مجموعهٔ

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربي «مدظله العالي»

«کتاب البیع»

شماره: (٦)

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم﵀ بعد نقل عدّة من التعاريف والإيراد عليها قال: «**فالأولى تعريفه بأنّه: إنشاء تمليک عين بمال ولا يلزم عليه شيء ممّا تقدّم**»[1].

والظاهر أنّ تعريف الشيخ﵀ ناظر إلى تعريف العلّامة بحر العلوم﵀ حيث قال: «إنّ الأخصر والأسدّ تعريف: بأنّه إنشاء تمليک عين بعوض على وجه التراضي»[2] إلّا أنّ الشيخ بدّل «العوض» بالمال لاعتبار المالية في العوضين(في مفهوم البيع) والعوض أعمّ من المال لشموله للحقّ والحقّ ليس بمال عند الشيخ أو أنّه مشكوک الصدق كما مرّ عنه في جواز وقوع الحقوق عوضاً للبيع إشكالاً من أخذ المال في عوضي المبايعة لغةً وعرفاً. ثمّ إنّ الشيخ أسقط «قيد التراضي» لكونه من شرائط صحّة البيع لا من قيود مفهومه.

إلّا أنّه أورد على هذا التعريف بما أورده نفسه على تعريف العلّامة (الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال): من أنّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرّداً، ومن المعلوم أنّ البيع بهذا التوصيف (إنّه من مقولة المعنى) يقبل الإنشاء. والإيجاب والقبول المأخوذان في التعريف من مقولة اللفظ واللفظ غير قابل للإنشاء.

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١١.

٢ . المصابيح في الفقه: ص٢٣١ (مخطوط).

وهكذا يرد عليه ما أورده على التعريف الثالث (من المحقّق الثاني) من أنّ الصيغة المأخوذة في التعريف لا يقبل إنشائها بالصيغة، وهذا الإشكال متوجّه إلى تعريف الشيخ فإنّ ما فيه قابلية التقسيم إلى الإنشاء والإخبار هو المعاني ويشهد لذلك أنّ في الإنشاء مسالك ثلاثة:

أحدها: ما عليه المشهور من أنّه إيجاد المعنى باللفظ (فاللفظ جزء مقوّم للإنشاء ولا يعقل إنشاء اللفظ باللفظ.

ثانيها: ما عن الإصفهاني من أنّ الإنشاء عبارة عن إيجاد المعنى بوجود اللفظ وجوداً تنزيلياً، فإنّ للصيغة (مثلاً صيغة بعت) وجوداً حقيقيّاً وهو الكيف المسموع، ووجوداً تنزيلياً وهو اعتبار كونه وجوداً للبيع الإنشائي والموجود بالوجود التنزيلي لا يوجد ثانياً بوجود تنزيلي.[١]

وثالثها: ما عن المحقّق الخوئي من أنّ الإنشاء عبارة عن إبراز الاعتبار النفساني بمبرز خارجي، والإبراز جزء مقوّم للإنشاء والإبراز لا يقبل الإبراز.[٢]

وعلى الجملة: أخذ الإنشاء في تعريف البيع ـ مع أنّ البيع أمر اعتباري ـ يستلزم أن يصير اللفظ إنشاء؛ بداهة أنّ الإنشاء غير اعتباري ولا يكون قابلاً للإنشاء بخلاف المعاني (وهي قابلة للإنشاء والإخبار كما مرّ).

ثمّ إنّ الشيخ[٣] بعد تعريفه (المذكور) قال: نعم يبقى عليه أُمور:

---

١ . حاشية كتاب المكاسب(للإصفهاني رحمه الله): ج١، ص٧٦.

٢ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٥١.

٣ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١١.

منها: إنّه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت وإن لم يكن مرادفاً له. ويردّه: أنّه الحقّ كما سيجيء (وحاصل الإيرادات التي أوردها الشيخ﵀ تنقسم إلى أقسام: قسم منها ناظر إلى أنّ التعريف كان تعريفاً بالمغاير وهو تعريف البيع بالتمليك. ووجه المغايرة واضح بعد كون النسبة بين البيع والتمليك عموماً من وجه، فقد يكون بيع ولا تمليك كبيع المال الزكوي من سهم سبيل الله، فإنّه مصرف ولا تمليك، وقد يكون تمليك وليس ببيع كالهبة والصلح، وقد يجتمعان.

وقسم آخر: من جهة عدم كونه جامعاً للأفراد وهو الإيراد بعدم شمول بيع الدين لمن عليه الدين).

والقسم الثالث: من جهة عدم مانعية الأغيار، كانتفاض طرده بالمعاطاة والشراء والصلح والهبة المعوّضة والقرض.

وأمّا ما أجابه الشيخ﵀ عن الأوّل، فالمراد منه جواز الإيجاب بصيغة «ملّكت» وتعرّض إلى هذا عند النقض بالهبة والصلح: بأنّ البيع حقيقة في تمليك العين بالعوض، فلا بأس بإنشاء البيع بصيغة «ملّكت» وتعرّض إليه في مباحث صيغة العقد وشروطه ولم يشترط الصراحة وإيقاع العقد باللفظ الموضوع له.

وأشكل عليه (في مصباح الفقاهة): بأنّ الإنشاء بصيغة ملّكت إنّما يصحّ فيما إذا كان المشتري أصيلاً، وأمّا إذا كان فضولياً أو أحد الأولياء

من قِبَل الأشخاص المحجورين، فإنّه لا يصحّ خطابه بلفظ «ملّكتك» بل لابدّ من إنشاء البيع بلفظ آخر غيره، فلا يكون البيع مرادفاً للتمليك.

وأجاب شيخنا الأُستاذ مدافعاً عن الشيخ أوّلاً: بالنقض على المستشكل بصيغة «بعتك»، فإنّه لو كان «كاف» الخطاب مقوّماً للإنشاء ودخيلاً في مفهوم البيع للزم عدم الجواز بصيغة «بعتك» أيضاً بالنسبة إلى الفضول والولي.

وثانياً: بالحلّ أيضاً وهو أنّ الركن في البيع هو العوضان وأمّا الطرف فأيّ من كان فهو خارج عن حقيقة البيع. والشاهد عليه تعريف الشيخ بإنشاء تمليك عين بمال بخلاف النكاح؛ حيث إنّ الركن فيه هو الزوجان، فالمبادلة واقعة بين العوضين فالبائع والمشتري خارجان عن حقيقة البيع، فلا دخل ولا خصوصية لكاف الخطاب، فإنّه ليس مقوّماً للإنشاء ولهذا يحكم بصحّة الفضولي. وبعبارة أُخرى: إنّ الخطاب حيثية تعليلية لا تقييدية هذا.

وقد أشكل السيد الحكيم رحمه الله: بأنّه لا ينبغي التأمّل في مباينة مفهوم البيع مع التمليك وإنّ البيع لا يستلزم النقل ولا تمليك فضلاً من أن يكون هو هو.

واستدلّ لمدّعاه بوجوه:

منها: إنّه لو كان مفاد البيع التمليك لاقتضت الإجازة ملك الغاصب؛ لأنّ ذلك هو المقصود في البيع، فإجازته تقتضي نفوذه مع أنّ بنائهم على ملك المالك ولا الغاصب.

وهذا واضح؛ لأنّ الغاصب إذا باع المغصوب لنفسه وأجازه المالك فالملك يقع للمالك ولا للغاصب ولو كان البيع تمليكاً للزم أن يقع الملك للغاصب دون المالك، وصرّح بأنّه ليس ذلك إلّا لما عرفت من أنّ مفهوم البيع ليس هو التمليك، بل مجرد جعل البدلية بين المالين، فإذا أجاز المالك صحّت البدليّة وكان مقتضاها ملك كلّ من المالكين مال الآخر وقصد تمليك الغاصب وتملّكه خارج عن قصد المعاملة لخروج متعلّقه عنها، فإجازة المعاملة ليست إجازة لذلك.

منها: إنّه لا يجوز في إنشاء التمليك أن يقول الموجب للوكيل في القبول مثل ذلك كذا، بل لابدّ له أن يقول: ملّكت موكّلك ولكن يجوز أن يقول له: بعتك ولو كان مفاد البيع التمليك يصحّ إنشائه بصيغة ملّكتك أيضاً.

منها: أنّ بناء الأصحاب على عدم صحّة شرط البيع بنحو شرط النتيجة وصحّة شرط الملكية كذلك، فلاحظ كلماتهم في صحّة شرط البيع بنحو شرط الحمل وبيع الشجر مع شرط الثمر والرهن بشرط كون العين المرهونة مبيعة عند الأجل وغير ذلك ولو كان البيع مرادفاً للتمليك يصحّ شرط البيع بنحو شرط النتيجة أيضاً.

فعلى هذا لا ينبغي التأمّل في مباينة البيع والتمليك والنقل مفهوماً، بل للبدلية نعم، تكون البدلية من لوازم البيع التي لا ينفكّ عنه.[١]

وأشكل عليه (شيخنا الأُستاذ دام ظلّه): إنّ الاستشهاد بوقوع الملك في البيع المجاز للمالك دون الغاصب، فإنّما هو من جهة أنّ الركن في البيع هو العوضان والمبادلة واقعة بين العوضين من دون لحاظ خصوصية المتعاملين، فبالإجازة يقع العوض ملكاً للمالك لا للغاصب. وقد مرّ عدم دخل الخطاب في قوام البيع ولو أخذ فهو مأخوذ على نحو الحيثية التعليلية ولا التقييدية، بخلاف باب النكاح، فإنّ الركن فيه هو الزوجان والخطاب مأخوذ على نحو الحيثية التقييدية ودخيلاً في قوام النكاح.

هذا مضافاً إلى أنّ السيد الحكيم﵀ قد اعترف بهذا المقال في بيع الفضولي وقال: لو قال الموجب: ملّكتك هذا بهذا وكان المخاطب هو الغاصب ثمّ أجاز المالك تقع الملكية للمالك دون الغاصب قائلاً: إنّه إذا كان مقصود الموجب المعاوضة بين المالين كان قصد تملّك المخاطب خارجاً عنها كقصد تمليك العوض...، فلا يلزم من إجازة المعاوضة إجازة الخصوصية المذكورة، فالمعاملة واقعة للمالك.

نعم إذا كان المقصود هذه الخصوصية المذكورة، كما لو قال البائع

---

١ . نهج الفقاهة: ص١٤.

الفضول للمشتري الفضول: ملّكتک هذا بهذا لي وقَبِلَه المشتري مع غفلتهما عن عنوان المعاوضة... فحينئذ تمتنع إجازة المالک لنفسه للزوم کون مضمون العقد غير مجاز وما هو مجاز غير مضمون العقد. ولکن الفرض المذکور خارج عن المتعارف المعهود من بيع الغاصب ونحوه.[١]

وأمّا الإشکال الثاني: وهو التفريق بين صيغة ملّکتک وبعتک بالنسبة إلى الوکيل بالصحّة في الثاني دون الأوّل، فقد ظهر ممّا تقدّم اندفاعه حيث إنّه قد مرّ أنّ الرکن في المعاوضة هي المبادلة بين العوضين والخطاب خارج عن دائرة الرکنية. ولا فرق في ذلک بين قوله: بعتک وملّکتک مع العوض.

نعم إنّما يفترقان فيما إذا کان التمليک بلا عوض، فإنّه في مثله يکون المخاطب رکناً في التمليک، إلّا أنّ کلامنا هو الترادف بين البيع مع الملکية بالعوض لا الملکية المحضة.

وأمّا الإشکال الثالث وهو دعوى النسبة إلى بناء الأصحاب على التفريق بين شرط الملکية وشرط المبيعية بنحو شرط النتيجة بالصحّة في الأوّل والبطلان في الثاني والاستنتاج والحکم بالمغايرة بين البيع والتمليک؛ إذ لو کانا مترادفين لما وجه للفرق بينهما.

---

١ . نهج الفقاهة: ص٢٢٣.

ففيه: إنّ هذه الدعوى غير تامّة(أي دعوى بناء الأصحاب على صحّة شرط ملكية الحمل) إذ «السرائر»[١] نقل عن «المبسوط»[٢] و«الجواهر»[٣] (عن القاضي ابن برّاج) قولان: ثانيهما عدم الصحّة، هذا أوّلاً.

وثانياً: ولعلّ مرادهم من الملكية في طرف الشرط هي الملكية المحضة ولا الملكية بالعوض مع أنّ الترادف مربوط بالملكية بالعوض دون المحضة.

ويشهد لذلك: تصريح الأصحاب في مسألة بيع الحامل بشرط أن يكون الولد للمشتري بجواز الشرط، بتوجيه: أنّ الشرط لا يلزم فيه جهالة الثمن والمثمن مع أنّ الملكية بالعوض باطلة؛ لاستلزامها الجهالة.

وأمّا بالنسبة إلى بيع الشجر بشرط ملكية الثمر أو بشرط مبيعية الثمر فالإشكال أنّ الفرق بينهما إنّما هو من جهة تصريحاتهم باحتياج البيع إلى الصيغة الخاصّة وعدم تحقّقه بالشرط.

وأمّا الشرط في ضمن الرهن: فقد مرّ أنّه لعلّ مرادهم من الملكية التي هي طرف الشرط هي الملكية المحضة (أي الملكية بلا عوض) لا الملكية مع العوض. وهذه هي محلّ الكلام ويشهد لذلك استدلالهم على بطلان شرط مبيعية الرهن عند حلول الأجل بوجهين:

---

١. السرائر: ج٢، ٣٣٦.

٢. المبسوط: ج٢، ص١٥٦.

٣. جواهر الفقه: ص٦٠.

الأوّل: التعليق وبطلان البيع فيه.

الثاني: لزوم الصيغة الخاصّة في البيع، وهذان الوجهان لا يجريان في أصل الملكية؛ لعدم احتياجها إلى الصيغة الخاصّة بخلاف الملكية بالعوض. هذا تمام الكلام فيما يتعلّق بما ذكره السيد الحكيم رحمه الله.

وأورد على التعريف الشيخ الأعظم ثالثاً من دعواه الترادف بين البيع والتمليك: بأنّ البيع أعمّ من التمليك؛ إذ قد يصدق البيع وليس فيه تمليك، وصرّح السيد الحكيم رحمه الله «إنّ من البيع ما لا يكون كذلك كما في الشراء من مال الوقف للأعيان الموقوفة ومن مال الزكاة للأعيان الزكوية من علف و نحوه».[١]

كما صرّح السيد الخوئي رحمه الله: إنّ سهم سبيل الله من الزكاة ليس ملكاً لشخص خاصّ ولا لجهة معيّنة، بل هو مصرف ... ومع ذلك كلّه يجوز بيع السهم المزبور وصرف ثمنه في سبيل الله وكذلك يجوز بيع نماء العين الموقوفة في سبيل الله وصرف ثمنه في قربات الله. ولو سلّمنا مالكية الجهة في المثالين ينقل الكلام فيمن أوصى بصرف ماله في سبيل الله مصرّحاً بعدم صيرورته ملكاً لأحد، ففي مثله يكون بيعه تبديلاً بين العوضين من دون الإضافة.[٢]

---

١ . نهج الفقاهة: ص١٢.

٢ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٢٣.

وصرّح شيخنا الأُستاذ بقوّة هذا الإشكال وقال: فلعلّه عبّر الشيخ عن التعريف بالأولى[١] وأراد به الأولوية التفضيلية ولا التعيينية.

الإشكال الثاني الذي أورده الشيخ على تعريفه المختار: إنّه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه؛ لأنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه، ثمّ قال: «وفيه مع ما عرفت وستعرف من تعقّل تملّك ما على نفسه ورجوعه إلى سقوطه عنه، نظير تملّك ما هو مساوٍ في ذمّته وسقوطه بالتهاتر: أنّه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع؛ إذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الألفاظ؛ ولذا قال فخر الدين: إنّ معنى «بعت» في لغة العرب ملّكت غيري،[٢] فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمّة نفسه لم يعقل شيء ممّا يساويها فلا يعقل البيع».[٣]

ولا يخفى أنّ تمامية هذا الإشكال موقوف أوّلاً: على جواز بيع الدين على من هو عليه وأنّه من المسلّمات الفقهية.

وثانياً: عدم معقولية مالكية الانسان لذمّة نفسه.

أمّا الأمر الأوّل: فالظاهر كونه من المسلّمات في أنظار الأعلام.

وأمّا الأمر الثاني: فتوجيه النقض: أنّه يلزم أن يكون المديون في اشتراء دينه مالكاً ومملوكاً عليه؛ بداهة أنّ التمليك يحتاج إلى المملوك عليه

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١١.

٢ . نقله عنه مفتاح الكرامة: ج٤، ص١٥٢.

٣ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٢.

فيلزم اجتماع الدائن و المديون في شخص واحد.

ومحصّل جواب الشيخ عن النقض المذكور (أي في بيع الدين على من هو عليه لا معنى للتمليك فيكون تعريف البيع بأنّه تمليك عين بمال منقوضاً) هو النقض بجواز البيع بدعوى: أنّه لو لم يجز التمليك والنقل والتبديل وما يساويها لما جاز بيعه؛ إذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى إلّا بهذه النظائر. ويشهد لذلك قول فخر الدين، فلذلك لو لم يعقل تمليك ما في الذمّة على من هو عليه وما يساويها لم يعقل البيع أيضاً.

وأمّا الحلّ: فهو أنّه لا مانع من بيع الدين على من هو عليه ـ من تمليكه حدوثاً وسقوطه بقاءً ـ نظير تملّك ما هو مساوٍ لما في ذمّته وسقوطه بالتهاتر، فلا يلزم فيه اجتماع المالك والمملوك عليه.

وناقشه المحقّق الإصفهاني رحمه الله: بأنّ «السقوط إن كان لكونه أثر ملكية ما في ذمّته، فالشيء لا يكون ثبوته علّة لسقوطه عقلاً، وإن كان لعدم الأثر ولغوية الاعتبار الذي لا أثر له فيسقط. ففيه: أنّ مانع البقاء مانع الحدوث».[1]

وتبعه السيّد الخوئي رحمه الله في هذا الإشكال بقوله: «إذا صحّ ملك الإنسان لما في ذمّته حدوثاً صحّ ذلك بقاءً أيضاً؛ بديهة أنّ الموانع العقلية لا يفرق فيها بين الحدوث والبقاء إلّا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم

١ . حاشية كتاب المكاسب(للإصفهاني رحمه الله): ج ١، ص ٦٧.

الشرعي، كما في شراء العمودين، فإنّه حينئذ لا بأس من الالتزام بالملكية الآنية حدوثاً لا بقاءً».[١]

وحاصل كلام العلمين في المناقشة على جواب الشيخ رحمه الله: أنّ الملكية الحاصلة ـ في بيع الدين على من هو عليه ـ إمّا أن يكون علّة للسقوط وأنّ النسبة بين الملكية والسقوط نسبة المؤثّر والأثر، وإمّا أنّه لا أثر للملكية هنا وسقوط الدين من جهة عدم الأثر ولزوم اللغوية، فكلاهما غير معقول؛ لأنّ في الأوّل يلزم أن يكون الشيء علّة لعدمه وأنّ الملكية الحاصلة معدمة للملكية.

وفي الثاني يلزم أن يكون اعتبار الملكية لغواً بمعنى: أنّ اعتبار الملكية فيما لم يترتّب عليه أثر يكون لغواً ولا فرق في هذه الجهة بين الحدوث والبقاء.

وأيّد شيخنا الأُستاذ دام ظلّه كلاهما وقوّاه بما محصّله: إنّ كلام الشيخ يرجع إلى دعاوٍ ثلاثة:

الأُولى: تعقّل تملّك ما على نفسه وهذا هو أصل مدّعاه

الثانية: إذا لم يعقل التمليك فلا يعقل البيع؛ إذ البيع ليس إلّا التمليك وجواز البيع مسلّم .

الثالثة: تنظير المقام بموارد التهاتر، كما فيما إذا كان الشخص مديوناً

---

١. مصباح الفقاهة: ج٢، ص٥٨.

وأتلف الدائن من مال المديون بمثل ذلک الدين، فهنا لتماثل الذمتين يقال بسقوط الذمّتين بالتهاتر.

والإشكال في الأخير (الدعوى الثالثة) واضحة بعد وجود الفارق بين التهاتر وما نحن فيه، فإنّ باب التهاتر فيه مالكان ومملوكان واعتبارمالكية المديون في ذمّة الدائن فيه من الأثر، كالصلح والبيع ونحوهما، إلّا أنّه حيث يساوي ما في ذمّة المديون (من جميع الجهات) فيعدّ وفاءً ونفس الوفاء من آثار الملكية ويعدّ منها.

بخلاف ما نحن فيه: فإنّ التمليک فيه يستلزم أحد المحذورين (كون الشيء علّة لعدمه، أو لغوية اعتبار الملكية لفقد الأثر) هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ قضية التهاتر برغم شهرتها خالفه المحقّق الأردبيلي في ذيل قول العلّامة(في شرح الارشاد) وحكم: بلزوم التراضي بينهما (وإن قال العلّامه بالتساقط) قائلاً: «وينبغى التراضي؛ لأنّ شغل الذمّة معلوم ولا تحصل البرائة إلّا به شرعاً؛ إذ لكلّ حقّ يمكن أن يكون له طلبه واستيفاءه ولا يمنع من ذلک حقّه في ذمّته كما في الحدود والتعزيرات»[1] (ونظيره في الحدود، فلو تقاذف إثنان وثبت لكلّ منهما حقّ استتبعا جريمة القذف) فلا وجه للالتزام بسقوطهما، ثم قال شيخنا الأُستاذ دام ظلّه: فنقض الأردبيلي رحمه الله قويّ ودليل الشيخ غير واف لحلّ الإشكال

١ . مجمع الفائدة والبرهان: ج٩، ص٩٩.

والإعضال.

إلّا أنّ الذي يستظهر من كلام الشيخ: أنّ السقوط أثر الملكية حيث قال: فيؤثّر تمليكه السقوط. وهذا لعلّه بمعنى أنّ العقلاء يرتبون السقوط على هذا الاعتبار، فلا يكون المورد (على هذا) من باب العليّة والمعلوليّة التكوينية.

مضافاً إلى أنّه يمكننا القول بعدم اللغوية في اعتبار الملكية بملاحظة هذا الأثر المترتّب وبملاحظة هذا.

ثمّ إنّ المحقّق النائينيﷺ حيث أشكل في جواب الشيخﷺ (عن عدم شمول التعريف لبيع الدين على من هو عليه وأنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه: من تعقّل تملّك ما على نفسه ورجوعه إلى سقوطه نظير التهاتر): بعدم قابلية ما في الذمّة لأن يكون مملوكاً لما هو عليه وعدم قابلية نقل الغير ولو آناً مّا، فصيرورة الإنسان مالكاً على نفسه آناً مّا حتّى يسقط ويبرء ذمّته مستحيل أيضاً.

قال (النائيني جواباً عن النقض): فالصواب أن يقال: بيع الدين على من هو عليه وإن كان صحيحاً إلّا أنّ البيع لم يقع على ما في الذمّة بقيد كونه في الذمّة ليكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمّته، وذلك لأنّه بهذا القيد لا يمكن تحقّقه في الخارج. ولا شبهة أنّه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية، بل يقع البيع على الكلّي ــ وهو منّ من الحنطة مثلاً ـ فيصير المشتري أعني: المديون مالكاً لذلك الكلّي على

البائع وحيث إنّ البائع كان مالكاً لمنّ من الحنطة على ذمّة المديون وهو المشتري، فينطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري، فيوجب سقوط ذمّة كليهما. وهذا وإن لم يكن من التهاتر حقيقة إلّا أنّه أشبه شيء به، أو يقال: إنّ المبيع هو الكلّي في المعيّن وهو ما في ذمّة المديون لا بقيد أن يكون في الذمّة حتّى يرد عليه إشكال عدم الانطباق على ما في الخارج وإشكال عدم معقولية مالكية الإنسان لما في ذمّته، بل بمعنى أنّ ظرفه الذمّة وبالبيع ممّن هو عليه يسقط ما في ذمّته فتأمّل»[1].

وذكر في وجه التأمّل إشكالًا على ما أفاده: من أنّ مجرد كون المبيع في ذمّة شخص معيّن لا يوجب دخوله في الكلّي في المعيّن، فإنّه عبارة عن الكلّي الخارجي المحدّد كصاع من الصبرة، هذا أوّلاً.

وثانياً: فلأنّ سقوط ما في الذمّة فرع دخول المبيع في ملك المديون ولو آناً مّا. فإذا امتنع ذلك امتنع البيع... .

هذا ما أفاده مضافاً إلى أنّ الكلّي كما أفاده ليس مقيّداً بالذمّة وإلّا لا يكون قابلاً للأداء. ولكن إطلاقه من جميع الجهات محلّ إشكال؛ لأنّه لم يصدق عليه من بيع الدين، فاللازم أن يكون المبيع هو الكلّي المورد للتعهّد به حتى يصدق عليه كونه من بيع الدين، فيعود المحذور، أي عدم معقولية ملك الكلّي المضاف إلى الذمّة.

---

١ . منية الطالب: ج١، ص٤٣.

وأجاب عن النقض الفاضل الإيرواني رحمه الله: من أنّ البيع عبارة عن التبديل في الإضافة ويختلف التبديل باختلاف موارد الإضافة، فقد يكون التبديل في الملكية الاعتبارية كما في بيع العين الموجودة، فإنّ العين لم تكن مملوكة للمشتري، فصارت مملوكة له بالبيع. وأُخرى في الإضافة الحرّية كما في البيع إلى من ينعتق عليه كبيع العمودين.

وثالثة: بالإضافة الإطلاقية، أي إطلاق الذمّة كما في بيع الدين على من هو عليه، فإنّ المديون في هذا البيع يطلق ذمّته لا أن يصير مالكاً لذمّته ثمّ يسقط.[١]

وأُورد عليه: بعدم وفائه لحلّ المشكلة، فإنّ دعوى اختلاف البيع باختلاف الموارد إن أُريد بها الاختلاف المفهومي بمعنى: أنّ البيع يختلف مفهوماً باختلاف موارده. فالإشكال فيه: أنّ المدّعى كون البيع له مفهوم واحد وله حقيقة واحدة (وهو تمليك العين بالعوض) سواء تعلّق بالعين الخارجية، أو بالكلّي في المعيّن، أو بالذمّة، أو بمن ينعتق عليه.

وإن أُريد به أنّ البيع وإن كان في جميع الموارد بمعنى التمليك (وتسلم أنّ له حقيقة واحدة) إلّا أنّ التمليك يختلف باختلاف الآثار فقد يكون الأثر جواز التصرف وقد يكون برائة الذمّة (كما في بيع الدين) وثالثة الطلقية (كما في بيع العمودين). إلّا أنّ الإشكال عود المحذور

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمه الله): ج١، ص٧٢.

ولا يندفع به الإشكال.

وأجاب عن النقض المحقّق الإصفهاني﵀: من أنّ الإشكال العقلي (وهو لزوم اتحاد المالك والمملوك) إنّما يتوجّه إذا كان البيع بمعنى التمليك ولكنّه خلاف التحقيق، فإنّ حقيقة البيع هي جعل الشيء بإزاء الشيء وتختلف الآثار باختلاف الموارد كانعتاق العمودين(في بيعهما وسقوط الدين من الذمّة(في بيع الدين) وسقوط الحقّ في بيع الشيء بإزاء الحقّ.

والإشكال عليه ـ كما فيما أفاده الإيرواني ـ عدم تماميّة المبنى مضافاً إلى جعل الشيء بإزاء الشيء(في عالم الاعتبار) أمر ذا تعلّق أيضاً يحتاج إلى الإضافة الملكية أو الحقّية أو المصرفية وهكذا... ، فالإضافة في بيع الدين هي الإضافة الملكية، فيعود المحذور (إلّا أن يقال بعدم البأس به في عالم الاعتبار) هذا أوّلاً.

وثانياً: أورد عليه ـ نقلاً عن «المصباح الفقاهة» ــ: بأنّه يندفع بهذا التعريف في خصوص البيع ولا يندفع في غيره، كما إذا ورث الولد عن والده وكان مديوناً له، فإنّ المحذور العقلي هنا يبقى على حاله.

وأجاب عن النقض السيد الخوئي﵀ بقوله: «والتحقيق، أنّ المالكية الإنسان لذمّته أمر ذاتي تكويني من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري؛ بديهة أنّ الثبوت الاعتباري إنّما يصحّ فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي وإلّا لكان الاعتبار لغواً محضاً وتحصيلاً

للحاصل. وعليه فإذا ملك شخص شيئاً في ذمّة غيره فقد ملكه بالملكية الاعتبارية وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبدّلت الملكية الاعتبارية بالملكية الذاتية التكوينية؛ لما عرفته من لغوية الثبوت الاعتبارى في موارد الثبوت الحقيقي، وإذن فلا مجال للمناقشة في بيع الدين ممّن هو عليه باستحالة ملك الإنسان لما في ذمّته، كما لا مجال لتوهّم سقوط ذلك بعد التملّك، بل يوجب البيع تبدّل الإضافة الاعتبارية بالاضافة الذاتية، فالحجر الأساسي للمناقشة في بيع الدين ممّن هو عليه إنّما هو خلط الملكية الذاتية بالملكية الاعتبارية وقد علمت الفارق بينهما».[١]

وأُورد عليه أوّلاً: بأنّ الملكية الذاتية والتكوينية غير قابلة للإنشاء والبائع في بيع الدين ممّن هو عليه الدين قد أنشأ الملكية الاعتبارية، فما هو المنشأ هي الملكية الاعتبارية لا الذاتية، سواء كان الإنشاء تسبيباً (كما عليه المشهور) أو اعتباراً أو إبرازاً كما عليه السيد الخوئي.

وثانياً: إنّ الملكية الذاتية غير قابلة للتحويل والإعطاء؛ لأنّها تكوينية والأُمور التكوينية تحتاج إلى أسباب تكوينية والنقل والانتقال في موارد بيع الدين أمر اعتباري.

وثالثاً: أنّه لا فرق في المنشأ بصيغة«ملّكت» في بيع الدين وغيره وله مفهوم واحد وهو الملكية الاعتبارية، فلا يصحّ أن نقول بالاعتبارية في

١ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٥٩-٦٠.

غير بيع الدين وبالتكوينية فيه وهذا غير معقول لاستحالة تبدل الاعتباري إلى الحقيقي فإنّه من تبدّل الذات والذاتي.

ولكنّه يمكن أن يجاب عن الإيرادات الواردة: بأنّ السيد الخوئيﷺ لم يقل بقابلية إنشاء الملكية التكوينية، بل هو يقول بتبدّل الملكية الاعتبارية ـ التي للدائن في ذمّة المديون بعد نقله إلى المديون ـ إلى الملكية التكوينية بمناط لغوية ثبوت الاعتباري في موارد الثبوت التكويني وهذه الملكية بقاءً تكون ذاتية تكوينية.

فبهذا يندفع جميع ما أورده شيخنا الأُستاذ مدّظلّه على ما أفاده السيد الخوئيﷺ؛ لأنّه بصدد بيان الفرق بين التبدّل الاعتباري بالتكويني وبين الحدوث الاعتباري وسقوطه بقاءً.

وكيف كان، فقد أفاد شيخنا الأُستاذ (بعد الإيراد على الأجوبة المذكورة عن النقض): بأنّ القاعدة العقلية (وهي استحالة أن يكون الشيء علّة لعدمه) تامّة كبروية، إلّا أنّها غير منطبقة على المقام، فإنّ المقام من الأُمور الاعتبارية وهي سهل المؤونة، فإنّه يمكن اعتبار الملكية آناً مّا ويعتبر سقوطها بقاءاً فيما قامت المصلحة على هذا النحو من الاعتبار، فاعتبار الملكية حدوثاً وسقوطها عن الذمّة بقاءاً أمر لا يستحيل ذلک عقلاً نعم، لعدم معهودية هذا النحو من الاعتبار يمكن دعوى استحالته عقلائياً، فبناءً على القول بالاستحالة عقلاً لا يمكن أن يتعبّد الشارع على خلاف ما يحكم به العقل، بخلاف ما إذا استحال

عقلائياً فإنّه يمكن أن يتعبّد الشارع على خلافه فيؤخذ به فيما قام الدليل عليه.

هذا ويمكن الإيراد على بيان السيد الخوئيﷺ من لغوية الملكية الاعتبارية فيما إذا كانت المكلية الذاتية حاصلة بالنقض بما اعتبرها في الآية الشريفة: ﴿وَٱعلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمتُم مِّن شَيء فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ...﴾[1] أي اعتبر الملكية للّه تعالى مع أنّه مالك لكل شيء بالملكية التكوينية، فلا بأس باعتبار الملكية في موارد الملكية الذاتية فيما إذا كانت لها آثار خاصّة (كالإضافة التشريفية في الآية المذكورة) وكالنقل الاعتباري فيما نحن فيه فإنّ العقلاء يرونه من آثار الملكية الاعتبارية، فهي بعد النقل يؤثّر التمليك آناً مّا والسقوط بعد ذلك واللّه العالم.

هذا ولا يبعد القول بعد تسلّم الفرق بين الملكية الذاتية والملكية الاعتبارية وأنّ ملكية الإنسان لذمّته ذاتية وملكية غيره لما في ذمّته اعتبارية: بأنّه لا فرق في الملكية لما في الذمّة بين أن يكون في ذمّة نفس الشخص وملكية غيره لما في نفسه وأنّ الفارق في الوعاء والظرف دون المظروف، فما في ذمّته يمكن أن يكون إسناده إليه اعتبارياً، كما إذا كان غيره مالكاً لما في ذمّته.

ويمكن أن يجاب: بأنّ الفرق في الظرف يؤثّر أثره، أي القول بأنّ ملكية

---

١. الأنفال (٨): ٤.

الإنسان لما في ذمّته تكون تكويناً وذاتياً.

قوله ﷺ «ومنها: أنّه يشمل التمليک بالمعاطاة مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنّها ليست بيعاً. وفيه: ما سيجيء من كون المعاطاة بيعاً وأنّ مراد النافين نفي صحّتها».[1]

فإنّ النافين لم يقولوا بنفي البيعية عنها، بل ينفون الصحّة عنها؛ لأنّها بيع فاقدة للصيغة. (وسنبحث عن ذلک مفصّلاً).

قوله ﷺ: «ومنها: صدقه على الشراء، فإنّ المشتري بقبوله للبيع يملّک ماله بعوض المبيع. وفيه: أنّ التمليک فيه ضمني وإنّما حقيقته التملّک بعوض ولذا لا يجوز الشراء بلفظ ملّكت ـ تقدّم على الإيجاب أو تأخّر ـ وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين؛ حيث إنّ الاستيجار يتضمّن تمليک العين بمال، أعني: المنفعة».[2]

توضيح كلام الشيخ ﷺ: إنّ تمليک المشتري ماله للبائع إنّما هو في ضمن تمليک البائع المبيع للمشتري وليس ذلک تمليک استقلالي فحقيقة الشراء هو التملّک بالعوض. وهذا لا يحتاج إلى التمليک الاستقلالي بالمباشرة، فالتعريف (المذكور من الشيخ ﷺ) ناظر إلى إنشاء التمليک استقلالاً ومطابقة ولذا وجّه كلامه بعدم جواز الشراء

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٢.

٢ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٢-١٣.

بلفظ (ملّكت) أي لأنّه بهذه الصيغة يصير التمليك بدوياً استقلالياً ولا ضمنياً مع أنّ الشراء تمليك ضمني.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله قال: «**وبه** (من أنّ التمليك في الشراء ضمني) **يظهر اندفاع الإيراد** (على التعريف) **بانتقاضه بمستأجر العين بعين**».[١] (فيما إذا استأجر الشخص عيناً بعين استأجر داره وجعل الثمن دكّاناً في مدّة معيّنة) فيصدق هنا التعريف؛ لأنّ مستأجر العين قد أنشأ تمليك عين بمال، فلا يكون تعريفه مانعاً عن الأغيار، كما أنّ التمليك في الشراء ضمني كذلك التمليك في الاستيجار ضمني، فإنّ من استأجر داره بالعين (بدكّان) ويجعل العين بإزاء العين المستأجرة فهو يقبل منافع الدار، فتكون العين ملكاً للموجر (الذي آجر عينه) فليس القبول من مستأجر العين بالعين تمليكاً مستقلّاً، بل هو تمليك ضمني كما في الشراء.

وأورد على الشيخ (المحقّقون الإصفهاني[٢] والإيرواني[٣] والسيد الخوئي قدس سرهم[٤]): بأنّ التمليك (من البائع والمشتري) في مرتبة واحدة، فلا أصالة ولا تبعية في المقام.

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٣.

٢ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني رحمه الله): ج١، ص٦٨.

٣ . حاشية كتاب المكاسب (للإيرواني رحمه الله): ج١، ص٧٤.

٤ . مصباح الفقاهة: ج٢، ص٦٠.

وبعبارة أُخرى: أنّه لا دليل على أصالة أحدهما وتبعية الآخر ضمناً. فالقول باستقلالية أحدهما وضمنية الآخر ممّا لا دليل عليه، هذا أوّلاً.

وأشكل عليه مستشهداً بتخلّل الفاء بين التمليك والتملّك وأنّه يقال: ملّكته فيملّك ولا يعقل العكس وأنّ تمليك البائع يكون بالأصالة وتملّكه الثمن يكون بالتبع بعكس ذلك في المشتري، فإنّ تملّكه للمبيع بالأصالة وتمليكه الثمن يكون بالتبع.

فبالنتيجة: نرى أنّ في البيع تمليكين وتملّكين، والتمليكان يكون أحدهما بالأصالة والآخر بالتبع كما أنّ التمليكين كذلك.

وبهذا يندفع الإشكال عمّا أفاد الشيخ رحمه الله؛ إذ التمليكان ليسا في مرتبة واحدة.

ويمكن الجواب عما أُفيد: بأنّه لو كانت حقيقة البيع هي المبادلة لم يتحقّق التبديل بين الشيئين إلّا بانتقال كلّ منهما إلى محلّ الآخر في آنٍ واحد وفي مرتبة واحدة. فعلى هذا لا يعقل وحده التمليك من ناحية البائع إلّا التمليك في آنٍ واحد من ناحية المشتري وقبوله الإيجاب.

وثانياً: أنّ التعريف (المذكور عن الشيخ) لم يقيّد بأنّ البيع هو التمليك الأصلي وما قاله رحمه الله: «إنشاء تمليك..» وهذا أعمّ من الاستقلالي والضمني والأصلي والتبعي، فإطلاقه يعمّ الصورتين.

وأُشكل عليه: أنّ التعريف مقيّد بالقرينة المقاميّة بالتمليك بالأصالة وهي عمل البائع والمشتري، فإنّ عمل المشتري في مقام الإنشاء على

تملّك المبيع بالأصالة وتمليك الثمن ضمناً، فالتعريف بالقرينة المقاميّة مقيّد بالتمليك بالأصالة ولا يشمل تمليك المشتري.

ولكن بما ذكر جواباً عن الإيراد الأوّل يتّضح عدم الاختلاف في المرتبة في مقام الثبوت، والظاهر أنّه خلط بين مقام الثبوت والإثبات. نعم، لو لم نلتزم بدخالة القبول في مفهوم البيع ولو على نحو الشرط المتأخّر (للزوم محذور الدور لتأخّر القبول عن المقبول، ولو كان دخيلاً فيه يلزم اجتماع المتقابلين بل يكون دخل القبول في الملكية المثمرة) يتمّ الإيراد ولكنّه مبنائي.

فعلى تمامية الإيراد يلزم صدق البيع على الشراء ولا ينحلّ الإشكال على تعريف الشيخ.

وأشكل عليه السيد صاحب العروة (في الحاشية) ببيع السلف، فإنّهم أجمعوا على جواز كون الإيجاب فيه من المشتري (كما يصحّ عن البائع) فيقول: أسلمت إليك هذه الدراهم في قفيز من الحنطة، فيكون الشراء تمليكاً ويندرج في إنشاء تمليك عين بالمال، فمع كون البائع هو القابل يكون التمليك فيه ضمنياً وتمليك المشتري أصلياً نعم، لو أجرى الصيغة بلفظ البيع يجب أن يكون الإيجاب من البائع.

وأجاب السيد‌ﷺ عما أورده: بأنّ المشتري وإن كان بالإيجاب في السلم مملّكاً إلّا أنّ تمليكه يكون على وجه العوضية، فكأنّه قال: أعطيتك الدراهم عوضاً عن تمليك الطعام، فالمملّك الأصلي فيه هو

البائع، فيكون التمليک في التعريف بعنوان المعوضية فلا اندراج.[١]

وإن أُشكل بـأنّ إنشـاء تمليـک أعـمّ مـن التمليـک بعنـوان العوضـية والمعوضية، فيجاب: أنّه بالدّقة في كلام الشـيخ يظهـر أنّـه أشـرب فـي تعريفه حيث المعوضية، فإنّه أخذ المال في ناحية العوض (وهو أعمّ من العـين والعمـل والمنفعـة) فيـدلّ علـى اعتبـار الماليـة فـي المعـوّض بالفحوى.

١ . حاشية كتاب المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص٩٠.

قوله﵀: «انتقاض طرده بالصلح على العين بمال وبالهبة المعوّضة. وفيه: أنّ حقيقة الصلح ولو تعلّق بالعين ليست هو التمليك على وجه المقابلة والمعاوضة، بل معناه الأصلي هو التسالم ولذا لا يتعدّى بنفسه إلى المال ... »[1].

ومحصّله: إذا قلنا بأنّ البيع «إنشاء تمليك عين بمال» انتقض طرده بالصلح على تمليك عين بمال.

ثم أجاب الشيخ باختلاف الحقيقة بين البيع والصلح؛ حيث إنّ حقيقة البيع هو التمليك على وجه المقابلة والمعاوضة، وحقيقة الصلح هو التسالم ورفع الخصومة، فلا يكون التعريف منتقضاً بعد اختلافهما في المفهوم.

وأيّد﵀ مدّعاه بوجوه (أي دعوى الافتراق):

أوّلها: ما ذكرناه آنفاً من أنّ المنشأ في الصلح هو نفس التسالم وفي البيع تمليك العين والميزان في اختلاف الحقيقة إنّما هو باختلاف المنشأ نعم، سلّمنا أنّ الصلح ينتج نتيجة التمليك إلّا أنّه متضمّن له إذا تعلّق بالعين.

ثانيها: إنّ الصلح لا يتعدّى بنفسه إلى المال وإنّما يتعدّى بالأداة ك«على وعن» « صالحت عليه بكذا أو عنه بكذا» بخلاف البيع، فإنّه متعدّ إلى متعلّقه بنفسه ويقال: «بعتک هذا المتاع بكذا» واختلاف

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٣.

التعدية شاهد على تغاير المفهومين.

ثالثها: إنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعة فيفيد التمليک.

وقد يتعلّق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية وهو مجرد التسليط.

وقد يتعلّق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال.

وقد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين، كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: صالحتک على أن يكون الربح لک والخسران عليک، فيفيد مجرّد التقرير، فلو كانت حقيقة الصلح هي عين كلّ من هذه المفاداة الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً وهو واضح البطلان، فلم يبق إلّا أن يكون مفهومه معنى آخر وهو التسالم، فيفيد في كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه، فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمّن التمليک، لا أنّ مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو إنشاء التمليک ومن هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً له بخلاف طلب التمليک.[1]

فالمتحصّل من جميع ما أفاده في المقام: أنّ الاختلاف بينهما من ناحية المتعلّق؛ حيث إنّ المتعلّق في البيع هو التمليک فقط (أي تمليک عين بمال) وفي الصلح يتعدّد بتعدّد الموارد. فتارة يتعلّق بالعين وتارة بالمنفعة وأُخرى بالانتفاع ورابعة بالحق فيفيد السقوط والإسقاط أو الإنتقال وهكذا، فالاختلاف في ناحية المتعلّق دليل على اختلاف

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٣.

الحقيقة.

ثمّ إنّه﵀ استنتج ممّا أفاده: إنّ الصلح حقيقة مستقلّة يفيد في كل مورد فائدة تلك المورد، بمعنى: أنّه إن تعلّق بالعين ينتج نتيجة البيع وإن تعلّق بالمنفعة ينتج نتيجة الإجارة وإن تعلّق بالانتفاع يكون النتيجة هي العارية و... لا أنّ الصلح متحد مع حقيقة تلك المورد بأن يصير الصلح المتعلّق بالعين بيعاً وبالمنفعة إجارة وهكذا... .

لأنّه لو كان الصلح عين هذه الموارد المذكورة الخمسة (في كلامه) لزم كونه مشتركاً لفظياً وهو واضح البطلان (لاستلزام ذلك تعدّد الوضع مع أنّ المتسالم عند علماء اللغة عدم الاشتراك في الأوضاع اللغوية) وفي المقام يكون الصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمّن التمليك، لا أنّ مفهومه في خصوص المقام وحقيقته هو إنشاء التمليك، ولذلك لا يعدّ طلبه من الخصم إقراراً له (أي ممّا بيّناه من أنّ حقيقة الصلح ليست تمليك عين على وجه المقابلة والمعاوضة بل مفهومه التسالم) بمعنى: أن العين تكون للخصم بخلاف طلب التمليك حيث إنّ طلب التمليك من الخصم يعدّ إقراراً منه بأنّ المتنازع فيه ملك للخصم.

بقي الكلام فيما علّقه السيد صاحب العروة على كلام الشيخ حينما قال: «وقد يتعلّق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية وهو مجرّد التسليط...»

بنصّ عبارته: «الفرق بين ملكية المنفعة وملكية الانتفاع: أنّه لو غصب العين غاصب يكون ضامناً للمالك على الثاني؛ لأنّ المنفعة الفائتة تكون باقية على ملكه، بخلافه على الأوّل؛ لأنّها صارت مملوكة للمصالح له فيكون الغاصب ضامناً له».[١]

ما أفاده السيدﷺ حول كلام الشيخﷺ من أنّ الاجارة توجب ملكية المنفعة والعارية توجب ملكية الانتفاع من أنّ الثمرة تظهر في الغصب وأنّ الغاصب للعين المستأجرة ضامن لمالك المنفعة وهو المستأجر وفي العين المستعارة لا يكون ضامناً للمستعير، بل هو ضامن للمالك وإن كان تامّاً مفيداً إلّاأنّه ليس في كلام الشيخ ملكية الانتفاع في العارية بل الّذي صرّح ونصّ عليه «ملكية المنفعة في الاجارة».

وأمّا بالنسبة إلى العارية قال: « ... وهو مجرّد التسليط» فالعارية عنده ـ على ما يظهر منه ـ عقد يفيد إباحة الانتفاع وليس في موردها ملكية، أي أنّ المستعير كما لا يملك المنفعة كذلك لا يملك الانتفاع وإلّا لزم القول بفسخ الملك فيما إذا رجع المعير في عاريته ولا يمكن الالتزام به وذلك لذهاب الفقهاءﷺ (كما في الحدائق)[٢] إلى أنّ العارية تفيد

١ . حاشية المكاسب (للسيد اليزديﷺ): ج١، ص٦٠.

٢ . الحدائق الناضرة: ج٢٢، ص٢٧٥.

الإباحة والتسليط بمعنى: أنّهم لا يقولون بتحقّق الملكية في عقد العارية.

قوله﵀: «وأمّا الهبة المعوّضة والمراد بها هنا ما اشترط فيه بعوض فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة وإلّا لم يعقل تملّك أحدهما لأحد العوضين من دون تملّك الآخر للآخر مع أنّ ظاهرهم عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب الهبة، بل غاية الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته فالظاهر أنّ التعويض المشترط في الهبة كالتعويض غير المشترط فيها في كونه تمليكاً مستقلّاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقة المعاوضة مقصودة والمقابلة في كلّ من العوضين، كما يتّضح ذلك بملاحظة التعويض غير المشترط في ضمن الهبة الأُولى...».[1]

وأمّا ما أفاده فيتّضح بعد بيان أقسام الهبة وهي على ثلاثة أقسام:

القسم الأوّل: أن تكون مجّانية من غير أن تقابل بالعوض وعبّر عنها الشيخ﵀ بالهبة الأُولى.

القسم الثاني: أن لا يشترط الواهب عوضاً في هبته إلّا أنّ المتّهب يعطي العوض من تلقاء نفسه قضية لمقابلة الإحسان بالإحسان.

القسم الثالث: أن يشترط الواهب عوضاً في هبته بأن يملك شيئاً للمتّهب ويشترط عليه فعلاً من الافعال، كما إذا اشترط الواهب على

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٤.

المتّهب تمليك شيء بأن يقول: وهبتك هذا على أن تملّكني كذا، (فهذه مشروطة بشرط الفعل).

أو اشترط عليه بشرط النتيجة، كما إذا اشترط الواهب على المتّهب ملكية شيء بأن يقول: وهبتك هذا على أن يكون فراشك هذا (مثلاً) ملكاً لي.

والمراد من الهبة المعوّضة: وقوع المعاوضة بين المالين، أي الموهوب والمشروط ولكنّها تقع باقتضاء الشرط ولا باقتضاء نفس عقد الهبة. ولا فرق في ذلك بين أن تكون الهبة المعوّضة بنحو شرط الفعل أو شرط النتيجة

وبما ذكر يتّضح أنّ حقيقة الهبة متقوّمة بتمليك الواهب ماله للمتّهب تمليكاً مجانياً من دون اعتبار العوض في ماهية الهبة نعم، قد يشترط فيها العوض فتسمّي هبة معوّضة ولكنّ الاشتراط المذكور لا يخرجها عن حقيقتها، إذ الشرط ليس عوضاً للتمليك وكذلك ليس بدلاً عن المال الموهوب، بل الشأن للعوض المشروط (في الهبة) شأن سائر الشروط في سائر العقود. ويشهد لذلك أنّه عند تخلّف المتّهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبة ويثبت للواهب خيار تخلّف الشرط. وبما ذكر يفهم ما أفاده الشيخ رحمه الله «من أنّ التعويض المشترط في الهبة كالتعويض غير المشترط فيها في كونه تمليكاً مستقلاً...» يعني أنّ حقيقة الهبة متقوّمة بالتمليك المجاني ولم يقصد فيها المعاوضة.

وهذه بخلاف البيع لتقوّمه باعتبار التبديل بين العوض والمعوّض ولذك يقال باستحالة تحقّق مفهوم البيع بتمليك البائع فقط أو بتمليك المشتري فقط كما نصّ عليه الشيخ رحمه الله «... أنّ حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلّا البيع فلو قال: ملّكتك كذا بكذا كان بيعاً ولا يصحّ صلحاً ولا هبة معوضة وإن قصدهما؛ إذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً ولا هبة فلا يقعان به...».[١]

فاتّضح بما بيّنّاه عدم انتقاض التعريف بالهبة المعوّضة بأقسامها حتّى بالصورتين اللتين أضافهما السيد صاحب العروة رحمه الله إلى الأقسام السابقة حيث قال: «ومرّة على أن يكون المراد المقابلة بين المال وفعل التمليك بأن يكون الباء متعلّقاً بملّكتك بلحاظ نفسه لا بلحاظ متعلّقه، نظير قوله: «أكرمتك بعوض ما أعطيتني» وهذا راجع إلى الهبة؛ لأنّ المال لم يعوّض بشيء، بل العوض في مقابل فعل التمليك. ومرة يقول: ملّكتك كذا بتمليك إيّاي كذا وهذا أيضاً قد يكون العوض الذي هو التمليك في مقابل المال وقد يكون في مقابل التمليك...».[٢]

أمّا القسم الأوّل في كلام السيد رحمه الله: كون التمليك بإزاء التمليك بنحو المعاوضة والمقابلة باقتضاء نفس الهبة ولا باقتضاء الشرط.

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٥.

٢ . حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص٦١.

القسم الثاني: أن يكون التمليک بإزاء المال باقتضاء نفس عقد الهبة.

وكأنّه أراد السيدﷺ أنّ الانتقاض لا يختصّ بالقسمين المتقدّمين من الاشتراط، بل يجري في ما تصوّره من المعاوضة، بل النقض هنا أولى.

وكيف كان فالنقض فيه مندفع أيضاً: بأنّ الفارق بين البيع والهبة أنّ المقابلة في البيع بين المعوّضين والمالين وهنا بين الفعلين أو بين الملكين، فالمتحصّل ـ على أنّه جميع الصور ـ: لا ينتقض تعريف البيع بالهبة المعوّضة.

وما قيل أو يقال في ذيل كلام الشيخ (بأنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع): بأنّ الرجوع لا يتصوّر في شرط النتيجة لتحقّق الملكيّة في العوض في زمان الهبة فلا يتصوّر التخلّف حتى يحصل به الرجوع.

قلنا: إنّ التخلّف ممكن في شرط الفعل فيصحّ فيه الرجوع وهذا كافٍ للحكم المذكور.

قوله﵀: «بقي القرض داخلاً في ظاهر الحدّ، ويمكن إخراجه: بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تمليك على وجه ضمان المثل أو القيمة لا معاوضة للعين بهما؛ ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة ولا الغرر المنفي فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به، فتأمّل».[1]

وأجاب الشيخ﵀ في هذا العبارة القصيرة عن النقض بجوابين:

أحدهما: ثبوت الاختلاف بين البيع والقرض مفهوماً وأنّ البيع تمليك بالعوض بخلاف القرض، فإنّه التمليك على وجه الضمان، فهما متغايران فلا نقض.

ثانيهما: بأنّ البيع والقرض يختلفان في الآثار والأحكام، فبهذا استكشف أنّ الاختلاف بينهما حقيقي، ولا يعقل الاختلاف والتغاير في الأثر مع وحدة الموضوع. ومن موارد الاختلاف: جريان ربا المعاوضي في البيع دون القرض، هذا أوّلاً.

وثانياً: جريان الغرر في البيع (لأنّه هو المعاوضة) دون القرض.

وثالثاً: يعتبر في البيع ذكر العوضين وأنّه هو الركن في عقد البيع دون القرض.

ورابعاً: يشترط في البيع العلم بالعوضين(لكونه معاوضة) دون القرض

ثمّ قال: «فتأمل»، ولعلّ وجهه: أنّ القرض لا يكون معاوضة بيعية لا أن

---

١ . كتاب المكاسب: ج٣، ص١٥.

ينفى عنه المعاوضة بالمرّة وسيأتي الكلام عن ذلك.

وللأعلام في ذيل بيان الشيخ بيان نذكر بعضها:

فعن المحقّق الإصفهاني موضحاً لكلام الشيخ رحمه الله: بأن هذا شاهد قويّ على عدم كونه من المعاوضات التسبيبيّة؛ إذ لابدّ في تمليك شيء بعوض ملاحظة الطرفين في مقام التسبيب الجدّي إلى المعاوضة الحقيقية بينهما، وإلّا لم يعقل منه التسبيب إلى المعاوضة نعم، عدم العلم به تفصيلاً لا ينافي التسبيب عقلاً كما أنّ عدم جريان الغرور وربا المعاوضة إنّما يجدي إذا كانا في لسان دليلهما مترتّبين على المعاوضة بعنوانها وإلّا فاختصاص البيع بما هو بشيء لا يدلّ على عدم كون غيره من المعاوضات...»[1].

وتوضيح ما أفاده إجمالاً: إنّ المعاوضة في البيع هي المقصودة في البيع تسبيباً، وأمّا في القرض يكون العوض مقصوداً من دون أن يكون الإنشاء سبباً للمعاوضة.

وبعبارة أُخرى: أنّ قصد العوض دخيل في المعاوضة التسبيبية وأمّا التعويض التسبيبي فلا يكون قصد العوض دخيلاً فيه، وفرق بين مقصودية العوض ومنشائية المعاوضة، فإنّ حقيقة القرض هي التمليك لا مجّاناً، بل تمليك على وجه الضمان.

---

١ . حاشية كتاب المكاسب (للإصفهاني): ج١، ص٧٢ و٧٣.

ولكنّ الكلام فيما أفاده الشيخ وأوضحه المحقّق الإصفهاني: ما سيأتي في تحقيق القرض من أنّه من المعاوضات وأنّه المشهور نعم، يكون الخلاف بينهم أنّ التمليك في القرض بإزاء المثل أو القيمة (كما عليه المشهور) أو التمليك بضمان المثل أو القيمة. والفرق بينهما أنّ العوض (على تعريف المشهور) هو نفس المثل أو القيمة، وعلى الثاني هو الضمان لا نفس القيمة أو المثل.

وأمّا المحقّق الإيرواني أورد على الشيخ بعد بيان الفرق بين البيع والقرض مع تشاكلهما في الصورة حتّى يرى أنّ القرض هو البيع إلى أجل والبيع نسيئة، فكان المقرض ينشأ تبديل ماله بعوض في ذمّة المقترض إلى رأس الأجل وما هذا إلّا البيع نسيئة، فإنّ القرض ينحلّ إلى أمرين: هبة واستيمان، فهو تمليك العين وتأمين المالية. وأمّا العين فبالنسبة إلى العين فإنّ المقرض يرفع يده عن العين ويدفعها إلى المقترض مجّاناً وبلا عوض. وأمّا الاستيمان فبالنسبة إلى مالية العين فإنّه يستأمن مالية العين عند المقترض وفي ذمّته على أن يردّها في رأس الأجل ولذا يطالب حينما يطالب بماله لا بعوض ماله، فلا معاوضة في القرض وإنّما هو إعراض عن خصوصية العين واستيمان بماليتها(فلا ينتقض تعريف البيع بالقرض).[1]

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني رحمه الله): ج١، ص٧١.

وبعبارة واضحة: أنّ حقيقة القرض (عند الإيرواني) لم تكن معاوضة ولا تمليكاً بشرط الضمان، بل هو تمليك واستيمان (بمعنى وضع ماله عنده أمانة إلى أجل معيّن).

ولمزيد التوضيح نقول (كما أوضحه شيخنا الأُستاذ): إنّ القرض عرّف بتعاريف:

التعريف الأوّل (ما هو المنسوب إلى المشهور): تمليك العين بإزاء المثل أو القيمة.

الثاني (ما عن الشيخ): تمليك العين على وجه الضمان.[١]

الثالث (ما عن السيد رحمه الله): إنّه تمليك بالضمان.[٢]

أمّا المحقّق الإيرواني فقد عدل عنها إلى ما اختاره وهو أنّه: هبة واستيمان. وتوجيه عدوله: إنّ القرض بإزاء المثل أو القيمة لا يخلو عن أحد الأمرين ولا ثالث:

أحدهما: أن يكن بنحو المقابلة والمعاوضة.

والآخر: أن يكون بنحو الاشتراط.

وعلى المعاوضة يعود المحذور (بنقض البيع بالقرض).

وعلى الاشتراط يلزم المحال، فإنّه لا يعقل أن يضمن الشخص مال

---

١. كتاب المكاسب: ج٣، ص١٥.

٢. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله): ج١، ص٦١.

نفسه؛ إذ يلزم أن يكون المقترض ضامناً لمال نفسه.[١]

وأمّا تعريف الشيخ﵀ ليس قبال تعريف المشهور، بل يرجع لبّاً إلى المعاوضة، فإنّ ما أفاده فارقاً بينه وبين المعاوضات فإمّا هو مجرّد تغيير للعبارة مع كون واقعه المعاوضة، أو هو غير معقول. فإنّ التمليك على وجه الضمان للمثل أو القيمة إن كان بمعنى المقابلة (على أن يكون تمليكاً بإزاء عوض في الذمّة) فذلك هو الأوّل وإن كان لا بمعنى المقابلة، بل كان التمليك مجانياً وقد اشترط في تمليكه أن تكون الذمّة مشغولة بحكم الشارع كما تكون مشغولة في موارد الضمانات فذلك هو الثاني، فإنّه لا يعقل أن يكون الشخص ضامناً لملك نفسه.

فلذلك لا مناص من القول بأنّ القرض هبة واستيمان وذلك لوجيهن:

الأوّل: سلامة القرض بهذا التعريف عن إشكال المعاوضة والاشتراط.

الثاني: إنّ القرض بعنوانه هو المتعلّق للإنشاء صورة لكنّه ينحلّ لبّاً إلى هبة واستيمان: هبة بالنسبة إلى العين واستيمان بالنسبة إلى ماليتها. فإنّ القرض تمليك للعين مجّاناً وأمانة مالكية بالنسبة إلى ماليتها.

والشاهد أنّ المقرض له المطالبة بماله من حيث المالية لا بعوض ماله، فيستكشف منه أنّ القرض بحسب الحقيقة تمليك للعين مجّاناً واستيمان لماليّتها.

---

١ . حاشية المكاسب (للإيرواني﵀): ج١، ص٧١.

وأورد عليه السيد الخوئي رحمه الله: «ولكن هذه المناقشة غريبة عن مقصود المصنف، فإنّ غرضه ـ على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمة وسيأتي ـ أنّ الانسان إذا وضع يده على مال غيره ضمنه لمالكه بجميع خصوصياته النوعية والصنفية والشخصية ـ سواء أكانت تلك الخصوصيات دخيلة في المالية أم لا؟ بديهة أنّ الثابت في ذمّة الضامن ابتداءً إنّما هو نفس العين فيجب ردّها إلى مالكها؛ لقاعدة ضمان اليد وإذا تلفت العين وجب مثلها على الضامن؛ لأنّه أقرب إلى التالف. وإن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتها؛ لاحتوائها على جميع ما هو دخيل في مالية العين. وعلى هذا الضوء فمعنى القرض هو تمليك المقرض ماله للمقترض على وجه ضمان المثل وحينئذ فيملك الدائن على المديون أمراً كلّياً منطبقاً على كلّ فرد من الأفراد الخارجية المساوية لما أخذه من القرض في الخصوصيات النوعية والصنفية الدخيلة في المالية.

وأمّا الخصوصيات الشخصية غير الدخيلة في المالية فهي لا تدخل تحت الضمان؛ لأنّ الإنسان إنّما يستقرض شيئاً لدفع حاجته به. فلزوم إبقائه على حاله نقض للغرض. وعليه فليس للمقرض أن يجبر المقترض على ردّ العين المأخوذة قرضاً تمسّكاً بدليل ضمان اليد؛ بداهة أنّ قاعدة ضمان اليد لا تجري في المقام؛ إذ المفروض أنّ يد المقترض لم تتعلّق بمال غيره. وأمّا الضمان بالإقدام فلا يترتّب عليه

أزيد مما ثبت فيه التعهّد و قد عرفت قريباً: أنّ العهدة لم تثبت ـ في باب القرض ـ إلّا بالنسبة إلى مالية العين المأخوذة قرضاً، لا بالنسبة إلى خصوصياتها الشخصية، فيستوضح من ذلك أنّ القرض خارج عن حدود البيع.

ويتّضح ما ذكرناه جليّاً بقياس القرض بالغصب؛ إذ لا فارق بينهما إلّا من ناحية أنّ المغصوب يضمن على الغاصب بجميع خصوصيّاته النوعية والصنفية والشخصية. وهذا بخلاف القرض، فإنّ المال المأخوذ قرضاً غير مضمون بالخصوصيات الشخصية كما عرفته قريباً. وعلى هذا فكما لا يتوهّم انتقاض تعريف البيع بالغصب كذلك لا يتوهّم انتقاضه بالقرض أيضاً و...».[1]

وأورد عليه شيخنا الأُستاذ دام ظلّه: بعدم وفاء ما أفاده جواباً لإيراد الإيرواني رحمه الله؛ لأنّه قد مرّ أنّ الفاضل الإيرواني استشكل على تعريف الشيخ: بأنّ التمليك على وجه الضمان إمّا أن يكون على نحو المعاوضة (أي المبادلة بين التمليك والضمان) وإمّا أن يكون مجّانياً ويتحقّق الضمان بالاشتراط.

فعلى الأوّل يندرج القرض في المعاوضات ويترتّب عليه أحكام المعاوضة، فيكون تعريف الشيخ مجرّد تغيير في العبارة، فيكون القرض معاوضة لبّاً.

---

١. مصباح الفقاهة: ج٢، ص٦٧-٦٨.

وعلى الثاني: يلزم أن يكون المقترض ضامناً لملك نفسه وهو غير معقول. فبيان السيد الخوئي﵀ غير وافٍ لدفع الإشكال، فإنّ الإقدام على الضمان لا يخلو عن أحد الأمرين: إمّا أن يكون إقداماً معاملياً أو غير معاملي. والثاني مفروض العدم؛ لأنّ الإقدام هنا معاملي والإقدام المعاملي إمّا أن يكون بالمعاوضة أو بالشرط. فعلى المعاوضية ينتقض تعريف البيع بالقرض. فإنّ العوض في تعريف البيع أعمّ من العين والعمل. والعمل أعمّ من العمل الخارجي والعمل في الذمّة. وعلى الشرط يلزم أن يكون ضمان القرض ثابتاً بالشرط لا بعقد القرض وهو خلاف التحقيق وخلاف ما اختاره أكثر أركان الفقه، فإنّ الضمان في القرض ضمان عقدي لا شرطي وهما متفاوتان جوهراً وأثراً.

والمتحصّل من كلام المورد: التزامه بثبوت الضمان (في القرض بالشرط دون المعاوضة) إلّا أنّه إشكال عليه: بأنّه خلاف التحقيق وصرّح بأنّ ظاهر تعريف الشيخ ثبوت الضمان القرضي بالاشتراط لا بالعقد حيث قال: التمليك على وجه الضمان ولم يقل (التمليك بالضمان كما عن السيد﵀) فإنّ حرف (على) ظاهر في الاشتراط كما أنّ حرف (الباء) ظاهر في المعاوضة وفي كون التمليك بإزاء الضمان.

ويمكن استظهار الاشتراط من كلمات الفقهاء:

فعن «الشرائع» في تعريف القرض: «هو عقد يشتمل على ايجاب كقوله: أقرضتك، أو ما يؤدّي معناه، مثل تصرّف فيه وانتفع به وعليك ردّ عوضه».[١]

وعن الشهيد في «الدروس»: «وهو عقد إيجابه أقرضتك أو أسلفتك أو ملّكتك وعليك ردّ عوضه، أو خذه بمثله أو قيمته...».[٢]

وفي «المسالک» في ذيل قول الشرائع: «.. أو ما يؤدّي معناه إلى قوله: وعليك ردّ عوضه»: «من المؤدّي لمعناه» ووجه الاستظهار هو كلمة (على) فإنّها ظاهرة في الاشتراط لا المعاوضة. وقال ثاني الشهيدين: «خذ هذا وعليك ردّ عوضه».[٣] وظاهره الاشتراط ولو كان معاوضة يقال: خذ هذا بهذا.

وعن العلّامة في «القواعد»[٤] بمثل ما أفاده المحقّق، وكذلک «جامع المقاصد».[٥]

هذا ولكن شيخنا الأُستاذ (دام ظلّه) لم يرتض هذه التعاريف وقال: بأنّ القرض من المعاوضات، واستند في دعواه إلى كلام عدة من الأركان

١ . شرائع الإسلام: ج٢، ص٦١.
٢ .الدروس الشرعية: ج٣، ص٣١٨.
٣ . مسالک الأفهام: ج٣، ص٤٤٠.
٤ . قواعد الأحكام: ج٢، ص١٠٣.
٥ . جامع المقاصد: ج٥، ص٢٠.

كالشهيد الثاني حيث قال (في مسالكه): إنّ إباحة العين بنحو الاشتراط في القرض نادر.[١]

وأيضاً المحقّق الأردبيلي رحمه الله في ذيل كلام العلّامة في «إرشاد الأذهان»: «وكلّ مضبوط بما يرفع الجهالة من الأوصاف يصحّ إقراضه فإن كان مثليّاً ثبت في الذمّة مثله وإلّا القيمة وقت التسليم»:[٢] «لعلّ دليله أنّ القيمي إنّما خرج عن ملك المالك بالعوض وليس له العوض إلّا القيمة؛ لعدم المماثلة كما في سائر المعاوضات».[٣]

وهذه العبارة نصّ في كون القرض من المعاوضات، فإنّ الباء في (بالعوض) للمقابلة واستظهر أيضاً من كلام «الرياض» عدّ القرض من المعاوضات.[٤]

وأيضاً عن «الجواهر»[٥] استظهر (شيخنا الأُستاذ) أنّه يعدّ من المعاوضات أيضاً، فاستنتج من جميع ذلك (ونقلنا عنه ملّخصه وإجماله) التحقيق: أنّ القرض من المعاوضات وهو الموافق للارتكاز ويساعده الدليل ولا مانع في البين إلّا ما ذكره الشيخ رحمه الله من انتقاض

١ . مسالك الأفهام: ج٣، ص٤٥١.

٢ . إرشاد الأذهان: ج١، ص٣٩٠.

٣ . مجمع الفائدة والبرهان: ج٩، ص٦٩.

٤ . رياض المسائل: ج٩، ص ١٦٤.

٥ . جواهر الكلام: ج٢٥، ص١٦.

تعريفه للبيع.

مضافاً إلى أنّه لو كان من المعاوضات للزم ترتّب أحكام المعاوضة عليه كالربا المعاوضي و... فلذلك ذهب الشيخ ومن تبعه إلى أنّ القرض ليس من المعاوضات فيرتفع المحذوران.

ثم أجاب عن الشيخ: بأنّ المحذور الأوّل مندفع بعدم قيام نصّ ولا اجماع على نفس المعاوضة في القرض. أمّا النصّ فواضح؛ لعدم وروده وأمّا الإجماع فقد مرّ ذهاب عدّة كثيرة من أساطين الفقه إلى ذلك.

بقي الكلام في اشكاله (الأُستاذ دام ظلّه) على كلام المحقّق الإيرواني في دعواه إلى انحلال القرض إلى هبة واستيمان : إنّه خلاف المرتكز العرفي، فإنّ العرف لا يفهم من إنشاء القرض الهبة والاستيمان، فإنّ متعلّق الإنشاء في باب القرض (أقرضتک) فهل يفهم منه هبة المقرض واستيمانه؟ كلّا، فإنّ العرف ببابک.

وبعبارة أُخرى: إنّ الهبة والاستيمان من عناوين المعاملات وهي أُمور إنشائية متقوّمة بالقصد والاعتبار ويحتاج إلى ما يدلّ عليه إمّا صريحاً (بناء على القول باعتبار الصراحة) أو بالظهور. ولفظ (أقرضتک) ليس قابلاً لإبراز الهبة والاستيمان على القول بأنّ أسباب المعاملات مبرزات ولا قابلاً لإيجادهما على مسلک المشهور فيكون التعريف من الدعوى بلا شاهد، هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ هذه الدعوى (أي الانحلال إلى الهبة والاستيمان) أمر محال ولا معنى له، فإنّ الاستيمان عبارة عن جعل الشيء وديعة عند شخص والاستيمان في القرض استيمان مالكي لا شرعي، بمعنى: أنّ المقرض في مقام الإنشاء جعل مالية العين أمانة عند المقترض.

فالعين في القرض لا تخلو من أحد الأمرين: إمّا أن تكون ملكاً للمقترض بالخصوصية الشخصية فقط وبدون المالية أو مع المالية. فعلى التقدير الأوّل: يكون المالية أمانة عنده، فلا يجوز التصرف في المبادلات التي يعتبر فيها المالية.

وعلى الثاني: يلزم الخلف (يعني لا معنى لاستيمان المالية؛ إذ ليس للمالك مال آخر يؤمنه عند المقترض).

والإشكال الثالث: إنّه يلزم على هذا التعريف الالتزام بترتّب عقدين من الإيجابين والقبولين وهو خلاف ضرورة الفقه، هذا.

ما أفاده إشكالاً على الفاضل الإيرواني رحمه الله تامّ لا بأس به ولا سيّما قوله: بأنّه خلاف الارتكاز العرفي. ولكنّ الكلام فيما أورد على السيد الخوئي من أنّ بيانه غير وافٍ لدفع الشبهة المطروحة من الإيرواني وحيث بنى إشكاله على السيد الخوئي رحمه الله على أنّ الإقدام المعاملي إذا كان مبنيّاً على الشرط وإنّه يلزم أن يكون ضمان القرض بالشرط لا بعقد القرض وهو خلاف التحقيق. وهذا الإيراد عليه يكون مبتنياً على المبنى المختار عند شيخنا الأُستاذ من أنّ القرض عقد معاوضي، مع أنّ الشيخ ومن تبعه

كالمحقّق الإصفهاني وظاهر السيد الخوئي قائل بأنّه التمليك على وجه الضمان، فلا يرد ما أورده على من كان خيرته في القرض (أنّه التمليك على وجه الشرطية).

كما نقل عن مقرّر الميرزا الرشتي رحمه الله: من أنّه لا معاوضة في القرض أصلاً، بل هو عبارة عن تسليم تشخّص العين مع بقاء ماليته، بمعنى: أنّ للعين جهة تشخّص ومالية خاصّة وجهة كلّية ومالية كلّية، فالمنتقل إليه هو المالية الشخصية وأمّا الكلّية فهي باقية على ذمّة المقترض برسم الأمانة، فلا معاوضة في البين، نظير: حكم الشارع بجواز التصرف في الملتقط ليحفظ ماليّته في ذمّته وإن ذهب تشخّصها.[1]

وكيف كان، لا مانع من القول في القرض بأنّه التمليك على وجه الضمان ولا يرد عليه نقض تعريف البيع بما مرّ تفصيلاً، مضافاً إلى أنّه لا يجري فيه ربا المعاوضية، مع أنّه لو كان من أفراد البيع ليجري فيه ربا المعاوضية مع أنّه لا يجري فيه، ولذا لو اقترض نقداً مسكوكاً (من الذهب والفضة) ودفع نقداً آخر منهما حين أداء القرض الذي يساوي القرض في المالية وإن زاد عليه في المقدار لا يستلزم الربا.

وأيضاً لا يجري فيه الغرر المنفي فيها، وأنّه يجوز اقتراض شيء مع الجهل بمقداره وأوصافه (كما يقال للمقترض: أقرضتك ما في الصندوق وهو جاهل بمقداره) ولو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضية

١ . محاضرات في الفقه (للميلاني رحمه الله): ص٤١.

لاعتبر فيه العلم بالمقدار والأوصاف للنهي الوارد في قوله صلى الله عليه وآله: «نهى النبي عن بيع الغرر»[1] نعم، يجب العلم بالمقدار من باب التمكّن من الأداء وهو أجنبي عن حقيقة القرض.

وهكذا الكلام بالنسبة إلى ذكر العوض والعلم به.

١ . وسائل الشيعة: ج١٧، ص٤٤٨؛ أبواب آداب التجارة: ب٤٠، ح٣.