

علم أصول الفقه

أصالة الاحتياط ٢٣-١١-١٤٠١ ٦٣

دراسات الأستاذ:
مهدي الهادي الطهراني

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- [الأمر الثالث] لو أثمرت إحدى الشجرتين
- الأمر الثالث: تعرّض المحققون (قدس الله أسرارهم) لفرع جعلوه مشابها لفرع الملقى لأطراف الشبهة المحصورة، وهو فرع الثمرة و ذى الثمرة فى باب الأموال،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- فقالوا: لو استولى شخص على شجرتين مثلاً، و هو يعلم بأن إحداهما مملوكة لغيره، ثم أثمرت إحدى الشجرتين، **فالعلم الإجمالي الأول**: و هو العلم الإجمالي بغصبية إحدى الشجرتين يكون منجزاً بلحاظ نفس الشجرتين للأحكام **التكليفية**، أي: **حرمة التصرف** و **وجوب الرد** إلى المالك، و الوضعية، أي: **الضمان**، فلو تلفت إحداهما لزمه بذلك أداء بدلها،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبةً

- و **أما الثمرة** فلا تنتجّز أحكامها، لا بالعلم الإجمالي **الأوّل** و لا بالعلم الإجمالي **الثاني**، و هو العلم بغصبية الثمرة أو الشجرة الأخرى،

- **أما عدم** تنجزها بالعلم الإجمالي **الثاني** فللانحلال ببعض التقريبات السابقة،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبةً

• و أما عدم تنجزها بالعلم الإجمالي **الأوّل**، فلأنه ليس علما بتمام الموضوع للحكم بضمان الثمرة و حرمة التصرف فيها، فإن **موضوع الحكم مركّب من كون الأصل مغصوبا و من إثماره**، إذ قبل وجود الثمرة لا معنى لحرمة التصرف فيها و ضمانها، و الجزء الأوّل معلوم بالإجمال، و لكن الجزء الثاني ليس معلوما بالإجمال، فحال هذه الثمرة في هذا الفرع حال الملاقى في فرع ملاقاة بعض أطراف العلم الإجمالي بالنجاسة.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- هذا حاصل ما أفادوه في المقام، مع شيء من النقاش و الاعتراض سوف يظهر خلال الكلام إن شاء الله.
- أقول: تارة نتكلم في أصل الشجرتين اللتين تسالما على أن العلم الإجمالي بغصبيّة أحدهما منجز لأحكامها،
- و أخرى في ثمرة إحدى الشجرتين إذا أثمرت دون الأخرى،
- فالكلام يقع في مقامين:

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- حكم الشجرتين
- أمّا المقام الأوّل: و هو الكلام في حكم نفس الشجرتين فلا إشكال في تنجز الأحكام التكليفية للشجرة المغصوبة، من قبيل حرمة التصرف، للعلم بتمام الموضوع لها، و هو مال الغير الذي لا يأذن في التصرف،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و إنما يقع مهمّ الكلام في الضمان، و أنه مع تلف إحدى الشجرتين هل يجب ردّ البديل أو لا؟
- و كأنهم - كما مضى - فرغوا عن أن العلم الإجمالي الأوّل علم بما هو تمام الموضوع للضمان، لأنّ ضمان المال موضوعه هو: أن يكون **مال الغير**، و أن يكون **تحت يد الإنسان**، و كلا الجزئين محرز في المقام بالعلم الإجمالي الأوّل.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبةً

- لكن هذا الكلام مبنيٌّ على خلط شائع في الصناعة الفقهية بين الضمان و بين الدين، بمعنى انشغال الذمّة، و أن يملك شخص على شخص آخر شيئاً، فقد افترض في كلماتهم - على أساس عدم عزل أحد هذين المفهومين عن الآخر - أن الضمان و الدين بالمعنى الذي قصدناه كأنهما مفهوم واحد، و لا فرق بينهما.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و هذا الخلط أنتج الخلط بين **العهد** التي هي **وعاء** **الضمان**، و **الذمة** التي هي **وعاء الدين**، فلم يميز بحسب الصناعة الفقهية بين العهد و الذمة، و إن وجد هناك تمييز فإنهما هو مجرد تمييز اصطلاحي، فالتمييز الذي فرضته **مدرسة المحقق النائيني** قدس سره عبارة عن أن **العهد و عاء الأعيان**، و **الذمة و عاء الأمور الكلية**، و مثل هذا مجرد اصطلاح يمكن لكل أحد أن يصطلح ذلك.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبةً

- و التحقيق: أنه يفترق كلٌّ منهما عن الآخر فرقا جوهرياً بحسب تكوينهما الاعتباري، فهذا الوعاء الاعتباري المسمى **بالعهدة** أنشئ لإنشاء لغرض بحسب الارتكاز العقلائي، و أمضى شرعاً، و الوعاء الآخر أنشئ نشأه أخرى لغرض آخر، فهما مختلفان تكويناً و غرضاً و عملاً، و بتبعهما يختلف الضمان عن الدين،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و لا مجال هنا للتوسع في بحث الصناعة الفقهية للذمة و العهدة، و الضمان و الدين، و هو موكول إلى محله في الفقه، إلا أننا نقول هنا بنحو الإجمال:
- إنَّ **الضمان و الدين** بالمعنى الذي ذكرناه متباينان مفهوما، و النسبة بينهما **عموم من وجه**، من حيث المورد الخارجي،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- أما من حيث المفهوم
- فالضمان مرجعه إلى **المسئولية**، و **التعهد** و **العهد** و **عاء** للمسئوليات، و باب **الضمان لا يستبطن الملكية** بوجه أصلا،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- **والدين** مرجعه إلى باب **الملكيّة**، وأن يملك شخص شيئاً على الآخر، وحيث إن ملكية الشيء على الآخر تحتاج في الصناعة الفقهية إلى فرض وعاء له، ففرضت **الذمة وعاء لهذا المملوك الذمي**،
- وهذان المفهومان، أي: الدين والضمان قد يجتمعان مورداً وقد يفترقان:

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- أما موارد الاجتماع فواضحة، كما لو أتلف شخص مال غيره، فقد اشتغلت ذمته بالمثل أو القيمة، و هذا عبارة عن الدين، و يكون مسئولا لا محالة عن أداء ما في ذمته، و هذا عبارة عن الضمان،
- و في موارد الاجتماع تارة تنشأ العهدة من الذمة، كما هو الحال في هذا المثال، و أخرى بالعكس على تفصيل لا يسعه المقام.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبةً

- و أما مورد **تحقق الضمان دون الدين** فمصاديقه غير متوفرة كثيرا في الفقه الجعفري بالخصوص، إلا أن من مصاديقه باب الكفالة، فإن مرجعها إلى التعهد بتسليم المدين، فيكون ضامنا أمام الغريم لشخص المدين، أي: يكون شخص المدين على عهده و مسؤوليته، لا بد له من إحضاره، و لو قصر في ذلك، سجن و عوقب، لكن لا يوجد هنا **اشتغال للذمة** أصلا، إذ لا يملك على الكفيل شيء.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و أيضا يثبت الضمان دون الدين في عقد الضمان على بعض الآراء المتبناة لبعض العامة، فإنهم يرون أنه لا ينتقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، و إنما الذي يثبت على الضامن هو التعهد و المسؤولية. و إن كانوا هم لم يعبروا بهذه المصطلحات، بأن يقولوا: إن الذي انشغل من الضامن هي عهده لا ذمته، و إنما ذكروا حقيقة مقصودنا من هذا المصطلح حيث قالوا: إن الضامن يكون مطالباً بالدين، و إن كان لا ينتقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و من جملة مصاديق ذلك في الفقه عندنا هو ما إذا **استقرض العبد بإذن المولى** فالرأى المشهور عندنا أن المولى يكون مسئولا عن وفاء دين العبد، **فالدائن له أن يرجع إليه** و يطالبه بذلك **من دون أن تشغل ذمته**، بحيث **لو مات المولى لا ينتقل هذا الدين إلى تركته**، و هذا معناه - بحسب اصطلاحنا - أن العهدة انشغلت لكن الذمة لم تشغل، فالضمان ثبت على المولى لكن الدين لم يثبت عليه، و له عدة موارد أخرى تظهر بالتتبع في سائر الموارد في الفقه و ليس هنا مجال بيانها.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و أما مورد **تحقق الدين دون الضمان** فهذا أوضح من سابقه، كما لو فرض أن شخصاً اشترى بثمن في ذمته فهو مدين للبائع، ولكنه ما لم يدفع إليه المبيع لا يكون ضامناً، ولا يكون مطالباً بتفريغ ذمته، لأن قانون المعاوضة يقتضى التوأمية في مقام التسليم و التسلم و له موارد أخرى أيضاً.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- إذن فالدين و الضمان متباينان مفهوما، و النسبة بينهما عموم من وجه موردا، و الأول يملأ وعاء الذمة و الثاني يملأ وعاء العهدة.
- هذه هي أصل الفكرة التي يمكن أن تبين هنا الصناعة الفقهية لهذه المفاهيم.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- فإذا اتضح لك ذلك قلنا: إنَّ الشيء الذي تكون **اليد تمام الموضوع** بالنسبة له إنما هو **الضمان** لا الدين، فالغاصب بمجرد وضع يده على مال غيره يصبح ضامنا ضمان المسؤولية، وانشغال العهدة التي تنتج وجوب الرد إلى مالكه، وحرمة تصرفه فيه،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغبوبة

- و أما الدين بمعنى انشغال الذمة و تملك المغبوب منه شيئاً على الغاصب، فليس وضع اليد على مال غيره هو تمام الموضوع له، بل الجزء الأخير من موضوعه هو التلف، فالعلم الإجمالي الأول ليس علماً بتمام موضوعه.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- إلا أن المشهور لم يعزلوا أحد هذين المفهومين عن الآخر عزلاً منسجماً مع الصناعة التي بينها، ولهذا نراهم في مقام بيان ما يحصل عند ما يتلف مال الغير قد اختلفت كلماتهم، فبعضهم أرجع الضمان إلى الدين، والعهد إلى الذمة، وقال: بأن الضمان معناه هو انشغال الذمة بالبدل من القيمة أو المثل، وبعضهم أرجع الدين إلى الضمان، والذمة إلى العهد، وهم بين من يقول: بأن العين هي التي تكون في العهد من حين الغصب وحتى بعد التلف، غاية الأمر أن الخروج عن عهد العين في حال وجودها يكون بردها إلى المالك، وفي حال تلفها يكون برد مثلها أو قيمتها إليه، ومن يقول: بأن الضمان هو كون مال الغير في عهده وحينما يغصب العين تدخل في ذمته كل ما لهذه العين من المالية والخصوصيات النوعية والصفية والشخصية، وإذا تعذرت الخصوصية الشخصية كما هو الحال في تلف العين خرجت من العهد، وبقي الباقي في العهد، فعليه إرجاع المثل. وإذا تعذر ذلك - أيضاً - كما في القيمات بقيت المالية في العهد فعليه إرجاع القيمة.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

• و لو تمّت هذه المباني لم يصحّ - أيضا - ما ذكر في المقام من أنّ العلم الإجمالي الأول هو عليم بتمام الموضوع للحكم بالضمان، فلو تلفت إحدى الشجرتين انشغلت الذمة في المقام.

• فمن قال بأن الضمان عبارة عن انشغال الذمة بالبدل لا بدّ له من الالتزام بأن الغاصب قبل أن تتلف عنده العين المغصوبة ليس ضامنا بالفعل، إذ لا معنى لانشغال الذمة بالبدل مع وجوب دفع العين خارجا، لأن الغاصب لا يلزمه الدفع مرتين: مرة

• مباحث الأصول، ج ٤، ص: ٢٩٣

• بوجوده الخارجي، و أخرى بوجوده البدلي و التغيريمي، فلا بدّ له من الالتزام بأن الضمان هو انشغال الذمة منوطا بالتلف، فلم يحرز في المقام تمام موضوعه بالعلم الإجمالي الأول.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و أما من يرجع الدين و انشغال الذمة إلى الضمان و العهدة، فهو لاء - كما قلنا - انقسموا إلى فريقين:
- فمنهم من قال بأن العين بمجرد أن تغصب تدخل في العهدة، و تبقى بتمام خصوصياتها في العهدة حتى بعد التلف، و يجب إخراجها عن العهدة عند وجودها بردها إلى المالك، و عند تلفها بدفع المثل أو القيمة. و بناء على هذا التصور نقول: إن العهدة و إن كانت فعلية للعلم إجمالاً بتمام موضوعها لكن العهدة بما هي لا تقبل التجزؤ، و إنما الذي يتجزؤ هي العهدة بلحاظ آثارها، و أثرها الذي هو وجوب دفع البديل مشروط بتلف العين، و ليس أثرها مطلقاً، فالعلم الإجمالي الأول ليس علماً بتمام موضوعه.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

• و منهم من قال بأن العين دخلت في العهدة بتمام خصوصياتها بمجرد الغصب، و لدى تعذر بعض الخصوصيات تسقط تلك الخصوصية و يبقى الباقي، فبعد التلف تعذرت الخصوصية الشخصية، و خرجت عن العهدة و بقيت العين بما هي كلية في العهدة، فكانهم تصوروا وعاء واحدا انصبت العين فيه من أول الأمر بتمام خصوصياتها، ثم ينزع من هذه العين بالتدرج رداء الشخصية، و تصبح كلية و هؤلاء أيضا لا بد لهم من الاعتراف هنا بأن انشغال الذمة بالكلية لم يعلم بتمام موضوعه، فإن الكلي الذي كان في عهده منذ البدء ضمن العين الشخصية لم يكن عبارة عن وجود الكلي على الإطلاق، بل كان عبارة عن الكلي المتخصص ضمن العين الشخصية، و إنما يدخل الكلي في العهدة و يجب دفعه لدى خروج الخصوصية الشخصية عن العهدة بالتلف، فلا يكون العلم الإجمالي الأول علما بتمام الموضوع لهذا الانشغال.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- إذن فعلى تمام هذه التصورات لا بدّ من الالتزام - حسب هذه الصناعة - بعدم تنجيز العلم الإجمالي، فينبغي أن يفصل بين ما إذا كانت الأصول الجارية في كل من الشجرتين في نفسها تقتضي مالكيّة الغير لها، كما لو اشترى إحدهما من الغير، ثم اشتمه ما اشتراه، فجرى استصحاب مالكيّة الغير في كل من الشجرتين، أو كانت الأصول فيهما ترخيصيّة، كما لو فرض أن حالتهما السابقة هي كونها من المباحات

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

مباحث الأصول، ج ٤، ص: ٢٩٤

• الأصلية، أو كان الأصل في إحدهما ترخيصاً، و في الأخرى إلزامياً،
 • ففي الفرض الأول يتنجز عليه وجوب أداء البديل، لا بالعلم الإجمالي بل بالاستصحاب، و في الفرض الثاني لا يتنجز عليه ذلك، و في الفرض الثالث يتنجز عليه ذلك لدى تلف الشجرة التي تكون مورداً للأصل الإلزامي، و لا يتنجز لدى تلف الأخرى، لجريان الأصل المؤمن عنه، و لا يعارضه الأصل في الطرف الآخر، لأن موضوع الحكم بالضمان في الطرف الآخر لم يتحقق. نعم، لو تلفتا معا علم بانشغال الذمة إجمالاً.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و لكن التحقيق - رغم هذا - هو منجزية العلم الإجمالي الأول، لكن لا من باب أنه علم بتمام الموضوع لانشغال الذمة، فإنه كما بينا، إنما علم بتمام الموضوع للعهد، التي مرجعها إلي كون العين في مسئولية صاحب اليد، لا بتمام الموضوع لانشغال الذمة الذي يحصل بعد التلف، بل من باب أن العرف حينما يسمع خطاب الذمة بعد ما يسمع خطاب العهد يفهم من خطاب الذمة في المقام أنه تحفظ على بعض مراتب المصلحة الزومية للعهد، فالموجود في المقام إنما هو ملاك واحد لزومي علم به إجمالاً بمجرد أخذ الشجرتين، و تنجز على العبد،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و عند تلف مال الغير و إن كان يتبدل الخطاب بخطاب آخر، لكن الملاك هو نفس الملاك السابق بقى بعضه بعد تعذر البعض الآخر، لا أن هناك ملاكا آخر إلزاميا غير الملاك الأول الذى هو ملاك الاهتمام بحق شخص آخر، و قمع مادة الفساد، بل هذا بعض مراتب ذلك الملاك، فما أدركه هؤلاء المحققون (قدس الله أسرارهم) بفطرتهم الأصولية من أن العلم الإجمالى منجز للحكم بالضمان صحيح، إلا أنه لا يقوم على أساس تصور إرجاع الذمة إلى العهدة، بل يقوم على أساس أن **خطاب العهدة و خطاب الذمة بحسب الحقيقة** **تعبيران عن ملاك واحد.**

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- على أننا في غنى عن إثبات التنجيز بهذا العلم الإجمالي، لأنه يكفي عندنا العلم الإجمالي الثاني للتنجيز، وهو العلم بانشغال الذمة ببدل التالف، أو انشغال العهدة بضمان الموجود وحرمة التصرف فيه، ووجوب تسليمه من قبيل العلم الإجمالي بنجاسة الملقى، أو الإناء الآخر الذي قلنا بمنجزيته في تلك المسألة، وأبطلنا وجوه الانحلال.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- حكم الثمرة
- و أمّا المقام الثانى: و هو فى تنجّز الحكم بضمان الثمرة و انشغال الذمّة بها إذا أثمرت إحدى الشجرتين، فنقول: إنّ تلك الثمرة تقع طرفاً لعلم إجمالى جديد، و هو العلم بغصبيتها أو غصبيّة الشجرة الأخرى، و قد أثبتنا فى مسألة الملاقى تنجيز مثل هذا العلم الإجمالى، و معه لا حاجة إلى التكلّم فى تنجيز العلم الأوّل.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- إلاً أن الأصحاب حيث أنكروا تنجيز العلم الثاني احتاجوا إلى الحديث عن العلم الأول، كما فعلوا ذلك في مسألة الملاقى، وقد فصلوا في كلا المقامين بين الانبساط و السببية، فكما قالوا هناك: إنه بناء على أن نجاسة الملاقى انبساط و امتداد لنجاسة الملاقى يكون العلم الأول منجزاً، و بناء على أنها مسببة عن نجاسة الملاقى لا يكون منجزاً، كذلك قالوا هنا: إنه بناء على أن ملكية الثمرة انبساط و امتداد لملكية الأصل يكون العلم الأول منجزاً، و بناء على كونها مسببة عنها لا يكون منجزاً.
- و قد تقدم منا هناك توضيح عدم تمامية هذا التفصيل، فلو قلنا بعدم التنجيز بناء على السببية، نقول به - أيضاً - على الانبساط، فلنتكلم هنا على السببية، هل يكون العلم الإجمالي الأول منجزاً أو لا؟ فإن ثبت التنجيز ثبت على كلا المبنيين، و إلا بطل على كلا المبنيين، و قد ذكر المحققون أنه ليس منجزاً، و هذه الدعوى - أعني دعوى عدم التنجيز - يمكن بيانها ببيان ساذج ابتدائي: هو أن المعلوم إجمالاً بالعلم الأول إنما هو وضع اليد على أحد الأصلين الذي هو ملك الغير، و هذا لا يكفي في ضمان الثمرة، بل لا بد من العلم تفصيلاً أو إجمالاً بوقوع اليد على ثمرة الأصل المغصوب، و لم يعلم بذلك.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- وهذا يرد عليه ما ذكره المحقق النائيني رحمه الله من أن المختار في مباحث الضمان هو أنه لا يشترط في ضمان الثمرة وضع اليد عليها، بل يكفي وضع اليد على الأصل، فلو أن إنساناً غصب شجرة، ثم غصب إنسان آخر تلك الشجرة منه، وثمرت عند الغاصب الثاني، فهنا الثمرة لم تقع تحت يد الغاصب الأول لكنها داخله في ضمانه.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغبوبة

- و لهذا بين السيد الأستاذ دعوى عدم التنجيز ببيان آخر أعمق، و هو أن وضع اليد على الأصل المغبوب الذي هو المعلوم بالعلم الإجمالي الأول ليس تمام الموضوع لضمان الثمرة، بل يشترط في ضمانها كون الثمرة لمملوك الغير و منسوبة إليه، و هذا غير معلوم.
- نعم لو أثمرت كلتا الشجرتين، لكننا نعلم إجمالاً بأن إحدى الثمرتين منسوبة إلى الأصل المملوك للغير الواقع تحت يد الغاصب، فيكون الموضوع معلوماً.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و لكن يمكن أن يقال في المقام بتنجيز العلم الإجمالي الأوّل لضمان الثمرة أيضاً، و إنّ تمام الموضوع لضمانها قد أحرز بالعلم الأوّل، و هو العلم بغصبية إحدى الشجرتين، و ذلك بناء على عدم قصر النظر على الوجود الحقيقي الخارجي لثمرة الأصل المغصوب الذي لم يحرز تحققه بمجرد إثمار إحدى الشجرتين، و أنّ الارتكاز العقلائي يفترض للثمرة قبل وجودها الخارجي وجوداً تقديرياً عنائياً، و هذا الوجود يكون موضوعاً للأحكام الشرعية، فلو قلنا بهذا فقد يتغير الحساب في النتيجة، و لأجل توضيح هذا نبين مقدمة: - و حاصلها هو: أنه قد تفترض مالكية شخص لشيء بالفعل لوجود المالك، و وجود المال المملوك خارجاً، فكل من المالك و المملوك و الملكية موجود بالفعل، و هذه هي الصورة الاعتيادية.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و هناك صور أخرى تختلف عن هذه الصورة الاعتيادية:
- فقد يفترض أنه لا قصور في المالك من حيث كونه مالكا، لكن المال المملوك غير موجود حتى الآن، فالقصور في جانب المملوك، كما في مثال ثمرة الشجرة قبل وجودها، فمالك الأصل يرى بحسب الارتكاز العقلاني أن ملاك مالكيته تام بنفس ملكية الأصل، لأن تمام الملاك بالارتكاز العقلاني لملكية المنفعة هو كونه مالكا للأصل، و لكن القصور في المملوك، لعدم وجوده.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و أخرى يفترض أن المال المملوك موجود بالفعل، و لا قصور فيه من حيث كونه مملوكا، و إنما القصور في المالك لعدم وجوده، كما في الوقف على بعض المباني في تفسيره بالنسبة للبطون المتأخرة.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و ثالثة يفترض أن المالك و المملوك موجودان، و لا قصور فيهما بما هما مالك و مملوك، إلا أن الملكية بنفسها تتوقف على أعمال عناية تكون تحت سلطنة المالك، و إنشاء اعتبار يوجب ربط المملوك به، فالملكية مقدره، و القصور في نفس الملكية،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

• و ذلك كما لو فرض أن الميِّت أوصى بمال إلى شخص، و قلنا فرضاً - و لا نقول به - بأن الوصية تحتاج إلى قبول الموصي له، و أنها عقد لها إيجاب و قبول، فقبل القبول لا تكون الملكية فعليه بالرغم من أن المالك من حيث كونه صالحاً للملكية موجود، و المملوك من حيث كونه صالحاً للملك موجود، إلا أن نفس الملكية بحاجة إلى عناية، و تلك العناية هي تحت سلطان المالك، لأن الموصي قد مات و خرج المال عن سلطانه، و ليس المال - أيضاً - تحت سلطنة الوارث بوجه من الوجوه، فالملكية هنا محضاً تحت سلطان هذا المتأهل للملكية، فبإمكانه أن يعمل العناية الإنشائية فتصبح الملكية فعليه، فهنا القصور يكون في جانب الملكية.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- ففي هذه الأقسام الثلاثة يمكن أن تدعى دعوى نذكرها هنا، و تكون من ناحية السعة و الضيق في ذمة التحقيق، إذ يمكن دعواها في كل هذه الأقسام الثلاثة، و يمكن دعواها في خصوص القسمين الأولين منها، و يمكن دعواها في خصوص القسم الأول تبعاً للتدقيق في نكات الارتكاز العقلاني في هذه الأقسام،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و تلك الدعوى هي أن يقال في أيّ واحد من هذه الأمور الذي يكون مفروغا عنه في ظرفه و موطنه، و لكنّ الملكيّة لا تكون فعليّة بلحاظ قصور فيه: إن الارتكاز العقلائي ينتزع بلحاظ ذلك الوجود المتأخر حقا ثابتا بالفعل، و إن شئت فسمه بالمرتبة الضعيفة من السلطنة، أو المرتبة الضعيفة من الملكيّة، و قد يصبح هذا الأمر المنتزع منشأ لآثار بحسب الارتكاز العقلائي، و قد تكون ممضاء شرعا:
- فمثلا بالنسبة للقسم الأوّل ينتزع الارتكاز العقلائي نحوا من الحقّ، إن شئتم عبروا عنه بأنه حقّ أن يملك ثمرة الأصل.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

• و إن شئتم قلتُم: إنَّ الثمرةَ يقدرُ لها الآن وجود تقديرى عنائى تعتبر ملكا من الآن، و يترتب على مثل هذه العناية المبيع عقلائيا، فإنه من المعاملات العقلائية التى أمضيت شرعا مع قيود و حدود، فالمبيع إنما هو الوجود التقديرى للثمرة، أو حق أن يملك الثمرة لا نفس الثمرة [١]،

• [١] أو قل: إنَّ المبيع نفس الثمرة لكن الذى يترتب على بيعها ليس هو انتقال ملكيتها الاستقبالية إلى المشتري، بل هو انتقال نفس الحق المتعلق بها الآن الثابت للبائع، و هو حق أن يملكها مثلا.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و إلا لزم فيما لو لم تثمر الشجرة صدفة الالتزام إما بأنه لا استحقاق للثمن، أو بأن المعاملة تستبطن تمليكا مجانيا على تقدير، و تمليكا معاوضيا على تقدير آخر، مع أن كل هذا على خلاف الارتكاز العقلاني الذي يرى أن البيع في المقام قد تم، و أن حكم هذه المعاملة هو حكم البيع سواء وجدت بعد هذا ثمرة أو لم توجد، فترتب عليه أحكام البيع من حيث الخيار، و الفسخ، و الغبن، و العيب، و غير ذلك،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و لا يترتب عليه حكم الهبة و التملك المجاني، فهذه معاملة بيعية منجزة بحسب الارتكاز العقلائي، و البيع المنجز بحاجة إلى بيع منجزة لا محالة، و هو حق أن يملك الثمرة،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- أو بتعبير آخر: الثمرة بوجودها التقديرى العنائى، و هو وجود محفوظ سواء كان هناك وجود حقيقى فى الخارج أو لا، و هذا الوجود العنائى يشبه الوجود العنائى للمنفعة المتصلة، كمنفعة البيت على ما ذهب إليه جملة من الفقهاء فى مقام تصوير الإجارة، من أن مالك البيت يملك الوجود العنائى لمنفعته - و إن لم يكن هذا صحيحا عندنا فى باب الإجارة -.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و بالنسبة للقسم الثاني - أيضا - يمكن أن يقال بمثل هذا الكلام - إن ساعد عليه الارتكاز -، و قد مضى أن مثاله الوقف على البطون المتأخرة على بعض المباني في تصويره، فوجود المال المملوك فعلى، لكن المالك لم يملك لقصور فيه، لأنه غير موجود فعلا، لكن مع هذا ينتزع له نحو من الحق، فتأهل المال و تهيؤه للمملوكية لشخص سوف يوجد يكون منشأ لاعتبار حقي أو لملكية بنحو من الأنحاء، مضافة إلى الوجود العنائي أو التقديرى للمالك، فيكون هذا المال مملوكا لمالك تحقيقي و مملوكا تقديريا أيضا، و لا مانع من اجتماع مالك تحقيقي مع مالك تقديرى، و إنما الممنوع اجتماع مالكين تحقيقيين،

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و من هنا قال كثير من الفقهاء - و منهم الشيخ الأنصاري قدس سره في المكاسب - بأن حق البطون المتأخرة الثابت في الوقف يمنع عن بيع الوقف، و إن استشكل في ذلك المحققون المتأخرون، فبالإمكان تسليم مثل هذا الحق لو ساعد الارتكاز بمثل هذا البيان.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و كذلك الأمر بالنسبة للقسم الثالث، فيمكن أن يقال بانتزاع نحو من الحق للموصي له و السلطنة، و هذا النحو من الحق و السلطنة تكون له - أيضا - آثار، و لعل هذا يناسب فتوى جماعة من الفقهاء في مثل هذا الفرض، بأن الوارث لا يجوز له أن يتصرف في مثل هذا المال قبل أن يتعين مصير الوصية قبولا و ردا، حتى يناء على القول بانتقال المال إلى الوارث قبل القبول، و خروجه بعده، لأن الملكية بوجودها التقديرية و تهيؤ المال لكونه مملوكا للموصي له تهيؤ كاملا متوقفا على محض سلطنته و أعماله لهذه السلطنة يوجب نحو حق له يمنع الوارث عن التصرف فيه.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و الخلاصة: أن هذه دعوى عريضة في الفقه، و لها مصاديق كثيرة فيه، و تحقيقها و تنقيح نكاتها و سعتها و ضيقها موكل إلى الفقه.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

• إذا عرفت ذلك قلنا: إنه يمكن أن يدعى في المقام أن الثمرة لها وجود عنائي، وهي تحت الضمان بالفعل، فالمنفعة التي يصلح للمالك أن يبيعها الغاصب يضمنها الغاصب للأصل، إلا أن هذه المنفعة ليس لها ثمن مستقل عن ثمن نفس الأصل، لأنه تلحظ في مقام تسعير الأصل هذه المنفعة المقدرة، فتوجب زيادة تسعير نفس الأصل، ولهذا لو أراد المالك بيع الأصل قبل بيع الثمرة المقدرة الوجود كان أعلى قيمة منه لو أراد بيعه بعد بيع الثمرة المقدرة الوجود، فهذا يعني أن هذا الوجود التقديري للثمرة يدخل في تسعير نفس الأصل، فلا تكون له مالية زائدة، بل تكون ماليته مندمجة في مالية الأصل، و بعد خروج التقدير إلى الفعلية تكون لها مالية تخصها غير مندمجة مع مالية الأصل.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- و ملخص الكلام: أنه لا بأس بأن يقال بناء على هذا: إنَّ الثمرة داخلَةٌ تحت الضمان منذ البدء، و قبل وجودها بهذا البيان، فإن ساعد الارتكاز على ذلك - و هو قريب - فيها و نعمت، و إلَّا فالعلم الإجمالي غير منجز، و لكن نحن يكفينا العلم الإجمالي الثاني.

لو أثمرت إحدى الشجرتين أحدهما مغصوبة

- هذا تمام الكلام في دوران الأمر بين المتباينين.