مجموعهٔ
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«كتاب البيع»

شماره: (۳)

قد مرّ أنّ الشيخ رحمه الله قسّم الحقّ إلى ثلاثة أصناف:

أوّلها: ما لا يقبل المعاوضة بالمال، كحقّ الحضانة والولاية (ولاية الحاكم وولاية الأب والجدّ)

وثانيها: ما لا يقبل الانتقال، كحقّ الشفعة والخيار (وفي بعض النسخ ذكر: النقل بدل الانتقال) وهذا أوفق بالتعليل المذكور في كلامه وهو قوله: «لأنّ البيع تمليک الغير» بعد وضوح الفرق بين الانتقال والنقل مضافاً إلى أنّ الخيار من الحقوق الموروثة، كحقّ الشفعة وحقّ القصاص ولا خلاف في ذلک بين الفقهاء.

وثالثها: ما يقبل النقل والانتقال والإسقاط كحقّ التحجير.

وأُورد عليه: بأنّ ما لا يقبل الانتقال (أي القسم الثاني المذكور في كلامه) معدود من أقسام ما لا يقبل المعاوضة (أي القسم الأوّل) فكيف جعله قسيماً للأوّل.

بتوضيح: أنّ ما يقبل الانتقال قابل للانقسام الى ما يقبل المعاوضة وما لا يقبلها وأمّا ما لا يقبل الانتقال فغير قابل للانقسام إليهما، بل هو من أقسام ما لا يقبل المعاوضة عليه، فالإيراد وارد على التقسيم المذكور بجعل القسم من الشيء قسيماً له.

وقد تصدّى لتوجيه هذا الإشكال: بأنّ المراد من القسم الأوّل (ما لا يقبل المعاوضة بالمال) هو الحقّ الذي لا يبذل بإزائه مال ولا يقبل الإسقاط والنقل والانتقال (كحقّ الولاية مثلاً) فلا يقبل المعاوضة؛

بداهة أنّ المعاوضة عبارة من تبديل شيء مكان آخر ولا تبديل في مثل حقّ الولاية. ولكنّ المراد من القسم الثاني (ما لا يقبل الانتقال) هو الموارد التي يقبل الإسقاط وإن كانت ممّا يقبل الانتقال، كحقّ الشفعة (بناءً على القول بعدم انتقاله إلى غير الشريک و عدم كونه موروثاً) فعلى هذا يكون قسيماً للقسم الأوّل؛ لقبوله الإسقاط فيقبل المعاوضة عليه وإن كانت لا يقبل الانتقال بالنقل عن قصد وعن قهر.

هذا وإن كان يرد عليه كما يرد على السيّد في تقسيمه من المقسم أخذ الحقّ بمعناه الأعم، ولا الحقّ الاصطلاحي في قبال الملک والحكم (مع أنّ حقّ الولاية والأُبوّة وحقّ الاستمتاع والوصاية حقوق بمعناه الأعمّ) مضافاً إلى أنّ السيّد ﵀ صرّح «بكون جملة منها من الأحكام لا من الحقوق» ولذلک لا يرد عليه ما أورده المحقّق النائيني وتعجّب منه بأنّ الحقّ عنده مقوّم بالإسقاط، فكيف قسّمه إلى ما يقبل الإسقاط وما لا يقبله؛ حيث إنّا لو حملنا كلام السيد على الحقّ الاصطلاحي يرد عليه ما أورده عليه؛ لأنّه عرّف الحقّ بالسلطنة وصاحب الحقّ مالک للأمر وطبيعة الحقّ فيها قابليته للسقوط والإسقاط وأنّه فرّق بين الحقّ الذي اعتبره حكماً فهو غير قابل للإسقاط، بخلاف الحقّ بمعنى المصطلح فهو قابل للإسقاط.

ثمّ أنّه بعد ذكر التقسيمات المتقدّمة، علينا بيان الضابطة في إسقاط الحقّ ونقله وانتقاله وقد مرّ في تعريفه مغايرته للحكم، إلّا أنّ البعض

(كالسيّد الخوئي رحمه الله)[١] قائل باتّحادهما وأنّ الحقّ قسم من الحكم حقيقة والاختلاف بينهما في الآثار بخلاف الملك والحكم؛ حيث إنّ حقيقة الملك هي السلطنة وهي متعلّقة بالأعيان تارة وبالأفعال أُخرى بخلاف الحقّ والحكم فإنّهما لا يتعلّقان إلّا بالأفعال.

وإليك نصّ كلامه في بيان عدم الفارق بين الحقّ والحكم:

«إنّ المجعولات الشرعية على ستّة أقسام:

١- التكليفي الإلزامي، كالواجبات والمحرّمات .

٢- التكليفي غير الإلزامي، كالمستحبات والمكروهات والمباحات.

٣- الوضعي اللزومي الذي يقبل الانفساخ، كالبيع والاجارة والصلح ونحوها، فإنّها وإن كانت لازمة في نفسها ولكنّها تنفسخ بالإقالة ونحوها.

٤- الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ، كالزواج فإنّه لا ينفسخ إلّا في موارد خاصة.

٥- الوضعي الترخيصي الذي يقبل الإسقاط، كحقّ الشفعة وحقّ الخيار، فلصاحب الحقّ أن يرفع يده عن حقّه ويسقطه.

٦- الوضعي الترخيصي الذي لا يقبل الإسقاط، كالجواز في الهبة، فإنّه حكم مجعول للشارع ولا يرتفع بالإسقاط.

---

١ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٤٥.

وهذه الأُمور الاعتبارية وإن اختلفت من حيث الآثار اختلافاً واضحاً ولكنّها تشترك في أنّ قوامها بالاعتبار المحض وإذن فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلائي إلى الحقّ والحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلّها حكم شرعي أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصّة بناءً على مسلك العدلية من تبعيّة الأحكام للملاكات الواقعية نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر ـ كما أشرنا اليه قريباً ـ اختلافاً ظاهراً، فبعضها يقبل الإسقاط وبعضها لا يقبله. والسرّ في هذا الاختلاف هو أنّ زمام تلك الأُمور بيد الشارع حدوثاً وبقاءً، فقد يحكم ببقائه كما حكم بحدوثه وقد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما نعم، المتّبع في ذلك ـ في مقام الإثبات ـ هو الأدلّة الشرعية.

وعلى الجملة: أنّ الجواز واللزوم الوضعيين كالجواز واللزوم التكليفيين، فإنّ جميعها من الأحكام الشرعية ولا تفاوت في ماهيّتها وذواتها وإن اختلفت آثارها»[1].

ومحصّل كلامه: اتحاد الحكم والحقّ حقيقة؛ لأنّهما أمران اعتباريان والاختلاف في الآثار فقط؛ بداهة أنّ بعض الأحكام يقبل الإسقاط دون بعض.

وعمدة ما استدلّ به: اشتراك الحكم والحقّ في كونهما اعتبارية محضة وإن كانا يختلفان في الأثر، والاعتباريات تعدّ من الأحكام سواء

١. مصباح الفقاهة: ج٢، ص٤٥-٤٦.

كانت منشأها العقلاء أو الشرع؛ بداهة أنّ حقيقة الحكم ليست إلّا الاعتبار المحض نعم، يطلق على بعض الأحكام عنوان الحقّ(أي التي يقبل الإسقاط) إلّا أنّه إطلاق اصطلاحي ولا مشاحة في الاصطلاح ولعلّ هذا الإطلاق هو الذي صار منشأ للخلاف بين العلماء في حقيقة الحكم والحقّ، هذا أوّلاً.

وثانياً: قد حقّق أنّ معنى الحقّ في اللغة هو الثبوت وهذا يصدق على الحكم والحقّ المصطلح، فالحقّ والحكم بمعنى واحد وهو الثبوت في عالم الاعتبار.

وقد أورد عليه أوّلاً: بالنقض بما ذكره في «مباني تكملة المنهاج» في مسألة تعدّد أولياء القصاص بعد تفسير حقّ القصاص بالسلطنة فإنّه التزم به هناك (أي تفسير الحقّ بالسلطنة) مع أنّه في المقام خالف المشهور؛ حيث قال تعليلاً لما اختاره في مسألة (١٣٥): «إذا كان للمقتول أولياء متعدّدون فهل يجوز لكلّ واحد منهم الاقتصاص من القاتل مستقلّاً وبدون إذن الباقين أو لا؟ فيه وجهان: الأظهر هو الأوّل»: بأنّ حقّ القصاص لا يخلو من أن يكون قائماً بالمجموع (أي مجموع الأولياء) كحقّ الخيار.

أو بالجامع على نحو صرف الوجود أو بالجامع على نحو الانحلال (وأنّه متعلّق لطبيعيّ الولي بنحو مطلق الوجود) أمّا الأوّل: فهو مضافاً إلى أنّه لا دليل عليه، بل هو خلاف ظاهر الآية الكريمة ـ كما سنشير إليه

ـ ينافي حكمة وضع القصاص؛ حيث إنّه يمكن للقاتل أن يتوسّل إلى عفو أحد الأولياء مجّاناً أو مع أخذ الدية ومعه يسقط حقّ القصاص من الآخرين... .

وأمّا الثاني: فهو أيضاً كذلك؛ حيث إنّ لازمه هو سقوط القصاص بإسقاط واحد منهم.

وأمّا الثالث: فهو الأظهر فإنّه الظاهر من الآية الكريمة ﴿**وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَد جَعَلنَا لِوَلِيِّهِ سُلطٰناً**﴾[1] بتقريب: أنّ الحكم المجعول لطبيعيّ الوليّ ينحلّ بانحلاله، فيثبت لكلّ فرد من أفراده حقّ مستقلّ كما هو الحال في سائر موارد انحلال الحكم بانحلال موضوعه ولا يقاس ذلك بحقّ الخيار، فانّه حقّ واحد ثابت للمورّث على الفرض والوارث يتلقّى منه هذا الحقّ الواحد، فلا محالة يكون ذلك لمجموع الورثة بما هو مجموع، وهذا بخلاف حقّ الاقتصاص، فإنّه مجعول للولي ابتداءً وكونه حقّاً واحداً أو متعدّداً بتعدّد موضوعه تابع لدلالة دليله»[2] ثمّ استدلّ لما اختاره بالروايات الواردة ... هذا.

وكأنّ المستشكل أراد النقض عليه: بأنّ ما اختاره في باب حقّ القصاص أنّه السلطنة المجعولة لطبيعيّ الوليّ بنحو مطلق الوجود وهذا ينافي ما اختاره في المقام من أنّه حكم اعتباري.

---

١ . الإسراء (١٧): ٣٣.

٢ . موسوعة الإمام الخوئي (مباني تكملة المنهاج): ج٤٢، ص١٥٨.

وأورد عليه ثانياً: إنّ ما أفاده فارقاً بين الملك والحقّ من أنّ الملك يتعلّق بالأعيان والأفعال والحقّ يتعلّق بالأفعال خاصّة، لا يمكن المساعدة عليه: لأنّه كما أنّ الملك يتعلّق بالعين تارة ويتعلّق بالفعل أُخرى، كذلك الحقّ، فإنّه أيضاً يتعلّق بالأعيان كحقّ التحجير؛ لأنّ متعلّقه الأرض المحجّرة وبالأفعال كحقّ الخيار أي حقّ فسخ العقد.

وثالثاً: أنّ تقسيمات المجعولة في الشرع إلى الأقسام الستّة ثمّ عدّ الوضعي اللزومي ممّا يقبل الانفساخ ـ كالبيع والإجارة ـ وممّا لا يقبل الانفساخ (كالزواج).

ففيه: إنّ البيع والإجاره والصلح ليست من المجعولات الشرعية، بل هي ممّا أنشأه المتعاقدين وإنّما المجعول الشرعي هو اللزوم والجواز (وبعبارة أُخرى صحّة البيع ونفوذه) فالبيع عند ما عرّفه (السيّد الخوئي﵀) هو تبديل طرفي الإضافة وهو فعل صادر من البائع والمشتري ـ أي منشأ بإنشائهما ـ فكيف يعقل أن يكون مجعولاً شرعياً وقسماً من المجعولات الشرعية.

ورابعاً: أنّ ما أفاده من أنّ الحقّ والحكم مشتركان في كون قوامهما بالاعتبار لا يلازم اتحادهما حقيقة، فإنّ الحقّ سنخ اعتبار يختلف عن الحكم و لا مانع من ذلك والفارق هو الارتكاز.

وخامساً: أنّه قد مرّ منّا عند بيان ملخّص استدلاله: «إنّ قوام الحقّ والحكم بالاعتبار المحض» وأراد بأنّه لا اختلاف في ماهيّتهما. ولكنّ

الإيراد هو النقض بالملك، فإنّ قوامه أيضاً بالاعتبار فكيف جعله قسيماً للحكم ولو كان مجرّد التقوّم بالاعتبار دليلاً على الاتحاد للزم منه اتحاد الملك والحكم.

وأيضاً ما قاله﵀: إنّ الحقّ مفهومه الثبوت وهو منطبق وصادق على الحقّ والحكم على نسق واحد.

ففيه: أنّ الحقّ بمعنى الثبوت صادق على الأعيان الخارجية أيضاً، فإنّ كلّ ما هو ثابت في دار الوجود فهو حقّ بهذا المعنى ولكنّه مع ذلك لا يمكن الالتزام باتحاد الخارجيات مع الحقّ والحكم وعدم الاختلاف بينها و بينهما.

فالمتحصّل من جميع ما أورده على نظرية السيّد الخوئي﵀ (بالوجوه الخمسة): عدم تماميّة ما التزم به من عدم الفارق بين الحقّ والحكم.

ولكنّ التأمّل في الإيراد عليه بالنقض بما نقلناه عن «التكملة» بل وحتّى في نفس المقام حيث عرّف في ذيل كلامه قائلاً: «هل ترى فارقاً بين جواز قتل المشركين ـ الذي يسمّى حكماً فرعياً ـ وبين سلطنة وليّ الدّم على قتل القاتل الذي يسمّى حقاً شرعياً بقبوله الإسقاط»[1] يقتضي أن نقول: إنّ مراده من وحدة الحقّ والحكم وعدم الفارق بينهما كونهما اعتباراً شرعياً تارة على نحو الحكم التكليفي وتارة على النحو الوضعي

١ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٤٦.

بأقسامهما المذكورة في صدر كلامه وليس هذا عدولاً عمّا اختاره من أنّ الحقّ حكم كما صرّح به في ذيل كلامه.

وأمّا الإشكال الثاني، فيجاب عنه: بأنّ في حقّ التحجير لا مانع من أنّه اعتبار اعتبره الشارع للمحجّر على مالكية أمر الأرض دون نفس الأرض وبهذا يفترق عن ملكية الأعيان.

وأمّا الإشكال الثالث، فيرد عليه: بأنّ الموارد المذكورة (كالبيع والإجارة والصلح) أراد بها لزومها ولا نفسها حتى يقال بأنّها ليست من المجعولات الشرعية. ويشهد لما قلناه تعليله بقبول الانفساخ «فإنّها وإن كانت لازمة في نفسها ولكنّها تنفسخ بالإقالة ونحوها»[1].

وأمّا الإيراد الرابع: بأنّ مجرّد اشتراكهما في التقوّم بالاعتبار لا يلازم الاتحاد والفارق هو الارتكاز، فإنّ الحقّ سنخ اعتباره يختلف عن الحكم.

فنقول: لا مانع من الوحدة النوعية بين الشريكين إذا نشأ من واحد وإن اختلفا في الآثار المرتّبة عليهما.

وأمّا الإيراد بالنقض على الملك مع كونه متقوّماً بالاعتبار ومع ذلك جعل قسيماً للحكم ولو كان مجرّد التقوّم دليلاً على الاتحاد للزم منه اتحاد الملك والحكم، فالجواب عنه يظهر ممّا ذكرناه آنفاً في الجواب عن الإيراد الرابع: بأنّا لا نأبى عن الالتزام باشتراك الملك مع الحكم

١ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٤٦.

أيضاً والقول بالاختلاف في الآثار ولا سيّما على مبنى الشيخ الأعظم﵀ من انتزاعية الأحكام الوضعية عن التكليفية.

وأمّا الإيراد بعدم إمكان الالتزام باتحاد الخارجيات مع الحقّ والحكم، فيرد عليه: بأنّ الثبوت في كلّ شيء بحسبه، ففي الخارجيات والاعتباريات كلّ منهما بحسبه.

فالمتحصّل: أنّ الفارق في كلّ من الملك والحقّ والحكم بحسب الآثار مسلّم وإن قلنا بوحدة الحكم والحقّ أو كلّها في ذاتها.

وكيف كان سواء قلنا بالتفاوت بين العناوين المذكورة حقيقة أم لا؟ يقع البحث في ضابطة إسقاط الحقّ وملاك هذه القابلية في بعضها وعدمه في البعض الآخر وكذلك قابليته للانتقال وعدمه.

قد ذكر في بيان الضابطة وجوه وقبل نقل الآراء نقول: تارة يكون نسبة العنوان المأخوذ موضوعاً لتعلّق الحقّ نسبة العلّة التامّة للمعلول وتارة نسبة المقتضي إلى المقتضى، فعلى الأوّل: لا يمكن إسقاط الحقّ أو انتقاله؛ لعدم إمكان تخلّف المعلول عن العلّة والتخلّف يكشف عن تبدّل الموضوع.

وعلى الثاني: يمكن سلب الحقّ وإن كانت الموضوع باقياً، وكذلك ذهب الأعلام إلى لزوم مناسبات الحكم والموضوع (الخصوصيات المستفادة من الأدلّة) بعد القول من بعضهم بأنّ الأصل الأوّلي يقتضي قابلية السقوط.

نظرية السيد (في الحاشية): «لا يخفى أنّ طبع الحـقّ يقتضـي جـواز إسقاطه ونقله؛ لأنّ المفروض كون صاحبه مالكاً للأمر ومسـلّطاً عليـه، فالمنع إمّا تعبّدي أو من جهة قصور في كيفيته بحسـب الجعـل، والأوّل واضح والثاني كأن يكون الحقّ متقوّماً بشخص خاصّ أو عنوان خاصّ، كحقّ التولية في الوقف وحقّ الوصاية ونحوهما، فإنّ الواقف أو الموصي جعل الشخص الخاصّ من حيث إنّه خاصّ مورداً للحقّ، فـلا يتعـدّى عنه وكولاية الحاكم فإنّها مختصّة بعنوان خاصّ لا يمكن التعـدّي عنـه إلى عنوان آخر ومثل حقّ المضاجعة بالنسبة الى غير الزوج...»[١].

وحاصل كلامه: أنّ الحقّ بطبعه يقتضـي جـواز الإسـقاط؛ لأنّ الحـقّ سلطنة ومقتضى هذه السلطنة كون صاحب الحقّ مالكاً للأمر ومسـلّطاً عليه ويكون أمره بيده ولا يكون ذلك إلّا لقابلية الحقّ للسقوط والإسقاط بخلاف الحكم؛ حيث إنّ أمر الحكم بيد الحاكم لا المحكوم عليه بعد كون المفروض أنّه لم يجعل له السطنة على شيء حتّى يكون أمره بيده.

واختار هذا الوجه أيضاً المحقق النائينيﷺ قائلاً: إنّه لا يعقل أن يكون حقّ ولم يكن قابلاً للإسقاط[٢].

فما يستفاد من كلام السيّدﷺ والنائينيﷺ تقوّم ذلك الحقّ بالقابلية

١ . حاشية المكاسب(للسيد اليزديﷺ): ج١، ص٥٦.

٢ . منية الطالب: ج١، ص٤٢.

للسقوط والإسقاط، بدعوى: عدم معقولية مالكية الأمر في مورد الحقّ بدون قابلية الحقّ للسقوط والإسقاط.

وأورد عليهما أوّلاً: بفساد المبنى وأنّ الحقّ ليس بمعنى السلطنة.

وثانياً: بالنقض بالملك، فإنّه بمعنى السلطنة عندهما ومع ذلك لا يكون قابلاً للإسقاط.

وثالثاً: إنّ مقتضى الدليل كون صاحب الحقّ مسلّطاً على الشيء ولكن كونه مالكاً للسلطنة نفسها لا يستفاد من الدليل.

بتوضيح: أنّ حدّ الدليل هو أنّ صاحب السلطنة مسلّط على الشيء ومقتضاه مالكيّة المسلّط عليه لا مالكيّة نفس السلطنة بمعنى: أن يكون السلطنة طرفاً للسلطنة حتى يقتضي القابليّة للإسقاط بل مقتضاه هي السلطنة على متعلق الحقّ، وكم فرق بينهما وما يقتضي القابليّة هو الأوّل دون الثاني.

ولمزيد التوضيح نشير إلى ما أفاد الخوئي رحمه الله: لذي الخيار سلطنتان:

الأُولى: السلطنة المتعلّقة بإعمال الخيار أي اتخاذ الفسخ أو الإبقاء.

الثانية: السلطنة على إعدام السلطنة.

ورابعاً: إنّ السيد حيث تعرّض إلى الفارق بين جعل الحقّ ونفس الحقّ ذكر: إنّ جعل الخيار من مقولة الحكم و المجعول هو نفس الخيار وهو من مقولة الحقّ.

والإشكال عليه: إنّ هذا إنّما يتصوّر فيما إذا كانت النسبة بين الجعل والمجعول نسبة السبب و المسبّب ليكونا متعددين، فيصحّ أن يكون أحدهما من سنخ الحكم والآخر من سنخ الحقّ ولكنّه بعيد عن الحقّ فإنّ النسبة بينهما نسبة المصدر واسم المصدر، فهما متّحدان بالذات و مختلفان بالاعتبار، فالخيار بالنسبة إلى الجاعل جعل وبالإضافة إلى نفسه مجعول ولا يقبل أن يكون شيء واحد قابلاً للإسقاط وغير قابل له.

وأمّا النظرية الثانية: قد مرّ آنفاً أنّه تارة كانت النسبة بين العنوان الذي تعلّق به الحقّ نسبة العلّة والمعلول وتارة نسبة المقتضي إلى المقتضى (وهذا هو الضابط بحسب مقام الثبوت) ولا يخفى أنّ التعبير بالنسبة لأنّ العناوين ليست علّة حقيقية للحكم؛ لأنّ علة الحكم هو الجاعل؛ بل هي على وزان العلة في عدم انفكاك المجعول عن العلة، فإنّه كما لا ينفك المعلول عن علّته فكذلك الحكم لا ينفكّ عن موضوعه، وهكذا الأمر في ناحية المقتضي؛ فعلى الأوّل (إذا كانت النسبة نسبة العلّة والمعلول) فلا يكون الحقّ قابلاً للإسقاط والنقل والانتقال؛ للزوم الخلف وتخلّف المعلول يكشف عن تبدل الموضوع وهو خلاف الفرض، كما في حقّ القضاء فإنّه ثابت لمن كان عارفاً بالأحكام وناظراً في الحلال و الحرام) فسلب الحاكميّة عن العارف الناظر يكون من سلب المعلول عن علّته التامّة.

وعلى الثاني: (إذا كانت النسبة بينهما نسبة المقتضي بالمقتضى) فلا مانع من القول بقابلية الحقّ للإسقاط والنقل والانتقال، وذلك ممكن ثبوتاً بعد بقاء العنوان و الموضوع، ما ذكرناه هو المستفاد ممّا أفاده في «البلغة»[1] وصرّح فيها بإمكان الإسقاط والنقل.

وأمّا الملاک بحسب مقام الإثبات: فالمستفاد من إفادات أهل النظر لزوم ملاحظة مناسبات الحكم و الموضوع المستفاد من الأدلّة.

ولكنّ الحقّ ملاحظة اقتضاء الأصل الأوّلي:

لا إشكال في أنّ العناوين المأخوذة في موضوعات الأدلّة تقتضي الموضوعيّة عرفاً والقول بأنّها مشيرة خلاف الأصل، هذا مضافاً إلى أنّ إطلاق الموضوع من دون ضمّ شيء إليه يقتضي أن يكون له تمام الدخل في المحمول.

وبعد اتّضاح هذا الأمر يتمّ مقام الاثبات وبه يكشف عن مقام الثبوت وأنّ نسبة الموضوع إلى الحقّ نسبة العلّة إلى المعلول، وعبّر عن هذا الأصل بالأصل اللفظي الداخلي، وبهذا أشكل على السيد صاحب العروة: بأنّ هذا الأصل يقتضي عدم الإسقاط لا ما استقر عليه «من أنّ طبع الحقّ يقتضي الإسقاط».

---

١ . بلغة الفقيه: ج١، ص١٧.

وأمّا الأصل الأوّلي (الخارجي) بمعنى القرائن الخارجية، فقد ذهب المحقّق الإصفهاني[1] أنّ الحقّ بلحاظ السقوط على قسمين:

الأوّل: ما جعل (من الحقوق) بلحاظ رعاية حال ذي الحقّ، كحقّ الخيار و الشفعة فإنّهما مجعولان لرعاية حقّ المشتري، أو البائع أو كلاهما أو صاحب الحيوان، أو الشريك، لئلّا يتضّرر، وبما أنّها مجعولة لرعاية حال ذي الحقّ وإرفاقاً له، فهذا قرينة على القابليّة للإسقاط والسقوط.

الثاني: ما هو المجعول لرعاية غير ذي الحقّ، كحقّ الولاية وحقّ الوصاية، فبما أنّه مجعول لرعاية مصلحة المولّى عليه والموصى ليس قابلاً للإسقاط ولا يجوز للولي والوصي إسقاطه.

وبالجملة: لأنّه لم يجعل رعاية لحال ذي الحقّ فليس له إسقاطه.

ونوقش فيما أفاده كبروياً وصغروياً:

أمّا الكبرى: فما أفاده من أنّ الحقّ إذا جعل رعاية لحال ذي الحقّ المستفادة من تناسب الحكم و الموضوع فهو قابل للإسقاط، إنّما يتمّ فيما إذا أُحرز كونها علّة تامّة في دخلها للحقّ المجعول له، أمّا إذا كانت حكمة أو كان متردّداً بين العلّة والحكمة فلا تصلح للقرينيّة.

---

١ . رسالة في تحقيق الحقّ والحكم: ص٤٩.

أمّا الصغرى: فهي في الشفعة والخيار مخدوشة، أمّا الخيار فهو وإن كان التناسب بين الحكم والموضوع يقتضي الإرفاق بحال ذي الحقّ إلّا أنّه اقتضاء ظنّي و الظن لا يغنى من الحقّ شيئاً، هذا أوّلاً.

وثانياً: أنّ الاقتضاء لو كان فهو حكمة لا علّة ولا أقلّ من الاحتمال وما يصلح للقرينيّة إنّما هي العلّة فإنّها تعمّم و تخصّص.

هذا ولكن ما اختاره هنا منافٍ لما أفاده في مبحث الخيارات (خيار المجلس) حيث قال: من أنّ حكمة الخيار وهو الإرفاق بحال ذي الخيار أمر قطعيّ لا ظنيّ. فإنّها وإن كانت مستنبطة إلّا أنّها من الاستنباطات القطعية العقلائية... والحكمة وإن لم تكن كالعلّة (في التعميم والتخصيص) إلّا أنّ لارتكازيتها تعدّ من القرائن اللبيّة المتّصلة بالكلام المانعة عن الإطلاق ولا أقلّ من احتفاف الكلام بما يحتمل الصارفية.

فاتّضح أنّ الاقتضائات المستفادة من المناسبات بين الموضوعات والأحكام أُمور يمكن دعوى العلّيّة فيها كما يمكن دعوى الحكمة ولا أكثر والعمدة هو الجزم بالعلّيّة للمجتهد وهو مشكل إلّا مع مساعدة القرائن، كما ادّعى في مبحث الخيار وجود القرينة.

وأمّا الشفعة، فالحكم فيها أيضاً موكول إلى أن نقول بتجديد المصلحة فيها بعدم تضرّر الشريك وأنّه هو الملاك التامّ والعلّة التامّة للحكم، كما ربما يستفاد من رواية الكليني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**قضى**

رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا ارفت الأُرف وحدّت الحدود فلا شفعة»[١].

والإشكال في دلالة الحديث: بأنّه يحتمل الجمع في الرواية وأنّها لم يصدر في مجلس واحد مندفع بعد ظهور رجوع الضمير إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أو إلى أبي عبدالله عليه السلام ولكن تمامية المدّعى وقرينية الرواية موقوفة على الالتزام بكون الضرر علّة تامّة لحقّ الشفعة.

ولكنّه ممنوع؛ لأنّ النسبة بين الشفعة والضرر عموم من وجه، فإنّه قد لا يتضرّر الشريك(كما إذا كان الشريك البائع مؤذياً فأراح الشريك ببيعه لغيره).

فالعلّة منطبقة فيما إذا لم يمكن انفكاكها، بل وحتّى الحكمة جارية فيما إذا كانت غالبة والضرر في الشفعة ليس بغالب وإن أُشكل في غلبة الوجود بتمامية الحكمة وإن كانت نادرة.

وكيف كان، يشكل القول بعلّيّة الضرر في حقّ الشفعة، فعليه لا يتمّ القول بأنّ حقّ الشفعة موضوع ومجعول رعاية لمصلحة الشريك.

وعلى الجملة: لا بأس بالالتزام بما أفاده المحقّق الإصفهاني من تقسيم الحقوق والقول بقابليتها للسقوط فيما إذا كانت مجعولة لرعاية

---

١ . وسائل الشيعة: ج٢٥، ص٣٩٩، كتاب الشفعة: ب٥، ح١.

حال ذي الحقّ وعدم قابليتها فيما إذا لم تكن مجعولة له ومشروط بإحراز كونها علّة تامّة لها وتمام الكلام في تمامية الإحراز.

النظرية الثالثة في ضابطة الإسقاط والنقل: وهي ما استدلّ به الشيخ الأعظم رحمه الله في مسقطات خيار المجلس وهي القاعدة المسلّمة (لكلّ ذي حقّ إسقاط حقّه)[١].

وفيه: إنّ كلام الشيخ لا يخلو من أحد الاحتمالين:

الأوّل: أنّه أراد بها القاعدة المسلّمة العقلائية.

الثاني: أنّها قاعدة مسلّمة فقهية.

أمّا الاحتمال الأوّل: فالإشكال فيه: عدم ثبوت هذه السيرة منهم ومع التنزّل لم يحرز اتصالها بزمان المعصوم عليه السلام.

مضافاً إلى أنّ الشيخ رحمه الله في مقام التعليل استدلّ بفحوى «تسلّط الناس على أموالهم فهم أولى بالتسلّط على حقوقهم المتعلّقة بالأموال» فهذا الاحتمال مندفع.

وإن كانت للكلام فيما أفاده الشيخ رحمه الله مجال من الخدشة في أصل المستند وهو النبوي «الناس مسلّطون على أموالهم».

وأيضاً: من أنّ تمامية الاستدلال بالفحوى يتمّ بناءً على القول بأنّ الحقّ مرتبة ضعيفة من الملك.

---

[١]. المكاسب: ج٥، ص٦١.

وأيضاً: السلطنة على الأموال غير ملازمة للسلطنة على الحقوق لا عقلاً ولا عرفاً.

مضافاً إلى أنّ دلالة الأولوية تحرز بتنقيح المناط وهنا استحسان ولا قطع.

وأمّا الاحتمال الثاني: كما يظهر من التعليل المذكور في كلام الشيخ، فالإشكال فيه: أنّه دعوى إجماع، فهو كما ترى إمّا مدركي أو محتمل المدرک.

فبالجملة: بعد اللتا والتي نرجع إلى ما حقّق في أوّل المسألة وهو أنّ الأصل الأوّلي يقتضي موضوعية العنوان المأخوذ في لسان الدليل وإطلاقه دليل على أنّه هو تمام الموضوع.

وأمّا تناسب الحكم والموضوع فقرينيته على نحو الموجبة الجزئية (ولا الكلّية) بتوضيح: أنّ المناسبات بين الحكم و الموضوع تارة تقتضي حيثية تقييدية بمعنى: كونها دخيلة حدوثاً وبقاءً كما في مثل وجوب تقليد المجتهد بمعنى: أنّ موضوع الحكم هو المجتهد فمادام كونه متّصفاً بهذه الملكة يكون الحكم موجوداً بوجود القيد المذكور، بخلاف الحكم بالاجتناب عن الماء المتغيّر، فإنّ التغيير أُخذ علّة للحكم ولا قيداً ولذلک ليس مقوّماً للموضوع حدوثاً وبقاءً، فإنّ الاجتهاد حيثية تقييدية، فمادام كونه مجتهداً يجب تقليده.

وأُخرى تقتضي الحيثية التعليلية، كما في الاجتناب عن الماء المتغير بالنجاسة؛ لأنّ التغيّر ليس مقوّماً للموضوع حدوثاً وبقاءً وكاختلاط المياة في باب العدّة، فإنّ العدّة إن شرّعت لأجل الاجتناب عن اختلاط المياه فهي تقتضي انتفاء لزوم مراعاتها في الزوجة التي لم يجامعها زوجها فترة طويلة قبل وفاته، مع أنّه لابدّ لها الاعتداد، سواء حصل الاختلاط أم لا.

وثالثة: تكون منشأ للشك في الحيثية التقييدية والتعليلية، مثل الوفاء بالعقد الضرري، فإنّ الضرر علّة لجواز العقد حدوثاً وبقاءً، أو أنّه دخيل في الجواز حدوثاً فقط، فإنّ الضرر لو كان مأخوذاً قيداً فإنّه يزول مع التمكّن من الفسخ وإن أُخذ علّة فإنّه يشكل الأمر بعد زوال الضرر.

وكذلك حقّ الشفعة والحضانة والرهانة، فإنّ ضرر الشريك لم يؤخذ في الموضوع، بل الموضوع هو أنّ الشريك أحقّ بالشفعة كما وردت في الرواية«**الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقّ بها بالثمن**»[1] والتمسّك بما ورد في دخل الضرر بما قلناه سابقاً مبنيّ على كون الضرر علّة لحقّ الشفعة حدوثاً وبقاءً أو بقاءً فقط ولذلك يشك في الحيثيتين التقييدية والتعليلية. وهكذا بالنسبة إلى حقّ الحضانة المجعول لرعاية مصلحة الطفل، كما يستفاد من التعابير المذكورة في كلمات الفقهاء

١ . وسائل الشيعة: ج٢٥، ص٣٩٥؛ كتاب الشفعة: ب٢، ح١.

(كالعلّامة في قواعده[١] وثاني الشهيدين في المسالک[٢]) من أنّها ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلّق بها من مصلحة حفظه و ... .

فإنّ تناسب الحكم و الموضوع في المقام (ربما أنّه جعل لمصلحة غير ذي الحقّ) يقتضي كونه قائماً به وعدم القابلية للإسقاط ـ على ما بيّنه المحقّق الإصفهاني رحمه الله[٣] ـ .

إلّا أنّ في المقام رواية (مصحّحة) تنافي القول المذكور وهي ما رواها الصدوق باسناده عن أيوب بن نوح قال: كتب إليه بعض أصحابه: كانت لي إمرأة ولي منها ولد وخلّيت سبيلها فكتب عليه السلام: «**المرأة أحقّ بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلّا أن تشاء المرأة**»[٤]. فإنّ فيها علّقت الأحقّيّة على مشية المرأة. وهذا يدل على قابلية الحقّ للإسقاط.

نعم في المقام رواية أُخرى عن أيوب بن نوح(رواها في آخر السرائر) قال: كتبت إليه مع بشر بن بشّار: جعلت فداک رجل تزوّج إمرأة فولدت منه ثمّ فارقها، متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: «**إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله وإن تركه فله**»[٥].

---

١ . قواعد الأحكام: ج٣، ص١٠١.

٢ . مسالک الأفهام: ج٨، ص٤٢١.

٣ . حاشية كتاب المكاسب (رسالة في تحقيق الحقّ والحكم): ج١، ص٤٨.

٤ . وسائل الشيعة: ج٢١، ص٤٧٢؛ أبواب أحكام الأولاد: ب٨، ح٦.

٥ . وسائل الشيعة: ج٢١، ص٤٧٢، أبواب أحكام الأولاد: ب٨١، ح٧.

وهذه يستفاد منها الحكم التكليفي بقرينة قوله: «متى يجب...»

وادّعي معارضة الخبرين؛ لأنّ في الأولّ فوّض الأحقيّة بمشية الوالـدة وفى الثاني حكم بأنّ له الأخذ والترك.

وأُجيب: بحكومة الخبر على الثاني بالاجماع. وتفصيل الكلام موكول إلى كتاب النكاح.

هذا كلّه بالنسبة إلى بيان الضابطة في إسقاط الحقّ.