



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

الفقه

آية الله العظمى
الشيخ محمد باقر المجلسي
رحمه الله

كتاب الكفالة والصلح

٥٢

دار العلوم
بمكة المكرمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٠	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٥٢
١٠	اشاره
١٠	اشاره
١٢	كتاب الكفاله
١٢	اشاره
١٤	الكفاله عقد
١٥	روايات الكفاله
١٨	كفاله المتاع والحيوان
٢١	الكفاله عند العرف
٢١	اشاره
٢٣	مسأله ١ رضى الثلاثه
٢٨	مسأله ٢ الكفاله حاله ومؤجله
٣١	مسأله ٣ تسليم الكفيل المكفول
٣٤	مسأله ٤ لو امتنع الكفيل عن الإحضار
٤١	مسأله ٥ تقديم: على كذا، أو تأخيره
٤٤	مسأله ٦ لو أطلق الغريم قهرا
٤٩	مسأله ٧ لو أطلق القاتل
٥٤	مسأله ٨ الإبهام فى الكفاله
٥٦	مسأله ٩ كفاله الفضولى
٥٨	مسأله ١٠ لو أحضر الغريم قبل الأجل
٦١	مسأله ١١ لو كان المكفول محبوسا
٦٦	مسأله ١٢ لو تكفل بتسليمه مطلقا
٦٨	مسأله ١٣ صور الاختلاف

- مسأله ١٤ كفاله اثنتين ٧٢
- مسأله ١٥ إذا مات المكفول ٧٥
- مسأله ١٦ إذا مات المكفول برئ الكفيل ٨١
- مسأله ١٧ دعوى الكفيل الإبراء ٨٣
- مسأله ١٨ لو كفل الكفيل شخصا آخر ٨٥
- مسأله ١٩ لو كفل برأسه ٨٦
- مسأله ٢٠ كفاله البعض ٨٩
- مسأله ٢١ لو أسلم الكفيل على الخمر ٩٠
- مسأله ٢٢ دخول الخيارات في الكفاله ٩٢
- مسأله ٢٣ المباشره في الكفاله ٩٣
- مسأله ٢٤ لو قال: اتركه أنا كفيله ٩٤
- مسأله ٢٥ الكفاله المعاطاتيه ٩٥
- مسأله ٢٦ لو قال: تعامل معه وأنا كفيله ٩٦
- مسأله ٢٧ فروع في الكفاله ٩٧
- كتاب الصلح ١٠٦
- اشاره ١٠٦
- أدله الصلح ١٠٨
- الصلح عقد ١١٧
- اشاره ١١٧
- مسأله ١ يصح الصلح مع الإقرار والإنكار ١١٩
- مسأله ٢ الصلح مع العلم والجهل ١٢٩
- مسأله ٣ الصلح لازم ١٣٨
- مسأله ٤ إصلاح الشريكين ١٤٢
- مسأله ٥ لو كان معهما درهمان ١٤٧
- مسأله ٦ لو اودعاه درهمين ودرهما ١٥٣
- مسأله ٧ ثوبان مختلفا القيمه لهما ١٥٧

- مسألة ٨ إذا بان أحد العوضين مستحقاً ١٦٧
- مسألة ٩ الصلح على المتلف بأكثر ١٧٤
- مسألة ١٠ الصلح يغير فائده المعاوزات ١٧٧
- مسألة ١١ ليس طلب الصلح إقراراً ١٨٤
- مسألة ١٢ لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث ١٨٦
- مسألة ١٣ المصالحة على الماء ١٩٧
- مسألة ١٤ لو صالح الأجنبي عن المنكر ٢٠٥
- فصل في أحكام النزاع في الأملاك ٢٠٨
- اشاره ٢٠٨
- مسألة ١ جواز إخراج الرواشن ٢٠٩
- مسألة ٤ داران في زقاق واحد ٢٢٧
- مسألة ٥ لو أجبر العادل أو الجائر ٢٣٦
- مسألة ٦ جعل دار دارين ٢٤١
- مسألة ٧ جعل الجذع على حائط الجار ٢٤٣
- مسألة ٨ لو صالحه على الوضع ٢٥٥
- مسألة ٩ لو تداعيا جداراً ٢٥٩
- مسألة ١٠ بيع الهواء ٢٧٠
- مسألة ١١ تصرف الشريك في الحائط ٢٧٤
- مسألة ١٢ لو انهدم الجدار ٢٧٨
- مسألة ١٣ لو هدم أحدهما الجدار المشترك ٢٩٢
- مسألة ١٤ طلب القسمة في أحد الأبعاد ٢٩٩
- مسألة ١٥ اختلاف المالكين ٣٠٦
- مسألة ١٦ تنازع صاحب السفلى والعلو ٣١٠
- مسألة ١٧ رؤيه العرف أحدهما صاحب اليد ٣١٣
- مسألة ١٨ أغصان شجر الجار ٣٢٠
- مسألة ١٩ بيتان أعلى وأسفل ٣٣١

- مسأله ٢٠ المسناه بين الملكين كالجدار ٣٣٩
- مسأله ٢١ الصلح على ما لا يجوز ٣٤٠
- مسأله ٢٢ التنازع على الدابه ٣٤٢
- مسأله ٢٣ لو تداعيا غرفه ٣٤٩
- مسأله ٢٥ لو سال ماء الجار على ساحه الجار ٣٥١
- لو صالح الزوج والزوجه ٣٥١
- حصار فيه بيوت ٣٥٤
- تعطيل الوقف ٣٥٥
- تصرفات إنسان في ملك إنسان آخر ٣٥٦
- لو تقوت عماره الجار بدار الجار ٣٥٩
- لو تمكن من إبطال الصلح ٣٦٠
- لو صالح الزوج زوجته عن المهر ٣٦٣
- مصالحات بصيغه ٣٦٤
- الصلح بين شريكين ٣٦٧
- الصلح لتسكن الزوجه الدار ٣٦٩
- ادعاء الغبن في الصلح ٣٧١
- لو جرى الماء إلى بيت الجيران ٣٧٣
- انحصار أرضه بين دور ٣٧٥
- التصالح على التناصف ٣٧٨
- لو تصالح الزوجان ٣٧٨
- تصرف المصالح فيما صالح ٣٨٠
- الإقرار بالصلح ٣٨٤
- التفاسخ في الصلح ٣٨٥
- يجبر الممتنع بعد المصالحه ٣٨٨
- يصالح أمواله بين أولاده ٣٩٠
- لو جعل خيار الصلح ما دام العمر ٣٩٣

٣٩٥	الصلح على التزويج
٣٩٧	الصلح للإعتراف
٣٩٨	تاريخ هدم البقيع
٤٠٠	إشعال الكفار نار الحروب
٤٠٠	حال بلاد الإسلام في الوقت الحاضر
٤٠٤	صوره الإسلام المرتقبه
٤٠٩	مسأله ٢ فتح الأبواب المستجده
٤٢٥	مسأله ٢٤ لو ظهر طرف الصلح مستحقا
٤٢٧	مسأله ٣ فتح باب بين دارين
٤٣٠	المحتويات
٤٤٠	تعريف مركز

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ : لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ح ۵ ف ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ _ ١٩٨٨ م

مُنقَّحه ومصَّحَّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم _ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

بيروت لبنان

ص: ٢

كتاب الكفاله

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الكفاله والصلح

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٤

وهو، كما في غير واحد من كتب الفقه (بالفتح): عقد دل عليه الأدله الاربعه:

أما من الكتاب: فقد استدل له بقوله تعالى: (قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ) (١)، فطلب يعقوب (عليه السلام) من بنيه كفيلاً ببدن يوسف (عليه السلام).

وقال تعالى: (فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ) (٢)، وذلك كفاله بالبدن كما في مفتاح الكرامه، وإن كان في ذلك تأمل، ولعله لذا قال بعد الاستدلال بالآيتين فتأمل.

واستدل بعضهم عليها أيضاً بقوله سبحانه: (قَالُوا وَأَقْبِلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقَهُونَ، قَالُوا نَفَقِدُ صُرُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (٣)، فالزعيم الكفيل، وهو الحميل أيضاً، والقبيل والبصير والقميل، فهذه كلها أسماء الكفيل كما في المستدرك.

وأما من السنه: فروايات كثيره تأتي جملة منها.

وأما من الإجماع: فقد ادعاه غير واحد من الفقهاء، وفي محكى التذكرة: إنها كذلك عند عامه أهل العلم.

والعقل أيضاً يدل على ذلك، لأنه شيء تعارف

ص: ٥

١- يوسف: الآية ٦٦

٢- يوسف: الآية ٧٨

٣- يوسف: الآية ٧١ _ ٧٢

عليه العقلاء منذ قديم الزمان.

نعم إنها مكروهه في نفسها، وإن كان ربما يعرض عليها ما يكون أهم، مما يسبب زوال الكراهه بقاعده الأهم والمهم، كما في المكروهات بل في الواجبات والمحرمات أيضاً.

روايات الكفاله

قال حفص بن البختري: أبطأت عن الحج، فقال لى أبو عبد الله (عليه السلام): «ما أبطأ بك عن الحج»، فقلت: جعلت فداك تكفّلت برجل فخفر بى، فقال: «ما لك وللكفالات، أما علمت أنّها أهلكت القرون الأولى»، ثم قال: «إن قوماً أذنبوا ذنوباً كثيراً فأشفقوا منها فخافوا خوفاً شديداً فجاء آخرون فقالوا: ذنوبكم علينا، فأنزل الله عز وجل عليهم العذاب، ثم قال الله تبارك وتعالى: خافوني واجترأت علىّ» (١).

وعن الصدوق قال: قال الصادق (عليه الصلاة والسلام): «الكفاله خساره غرامه ندامه» (٢).

وعن إسماعيل بن جابر، عن أبي عبد الله (عليهما السلام) قال: «لا تتعرضوا للحقوق، فإذا لزمتمكم فاصبروا لها» (٣).

وعن أبي العباس الفضل بن عبد الملك: إن الصادق (عليه السلام) قال له: «ما منعك من الحج» قال: كفاله كفلت بها، قال: «وما لك وللكفالات، أما علمت أن الكفاله هي التي أهلكت القرون الأولى» (٤).

ص: ٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٤

وعن أبي الحسن الحذاء قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول لأبي العباس البقباق: «ما منعك من الحج» وذكر مثله (١).

وعن داود الرقي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «مكتوب في التوراه: الكفاله ندامه غرامه» (٢).

وعن إسماعيل بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «يا بني إياكم والتعرض للحقوق، واصبروا على النوائب» (٣).

وعن الحسن بن الجرجاني، عن حدثه، عن أحدهما (عليه السلام) قال: «لا- توجب على نفسك الحقوق واصبر على النوائب» (٤).

وعن إسماعيل بن جابر، قال: قال لي أبو عبد الله (عليه السلام)، قال لي رجل صالح: «لا- تتعرض للحقوق، واصبر على النائبه» (٥).

وعن الصدوق في المقنع، الذي هو متون الروايات: «اعلم أن الكفاله خساره وغرامه وندامه، وأعلم أنها أهلكت القرون الأولى» (٦).

ثم كونها خساره، لأن الكفيل يخسر في كثير من الأحيان، وكونها غرامه لأن الكفيل يصبح غريماً عوض المكفول عنه. وكونها ندامه ظاهر لأن الإنسان أحياناً يكفل ثم يندم، والغالب أن الكفيل يندم.

وهلاك القرون الأولى بمعنى أن جماعه كفلوا ثم لم يتمكنوا من الأداء أو ابتلوا بالأداء مما كان فيه هلاكهم

ص: ٧

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٤ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٤
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٥
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٦
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٧
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٥ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٨
- ٦- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٢

وليس المراد بالهلاك الموت، وإنما الضرر والتأذى وما أشبه ذلك.

ثم فى الجواهر وغيره: إن المعروف فى تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، قال: والبحث فى أنها نفس العقد أو أثره، وفى خصوص الألفاظ والمعاطاه فيها على نحو ما تقدم فى البيع وغيره، وكذا اعتبار المقارنه بين إيجابها وقبولها والعربيه ونحوها مما يعتبر فى العقود اللازمه.

أقول: وذلك لأن الكل من واد واحد، ولا دليل خاص هنا أو هناك، فالأدله العامه شامله للكفاله والبيع وغيرهما من أنحاء العقود اللازمه، وقد ذكرنا فيما سبق كفايه المعاطاه، كما ذكرنا عدم الاحتياج إلى العربيه.

نعم يعتبر الإنشاء، إذ بدون الإنشاء لا يكون عقداً، والعقد هو المؤثر للكفاله لا أن الكفاله عقد.

ثم المحكى عن الإيضاح أنه قال: الكفاله فى مذهبنا إنما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعى، والحق أعم من أن يكون ديناً أو عيناً، وقيل: كل من يستحق إحضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفالته، وفى القواعد عمم الأمر فقال: تصح حاله ومؤجله على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم، من زوجه يدعى الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعى عليه الكفاله، أو صبى أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهاده عليهما بالإتلاف، وبدل المحبوس بإمكان تسلمه بأمر من حبسه ثم يعيده إلى الحبس، أو عبد آبق أو من عليه حق آدمى من مال أو عقوبه قصاص.

إلى أن قال: ولا يصح على حد الله تعالى، والأقرب صحه كفالته المكاتب، ومن فى يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان العين المغصوبه، فإن رد برئ، وإن تلف ففى إلزامه بالقيمه وجهان الأقرب العدم، كموت المكفول، دون الوديعة والأمانه. وتصح كفالته من ادعى عليه وإن لم يقم البيئه بالدين وإن جحد، لاستحقاق

الحضور. والكفاله ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره للشهادة على صورته، انتهى.

وسياتى الكلام فى بعض هذه المواضع التى ذكرها.

ثم لا شك فى صحه كفاله الإنسان، وقد ذكرنا دلاله الأدله الأربعة على ذلك.

كما أن من الكفاله غير المصطلحه القيام بشؤون إنسان، وفى القرآن الحكيم: (أَيُّهِمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ) (١)، وفى آيه أخرى: (وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا) (٢)، وفى قصه موسى (عليه السلام): (إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَيْلًا أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَنْ يَكْفُلُهُ) (٣)، وفى آيه أخرى: (هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ) (٤).

ومن هذا القبيل جعل الله سبحانه وتعالى كفيلاً، حيث قال سبحانه: (وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا) (٥)، فمعنى أن الله سبحانه وتعالى كفىلى أنى إن لم أؤد، الله سبحانه وتعالى يتكفل الأداء عنى، أو يتكفل إلزامى بالأداء.

وكذلك كفاله الطفل فإن معناه أن الوالد للطفل أو ما أشبه يجعل المرأه أو الرجل أو أهل البيت كفيلاً للطفل، بمعنى أنهم إذا لم يحضروا الطفل أو ما أشبه كانوا ضامنين وكانوا مأخوذين فى قبال ذلك.

كفاله المتاع والحيوان

أما كفاله الحيوان، وأنه يصح أو لا يصح، وكذلك كفاله سائر الأعيان كالنهر والكتاب وغير ذلك بأن لا يجف ماء النهر، ولا يضع الكتاب، فى مفتاح

ص: ٩

١- آل عمران: آيه ٤٤

٢- آل عمران: آيه ٣٧

٣- طه: آيه ٤٠

٤- القصص: آيه ١٢

٥- النحل: آيه ٩١

الكرامة: قال في جامع المقاصد: إنه سيأتي أنه يصح التكفيل بالأعيان المضمونه، فلا يتناولها هذا التعريف، أى التعريف المذكور فى القواعد وهو قوله: وهى عقد شرع للتعهد بالنفس.

ثم قال مفتاح الكرامة: قلت: إنما يأتى له صحه ضمانها لا كفالتها، لكن قال فى التحرير: هى التعهد بالنفس غالباً، ولعله إشاره إلى ما سنذكره عند قول المصنف: (بصحه كفاله بدن الصبى والمجنون) من أنه تصح الكفاله ببدن الدابه إذا جنت على آدمى أو أتلفت مالاً بتفريط صاحبها لإقامه الشهاده على صورتها، بل قلنا: بصحه كفاله الكتاب ونحوه بإقامه الشهاده على صورته، وقد يكون أشار إلى ما سنذكره فى كفاله العبد الآبق، انتهى.

أقول: ورد كفاله الحيوان فى القرآن الحكيم، حيث قال سبحانه: (إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعَجَةً وَلِى نَعَجَةٌ وَاحِدَةٌ فَقَالَ أَكْفُلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ) (١).

أما كفاله غير الحيوان من الكتاب بحق ونحوه، فلم أجد له شاهداً فى كتاب أو سنه أو عند العرف، وحتى إذا أطلق الكفاله على الأعيان فالظاهر أن المراد بها الضمان ونحوه لا الكفاله المصطلحه، بل وكذلك فى الحيوان.

ولذا قال فى الجواهر: إن كفاله الدابه والكتاب وغيرهما لا يخلو من نظر أو منع، ضروره الشك فى تناول الأدله لمثله، والأصل عدم ترتب الآثار، بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمى لا الدابه ونحوها.

وفى محكى التذكرة: الضابط فى ذلك أن نقول: حاصل كفاله البدن التزام بإحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد يستحق

ص: ١٠

إحضاره بالكفاله ببدنه، ونحوه المحكى عن المبسوط، وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه من الإنسان، فلا يشمل الحيوان والكتاب ونحوهما.

ولو شك في صحه الكفاله في الأمور المذكوره، كان الأصل عدم الصحه، لعدم العرفيه، فلم يعلم أن الشارع قررها، إذ إطلاقات الأدله الشرعيه محموله على المواضع العرفيه إلا إذا تصرف الشارع بالزياده والنقيصه، كما ذكرناه في الأصول وغيره.

ثم قال الجواهر: لا- تصح في الحدود، للإجماع المحكى عن التذكره على ذلك، ولقوله (صلى الله عليه وآله) في المروى من طرق الخاصه والعامه: «لا كفاله في حد»^(١).

وفى الوسائل: روى عن الكافي، عن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه الصلاه والسلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا كفاله في حد»^(٢).

وعن الصدوق بإسناده، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) أنه لا كفاله في حد»^(٣).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) أنه قال: «لا كفاله في حد، ولا شهاده على شهاده في حد، ولا يجوز كتاب قاض إلى قاض في حد»^(٤).

والمراد بـ «لا- كفاله في حد» إما أن يقول الكفيل: أنا كفيله أن لا يعمل هذا العمل مره أخرى، مثلاً يؤتى بسارق إلى الحاكم ليقطع يده، فيقول أحد

ص: ١١

-
- ١- المستدرک: ج ٣ ص ٤٩٨ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦١ الباب ١٦ من أبواب كتاب الضمان ح ١
 - ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦١ الباب ١٦ من أبواب كتاب الضمان ح ٢
 - ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٩ من أبواب السبق والرمایه ح ١

الحاضرين: أنا كفيله إن تركته أن لا يعمل هذا العمل بعد ذلك.

أو أن المراد به أن يقول: أطلقوا سراحه وأنا آتى به فى أى وقت شئتم مثلاً.

أو أن يقول الكفيل: أنا أكفل هذا أن لا يفسد، مثلاً جاء بإنسان مشكوك ويريد الحاكم حبسه أو ما أشبهه، فيقول الكفيل: أنا كفيله فى أن لا يعمل عملاً ينافى الموازين.

مثل ما روى من أن ابن عمر لم يبايع علياً (عليه الصلاة والسلام) فقال له الصحابه: اطلب منه كفيلاً، فقال (عليه الصلاة والسلام): «أنا كفيله»^(١).

الكفاله عند العرف

اشاره

والكفاله تأتى بالمعانى الثلاثه عند العرف، ولعل مراد الفقهاء تبعاً لظاهر الروايه أنه «لا كفاله فى حد» أنه إذا وجب عليه إقامه الحد لا يترك لكفيل حتى يأتى به، مثل ما يترك المديون لكفيل حتى يحضره، فهو المعنى الثانى من المعانى التى ذكرناها.

أما ما فعله الحسين (عليه الصلاة والسلام) بشمر حيث كان محبوساً عند على (عليه الصلاة والسلام) فتوسط له حتى أطلق سراحه، ووساطه أم سلمه لنفرين من الكفار كانا آذيا الرسول (صلى الله عليه وآله) أن يقبل الرسول مقابلتهما بعد أن طلبا من الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) المقابله فأبى، فوسطت لهما أم سلمه، فقبل وساطتها، فالظاهر أن الأمرين كان من قبيل الوساطه لا من قبيل الكفاله، وإن كان ربما يطلق على مثل ذلك الكفاله أحياناً.

ثم عدم وجود الكفاله فى الحد إنما هو إذا لم تكن مصلحه ثانويه موجهه للكفاله، كما هو كذلك فى باب الشفاعة والعفو عن المجرم، فإن عدم الكفاله

ص: ١٢

فى الحد كعدم الشفاعة وعدم العفو حكم أولى، والأحكام الثانويه بموازينها حاكمه على الأحكام الأوليه، كما قرر فى موضعه، فمثلاً إذا رأينا أن السجن يمتلأ بالمجرمين مما ليس بصلاحي، يصح أن نأخذ منهم الكفلاء لإحضارهم لوقت إجراء الحدود أو ما أشبه مما عليهم، حتى لا يساء إلى سمعه الإسلام أو لا يسبب ضيقاً على بيت المال أو نحو ذلك من المحاذير.

أما كون المراد بلا- كفاله فى الحد، خصوص الحد، أو يشمل مثل القصاص أيضاً، لأنه نوع من الحد، ولذا قالوا فى بابه إن (الحدود تدرأ بالشبهات) (١) شامل للقصاص أيضاً، ففیه احتمالان.

لكن الأظهر ولو بمعونه الانصراف وفهم العرف أن المراد بالحدود فى مقابل القصاص، لا المراد الأعم من القصاص، ولا منافاه بين أن يكون الحد ربما يطلق على الأعم وربما على الأخص بمناسبه القرائن المقاميه أو المقاليه، فتأمل.

ص: ١٣

(مسأله ١): قال فى الشرائع: ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول عنه.

أقول: أما اشتراط رضا الكفيل والمكفول له فهو كما فى مفتاح الكرامه: بلا خلاف، كما فى المفاتيح والرياض، ولا نعلم خلافاً فى اشتراط رضا الكفيل.

وكذا يعتبر رضا المكفول له كما فى التذكرة، وقد حكى الإجماع عنها عليهما جماعه، ولعله لأنهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر، انتهى.

ووجه اشتراط رضا كليهما واضح، أما وجه رضا الكفيل فلوضوح أنه إثبات حق عليه، وإثبات الحق عليه دون رضاه تصرف فيه، فينفيه «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»، وكما لا يصح أن يعقد إنسان على مال إنسان آخر دون رضاه، حيث إنه لو لم يرض لم يصح، كذلك لا يصح أن يجعل إنسان إنساناً كفيلاً دون رضاه.

نعم لا- يبعد مجيء الفضولى فى ذلك، بأن يجعل زيد عمرواً كفيلاً عن بكر بدون سابق وكاله منه فى ذلك، وانما بعد ذلك يقال للكفيل: هل تقبل هذه الكفاله الفضوليه، فيقول: نعم، وذلك لإطلاق دليل الفضولى الشامل لمثل ذلك، فقد ذكرنا فى الباب الفضولى أن مقتضى القاعده دخوله فى كل شىء إلا- ما علم خروجه بدليل، كالعباده الواجبه والطلاق والعق على المشهور من عدم دخوله فى الإيقاعات.

وأما اشتراط رضا المكفول له، فلأن رفع حق شخص على شخص يتوقف على رضاه، فإن حق الإنسان على شخص مثلاً قتل أباه، فإذا أراد أن يرفع هذا الحق وجب أن يكون برضايه الولي، وكذلك فى حق الإنسان على الإنسان يطلب منه الحضور فى المحكمه وما أشبهه، فإنه حق

على ذلك الإنسان الواجب الحضور، فرفع هذا الحق من الأجنبي يحتاج إلى رضا ذى الحق، وإلا كان خلاف تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم وحقوقهم، وقد ذكرنا فى بعض المباحث السابقه أن قاعده: «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»^(١) شامله للحقوق أيضاً.

وأما عدم اشتراط رضا المكفول، فقد قال فى مفتاح الكرامه: إنه عند علمائنا كما فى التذكرة، وهو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما فى المسالك، والمشهور كما فى مجمع البرهان والكفايه والمفاتيح، ونسبه إلى علمائنا فى المختلف، بعد أن نسب الخلاف إلى الشيخ فى المبسوط والقاضى وابن حمزه وابن إدريس، والحاصل: إنه لا خلاف إلا من هؤلاء، نعم قواه فى التحرير، انتهى.

وبذلك يظهر أن الشيخ والقاضى وابنى حمزه وإدريس والتحرير يرون اشتراط رضا المكفول أيضاً.

وعلى هذا ففى المسأله خلاف.

والظاهر ما ذهب إليه الشيخ ومن تبعه من اشتراط الرضا، إذ إنه نوع تصرف فى حق المكفول، فكونه بدون رضاه مثيراً غير ظاهر الوجه، فإن بعض الناس يأبون من أن يكلفهم إنسان، والعرف يرى أن ذلك تصرف فى حقه، فعدم اشتراط رضاه مناف لكون الإنسان مسلطاً على ماله ونفسه.

وقد لخص الجواهر المسأله بما يؤيد قول الشيخ والتابعين له بقوله: ينحصر وجه المسأله فى أن رضا المكفول شرط ينفى مع الشك فيه بالإطلاق، أو أنه من أركان العقد على وجه لا يتحقق الكفاله بدونه، ولا أقل من الشك، والأصل عدم ترتب الأثر، ولعل الثانى لا يخلو من

ص: ١٥

قوه، ولا ينافيه عدم اعتبار رضا المحال عليه لو قلنا به، ولا اعتبار رضا المضمون عنه، لإمكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمه بدون رضاه على وجه لا شك في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً، لمعلوماته جواز التبرع بالوفاء عن المديون، وليس المقام من الثانى قطعاً، كما لا تعارف في كفاله الغائب على وجه تندرج في الكفاله بحيث تدخل في إطلاقها، انتهى.

وعلى أى حال، فالكفاله العرفيه بحاجه إلى رضا المكفول، ولا دليل من الشرع على التوسيع، بل إطلاقات أدله الشارع منزله على الموضوعات العرفيه كما ذكرناه غير مره، إلا- إذا كان هناك دليل على الخلاف للتوسعه أو التضيق، والمفروض أنه لا دليل هكذا في المقام.

وبذلك ظهر وجه النظر فيما احتج المشهور به من الأصل، والعموم، وأن غايه الكفاله هي إحضار المكفول حيث يطلب، ومن المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزله الوكيل، ولا يشترط إذن الموكل عليه في التوكيل، وإنما قالوا: إنه بمنزله الوكيل لأنه لا يجب عليه الإحضار، ولا يجب على المكفول الحضور ما لم يطلبه المكفول له.

إذ يرد عليه أنه لا- أصل، ولا- عموم كما عرفت، وكون الكفيل بمنزله الوكيل غير ظاهر، فإذا كان الكفيل بالإذن كان له إحضار المكفول بمجرد إرادته، سواء طلبه المكفول له أم لا، لأنه يريد الخروج عن العهد، أما إذا لم يكن بالإذن فأى دليل على تسلطه عليه بطلبه فيما إذا لم يطلب المكفول له.

والحاصل: إن المكفول له له حق الإحضار، أما أن يكون الكفيل له هذا الحق فلا دليل عليه، ولذا قال في الجواهر في رد هذا الدليل بقوله: قد يناقش

بمعلوماته زياده حق فى الكفاله على الوكاله التى هى غير لازمه للكفاله، أى الظاهر أنه متى تعلق حق الكفاله كان له إحضاره لإيراده البراءه من عهده من دون طلب المكفول له، كما عن التذكره والتحرير وجامع المقاصد وابن المتوج الجزم به، بل عن الكركى أنه قطعى.

ثم إن المسالك قال: فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد رضا الآخرين، لأن رضاهما معلوم من اقترانه بالإيجاب والقبول الصادرين على وجههما، أما المكفول فيكفى رضاه بذلك كيف اتفق، متقدماً أو متأخراً أو مقارناً، كما فى رضا المضمون، انتهى.

لكن فيه: إن الرضا المجرد لا يجعل الإنسان ملتزماً، فإن الالتزام لا يكون إلا بالعقد أو الشرط فى ضمن العقد أو بنحو ذلك، فهو كما إذا قال أحد للآخر: إنى أرضى أن تبيع دارى، بدون أن يوكله، فإن ذلك وكاله توجب صحة العقد بدون إجازة لاحقه، ونحو ذلك سائر المعاملات.

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: إن كلام المسالك وغيره مجرد دعوى لا دليل عليها، ولا استبعاد فى دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنى مع الإيجاب من الكفيل، لا- أقل من الشك فى تناول الإطلاق فلا تندرج فى (أوفوا)، والأصل عدم ترتب أثر الكفاله.

أقول: والعقد بالأطراف الثلاثه غير عديم النظير فى الفقه، كعقد المرامات والمسابقه بين ثلاثه وأكثر، وأحياناً بين جوانب ثلاث، الأجنبى والمتسابقين فيما إذا كان السبق من الأجنبى على ما ذكرناه فى كتاب المسابقه.

أمّا مسأله أن الإيجاب على من والقبول على من، فهى سهل بعد كون الإنشاء من الأمور الخفيفه المؤنه، على ما ذكرناه فى كتاب النكاح وغيره.

فيصح أن يكون الإيجاب من الاثنين والقبول من الثالث، أو الإيجاب من واحد والقبول من الاثنين، فأى منهم يصح أن يكون طرف إيجاب أو قبول.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: يتم عقدها بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له، فإن الأمر ليس خاصاً بذلك، بل يصح الإيجاب من المكفول له، بأن يقول: أنت كفيلي، ويكون القبول من الكفيل، فيقول: نعم.

ثم إن القواعد قال: ولو قال أنا أحضره أو أؤدى ما عليه لم يكن كفاله. وعلله في مفتاح الكرامه بأنه وعد وليس بالتزام، مضافاً إلى الأصل.

وهو كما ذكره فيما إذا كان وعداً، أما إذا كانت الصيغة للعقد بمثل هذين اللفظين فهو عقد، وعليه فالعبره بالقصد، ويظهر بقرائن الحال أو المقال.

وإذا اختلفا في أنه عقد أو وعد فالقول مع القائل لأنه أبصر بنيته.

(مسألة ٢): قال فى الشرائع: وتصح حاله ومؤجله على الأظهر.

وكذلك قال فى القواعد: والظاهر صحه الأقسام الثلاثة: الحاله بأن يكفل حالاً، والمؤجله بأن يكفل بعد شهر، والثالث هو أن يكفل لمده شهر، يعنى أنه متى أرادته المكفول له حالاً أو مؤجلاً يحضره بينه وبين شهر، كل ذلك لإطلاق الأدله والعقلايه.

قال فى مفتاح الكرامه: أما صحتها معجلاً فموضع وفاق كما فى الروضه، وكأنه لا خلاف فيه كما فى مجمع البرهان، وأما صحتها حاله بمعنى أنه لا يشترط الأجل فهو خيره المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والتبصره والإرشاد والمختلف واللمعه وجامع المقاصد وإيضاح النافع والمسالك والروضه ومجمع البرهان، وكذا الكفايه، وهو مذهب أكثر علمائنا كما فى التذكره، والمشهور كما فى مجمع البرهان والكفايه، وهو حق اليقين كما فى السرائر، وهذه حيث لا يعمل إلا بالقطعيات تجرى مجرى الإجماع. وظاهر المفيد والشيخ فى النهايه وأبى جعفر فى الوسيله وسلاار فى المراسم أنها لا تصح حاله، وهو المحكى عن القاضى فى أحد قوليه، وبه جزم كاشف الرموز وحكاه عن التقى، وظاهر النافع والتبصره والمفاتيح التردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين _ انتهى.

أقول: قد عرفت أن الوجه هو ما ذكره المشهور من صحتها مطلقاً.

أما حجه الشيخ والجماعه، فعن الرياض أنها غير واضحه ولا مذكوره فى كتب الجماعه عدا القياس على الضمان.

لكن الظاهر أن حجتهم ما حكى عن كشف الرموز، مما ظاهره أن الكفاله لا بد لها من فائده فلو شرعت حاله لكانت خاليه

من فائده، إذ للمكفول له أن يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفاله من غير تربص، وذلك يكون عبثاً، وفيه: إنه لا يكون عبثاً، إذ من الممكن أن المكفول له لا يتمكن من تسليمه إلى الحاكم، بينما الكفيل يتمكن من ذلك.

أما جواب مفتاح الكرامه عنه في جوابه الثانى بقوله: أقصاه أن لا- تكون لازمه فتكون صحيحه غير لازمه، فإذا رضى بالتأخير لزم، كما يأتى مثله في كفاله المدعى عليه حقاً إذا رضى بالتأخر، وفي كفاله بدن المحبوس، إذ لا فائده فيه، فليلاحظ ذلك مع تأمل ورويه، فغير ظاهر، إذ لا- دليل للانفكاك بين صحه العقد وبين لزومه حتى يكون هنالك كفاله صحيحه لازمه وكفاله صحيحه غير لازمه، وإن العبث لو سلم لم يكن صحيحاً إطلاقاً، لأن الأدله إنما تنصب على الموارد العقلانيه التى تنافى العبثيه، فإذا كان عبثاً لم يكن عقد حتى يكون غير لازم.

وبناءً على المشهور من أن الكفاله تصح حاله ومؤجله، لا- فرق بين كون الحق حالاً- أو مؤجلاً، لكنه فى الثانى يشترط رضا المكفول، كما صرح به مفتاح الكرامه، وذلك لإطلاق الأدله.

ثم قال الشرائع: ومع الإطلاق تكون معجله، وإذا اشترط الأجل فلا بد من أن يكون معلوماً، انتهى.

وكلا- الحكمين لا- خلاف فيهما، بل الإجماع بقسميه عليه فى المقام وفى غيره من العقود اللازمه كما فى الجواهر، وذلك لأن الإطلاق ظاهر فى التعجيل، وإنما التأجيل يحتاج إلى الدليل، فإذا لم يكن دليل لفظى أو مقامى حمل الإطلاق عليه.

أما اشتراط معلوميه الأجل فهو لقاعده الغرر، فإنه يشمل المقام، إذ لو لم

يكن معلوماً لزم الغرر، فما عن بعض العامه من جواز الجهاله فى الأجل هنا، قياساً على العاريه غير ظاهر، لبطلان القياس أولاً، ولل fark بالجواز هناك واللزوم هنا ثانياً، كما صرح به غير واحد.

ولو اختلفا فى أنه هل شرط الأجل أو كان مطلقاً، كان القول قول المطلق، إذ اشتراط الأجل خلاف الأصل، فمدعيه يحتاج إلى الدليل.

أما إذا اختلفا فى أنه هل قال فى الشهر أو بعد الشهر، فهو من التنازع، إذ لا جامع بينهما، فيحتاج الأمر إلى التحالف إذا لم تكن بينه لأحد الجانبين، وإذا تحالفا حكم ببطلان العقد كسائر الموارد فى غير الماليات ونحوها، حيث إن فى الماليات يتمسك بقاعده العدل.

أما فى مثل العقود ونحو ذلك فبعد التحالف يحكم بالبطلان.

(مسألة ٣) قال في الشرائع: للمكفول له مطالبه الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً إن كانت مطلقه، أو معجلاً وبعد الأجل إن كانت مؤجله، فإن سلمه تسليمًا تاماً فقد برئ، وإن امتنع كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه.

وفي الجواهر: لا خلاف في ذلك.

والمراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان والخصوصيات المعينات في العقد، سواء كان بلدًا أو صحراءً أو بحرًا أو جواً أو غير ذلك، وسواء كان حرًا أو برداً، وسواء كان الشرط أن يسلمه مقيد اليد والرجل، أو غير ذلك من الخصوصيات والشرائط التي اعتبروها في العقد مما كانت مشروعه في نفسها.

كما أن خروجه عن العهده بتسليمه تاماً هو مقتضى القاعده، لأنه بذلك يفى بمقتضى العقد، فلا كفاله بعد ذلك، كما عرفت في عبارته الشرائع، وهو المنقول عن التذكرة والإرشاد واللمعه وغيرها، لأنه لا وجه للبقاء في العهده بعد التسليم.

قال في مفتاح الكرامه: فإذا سلمه كذلك برئ، لأنه أتى بما وجب عليه، وظاهرهم أنه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة والقواعد حيث قال: أراده أو كرهه، واستشكل فيه في التحرير، واختلفوا فيما إذا لم يتسلمه، ففي المبسوط والسرائر إذا لم يقبل أشهد عليه رجلين أنه سلمه إليه وامتنع، وفي التذكرة والمسالك والروضه أنه إن امتنع سلمه إلى الحاكم وبرأ، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره له وامتناعه من قبضه، لكن في التذكرة والمسالك أن الأقوى الاكتفاء بالإشهاد وإن قدر على الحاكم، لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم وغيره، واستوجهه في جامع المقاصد وفي التحرير أنه إن امتنع من تسليمه برئ الكفيل على إشكال، ولا يفتقر إلى إشهاد ولا إذن الحاكم، انتهى.

والظاهر أن مقتضى القاعده تسليمه له، فإن امتنع بغير محذور فقد برئ، لأنه كالمال الذي هو في ذمته يأتي به إلى صاحب المال فلا يتسلمه فإنه يضعه عنده ويبرأ، والإشهاد إنما يكون للإثبات، فلا ربط له بعالم الثبوت.

أما بالنسبه إلى ما إذا كان للمكفول له المحذور في تسلمه، فالظاهر أنه يسلمه للحاكم كالمال أيضاً، لأنه ولي القاصر، وإذا كان له محذور فهو قاصر عن التسلم.

ولما ذكرناه قال في الجواهر: إنه لو سلمه تسليمًا تاماً برئ مما عليه من حق الكفاله، وإن لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لا- على الأصح، بل الظاهر عدم اعتبار الإشهاد في ذلك إلا لإرادته الإثبات لو أنكروا، وإن كان قد يتوهم ذلك من المسالك وغيرها، لكن لا دليل عليه، انتهى.

نعم إطلاقه البراءة إذا لم يتسلمه مما يشمل المحذور في المكفول له غير ظاهر، بل اللازم التفصيل بين المحذور وغير المحذور.

كما أن إطلاق جماعه من الفقهاء في باب الدين والسلم والنسيئه أنه إن امتنع قبضه الحاكم، كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس واللمعه وغيرها، غير ظاهر، بل اللازم التقييد بما إذا كان محذور له عن التسلم، إذ لولا المحذور لم يكن قاصراً حتى يسلمه إلى الحاكم، فإن الحاكم ولي القاصر، وإنما يترك المذكورات من الدين والسلم والنسيئه وغيرها عنده ويذهب لشأنه، كما ذكر بعضهم ذلك في باب من عليه دين لإنسان فجاء به إليه فلم يتسلمه، وكذلك في العاريه والوديعة وغيرها.

ولذا كان المحكى عن جماعه هناك كالمفيد والديلمي وابن حمزه والمحقق في النافع عدم التعرض للحاكم أصلاً، بل قالوا: يكون من ضمان صاحب

الدين إذا عينه له ومكّنه منه ولم يقبضه، ووافقهم عليه جماعه آخرون كما فى مفتاح الكرامه.

ثم قال مفتاح الكرامه فى جهه الإشهاد: إنه لا- يجب إن كان المراد شرطيته، وإن كان المراد إسقاط مطالبته مره ثانيه حتى لا يؤخذ به فى ظاهر الشرع أو ظلماً فى نفس الأمر، فلا مانع منه، لأنه إرشاد، وقد نبه على ذلك الشهيد فى باب الدين، انتهى.

أما إذا أحضر الكفيل المكفول فى غير الوقت أو المكان أو الشروط المقرره فلا يجب على المكفول له القبول، لأن مقتضى عقد الكفاله الوفاء به عند الاستحقاق، فليس لأى من الطرفين المطالبه أو الأخذ من الآخر فى غير الوقت والمكان والشروط المقرره.

ثم إنه لو أحضره فلم يتسلمه فهرب المكفول، واختلفا فى أنه هل أحضره فى الوقت المقرر أو فى غير الوقت المقرر، فادعى الكفيل الأول وادعى المكفول له الثانى، فعلى الكفيل الإثبات، لأن كون الإحضار فى الوقت المقرر وبالشروط المقرره خلاف الأصل يحتاج إلى الدليل، فإذا لم يكن له إثبات حلف الطرف الآخر وكان الحق له.

والظاهر أنه إذا كان بيد الكفيل كتاب من المكفول له بأنه أحضره على الشروط المقرره مما أمن التزوير فى الكتاب كان حجه على المكفول له، لأنه مما يورث العلم والاطمينان العرفى، وهو كاف فى أمثال ذلك.

ولو قال المكفول له: أحضره لكن فى غير الوقت أو المكان أو الشروط المقرره، فالظاهر أنه يقبل القيد منه، لأن للمتكلم أن يلحق بكلامه ما شاء كما حقق فى بحث الإقرار، فلا يقال له: قد أقررت بأنه أحضره فلا حق لك عليه، وإنما القيود التى قيدت بها الإحضار إنكار بعد الإقرار، وقد ذكرنا أمثال هذا البحث فى كتاب الإقرار.

(مسألة ٤): قال فى الشرائع: وإن امتنع (أى الكفيل) عن الإحضار كان له حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه، ونحوه عبارته القواعد.

وفى مفتاح الكرامه نقله عن النهايه والسرائر والنافع والتحرير والإرشاد واللمعه والروضه، قال: وظاهر هذه الكتب أنه إذا ادعى ما عليه وجب على المكفول له القبول ويبرأ الكفيل بذلك. وفى التذكرة وجامع المقاصد: إنه إذا لم يرض بدفع المال وطلب إحضاره ألزمه الحاكم بإحضاره. وفى المسالك والمفاتيح والرياض: إنه قوى. وفى الروضه والرياض: إنه أقوى، وفى مجمع البرهان أنه ليس ببعيد، والظاهر أنه لاخلاف بينهم فى جواز الاكتفاء عن الإحضار بأداء ما عليه إذا رضى به المكفول له، وإنما الخلاف فيما إذا لم يرض، انتهى.

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره الأولون، من وجوب القبول إذا لم يحضره وأدى المال، وذلك لأنه مقتضى الكفاله عرفاً، فإن المقصود من الكفاله بين المتعاقدين الإحضار لأجل المال، فإذا دفع المال لم يكن عليه شىء ولا حق له فى عدم القبول.

والحاصل: إن العرفيه تقتضى ذلك، خصوصاً بعد قول الصادق (عليه الصلاة والسلام) فى الروايه المتقدمه: «الكفاله خساره غرامه ندامه».

كقوله (عليه السلام) الآخر فى خبر داود الرقى: «مكتوب فى التوراه كفاله غرامه ندامه».

فإن الظاهر أن الكفاله تنتهى إلى الخساره والغرامه (١).

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) أنه قال: «إذا

ص: ٢٥

تحمل الرجل بوجه الرجل إلى أجل فجاء الأجل من قبل أن يأتي به حبس إلا أن يؤدي عنه ما وجب عليه إن كان الذي يطالب به معلوماً، وله أن يرجع به عليه، وإن كان قد طلب ما لا بد فيه من إحضار الرجل كان عليه إحضاره، إلا أن يموت، فإن مات فلا شيء عليه» (١).

وبذلك ظهر أن ما في الجملة من الروايات من الحبس إنما يراد به فيما لم يؤدي أحد شقى الأمر لا مطلقاً.

مثل خبر عمار، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام): «أتى أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) برجل قد تكفل بنفس رجل، وقال: اطلب صاحبك» (٢).

وفي خبر الأصمغ بن نباته: قضى أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال له: «اطلب صاحبك» (٣).

وفي خبر إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن علياً (عليه السلام) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول، فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه» (٤).

وفي خبر عامر بن مروان، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم الصلاة والسلام)، إنه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه، فقال: «اطلب صاحبك» (٥).

وفي الرضوى (عليه الصلاة والسلام) روى: «إنه إذا كفل الرجل حبس إلى أن يأتي صاحبه» (٦).

ص: ٢٦

- ١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٧ من أبواب كتاب الضمان ح ٣
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ٣
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ١٥٦ الباب ٩ من أبواب كتاب الضمان ح ٤
- ٦- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ٧ من أبواب الضمان ح ١

وعن الصدوق في المقنع الذي هو متون الروايات: «وإذا كان لرجل على صاحبه حق فضمنته بالنفس فعليك تسليمه، وعلى الإمام أن يحبسك حتى تسلمه» (١).

وبذلك يظهر أن حجه التذكرة ومن تبعه: بأنه قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء أو بالأداء من الغريم بخصوصه، فإن الأغراض قد تتفاوت، إذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهه أو يخاف أنه إن ظهر مستحقاً لا يقدر على أخذ بدله منه، ولأنه مقتضى الشرط، انتهى، غير ظاهره.

كما أنه لا يمكن أن يؤيد ذلك بعدم وجود تخيير للكفيل بين الإحضار وأداء المال في الروايات، وإنما فيها الأمر بالأول، إذ قد عرفت وجوب ذلك في روايه الدعائم وروايات أن الكفاله غرامه، بالإضافة إلى العرفيه، والأمر بالحبس والإلزام بالإحضار ظاهر في وروده مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال، فلا دلالة في الروايات على لزوم الإحضار على الإطلاق.

أما الإشكال على البديل بما لا يدل له كحق الدعوى، أو في ذى البديل الاضطرارى كالدنيه عوض القتل، ومهر المثل عوض الزوجه، وحيث لا يمكن هناك إعطاء الكفيل البديل لا يمكن فيما له بدل لوحده السياق، فيرد عليه:

أولاً: إن عدم الإمكان في مكان لا يقاس عليه ما كان ممكناً في مكان آخر.

وثانياً: ما ذكره الجواهر بقوله: اللهم إلا- أن يقال في مقام حصول الضرر بالحبس ونحوه ينقله الحاكم إليه أو إلى ما يقتضى ارتفاع مثل هذا الضرر به، كما عساه يومى إليه فحوى ما تسمعه في إطلاق القاتل، ولذا قال الجواهر أخيراً: وعلى كل حال فما ذكره الشرائع والجماعه لا يخلو من قوه، وهو كما ذكره.

ص: ٢٧

١- المقنع: ص ٣٢

ثم الظاهر أن الحاكم هو الذى يحبسه، لأن الحبس والعقوبه وما أشبهه من شأن الحاكم، فلا يحق للمكفول له أن يحبس الكفيل حتى يأتى بالمكفول، نعم إذا لم يمكن الحاكم والعدول حق له ذلك.

كما أن الظاهر أنه يحل له عقوبته بالسب الصحيح، مثل يا ظالم ويا مانع حقوق الناس وما أشبهه، لقوله (عليه الصلاه والسلام): «لئى الواجد يحل عقوبته وحبسه»، فإنه واجد وليه موجب للعقوبه، أما الخروج عن المشروع إلى غير المشروع فليس بجائز، كما أن للحاكم مثلاً تعزيره إذا كان واجباً ولا يريد الإحضار، لأن ذلك محرم، وقد ثبت فى كتاب الحدود أن كل مرتكب محرم عليه التعزير.

ثم إن حبس الحاكم للكفيل إنما يكون إذا لم يناف الحبس إحضار المكفول، وإلا استوثق منه بأن لا يهرب ويطلق سراحه ليأتى بالمكفول، وإذا طلب الكفيل من الحاكم استصحاب شرطه أو نحوه وإلقاء القبض على المكفول أعطاه ذلك، لكن الظاهر أن عليه النفقه لا على بيت المال.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول مفتاح الكرامه، حيث قال: بل يعلم أن ما اختاره الشيخ ومن وافقه على تقدير ثمنه إنما يصح فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، فلو لم يمكن كالتقصاص وزوجيه المرأه والدعوى بعقوبه توجب حداً أو تعزيراً، فلا بد من إلزامه بإحضاره مع الإمكان إن لم يكن له بدل، أما ما له بدل كالديه فى القتل وإن كان عمداً ومهر مثل الزوجه، فإنه يجب عليه البدل، كما نبه عليه المصنف فى التذكرة وجماعه، انتهى.

إذ يمكن تحويل كل شىء إلى البدل.

ثم فى رجوع الكفيل إلى المكفول فيما أده أقسام خمس، لأنه إن كفل بإذن وأدى ياذن حق له الرجوع عليه، وإن كفل بدون إذن وأدى ياذن حق له الرجوع أيضاً، وإن كفل بدون إذن وأدى بدون

إذن لا- حق له، وإن كفل بإذن وأدى بدون إذن، فإن أمكن الإحضار ولم يحضر لا حق له في الرجوع، وإن لم يمكن الإحضار حق له في الرجوع، ولذا قال في الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامه وغيره: إن الكفيل يرجع على المكفول بما أداه إن كان الأداء عنه بإذنه، وإن كانت الكفاله بغير إذنه، بناءً على مشروعيتها، والفرق بينها وبين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء بإذنه أن الكفاله لم يتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبه إليه حكم الأجنبي، فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال إلى ذمه الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء، لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه، إلا أن يراد منها الوكالة في الأداء عنه، وإن كان الدين على المؤدى المأذون، ولا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء وإن كان كفل بإذنه إذا أمكن مراجعته وإحضاره للمكفول له، ضروره كونه متبرعاً بالوفاء حينئذ، لعدم اقتضاء الكفاله الإذن في ذلك على الحال المفروض، نعم إذا أدى مع فرض تعذر الإحضار، ففي المسالك: له الرجوع وإن لم يأذن له في الأداء، لأن ذلك من لوازم الكفاله فالإذن فيها إذن في لوازمها، إلى آخر كلامه.

ثم ما ذكرناه من تقسيم القسم الرابع إلى قسمي إمكان الإحضار وعدم إمكان الإحضار يلزم أن يقال في ممكن الإحضار إنه لا حق له، إلا- إذا كان عسر وخرج في الإحضار مما يرفع التكليف، فإذا أمكن الإحضار بعسر أو حرج أو ضرر أو ما أشبه حق له الرجوع، لأن الإحضار هكذا المرفوع شرعاً حاله حال عدم الإمكان، وقد عرفت أنه مع عدم إمكان الإحضار يحق له الرجوع.

أما إذا أمكن الإحضار واقعاً وزعم عدمه فلا حق له في الرجوع، إذ الزعم لا يغير الواقع، وليس في قبال ذلك إلا القاعده التي ذكرها بعضهم من أن

المرء متعبد بظنه، وأنه لم يقصد التبرع بماله فماله محترم، وكلاهما لا يصلحان دليلاً لجواز الرجوع على المكفول، إذ كون المرء متعبدًا بظنه ليس روايه ولا قاعده مطرده مستفاده من آيه أو روايه أو إجماع أو ما أشبهه، ولذا لم يأخذ بها المشهور فى أى من أبواب الفقه.

وأما أنه لم يكن متبرعاً بماله، فإن الإنسان إذا أتلف ماله بالزعم لا يحق له الرجوع إلى الغير، فلا دليل على أن كل غير متبرع له الرجوع إلى الغير، كما إذا زعم الإنسان أن غيره أمره بإعطاء ماله للفقير مثلاً، ثم ظهر أن الزعم كان باطلاً، فإنه لا يحق له الرجوع إلى ذلك الغير الذى زعم أنه أمره بذلك، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومما تقدم يظهر الأمر فى عكس ذلك، بأن لم يكن واقعاً الرجوع وزعم إمكانه وأعطى بدون قصد التبرع بل بقصد الرجوع، فإن له الرجوع، لأن الأمر يتبع الواقع لا الزعم.

ومما تقدم من مخالفه الزعم والواقع بصورتيه يظهر حال ما إذا كفل بدون إذن زاعماً الإذن، وما إذا أدى بدون إذن زاعماً الإذن، وكذلك عكس الصورتين بأن كفل بإذن زاعماً عدم إذن، أو أدى بإذن زاعماً عدم الإذن، فإن الزعم لا مدخله له فى أى مكان إلا إذا كان هنالك دليل خاص، وإنما المدار الواقع.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى قول الجواهر، حيث قال: نعم قد يكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعده «لا ضرر ولا ضرار»، من حيث لزوم التخليد فى الحبس ونحوه المفروض كون المكفول سبباً له بالإذن فى الكفاله، بل لعل قاعده احترام مال المسلم تقتضى به أيضاً، لعدم صدق التبرع عليه بذلك أو بغير ذلك مما لا يقتضى كونه من لوازم الكفاله إن لم نقل أن من مقتضياتها دفع

المال عن المكفول ولو في حال تعذر الإحضار، وإلا اتجه له الرجوع حينئذ، كما ذكره المسالك، انتهى.

نعم قد يقال: بأنه إذا زعم عدم تمكنه من الإحضار فدفع كان مشمولاً، لكونه لازم الكفاله، فإن معنى الكفاله الإحضار، وإذا لم يمكن الإحضار دفع بنفسه، وحيث إن الإنسان لا يكلف بالواقع المخالف لزعمه فلازم الكفاله أنه يدفعه إذا زعم بأنه لا يقدر على الإحضار، فمقتضى العقد أن في هذه الصورة له الرجوع إلى المكفول، وهذا غير بعيد.

وبذلك يستثنى هذه الصورة مما ذكرناه سابقاً من أنه في صورة زعم عدم إمكان الإحضار مع كون الواقع إمكانه لا يكون له الرجوع عليه، فلزعم عدم إمكان الإحضار صورتان: صورة كونه مشمولاً للازم الكفاله فيحق له الرجوع، وصورة عدم مشموليته للازم الكفاله فلا يحق له الرجوع، أما إطلاق الجواهر فقد عرفت ما فيه.

ولو اختلفا بأن قال المكفول: كانت الكفاله بدون إذن، وقال الكفيل: بل كانت بإذن، احتاج الكفيل إلى الإثبات، لأصالة عدم الإذن.

ولو قال الكفيل: كان الدفع باذن، وقال المكفول: بدون إذن، احتاج الكفيل إلى الإثبات أيضاً للأصل المذكور.

ولو قال الكفيل: لم يمكن الإحضار، وقال المكفول: بل أمكن، فالظاهر احتياج الكفيل إلى الإثبات، لأن أصل إمكان كل شيء أصل عقلائي يؤخذ به ما لم يثبت خلافه.

ولو قال الكفيل: كان يمكن الإحضار لكن بعسر وخرج وضرر، فالظاهر أن عليه الإثبات، لأن العسر والخرج والضرر أمور ثانويه وارده على الأصل الأولى، فمدعيها يحتاج إلى الدليل.

(مسألة ٥): قال في الشرائع: ولو قال إن لم أحضره كان على كذا، لم يلزمه إلا إحضاره دون المال، ولو قال: على كذا إلى كذا إن لم أحضره، وجب عليه ما شرط عليه من المال.

وفى مفتاح الكرامه، فى شرح قول العلامة مثل عبارته الشرائع: كما فى النهايه والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشى الكتاب واللمعه والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والإرشاد وجامع المقاصد، وإلى ما فى النهايه يرجع كلام القاضى وابن حمزه بتقريب قريب.

وفى المهذب البارع فى شرح عبارته النافع: إن المسألة إجماعيه.

وفى جامع المقاصد فى شرح عبارته الكتاب: هذا مروى من طرق الأصحاب، وقد أطبقوا على العمل به.

وفى حواشى الإرشاد وجامع المقاصد: إن الفارق بين المسألتين الإجماع والنص، ونحوه ما فى غايه المرام فيما حكى عنها.

وظاهر كشف الرموز والتنقيح وإيضاح النافع الإجماع على ذلك، حيث نسب فيها إلى الأصحاب، وفى الغنيه دعوى الإجماع فى المسألة أو أحد شقيها.

أقول: المستند فى هذا الحكم خبران حجتان إما بالوثاقه أو بالصحة:

أحدهما: خبر البقباق، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً، قال: «إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجله» (١).

والثانى: خبره الآخر أيضاً، قلت لأبى عبد الله (عليه الصلاة والسلام):

ص: ٣٢

رجل تكفل لرجل بنفس رجل وقال: إن جئت به وإلا فعلى خمسمائه درهم (كما فى التهذيب)، (وفى الكافى): إن جئت به وإلا فعليك خمسمائه درهم، (ثم فى التهذيب والكافى معاً تتمه الروايه هكذا): قال: «عليه نفسه ولا شىء عليه من الدراهم، فإن قال: على خمسمائه درهم إن لم أدفعه إليه، قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه» (١).

وقد اختلفوا فى هاتين الروايتين والحكم المستند إليهما اختلافاً كثيراً، كما يظهر لمن راجع المسالك والجواهر ومفتاح الكرامه وغيرها.

وأشكل على الحكم المذكور:

أولاً: بعدم الإجماع فى المسأله.

وثانياً: بضعف السند فى الروايتين.

وثالثاً: بضعف الدلاله.

ورابعاً: باحتمال التصحيف فى النسخه.

وخامساً: بمخالفه القواعد.

لكن الظاهر أن شيئاً من ذلك لا يمكن أن يحول دون العمل بالروايتين، إذ الشهره محققه حتى إذا لم يكن إجماع، والسند غير ضعيف كما عرفت، بالإضافة إلى الشهره العاضده له، والدلاله لا ضعف فيها، واحتمال غلطيه النسخه منفى بالأصل.

أما المخالفه مع القواعد فلا بأس بها، فكم من روايه مستند حكم تخالف القواعد، ولا بعد فى التعبد فى هذا الحكم كالتعبد فى كثير من الأحكام.

فقول الجواهر: إلا- أن الإنصاف استبعاد التعبد فى أمثال هذه المسائل، خصوصاً لما فى المقام الذى ليس فيه إلا تأخير الشرط وتقديمه، مع أنه إن أخر لفظاً فهو مقدم معنى بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق بالطلان، وعن عدم صلاحيه مثل اللفظ المزبور فى المتن وغيره، لحصول عقد الكفاله أو الضمان به، انتهى، محل نظر.

ص: ٣٣

أما ما ذكره غير واحد من الفقهاء من التأويل في الروايتين، ومحاولة تطبيقهما للقاعده، فأيضاً لا يخلو من إشكال، كما يظهر لمن راجع المسالك وغيره.

وحيث إن المسأله مخالفه للقاعده فنأخذ بهذا المقدار الذي للروايه دلالة عليه، لفظاً أو منطاً قطعياً، أما في غير ذلك فاللازم أن نأخذ بالقواعد.

ص: ٣٤

(مسأله ٦): قال فى الشرائع: ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق قهراً، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه.

وقال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه فى القواعد مثل قول الشرائع: كما فى الوسيله والنافع والتذكره والتحرير والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه والرياض، وفى الأخير: إنه لا خلاف فيه.

أقول: ويدل عليه قوله (عليه الصلاه والسلام). «لا يتوى حق امرء مسلم» (١).

وقوله (عليه الصلاه والسلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل» (٢).

بل وقاعده «لا ضرر ولا ضرار» (٣)، على نحو ما استدلوا به فى باب خيار الغبن ونحوه، بالإضافة إلى فحوى ما يأتى فى إطلاق القتال، بل وفحوى ما استدل به فى التذكره والمسالك وغيرهما من أنه غصب اليد المستولىه المستحقه من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه، وكأنهم استدلوا لذلك بدليل «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، حيث إن الظاهر منه ولو بالمناط عدم الفرق بين الأخذ وبين الإفلات (٤).

ولا يرد عليه ما فى الجواهر بقوله: لكن لا يخفى عليك أن مدرک الحكم إن كان ذلك ونحوه ينبغى عدم الفرق فيه بين الصبى والمجنون وغيرهما، ولعل ذلك هو مقتضى ما فى المتن وغيره من التعبير لمن أطلق الشامل لذلك نحو

ص: ٣٥

- ١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نواذر الشهادات ح ٥
- ٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ من أبواب نواذر الشهادات ح ٣
- ٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣
- ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب كتاب الوديعه ح ٢

غيره من خطاب الأسباب.

إذ فيه: إنه لا- فرق بين الصبى والمجنون وغيرهما، و«عمد الصبى خطأ» ونحوه لا يشمل الضمانات، كما ذكروا فى باب ضمان الصبى ما أتلفه أو نحو ذلك، فإنها من الأحكام الوضعيه، وكذلك حال المجنون، بل وحال النائم أيضاً، ولذا ورد: إن الظئر لو انقلبت على الطفل فقتلته كانت لديه، فحال الضمانات حال النجاسات ونحوها مما يعم المكلف وغير المكلف.

أمّا ما ورد من أن فى زمان الإمام أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) أتى بمجرم إلى الإمام فأقلته إنسان، فأحضر الإمام ذلك المفلت للمجرم وأراد عقوبته، فلما قال المفلت: بأن البقاء مع الإمام ذل وأن فراقه كفر، عفى عنه الإمام، فلا- يدل على عدم الضمان فى المقام، وإنما كان ذلك لاستحقاقه العقوبه لمخالفته أمر الإمام بإفلات المجرم من يد عمال الإمام (عليه الصلاه والسلام). فلا ربط له بالمقام.

ثم إن مقتضى القاعده هو تقديم الإحضار على الأداء، لما عرفت سابقاً من أن الحق أولاً وبالذات الإحضار، وإنما ينتقل إلى الأداء إذا لم يمكن نفس الحق، إلا إذا توافقا على الأداء دون الإحضار، ولذا قال فى مفتاح الكرامه تبعاً لغيره وتبعه غيره: وينبغى أن يكون الحكم كما سلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول، يطالب بالتسليم مع الإمكان، لا أنه يفوض التخيير إليه من أول الأمر على ما هو المختار من الترتيب بين الإحضار والأداء، وما هنا لعله مبنى على المشهور من أنه مخير من أول الأمر أو على صورته التعذر.

ثم لا يخفى أنه لا فرق بين الإفلات من يد الأصيل أو الوكيل أو من السجن أو نحو ذلك، ولو بالتخويف أو بسبب حيوان لهذا الإنسان المفلت، كأن أرسل كلبه مثلاً فجر المجرم وأقلته من يد ذى الحق، وكذلك إذا أكرهه على الإفلات

أو جبره على ذلك أو ما أشبهه، وهكذا إذا فتح الباب وهو لا يعلم أن المجرم فى الدار فانفلت، لأنه لا مدخله للعلم والجهل فى مثل ذلك، إذ حاله حال الضمانات.

أما إذا أمر إنساناً آخر غير مجبور بإفلاته فأفلاته، فإن الأمر لا شىء عليه، وإنما الشىء على المأمور، إلا إذا كان السبب أقوى من المباشر حسب القاعده.

وكذا إذا سبب المفلت حاله من الدهول والغفله لصاحب الحق حتى هرب المجرم من يده لذهوله وغفلته الذى سببه هذا الإنسان المفلت، أو أرخى الحبل مثلاً الذى على يد المجرم فانفلت، إلى غير ذلك من الصور التى جامعها الإفلات عرفاً مما يعد سبباً.

ومنه يعلم أن كلام الجواهر حيث قال: إلا أن الإنصاف عدم تنقيح فى كلامهم لمثل ذلك، أى للصبى والمجنون، كعدمه بالنسبه إلى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه، وينبغى الاقتصار على محل اليقين أو ما كان فى حكمه ولو بظاهر الدليل المعترف فيما خالف أصل البراءه وغيرها، انتهى. غير ظاهر الوجه، إلا أن يريد الأماكن التى لا يسمى العرف فيها المفلت سبباً أو كان المباشر أقوى.

ومما تقدم من لزوم الإحضار أولاً ثم الأداء ثانياً، ظهر وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال: لا دليل على ذلك، وأصل البراءه يقتضى خلافه، وخبر القاتل إنما هو فى العمد الذى كان الحق فيه القصاص، وقاعده الضرر لا تقتضى أزيد من التخيير المزبور.

إذ فيه: إن مقتضى القاعده كون الحق أولاً الإحضار،

لأنه الحق أولاً وبالذات، وإنما المال بدل، ولا يرجع إلى البديل ما دام يمكن المبدل منه، نعم لو رضى صاحب الحق من المال كان ذلك له، لأنه حقه فله التنازل عنه.

نعم ما ذكره الجواهر بقوله: لا- يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفاله أطلق عليه اسمها، وإلا فهو ليس من الكفاله المصطلحه قطعاً فيه ضروره عدم العقد فيه، انتهى.

هو كما ذكره، إذ ليست هذه كفاله اصطلاحيه، وإن كان يطلق عليها الكفاله عرفاً، فيقول: إنه كفيل، توسعاً في اللفظ.

وإذا هرب المجرم فأراد صاحب الحق أن يضربه لإيقافه بما له الحق في ضربه وإيقافه، فقال أحد: لا تضربه فأنا كفيل، فالظاهر كفايه ذلك في كون اللانزم عليه الإتيان بالمكفول، وإلا يؤدي الحق الذى على المكفول، لدليل «لا ضرر» و «لا يتوى» وغير ذلك مما تقدم، وللعرفيه أيضاً، فقد ذكرنا في غير موضع أن العرفيه كافيه لتحقق الأحكام إذا لم يردع الشارع عنها، فيشمئها إطلاق الأدله.

قال في مفتاح الكرامه: وحيث يؤخذ منه المال هنا فلا- رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضى الرجوع، كما صرح بذلك فى المسالك والروضه، ولكن فى التذكره ما يخالف جميع ذلك قال: ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو السديه من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذى خلصه قصاصاً، انتهى، فليأمل جيداً.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: لكن قد يقال بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن، لقاعده «لا ضرر» واحترام مال المسلم والإحسان وكون الإذن فى الملزوم إذناً فى اللازم ونحو ذلك، انتهى.

لكن هذا ليس إشكالاً، وإنما هو استثناء لصوره الإذن، وهو كما ذكره الجواهر من أنه إذا كان بالإذن كان له الرجوع، أما إذا كان الإطلاق بغير إذن فلا رجوع، لكن الظاهر أنه إذا تمكن الدائن أخذ ماله من المديون بعد أخذه من المفلت كان له أن يأخذ من المديون، ويرد مال المفلت إليه، لأن المال المأخوذ من المفلت إنما هو بدل الحيلولة ولا يسبب ذلك سقوط المال عن ذمه المديون.

ثم إن الجواهر قال: ولو أطلقه من يد الكفيل الذى كان له الرجوع عليه بأدائه عنه فضمن أيضاً إحضاره أو أداء ما عليه على الوجه المزبور، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضاً، انتهى. وهو كما ذكره.

ولو زعم المطلق أن الآخذ أخذ المجرم بغير وجه شرعى فأطلق سراحه من باب عمل الخير، ولدفع المنكر، كان عليه الضمان أيضاً، إذ الأمر يدور مدار الواقع لا مدار الزعم، ودليل «ما على المحسنين من سبيل»^(١) لا يوجب سقوط الضمان، فلو زعم أنه خمر فأراقه وكان خلاً كان ضامناً لصاحبه، كما أنه لو زعم أنه كافر حربى فقتله وكان فى الواقع مؤمناً مصوناً الدم فإنه يكون ضامناً، وهكذا فى غيرهما من سائر موارد الضمان.

ص: ٣٩

(مسأله ٧): قال فى الشرائع: ولو كان الشخص الذى أطلقه المطلق قاتلاً لزمه إحضاره أو دفع الديه.

وفى مفتاح الكرامه: كما صرح بذلك فى جميع الكتب المذكوره آنفاً، وبه طفحت عباراتهم فى باب القصاص، وعن الصيمرى الإجماع عليه.

وذلك لما رواه الكلينى فى الصحيح أو الحسن، عن حريز، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع إلى الوالى فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدى الأولياء، فقال (عليه السلام): «أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدى الأولياء حتى يأتوا بالقاتل»، قيل: فإن مات القاتل وهم فى السجن، قال: «فإن مات فعليهم الديه يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول»^(١).

وقد ظهر مما تقدم أنه ليس هناك التخيير، كما هو ظاهر عباراتهم، بل اللازم دفعه إلى أولياء المقتول أولاً، فإن لم يمكن فالديه، ولا- حق لأولياء المقتول فى قتل المطلق - بالكسر - إذ ليس المطلق قاتلاً حتى يستحق القتل، ولا سبباً للقتل أقوى من المباشر حتى يستحق، ولا- دليل على أن المطلق بهذا العنوان يكون مورداً للقتل، فلا فرق بين أن يكون القتل عمدياً أو خطأً بحيث يلزم على شخص القاتل الديه، كما إذا كان القتل شبه عمد.

أما إذا كان خطأً محضاً، فإن القاتل لا يؤاخذ بشيء، فلو أخذه أولياء المقتول فأفلته مفلت لم يكن على المفلت شيء، لأن الديه إنما هى على العاقله، وكذلك بالنسبه إلى ما إذا كان القاتل مجنوناً أو صبيياً أو ممن لا يقتل بالمتقول ولا يعطى الديه، ولذا قيد فى الجواهر وغيره القتل بالعمد.

ص: ٤٠

ومنه يعلم ما إذا أفلت المفلت المجرم فيما إذا كان غير قاتل، وإنما كان جارحاً جرحاً عمدياً أو شبه عمد، لا ما إذا كان خطأً، لوحده الملاك في البابين.

ثم إنه إن أفلت المفلت القاتل لكن أولياء المقتول تمكنوا من إلقاء القبض عليه، خرج المفلت عن الكفاله، كما أن الأولياء في العمد إذا تمكنوا من قتله ولو بدون إلقاء القبض عليه، كان الحكم كذلك، لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع.

ولو تمكن أولياء المقتول من إلقاء القبض عليه، لكنه هرب عن يدهم، سقطت الكفاله أيضاً، لأنهم تمكنوا منه، فسقط الحكم بسقوط الموضوع.

ولو اختلف اجتهاد المفلت والولى في أنه هل هذا قاتل يحق عليه القصاص أو الديه أم لا، مثلاً كان اجتهاد المفلت أن القتل خطأ فلا شيء على القاتل، بينما كان اجتهاد الولى أنه عمد أو شبه عمد فعليه القصاص أو الديه، لم يكن على المفلت شيء لاجتهاده.

نعم إذا تراجعنا إلى الحاكم وحكم بنفع الولى ألزم، وإن كان مجتهداً، لما ذكرناه في كتاب القضاء من أن المجتهدين إذا ترافعا إلى مجتهد ثالث نفذ حكمه على الجانب المخالف للقاضى، وإن كان المخالف أيضاً مجتهداً.

قال في القواعد: فإن دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل.

وفى مفتاح الكرامه: إذا تمكن الولى منه فى العمد وجب عليه رد الديه إلى الغارم وإن لم يقتص من القاتل، لأنها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق، كما صرح بذلك فى التذكرة والمسالك والروضه.

واستشكل فى التحرير، قال: وإذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء، فيه إشكال، ثم قال: وهل له إلزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله، فيه نظر، انتهى.

ولا- يخفى ما فى كلام التحرير من النظر، ولذا أشكل عليه فى الجواهر بقوله: فيه ما لا- يخفى بعد فرض كون الدفع الأول للحيلولة، لا لإسقاط الحق، وإلا لم يكن لهم قتله، بل ولا رجوع عليه بما أدى إلا مع الإذن بالإطلاق. فإن فيه حينئذ ما عرفت.

ثم كما يتخير القاتل بين إعطاء أى الأقسام من الديه من الإبل أو البقر أو الغنم أو غيرها، كذلك المفلت مخير فى إعطاء أى الأقسام، لوحده المناط فى المقامين.

فإذا أعطى المفلت الإبل ثم تمكن المفلت من القاتل، فالظاهر أنه إنما يحق له أن يأخذ منه الإبل لا أحدها مخيراً، لأنه بدل ما دفعه، والبدل يلزم أن يكون مماثلاً للمبدل منه، خصوصاً إذا كانت هنالك تفاوت قيمه، كما هو الغالب فى عصرنا هذا.

لكن الأقرب بقاء التخيير للقاتل للأصل، فإن أعطى لولى المقتول الأكثر لم يحق للمفلة مطالبه القاتل بالأكثر، بل يبقى القاتل على تخييره، وإن أعطى المفلة الأقل لم يحق له أخذ الأكثر من القاتل.

ثم إن طلب المفلة من الحاكم أن لا يحبسها حتى يأتى بالقاتل، حق له ذلك، إذ كيف يمكن أن يأتى بالقاتل وهو فى الحبس.

نعم يلزم على الحاكم أن يستوثق فى الأمر حتى لا يهرب المفلة أيضاً، بأخذ كفيل منه أو ما أشبهه، ولو لم يستعد المفلة من الإتيان بالقاتل أو الجراح، ولا استعد لدفع البدل، فالحاكم يأخذ الديه من ماله ويعطيه إلى أولياء المقتول، ولو كان المفلة أحد الورثة سقط بقدر حقه، وإنما يلزم عليه أن يعطى بقدر حق الآخرين من شركائه.

ولو أفلت القاتل حيث يتمكن الولى من أخذ الديه منه أو قتله، ثم جاء القاتل مستنداً إلى قوه بحيث لا يتمكن الولى حينئذ من قتله وأخذ الديه منه، كان المفلة ضامناً أيضاً، لوحده الملاك فى المقامين.

ولو

أراد الولي أن يأخذ الدية من القاتل عمداً، فهربه المهرب، ثم رجع حيث لا مال له بحيث صار نقضاً لغرض الولي، فهل يكفي رجوعه في عدم الضمان على المهرب، أو يضمن المهرب المال الذي أراد الولي أخذه من القاتل، احتمالان، من أنه جاء القاتل، ومن أنه فوّت المال على الولي، وإن كان عدم الضمان أقرب، لأنه إنما هرب القاتل، والمفروض أنه أرجعه أو رجع بنفسه أو تمكن الولي منه، أما أن له مالاً- أو ليس له مال، وأن الولي كان يريد أخذ المال أو لم يرد أخذ المال، فلا- ربط له بالمقام، والأصل براءة ذمه المهرب.

ثم إذا هرب المهرب القاتل شبه العمدة مما الدية عليه في سنتين، فإنه لا يحق للولي أن يطالب من المهرب الدية مره واحده، بل إنما على المهرب دفعها سنتين أيضاً، لوحده الملاك في المقامين.

أما إذا هرب المهرب المشتبه بأنه قاتل أو لا، ولم يتمكن الولي من إثبات أنه قاتل، فلا شىء على المهرب لانتفاء الحكم بانتفاء موضوعه.

ولا فرق بين أن يكون التهريب بعد موت المقتول أو قبل موت المقتول، كما إذا أطلق عليه الرصاص لكنه لم يمت وأخذه الولي ليحاكمه فهربه المهرب قبل أن يموت المقتول، فإن الحكم أيضاً كالسابق لوحده الملاك في المقامين.

ولو هرب المهرب القاتل عمداً أو شبه عمداً ثم عفا ولي المقتول عنه، سقطت الكفاله كما هو واضح لانتفاء الموضوع.

وفى قتل الخطأ حيث يريد ولي المقتول أخذ الدية من أولياء القاتل، إذا هرب المهرب أولياء القاتل كان عليه الضمان أيضاً.

قال في القواعد: ولا- يتسلط الكفيل لو رضى هو والوارث بالمدفوع على المكفول بديه ولا قصاص، وفى مفتاح الكرامه كما صرح بذلك كله فى التذكرة

لأنه لم يكفله بقوله ولم يدفع برضاه، ولم يكن المدفوع واجباً بالأصله، وإنما وجب بعارض وهي الحيلولة، وإن زالت، وأما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر، وسمى المصنف المطلق قهراً مكفوفاً مجازاً، لكنه سمي المخلص كفيلاً، والخبر يعطى أنه ليس بكفيل كما عرفت، انتهى.

ثم إنه لو كان الإجرام مثلاً قطع المجرم يد الشخص، فلما أخذه ليأتى به إلى الحاكم للقصاص هربه المهرب فضمن المهرب، لكنه مثلاً رمى حديداً فقطع يد الجاني، فإنه لا شيء على المهرب بعد ذلك، لأن القصاص قد حصل.

وكذلك إذا أخذ المجنى عليه من مال الجاني بقدر الديه، مثلاً أخذ خمسمائة دينار لقطع يده، فإنه بذلك تنتهي الكفاله حيث ينتهي الموضوع.

(مسألة ٨): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولا بد من كون المكفول معيناً، كما صرح به الفاضل وغيره، فلو قال: كفلت أحد هذين لم يصح، وكذا لو قال: كفلت بزيد أو عمرو لم يصح أيضاً، وكذا لو قال: كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمره، بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحه الكفاله، لما عرفته غير مره من منافاته للتسبب الظاهر من الأدله، فإشكال الفاضل فيه في القواعد في غير محله. وفيه أيضاً اشتراط ما يعود على الكفاله بالنقض، فلا إشكال في بطلانه، كما لا إشكال في البطلان في السابقين مع إرادته الإبهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له وغيره، أما الإبهام التخيري فظاهر المصنف منعه أيضاً، انتهى.

لكن الظاهر صحه الأقسام الثلاثة وفروعها أيضاً، لإطلاق الأدله والعرفيه، مثلاً هناك مجرمان فيقول الكفيل: إني أكفل أحدهما، أو هناك مجرم واحد فيقول الكفيل: أنا أو أخي أكفل المجرم، وأخوه أيضاً يقبل بهذه الكفاله، أو أن المجرم أجرم بحق زيد وعمرو فيقول الكفيل: إني أكفل المجرم لأحد من المجنى عليهما، وكذلك فيما إذا تعدد في الجانبين مثلاً هناك مجرمان فيقول: أنا أو أخي أكفل أحدهما أو كليهما، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما الإبهام التخيري فصحته أوضح، ولذا قال في الجواهر: إن مقتضى الإطلاقات جوازه بعد عدم ما يقتضى عدم قابليه حق الكفاله لذلك، فيصح حينئذ ويبرؤ بتسليم أحدهما، ويحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤديه عنه، ولعله في هذا القسم توقف الأردبيلي في المحكى عنه، وهو في محله إلا أن يثبت ما يقتضى عدم قابليه حق الكفاله لذلك، وأنه كالملك الذي لا يقبل مثل هذا، انتهى.

ومن الواضح أنه لم يثبت ما يقتضى عدم قابلية حق الكفاله لذلك، وأنه كالمملك الذى لا يقبل مثل هذا، بل العرفيه شاهده على صحه مثل ذلك أيضاً.

ولو قال: إني أكفل المجرم منهما، وأحدهما مجرم، فإنه صحيح قطعاً.

وكذلك إذا قال: إني أكفل الأشد منهما جرماً، بأن كان مثلاً أحدهما قتل والآخر قطع اليد.

وهكذا إذا قال: إني أكفل ما يعينه أبى بعد ذلك من هذين المجرمين، فإن الذى يعينه الأب معلوم عند الله سبحانه وتعالى، وإن لم يكن معلوماً بالنسبه إلى الكفيل فى الحال، ولا دليل على لزوم علم الكفيل بمن كفله فى الحال، وإنما يلزم الكفاله بالواقع.

وكذا لو قال: إني أكفل المجرم الذى فى الدار.

ثم لو قتل الكفيل المكفول وجب عليه إعطاء المال للمكفول له، لأنه فوت موضع الكفاله.

هذا إذا لم يتمكن المكفول له من أخذ المال من تركه المقتول، وإلا لا شىء على الكفيل، لأن الكفيل إنما يكفل البدن، والمال بدل، ولا يصل الأمر إلى البدل إذا حصل المكفول له على حقه، كما أن المكفول له إذا كان وارثاً للمكفول لم يكن على الكفيل شىء فيما إذا ورث المال منه، لأن الدين قبل الإرث.

ولو قتل المكفول المكفول له بقيت الكفاله على الكفيل، لأنه بقتله انتقل الحق إلى ورثه المقتول.

سواء كان القتل فى المسألتين عمداً أو خطأً أو شبه العمد، وسواء كان القتل بحق، كما إذا كان يطلب منه الدم فقتله، أو ارتد وهو قاض فقتله من باب الحد، أو كان القتل بالباطل، كما إذا قتله ظلماً، لو حده الملاك فى جميع ذلك.

(مسأله ٩): الظاهر صحه كفالہ الفضولی، لإطلاق أدلته الشامل للکفالہ أيضاً، فإن أجاز من الفضول عقد فضولاً بالنسبه إليه فهو جائز، وإلا لم يكن جائزاً، على التفصيل المذكور في مسأله بيع الفضولی وغيره.

والظاهر صحه كفالہ كل من المؤمن والكافر والمنافق والمخالف لمثله ولغيره، كل ذلك مضروباً في أحد الأربعة بالنسبه إلى المكفول له، وذلك لإطلاق الأدله.

وتوهم أنه يلزم أحياناً السبيل من الكافر على المسلم (١) غير مانع، إذ هذا كسائر المعاملات مثل الوكاله والضمان ونحوهما، فإنه ليس بسبيل منهي عنه في الآيه، ولو لانصراف الآيه عن مثله، وقد ذكرنا في كتاب السبق والرمایه وغير ذلك ما ينفع المقام، وأن النبي (صلى الله عليه وآله) سابق مع بعض الكفار (٢).

وتصح كفالہ كل من المرأه والرجل لجنسه ولغير جنسه، ولا مانع في كفالہ الزوجه ولو بدون إذن الزوج لامرأه أو لرجل، لأن الكفالہ معاملته، والزوجه مختاره في معاملتها، نعم لا حق لها في الخروج بدون إذن الزوج، إذ قد حقق في كتاب النكاح أن حق الزوج عليها اثنان، الاستفراش والخروج بالإذن، أما ما عدا ذلك فهي مختاره نفسها.

والظاهر صحه كفالہ البالغ العاقل عن الصغير وعن المجنون لإحضارهما عند الحاكم، فيما يريد الحاكم إجراء الحد عليهما، فيما عليهما الحد من السرقة ونحو ذلك، ولو كان الحد بنحو التأديب.

ولو ارتد الكفيل أو صار مخالفاً وليس من دينه الجديد أو مذهبه الجديد

ص: ٤٧

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٧٦ الباب ١ من أبواب موانع الإرث ح ١١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥١٦ الباب ٢ من أبواب السبق والرمایه ح ٢

الكفاله، فهل تبقى الكفاله استصحاباً، أو تنقطع لتبدل الموضوع، يحتمل الثاني على تردد.

ولو صار مقلداً لمن لا يقول بصحة الكفاله فى مورد كفالته، أو مجتهداً كذلك، فإن قلنا بأن الواقعه الواحده لا تتحمل اجتهادين، كما اخترناه فى الفقه، بقيت الكفاله، وإلا فلا.

أما لو كفل وليس من دينه أو مذهبه، ثم صار مسلماً أو دخل فيما صار من دينه أو مذهبه الكفاله، فلا كفاله، لأنه حين الكفاله لم تنعقد، والأصل عدم الانعقاد بعد عدم تحقق العقد فى مذهبه الجديد أو دينه الجديد.

ولو جنّ الكفيل كان فى ماله، ولو جن المكفول له انتقل حقه إلى وليه، ولو جن المكفول لزم على الكفيل الأداء، إن لم يكن للمكفول مال يؤدي عنه.

وفروع هذه المسائل كثيره يظهر بعضها مما تقدم، نكتفى منها بهذا القدر.

مسألة ١٠ لو أحضر الغريم قبل الأجل

(مسألة ١٠): قال فى الشرائع: إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب تسلّمه إذا كان لا ضرر عليه، ولو قيل لا يجب كان أشبهه، ولو سلمه وكان ممنوعاً من تسلّمه بيد قاهره لم يبرأ الكفيل، ولو كان محبوساً فى حبس الحاكم وجب تسليمه لأنه متمكن من استيفاء حقه، وليس كذلك لو كان فى حبس ظالم، انتهى.

أقول: هذه المسألة تشتمل على فروع:

الفرع الأول:

فيما إذا أحضره الغريم قبل الأجل، فإن الشيخ فى محكى المبسوط قال بوجوب تسلّمه، والظاهر الذى اختاره الشرائع عدم الوجوب، ولذا قال: (لو قيل لا يجب كان أشبهه)، وهكذا إذا سلمه فى غير المكان الذى وقع العقد على تسليمه فيه، أو على غير الشرط، فإنه إذا كان الزمان أو المكان أو ما أشبه حقاً للمكفول له، فلا وجه لسقوط حقه بإحضار الكفيل فى غير المحل أو الزمان أو بغير الشرط الذى وقع عليه العقد.

ولذا قال فى الجواهر: لعل مصلحه الأجل والمكان مشتركة بينهما، وأن ما اختاره الشرائع هو مختار الفاضل وغيره، ثم قيده بأن كلام الفاضلين جيد، حيث يكون اشتراط الأجل والمكان حقاً لهما، أما إذا كان حقاً للكفيل وأراد إسقاطه كان الأجود الأول كما تقدم نظيره فى الدين المؤجل، ولعله إلى ذلك نظر الشيخ، انتهى.

ومنه يظهر أنه لو أحضره بعد الزمان المعين، كما إذا كان الزمان المعين الخميس وأحضره الجمعة، لم يجب عليه التسلم، إذ لعله لا يتمكن من التسلم فى يوم الجمعة، ويتمكن من التسلم فى يوم الخميس، وعليه فاللازم على الكفيل الصبر إلى الخميس الآتى مثلاً، فيما كان وقت التسليم كلياً يشمل كل

خميس حيث يتمكن المكفول له التسلم فيؤديه.

ومنه يعلم أن المكفول له لو طلب التسلم في غير الزمان أو المكان أو الشرط، ليس على الكفيل التسليم كذلك، لأنه مكلف بمقتضى العقد، وما يطلبه المكفول له غير مقتضى العقد.

ولو اختلفا في أن الكفاله هل كانت مطلقة أو مقيدة، فالأصل عدم التقييد، لأنه أمر زائد إذا شك فيه كان الأصل عدمه.

ولو اختلفا في التقييد على هذا النحو أو ذاك النحو، كما إذا قال أحدهما: إن الشرط كان التسليم يوم الجمعة، وقال الآخر: بل يوم الخميس، أو قال أحدهما: في هذا المكان، وقال الآخر: في المكان الآخر، أو قال أحدهما: بهذا الشرط، وقال الآخر: بشرط آخر، فحيث لا أصل في المقام يكون الموضع من التحالف، فإذا تحالفا يبقى أصل الكفاله وتنفي الخصوصيات، ويكون كما يريد الكفيل من التسليم لا المكفول له.

الفرع الثاني:

ما لو سلمه وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهره لم يبرأ الكفيل.

ومقتضى القاعده أن الكفيل إذا أراد التسليم على الشرط أو الزمان أو المكان الخاص، ولم يتمكن المكفول له من التسلم، سلمه الكفيل إلى الحاكم الشرعي، أما تسليمه له فهو كما ذكره غير مبرئ. وعلة في الجواهر بعدم التسليم التام الواجب عليه بانصراف إطلاق الأدله إليه.

أما إذا لم يكن حاكم شرعي يتسلم ولا بد له من عدول المؤمنين، فالظاهر براءة الكفيل، لأن الكفيل إنما كفل بهذا الزمان أو المكان أو هذا الشرط، وليس عليه أكثر من ذلك، فمقتضى «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»^(١) أنه لا شيء عليه إذا أطلق المكفول

ص: ٥٠

وشأنه، أو لم يحضره إطلاقاً فيما إذا لم يكن متسلم منه.

الفرع الثالث:

ما لو كان المكفول محبوساً في حبس الحاكم وجب تسلمه، لأنه متمكن من استيفاء حقه، وليس كذلك لو كان في حبس ظالم.

والظاهر أنه من باب المثال، إذ لا فرق بين العادل والجائر في أنه قد يتمكن وقد لا يتمكن، ولذا بعد أن علل الجواهر للفرق: بأن الكفيل حيث يرفع أمره إلى العادل يخرج من الحبس أو يطالبه وهو فيه وينهى أمره معه ولو بأن يحبسه على الحقين معاً، وليس كذلك لو كان في حبس ظالم لغلبه عدم التمكّن من استيفاء الحق معه، قال: ولو فرض إمكانه في حبس الظالم وجب تسلمه، كما أنه لو فرض عدم إمكانه في حبس العادل لم يجب تسلمه وهو واضح، انتهى.

ثم إذا لم يتمكن المكفول له تسلمه لحبس عادل أو ظالم أو ما أشبهه، فالظاهر عدم الحق على الكفيل بعد ذلك، لما ذكرناه في الفرع السابق من أنه مكلف بالتسليم في وقته ومكانه وسائر الشرائط، فإذا لم يتمكن الطرف من التسلم لم يكن عليه شيء، لأنه مناف لحق الكفيل، لتسلط الكفيل على نفسه، لكن للتأمل في بعض فروع إطلاق سراح المكفول مجال.

(مسألة ١١): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: إذا كان المكفول عنه غائباً في مكان معلوم ومتجاوزاً مسافه القصر وكانت الكفاله حاله وطلبه منه المكفول له أنظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به، وكذا لو كانت مؤجله وطلبه منه آخر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن التذكرة عليه عامه أهل العلم، ضروره اقتضاء وجوب الإحضار الذي هو مقتضى الكفاله ذلك، وإلا كان تكليفاً بغير المقدور، انتهى.

وفى كلام الجواهر الذي قيد الشرائع بقوله: (ومتجاوزاً مسافه القصر) نظر، إذ لا فرق بين مسافه القصر وعدم مسافه القصر في ذلك، كما أنه إذا كانت الكفاله موقته بوقت يلزم أن يذهب الكفيل قبل ذلك الوقت حتى يحضره أول الوقت، فقوله: (وكذا لو كانت مؤجله وطلبه منه آخر بعد حلولها وطلبه منه بمقدار ذلك) محل إشكال، كما أنه لا يلزم الطلب، بل اللازم إحضار الكفيل المكفول، طلبه منه أو لم يطلبه.

نعم إذا أسقط الطلب لم يكن عليه الإحضار، فتقييد الجواهر للمتنب بقوله: (وطلبه منه) غير ظاهر الوجه، فاللازم على الكفيل إحضار المكفول في أول وقت قرر بينهما في العقد، فإذا لم يحضره في أول الوقت وسبب ضرراً على المكفول له، فالظاهر أن الكفيل يتحمل ذلك الضرر، لأنه هو الذي أضره، فدليل «لا ضرر» حاكم على ذلك، على التقريب الذي ذكره في خيار الغبن وغيره.

فلا يقال: إن دليل «لا ضرر» لا يدل على إثبات الحكم، وإنما يدل على نفي الحكم، كما أنه إذا كان الوقت مثلاً يوم الجمعة، فرضياً بالإحضار يوم الخميس أو يوم السبت لم يكن ذلك ملزماً لأحد الطرفين، فإذا أحضره الكفيل يوم الخميس كان للمكفول له أن يقول إنى استثنيت، وإنما أحضره لى

يوم الجمعة، وكذلك إذا رضى المكفول له بإحضاره يوم السبت كان له بعد ذلك أن يقول إنى استثنيت وإنما أحضره لى نفس يوم الجمعة، وهكذا فى طرف الكفيل، لأن مقتضى العقد هو المحكم، والرضا بخلافه لا يوجب تغيير العقد فيما إذا رفع الراضى يده عن رضاه، إلا إذا حصل ذلك بعقد جديد، حيث إن مقتضى العقد الثانى يوجب التزام كليهما به.

نعم إذا لم يلتزم أحدهما بالعقد الثانى، كان مقتضى القاعده بقاء مقتضى العقد الأول، فعلى كل طرف الالتزام بالعقد الأول إلا إذا حصل منهما فسخ أو إقاله بالنسبه إلى العقد الأول، حيث إن مقتضاه يسقط وإنما يكون اللزم العمل بمقتضى العقد الثانى، وإذا سقط العقد الثانى أيضاً بالعصيان أو بالإقاله أو نحو ذلك فالمرجع القواعد الأوليه.

نعم ربما يحتمل أنه إن أسقط المكفول له حقه من الخميس إلى الجمعة فى المثال المتقدم، لم يكن له الرجوع إلى يوم الجمعة، فالحق يكون بالتسليم يوم الخميس.

وكيف كان، ففى أصل مسأله كيفيه لزوم إحضار المكفول على الكفيل فيما إذا كان غائباً ثلاثه أقوال:

قال فى القواعد: لو هرب المكفول أو غاب غيبه منقطعه، فالأقرب إلزام الكفيل بالمال أو إحضاره، مع احتمال براءته، ويحتمل الصبر، وفى مفتاح الكرامه ما قربه المصنف هو الذى صححه صاحب جامع المقاصد، لأن ذلك مقتضى الكفاله، فإنها تقتضى إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ وهو المسقط للحق، أو موت المكفول، وأن

الكفيل وثيقه على الحق كالرهن، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهه من عليه استوفى من الوثيقه، انتهى.

وهذا هو مقتضى القاعده، لما عرفت من أن معنى الكفاله الإحضار إذا أمكن، وإذا لم يمكن إعطاء المال على ما تقدم.

ثم قال مفتاح الكرامه: وأما الاحتمال الثانى فهو خيره التذكرة، وكذا التحرير على إشكال له فيه، لأن الإحضار واجب مع الإمكان، وإذا غاب غيبه انقطع خبره بها كان إحضاره ممتنعاً فكان بمنزله ما لو مات، ولأن وجوب الإحضار إذا سقط لم يجب المال، لأنه لم يتعهد به، ووجوبه مع وجوب الإحضار حين إمكانه إذا لم يأت به ورضى بالمال لا يقتضى وجوبه بدونه، وهذا أشبه بأصول الباب وأخباره، إذ ليس فيها المال، وإنما فيها الأمر بالإحضار، وظاهرها أنه مع الإمكان العرفى.

إلى أن قال: وأما الثالث فهو خيره الإيضاح، مستنداً إلى أصله بقاء الكفاله، ولا تتناول المال فيتوقع المكنه، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، والفرق بين الهرب والغيبه المنقطعه أن الهارب يعلم موضعه، لكنه متى توجه إليه هرب إلى موضع آخر وهكذا، فكان بذلك كالغيبه المنقطعه، انتهى.

وأنت تعلم ما فى الاحتمالين الأخيرين من النظر، لما عرفت سابقاً من أن مقتضى الكفاله هو الإحضار، وإذا لم يحضر لزم عليه إعطاء المال، فلا وجه للاحتمالين المذكورين.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: لكن قد يقال على القول بانحصار مقتضاها فى الإحضار بعدم اعتبار إمكانه له بعد أن كان فى حد ذاته من الممكنات، لأنه هو الذى أوقع نفسه فى ذلك فيكلف به ويحبس عليه، ولو

لأن يفدى نفسه بأداء ما عليه ليتخلص من ذلك، كما هو مقتضى النصوص في حبه.

إذ يرد عليه:

أولاً: اعتبار الإمكان لأنه هو مصب العقد، فلا ينفع كونه في حد ذاته من الممكنات.

وثانياً: إنه لم يعرف وجه الفرق بين أخذ المال منه ابتداءً، وبين قوله: ولو لأن يفدى نفسه بأداء ما عليه، فجعل هذا في مقابل ذلك القول غير ظاهر الوجه.

ثم إنه لا فرق بين أن يكون غائباً في وقت الكفاله، أو بعد وقت الكفاله، وبين أن يكون معلوم المكان مما لا تصل اليد إليه، وبين أن يكون مجهول المكان، لوحده الملاك في الجميع.

ولو تمكن الكفيل من الإحضار بسبب أجير أو جعل جعله لمن أحضره أو ما أشبهه وجب عليه ذلك، لأن معنى الإحضار ليس الشخصى، وإنما الإحضار كيف ما كان.

ثم إنه قدم تقدم أن اللازم أولاً- الإحضار، فإذا لم يحضر فالمال، فحينئذ يجب على الكفيل الإحضار وإن كان فيه ضرر عليه، لكن الضرر يقدر بقدر المركز عند العقد بالنسبة إلى الكفاله، أما إذا كان ضرراً زائداً جسمىاً أو مالياً أو حرجاً أو ما أشبهه فليس الواجب عليه الإحضار، ويسقط حق المكفول له عن الإحضار إلى البدل، فعليه أن يعطى البدل.

ومما تقدم من مقتضى القاعده، وذكره جامع المقاصد، يعرف وجه النظر في قوله الثانى، قال: لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه، أو حبس ظالم لا يمكن تخليصه، وجب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره، ولو رجى تخليصه بوجه وجب عليه السعى فيه، ولو احتاج إلى بذل مال فإشكال، انتهى.

ص: ٥٥

ولذا قال في الجواهر: وكأنه مناف لما سمعته منه سابقاً.

ثم إنه لا- خصوصيه للظالم على ما عرفت في بعض المسائل السابقة، بل المعيار إمكان التخليص وعدم إمكان التخليص، سواء كان في حبس ظالم أو حبس عادل، كما أنه لا فرق بين بلاد الكفر وغيرها، كما إذا كان في جزيره لا يمكن الوصول إليها أو ما أشبه ذلك، وإن كان البلد إسلامياً، فقول جامع المقاصد في كلا المكانين من باب المثال.

ومما تقدم يعرف الكلام فيما ذكره محكي التذكرة وجامع المقاصد، من أنه لو فرط الكفيل في إحضاره بأن طالبه المكفول له بإحضاره وكان متمكناً منه فهرب أو ماطل بإحضاره حتى غاب غيبه منقطعه، فإن أوجبنا المال وجب هنا، وإلا فإشكال، انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده إعطاء المال.

ولو قال الكفيل حين عقد الكفاله: أحضره بشرط أن يكون في البلاد القريبه أو ما أشبه ذلك، وكان حين طلب المكفول له أو حين وصول الوقت غير متوفر الشرط، لم يجب على الكفيل الإحضار، فإذا كان مطلقاً بقيت الكفاله، وإن كانت مقيده بوقت خاص سقطت الكفاله بعد عدم توفر الشرط، لأنه مقتضى «المؤمنون عند شروطهم»^(١) وغيره.

ص: ٥٦

١- الوسائل: ج ٦ ص ٣٥٣ الباب ٦ من أبواب الخيار ح ٢

(مسأله ١٢): قال فى الشرائع: إذا تكفل بتسليمه مطلقاً انصرف إلى بلد العقد، وإن عين موضعاً لزمه، ولو دفعه فى غيره لم يبرأ، وقيل: إذا لم يكن فى نقله كلفه ولا فى تسلمه ضرر وجب تسلمه وفيه تردد، انتهى.

أقول: إذا كان انصراف إلى بلد العقد أو غير ذلك فلا إشكال، وأما إذا لم يكن انصراف، فإن توافقاً فهو، وإن تشاحاً فالمرجع الحاكم، إذ هو كلى والكلى ينطبق على الفردين الذين يريد هما الكفيل والمكفول له، فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر بدون مرجح، فإن توافقاً حصل المرجح، لأن الحق لا يعدوهما، وإن لم يتوافقاً فالحاكم هو الفاصل فى الأمر.

لا يقال: إنه لا حق للمكفول له، لأن الكلى ينطبق بإرادته الكفيل.

لأنه يقال: إذا لم يستعد المكفول له التسلم فى البلد الذى يريد الكفيل، لم يحصل التسلم الموجب لانتهاه الكفاله.

نعم للكفيل تسليمه إلى الحاكم، مثلاً يريد الكفيل التسليم فى كربلاء، ويريد المكفول له التسلم فى النجف، فإذا تمكن الكفيل من تسليمه فى كربلاء وسلمه إياه فهو، ولا حق له فى عدم التسلم مع إعطائه له، وإذا لم يتمكن بأن كان المكفول له فى النجف، فإن تمكن من تسليمه إلى الحاكم فى كربلاء فهو، لأنه ولى الممتنع، وإن لم يتمكن أحضرهما الحاكم وأجبرهما على أحد الطرفين، لأنه المعد لقطع المنازعات.

لكن ربما يقال: إن الكلى لما كان منطبقاً على إرادته الكفيل فإذا لم يستعد المكفول له عن التسلم سقط حقه، وهذا أقرب وإن كان الأول أحوط.

أما بالنسبة إلى الفرع الثانى الذى ذكره الشرائع بقوله: وإن عين موضعاً لزمه ولو دفعه فى غيره لم يبرأ، فإنما لا يبرؤ إذا لم يتسلمه المكفول له برضى

منه، وإلا- كان تسليماً تاماً وموجباً لبراءة الذمه، وكان معنى ذلك رفع المكفول له يده عن شرطه، كما في العكس بأن كان المعين الموضوع الخاص ورضى الكفيل بتسليمه في غير ذلك الموضوع وسلمه إياه، فإن الكفاله تنتهي.

أما قول القيل المنسوب إلى الشيخ والقاضى بوجوب تسلمه، فقد عرفت فى بعض المسائل السابقه ما فيه، لأنه خلاف الشرط، وإن لم يكن ضرر ولا كلفه.

ص: ٥٨

(مسألة ١٣) قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو اتفقا أى الكفيل والمكفول له على وقوع الكفاله، لكن قال الكفيل: لا حق لك الآن عليه لأداء أو إبراء أو غيرهما، كان القول قول المكفول له يمينه لأصالة بقاء الحق، وكذا لو قال له: لا حق لك حال الكفاله، كان القول أيضاً قول المكفول له، بلا خلاف أجده فيه، لأن الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفاله تستدعى ثبوت حق، فيكون هو مدعى الفساد والمكفول له مدعى الصحه، ولا ريب فى أن القول قول مدعى الصحه لأصالتها، انتهى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه بمثل ذلك، قال: قد صرح بتقديم قول المكفول له فى الفرض المذكور فى المبسوط والسرائر والشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه، وهو أيضاً صدقهم فى ذلك.

ثم هل يحتاج الأمر إلى اليمين، كما عن المبسوط والسرائر واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه، لإطلاق «اليمينه على المدعى واليمين على من أنكرا»، وعن التحرير إنه الأقرب، وعن المسالك إن القاعده تقديم قول المكفول له مع يمينه.

أو لا يحتاج، كما عن مجمع البرهان، مستدلاً بأن الكفيل معترف بالكفاله وهى من دون ثبوت حق فى ذمه المكفول غير معقول، فلا تسمع دعواه ولا يحلف له، لأن دعواه تخالف قوله، وفى مفتاح الكرامه: هو قوى.

احتمالان، لكن الظاهر صحه قول المشهور، لأن قول الكفيل لا حق لك عليه الآن، يقتضى بطلان الكفاله أو أداء الحق، وكلاهما يحتاج إلى اليمين.

ثم إذا ثبت الحق للمكفول له، فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه، كما احتمله فى المسالك ومحكى التذكره، أم لا يجب عليه إلا بالبينه كما اختاره الجواهر، قال: ضروره أعميه ثبوت صحه الكفاله من ثبوت الحق

على المكفول، وهو كما ذكره، إذ الكفاله شىء والمال شىء آخر، وربما كفل لمقام دعوى أو نحوه، فمن أين يثبت عليه المال بدون البيئه، وإذا لم تكن بينه على المال حلف الكفيل على العدم أو على عدم العلم، ويكفى ذلك فى براءه ذمته. نعم لو أقام المدعى البيئه بالحق كان له تغريم الكفيل على ما ذكرناه سابقاً.

وفى القواعد: إن أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم.

ونقله مفتاح الكرامه عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وفى التذكرة أنه لو تعذر إحضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه إشكال، أقربه عدم الوجوب، وهو خيره جامع المقاصد والمسالك والروضه، لأن الحق لم يثبت بحلفه السابق كما عرفت.

وإشكال مفتاح الكرامه عليه غير واضح، قال: كذا قالوا ولى فيه تأمل، إذ الحلف السابق صيره كفيلاً واقعاً، فيجب عليه أداء المال إذا تعذر الإحضار، كما هو ظاهر كلام المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها، لكن مقتضى القاعدة ما ذكره لا ما ذكره لما عرفت.

وفى الجواهر بعد فتواه أنه لا يرجع به على المكفول لاعترافه بعدم كونه كفيلاً - شرعاً وأنه مظلوم قال: ولكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على ما فى ذمه المكفول مقاصه، لأنه قد صار عوضاً عما أداه، أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعاً. وهو كما ذكره.

ثم إنهما لو اختلفا فى أصل الزمان أو الإطلاق أو التوقيت أو المكان كذلك أو الشرط فالأصل مع المنكر، لأنه خصوصيه زائده لم يعلم وجودها عند العقد.

أما لو قال كلاهما بالزمان واختلفا فى أنه أول رجب أو أول شعبان مثلاً، أو فى المكان واختلفا فى أنه قم أو خراسان، أو فى الشرط وأنه شرط كذا أو شرط كذا

من الأمرين المتقابلين مما لا جامع بينهما، فهو موضوع التحالف، ومع التحالف الإطلاق إن كان وإلا فالأصول العمليه.

وإذا قال الكفيل: لا- أقدر على الإحضار، وقال المكفول له: تقدر عليه، فبعد جريان موازين الدعوى يرجع الأمر إلى ضمان الكفيل للمال.

والظاهر أنه يأتي في هذه المعامله الغرر أيضاً، كما إذا زعم الكفيل بأنه مديون عشره، وعلى هذا الأساس كفه، حيث إنه فكر أن المكفول عنه إذا لم يؤد كان الأداء سهلاً فظهر أن الدين ألف، فالظاهر أنه يحق له فسخ الكفاله، فإذا لم يفت شيء على المكفول له بأن كان المكفول عنه حاضراً ومستولياً عليه فلا شيء على الكفيل، أما إذا فات شيء على المكفول له، فالظاهر أن الكفيل ضامن لا بالعقد، بل بسبب إضراره للمكفول له، حيث إنه قد تقدم في بعض مباحث الكتاب أن الضار وإن كان جاهلاً يتحمل عقبي ضرره.

وعلى هذا فلو اختلفا في أنه هل كان الكفيل عالماً بقدر المال أم لا، حلف الكفيل إن لم يقيم المكفول له البيئه.

ولو اختلفا في قدر المال الذي يريد الكفيل إعطاؤه، كان الأصل الأقل، إلا أن يقيم الطرف البيئه على الأكثر حسب موازين الدعوى.

ولو اختلفا في الجنس، هل كانت الكفاله للشاه أو للشور مثلاً، حيث إن المكفول ذمته متعلقه بأيهما، فالمرجع بعد التحالف وسقوطهما أقلهما ثمناً، إذ هو متفق عليه، لما ذكرناه في بعض مباحث الاقتصاد من أن المطلوب للإنسان شيئان: الروح والجسد، فإذا تعذر الجسد رجع الأمر إلى الروح الاقتصاديه، أي الثمن، فالعين جسد والثلث روح، فإذا تعذر الجسد، أو الشارع

أسقطه بسبب التحالف أو غيره رجع الأمر إلى الثمن، فتأمل.

ولو اختلفا في الكفيل، هل هو زيد أو أخوه، فكل واحد منهما يدفع الكفاله عن نفسه ويقول: إن الكفيل هو أخوه، والمكفول له يصدق أحدهما، أو لا- يعلم لنسيان، أو لأنه وارث أو ما أشبهه، لم يبعد أن يلزم الحاكم كليهما على الإحضار مشتركاً، أو دفع الثمن مشتركاً، لقاعده العدل.

هذا فيما إذا جهل المكفول له أن أيهما كفيل أو نسي.

أما إذا قال: زيد كفيلي لا عمرو، وزيد يقول: أخي كفيلك لا أنا، فإن موازين الدعوى تجري بين زيد وبين المكفول له.

ولو اختلفا في أن أيهما مكفول، فقال الكفيل: كفلت زيدا، وقال المكفول له: بل كفلت عمرواً، جرت موازين الدعوى أيضاً بين الكفيل والمكفول له، ولا- شيء على الكفيل بالنسبة إلى المكفول الذي يدعى هو أنه كفله بعد إقرار المكفول له بأنه ليس بكفيل.

ومنه يظهر حال النزاع في أن أيهما مكفول له، فالكفيل يقول: إنما كفلت لزيد، وعمرو يقول: إنما كفلت لي، فإنه تجري موازين النزاع بين الكفيل وبين عمرو.

(مسأله ۱۴): قال فى الشرائع: إذا تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر، ولو قيل بالبراءه لكان حسناً.

وفى القواعد: لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالأقرب براءة الآخر.

قال فى مفتاح الكرامه: كما فى التحرير والتذکره والمختلف والإيضاح واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه.

والقول بعدم البراءه للشيخ فى المبسوط وابن حمزه فى الوسيله والقاضى فيما حكى عنه.

استدل للشيخ ومن تبعه بالأصل، وبكون الكفيلين كالرهنين الذين إذا فك أحدهما لم يفك الآخر، وفيهما نظر، إذ لا أصل بعد الدليل، وكون الكفيلين كالرهنين إنما يتم إذا قصد ذلك، والمشهور لا- يقولون بالخلاف فيما إذا كان قصدهما ذلك، بل يقولون بأن المقصود تسلمه وقد حصل، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى أو تسلمه المكفول له بنفسه برئ لحصول الغرض.

ولذا أشار الجواهر إلى التفصيل الذى ذكرناه بقوله: إن ما ذكره الجماعه جيد إن كان المراد من كفالتهم الإحضار الواحد ولو على وجه يكونان معاً كفيلاً، فإنه لا إشكال فى براءة كل منهما بأدائهما معاً دفعه وبأداء كل واحد منهما.

أما إذا كان المراد من كفاله كل واحد منهما الاستقلال، على وجه لو أسقط المكفول له حق الكفاله من أحدهما بإقاله ونحوها لم يسقط عن الآخر، فلا يخلو كلام الشيخ من قوه حينئذ، إلا إذا قصد تسليمه عن صاحبه فإنه يبرأ صاحبه، لكن هو لا يبرأ، ولعله ليس بين الشيخ وبين غيره إلا نزاعاً لفظياً.

أما فى مقام الإثبات فهو تابع للقرينه، هل المراد منهما الكلى الذى يتحقق

بأحدهما بل وبغيرهما فتسقط الكفالة الثانية، أو المراد فردان من الكفاله حتى أن الكفاله لا تسقط إلا بفوات متعلقها أى أداء الدين ونحوه فهو يقتضى التعدد.

أما ما أشار إليه الجواهر فى أخير كلامه المتقدم، وذكره مستقلاً بقوله: والظاهر أن محل البحث فى التسليم عن نفسه، أما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال فى براهه صاحبه وإن بقى هو عند الشيخ، فوجهه أنه إن قصد التسليم عن صاحبه لم يؤد مقتضى العقد، فمقتضى (أوفوا بالعقود) أنه يجب أن يؤدى مقتضاه، وحيث إن العمل قابل للأصالة والنيابة يتعين فى الخارج كونه أحدهما بالنيه، لأن «الأعمال بالنيات»، كما إذا كان مديوناً بنفسه وعن غيره مالأً أو عبادةً أو ما أشبهه، فإذا عمل عملاً بنيه نفسه سقط ما على نفسه، وإذا عمل عملاً بنيه غيره سقط عن غيره، وإذا لم ينو عن أحدهما فقد تقدم فى بعض المسائل السابقه تفصيل الكلام والاحتمالات فى ذلك.

ثم إنه لا فرق فى الاختلاف المذكور بين الشيخ والمشهور بكون الكفالتين وقعتا على الترتيب، أو دفعه بصيغه التثنيه مثلاً، أو أجرى الكفالتين وكيلهما، أو غير ذلك.

وفى مفتاح الكرامه: الأصل وظاهر إطلاقاتهم جواز الأمرين.

كما أنه لا فرق بين أن تكون كلتاها أصاله أو فضوله مجازه، أو إحداها بالأصاله والأخرى بالفضوليه المجازه.

ومن الواضح أن ذكرهم الاثنين من باب المثال، وإلا فالكفالات المتعدده أيضاً فى حكم الاثنين من هذه الجبهه.

ثم إذا تكفل الاثنان بإنسان فهرب ذلك الإنسان أو نحو ذلك، كان كل واحد منهما مديوناً للطالب، فله أن يأخذ من أيهما كل المال أو بعضه، بالتساوى أو بغير التساوى.

نعم لو تكفل الاثنان بحيث إنه يحضراه معاً ويؤديا دينه معاً، لم يكن حق للمكفول له أن يستبد بالأخذ من أحدهما أو يأخذ منهما متفاوتاً، بل هما شريكان في دفع الحق على التناصف.

ثم قال في الشرائع: ولو تكفل لرجلين برجل ثم سلمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة بمثل ذلك: إنه كذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد واللمعة والمسالك والروضه ومجمع البرهان والمفاتيح.

والحاصل: إنه لا خلاف فيه لأحد من الخاصه والعامه.

ومثله الجواهر في دعواه عدم الخلاف.

والدليل على ذلك واضح لأنه بمنزلة عقدين، فهو كما لو كفل لكل واحد منهما بانفراده، وكما لو ضمن دينين لشخصين فأدى أحدهما فإنه لم يبرأ من دين الآخر، كذا مثل بعضهم.

ثم إنه لو لم يتمكن إلا من التسليم لأحدهما فقط، يتخير الكفيل بين التسليم لهذا أو لذاك، فيسلم الشخص لأحدهما ويعطى المال للآخر حسب ما تقدم من موازين الكفاله.

وفي الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أنه قال في حديث: «إذا تكفل رجلان لرجل بمائه دينار على أن كل واحد منهما كفيل لصاحبه بما عليه فأخذ منهما فللمأخوذ أن يرجع بالنصف على شريكه في الكفاله، وإن أحب رجوع على المكفول عنه، وإن أخذ الرجل كفيلاً بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك كفيلاً آخر لزمهما الكفاله جميعاً» (١).

ص: ٦٥

١- ال دعائم: ج ٢ ص ٦٤

(مسأله ١٥): قال فى الشرائع: إذا مات المكفول برئ الكفيل.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه بمثل ذلك، أى يخرج عن العهده بموت المكفول، فإنه إذا مات بطلت الكفاله، ولم يلزم الكفيل شيئاً عند علمائنا كما فى التذكره، وعليه الإجماع فى الغنيه، وبالحكم صرح فى المبسوط وغيره، وفى التنقيح إنه المشهور، ونفى عنه الخلاف فى الرياض.

واستدلوا على ذلك بأنه تكفل ببدنه على أن يحضره وقد فات بالموت، ولأنه قد سقط المحذور عن المكفول فيبرأ الكفيل، ولأن المتبادر من الكفاله إنما هو الإحضار فى حال الحياه، وهو المتعارف بين الناس فيحمل الإطلاق عليه.

لكن يمكن أن يقال: باستثناء صورته من الإطلاق، ولعلمهم لم يريدوا هذه الصوره فأطلقوا، وهو ما إن كان عقد الكفاله بمعنى أن يحضره أو يدفع الدين عنه إذا لم يتمكن المكفول له عن ماله بأخذه عن المكفول أو تركته، وهذا هو مقتضى كون الكفاله غرامه، بل لعله متعارف عند الناس أنه إذا أراد منه ماله فلم يعطه وتكفل إنسان به كان معنى ذلك إن لم يحضره دفع المال فيما إذا لم يتمكن المكفول له من ماله، فإن تمكن المكفول له من المكفول بنفسه برئ الكفيل.

وكذلك إذا تمكن من أخذ ماله، سواء منه فى حال حياته مقاصه مثلاً، أو من تركته بعد موته، وإلا كان على الكفيل أداء المال، فمرادهم بالبراءه البراءه عن الإحضار لا عن إعطاء المال، أو أن كلامهم فى غير صورته كون العقد كما ذكرناه.

وبذلك يظهر أنه لا- موقع بعد ما ذكرناه لكلام مفتاح الكرامه، حيث قال: ويبقى الكلام فيما إذا حضر الأجل فطلبه فماتل فى إحضاره مع تمكنه منه

حتى مات. إذ لا فرق بين المماطلة وغيرها في أن الواجب الإحضار بشخصه، أو تحصيل المكفول له المال منه بأية كيفية، أو إعطاء الكفيل المال للمكفول له إذا لم يبرأ المكفول أو لم يسقط عن استحقاقه المال بأن صار كافراً حربياً مباح المال، إلى غير ذلك من الصور.

ثم إن القواعد قال بعد ذلك: (في غير الشهادة على عينه)، وفسره في مفتاح الكرامه بأنه يريد أن الخروج عن العهد بموته إنما هو في غير الشهادة على صورته وعينه، لدلاله ذلك على عدم الاختصاص بحال الحياه.

أقول: فإذا كانت الكفاله على أن يحضره وجب عليه إحضار الميت، ومعنى الإحضار أن يعمل شيئاً يسبب رؤيه القاضى أو الشهود جسد الميت، ولو بأن يذهب بهم إليه، لأن التسليم لا يتوقف على الإتيان بالمكفول حتى فى حال حياته، بل هو الجمع بين المكفول له والمكفول.

ثم قال القواعد بعد ذلك: أو فيها بعد الدفن إن حرمتنا النيش لأخذ المال. وفسره مفتاح الكرامه بقوله: يريد أن هذا فيما لم يدفن فإن دفن وحرمتنا النيش لأخذ المال لم ينبش هنا أيضاً فيخرج عن العهد بدفنه.

وفى جامع المقاصد: إنه يشكل بأن نبش الميت بالشهادة على عينه من الأمور المستثناه فى الاستقلال غير متفرعه على جواز النيش لأخذ المال، فلا يلزم من تحريم النيش ثم تحريمه هنا.

ومنه يعلم وجه النظر فى تقييد القواعد بقوله: (إن حرمتنا النيش لأخذ المال)، ولذا قال فى الجواهر: ضروره عدم تفریع ذلك عليه، فإن الشهادة على عينه من مستثنيات النيش، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال وعدمه.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام فى مستثنيات النيش فى كتاب الطهاره،

والظاهر أن كلاً منهما جائز، سواء كان للمال أو الشهاده على العين، لأن أدله النباش لا تشمل أمثال هذه الأمور إلا إذا كان شيئاً ضئيلاً جداً بحيث يعرف من الأدله تقدم حرمة النباش على التلف في مثل ذلك المال، كما ذكرنا تفصيله هناك.

ومما ذكرناه من التفصيل في المسأله بين صورتى موت المكفول، يظهر وجه ما ذكره صاحب الجواهر مستشكلاً عليهم، حيث قال: لولا- الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر، على اقتضاء الكفاله التخيير بين الإحضار والمال، فإنه إذا تعذر الأول يبقى الآخر.

ثم إن القواعد قال: ولو مات المكفول له فالأقرب انتقال الحق إلى ورثته. وفي مفتاح الكرامه كما في التحرير وجامع المقاصد، وفي التذكره إنه الصحيح عندنا، لأنه حق للميت فينتقل إلى ورثته كغيره من الحقوق للعمومات، وقد تبعهم صاحب الجواهر فقال: إن موت المكفول له يقتضى أن الحق ينتقل إلى وارثه، لعموم أدله الإرث بعد أصاله بقاء الحق.

أقول: هذا إذا كان العقد مطلقاً بحيث ينصرف ولو ارتكازاً إلى ذلك، أما إذا كان العقد خاصاً بالمكفول له فإنه ينتفى موضوعه بانتفاء المكفول له بالموت، وقول القواعد في كلامه المتقدم: (الأقرب) كأنه ناظر إلى قول بعض الشافعيه حيث قالوا: بأن الكفاله تنقطع لأن الكفاله عقد ضعيف فلا يحكم بثوتها، ولاقتضائها الإحضار إليه وقد تعذر، ولا يخفى ما فى كلا الدليلين من الضعف.

وعن الإيضاح إنه لم يرجح أحد القولين، وفيه نظر.

ثم لو تكفل أن يحضره لأجل دين كان للمكفول له على المكفول، أو لأجل قصاص كان يطلب المكفول له من المكفول، فسقط بعض الحق بإبراء ونحوه

أو لأن المكفول له جرح المكفول الجارح له ببعض الجرح مما بقى بعض الجرح للمكفول له على المكفول، فالظاهر بقاء الكفاله للأصل.

ومنه يعلم أنه لو أسقط بعض ورثه المكفول له حقهم دون البعض، كان على الكفيل إحضار المكفول عند أولئك البعض الذين لم يسقطوا حقهم، ولو شك في بقاء حق الكفاله بعد إسقاط البعض كان الأصل البقاء.

ومنه يعلم أنه لو كان المكفول له يطلب من المكفول أرضاً فكفل له إنسان، فإن على الكفيل إعطاء الأرض إذا لم يتمكن من تسليم المكفول.

وهل ينفع إبراء الزوجه عن الكفاله أو أنها لا شأن لها حيث لا تترث عن الأرض فيما إذا مات المكفول له، وكذلك في الحبوه بالنسبه إلى غير الولد الأكبر، الظاهر الثانى، لأن عدم حق الزوجه وغير الولد الأكبر لا يوجب بطلان حق الكفاله، على ما عرفت فى اختلاف الورثه فى إسقاط بعضهم الحق دون البعض، وقد ذكرنا شبه هذه المسأله فى كتاب الإرث فى باب الخيار الموروث إذا كان متعلق الخيار الأرض أو الحبوه بالنسبه إلى الزوجه وغير الولد الأكبر.

قال فى الجواهر: أما موت الكفيل فلا إشكال فى بطلان الكفاله حينئذ.

أقول: قد يقال: إن الكفيل إذا كانت كفالته بمعنى أنه ضامن فى نفسه أو ماله أن يحضر المكفول أو أن يؤدى المال، فإنه لا وجه للقول ببطلان الكفاله، فإذا مات حتى تعذر الإحضار يلزم إخراج المال من تركته للمكفول له إذا لم يرد الورثه إحضار المكفول لتخليص التركة وإلا- لم يستبعد أن يكون لهم ذلك، ولا- حق للمكفول أن لا- يحضر بأمرهم، فهم كالمورث فى حقهم فى الإحضار إذا كانت الكفاله على هذا النحو، مستنداً إلى تسلط الناس على أنفسهم، حيث إنهم يريدون تخليص التركة من حق المكفول له الذى لا يتحقق إلا

ياحضار المكفول، والمكفول حيث سقط تسلطه على نفسه، فكما للميت الكفيل إحضاره كذلك لورثته.

ثم إنه لو عفا المكفول له عن المكفول في باب القصاص قتلاً أو جراحاً أو نحوهما سقطت الكفاله لانتفاء الموضوع فينتفى الحكم.

ثم قال في القواعد: لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحاله وغيرها برئ الكفيل، وكذا لو أحال المكفول المستحق لأنه كالقضاء.

وقال في مفتاح الكرامه: هناك فرق بين انتقال الحق من الموروث إلى الوارث، وبين انتقال الحق من المستحق إلى غيره ببيع ونحوه، فإن الكفاله لا تنتقل حينئذ، بخلاف الإرث فإنه يقتضى نقل كل الحق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به.

والحاصل: إن مورد الإرث عام في المال وحقوقه، ومورد المعاوضه ما وقع عليه العقد، وقد نص عليه في التذكرة والحواشى وجامع المقاصد، لكن في الجواهر احتمال انتقال حق الكفاله بانتقال الدين ببيع أو حواله ونحوهما.

والظاهر التفصيل، إذ مقتضى القاعده أنه لو كانت الكفاله على نحو الكلى وإنما شخص زيد من باب الانطباق عليه يلزم أن يبقى الكفيل كفيلاً، لأن تبدل الفرد لا يوجب عدم انطباق الكلى الذى وقع عليه العقد على الفرد الثانى.

أما إذا كان من باب الشخص بطلت الكفاله، إلا إذا كان الشخص من باب الشرط، لا من باب القيد ومصعب العقد، حيث إن للكفيل أن يسقط شرطه ويبقى

الكفاله وبعد إسقاط شرطه لا حق له فى إعاده الشرط، فإن الإبراء سواء كان عن الشرط أو عن المال أو نحوهما يوجب سقوط الحق، وبسقوط الحق لا يمكن أرجاعه إلا بعقد جديد ونحوه.

فبهذا التفصيل فى باب البيع ونحوه يظهر أن موضوع الإرث أيضاً كذلك، لأنه لو كانت كفاله شخصيه لم يكن وجه للانتقال، بينما إذا كانت الكفاله على نحو الكليه كان اللازم الانتقال.

ص: ٧١

(مسألة ١٦): قال فى الشرائع: إذا مات المكفول برئ الكفيل، وكذا لو جاء المكفول وسلم نفسه.

وفى المسالك: أى سلم نفسه للمكفول له تسليماً تاماً، فإن الكفيل يبرأ بذلك لحصول الغرض وهو رده إلى المكفول له، ولا فرق بين وصوله إلى يده بالكفيل وغيره، وقيدته فى التذكرة بما إذا سلم نفسه عن جهه الكفيل، فلو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد من جهته، وأطلق فى موضع آخر منها البراءة كما هنا وهو أجود، ولو سلمه أجنبى عن الكفيل فكذلك، ولو لم يكن عنه فالوجهان إلا أنه فى التذكرة جزم هنا بالتفصيل، وزاد أنه لا يجب على المكفول له قبوله إلا أن يكون التسليم صادراً عن إذن الكفيل، محتجاً بعدم وجوب قبض الحق إلا ممن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل، وفى كل هذه الفروض نظر، وإطلاق المصنف وجماعه يقتضى عدم الفرق ولعله أوجه وكلام التذكرة مختلف، انتهى.

وإنما قيد التسليم بالتسليم التام الذى هو المفهوم من عبارته المحقق أيضاً، لأن التسليم إذا لم يكن تاماً لم يكن تسليم حتى من الكفيل كما تقدم، فكيف بالأجنبى أو بنفس المكفول.

هذا لكن مقتضى القاعدة أنه لا يبرأ الكفيل بتسليم المكفول نفسه مطلقاً، بل فيما إذا لم يكن غرض إلا التسليم، وقد انصب على ذلك الغرض العقد، إذ مقتضى العقد التسليم ولم يسلم الكفيل، وتسليم الأجنبى أو نفس المكفول أو إلقاء المكفول له القبض عليه غير مقتضى العقد الواجب الوفاء به، فالمقام مثل ما إذا كفله اثنان، حيث قلنا: إن تسليم أحدهما لا يغنى عن تسليم الآخر.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام كل من المحقق والتذكرة والمسالك،

كما أنه يظهر وجه النظر فى التفصيل بين كون تسليم نفس المكفول نفسه، أو الأجنبى للمكفول بما إذا كان عن قبل الكفيل، أو لم يكن عن قبل الكفيل، إذ لَمَّا لم يكن ذلك بأمر الكفيل وإذنه لا معنى للتسليم عنه أو لا عنه.

وفى الجواهر بعد تأييده المحقق بعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل، إذ ليس هذا الحق أعظم من الدين، بل لا يبعد وجوب القبول لنحو ما سمعته منا فى دفع الدين مع المتبرع، كما عن الأردبيلى التصريح به هنا، ثم نقله كلام التذكرة المتقدم فى المسالك قال: ولكن لا يخلو من إشكال كما عرفته سابقاً فى كفاله الاثنى عشر، انتهى.

ولعله أشار إلى ما ذكرناه من الإشكال.

(مسألة ١٧): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه، لأصالة بقاء الحق بعد اعترافه بشوته سابقاً، كما هو مقتضى دعوى الإبراء، فلو رد اليمين على الكفيل فحلف برئ من حق الكفاله، لكن لم يبرأ المكفول من المال بيمين غيره، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة، فله اليمين على المكفول له لو ادعى عليه الإبراء، ولا يكتفى باليمين التى حلفها الكفيل، كما أن له رد اليمين على المكفول فإذا حلف برئ حينئذ، انتهى.

وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامه عند قول العلامة بمثل قول المحقق، عن المبسوط والتحرير والتذكرة والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه.

وهو كما ذكره، فهنا دعويان مستقلتان، لا دعوى واحده حتى يكتفى فيها بيمين واحده.

وعليه فإذا أخذ المكفول له من الكفيل لا يحق للكفيل الرجوع إلى المكفول، لأنه مقر على أن المكفول له ظالم عمداً أو اشتبهاً فى أخذ المال، فلا شىء على المكفول حتى يرجع الكفيل عليه بعد أداء المال إلى المكفول له، كما تقدم مثله فى بعض المسائل السابقه.

ثم قال الجواهر: نعم لو فرض سبق دعوى الإبراء من المكفول فحلف اليمين المردوده برئ هو وكفيله، وإن كان قد حلف المستحق أولاً للكفيل على عدم الإبراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفاله، كما لو أدى الحق، انتهى. وهو كما ذكره.

ثم إنه يصح للمكفول له الحلف على عدم علمه بالإبراء لإمكان النسيان

ونحوه، كما أنه إذا ورثه الوارث حق له الحلف على ذلك، ويكتفى به كما قرر في كتاب القضاء.

وذكرهم الحلف لأنه لا يمكن غالباً البينه، وإلا فلو ادعى الكفيل أنه أبرأه في هذه الساعه وكان عنده شاهدان على الإبراء، لم تصل النوبه إلى الحلف كما هو واضح.

ص: ٧٥

(مسألة ١٨) قال في الشرائع: لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء جاز.

وفى المسالك: لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وإن لم يكن مალأ صح كفاله الكفيل من كفيل ثان، لأن الكفيل الأول عليه حق للمكفول له وهو إحضار المكفول الأول، وهكذا القول فى كفاله كفيل الكفيل وهكذا، وهو معنى الترامى، ثم يختلف حكم الإحضار فيهم، فإنه متى أحضر الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفاله خاصه، وبقي على مكفوله إحضار من كفله وهكذا. ولو أحضر الكفيل الأول مكفوله برئ الجميع لأنهم فرعه، وإن أحضر الكفيل الثانى الكفيل الأول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء وهكذا. لو أبرأ المكفول له الأول غريمه المكفول الأول وهو الأصيل برئوا أجمع، لزوال الكفاله بسقوط الحق، ولو أبرأ غيره من كفالته، أى أسقط عنه حق الكفاله برئ من بعده دون من قبله، انتهى.

وقد تبعه فى كل ذلك الجواهر ومفتاح الكرامه وغيرهما، بعد أن نسب الثانى عند قول القواعد بمثل قول الشرائع الحكم إلى المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والإرشاد ومجمع البرهان، فإذا اشترك زيد وعمرو فى جنايه أو فى دين يصح لصاحب المال أو المجنى عليه أن يأخذ كل واحد منهما كفيلاً على الآخر بالترامى، فيحضر هذا ذاك ويحضر ذاك هذا وهكذا.

ويأتى هنا ما قلناه سابقاً من صحه كفاله اثنين دفعهً أو مرتباً لمكفول واحد وهكذا، فإذا كان نفران الحاكم يريد هما، فإن كل واحد منهما يكفل إحضار الآخر عند الحاكم، فإذا أحضر زيد عمرواً برأت ذمه زيد من الكفاله، وبقيت ذمه عمرو مشغوله بالكفاله حتى يحضر زيدا، وهكذا فى صوره الترامى على ما ذكره المسالك.

(مسأله ١٩): قال فى الشرائع: لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه صح، لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً.

قال فى المسالك والروضه تبعاً للكركى: إن إطلاق الرأس والوجه على أنفسهما خاصه أشهر من إطلاقهما على الجملة، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك فى حصول الشرط وأصاله البراءه من لوازم العقد غير واضح. نعم لو صرح بإرادته الجملة من الجزئين اتجهت الصحه، كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً، بل كالجزء الذى لا يمكن الحياه بدونه، وبالجملة الكلام عند الإطلاق وعدم قرينه تدل على أحدهما، فعند ذلك لا يصح التعليل بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة، انتهى.

لكن فى ذلك ما أورده عليه الجواهر: بأن المراد من التعليل المزبور بيان صحه الإطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعاً فى عقد الكفاله ولو باعتبار تعارف التعبير به مريداً به الجملة فيها، أو بيان الاكتفاء فيها فى الحمل على الوجه الصحيح لأصاله الصحه وغيرها بقابليه اللفظ بذلك، بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً، انتهى.

وهو كما ذكره، لأن الكلام فى صحه مثل هذه الألفاظ، وقد حقق فى صيغ العقود أن الصيغه لو كانت مشتركه بين معنيين أحدهما صحيح والآخر باطل فعقداً كان مقتضى أصل الصحه كون المراد الصحيح من المعنيين، كما أنه لا إشكال فيما إذا كانت هنالك قرينه حاله أو مقالیه.

ثم إن القواعد قال بعد مثل العبارة المتقدمه: أما لو قال: كفلت كبده، أو غيره مما لم تمكن الحياه بدونه، أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعه فى الصحه

نظر، ينشأ من عدم السريان كالبیع، ومن عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجملة فيسرى، وكذا لو كان جزءاً يمكن الحياه مع انفصاله كیده ورجله.

وفى مفتاح الكرامه فى الفرع الأول من القواعد إلى قوله فيسرى: الأقرب الصحه كما فى التحرير، وهو الوجه كما فى التذكرة ومجمع البرهان، وذلك لأن كفاله الجزء الذى لا- تمكن الحياه بدونه تقضى إلى كفاله المجموع، لأن إحضاره لا يمكن إلا بإحضار المجموع.

أقول: إن المتعاقدين إذا قصدا الكبد مثلاً وحدها، فمقتضى القاعده عدم الصحه لعدم تعارف مثل هذا العقد، والأدله الشرعيه إنما تنصب على المتعارف كما لا يخفى، أما إذا قصدا المعنى السارى إلى المجموع كان مقتضى القاعده الصحه، لأن الاستفادة من أدله الكفاله صحتها فى الجملة لا- خصوص صيغه بعينها، فكل لفظ دل على الكفاله ولو بقريته عدم إمكان إحضار العضو وحده يصلح لها لكون المقصود الكل.

والحاصل: الكلام تارة فى مقام الثبوت، وتارة فى مقام الإثبات وظاهر اللفظ، والمهم مقام الثبوت، أما مقام الإثبات فيتمسك فيه بالظهور أو أصاله الصحه، وأما مقام الثبوت فتابع للقصد، فإن قصد المعنى الصحيح فالكفاله صحيحه، وإلا فهى باطله.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد فى رد القواعد بقوله:

ولقائل أن يقول: إن إحضاره وإن كان غير ممكن بدون إحضار المجموع إلا أنه لا يقتضى الصحه، لأن الإحضار فرع الكفاله والمطلوب إنما هو صحه الكفاله وإحضار ذلك العضو، وحيث إن صحتها إنما تكون بكفاله المجموع ولم يصح ههنا إذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزم، وإن كان حكم

الكفاله وهو إحضار ذلك العضو غير ممكن إلا بإحضار المجموع، والعقود أسباب متلقاه من الشرع فلا بد في صحتها من النص، على أن التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف، انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع أخيراً قال: ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر لم يصح، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً، ولا يسرى إلى الجملة.

بل هو المحكى عن المبسوط ومن تأخر عن المحقق، كما يظهر من الجواهر ومفتاح الكرامه وغيرهما، وفي القواعد وجهان، وفي المسالك لا يبعد القول بالصحة، وقد عرفت عدم ظهور فرق لا في مقام الإثبات ولا في مقام الثبوت.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر للفرق بينه وبين الأول: هو صحة التعبير بالأول عن الجملة فيكفى أصل الصحة حينئذ في الحكم بإرادتها منه بعد فرض عدم صحة التعبير بها عن الجملة، بل لابد من التصريح بذلك أو بقريته أخرى فيكفى حينئذ، وإن كان غلطاً لما عرفت، انتهى.

إذ ما ذكره غير فارق لا في مقام الثبوت ولا في مقام الإثبات، ففي مقام الثبوت المعتبر القصد، وفي مقام الإثبات المعتبر الظهور أو القرينه.

(مسأله ٢٠): الظاهر صحه الكفالہ بالبعض دون الكل، كما إذا كان بين النجف وكربلاء عشره فراسخ، فيقول الكفيل: إني أكفل أن آتى به إلى ربع المسافه.

وكذلك يكفل بأن يأتى به بقدر ربع مؤنه الإتيان به، كما إذا كانت مؤنه الإتيان به أربعة دنانير، فيقول: إني كفيل بالإتيان به بإعطاء دينار فتأمل.

وكذلك إذا كان كفيلاً بالإتيان به بربع مؤنه وسيله النقل كربع السياره الحامله له.

فإذا انضم إليه كفيل آخر بالثلاثه الأرباع الأخر في الفروض الثلاثه صحت كفالہ تامه، وكذلك إذا استعد المكفول له بالثلاثه الأرباع الأخر، وكذلك فيما إذا كان على كل منهما النصف أو بالاختلاف في غير الربع، كالخمس والثلث وما أشبهه، وذلك لأنه عقد عقلائي يشملہ دليل (أوفوا بالعقود)، فإذا لم يعمل الكفيل بما التزم فإنه ضامن بقدر ما التزم.

كما أنه تصح الكفالہ بعدم الإحضار عند المكفول له، بل بالإحضار عند الحاكم أو عند إنسان آخر أو في مكان خاص، كما إذا تكفل أن يحضره إلى دار فيسجنه فيها حتى يأتى المكفول له أو الحاكم أو وكيل أحدهما فيتسلمه، كل ذلك لما عرفت من العرفيه والإطلاق.

نعم لا يصح للكفيل أن يقول: أنا كفيل نصفه لا نصفه الآخر، لأنه غير عقلائي، ولا يشملہ الدليل، وإن صحت الكفالہ بكفيلين كلاهما معاً يكفلاؤه، حيث تكون النتيجة أن نصف الكفالہ واقع على كل واحد منهما كما سبق، وقد تقدمت روايه الدعائم الداله على ذلك، بالإضافة إلى العرفيه والإطلاقات.

(مسأله ٢١): قال فى القواعد: لو أسلم الكفيل على الخمر برئ من الكفاله، ونقله مفتاح الكرامه عن التذكره والتحرير، قال: ومعناه أنه إذا كان لذمى على ذمى خمر وكفله ذمى آخر ثم أسلم الكفيل فإنه يبرأ من الكفاله، لامتناع كون المسلم كفيلاً بالخمر، فتبطل الكفاله ويبقى الحق بين الذميين كما كان، وظاهر التذكره أنه لا مخالف فيه أيضاً من العامه، انتهى.

ومقتضى القاعده عدم البراءه من الكفاله، لأن الكفاله للبدن، فإذا لم يمكن انتقل إلى الضمان بالدين، وحيث لا يتمكن المسلم من إحضار الخمر أحضر بدلها جمعاً بين الحقين، كما ذكرنا مثل ذلك فى كتاب الرهن.

ومنه يعرف وجه تضعيف جامع المقاصد تبعاً للسيد العميد للقواعد قال: لأن الكفاله ليست بالخمر، بل بمن عليه الخمر، وهو حق بالنسبه إلى الذميين ولهذا يمنع المسلم من التعرض إليه ويضمن قيمته لو أتلفه مع عدم التظاهر، بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفاله المسلم للذمى إذا كان فى ذمته خمر أو خنزير لذمى آخر، محتجاً بأن الكفاله ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له فى ذمه الكفيل، وهو هنا كذلك، ولا شبهه فى وجوب الحضور على المديون هنا إلى مجلس الحكم لو طلبه المستحق فلا مانع من صحه الكفاله أصلاً.

ومنه يعرف صحه الكفاله فيما لا يصح بنظر المسلمين، كما إذا تزوج الأخ أخته إذا كانا مجوسيين فأرادت الهرب مثلاً أو أراد الهرب، فكفل المسلم بإحضاره أو إحضارها عند الحاكم، مع أن الزواج عندنا باطل، وإذا لم يتمكن من الإحضار انتقل إلى إعطاء المهر مثلاً إلى الزوج، كما تقدم مثل ذلك فى أشباه الزواج.

ومنه يعلم وجه النظر فى إشكال مفتاح الكرامه على المحقق المذكور بقوله: وأنت خير بأن مقتضى الكفاله الإحضار، فإن امتنع من إحضاره حبس حتى يحضره أو يؤدى ما عليه، وكذا لو امتنع عليه إحضاره على رأى، فإنه يلزم بالمال. ومن المعلوم أن الخمر مثليه، فالزام المسلم بها هو أن يأتى بمثلا لا بقيمتها، ومن المعلوم أن الخمر لا تجب على المسلم ولا على الكافر، لأنه يمتنع فى شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر، فعاد الأمر بالآخره إلى كون المسلم كفيلاً بالخمر كما قالوه، انتهى.

ومنه يعرف الحال فى ما إذا كان المكفول له يطلب المكفول عنه بالخمر وهما ذميان فأسلم أحدهما، فإنه إذا أسلم المكفول له طلب الثمن، وإذا أسلم المكفول عنه أعطاه الثمن جمعاً بين الحقين.

ومثل الخمر والخنزير سائر الأشياء التى لا مالیه لها فى شرع الإسلام، بل مسأله الخنزير أهون، كما ذكرناه فى بعض كتب الفقه كالرهن وغيره، حيث إن الخنزير لا يبعد القول باختصاصه بالصحه من جهه صحه جعل جلدده للسقاء وشعره للحبل، وإن كان للتأمل فى كلتا المسألتين مجال، والله العالم.

(مسأله ٢٢): قد تقدم الإلماع إلى أنه يدخل خيار الشرط وغيره من الخيارات الممكنه في عقد الكفاله، وقد نص على ذلك في مفتاح الكرامه في الجملة، قال: عقد الكفاله يصح دخول الخيار فيه مده معينه لقوله جل شأنه: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، وقوله (صلى الله عليه وآله): «المؤمنون عند شروطهم» (٢)، نص على ذلك في التذكره، وحكى عن الشافعي بطلان العقد، وعن أبي حنيفه بطلان الشرط فقط.

أقول: كلا القولين غير ظاهر الوجه، فمقتضى القاعده هو قول التذكره والمفتاح.

ص: ٨٣

١- المائده: الآيه ١

٢- الوسائل: ج ٧ ص ٥١ الباب ٤٠ من أبواب المهور وكتاب النكاح ح ٤

(مسأله ۲۳): قال فى مفتاح الكرامه: إذا قال رجل لرجل إن فلاناً قد لازم فلاناً وضيق عليه فاذهب فتكفل به، فتكفل كما أمره غير مكره، كانت الكفاله على من باشر العقد دون الأمر، نص عليه فى المبسوط، انتهى.

وهو كما ذكره، إذ معنى تكفل فلاناً ليس أن الأمر هو الكفيل، وإنما المباشر هو الكفيل.

نعم إذا قال له: اذهب وتكفل به عنى، كان وكيلاً فإذا فعل يكون الكفيل الأمر، والوكاله تدخل فى الكفاله كما يدخل فيها الفضولى كما تقدم.

أما قوله: إن فلاناً قد لازم فلاناً وضيق عليه، فمن الواضح أنه من باب المثال، إذ لا خصوصيه له، كما أنه إذا أكرهه على أن يتكفل فالمكره مرفوع عنه الحكم وكان كالفضولى، إن شاء أجاز وإن شاء رفض، لرفع الإكراه.

نعم إذا كان الإكراه على حد لا يشعر بما يقول أو لم يقصد المعنى عند إجراء صيغه الكفاله بطلت ولا شىء، ولا يتمكن من الإجازة بعد ذلك، إذ اللفظ كلا لفظ حينئذ، وإنما الأعمال بالنيات، ولفظ المكره الذى لا يشعر ما يقول كلا لفظ.

مسأله ٢٤ لو قال: اتركه أنا كفيله

(مسأله ٢٤): لو أن إنساناً كان يطالب غريماً، وكان الغريم يريد السفر أو نحوه، فقال له شخص: اتركه فأنا كفيله، فالظاهر صحة الكفاله لإطلاق الأدله والعرفيه كما تقدم، فإذا أحضره فهو وإلا كان ضامناً للمال على ما سبق، وهل يعتبر تعيين الوقت، الظاهر لا، إذا لا خصوصيه للأوقات.

نعم يجب أن لا يكون الموضوع غرراً، لنهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر(١)، وبكلا الفرعين أفتى المحقق القمى فى جامع الشتات.

ص: ٨٥

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجاره ح ٣

(مسأله ٢٥): لو أعطى شخص إنساناً بيد إنسان وقال: احفظه لى حتى آتى لآخذ منه دينى مثلاً أو ما أشبهه، وقبل الآخذ ذلك، فالظاهر وجوب الحفظ عليه، لأنه كفاله معاطيه، فإذا أطلقه وثبت دين الأمر على المأخوذ كان على الآخذ أن يؤدي دينه.

نعم إذا لم يثبت دينه عليه فليس على الآخذ شيء، ومجرد ادعاء الأمر بأنه يطلبه مثلاً لا يوجب حقاً على المأخوذ.

وإذا أقام المأخوذ شاهدين عند الآخذ بأن الأمر ظالم له لم يكف ذلك فى رفع كفالته، إذ الشهود يجب أن يكونوا عند الحاكم الشرعى، بل الحاكم الشرعى أيضاً إذا أقام المأخوذ الشاهدين عنده وحكم يكون حكماً على الغائب، والغائب على حجته، فإذا جاء الأمر وأثبت كذب المأخوذ كان له أن يطالب الكفيل بمقتضى الكفاله.

مسأله ٢٦ لو قال: تعامل معه وأنا كفيله

(مسأله ٢٦): إن أراد زيد المعامله مع عمرو، لكن عمرواً لا- يثق به، فقال خالد لعمرو: تعامل معه وأنا كفيله، فالظاهر أن الكفاله محققه، فإذا تعامل معه فلم يؤد زيد مقتضى المعامله كان اللازم على الكفيل إمّا إحضاره عند الحاكم، وإما الأداء، فإن إطلاقات أدله الكفاله والعرفيه شامله لمثل هذا أيضاً.

ص: ٨٧

(مسألة ٢٧): فيها فروع:

(فرع ١): لو اختلفا في أنه هل أحضر المكفول عند المكفول له أو لا، أو هل أحضره إحضاراً تاماً أو لا، أو هل أحضره فيما كان المكفول له قادراً على تسلمه أو لا، فالقول قول المكفول له، لأصالة عدم الخصوصيات التي يدعيها الكفيل.

(فرع ٢): لو كفّل فلم يتمكن من الإحضار، فإن كان الشيء مثلياً أدى مثله إلى المكفول له، وإن كان قيمياً أدى قيمته إليه، وإن كان مثل الإبل والبقر والغنم كما في كفاله القاتل فأخذه المكفول له ثم جاء المكفول واستعد أن يعطى المكفول له حقه، فالظاهر أن أصل مال الكفيل يرجع إليه دون الفوائد التي استفادها المكفول له، كالنتاج واللبن والشعر ونحو ذلك، إذ مقتضى كونه بدل الحيلولة أنه مثله في أن النتاج للمكفول له.

نعم للكفيل أن يرجع بالنتاج ونحوه إلى المكفول عنه، لأنه سبب ضرره وخسارته، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في كتاب الغصب في موضوع بدل الحيلولة.

أما إذا أتلّف المكفول له أعيان مال الكفيل، فللكفيل أن يرجع إلى المكفول عنه بمثل أو قيمه أعيانه.

(فرع ٣): الظاهر أن في دية القتل ونحوه مما يكون القاتل والعاقلة مخيراً بين أشياء، الكفيل أيضاً يكون مخيراً بين تلك الأشياء، لأن الكفيل قائم مقام المكفول عنه، فكما هو مخير كذلك يكون الكفيل مخيراً، فلا حق للمكفول له بتعيين شيء من تلك الأشياء، كأن يطالب منه مثلاً الإبل لا الدينار أو الشاه لا البقر، إلى غير ذلك.

وقد ذكرنا في كتاب الديات أن التخيير بين الأشياء كما هو جار في القتل، كذلك هو جار في مثل قطع اليد ونحوها، حيث

إن ما ذكر في جملة من الروايات من الإبل أو نحوه إنما هو من باب المثال، لا من باب الخصوصية، بقريته روايات أخر حاكمه على تلك الروايات، مما يجعل ديات الأعضاء مثل ديات النفس.

(فرع ٤): إذا هرب المكفول عنه أو سجن أو ما أشبه مما لا يمكن وصول اليد إليه، وكان مال المكفول له بعينه موجوداً في أثاثه، فالظاهر أن للكفيل الحق في أخذ عين المال وإرجاعه إلى المكفول له، نعم يشترط في ذلك إذن الحاكم الشرعي لأنه ولي القاصر والغائب ونحوهما.

أما إذا لم يكن عين مال المكفول له موجوده في أثاث المكفول عنه وكان له مال، فالظاهر الحق للكفيل في أن يأخذ من مال المكفول عنه ويعطيه إلى المكفول له، لكن بشرط إذن الحاكم أيضاً، فإذا كانت له أقسام متعدّده من المال تخير الحاكم الشرعي في أن يجيز للكفيل بأن يأخذ من أيها ويبيعه ويعطيه ثمنه أو يعطى عينه للمكفول له.

وإذا لم يمكن الحاكم الشرعي ليستجيز منه الكفيل في الفرعين، كان له مراجعه عدول المؤمنين، فإن لم يمكن ذلك أيضاً أخذ بنفسه وأعطاه له، والظاهر أن من عدم الإمكان ما إذا كان رجوعه إلى الحاكم الشرعي أو إلى عدول المؤمنين غير منتج، لأنه لا يتمكن من إثبات الكفاله ونحو ذلك، فإن له أن يأخذ بنفسه، كما أجاز رسول الله (صلى الله عليه وآله) هنداً أن تأخذ من مال أبي سفيان لأجل النفقه، فإن مناط الحديث المذكور موجود في المقام، بالإضافة إلى دليل «لا ضرر»، و«لا يتوى» وغيرهما من الأدلة العامه.

(فرع ٥): إذا تكفل إنسان إنساناً ثم ظهر له أنه إذا سلم المكفول عنه إلى المكفول له أضره ضرراً بالغاً، مثل أن يقتله أو ما أشبهه في ما لا حق للمكفول له في ذلك، فالظاهر أن المسألة من باب الأهم والمهم، فيلاحظ أهم الحقين،

فإن كان حق المكفول له أهم من الإضرار الذى يضره بالمكفول عنه أخذ الكفيل المكفول عنه وسلمه إلى المكفول له، وإذا كان حق المكفول له أقل من الإضرار ونحوه الذى ينزله المكفول له بالمكفول عنه، فلا يحق للكفيل تسليمه إلى المكفول له، فإن دليل «لا ضرر» محكم على الأدلة الأولى، لكن مع عدم التسليم يضمن حقه.

(فرع ٦): الظاهر صحة الكفاله عند الجائز بموازين جواز مراجعته، فإذا لم تجز مراجعته لم تجز الكفاله عنده، وذلك للأدله العامه فى كل من المستثنى والمستثنى منه.

(فرع ٧): حيث إن الحواله تفيد نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، كما ذكرنا تفصيله فى كتاب الحواله، فإذا كفل رجلان رجلاً لا على سبيل التنصيف وما أشبهه، بل بأن يكون كل واحد كفيلاً مستقلاً، فلم يتمكننا من تسليم المكفول عنه إلى المكفول له، فأحال أحدهما ما عليه من المال للمكفول له على إنسان، فالظاهر براءة كلا الكفيلين، إلا أن يكون كل واحد كفيلاً مستقلاً بحيث إن تسليم أحدهما لا يكفى عن تسليم الآخر، فإن فى هذه الصوره لا تبرأ ذمه الآخر إلا بتسلم المكفول له المال من المحال عليه حيث تسقط الكفاله بسقوط موضوعه.

وإلى ذلك أجمع روايه الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاه والسلام) أنه قال: «إذا كان لرجل على رجل دين وكفل به رجلان فله أن يأخذ أيهما شاء، فإن أحاله أحدهما لم يكن له أن يرجع على الثانى إذا أبرأه».

(فرع ٨): إذا هرب المكفول عنه أو جنّ أو ما أشبهه مما لا- يمكن الوصول إليه، وادعى المكفول له أنه يطلبه مائه، ولم يعلم الكفيل صدقه عن كذبه، كان له

على المكفول له البيه، فإن أتى بها فهو، وإلا- حيث يتوجه الحلف إلى الكفيل ولا- يتمكن من الحلف لعدم علمه فله أن يرد الحلف على المكفول له، فإذا حلف كان له على الكفيل ما حلف عليه، كما له أنه يحلف على عدم علمه بالمقدار المتنازع فيه، حيث يعلم الكفيل بأن الدين ستون ويشك في باقيه إلى المائة، لكن إذا قال الكفيل: إنه يكذب، ولم يأت المكفول له بالبيه حلف الكفيل على العلم وثبت قوله على مقتضى قوانين الدعاوى.

(فرع ٩): إذا لم يعلم كل من الكفيل والمكفول له ما يطلبه المكفول له عن المكفول عنه، فإن كان هناك قدر متيقن أخذ به، وإن كان الأمر دائراً بين شيئين فالظاهر تحكيم قاعده العدل بالتنصيف، كما إذا كان الأمر دائراً بين شاه وثور، حيث يعطى الكفيل للمكفول له نصف الشاه ونصف الثور، وإن كان الأمر مجهولاً مطلقاً، فالفاصل الصلح القهري الذي يلجؤهما الحاكم الشرعى عليه، وقد ذكرنا مسأله الصلح القهري فى بعض أبواب الفقه، وأنه قد ذهب إلى ذلك جمع من الفقهاء.

وبما ذكرناه يقيّد مفهوم روايه الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاه والسلام) حيث قال: «إذا تحمل الرجل بوجه الرجل إلى أجل فجاء الأجل من قبل أن يأتى به حبس إلا أن يؤدى عنه ما وجب عليه إن كان الذى يطالب به معلوماً وله أن يرجع به عليه، وإن كان قد طلب ما لا- بد فيه من إحضار الوجه كان عليه إحضاره إلا أن يموت، فإن مات فلا شىء عليه» (١)، فإن قوله (عليه الصلاه والسلام) (معلوماً) مفهومه إن كان مجهولاً لا شىء عليه، أو إنه ليس حكم المجهول حكم

ص: ٩١

المعلوم فاللازم تقييد المجهول بما ذكرناه، كما أن قوله: فإن مات فلا شيء عليه قد تقدم بعض الكلام فيه في بعض المسائل السابقة.

(فرع ١٠): لو ظهر أن الكفيل كان مغروراً، بأن زعم أن الدين مائة فظهر ألفاً، لم يبعد حقه في الفسخ، لدليل الغرر، والظاهر أن المكفول له له حق أخذ المائة منه دون الزائد.

أما الأول: فللدليل «لا ضرر» (١١)، و«لا يتوى» (٢٢)، والإقدام وغيرها، بل و(ما يضمن بصحيحه).

وأما الثاني: فلأنه بعد الفسخ لا حق عليه في التسعمائه، وإن كانت المسألة بحاجة إلى التأمل.

ولو كان الكفيل قيد الدين بمائة في العقد، فظهر ألفاً، لم يكن عليه إلا الإحضار، أو إعطاء المائة، لكن لا يخفى أن الكفيل لو شرط في الكفاله كون الدين بقدر مائة فبان أكثر، كان له حق الفسخ حسب الشرط ولا حق للمكفول له في الأخذ منه ولو بمقدار مائة.

(فرع ١١): لو كان الكفيل يزعم أنه قوى قادر على الإحضار، فظهر أنه كان ضعيفاً غير قادر عليه، أو زعم أن المكفول عنه ضعيف يقدر على إحضاره فبان أنه قوى لا يقدر على إحضاره، فإن كان ذلك على نحو القيد بطل العقد، وإن كان على نحو الشرط كان له حق الفسخ، وإن كان على نحو الداعي كان العقد باقياً عليه إما الإحضار وإما خساره.

(فرع ١٢): لو تحول الكفيل القوى ضعيفاً، أو المكفول عنه الضعيف

ص: ٩٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الشهادات ح ٥

قوياً، أو المال الذى يسوى قليلاً يسوى كثيراً بسبب التضخم، فإن كان على نحو الشرط أو القيد فكما فى الفرع السابق، وإن كان على نحو الداعى بقيت الكفاله على حالها، كما هو مقتضى القاعده فى الأمور الثلاثه.

(فرع ١٣): القوانين الوضعيه الباطله شرعاً كما هى الجاريه الآن فى كافه بلاد الإسلام إذا كان الإنسان مطلوباً بها فكفله الكفيل كانت الكفاله باطله، وليس لمثل هذه الكفاله من أثر شرعى، كما أن الكفاله بذاتها لو كانت غير شرعيه لفقد شرط ونحوه كما فى القوانين الوضعيه الحاضره أيضاً تكون الكفاله باطله، ومن الفرع الثانى ما لو أجبرت الدوله إنساناً على الكفاله بدون رضاه فكفل مكرهاً.

(فرع ١٤): لو قال: إنى أكفل المجيء به بكل سعى، وإذا لم أتمكن فلا شىء على، أو إذا لم أتمكن أعطى نصف المبلغ أو ثلثه أو ربهه أو ما أشبهه، فهل يصح، احتمالان، من أنه مقتضى الشرط و«المؤمنون عند شروطهم»، وأنه عقد عقلائى وإن لم يكن من الكفاله المعروفه، ومن أنه خلاف مقتضى العقد، والشرط المخالف لمقتضى العقد يوجب الفساد كما قرر فى محله.

لكن لا يبعد الصحه من باب أنه عقد مستقل لم يمنع عند الشارع، ودليل الكفاله ليس مانعاً عن مثل ذلك، وقد ذكرنا غير مره أن العقود المتسحدته صحيحه إذا لم يمنع عنها الشارع، كما قاله الجواهر والعروه وغيرهما.

(فرع ١٥): إذا كفل إحضاره عند الحاكم على نحو القيد، فتغير الحاكم من العداله إلى الفسق، بأن صار نفس الحاكم العادل فاسقاً، أو فاقداً لبعض الشرائط الأخر، أو تبدل الحاكم من عادل إلى فاسق، فالظاهر بطلان الكفاله لتعذر متعلقها، وإن كانت المسأله بحاجه إلى التأمل.

(فرع ١٦): لو لم يحضر الكفيل المكفول عنه فى الوقت المقرر أو عند المطالبه فى الكفاله المطلقه، فالظاهر أن للمكفول له إذا لم يمكنه إجباره على ذلك ولو بالحبس عند الحاكم ونحوه، الأخذ من ماله مقاصه، لأنه إذا تعذر أحد الشقين بقى عليه أداء المال، وحيث إنه لا يؤدي كان عليه المقاصه، وهل المقاصه بحاجه إلى إذن الحاكم الشرعى أو لا، احتمالان، وقد ذكرنا ذلك فى بعض المباحث المرتبطه بالمقاصه.

(فرع ١٧): لو قال: أنا كنت أحد الكفيلين، كفلنا المكفول عنه معاً بأن نأتى به لا على سبيل استقلال كل واحد، بل على سبيل الانضمام، حيث يصح مثل ذلك، فالأصل معه، ولا- حق للمكفول له عليه إلا- بالبينه أو نكوله عن الحلف بموازين الدعوى، والظاهر أن عليه إذا لم يأتيا به نصف الدين ونحوه، وكذلك إذا قال: أنا كنت أحد الثلاثة أو أحد الأربعة، فعليه الثلث أو الربع.

(فرع ١٨): لو كفله مرتين الظاهر الصحه، فيكون ككفيلين مستقلين لمكفول عنه واحد، فإذا جاء به مره وهرب مثلاً وجب عليه أن يأتى به مره ثانيه، وذلك لإطلاق أدله الكفاله والعرفيه سواء عقد العقدين بلفظ واحد، كما إذا قال: كفلته مرتين، أو بلفظين، كما إذا قال: كفلته، ثم قال بعد ذلك: وكفلته أيضاً كفاله ثانيه.

(فرع ١٩): الظاهر صحه الكفاله فى أوقات خاصه، كما إذا كفله فى أيام الجمعه مثلاً، فعليه أن يأتى به فى يوم الجمعه لا يوم السبت ونحوه.

(فرع ٢٠): الظاهر أنه تصح الكفاله متصله بوقت الكفاله ومنفصله، كما إذا كفله بعد شهر فإنه لا حق على المكفول له عليه فى هذا الشهر، وإنما حقه يبتدىء بعد شهر، فهو مثل مسأله الإجاره لا مثل مسأله النكاح حيث لا يصح الفصل.

(فرع ٢١): الظاهر صحه الكفاله مطلقه إلى عشر سنوات فى كل معامله أو فى كل جنايه أو فىهما معاً، وكذلك تصح الكفاله فى بعض الأمور دون بعض، كأن يقول: أنا كفيله فى جناياته الجسديه مثلاً لا فى معاملاتة، أو فى معاملاتة لا فى جناياته، إلى غير ذلك من صور التقييد.

(فرع ٢٢): لو كفّل ثم جن ثم طاب كانت الكفاله باقيه، لأن الجنون فى الوسط لا دليل على أنه مسقط للكفاله، فهو مثل سائر العقود الباقية بعد الجنون أيضاً، بل هى باقيه حال الجنون، وإنما لا يصح أخذه بها، لأن المجنون لا حكم عليه، فليس معنى (رفع القلم عن المجنون حتى يستفيق) أن معاملاتة من قبيل الكفاله والضمان والإجاره والرهن وغير ذلك تبطل فى حال الجنون، وإنما يتولى وليه شؤونه فى حال الجنون.

والظاهر أنه ليس على ولي المجنون فى الفرض الذى ذكرناه شىء، لأن الولى ليس كفيلاً، وإنما الكفيل هو بنفسه، نعم لا يبعد وجوب تنفيذ أحد شقى الكفاله عليه، والله سبحانه العالم.

قم المقدسه

محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

ص: ٩٥

كتاب الصلح

اشاره

كتاب الصلح

ص: ٩٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٩٨

ويدل على شرعيته الأدله الأربعة:

أما من الكتاب: فقوله تعالى: (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) (١).

وقوله تعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ) (٢).

وقوله تعالى: (إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا) (٣).

وقوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ) (٤).

وقوله تعالى: (فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ) (٥).

وقوله سبحانه (أَوْ إِصْلَاحِ بَيْنِ النَّاسِ) (٦).

وفى الوسائل والمستدرک عنونه بباب استحبابه، ولو ببذل المال، وإن حلف على الترك، واختياره على العبادات المندوبه.

ص: ٩٩

١- النساء: آیه ١٢٨

٢- الأنفال: آیه ١

٣- النساء: آیه ٣٥

٤- الحجرات: آیه ١٠

٥- الحجرات: آیه ٩

٦- النساء: آیه ١١٤

فعن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) قال: «لئن أصلح بين اثنين أحب إليّ من أن أتصدق بدينارين» (١).

وعن حبيب الأحمول قال: سمعت أبا عبد الله (عليه الصلاة والسلام) يقول: «صدقه يحبها الله: إصلاح بين الناس إذا تفسدوا، وتقارب بينهم إذا تباعدوا» (٢).

وعن المفضل، قال أبو عبد الله (عليه الصلاة والسلام): «إذا رأيت بين اثنين من شيعتنا منازعه فافتدها من مالي» (٣).

وعن أبي حنيفة سابق الحاج، قال: مر بنا المفضل وأنا وختني نتشاجر في ميراث، فوقف علينا ساعه، ثم قال: تعالوا إلى المنزل، فأتيناه فأصلح بيننا بأربعمائة درهم، فدفعتها إلينا من عنده حتى إذا استوثق كل واحد منا من صاحبه قال: أما إنها ليست من مالي، ولكن أبا عبد الله (عليه الصلاة والسلام) أمرني إذا تنازع رجلان من أصحابنا في شيء أن أصلح بينهما وافتدى بها من ماله، فهذا من مال أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) (٤).

وعن إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) في قول الله عز وجل: (ولاتجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) (٥) قال: «إذا دعيت لصلح بين اثنين فلا تقل على يمين أن لا أفعل» (٦).

ص: ١٠٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ٢ من أبواب الصلح ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٢ الباب ١ من أبواب الصلح

٥- سورة البقرة: الآية ٢٢٤

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٥

وعن أبي حمزه الثمالى، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، قال: «كان أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) يقول: لئن أصلح بين اثنين أحب إليّ من أن أتصدق بدينارين».

قال: وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لإصلاح ذات البين أفضل من عامه الصلاة والصيام» (١).

وعن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فى حديث: «ومن مشى فى صلح بين اثنين صلى عليه ملائكة الله حتى يرجع، وأعطى ثواب ليلة القدر، ومن مشى فى قطيعه بين اثنين كان عليه من الوزر بقدر ما لمن أصلح بين اثنين من الأجر، مكتوب عليه لعنه الله حتى يدخل النار فيضاعف له العذاب» (٢).

وعن الديلمى، قال: قال (عليه الصلاة والسلام): «ما عمل رجل عملاً بعد إقامه الفرائض خيراً من إصلاح بين الناس، يقول خيراً أو يتمنى خيراً» (٣).

وفى نهج البلاغه: قال أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) فى وصيته عند وفاته للحسن والحسين (عليهما السلام): «أوصيكما وجميع ولدى وأهلى ومن بلغه كتابى بتقوى الله ونظم أمركم وصلاح ذات بينكم، فإن جدكما رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: صلاح ذات البين أفضل من عامه الصلاة والصيام» (٤).

وعن زين العابدين والباقر (عليهما الصلاة والسلام) أنهما ذكر أوصيه على (عليه السلام) إلى أن قال: «قال (عليه السلام): «وأوصيك يا حسن وجميع من حضرنى وشيعتى بتقوى الله، ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون، واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا،

ص: ١٠١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٧

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٣ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٨

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١

فانى سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: صلاح ذات البين أفضل من عامه الصلاه والصيام»(١).

وعن حماد، عن الصادق (عليه الصلاه والسلام)، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن لقمان وحكمته التى ذكرها الله عز وجل، قال: «أما والله ما أوتى لقمان الحكمة بحسب ولا مال ولا أهل ولا بسط فى جسم ولا جمال، ولكنه كان رجلاً قوياً» إلى أن قال: «ولا يمر برجلين يختصمان أو يقتتلان إلا أصلح بينهما، ولم يمض عنهما حتى تحاجزا»(٢).

وعن سليم بن قيس الهلالي، قال: شهدت وصيه أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) حين أوصى إلى ابنه الحسن (عليه السلام) وساق الوصيه، وفيها: «فانى سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: إصلاح ذات البين أفضل من عامه الصلاه والصيام، وأن البغضه حالقه للدين وفساد ذات البين ولا قوه إلا بالله»(٣)، إلى آخر الوصيه.

وفى النبوى المروى من طرق العامه والخاصه، قال (صلى الله عليه وآله): «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»(٤).

وفى خبر حفص بن البختري، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «الصلح جائز بين المسلمين»(٥).

وفى خبر آخر، عنه (عليه الصلاه والسلام) أيضاً: فى الرجل يكون عليه

ص: ١٠٢

- ١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣
- ٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٣
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٨ الباب ١ من أبواب الصلح ح ٤
- ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ١

الشيء فيصالح، فقال: «إذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس»^(١).

وفى روايه ثالثه، عنه (عليه الصلاه والسلام) أيضاً: سألتناه عن الرجل يكون عنده مال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرؤه مما كان عليه أياً منه، قال (عليه السلام): «نعم»^(٢).

ولا يخفى أن بعض الآيات والروايات المذكوره لا دلالة فيها على الموضوع الذي نحن بصدده.

وأما الإجماع: ففي مفتاح الكرامه: أجمعت الأمة على جواز الصلح في الجملة، ولم يقع بين العلماء خلاف فيه، كما في التذكرة والمهذب البارع، وعليه إجماع المسلمين كما في المبسوط والسرائر، وإجماع العلماء كافة كما في التحرير، قد نقل عليه إجماعنا في عدة مواضع، ونفي عنه الخلاف بيننا.

وأما العقل: فهو واضح، فإن العقلاء لا يزالون من قبل الإسلام إلى اليوم يتصلحون بينهم في المنازعات وغيرها، سواء كان الحق ثابتاً أو كان الحق محتملاً وسواء في المعاملات أو في مثل النكاح وغيره بالصلح بالزواج أو الطلاق، وحيث إنه في سلسله العلل، وبضميمه (كل ما دل عليه العقل دل عليه الشرع) يدل على أنه مشروع أيضاً.

وقد يضاف على ذلك الضروره والسيره ونحوهما.

ثم إن الشرائع تبعاً لغيره وتبعه غيره قال: وهو عقد شرع لقطع التجاذب.

وفى الجواهر: والتنازع بين المتخاصمين، إلا أن ذلك فيه من الحكم التي اطرادها مثل المشقه في حكمه القصر، ونقصان القيمه في الرد بالعين، واستبراء

ص: ١٠٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٧ الباب ٦ من أبواب الصلح ح ١

الرحم للعدو وغيرها من الحكم التي لا تقتضى تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضى ثبوت الحكم في غير محلها، فضلاً عن خصوص الأدلة من السنه المستفيضه أو المتواتره والإجماع بقسميه كما هو واضح، انتهى.

والظاهر أنه محل نظر، إذ الصلح من ماله صلح، و صلح في قبال عدم الصلح، والصلح يطلق فيما إذا كان هنالك نزاع سابق أو نزاع لاحق، كما أنه يطلق فيما إذا كان ملاءمه للشئ، ولذا يقال: يصلح هذا الباب لهذه الدار، وليس ذلك خروجاً عن معناه اللغوي، فكونه عقداً شرعاً لقطع التجاذب غير ظاهر، وإن ذكره غير واحد، وقد ذكرنا مكرراً أن المادة الواحدة في الصيغ المتعدده تدل على وحده المعنى الجامع لكل تلك الصيغ.

نعم التجاذب سواء كان سابقاً على العقد أو لاحقاً على العقد أيضاً من مصاديق الصلح، لا أنه المصداق الوحيد حتى يقال بأن ذلك حكمه كما في الجواهر وغيره، ومنه قوله سبحانه: (يَدْخُلُونَهَا وَمَنْ صَلَحَ مِنْ آبَائِهِمْ) (١).

وما ورد من الحديث القدسي: «إن من عبادي المؤمنين من لا يصلحه إلا الفاقه، ولو أغنيته لأفسده ذلك، وإن من عبادي من لا يصلحه إلا الصحه، ولو أمرضته لأفسده ذلك» (٢).

وفي روايه أخرى، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): قال الله تبارك وتعالى: «إن من عبادي المؤمنين لعباداً لا يصلح لهم أمر دينهم إلا بالفاقه

ص: ١٠٤

١- الرعد: آيه ٢٣

٢- التوحيد: ص ٤٠٠ ح ١

والمسكنه والسقم في أبدانهم» (١).

ومنه يؤخذ قولهم: العبد الصالح.

إلى غير ذلك من الشواهد على أن الصلح ليس ملازماً في مفهومه للتجاذب سابقاً أو لاحقاً.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك، حيث قال: (الأصل في الصلح أنه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين، قال الله تعالى: (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا) (٢)).

وقال الله تعالى: (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا) (٣).

لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومه، بل لو وقع ابتداءً على عين بعوض معلوم كان كالبيع في إفاده نقل الملك، وعلى منفعه كان كالإجاره، إلى غير ذلك من أحكامه، لإطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومه، كقول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» (٤).

وقول الصادق (عليه السلام): «الصلح جائز بين الناس» (٥).

والأصل في العقود الصحة، وللأمر بالوفاء بها (٦)، وهذا من الجملة انتهى.

ص: ١٠٥

١- الكافي: ج ٢ ص ٦٠ باب الرضا بالقضاء ح ٤

٢- النساء: آيه ١٢٨

٣- الحجرات: آيه ٩

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ١

٦- المائدة: آيه ١

فان الاستشهاد بالآيتين المباركتين استدلال بالأخص على الأعم، فإن الصلح بين النفرين بعد التنازع كاحتمال التنازع فى الصلح السابق عليه ليس مقيداً لمفهوم الصلح حتى نحتاج إلى ادعاء الإجماع وغير ذلك لجوازه فى غير موارد التنازع سابقاً أو لاحقاً.

وبذلك علم أيضاً وجه النظر فى قول مفتاح الكرامه حيث قال: إن الأدله الداله على ثبوت الصلح على نحوين، أحدهما ما دل على أنه موضوع لقطع التنازع من دون أن يدل على انحصاره فيه، كقوله جل شأنه: (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ) (١١) الآيه، والثانى ما دل بإطلاقه على جوازه مطلقاً كالإجماعات والنبوى وحسنه البخترى أو صحيحته، انتهى.

إذ فيه إن الأول من القسم الثانى، لا أنه قسم برأسه حتى يقابل به، وهما من قبيل الكللى وفرده، لا من قبيل المتقابلين.

وبذلك ظهر أيضاً وجه الإشكال فيما عن فخر الإسلام والفاضل المقداد وغيرهما من أن الفقهاء أشاروا بهذا التعريف على أن الغرض الأقصى منه غالباً رفع الخصومه، سواء تقدمت أم لا، حيث يقدر أنه لولاه لحصلت، كالصلح على العين المجهوله للمتصالحين، فإن النزاع يحصل غالباً لولا عقد الصلح.

ثم إن الشرائع قال: وليس فرعاً على غيره، وإن أفاد فائدته.

وفى القواعد: وهو أصل فى نفسه ليس فرعاً على غيره وإن أفاد فائدته.

وفى مفتاح الكرامه: قال فى التذكرة: الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعاً على غيره، بل أصل فى نفسه منفرد فى حكمه، ولا يتبع غيره.

وجعله فى السرائر

ص: ١٠٦

١- النساء: آيه ١٢٨

مذهب أهل البيت (عليهم السلام)، وظاهره الإجماع، كما أن الإجماع ظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام والمفاتيح، وفي مجمع البرهان كأن ما نسب إلى المبسوط نقله عن العامه لا مذهبا له، وإلا لما ادعى في التذكرة الإجماع من دون نقل خلاف.

وممن صرح فيه بأصلته وعدم فرعيته أصحاب الشرائع والتحرير والمختلف واللمعه والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضه والمسالك ومجمع البرهان والكفايه وهو ظاهر الباقيين، انتهى.

أقول: ولعلمهم إنما ادعوا الإجماع مع احتمال ذهاب المبسوط إلى كونه فرعاً لقوله المحكى بعد أن نقل إجماع المسلمين على جوازه ما نصه: فالصلح ليس بأصل في نفسه، وإنما هو فرع لغيره، لقول المبسوط في مقام آخر (حيث ذكر مقاله الشافعي): ويقوى في نفسى أن يكون هذا الصلح أصلاً قائماً في نفسه ولا- يكون فرع البيع، ولا- يحتاج إلى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما بيناه فيما مضى، انتهى.

فإن الجمع بين العبارتين المتقدمتين يعطى أن كونه فرعاً إنما هو نقل كلام، أو أنه أراد أن الصلح يعطى فوائد تلك الأصول والتي ذكرها نفس المبسوط بقوله: أحيانا يكون فرع البيع أو فرع الإبراء أو فرع الإجاره أو فرع العاريه أو فرع الهبه، لا أنه أراد الفرعيه بأن يكون الصلح الذى يفيد فائده البيع بيعاً، والصلح الذى يفيد فائده الإبراء إبراءً، والصلح الذى يفيد فائده الإجاره إجارهً، وهكذا فى العاريه والهبه وغيرها.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: ولا يعجبني ما فى المختلف والروضه من أن كونه أصلاً هو الأشهر، ويؤيد أن الشيخ فى المبسوط يراه أصلاً لا فرعاً أنه فى مورد نقل عن أبى حنيفه كونه فرعاً قال: إنا بينا أن الصلح ليس ببيع وأنه عقد قائم بنفسه.

وفى الجواهر بعد الاستدلال على أصالة الصلح لا- فرعيته بالإجماع قال: مضافاً إلى ظهور الأدله السابقه أو صريحها فى عدم فرعيته، بل بعض موارد المصرحه بها فى بعض النصوص لا يصلح لأن يكون فرعاً لغيره، على أن إفاده عقد مفاد آخر لا يقتضى الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه، وإلا- لاقتضى اتحاد الهبه مثلاً- بعوض معلوم مع البيع وهو واضح البطلان، فإن الأحكام الشرعيه تتبع عناوينها، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحثيه، انتهى.

وعلى أى حال، فمقتضى القاعده أن كل مورد فيه صلح عرفى ولم يمنع عنه الشارع يصح عقد الصلح فيه، للأدله الشامله لكل موضوع عرفى، فإن المواضع مأخوذه من العرف، ولذا إذا لم يصح عقد لخصوصيه لا يلزم أن لا يصح الصلح، مثلاً فى البيع الأمر يحتاج إلى العلم، وليس كذلك فى الصلح.

وقد ذكرنا فى بعض مباحث الفقه دفع الإشكال فى أنه إذا صح أمر بعقد دون عقد يلزم لغويه فائده اشتراط الشرط فى العقد الذى لا يصح، وقلنا: إنه عقلاى وفيه فوائد، وإلا لزم أن يقال: إنه إن صح اللمس بالنكاح لزم صحته بالرضا بدونه، وإلا فأى تأثير للفظ، إلى غيره من النقض والحل، فلا حاجه إلى تكراره.

الصلح عقد

اشاره

ثم الصلح عقد وليس بإيقاع، لأنه يلزم أن يكون بين الطرفين فليس مثل العتق، وحتى الصلح فى الإبراء يجب أن يكون بموافقه الطرفين وإلا- لم يكن صلحاً، لعدم تحقق مفهوم الصلح بدون الطرفين، لكن هنا يمكن أن يقال: لا حاجه إلى كون العقد من طرف إيجاباً ومن الطرف الآخر قبولاً، بل يصح إن

يكون من كلا الطرفين على نسق واحد كالتقاتل والتصافح.

نعم المشهور بينهم هو الاحتياج إلى الإيجاب والقبول، وقد ذكرنا في كتاب النكاح بحثاً مماثلاً لذلك.

ولا يحتاج إلى اللفظ والعرييه وغير ذلك، بل يصح بالمعاطاه، لما ذكره في بحث المعاطاه من صحتها في كل العقود إلا ما استثنى كالنكاح مثلاً.

كما لا يصح الصلح في مثل النكاح والطلاق مما يحتاج إلى كيفية خاصه بمقتضى الأدله.

ص: ١٠٩

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: ویصح مع الإقرار والإنكار.

وفی الجواهر: الإجماع بقسمیه علیه، مضافاً إلى العمومات.

وفی مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ویصح مع الإقرار والإنكار): إجماعاً، كما فی المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضه والكفایه، سواء كان المدعى به ديناً أو عيناً عند علمائنا أجمع كما فی التذکره، وهو من خواصنا ومتفردات الإمامیه لأن الحنفی لا یجوزه إلا مع الإنكار، والشافعی لا یجوزه إلا مع الإقرار كما فی كشف الرموز وإيضاح النافع والتنقيح، والإجماع على جوازه مع الإنكار صریح الغنیه وظاهر الخلاف، انتهى.

ثم الظاهر أن حکم الصلح مع المبطل إنما یكون صحيحاً بحسب ظاهر الشرع، أما بحسب الواقع فالمبطل العامد آكل للمال بالمبطل، ویدل على ذلك بالإضافة إلى القاعده بعض الروایات.

مثل ما رواه عمر بن یزید، عن أبی عبد الله (عليه الصلاه والسلام) قال: «إذا كان لرجل على رجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثه لهم وما بقى فللميت حتى يستوفى منه فی الآخره، وإن هو لم یصالحهم على شيء حتى مات ولم یقض عنه فهو كله للميت يأخذه به» (۱).

وما رواه علی بن أبی حمزه، قال: قلت لأبى الحسن (عليه الصلاه والسلام): رجل یهودی أو نصرانی كانت له عندي أربعة آلاف درهم مات فهل لی أن أصلح ورثته ولا أعلمهم كيف وكم كان، قال: «لا یجوز حتى تخبرهم» (۲).

ص: ۱۱۰

۱- الوسائل: ج ۱۳ ص ۱۶۶ الباب ۱ من أبواب الصلح ح ۴

۲- الوسائل: ج ۱۳ ص ۱۶۶ الباب ۱ من أبواب الصلح ح ۳

نعم الظاهر صحة الصلح واقعاً وظاهراً إذا كان بملاً الرضا، بمعنى أن يكون الشخص المستحق للأكثر مبرراً لذمه الأكل واقعاً وبرضا قلبه، فإن ذلك جائز بدون الصلح، فيكيف معه.

ويؤيده ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، والحلبى عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، أنهما قالوا فى الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذنى من الذى لى كذا وكذا، وأضع لك بقيته، أو يقول: أنقذنى بعضاً وأمد لك فى الأجل فيما بقى عليك قال: «لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً، يقول الله: (لَكُمْ رُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ)» (١).

وعن أبان، عن حدثه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لى النصف من حقى على أن أضع عنك النصف، أيحل ذلك لواحد منهما، قال (عليه الصلاة والسلام): «نعم» (٢).

وفى روايه الدعائم، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) إنه سأل عن الرجل يكون له على الرجل الدين إلى أجل فيأتي غريمه فيقول: عجل لى كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو أمدّ لك فى الأجل، قال: «لا بأس به إن هو لم يزد على رأس ماله» (٣).

وعن ابن أبى جمهور، عن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال لكعب

ص: ١١١

-
- ١- البقره: الآيه ٢٧٩. والوسائل: ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٧ ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٧ من أبواب الصلح ح ٢
 - ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢

بن مالك وقد تقاضى غريباً له: «اترك الشطر واتبعه بقيته فخذ» (١١).

ولذا يلزم أن يحمل قول من يقول بالبطلان على ما إذا لم يحصل الرضا النفسى، ومن هذه الجبهه قيده الجواهر بذلك، قال: المراد من الصحه مع الإنكار الظاهريه بمعنى أنه يجرى عليه حكم الصحه ظاهراً لا فى نفس الأمر، فإن ادعى ديناً أو عيناً أو منفعةً مثلاً- وأنكره المدعى عليه إن كان محقاً لم يصح للمنكر ما بقى له من مال المدعى، سواء كان من الجنس أم لا، وسواء عرف المالك قدر الحق أم لا، وسواء ابتداءً هو بطلب الصلح عن حقه أم لا، لأنه ربما كان توصل إلى أخذ بعض حقه، بل لو فرض أنه صالحه عن العين مثلاً بمال فهى بأجمعها حرام، ولا يستثنى له مقدار ما دفع إليه من العوض لفساد المعاوضه فى نفس الأمر، إلا أن يفرض رضا المدعى باطناً بالصلح عن جميع ماله فى الواقع بذلك، انتهى.

فإن ما ذكره من الرضا لا فرق فيه بين كون الشىء عيناً أو ديناً أو حقاً أو منفعةً، بل لعل ما ذكره الجواهر من التفصيل هو ظاهر كلام غيره أيضاً ولو بالانسباق، مثلاً- فى مفتاح الكرامه قال: لو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهى بأجمعها مغصوبه، ولا يستثنى له مقدار ما دفع لعدم صحه المعاوضه فى نفس الأمر.

وكذا لو انعكس وكان المدعى مبطلاً فى نفس الأمر لم يستبح ما صلح به من عين أو دين، لأن هذا كله أكل مال بالباطل، وإنما صالح المحق المبطل دفعاً لدعواه الكاذبه، وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله، وقد عد ذلك من صور الإكراه على الصلح كما يأتى، ومثل هذا لا يعد تراضياً يبيح أكل مال الغير، كما نبه على ذلك فى المسالك والروضه والكفايه والمفاتيح والرياض، إلى آخر كلامه.

ص: ١١٢

فان قوله: (مثل هذا لا- يعد تراضياً) مفهومه أنه إذا كان تراضياً واقعياً صح الأكل ولم يكن من الأكل بالباطل، وأما أنه كيف يرضى الذى له الحق من الجانب الآخر الذى يريد أكل ماله، فإن الدواعى مختلفه، ويمكن أن يكون داعى صاحب الحق بحيث يوجب رضاه قلباً بأكله لماله.

ومما تقدم من بطلان الصلح فى صورته علم المبطل بأنه مبطل يعلم صحته إذا كان جاهلاً، وإن كان الواقع لا يخلو عن كون أحدهما مبطلاً، ولذا قال فى المسالك: لو كانت الدعوى مستنده إلى قرينه تجوزها كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له حقاً على أحد أو يشهد له من لا- يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعى عالماً بالحال وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعه، فالمتجه صحه الصلح فى نفس الأمر، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها، ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمه حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها.

وفى جامع المقاصد اختار ذلك حيث قال: ليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً، وما فى نفس الأمر تابع لصحه الدعوى وعدمها، ويحتمل الصحه مطلقاً، لأن اليمين حق فيصح الصلح لإسقاطها.

بل وأيدهما الجواهر أخيراً وإن ناقش أولاً حيث قال: قد يناقش فى الصحه ظاهراً فى الأول بأنها غير متصوره بعد القطع بكون أحدهما مبطلاً، سواء كان المدعى أو المنكر، والفرض كفايته فى الفساد فى نفس الأمر، فكيف يجمع الحكم بالصحه فى ظاهر الشرع، اللهم إلا أن يدعى أن مبنى شرعية الصلح على ذلك فيحكم حينئذ بالصحه عليه ظاهراً ما دام الواقع مشتبهاً ولم يعلم المبطل منهما بعينه، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما أنه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى

بما وقع الصلح عنه، وإن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر، ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرار عمل عليه، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً، انتهى.

ومنه يعلم أن تأمله بل ميله إلى الإشكال غير ظاهر الوجه، ولذا يصح لثالث المعاملة معهما مع علمه بأن أحدهما مبطل، وكذلك الحاكم الشرعي الذي يعلم بأن أحدهما مبطل كيف يصالح بينهما بذلك، أليس ذلك من الحكم بالباطل إن لم نقل بصحة الصلح، بل يمكن أن يقال إنه لو كشف بعد ذلك كونه مبطلاً لا- يجب عليه إرجاع الحق إلى صاحبه، وكذلك لا- يجوز للمصالح بالكسر الذي يعلم مبطله الطرف أن يتقاص من ماله، وهكذا إذا علم الورثة ببطان مورثهم لا يجب عليهم الدفع، فإن المصالح إذا لم يكن يعلم بكونه مبطلاً وصالح كان له ذلك، وانكشف أنه لم يكن له المال لا يوجب الكشف عن أنه لم يكن له حق الدعوى أو حق الحلف، فإن الجهل أوجب له الحق، وإذا كان له الحق فقد صالحه.

ثم إن الصلح إذا كان على عدم المنازعه، أو على عدم الحلف، فالمال في الواقع لمن ترك المنازعه والحلف، فإذا تبين لثالث أو ورثته أو ما أشبه ذلك فلا يلزم أن يرد المال لمالكه، لأنه رفع يده عن حقه في قبال ما أخذ فله المال، أما إذا كان الصلح على المال والحق كليهما فتبين عدم حقه لزم عليه رد المال على مالكه كلاً أو بعضاً، لأن الصلح لم يكن في قباله شيء في الأول، وفي قبال بعضه شيء في الثاني.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في قول الجواهر أخيراً: اللهم إلا أن يدعى ظهور الأمر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي وقع على إسقاطه

وهو كاف في الصحة في نفس الأمر وإن انكشف الحال بعد ذلك، ولكنه كما ترى على أنه لا يتم فيما لو فرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعى، فإن المال حينئذ في يد المنكر باق على ملك المدعى الذي قد صولح على إسقاط ماله من حق اليمين ولم يحصل منه ما يقتضى انتقال المال إلى المنكر، لأن الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاضه عليه، انتهى.

ومما تقدم يعرف فروع التحالف وإقامه البيئه أو البيئتين من الجانبين، وكذلك الإقرار من جانب أو من الجانبين، فإن في كل هذه الموارد إذا صار الصلح فالصلح له أقسام:

قسم أحدهما يعلم ببطلانه، وقسم لا يعلم أحدهما بالبطلان ويكون الصلح لا على المال، وقسم يكون الصلح على المال والحق.

وهكذا يكون الحال في حكم الحاكم الذي استند إلى علمه أو إلى القرائن، فإن كل هذه الأمور لا يوجب تغيير الواقع، وإنما يغير الواقع بسبب الصلح على ما عرفت.

ومن قبيل الحلف القسمه في باب الديات.

أما إذا كان أحد الطرفين شاكاً وكانت له البيئه فله الحق في الادعاء، لأن البيئه مستند يصح الاستناد إليه من المتيقن ومن الشاك، أما الحلف فلا يحق له أن يحلف على القطع وهو شاك.

ولو أقر عن اعتقاد بأن المال لزيد، لكن زيد المقر له شاك في أن المال له، فهو يصح أن يصالح على المال، وإذا ثبت بعد ذلك أن المال له أو ليس له كان على ما ذكرناه من التفصيل، إذ قد تقدم أن تبين الخلاف غير ضار أحياناً، وضار أحياناً مطلقاً، أو في الجملة.

ولو علم أحدهما بأن الحق معه وأن الطرف الآخر مبطل وصالح ياكراه، أو صالح على المال، كان له حق المقاصه، للأصل بعد عدم ورود ما يرد عليه.

وإذا صالح الولي وبعد أن رشد المولى عليه بالبلوغ أو العقل أو ما أشبهه، علم بأنه لم يصلح حسب الموازين، فله حق الفسخ أو الإجازة.

أما أنه إذا علم أنه صالح حسب الموازين، وإن كان في نظر المولى عليه أنه كان الأمر على خلاف الواقع، فلا حق له في الفسخ، لما ذكرناه في بعض مباحث الفقه بأن الولي كالوكيل ونحوهما، إنما عليه أن يعمل حسب الموازين العرفية لا حسب الموازين الواقعية.

ثم إن الشرائع استثنى من جواز الصلح ما ذكره بقوله: إلا ما أحل حراماً، أو حرم حلالاً(١).

ولا يخفى أن هذا الاستثناء مورد النص والفتوى، وقد تقدم بعض النصوص في ذلك، وفي مفتاح الكرامه نقل على هذا إجماع المسلمين في المبسوط والسرائر، وإجماع العلماء كإجماع الغنية، وبه طفتت عباراتهم، وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود، بل يعتبر في جميع الأمور الجائزة عدم اشتغالها على حرام، ولعلهم إنما يذكرونه في الصلح وخيار الاشرط لوجوده في الأخبار فيهما، انتهى.

وقد مثلوا على ذلك بالصلح على استرقاق حر أو استباحه بضع، أو الصلح على خمر أو على خنزير أو ما أشبه ذلك، كما أنهم مثلوا لتحريم الحلال بالصلح بأن لا يطأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله، ومرادهم بأن لا يطأ حليلته التشريع لا الترك، وإلا فكل مباح يجوز أن يجعله الإنسان على نفسه واجباً أو حراماً، كان ينذر بترك شرب الماء أو فعل شربه، أو أن ينذر أن يطأ زوجته في هذه الليلة، أو أن يترك وطئها، سواء في المستحب أو المكروه

ص: ١١٦

أو المباح، وحيث إن تحقيق هذه المسألة في بحث المكاسب عند الشروط المحللة والمحرمة لا نسهب في الكلام حوله الآن.

ثم إنه من الصلح غير الجائر ما إذا اختلفا في امرأه، فكل واحد منهما يقول هذه زوجتي، معتقداً أنها زوجته، فيتصالحان على رفع أحدهما يده عنها، أو رفع كليهما اليد عنها، فإن هذا الصلح لا يصح، لأنه محلل للحرام، ومحرم للحلال، إلا أن يصالحا على أن يطلقه أحدهما وينكحه الآخر مثلاً أو يصالحا على أن يطلقها كل واحد منهما وبعد ذلك يأخذها أحدهما أو غيرهما، فإن هذا الصلح جائز.

أما إذا علم أحدهما أن الآخر مبطل قطعاً فصالح على طلاقها فقط، لا يجوز له ذلك، إذ إنه يعلم أنه إذا طلقها وانقضت عدتها أخذها الآخر بدون نكاح، وهو يعلم أن أخذها بدون نكاح حرام، فصلحه سبب للحرام.

وكما يجب أن لا يكون الصلح بنفسه حراماً، يلزم أن لا يكون مقدمه للحرام على القول بحرمه مقدمه الحرام، بل يمكن أن يقال هنا إنه حرام مطلقاً، سواء على ذلك القول أو عدمه، لأنه من التعاون على الإثم، فاللازم أن يكون الصلح على أن يطلقه هو وبعد ذلك ينكحه الآخر حتى لا يكون سبباً للتعاون على الإثم.

ومثل الاختلاف في الزوجه في عدم جواز الصلح على ما ذكرناه، ما كان الاختلاف على وقف، فكل واحد يقول هذا وقف على وعلى أولادى مثلاً، معتقداً ذلك فإنه لا يصح الصلح بينهما، إذ كل واحد منهما يعلم أنه باطل، إلا إذا رأى أحدهما أن البقاء يوجب سفك الدماء وهدر الأموال حيث يجوز بيع الوقف، فإن الصلح حينئذ جائز ويأخذ بدله ليستعمله في وقف مشابه أيضاً، على التفصيل الذي ذكره في باب الوقف، وذلك لأن مناط البيع موجود في الصلح أيضاً، فكما

يجوز بيع الوقف في موارده يجوز الصلح عليه.

وكذلك لا يصح الصلح فيما إذا تنازعا في الولد أنه لأيهما، وذلك لأن الصلح يوجب خروج الولد عن البنوه ودخوله فيها بالنسبة إلى من صالح على أن يخرج منه ومن صالح على أن يدخله، كما لا يصح لهما الصلح على إخراجهم من ولديتهما أو إدخاله في ولديتهما معاً، بأن يكون محرماً مع زوجته كل واحد، وابتناً لكل واحد يرثه ويورثه، إلى غير ذلك من آثار البنوه.

وكذلك بالنسبة إلى النزاع في الأخ ونحوه من سائر الأرحام والأقرباء مما فيه المحذور المتقدم في الولد.

وكذلك فيما إذا اختلفت أختان أو أم وبنت في زوجيه رجل، إلى غير ذلك من الأمثلة.

نعم في كل هذه الموارد يصح لمن يعلم أنه زوجته أو وقفه أو ولده أو ما أشبه أن يصالح بأن يعطى الطرف شيئاً لإنقاذ حقه، فهو صلح ظاهري وليس بواقعي، إلا أن يكون للطرف حق الحلف أو المنازعة أو ما أشبه، حيث يكون الصلح واقعياً على ما عرفت في البحث السابق.

ومما تقدم يعلم أن الصلح الباطل هو الصلح الذي غيّر حكماً من الأحكام، سواء كان تحليلاً للحرام أو تحريماً للحلال، أو جعل المكروه أو المستحب غير مكروه أو غير مستحب، أو المباح غير مباح، لو حده الملاك في الجميع.

وإذا شرط في الصلح مثل ذلك فالشرط فاسد ولا يسرى إلى الصلح، لما حقق في محله من أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، نعم إذا كان على نحو المصعب أو على نحو القيد فسد الصلح أيضاً، لأن القيد عدم عند عدم قيده، وكذلك فيما إذا كان مصعب الصلح على نحو ذلك.

وكذلك لا يصح الصلح الذي يريد جعل السبب المخترع لحكم ما، بينما الشارع لم يجعل ذلك السبب سبباً لذلك الحكم، كما إذا تصالحا على أن تكون بنته زوجه لزيد، سواء كانت هي طرف الصلح أم لا، بدون عقد النكاح، أو أن زوجته طالق بسبب الصلح، أو أن غير الوارث يرث، أو أن الوارث لا يرث، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فإن الشارع جعل لهذه الأمور أسباباً خاصة، لا وصول إليها إلاّ بها، فالصلح الذي يريد أن يخترع بدلاً عن الأسباب الشرعية غير صحيح، لأنه رجع إلى تحليل الحرام وتحريم الحلال حتى على القول بوجود الأحكام الوضعيه.

(مسألة ٢): قال فى الشرائع: وكذا يصح (أى الصلح) مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعه فيه، ومع جهالتهم به.

وفى الجواهر: بلا خلاف فيه فى الجملة، بل فى المسالك وغيرها الإجماع عليه.

وذلك لأن مع علمهما، كل واحد منهما يعلم قدر الحق ويتجاوز الذى له الأكثر عن حقه، كما أن مع جهلهم كل واحد يصلح عن الواقع الذى للطرف عليه، فهو مقتضى تسلط الناس على أنفسهم وسائر الأدله العامه.

بل والنصوص، كالصحيح عن الباقر والصادق (عليهما السلام)، أنهما قالا فى رجلين لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولى ما عندى، فقال (عليه السلام): «لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما»^(١).

ومثله موثق الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه الصلاه والسلام)، فى الرجل يكون عليه الشىء فيتصلح، فقال: «إذا كان بطيبه نفس من صاحبه فلا بأس»^(٢).

ولا يخفى أن الظاهر من الخبرين الصلح لا الإبراء، ولذا قال فى الجواهر: والمناقشه باحتمال كون مضمونهما الإبراء لا الصلح يدفعها فهم الأصحاب ذلك منهما، وظهور إرادته المعاوضه فيهما، وليست حينئذ إلا الصلح، فلا إشكال حينئذ فى الدلاله على المطلوب، على أن الحاجه ماسه إلى تحصيل البراءه مع الجهل، ولا وجه إلا الصلح، انتهى.

ومنه يعلم صورته ما إذا علما كلاهما بقدر المال تقريباً لا تحقيقاً، كما إذا

ص: ١٢٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٥ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٣

علما أن زيدا يطلب من عمرو فوق عشره، وأن عمرو يطلب من زيد دون عشره، فيتصالحان على العشره مثلاً أو الأكثر أو الأقل، فإن ذلك داخل أيضاً في علمهما علماً إجمالياً، وإن كان ظاهر المسألتين السابقتين العلم التفصيلي والجهل التفصيلي، فإطلاق الأدله والعرفيه وغيرهما شامل لهذه الصوره الثالثه أيضاً.

نعم قد تقدم في خبر علي بن أبي حمزه في مسأله اليهودي ما دل على أنه لا يصح الصلح مع علم أحدهما و جهل الآخر (١)، بل لابد من الإعلام بالقدر إن كان الجاهل المستحق، إلا إذا فرض رضاه الباطني على كل حال، فإنه يصح لقاعده تسلط الناس على أموالهم (٢).

وللصحيح، عن الصادق (عليه الصلاه والسلام)، في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح، فقال: «إذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس» (٣).

ثم الظاهر أن قول المحقق: (مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعه فيه) من باب المثال، فلا حاجه إلى المنازعه، إذ إطلاق أدله الصلح شامل لعدم المنازعه، كما إذا علم زيد أنه يطلب عمرو شاهً وعلم عمرو أنه يطلب زيدا بقره، فيتصالحان على أن يعطى هذا لهذا شيئاً، أو أن يكون كل واحد بريئاً عن شيء في ذمته للآخر، سواء عرفا القيمتين أو جهلا القيمتين، أو علما قيمه أحدهما دون الآخر، على التفصيل الذي ذكرناه.

ولذا قال الجواهر: إن الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح وإن لم تكن منازعه مع علمهما وجهلها، كوارث تعذر علمه بمقدار حصته، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا تمييز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما، ونحو ذلك.

ص: ١٢١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٢

٢- البحار: ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٦ الباب ٥ من أبواب الصلح ح ٣

بل فى المسالك: ولو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكىال والميزان ومست الحاجه إلى نقل الملك، فالأقرب الجواز، وهو خيره الدروس، انتهى.

والظاهر صحه الصلح، وإن لم يعرفا القدر والجنس، بل كان كل واحد منهما مجهولاً عند الآخر جهلاً مطلقاً، كما إذا كان فى كف هذا شىء وفى كف الآخر شىء فتصالحا لأن يكون ما فى كف كل واحد منهما للآخر، لكن يجب أن لا يكون هناك غرر، لأن الغرر يدخل فى الصلح أيضاً، وإن كان فرق بين الغرر فى الصلح والغرر فى البيع ونحوه، حيث يفرق العرف بينهما، فإن الصلح مبنى على المسامحه، بخلاف البيع ونحوه.

ولذا قال فى الجواهر: بل فى التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرأً ولا جنساً، بل يصح الصلح، سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه، انتهى.

فإذا كان فى يد أحدهما دينار وفى يد الآخر درهم، وكل واحد منهما يحتمل أمثال هذه المقادير وتصالحا على ذلك صح الصلح، أما إذا كان فى يد أحدهما جوهره تسوى مائه، وفى يد الآخر دينار وتصالحا ولا يزعم أحدهما هذا التفاوت بين الأمرين، أو يعلم من فى يده الجوهر دون من فى يده الدينار أو بالعكس بما يعد فى العرف غرراً، فإنه لا يصح ذلك، لإطلاق نهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن الغرر(١).

ثم إنه لا فرق بين أن يكون ما تنازعا عليه مقدمه على الصلح أو الصلح بدون التنازع ديناً أو عيناً أو حقاً أو منفعةً، لإطلاق الأدله فى الجميع، فيصلح الصور الأربع فى المسأله:

الأولى: أن يعلم ما وقعت فيه المنازعه.

ص: ١٢٢

الثانية: أن يجهلاه ويكون مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً.

الثالثة: أن يجهلاه ويمكن معرفته في الحال.

الرابعة: أن يجهلاه ولا يمكن معرفته في الحال، كعدم المكيال أو الميزان، أو كون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال، مع إمكان الرجوع بعد ذلك إلى عالم ليعرفهم بالقدر، إلى غير ذلك.

ومن غير فرق بين أن يكون الصلح بين اثنين أو ثلاثة أو خمسة أو غير ذلك، متساوي الحقوق أو غير متساوي الحقوق، كولدین ورثا من أبيهما داراً ودكاناً لا يعلمان قيمه كل واحد، فيتصالحان بأن تكون الدار لأحدهما والدكان للآخر، أو يكون هناك ولد أو بنت وزوجه، وقد ورثوا من والدهم داراً ودكاناً وبستاناً ولا يعلمون قدر كل واحد، فيتصالحون بأن يكون الدار للزوجه والدكان للولد والبستان للبنت، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وقد عرفت أن ذكرهم للنزاع من باب المثال، ولذا قال في مفتاح الكرامه عند قول العلامة: من غير سبق خصومه ومع سبقها، سواء علما بقدر ما تنازعا عليه أو جهلاه، ديناً كان أو عيناً، انتهى.

والتقييد بكون المصالح عليه متنازعا فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرايع وغيرها غير لازم، بل مبني على الغالب، إذ الحكم آت في مطلق المصالحه عليه وإن لم يكن بمنزاعه، مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلها به، كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال آخر بحيث لا يتميزان ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك كما تقدم.

ومن ذلك يعرف صحه الصلح بين الورثه إذا كان بعضهم لا يرث وبعضهم يرث، ولا يعلمون أيهم يرث وأيهم لا يرث، سواء تمكنوا من التمييز بعد ذلك

أو لم يتمكنوا، أو تمكنوا من التمييز في الحال أو لم يتمكنوا، فإن كل ذلك إذا كان عن الرضا يصح الصلح، مثلاً- كان في الورثة ولد زنا، لكنهم لا يعرفون من هو حتى لا يرث، لأن الأب اعترف بأن أحدهم حصل من الزنا مثلاً، فيما كان اعترافه حجه، فيتصلحون على أن يكون الإرث بينهم بالتساوي مثلاً، أو أن يكون للولد ضعف البنت فيما إذا كان ولد وبنت، أو أن الرجل طلق زوجته من زوجاته ومات بعد العده أو بدون عده، ولا يعرف أن أيها غير المطلقة، فيتصلحون بأن يكون الثمن أو الربع مثلاً بينهن بالتساوي أو بالاختلاف، فيما إذا كان المظنون أنه طلق هنداً لا زينب، والموهوم أنه طلق زينب لا هنداً، فتتصلحان على أن يكون ثلاثة أرباع إرثهما للمظنون بقاؤها، والربع للموهوم بقاؤها، أو ما أشبه ذلك.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في إشكال جماعه في صوره أن يجهلاه ويمكن معرفته في الحال.

ففي مفتاح الكرامه: قد منع من صحه الصلح في هذه الصوره في التحرير والتذكره والدروس والمهذب البارع والتنقيح وظاهر الكتاب في ما يأتي، وجامع المقاصد والمسالك، وقد تؤذن عبارته التذكره بالإجماع عليه، ولعله لمكان الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزياده أو النقيصه مع إمكان التحرز عنهما فيكونون قد رجحوا عموم أدله النهي عن الغرر على عموم أدله الصلح، لاعتبار تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعده كليه لكثرة دورانها في كلامهم وتقديمه عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدله الصلح، فيكون عموم أدله الصلح مخصوصاً بما لا- ضرر فيه ولا جهاله، وقد يكونون يقولون: إنهما تعارضتا فتساقطا فرجعنا إلى حكم الأصل الأصيل وهو عدم الصلح، وقد ترجح عموم أدله الصلح لكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصوره، وبأن الصلح

أوسع من البيع ونحوه، لأنه قد شرع على المسامحة والمساهله، ولهذا يجوز تعذر العلم وذلك لا يجوز في البيع، إلا أن تقول: إن ذلك أيضاً جائز في البيع كبيع أس الحائط وأخشاب السقف وطى البئر، ولك أن تقول: إن الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي، ومع جهالته أولى، فتأمل بإطلاقات كثير من العبارات، لكن الأول أشبه بأصول المذهب، انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده التفصيل بين الغرر الذى لا يدخل فى الصلح عرفاً فإنه لا يصح، وبين الغرر الذى يدخل فى الصلح عرفاً فإنه يصح، وفرق عند العرف بين الغرر الذى يدخل فى البيع والصلح، ولم يعلم أن الشارع غير ذلك، فليس الكلام هنا من التسايط أو من تقديم أدله الصلح على أدله الغرر أو من تقديم أدله الغرر على أدله الصلح بعد التكافؤ، وإنما هو من أن «نهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن الغرر»^(١)، معناه أن كل شىء بحسبه، لأن الغرر موضوع عرفى ولم يتصرف فيه الشارع، فكما أن الغرر فى الأرز يختلف عن الغرر فى الذهب وعن الغرر فى مثل ألماس ونحو ذلك، كذلك يختلف الغرر فى الصلح المبني على المسامحة وإنهاء النزاع ونحو ذلك، عنه فى مثل البيع والإجاره ونحوهما مما بينى على الدقه العرفيه، ولذلك فالصلح مقدم حيث لا غرر عرفى، والغرر مقدم حيث غرر عرفى.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام الجواهر حيث نقل مقتطفاً من عباره مفتاح الكرامه ثم قال: وفيه: أولاً: منع العموم فى المعبر من أدله النهى عن الغرر، فضلاً عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح والرجوع إلى أصاله الفساد

ص: ١٢٥

إذ لم يشتمل المعبر منها إلا- على النهى عن الغرر فى البيع الملحق به الإجاره بالإجماع على أن إطلاق النصوص السابقه المؤيد لمعقد إجماع التذكره المعتضد بإطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب، كما اعترف هو بذلك كله، كاف فى تخصيص أدله الغرر، بل قوله فى الصحيحين: «إذا تراضيا بذلك وطابت أنفسهما» ظاهر إن لم يكن صريحاً فى أن المدار فى الصحه على ذلك ولو مع الجهل الذى يمكن زواله، على أن ترجيح أدله الغرر بما سمعت يقتضى كون مدخليته هنا نحو ما فى البيع والإجاره الذى لا فرق فى مانعيته فيهما بين التعذر مطلقاً وفى الحال وعدمه ومسيس الحاجه مع عدم رجوعه إلى نفي الحرج فى الدين لا يؤثر أثراً، ودعوى إرادته ذلك منه ممنوعه، ولو سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك بعد الإغضاء عن أصل جريان نفي الحرج فى المقام، فالأقوى حينئذ الصحه مطلقاً إلا الجهاله التى لا تؤول إلى علم للإبهام، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه كما ورد نهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن الغرر فى البيع (1)، ورد نهى النبى عن الغرر (2) بصورة مطلقه، وهو شامل لمختلف أنحاء المعاملات، ولذا قال فى الجواهر وغيره بأن الغرر فى المعاملات كلها يوجب الإشكال، سواء فى الرهن أو المضاربه أو المزارعه أو المساقاه أو الشركه أو غير ذلك، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم فى مختلف الأبواب، والحديث وإن كان ضعيف السند لكنه معمول به قديماً وحديثاً.

ص: ١٢٦

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب التجاره ح ٣

٢- الدعائم: ج ٢ ص ٢١ ح ٤

وثانياً: إنه لا يمكن تخصيص أدله الغرر لما عرفت، لأن الدليلين متكافئان دلالةً، وبينهما عموم من وجه، كغرر بلا صلح و صلح بلا غرر، واجتماعهما في الصلح الغررى.

وثالثاً: إن إشكاله في الجهاله التي لا تؤول إلى علم غير ظاهر الوجه، فإنه إذا لم يضر الغرر فالجهاله التي لا تؤول إلى علم غير ضاره، وإن ضر الغرر فالجهاله ضاره سواء آلت إلى العلم أم لم تؤل إلى العلم.

وعليه فمقتضى القاعده ما ذكرناه من الفرق بين الغرر الذى يدخل فى الصلح عرفاً، لأنه مبنى على المسامحه فهو كالغرر الذى يدخل فى الهبه مثلاً حيث بناؤها على المسامحه، وبين الغرر الذى ليس كذلك، فالغرر الذى يدخل فى الصلح يقدم دليل الصلح عليه، والغرر الذى لا يدخل فى الصلح لا يقدم دليل الصلح عليه وإنما يقدم دليل الغرر، فكل الصور مناطها ما ذكرناه.

ولعله أشار إلى ما ذكرناه الأردبيلى فى المنقول عنه، من الموافقه على عدم اعتبار ما يعتبر فى البيع من المعلوميه، ولكن يعتبر فيه العلم فى الجملة، إما بالوصف أو المشاهده، وإن كان فى كلامه أيضاً أنه لا دليل على اعتبار العلم إذا كان لا يدخل فيه الغرر عرفاً.

كما أن ما عن الدروس من أن الأصح اشتراط العلم فى العوضين إذا أمكن، إلى أن قال: لو تعذر العلم بما صلح عليه جاز، كما فى وارث يتعذر علمه بحصته، وكما إذا امتزج مالاهاما بحيث لا يتميز، ولا تضر الجهاله، وروايه منصور بن حازم تدل عليه، ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال والميزان فى الحال لمساس الحاجه إلى الانتقال، فالأقرب الجواز، انتهى.

يجب أن ينزل على ما ذكرناه، وإلا ففيه نظر.

ثم إنه إذا تصالحا مع الجهل، ثم ادعى أحدهما الغرر، والآخر نفاه، سماع كلام المدعى بموازين الدعوى فعليه الإثبات، وإذا لم يكن له إثبات فعلى طرفه الحلف، ولو الحلف على عدم العلم إذا ادعى عدم العلم فيحكم أصالة الصحة فى المعامله الواقعه قبل الدعوى.

ص: ١٢٨

(مسألة ٣): قال في الشرائع: وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه.

وفي الجواهر: بلا خلاف.

لعموم (أوفوا) (١) وغيره من أدله اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود، نعم يجيء على قول الشيخ الجواز في بعض موارد، كما إذا كان فرع العاريه أو الهبه على بعض الوجوه، بناءً على أن مراده لحقوقه حكم ما أفاد فائدته، أما على المختار فليس إلا على اللزوم.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: وهو لازم من الطرفين، قال: كما في الشرائع والنافع والتحرير والإرشاد والتبصره والدروس واللمعه والمسالك والروضه ومجمع البرهان والمفاتيح، وهو معنى ما في الوسيله والسرائر والتذكره من أنه إذا تم لم يكن لأحدهما رجوع على الآخر، ولا خيار بعد انعقاده، وفي الكفايه إنه لازم على المشهور من كونه أصلاً في نفسه وهو كذلك، انتهى.

لكن نسبه الكفايه ذلك إلى المشهور مما يؤذن بذهاب بعض الفقهاء إلى عدم اللزوم محل نظر، إلا إذا كان ناظراً إلى كلام الشيخ.

ومنه يعلم وجه النظر في اعتراض الروضه على اللمعه بأن الصلح أعم من اللازم.

ثم إن الصلح قد يكون لازماً غير قابل للفسخ، كما إذا أصلح بينهما الحاكم الشرعي صلحاً لفض النزاع، فإنه لا حق لهما في الإقالة والرجوع إلى النزاع، لأن حكم الحاكم الشرعي واجب التنفيذ.

ص: ١٢٩

نعم إذا فضا الصلح بدون الرجوع إلى النزاع لم يكن بذلك بأس.

وقد يكون جائزاً غير لازم، كما في الصلح المعاطاتي على ما اختاره غير واحد من أن المعاطاه لا تفيد اللزوم في البيع ولا في غيره، وإن كنا استشكلنا على ذلك في البيع، حيث إن دليل البيع وغيره شامل للمعاطاه فيهما أيضاً، فلا وجه للقول باللزوم في اللفظي وعدم اللزوم في غير اللفظي.

وقد يكون غير لازم بسبب دخول الخيار فيه، ولذا كان اللازم أن يحمل قول الشرائع وغيره (إلا أن يتفقا على فسخه) على المثال في المستثنى والمستثنى منه، والاتفاق على الفسخ إنما هو بالإقاله الشامل دليها له ولغيره كما في الجواهر.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (لا يبطل إلا باتفاقهما على فسخه): كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قضيه كلام الباين، وفي الرياض نفى الخلاف عن فسخه بالتقاييل، وعن مجمع البرهان الإجماع عليه.

وقد تقدم أن الصلح أيضاً يبطل بظهور استحقاق أحد العوضين كما صرح به غير واحد وسيأتي الكلام فيه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

والظاهر أنه كما يصح التقاييل في كل الصلح يصح التقاييل في بعضه، كما إذا صالح شاه بقره ثم تقايلا في نصف كل منهما، وذلك لأن العقد ليس بسيطاً غير قابل للتبعيض كما في النكاح والطلاق حيث لا يقبلان التبعيض، وإنما هو قابل للتبعيض.

كما أن الظاهر أنه يدخل فيه خيار تبعض الصفقه، كما إذا صالح شاه في قبال بقره ثم ظهر نصف الشاه مستحقاً، حيث يصح لصاحب البقره الفسخ لتبعيض الصفقه بأدلته المذكوره في البيع وغيره.

قال في القواعد: ولا بد من متعاقدين كاملين، وفي مفتاح الكرامه إجماعاً كما في التذكرة كما ستسمعه، ولا بد من صيغه ومن الإيجاب والقبول كما

فى التذكره وجامع المقاصد واللمعه والروضه، ولا بد من المقارنه كما فى التذكره، ونسب ذلك كله فى مجمع البرهان إلى ظاهر الأصحاب، وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمه، وتصح وظيفه كل من الإيجاب والقبول من كل منهما بلفظ (صالحه) و(قبلت) كما فى الروضه، انتهى.

أقول: أما لزوم تكامل المتعاقدين فلا إشكال فيه، حيث يجب أن يكونا بالغين عاقلين غير محجورين، إلى غير ذلك من الشروط. وأما الاحتياج إلى الصيغه والإيجاب والقبول، فقد عرفت سابقاً عدم الدليل عليهما، فالصالح المعاطاتى أيضاً صحيح، كما أنه لا يجب أن يكون إيجاب وقبول، بل يصح أن يكون كالتصافق والتصافح.

أما المقارنه فهى عرفيه، كما ذكرناه فى سائر العقود.

وكما أنه يلزم تكامل المتعاقدين يلزم صحه الصلح بالنسبه إلى الدين أو العين أو ما أشبهه، بأن لا يكون كالخمر والخنزير بالنسبه إلى المسلم، والظاهر أنه لا- تصح المصالحه بين مسلم وكافر على خمر أو خنزير غير مباح التعامل عليهما، أما مباح التعامل كالخمر المحترمه والخنزير المتخذ لأجل جلده أو شعره أو شحمه أو ما أشبهه مما حلله الشارع فلا بأس على إشكال.

وإذا صالح المسلم الكافر بأن يعطيه خمرأ ويأخذ منه مثلاً درهماً لم يصح، ولا يأتى هنا قاعده «ألزموهم بما التزموا به» كما ذكرنا مثله فيما إذا تزوج المسلم أخته المجوسيه، فإن قانون الإلزام لا يشمل مثل ما إذا كان حراماً على أحد الطرفين إلا فيما خصص كما فى المطلقه ثلاثاً من العامه فى مجلس واحد أو بلا شهود، وكما فى الإرث فى باب التعصيب، إلى غير ذلك.

فمقتضى القاعده أن المسلم عليه أن يطبق أحكام الإسلام التى هى بنظره مستفاده من الأدله إلا فيما خرج بالدليل، فمثل الإرث

ونحوه خارج بالدليل، لا أنه أصل يقاس عليه غيره.

نعم إذا كان طرف المسلم كافراً حربياً، وصالحه المسلم على خمر أو نحوها، بطلت المصالحة وصح أخذ مال الكافر من باب الإنقاذ، كما ذكره العلامة وغيره في بيع الميته والمذكي المشتبهين ممن يستحل.

ص: ١٣٢

(مسألة ٤): قال في الشرائع: إذا اصطح الشريكان على أن يكون الربح والخسران على أحدهما وللآخر رأس ماله صح.

ويدل على ذلك الصحيح عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام)، في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك الخسران، فقال (عليه السلام): «لا بأس إذا اشترط، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل» (١).

ونحوه خبره الآخر عنه (عليه السلام) أيضاً، إلا أنه قال: (كان من المال دين وعين) ولم يقل: (وعليهما دين) (٢).

وكذا خبره الثالث، إلا أنه قال: (وكان المال ديناً) (٣)، ولم يذكر العين ولا عليهما دين.

وهكذا الخبر الرابع إلا أنه قال: (كان المال ديناً وعيناً) (٤).

كذا رواه في مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر، وإن كان الوسائل لم يذكر إلا روايه واحده بلفظ واحد.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو اصطح الشريكان على أن لأحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح كما عبر بذلك): ومثله من دون تفاوت أصلاً في الشرائع والنافع والإرشاد والتبصره والكفايه، وقد يفهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة إذا اشترط ذلك في عقد الشركه، أو بعد العقد في أثناء الشركه، وإن لم يرد القسمه.

ص: ١٣٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٥ الباب ٤ من أبواب أحكام الصلح ح ١

٢- مفتاح الكرامه: ج ٥ ص ٤٦٩ من كتاب الصلح

٣- مفتاح الكرامه: ج ٥ ص ٤٦٩ من كتاب الصلح

٤- مفتاح الكرامه: ج ٥ ص ٤٦٩ من كتاب الصلح

وقال الشيخ فى النهايه: (والشريكان إذا تقاسما واصطلاحا على أن يكون الربح والخسران على واحد منهما، ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزاً، وهذا يقضى أن ذلك إنما هو عند انقضاء الشركه وإرادته فسخها، كما صرح بذلك فى السرائر والتحرير والدروس واللمعه وحواشى الكتاب وإيضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقى الإرشاد والنافع والمسالك والروضه والمفاتيح، وكذا التذكرة، بل فى الأولين زياده التصريح، لأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح والخسران والنقد والنسيئه والعروض وسلم إليه)، انتهى.

والظاهر صحه أن يكون الشرط أو الصلح فى أول العقد، وفى أثنايه، وبعد الفسخ، يعنى أنه يشترط قبل الفسخ أو يتصلحان قبل الفسخ أو بعده، وذلك بالنسبه إلى الشرط لعموم «المؤمنون عند شروطهم»⁽¹⁾، ولا يخالف الشرط الكتاب أو السنه أو مقتضى العقد، لأن عقد الشركه إطلاقه يقتضى أن يشتركا فى الربح والخسران، وإلا فمقتضى العقد ليس ذلك إذا لم يطلق، كما أن إطلاق البيع يقتضى اللزوم، لا أن مقتضاه اللزوم حتى يكون خيار الشرط منافياً لمقتضى العقد، فإذا شرط هذا الشرط فى أول عقد الشركه صح العقد والشرط.

ولا تنحصر الفائده فى الشركه بالربح والخسران، لأنه تصح الشركه وإن علما أنه لا ربح ولا خسران، وإنما يريدان إشغال مالهما واشتغال أنفسهما حتى لا يكونا بطلين، وكذلك يريد من يريد رأس ماله فقط

ص: ١٣٤

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و ٢٠ من أبواب المهور ح ٤، والاستبصار: ج ٣ ص ٢٣٢، والتهذيب: ج ٧ ص ٣١١ ح ٧

أن لا يبقى ماله عاطلاً حتى يؤخذ منه مثلاً الضريبه، أو يكون خوف سرقة اللصوص له، أو يريد ربح صاحبه مثلاً، إلى غير ذلك من الفوائد العقلانيه.

وكذلك يصح الشرط في أثناء الشركه فيما لأحدهما أو لهما الفسخ، فيقول أحدهما للآخر: إنى لا أفسخ بشرط أن لا يكون لى ربح ولا خساره وإنما برأس مالى فقط، وهكذا بالنسبه إلى حين إرادته الفسخ فيقول: إنى أفسخ _ فيما له الإبقاء _ بشرط أن يكون لى رأس مالى بدون ضرر وربح.

أما بالنسبه إلى الصلح، فإن أدله الصلح شامله للصور الأربع، أى الصلح عند الشركه، أو فى الأثناء، أو قبل الفسخ، أو بعد الفسخ، فلا مانع من كل ذلك.

ومنه يعرف أن إشكال مفتاح الكرامه على الشرائع والقواعد وغيرهما: إلا أن تنزل على ما ذكره النهايه وغيرها، غير وارد.

قال: وعلى كلام الشيخ فى النهايه ومن تبعه تنزل العبارات المتقدمه للشرائع وغيره، لأننا لو لم نزلها على ذلك وقلنا: بأن الشرط المذكور كان فى عقد الشركه أو بعده لما صح تسميته صلحاً، لأنه يكون شرطاً فى عقد الشركه لا صلحاً على الأول، لأنه إن أتى بلفظ الشرط فظاهر، كأن يقول: شاركتك بشرط أن يكون الربح لك، فيقول: قبلت، وإن أتى بلفظ الصلح كأن يقول: شاركتك لنعمل فى هذا المال، وصالحتك على أن يكون الربح لك، فيقول: قبلت، فلا صلح أيضاً، لأن الصلح من أركانه العوضان، ولا عوض هنا.

وعلى الثانى، وهو ما إذا كان بعد العقد، فإن أتى بلفظ الشرط فلغو، وإن أتى بلفظ الصلح قبل المرجع وبعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح، إذ لا عوض، خصوصاً إذا كانت العين قائمه لم تمزج، وإذا كان شرطاً فى عقدها كان مخالفاً لمقتضى عقدها، لأن مقتضاها أن الربح والخساره تابعان

لرأس المال، فيكون مخالفاً للكتاب والسنة، فيكون فاسداً، وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المنافاه لمقتضى العقد، لأنه لا لزوم، واشتراطه يوجب التزلزل المنافى له، وذلك لأن مقتضى عقد البيع إنما هو الانتقال خاصه، واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجه، فاشتراط الخيار ليس منافياً لمقتضاه، بخلاف الشركه إذ ليس مقتضاها سوى ما عرفت، فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع، لكننا قد حققنا في باب الشركه أن هذا الشرط غير مناف لها وإلا لما صار اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع أنه يجوز إجماعاً، انتهى.

ومن أخير العبارة يعرف أنه رجع عن الإشكال في الشرط، وإن كان في جملة من كلامه موارد للتأمل على ما عرفت وجهه.

أما تفصيل الجواهر بين الصلح والشرط بقوله: إن المتجه على كل حال الجواز مطلقاً من جهه الصلح، كما هو مقتضى المتن وغيره من عبارات الأصحاب، بل والنص، نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطيه لا- في الابتداء ولا في الأثناء ولا عند الانتهاء، ضروره عدم المقتضى للزومه، وإنما هو وعد، ثم نقل عبارته مفتاح الكرامه ثم قال أخيراً: وإن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافياً لمقتضاه لم يجز حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للأدله المزبوره، فالمراد بالشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح، وأنه ربما يطلق اسم الشرط على العقود، انتهى.

فغير ظاهر الوجه، مع ما فيه من تدافع بين أول كلامه، حيث ذكر أن الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطيه، وبين أخيره حيث قال: وإن كان قد

يناقش فيه، إذ كيف يجمع بين قوه العدم وبين المناقشه.

وكيف كان، فأشكال الجواهر فى الشرط بأنه وعد، سواء كان فى الابتداء أو فى الأثناء أو عند الانتهاء غير ظاهر، إذ الشرط فى أثناء عقد الشركه مرتبط بعقد الشركه، وليس وعداً فحسب، وكذلك فى الأثناء حيث يحق له الفسخ، وكذلك عند الانتهاء حيث يحق له الإبقاء، فيقول فى الأول: تتشارك على هذا الشرط، وفى الوسط: إنى أبقى على الشركه على هذا الشرط، وعند الانتهاء: إنى أفسخ شركتى على هذا الشرط، اللهم إلا أن يريد غير هذه الصور، نعم الشرط بعد فسخ الشركه أو انتهائها وعد.

ومنه يعلم أن صور الصلح أربع، وصور الشرط ثلاث، إلا أن يكون الشرط بعد انتهاء الشركه أو فسخها فى ضمن عقد لازم خارجى، وهو خارج عن محل الكلام.

وكيف كان، فكلام الفقهاء هنا فى الصلح، وأما الشرط فهو مرتبط ببابه، وقد عرفت دلالة بعض الروايات على بعض صور الصلح فى الجملة، وإن كان ربما يقال: بأن إطلاق الروايات تشمل كل الصور، لكنه خلاف ظاهر قوله (عليه الصلاه والسلام) فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين.

وأما ذكر الشرط فى الروايه، فيمكن أن يراد به الشرط فى قبال الصلح، ويمكن أن يراد به الصلح فى قبال الشرط، ويمكن أن يراد به الأعم، ولا بعد فى إرادته الأعم، لأن الشرط فى أمثال هذه الموارد يطلق على الشرط الذى فى قبال الصلح وعلى الصلح.

(مسألة ٥): قال فى الشرائع: ولو كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما، كان لمدعيهما درهم ونصف، وللآخر ما بقى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ويعطى مدعى الدرهمين أحدهما ونصف الآخر، ومدعى أحدهما الباقي): كما فى النهايه والنافع والتحرير والإرشاد والدروس والحواشى واللمعه والتنقيح والتذكرة وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه ومجمع البرهان، وفى الأخير إنه مجمع عليه.

ويدل على الحكم صحيح عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى، وقال الآخر: هما بينى وبينك، قال: فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أما الذى قال: هما بينى وبينك، فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء وأنه لصاحبه، ويقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين» (١).

ونحوه مرسله محمد بن أبى حمزه، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، فى رجلين كان بينهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى، وقال الآخر: بينى وبينك، فقال (عليه السلام): «قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء، وأنه لصاحبه، وأما الآخر فبينهما» (٢).

وفى المقنع، الذى هو متون الروايات، قال: «إذا كان بين رجلين درهمان، فيقول أحدهما: الدرهمان لى، ويقول الآخر: بينى وبينك، فإن

ص: ١٣٨

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٩ و ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٩ و ١٧٠ الباب ١ من أبواب الصلح

الذى يقول: هما بينى وبينك قد أقر أن أحد الدرهمين ليس له، وأنه لصاحبه، وأما الآخر فيبينهما نصفان»(١).

ولا يخفى أن ما يأتى من الكلام فى هذا البحث إنما هو فيما إذا كان الدرهمان متساويين، كما إذا كان كل واحد منهما مثقالاً.

أما إذا كانا مختلفين، كما إذا كان أحدهما مثقالاً والآخر مثقالاً ونصف، فللمسألة ثلاث صور، إذ أن مدعى الواحد قد يدعى المثقال، فيعطى له نصف المثقال، وقد يدعى المثقال والنصف، فيعطى له ثلاثة أرباع المثقال، وقد يكون دعواه مجهوله إما لموته أو ما أشبه ذلك، وحينئذ يعطى له بالنسبه، بمعنى أنه يعطى لمدعى الواحد عشره من ستة عشر، ويعطى لمدعيهما واحد وستة من ستة عشر، وذلك لقاعده العدل، حيث يعطى لمدعى الواحد نصف نصف المثقال ونصف نصف المثقال والنصف.

وإن شئت قلت: يعطى لمدعى أحد الدرهمين ربعان ونصف ربع، ويعطى لمدعى الدرهمين خمسة أرباع ونصف ربع.

وعلى هذا القياس لو كان الاختلاف فى الدرهمين فيما كان مثلاً أحد الدرهمين يعادل مثقالين والدرهم الآخر يعادل مثقالاً، أو يعادل مثقالاً ونصفاً، أو كان أحدهما يدعى من الدرهمين درهماً ونصفاً، ويدعى الآخر درهماً، أو درهماً وربعاً، إلى غير ذلك من الأمثله الكثيره.

ثم إن مقتضى القاعده مع قطع النظر عن الروايه أن صور المسأله ست:

الصوره الأولى: أن يكون لكليهما يد، فإن كان على نحو الإشاعه احتاج إلى المراضاه، وإن لم يكن على نحو الإشاعه بأن يقول صاحب الدرهم

ص: ١٣٩

الواحد: هذا الخاص لى، فلا حاجة إلى المراضاه، وفي هذه الصورة بكلا شقيها يقسم الدرهم الواحد بينهما، فيكون لصاحب الواحد النصف، ولصاحب الاثنى الواحد والنصف.

الصورة الثانيه: لا يد لأحدهما ولا لغيرهما، وهنا أيضاً كالصورة الأولى، ويأتى هنا أيضاً الشقان المذكوران هناك.

الصورة الثالثه: أن يكون لأحدهما يد، وهو صاحب الدرهم، فصاحب الدرهمين إن أقام البيئه كان الحق له، وإلا حلف صاحب الدرهم ويكون كل الدرهم له.

الصورة الرابعه: أن يكون لأحدهما يد، وهو صاحب الدرهمين، فإن أقام الخارج وهو صاحب الدرهم البيئه كان الدرهم له، وإلا حلف صاحب الدرهمين وكان الدرهمان له.

الصورة الخامسه: أن يكون فى يد ثالث، وهو يصدق أحدهما، فعلى غير المصدّق بالفتح البيئه، وعلى المصدّق بالفتح الحلف، فإذا جاء غير المصدّق بالبيئه كان الحق له، وإلا حلف المصدّق وأخذ الدرهم إن كان صاحب درهم، أو الدرهمين إن كان صاحب الدرهمين.

الصورة السادسه: أن لا يصدق أياً منهما، فعلى كل واحد منهما البيئه، فإذا أقام أحدهما البيئه كان الحق له، وإذا أقاما كلاهما البيئه كان التنصيف فى الدرهم الواحد، والدرهم الآخر لمدعى الاثنى، وذلك لتعارض البيئتين فى درهم واحد، أما الدرهم الآخر فلا ادعاء لصاحب الدرهم الواحد فيه.

ثم اللازم تطبيق الروايتين على القواعد من حيث الاحتياج إلى البيئه واليمين، وعدم ذكر الروايتين له لأنهما فى صدد أصل الحكم لا خصوصيات

الحكم، فربما احتاج الأمر إلى البينه، وربما احتاج إلى اليمين وربما لا يحتاج إلى أى منهما.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (نعم ظاهر الخبرين والمتن وغيره أن الحكم كذلك من غير يمين، وأنه لا فرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الإشاعة، أو بواحد منهما على التعيين، بل لعلهما في الأول أظهر منهما في غيره) محل نظر، إذ من جهة اليمين يلزم القول بالفرق بين الموارد مما يحتاج إلى اليمين أو لا يحتاج.

أما من جهة الإشاعة وغير الإشاعة فالأمر كذلك للإطلاق، كما أن منه يعلم وجه النظر في إطلاق التذكرة، حيث إنه بعد أن فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر واحداً منهما، قال: الأقرب أنه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذى تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفين.

واستحسنه في المسالك لعموم «واليمين على من أنكر»^(١).

وفي الدروس: لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر اشتراكهما، الرواية المشهورة للثاني نصف درهم وللأول الباقي، ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فإنه يقوى القسمة نصفين فيحلف الثاني للأول، وكذا كل مشاع.

وعن إيضاح النافع: لا أرى له وجهاً حسناً، وتأمل فيه فى محكى قضاء الروضه فى آخر كلامه.

وفى قضاء القواعد والتحرير والدروس واللمعه أنه

ص: ١٤١

لو كانت فى أيديهما عين فادعاها أحدهما وادعى الآخر منها نصفاً ولا بينه، فهى بينهما بالسويه، ولكن على مدعى النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه.

ووجه فى الروضه الفرق بين المشاع وغيره بأن كل جزء من العين على تقدير الإشاعه يدعى كل منهما تعلق حقه به ولا ترجيح، فكانت نسبته إلى الجميع على السواء.

إذ فيه: إنه لا يستلزم الاختصاص باليمين، إذ أى فرق بين دعوى الإشاعه وغيرها.

ثم لما كان الأمر على وفق القاعده لا ينحصر الحكم بذلك فى مثل الدرهمين، بل يتعدى إلى سائر الموارد حتى فى مثل الدار التى هى بيدهما وفيها غرفتان، فيدعى أحدهما إحدى الغرفتين، والثانى يدعى كليهما، سواء كان الادعاء على نحو الإشاعه، أو على نحو الخصوصيه، أو على نحو الجمع بينهما بأن يدعى أحدهما أن نصف هذه الغرفه مشاعه له ونصف الغرفه الأخرى معينه له.

وهكذا بالنسبه إلى خروج كلهما عن الدار، أو كون يد أحدهما عليها، أو كون الدار فى يد ثالث، إلى غير المثالين من الموارد.

ولذا الذى ذكرناه من عدم الفرق بين الإشاعه وغيرها، قال فى مفتاح الكرامه: إن إطلاق الأصحاب فى المقام والأخبار يشمل صورته دعوى الثانى للدرهم على الإشاعه والتعيين، والمصرح بالفرق فى باب القضاء هو العلامه والشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه، فلا ينبغى العدول عن ذلك إلى هذا، ثم قال: ذكر هذه المسأله وما بعدها فى باب الصلح إما لأن ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم، وإما لمناسبه له حيث إن الصلح لا يكون إلا كذلك، لأنه العدل فيرغبان فى الصلح حذراً من الأيمان، انتهى.

ومن الكلام فى الدرهم والدرهمين يظهر حال ما إذا كان المشتركون أكثر من الاثنين، مثلاً قال أحدهم: لى الاثنين، وقال الآخر: لى واحد، وقال الثالث: لى النصف، وهكذا، لو حده الملاك فى جميع الصور.

كما أن من الإشاعه ظهر الكلام فيما إذا كان أحد الثلاثة يقول: لى المعين، ويقول الآخر: لى الكل، ويقول الثالث: لى على نحو الكلى فى المعين، إلى غيرها من سائر الأمثله.

ص: ١٤٣

(مسألة ٦): قال في الشرائع: وكذا لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهماً وامترج الجميع ثم تلف درهم.

ومراده بقوله: (وكذا) أنه لدى الدرهمين درهم منهما، لأنه لا احتمال غيره، فإن الضائع درهم، فإن كان من ذى الدرهم فالدرهم لدى الدرهمين موجود، وإن كان من ذى الدرهمين فدرهم من الباقيين الذى لدى الدرهمين موجود، فدرهم قطعاً لدى الدرهمين. وأما الدرهم الآخر فهو محتمل لكل منهما ولا مرجح، فمقتضى قاعده العدل بينهما قسمته نصفين.

ويدل عليه بصوره خاصة ما رواه السكوني، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام)، في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال (عليه الصلاة والسلام): «يعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين» (١).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة فى القواعد: (وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الأجزاء) قال: وهذا هو المشهور كما فى الدروس والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضه والكفايه والرياض، وفى جامع المقاصد نسبه إلى الأكثر تاره وإلى الأصحاب أخرى، وقد نسب إلى الأصحاب فى الدروس والمسالك والروضه، ولم أجد فيه خلافاً إلا من المصنف فى التحرير، فإنه قال: الأولى عندى قسمه الثالث على رأس المالين، فيعطى صاحب الدينارين دينار وثلثاً وصاحب الدينار ثلثا دينار.

ص: ١٤٤

وقد مال الشهيدان والمحقق الثاني إلى القرعه لأنها مقتضى القواعد، لكنهم لم يجسروا على المخالفه.

وقال في محكى الدروس: ولو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار واشتبه، ففي روايه السكوني: «لصاحب الدينار نصف دينار وللآخر الباقي» (١).

والعمل بها مشهور، وهنا الإشاعه ممتنع، ولو كان في أجزاء ممتزجه كان الباقي أثلاثاً، ولم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً، وذكروهما في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك قهرياً وجائز أن يكون اختيارياً فإن امتنع فاليمين.

والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسأله الوديعه بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً كمختلف الأجزاء وفيه بعد، ولو قيل بالقرعه أمكن، وتبعه الشهيد الثاني في المسالك، فإنه بعد أن استشكل في ضعف المستند قال: التالف لا يحتمل كونه منهما، بل من أحدهما خاصه، لامتناع الإشاعه هنا، والموافق للقواعد الشرعيه هنا القول بالقرعه، ومال إليه في الدروس إلا أنه تحاشى عن مخالفه الأصحاب.

أقول: مقتضى القاعده أن للمسأله صوراً ثلاثاً:

الأولى: أن تكون على نحو المزج، كصاع في ضمن صاعين، وهنا مقتضى القاعده التثليث، لأن الذاهب من كل واحد منهما بنسبه حصته، ولا وجه لجعل الذاهب من أحدهما أكثر من الذاهب من الآخر، فمن صاحب الاثنيين ذهب ثلثان، ومن صاحب الواحد ذهب ثلث، كما أنه إذا كان لأحدهما ثلاثه وللآخر اثنان وذهب واحد قسّم الواحد خمسه أقسام، فالذاهب من صاحب الثلاثه ثلاثه أخماس ومن صاحب الاثنيين خمسان، وهكذا.

ص: ١٤٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧١ الباب ١٢ من أبواب الصلح ح ١

الثانية: أن يكون على نحو الكلى فى المعين، وفى هذه الصورة يكون الذهاب من البائع، مثلاً- كان لزيد عشرة أصوع فاشترى عمرو صاعاً منه على نحو الكلى فى المعين، ثم أودع الأصوع عند بكر فضاع صاع مثلاً أو أكثر، فإنه ذاهب من صاحب المال لا من المشتري، لما قرر فى بحث أطنان القصب.

الثالثة: ما فى الرواية وإطلاقها يقتضى ما ذكر من التنصيف، وربما يحتمل أنه لولا إطلاق الرواية المؤيد بالفتوى لزم التفصيل فى المسألة، لأن لها ثلاث صور:

الأولى: إذا تصالحا على الاشتراك فى الجميع، ومقتضى القاعده الثلث والثلاثان.

الثانية: إذا تصالحا على الاشتراك فى درهم من هذا ودرهم من ذاك، كما إذا كان لكل واحد منهما درهم وتصالحا على الاشتراك ثم وضع أحدهما درهماً على الدرهمين وأودعا الثلاثة عند إنسان، فالمحتمل هنا أن يكون المفقود الدرهم غير المشترك فيه، وأن يكون المفقود أحد الدرهمين المشترك فيهما.

الثالثة: أن لا يقع صلح، ومقتضى القاعده القرعه، لأن هذا الدرهم الباقي إما لهذا وأما لهذا، والقرعه لكل أمر مشكل، لكن حيث وردت الرواية فلا مجال للقرعه، ولذا أشكل الجواهر على قول الدروس المتقدم بأنه لو قيل بالقرعه أمكن، قال: ولا إشكال بعد النص والفتوى والقاعده التى أشرنا إليها فى قسمه المال بين مدعيه قلوباً أو كثروا بالسويه على فرض استوائهم فى قطع الدعوى بذلك المنزل منزله الصلح القهرى فيما بينهم.

هذا لكن الظاهر من الرواية أن لا إطلاق لها يشمل الصور الثلاث، بل ظاهرها ما هو المتعارف من أنه يودعه أحدهما درهمين ويودعه الآخر درهماً.

وعليه، فلا تشمل مثل ما إذا ورث الولد والبنت درهمن ودرهماً، وقبل التقسيم أودعوا الثلاثة مثلاً عند الوصى أو غيره، حيث إن مقتضى القاعده العمل بالثلث والثلثين هنا لا بدرهم ونصف للولد ونصف درهم للبنت.

ولذا الذى ذكرناه قال الجواهر: (وأما ما حكاه الدروس عن الفاضل فهو كما ذكر فى غايه البعد، مع فرض الاشتباه بدون امتزاج، ضروره عدم حصول الشركه بينهما بذلك، أما مع فرضه فقد يقال بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ، اللهم إلا أن يدعى حصول الشركه بها قهراً شرعاً، بخلاف غيره من الدراهم ونحوها، لكنه كما ترى فالأولى فرض مسأله المتن بدون امتزاج كما فى النص، أما معه وقلنا بحصول الشركه به مطلقاً، فالمتجه فيه حينئذ حكم الأفقره فى كون التالف على النسبه. واحتمال الفرق بالقطع فى الحبوب بكون التالف منهما بخلافه فى مسأله الدرهم يدفعه أولاً: إنه لا قطع بكونه على النسبه فى الحبوب إذ يمكن التفاوت، وثانياً: عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركه بالامتزاج فى المثليات على وجه يرفع التمييز. وإن كان فى كلامه هذا مواضع للتأمل كما يعرف مما ذكرناه) انتهى.

ثم إنه لو شك أن أيهما صاحب الدرهمين وأيهما صاحب الدرهم، فمقتضى القاعده التنصيف بإعطاء كل واحد منهما درهماً، لأنه مقتضى قاعده العدل.

ومن هذا المقام يعرف سائر الفروض، كما يمكن استخراج حق كل منهما بالأربعه المتناسبه فى موارد النسبه، بأن يقال: لو كان الدراهم ثلاث كان له اثنان أو واحد، أما فى الحال فحيث الدراهم اثنان كم له، وهكذا.

(مسأله ٧): قال فى الشرائع: ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً، ولآخر ثوب بثلاثين درهماً، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما، فأعطى لصاحب العشرين سهمين من خمسه وللآخر ثلاثه.

وقد أفتى المشهور بهذا طبقاً لخبر إسحاق بن عمار، عن الصادق (عليه السلام) فى الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً فى ثوب، وآخر عشرين درهماً فى ثوب، فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه، قال: «بيع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثه أخماس الثمن، والآخر خمسى الثمن». قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت، قال (عليه الصلاه والسلام): «قد أنصفه» (١).

قال فى مفتاح الكرامه: (وقد عمل بها الشيخ فى النهايه والقاضى فيما حكى عنه والمحقق فى كتابيه والمصنف فى التحرير والإرشاد والتبصره والمختلف، وفى الدروس أن عليها المعظم، وفى المسالك ومجمع البرهان عمل بها المشهور، وفى إيضاح النافع وجامع المقاصد نسبتته إلى أكثر الأصحاب، وفى التنقيح إلى الشيخ وأتباعه، وقد نسب العمل بها إلى الأصحاب فى مطاوى جامع المقاصد مرتين، وفى مضاربه جامع المقاصد إنه محل وفاق) انتهى.

وحيث إن المشهور عملوا بالروايه فلا مجال للإشكال فيها من جهه السند، بل ربما قيل بصحه السند من طريق الصدوق، بل والشيخ أيضاً.

والظاهر أن البيع من باب المثل وإلا فالإيجار كذلك، كأن يؤجران الثوبين مثلاً كل عام بخمسين، فيتصرف صاحب الثلاثين بالثلاثين وصاحب العشرين بالعشرين.

ص: ١٤٨

بل وكذلك فيما إذا كان الاشتراك في نصفى الشئ فيقع المهاياه بالانتفاع، مثلاً يشتريان نصفى دابه أحدهما بثلاثين والآخر بعشرين فيركبها صاحب الثلاثين ثلاثه أيام وصاحب العشرين يومين، أو يؤجرانها كذلك، إلى غير ذلك من الأمثله المتصوره فى الدار والأثاث وغيرها، لأن الملاك فى الجميع واحد، وهو قاعده العدل، وهذه الروايه التى لا يفهم منها إلا الملاك، لوضوح أنه لا خصوصيه للثوبين، كما لا خصوصيه لعشرين درهماً وثلاثين درهماً.

ويأتى الأمر كذلك فى ثلاثه أثواب وغيرها، فإذا اشترى أحدهم بخمسين والآخر بأربعين والثالث بعشره قسم الثمن على المائه، فلصاحب الخمسين خمسون، ولصاحب الأربعين أربعون، ولصاحب العشره عشره.

وإن شئت قلت: لصاحب الخمسين النصف، ولصاحب الأربعين أربعه من عشره، ولصاحب العشره واحد من عشره، وإذا باع الأول والثالث، أو الأول والثانى، أو الثانى والثالث، فكذلك تلاحظ النسبه.

ثم إن الأمر بالنسبه إنما هو مع عدم التضخم فى أحد الثوبين بعد الاشتراء، أو التنزل فى أحد الثوبين، أو التضخم غير المتكافئ، أو التنزل غير المتكافئ، وإلا لوحظت النسبه أيضاً بزياده التضخم أو التنزل.

نعم إن كان التضخم فى كليهما على النسبه المتساويه كما إذا صار على الضعف، أو كان التنزل على النسبه المتساويه كما إذا صار على النصف، كانت النسبه محفوظه أيضاً فى الثمن والأجره والمهاياه ونحوها، فإذا صار ثوب الثلاثين عشرين وبقي ثوب العشرين عشرين وبيعا بأربعين كان لكل واحد النصف، وإذا صار ثوب الثلاثين عشرين وثوب العشرين ثلاثين انعكس ما لكل منهما، بأن صار لصاحب ثوب العشرين ثلاثه أخماس الثمن وبالعكس،

ومثل حال التضخم والتنزّل حال الارتفاع والانخفاض لجهه البلى فى أحد الثوبين أو فى كليهما، أو قصر أحد الثوبين أو كليهما فإزدادت قيمه أو نقصت لأجل التقصير بالنظافه، أو توسخ أحدهما فتزلت قيمه بالساخه، إلى غير ذلك من الفروض.

وعلى أى حال، فما عن ابن إدريس من القرعه، ومال إليه فى المسالك، بل ظاهر بعضهم أن جماعه قالوا بذلك، غير ظاهر الوجه، ولذا ردهم الجواهر بقوله: (ضروره عدم الإشكال بعد ما عرفت معتضداً بالاعتبار الذى يقضى بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك، بل لو لم يشتبهها وبيعا معاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما، إلا أن الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعيه فى بيعهما فى الحكم المزبور، بل ظاهرهما صيروره مالكهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما، فهما بمثابه الشريكين فىهما على نسبه قيمتهما) انتهى.

ولا يخفى أن بيعهما معاً إنما يوجب كون الثمن موزعاً على حسب النسبه إذا كان البيع بحسب النسبه، أما إذا لم يكن البيع بحسب النسبه لوحظ قدر ما يخص كل واحد منهما فى البيع، إذ قد يكون البيع على حسب النسبه، وقد يكون متساوياً، وقد يكون الأنزل أرفع والأرفع أنزل، فقول الجواهر تبعاً لغيره من ملاحظه النسبه فى البيع معاً أو منفرداً، إنما هو فى فرض كون النسبه محفوظه فى البيع معاً.

أما إذا أوجبت المعيه ارتفاع صاحب الثلاثين إلى الضعف، وارتفاع صاحب العشرين إلى واحد ونصف، أى صار الثلاثون ستين وصار العشرون ثلاثين، فإن النسبه تلاحظ فى توزيع قيمه، وكذلك فى باب الإجاره وغيرها، كما أن الانفراد قد يجب تنزل الأرفع وترفع الأنزل، ويأتى مثل الكلام فى

اشترى الثوبين في ما إذا استأجرا شيئاً، كما إذا ركبت عائلتان سياره بالأجره عائله ثلاثه وعائله خمسه فأخذ صاحب السياره منهما ثمانيه أقلها لأكثرهما وأكثرها لأقلهما، لأن الأقل أثرياء والأكثر فقراء وصاحب السياره يأخذ من الفقراء أقل مما يأخذ من الأغنياء، أو أن صاحب السياره أخذ الثمانيه الأكثر من الخمسه للخمسه، والأقل من الثلاثه للثلاثه، بسبب أن صاحب السياره يأخذ من الأكثر عائله أكثر من النسبه التي يأخذها من الأقل عائله، كما يتعارف ذلك في الدور، مثلاً إذا آجروا الدار لنفرين يأخذون منهما دينارين في الشهر، أما إذا آجروا الدار لخمسه يأخذون منهم عشره دنانير في الشهر.

ثم في مسأله الثوبين هل يباعان منفردين أو منضمين، المشهور لم يفرقوا بين البيعين، لكن في التذكره أنه إن بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب ولا إشكال، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمه، وكذا الأقل، بناءً على الغالب، وإن بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شرکه الإجبار كما لو امتزج الطعامان، قسم الثمن على رأس المال.

وهكذا في القواعد قال: ويبيع الثوبان مع الاشتباه معاً إن لم يمكن الانفراد، ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر، فإن بيعا منفردين فإن تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه، وإن تفاوتا فالأقل لصاحبه.

وقد أوضحه في مفتاح الكرامه بقوله: (إنهما إن بيعا مجتمعين، حيث لا يمكن الانفراد بأن يباع كل واحد وحده لعدم الراغب، وتعاسرا بمعنى لم يخير أحدهما صاحبه، صار كالمال المشترك شرکه إجباريه، كما لو امتزج الطعامان، فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الروايه، وإن أمكن بيعهما منفردين وجب، فإن تساويا فلكل واحد ثمن ثوب، وإن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر

والأقل لصاحب الأقل، بناءً على الغالب من عدم الغبن، وإن أمكن خلافه إلا أنه نادر لا أثر له شرعاً، ويلزم على ما ذكره في التذكرة ما ذكره من ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين، إذ الحكم مختلف فتتخذ العبارتان) انتهى ما في مفتاح الكرامه.

والظاهر أن العلامه نظر إلى أنه قد يكون بسبب الاجتماع تفاوت، بخلاف ما لو انفرد بيع كل واحد منهما، وهذا صحيح فيما إذا كان الأمر كذلك، أى كان الانفراد سبباً، لوضوح قيمه كل واحد منهما، بينما الاجتماع يسبب عدم معرفه قيمه كل واحد منهما، لإمكان التنزل أو الترفع بسبب الاجتماع إمكاناً عرفياً لا إمكاناً نادراً عقلياً.

ومنه يعرف أن إشكال الدروس على العلامه، بأن الروايه مطلقه فى البيع، ويلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين، إذ الحكم مختلط، غير ظاهر الوجه، كما أن إشكال الجواهر على العلامه بعد نقله عباره التذكرة: (بأنه كالاتجاه فى مقابله النص المعتضد بفتوى المعظم المقتضى صيرورتها بمثابه الشريكين على كل حال) انتهى، محل نظر.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد بقوله: فعلى هذا يكون مورد الروايه ما إذا تساوت القيمتان، فيبقى ما إذا تفاوتت خالياً عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف، إذ لا- راد له، وقول ابن إدريس بالقرعه وإن كان له وجه، إلا أن مخالفه النص وكلام الأصحاب مشكل، ولذا قال فى مفتاح الكرامه: إنه لا يتجه ما نبه عليه الشهيد وذكره المحقق الثانى لأنه إذا كان موردها كذلك عند الابتياح والبيع الثانى كيف يصح القسمه أخماساً، بل

يجب أن تكون بالسوية، وقوله في جامع المقاصد (يبقى ما إذا تفاوتتا) إلى آخره، فيه: إنه لا وجه له لوجوب البيع مجتمعين إذا تفاوتتا ولم يمكن الانفراد من دون رضاهما، خصوصاً مع تعلق غرضهما بالانتفاع بهما للكسوه أو القنيه، والمفروض أنه لا نص حتى نعمل به تعيداً كما عمل به المشهور، إلى آخر كلامه.

وكيف كان، فالأقرب أن الرواية صغرى من صغريات القاعده العقلية التي أيدها الشارع في غير مورد مما استفيد منها قاعده العدل، فلا- يختلف الأمر بالإجاره أو المضاربه أو الرهن أو البيع أو غيرها، ثياباً أو غير ثياب، كما ألمعنا إلى بعض الأمثله فيما تقدم.

فقول الدروس من أنه إن عملنا بالروايه ففي تعديها إلى الثياب والأمتعه والأثمان المختلفه نظر، من تساوى الطريق في الجميع وعدمه، والأقرب القرعه هنا، محل نظر، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (إنه مخالف لقولهم (عليهم الصلاه والسلام): «علينا أن نلقى إليكم الأصول وعليكم أن تفرعوا»^(١))، «ولا يكون الفقيه فقيهاً حتى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له»^(٢))، ولظهور إرادته التعليم منها، مؤيداً ذلك كله بموافقته ما فيها للاعتبار ومناسبته لما سمعته سابقاً مما شرع لقطع التنازع والتخاصم، فالأقوى حينئذ التعدييه) انتهى.

والظاهر أن مراد الجواهر من قولهم (عليهم السلام): «علينا أن نلقى إليكم الأصول» أن القاعده المستفاده من هذه الروايه أصل، فالعمل في سائر الموارد إنما هو

ص: ١٥٣

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٤١ الباب ٦ من أبواب صفات القاضى ح ٥١

٢- انظر: المستدرک: ج ٣ ص ١٩٥ الباب ١٥ من أبواب صفات القاضى ح ٦

من الأصل المستفاد من الرواية، وإلا فظاهر «أن نلقى إليكم الأصول الكليه مثل قاعده الحل، وقاعده الطهاره، وغيرهما، كما أن مراده من الروايه الثانيه «إن هذا من اللحن» إذ ظاهر اللحن غير مثل ذلك، كدلاله الاقتضاء والمفهوم ونحوهما.

ثم إن الحاكم الشرعى لا- حق له فى جبرهما بالبيع عند الاختلاف إذا لم يرضا بالبيع، أو لم يرض أحدهما بالبيع، مثلاً أراد صاحب الثلاثه أن يستعمل الثوبين ثلاثه أيام وصاحب الاثنين أن يستعملهما يومين، فإن ذلك مقدم على البيع، حيث إن الإنسان له السلطه على عين ماله وعلى ثمنه، فإذا تمكن الاستفاده من العين ويرتفع بذلك الاختلاف يكون مقدماً على ذهاب العين والاستفاده من الثمن فحسب.

وعليه فلو اختلفا فأراد أحدهما الانتفاع ثلاثه أيام ويومين وأراد الآخر البيع لأخذ الثمن يمكن أن يقال بتقدم من يريد بقاء العين إلا- أن يكون فى بقاء العين والتقسيم بالانتفاع ثلاثه أيام ويومين محذور أو يرى العرف التساوى بين الأمرين بيعاً واستفادهً، أو يرى تقديم البيع على الاستفاده، لأن الاستفاده تبقى النزاع، بينما البيع يقطع النزاع، فإنه فى مثل هذه الفروض يقدم البيع.

وحيث قد عرفت فى المسألتين السابقتين المرتبطتين بالدرهمين والدرهم أن بعض الموارد من مواضع النزاع وبعض الموارد ليس كذلك، يظهر وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال فى أخير هذا البحث: (وربما ظهر من الحكم فى هذه المسأله أنه من بيان موضوعات الأحكام لا من باب المرافعات

ضروره عدم ميزان الحكم فيها من البيه واليمين، ولعل الأمر في المسائل السابقه كذلك أيضاً، فلا يتوجه ما سمعته سابقاً من بعضهم من اليمين) انتهى.

إذ جعل المسائل الثلاث من واد واحد غير ظاهر الوجه، ففي المسألتين السابقتين أحياناً تأتي مسأله البيه واليمين.

نعم فيما نحن فيه لا مجال للبيه واليمين إلا إذا اختلفا أيضاً اختلافاً في أن أيهما صاحب الثلاثه وأيهما صاحب الاثنتين.

ثم لا فرق بين أن تكون البضاعتان متجانستين كثوب وثوب، أو مختلفتين كثوب وكتاب، ثم مات المالكان مثلاً- ولم يدر ورثتهما أن أيهما لأيهما، وكذلك لا فرق بين أن يكون ثوب وثوب أو ثوبان وثوب، مثلاً اشترى أحدهما ثوبين والآخر ثوباً ثم شكا في أن أيهما اشترى الثوبين وأيهما الثوب الواحد، وكذلك بالنسبه إلى ورثتهما بعد موتهما وما أشبه.

ثم الظاهر أن الحاكم الشرعى يصح له أن يصلح بين المتخاصمين صلحاً وإن كان يرى أن الحق مع أحدهما إذا رضيا بذلك، وذلك للأصل، بالإضافة إلى ما رواه المفيد في الاختصاص بسنده إلى أبي عبد الله وأبي جعفر (عليهما السلام) قال: اجتمع رجلان يتغديان مع واحد ثلاثه أرغفه ومع واحد خمسه أرغفه، قال فمر بهما رجل فقال: السلام عليكما، قال: وعليك السلام، الغداء رحمك الله، قال: فقعد وأكل معهما، فلما فرغ قام وطرح إليهما ثمانيه دراهم، فقال: هذه عوض لكما بما أكلت من طعامكما، قال: فتنازعا بها، فقال صاحب الثلاثه: النصف لى والنصف لك، وقال صاحب الخمسه: لى خمسه بقدر خمستى، ولك ثلاثه بقدر ثلاثتك، فأبيا وتنازعا بها حتى ارتفعا إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فاقصصا عليه القصة، فقال: «إن هذا الأمر الذى انتم فيه دنىء لا ينبغى أن ترفعا فيه إلى حكم».

ثم أقبل على (عليه السلام) إلى صاحب الثلاثه فقال: «أرى أن صاحبك قد عرض عليك أن يعطيك ثلاثه وخبزه أكثر من خبزك فأرض به»، فقال: لا والله يا أمير المؤمنين لا أرضى إلا بمر الحق، قال: «فإنما لك في مر الحق درهم فخذ درهماً وأعطه سبعة»، فقال: سبحان الله يا أمير المؤمنين عرض على ثلاثه فأبيت وآخذ واحداً، فقال: «عرض ثلاثه للصلح فحلفت أن لا ترضى إلا بمر الحق، وإنما لك بمر الحق درهم»، قال: فأوقفني على هذا، قال (عليه السلام): «ألست تعلم أن ثلاثتك تسعه أثلاث»، قال: بلى، قال: «أو لست تعلم أن خمسته خمس عشر أثلاث»، قال: «فذلك أربعة وعشرون ثلثاً، أكلت أنت ثمانية وأكل الضيف ثمانية وأكل هو ثمانية، فبقي من تسعتك واحد أكلها الضيف وبقي من خمسه عشرته سبعة أكلها الضيف، فله بالسبعه سبعة ولك بالواحد الذي أكل الضيف واحد»^(١).

فإن الإمام (عليه الصلاه والسلام) مع علمه بأن الحق كيف، حذ إليهما الصلح، ولعل ذلك من جهه أن الحق أصعب من الصلح، حيث بالصلح يتراضيان، أما بالحق يرى من له الأقل أنه أقل نصيباً مما يثيره ضد صاحبه، كما قال سبحانه: (أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَى مَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ) (٢)، فإن غير المتدين غالباً لا يرضى بالحق الذي هو أقل مما يتصوره أو مما يريد كما هو واضح، فالصلح فيه فضيله عدم الإثارة بالنفوس.

وكذلك في سائر أبواب المحاسبات يصح للحاكم الصلح بينهم، كما يصح إيقافهم على الحق وإعطاء كل واحد حقه، كما ورد في قصه النوق السبعه عشر مع ثلاثه ملاك، كان أحدهم يريد نصفها والآخر ثلثها والثالث سدسها،

ص: ١٥٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٦ من أبواب الصلح ح ١

٢- النساء: آیه ٥٤

حيث إن الإمام (عليه الصلاة والسلام) أعطى من يريد النصف تسعه، ومن يريد الثلث ستة، ومن يريد السدس ثلاثة فزعم كل واحد منهم أنه أعطاه أكثر، بينما الإمام (عليه الصلاة والسلام) لم يعط كل واحد إلا بقدر حقه، وذلك بأن جعل ناقتة مع تلك فصارت ثمانى عشره فى قصه مشهوره.

ولا- يخفى أنه يمكن معرفه المحاسبات فى المسائل التى ذكرناها بسبب حساب الخطأين كما يمكن معرفتها بالأربعة المتناسبه على ما ذكره الشيخ البهائى (رحمه الله) فى الخلاصه، وغيره فى غيرها.

ص: ١٥٧

(مسألة ٨): قال فى الشرائع: وإذا بان أحد العوضين مستحقاً بطل الصلح.

أقول: من غير فرق فى ذلك بين أن يظهر كونه غير قابل للملك كالخمر والخنزير على تفصيل ذكرنا فىهما فى بعض المباحث السابقة، أو كان قابلاً للملك لكن كان للغير ولم يرض ذلك الغير بالصلح.

أما إذا رضى ذلك الغير بالصلح كان كالفضولى الذى يجاز فلا حق للطرف الآخر فى فسخ الصلح، إذ الصلح لازم، وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما كلياً، وإنما أعطى من باب المصداق لم يوجب فساد المصداق فساد أصل الصلح، وإنما على الذى أعطى الفاسد أن يبدله بشيء آخر.

قال فى الجواهر فى شرح العبارة المتقدمه: (بلا خلاف ولا إشكال ضروره أنهما من أركان هذا الصلح الذى قد وقعا فيه، وإن لم نقل إنه يعتبر فى الصلح العوض لقيامه مقام الهبه والعاريه إلا أن الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصد فيه، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض، والذى فرض صحته غير مقصود) انتهى.

ويريد بذلك أنه غير داخل فى كلى (أوفوا بالعقود) (١)، لأن ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع، والذى ذكرناه هو دليل هذه القاعدة المحكيه عن غير واحد من الفقهاء، وإلا فلم نجد بذلك روايه.

لا يقال: فكيف لا يبطل النكاح بسبب فساد المهر.

لأنه يقال: المهر ليس بركن، وإنما الركنان هما الرجل والمرأه.

نعم إذا كان العقد مقيداً بالمهر كان دليل الصحه مع فساد المهر النصوص الخاصه، وإلا فمقتضى القاعدة لولا النصوص الفساد، لأنه يأتى هنا أيضاً عدم

ص: ١٥٨

كونه عقدهم، فالمقصود لم يقع والواقع لم يقصد، كما أن المهر إذا كان جزءاً أو شرطاً كان مقتضى القاعده مع فساده خيار تبعض الصفقه أو خيار تخلف الشرط، لكن في النكاح لا يدخل الخيار إلا في موارد خاصه حسب النصوص الخاصه، فلا يقاس مقام الصلح بمقام النكاح مما فيه نص خاص.

ولذا قال في الجواهر: (لا يقاس ما هنا على المهر في النكاح الذي فساده فيه لا يقتضى فساد العقد، باعتبار كونه ليس من الأركان فيه، بل يرجع إلى مهر المثل، لمنع القياس أولاً، ولعدم عوض مقرر شرعاً هنا كمهر المثل يرجع إليه عند فرض عدم المهر ثانياً، ولكون المهر في عقد النكاح بعد أن دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده صار كالملتزم المستقل عند العقد بالنسبه إلى حكم المزبور بخلاف المقام الذي لا دليل فيه كذلك، وإن ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح) انتهى.

لكن لا يخفى ما في الوجهين الأولين من جواب الجواهر من النظر، إذ بعد عموم دليل يشمل النكاح والصلح ليس الأمر من القياس حتى لا يقال به، ووجود عوض مقرر شرعاً كمهر المثل في النكاح دون المقام لا يوجب أن يكون العقد (عقد كم)، وإنما الفرق هو ما ذكره ثالثاً من الدليل الخاص في باب عقد النكاح.

ثم إن المسالك قال: (ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ، وفي تخييره بينه وبين الأرش وجه، ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان، أجودهما ذلك دفعاً للإضرار، وإن لم يحكم بالفرعيه، وهو خيره الدروس، وقد تقدم في خيار العيب من البيع أنه لا نص عليه بالخصوص فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدله العامه) انتهى.

وما ذكره هو مقتضى القاعده بالنسبه إلى العيب للأدله العامه، والظاهر

أنه أيضاً مخير بينه وبين الأرش، وذلك لأن الشارع إنما أمضى الصلح العرفي، فيرجع في الموضوع إلى العرف، والعرف يرون التخيير بينه وبين الأرش، وكذلك بالنسبة إلى الغبن الذي لا يتسامح بمثله، واللازم تقييد ذلك بعدم التسامح في الصلح بمثله، لما عرفت سابقاً من أنه فرق بين الغبن الذي يتسامح في العرف بمثله بين البيع والصلح، وكذلك بالنسبة إلى الغرر كما تقدم ذلك في الفرق بين الغرر البيعي والغرر الصلحي.

ومن ذلك يعرف وجه ما ذكره الجواهر من قوله: (مما تقدم يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح، إذا كان دليلاً قاعده نفي الضرر أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح، كخيار الغبن الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد لتخلف الوصف وعدم الوفاء بالشرط واشتراط الخيار ونحو ذلك، بخلاف ما اختص دليلاً بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، بناءً على عدم فرعيه الصلح للبيع) انتهى.

نعم ما ذكره الجواهر من أن (في تخييره في باب العيب بين الفسخ وبين الأرش إشكالاً أقواه لعدم لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الأصح، ودعوى أن ثبوته أيضاً من قاعده نفي الضرر كالخيار واضحه المنع ضروره أنها لا تقتضى إلا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر)، انتهى.

فيه نظر، لا- من جهة إثبات التخيير بقاعده نفي الضرر، بل لما عرفت من العرفيه بعد تصحيح الشارع للصلح من غير تقييد مما يرجع فيه إلى العرف.

ثم إن مقتضى القاعده أنه إذا تلف المصالح عنه قبل القبض، فهو ممن انتقل المال إليه، أما دليل التلف قبل القبض فهو من مال مالكة، فهو خاص بالبيع، فلا

يأتى هنا ذلك الدليل، لما قد عرفت من أن الصلح ليس فرعاً، وإنما هو أصل برأسه، فمقتضى القاعده أن يحكم فيه حسب القواعد الأوليه، بل فى باب البيع كذلك أيضاً القاعده الأوليه تدل على أن التلف من مال المنتقل إليه لا المنتقل عنه لولا الدليل الخاص.

وقد عرفت أنه يدخل فيه أيضاً خيار تبعض الصفقه، كما أنه إذا صالح مشاعاً فتيين أنه قد تلف بعضه أو كان للغير قبل الصلح فيدخل فيه أيضاً خيار تبعض الصفقه، أما إذا كان على نحو الكلى فى المعين وقد تبين أنه قد تلف قبل الصلح، فإن الصلح لا يتضرر بذلك بعد أن بقى من الشىء الكلى بمقدار العين التى صولح عليها، فالكلى فى المعين حاله حال الكلى فى الذمه من هذه الجبهه فى هذه الصوره.

وكما يصح جعل خيار الشرط لنفس المصالح كذلك يجوز جعله للأجنبى، أو هما مشتركاً، لإطلاق أدله خيار الشرط.

ولو أخذ العين المصالح وأتلفها ثم تبين أنه كان بها عيب يستحق الإرجاع وفسخ الصلح كان له الفسخ والرجوع إلى عينه وإعطاء قيمه كما ذكر مثله فى باب البيع.

ثم قال فى الجواهر: (ولا فرق عندنا بين القصاص وغيره فى الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض، خلافاً لبعض العامه فأسقط القصاص به، وهو كما ترى مقتضى لترتب الأثر على الفاسد) انتهى.

وهو كما ذكره الجواهر.

ولو جهل الحق فتصالحا على شرط أن يبقى الحق مجهولاً فتيين الحق كان لهما خيار الفسخ بسبب الشرط، نعم إذا لم يفسخ من له الشرط بقى الصلح على حاله، لأن خيار الشرط لا يوجب الإلزام إلا إذا كان هناك ولى يجب عليه أن يعمل بالمصلحه وفرض

كون المصلحه فى الفسخ، فإنه ملزم بالفسخ لئلا يضيع حق الصغير أو القاصر أو الغائب فيما إذا صالح الحاكم الشرعى، إلى غيرهم من الأولياء.

ثم إن الشرائع قال: (ويصح الصلح على عين بعين أو منفعه، وعلى منفعه بعين أو منفعه).

أقول: وكذلك يصح أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما حقاً، وذلك لما ذكره الجواهر وغيره للعمومات المقتضيه لذلك ولغيره، ويكون الصلح عن الحق إسقاطاً أو نقلاً كحق الخيار وحق التحجير وحق الشفعه وحق السبق وغيرها، والظاهر أنها تقتضى صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعاً، ولذلك أفراد كثيره كحق السبق والوقوف وحق القذف والغيبه وحق الرجوع فى الطلاق فى البذل وغير ذلك.

أما أن الحق ما هو، وفى أين هو، وهل هو حق يصح صلحه وإسقاطه وبيعه، أو حكم لا- يسقط، فالمرجع فى كل ذلك إلى العرف، كما ذكرنا شيئاً من تفصيل ذلك فى كتاب الإرث فى إرث الحقوق، فإذا شككنا فى أن الحق هل هو قابل للإسقاط أم لا، أو هل هو قابل للنقل أو لا، كان المرجع العرف فى أنهم يرونه قابلاً للإسقاط أو للنقل أم لا.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: (نعم الظاهر فى كثير من الحقوق صحة الصلح لإسقاطها لا نقلها، بل لو شك فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح) انتهى.

كما يعلم أن الحق لا- يلزم أن يكون ملكاً، بل ملك أن يملك، مثلاً- له الحق فى تزويج هذه المرأه، أو فى السبق إلى هذا المكان، أو فى اصطيد السمك، ويريد غريمه أن يعمل هذا العمل فيصلحه على أن يرفع اليد عن ذلك، فلا

يخطب الفتاه، ولا يسبق إلى ذلك المكان، ولا يلقي شبكته في البحر ليصيد، إذ الحق قد يكون ملكاً فعلياً، وقد يكون ملك أن يملك.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح، وإن لم يكن ثم قبض في المجلس، لما عرفت من عدم كون الصلح فرعاً للبيع عندنا، وأنه لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع الصرف على الأشبه بأصول المذهب وقواعده، وكذا لو قام مقام بيع السلم لا- يعتبر فيه قبض العوض في المجلس، إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الرباء، بناءً على أنه منها) انتهى.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو صالح على عين بأخرى في الربويات، ففي إلحاقه بالبيع نظر): كما في التذكرة، ومنشأ النظر في الكتابين من إمكان اختصاص الربا بالبيع، لأنه المتبادر من الإطلاق، وكذا القرض، ويبقى غيرهما على أصل الإباحة مؤيداً بظواهر الآيات والأخبار الدالة على حصول الإباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات، وليس هذا منها، وأن «الناس مسلطون على أموالهم» (١) خرج البيع والقرض وبقي الباقي، ومن أن ظاهر قوله تعالى: (وَحَرَّمَ الرِّبَا) (٢) يقتضى تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوزات.

وقول الصادق (عليه السلام) لعبد الرحمن بن الحجاج، لما سأله أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير: «لا- يجوز إلا- مثلاً بمثل» (٣). وترك الاستفصال دليل العموم.

وقوله (عليه السلام) أيضاً في صحيحه الحلبي: «الفضه بالفضه مثلاً بمثل ليس في زياده ولا

ص: ١٤٣

١- بحار الأنوار: ج ٢ ص ٢٧٢

٢- البقره: آيه ٢٧٥

٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٤٣٨ الباب ٨ من أبواب الربا ح ٢

ثم قال: (والقائل بالجواز المصنف في الإرشاد والكتاب وصلاح المختلف وظاهر من الشرائع وصلاح التحرير في مواضع وجامع المقاصد، وهو ظاهر كل من فسره بأنه شرعاً بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر حيث أخذوا في تعريفه البيع دون المعامله.

وأما القول الثاني وهو أنه ثابت في كل معاوضه من صلح وغيره، فهو خيره الأ-كثر، كما في آيات الأردبيلي المسماه بمجمع البرهان في فقه القرآن، وهو المحكى عن السيد والشيخ والقاضى وابن المتوج وصريح الإيضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وإيضاح النافع والروضه والمسالك والشرائع في باب الغصب، وفي جامع المقاصد أن فيه قوه وتمسكاً بجانب الاحتياط، وجزم به في باب الربا.

وأما الشيخ والقاضى فإن صح ما حكى عنهما من جعله بيعاً أو فرعاً له فلا إشكال في تحريم الزيادة عندهما) انتهى.

لكن الظاهر كما ذكرناه في باب الربا عدم دخول الربا في مثل هذه الأمور إذا كان الأمر عقلاً يشمله (أوفوا بالعقود)، إذ لا دليل على الدخول، وما ذكر من أدله الدخول ضعيف سنداً أو دلالة، وحيث إن تفصيل الكلام في هذا البحث في باب الربا نتركه لهنالك.

نعم إذا قلنا بدخول الربا هنا، كان متوقفاً على وجود شرط الربا، فكما لا ربا بين الوالد والولد، وبين الكافر والمسلم، إلى غير ذلك، كذلك لا يكون محذور في الصلح الربوى هنا أيضاً، وكذلك إذا كان أحد الطرفين في الصلح معدوداً، حيث يشترط في الربا كونه مكيلاً أو موزوناً، وقد ذكرنا في باب الربا وجه اشتراط الكيل والوزن دون العد.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (ولو أتلّف على رجل ثوباً قيمته درهم فصالحه عنه على درهمين صح على الأشبه، لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم) انتهى.

أقول: بل وحتى إذا قيل إن الصلح وقع عن الدرهم أيضاً لا بأس به، لما عرفت فيما تقدم من أن الصلح لا دليل على دخول الربا فيه، وإنما الربا خاص بالبيع، وليس الصلح فرعاً، نعم عند من يرى الصلح فرعاً أو يرى دخول الربا في كل معاملة لا يصح هذا.

ومنه يعلم أن ما ذكره المسالك تبعاً للدروس وجامع المقاصد من أنه يتوقف على كون الثابت في الذمه العين أو المثل، غير ظاهر، قال: (هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ويكون الثابت في الذمه ثوباً، ويكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللزام لذمه المتلف إنما هو الدرهم، فيستلزم الصلح عليه بدرهمن الربا فيبطل وهو الأقوى، بل في الدروس إنه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط) انتهى كلام المسالك.

أما إشكال الجواهر عليه بقوله: (وفيه إن المعلوم من مذهب المصنف ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب النادر، وليس ما في كلام المصنف والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك، بل هو إما لأن الثابت القيمي في الذمه نفسه كما هو مقتضى قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت»^(١)، وقوله (عليه السلام): «من أتلّف»^(٢)) إلى آخره.

ص: ١٦٥

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١٠ ح ١

وإن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً شرعياً لعدم إمكان أداء نفسه وعدم معرفه القيمة له حتى يكون أقرب من القيمة، فالصلح حينئذ إذا وقع يقع عنه لا- عن قيمته، وليس هذا قولاً- بكون القيمي يضمن بمثله الذى هو معنى وجوب تأديه المثل التسامحي عرفاً، أو لأنه وإن قلنا بكون الثالث فى الذمه قيمته إلا أنها غير متعينة فى خصوص الدراهم، وإن كان لو أدت منها كانت قيمته درهماً، ومن الدينار كذا، ومنهما كذا، وهذا لا- يقضى بكون الثابت فى الذمه الدرهم بخصوصه كى يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا، لكون الصلح فرع البيع، أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع، فىكون المراد من الثوب فى المتن قيمته حينئذ، ولعل غرض المصنف والفاضل وغيرهما ممن تعرض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف والمبسوط، نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض أن النقد الغالب من جنس ما صالح به، بناءً على كونه حينئذ هو الثابت، بخلاف ما إذا تعدد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير) انتهى.

ففيه مواضع للتأمل، إذ مراد المسالك وغيره بضمان القيمي بمثله أعم من العين أو المثل، بقريته أنهم فى صدد أن لا- يكون ضمان القيمي بالقيمة حتى يكون ربا فليس المراد بالمثل خصوص المثل فى مقابل العين، والظاهر من الأدله والعرف هو أن الثابت فى الذمه نفس الشىء، فليس ثبوت ضمان ما يسمى بالقيمي بالقيمة هو كونه مضموناً بها فىكون الضمان بالنفس، لكن حين لا- يتمكن وقت الأداء من الأداء بنفسه فاللازم عليه حينه إعطاء قيمه الثابت فى الذمه، كما رجحناه فى ضمان القيمي فى كتاب الغصب.

بل وهذا هو ما يراه العرف حيث يقول: اطلب من فلان جوهرًا كذا أو حيوانًا

كذا أو ما أشبهه، والمثل إنما يجب في المثل لأن المثل أقرب، وإلا فما تعلق بالذمه في المثلي أيضاً هو العين لا المثل، فإن العرف يرون في باب الضمانات خمسة أمور:

العين أولاً إذا كان موجوداً.

ثم المثل ثانياً.

ثم الأقرب إلى المثل كالبيض والجوز، والخبز الأصغر والأكبر في الجملة، كما ورد في باب القرض ثالثاً.

والقيمة المجردة رابعاً.

القيمة في ضمن شيء آخر إذا لم يتمكن من القيمة المجردة مثل إعطاء السكر بدل الشاي مثلاً خامساً.

فقول المسالك هو مقتضى القاعده.

أما الاحتمال الثاني في الجواهر بقوله: (أو لأنه وإن قلنا بكون الثابت في الذمه قيمته) إلى آخره، فإنه بعيد عن ظاهر كلام المحقق، حيث قال: (لأن الصلح وقع عن الثوب)، وأبعد منه احتمال الثالث بقوله: (أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ).

ص: ١٤٧

(مسألة ١٠): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو ادعى داراً فأنكر من هى فى يده ثم صالحه المنكر عن إسقاط دعواه على سكنى سنه مثلاً صح، بلا خلاف ولا إشكال عندنا، ولم يكن لأحدهما الرجوع عن ذلك، لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمه، وكذا لو أقر له المدعى بالدار ثم صالح المنكر المدعى المقر على سكنى سنه، أو أن المراد أقر من هى فى يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنه) انتهى.

وحيث قد تقدم أن الصلح يعطى فائده كل عقد من العقود، بل وكذلك مثل فائده الإبراء ونحوه، لا يأتى احتمال أنه كيف يمكن الصلح إذا أقر ساكن الدار على أنها للمدعى، بتوهم أنه يلزم أن يكون للصلح طرفان، وذلك لأن الصلح فى المقام إنما يعطى فائده العاربه أو الهبه.

وكانه لدفع هذا التوهم قال فى الجواهر: وعلى كل حال، فهو صحيح بناءً على عدم اعتبار العوض فى صحته، بل ولازم بناءً على ما سمعت من كونه عقداً مستقلاً برأسه مندرج تحت (أوفوا بالعقود) وغيره من الأدله.

ومما تقدم يعرف وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال: إنما الكلام فى صحه هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض، وكذا الصلح القائم مقام الهبه، كما لو قال: صالحتك عن هذه الدار، فيقول الآخر: قبلت، نحو قوله فى القائم مقام العاربه: صالحتك عن منفعه هذه الدار سنه مثلاً، فيقول الآخر: قبلت، فيصح صلحاً لازماً وهكذا، فإن ما فى الدروس صريح فى التردد فيه، بل صرح الفاضل فى غير واحد من كتبه أن من أركانه المصالح منه والمصالح به، بل فى موضع من التذكرة أنه معاوضه إجماعاً، بل أرسله الكركى وغيره إرسال المسلمات، فإن قيل عليه إن الصلح إذا

وقع موقع الإبراء كما لو صالحه من الحق على بعضه، فإنه صحيح لعموم شرعيه الصلح، وليس فيه عوضاً، قلنا: يكفي في المغايره الجزئيه والكلية، بل ربما كان في قوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (١) إشعار به بناءً على إرادته المعاوضه من التجاره، وإن كان فيه ما فيه، كما أن في الاكتفاء بالجزئيه والكلية في تحقق المعاوضه ما لا يخفى، وإلا لكفت في غير الصلح من عقودها على أنه لا يتم في القائم مقام العاريه كما في نحو المقام) إلى آخر كلامه.

فإن مقتضى كلماتهم كما هو مقتضى إطلاق الصلح في الأدله على ما عرفنا الصلح في أول الكتاب أنه يقوم مقام كل العقود والإيقاعات التي لا دليل على اختصاصها بصيغه خاصه، كالنكاح والطلاق حيث لا يمكنان بسبب الصلح.

أما الإبراء والعاريه والهبه وغيرها فكلها صحيحه بالصلح، كصحه المعاوضات مثل المضاربه والمزارعه والمساقاه والجعله والهبه المعوضه والبيع والشراء والرهن وغير ذلك، وكلماتهم وإن لم تدل بعضها على ذلك كما في بعض العبارات التي تقدمت من الفاضل وغيره، إلا أن بعضها الآخر صريح في صحه ذلك، وقد عرفت في كلام الجواهر عدم إمكان التمسك بمثل (لا تأكلوا) أو بالكلية والجزئيه للإشكال أو للتصحيح، وفي الروايات ورد شبه ذلك.

فعن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما الصلاه والسلام) أنهما قالوا في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذني من الذي لى كذا وكذا وأضع لك بقيته، أو يقول: أنقذني بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقى عليك، قال: «لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً، يقول

ص: ١٦٩

الله: (لَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ) (١)» (٢).

وعن أبان، عمن حدثه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل الأجل: عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أيحل ذلك لواحد منهما، قال (عليه الصلاة والسلام): «نعم» (٣).

وعن دعائم الإسلام، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يكون له على الرجل الدين إلى أجل فيأتي غريمه فيقول: عجل لي كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو أمد لك في الأجل، قال: «لا بأس به إن هو لم يزد على رأس ماله» (٤).

وعن ابن أبي جمهور في درر اللثالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال لكعب بن مالك وقد تقاضا غريماً له: «اترك الشطر وأتبعه ببقيته فخذ» (٥).

بل قد عرفت أن الصلح أمر عرفي قرره الشارع، وحيث إن العرف يرون صحه الصلح كذلك كان مقتضى القاعده أن الحكم الشرعي أيضاً على صحه مثل هذا الصلح، بل هو الظاهر من العلامه وغيره، فقد قال في القواعد: فإن ألحقنا الصلح بالمعاملات الأخر فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسائه حاله.

وفي مفتاح الكرامه: (أى إن ألحقنا الصلح بالبيع فى تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور، كما ذكر ذلك فى التذكرة وجامع المقاصد، لكنه نص على صحه هذا الصلح فى التحرير، وهو قضيه كلام المختلف وأبى على وفى

ص: ١٧٠

١- المستدرک: ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢

٢- البقره: آیه ٢٧٩

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٨ الباب ٧ من أبواب الصلح ح ٢

٤- المستدرک: ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢

٥- المستدرک: ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٣

الدروس نسبتہ إلى إطلاق الأصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعامله على الدراهم ببعضها مطلقاً، انتهى.

أقول: وحيث إن العلامه لا يرى الفرعيه لما تقدم، وكذلك المشهور، فمقتضى القاعده صحه مثل هذا الصلح، وأى فرق بين مثل هذا الصلح وبين ما ذكره المحقق.

وما في الدروس: إذا صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالاً صح إذا كان بغير جنسه، وأطلق الأصحاب الجواز، إما لأن الصلح ليس معاوضه، أو لأن الربا مختص بالبيع، أو لأن النقيصه في مقابله الحلول، فقد عرفت فيما سبق أنه لا فرق بين الصلح بالجنس وبغير الجنس.

ومنه يعلم أن قول الدروس أيضاً في الإشكال في مثل ذلك إلا أن يكون من باب الإبراء غير ظاهر، قال فيما حكى عنه: لو صالح عن الربوى بنقيصه من جنسه روعى أحكام الربا لأنها عامه في المعاوضات على الأقوى إلا أن تقول الصلح هنا ليس معاوضه، بل هو في معنى الإبراء وهو الأصح، لأن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال لكعب بن مالك: لما تقاضى ابن أبي حديد ديناً كان له في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله (صلى الله عليه وآله) فخرج إليهما فنادى: «يا كعب»، قال: لبيك، قال: فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك وأتبعه بالباقي، قال: قد فعلت أترك الشطر وأتبعه ببقية (١).

وروى ذلك عن الصادق (عليه السلام) (٢).

وينبغي أن تكون صورته: صالحتك على ألف بخمسائه، فلو قال: بهذه الخمسمائه ظهرت المعاوضه، والأقوى جوازه أيضاً لاشتراكهما في الغايه، انتهى.

ص: ١٧١

١- المستدرک: ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٣ من أبواب الصلح ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ١٩٩ الباب ٤ من أبواب الصلح ح ١

فإن الدروس يرى أن الصلح أصل برأسه، فكيف يقول: إنه ليس معاوضه بل فى معنى الإبراء، وقد عرفت فيما سبق أن دخول الربا فى كل المعاوضات غير ظاهر.

ثم إن الفرق بين الصلح والإبراء هو ما ذكره فى الجواهر تبعاً للدروس، من الافتقار فى الصلح إلى قبول الغريم، وإن لم يشترط فى الإبراء.

ولا يخفى أن كل واحد من الإبراء والصلح له أثره، فإذا كان إبراءً لم يكن له الرجوع، بخلاف ما إذا كان صلحاً فلهما الإقالة أو جعل الخيار والفسخ بعد جعل الخيار أو ما أشبه ذلك، لأن لكل معاملة من عقد أو إيقاع أثره الخاص، والظاهر أن العفو والإسقاط والإبراء كلها شىء واحد هو الإيقاع، وإن كان الاعتبار مختلفاً، فالعفو أخذ بملاحظه العافى، والإسقاط أخذ بملاحظه المال، والإبراء أخذ بملاحظه المعفو عنه.

ثم إن مقتضى القاعده هو صحه ما أشكل فيه فى القواعد قال: (ولو صالح من ألف بخمسائه مؤجله فهو إبراء على إشكال ويلزم التأجيل) انتهى.

وذلك لما عرفت من صحه الصلح فهو إبراء لخمسائه وتأجيل لخمسائه، وحيث إن الدواعى مختلفه، ومن الدواعى العقلانيه ينشأ مثل ذلك لم يكن به بأس، وهذا الذى فى القواعد هو الذى حكاه مفتاح الكرامه عن التذكره أيضاً، قال: وفى جامع المقاصد: إن الذى يقتضيه النظر البطلان، للزوم الربا المحرم.

وفى التحرير: إن الوجه الصحه وهو قضيه كلام المختلف، وفى الإيضاح: الأصح أنه معاوضه لمخالفه الحال والمؤجل والزائد والناقص، ومعناه أن المغايره بين العوضين ثابتة، وأن أحدهما وقع فى مقابله الآخر، فتكون معاوضه

ويجىء فيها احتمال الربا وعدمه، واحتمل فى الإيضاح الإبراء، وبه جزم فى الدروس، لأنه ليس إسقاط بعض ما فى الذمه وتأجيل الباقي، والروايه النبويه إن كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا، إلى آخر كلامه.

أما جعل جامع المقاصد: إن الذى يقتضيه النظر هو البطلان للزوم الربا، فقد عرفت سابقاً ما فيه، وعن الدروس أنه لو صالحه على ألف مؤجله بألف حالاً احتمل البطلان، لأنه فى معنى إسقاط الأجل وهو لا يسقط بإسقاطه، نعم لو دفعه إليه وتراضيا جاز، وكذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد فى العوض أو لا، إذ لا يجوز تأجيل الحال، قال: والفاضل حكم بسقوط الأجل فى الأولى وثبوتها فى الثانية عملاً بالصلح اللازم، انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن الصلح أصل برأسه، فلا يجرى فيه الربا.

ولعله لذا قال فى مفتاح الكرامه: (لا ريب أنه لا يجوز بيع درهم حالاً بدرهم مؤجلاً ولو يوماً أو أقل حيث يقدر، فيلزم القائلين بجريان الربا فى الصلح منع المثالين، وما باله فى جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله: إنه إبراء على إشكال، مع أنه سلف له أنه أصل برأسه، كما استغرب نحو ذلك من ولده آنفاً) انتهى.

ومن ذلك يعرف وجه صحه الصور الأربع: من الزيادة أو النقصه، مع التأجيل أو التعجيل.

لا- يقال: فإذا صح الصلح المثمر ثمره الربا أكل كل إنسان الربا باسم الصلح، وهو عين فساد المال الذى علل حرمه الربا فى الروايات به.

لأنه يقال: ينتقض الإشكال أولاً: بأن يبرأ ويهب كل اثنين يريدان الصلح، مع أن أحداً لا يقول ببطلان الإبراء والهبة.

كما يحل ثانياً: بأن العقلاء لا يقدمون على الصلح فى كل مكان، فليس الصلح إلا نادراً، بخلاف البيع ونحوه، وحكم

النادر ليس كحكم المتعارف، ولذا لا يقال: إن عفو الله عن المذنب يوجب سقوط فائده الأحكام باتكال المذنبين على عفو الله سبحانه فيذنبون، وكم له من أمثله عرفيه عقلائييه وشرعيه.

وكيف كان، ففي الجواهر: (لو ظهر استحقاق العوض أو تعييه فرده، فالأقرب أن الأجل بحاله) انتهى.

وهو كما ذكره، وكذلك فيما إذا كان تزلزل من غير ناحيه الاستحقاق أو التعيب فحصل الرد، فإن الأجل يرجع، إذ بفسخ الصلح إقاله وغير إقاله يكون الأمر كقبل الصلح.

ثم قال: (ولو ادعى على الميت ولا بينه فصالح الوصى تبع المصلحه، وما عن ابن الجنيدي من إطلاق المنع، في غير محله) انتهى.

وهو كذلك، إذ للوصى الصلح مع المصلحه، كما أن لولى الصغير والمجنون ومن أشبه ذلك، وهكذا الحال في الادعاء على الموكل ومصلحه الوكيل.

وقد ظهر مما تقدم أنه يصح أن يصلح عن الحال غير المؤجل أو بالعكس، بزياده أو نقيضه أو تساو، كما يجوز إبراء الطالب عن بعض الدين، ويجوز هبه المطلوب شيئاً زائداً، كل ذلك بشرط التقديم أو التأخير أو بلا شرط، والظاهر دخول الشرط في الإبراء أيضاً، لإطلاق دليله، فلو لم يف حق له الفسخ، كما يجوز تقسيط الحال أو المؤجل في أقساط، وهكذا يصح كل ذلك بشرط مكان خاص أو سائر الشروط غير المنافيه للكتاب والسنة ومقتضى العقد.

ولو تحول الشرط إلى القيد فانفقد بطل، كما هو مقتضى القاعده، أما مع فقد الشرط فللشارط الخيار، وقد ذكرنا تفصيل الفرق بين القيد والشرط في باب الشروط في البيع.

(مسألة ١١): قال في القواعد: وليس طلب الصلح إقراراً، بخلاف بعنى أو ملكنى. وفي مفتاح الكرامة: كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة الروضة، وفي التذكرة: إن طلب الصلح ليس بإقرار وأنه ظاهر عندنا، لأن الصلح يصح مع الإنكار والإقرار، فقد يراد به قطع الخصومه، وقد يراد به المعاوضه، وإذا احتملها لا يحمل على الإقرار، ويتم ذلك فى العارف بالحكم، انتهى.

وهو كما ذكره، فإن الإنسان الذى يطلب الصلح قد يكون يعرف أن الحق له، وقد يكون يعرف أن الحق عليه، وقد يكون لا يعرف شيئاً من الأمرين، وقد يكون يعرف أن بعض الحق له دون بعض فيما هو قابل للتبعيض.

وكذلك إذا قال الأب لصهره: أصالحك على كذا على أن تطلق بنتى، فإنه ليس إقراراً بأنها زوجه له، إذ قد يكون أنه يرى أنها ليست زوجه، وحيث إن الصهر يصر على الزوجيه يريد بالصلح قطع الخصومه، إلى غير ذلك من الأمثله فى الإرث وحق القذف وحق القصاص وغير ذلك.

ومنه يعرف أن ما عن بعض العامه من عدم صحه طلب الصلح مع الإنكار، ففرع عليه أن طلبه إقرار، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح، وإنما تصح مع الإقرار فيكون مستلزماً له، غير تام، إذ قد عرفت أن الصلح يصح مع الإقرار ومع الإنكار، لإطلاق أدلته.

نعم عن التذكرة الإجماع على أن بعنى إقرار، وأن المخالف بعض الشافعيه، وأنه لا خلاف بين العلماء فى أن ملكنى إقرار، وقال: لو قال بعنيها أو هبنيها، فالمشهور أنه إقرار، وفى معناه أجرنى وأعرنى وزوجنى الجارىه لو كان التنازع فيها، وفى مفتاح الكرامة: معنى كونه إقراراً أنه إقرار لخصمه

بأنه ملكه لمكان نزاعه معه، وكونه تحت يده مثلاً غير معارض غير المقر، والأصل عدم مالك آخر، ولو خلى عن هذه القرائن لم يفسد إلا- كونه ملكاً لغير المقر في الجملة، وأما كونه ملكاً لمن طلب منه البيع ونحوه، ففيه نظر، لكونه أعم من كونه ملكه، إذ قد يكون وكيلاً فيرجع إلى كونه مالكا للبيع لا للمبيع.

وهو كما ذكره، كما أنه قد يكون ولياً أو وصياً أو متولياً للوقف أو حاكماً أو وكيلاً عنه أو ما أشبهه، فلا دليل في ملكنى ونحوه إلا على حق المخاطب في التمليك، أما أنه ملكه بشخصه فلا.

كما أنه إذا قال: زوّجنى فلانه، أو ما أشبهه، لم يكن ذلك إقراراً بأنه أب أو جد أو وكيل أو نحو ذلك، وإنما هو إقرار بأنه ولي في الجملة المحتمل لكل تلك الأمور.

كما أنه لو قال: أزوّجك فلانه لم يكن دليلاً إلا على الولاية عليها، أما أنه أب أو جد أو وكيل أو ولي أو حاكم أو نائب عنه أو نحو ذلك، فلا دلاله فيه على ذلك، وكذلك لو قال: أنت زوّجتنى أو أنت ملكتنى، أو أجرتنى، أو أعرتنى، أو أودعت عندى، أو نحو ذلك، وهكذا لو قال: صالحتك، فإنه لا دليل على أنه كان مالكا، نعم يدل على أنه كان له الحق.

(مسألة ١٢): قال في الشرائع: (ولو ادعى اثنان داراً في يد ثالث بسبب موجب للشركة كالميراث، فصدق المدعى عليه أحدهما، وصالحه على ذلك النصف بعوض، فإن كان بإذن صاحبه صح الصلح في النصف أجمع، وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صح في حقه وهو الربع، وبطل في حصه الشريك وهو الربع الآخر) انتهى.

وقال في المسالك في بيان وجه ذلك، وتبعه الجواهر: (إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة، بإقرار المتشبه لأحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقر به، وإن لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به، لأن مقتضى السبب كالميراث، وذلك لاتفاقهما على أن البعض كالكل نصفى ملكهما فيه، فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفأنت يكون ذاهباً عليهما بمقتضى إقرارهما).

والحاصل: إن اشتراكهما في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة، لا من جهة الإقرار، فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك، وحيثئذ فإذا صالح المقر له المتشبهت على النصف المقر به، فإن كان الصلح بإذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض، وإلا ففي حصته المصالح خاصه بنسبتها من العوض، وبقي باقي النصف ملكاً للشريك الآخر، انتهى.

وقد نقل مفتاح الكرامه ذلك عن المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، وأنه في الأخير قال: إنه مشهور، وكأنه أشار بذلك إلى ما ذكره المسالك من الخلاف، وإلا فلا خلاف في ذلك.

لكن لا يخفى أن مرادهم بالفرع المذكور الحكم الظاهري لا الواقعي، إذ

الإقرار لا- يثبت الواقع حتى على المقر، فإذا كان إقرارهما لاشتراكهما عن إرث مثلاً- مخالفاً للواقع، فاللازم أن يعامل معاملة الواقع، سواء بالنسبة إلى أحد الشريكين أو بالنسبة إلى ثالث يعلم مثلاً كذبهما أو اشتباههما في الإقرار، كما أن العكس كذلك، بأن ادعيا أنهما يملكان هذا بالإرث، وهذا بالبيع مثلاً، فإن الحكم للواقع في عالم الثبوت، وإن كان في عالم الإثبات تابعاً لما يقولانه، فلا يصح للثالث اشتراء النصف من المصالح وهو يعلم أنهما شريكان بالإرث وما أشبه.

كما أن مرادهم بالاشتراك بالإرث إرث واحد، لا ما إذا كان إرثان، كما إذا كانت دار لزيد وعمرو مشتركة بينهما فماتا فورث كل واحد منهما وارثه، فإن ذلك ليس موجباً لأن يكون الصلح على الربع، إذ المدعيان لا يتفقان على كون سبب ملكهما مقتضياً لشركة الآخر.

ولعلمهم لم يصرحوا بالتقييد لانصراف ما ذكروه إلى المورث الواحد، بل لعل ذلك صريح ما تقدم عن المسالك، وتبعه غير واحد من قوله: (إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة)، فإن في المورثين سبب ملكهما لا يقتضى الشركة.

ومنه يعرف الحال فيما إذا اشترياه صفقة واحدة، أو اشترى كل واحد منهما باشتراء على حده نصف الصفقة، إلى غير ذلك من الأسباب التي قد تكون سبباً واحداً، وقد تكون سببين مختلفين.

هذا، ولكن المحكى عن بعض العامة الخلاف في ذلك، وأنه لا يشاركه، لأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهم قابضاً لحقه، وانقطع حقه عما في يد الآخر، ولهذا يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده، فالمغصوب لا يكون مشتركاً بينهما.

هذا، لكن لا يخفى ما في الفتوى المذكورة،

لأن الاستدلال المتقدم عنهم لها غير تام، للفرق بين أجزاء معاملة على النصف أو أخذ له، فإن المعاملة تقع على النصف، إذ لا محذور في جريان المعاملة عليه، لفرض أنه مالك للنصف فيصح له بيعه وصلحه وإجارته وغير ذلك، كما أنه إذا مات ورثه وارثه، وكذلك إذا أبرأ صح له الإبراء، وإذا كان عبداً وأعتق قدر حصته عتق النصف، وإذا استولى عليه غاصب كان غصباً لنصفه، إلى غير ذلك.

أما لو أعطى المتشبه أي جزء منه، ولو جزءاً من مائه جزء، كان كلاهما شريكاً فيه، إذ الإفراز يتوقف على رضا الشريكين، والفرض أنه لا-رضا من الشريك المنكور حقه، ففرق بين أن يتسلم المقر له نصفه حيث إنهما شريكان، وبين أن يصلح عن نصفه، حيث إن بدل المصالحة يكون له وحده، كما أنه إذا باعه وأخذ الثمن كان كذلك، أو أجره وأخذ الأجره، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعلم وجه النظر فيما تقدم عن بعض العامه من قياس المقام بما إذا حصلت في يد الورثه مثلاً، حيث إن الحصول في يد الورثه لا-يشبه المقام، إذ قد عرفت أنه فرق بين المحتاج إلى الإفراز وبين غير المحتاج، فالمصالحة لا تحتاج إلى الإفراز، أما الحصول في يد الورثه فإنه يكون لكلا الشريكين، حيث إنه يحتاج إلى الإفراز، ففتواه في المصالحة وإن كانت صحيحة للقاعده العامه التي عرفتها، إلا أن قياسه غير صحيح لاختلاف الحكم في المقامين، اللهم إلا أن يريد حصوله في يده بإفراز.

كما أنه علم من ذلك وجه النظر في كلام المسالك حيث قال ما حاصله: إن هذا لا يتم إلا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعه كالإقرار، وهم

لا- يقولون به، بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح، بل إنما ينزل على ذلك الإقرار، فلو أقر بالنصف للغير يكون إقراراً بربعه وربيع شريكه، ووجهه أن البائع إنما يبيع مال نفسه، ولا- يصح بيع مال الغير إلا- فضولاً- أو وكالة، وكل منهما غير المتعارف، فينصرف إلى ماله بخلاف الإقرار، فإنه كالشهادة بأنه لفلان، وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله، فينبغي أن يكون المصالح عليه إنما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له.

هذا إذا قال له: صالحتك على النصف مطلقاً للفظ، أو على نصفي، وأما إذا قال له: صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلاً- على الإشاعه، لأنه تابع للإقرار المنزل على ذلك، فيكون قول المصنف والجماعه متجهاً، ويمكن تنزيله على ذلك لأن لا ينافي ما ذكره من القاعده، قال: وهذا توجيه حسن لم ينبه عليه أحد.

نعم قال الشهيد في بعض تحقیقاته: يحتمل انصراف الصلح إلى حصه المقر له، ويكون العوض كله له، وتبعه الشيخ على (رحمه الله) وأطلقوا، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إن الإقرار ليس معناه الإقرار بربع لهذا وربع لذاك.

وثانياً: إن البيع كالإقرار كلاهما يقع على مال نفس البائع والمقر، وليس كإعطاء المتشبه حيث قد عرفت أن كل جزء من المعطى - بالفتح - يكون لكليهما على نحو الاشتراك.

وثالثاً: إن الكلام في مقام الثبوت لا الإثبات، فإدخاله الانصراف في المقام، غير ظاهر الوجه.

ورابعاً: إن فرقه بين صالحتك على النصف وبين صالحتك على النصف الذي أقررت به، لم يعلم وجهه، لأنه إذا كان المقام من الانصراف، فالانصراف

فى كليهما حاصل، وإن كان المقام من عالم الثبوت كما ذكرناه، فاللازم عدم الفرق بين الأمرين.

أما إيراد مفتاح الكرامه على كلام المسالك، حيث قال: فيه نظر من وجوه:

الأول: إن هذه القاعده فى البيع، والإقرار ليست مسلمه عند الكل، أما البيع فقد تقدم فى بابه أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحمل على الإشاعه كما فى نهايه الأحكام والكتاب والإيضاح وغيرها، ووجهه بأن البيع صالح لملكه وملك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منهما، ولفظ النصف إذا أطلق يحمل على الإشاعه ولم يجعل الشارع صحه التصرف قرينه فى المجازات والمشتركات، مضافاً إلى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ على (رحمهما الله تعالى). وأما الإقرار ففى التحرير أن الأقرب أنه لو قال: بعث نصفه، أو أقر بنصفه، التخصيص بنصيبه، نعم ظاهر بيع الكتاب ونهايه الأحكام والإيضاح الإجماع على التنزيل على الإشاعه، إلى آخر كلامه.

فلا يخفى ما فيه، لأنه أيضاً من نقل الكلام من مرحله الثبوت إلى مرحله الإثبات، والكلام الآن فى مرحله الثبوت لا فى مرحله الإثبات، ويدل على أن الكلام فى مرحله الثبوت ما ذكره غير واحد وتبعهم مفتاح الكرامه فى الاستدلال على ما فى عباره الشرائع المتقدم بقوله: لأنهما متفقان على أن البعض كالكل يستوى ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر، كما أن الفئات يكون ذاهباً عليهما، فاشتراكهما فى المقر به ثبت من جهه اعترافهما بما يوجب الشركه، لا من جهه الإقرار، إلى آخر كلامه الذى سبق أن استدللنا به لفتواهم.

فإن قولهم هناك بالامتناع، وقول المفتاح هنا بمقتضى الانصراف متدافعان،

وحيث إن الاستدلال بفتواهم إنما هو بالامتناع العقلي، فلا- يمكن إتيان الكلام هنا في رد المفتاح على الشهيد الثاني بما يرجع إلى اللفظ.

أما مسأله أنه لو باع مالك النصف نصفه في المشاع، هل أن ظاهره أنه يريد بيع نصفه أصاله، أو يريد بيع ربهه وربع شريكه فضوله بالنسبه إلى الشريك، فذلك ما يرجع إلى اللفظ، فإذا كان ظهور في أحدهما فهو، وإن لم يكن ظهور كان المرجع البائع، وأنه ما ذا قصد، لأنه أعلم بقصده، وحيث إن الكلام لا يؤخذ إلا من المتكلم في قصده، فما قاله البائع يكون حجه.

وإذا مات البائع مثلاً ولم نعرف أنه هل باع نصفه الذي هو يملكه، أو ربع ملكه وربع شريكه، أي إنه هل باع نصف نصفه، أي ربع المشاع أصاله، والربع الآخر من الشريك فضوله، فلا يبعد ظهور الاستناد إلى أنه باع ملك نفسه، كما أنه إذا باع كلياً وشك في أنه هل باع عن نفسه أو عن إنسان آخر.

وإذا قيل بأنه لا ظهور فالمرجع الأصول العمليه، وكذلك يكون حال سائر المعاملات، بل وكذلك الإقرار، فإنه إذا أقر بالنصف فقد يكون إقراراً بنصفه، وقد يكون إقراراً بنصف نصف نفسه ونصف نصف شريكه، أي النصف منهما، ويكون المرجع إن لم يكن ظهور في أحدهما المقر، وإذا مات المقر فالمرجع الأصول العمليه.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما جعله الجواهر التحقيق في المقام قال: (والتحقيق أن يقال: إن محل كلام الأصحاب في المدعين المتفقين على اتحاد جهه ملكهما، وأنه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه، وحينئذ إقرار المتشبه بالنصف لأحدهما لم يفد في حق المقر له فائده تخصه بعد سبق إقراره لشريكه، وإنما أقصاه صيروره هذا النصف لا يد لأحدهما عليه فيبقى على

الإرث بينهما بمقتضى إقرارهما، فهو حينئذ كما لو قال من فى يده الدار: إن نصفها ليس لى، ولا ريب فى اشتراكهما فيه، ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الآخر الذى يد المتشبه عليه. وأما على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقر به دون الآخر الذى يحتمل فى حقه أنه قد باع حقه من المتشبه أو وهبه إياه أو نحو ذلك لم يشارك المقر له، بل وكذا لو ادعى كل منهما فى نفسه فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الآخر، انتهى.

إذ تنظيره الإقرار بقول من يده الدار أن نصفها ليس لى، تنظير غير تام، لأن إقراره يصادف ملك المقر له، كما إذا باعه المقر له أو آجره أو ما أشبه فإنه يصادف الواقع، أما إذا قال: النصف ليس لى، فإنه لم يقر لأحد حتى يكون النصف للمقر له، وإنما ترك النصف، ومن الواضح أن كل جزء من المشترك ترك يكون بين المشتركين.

ثم إن مفتاح الكرامه أشكال على المسالك بإشكال، وهو الذى نبه عليه المحقق الثانى، حيث قال: ولقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك فى عدم الشركه، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر، وهو أمر كلى يمكن نقله عن مالكة إلى آخر، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح، ولم يتوقف على رضا الباقين.

وفى ذلك كمال التنبيه على ما اعترض به فى المسالك، قال: ثم إن كلام الشهيدين والمحقق الثانى غير جيد قطعاً، لأن كلام الأصحاب فى المقام صريح فى أن الصلح على ذلك النصف الذى أقر له به كما هو نص كلام المبسوط، وفى الشرائع: إنه صالحه على ذلك النصف، ونحوها الإرشاد، وفى التحرير: صالحه

عما أقر له به، وفي شرح الإرشاد: صالحه على مجموع هذا النصف، فلا مجال لاحتمال الشهيد في كلام القوم ولا لكلام المحقق الثاني ولا لتفصيله في المسالك بالألفاظ الثلاثة، وتوجيه كلام القول لذلك لأنه نص صريح لا يحتاج إلى توجيه، انتهى.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أنه لا فرق بين قبض الوارثين الإرث، ثم غصب الغاصب منهما، ثم اعترافه لأحدهما، ثم صلح الوارث عن نصفه، وبين كون الغصب وقع قبل قبض الورثة، لأن الصلح على أي حال يقع على نصف الإنسان المقر له.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره جامع المقاصد، فإنه بعد أن قرر ما القواعد بنحو ما تقدم، حيث قال القواعد: (لو صلح المتشبه المصدق لأحد المدعين بسبب يوجب تشريك الإرث على شيء شاركه الآخر إن كان ياذنه، وإلا صح في الربع ولا شركة، ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة) انتهى.

قال: (ولقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له، وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكة إلى آخر، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح ولم يتوقف على رضا الباقين، فإن أجيب بأن الإنكار لاستحقاق الآخر صير النسبه كالتالف فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصه أحدهما دون الآخر، قلنا: فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة) إلى أن قال: (وتبني شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب)، ثم قال: (والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسأله الإرث قبل قبض الوارثين

صحيح، لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو محسوب تركه بالنسبة إلى الورثة، والتالف لا يحسب عليهم، وكأنه لم يكن، وامتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم. والظاهر أنه لا خلاف في ذلك، أما بعد القبض واستقرار الملك لهم، أما انقطاع كل من الورثة عن حق الآخر فلا دليل على إلحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالإنكار مع عدم البيئه ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم، والأصل عدمه فينبغي التوقف فيه فليلاحظ الحكم المذكور في المبيع، ولو كان المشترك ديناً فأقر ببعض وأنكر بعضاً، ففي التركة قبل القبض لا بحث، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه) انتهى.

وفي محكى التذكرة أنه نقله عن أحد قول الشافعيه، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسأله بنحو ما تقدم: (هذا إذا لم يتعرض لقبض الدار، أما لو قال- ورثناها وقبضنا ثم غصبها منّا، فالأقرب أنه كذلك أيضاً يشتركان فيما يقبضه المقر له، لأن إيجاب الإرث الشيوخ وهو لا- يختلف، وهو أحد قولي الشافعي ومحكى عن أبي حنيفة ومالك، والقول الآخر له أنه لا- يشاركه، لأن التركة حصلت في يد الورثة وأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه وانقطع عما في يد الآخر، ولهذا يجوز أن يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصة بأن تزال يده، فإن المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما) انتهى.

وفيه: ما تقدم من أنه لا فرق بين أن يكون الغصب بعد القبض أو قبل القبض، فإن الصلح أو البيع أو الإجاره أو الإقرار أو ما أشبه يقع على حصه

الوارث البائع أو المؤجر أو المصالح أو المقر، ولا ربط له بالآخر.

نعم الغاصب إذا أعطى شيئاً من المغصوب لأحدهما يكونان مشتركين فيه، لما عرفت من الفرق بين إجراء معاملته أو إقرار ينطبق في الواقع على حصه المؤجر والبائع والمقر ونحوه، وبين التسليم الذي لا ترجيح في أن يكون لهذا أو لذاك، وإعطاء الغاصب لا يؤثر في التخصيص، كما إذا غصب صبره لعشره، ثم أعطى عُشرها لأحدهم، فإنه لا مخصص لأن يكون العُشر لهذا فقط دون التسعة الباقية، بل كل جزء من الحنطة يشترك فيها الجميع.

ولما ذكرناه قال أخيراً في الجواهر: (ومنه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعدمه، وبين كون السبب الإرث وغيره، فما وقع من الكركى أخيراً أيضاً من التفصيل بذلك الذي قد عرفت له بعض الشافعية في غير محله، فتأمل جيداً ليستين لك الحال في أطراف المسألة التي منها معلوميه القاعده في أن المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما يبقى لهما، ومنها أن الحصه المشاعه التي هي للشريك لا شركه لأحد فيها، فإذا أراد الصلح عنها مثلاً لم يلحقه الشريك بعوضها، ومنها أنهم قد ذكروا في أنه لو أقر بأن نصف الدار لزيد والآخر لى ولشريكى، وأنكر الشريك، كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبة الربع إلى النصف، وما أنكر عليهما، وإن كان المخصص بالإنكار المقر له، بخلاف ما لو أقر أحد الأخوين بثالث فأنكره الثالث، فإنه يختص النقصان بالمقر له، وأما المقر فيأخذ نصيبه تاماً)، إلى آخر ما ذكره.

وقد ذكرنا في كتاب الإرث التفصيل في مسأله ما لو أقر أحد الأخوين بثالث فأنكره الثالث، وشبه ذلك من إقرار أحد الورثه لوارث آخر، وإنكار

الوارث الباقيين ذلك الوارث، وأنه كيف يكون إرث هذا المقر وذلك المقر له، مما لا حاجة إلى إعادته الكلام فيه هنا.

ثم إنه لو أخذ الشريكان، وارثين كانا أو غيرهما، حصتهما ثم غصبهما غاصب، ثم رد الغاصب حصه، فإن علم أنه حصه هذا أو ذاك أو معاً فهو واضح، وإن لم يعلم أن المرجوع لأيهما أو لهما بالنصف أو بالنسبة فالظاهر أنه مورد قاعده العدل.

وكذا لو علم أنه لأحدهما لكن لم يشخص هل أنه لزيد أو لعمر، لوحده الملاك في المقامين.

(مسألة ١٣): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو ادعى عليه بشىء مثلاً فأنكر أو أقر أو لم تكن دعوى أصلاً فصالحه المدعى عليه مثلاً عما ادعى به على سقى زرعه أو شجره بمائه أو ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء المدعى عليه، قيل والقائل الشيخ فيما حكى عنه: لا يجوز، لأن العوض هو الماء وهو مجهول، فلا يصح الصلح، بناءً على فرعيته على البيع، وفيه وجه آخر بالجواز، مأخذه جواز بيع ماء الشرب أى النهر بتقدير المده بعد المشاهدة، بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعيه الصلح للبيع أولاً، وعدم قدح مثل هذه الجهالة فى الصلح ثانياً، لكونها تؤول إلى العلم) انتهى.

وهو كما ذكره المحقق والشارح، بل فى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو كان عوض الصلح سقى الأرض أو الشجر بمائه فالأقرب الجواز مع الضبط كما فى بيع الماء) قال: (كما فى التذكرة والإيضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفايه ولم يقيده فى اللمعة بالضبط، لكنه مراد له) انتهى.

والوجه إطلاق أدله الصلح بعد ما تقدم من أن نهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن الغرر لا يشمل مثل هذه الجهالات الصغيره فى باب الصلح، وإن كان الغرر مختلفاً بالنسبه إلى مختلف المعاملات والنكاح، كما تقدم الإلماع إلى ذلك.

ثم قال مفتاح الكرامه: والمخالف الشيخ فى المبسوط، قال: إذا أقر له بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقى أرضه من نهر المقر أو قناته فى وقت معين لم يجوز ذلك، لأن المعقود عليه الماء وهو غير معلوم المقدار، مع أنه قد جوز بعد ذلك بلا فاصله بيع جزء مشاع منه وجعله عوضاً للصلح، وجوز أيضاً بيع ماء العين والبئر، ومن احتمال تخصيص منعه هنا بغير المضبوط

كما في الروضه، فلعله لم يلحظ قوله في وقت معين، انتهى.

والاحتمال المذكور في الروضه محتمل أيضاً في المسالك، حيث قال: (يمكن أن يكون منع الشيخ من الصلح على السقى المذكور مطلقاً، كما يدل عليه الإطلاق، والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الأقسام، لأنه لم يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيناً، وإنما استحق سقياً لا يعرف قدره ولا مده انتهائه، ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المده وهو لم يصرح بالمنع حينئذ، ولو تعلق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصحة، لأن جهاله مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح) انتهى.

وعلى أي حال، فلو أراد الشيخ المنع من جهه الجهاله، ففيه ما عرفت، وإن أراد المنع في صورته جهاله تضر بالصلح، فلا بأس به.

ثم المصالحة على الماء قد يكون بالأذرع، وقد يكون بالساعه، وقد يكون بمقدار أن يصل الزرع أو يثمر الشجر، وقد يكون بالدرجات المتعارفه في حال الحاضر، وكل ذلك صحيح بيعاً وصلاحاً وغيرهما من سائر أنحاء المعاملات.

نعم يتسامح في الصلح بما لا- يتسامح في البيع ونحوه، لأن الصلح مبنى على المسامحه، كما ذكره الفقهاء، ويستفاد أيضاً من الأدله، ولذا قال في الجواهر في الإشكال على المسالك: (قلت: قد يقال بالتسامح في الأول أيضاً إذا كان لتحقق مسمى السقى قدر في العرف، وإن اختلف أفراده اختلافاً لا يقدح في مثل الصلح، وحينئذ فلا يعتبر اشتراط المده ولو الدوام في الصلح، على أنه لا- ترفع جهاله مقدار الماء الذي هو العوض أو المعوض، إذ ليس الغرض منه الإجاره، بل نقل الأعيان المقدره بمثل ذلك المندرج تحت عمومات

الصلح كما عرفته فيما تقدم) انتهى.

ثم قال فى الشرائع: (وأما لو صالحه على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه)، ومعنى ذلك أن الصلح يقع على مرور ماء غيره فى ملكه أو فى المحل الذى استأجره أو موقوف عليه أو ما أشبه مما له حق الصلح على مثل ذلك، سواء كان مرور الماء على سطحه فيما إذا كان الماء عالياً، أو كان مرور الماء على ساحته فيما إذا كان متوسطاً، أو كان مرور الماء من سردابه فيما إذا كان نازلاً، ولا شك أنه لا بد من تقدير الممر من السطح وغيره طولاً وعرضاً وعمقاً بقدر يدفع الجهالة الضاره فى الصلح، أما إذا كانت جهاله غير ضاره به فلا بأس بذلك.

وكأنه للجهل غير الضار قال فى مفتاح الكرامه: (لا بد من تقدير الممر من السطح والساحه طولاً وعرضاً، ولا يحتاج إلى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه إلا بكثره الماء وقتله، ولعله لهذا أطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته)، ثم قال: (ولكن ينبغى مشاهدته أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته، ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بقدر ما يقع عليه وصغره، فمعرفة تحصل بمعرفة محله) انتهى.

وكأن ما ذكرناه هو غير ما ذكره مفتاح الكرامه، فإننا إنما نشترط التقديرات المذكوره فيما إذا أضرت جهالتها بالصلح عرفاً، وهو استثنى السمك لما يرى من عدم ضرر الجهاله عرفاً فى مثل السمك، لكن الجميع من واد واحد كما لا يخفى.

وهذا الحكم هو المشهور بين الفقهاء، ولذا قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (وكذا لو صالحه على إجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد

العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه): كما فى المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضه والمسالك والكفايه.

ومما ذكرناه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك، قال: (المراد بعلم الموضع الذى يجرى الماء منه أن يقدر مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهاله عن المحل المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين الملك، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض)، ولذا رده فى الجواهر قائلاً: (إن ما ذكره فى الصلح عما ادعى به على مجرى الماء لا على استحقاقه الذى هو المفروض فى المتن، ولذا قال فى الدروس: ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء فى أرضه قدر المجرى طولاً وعرضاً لا عمقاً، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض، ولو جعله إجراء الماء فى ساقبه محفوره مشاهده جاز إذا قدرت المده. قال الشيخ: ولو كانت الساقبه غير محفوره لم يجز الصلح على الإجراء لأنه من استيجاره المعدوم، ويشكل بإمكان تعيين الإجراء طولاً وعرضاً واشتراط حفره على مالك الأرض أو على المجرى ماءه، نعم لو كانت الأرض موقوفه أو مستأجره لم يجز، ولو صالحه على المدعى به على إجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه يشترط العلم بسطح المدعى) انتهى.

وفيه موارد للنظر:

الأول: ما عرفت من عدم الفرق بين الطول والعرض وبين العمق.

الثانى: استثناءه أرض الموقوفه والمستأجره، فإنه أى فرق بين الموقوفه والمستأجره إذا كان الوقف والاستيجار يشمل مثل ذلك، ومن الواضح أن

ص: ١٩١

«الوقوف على حسب ما وقفها أهلها»، وأن الاجاره على حسب ما تعاقد عليه الطرفان، فاستثناؤه مطلقاً غير ظاهر الوجه.

الثالث: اشتراطه العلم بسطح المدعى، إذ ليس ذلك على إطلاقه، وإنما هو فيما إذا كانت الجهالة تضر الصلح، وإلا فقد عرفت أن الجهالة تغتفر في الصلح بما لا- تغتفر في مثل البيع، اللهم إلا أن يريد ما لا يعتنى به عرفاً في العمق، والموقوفه والمستأجره المنافيه لذلك، والعلم فيما إذا كان جهله ضاراً بالصلح عرفاً، فتأمل.

ولعل الجواهر أشار إلى بعض ما ذكرناه حيث قال: (نعم قد يناقش في أصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح وقبوله من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره).

ثم إن في حكم الماء حكم الغاز المتعارف الآن، وأمثال عيون النفط وغيره من السوائل التي تجرى من بلد إلى بلد، أو من مكان إلى مكان، أو من دار إلى دار، لأن المناطق في الجميع واحد، فيصح الصلح على شرائطه والتي منها أنه يجب أن يعرف كبر الأنبوب أو صغره الذي هو مجرى السائل أو الغاز، فيما إذا كان يختلف الأغراض باختلافه، كما أنه يشترط معرفه جنس الأنبوب، لأن بعض الأنابيب يتكسر وبعض الأنابيب لا يتكسر، وتكسر الأنبوب يوجب ضرر المحل، فإذا كان مما يتسامح فيه عرفاً صح الصلح، وإلا لم يصح، لأنه من الغرر المنهى عنه.

ثم إن المسالك قال: (وحيث يقع السطح أو يحتاج الساقية إلى إصلاح وجب على المالك الإصلاح لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته)، وتبعه مفتاح الكرامه والجواهر، وهو كما ذكره إلا- أن يكون التعارف على التقسيم بينهما، وأجرى عقد الصلح حسب المتعارف، أو جعل الشرط في

ضمن العقد أن يكون عليهما أو على المصالح حسب إطلاقات أدله الشرط (١)، ومقتضى (أوفوا بالعقود) (٢).

ولو كان الصلح على جريان قدر خاص من الماء كذراع مثلاً، فزاد صاحب الماء بما جعله ذراعاً ونصفاً، أو كان الصلح على أن يجرى الماء في الشهر عشره أيام فأجراه خمسه عشر أو نحو ذلك، كان لصاحب المحل الأجره بالنسبه إلى الزائد، ولو اختلفا في أنه هل أجرى أكثر أم لا، فالأصل مع المنكر.

والظاهر صحه اشتراط أن يكون الماء من نوع كذا، لاختلاف المياها في الثقل والخفه، وفي الملوحة والعدوبه، ومن الواضح اختلاف الأغراض باختلاف هذه الأمور، مثلاً الماء المالح يوجب ملوحة الأرض مما يوجب عدم تمكن الزرع فيها، بخلاف الماء العذب، والماء الثقيل يكون أثقل على السطح من الماء الخفيف مما يوجب قرب الانهدام، إلى غير ذلك مما تختلف الأغراض باختلافه.

وحيث عرفت أن المعيار هو عدم الغرر العرفي، فإن تصالحا على أن يجرى ماءه أسبوعاً في كل شهر من غير تعيين ذلك الأسبوع في أول الشهر أو وسطه أو آخره صح ذلك إذا لم يكن غرراً عرفياً، كما أنه إذا تصالحا على إجراء مائه على أرضه بدون أن يعين مكان الأرض، وكان مما لا تختلف الأغراض باختلاف الأرض، لم يكن بذلك بأس.

ولو استأجر الأرض أو صلح لمد أنبوب فيها بدون تعيين ما يسيل في الأنبوب من سائل نفطى أو مائى أو غازى أو ما أشبه ذلك، ولم يكن ذلك

ص: ١٩٣

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤

٢- المائدة: آيه ١

يوجب الجهالة الضاره بالصلح عرفاً مما يوجب غرراً لم يكن به بأس، فإن ذلك من قبيل استتجار الدار لجلوس خمسه أشخاص فيها بدون أن يعين أولئك الأشخاص بأنهم زيد وعائلته أو عمرو وعائلته، إلى غير ذلك من الأمثله المطرده فى الصلح والإجاره وغيرهما.

ولو اختلفا فى شرط زائد على أصل الصلح أنه هل كان شرطاً فى ضمن العقد أم لا، فالحق مع المنكر إلا إذا أقام المدعى البينه حسب قوانين الدعوى، ولو اختلفا فى أنه هل كان الصلح لجريان الماء أو الغاز أو النفط مثلاً، كان من مورد التحالف، لعدم الجامع بين الأمور المذكوره.

ثم إنه لو عقدا الصلح على الماء أو غيره، ثم صار التضخم أو التنزّل فى أحد الجانبين، فإن كان الارتكاز على عقد لا تضخم ولا تنزّل فيه فى المستقبل بحيث كان على نحو القيد بطل الصلح.

وأما إذا كان على نحو الشرط، كما ذكروا فى المعيب، كان للطرف الذى هو له الشرط على الطرف الآخر خيار الفسخ.

ولو صالح على أن يأتى بمائه من النهر أو غيره إلى بيته بسيارات مثلاً صح، وتقدير الماء إنما هو بقدر ما تأخذ السيارة، أما أن يكون الماء مالحاً أو حلواً فذلك حسب القرار لاختلاف الدواعى باختلاف المياه التى يسقى بها الحديقته، أو التى يكون للشرب ونحوه.

ولو اختلفا فى أن موضوع العقد الماء العذب أو المالح، فمن التحالف لأنهما موضوعان عرفاً، فلا يقال: الأصل الماء الحلو، لأن الماء المالح هو الماء الذى أضيف إليه شىء من الملح.

كما أنه كذلك بالنسبه إلى الماء الأجاج والماء الزلال والماء المخلوط بالطين والماء الصافى، فهما موضوعان عرفاً، وإن كان فى الحقيقه الماء المخلوط بالطين ماء أضيف إليه شىء من الطين، إلا

أن ذلك ليس موضوعاً وزائداً فى نظر العرف.

ويصح تقدير الماء المحمول فى السيارات بالأحواض وبالسيارات، وبقدر سقى الحدائق ونحوها، وبقدر سقى جماعه كبيره، أو حيوانات كثيره وهكذا، مما كل ذلك موجب لخروج المصالحه عن الغرر الضار بها.

والمصالحه على مرور الكهرباء فى أسلاكه أيضاً صحيحه، للأدله العامه الشامله لها، نعم يلزم التعيين بما يخرجه عن الغرر، كالضغط العالى وغيره، وساعات مرور الكهرباء من ليل أو نهار، وكذلك قدر ما يضىء الكهرباء من الشموع ويشغل من الثلاثات والمروحات وغيرها.

وكذا يصح الصلح على أن يخلط الإسمنت والحصى والرمل ونحوها فى خلطته مع تعيين المواد مما يزيل الغرر، وكذلك تعيين القدر من ملء الخلطه مثلاً عشر مرات أو بقدر بناء دار أو أعداد أكياس السمنت وأطنان الحصى والرمل ونحو ذلك، لاختلاف الدواعى باختلاف هذه الأمور.

ص: ١٩٥

(مسألة ١٤) قال في الجواهر: لو صالح أجنبي المدعى عن المنكر صح، عيناً كان أو ديناً، أذن أو لا، لأنه في معنى قضاء الدين، لكن عن المبسوط أنه يرجع عليه إن دفع المال بإذنه، سواء صالح بإذنه أو لا، وإلا فلا رجوع لأنه تبرع، وقد يشكل الرجوع بما أداه ولو بإذنه مع كون الصلح بغير إذنه باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للأجنبي، فلا عبره بالإذن إذا كان قد صالح ليؤدي هو، بل وكذا لو صالح مطلقاً، نعم لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضولياً، انتهى.

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره الجواهر، لا ما ذكره الشيخ، لأن الإعطاء بالإذن لا يوجب ضمان الآذن، بل وإن كان بالأمر، لأنه طلب للوفاء بالعقد، كما إذا باع إنسان شيئاً لإنسان فقال أجنبي للبائع: ادفع ما بعث إلى المشتري، أو أذنت لك أن تدفع ما بعته إلى المشتري، فإنه لا يوجب ضمان الآذن والأمر.

لكن ما ذكره من أنه لو صالح ليؤدي المدعى عليه كان الصلح فضولياً إنما يصح ذلك إذا كان صالح فضولى على نحو الفضولى، أما إذا كان على نحو الداعى فليس الصلح فضولياً، فقله: (ليؤدي) يلزم أن يكون مراده بمعنى (عن) لا أن يكون اللام على نحو الداعويه.

ثم قال: (ولافرق في صحه ما ذكرناه من الصلح اعتراف المدعى عليه بالحق، قبل الصلح أو لا على الأقوى، ولو ادعى الاجنبي أنه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالحه المدعى صح، فإن أنكر المدعى عليه وكالته حلف، ولكن له إجازة العقد بعد حلفه وقبله) انتهى.

وهو كما ذكره في الفرعين، ويشمل قوله: (أو لا) في الفرع الأول ما إذا أنكر وما إذا قال: لا أعلم، كما أنه لا فرق في الفرع الثاني بين ادعائه كونه

وكيلاً أو ولياً، لوحده الملاك في البابين.

أما ما ذكره الجواهر بأنه لو صالح الأجنبي المدعى لنفسه لا عن المنكر صح وانتقلت الخصومه إليه، ففيه تأمل، إذ لا وجه لانتقال الخصومه، اللهم إلا أن يريد أن المدعى يطلب منه ما صالح عليه، قال: (لكن في الدروس إن تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ، لعدم سلامه العوض، وفيه تأمل) انتهى كلام الجواهر.

ولا يخفى ما في عبارته الدروس من الغموض، كما لم يظهر مراد الجواهر من التأمل في عبارته.

وللمسألة شقق وفروع، لأن مصالحه الأجنبي قد تكون عن نفسه، وقد تكون عن المدعى، وقد تكون عن المنكر، وعلى كل حال فطرف الدعوى قد يجوز عن دعواه، وقد لا يجوز، وقد يحصل على الشيء المقابل لتنازله عن دعواه، وقد لا يحصل، إلى غير ذلك.

ثم لو صالح المنكر المدعى على عدم الدعوى صح كما تقدم، فإذا راجع المدعى الحاكم كان خلاف العقد، فللحاكم أن لا يسمع إلى دعواه، لأن الصلح اقتضى الوضع، ولو استمع وحكم على المنكر أو على المدعى كان للمنكر فسخ الصلح، لأن طرفه لم يف به.

أما إذا صالح المدعى المنكر على عدم الدعوى، فالظاهر أن له الحق في التقاض إذا علم أن حقه ثابت، لأن الصلح على عدم الدعوى لا يسقط الحق واقعاً، أما إذا صالح المنكر المدعى على عدم الدعوى بقي حق المنكر في الرجوع إلى الحاكم، لأن يستوثق من عدم مراجعته المدعى، وحال الأجنبي المصالح معه (بالفتح) حال المدعى المصالح معه (بالفتح)، لأن الاثنين من واد واحد.

قال فى الشرائع: (ويلحق بذلك أحكام النزاع فى الأملاك).

وفى الجواهر: (لنوع من الاعتبار الذى هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع، على أنه ربما يذكر الصلح فى بعض أفراده ولم يلحظ ذلك فى الدروس، فجعله كتاباً مستقلاً سماه بكتاب تراحم الحقوق، والأمر فى ذلك سهل) انتهى.

وقد ذكرنا نحن طرفاً من هذه المسائل فى كتاب إحياء الموات، وطرفاً منها فى كتاب الديات، كما ذكرنا بعض الفروع المرتبطه بهذه الأمور فى كتاب الغصب، ونحن تبعاً لهم نذكر ما ذكرنا فى ضمن مسائل:

مسأله ١ جواز إخراج الرواشن

(مسأله ١): قال فى الشرائع: (يجوز إخراج الرواشن والأجنحه إلى الطرق النافذه إذا كانت عاليه لا تضر بالماره، ولو عارض فيها مسلم على الأصح).

وقال فى القواعد: (يجوز إخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الأبواب ونصب الميازيب فى الطرق النافذه مع انتفاء ضرر الماره وإن عارض مسلم).

وفى مفتاح الكرامه: (صرح بذلك فى السرائر والشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفايه)، ثم ذكر أن بعضهم لم يذكروا إلا بعض المذكورات.

وفى السرائر: إن المسلمين من عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله) إلى يومنا هذا وهو سنه السبع وثمانين وخمسائه لم يتناكروا فى ما بينهم ذلك.

وفى المبسوط والنافع والتنقيح الإجماع على جواز نصب الميازيب إلى الطرق المسلوكه، وفى السرائر نفى الخلاف فيه بين المسلمين وأنه لم ينكر ذلك أحد بحال، وعليه عمل الناس كما فى الشرائع، قديماً وحديثاً من غير مخالف كما فى المسالك وكشف اللثام، وظاهر الأصحاب وغيرهم الاتفاق على ذلك كما فى المسالك.

وفى الجواهر عند قول الشرائع المتقدم: لاختلاف والإشكال فيه.

وكيف كان، فيدل على ذلك: الكتاب والسنه والإجماع والعقل، كما استدلل له أيضاً بالسيره، أما من الكتاب: فكآيات الحل (١) وآيات التسخير (٢) وغيرهما

ص: ٢٠٠

١- المائده: آيه ٨٧

٢- الجاثيه: ١٢

وأما من السنه فقسم كبير من الروايات.

والروايات المانعه محموله على الضرر، مثل ما رواه القطب الراوندى، أنه روى أن الفرات مدت على عهد على (عليه السلام)، فقال الناس: نخاف الغرق، فركب (عليه السلام) وصلى على الفرات فمر بمجلس ثقيف فغمز عليه بعض شبابهم، فالتفت إليهم وقال: «يا بقيه ثمود، يا صغار الخدود، هل أنتم إلا طعام لثام، من لى بهؤلاء الأعداء»، فقال مشايخ منهم: إن هؤلاء شباب جهال فلا تؤاخذنا بهم واعف عنا، قال: «لا أعفو عنكم إلا على أن أرجع وقد هدمتم هذه المجالس، وسددتم كل كوه، وقلعتم كل ميزاب، وطمحتم كل بالوعه على الطريق، فإن هذا كله فى طريق المسلمين وفيه أذى لهم»، فقالوا: نفعنا، ومضى وتركهم، ففعلوا ذلك كله (١).

وعن الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «من أراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معه باباً غيره فى شارع مسلوك نافذ، فذلك له إلا أن يتبين أن فى ذلك ضرراً بيناً، وإن كان فى رائقه سكه غير نافذه لم يفتح فيه باباً ولم ينقله من مكانه إلا برضى أهل الرائقه» (٢).

وعن الصادق (عليه الصلاه والسلام)، أنه نهى عن إخراج الجدر فى طرقات المسلمين، وقال: «من أخرج جدار داره إلى طريق ليس له فإن عليه رده إلى موضعه» (٣)، الحديث.

وعن الشيخ الطوسى فى الغيبه، عن أبى بصير، فى حديث له اختصرناه

ص: ٢٠١

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٥١ باب ١١ من أبواب كتاب إحياء الموات ح ١

٢- الدعائم: ج ٢ ص ٥٠٥ (الطبعه الثانيه بمصر)

٣- الدعائم: ج ٢ ص ٤٨٧ (الطبعه الثانيه بمصر)

قال: «إذا قام القائم (عليه الصلاة والسلام) دخل الكوفة وأمر بهدم المساجد الأربعة حتى يبلغ أساسها فيصيرها عريشاً كعريش موسى، ويكون المساجد كلها جماً لا شرف لها، كما كان على عهد رسول الله (صلى الله عليه وآله) ويوسع الطريق الأعظم فيصير ستين ذراعاً، ويهدم كل مسجد على الطريق، وكل جناح وكنيف وميزاب على الطريق» الخبر (١).

وعن الجعفریات، بإسناده إلى علي (عليه الصلاة والسلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم أمر مناديه فنادى: من ضيق طريقنا فلا جهاد له» (٢).

ويظهر من صاحب الوسائل نوع تردد في الحكم، لأنه عنوان الباب بحكم إخراج الجناح ونحوه إلى الطريق والميزاب والكنيف (٣).

ثم روى عن أبي جعفر (عليه الصلاة والسلام) في حديث طويل، أنه قال: «إذا قام القائم (عليه السلام) سار إلى الكوفة وهدم بها أربعة مساجد، ولم يبق مسجد على وجه الأرض وله شرف إلا -هدمها وجعلها جماً، ووسع الطريق الأعظم، وكسر كل جناح خارج في الطريق، وعطل الكنيف والميازيب إلى الطرقات، فلا يترك بدعه إلا أزالها، ولا سنه إلا أقامها» (٤).

ثم قال صاحب الوسائل: (وذكر جماعه من علمائنا منهم العلامة والشهيد الثاني أنه لا بأس بإخراج الرواشن والأجنحه إلى الطرق النافذه إذا كانت لا تضر بالماره، لاتفاق الناس عليه في جميع الأعصار والأمصار من غير نكير،

ص: ٢٠٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات ح ١

٢- الجعفریات: ص ٨٥

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات ح ١

وسقيفه بنى ساعده وبنى النجار أشهر من الشمس فى رابعه النهار، وقد كان فى المدينه فى زمن النبى (صلى الله عليه وآله).

وعن الخلاف: أن مخرج الجناح والسباط ليس لأحد معارضته ولا منعه، واستدل عليه بالأصل وبالسيره وبميزاب العباس وسقيفه بنى ساعده وبالإجماع.

وفى مفتاح الكرامه: لا خلاف إلا من ظاهر الشيخ فى النهايه، وصريح ابن حمزه فى الوسيله، ويمكن حمل كلامهما على ما إذا كان مضراً، كما بينا ذلك فى باب الديات، ثم قال: والمخالف الشيخ فى صلح الخلاف، والمبسوط وابن زهره فى صلح الغنيه فمنعا منه وإن لم يضر إذا اعترضه مسلم، وقواه فى ديات المبسوط وحكاه فى صلح المختلف عن القاضى، انتهى.

ومقتضى القاعده: صحه كل ما لا يضر بالماره من الميازيب والسراديب والرواشن والأجنحه والأعمده تحت السقوف والبلايع والسواقى والحدائق والأشجار والأنابيب تحت الأرض وفى أطراف الأرصفه وأعمده الكهرباء والهاتف والأنهر والمداخن وأنابيب الماء الملتصقه بالحيطان، وغيرها مما هو كثير، وذلك لأصله الإباحه الثابته شرعاً وعقلاً، إلا ما إذا كان ضرراً، فإذا كان ضرراً لم يجز كل ذلك لدليل «لا- ضرر» الحاكمه على الأدله الأوليه، وقد تقدم فى روايات المنع الإلماع إلى أن المنع لأجل الضرر لا مطلقاً.

ثم إن الجواهر قال: (هو كما ذكره المشهور من غير حاجه إلى الإذن من حاكم ولا- من غيره، سواء قلنا بكون الهواء ملكاً للمسلمين أو باقياً على الإباحه الأصلية، فما عن أحمد من اعتبار إذن الإمام فى وضع الجناح فى غير محله، بل هو كذلك ولو عارض فيها مسلم على الأصح، لعدم ثبوت حق له فى المعارضه، لما عرفت من استمرار السيره المعتضده بالفتوى على فعل ذلك، وعدم

الالتفات إلى المعارض، خلافاً للمحكى عن الخلاف والمبسوط من أنه لكل مسلم منعه، لأنه حق لجميع المسلمين، ولأنه لو سقط شيء منه ضمن، وهو يدل على عدم جوازه إلا بشرط الضمان، ولأنه لا يملك القرار فلا يملك الهوء، وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت، فهو حينئذ بمنعه معاند لا حق له، والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز، كما هو في صورته عدم المعارضه التي وافق فيها، وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكا، كما هو واضح، نعم يعتبر فيه عدم الضرر على الماره) انتهى.

وهو كما ذكره، وما ذكره من عدم الاحتياج إلى الإذن من الحاكم هو مقتضى القاعده، لأن الحاكم لا حق له في المنع إلا إذا كان ضرر خاص أو ضرر عام متيقن أو محتمل، فإن الحاكم هو المنفذ لأحكام الإسلام، لا أنه يأتي بما يشاء اعتباطاً، كما قررناه في كتاب القضاء وغيره.

وقد ذكرنا في كتاب إحياء الموات وغيره، أن الحاكم يحق له تحديد للعمارته والطريق وما أشبه إذا كان ذلك في مصلحة المسلمين، وذلك لأن معنى كونه حاكماً مجعولاً من قبلهم (عليهم الصلاه والسلام) أنه يتصرف كما يتصرف الحكام، فمعنى جعله حاكماً أن له ما لهم، فإذا قال: يجب أن تكون الشوارع كذا ذراعاً، أو علواً لأبنية كذا، أو الرواشن والأجنحه لا تكون إلا كذا، أو المرور لا يكون إلا كذا، يجب اتباعه إذا كان واجداً لشرائط الحاكم الشرعى التي هي عبارته عن شرائط الله سبحانه وتعالى مما ذكره الفقهاء في كتاب التقليد وفي كتاب القضاء، ومنتخباً من قبل أكثرية الأمة، حسب ما دل عليه الشورى، وقد ذكرنا بعض التفصيل في هذين الشرطين في (الفقه) كتاب السياسه وكتاب الحكم في الإسلام وغيرهما.

ثم إن غير واحد من الفقهاء اعتبروا عدم الضرر بالآخرين، فالمحكي عن التذكرة أنه قال: (المرجع في الضرر وعدمه العرف، ويختلف بحال الطريق، فإن كان ضيقاً لا- تمر فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمر المار منتصباً والمحمل مع الكنيسه المنصوبه على رأسه على البعير، لأنه يتفق ذلك وإن كان نادراً، وإن كان متسعاً تمر فيه الجيوش والأجمال وجب أن لا يضر بالعماريات والكنائس، وأن يتمكن الفارس من الممر تحته ورمحه منتصب لا يبلغه، لأنه قد تزحم الفرسان فتحتاج إلى أن تنصب الرماح، قال: وقال بعض الشافعيه: لا يقدر بذلك لأنه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحاً أحداً، وليس بجيد، لأن في ذلك تعسراً. وفي مفتاح الكرامه نفى الشهيد في الدروس ما في التذكرة للندره وسهوله الميل، وقواه في المسالك واستجوده في الكفايه، وأنت خير بأن الطريق إذا كان ممراً للجيوش والفرسان الكثيره لا يبعد اعتباره ولا يندفع بالندره، ولا بإمكان إمالاته على وجه لا- يبلغهم، إذ قد لا- تمكن الإماله لازدحام الفرسان وكثرتهم، فإن أماله حينئذ أضر بالفارس أو الفارس، ولا ريب أنه أحوط، ومع الاعتياد يجب كما في مجمع البرهان) انتهى.

والظاهر أن الندره وغيرها كندرته المار وغيرها لا يوجب صحه جعل الجناح ونحوه، لأن الطريق حق للعموم، سواء من يمر نادراً أو غير نادر، وسواء من يأخذ رمحاً نادراً أو غير نادر، فلا يجوز مزاحمه المسلمين في طريقهم، بل وكذلك حال الكفار، لأن الحق للجميع من غير فرق بين الكافر والمسلم، وقولهم بالمسلم من باب المثال، ولذا قال في مفتاح الكرامه: (ثم إن للكافر أيضاً حق المرور صرح به في التذكرة، ولا وجه للقصر على المسلم)، انتهى.

ولما ذكرناه من عدم الفرق بين النادر وغير النادر.

قال فى الجواهر: (قد يقال: إن المعتبر عدم الضرر حتى فى الصورة النادرة، لأنه المتيقن من الجواز فىما هو حق المسلمين كافة، وإليه أوماً فىما سمعته من التذكرة، فىعتبر حينئذ فى الطريق كونه على الوجه المزبور، إن لم يعتد ازدحام الفرسان والإبل والكنايس، إلا أنه ربما اتفق ذلك، خصوصاً بناءً على أن الأصل المنع لتعلق حق المسلمين بإحيائهم، والمعلوم جوازه من السيره ذلك لا- غير، نعم لو قلنا: إن الأصل الجواز لكونه من مباح الأصل فىقتصر على المتيقن فى المنع اتجه حينئذ ما ذكروه إلا أن الأول لا يخلو من قوه) انتهى.

وهو كما ذكره، إذ ليس الأصل هنا الجواز، فإن أصل الجواز مرفوع بسبب الحق الطارئ.

وحيث إن المعيار هو عدم مزاحمتهم فلا- فرق فى ذلك بين مزاحمه النور أو الهواء أو المرور أو غير ذلك، فلا- يحق له أن ينصب أربعة أعمده فى وسط الطريق بحيث لا- تزاحم الأعمده الماره، ثم يضع فوقها سقفاً مما يوجب ظلمه الطريق، أو عدم تهويه الطريق، لأن حقهم سابق، وكحال مرور الفوارس حال مرور السيارات الكبيره المحمله بالأنقال، وكذلك حال مرور القطار ونحوهما، لوحده الملاك فى الجميع وهو سبق حق المسلمين.

ولو نصب الساباط أو ما أشبه فى حقهم فمرت السيارات ونحوها مما أوجب إسقاط حملها وكسرها ونحوه فالظاهر الضمان إذا كان السبب أقوى من المباشر على القاعده التى ذكروه فى باب الديات.

نعم لو كان المباشر أقوى بأن أبصر السائق مثلاً العريش فلم يدر له بالأ مما سبب الاصطدام والانكسار لحمله، فإنه هو السبب، بل وكذلك إذا وضع حجر عثره فى الطريق فبصر به المار أو الفارس أو السائق فلم يأبه له، فإنه إذا

تكسر كان هو السبب، وإن كان واضح العثره فاعلاً للحرام.

ويجب أن يكون نصب الجسور على الماء على هذا الغرار، فلا- يحق نصب الجسور المنخفضه مما توجب مزاحمه السفن، فإن حق السفينه مقدم على حق الجسر، فاللازم ارتفاع الجسر بحيث تتمكن السفينه من المرور من تحته بسلام.

نعم لو كان حق الجسر سابقاً لم تحقق للسفينه مزاحمه الجسر ورفعه، كما إذا نصب جسراً بين جبلين لا ماء تحته، ثم جاء السيل وامتلاً بالماء من غير سابق، وصار محلاً لعبور السفن، فإن حق الجسر سابق ولا دليل على انقلاب الحق بعد مجيء الماء.

ومثل الجسر والساباط والعريش وما أشبه الأسلاك الكهربائيه والتلفونيه ونحوهما، فإنه لا يحق مدها بحيث يزاحم الماره، لأن حق المسلمين سابق. نعم إذا مد الأسلاك فى الصحراء ثم صار طريقاً فحق السلك أقدم، مثل ما ذكرناه فى الجسر.

ثم إنه لو فعل الساباط المزاحم لحق الماره ونحو الساباط، فالظاهر أنه لا يجوز إزالته بدون إذن الحاكم الشرعى، وإن لم يكن فعدول المؤمنين، بخلاف ما إذا وضع آلاته فى دار غيره مثلاً، حيث يحق له إزاله تلك الآلات، والفرق أنه حق خاص فيحق لمن زاحم حقه تخليص حقه من مال الغير عدواناً، أما بالنسبه إلى الطريق فالحق عام، فاللازم مراجعه متولى الحقوق العامه وهو الحاكم الشرعى.

ثم إن الحاكم الشرعى إنما يحق له الإزاله بما يوجب أقل ضرر على المعتدى، لأن اعتدائه لا يوجب سقوط دليل «لا ضرر» بالنسبه إليه إلا بالمقدار المجبور منه، مثلاً إذا كان الحاكم الشرعى يتمكن من إزاله الساباط بكسر الأخشاب والآجرات ونحوها، وكان يتمكن من الإزاله بدون كسر، لا يحق له الإزاله

بالكسر، لأن الضروره تقدر بقدرها، وكذلك بالنسبه إلى عدول المؤمنين.

وهل يحق نصب الجسر المانع عن السباحه فيما إذا كانت السباحه متعارفه هناك، الظاهر العدم، لأن حق السابحين مقدم على حق الجسر، اللهم إلا إذا اضطر إلى ذلك، حيث إنه لم يتمكن من نصب جسر عال، واحتاج الناس إلى الجسر، فإن حق الجسر مقدم، لرؤيه العرف ذلك عند التزاحم، ولذا جرت سيره على نصب الجسور الخشبيه ونحوها على الأنهر بحيث لا يتمكن السابحون من المرور تحتها، وإن كان حق السابح مقدماً زماناً.

ثم إن التذكره قال: (لو تضرر جاره بالإشراف، فالأقرب أن له المنع، لأنه قد حصل به الضرر، بخلاف ما لو كان الوضع في ملكه فإنه لا يمنع وإن حصل الضرر) إلى أن قال: (ولست أعرف في هذه المسأله بخصوصها نصاً من الخاصه ولا من العامه، وانما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد).

وأشكل عليه في مفتاح الكرامه بقوله: (وتقيدهم بالماره يقضى بأنه لو حصل ضرر على الجار بالإشراف على عياله لا يمنع من ذلك للأصل، وعموم ما يدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ما إذا أضر بالماره، ويؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا- التمكّن منه، لأنه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه، وقد عرفت أن الممنوع عدم الإضرار بأهل الطريق لأنه موضوع للاستطراق، أما اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قالوا: إنه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصه فضلاً عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله).

أقول: لعل الموارد تختلف، إذ الاعتبار بأن يرى العرف حق السابق، سواء كان ماراً أو جاراً، فمن المتعارف مثلاً بناء طابقين أو ثلاث طوابق مما يأخذ شيئاً من نور الجار وهوائه، بل من نور الطريق وهوائه، أما أن يكون

بحيث يرى العرف أنه مزاحم لحق الجار أو المار، فلا فرق بين الأمرين.

ولعله إلى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث إنه بعد نقله عن المسالك وغيره، أنه لا عبره بتضرر الجار، وأنه كما لو وضعه في ملكه واستلزم الإشراف عليه، قال: (يمكن أن يكون بناء العلامة ما ذكرناه من أن المسلمين بإحيائهم الطريق صار هو وقراره وهوأوه ملكاً لهم أجمع أو كالمملك، فلا يجوز لأحد منهم التصرف فيه بغير إذنهم أو إذن وليهم، إلا أن السيره جرت على فعل ذلك والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهه الاستطراق وغيره، أما الخالي عن ضرر الاستطراق خاصه دون غيره فلا سيره عليه فيبقى على أصل المنع) انتهى.

ولا يخفى أنه لا يراد بالضرر بالنسبه إلى الجار أو المار إلا ما يطلق عليه الضرر عرفاً، لا الضرر الذي يبيح مثلاً التيمم بدل الغسل والوضوء ونحو ذلك، لأن هنا دليل «لا ضرر» إنما يكون أوسع من دليل «لا ضرر» هناك، بقرينه أن المراد هنا حق الجار وحق المار، وإن لم يطلق عليه الضرر الذي يطلق عليه هناك، فلا ضرر في النص وإن كان بمفهوم واحد، إلا أن القرائن توجب توسعته وتضييقه.

ومن الضرر أن يجعل سردابه في الطريق بحيث يكون سقفه محلاً- لترجرج السيارات ونحوها، فإن ذلك ضرر عرفاً، وحق السائرين مقدم على ذلك.

قال في الجواهر: (وأما عمل السرداب في الطريق النافذ إذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر الماره، فقد صرح غير واحد بجوازه للسيره أيضاً، نعم لا يجوز ذلك في المرفوع إلا بإذنهم وإن أحكم، ومثله

الساقية من الماء، وإن لم يكن لها رسم قديم، لكن الفاضل منع من عملها في النافذ، وإن أحكم الأزج عليها، أما لو عملها بغير أزج فإنه يمنع منها إجماعاً كما في الدروس، ولكل واحد إزالتها، ولو تضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها فلا يجوز فيها) انتهى.

أقول: يرد على قوله: (ولكل واحد إزالتها) ما تقدم من أن الأمور العامة لا يتمكن كل فرد من التصرف فيها إلا بإذن الحاكم الشرعي، فإن ذلك مثار التنازع، ولأنه حق الجميع فلا يحق لأحد التصرف، بخلاف الحاكم الشرعي الذي هو ولي الجميع، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد: (ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على أحداث روشن وشبهه على رأى، وليس لغيرهم مع إذنهم الاعتراض، ولكل من له الاستطراق فيه إزاله ما أحدثه بغير إذنه، وفي مفتاح الكرامه: لأنه تصرف في حقه بغير إذنه فكان له إزالته، ولا فرق بين أن يأذن الباكون أم لا) انتهى.

فإنه سواء في المرفوع أو في غير المرفوع كيف يتمكن أحد التصرف في حق الجميع بالإزاله، خصوصاً بعد قول مفتاح الكرامه: (ولا فرق بين أن يأذن الباكون أم لا)، فإن التعدي على الحق المشترك إنما يكون إزالته بإذن الجميع أو وليهم في الإزاله.

نعم إذا لم يكن في المرفوعه وغيرها إزاله المانع معداً في العرف تصرفاً في حقوق الآخرين لم يكن بأس بالإزاله، كما إذا وضع حجراً في طريق المسلمين فأزاله أحدهم، فإنه لا تعد الإزاله تصرفاً في حق الآخرين، وكذلك إذا ربط دابته أو أوقف سيارته أو ما أشبه في الطريق العام، فإن لكل فرد حق الإزاله

فيما إذا لم يكن من شأنه التخاصم مما يكون عرفاً من شؤون الحاكم الموضوع شرعاً لمثله.

أما مثل بناء البالوعة والسرداب في طريق المسلمين حيث يضر بالطريق فإنه ليس لواحد الحق في ردمهما، وإنما هو شأن الحاكم الشرعي لأنه الولي، فإن الردم يعد تصرفاً في حق سائر المسلمين أيضاً.

ثم إن الاختلاف في عمل السرداب ونحوه تحت الطريق هو إذا لم يكن تحت الطريق أيضاً للعامه، وكذلك نصب الساباط والعريش ونحوهما فوق الطريق، وإلا لم يجز كل ذلك، كما يتعارف الآن في جعل الطرق تحتها نفقات وفوقها جسور لمروور السيارات والقطارات وما أشبه، فإن الدليل الدال على حرمة الاستطراق لسبق حقوق المسلمين آت أيضاً في فوق الطرق وتحت الطرق.

ومما تقدم من حرمة كل من الإضرار والتصرف في حق الآخرين مما يراه العرف حقاً، يعرف أنه يلزم حمل روايه الدعائم على غير صوره الإضرار، فقد روى عنه (صلوات الله وسلامه عليه) أنه سئل عن الرجل يطيل بناءه فممنع جاره الشمس، قال: «ذلك له، وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه، ويرفع جداره ما أحب إذا لم يكن نظر منه إليهم»^(١).

وفي روايه أخرى، عنه (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «ليس لأحد أن يفتح كوه في جداره

ص: ٢١١

١- الدعائم: ج ٢ ص ٥٠٥ (الطبعة الثانية بمصر)

ينظر منها إلى شيء من داخل دار جاره، فإن فتح للضيء في موضع يرى منه لم يمنع من ذلك» (١١).

فإن الجمع بين الأدلة يقتضى أنه إذا لم يكن ضرر أو سبق حق جاز، وإلا- فلا، وإن كان بين دارين مثلاً يجعل كوه في أعالي الجدار حيث يأتى منه الضياء والهواء بدون أن يكون مشرفاً على دار الجار، ولا أن يكون مؤذياً له، أما أن يجعل الكوه في أسافل الجدار حيث يشرف على دار الجار عند مروره ومجيئه ورواحه مما يعد تصرفاً في حق الجار أو إضراراً به، فذلك لا يجوز، والميزان العرف.

ومما تقدم ظهر وجه ما ذكره الدروس، حيث قال: (لا- يجوز الغرس في الطريق، وإن كان هناك مندوحة، لأن في الزقاق قد يصطدم ليلاً وتزدحم فيها البهائم، ولأنه مع تطاول الأزمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك، ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به الماره من ذلك كالروشن والسباط) انتهى.

والظاهر أن ما أفتاه أولاً، لأن ذلك مناف لحق الماره، وأحياناً لحق الجيران.

ولو صنع السرداب في الصحراء ثم صار طريقاً فالظاهر تقدم حق السرداب، فإن تعارض الطرفان فصل بينهما الحاكم الشرعى بالصلح القهرى، وقد ذكرنا وجه مسأله الصلح القهرى في بعض أبواب الفقه.

وكذلك بالنسبه إلى ما لو زرع الأشجار فيما لم يكن طريق ثم صار طريقاً، أو أحدث نهراً أو ساباطاً أو ما أشبهه، وكذلك إذا كان سرداباً لا يضر الطريق لمرور الدواب، ثم جاء دور السيارات فصار سقف السرداب خطراً على السيارات، إلى غير ذلك من الأمثله، والمعيار هو تقدم أحد الحقين على الآخر إلا في مورد التزاحم

ص: ٢١٢

والتعارض، حيث يصلح بينهما الحاكم الشرعى بالصلح القهرى.

وأحياناً يكون الصلح بإعطاء الحاكم الشرعى ثمن السرداب وما أشبهه، كما قد يكون أحياناً بجعل طريق آخر لمرور الدواب والسيارات ونحوهما.

وكما يقال فى السرداب والطريق والعريش، يقال بالنسبه إلى العمارات العاليه المزاحمه لطيران الطائرات، حيث الخطر على الجانبين، أو على أحدهما، فإن اللازم مراعاة الحق السابق، فإذا تعارض الحقان جعل الحاكم بينهما صلحاً قهرياً إذا لم يمكن الحل إلاً بذلك، وإلا قدم الحل الآخر الذى فيه رضا الطرفين، لأن الصلح القهرى قسر وهو لا يجوز ما دام يمكن العمل بالرضا.

وحال الدكه فى الطريق وإيقاف السياره والدابه وما أشبهه كما ذكرناه، وقد ألمعنا إلى جملة من ذلك فى كتاب إحياء الموات.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وعلى كل حال، فلو كانت الرواشن والأجنحه وما شاكلها مضره وجب إزالتها على الواضع الغاصب، وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بإلزام الغاصب الواضع بذلك، إذ لا يجب على غيره الإزالة، لأنه لا تزر وازره وزر أخرى) انتهى.

وقد عرفت أنه لازم على الحاكم، لا على سائر الناس من باب رفع المنكر، نعم الغاصب إن تمكن من الإزالة بدون إضرار وجب عليه، أما إذا كانت الإزالة أيضاً إضراراً رجع إلى الحاكم الشرعى، والحاكم الشرعى الذى يزيل أو غيره ممن جاز له الإزالة يأخذ أجرتها من الغاصب لدليل «لا ضرر»، فليس على بيت المال دفع ذلك، وإن كان معداً لمصالح المسلمين. ولو سببت الإزالة الضرر على الجيران أو الماره ضرراً مادياً، تحمله الغاصب أيضاً، للدليل المذكور.

ثم الظاهر أنه لا يلزم العلم بالضرر، بل يكفي احتمال الضرر احتمالاً عقلائياً، لأن دليل «لا ضرر» يشمل مثل ذلك، ولذا يمنع عن السفر إذا كان فيه خوف الضرر، ويستدل على ذلك بدليل «لا ضرر»^(١)، كما إذا كان المسافرون في كل عشر سيارات تسقط سياره منهم في الهوه مما يوجب تلف جميع الركاب، فإن الذهاب فيه تسعه احتمالات عدم الضرر، واحتمال ضرر واحد، ومع ذلك لا يجوز مثل هذا السفر، فلا يحتاج إلى الظن ونحوه، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتب الطهاره والصلاه والصوم، بما إذا احتمل الضرر في الطهاره المائيه أو الصلاه واقفاً أو الصوم إلى غير ذلك، ولذا ذكر الفقهاء خوف الضرر في المقام الذى يجتمع مع الظن والشك والاحتمال إذا كان الاحتمال عقلائياً، نعم في الاحتمال غير العقلائي لا يكون خوف الضرر، وإن خاف فرد خوفاً شخصياً لوسوسه أو ضعف نفس أو ما أشبهه، اللهم إلا إذا وصل إلى حد الحرج.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان ضررها بأن أظلم بها الطريق على وجه ذهب الضياء منه أصلاً، فإنه لا خلاف ولا إشكال حينئذ في أنه يجب إزالتها، بل في المسالك الإجماع عليه، بل وكذا إذا ذهب على وجه يضر الماره ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلاً، لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز، فما عن الشيخ من إطلاق عدم تأثير الظلمه في المنع في غير محله، ولعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله: قيل: لا يجب إزالتها، اللهم إلا أن يريد

ص: ٢١٤

ما لا ضرر فيها على الماره، فإن وجود ظلمه ما بسببها من اللوازم) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا كان ضرر ولو احتمالاً، أو تصرف في حق الآخرين عرفاً لم يجز، سواء كان ظلمه ما أو أكثر، وسواء كان ضاراً للضعيف البصر أو لقوى البصر أو للدابه أو ما أشبهه، للدليلين المذكورين.

ولذا قال القواعد: (أما لو كانت مضره أو أظلم بها على الأقوى، أو كانت في المرفوعه فإنه لا يجوز. وفي مفتاح الكرامه: عدم الجواز في المضره بالماره مما لا ريب فيه، وفي التحرير: لو كانت مضره وجب إزالتها إجماعاً، قال: وهو خيره المختلف والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك، ثم قال: ولعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أعم من أن يكون في بعض أوقات المرور أو كلها، ليلاً أو نهاراً، لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر، والضرر أعم من أن يكون لخوف المعتاد أو إتلاف شيء من الماره، ولا يندفع بوضع السراج، إذ قد لا تذهب الظلمه به، وقد ينطفئ، وقد يموت ولا يفعله وارثه) انتهى.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك الطريق المرفوع الخاص بجماعه، فإنهم إذا قبلوا بالضرر أو مع دفعه بوضع الضياء أو ما أشبهه جاز، لأن الحق لهم، والورثه إنما يتلقون الملك منهم، فلا حق لغيرهم حتى يكون كالطريق العام الذي لا يجوز لإنسان أن يفعل الضار بإجازه عموم من في البلد مثلاً، لأن الحق ليس خاصاً بأهل البلد، بل حق الطريق ونحوه عام لمن يسكنه الآن ولمن يأتي بعد ذلك من الورثه أو غيرهم من المسافرين ونحوهم.

وحال الظلمه حال عدم نزول المطر فيما إذا جعل السقف من الزجاج ونحوه مما لا يوجب الظلمه وإنما يوجب عدم نزول المطر فيما كان المطر أيضاً فائده عامه استحقتها المارون، فلا يجوز لأحد منعها، وكذلك بالنسبه إلى الأسواق، اللهم إلا إذا كان العرف

يرون عدم ضرر ذلك وعدم منافاته بحق من في السوق، بل يرون أن فيه فائده اتفق أهل السوق على ذلك، وإن لم يكن السوق خاصاً بهم، لأن السوق أيضاً من الطرق العامه، ولذا جرت السيره قديماً وحديثاً على تسقيف الأسواق لمنعها عن الحر الشديد والبرد الشديد والمطر وما أشبهه، فيختلف الحال في الأسواق عن الشوارع، أما جعل المظلات على حواشى الطريق لوقايه الماره عن الحر والبرد والمطر، فالظاهر أن ذلك ليس مما ينافى الحق، وليس مضراً بل بالعكس هو نافع، ولذا لا يرى العرف أن الحاكم أو غيره الذى يضع هذه الأمور فى الطرق فعل منافياً للحقوق أو أضر بالناس.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم وجه النظر فيما قاله الشرائع ممزوجاً مع الجواهر، قال: (ولو أحدث الأجنبى أو بعض أهلها فى الطريق المرفوعه حدثاً على غير الوجه الشرعى جاز إزالته لكل من له عليه استطراق، من غير فرق بين المضر وغيره، وبين كونه فى الهواء كالروشن أو فى الأرض كالدكه، ولا بين وقوعه بإذن بعضهم وعدمه، بل لو بقى واحد بغير إذن كان له الإزاله، بل وللأذن ذلك أيضاً، لقاعده التسلط، وإذن بعض الشركاء لا يجدى فى المال المشترك) انتهى.

إذ لا- وجه لذلك مع الاختلاف فى الإذن وعدمه، فهو كما إذا أذن أحد الشريكين دخول الدار ولم يأذن الآخر، فإن المرجع الحاكم الشرعى، إذ لا- وجه لتقديم أحدهما على الآخر بعد أن دليل السلطه مشترك بينهما، والحاكم الشرعى يحل الأمر بالمهاياه فى مثل إذن أحدهما، أو بغير ذلك مما يكون أقل تصرفاً فى السلطه، لأن الضرورات تقدر بقدرها، وفى المقام إما يجعل بينهما الصلح على البقاء، وإما يجعل بينهما الصلح على العدم إذا لم يكن الإفراز

وإلا كان الإفراز مقدّمًا على ما ذكر في كتاب الشركه.

أما أن للآذن الرجوع فسيأتي الكلام في أنه فيما كان إذنه على نحو الإعارة لا على نحو اللزوم على تفصيل نذكره هناك.

ص: ٢١٧

(مسألة ٤): قال في الشرائع: ولو كان في زقاق بابان أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأول يشارك الآخر في مجازه، وينفرد الأدخل بما بين البابين، ولو كان في الزقاق فاضل إلى صدرها وتداعياه فهما فيه سواء).

وقال في القواعد: (وينفرد الأدخل بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين).

وفى مفتاح الكرامه: (أما أن الأول ينفرد بما بين البابين فهو المشهور، كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد، مع زياده في الأخير وهي أن عليه الفتوى، وفي الدروس عليه متأخروا الأصحاب، وهو الأشهر كما في الكفايه، ولكن قوى في الدروس مشاركته الأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه إلى ذلك عند ازدحام الأجمال ووضع الأثقال، وفي مجمع البرهان أنه الظاهر، ونظر فيه في جامع المقاصد بأنه لا يلزم من الاحتياج الشركه وإنما المقتضى للملك هو الإحياء، فإذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه) انتهى.

والظاهر هو ما قواه في الدروس، لأنه لا دليل على أن ما بين البابين يكون ملكاً للثاني فقط، إذ الدليل الذي استدل به المشهور غير ظاهر الوجه، فإنهم استدلوا لكون ما بين البابين للأدخل بأن المقتضى لاستحقاق الخارج واستطراقه نهايته بابه، فلا يشارك الداخل في الداخل، لأن حكمه بالنسبه إلى هذا الزائد على بابه حكم الأجنبي، ومن المعلوم أن مثل هذا الدليل لا يقاوم إطلاق «من سبق» فإن كلا صاحبي البابين قد سبق إلى إحياء هذه السكه فكلاهما شريك في الجميع.

ويؤيده ما ذكروه من الدليل للقسم الثاني من المسألة وهو تشاركهما في الطرفين، فإن تشاركهما في الطرف الأول واضح، وأما أنهما يتشاركان في الطرف الثاني فهو المشهور، كما عن التذكرة والمسالك وغيرهما، وقد

عرفت أن الشرائع صرح بالمشاركه، وكذلك نسب المشاركه إلى التحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك، واستدلوا لذلك باشتراكهما فى الارتفاق فلا- أولويه لواحد على غيره، قالوا بخلاف ما بين البابين، لأن أدخليه الباب تقتضى الاستطراق وهو مختص بالمستطرق ويتحقق الترجيح، ومن الواضح أنه لو كان الطرف الأدخل مشتركاً فبالطريق الأولى يكون بين البابين مشتركاً.

أما استدلالهم لكون الطرف الداخلى بعد الباب الثانى لهما، بأن كليهما لا يحتاج إليه فلا أولويه للأدخلى من غيره، فلا يخفى ما فيه، إذ الاحتياج وعدم الاحتياج ليس مناطاً، فلو كان الإحياء منهما لكل الطريق فكل الطريق لهما، وإن كان الإحياء من كل واحد إلى حد بابة فالفضله خارج عنهما.

ولقد أجاد الجواهر، حيث قال: (التحقيق بناء ذلك على اشتراك الجميع فى الجميع الذى قواه فى الدروس، ويؤيده ظهور اتحاد كيفية إحياء الطريق المرفوع والطريق العام، فكما أن اتخاذ جملة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة حتى لمن لم يستطرقه منهم، لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع، كذلك الطريق الخاص الذى اتخذ طريقاً إلى دورهم على جهة الاشتراك بينهم فى سائر وجوه الارتفاق التى منها الاستطراق إلى الدار، فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه، ولذا كان بينهم أجمع على الشركه، ومفتاح الكرامه وإن أشكل فى دليل المشهور، لكنه لم يتمكن من خلافهم، قائلاً: للمناقشه فى دليلهم مجال، ولكن الخروج عما عليه الأصحاب مشكل جداً، وذكر وجه المناقشه قبل ذلك، وأنه قد يقال: لو كان ما استدلوا به من الاستطراق دليلاً للملك لكان الفاضل فى آخر المرفوعه ملكاً للآخر فكيف يقولون بأنه مشترك) انتهى.

ومنه يعلم أن الطريق لو كان واسعاً وكانت الأبواب متقابله لا يختص كل

إنسان بالطرف الذى إلى بابه طولاً وإنما كل الطريق لكلهم، وذلك لما تقدم عن الجواهر من كيفية الإحياء فلا حق مثلاً لصاحب الباب الشرقى أن يمنع صاحب الباب الغربى من أن يمر فى نصف الطريق الأقرب إليه، وكذلك بالعكس.

ثم الظاهر من المسالك الميل إلى ما ذكره الدروس حيث قال: (وقيل: يشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضله الداخلة فى صدرها لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام الأحمال ووضع الاثقال، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد بل متعسر، والمتعارف الاحتياج حوله إلى حمله من الداخل، وإن قلت كالتقول بالاقتصار على ما حاذى الباب وما خرج ليس بجيد، وقوى فى الدروس الاشتراك فى الجميع) انتهى.

ويؤيد عدم اختصاص ما بين البابين بالداخل إنا نرى معاملة أصحاب الأبواب معاملة واحده، سواء بالنسبه إلى الطرفين أو بالنسبه إلى ما بين البابين، فأطفالهم يلعبون فى كل أجزاء العقد، وهم أيضاً يقعدون متسامرين، إلى غير ذلك حتى أنه لو قال صاحب الباب الأدخل لصاحب الباب الأقرب إلى رأس الطريق أنه لا حق لك فى الجلوس أو لأطفالك فى اللعب أو ما أشبه ذلك رأوه العرف يدعى ما ليس له بحق.

ولا- يخفى أن هذا النزاع إنما يكون فيما إذا لم تكن الطريق لهم جميعاً قبل الإحياء، ولم يكن مثل ما ذكرناه فى بعض المسائل السابقه من قبيل إحياء أطراف قبر المعصومين (عليهم الصلاه والسلام)، وإلا فاشتراك الجميع فى الجميع بالاستفاده فى الثانى وبالملك فى الأول هو مقتضى القاعده من دون نزاع.

أما ما تقدم عن الشرائع فى الفرع الثانى بقوله: (وتداعياه) فالظاهر أنه من باب المثال، إذ ليس المعيار التداعى، وإنما الكلام فى أصل المسأله بأنه هل حق لهما

أم لا، سواء تداعياه أو لم يتداعياه، فإن التداعى وعدم التداعى فى مقام الإثبات، والكلام فى مقام الثبوت.

نعم لو ادعاه أحدهما وأنكر الآخر وقال بالاشتراك، احتاج مدعى الاختصاص إلى البيئه، وإلا- حلف المنكر حسب موازين الدعوى.

ومنه يعرف الكلام فى الصدر وما بين البابين وفى الفضله فيما إذا كان هناك عمود كهرباء أو نحوه فى آخر الزقاق، واختلفا فى السلك أو لم يختلفا أيضاً على ما ذكرناه، وكذلك إذا مد أنبوب الماء أو الغاز أو ما أشبهه من تحت الأرض أو فوقه إلى آخر الزقاق، فإنه لا دليل على أن الأول مشترك وما بين البابين مختص بالأدخل والأخير مشترك أيضاً، بل مقتضى القاعده اشتراك الجميع فى الجميع.

ثم إنه لا فرق بين تساوى البابين أو ارتفاع أحدهما وانخفاض الآخر، بأن تكون هناك درج يصعد منها إلى الباب والباب يكون عالياً للشق الفوقانى أو نازلاً- للشق التحتانى، والباب الآخر باب للدار، أو أن يكون أحد البابين أرفع والباب الآخر أنزل بسبب ارتفاع إحدى الدارين وانخفاض الدار الأخرى، كما يتفق ذلك كثيراً فى البيوت القديمه، حيث يرفع أحدهما بابه لترفع مستوى داره بالتعمير، بينما يبقى الباب الآخر منخفضاً لانخفاض داره.

ولا فرق فى ذلك كله بين أن يكون الفضله مستقيمه أو منحرفه بأن كانت الفضله ملتفه على الدار الداخله.

ولو كانت الفضله ملكاً للأدخل سابقاً، بأن بنى فى أرضه دوراً وباعها مثلاً، وجعل الدار الأدخل لنفسه، وشككنا فى أنه هل جعل الفضله للجميع أو باعها لبعضهم أو لم يبيعها وإنما بقيت ملكاً له، فالاستصحاب يقتضى بقاء الملك.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فيما ذكره غير واحد كما فى الشرائع، من أنه

يجوز للدخل أن يقدم بابه إلى الخارج، وكذا الخارج، ولا يجوز للخارج أن يدخل بابه وكذا الداخل، والمراد بالداخل بالنسبة إلى الأدخل الذى هو خارج فى القياس إليه، وذلك لما فى الجواهر من أن ذلك كله مبنى على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه، ومشاركته فيما خرج، فيجوز للدخل إخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له فى جميع الطريق إلى بابه، فكل ما خرج عنه له فيها حق، وله حق التصرف فى جداره برفعه أجمع فبعضه أولى، وليس كذلك بالنسبة إلى الخارج إذا أراد إدخال بابه، أو الداخل إذا أراد أن يجعل بابه أدخل.

نعم مقتضى ما ذكره من أن الفضله الزائده لهما أن الأخير له حق أن يدخل بابه أكثر، لأنه يدخله فى المكان المشترك بينهما، كما أن دار باب الخارج لو كان بعضها وراء دار الداخل بما امتدت إلى الفضله فى الأخير كان له جعل بابه هناك فى الفضله، لفرض اشتراكها بينهما، وقد سبق أن كل واحد من الذين هم فى السكه له أن يجعل لداره بايين أو أكثر.

ومنه يعلم وجه ما ذكره القواعد، حيث قال: (ولكل منهما الخروج ببابه مع سدّ الأول وعدمه، فإن سده فله العود إليه، وليس لأحدهما الدخول، ويحتمله إذ قد كان له ذلك فى ابتداء الوضع ورفع الحائط أجمع).

ومما تقدّم يعلم ما فى إشكال المشهور على غير المشهور، بأن ما استدل غير المشهور به على جواز الإدخال، مندفع بأنه وإن كان له ذلك قبل فتح بابه إلا أنه تشخص حقه بالباب التى استطراقها، فله حينئذ الاستطراق من أى جهه شاء من جداره منتهياً إلى تلك الباب دون الأدخل منها، ورفع الجدار كله لا يقتضى

ثبوت حق الاستطراق له من أى جهه منه، بل بناءً على انتهاء اختصاصه إلى بابه يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً.

ولذا رده الجواهر: (بأن ذلك كله مبنى على الاختصاص والاشتراك المزبورين، أما بناءً على ما ذكرناه من اشتراك الجميع فى الجميع المتجه حينئذ تساوى الإخراج والإدخال من كل منهم فى الجواز وعدمه لتساوى الجميع فى الاستحقاق) انتهى.

وقد عرفت أن مقتضى القاعده جواز الإدخال والإخراج وتكثير الأبواب أو تقليل الأبواب، إلى غير ذلك، ولا دليل على عدم شىء من الأمور المذكوره.

كما أن مقتضى القاعده أنه إذا كان لدار بابان فى زقاقين فسد أحدهما، فإنه له الحق فى فتحه بعد ذلك، لأن سدّه لا يرفع حقه، فاحتمال أنه إعراض والإعراض مزيل للحق فلا حق له إذا امتنع الآخرون الذين يشتركون فى العقد بسبب إعراض هذا غير وجيه، بل قد ذكرنا فى بعض المسائل السابقه أن مقتضى القاعده أنه إذا لم يكن لأحدهم باب فى هذا الزقاق كان له حق إنشائه، لأنه لا دليل على ملك الذين لهم الأبواب للزقاق دون هذا الإنسان الذى له حائط إليه.

وعلى ما ذكرناه، فإنه يجوز لكل واحد من الداخلى والخارج والأدخل إخراج روشن أو جناح أو سابط أو ما أشبه إذا لم يضر الآخريين ولم يكن منافياً لحقهم على ما تقدم، فقول الجواهر: (نعم ليس لأحدهم إخراج روشن أو جناح أو سابط بدون إذن جميعهم لخروجه عن الاستطراق الذى وضع الاشتراك فيه على ما عرفت، نعم لو قلنا باختصاص الداخلى بما بين البابين اتجه حينئذ عدم اعتبار إذنه فى الجناح والروشن والسابط ونحوها لعدم الحق له حينئذ، وإنما يتوقف على إذن غيره ممن هو أدخل باباً إن كان وإلا لم يحتج إلى إذن أصلاً) انتهى.

وكذلك الحال بالنسبة إلى السرداب وحفر البالوعة وغير ذلك.

ولا يخفى أن الكوه قد يراد من الروشن، كالعكس، وكأنه فارسي استعمل عربياً أيضاً لأنه منفذ النور.

والساباط سقيفه بين دارين تحتها طريق، ويختلف عن الجناح الذي هو لا يصل إلى الدار المقابله.

وإذا كانت السكه مشتركه بين الجميع على ما رجحناه، فإذا أجبرت الدوله تعميرها بالتبليط وغيره كان مشتركاً بين الجميع على النسبه لا على التساوى، لأنها مقتضى قاعده العدل، فإذا كان عرض دار أحدهم مائه ذراع والآخري خمسين كان على الأول ضعف ما على الثاني، هذا فيما إذا كان الحاكم عادلاً له الحق في ذلك للمصلحه، أما إذا كان جائراً فيجوز لكل واحد أن يتخلص من أكثر ما يقدر من التخلص منه، ولو كان ذلك سبباً لأن يعطى صاحب الأطول الأقل، وصاحب الأقصر الأكثر، فانه لا يجب على الإنسان دفع الظلم عن جاره بجلب الظلم إلى نفسه.

وحيث إن الطريق مشترك بين الجميع على ما عرفت، فإذا كان في بعض الطريق ارتفاع وانخفاض مما أجبر العادل على تسويته، فاللازم على الجميع الاشتراك، ولا حق لأحد يقول صاحب الخارج: إن الاعوجاج في الداخل فليس على شيء، إذ قد عرفت اشتراك الجميع بين الجميع، وتلاحظ هنا النسبه أيضاً، بخلاف ما إذا كان الحاكم جائراً، إذ قد عرفت جواز الفرار عن كل ما يجعله على أي منهم، فضلاً عن الفرار عن بعضه فلا تلاحظ النسبه ونحوها في هذا المقام، وكذا الحال فيما إذا أجبر العادل أو الظالم أصحاب الزقاق أو السوق أو ما أشبه بنصب السقف للوقايه من المطر والحر ونحوهما.

والنسبه التي ذكرناها إنما تلاحظ بالنسبه إلى العرض، لا بالنسبه إلى العمق، فإن كانت داران إحداهما أعمق من الأخرى، وغير الأعمق أعرض، فعلى الأعرض

أكثر من غيره، وإن كانت داره أعمق لقاعده العدل، كما لا- يلاحظ الأ-كثر أهلاً- من الأقل أهلاً- بأن يقال مثلاً فيما إذا كان عرضهما متساويين: إن دارك يسكنها عشرون ودارى يسكنها عشرة، فالاستطراق منك أكثر فعليك الأكثر.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فيما فى الدعائم، فإنه بالإضافة إلى ضعف سنده يحتمل أن يكون من كلام المؤلف، لا من الرواية، وإن قال فى الجواهر: إنه خبر، قال: وأما السكه المرفوعه أو المنسده الأسفل فلا- يجوز إحداث روشن ولا جناح فيها إلا بإذن جميع أهلها، سواء كان فى أسفلها أو أعلاها، ولا- فتح باب أدخل من بابه، سد بابه أو لا، ويجوز له إخراج بابه وإن لم يسد الأولى على قول، ولو أذن أهل الأسفل فى إدخال الباب، فهل لأهل الأعلى المنع، فيه إشكال من عدم استطراقهم، ومن الاحتياج إليه عند ازدحام الدواب والناس وهو أقوى، بل ظاهر هذه العبارة أنه من فتوى القاضى، لا أنه روايه الإمام (عليه الصلاة والسلام).

ولقد أجاد الجواهر حيث قال فى أخير كلامه: (وبذلك كله بان أن إطلاق الأصحاب سابقاً أن الطريق المرفوع ملك لأربابه، وأنه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم إخراج روشن أو جناح أو سباط أو فتح باب ولو للاستضاء غير مراد منه ظاهره على وجه العموم، بل هو على الإهمال وإلا- لنافاه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفيه اشتراكه، وبالفارق بين الداخلى والخارج بالنسبه إلى فتح الباب وغيره، وإن كان هو على مختارنا أليق منه على غيره، فما وقع لبعضهم من الإشكال فى ذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم فى غير محله) انتهى.

وإن كان لا يمكن نفي التدافع فى الجملة، كما لا يخفى على من راجع كلماتهم.

ثم إن بنيت الدور فى الزقاق متعرجه غير متساويه فأجبر الحاكم

العادل تقديم المتأخر وتأخير المتقدم حتى يستقيم الطريق، فلا كلام.

نعم على الحاكم أن يعطى ثمن من يؤخره إذا لم يكن بناؤه غير مشروع، كما له أن يأخذ الثمن ممن يقدمه إذا كان له ثمن يرتبط بيت المال أو بالآخر.

أما الحاكم الجائر إذا فعل ذلك فمقتضى القاعده أنهم لو كانوا مشتركين فى السكه فأعطى بعضها لأحدهم أنه يجب عليه إرضاء غيره ممن كانوا مشتركين معه، لأنه لا اعتبار بفعل الحاكم الجائر، كما أنه إذا أخرج المتقدم بما وقع بعض داره فى الطريق وصار من الطريق كان حكمه حكم الشوارع التى يفتحها الظلمه بهدم بيوت الناس والمساجد وما أشبهه، وقد ذكرنا فى باب المسجد من كتاب الصلاه، وفى كتاب إحياء الموات أنه لا يبعد أن بهذا يحصل انعراض قهرى تسقط الأرض عن الملكيه، فيحق للناس المرور فيها وإن لم يرض أصحابها، كما أن حكم المسجديه أيضاً يسقط بسبب ذلك، حاله حال وقوع آلات الناس فى البحر، وتفصيل الكلام هناك، والله العالم.

ص: ٢٤٥

مسألة ٥ لو أجبر العادل أو الجائر

(مسألة ٥): قال في الشرائع: (ولو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً لم يكن لمقابله معارضته ولو استوعب عرض الدرب).

أقول: وكذلك ليس لغيره من الماره، لما ذكروه من الأصل والسيره المستمره على معاملته معامله المباح من غير اختصاص لأهل الدور في شيء منه، ولا فرق في ذلك بين الجيران والمتقابلين وسائر الماره وغيرهم، وكذلك حال الأجنحه.

أمّا بالنسبه إلى الساباط الذى يوضع على جدار الغير، فذلك لا- يجوز إلا- بإذن الغير، سواء كان ذلك الغير جاراً مقابلاً أو ملاصقاً، كما إذا جعل الأعمده من جداره إلى تحت جناحه، أو جعل الحمالات على جدار الغير.

وفى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (وليس للمحاذى فى النافذ منع مقابله من وضع الروشن، وإن استوعب الدرب): كما هو حاصل كلام المبسوط والإرشاد وصريح الشرايع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، انتهى.

وقد تقدم أنه لا فرق فى هذا الحكم بين العقد النافذ والعقد المرفوع، لكن بالشرطين السابقين، وهما عدم الإضرار وعدم سلب حق الآخرين عرفاً، وقد تقدم سابقاً أنه لو كان فى فتح الروشن أو إخراجه الجناح تسلط على الجار بسبب روشن أو جناح له أمام هذا الروشن والجناح، فإن التسلط لا يوجب المنع، وإنما لكل واحد من المتسلطين على الآخر أن يمنع الرؤيه أو ما أشبه بسبب حجاب أو نحوه.

ثم المراد بالروشن فى هذه العبارة غير ما ذكرناه سابقاً، لأن المذكور سابقاً أنه الكوه، وهنا بقريته استوعب عرض الدرب وما يأتى أن المراد به الجناح.

ثم قال الشرائع: ولو سقط ذلك الروشن فسبق

جاره إلى عمل روشن لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع كالسبق إلى القعود في المسجد.

وقد نقله في مفتاح الكرامه عن المبسوط والذين ذكروا من بعده من أصحاب الكتب المتقدمه كالإرشاد والتحرير والتذكرة وغيرها.

واستدلوا لذلك بما ألمع إليه الشرائع من أن الأول يزول حقه كما يزول حق الجالس في المسجد إذا ذهب، بل عن التذكرة والمسالك أنه لو فرض أن الثاني أخرب روشن الأول ووضع روشنه مكانه لم يكن للأول أن يزيل الثاني، وإن كان الثاني ضمن أرش الأول واكتسب الإثم.

لكن الظاهر المناقشه في كلتا الفتويين لما ذكره غير واحد، وتبعهم الجواهر حيث قال: (قد يناقش أولاً- بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقه، بل قد يناقش في نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازه، بناءً على كونه مباح الأصل، على ما صرح به في الدروس، فيستمر حينئذ على ملكه وإن زال أثره، وقد احتمل في الدروس الملك في نحو المقام على بعد).

(فرع)

قال في الجواهر: (لو جعل المقابل روشنًا تحت روشن مقابله أو فوقه، فهل للسابق منعه، لم أقف فيه على كلام، وقضيه الأصل عدم المنع، إلا- أن يقال: لما ملك الروشن ملك قراره وهواءه وهو بعيد لأنه مأذون في الانتفاع، وليس ملزوماً للملك) إلى آخره.

أقول: الظاهر المنع خصوصاً في صورته أنه أزال روشن من في المقابل، فإنه مثل أن يقيم الإنسان إنساناً آخر عن مكانه في المسجد ويغصب مكانه، فإن مقتضى القاعده أن الحق يبقى للسابق إذا لم يعرض عنه، كما ذكرناه في كتاب إحياء الموات، ولا دليل أنه بالإقامه عن مكانه جبراً يزول حقه.

والحاصل: إن دليل «من سبق» محكم بعد رؤيه العرف الحق، نعم إذا

أعرض، سواء بعد سقوطه بنفسه أو إسقاط غاصب أو إسقاط الجار الذي يريد الروشن مكانه سقط حقه، لأن الإعراض مسقط للحق كما ذكرناه في كتاب إحياء الموات مفصلاً، وأمعنا إليه في بعض المسائل السابقة.

وقد نقل التذكرة عن بعض الشافعية: أنه إنما يزول حقه بالإعراض لا بالهدم والانهدام، كالجالس في المباح للأولوية، وعلق عليه مفتاح الكرامه بقوله:

(قلت: قول بعض الشافعية قوى جداً فيما إذا أقامه من مكانه قهراً، أو هدم روشنه كذلك، وهو جار في كل أولوية، بل قد نقول ببطلان صلاته في ذلك المكان، وهذا هو الذى استوجهه فى جامع المقاصد فى باب إحياء الموات وقال: لم أجد بهذا الفرع تصريحاً، وكأنه غفل عن كلامهم فى الصلح، وقد مال إليه فى الروضة، والمولى الأردبيلى قوى قول بعض الشافعية على إطلاقه وقال: إنه ليس بأقل من التحجير، قلت: قد ذكر جماعه من الأصحاب أن حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره، فمراده أن هذا مثله، لأنه أفاده أولوية) انتهى.

أما مسأله أن يبنى الجار فوقه أو تحته، فمقتضى القاعده أنه إن كان فى العرف مزاحماً لحقه لم يجز له، وإلا جاز، وإذا بنى فيما لم يجز له بأن كان حق السابق ثابتاً عرفاً مما يوجب شمول «لا يتوى حق امرئ مسلم»^(١) له، فإن لصاحب الروشن السابق المرافعه إلى الحاكم، والحاكم يهدمه على تفصيل ذكرناه فى كتاب الغصب.

أما أنه بنفسه يهدمه، فقد عرفت فى بعض المسائل السابقة الإشكال فيه، وإن أفتى به غير واحد من باب النهى عن المنكر، وإنقاذ الحق،

ص: ٢٤٨

أما البنايات ذات الطوابق التي يخرج الروشن من كل طابق منها، فلا حق لصاحب الروشن السابق في منع صاحب الطابق الفوقاني أو التحتاني من إخراج الروشن، لأن إخراج الروشن الجديد ليس مزاحماً لحقه عرفاً.

وقد ظهر بما ذكرناه أنه لا إطلاق في كلا الجانبين، وإن كان ربما يظهر من الجواهر أن الأمر منحصر بينهما، حيث قال: (ينبغي بناء المسألة على أن الطريق المحيي بالاستطراق يكون ملكاً لمن أحياه هو مع هواه، فأرض الطريق حينئذ وما تحتها وهواها ملك للمسلمين، إلا أنه جرت السيره والطريقه على تصرفهم فيه بما لا ضرر فيه على مارتهم، وحينئذ فلا يملك ذو الروشن مثلاً شيئاً من الهواء، بل هو على ملك المسلمين، وإنما له حق اختصاص، فإذا زال أثره زال حقه، أو أن المسلمين إنما لهم منه حق الاستطراق، فالفضاء والأسفل باق على الإباحة الأصليه، يملكه من يحوزه ويجرى عليه حينئذ حكم ذلك، لم أعثر على تحرير لهم في ذلك، والذي ذكرناه سابقاً الأول وقلنا إن حاله كحال الطريق الخاص في الكيفيه، بل هو الموافق لقاعده (من ملك أرضاً ملك هواها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض)، ولا ريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك، وحينئذ فالمتجه أن للسابق حق اختصاص سبقه، فمتى زال أثره زال حقه) انتهى.

حيث قد عرفت أن مقتضى القاعده هو أن السابق له بقدر حقه عرفاً، ولا دليل على أن من ملك أرضاً ملك هواها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض، إذ قد ذكرنا في كتاب إحياء الموات أن الملك أمر عرفي، والشارع إنما قرر بالمقدار العرفي، أما أن يملك إلى عنان السماء أو إلى تخوم الأرض فلا دليل عليه إطلاقاً، فإذا ملك إنسان الأرض وكان المتعارف أن يملك إلى

السرداب مثلاً كان للآخرين الحق في أن يجروا تحته أنبوباً.

وكذلك فيما إذا كان المتعارف ملك مقدار من الهواء، كان للآخرين المرور من فوق ذلك بسبب الطائره، أو لو فرض إمكان البناء بما لا يكون مزاحماً لحقه عرفاً، ولا يكون موجباً لضرره، كان لهم أن يبنوا فوق ذلك، فالأمر عرفي، والشارع بإطلاقه قد قرره، فلا يزداد في أحد الجانبين بأن نقول بالجواز مطلقاً أو بالمنع مطلقاً، وإنما مقتضى القاعده أن نقول بالجواز في الخارج عن الحق العرفي، وعدم الجواز بالنسبه إلى الحق العرفي.

ص: ٢٥٠

(مسألة ٦): قال في القواعد: (ويجوز جعل الدار اثنتين، ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراره).

وفي مفتاح الكرامه: (كما في التذكرة والتحرير، لأنه قد تقدم أن له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع باباً آخر إلى صدر الدرب في الموضع الذي له استطراره، فإذا جعل الدار الواحد اثنتين ثم فتح باباً للأخرى في موضع استطراره لم يكن منه مانع) انتهى.

وهو كما ذكره، ومنه يعلم أن جعل الواحد اثنتين من باب المثال، فله أن يجعل الواحد ثلاثاً أو أكثر، كما له أن يجعل بعض داره دكاناً أو معملاً أو غير ذلك.

ثم الظاهر أنه إن أراد صاحب الدار في الطريق النافذ أن يجعل بعض داره رصيفاً يستريح فيه المارة، ويكون رفقا بهم جاز له ذلك، ولا حق للجيران في الاعتراض عليه بأنه يزعمهم بهذا العمل، حيث يكون محلاً للواقفين المنتظرين للسيارات أو للذين هم يستظلون بظل جعله لهم وقاية من الشمس أو المطر أو ما أشبه.

نعم إذا كان مزاحماً لحقهم عرفاً أمكن المنع من باب «لا يتوى حق امرئ مسلم»^(١)، ولم أجد فيه نصاً أو فتوى، ومقتضى القاعده هو الجواز إلا في صورتين المستثنيتين من الإضرار وكونه تويماً للآخرين.

ولو شك في أنه هل هو حق للآخرين أم لا، فالأصل العدم.

ثم قال القواعد عطفاً على ما تقدم من عبارته السابقة: (وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس).

ونقله مفتاح الكرامه عن التذكرة، ثم قال: (وتصويره أنه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ، ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ، فأراد أن يفتح باباً في حائطه إلى

ص: ٢٥١

الشارع جاز له، لأنه يريد أن يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه) انتهى.

وهو كما ذكره، لأن للإنسان الحق في أن يجعل لداره بايين وأكثر.

ثم قال: (ولو انعكس الحال وكانت بابيه في الشارع وله حائط في المنقطع، فأراد فتح باب للاستطراق، فقد تقدم أنه ليس له ذلك، إذ لا حق له في درب قد تعين مالكوه) انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن مقتضى القاعده وجود مثل هذا الحق له، فلا حق لغيره في منعه.

وعن الدروس أنه يجوز العكس على الأقوى.

ثم قال مفتاح الكرامه: (وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره ويجعل المرفوع نافذاً، كما جاز له أن يجعل داره مسجداً، احتمالان، وقد يفرق بين ذلك والمسجد) انتهى.

لكنك قد عرفت سابقاً أن الإنسان إذا هدم داره بما جعل غير النافذ نافذاً جاز ذلك، لأنه لا دليل على المنع، وكذلك إذا جعل داره مسجداً أو ما أشبهه، فالمنع مطلقاً أو التفريق بين جعل غير النافذ نافذاً وبين جعل الدار مسجداً محل إشكال، وقد تقدمت الصور الثلاث للمسألة.

مسألة ٧ جعل الجذع على حائط الجار

(مسألة ٧) قال في الشرائع: (إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبه واحده).
وفى الجواهر: (عندنا للأصل، بل الأصول، كما لا يجوز له الوضع بدونها، لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(١)، ولقاعده عدم التصرف في مال الغير بغير إذنه).
أقول: ولأنه حق، و«لا يتوى حق امرئ مسلم»^(٢)، و«لا تبطل حقوق المسلمين»^(٣) ونحوهما أيضاً، بل هو ضرورى فى مذهبنا، فما عن أحمد ومالك والشافعى فى القديم من وجوب الإجابة غير ظاهر الوجه.
نعم هم رووا عن أبى هريره، عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «ولا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره»^(٤).
ولو صح الحديث كان من الأحاديث الأخلاقية، لا من الأحاديث اللازمة.
وفى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك) قال: (إجماعاً كما فى التذكرة، وعليه دل العقل لأنه قاض بقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه وهو كذلك، بل يمكن إقامة الأدله الأربعة عليه، نعم يستحب الإجابة كما ذكره غير واحد من الفقهاء).
وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولا تجب عليه الإعارة بل تستحب): هذا عندنا موضع وفاق كما فى المسالك، قال: وحكى فى التذكرة

ص: ٢٥٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٥

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب كتاب الشهادات ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ من أبواب الشهادات ح ٣

٤- سنن البيهقى: ج ٦ ص ٦٨

عن بعض الشافعية أن للجار أن يضع جذعه على جدار جاره، وإن امتنع أجبر فيجب عليه القبول لروايه أبي هريره، ثم قال: وهو محمول على الاستحباب إن سلمنا صحته، وإلا فالعقل والنقل قاضيان برده، وعليه فدليل المشهور في الاستحباب هو ما ذكره من ما ورد من استحباب قضاء حوائج المسلمين، وما جاء في الوصيه بالجار حتى كاد يظن أنه يورث.

ثم ما ورد من أن الجار جار إلى أربعين داراً يعطى أنه لا فرق بين الجار المقابل والجار الملاصق.

ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وحيثنذ فلو أذن جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً بقسميه للأصل وغيره، بل ظاهرهم ذلك وإن استلزم ضرراً عليه بفعل المقدمات من بناء وغيره).

وفى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع مجاناً): قطعاً كما في التذكرة، وإجماعاً كما في التحرير والمسالك، وبغير خلاف عندنا كما في مجمع البرهان.

أقول: قد يقال بلزوم تدارك ضرر المأذون إذا تضرر بسبب الإذن ورجع قبل الوضع، لأن الإذن سبب ضرره عرفاً، فيشمله دليل «لا ضرر».

لا يقال: إن المأذون هو الذي أقدم على ضرر نفسه، لأنه مع علمه في جواز رجوع الآذن أقدم على ذلك، فهو كما إذا دعى غيره لوعده طعام أو ركوب في السيارة لإيصاله إلى مقصده مما تضرر بسبب المجيء فلم يف بوعده، لأن الوعد غير واجب الوفاء، فإنه لا يتحمل ضرر مجيئه، كما أنه إذا ترك عمله وجاء مما فاتته أجره عمله لم يتحمل الواعد أجره عمله.

لأنه يقال: لا دليل على استواء المواضع بعد اختلاف العرف في أن بعض

الأضرار على الواعد وبعض الأضرار على الموعود، فكل موضع يرى العرف أن الضرر هو الآذن والواعد يجب عليه أن يتحمل الضرر، لدليل «لا ضرر»، وإلا فالشارع أضر بالمأذون، وكل مورد لا يرى العرف أن الواعد والآذن هو الذى أضر فلا شيء على الآذن، هذا وإن كان فى المسأله بعد تأمل، ويحاجه إلى التتبع.

نعم ربما يقال: إنه من قبيل قول أحدهم للآخر: ألقى متاعك فى البحر وعلّى بدله، حيث إنه لا يتعدى كونه مجرد وعد، ومع ذلك يكون القائل ضامناً للمتع الملقى فى البحر، وهناك إذا أجاز له أن يبنى على حائطه كان مثل ذلك، حيث إن مفاد كلامه تضرر ولك حق الاستفادة من جدارى حيث يجعل تضرره فى قبال الاستفادة من جداره.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وبعد الوضع المستلزم نقضه للضرر لا يجوز الرجوع عند الشيخ ومن تبعه، لأن مراد المستعير والمعير التأييد فهو حينئذ كالعاريه للدفن، وللضرر الحاصل بالنقض، حيث يفضى إلى خراب ملك المأذون، ولكن مع ذلك فالقول بالجواز حسن مع الضمان، بل هو خيره الفاضل والكركى وثانى الشهيدين لأنه عاريه، ومن لوازمها جواز الرجوع الذى هو مقتضى الاستصحاب وقاعده تسلط الناس وغير ذلك، والإلحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النيش، وكذا العاريه للرهن المقتضى لتعلق حق الغير به على وجه يقتضى لزوم من طرف الراهن بخلاف ما هنا، فإنه لا حرمة على المالك فى خراب ملكه، إلا أنه نسبة فى الدروس إلى القيل مشعراً بتمريضه، واحتمل المنع من النقض، بل كأنه مال إليه) انتهى.

والظاهر أنه لا- حق للآذن في الإزالة لا- مع الأرش ولا بدون الأرش إذا لم يرض المأذون، كما لا حق له في أخذ الأجره بعد رجوعه عن إذنه، لأنه قد أهدر حقه بإذنه كما يراه العرف وصار الحق للمأذون، فيشملة «لا يتوى حق امرئ مسلم»، فهو كما لو قال له: كن هنا حتى أذهب وأتي، فجعل الأمر ماله عنده فذهب المأمور لشغله فسرق متاع الأمر، فإن المأمور يكون ضامناً، كما أنه ليس للناظر حق الأجره بعد أن جعل عمله مباحاً وبدون عوض، وكذلك فيما إذا أذن له ببقائه في داره ليلاً إلى الصباح، فلما انتصف الليل قال: اخرج وإلا أعطني الأجره، فإنه لا حق له في أحدهما، حيث يكون الخروج ضرراً على الضيف، وهكذا إذا أركبه سيارته إلى بلد آخر مجاناً فلا- حق له في إنزاله وسط الطريق الموجب للضرر، كما لا حق له في أخذ الأجره من حيث سحب إجازته في وسط الطريق إلى آخر الطريق، إلى غير ذلك من الأمثلة.

كما إذا أجرى الطبيب العمليه الجراحيه مجاناً، ثم يريد الترك في الأثناء بما يوجب الضرر على المريض أو أخذ الأجره للبقية، وعليه ففي المقام لا- حق للإذن في جبره على الإزالة أو إزالته بنفسه بعد أن أباحه ويتضرر المأذون بالإزالة، كما لا حق له في أخذ الأجره بعد أن أباح مجاناً.

لا يقال: «الناس مسطون»^(١) يقتضى حقه في سحب إباحته، فله الأجره جمعاً بين الحقين.

لأنه يقال: هو أسقط حقه، فالمسقط له (بالفتح) مغرور، ومعنى رجوعه إلى من غره عدم حق للمسقط (بالكسر) عليه، فهو كما إذا أباح له شرب الماء،

ص: ٢٥٦

وفى أثناء الشرب سحب إباحته بدون إعلام الشارب، فهل له حق أخذ الثمن لبقية الماء منه، وهكذا إذا أباح له الجلوس فى داره سنه، وفى أثناء السنه سحب إجازته من دون إعلام للجالس فى الدار، فإنه لا حق له فى أخذ الأجره لبقية السنه، لأن الجالس مغرور ورجوعه إلى من غره يقتضى عدم الأجره عليه، إلى غير ذلك من الأمثله، فالمحكم فى المقام قاعده «لا ضرر» وقاعده الغرور، لا «الناس مسلطون على أموالهم» ونحوه، بل ربما يقال: إنه من الهبه المتصرف فيها.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام المسالك حيث قال: (الأقوى جواز رجوع الآذن لأنه عاريه، ولأن الأصل جواز تصرف المالك فى ملكه كيف شاء، وإلحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحريم نبشه دون خراب البناء).

ثم قال: (وعلى تقدير الجواز هل ينقض مجاناً، أو مع الأرش، وجهان مبناهما على أن الإذن إنما أفاد العاريه ولازمها الرجوع متى أراد مع أصاله براه ذمه المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه، بل أصاله البراءه مطلقاً، وأنه بناء محترم صدر بالإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقضه، ولأن فيه جمعاً بين الحقين، ولأنه سبب الإلتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف لأنه بالأمر الشرعى وهو أقوى) انتهى.

ولا يخفى عليك أنه شبه تدافع بين كلاميه، وإلا فإذا جاز الرجوع لأنه عاريه أى حق للمأذون فى الأرش، فإن الأدله التى ذكرها للأرش كلها محكومها بكونها عاريه، والدليل الحاكم مقدم.

قال فى الجواهر: (والأصل فى هذه المسأله ما حكاه فى التذكره عن الشافعى، ومحصله خمسه وجوه:

أحدها: إن له الرجوع، ويتخير بين البقاء بالأجره والقلع بالأرث فيها، وهو أظهر قولها.

والثانى: إن له الرجوع والقلع بالأرث، وأما البقاء بالأجره فمتوقف على رضاها بذلك، وهو خيرها ثانى الشهيدين والمحققين، واستحسنه فى المتن.

الثالث: إن له الرجوع، ولا يجوز له النقض وإنما له الأجره خاصه، ومال إليه الشهيد فى الدروس.

الرابع: إن له الرجوع والقلع مجاناً.

الخامس: أن ليس له الرجوع، بمعنى أنه لا- يستفيد به جواز قلع ولا- أجره، وهو الذى اختاره الشيخ ومن تبعه، بل هو ظاهر المصنف) انتهى.

وقد عرفت أن مقتضى القاعده هو الخامس، ولذا الذى ذكرناه نرى أن الجواهر بعد أن قوى القول الرابع الذى مقتضاه الرجوع والقلع مجاناً قال: (نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أن العاربه المبنيه على الدوام سببها ابتداءً واستدامه إنما هو الإذن الأولى التى لا- يتصور فيها رجوع بعد صدورها، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العاربه، وهذا معنى قول الشيخ، لأن المراد الدوام والتأييد، ومحصله أن عاربه الدوام عرفاً هكذا، وقد شرعها الشارع بشرعه للعاربه على هذا الوجه، وهو معنى لا- ينافى كون العاربه من العقود الجائزه المعلوم إرادته ما كان استمرار الإذن فيها المقتضى للبقاء، لا ما كان فيها عله الدوام والابتداء واحده، وهى الإذن الأولى التى لا يتصور فيها رجوع).

إلى أن قال: (بل قد يقال: إن قاعده الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضى لزوم العاربه على المعير، باعتبار أنه يأذنه فى ذلك يترتب الخطاب الشرعى وهو حرمة الإضرار وحرمة تضييع المال

ونحو ذلك، مثل العاربه للرهن الذى تعلق به حق الغير، واندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذى لا يعارضه جواز الرجوع بالعاربه من حيث نفسها، إلا إذا قارنها أمر آخر خارج عنها، وكالإذن بالدخول فى الصلاه الذى يترتب عليه حرمة الإبطال).

وفى مفتاح الكرامه بعد أن نقل عن الشيخ فى المبسوط عدم الرجوع وحكاه عن القاضى قال: (وهذا القول لعله قوى متين، وإلا لزم ضرر عظيم الذى لا ينجبر بالأرش، لأنه يخرب ملكه، وقد لا يجد من يبنى له، وقد يكون لو لم يعر جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرهما، ولا يعارضه أن المنع أيضاً ضرر على المالك، لأنه أدخله على نفسه، إذ العاده قاضيه بأن مثل هذه العاربه دائمه، ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام، فكأنه قال له: أعرنى ما دام خشبى باقياً، وليس لك الرجوع قبله، وقد أعاره والتزم بذلك، فكانت كالعاربه للدفن، ولا يجدى الفرق بأن النباش حرام وأنه قياس، لتنفيح العله المشتركه وظهورها ولا فارق، إذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النباش حراماً، بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيره، على أنا نقول: الأصل فى العقود اللزوم خرجت منها العاربه فى غير محل النزاع بالإجماع وبقي الباقي) انتهى.

ويؤيد ما ذكرناه ما رواه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «العاربه لمن أعارها، ولا يملك المستعير منها شيئاً إلا ما ملكه المعير وأباحه له، ولا يزول شيء من ملكه بإعارته إياها» (١).

ص: ٢٥٩

بتقريب أن المعير ملك المستعير مكان الحائط ما دام البناء قائماً، فلا يتمكن من استرجاع ما ملكه.

أما ما رواه الدعائم عنه (عليه الصلاة والسلام)، أنه سئل عن الجار يأذن لجاره أن يحمل على حائطه، هل له إذا شاء أن ينزع ذلك الحمل، قال: «إذا أراد أن ينزعه لحاجه نزلت به لا يريد بذلك الضرر فذلك له، وإن كان إنما يريد الضرر لغير حاجه منه إليه فلا أرى أن ينزعه»^(١).

فالظاهر أن الإبراده وعدمها طريقه، وإنما المراد الضرر وعدم الضرر، فإذا كان ضرر على صاحب الحمل لم يكن لصاحب الحائط ذلك.

ومما تقدم ظهر أنه إذا لم يستلزم النقص الضرر لم يكن بأس بالرجوع، كما في العمارات الجاهزه، حيث يمكن قلعها ونقلها بواسطة العجلات المرتبطه تحت البناء.

ولو أراد مالك الجذع النقص لم يكن به بأس، إذا لم يستلزم ضرراً على مالك الحائط، وإلا فلا، وكذلك فيما إذا استعار فرسه أو سيارته أو ما أشبهه، فإن المستعير لا- حق له في تركهما في وسط الصحراء، حيث الضرر على صاحبهما، إلى غير ذلك من الأمثله.

وقد يدخل كل ذلك في الشروط الضمنيه في المعامله.

والمعامله قد تكون هبه معوضه، وقد تكون عاربه، وقد تكون تملكاً، إلى غير ذلك مما تختلف الأغراض في عقودها، وينصب عليها العقد، وإنما وإن ذكرنا في بعض أبواب الفقه أن الشرط في ضمن المعامله الجائزه لا- يوجب لزوماً، خلافاً لجماعه من الفقهاء حيث لم يفرقوا بين الشرط في المعامله الجائزه واللازمه، إلا أن كل معامله من هذا القبيل ليس عاربه كما عرفت، وحتى إذا كان عاربه فقد عرفت أن بعضهم لم يقولوا بجواز مطلق العاربه، بل

ص: ٢٦٠

الجواز إنما هو في مورد الإجماع، فحيث لا إجماع، يشملها (أوفوا بالعقود).

أما إذا كان وضع الجذع على حائط الجار على نحو المصالحة، فقد تقدم أن الصلح لازم، سواء كان هناك طرفان للصلح أو طرف واحد، لدليل (أوفوا) وغيره.

وحيث ظهر أنه لا حق لصاحب الحائط في استرجاع حائطه ورفع الجذع منه، فلا فرق في ذلك بين بقائه حياً أو ميتاً يرثه الوارث، فلا حق للوارث في ذلك.

ولو كانت الدار موقوفه أو مستأجره أو ما أشبهه، فإن كانت الإجاره والوقف بحيث للمستأجر والموقوف عليه الحق في مثل ذلك حتى بعد انقضاء مدته فلا إشكال، أما إذا لم يكن له الحق فالبطن اللاحق والمالك المسترجع بالكسر للدار المؤجره لهما الحق في الحائط، فإن لم يكن ضرر على صاحب الجذع فهو، وإن كان ضرر فإن كان صاحب الجذع مغروراً رجع إلى المعير، وإلا فالضرر على نفسه.

نعم ذكرنا في كتاب الغصب أن الإسراف ونحوه مانع عن النقض، لأن إتلاف المال حتى عن الغاصب غير جائز.

ولو اختلف المعير والمستعير في أن المستعير هل كان مغروراً، فقال المستعير: نعم، ونفاه المعير، فالحق مع المستعير، لأن الأصل عدم العلم مما يسبب الغرور، فإن الغرور ليس أمراً إيجابياً، وإنما هو أمر سلبي ينتج الإيجاب، أما إذا كان المعير جاهلاً، فإن ذلك لا يرفع ضمانه، حيث قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه أن الغار لا يلزم أن يكون عالماً، فإن دليل «المغرور يرجع إلى من غر» شامل لما إذا كان الغار عالماً أو جاهلاً.

وكما لا حق للمعير في إلزام المستعير بنقض بنائه، كذلك لا حق له في هدم حائطه مما يسبب نقض البناء.

نعم إذا تمكن من نقض الحائط بدون هدم البناء، كأن أوقف أعمده تحت جذع المستعير، فلا إشكال فيه، لأنه لا يسبب له ضرراً، والمانع هو الضرر كما عرفت.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (هذا كله بالرجوع قبل انتهاء أمدّه، أمّا لو انتهى فانهدم لم يعد الطرح إلّا- بالإذن المستأنف، لانقطاع حكم الإذن الأولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذى قد اقتضاه الإذن فيه، ولكن فيه قول آخر محكى عن الشيخ فى المبسوط وهو أنه إن أعاده بالهيئه الأولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه، وإن أعاده بغيرها كان له منعه، وفيه ما لا يخفى من انقضاء مقتضى الإذن الأولى فليس له العود بدون الجديده، فضلاً عما لو منع) انتهى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو انهدم افتقر إلى تجديد الإذن): إن كان المراد انهدام الخشب والآلات كان الحكم المذكور صريح المبسوط والخلاف والتذكرة، لكن الظاهر أن المراد انهدام الجدار، وعليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضاً والشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، وظاهر التذكرة الإجماع عليه.

وفى المسالك: إن كثيراً من الأصحاب لم يذكر فيه خلافاً، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون البناء الثانى بالآلات المنهدمه أم لا، كما صرح به جماعه فى الباب وباب العاربه.

وكيف كان، فالظاهر أنه لو انهدم البناء لتمام عمره أو بسبب طارئ كالزلزله ونحوها لم يحق للمستعير تجديد البناء إلّا بإذن جديد، إلّا فيما إذا كان هنالك معاوضه أو مصالحه أو ما أشبه، مما يقتضى الدوام مطلقاً، أو الدوام فيما

إذا كان الانهدام بسبب طارئ، أما إذا لم يعلم أن الوضع كان على أية من الكيفيتين، المعاوضه ونحوها أو العاربه، لم يستبعد استصحاب الحق، ولذا قال فى الجواهر: (لو فرض انهدامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره أمكن تخريجه على مذهب الشيخ، كما أنه يمكن أن يكون كلامه فى غير ما نحن فيه من أنه واضع الجذوع الذى لا يعلم كيفيته فيحكم باستحقاقه ذلك حتى يعلم كونه عاربه، ضروره ظهور تصرفه فى استحقاقه ذلك، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انهدامه مقدمه لحصول حق الوضع) انتهى.

ثم إنه لو انهدم الجدار تلقائياً أو بأمر طارئ من إنسان أو زلزه أو نحوها ولم ينهدم البناء بوضع عمود ونحوه تحته، فهل يجب على المالك إعادته الحائط أو لا يجب، مقتضى القاعده أنه إن كان على نحو الصلح والهبه ونحوهما مما يجعل صاحب البناء ذا حق على صاحب الحائط وجبت الإعادته، أما إذا كانت عاربه ولو دائمه مما قلنا بأنه لا حق لصاحب الحائط فى نقض البناء لم تجب الإعادته، فإنه كإعاره الأرض للدفن، حيث يذهب السيل بالميت، فإنه لا يجب عليه قبوله مره ثانيه، وكذلك مثل إعاره الأرض للصلاه الواجبه حيث تبطل الصلاه، فإنه لا يجب عليه إعارتها مره ثانيه حتى يعيد المصلى صلاته.

وإن شئت قلت: إن المتيقن من الدوام ما بقى، أما إذا لم يبق فلا لزوم للدوام، وعليه فإذا أراد صاحب البناء البقاء كان عليه جعل أعمده تحت بنائه، سواء أراد صاحب الحائط بناءه قصيراً أو عدم بنائه، أو بناءه بحيث لا يتحمل المبنى فوقه.

نعم لا يبعد وجوب قبول صاحب الحائط جعل الأعمده مكان الحائط

لحفظ البناء، لأنه مقتضى حق البناء في ذلك القضاء إلى أن ينهدم مثلاً.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان الإذن إلى مدة بقاء البناء ولو اختلف الحائط إذا بقي البناء.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في إطلاق مفتاح الكرامة، حيث إنه قال عند قول العلامة: (ولو انهدم افتقر إلى تجديد الإذن): (دليله أن الإذن إنما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص، ومن المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمل الإذن، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بآلات المنهدم أم لا، كما صرح به جماعة) انتهى.

إذ الإذن لا يختص بما ذكره، فقد يكون الإذن هكذا، وقد لا يكون الإذن هكذا.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان الحائط مشتركاً بين صاحب البناء وبين الجار، حيث إن التصرف في المشترك أيضاً يجب أن يكون بإذن كليهما، وليست الأحكام المذكورة في السابق خاصة بما إذا كان الحائط للجار فقط.

(مسألة ٨): قال في الشرائع: (ولو صالحه على الوضع ابتداءً جاز، بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها).

وأضاف في الجواهر: (أو يشاهدها، ولو لكون الصلح في أثناء الوضع للاختلاف في ذلك، بل ذكر غير واحد أنه لا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة، لكونه حينئذ هنا كالإجاره، وفيه منع اعتباره لعموم الصلح فيصح حينئذ بقصد الدوام، بل يمكن أن يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام، خصوصاً بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي)، إلى آخر كلامه.

ومقتضى القاعده أنه يجب أن يكون الصلح بحيث لا يكون غريباً، فذكر الخشب والوزن والطول والمدة وما أشبه إذا كان مما يوجب دفع الغرر الصلحي وجب، وإلا لم يجب إلا بمقدار دفع الغرر، لما ذكرناه في بعض المسائل السابقه من أن الغرر يدخل أيضاً في الصلح إلا أنه يختلف الغرر في الصلح من الغرر في غيره، حيث إن الصلح مبني على التسامح، فالغرر فيه ضيق بخلاف مثل البيع حيث إنه مبني على الدقه عرفاً فالغرر فيه أوسع.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ويجوز الصلح على الوضع ابتداءً بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته)، قال: (أما جواز الصلح على وضع الخشب مع عدده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والإرشاد والدروس ومجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك، غير أن في الأربعة الأخيره تقييد في الابتداء كالكتاب، ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء، فإنه لا- يعتبر حينئذ إلا- تعيين المدة لصيروره الباقي معلوماً، بخلاف ما إذا لم يبين لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع إليه عند الإطلاق) انتهى.

لكن لا يخفى أن الفرق بين الابتداء وغيره غير ظاهر، إذ ربما لا يكون

حتى بعد الابتداء معلوماً، كما إذا فعل وكيلهما ذلك في بلد آخر، وهما في بلدتان ولا يعلمان هل أن الخشب طويل أو قصير، وأنه ثقيل أو خفيف، أو أنه يبقى مائه سنه أو عشر سنوات.

والعمده ما ذكرناه من ملاحظه الغرر، فلا فرق فيه بين الابتداء والأثناء.

ومنه يعلم أن ما نقل عن مجمع البرهان، من اشتراط تعيين المحل الذى يوضع عليه طولاً وعرضاً وعمقاً، يلزم أن يقيد بما إذا لم يعين يكون غرراً.

ثم إن قولهم: هذا إذا كانت الآلات غائبه، ولو كانت مشاهده كفت المشاهده عن كل وصف، كما عن المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وفي مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما، إنما يريدون به ما لم يكن غرراً، إذ ربما يشاهد الإنسان الشيء لكن لا يعرف خصوصياته، مثلاً أن يرى الخشب لكن لا يعرف ثقله، أو لا يعرف عمره، إلى غير ذلك من الخصوصيات.

ثم إن المسالك قال: (أما لو كان موقوفاً على مصالح عامه بحيث لا يكون له مالك على الخصوص، كالمسجد وشبهه، لم يجز لأحد البناء عليه ولا-الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً، وليس له الإذن بغير عوض، وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف نظراً إلى مصلحه بفائده العوض وعدمه لأنه تصرف فى الوقف بغير موضوعه، ولأنه يثمر شبهه على تطاول الأزمان، وجهان أجودهما الأخير، وقواه فى الدروس) انتهى.

لكن مقتضى القاعده أنه إذا لم يكن يتوجه ضرر على حائط المسجد مثلاً- من هذا الوضع لم يكن به بأس، إذا لم يكن منافياً لشؤون المسجد عرفاً، فيكون حينئذ مثل ضرب الخباء فى المسجد أو الاتكاء على حائطه، لكن الظاهر أن كلامهما فيما إذا كان على الأسلوب المتعارف مما يتوجه بسببه ثقل وضرر،

ومنافاه لحق المسجد من البناء على حائطه.

وفى الجواهر بعد نقل الوجهين عن المسالك واختياره العدم قال: (لكن الإنصاف عدم خلو الأول من قوه)، وهو كما ذكره الجواهر لما عرفت، ثم قال: (ولو كان الوقف خاصاً جاز للناظر أو الحاكم مع ملاحظه مصلحه البطون، فيمضى حينئذ عليهم، وليس لأهل البطن الأول ذلك لما فيه من الضرر على البطون المتأخره الذى لا يندفع بعد إجازتهم فيما بعد كما هو واضح) انتهى.

ومما ذكر يعرف ما إذا كان البناء للمسجد أو للوقف موضوعاً على حائط الغير، أو يراد وضعه عليه، أو كان الطرفان من البناء والحائط موقوفين، سواء على شكل واحد كالمسجدين، أو على شكلين كمسجد ومدرسه.

ثم إنه لو كان المسجد مثلاً موضوعاً على حائط الغير، أو بناء الغير موضوعاً على حائط المسجد فانهدم البناء أو المبنى، فالظاهر أنه إذا لم يعلم بقاء الحق أو ذهابه بالهدم يستصحب بقاء الحق كما سبق مثل ذلك، فلا يقال: إن المتيقن هو بقاء الحق ما دام بقاء البناء والمبنى فإذا انهدم أحدهما شك فى أصل الحق فالأصل عدمه، لأن الاستصحاب محكم فى مثل المقام.

ثم إنه لو كان حق صاحب البناء على الحائط بأن يبنيه صاحب الحائط، فلم يستعد لذلك جاز لصاحب البناء اللجوء إلى الحاكم لأجل إجباره، وإذا لم يمكن إجباره بسبب الحاكم وتمكن من التقاص جاز له ذلك، سواء بأخذ المال منه وبناء الحائط بنفسه، أو ببناء الحائط أولاً ثم أخذ المال من صاحب الجدار، فإنه لا يختلف الحال فى التقاص بين أخذ المال أولاً والبناء بمال صاحب الحائط، أو بالبناء بمال صاحب البناء ثم أخذ المال من صاحب الحائط.

وكذلك فى سائر الموارد، كما إذا بخل الزوج بإعطاء نفقه الزوجه، فإنه لا

فرق بين أن تأخذ من ماله بقدر نفقتها أولاً ثم تشتري به النفقه، أو تشتري النفقه من مالها ثم تأخذ من مال الزوج بقدر ما انفقت. ثم الظاهر أن حال صاحب المبنى حال الشريكين، فكما أنه لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن الشريك الآخر، كذلك لا يجوز لصاحب البناء التصرف في بنائه بما يوجب زعزعه الحائط، كما إذا أراد هدمه مما يوجب زعزعته، وإذا اختلفا فالمرجع الحاكم وهو يوزع الضرر عليهما بالصلح القهري ونحوه، وذلك لعموم ما دل على الحكم في المال المشترك.

وكذلك الأمر بالنسبة إلى الجارين حيث أراد أحدهما هدم داره مما يؤثر في دار الجار الآخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

فلا فرق بين الاشتراك وبين الاعتماد، وبين الجوار وحتى غير الجوار أيضاً مما يوجب تصرف أحدهما تأثيراً في ملك الآخر، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب الغصب وكتاب إحياء الموات.

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (لو تداعيا جداراً مطلقاً ولا بينه، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضى له، وإن حلفا أو نكلا قضى به بينهما، ولو كان متصلاً ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه)، إلى آخره.

أقول: قد يدعى كل واحد منهما كله أو بعضه، وقد يكون منهما أو من أحدهما أو من النائب منابهما أو مناب أحدهما جهل أو نسيان عن ماله وعن ما ليس له، فإن قال: كل واحد منهما لا أعلم هل هو كله أو بعضه لى أو لا، أو كان مثلاً الحائط بين دارين لصغيرين والوصى عليهما أو الحاكم الشرعى لا يعلم أن الحائط لهذا الطرف أو لذلك الطرف، فمقتضى القاعده أنه يقسم بينهما نصفين لقاعده العدل، ومقتضى القاعده أن يكون التقسيم طولياً بأن يكون النصف المواجه لهذه الدار لهذا، والنصف المواجه لتلك الدار لتلك، لا عرضياً بأن يكون نصف الحائط لهذا ونصف الحائط لتلك، أى أن التنصيف يكون هكذا، وذلك لأن هذا النحو من التقسيم أقرب إلى العدل من التقسيم عرضياً باختصاص كل واحد بنصف الحائط مثلاً مما يكون النصف مواجهاً لهذه الدار وتلك الدار، اللهم إذا تصالحا على غير ذلك من التقسيم عرضياً أو التقسيم مورباً أو ما أشبه ذلك.

وكيف كان، فإذا كان لأحد الجانبين بينه فالحق معه، وإذا كان لكليهما بينه جرت قاعده العدل بالتنصيف، وإذا لم تكن بينه فمقتضى القاعده التحالف، فإذا حلفا أو نكلا فالتنصيف، وإذا حلف أحدهما دون الآخر فالحق مع الحالف.

أما إذا ادعى كل واحد الجميع وحلف أحدهما على النصف والآخر على الكل، كان للحالف على النصف الربع، وللحالف على الكل ثلاثة أرباع، لأن الحالف

على النصف لا- ربط له بالنصف الآخر، فالنصف الآخر للذى حلف على الجميع، ويتساويان فى حلف كل منهما على النصف فيقسم بينهما لكل منهما الربع.

قال فى محكى التذكرة: (وعليه فإذا حلف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضاً، فإذا حلف قسم الجدار بينهما لعدم الأولوية، فإن نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين أخرى، ولو حلف الثانى على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع، ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان، وعلى الأول يكون النصف بينهما مع احتمال أنه للثنائى خاصه، وإن قال فى جواب الحاكم قبل الحلف: إني لا- أحلف إلا- على النصف، كان فى الحقيقة مدعياً النصف) انتهى.

ثم إنه لو حلف أحدهما على الجميع، وقبل أن يحلف الآخر سقط عن إمكان الحلف بالموت والجنون وما أشبهه، فإن كان الوارث أو الولي يدعى مثل ادعاء المورث والقاصر حلف هو مكانهما وأخذ الحق بالتنصيف أيضاً، إلا إذا كان هنالك وارثان أحد الوارثين مثلاً يدعى ادعاء أبيه فيحلف، وأحد الوارثين يقول: لا أعلم، أو لا يحلف، أو يعترف بأنه لم يكن لأبيه، حيث إنه فى هذه الصورة لكل وارث حكمه، فإذا كان مثلاً ولدان ادعى أحدهما ادعاء المورث كان لثلاثة الأرباع للمدعى لكل الحالف، وربع لهذا الولد الذى يقوم مقام أبيه، كما أنه إذا كانت بنت وولد والبنت حلفت والولد لم يحلف، كان للبنت سدس المجموع والخمسة الأسداس الباقية للطرف الحالف، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما إذا قال الوارث والولي: لا نعلم، أو نعلم الكذب، أو لم يحلفا، فالحق يكون كله للحالف.

ثم إن الجواهر قال: (وأس الجدار يتبع من يكون الجدار له اختصاصاً أو

اشتراكاً، فلو تنازعا حينئذ وأقام أحدهما بينه بالجدار فهو ذو يد في الأس، وكذا الشجره مع المغرس، وذلك لأن كون الجدار حائلاً بين الملكين أماره على اشتراك اليد، ولا دلالة على اشتراكهما في الأس والمغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت به انتهى.

ولا يخفى أن الأساس والمغرس ونحوهما قد يرى في العرف جزءاً من الغرس والجدار، وقد يرى منفصلاً، مثلاً المزهرية والنبت الذى فيها حيث يرى العرف أنهما اثنان، فإذا كانا اثنين كان فى الأمر دعويان، ويمكن انفصال إحدهما عن الأخرى، ولكل دعوى موازينها من البينه واليمين، فلو ادعى الجدار فيما كان منفصلاً عن الأس وسكتا عن الأس، وحلفا على الجدار لا يعطى الأس لهما بمقتضى الحلف، وإنما بمقتضى قاعده العدل، وكذلك بالنسبه إلى المزهرية، أما إذا ادعى الجدار والأساس أحدهما، وادعى الجدار الآخر مع سكوته عن الأساس، وحلف هذا على الجدار والأساس، وحلف ذلك على الجدار، فإن الأس يكون للحالف دون من لم يحلف، وإذا كان عدم حلفه من باب عدم التفاته وموته بعد ذلك قبل استنطاقه، إلى غير ذلك من الصور، فكما تقدم فى موت أحد المدعين.

قال فى المسالك: (أى متصلاً به اتصال ترصيف، وهو تداخل الأحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثاً، ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبه أو غرفه أو ستره، لأنه يصير بجميع ذلك صاحب يد فعليه اليمين مع فقد البينه، ولو اتصل بهما كذلك أو كان البناء لهما أو اختص أحدهما بصفه والآخر بأخرى فاليد لهما، وكذا لو كان لأحدهما واحده والباقي مع الآخر، إذ لا أثر لزياده اليد فى الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكل) إلى آخره.

وقد تبع الشرائع

ص: ٢٧١

فى ذلك القواعد والتذكرو والجواهر ومفتاح الكرامه وغيرهم، وذلك لأنه مقتضى قاعده البينه على المدعى واليمين على من أنكر، فإن ذا اليد يكون منكرًا وطرفه يكون مدعيًا، فإذا لم تكن له بينه حلف المنكر.

ثم إنه لو كان الحائط مقسمًا فأكثره مع طرف وأقله مع طرف آخر، فمقتضى القاعده أن كل واحد منهما ذا يد على طرفه، فإذا ادعى كل واحد منهما كل الحائط يكون مدعيًا على ما بخلافه ومنكرًا على ما بوفاقه، ولا خصوصيه فى الأمور المذكوره لجعل أحدهما صاحب يد، بل المعيار هو العرف، فكلما رأى العرف من العلامات الموجبه لأن يكون أحدهما صاحب يد يكون هو صاحب اليد، ويكون الآخر منكرًا.

والقبه لا يشترط فيها أن تكون من فوق، بل القبه المقلوبه أيضًا دليل على أن الحائط لصاحب القبه.

قال فى الجواهر: (ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه فى بناء أحدهما، ففى التذكرو كان بذلك صاحب يد، ونظر فيه فى الدروس من أنه كالأس أو كالجزء، قال: ولو اتفقا على ملكيه الجذع لصاحب الجدار المولج فيه، فاحتمال اختصاصه أقوى، وظاهره قوه الاختصاص فى الأول، ولعله كذلك، ضروره ظهور الفرق بينه وبين الأس بكون الخشبه شيئًا واحدًا، بخلاف الأس فإنه أجزاء متعدده لاعتبار تعدد آلاته) انتهى.

ولا- يبعد أن يكون الحكم كذلك، إذ يراه العرف ذا يد ويكون الخارج مدعيًا، ولعل من ذى اليد أيضًا ما إذا كان الحائط ذا ترصيفين كأنه حائطان متلاصقين، حيث إن كل ترصيف إلى جانب يكون صاحب ذلك الجانب هو ذو يد عليه عرفًا، وحيث كان المعيار فى المدعى والمنكر أن يكون أحدهما ذا يد دون الآخر، فإذا اختلف العرف فرأى بعض العرف أن هذا ذا يد، ورأى بعض

العرف أن ذاك، يتساقطان ويرجع الأمر إلى التحالف أو الإتيان بالبينتين كما هو مقتضى القاعده.

ثم إن الجواهر قال: (ولو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: لا يقضى بها، وقيل: يقضى مع اليمين وهو الأشبه).

وفى مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (فإن فقدت البينه في الجدار الذي بين ملكيهما فهو لمن اتصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأى) قال: (مخالفاً للخلاف والمبسوط حيث حكم فيهما بأنه لا يحكم بالحائط من الجذوع له، بل يكون بينهما نصفين، موافقاً للسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه، لأن وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خالياً فأشبه الحمل على الدابه والزرع في الأرض) انتهى.

وقد استدل محكى الدروس لمذهب الخلاف والمبسوط بأن في كون الجدار سوراً للدارين دلالة ظاهره على أنه في أيديهما ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزياده الأمتعه، وفيه: إن الظاهر أنه ذا يد كما يراه العرف، فقول المشهور هو الأوفق بالقاعده.

ولذا قال في المسالك في تضعيف دليل الشيخ بمنع دلاله كونه بينهما على اليد إذا لم ينضم إليه تصرف بوجه من الوجوه السابقه، وحينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الآخر خالياً، ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات، ولو جامعها اعتبر ما فصلناه، والظاهر أن مراده (بأن أحدهما ذا يد ويبقى الآخر خالياً) ما يراه العرف، لا أنه ليس الآخر ذا يد وإلا ورد عليه ما أشكل عليه في الجواهر بقوله: (إنه لا إشكال في كونه يداً لهما كما اعترف به هو سابقاً، ولذا لو

ادعاهما به أجنبي كان القول قولهما يمينهما) انتهى.

وعليه الذى هو مقتضى الجمع بين كلاميه، فأشكال الجواهر عليه محل نظر.

ثم إنه لا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامه أهل العلم فى الدلالة على الاختصاص والمنع كما فى التذكرة، وفرق الكوفى بين الجذع والجذعين كذا فى مفتاح الكرامه، ومقتضى القاعده هو ما ذهب إليه عامه أهل العلم، إذ الدلاله تابعه لجنس الجذع لا لوحده.

ومما تقدم يظهر أنه لو كانت داران علو وسفل والحائط ممتد على جانب منهما من الأرض إلى السقف، وكان بين الحائط جذع يدعى كل واحد منهما أنه له، هو فوق للحائط التحتانى وتحت للحائط الفوقانى، يكون كلاهما متساوياً فيه من حيث اليد، لتعارف جعل الجذع تحت الحائط كتعارف جعله فوق الحائط، فلا أولويه لأحدهما على الآخر.

ولا يخفى أن حال الحديد ونحوه حال الجذع فى المسائل المذكوره، إذ لا خصوصيه كما هو واضح.

قال فى الشرائع: (ولا يرجح دعوى أحدهما بالخوارج التى فى الحيطان ولا الروازن).

وفى المسالك: (المراد بالخوارج كل ما خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف ونحو ذلك، فإنه لا يفيد الترجيح لمالكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار، ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذه والروازن النافذه لما ذكر).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب، ولا بالخوارج كالصور والكتابات والروازن والشبائيك، كما صرحوا به بدون خلاف أصلاً، ثم علل بالتعليل المتقدم عن المسالك، وأشكل فى الجواهر على التعليل بأنه مناف لأصالة الصحه فى تصرف المسلم، ثم علل

عدم ترجيح الدعوى بأحدهما بعدم دلالة الخوارج والدواخل عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك، إذ الروزن ونحوها إنما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار، لا لاستحقاقه، وحينئذ لا فرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقع على وجود ما يرجح عليه مما يدل على الاختصاص ولو بأماره ظنيه عرفيه كالتصريف بين الجدارين الظاهر في أنه جدار واحد، وكذا القبه والستره الكائنتان في الجدار نفسه، انتهى.

والحاصل: إن المهم هو رؤية العرف أحدهما ذا يد، والدواخل والخوارج لا تدل على ذلك عرفاً، أما مسأله المشروع وغير المشروع فهي بمعزل عن محل الكلام.

ومما تقدم ظهر أنه لو انعكس الفرض، بأن كان بعض ما يرى في الزمان القديم دليلاً على ذي اليد يرى في الزمان الحاضر دليلاً على خلافه يكون المحكم هو العرف.

ولو تخالف العرف الخاص والعرف العام فالمحكم هو العرف الخاص، كما إذا كان محله في مدينه يضعون العلام على خلاف العلام الموضوعه في المدينه في غير تلك المحله.

وبعد كون المعيار رؤية العرف أحدهما ذا يد دون الآخر، لا يختلف الحال بأن يكون العرف يرون ذا اليد من جهه نفس الجدار أو من جهه التصرف في الجدار، ولو كان طارياً.

ولذا قال في الجواهر: إن أماره الاختصاص تكون على وجهين، أحدهما في الجدار نفسه، وثانيهما في التصرف، ولو كان طارياً إذا كان على وجه يقتضى الاختصاص بالمتصرف، وإن كان التصرف حادثاً، كما أنه لا فرق في التصرف بين أن يكون تصرفاً باقياً أو تصرفاً وقتياً، كما إذا اعتاد أن الجدار الذي بين الحائطين من الإسمنت يرشه بالماء صاحبه دون غيره كل

يوم في أيام الحر فرأينا أن أحدهما يرشه بالماء كل يوم دون الآخر، فإنه دليل على أنه له، فلا حاجة إلى بقاء الأثر كالكتابه والتزيين وما أشبه.

ومنه يعلم الحال فيما إذا كان العرف يرون أن الحائط من بناء هذا الجانب لا من بناء ذلك الجانب، كما إذا كان معمل إلى جنبه دار والدور يتعارف فيها بناء حيطانها من اللبن والجص، بينما المعامل تبنى حيطانها من الإسمنت المسلح ونحوه، فإن كان من اللبن فهو للدار، وإن كان من الإسمنت فهو للمعمل، إلى غير ذلك من الأمور العرفيه التي تجعل أحدهما ذا يد دون غيره.

أما إذا لم تكن العلامه بحيث تجعل أحدهما ذا يد دون الآخر فالأمر مرجوع إلى التحالف ونحوه، والظنون لا تنفع إلا إذا وصلت إلى العلم العادى.

قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولو اختلفا فى خُص (بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزاً بين الملكين) قضى لمن إليه منهما معاقد القمط (بالضم أيضاً جمع قماط وهى شداد الخص من ليف أو خوص أو غيرهما) عملاً بالروايه.

وفى مفتاح الكرامه: (حكى على هذا القول الشهره الشهيدان فى الدروس فى موضعين، والمسالك والروضه والمقداد والمحقق الثانى فى تعليق النافع والمقدس الأردبيلى، بل ظاهر التذكره والمسالك أيضاً الإجماع عليه، وهو صريح الغنيه والسرائر، وفى المبسوط نسبه إلى روايه أصحابنا، ثم قال: والمخالف والمتأمل الشيخ فى المبسوط والمحقق فى قضاء النافع وفخر الإسلام والصيمرى وأبو العباس فى المهذب البارع والمقتصر، وقد نسب الأخير الخلاف إلى المتأخرين كافه وهو غريب، لأن أساطينهم كابن إدريس والمحقق

فى الشرائع والمصنف والشهيد ممن تقدم عليه عاملون بالخبرين، نعم لا ترجيح فى التنقيح) انتهى.

والمراد بالروايه ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم فى الصحيح، عن أبى عبد الله (عليه الصلاه والسلام)، قال: سألته عن خُص بين دارين، فذكر: «أن علياً (عليه السلام) قضى به لصاحب الدار التى من قبله معاقد القمط»^(١).

وبدّل الخُص بالحظيره فى محكى الكافى والفقيه.

وفى التهذيب والكافى مكان (فذكر) لفظ (فزعم).

وفى روايه أخرى رواه الفقيه، عن عمر بن شمر، عن جابر، عن أبى جعفر (عليه السلام)، عن على (عليه الصلاه والسلام): «إنه قضى فى رجلين اختصما فى خُص، فقال: إن الخُص للذى إليه القمط»^(٢).

وفى روايه عاميه رواها سنن البيهقى: إن قوماً اختصموا إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فى خُص، فبعث حذيفه بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن إليه معاقد القمط، ثم رجع إلى النبى (صلى الله عليه وآله) فأخبره فقال: «أصبت وأحسنت»^(٣).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (صلوات الله عليه): «إن رجلين اختصما إليه فى حائط بين داريهما ادعاه كل واحد منهما دون صاحبه، ولا بينه لواحد منهما، فقضى به للذى يليه القمط».

قال مؤلف الدعائم: (أى الرباط والعقد إن كان ذلك باللين أو بالحجر نظر، فإن كان معقوداً ببناء أحدهما فهو له، وإن كان

ص: ٢٧٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٢ الباب ١٤ من أبواب أحكام الصلح ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧٣ الباب ١٤ من أبواب أحكام الصلح ح ٢

٣- سنن البيهقى: ج ٦ ص ٦٧

معقوداً بينائهما معاً فهو بينهما معاً، وكذلك إن لم ينعقد بيناء واحد منهما فهو بينهما بعد أن يتحالفا، ومن حلف منهما ونكل صاحبه عن اليمين كان لمن حلف إذا كان معقوداً إليهما معاً أو غير معقود، وإن كان من قصب نظر إلى الرباط من قبل من هو في مقام العقد(١)، انتهى كلام الدعائم.

أقول: لا- يخفى أن مقتضى القاعده مع غير المشهور، إذ الروايه لا- دلالة فيها على الخصوصية دائماً، بل الأقرب أنها قضيه فى عرف خاص، فإذا كان عرفنا على خلاف ذلك أو لا عرف لا يمكن أن يتمسك بالروايه فى أعرافنا.

فقول الجواهر: (إن الحكم بذلك مستند إلى الروايه وإلى فتوى المعظم من الأصحاب، فما عن قول للشافعى من الحكم بعكس ذلك فى غير محله، وكذا ما عن أبى حنيفه من عدم الترجيح بذلك، بل وما عن المصنف فى النافع من نحو ذلك قائلاً: إنها قضيه فى واقعه فلا يتعدى الحكم، وحينئذ فحكم الخُص حكم الجدار بين الملكين، سيما بعد قول الباقر (عليه الصلاه والسلام) فى خبر عمر) انتهى.

ولعله أشار بالتأمل إلى ما ذكرناه، ويؤيد ما ذكرناه، وإن كان التأييد ضعيفاً غايته، ما ورد فى الروايه العاميه من أن الرسول (صلى الله عليه وآله) بعث حذيفه ليحكم بينهم فحكم، فإنه من الواضح أن حكم حذيفه لم يكن حكماً بمقتضى دليل شرعى خاص، وإنما هو بمقتضى العرف الذى كان متعارفاً فى ذلك الزمان، ويظهر من مفتاح الكرامه نوع تردد فى المسأله، حيث قال: (لا ريب أن الروايتين مخالفتان لأصول المذهب، ويمكن تخصيصها بهما لمكان التكافؤ، وقد يعمل

ص: ٢٧٨

بهما فيما إذا اقتضت العاده كون وقوع وجه القمط إلى جانب قرينه على ملكيه الخُص، لكن النص والفتوى مطلقان).

ثم قال: (نعم قد نقول بتخصيص الحكم بمورد الروايه من الخُص دون غيره وإن حصلت فيه نحو معاقد القمط وشهدت العاده بكون ذلك قرينه على الملكيه، إذ أقصى ذلك الظهور، ولا يخصص به الأصول، بل ترجح هي عليه، حيث لا يقوم على ذلك دليل، كما قام فيما نحن فيه أعنى الخُص، ومع ذلك كله فالمسأله بحاجة إلى تتبع أوسع وتأمل أعمق).

ومما تقدم يعلم حال السقف بين الطابق الفوقاني والطابق السفلاني إذا كان المتعارف أن يجعل في طرف المالك علامه خاصه، فإنه يكون ذا يد عليه دون غيره، وإلا فالحكم التحالف ونحوه على ما تقدم.

ثم على المشهور لو اختلف معاقد القمط بأن كان بعضها في هذا الجانب وبعضها في ذلك الجانب، فإن كان في نصف ونصف، سواء طولاً- أو عرضاً، كان محكوماً على التقسيم، والمراد بالنصف الهندسي لا العددي، فلا فرق بين أن يكون ربع إلى هذا الجانب وثلاثة أرباع إلى ذلك الجانب، أو نصف في هذا الجانب ونصف في الجانب الآخر مثلاً، أما إذا لم يكن منظماً بأن كان بعضها معقوده في هذا الجانب وبعضها معقوده في ذلك الجانب متناثره ومبعثره، لم يكن دليل لأحد الجانبين، وإنما كان مقتضى القاعده التحالف.

ومما تقدم يعرف حال الحيطان التي تجعل في طرف من طرفيه أنصاف اللبن خارجه، حيث إنها في الأعراف المتعارفه في العراق كما رأيناها، دليل على كون ذلك الجانب المسنن صاحب اليد دون الجانب المسطح.

(مسألة ١٠): قال العلامة في القواعد: (لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق).

وفي مفتاح الكرامه: (كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، وظاهر الأول الإجماع عليه، لأن موضع البيع الأعيان، والمخالف الشافعيه حيث ألحقوا الحقوق المتعلقة بالأعيان بالأعيان، ويصح الصلح على الحقوق المذكوره بشرط التعيين كما صرح به هؤلاء، وكذا الشيخ في المبسوط والشهيدان في اللمعه والروضه في الصلح على إجراء الماء) انتهى.

أقول: قد ذكرنا في كتاب البيع أن مقتضى القاعده صحه بيع أمثال ذلك، فإن البيع في الأمور المذكوره عقلائي، فيشمله (أوفوا بالعقود) (١)، وسائر أدله البيع (٢)، وتعريف بعضهم البيع بأنه مبادله مال بمال، إن لم يرد الأعم من المال لم يكن فيه حجه، لأننا نعرف أن اللغويين إنما يأخذون الألفاظ من العرف فإذا رأينا العرف يخالفهم نعرف أنهم لم يتمكنوا من الاستيعاب، كما هو المشاهد في كثير من التعريفات، ويؤيد ذلك تخالفهم في معنى الألفاظ.

وعلى أى حال، فالهواء أيضاً ممكن بيعه، كما إذا بنى داره طابقاً، ثم باع هواءه، فإنه لا يحق له التصرف في الهواء بعد البيع، كما أنه إذا بنى داره طابقين وباع الطابق الثانى ثم انهدم الطابق الثانى، فإن الهواء حق للمشتري لا للبائع، فيحق له إعادة البناء، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب إحياء الموات، مما هو متعارف الآن في بيع الطبقات كل طبقه لإنسان.

ص: ٢٨٠

١- المائده: آيه ١

٢- البقره: آيه ٢٧٤

نعم لا إشكال في صحة الصلح، والظاهر أنه يصح العاريه والإجاره ونحوهما بالنسبه إلى الهواء.

ثم إن المراد ببيع الهواء ما ذكرناه، أما بيع الهواء بمعنى الهواء المكدوسه في كيس ونحوه فلا إشكال في جوازه، وإن لم أجده معنوناً في كلام الفقهاء، وذلك لإطلاق الأدله بعد العقلائييه، وإن لم يكن متعارفاً في الزمان السابق، وإنما تعارف في الزمان الحاضر، وذلك كبيع الهواء المخزونه في المنفاحات وغيرها.

وعليه فيصح أن يشتري صاحب العجله للسياره ونحوها من المنفخ كميّه من الهواء، كما يصح له أن يعطى له أجره حتى ينفخ في عجلته كميّه من الهواء، وإنما يصح البيع لأنه يحوز الهواء ثم يدخله في عجله صاحب السياره، فلا يقال: إن الهواء من المباحات، فأى ربط له بالنافخ.

والهواء حيث كان قابلاً للسهه والضيق، فاللازم بيان الكميّه والخصوصيه، كما أنه في الإجاره أيضاً يجب أن يكون مدّه النفخ وشدته وضعفه أيضاً معلوماً مما يختلف بسببه الأغراض والدواعى، فقد يستأجره لمدّه ساعه على أن ينفخ نفخاً شديداً، وقد يستأجره ساعه على أن ينفخ نفخاً متوسطاً أو ضعيفاً، وقد يستأجره ليملاً العجله بالهواء ملاً لا يمكن التكدس بعده، إلى غير ذلك من الصور المعروفه لدى النافخين.

ثم الظاهر أنه يأتى أقسام البيع في الهواء من الكلى في المعين، إلى الكلى المطلق، أو المشاع المخصوص، فإذا عين الهواء كل طبقه مثلاً بمائه، وكانت الأرض إلى مائه طابق في حيازه هذا الإنسان، صح له أن يبيع طابقاً من هذه الطوابق لبينى المشتري فيه ما يشاء، كما يصح له أن يبيعه عشره أمتار في

عشره أمتار مثلاً من هواء ما على نحو الكلى، فيسلمه حيث يشاء مما لا يكون فيه غرر أو محذور آخر، أو أن يبيعه الهواء مشاعاً بينه وبينه، أو بين المشتري وبين غيره.

إلى غير ذلك من الأقسام المذكوره فى كتاب البيع، حيث إنها تأتى فى الهواء كما تأتى فى غيره.

كما أن الاستطراق أيضاً كذلك.

وهكذا بالنسبه إلى مسيل الماء، فإذا كان له دار ذات بايين بين شارعين، حق له أن يشتري منه الاستطراق بدخوله من هذا الباب وخروجه من الباب الآخر إلى الشارع الثانى، لكن يجب أن يكون الأمر أيضاً على نحو لا يوجب الغرر والجهاله ونحوهما من الأمور المنافيه للبيع، كما يصح الصلح على كل ذلك.

وهكذا الحال إذا كانت له سواقى أو أنابيب يصلح لمرور الماء، فيبيعه أو يصلح معه على المرور فى جميعها أو فى بعضها، على نحو الشخصى أو الكلى فى المعين، أو أن يبيع ذلك على نحو الكلى فى الذمه مما هو قابل للتطبيق فى الخارج.

ومما تقدم يعلم حال إيجار أو بيع أو صلح ما إذا كان فى الغرف أنابيب لمرور الهواء للكنس، كما هو المتعارف فى بعض البلاد.

ومثل ما تقدم الحال فى المنفاخ لأجل إشعال النار، وفى قاذفات النار المعتاده عند الصياغ ونحوهم، حيث يمكن الإيجار أو الصلح أو البيع بالنسبه إلى قاذفه الهواء والنار، كل حسب شروطه وموازينه.

ويصح كل ذلك بيعاً وصلحاً وإيجاراً بالنسبه إلى المياه وخراطيمها، بل

يمكن هنا إيجار الماء أيضاً، حيث إن ماء الفواره يعود إلى الحوض فيبقى عينه مع إمكان الاستفادة منه منظراً أو تهويةً أو ما أشبه.

وعلى أي حال، فبموازين الثلاثة يمكن إجراء المعاملات المذكوره على ما ذكر من الماء والنار والهواء وغيرها، بالإضافة إلى إجراء الثلاثة على الأرض كما هو واضح.

ص: ٢٨٣

(مسألة ١١): قال في الشرائع: (لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبه إلا بإذن شريكه).

وفي الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال، لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، عقلاً وشرعاً، من غير فرق بين المضر وغيره).

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (ولو كان مشتركاً لم يكن لأحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره إلا بإذن شريكه)، قال: (كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها).

وعن التذكرة أنه قال: (إنه ليس لأحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوند وفتح الكوه، بل ليس له أخذ أقل ما يكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون إذن جميع الشركاء).

وفي الدروس: (إنه ليس له حك شيء من آلاته حجراً كان أو أجراً ولا الكتابه عليه، وقالوا: إنه له الانتفاع به بالاستناد إليه أو إسناد المتاع مع انتفاء الضرر).

وفي التذكرة وجامع المقاصد والمسالك: إنه لو منع المالك حرم، لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد، لأنه خلاف الاستقلال.

وفي الدروس: الأقرب أن ليس له المنع إذا كان المجلس مباحاً كما هو المفروض.

ومقتضى القاعده أن كل ما يعد تصرفاً يحرم، سواء كان ضاراً أو غير ضار، أما الاتكاء على الحائط في الشارع فالظاهر أنه لا يعد تصرفاً عرفاً، فلا يقال إنه إنما يجوز للعلم بالرضا، إذ:

أولاً: من أين العلم بالرضا.

وثانياً: إن كثيراً من البيوت موقوفه، أو أصحابها صغار وقصر، فكيف يمكن التصرف بدون العلم برضا أوليائهم.

والحاصل: إن أدله الغصب، ومثل «لا يتوى» وما أشبهه، لا تشمل الاستناد ونحوه عرفاً، فلا يقال: إنه إذن مالكيه أو إذن شرعيه، وإنما المنع الشرعي لا يشمل مثل ذلك، فما في الجواهر حيث قال: (إن الجواز للإذن الشرعي لا المالكي المدلول عليها بشاهد الحال، فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه وغيره، للسيره المستمره، إلا أن الإنصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع لا مطلقاً، لأن الناس مسلطون على أموالهم، وفرق واضح بين الاستناد ونحوه وبين الاستغلال ونحوه بالتصرف في مال الغير في الأول بخلاف الثاني، اللهم إلا أن يقال: إن في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الأملاك وفي الطريق النافذه وغيرها عسراً وحرماً، على أن الانتفاع بالفضاء المملوك مثلاً لا يتم إلا بالممارسه للجدار، والامتناع عن بعضه مقدمه ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدمه، جمعاً بين الحقين، ولقاعده «لا ضرر ولا ضرار»^(١)) إلى آخره، محل نظر، فإن الجواز ليس مستنداً إلى الإذن الشرعي، ولا إلى العسر والحرج، كما أن «الناس مسلطون»^(٢) ونحوه لا يمكن أن يكون مستنداً بعد عدم رؤيه العرف ذلك، فهو مثل الاستضاءه بسراج الغير والاستغلال بجداره والنفخ في الهواء مما يصل إلى الجدار ونحوه، حيث لا يمكن القول بالمنع عن ذلك، سواء سكت المالك أو منع.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال: (واستثنى من ذلك الاستناد إليه، وإسناد المتاع مع انتفاء الضرر، لأنه بمنزله الاستضاءه بسراج الغير

ص: ٢٨٥

-
- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٥
 - ٢- البحار: ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعه الحديثه)

والاستظلال بجداره، نعم لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم وفاقاً للتذكرة) انتهى.

فإن الاستضاءه والاستظلال إذا لم يكن تصرفاً عرفاً لا وجه للمنع إطلاقاً، نعم إذا كان تصرفاً عرفاً كما إذا وضع حائطاً ليجلس في ظله الماره لإعطائهم الأكل أو الشاي أو أخذ الأجره منهم بجهه استظلالهم كان تصرفاً، وكذلك إذا أضاء مصباحه لإجلال الماره ونحوهم، فإنه يعد تصرفاً أيضاً، كما ذكرنا بعض الكلام في ذلك في كتاب إحياء الموات.

ومنه يعلم حال الاستفادة من برد أو حر الجار ونحوه، كما إذا أبرد غرفته وكانت للغرفه كوه يطلع منها البرد إلى الخارج فيستفيد هذا الإنسان من البرد، وكذلك إذا أشعل النار في غرفته مما خرجت الحرارة من الكوه فاستفاد منها، وهكذا الحال في ما إذا استفاد من زناده عند القدح بأن قرب قطنه من مشع الزناد فاحترقت القطن مما أوجد في القطن النار، إلى غير ذلك من الأمثله الكثيره، فإنها ليست تصرفاً عرفاً، وليست تويماً للحق، ولا يسمى غصباً.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا نظر إلى تلفزيون غيره، أو إلى شاشه السينما من البعيد مما لا يعد تصرفاً، أو استمع إلى صوته من البعيد، وإن قال بأنه لا يرضى بذلك، أو استنشق عطره أو تنفس في طحينه المثار في الهواء مما لا يعد مالاً عرفاً فدخل بعض الطحين في جوفه، أو مرّ من قرب حديقته حيث الهواء الطيب العطر، إلى غير ذلك، فإن الأدله لا تشمل كل ذلك.

أما الكتابه على الحيطان فهو تابع لرؤيه العرف أنه تصرف أم لا، فإذا رأى العرف التصرف لم يجز، وإذا لم يره جاز، ومنه يعلم جواز غسل الجار الشارع أمام بيته وإن ترشح الماء إلى حائط الجار أو جرى إليه إذا لم يكن عرفاً منافياً لحقه ولا ضاراً،

وفى الغالب ليس كذلك، وكذلك ليس من الضرر والتصرف ما إذا كنس داره أو شارعها وغيرهما مما أثار الغبار إلى دار الجار ودكانه.

وحال الاستناد فى الجواز حال المماسه، ولذا قال فى الجواهر: (إن الدليل المتقدم فى مثل «لا ضرر» وغيره إنما يقتضى جواز المماسه للاستناد).

ولعله يمكن الفرق بينهما إن لم يكن سيره تقتضى بجوازه حتى مع المنع.

ومنه يعلم جواز مماسه الإنسان للإنسان فى الشارع أو الطريق أو المجلس أو الحرم أو غيرها، كما يعلم عدم جواز إلقاء ثقله عليه، لأن المماسه ليست تصرفاً بخلاف إلقاء الثقل.

وأما ما يتعارف فى المطاف والمسعى والمرمى من التزاحم ونحو ذلك مع أن الحق لبعضهم دون بعض، وكذلك فى المساجد وأعتاب المعصومين (عليهم السلام) ومجالس الفواتح وغيرها، فإن ذلك من باب العلم بالرضا والسيره المستمره وما أشبه، فإنها كانت متعارفه منذ زمان الرسول (صلى الله عليه وآله).

أما إذا صرح أحدهم بأنه لا يرضى بالمزاحمه، وكان الحق له فلا يجوز أيضاً، لأنه تصرف وخلاف «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»، فإن مقتضى ذلك أن الإنسان مسلط سلباً وإيجاباً، إيجاباً بالتصرف وسلباً بمنع الغير.

ومنه يعلم أنه ليس من التصرف فيما إذا لم يعده العرف كذلك، ما إذا سبب تحرير أو تبريد غرفه الغير بسبب تبريد أو تحرير غرفته، أو إيصال رائحه حسنه أو كريهه إلى دار الغير، أو إيصال الصوت الحسن أو السىء، أو وضع مرآه فى داره تعكس النور مثلاً إلى دار الغير، فإنها ما لم يعدها العرف تصرفاً، أو كان ضرراً أو إيذاءً، لم يكن بذلك بأس، أما إذا كان ضرراً أو إيذاءً أو عدّه العرف تصرفاً لم يجز ذلك.

(مسألة ١٢): قال فى الشرائع: (ولو انهدم _ أى الجدار _ لم يجبر شريكه على المشاركة فى عمارته).

وفى الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال للأصل وقاعده التسلط).

وقد نسب مفتاح الكرامه هذا الحكم إلى المبسوط والخلاف والتحرير والتذكرة والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، وظاهر التذكرة الإجماع عليه حيث نسبته إلى علمائنا، وفى المسالك: لا كلام فيه.

وعلى أى حال، فكل من الهدم والبناء متوقف على إذن الشريك، فإذا أراد الشريك هدم حائظه أو غيره من المال المشترك أو بناء الحائط المهذوم المشترك أو نحو ذلك، توقف على إجازة الشريك، لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه، سواء كان بعيداً أو قريباً.

هذا إذا لم يكن اضطرار إلى الهدم، مثلاً كانت العماره مشرفه على الهدم حتى إذا لم تهدم سبب أضراراً مالىه أو غيرها، أو كان عدم البناء موجباً للأضرار المالىه أو غيرها، وإلا فإن كان اضطرار فإن إذن الشريك فهو، وإلا رجع الشريك المرید للهدم أو البناء إلى الحاكم الشرعى، لأنه ولى الممتنع.

ولو أراد الشريك هدم أو بناء قدر حصته أو أقل، مثلاً حصته النصف فأراد هدم أو بناء النصف، أو هدم أو بناء الربع ولم يجز الشريك، كان المرجع الحاكم، وهو يعطى إجازة البناء أو الهدم لحصه المرید بدون التقسيم، أو يقسم فلا حاجه إلى الإجازة على حسب موازين القسمة.

والظاهر أنه إذا دار الأمر بين تقسيم الحاكم حتى يكون للمرید هدم أو بناء حصه نفسه فقط، وبين إجازته للهدم أو البناء بقدر الحصه من المشترك، قدم التقسيم، لأن التقسيم يوجب عدم التصرف فى مال الشريك، أما إجازة البناء

أو الهدم، فإنه يوجب التصرف، وسلطة الحاكم الشرعي مختصه بالضرورة وبقدرها، فحيث لا ضروره في التصرف في مال الشريك بالبناء أو الهدم، وذلك بتقسيمه لا تصل النوبه إلى إجازته التصرف في مال الشريك.

وكذلك الحال في كل مورد دوران بين التصرف في الأقل أو الأكثر من الحاكم الشرعي، كما إذا أراد الدائن التقاص من مال المدين وكان له مالان يمكن التقاص من أيهما، أحد المالين في المباح، وأحد المالين في داره، فإنه لا يحق للحاكم الشرعي إذنه بالتقاص من المال الذي في الدار بعد إمكان التقاص من المال الذي في المباح، لأنه تصرف زائد في مال المدين من غير ضروره، والضرورات تقدر بقدرها.

وقد ذكرنا في غير مورد أن تصرفات الحاكم الشرعي في أمثال هذه الأمور من الضروره، فيجب أن تقدر بقدرها.

ومنه يعلم أنه لو دار الأمر بين الترميم أو البناء من جديد، وبين الهدم أو التخفيف، كان للحاكم الشرعي إجازته الأخف منهما دون الأثقل، لأنه لا ضروره إلى الأثقل ما دام يمكن الأخف.

ومما تقدم يظهر وجه قوه ما جعله الجواهر أقوى قال: (الأقوى توقف عمارته من الشريك خاصه على إذن الآخر لذلك أيضاً، خلافاً لبعضهم فجوزه لأنه نفع وإحسان، وحكاه في الدروس عن الشيخ، ولعله الظاهر من قواعد الفاضل، وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز، وآخر ففرق بين إعادته بالآله المشتركه فلا- يشترط رضاه، وبين إعادته بآله من عنده فيشترط لبقائه شريكاً على الأول بخلاف الثاني، وفيه ما عرفت أيضاً) انتهى.

ثم لو اختلف الشريكان في كيفية البناء، كان المرجع الحاكم الشرعي،

وكذلك إذا اختلفا في كيفية الهدم، مثلاً أراد أحدهما بناء الحائط بقدر ذراع، وأراد الآخر بقدر نصف ذراع، أو أراد أحدهما البناء بالآجر، وأراد الآخر بالإسمنت، وكذلك لو أراد أحدهما الهدم بالآلة الحديثه، وأراد أحدهما الهدم بسبب العمال بالوسائل القديمه، وإذا راجعا الحاكم فإن تمكن الحاكم من التقسيم ليعمل كل في حصته بما يريد فهو المقدم، على ما عرفت في الفرع السابق، وإن لم يتمكن فإن أمكن الجمع بين الرأيين ببناء بعض هكذا وبناء بعض هكذا، أو هدم بعض هكذا وهدم بعض هكذا، كان هو مقتضى قاعده العدل، وإلا فالمرجع رأى الحاكم أو القرعه.

أما الأول: فلأن الحاكم موضوع لفصل الخصومات بما يرى، وهذه منها.

وأما الثانى: فلأنها لكل أمر مشكل (١١)، لكن عدم احتياج الحاكم إلى القرعه أقرب، حيث إن أمثال هذه الأمور من شؤون الحاكم عرفاً، فجعل الشارع الفقيه حاكماً معناه أنه يتصرف كما يتصرف سائر الحكام، كما ألمعنا إلى ذلك فى بعض مباحث الفقه.

ثم إن المحكى عن الدروس أنه قال: ولو بناه أحدهما بالآله المشتركه كان بينهما، وفى توقفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوى، ولو أعاده بآله من عنده فالحائط ملكه، والتوقف على إذنه هنا أقوى.

أقول: أما قوله: (كان بينهما) فيه: إن اللازم أن يكون سعى البانى لنفسه، لا أن يكون قسم من سعيه لغيره، بمقتضى (أن ليس للإنسان إلا ما سعى) كما ذكرنا ذلك مفصلاً فى كتاب الغصب.

ص: ٢٩٠

وأما قوله: (احتمال قوى) ففيه: إنه لا وجه للاحتمال الآخر، إذ الأساس لما كان لهما كان التصرف فيه بوضع الحائط عليه متوقفاً على إذنهما، فاللازم الإذن من الآخر.

وأما قوله: (فالحائط ملكه) فاللازم أن يقيد بلزوم إعطاء الباني للآخر حقه، بل لو كان ارتفاع لقيمه الحائط بسبب الأساس كان الارتفاع لهما بالنسبه، لوضوح أن للشريك الحق، فلا وجه لأن يكون الحائط ملك الباني فقط، كما لا وجه لأن يكون الارتفاع للباني إذا كان الأساس أيضاً له مدخله في الارتفاع.

ثم إنك قد عرفت أن مقتضى القاعده التوقف على إذن الآخر، لا أن التوقف أقوى، كما ذكره الشهيد أخيراً، ومنه يعلم وجه النظر في المحكى عن الشيخ من منع التوقف على إذن الآخر.

قال في المسالك: (ثم على القول باعتبار إذنه لو خالف وعمره، فهل للشريك نقضه، احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضع الذي كان عليه فصارت الكيفيه الثانيه كأنها مغصوبه فله إزالتها، والأقوى العدم إن كان بناء بالآله المشتركه، لأن هدمه أيضاً تصرف في مال الغير وهو الشريك الذى بناه فلا يصح كأول، وإنما تظهر الفائده في الإثم والجواز إن كان بناؤه بغير آله، لأنه عدوان محض وتصرف في أرض الغير فيجوز تغييره) انتهى.

وعلق عليه في الجواهر بقوله: (قلت: قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة، بل صرح فيها بعدم جواز نقض ما بناه أيضاً، لكنه لم يصرح في بناء الفرع تقدير اعتبار الإذن، والمتجه أن له ذلك أيضاً، فإن له الامتناع من بناء الآلات المشتركه كما اعترف به في جامع المقاصد، ومن التصرف في أرضه مع فرض الشركه في الأساس، فلم يكن الوضع حينئذ بحق، فهو ظالم لاحق لعرقه فله

الإزالة بلا أورش، نعم لو قلنا: بحرمة ذلك عليه اتجه حينئذ إلزامه به كما لو هدمه ابتداءً انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أنه إن كان لا قيمه للبناء ولا يوجب الهدم سرفاً فلا إشكال في جواز النقض، للأصل بعد عدم المحذور، وإن كان للبناء قيمه تذهب بالنقض أشكال لأنها للبنى، ولا دليل على أن عدوانه أوجب سلب احترام ماله، كما إذا وضع أثاثه في دار الغير غصباً، فهل يقال لذلك الغير أن يضعه في الشارع حيث يتلف، أو وضع أثاثه في السفينه للغير، فإذا اطلع ذلك الغير في عرض البحر هل يقال: إن له أن يلقيه في البحر، إلى غيرهما من الأمثله.

وإنما اللازم فيما نحن فيه كسائر الموارد التي هي مثله مراجعه الحاكم الشرعى، وإجراء صلح قهرى بينهم يوجب الجمع بين الحقوق، كما ذكرنا تفصيله في كتاب الغصب.

وإن لم يكن للبناء قيمه تذهب بالهدم، لكن الهدم يوجب الإسراف، امتنع من جهه الإسراف، فحاله حال حرمة إلقاء ثمرات الغابه في البحر، وإن لم يكن مشتر لها، ولا- يمكن إرسالها إلى البلاد التي لها قيمه فيها، إذ الإسراف لا يلازم الانتفاع بذلك الشيء المسرف، مثلاً إنسان فقد أصحابه في الصحراء ومعه أواني كثيره من الزجاج لا يتمكن من حملها إلى البلد، وبقاؤها هناك لا يوجب مجيء إنسان لينتفع بها، فهل يقال بجواز كسر تلك الزجاجات هنا، وكذلك ليس له أن يحرق أقمشته في الصحراء أو نحو ذلك.

وقد ذكرنا في كتاب الغصب أن مثل قوله (عليه الصلاه والسلام): «ليس لعرق ظالم حق»⁽¹⁾، لا يدل على جواز الإلتلاف أو الإسراف، وإنما لازم ذلك بعد الجمع بين الأدله

ص: ٢٩٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من أبواب الغصب ح ١

أن يعمل الإنسان الذى ظلم برفع ظلامته بكيفية يراه العرف جمعاً بين الحقين، مثل الأرش والأجره والصلح القهرى وغير ذلك بعد المراجعته إلى الحاكم الشرعى، لأنه المكلف فى رفع المخاصمات والمنازعات وإعطاء كل ذى حق حقه.

ثم إن المسالك قال: (وحيث يتوقف البناء على إذن الشريك يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم، وهل له الإذن فيه بأجره يرجع بها على الشريك، أو مجاناً، الأقوى الثانى، لأن الشريك إذا لم يجبر على العماره لا يجبر على الإنفاق، فإذا اختار الشريك بناءه مجاناً فعل وإلا تركه) انتهى.

والظاهر أن الجبر من الحاكم إنما هو على أحد الشقوق الممكنه شرعاً، لا على ما ذكره المسالك فقط، إذ ليس لأحد الشركاء إضرار الآخرين، وليس المراد بالإضرار الضرر الخارجى، بل أن يكون الإنسان لا يتمكن من الانتفاع بماله انتفاعاً ملائماً لغرضه.

ولعله لذا قال فى جامع المقاصد: (لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه فى الجدار والقناه والدولاب ونحوها فامتنع من العماره وغيرها من الوجوه التى يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببيعد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عده أمور، من بيع وإجاره وموافقه على العماره، وغير ذلك من الأمور الممكنه فى ذلك، عملاً بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، ولأن فى ترك جميع هذه الأمور إضاعه للمال وقد نهى عنها، ولم أظفر بتصريح) انتهى.

ص: ٢٩٣

وفى روايات الدعائم تأييد لما ذكره المحقق الثاني، وإن كانت الرواية بحاجة إلى نوع من التقييد بسبب الأدلة الأخرى.

فقد روى عن أبي عبد الله (صلوات الله عليه)، أنه سئل عن جدار الرجل وهو ستره بينه وبين جاره سقط فامتنع من بنيانه، قال: «ليس يجبر على ذلك إلا- أن يكون وجب ذلك لصاحب الدار الأخرى بحق أو شرط في أصل الملك، ولكن يقال لصاحب المنزل: استر على نفسك في حقك إن شئت». قيل له (عليه السلام): فإن كان الجدار لم يسقط، ولكنه هدمه إضراراً بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه، قال (عليه السلام): «لا يترك، وذلك أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: لا ضرر ولا ضرار، وإن هدمه كلف أن يبنيه»^(١).

وعنه (عليه السلام)، أنه قال في جدار بين دارين لأحد صاحبي الدار سقط، فامتنع أن يبنيه وقام عليه صاحب الدار الأخرى في ذلك، وقال كشفت عيالي استر ما بيني وبينك، قال: «عليه أن يستر ما بينهما ببنيان أو غيره مما لا يصل إلى كشف شيء من عورته»^(٢).

وعنه (عليه السلام)، أنه سئل عن الجدار بين الرجلين ينهدم فيدعو أحدهما صاحبه إلى بنيانه ويأبى الآخر، قال (عليه السلام): «إن كان مما ينقسم قسم بينهما وبني كل واحد منهما حقه إن شاء أو ترك إن لم يكن ذلك يضر بصاحبه، وإن كان ذلك مما لا ينقسم، قيل له ابن أو بع أو سلم لصاحبك إن رضى أن يبنى، ويكون

ص: ٢٩٤

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٩ من أبواب الصلح ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٩ من أبواب الصلح ح ٢

له دونك، وإن اتفقا على أن يبينه الطالب أو ينتفع، فإن أراد الآخر الانتفاع به معه دفع إليه نصف النفقه» (1).

ومما تقدم علم أن إشكال الجواهر على المسالك في الجبر، إن أراد خصومه فالإشكال وارد، وإن أراد كونه أحد الشقوق لم يكن وارداً، حيث قال في الجواهر: (قد يشكل جبره على الإذن على وجه تقوم إذن الحاكم مقامه بأن له الامتناع منها لقاعده التسلط وعدم حل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه وغيرها، ومن هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق، خصوصاً بناءً على مختاره سابقاً من اعتبار الإذن في الجواز للشريك حتى لو أراد بناءه من غير رجوع عليه، وأنه يآثم لو بناه من غير إذن) انتهى.

ثم إنه لو هدمه الشريك، فاختلفا في أن الشريك أذن له في الهدم أم لا، فالظاهر احتياج الهادم إلى البيئه، وحمل فعله على الصحة لا- يوجب تقدم قوله في باب الدعوى، لأن أدله الدعوى وارده على مثل أصل الصحة، وكذلك إذا بناه ثم اختلفا في الإذن.

ثم لا يخفى أن الإذن بمجردده في الهدم أو البناء لا يوجب ضمان الآذن لبعض النفقه، إلا إذا كان بمعنى الضمان عرفاً أو تصريحاً، وقد سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقه، وذكرنا تفصيله في كتاب الغصب، حيث يقول: ألقه في البحر ونحوه.

ومنه يعلم أنهما لو اختلفا في خصوصيات الإذن هدماً أو بناءً، فعلى مدعى الخصوصيه إقامه البيئه، لأن الثابت هو الإذن مطلقاً، أما الخصوصيات فهي شيء زائد على أصل الإذن لا يثبت إلا بالدليل.

ص: ٢٩٥

ثم لا- يخفى أن وضع الجدار بين الدارين قد يكون على كيفية لزوم بقائه بينهما حتى إذا انهدم كان لكل واحد منهما الإعادة على نحو شرط أو ما أشبهه، وقد لا يكون كذلك، ولكل حكمه.

ومنه يظهر أن مناقشه الجواهر في الموضوع غير وارده، قال: (لو قلنا: إن سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لا- يجوز له الامتناع مع طلب الآخر، اتجه حينئذ ذلك، لكن ينبغي عليه عدم اعتبار إذنه بل نهيه أيضاً، كما في باقى صور امتناعه عما هو حق عليه، وكأنه هو الذى لحظه الفاضل فى ما ذكره فى القواعد من عدم جواز منعه إياه لو أراد الانفراد بالعمارة، إلا أنه كما ترى ضروره عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح) انتهى.

ولو سقط الجدار المشترك وكان يوجب بناؤه ضرراً على أحدهما، كما يوجب عدم بنائه ضرراً على الآخر، بأن تعارض الضرران، مثلاً- دار أحدهما فارغه عن الغرف، فإذا لم يكن لها حائط آجرها للغنم ونحوه، ودار أحدهما محل سكنى، فإذا لم يكن لها حائط كان مظنه سرقة اللصوص ونحوه، فحيث يتعارض الضرران يلزم على الحاكم الشرعى الجمع بينهما بالقسمه أو البيع أو الإيجار لآخر أو لأحدهما أو نحو ذلك مما يوجب عدم الضرر على أحدهما، وإن كان لا بد من التضمر، فاللازم ملاحظه أقلهما ضرراً، لأن دليل «لا ضرر» كما يشمل الضرر الكلى يشمل الضرر الجزئى، وإذا تعارض قدم عدم الضرر الكلى على عدم الضرر الجزئى، من باب أن الضرورات تقدر بقدرها.

لكن الظاهر لزوم تقسيم ضرر أحدهما على كليهما، لأنه مقتضى قاعده العدل، مثلاً إذا لم بين الحائط تضرر صاحب الغرف بمائه، وإذا بنى الحائط تضرر صاحب الدار التى لا غرف فيها بعشره، فإنه يقدم الحاكم بناء الجدار، لكن يقسم

ضرر العشره عليهما فيتضرر كل منهما خمسه، لأنه لا وجه لتضرر صاحب الساحه بكل العشره.

وإلى بعض ما ذكرناه أشار في الجواهر، حيث قال: (مما تقدم يعلم ما في تفصيل المحدث البحراني من أنه لا يحتاج إلى الإذن من الشريك في العماره مع فرض التضرر به، ولا بد منها مع عدمه، إذ هو مع أنه خروج عن محل البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك، أي مع قطع النظر عن الأمور الخارجيه قد يناقش فيه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العماره قد يعارض بفرض ضرر الآخر بها، والضرر لا يدفع بالضرر، كما اعترف به الفاضل وغيره. نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها أو برفع الأمر إلى الحاكم ليرى وجهاً يحكم به لقطع النزاع بينهما، مراعيًا للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّ لها).

ثم استشهد الجواهر بخبر الدعائم المتقدم، عن الجدار بين الرجلين ينهدم ويدعو أحدهما صاحبه إلى بنائه، الحديث.

ثم إنه لو كان الحائط مشتركاً بينهما، فبنى أحدهما نصفه بعد الهدم، أو هدم نصفه عند ما كان مبنياً، فالظاهر التهاثر القهري بين الحقين.

كما أنه يعرف مما تقدم حال ما إذا كانت آله البناء لأحدهما أو لهما أو لأجنبي أو آله مباحه لم يقصد أحدهما تملكه والسبق إليه بما يوجب ملكه لها، أو كانت مشتركه، وهكذا حال ما إذا كان الباني أحدهما أو كلاهما أو الأجنبي.

ثم إن الشرائع بعد قوله السابق: (ولو انهدم _ أي الجدار _ لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته)، قال: (وكذا لو كانت الشركه في دولاب أو بئر أو نهر).

وفي الجواهر: (أو قناه أو ناعوره

أو نحو ذلك، أى لا يجبر الشريك على المشاركة فى عمارتها، من غير فرق بين كون المشترك ذا غله تفى بعمارته وغيره عند الأصحاب على ما فى المسالك، وبين القابل للقسمه وعدمها، وإنما تبّه بذلك على خلاف أبى حنيفه الذى حكم بإجبار الشريك على المساعدة على العماره فى هذه المذكورات دون الحائط فارقاً بينهما بأن الشريك لا يتمكن من المقاسمه فيها فيتضرر به بخلاف الجدار، فإنه يتمكن من قسمته، ورد بإمكان كون القسمه فيه أكثر ضرراً عليه فكان حينئذ سواء) انتهى.

وقد أخذ من المسالك ومفتاح الكرامه غيرهما، وقد ذكر ثانيهما عند قول العلامة: (ولا- يجبر على عماره الدولاب والبئر وغيرهما): (إنه هو الذى أفتى به المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفايه).

ويرد على أبى حنيفه بالإضافة إلى مقتضى الأصل أن عدم تمكن الشريك من المقاسمه مشترك بين الأمرين سلباً وإيجاباً ولو بنحو المهايه، وقد ذكرنا فيما سبق أنه يلزم فصل الحاكم بينهما بأقرب الفصول إلى قاعده السلطنه ونحوها.

ولو كان الحائط بين مسجد ودار مشتركاً، قام متولى الوقف الخاص أو العام مقام الشريك الآخر، ويلاحظ هنا لزوم مصلحه الوقف، ولا يكون كالشريك المالك الذى يكون الزمام بيده.

ولو كان الحائط مشتركاً بين كافرين روعى قوانينهم فى حكم الحاكم الشرعى من باب قانون الإلزام، أما إذا اختلف قانون أحدهما عن قانون الآخر فالحاكم الشرعى يفصل الأمر بقانون أحدهما دون المخالف لهما، ولو المطابق للإسلام، لأنه أقرب إلى الإلزام من المخالف لهما، كما هو واضح.

أما إذا كان الحائط مشتركاً بين المسلم والكافر، فالذى يجب أن يراعى هو

قانون الإسلام، لقاعده «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، فيما إذا اختلف قانون الكافر عن قانون الإسلام.

ثم إن الجواهر قال: (نعم لو أنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء الذى ينبع فى ملكهما المشترك بينهما الذى أثر فيه نقل الطين عنه، وليس له فى عين ملك، بخلاف الحائط إذا بناه بالآت منه كما هو واضح).

أقول: يمكن منع إطلاق كلامه بأنه لا- يشترط فيه وجود العين، بالإضافة إلى وجود العين أحياناً كأن رصف الآجر فى أطراف البئر جديداً.

وعلى أى حال، فاللائم مراعاة الجهتين، فإذا كانت البئر المظموره بتراب السواقي تسوى مائه لكل واحد منهما النصف، فأخرج أحدهما التراب بإذن الحاكم الشرعى مثلاً بما كلف خمسين، حيث صارت البئر فى الحال الحاضر مائه وخمسين، فمقتضى القاعده أن لمن نقل التراب والطين وما أشبه ثلثى الفائده لا النصف، لقاعده (أن ليس للإنسان إلا ما سعى) والعدل وغيرهما.

ومما تقدم يعلم حكم الأنابيب للماء والغاز والهواء وما أشبه، مما يكون مشتركاً بين الطرفين، وكذلك أسلاك الكهرباء والتلفون ونحوهما، لوحده الملاك فى الجميع.

وعن التذكرة أنه قال: (لو كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فانهدم، لم يكن لصاحب السفل إجبار صاحب العلو على مساعدته فى إعادته السفل، لأصالة البراءة، وكذلك ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادته السفل لىبنى عليه، عند علمائنا).

وفى مفتاح الكرامه: (إن فى المبسوط نفى الخلاف فى الأول).

وفى الدروس:

ص: ٢٩٩

(لا يجبر صاحب السفلى ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو، ولا على جدار البيت إلا أن يكون لازماً بعقد)، وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد.

وفي الجواهر عند العبارة المتقدمة من الشرائع: (عندنا) مما يظهر منه الإجماع.

هذا، ولكن مقتضى القاعده أنه إذا تضرر أحدهما بعدم بناء الآخر، مثل تمكن اللصوص من سرقة البيت العالى إذا لم يكن له جدار، كان للحاكم الشرعى دفع الضرر عنه ببيع من صاحب السفلى لصاحب العلو أو إيجار أو بناء أو غير ذلك، لقاعده «لا ضرر»، ولعل التحرير نظر إلى ذلك، حيث قال: (لو طلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفلى منعه)، لكن فى مفتاح الكرامه: (هذا يوافق ما سلف له فى الجدار من أنه إذا انفرد أحدهما بالعماره لم يمنع كما تقدم، ويمكن حمله على ما إذا كان حمل جدران العلو واجباً، وإلا أشكل فيما إذا كان الأساس ملكاً لصاحب السفلى أو مشتركاً كما تقدم بيانه).

ومنه يعلم وجه النظر فيما فى المسالك، حيث قال: (ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفلى تبرعاً، فهل له منعه، فيه الوجهان السابقان، وأطلق فى التحرير أنه ليس له منعه، وفى حكم العلو ما لو كان له سابط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم) انتهى.

إذ مقتضى القاعده أحد الأمور التى يوجب عدم تضرر صاحب العلو من البيع أو الإجاره أو التبرع أو البناء بنفس صاحب السفلى أو غير ذلك، لدليل «لا- ضرر» وغيره، وهو مثل ما إذا كان هناك طابقان طابق علوى وطابق سفلى، والطابق السفلى لإنسان والطابق العلوى لإنسان، فانهدما فأراد صاحب الطابق العلوى بناءه فامتنع صاحب الطابق السفلى من أن يبنى بنفسه، أو يجوز البناء لصاحب الطابق السفلى أو لوضع أعمده يبنى عليها الطابق العلوى، فإنه لا حق للسفلى

فى ذلك، حيث إنه يوجب ضرر العلوى، فعدم الضرر يقتضى أنه يكون للعلوى بناؤه بأيه كيفية، فاللازم الصلح الجبرى أو الاختيارى بين الطرفين العلوى والسفلى.

وكذلك حال الساباط وحال من يريد إجراء الماء فى الساقية فيما إذا كان مستحقاً لإجراء الماء وانهدمت الساقية وأبى صاحبها من تعميمها، إلى غير ذلك من النفرين المبتلى أحدهما بالآخر، فإنه لا يخرج عن مثل حال الشريكين الذى انهدم بناؤهما فأراد أحدهما البناء ولم يرد الآخر، فإن الحاكم الشرعى يجب أن يفكهما إن أمكن الانفكاك وإلا صلح بينهما صلحاً قهرياً بما يكون أقرب إلى قاعده السلطنة أو ما أشبه ذلك، كما تقدم مثله فى بعض المسائل السابقة، ولعل التحرير أشار إلى ذلك حيث قال: (ليس له منعه).

ثم إن الجواهر قال: (وعلى كل حال، فلو بناه فى أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بفتح كوه وغرز وتد ونحو ذلك، أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه، وإن انتفع به) انتهى.

والمراد من المنع عن الانتفاع بالمعاد، إذا لم يكن فتح الكوه وغرز التود كالحق، وإلا فحيث إن حقه سابق كان له ذلك.

مسألة ١٣ لو هدم أحدهما الجدار المشترك

(مسألة ١٣): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو هدمه، أى الجدار المشترك مثلاً، بغير إذن شريكه الذى لم يجب هدمه عليه لاستهدامه، وجب عليه إعادته لأنه ضمان مثله عادة).

وقال العلامة فى القواعد: (ولو هدمه فالأقوى الأرش).

وفى مفتاح الكرامه: كما فى التذكرة والإيضاح وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك.

وفى التحرير: لو قيل به كان وجهاً.

وفى المبسوط والشرائع والإرشاد: إن عليه إعادته، وحكاه فى المسالك عن التذكرة.

وفى الدروس والحواشى: إن عليه إعادته لو أمكنت المماثلة، كما فى جدار بعض البساتين والمزارع وإلا فالأرش، والظاهر هو المثل، وأن الجدار مطلقاً مثلى عرفاً، والخصوصيات الزائده على العرفيه ليست مناطاً.

ومنه يعلم انتفاء وجه الأرش، لأن الأرش فيما كان يتعذر المثل، فإذا كان المثل لم يكن أرش، ولذا قال فى الجواهر: (قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثليه عرفاً، بل تصح الإجاره على صنعه جدار مثل هذا الجدار، نعم لو فرض تعذر ذلك كما فى بعض البناء انتقل إلى القيمه كما فى كل مثلى تعذر مثله، وكذا الكلام فى كسر الخاتم وفق الثوب ونحو ذلك) انتهى.

ومنه يعلم الكلام فيما إذا هدم دار غيره أو حائطه أو هدم حائط المسجد أو المسجد أو ما أشبهه، فإن الواجب عليه أولاً وبالذات الإعاده، بل لا- يبعد أن لا يكون لصاحب المسجد أو الدار طلب القيمه، لأن المثل مكلف به فالانتقال إلى القيمه بدون رضا الهادم لا- وجه له، وكذا الكلام فى كل ما يمكن إعادته مثلاً عرفياً، كما لو فصل قطع الباب إلى أخشاب، حيث يمكن إرجاعها باباً،

فإن اللازم إرجاعها بأباً، وإن أراد صاحب الباب قيمه الإرجاع لا الإرجاع بنفسه.

نعم يمكن الإشكال في ذلك فيما إذا كانت الدار مثلاً عتيقه، فأراد صاحبها هدمها لأجل بنائها من جديد بناءً على غير الشكل، فهدمها إنسان، ثم أراد ذلك الإنسان البناء على الكيفية السابقة بينما لم يرد المالك ذلك، فإنه لا يبعد أن يكون للحاكم الشرعى جعل صلح قهرى بينهما على تأمل.

أما لو كان الحائط مثلاً قيمياً وهدمه وأعطاه القيمة، فالظاهر أن الهادم يستحق الأنقاض لعدم الجمع بين العوض والمعوض، كما ألمعنا إلى ذلك في كتاب الغصب، لكن لا- يبعد كون الأرش مقدماً على القيمة إذا أراحه صاحب الأنقاض، حيث إن الأرش يوجب رجوع العين إلى مالكتها مع التفاوت، والعين حيث كانت للمالك لا- وجه لخروجها عن ملكه بإرادته الهادم ويتدارك الداهب بالأرش.

ومنه يعلم أنه لو أراد الهادم بناء الجدار مثلاً- من باب كونه مثلياً، ودار الأمر بين البناء بالأنقاض أو غيرها وجب عليه البناء بالأنقاض، لأن الأنقاض عين مال المالك، فلا وجه لتبديلها إلى غير الأنقاض.

ومما تقدم علم وجه النظر في قول المسالك، حيث إنه قال بعد كلام الشهيد في الدروس: (وفيه مناسبه إلا أنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثليه في الفات، فإنه محض صفة، إذ الأعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيده، فالقول بالأرش مطلقاً أوضح) انتهى.

كوجه النظر في قول مفتاح الكرامه، حيث علق على قول الشهيد: بأنه (لعل الأولى على القول بالأرش أن يكون ما يصرف في بنائه بمثل البناء الأول

كما نبه عليه في مجمع البرهان، فالجدار وإن كان قيماً باصطلاحهم إلا أن العرف قد يقضى بالمماثلة في بعض الجدران، إذ المطلوب منه كونه حائلاً ومانعاً، ولا يريدون في مثل ذلك إلا المماثلة في الجملة، مؤيداً بما عرفته من حال الأرش، فتفصيل الدروس لا بأس به) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده المثل، فإذا لم يمكن وأمكن الأرش فالأرش، وإذا لم يبق محل للأرش فالقيمه.

ثم إن الشريك لو هدم الحائط بأمر الشريك أو بإذنه لا تجب عليه الإعادة، للأصل بعد أن الإذن أو الأمر بالهدم ليس في مقابل الإعادة حتى يقال بأنه نوع تعامل.

نعم لو أذن الشريك بالهدم بشرط الإعادة، أو أمر به بشرطه، وجبت الإعادة لمقتضى وجوب الوفاء بالشرط، وليس الشرط ابتدائياً، بل الشرط في قبالة شيء، ولذا لا حاجة إلى كون الشرط في عقد لازم حتى يجب الوفاء به، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة أنه من قبيل: ألق متاعك في البحر وعلني بدله، ولا مجال للأرش هنا إطلاقاً، لأن الهدم كان في قبالة البناء بالشرط حتى إذا لم نقل بأن الجدار مثلي، فهو مثل أن يقول له: اهدم الجدار على شرط أن تعطيني ديناراً.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر أصلاً أو نقلاً، حيث قال: (ولو هدمه بإذن شريكه وشرط إعادته وجب ذلك إذا كان الشرط في عقد لازم، بل قد سمعت ما في التذكرة في نظيره من أنه كذلك قولاً واحداً، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الأرش، ولعله لعدم إمكان الشرط، لما عرفت من عدم إمكان ضبط الصفه إلا أنه كما ترى، فإن عود الشيء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفاً ممكن وواقع، بل من ذلك يعلم قوه ما ذكرناه أولاً) انتهى.

إذ ظهر أولاً: الإشكال فى لزوم كون الشرط فى عقد لازم.

وثانياً: إنه لا وجه للأرش إطلاقاً.

وثالثاً: إنه لا يتوقف على كون الحائط مثلياً.

وحيث يلزم الشرط لا فرق بين أن يشترط إعادته كما كان، أو إعادته على شكل آخر، كما إذا كان الحائط بحجم ذراع فشرط إعادته بحجم ذراع ونصف، أو بحجم نصف ذراع، أو بطول أكثر أو أقل، أو بماده أمتن أو أهش، إلى غير ذلك، ولذا قال الجواهر أخيراً: (وبالجملة القول بوجوب الإعادة بحيث يصدق عليه عرفاً أنه أعاده قوى جداً فى صورته عدم الشرط، فضلاً عما لو شرطه) انتهى.

فلو لم يعده أجبره الحاكم، وإن لم يمكن جبره حق له التقاص بأخذه من ماله وبنائه، فإن لم يمكن التقاص فله أن يستعيد بناءه بنفسه، ويكون له الأكثر من باب التقاص بقدر المصارف، مثلاً كان لكل واحد النصف وكان الحائط بألف فلما بناه بألف ومائه مثلاً كان لهذا البانى من ألف الحائط ستمائه وللآذن أربعمائه، أى كان له ستة أعشار بينما كان له سابقاً خمسة أعشار، لأنه نوع من التقاص كما هو واضح.

ثم لو بناه بأكثر أو أقل أو بغيره، كما لو بناه بالآجر لا الإسمنت، وقد كان الإسمنت حسب الشرط، ففي الأول لم يستبعد أن يكون التفاوت للبانى، لأنه سعيه كما ذكرنا مثله فى كتاب الغصب، وفى الثانى إن أمكن الإتمام أجبر، وإلا كان مديوناً للآذن بقدر النقص، ويأتى هنا ما نذكره فى الثالث أيضاً من الفسخ، وفى الثالث حيث لم يف بالشرط كان للآذن الفسخ، فإذا فسخ يعمل بمقتضى ما إذا لم يأذن من الابتداء، وحيث ذكرنا تفصيل أمثال هذه الأمور مع

أدلتها فى كتاب الغضب فلا حاجة إلى الإعادة.

ثم إنه لو استأذنه فى الهدم والبناء، فقال الآذن: أذنت لك على شرط أن يكون لى أكثر مما كان لى فى السابق، أو أن يتحول المشاع إلى الكلى فى المعين، أو الكلى فى المعين إلى المشاع، جاز ذلك لمكان الشرط، وبالأولى إذا اصطاح على ذلك، وكذلك الحال لو وافق أحدهما فى أن يهدماه وبينه، أو يهدمه وبينان، أو يهدمان وبينان، إلى غير ذلك.

قال فى الجواهر: (ولو اصطاح الشريكان على أن بينياه ويكون لأحدهما أكثر مما كان له، فعن الشيخ بطلان الصلح، لأن فيه اتهاب ما لم يوجد، وفيه إنه يكفى مشاهدته الآلات أو وصفها ومشاهدته الأرض. ودعوى أن الجدار جزء صورى من التأليف لا يمكن ضبطه، يدفعها أن الصورة صفه تابعه للموهوب، وضبطها ممكن، وإلا- لما جاز الاستيجار على البناء المقدر بالعمل، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما فى العمل وغيره، التى يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض فى الصلح، على أنه يمكن القول هنا بأن الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عدله، والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له قدر من الملك، وكذا بعد اقتضاء تعليق الملك فى عين وهو ممتنع لامتناع الأجل فى الملك، إذ قد تدفع أيضاً بأن هذا الصلح يجرى مجرى الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق، وعلى الارتضاع بجزء من العبد، فإنه يملكه فى الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره، وعلى هذا يملك الأ- أكثر مبنياً. كل ذلك مضافاً إلى ما سمعته غير مره من كون الصلح عقداً مستقلاً برأسه لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده) انتهى ملخصاً، وهو كما ذكره.

ومنه يعرف ما إذا كان الشرط أو الصلح على أن لا يملك أحدهما شيئاً بعد

البناء، إذ قد يكون ذلك عقلاً، كما إذا كان أحد الشريكين فقيراً لا يملك بناء الحائط وهو مشرف على الانهدام، فيستأذنه شريكه في أن يهدمه وبينه على أن يكون كل الحائط له، أو أن يكون الحائط قوياً لكن هذا الشريك المرید للهدم والبناء فيه مصلحة لهذا الهدم والبناء، فيستأذنه في أن يهدمه وبينه على أن يكون كل الحائط للآذن.

وكذلك الحال إذا أراد أحد الشريكين في الدار ونحوها هدم الدار وبناءها من جديد، أو تصبغ الدار أو إضافة شيء أو تقليل شيء أو ما أشبهه، فيقول: إنى أصبغ كل الدار على أن تكون الأجره والأعيان من كيسى مثلاً، ويصبح بعد ذلك مشتركاً بينى وبينك، إلى غير ذلك مما تختلف الدواعى والأغراض العقلانيه فيها.

بل وكذلك الحال فى المفروز، كما إذا ورثا الدار من أبيهما، ثم قسماها، نصفاً لهذا ونصفاً لذاك، فيشترط أحدهما أن يصبغ كل الدار بشرط التبدیل بأن يكون النصف المعين الذى عين لأخيه للصابغ ونصفه الذى للصابغ لأخيه، وكذلك إذا أفرز الدار نصف لهذا ونصف لذاك، ثم استأذن أحدهما أخاه فى أن يبنى حائطاً بين النصفين ليكون ساتراً لعائلته على شرط أن يكون الحائط ومبناه الذى كله له أو بعضه له للأخ الآذن، إلى غير ذلك.

ولو أراد أحدهما من الآخر بناء نصف الحائط فى الدار المفروزه بينهما، ولم يرده الآخر، لم يجبر الآخر على ذلك، لقاعده «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»^(١)، وإنما للذى يريد البناء إذا لم يتمكن من أن يعيش فى مثل هذه

ص: ٣٠٧

الدار ولا يتمكن أن يبني حائطاً في نصفه المختص به أن يبيع أو يؤجر أو يصالح أو ما أشبهه.

نعم إذا أراد أن يبني حائطاً في نصفه الخاص به لا حق لشريكه في منعه بحجه أن الحائط يسبب قله النور والهواء وما أشبه بالنسبه إلى نصفه، لأنه حر في عمله، فلا- حق لشريكه في المنع، كما أن لهذا الباني للحائط في ملكه أن يجعل في الحائط الكوه والروشن وما أشبه على نحو ما تقدم في بعض المسائل السابقه.

نعم إذا سبب الحائط تلفاً عليه مثلاً، يحق له المنع، كما إذا قسما الدار من الباب، فإذا نصب هذا الحائط إلى الباب ضاقت حصه الشريك بما لم يتمكن من الدخول، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في الشيء الذي لا يمكن تقسيمه في باب الشركه.

ويصح التصالح بين الشريكين أو الاشتراط بأن يكون من أحدهما آلات بناء الحائط ومن الآخر البناء أو إعطاء الأجره، وما أشبه ذلك من أنحاء التقسيمات.

ص: ٣٠٨

(مسألة ١٤): قال في القواعد: ولو طلب قسمته طولاً أو عرضاً جاز.

وفي مفتاح الكرامه: لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولاً أو عرضاً جاز، وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد، وظاهر الأخير الإجماع عليه، حيث قال: جاز قطعاً، وتأمل في قسمته عن رد التحرير.

والقسمة تحصل بنشر الحائط وبالعلامه، ووجه الجواز فيهما بالنحوين أن لهما هدمه كله إذا تراضيا عليه، وإذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالأولى، ولا أثر لحصول النقص بالنشر لو اختاره.

ووجه ما في التحرير ما قاله فيه، قال: (لو اتفقا على قسمته عرضاً احتمال جوازه لانحصار الحق فيهما، وعدمه لعدم تمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه، فإنه لو وضع خشبه على أحد جانبيه كان ثقله على الحائط أجمع، ومعناه أنه إن وضع خشبه على نصيبه موجب لتعدى الثقل والتحمل إلى الآخر)، إلى آخر كلامه.

ومن الواضح ضعف ما في التحرير، لأن الملك لهما، فإذا تراضيا على ذلك فلا مانع، كما ذكره غير واحد.

ومما تقدم يظهر جواز كل أقسام القسمة، سواء أفقياً أو عمودياً أو عمقياً، مستقيماً أو مورباً أو على أقسام آخر، كجعل كل قطعه لأحدهما مجاوراً لقطعه أخرى للآخر، أو على نحو الاستداره أو التعريج أو التضليع أو ما أشبهه، ولو كان الحائط في داخله فراغ صح أن يقسما الفراغ أيضاً بينهما، أو أن يجعلاه لأحدهما، كما يصح تقسيم الحائط حسب المواد، مثلاً الحائط المركب من الإسمنت والحديد يجعل الحديد لأحدهما والإسمنت للآخر، وكذلك الحائط المركب من الأخشاب والأحجار يجعل الأحجار لأحدهما والأخشاب للآخر، إلى غير ذلك من الصور.

ولا فرق في كل ذلك بين تساوى الحائط في القوه والضعف

أو الاختلاف، فيجوز أن يجعل نصيب أحدهما الضعيف ونصيب الآخر القوى عن رضا بينهما.

وكما يصح التقسيم بالتساوي فيما إذا كان لكل واحد منهما النصف، كذلك يصح أن يجعل التقسيم بالتفاوت، وبالعكس، كما إذا كان لهما متفاوتاً فيقسمانه متساوياً، وكذا يصح أن يدخل الأس أو الخشبه التي فوق الحائط في التقسيم أيضاً، أو لا يجعله بأن يقسما نفس الحائط فقط، أما الخشبه التي على فوقه أو الأس الذي تحته يكون مشتركاً بينهما، وكذلك العكس بتقسيم الأس والخشبه دون الحائط.

ومما تقدم يعلم صحه ما ذكره في مفتاح الكرامه، حيث قال: (لو كان طوله عشرًا وعرضه ذراعين واقتسما في كل الطول ونصف العرض ليصير لكل واحد ذراع في طول عشر جاز، وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول ليصير لكل واحد منهما طول خمس في عرض ذراعين، وهذا الذي حكيناه في القسمتين هو المذكور في التذكرة والدروس وجامع المقاصد) انتهى.

وهل يصح أن يجعل لأحدهما السطح فقط وللآخر البقيه مثلاً، والفائده أن السطح يكتب عليه ما يشاء من الدعايه والإعلان ونحو ذلك، لا يبعد الصحه، وكذلك الحال فيما إذا جعل لأحدهما السطح الفوقاني الذي سميناه عمقاً، لأن الظاهر من الحائط غالباً ثلاثه سطوح: سطح الداخل، وسطح الخارج، وسطح فوق، بل وكذا الحال في السطح الرابع إذا كان الحائط شبه المعلق كما يتعارف في بعض البنايات في الحال الحاضر مما يصنع للجمال فيجعل الحائط مربعات فارغه أطرافها الأربع، وإنما يتماسك بأعمده خفيفه من فوق أو من تحت أو من أحد الطرفين.

ثم إن الجواهر قال: (لا خلاف ولا إشكال في جواز قسمه الجدار المشترك

طولاً وعرضاً، وطوله امتداده من زاوية البيت مثلاً إلى الزاوية الأخرى لا ارتفاعه عن الأرض الذي هو عمقه، والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع، فلو كان طوله عشراً وعرضه ذراعين فاقسما في كل الطول ونصف العرض فيصير لكل واحد منهما طول عشره أذرع في عرض ذراع جاز، وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسه أذرع في عرض ذراعين) انتهى.

وقد تقدم هذا المثال في مفتاح الكرامه، لكن كان عليهما أن يذكر أيضاً القسم الثالث من التقسيم، وهو التقسيم في ارتفاع الحائط بأن يجعل النصف التحتاني لأحدهما والنصف الفوقاني للآخر، وهو ما اصطلحوا عليه بالعمق، فيكون العمق التحتي بكل الطول والعرض لأحدهما، والعمق الفوقي بكل الطول والعرض للآخر، إذ قد عرفت صحه كل الأقسام الثلاثة، بالإضافة إلى الأقسام الأخر التي ذكرناها سابقاً.

ولا يختلف الحال بين أن يكون أحد الثلاثة أكثر من الآخر أو كل الثلاثة متساويه، كما إذا كان طول الحائط ذراعين في عرض ذراعين في عمق ذراعين، بأن يكون مكعباً متساوي الأضلاع حسب الاصطلاح، كما أنه لا يلزم أن يكون متساوي الأضلاع، بل مربعاً مستطيلاً أو غير مستطيل، بل يصح أن يكون على شكل ذى الزنقه أو المعين أو غير ذلك من الصور المذكوره في الهندسه.

وهل تصح التقسيم المهاياتي، بأن يكون الحائط في سنه لهذا، وفي سنه لذاك، أو في أشهر لهذا، وفي أشهر لذاك، لا مانع منه عقلاً وإن كان يعوزه الدليل الشرعي، بل لم أجد ذلك عند العرف أيضاً، وإن كان ذكروا المهاياه في خدمه العبد ونحوها كسكنى كل واحد في الدار المشتركه سته

أشهر مثلاً، أو انتفاع كل واحد بالشىء الموقوف فى زمان محدد، كأن ىركب السياره مثلاً أحدهما ليلاً والآخر نهاراً، حيث إن عمل أحدهما فى الليل وعمل الآخر فى النهار، إلى غير ذلك من الأمثله.

ولا يبعد أن يقال بصحه الصلح المهايأتى فى الدار وغيرها، بأن يتصالحا على أن تكون الدار لهذا فى أشهر الصيف والخريف، ولذلك فى أشهر الشتاء والربيع، وإن كانت المسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل والتتبع.

ثم إن القواعد قال: (ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول ونصف العرض، وكذا فى نصف الطول وكل العرض).

وفى مفتاح الكرامه: (كما فى التحرير، وجزم فى التذكرة بعدم الإيجاب فى الأول، وقال فى الثانى: إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أجبر عليهما، وإن تضرر الممتنع لم يجبر، ومقتضى كلام الدروس الإيجاب أيضاً على القسمين عند انتفاء الضرر فى الثانى، وقد نفى عنه البعد فى جامع المقاصد، وفصله فى عباره الكتاب بقوله: (وكذا) لعله يشعر بأنه أضعف فى الحكم من الأول، ولا ترجيح فى المبسوط، لأنه قال: فى الناس من قال: لا يجوز الإيجاب على قسمة الحائط طوياً وعرضاً، وفى الناس من قال: يقسم طول الحائط ولا يقسم عرضه على حال، لأن قسمة لا تتصور، ووجه عدم الإيجاب فى الأول أنه لو أوجبناها على هذا النحو لكان لا محيص عن القرعه فى التخصيص، لأن المفروض عدم تراضيهما معاً، والأخذ بغير قرعه ولا تراضى مناف للقسمة ولا نظير له فى الشرع، والقرعه ربما وقعت لأحدهما على الشق الذى يلى الآخر، فلا يتمكن من الانتفاع بما وقع له، ولعدم إمكان فصل كل سهم عن الآخر، لأنه إن اكتفى بالعلامه أعنى خطأً بين السهمين كان بناء أحدهما على نصيبه موجباً لتعدى الثقل والتحامل إلى الآخر، وإن كان

بالنشر ضعف الجدار وتناقصت قوته، ووجه العدم فى الثانى أنه لو فصل بالعلامه لزم تعدى الثقل إلى الآخر، وإن كان النشر لزم إتلاف شىء من الجدار ولا إجبار مع الإضرار، لكن هذا الإتلاف هين لأنه بمنزله قسمه الثوب الصفيق، والقرعه التى هى معيار القسمه ممكنه هنا بخلاف الأول، ووجه ما حكاه فى المبسوط من أنه لا تتصور قسمته أنا وجدناه اصطلاح فيه على تسميه قسمه العرض بقسمه الطول وبالعكس) إلى آخر كلامه.

أقول: مقتضى القاعده صحه كل التقسيمات مع رضاهما، كما أنه لا كلام إذا لم يرضيا بالتقسيم، إذ لا وجه للتقسيم مع عدم رضا أى منهما، اللهم إلا إذا كان بقاء الشركه يوجب الفساد مما يلزم على الحاكم الشرعى التقسيم، وأما إذا طلب أحدهما التقسيم دون الآخر فالحاكم يفصل بينهما بما لا ضرر فيه على أحدهما، فإذا كان فى التقسيم بنحو ضرر دون التقسيم بنحو آخر، قدم ما لا ضرر فيه على ما فيه الضرر، ولو كان فى كليهما ضرر قدم أقلهما ضرراً، وإن لم يكن فى أى التقسيمين أو التقسيمات ضرر وطلب كل منهما أحد التقسيمين، أو كانوا ثلاثة وطلب كل من الثلاثة تقسيماً من التقسيمات الثلاثة: أحدهم طويلاً والآخر عرضاً والآخر عمقاً، كان المجال للقرعه، لأنها لكل أمر مشكل، فحال المقام حال ما إذا كانت الأرض مثلاً لهما وطلبا التقسيم وأحدهما يريد تقسيمها عرضاً والآخر يريد تقسيمها طويلاً، وأنه لا أولويه لتقديم هذا على ذاك، أو ذاك على هذا، وحينئذ يكون المجال للقرعه.

لا يقال: لما ذا لم يكن المجال لرأى الحاكم.

لأنه يقال: قد ذكرنا فى بعض مسائل هذا الكتاب، وفى أماكن آخر من الفقه: أن الحاكم الشرعى موضوع كالحاكم العرفى، فكل شأن يرجع فيه

إلى الحاكم العرفي يرجع فيه إلى الحاكم الشرعي، وكذلك في جهة السلب، فكل ما لا يرجع فيه إلى الحاكم العرفي لا يرجع فيه إلى الحاكم الشرعي، وليس من المتعارف الرجوع إلى رأى الحاكم في اختصاص هذا القسم بهذا، وهذا القسم بهذا، وإنما في العرف المرجع القرعه، والشارع أيد القرعه، فاللازم أن يكون المجال للقرعه لا لرأى الحاكم، فتأمل.

ومنه يعلم محل التأمل في كلام التحرير، حيث قال: (لو كان بينهما عرصه جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولاً وعرضاً، ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمه طولاً والآخر عرضاً، أجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه، ولو كان فيهما ضرر لم تجز القسمه، ولو طلب أحدهما القسمه عرضاً ولا يفي العرض بحائطين لم يجبر الممتنع، وإن وفي بهما احتمال الإيجاب لانتفاء الضرر، وعدمه لانتفاء القرعه، إذ معها ربما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا يتنفع به، ولو أجبرناه لأجبرناه على ما يليه من غير قرعه ولا مثل له في الشرع) انتهى.

ومما تقدم ظهر أنه يصح تقسيم الحائط بأن يكون بطنه الذي إلى الدار لأحدهما، وظهره الذي إلى الشارع للآخر، لانتفاع كل منهما بالبطن وبالظهر من جهة وضع الجذع، وكتابه اللافات، أو وضع الجذوع في ذاك الجانب من الشارع على الوجه الذي إلى الشارع، إلى غير ذلك من الفوائد، فإن تراضيا فهو، وإلا فإن تراضيا على القسمه ظهراً وبطناً لكن اختلفا في أن كل واحد منهما يريد الظهر مثلاً أو البطن يكون المجال للقرعه، بل إذا كان الحائط بين داريهما مشتركاً بينهما يصح جعل أحد طرفيه لأحدهما والطرف الآخر للآخر، فإن تراضيا أن يكون الطرف المخالف لهذه الدار والطرف الموافق للدار الثانيه فهو، لأنه ملكهما، ولعل لكل واحد المصلحه في أخذ الجبهه المخالفه لداره،

وان لم يرضيا إلاّ- بالتقسيم ظهراً وبطناً، وكل واحد أراد الظهر مثلاً أو البطن، فإن المجال للقرعه، وإن خرج حصه هذه الدار
مواجهه لتلك الدار، وحصه تلك الدار مواجهه لهذه الدار.

ص: ٣١٥

(مسأله ١٥): قال فى القواعد: (لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه فى ملك غيره ولم يعلم سببه، فالأقرب تقديم قول مالك الأرض والجدار فى عدم الاستحقاق).

وعن المبسوط أنه قال: (إنهما إذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط، ولا يعلمان على أى وجه وضع، ثم انهدم السقف، فإنه ليس لصاحب الحائط أن يمنع من رده، لأنه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع به بحال بلا خلاف).

وفى مفتاح الكرامه إنه خيره الدروس، وفى التحرير فى استحقاق الاستمرار نظر، والمخالف المحقق الثانى فى جامع المقاصد، وقد رمى قول الشيخ بالضعف مع أنه نفى الخلاف فيه، وظاهره بين المسلمين، ولعله لأن الاستحقاق يتوقف على أمور كثيره، والأصل عدمها، إلا- أن يقال: إن الظاهر ظاهر يد فتنقطع الأصول، ومقتضى القاعده أنه إذا لم يعلم الوجه فاللزم البقاء لأنه مقتضى اليد، وإذا فرض أنه لم يحكم بمقتضى اليد فالقاعده الاستصحاب.

ومنه عرف وجه النظر فى قول القواعد المتقدم، وإن وافق عليه جامع المقاصد لأصالة عدم الاستحقاق فى ملك الغير، ولأن اليد تقتضى الاختصاص والانتفاع، والوضع أعم من الاستحقاق، وغايته أن يكون بحق وهو أعم من العاربه التى يجوز فيها الرجوع، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (إن الأصل فى تصرف المسلم ويده أن يكون بملك واستحقاق حتى يعلم عدمه، فالمتجه حينئذ فيما فرضه فى الدروس وجوب الإبقاء)، وقد أفتى الجواهر بنفسه على طبق ذلك قائلاً: (لو ملكا دارين متلاصقتين مثلاً فليس لأحدهما مطالبه الآخر برفع جذوعه عنه ولا- منعه من التجديد لو انهدم السقف إذا لم يعلم على أى وجه وضع، لجواز كونه بعوض) انتهى.

بل لا حاجة إلى جواز كونه بعوض، إذ من الممكن أن يكون الملك لإنسان واحد فباعه لهما بهذه الكيفية، إلى غير ذلك من المحتملات الموجبه للبقاء.

هذا كله إذا لم يعلما الكيفية، أما إذا ادعى صاحب الأرض أنها عاربه أو ما أشبهه، فمقتضى القاعده أن عليه البينه، فإن لم يأت بها حلف المنكر، وكان الشيخ نظر إلى ذلك حيث جعل البينه على مدعى العاربه واليمين على الآخر.

ومنه يعلم أنه لو ادعى مالك الأرض أن صاحب الخشب ونحوه اغتصب، وأنكر صاحب الخشب، أو قال: لا أعلم، حيث كان وارثاً أو ما أشبهه، فإن على مدعى الغصبيه البينه، وعلى الطرف الآخر اليمين على العدم، أو على عدم العلم.

أما لو انقلب صاحب الخشب مدعياً، بأن ادعى الاِشْتِراء مثلاً من صاحب الأرض أو المصالحة أو الإجاره أو ما أشبهه، وأنكر صاحب الأرض، فعلى المدعى البينه، وعلى صاحب الأرض اليمين.

وقد تقدم شبه هذه المسأله في ما إذا كان أحدهما يدعى الهبه والآخر الإجاره أو نحو ذلك مما كلاهما على خلاف الأصل، فلا حاجة إلى التكرار.

قال في القواعد: (إذا استحق وضع خشبه على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الإعاره).

وفي مفتاح الكرامه: (كما في التذكرة وجامع المقاصد، وكذا التحرير، والفرق أن الإعاره إذن في الوضع فلا تفيد التكرار ما لم يصرح به، وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى فيه استحقاق، أما إذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم إلى أمد معين، فإنه يقتضى استحقاق الإعاده، للقطع ببقاء الاستحقاق بعد السقوط، بل يجبر على بناء الجدار والخصوصيه غير ملحوظه) انتهى.

ومن الواضح، أن المراد بالإعاره غير اللازمه، وإلا فإذا كانت الإعاره لازمه

بكونها شرطاً في ضمن عقد لازم ونحوه، فحال الإعاره حال غيرها، ولعله داخل في قوله المتقدم: (أما إذا كان الوضع بعقد لازم إلى أمد معين) إلى آخره.

كما أنه إذا كان استحقاق الوضع بعقد لازم، لكنه لم يعلم هل العقد سار المفعول إلى ما بعد السقوط، أو انتهى العقد إلى وقت السقوط، كما إذا كان إجاره محدود بوقت السقوط مثلاً، أو ممتده، لم يستبعد أن يكون الحكم كالإعاره، لأصالة عدم امتداد الإجاره كما في سائر الإجازات، كما إذا استأجر الدار ثم اختلفا في أنه هل كانت الإجاره لمدته شهر، أو لمدته شهرين، فإن المدعى عليه البيئه بالنسبه إلى الزائد على القدر المتيقن. ولعل مراد مفتاح الكرامه مستحقاً بعقد لازم إلى أمد معين، ما لا يشمل مثل ذلك.

وحال الصلح حال الإجاره إذا شك في أن الصلح هل كان لأمد معين بالسقوط أو أكثر من ذلك.

ثم إذا كان خشبه موضوعاً على الحائط بالإعاره أو نحوها مما له الحق في أخذ الخشبه متى شاء، لكنه صادف أن كان أخذ الخشبه مستلزماً لسقوط حائطه أو انهدام غرفته أو ما أشبهه، فالمسأله من باب تراحم الحقين، حق سلطنه صاحب الخشبه، سواء تضرر بالإبقاء أو لم يتضرر، وحق تضرر صاحب الحائط والغرفه وما أشبهه، وقد ذكرنا في كتاب الغصب مسائل من هذا القبيل، كما إذا استلزم اخراج الدابه من الدار كسر الباب، وكان إبقاء الدابه في الدار منافياً لسلطه مالك الدابه عليها، وكذلك في سقوط الدينار في المحبره، وإدخال الدابه رأسها في القدر، إلى غير ذلك من الأمثله، فلا حاجه إلى الإعادة هنا.

قال في القواعد: (ولو خيف على الحائط السقوط، ففي جواز الإبقاء نظر).

وفي مفتاح الكرامه: (ونحوه ما في الإيضاح والحواشي من عدم الترجيح، وفي

التذكّره: إن الأقوى تحريم الإبقاء لما فيه من الضرر العظيم، وفي جامع المقاصد: إن الأصح جوازه، لأن الإزاله ضرر، والضرر لا يزال بالضرر، مضافاً إلى أن له حق البقاء فيستصحب، وقد يقال: إن الضرر العظيم يزال بالضرر الأقل، وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً، أى قاصداً للضرر، وقد تقرر أنه يمنع، ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والإعارة ما لم يبذل الأرض في الإعارة فتجب الإزاله حينئذ) انتهى.

والمسألة من قبيل الفرع السابق، حيث إن لكل من الطرفين دليل السلطنة ودليل «لا ضرر»، فإذا تعارضاً قدم الأهم على المهم من باب القاعده، فإذا كان في بقاء الخشبه احتمال ضرر صاحب الحائط بسقوطه أو تصدعه بما يوجب تضرره عشره، أما في رفع الخشبه فتضرر صاحبها لانهدام العماره التي على الخشبه بمائه، فإنه لا وجه لرفع الخشبه، وإنما مقتضى القاعده أن يكون الضرر موزعاً عليهما على حسب قاعده العدل، إذا تضرر صاحب الحائط ببقاء الخشبه بالتصدع ونحوه، إذ لا وجه لتحمل أحدهما كل الضرر، وإن كان الضرر الأقل، ويتصور المسألة فيما إذا باع صاحب الدار الدار والحائط لزيد، والخشبه فما فوقها لعمرو، حيث إن لكل واحد منهما الحق فيما اشترط.

ومما تقدم يعرف الكلام في كون الأمر على نحو الإجاره أو الإعارة أو نحو ذلك، فلا حاجة إلى إعاده الكلام.

(مسأله ١٦) قال فى الشرائع: (إذا تنازع صاحب السفلى والعلو فى جدران البيت، والمراد بالجدران الحامله للعلو، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه، ولو كان فى جدران الغرفه، فالقول قول صاحبها مع يمينه).

وفى المسالك بعد أن نسب فتوى الشرائع إلى المشهور قال: (ويعضده أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفه جزؤها فيحكم بها لصاحب الجمله، وقال ابن الجنيدي: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحده، بخلاف جدران الغرفه، إذ لا تعلق لصاحب البيت به إلا كونه موضوعاً على ملكه، وارتضاه فى المختلف وهو قول جيد، لكل الأول أجود) انتهى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ويحكم لصاحب السفلى بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفه): (إنه هو الذى أفتى به المبسوط والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان، وإنه فى الروضه نسبه إلى الأشهر، ثم استدل بالدليل السابق، وأضاف أن الظاهر أن وضع اليد على البيت وضع على جدرانه، وكذلك الغرفه).

لكن فى الجواهر المناقشه فى الحكم المذكور قال: (فيه إنه بعد فرض التنازع فى ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفه له مع فرضه ما عدا محل النزاع منها، وإلا لم يكن ثم وجه للمخاصمه كى تتوجه اليه على أحدهما واليمين على الآخر، فلا دليل حينئذ للحكم المزبور إلا دعوى استقلال يمين كل منهما على ما ادعاه، فيكون القول قوله مع يمينه).

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره المشهور، لوضوح أن صاحب البيت هو ذو اليد على جدران البيت، فهو منكر، وصاحب الغرفه مدع، فإذا لم يأت المدعى بالبينه كان على المنكر اليمين، وكذلك بالنسبه إلى جدران الغرفه، فإن جدران

الغرفة غير مرتبطة بالبيت، فصاحب الغرفة هو ذو اليد عليها، أما صاحب البيت فهو مدع، فإن أقام البيته فهو، وإلا- كان على صاحب الغرفة اليمين.

ومنه علم وجه النظر في فتوى ابن الجنييد من التفصيل، كما يعلم وجه النظر في مناقشه الجواهر أولاً: في دليل المشهور بقوله: (قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفلى على جدار بيته مع فرض تصرف صاحب العلوية وبالبناء عليه وبمنع استقلال صاحب العلوية مع فرض تصرف صاحب السفلى باتصاله بالعالى بملكه على وجه هو كالجزم منه وبالاستكنان تحت السقف المعلق عليه، والتصرف فى الجدار إنما هو بالتصرف فى بعض أجزائه لأنه شىء واحد عرفاً) انتهى.

ولذا قال أخيراً: (اللهم إلا أن يدعى الاستقلال عرفاً منهما على كل منهما، خصوصاً فى جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنييد كالسقف الأعلى، وأن ما ذكرناه ليس من الأماره على اشتراك اليد فى العاده فيتجه حينئذ قول المشهور) انتهى.

لكن ينبغى أن يستثنى من ذلك ما إذا كانت قرائن توجب أن يرى العرف أن صاحب الغرفة الفوقاني ذا يد على الجدار التحتاني، وبالعكس، كما إذا بنيت القبة وجعل السقف الذى بين الغرفتين شيئاً طارئاً، فإن الساكن فى التحت ظاهر يده أنه يد على كل القبة، وساكن الغرفة الفوقانيه ذو يد على أرضيه غرفته لا على حيطانها التى هى شىء واحد مع التحتاني، وكذلك إذا لم يكن بنحو القبة، وأنها كان البناء من التحت إلى ما فوق واحداً، وإنما الغرفة الفوقانيه أرضها كالأجنبي الموضوع على الحيطان الأربعة فى أطرافها، وهكذا إذا كانت الغرفة الفوقانيه كالجناح فى وسط الدار، حيث إن الدار بنيت ككل، وإنما أخرج من بعض الحيطان الجناح، إلى غير ذلك مما يرى العرف أن الفوق

تابع للتحت، وأن صاحب التحت هو ذو اليد، وكذلك الحال في العكس بأن كانت الغرفه التحتانيه كالقطعه غير الملائمه، وإنما صب العماره كلها صب الغرفه الفوقانيه إلى الأسس الموضوعه على الأرض خصوصاً إذا كانت الغرفه الفوقانيه أو التحتانيه لا تلائم الحيطان، بأن كانت الحيطان منحرفه عن أرض الغرفه مما يدل على عاريه أرض الغرفه في حيطان غير مرتبطه بها، سواء كان هكذا في فوق أو هكذا في تحت.

وهذا الشيء يشاهد كثيراً ما في البنايات التي تصنع تحتها الكراجات، ثم يجلس في بعض تلك الكراجات بعض الناس بعد بنائهم غرفه عاريه لأنفسهم هناك، وكذلك بالنسبه إلى سطوح البنايات حيث تبني غرفه عاريه فوق السطح مما يرى العرف أن صاحب البنايه هو ذو اليد على السرداب الذي في التحت أو الكراج أو السطح، إلى غير ذلك من الأمثله.

والحاصل: إن المرجع العرف، حيث إنهم يرون أن هذه الحيطان للفوقاني أو التحتاني، ولو اختلف العرف أو شكوا فالمرجع بعد عدم البينه من أحد الجانبين أو وجود البينه في كليهما، والحلف أو عدمه من كليهما، قاعده العدل، كما هي المرجع في أمثال المقام.

(مسألة ١٧): قال في الشرائع: (ولو تنازعا في السقف، قيل: إن حلفا قضى به لهما، وقيل: لصاحب العلو، وقيل: يقرع بينهما، وهو حسن).

وفي القواعد: (وأما السقف، فإن لم يمكن إحداثه بعد بناء العلو كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده، فهو لصاحب السفلى، لدلاله اتصاله ببنائه على التصريف، وإن كان بحيث يمكن إحداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين، فهما مشتركان فيه، فيتحمل التسوية لأنه أرض لصاحب العلو، وسماء لصاحب السفلى، واختصاص الأول والثاني) انتهى.

أقول: إذا لم يمكن الإحداث كما هو الفرع الأول للقواعد، كان العرف يرون أن صاحب السفلى هو ذو اليد، ولذا يحكم به له، وهذا هو المحكى عن التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه.

وفي مفتاح الكرامه: (إن ظاهر الأخيرين أنه ليس محل خلاف، لأن الأزج بناء يعقد فوق الجدران بالجص والآجر، ولا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو، لأنه لا بد من إخراج بعض الأجزاء ونحوه عن سمت وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملاً للعقد فيحصل الترصيف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر، وذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإن اتصاله ببنائه أقضى كون اليد له) انتهى.

لكن لا يخفى أن الأمر لا يخص مثل ذلك، إذ في ظروفنا الحاضرة تكون العمارات أحياناً مبنية من فوق بسبب الحديد أو الأسمنت أو حتى بالآجر، كما لا يخفى على من يعرف الموازين الهندسية في الحال الحاضر، فإنهم يبنون بنايات — حتى إذا كانت من عشر طوابق — من فوق ويتدرجون إلى تحت، وذلك للسهولة،

ولتمكن الجمع بين البناء والتصنيع بعد ذلك بدون أن يسبب ذلك تلوث التحت بعد التصنيع في فوق، كما هو الظاهر لمن رأى أمثال هذه البنايات.

والحاصل: إن العرف إذا رآوا مع ملاحظه القرائن الخارجيه أن صاحب السفلى هو ذو اليد يحكم له به، لظهور أنه ذو يد، لكن بشرط أن يكونا هما اللذان عمرا الغرفتين، أما إذا احتملنا احتمالا عقلايياً أو علمنا بأن غيرهما عمّر وإنما اشترى من ذلك الغير أو صالح معهما فلا يأتى هذا الوجه المذكور فى الفرع الأول للقواعد، مما نقلنا توضيحه من مفتاح الكرامه.

ثم مع الشك بانقسام العرف إلى قسمين، قد عرفت فى المسأله السابقه أن المرجع إما تحالفهما أو ترك الحلف منهما، وإما بينهما أو عدم البيئه منهما، وفى كل الأحوال الأربعة التقسيم.

وأما الفرع الثانى للعلامه فقد ذكر فيه احتمالات ثلاث: التسويه واختصاص الأول واختصاص الثانى.

أما الاحتمال الأول، فهو المحكى عن المبسوط وتقويه الدروس، قال أولهما: إن لم يكن لأحدهما بينه حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، فإن حلفا كان بينهما نصفين، والأحوط أن يقرع بينهما، فمن خرج سهمه حلف وحكم له به، وعن الخلاف إنه قال: يقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به، وإن قلنا إنه يقسم بينهما نصفين كان جائزاً.

وأما الاحتمال الثانى، وهو اختصاص صاحب العلو به، فهو خيره السرائر والإرشاد والمختلف والحواشى وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وهو المحكى عن أبى على، وعن التذكرة: إنه لا بأس به، وعن الروضه: إنه ليس ببعيد، واستدلوا له بأن الغرفه لا تتحقق بدونه، والبيت يتحقق بدون السقف

وهما متصادقان على أن هنا غرفه فلا بد من تحققها، ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر.

وأما الاحتمال الثالث، وهو اختصاص صاحب السفلى به، ففي مفتاح الكرامه: لم نجد قائلًا به منا، وإنما هو لأبي حنيفه، استدل لذلك بأن السقف على ملك صاحب السفلى فكان القول قوله فيه، كما لو تنازعا سرجاً على دابه أحدهما، وعن الإيضاح توجيه هذا القول بأن الهواء تابع للسفل لأنه متوقف عليه.

وهنا احتمال رابع هو القرعه (١١)، وقد استدل عليه في محكى الخلاف بإجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعه، وهذا من الأمر المشتبه.

ولا يخفى ما فى الأدله المذكوره لغير القول الأول، إذ المرجحات الاستحسانيه لا توجب تحقق ذى اليد، والمعيار تحقق ذى اليد، وأما القرعه فإنها وإن كانت حسب القاعده فى موردها إلا أن المالىات ليست مورداً للقرعه، بل لقاعده العدل، كما ذكرنا تحقيقه فى بعض المباحث السابقه، ولذا لم يذكرها المشهور، فيبقى الأمر على القول الأول بالتساوى فى الصور الأربع، أى حلفهما أو تركهما، أو البيئه لهما أو عدم البيئه لهما.

ومنه يعلم أنه لا وجه لتوقف الإيضاح، حيث إنه لم يرجح شيئاً من الأقوال المذكوره.

ومما تقدم علم وجه النظر فى سائر الوجوه المذكوره لأحد الأقوال الثلاثه، مثل ما عن جامع المقاصد من شدة احتياج صاحب السفلى إلى السقف،

ص: ٣٢٥

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١١

وذلك دليل على أن السقف لصاحب السفلى، وأن الغرفة على البيت ولا تحقق إلا بعده، والبيت لا يتم إلا بالسقف، كاستدلال غيره على عكسه، وهو كون السقف لصاحب البيت، بأن اليد مختصة به دون الأسفل، لأن سكونه تحته ليس يداً عليه، إلى غير ذلك.

ثم لا يخفى أن المراد بكون السقف بينهما على نحو الإشاعة، لا على نحو أن يكون النصف الشرقي لهذا والنصف الغربي لهذا، أو النصف الجنوبي لهذا والنصف الشمالي لهذا، أو النصف الفوقاني لهذا والنصف التحتاني لهذا، نعم إذا كان هناك سقفان كما يتعارف كثيراً سقف فوقاني هو أرض الغرفة، وسقف تحتاني هو سقف البيت، وكل واحد يدهيها، لم يبعد التقسيم فوقانياً وتحتانياً، وإن كان فيه نظر أيضاً، لتعارف جعل السقف هكذا، خصوصاً في الأزمنة القديمة حيث يريدون عدم نفوذ الصوت من أحد الجانبين إلى الآخر، أو عدم نفوذ الحر والبرد وما أشبه.

ومنه يعرف الحال في المسألة السابقة، وهي مسألة الجدار فيما إذا كان الجدار بين الدارين جدارين بينهما فراغ أو تراب أو ما أشبه، كما يتعارف كثيراً في البناءات القديمة.

ثم إنه لو كان السقف تحته بيتان أو فوقه غرفتان، فاعترف أحدهما للآخر ولم يعترف الآخر، المشار به إنما تكون في غير المعترف به، أما المعترف به فلا نزاع، والأمر غير خاص بالبيت والغرفة، وإنما كذلك حال الدكانين أحدهما فوق الآخر، وحال الطابقين ولو في أعلى الطوابق كما إذا كانت العمارة عشرين طابقاً أو ما أشبه فاختلف صاحب التاسع عشر والعشرين في السقف بينهما.

وحيث يتعارف الآن بناء القبور ذات الطوابق، فالسقف بين التحتاني

والفوقانى أيضاً إذا اختلف الوليان فيه، يكون حاله حال السقف بين الغرفتين.

ثم إنه لو تعارف فى بلد مَرِيَا كون السقف للتحتانى أو الفوقانى، كان العرف الخاص مقدماً، على ما ذكرناه سابقاً لرؤيه العرف كونه ذا يد، وهكذا لو تعارف جعل علامه فى السقف فوقه أو تحته يدل على أنه للفوقانى أو التحتانى، ويأتى فى السقف أيضاً ما ذكرناه فى المسأله السابقه من الأمارات على ارتباط السقف بالفوقانى أو التحتانى من وحده البناء ونحوها.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى المنع الذى نقله صاحب المسالك، قال: (وربما منع الاشتباه هنا، لأن رجحان أحد الطرفين فى نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبه إلى الحكم)، ثم قال: (وموضع الخلاف السقف الذى يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأنزج الذى لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار، وهو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى، فيقدم قوله فيه بيمينه) انتهى. وقد أخذه عن العلامه كما عرفت، كما أن ما قبله أخذه الشهيد الأول عنه (رحمهم الله) أيضاً.

إذ يرد على المنع المذكور: أن الأمر ليس منوطاً بنظر الفقيه، وإنما بنظر العرف، والفقيه بما أنه أحد العرف يكون نظره مزيلاً للاشتباه، أما بما هو فقيه فلا، نعم الفقيه غالباً من أوسط الناس ذهنياً لكثرة مروره على الفروع والأمثله مما سبب له رياضه ذهنيه يتمكن من تطبيق الكليات على الجزئيات، وقول (إن الفقيه متهم فى حدسه) محل نظر، سواء فى الموضوعات أو فى الأحكام، فإن الممارسه توجب رفع الاتهام لا الاتهام، وقد ألمع صاحب الجواهر

إلى الإشكال فى مختار الشهيد الثانى مما ذكرناه سابقاً، حيث قال: (قد يناقش بأن ذلك لا ينافى وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضاً، الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره، وحينئذ يكون يد كل منهما عليه، فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور) انتهى.

ثم إن تبين أن السقف لهذا أو لذاك بالبينة أو بالحلف أو بغيرهما، فهل على من ظهر أن السقف ليس ملكاً له أن يعطى الإيجار لمن ظهر أنه ملك له أو لا، الظاهر أن هذا نزاع ثان، وأن صاحب الملك إن أقام بينه على أنه لا- حق لغيره فيه فعليه إعطاء الإيجار ونحوها، وإلا فمقتضى الاستصحاب حق الآخر فيه مجاناً، وقد ذكرنا فى بعض المسائل السابقة مباحث الدعوى، فإنه لا فرق فى تلك المباحث بين أن تكون فى الحائط أو فى السقف أو فى غيرهما.

وكيف كان، فقد ظهر مما سبق أنه لو تنازع الجميع، سواء كان فى غرف فى بيت، أو فى طبقات، أو فى ماكنه الكهرباء التى تزود كل البيت بالكهرباء، أو فى خزانات الماء الموضوعه فوق السقف لأجل إرواء الجميع، أو بالبداله للتلفون التى تعطى الغرف التلفون، أو ما أشبه ذلك، وادعى ملكه كلهم، فإن هنا يأتى أيضاً الصور الأربع، ويأتى قاعده العدل بالتقسيم بينهم جميعاً باعتبار أن جميعهم ذو يد، فلا- يقال: إن خزان الماء لما كان أقرب إلى الغرفه الفوقانيه من الغرفه التحتانيه إنه للفوقانى، أو إن ماكنه الكهرباء لما كانت أقرب إلى التحتانى من الفوقانى فهى للتحتانى، إلى غير ذلك من الأمثله.

والظاهر عدم الفرق فى التقسيم بالسويه فى الأمور الثلاثه التى ذكرناها وغيرها، بين سعه الشقق وضيقها، وكثره غرفها أو قلتها، مثلاً كانت شقه ذات أربع غرف، وشقه أخرى ذات ثلاث غرف، فإن تقسيم الماكنه بينهما على نحو سواء، لأن التنازع بين

الساكين، ولا ربط بالتنازع بالسعه أو الضيق، أو كثره أفراد أحدهما دون الآخر.

ومثل ذلك لو كان جماعتان ساكنين فى بيت، إحدى الجماعتين خمسة والأخرى عشرة، فاختلفا وادعى كل جماعه أن الدار لهم، فإنه بعد موازين التحالف والبينه يحكم بتنصيف الدار، لا بالتقسيم بالنسبه بأن يكون للخمسه الثلث وللعشره الثلثان.

وكذلك إذا كانتا فى سياره، إحدى الجماعتين ثلاثه والثانيه اثنان مثلاً، فإنه بعد التحالف وما أشبه يحكم أنها بينهما على التساوى، لا أن للثلاثه ثلاثه أخماس وللأثنين الخمسان، وهكذا فى سائر الأمثله.

ص: ٣٢٩

(مسألة ١٨): قال فى الشرائع: (إذا خرجت أغصان شجره إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن، وإلا قطعت من حد ملكه، وإن امتنع صاحبها قَطَعها الجار، ولا يتوقف على إذن الحاكم).

وقد أفتى بذلك فى القواعد ومحكى التحرير والإرشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان، ونفى عنه البعد فى الكفاية، ومال إليه فى المسالك قال: (إن الواجب على مالك الشجره تفرغ أرض الغير أو هواه من ماله كيف ما أمكن، فإن امتنع منه فلمالك الأرض والهواء تولى ذلك، مقدماً للعطف على القطع مع إمكانه، وكما يثبت الحكم المذكور فى الأغصان كذلك فى العروق، ولا يتوقف مالك الأرض على إذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجره، كما له إخراج بهيمه تدخل ملكه بدون إذنه، وربما قيل بجواز إزالة مالك الأرض لها من دون مراجعه المالك، لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له، وتوقفه على إذن الغير ضرر، ويشهد له جواز إخراج البهيمه بدون إذنه، ولأنه لو توقف على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع امتناعه، إذ لا يجوز التصرف فى مال الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه، وظاهر التذكرة أن مالك الشجره لا يجب عليه إزالتها، وإن جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله والأول أجود) انتهى.

أقول: أما مالك الشجره، فالظاهر أنه يجب عليه إزالة الأغصان والعروق إذا كان يرى العرف أنه متعد، وكون الأغصان هى التى ذهبت لا يمنع ذلك، فإن الأشياء المرتبطة بالإنسان إذا لم يمنعها الإنسان كان هو المتعدى بنظر العرف، أما إذا لم ير العرف أنه تعد بحق الجار مثلاً لم يجب، كما إذا كان غصن ضعيف مثلاً داخلاً فى هواه بستان الجار، ولذا تكثرت فى البساتين كون أشجار بعض البساتين تدخل فى بساتين الجيران، والسر فى هذا التفصيل أن مثل «لا يتوى

حق امرئ مسلم»(١٢)، و«حقوق المسلمين لا تبطل»(٢)، وغير ذلك لا يشمل ما لم ير العرف أنه تعد بحق الآخرين.

ولا يخفى أن التعدي بحق الآخرين غير الضرر، إذ بينهما عموم مطلق، فإن كل ضرر تعد، وليس كل تعد ضرراً.

وكذلك الحال فيما إذا دخل حيوان الغير في دار الغير، مثلاً جاء عصفوره وجلس على سطح داره مما لا يرى العرف أنه تعد بحق صاحب السطح، ولا يخفى أنه لا تلازم بين عدم الوجوب على المتعدى وبين جواز الإخراج على المتعدى عليه، فإنه وإن لم يجب على صاحب الغصن إخراجه، أو على صاحب العصفور تطهيره من سطح الجار، إلا أنه يجوز للجار طلب إخراج الغصن وتطهير العصفور، إلى غير ذلك.

أما المتعدى عليه، فإن كان الإخراج والتطهير مثار نزاع وما أشبه احتاج إلى الرجوع إلى المالك، فإن أبي فالحاكم، وكذلك إذا لم يتمكن من الرجوع إلى المالك لقصور أو غيبه أو ما أشبه، وإلا بأن لم يكن مثار النزاع فلا حاجة إلى الرجوع إلى المالك أو الحاكم، ولذا جرت السيره على الأمرين، مثلاً إذا جاء حمام إنسان إلى دار إنسان نرى السيره على تطهيره بدون مراجعه المالك أو الحاكم، وأما إذا كان هناك مثلاً سرب من الحمام أو الدجاج أو الدواب مما يكون التطهير والإخراج محل الإضاعة ومثار النزاع، فإن السيره ترى وجوب الرجوع إلى المالك ثم إلى الحاكم، والسر أن أدله الرجوع إلى المالك أو الحاكم لا تشمل الأمور الطفيفه بانصراف الأدله عن مثلها، بخلاف الأمور الكبيره.

ص: ٣٣١

١- العوالى: ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ ح ٣

ومما تقدم من التفصيل يظهر وجه النظر في كلا الطرفين:

من المبسوط والشرايع والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفايه وغيرها ممن يرون توقف جواز الإزالة على مطالبه المالك، لأنه لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه، فسواء القطع أو العطف تصرف في الأغصان، فإذا تصرف بدون الإذن ضمن لقاعده اليد وغيرها.

ومن علامه وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرهم ممن قالوا بعدم الاحتياج إلى إذن المالك أو الحاكم، مستدلين بأنه إزاله عدوان عليه، وتوقفه على إذن الغير ضرر، فهو كإخراج دابه الغير عن ملكه لا يتوقف على إذن المالك ولا الحاكم، مع أن اخراج الدابه أشكل، حيث يحتمل تلفها، أما عطف الأغصان فلا تلف فيها، مضافاً إلى أن الأصل عدم وجوب إبقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعى، والأصل براءة الذمه من وجوب مراجعه المالك.

قالوا: أما كونه تصرفاً في مال الغير فلا بأس به، بعد أن كان معارضاً بأن الغير تصرف في ماله فسقط احترام مال الغير، فهو مثل أن يجعل الغير سجاده أو فرشاه أو ما أشبهه في الشارع، حيث يجوز للماره العبور عليها، لأنه أسقط احترام مال نفسه، ولا فرق بين الإسقاط القهرى والإسقاط الاختيارى، فإنه مال الغير محترم إذا عمل بموازينه، أما إذا لم يعمل بموازينه فقد سقط احترامه.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: (ربما يقال بالتفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الإذن منه أو من الحاكم، وعدمه فلا يحتاج إلى الإذن في الأول دون الثانى مراعاةً للجمع بين القواعد جميعاً، وعلى كل حال، فما عن التذكرة من أن مالك الشجره لا- يجب عليه إزالتها وإن جاز لمالك الأرض لأنه من غير فعله، ويلزمه عدم الإيجاب عليه مخالف للقواعد الشرعيه) انتهى كلام الجواهر.

إذ يرد عليه أولاً: إن المعيار ليس الضرر، فإن التصرف في حق الغير

وإن لم يكن ضاراً يكون لذلك الغير دفعه، كما أن قوله: (فتوى التذكرة مخالفه للقواعد الشرعيه) محل تأمل، إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده التفصيل لا إطلاق الاحتياج أو إطلاق عدم الاحتياج.

ثم حيث عرفت وجوب الإزالة على صاحب الأغصان لو طلبه ذو الهواء، تعرف وجه فتوى المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفايه من أنه يجبر مع الامتناع، فقول مفتاح الكرامه: (لا دليل لهم يعول عليه إلا الاستثناس له بما إذا مال حائطه إلى الشارع أو ملك الغير فإنهم أوجبوا عليه الإزالة مع التمكن، وقالوا: إن لم يفعل ضمن)، إلى آخر كلامه، فيه وجود الدليل، لأنه تصرف في حق الغير، فيشملة «لا يتوى» و«لا تبطل» وغير ذلك، فيكف يمكن أن يقال لا دليل لهم يعول عليه.

وبذلك يسقط استدلال مفتاح الكرامه لعدم الجبر بالأصل، كما أن خيره التذكرة بعدم الجبر استدلالاً بأنه من غير فعله غير ظاهر، إذ قد سبق أن التعدى سواء كان من الإنسان أو من متعلقات الإنسان يجب أن يدفع، فهل إذا انكسر أنبوب الغير فسبب مجيء الماء إلى دار الجار أو انقطع التيار الكهربائي فسبب دخول النار إلى دار الجار، أو غير ذلك مما لم يكن من فعل مالك الأنبوب والتيار يقال إنه لا يجب عليه لأنه من غير فعله، بل مقتضى القاعده الضمان أيضاً إذا سببت الأغصان تحطم حائط الجار أو ثقبه أو ما أشبه ذلك، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في بعض ذلك في كتاب الغصب فلا حاجة إلى الإعادة.

ثم إن المسالك قال: (ولو قطعها مالك الأرض مع إمكان العطف ضمن، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت بينه وبين المعطوف، وجهان، من التعدى بالقطع فيضمنه، ومن أن العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعاً).

وفي الجواهر: (لعل الأقوى الأول).

أقول: لكن لا يبعد الثاني، لأنه إنما سبب ضرر الجار بقدر التفاوت لا بقدر الكل، فلماذا يضمن الكل.

ثم الظاهر أنه إذا كان كل من العطف والقطع راجحاً من جهه، ومرجوحاً من جهه، تخير صاحب الهواء بينهما، وإلا فإن كان أحدهما أولى قدم على الآخر، فإطلاق الجواهر حيث قال: (مع إمكان العطف لا يجوز له القطع، فلو فعله كان ضامناً محل تأمل، مثلاً إذا كان عطفه يوجب فساد كل ثمار الشجره، والثمار تسوى ديناراً، بينما أن القطع يوجب ضرر نصف دينار، فهل يقال بأن العطف مقدم على القطع أو مساو له، إلى غير ذلك من الامثله. اللهم إلا أن يقال: إن أمثال هذه الصوره ليس مسرحاً لكلام الجواهر.

ثم إنه لو مضت مدته طويله عليها كذلك بما كان له أجره فالمالك ضامن لها، من غير فرق بين أن علم المالك وفرط أو لم يعلم، أو علم ولم يفرط، إذ التصرف في حق الغير بما فيه أجره يوجب الأجره له مطلقاً، فقول المسالك: (ولو مضت مدته طويله عليها كذلك مع علم المالك به وتفريطه ضمن أجره الأرض والهواء) محل نظر.

وما ذكرناه هو الذى يظهر من الجواهر حيث إنه قال: (يقوى وجوب الأجره له مع امتناع المالك، وإن لم يستأذن من الحاكم إذا لم ينو التبرع، ولو مضت مدته طويله عليها كذلك مع تفريطه ضمن أجره الأرض والهواء، كما صرح به غير واحد، بل لعله كذلك مع صدق استيفاء المنفعه وإن لم يكن ثم تفريط) انتهى. وإن لم يكن كلامه كافياً بما ذكرناه.

ثم إنه صرح غير واحد أيضاً بأنه ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحرق، حيث يجوز القطع لأنه أشد ضرراً، فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زياده على حقه، وهو كما ذكره إلا إذا كان الإيقاد والقطع متساويين، أو كان الإيقاد أقل ضرراً كما يمكن تصويره، فإنه يقدم الأقل ضرراً، ومع تساويهما

يتساويان، ولا يخفى أن كلامهم فى المتعارف الذى يكون القطع أقل ضرراً، فلا يرد عليهم عدم التفصيل على ما ذكرناه.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر حيث قال: (نعم قد يقال: إن له إيقاد النار لمصالحه كالتنوير ونحوه، وإن أدى ذلك إلى تلف الأغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلاً أو القطع، لعموم تسلط الناس، ولأن إهماله وتفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدى إلى تلف مال الغير)، ولعله لذا قال أخيراً: فتأمل، إذ أن تفريط الغير لا يسبب التدرج إلى الأصعب مع إمكان الأسهل، فهل يقال بأن تفريط صاحب الدابة فى دخول دابته دار الإنسان يبيح له أن يقتل دابته عوض أن يخرجها، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إن القواعد قال: (وكذا البحث فى العروق الممتدة، والحائط المائل إلى هواء غيره، والخشبه الواقعه على ملك غيره).

أقول: وكذلك الحال فى الميزاب المائل وأنبوب الماء وأعمده الكهرباء والتلفون والتلفزيون وغير ذلك، والوجه فى الجميع واضح، والعروق الممتدة فى سردابه مثلاً أو فى بئر أو فى غرفته أو فيما إذا أراد إحداث سرداب ونحوه، له قطعها أو عطفها.

وإذا سبب القطع مثلاً أو العطف مما لا بد منه كموت الأشجار لوحظ تعارض الضررين، كما سبق مثل ذلك، بالإضافة إلى أنه أحياناً يكون إسرافاً وإسرافاً محرم فى نفسه، وقد ذكرنا مسأله التعارض والإسراف فى بعض المسائل السابقه، كما ذكرناها فى كتاب الغصب أيضاً.

ثم الظاهر أن أجره القطع على المالك لا على صاحب الهواء والأرض، لأن التعدى منه وهو المأمور برفع العدوان، وكذلك إذا دخل دابه الغير دار الإنسان واحتاج إخراجها إلى مؤنه، فإن امتنع كان لصاحب الهواء التقاص،

أما بيت المال فلا شأن له في هذه الأمور المرتبطة بالأشخاص، والتي هي لمصالحهم الشخصية، نعم يصح للحاكم الشرعي الإعطاء من بيت المال إذا رأى ذلك صلاحاً كما في سائر الموارد.

وقد ورد أن بعض تلاميذ الإمام الصادق (عليه الصلاة والسلام) أعطى مالاً لقطع النزاع بين نفرين، ثم قال: إنه من الإمام الصادق (عليه السلام) (١).

ثم إنه لو تعاسر صاحب الهواء وصاحب الشجر في من يقطع الأغصان أو يعطفها، حيث استلزم عطفها أو قطعها دخول أرض الجار صاحب الهواء، فأراد كل واحد منهما أن يعمل ذلك، لم يكن وجه لتقديم أحدهما على الآخر، لأن كل واحد يريد التصرف في مال الغير، والحاكم الشرعي يفصل بينهما بالتنصيف، بأن يعمل كل منهما النصف، لأنه مقتضى قاعده العدل، ولا يرجع إلى ثالث، لأنه خلاف سلطتهما، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن الحاكم الشرعي إنما له أن يتصرف خلاف سلطته بقدر الضرورة لا أكثر من ذلك، فإن الضرورات تقدر بقدرها.

ثم حال الأغصان المتعدية إلى الجار حالها فيما إذا أخذت أمام الهواء أو النور لشباك الجار، حيث له الحق فيهما، فإن لصاحب الشباك العطف أو القطع أو ما أشبهه، كما أن الأشجار لو كانت بكلها في أرض صاحبها لكنها توجب الذباب ونحوه للجار مما ليس بمتعارف كذلك، إذ قد ذكرنا في كتاب إحياء الموات وغيره أن الأذى المتعارفه من الجيران للجيران لا توجب شيئاً، وحينئذ لا يتوقف الأمر على القطع أو العطف للأغصان فقط، بل أحياناً يكون دفع الأذى بمثل رش المبيدات أو نحو ذلك.

ص: ٣٣٦

ثم إن الشرائع قال: (ولو صالحه على إبقاء الغصن في الهواء لم يصح على تردد، أما لو صالحه على طرحه على الحائط جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها).

أقول: أما التردد في الأول فقد ذكروا أن وجه العدم عدم جواز إفراد الهواء بالصلح، كما في البيع كذلك، ووجه الجواز أن الصلح عقد مستقل مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء، بل هو صلح عن منفعة قائم مقام الإجاره.

وفي الجواهر: لا ريب أن الأقوى الثاني، خلافاً للمحكي عن الشيخ، لكنك قد عرفت سابقاً أن الصلح ليس بتبع للبيع أولاً، وأن بيع الهواء جائز أيضاً، لإطلاق أدله البيع بعد كونه عرفياً.

أما الصلح على الطرح على الحائط، ففي مفتاح الكرامه عند قول العلامة بذلك: أنه هو الذي ذكره التذكرة والتحرير والدروس وغيرها، وقد يظهر من التذكرة أنه لا مخالف فيه من الخاصه والعامه، وفي الجواهر: بلا خلاف.

وأما الاحتياج إلى تقدير المده والزيادة وانتهائها، فقد ذكروا وجه ذلك أنه لولا ذلك يكون الصلح مجهولاً ومثله باطل، وعن الشيخ في المبسوط جوازه على إبقائه على الجدار إذا كان الغصن يابساً، وقال: إن كان رطباً يزيد فالصلح باطل لأنه مجهول، فإنه يزيد في كل حال، ولا يعرف قدره.

وعن جماعه من الفقهاء أنهم قالوا: إن زيادته وانتهاءها تعرفان بظن أهل الخبره فلا جهاله.

وكيف كان، فحيث قد عرفت أن الصلح يغتفر فيه من الجهاله ما لا يغتفر في غيره، فإن كانت الجهاله بحيث لا يغتفر فيه لم يصح الصلح، وإلا صح، فالإطلاقات في كلا الجانبين محل نظر.

أما قول مفتاح الكرامه: (قد يقال: إن الجهالة في المعوض عنه لا تمنع الصحة، لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض، والحاجه تدعو إلى الصلح لكثرتة في الأملاك المتقاربه، وفي القطع إتلاف وضرر، فلا يخفى ما فيه)، ثم قال: (لو فرض زياده ما حكم بانتهاه على خلاف العاده، كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدى إلى المالك قبل الصلح، ويمكن أن يعفى عن هذه الزيادة المتجدده كالأولاد الحادثه للمستأجر للغرفه والسمن الحادث لمستأجر الدابه. وقالوا: لا بد مع ذلك من تقدير مده الإبقاء فلا يجوز مؤبداً، قلت: لأنه هنا يفيد فائده الإجاره، وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال: على ما ذكره الجماعه) انتهى.

وفرعه الأول في الزيادة على خلاف العاده هو مقتضى القاعده، أما مثل زياده الأولاد والسمن فالظاهر أن الإجاره ونحوها لا تقيد بمثل هذه القيود، ولذا يصح أن يستأجر الإنسان الدار من غيره ولا يعلم كم عدد عائلته إذا كان على نحو المتعارف في الزيادة والنقيصه، نعم التأييد وعدم التأييد غير ضار بالصلح، وإن كان التأييد ضاراً بالإجاره، فإنك قد عرفت أن الصلح مبنى على مسامحات ليست جاريه في غيرها، فلا تلازم بين الصلح والإجاره حتى يقال إذا بطلت الإجاره بطل الصلح، ولو انعكس الأمر بأن صالح والأغصان بعد لم تتعد إلى حائط الجيران لأنه كان من طبيعتها التعدى صح.

ثم إن كان بسبب آفه أو نحوها لم تتعد أصلاً وانكملت الأشجار على نفسها، فالصلح باطل، لفرض عدم طرف للصلح بعد وقوع الصلح في العوضين، ولو تصالحا على وضع الأغصان على الحائط ثم إن الأغصان سببت هدم الحائط أو تصدعه ولم يكن ذلك من الصلح كان صاحب الأغصان ضامناً، أما لو تصالحا

على كون الأغصان في الهواء فصارت على الحائط احتاج الصلح إلى التجديد، لأن الصلح على الهواء غير الصلح على كونها على الجدار، ومثله العكس، بأن كان الصلح على الحائط فارتفعت الأغصان بما لم تكن على الحائط، ولم يشمل مثل ذلك الهواء الصلح، فإن الأمر يحتاج إلى صلح جديد وبطل الصلح السابق.

ثم إنه يصح الصلح مطلقاً، وعلى أغصان أشجار خاصه كالعنب مثلاً، فإذا بدلها المالك إلى أغصان أخرى أو ضم أغصاناً أخرى مع الأغصان المصالح عليها كان خلاف الصلح، وإن كان تحمليهما على الحائط أو في الهواء بقدر واحد، لأن ذلك خلاف مقتضى الصلح.

وإذا تساقطت الثمار من الأغصان المحموله على أرض الجار فتعاسرا فيمن يجمع تلك الثمار لصاحبها، كان كالتعاسر في قطع الأغصان كما عرفت.

ولو اختلفا في أن الصلح هل كان محدوداً أو غير محدود، فالأصل مع عدم الزيادة في المده.

كما أنهما لو اختلفا في أنه هل كان الصلح على مثل هذا الحمل الثقيل أو الأخف، كان الأصل مع القائل بالأخف.

ولو اختلفا في أنه هل كان الصلح على الهواء أو على الحائط، فالتحالف، لعدم الجامع بينهما.

نعم إذا كان الاختلاف في أنه هل كان الصلح على الهواء مع الحائط أو الهواء المجرده، كان الأصل مع القائل بالهواء المجرده.

ثم إذا كانت الأشجار قرارها في دار إنسان، ورؤوسها في دار إنسان آخر، كما أحياناً يكون كذلك فيما إذا استطالت الشجره وثقبت وخرجت منها إلى فوق، فاختلف صاحب العلو وصاحب السفلى في أن الشجره لمن هو

لم يستبعد أن يكون ذو اليد هو صاحب السفلى لا صاحب العلو، فيحتاج صاحب العلو إلى الدليل، وإن كان المحتمل أن الدار كانت لإنسان فورثاه بحيث قسما بينهما العلوى للعالى والسفلى للسافل، فيكون الثمار والجهه العالیه للعالى والعروق والجهه السافله للسافل، أو غير ذلك من صور الاشتراك، أو صوره اختصاص العالى بالشجره بأن استأذن السافل فى إنباتها أو اشتراها منه فتكون للعالى، فكما تقدم فى الجدار.

ومثله حال النباتات ذات الأوراق التى تغطى الجدران، بأن كان المنبت فى السافل والأوراق على جدار العالى، أو المنبت فى دار إنسان والأوراق فى دار إنسان آخر.

ومن المسألتين يعرف حال ما إذا كان المنبت عالياً والأوراق سافلاً، كما قد يتعارف فى مثل هذه النباتات التى ينتفع بأوراقها فى تزيين جدران العمارات.

(مسأله ١٩): قال فى الشرائع: (إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، ولآخر بيوته العليا، وتداويا الدرجه، قضى بها لصاحب العلو مع يمينه).

وفى الجواهر تعليل ذلك بقوله: (من حيث كونه صاحب سفلى وعلو، لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك، وإن كانت موضوعه فى الأرض المحكوم بها أيضاً لصاحب السفلى باعتبار اقتضاء اليد عليها اليد على محلها، ويد اختصاص الأسفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها كما هو واضح).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ويقضى بالدرجه لصاحب العلو): (كما فى المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد واللمعه وجامع المقاصد ومجمع البرهان والدروس والمسالك والروضه).

أقول: إن العمده فى ذلك أن صاحب العلو هو ذو اليد عرفاً دون صاحب السفلى، ولكن هذا إنما هو فى الدرجه الذى لم يكن ظاهره أنه لصاحب السفلى، حيث إن البناء يكون كبناء الحيطان والساحه والغرف، بينما بناء صاحب العلو بشكل آخر، حيث إن ذلك يخرج عن أن يكون صاحب العلو ذو اليد عرفاً، وإنما الظاهر أن صاحب السفلى هو ذو اليد.

ولو اختلف العرف أو شك فى مثل ذلك، فالمرجع التحالف والبينه، حسب الموازين المقرره، وبعد ذلك يقسم بينهما، كما أن الدرجه لو كان تابعاً من فوق بالحديد ونحوه بدون أن يكون له قرار على الأرض كما فى بعض العمارات فى الحال الحاضر، فإنه لصاحب العلو بلا شبهه، لأن الشبهه التى كانت فى الدرجه الثابته غير آتية هنا، ولو كان الدرجه متحركاً فى ساحه لصاحب السفلى بدون أن يكون متصلاً بعماره صاحب العلو، فإنها لصاحب السفلى حسب القاعده، إذ هو كسائر الأمتعه الموجوده فى ساحه الإنسان، حيث يحكم بها له، أما

الدرج الممتد بامتداد الطوابق كما هو متعارف في العمارات ذات الطوابق الكثيره، فالظاهر أن المختص مختص والمشارك مشترك، فالدرج الأخير إلى الطابق الأخير للأخير، وما قبله لاثنين، وما قبله لثلاثه، إلى أن يصل إلى الدرج الأول، فهو للجميع، أما الدرج الأخير من الطابق الأخير إلى السطح فلا يبعد أن يكون كالفصله في آخر الزقاق على ما عرفت سابقاً، لأن السطح ليس خاصاً بالأخير، ولأن الأخير ليس يستعمل الدرج إلى السطح حتى يكون ذا يد عليه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين الدرجات المبنيه أو الدرجات المزلقه الكهربائيه كما يتعارف في الحال الحاضر.

أما الصعادات الكهربائيه، فالظاهر أن الجميع متساوون فيها، وإن كان دروبها إلى الشقق مختصه بصاحب الشقق، حيث إنهم هم الذين يتصرفون فيها وحدهم، من غير اشتراك الآخرين معهم فيكونون هم ذا يد على تلك الدروب، والاشتراك في الصعادات بالتساوي لا بالنسبه، بأن يقال مثلاً صاحب الطابق السفلاي إنما يستعمل الصعاده بقدر عشره أذرع، أما صاحب الشقه الفوقانيه فإنما يستعملها بقدر مائه ذراع، إذ لا اعتبار بكثرتة التصرف وقلته في تسميه الإنسان ذا يد، فإذا كان مثلاً في دكان نفران يجلس في الدكان أحدهما ثلاثه أرباع اليوم والآخر ربع يوم لا- يقال إن ثلاثه أرباع الدكان للأول وربعه للثاني، لأن كليهما ذا يد، والاعتبار بكونه ذا يد لا بالقله والكثرتة.

كما ذكرنا مثل هذه المسأله في بعض المباحث السابقه، من كون أحدهم ذا عائله خمسه، والآخر ذا عائله عشره مثلاً، إلى غير ذلك من الأمثله.

ثم إن المسالك قال: (هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل، كانت الدرجه كالسقف المتوسطه بين الأعلى والأسفل،

فيجربى فيها الخلاف السابق)، وكأنه أخذه من الدروس، حيث قال فى محكى كلامه: (ولو تنازعا فى المرقى ومحلّه فهو للأعلى، وفى الخزانة تحته بينهما، ولو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجه كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل فيقضى بها بينهما، ولا عبره بوضع الأسفل آلاته تحتها، ثم إذا ثبت الدرّج للأعلى فهو ذو يد فى الأسس) انتهى.

وما ذكره هو الأقرب بنظر العرف، لأن الخزانة بيد صاحب الأسفل، والمرقى بيد الأعلى، فهو يكون كالسقف الذى يدعيه صاحب العلو وصاحب السفلى.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث قال: (قد يرجح صاحب السفلى بأنها من بيوته، الظاهره فى العرف استقلال يد اختصاصه بها بتبعيه الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفاً بالأعلى، إذ فيه إن المعيار العرف، والعرف يرونه كالسقف الذى فوقه غرفه وتحتة بيت أو وتحتة غرفه أيضاً، ومن ذلك يعلم حال الدرّج الذى لا يصعد منه إلى فوق، وإنما ينزل منه إلى تحت، حيث التحت لأحد، وسطح الساحة لإنسان آخر.

ولو اختلفا فى السقف الذى تحته السرداب، فحاله حال السقف الذى فوق البيت تحت الغرفه، لوحده الملاك عرفاً بين الجميع.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (لابد من التقييد فى الدرّجه بما إذا كانت معقوده، فلو كانت دكه غير معقوده، أو كانت سلماً فى محل الصعود مربوطاً به أم لا، فلا مجال للاختلاف فيهما، بل هما للأعلى قولاً واحداً على ما قد يفهم من التذكرة، كما أن السلم الموضوع فى غير محل الصعود ملك لصاحب السفلى إذا كان فى ملكه).

أقول: لا يمكن القول بإطلاق كون الدكه للأعلى، إذ قد تكون هنالك

حجر موضوع يصعد عليه إلى غرفته الأعلى وهو لصاحب الدار، حيث يجلس عليه مثلاً، أو وضعه لمأرب هناك، فالمرجع العرف، فإن رأوا أن الأعلى ذو يد عليه فهو له، أو الأسفل ذو يد عليه فهو له، أو لم يروا أنه لهذا أو لذاك فمقتضى القاعده التقسيم بعد إجراء موازين الدعوى.

وعلى أى حال، فإن ظهر سقف الخزانة وهو الدرج موضوعاً لذى يد من أحدهما فهو، وإلا فمقتضى القاعده التقسيم، فاحتمال القرعه كما عن الشيخ فى أحد قوليه فى الكتابين، والشهيد فى اللمعه وغيرهما محل نظر، وقد ذكرنا غير مره فى مباحث الفقه: أن المالىات تحكم فيها قاعده العدل على قاعده القرعه، فليس هناك من موضوع القرعه الذى هو المشكل حتى يكون المرجع القرعه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن تكون الخزانة ذات صندوقين أو صناديق أو ذات صندوق واحد، لكن إذا كانت الخزانة ذات صندوقين أحد الصندوقين كالأسفل محل وضع أثاث صاحب السفلى، والصندوق الآخر محل وضع أثاث صاحب العلو، يكون كل واحد منهما ذا يد على ما يخصه من الصندوق، ويكون ذلك قرينه على أنه ملك له، وإن اختلفا بأن كان كل واحد منهما يدعى الكل، لأن كل ذى يد داخل وغيره خارج، فيعمل فى الصندوقين حسب ما يعمل فى الداخلى والخارج فى الدور والدكاكين وغيرها، ومثل الصندوقين صندوق العلو والسفل إذا كان الصندوقان باستطاله.

ثم إن المناره لنفرين يصعدان عليها إذا اختلفا فى الدرج وكانت ذات درجين، فإذا كان اختصاص أحد الدرجين بأحدهما والآخر بالآخر، فكل واحد ذو يد على الدرج الذى يصعد منه إلى رأس المناره، أما إذا كانا يصعدان هذا من هذا

الدرج مره، ومن ذلك الدرج أخرى، وكذلك العكس، فهما ذا يد عليهما، ويكون الحال التقسيم.

ثم إنه إذا لم يكن تحت الدرج خزانه وادعاه الأعلى والأسفل كان مقتضى القاعده أن يكون للأسفل، إذ لا وجه لأن يكون للأعلى بعد كونه من ساحه الأسفل، خصوصاً إذا كان الدرج من الحديد ونحوه مما صنع من القضبان المنفرج في أواسطها، فإنه لا وجه لإعطائه للأعلى، وإن كان من المحتمل أن الأعلى اشتراه منه أو غير ذلك، فإن الاعتبار بكونه ذا يد، على ما تقدم.

ولا فرق في المسائل السابقه بين أن تكون الخزانه خزانه فارغه أو خزانه أثاث أو خزانه دجاجات وطيور وما أشبه.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو تداعيا الصحن الذي وضعت المرقاه في صدره، أى نهايته في السعه، وهو آخر خطته في الجبهه المقابله للباب، قضى منه بما يسلك فيه العلو بينهما مع التحالف والنكول، وما يخرج عنه لصاحب السفلى، لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره إلى السلوك في ملك مقدار الممر ويشاركه فيه بالتصرف أيضاً صاحب السفلى ويختص بغيره) انتهى.

وقال العلامة في القواعد: (لو تنازعا صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا، فإن كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختص الأسفل بالباقي).

ونقله مفتاح الكرامه عن الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه والتحرير والإرشاد وغيرها، ثم قال: (ووجهه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرف من الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقى الصحن، وصاحب السفلى يشاركه في التصرف وينفرد بالباقي، ويكون قدر المسلك بينهما، وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة فذهبا إلى أن

الأسفل بينهما نصفين، واحتمله في الدروس لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستقيم، ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلاً، فله يد على الجميع في الجملة) انتهى.

لكن مقتضى القاعده هو المشهور، لوضوح أن العرف لا يرون صاحب الأعلى ذا يد على الجميع، وإنما يرون أنه ذا يد على قدر الممر، نعم لو كانت الساحة قليلة العرض كذراعين مثلاً مما يرى العرف أن تصرف كل واحد منهما في الساحة بقدر تصرف الآخر يكون مقتضى القاعده الاشتراك، وقد أشكل الجواهر على قول الدروس لإمكان الاشتراك، بقوله: (وفيه إن مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضى اليد على تمام العرصه كما هو واضح) انتهى.

ومراد القائل بالاشتراك وعدمه في الساحات الواسعه لا- ما فرضناه من صورته الاستثناء، فلا يستشكل عليهم بما ذكرناه، فإن المستثنى منصرف عن مورد كلامهم، وإن كان كثيراً ما يقع في الخارج كما شاهدناه في بعض البيوت التي عرض ساحتها قليل، وإن كان طولها كثيراً، أما إذا انعكس الأمر بأن كان الممر من الباب إلى درج الغرفه فوقانيه قليلاً كذراعين أو ثلاثه أذرع مثلاً، أما الخط المقابل له اليمين واليسار كثيراً كعشرين ذراعاً وما أشبهه، فلا يشك في أن صاحب الغرفه ليس مشتركاً، لأنه ليس ذا يد على طرف اليمين والشمال، وإنما يده على ممره فقط.

ثم إن القواعد قال: (ولو كان المرقى في الدهليز أو في أول الباب، فمن أول الباب إلى المرقى بينهما والباقي للأسفل).

وفي مفتاح الكرامه: (قد صرح بالحكم المذكور فيما إذا كان بالدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وأما إذا كان في أول الباب، ففي جامع المقاصد

أن الاشتراك لا- يتأتى، إذ المرقى فى أول الباب، ويمكن أن يقال: لابد من الباب والصعود فى المرقى فى الاشتراك إلى أول المرقى) انتهى.

وهو كما ذكره، ولا فرق فى ذلك بين باب السرداب وباب الغرفه الفوقانيه، لوحده الدليل فى كلا الأمرين، كما أنه لا فرق فى أن يكون الفوقانى أو التحتانى غرفه للسكنى أو دكاناً أو مخزناً أو غير ذلك.

ثم قال القواعد: (ولو خرج المرقى عن خطه الخان والعرصه بأجمعها فالأسفل).

وفى مفتاح الكرامه نقله عن التذكره والدروس والمسالك والروضه، وذلك لأنه لا تعلق لصاحب العلو بها على أى حال.

ومنه يعلم أن استثناء مفتاح الكرامه عن ذلك بقوله: (إلا أن نقول فى السكه المرفوعه باشتراك الفضله بين الجميع، ويؤيده أن العرصه بجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل)، محل نظر، إذ لا ربط للأعلى بالعرصه بعد أن لم يكن ذا يد عليها، ولذا قال فى الجواهر حاكياً عن الدروس: (إن اشتراك الفضله بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص يد عليها ولا ترجيح، بل قد يرتفق الجميع بها، لا يقتضى الحكم بالاشتراك فى الفرض بعد أن لم يكن لدى العلو تصرف فى العرصه، والإحاطه بمجردا ليست تصرفاً، والحكم بها للأسفل للتصرف وظهور كونها داراً لبيوته لا- للإحاطه، ولذا جزم فى الروضه فى الفرض بكون العرصه للأسفل، كما أنه جزم فى الأخير بأنها مع الدهليز للأخير) انتهى.

ثم الظاهر أن العمارات ذات الطوابق التى يحيط بها فى أطرافها ساحات أو حدائق، تكون تلك الساحات أو الحدائق لجميع الطوابق لا- للطبقه الأخيره فقط، سواء ارتادها الجميع للتنزه أو الارتفاق أم لا، لأن نسبه تلك الساحات والحدائق إلى جميع الطوابق على نحو واحد، فالكل يستفيدون منها منظرًا

أو خروج شباك إليها أو ارتفاقاً بها أو استفاده من أورادها وأزهارها إلى غير ذلك، ومثل الساحات في اشتراك الجميع فيها الجدران المحيطة بتلك الساحات والحدائق.

ومنه يعلم أنه لو كان هناك أقفاص دواجن أو ما أشبه فادعاها كل واحد فهي بينهم على التساوى بعد التحالف أو إتيان كل منهم بالبينة أو الامتناع عن البينة والحلف على حسب القواعد، كما أنهم لو اختلفوا في أشجارها وأزهارها وثمارها فهي بين الجميع أيضاً.

ص: ٣٤٨

مسأله ٢٠ المسناه بين الملكين كالجدار

(مسأله ٢٠): قال فى القواعد: (والمسناه بين الملكين كالجدار).

وفى مفتاح الكرامه: (لو تنازعا مسناه بين نهر أحدهما وأرض، أو بين أرضيهما أو بين نهريهما، تحالفا وكانت بينهما، لأنها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين، كما صرح به فى التذكرة، ونحوه ما فى التحرير) انتهى.

وهو على ما ذكروا، لأنه لا أولويه إلا إذا كان من أحدهما يد دون الآخر، فإن الحكم يكون لذى اليد ويكون غيره خارجاً فعليه البينه وعلى ذى اليد الحلف.

ومنه يعلم أنه لو كان نهر بين بستانيهما أو أرضيهما أو داريهما أو ما أشبه وتنازعا فيه، فإنه يكون لهما، وإن كان أحد طرفى فى النهر أوسع من الطرف الآخر، لأن السعه لا تدل على شىء.

ص: ٣٤٩

(مسأله ٢١): قال فى القواعد: (لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه، كالصلح مع امرأه لتقرر له بالزوجه، أو مع شاهد ليمتنع من إقامه الشهاده).

وفى مفتاح الكرامه: (كما فى التذكره والتحرير والدروس، لأنه من باب تحريم الحلال وتحليل الحرام. أما الزوجه فإن كانت زوجته فى الواقع لم يجر لها أخذ العوض على ذلك، ولا يصح الصلح، وإلا فإن كانت محرمة عليه فالأمر ظاهر، وإلا فإن أرادت بذل نفسها لا- يصح بغير عقد النكاح، ومثله ما لو صالحته ليقر لها بالزوجه، ولو صالحته عن دعوى الزوجه ليكف عنها، ففى التذكره أن الأقرب الجواز) انتهى.

أقول: حيث تقدم أن الصلح جائز ولو كان الحق ثابتاً لأحد الطرفين، وكلاهما يعلمان بذلك، لم يكن مانع فى الصلح مع المرأه أو مع الرجل للاعتراف بالزوجه أو بعدم الزوجه، وكأن هذا الفرع مبنى على أن يكون الصلح له طرفان.

ومنه يعلم وجه النظر فى الفرع الثانى، أى الصلح مع الشاهد، وإن قال فى مفتاح الكرامه: (فأما الشاهد فلأن المشهود به إن كان حقاً لآدمى كالدين، أو لله سبحانه وتعالى كالزكاه، والشاهد يعرف ذلك لم يجر له أخذ العوض على تركه، كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاه، وإن كان كذباً لم يجر له أخذ العوض أيضاً على تركه، كما لا- يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر، وكذلك لو صالحه ليشهد له، وأما لو صالحه على أن لا يشهد عليه زوراً، فلأن ترك ذلك واجب عليه، كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا يغصبه ماله) انتهى.

وقد ذكرنا نحن في بعض مباحث الفقه: أنه يجوز للإنسان أن يستأجر غيره ليصلى مثلاً صلاته الواجبه أو يصوم أو يحج أو ما أشبهه، فإن ذلك يجعله مؤكداً، كما يجوز له أن يستأجره للكف عن شرب الخمر والزنا وما أشبهه، إذا قلنا بأن متعلق الإجاره يقع مثل الكف، وهكذا إذا جعل له جعاله على مثل ذلك، وناقشنا في قولهم بعدم جواز أخذ الأجره على الواجبات.

ثم قال في القواعد: أو عن حد القذف.

وقال في مفتاح الكرامه: (أى لا يصح الصلح، كما فى التحرير والتذكره وجامع المقاصد، لأنه ليس من الحقوق المالىه، ولا من توابعها، وإنما شرع لتتزيه العرض، فلا يجوز أن يعاوض عن عرضه، وفى جامع المقاصد: إنه لو صالح عنه لم يسقط الحد، لأن الباطل لا أثر له، قال: وهو مقرب التذكره، والموجود فيما عندنا من نسخها أن الأقرب سقوط الحد، ولعله لأنه فى حكم العفو فتأمل) انتهى.

لكن يصح أن يصلحه على أن لا يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يحده بعد ما قذفه مثلاً، وكذلك إذا صالحته المرأه المزنى بها جبراً أن لا ترفع أمره إلى الحاكم الشرعى، فيما إذا لم يكن يجب عليها رفع الأمر إلى الحاكم الشرعى، وإلا فيكون من تحليل الحرام وتحريم الحلال.

ص: ٣٥١

(مسألة ٢٢): قال فى الشرائع: (إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه، وقيل هما سواء فى الدعوى، والأول أقوى).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (والراكب أولى من قابض اللجام على رأى): (موافقاً للمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والإيضاح واللمعة، وقد حكم بذلك أكثر هؤلاء، والمصنف فى باب القضاء أيضاً من دون تردد، لأن الراكب _ كما فى المبسوط _ أقواهما يداً، وأكثرهما تصرفاً، لكن فى الخلاف والسرائر أنها بينهما نصفين، وفى المبسوط أنه أحوط، وفى جامع المقاصد أنه أصح، وفى المسالك أقوى، وفى الروضة قوى، وقال فى جامع المقاصد: لكن لا بد أن يحلف كل منهما لصاحبه، ولا ترجيح فى الدروس) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده هو التنصيف، لأنه لا يرى العرف قوه ليد أحدهما على الأخرى، فكثيراً ما يكون الراكب هو المالك، كما أن كثيراً ما يكون آخذ الزمام هو المالك، وإنما يكون الراكب مستأجراً، فالقول بالتنصيف هو مقتضى القاعده.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر، حيث قال عند قول الشرائع: (الأول أقوى): (لما ذكرنا من ظهور العرف فى كون يد الاختصاص له، خصوصاً مع ملاحظه نظائره باعتراف الخصم، كتنازع لابس الثوب وممسكه، ومن له حمل على الدابة مع من فى يده زمامها، وغير ذلك) انتهى، للفرق الواضح بين اللابس والممسك والمقام.

ثم إنه إذا كان على الدابة راكبان، مقدم آخذ باللجام، ومؤخر ردفه، فالظاهر أنهما متساويان فى اليد، إلا أن يكون ركوب أحدهما بحيث يرى العرف أنه

ليس بمالك، كما إذا كان راكباً سطحياً، سواء كان المقدم أو المؤخر.

وأولى بالقسمه إذا كان الراكبان بدون لجام بيد أحدهما، أو اللجام بيد كليهما، أو كانا جالسين ردفاً إلى جانب، أو إلى جانبيين بأن يكون هذا إلى الجانب اليمين وذاك إلى جانب اليسار.

ولو شك في أن أحد المذكورين ذا يد والآخر متطفل، أو أنهما مشتركان فقاعده العدل التساوى.

ويأتى فى المقام ما ذكرناه فى بعض المسائل السابقه من الصور الأربع: بأن حلفا، أو تركا، أو أقاما بينه، أو تركا البينه، أما إذا كانت لأحدهما بينه دون الآخر، أو حلف أحدهما دون الآخر، فالحق مع ذى البينه والحالف.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا اختلف السائق للسياره والراكب فيها على أنها لأيهما، فإنه لا أولويه، إذ كثيراً ما يجلس صاحب السياره فى الخلف أو إلى جانب السائق، والسائق يكون أجيراً عنده أو متبرعاً، وكذلك حال ما إذا اختلف السائق والذى إلى جنبه، حيث إن الغالب أن السائق يأخذ تلميذاً ينوب منابه فيجلس هذا وراء المقود مره وذلك مره، وكذلك حال راكب الدراجة البخاريه أو غير البخاريه مع زميله الذى ركب خلفه أو أمامه، بأن يكون أحدهما هو المحرك والآخر جالس كذلك بدون تحريك.

وكذلك حال ما إذا أخذ أحدهما باللجام ويسوق الآخر، فإنهما متساويان فى الاستيلاء على الدابه، أو كانوا ثلاثه راكب وسائق وقائد، ولا حازه لأن يكون القائد خلف الدابه، بل وكذلك إذا كان إلى أحد جانبيها، لتعارف قياده الدابه والسائق يسير إلى أحد الجانيين.

وفى قطع الغنم وقطار الإبل والبقر والجاموس وما أشبه إذا كان قائدان أو سائقان أو قائد وسائق أو قائد ومتوسط أو متوسط وسائق أو ما أشبه ذلك، وادعى كل

واحد الجميع، فإنه يقسم بينهم بالسويه، على ما تقدم من الصور الأربع.

هذا كله إذا لم تكن هناك قرائن توجب الاطمينان بكذب أحدهما، كما إذا كانت الدابه أو السياره لا تليق بأحدهما، لأنه إنسان عادى فقير لا يركب مثل تلك الدابه أو السياره، بخلاف الآخر الذى هو ثرى من شأنه أمثال ذلك.

ومما ذكر ظهر وجه ما عن غايه المراد من أنه لا شك أن كلاً منهما مدع بتفسيرات المدعى، ومنكر أيضاً بها، ولكل يد إلا أن يد الراكب تضاف إلى تصرفه، فإن ثبت أن التصرف له مدخل فى الرجحان رجح به، وأما الترجيح بقوه اليد فلا أثر له، لأن قوه سلطان اليد لا تؤثر، وتبعه المحقق الثانى والشهيد الثانى، وقولهم ليس من باب القياس، لأن الثبوت أيضاً يحتاج إلى الدليل، وإنما من باب أن العرف لا يرون لقوه اليد فى أمثال المقام أثراً، بعد كون كل منهما ذا يد مما يقضى بالحكم بقاعده العدل بينهما.

وعلى أى حال، فما حكى عن جامع المقاصد والمسالك والروضه أن اللجام لمن هو فى يده والسرج لراكبه، غير ظاهر الوجه، لأن العرف يرى الاثنين من واد واحد، وإن كان أحدهما فى يد هذا والآخر فى يد ذاك، ولذا أشكل عليهم بأن الحكم غير واضح، لأنه يبعد أن تكون الدابه لرجل واللجام لآخر، وخصوصاً إذا كان المقبوض حبلاً مشدوداً على رأس اللجام، وكذلك الحال فى السرج والرحل، وقول المستشكل بأنه يبعد، لا يريد البعد الاستحسانى بل البعد عن نظر العرف، فإن ذلك يوجب أن يرى العرف أن كليهما ذو يد على الدابه وعلى أجزائها المختلفه، ولأجل ذلك لا يمكن أن يقال فى مثل السياره أن الجالس فى الأمام والجالس فى الخلف إذا اختلفا فى السياره أنها

لمن، أن المقدم للجالس مقدماً، والمؤخر للجالس مؤخراً، إذ العرف يرون السيارة شيئاً واحداً.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول العلامة: (وذو الحمل على الدابة أولى من غيره)، وفي مفتاح الكرامه: (بلا خلاف كما في المبسوط، وبهذه العبارة ومثلها من دون تعرض لكون الآخر قابضاً لزماتها ولا لكونه غير قابض، صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف والشهيدان والكركي وغيرهم) انتهى.

إذ العرف يرون أن ذا الحمل والقابض بالزمام أو السائق كلهم متساوون، وكذلك السائق والراكب مع الحمل كلهم متساوون في كونهم ذا يد على الدابة، سواء كان ذو الحمل أيضاً قابضاً بالزمام، بأن كان القابض لزماته نفران، أو كانا سائقين، أو كانا يمشيان في طرفيها، أو كانا راكبين مع كون الحمل لأحدهما، فمثل هذه الترجيحات الاستحسانية لا تتمكن أن تقاوم رؤيه العرف أن كليهما ذا يد عليها، وكذلك في السيارة إذا كان أحدهما ذا حمل والآخر سائقاً، فالاستدلال لتقديم ذي الحمل بأن وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه على غيره، محل تأمل.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول المحقق: (لو تداعيا جملاً ولأحدهما عليه حمل، كان الترجيح لدعواه)، وإن قال في الجواهر: (قطعاً ضروره ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به، بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يداً عليه بقبض الزمام، باعتبار ظهور يد الاختصاص في الحمل كالراكب والقابض فضلاً عما لو كانا معاً قابضين ولأحدهما خاصه الحمل) انتهى.

إذ قد عرفت أن مثل هذه الأمور ليست مرجحة عرفاً، ولعله كان أعرافهم غير عرفنا فنظروا الى أعرافهم فقالوا بما قالوا، أما في عرفنا، وكما هو المشاهد الآن، فليس هنالك ترجيح بالحمل.

كما أنه إذا كان القطيع مثلاً متنازعاً فيه وأحدهما قد جز صوفه أو حلب لبنه أو ما أشبه ذلك، لم يكن ذلك مرجحاً لأن يكون القطيع له، وكذلك إذا كانت الدابة متنازعاً فيها بينهما وقد صبغها أحدهما أو ما أشبه ذلك، فإن كل ذلك استحسانات وليست بمرجحات.

وكذلك الحال إذا كانت دار مورد نزاع بينهما، وقد رممها أحدهما أو صبغها أو جرّ الماء والكهرباء والتلفون وما أشبه إليها، فإن كل ذلك لا يوجب أن يكون ذلك ذا اليد دون الآخر الذي ينازعه، وكلاهما جالسان في الدار أو كلاهما خارجان عنها.

نعم ما ذكره الشرائع وغيره، حيث قال: (أما لو تنازعا ثوباً وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء)، هو مقتضى القاعده، لوضوح عدم اقتضاء الأكثرية عرفاً الاختصاص.

وفي القواعد: (ويتساويان في الثوب في أيديهما، وإن كان في يد أحدهما أكثره).

وقال في مفتاح الكرامه: (بأن كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر، فإنه يجعل بينهما نصفين، بلا خلاف كما في الدروس، وبه صرح في التذكرة واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه وغيرها).

ثم الظاهر أنه لو كان أحدهما ممسكاً بالثوب والآخر لابساً له، يكون ذو اليد هو اللابس، لأنه يراه العرف كذلك، وقد علل بزياده تصرف اللابس على اليد المشتركة، وفي مفتاح الكرامه: (إن كونه للابس قوى جداً)، ومن الواضح تقييد الحكم بما ذكره التذكرة من أن كل ذلك مع عدم السببه واليمين، إذ قد عرفت مجيء الصور الأربع في المقام، لكن إذا لم تكن قرينه توجب

كذب اللابس، كما إذا كان الثوب بقدر الممسك لا اللابس، إلى غير ذلك.

وحال غير الثوب حال الثوب، فإذا تنازعا شاهاً أو حماماً أو كتاباً أو فراشاً أو غير ذلك وهو في يدهما، وكان في يد أحدهما الأكثر، لا يحكم بمن في يده الأكثر، وإنما هو لهما.

نعم قد يعد أحدهما ذا يد دون الآخر، كما إذا أخذ الحمام أو الدجاج مثلاً أحدهما في حضنه وكان بيد الآخر منقاره أو ذيله، فإنه لا يعد ذا يد بعد كون الأول معداً في العرف ذا يد عليه، بل يعد هذا الممسك بالمنقار أو الذيل مثل الإنسان الممسك بحلقه الباب ويدعى أن الدار له، في قبال الجالس في الدار المدعى كون الدار له، فإن الممسك بحلقه الباب يعد خارجاً، لا أنهما متساويان.

أما لو ادعى أحد المستولين على السيارة أو الدابة أو الثوب أو ما أشبه النصف، والآخر الكل، فلمدعى النصف الربع، ولمدعى الكل ثلاثة أرباع، على ما سبق مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة.

ثم إنهما لو تنازعا دابة ولأحدهما عليه السرج والجل، أو داراً ولأحدهما فيها الأثاث، وكانا خارجين أو كانا داخلين، لم يكن الأثاث والسرج ونحوهما دليلاً على أحقيه ذيهما، ولذا قال في الشرايع: (وكذا هما سواء لو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب)، وفي الجواهر: (مع فرض ثبوت يدهما عليه، لأنه لا مدخله لزياده الملك، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكةا أو بالعارية، فهي حينئذ ليست يداً عرفاً، ومن هنا يعلم أنه لو فرض أن لأحدهما خاصه عليه يد، والآخر له ثياب عليه، فالقول حينئذ قول صاحب اليد، كما أنه لو لم يكن لأحدهما خاصه عليه يد إلا الثياب لأحدهما يكون بينهما أيضاً، لما عرفت من عدم كون الثياب يداً لصاحبها) انتهى.

وقوله: (مع فرض ثبوت يدهما عليه) من باب المثال، إذ لا فرق بين

ثبوت يدهما عليه، أو عدم يد لأحدهما عليه، فمقتضى القاعده أنه لو كان لأحدهما عليه ثياب وللآخر يد أنه لذي اليد، لأن الثياب لا يعد يداً، فهو من قبيل أن تكون دار مورد نزاع بينهما وأحدهما جالس فيها وللآخر فيها أثاث، وكذا لو تنازعا اصطبلًا أو كراجاً أو ما أشبه، ولأحدهما فيه دابه أو سياره، والآخر مستول عليه، فإن الحق مع المستولى لأنه ذو يد عرفاً.

وقد قال مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (يتساويان في العبد وإن كان لأحدهما عليه ثياب): (بلا خلاف كما في المبسوط، وبه صرح في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقضاء الكتاب وكشف اللثام).

أقول: وهذا يؤيد ما ذكرناه من استواء صاحب الحمل وغيره إذا كان كلاهما ذا يد أو كانا خارجين.

ومنه يعلم أن تعليل مفتاح الكرامه للفرق محل تأمل، قال: (وإن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه، بخلاف الحمل على الحمل، فإن صاحبه المنتفع به، ولأن الحمل لا يجوز أن يحمله على الحمل إلا بحق، ويجوز أن يجبر العبد على لبس قميص غير مالكة إذا كان عرياناً وبذله) انتهى.

إذ لا يخفى ما في هذا التعليل الأشبه بالاستحسان، فلا يمكن أن يكون فارقاً بين المسألتين بعد رؤيه العرف، على ما ذكرناه.

(مسألة ٢٣): قال فى الشرائع: (ولو تداعيا غرفه على بيت أحدهما وبابها إلى غرفه الآخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت).

وفى المسالك: لأنها موضوعه فى ملكه، لأن هواء بيته ملكه لأنه تابع للقرار، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد ولا الملك، فيقدم صاحب البيت بيمينه، هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى أو غيره، وإلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لأن التصرف مقتضى له، وثبوت يد مالك الهواء بالتبعيه ليده التى هى القرار واليد الفعلية أقوى وأولى من التابعه، ويحتمل التساوى حينئذ لثبوت اليد من الجانبين فى الجملة وعدم تأثير قوه اليد كما سلف) انتهى.

وفيه: إن الاحتمال لا وجه له بعد رؤيه العرف أن الساكن أو نحوه هو ذو اليد، وكذلك إذا كان سرداب تحت البيت، ولذا قال فى الجواهر: (واحتمل التساوى فى المسالك، وفى وقواعد الفاضل: ومع التصرف إشكال، وإن كان لا يخفى عليك ما فيه) انتهى.

ومما تقدم يعلم أنه لو تداعيا غرفه متوسطه بين الغرفتين، غرفه أحدهما تحتها وغرفه أحدهما فوقها، فإنه لا أولويه لأحدهما على الغرفه المتوسطه، إذ كلاهما بالنسبه إليها على حد سواء، فمقتضى القاعده التقسيم، وكذلك الحال إذا كانت غرفه تحت غرفتيهما بأن كانت كل غرفه مثلاً خمسة أذرع، بينما الغرفه التحتانيه عشره أذرع، أو كانت غرفه كذلك فوق غرفتيهما، ولا اعتبار بأن تكون غرفه أحدهما أصغر من غرفه الآخر، مثلاً كانت غرفه أحدهما خمسة أذرع وغرفه الآخر عشره أذرع، لرؤيه العرف استوائهما فى ذلك، وكذلك إذا كانت الغرفه الفوقانيه أو التحتانيه أكثرها على غرفه أحدهما وأقلها على غرفه الآخر.

ولو

كان درجان متقابلان ينتهيان إلى درجه واحده أحد الدرجين إلى غرفه والدرج الآخر إلى غرفه أخرى، فالظاهر اختصاص كل غرفه بدرجها إلى الحد المشترك، أما المشترك فهو لهما.

ص: ٣٦٠

لو صالح الزوج والزوجه

(مسأله ٢٥): ذكر المحقق القمي (قدس سره) في جامع الشتات فروعاً نذكرها مجملاً:

(الأول):

لو صالح الزوج والزوجه، أو الأخوان أو أجنبيان، أو سائر الأرحام على أن أيهما مات قبل الآخر يكون أمواله للحى، فالظاهر الصحة، لأنه معامله عقلائيته، فيشملة أدله الصلح، لكن المحقق القمي فرض المسأله في الزوجين، وقال في الجواب: إن هذه المصالحة لا صوره لها في الشرع.

ومما ذكرنا يعلم صحة الصلح كذلك أيضاً في غير الموت، كما إذا تصالحا على أن أيهما دخل البستان أولاً فعليه سقى البستان، أو على المتأخر سقى البستان، أو إذا تصالحا أن أيهما تأخر عن الجلوسه فعليه كذا، إلى غير ذلك من الأمثله.

والإشكال في أن مثل هذا الصلح مجهول وغرر، ولم يرد مثله في الشرع، وأن الأصل عدم الانعقاد، إلى غير ذلك، غير وجيه، إذ قد عرفت الأجوبه عنها في بعض المسائل السابقه بالمناسبه.

وكذا الحال في الصحة إذا تصالحا أن أيهما مات قبل الآخر، يقوم الآخر بصلواته وصيامه وحجه وما أشبهه في قبال أن يكون شيء من مال الميت للحى، وهذا يدخل تحت الصلح، لأن الصلح تحقق قبل الموت، وليس هذا من قبيل الوصيه، فإذا كان المال أكثر الثلث أيضاً، لم يكن للورثه نصيب فيه.

ومنه يعلم صحة ما إذا صالح الزوج زوجته: أن الزوج إذا مات قبل الزوجه تكون أرضه أو عمارته للزوجه، وهكذا إذا صالح الأب ولده الأصغر أو بنته أو زوجته أو من أشبهه بأنه إذا مات فخاتمته أو سيفه أو فرسه أو مصحفه يكون لذلك المصالح معه.

لو سال ماء الجار إلى ساحة الجار، أو دخلت أغصان بستانه إلى دار الجار، أو ما أشبه فتداعيا إلى الحاكم الشرعى، فهل أن صاحب الماء والأغصان بحاجة إلى إثبات أنه ليس بعدوان، أو أن صاحب الدار بحاجة إلى إثبات أنه عدوان، الظاهر الأول، لأن صاحب الدار له حق ساحة وهوائه، فدخول الأغصان والماء فيهما يجب أن يكون بإذنه فهو منكر لأن يكون بغير عدوان، بينما أن صاحب الماء والشجر هو المدعى بأنه ليس بعدوان، فهو بحاجة إلى الإثبات.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المحقق القمى، حيث قال عند سؤال: (إذا سال ماء سطح أحد على سطح جاره أو ساحة داره ونازعه الجار، فهل على الجار إثبات عدوان صاحب الماء، أو على صاحب الماء إثبات الحق).

(الجواب: الظاهر أن على الجار إثبات العدوان، وصاحب الماء إذا تمسك باليد والاستمرار فلا يجوز مزاحمته إلا مع إثبات العدوان، وما يخيل أن ملكيه سطح الجار وساحته متفق عليه بينهما ومنافع الملك تابع لرقبته، فعلى غير المالك إثبات الاستحقاق، مدفوع بأن العين كما تصير مورداً لليد، فكذلك المنفعة والحق، فلا منافاه بين الملك وثبوت الحق فيه للغير، ونظيره فى المسائل الفقيهيه لا يعد ولا يحصى، ومنها وضع الجذوع على جدار الجار، وهذا من الوضوح بحيث استشكلوا فى جواز كونه سبباً لتحمل الشهاده أم لا، فكأن كونه موجباً لثبوت اليد وكون المنازع مدعياً محتاجاً إلى الإثبات مفروغ عنه، فقال الشهيد فى أواسط القواعد: لو شاهد ماء الغير يجرى على سطح آخر أو فى ساحة مده طويله بغير منازعه، فهل للشاهد الشهاده بالاستحقاق، الظاهر لا، صرح بذلك أو لا، إلى آخر ما ذكره، وهو نظير ما ذكره فى كتاب

الشهادات أن اليد في الملك هل يصير سبباً لتحمل الشهاده أم لا، ولا ريب أن اليد في الملك مما يحصل الحق لصاحب اليد إلى أن يثبت المدعى خلافه، فافهم ذلك) انتهى.

لكن فيه: إنه إذا قال: من آبائي مثلاً- كان يجرى هذا الماء، وصدقه صاحب الساحة احتاج صاحب الأرض إلى الدليل، أما إذا قال: بل من زمانى، وادعى صاحب الأرض الغصب أو نحو ذلك، كان عليه إثبات حق له فى جريان مائه، والفرق أن الشيء الحادث يحتاج إلى الإثبات دون القديم، فكلا- صاحب الأرض والماء ورثا حقهما من أبويهما مثلاً، فلا دليل على سبق حق أحدهما، ولذا قال الشهيد فى محكى كلامه السابق: (مدته طويله) فإن أراد المحقق القمى المدته الطويله التى مثلنا لها فهو، وإلا فظاهر السؤال حيث تقدم من قوله: إذا سال ماء سطح أحد على سطح جاره أو سطح داره، إلى آخره، ظاهر فى الحادث.

وكيف كان، فإذا حدث أحدهما بعد الآخر طولب صاحب الحادث بالبينه، وأما إذا لم يعلم تقارنهما أو حدوث أيهما قبل الآخر، فلا حق لصاحب الأرض على ذاك، وإنما هنا موضع التحالف أو البينتين أو ما أشبه من الصور الأربع المتقدمه فى بعض المسائل السابقه.

وكذلك حال الأغصان، فإن علمنا أن بستان الجار كان مقدماً على دار هذا الجار، كان الحق للأغصان، وإذا كانت الدار مقدمه كان الحق مع صاحب الدار، وإن لم نعلم سبق أيهما أو تقارنهما مثلاً فهنا لصاحب الأغصان الحق، كما أن لصاحب الدار إقامه البينه على عدم حقه.

(الثالث):

لو كانت قرى أو بساتين أو دور أو ما أشبه تشرب من نهر يكفى لها بدون زياده، لم يحق لأحدهم أو لغيرهم الاستفاده من النهر بما يوجب

ص: ٣٦٥

النقص عليهم، لسبق حقهم.

نعم إذا كان النهر يرفد مثلاً فى وقت دون وقت، بما إذا كان رافداً أمكن استفاده تلك القرى والبساتين والدور منه ويزيد الماء عليهم، فإنه يحق لبعضهم أو لغيرهم الاستفاده من ذلك الزائد لأنه زائد لم يسبق إليه أحد، أما فى وقت الكفايه فلا يحق لأحدهم أو للغير الاستفاده.

وقد أفتى بأول الفرعين المحقق القمى.

وكذلك الحال إذا بنيت الرحيات والمعامل ونحوه بما يوجب النقص على زملائه، كما لا يحق للأجنبى أن يعمل مثل ذلك، وإذا باع أهل القرية قريتهم، أو أهل البستان أو الدار بستانهم ودارهم، انتقل حق الماء، سواء للشرب ونحوه أو لإداره المعمل ونحوه، إلى المشترين.

حصار فيه بيوت

(الرابع):

لو كان حصار لإنسان فيه بيوت وحدائق وأنهر، ثم باع ذلك الإنسان بيتاً منها أو صالح أو وهب أو ما أشبهه، فالظاهر أن المرافق فى ذلك الحصار تنتقل إلى المشتري بالنسبه لا بالتساوى مع مشتر آخر إذا كان اختلاف بين المبيعين، مثلاً إذا كانت الدار لزيد المشتري ذات ألف ذراع يسكنها حسب العاده عشره أشخاص، وأخرى اشتراها عمرو ذات خمسه آلاف ذراع يسكنها حسب العاده خمسون، انقسمت الحدائق والأنهر والسكك وما أشبه لصاحب الألف بقدر خمس صاحب خمسه آلاف وهكذا، ومثل ذلك يجرى فى القرى المتعدده التى تنتفع من ساحه أو غابه أو نهر أو بحيره أو ما أشبهه.

نعم لو كانت القرى أو البيوت فى الحصار متساويه ولو تسامحاً بما لا يرى العرف الفرق بينها، وإن كانت بعض الفروق الواقعيه بينها، فإن مقتضى القاعده الانتقال بالتساوى، وقد ألمع إلى شبه هذه المسأله المحقق القمى.

ثم هل العبره بالفعلليه أو الشأنيه باستحقاق المرافق، مثلاً داران كل واحده ألف ذراع، لكن

فى إحداهما خمس غرف يسكنها حسب العاده عشره أشخاص، وفى الأخرى غرفتان يسكنهما أربعة أشخاص، فهل العبره بالألف حتى يتساويان أو بالغرف حتى يختلفان، احتمالان، من الفعلية، ومن أن صاحب الغرفتين يبنى فيها حسب العاده المتعارفه ثلاثاً أخر فهما متساويان فى المرافق من الآن.

والظاهر أن العرف يرون التساوى لا الاختلاف، لأنهم لا يرون العبره بالفعلية، وإنما بالشأنية، ولذا نرى العرف يحسبون فى سعه الشوارع وعدد المصابيح الكهربائيه وسمك أنابيب الماء وصنع المطارات والمحطات والكراجات وما أشبه الشأنية لا الفعلية، فإذا كان احتياج البلد فى الحال الحاضر إلى شارع عرضه عشره أذرع، أما إلى عشرين سنه بعد ذلك فيزيد عدد أهل البلد إلى ما يحتاج فى شارع إلى خمسين ذراعاً مثلاً، يجعلون الشارع على خمسين ذراعاً، لا على عشره، إلى غير ذلك من الأمثله.

نعم لو شك فى استحقاق التساوى أو التفاوت، كان مقتضى القاعده إجراء قاعده العدل، مما تكون النتيجة النسبه والتفاوت على تأمل.

تعطيل الوقف

(الخامس):

الظاهر صحه الوقف بحيث يوجب الوقف تعطيل وقف سابق، كما إذا وقف مسجداً كبيراً يرتاده المصلون يسبب تعطيل المسجد السابق لضيقه أو كونه فى مكان ناء أو ما أشبه ذلك، كما أفتى به المحقق القمى فى شبه المسأله.

وإذا تعطل الوقف السابق عمل به مثل ما يعمل بكل وقف متعطل لا فائده فيه، ومثله ما لو باع قريته للكفار حيث يتعطل مسجده تلقائياً، إلى غير ذلك.

وليس الحكم خاصاً بالمسجد، بل وكذلك الحسينيه والمدرسه والأوقاف الخاصه للبطون، إلى غير ذلك، لوحده الملاك فى الجميع.

ثم إنه إذا تعدى الوقف على الجار، كما إذا كان بستان موقوفه فسبب أغصان الأشجار تصدع دار الجار

فإن كان المتولى من حاكم أو غيره سبباً، مما يسند التصديع إليه يكون ضامناً، لقاعده «من أتلف مال الغير» وغيرها، أما إذا لم يكن المتولى سبباً، فإذا كان للموقوفه وارد لم يستبعد أن يكون الضمان على الوارد، كما إذا سبب أشجار المسجد تصدع دار الجار حيث كان له موقوفه، فإن المتولى يعطى من الموقوفه، حيث إن مثل ذلك من شؤون الوقف إذا كانت الموقوفه بحيث يشمل مثل هذه الأمور، وإلا فهل يعطى من بيت المال لأنه من مصالح المسلمين، أو لا يعطى وليس لذلك الإنسان شيء، فهو كما إذا تعدت الرياح على حائط الإنسان فصدعته أو أسقطته، وكذلك فيما إذا لم يكن للمسجد موقوفه مثلاً، حيث يحتمل أن يكون على بيت المال، ويحتمل أن يكون هدرًا، احتمالان، وعدم كونه من بيت المال أقرب.

تصرفات إنسان في ملك إنسان آخر

(السادس):

لو كان لدار معبران، فباع مالك الدار الدار باستثناء غرفه قريبه من أحد المعبرين، أو وهب أو صالح أو ما أشبه ذلك، وكان يتردد إلى غرفته من كلا المعبرين بعد البيع، ثم باع الغرفه الثانيه أو وهب أو صالح أو ما أشبه، فهل للمشتري الثاني أن يمر من المعبر البعيد، كما كان يعبر منه المالك أم لا، الظاهر العدم، لأن البيع الأول كان بالمرافق والتي من جملتها المعبران باستثناء قدر معبر للغرفه الثانيه من الباب القريب إليها، فإن المرفق للغرفه الثانيه هو المعبر من الباب القريب لا الباب البعيد، ومسامحه المشتري الأول في مرور صاحب الدار من المعبر البعيد لم يكن لأجل حق له في المعبر، ولذا يكون للمشتري الأول أن يمنع صاحب الدار من العبور، فإن كل مبيع إنما يباع مع مرافقه، والمعبران من المرافق للدار باستثناء غرفه، كما أن المعبر القريب من مرافق الغرفه القريبه من ذلك المعبر.

وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي، ثم

ص: ٣٦٨

أشار إلى أنه لا يلزم أن يكون مرافق الكل مرافق الجزء أيضاً، ولذا إذا باع البئر فى الدار لم يكن من مرافق البئر مطرح الثلج، ومحل النفايات خارج الدار، وهو كما ذكره.

كما أنه لو باع السرداب مثلاً لم يكن مطرح الثلج من مرافقه، وإن كان محل النفايات من مرافقه، لأن السرداب غير مرتبط بالسطح المرتبط بمطرح الثلج، بينما السرداب يكتسب فيحتاج إلى محل النفايات.

نعم إذا كان كلا المعبرين يعدان عرفاً من مرافق الغرفة، كان لصاحبها الحق فيهما، ومنه يعلم أشباه هذه المسألة.

(السابع):

تصرفات إنسان فى ملك إنسان آخر بالعبور ونصب الميزاب وإجراء الماء وطرح التراب أو الثلج أو ما أشبه على أربعة أقسام:

فقد يسبق الملك على هذه الأمور، وقد يسبق هذه الأمور على الملك، وقد يتقارنان، وقد لا يعلم السابق.

ففيما إذا سبق أحدهما يكون الحق له، وفيما إذا تقارنا يكون الحق للذى له العبور ونصب الميزاب وما أشبه، لأنه لا أولويه لصاحب الملك على هذه الأمور بعد تقارنهما فى المباح مثلاً، أما إذا لم يعلم السابق منهما فمقتضى القاعده حق صاحب العبور، لأن كلا منهما ذو يد إلا أن يقيم المالك البيئه، وقد أفتى بذلك فى الجمله المحقق القمى، كما تقدم نظيره فى بعض المسائل السابقه.

(الثامن):

إذا كان لإنسان غرفه على غرفه إنسان آخر أو على سردابه أو على دكانه أو ما أشبه، فانهدمت الغرفه مما سبب هدم السرداب ونحوه، فالظاهر أنه لا يضمن إذا لم يكن مقصراً، كما ألمع إليه المحقق القمى، إذ الأصل عدم الضمان، ولا دليل على الضمان مع عدم التقصير، وقد ذكرنا مثل هذه المسألة فى كتاب الديات فى باب سقوط الميزاب، أو الجدار على رأس

ص: ٣٦٩

إنسان، أو على شيء مما سبب تلفه.

نعم إذا كان مقصراً كان مقتضى القاعده الضمان، وذلك لأنه السبب مع التقصير، بخلاف ما إذا لم يكن مقصراً، ومما يؤيد ذلك لأنه شبيه به، مسأله ما إذا عقر كلب إنساناً آخر، حيث ورد أنه إذا دعى ذلك الإنسان كان ضامناً، وأما إذا لم يدعه لم يكن ضامناً، وكذلك إذا سقط في بئر، إلى غير ذلك مما فصلناه هناك.(التاسع):

إذا كان العقد مرفوعاً لم يحق لبعض الجيران أن يطرح قمامته في محل غير معد للقمامه مما يكون مشتركاً بين أهل العقد بدون رضاهم، لأنه من التصرف في الحق المشترك، وقد تقدم الكلام في بعض شؤون العقد المرفوعه، أما إذا تعارف أن يطرح كل واحد منهم قمامته أمام داره، أو في سائر مواضع العقد، فلا حق لبعضهم في منع بعض بينما الكل يستفيدون من طرح القمامه في مثل هذا العقد، فهو كالمملك المشترك الذي الكل يتصرفون فيه على حد سواء، حيث لا يحق لأحدهم منع آخر.

كما أن الحال كذلك بالنسبه إلى طرح الثلج في أيام الشتاء في العقود، كما هو متعارف الآن في البلاد التي ينزل فيها الثلج، وكذلك الحال في طرح مياه الدار في العقد.

وإلى بعض ذلك أشار المحقق القمي.

ولا يلزم من حق التصرف أن يكون الجميع يتصرفون في كل يوم، وإنما إذا تصرف الجميع حسب الاحتياج كان للجميع أن يتصرفوا كذلك كما في مثل البناء، حيث يتصرف كل واحد في العقد عند بنائه داره أو ترميمه إياها بجعل وسائط البناء في العقد حسب المتعارف، أما الخارج عن المتعارف فلا يحق لأحد منهم أن يعمل إلا بإذن سائر الشركاء.

أما العقد غير المرفوعه فالمعيار حرمة ما كان منافياً لطريق المسلمين، أو أذيه

لهم، وما عدا ذلك فهو حق الجميع، وقد ذكرنا فى كتاب إحياء الموات، كما ألمعنا هنا أيضاً إلى أن الأذى المتعارفه لا بأس بها، كطرح الثلج مثلاً أو الكنس الموجب لتأذى الماره بالغبار، إلى غير ذلك من الأمثله.

لو تقوت عماره الجار بدار الجار

(العاشر):

لو تقوت عماره الإنسان بعماره الجار بما إذا لم تكن عماره الجار لم يتمكن من بناء طابق أو رفع حائط أو ما أشبهه، لم يكن به بأس، لا- لأن عماره الجار أيضاً تتقوى بعماره الإنسان، فيكون من التهاثر القهرى، إذ لا يلزم ذلك دائماً، كما إذا كانت عماره الجار من الإسمنت المسلح وعمارته من الطين، بل لأن ذلك لا يعد حقاً عرفاً حتى يكون للجار حق على صاحب العماره الطينيه فيمنعه عن بناء فوق طابقه، أو ترفيع حائط أو ما أشبهه.

كما أن تحفظ عماره الإنسان بسبب عماره الجار عن الهواء ونحوها لا يسبب حقاً للجار على الإنسان، كما إذا كانت عمارته واهيه بحيث لولا- عماره الجار لعصف بها الأرياح، أما عماره الجار فلقوتها تقف صداً دون العصف بعمارته، وكذلك إذا كان عماره الجار فى مسير السيل بحيث لولاها لأودى السيل بعمارته، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يعلم الحال فيما إذا ضعفت عماره الجار بسبب هدم الجار داره، كما يعلم وجه عدم الإشكال فى ضعف المعنويات أو قوه المعنويات لدار الإنسان بسبب دار جاره، كما إذا صارت دار الجار محلاً للأمن حيث تقوى المعنويات، أو صارت محلاً خطراً حيث تضعف المعنويات.

(الحادى عشر):

لو صالحه عن شىء بمائه دينار مثلاً فصار عند التسليم الدينار على الضعف أو على النصف، للتضخم أو التزل، فإن كان المقصود المنصب عليه العقد الحجم لم يضر فى ذلك أى منهما، وإن كان المقصود القوه

ص: ٣٧١

الشرائيه، فالظاهر لزوم إعطاء ما قيمته بقدر مائه فى القوه الشرائيه، فيعطيه مائتين أو خمسين، كما قد سبق أمثله لذلك فى مختلف أبواب الفقه، وفصلنا بعض التفصيل لذلك فى كتاب الاقتصاد، وكتاب الغصب.

وكذلك الحال فيما إذا لم تكن المصالحه بالنقد، وإنما بالشاه والكتاب والدار ونحوها، إذ لا يختلف الحكم بين الأمور المذكوره فى وحده الملاك فى الجميع.

(الثانى عشر):

أشكل المحقق القمى فيما إذا أعطى الإنسان مالاً لولده مثلاً مصالحه، ليؤدى عنه الصلاه أو الصيام أو الحج أو ما أشبه بعد موته، نعم لم يشكل فيما إذا قال: صالحت معك هذا المال بمبلغ كذا، وشرطت عليك أن إذا مت قبلك أن تقضى عنى كذا صلاه أو صوماً.

وفيه: أن لا وجه للإشكال، فإن المعطى يعطى مالاً والآخذ يعطيه عملاً مستقبلاً، وتقع المصالحه بين الأمرين، فهو كما إذا أعطاه ديناراً صلحاً ليخيط له الثوب فى المستقبل، وإذا مات الولد أو الخياط مثلاً قبل الأب والمستأجر فإن كان الشخص مقصوداً على نحو التقييد بطل، وإن كان على نحو الشرط كان له الإبقاء، ويؤخذ من مالهما بقدر الأجره، كما أن له الفسخ، وحيث قد عرفت فى المسائل السابقه أن الصلح أصل فلا حاجه إلى توفر سائر الشروط المقرره للإجاره والبيع وما أشبه فيه.

وكيف كان، فيشمل مثل هذه المصالحه أدله الصلح.

ومنه يعلم صحه الصلح مع إنسان على أن يؤدى دينه بعد وفاته إذا لم يستلزم الغرر، وكذلك الصلح على أن يجهزه، إلى غير ذلك من الأمور، ويصلح لمعلم الحج بأن يصلح مع الحجاج على أن يحج بهم بمبلغ كذا، فيأخذ منهم مبلغاً خاصاً ليكون قيماً لشؤونهم ومصارفهم.

لو تمكن من إبطال الصلح

(الثالث عشر):

لو ادعى على إنسان الصلح وأنكر، لكنه لم يتمكن من

ص: ٣٧٢

إثبات إنكاره لشهود ونحوها على صحه الصلح، حق له إذا كان محققاً في إنكاره أن يبطل الصلح بوجه آخر، كخيار الشرط والغبن والعيب وما أشبهه، كما أنه يحق له التقاص إذا كان من مورده، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمى.

وإذا صالح لكن الطرف ينكر الصلح حق له ترتيب آثار الصلح، مثلاً- صالح عن كتابه بقلم، فأنكر صاحب القلم الصلح، فإنه يجوز له أن يأخذ الكتاب تقاصاً، وإذا كانت قيمه الكتاب أقل من قيمه القلم حق له أخذ التفاوت أيضاً من ماله من باب التقاص.

والحاصل: إنه يرتب أثر الواقع فى كلا الفرعين، نعم إذا كان هنالك مانع عن ترتيب الأثر كالحلف الذى يذهب بالحق على ما قرر فى كتاب القضاء، لم يتمكن من ترتيب آثار الواقع، فذلك لدليل ثانوى.

(الرابع عشر):

لو رأى الإنسان ورقه صلح أو غيره شهد عليها جملة من الشهود العوام أو العلماء، ولا يعلم هل أن العوام عدول أو لا، وهل أن العلماء الذين هم عدول شهدوا شهاده فرع أو شهاده أصل، أو علم أن العلماء شهدوا شهاده فرع، لكنه لا يعلم عداله شهود الأصل، فإن كان هناك مدع للبطلان لزم التحقيق حول الأمر، وإلا حمل على أن الشهود عدول، لأصل الصحه، وأن شهاده العلماء شهاده أصل لا شهاده فرع، لأن شهاده الفرع خلاف الأصل، بل يمكن ادعاء السيره على ما ذكرناه فى الأوراق القديمه التى لا- يعرف الحال فيها، وإن كانت المسأله بعد بحاجه إلى نوع من التأمل، وقد أشار إليها المحقق القمى وأفتى بخلاف ما ذكرناه.

(الخامس عشر):

لو صالح عن دار مثلاً لها أربع غرف بمقدار أربعة دنانير، ثم لما تسلم الدار رأى أن فى الدار ثلاث غرف لا أربع، فالظاهر

ص: ٣٧٣

أن له خيار تبعض الصفقة، كما أن له أن يأخذ الثلاث غرف بمقدارها من المال، مثلاً إذا كانت كل غرفه في قبال دينار كان له أن يعطى ثلاثه دنانير في قبال الثلاث الغرف.

وكذلك الحال بالنسبه إلى الزمان، فإذا صالح عن سكنى دار لمدته خمس سنوات بخمسه دنانير، ثم إن الدار انهدمت في السنه الخامسة، فله أن يسترجع ديناراً من الدنانير الخمسه، كما أن له أن يبطل الصلح لتبعض الصفقه ويكون عليه أجره المثل.

وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي، ونقل عن العلامة أنه قال في التذكرة: لو صالح على سكنى دار أو خدمه عبد ونحوه من المنافع المتعلقة بالأعيان صح بشرط ضبط المده، ولا يكون ذلك إجاره، بل عقداً مستقلاً لنفسه، خلافاً للشافعي، فإن تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخ الصلح ورجع بما صالح عنه، وإن تلفت بعد استيفاء بعض انفسخ فيما بقي من المده ورجع بقسط ما بقي، انتهى.

ثم إنه لا فرق بين نقص كلا طرفي الصلح أو نقص طرف واحد، فإن كان النقص في كلا الطرفين كان لكل منهما خيار الفسخ، وإن كان النقص في طرف واحد كان للطرف الكامل خيار الفسخ.

(السادس عشر):

لو صالح الإنسان عن كل أمواله عند موته لزيد في قبال أن يقوم زيد بعد موته بنفقه عياله مثلاً مدته عشر سنوات صح الصلح، على ما تقدم في بعض الفروع السابقه، لكن لزيد فسخ الصلح إذا اختلف ماله في حال الصلح عن ماله في حال الموت بأن تصرف في أمواله حتى لم يبق منها ما يكون كفاءاً لذلك العمل، إذا كان مبني الصلح على المقابله بين المال

ص: ٣٧٤

والعمل الذى يقوم به المصالح معه بعد موته.

كما أنه إذا كان له مال قليل وأجرى الصلح على ذلك فأثرى، فإن للمصالح أن يبطل الصلح، اللهم إلا إذا كان الصلح بحيث إن المراد به هو المال القليل، سواء أثرى أو لم يثر، فإنه يبقى الصلح لازماً، ويكون للمصالح معه بمقدار ذلك المال القليل، أما الزائد فيكون لورثه الميت، لكن لا يخفى لزوم أن لا يكون الصلح غريباً.

لو صالح الزوج زوجته عن المهر

(السابع عشر):

إذا صالح الزوج زوجته عن مهرها بمقدار كذا صح، فإن طلق قبل الدخول كان لها نصف المبلغ إذا رضيا، وإلا كان لكل واحد منهما فسخ الصلح والرجوع إلى نصف المهر لتبعض الصفقة، وإذا حصل فسخ فى العقد بما لا مهر، انفسخ الصلح لبطلان طرف منه.

وكذلك إذا تصالحا عن مهر المتعه، ثم تأت الزوجه فى بعض المده بما سبب النقص فى مهرها، أو لم تأت فى كل المده بما سبب سقوط مهرها.

وهكذا الحال إذا تصالح الزوجان عن نفقه الزوجه، ثم إن الزوجه طلقت بما لا نفقه لها كلاً أو بعضاً أو نشزت.

(الثامن عشر):

لو كانت قلعه فيها دور فابتاع داراً منها إنسان من صاحب القلعه، ثم ابتاع وراء القلعه داراً أو صنع داراً، ويريد الوصل بين الدارين لم يكن لصاحب القلعه المنع عن ذلك.

نعم يصح لصاحب القلعه المنع عن أن يأتى سكان الجدار الجديد من باب الدار الواقعه فى داخل القلعه، لأن مقتضى القاعده أن المشتري للدار فى القلعه إنما له حق العبور والمرور من القلعه بمقدار عائله الدار لا بمقدار عائله أخرى فى دار أخرى، نعم إذا أسكن بعض أولاده فى الدار الثانيه، أو تزوج

ص: ٣٧٥

زوجه ثانيه أو ما أشبهه مما يعد من توابع هذا الإنسان، حيث إنه إذا لم تكن هذه الدار الثانيه كان يسكنهم في الدار الأولى، لم يكن بذلك منع، ولا حق لمنع صاحب القلعه من عبور ومرور أولئك التوابع الساكنين في الدار الثانيه من باب الدار الأولى في معابر القلعه، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي كما سبق مثل هذه المسأله في بعض المباحث السابقه.

(التاسع عشر):

لو كان لإنسان دار وحديقه، باب تلك الحديقه من هذه الدار حيث لا باب آخر لها، لأنها محفوقه بدور الجيران، فباع هذا الإنسان داره دون حديقته وسكن الحديقه، بقي حقه في العبور من الدار، لكن ذلك إذا كان المشتري ملتفتاً إلى هذا الشيء، وإن لم يكن ملتفتاً كان له حق الفسخ، لأن مثل هذه الدار تعد في العرف ناقصه، حيث إن فيها المعبر.

وقد أشار إلى ذلك المحقق القمي، إلا أنه أطلق حتى عبور صاحب الدار السابق من الدار مع أن مقتضى القاعده ما ذكرناه من التقييد.

ولو اختلفا في أن المشتري هل كان ملتفتاً إلى هذا الشيء أم لا، كان الأصل مع المشتري المدعى لعدم الالتفات، منتهى الأمر أن للبائع إذا لم يكن له بينه حق الحلف عليه حسب موازين الدعوى، وكذلك إذا اختلفا بأن قال المشتري: لم أكن أعلم أنك سكنت الحديقه وتمر كل يوم من الدار، وإنما ظننت أن الحديقه للثمار، وإنما أنت تدخلها وتخرجها بين حين وآخر، كما يدخل الإنسان بستانه أحياناً، لا أنه يسكنه دائماً، فإن الحق مع المشتري مع حلفه.

مصالحات بصيغه

(العشرون):

تصح مصالحات متعدده بصيغه أو بصيغ، كما إذا ورث أربعة أولاد من أبيهم أربع دور لا يعلمون قيمها إلا أنها متقاربه مثلاً بالقيمه، فيقول أحدهم مع رضا الآخرين: صالحنا على أن تكون الدار الشرقيه لزيد، والغريبه

ص: ٣٧٤

لعمرو، والجنوبيه لبكر والشماليه لخالد، فيقولون: قبلنا، فإنه يصح الصلح بين الجميع وينتقل حق كل واحد في دار الآخر إلى الآخر في قبال انتقال حق الآخر إليه.

بل وكذا يصح الصلح إذا كان معهم زوجه، والزوجه لا- ترث من الأرض ولا- من عين العماره، فإذا كانت لزيد دور خمسه فيصالحون على أن تكون تلك الدور كل واحده منها لأحد الورثه الخمسه الزوجه والأولاد الأربعة، إلى غير ذلك من الأمثله.

وصوره تعدد عقد الصلح بينهم واضحه فلا- حاجه إلى ذكرها، وكذلك الحال إذا كان في أملا-ك الأب الحبوه كالخاتم والمصحف والسيف وما أشبهه، فيوزعون أموال الأب أربعه أقسام، ويجرون صيغه الصلح بين الأولاد الأربعة أو مع الزوجه أيضاً حتى يكون مثلاً نصيب الزوجه أو بعض البنات أو بعض الأولاد الصغار من الحبوه شيئاً أيضاً.

ولا فرق في كل ذلك بين أن يعلموا حق كل واحد منهم، مثل أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين، أو أن الزوجه ترث الثمن مثلاً، أو أن لا يعلموا، إذا رضوا بذلك ولم يكن من الغرر، إذ لا حاجه إلى العلم بخصوصيات حق الإنسان في صحه الصلح، على ما تقدم من السعه في الصلح مما ليست في غيرها من المعاملات.

(الواحد والعشرون):

إذا كان في يد إنسان دار يعلم بأنها ليست ملكاً لآبائه، وإنما كانوا يتصرفون فيها، فله استصحاب حق التصرف، إذ تصرفهم بمقتضى أصل الصحه يكشف عن حقهم في السكنى، وعليه يصح بيع سكنها لغيره كما يصح صلحه، والمسأله مع أنها على القاعده فيها روايه خاصه رواها الشيخ بسنده إلى إسحاق بن عمار، عن عبد صالح (عليه السلام)، عن رجل لم يزل في يده وفي يد آبائه دار، وقد علم أنها ليست لهم، ولا يظن مجيء صاحبها، قال (عليه السلام): «ما أحب أن يبيع

ما ليس له، ويجوز أن يبيع سكناه»(١).

وقول بعضهم إن هذه الرواية مخالفه للأصل من وجهين:

الأول: تضمنها بيع السكنى وهو منفعه، والبيع إنما شرع لنقل الأعيان لا لنقل المنافع.

الثاني: إن المتصرف فيها اعترف أنها ليست له، فكيف صح له التصرف فيها ببيع السكنى.

فيه: ما لا يخفى، إذ قد ذكرنا في كتاب البيع أن بيع المنفعه أيضاً صحيح، كما أن المتصرف وإن اعترف أنها ليست له ملكاً، لكن مقتضى الاستصحاب صحة السكنى، وأن السكنى له حسب الإرث، لأن ما تركه الميت من حق فلوارثه، فيصح له البيع أو الصلح أو الهبة أو ما أشبهه.

(الثاني والعشرون):

لا يلزم في الصلح العلم بأن الحق لأحدهما، بل يصح الصلح حتى مع العلم بأن الحق ليس لأحدهما، كما إذا مات إنسان وورثه إنسان لكن ذلك الإنسان الوارث اشتبه بين نفرين لا يعلم أن زيداً ولد الميت أو عمرواً، فإن الإرث يوزع بينهما على التنصيف حسب قاعده العدل، وعليه وإن لم يكن في الواقع المال إلا لأحدهما إلا أنه حيث كان الظاهر أنه لهما يصح صلحهما، كما إذا ورثا دارين مختلفين في الخصوصيات والقيمه مثلاً فيتصالحان على أن تكون إحدى الدارين لهذا، وإحدى الدارين لذلك، وكذلك فيما أشبهه من موارد قاعده العدل.

(الثالث والعشرون):

لو طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعيّاً، ثم تصالحا على أن يكون المهر ونفقة العده أو أحدهما أو بعضاً منهما أو من أحدهما أو شيء آخر للزوج في قبال عدم الرجوع، فالظاهر صحة الصلح المذكور، كما ألمع إليه المحقق القمي لشمول أدله الصلح له، والظاهر أن العقد يقتضى الوضع

ص: ٣٧٨

كالشرط، فلا يتمكن من الرجوع.

وقد كان الوالد (رحمه الله) يفتى بأنه إذا شرطت المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها، فمقتضى الشرط أنه إذا تزوج عليها بطل الزواج، فإن العرف يفهمون من (أوفوا بالعقود) (١) و«المؤمنون عند شروطهم» (٢) أنهم لا- يتمكنون أن يبارحوهما، نعم إذا شرط أو عقد أن لا يكون له رجوع حكماً شرعياً بطل، لأن الحكم الشرعي ليس بيد الإنسان، ودليل الشرط والعقد ليس مشرعاً، كما فصل ذلك الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب.

ومنه يعرف حال ما إذا جعلت عدم الرجوع شرطاً في ضمن عقد لازم آخر.

وهكذا حال المختلعه إذا صالح الزوج معها على أن لا ترجع في البذل.

ومنه يعلم الحال فيما إذا صالح الجانبان على أن لا يكون لمن له الخيار - أي خيار كان - أن يأخذ بخياره، أو صالح الرجل المرأة على أن لا يكون لها حق القسم، أو حق الدخول في كل أربعة أشهر مره، أو ما أشبه ذلك، مما لا يكون محللاً للحرام، أو محرماً للحلال، أو منافياً لمقتضى العقد، فإن منافي مقتضى العقد كما لا يصح في داخله كذلك لا يصح بشرط أو عقد خارج، كصالح أن لا- تكون الزوجه محرماً للزوج، أو أن لا يكون المملوك ملكاً للمالك، أو ما أشبه ذلك، وتفصيل الكلام في باب الشرط.

الصلح بين شريكين

(الرابع والعشرون):

إذا كان زيد وعمرو شريكين في معاملته مضاربه أو ما أشبهه، وبعض أموالهما نقد وبعضها نسيئته، وبعضها عندهم وبعضها عند الناس، أو بعضها في هذا البلد وبعضها في بلد آخر، إلى غير ذلك من صور التفريق، فتصالحا على أن يكون قسم لهذا الشريك وقسم لذلك الشريك، مثلاً الديون لهذا

ص: ٣٧٩

١- سورة المائدة: آية ١

٢- الاستبصار: ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤، التهذيب: ج ١ ص ٣١١ ح ٦٦

الشريك، والأعيان والنقود للشريك الآخر، أو ما فى هذا البلد لهذا الشريك، وما فى سائر البلاد للشريك الآخر، أو ما كان من قبيل النقود لهذا الشريك، وما كان من قبيل البضائع والأجناس للشريك الآخر، صح هذا الصلح، لإطلاق أدلته، بشرط أن لا يكون غرر، وإلى ما ذكرناه ألمع المحقق القمى (رحمه الله).

نعم شرط المحقق القمى أن لا يستلزم الربا، على أصله من دخول الربا فى مطلق المعاملات، وليس خاصاً فى البيع، أما نحن فحيث استظهرنا عدم دخول الربا فى مثل الصلح على ما تقدمت الإشارة إليه فلا مانع حتى من استلزامه الربا، ومحل تفصيل الكلام فى الربا فى كتاب المكاسب.

(الخامس والعشرون):

الظاهر صحه الصلح بين نفرين بأن يؤدى هذا خمس ذك، وذاك خمس هذا، أو يؤدى هذا نفقه زوجه ذاك وبالعكس، وكذلك فى الزكاه، وهكذا فى الأمور الأخر الماليه التى على الإنسان.

وهكذا بالنسبه إلى اختلاف ما عليهما، كأن يؤدى هذا خمس ذاك ويؤدى ذاك نفقه زوجه هذا أو نفقه واجبي النفقه له، إلى غير ذلك من الأمثله.

كما يصح الصلح على أن يؤدى هذا خمس ذاك، ويعمل ذلك لهذا خياطه أو كتابه أو نجاره أو بناءً أو ما أشبه.

وهكذا يصح الصلح بين نفرين على عمليهما، كأن يعمل هذا نجاره بيت ذاك، ويعمل ذاك حداده بيت هذا، إلى سائر الأمثله، وذلك لإطلاق أدله الصلح الشامله لكل هذه الأمور إذا لم يكن غرر.

(السادس والعشرون):

هل يصح صلح وارثين لمورثين قبل موت مورثيهما، بأن يتصالحا أن ما يصيبه من الإرث لذاك، وأن ما يصيب ذاك من الإرث لهذا، أو لا يصح؟ احتمالان، وجه الصحه إطلاق الأدله، ووجه العدم أنه ليس شىء

ص: ٣٨٠

يملكه الآن حتى يتصالحا عليه، لكن لا يبعد الأول، لأنه مشمول للأدله بعد أن الإنسان يملك هذا الشيء عرفاً، فهو كالصلح على أن يكون ما ينتجه زيد لعمرو، وما ينتجه عمرو لزيد.

وإذا صح هذا صح أن يتصالح زيد مع عمرو بإعطائه مثلاً ألف دينار في قبال أنه ما سيرثه من أبيه يكون لزيد المعطى للألف، كل ذلك بشرط عدم الغرر، وسائر الأدله التي ذكرناها في أول كتاب الصلح، فتأمل.

الصلح لتسكن الزوجه الدار

(السابع والعشرون):

الظاهر صحه صلح الزوجه مع الزوج بأن تعطيه صداقها على شرط أن تكون ساكنه بالدار ومتصرفه في أموال الزوج بقدر نفقتها ما دامت هي حيه بعد موت الزوج، إذا لم يكن ذلك بحيث يستلزم جهاله وغرراً ينافيان مقتضى الصلح، لإطلاق أدله الصلح.

وقد ألمع إلى ذلك المحقق القمي، لكنه أشكل في مثل هذا الصلح للجهاله التي تنافى الصلح، لكنك قد عرفت أن مقتضى القاعده التفصيل.

وعلى فرض الصحه لو كانت النفقه أكثر من الثلث لم يضر ذلك ولم يحتج إلى إجازة الورثه، لأن النفقه إنما لزم للزوجه بسبب المصالحة التي هي معامله في حاله الحياه، وليست من قبيل الوصيه التي لا يمكن فيها التعدى عن الثلث، وإذا كانت المصالحة على أن تستفيد الزوجه مثلاً من خاتم الزوج أو مصحفه أو دابته أو ما أشبه مما هي من الحبوه تقدم حقها على حق الحبوه.

نعم إذا ماتت وبقيت تلك الأعيان رجعت حبوه، فهو مثل إجاره الإنسان دابته أو خاتمه أو مصحفه مثلاً _ إذا قلنا بصحه إجاره المصحف _ مده مديده تشمل ما بعد موته أيضاً، حيث إن حق الحبوه يتأخر عن حق الإجاره.

(الثامن والعشرون):

لو صالح مالك مع فضول عن إنسان بشيء، مثلاً صالح

المالك داره مع بستان عمرو الفضول قبل هذا العقد، ثم مات المالك وجاء صاحب البستان وأمضى المعامله الفضوليه، فالظاهر صحه المعامله المذكوره، إذ لا يشترط فى الفضولى إمضاء الأصيل فى حال حياه ذلك الإنسان الذى كان أصيلاً حين المعامله، وكذلك حال البيع والإجاره والرهن وغيرها.

وعلى هذا يتوقف إرث الزوجه والولد الأكبر للحبوه ببطلان الفضولى بعدم إجاره المالك الأصيل وإجازته، فربما توجب الإجاره الإيرث دون الرد، وربما يكون العكس، مثلاً- إذا كانت فى طرف الميت الأصيل الأرض، وفى طرف الفضول المال، فإن أجزى العقد ورثه الزوجه لأن الزوجه ترث من المال، وإن لم يجرى العقد لم ترث الزوجه لأن الزوجه لا ترث من الأرض.

ومنه يعرف حكم العكس، وحكم الحبوه فى الجانبين.

وإلى شبه هذه المسأله أشار المحقق القمى، فيما إذا صالح الأب مالا مع ولديه، وكان أحد الولدين حاضراً، وكان الآخر غائباً، فقبل الحاضر عن نفسه أصاله وعن الآخر فضوله.

(التاسع والعشرون):

لو صالح إنسان ماله مع مال إنسان آخر مثلاً، وبعد انتهاء الصلح ادعى المصالح أن المال لم يكن له، وإنما هو غضب مثلاً، لم يقبل كلامه فى غضبيه المال، لأن مقتضى أصاله الصلح أن الصلح وقع فى موقعه.

وقد ذكرنا مثل هذه المسأله فى مختلف الأبواب، كما إذا زوجت المرأه نفسها ثم ادعت أنها كانت مزوجه لإنسان آخر، أو باع إنسان شيئاً ثم ادعى أنه مغصوب أو ما أشبه ذلك، فإن الإقرار فى حق النفس إنما يتم قبل العقد، أما بعد العقد فهو إقرار فى حق الغير، فلا يشمل «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (1)، وقد فصلنا بعض

ص: ٣٨٢

الكلام فى ذلك فى كتاب الإقرار، وأشار إلى شبه هذه المسأله المحقق القمى (رحمه الله).

نعم لو صدقه طرف الصلح على أنه مال الغير بطل الصلح، إلا إذا كان الصلح كلياً، وكان الإعطاء من باب المصداق، لوضوح أن بطلان المصداق لا يوجب بطلان الكلى، وهكذا إذا أجاز المالك.

ومنه يعلم حال ما إذا صالح ثم ادعى أنه كان عند المصالحه غير بالغ أو غير عاقل، أو كان محجوراً أو ما أشبه مما جامعه بطلان الصلح، فإنه لا يقبل كلامه فى ذلك.

ادعاء الغبن فى الصلح

(الثلاثون):

إذا صالح صلحاً وبعد الصلح ادعى الغبن أو العيب أو خيار الشرط أو تبعض الصفقه أو ما أشبه مما يعطى له حق الإبطال، كان عليه الإثبات، فإن أقام البينه فهو، وإلا كان له الحق فى إحلاف المنكر، وإذا كان الطرف قد مات ووارثه يدعى أنه لا يعلم حق له أن يحلف على عدم العلم، نعم للمصالح إذا كان مغبوناً واقعاً أو ما أشبه أن يبطل الصلح ويعمل كما لو لم يكن صلح.

(الواحد والثلاثون):

لو كان مسيل مياه المطر من أرض زيد فى أرض عمرو لم يحق لعمرو قطع الطريق على المسيل، لما سبق من بقاء الحق القديم، وإذا عمّر عمرو أرضه وجرى الماء على الساحة المعموره وسبب خراب الآجر ونحوه لم يكن على زيد بأس، كما لم يكن لعمرو أن يحتج بأنه ضرر عليه، لأن الضرر هو الذى أوجده على نفسه بتعمير المسيل الذى هو حق الغير، فهو كما إذا فرش إنسان فراشه فى الشارع العام، حيث يحق للناس العبور عليه، ولا-حق له فى منعهم بحجه أنه ضرر عليه، وهل لعمرو أن يحصر المسيل فى أنبوب ونحوه بحيث لم يمنع السيل ولا يسبب السيل ضرره إذا لم يرض زيد بالأنبوب

ص: ٣٨٣

احتمالاً، من أنه تصرف في حق زيد بدون رضاه، ومن أن حقه في جريان مائه فلا يهم أن يكون الجريان بأية كيفية، لكن الأول هو مقتضى القاعده، إذ الثاني كمن يريد جعل نهر غيره في أنبوب ليتصرف في بقيه النهر، ومن ذلك يعرف أن عمرو لا يحق له أن يغير مجرى السيل من خلف داره التي يريد تعميها حتى لا يجرى السيل من داره بعد التعمير.

نعم إذا أراد عمرو تغيير مجرى السيل من قبل أرض زيد حتى لا يجرى السيل في أرض زيد، ويجرى منه إلى أرض عمرو، ولم يكن لزيد حق في هذا السيل، حق لعمرو ذلك، حيث ليس حق لزيد في المسيل، وقد أشار إلى بعض ما ذكرناه المحقق القمي.

(الاثنان والثلاثون):

لو أن عرق شجر الجار جاء من تحت بستان أو أرض الجار ونبت منه شجره، فالظاهر أن الشجره مشتركه بين صاحب الأرض وصاحب العرق، لأن الشجره لا تكون إلا من الماء والأرض، والأصل كما ذكرناه في كتاب الغصب الاشتراك.

فقول المحقق القمي بأن الشجره لصاحب العرق، محل نظر.

ثم إن صاحب الأرض له الحق في أن يقول لصاحب العرق: اقطع الشجره والعرق، كما أنه إن لم يفعل ذلك أو لم يتمكن منه كان له الحق في مراجعه الحاكم الشرعي، لأنه ولي القاصر والممتنع، وقد تقدم مثل هذه المسأله في أنه لا حق لصاحب الأرض أن يقطع هو بنفسه إلا إذا لم يكن ملجأً إلا ذلك.

وحيث إن المال مشترك على ما عرفت، فهو كسائر الأموال المشتركه حيث لا يحق لأحد الشريكين التصرف إلا بإذن الآخر، ولو تعاسرا فالمرجع الحاكم الشرعي، وحيث تقدم تفصيل في مثل ذلك لا داعي إلى تكراره.

ص: ٣٨٤

(الثالث والثلاثون):

لو كان نهر أو بئر أو ما أشبه من الماء مشتركاً بين الوقف وبين إنسان، ثم غاب ذلك الإنسان بما لا يتمكن من وصول اليد إليه، أو مات وخلف صغاراً، وأهل القرية اعتادوا أن يستعملوا ذلك الماء لأجل حاجاتهم، حيث إن بعضه وقف عام وبعضه كان مأذوناً من قبل مالكة، أو كان يبذل المالك الماء لهم في مقابل ثمن، فإن مقتضى القاعده أن المتولى للوقف والقيم على الصغير وولى الغائب وهو الحاكم الشرعى هم الذين يتصرفون فى الماء ويؤجرونه أو يبيعونه أو يعطونه للناس مجاناً، لكن يلزم أن لا يضيع حق الصغير، ولا حق الغائب، فإذا كان الميت أو الغائب قد أباح الماء لأهل القرية مثلاً لم يكن معنى ذلك أن الإباحه باقيه بعد موته، وانتقال الحصه إلى الصغار أو إلى كبار غائبين لا- يعلم هل أنهم أباحوه كمورثهم أم لا، وكذلك إذا لم يعلم أن الإباحه هل كانت مطلقه شامله لما بعد غيبه المالك أو مخصوصه.

وعلى كل حال، فالتصرف فى مال الغير لا يجوز إلا بأذنه أو إذن وليه، وقد ألمع إلى شبه ذلك المحقق القمى.

لو جرى الماء إلى بيت الجيران

(الرابع والثلاثون):

لو تفيض نهر خاص أو ساقية خاصه أو انفتح الأنبوب لماء إنسان تأخذ الدوله العادله منه المال فى قبال الماء، فجرى الماء إلى بيوت الجيران، فإن كان تالفاً أو كالتالف فلا- كلام، أما إذا جرى فى حوض إنسان مثلاً وكان الحوض فارغاً، فالماء لصاحب الماء، ولا- حق لصاحب الحوض فيه، وإن كان فى الحوض ماء لصاحب الحوض فامتزج اشتركا وصار كسائر المشتركات، فإن علما قدر ماء كل فهو، وإن لم يعلما تصالحا، وإلا أجبرهما الحاكم على الصلح القهرى أو نحوه، وقد ذكرنا فى بعض مباحث الفقه مسأله الصلح

ص: ٣٨٥

القهرى، وإلى بعض فروع هذه المسألة أشار المحقق القمى.

ولو لم يعلم هل أن صاحب الماء أعرض عن مائه أم لا، فالأصل بقاؤه على ملكه.

وإذا تعاسر صاحب الماء وصاحب الحوض فى دخول صاحب الماء داره لأخذ مائه من حوضه أو إعطاء صاحب الحوض لمائه، فالمرجع أيضاً الحاكم الشرعى، حيث يفصل بينهما، وقد ذكرنا فى بعض المباحث السابقة أن الفصل ليس بإيكال الحاكم الشرعى الثالث يقسم الماء بينهما، لأنه خلاف سلطنه كليهما، فإن مقتضى القاعده مراعاة سلطنتهما معاً، وحتى لو أضرط إلى إلغاء سلطنه أحدهما فإنه مقدم على إلغاء سلطنه كليهما بتحويل الثالث للفصل.

ولو اختلفا فى أن كل واحد منهما يقول: إن له الأ-كثر، فإذا كانت هنالك بينه أو يمين فهو، وإلا- فإن كانت بيتان أو تحالفاً أجريت قاعده العدل، وقد ذكرنا فى بعض مباحث الفقه أن المائين لو كانا مختلفين بأن كان أحدهما حلاً قيمة دينار والآخر مرأاً أو مالاً قيمة نصف دينار مثلاً، كان مقتضى القاعده التقسيم بينهما حسب القيمة لا حسب الحجم، أو يتراضيان على التقسيم حسب الحجم ويعطى صاحب الماء المالح أو المر التفاوت لصاحب الماء العذب.

ومنه يعرف حال اختلاف المائين فى سائر الخصوصيات.

(الخامس والثلاثون):

لو تنازعا على دار كان عمرو جالساً فيها وزيد يدعيها، بحيث لم يكن لزيد البينه، فقبل بالصلح مع عمرو على أن يعطيه عمرو شيئاً ويرفع يده عن الدعوى، فأعطاه عمرو المال، ثم إن زيداً حصل على البينه، فإنه لا حق له فى الدعوى بعد الصلح المذكور، ولو ادعى لم يسمع الحاكم الشرعى دعواه، لأن حقه قد سقط بالصلح، نعم إذا مات فلورثته حق الدعوى إن كان عمرو صالح مع المورث على سقوط حق دعواه، ومن الواضح أن

حق دعوى الوارث غير حق دعوى المورث.

وأما إذا كان صلح عمرو مع زيد على سقوط حقه في الدار، فإنه لا حق للوارث في الدعوى، إذ لما سقط حق المورث عن الدار لا شيء يبقى للوارث حتى يدعى، وحتى أنه إذا علم الحاكم الشرعي بأن حق زيد كان ثابتاً أو قامت البيهنة عنده لم يكن له أن يعطى الدار لورثه زيد بعد أن كان زيد أسقط حقه في الدار في مقابل ما أخذه من المال صلحاً، ثم إن كان صلح المدعى في قبالة سقوط حق دعواه كان له التقاوص إذا علم بثبوت حقه.

انحصار أرضه بين دور

(السادس والثلاثون):

لو كانت له أرض يمر إليها عبر أحد الأطراف الأربعة، ثم أصحاب الأطراف بنوا دوراً نحوها على أراضيهم ولم يعلم أن المعبر كان من أي الأراضي، فإن مقتضى القاعده أن الحاكم الشرعي يجعل على أصحاب الدور ممراً على نحو المهايه، بأن يمر مثلاً إلى أرضه في كل شهر من دار إنسان، أو أن يجعل الممر من أحد الدور ويأخذ ثلثه أرباع قيمه الممر من الثلاثة الآخرين ويعطيها لمن جعل الممر من داره فإن الجمع بين (لايتوى حق امرء مسلم) (١١) بالنسبه إلى الممر، وقاعده العدل بالنسبه إلى الأربعة يقتضى ذلك.

فهو مثل أن الإنسان يطلب من أربعة أشخاص ديناراً وهو لا يعلم أنه يطلب من أيهم، فإن الحاكم الشرعي يجبرهم على أن يعطى كل واحد له ربع دينار، وليس المقام كواجدى المنى، حيث إن الغسل عن المنى حكم شرعي، والشارع تسامح في حكمه، ولم يعلم أنه تسامح في حقوق الناس، بل مقتضى التشديد في حقوق الناس هو قاعده العدل التي ألمعت إليها جملة من الروايات في أبواب مختلفه.

ومنه يعلم وجه النظر في احتمالي المحقق القمي في المسأله، من العمل

ص: ٣٨٧

١- العوالي: ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦

بالقرعه، ومن العمل بعدم تكلف أحد من الأربعة بشيء، لأنه كالثوب المشترك في واجدى المنى، حيث إنه ليس شيء على أى واحد منهم عملاً بأصل البراءة، قال: وليس المقام من قبيل ما إذا كانت ذمه إنسان مشغوله بدين لأشخاص محصورين، حيث ذكر الفقهاء أنه يصلح معهم جميعاً، وذلك لأن شغل الذمه هنا ثابت، وشغل الذمه لأحد الملاك الأربعة فى مسألتنا ليس ثابتاً.

ثم قال: ولا يبعد فى هذه الصورة، وهى صورة شغل الذمه لأشخاص محصورين أن يعطى هذا الإنسان المشغول الذمه قدر ما يكون مديوناً من باب مجهول المالك.

ثم قال: الاحتمال الثانى فى مسأله المسير إلى الأرض أظهر من الاحتمال الأول الذى هو القرعه.

ولا يخفى أن مقتضى قاعده العدل فى مسأله اشتغال الذمه لمحصورين هو أن يقسم المال بينهم لا الصلح معهم، أو الإعطاء من باب مجهول المالك، وقد ذكر صاحب الجواهر شبه هذه المسأله فى كتاب الخمس، وقد نقلنا نحن أيضاً هناك بعض الأقوال والأدله حول وجوب العمل بقاعده العدل فى مثل من لم يعلم أن ذمته هل هى مشغوله بالخمس أو الزكاه مثلاً، إلى غير ذلك من موارد الاحتمال والشبهه.

(السابع والثلاثون):

قال المحقق القمى: يغتفر الجهاله فى الصلح بشرط أن لا يمكن استعلام الحال فى وقت الصلح للتعذر أو للتعسر، ولو لم يكن الاستعلام متعذراً أو متعسراً لم يصلح الصلح.

وفيه: ما تقدم من أنه لا دليل على لزوم العلم بالخصوصيات، وعدم ضرر الجهل، لإطلاق أدله الصلح، ولا دليل على الفرق الذى ذكره، فإذا كانت ورثه لا يعلمون كم حصه الذكور، وكم حصه الإناث، هل بالتساوى أو بالتفاوت مثلاً، يصلح لهم أن يتصالحوا، وإن كان يمكن الاستعلام، وكذلك فى سائر الأمور.

نعم يلزم أن لا يكون الصلح غررياً، لنهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر(١).

وقد ذكرنا فيما سبق أن الغرر فى الصلح ليس بشده الغرر فى غير الصلح، إذ يغتفر فى الصلح ما لا يغتفر فى غيره، فعليه إذا كان هنالك مثلاً- كل بيض بفلس، وهناك فى الصندوق مئآت البيوض لا يعلم عددها، يصالحها بدينار فيما كان الدينار قريباً من البيوض، إما بكثره قليله أو بقله قليله، مما يقدم العرف العقلائى على مثل هذه المصالحة، فإن المصالحة صحيحة، وإن أمكن تعداد البيوض هل هى ألف أو أقل أو أكثر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو تصالحا ثم ظهر الغبن فى أحد الطرفين، فهل للمغبون فسخ الصلح، أو التخيير بينه وبين أخذ التفاوت، أو أن الغابن إذا أعطاه التفاوت لم يكن للمغبون فسخ الصلح، وإلا- كان له فسخ الصلح بدون مراجعه الحاكم وإجباره على إعطاء التفاوت، أو بعد المراجعته؟

احتمالات، وذلك لأن دليل «لا ضرر» الذى هو معيار خيار الغبن والعرفيه قاضيان بأن إعطاء الغابن التفاوت لا يدع مجالاً للخيار، لأنه لا يكون ضرر بعد ذلك، والعرف يرون أن المعامله إذا صدرت بقيت إلا إذا كان أحدهما مغبوناً غبناً من غير تدارك.

أما فى باب البيع، حيث إن دفع التفاوت لا يوجب سقوط خيار الغبن، فقد استندوا فيه إلى الإجماع.

واستشكل المحقق القمى فى المسأله، وأخيراً قال: إن الأحوط التصالح، وإن كان احتمال استصحاب بقاء الخيار، وإن استعد الغابن لإعطاء التفاوت، إلا- أنه قد يقال بالإشكال فى الاستصحاب لأنه لا ضرر على المغبون من الغابن بعد إعطاء التفاوت، فوجود أركان الاستصحاب من الأول محل إشكال، لكن يمكن أن يقال إن الغبن حصل فليستصحب الخيار.

ص: ٣٨٩

ثم لا يخفى أنه إذا لم يكن في الأول غبن، وإنما حصل الغبن لأحد الطرفين بسبب التضخم أو التنازل لم يكن خيار، كما أنه لو قلنا بالخيار هنا، بل وفي البيع أيضاً إذا كان عند المعاملة غبن، ثم ارتفع الغبن بسبب التضخم والتنازل مثلاً، لم يكن وجه لسقوط الخيار، وكذا إذا كان عيب ثم برئ، إلى غير ذلك، مثل ما إذا اختلف الوصف بما أوجب الخيار ثم صار الوصف على ما وصف.

التصالح على التناصف

(الثامن والثلاثون):

لو تنازع زيد وعمرو على دينار مثلاً، وبعد وصولهما إلى نتيجة من حلف أو بينه أو إقرار أو ما أشبه تصالحا على أن يتنازل كل واحد عن النصف، فتصالحا على أن يعطى المديون للدائن نصف دينار، وهكذا انتهى الأمر ثم ظهر بالبينة أو بالإقرار أو بالحلف حق أحدهما في كل الدينار، فالمديون يجب أن يعطى النصف الآخر إلى الدائن، إلا أن يكون الدائن قد أسقط نصف الدينار عن المديون بطيب نفسه، فانه تبرأ ذمته من باب الإبراء، أو أن يكون الصلح على النصف حتى في صورته طلب الكل، بأن يكون مثل ما إذا علم الجانبان الدين، وإنما تنازل الدائن عن النصف تنازلاً بالصلح لا تنازلاً عن الدعوى.

وقد ألمع إلى هذا المحقق القمي بدون ذكر الشق الثاني، وإنما ذكر الإبراء في صورته الإبراء، ومن الواضح فرق بين الإبراء وبين التصالح على النصف، كما أنه فرق بينهما وبين التصالح على عدم الدعوى.

لو تصالح الزوجان

(التاسع والثلاثون): لو تصالح الزوجان على أن يكون المهر أو النفقة أو كلاهما أو بعض من أحدهما أو من كليهما أو شيء خارجي للزوج، مقابل طلاق الزوجه وعدم الرجوع إليها، هل يصح للزوج الرجوع، وهل يصح لهما النكاح من جديد بدون أن ينافى الصلح، وإذا لم يطلق هل يجبر عليه، وهل تحرم عليه الزوجه، الظاهر عدم صحه الرجوع من الزوج لما تقدم في بعض المسائل

ص: ٣٩٠

السابقه من أن العقد والشرط يقتضيان الوضع، خلافاً للمحقق القمي حيث قال بأنه لو رجع فعل حراماً وتكون الزوجه زوجته، لأن فعل الحرام لا ينافي الزوجيه.

أما النكاح لهما من جديد فلا إشكال فيه ولا يضر ذلك بالصلح، لأن الصلح كان على الطلاق وعدم الرجوع ولم يحصل أى منهما.

وإذا لم يطلق أجبر عليه، لما عرفت من أنه مقتضى العقد، كما أنه إذا لم يقبل الشرط فى باب الشرط أجبر عليه، لكن ما دام لم يطلق لا تحرم الزوجه عليه، لأن الحرمة إنما تكون بالطلاق، و«الطلاق بيد من أخذ بالساق»، فما دام لم يطلق يستمر حكم الحليه كما تستمر حكم النفقه وسائر شؤون الزوجيه، وقد تقدم أنه إذا تصالحا بشىء من الزوجه فى قبال أن لا يتزوج بطل زواجه لأنه مقتضى الوضع.

ثم إنه إذا طلق ثم رجع وقلنا بصحة الرجوع على مبنى المحقق القمي، كان لها أيضاً فسخ الصلح، لخيار تبعض الصفقه ونحوه، وإذا فسخت الصلح لم يكن للزوج إلغاء الطلاق، لأن الطلاق لما وقع ثبت، فتكون تطليقه لا يمكن بعدها إلا تطليقتين فيمن لم يطلق قبل ذلك.

والحاصل: أن التطليقه صحيحه وإن رجعت الزوجه فى الصلح.

ثم إنه لو مات الزوج قبل أن يطلق كان مقتضى القاعده انفساخ المصالحه حيث تعذر أحد طرفيها، وحيث تكون المعامله قائمه بالطرفين فإذا لم يف طرف فمقتضى القاعده بطلان المعامله.

وإذا لم يف الزوج بالطلاق ولم يمكن جبره كان مقتضى القاعده أن المصالحه تنفسخ تلقائياً بدون الاحتياج إلى فسخ الزوجه، نعم إذا تمكن من جبره وأجبره بقى الصلح.

ومما تقدم يعلم أنه لو صالح رجل وامراه على أن تعطى المراه للرجل شيئاً من مهر أو نفقه مستقبلين على أن يتزوجها فلم يتزوجها أجبر على الزواج

إن قلنا بصحته مثل هذا الصلح، وكذا إذا كان شرطاً في عقد لازم، ثم إذا نكح لم يكن للزوجه حق من المهر والنفقه بقدر.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا صالحت الزوجه مع الزوج أن لا يطلقها في قبال مهرها أو نفقتها أو شيء منهما مثلاً، حيث يلزم الصلح ولا حق له في الطلاق.

وكذلك إذا صالحت امرأه زوجاً على أن يطلق زوجته وينكحها في قبال عدم إرادتها المهر والنفقه منه، أو في قبال إعطاء شيء له.

والكلام في مسأله أنه إذا لم يطلق أجبر على ما تقدم، نعم إذا لم يطلق بقيت الزوجه زوجه لها شؤون الزوجيه، كما أن له شؤون الزوج.

ومما تقدم يظهر وجه صلحها معه، أو صلحه معها على أن لا يطأها، أو يطأها أكثر من القدر الواجب، فإن لها الحق في كل أربعة أشهر مره على ما يقوله المشهور، وإن أشكلنا في المده المذكوره في بعض مباحت الفقهاء، وأن لها الحظ حسب العشره بالمعروف، فلها إسقاط حقها صلحاً أو شرطاً، فتأمل.

تصرف المصالح فيما صالح

(الأربعون):

ذكرنا في كتاب الشفعه: إن الشفعه لا تجرى مع المصالحه لعدم الدليل، وإنما الشفعه تجرى في البيع فقط، فلو هرب البائع من البيع إلى الصلح وقعت المصالحه لم يكن للشفيع الأخذ بحق الشفعه، وإن كان البائع لا يعلم الفرق بين الصلح وبين البيع، بل إنما أخذ العين وأعطى الثمن لأنه أراد إعطاءه للشفيع بالشفعه، جاهلاً عن أن الصلح لا يحكم عليه بالشفعه، وذلك لأن الجهل والعلم في المقام لا مدخلية لهما في صحه الصلح، وفي عدم حق الشفعه.

ولو لم يعلم هل وقعت المعامله صلحاً أو بيعاً، لم يكن للشفعه أيضاً مجال، لأن الشفعه إنما تكون فيما إذا كان البيع، والمفروض أنهما لا يعلمان البيع.

ص: ٣٩٢

نعم إذا كان فى الواقع بيع كان له حق الشفعة.

والكلام فى الفور والتراخى إذا عرفت بعد ذلك أنه بيع لا صلح، قد ذكرناه فى كتاب الشفعة مفصلاً.

(الواحد والأربعون):

إذا كان مجرى ماء زيد فى بيت عمرو أو بستانه أو ما أشبهه، فخرّب المجرى بما سبب ضرر عمرو من مرور الماء، فالظاهر أن لعمرو أن يمنع مرور الماء حتى يدفع زيد المالك للمجرى الضرر، وذلك لدليل «لا ضرر»، وإذا لم يتمكن من منع مرور الماء كان له مراجعته الحاكم وتعمير المجرى، ويكون على صاحب الماء أن يؤدى مبلغ التعمير.

ومنه يعلم أن قول المحقق القمى: الظاهر أنه لا يتمكن من إلزام زيد بتعمير المجرى ورفع الضرر، بل اللازم على عمرو أن يدفع الضرر عن دار نفسه، غير ظاهر الوجه، نعم إذا كان الخراب فى المجرى بحيث لا- يتمكن الماء من المرور فتوقف الماء فلا إشكال فى أنه لا شىء لعمرو، وإنما على زيد أن يعمر المجرى إذا أراد مرور الماء.

ومنه يعلم أنه إذا تكسرت الأنابيب المائيه أو خربت الأسلاك الكهربائيه التى لزيد فى دار عمرو، فإنه يجبر على تعميرهما إذا كانا سبباً لضرر دار عمرو، وكذلك إذا كانا سبباً لعدم تمكن عمرو من الاستفادة من داره، مثلاً سبب خراب أسلاك الكهرباء تكهرب الحائط وما أشبه مما يوجب أن لا يتمكن عمرو من الاتكاء على الحائط أو وضع اليد عليه أو ما أشبهه، لأن دليل سلطنه الناس يوجب إلزام صاحب الأسلاك بالتعمير.

(الثانى والأربعون):

لو صالح زيد من داره مثلاً مع عمرو، ثم رأينا أن زيداً يبيع الدار، ولا نعلم هل أن يبيعها غصب أو وكاله، أو لأنه فسخ الصلح حيث كان له الفسخ، فالظاهر حمل فعله على الصحيح، نعم لو حصل تنازع بينهما

كان الأصل مع عمرو، إلا أن يثبت زيد صحه البيع.

وكذا إذا باع زيد داره من عمرو ثم رأينا بيع الدار.

ومما تقدم يعلم أنه لو باعها كلا زيد وعمرو قدم بيع عمرو، إلا أن يقيم زيد الدليل على بطلان بيع عمرو وصحه بيع نفسه، ومثل البيع إذا صالح الدار زيد مره ثانيه مع إنسان آخر، أو رهن أو وهب أو وصى بها أو وقفها أو ما أشبه ذلك من سائر التصرفات، وكذلك حال المتصرفين المتعارضين، مثلاً باع زيد الدار ووهب عمرو إياها أو ما أشبه ذلك، وقد أشار إلى بعض ما ذكرناه هنا المحقق القمى.

ومن ذلك يعرف أنه لو صالح زيد أمواله لأولاده الكبار مثلاً، ثم رأينا أنه صالح مره ثانيه أمواله لأولاده الكبار والصغار معاً، كان مقتضى القاعده صحه الصلح الثانى حملاً لفعله على الصحيح، لاحتمال أنه جعل لنفسه الفسخ وفسخ، أو أنه فسخ الصلح بخيار وما أشبه، نعم إذا ادعى الأولاد الكبار عدم صحه الصلح الثانى كان عليه إقامه الدليل، لأن الصلح معامله لازمه، فعلى مدعى بطلانها فى صورته التنازع إقامه الدليل على ذلك.

(الثالث والأربعون):

الظاهر صحه الصلح مع الحمل، سواء فى ضمن آخرين أو وحده، وسواء كان المصالح أباً أو جداً أو غيرهما، مع قبول الأب والجد أو نحوهما كالحاكم والقيم للصلح عن طرف الحمل، لكن هذا الصلح يتوقف على ولاده الحمل حياً، وذلك لإطلاق أدله الصلح وعقلانيه المعاملات مع الجنين إذا فعل الولى، أو فعل الفضولى ثم لما بلغ الجنين البلوغ الشرعى أجاز الفضولى.

ويؤيد العقلانيه التى هى الموضوع الشرعى ما لم يبين الشارع خلافه صحه الوصيه له، وكذلك صحه إرثه.

وإنما قيدناه بالولاده حياً، لأن

الشارع تصرف في هذا الشيء، ولذا أبطل ملكه إذا لم يلد حياً، سواء في الإرث أو في الوصية.

ومنه يعلم أن قول المحقق القمي بعدم الصحة، لأنه لا يملك إلا في مورد الوصية والميراث ملكاً مترزلاً، غير ظاهر الوجه، فتأمل.

ثم ذكر المحقق القمي أن العلماء ذكروا أن الإقرار للحمل على ثلاثة أقسام:

الإقرار بسبب مملك، كالوصية والإرث.

والإقرار بسبب غير مملك، كالإقرار بأنه جنى على الطفل، وأنه استحق الغرامه، أو أنه عومل معه معامله توجب ملكه.

والثالث الإقرار بسبب يحتمل الأمرين.

ففي الأول صحيح، وفي الثاني باطل، وفي الثالث حيث يحتمل الصحة يحتمل إقراره على الصحيح.

وفيه: إنه لم يعلم إجماع على البطلان في الثاني، ومقتضى القاعده الصحة، وأن الطفل إذا جنى عليه وهو في بطن أمه له حق الأخذ بمقتضى الجنايه، كما أنه إذا قتل له حق الديه، والحاصل مقتضى القاعده أن كل المعاملات مع الطفل جائز إلا إذا علم بالدليل العدم، كالنكاح له أو لها فيما إذا تبين أنه ذكر أو أنثى مثلاً، سواء ولد حياً أم لا، ولذا يصح عتقه أيضاً.

والمسأله وإن كانت بحاجه إلى مزيد من التبع والتأمل، إلا أن مقتضى القاعده ما ذكرناه، فإذا نذر له أو وقف له أو وصى أو باع أو وهب أو ما أشبهه صح مع قبول الولي وولادته حياً، أو قبول الفضول، وبعد ذلك إذا بلغ فيما يحتاج إلى الطرفين، أما فيما إذا لم يحتج إلى الطرفين كالعق والنذر له وما أشبهه صح على مقتضى القاعده.

ثم إنه فرق بين مثل الإرث ومثل الجنايه عليه، حيث إن الإرث يتوقف على ولادته حياً، أما الجنايه عليه فلا يتوقف على ولادته حياً، فإنه إذا مات في

الرحم بعد الجنايه تكون الديه أيضاً لورثته، ولا- فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الولد للحلال أو الحرام أو الشبهه، وأن يكون كافراً أو مسلماً، فيما يصح بالنسبه إلى الكافر الكبير، وولد الحربى تابع له، كما أن ولد الذمى تابع له.

الإقرار بالصلح

(الرابع والأربعون):

الإقرار بالصلح موجب لترتب آثار الصلح، وإن لم يعلم هل أنه صالح، أو لم يتصلح وإنما أقر كذباً، أو أنه أجرى الصلح صحيحاً أو باطلاً، فإن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١)، وأصل الصلحه حاكم بصلحه صلحه.

والظاهر أن الكتابه المعتمده أيضاً حكمها حكم الصلح، كما إذا رأيناه كتب فى ورقه وأشهد عليه شهوداً، والشهود يقولون بأنه أشهدنا عليها، أو الشهود ميتون لكن الكتابه بشهاده الشهود مأمونه عن التزوير، وذلك لجريان السيره من القديم بالنسبه إلى الأقرارير والوصايا والمصالحات والبيوع وغيرها على الاعتماد عليها مع الأمن عن التزوير.

وقول الفقهاء: لا اعتبار بالكتابه، كقول المحقق القمى، إلا أن يعلم الحاكم بالصلحه، محل نظر، إلا أن يريد الفقهاء الكتابه التى لا يمكن الاعتماد عليها عند العرف، أما الكتابه التى يعتمد عليها عند العرف فلا وجه لعدم الاعتبار بها، بل هو داخل فى قوله (عليه الصلاه والسلام): «الأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينه»^(٢)، فإنه من الاستبانة العرفيه.

وقد كان الرسول (صلى الله عليه وآله) والأئمه (عليهم السلام) يعتمدون على الكتابه، ولذا كان (صلى الله عليه وآله) يرسل الكتب إلى الملووك وغيرهم^(٣).

ص: ٣٩٦

١- الوسائل: ج ١٦ ص ١١١ الباب ٣ من أبواب الإقرار ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٤٠ الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤

٣- بلغ تعداد كتب الرسول (صلى الله عليه وآله) إلى الرؤساء زهاء ٣١٧ فقره، راجع مكاتب الرسول

نعم إذا كانت كتابه لا- نعلم هل أنه أجرى على نحوها الصيغه أو المعاطاه أو لا، كالكتابه على الزوالى بأنها وقف، حيث إن الكتابه قبل التوقيف غالباً، لم يكن اعتبار لهذه الكتابه، لعدم اعتماد العقلاء على مثلها.

(الخامس والأربعون):

لو ادعى زيد على عمرو مائه دينار، وأنكر عمرو، فصالح زيد معه على خمسين منه مثلاً بشيء، فإن المصالحه لازمه ولا تسقط دعوى زيد على عمرو الخمسين الآخر، لأن الصلح على الخمسين ليس معناه الاعتراف بأنه قد كذب فى دعواه المائه، وقد أشار إلى ذلك المحقق القمى.

ولو اختلفا فى أنه هل صالح عن المائه أو عن الخمسين، فالحق مع مدعى الخمسين إلا أن يأتى مدعى كون الصلح بمائه بدليل.

التفاسخ فى الصلح

(السادس والأربعون):

الفسخ بخيار الشرط وفى العقد الجائز لا يحتاج إلى الطرفين، وإنما يفسخ بسبب طرف واحد كما هو واضح، أما فى العقد اللازم فالفسخ كالتقاييل بحاجه إلى الطرفين، كأن يقول: تفاسخنا، أو أبطلنا، أو رفعنا اليد عن العقد، أو ما أشبه ذلك من صور الفسخ من الجانبين.

ولو قال أحدهما: فسخت، فقال الآخر: قبلت أو رضيت أو أنا هكذا أو ما أشبه، حصل التفاسخ أيضاً.

والظاهر أنه لا يشترط عدم الفصل، فإذا قال أحدهما فى البيع أو الصلح أو ما أشبه فى يوم الجمعة: إنى فسخت العقد، وقال الآخر فى الجمعة الثانيه: قبلت، ولكن كان الأول باقياً على فسخه صح، لأن الأمر عرفى، والعرف يرون الاتصال بين الأمرين ولو بفصل، فقول المحقق القمى: يجب أن يكون بفاصله قليله، غير ظاهر الوجه.

وكذا الحال لو استقال البائع مثلاً فى جمعه، وأقال المشتري فى جمعه أخرى.

ولو شك فى ذلك كان الأصل مع عدم اشتراط عدم الفصل، إذ

الشرط شيء جديد لم يدل عليه دليل، فالعقلائييه هي المعيار في الأمر، والعقلاء لا يرون الاتصال، بل مقتضى القاعده أنه لو فسخ أحدهما ومات الآخر وورثه وارثه، فقال وارثه: قبلت الفسخ، انفسخ.

كما أن مقتضى القاعده أنه لو أجرى فضولى الفسخ، فقال العاقد: قبلت ما فسخ، كان ممضى أيضاً، لأن الفضوليه تأتي في الفسخ أيضاً عرفاً، والشارع لم يغير ذلك.

ولو قال أحدهما: فسخت، وقبل أن يقول الآخر قبلت، رجع عن فسحه وقال: رجعت، لم يتحقق الفسخ.

وذلك كما إذا قال أحدهما: بعته، وقبل قبول الآخر قال: رجعت، فإن البيع لا يقع، وهكذا في النكاح إذا أجرى الإيجاب وقبل قبول القابل رجع، إلى غير ذلك من العقود، وذلك لعدم صدق (عقودكم) إذا رجع.

ولو ادعى أحدهما التفاسخ أو التقايل، وأنكر الآخر، احتاج المدعى إلى البيئه.

كما أنه إذا مات أحدهما فورثه وارث لم يعلم بأنه وقع التفاسخ والتقايل، كان للمدعى عليه الحلف بعدم العلم، لكن العالم بالتفاسخ أو التقايل يلزم عليه أن يعمل حسب علمه بقدر المستطاع.

وعلى أى حال، فى العقود اللازمه يحتاج الأمر إلى التفاسخ والتقايل إلا فى النكاح، حيث لا يصح التفاسخ والتقايل فيه، نعم يصح الفسخ من الرجل وحده، أو من المرأه وحدها، فى الأمور الموجه للفسخ المذكوره فى كتاب النكاح.

ثم الظاهر دخول المعاطاه أيضاً فى التفاسخ والتقايل، كما يقتضيه أدله المعاطاه، فقول المحقق القمى: فى التفاسخ والتقايل فى العقود يلزم التلفظ بلفظ له دلالة على إنشاء الفسخ، محل نظر.

ويشترط أن يكون الفاسخ بالغاً عاقلاً

جائز التصرف فى المالىات، ولا فرق بين أن يكون كافراً أو مسلماً، نعم إذا قلنا بصره معاملات الصبيان يأتى أن لهم أيضاً التفاسخ والتقايل.

ولو شرط فى ضمن عقد لازم أو فى مصالحه عدم الفسخ، فمقتضى القاعده أن فسحه كلا فسخ، على ما ذكرناه فى بعض المسائل السابقه، خلافاً لما يستظهر من المحقق القمى أن الفسخ يقع وإنما فعل حراماً.

ولو فسخ أو فسخت مع نهى الأبوين حيث ينفذ نهيهما، أو نهى الزوج حيث ينفذ نهيه، صح الفسخ، وإنما فعل حراماً، لعدم التلازم بين الحكم الوضعى والحكم التكليفى.

وإنما قلنا بإفاده «المؤمنون عند شروطهم»^(١) الحكم الوضعى أيضاً، لأنه المستفاد عرفاً من مثل (أوفوا بالعقود)^(٢) و«المؤمنون عند شروطهم».

كما أنه لو نذر أن لا يفسخ ففسخ، فعل حراماً وإن نفذ الفسخ، على تأمل فى بعض المذكورات.

(السابع والأربعون):

لو ادعى أحد المتصالحين الغبن أو العيب أو تبعض الصفه أو خيار الرؤية فيما اشترط فيه الرؤية مثلاً أو شبه ذلك من الخيارات غير المحدوده مالكيًا أو شرعياً بوقت معين، كان مقتضى القاعده سماع الدعوى منه ولو بعد عشرين سنه، بل وكذا إذا مات وانتقل إلى الوارث فللوارث الحق، لأن ما تركه الميت من حق فلوارثه، كما أشار إلى ذلك المحقق القمى.

ولو انتقلت العين إلى غير الطرفين بسبب بيع أو ما أشبهه فإن أمكن حصولها عقلاً وشرعاً وإرجاعها فهو، وإلا انتقل الأمر إلى البدل، كما ذكر ذلك فى كتاب البيع مفصلاً.

ص: ٣٩٩

١- الاستبصار: ج ٤ ص ٣ ح ٢٣٢، التهذيب: ج ٧ ص ٣١١ ح ٦٦

٢- المائده: آيه ١

ولو اتفقا على الغبن، لكن اختلفا في أنه هل كان الغبن مما يتسامح فيه في مثل المصالحة، أو لا، فعلى مدعى الغبن الذى لا يتسامح فيه إقامه الدليل، لأن مقتضى الدليل اللزوم إلا أن يكون غبناً لا يتسامح فيه، فهو مثل ادعاء أحدهما الخيار وإنكار الآخر، حيث إن مدعى الخيار يحتاج إلى الدليل، فلا يقال: إن أصل الغبن لما كان ثابتاً ولم تكن الصفه وهو التسامح فيه ثابتاً، فمقتضى القاعده أن الحق لمن ادعى الغبن غير المتسامح فيه.

يجبر الممتنع بعد المصالحة

(الثامن والأربعون):

لو تصالحا ثبت الصلح ولزم، وإن لم يسلم أحدهما للآخر، ثم لو امتنع أحدهما من التسليم أجبر، وإذا لم يمكن الإيجابار حق لطرف الصلح أحد أمرين، إما أن يبقى على صلحه ويتقاص، وإما أن يفسخ الصلح.

ولا فرق في عدم التسليم بين أن يكون لتعذر المصالح من التسليم، كما إذا غصبه الغاصب منه، أو تعذره شخصياً، كما إذا سجن أو أغمى عليه أو ما أشبهه، أو امتناعه بدعواه عدم صحه الصلح، أو لامتناعه اعتباطاً أو غير ذلك.

والظاهر أنه إذا سلمه بعد مده وكانت للعين في هذه المده منفعه منفصله أو متصله، كاللبن والثمر والصفوف، أو منافع كالإيجار بالنسبه إلى الدابه والسياره والدار وما أشبهه، كانت كل تلك المنافع للطرف، لأنه بمجرد انتقاله إلى الطرف انتقل إليه مع سائر منفعه، ولا فرق بين أن استوفاهما الآبى أو غيره أم لا.

والظاهر لزوم الفوريه العرفيه فى العطاء، إلا إذا شرط لفظاً أو ارتكازاً مما يبنى العقد عليه التأخير.

والإيجار السابق على الصلح مقدم على حق طرف الصلح، كما ذكروا مثله فى البيع، فإذا لم يكن المصالح يعرف أن الدار موجهه مثلاً مده كسنة وما أشبه مما ينافى الفوريه، كان له حق الفسخ أو الإبقاء مع أخذ المنفعه من طرفه المالك للدار سابقاً.

أما حمل الدابه فإن حملت بعد الصلح فللطرف، وأما إذا كانت حاملاً قبل الصلح، فالأمر دائر مدار قصدهما في الدخول في الصلح حتى يكون العقد مبنياً عليه وعدمه، وإذا شك فالأصل عدم دخول الحمل في الصلح.

كما أن الثمار أيضاً الأصل عدم دخولها في الصلح، إذا لم يكن الارتكاز أو الشرط اللفظي بدخولها في الصلح.

أما إذا صالح عن البئر أو عن النهر أو الساقية أو ما أشبه فالظاهر دخول الماء، لأن المراد بالبئر والنهر والساقية ما يشمل الماء أيضاً، إلا أن تكون قرينه على العدم.

ولو صالح عن التلفون أو التجهيزات الكهربائيه في البيت أو أنابيب الماء أو ما أشبه، فالظاهر أنه بمعنى كونها متصله بالمنبع، فلا حق له في إعطاء التلفون المجرد عن الاتصال أو غيره، إلا أن يكون الشرط اللفظي أو الازتكازى على العدم.

(التاسع والأربعون):

لو ادعى على ميت مالا وجاء بالبينه، وقبل أن يحلف صالح حقه على الميت مع إنسان، صح ذلك الصلح إذا حلف، لأنه يكشف الحلف عن سابق الحق، فتكون المصالحة واقعه على الحق السابق.

بل قد تقدم أن الصلح كما يقع على الحق السابق يقع على الحق المستقبل، كأن تصالح الزوجه زوجها على نفقه السنه الآتية بشيء، وأن يصالح الصياد على ما يصيده من السمك ونحوه بشيء قبل الصيد، إذا لم تكن الجهاله موجه للغر المضر بالصلح.

والظاهر أنه لا يشترط وحده الحاكم الذى يقيم عنده الشهود ويحلف عنده لعدم الدليل، والأدله إنما تشير إلى جنس الحاكم، خلافاً للمحقق القمى حيث يستظهر من كلامه اشتراط وحده الحاكم، كما لا يشترط أن يكون الحلف فى مجلس الشهود، بل يجوز التفريق بينهما، بأن يستشهد بشاهدين فى هذا اليوم ويأتى بالحلف بعد شهر لإطلاق الأدله، ولو قيل بأن الانصراف يقتضى اتحاد الحاكم والمجلس

فالجواب أنه بدوى، مع قطع النظر عن أنه لا انصراف عند العرف، كما أنه لا دليل على لزوم كون الشاهدين فى مجلس واحد، بأن يشهد أحد الشاهدين فى هذا اليوم، ويأتى شاهد آخر فيشهد بعد أسبوع.

وعلى هذا، فإذا ادعى على ميت شيئاً، وصالح ذلك الشىء مع إنسان، وبعد ذلك أقام الشهود وحلف أو الورثة أقروا بما ادعى يكون الصلح صحيحاً، نعم إذا لم يتمكن من الإثبات بطل الصلح ظاهراً، وإن كان الصلح واقعاً صحيحاً إن كان حقه ثابتاً.

وإذا علم طرف الصلح بأن حقه ثابت لكنه لم يتمكن من الإثبات لزم عليه إعطاء الشىء المقابل لما عنده، نعم إذا علم الطرف أن المال ثابت على ذمه الميت وأقدم على الصلح كان الصلح صحيحاً، وإن لم يتمكن المدعى من إقامة البينه أو لم يحلف.

أما إذا صالح مع علمه بأن الحق ثابت على شرط لفظى أو ارتكازى، بأن يتمكن من إنقاذ الحق ولو بالتقاص ولم يتمكن، بطل الصلح إذا كان على نحو القييد، وأما إذا كان على نحو الاشتراط فله خيار الفسخ.

بصالح أمواله بين أولاده

(الخمسون):

الظاهر أنه يصح أن يصالح الإنسان مع أولاده بتقسيم أمواله بينهم صلحاً على التساوى أو التفاوت، سواء كان التفاوت بجعل ما للذكر ضعف الأنثى، أو جعل ما للأنثى ضعف الذكر.

ويصح أن يشترط فى الصلح شروطاً، مثل أن يكون له خيار الفسخ إلى حين موته، وأن يكون هو المتصرف فى الأموال ولو بالإتلاف إلى حين موته، وأنه إذا ولد له ولد جديد يكون شريكاً معهم، إما بكون الذكر مثل حظ الأنثى أو أكثر أو أقل، وبأن يكون من الكل يأخذ على حد سواء أو بالتفاوت، فإن كل ذلك جائز وداخل فى أدله الصلح،

ص: ٤٠٢

لكن أشكل على ذلك المحقق القمى:

أولاً: بأنه جهاله.

وثانياً: بأنه غرر(١).

وثالثاً: بأنه أحياناً يلزم الضرر(٢).

ورابعاً: بأن وقت الموت غير معلوم.

وكل هذه الإشكالات غير ظاهر الوجه، لأن الكلام فيما إذا لم يكن غرراً عرفياً، والضرر هو الذى أقدم عليه فلا بأس به، والجهاله المسامح فيها عرفاً فى مثل الصلح لا دليل على كونها ضاره، وعدم تعين وقت الموت ليس مما يراه العرف ضرراً أو غرراً.

كما أن المراد بخيار الفسخ خيار الفسخ فيما كان باقياً، أما ما أتلفه من القمح أو ما أشبهه أو ما باعه من الدار والدكان ونحوهما، فمن الواضح أنه ليس المراد خيار الفسخ فى مثل هذه الأمور، فإشكاله الخامس بأنه كيف يجعل خيار الفسخ فيما يتلف، وتخصيصه بما لا يتلف نحو جهاله وغرر أيضاً غير ظاهر، وبذلك تبين أن الأصل الصحه، فلا مجال لأصله عدم الصحه أيضاً، فقله: لا أقل من الشك فى صحه مثل هذه المعامله فالأصل عدم الصحه، محل إشكال.

(الواحد والخمسون):

قال المحقق القمى: هل يصح الصلح من دون العوض كالهبة بلا عوض أم لا بد منه.

الجواب: يصح ذلك مع الإقرار والإنكار، فلو كان على أحد دين لأحد وأقرّ به، ثم صالحه على نصفه صح، وكذلك فى العين وسمى صلح الحقيقه، فيقول: صالحتك على نصف دينى على أن تعطينى

ص: ٤٠٣

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣

نصفها أو صالحتك داري على نصفها.

ويشترط القبول، وإن كان في الدين، فإن كونه بمنزلة الإبراء عن النصف لا- يوجب عدم اشتراط القبول كما في الإبراء، على أظهر القولين وأشهرهما، والظاهر أن المسألة إجماعية.

قال في التذكرة: (ولو قال: صالحني بنصف دينك عليّ أو بنصف دارك هذه، فيقول: صالحتك بذلك، صح عندنا، وهو قول أكثر الشافعية)، ثم قال: (وإنما يقتضى الصلح المعاوضه إذا كان هناك عوض، وأما مع عدمه فلا، وإنما معنى الصلح الرضا والاتفاق، وقد يحصل من غير عوض) انتهى.

وهو كما ذكرناه.

ثم الظاهر عدم لزوم العلم بقدر الدين إلا إذا دخل في الغرر الضار بالصلح، ولو ادعاه الدائن وأنكره المديون، فإن تمكن الدائن من إثبات ادعائه فهو، وإلا احتاج المديون إلى الحلف حسب قواعد الدعوى.

(الاثنان والخمسون):

لو صالح على دعويين، بأن يترك المدعى الدعوى في قبال إعطائه مائه مثلاً، فظهر بطلان أحد الدعويين، فإن قصد كون الصلح صلحين لكل دعوى صلحاً، مثل نكاحين في صيغته واحده، بطل من الصلح بقدر تلك الباطله، فإن قصد لكل صلح خمسين بطل أحدهما، وإن قصد النسبه مثل أن يكون للصحيحه تسعون وللباطله عشره بطل عشره، وإن قصد صلحاً واحداً كان من تبعض الصفقه، فإن أقره ولم يفسخه يبطل من المال بالنسبه كما في تبعض الصفقه.

(الثالث والخسون):

لو كان الصلح بنظر أحدهما صحيحاً اجتهداً أو تقليداً، وبنظر الآخر باطلاً، يرجعان إلى حاكم شرعى فيحكم فيه بنظره، ولو كان نظره مخالفاً لهما، لصحه بعض الصلح وبطلان بعضه، على ما ذكرنا تفصيله في كتاب القضاء.

ص: ٤٠٤

وإذا حكم وجب على المترافعين تنفيذ الحكم، وإن كانا مجتهدين وكان حكم القاضى على خلافهما.

(الرابع والخمسون):

لو اختلفا فى أنه هل وصى بالأكثر من الثلث، فيكون الزائد عن الثلث باطلاً بدون إجازة الورثه، أو صالح حتى يلزم العمل بالكل، كان مورد التحالف، لعدم الجامع بين الأمرين، وكون الأصل مع نتیجه الوصيه لا ينفع بعد أن كان ميزان النزاع المصب لا المآل، كما ذكرنا وجهه فى كتاب القضاء وغيره.

لو جعل خيار الصلح ما دام العمر

(الخامس والخمسون):

لو صالح وجعل الخيار لنفسه ما دام العمر، فله صورتان:

(الأولى): أن يعيش حسب المتعارف، ولا شك بانقضاء الخيار بموته، لأن الخيار كان خاصاً به، فإذا مات انتفى الخيار، ولا يكون موضوع لما تركه الميت من حق فلوارثه، لأنه ليس مما تركه الميت.

(الثانية): أن جعل الخيار لنفسه ما دام العمر، وما دام العمر ارتكازاً خمسين سنه حسب ما يتعارف من عمر مثله، لكنه مات بعد سنه، فإن مقتضى القاعده أن يكون الخيار لورثته من بعده إلى تسع وأربعين سنه، إذا كان ما دام العمر فى كلامهما مرآه لخمسين سنه حسب الارتكاز، والعقود تتبع القصود، فيكون مما تركه الميت الذى يكون لوارثه.

نعم إذا كان ما دام العمر يراد به تحت اللفظ، وكان خمسين سنه من قبيل الداعى، لا أنه مصب العقد، فإنه إذا مات بعد سنه انقطع الخيار أيضاً، لأن الخيار لم ينصب على خمسين سنه، وإن كانا يزعمان أنه يبقى خمسين سنه، لكنه يكون حينئذ من باب الداعى، لا من باب المرآه.

أما إذا جعل الخيار لنفسه إلى خمسين سنه ومات بعد سنه مثلاً، فإنه يكون

الخيار للورثه فيما بقى من الخمسين مستثنى منه مده عمره، وذلك فيما كان ظاهره إرادته خمسين وإن لم يعمر إليه.

وإذا لم يعلم أن ما دام العمر هل يراد به الخمسين سنه، أو يراد به قدر العمر، كان مقتضى القاعده عدم استمرار الخيار، لأن ما دام العمر ظاهر فى مده بقاءه، أما أن يكون ذلك من باب المرآه وكان الارتكاز منصباً على الخمسين من خلال مرآته فهو خلاف الأصل، لا يصار إليه إلاً بدليل، والمسأله من باب تخالف الوصف والإشاره.

وكيف كان، فمما ذكرناه يظهر أن إشكال المحقق القمى فى الصلح ما دام العمر للجهااله الموجه للغرر المنفى مثله حتى عن مثل الصلح الذى هو أوسع دائره من سائر العقود، محل نظر.

ومنه يعلم أنه إذا تعددت الورثه انقسم الخيار بينهم، وقد ذكرنا فى كتاب الإرث تفصيل كيفية انقسام الخيار بين الورثه، فلا حاجه إلى تكراره هنا لوحده الملاك.

(السادس والخمسون):

الظاهر أن صلح الكفار صحيح أيضاً بينهم، وإنما علينا أن نلزمهم بما التزموا به، وإن كان فى شرعنا باطلاً، كالصلح على الخمر أو الخنزير أو ما أشبه ذلك، وذلك لدليل الإلزام.

وإن كان الصلح بين مسلم وكافر، كان له أربع صور:

الأولى: أن يجوز عندهما، ولا إشكال فى الصحه.

الثانيه: أن يمتنع عندهما، ولا إشكال فى البطلان.

الثالثه: أن يجوز عند الكافر، لكنه ممنوع عند المسلم مع المسلم لا مع

الكافر، فإن ذلك جائز، ويكون حاله حال الطلاق بدون شهود عدول، حيث يجوز للمسلم تزويجها إذا كان من الكافر أو المخالف، أما من المؤمن فلا.

أما إذا كان ممنوعاً عند المسلم مطلقاً لم يجز، مثل المصالحة على الخمر، حيث لا يجوز للمسلم، سواء مع الكافر أو مع المسلم.

الرابعة: أن يجوز عند المسلم ويمتنع عند الكافر، والظاهر الصحة، لأن «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»، ولأن الإسلام لم يزدنا إلا عزاً، كما في الحديث، وللأدلة العامة، ولذا يجوز للمسلم أن يتزوج بكافره ثانية مع أنه لا يجوز عند الكفار التزوج بالثانية، حيث إن الكافر إذا تزوج بالثانية وعنده لا يصح ذلك نحكم ببطلان العقد الثاني من باب الإلزام، كما نحكم بعدم جواز رجوع المخالف إلى زوجته بعد تطليقها ثلاثاً في مجلس واحد من باب قاعده الإلزام، ونحكم على الزوجه بأن بعد انقضاء العده تتزوج برجل آخر، مع العلم أنه لم يكن شهود عدول في البين، مما لو صدر عن المؤمن لحكمنا ببطلان الطلاق وبقائها زوجه للأول، وعدم جواز تزويجها بزوجه آخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

الصلح على التزويج

(السابع والخمسون):

الظاهر صحة الصلح على أن يزوج الأب بنته الصغيره ممن هو كفؤها، ويصح لها التزوج من طرف الصلح، وكذا إذا تصالحا على أن يزوج ولده الصغير أو أن يزوج موكله أو موكلته في ما إذا أطلق الموكل والموكله الوكاله بزواجهما من إنسان، وذلك لإطلاق أدله الصلح.

كما أنه يصح أن يتصالحا على أن يطلق زوجته مثلاً تطليقه أو تطليقتين أو ثلاث، أو يتصالحا على أن يكون هو المحلل للطلاق، أو تصالحا على أن يزوجهما أو تزوجه أو ما أشبه ذلك، فلو لم يفعل مقتضى الصلح أجز عليه، ولو لم يمكن الإيجابار كان للطرف الفسخ.

ص: ٤٠٧

(الثامن والخمسون):

الظاهر صحة الصلح على إتيانه العبادات الواجبه والمندوبه، مثلاً ولده غير مبال بالصلاه أو الصيام أو ما أشبه فيتصالح معه على أن يعطيه كل شهر ديناراً على أن يصلى أو على أن يصوم أو ما أشبه ذلك من سائر الواجبات، لأن كون الواجبات على الإنسان لا ينافى الصلح عليها.

وكذلك إذا صالح معه على أن لا يشرب الخمر أو لا يقامر أو لا يزنى.

وكذلك بالنسبه إلى المكروهات والمستحباب، بأن يصالح معه على أن يصلى صلاه الليل، أو يترك النوم بين الطلوعين، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما الصلح على تحليل الحرام أو تحريم الحلال، فإنه غير نافذ، نعم الظاهر جواز الصلح على فعل المكروه فى نفسه، أو ترك المستحب فى نفسه إذا كان الأمر عقلياً، كما إذا صالحه على أن ينام بين الطلوعين لأن النوم فى ذلك الوقت ينفعه، أو صالحه على أن يترك صلاه الليل حيث إن صلاه الليل تسبب له السهر والصداع مما يجوز تحمله شرعاً، إلى غير ذلك من الأمثله.

(التاسع والخمسون):

لو صالحه على أن يكون نصف الفرس أو الشاه أو ما أشبه له على نحو الإشاعه، فلا إشكال فى ذلك، لإطلاق أدله الصلح.

أما إذا صالحه على أن يكون رأس الفرس له، أو رأس الشاه، أو رجلهما، أو ما أشبه، فهل يصح مثل هذا الصلح أم لا، الظاهر أنه إذا كان بيع هذه الأمور متعارفاً كصلح من يبيع رؤوس الشياه أو كصلح من يطبخ رؤوس الشياه مع القصاب أن تكون الرؤوس له، حيث إنه إذا ذبحها يعطيها الرؤوس والأرجل مثلاً، فإن مثل هذا الصلح أيضاً جائز، وإلا لم يصح لعدم العرفيه حتى يكون مشمولاً لأدله الصلح، بعد أن تقدم الكلام فى أن الصلح منصب على المتعارف، وذكرنا فى بعض أبواب الفقه صحة بيع مثل الرأس والقلب والكبد والرثه والرجل

ص: ٤٠٨

وما أشبهه، فإذا صح البيع صح الصلح بطريق أولى، بل يمكن القول بصحة الصلح وإن لم يصح البيع، حيث يتسامح في الصلح بما لا- يتسامح في البيع فيما إذا كان غريباً، لكن غريبه البيع فيما إذا كان متعارفاً أيضاً محل نظر، إذ لا تحقق لموضوع الغرر عرفاً، وقد ذكرنا أن الشارع لم يغير موازين الغرر.

الصلح للاعتراف

(الستون):

الظاهر صحة أن يصلح معه على أن يعترف بحق لله أو للناس عليه عند الحاكم، كما إذا سرق ولا يريد الاعتراف عند الحاكم، فيصلحه على أن يعترف عند الحاكم بما ثبت السرقة عليه، أو على أن يصلحه على أن يعترف عند الحاكم بأنه قتل فلاناً، أو أنه زنى أو ما أشبه ذلك، وذلك لأنه لا يلزم أن يستفيد المصلح المعطى لشيء شيئاً من وراه صلحه.

ولذا يصح أن يصلح مع الكناس على أن يكنس الشارع ولو لم يكن الشارع مرتبطاً به إطلاقاً، بأن كان عابر سبيل، أو أن يصلح مع الخباز على أن يعطى للفقير الخبز، إلى غير ذلك من الأمثلة.

لكن ربما يتوقف في الصلح للاعتراف بحقوق الله سبحانه وتعالى، كالصلح على الاعتراف بالزنا أو باللواط أو ما أشبهه، لاحتمال انصراف أدله الصلح عن مثل ذلك، ولو شك في العرفيه المقتضيه لانصباب الأدله عليها، فالأصل عدم الصحة، لأن اللازم تحقق الموضوع حتى يثبت الحكم.

وهذا آخر ما أردنا إيراده في هذا الكتاب، والله الموفق للصواب.

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

وحيث إن السيد العاملى (رحمه الله) فى مفتاح الكرامه ذكر فى أخير الصلح بعض النوائب التى رافقت كتابته لتمامه كتاب الصلح، لم نر بأساً بنقل ما ذكره ثم تذييله بالنوائب التى تعاصرنا فى هذا الوقت.

ص: ٤٠٩

قال (رحمه الله): وقد وفق الله سبحانه وتعالى بمنه ويمنه وبركه خير خلقه سيدنا محمد وآله (صلوات الله عليهم أجمعين) بإتمام هذا الجلد في أول شهر ربيع الأول سنة ألف ومائتين وإحدى وعشرين من الهجرة، مع تشتت الأحوال واشتغال البال بما نابنا من الخارجى الملعون فى أرض نجد، فإنه اخترع ما اخترع فى الدين، وأباح دماء المسلمين، وتخريب قبور الأئمة المعصومين (عليهم صلوات رب العالمين)، فأغار سنة ألف ومائتين وست عشره على مشهد الحسين (عليه الصلاة والسلام) وقتل الرجال والأطفال وأخذ الأموال وعاث فى الحضرة المقدسه فخر ببنائها وهدم أركانها.

ثم إنه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة والمدينه المنوره وفعل بالبقيع ما فعل، لكنه لم يهدم قبه النبى (صلى الله عليه وآله وسلم).

وفى السنه الحاديه والعشرين فى الليله التاسعه من شهر صفر قبل الصبح بساعه، هجم علينا فى النجف الأشرف ونحن فى غفله حتى أن بعض أصحابه صعّد السور وكادوا يأخذون البلد، فظهر لأمير المؤمنين (عليه السلام) المعجزات الظاهره والكرامات الباهره، فقتل من جيشه كثير ورجع خائباً وله الحمد على كل حال. انتهى.

تاريخ هدم البقيع

أقول: لا- يخفى أن الوهابيين مرتين هدموا البقيع المباركه، مره فى السنه التى ذكرها السيد (رحمه الله)، ومره قبل ستين سنه، والتى بقيت البقيع مهدمه إلى الآن، فإن المسلمين عمّروا البقيع بعد المره الأولى حتى إنا رأينا جماعه من مشايخنا وأساتيدنا الذين زاروا البقيع قبل هدم الوهابيين، كما كانوا قد زاروا سائر البقاع المتبركه فى المدينه المنوره وفى مكة المكرمه

وبين الحرمين وغيرها، كما أن بعضهم زاروا باب خيبر في الموضع الذي رماه إليه أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام)، قالوا: وكان باباً كبيراً من قطعه من حجر كبير جداً لا- يتمكن حتى الأربعون من حمله، لكن لما استولى الوهابيون قطعوا ذلك الباب قطعه قطعه ورموا بقطعها في النفايات.

وأما عدم هدمهم لقبه النبي (صلى الله عليه وآله) لا في تلك المره ولا في هذه المره، فالسبب كما ذكره بعض علمائنا ومشايخنا (قدس الله أسرارهم جميعاً) أنهم لما أرادوا هدم قبه النبي (صلى الله عليه وآله) ووصل الخبر إلى الهند في تلك الأيام، والهند مستعمره بريطانيه وفيها عشرات الملايين من المسلمين هاج المسلمون وماجوا فخاف البريطانيون أن يسبب ذلك تصدعاً في مستعمرتهم الهند، فأوحوا إلى (ابن سعود) أن يترك هدم القبه الخضراء في المدينه المنوره للنبي الأعظم (صلى الله عليه وآله).

ولما قال الوهابيون لجماعتهم إنهم لا يهدمون قبه النبي (صلى الله عليه وآله) هاج أتباعهم وماجوا وقالوا: إذا كان الأمر شركاً فكلا- الأمرين شرك، وإذا كان ليس بشرك فلماذا هدمتم البقيع وسائر القباب، لكن رئيسهم اخترع رؤياً وقال لهم: إنى رأيت البارحة النبي (صلى الله عليه وآله) في المنام وقال لي: اترك قبتي، ولذا تركت الهدم لهذا المنام، وقنع أصحابه بما قاله ولم يقولوا له إن الرؤيا لا يتمكن من تغيير أحكام الله سبحانه وتعالى، فإذا كان القباب شركاً وكفراً كما يقولون كان معنى ذلك أن النوم بدل الشرك توحيداً والكفر إسلاماً، فهل يصح أن يقال: إنه رأى في المنام أن الخمر حلال والزنا حلال، والصلاه غير واجبه، إلى غير ذلك.

وعلى أى حال، فقد انقضى زمان السيد العاملى (رحمه الله تعالى) باسترجاع المسلمين لكربلاء وعدم تمكن الوهابيين من النجف الأشرف

وبإعادة قباب الأئمة الطاهرين (عليهم الصلاة والسلام)، لكن الخطب كل الخطب فى زماننا حيث عاصرنا تحطم الإسلام والمسلمين وتفرق البلاد وتشتت العباد وتبدل قوانين الإسلام، وسحق أحكام الله سبحانه وتعالى فى كل البلاد، وإشاعة الفحشاء والمنكرات وتسلب الكفار من الشيوعيين والصليبيين والصهاينة والوثنيين على بلاد الإسلام.

إشعال الكفار نار الحروب

حال بلاد الإسلام فى الوقت الحاضر

فقد استولى شيوعيو الروس على البلاد الإسلاميه والتي تسمى الآن بالجمهوريات الست من تاجكستان وتركمستان وآذربايجان وأرمنستان وقرقيزستان وقازقستان، وقد أذلوا المسلمين وقتلوا منهم مقتله عظيمه حتى إنى رأيت فى بعض الكتب المعتمده أنهم قتلوا عشره آلاف من العلماء والطلاب، وهدموا اثنين وعشرين ألف مسجد، وجعلوا بعضها اصطبلًا أو كراجًا أو مخزنًا أو مرقصًا أو ملهى أو مخمرًا أو دائره أو ما أشبهه، وكذلك قتلوا من المسلمين لإبائهم عن الدخول فى الشيوعيه، خمسه ملايين، ويمر على هذه الحاله أكثر من نصف قرن والمسلمون مضطهدون هناك بأشد أنحاء الاضطهاد.

كما أن (ماوتيسى تنغ) فى الصين هدم أكثر من سبعة عشر ألف مسجد، كما رأيت فى بعض التواريخ المعتمده، وأذل المسلمين وقتلهم وبددهم وسجنهم وعذبهم، وقد عطل فى بكين (وكان يسمى بخان بانغ، فى الاصطلاح السابق) أربعة مساجد، كل مسجد كان يحتوى على أكثر من ربع مليون مصل فى أيام الأعياد والجمع ونحوها، وبقي الأمر على ذلك منذ ثلث قرن من حين استيلاء الشيوعيين على المسلمين فى تلك البلاد.

كما أن شيوعى الروس دخلوا أفغانستان قبل بضع سنوات، فقتلوا إلى

اليوم أكثر من مليون من المسلمين، وشرّدوا أكثر من خمسة ملايين من المسلمين، وامتألت سجونهم بالكبار والصغار والرجال والنساء، يقطعون الأيدي والأرجل ويسملون الأعين ويجدعون الأنوف ويصلمون الآذان وييقرون بطون الحوامل، ويعذبون السجناء بأشد أنواع التعذيب، ويهتكون أعراض الفتيان والفتيات، وأحياناً يحرقون الأطفال بالنار بصب النفط عليهم وإشعالهم أمام آبائهم وأمهاتهم وذويهم إمعاناً في إذلال المسلمين.

وقد روى لى شاهد عيان فى بعض سجون كابل، أنه رأى ذلك وهم يصيحون: يا الله يا محمد يا على يا زهراء، إلى غير ذلك من ظلم الشيوعيين الروس فى أفغانستان.

وفى العراق حدثت منذ أكثر من ربع قرن انقلابات عسكريه متتاليه، من عبد الكريم قاسم إلى عبد السلام عارف، إلى عبد الرحمن عارف، إلى أحمد حسن الكبر، إلى صدام، وكل الانقلابات العسكريه قام بها الغربيون بسبب هؤلاء العملاء وأتباعهم لإذلال العراق وتحطيم الحوزات العلميه فى النجف الأشرف وكربلاء والكاظمية وسامراء المشرفات وغيرها.

كما دمروا الاقتصاد وجعلوا العراق أكثر فأكثر تابعه للغرب، ونشروا الخلاء والمجون والخمور والسفور والبغاء، ومنعوا عن العتبات المقدسه، وأخرجوا ملايين من الناس الآمنين من بلادهم، وصادروا أموالهم، وسجنوا مئات الألوف من الشباب والشبان والشيوخ من الرجال والنساء وعذبوهم فى السجون تعذيبات مريعه.

وأشعلوا نار الحرب بين إيران والعراق مما ذهب ضحيتها قتلاً أو تشويهاً

إلى الآن أكثر من مليون من الناس، كما سبوا تشريد ما يقارب خمس إيران من بلادهم، وقد دمرت الحرب كلا الجانبين تدميراً لعله قليل النظير في تاريخ إيران والعراق، بينما كان البلدان بلداً واحداً تحت ظل الإسلام، وكانت الأخوة الإسلامية سائده بينهما، وكان مرجع العراق تاره في إيران ومرجع إيران تاره في العراق، والعراقيون يزورون إيران، والإيرانيون يزورون العراق كل سنه بمئات الألوف، وأحياناً تصل إلى الملايين.

وكذلك أقام المستعمرون الحرب بين باكستانين الشرقيه والغريه، والتي تسمى الشرقيه الآن ببنغلادش، مما سبب أن يذهب ضحيتها أكثر من ثلاثه ملايين من المسلمين في قصص محزنه، وأخيراً انتهى الأمر إلى انفصال بنغلادش عن باكستان الغريه مما أضعفت قوه الدولتين، بينما كانت دوله واحده فتيه إسلاميه ذات مائتى مليون مسلم.

وكذلك في الهند المسلمون يُهاجمون ويحاربون ويُقتلون ويُشردون ويُهانون في قضايا مشهوره، وقبل أيام قتل الهندوس من المسلمين أكثر من ثلاثه آلاف مسلم، كما أنهم أحرقوا دورهم ومساجدهم ونهبوا أموالهم.

وفي كردستان أقاموا الحروب بين إيران وكردستان تاره، وبين العراق وكردستان تاره، وبين الأكراد أنفسهم تاره ثالثه، بينما كردستان بلاد إسلاميه تحتوى على ما يقارب عشرين مليون من الأكراد المسلمين، وقد قسمه الغرييون والشرقيون إلى قطع جغرافيه وقوميات متناحره، قطعه في تركيا وقطعه في سوريا وقطعه في لبنان وقطعه في إيران وقطعه في العراق وقطعه في الاتحاد السوفيتي، وقد أحرقت الحروب قراهم ودمرت رجالهم وأهلكت ضرعهم وزرعهم، كما

ملئوا السجون منهم، وهاكوا أعراضهم، ورفعوهم فوق المشانق ظلماً وعدواناً من غير سبب أتوا به إلا أن الأحزاب التابعه للحكومات الكافره الغربيه والشرقيه والتخطيطات الجغرافيه الأثمه هى التى سبب هذه المآسى فى كردستان.

وفى تركيا توالى الانقلابات العسكريه، بينما منذ أيام أتاتورك قبل أربعين سنه وإلى اليوم لم تتمكن تركيا أن تستعيد صبغتها الإسلاميه، فترى فى بلادها الخمر والفجور، ومحاربه الإسلام، ومحاربه العمائم والحجاب، كما صنع بهلوى الأول والثانى فى إيران، لكن علماء إيران تمكنوا من إرجاع الهويه الإسلاميه إلى إيران، أما تركيا فهى تزرع تحت نير أتاتورك عامل الغربيين الذين جاؤوا به إلى البلاد.

وفى لبنان حيث اقتطعت من البلاد الإسلاميه وجعلت مسيحيه، أقاموا حرباً دامت إلى الآن أكثر من عشر سنوات، فلم تدع ضرعاً ولا زرعاً، وأذلت المسلمين وقتلت الألوف منهم، وأحرقت قراهم وبيوتهم ونهبت أموالهم وهجرتهم تهجيراً شائتاً من الجنوب إلى بيروت وضواحيها فى قصص محزنه.

أما فلسطين، فقد اقتطعها اليهود من كبد البلاد الإسلاميه وهودوها، وأخرجوا المسلمين منها وأعملوا فيهم الرصاص والقتل بلا حساب، وملئوا السجون بالمسلمين وصادروا ممتلكاتهم وأقامت إسرائيل بعد ذلك حروباً مع مصر وسوريا والأردن، وهى إلى الآن مغتصبه فى أيدي اليهود.

كما أن الشيوعيين والغربيين اقتطعوا أجزاء من البلاد الإسلاميه فى أوروبا الشرقيه وغيرها وجعلوها شيوعيه أو مسيحيه كألبانيا وغيرها، وهناك المأساه فى أموال الناس وفى أعراضهم وفى شبابهم وفى دينهم، وحتى أن القرآن ممنوع فى البلاد الإسلاميه التى صارت تحت نير الشيوعيه، فمن احتفظ بنسخه

من القرآن أو قرأ القرآن سيق إلى السجن، وأحياناً يعاقب على هذا الجرم عند الحكومه الشيوعيه بعشر سنوات من السجن، وقد فعلوا بمساجدهم ومدارسهم وحسينياتهم ومؤسساتهم الدينيه وأوقافهم وعلمائهم ما فعلوه فى الاتحاد السوفيتى وفى الصين.

أما البلاد الإسلاميه العربيه، فقد جعلها الغربيون والشرقيون متناحره تضرب بعضها بعضاً، وتقتل بعضها بعضاً، وتحارب بعضها بعضاً، وقد ملؤوا البلاد بالخمور والفجور والمعاصى والموبقات والآثام، فترى سوريا ومصر والسودان وليبيا والحجاز والأردن والجزائر وتونس والمغرب كلها فى حاله حرب وتنازع وتدافع، أما القوانين الإسلاميه فقد سحقت فيها تحت الأقدام، ومنذ زمان قريب قتلوا من الجزائريين أكثر من مليون ونصف لأجل التحرير، وبعد التحرير أيضاً لم يرجع إليها حكم الإسلام الذى كان المجاهدون يحاربون لأجل ذلك، وانما الغربيون ربطوها أيضاً بعجلتهم من جديد.

وفى فيليبين أبادوا استقلال المسلمين الذين وصل عددهم إلى اثنى عشر مليون وزجوا بهم فى السجون وأخذوا يحاربونهم، والحرب مستمره إلى يومنا هذا بين المسلمين وبين الحكومه التى استولت على البلاد الإسلاميه بالحديد والنار.

وفى ارتريا محاربه لا هواده فيها بين المسلمين وبين الأثيوبيين منذ عشرين سنه.

كما أن فى إفريقيا بدلوا الحكومات الإسلاميه إلى حكومات كافره، والتنصير أخذ فى البلاد الإسلاميه يعمل بصوره مستمره وبشكل مرعب حتى أن فى أحد البلاد الإسلاميه تمكن المسيحيون أن يتصروا من المسلمين أكثر من مليون إنسان فى خلال عشر سنوات.

صوره الإسلام المرتقبه

إلى غير ذلك من المآسى التى

ص: ٤١٤

إذا جمعت في كتب لعلها تصل إلى عشرات المجلدات، كل ذلك ولا علاج للمسلمين إلا بالرجوع إلى الإسلام، والتي أن صورتها مقومه بأمور:

الأول: شورى المراجع الذين هم نواب الأئمة (عليهم الصلاه والسلام) والذين عينهم رسول الله (صلى الله عليه وآله) بقوله: «اللهم ارحم خلفائي، قيل: يا رسول الله ومن خلفائك، قال: الذين يأتون من بعدى ويروون حديثى وستى» (١).

فيكون هو المرجع الأعلى للمسلمين في كل الأمور السياسيه والاقتصاديه والاجتماعيه والتربويه والعسكريه وغيرها، فيجتمع مراجع تقليد الأمة الإسلاميه في وحده واحده، وتشكل شورى المرجعيه لتكون هي السلطه العليا للبلاد.

الثاني: أن ينبع من شورى المراجع أحزاب إسلاميه حره بأيدي جميعها الراديو والتلفزيون والصحف والقدرة والمال وغير ذلك، حتى يتمكنوا من خوض معامع السياسه ويكون بينهم تنافس حر يسبب تقديم الأمة إلى الأمام ويجمع شباب المسلمين حتى لا يندخروا في الأحزاب الباطله أمثال الشيوعيه والقوميه والبعثيه والديمقراطيه الغربيه والوجوديه وغيرها من الأحزاب المنافيه للإسلام.

الثالث: التعاون بين شورى المرجعيه والأحزاب الإسلاميه الحره النابعه من مراجع التقليد، لتشكيل القوى الثلاث، أى الفضائيه والإجرائيه والتشريعيه، والتي تسمى في الإسلام بالتطبيقيه، لأنه لا تشريع في الإسلام بعد التشريع الذى شرعه الله سبحانه وتعالى، وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «حلال محمد حلال إلى

ص: ٤١٧

١- الوس ائل: ج ١٨ ص ٦٥ الباب ٨ من أبواب صفات القاضى ح ٥٠١، والمجالس: ص ١٨٢

يوم القيامة، وحرام محمد حرام إلى يوم القيامة»(١).

الرابع: تطبيق القوانين الإسلامية في كل الأبعاد، مثلاً في بعد الاقتصاد لا شيوعه ولا اشتراكه ولا رأسماليه غريبه ولا توزيعه، وإنما الاقتصاد الإسلامي هو الاقتصاد الصحيح المعترف به من قبل الإسلام وعلماء المسلمين، وفي بعد الحرية تمنح للناس كل الحريات من حرية الزراعة والتجاره والصناعه والسفر والإقامه والعمران وإبداء الرأي وإخراج الجريده والمجله وطبع الكتاب والإتيان بمختلف المعامل والمصانع ونصب محطه التلفزيون والإذاعه لكل من يريد ذلك، إلى غيرها من الحريات الممنوحه من قبل الإسلام.

الخامس: إسقاط الحدود الجغرافيه بين البلاد الإسلاميه، حتى يسافر المسافر من مكه إلى النجف إلى القاهره إلى طهران إلى كراچي إلى جاكرتا إلى الدار البيضاء إلى غيرها، وفي كل ذلك هو في بلده، فلا حدود جغرافيه بين بلد وبلد، وإنما المسلمون أمه واحده، كما قال سبحانه وتعالى: (إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ) (٢)، فالرب واحد والأمه واحده والدوله واحده، والقوانين هي القوانين الإسلاميه فقط.

السادس: إرجاع الأخوه الإسلاميه، فلا تفصل مسلماً عن مسلم القوميات واللغويات والعرقيات والأقليات وما أشبه.

السابع: تطبق القوانين الإسلاميه في الحكم والمال بصوره خاصه، فالحكومه في الإسلام هي الناظره فقط، وإنما كل الشؤون بيد المسلمين، كما أنه لا

ص: ٤١٨

١- انظر: الوسائل: ج ١٨ ص ١٢٤ ح ٤٧

٢- الأنبياء: آيه ٩٢

ضرائب فى الإسلام إلا الخمس والزكاه والجزية والخراج.

وكذلك تكون كل القوانين القضائيه وغيرها على طبق الإسلام، فلا- سجون ولا حجز ولا جلد ولا قتل إلا فى الموارد القليله المعدوده جداً التى قررها الإسلام فى الكتاب والسنة والإجماع والعقل، أى الأدله الأربعة التى هى الميزان للأحكام الإسلاميه، على ما ذكره الفقهاء فى كتبهم.

وبذلك لا- يجد الإنسان فى البلاد الإسلاميه حاكماً جاء بالوراثه، أو بالانقلاب العسكرى، وإنما فى انتخابات حره حسب الموازين التى قررها الإسلام.

وليعلم أن الوضع العالمى الذى هياه الغرب والشرق لا يسمح بقيام الدوله الإسلاميه الواحده إلا بشرط أن يكون حمله الحركه الإسلاميه فى أعلى مراتب ضبط النفس والتعاون والأخلاق الرفيعه وتطبيق نظام الإسلام على أنفسهم وعلى غيرهم، فيهيئون حركه إسلاميه عالميه قوامها، بما لا- يقل من ألف مليون كتاب توعوى، ومن عشرين مليون منظم، لكل مسلم كتاب، ولكل خمسين مسلم فرد منظم، ومن تهينه الصوره الإسلاميه الصحيحه البديله عن أنظمه الغرب والشرق بما تستهوى الأنفس ويرى الناس فيها خيراً من أنظمه الغرب والشرق، وإلا- فالغرب والشرق يُسقطون حركات التحرير خصوصاً الحركه الإسلاميه التى يعادونها، منذ بزوغ الإسلام إلى اليوم، سواء باسم اليهود والنصارى والمشركين أو باسم الصليبيه والصهيونيه والشيوعيه.

ولا يخفى أن كيفيه إسقاطهم لحركات التحرير بأمر:

الأول: النظام الرأسمالى العالمى المطبق على كل العالم بشقيه الديمقراطى الغربى والشيوعى الشرقى.

الثانى: المؤسسه العسكريه العالميه.

الثالث: الصناعة العالميه التي توجب احتياج البلاد إليها، تشتري من سائر بلاد العالم مواد غير المصنوعه وتصدرها إليها في صوره مواد مصنوعه.

الرابع: بعض الحريات الموجوده في العالم الديمقراطى الموجه لتقدم الكفائات ممّا تتظافر على إسقاط كل نظام فتى خصوصاً إذا كان نظاماً إسلامياً.

الخامس: الصوره الغربيه للبلاد الصناعيه مما يوجب أن ينظر أهل البلاد الناهضه إليها بالاحترام، فإذا لم يروا في بلادهم مثل تلك الصوره أسقطوا هم بأنفسهم أنظمه بلادهم، لينضوا تحت لواء الصوره الغربيه.

ومن المعلوم أنه ما لم تتوفر شروط النهضه التي ذكرناها في البلاد الإسلاميه، لم يمكن تجاوز تلك الأمور الخمسه التي هيأها الغرب والشرق لإسقاط كل نظام جديد، أعم من الإسلامى وغيره.

وهذا سر ما نشاهده من سقوط كل الحركات الإسلاميه منذ قرن، وإن جهد العاملون على إيجادها وإبقائها بالنفس والنفيس، وضحوا في سبيلها بكل غال ورخيص، وقد ذكرنا تفصيل هذه الأمور في جمله من كتبنا الإسلاميه، والله المستعان، وهو القادر على أن ينقذ المسلمين من براثن الغربيين والشرقيين.

اللهم إنا نرغب إليك في دوله كريمه، تعزّ بها الإسلام وأهله، وتذل بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدُعاء إلى طاعتك، والقاده إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامه الدنيا والآخره، والحمد لله أولاً وآخراً.

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

قم — محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

ص: ٤٢٠

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (ويجوز فتح الأبواب المستجده فيها) أى فى الطرق النافذه.

وفى الجواهر: (سواء كانت لها باب آخر إليها أو إلى طريق مرفوع أم لا، لما عرفت من أن المسلمين فى ذلك شرع سواء، ولا يقدر فى ذلك صيروره المرفوعه نافذه بسبب الباب المفتوح فى بعض الصور، لأن ذلك إنما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلا بإذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق، بل لو فرض تحققه لا بأس به أيضاً للأصل وغيره).

أقول: وذلك كما ذكره للأصل، ولا فرق فيه بين المسلم والكافر، لأن الكافر الذمى ونحوه أيضاً حاله حال المسلمين فى أن له الاستفاده بشرائط الذمه على ما ذكره فى كتاب الجهاد، كما أن للإنسان أن يفتح دكاناً هناك أيضاً إذا لم يسبب ضرراً أو غمط حق بالنسبه إلى الجيران، لما عرفت من استثنائهما عن الجواز، بل يجوز للإنسان أن يجعل مكان داره ونحوها منفذاً آخر إلى ذلك الطريق، كما إذا هدم داره وجعله منفذاً حتى صار لذلك الطريق ثلاثه منافذ أو أربعة منافذ، منفذان سابقان ومنفذ جديد بسبب داره هذه التى هدمها آخره.

وفى دعائم الإسلام، عنه (عليه الصلاة والسلام)، أنه قال: «من أراد أن يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معها باباً غيره فى شارع مسلوك نافذ، فذلك له إلا أن يتبين أن فى ذلك ضرراً بيناً، فإن كان فى رائغه غير نافذه لم يفتح فيها باباً ولم ينقله من مكانه إلا برضا أهل الرائغه» (١).

ولا فرق فى جعل بعض داره دكاناً بين أقسام الدكاكين من جعله بيطرةً أو مطباً أو محل بيع البقول أو ما أشبه

ص: ٢١٨

وكما يصح جعل الباب الجديد والروشن والكوه والدكه وما أشبهه، يجوز جعل بعض داره ساحه بتأخير جداره بقدر حتى يكون أمام الجدار ساحه، فإذا أعرض عنها تكون من المباحات الأصلية، وإذا لم يعرض عنها تكون له بهذه الكيفيه، ثم إذا أعرض عنها بأن صارت من المباحات الأصلية لم يحق لإنسان استغلالها فيما يضر الطريق أو الجيران أو يزاحم حقوقهم على ما عرفت.

وقد ذكرنا في كتاب إحياء الموات تفصيل الكلام حول أن الإعراض مسقط للملك، ويدل عليه صحيحه حريز، عن أبي عبد الله (عليه الصلاة والسلام) قال: «لا بأس بلقطه العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه»، قال: وقال أبو جعفر (عليه الصلاة والسلام): «ليس لهذا طالب»^(١).

فهو كالتعليل لأن الذي تسقط منهم هذه الأمور يعرضون عنها.

وفي روايه أخرى، عن الصادق (عليه الصلاة والسلام) قال: «لا بأس بلقطه العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه»^(٢).

إلى غير ذلك من الأدله التي تدل على أن الإعراض مسقط للملك، كما أن روايات السفينه المكسوره في البحر أيضاً تدل على ذلك.

وكيف كان، فما اعتادت الحكومات التي تسمى بالإسلاميه في الحال الحاضر من المنع عن فتح باب جديد أو شباك أو كوه أو جناح أو دكان أو ما أشبه خلاف الشرع، ولا يصغى إلى كلامهم، وذكرنا في كتاب إحياء الموات أنه لا بأس بما يسبب إزعاج الجار لجاره مما كان متعارفاً وجرت عليه السيره، فإذا كان باب داره مبتعداً عن باب دار الجار مما لا يسبب إزعاجه عند الدخول

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٦٢ الباب ١٢ من أبواب أحكام اللقطه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٦٣ الباب ١٢ من أبواب أحكام اللقطه ح ٣

والخروج، أما إذا فتح باباً آخر سبب إزعاجه لم يكن بذلك بأس إن كان على نحو المتعارف.

ثم قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما الطرق المرفوعة وهى التى لا- تنتهى إلى طريق آخر ولا- مباح، بل إلى ملك الغير وهو ملك حقيقه لأربابها الذين لهم أبواب نافذه إليها من دون من يلاصق داره، ويكون حائطه إليها من غير نفوذ فلهم سدها عن السكه والارتفاق بها كغيرها من أملاكهم، ولهم قسمتها فيما بينهم وإدخال كل منهم حصته إلى داره).

أقول: وذلك لأنه لهم أو هم مختصون به، وعلى كل حال يصح ذلك إذا رضى الجميع، وكذلك حال الذين هم فى أخير المرفوعه، فإن لهم أن يفعلوا بما هو مختص بهم نحو ذلك، لأن فى الأخير ليس اشتراك بين الجميع وإنما خاص بالذين هم فى الأخير.

هذا، ولكن عن بعض الشافعيه المنع عن سد الطريق المرفوع، لأن أهل الشارع يلتجئون إليها إذا عرض لهم سبب من زحمه وشبهها.

وعن المقدس الأردبيلى التأمل فى ملك الطرق المرفوعه لأهلها، وذكر الحدائق الوجه فى ذلك بأن التصرف دليل الملك، ولكن فى الشوارع لما لم يكن المتصرف متعيناً لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعه.

وفى مفتاح الكرامه: قد يقال إنا نمنع أن الطريق المرفوع ملك لأربابه إذا كان مستند الملك مجرد كونه مسدوداً، وأن أبوابهم شارعاً إليه وأنه محل ترددهم.

قال فى التذكرة: يجوز لكل أحد الاستطراق فى الطرق النافذه على أى حال شاء من سرعه وبطئ وركوب وترجل، ولا فرق بين المسلم والكافر، وأما الطرق المقطوعه فكذلك مع إذن أربابها، ولو منع واحد منهم أو منعوا

بأسرهم فالأقرب عدم المنع، لأن لكل أحد دخول هذا الزقاق كدخول الدرب النافذ، وهذا صريح في أنها ليست ملكاً، قال: وفيه إشكال، إلى آخر كلامه.

والظاهر أن الطريق المرفوع على ثلاثة أقسام:

الأول: أن كان ملك بعضهم أو جميعهم، أخرجوه أو أخرجوه فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة، وفي هذه الصورة لا إشكال أنها ملكهم، لعدم وجه لسقوطه عن الملك بعد عدم إعراضهم، ومجرد جعله طريقاً لا يؤدي إلى ذلك، كما إذا جعل إنسان داره طريقاً فيما كان بين شارعين مثلاً، فإنه لا يسبب زوال ملكه، بل له أن يبنيه من جديد حتى ينقطع بين الشارعين.

الثاني: أن يكونوا قد أحيوه مع سبق الحق العام، كما إذا أحيوا دوراً حول عتبه مقدسه كانت تلك الأراضي ممراً إلى العتبه مجيئاً وذهاباً، بحيث لم يكن إحياء الدور مزاحماً للماره، فصار في وسطها طريق مسدود، فإنه لا دليل على صيروره الزقاق ملكهم، بل الأصل بقاؤه لكل الناس.

الثالث: ما لم يكن القسمين السابقين، وهذا لا بعد في صيرورته ملكاً لهم، لأنه يرى عرفاً أنهم حازوه، فيشمله دليل «من سبق».

وبذلك يظهر أن تأمل المقدس الأردبيلي في محله في الجملة.

أما قول الحدائق من أن التصرف دليل الملك إلى آخره، ففيه: إن الكلام ليس في عالم الإثبات، بل في عالم الثبوت.

وبهذا يظهر أن قول الجواهر في رد من قال بأن الزقاق ليس بملك غير واضح، قال:

(لأن الطريق المرفوع إن كان ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا إشكال، بل هو خارج عن محل البحث، وإن كان من المباحات فقد أحيوه وحازوه على هذا الوجه الخاص بهم، ضروره كون إحياء كل شيء بحسب حاله، وهذا وإن

اقتضى كون الشارع ملكاً للمسلمين باعتبار أنه هذه الحيازه التي ليست من معين، بل المعين سلكه أيضاً على وجه العموم، تقتضى ذلك إلا- أنه للسيرة المستمرة في العمل في الأعصار والأمصاّر جعل ذلك على الوجه المزبور من غير رجوع إلى إذن حاكم الشرع، بل ليس له ولا- لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر الماره، أو يقال بعدم تحقق الحيازه التي هي الاختصاص عن الغير باستيلاء ونحوه، فلا يتحقق حينئذ الملك في النافذ دون المرفوع، ولذا قالوا إنه ملك لأربابه بخلاف النافذ)، إلى آخر كلامه.

إذ قوله (حاز على هذا الوجه الخاص بهم) إلى آخره، ليس على إطلاقه، بل قد تكون الحيازه على وجه يخصصهم، وقد تكون الحيازه على وجه لهم العبور والمرور كسائر المسلمين، وهذا هو الأقرب، بل السيره أيضاً تقتضى ذلك، لما نشاهده في أطراف الأضرحة الطاهره من الزقاق المرفوعه التي كانت سابقاً محل عبور ومرور ثم جاؤوا وبنوا حولها دوراً، فإنهم إذا جعلوا باباً على باب الزقاق استكره المسلمون ورأوا أنهم يتصرفون في غير حقهم.

كما أنه لا- دليل على أنه لا يجوز إخراج الباب والروشن ونحوهما من البيت الذي ليس له باب في هذا الزقاق فيما إذا لم يكن ملكاً لهم، بل كان بالحيازه.

فقول الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (كما أنه لا- يجوز لأحد من غير أربابها إحداث سابط ولا باب فيها ولا جناح ولا غيره إلاّ بإذن أربابه، سواء كان مضرراً أو لم يكن، لأنه مختص بهم، وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك إلاّ بإذن شركائه) محل نظر، فإن الذين هم في هذا الزقاق، سواء كان لهم باب أو لم يكن لهم باب كلهم ذو حق في هذا الشيء، ولو شك فأصل الإباحه محكم.

ومنه يعلم وجه النظر في قول العلامة: (أو كانت في المرفوعه فلا يجوز)،

وإن علله مفتاح الكرامه بقوله: (وأما عدم جوازها لو كانت فى الطرق المرفوعه فواضح، لأنها مملوكه لأرباب الأبواب فيها، فهم محصورون فلا يجوز لأحدهم التصرف فيها بدون إذن الباقيين) انتهى.

إذ دليله أخص من المدعى على ما عرفت من الأقسام الثلاثة.

ثم إن المسالك قال: ومما يدخل فى المنع من التصرف فى المرفوعه بغير إذن أربابها المرور فيها، والوجه فيه ما تقدم من الملك، والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أما الجلوس فيها وإدخال الدواب إليها ونحو ذلك فلا، إلا مع إذن الجميع لأصالة حرمه مال الغير بغير إذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً، نعم لو كان الجلوس خفيفاً غير مضر يتناوله شاهد الحال.

وعن الدروس: يجوز للأجنبي دخول السكه المرفوعه بغير إذن أهلها عملاً بشاهد الحال، والجلوس غير المضر بهم، ولو نهاه أحدهم حرم ذلك، انتهى.

أقول: أما الملك فالظاهر أنه لا يجوز أى تصرف إلا بشاهد الحال أو الإذن الصريح، وإذا اختلف الأرباب بأن أجاز بعضهم ولم يجز البعض كان اللازم المرافعه إلى الحاكم الشرعى، لما عرفت فى بعض المسائل السابقه من تعارض السلطتين، فلا وجه لتقديم إحدى السلطتين على الأخرى.

وعليه فإطلاق ما تقدم عن المسالك وذكره غيره أيضاً من قوله: (فلو منع أحدهم حرم)، محل نظر، وأما غير الملك فلا يأتى فيه ما ذكره إطلاقاً.

قال فى الجواهر: (نعم قد يقال باقتضاء السيره والطريقه جواز الدخول فيها والجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها، وعدم اعتبار المساواه فى استطراق أربابها قله وكثره منه أو من اتباعه والمترددین إليه، بل قد يقال بحصول الإذن

شرعاً، وإن كان فيهم مولى عليه من طفل أو غيره، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم، ويمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الإذن الشرعي، وظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم، وإن أذن له من أراد دخوله إليه، بل وإن كان أضيافه وأتباعه، بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضاً، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومه بالسيره خلافها) انتهى.

وما ذكره هو مقتضى القاعده، ويمكن أن يستدل له بأن الحيازه لم تكن إلا على هذا الوجه، فلا حق لبعضهم في منع البعض الآخر أو أضيافه أو ما أشبه ذلك، فلا حجه إلى الإذن الشرعي، اللهم إلا أن يريد بالإذن الشرعي ما يستفاد من دليل «من سبق» ونحوه، لا إذن شرعي من حاكم، بل إذن شرعي هو على طبق الأصل.

وفي مفتاح الكرامه بعد أن نقل عن العلامه جواز الدخول بسبب الآيات المستنده إلى قرائن الأحوال، فإذا عارضه نفس المنع عمل به، وأما الجلوس وإدخال الدواب إليها فالأقوى المنع إلا مع إذن الجميع، قال: (وأنت خير بأن اعتماد جميع الناس على هذه الآيات مشكل، لأن كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير إذن أهله ويقف فيه ويدخل إليه أحماله ودوابه ويبيع فيه التبن والحشيش، ولو لم يكن سائغاً لورد المنع عنه ولو عن بعض العلماء، ولو كان ذلك لتقل إلينا بالعهاده، بل لو كان ملكاً لما جاز لبعض أهلها ذلك إلا برضى الجميع، لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون إذن الشريك، ولو توقف على إذنهم للزم الحرج العظيم، بل لو كان موقوفاً على إذنه والذهاب إليه فيه لدار، بل قد يصرح بعضهم بالمنع، ولا يرد ذلك لو كان مملوكاً لهم بوجه شرعي) انتهى.

وكلامهما جيد، إذ المنع محتاج إلى الدليل، بعد أن كان الأصل والسيره

على الجواز، وإن كان فيه بعض المناقشه.

قال فى الشرائع: (وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعا للشبهه).

وفى المسالك: أى لشبهه استحقاقه للمرور فيه بعد تطاول الزمان، فإنه إذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لأنه وضع له، وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملة، فإن الثانى جائز دون الأول، لأن رفع الحائط لا يستدعى استحقاق المرور بوقت من الأوقات، إذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب، ولا فرق فى هذا الحكم بين الذى لا حق له فى الطريق المذكور، كالجار الملاصق لها بحائطه، وبين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما فى عدم استحقاق المرور فى المحل الذى فتح فيه الباب، ويحتمل ضعيفا الجواز كما سيأتى.

أقول: يأتى الكلام هنا فى الصور الثلاث المتقدمه التى:

أولها: أن يكون الطريق لهم جميعا بالملك، وهذا لا ينبغى الإشكال فى جواز فتح الباب إذا لم يكن زائداً على حقه بالنسبه إلى الأمر المشترك، فإن الأمر المشترك لكل واحد حق فيه بقدر حق الآخر، ولا يصح لأحدهم الزيادة على حقه، فإذا أراد فتح باب أو بابين أو ما أشبه زائداً على أبواب الآخرين كان له الحق إذا لم ير العرف أنه يتصرف فى المشترك أكثر من حقه، وإلا لم يجز على القواعد الأولى.

والثانية: ما ذكرناه من أمثال الأزقه حول حرم المعصومين (عليهم الصلاه والسلام)، وهنا أيضاً ينبغى القول بالجواز، إذ لا وجه لعدم الجواز بعد أن عرفت تساوى الناس فيه على الأصل.

الثالثة: _ والظاهر هى مراد من ذكر هذا الفرع _ أن يستملكوا الزقاق بالإحياء فى أطرافه ببناء الدور وما أشبهه، وفى المقام لا إشكال فى فتح الباب

الأقرب إلى رأس المرفوعه بالنسبه إلى من له فى المرفوعه الباب، لأنه ليس تصرفاً فى حق الآخرين، وإنما الكلام فى فتح باب أدخل، أو فتح الباب لمن لا- باب له، ودليل المشهور على المنع أصاله العدم، ولأنه ملك لغيره فلا يجوز له التصرف فيه، وللشبهه، كما ذكره الشرائع وغيره.

وقد قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: ويمنع من استجداد باب فى المرفوعه لغير الاستطراق دفعاً للشبهه: كما فى المبسوط والشرائع والتذكره والتحرير والإيضاح والإرشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك، وهو الذى يقتضيه إطلاق الغنيه، وقد نفى عنه الخلاف.

وقال فى الكفايه: مرادهم بالشبهه ما قاله فى المبسوط من أن فتحه فى الجمله دلالة على الاستطراق، وثبوت الحق فى ذلك الزقاق، وخصوصاً إذا مضى عليه مده وماتت الشهود فكان فيه مفسده، من غير فرق بين الذى لا حق له فى الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائطه، وبين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب أدخل من بابه، لاشتراكهما فى عدم استحقاق المرور فى المحل الذى فتح فيه الباب.

ولا- يخفى ما فى الأدله المذكوره من النظر، إذ كون الأصاله المنع غير ظاهر بعد كون الأصل الجواز، فإنهم لما أحيوا الأرض كان لكل واحد منهم أن يجعل بابه أدخل وغير أدخل، وأن يفتح بايين وأكثر وأقل، فهذا الأصل مستصحب إلى أن يعلم المزيل ولا علم بالمزيل، وكذلك بالنسبه إلى ذى الحائط الذى لم يحدث فيه باباً، فإنه أى فرق بين أن يحدث فى أول الأمر الباب أو يحدث بعد ذلك.

وبذلك يعرف وجه النظر فى الدليل الثانى، وهو أنه ملك لهم فلا يجوز

لأحد منهم التصرف فى ملك الآخرين، إذ يقال: إن الملك إنما كان بقدر لا بحيث لا يحق لصاحب الحائط أو لصاحب الباب أن يحدث باباً أو باباً أدخل، فمن أين أن الملك صار هكذا، وإذا شك فى تقييد الملك بذلك كان الأصل العدم، لأن الملك الأضيق يحتاج إلى دليل آخر غير الملك الأوسع، بل مقتضى ما ذكره أنه لا يجوز أن يجعل بابه أكثر عرضاً بما يكون أدخل، ولو بمقدار نصف شبر أو أقل، مع أن هذا الشيء مما لا يمكن القول به.

ومن هنا قال فى الجواهر: (لكن قد يقال: إن ذلك كذلك إلا أنه لا دليل على جواز منعه بذلك، لإمكان التحرز عن ضرر هذه الشبهه بالطرق المعده لمثل ذلك، وليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف فى الملك يجب تركه، قال: ومن هنا لا خلاف فى أنه يجوز فتح الروازن والشبابيك إليها، بل إلى دار الجار للاستضاءه بها أو لغيره مما لا يحرم عليه مع عدم الإذن، بل مع النهى لعموم تسلط الناس على أموالها، نعم للجار وضع شيء فى ملكه يمنع الإشراف عليه، وإن منع الضوء) انتهى.

لكن قد تقدم الفرق بين فتح الروازن والشبابيك فى أسافل الحائط بما يكون تصرفاً فى حق الآخرين عرفاً، أو فى أعالي الحائط بما لا يعد تصرفاً فى حق الآخرين إذا لم يكن محذور، كما إذا كان الجار لا يرضى بفتح الشباك فى أعالي الحائط باعتبار أن كلام زوجته وأهله يسمعه الجار إذا فتح الشباك، وذلك شيء مرغوب عنه، ويعد حقاً للإنسان عرفاً، وكذلك إذا كان الجار الذى يريد فتح الشباك فى أعالي الحائط يدخن فى بيته وما أشبه مما يسبب الشباك دخول الدخان أو الرائحة الكريهه من الدباغه ونحوها إلى داره، فإن هذا يعد تضييعاً لحق الجار وتصرفاً فى شأنه فيمنع عن مثله، ولا فرق بين الأمور المذكوره

إيجاباً وسلباً بين الدارين والدكاكين والمعملين والمختلفين إلى غير ذلك، لوحده الملاك في الجميع.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان سرداب في الطريق المرفوعه، ويريد صاحب السرداب أن يفتح شباكاً أو باباً في سقف السرداب لأجل النور والهواء أو لأجل إدخال البضائع، وكذلك إذا كان في الدرب المرفوعه سقف هو أرض لغرفه ذى الغرفه ويريد فتح روازن إلى الدرب أو فتح باب لإصعاد البضائع منه إلى الغرفه، فإن كل ذلك جائز إلا إذا كان ضرراً للآخرين، أو منافياً لحقوقهم عرفاً، فيشملة «لا يتوى حق امرئ مسلم».

ومنه يعلم حال ما إذا أراد أن يفتح من الشارع درجاً إلى فوق أو إلى السرداب، حيث إن ذلك جائز إلا إذا سبب الضرر أو نافی حق الآخرين.

ثم قال الشرائع: (ومع إذنهم لا اعتراض لغيرهم).

وفى الجواهر: (لا- إشكال فى الجواز، فإنه لا حق للغير الخارج فى الاعتراض على ما يفعلونه هم أهل السكه المرفوعه، وهو كما ذكره لأن الغير ليس بذى حق حتى يمنع إلا إذا منع الحاكم الشرعى كما تقدم تفصيل الكلام فيه).

وفى القواعد: (وإذنهم إعاره يجوز الرجوع فيها).

وفى مفتاح الكرامه قال: (كما فى الغنيه والتذكره والدروس والمسالك، وفى الثانى نفى العلم بالخلاف، فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء، وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بإغماء أو جنون، وهل يجب عليه الأرش، لأنه سبب فى إتلاف مال الغير أم لا، وجهان) انتهى.

وأيده فى الجواهر بقوله: (الظاهر كون ذلك كالعاريه يجوز لكل الرجوع

عن ذلك، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والإغماء ونحوهما) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: إنه فرق بين قصد الإذن أن يعطى على نحو العاربه أو على نحو الهبه، إذ لا فرق بين العين والحق في تمشى الأمرين فيهما، فإذا قصد الهبه أتت مسائل الهبه التي تسترجع أو لا تسترجع على تفصيل مذکور هناك، أما إذا كان على نحو العاربه فله حق الرجوع، ولو شك في أنه قصد أيهما فهو المرجع، ولو اختلفا كان من مورد التحالف لعدم الجامع.

لكن ربما يقال: إن الأصل مع العاربه لا مع الهبه، لأن الهبه إزاله الملك بالإضافة إلى جواز تصرف الطرف فيه، بينما العاربه ليس فيها إزاله الملك، فإذا شك في إزاله الملك كان الأصل العدم، وعليه فإذا مات أو جنّ أو ما أشبهه وشك الآخذ كان مقتضى القاعده الإرجاع، فتأمل.

ثم في التذكرة: له الأرش للسببه في إتلاف المال على إشكال.

وفي الجواهر: لعل كلام التذكرة لإمكان منع التسبب بعد فرض كونها عاربه من حكمها جواز الرجوع بها، اللهم إلا أن يقال: إنه لم يعلم جواز الرجوع بها مجاناً لقاعده الضرر.

والحاصل: إن وجه الأرش هو أن الإذن سبب ضرر المأذون، فعليه أن يتحمل الخساره، ووجه عدم الأرش أن مقتضى العاربه الاسترجاع، فما فعله الآخذ لم يكن ضرره على المعير، وإنما ضرره على نفسه لأنه أقدم على ذلك، كما إذا أعار آنيته لغيره فملاً ذلك الغير الإناء بالماء، ثم أراد استرجاعه وكان إفراغ

الآنيه من الماء يسبب أجره ونحوها على المستعير، فإن الواجب على المستعير إرجاع الآنيه، ويكون الضرر على نفسه، لأنه أقدم فى ملئه الماء الموجب لضرره إذا أراد استرجاعه، فهو مقدم على ضرر نفسه، لا أن المعير أضره.

هذا وربما يقال: إن العرف يرون أن الإجازة هبة لا عاربه حتى إذا مات أو أغمى عليه بطل ووجب الإرجاع بسد الباب ونحوه، أو يقال: إن الإذن فى الشئ إذن فى لوازمه، وعلى أى حال ففتواهم بذلك جزماً محل نظر.

قال فى الشرائع: (ولو صالحهم على إحداث روشن، قيل لا يجوز لأنه لا يصح إفراد الهواء بالبيع، وفيه تردد).

وفى القواعد: (ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على إحداث روشن وشبهه على رأى حكاة مفتاح الكرامه عن السرائر والتحرير والتذكرة والإيضاح والحواشى والدروس وجامع المقاصد والمسالك).

وعن التذكرة إنه أظهر عندنا، واشترط فى الدروس تعيين المده وجعله فى التذكرة أولى، ولا نجد له وجهاً إلا جعله فرع الإجاره، وشرط فى التحرير كونه معلوم القدر فى الخروج والعلو، والمخالف الشيخ فى المبسوط والقاضى فيما حكى عنه وابن زهره نافياً فيه العلم بالخلاف، قالوا: لا- يجوز لأن فيه إفراد الهواء بالبيع وهو مبنى على أن الصلح فرع البيع، ومعناه أن الهواء تابع لا يفرد بالمال صلحاً كما لا يفرد به بيعاً.

أقول: مقتضى القاعده أنه يصح البيع كما تصح الإجاره والصلح والهبة وما أشبه من المعاملات الجاربه على سائر الأمور، لأن منتهى الأمر أنه حق، والحق أيضاً يقابل بالمال، وقد ذكرنا فى أول البيع أنه كما يجوز بيع العين يجوز بيع الحق أيضاً.

وفى مفتاح الكرامه: قد تسالمت الخصومه على خلاف ما فى المسالك من جواز بيع الهواء منفرداً.

ومقتضى القاعده هو الجواز، لأنه لا وجه لعدم الجواز بعد شمول الإطلاقات له وأنه عقلائي، خصوصاً فى مثل هذه الأيام حيث تبنى الأبرض طوابق، وقد ذكرنا بعض الكلام فى ذلك فى مبحث إحياء الموات، ولذا أشكل فى كلتى مقدمتى الشيخ للمنع الجواهر، حيث إن الشيخ بنى المنع على عدم صحه أفراد الهواء بالبيع، وعلى كون الصلح فرع البيع، فقال فى الجواهر: (المقدمتان ممنوعتان للعمومات، خصوصاً عمومات الصلح المقتضيه جوازه وإن قلنا بعدم إفراده بالبيع).

ثم إن ما ذكره الدروس: من أنه لو صولح بعوض لزم تعيين المده، وجعله فى التذكرة أولى، لا يتم فيما إذا كان الصلح مطلقاً بمنزله البيع والهبه ونحوهما، أما إذا كان بمنزله الإجاره لزم، ولذا قال فى الجواهر بعد نقل كلامهما: (فيه منع اعتبار المده فى الصلح عنه المراد به نقله نفسه إليه، نعم لا- إشكال فى اعتبارها لو أريد منه القائم مقام الإجاره مثلاً، ولو فرض الإذن منهم على إنشاء التمليك له مجاناً أو بعوض ملكه ولكل حكمه، ضروره كون الفضاء ملكاً كسائر الأملاك فيجرى عليه جميع أحكامها) انتهى.

ثم إن مرادهم من الصلح مع أرباب المرفوعه الذين لهم الحق، لأن كل صاحب باب إنما له الحق إلى بابه، لا إلى بعد ذلك على إشكال، فإذا فتحه صاحب الباب الأخير فى أخير المرفوعه بعد باب داره لم يحتج إلى إذنه، وإن أراد صاحب الباب الأول الفتح قبل بابه احتاج إلى إذن الجميع.

والحاصل: إن العقد ليس مشتركاً بين الكل مطلقاً، إنما كل قطعه منه مشتركه

بين بعضهم دون بعض.

ومنه يعلم حال وضع باب آخر بالنسبه إلى أخير الأبواب، حيث يجوز له أن يجعل باباً آخر بعد باب داره، لأن بعد باب داره لا حق لغيره فيه على ما ذكروا، وإن قد عرفت الإشكال فيه.

قال في مفتاح الكرامه: (والحاصل أن الأدخل مختص بما بين البابين، وهما شريكان في الطرفين، وقالوا: إنه يجوز لكل من الأدخل والأقدم إخراج بابه مع سد الأول وعدمه لا الإدخال، بل احتمال في التذكرة والكتاب جواز الإدخال، وقضيه كلامهم الأول أن هذا الروشن المحدث إن كان خارجاً عن جميع الأبواب فهو حق لهم أجمع، وإن كان داخلياً عن بعضها لم يتوقف على إذن الخارج، لأن ما بين البابين مختص بالداخل، وإنما يتوقف على إذنه فقط، وقضيه كلامهم الثاني أنه يجوز لأحدهم إخراج الروشن ونحوه من دون إذن) انتهى.

ثم إنه كما تصح المصالحة على ذلك تصح غيرها كما تقدم، ولو تركها صاحب الدار بما يسقط ملكه عنها، لأن الإعراض مسقط للملك، أو ارتد مثلاً بأن صار من المباحات الأصلية لعدم وارث ولا احتياج الإمام، صح تملك كل أحد له كما هو شأن كل مباح.

ثم إنه قال في مفتاح الكرامه: (ويبقى الكلام فيما إذا جعل بعضهم داره مسجداً أو مدرسه أو رباطاً، فإن المسلمين كلهم يستحقون التردد إلى هذه وهم غير أهل السكه، فهل لهم الاعتراض مع رضا أهل السكه، وهل لهم إزاله ما أحدث بغير إذنهم إذا لم يكن مضرراً، في المسألتين احتمالان).

أقول: الظاهر جواز ذلك، لأن الإنسان يفعل في ملكه ما يشاء، وقد تقدم أنه لا دليل على تملك أهل الزقاق له في غير الملك بحيث ينافي ذلك، بل وقامت

على ذلك السيره، فإننا نجد أن المسلمين فى الزقاقات المرفوعه يقفون بيوتهم مساجد ومدارس وما أشبه ذلك.

وذكره المسلمين من باب المثال، وإلا لو وقفه شيئاً يتردد فيه غير المسلمين كالمستشفى والمستوصف ودار العجزه ودار الأيتام وما أشبه كان ذلك جائزاً أيضاً.

كما أنه قد تقدم أن له الحق فى أنه يهدم داره ويجعل الطريق المرفوع غير مرفوع، أما العكس بأن يجعل الطريق النافذ مرفوعاً ببناء دار فإنه غير جائز، لأن الطريق لكل المسلمين.

نعم ذكرنا فى كتاب إحياء الموات أنه إذا انحرف الطريق عن هذا المسير بحيث سقط عن الموضوع التحق بالمباحات الأصلية وجاز ذلك.

ص: ٢٣٣

(مسأله ٢٤): لو صالح عن القصاص بشيء خاص فظهر مستحقاً، فالظاهر الرجوع إلى القصاص، لأن الصلح لما بطل بقى القصاص على حاله، وكذلك إذا شرط في الصلح شرطاً ولم يعمل الآخر بالشرط وأخذ الشارط بشرطه بأن فسخ الصلح رجوع القصاص إلى حاله، ولذا قال في القواعد: (ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً، فالأقرب الرجوع إلى القصاص) انتهى.

وفي مفتاح الكرامه: كما في الدروس وجامع المقاصد، وهو الأصح، لأنه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص، لأن سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح، والباطل لا يترتب عليه أثره، لكن ينبغي أن يقال فيما إذا ظهر الشيء (عبداً أو غيره) مستحقاً مما لصاحبه الحق في الفسخ والإمضاء أنه إذا أمضى لم يكن حق في بطلان الصلح ورجوع القصاص كما هو مقتضى القاعده.

وعلى أي حال، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فيما حكى عن التذكرة من أنه لو ظهر مستحقاً ينتقل إلى قيمه، وفي مفتاح الكرامه: (لعله يريد إلى قيمه العبد لو ظهر مستحقاً، وقيل في الحر لو كان عبداً، لتضمن الصلح إسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص لتعذره، بل ينتقل إلى قيمته) انتهى.

والظاهر أنه محل إشكال، إذ الصلح كان على الشيء الخاص فهو كالبيع لشيء خاص، حيث يظهر مستحقاً ولا يجوز صاحبه، أو كان غير قابل للملك، فإن مقتضى القاعده بطلان البيع لا الرجوع إلى قيمه.

ومنه يظهر أيضاً وجه النظر فيما عن العلامة وأبي حنيفة أنه إن ظهر العبد مستحقاً انتقل إلى قيمه العبد، وإن ظهر حراً رجوع إلى الديه، واحتمل الديه فيهما، لأن المقدر بالتراضي قد فات فيرجع إلى المقدر الشرعي، انتهى.

نعم يصح الانتقال إلى قيمه فيما إذا كان الحجم من باب تعدد المطلوب،

بأن كان الصلح على القيمة ابتداءً، وعلى الحجم ثانياً، حيث إنه إذا بطل أحدهما بقى الارتكاز، كما ذكروا مثله في الوقف والوصيه والنذر وما أشبه إذا تعذر العين.

لكن ذلك يحتاج إلى نص خاص من المتصالحين فيما كانت نيتهم ذلك حتى يقع الصلح على المرتكز، لا- على العين الخارجيه.

أما في مقام الإثبات فلو اختلف المتصالحان على أن الصلح هل وقع على القيمة وإنما العين شيء ثانوي، أو وقع على العين، فمقتضى القاعده مع من يقول إنه وقع على العين، أما من يدعى أن الصلح وقع على القيمة في نيتهم، فهو بحاجة إلى الدليل، لأنه خلاف ظاهر اللفظ.

ص: ٣٤٢

(مسألة ٣): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: ولو كان للإنسان داران مثلاً، باب كل واحده منهما إلى زقاق غير نافذ جاز أن يفتح بينهما باباً فضلاً عن النافذين، بل يجوز فتح باب ذات الشارع إلى ذات السكة فضلاً عن العكس، كل ذلك للأصل وقاعده التسلط وأولويته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحده الجائر له، إجماعاً في جامع المقاصد، وقولاً واحداً في التذكرة.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامة: ولذى الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما: (كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان، لأنه يستحق المرور في كل واحده من السكتين، ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما داراً واحده جائز بلا خلاف كما في المبسوط، أو إجماعاً كما في التذكرة وجامع المقاصد، ففتح باب من إحداهما إلى الأخرى بطريق أولى، إذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار فليس لواحد من أهل واحده من السكتين منعه.

ولا يقال: إن أهل تلك الدار لا حق لهم في المرور من هذا الزقاق، فكيف يأتون من هذا الزقاق بسبب رفع الحاجب.

لأنه يقال: إنهم ليسوا بأسوء من الضيف ونحوه مما يجوز، والعمده أنه لا دليل على المنع، وقد عرفت أن معنى ملك أهل الزقاق للزقاق شيء لا ينافي أمثال هذه الأمور، كما لا ينافي أمثال جعل الفاتحة أو الحفلة أو الوعظ أو ما أشبه في الدار مما يتراد بسببها الناس إلى الدار، كما لا ينافي حق أهل الزقاق إيجار داره لعائله ولو كانوا أكثر من عائله أهل الدار أو هبتها لهم أو بيعها أو ما أشبه من سائر أنحاء المعاملات.

ومنه يعلم أن إشكال بعض الشافعية في ذلك بسبب أن رفع الجدار يثبت له حق الاستطراق من الدرب الذي لا ينفذ إلى دار لم يكن لها طريق منه وذلك

ربما أدى إلى إثبات الشفعه فى قول من أثبتها فى الطريق لكل واحده من الدارين فى زقاق أخرى، غير تام، ولذا كان المحكى عن العلامه فى التذكره أنه قال: إن قول هذا الشافعى غلط، لأن له رفع الحاجز بالكليه ورفع بعضه أولى، والمحدور لازم فيما إذا رفع الحائط مع أنه لا يبطل حق الشفعه) انتهى.

أقول: أما حق الشفعه فالحكم تابع للموضوع، فمتى تحقق الموضوع تبعه الحكم، ولا مانع فى ذلك.

ومما ذكرنا يظهر وجه النظر والتأييد فى كلام الجواهر حيث قال: (قد يقال: إن الفتح المزبور وإن لم يفد الحق المذكور إلا أنه يورث شبهه فى الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذى قد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللهم إلا أن يمنع دلالتها على ذلك، بخلاف فتح الباب فى الطريق، وعلى كل حال كما فى الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين فى الدرب من الجانبين فتبطل حينئذ شفعه كل منهما بالكثرة، أو تثبت بناءً على ثبوتها معها، لا وجه له مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين أى ذيهما ما يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقتين اللتين لكل منهما زقاق، لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك، نعم لو كانت دار واحده لها طريقان للزقاقين اتجه حينئذ ما ذكره وتثبت الشفعه له ولهم مع فرض تحققها مع الكثره والشركه فى الطريق، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعه فى الدار ذاتها إذا بيعت مع الطريقين) انتهى.

وقد فصل الكلام فى جامع المقاصد ومفتاح الكرامه حول ذلك فراجعهما.

ومما تقدم يعلم أنه يصح لصاحب الدار الواحده التى طرفاها فى زقاقين

فى طرف منها باب إلى الزقاق دون الطرف الآخر أن يفتح الباب فى الزقاق الآخر أيضاً، سواء قسم الدار دارين أو أبقاها داراً واحده.

وذكرهم الدار والباين من باب المثال، وإلا فكذلك حال الدكانين والفندقين وما أشبه.

كما أن الأمر كذلك بالنسبه إلى فتح باب ثالث فى زقاق ثالث وهكذا.

ص: ٢٣٦

المحتويات

المحتويات

كتاب الكفالة

٥ _ ٩٥

- الكفالة عقد..... ٥
- روايات الكفالة..... ٧
- كفالة المتاع والحيوان..... ٩
- الكفالة عند العرف..... ١٢
- مسألة ١ _ رضى الثلاثة..... ١٤
- مسألة ٢ _ الكفالة حاله ومؤجله..... ١٩
- مسألة ٣ _ تسليم الكفيل المكفول..... ٢٢
- مسألة ٤ _ لو امتنع الكفيل عن الإحضار..... ٢٥
- مسألة ٥ _ تقديم: على كذا، أو تأخيره..... ٣٢
- مسألة ٦ _ لو أطلق الغريم قهرا..... ٣٥
- مسألة ٧ _ لو أطلق القاتل..... ٤٠
- مسألة ٨ _ الإبهام فى الكفالة..... ٤٥
- مسألة ٩ _ كفالة الفضولى..... ٤٧

ص: ٤٢١

- مسألة ١٠ _ لو أحضر الغريم قبل الأجل..... ٤٩
- مسألة ١١ _ لو كان المكفول محبوساً..... ٥٢
- مسألة ١٢ _ لو تكفل بتسليمه مطلقاً..... ٥٧
- مسألة ١٣ _ صور الاختلاف..... ٥٩
- مسألة ١٤ _ كفاله اثنين..... ٦٣
- مسألة ١٥ _ إذا مات المكفول..... ٦٦
- مسألة ١٦ _ إذا مات المكفول برئ الكفيل..... ٧٢
- مسألة ١٧ _ دعوى الكفيل الإبراء..... ٧٤
- مسألة ١٨ _ لو كفل الكفيل شخصاً آخر..... ٧٦
- مسألة ١٩ _ لو كفل برأسه..... ٧٧
- مسألة ٢٠ _ كفاله البعض..... ٨٠
- مسألة ٢١ _ لو أسلم الكفيل على الخمر..... ٨١
- مسألة ٢٢ _ دخول الخيارات في الكفاله..... ٨٣
- مسألة ٢٣ _ المباشرة في الكفاله..... ٨٤
- مسألة ٢٤ _ لو قال: اتركه أنا كفيله..... ٨٥
- مسألة ٢٥ _ الكفاله المعاطاتيه..... ٨٦
- مسألة ٢٦ _ لو قال: تعامل معه وأنا كفيله..... ٨٧
- مسألة ٢٧ _ فروع في الكفاله..... ٨٨

أدله الصلح..... ٩٩

ص: ٤٢٢

- الصلح عقد..... ١٠٢
- مسألة ١ _ يصح الصلح مع الإقرار والإنكار..... ١١٠
- مسألة ٢ _ الصلح مع العلم والجهل..... ١٢٠
- مسألة ٣ _ الصلح لازم..... ١٢٩
- مسألة ٤ _ إصلاح الشريكين..... ١٣٣
- مسألة ٥ _ لو كان معهما درهمان..... ١٣٨
- مسألة ٦ _ لو اودعاه درهمين ودرهما..... ١٤٤
- مسألة ٧ _ ثوبان مختلفا قيمه لهما..... ١٤٨
- مسألة ٨ _ إذا بان أحد العوضين مستحقا..... ١٥٨
- مسألة ٩ _ الصلح على المتلف بأكثر..... ١٦٥
- مسألة ١٠ _ الصلح يغير فائده المعاوضات..... ١٦٨
- مسألة ١١ _ ليس طلب الصلح إقرارا..... ١٧٥
- مسألة ١٢ _ لو ادعى اثنان دارا في يد ثالث..... ١٧٧
- مسألة ١٣ _ المصالحة على الماء..... ١٨٨
- مسألة ١٤ _ لو صالح الأجنبي عن المنكر..... ١٩٦

فصل

فى أحكام النزاع فى الأملاك

١٨٩ _ ٢٢٠

- مسألة ١ _ جواز إخراج الرواشن..... ٢٠٠
- مسألة ٢ _ فتح الأبواب المستجده..... ٢١٨

مسأله ۳ _ فتح باب بین دارین..... ۲۳۴

ص: ۴۲۳

- مسألة ٤ _ داران فى زقاق واحد..... ٢٣٧
- مسألة ٥ _ لو أجبر العادل أو الجائر..... ٢٤٤
- مسألة ٦ _ جعل دار دارين..... ٢٥١
- مسألة ٧ _ جعل الجذع على حائط الجار..... ٢٥٣
- مسألة ٨ _ لو صالحه على الوضع..... ٢٤٥
- مسألة ٩ _ لو تداعيا جدارا..... ٢٤٩
- مسألة ١٠ _ بيع الهواء..... ٢٨٠
- مسألة ١١ _ تصرف الشريك فى الحائط..... ٢٨٤
- مسألة ١٢ _ لو انهدم الجدار..... ٢٨٨
- مسألة ١٣ _ لو هدم أحدهما الجدار المشترك..... ٣٠٢
- مسألة ١٤ _ طلب القسمة فى أحد الأبعاد..... ٣٠٩
- مسألة ١٥ _ اختلاف المالكين..... ٣١٦
- مسألة ١٦ _ تنازع صاحب السفلى والعلو..... ٣٢٠
- مسألة ١٧ _ رؤيه العرف أحدهما صاحب اليد..... ٣٢٣
- مسألة ١٨ _ أغصان شجر الجار..... ٣٣٠
- مسألة ١٩ _ بيتان أعلى وأسفل..... ٣٤١
- مسألة ٢٠ _ المسناه بين المالكين كالجدار..... ٣٤٩
- مسألة ٢١ _ الصلح على ما لا يجوز..... ٣٥٠
- مسألة ٢٢ _ التنازع على الدابه..... ٣٥٢
- مسألة ٢٣ _ لو تداعيا غرفه..... ٣٥٩

مسأله ٢٤ _ لو ظهر طرف الصلح مستحقا..... ٣٦١

مسأله ٢٥ _ لو سال ماء الجار على ساحة الجار..... ٣٦٣

ص: ٤٢٤

- لو صالح الزوج والزوجه..... ٣٦٣
- حصار فيه بيوت..... ٣٦٥
- تعطيل الوقف..... ٣٦٦
- تصرفات إنسان في ملك إنسان آخر..... ٣٦٨
- لو تقوت عماره الجار بدار الجار..... ٣٧٠
- لو تمكن من إبطال الصلح..... ٣٧٢
- لو صالح الزوج زوجته عن المهر..... ٣٧٤
- مصالحات بصيغه..... ٣٧٦
- الصلح بين شريكين..... ٣٧٨
- الصلح لتسكن الزوجه الدار..... ٣٨٠
- ادعاء الغبن في الصلح..... ٣٨٢
- لو جرى الماء إلى بيت الجيران..... ٣٨٤
- انحصار أرضه بين دور..... ٣٨٦
- التصالح على التناصف..... ٣٨٨
- لو تصالح الزوجان..... ٣٩٠
- تصرف المصالح فيما صالح..... ٣٩٢
- الإقرار بالصلح..... ٣٩٦
- التفاسخ في الصلح..... ٣٩٨
- يجبر الممتنع بعد المصالحه..... ٤٠٠
- يصالح أمواله بين أولاده..... ٤٠٢

لو جعل خيار الصلح ما دام العمر..... ٤٠٤

الصلح على التزويج..... ٤٠٦

ص: ٤٢٥

الصلح للاعتراف..... ٤٠٨

تاريخ هدم البقيع..... ٤١٠

إشعال الكفار نار الحروب..... ٤١٢

حال بلاد الإسلام فى الوقت الحاضر..... ٤١٤

صوره الإسلام المرتقبه..... ٤١٦

المحتويات..... ٤٢١

ص: ٤٢٦

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

