

مجموعه مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره: (۱)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصَلَّى اللهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدَ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ وَاللَّعْنَ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ. يَا صَاحِبَ الزَّمَانِ أَدْرِكْنِي وَأَغْثِنِي.

كتاب البيع (على نهج كتاب الشيخ الأعظم رحمه الله)

وقد تنبأه (قبل الورود في مسائل البيع) الميرزا النائيني رحمه الله على أمر بما يكون له دخل في بعض مقاصد الكتاب على حد يعتبره الله، وهو كما قال رحمه الله: إن الفقهاء رضوان الله عليهم قسموا مسائل الفقه إلى أقسام أربعة: عبادات وعقود وإيقاعات وأحكام

والعبادات تطلق على معان ثلاثة:

أولها: ما يعتبر فيه قصد التقرّب وهي العبادات بالمعنى الأخصّ.
وثانيها: ما يمكن فيه قصد التقرّب وهي العبادات بالمعنى الأعمّ.
وثالثها: الوظيفة التي شرّعت على أشخاص خاصة. ويندرج في هذا القسم باب الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وباب الولايات والقضاء والشهادات. والمعنى الثالث متوسط بين المعنيين الأولين، فإنه أعمّ من الأول وأخصّ من الثاني. ووجه إدراج المحقق رحمه الله باب الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في العبادات بلحاظ هذا المعنى أو لمجرد مناسبة مّا كما أدرج أحكام المياه في هذا القسم.

وأمّا المعاملات: فلها أيضًا معان ثلاثة:

أولها: ما لا يعتبر فيه قصد التقرب وهذا المعنى عام يشمل ما يتوقف على الإنشاء وما لا يتوقف.

وثانيها: خصوص بباب العقود أي ما يكون قوامه بإنشاء الطرفين.

وثالثها: المتوسط بين الأولين أي ما يحصل بالإنشاء سواء كان بين الطرفين كالعقود أو لا كالإيقاعات و... .

وكيف كان فالقسم الثاني من مسائل الفقه هو الذي يتوقف على إنشاء الطرفين ويسمى بالعقد والعقود على أقسام ثلاثة: عقود إذنية وعهدية وهي على قسمين: تعليقية وتنجيزية. وأمّا الإذنية فهي عقود باصطلاح الفقهاء لا بالمعنى اللغوي والعرفي؛ لأنّ معنى العقد لغة وعرفاً هو العهد المؤكّد وما يكون فيه إلزام وإلتزام، وأمّا العقود الإذنية فتسمى عقوداً؛ لأنّها ترتبط بشخصين لا أنّ فيها عهداً وعقد قوله عزّ من قائل: **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودُ﴾** لا يشمل هذه العقود؛ لخروجها عنه تخصّصاً.

وبالجملة: ما كان قوامه بالإذن ومجرد رضا ولّي الأمر ومالكه لا يكون فيه عهد والتزام. وهذه كالوديعة والعارية بناءً على أن يكون مفادها الإباحة المجانية. وأمّا بناء على كونها مفيدة للتمليك المجاني فتدخل في العهدية، وكالوكالة على أحد القسمين فيها، فإنّها بنوعها وإن كانت

تقيد إباحة التصرف للوكيل إلا أنّ قسماً منها عهديّ وهو الذي يتوقف على الإيجاب والقبول مع شرائط خاصة مذكورة في محله.

أقول: وحاصل كلامه: إنّه بعد أن قسم العقود إلى الإذنية والعهدية التعليقية والعهدية التجيزية يصرّح بأنّ العقود الإذنية وتطلق على الأمر الحاصل بين الطرفين من دون أن يكون عهداً وعقداً كالوكالة والوديعة والعارية على أحد القسمين من المعنى فيها.

وأمّا العقود العهدية التي تشمل على العهد المؤكّد والإلزام والالتزام، فهي إما العهدية التعليقية (أي التي تكون المنشأ فيها معلقاً على شيء) كالسبق والرمائية والجعالة (بناء على كونها عقداً ومتوقّعاً على القبول ولو كان فعلاً)

وإما العهدية التجيزية، فهي عبارة عن البيع والإجارة ونحوهما ممّا كان المنشأ منجراً ومتتحققاً بإنشاء الطرفين سواء كان تملّيك العين أو المنفعة سواء كان بعوض أو بلا عوض، فتتميلك العين بالعوض بيع وبلا عوض هبة وتتميلك المنفعة بالعوض إجارة وبلا عوض عارية (بناء على كونها مفيدة للتميلك لا بناء على ما هو الحقّ من أنّها مفيدة للإباحة)

فيستنتج من جميع ما ذكره الله أنّ البيع مندرج تحت عنوان العقود التجيزية فلا يعدّ من العبادات ولا الأحكام ولا الإيقاعات.

أقول: ما أفاده من التفسيم في مسائل الفقه موافق لما وردت الإشارة

^١ منية الطالب: ج ١، ص ٣٣.

إليه في كلمات القدماء (كالشيخ وابن حمزة والعلامة في بعض كتبه والشهيد في قواعده)

نعم قد يشكل عليه بإدراج القضاء والشهادات وعددهما من العبادات في كلامه مع أنّ الشيخ ذكرهما في ضمن الأحكام وكذلك المحقق الله (في الشرائع) وأيضاً العلامة في «المختلف» والشهيد في «اللمعة». ويمكن الاعتذار له: بأنه قاصد لسرد الأمور وما يتربّع عليه من الأحكام دون التقسيم الحقيقي فتأمل.

وأمّا ما أفاده في العبادات وأقسامها فهو تامّ ولا يعبأ بما استشكل فيه بعدم قبولها الأعمّ والأخصّ.

وعمدة الكلام فيما أفاده في العقود وتعريفه له بأنه (العهد المؤكّد وما يكون فيه إلزام والتزام)، ولذلك قال: بأنّ الإذنية عقود باصطلاح الفقهاء دون المعنى اللغوي والعرفي وأنّ الإذنية لتسميتها بالعقد؛ لأنّها ترتبط بشخصين لا أنّ فيها عقد فالنصوص كقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لا تشمل هذه العقود؛ لخروجها عنه تخصّصاً.

ولكن أشكّل عليه: بأنّ إحراز أخذ لزوم وجود التأكّد مشكل عند العرف؛ لأنّه لا يرى في العقد أكثر من ارتباط الشيء بالشيء على نحو الاتصال دون لزوم وجود التأكّد والإلزام والالتزام.

وأمّا عند أهل اللغة فلم يوجد تفسير دالّ على تضمنّه لمعنى الإلزام

قوله ^{الله} «البيع وهو في الأصل – كما عن المصباح – مبادلة مال بمال» ^١ [١].

والتأكد. فعن «القاموس»: العقد الضمان والعهد وجمعه العقود ^٢.

«تاج العروس»: عقد العهد واليمين ^٣.

«المفردات»: العقد الجموع بين أطراف الشيء ^٤.

«المنجد»: عقد الجبل نقىض حل ^٥.

فلذلك يشكل تسلّم أنّ العقد هو العهد المؤكّد ولا أقلّ من الشبهة في المفهوم وفي النصوص قد أطلق العقد على العهد كما في صحيحه ابن سنان في تفسير قوله تعالى **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾**: أي «أوفوا بالعهود» ^٦ ولم يؤخذ التأكّد والإلزام في معناه.

فالنتيجة: أنّ التعبير بالعقود في لسان الأدلة شامل لجميع العقود والخروج يحتاج إلى التخصيص دون التخصيص على ما بينه المحقق النائيبي ^{الله}.

[١] والظاهر أنّ المراد منه هو جميع المعاملات والعقود المنشأة بين

١. المكاسب: ج ٣، ص ٧.

٢. القاموس المحيط: ج ١، ص ٣٢٧.

٣. تاج العروس: ج ٥، ص ١١٥.

٤. المفردات للراغب: ص ٥٧٦.

٥. المنجد: ص ٥١٨.

٦. تفسير القمي: ج ١، ص ١٦٠.

**قوله ﷺ : «والظاهر اختصاص المعموض بالعين، فلا يعم إبدال المนาفع
بغيرها وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع» [١]**

البائع والمشتري (ولا خصوص فعل البائع حيث إن لفظ البيع قد استعمل ويقصد منه العمل الصادر من البائع كما قد يستعمل ويقصد منه الشراء في قبال البيع، كقوله على ما روي عنه عليه السلام : «لا تبع على بيع أخيك» على ما فسر النهي الوارد على عمل المشتري) واستعمل كثيراً على هذا المعنى كقوله تعالى: «فَاسْعُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ»^١ وقوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^٢ أي أطلق على نفس المعاملة فحقيقةه إنما هي مبادلة مال بمال، بمعنى: أن البائع يعطي ما عنده لصاحبه بإزاء ما يأخذه عنه ثمناً كما أن المشتري يعطي ما عنده بإزاء ما يأخذه من البائع مثمناً.

[١] أقول: عرف حقيقة البيع في كلام عدّة منهم (بأنه تبديل العين بالعوض) كما حكى عن الشيخ في «المبسوط»^٣ وابن ادريس في «السرائر»^٤ والعلامة في «الذكرة»^٥ و«القواعد»^٦.

١ . الجمعة(٦٢): ٩.

٢ . وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٦؛ أبواب الخيار: ب ١، ح ٣.

٣ . المبسوط: ج ٢، ص ٧٦.

٤ . السرائر: ج ٢، ص ٢٤٠.

٥ . تذكرة الفقهاء: ج ١٠، ص ٥.

٦ . قواعد الأحكام: ج ٢، ص ١٦.

فإنهم اعتبروا في تعريف البيع خصوصية العين وشرطية كون المعرض عيناً.

ومن الاستظهار المذكور في كلام الشيخ الأعظم رحمه الله يظهر عدم شمول لفظ البيع لتبديل المنافع، بمعنى أن المعرض مختص بالعين فلا يجوز جعله منفعة، فلا تشمل لفظ البيع تبديل المنفعة بغيرها بأن يجعل المنافع معوضاً والعين عوضاً. وعلى هذا المعنى استقر «الجواهر» أيضاً وادعى عدم الخلاف والإشكال في الاختصاص المذكور^١.

ولكن ذهب آخرون في تعريف حقيقة البيع بأنه تبديل العين والمنفعة كالمحقق في «الشائع»^٢ والمحكى عن الشهيد^٣ والمتحقق الثاني^٤ و«المستند»^٥ من أنه (نقل للملك) بعد وضوح أن الملك أعم من العين والمنفعة وصرح الشيخ الأعظم بقوله: «نعم ربما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر وبيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها وكأخبار بيع الأرض الخراجية وشرائها»^٦.

١ . جواهر الكلام: ج ٢٢، ص ٢٠٨.

٢ . شرائع الإسلام: ج ٢، ص ٧.

٣ . الروضۃ البهیۃ: ج ٣، ص ٢٢١.

٤ . جامع المقاصل: ج ٤، ص ٥٨.

٥ . مستند الشیعة: ج ١٤، ص ٢٤٨.

٦ . المکاسب: ج ٣، ص ٧.

أما الخبر الأول: ما رواه الصدوق في الفقيه عن أبي مريم عن أبي عبد الله عليهما السلام سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر، أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته؟ فقال: «أي ذلك شاء فعل»^١.

ورواية السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهما السلام قال: «باع رسول الله عليهما السلام خدمة المدبر ولم يبع رقبته»^٢ الظاهرتان في أن متعلق البيع هي المنفعة دون العين.

والخبر الثاني ما رواه الشيخ باسناده عن إسحاق بن عمار (والرواية معتبرة) عن عبد صالح عليهما السلام قال: سأله عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من مضي من آبائه أنها ليست لهم ولا يدرؤن لمن هي، فيبيعها ويأخذ ثمنها؟ قال عليهما السلام: «ما أحب أن يبيع ما ليس له»، قلت: فإنه ليس يعرف صاحبها ولا يدرى لمن هي ولا أظنه يجيء لهارب أبداً، قال: «ما أحب أن يبيع ما ليس له»، قلت: فيبيع سكنها أو مكانه في يده فيقول: أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي، قال: «نعم يبيعها علي هذا»^٣.

فهذه الرواية صريحة في جواز بيع سكنى الدار وهي المنفعة المجعلة

١ . وسائل الشيعة: ج ٢٣، ص ١١٩؛ أبواب التدبير: ب ٣، ح ١.

٢ . وسائل الشيعة: ج ٢٢، ص ١٢٠؛ أبواب التدبير: ب ٣، ح ٤.

٣ . وسائل الشيعة: ج ١٧، ص ٣٣٥، أبواب عقد البيع وشروطه: ب ١، ح ٥.

معوّضاً.

والخبر الثالث: (معتبرة محمد بن مسلم وعمر بن حنظلة) عن أبي عبد الله عائلاً قال: سأله عن ذلك؟ - إشارة إلى بيع الأراضي الخاجية التي هي ملك للمسلمين - فقال: «لا بأس بشرائها فإنّها إذا كانت بمنزلتها في أيديهم - أي إذا كانوا بنحو الملك في السكنى - تؤدي عنها كما يؤدي عنها»^١ وفي هذه الرواية أطلق عنوان الشراء على منفعة الأرض كما في منفعة سكنى الدار.

وهذه الروايات شاهدة على إطلاق الشراء على مبادلة المنافع، كما يستفاد من غيرها كرواية العمركي عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عائلاً قال: سأله عن رجل له إمرأتان قال إحداهما: ليتني ويومي لك يوماً أو شهراً أو ما كان، أيجوز ذلك؟ قال عائلاً: «إذا طابت نفسها واشتري ذلك منها فلا بأس»^٢.

ففي كل هذه الموارد يتمسّك باستعمال لفظ البيع والشراء وعدم القرينة، فهذا دليل على الحقيقة (كما عن المحقق الإيرواني بدعوه عدم الاختصاص وقوله: بل المقطوع خلافه)^٣.

١ . وسائل الشيعة: ج ١٥٦، ص ١٥٦؛ أبواب جهاد العدو: ب ٧٢، ح ٣.

٢ . وسائل الشيعة: ج ٢١، ص ٣٤٤؛ أبواب القسم والنشوز: ب ٦، ح ٢.

٣ . حاشية المكاسب (لإيرواني): ج ١، ص ٧٣.

هذا وقد استدلّ للقول المشهور (إرادة خصوص العين) بأنّ التبادر في هذه الأزمنة من لفظ البيع هو نقل العين وصحة سلب البيع إذا كان المعوض منفعة.

وما يؤيد دعوى التبادر هو أنّ الفقهاء قد تسالموا على أنّ الأصل فيه هو نقل الأعيان كما أنّ في الإجارة نقل المنافع.

فلا يطلق على صرف المبادلة بين شيئين، بل إطلاقه على قسم خاص من المبادلة بأن يكون أحد العوضين متعاماً والآخر نقداً. وغير خفيّ أنّ التبادر علامة الحقيقة فيما إذا انسبق المعنى من اللفظ مجرّداً عن كلّ قرينة ومع احتمال انساب المعنى من الشهرة وكثرة الاستعمال يوهن دعوى التبادر.

ولكنّه قد مرّ أنه ممّا يؤيد دعوى التبادر هو تسالم الفقهاء على أنّ الأصل في البيع هو نقل الأعيان بخلاف الإجارة وأنّ الأصل فيها نقل المنافع. ولذلك اختلفوا في تحقق الإجارة فيما إذا قال الموجر: «بعث سكى الدار» بعد اتفاقهم على أنّ حقيقة البيع هو نقل الأعيان لا غير. وهذا الاتفاق دليل على ثبوت التبادر بعد تسلّم كونهم من أهل اللسان كالمحقق والعلامة والشهيد و

هذا ولكنّ التمسّك بالتبادر موقوف على إثبات جريان أصلّة عدم النقل في المعنى المذكور (المتداول في هذه العصور) إلى زمان الصدور وتمامية الاستصحاب القهقري.

ويستدلّ لجريان الأصل المذكور بالسيرة العقلانية بدعوى: أنّ اللفظ إذا كان ظاهراً في معنى في هذه الأزمنة وشكّ في ظهوره في ذلك في السابق كان البناء من العقلاء على عدم التقلّل. ويشهد على ذلك حمل الألفاظ المذكورة في المكتوبات الوثيقة في باب الأوقاف والوصايا وغيرهما على المعاني الحالية.

هذا مضافاً إلى أنّ عند الشكّ في ثبوت التبادر وتحديد المعنى الحقيقي فيشكّ في شمول البيع لنقل المنافع، فحينئذ لا يجوز التمسّك بالإطلاقات؛ لصيورة اللفظ مجملًا، فيكون الشبهة مفهومية بين خصوص نقل العين أو الأعمّ منها ومن المنفعة والأول ثابت والثاني مشكوك، فيقتصر على خصوص العين.

وكيف كان، فقد ثبت أنّ حقيقة البيع مختصة بالعين ولم يثبت العموم ومع التنّزّل والشكّ في معنى البيع ومفهومه تصير الشبهة مفهومية، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات المفهومية يمكن إجراء أصالة عدم تحقق البيع. وإن قلنا بعدم جريان الاستصحاب يحكم ببقاء الملك على ملكية المالك الأول.

وعلى الجملة: إنّ استعمال لفظة البيع في نقل غير الأعيان ظاهره التسامح في التعبير كما نصّ عليه الشيخ رحمه الله، كما أنّ لفظة الإجارة تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة.

وبعد ذلك كله نقول: بناءً على القول باعتبار العين في حقيقة البيع فهل يراد منها الجزئي أو الكلّي. والكلّي تارة يكون في المعين وأخرى في الذمة، وهو أيضاً تارة دين وأخرى غيره.

ولا يخفى أنّ المراد من العين هو ما يقابل المنفعة والحقّ والكلّي في المعين عين كليّ وكذا الكلّي في الذمة، لأنّ يبيع صبرة من حنطة له في ذمة غيره، أو عيناً في الذمة، كبيع صبرة من الحنطة في ذاته.

أما الكلام في كيفية تصوير بيع الأعيان الكلّية في الذمة؟

يمكن أن يستشكل فيه - بعد القول بأنّ البيع هو تملّك عين بعوض - لأنّ الملكية من الأمور القائمة بالغير في الوجود وتحتاج إلى مالك ومملوك ومن الأعراض والكلّي في الذمة غير موجودة، سواء أكان ديناً متحقّقاً قبل البيع أو تحقّق في الذمة بسبب البيع.

وقد تفصّي عن الإشكال المذكور السيد (في الحاشية)^١: بأنّ الملكية وإن كانت من الأعراض الواقعية الخارجية لكنّها اعتبارية ومتقوّمة باعتبار العقلاء والشرع ومثله لا يحتاج إلى محلّ الوجود، فكأنّه أراد بذلك بيان أنّ الملكية حقيقة اعتبارية غير محتاجة إلى وعاء خارجي بحيث يعَدّ مقبلاً للوجود الذهني.

والمناقشة: بعدم إمكان الجمع بين الاعتباري والعرضي مندفع؛ لأنّ الملكية حقيقتها الاعتبار المتقوّم باعتبار العقل والشرع، فهو غير قادر

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص ٥٣-٥٤.

لأعراض الفلسفة التي لو وجدت في الخارج لاستلزم وجود موضوع يحلّ فيه، بل هو يريد الأمر القائم بالغير، بمعنى أنّها لا تقوم بنفسها، بل تقوم بال المملوك.

وللمقام تقرير آخر (يستفاد من كلام مصباح الفقاهة)^١ وهو أنّ المراد من العين التي اعتبروها في المثمن هو ما إذا اوجد في الخارج كان جسماً مشتملاً على الأبعاد الثلاثة (العرض والطول والعمق) وهذا هو المعنى للعين بقابل المنفعة والحقّ وسائر الأعراض المقولية ولذلك لا يصدق على تبديل منفعة بمنفعة ولا على تبديل حقّ بحقّ.

ومن ذلك ليس المراد من العين هو الشخص؛ بداعه شمولها للأعيان الشخصية وللكلّي المشاع - كثلث الدار - وللكلّي في المعين كصاع من الصبرة المعينة - وهكذا للكلّي في الذمة - كبيع منّ من الحنطة حالاً أو سلماً - ويتعلّق بها البيع؛ بداعه أنّ هذه الصور يصدق عليها عنوان العين مع أنّها أمور قابلة للانطباق على أفراد كثيرة، كالصاع من الصبرة فهو يمكن انطباقه على يمين الصبرة - ويسارها ووسطها وناحية أخرى منها. فعلى هذا يمكن أن يقال: إن شأن الملكية شأن الوجوب والحرمة، فكما أنّهما يتعلّقان بكلّي الصلاة مثلاً أو الزنا من غير لحاظ خصوصية في متعلّقهما كذلك الملكية - بحيث يكون متعلّق الأمر والنهي هو الكلّي والموجود الخارجي يكون مصداقاً له - فالملكية قد تتعلّق بالكلّي

كما تتعلق بالجزئي الحقيقي، إلا أنّ بيع الكلّي قد يتعلّق بالكلّي الثابت في الذمّة قبل البيع - كبيع الدين ممّن هو عليه أو من غيره - وقد يتعلّق بالكلّي الثابت في الذمّة بنفس البيع من غير أن يكون فيها شيء قبله، كما هو المتعارف في بيع السلم وغيره من البيوع الكلّية.

وبعد اتّضاح هذا الأمر ينقدح النقاش المتقدّم من أنّ البيع مبادلة مال بمال ولا تتحقّق المبادلة إلاّ بعد تحقّق العوض والمعوض في الوعاء المناسب لهما من الخارج أو الذمّة وبما أنه لا وجود للكلّي في أيّ وعاء من الأوعية قبل البيع فلا يصحّ بيعه بوجه من دون فرق بين أن يكون ديناً متحقّقاً قبل عقد البيع أو تتحقّق في الذمّة بسبب البيع فهو معدوم لا يتعلّق به الملكية.

وقد مرّ الجواب من السيد الله عن هذا الإشكال مفصّلاً، فإنّ الملكية بقوله حقيقة اعتبارية غير محتاجة إلى وعاء خارجي تحفيها بحيث يعُدّ مقابلًا للوجود الذهني، فهي على رغم كونها ذات تعلّق يكون بتناسبها موجوداً في الذهن ومعدوماً في الخارج.

وحاصل كلامه الله : إنّ الملكية وإن كانت من الأعراض الخارجية إلاّ أنّ حقيقتها متقوّمة باعتبار الشارع أو العقلاء، فيمكن أن يكون موضوع هذه الملكية موجوداً باعتبار الشارع أو العقلاء، فكما أنّ الوجوب والحرمة عرضان خارجيان مع أنّهما لا يتعلّقان إلاّ بالأمور الكلّية الاعتبارية - كالصلة والزنا قبل أن يوجدان في الخارج - فكذلك

الملكية للشارع أو العلاء اعتبار الكلّي في الذمة شيئاً موجوداً في الخارج لكي يكون موضوعاً للملكية ومعروضاً لها.

نعم، في المقام إشكال آخر وهو: أن الكلّيات المتعلّقة بالذمة بنفس البيع - كمن باع صبرة من الحنطة - ليست ملكاً له قبل البيع، فلا يكون قابلاً للبيع وكذلك ليست بمال ، وكيف يمكن تصوير وقوع البيع حالاً أو استقبلاً مع عدم وجود مال وملك سابق على العقد بعد أن المفروض في البيع أنّ البائع يخرج المثمن عن ملكه ويدخله في ملك المشتري وكذا العكس في المشتري.

فما هو المعتبر من البيع من تبديل الإضافة الملكية لم يتحقق في البيع الكلّي الذي أوجدها البائع بنفس البيع؛ بداعه أنّ قبل وقوع البيع عليه لم يكن طرفاً للإضافة الملكية، كما أنّ هذا الإشكال يتصرّف في الإجارة فيما إذا كان المستأجر يملك منافع الأجير وهو غير مالك لأعماله القادمة.

وأجيب عنه في «مصباح الفقاهة»^١ : بأنّ الملكية أمر اعتباري صرف فلا يحتاج إلى محل موجود وأنّه قبل المعاوضة عليه يعدّ مملوكاً بالملكية الذاتية وقابلة للملكية الاعتبارية شأنها ويصير بالبيع ملكاً اعتبارياً فعلاً وهكذا، فيندفع الإشكال؛ لأنّ المطلوب مملوكيّة البيع حين وقوع البيع وهي حاصلة بالفعل مع البيع، هذا.

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٢٠.

مضافاً إلى أن الملكية الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء – في قبال الملكية الحقيقة وهي السلطنة التامة المخصوقة بالله تعالى – وكذا ملكية الإنسان لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته الخارجية عن تحت المقولات العرضية.

وأيضاً الملكية المقولية الخارجية وهي الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر وهي من الأعراض الخارجية القائمة بالوجود الخارجي لشخص خاص وأمضاء الشارع اعتبارهم للمصلحة التي رأها العقلاء، بل قد يعتبر الشارع ملكية شيء لشخص وإن لم يعتبرها العقلاء كما قد يتحقق في بعض أقسام الإرث، وهذا القسم من الملكية ليست من الأعراض، لكن تحتاج إلى وجود موضوع في الخارج، كالزكاة والخمس يملكونها طبيعياً الفقير والسيّد مع أنه لم يعتبر وجودهما في الخارج.

وكموارد صحة تملك الكلّي الذمّي في بيع السلف مع أنّ الأعراض لابدّ لها من موضوع خارجي.

وعلى الجملة: إنّ الملكية الاعتبارية لا مانع من كون طرفها من المملوك أو الملك كلياً، فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقولية، بل تمام قوامها باعتبار من يبيده الأمر، فلا وجه للنقاش في البيع الكلّي الذمّي من أنه ليس بموجود لكي يكون محلاً للملكية.

فالمحصل من كلامه: أن الكلّي يعدّ مملوكاً بالملكية الذاتية وله شأنية الملكية بالملكية الاعتبارية (حتى قبل المعاوضة) فيصير ملكاً اعتبارياً فعلياً بالبيع ويتربّ عليه مملوكة المبيع حين وقوع البيع. فلا يرد عليه الإشكال من جهة أنه لا يعدّ ملكاً وهكذا من جهة عدم كونه مالاً.

وهذا واضح بعد أن سلّمنا من أنّ حقيقة البيع هو التبديل بين شيئين في جهة الإضافة - أي تبديل المملوكيين في الإضافة - سواء كانت إضافة ملكية أو مالية أو حقيقة أو غيرها، وما لم يحصل التبديل في الطرفين لا يتحقق البيع.

ولا يرد عليه: أن ذلك مستلزم لتأخر رتبة التبديل عن رتبة الإضافة فتحقق الإضافة بنفس البيع يستلزم تأخر التقدّم الطبيعي؛ لأنّه قد مرّ أنّ حقيقة البيع التبديل ومتعلّق التبديل هو الحنطة ومتعلّق الحنطة هو الإضافة، فالإضافة مقدمة طبعاً، فلا يتحقق تبديل الإضافة بذات البيع ليستلزم تأخره عن البيع أو في مرتبة البيع ويلزم المحال فيستحيل تتحقق الإضافة وتبديلها بنفس البيع.

ولكنّ الذي يسهل الخطاب أن الكلّي ثابت في الذمة عرفاً وشرعاً فتحصل الإضافة آناً مّا حين وقوع البيع.

هذا مضافاً إلى أن السيد الخوئي عليه السلام^١ يعتقد وينص على أن البيع ليس خصوص التبديل في طرف الإضافة الملكية، بل البيع هو التبديل على نحو الإطلاق (أعمّ من أن يكون في الإضافة المالية أو الملكية أو الحقيقة أو المصرفية...) والجامع هو التبديل في طرف الإضافة (وهذا مأخذ عما أفاده النائيني عليه السلام^٢) واستشهد لذلك بالآية الشريفة في باب الصدقات **﴿إِنَّمَا الصَّدَقُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِيلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤْلَفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ...﴾**^٣

وهي ظاهرة في بيان المصرف (خلافاً للخمس الذي له المالك وهو طبيعي السادة) وهكذا (خلافاً لسهم الفقراء والمساكين الذي هو طبيعي الفقير وفيهما ملك للجهة) ولا مالك له ومع ذلك يجوز بيعه وصرف ثمنه في سبيل الله كما يجوز بيع نماء العين الموقوفة في سبيل الله وصرف ثمنه في القربات مع أن تلك العين ليست بملك لأحد ولا لجهة وكذا النماء (وكل ذلك لمكان «في» في الآية الشريفة) فاستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس هو تبديل شيئاً في الإضافة الملكية فقط، ومع التنزّل والقول بالملكية للجهة في المثالين نقل

١ . مصباح الفقاهة: ج ٢، ص ٢٣.

٢ . منبة الطالب: ج ١، ص ٣٦.

٣ . التوبية(٩): ٦٠.

الكلام فيمن أوصي بصرف ماله في سبيل الله ونصّ على عدم صيرورته ملكاً لأحد، فإنه إذا بيع المال المزبور للصرف في القربات لم يقع التبديل في الإضافة الملكية، بل التبديل واقع في الإضافة غير الملكية. وهكذا التبديل في الإضافة الحقيقة كبيع الأرض المحجرة، فإنه يبدل إضافة حّقة. وبهذا ظهر الجواب في بيع الكلّي من جهة عدم كونه مالاً وأنّ الكلّي ما لم يضف إلى الذمّة لا يعدّ مالاً عرفاً والمال ما هو الموجود في الخارج جزئياً كان أو كلياً في المعين أو الكسر المشاع في الذمّة، فلأنّ المفروض أنّ البيع الكلّي في الذمّة متحقق في الرتبة السابقة على البيع المضاف إلى الذمّة وهذا مال اعتبره العقلاه وقابل لأن يعرض عليه الملكية بالوجود الاعتباري.

هذا مضافاً إلى أنّ قول صاحب المصباح من أنّ البيع (مبادلة مال بمال) وقع مورد الكلام؛ لعدم حجية قول اللغوي ولذلك استقرّ البعض على أنّ المنع لو كان مورداً لغرض المشتري سواء كان مالاً عند العقلاه أم لا واشتراه بأغلي الثمن صدق عليه مفهوم البيع نعم، يلزم كون المعاملة (على ما ليس بمال) سفهية ولكن لا دليل على بطلانها بعد شمول أدلة صحة البيع وال fasad هو معاملة السفهية؛ لكونه محجوراً شرعاً عن المعاملة، فلا يبعد القول بأنّ المالية تعرض على ما تعلّق به غرض المشتري ما لا يعدّ مالاً عند العرف؛ لأنّ مالية الأشياء متقوّمة بنظر العرف والعقلاه.

ولكن الإشكال: أن مالية الأشياء وإن كانت متفوّمة برغبة العقلاء، إلا أن المراد من العقلاء نوعهم دون الشخص ولذلك حكم بعد اعتبار المالية العرفية على فساد بيع الحيات والعقارب والخنافس و.... . ومع ذلك لا دليل على اعتبار المالية في البيع ومع التنزّل يكون ذلك حكماً شرعاً لا يرتبط بمفهوم البيع كي يؤخذ في تعريفه. الكلام في مفهوم المفاعة الذي أخذ في تبيين حقيقة البيع التي هي تبديل شيء بشيء.

وقال المحقق الأخوند^١: إنّه كان ينبغي للشيخ^{الله} أن يفسّر البيع ويعرّفه بأنّه تبديل مال بمال لا مبادلة كذا بذا؛ لأنّ المبادلة على هيئة المفاعة تقييد المشاركة ولا شركة في البيع وإنّما هو فعل صادر من طرف واحد وهو البائع.

فما صنّعه صاحب المصباح وتلقاءه جماعة بالقبول - كما يظهر عن الشيخ - محلّ كلام؛ لأنّ التبديل يتحقّق بفعل البائع وإن اشترط رضا المشتري بفعل البائع.

ولكن المحقق الإصفهاني^{الله} أجاب عنه بما محصله^٢: بأنّه لا أساس للقول بأنّ الفارق بين الهيئات المجردة وبين هيئة المفاعة إنّما هو تقوّم المعنى في باب المفاعة بالطرفين؛ لأنّ المستفاد من بعض الآيات

١ . حاشية المكاسب (للاخوند^{الله}): ص. ٣.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (لإصفهاني): ص. ١٠.

الكريمة خلاف ذلك، كقوله تعالى: ﴿يُنْهَا عَنِ اللَّهِ وَالَّذِينَ أَمْنَوْا...﴾^١ فإنّها بمعنى تصدي المنافقين لخديعة الله وخديعة المؤمنين فقط وكتقوله تعالى أيضاً: ﴿وَمَنْ يُهَا حِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^٢ فإنّها لا تدلّ على مشاركة الله جل إسمه مع المهاجر في الهجرة وغير ذلك من الأمثلة العرفية كساعدته التوفيق وبavarزه بالمحاربة وخالع المرأة وواراه في الأرض.

ثم قال: بأنّ هيئة المفاعة إنّما هي لمجرد إنتهاء المادة وتعديتها إلى الغير مع أنّ الهيئات المجردة لم يلحظ فيها تجاوز المادة عن الفاعل إلى غيره بحسب وضع الواقع، بل التعدي فيها إنّما ذاتي نظير: ضرب وخدع ونصر في الأفعال المتعديّة أو بواسطة الأداة في الأفعال اللازمّة مثل: جلس وذهب.

إنّما هيئّة المفاعة، فهي ملحوظة فيها تعديّة المادة عنها إلى غيرها بالتطابقة في مقام إفاده النسبة، بخلاف الأفعال المجردة المتعديّة كضرب ونصر، فإنّ فيها يكون التعديّة من ذاتيات مفادها.

وعلى الجملة: لا بأس بتعريف البيع بالمبادلة؛ لأنّه لا يستلزم إفادة المشاركة، بل الغاية لإنّهاء المادة وتعديتها إلى الغير هذا.

١. البقرة (٢): ٩.

٢. النساء (٤): ١٠٠.

قد مر الكلام في مفهوم حقيقة البيع واحتياط المعمول بالعين وإن استعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها (وما يظهر من بعض الأخبار في بيع خدمة المدبر وبيع سكنى الدار ..) وأنّها مسامحة في التعبير، وكما أنّ لفظة الإجارة تستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة.

ما أفاده هنا من الثمرة على الشجرة شأنية ظهورها، فلا إشكال في صحة تعلق الإجارة بالشجرة ويكون الثمرة منفعتها المقصودة من إجارة الشجرة، فيجوز استعمال لفظ الإجارة في نقل الثمرة استعمالاً حقيقة دون ما إذا كان المراد من الثمرة على الشجرة وجود الثمرة عليها فعلاً؛ لأنّ الثمرة في هذه الحالة ليست مورداً للإجارة ولفظة الإجارة في نقلها غلط بّين وفاحش.

وما يظهر من بعض الروايات من إسناد الإجارة إلى نفس الثمرة قبل ظهورها على الشجرة، كقوله عائلاً في صحيح البخاري: «تقبل الثمار إذا تبّين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر وإن لم يتبيّن لك ثمرها فلا تستأجرها»^١ لعله ناظرة إلى أنّ ظهور الثمرة على الشجرة فعلاً لا يمنع من صحة تعلق الإجارة بالشجرة، فإنّ الثمرة الموجودة على الشجرة هي المنفعة المقصودة منها، كمنفعة الدابة بالنسبة إلى ركوبها والدار إلى

١. وسائل الشيعة: ج ١٨، ص ٢١٨؛ أبواب بيع الثمار: ب ٢، ح ٤.

قوله عليه السلام: وأما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة... [١]

سكنها. ولعله إلى هذا نظر الشيخ الرحمي.

وللكلام في المقام مجال نوكلها إلى كتاب الإجارة، من معلومية المنفعة وبط LAN الإجارة قبل ظهور التمرة؛ لاستلزمها الجهالة.

[١] نسب إلى العلامة في غير موضوع من «القواعد»^١ و«التذكرة»^٢ وهكذا إلى «جامع المقاصد»^٣ ثم قال: ولا يبعد عدم الخلاف^٤.

إلا أن الله حكى عن بعض الأعيان الخلاف فيه وأن شأن العوض شأن المعوض، فكما يعتبر كون المعوض من الأعيان فكذلك العوض (ونسب هذا القول في بعض الحواشي إلى الأستاذ الأكبر الوحيد البهبهاني رحمه الله)^٥.

واستدلل له بما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع لنقل الأعيان، هذا أولاً. وثانياً: إن الأدلة الدالة على صحة البيع ونفوذه منصرفة إلى البيوع المتعارفة ومن المعلوم عدم تعارف جعل العوض في البيع من المنافع. وثالثاً: إن المنافع أمور معدومة فلا يقع عليها البيع وأن الملكية من

١. قواعد الأحكام: ج ٢، ص ١٦.

٢. تذكرة الفقهاء: ج ١٠، ص ٦.

٣. جامع المقاصد: ج ٧، ص ١٠٣.

٤. المكاسب: ج ٣، ص ٨.

٥. آداب التجارة.

الأعراض وهي لا يتحقق إلا بالمحل الموجود.

ورابعاً: قول «مجمع البحرين»: من أنّ المال في الأصل الملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كلّ ما يقتني ويملك من الأعيان^١. فلا يكون المنفعة ثمناً في البيع بعد كون البيع مبادلة مال بمال والمفروض أنّ المنفعة ليست من الأموال.

ولكن يرد على الجميع: أمّا الأول: فإنّ ما اشتهر أنّ البيع لنقل الأعيان فلعلّ الغرض منهم هو المبيع؛ لأنّه هو الذي يقع في قبال الإجارة التي هي نقل المنافع وأنّ المعمول فيها المنافع، كما أنّه في البيع هو الأعيان. وأمّا الثاني: فقد مرّ في تعريف البيع أنّه تبديل شيء بعوض من دون فرق بين كون العوضين عيناً، أو أحدهما عيناً والآخر المنفعة وكذلك أن يكون كلاهما المنفعة إلا أنّ المبادر - وقد استدلنا به - من الاستعمالات العرفية عدم صدق البيع على تملك المنفعة، بل اعتبر في تحقق مفهومه كون المبيع عيناً. وأمّا العوض فلا دليل على اعتبار كونه من الأعيان.

وأمّا الثالث: قد مرّ أنّ الملكية من الأمور الاعتبارية ونفس قابلية تعلق الاعتبار عند العقلاء بالمعتبر كاف.

وأمّا الرابع: مضافاً إلى عدم صحة قوله: إنّ المال والمالية هو ما يبذل بإزائه شيء يرغب فيه العقلاء. وهذا أعمّ من العين والمنفعة ولا إشكال

١. مجمع البحرين: ج ٥، ص ٤٧٥.

قوله عليه السلام: وأمّا عمل الحرّ فإن قلنا: إنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال وإلا ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالاً قبل المعاوضة كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.^١ [١]

في أنّ المنفعة كثيراً مّا يرغب فيه العقلاء.

[١] فقد فصل الشيخ عليه السلام وقال بصحّة جعله عوضاً إذا عدّ من الأموال قبل المعاوضة أي صحة جعل الحرّ عوضاً؛ لأنّه مال عند العرف ويبدل بيازئه المال عند العقلاء.

نعم إن لم نقل بكونه من الأموال قبل الشروع في العمل فلا يصحّ جعله عوضاً في البيع؛ بداعه أنّ المأخذ في مفهوم البيع حسبما تقدّم في تعريفه: أنّه مبادلة مال بمال.

وفي المقام تارة يلاحظ عمل الحرّ بعد وقوع المعاوضة عليه، كما استأجره لبناء داره أو طبخ طعامه وخياطة ثوبه وهكذا. وتارة يلاحظ قبل وقوع المعاوضة عليه.

فعلى الأول: لا إشكال في جعل العمل ثمناً في البيع؛ لوضوح كونه مالاً مملوكاً للمستأجر وله التصرف فيه كيّفما شاء مستنداً إلى قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» وزانه وزان عمل العبد لمالكه. إنّما الكلام في مالية عمل الحرّ: فقد استدلّ على كونه مالاً بوجوهه:

١ . المكاسب: ج ٣، ص ٨.

الأول: صحة إطلاق ذي المال على المستأجر المالك لعمل الحرّ بالإجارة أو الصلح.

والثاني: حصول الاستطاعة للمستأجر إذا كان عمل أجيره وافياً بالزاد والراحلة.

الثالث: خروج المستأجر بعمل أجيره عن عنوان القراء إذا كفى عمله مؤونة سنته. فيحرم عليه أخذ الزكاة وغيرها من الوجوه المقرّرة للمساكين والقراء.

الرابع: ضمان التالف لعمل الأجير للمستأجر؛ لقاعدة الضمان بالإتلاف.

فقد استكشف من هذه الوجوه صدق مفهوم المال على عمل الحرّ بعد وقوع المعاوضة عليه. وسرّه أنّ العمل منه حينئذ مورد الرغبة العقلاء هذا وسيأتي زيادة الكلام فيه.

وأماماً إذا لوحظ عمل الحرّ قبل وقوع المعاوضة عليه، فبما أنّه لا يعُد مالاً عرفاً واعتبرنا المالية في الثمن فلا يصحّ جعله عوضاً.

ويشهد لعدم مالية العمل حينئذ عدم كون الحرّ مستطيعاً بلحاظ عمله لكي يجب عليه الاتساب ويحصل الزاد والراحلة وأيضاً لوحبس لا يضمن عمله الحبس مع أنّ القول بتفويت منافع العبد أو الدابة موجب للضمان.

هذا كله تعريف لما أفاده الشيخ الله ولكن الحق - حتى بناءً على اعتبار المالية في تقوم مفهوم البيع - عدم الفرق في صدق مفهوم المال على عمل الحرّ بعد وقوع المعاوضة عليه وقبله؛ لما نقدم وحقق: أنّ مالية الأشياء متقوّمة برغبة الناس فيه واعتباره عند العقلاً، دون أن يعتبر صدق الملك عليها. ومن المعلوم أنّ النسبة بين المال والملك عموماً من وجهه؛ لأنّه قد يوجد المال ولا يتحقق الملك كالمباحثات الأصلية قبل الحيازة.

وقد يوجد الملك ولا يصدق المال، كحبّة من الحنطة؛ لأنّها ملك لصاحبها مع عدم صدق المال عليها وعدم بذل الشيء بإزائها. وقد يجتمعان وله مصادر كثيرة.

وبعد ذلك كله فنقول: لا إشكال في أنّ عمل الحرّ من الأموال عرفاً حتى قبل المعاوضة عليه نعم، لا يعدّ من الملك الاعتباري وإن كان ملكيته الذاتية لصاحبها مما لا نقاش فيه.

وبهذا يندفع الإشكال عن إمكان وقوع البيع عليه، كما مرّ في مبحث البيع الكلّي في الذمة والقول بكفاية تتحقق المالية بنفس البيع.

فالمحصل: إنّه بناءً على اعتبار المالية في مفهوم البيع فلا إشكال في جعل عمل الحرّ بعد وقوع المعاوضة عليه ثمناً؛ لمفروغية كونه مالاً وأمّا بالنسبة إلى نقلها فلا دليل على اعتبار اشتراط وجودها قبل البيع إلا ما عن «المصباح» وهو مما لا اعتبار به؛ لعدم حجيّته؛ لأنّ اللغوي في

صدق بيان موارد الاستعمال ولا المعنى الحقيقي، ولهذا يكفي رغبة العقلاة وتنافسهم في عمل الحرّ لاعتبار المالية له.

وأماماً أنّ المالية أمر وجودي فلا يمكن قيامها بما هو معدوم، أي أنه لم يحصل بعد وإنما يحصل شيئاً فشيئاً وتدريجاً ولا يمكن تحقّقه إلا بعد إنتهاء العمل كله، فالمالية عنوان انتزاعي ينبع من ذات المال الموجود كالفوقية المنتزعة عن الفوق.

وقد حقّق آنفأً عدم اعتبار المحلّ الخارجي للحيثيات الانتزاعية العرفية والمالية كذلك فلا يحتاج لوجود محلّ لها في الخارج. فالإشكال بأنّ عمل الحرّ قبل المعاوضة لا يملك ولا يكون ذات مال مندفع لما تقدّم في صحة البيع على الكلّي في الذمة وأنّه يصحّ بذل العوض في قباه.

وأماماً الكلام في ضمان الحرّ: ثم إنّه بعد القول بصحة وقوعه عوضاً في البيع فهل يقال بضمان المانع عن عمل الحرّ؟ فعن السيد الله في الحاشية إمكان القول بالضمان وذكر في المقام وجوهاً: أحدهما: أن يقال: إنّه مال عرفي مطلقاً؛ إذ لا فرق بينه وبين عمل العبد مع أنّه لا إشكال في كونه مالاً.

الثاني: أن يقال: إنّه ليس بمال فعلاً ولذا لا يتعلّق به الاستطاعة؛ إذ لا يجب الحجّ على من كان قادراً على التكسب في طريق الحجّ أو إجارة نفسه وصرف الأجرة في الحجّ وأيضاً لو حبسه الظالم لا يكون ضامناً

لما يمكنه أن يكتسب في ذلك اليوم مثلاً، بخلاف ما إذا حبس العبد أو الدابة، فإنه ضامن لمنافعهما وإن لم يستوفها.

الثالث: أن يفرق بين عمل المكسوب وغيره ويقال: إن الأول مال عرفي دون الثاني. وهذا غير بعيد من الصواب؛ للصدق العرفي في الأول دون الثاني. ويمكن هذا الفرق في مسألة الضمان وتعلق الاستطاعة أيضاً، بل في مسألة الكلي في الذمة أيضاً يمكن الفرق بين من كان شأنه بحسب العادة تملك ذلك المقدار، كما إذا كان له مزرعة يحصل منها ذلك المقدار عادة وبين غيره.

ثم قال (السيد): هذا ومن الغريب ما صدر من بعض المعاصرین في هذا المقام، فإنه قال ما ملخصه: إن هذا الكلام من المصنف للله مشعر بل ظاهر في أن عمل الحرّ بعد المعاوضة مال والمراد كونه بعد وجود العمل بمقتضى المعاوضة وإلا فمطلق كونه بعدها قبل المباشرة لا يوجب تغييراً في حال العمل حتى يدخل بذلك في عنوان المال.

ثم إنّا نقول: إن المراد بعمل الحرّ أثر عمله وإنّا فنفسه قبل الوجود معدوم وفي حاله متدرج الوجود يوجد شيء منه ويفنى وبعد الفراغ أيضاً معدوم، فلا يقبل الاتصال بكونه مالاً في شيء من الأحوال. ومع ذلك إطلاق كلام المصنف لا يخلو عن إشكال؛ لأنّ أثر عمل الحرّ محسوس كالحاصل من الصباغة والخياطة وغير محسوس كالصلة

والصوم الصادرين من الموجر لهما. والأول لا بأس بصدق المال عليه وفي صدقه على الآخر إشكال:

ثم إن التقييد بالحرر لإخراج عمل العبد لكون عمله مالاً. وفيه إشكال أيضاً إذا كان غير محسوس الأثر وإن كان مملوكاً لモلاه؛ إذ مجرد الممولة لا يستلزم صدق المال، انتهى.

ولا يخفى أنه مع أنه بمعزل عن الصواب أجنبى عن مرام المصنف ^{فليكن} ويظهر ذلك مما ذكرنا^١.

هذا كله ما أفاده السيد ^{عليه السلام} في المقام ذكرناه بطوله لما فيه من النكبات الدقيقة.

حيث إن ^{عليه السلام} قسم الحرر إلى المحترف الكسوب وإليه غيره وفرق بينهما في صدق المال العرفي في الأول دون الثاني ويستفاد البرهان في طي كلامه على عدم ترتب الضمان بالنسبة إلى غير الكسوب من أن موجب الضمان إما الاستيفاء فلا وجه له في غير الكسوب؛ لأنّه بعد كونه محبوساً لم يصدر منه عمل حتّى يستوفيه.

وإما الإتلاف: وموضوع دليل الإتلاف وهو «من أتلف مال الغير» هو مال الغير والمفروض انتفائه في حق الحرر؛ لأنّه قد حقّ أنّ الظاهر من الكلمة المال هو المال المضاف إلى مالكه بالإضافة الاعتبارية وعمل

^١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي ^{عليه السلام}) : ج ١، ص ٥٥

الحرّ قبل وقوع المعاوضة عليه ليس كذلك، فلا يكون مشمولاً للقاعدة.

وإما قاعدة اليد: وهي تدلّ مع الاستيلاء وقد عرفت أنّه غير صادق على الحرّ. هذا بالنسبة إلى غير المحترف وأما المحترف فما يمكن أن يستدلّ به للضمان إما قاعدة اليد: وهذه القاعدة وإن كانت تقضي عدم الضمان بصرف منعه عن العمل ولكنّ الكلام فيما لو حبسه، فإنّه يصدق هنا تلف عمله بالاستيلاء عليه وأخذ عمله منه. إلا أن يناقش في صدق الأخذ.

وإما قاعدة الإتلاف: مدعياً أنّ عمل الحرّ مال وهو متلف، فيعدّ عند ذلك ضامناً.

والنقاش أنّه قد مرّ عدم كون الموضوع للقاعدة هو مجرد المال، بل المعتبر فيه إتلاف مال الغير ولذلك قلنا: إنّه لا يعدّ ذا مال ولا يعدّ مستطيناً للحجّ.

بقي في المقام الاستدلال بالسيرة العقلائية القائمة على ضمان الحابس للحرّ، الظاهر عدم المناقشة في هذه السيرة من أنّ العقلاة يحكمون ويطالعون الحابس بغرامة العمل الفائت منه بسبب حبسه ومنعه.

والإشكال: في احرازها واتصالها وإمضائتها ولو لعدم الردع يمكن دفعه بعد هذه السيرة من المرتكبات المجبولة عند العقلاة. ويشهد لذلك

الحكم بالحرمة تكليفاً على حبسه من دون وجه شرعي، فلذلك كما يحكم بحرمة حبس الحرّ المحترف كذلك يحكم بضمانته فوات أعماله وجبران خسارته.