنها لم تتلف، وإنما تلفت بدون استيفاء.

ولما كان الأمر كذلك، يتضح أيضا المرجع فيما نحن فيه، ومن له القول الفصل، وهو العرف، فهل يقضي العرف بالعموم والشمول للتلف أيضا أم لا؟ لا جرم أن العموم والشمول يحتاج إلى دليل؛ إذ هو ادعاء دلالة دليل على مصاديق أكثر ودائرة أوسع، الأمر الذي يحتاج إثباته إلى دليل من فهم العرف أو سير على قواعد اللغة من غطلاق أو عموم مثلا.

وفي المقام، لا دليل من هذا النوع الأخير، بل الظاهر هو أن القاعدة واردة في الإتلاف لا غير، نعم، هي لا تقف على إتلاف الأعيان، وإنما هي عامة شاملة لإتلاف المنافع، ولهذا كنا قد تمسكنا بها في المحطة السابقة حين كان الكلام عن ضمان المنافع المستوفاة؛ إذ كان الكلام هناك عن «إتلاف» لا عن تلف.

(١) هذا هو الدليل على كون المنافع مقبوضة بيد القابض للمبيع بالعقد الفاسد،

ضمان المستأجر^(١)، ويتحقق قبض الثمن^(٢) في السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا، وكذا الدار المجعول سكنها ثمنا، مضافا^(٣) إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه في يد غير مالكه مدة طويلة^(٤) من غير أجره مناف للإحترام.

لكن^(٥) يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالا حقيقة^(٦) -: بأن مجرد ذلك^(٧) لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما

وهو حكم الفقهاء على المنفعة بحكم المقبوض بمجرد قبض العين، وذلك بشاهدين يأتيان.

(١) بمجرد قبضه العين المستأجرة، وهذا هو الشاهد الأول.

(٢) بمجرد قبض العين المجعول منفعتها ثمنا. وهذا هو الشاهد الثاني.

(٣) الدليل العام الثاني على الضمان في ما نحن فيه، وهو قاعدة احترام مال المسلم. وقد تقدم التقريب.

(٤) المقصود بالطويلة هو ما يحكم العرف فيه بكون المنافع قد تلفت تحت يد القابض بحيث تكون مقابلة بالمال؛ إذ قد لا يحكم العرف بعدم الاحترام بحيث يفيد الضمان فيما لو لم تكن المدة من هذا النوع.

والخلاصة العرف يحكم بعدم الاحترام بمجرد فوات المنفعة تحت يد القابض، ولكنه لا يحكم بالضمان بسبب عدم الإحترام إلا بفوات مدة بحيث تكون المنافع مقابلة بالمال. فافهم.

(٥) الإشكال على الاستدلال بقاعدة اليد في المقام، وقد تقدم.

(٦) هذا هو الإشكال الأول الذي قد يوجه للإستدلال بقاعدة اليد، وهو ما لا نقبله نحن - المصنف - أيضا، إلا أنه قد يوجه على أية حال.

(٧) تحقق القبض.

أخذت»^(١)، ولا إشكال في عدم شمول صلة الموصول للمنافع^(٢)، وحصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ^(٣). ودعوى: أنه^(٤) كناية عن مطلق الإستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الأعيان^(٥)، مشكلة^(٦).

وأما^(٧) احترام مال المسلم، فإنما يقتضي عدم حل التصرف فيه واتلافه بلا عوض^(٨)، وإنما يتحقق ذلك في الإستيلاء^(٩).

فالحكم^(١٠) بعدم الضمان مطلقا - كما عن الإيضاح- أو مع علم البائع

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦.

(٢) كما قلنا سابقا؛ إذ أن الأخذ مخصوص بالموجودات الخارجية عرفا.

(٣) على قبض المنافع.

(٤) أي: الأخذ. وقد تقدم توضيحه بقولنا: «إن قلت ...».

(٥) بدون توقف على صدق «الأخذ» حقيقة.

(٦) لا شاهد عليها من العرف الذي هو المرجع في المقام. والأصل الحقيقة.

(٧) وهذا هو الدليل العام الثاني على الضمان، وقد تقدم تقريب الإستدلال به من قبلنا، وأما المصنف، فلم يتعرض إلا لرده.

(٨) أي: بلا ضمان.

(٩) أي: في الإتلاف لا في التلف.

(١٠) الموقف الثالث: النتيجة إلى هنا: الحكم بعدم الضمان مطلقا أو مع علم

البائع بالفساد وذكر ما قد يستدل به عليه والموقف من ذلك الإستدلال ولو تأملنا ما تقدم من البحث حسب الطريقة الفنية للإستنباط إلى الآن، لوجدنا أن النتيجة هي عدم الضمان؛ إذ لم تنجح العمومات والإطلاقات المتقدمة في إثبات الضمان في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، فالعمل لا يزال إلى الآن

على ما يقتضيه الأصل العملي، وقد قلنا إنه عدم الضمان.

وإنما قلنا: إلى الآن، لأننا نتكلم فعلا حسب مراحل عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية للإستنباط، ومن الواضح أننا هنا نتكلم حسب المرحلة الأولى والثانية من مراحل تلك العملية، فالمرحلة الأولى الأصل الذي يقتضي عدم الضمان، والمرحلة الثانية عمومات الضمان وإطلاقاته التي لم تستطع أن تقطع العمل بالأصل العملي، أليست هذه هي الطريقة الفنية للإستنباط التي تعلمناها؟ إرجع الآن إلى كلام المصنف تتذ، تر بعينك ذلك واضحا بينا لا مزيد عليه، لاحظ كيف يقول: «فالحكم بعدم الضمان ... موافق للأصل السليم».

وما دمنا نتكلم عن الأدلة على عدم الضمان، فلنواصل الكلام بذكر ما قد يستدل به على عدم الضمان، وهو كلام فني غاية في الدقة من قبل المصنف تتذ؛ إذ هو جار على حسب المراحل التي تعلمناه لعملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية؛ فإن المرحلة الثالثة من مراحل هذه العملية - كما تعلمنا - هي مرحلة البحث عن دليل مخصص ومقيد لعمومات الضمان وإطلاقاته على فرض جريانها في المرحلة الثانية من المراحل، ما يعني أننا نتكلم عن دليل على عدم الضمان ف المرحلة الثالثة من المراحل.

أليس هذا ما تعلمناه منذ مد الجزء الأول من أجزاء هذه الموسوعة؟ إرجع الآن إلى كلام المصنف تتذ في المقام، تر أنه يتكلم بالضبط طبق طريقتنا التي تعلمناها منه هو بنفسه تتذ؛ حيث يتكلم الآن عن دليل يعمل في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، فيذكر قاعدة «ما لا يضمن ...» في هذا المجال، كما يذكر بعض الأخبار العاملة في هذه المرحلة أيضا، فإلى التفاصيل.

بالفساد - كما عن بعض آخر^(١) - موافق للأصل السليم.

مضافاً^(٢) إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

(١) إيضاح الفوائد ٢: ١٩٤. ورأي البعض الآخر بتعبير المصنف، نسبة قدس سره في ما سيأتي إلى بعض من كتب على الشرائع.

(٢) الدليل الأول على عدم الضمان في المرحلة الثالثة لعملية الإستنباط

وهو القاعدة التي تقدمت في ما سبق، وهي قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده»؛ بتقريب: أن المنافع بصورة عامة ومنها غير المستوفاة مما لا يضمن في صحيح البيع كما تقدم؛ إذ المضمون فيه إنما هو ما يجعل الثمن إزاءه، وليس هو إلا العين وإن كانت المنافع مما يلحظ في قيمة تلك العين، إلا أنها تكون مجاناً للمشتري لا يقابلها أي جزء من الثمن كما نبهنا عليه في ما تقدم، فتكون المنافع غير مضمونة في فاسده.

إن قلت: كيف يمكن التمسك بقاعدة «ما لا يضمن...» في إثبات عدم ضمان المنافع غير المستوفاة وقد قلنا أنها مما لا يمكن التمسك به في إثبات عدم ضمان المنافع المستوفاة، بل حكمنا هناك بالضمان خلافاً لمقتضى القاعدة؟!!

قلنا: هناك فرق بين المنافع المستوفاة وغير المستوفاة؛ فإن المستوفاة اخلت - كما تقدم - في الإلتلاف، بينما ما نحن فيه من المنافع غير المستوفاة داخلية في التلف، وقد قلنا إن مورد القاعدة وموضوعها التلف لا الإلتلاف، فالمنافع المستوفاة خارجة موضوعاً عن القاعدة بخلاف غير المستوفاة، فتجري القاعدة في هذه الأخيرة لتثبت عدم الضمان.

وأما الحكم بالضمان بالمنافع المستوفاة، فقد قلنا أنه لأجل الإلتلاف لا التلف.

تعليم فعال

تقدم الحديث بالتفصيل في موضوع قاعدة «ما يضمن...»، وقد انتهى المصنف

بفاسده» [له]. ومن المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة؛ لأنها له مجاناً ولا يتوسط الثمن عليها، وضمانها مع الإستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة؛ لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف.

مضافاً^(١) إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية

هناك إلى أن المنافع لا تخل في موضوع هذه القاعدة؛ إذ أنه مورد العقد ومصبه ومتعلقه، والمتعلق والمصوب والمورد في البيع هو العين لا المنفعة، فالقاعدة أجنبية بالمرّة عن المنافع، إلا أن يعمم المراد بالمورد والمصوب إلى متعلق المتعلق.

(١) الدليل الثاني على عدم الضمان في المرحلة الثالثة لعملية الإستنباط

وأما الدليل الثاني على عدم الضمان في المقام، والذي يجري في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط ليثبت عدم ضمان المنافع غير المستوفاة، فهو دليل الأولوية التي نستفيدها من مجموعة من الروايات التي وردت في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة، الساكنة عن ضمان غيرها، من قبيل ما نحن فيه من المنافع غير المستوفاة، على الرغم من أن الإمام عليه السلام كان في هذه الروايات في مقام بيان تمام ما يترتب على محل السؤال، فسكوته عليه السلام عن الحكم بضمنان المنافع الفائتة، يعتبر حكماً بعدم ضمان هذه المنافع، وإلا، لكان لزاماً على الإمام أن يبينه؛ حيث كان السؤال عن حكم الضمان.

فإن كانت المنافع غير المستوفاة في هذه الموارد غير مضمونة مع كون العين المبيعة لغير البائع، كانت هذه المنافع غير مضمونة في ما نحن فيه، حيث البيع من قبل البائع نفسه بطريق أولى؛ حيث إقدام المالك نفسه على عدم تضمين المنافع مطلقاً حتى المستوفاة منها، خلافاً لبيع غير المالك؛ حيث لم يقدم المالك على

المسروقة المبيعة^(١)، الساكتة من ضمان غيرها في مقام البيان^(٢).

وكذا صحيحة محمد بن قيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها»^(٣) وسكت عن المنافع الفاتئة: فإن^(٤) عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.

والإنصاف^(٥): أن للتوقف في المسألة - كما في

عدم تضمين المشتري.

وما قلناه في روايات الأمة المسروقة نقوله في صحيحة محمد بن قيس الواردة في من باع وليدة أبيه بغير إذنه، حيث حكم عليه السلام بأن «يأخذ الوليدة وابنها»، وسكت عن المنافع الفاتئة.

(١) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الأحاديث ٢ - ٥.
(٢) فهي ناطقة بحكم المنافع غير المستوفاة، وأنه عدم الضمان ما دامت في مقام البيان.

(٣) المصدر المتقدم، الحديث الأول.

(٤) هذا تقريب الاستدلال بالأولوية. وقد تقدم.

(٥) الموقف الرابع: الإقرار بأن للتوقف في المسألة مجالاً، والأقوال فيها

ولو تأملنا في ما ذكرناه في البحث إلى غاية الآن، لرأينا أنه الأصل المقتضي لعدم الضمان وقاعدة «ما لا يضمن...» ودليل الأولوية من جهة؛ حيث يثبت جميع تلك الأدلة عدم الضمان، وعمومات الضمان وإطلاقاته التي ذكرناها في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط من ناحية أخرى، ولو لم يصل المحقق الباحث في ما نحن فيه إلى ترجيح إحدى الكفتين - وهو ما وقع فيه البعض دون المصنف

المسالك^(١) تبعا للدروس^(٢)، والتنقيح^(٣) - مجالا.

وربما^(٤) يظهر من القواعد في باب الغصب - عند التعرض لأحكام البيع الفاسد -: إختصاص الإشكال والتوقف بصورة علم البائع^(٥) على ما استظهره السيد العميد^(٦) والمحقق الثاني^(٧) من عبارة الكتاب، وعن الفخر: حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء^(٨).

تتدثر كما سيأتي - لكان من الإنصاف أن يتوقف في الحكم، فلا يفتي بالضمان ولا بعدمه. وإليك بعض نماذج لمن توقف في المقام:

١- قال الفاضل المقداد في التنقيح الرائع: «وأما مع الفوات فوجهان، من أصالة البراءة، ومن أنها منافع عين مضمونة، فتضمن». التنقيح الرائع ٢: ٣٢.

٢- وقال الشهيد في الدروس: «ويرجع صاحب العين بمنافعها المستوفاة، فلو فاتت بغير استيفاء، فوجهان». الدروس الشرعية ٣: ١٩٤.

وقال الشهيد الثاني في المسالك: «ولو فاتت بغير استيفاء، فوجهان». مسالك الألفهام ٣: ١٥٤.

(١) المسالك ٣: ١٥٤.

(٢) الدروس ٣: ١٩٤.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٢.

(٤) هذا تمهيد لذكر الأقوال في المسألة.

(٥) القواعد ١: ٢٠٨.

(٦) كنز الفوائد ١: ٦٧٦.

(٧) جامع المقاصد ٦: ٣٢٤ - ٣٢٥.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ١٩٤.

فتحصل من ذلك كله: أن الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة

خمسة:

الأول: الضمان، وكأنه للأكثر.

الثاني: عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضمان إلا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع^(١).

الرابع: التوقف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد والسيد

العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التوقف مطلقا، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك ومحتمل

القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

وقد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف، إلا^(٢) أن المحكي من التذكرة ما

(١) لم نقف عليه.

(٢) الموقف الخامس: القول بالضمان لا يخلو عن قوة بناء على قيام الإجماع

هذا آخر المواقف الخمسة في المحطة الثانية، حيث البحث في تشخيص الموقف من المنافع غير المستوفاة من حيث الضمان وعدمه، حيث يذهب المصنف إلى أن الحكم بالضمان لا يخلو عن قوة؛ وذلك بناء على الدليل الدال عليه في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الإستنباط طبق الطريقة الفنية لها، وهو الإجماع المدعى على الضمان من قبل العلامة وابن إدريس؛ إذ حتى مع الأخذ بنظر الاعتبار ما تقدم كدليل على عدم الضمان، من الأصل وقاعدة «ما لا يضمن» والأولوية، فإنها كلها لا تصمد دليلا معارضا للإجماع، فهو المقدم عليها كلها، وإليك تقريب ذلك:

أما بالنسبة إلى الأصل، فمن الواضح أن الإجماع دليل اجتهادي يقطع العمل

بالأصل العملي كما تعلمنا مرارا.

وأما بالنسبة إلى قاعدة « ما لا يضمن »، فهي على فرض شمولها للمنافع غير المستوفاة لا تصمد أمام الإجماع؛ كيف وهو دليل عدم عموم القاعدة وإطلاقها من الأساس؛ إذ لو كان العكس هو الصحيح، لما أجمع الفقهاء على خلافها.

وإن لم نقبل بذلك، كفى أن تقديم الإجماع هو مقتضى التخصيص والتقييد؛ فإن الإجماع دليل خاص على الضمان والقاعدة عامة مطلقة، فالبقاء للإجماع.

وأما بالنسبة إلى دليل الأولوية؛ فإن الإجماع على خلافه يعني ترك الفقهاء للعمل بالروايات في هذا المقدار، ما يعني عدم حجيتها فيه، فلا دلالة من الأساس ولا أولوية.

نعم، هذا كله - كما ترى - مبني على قيام الإجماع، ولولاه، لكان مصيرنا التوقف مطلقا كما كان مصيرا لغيرنا.

تعليم متعلم فعالان

فلنفترض أن الإجماع غير قائم في ما نحن فيه، أو هو قائم ولكنه ليس بحجة من جهة أنه مدركي أو محتمل المدركية، فما هي النتيجة النهائية لما نحن فيه بناء على ما تقدم فيه وفي ما قبله؟

الأصل عدم الضمان، وعمومات الضمان وإطلاقاته ليست بحجة كما تقدم من المصنف، وقاعدة « ما لا يضمن ... » ليست بحجة إلا أن نقول بشمولها للمنافع، وهو ما لم يقبل به المصنف فيما تقدم، وإن كان آخر كلامه في ما سبق قبوله بالشمول، وبناء على ذلك فالقاعدة تثبت عدم الضمان، وكذا بالنسبة إلى دليل الأولوية الذي لم يردده المصنف، وعليه، فالنتيجة طبق ما تقدم من بحث وتحقيق هي عدم الضمان في ما نحن فيه حتى لو سقط الإجماع عن الحجية.

لفظه: إن منافع الأموال من العبيد والشياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والضوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبدا أو جارية و عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منافعه - سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدة في يده لا يستعملها - عند علمائنا أجمع^(١).

ولا^(٢) يبعد أن يراد بـ «اليد العادية» مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصا مع علمه، سيما مع جهل البائع به. وأظهر منه^(٣) ما في السرائر

(١) التذكرة ٢: ٣٨١.

(٢) إن قلت: ولكن مورد كلام العلامة هو «اليد العادية»، وهي يد الغاصب، فيكون محل كلامه الغصب لا ما نحن فيه من المقبوض بالعقد الفاسد، فلا دلالة لكلامه على قيام الإجماع في ما نحن فيه.

قلنا: إن المراد باليد العادية هو ما يقابل «اليد الحقّة» عرفا، فمن أراد أن يحمل ذلك التعبير على الخلاف أن يبرز الدليل على مدعاه، ولا دليل.

بل يقوى ظهور اليد العادية في المقبوض بالعقد الفاسد في حالة علم المشتري بالفساد؛ إذ يعتبر وضع يده على المبيع حينئذ اعتداء على البائع، وخاصة مع كون البائع جاهلا بالفساد أيضا.

تعليم وتعلم فعالان

لو راجعت عبارة التذكرة المتقدمة، لوجدت فيها قوله بتدّئ: «فلو غصب ...»، فلماذا لم يشكل على المصنف بأن هذه العبارة تظهر أن العلامة إنما يتكلم في مورد الغصب دون غيره، فلا يشمل ما نحن فيه من القبض بالعقد الفاسد؟

(٣) أي: من ظهور كلام العلامة في الإجماع الشامل لما نحن فيه.

- في آخر باب الإجارة^(١):- من الاتفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة^(٢)، مع قوله في باب البيع: إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا في ارتفاع الإثم^(٣) عن إمساكه^(٤)، إنتهى.

وعلى هذا^(٥)، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة، وإن^(٦) كان المتراعى من

(١) وهو الحاصل من الجمع بين كلامين لابن إدريس تُكِّدُ في السرائر.

(٢) هذا هو الكلام الأول. أنظر: السرائر ٢: ٤٧٩.

(٣) أي: الحكم التكليفي. فلا عقوبة ولا إثم في المقبوض بالعقد الفاسد، على العكس مما هو عليه في المغصوب، حيث الحكم التكليفي والحكم الوضعي مجتمعان، فالإثم والضمان.

(٤) وهذا هو الكلام الثاني. السرائر ٢: ٣٢٦.

(٥) أي: بناء على انعقاد الإجماع على الضمان.

(٦) يمكن أن يكون مراد المصنف من هذا الكلام إلى آخر المسألة أحد أمرين: الأول: الإشكال على الكلام الأول لابن إدريس، وهو أن حكم المغصوب هو ضمان المنافع المستوفاة وغير المستوفاة؛ إذ قد يشكل عليه بأنه مخالف لما هو الظاهر من صحیحة أبي ولاد المتقدمة الذكر؛ حيث لم يضمن الإمام عليه السلام أبا ولاد إلا المنافع المستوفاة، فكيف يدعى أن حكم المغصوب و ضمان المنافع كلها حتى غير المستوفاة.

ورد الإشكال: إن هذا المستظهر من الرواية ليس حجة بعد إعراض الجميع عن العمل به في الغصب؛ حيث الحق ما ادعاه ابن إدريس من الإجماع على ضمان المنافع كلها بما فيها غير المستوفاة.

الثاني: الإشكال على أصل ما ادعاه المصنف في ختام بحثه، من أن الحكم بالضمان لا يخلو عن قوة؛ حيث قد يشكل عليه بأن مفاد صحیحة أبي ولاد عدم

ظاهر صحيحة أبي ولاد^(١) اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة، إلا أنا لم نجد بذلك عاملا في المغصوب الذي هو موردها .

ضمان المنافع غير المستوفاة في الغصب الذي هو الأشد، فكيف بما هو أقل شدة، وهو المقبوض بالعقد الفاسد؟!

وعلى هذا، فالصحيحة ستكون من ضمن الأدلة على عدم الضمان تضاف إلى الروايات التي ذكرناها دليلا في المرحلة الثالثة، واستدللنا بها على عدم الضمان في ما نحن فيه بالأولية.

ورد الإشكال: إن ما ادعي من دلالة الصحيحة على الحكم بعدم ضمان المنافع غير المستوفاة في المغصوب أمر معرض عنه من قبل الفقهاء؛ حيث الحكم بضمنا هذه المنافع من المسلمات عندهم، فلا تصلح دليلا على الحكم بعدم الضمان في ما نحن فيه بالأولية.

والخلاصة لم يعمل بالصحيحة في عدم ضمان المنافع غير المستوفاة في موردها، وهو الغصب، فكيف يمكن الاستناد إليها دليلا على عدم ضمان المنافع غير المستوفاة في ما نحن فيه، وهو غير ما وردت فيه؛ إذ الكلام في المقبوض بالعقد الفاسد لا في الغصب؟!

(١) الوسائل ١٧: ٣١٣، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأول.

الرابع

[من الأمور المترتبة على عدم ملك المقبوض بالعقد الفاسد] ^(١)

(١) إضافة منا.

المحطة الرابعة: وجوب ضمان المبيع المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة

أولاً: بيان محل البحث والسؤال الفرعي فيه

هذه هي المحطة الرابعة من المحطات التي مر عليها قطار بحث المصنف في تشخيصه للموقف مما يترتب على عدم ملك المقبوض بالعقد الفاسد. وتتحمل هذه المحطة مسؤولية البحث في حكم وضعي آخر من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد في ما لو تلف، هو تشخيص ما يضمن به ذلك التالف، إذ بعد أن انتهينا في المحطة الأولى من هذه المحطات إلى أن القابض يضمن ما تلف عنده من المبيع فاسداً، يتجه السؤال بصورة منطقية إلى نوع هذا الضمان وخصائصه.

وبهذا، يتضح أن الكلام في هذه المحطة كلام في الحكم الوضعي أيضاً؛ إذ أنه كلام في «الضمان»، لا في حكم تكليفي هو وجوب إعطاء مالك التالف المثل في المثلي أو القيمة في القيمي؛ فإن هذا الحكم مترتب على ذلك ومن آثاره. وعلى هذا، فالسؤال الفرعي الذي نتناول تشخيص الموقف من الإجابة عنه في هذه المحطة، هو: لو تلف ما ابتاعه بالبيع الفاسد، فبماذا يضمنه القابض؟

ثانياً: المحطات الفرعية في المقام

وأما ما سنمر به في هذه المحطة من محطات فرعية تهتم كل واحدة منها بتشخيص جزء من الجواب عن السؤال الفرعي المطروح في المحطة الرئيسية،

فهي:

المحطة الأولى: أن المبيع المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف، فإن كان مثليا، وجب مثله بلا خلاف، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي.

المحطة الثانية: التعريف بالمثلي والمراد منه

وسيطول كلام المصنف في هذه المحطة، على الرغم من اعترافه بأن مصطلح «المثل» لم يرد في آية أو رواية، وليس له حقيقة شرعية ولا متشعبة، إلا أن الملمز لنا بتحقيق المراد به بصورة دقيقة، هو أنه وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أن المثلي يضمن بالمثل.

وسيمر قطار البحث في هذه المحطة بالمواقف التالية:

الموقف الأول: ذكر التعريف المشهور للمثلي، وأنه ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة. الموقف الثاني: بيان المراد من جزأي التعريف: «الأجزاء»، و«التساوي من حيث القيمة»، مع بعض ما سيترتب على ذلك من نتائج.

الموقف الثالث: التعرض إلى بعض ما يمكن أن يشكل على التعريف والتخلص منه.

الموقف الرابع: ذكر إشكاليين للمصنف على التعريف لا يمكن التخلص منهما.

الموقف الخامس: التعرض إلى تعاريف أخرى للمثلي لإثبات وقوع الخلاف فيه.

الموقف السادس: عدم حقيقة شرعية أو متشعبة للفظ «المثلي»، وتوجيه البحث

في المقام.

الموقف السابع: إعطاء النتيجة النهائية والموقف الختامي للبحث، وهو أن ما

أجمع على كونه مثلي، وجب ضمانه بالمثل، وما لم يجمع عليه، يرجع فيه إلى الطريقة الفنية للإستنباط.

المحطة الثالثة: تشخيص الموقف من الضمان فيما لو لم يشخص كون التالف

مثليا أو قيميا وبقي الشك قائما.

وسنقول أنه يرجع في مثل هذه الحالة إلى الطريقة الفنية للإستنباط، تلك التي

تبدأ بتنقيح الأصل العملي الجاري في المقام.

وسننبه على نقطة غاية في الأهمية ترتبط بهذه المحطة وما يتبعها من المحطات في حينه، فانتبه رجاء.

المحطة الرابعة: التعرض إلى الأدلة التي استدلت بها على ضمان المثلي بالمثل، وهو ثلاثة أمور:

١- الإجماع.

٢- الإطلاق المقامي المستفاد من مجموعة من الروايات.

٣- قوله تعالى في الآية ١٩٤ من سورة البقرة المباركة: ﴿فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْنَا فَاَعْتَدُوا عَلَيْنَا بِمِثْلِ مَا عَتَدَىٰ عَلَيْنَا﴾.

ثالثا: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

إعتدنا على بيان الطريقة الفنية للإستنباط في كل مسألة تناولها في هذا الكتاب على الرغم من اتضاح خطوطها العمة على الأقل في كل مسألة من المسائل، وإنما نعيدها مرة بعد مرة، ليعتاد الباحث عليها بحيث تكون عنده ملكة يتذكرها ويطبّقها بانسيابية وعدم تكلف من جهة- ولكي يتبين مواضع العناصر الدخيلة في عملية الإستنباط في المسألة محل البحث من مراحل هذه العملية حسب الطريقة الفنية للإستنباط، سواء أكانت تلك العناصر عناصر مشتركة ومسائل أصولية، أم كانت عناصر خاصة غير أصولية على اختلاف أنواعها ومصاديقها، فيتبين الهدف والطريق والمؤونة كما قلنا مرارا.

وعلى كل حال، فإن مراحل الطريقة الفنية للإستنباط هي كما يلي:

تنقيح الأصل العملي الذي سننطلق منه في المقام، وهو ما سيتعرض المصنف فيه إلى أربعة تصورات للأصل العملي الجاري في المقام، فلو شككنا في أن اللازم هو دفع المثل أو القيمة، فما هو الأصل الجاري في المقام في المرحلة

الأولى من مراحل عملية الإستنباط؟

يبدأ المصنف بحثه هنا بتصوير أصل يقتضي تخيير الضامن بين دفع المثل ودفع القيمة، وهو أصالة البراءة، لينتقل منه إلى تصوير أصل يقتضي تخيير المالك، وهو أصالة عدم براءة ذمة الضامن، ليعود بعدها إلى تصوير أصل يقتضي تخيير المالك أيضا من الأول، وهو أصالة الإشتغال، ليعود بعدها إلى تصوير أصل يقتضي تخيير الضامن، وهو أصالة التخيير العقلية بالتقريب الآتي في محله.

إلا أن الذي سيستقر عليه المصنف تثمُّ في هذه المرحلة الأولى حسب ما يظهر من كلامه، هو أصالة الإشتغال التي تقتضي تخيير المالك.

وبناء على هذه النتيجة، فإن تعين المثل - وهو ما ذهب إليه المشهور - ليس عليه دليل بمقتضى المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط؛ إذ الأصل يقتضي تخيير المالك بين المثل والقيمة كما قلنا.

وعليه، فإن المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط في المقام تقتضي البحث عما يخالف مقتضى الأصل المتقدم، فيثبت تعين المثل (أو القيمة) بإطلاقه أو عمومه.

وهنا يأتي دليان يذكرهما المصنف لبعض المحققين يثبتان المثل، وهما: القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في المغصوبات وغيرها من أن الضمان بالمثل ثم بالقيمة، والتي يظهر منها أن المناط في تعيين المضمون إلى العرف، وهو يحكم بالمثل في المثلي.

وأما الدليل الثاني في المقام، فهو ما استدل به الشيخ الطوسي، وهو قوله تعالى في الآية ١٩٤ من سورة البقرة المباركة: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾.

إذا تلف المبيع، فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف، إلا ما يحكى عن
ظاهر الإسكافي^(٢).

وأما المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، فهي البحث عن مخصص
ومقيد للإطلاقات المتقدمة على فرض وجوده، بحيث يثبت عدم تعين المثل.
وأما المرحلة الرابعة، فهي البحث في دليل خاص معارض للدليل الخاص في
المرحلة الثالثة، وهنا يأتي دور الإجماع على تعين المثل في المثلي.
وأما النتيجة التي يخلص إليها المصنف بعد كل هذه الرحلة الشاقة الشيقة، فهي
أن ما أجمع على كونه مثليا، فإنه يضمن بالمثل، وما أجمع على كونه قيميا، فإنه
يضمن بالقيمة، وأما المشكوك، فإنه ملحق بالمثلي مع عدم اختلاف القيمة بين
المدفوع والتالف، وإلا، فغنه يلحق بالقيمي على تأمل.

هذه هي الخارطة الكلية للطريقة الفنية للإستنباط في المقام، وستناول كل
واحدة من المراحل المتقدمة بالتفصيل عندما يتعرض المصنف لها إن شاء الله
تعالى.

(١) المحطة الأولى: أن المبيع المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف، فإن كان مثليا،
وجب مثله بلا خلاف، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي

وقد اتضح لك حين الكلام عن الطريقة الفنية للإستنباط ومراحلها أهمية هذه
المحطة الأولى على الرغم من قلة الكلمات المذكورة فيها؛ إذ هي تقرر الإجماع
على الحكم، والذي عرفت أهميته وموقع عمله وتأثيره في النتيجة النهائية لعملية
الإستنباط.

(٢) حكاة العلامة في المختلف ٦: ١٣١، والشهيد في غاية المراد: ١٣٥،
وغيرهما.

وقد^(١) اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ^(٢) وابن زهرة^(٣)

(١) المحطة الثانية: التعريف بالمثلي والمراد منه

الموقف الأول: ذكر التعريف المشهور للمثلي، وأنه ما تتساوى أجزاؤه من حيث

القيمة.

عرفنا أن الإجماع انعقد على وجوب دفع المثل في المثلي في المقام، وبهذا يفتح الباب أمام لزوم تحقيق المراد بالمثل المذكور في معقد هذا الإجماع، فما هو المثلي؟

والجواب: المشهور: إنه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة.

ولو تأملنا التعريف المتقدم، لوجدنا أنه يتكون من جزأين: الأول: الأجزاء، والثاني: تساوي تلك الأجزاء من حيث القيمة، فيتجه حينئذ السؤال عن المراد من الجزأين المتقدمين، فما هو المراد من كل منهما؟

ولكي نشخص الجواب الفني المطلوب، من الواضح أننا بحاجة ماسة إلى تشخيص المرجع في الجواب عن ذلك السؤال أولاً وقبل أي كلام، فمن المرجع ذو صلاحية الجواب عن السؤال المتقدم؟

والجواب واضح: شخص لي أولاً المتكلم، تشخص المرجع بصورة قهرية أوتوماتيكية.

وعندما نعرف أن المتكلم هو العلماء بعد أن كان الكلام المتقدم صادراً منهم في مقام تعريف المثلي، يتضح أن المرجع في الجواب إذن هم أيضاً، فماذا يقصد الفقهاء بالجزأين المتقدمين؟ هذا ما يجب أن نشخصه - إذن - عن طريق كلماتهم.

(٢) المبسوط ٣: ٥٩.

(٣) الغنية: ٢٧٨.

وابن إدريس^(١)، والمحقق^(٢)، وتلميذه^(٣)، والعلامة^(٤)، وغيرهم^(٥) قدس الله أسرارهم، بل المشهور - على ما حكى^(٦) - أنه: ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة.

والمراد بأجزائه^(٧): ما يصدق عليه اسم الحقيقة.

(١) السرائر ٢: ٤٨٠.

(٢) الشرائع ٣: ٢٣٩.

(٣) وهو الفاضل الأبى في كشف الرموز ٢: ٣٨٢.

(٤) القواعد ١: ٢٠٣.

(٥) مثل أبي العباس في المذهب البارع ٤: ٢٥١، والمقتصر: ٣٤٢.

(٦) حكاة الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، والمحقق

السبزواري في الكفاية: ٢٥٧، والسيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٣.

(٧) الموقف الثاني: بيان المراد من جزأي التعريف: «الأجزاء»، و«التساوي من

حيث القيمة»، مع بعض ما سترتب على ذلك من نتائج.

توضيح الجزء الأول من تعريف المشهور للمثلي (الأجزاء)

ولو سألنا الفقهاء: ماذا تقصدون بالأجزاء الواردة في التعريف؟

لجاءنا الجواب: المقصود بالأجزاء: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. أي: ما يحكم العرف على كونه فردا من أفراد الحقيقة لا جزءا من أجزاء ذلك الفرد. وبعبارة أخرى: ما كان مفرده مما يطلق عليه عنوان الحقيقة وأسمها عرفا. فالحنطة مثلا وهي من أمثلة المثليات الواضحة، تتكون من حبات، والحبات تتكون من أجزاء، وهي القشر مثلا واللب، فالمراد من الأجزاء المأخوذة في التعريف ليس هو القشر مثلا أو اللب؛ إذ كل واحد من هذين لا يصدق عليه «حنطة»، وإنما المراد الحبة

والمراد بتساويها من حيث القيمة^(١): تساويها بالنسبة، بمعنى: كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار، ولذا قيل في توضيحه: إن المقدار منه إذا كان يستوي^(٢) قيمة، فنصفه

الواحدة من الحنطة؛ إذ يصدق عليها الحقيقة، أي: «الحنطة».

والنتيجة المراد من المثلي حسب تعريف المشهور، هو: ما يتساوى أفراده من حيث القيمة».

هذا بالنسبة إلى الجزء الأول من التعريف، وهو «الأجزاء».

(١) توضيح الجزء الثاني من تعريف المشهور للمثلي (التساوي في القيمة)

وأما التساوي في القيمة في تعريف المشهور للمثلي، فالمراد به حسب ما يفهم من كلمات الفقهاء، هو التساوي بالنسبة، بمعنى: أن قيمة مقدار من هذه الأفراد بالنسبة إلى قيمة الكل، تساوي قيمة نفس المقدار من الأفراد بالنسبة إلى قيمة الكل.

فعلى سبيل المثال، لو كانت قيمة كيلو الحنطة عشرة دنانير، فقيمة نصف الكيلو منه هي خمسة دنانير، وهي نصف قيمة الكل، وهي القيمة المساوية لقيمة نصف الكيلو الآخر، وهي الخمسة دنانير، التي هي مساوية لنصف قيمة الكل أيضا. وعليه، فهذا النصف يساوي النصف الآخر من حيث نسبة القيمة إلى الكل.

وهكذا الأمر في كل مقدار تفترضه، كالربع مثلا أو الخمس أو غيرهما. والخلاصة: تساوي الأفراد من حيث القيمة، معناه: إن المقدار من تلك الأفراد إذا كان يساوي قيمة ما، فإن نصف ذلك المقدار من الأفراد يساوي نصف تلك القيمة.

(٢) كذا في النسخ، ولعله مصحف «يسوي» بمعنى: يساوي، لكن عن الأزهري:

يستوي نصف تلك القيمة^(١).

ومن هنا^(٢)، رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيما، قال: إذ لو انفصلت، نقصت قيمتها^(٣).

أن قولهم «يسوي» ليس عربيا صحيحا، انظر المصباح المنير، مادة: «سوى».

(١) قاله الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، والسيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٣.

(٢) الموقف الثالث: التعرض إلى بعض ما يمكن أن يشكل على التعريف

والتخلص منه

وبما قلناه في توضيح الجزء الثاني من جزأي تعريف المشهور للمثلي، وهو التساوي من حيث القيمة، رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيما لا مثليا؛ إذ المعيار المتقدم في التساوي لا ينطبق عليه؛ إذ نصف المقدار الكلي للخاتم مثلا لا يساوي قيمة النصف الآخر بالنسبة إلى الكل، فلو كانت قيمة الخاتم قبل الإنفصال عشرة دنانير، كانت قيمة النصف في تلك الحالة خمسة دنانير، بينما ستكون قيمة هذا النصف بعد الإنفصال ديناران مثلا لا أكثر؛ وذلك لدخالة اجتماع النصفين على شكل خاتم في القيمة.

قال تَنْزُّ مشكلا على ما ذهب إليه المحقق في الشرائع في قوله: «ولو كان في المغصوب صنعة لها قيمة غالبا، كان علي الغاصب مثل الأصل، وقيمة الصنعة» ما نصه: «مع أنا نمنع من بقاءه - أي المعمول من النقدين - مثليا بعد الصنعة؛ لأن أجزاءه ليست متفقة القيمة؛ إذ لو انفصلت، نقصت قيمتها عنها متصلة كما لا يخفي». مسالك الأفهام ٢: ٢٠٩.

(٣) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٩.

قلت^(١): وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا، إذ لو انكسر نصفين

(١) ولو كنا نحن وما تقدم من الشهيد الثاني في ترجيحه، لكان اللازم الحكم على الدرهم الواحد بعدم المثلية؛ إذ قيمة نصفه لو انفصل لا تساوي قيمة هذا النصف في حالة الإتصال بالنصف الآخر.

وهذه النتيجة التي أسسناها على كلام الشهيد الثاني مهمة غاية الأهمية؛ إذ يتضح بها عدم صحة ما فسرنا به تعريف المشهور للمثلي؛ إذ أن هذا التفسير أوقعنا في إشكال لا يرد ومحذور لا يقبل، وهو عدم كون الدرهم من المثلي، والحال أن الكل مجمع على كونه كذلك.

والهروب من الإشكال المتقدم يكون عن طريق أن نقول بأن المراد من كون الدرهم مثليا هو كونه كذلك بالنسبة إلى نوعه، أي: بالنسبة إلى نوع هذا الدرهم، وهو ما كان صحيحا منه، لا بالنسبة إلى جنسه الدرهم الأعم من كونه صحيحا ومكسورا، ومن الواضح أن قيمة نصف الدرهم الصحيح مساوية لقيمة مساوي هذا المقدار بالنسبة إلى قيمة الدرهم الكلي، وهي نصف درهم.

وأما إذا نظرنا إلى القيمة بالنسبة إلى جنس الدرهم الأعم من الصحيح والمكسور، فالأمر كما قلناه قبل قليل، من عدم انطباق معيار المثلية على الدرهم حينئذ؛ إذ نصفه مكسورا لا يساوي نصفه صحيحا.

من أين وصلنا إلى طريق الهروب المتقدم؟ وهل يمكن العمل به؟

والجواب: من الواضح أننا لو تأملنا في الإشكال السابق، لوجدناه غير وارد من الأساس؛ إذ أغفل نقطة مهمة جدا في تعريف المثلي؛ فلم يأخذ بنظر الإعتبار الجزء الأول من جزأي هذا التعريف، وهو كون المقصود من الأجزاء «الأفراد» التي يطلق عليها نفس الحقيقة، وبالنسبة إلى الدرهم، ليس نصف الدرهم «فردا» من

نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع، إلا أن يقال: إن الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه، وهو الصحيح، ولذا لا يعد الجريش مثلاً للحنطة، ولا الدقاقة مثلاً للأرز.

ومن هنا^(١) يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كل صنف من

الأفراد؛ لوضوح أن نصف الدرهم ليس «درهما»، فحاله هنا حال القشرة واللب بالنسبة إلى حبة الحنطة التي مثلنا بها في ما تقدم.

وبما ذكرناه من النقطة المهمة المتقدمة التي نسفت الإشكال من الأساس، يتضح أن الجريش (أجزاء حبات الحنطة) ليس مثلاً للحنطة، وكذا بالنسبة إلى أجزاء كل فرد من الأفراد، كما في الدقاقة مثلاً بالنسبة إلى الأرز.

(١) ٢) ومما ذكرناه في تعريف المثلي، وخاصة ما جاء في توضيح التساوي المأخوذ في هذا التعريف، يتضح أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد، بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فالحنطة مثلاً أنواع، كالحنطة العراقية، والحنطة الأمريكية، والحنطة الأسترالية وغيرها، ولهذه الأنواع أصناف متعددة يختلف قيمتها من صنف إلى آخر، فعندما نقول: الحنطة مثلية، فإن المقصود أنها مثلية مع الحفاظ على المعيار المأخوذ في التعريف من التساوي من حيث القيمة، ما يعني أن الحنطة العراقية ليست مثلية بالنسبة إلى الحنطة الأمريكية؛ لاختلافهما من حيث القيمة، كما أن الأصناف المختلفة من الحنطة العراقية ليست مثلية بالنسبة إلى بعضها البعض إلا أن مع الحفاظ المعيار المتقدم، ما يعني أن مجرد انطباق الحقيقة (وهو الجزء الأول من تعريف المشهور للمثلي) لا يكفي، بل لا بد من ضم الجزء الثاني إليه دائماً، فحيثما انطبق الجزآن كليهما، حكمنا بالمثلية، وإلا، لم نحكم.

أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا^(١) يرد ما قيل: من أنه إن أريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على

وبما تقدم، يتضح أننا لو فرضنا أن الحنطة الأمريكية والعراقية كلها بقيمة واحدة، وكانت الحنطة مثلية حينئذ بالنسبة إلى العراقية والأمريكية، كما أننا لو افترضنا أن العراقية بجميع أصنافها بقيمة واحدة، وكانت مثلية بالنسبة إلى الحنطة العراقية كلها، أي: بالنسبة إلى نوع الحنطة العراقية. وعلى هذا فقس.

(١) ثانياً: عدم تمامية إشكال المحقق الأردبيلي على تعريف المشهور

وبما ذكرناه إلى الآن من لزوم اجتماع الجزأين المتقدمين في تحقق المثلية، يتضح اندفاع إشكال المحقق الأردبيلي نثؤ على تعريف المثلي من قبل المشهور الذي اعتبر التساوي المتقدم الذكر، ولتعرض أولاً إلى تقريب الإشكال، لننتقل بعدها إلى بيان عدم تماميته بما تقدم من توضيح لتعريف المشهور من قبل المصنف:

أولاً: تقريب الإشكال

أنه إن أريد بالتساوي المذكور في التعريف التساوي من جميع الجهات وبصورة كاملة، وعلى نحو الموجبة الكلية؛ بحيث يكفي انطباق الحقيقة، فالتعريف حينئذ لا ينطبق على شيء مما اعتبر من المثليات؛ إذ من الواضح أن لا انطباق من هذا القبيل، لاختلاف أجزاء كل مثلي في القيمة، فإن كيلوا من الحنطة العراقية مثلاً لا يساوي كيلوا من الحنطة الأسترالية مثلاً، مع أن الجميع «حنطة»، ومع أن «الحنطة» من أشهر وأظهر أفراد المثلي عند الجميع.

وإن أريد بالتساوي التساوي في الجملة وعلى نحو الموجبة الجزئية، وهو ما يعني التقارب في القيمة، لزم دخول مصاديق كثيرة مما اتفق على كونه قيمياً في

شيء من المعرف؛ إذ ما من مثلي إلا وأجزؤه مختلفة في القيمة، كالحنطة؛ فإن قفيزا من حنطة يساوي عشرة، ومن أخرى^(١) يساوي عشرين. وإن أريد التساوي في الجملة^(٢)، فهو في القيمي موجود، كالثوب، والأرض^(٣)، إنتهى.

وقد^(٤) لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أن كون الحنطة مثلية، معناه: أن كل صنف منها متماثل الأجزاء ومتساو في القيمة^(٥)، لا بمعنى أن جميع أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة^(٦)، فإذا كان المضمون

التعريف؛ لانطباق التساوي بالنحو محل الكلام عليها؛ لتقاربها من حيث القيمة، من قبيل الكثير من الحبوب والأقمشة والثياب ونحوها. والنتيجة اتضح أن أخذ «التساوي من حيث القيمة» في تعريف المشهور غير تام.

ثانيا: عدم تمامية الإشكال

وأما عدم تمامية الإشكال المتقدم، فقد لوح إليه المحقق الأردبيلي بنفسه في آخر إشكاله المتقدم؛ حيث ذكر ما قدمناه من ضرورة أخذ الجزأين معا في التعريف، وبخاصة اعتبار الصنف لا النوع في حالة اختلاف القيمة كما تقدم بالتفصيل.

(١) أي: من نوع آخر أو صنف آخر.

(٢) أي: التقارب في القيمة.

(٣) قاله المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٢ - ٥٢٣.

(٤) بيان عدم تمامية الإشكال المتقدم.

(٥) أي: باعتبار الصنف.

(٦) بأن يكون بعض الحنطة العراقية مثليا بالنسبة إلى هذا البعض من الحنطة

الأسترالية مثلا.

بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف^(١)، لا القيمة^(٢)، ولا بعض من صنف آخر.^(٣)

لكن الإنصاف^(٤)؛ أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم، فإنهم يطلقون المثلي على

(١) إذ هو مثلي لا قيمي.

(٢) لأنه مثلي لا قيمي.

(٣) لأنه ليس مثل المضمون. انظر مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٥ - ٥٢٦.

(٤) الموقف الرابع: ذكر إشكاليين تامين للمصنف على التعريف

الإشكال الأول للمصنف **تَبَيَّنَ** نفسه على تعريف المشهور للمثلي

صحيح أننا تخلصنا من الإشكال على تعريف المشهور بأن حملنا التعريف على إرادة الصنف، وبصورة عامة: على ما انحفظ فيه الجزء الثاني من جزأي التعريف المتقدم عنهم، إلا أنه يمكن الإشكال على تعريف المشهور المتقدم بإشكاليين، هذا أولهما، وهو:

إن الدفع المتقدم الذكر إنما كان دفعا من قبلنا لا يساعد عليه ظاهر كلمات الفقهاء الذين ذهبوا إلى التعريف المشهور؛ فإن من يرجع إلى كلماتهم، يجد أنهم لا يعتبرون الصنف مرجعا في التساوي، وإنما يكتفون بانطباق الحقيقة، فيعتبرون الحنطة والشعير والتمور مثلا بصورة عامة من المثليات بدون التفريق بين صنف وصنف آخر، على الرغم من عدم انطباق الجزء الثاني من تعريف المشهور على ذلك لاختلاف القيمة كما تقدم، ما يعني أن الإشكال مستحكم عليهم من هذه الناحية.

إن قلت: يمكن دفع إشكال المصنف بأحد شكلين، إليك أولهما:

إن مراد الفقهاء من مثلية التمر أو الحنطة مثلا مما ظاهره الأولي مثلية جنس التمر والحنطة، هو مثلية هذين باعتبار مثلية النوع أو الصنف، أي ما تساوت قيمة

جنس الحنطة والشعير ونحوهما، مع عدم صدق التعريف عليه، وإطلاق^(١) المثلي على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه وإن لم يكن بعيدا، إلا^(٢) أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا، إلا^(٣) أن يهملوا

أجزائه وأفراده كما تقدم، فهم يعبرون بما ظاهره الإكتفاء بالجنس، إلا أن مقصودهم خلاف ذلك، وهو اعتبار النوع أو الصنف، فلا إشكال.

والخلاصة: هم يعبرون بأن التمر مثلي مثلا، إلا أن مقصودهم: إن كل نوع من أنواع التمر أو كل صنف من أصنافه مثلي، أي: ما تساوت

قلنا: من الواضح أن المدعى المتقدم خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا بقرينة، والقرينة في المقام معدومة.

هذا أولا، وأما ثانيا، فإن من البعيد إرادة خلاف الظاهر بلا قرينة اعتمادا على المسامحة في التعريف، وهو ما يبذل الفقيه فيه الكثير من الدقة والتدقيق في اختيار الكلمات وتعدادها.

(١) سبق توضيحه بصيغة «إن قلت: ...».

(٢) سبق توضيحه بصيغة «قلنا: ...».

(٣) قلنا: قد يدعى دفع الإشكال الأول للمصنف بأحد دفعين، تقدم أولهما مع رده، وإليك الآن الثاني، وحاصله:

عندما عرف الفقهاء المثلي بتعريفهم السابق الذكر، فإنهم اعتبروا الحنطة بنوعها مثلية على الرغم من وجود أصناف متنوعة مختلفة القيمة؛ لأنهم في التعريف لم يلاحظوا الخصوصيات الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، وإنما اكتفوا في ذلك بلحاظ الحقيقة والعنوان، من قبيل «الحنطة» و«التمر»، ومن الواضح أن الحنطة والتمر مثليان بهذا اللحاظ؛ وذلك لانطباق جزأي التعريف المتقدمين بناء على هذا

خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها، كما التزمه بعضهم^(١).
غاية الأمر، وجوب رعاية الخصوصيات^(٢) عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو
القرض، وهذا أبعد^(٣).

هذا^(٤)، مضافاً إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا، بأنه: إن أريد

اللاحاظ، فإن «التمر» حينئذ تمر متساوي الأجزاء من حيث القيمة مهما كانت
أصنافه؛ إذ الفرض هو عدم لحاظ ما يسبب اختلاف القيمة.

هذا من حيث التعريف، وأما من حيث الأداء في الضمان مثلاً؛ فإنهم يلاحظون
ما يسبب الاختلاف في القيمة في تفرغ الذمة مما فيها، ما يعني أنهم يعتبرون
«النوع» أو «الصنف» ولا يكتفون بالجنس.

وأما موقفنا تجاه الدفع المذكور، فهو أنه أبعد من أخيه المتقدم؛ إذ هو خلاف
المطلوب من التعريف والغرض منه، فيكون مجرد كلام لا فائدة منه؛ إذ المفروض
أن الغرض من التعريف إنما هو تشخيص ما يجب أن يدفع، وإذا به لا يلاحظ
تلك الحالة أبداً!!!

(١) لم نقف عليه بعينه، ولعله ينظر إلى ما قاله الشهيد الثاني وغيره في المثلي:
من أن المثل ما يتساوى قيمة أجزائه، أي أجزاء النوع الواحد منه، انظر المسالك
(الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، والكفاية: ٢٥٧ وغيرهما.

(٢) أي: النوع أو الصنف بحيث يتحقق الجزء الثاني من تعريف المشهور للمثلي
كما تقدم بالتفصيل.

(٣) لما تقدم.

(٤) الإشكال الثاني للمصنف رحمته نفسه على تعريف المشهور للمثلي

كان الإشكال الأول يركز على أن إرادة الصنف مما يتساوى أجزاؤه في تعريف

تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا^(١)، فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع؛ لأن أشخاص ذلك الصنف^(٢) لا تكاد تتساوى

المشهور أمر خلاف ظاهر كلمات الفقهاء، وأما هذا الإشكال الثاني، فيركز على أن إرادة الصنف لا تصحح التعريف من الأساس، فليست مفيدة أبدا، وإليك حاصل الإشكال:

إن المراد من تساوي الأجزاء المذكور في تعريف المشهور لا يخلو من أحد احتمالين لا يمكن المصير إلى أي منهما، وهما:

الأول: تساويها من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا وبالذقة ولا يمكن المصير إلى هذا الإحتمال؛ إذ سيكون التعريف بناء عليه غير جامع؛ إذ قلما يتفق المساواة الدقيقة في الصنف الواحد من النوع؛ لأن أشخاص ذلك الصنف وأفراده لا تكاد تتساوى في القيمة تساويا حقيقيا وبالذقة؛ لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، من قبيل اختلافها قيمة من حيث الجملة والمفرد مثلا؛ حيث تكون قيمة الجملة أقل من قيمة المفرد من نفس أفراد الصنف الواحد.

الثاني: تساويها من صنف واحد من حيث القيمة تساويا مسامحيا عرفيا، وذلك بأن يراد تقارب القيمة في المقام.

ولا يمكن المصير إلى هذا الإحتمال أيضا؛ إذ سيكون التعريف بناء عليه غير مانع من الأغيار؛ فإن التعريف بناء على هذا الإحتمال شاملا لأكثر القيميات؛ فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، بحيث يتحقق التقارب المراد في التعريف.

(١) فالتعريف غير جامع.

(٢) وأفراده ومصاديقه.

في القيمة^(١)، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة ونقصانها، كما لا يخفى^(٢).

وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقة^(٣)، تحقق ذلك في أكثر القيميات^(٤)؛ فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة، وبهذا^(٥) الإعتبار يصح السلم فيها، ولذا، إختار العلامة^(٦) في باب القرض من التذكرة - على ما حكى عنه - أن ما يصح فيه

(١) تساويا حقيقيا.

(٢) من قبيل كمية المبيع مثلا.

(٣) بل بنحو تقريبي عرفي مسامحي.

(٤) فالتعريف غير مانع من الأغيار.

(٥) شاهد على تساوي الأجزاء تساويا عرفيا تسامحيا، أي: على التقارب من

حيث القيمة. وهو الإحتمال الثاني المتقدم الذكر.

والشاهد هو صحة السلم في القيميات، بأن يعطي المتعاملان الصفات الكلية

للجارية مثلا، ثم يجريان المعاملة على الجارية المتصفة بالصفات المطلوبة تلك،

ثم تعين الجارية المببعة في الخارج، ويحكم بصحة ذلك شرعا، مع أن القيمة قد

تختلف بعض الاختلاف، فتكون أكثر أو أقل من المطلوب.

(٦) شاهد على تحقق التقارب الموجب للتساوي العرفي في القيميات

والشاهد هو اختيار العلامة أن القيميات التي يصح فيها السلم مضمونة في

القرض بمثلها؛ إذ لو لم يتحقق التقارب فيها، لما حكم بضماتها بالمثل، الذي يراد

به الفرد المماثل للعين المقترضة المقارب لها في الصفات، بل كان لا بد من الحكم

بضمان القيمة فيها مطلقا؛ لعدم وجود المثل حينئذ.

السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله^(١).

وقد^(٢) عد الشيخ في المبسوط الرطب والفواكه من القيميات^(٣)، مع أن كل نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً. ثم^(٤) لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمية

(١) التذكرة ٢: ٥.

(٢) شاهد من كلام الشيخ الطوسي علي تقارب قيمة القيميات

وهذا شاهد آخر على تقارب قيمة القيميات، وهو من كلام الشيخ الطوسي تَدْرُجُ؛ حيث اعتبر الرطب والفواكه من القيميات، على الرغم من أن كل نوع منها مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً.

(٣) المبسوط ٣: ٩٩.

(٤) دفاع عن التعريف بعدم انتقاضه بما تقارب قيمته من القيميات

فإن قلت: لا ينتقض تعريف المثلي بما ذكر من أفراد القيمي، و ذلك لأن الأفراد المتقاربة أو المتساوية قيمة من كل صنف من أصناف المثلي كثيرة، كالحنطة والشعير، وأما تساوي سعر أفراد صنف من أصناف القيمي، فهو أمر فنادر. وعليه، فلو سلمنا دخول بعض القيميات في تعريف المثلي، لم يقدح ذلك في انطباق التعريف علي المثليات، وعدم انطباقه علي غالب القيميات.

قلت: الغرض من التعريف تحديد ما تشتغل به ذمة الضامن من مثلي أو قيمي كما قلنا في ما تقدم، ما يعني لزوم تعريف كل منهما تعريفاً جامعاً مانعاً. ومن المعلوم أن ذلك لا يجتمع مع دخول بعض أفراد القيمي في تعريف المثلي، وأما مجرد قلة مورد النقض وندرته، فإنه لا يفيد في رفع الإشكال.

نعم، ندرة الوجود وندرته إنما توجب فرقا بين المثلي والقيمي في حكمة الحكم بضمأن الأول بالمثل والثاني بالقيمة، لا في تمييز مصاديق كل واحد منهما

عزير الوجود بخلاف الأنواع المثلية، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف.
نعم، يوجب ذلك^(١) الفرق بين النوعين في حكمة الحكم بضمان المثلي
بالمثل، والقيمي بالقيمة.
ثم^(٢) إنه قد عرف المثلي بتعاريف أعم من التعريف المتقدم أو أخص:
فغن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاءه وتقاربت صفاته^(٣).

عن مصاديق الآخر، الأمر المطلوب في المقام.

(١) أي: عزة الوجود وندرته في تساوي أفراد كل صنف من أصناف القيمي،
وكثرة تساوي أفراد كل صنف من المثلي، توجب الفرق بين النوعين في الحكمة
الداعية للحكم بضمان القيمي بالقيمة والمثلي بالمثل.

(٢) الموقف الخامس: التعرض إلى تعاريف أخرى للمثلي تعكس الخلاف فيه

بعد أن انتهينا من التعريف المشهور للمثلي مع ما يرد عليه، نتعرض الآن إلى
تعاريف أخرى أعم من ذلك التعريف أو أخص، الغرض من نقلها إثبات الخلاف
الذي وقع بين الفقهاء في تعريف المثلي، والذي يعني بدوره عدم إمكان الإعتماد
على تعريف المشهور أو على تلك التعريفات.

ولا بد من التنبيه على أن تشخيص النسبة بين كل واحد من هذه التعاريف
والتعريف المشهور، يعتمد تمام الإعتماد على تشخيص المراد مما ورد في كل
واحد منها منها من ألفاظ، وهو الأمر الذي قد يختلف غاية الإختلاف بين أحدنا
والآخر، ولهذا، فإننا لن نتعرض إلى تشخيص هذه النسبة في المقام، ومن أراد
الإطلاع على بعض ما ذكر في هذا المجال، فليطالع المطولات.

(٣) حكاة عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٢، وانظر التحرير ٢: ١٣٩،

وفيه: «ويتفاوت صفاته»، ولم نقف على غيره.

وعن الدروس والروضة: أنه المتساوي الأجزاء والمنفعة، المتقارب الصفات^(١).

وعن المسالك والكفاية: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة^(٢).

وعن غاية المراد: ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية^(٣)

وعن بعض العامة: أنه ما قدر بالكيل أو الوزن^(٤).

وعن آخر منهم زيادة: جواز بيعه سلماً^(٥).

وعن ثالث منهم زيادة: جواز بيع بعضه ببعض^(٦)، إلى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامة^(٧).

ثم^(٨) لا يخفى أنه ليس للفظ «المثلي» حقيقة شرعية ولا متشعبة، وليس

(١) الدروس ٣: ١١٣، الروضة البهية ٧: ٣٦.

(٢) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، الكفاية: ٢٥٧، واللفظ للأخير، وحكاه عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٢.

(٣) غاية المراد: ١٣٥، وفيه: ما تتساوى.

(٤) بداية المجتهد ٢: ٣١٧، والمغني، لابن قدامة ٥: ٢٣٩ - ٢٤٠، والمحلى ٦: ٤٣٧.

(٥) انظر مغني المحتاج ٢: ٢٨١.

(٦) لم نقف عليه في ما بأيدينا من كتب العامة.

(٧) التذكرة ٢: ٣٨١.

(٨) الموقف السادس: عدم حقيقة شرعية أو متشعبة للفظ «المثلي»، وتوجيه

البحث في المقام

مضى المراد بالحقيقة الشرعية والمتشعبة واللغوية والعرفية أول كتاب البيع حينما كنا بصدد تشخيص معنى البيع وحقيقته.

كما تقدمت الطريقة الفنية للتحقيق في مثل ما نحن فيه من المعنى العرفي هناك بما لا مزيد عليه.

وعلى العموم نقول:

من الواضح أنه ليس للفظ «المثلي» حقيقة شرعية ولا متشرعية، وإلا، لصرح بذلك الفقهاء، ولبان ذلك من طريقة تناولهم للبحث، ومن الأدوات التي يستخدمونها للوصول إلى أهدافهم في مثل ذلك.

كما أن من الواضح أيضا أنه ليس المراد من لفظ «المثلي» معناه اللغوي؛ إذ المراد بالمثل لغة: المماثل، وهو ما لا يمكن أن يكون المراد مما ورد في معقد إجماعهم؛ وذلك لما أورده المصنف من الإشكال الثاني على التعريف المشهور، وهو إنه إن أريد المماثلة من جميع الجهات، كان التعريف غير جامع؛ لعة وجود ذلك حتى في ما اتفق على كونه من المثلي، وإن أريد المماثلة من بعض الجهات على نحو الموجبة الجزئية، كان التعريف غير مطرد، أي: لا يطرد الأغيار؛ إذ سيدخل بناء على هذا الفرض الكثير من القيميات في المثلي، كالأرض والثوب. كما أنه ليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان بخصوصه حتى يبحث عنه ويشخص المراد منه.

نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم - كما قلنا أول البحث - على أن المثلي يضمن بالمثل، وغيره بالقيمة، ما يعني - كما قلنا أيضا - ضرورة الرجوع إلى كلمات الفقهاء أنفسهم في تشخيص المراد النهائي من كلامهم.

من المعلوم أنه لا يجوز الإنكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين؛ فإن ذلك مخالف لقواعد البحث والتحقيق؛ إذ لا يمكن أن تنسب رأيا لأحد بناء على كلام تعتبره أنت قرينة بينما لا يعتبره المتكلم

وليس المراد معناه اللغوي؛ إذ المراد بالمثل لغة: المماثل، فإن أريد من جميع الجهات، فغير منعكس، وإن أريد من بعضها، فغير مطرد.

وليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم، وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم^(١) على أن المثلي يضمن بالمثل، وغيره بالقيمة، ومن المعلوم أنه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين. وحينئذ^(٢) فينبغي أن يقال: كل ما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال في

نفسه قرينة على ما أراه.

والنتيجة تعريف المشهور غير خال من الإشكال، فهو غير تام، والتعريف التي نقلناها عن بعض المجمعين لا يمكن اعتبارها قرينة في تفسير معقد الإجماع؛ وذلك لأنها متخالفة متضادة متصادمة في ما بينها، ما يعني أننا لم نصل إلى نتيجة مفيدة في مقام الرجوع إلى كلام الفقهاء في تشخيص المراد من لفظ «المثلي». وفي مثل هذه الحالة، الذي تقتضيه قواعد الفن والبحث العلمي، هو أن يقال: كل ما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل، للإجماع، وببقي ما كان مختلفا فيه بينهم نجري عليه الطريقة الفنية للإستنباط التي سنتكلم في تفاصيلها بعد قليل.

(١) انظر جامع المقاصد ٦: ٢٤٥، والرياض ٢: ٣٠٣، والمناهل: ٢٩٩، ومفتاح الكرامة ٦: ٢٤١، والجواهر ٣٧: ٨٥.

(٢) الموقف السابع: إعطاء النتيجة النهائية والموقف الختامي للبحث

هذه هي النتيجة النهائية والموقف الختامي للبحث، بعد أن اتضح أنه لا يمكن تشخيص المراد من تعريف المشهور للمثلي بحيث يسلم من الإشكالات من جهة،

ضمانه بالمثل، للإجماع، ويبقى ما كان مختلفا فيه بينهم، كالذهب والفضة الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات^(١)، وظاهر غيره^(٢) كونهما مثليين، وكذا الحديد والنحاس والرصاص، فإن ظواهر

ووقوع الاختلاف في هذا المعنى بين الفقهاء أنفسهم من جهة أخرى، وهو أن ما أجمع على كونه مثلي، وجب ضمانه بالمثل، وما لم يجمع عليه، يرجع فيه إلى الطريقة الفنية للإستنباط.

وقد بينا بصورة عامة موقع الإجماع الذي يتكلم عنه المصنف من مراحل عملية الإستنباط حسب الطريقة الفنية التي تعلمناها لهذه العملية، كما سيأتي التعرض لهذا الإجماع وتأثيره بصورة تفصيلية في المحطة التالية من محطات هذه المسألة، حيث التعرض للطريقة الفنية للإستنباط فيها بصورة عملية تطبيقية تفصيلية.

تعليم فعال

١- وفي الحقيقة: لا بد من الرجوع إلى الطريقة الفنية للإستنباط في كل شيء، أقصد: حتى في ما اتفق على كونه مثليا وهذا ما ستراه بصورة عملية تطبيقية كما عودناك.

٢- لاحظ ما سيأتي في الطريقة الفنية للإستنباط بصورتها العملية، ثم حدد فائدة البحث في تعريف المثلي الذي تقدم عن المصنف تدبر، هل كان يستحق كل هذا الجهد والوقت؟ ولماذا؟

(١) المبسوط ٣: ٦١.

(٢) كالمحقق في الشرائع ٣: ٢٤٠، والعلامة في التحرير ٢: ١٣٩، والتذكرة ٢:

٣٨٤، والمختلف ٦: ١٢٢، والشهيد في الدروس ٣: ١١٦، ونسبه الشهيد الثاني إلى

المشهور، انظر المسالك ٢: ٢٠٩، ومثله في الكفاية: ٢٥٨.

عبائر المبسوط^(١)، والغنية^(٢)، والسرائر^(٣) كونها قيمية.

وعبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية وإن كان المصوغ منها
قيميا^(٤).

وقد صرح الشيخ في المبسوط: بكون الرطب والعنب قيميا، والتمر والزبيب
مثليا^(٥).

وقال في محكي المختلف: إن في الفرق إشكالا^(٦)، بل صرح بعض من قارب
عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين^(٧).

وقد حكي عن موضع من جامع المقاصد: أن الثوب مثلي^(٨)، والمشهور
خلافه.

وأیضا فقد مثلوا للمثلي بالحنطة والشعير^(٩)، ولم يعلم أن المراد نوعهما
أو كل صنف؟ وما المعيار في الصنف؟ وكذا التمر.

والحاصل^(١٠): أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بد

(١) المبسوط ٣: ٦٠.

(٢) الغنية: ٢٧٨.

(٣) السرائر ٢: ٤٨٠.

(٤) التحرير ٢: ١٣٩.

(٥) انظر المبسوط ٣: ٩٩ - ١٠٠.

(٦) المختلف ٦: ١٣٥.

(٧) صرح به المحقق القمي في جامع الشتات (الطبعة الحجرية) ٢: ٥٤٣ - ٥٤٤.

(٨) حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٩، جامع المقاصد ٦: ٢٥٠.

(٩) كما في جامع المقاصد ٦: ٢٤٣، والروضة البهية ٧: ٣٦ مثلا.

(١٠) المحطة الثالثة: ضمان ما شك في كونه مثليا أو قيميا

فما هو الموقف من الضمان فيما لو لم يشخص كون التألف مثليا أو قيميا وبقي الشك قائما؟

والجواب: يرجع في مثل هذه الحالة إلى الطريقة الفنية للإستنباط، تلك التي تبدأ بتفقيح الأصل العملي الجاري في المقام، وهي التي تقدمت بالتفصيل في التمهيد الذي عقدناه لهذه المحطة، وبيننا فيه موقع كل واحد مما سيذكر من العناصر الدخيلة في عملية الإستنباط في المقام.

إفتبه رجاء

وينبغي الإنتباه هنا إلى نقطة فنية غاية في الأهمية قلنا في تمهيد هذه المسألة أننا سننبه عليها في حينه، والنقطة هي:

في ما نحن فيه مسألتان مهمتان يجب الفصل بينهما وعدم الخلط بينهما:

المسألة الأولى: البحث في أصل الحكم بضمان المتلي بالمثل

وهذه هي المسألة الأصلية التي كنا - ولا زلنا - نتكلم عنها في ما نحن فيه؛ إذ من جملة الأحكام المترتبة على التألف المبيع بالعقد الفاسد، هو أن هذا التألف لو كان مثليا فإنه يضمن بمثله.

هذه هي مسألتنا، وهذه هي الغاية الأساسية والهدف الأصلي الذي نريد الكلام عنه في ما نحن فيه، فنبين الطريقة الفنية للإستنباط فيه.

وهذا هو الذي تكلمنا عن الطريقة الفنية للإستنباط فيه في التمهيد، حيث قلنا بلزوم تفقيح الأصل العملي فيه أولا؛ إذ عملية الإستنباط تبدأ بالأصل العملي الجاري في المسألة، ثم التسلسل منه إلى المرحلة الثانية، حيث البحث عن غطلاقات وعمومات تقتضي خلاف مقتضى الأصل العملي، وهكذا إلى آخر مرحلة من مراحل عملية الإستنباط.

المسألة الثانية: البحث في تشخيص التكليف فيما لو اعتمدنا على أن الثابت هو لزوم دفع المثل في المثلي، إلا أننا شككنا في كون تالف ما مثليا ليضمن بمثله أم قيميا فيضمن بقيمته.

ومن الواضح هنا أننا دخلنا في مسألة ثانية مختلفة عن المسألة الأولى؛ إذ لا نبحث هنا عن أصل المسألة وأن التالف يجب أن يضمن بالمثل أو القيمة، وإما نحن أمام شبهة موضوعية صرفة؛ إذ الشك في المقام في كون تالف ما مثليا أم قيميا.

ولقد كان ينبغي للمصنف أن يفصل بين المسألتين بحيث لا يبقى أي تداخل بينهما، إلا أنه - للأسف الشديد - لم يفعل ذلك، وإنما خلط بين المسألتين بحيث سبب تيهها وخلطها بين الأوراق حتى عند أعظم المحققين، كما يظهر ذلك جليا لكل من راجع كلامهم في المقام.

وما سبب الخلط من كلام المصنف ^{تدئ}، هو سياق كلامه الموهوم جدا؛ إذ - كما سنرى معا - بينما كان في مقام تشخيص مفهوم «المثلي» ومصاديقه، وبعد أن وصل إلى نتيجة هي إبهام التعريف المذكور عن المشهور، وعدم إمكان الإعتماد على كلام بعض من نقل عنه تعريف المثلي بسبب الاختلاف بينهم في ذلك، عطف الكلام مباشرة، بل فرع على ذلك مباشرة لزوم ملاحظة الأصل الذي يرجع إليه عند الشك، بقوله: «والحاصل: إن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة»، فيخيل للقارئ أن المصنف لا يزال يتكلم عن المسألة الثانية لا الأولى، أعني: لا يزال يتكلم عن تشخيص الموقف فيما لو وقع الشك في كون تالف ما مثليا أم قيميا، والحال أن

الواقع خلاف ذلك بالمرّة؛ حيث أن جميع ما سيأتي منه بعد كلامه هذا، وبضمنه ما سيذكره في تنقيح الأصل الجاري في المسألة، كل ذلك إنما هو كلام في عملية الإستنباط في المسألة الأولى المتقدمة الذكر، والتي قلنا إنها أصل الكلام في ما نحن فيه.

نعم، لا ينكر أن نتيجة البحث في المسألة الأولى، أعني: تشخيص نوع المضمون، له تمام الأثر على تشخيص الموقف من المسألة الثانية، أعني: مسألة الشك في كون تالف ما مثليا أم قيميا؛ فعلى سبيل المثال: لو كانت النتيجة التي نصل إليها في المسألة هي عدم لزوم دفع المثل وجواز دفع القيمة؛ فإن ذلك يعني حلا بالنسبة إلى المسألة الثانية التي تبحث حكم الشك؛ إذ يمكن دفع القيمة والتخلص من المشكلة.

وهكذا الأمر فيما لو قلنا بتخيير الضامن، الذي يميل عادة إلى إعطاء القيمة؛ باعتبارها أخف مؤنة بالنسبة إليه؛ إذ هي الإكتفاء بمالية المضمون وعدم لزوم الوفاء بخصوصيات التالف، فإن المسألة محلولة أيضا بناء على هذه النتيجة؛ إذ إعطاء القيمة كاف في رفع المشكلة من أساسها.

وهكذا الأمر لو كانت النتيجة لزوم دفع القيمة مثلا كما هو واضح.

ولعل هذا الارتباط بين المسألتين هو الذي جعل المصنف ينعطف هذه الإنعطافة ف بحثه في المقام. والله العالم.

والعجيب في الأمر أنني لم أجد من نبه من المحققين وممن تناول شرح المادة في المقام إلى النقطة المهمة المتقدمة، مع أنني أكاد أقطع بأن الكل قد أحس بخلل في البين، وانحرف في المسير، وتغير في عملية الإستنباط. فانتبه رجاء.

والنتيجة لسنا الآن في مقام تشخيص الحكم فيما لو شككنا في تالف ما أنه

مثلي أم قيمي، وإنما نحن في أصل المسألة، وهو أن التالف لو كان مثليا فإنه يجب ضمانه بالمثل، فما هي الطريقة الفنية للإستنباط في المقام؟
 تعلمنا أن عملية الإستنباط تبدأ بتقحيح الأصل العملي الجاري في المسألة، وهو ما يقوم به المصنف تَدُّر في المقام بصورة واضحة جدا؛ حيث بدأ بحثه التفصيلي الإستنباطي هنا بهذا العمل، أعني: تقحيح الأصل العملي الجاري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، فما هو هذا الأصل في ما نحن فيه؟
 والجواب: قلنا في التمهيد الذي بدأنا به هذه المسألة أن المصنف تَدُّر سيصور عدة تصورات للأصل، ينتهي فيها أن الأصل الجاري في المقام هو أصالة تخيير المالك لا الضامن، فلتتسلسل إذا معه تَدُّر في هذا العمل الشيق الجميل، ولنحاول أن نتعلم منه قدر المستطاع.

وينبغي أن نتبه أيضا إلى ما نبهنا عليه مرات ومرات، من دور الأصل العملي في عملية الإستنباط، وطريقة عمله وتأثيره، فلا تنس رجاء.
 كما ينبغي أن لا تنسى أن محل الكلام إنما هو في تشخيص حكم وضعي لا تكليفي؛ ما نبهنا عليه في حينه أيضا، من أن الكلام إنما هو في «الضمان»، ما يعني أنه بحث في حكم وضعي وإن كنا نعبر عنه في بعض الأحيان بوجوب الدفع.
 فالسؤال المطروح في المقام، هو: ما هو الأصل العملي الجاري في المقام، وهل يقتضي هذا الأصل تعين المثل، أم تعين القيمة، أم تخيير الضامن بين المثل والقيمة، أم تخيير المالك؟

التصوير الأول: الأصل تخيير الضامن لأصالة البراءة

فالأصل هنا أن يتخير الضامن في دفع ما يريده من المثل أو القيمة؛ وذلك باعتبار جريان أصالة البراءة ذمة الضامن الذي تلف عنده المقبوض بالعقد الفاسد

من الزائد، وإليك التفصيل:

عندما يتلف المقبوض بالعقد الفاسد، فإن ذمة القابض تشغل بوجود رد ما تلف عنده، إلا أن هذا الضمان يتردد بين الأقل والأكثر، أما الأقل، فهو ما يختاره الضامن، سواء أكان ما يختاره القيمة أم المثل؛ إذ في إزمائه بما لا يختاره زيادة تكليف عليه عرفاً كما هو واضح.

إلا أنه لما كانت القيمة أقل كلفة على الضامن عادة، فإنها تعتبر الأقل عادة، وأما الأكثر، فهو ما لا يختاره، سواء أكان ذلك أمراً معيناً، من القيمة أو المثل، أم ما يختاره المالك خلافاً لما يختاره الضامن، وحيث أن المالك يختار عادة المثل؛ إذ هو أكثر من القيمة؛ باعتبار أنه يجمع بين قيمة التالف وخصوصياته، من كونه بصفات خاصة، صار التردد بين الأقل (القيمة عادة) والأكثر (المثل عادة).

وأريد أن أؤكد على هذه النقطة لأهميتها القصوى، وهي أننا حيث كنا نتكلم عن مسألة تعين المثل في الضمان كما نبهنا عليه في ما تقدم، فإن الكلام في الأصل العملي إنما هو عن «التخير»، الذي يعتبر مخالفاً لـ «تعين المثل» الذي ذهب إليه الفقهاء كما قلنا أول المسألة.

إذا، إنتهى إلى أننا نتكلم عن أن الأصل العملي بتصويره الأول مخالف لما ذهب إليه الفقهاء من تعين المثل في المثلي، حتى لو فرض أن الضامن اختار المثل؛ إذ أن اختياره المثل لا يعني عدم مخالفة مقتضى الأصل لما ذهب إليه الفقهاء؛ لما قلناه قبل قليل، من أن مقتضى الأصل هو التخيير لا تعين المثل. فانتبه.

وحيث نقول:

وفي حالات تردد الواجب بين الأقل والأكثر، فإن أصالة البراءة عن الزائد تجري لتثبت عدم وجوب هذا الزائد، حيث يقطع بوجوب أداء الأقل بعد القطع بدخوله في

الذمة بكونه الأقل، فيجب أدائه ورده، وأما الزائد، فيشك في وجوب أدائه ورده، وأصالة البراءة تقتضي عدمه، ما يعني أن الأصل في المقام تخيير الضامن. وبعبارة أخرى: الشك في المقام من الشك في التكليف لا من الشك في المكلف به، وفي مثل هذه الحالات تجري البراءة لا غيرها من الأصول العملية. ولو تأملنا في التصوير المتقدم، لوجدنا أنه يبتني على وجود إجماع على عدم وجوب الجمع بين المثل والقيمة في الضمان؛ وإلا، لما تردد الأمر بين الأقل والأكثر كما هو واضح، ولما وصلت النوبة إلى الأصل العملي، بل لتعين العمل بالإجماع.

التصوير الثاني: الأصل تخيير المالك؛ للإستصحاب بتعزيز من الدليل المحرز وهو ينطلق من أصالة عدم براءة ذمة الضامن بدفع غير ما اختاره المالك، وبعبارة أخرى: استصحاب بقاء ذمة الضامن مشغولة في حالة دفع غير ما اختاره المالك، بتقريب: إننا نقطع بانشغال ذمة الضامن بالضمان، إلا أنه يدور بين ما يختاره الضامن وما يختاره المالك، فإذا دفع الضامن ما يختاره، فإننا نشك في خلو ذمته مما انشغلت به، لاحتمال كونه غير ما اختاره، ولا نقطع بفراغ ذمته إلا بدفع الضامن ما يختاره المالك.

إن قلت: ولكننا قلنا في التصوير الأول أن البراءة تجري في المقام لتنفي الزائد، أي: تنفي وجوب غير ما اختاره الضامن؟

قلنا: لا محل للبراءة في المقام؛ لحكومة الإستصحاب على الأصول غير المحرزة - كالبراءة في ما نحن فيه - كما تقرر في علم الأصول؛ إذ أن الشك في الزائد إنما هو ناشئ من احتمال براءة ذمته عن ذلك الزائد، وبجريان الإستصحاب يتفي الشك، ويثبت وجوب الزائد في ذمة الضامن، فلا تحري البراءة في مثل هذه الحالة.

وما يعزز جريان هذا الأصل في المقام دليلان محرزان يضمنان قطع الطريق أمام جريان أي أصل عملي آخر في المقام، وبعبارة ثانية: الغرض من الدليلين القادمي الذكر تضييق الخناق في المسألة محل البحث بحيث يمتنع جريان أي أصل آخر بأي التصويرات الثلاثة الأخرى المذكورة من قبل المصنف **تدُّ** في المسألة، هذا لو فرض تمامية هذين الدليلين طبعاً، وإن كان لربما يكفي في المقام جريان أي منهما بدون اشتراط جريان الآخر. والدليلان هما:

الأول: انعقاد الإجماع على عدم تخيير الضامن

الثاني: قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدي

حيث تقتضي هذه القاعدة اشتغال ذمة الضامن وعدم ارتفاع هذا الضمان إلا برد العين نفسها في حال وجودها، فإذا تلفت، فإن ذلك الضمان لا يرتفع إلا بأداء ما يرضى به المالك، وإلا، ما تحققت الغاية المذكورة في القاعدة.

من الواضح أن الإجماع لو كان منعقداً على تخيير الضامن، لما وصلت النتيجة إلى الأصل العملي؛ إذ الإجماع دليل إجتهادي قاطع لعمل بالدليل الفقاهتي، أعني: الأصل العملي.

وكذا الكلام في قاعدة على اليد تماماً؛ إذ على فرض تمامية الإستدلال بها في المقام، ستكون من ضمن الأدلة المحرزة الجارية في المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط، حيث تنفي تعين «المثل» في المقام، وتثبت تخيير المالك، وهذا ما لن يرضى به المصنف في ما سيأتي؛ إذ سنرى أنه **تدُّ** سيذكر في المحطة التالية أن إطلاقات الضمان يستفاد منها تعين المثل، ومن هذه الإطلاقات قاعدة اليد طبعاً.

تعليم وتعلم فعالان

من الواضح أن المفروض أن لا ينظر إلى الإجماع أو قاعدة على اليد في مقام

تفقيح الأصل العملي الجاري في المسألة؛ إذ من الواضح أننا نتكلم عن مرحلة سابقة لمرحلة النظر إلى هذه التعزيزات، والتي لا تصل النوبة إليها إلا في المراحل البعدية لعملية الإستنباط كما تعلمنا في المسائل المختلفة وطريقة الإستنباط فيها. والمطلوب: إعادة توجيه الحاجة إلى الدليلين المحرزين المذكورين في المقام.

التصوير الثالث: الأصل تخيير المالك لأصالة الإشتغال

وأما التصوير الثالث للأصل الجاري في المقام، فهو يقضي تخيير المالك أيضا شأنه في ذلك شأن التصوير الثاني، إلا أن الفرق في المقام، هو أننا لا نعلم على الإستصحاب هنا، وإنما على أصالة الإشتغال، أو ما يعرف بأصالة الإحتياط أيضا، والتي هي أحد الأصول العملية الجارية في حالات الشك في الشبهات المقرونة بالعلم الإجمالي؛ حيث الإشتغال اليقيني يستدعي الفراغ اليقيني الذي لا يتحقق إلا بتخيير المالك.

وفي المقام، نحن نقطع بانشغال الذمة بكلي الضمان، إلا أننا نشك في كونه ما يختاره الضامن أم ما يختاره المالك، فإذا أدى الضامن ما يختاره، فإننا نبقي شاكين في فراغ ذمته؛ من جهة احتمال أن ما هو الواجب عليه هو أداء ما يختاره المالك، وفي هذه الحالة، يحكم العقل بوجوب إتيان المحتمل الآخر، هو ما يختاره المالك. وأما أصالة البراءة التي تقدمت في التصوير الأول، فقد قدمنا ما يرد على التمسك بها في المقام بناء على التصوير الثاني الذي كان يعتمد الإستصحاب أصلا عمليا، من حكومة هذا الإستصحاب عليها، وأما في المقام الذي لا يجري فيه الإستصحاب بل أصالة الإشتغال، فقد اتضح عدم جريانها من الأساس؛ إذ عندما نقول بأن الجاري في المقام هو أصالة الإشتغال، فإن هذا الإدعاء يحمل بين أحشائه ما يمنع جريان البراءة، وهو كون التردد في المقام بين ما يختاره الضامن

وما لا يختاره (المثل والقيمة) ليس ترددا بين الأقل والأكثر، وإنما هو بين المتباينين؛ فإن التردد في المقام إنما هو بين المثل والقيمة، ولما كان المقصود بالقيمة في ما نحن فيه هو النقود، وهي أمر مباين عرفا بالمرة للمثل كما هو واضح، كان التردد في ما نحن فيه بين متباينين لا بين أقل وأكثر.

فإذا كان التردد بين المتباينين، فإن البراءة لا تجري في المقام كما حقق في علم الأصول.

نعم، كون الأصل في ما نحن فيه هو أصالة الإشتغال، كان يقتضي الجمع بين المثل والقيمة؛ إذ لا نقطع بفراغ الذمة وقطع العمل بأصالة الإشتغال إلا بذلك، إلا أن الإجماع المتقدم الذكر على عدم وجوب الجمع بين المثل والقيمة هو الذي منع من ذلك.

التصوير الرابع: الأصل تخيير الضامن للدوران بين المحذورين

وذلك لدوران الأمر في ما نحن فيه بين المحذورين، وإليك التقريب:

إن الدوران في المقام إنما هو دوران بين المحذورين، فهو إما تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع، وتعيين القيمة كذلك، فلا متيقن في البين بعد عدم كون الدوران بين الأقل والأكثر، فلا تجري البراءة لذلك من الأساس، فينتفي التصوير الأول، كما لا يمكن القطع بتفريغ الذمة مما اشتغلت به؛ بعد التصوير المتقدم لموردي الدوران؛ إذ المفروض أنهما متباينان بحيث لا يمكن الجمع بينهما، ما يعني عدم صحة التصويرين الثاني والثالث أيضا، فلا يبقى في المقام إلا تخيير الضامن بين المحذورين، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى بما يختاره من المحذورين اللذين دار أمره بينهما، كما إذا قام عنده خبران متعارضان يأمر أحدهما بفعل ينهي الآخر عنه، فإن كان الخبر الأمر هو

من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل والقيمة؟
ولا يبعد^(١) أن يقال: إن الأصل هو تخيير الضامن، لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره، فإن^(٢) فرض إجماع على خلافه^(٣) فالأصل تخيير المالك،

الصادر في الواقع، وجب على المجتهد أن يفتي على طبقه ولم يجز له أن يفتي على خلافه طبقاً للخبر الثاني، وإن كان الخبر الآخر هو الصادر في الواقع، لزم المجتهد أن يفتي على طبقه ولم يجز له الإفتاء بخلافه طبقاً للخبر الأول. وفي مثل هذه الحالة، يكون المجتهد مخيراً في الفتوى على طبق أيهما كما حقق في الأصول.

نعم، من الواضح أن التردد بين المحذورين الذي صورناه في المقام، يعتمد على عدم وجود طريق آخر لإفراغ الذمة مما انشغلت به غير هذين المحذورين، ما يعني افتراض قيام إجماع مثلاً على عدم تخيير المالك، وعدم تمامية أي طريق آخر لرأي آخر في المقام، كالقرعة مثلاً، وهذا ما هو غير تام في المقام بعد ما تقدم من تمامية التصوير الثالث، وإلى هذا المعنى أشار المصنف بقوله: «فتأمل» آخر هذا التصوير الرابع.

فالتنتيجة: الأصل في المقام تخيير المالك؛ لأصالة الإشتغال الجارية في الشبهات المقرونة بالعلم الإجمالي.

(١) التصوير الأول للأصل العملي.

(٢) التصوير الثاني والإجماع وقاعدة اليد قلنا إنهما مجرد معززات لجريان

لأصل العملي، بحيث يضمن عدم جريان التصويرات الثلاثة الأخرى في المقام.

(٣) خلاف تخيير الضامن.

لأصالة عدم براءة ذمته^(١) بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً^(٢) إلى عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٣) إن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين^(٤)، خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر^(٥).

والأقوى^(٦): تخيير المالك من أول الأمر، لأصالة الاشتغال^(٧)، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع^(٨).

نعم^(٩)، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، والإجماع على عدم تخيير المالك -: التخيير في الأداء^(١٠) من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعني: تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضامن الامتناع، وتعيين القيمة كذلك، فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل^(١١).

(١) أي: للإستصحاب.

(٢) المعزز الثاني للتصوير الثاني للأصل العملي في المقام.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٤) عندما كانت موجودة غير تالفة.

(٥) يختاره هو.

(٦) التصوير الثالث المختار.

(٧) والإشتغال اليقيني يستدعي الفراغ اليقيني.

(٨) تقدم توضيحه بأمرين.

(٩) التصوير الرابع.

(١٠) أي: تخيير الضامن.

(١١) تقدم وجه التأمل، وهو عدم صحة ما اعتمد عليه في تصوير المقام بانه

هذا^(١)، ولكن يمكن أن يقال: إن القاعدة المستفادة من إطلاقات الضمان في

دوران بين المحذورين.

(١) المحطة الرابعة: التعرض إلى ما استدل به على ضمان المثلي بالمثل

لا ننسى أن محل البحث في ما نحن فيه إنما هو ما ذهب إليه الفقهاء من ضمان التالف المثلي المقبوض بالعقد الفاسد بالمثل.

النتيجة التي وصلنا إليها من خلال البحث في المحطة الأولى، والتي كانت في تنقيح الأصل العملي الجاري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، هي أن الأصل الجاري في المقام هو أصالة الإشتغال التي تقتضي تخيير المالك بالتفصيل الذي مر هناك.

ولما انتهينا من المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط، كان لا بد أن يمر قطار البحث بالمحطة الثانية، وهي البحث عن عمومات أو إطلاقات تقتضي خلاف ما اقتضاه الأصل العملي المتقدم الذكر، فثبت تعين المثل في المثلي محل الكلام، وهذا ما نرى المصنف نفسه يقوم به في المقام؛ حيث يتكلم في هذه المحطة عن أدلة من هذا القبيل كما سنرى معاً.

تعليم وتعلم فعالان

لا بد أن أسألك هنا عن شيء قبل أن نتابع المسير معاً في مراحل عملية الإستنباط، ولتفكر قليلاً قبل الجواب، وقبل أن تقرأ الجواب هنا، والسؤال هو:

لو كان المصنف قد وصل إلى أن الأصل الجاري في المرحلة الأولى هو أصالة البراءة بالتصوير الأول الذي كان يقتضي تخيير الضامن لا المالك، فماذا ستكون المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط؟ ولماذا؟

والجواب: لن يختلف الحال عما ذكرناه قبل قليل بالنسبة إلى هذه المرحلة

الثانية، وذلك لما قلته لك قبل قليل؛ من أن المرحلة الثانية إنما هي في البحث عن عموماً وإطلاقات تخالف مقتضى الأصل العملي الجاري في المرحلة الأولى السابقة، ومن الواضح أن هذا الأصل سواء أكان يقتضي تخيير المالك لأصالة الإشتغال، أم تخيير الضامن لأصالة البراءة، فإنه أصل يقتضي «التخيير» لا تعين المثل، فيلزم - على هذا - أن يكون البحث في المرحلة الثانية عما يخالف هذا «التخيير» من عموماً وإطلاقات تقتضي «تعين» المثل.

وعليه، فالمهم أن الأصل الجاري في المرحلة الأولى هو «التخيير»، ولا يهم حينها أن هذا التخيير لصالح المالك أم لصالح الضامن؛ إذ أنه يثبت «التخيير» على الحاليتين. فانتبه.

الدليل الأول على ضمان المثلي بالمثل في المرحلة الثانية لعملية الإستنباط
 أما الدليل الأول على ضمان المثلي بالمثل في المرحلة الثانية لعملية الإستنباط، أي: الذي يثبت المثل بالإطلاق أو العموم، فهو مجموعة الأخبار الواردة في ضمان المغصوبات والأمانات المفرط فيها وغيرها من الخبر، من قبيل ما ورد في ضمان العارية المضمونة، مثل عارية الذهب والفضة، أو العارية المشروطة فيها الضمان؛ حيث تدل هذه الروايات بإطلاقها المقامي على تعين المثل في المثلي بالتقريب التالي:

الخطوة الأولى: لو رجعنا إلى هذه الروايات، لودنا أن السائل كان يسأل فيها عن تكليفه ووظيفته في حالات مختلفة، ليأتي الجواب من قبل الإمام عليه السلام بالضمان من غير تحديد لما يجب على الضامن أن يدفعه ليؤدي ضمانه.

الخطوة الثانية: ولما كانت الروايات والبيانات الشرعية المتقدمة في مقام بيان الوظيفة الشرعية، كان اللازم على الإمام عليه السلام أن يبين كل ما له دخل في بيان

وتوضيح الوظيفة الشرعية المسؤول عنها، وأما ما لم يبينه، فإنه اعتمد فيه على الفهم العرفي؛ باعتبار أن الخطاب قد خوطب به العرف ليس إلا.

الخطوة الثالثة: وما دام الإمام (عليه السلام) لم يبين كيفية التخلص مما دخل في العهدة بسبب الضمان بل اكتفى ببيان الحكم بالضمان، فمعنى هذا أنه اعتمد في ذلك على الفهم العرفي، وأنه (عليه السلام) اعتبره حجة في هذا المجال، وإلا، لم يحسن السكوت وعدم البيان وهو في مقام البيان.

ولو سألنا العرف في ذلك، لأجابنا بأنني أحكم بوجوب دفع ما يماثل المضمون بأن يكون أقرب الأشياء إليه من حيث المالية والأوصاف، فإن تعذر ذلك، فإن الضمان يكون بالقيمة.

والخلاصة: سكوت الإمام عن بيان خصوصيات المضمون في مقام البيان، دال على أن ذلك موكول إلى العرف، وهو حاكم بتعين المثل، فإن تعذر، فالقيمة، فهذه الروايات - على هذا - تدل بإطلاقها على تعيين المثلي، فهي قاطعة للعمل بالأصل العملي المتقدم الذكر في المرحلة الأولى من مراحل عملية الاستنباط، الذي كان يقتضي تخيير المالك.

إن قلت: ولكن الشارع تدخل في بعض الموارد - وإن كانت نادرة شاذة - في تشخيص المضمون به، وأنه القيمة مثلا، كما في صحيحة أبي ولاد التي تقدمت وستأتي بالتفصيل؛ حيث يقول الإمام (عليه السلام) فيها في مقام بيان المضمون به: «قيمة بغل يوم خالفته»، فكيف يمكن استنباط القاعدة التي تقدمت حينئذ؟!

قلنا: وجود مثل هذه الموارد النادرة الشاذة لا يضر بالقاعدة التي اعتمدها؛ إذ من القوي جدا أن تلك الموارد إنما كانت على طبق القاعدة لا على خلافها؛ فمثلا: في مورد البغل الوارد في الصحيحة المزبورة، من القوي جدا أن البغل لا يعتبر مثليا

المغصوبات والأمانات المضطرب فيها، وغير ذلك^(١)، هو الضمان بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف من حيث المادية والصفات، ثم بعده قيمة التالف من النقدين وشبههما^(٢)؛ لأنهما أقرب من حيث المادية؛ لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

ولأجل الاتكال على هذا الظهور^(٣)، لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلها - إلا ما شد وندر - قد أطلق فيها الضمان^(٤)، فلولا الإعتماد على ما هو المتعارف، لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

وقد^(٥) استدل في المبسوط والخلاف على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي

عرفا ليكون الحكم بوجود قيمته مخالفة للقاعدة، بل هو جار على طبقها؛ إذ القاعدة - كما مر - توجب المثل، فإن تعذر، فالقيمة، فإيجاب القيمة هنا، إنما هو من باب تعذر المثل وعدم كون البغل مثليا، وهو مطابق للمعروف فقها من عدم كون الحيوانات مثلية كما هو واضح.

والخلاصة لا تمثل الموارد النادرة المذكورة خرقا للقاعدة بحيث تهدمها فلا يعود عندنا قاعدة، بل هي موافقة لها جارية على طبقها.

(١) من العارية المضمونة مثلا.

(٢) من الأوراق النقدية المعروفة اليوم، من الدينار وغيره من العملات المعروفة.

(٣) الذي عبرنا عنه بالقاعدة.

(٤) ولم يبين خصوصيات المضمون به من كونه المثل أو القيمة أو شيء آخر.

(٥) للدليل الثاني على ضمان المثلي بالمثل في المرحلة الثانية لعملية الإستنباط.

وأما الدليل الثاني على ضمان المثلي بالمثل في المرحلة الثانية لعملية الإستنباط، فهو ما ذكره الشيخ الطوسي تت، من قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿فَمَنْ

بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(١)، بتقريب: أن مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي، والقيمة في غيره، واختصاص^(٢) الحكم بالمتلف عدوانا لا يقدر بعد عدم القول بالفصل.

اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ.

قال في المبسوط: «إذا غضب غاصب من هذا شيئا، فإن كان قائما، رده. وإن كان تالفا، فعليه مثله، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾...». المبسوط ٣: ٦٠.

وقال في الخلاف: «المنافع تضمن بالغصب كالأعيان، مثل منافع الدار والدابة والعبيد والثياب، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تضمن المنافع بالغصب بحال.. دليلنا، قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾. والمثل مثلان، مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة. فلما لم يكن للمنافع مثل من حيث الصورة وجب أن يلزمه من حيث القيمة. وعلي المسألة إجماع الفرقة. وأخبارهم تدل عليها». الخلاف ٣: ٤٠٢ و ٤٠٦، كتاب الغصب، المسألة ١١ و ١٨.

ولو تأملنا في الاستدلال السابق، لوجدنا أنه نقطة الارتكاز فيه بالنسبة إلى ما نحن فيه، هي ظهور المماثلة المأخوذة في الآية الشريفة في المماثلة في خصوصيات المعتدى به، وبعبارة أخرى: ظهور الآية في تعيين مقدار المعتدى به؛ بحيث لو كان مثليا، وجب كون الإعتداء المقابل بأخذ المثل، وإن كان قيميا، فالقيمة. فانتبه.

(١)البقرة: ١٩٤.

(٢)المناقشة الأولى في الاستدلال بالآية الشريفة

وقد نوقش في استدلال شيخ الطائفة بالآية الشريفة بالتقريب المتقدم بثلاثة

وربما^(١) يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداء لا

مناقشات، يرد المصنف الأولى والثانية، فيما يقبل الثالثة التي لا تقف على الإستدلال بالآية الشريفة، بل تتعدها إلى الإستدلال بالإطلاق المقامي الذي تقدم دليلا عاما مطلقا يجري في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط.

المناقشة الأولى في الإستدلال بالآية الشريفة

إن الآية أجنبية بالمرّة عما نحن فيه من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد؛ إذ أننا - كما قلنا - في ما «تلف» بالعقد الفاسد، بينما الآية الكريمة في «الإتلاف»؛ إذ الوارد فيها «الإعتداء»، وهو ظاهر في الإتلاف كما هو واضح.

وقد رد المصنف هذه المناقشة بأن الآية المباركة وإن كانت في باب «الإتلاف» كما تقدم في المناقشة، إلا أن ذلك غير ضائر في الإستدلال بها في المقام أيضا؛ إذ لم يقل أحد بالفصل بين باب الإتلاف وباب التلف في نوع المضمون به، فمن ذهب إلى تعيين المثل في باب الإتلاف، فقد ذهب إلى ذلك في باب التالف، فإن قبلنا بدلالة الآية الشريفة على ضمان المثلي بالمثل في باب الإتلاف، فاللزم التسليم بذلك في باب التلف، وهو ما نحن فيه؛ وإلا، لزم مخالفة الإجماع المركب، واستحداث قول ثالث لا قائل في البين به.

(١) المناقشة الثانية في الإستدلال بالآية الشريفة

وأما المناقشة الثانية التي قد تذكر في المقام، فهي كالمناقشة الأولى تركز على إخراج الآية الكريمة عن ساحة الإستدلال في ما نحن فيه من ضمان المقبوض بالعقد الفاسد؛ وذلك لكونها أجنبية بالمرّة عن هذه المسألة، وإليك تقريب المناقشة:

نبهنا على نقطة مهمة حين تقريب الإستدلال بالآية الشريفة، وعبرنا عن ذلك

بنقطة الإرتكاز في هذا الإستدلال، وهو ادعاء أن الآية الشريفة ظاهرة عرفا في تعيين مقدار المعتدى به، وهنا، تأتي النقطة التي تركز عليها المناقشة الثانية؛ حيث يدعى أن الآية لا ظهور لها في ذلك، وإنما هي ظاهرة عرفا في تعيين نوع الإعتداء ليس إلا؛ وذلك لظهور «ما» المذكورة في الآية الشريفة في المصدرية، ليكون المعنى على هذا: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه كاعتدائه عليكم»، فلو أتلف أحدهم مال زيد، فإن لزيد - طبقا للآية الشريفة - أن يتلف مال المتلف، وإن غصب شيئا منه، فإن له أن يغصب منه في المقابل، فالمماثلة المذكورة في الآية الكريمة، إنما هي مماثلة من حيث نوع الإعتداء لا نوع المعتدى به، وأما ما هو هذا المال الذي لزيد أن يتلفه؟ وما مقداره؟ وما خصوصياته؟ فالآية ساكتة عن ذلك، لم ترد في مقام بيانه.

إن قلت: يلزم مما تقدم أن لزيد أن يتلف ما شاء من أموال المتلف، وهذا غير معقول!!

قلنا: هذه مناقشة خارجة عما نحن فيه؛ إذ لم نقل أن لزيد أن يتلف ما شاء إزاء إتلاف الآخر لماله، بحيث له أن يتلف ما يسوى ألفا مقابل ما يسوى مئة مثلا، أو أن يتلف مثليا في مقابل متلف مثلي، وإنما قلنا: إن الآية الشريفة لا علاقة لها بتعيين مقدار المعتدى به، وقد يكون هناك أدلة أخرى، كالدليل الذي ذكرناه على تعيين المثل مثلا من الإطلاقات المتقدمة الذكر.

رد المناقشة المتقدمة

وأما رد هذه المناقشة الثانية، فقد ظهر من خلال دقة ما ذكرناه في تقريب المناقشة نفسها؛ إذ الكثير من تشخيص المواقف إزاء فكرة ما، تبدأ من تقريب صحيح للفكرة، وتوضيح دقيق لها من جهة، وسؤال فني صحيح يعرف من أين

المعتدى به^(١)، وفيه نظر.

نعم^(٢)، الإنصاف عدم وفاء الآية - كالدليل السابق

تؤكل الكتف - كما يعبرون - من جهة أخرى.

ولو تأملنا في ما تقدم في المناقشة، لرأينا أن نقطة الإرتكاز فيه ما تقدم في تقريب المناقشة، من ظهور «ما» في المصدرية، وهو أمر خلاف الفهم العرفي، الذي يفهم أنها بمعنى «الذي»، لتكون الآية ظاهرة في تعيين مقدار المعتدى به، وهو ما نقلناه عن شيخ الطائفة، من أنه المثل، وأنه مثلان: مثل من حيث الصورة، ومثل من حيث القيمة.

(١) المناقشة من السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٣.

(٢) المناقشة في الإستدلال بالآية الشريفة وإطلاقات الضمان

هذه هي المناقشة المناقشة الثالثة في الإستدلال بالآية الشريفة، كما أنها مناقشة في الإستدلال بإطلاقات الضمان التي تقدمت، والتي قلنا فيها أن تعيين المضمون به قد عهد به إلى العرف، وهو يحكم بالمثل في المثلي والقيمة في القيمي، وحاصل المناقشة: أن النسبة بين الدليل والمدعى يجب أن تكون إما التساوي وإما العموم المطلق من جانب الدليل، كما قلنا عدة مرات، وهذا ما لا ينطبق في مجال الإستدلال بالإطلاق والآية الشريفة؛ إذ أن النسبة بين الدليل والمدعى في ما نحن فيه هي العموم والخصوص من وجه. وإليك التفصيل:

لا بد من بدء التفصيل بإعادة بيان وتدقيق في المدعى، وهو ما ذهب إليه المشهور، من أن التالف المقبوض بالعقد الفاسد لو كان مثليا، فإن على الضامن أن يضمه بإعطاء مثله، وأما لو لم يكن كذلك، فإن اللازم دفع القيمة، أعني: قيمة التالف. هذا هو المدعى.

ولو تأملنا في دلالة الدليلين المقامين على هذا المدعى، من الروايات والآية الشريفة، لوجدنا أنهما يدلان على أن المثلي يضمن بالمثل مطلقا، ولكن، يجب ان ندقق في معنى هذا «المثل» الذي أثبت الدليلان وجوب رده على الضامن؛ إذ السر في مناقشتنا هنا في الإستدلال تكمن في تعريف هذا «المثل»، فما هو هذا المثل؟ والجواب: قلنا في تقريب الإستدلال بالدليلين: إنه «المثل» عرفا، وهو ما لا علاقة له بتعريف «المثلي» الذي تقدم عن الفقهاء، وهنا تكمن المشكلة؛ إذ المثل «العرفي» يختلف عنه عند الفقهاء، وهو ما نكتشفه من كلماتهم حين يحكمون على شيء ما أنه مثلي أم قيمي.

«المثل» عند العرف هو «المماثل في الحقيقة والمالية»، هذا هو المماثل عند العرف، وهو ما يجب دفعه طبقا للدليلين.

ولو تأملنا أكثر في هذا التعريف المتقدم للمثل الواجب بالدليلين، لوجدنا أن النسبة بينه وبين «المثل» عند الفقهاء، والذي نكتشفه من مجموعة من تمثيلاتهم للمثلي والقيمي، هي العموم والخصوص من وجه، بمعنى: أن هناك أفرادا يتفق فيها الدليلان مع نظر المشهور في كونها من المثليات التي يجب أن تضمن بالمثل، كما أن هناك موارد يفترق فيها من ناحية الدليلين؛ حيث يحكم هذان بالمثل العرفي في الحقيقة والمالية، بينما يحكم المشهور فيه بالقيمة، من قبيل ما سيأتي في المتن، من إتلاف ذراع من كرباس، أو إتلاف عبد من عبيد، فالدليل يقتضي الضمان بالمثل، بينما المشهور حكموا بكون الموردين قيمين يجب فيهما الضمان بالقيمة.

وأما مورد الافتراق من ناحية قول المشهور، فهو ما لو كان المثل موجودا ولكن بقيمة هابطة جدا؛ إذ حكم المشهور في مثل هذه الحالات ببقاء الضمان بالمثل

عليه^(١) - بالقول المشهور^(٢)؛ لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمالية^(٣)، وهذا يقتضي اعتبار المثل حتى في القيمات^(٤)، سواء وجد المثل فيها^(٥) أم لا.

وعدم الإلتفات إلى تنزل القيمة، بينما مقتضى الدليلين الضمان بالقيمة؛ غد القيمة في مثل هذه الحالة هو «المثل» عرفاً؛ بعد كون هذا المثل - كما عرفنا قبل قليل - المماثل في الحقيقة (الصورة) والمالية، فالمالية والقيمة ملحوظة في الضمان طبق الدليلين. وأما مورد الاجتماع بين الدليلين ونظر المشهور، فقد تقدم أنه ما يتفق فيه الدليلان والمشهور في المضمون، من قبيل المثال السابق للإفتراق من ناحية المشهور، ولكن، مع عدم هبوط القيمة هبوطاً فاحشاً. والنتيجة لا يتم الاستدلال بالدليلين على قول المشهور؛ إذ النسبة بينهما العموم والخصوص من وجه.

هذا هو حاصل المناقشة، وما بقي إلا بعض ما يمكن أن يذكر في حواشيتها، وهو ما نذكره تبعاً للمصنف تَدْتُّ في المتن. (١) وهو استظهار الضمان بالمثل عرفاً من إطلاقات أدلة الضمان - في الصفحة السابقة - بقوله: ولكن يمكن أن يقال... الخ.

(٢) حاصل هذا الإشكال كما وضحناه نحن سيذكره المصنف بعد ذلك بقوله: «فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه»، إلا أنه سيصل إلى هذه النتيجة من خلال مجموعة من المعلومات، وهو ما يذكره تَدْتُّ شيئاً فشيئاً كما سنرى معاً.

(٣) فالمثل بمقتضى الآية والروايات (الدليلين) يختلف عنه بمقتضى المشهور، كما تقدم في الشرح. وسنذكر فرقا آخر بينهما في ما سيأتي بعونه تعالى. (٤) أي: في ما اعتبره المشهور من القيمات.

(٥) إذ يعتبره قيمياً لا مثلياً. وهل لاحظت اختلاف النتيجة بين قول المشهور وما

أما مع وجود المثل فيها^(١)، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس^(٢) طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف والآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك - ولو بأضعاف قيمته - ودفعه إلى مالك الذراع المتلف^(٣)، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به، وكذا لو أتلّف عليه عبداً وله في ذمة المالك - بسبب القرض أو السلم - عبد موصوف بصفات التالف، فإنهم^(٤) لا يحكمون بالتهاتر ائقهي^(٥)، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين^(٦).

نعم^(٧)، ذهب جماعة - منهم

يثبته الدليلان؟

(١) فنذكر له مثالين.

(٢) الكرباس: لفافة القماش، ويسمى اليوم عند البزازين «الطول».

(٣) لا اعتبار المثلية في الحقيقة (الصورة) عند العرف.

(٤) الفقهاء طبق نظر المشهور في المضمون.

(٥) فالمشهور يذهب إلى أن العبد قيمى لا مثلى، وإلا، لحكموا بالتهاتر والتساقط القهري، بينما العبد فى مثل هذه الحالة «مثلى» طبق الدليلين؛ إذ هو «مثل» العبد المتلف، فالحكم التهاتر لو كنا نحن والدليلين

(٦) راجع الخلاف ٣: ٢١٧، كتاب السلم، المسألة ٣٨، والشرائع ٢: ١٨، والدروس ٣: ٢٠١، ومفتاح الكرامة ٤: ٣٥٣.

(٧) إشكال على المصنف نُتُّرُ ورده من قبله

أولاً: تقریب الإشكال

تقدم فى بيان النسبة بين مفاد الدليلين وما ذهب إليه المشهور أن الدليلين قد

يوجبان الضمان بالمثل حتى في القيمي، وهو ما يذهب فيه المشهور إلى الضمان بالقيمة لا بالمثل.

ومن الواضح أن نقطة الإرتكاز في الكلام المتقدم هي ذهاب المشهور إلى ضمان القيمي بالقيمة لا بالمثل، ما يعني أن إشكالا فنيا لو كان يرد على هذا الكلام، فإنه يجب أن يستهدف هذه النقطة؛ إذ بانهدامها ينهدم كل البناء الشاهق الذي بناه المصنف على شكل إشكال على الاستدلال بالدليلين المتقدمي الذكر.

وهنا بالضبط تأتي الضربة الموجهة إلى إشكال المصنف تثنؤ؛ حيث يقال: إن ما ذكر في الإشكال من ذهاب المشهور إلى ضمان القيمي بالقيمة غير صحيح؛ بشهادة ما ذهبوا إليه في باب القرض، إذ المستفاد من كلام الفقهاء هناك، هو أن العين المقرضة لو كانت من القيميات، فإنه يجوز ردها عنها إلى المقرض أداء للقرض، الحكم الذي يكشف عن ذهابهم إلى جواز ضمان القيمي بالمثل لا بالقيمة، ولو لم يكونوا قد ذهبوا إلى ذلك، لما جوزوا رد العين نفسها مع أنها من القيميات.

وعليه، فما نسب إلى المشهور من ذهابهم إلى ضمان القيمي بالقيمة غير تام، فما بني عليه غير تام.

ثانيا: رد الإشكال

وكما اعتمد الإشكال الأخير على نقطة فنية تخصصية مهمة جدا، وهي اكتشاف نقطة الإرتكاز في الكلام ثم الهجوم عليها، فكذلك يعتمد رد الإشكال المتقدم على هذه النقطة.

ولو تأملنا في الإشكال المتقدم على المصنف، لوجدنا أن نقطة الإرتكاز فيه هي أن رد العين القيمية للمقرض إنما كان من باب ضمان القيمي بالمثل؛ إذ أن محل

الكلام إنما هو في هذا الأخير، أعني: ضمان القيمي بالمثل؛ حيث كان أساس إشكال المصنف على الإستدلال بالدليلين أنهما يثبتان المثل حتى في القيمي الذي يذهب المشهور إلى ضمانه بالقيمة، فيما رد هذا الإشكال اعتمد أيضا على هذه النقطة ذاتها؛ حيث تشبث بعدم ذهاب المشهور إلى ما ادعي من ضمان القيمي بالقيمة، بل يذهب إلى ضمان القيمي بالمثل أيضا؛ بشاهد ما نقلناه عن الفقهاء في القرض.

وأنت تلاحظ أن المسألة كلها إذا تتمحور حول هذا المحو، وهو ضمان القيمي بالقيمة عند المشهور كما بني عليه المصنف إشكاله، أو عدم ضمانه بالقيمة بل بالمثل كما يقول المشكل على إشكال المصنف.

ومما تقدم، يتبين أن نقطة الإرتكاز في ما أشكل على المصنف، هي ما تقدم، من أن حكم الفقهاء في القرض بجواز رد العين، إنما هو مما نحن فيه، من جواز ضمان القيمي بالمثل.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فما يفيد المشكلين على المصنف، إنما هو إحراز أن الحكم السابق إنما هو من باب ضمان القيمي بالمثل، وأما احتمال ذلك، فليس بمفيد أبدا؛ إذ لا يفيد مجرد الاحتمال هنا المستشكل، على العكس ممن يريد رد الإشكال (المصنف)؛ إذ يكفي أن يشكك في ورود الكلام المتقدم في ما نحن فيه، من ضمان القيمي بالمثل.

وباتضح النقطين المتقدمتين، يتضح كيفية رد الإشكال الذي وجه إلى المصنف؛ إذ يمكن التشكيك في ما بني عليه الإشكال على المصنف، من ورود الكلام المتقدم في ما نحن فيه، من ضمان القيمي بالمثل؛ إذ يحتمل كونه من باب «أداء القرض» ليس إلا، وإليك توضيح هذا الإحتمال:

يمكن أن يكون حكم الفقهاء بجواز رد العين نفسها في القرض من أحد وجهين:

الأول: أن يكون من باب ما نحن فيه، من ضمان القيمي بالمثل، وأنهم يذهبون إلى ذلك، ما يعني عدم تمامية الإشكال الذي وجهه المصنف على الإستدلال بالدليلين.

ولكن، يجب أن نتنبه هنا إلى نقطة مهمة جدا، وهي أنه بناء على هذا الوجه، فإن على المقرض أن يقبل بأي عين تكون مثلا للعين المقرضة؛ وذلك لأن الضمان هنا بالمثل وإن كانت العين المقرضة قيمة. فانتبه.

الثاني: أن يكون من باب جواز أداء القرض بإرجاع العين المقرضة نفسها مع عدم تلفها، فإذا تلفت، فإن كانت قيمة - كما هو المفروض في ما نحن فيه - فإنه يجب قيمتها لا مثلها المقارب لها.

وكما نبهنا على ما يلزم من الوجه الأول، يجب ان نتنبه إلى ما يلزم على هذا الوجه؛ حيث لو بنينا على هذا الوجه، فإن للمقرض أن لا يقبل بالمثل في حالة تلف العين؛ إذ من الواضح أن القرض بالتلف قد تبدل إلى القيمة بعد كون العين المقرضة قيمة كما هو المفروض.

عدنا إذا وجهان، يثبت أولهما ما ذهب إليه المستشكل على المصنف، فيما الآخر يثبت عدم تمامية ذلك، فأى الوجهين هو الصحيح؟

والجواب: لما كان البحث كله في استكشاف مفاد كلام المشهور في ما ذهبوا إليه في باب القرض، فإن اللازم الرجوع إليهم في هذا الباب أو غيره مما يمكن أن يدلنا على حقيقة ما ذهبوا إليه، وهذا ما يمكن أن نستكشفه عن طريق الرجوع إليهم في ما عبرنا عنه بأنه من لوازم الوجه الأول والثاني، فما هو الموقف هنا؟

ولو رجعنا إلى كلامهم وما ذهبوا إليه في باب القرض نفسه، لوجدنا أنهم يذهبون إلى حكم يفيدنا كثيرا في ما نحن فيه؛ حيث يحكمون هناك بعدم وجوب قبول مثل العين المقترضة ولو كانت مثل العين المقترضة من جميع الجهات، فما الذي يكشف عنه هذا الحكم؟

والجواب البسيط: يكشف عن أن حكمهك الأول بجواز رد العين المقترضة إلى المقرض إنما كان من الوجه الثاني لا الأول؛ إذ لو كان من باب حكمهم بضمان القيمي بالمثل، لوجب على المقرض القبول؛ إذ المقرض يرد ما في ذمته من المال المقرض، وهو المثل، فذهابهم إلى عدم الوجوب، يكشف عن أن جواز رد العين نفسها في حالة عدم تلفها، إنما كان من جهة أداء القرض؛ وإليك بيان ذلك، أعني: التلاؤم بين الحكم الثاني (عدم وجوب قبول العين المماثلة من قبل المقرض) والوجه الثاني، أي: لذهابهم إلى جواز رد العين من باب أداء القرض:

لو كانت العين المقترضة نفسها لا تزال قائمة لم تلف، فإن للمقرض أن يردها بنفسها أداء لما في ذمته بناء على الوجه الثاني المتقدم، فلو تلفت، كان في ذمة المقرض القيمة بعد كون الفرض قيمة العين المقترضة، فلو أراد المقرض أداء ذلك بعين مماثلة للعين التالفة من جميع الجهات، لم يجب على المقرض القبول؛ إذ الذي له في ذمة المقرض القيمة لا المثل، فالحكم الثاني متلائم تماما مع الوجه الثاني، بينما هو لا يتلاءم أبدا مع الوجه الأول الذي يفيد المستشكل على المصنف تتد.

تعلم فعال

هذه تمام قصة ما أشكل على المصنف في إشكاله على الاستدلال بالدليلين، فلتأمل في ما جاء في إشكال المصنف، ثم في ما جاء في إشكال الآخرين عليه، ثم في ما جاء في رد هذا الإشكال من قبل المصنف، قل لي الآن، ماذا استفدت من

الشهيدان في الدروس والمسالك^(١) - إلى جواز رد العين المقترضة إذا كانت
 قيمية^(٢)؛ لكن، لعله^(٣) من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة
 ضمان القيمي بالمثل^(٤)، ولذا^(٥)، إتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها^(٦) وإن
 مماثلا لها من جميع الجهات.

كل هذا الكلام من دروس فني مهمة لا بد لكل باحث من أن يتبينها بصورة كاملة،
 ويطبّقها في حياته العملية؟

حاول أن تطبق ما استفدته هنا على ما شابه ما نحن فيه في كتب أخرى، إرجع
 مثلا إلى اللمعة أو الجواهر أو غيرهما، ولاحظ كيف يبني الإشكال، وكيف يمكن
 أن تستكشف بناء الفكرة، وبناء ما يشكل عليها، وبناء ما قد يورد على هذا
 الإشكال، وبناء ما يرد به هذا الأخير، وهكذا.

هذا أمر مهم جدا كما نبهنا عليه كثيرا، وينبغي عليك أن تتعلمه ليكون ملكة
 عندك تستفيد منها حيث يمكن. إنته، وتعلم.

(١) الدروس ٣: ٣٢٠، المسالك ٣: ٤٤٩.

(٢) فكيف تنسب يا مصنفنا إلى المشهور ذهابهم إلى ضمان القيمي بالقيمة!؟

هذا هو إشكال الآخرين على إشكال المصنف تفتّ.

(٣) هذه هي المرحلة الأولى من رد الإشكال على المصنف؛ حيث يكفي إبراز

الإحتمال في المقام فيبطل الإستدلال كما تقدم في الشرح.

(٤) الذي هو ما يفيد المشكل على المصنف كما تقدم.

(٥) هذه هي المرحلة الثانية من مرحلتي رد الإشكال على المصنف؛ حيث نبرز

قرينة على ما قلنا إنه محتمل، وهو كون جواز رد العين المقترضة من باب أداء

القرض لا من باب ضمان القيمي بالمثل.

(٦) غير العين المقترضة.

وأما^(١) مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر^(٢)، كما لو تعذر المثل في المثلي^(٣)، فيضمن^(٤)

(١) الضمان بالمثل بمقتضى الدليلين في حالة عدم وجوده

لا زلنا في بيان إشكال المصنف على الإستدلال بالدليلين (الروايات والآية الشريفة)؛ حيث قلنا: إن الآيتين تثبتان المثل (العرفي) حتى في القيمات التي ذهب المشهور إلى ضمانها بالقيمة، وهو الحكم الثابت سواء أوجد المثل أم لم يوجد. أما في حالة وجوده، فهو ما كنا نتكلم عنه إلى الآن، وأما في حالة عدم وجوده؛ بأن كان مفقودا في الأسواق، فإن مقتضى الدليلين الضمان بالمثل أيضا حتى في مثل هذه الحالة، وهو ما لا يتفق مع ما يذهب إليه المشهور من الضمان بالقيمة في مثل هذه الحالة، فيقع التصادم بين مقتضى الدليلين ومذهب المشهور. وإليك التفصيل:

لو رجعنا إلى الدليلين المتقدمين، لرأينا أن مقتضاهما هو ضمان القيمي بالمثل كما قلنا في ما تقدم، فإن كان المثل متوفرا، فإن ضمانه بمقتضى الدليلين هو أداء المثل، وأما إذا كان مفقودا، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر؛ إذ التعذر ليس من المسقطات، كما أنه ليس من المبدلات كما هو واضح.

وعليه، فلو تعذر المثل، فإنه يبقى في ذمة الضامن، إلا أنه يجب عليه في مثل هذه الحالة أن يدفع القيمة، ولكن أية قيمة؟ والجواب: قيمة يوم الأداء، أي: قيمة يوم الدفع لتخلية الذمة؛ إذ هو يوم تخليص الذمة مما دخلها.

ولو تأملنا في الجواب المتقدم، لوجدنا أنه يطابق ما ذهب المشهور إليه في المثلي لا القيمي؛ إذ القيمي عندهم مضمون بقيمة يوم تلفة لا يوم أدائه ودفعه.

والنتيجة: مقتضى الدليلين في القيمي المفقود مخالف لما عليه المشهور، فلا يمكن الإستدلال بهما.

(٢) إذ كان الحكم قبل التعذر المثل، وليس من دليل يقتضي سقوطه من الذمة.

(٣) أي: المثلي عند المشهور.

(٤) بمقتضى الدليلين.

بقيمته يوم الدفع كالمثلي^(١)، ولا يقولون به^(٢).

وأيضاً^(٣)، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً

(١) أي: حكم القيمي - وهو محل الكلام - بمقتضى الدليلين هو حكم المثلي عند المشهور لا حكم المثلي عندهم.

(٢) لأنه لأنه قيمي عندهم ويبقى قيمياً حتى مع فقدته من السوق، فيضمن بقيمة يوم التلف لا الأداء كما كان الأمر عليه في المثلي.

(٣) إشكال آخر على الإستدلال بالدليلين (الآية والروايات)

هذا إشكال آخر في سياق الإشكال المتقدم نفسه، أعني: كون النسبة بين الدليلين والمدعى (مذهب المشهور) عموم وخصوص من وجه. وحاصل هذا الوجه، هو وجود الافتراق بين مقتضى الدليلين ومذهب المشهور؛ حيث مقتضى الدليلين ضمان المثلي بالقيمة، على عكس ما يذهب إليه المشهور من ضمان المثلي بالمثل.

ومثال ذلك:

أنه لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فإن مقتضى الدليلين عدم جواز إلزام المالك بالمثل حتى في حالة توفره ووجوده، بل له أن يرفض أخذه مطالباً بالقيمة، فيكون الأمر من ضمان المثل بالقيمة.

ولكن، كيف كان مقتضى الدليلين ضمان المثل حتى في حالة توفره بالقيمة؟

والجواب: قلنا: إن الدليلين يقتضيان الضمان بالمثل، ولكن ليس المثل باعتبار المشهور، أي: ليس بما يعتبره المشهور مثلاً أو مثلياً، بل باعتبار العرف، وهو الحاكم باعتبار المماثلة لا في الحقيقة (الصورة) وحسب، بل - كما تقدم - باعتبار المالية أيضاً، فإذا كانت الصورة موجودة متوفرة ولكن ماليتها هبطت هبوطاً فاحشاً، فإن هذا المثل المتوفر لن يكون هو المثل المطلوب عرفاً بمقتضى الدليلين، فينتقل

فاحشا^(١)، فمقتضى ذلك^(٢) عدم وجوب^(٣) إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضاءهما اعتبار المماثلة في الحقيقة^(٤) والمالية^(٥)، مع أن المشهور - كما يظهر من

الضمان إلى القيمة. هذا بمقتضى الدليلين.

وما تقدم من مقتضى الدليلين مخالف تماما لمذهب المشهور؛ إذ الظاهر من البعض أن للضامن أن يلزم المالك بالمثل حتى في هذه الحالة؛ إذ المثل المتوفر يبقى مثلا عند المشهور حتى مع هبوط القيمة وتنزلها تنزلا فاحشا، وليس للمالك على الضامن إلا المثل، فله أن يلزمه بأخذه خلافا لمقتضى الدليلين، فيكون المورد مما يحكم الدليلان فيه بالقيمة في المثلي، خلافا للمشهور الذي يبقى حاكما بالمثل فيه. بل ربما احتمل جواز دفع المثل على المشهور حتى في حالة سقوط المثل من القيمة بالكلية؛ نفس العلة المتقدمة؛ إذ يبقى «مثلا» للتالف عند المشهور، وليس على الضامن إلا «المثل»، وهو متوفر وإن سقطت قيمته.

نحن نتكلم بناء على مذهب المشهور طبعاً، وإن كان الحق خلافه عند المصنف تثق؛ إذ مع السقوط عن القيمة كيف توجد حقيقة «الضمان» والغرامة؟! وهل يتحقق ذلك مع كون المعطى ضماناً لا يسوى أي شيء؟!!

(١) لا قليلاً غير معتد به عرفاً بحيث يعتبر التنزل طبيعياً؛ إذ يبقى المثل في هذه الحالة «مثلاً» عرفاً، فيدفع للمالك بمقتضى الدليلين، وهو ما سيتفق حينها مع مذهب المشهور القائل بدفع هذا المثل أيضاً.

(٢) أي: مقتضى ما تقدم من الدليلين.

(٣) الصواب «الجواز» بدل «الوجوب»؛ إذ الكلام في أنه يجوز للضامن إلزام

المالك بالمثل أم لا، لا في وجوب إلزامه له كما لا يخفى.

(٤) الصورة.

(٥) لا مجرد الصورة والحقيقة.

بعض^(١) - إلزامه به^(٢)، وإن قوى خلافه بعض^(٣)، بل ربما احتّمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة بالكلية^(٤)، وإن كان الحق خلافه^(٥).

فتبين^(٦): أن النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآية عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين ولا يضمن به عند المشهور، كما في المثاليين المتقدمين^(٧)، وقد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث^(٨)، وقد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة^(٩).

(١) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢، والجواهر ٣٧: ٩٩.

(٢) أي: إلزام المالك بالمثل.

(٣) قواه الشهيد قدس سره في الدروس ٣: ١١٣، ولكنه فيما لو خرج المثلي

عن القيمة.

(٤) احتمله العلامة في القواعد ١: ٢٠٤.

(٥) والانتقال إلى القيمة في حالة سقوطه عن القيمة بالكلية.

(٦) نتيجة إشكال المصنف على الدليلين (الروايات والآية الشريفة)

بعد أن تبين ما سقناه من أمثلة للتصادم بين مقتضى الدليلين ومذهب المشهور،

يتبين أن النسبة بينهما هي العموم والخصوص من وجه، وهو ما تقدم توضيحه،

فلا يصح التمسك بالدليلين في المقام.

(٧) إتلاف الذراع من الكرباس وإتلاف العبد، المتقدمين.

(٨) وهو مثال هبوط قيمة المثل عن قيمة التالف هبوطاً فاحشاً.

(٩) كما لو وجد المثل وكان مثلاً عند العرف والمشهور، كما في المثال الأخير،

الأخير، لو افترضنا عدم تنزل القيمة تنزلاً فاحشاً.

ثم^(١) إن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه لا يجدي

(١) رجوع إلى الطريقة الفنية للإستنباط

لا ننسى أننا في مقام استنباط حكم الضمان، وتشخيص الموقف مما ذهب إليه المشهور من أن التالف المقبوض بالعقد الفاسد لو كان مثليا، فإنه يضمن بالمثل. وما قمنا به إلى الآن، هو أننا نحنا الأصل العملي الجاري في المسألة، فقلنا: إنه أصالة تخير المالك لا الضامن، ولا تعين المثل كما ذهب إليه المشهور. ثم انتقلنا من هناك إلى المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط؛ حيث البحث عن عمومات وإطلاقات خلاف مقتضى الأصل العملي تثبت مدعى المشهور، وهو تعين المثل، فطرحنا هنا الدليلين المتقدمين، من الإطلاق المقامي للروايات، ومن الآية الشريفة؛ حيث تبين عدم وفائهما بمقالة المشهور؛ إذ اتضح أن النسبة بين مقتضاهما ومذهب المشهور هي العموم والخصوص من وجه. وعلى هذا، فلا دليل مطلق أو عام في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط يثبت مذهب المشهور، ما يعني انتقال البحث إلى المرحلة الثالثة من مراحل عملية الإستنباط؛ حيث البحث عن دليل مقيد أو مخصص للإطلاقات والعمومات المثبتة لمذهب المشهور على فرض وجودها، وقد اتضح أنها غير موجودة.

وبعد المرحلة المرحلة الثالثة تأتي الرابعة، حيث البحث عن دليل خاص على ضمان المثلي بالمثل كما هو مذهب المشهور، وهنا، يأتي دور ما تقدم أول المسألة التي نحن فيها، وهو الإجماع على أن التالف لو كان مثليا فإنه يضمن بالمثل، وهذا الإجماع سيكون المقيد والمخصص للعمومات والإطلاقات التي ذكرناها في المرحلة الثانية، والتي كان مقتضاها ما تقدم خلافا للمشهور، لتكون النتيجة - بركة

الإجماع محل الكلام - ضمان المثلي بالمثل.

وعلى هذا، فالنتيجة التي نصل إليها بعد البحث الطويل والجهد الشاق، هي ما تقدم، من ضمان المثلي بالمثل.

وكان المفروض أن تنتهي مسألتنا عند هذا الحد؛ إذ وصلنا إلى ما كنا نبحث عنه من جواب للسؤال المطروح في محطة البحث الحالية، إلا أن المصنف قدّم لم يقف عند ذلك، فتعرض لما هو خارج السؤال المطروح هنا، فطرح سؤالين آخرين هنا، وهما:

الأول: ما حكم ضمان ما أجمع على كونه قيمياً؟

الثاني: ما حكم ضمان ما شك في كونه مثلياً أو قيمياً؟

ومن الواضح: أن الجواب على السؤالين مالتقدمين يجب أن يكون طبق الطريقة الفنية للإستنباط أيضاً، فما هو مقتضى هذه الطريقة فيهما؟
والجواب:

أولاً: جواب السؤال الأول: ما حكم ضمان ما أجمع على كونه قيمياً؟

أما بالنسبة إلى السؤال الأول، فيجب الرجوع إلى الطريقة الفنية للإستنباط فيه كما قلنا، وهنا نقول:

مقتضى الأصل العملي كما تقدم هو تخير المالك حتى في ما لو كان التالف قيمياً؛ إذ لا فرق من هذه الناحية بين ما كنا نتكلم عنه في عملية الإستنباط المتقدمة، أعني: إستنباط حكم التالف في ما لو كان مثلياً، وبين ما نحن فيه الآن، وهو كون التالف قيمياً، فلو كنا نحن والأصل العملي، لكان الموقف تخير المالك أيضاً لا ما هو مقتضى الإجماع من تعيين القيمة في القيمي.

هذا هو مقتضى الأصل الجاري في المرحلة الأولى من مراحل عملية الإستنباط،

ليأتي بعد ذلك ما تقدم من إطلاقات وعمومات الدليلين اللذين ذكرناهما في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط في المثلي بلا أي فرق، ولو كنا نحن ومقتضى الدليلين، لكان الموقف خلاف الإجماع أيضاً؛ وبعبارة أخرى: لا يصلح الدليلان مستندا لإثبات تعين القيمة في القيمي كما اتضح مما تقدم.

وأما الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة في ما نحن فيه، فهو كأخيه الإجماع على تعين المثل في المثلي، دليل محرز جار في المرحلة الرابعة من مراحل عملية الاستنباط.

ولو تأملنا في ما تقدم إلى الآن، لكان جواب السؤال الأول المطروح هنا، هو: لو كان التالف قيمياً، فإن الضمان بالقيمة؛ ببركة الإجماع أيضاً، فيما لو فرض قيام إجماع في المقام طبعاً، وإلا، كنا على مقتضى الدليلين كما تقدم.

ثانياً: جواب السؤال الثاني: ما حكم ضمان ما شك في كونه مثلياً أو قيمياً؟

وأما جواب هذا السؤال الثاني، فقد اتضح مما تقدم في جواب السؤالين المتقدمين - أعني: السؤال المطروح في المحطة التي نحن فيها، وهو الباحث عن حكم ضمان التالف المجمع على كونه مثلياً، والسؤال الأول الذي تقدم قبل قليل، وهو الباحث عن حكم ضمان ما أجمع على كونه قيمياً - حيث تبين بذلك أن الفتوى يجب أن تكون على طبق مقتضى الدليلين المتقدمي الذكر في المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط؛ إذ ما خرج عن ذلك إنما هو مقتضى الإجماعين المتقدمين، الإجماع على أن المثلي يضمن بالمثل، والإجماع على أن القيمي يضمن بالقيمة.

ومن الواضح: أن الإجماع لا يكون حجة إلا بالمقدار المتيقن دخوله فيه، أ: المقدار المتيقن من معقده، ومن الواضح أنه في ما نحن فيه ما أجمع على كونه

بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق وعموم الآية، بناء على ما هو الحق المحقق: من أن العام المخصص بالمجمل مفهوما، المتردد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك.

فحاصل الكلام^(١): أن ما أجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل، مع مراعاة

مثليا بالنسبة إلى الإجماع الأول، وما أجمع على كونه قيميا بالنسبة إلى الإجماع الثاني، وأما ما لم يجمع على كونه من هذا أو ذلك، فإنه لا يزال باقيا على مقتضى الدليل العام المطلق الذي كان عاملا في المرحلة المتقدمة، أي: المرحلة الثانية من مراحل عملية الاستنباط؛ بناء على ما هو الحق المحقق: من أن العام المطلق (وهو الدليلان: الإطلاق المقامي للروايات والآية الشريفة)، المخصص بالمجمل مفهوما (وهو الإجماع على أن المثلي يضمن بالمثل، والإجماع على أن القيمي يضمن بالقيمة)، المتردد (هذا المجمل) بين الأقل والأكثر (الأقل هو المقدار المتيقن دخوله في الإجماع، والأكثر ضم ما شك في كونه مثليا أو قيميا إلى ذلك المقدار المتيقن)، لا يخرج (العام المطلق) عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك، وهو ما شكنا في كونه مثليا خارجا بالإجماع الأول، أم قيميا خارجا بالإجماع الثاني.

والنتيجة بالنسبة إلى ما شك في كونه مثليا أم قيميا: العمل بمقتضى الدليلين.

(١) حاصل الكلام في المسألة (اجوبة الأسئلة الثلاثة المطروحة في ما نحن فيه)

ومن الجميل أن يضع المصنف نكتة يدنا على حاصل جميع ما تقدم من البحث في ما نحن فيه، أي: حاصل أجوبة الأسئلة الثلاثة التي طرحها في هذه المحطة، والحاصل هو ثلاثة أمور، باعتبار أن الأسئلة التي طرحناها في ما نحن ثلاثة كما

اتضح بالتفصيل:

أولاً: حكم ما أجمع على كونه مثلياً

أما ما أجمع على كونه مثلياً، فحكمه - كما تقدم بالتفصيل - أنه يضمن بالمثل. مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات، وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف؛ وذلك لعنصرين جديدين يضافان إلى عملية الإستنباط هنا، وهما: الإجماع على إهمال ضمان المثل بالمثل مطلقاً. أي: حتى في حالة نقصان القيمة المتقدم الذكر، وبعبارة أخرى: قيام الإجماع على إهمال التفاوت.

وينبغي أن تلتفت هنا إلى أننا نستدل على الإهمال المزبور بإجماع جديد لا بالإجماع المتقدم على ضمان المثلي بالمثل؛ إذ أن الإجماع - كما قلنا - دليل لبي لا إطلاق فيه.

هذا هو العنصر الأول الجديد في عملية الإستنباط، وأما العنصر الثاني، فهو مجموعة من الأخبار الواردة في إهمال التفاوت المزبور، وهي ما ورد من أخبار في أن الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطها السلطان وروح غيرها، هو الدراهم الأولى لا قيمتها وما قابلها من الدراهم الجديدة.

ثانياً: حكم ما أجمع على كونه قيمياً

وأما ما أجمع على كونه قيمياً، فإنه يضمن بالقيمة - بناء على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك - وإن وجد مثله، أو كان مثله في ذمة الضامن بنظر العرف.

ثالثاً: حكم ما شك في كونه مثلياً أو قيمياً

وأما ما شك في كونه قيمياً أو مثلياً، فقد قلنا بأنه يعمل فيه بمقتضى الدليلين العامين في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط، فمع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، فإنه يلحق بالمثلي عند المشهور؛ إذ قلنا باتحاد الحكم في هذه

الصفات التي تختلف بها الرغبات، وإن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف^(١)، بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت، مضافا إلى الخبر^(٢) الوارد في أن الثابت في ذمة من اقترض دراهم وأسقطها السلطان وروح غيرها، هي الدراهم الأولى^(٣).

وما أجمع على كونه قيميا، يضمن بالقيمة - بناء على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك^(٤) - وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمة الضامن^(٥).

وما شك في كونه قيميا أو مثليا^(٦)، يلحق بالمثلي^(٧)، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف^(٨)، ومع الإختلاف^(٩)، ألحق بالقيمي^(١٠)، فتأمل^(١١).

الحالة بين المشهور ومقتضى الدليلين، وأما مع الإختلاف الفاحش، فقد قلنا أن العمل بمقتضى الدليلين أيضا بعد عدم إجماع على خلاف ذلك، ما يعني أنه لا بد أن يلحق بالقيمي كما تقدم بالتفصيل.

(١) إذ هو مثلي بنظر العرف يجب دفع مثله على الرغم من نقصان قيمته.

(٢) المقصود الجنس؛ فإن الوارد مجموعة من الأخبار وليس خيرا واحدا.

(٣) الوسائل ١٢: ٤٨٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

(٤) في الأمر السابع إن شاء الله.

(٥) للإجماع المقيد والمخصص لمقتضى الدليلين العامين في المرحلة الثانية.

(٦) فيعمل فيه بمقتضى الدليلين بعد عدم المخصص والمقيد.

(٧) عند المشهور، أي: يعمل فيه كما يعمل في المثلي بنظر المشهور.

(٨) اختلافا فاحشا.

(٩) اختلافا فاحشا.

(١٠) كما تقدم بالتفصيل في الشرح.

(١١) لعله إشارة إلى أن العنصرين الأخيرين اللذين أضفناهما إلى عملية

الإستنباط يقتضيان خلاف ذلك، وإليك التفصيل:

لو رجعت إلى ما تقدم في بيان الحاصل، لوجدت أننا أضفنا عنصرين جديدين إلى عملية الإستنباط في ما نحن فيه، وهما: الإجماع على إهمال التفاوت والأخبار الواردة في ذلك الإهمال أيضا، وهذان يمكن أن يؤثرتا على النتيجة النهائية في ما نحن فيه؛ إذ هما دليلان محرزان على خلاف ما أسمىناه بمقتضى الدليلين العامة في المرحلة الثانية من مراحل عملية الإستنباط؛ حيث يقيدان ويخصصان تلكما الدليلان، ما يعني أن النتيجة ستكون ثبوت المثل في المثلي حتى في حالة اختلاف القيمة حتى في ما شك في كونه مثليا أم قيما، ما يعني بالتبع أن ما شك في كونه مثليا أم قيما هو الإلحاق بالمثلي مطلقا.

إلا أن ما يضعف الفكرة المتقدمة، هو أن العنصرين المتقدمي الذكر هما عنصران واردان في ما عقد الإجماع على كونه مثليا، وما نحن فيه هو ما شك في كونه مثليا أو قيما، ما يعني أجنبية العنصرين عن محل الكلام.

من الواضح أننا لو شككنا في شمول الإجماع على الإهمال لما نحن فيه، فإن الموقف هو عدم الشمول؛ إذ الإجماع دليل لبي لا إطلاق فيه كما تقدم.

وأما الأخبار، فهي واردة في المثلي، فتسريتها إلى المشكوك كونه مثليا يحتاج إلى دليل كما نعرف، إلا أن تكون مطلقة شاملة لكل نقصان في القيمة.

إلهي، وسيدي، ومولاي، وربّي، أحمدك، وأشكرك، على قدرّي؛ أنا القليل الجاهل، متشفعا بأحبابك، محمد وآل محمد عليهم السلام.

اللهم، أنت كما أحب، فاجعلني كما تحب.

فهرست الموضوعات

فهرست الموضوعات

إعتبار العربية في العقد

- ٧..... تمهيد منهجي تعليمي تعليمي في نقاط.....
- ٧..... النقطة الأولى: بيان محل الكلام والسؤال المطروح فيه.....
- ٨..... النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذه المسألة.....
- ٩..... النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام.....
- ١١..... الخطوة الأولى: ثلاثة أدلة على ما ادعى من إعتبار العربية في العقد وردها.....
- ١١..... الدليل الأول المدعى على إعتبار العربية: التأسى.....
- ١١..... النقطة الأولى: تقريب الإستدلال بالدليل.....
- ١٢..... النقطة الثانية: موقع هذا الدليل من مراحل الطريقة الفنية للإستنباط.....
- ١٣..... النقطة الثالثة: الموقف من دليل التأسى.....
- ١٥..... الدليل الثاني المدعى على إعتبار العربية: الأولوية.....
- ١٥..... النقطة الأولى: تقريب الإستدلال بالدليل.....
- ١٥..... النقطة الثانية: موقع هذا الدليل من مراحل الطريقة الفنية للإستنباط.....
- ١٦..... النقطة الثالثة: الموقف من دليل الأولوية.....
- ١٦..... الدليل الثالث المدعى على إعتبار العربية: عدم صدق العقد على غير العربي.....
- ١٧..... النقطة الأولى: تقريب الإستدلال بالدليل.....
- ١٧..... النقطة الثانية: موقع هذا الدليل من مراحل الطريقة الفنية للإستنباط.....
- ١٨..... النقطة الثالثة: الموقف من الدليل الثالث.....
- ١٩..... الخطوة الثانية: نتيجة البحث: الأقوى عدم إعتبار العربية.....
- ٢٠..... الخطوة الثالثة: البحث في إعتبار اللحن لو بنينا على إشتراط العربية.....

٤٩٠ نيل المآرب في شرح المكاسب: ج ٨

- ٢٠ النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث
- ٢١ النقطة الثانية: بناء البحث على اعتبار العربية
- ٢١ النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام
- ٢٢ النقطة الرابعة: الموقف من الإستدلال المتقدم
- ٢٢ النقطة الخامسة: اختصاص البطلان بدليل الأصل
- ٢٤ النقطة السادسة: تفصيل فخر الدين في المقام
- ٢٦ النقطة السابعة: موقف المصنف في المقام
- ٢٧ إعتبار عربية جميع أجزاء الإيجاب والقبول
- ٢٨ الطريقة الفنية للإستنباط في المقام
- ٢٩ الأقوى إعتبار جميع أجزاء الصيغة
- ٣٢ هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ؟
- ٣٢ تمهيد منهجي في نقاط
- ٣٢ النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث والسؤال المطروح فيها
- ٣٣ النقطة الثانية: عدم اختصاص المسألة بإعتبار العربية
- ٣٣ النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام
- ٣٨ في تعين الإحتياط في التفاصيل الدقيقة نظر

البحث في إعتبار الماضوية في العقد

- ٤١ النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث ومحلّه والسؤال الفرعي فيه
- ٤٢ النقطة الثانية: خطوات المصنف في المسألة
- ٤١ النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام
- ٤٨ أدلة القول بعدم الإشتراط

البحث في اشتراط الترتيب بين الإيجاب والقبول

- النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث ومحلّه والسؤال الفرعي فيه ٥١
- النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف ٥٢
- النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام ٥٥
- المقام الأول: حكم الترتيب بين الإيجاب والقبول في البيع (الخطوة الأولى)..... ٥٧
- الخطوة الثانية: ذكر الرأي الثاني في المسألة، مع أدلته ٦٠
- الخطوة الثالثة: ما يقتضيه التحقيق في المسألة ٦٤
- حكم تقديم الصنف الأول من ألفاظ القبول: «قبلت» و «رضيت» ٦٥
- الدليل الأول: الإجماع ٦٥
- الدليل الثاني على عدم جواز التقديم في هذا الصنف ٦٦
- الدليل الثالث على عدم جواز التقديم في هذا الصنف ٦٦
- المرحلة الأولى: تشخيص حقيقة «القبول» الذي هو ركن العقد ٦٧
- المرحلة الثانية: حقيقة الصنف الأول من ألفاظ القبول ٦٩
- نتيجة المرحلتين ٧٠
- فساد ما حكى عن بعض المحققين في رد دليل التبعية والفرعية ٧١
- وجه فساد الإشكال المتقدم ٧٤
- حكم تقديم الصنف الثاني من ألفاظ القبول: القبول بلفظ الأمر ٧٥
- تضعيف الإجماع على صحة التقديم في ما نحن فيه ٧٦
- إبطال الإستدلال بفحوى روايات النكاح في ما نحن فيه ٧٧
- الأول: منع دلالة روايات النكاح على جواز تقديم القبول على الإيجاب ٧٧
- الثاني: عدم الفحوى في المقام ٧٩
- نسبة القول بجواز التقديم إلى كل من جوز تقديم القبول بقول مطلق ٨٣

- ٨٦ دليل آخر على عدم جواز تقديم القبول بلفظ الأمر
- ٨٧ إبتناء المنع من تقديم القبول بصيغة الأمر على المشهور بين الأصحاب
- ٩١ حكم تقديم الصنف الثالث: «اشترت»، أو «ابتعت»، أو «تملكت»، أو
- ٩٤ شاهد على صحة ما ادعيناه في المقام
- ٩٦ الإشكال الثاني على صحة تقديم القبول في الصنف الثالث
- ٩٩ جواب الإشكال المتقدم
- ١٠٠ الإشكال الثالث على جواز التقديم في هذا الصنف الثالث
- ١٠٣ الإشكال الرابع على صحة تقديم القبول في الصنف الثالث
- ١٠٣ نتيجة البحث في هذا الصنف الثالث: الجواز لا يخلو عن إشكال
- ١٠٤ المقام الثاني: حكم الترتيب بين الإيجاب والقبول في غير البيع
- ١٠٤ الخطوة الأولى: ما يؤدي قبوله بإنشاء مستقل
- ١٠٥ الخطوة الثانية: ما لا إنشاء في قبوله إلا «قبلت» أو ما يتضمنه
- ١٠٥ النقطة الأولى: تصوير إمكان التقديم في ما نحن فيه
- ١٠٦ النقطة الثانية: رد التصوير المتقدم
- ١٠٨ الخطوة الثالثة: الهبة والقرض والمصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك
- ١٠٨ الخطوة الرابعة: المصالحة المشتملة على المعاوضة
- ١٠٩ النقطة الأولى: المطلوب من المتصلحين
- ١١٠ النقطة الثانية: الإجماع على توقف العقد على القبول
- ١١٠ نتيجة الموقف من تقديم قبول الصلح المعوضي
- ١١١ الخطوة الخامسة: تلخيص الموقف من جميع العقود
- ١١٢ الخطوة الأخيرة: الإشارة إلى أن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزامه

البحث في اشتراط الموالاتة بين الإيجاب والقبول

- النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الفرعي فيه..... ١١٥
- النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف..... ١١٦
- النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام..... ١١٧
- الخطوة الأولى: ذكر بعض من ذهب إلى اشتراط الموالاتة..... ١١٩
- الخطوة الثانية: نقل ما تمسك به الشهيد لاعتبار الموالاتة..... ١٢١
- مأخذ القول بلزوم الموالاتة بين الإيجاب والقبول عند الشهيد..... ١٢١
- الخطوة الثالثة: توضيح كلام الشهيد وما استدل به من قبل المصنف..... ١٣٣
- الخطوة الرابعة: مناقشة المصنف في ما ذكره الشهيد..... ١٢٥
- الإشكال الأول على العلامة في المقام..... ١٢٥
- الإشكال الثاني على الشهيد في المقام..... ١٢٧
- توجيه آخر بعيد لكلام الشهيد..... ١٢٨
- الإشكال الثالث على الشهيد في المقام..... ١٣٠
- الخطوة الخامسة: ذكر المعيار في الموالاتة المعتبرة، وأنه العرف..... ١٣٢
- الخطوة السادسة: توضيح الموقف من رواية سهل الساعدي..... ١٣٢

البحث في اشتراط التنجيز في العقد

- النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الفرعي فيه..... ١٣٧
- النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف..... ١٣٨
- النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام..... ١٣٩
- الخطوة الأولى: بيان المقصود باشتراط التنجيز..... ١٤٢

- ١٤٢ الحالة الأولى: التعليق في الإنشاء
- ١٤٣ الحالة الثانية: التعليق في متعلق العقد
- ١٤٣ الحالة الثالثة: التعليق في ترتب الأثر الشرعي على العقد
- ١٤٣ الحالة الرابعة: التعليق في المنشأ (العقد)
- ١٤٤ الخطوة الثانية: ذكر بعض من ذهب إلى اشتراط التنجيز، والإجماع عليه
- ١٤٨ الخطوة الثالثة: وجه ما أجمع عليه من اشتراط التنجيز عند الأصحاب
- ١٥٤ الخطوة الرابعة: تفصيل الكلام في المقام من قبل المصنف
- ١٥٧ حكم معلوم الحصول حين العقد
- ١٥٨ حكم معلوم الحصول في المستقبل
- ١٥٩ حكم مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع
- ١٥٩ حكم مشكوك الحصول وكانت صحة العقد معلقة عليه في الواقع
- ١٦٦ الخطوة الخامسة: في ضعف ما ذكر من وجوه لبطلان غير الإجماع
- ١٦٧ الوجه الأول المتوهم على بطلان التعليق
- ١٦٩ الوجه الثاني المتوهم على بطلان التعليق
- ١٧٨ الوجه الثالث المتوهم على بطلان التعليق
- ١٧٩ الخطوة السادسة: عرض النتيجة النهائية للبحث في المقام
- ١٧٩ الخطوة السابعة: توضيح أن التعليق القادح إنما هو تعليق الإنشاء

البحث في اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول

- ١٨٩ النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحله، والسؤال الفرعي فيه
- ١٩٠ النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف
- ١٩١ النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

- الخطوة الأولى: بيان المقصود بالتطابق بين الإيجاب والقبول ١٩٣
- الخطوة الثانية: ذكر الوجه في اشتراط التطابق بين الإيجاب والقبول..... ١٩٤
- الخطوة الثالثة: تشخيص الموقف من بعض حالات الإيجاب والقبول ١٩٦

البحث في اعتبار أهلية المتعاقدين حال العقد

- النقطة الأولى: تذكير بالخطوط العامة للبحث، ومحلّه، والسؤال الفرعي فيه..... ٢٠٠
- النقطة الثانية: خطوات المصنف في هذا الموقف ٢٠١
- النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام ٢٠٢
- الخطوة الأولى: بيان المقصود بشرط الأهلية في المقام..... ٢٠٢
- الخطوة الثانية: شقا المسألة، والموقف من كل منهما، ووجه ذلك الموقف ٢٠٣
- الخطوة الثالثة: الموقف من إشكال جواز لحوق الرضا لعقد المكره ٢٠٨

فرع: في اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة

- تمهيد منهجي لازم في نقاط ٢١٣
- النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث، والسؤال المطروح فيها..... ٢١٣
- النقطة الثانية: خطوات المصنف في المقام ٢١٤
- النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام ٢١٤
- الخطوة الأولى: بيان محل الكلام والسؤال المطروح فيه ٢١٧
- الخطوة الثانية: بيان الوجوه الثلاثة المتصورة في المقام ٢١٧
- الخطوة الثالثة: بيان مبنى كل من الوجهين الأول والثاني ٢١٨
- الخطوة الرابعة: التنبية على أن الوجوه الثلاثة المتقدمة إنما هي لما إذا كان بطلان العقد مستندا إلى فعل الآخر فقط، وإلا، كان الحكم البطلان ٢٢١

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

- تمهيد منهجي تعليمي تعليمي في نقاط..... ٢٢٤
- النقطة الأولى: بيان المسألة محل البحث، والسؤال الأصلي فيها..... ٢٢٤
- النقطة الثانية: محطات البحث في المقام، والأسئلة الفرعية المطروحة فيها..... ٢٢٥
- النقطة الثالثة: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام..... ٢٢٨
- ما قبل المحطة الأولى..... ٢٢٨٥
- المحطة الأولى: ضمان المقبوض بالعقد الفاسد..... ٢٣٠
- الدليل الأول على الضمان: الإجماع..... ٢٣٤
- الدليل الثاني: النبوي المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»..... ٢٣٥
- الدليل الثالث: ما ورد في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدت.... ٢٤١
- الدليل الرابع: قاعدة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا...»..... ٢٤٥
- النقطة الأولى: خطوات المصنف للبحث في القاعدة، والأسئلة المطروحة فيها.. ٢٤٥
- الخطوة الأولى: البحث في تاريخ القاعدة..... ٢٤٦
- الخطوة الثانية: البحث في العقد الإيجابي للقاعدة..... ٢٤٦
- الموقف الأول: بيان معاني ألفاظ القاعدة..... ٢٤٦
- الموقف الثاني: في مدرك أصل القاعدة ومستندها..... ٢٤٧
- الموقف الثالث: في تشخيص سعة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد..... ٢٤٨
- الخطوة الثالثة: البحث في العقد السلبي للقاعدة..... ٢٤٨
- النقطة الثانية: المنهج الفني للبحث في القواعد الفقهية، وتوجيه بحث المصنف رحمته في تشخيص المراد بالقاعدة..... ٢٤٩
- المرحلة الأولى: البحث في ثبوت القاعدة وصياغاتها وألفاظها المختلفة..... ٢٥٠
- المرحلة الثانية: البحث في مفاد القاعدة والمراد منها..... ٢٥١

٤٩٧	فهرست الموضوعات
٢٥٢	المرحلة الثالثة: البحث في مدارك القاعدة ومستنداتها
٢٥٢	المرحلة الرابعة: البحث في تطبيقات القاعدة
٢٥٣	المرحلة الخامسة: البحث في بعض مستنثيات القاعدة
٢٥٥	الخطوة الأولى: البحث في تاريخ القاعدة
٢٥٥	نسبة القاعدة إلى الشيخ الطوسي <small>تذت</small> (من القدماء)
٢٥٥	أولاً: العقد الإيجابي للقاعدة
٢٥٧	ثانياً: العقد السلبي للقاعدة
٢٥٧	تأمل الشهيد الثاني <small>تذت</small> في أصل القاعدة، وخرقه للإجماع عليها
٢٥٨	الخطوة الثانية: البحث في العقد الإيجابي للقاعدة
٢٥٨	الموقف الأول: بيان معاني ألفاظ القاعدة (العقد الإيجابي)
٢٥٨	البحث الأول: في المراد من كلمة «العقد»، وشمولها للعقد الجائز واللازم
٢٥٩	البحث الثاني: في معني الضمان في قولهم: «ما يضمن»
٢٦٨	البحث الثالث: تشخيص اللحاظ المأخوذ في عموم «كل عقد»
٢٦٩	أولاً: تذكير بأساس فني تقدم
٢٧٠	ثانياً: شمول البحث للعقد السلبي للقاعدة
٢٧٠	ثالثاً: العقود أنواع وأصناف وأفراد
٢٧٢	رابعاً: بيان العموم بلحاظ كل واحد من العمومات الثلاثة المتقدمة
٢٧٢	١- العموم بلحاظ النوع
٢٧٣	٢- العموم بلحاظ الصنف
٢٧٣	٣- العموم بلحاظ الفرد
٢٧٣	خامساً: تشخيص العموم المأخوذ في ما نحن فيه (العموم بلحاظ الصنف)
٢٧٤	١- عدم إرادة العموم بلحاظ النوع

٤٨٨ نيل المآرب في شرح المكاسب: ج ٨
٢٧٤	٢- عدم إرادة العموم بلحاظ الفرد.....
٢٧٨	الإشكال على المصنف في إرادة الصنف في القاعدة.....
٢٨٠	البحث الرابع: تشخيص المراد من الإقتضاء الوارد في القاعدة.....
٢٨٤	المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه.....
٢٨٨	البحث الخامس: في تشخيص المراد بالباء في قولهم: «بصحيحه»، فهل هي سببية أم ظرفية؟.....
٢٨٨	أولاً: بيان محل الكلام والسؤال الفرعي المطروح فيه.....
٢٨٩	ثانياً: الغرض من عقد الكلام في هذا الفرع.....
٢٨٩	ثالثاً: في الباء الواردة في القاعدة احتمالات ثلاثة.....
٢٩٠	رابعاً: الفارق العملي بين الإحتمالات الثلاثة.....
٢٩٢	خامساً: بطلان كون الباء للسببية التامة.....
٢٩٣	سادساً: بطلان إرادة الظرفية.....
٢٩٣	سابعاً: بطلان توهمين في المقام.....
٢٩٣	التوهم الأول: سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد.....
٢٩٣	بطلان التوهم الأول.....
٢٩٤	التوهم الثاني: السببية الناقصة خلاف ظاهر القاعدة.....
٢٩٤	بطلان التوهم.....
٢٩٤	ثامناً: الثمرة النهائية لهذا الفرع والسؤال الفرعي فيه.....
٢٩٨	الموقف الثاني من مواقف الخطوة الثانية: مدرك أصل القاعدة ومستندها.....
٢٩٨	الدليل الأول: إقدام المتعاملين على الضمان (قاعدة الإقدام).....
٢٩٩	تبعية الشهيد الثاني في استدلاله بالإقدام للشيخ في المبسوط.....
٣٠٠	مناقشة المصنف بتدريج للدليل الأول (قاعدة الإقدام).....

- ٣٠٠ الرد الأول: عدم كون العقد الفاسد من صغريات قاعدة الإقدام
- ٣٠٤ الرد الثاني: النسبة بين قاعدة الإقدام والمدعى العموم والخصوص من وجه
- ٣٠٧ الرد الثالث للمصنف رحمته: قاعدة الإقدام بنفسها مدعى يحتاج إلى دليل
- ٣٠٧ الدليل الثاني: قاعدة اليد
- ٣٠٧ الموقف الثاني من مواقف الخطوة الثانية: مدرك أصل القاعدة ومستندها
- ٣٠٨ أولاً: تقريب الاستدلال بقاعدة اليد في ما نحن فيه
- ٣٠٩ ثانياً: الموقف الفني من الاستدلال بقاعدة على اليد على قاعدة «ما يضمن...»
- ٣١٠ الدليل الثالث: قاعدة الإحترام
- ٣١٠ أولاً: حقيقة قاعدة الإحترام واصطياها من ثلاثة أنواع من الروايات
- ٣١٠ الأولي: ما دل على عدم حلية مال المسلم إلا عن طيب نفسه
- ٣١١ الثانية: ما دل على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه
- ٣١١ الثالثة: ما دل على عدم صلاحية ذهاب حق أحد
- ٣١١ ثانياً: تقريب الاستدلال بقاعدة الإحترام على قاعدة «ما يضمن...»
- ٣١٢ ثالثاً: الموقف الفني من الاستدلال بقاعدة الإحترام على قاعدة «ما يضمن...»
- ٣١٢ الدليل الرابع: قاعدة نفي الضرر
- ٣١٣ أولاً: توضيح القاعدة ومستنداتها
- ٣١٤ ثانياً: تقريب الاستدلال بالقاعدة في المقام
- ٣١٤ ثالثاً: الموقف من الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على قاعدة «ما يضمن...»
- ٣١٨ بحث في بعض الأعمال المضمونة
- ٣١٩ الطريقة الفنية للإستنباط في المقام
- ٣٢٣ الموقف الثالث: في تشخيص سعة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
- ٣٢٤ الطريقة الفنية للإستنباط في المقام

- ٥٠٠..... نيل المآرب في شرح المكاسب: ج ٨
- ٣٣٠..... الخطوة الثالثة: البحث في العقد السلبي للقاعدة
- ٣٣٠..... الموقف الأول: تشخيص المراد من القاعدة
- ٣٣٢..... مقتضى عكس القاعدة عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا
- ٣٣٨..... تدخل المصنف تثنؤً لتشخيص المفاد النهائي للعكس
- ٣٣٨..... أولا: الحكم بالضمان من باب التخصص
- ٣٤٠..... ثانيا: الحكم بالضمان من باب التخصيص
- ٣٤١..... العملية الثانية: البناء على الحكم بعدم ضمان العين المستأجرة
- ٣٤٢..... السؤال الأول: ما هو وجه عدم التخصص في المقام؟
- ٣٤٣..... السؤال الثاني: ما هو الوجه في عدم التخصص في المقام؟
- ٣٤٤..... السؤال الثالث: هل لا زلت - يا مصنفنا - على العهد الذي عاهدتنا عليه؟!.....
- ٣٤٧..... الموقف الثاني: موارد النقص على القاعدة
- ٣٤٨..... النقص الثاني: ضمان الصيد الذي استعاره المحرم
- ٣٥٢..... النقص الثالث: المنافع غير المستوفاة للمبيع فاسدا
- ٣٥٢..... النقص الرابع: حمل المبيع فاسدا
- ٣٥٧..... النقص الخامس: الشركة الفاسدة
- ٣٥٨..... الموقف الثالث: مدرك قاعدة «ما يضمن...»، ومستندها
- ٣٥٩..... الدليل الأول على قاعدة «ما لا يضمن...»: الأولوية
- ٣٥٩..... أولا: تقريب الاستدلال بالأولوية في المقام
- ٣٥٩..... الاستدلال بالأولوية يمر بمرحلتين
- ٣٥٩..... المرحلة الأولى: إثبات المساواة في عدم الضمان بين الصحيح والفاقد
- ٣٦٢..... المرحلة الثانية: بيان الزيادة من طرف عدم ثبوت الضمان في الفاسد
- ٣٦٣..... الإشكال على دليل الأولوية

فهرست الموضوعات..... ٥٠١

- المرحلة الأولى غير تامة عند المصنف تَدُّ ٣٦٣
- طريقة أخرى للهجوم على الإستدلال بالأولية ٣٦٤
- الفرق بين الهبة غير المعوضة، وبين العقود الأمانية التي لا ضمان فيها ٣٦٧

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

المحطة الثانية: وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد

- أولاً: بيان المسألة محل البحث والسؤال الفرعي المطروح فيها ٣٧١
- ثانياً: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام ٣٧١
- أولاً: وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فوراً ٣٧٥
- ثانياً: مؤونة الرد على القابض ٣٧٦
- عودة إلى عملية استنباط الحكم التكميلي ٣٧٩
- الذي يظهر من المبسوط عدم وجوب الرد فوراً ٣٨٢
- الموقف من المخالفين ٣٨٢

الثالث من الأمور المترتبة على عدم ملك المقبوض بالعقد الفاسد

ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد

- أولاً: بيان المسألة محل البحث، والأسئلة المطروحة فيها ٣٨٤
- ثانياً: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام ٣٨٥
- ١- الطريقة الفنية للإستنباط بالنسبة إلى ضمان المنافع المستوفاة ٣٨٥
- ٢- الطريقة الفنية للإستنباط بالنسبة إلى ضمان المنافع غير المستوفاة ٣٨٧
- المحطة الأولى: ضمان المنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد ٣٨٩
- الموقف الأول: المشهور هو الضمان، بل ظاهر السرائر الإجماع عليه ٣٨٩
- الموقف الثاني: الإستدلال على الضمان بحديث طيب النفس ٣٨٩

- الخطوة الأولى: فقه الحديث ومفاده ٣٩٠
- الخطوة الثانية: شمول الحديث للمنافع المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد ٣٩١
- الموقف الثالث: ابن حمزة: لا ضمان؛ لحديث «الخراج بالضمان» ٣٩٢
- تقريب الإستدلال بحديث «الخراج بالضمان» بحيث يثبت الضمان ٣٩٢
- الموقف الرابع: الإستدلال بحديث «الخراج بالضمان» غير تام سندا ودلالة ٣٩٤
- الإشكال على المصنف في توجيه رواية «الخراج بالضمان» ٣٩٥
- الإشكال على توجيه المصنف بتثني غير تام ٣٩٦
- حاصل رد الإستدلال برواية «الخراج بالضمان» ٣٩٦
- الموقف الخامس: رد إشكالين على استدلال ابن حمزة بالحديث ٣٩٨
- الإشكال الأول: الإشكال برواية الأمة المسروقة ٣٩٩
- رد الإشكال على ابن حمزة بروايات الأمة المسروقة ٤٠٠
- رد الإشكال على ابن حمزة بصحيفة أبي ولاد ٤٠١
- المحطة الثانية: ضمان المنافع غير المستوفاة للمقبوض بالعقد الفاسد ٤٠٤
- الموقف الأول: المشهور الضمان، بل ظاهر السرائر الإجماع عليه ٤٠٥
- الموقف الثاني: توجيه الضمان بقاعدة «على اليد» واحترام مال المسلم ورده ٤٠٥
- أولا: الإستدلال على الضمان بقاعدة اليد مع رده ٤٠٦
- ١- تقريب الإستدلال بقاعدة اليد على ضمان المنافع غير المستوفاة ٤٠٦
- ٢- رد الإستدلال بقاعدة اليد على ضمان المنافع غير المستوفاة ٤٠٦
- ثانيا: الإستدلال على الضمان بقاعدة الإحترام مع رده ٤٠٨
- ١- تقريب الإستدلال بقاعدة الإحترام على ضمان المنافع غير المستوفاة ٤٠٨
- ٢- رد الإستدلال بقاعدة الإحترام على ضمان المنافع غير المستوفاة ٤٠٩
- الإشكال على الإستدلال بقاعدة اليد في المقام، وقد تقدم ٤١٠

- ٤١٣..... الدليل الأول على عدم الضمان في المرحلة الثالثة لعملية الإستنباط
- ٤١٤..... الدليل الثاني على عدم الضمان في المرحلة الثالثة لعملية الإستنباط
- ٤١٥..... الموقف الرابع: الإعتراف بأن للتوقف في المسألة مجالاً، والأقوال فيها
- ٤١٧..... الموقف الخامس: القول بالضمان لا يخلو عن قوة بناء على قيام الإجماع

الرابع من الأمور المترتبة على عدم ملك المقبوض بالعقد الفاسد

وجوب ضمان المبيع المثلي لو تلف بالمثل والقيمي بالقيمة

- ٤٢٣..... المحطة الرابعة: وجوب ضمان المبيع المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة
- ٤٢٣..... أولاً: بيان محل البحث والسؤال الفرعي فيه
- ٤٢٣..... ثانياً: المحطات الفرعية في المقام
- ٤٢٥..... ثالثاً: الطريقة الفنية للإستنباط في المقام
- ٤٢٧..... المحطة الأولى: المبيع المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف، إن كان مثلياً، وجب مثله
- ٤٢٨..... المحطة الثانية: التعريف بالمثلي والمراد منه
- ٤٢٨..... الموقف الأول: التعريف المشهور للمثلي: ما تساوى أجزاؤه من حيث القيمة
- الموقف الثاني: المراد من جزأي التعريف: «الأجزاء»، و«التساوي من حيث القيمة»، مع بعض ما سترتب على ذلك من نتائج
- ٤٢٩..... توضيح الجزء الأول من تعريف المشهور للمثلي (الأجزاء)
- ٤٣٠..... توضيح الجزء الثاني من تعريف المشهور للمثلي (التساوي في القيمة)
- ٤٣١..... الموقف الثالث: بعض ما يمكن أن يشكل على التعريف والتخلص منه
- ٤٣٦..... الموقف الرابع: ذكر إشكالين تامين للمصنف على التعريف
- ٤٤١..... دفاع عن التعريف بعدم انتقاضه بما تقارب قيمته من القيميات
- ٤٤٢..... الموقف الخامس: التعرض إلى تعاريف أخرى للمثلي تعكس الخلاف فيه

- ٥٠٤..... نيل المآرب في شرح المكاسب: ج ٨
- ٤٤٣..... الموقف السادس: عدم حقيقة شرعية أو متشرعية للفظ «المثلي»، و.....
- ٤٤٥..... الموقف السابع: إعطاء النتيجة النهائية والموقف الختامي للبحث.....
- ٤٤٧..... المحطة الثالثة: ضمان ما شك في كونه مثليا أو قيميا.....
- ٤٤٨..... المسألة الأولى: البحث في أصل الحكم بضمان المثلي بالمثل.....
- ٤٥١..... التصوير الأول: الأصل تخيير الضامن لأصالة البراءة.....
- ٤٥٢..... التصوير الثاني: الأصل تخيير المالك؛ للإستصحاب بتعزيز من الدليل المحرز..
- ٤٥٥..... التصوير الثالث: الأصل تخيير المالك لأصالة الإشتغال.....
- ٤٥٦..... التصوير الرابع: الأصل تخيير الضامن للدوران بين المحذورين.....
- ٤٥٩..... المحطة الرابعة: التعرض إلى ما استدل به على ضمان المثلي بالمثل.....
- ٤٦٠..... الدليل الأول على ضمان المثلي بالمثل في المرحلة الثانية لعملية الإستنباط.....
- ٤٦٢..... الدليل الثاني على ضمان المثلي بالمثل في المرحلة الثانية لعملية الإستنباط.....
- ٤٦٣..... المناقشة الأولى في الإستدلال بالآية الشريفة ﴿فَمَنْ عَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾.....
- ٤٦٤..... المناقشة الثانية في الإستدلال بالآية الشريفة.....
- ٤٦٥..... رد المناقشة المتقدمة.....
- ٤٦٦..... المناقشة في الإستدلال بالآية الشريفة وإطلاقات الضمان.....
- ٤٦٩..... إشكال على المصنف تَدُّ ورده من قبله.....
- ٤٦٩..... أولا: تقريب الإشكال.....
- ٤٧٠..... ثانيا: رد الإشكال.....
- ٤٧٥..... الضمان بالمثل بمقتضى الدليلين في حالة عدم وجوده.....
- ٤٧٦..... إشكال آخر على الإستدلال بالدليلين (الآية والروايات).....
- ٤٧٨..... نتيجة إشكال المصنف على الدليلين (الروايات والآية الشريفة).....
- ٤٧٩..... رجوع إلى الطريقة الفنية للإستنباط.....

٥٠٥.....	فهرست الموضوعات.....
٤٨٠.....	الأول: ما حكم ضمان ما أجمع على كونه قيمياً؟.....
٤٨٠.....	الثاني: ما حكم ضمان ما شك في كونه مثلياً أو قيمياً؟.....
٤٨٠.....	أولاً: جواب السؤال الأول: ما حكم ضمان ما أجمع على كونه قيمياً؟.....
٤٨١.....	ثانياً: جواب السؤال الثاني: ما حكم ضمان ما شك في كونه مثلياً أو قيمياً؟.....
٤٨٢.....	حاصل الكلام في المسألة (أجوبة الأسئلة الثلاثة المطروحة في ما نحن فيه)....
٤٨٣.....	أولاً: حكم ما أجمع على كونه مثلياً.....
٤٨٣.....	ثانياً: حكم ما أجمع على كونه قيمياً.....
٤٨٣.....	ثالثاً: حكم ما شك في كونه مثلياً أو قيمياً.....
٤٨٩.....	فهرست الموضوعات.....