

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره: (۱۱)

قوله (الشيخ الأعظم رحمته الله): «كون التلف مملّكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كلّ من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع؛ لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع وبين عموم على اليد ما أخذت وبين أصالة عدم الملك إلّا في الزمان المتيقّن وقوعه فيه...»^١.

أمّا تقريب الإشكال ووجهه: (أي القول بكون التلف مملّكاً، فحيث إنّ حصول الملكية بالتلف مستحيل؛ لأنّه لا معنى للملكية في آن التلف وبعده فلا موضوع له؛ لأنّ ما هو الحادث في المقام هو التعاطي والتلف. والأوّل لا يفيد إلّا الإباحة والقول بأنّ التلف مؤثّر في الملكية فهو ممّا لا دليل عليه؛ لعدم عدّ التلف من أسباب التملك، فالنتيجة حصول الملكية بغير سبب وهو محال.

فالقول بالإباحة (في المعاطاة) يستلزم مخالفة القواعد المتسالم عليها في هذه الناحية.

وأيضاً في ناحية أخرى: وهي أنّه إذا تلف أحد العوضين تلفاً قهرياً، فإن قلنا: بأنّ من تلف عنده المال يملك التالف فهو أمر غريب ويستلزم تحقّق المعلول من دون علّة (لو لم يكن التلف من أسباب الملكية). (وعلى القول بكون التلف مملّكاً) يستلزم تقدّم المعلول على علّته (وإن

قلنا بحصول الملكية مع التلف) فهو مضافاً إلى أنّه لا موجب للالتزام بالملكية في خصوص زمان التلف دون ما قبله بشكل من حيث إنّ زمان التلف زمان انعدام الملكية لا زمان حدوثها، فيظهر بطلان الالتزام بالملكية بعد التلف؛ بداهة أنّ تملك المعدوم غير معقول، على أنّه لغو محض؛ لعدم ترتّب آثار الملكية، وإن قلنا بعدم كون التالف ملكاً للآخذ لزم أن يكون بدله ملكاً للجانب الآخر مجّاناً، فهو أيضاً غريب، فلا مناص من الالتزام بحصول الملكية من أول الأمر.

ومن ناحية ثالثة (على ما قرّره المحقّق الخوئي رحمته الله): «أنّه إذا قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة كان التلف من الجانبين معيّناً للمسمّى من الطرفين وعليه فلا يرجع كلّ من المتعاطيين إلى المثل أو القيمة لكي يكون لأحدهما حقّ الرجوع إلى ما به التفاوت بين العوضين، مع أنّ القاعدة - على القول بعدم الملك - تقتضي الضمان بالمثل أو القيمة دون المسمّى؛ بديهية أنّ الضمان بالمسمّى يقتضي كون التالف ملكاً للمتلف وعليه فيعود الإشكال المتقدّم أعني: حصول الملكية بلا سبب أو بسبب التلف.

الناحية الرابعة: إنّّه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاة أو تلف ذلك عنده، فإن قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الملكية فلا محذور فيه؛ لأنّ الغاصب يكون ضامناً للمغصوب منه. وإن قلنا بأنّها تفيد الإباحة فإن قلنا بأنّ الغاصب ضامن للمغصوب منه أعني المباح له دون المالك

الأصلي الذي هو المبيع لزم أن يكون الغصب أو التلف عند الغاصب مملّكاً وهو غريب. وإن قلنا بعدم الملك أو أنّه ليس له حقّ المطالبة وإنّما هو ثابت للمبيع فهو بعيد ومنافٍ للسيرة القطعية»^١.

وبعد تقريب الإشكالات وتوضيحها (على ما ذكره الشيخ الكبير رحمته الله) نقول: إنّ قد أجاب الشيخ الأعظم عن هذه الأمور غير الأخيرة بما هو حاصله - على ما بينه السيد الخوئي رحمته الله - : «إنّ دليل ضمان اليد يقتضي كون كلّ من العوضين مضموناً لمالكه الأصلي بعوضه الواقعي أعني به المثل أو القيمة، لكن مقتضى الإجماع والسيرة على عدم الضمان بالعوض الواقعي يكشف عن أنّ التلف من مال من تلف عنده وبضميمة أصالة عدم حصول الملكية إلّا بالمقدار المتيقّن تثبت الملكية قبل زمان التلف بأنّ، وعليه فالجمع بين هذه الأدلة يقتضي كون كلّ من العوضين ملكاً لكلّ من المتعاطيين آنأ ما قبل التلف وحينئذ فيكون التلف موجباً لتعيّن المسمّى من الجانبين سواء في ذلك كون التلف من جانب واحد وكونه من الجانبين. والسّر في الالتزام بالملكية التقديرية: أنّه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالإجماع المزبور والقول بعدم الضمان بالمثل أو القيمة في مورد التعاطي وبين التخصّص أي الالتزام بحصول الملكية - في ذلك - من أول الأمر حفظاً لعموم على اليد عن التخصيص. وقد

حقّق في محله أنّه كلّما دار الأمر بين التخصيص والتخصّص فيقدّم الثاني، وعليه فمقتضى القاعدة أن نحكم بحصول الملكية - في مورد المعاطاة - من أوّل الأمر ولكنّ الأصل المذكور يقتضي عدم تحقّق الملكية إلّا أنّاً ما قبل التلف وعليه فشأن المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع. ثمّ إنّ غرض المصنّف من تقديم التخصّص على التخصيص ليس هو إثبات الضمان بالمسمّى من ناحية الدليل الدالّ على ضمان اليد، بل غرضه من ذلك إنّما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصيص وإبقائه على عمومته، وأمّا الضمان بالمسمّى فإنّما يثبت بحصول الملكية في مورد المعاطاة. وإذن فلا يتوجّه على المصنّف ما ذكره السيد عليه السلام^١ وهذا نصّه: إنّ الحكم بالضمان بعوض المسمّى ليس عملاً بعموم على اليد؛ لأنّ مقتضاه وجوب المثل أو القيمة لا المسمّى، فمع فرض الإجماع على الملكية لا بدّ من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أوّل الأمر»^٢.

ففي المقام يحسن بنا الرجوع إلى نصّ كلام الشيخ هنا «وأما كون التلف مملّكاً للجانبين فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كلّ من المالين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع؛ لأنّ هذا هو

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي عليه السلام): ج ١، ص ٧٢.

٢ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١١٨-١١٩.

مقتضى الجمع بين هذا الإجماع وبين عموم على اليد ما أخذت وبين أصالة عدم الملك إلّا في الزمان المتيقّن وقوعه فيه. توضيحه: أنّ الإجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد؛ رعاية لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم بمنزلة الرواية الواردة في أنّ: «التلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه» فإذا قدّر التلف من مال ذي اليد فلا بدّ من أن يقدر في آخر أزمّة إمكان تقديره؛ رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما تقدّر ملكية المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد...»^١.

وتوضيح مراده ببيان آخر: أنّ مقتضى عموم «على اليد» ومقتضى الإجماع ومقتضى استصحاب عدم الملك إلى الزمان المتيقّن (أي اللحظة السابقة إلى التلف) هو حصول الملكية قبل التلف آنأً ما ولا محذور في هذه الملكية الحاصلة من اجتماع الأدلة الثلاثة.

وحاصله: أنّ مقتضى قاعدة على اليد أنّ كلّ ما يكون في يد أحدهما مضموناً عليه ويجب تسليمه إلى صاحبه، فإن تلف في يده كان عليه المثل أو القيمة، لكنّ الإجماع قائم على وجوب المثل أو القيمة في مورد المعاطاة ومقتضى الاستصحاب عدم الملكية. والجمع بينهما كاشف عن حصول الملكية آنأً ما قبل التلف؛ لأنّها (أي الأدلة متناقضة)

تقتضي ذلك؛ حيث إنّ القاعدة بعمومها تشمل حتّى المأخوذ بالمعاطاة من حيث الضمان، والاستصحاب يقتضي بقاء كلّ من المالين على ملك صاحبه قبل التلف وعند التلف مضمون على متلفه؛ لعدم بقاء ملك لكلّ منهما حتّى يستصحب أي انتفاء الموضوع. والإجماع يدلّ على عدم ضمان المأخوذ بالمعاطاة إذا تلف لا بالمثل ولا القيمة ولا المسمّى؛ لأنّه قائم على الملكية من أوّل الأمر.

فالمتمحصّل: إنّ تلف المالين مملّك للجانبين، نظير ما ورد في النصّ من «أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^١ حيث إنّ ما بيد البائع ملك للمشتري، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع المشتري كان من مال البائع وعليه إرجاع الثمن الذي أخذه من المشتري، مع أنّ مقتضى القاعدة أنّه إن كانت يده أمانة فلا شيء عليه وإن كانت عدوانية فالمثل أو القيمة، فمن الرواية يستشكف أنّ البيع ينحلّ قبل التلف أنّاً ما ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف في ملكه وعليه ردّ الثمن.

فالتلف في يد أحدهما كاشف عن حصول الملكية له قبله أنّاً ما وحصول الملكية له يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبة إلى ما بيده فالتلف يكون مملّكاً.

١ . مستدرک الوسائل: ج ١٣، ص ٣٠٣؛ أبواب الخيار: ب ٩، ح ١.

قوله (الشيخ الأعظم رحمته الله): «وأما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على القول بالإباحة أنّ لكلّ منهما المطالبة مادام باقياً وإذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف؛ تلفه من مال المغصوب منه نعم، لو قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله»^١. [١]

[١] فالشيخ رحمته الله ذهب إلى ثبوت حق المطالبة للطرفين فيما إذا بقيت العين عند الغاصب، أمّا المالك فواضح بدلالة بقاء تسلّطه على ماله بمقتضى «الناس مسلّطون...» وأمّا المباح له، فيما أنّ المال كان مباحاً له وغصبه الغاصب ومنعه عن أن يتصرّف فيه، وأمّا إذا تلف العين عنده تصير العين المغصوبة ملكاً للمباح؛ له بالتلف، فيحقّ له الرجوع والمطالبة بها، ولا يبعد تنظير المقام بالعارية؛ حيث إنّ لكل من المالك والآخذ (المستعير) حقّ المطالبة فيما إذا كانت العين موجودة بيد الغاصب.

نعم، مع التلف بإطلاق كلماتهم من أنّ التلف موجب للملكية للآخذ يشمل ما نحن فيه، فيكون حقّ المطالبة للآخذ الذي صار مالكا بالتلف. وأمّا الاستدراك، فملخصه: إنّ لو قام إجماع على أنّ حقّ المطالبة

للمالك لم يبق حقّ للمباح له الذي غصب المال من عنده إلا إذا تلف عوضه قبل الغصب منه.

قوله رحمته الله (الشيخ الأعظم رحمته الله): «وأما ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكي عن بعض أن القابل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ بل حكمه حكم أصله ويحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة...»^١ [١]

[١] أما توجيه الإشكال بهذا في كلام الشيخ الكبير رحمته الله فهو يقول: لازم القول بإفادة المعاطاة الإباحة المجردة: أن النماء الحادث في حيازة المتعاطين المعبر عنه بالمنفصل كالثمرة في الشجرة والصوف في الغنم والحليب في الإبل والبقر والجاموس والتفريخ في الدجاج ونتاج الولادة في الأنعام الثلاثة وما شابه هذه لا يخلو من أحد الأمرين على سبيل منع الخلوّ قبل التصرف في العين:

الأول: النماء بوحده مجرداً عن العين يكون ملكاً للآخذ بالمعاطاة قبل أن يتصرف الطرف الآخر فيما أخذه بالمعاطاة بمعنى: أن كلّ ما يوجد للآخذ بالمعاطاة من النماءات المذكورة فهو ملك له وإن لم يتصرف الآخر فيما أخذه بالمعاطاة.

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٥٠.

والثاني: أن يكون النماء الحادث منضمّاً مع العين ملكاً للآخذ وإن لم يتصرّف الطرف الآخر فيما أخذه من صاحبه بالمعاطاة.

وكلاهما بعيدان؛ لأنّه بناءً على الأوّل يلزم التفكيك بين النماء والأصل مضافاً إلى أنّه لم يعهد من الشرع كون حدوث النماء في العين من جملة الأسباب لتملّك النماء وكيف يحصل التملّك في النماء مع أنّ الأصل مباح.

وعلى الثاني: يلزم أن يكون حدوث النماء بما هو حدوث يترتّب عليه الملكية، وهو ممّا لا وجه له. مضافاً إلى أنّه خلاف أكثر الفقهاء؛ حيث إنهم قائلون بحصر التملّك بالتصرّف أو بالتلف وفي المقام لا يوجد أحدهما؛ لأنّ المفروض حدوث النماء قبل تصرّف الآخر في العين. والقول بإباحة التصرّف في النماء كالأصل فهو أيضاً لا يتم؛ لأنّ التصرّف متوقّف على الإذن وشمول الإذن للنماء خفي لا يمكن الالتزام به؛ بديهية أنّ المالك لم يأذن للمباح له إلّا التصرّف في نفس المأخوذ بها ولا في متفرّعاته الحاصلة بعد التعاطي.

وأجاب الشيخ رحمته الله ناقلاً عن البعض: «إنّ حكمه (النماء) حكم أصله» بمعنى أنّ إباحة التصرّف في النماء حاصل بنفس الإذن في التصرّف في الأصل، فكما أنّ الأصل ليس ملكاً للآخذ فكذلك النماء نعم، يجوز للمباح له أن يتصرّف في النماء كما يجوز له التصرّف في الأصل.

وأجاب ثانياً: إنّه يمكن أن يكون النماء حادثاً في ملك المباح له بمجرد إباحة أصله بأن يكون إباحة الأصل موضوعاً لحكم الشارع بملكية النماء.

وأورد على الجواب الأول: إنّ المفروض عدم إذن المالك للمباح له إلا في التصرف في المأخوذ بالمعاطاة، فيكون تصرفه في النماء تصرفاً في مال غيره وهو حرام شرعاً وعقلاً.

وعلى الجواب الثاني: بأنّه لا دليل على حدوث النماء في ملك المباح له؛ إذ لم يحدث في البين مملّك لذلك النماء ولا لأصله ولا لهما معاً ولا يقاس بما تقدّم من تصوير الإباحة الشرعية على التعاطي مع قصد المتعاطين الملكية لما عرفت أنّه من ناحية الجمع بين الأدلّة ولا شبهة أنّ هذا لا يجري في المقام.

ثمّ إنّه بعد ذكر الإشكالين (في مصباح الفقاهة) قال: بأنّه يمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقي:

الأول: إنّ النماء وإن لم يصير ملكاً للمباح له ولكن يجوز له التصرف فيه؛ بداهة أنّ الإذن في التصرف في شيء يلازم عرفاً الإذن في التصرف في توابعه ولوازمه، فجواز التصرف في النماء من لوازم جواز التصرف في الأصل.

ولكن يرد عليه: إنّنا سلّمنا الكبرى وهو أنّ الإذن في شيء إذن في توابعه وإنّما الكلام في إطلاق التابع واللازم فهو قابل في التوابع المتّصلة

كمنافع الدار من السكن وغيره. وأمّا إطلاق التابع على الثمرة وحمل الحامل مشكل جدّاً، فلا يكون تملك الشجرة والدابة بمنزلة تملك الثمرة والحمل.

الثاني: أن يكون كلّ واحد من النماء والأصل ملكاً للمباح له؛ ضرورة أن المعاطاة بيع عرفي، فتكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ونفوذه. ولا ريب في أن مقتضى ذلك إنّما هو حصول الملكية في البيع المعطاتي من أول الأمر كما هو كذلك في موارد البيع بالصيغة ولكنّا قد التزمنا بعدم حصول الملكية في مورد البيع المعطاتي من ناحية الإجماع ومن الظاهر أنّه دليل لبي فيقتصر فيه بالقدر المتيقّن وهو قبل حصول النماء في المأخوذ بالمعاطاة. وإذن فلا مانع من التمسك بتلك العمومات والحكم بصيرورة ذلك ملكاً للاخذ بمجرد حصول النماء فيه، انتهى كلامه.^١

وهو يريد بهذا البيان تمامية مملّكية المعاطاة إلّا فيما يمنع الإجماع عنها وهو صورة وقوعها قبل حصول النماء (لأنّه هو المتيقّن منه) وأمّا بعده فلا مانع من التمسك بالعمومات.

والإيراد عليه: أن معقد الإجماع في كلمات المجمعين على كون المعاطاة من أقسام البيع المملّك وإنّما هي تفيد الإباحة بإطلاقها، كما

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ١٢٢.

صرّح به ابن زهرة وغيره (إنّها ليست ببيع وإنّما هي إباحة للتصرّف ويدلّ عليه الإجماع) ولذلك لا يصحّ ما أفاده السيد الخوئي رحمته الله.

بقي في المقام إشكال آخر وهو أنّه بناءً على القول بإفادة المعاطاة التمليك لزم منه «قصر التمليك على التصرّف مع الاستناد فيه إلى أنّ إذن المالك فيه إذن في التمليك، فيرجع إلى كون المتصرّف في تمليكه نفسه موجباً قابلاً وذلك جارٍ في القبض، بل هو أولى منه؛ لاقتراحه بقصد التمليك دونه».

ثمّ أورد عليه: بأنّه لا مانع من اتحاد الموجب والقابل في العقود كما هو واضح، هذا أولاً.

وثانياً: قد تقدّم أنّ الجمع بين الأدلّة يقتضي كون التصرّف بنفسه مملّكاً للمتصرّف بلا احتياج في ذلك إلى إذن المالك الأصلي لكي يلزم منه اتحاد الموجب والقابل. وأمّا القبض فهو لا يتوقّف على الملك حتى يلزم كونه مملّكاً من جهة الجمع بين الأدلّة. وهذا بخلاف بعض أقسام التصرّف، كالبيع والعق والوطء، فإنّ ذلك متوقّف على الملك جزماً.

هذا تمام ما أورده الشيخ الكبير^١ وما أجاب الشيخ الأعظم وغيره وقد مرّ الإشكال في أجوبة بعض هذه الاستبعادات.

١ . شرح القواعد (المخطوط): ورقة ٥٠.

ولعلّه لذلك ذهب المحقّق الآخوند^١ إلى أنّ المعاطاة توجب الملكية لكنّها مشروطة بشرط متأخّر^٢. وهو حسن ولكن لا دليل عليه في مقام الإثبات.

قوله^٣: «وبالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك المعترض بالشهرة المحقّقة إلى زمان المحقّق الثاني، وبالاتفاق المدّعى في الغنية^٤ والقواعد^٥ هنا وفي المسالك^٦ في مسألة توقّف الهبة على الإيجاب والقبول مشكل...» [١].

[١] وهذا البيان منه توضيح لعدم الدليل، بل الدليل على عدم حصول الملكية بالمعاطاة؛ لأنّها لا تفيد إلّا الإباحة المجردة، هذا أولاً. وثانياً: أنّها معتمدة بالشهرة الموجودة إلى زمان المحقّق الثاني من عدم إفادتها الملك.

وثالثاً: بالاتفاق المدّعى في كلام الغنية (ولا يخفى أنّ كلام ابن زهرة صريح في الإجماع). ورابعاً: ما في القواعد والمسالك من دعوى الاتفاق.

١ . حاشية المكاسب (للآخوند^١): ص ١٢.

٢ . غنية النزوع: ص ٢١٤.

٣ . القواعد والفوائد: ج ١، ص ١٧٨.

٤ . مسالك الأفهام: ج ٦، ص ١٠.

٥ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٥٠.

ثم قال: «ورفع اليد عن عموم أدلة البيع والهبة ونحوهما المعتضدة بالسيرة القطعية المستمرة وبدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني رحمته الله بناءً على تاويله لكلمات القائلين بالإباحة أشكل. فالقول الثاني لا يخلو عن قوة...»^١.

وهذا بيان للقول بإفادتها الملكية مستنداً إلى عموم أدلة الدالة على أن مطلق العقد لفظياً كان أم فعلياً بيع، فإن العمومات ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ شاملة لمطلق المعاملة ولا شبهة في أن المعاطاة من أفراد البيع والتجارة عرفاً، فالآيات المزبورة تشملها، مضافاً إلى أن أدلة الهبة غير مقيدة باختصاصها بالهبة بالصيغة، فهي شاملة للمعاطاة أيضاً وكذا أدلة العارية والإجارة وغيرهما. وهذه الأدلة معتضدة بالسيرة القطعية من عصر الرسول صلوات الله عليه وآله حيث استقرت معاملاتهم العرفية بأجمعها على التعاطي الفعلي من دون إيجاب وقبول.

مضافاً إلى دعوى الاتفاق من المحقق الثاني^٢ من تاويله الإباحة على الملكية المتزلزلة، فيكون القول الثاني قوي والرجوع عنه أشكل من الذهاب إلى القول الأول (أي الإباحة المجردة) فالقول بأن المعاطاة توجب الملكية قوي وقواه الشيخ رحمته الله بما ذكره.

١. كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٥٠-٥١.

٢. جامع المقاصد: ج ٤، ص ٥٨.

ثم قال: «وعليه فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً؟ كما حكي عن ظاهر المفيد عليه السلام^١ أو بشرط كون الدالّ على التراضي لفظاً كما حكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني^٢ وقواه جماعة من متأخري المحدثين^٣، أو هي غير لازمة مطلقاً فيجوز لكلّ منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت، وجوه: أوفقها بالقواعد هو الأول؛ بناءً على أصالة اللزوم في الملك؛ للشكّ في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي...» [١].

[١] وهذا شروع منه في الاستدلال على مختاره وهو اللزوم ابتداءً مطلقاً واستدلّ له بوجوه عديدة (تبلغ ثمانية أو تسعة):
الأول: أصالة اللزوم في الملك، ما هو المراد بالأصل المستند إليه في كلام الشيخ عليه السلام؟ قد يقال: بأنّه هو مقتضى الأدلة الشرعية الدالة على لزوم جميع العقود والعهود وسيأتي البحث عنه في المباحث الآتية.
ويمكن أن يكون المراد منه الاستصحاب وسنبحث عنه آنفاً.
ولعلّ المراد منه الأصل العقلائي وبناء العقلاء على اللزوم (كما قد يستفاد من بعض الأكابر).

١ . المقنعة: ص ٥٩١.

٢ . هو السيد حسن بن السيد جعفر - على ما في مفتاح الكرامة: ج ٤، ص ١٥٦ - وقد حكاه الشهيد الثاني عليه السلام عنه بلفظ: وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك. مسالك الأفهام: ج ٣، ص ١٤٧.

٣ . وهو المحدث البحراني في الحقائق الناضرة: ج ١٨، ص ٣٥٥.

بتوضيح: أنّ الذي جرى عليه ديدن العقلاء في جميع تعاملاتهم وعقودهم على لزوم الوفاء والبقاء عند التزاماتهم، ويرون العدول عنه ناقضاً لما التزموا به وقبيحاً من الصفات المذمومة، ولذلك يحكمون بوجوب الوفاء ويرون للملتزم له حقّ إلزام الملتزم بالوفاء. وعلى ذلك جرى بناء العقلاء في جميع الأعصار في الالتزامات الواقعة في ضمن العقود؛ لأنّه غير خفيّ أنّ العقد على قسمين:

الأول: العقود الإذنية أعني العارية والوكالة وهي واقعة بمجرد الإذن في الشيء.

الثاني: العقود بمعنى العهود المؤكّدة، فوجوب الوفاء بالالتزام إنّما هو في هذا القسم منهما ولا الإذنية؛ حيث إنّ الإذن فيه بحكم الإيجاب ولا تعهّد في البين. ولذلك يقال بمجازية إطلاق العقد عليه.

وأما بناء على أنّ المراد من الأصل هو الاستصحاب فتوضيحه: أنّ أصالة اللزوم في الملك حاصلة بالبيع المعاطاتي، فعند الشكّ في زواله بفسخ أحد المتعاطيين وعدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه؛ لوجود أركان الاستصحاب من اليقين السابق والشكّ اللاحق وإحراز الموضوع، وهل المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصي أو الكلّي؟

ما يظهر من الشيخ أنّه ذهب إلى أن يكون المورد من موارد الاستصحاب الشخصي (في مقام ردّ الدعوى التي ذكرها في المقام)

«أنّ انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته وإنّما هو باعتبار حكم الشارع عليه في بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي»^١، فهو يقول: بأنّ الملكية لها حقيقة واحدة وليست لها حقايق متعدّدة لكي يكون استصحابها كلياً، فالتزلل والاستقرار ليسا من ناحية اختلاف في حقيقة الملك وماهيّته، بل هما منتزعان من حكم الشارع بجواز الفسخ وعدمه، فمنشأ الاختلاف اختلاف عناوين المعاملات التي هي موضوع لحكم الشارع بالملكية لا اختلاف حقيقة الملك.

وبعبارة واضحة: يكون المورد من موارد الاستصحاب الكلّي ما إذا كان المشكوك فيه مردّداً بين الفرد الزائل والباقي بحيث يكون الشكّ من ناحية تردّد المشكوك فيه بينهما، فإنّه حينئذٍ يستصحب الكلّي الجامع بين هذين الفردين ومثّل له في الحيوان المردّد بين ما يعيش منه وما لا يعيش إلّا يوماً واحداً و... .

وأما لو كان الشكّ من ناحية بقاء الفرد الحادث وارتفاعه لا من ناحية كون الحادث مردّداً بين الزائل والباقي، فإنّ المورد حينئذٍ يكون من موارد الاستصحاب الشخصي كالشكّ في بقاء الأمور الشخصية وزوالها والملكية من هذا القبيل، فلو وهب أحد ماله بشخص ثمّ رجع عن هبته وشككنا أنّها جائزة وتنفسخ بالفسخ؛ أو أنّها لازمة لا تزول به استصحب

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٥١.

الملكية؛ لأنّ الشكّ في بقاء شخص الملكية وزوالها من ناحية احتمال اقترانها بالرافع، لا من جهة تردّد هذه الملكية بين الفرد الباقي والزائل، فاتّضح بما أفاده عدم ورود ما يرد على الاستصحاب الكلّي من الإيرادات والمناقشات.

وحاصل ما أجاب به الشيخ رحمته الله: أنّ انقسام الملك إلى الفردين المتضادّين المستقرّة منها والمتزلزلة ليس من جهة الاختلاف في حقيقة الملك ومفهومه وماهيّته، بل الانقسام إلى الفردين باعتبار حكم الشارع على الزوال في مورد لورجع المالك الأصلي وحكمه بالثبوت والاستقرار في مورد جعل الرجوع كالعدم. ومنشأ هذا الانقسام اختلاف حقيقة سبب المملّك، فإنّه تارة يكون على نحو يوجب قطع علاقة المالك من المبيع وعلاقة المشتري من الثمن (كما في خيار المجلس بعد الافتراق).

وتارة يكون السبب على نحو لا يقطع علاقة المالك عن الثمن والمثمن كما إذا اشترط البيعان الخيار لكلّ واحد منهما، أو بيع حيوان بحيوان. مضافاً إلى أنّ التعبير بانقسام الملك إلى المستقرّ والمتزلزل من الفقهاء دون الشرع.

هذا مضافاً: إلى أنّ القدر المشترك الذي هو كلّّي الملكية يمكن القول بجريانه وليس كما ادّعاه المدّعي من أنّه لا ينفع الاستصحاب بعد انتفاء

الملكية المتزلزلة لرجوع المالك الأصلي والشكّ في حدوث الفرد الثاني أي الملكية المستقرّة من أوّل الأمر.

وأما وجه التأمل، فلعلّه ناظر إلى عدم تحقّق الكلّي بما هو كلّّي في الخارج، بل هو يحصل بوجود أفراده وفي ضمن أفراده وفي المقام حصول أحد الفردين (من المتزلزلة والمستقرّة) غير معلوم؛ لأنّه إن حصل المتزلزل منها فلا يمكن جريان الاستصحاب بعد انتفاء الملكية المتزلزلة برجوع المالك الأصلي وإن حصلت المستقرّة فلا يحتاج بقائها إلى الاستصحاب.

وكيف كان، فقد وجّه الشيخ مرامه (أي اعتبار الاستصحاب الشخصي) أوّلاً: بأنّ اللزوم والجواز ليسا من خصوصيات ذات الملك، بل هما من الأحكام المترتبة على الملك وأنّ الملكية أمر اعتباري واحد محكوم بعدم الانفساخ تارة. وأخري بجواز الرجوع والانفساخ. والحكم المتأخّر يستحيل أن يصير مقوّماً للموضوع المتقدّم ومقسماً له، فالملك أمر وحداني ولا يسري الشكّ إلى ذاته والاختلاف في السبب المملّك ولا في نفس الملك، كالاختلاف بين جواز الهبة ولزوم الصلح والبيع، فلا يؤدّي الاختلاف في السبب إلى خروج مثل هذا الشكّ عن الاستصحاب الشخصي.

وثانياً: بما نصّ عليه بقوله: «ويدلّ عليه مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب

المملّك ومع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها على نهج واحد: أنّ اللزوم والجواز لو كانا من خصوصيات الملك فإنّ أن يكون بتخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيين بجعل المالك أو بحكم الشارع، فإن كان الأول كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه أو عدم قصده وهو بديهي البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع وعدمه. وإن كان الثاني لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل في العقود؛ لما تقدّم من أنّ العقود المصحّحة عند الشارع تتبع القصد...»^١. [١]

[١] توضيح ما أفاده: إنّ الاستقرار والتزلزل لو كانا من خصوصيات الملك فلا بدّ إنّما أن يكون من ناحية المالك وإنّما من ناحية الشارع. فعلى الأوّل: يكون عدم حصول الملكية وحصولها مستقرّة أو متزلزلة تدور مدار قصد المالك بمعنى: أنّه إن لم يقصدها لم يحصل. وإن قصدها مع قصد الرجوع يكون متزلزلة. ومع عدم قصد الرجوع يكون مستقرّة. ومن المعلوم إناطة اللزوم والجواز بقصد المتعاملين باطل بالضرورة؛ لأنّ اللزوم والجواز ليسا تحت اختيارهما.

وعلى الثاني وهو كون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين (من اللزوم والجواز) بجعل الشارع يستلزم سقوط قاعدة «العقود تتبع

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٥٢.

القصود» لأنّ المالك قد قصد التملك الذي يفيد الملكية اللازمة فحكم الشارع بتزلزل هذه الملكية مخالف لما قصده المنشئ، فيلزم تخلف العقد عن القصد وهو باطل.

ثمّ أنّه أشكل على الشيخ رحمته الله: بناءً على ما التزم به من أنّ الملك حقيقة واحدة في اللازم والجائز وأما الاختلاف في الحكم بمعنى أنّ لكلّ واحد منهما حكم يباين الآخر فهل يختلف السبب بالنسبة إلى الملك الجائز واللازم أم لا؟

فإن قلنا: باتّحاد السبب فيهما وعدم اختلافهما فكيف حصل مسببان مختلفان من سبب واحد.

وإن قلنا: باختلاف السببين فيهما فإنّه يستحيل أن يختلف السبب ولم يختلف المسبّب؛ إذ من الطبيعي أنّ تخلف المعلول مع اختلاف العلّة والسبب وبناء عليه تختلف الملكية ويستحيل جريان الاستصحاب الشخصي.

وأجاب عنه المحقّق الإصفهاني بقوله: «اختلاف السبب - بما هو سبب - كاشف قطعي عن اختلاف المسبّب، وأما اختلاف ذات السبب فلا، لإمكان تأثير السببين بجامعهما أثراً واحداً وهو الملك، وبخصوصيتهما حكمن مختلفين وهما اللزوم والجواز»^١.

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمته الله): ج ١، ص ١٣٥.

توضيح كلامه (على حسب ما بيّنه شيخنا الأستاذ دام ظلّه): أنّه برغم اختلاف السبب لا يلزم دائماً من اختلاف السبب اختلاف المسبّب؛ لأنّ السببان لهما قدر اشتراك، وقدر اختصاص فإنّهما من جهة اشتراكهما يؤثّران في الملك ومن جهة اختصاصهما يؤثّران في الحكم، فالمؤثّر في الحكم هو الخصوصية، بمعنى خصوصية كونه صلحاً أو هبة تؤثر في تحقّق حكم الجواز واللزوم، أمّا المؤثّر في الملك هي جهة واحدة مشتركة فيهما وهما متفقان في القدر المشترك ولا اختلاف بينهما في ذلك فيؤثّران معاً في حصول الملك ويندفع الإشكال ويثبت الاستصحاب الشخصي.

وأورد عليه أولاً: بأنّ ما أفاده من (أنّ السببان يؤثّران في الملك من جهة القدر المشترك) أخصّ من المدّعى؛ إذ الدعوى في الشبهة الحكمية والموضوعية، فما استدللّ به المحقّق الإصفهاني تام بالنسبة إلى الشبهة الحكمية؛ حيث يمكن تصوير الجامع بين البيع العقدي وبيع المعاطاتي (وهو تملك العين بالعوض) كما يمكن تصوير الخصوصية الفردية لكلّ منهما، فالبيع العقدي تملك بالصيغة والمعاطاتي تملك بالفعل فنقول: إنّهما يؤثّران في الملكية من جهة القدر المشترك ويؤثّران في الحكم من جهة خصوصية كلّ واحد منهما من اللزوم والجواز. وأمّا الشبهة الموضوعية؛ حيث إنّ الواقع مرّدّد بين الهبة والصلح بلا عوض، فلا يعقل تصوير جامع بينهما، فيعود الإشكال، هذا أولاً.

وثانياً: إنّ ما قاله: «لإمكان تأثير السبيين بجامهما أثراً واحداً وهو الملك وبخصوصيتهما اللزوم والجواز لا ينحلّ به المشكلة وأنّ ما يفيدنا ونحتاج إليه هو القطع واليقين بأن يحرز ويتعيّن حصول الملك الشخصي حتى نستصحبه ومجرد إمكان إفادة القدر المشترك ذلك غير كافٍ في جريان الاستصحاب، بل يبقى مردداً بين الملك الشخصي وغيره، فحينئذٍ يندرج في القسم الثالث المذكور في كلام الشيخ رحمته الله وهو ما اذا تردّد بين كونه شخصياً أو كلياً.

وأجيب عن الإشكال بجواب آخر (بعد تقرير الإشكال ببيان آخر: وهو أنّا نرى بالعيان ونشاهد بالوجدان أنّ سبب الملك اللازم يغيّر سبب الملك الجائز - مثل البيع والهبة - تغيّراً حقيقياً وعليه فلو كانت الملكية الحاصلة منهما حقيقة واحدة وماهية فاردة لزم من ذلك تأثير ماهيات كثيرة في ماهية واحدة وهو محال، وإذن فالملك الجائز والملك اللازم مختلفان نوعاً؛ لاختلاف سببهما. وعلى هذا فاستصحاب الملكية مع الشكّ في زوالها وبقائهما من الاستصحاب الكلية لا الشخصية).

أمّا الجواب: إنّ في إطلاق السبب على عنوان المعاملة مسامحة واضحة؛ إذ لا تأثير له في الملكية غير أنّه موضوع للملكية الشرعية أو العقلانية. ولا شبهة أنّ هذه الملكية تتشخّص باعتبار المعبر وإذن فالملكية المترتبة على عنوان المعاملة ملكية شخصية وعند الشكّ في بقائها وزوالها استصحبناها.

وبعبارة أخرى: سلّمنا موجبية اختلاف السبب للمسبّب؛ إذ وزان عناوين المعاملات بالنسبة إلى الملكية وزان الأسباب بالنسبة إلى المسبّبات ولكّنها موضوعات بالنسبة إليها بمعنى: أنّ النكاح ليس سبباً للزوجية وإنّما موضوعها إنشاء صيغة النكاح والشارع يأمضائه له سبب للحكم بالزوجية وهكذا عقد البيع فإنّه ليس سبباً للملكية ولا تتولد الملكية من قول البائع والمشتري - بعت واشترت - بل هو اعتبار من الشارع فيندفع الإشكال.

وأورد عليه أولاً: بأنّ الإشكال مبنائي؛ للخلاف الواقع بين الأعلام في أنّ إنشاء المعاملات وما يترتّب عليه من الآثار والأحكام هل هي على وزان السببية والمسبّبية أم نسبة الموضوعات إلى الأحكام؟ وثانياً: بعد التنزّل وقبول المبنى فإنّه لا يندفع الإشكال؛ حيث إنّ السؤال والكلام في معقولية وحدة الموضوع مع اختلاف الحكم بعد كون الاختلاف في الحكم يكشف عن الاختلاف في الموضوع، فإذا لم يكن الافتراق في الموضوعين فيكون الاختلاف في الحكم بلا علة، فلا محالة يكون اختلاف الحكمين ناشئاً من اختلافهما في الموضوع، فيعود الإشكال.

ويمكن الجواب عما أفيد: من أنّ الاختلاف في الملكية (في اللزوم والجواز) إنّما هو باختلاف المصالح التي دعت إلى اعتبار الملك لازماً مرة وجائزاً أخرى. ومن البديهي أنّ هذا أجنبيّ عن نفس الملكية التي

هي أمر اعتباري محض، فاتّضح بما ذكر تمامية القول بأنّ الاستصحاب الجاري هو الاستصحاب الشخصي ولا يتم بناء عليه القول بأنّ الملكية المترتبة وإن كانت شخصية ولكنها ذات مراتب، فتكون كلّية فالاستصحاب الجاري فيها الاستصحاب الكلّي والشخصي.

فالكلام واقع الآن بعد تسلّم كون الاستصحاب الجاري هو الاستصحاب الكلّي بعد عدم تمامية جريان الاستصحاب الشخصي والمقصود منه هو استصحاب القدر المشترك بين الملكين الجائزة واللازمة (أي ذات الملكية).

وهو الذي أشار الشيخ رحمته الله إليه بقوله: «مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب فتأمّل» ومراده هنا هو القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلّي وهو ما إذا علم بوجود الكلّي في ضمن فرد مرّدّد بين طويل البقاء وقصير البقاء، فيشكّ في بقاء الكلّي بعد مضيّ زمان القصير على تقدير حدوثه للشكّ في ما هو الحادث، كما لو علم بخروج مائع مرّدّد بين البول والمني فقد علم بحصول كلّي الحدث بحصول فرد المرّدّد بين الأصغر والأكثر، فإذا توضّأ يتحقّق لديه الشكّ في بقاء كلّي الحدث لاحتمال كون الحادث هو الأكبر الذي لا يزول بالوضوء، وكثير من الأعلام التزموا بجريانه؛ لتمامية أركان الاستصحاب من اليقين بالحدوث والشكّ في البقاء. وفي المقام قيل بعدم تأثير مثل هذا الاستصحاب؛ لأنّ قوام الاستصحاب ببقاء الشكّ

وهو زائل فيما نحن فيه؛ لأنَّ المستصحب (القدر المشترك) إمّا هو الملكية الجائزة فهي مقطوعة الارتفاع بالفسخ وإمّا الملكية اللازمة فهي مقطوعة البقاء بعد الفسخ فلا شك حينئذٍ، كما لو استصحب ذات الحدث بعد الموضوع.

وأجاب الشيخ رحمته الله بأنّه يكفي اثبات القدر المشترك، بتوضيح: أنّه سلّمنا أنّ الفرد مردّد بين مقطوع الارتفاع ومقطوع البقاء ولكن لا يستصحب الفرد حتى يقال بأنّ الفرد المستصحب مردّد بين مقطوع البقاء والزوال والمفروض لزوم فعلية الشكّ في المقام (أي في جريان الاستصحاب) وهو مفقود، بل الذي نستصعبه هو القدر المشترك الذي شكّ في بقاءه بعد تردّد حكم العقد الواقع بين الأمرين؛ لأنّا نعلم بتحقيق الملكية بالمعاطاة ونشكّ في بقائها بعد الفسخ لترددها بين الجواز الزائل واللزوم الباقي، فنستصحب بقاء أصل الملكية التي تعدّ قدراً مشتركاً بينهما، ثمّ أمر بالتأمّل.

ولكنّ الشيخ أشكل فيما أفاد بعدّة إشكالات:

منها: دوران أمر المستصحب بين الطويل المقطوع البقاء والقصير المقطوع الزوال، فلعلّه وجه التأمل هو الإشارة إلى ذلك (مع ما أجاب عنه بأنّ ارتفاع القدر المشترك من آثار كون الحادث ذلك المقطوع الارتفاع لا من لوازم عدم حدوث الأمر الآخر نعم، اللازم من عدم

حدوثه عدم وجود ما هو في ضمنه من القدر المشترك في الزمان الثاني، لا ارتفاع القدر المشترك بين الأمرين وبينهما فرق واضح).
 منها: أنّ الشيخ قائل بجريان الاستصحاب الكلّي في القدر المشترك. ولكن يقول بأنّ هذا الاستصحاب مثبت بالنسبة إلى الفرد حيث قال: «إذا علم بحدوث البول والمني ولم يعلم الحالة السابقة وجب الجمع بين الطهارتين، فإذا فعل إحداهما وشكّ في رفع الحدث فالأصل بقاءه وإن كان الأصل عدم تحقّق الجنابة»^١ فاستصحاب الحدث لا يثبت أنّ الواقع هو الحدث الأكبر. وهكذا الأمر فيما نحن فيه، فإنّه قائل بأنّ اللزوم والجواز من أحكام السبب ووقوع العقد المرّد بينهما وإن تمّ به جريان استصحاب الملك إلّا أنّ إثبات الملكية اللازمة بإجراء استصحاب الملك يعدّ حينئذٍ مثبتاً.

إلّا أنّ السيد علّق على قول الشيخ (ودعواه من إمكان كفاية تحقّق القدر المشترك): «بأنّ الحقّ عدم الكفاية وعدم الجريان؛ لأنّ الشكّ في بقاء القدر المشترك مسبّب عن حدوث الفرد المشكوك الحدوث والأصل عدمه ولعلّه إلى هذا أشار بقوله: فتأمّل»^٢.

وبعبارة واضحة: إنّ الشكّ في بقاء الكلّي وزواله مسبّب من الشكّ في حدوث الفرد الطويل وعدمه، فإذا استصحبنا عدم حدوث الفرد الطويل

١ . فراند الأصول: ج ٢، ص ٦٣٨.

٢ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله): ج ١، ص ٧٣.

يستنتج ارتفاع القدر المشترك وفي المقام يكون الشكّ في حدوث الملكية اللازمة وعدمها مسبباً عن حدوثها بعد الفسخ وعدمه، فإذا استصحبنا عدم الحدوث ترتّب عليه ارتفاع الملكية.

وما أفاده الشيخ: بأنّ الشكّ في بقاء الكلّي وارتفاعه ليس مسبباً عن الشكّ في حدوث الفرد الباقي، بل مسبّب عن الشكّ في أنّ الحادث هو الفرد الزائل أم لا، فارتفاع الكلّي يعدّ من لوازم كون الحادث هو الفرد المرفوع ولا يوجد أصل يعيّن كون الحادث قصيراً فزال بالوضوء، ردّه السيد عليه السلام بقوله - على ما محصّله - : إنّ الأثر لا يترتب على البقاء أصلاً وإنّما هو مترتب على الوجود؛ لأنّ البقاء والارتفاع لا يعدّان موضوعين للحكم الشرعي، بل ما هو موضوع للحكم الشرعي هو الوجود والعدم بمعنى أنّ وجود الحدث مانع شرعي عن الصلاة، فالأثر مترتب على الوجود والعدم الملك لا بقاءه كما أنّ زوال الأثر ورافعه هو عدم الملك فعنوان البقاء والارتفاع ليسا موضوعين للأثر الشرعي والاستصحاب يتقوّم في ترتّب الأثر وعدمه بالعنوان المتعبّد به وجوداً وعدمًا، فالأهمية والأثر مترتبان على الوجود والعدم لا على بقاء الحدث أو النجاسة، فعلى هذا وجود الكلّي وعدمه من لوازم وجود الفرد الطويل وعدمه فاستصحاب عدمه يزيل أثره.

ثمّ اختار السيد عليه السلام أنّ الشكّ في الوجود والعدم من الكلّي مسبّب عن الشكّ في حدوث الفرد الطويل وعدمه واستصحاب عدمه يزيل الشكّ

في المسبّب.

ومحصّل كلامه اعتراضاً على الشيخ: لا يترتّب الأثر على البقاء وإنّما هو مترتّب على الوجود، فالبقاء والارتفاع ليسا موضوعي الأثر في الشرع بل الموضوع هو الوجود والعدم. وبعبارة أُخري: لا يعدّ بقاء الملكية موضوعاً لجواز المعاملة وإنّما الموضوع هو وجود الملكية حيث يؤثر في موضوع جواز المعاملة.

ولكن الإيراد على ما أفاده السيد عليه السلام: إنّ لا يعقل الإهمال في المتيقّن والمشكوك الكلّي فيما نحن فيه، كما أنّه لا يعقل أن نشكّ في وجود الكلّي بعد العدم؛ لعدم الشكّ في وجود الكلّي. وعليه فالشكّ ثابت في المقام في الوجود بعد الوجود، ومثل هذا الوجود ليس من آثار حدوث الفرد الطويل ولا يعقل أن يكون من آثاره، بل إنّ حدوث الكلّي من لوازم حدوث الفرد، كما أنّ بقائه أيضاً من لوازم بقاء الفرد الطويل وأنّ جريانها توجب إزالة الشكّ في الكلّي، بل لابدّ من الالتزام بكلام الشيخ؛ لأنّ المشكوك الكلّي هو البقاء والأصل في الفرد عدم الحدوث ولا يعقل أن يكون الارتفاع والعدم بعد الوجود من لوازم الوجود بعد العدم للفرد ومع عدم التعقل يبطل أساس رأي السيد عليه السلام، هذا أولاً (نقضاً).

وثانياً (بالحلّ): إنّ ما أفاده السيد عليه السلام من أنّ الأثر مترتّب على وجود الكلّي دون البقاء وأنّ العدم مزيل لأثره تام ولكن يجب أن لا نغفل عن أنّ الأثر لأصل الوجود لا للوجود بذات الوجود وأصله. والحاصل من

جريان الاستصحاب الكلّي هو إثبات أصل الوجود كما إذا علمنا بوجود حيوان في الدار قبل ساعة ثم شككنا في وجوده في نفس المكان بعد ساعة، فيستصحب نفس الوجود دون البقاء وإن يعود الاستصحاب لبّاً إلى إثبات الوجود بعد الوجود، لكنّ التعبد بعدم نقض اليقين بالشكّ منزّل على ذات الوجود وكلام السيد عليه السلام لم يكن منزلاً على استصحاب البقاء والارتفاع بمفهومها الخاصّ. أمّا الشيخ عليه السلام يرى استصحاب الوجود والعدم عند الشكّ فيهما.

وأما السيد عليه السلام تمسّك في المقام باستصحاب عدم حدوث الفرد الباقي واعتبره حاكماً على الاستصحاب الكلّي وردّ من معارضه بقوله: لو قيل: إنّ استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل معارض باستصحاب عدم حدوث الفرد القصير، قلنا: لا أثر لاستصحاب عدم فرد القصير وإنّما الأثر للفرد الطويل. وعليه إذا كانت النجاسة مردّدة بين البول والدم فإنّه لا مجال لجريان الاستصحاب الكلّي؛ لأنّ استصحاب عدم حدوث البول يزيل الشكّ في بقاء النجاسة كما لا أثر لاستصحاب عدم حدوث الدم؛ لأنّ حدوث النجاسة البولية يستلزم الغسلة الثانية. بتوضيح: أنّه لو علمنا بملاقات الثوب مع الدم أو البول فإنّه بعد تحقّق الغسلة الأولى لا يزال الاستصحاب بقاء كلّ النجاسة باقٍ ولكنّه محكوم باستصحاب عدم حدوث البول، لكن لا يعارضه استصحاب عدم حدوث الدم؛ للعلم بحدوث الغسلة الأولى المزيل لأثر نجاسة الدم وإنّما المؤثّر الذي يزيد

في أثر النجاسة الذي هو مجرد غسلة واحدة هو حدوث يدفعه استصحاب عدم حدوث الدم^١.

ولكنّه يرد عليه (كما أفاده شيخنا الأستاذ دام ظلّه): بأنّ المحقّق في مبحث الاستصحاب لزوم كون المستصحب ذا أثر إذا كان المستصحب هو الموضوع، أمّا إذا كان المستصحب نفس المَجْعُول الشرعي أو الحكم الشرعي فلا حاجة إلى الفحص عن الأثر؛ لأنّهما الأثر بأنفسهما ويصحّ استصحابهما والبحث فيما نحن فيه عن النجاسة المردّدة بين البول والدم وعن أصالة عدم كون النجاسة بولية ومن المعلوم أنّ النجاسة بنفسها تعدّ من المَجْعُولات الشرعية ولا تحتاج إلى الأثر، ولذلك عند ثبوت أصل الحكم المؤثّر (وهو النجاسة) يمكن إجراء الاستصحاب فيه من دون حاجة إلى البحث عن الأثر وعدمه، وكذلك في المقام فإنّه لو شكّ في أنّ المَجْعُول الملكية اللازمة أو الجائزة فإنّه يصحّ استصحاب العدم في كلا الطرفين؛ لأنّ كلّاً منهما موضوع للحكم الشرعي، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ جريان الاستصحاب موقوف على تحقّق الشكّ بعد اليقين والشكّ إمّا سببيّ وإمّا مسببيّ، والشكّ السببيّ إنّما يكون إذا كان المشكوك سبباً في مكان تارة ومسبباً تارة في مقام آخر، أمّا الوجود الكلّي والفرد فإنّه لا يعقل جريان الاستصحاب فيهما؛ لعدم وجود

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج ١، ص ٧٣.

السببية والمسببية بينهما؛ لأنَّ السببية تقتضي الإثنية ولا توجد إثنية بين الفرد والكلّي؛ لأنَّ الفرد من مصاديق الكلّي ووجوده بوجوده. وثالثاً: (وعليه جمع من الأعلام) إنّ الثابت عدم جريان الأصل السببي إلا إذا كان المشكوك في المسبّب من الآثار الشرعية للسبب والمتحقّق بين الفرد والكلّي - على فرض التنزّل - إنّما هي السببية الفعلية دون الشرعية هذا.

وأما المحقّق الآخوند رحمته الله قال بما هذا نصّه: «لا مجال لدعوى الكفاية على مختاره من عدم حجّية الاستصحاب مع الشكّ في المقتضي»^١ بتوضيح: أنّ الشكّ الحادث في المقام يعدّ شكّاً في المقتضي والشيخ رحمته الله قائل بعدم جريان الاستصحاب في الشكّ في المقتضي، كما نصّ السيد رحمته الله على أنّه (لا وجه له فيما إذا كان الشكّ في المقتضي أصلاً؛ إذ حينئذٍ لا ارتفاع حتى يقال: إنّ الشكّ مسبّب عن وجود الفرد القصير والأصل عدمه).

ولكنّ الإيراد على ذلك: إنّ المقام ليس من موارد الشكّ في المقتضي وتحقيق المقام وبيان أنّ المقام ليس من موارد الشكّ في المقتضي: أنّ الأحكام المجعولة على أقسام:

منها: ما يكون معلوم الدوام في نفسه ما لم يعرض عليه رافع كالملكية

١ . حاشية المكاسب (للآخوند رحمته الله): ص ١٣.

والزوجة والطهارة والنجاسة وغيرها من الأمور الاعتبارية، فإنّها بنفسها مقتضية للبقاء ما لم يطرأ عليه رافع.

ومنها: ما يكون مغيباً بغاية معينة بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغاية غير أن يكون له استعداد البقاء في طول الزمان، كالزوجة المنقطعة فإنّ ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقّق غايته بعد استناد إلى عروض العارض له.

ومنها: ما يكون مشكوك الغاية، كما إذا تحقّقت زوجية بين الرجل والمرأة ولم يعلم كونها دائمة أو منقطعة.

أمّا الأول: فلا شبهة في بقاءه من قبيل الشكّ في الرافع، فيجري الاستصحاب فيه على جميع المسالك.

وأما الثالث: فلا إشكال في أنّ الشكّ فيه من قبيل الشكّ في المقتضي فلا يجري الاستصحاب فيه على مسلك الشيخ (القائل بعدم جريان الاستصحاب في الشكّ في المقتضي) لأنّ المتيقّن إذا لم يكن بنفسه مقتضياً للبقاء وقابلاً للجري العملي على وفقه لاحتمال كونه محدوداً بحدود معينة لم يكن عدم ترتّب الأثر عليه عند الشكّ في بقاءه من مصاديق نقض اليقين بالشكّ. وهذا هو الذي يبحث عنه في الرسائل.

وأما القسم الثاني: فبعد العلم بتحقّق الغاية فلا مجال بجريان الاستصحاب نعم، لا شبهة في جريان الاستصحاب فيه مع الشكّ في بقاءه قبل تحقّق الغاية؛ لأنّه من موارد الشكّ في الرافع.

وإذا شكّ في حصول الغاية فحينئذٍ قد يكون الشكّ فيه من ناحية الشبهة الحكمية، كالشكّ في أنّ الغاية لوجوب صلاتي المغرب والعشاء هل هي نصف الليل أم هي طلوع الفجر؟

وقد يكون الشكّ في ذلك من جهة الشبهة المفهومة، كالشكّ في أنّ الغروب الذي جعل غاية بوجوب صلاتي الظهر والعصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمرة؟

وقد يكون الشكّ من ناحية الشبهة الموضوعية، كالشكّ في طلوع الشمس الذي جعل غاية بوجوب صلاة الصبح.

أمّا الأولان: فالشكّ في موردتهما من الشكّ في المقتضى فلا يجري فيهما الاستصحاب على مسلك الشيخ.

وأما الثالث: فيجري فيه الاستصحاب؛ لأنّ الشكّ في طلوع الشمس وعدمه وإن لم يكن من الشكّ في الرفع؛ إذ الرفع إنّما يكون زمانياً لا نفس الزمان ولكنه بمنزلة الرفع في أنظار العرف وإذن فيكون مشمولاً لأدلة حجّة الاستصحاب، وتفصيله في مباحث الاستصحاب في الأصول.

فالمتحصّل: أنّه لو سلّمنا عدم كون الاستصحاب من الاستصحاب الشخصي بل هو من الكلّي من قبيل القسم الثالث، وليس ذلك من موارد الشك في المقتضي لا إشكال في جريانه في المقام.

إلا أنه أورد على جريانه (أي على جريان الاستصحاب الكلّي من القسم الثاني) بوجوه والمهمّ منها:

أولاً: إنّ وجود الكلّي بوجود فردّه، كما أنّ عدمه بعدم فردّه، فعلى هذا يكون الكلّي في ضمن الحصّة الزائلة (أي الملكية الجائزة) مقطوع الزوال، وفي ضمن الحصّة الأخرى (الملكية اللازمة) مشكوك فيه من أول الأمر، فإذن يكون أمر الكلّي مردّداً بين مشكوك الحدوث ومقطوع الزوال.

وقد أُجيب عنه: سلّمنا أنّ وجود الكلّي ليس إلّا عين وجود فردّه ولكنّ الفرد ملحوظ بشرط شيء والكلّي ملحوظ لا بشرط بمعنى: أنّه عارياً عن الخصوصيات الفردية والتشخصات الوجودية. فعليه إذا كان وجود الكلّي أمراً متيقّناً وكان التردّد في خصوصياته لا بأس بأن يقال: إنّهُ متيقّن الوجود وشكّ في بقاءه، فيكون أركان الاستصحاب في نفس الكلّي تامّة والإيراد الثاني على جريان الاستصحاب: إنّ الشكّ في بقاء الكلّي والقدر المشترك بين الفردين مسبّب عن الشكّ في حدوث الفرد الذي يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه وإذا حكم بعدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك؛ بداهة أنّ الأصل السببي حاكم على الأصل المسبّبي على ما هو المقرّر في محله.

وأجيب عنه: إنّ الشكّ في بقاء الكلّي وارتفاعه ليس مسبباً عن الشكّ في حدوث الفرد المشكوك الحدوث، بل هو من لوازم كون الحادث

ذلك الفرد الذي لا يحتمل بقاءه أو الفرد الذي لا يحتمل ارتفاعه وواضح أنّه ليس هنا أصل يعيّن أحدهما، ومثاله: إذا تردّد الحدث الصادر من المكلف بين الأكبر والأصغر، ثمّ توضّأ، فهو حينئذٍ يشك في ارتفاع ذلك الحدث وبقائه، وعليه فلا يترتب أصالة عدم حدوث الأكبر ارتفاع كلّی الحدث إلّا بضميمة القطع بأنّ الحادث هو الحدث الأصغر ومن البين أنّ هذا لا يثبت بأصالة عدم حدوث الأكبر.

وأضاف في الجواب: بأنّ أصالة عدم حدوث أيّ واحد من الفردين معارض بعدم حدوث الفرد الآخر ويسقطان بالمعارضة فيبقى استصحاب كلّی الحدث سليماً عن المعارض، وفيما نحن فيه أنّ استصحاب عدم الفرد اللازم من الملكية يعارض استصحاب عدم الفرد الجائز الذي ارتفع بالفسخ فيسقطان للمعارضة، فيرجع إلى استصحاب نفس الكلّي الذي هو متيقّن سابقاً ومشكوك فيه لاحقاً. ولعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى هذين الإشكالين مع جوابهما.

وكيف كان، لا مانع من جريان الاستصحاب الكلّي.

ثمّ إنّ الشيخ رحمته الله بعد التنزّل والقول بكون الاستصحاب لا ينتفع في المقام قال: «مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملّك»^١. بمعنى: أنّه بعد القول بأنّ منشأ الاختلاف في انقسام الملك إلى اللازم والجائز هو

الاختلاف في حقيقة السبب لا الاختلاف في حقيقة المسبب يكفي لنا جريان استصحاب الملكية مع الشك المذكور (أي أنّ اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملّك) لأنّ المانع عن جريان الاستصحاب إحراز أنّ اللزوم والجواز من خصوصيات الملك وإذا لم نحرز لم يكن مانع عن جريان الاستصحاب المذكور. ثم قال الشيخ: «وبالجملة: فلا إشكال في أصالة اللزوم في كل عقد شك في لزومه شرعاً»^١. [١]

[١] وهنا يبحث عن مقتضى الأصل في الشبهة الموضوعية عند دوران الأمر بين لزوم العقد وجوازه، كما لو شك في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض والهبة بمعنى: بقاء الملك وانتفائه بعد الفسخ؟ فالشيخ يقول بمرجعية أصالة اللزوم وعدم زوال الملكية بالفسخ في مبحث الخيارات أيضاً حيث قال: إنّ المرجع في هذه الحالة هو أصالة اللزوم^٢ وعدم زوال الملكية بالفسخ إذا لم يوجد أصل حاكم في المسألة ومع وجود الأصل فإنّ استصحاب الملك يكون حاكماً على أصالة اللزوم، كما لو تردّد الأمر الواقع في الخارج وبعد رجوع البازل أنّه هبة أو صدقة: حيث نشك بعد الرجوع في بقاء الملك وارتفاعه، فالأصل يقتضى بقاء الملك ولكنّه غير جارٍ في المقام؛

١ . كتاب المكاسب: ج ٣، ص ٥٣.

٢ . كتاب المكاسب: ج ٥، ص ٢٤.

لأنَّ الشكَّ في لزوم وعدمه مسبَّب عن الشكَّ في تحقُّق قصد القربة وعدمه، فإن كان الباذل المعطي قاصداً للقربة يتحقَّق الملكية اللازمة وإلا فهي جائزة تزول بالرجوع والفسخ، فحينئذٍ الأصل الجاري هو عدم تحقُّق قصد القربة وتكون النتيجة ارتفاع الملك بالرجوع ويعدُّ هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الملك لزوال الشكَّ بجريان الاستصحاب حيث لا يبقى موضوع لأصالة الملك واللزوم.

ثم يقول الشيخ هنا: «نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة»^١.

[١]

[١] بمعنى أن يكون كل واحد من المتعاطيين مدَّعيًا ومنكرًا، كأن ادَّعى أحدهما أنَّ العقد الواقع لازماً وأنكره الآخر وقال: إنَّ الواقع هو الجائز وأنكره المدَّعي، فهنا يصدق التداعي؛ فلا بدَّ من التحالف في المتداعيين.

وظاهر ما أفاده مبني على القول (في أمثال المقام) من لزوم ملاحظة مصبِّ الدعوي (كما عن الجواهر)^٢: فإن كانت الدعوى واردة على اختلافهما في أنَّ الأول يدَّعي الصلح أو الهبة والآخر ينكره، فحينئذٍ يحصل التداعي؛ لأنَّ كل واحد منهما مدَّعٍ لما يعتقده ومنكر لما يدَّعيه الآخر وإن كانت الدعوي منصبة على دعوى بقاء الملك وعدمه، يعدُّ

١. كتاب المكاسب: ج ٥، ص ٥٣.

٢. جواهر الكلام: ج ٤٠، ص ٤٥٨.

أحدهما مدعياً والآخر منكرًا فيقدم قول مدعى الملك؛ لأنّه يوافق الأصل وهو متقدم على القاعدة الدالة على لزوم تقديم قول المنكر. هذا بناءً على ملاحظة مصبّ الدعوى. وأمّا بناءً على لحاظ الغرض من الدعوى وما هو محلّ الابتلاء في الدعوى - أي الأثر المترتب عليها - بتوضيح: أنّه لا بدّ من ملاحظة أنّ المدعى عليه موضوع للأثر أم لا؟ فإذا كان عنوان العقد من حيث كونه هبة أو صلحاً ذا أثر خاصّ كانت الدعوى مؤثّرةً ومحلاً للتداعي، وأمّا مع عدم ترتّب الأثر المذكور على العنوان فلا وجه للتداعي.

فما أفاده الشيخ رحمته الله «من احتمال التحالف» مبني على القول الأوّل ولعلّ قوله: «في الجملة» متعلّق بالاختلاف المذكور في الدعوى من أنّ الملحوظ هو المصّب أو الأثر.

وما يظهر من جماعة كشيخ الطائفة ومن المعاصرين المحقّق النائيّ خلافاً للجواهر هو القول الثاني؛ لأنّ الفقيه لا بدّ له من ملاحظة الأثر والغرض من الدعوى المطروحة. والتفصيل في كتاب القضاء.

ثمّ أنّه يمكن تصوير الاختلاف (في الشبهة الموضوعية) تارة في اللزوم والجواز بعد تحقّق أصل الملك، فإنّ القاعدة حينئذٍ جريان استصحاب بقاء الملك وتارة في الضمان وعدمه، كما لو اختلفا في أنّ العقد الواقع بيع أو هبة بمعنى: أنّ مدعى البيع يدّعي ثبوت ضمان العوض على عهدة الآخر ومدعى الهبة يدّعي فراغ ذمّته عن ضمان العوض، في قبال

القول الأول؛ حيث إنّ مدّعي اللزوم يدّعي ثبوت الملكية وبقائها ومدّعي الجواز يدّعي زوالها.

والمحقّق النائيّ قائل بأنّه لو كان الخلاف على نحو الصورة الثانية - أي في الضمان وعدمه - فهنا قولان:

الأول: القول بالبرائة وإليه ذهب في كتاب القضاء من «العروة»^١ حيث التزم بأنّ الأصل في هذا الفرض هو البرائة؛ لأنّ منشأ الخلاف فيهما في اشتغال ذمّة الآخر بالعوض وعدمه والأصل البرائة عن الضمان؛ لموافقة قول مدّعي الهبة مع الأصل.

الثاني: القول بالاشتغال، واستدلّ لإثباته بوجوه ثلاثة:

الوجه الأول (ما عن النائيّ رحمته الله): لأنّ الأصل الجاري هو الاشتغال لموافقة قول مدّعي البيع مع الأصل ويلزم منه ثبوت الضمان وصرّح: بأنّ المختار هو الاشتغال لما عليه المعظم من كونه الأصل المؤسّس في باب الأموال؛ حيث يستدلّ بأنّ أصالة الاحتياط في الأموال والفروج والدماء تقتضي الاشتغال. وبما أنّ نسبة هذا الأصل مع البرائة نسبة الخاصّ إلى العامّ لا بدّ من رفع اليد عن البرائة في الشبهات الموضوعية.

الوجه الثاني: هو التمسّك بعموم قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» فيحكم بالضمان اعتماداً على هذا العموم.

وإن اشكل عليه: بأنّ الاعتماد على هذا العام لإثبات الحكم المترتب

١ . العروة الوثقى: ج ٦، ص ٦٦٧.

عليه يعد تمسكاً بالدليل في الشبهة الموضوعية؛ لأنّ الخلاف واقع في أنّه هل رفع المالك يده عن ماله ودفعه إلى الآخر مجّاناً، فالتمسك بالعموم لإثبات رفع اليد يعدّ تمسكاً بعموم الدليل في الشبهة الموضوعية وهو ممنوع.

الوجه الثالث: التمسك بقاعدة المقتضي والمانع، بمعنى: أنّ اليد يقتضي الملكية والمانع هي المجانية وعند الشكّ في تحقّق المانع وعدمه، فإنّ المقتضي يفيد تحقّق الملكية ويترتب عليه الاشتغال، وهذا الوجه مخدوش في مبحث العام والخاص.

بقي الكلام في وجه آخر وهو التمسك باستصحاب العدم النعني حسبما أوضحه المحقّق النائيني رحمته الله: «إنّ الضمان في مورد ثبوته ناش عن اليد مع عدم إقدام المالك على المجّان بحيث يكون هذا العدم نعتاً للمالك، فحينئذٍ نقول قبل تحقّق العقد لم يكن إقدام من المالك على المجّان وعند تحقّقه يشكّ في إقدامه عليه فيستصحب عدمه»^١.

ولكنّ الإراد: أنّه عند ما يقطع بخروج المال عن ملك الغير ونشكّ في كيفية الخروج فإنّه يحصل لنا العلم الإجمالي المؤلّف من قضية منفصلة وهي: أنّ المال الخارج من ملكه إمّا خرج بعنوان البيع أو بعنوان الهبة والأصل الجاري فيهما متعارضان؛ لأنّ كلّ منهما موضوع للأثر، فلا يمكن الحكم بأنّه لم يخرج من ملكه مجّاناً فيثبت الضمان؛ لأنّه

١ . المكاسب والبيع (للنائيني رحمته الله): ج ١، ص ١٧٦.

معارض بأصالة عدم خروجه ضمناً. فالنتيجة: صحة ما ذهب إليه السيد صاحب العروة من أنّ مقتضى الأصل هو البرائة من الضمان. ولا يخفى أنّ هذا كلّه مبتن على مورد تلف العين أو فقدانها وإلا فمع وجودها لا أثر لهذا الاختلاف؛ لأنّه إن كان العقد الواقع بيعاً فللمالك الفسخ؛ لأنّه لم يقبض الثمن. وإن كان هبة فللمالك حق الرجوع.