



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

مِصْبَحُ الْعِلْمِ

فِي الْمَعَارِفِ

وَفِي تَرْغِيبِ الْعِلْمِ وَتَرْهَاتِ الْعِلْمِ

بِسُلْطَانِ الْعُلَمَاءِ

الْمَوْلَانِ

الْمَوْلَانِ الْإِمَامِ الْإِسْلَامِيِّ

الْمَوْلَانِ الْإِمَامِ الْإِسْلَامِيِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	مصباح الفقاهه المجلد ٣
١٤	اشاره
١٤	اشاره
١٧	تممه كتاب البيع
١٨	مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع
١٨	هل يعتبر اللفظ فى العقود؟
٢٠	تحقيق المقام يقع فى نواحي شتى:
٢٠	الناحيه الاولى: أن الأصل الأولى فى العقود و الإيقاعات هل يقتضى
٢٤	الناحيه الثانيه: أنه لا شبهه فى أن مقتضى العمومات و المطلقات هو
٢٤	اشاره
٢٤	إشاره الأخرس و حكمها
٢٨	الناحيه الثالثه: فى ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها-التي ينشأ بها العقد-
٢٨	اشاره
٢٨	الجهه الأولى فى ماده الصيغه.
٣٣	بحث فى ألفاظ الإيجاب و فى الإنشاء بيعت
٣٣	هل يجوز إنشاء البيع بشرط
٣٤	هل يجوز إنشاء البيع بملك
٣٧	هل يجوز إنشاء البيع باشتريت
٤١	ما هى ألفاظ القبول؟
٤٣	الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل
٤٨	الجهه الثانيه فى هيئه الصيغه،
٥١	هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه؟
٥٣	هل تعتبر الماضويه فى الإيجاب و القبول؟

٥٧	الجهة الثالثة في الترتيب بين الإيجاب والقبول.
٦٤	هل تعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول؟
٧١	هل يعتبر التنجيز في العقود؟
٧١	اشاره
٧٥	ما هو حكم التعليق في العقود؟
٧٥	اشاره
٧٩	ما استدل به على بطلان التعليق في العقود
٧٩	الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلك،
٧٩	الوجه الثاني: أن التعليق في العقود أمر غير معقول،
٨٠	الوجه الثالث: أن الظاهر من آيه وجوب الوفاء بالعقد-كسائر الخطابات
٨٢	الوجه الرابع: أن أسباب العقود والإيقاعات أمور توقيفيه،
٨٢	الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ
٨٤	هل يعتبر التطابق بين الإيجاب والقبول؟
٨٤	اشاره
٨٤	١- أن يكون ذلك من ناحيه عنوان المعامله:
٨٤	٢-التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه المبيع:
٨٤	٣-التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه البائع والمشتري،
٨٤	٤-التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه الشروط المذكوره فى العقد
٨٤	٥-التطابق بين الإيجاب والقبول فى أجزاء المبيع و الثمن،
٨٧	هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين
٨٧	اشاره
٨٩	بحث استطرادى فى حقوق الرضاء
٩٢	بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد
٩٨	بحث فى المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه
٩٨	اشاره
١٠٠	ما هو مدرک الضمان فى قاعده ما يضمن؟

- إشاره ١٠٠
- ١-النبوى المعروف: ١٠٠
- ٢-الروايات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه ١٠٢
- ٣-الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، ١٠٣
- ٤-قوله(عليه السلام)(حرمه ماله-أى المؤمن-كحرمه دمه ١ ١٠٤
- ٥-ما ورد فى جمله من الروايات أنه:لا يصلح ذهاب حق أحد ١٠٥
- ٦-الروايات الداله على نفي الحكم الضررى فى الشريعة المقدسه ١٠٦
- ٧-قاعده الإقدام التى ذكرها الشيخ فى المبسوط، ١٠٨
- بحث فى بعض الأعمال المضمونه ١١١
- هل يفرق فى الضمان بين علم الدافع و جهله؟ ١١٢
- هل تضمن العين المستأجره فى الإجاره؟ ١١٤
- ثم أنه يشكل اطراد القاعده فى موارد ١١٧
- هل تنتقض القاعده بالصيد الذى ١١٧
- هل تنتقض القاعده بالبيع الفاسد؟ ١٢٠
- هل تنتقض القاعده بحمل المبيع فاسد؟ ١٢٣
- هل تنتقض القاعده بالشركه الفاسده؟ ١٢٤
- هل ينتقض أصل القاعده بالنكاح الفاسد؟ ١٢٤
- ما هو المدرك لعكس القاعده؟ ١٢٥
- هل يجوز التصرف فى المقبوض ١٢٧
- إشاره ١٢٧
- الجهه الأولى:أنه هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى ١٢٧
- الجهه الثانيه:أن حرمه التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل ١٣١
- الجهه الثالثه:أنه إذا بنينا على عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد ١٣٣
- الجهه الرابعه:أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكه ١٣٧
- الجهه الخامسه:أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين ١٣٨
- ما هو حكم المنافع المستوفاه؟ ١٤٠

- ١٤٠ اشارة
- ١٤٠ فنقول: إنه قد استدل على الضمان بوجوه شتى.
- ١٤٠ ١- النبوى المعروف:
- ١٤٢ ٢- قوله (عليه السلام): حرمة ماله- أى المؤمن- كحرمة دمه
- ١٤٢ ٣- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه،
- ١٤٣ ٤- قاعده نفى الضرر،
- ١٤٣ نعم يمكن الاستدلال على الضمان هنا- بأمرين:
- ١٤٣ ١- السيره القطعيه العقلانيه،
- ١٤٤ ٢- قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن.
- ١٤٤ ما استدل به على عدم ضمان
- ١٤٩ ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟
- ١٥٢ فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان
- ١٥٢ ١- حديث ضمان اليد،
- ١٥٤ ٢- قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره
- ١٥٥ ٣- قوله (عليه السلام) في جمله من الروايات: حرمة ماله (أى المؤمن)
- ١٥٥ ٤- قاعده نفى الضرر،
- ١٥٦ ٥- قاعده من أتلف،
- ١٥٦ ٦- الإجماع،
- ١٥٨ ما هو الدليل على ضمان المثل
- ١٥٨ اشارة
- ١٥٩ فقد استدل على ضمان المثل فى المثلى و ضمان القيمه فى القيمى
- ١٥٩ ١- قوله (صلى الله عليه و آله) على اليد ما أخذت حتى تؤديه .
- ١٦٠ ٢- ما دل على احترام مال المؤمن، و أن حرمة ماله كحرمة دمه
- ١٦٠ ٣- الروايات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه
- ١٦٠ ٤- دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلى، و على ضمان القيمه فى القيمى
- ١٦١ ٥- قوله تعالى فَمَنْ اغْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَى عَلَيْكُمْ

- ١٦٤ ----- ما هو الفارق بين المثلى و القيمى
- ١٦٦ ----- ما هو الضابط فيما شك فى كونه مثليا أو قيميا؟
- ١٧٤ ----- هل يجب شراء المثل مع قلته و زياده قيمته؟
- ١٧٧ ----- ما هو حكم تعذر المثل؟
- ١٧٧ ----- اشاره
- ١٧٩ ----- هل يجوز للضامن إجبار المالك
- ١٧٩ ----- هل يجوز للمالك إجبار الضامن
- ١٨٠ ----- ما هو المناط فى صدق التعذر و الإعواز؟
- ١٨٢ ----- ما هو حكم سقوط العين عن المالىه؟
- ١٨٣ ----- ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره؟
- ١٨٥ ----- هل يضمن القيمى التالف بالقيمه؟
- ١٨٥ ----- اشاره
- ١٨٩ ----- ما هو الملاك فى تعيين القيمه فى القيمى
- ١٩٨ ----- ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحه
- ١٩٨ ----- ١- أنه لو كان المناط فى الضمان هو قيمه يوم المخالفه و الغصب
- ١٩٩ ----- ٢- أنه قال أبو ولاد:قلت:(فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز
- ٢٠٢ ----- ٣- أنه سأل أبو ولاد الامام(عليه السلام) عن المقوم الذى يعرف تفاوت ما
- ٢٠٥ ----- ما استدل به على الضمان بأعلى القيم
- ٢٠٥ ----- ١- ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحه المتقدمه على ذلك
- ٢٠٦ ----- ٢- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،
- ٢٠٧ ----- ٣- أن العين المغصوبه مضمونه على الغاصب بقاعده ضمان اليد،
- ٢٠٧ ----- ٤- أن العين المغصوبه بنفسها مضمونه على الغاصب من ابتداء اغتصابها
- ٢٠٨ ----- ٥- ما أفاده المصنف،
- ٢٠٩ ----- ٦- ما ذكره المحقق الايروانى،
- ٢٠٩ ----- ٧- أن العين مضمونه على الغاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها
- ٢١٣ ----- ختام البحث فى القيمى

- ٢١٦- ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة
- ٢١٧- ١- ما هو الدليل على الالتزام ببديل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين؟ -
- ٢١٧- الوجه الأول:قاعده نفي الضرر، -
- ٢١٨- الوجه الثاني:قوله(صلى الله عليه و آله):إن الناس مسلطون على أموالهم . -
- ٢١٩- الوجه الثالث:قاعده الضمان بالإتلاف، -
- ٢٢٠- الوجه الرابع:قوله(صلى الله عليه و آله):على اليد ما أخذت حتى تؤديه، -
- ٢٢٢- الوجه الخامس:دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول -
- ٢٢٣- ٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى -
- ٢٢٤- ٣- هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة، أم لا؟. -
- ٢٢٥- ٤- ما هو شأن القيمه مع تعذر الوصول الى العين، و هل للضامن إجبار -
- ٢٢٦- ٥- ما هو حكم البديل المبذول فهل يكون ذلك ملكا لمالك العين أم لا؟ -
- ٢٢٩- ٦- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البديل أم لا؟. -
- ٢٣١- بحث في فروع مهمه -
- ٢٣١- ١- أنه إذا توضع أحد غفله بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد. -
- ٢٣١- ٢- أنه إذا غضب أحد خمرًا محترمه لغيره، أو غضب دابه، و ماتت -
- ٢٣١- ٣- أنه إذا خاط أحد توبه بخيوط مغصوبه، -
- ٢٣٢- ٤- أنه لو غضب أحد دهنا و خلطه بطعامه -
- ٢٣٢- خلاصه البحث في بدل الحيلولة -
- ٢٣٤- ٧- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبه بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز -
- ٢٣٤- ٨- ما هو حكم ارتفاع القيمه السوقيه بعد أداء البديل؟ -
- ٢٣٥- بحث في أسباب الضمان -
- ٢٣٧- بحث في حق الاختصاص و وجه ثبوته -
- ٢٣٨- و تحقيق البحث هنا يقع في نواحي شتى: -
- ٢٣٨- الناحيه الأولى:فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص. -
- ٢٣٨- الوجه الأول:أن حق الاختصاص سلطنه خاصه في الأموال في عرض -
- ٢٣٨- الوجه الثاني:أن حق الاختصاص مرتبه ضعيفه من الملكيه، -

- الوجه الثالث: أنه ثبت في الشريعة المقدسه حرمه التصرف في مال ٢٣٩
- الوجه الرابع: دعوى الإجماع على بقاء حق الاختصاص في الأعيان ٢٤٠
- الوجه الخامس: دلالة المرسله المعروفه بين الفقهاء (من حاز ملك) وقوله (صلى الله عليه و آله) ٢٤٠
- الناحيه الثانيه: أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره، ثم أخرجه عن صورته ٢٤٢
- الناحيه الثالثه: أنك قد عرفت قريبا ثبوت حق الاختصاص في العين ٢٤٣
- ٩- هل الغرامه المدفوعه تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكّن؟. ٢٤٤
- ختم البحث في بدل الحيلولة ٢٤٦
- الكلام في شروط المتعاقدين ٢٤٧
- البحث حول الصبى و أحكامه ٢٤٧
- نقل الأقوال حول تصرفات الصبى ٢٤٧
- بحث في إسلام الصبى ٢٤٨
- هل تصح عبادات الصبى؟ ٢٥٤
- اشاره ٢٥٤
- أما العبادات المستحبه ٢٥٤
- أما العبادات الواجبه ٢٥٥
- بحث في تصرفات الصبى مستقلا ٢٥٧
- اشاره ٢٥٧
- الجهه الاولى- في جواز تصرفاته في أمواله مستقلا على وجه الإطلاق ٢٥٧
- الجهه الثانيه- في جواز تصرفات الصبى في أمواله مستقلا مع إذن الولي ٢٦٠
- الجهه الثالثه- في صحه مباشره الصبى العقود أو الإيقاعات في أمواله ٢٦٠
- في الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه ٢٦٠
- الطائفه الأولى: الروايات الداله على أن أمر الصبى لا ينفذ ٢٦١
- الطائفه الثانيه: ما دل على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم. ٢٦٣
- الطائفه الثالثه: ما دل على أن عمد الصبى و خطأه واحد، ٢٦٤
- بحث في ذيل روايه أبى البخترى ٢٦٩
- الجهه الرابعه: في جواز كونه وكيلا عن غيره في عقد أو إيقاع ٢٧١

- ٢٧٤ هل يؤخذ الصبي بإتلافه مال الغير؟
- ٢٧٥ هل ترتفع تعزيرات الصبيان
- ٢٧٦ ما هو حكم فعل الصبي المعتبر فيه
- ٢٧٧ هل يصح قبض الصبي؟
- ٢٧٩ قد وقع الخلاف بين الأصحاب فى نفوذ أمر الصبي فى مواضع شتى:
- ٢٧٩ ١- الوصيه.
- ٢٨٠ هل يتبع قول الصبي فى الاذن
- ٢٨١ هل تنفذ معاملات الصبي فى المحقرات؟
- ٢٨٤ هل يصح طلاق الصبي المميز؟
- ٢٨٨ (مسألة و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى
- ٢٨٨ اشاره
- ٢٨٩ هل يعتبر تعيين المالك فى صحه البيع؟
- ٢٨٩ اشاره
- ٢٨٩ أما الجهه الأولى المعامله بالأعيان الشخصيه
- ٢٩٠ أما الجهه الثانيه المعامله بالأموال الكليه
- ٢٩١ هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد؟
- ٢٩١ اشاره
- ٢٩٢ الجهه الاولى:فى أنه إذا كان من له العقد مقصودا للمتعاقدين،و لم
- ٢٩٢ الجهه الثانيه:أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص،و قصد
- ٢٩٣ الجهه الثالثه:هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب و قبوله لغيره مع عدم
- ٢٩٤ (مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار).
- ٢٩٤ اشاره
- ٢٩٦ هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى؟
- ٣٠٠ ما استدل به على بطلان بيع المكره
- ٣٠٠ اشاره
- ٣٠٠ الوجه الأول:الإجماع.

- الوجه الثاني: قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ٣٠٠
- الوجه الثالث: مما استدل به على فساد بيع المكروه-الروايات ٣٠٤
- الوجه الرابع: الروايات ٢ الداله على بطلان طلاق المكروه و عتاقه ٣٠٤
- الوجه الخامس: ما دل ٢ على رفع الإكراه في الشريعة المقدسه. ٣٠٤
- بقي هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما: ٣٠٦
- الأول: أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكروه من جهة حديث ٣٠٦
- الثاني: أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكروه فيما إذا كان ٣٠٦
- هل يعتبر في الإكراه وجود حامل ٣٠٨
- هل يعتبر في تحقق الإكراه الوعيد ٣١٠
- هل يعتبر في الإكراه العلم بترتب الضرر ٣١١
- هل يعتبر في الإكراه عدم إمكان ٣١٣
- بحث في الإكراه على أحد الأمرين ٣٢١
- بحث في الإكراه على أحد الأمرين الطويلين ٣٢٧
- ما هو حكم الإكراه على ترك احد ٣٢٩
- ما هو حكم إكراه أحد الشخصين ٣٣١
- بحث في بيان متعلق الإكراه ٣٣٣
- بحث في الإكراه على بيع عبد من عبيد ٣٣٥
- بحث فيما ذكره العلامة في التحرير ٣٣٩
- هل يصح عقد المكروه بالرضاء المتأخر؟ ٣٤٣
- بحث في أن الرضاء المتأخر كاشف ٣٥٠
- و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا ٣٥٢
- اشاره ٣٥٢
- (فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه ٣٦٥
- تعريف مركز ٣٦٧

اشاره

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

عنوان و نام پدید آور: مصباح الفقاهه / من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ لمولفه محمدعلی التوحیدی التبریزی

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق. = ۱۹۹۶م = ۱۳۷۵.

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ - ۱۳۰۳، محرر

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

اشاره

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة على خير خلقه محمد و آله الطاهرين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

و بعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا-مصباح الفقاهة فى المعاملات-الذى كتبته تقريرا لبحث سيدنا الأستاذ الزعيم الدينى الأوحيد، و رائد النهضة العلميه الأكبر، طود العلم الشامخ، و علمه الراسخ، آيه الله العظمى الحاج السيد أبو القاسم الخويى متع الله المسلمين بطول بقائه.

و قد كان للإقبال العظيم الذى حظى به المجلد الأول، و الثانى من هذا الكتاب، و التقدير الذى نوه به رواد العلم و الفضيله باعث قوى على مواصلة العمل، و إجهاد الفكر إلى أن وفقنى الله تعالى لا يبراز هذا المجلد الثالث و تقديمه إلى الجامعه العلميه الكبرى. و أسأل الله سبحانه أن يوفقنا لنشر بقيه مجلداته و يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم، و موجبا لرضاه الموصول إلى جنات النعيم، إنه سميع مجيب.

النجف الأشرف محمد على التوحيدى التبريزى

هل يعتبر اللفظ فى العقود؟

قوله: (مقدمه فى خصوص ألفاظ عقد البيع). أقول: حاصل كلام المصنف رضوان الله عليه: أن اعتبار اللفظ فى البيع، بل فى جميع العقود من الأمور الواضحه-التي لا-ريب فيها-و ذلك للإجماع المنقول و الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه فى بعض النصوص (١).

و لكن المقدار المتيقن من الإجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ، و إذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ، لخرس و نحوه لم يشمله الإجماع، و إن كان قادرا على توكيل غيره.

و هذا التعميم ليس من ناحيه أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل-كما قيل-لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل فى المقام، بل الدليل على التعميم إنما هو فحوى الروايات [٢] الداله على عدم اعتبار اللفظ فى طلاق

ص: ٥

الأخرس، لأن حملها على صورته العجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر و إذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغيره أيضا، و عليه فيحكم بلزوم العقد الصادر منه حتى المعاطاه، ضروره أن العمومات الداله على لزوم العقد تدل على لزوم المعاطاه أيضا، لكونها عقدا بالحمل الشائع.

و لكن قام الإجماع على جوازها ما لم تتحقق إحدى الملزمات-التي ذكرناها في مبحث المعاطاه-و من الواضح أن المتيقن من الإجماع المزبور هو أن يكون المتعاطيان قادرين على اللفظ. أما مع العجز عن ذلك فلا-علم لنا بوجود الإجماع على جواز المعامله المعاطاتيه.

ثم إن الظاهر هو كفايه الكتابه أيضا مع العجز عن الإشاره، لفحوى ما ورد من النص-الذى ذكرناه في الحاشيه-على جوازها في الطلاق و إذا ثبت ذلك في الطلاق ثبت في غيره بالأولويه القطعيه.

أما مع قدره على الإشاره فهل هي تتقدم على الكتابه أم يجوز العكس؟ ذهب بعضهم إلى ترجيح الإشاره على الكتابه، لصراحه الإشاره في الإنشاء. و لكن في بعض الروايات-التي ذكرناها في الحاشيه-ما يدل على

العكس. انتهى ملخص كلام المصنف (ره).

تحقيق المقام يقع في نواحي شتى:

الناحية الأولى: أن الأصل الأولى في العقود والإيقاعات هل يقتضى

الصحة أم يقتضى الفساد؟

ذهب جمع إلى الأول، وذهب جمع آخر إلى الثاني و هو الحق، كما عليه المصنف (ره).

و الوجه في ذلك: أن نتائج العقود والإيقاعات-من الملكيه و الزوجيه و العتاق و الفراق-أمور حادثه، و مسبوقة بالعدم، كما أن نفس العقود والإيقاعات كذلك، فإذا شككنا في تحققها في الخارج من ناحيه بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه و حينئذ فيحكم بفسادها.

و قد ناقش في ذلك المحقق الايروانى بأنه لا مانع من جريان أصاله البراءه من الشروط التى يشك في اعتبارها في تأثير العقود و الإيقاعات. و قال (لا- مانع من هذه الأصاله بناء على جريان البراءه فى الأحكام الوضعيه، كما يظهر من استدلال الامام(عليه السلام) بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عناقه، فينفى بأصاله عدم الوجوب و جوب كل خصوصيه شك فيها: بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب. و عدم كونها من أجزاء السبب. و لا- يبقى معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل و الانتقال، لأن هذا في مرتبه السبب و ذاك في مرتبه المسبب، و الاستصحاب إنما يقدم على أصاله البراءه حيث يكونان في مرتبه واحده).

و تندفع هذه المناقشه: بأن حديث الرفع و إن كان يشمل الأحكام الوضعيه-كشموله للأحكام التكليفيه-إلا انه لا يعم خصوص الجزئيه و الشرطيه و المانعيه، ضروره أن هذه الأمور الثلاثه أمور غير قابله للوضع، فلا- تكون قابله للرفع أيضا إلا برفع منشأ انتزاعها. و عليه فإذا شك في شرطيه

شئ أو جزئيه أو مانعته لم يجز الرجوع فيها إلى البراءة.

و بيان ذلك إجمالاً: أنا ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول أن الأحكام الوضعيه على ثلاثه أقسام:

١- أن يكون مجعولاً- بنفسه، كالملكيه و الزوجيه و الرقيه و نحوها، فإنها أمور متأصله: أي مجعوله بنفسها، و غير منتزعه من التكاليف الشرعيه بديهه أن انتزاعها من الأحكام التكليفيه و ان كان ممكناً في مقام الثبوت و لكن لا- دليل عليه في مقام الإثبات، إذ النسبه بين الملكيّه-مثلاً- و بين جواز التصرف، أو عدم جوازه، هي العموم من وجه، لأنه قد توجد الملكيّه و لا يترتب عليها جواز التصرف في المملوك، كالأشخاص المحجورين عن التصرف في أموالهم لسفه أو فلس أو صغر. و قد يتحقق جواز التصرف و لا توجد الملكيّه، كالمباحات الأصليه، فإنها غير مملوكه لأحد، و يجوز التصرف فيها لكل شخص. و كأولياء السفهاء و المجانين و الصغار، فإنه يجوز لهم التصرف في أموال هؤلاء المحجورين، و ليسوا بملاك. و قد يجتمعان، و هو كثير، و اذن فلا نعقل وجهاً صحيحاً لا-انتزاع الملكيّه من الحكم التكليفى دائماً أضف إلى ذلك: أن المستفاد من الأدله أن الاحكام التكليفيه تترتب على الملكيّه و الزوجيه و الرقيه و أمثالها تترتب الحكم على موضوعه. و من الواضح جداً أن مرتبه الموضوع متقدمه على مرتبه الحكم، فيستحيل انتزاع الأمر المتقدم من الأمر المتأخر.

و مثال ذلك: أن جواز تصرف الإنسان في ماله مستفاد من قوله (صلى الله عليه و آله) إن الناس مسلطون على أموالهم (١) و حرمه تصرفه في مال غيره بدون إذنه

ص: ٨

مستفاده من الروايات المستفيضه الداله على ذلك (١) و من الضرورى أن جواز التصرف أو حرمة مترتب على المال المملوك. فلا بد من فرض وجوده قبل الحكم عليه بجواز التصرف و عدمه، بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال المملوك، و بديهى أنه لا يمكن الالتزام بانتزاع الملكيه من آثار نفسها و هذا واضح لا ريب فيه.

٢- أن يكون الحكم الوضعى راجعا إلى الحكم نفسه، كالشرطيه و السببيه و المانعيه للوجوب-مثلا-فان الحكم الشرعى إذا لوحظ بالإضافة إلى شىء فاما أن يكون مطلقا أو مقيدا بوجوده، أو بعدمه.

لا كلام لنا فى فرض الإطلاق.

أما على فرض التقييد فان كان الحكم الشرعى مقيدا بقيد وجودى فيكون القيد معتبرا فى موضوعه. و عندئذ تنتزع منه الشرطيه تاره، و السببيه أخرى لأن مرجعهما إلى شىء واحد، و إنما الفرق بينهما اصطلاح محض.

و ان كان الحكم الشرعى مقيدا بقيد عدمى-كتقيد وجوب الصلاه بعدم الحيض- فتنتزع منه المانعيه، و إذن فالشرطيه و السببيه و المانعيه كلها منتزعه من جعل الحكم و لحاظه مقيدا بقيد وجودى أو عدمى.

٣- أن يرجع الحكم الوضعى إلى متعلق التكليف كالشرطيه و الجزئيه و المانعيه للمأمور به، فإنها منتزعه من كيفية الأمر.

و ذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديده انتزعت منه الجزئيه.

و إذا تعلق بشىء مقيدا بوجود شىء آخر-كالأمر بالصلاه مقيده باستقبال القبله و الستر-انتزعت منه الشرطيه.

ص: ٩

و إذا تعلق بشيء مقيدا بعدم شيء آخر-كتقييد الصلاة بعدم استصحاب المصلي أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة-انتزعت منه المانع. و إذن فالجزئية و الشرطية و المانع للمأمور به منتزعه من كيفية الأمر.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية و السببية و المانع و الجزئية، لعدم كونها مجعولة بالذات، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها، و عليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها. فلا تكون قابلة للرفع أيضا. سواء أ قلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية، أم لم نقل بذلك نعم ترتفع هذه الأمور بإجراء البراءة في مناشئ انتزاعها، ضروره أنها كما تثبت تبعا لثبوت مناشئها، كذلك ترتفع بارتفاع مناشئها. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما استدلال الامام (عليه السلام)-في بعض الروايات [١]- بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عتاقه، فهو بعيد عما نحن فيه بداهه أن صحه العقود و الايقاعات بنفسها قابلة للوضع، فتكون قابلة للرفع أيضا بحديث الرفع، و من هنا يحكم بفسادها إذا صدرت كرها. و إذن فلا وجه لقياس الصحه و الفساد بالجزئية و الشرطية و المانع.

و على الجملة إذا كانت الجزئية أو الشرطية أو السببية من الأمور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشئ انتزاعها، و عليه فإذا شك في شرطية

شئ للمأمور به كان ذلك بعينه شكاً في تعلق الأمر بالمقيد به، فيدفع بأصالة البراءة. و أما الأقل:- أعني به الطبيعي الجامع بين المطلق و المقيد فهو مأمور به قطعاً.

أما إذا شك في شرطه شئ لصحة عقد أو إيقاع انعكس الأمر، لأن ترتب الأثر- كالملكية، أو براءة الذمه- على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم و ترتبه على الفاقد مجهول. فيدفع بالأصل، و هذا هو الفارق بين الشك في شرطه شئ للمأمور به، و بين الشك في شرطه للعقد أو الإيقاع هل يجوز التمسك بالعمومات عند الشك في العقود

الناحية الثانية: أنه لا شبهه في أن مقتضى العمومات و المطلقات هو

إشاره

صحة العقود و الإيقاعات.

و لكن إذا شك في اعتبار قيد في تلك المعاملات - كاللفظ مثلاً- فهل يصح التمسك بالعمومات المذكوره لنفي ذلك القيد أم لا- الظاهر هو الأول: بديهة أن القاعده الأوليه تقتضى صحة الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفساني، سواء فيه الفعل و اللفظ، و لكن المغروس في كلمات الأصحاب، و المودع في كتبهم هو قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود و الإيقاعات. و قد ذكرنا مراراً: أن الإجماع دليل لبي فلا بد و أن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن. و من البديهي أن القدر المسلم من الإجماع- على تقدير تحققه هنا- إنما هو فرض تمكن المتعاقدين من الإنشاء اللفظي و مع عدم التمكن من ذلك يرجع إلى القاعده الأوليه، و يحكم بعدم اعتبار اللفظ في العقود و الإيقاعات. إلا مع قيام الدليل الخاص على الاعتبار المزبور، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ في عقد الزواج، و على اعتبار لفظ خاص في إنشاء الطلاق.

و على هذا الضوء فإذا شككنا فى صحه عقد الأخرس المنشأ بالإشاره مع تمكنه من التوكيل، أو شككنا فى صحه عقده المنشأ بالكتابه مع تمكنه من الإشاره-بناء على تقديمها على الكتابه-رجعنا الى العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و نفوذها.

و قد ظهر لك مما ذكرناه: أن مقتضى القاعده هو الحكم بلزوم معاطاه الأخرس-من حين العقد-حتى على القول بأنها تفيد الإباحه مع التمكن من اللفظ، و أنها لا تفيد الملكيه. و ذلك لعدم العلم بشمول الإجماع-الذى توهم قيامه على جواز المعاطاه، أو إفادتها الإباحه-لصوره عدم التمكن من اللفظ و هذا هو السر فى تعرض المصنف لمسأله المعاطاه هنا فى طى كلامه، مع أنه قضى أمرها قريبا. و هذا نصه فى المقام: (ثم لو قلنا بأن الأصل فى المعاطاه اللزوم بعد القول بإفادتها للملكيه فالقدر المخرج صوره قدره المتبايعين على مباشره اللفظ). و اذن فلا نحتاج فى إثبات صحه عقد الأخرس إلى التمسك بفحوى الروايات الوارده فى طلاقه-ذكرناها قريبا فى الحاشيه-و لا الى التمسك بفحوى الروايه الوارده فى قراءته [١] نعم تلك الروايات مؤكده للقاعده الأوليه.

و على الإجمال: ان مقتضى القاعده الأولويه، و فحوى الروايات الخاصه الوارده فى طلاق الأخرس و قراءته، هو كفايه إشارته فى مقام الإنشاء، ما لم يدل دليل خاص على خلاف ذلك. من غير فارق بين أقسام الإشاره و كفياتها. و لا بين ما يكون معتادا للأخرسين، أو للأشخاص

الآخرين، و بين ما لم يكن كذلك.

بل الضابطه الكليه فى ذلك: أن تكون الإشاره مفهمه للمراد بالنسبه إلى نوع المخاطبين و الحاضرين. و لو كان الانفهام بمثونه القرائن كما هو الشأن فى الإنشاء اللفظى، بداهه أن الأفعال و الأقوال سيات فى حجه ظواهرها من ناحيه بناء العقلاء و من هنا اتضح لك جليا: أن إنشاء الأخرس بالإشاره محكوم بالصحه، و إن لم يفد القطع بالمراد.

إشاره الأخرس و حكمها

قد ذكرنا فى الجزء الثانى: أن البيع عباره عن الاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى و عليه فإبراز الاعتبار النفسانى بالإشاره المفهمه للمراد مصداق لمفهوم البيع بالحمل الشائع، فىكون مشمولاً للعمومات، و عندئذ لا يلزم على الأخرس أن يستحضر الصيغه اللفظيه فى ذهنه، لكى تكون إشارته إليها أولاً، و إلى مدلولها ثانياً حتى يكون إبراز ما فى النفس بتلك الصيغه الحاضره فى الذهن. كما لا- يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهج الذى يحركه عند التكلم بالصيغه، نعم يعتبر أحد الأمرين فى القراءه الصلاتيه، إذ المطلوب هناك قراءه نفس الألفاظ، لا إبراز مداليلها.

و أيضاً قد ذكرنا فى الجزء الثانى- عند البحث عن أصاله اللزوم فى العقود-: أن العقد اما بمعنى العهد المطلق كما فى بعض الروايات [١] أو بمعنى العهد المشدد، و على كل تقدير فالمعامله المعاطاتيه من مصاديق العقود و عليه

فلا-وجه لما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين من بيان مقدمه لاستيضاح كفايه الإشاره من الأخرس، وإليك نصه: (أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد و عهد غير مؤكد، فالتعاطى منه فى الخارج فقط كالتعاطى من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه، فالإشاره المفهمه الرافعه للاشتباه منه عهده المؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذى يتطرق الى الفعل نوعا عهد مؤكد من القادر).

ثم إذا قلنا بجواز مباشره الأخرس للعقود و الإيقاعات، و لم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ فى ذلك لكى نحكم بوجود التوكيل عليه، فهل له أن يتصدى لذلك مخيرا فى إبراز ما فى نفسه-من الاعتبار-بين الإشاره، و بين الكتابه أم يجب عليه تقديم الأول على الثانى.

ذكر بعضهم: أن الإشاره تتقدم على غيرها، لكونها أصرح، و ذهب آخر إلى أن الكتابه تتقدم على غيرها، لكونها أضبط. و لكن أشباه هذه الوجوه أمور استحسانيه فلا يمكن الاعتماد عليها فى استنباط الحكم الشرعى إذ لو سلمنا أصرحيه الإشاره أو اضبطيه الكتابه، إلا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر.

و يضاف إلى ذلك: أنه لو كانت أضبطيه الكتابه موجه لتقديمها على الإشاره لكانت موجه لتقديمها على اللفظ أيضا. و لم يلتزم الفقهاء بذلك. و إذن فمقتضى القاعده هو الاكتفاء فى الإنشاء بكل ما يصلح لإبراز ما فى النفس من الاعتبار، و إظهاره بمبرز خارجى-و إن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر أو أضبط-إلا إذا ورود دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات (1) الواردة فى طلاق الأخرس، فإن الظاهر من ذلك أن الكتابه تتقدم على الإشاره.

ص: ١٤

الناحيه الثالثه: فى ماده الصيغه و هيئتها و ترتيبها - التى ينشأ بها العقد -

اشاره

و تحقيق هذه الناحيه يقع فى ضمن جهات:

الجهه الأولى فى ماده الصيغه.

و قد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و تشتت فيها أقوالهم، و هى كما يلى:

١- الاقتصار فى ماده الصيغه على المقدار المتيقن، فلا يجوز إنشاء العقود و الإيقاعات بغيره من الصيغ المشكوكه.

٢- الاقتصار فيها على الألفاظ المنقوله عن الشارع المقدس و الظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول، فإن هذا هو المقدار المتيقن مما ينشأ به العقد أو الإيقاع.

٣- الاقتصار فيها على الألفاظ التى تعنوت بها عناوين العقود و الإيقاعات و أسماء المعاملات. و عليه فيجب إنشاء البيع بصيغه بعث، و إنشاء النكاح بصيغه أنكحت و إنشاء الإجاره بلفظه آجرت. و إنشاء المصالحه بكلمه صالحت و إنشاء الطلاق بجمله هى طالق، و هكذا فى سائر العقود و الإيقاعات، و إذن فلا ينعقد أى عقد أو إيقاع بغير ما عنون به هذا العقد.

٤- الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقيه، و عليه فلا ينعقد شىء من العقود و الإيقاعات بشىء من الألفاظ الكنائيه و المجازيه.

٥- أن يفرق فى الألفاظ المجازيه بينما يكون مقرونا بالقرائن اللفظيه فيحكم بجواز إنشاء العقد به، و بين ما لا- يكون كذلك، فيحكم بعدم جواز الإنشاء به.

٦- جواز الاكتفاء بكل لفظ يكون صريحا فى إنشاء العقد، أو ظاهرا

فيه و لو كان ذلك بمثونه القرائن الحاليه أو المقاليه.

ثم انه ذكر المصنف: أن المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ الكنائيه. و لكنه لم يأت بشيء يطمئن به القلب و تركز اليه النفس. نعم نقل في ذلك جمله من كلمات الأصحاب.

و لكن هذه الكلمات مبنيه على اجتهاداتهم و آرائهم. و من البين الذي لا ريب فيه أن رأى فقيه لا يكون حجه على فقيه آخر. و عندئذ لا بد من ملاحظه دليل المسأله، فإن كان هناك ما يدل على اعتبار لفظ خاص في الإنشاء أخذ به، و إلا فمقتضى القاعده هو انعقاد جميع العقود و الإيقاعات بكل ما يصلح للإنشاء، و إبراز الاعتبار النفساني، سواء فيه الفعل و القول، و سواء في القول الحقيقه و المجاز، و الصريح و غيره، و سواء في المجاز كون القرينه لفظيه و غير لفظيه.

و الوجه في ذلك كله: أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص و مبرز معين في إنشاء العقود و الإيقاعات إلا الإجماع على اعتبار اللفظ في صحه العقود أو لزومها، و القدر المتيقن منه -على تقدير قبوله- انما هو مطلق اللفظ. أما اللفظ الخاص فلا إجماع على اعتباره جزما.

و يضاف الى ذلك: أن الإجماع المنقول ليس بحجه، لعدم كونه مشمولاً لأدله حجه الخبر. أما الإجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لعدم العلم بوجود الامام (عليه السلام) بين المجمعين. و قد تقدم تفصيل ذلك عند البحث عن المعاطاه. و حينئذ فلا بأس بإنشاء العقود و الإيقاعات بأى مبرز من المبرزات لأنها مشموله للعمومات و المطلقات الداله على صحه البيع و غيره من العقود المملكه و لو كان إنشاء الملكيه بلفظ مجازى. و هذا واضح لا ريب فيه.

و توضيح المقام: أن اللفظ الذي ينشأ به العقد قد يكون صريحاً في

مدلوله، و موافقا لما قصده المنشئ من دون أن يتطرق إليه احتمال آخر و هذا مما لا شبهه في صحة الإنشاء به.

و قد يكون ظاهرا في مدلوله بحسب الإطلاق مع احتمال أن يراد منه معنى آخر. و هذا كإنشاء الزوجيه بلفظ يحتمل الدوام و الانقطاع فإنه لا فارق بينهما إلا بذكر الأجل و عدمه، فإذا أهمله العاقد- في مقام الإنشاء- اقتضى إطلاقه اراده الزوجيه الدائمه.

و قد يكون ذلك من الألفاظ الكنائيه أو المجازيه: و المراد من الكنايه هو استعمال اللفظ في الملزوم للانتقال منه الى لازمه و حينئذ فيراد منه الملزوم بالإراداه الاستعماليه، كما أنه يراد منه اللازم بالإراداه الجدييه. أو أن المراد من الكنايه هو استعمال اللفظ في اللازم للانتقال منه الى ملزومه، و عليه فيراد منه اللازم بالإراداه الاستعماليه، كما أنه يراد منه الملزوم بالإراداه الجدييه. و على كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ في معناه الحقيقي:- أعنى به الملزوم أو اللازم- و لكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر.

و على هذا الضوء فمثل زيد كثير الرماد أو طويل النجاد أو مهزول الفصيل انما استعمل في معناه الحقيقي و لكن قصد منه المتكلم سخاء زيد، أو شجاعته من غير أن يكون استعمال اللفظ فيه مجازا و هذا واضح كما حقق في محله و إذا عرفت معنى الكنايه و المجاز فاعلم: أنه إن كانت الألفاظ الكنائيه أو المجازيه ظاهره في إفاده المطلوب ظهورا عرفيا فلا شبهه في صحة الإنشاء بهما مطلقا: أى سواء أ كان اللازم و الملزوم- في الكنايه- متساويين أم لا و سواء أ كان المجاز قريبا أم لا. و إن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفي في إفاده المقصود، و إبراز الاعتبار النفساني، و لم ينطبق عليها شيء من عناوين العقود عرفا فلا يصح بها الإنشاء أصلا.

و من هنا تجلى لك: أنه لا وجه للفرق بين المجاز القريب و المجاز البعيد بأن يلتزم بصحة الإنشاء بالأول، و بفساده بالثاني. كما أنه لا- وجه صحيح لما أفاده المصنف من الالتزام بصحة الإنشاء بالألفاظ المجازيه إذا كانت محفوفه بالقرينه اللفظيه. و بعدم الصحه إذا كانت محفوفه بالقرينه غير اللفظيه.

بل العجب منه(ره) فإنه بعد ما فسر اعتبار الحقائق فى العقود باعتبار الدلاله اللفظيه الوضعيه. و إن كان الدال على الإنشاء من الألفاظ المجازيه.

قال: (و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالتة على المطلب لمقارنه حال، أو سبق مقال خارج عن العقد، فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين- و إن كان من المجازات القريبه جدا- رجوع عما بنى عليه من عدم العبره بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاه، و لو مع سبق مقال، أو اقتران حال تدل على إرادته البيع جزما).

و وجه العجب: أن احتفاف اللفظ بالقرينه غير اللفظيه لا يخرج دلالتة على معناه عن الدلاله اللفظيه، بديهه أن الدلاله اللفظيه عباره عن انفهام المعنى من اللفظ، سواء أ كانت حيثيه الدلاله مكتسبه من القرائن- لفظيه كانت أو غيرها- أم كان اللفظ بنفسه دالا على المقصود فإنه على كلا التقديرين تنسب الدلاله إلى اللفظ، فتكون الدلاله لفظيه.

و ليس فى الالتزام بصحه ذلك أيه منافاه لما بنى عليه من اعتبار اللفظ فى صحه العقد، أو فى لزومه. و كيف يقاس ذلك بما إذا كان الإنشاء بغير اللفظ، و كانت القرينه الداله على إرادته البيع منه هى اللفظ.

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف(ره) من العبارة المزبوره: أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد تسالموا على بطلان الإنشاء بلفظ لا يكون ظاهرا فى المعنى الذى قصده المنشئ، بل يعد استعماله فيه عند أهل العرف من

الأغلاط و لكن المنشئ يفهم مراده بالقرائن الحاليه أو المقاليه فإن مثل هذا خارج عن المتفاهم العرفى، فلا يصدق على المشاء بذلك عنوان العقد،لكى يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و نفوذها.

و ذلك كإنشاء الزوجيه بمثل ملكت، و آجرت، و كإنشاء التملك بمثل زوجت، و أبحت، و أشباه ذلك، و هذا المعنى و إن كان صحيحاً فى نفسه، إلا أنه بعيد عن سياق عباره المصنف.

ثم إن الأءجب من ذلك: أنه(ره) قد منع عن جواز الإنشاء بالألفاظ المشتركه مع احتفافها بالقرائن الحاليه، كإنشاء البيع بالتمليك المشترك بينه و بين الهبه، مع أنه ليس بمجمل، و لا مجاز، و لا كناية، بديهه أن الظهور العرفى قد تم فيه من جميع الجهات.

و على الإجمال: أن الميزان الكلى فى صحه إنشاء العقود و الإيقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الإيقاع على المعنى المبرز بأى مبرز، و عليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره، فضلاً عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغه فى العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق.

نعم قد ادعى الإجماع^[١] على اعتبار اللفظ فى النكاح و أوجب هذا الإجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول و الفعل، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ. كما أن جمله من

الروايات (1) قد دلت على اعتبار لفظ خاص في الطلاق.

بحث في ألفاظ الإيجاب و في الإنشاء بيعت

قوله: (إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول: منها لفظ بيعت في الإيجاب). أقول: لا شبهه في أن لفظ بيعت و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، و أنه مشترك لفظي بينهما - كما صرح به أهل اللغة كإفهامه - إلا أن كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق، بلا احتياج في ذلك إلى القرائن الحالية أو المقالية، و عندئذ لا بأس بإنشاء البيع بلفظ بيعت.

و ذكر السيد في حاشيته ما هذا لفظه: (يمكن أن يقال: إنه مشترك معنوي بين البيع و الشراء، فيكون بمعنى التمليك بالعوض أعم من التصريح كما في البيع، أو الضمني كما في الشراء).

و يتوجه عليه: ما ذكرناه آنفاً من أن لفظ بيعت من الأضداد، و أنه مشترك لفظي، و ليس بمشترك معنوي.

أضف إليه: أن التمليك الضمني خارج عن حدود البيع، و قد عرفت في البحث عن تعريف البيع.

هل يجوز إنشاء البيع بشريت

قوله: (و منها لفظ شريت). أقول لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ شريت، لتصريح أهل اللغة [٢] بأنه موضوع للبيع تارة، و للشراء أخرى، فيكون من الأضداد. بل قيل: إن لفظ الشراء لم يستعمل في

ص: ٢٠

القرآن الكريم، إلا في البيع، وهو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعته تامه.

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش في جواز الإنشاء بلفظ شريت، وقال: (ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً في البيع، وكونه محتاجاً إلى القرينه المعينه، وعدم نقل الإيجاب به في الأخبار، وكلام القدماء ولا يخلو عن وجه).

وتندفع هذه المناقشه بأننا لم نفهم معنى محصلاً لهذا الكلام بعد الاعتراف بأن لفظ شريت لم يستعمل في القرآن المجيد إلا في البيع، لأننا لا نسلم وقوع الاستعمالات العرفيه على خلاف الاستعمالات القرآنيه.

ولو سلمنا ذلك و لكن لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفيه على الاستعمالات القرآنيه. وهذا ظاهر لا خفاء فيه.

هل يجوز إنشاء البيع بملك

قوله: (و منها لفظ ملكت بالتشديد). أقول: لا- ريب في صحه وقوع البيع بكلمه ملكت مشدده، بل استظهر المصنف من نكت الإرشاد الاتفاق على ذلك، بل الظاهر أن مفهوم التملك بالعوض يتحد مع مفهوم البيع، وإنما الفرق بينهما بالبساطه و التركيب، و بالإجمال و التفصيل، حيث إن لفظ البيع ببساطته يدل على تبادل مال بمال، و لفظه التملك بالعوض تدل مركبه على ذلك.

كما أن لفظ الإنسان يدل على الجنس و الفصل دلالة إجماليه، و لفظى الحيوان و الناطق يدلان عليهما دلالة تفصيليه.

و على هذا الضوء فقول المنشئ بعث هذا بهذا تصريح بمصداق العوض -الذى كان مكنونا فى لفظ بعث-لا أنه قيد زائد مذكور فى الصيغه.

و قد يتوهم أن لفظ التملك مشترك معنوى بين البيع و الهبه،و من الواضح أنه لا يصح الإنشاء بالألفاظ المشتركه معنى.

و لكن هذا التوهم فاسد،بديهه أن التملك المطلق و إن كان جامعا بينهما،الا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراك،و يخصه بالبيع فقط، لأن حقيقه الهبه متقومه بالتملك المجانى،و انما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط.و من الضرورى أنه لم يدل دليل على بطلان إنشاء البيع بالألفاظ المشتركه معنى،مع قيام القرينه على التعيين.

و من هنا قيل:إن إيجاب البيع بكلمه ملكت بالعوض أصرح من إيجابه بكلمه بعث،ضروره أن البيع موضوع للنقل بالعوض،و حينئذ فى مقام الإنشاء بلفظ بعث لا بد من تجريده من العوض لكى لا يكون ذكر العوض تكرارا،أو يتكلف بجعله تفصيلا لما أجمل فى مفهوم البيع.

و على هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشايخنا المحققين،و حاصل كلامه:

أن التملك له حصص كثيره:

١-تملك عين بعوض.و يسمى هذا بيعا.

٢-تملك منفعه بعوض.و يسمى هذا اجاره.

٣-التملك المجانى.و يسمى هذا هبه.

و من البين أن لفظ البيع إنما وضع لحصه من طبيعى التملك الذى يتحصص بتعلقه بالعين بمقابله شىء لا أنه موضوع لمجموع التملك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذا فى مفهوم البيع.انتهى ملخص كلامه.

ثم قال المصنف نصا: (قد عرفت سابقا أن تعريف البيع بذلك

تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبه المعوضه، أو قصد المصالحة بنى صحه العقد به على صحه عقد بلفظ غيره مع النيه. و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين-في شرح الإرشاد-: ان معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى) و ناقش فيه السيد، و إليك نصه: (لا فرق بين الهبه المجانيه و المعوضه في كونهما من التملك حقيقه، و انما الفرق ذكر العوض و عدمه، فدعوى أن استعماله في خصوص الهبه المعوضه مبني على صحه عقد بلفظ غيره، كما ترى. نعم في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور، لعدم دلالة لفظ ملكت على معنى المسالمة المعبره في حقيقه الصلح فتدبر).

و لكن الظاهر: أن السيد لم يصل الى غرض المصنف فان الظاهر أن مراده- من كلامه المتقدم:- أن مفهوم التملك بالعوض يساوق مفهوم البيع و عليه فإذا أنشئت به الهبه- التي هي متقومه بالتملك المجاني- توقفت صحتها على جواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها، و كذلك الكلام في إنشاء البيع بصيغه و هبت و الذى يدل على أن مراد المصنف هو ما ذكرناه: ما ذكره قبل عبارته المتقدمه، و هذا نصه: (و ما قيل من أن التملك يستعمل في الهبه بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أن الهبه انما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض، لا من ماده التملك، فهي مشتركه معنى بين ما يتضمن المقابله، و بين المجرد عنها، فان اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيه المجانيه). ثم ساق العبارة المتقدمه.

و على هذا فشان إنشاء الهبه بصيغه ملكت بالعوض شأن إنشاء العقود المعاوضيه بل غيرها بصيغه سالمه، أو صالحه، و بالعكس، لأن مفهوم الصلح و إن كان يتفق مع العقود المعاوضيه و غيرها، الا أن صدق مفهوم الصلح عليها

من قبيل صدق الكلبي على مصاديقه.

و من المعلوم أنه لا- يمكن إنشاء مفهوم الصلح:- أعنى به التسالم على أمر-إلا- بلفظ سالم، أو صالح، لا- بلفظ البيع، و لا التمليك، و لا الشراء، و لا شبهها، بديها أن المنشأ بهذه الألفاظ ليس عنوان المصالحه و المسالمة.

نعم توجد حقيقه المسالمة و مصداقها عند تحقق أى عقد من العقود، كما أن عناوين سائر العقود لا تنشأ إلا بألفاظها، لا بألفاظ أخرى، إلا على القول بجواز إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها.

هل يجوز إنشاء البيع باشتريت

قوله: (و أما الإيجاب باشتريت). أقول: فى مفتاح الكرامه (أنه قد يقال: انه يصح الإيجاب باشتريت. كما هو موجود فى بعض نسخ التذكرة).

و قد استظهره المصنف من عبارته كل من عطف على بعث و ملكت لفظ شبههما، أو لفظ ما يقوم مقامهما، بدعوى أن المعطوف يعم شريت و اشتريت كليهما، بديها أن إرادته خصوص شريت من المعطوف المزبور بعيد جداً، كما أن إرادته ما يقوم مقامهما فى سائر اللغات للعاجز عن العربية أبعد.

قوله: (لكن الأشكال المتقدم فى شريت أولى بالجريان هنا، لأن شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع، بل لم يستعمل فيه إلا فيه، بخلاف اشتريت).

أقول: قد نوقش فى هذا الكلام بأن كثيراً من المفسرين قد صرحوا

باستعمال لفظ الاثراء فى البىع فى قوله (تعالى) بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنفُسَهُمْ أَن يَكْفُرُوا بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ (١).

بءعوى: أن البىع و الشراء إزاله الملك إلى غيره بعوض يعراضه منه، ثم اساعمل ذلك فى كل معراض من عمله عوضا. سواء أ كان ذلك العوض خيرا. أم كان شرا.

و عليه فاليهود لما أو بقوا أنفسهم و أهلكوها بكفرهم بمحمد (صلى الله عليه و آله) سجال الله تعالى عليهم الظم و التوبىخ، و قال بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنفُسَهُمْ :

أى بئس شىئا باعوا به أنفسهم، و رضوا به عوضا عن أنفسهم، حيث ألقوها فى المهلكه الأبدية، و العذاب الظام.

و تسدفع هذه المناقشه: بأن الإزراء و التوبىخ- فى الآيه الكرىمه - ليس على كل واحد من اليهود، مع قطع النظر عن غيره، لكى يتوهم:

أنه لا معنى لنسبه الاثراء إليهم إلا بإراضه البىع، و أن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر و الزنطقه و الإلحاد.

بل الإزراء و التوبىخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معامله بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بضمن بخص، فصار كل واحد منهم بائعا من جهه، و مشترى من جهه أخرى. و حين ذاك فلا دلالة فى الآيه الكرىمه على إراضه البىع من الاثراء بل يمكن أن يراض من لفظ الاثراء فيها معناه المتعارف.

و توضىح ذلك إجمالا: أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصرىح، و أكل الحرام، و تغيير الأحكام و تحريفها عن وجهها بأرائهم المرجفه، و أهوائهم الفاسده، و أفكارهم المضله.

و عرفوهم بالأقوال الكاذبه، و الأعمال الخبيثه، و البضاعه الزهیده

ص: ٢٥

و عرفوهم بالتعصب الشديد، و التغالب و التكالب على حطام الدنيا و زخرفها، و بالجرأه على هتك حرمة الله و عرفوهم بغير ذلك من الصفات الخبيثه، و الأخلاق الرذيله.

و مع ذلك فوضوا إليهم دينهم، و أخذوا منهم أحكامهم و نبذوا الحق وراء ظهورهم. و ليس عملهم هذا إلا أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا أنفسهم من علمائهم بما ينالونه منهم من التحابب و التوادد، و التمشى معهم حسب ميولهم و أهوائهم، و الزلفه إليهم و إلى شياطينهم.

أما علماءؤهم فقد تجلى لهم الحق، و اتضحت لهم بنوه محمد (صلى الله عليه و آله)، و مع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم و الإكرام، و حفظ كيانهم و زعامتهم، و رئاستهم، فعاندوا الحق، و جحدوه.

و إذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء، و أنفقوا عليها من دينهم و أنفسهم و أموالهم، حتى احتشدت فيها البضائع الزائفة، و وضعت فيها الأراجيف التي شوهدت وجه التاريخ، ففي هذه السوق السوداء قد اشترى عوامهم أنفسهم علماءهم بثمان بخس. و اشترى علماءؤهم أنفسهم عوامهم بعوض زهيد. و إذن فلفظ (اشترى) لم يستعمل في الآية الكريمة - إلا في معنى الابتياح فقط.

و ذكر شيخنا الأستاذ: أن الاشتراء من الأفعال، و من الواضح أن باب الافتعال إنما هو للقبول و المطاوعه، و عليه فلا يناسب استعماله في الإيجاب، بل يختص استعماله بالقبول فقط. أما أخذه بمعنى شريت كأخذ اكتسبت بمعنى كسبت فهو على خلاف ما وضع له، أو على خلاف الظاهر من محاورات أهل العرف و محادثاتهم.

و يرد عليه: أن الاشتراء و ان كان من الافتعال، و قد أخذ فيه

مفهوم المطاوعه.و لكن هذه المطاوعه ليست مطاوعه لفعل غيره بل المراد من ذلك انما هو مطاوعه الذات للمبدء.سواء أ كان المبدء صادرا من نفس الذات-كالاتجار و الاكتساب و الاحتطاب-أم كان صادرا من شخص آخر كالاتباع و الاتهاب و أشباه ذلك.

و على هذا فلفظ اشترت ان ذكر فى الإيجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه،و يدل على تمليك البائع ماله لغيره بعوض معلوم.و ان ذكر فى القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره،و يدل على تملك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقا للقبول الحقيقى.

و عليه فإيجاب البيع بلفظ اشترت مناسب لمفهومه اللغوى لاستعماله فيه لغه [١]بلا- احتياج الى ابتناء ذلك على كونه من الأضداد،كما توهم.

و دعوى:أنه لا- يجوز إنشاء الإيجاب به لعدم تعارفه بين الناس دعوى جزافيه،لأن مجرد عدم تعارف الإنشاء به لا يمنع عن ذلك،بعد صحه استعماله فى البيع لغه.

ثم إنه إذا جاز الإنشاء بلفظ اشترت فما هو المائر بين استعماله فى الإيجاب و بين استعماله فى القبول.

قال المصنف: (ان دفع الإشكال فى تعيين المراد منه بقرينه تقديمه الدال على كونه إيجابا إما بناء على لزوم تقديم الإيجاب على القبول،و إما لغلبه ذلك غير صحيح،لأن الاعتماد على القرينه الغير اللفظيه فى تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه).

و يتوجه عليه:ما ذكرناه سابقا من صحه الإنشاء بكل ما يصح أن

ان يكون مبرزاً لما في النفس من الاعتبار و ان كانت مبرزته بما يقترن به من القرائن الحاليه أو المقاليه.

نعم ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ الصريح في صحه الإنشاء و لكن المتيقن منه-على تقدير تسليمه-إنما هو اعتبار الصراحه في اللفظ لأجل دلالاته على تعيين عقد خاص، و تميزه عما عداه من العقود، لا من حيث تميز إيجاب كل عقد عن قبوله.

ما هي ألفاظ القبول؟

قوله: (و أما القبول إلخ). أقول: لا- شبهه في جواز القبول بلفظ قبلت و رضيت و تملك و ملكت مخففا و اشترت و ابتعت و شريت و لا- يضر الاشتراك اللفظي في بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينه المقاليه أو الحاليه على تعيين المراد. و هذا واضح لا خفاء فيه. و أما أمضيت و أنفذت و أجزت فذكر المصنف فيها وجهين و لم يرجح أحدهما.

و ذكر شيخنا المحقق: أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبني على جواز العقد بالكنائيات بدعوى: (أن عنوان الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ لا يتعلق إلا بما له مضي و جواز و نفوذ. و ما يترقب منه ذلك هو السبب التام، و هو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكيه بالإيجاب و القبول معا، فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت و أجزت و أنفذت إلا في مثل العقد الفضولي، لا بالإضافه إلى الإيجاب فقط إلا بنحو الكنايه).

و يرد عليه: أن المعامله الفضوليه و الإيجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ، ففعليه التأثير فيهما تتوقف على تحقق الإجازة و القبول فكما لا مانع من تتميم العقد

الفضولى و إضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكوره كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها. و عليه فيكون مضى العقد و نفوذه بنفس أمضيت و أنفذت و أجزت فى كلا المقامين. غاية الأمر أن دلالتها على الرضاء بالعقد الفضولى و بالإيجاب كليهما بالالتزام، لأن لازم إمضاء العقد أو الإيجاب، و إنفاذه و إجازته هو الرضاء به و هذا لا محذور فيه مع قيام القرينه عليه.

قوله: (أما بعت فلم ينقل إلا من الجامع (لابن سعيد)). أقول المحكى عن جماعه من أهل اللغه هو اشتراك لفظ بعت بين البيع و الشراء، و من هنا ذكر فى المصباح: أن البيع فى الأصل مبادلته مال بمال، و عليه فلا محذور فى استعماله فى القبول، غاية الأمر: أنه يتميز بينهما بالقرائن الحاليه أو المقاليه، كما أن الأمر كذلك فى اشترت، و شريت.

و لو سلمنا اختصاصه بالإيجاب- و لو بالوضع التعينى لكثره استعماله فيه- لكان استعماله فى القبول مجازاً، و من الواضح أنه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازيه فى القبول، كما لا مانع عن استعمالها فى الإيجاب.

نعم إذا كان الاستعمال على نحو يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط- و ان كان صحيحاً بحسب القواعد العربيه- لم يجوز استعماله فى مقام الإنشاء سواء فيه الإيجاب و القبول. و قد تقدمت الإشاره الى جميع ذلك فيما سبق.

و مع الإغضاء عن ذلك: أنه لم يرد فى آيه، و لا فى روايه، و لم يذكر فى معقد إجماع لزوم توقف العقد على القبول، لكى يباحث فى كيفيه ذلك، بل المتحصل من كلمات أهل اللغه. و المتفاهم من محاورات أهل العرف و محادثاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد و لا التجاره عن تراض إلا بين شخصين، من غير نظر إلى اعتبار خصوصيه خاصه فى الصيغه و المبرز.

و عليه فلو أوجد المتعاملان معامله فى الخارج بصيغه بعت- بأن تكلم

كل منهما بهذه الصيغه فى مقام الإنشاء- كان ذلك مشمولاً لما دل على صحة العقود، و نفوذها من العمومات و المطلقات، إذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد، و عنوان التجاره عن تراض بالحمل الشائع، فيحكم بصحته و لزومه و قد ذكرنا فى مبحث المعاطاه أنه إذا وقعت معامله فى الخارج، و لم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم بكونها معاوضه مستقلة صحيحة، لآيه التجاره عن تراض (١) و إن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و على الجملة: إن الحجر الأساسى، و الركن الرصين- فى تحقق عناوين العقود و الإيقاعات، و ترتب الآثار عليها فى الخارج- إنما هو اعتبارها فى صقع النفس، و إظهارها بمظهر خارجى، و لا- شبهه فى أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الإيقاع بالحمل الشائع. فيكون مشمولاً لما دل على صحة العقود و لزومها. و بعد هذا لا يهمننا البحث عن الصغريات. فأما الزبد فيذهب جفاء. و أما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض.

الاختلاف فى تعيين الموجب و القابل

ثم إن المصنف قد ذكر هنا فرعاً، و إليك نصه بلفظه: (لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول، ثم اختلفا فى تعيين الموجب و القابل- إما بناء على جواز تقديم القبول، و إما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع و الشراء على واحد منهما).

و يرد عليه: أنه لا- وجه لاحتمال التحالف فى المقام، ضروره أن التحالف إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع و عنوان المشتري

ص: ٣٠

أثر خاص، و حكم مخصوص. و من البديهي أنه لا- يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا- العنوانين -كخيار المجلس- و إما يترتب على عنوان المشتري فقط- كخيار الحيوان- فإنه -على المشهور- مختص بالمشتري.

و عندئذ يقع النزاع فى ثبوت ذلك الأثر لأى منهما من حيث كونه مشتريا، و عليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط. نعم قد يترتب بعض الآثار النادرة على خصوص عنوان البائع، و لكن لا يصح معه القول بالتحالف و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

قيل: إنه ثبت فى محله أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من من مال بائعه، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا الحكم الاتفاقى أثر ظاهر لعنوان البائع.

و الجواب عن ذلك: أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع، كذلك يترتب على عنوان المشتري أيضا. فيحكم بكون ضمان المثلن و الثمن كليهما- مع التلف قبل القبض- على كل من البائع و المشتري.

و هذا التعميم ليس من ناحيه أن لفظ المبيع-الذى ذكر فى النبوى الآتى- يصدق على كل من العوض و المعوض.

و لا من ناحيه إلغاء الخصوصيه من اللفظ المزبور، لأجل مناسبه الحكم و الموضوع.

و لا من ناحيه قوله (عليه السلام)- فى روايه عقبه بن خالد الآتية:-

(فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه). بناء على أن الضمير المجرور- فى كلمه لحقه- يرجع إلى البائع.

إذ لا يرجع شىء من هذه الوجوه إلى معنى محصل. ضروره أن

الروايتين ضعيفتا السند. و عنوان المبيع لا يصدق على الثمن. و الضمير المجرور لا يرجع إلى البائع. و لا أقل من الاجمال.

بل التعميم إنما هو من ناحيه السيره القطعيه، و تحقيق المقام على وجه الإجمال: أنه قد استدل على كون تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه بوجوه شتى:

١-الإجماع على ذلك، كما عن السرائر و كشف الرموز و جامع المقاصد و الروضه. و عن التذكرة في باب القبض أنه لا خلاف عندنا في أن الضمان على البائع قبل القبض مطلقا، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد و سقط الثمن.

و يرد عليه: أن المدرك في حجه الإجماع إنما هو القطع برأى الامام (عليه السلام) و من الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه في المجمعين، و هو غير معلوم. أو قاعده اللطف، و هي غير ثابتة في محلها، أو الحدس القطعي، و هو مقطوع العدم في هذه المسأله، و إذن فلا إجماع تعبدى في المقام لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام). و نحتمل قريبا أن مستند المجمعين -هنا- هو الوجوه الآتية.

٢- ما عن عوالى اللثالى عن النبى (صلى الله عليه و آله): أنه قال: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه (١).

و يتوجه عليه: أن الحديث المذكور، و إن كان يدل على المقصود دلالة واضحة، إلا أنه لم يذكر في كتب الشيعة إلا مرسلا. و قد ذكرنا مرارا عديده: أن الأحاديث المرسله ليست بحجه.

و دعوى: أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب دعوى جزافيه بداهه أن عملهم بروايه ضعيفه لا يجبر ضعفها، كما أن إعراضهم عن العمل بروايه

ص: ٣٢

١- (١) المروى في المستدرک ج ٢ باب ٩ من أبواب الخيار ص ٤٧٣.

صحيحه لا يوجب وهنها. وقد ذكرنا ذلك في علم الأصول مفصلاً، وأشرنا إليه في أوائل الجزء الأول إجمالاً.

٣-روايه عقبه بن مالك [١] فإنها ظاهره في أن التلف قبل القبض من مال بائعه.

و لكن هذه الروايه و إن كانت ظاهره في المقصود، إلا أنها ضعيفه السند، و غير منجبره بعمل المشهور، لا صغرى، و لا كبرى، و هذا واضح لا ريب فيه.

و التحقيق أن الحكم المزبور قد ثبت بالسيره القطعيه، لأن بناء العقلاء و المشرعه قائم على أن التسليم و التسلم من متمات الملكيه المترتبه على البيع بحيث إن العقلاء لا يرون حصول الملكيه التامه قبل القبض و الإقباض. بل يرون أن الحاصل قبلهما إنما هو الملكيه الناقصه، و من هنا يعبر عن البيع كثيراً بالأخذ و الإعطاء.

و لا نقول بكون القبض و الإقباض من شرائط حصول الملكيه في مطلق البيع، لكي لا يفرق في ذلك بين الصرف و السلم، و بين بقيه البيوع بل أقول: إن الإيجاب قد أثر في الملكيه الناقصه المحدوده بالانفساخ بالتلف، كما أنها محدوده بالفسخ في البيع الخيارى- و إنما تصير هذه الملكيه

مطلقه و تامه-من جميع الجهات فى نظر العقلاء،و لا تنفسخ بالتلف السماوى- بالقبض و الإقباض.

و لا-ريب:أن هذه السيره كما أنها جاريه فى ناحيه المبيع. كذلك أنها جاريه فى ناحيه الثمن أيضا حذو النعل بالنعل و القذه بالقذه.و إذن فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكة لا يختص بالبائع،بل يعم المشتري أيضا،فالمتحصل أنا لا نعقل وجها صحيحا لدعوى التحالف فى المقام.

نعم يمكن أن يقال:إن ذكر المصنف هنا احتمال التحالف مبنى على المسأله المعروفه فى كتاب القضاء من أن المناط فى تعيين المدعى و المنكر هل هو متعلق الدعوى ابتداء أم المناط فيه هو الغايه المترتبه على الدعوى.

و مثال ذلك:أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد،و ادعى زيد أنه كان عاريه-فلا ضمان فيه-و ادعى عمرو أنه كان قرضا-فلا بد من أداء عوضه- كان هذا من قبيل التداعى على المناط الأول،و من قبيل المدعى و المنكر على المناط الثانى.و حيث ان وضع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا فى موارد الأمانات الشرعيه أو المالكيه،فلا بد لمدعى العاريه من إثبات مدعاه.

و على هذا الضوء فإذا كان مصب الدعوى-فيما نحن فيه-هو عنوان البائع،و عنوان المشتري كان المورد من صغريات التداعى.فيتعين التحالف و إذا كان مصب الدعوى هو الغايه المترتبه على الدعوى كان المورد من صغريات المدعى و المنكر،و عليه فيتوجه الحلف على المنكر.و لعل المصنف حيث لم يتضح فى نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحيه الأخرى فاكتفى- فى المقام-بذكر احتمال التحالف،و الله العالم.

بحث فى هبئه الصبغه و عدم اعتبار العربيه فيها

الجهه الثانيه فى هبئه الصبغه،

قد ذكر المصنف رضوان الله عليه:

أن (المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربيه فى العقد).

أقول:ذهب جمع كثير من أعاضم الأصحاب رضوان الله عليهم إلى اعتبار العربيه فى صبغ العقود لوجه شتى:

١-التأسى و الاقتداء بالنبي (صلى الله عليه و آله) ضروره أنه (صلى الله عليه و آله) كان ينشئ العقود و الإيقاعات بالألفاظ العربيه، و من الواضح أن فعله حجه، كما أن قوله و تقريره حجتان.

و الجواب عنه:أن النبي (صلى الله عليه و آله) و إن كان قادرا على إنشاء العقود و الإيقاعات بأى لفظ، و بأيه لغه، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان، و لم يكونوا عارفين بسائر اللغات غالبا. و حينئذ فعدم صدور الإنشاءات العربيه منه (صلى الله عليه و آله) بغير اللغه العربيه إنما هو لعدم ابتلائه بذلك. كعدم ابتلائه بذلك -غالبا- فى سائر محاوراته و محادثاته، و عليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الإنشاء بغير اللغه العربيه.

و الذى يدل على صدق مقالنا:أنه لو كانت العربيه معتبره فى صحه الإنشاء لظهر لنا ذلك، و بان، بل صار بديها كالشمس فى كبد السماء، لكثرة ابتلاء الناس بذلك، بل كان من الوظائف اللازمه على كل متدين بدين الإسلام أن يتعلم الصبغ العربيه للعقود و الإيقاعات، كما أنه يجب على كل مسلم أن يتعلم ما يبتليه من الأحكام الشرعيه. و من الواضح أنه لم يذكر ذلك

فى شىء من الأدله الشرعيه.

نعم يجب التأسى بالنبى (صلى الله عليه و آله) فى فعله الصادر منه على سبيل المولويه و التشريع إلا أنه بعيد عن مورد بحثنا.

٢- أن عدم صحه الإنشاء بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق أولى.

و يرد عليه. أن دعوى الأولويه فى المقام ممنوعه، إذ لا صلح بين المقامين بوجه. على أنه لا دليل على اعتبار الماضويه فى العقود. و ستعرفه قريبا ٣- أن مفهوم العقد لا يتحقق فى الخارج إلا بالإنشاء بالألفاظ العربيه و عليه فالإنشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعا و الجواب عن ذلك أن العربيه غير معتبره فى مفهوم العقد بوجه، و ليس عليه دليل عقلى، و لا نقلى، و لا شاهد عليه من العرف و اللغه. بل كل ذلك يساعد على صدق مفهوم العقد على المنشأ بغير الألفاظ العربيه، فيكون مشمولاً للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها.

و السر فى ذلك ما ذكرناه مرارا من أن حقيقه كل أمر إنشائى-من الأوامر و النواهي. و العقود و الإيقاعات-متقومه بالاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى، سواء أ كان ذلك المظهر فعلا من الأفعال الجوارحيه أم كان قولا و سواء أ كان القول عربيا، أم كان غير عربى و إذن فلا وجه لتخصيص المظهر بالقول، فضلا عن تخصيصه بحصه خاصه منه. و عليه فيصح الإنشاء بالألفاظ غير العربيه.

نعم لو أغمضنا عن العمومات و المطلقات لحكمنا بفساد كل عقد نشك فى صحته و فساده-و لو كان ذلك من ناحيه الشك فى اعتبار العربيه فيه-إلا أن هذا فرض محض لا واقعيه له. لما ذكرناه قريبا من أن المنشأ بغير الألفاظ

العربيّه عقد بالحمل الشائع فتشمله العمومات و المطلقات.

و حيثئذ فليس لك أن ترجع إلى أصله الفساد في العقود، لأن موردها إنما هو العقد الذي يشك في صحته و فساده من غير أن يكون مشمولاً لأدله الإمضاء و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم إذا قلنا باعتبار العربيّه في الصيغّه و جب اعتبارها في جميع ما هو دخيل في حقيقه الصيغّه و ماهيتها، و هذا واضح.

نعم لا- بأس بذكر الشروط- التي اعتبرت في العقود- بغير الألفاظ العربيّه، لأنها غير معتبره، في ماهية العقود و حقيقتها، كما أنه لا بأس بذكر متعلقات الصيغّه- من العوض و غيره- بغير الألفاظ العربيّه، لأن ذكر تلك المتعلقات، و حذفها- مع قيام القرينه على الحذف- سيان، و من البديهي أنه إذا لم يضرّ حذفه بصحة العقد لم يضر ذكره بها أيضا.

فكما لا بأس بقول القائل: بعث، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو المثل، كذلك لا بأس بقوله: بعث (أين كتاب را به ده درهم) و لا نحتمل أن يكون ذكر اللفظ غير العربيّ مخلًا بصحة العقد.

و يؤيد ما ذكرناه ما عن العلاء من أنه قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول: أبيعك بده دوازده؟ فقال: لا بأس إنما هذه المراوضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده (1).

و قد اتضح لك مما حققناه حكم العربيّ الملحون من حيث المادة أو الهيئه أو الاعراب، فإنه لا يصح الإنشاء بذلك بناء على أن الوجه في اعتبار العربيّه في العقود هو كون العربيّ الصحيح متيقنا من أسباب النقل و الانتقال و اليه أشار المصنف بقوله:

ص: ٣٧

١- ١) رواه في الوافي ج ١٠ في الباب ١٠٧ ص ٩٤.

(الأقوى ذلك، بناء على أن دليل اعتبار العرييه هو لزوم الاختصار على المتيقن من أسباب النقل). و عليه فلا وجه لما ذكره السيد من أن (المتعين خلافه-: أى خلاف ما أفاده المصنف- ما لم يتغير المعنى على وجه يخرج عن حقيقته).

و لكن الذى يسهل الخطب هو ما بيناه مرارا من جواز الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفسانى ما لم يدل دليل خاص على خلافه.

و وقتئذ لا بد من التفصيل فى الملحون بين ما يعد غلطا فى نظر أهل العرف -كلفظ بعت بدل بعت- و بين ما لا يعد غلطا فى نظرهم و إن كان غلطا بحسب القواعد العرييه- كاللغات الدارجة- فإنه يصح الإنشاء بالثانى، لكونه صالحا لابرز الاعتبار النفسانى دون الأول. إلا أن الاحتياط يقتضى إنشاء العقود بالألفاظ العرييه الصحيحه.

هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغه؟

قوله: (هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ) أقول: ظاهر كلام المصنف: أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلا متفرع على اعتبار العرييه فى الصيغه. و من هنا قال فى وجه ذلك: (لأن عرييه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميز بين معنى بعت و أبيع، و أوجدت البيع و غيرها).

و التحقيق: أن اعتبار الشرط المذكور- فى الصيغه- لا يتفرع على اعتبار العرييه فيها، بل إنما هو من ناحيه أخرى التى ستوضح لك قريبا.

و تفصيل الكلام فى المقام: أن الجهل بمضمون الصيغه على قسمين:

١- أن يلتفت المنشئ إجمالا إلى معنى الصيغه و لكن لا يلتفت تفصيلا

إلى وقوع أى جزء منها بإزاء أى جزء من معناها، كما يتفق ذلك غالباً فى غير العارف باللغه العربيه، فإنه يلتفت إجمالاً إلى معنى جمله خاصه عربيه، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفيه الدلاله فيها. و مقابله أى جزء من تلك الجمله بأى جزء من معناها.

٢- أن يكون المنشئ جاهلاً- بمضمون الصيغه رأساً، و لا يكون عالماً به، لا إجمالاً، و لا تفصيلاً. بل ربما يكون المرتكز فى ذهن المنشئ من تلك الصيغه غير ما يفهمه أهل العرف منها.

أما القسم الأول فالظاهر هو جواز الإنشاء به، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغه على النهج المذكور، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع بعدم، لقيام السيره القطعيه على خلافه، إذ لا- يطلع على خصوصيات الصيغه على النحو المزبور إلا- الأفاضل و العلماء، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفيه دلالاته على معناه إلا الأوحى من الناس، مثل كلمه (بى هوده) فان كثيراً من الناس يتخيل أنها كلمه واحده فارسيه، مع أن لفظه (بى) نافيه، و لفظه (هوده) بمعنى الفائده، فقد ضمت إحداهما إلى الأخرى فصارت كلمه واحده.

أما عوام الناس- حتى العارفين باللغات- فلا- يلتفتون إلى خصوصياتها على كيفيه المتقدمه، و مع ذلك ينشئون بها العقود و الإيقاعات، و لا ريب أن هذا متعارف بينهم قديماً و حديثاً، و لم يثبت عنه ردع فى الشريعه المقدسه و الا لظهور و بان، و صار من الأمور الواضحه، ضروره ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضروريه التى اتضح حكمها فى الشريعه المقدسه كالصوم و الصلاه و الحج و أمثالها.

أما القسم الثانى فلا يصح الإنشاء به جزماً، فإن شأنه فى نظر المنشئ

شأن استعمال كلمه أكلت و شربت و ضربت مكان بعت، فكما لا يصح الإنشاء بتلك الألفاظ، كذلك لا يصح الإنشاء بما يكون المنشئ جاهلا بمضمونه رأسا

هل تعتبر الماضويه فى الإيجاب و القبول؟

قوله:(المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه، بل فى التذكرة الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك، أو اشتر منى). أقول: اشتراط الماضويه فى الإيجاب و القبول محكى عن الوسيله و الشرائع و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام و الدروس و التنقيح و المسالك، و عن جمع آخر.

بل قال فى التذكرة: الثانى- أى من شروط الإيجاب و القبول- الإتيان بهما بلفظ الماضى، فلو قال: أبيعك أو اشترى لم يقع إجماعا، لانصرافه الى الوعد. و لو تقدم القبول بلفظ الطلب، بأن قال: بعنى بدل قوله: اشترى فقال البائع: بعتك لم ينعقد. لأنه ليس صريحا فى الإيجاب، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب فى البيع. نعم لو قال المشتري بعد ذلك: اشترى، أو قبلت صح إجماعا و لو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول أ تبيعنى؟ فيقول: بعتك لم يصح إجماعا لأنه ليس بقبول و لا استدعاء انتهى كلامه و وجهه بعضهم بأن الإنشاء بغير الماضى خارج عن العقود المتعارفه فلا تشملها العمومات.

و بأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف غيره من الأمر و المضارع، فإن الأول استدعاء. و الثانى أشبه شىء بالوعد.

و التحقيق: ما عن الكامل و المهذب. من جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، لأنه يصدق عنوان العقد على المنشأ بهما فيكون مشمولاً للعمومات

و توهم: أن المضارع و الأمر ليسا بصريحين فى الإنشاء، توهم فاسد إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتهما فى الإنشاء-و لو بالقرائن الحالیه أو المقالیه-فهو جار فى الماضى أيضا، لأنه ليس بصريح فى الإنشاء، ضروره أنه يستعمل تاره فى الاخبار، و أخرى فى الإنشاء، و عليه فلا يكون صريحا فى الثانى، بل هو و غيره سيات فى عدم الدلاله على الإنشاء صريحا بحسب الوضع الأولى.

و لو أريد من ذلك عدم صراحتهما فى الإنشاء حتى مع اقترانهما بالقرائن فهو ممنوع جزما.

نعم لا- شبهه فى أن العقود و الإيقاعات تنشأ بالماضى غالبا، إلا- أن مجرد هذا لا- يوجب عدم صحه الإيجاب و القبول بغير الماضى، و هذا واضح لا شبهه فيه.

و دعوى الإجماع على عدم جواز الإنشاء بالمضارع و الأمر، دعوى جزافیه.

لأن المدرك فى حجیه الإجماع إنما هو العلم بكشفه عن قول المعصوم، و من البين أنه لا سبيل لنا إلى العلم بذلك هنا، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدركه هو الوجوه الاعتباریه، التى ذكروها فى المقام.

على أن مورد الإجماع فى عبارته التذكرة التى ذكرناها آنفا- إنما هو خصوص المضارع. و عليه فلا وجه لما فى عبارتى المصنف و مفتاح الكرامه من نسبه الإجماع إلى التذكرة فى كل من المضارع و الأمر.

و يضاف إلى ذلك كله: أنه قد ورد فى جملة من الروايات [١]

-الإشياء بالمضارع. كما يدل على جواز ذلك مطلقا فحوى ما دل عليه في خصوص النكاح [١].

ص: ٤٢

وقد اتضح لك مما بيناه بطلان ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من أن الإنشاء لا يكون إلا بالماضى، لصراحته فى تحقق الأمر الاعتبارى، بخلاف المضارع، فإنه أشبه شىء بالوعد، كما أن الأمر أشبه شىء بالمقوله. و إذن فلا يصح الإنشاء بهما. انتهى ملخص كلامه.

ثم إنا ذكرنا مرارا: أن الأمور الإنشائية متقومه بالاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى بحيث يكون ذلك المظهر صالحا لابرز ما فى النفس من الاعتبار- و لو بمثونه القرائن- و عليه فلا- بأس بإنشاء العقود بالجمل الاسميه - كإنشاء البيع بجمله (هذا لك بعوض) و إنشاء الإجاره بجمله (منفعه هذه الدار لك بكذا) و هكذا ضروره أنها- مع اقترانها بالقرائن- صالحه لابرز الاعتبار النفسانى، فيكون المنشأ بها مشمولاً لما دل على صحه العقود و لزومها نعم لا يصح الإنشاء بمثل قولنا أنا بائع، أو أنت مشتر، أو هذا مبيع، و نحوها فإن الإنشاء بأشباه هذه الجمل يعد فى نظر أهل العرف من الأغلاط. و قد أسلفنا أنه لا يسمح الإنشاء بما لا ينطبق عليه عنوان البيع أو غيره فى نظر أهل العرف. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

أما جواز إنشاء الطلاق بجمله (هى طالق) و إنشاء العتق بجمله (أنت حر لوجه الله) فإنما هو من ناحيه دليل خاص.

هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول؟

الجهه الثالثه فى الترتيب بين الإيجاب و القبول.

قوله:(الأشهر- كما قيل لزوم تقديم الإيجاب على القبول). أقول:

قد اختلف الأصحاب فى ذلك.

فقال الشيخ فى بيع المبسوط:عقد النكاح ينعقد بالإيجاب و القبول، سواء تقدم الإيجاب. أو تأخر. بلا خلاف:فأما البيع فان تقدم الإيجاب. صح بلا خلاف و إن تقدم القبول. صح، و الأقوى عندى:أنه لا يصح.

و عن الوسيله،و السرائر:اشتراط تقديم الإيجاب على القبول و عن المختلف أنه الأشهر.

و عن التذكرة،و الإيضاح،و التنقيح:أنه الأقوى.

و عن جامع المقاصد،و صيغ العقود:أنه الأصح.

و عن تعليق الإرشاد:أنه الأظهر.

بل عن غايه المراد،و المسالك حكاية الإجماع على ذلك عن الخلاف و لكن الموجود فى بيع الخلاف:أنه إذا قال:بعنيه بألف،فقال بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك:اشتريت،أو قبلت.

دليلنا:أن ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به (١).

و غير خفى على الناقد البصير أن هذه العبارة التى بين يدى القارى غير ظاهره فى الاشتراط المزبور.و إن كانت توهمه للمستعجل.

ص:٤٤

و قد خالف فى ذلك جمع من الأعظم.

فقال العلامة فى القواعد: و فى اشتراط تقديم الإيجاب نظر.

و فى الشرائع: أنه أشبه. و اختاره الشهيد فى حواشيه.

و فى اللمعه و الروضه: أنه لا يشترط تقديم الإيجاب و إن كان تقديمه أحسن.

و عن نهايه الأحكام، و الميسيه، و المسالك: أنه الأقوى.

و عن التحرير، و الدروس، و الكفايه: أنه الأقرب.

و عن مجمع البرهان: أنه الأظهر.

بل قال الشيخ (ره) فى نكاح المبسوط: فأما إن تأخر الإيجاب فسبق القبول، فان كان فى النكاح. صح. بلا خلاف، لخبر الساعدى.

و إن كان هذا فى البيع، فقال: بعنيها، فقال: بعتهها صح عندنا، و عند قوم من المخالفين.

ثم إنه قال الشهيد الثانى فى الروضه: إن (محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت. أو ابتعت، أو تملك. لا بقبلت و شبهه.

لأنه صريح فى البناء على أمر لم يقع).

و حكاه فى مفتاح الكرامه - عن جماعه من الفقهاء.

و قد أطنب المصنف فى البحث هنا من حيث النقض و الإبرام و صفوه كلامه: أن القبول قد يقع بلفظ قبلت و رضيت و نحوهما، و قد يقع بلفظ الأمر: بأن يقول المشتري بعنى المتاع الفلانى بألف، و يقول البائع بعته إياك بكذا، و قد يقع بلفظ اشترت و ابتعت و ملكت - مخففاً.

فإذا وقع القبول بالقسم الأول لم يجز تقديمه على الإيجاب، للإجماع و لأن العمومات محموله على العقود المتعارفه، و من الواضح أنه لم يتعارف

تقديم القبول بلفظ قبلت أو رضيت على الإيجاب.

أضف الى ذلك: أن القبول-الذى هو أحد ركنى العقد-فرع الإيجاب فلا- يعقل تقدمه عليه، بديهة أن القبول ليس هو مجرد الرضاء بالإيجاب لكى يلتزم بإمكان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر، بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالإيجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلا فعليا. و من الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتأخر الرضاء عن الإيجاب.

إذ مع تقدمه لا- يتحقق النقل فى الحال. ضروره أن الراضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل ماله فى الحال الى الموجب. و السر فى ذلك أن كلمه قبلت و أشباهها قد أخذ فيها مفهوم المطاوعه، و لا يتحقق ذلك فى الخارج الا بتقديمها على الإيجاب.

و إذا وقع القبول بالقسم الثانى لم يجز تقديمه على الإيجاب أيضا، لأنه لا- يعد قبولا- للإيجاب المتأخر، و انما هو استدعاء و استئجاب. بل لو قلنا بجواز التقديم بلفظ قبلت لأمكن المنع هنا، بناء على اعتبار الماضويه فى الإيجاب و القبول. و قد نص جمع كثير بعدم جواز التقديم هنا.

و إذا وقع القبول بالقسم الثالث- أعنى به ابتعت و اشتريت و ملكت مخففا- جاز تقديمه على الإيجاب، لأنه عندئذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعه لكى يستحيل تقديمه عليه. و انما استفيدت المطاوعه من القرائن المقاميه: و هى أن النقل يتحقق-غالبا- من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشتري. و من البين أن هذه القرينه غير مانعه عن تقديم القبول على الإيجاب. بديهة أن المشتري قد أنشأ بالألفاظ المذكوره ملكيه المثلن لنفسه بإزاء الثمن. و لا يفرق فى ذلك تقدمها على الإيجاب و تأخرها عنه.

ثم انه(ره) تكلم فى سائر العقود الى أن قال: و أما المصالحه المشتمله

على المعاوضه فلما جاز ابتداء الالتزام بها لكل من المتصالحين-لتساوى نسبتها إليهما- كان البادى منهما موجبا، لصدق عنوان الموجب عليه لغه و عرفا.

و لكن لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول، إذ لو كان ذلك أيضا بلفظ الصلح للزم تركيب العقد من إيجابين، و حينئذ فلا يجوز تقدم القبول على الإيجاب فى الصلح أيضا. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولا: أنه لا وجه لحمله العمومات على العقود المتعارفه، بل هى تشمل جميعها، سواء فيها المتعارف و غير المتعارف.

ثانيا: أنه لا وجه لما ذكره فى آخر كلامه من قيام الإجماع على توقف العقد على القبول، لعدم الدليل على اعتبار القبول فى مفهوم العقد، و لا فى صحته، و لا فى لزومه.

بل المتحصل من كلمات أهل اللغة و أهل العرف، هو أن العقد لا يوجد إلا بين شخصين، سواء أ كان الصادر منهما مركبا من الإيجاب و القبول، أم كان ذلك مركبا من إيجابين فقط، فإنه -على كلا التقديرين- يكون مشمولا للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و قد أشرنا الى ذلك آنفا.

ثالثا: أنه لا- وجه لمنعه عن تقديم القبول-الذى وقع بلفظ الأمر- على الإيجاب، لأننا ذكرنا مرارا: أن حقيقه العقد هى الاعتبار النفسانى المبرز بمظهر خارجى، من غير أن تعتبر فى ذلك أيه خصوصيه من الخصوصيات و دعوى: أن إنشاء القبول بلفظ الأمر مخالف لا اعتبار الماضويه فى العقود، دعوى فاسده، لما عرفته قريبا من عدم الدليل على اعتبار الماضويه بوجه رابعا: أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت، و رضيت، و أمضيت و أنفذت، و بين اشترت، و تملك، و ملكت مخففا، حيث التزم بعدم

الجواز فى القسم الأول، و بالجواز فى القسم الثانى و بيان ذلك: أن العقود قد يعتبر فيها القبول، و قد لا يعتبر فيها الا الرضاء بفعل الموجب بلا حاجة الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب:

أما القسم الثانى فيما أنه لا يعتبر فيه القبول، و يكفى فيه مجرد الرضاء، لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء و تأخره فلو استدعى زيد عمروا فى بيع داره فأذن له صح لزيد بيعها، و ان لم يتحقق منه إنشاء لقبول الوكاله.

نعم هذا القسم من الوكاله الإذنيه-التي تتقوم بالاذن الساذج-لا يترتب عليه حكم الوكاله العهديه-التي تتقوم بالإلزام و الالتزام من الطرفين-و عليه فإذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده، و ان لم يبلغه الرجوع.

و من هذا القبيل العاريه و الوديعه، فإنهما أيضا لا يحتاجان الى القبول و يكفى فى تحققهما مجرد رضاء المستعير و المستودع بإنشاء المالك.

بل و كذلك الحال فى الوصيه، فإذا أوصى بمال لزيد، لم يعتبر فى صحتها الا رضاء زيد بالتمليك، من دون حاجة الى القبول.

و على الجملة: ان الحاجة الى الرضاء فى هذه العقود، كالحاجة الى رضاء الزوجه فى صحه التزويج على بنت أختها، أو بنت أخيها. و معه لا-موجب لاعتبار تأخر القبول فى العقود المزبوره، لأنه يكفى فيها مجرد الرضاء سواء تأخر عن الإيجاب، أم تقدم عليه.

أما القسم الأول-أعنى به العقود العهديه-فهو لا يوجد فى الخارج إلا بإنشاء المعاهده و المعاقده من الجانبين. و لكن لا دليل على كون أحد الانشائين معنونا بعنوان الإيجاب، و كون الآخر معنونا بعنوان القبول-بمعناه المطاوعى-لكى يستحيل تقدم الثانى على الأول.

بل ذكرنا قريبا: أنه إذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عناوين

المعاملات- كالعقد و البيع و التجاره عن تراض و الشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائيه و غير ذلك- حكم بصحته و لزومه، للعمومات و المطلقات و إذن فلا- محذور من تركيب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما تملك أحد المالكين بعوض، و يتضمن ثانيهما تملكه به، سواء أ كان ذلك بلفظ التملك و ما يرادفه، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينه على إنشاء التملك به. و عليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول- بمعناه المطاوعى- فى مفهوم العقود لكى يمنع من تقدمه على الإيجاب.

و لو سلمنا احتياج العقد إلى القبول، و سلمنا أيضا أخذ المطاوعه فى مفهوم القبول، و لكننا لا نسلم استحاله تقدم القبول على الإيجاب، ضروره أن القبول يتعلق تاره بالمعنى المصدري: أعنى به إنشاء البائع. و يتعلق أخرى باسم المصدر: أعنى به نفس المبادله بين المالكين مع قطع النظر عن إضافته إلى البائع.

و على الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الإيجاب فى الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر.

و على الثانى فلا- محذور فيه من تحقق المطاوعه قبل تحقق الإيجاب و ذلك لأن مفهوم المطاوعه هو الأخذ، و من البين أن المشتري إذا أنشأ تملك مال غيره بإزاء مال نفسه، بقوله: قبلت مالك بمالى صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء- كالبيع مثلا- لنفسه.

و إذن فلا يفرق فى تحقق مفهوم العقد، بين تقديم القبول على الإيجاب و عدمه، و حينئذ فىكون ذلك مشمولاً للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها و قد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف. من أن القبول فرع الإيجاب، و تابع له، فىستحيل تقدم التابع على المتبوع.

و نتیجه ما حققناه هى جواز تقدم القبول على الإيجاب، من غير فارق بين ألفاظ القبول، و لا بين أفراد العقود. نعم يحسن بنا تقديم الإيجاب على القبول خصوصا فى النكاح.

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الإيجاب الروايات المتقدمه الوارده فى بيع العبد الآبق، و بيع المصحف، و بيع الثمر. (١). و أيضا يدل عليه فحوى الأخبار السابقه الوارده فى نكاح المتعه (٢) و فحوى ما ورد فى جواز جعل المهر تعليم شىء من القرآن [٣].

ص: ٥٠

١-١) راجع ص ٤١ و ٤٢.

٢-٢) راجع ص ٤٢ و ٤٣.

هل تعتبر الموالاه بين الإيجاب و القبول؟

قوله: (و من جمله شروط العقد الموالاه بين إيجابه و قبوله). أقول:

قد حكى المصنف عن الشهيد فى قواعدہ: (أن الموالاه معتبره فى العقد و نحوه و هى مأخوذه من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه.

و قال بعض العامه: لا يضر قول الزوج-بعد الإيجاب-: الحمد لله، و الصلاه على رسول الله، قبلت نكاحها. و منه الفوريه فى-استتابه المرتد، فيعتبر فى الحال و قيل: إلى ثلثه أيام. و منه السكوت فى أثناء الأذان، فإن كان كثيرا أبطله.

و منه السكوت الطويل فى أثناء القراءه، أو قراءه غيرها خلالها. و كذا التشهد. و منه تحريم المأمومين فى الجمعه قبل الركوع، فان تعمدوا، أو نسوا

ص: ٥١

حتى ركب فلا جمعه.

و اعتبر بعض العامه تحريمهم معه قبل الفاتحه. و منه الموالاه فى التعريف بحيث لا ينسى أنه تكرر. و الموالاه فى سنه التعريف. فلو رجع فى أثناء المده استؤنف ليتوالى).

و التحقيق: أنه لا-شبهه فى اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، ضروره أن الاستثناء من النفى يفيد الإثبات، كما أن الاستثناء من الإثبات يفيد النفى و عليه فإذا اتصل أحدهما بالآخر، كان لهما ظهور واحد. و مضمون فارد، و إذا انفصل أحدهما عن الآخر، كان لكل منهما ظهور خاص، و مضمون مستقل.

و من هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين ديناراً، ثم استثنى من ذلك -بعد مده طويله-خمسه دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى و المستثنى منه-فى نظر أهل العرف-كلاماً واحداً، بل يعدون المستثنى نقضاً للمستثنى منه. و كذلك إذا قال أحد: لا إله، و لم يعقبه بقوله: إلا الله، إلا بعد مده طويله حكم بكفره، لأن أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً.

و على الإجمال: إن اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه أمر بديهي و ربما يكون التأمل فى ذلك سبباً لاعتبار الاتصال فى كل أمر تدريجى، الذى ثبت له الصوره الاتصاليه فى نظر أهل العرف. و هذا هو المراد من قول الشهيد:

(الموالاه معتبره فى العقد و نحوه، و هى مأخوذه إلخ).

ثم إن الفوريه فى استتابه المرتد لا تترتب على اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه، بديهيه أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفى ارتكازى و لكن وجوب الاستمرار فى الإسلام و عدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعى، فلا بد من الاستتابه فوراً ففوراً، و إذن فلا صلّه بينهما بوجه.

و هكذا الكلام فى لزوم تحريم المأمومين فى الجمعه قبل ركوع الإمام، فإن ذلك لا يرتبط بالفوريه العرفيه، بل يحتاج إلى الدليل الشرعى، و عليه فان كان-هناك- ما يدل على الفوريه أخذ به، و إلا فيرجع إلى أصاله البراءه.

و الحاصل: أن الأمر التدرىجى المتصل إذا أخذ موضوعا للحكم، لم يترتب عليه ذلك الحكم فى غير حال الاتصال، ضروره أن فعليه الحكم بفعليه موضوعه، و من البين الذى لا-ريب فيه أن الأمر التدرىجى المتصل لا يكون فعليا إلا بفعليه هيئته الاتصاليه و إذا انتفت هذه الهيئه انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدرىجى المتصل، لانتهاء موضوعه و هذا لا-شبهه فيه بحسب الكبرى و لكن البحث فى أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الإيجاب و القبول، أم لا؟.

لا خفاء فى أن الاتصال-بحسب الدقه- يساوق الوحده، فإذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر-و لو آنا ما-لم يصدق عليهما عنوان الواحد.

نعم قد يتحقق الاتصال العرفى فى الأمور التدرىجيه مع تخلل العدم فى البين، و من هنا يقال-للكلام الطويل-: إنه كلام واحد متصل، مع تخلل السكوت فيه قليلا.

و لا يخفى عليك أن هذا الإطلاق إنما هو بحسب التشكيك، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى و المستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقية أجزاء الجمل، و الاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جمله و جمله أخرى، و الاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الاتصال المتحقق بين الأمور المذكوره كلها، و جميع ذلك واضح لا شبهه فيه.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه قد استدل على اعتبار الاتصال بين إيجاب العقد و قبوله بوجهين

١- ما ذكره المصنف (ره) وإليك لفظه: (أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورته اتصاليه في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول-القائم بنفس المتعاقدين-بمنزله كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصاليه، ولذا لا يصدق المعاقده إذا كان الفصل مفرداً في الطول، كسسه أو أزيد، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه). و إذن فلا يشمل دليل وجوب الوفاء بالعقد، وهذا الذي ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره).

و يتوجه عليه أولاً: أن دليل صحه المعاملات و لزومها لا ينحصر بآيه وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضاً آيه التجاره عن تراض و من البديهي أنا لا ندور في دلالتها على المقصود مدار تحقق العقد، بل يكفي في ذلك تحقق التجاره عن تراض.

و قد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله (و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود. أما لو كان منوطاً بصدق البيع، أو التجاره عن تراض، فلا يضره عدم صدق العقد). نعم لا يمكن التمسك بآيه التجاره عن تراض في خصوص النكاح.

ثانياً: أنا لا نرى وجهاً صحيحاً للمنع عن كون العقد الفاقد للموالاه مشمولاً لآيه وجوب الوفاء بالعقد، ضروره أن العقد ليس اسماً للفظ المركب من الإيجاب و القبول، بل هو عبارته عن العهد المطلق أو العهد المشدد، وهذا المعنى أمر نفساني قائم باعتبار الموجب و القابل معاً، و من الواضح أنه لا ينفصم بتخلل الفصل بين الإيجاب و القبول اللفظيين.

نعم لا بد و أن يعد ذلك مظهراً-في نظر أهل العرف-لذلك الاعتبار

النفساني، و إذن فلا يكون الوجه المزبور دليلا على اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول.

و على الإجمال: إن العقد عبارته عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر، و شدة به، مع وجود مظهر لكل منهما فى الخارج، فإذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادله فى نفسه، و أبرزه فى الخارج، و بقى على اعتباره حتى انضم إليه اعتبار المشتري المبرز بقوله، فكيف لا يصدق عليهما العقد؟ و هل الانفصال بين حدودى الاعتبارين، أو بين اللفظين يضر بصدق العقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره؟ نعم إذا فرض أن البائع رجع عن اعتباره قبل قبول المشتري لم يتحقق العقد فى الخارج، لكنه خارج عن محل كلامنا. و عليه فالفصل بين الإيجاب و القبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولاً لآيه و جوب الوفاء بالعقد. و هذا ظاهر.

٢- ما أفاده شيخنا الأستاذ من (أنه لما كان فيها-: أى فى العقود العهديه المعاوضيه كالبيع، و ما يلحق بها كالنكاح- خلع و لبس، أو إيجاد علقه، فلا بد أن يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لإيجاد العلقه قبول، و إلا يقع الإضافه، أو العلقه بلا محل و مضاف إليه).

و يرد عليه: أن هذا الوجه يقتضى استحاله تحقق العقد مع وجود الفصل بين الإيجاب و القبول، و لازم ذلك أن لا يوجد عقد فى العالم، لأنه لا- يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه و قبوله- و لو بزمان قليل- و من البين أنه لا يفرق- فى استحاله الفصل بينهما- بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير، و بين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل. و هذا بين لا ريب فيه.

و الحل أن الخلع و اللبس- فى اعتبار البائع- ليس على وجه الإطلاق

و إلا لتحقق ذلك قبل تحقق القبول، مع أنه لا يتحقق قبله حتى في اعتبار نفس البائع فضلا عن إمضاء العقلاء، أو الشارع.

بل الخلع و اللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري، و على فرض تحققه. و عليه فالخلع مقارن باللبس دائما، سواء أ تحققت الموالاه بين الإيجاب و القبول، أم لم تتحقق.

أضف إلى ذلك قيام السيره القطعيه على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول، لأننا نرى بالعيان. و نشاهد بالوجدان: أن بعض الناس يرسل هديه إلى صاحبه من البلاد النائية و أن تلك الهديه إنما تصل إلى المهدي اليه بعد مده طويله- كشهرا أو شهرين- و لا شبهه في أن هذه هبه قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها، و لم نسمع من أحد أن يناقش في صحتها، مع أنها من العقود.

و تدل أيضا على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول قصه ماريه القبطيه عليها السلام الموهوبه للنبي (صلى الله عليه و آله) [١] حيث إنه وقع في تلك القصه فصل طويل بين إيجاب الهبه و قبولها، و مع ذلك لم يحكم النبي (صلى الله عليه و آله) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاه بينهما، و إذا جاز ذلك في الهبه جاز في غيرها، لعدم القول بالفصل ظاهرا.

و دعوى: أن الهبه في القصه المزبوره هبه معاطاتيه، و بحثنا هنا في العقود اللفظيه، دعوى جزافيه، إذ لا- وجه للتفكيك بينهما في ذلك. كما أن دعوى كون الإيجاب من رسول المالك، و القبول من النبي (صلى الله عليه و آله) دعوى فاسده لأن

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لا غيره.

وقال شيخنا الأستاذ: إن (جميع هذه الأفعال صادرة من الواسطه كأنها صادرة من الموجب، فهو بمنزله من كان في المشرق، وكانت يده طويله تصل إلى المغرب. فمد يده و أعطى شيئاً لمن كان في المغرب فان فعله يتم في زمان وصول يده إلى المغرب).

ولكن هذا لا يستقيم، للفرق الواضح بين ما نحن فيه، وبين المثال المزبور، بداهه أن المهدي-في مورد السيره-ربما يغفل عن هديته في زمان وصولها إلى المهدي إليه، وعندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول و الواسطه منزله فعل المرسل.

و هذا بخلاف المثال المزبور، فإن المهدي-في ذلك-بنفسه متصد لإيجاد العقد، وإنشائه، من دون أن يفصل فاصل بين إيجابه و قبوله، لأن طول اليد لا يخرج الفعل الواحد عن وحدته.

و أيضا يدل على عدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول قيام السيره بين التجار المتدينين على معاملة بعضهم بعضا بالكتابة و البرقيه، مع تخلل الفصل الطويل بين إيجابها و قبولها. و لم يناقش أحد في صحتها.

و دعوى وجود الفارق بينها و بين المعاملات الشفاهيه، و أن السيره غير جاريه في الثانيه، دعوى جزافيه.

و أيضا يدل على جواز الفصل بين الإيجاب و القبول فحوى ما ورد (1) في جواز جعل المهر شيئاً من القرآن. بناء على أن القبول- في الروايه- هو قول الصحابي: زوجنيها، و الإيجاب هو قوله (صلى الله عليه و آله) بعد فصل طويل:

زوجتكها على ما معك من القرآن. و إذا جاز ذلك في النكاح جاز في غيره بالألويه

ص: ٥٧

١-١) قد تقدم ذلك في ص ٥٠.

و يضاف إلى ذلك كله: أنه لا- دليل على اعتبار الموالاه بين الإيجاب و القبول. و دعوى الإجماع عليه، دعوى باطله، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تعبدى- هنا- لكى يكون كاشفا عن رأى المعصوم (عليه السلام).

و عليه فإذا تحقق الإيجاب و القبول فى الخارج مع وجود الفصل بينهما و صدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولاً للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها. و هذا بديهي لا خفاء فيه.

هل يعتبر التنجيز فى العقود؟

اشاره

قوله: (و من جمله الشرائط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد). أقول:

تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً. كاقتران العقد بما يدل على التوقف صريحاً بأن يقول: البائع بعتك هذا إن جاء زيد، أو إن كان هذا اليوم يوم الجمعة.

و قد يكون ضمناً، كما إذا لم يذكر فى الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط و التوقف و لكن يستفاد ذلك منه ضمناً: كقول البائع بعتك دارى يوم الجمعة، فإن الصيغه و إن كانت خاليه عن التعليق ظاهراً، و لكنه مطوى فيها ضمناً، لأن تقديرها بعتك دارى إذا جاء يوم الجمعة. و عندئذ لا ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملاً على أداه الشرط و نحوها مما يدل على التعليق. بل مدار البحث- هنا- على استفاده التعليق من الصيغه بأى وجه كانت الاستفاده.

ثم إن مركز البحث فى المقام إنما هو تعليق المنشأ على شىء، كقول أحد الشخصين لصاحبه: أنت و كىلى فى بيع دارى إن قدم زيد من سفره،

حيث إن الوكالة ليست بمطلقة بل هي معلقة على قدوم زيد من سفره.

أما إذا كان الإنشاء و المنشأ كلاهما مطلقين، و كان التعليق فى متعلق العقد فقط، فهو خارج عن محل البحث جزماً.

و مثال ذلك: أن يوكل أحد غيره فى أمر-مطلقاً و منجزاً، و لكن كان متعلق الوكالة أمراً خاصاً، يتوقف حصوله فى الخارج-على تحقق شىء آخر، كأن يقول الموكل لو كيله: أنت و كيلي فى بيع دارى يوم الجمعة بأن كان يوم الجمعة قيماً للبيع، لا للوكالة. و مثله: أن يقول: أنت و كيلي على وجه الإطلاق، و لكن لا- تتصرف فى أموالى إلى وقت معين-كقدوم الحاج مثلاً-أو إلى حصول شرط خاص.

و من هنا يجوز للزوجه أن تشترط على زوجها فى عقد الزواج-أن تكون و كيله فى طلاق نفسها مطلقاً و منجزاً و يكون إعمال الوكالة مشروطاً بعدم الإنفاق أو بالمسافره إلى بلد كذا أو غير ذلك فان هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقة.

ثم إن المغروس فى كلمات الفقهاء، و المسطور فى كتبهم: أن التعليق فى الجملة مجمع على بطلانه، و إنما الكلام بينهم فى تعيين معقد الإجماع.

فقد صرح باعتبار التنجيز فى العقود الشيخ، و العلامة، و المحقق، و الشهيد، و غيرهم.

بل عن العلامة-فى التذكرة-: أنه يجب كون الوكالة منجزه عند علمائنا و حكى عنه أيضاً دعوى الإجماع على عدم صحه أن يقول الموكل: أنت و كيلي فى يوم الجمعة أن تبع عبدى. و على صحه قوله: أنت و كيلي، و لا- تبع عبدى إلا- فى يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً.

و فرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء-بعد اعترافهم بأن الصورة الثانية أيضاً فى معنى التعليق-: بأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط

فلا تقع بدونها و إن أفادت فائدتها.

و عن المحقق و الشهيد الثانيين في جامع المقاصد و المسالك في مسأله إن كان لى فقد بعته:- أن التعليق ينافى الإنشاء في العقود و الإيقاعات، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

و عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد:- أن تعليق الوكاله على الشرط لا يصح عند الإماميه، و كذا سائر العقود، جائزه كانت، أو لازمه.

و عن غايه المرام: أنه لا خلاف فيه.

و في الجواهر: شرطها- أى الوكاله- أن تقع منجزه كغيرها من العقود بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه.

و في مفتاح الكرامه: و الدليل على ذلك- بعد الإجماع نقلا و تحصيلا- أن الأصل عدم جواز الوكاله، خرجت المنجزه بالإجماع، و بعض الأخبار و بقى الباقي.

و قد أشار الشيخ في الخلاف- إلى الأصل الذى ذكره في مفتاح الكرامه، و قال: إذا قال: إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد و كلتك في البيع، فان ذلك لا يصح، دليلنا: أنه لا دليل على صحه هذا العقد، و عقد الوكاله يحتاج إلى دليل.

و لكن حكي التأمل في ذلك عن الكفايه، لأنه غير مرتبط بدليل واضح و لعله تبع في تأمله هذا للمحقق الأردبيلي.

بل صرح المحقق القمي- في جامع الشتات- بأن التعليق في الوكاله لا يضر بصحه عقد الوكاله.

و على الإجمال. إن ظاهر جملة من العبائر: هو بطلان التعليق في العقود و الإيقاعات على وجه الإطلاق، و ظاهر جملة أخرى منها: أنه يحكم ببطلان

التعليق فيما إذا كان المعلق عليه أمراً مجهولاً، كما عرفته عن المحقق و الشهيد الثانيين و لاستيضاح هذا الاختلاف، و بيان حكم التعليق، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق.

و حاصل كلامه: أن المعلق عليه إما أن يكون معلوم الحصول، أو محتمل الحصول.

و على كلا التقديرين، فإما أن يكون ظرف الحصول هو الحال، أو الاستقبال.

و على التقادير الأربعة، فإما أن يكون الشرط-الذى يذكر في العقد تصريحاً أو تلويحاً-مما لا تتوقف عليه صحة العقد، كالتعليق على الصفة التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد، و سيأتى.

و إما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحة العقد:

كأن يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً: بأن لا- يكون خمراً، و لا خنزيراً أو يكون مما يصح إخراجه عن الملك: بأن لا يكون وفقاً، و لا أم ولد أو يكون المشتري ممن يصح تملكه: بأن لا يكون عبداً.

أو يكون البائع، أو المشتري ممن يجوز معه العقد: بأن لا- يكون صبياً و لا- مجنوناً، و لا سفيهاً،-و هو الذى يصرف أمواله فى المصارف اللاغية- و إذن فأقسام التعليق ثمانية. انتهى ملخص كلام المصنف مع التوضيح الإجمالى و الصحيح: أن يقسم التعليق إلى اثني عشر قسماً: بأن يقال: إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق، أو يكون محتمل التحقق.

و على كلا التقديرين، فإما أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً، أو أمراً استقبالياً.

و على التقادير الأربعة، فإما أن يكون الشرط-الذى علق عليه العقد-

دخيلا فى مفهوم العقد، أو يكون دخيلا فى صحته، أو لا يكون دخيلا فى شىء منهما، و يعبر عنه بالتعليق بالصفه.

ما هو حكم التعليق فى العقود؟

اشاره

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا- شبهه فى صحته: بأن يقول البائع: إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا، و يقول المشتري: قبلت، فإنه لا- يتحقق مفهوم البيع إلا- بكون المبيع ملكا للبائع، فهذا النحو من التعليق أمر ضرورى، و غير مضر بصحة العقد، سواء أ كان مذكورا فيه صريحا، أم لا. و عليه فلا شبهه فى صحة التعليق فى أربعة من تلك الأقسام المذكوره:

١- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا و معلوم الحصول، كقول الزوج لزوجته: إن كانت هذه زوجتى فهى طالق، و من الواضح أن عنوان الزوجيه دخيل فى صدور الطلاق من الزوج.

٢- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و معلوم الحصول فى ظرفه، كما إذا قال البائع للمشتري: بعتك دارى إن قبلت مع علمه بأن المشتري يقبله.

٣- أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا مع الجهل بتحقيقه، كما إذا قال رجل لامرأه: ان كانت هذه زوجتى فهى طالق مع جهله بأنها زوجته.

٤- أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا و مجهول التحقيق فى ظرفه، كما إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك هذا المتاع بكذا ان قبلت مع احتمال له أن لا يقبله صاحبه.

و لا ريب فى صحة التعليق فى جميع هذه الصور الأربع، بديهه أن

ذكر الشرط فى الصيغه بصوره التعليق و عدمه سيان، لأن التعليق فى الكلام لا يزيد على الواقع بشىء، ضروره أن واقع العقد و مفهومه معلق على الأمور المذكوره بحيث لولاها لم يتحقق-فى الخارج-مفهوم العقد أو الإيقاع أصلا و رأسا.

أما التعليق على ما يكون دخيلا فى صحه العقد دون مفهومه فهو أيضا على أربعة أقسام.

١- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى الحال، كقول البائع: إن كان هذا الشىء مما يملك فقد بعته بكذا درهما، مع علم البائع بكون ذلك الشىء مما يملك.

٢- أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق فى المستقبل، كالتسليم و التسلم فى بيع الصرف و السلم، كقول البائع للمشتري بعتك هذه الشذره من الذهب بكذا درهما إن أخذتها و سلمت إلى الثمن.

٣- أن يكون المعلق عليه حاليا و مجهول التحقق، كالبلوغ و العقل و عدم الفلاس.

٤- أن يكون المعلق عليه استقباليا. و مجهول التحقق، و لا ريب فى أن هذه الأقسام الأربعة من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضا، لأن صحه العقد واقعا متوقفه على الجهات المزبوره. و اذن فذكر المعلق عليه-فى تلك الأقسام- و حذفه سيان.

و على الجملة: إنه لا شبهه فى صحه العقد الذى كان معلقا على ما تتوقف عليه صحته. بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيرا. و لا سيما فيما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول، لأن ذلك العقد مشمول للعمومات، و لم يدل دليل على بطلان التعليق-هنا- لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لتلك العمومات

و هذا هو الحجر الأساسى، و الركن الوثيق فى صحه التعليق فى الموارد المزبوره لا ما ذكره الشيخ فى المبسوط. من أن المنشئ لم يشترط الا- ما يقتضيه إطلاق العقد، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره بصوره الشرط، كما لو شرط كل من المتبايعين على صاحبه تسليم الثمن أو المثل، أو ما أشبه ذلك، لأن ما أفاده و ان كان لا بأس به فى نفسه، ولكنه لا يدفع محذور التعليق- لو كان فيه محذور- و من هنا أورد عليه المصنف، و قال نصا: (ان المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام- الذى هو وظيفه المتكلم- فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء، و المعلق على شىء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء، بل و لا منجزا، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام).

أما التعليق على الصفه- التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد، و لا فى صحته- فهو أيضا على أربعة أقسام.

١- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فعلا، كأن يقول البائع للمشتري: ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك دارى، مع علمه بأن هذا اليوم يوم الجمعة، و هذا لا شبهه فى صحته، و لا نظن أن يتفوه أحد بفساد البيع فى هذه الصوره من ناحيه التعليق. فان المضر بالعقد انما هو واقع التعليق، لا التعليق الصورى. و ما نحن فيه من القبيل الثانى، دون الأول.

٢- أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى المستقبل، و هو على قسمين، لأن إيقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط: بمعنى أن البائع ينشئ المبادله فى ظرف تحقق ذلك الأمر المتأخر: بأن يقول: بعتك دارى إذا دخل شهر رمضان، و يريد من ذلك تحقق البيع من حين دخول شهر رمضان، لا من الآن.

وقد يكون من قبيل التعليق-لا الاشتراط-نظير الواجب المعلق. كما إذا علق البائع بيعه من الآن على تحقق ذلك الأمر المتأخر في ظرفه أما الأول فهو مشمول للإجماع القائم على بطلان التعليق في العقود والإيقاعات.

أما الثانى فهو لا-يزيد على الواقع بشىء. للعلم بتحقيق المعلق عليه فى ظرفه ففى الحقيقه ليس هنا تعليق فى الكلام-و إن كانت الصوره صوره التعليق- و إذن فىكون ذلك خارجا عن حدود الإجماع القائم على بطلان التعليق.

٣-أن يكون المعلق عليه محتمل التحقق فى الحال: بأن يقول أحد لغيره: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعثك فرسى حيث إن البائع قد علق بيع فرسه على كون هذا اليوم يوم الجمعة.

٤-أن يكون المعلق عليه محتمل الحصول فى المستقبل و لا يخفى عليك أن هذين القسمين أيضا باطلان لدخولهما فى معقد الإجماع المزبور.

و المتحصل مما بيناه: هو أن الإجماع الذى ادعاه الفقهاء على بطلان التعليق إنما هو فى الأقسام الثلاثه الأخيره.

أما العقود المشتمله على غير هذه الأقسام فلا مجال لتوهم تحقق الإجماع فيها على البطلان، فهى مشموله للعمومات الداله على صحه العقود و لزومها، و إذن فلا بد من البحث-هنا-فى هذه الأقسام الثلاثه، و ملاحظه ما استدل به على بطلان العقود مع التعليق فيها من إجماع أو غيره، فإن كان فى تلك الأدله ما يصلح لتخصيص العمومات المزبوره أخذ به، و إلا فهى محكمه فى المقام.

ما استدل به على بطلان التعليق في العقود

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوه شتى:

الوجه الأول: دعوى الإجماع على ذلك،

حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء، وقد عرفت كلماتهم قريبا.

و يتوجه عليه: أن الإجماع إنما يكون حجه مع القطع بكونه مستندا إلى رأى الإمام (عليه السلام) و من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في دعواهم الإجماع-هنا- إلى الوجوه الاعتبارية التي استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق

الوجه الثانى: أن التعليق في العقود أمر غير معقول،

و عندئذ لا يوجد عقد تعليقى-فى الخارج-لكى يبحث عن صحته و فساده، فلا بد من إيجاد منجزا.

و يتوجه عليه: أن المستحيل إنما هو التعليق فى الإنشاء، بديهة أن الإنشاء-بأى معنى كان-قد فرض وجوده فى الخارج، و عليه فلا يعقل تعليقه على شىء ما، لأن ما وجد فى الخارج يمتنع عدمه، فكيف يمكن أن يكون موجودا على تقدير، و معدوما على تقدير آخر.

و على الجملة: إن الإنشاء أمر لا يقبل التعليق، بل هو إما أن يوجد، و إما أن لا يوجد. و لكن هذا خارج عن مركز بحثنا، لأن كلامنا ليس فى التعليق فى الإنشاء.

أما التعليق فى المنشأ-الذى هو محلّ البحث فى المقام-فلا شبهه فى إمكانه. بل إن وقوعه فى الأحكام العرفية و الشرعية فوق حد الإحصاء، ضروره أن الأحكام الشرعية و القوانين العرفية أكثرها من قبيل القضايا الحقيقية، و من سنخ الأحكام التى هى مشروطه بوجود موضوعها. و قد وقع

ذلك فى العقود و الإيقاعات على نحو الإيجاب الجزئى، كالوصيه، و التدبير، و النذر، و العهد، و اليمين.

و الحاصل: أن إمكان تقييد المنشأ، و تعليقه بشىء، و وقوع ذلك من البديهيّات. و إنما الكلام فى صحه العقد أو الإيقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيدا

الوجه الثالث: أن الظاهر من آيه وجوب الوفاء بالعقد - كسائر الخطابات

الوضعيه و التكليفيه - أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجا،

و لا- ينفك عنه زمانا و هذا يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد فعلى لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلا بالعقود التعليقيه، و عليه فيكون ذلك خارجا عن حدود مدلول الآيه. و المفروض أنه ليس هنا خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء بالعقود التعليقيه، فتكون باطله.

و قد أجاب المصنف عن ذلك بوجه عديده:

1- أن ما دل على صحه العقود و لزومها غير منحصر بآيه وجوب الوفاء بالعقد، بل تدل على ذلك أيضا آيه حليه البيع، و دليل السلطنه، انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه أولا: أن آيه حليه البيع مختصه بالبيع، فيبقى غيره - من العقود التعليقيه - خاليا عن دليل الصحه.

أما دليل السلطنه فهو ضعيف السند، و غير منجر بشىء، على أنه لا يجرى فى مثل النكاح.

ثانيا: أن ما ادعاه المستدل - من ظهور آيه وجوب الوفاء بالعقد فى ترتب الأثر من حين تحقق العقد - يجرى فى آيه حل البيع، و دليل السلطنه أيضا، فهما يدلان على ترتب الملكيه من حين تحقق البيع، أو عقد آخر، و لا يدلان على صحه البيع أو غيره من العقود المعلقه.

٢- أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد و عليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيته فان كان العقد منجزا ووجب الوفاء به منجزا و ان كان معلقا لم يجب الوفاء به إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن فى وجوب الوفاء بالنذر و العهد و غيرهما و السر فى ذلك: أن أدله و وجوب الوفاء بالعقد أو النذر ناظره إلى وجوب الوفاء بهما بأى نحو تحقق فى الخارج، سواء فيه المنجز و المعلق.

و على الجملة. أن الإمضاء الشرعى للعقد تابع لجعل المتعاقدين، فإذا كان البيع-مثلا-مطلقا فأثره الشرعى الملكيه المنجزه غير المشروطه بشىء. فإذا كان معلقا فأثره الشرعى الملكيه المعلقه، و هذا واضح لا ستار عليه. انتهى ملخص ما أفاده. و هذا الوجه متين جدا.

٣- أنه قد وقع فى الشريعة المقدسه تخلف الأثر عن العقد فى موارد شتى: كبيع الصرف و السلم و الوصيه، و المعاملات المعاطاتيه بناء على إفادتها الإباحه مع قصد الملكيه. فلتكن العقود المعلقه من تلكم المذكورات و عندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه، و إلا لزم القول بفساد المعاملات المزبوره، انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه: أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود، لأن صحتها من ناحيه الدليل الخاص، فلا مورد للنقض.

٤- أن الدليل المذكور أخص من المدعى، لأنه إنما يلزم تخلف الأثر عن العقد فيما إذا كان التعليق على أمر خارجى غير دخيل فى تحقق العقد كقولك بعتك كتابى هذا بدينار إن قدم الحاج.

أما إذا كان التعليق على أمر حالى، كقولك بعتك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت، فإنه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد. انتهى حاصل ما أفاده.

و هذا الوجه أيضا متين على تقدير أن يلتزم القائل-بإبطال التعليق-

البطلان في مثل ذلك أيضا. ولكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام، و عليه فلا- يتوجه ما أفاده المصنف(ره).

٥- أن الدليل المذكور أيضا أخص من المدعى، من جهة أنه لا يجرى في التعليق على الشرط الذي يشك في تحققه في الحال فان تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع. و عليه فان انكشف وجود المعلق عليه في الواقع فيحكم بصحة العقد من حين تحققه، وإلا- فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفا على الشرط، لكي يلزم منه تخلف الأثر عن العقد. انتهى الملخص من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

٦- أن ذلك الدليل لا يجرى في غير البيع من العقود- التي يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها- كالوصية و التدبير و السبق و الرمايه و الجعالة، و من البين أن مورد البحث- هنا- لا ينحصر بالبيع و لا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط في كل عقد دليل مستقل لكي يلتزم في بعضه بجواز التعليق، و في بعضها الآخر بعدم جوازه. انتهى الحاصل من كلامه. و هذا الوجه أيضا لا بأس به.

الوجه الرابع: أن أسباب العقود و الإيقاعات أمور توقيفيه،

فلا بد و أن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن، و هو السبب الخالي عن التعليق.

و يتوجه عليه: أنه لا- وجه لأخذ القدر المتيقن في أمثال الموارد بديهة أن العمومات و المطلقات إنما تدل على صحة كل ما صدق عليه عنوان العقد.

نعم لو كان الدليل على صحة العقود هو الإجماع أو السيره لكان للتوهم المزبور وجه وجيه.

الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الأستاذ

من أن العمومات الداله على صحة العقود منصرفه عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهة أن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف و العاده في عهودهم المتعارفه و عقودهم المرسومه بين عامه الناس- و إن

مست الحاجة إليه أحيانا في العقود الواقعه بين الدول و الملوك-و عليه فلا- تكون العقود المعلقه مشموله لأدله صحه العقود،للكشك في صدق عنوان العقد عليها عرفا.

و الجواب عن ذلك: أن هذا الوجه ممنوع كبرى و صغرى: أما الوجه في منع الكبرى فلأين الانصراف لو صح-فإنما يتم في المطلقات،بدعوى أن ثبوت الإطلاق فيها إنما هو بمقدمات الحكمه،فإذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفا في الخارج،و متساوى الأقدام مع بقيه الأفراد كان ذلك قادحا في انعقاد الإطلاق للمطلق،بديهه أن عدم تساوى الأفراد شىء يصلح للقرينيه على عدم إرادته الإطلاق،و إذن فلا يصح التمسك به في أمثال ذلك.

الا أن هذه الدعوى لا تجرى في العمومات الداله على صحه كل عقد، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمه،إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع-على ما حقق في محله-و عليه فلا مانع من كون العقود المعلقه مشموله لتلك العمومات.

أما الوجه في منع الصغرى فلانا لو سلمنا وجود الانصراف،و لكن لا نسلم كون العقود المعلقه من العقود غير المتعارفه،ضروره أنها واقعته في العرف كثيرا،كتعليق البيع على إجازة الأب،أو الصديق،أو الجار أو غير ذلك.و قد تقدمت الإشارة إلى هذا قريبا.

و نتيجة البحث: أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق،لكى يكون ذلك الدليل مخصصا لأدله صحه العقود،و عليه فالعمده في المقام هو الإجماع فإن تم فهو،و إلا فالمرجع هو العمومات و الإطلاقات.و قد عرفت عدم تماميه الإجماع في المقام،و من هنا جزم المحقق القمى بصحه الوكاله المعلقه.

و حكى التأمل في بطلانها عن المحقق الأردبيلي و الكفايه على ما عرفته في

هل يعتبر التطابق بين الإيجاب والقبول؟

إشاره

قوله: (و من جمله شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول) أقول التطابق بين الإيجاب والقبول يتصور على أنحاء:

١- أن يكون ذلك من ناحيه عنوان المعامله:

بأن يقول أحد المتعاملين لصاحبه: بعتك داري بكذا، ويقول صاحبه: قبلت البيع بكذا، فلو قال:

قبلت الهبه بكذا لبطل العقد، بديبه أن العقد أمر وحداني مركب من الإيجاب والقبول، فإذا إنشاء أحد المتعاملين البيع، وقبل الآخر الهبه، لم يرتبط كلام أحدهما بالآخر، فلا- تتحقق بينهما معاقده و معاهده، بل يكون عهد كل منهما بعيدا عن عهد الآخر، ضروره أن ما أنشأه الموجب لم يقبله القابل، و ما قبله القابل لم ينشئه الموجب.

و من هنا قال شيخنا الأستاذ: إن اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها.

٢- التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه المبيع:

بأن يقول أحد المتبايعين لصاحبه: بعتك عبدي بكذا، ويقول الآخر قبلت هكذا. و لو قال قبلت بيع الجاربه بكذا لبطل العقد، لما عرفته قريبا من أنه مع الاختلاف -بين الإيجاب والقبول- لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، لكي يتحقق هنا عقد مركب من الإيجاب والقبول.

٣- التطابق بين الإيجاب والقبول من ناحيه البائع والمشتري،

فلو قال زيد لعمره: بعتك داري بكذا، ويقول عمرو: قبلت البيع لخالد، أو يقول

خالد:قبلت البيع لنفسى بكذا لبطل العقد، لعدم ورود الإيجاب و القبول على مورد واحد، كما عرفتة فى القسمين السابقين.

و قد يتوهم: أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول فى الصورة الثالثة ينافى لما أسلفناه فى تعريف البيع، من أنه تبديل عين بعوض فى جهه الإضافه ضروره أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا- يلاحظ البائع الخاص، و لا أن يلاحظ المشتري المعين فى تحقق مفهوم البيع، بل مقتضى التعريف المزبور أن لا- يلاحظ فى ذلك كون البائع مالكا للمبيع، و كون المشتري مالكا للثمن و من هنا نحكم بصحة معامله الفضوليه.

و لا يقاس البيع- فى ذلك- بالنكاح، إذ لا بد فى النكاح من التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى الزوجين، فان منزلتهما- فى عقد الزواج- منزله العوضين- فى البيع- و قد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الإيجاب و القبول من ناحيه العوضين.

و لكن هذا التوهم فاسد، ضروره أن التعريف المذكور إنما يقتضى عدم اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول بالنسبه إلى البائع الخاص و المشتري الخاص فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجيه.

أما إذا كان أحدهما كلياً فى الذمه، فإنه عندئذ لا بد من اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشتري، ضروره أن ذمم الأشخاص مختلفه بحسب قوه الوثاقه و ضعفها، إذ رب شخص لا يعتمد عليه فى الأمور الحقيه، و رب شخص تطمئن إليه النفس فى الأمور الخطيره.

و عليه فإذا باع زيد متاعه من عمر بخمسين ديناراً فى الذمه، فإنه ليس لعمرو أن يقبل هذا البيع لغيره، و لا- لغيره أن يقبله لنفسه، ضروره أن ذمه عمرو غير ذمم بقيه الأشخاص، فالارتضاء بالأولى لا يستلزم الارتضاء

بقيه الذمم، و إذن فالإخلال بالتطابق فى الصورة الثالثه أيضا موجب للبطلان فى الحقيقه يرجع اعتبار التطابق فى هذه الصورة إلى اعتبار التطابق فى الصورة الثانيه.

٤-التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه الشروط المذكوره فى العقد

فإذا خالف الإيجاب القبول فى ذلك قيل بصحه العقد حينئذ، و ثبوت الخيار للمشروط له، نظرا إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد، و إنما هو التزام فى التزام آخر.

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق فى هذه الصورة أيضا.

و الوجه فى ذلك: ما نذكره فى مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط فى العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشىء، أو إلى تعليق لزومه على شىء، أو تعليقهما معا أما الأول فكاشتراط شرط فى عقد الزواج أما الثانى فكاشتراط الكتابه فى العبد المبيع، أما الثالث فكاشتراط عمل فى البيع و نحوه.

و نذكر فى المبحث المذكور: أن تعليق اللزوم يرجع الى جعل الخيار، و جعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ، و فى جميع ذلك يكون عدم التطابق موجبا للبطلان.

٥-التطابق بين الإيجاب و القبول فى أجزاء المبيع و الثمن،

و عليه فلو قال البائع: بعتك دارى بخمسين دينارا، و قال المشتري: قبلت البيع فى نصف المبيع بخمسه و عشرين دينارا فقد حكم شيخنا الأستاذ ببطلان البيع فى هذه الصورة أيضا.

و إليك نص مقرر بحثه: (و مما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبه إلى التوابع و الشروط، فلو أنشأ أحدهما مع شرط. و قبل الآخر بلا

شرط، أو باع البائع عبدين، وقبل المشتري أحدهما و غير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضا، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر).

أقول: إن مرجع بيع الدار بخمسين دينارا إلى بيع كل نصف منها بخمسة و عشرين دينارا، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم مطابقه من جهه الشرط، و قد مر حكمه

هل يجوز الإنشاء لأحد المتعاقدين

اشاره

حال كون الآخر فاقدا لشرائطه؟

قوله: (و من جمله الشروط فى العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الإنشاء). أقول: قد اعتبر المصنف- فى صحه العقد- وقوع كل من الإيجاب و القبول فى حال يجوز لكل من المتبايعين الإنشاء فى تلك الحال، و عليه فلو كان المشتري فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع- حال قبول المشتري- عن قابليه الإيجاب لم ينعقد العقد بينهما، لأنه عندئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا تتحقق المعاهده و المعاقده بينهما بوجه.

و قال شيخنا الأستاذ: إن هذا الشرط- كسابقه- من القضايا التى قياساتها معها، بديهه أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين، فإذا انتفى شرط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد. و لا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده و على هذا فلو نام المشتري حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصح العقد و دعوى الصحه فى العقود الجائزه، دعوى جزافيه، لأن القول بالصحه إنما هو فى العقود الإذنيه فقط، دون العقود العهديه. انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه عليه: أن العقد ليس من مقوله الأفعال و لا من مقوله الألفاظ الخارجيه، و لا من الاعتبارات النفسيه المحض، بل هو عبارته عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر، و إظهاره بمبرز خارجي، و لا شبهه في صدق عنوان العقد على هذا، فيكون مشمولاً للعمومات و المطلقات، و لم يدل دليل من الكتاب، و السنه، و الإجماع، و السيره على كون كل من المتعاقدين واجداً لشرائط الإنشاء عند إنشاء الآخر، بل الدليل إنما هو على اعتبار صدور الإنشاء من الواجد لشرائط الإنشاء، دون الفاقدها.

و قال الفقيه الطباطبائي -عند قول المصنف: و من جمله الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال يجوز لكل منهما الإنشاء-: إنه (لا دليل على هذه الكليه، و عدم صدق المعاقده و المعاهده إنما يتم في بعض الفروض، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهه الإغماء أو النوم أو الجنون، و أما في بقيه الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك، و أن المشتري يقبل لا محاله، و كذا فيما إذا كان المانع هو الفلوس أو السرقة أو السفه).

و لكن التحقيق يقتضى الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط صحة الإنشاء حال إنشاء البائع، و بالفساد في عكسه. و الوجه في ذلك: أن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري -و قد عرفته سابقاً- و عليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً -أو غافلاً أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري إلى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع -صدق عليه عنوان العقد جزماً، و يحكم بصحته للعمومات و المطلقات الداله على صحة العقود.

بل تدل على ذلك السيره الواقعه بين التجار، لأن المتعارف فيما بينهم

-غالبا- أن يكتب بعضهم إلى بعض بيع متاعه الخاص بقيمه معينه، و يقبله المكتوب اليه، مع أنه ربما يكون-عند كتابه البائع-نائما أو غافلا أو مجنوناً، ولا شبهه في صحه هذه المعامله.

أما إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الإنشاء عنه، ولا يتصل التزامه بالتزام المشتري، إلا في مثل النوم و الغفله، فإنهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيره المزبوره. و هذا واضح لا شك فيه.

بحث استترادى فى حقوق الرضاء

بالبيع الإكراهى

قوله: (ثم إنهم صرحوا بجواز لحقوق الرضاء لبيع المكره). أقول:

حاصل كلامه: أن ما ذكرناه-من اعتبار أن يكون كل من المتعاقدين واجدا للشرائط عند تحقق الإنشاء من الآخر-يقتضى بطلان عقد المكره سواء ألحق به الرضاء من المكره-بالفتح-أم لا، و لكن التزم الأصحاب بصحه ذلك مع لحقوق الرضاء به. و لعل هذا من جهه الإجماع القائم على خلاف الأصل و القاعده.

و يتوجه عليه: أن بيع المكره المتعقب بالرضاء-و إن خرج من القاعده المزبوره-إلا أن خروجه عنها ليس من جهه الإجماع، بديده أن الإجماع لا يصحح صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفا.

و إنما الوجه فى صحه بيع المكره-مع لحقوق الرضاء به-هو أن الاختيار له معنيان:

١- أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته، و يقابله صدور الفعل منه بلا اختيار و شعور، كحركة المرتعش.

٢- أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله، و يقابله كونه مجبوراً في فعله و مكرهاً عليه من ناحيه شخص آخر.

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهه في اعتباره في العقود، لأننا ذكرنا مراراً: أن حقيقتها-بل حقيقه جميع الأمور الإنشائية-متقومه بالاعتبار النفساني المظهر بمرز خارجي و من الواضح جداً أنه إذا انتفى القصد و الالتفات من المتعاقدين انتفى منهما الاعتبار النفساني، و إذن فيكون اللفظ الصادر منهما لفظاً ساذجاً، و غير مظهر للاعتبار النفساني. و من بين الذي لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد.

أما الاختيار بالمعنى الثاني فلا دليل على اعتباره في حقيقه العقد ضروره أن الإراده و الاختيار-بهذا المعنى-من الأمور النفسانيه التي لا تطلع عليها غير علام الغيوب، و عليه فلا يعقل أن تقع مورداً للإجبار.

و من هنا ذكر المصنف-في البحث عن جواز الكذب عند الضروره- أن المكره على إنشاء العقود إنما أكره على التلفظ بصيغه البيع، و لم يكره على إنشاء حقيقه البيع، فالإكراه على البيع الحقيقي يختص بغير القادر على التوريه، كما أن الاضطرار على الكذب مختص بالعاجز عنها.

و عليه فإذا كان شخص مكرهاً على البيع، و لم يورّ-مع قدرته على التوريه-فقد أوجد البيع بإرادته و اختياره. انتهى ملخص كلامه.

أما ما أجاب به المصنف عن ذلك في المبحث المذكور فهو لا يرجع إلى معنى محصل فراجع هناك.

و كيف كان أن المكره على البيع-مثلاً-إنما أكره على التكلم بكلمه

بعت من غير أن يجبر على قصد معناه. وحينئذ فإذا تكلم بذلك مع القصد و الالتفات إلى المعنى كان هذا بيعا حقيقه، لأن شأن الأمور الإنشائية في ذلك شأن الأفعال التكوينية. فكما أن المكروه على إيجاد فعل تكويني في الخارج لا يخلو عن القصد و الإراده، -و لا- يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم و الساهى و المجنون و أمثالهم -كذلك الحال في الأفعال الإنشائية.

نعم صحة العقود و الإيقاعات تدور مدار صدورها من المنشئ في حال الرضاء، و طيب النفس، للأدله الداله على ذلك، و إذا انتفى الرضاء فسدت العقود و الإيقاعات، و لم يترتب عليها أثر شرعى أصلا.

و على الإجمال: إن اعتبار الرضاء في صحة العقود و الإيقاعات اعتبار شرعى، و ليس ذلك من جهه دخله في مفهوم العقد و إلا لم يلتزم بعض العامه (1) بصحة عقد المكروه، ضروره أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يعقل أن يكون عقدا صحيحا.

و على هذا الضوء فصحة بيع المكروه مع لحوق الرضاء به ليست من جهه الإجماع، بل من جهه موافقته للقاعده.

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن و اللاحق، و سيأتى توضيح ذلك في البحث عن بيع المكروه و هذا بخلاف المعاملات الصادره من المجنون و الغافل و المغمى عليه و أشباههم، فإنه لا- يمكن تصحيحها بلحوق رضاهم بها، إذ لا يصدق عليها أى عنوان من عناوين المعاملات، و لا ينطبق عليها أى مفهوم من مفاهيمها. بل لا يصح أن يطلق عليها أى اسم من أسماء العقود و الإيقاعات، إلا أن يكون الإطلاق بنحو من العنايه و المجاز.

ص: ٧٨

١-١) سنذكر ما ذهب إليه هذا البعض في البحث عن بيع المكروه.

و أيضا يدلنا أمران على دخل الرضاء-بالمعنى الثانى-فى صحه العقد، لا فى مفهومه:

١- أنه لو كان شخص مكرها على إجراء الصيغه لعقد خاص لحكم بصحه ذلك العقد، و من الظاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون و شبهه لحكم بفساده، بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه.

٢- أنه قد استدل الامام (عليه السلام)- فى صحيحه البزنطى (١)- بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره و عتاقه و صدقته، و من البين الذى لا ريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الامام (عليه السلام) بالبطلان من جهه عدم تحقق العناوين المذكوره فى الخارج، و لم يحكم بعدم صحتها من جهه حديث الرفع، بديبه أن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى و سيأتى تفصيل هذه المسأله فى البحث عن بيع المكره إنشاء الله تعالى.

بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد

قوله: (فرع لو اختلف المتعاقدان-اجتهادا أو تقليدا-فى شروط الصيغه). أقول: إذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغه فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا بد من أن يأتى كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما؟.

أم يعتبر فى ذلك أن لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل و الانتقال؟.

ص: ٧٩

١- ١) تقدمت هذه الصحيحه فى ص ١٠.

مثلاً: إذا فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب-مع القول بجواز إنشاء العقد بالألفاظ الفارسيه-حكم بفساد العقد الفارسي إذا تقدم قبوله على إيجابه، و في غير ذلك يحكم بالصحة.

و يتوجه على الوجه الأخير: أن عدم وجدان القائل بالصحة لا- يوجب الجزم بالبطلان، إذ من المحتمل القريب أن يكون العقد الفارسي-الذي تقدم فيه القبول على الإيجاب-موافقاً للواقع، و عليه فيكون اجتهاد كل من المتعاقدين صحيحاً في نفس الأمر.

أما الوجهان الأولان فقد ذكر المصنف(ره)أنهما مبنيان على أن الأحكام الظاهريه هل هي بمنزله الأحكام الواقعيه الاضطراريه لكي تكون نسبه الأمارات القائمه عليها نسبه الأسباب إلى مسبباتها، و نسبه الموضوعات إلى أحكامها؟.

أم هي أحكام عذريه:بمعنى أن العامل بها يكون معذوراً في عمله لا أنها أحكام حقيقيه قبال الأحكام الواقعيه، غايه الأمر يكون العامل بها معذوراً في عمله قبل كشف الخلاف؟.

و على الأول فالمؤثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أيضاً و لو كان أحدهما مخالفاً للآخر.

و على الثاني فلا- يترتب عليه أثر أصلا و رأساً، لأن المنشئ و إن رأى ترتب الأثر على إنشائه، إلا- أن صاحبه يراه مخطأ في اجتهاده، و لاغيا في إنشائه، و حينئذ فلا يترتب عليه الأثر في نظره. هذا كله فيما إذا كان بطلان العقد عند كل من المتعاقدين المتخالفين مستندا إلى فعل الآخر، كالعربيه و الصراحه و الماضويه و الترتيب.

أما الموالاه، و التنجيز، و بقاء المتعاقدين على صفات صحه الإنشاء إلى

آخر العقد، فالظاهر أن اختلافهما في ذلك يوجب فساد العقد، ضروره أن فساد العقد من ناحيه الأمور المذكوره يسرى من أحد الجانبين الى الجانب الآخر.

و ذلك من جهه أن قبول الإنشاء التعليقى تعليقى، و أن القبول المنفصل عن الإيجاب بزمان -عند من لا- يعتبر التوالى -يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك، و أن قبول الإيجاب الصادر ممن ليست له أهليه الإنشاء يكون معامله مع شخص خارج عن أهليه الإنشاء.

و على الإجمال إن فساد أحد جزئى العقد و إن كان لا يسرى الى الجزء الآخر. إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر. و هذا واضح لا خفاء فيه. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولاً: أنه لا- وجه لجعل الترتيب مثل الماضويه و العربيه و الصراحه، بل هى مثل الموالاه و التنجيز، بديهه أن التقدم و التأخر من الأمور المتضائفه، فإذا تقدم القبول على الإيجاب فقد تأخر الإيجاب عن القبول ثانياً: أن الأحكام الظاهرية الاجتهاديه ليست بمنزله الأحكام الواقعيه الاضطراريه، و إلا لزم التصويب. و هذا ظاهر.

ثالثاً: أن الاختلاف فى طريقه الأمارات، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبه الى من قامت عنده الأماره، فإنه على القول بالطريقه لا يجوز الاجتزاء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف و على القول بالموضوعيه يلتزم بالاجزاء. و قد تقرر هذا فى مبحث الاجزاء من علم الأصول.

أما بالنسبه الى غير من قامت عنده الأماره فلاكتفاء بمفادها يحتاج الى دليل ليبدل على أن الحكم الظاهرى فى حق كل أحد حكم واقعى نافذ فى حق غيره: بأن يقال: إن من كانت صلاته صحيحه ظاهراً -عند نفسه فلاآخر

أن يرتب عليها آثار الصحة الواقعيه، فيجوز الايتمام به.

و لكن لا دليل على هذه الكبرى الكليه إلا فى جمله من الموارد:

منها ما إذا أسلم الزوجان، أو زوج الكتاييه حكم ببقاء النكاح السابق للأخبار الكثيره (١).

و منها ما إذا اعتقد أحد بصحة العقد الفارسى، و تزوج امرأه به لم يجز لغيره أن يتزوج بهذه المرأه ما دامت فى حبال الزوج الأول، للسيره القطعيه المتصله بزمان المعصومين (عليه السلام).

و منها غير ذلك من الموارد التى دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم الظاهرى موضوع للحكم بالنسبه إلى غيره.

و من هنا لم يناقش أحد من الفقهاء-الملتزمين باعتبار العرييه فى الصيغه فى نكاح الأشخاص القائلين بجواز الإنشاء بغير اللغات العرييه. و كذلك لم يناقش القائل باعتبار الماضويه فيها فى نكاح القائل بجواز الإنشاء بغير الماضى.

و هكذا فى سائر شرائط العقد التى هى مورد لاختلاف الفقهاء رضوان الله عليهم و المتحصل من جميع ما ذكرناه: هو أن مجرد كون مفاد الأماره حكما حقيقيا فى حق الموجب، أو القابل لا يجدى شيئا فى المقام. بل لا بد و أن يكون ذلك حكما حقيقيا فى حق غيره أيضا، لأنه أحد طرفى العقد.

و قد ناقش فى ذلك بعض مشايخنا المحققين، و ملخص كلامه: هو أن الأماره إذا قامت على حكم تكليفى فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبه الى من قامت الأماره عنده على الخلاف دون غيره.

و عليه فيمكن أن يكون الشىء حلالا-بالإضافه الى أحد و حراما بالإضافه إلى شخص آخر-مثلا-إذا قامت الأماره على حليه العصير التمرى بالغليان

ص: ٨٢

عند أحد لم يوجب هذا إلا الحلية الواقعيه بالإضافه الى من قامت عنده الأماره على الحلية دون غيره ممن لم تقم الأماره عنده.و
إذن فليس لغيره ترتيب أثر الحلية إذا كان من فى يده العصير يرى حليته.

و هذا بخلاف الأحكام الوضعيه، فإنها إذا تحققت فى حق أحد-و لو من جهة قيام الأماره عنده-تحققت فى حق الجميع.فإذا
اشترى-من يرى جواز العقد بغير العربى-شيئا بالعقد الفارسى حكمنا بكونه ملكا له واقعا، بناء على القول بالسببيه و الموضوعيه.و
مع تحقق الملكيه واقعا فى اعتبار الشارع-كما هو المفروض-جاز لكل أحد ترتيب الأثر على تلك الملكيه.
و حينئذ فيكون اجتهاد أحد نافذا فى حق غيره أيضا.

و من هنا لا يكون-فى هذه الموارد-كشف خلاف أصلا، بل بتبدل الرأى يتبدل الموضوع لا محاله.

و قد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام، و بين ما إذا قامت الأماره على وجوب صلاه الجمعه-مثلا-فان قيام الأماره و إن كان
يوجب-على الفرض- أن تكون صلاه الجمعه واجده للمصلحه الإلزاميه، إلا أنه لا يقتضى أن تكون المصلحه الموجوده فيها بدلا
عن المصلحه الواقعيه.

و على هذا فإذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحه الواقعيه باقيه على حالها، فيجب تحصيلها. و ليست-فى باب المعاملات-
مصلحه لازمه التحصيل لكى يجرى فيها هذا البيان.انتهى ملخص كلامه.

أقول:هذا الذى أفاده المحقق المزبور و إن كان متينا بناء على السببيه إلا أنا ذكرنا-فى مبحث الجمع بين الأحكام الظاهريه و
الأحكام الواقعيه من علم الأصول-أن الالتزام بالموضوعيه و السببيه حتى السببيه السلوكيه-التي اخترعها المصنف فى رسائله-
مستلزم للتصويب، و إذن فلا يمكن الالتزام

بذلك. فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقه المحض في جعل الأمارات، و لازم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحا فيحكم بالصحة من جانب، و بالفساد من جانب آخر.

و قد يقال إن العقد فعل واحد تشريكي يحصل من الإيجاب و القبول، و عليه فلا بد و أن يكون صحيحا في مذهب كل منهما لكي يمكن ترتب الأثر عليه فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي لمن يرى بطلانه.

و قد يقال أيضا: إن العقد مركب من الإيجاب و القبول، فلا يتحقق مفهومه إلا بهما، و حينئذ فإذا صح من طرف الموجب صح من طرف القابل أيضا إذ لا يعقل وقوعه صحيحا من جانب و فاسدا من جانب آخر.

و لكن التحقيق: هو ما ذكرناه- من الحكم بالصحة من جانب و بالفساد من جانب آخر- ضرورة أن العقد و إن كان متقوما بالإيجاب و القبول، إلا أن ذلك لا يقتضى إلا التلازم في الصحة أو الفساد- بحسب الحكم الواقعي، لأنه لا يمكن في الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشتري، و لا- ينتقل الثمن إلى البائع أما بالنسبة إلى الحكم الظاهري فلا مانع من الالتزام بالتفكيك: بأن يعمل كل من الموجب و القابل بما تقتضيه وظيفته الظاهريه.

مثلا: إذا كان البائع مقلدا لمن يقول بصحة العقد بالفارسي و كان المشتري مقلدا لمن يقول ببطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف في الثمن، لأنه يراه ملكا لنفسه، و لا يجوز له أن يتصرف في المبيع، لأنه خارج عن ملكه في نظره.

أما المشتري فلا يجوز له التصرف في المبيع، لأنه لا يراه ملكا لنفسه بل يراه ملكا لملكه الأول.

و لا عجب في ذلك، لأن التفكيك في الأحكام الظاهريه مما لا يحصى،

فان الماء القليل ينفعل بالنجاسه عند بعض، و لا ينفعل بها عند بعض آخر، و ماء البئر ينفعل بملاقاه النجس عند قوم، و لا ينفعل بها عند قوم آخرين و الغساله محكومہ بالنجاسه عند فقيه، و بالطهاره عند فقيه آخر. و إلى غير ذلك من الموارد الكثيره التي وقع فيها التفكيك في الأحكام الظاهريه.

بحث في المقبوض بالعقد الفاسد و فروعه

اشاره

قوله: (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه) أقول: قد طفت عبارات الأصحاب بأن المقبوض بالعقد الفاسد غير مملوك للقابض، بل هو مضمون عليه:

فغنى غضب المسالك: الاتفاق على أن المقبوض بالعقد الفاسد يضمن.

و عن غضب الكفايه. أنه مقطوع به في كلام الأصحاب.

و عن التذكرة: البيع الفاسد لا يفيد ملكيه المشتري للمعقود عليه.

و لو قبضه لم يملكه بالقبض، و لو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا أجمع.

و عن كشف الحق: أنه ذهب الإماميه أن الشراء الفاسد لا يملك بالقبض و لا ينفذ عتقه، و لا يصح شيء من تصرفه.

و عن السرائر: أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان. و إلى غير ذلك من كلماتهم المذكوره في هذه المسأله.

و ذكر المصنف: أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضمونا عليه

أما العقد السلبي-:أعنى به عدم الملك-فلأن المؤثر فى حصول الملكيه إنما هو العقد،فإذا حكم بفساده و صيرورته كالمعدوم لم يؤثر فى الملكيه.

أما العقد الإيجابى-:أعنى به ثبوت الضمان على القابض-فهو المعروف بين الأصحاب.بل ادعى الشيخ-فى باب الرهن،و فى موضع من البيع-الإجماع عليه صريحا.انتهى ملخص كلامه.

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف: (و ليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء،بل من قبيل إحداث إنمائها غير قابل للملك،فهو كالتالف،لا كالمتلف).اختصاص محل البحث بالتلف،و عدم شموله للإتلاف،بديهة أن الضمان فى صورته الإتلاف أمر واضح،و غير خفى على طلبه العلم فضلا عن الفقيه المتضلع من الفقه.

و وجه الاستظهار:هو أن الظاهر كون العبارة المذكوره جوابا عن سؤال مقدر.و هو أن مورد الخبر الآتى-الوارد فى الأئمه المبتاعه-من قبيل الإتلاف،فيخرج عن مورد بحثنا-فى المقام-لأن البحث-هنا-مختص بالتلف السماوى.أما الإتلاف فلا شبهه فى كونه موجبا للضمان،لقاعده من أتلف و أجاب المصنف عن ذلك بقوله:و ليس استيلادها إلخ.

و يرد عليه:أنه لا وجه للفرق بين التلف و الإتلاف،ضروره أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرض فساد العقد إذا كان مانعا عن ثبوت الضمان باليد كان مانعا عن ثبوت الضمان بالإتلاف أيضا،و عليه فلا-وجه للفرقه بين صورتى الإتلاف و التلف بالالتزام بالضمان فى الثانيه،دون الاولى

اشاره

قد ذكر المصنف: (أن هذه المسأله-:أعنى بها مسأله المقبوض بالعقد الفاسد-من جزئيات القاعده المعروفه:كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده،و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.فالمهم بيان معنى القاعده أصلا و عكسا) ثم أطلال الكلام فى ذلك من حيث الشرح و التفسير و من حيث النقض و الإبرام.و من حيث الاطراد و الانعكاس.

و لكن التحقيق:أنه لا يهمننا البحث فى شىء من هذه النواحي ضروره أن هذه القاعده بألفاظها المذكوره لم ترد فى آيه،و لا فى روايه،و لا أنها جعلت موردا للإجماع،لكى يبحث عنها،و عن مفردات ألفاظها،و عن سعه دلالتها.

بل هذه القاعده غير مغروسه-بالألفاظ المزبوره-فى كلمات القدماء و إنما وجدت و حدثت فى كلمات المتأخرين.و إذن فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركا لهذه القاعده و دليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكى يتضح من ذلك ما هو المدرک لقاعده ضمان اليد أيضا.

فنقول:إنه استدال على الضمان-فى محل الكلام الذى سيتضح لك قريبا-بوجوه شتى:

١-النبوى المعروف:

أعنى به قوله(صلى الله عليه و آله):على اليد ما أخذت حتى تؤديه[١] و يرد عليه:أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر فى أصولنا

المعده لضبط الأحاديث، و إنما أخذة الأصحاب من أصول العامه، و استدلوا به على مقصودهم في كتبهم الاستدلاليه، و إذن فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من الأحكام الشرعيه، فضلا عن جعله من القواعد المسلمه بين الفقهاء، و تسميته بقاعده ضمان اليد.

و دعوى أن الحديث المزبور و إن كان ضعيف السند، و لكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به، و إرسالهم إياه إرسال المسلمات.

دعوى فاسده، لأننا ذكرنا مرارا: أن عمل المشهور بروايه ضعيفه لا يوجب اعتبارها. كما أن إعراضهم عن العمل بالروايه الصحيحه لا يوجب

وهنأا؁ لأن الشهرة فى نفسها لىست بحجه؁ فلا تكون موجهة لحججه الخبر؁ و جابره لضعف سنده. و عليه فلا بد من ملاحظه نفس الخبر؁ فان كان جامعا لشرائط الحججه أخذ به؁ وإلا فإن ضم غير حجه إلى مثله لا ينتج الحججه.

و تفصیل ذلك فى علم الأصول.

و یضاف إلى ذلك: أنه لم یتضح لنا استناد المشهور إلى الحدیث المزبور فى فتاویهم بالضمان فى موارد ضمان الید؁ إذ من المحتمل أنهم استندوا فى ذلك إلى السیره-التي سنتعرض لها قریبا-أو استندوا فى ذلك إلى وجه آخر و إنما ذكروا حدیث ضمان الید تأییدا لمرامهم. فافهم.

٢- الروایات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه

بعد أن أولدها المشتري-أخذها صاحبها؁

ص: ٨٩

و أخذ المشتري ولده بالقيمه حيث إن ضمان الولد بالقيمه-مع كونه نماء لم يستوفه المشتري-يستلزم ضمان الأصل بالأولويه.

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكوره غريبه عن مركز بحثنا، إذ المفروض-هنا-أن يكون البائع مالكا أما المذكور في الروايه فهو كون البائع غاصبا، و من الواضح الذى لا ريب فيه أنه لم يتوهم أحد عدم الضمان فى هذه الصوره حتى فيما إذا كان العقد غير معاوضى كالهبه. و حكمنا بعدم الضمان فى مورد بحثنا.

٣- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه،

(١)

فإنها تشمل المقام أيضا.

و يرد عليه: أن نسبه الحل إلى الأموال و الأعيان إنما هى باعتبار التصرف، إذ لا معنى لحليه الأعيان الخارجيه. كما أن نسبه الحرمة إليها بهذا اللحاظ، ضروره أنه يراد من حرمة الخمر حرمة شربه، و من حرمة المال حرمة التصرف فيه. و من حرمة الأمهات و البنات و الأخوات حرمة نكاحهن و هكذا فى سائر الموارد.

و عليه فالغرض من تلك الروايات إنما هو الحرمة التكليفيه دون الحرمة الوضعيه. و إذن فهى بعيده عن إثبات الضمان و حينئذ فشانها شأن ما دل على حرمة التصرف فى مال غيره بدون إذنه (٢) فكما أن الطائفه الثانيه

ص: ٩٠

١- ١) قد ذكرناها فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

٢- ٢) قد ذكرناه فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

ظاهره فى الحكم التكللفى فقط، كذلك الطائفه الأولى. فلا تعرض فىها للضمنان.

٤- قوله (علفه السلام) (حرمه ماله-: أى المؤمن- كحرمه دمه ١

فان الظاهر من هذه الجملة هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمنان، و أنه لا يذهب هدرًا، كما أن دمه لا يذهب هدرًا.

و يتوجه علفه: أن هذه الجملة المباركة- لو دلت على الضمان- فإنما تدل علفه فى فرض الإتلاف، دون التلف، إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن بآفه سماويه ضمن به سائر المؤمنين، و علفه فىكون الدليل أخص من المدعى.

و يضاف إلى ذلك: أن هذه الجملة الشريفه المذكوره فى عماد جمل اخرى التى هى ظاهره فى الحكم التكللفى، و هى ما يلى: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصيه، و من الواضح أن اتحاد السياق يقتضى إرادته الحكم التكللفى من هذه الجملة أيضا. و إذن فهى بعیده عن إثبات الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

بل الظاهر أن المراد من كلمه الحرمه- فى قوله (علفه السلام): حرمه ماله كحرمه دمه- هو مقابل الحل، فىكون راجعا إلى الحكم التكللفى، لا بمعنى الاحترام

لكى يدل على الحكم الوضعى، و عليه فمنزله هذه الجملة منزله الروايات المتقدمه الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و قد عرفت-قريباً- عدم دلالتها على الضمان.

و إن أبيت عن ظهورها فى ذلك فلا ظهور لها فى إثبات الضمان أيضاً، فتكون مجمله.

و قد تفسر حرمه المال-فى الجملة المزبوره- بأنه لا تجوز مزاحمه صاحبه بوجه حدوثا و بقاء، و هذا و إن كان لا يفيد إلا الحكم التكليفى ما دامت العين باقيه، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاء للمزاحمه المحرمه فلا بد من رفعها، و لا يمكن رفعها إلا بأداء مثله أو قيمته، و عليه فتدل الروايه على الحكم التكليفى بالمطابقه، و على الحكم الوضعى بالالتزام.

و لكن يرد عليه: أن البحث-هنا- إنما هو فى أصل اشتغال الذمه، و هو مشكوك فيه فى المقام-و من الظاهر أن حرمه المزاحمه لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان.

٥- ما ورد فى جملة من الروايات أنه: لا يصلح ذهاب حق أحد

ص: ٩٢

فإنه يشمل المقام أيضا.

و الجواب عن ذلك: أن الاستدلال بهذه الجملة على الضمان يتوقف على أن يراد بالحق المال، وأن يكون عدم صلوح ذهابه كناية عن ضمانه، ولم يثبت شيء من الأمرين.

بل إن تلك الجملة واردة في مورد الوصية، وأن للمسلم أن يوصى بماله، وهذا حق له، ولا يصلح أن يذهب حقه، وعليه فإن أمكن الإشهاد عليه من المسلمين فهو، وإلا تجوز شهاده غيرهم أيضا وهذا معنى أجنبي عما نحن فيه بالمره.

و يضاف إلى ذلك أنها لا تشمل صورته التلف، فيكون الدليل أخص من المدعى.

٦- الروايات الدالة على نفي الحكم الضري في الشريعة المقدسه

ص: ٩٣

و من الظاهر أن الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك، فينفي بأدله نفي الضرر.

و الجواب عن ذلك أولاً: أنه لا دلالة في هذه الروايات على الضمان -هنا- سواء أريد منها نفي الحكم الضرري بداءه، كما عليه المصنف، أم أريد منها نفي الحكم الضرري بلسان نفي موضوعه، كما عليه جمع من المحققين.

و الوجه في عدم دلالتها على ذلك: هو ما ذكرناه في محله من اختصاص أدله نفي الضرر برفع الأحكام المجعولة في الشريعة. أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم -كالضمان في المقام- فأدله نفي الضرر لا تنفي بنفيه ليثبت الجعل الشرعي: أي الضمان.

ثانياً: أن محل الكلام في المقام -هو الضمان بالبدل الواقعي، فإن الضمان بالمسمى غير ثابت قطعاً، و عليه فتقع المعارضه في شمول أدله نفي الضرر لكلا الطرفين، إذ قد يزيد البدل الواقعي على المسمى بكثير. و وقتئذ الحكم بضمان القابض له مع عدم إقدامه عليه بوجه يوجب تضرره لا محاله.

ثالثاً: أن هذه الروايات لو دلت على الضمان فإنما تدل عليه في موارد الإلتلاف، أو في موارد استيفاء المنافع، أو فيما كان العمل بأمر الأمر. أما

فى فرض التلف السماوى-مع تحفظ القابض عليه-فلا موجب لاضراره دفعا لتضرر المالك.

و على الجملة:انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمه على الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد.نعم الدليل على الضمان-هنا- إنما هو السيره،فإنها قائمه على ضمان اليد فى أمثال ذلك،و لم يثبت ردعها من ناحيه الشارع المقدس و سيأتى تفصيل ذلك فى الوجه الآتى.

٧-قاعده الإقدام التى ذكرها الشيخ فى المبسوط،

حيث إنه علل الضمان -فى موارد كثيره من البيع و الإجاره الفاسدين-بدخول القابض على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى،فإذا لم يسلم،له المسمى رجع إلى المثل أو قيمه.

و من تلك الموارد ما ذكره فى فصل تفریق الصفه من البيع،و قال نضا (و إنما وجب الضمان عليه،لأنه أخذ الشىء بعوض،فإذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف فى يده).

و قد ناقش المصنف فى هذا الوجه أولاً:بان ما أقدم عليه المتعاقدان غير ممضى للشارع،و حينئذ فإذا ثبت الضمان بالمثل أو قيمه فقد ثبت بدليل خاص،لا بقاعده الإقدام.

ثانياً:بان ما ذكره من التعليل ليس بمطرد،و لا بمنعكس،إذ قد يتحقق الاقدام و لا يترتب عليه الضمان.كما فى صورته تلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح،فإن المشتري قد أقدم على الضمان-هنا-و لكن لا ضمان عليه.

و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد،و مع ذلك يتحقق فيه الضمان، كما إذا اشترط المشتري فى عقد البيع-أن يكون ضمان المبيع-مع تلفه فى يده-على البائع.

أو قال البائع للمشتري: بعثك متاعى هذا بلا ثمن.

أو قال المؤجر للمستأجر: آجرتك دارى هذه بلا اجره. انتهى ملخص كلامه.

و الظاهر أن ما ذكره شيخ الطائفة موافق للتحقيق، فلا يتوجه عليه شىء مما ذكره المصنف:

أما الوجه الأول-الذى ذكره المصنف-فیرد علیه: أن الاقدام فى نفسه ليس عله تامه للضمان لكى يدور الضمان مدار الاقدام وجودا و عدما، و إنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من المالك مجانا. و قد قامت السيره القطعيه العقلائيه الممضاه للشارع على أن التسلط على مال الغير تسلطا غير مجاني موجب للضمان، و حيث إن الشارع المقدس لم يمض الضمان بالمسمى فيثبت الضمان بالمثل أو قيمه. و إذن فثبوت الضمان انما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع لا بالاقدام الساذج لكى يناقش فيه بما ذكره المصنف.

أما الوجه الثانى-الذى ذكره المصنف-فیرد علیه: أنه لا وجه له لنقض اطراد القاعده و انعكاسها بالأمثله المذكوره:

أما ما ذكره من عدم الضمان فى بعض موارد الاقدام-كتلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح-فلما عرفته من أن الاقدام بنفسه لا يوجب الضمان و إنما الموجب له الاقدام المنضم الى القبض.

بل قد تقدم فيما سبق (1) و يأتي فى أحكام القبض: أن التسليم و التسلم من متمات الملكيه المترتبه على البيع بمعنى: أن المرتكز فى أذهان العامه هو أن ضمان المشتري للمبيع، و ضمان البائع للثمن انما هو مشروط بالقبض

ص: ٩٦

فكل منهما إنما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه، لا مطلقاً، و عليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلائي.

أما ما ذكره-من تحقق الضمان مع اشتراطه على البائع-فيرد عليه:

أنه لا صلة له بما نحن فيه، لأن المشتري قد أقدم على ضمان المسمى من جهة البيع، غايه الأمر أنه شرط على البائع ضماناً من دون سبب يقتضيه، و عليه فإن قلنا بفساد هذا الشرط مع إفساده، أو عدمه، أو قلنا بصحته كان ذلك خارجاً عما أراد المصنف من ثبوت الضمان بلا إقدام.

أما ما ذكره-من نقض القاعده بالبيع بلا ثمن، أو بالإجاره بلا اجره فهو غريب عما نحن فيه، لأنهما و إن كانا بحسب الصورة يباعا و إجاره، إلا أنهما-في الحقيقه-من قبيل الهبه و العاربه، نهايه الأمر أنهما قد انشئتا بلفظي البيع و الإجاره.

و من الظاهر أن أمثال هذه الإنشاءات تعد في نظر أهل العرف من الأغلاط، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمه (بعتك المتاع الفلاني بلا ثمن).

في إنشاء الهبه، و لا استعمال كلمه (آجرتك الشئ الفلاني بلا اجره) في إنشاء العاربه.

و قد عرفت في البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المغلظه في نظر أهل العرف لا يعد إنشاء صحيحاً عندهم. و إذن فيحكم بفساد الهبه و العاربه المذكورتين، و لا يحكم بالضمان عندئذ، لعدم الموجب له.

فتحصل من جميع ما حققناه: أن ثبوت الضمان-في المقام-إنما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيره القطعيه العقلائيه المتصله بزمان المعصومين (عليه السلام) و غير المردوعه من قبلهم. أما بقيه الوجوه المتقدمه فقد

عرفت أن الاستدلال بها على الضمان-هنا-لا يرجع الى معنى محصل.

و عليه فيحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد مطلقا من ناحيه السيره المزبوره.سواء فى ذلك التلف و الإتلاف.

و اذن فمدرك الضمان فى قاعده ضمان اليد،و فى المقبوض بالعقد الفاسد انما هو هذه السيره.هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر،و الله العالم بالواقع.

بحث فى بعض الأعمال المضمونه

قوله:(و يبقى الكلام حينئذ فى بعض الأعمال المضمونه) أقول:قد عرفت أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض.و هل يحكم بضمن الأعمال التى لا ترجع نفعها الى الضامن،و لم تقع فى الخارج بأمره-كالسبق مثلا فى المسابقه الفاسده-أم لا؟.

قد حكم الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق اجره المثل.

و حكم قوم آخرون بالاستحقاق.

و التحقيق هو الأول،لأن مناط الضمان إما الاستيلاء على أموال الناس أو استيفاء منافعها،أو الأمر بعمل محترم مع صدوره من المأمور فى الخارج،سواء أوصل نفع ذلك العمل الى الأمر أم لم يصل اليه.

و من الظاهر أن هذه الجهات كلها منتفيه فى المسابقه الفاسده،بديهه أن الصحيح منها انما يوجب الضمان من جهه إمضاء الشارع هذه المغالبه،لأجل الاهتمام بأمر الجهاد مع الكفار،حيث ان فى المسابقه و المراماه تمرينا للحرب،و تهيئا إليها،و لو لا هذه الناحيه لم تفترق المسابقه و المراماه من سائر أنواع القمار الذى نهى عنه وضعا و تكليفا بالآيات المتظافره،و الروايات

المتواتره من طرقنا، و من طرق العامه. و قد تعرضنا لها و لحرمة القمار بأنواعه تفصيلا فى الجزء الأول.

و على هذا الضوء فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقه و صار فاسدا كان ذلك مصداقا للقمار المحرم، فيكون أكل المال به أكلا- له بالبطل، إذ المفروض أنه لم يتحقق- فى مورد المسابقه الفاسده- ما يوجب الضمان ضروره أنه لم يوجد فيها الا سبق السابق و من البديهي أن هذا السابق ليس بأمر المسبوق، و لا- أن نفع هذا العمل قد وصل اليه، و لا أنه أتلف شيئا من أموال السابق، و اذن فكيف يحكم- هنا- بالضمان.

و بتعبير آخر: أن حرمة القمار من ضروريات الدين الإسلامى، و قد خرجت منها المسابقه الصحيحه فقط لمصالح خاصه، أما غيرها فهو باق على حرمة.

هل يفرق فى الضمان بين علم الدافع و جهله؟

قوله: (ثم انه لا- فرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، و بين علمه مع جهل القابض). أقول: الوجه فى ذلك هو ما ذكرناه آنفا من قيام الدليل على الضمان على وجه الإطلاق، و هو السير العقلائي القائم على ضمان اليد مع الاقدام. و قد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد، ضروره أن المالك مع علمه بالفساد- قد سلط القابض على ماله، و عليه فيصبح المال أمانه مالكيه عند القابض، و حينئذ فإذا تلف عنده لم يحكم بضمانه، للروايات (1) الداله على

ص: ٩٩

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط.

و يرد عليه: أن المالك-عندئذ-و ان سلط القابض على ماله، الا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانه مالكيه عند القابض، لكي لا يحكم بضمانه مع التلف، بل انما هو تسليط بإزاء العوض، و من الواضح أنه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره-على النهج المزبور-حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط، و المفروض عدم سقوطه بذلك، فلا صلة له بموارد الاستيمان حتى يحكم بعدم الضمان-هنا-من ناحيه ما دل على عدم الضمان هناك و دعوى: أن الاذن المتحقق في ضمن العقد مسقط للضمان.

دعوى جزافيه، بداهه أن الاذن المتحقق في ضمن العقد ليس إذنا مطلقا و انما هو اذن مقيد بدفع عوض المقبوض.

و قد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع و جهل القابض، لقاعده الغرور.

و لكن هذا التخيل باطل، لأن الغرر بمعنى الخديعه، و من الظاهر أنه لا- يتحقق إلا- بأمرين أحدهما علم الغار، و ثانيهما جهل المغرور. و بديهى أن القابض و ان كان-هنا-جاهلا بفساد العقد، الا أنه عالم بأن أخذه هذا ليس أخذا مجانيا، بل إنما هو أخذ بإزاء العوض.

نعم لا بأس بالتمسك بهذه القاعده في الزائد عن العوض المسمى ضروره أن الدافع غار بالنسبه الى هذا الزائد. فيرجع اليه، لا الى القابض المغرور و سيأتى تفصيل ذلك في البحث عن بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب.

ثم انه لا وجه لإثبات الضمان-هنا-بإطلاق النص و الفتوى-كما فى المتن-لما عرفته آنفا من عدم تماميه النص-أعنى به حديث على اليد-فضلا عن التمسك بإطلاقه.

ص: ١٠٠

هل تضمن العين المستأجره فى الإجاره؟

قوله: (ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسدا، لأن صحيح الإجاره غير مفيد لضمانها)، أقول المحكى عن القواعد و التحرير و التذكرة: أن صحيح الإجاره غير مفيد لضمان العين المستأجره، و مقتضى ذلك أن فاسدها أيضا لا يفيد الضمان.

و عن جامع المقاصد- فى باب الغصب-: أن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجره فاسدا باستيفاء المنفعه.

و فى الرياض: (العين مضمونه فى يد المستأجر مطلقا، كما نسب الى المفهوم من كلمات الأصحاب). و قال المصنف: الظاهر أن المحكى عنه هو المحق الأردبيلى فى مجمع الفائده.

و التحقيق: أن العين المستأجره قد تكون تحت يد مالکها و لا يتسلط عليها المستأجر، كما إذا استأجر دابه لکى يحمل المكارى متاعه معها الى مكان خاص، و لا ريب: أن ضمان الدابه حينذاك على المالك، لا على المستأجر فإن الإجاره المجرده لا توجب ضمان متعلقها.

و قد تكون العين المستأجره عند المستأجر، لا من جهه اقتضاء الإجاره ذلك، بل من جهه خارجيه، كما إذا فرضنا أن المكارى قد فوض حمل المتاع فى فرض المثل الى المستأجر، فإن الدابه عندئذ تكون أمانه عند المستأجر و هذا أيضا لا يوجب ضمانه، فإنه أمين.

و قد تكون العين المستأجره عند المستأجر من جهه اقتضاء الإجاره ذلك كما إذا استأجر دارا ليسكنها فانهدمت الدار، و هذا هو مورد الخلاف بين

الأصحاب، حيث ذهب جمع منهم الى الضمان-هنا-و ذهب جمع آخر منهم الى عدمه.

ثم انه قد استدل على الضمان بوجهين:

١- أن قاعده ضمان اليد تقتضى الضمان، وقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانيه بالأولى.

و الجواب عن ذلك: أن القاعده الثانيه وارده فى مورد القاعده الأولى و عليه فلا- وجه لتوهم المعارضه، كما لا- وجه لتوهم التخصيص.

٢- أن العين- فى الإجاره- خارجه عن مورد العقد خروجاً موضوعياً ضروره أن الإجاره تمليك للمنفعه، دون العين، فالضمان فى مورد الإجاره على طبق القاعده، بدهه أن المراد بما يضمن فى العقود، و ما لا يضمن هو ما يرد عليه العقد- كالعوضين فى البيع، و المنفعه، و بدلها فى الإجاره- لا- ما هو خارج عنه، كالعين فى الإجاره، غايه الأمر: أن تسليمها إلى المستأجر- فى فرض صحه الإجاره- انما كان لأجل استيفاء المنفعه، فتكون أمانه عنده و يلحقها حكمها أما إذا كانت الإجاره فاسده فإن المؤجر و ان دفع بنفسه العين إلى المستأجر، الا أن دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للانتفاع من العين المستأجره. و المفروض أنه غير مستحق لذلك، فتكون يده على العين يد عدوان موجه للضمان، لا يد أمانه، و عليه فلا يرد النقض على عكس القاعده بالإجاره الفاسده.

و الجواب عن ذلك: أن مورد الإجاره و ان كان هو المنفعه، دون العين، الا أنها داخله فى عقد الإجاره بالشرط الضمنى، و عليه فيحكم بعدم الضمان فى صحيح الإجاره و فاسدها، بناء على صحه عكس القاعده.

و من هنا اتضح لك جلياً: أنه لا نحتاج فى إدخال العين المستأجره فى

عقد الإجاره الى ما ارتكبه صاحب الكفايه من التكلف فى حاشيته على المتن و إليك نصه:

(التحقيق: أن مورده:- أى العقد-فيها:- أى فى الإجاره-نفس العين، و لذا يقال: آجرت الدار، و استأجرتها، و أن الإجاره عباره عن إضافه خاصه بين العين المؤجره و المستأجر، و من آثارها تملك منفعتها.

و التعريف بالتمليك تعريف بالرسم. مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضا نفس العين، فإنها تملك المنفعه، و لا يكاد يكون مورده و متعلقه الا العين) و يضاف الى ذلك: أن الإجاره و ان تعلقت بالعين، الا أن مدلولها تملك المنفعه، و لذا تتعلق بما لا- يقبل نحو من التملك و التملك، كالحر و عليه فالمنشأ هو تملك المنفعه، و العين المستأجره خارجة عن موردها و ان كان يلزم تسليمها إلى المستأجر لاستيفاء المنفعه، و عليه فعقد الإجاره تملك للمنفعه مع اشتراط تسليم العين إلى المستأجر أمانه، و حيث لا ضمان فى صحيح الأمانه - كما إذا كانت الإجاره صحيحه- لا يكون ضمان فى فاسدها أيضا.

قيل: ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعه من العين المستأجره انما يكون مقدمه لاستيفاء المنفعه، و من باب اللابديه جريا على ما يقتضيه عقد الإجاره من تملك المستأجر المنفعه، فإذا فرض فساد الإجاره انتفى الاستيمان لانتفاء منشئه، و ما كان يتوقف عليه و هو تملك المستأجر المنفعه. و عليه كانت العين مضمونه على المستأجر.

قلنا: ان تسليم العين للمستأجر و ان كان مبني على صحه الإجاره، و ناشئا من البناء عليها، الا أن التسليم قد تحقق فى الخارج على الفرض، فلا معنى لتوقفه على صحه الإجاره، فلا محاله يكون البناء على صحتها، أو اعتقادها داعيا

الى التسليم الخارجى.

و تخلف الداعى لا يضر بتحقق التسليم أمانه،و لا يوجب ارتفاع حكم الامانه،و هو عدم الضمان مع التلف.

ألا ترى أن المالك إذا قدم طعاما للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجز له أكله إذا لم يكن عالما؟.

أو أن ذلك من قبيل تخلف الداعى؟.

لا ينبغى الإشكال فى أن الصحيح هو الثانى،فإن الإقدام على إتلاف المال مجانا قد تحقق وجدانا غايه الأمر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع.

و قد ظهر مما ذكرناه:أنه لا فرق-فى عدم الضمان فى موارد الإجاره- بين علم الموجر بفساد العقد،و جهله به.

ثم أنه يشكل اطراد القاعده فى موارد

هل تنتقض القاعده بالصيد الذى

استعاره المحرم؟

قوله:(ثم انه يشكل اطراد القاعده فى موارد:منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العاربه). أقول:لا شبهه فى أن المستعير إذا استعمل العين المعاره فى غير الجهه التى استعارها لأجلها ضمنها مطلقا و ان لم يشترط ضمانها عليه،و لا أنها كانت من الذهب و الفضة.

كأن استعار عباءه ليلبسها،و لكن استعملها فى إطفاء الحريق.

أو استعار فراشا ليفترش به الا انه استعمله فى سد الساقيه و لا ريب فى خروج هذه الصوره عن مورد البحث.

ص:١٠٤

بل مورد البحث إنما هو استعاره الشيء لجهه خاصه، واستعماله في تلك الجهه من دون أن يكون فيه تعد و تفريط.

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمه الصيد الذي استعاره من المحل، وذلك لفساد العاريه، مع أنه لا ضمان في العاريه الصحيحه و إذن فيكون ذلك نقضا لاطراد القاعده.

و من هنا ناقش الشهيد الثاني (ره) في القول بالضمان على تقديرى الصحه و الفساد.

و أجاب عنه المصنف، و قال: (إن وجه ضمانه-بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله، و أداء قيمته-أن المستقر عليه قهرا بعد العاريه هي القيمه، لا العين، فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو مسبب لضمان ملك الغير في كل عقد، لا بسبب التلف).

و حاصل كلامه: أنه يجب على المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذي استعاره من المحل، و لا شبهه في أن الإرسال لا ينفك عن الإلتلاف، و من المعلوم أنه متى ما تحقق وجوب الإلتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل، لمكان الملازمه بين التسبب تشريعا إلى السبب، و بين التسبب إلى مسببه، لاستحاله انفكاك السبب عن المسبب. فإذا كان التسبب المزبور موجودا قبل تحقق التلف في الخارج كان المسبب أيضا موجودا قبله، و عليه فلا يكون ذلك نقضا لاطراد القاعده.

نعم لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقض المزبور و قد عرفت خلافه.

و يتوجه عليه: أن وجوب الإرسال لا يترتب عليه إلا لزوم إيجاد

سبب الضمان، و این هذا من ثبوت نفس الضمان مع عدم تحقق سببه. و من هنا لو عصى المحرم المستعير، ورد الصيد إلى مالكة لم يكن ضامنا قطعاً.

و نظير المقام ما إذا وجب على المستعير إتلاف العاربه لسبب آخر، كما إذا توقف عليه حفظ نفس محترمه أ فهل يحتمل الحكم بالضمان بمجرد الإيجاب ما لم يتحقق الإتلاف فى الخارج، بل و إن ردها على المعير؟ لا شك فى عدم احتمالها، و ليس ذلك إلا من جهه أنه لم يتحقق فيه ما هو موجب للضمان.

و قد انجلى مما ذكرناه فساد القول بالضمان من جهه أن إيجاب الإرسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكة، و الامتناع الشرعى كالامتناع العقلى. و عليه فعدم التمكن من أداء المال إلى مالكة يقتضى دفع بدل الحيلولة.

و قد ذكر شيخنا الأستاذ وجهاً آخر للضمان، و حاصله: أن الصيد -بأخذ المحرم له- يخرج عن ملك مالكة، فيكون أخذ المحرم له إتلافاً له على المالك، فيضمنه.

و الجواب عن ذلك: أنه لا دليل على خروج الصيد عن ملك مالكة بأخذ المحرم له. و إنما الثابت: أن المحرم لا يملك الصيد، لا حدوثاً، و لا بقاء فلو صاد و هو محل ثم أحرم خرج الصيد عن ملكه، و بين الأمرين بون بعيد.

فتحصل مما حققناه: أن الصحيح هو القول بعدم الضمان بتلف الصيد عند المحرم المستعير، كما هو الحال فى غير المحرم.

ثم إنه يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصرح بالضمان فى صورته التلف السماوى الذى هو مورد البحث -فى المقام- و أن حكمهم بالضمان إنما هو فى صورته الإرسال بعد الاستعارة، فيكون ذلك داخلاً فى الإتلاف.

نعم يظهر من المحقق فى عاربه الشرائع الضمان مطلقاً، و إليك لفظه: (و لا يجوز

للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لأنه ليس له إمساكه، فلو أمسكه ضمنه و إن لم يشترط عليه ذلك في العاربه).

و ظاهر كلامه هذا: هو الحكم بالضمان فى فرض التلف، فان تعميم الحكم بالضمان للاشتراط و عدمه ظاهر فى أن موضوع كلامه هو التلف، دون الإتلاف.

و لكن السيد-بعد ما نقل كلام المحقق-قال: و هذه العبارة- كما ترى-مختصه بصوره الإتلاف بالإرسال، فلا تشمل ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن هذا ناشئ من إضافه كلمه (ثم أرسله) قبل كلمه (ضمنه) إلى عباره المحقق. إلا أنها غير مذكوره فى عبارته، بل زاداها صاحب الجواهر سهوا.

ثم هل يثبت الضمان مع الإرسال مطلقا، أم يختص ذلك بصوره جهل المعير بالحال؟.

فذهب السيد إلى الثانى، بدعوى أن الدافع مع علمه بالحال يعد متلفا لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالإتلاف، فلا وجه لاستقرار القيمه فى ذمته.

و الجواب عن ذلك: أن المعير و إن كان عالما، إلا أن الإتلاف مستند إلى المستعير، لأنه-بعد ما استعار الصيد من المحل-فقد أتلفه بإرادته و اختياره، و حينئذ فيثبت عليه الضمان، لا على المعير. و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

هل تنتقض القاعده بالبيع الفاسد؟

قوله: (و يشكل اطراد القاعده أيضا فى البيع فاسدا بالنسبه إلى المنافع التى لم يستوفها، فان هذه المنافع غير مضمونه فى العقد الصحيح مع أنها مضمونه

فى العقد الفاسد) أقول: لم نفهم وجها صحيحا لتقييد المنافع بغير المستوفاه و ذلك، لأن لمنافع المستوفاه أيضا غير مضمونه فى العقد الصحيح، مع أنها مضمونه فى العقد الفاسد و لعل وجه تقييدها بغير المستوفاه: أن المنافع إذا كانت من الأعيان - كاللبن و الصوف - فاستيفاؤها إتلاف لها، و إذا كانت من غير الأعيان فالاستيفاء بمنزله التلف. و على كل حال فالحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يمكن أن يكون نقضا للقاعده بناء على أن موردها التلف، دون الإتلاف.

و كيف كان فقد يورد على القاعده بضمان المنافع غير المستوفاه مع أنها لم تكن مضمونه فى العقد الصحيح.

و قال السيد فى الجواب عن النقض: إن (المنافع و ان لم تكن مقابله بالمال، الا أنها ملحوظه فى قيمه، و زياده الثمن، و هذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونه.

و من هنا يعرف حال الشروط، فإنه لو فرض شرط الخياطه فى عقد فاسد، فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامنا، لأن فى الصحيح و ان لم يكن الشرط مقابلا بالمال، الا أنه ملحوظ فى زياده الثمن و نقصانه، فكأنه مقابل بالمال، و لذا اشتهر أن للشرط قسطا من الثمن: يعنى فى اللب).

و يرد عليه: أن دخل المنافع فى زياده الثمن لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين. كما أن الشروط لها دخل فى زياده قيمه، مع أنها خارجه عن حول القاعده.

أما ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطه فلأجل احترام العمل، و استناد تحققه فى الخارج إلى أمر المشروط له، و عليه فلا صلح له بالمقام.

و قال شيخنا المحقق: (ربما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمنا لضمان المنافع الفائته فى الصحيح و الفاسد، كما إذا كانت العين لها أمد خاص،

و عمر مخصوص، فإذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمه العين، و هذا النقص ملحوظ فى الصحيح و الفاسد).

و يتوجه عليه: أن مضى مده خاصه من عمر العين و ان أوجب نقصاناً فيها، إلا أن الضمان- هنا- بالعين، لا بالمنافع غير المستوفاه، و لذا اعترف فى آخر كلامه بأنه (لا فرق حيثنذ بين القول بضممان العين و المنافع، أو ضمان العين تامه).

و قال شيخنا الأستاذ: (إن المدار على مورد العقد، و مورده فى البيع هو نفس العين، و انما المنافع فى الصحيح تابع للعين بحكم الشارع، و فى الفاسد حيث ان العين لم تنقل الى القابض فيضمن منافعها).

و يرد عليه: أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسده، بديهه أن المنافع فى الهبة الصحيحه تابعه للعين. و حيث ان العين لم تنقل الى المتهب فى الهبة الفاسده فتضمن منافعها.

و التحقيق: أن النقص غير وارد على القاعده. و توهم انتفاضها بما ذكر انما نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى.

و توضيح ذلك: أن النسبه بين تملك المنافع، و تملك العين هى العموم من وجه، إذ قد تملك المنافع دون العين- كما فى الإجاره- و قد تملك العين دون المنافع- كما إذا باعها مسلوبه المنفعه- و قد تملكان معاً، و عليه فملكه العين لا تلازم ملكه المنافع، و انما تملك المنافع فى البيع بنفس السبب لملكه العين، ففى الحقيقه كان الثمن بإزاء العين بالأصالة، و بإزاء منافعها بالتبع.

و على هذا فكل من العين و المنفعه مورد للعقد، نهايه الأمر أن العين مورد للعقد بالأصالة، و المنافع مورد له بالتبعيه، و من الواضح أن عقد البيع مما يضمن بصحيحه و فاسده. سواء فى ذلك نفس المبيع و منفعه. و اذن فلا

وجه لتوهم انتقاض القاعده طردا بالبيع الفاسد.

نعم إذا ارتفع العقد بالفسخ، أو بالإقاله لم تضمن المنافع الفائته، أو المنافع المستوفاه قبل الارتفاع، ضروره أن هذه المنافع انما حصلت فى ملك المشتري، فيكون المشتري مسلطا عليها.

نعم إذا تعبت العين بتصرف المشتري كانت مضمونه عليه، فان الإقاله و ان كانت عقدا جديدا، الا أنها تقتضى رجوع العين بخصوصياتها التى وقع عليها العقد، و المفروض أن العقد قد وقع على العين الصحيحه، فلا بد و أن ترجع كما كانت. و مع التخلف يحكم بالضمان.

هل تنتقض القاعده بحمل المبيع فاسدا؟

قوله: (و يمكن نقض القاعده أيضا بحمل المبيع فاسدا).

أقول: قد حكى عن الشيخ فى المبسوط، و المحقق فى الشرائع، و العلامه فى التحرير انتقاض القاعده بحمل المبيع فى البيع الفاسد، حيث انه مضمون على المشتري، مع أنه غير مضمون عليه فى البيع الصحيح بناء على أنه للبائع.

و عن الدروس توجيه كلام العلامه بما إذا اشترط دخول الحمل فى البيع، و هذا هو المحتمل القريب، و حينئذ فلا نقض على القاعده. و عليه فالنزاع- هنا- لفظى، فإن القائل بالضمان انما أراد صورته كون الحمل جزءا من المبيع. و أن القائل بعدمه انما أراد صورته خروج الحمل عنه، فيكون شأن الحمل- هنا- شأن نفس العين فى الإجاره، و كما أن العين خارجه عن مورد عقد الإجاره، كذلك الحمل- هنا- و اذن فلا تنتقض القاعده بذلك.

ص: ١١٠

هل تنتقض القاعده بالشركه الفاسده؟

قوله: (و يمكن النقض أيضا بالشركه الفاسده بناء على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان). أقول: غير خفى على الناقد البصير، و المتأمل الخبير: أن تفريع الضمان على الحكم التكليفى -: أعنى به حرمة التصرف فى مال الغير- واضح الفساد، إذ لا ملازمه بينهما أصلا و رأسا، لأنه بناء على أن عقد الشركه لا يقتضى جواز التصرف فى المال المشترك- كما هو الظاهر- فإنه عندئذ و ان كان لا يجوز لكل من الشريكين أن يتصرف فى المال المشترك فيه بدون اذن صاحبه. الا انه لو تلف المال المزبور بغير تفريط من أحدهما لم يحكم بالضمان، لأن كلا منهما قد فوض زمام ماله الى شفيعه، و جعله أمينا فى ذلك، و من الواضح أنه لا ضمان على الأمين، و لا يفرق فى ذلك بين الشركه الصحيحه و الشركه الفاسده. و اذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعده بذلك.

هل ينتقض أصل القاعده بالنكاح الفاسد؟

قد يتوهم أن أصل القاعده ينتقض بالنكاح الفاسد، ضرورة أن النكاح الصحيح يوجب ضمان الصداق للمرأة دون فاسده إذا كانت المرأة عالمه بالفساد فإنها وقتئذ زانيه، فلا مهر لبعي.

و لكن هذا التوهم فاسد، فان ضمان المهر فى عقد النكاح انما هو بإزاء الزوجيه، دون البضع، فالضمان- هنا- ثابت بنفس العقد، فإذا انتفى

العقد من ناحيه حكم الشارع بالفساد انتفى الضمان أيضا. و محل الكلام-في المقام-هو ما كان سبب الضمان أمرا آخر وراء العقد، كالتبضع في العقد فان التلف قبله من مال البائع.

و على الجملة: أن التبضع و سائر الاستمتاع لا مالیه لها في حكم الشارع، و من هنا لو حبس أحد زوجته غيره، و فوّت عليه جميع الاستمتاع لم يضمن بشيء، و ليس ذلك إلا لأجل أن التبضع و سائر الاستمتاع لا تقابل بالمال.

نعم قد ثبت مهر المثل في موارد الوطى بالشبهه تعبدا، لاحترام الاعراض و صفوه الكلام: أن مورد البحث في قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انما هو العقود الصحيحه و الفاسده التي يكون الضمان فيها مستندا الى غير العقد و عليه فثبوت الصداق في النكاح الصحيح، و عدم ثبوته في الزناء بعيد عن محل الكلام رأسا.

و بذلك تظهر الحال في العقد المنقطع-أيضا-فإن الأجره فيه -أيضا-بإزاء نفس الزوجيه، دون التبضع. و تبعض الأجره مع عدم التمكين في بعض المده انما هو من جهه النص الخاص. أما في موت المرأه أثناء المده فالتبعض على القاعده. و اذن فلا تنتقض القاعده بالنقض المزبور.

ما هو المدرك لعكس القاعده؟

قوله: (ثم ان مبنى هذه القضيه السالبه على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولويه). أقول: قد عرفت فيما سبق-أن المدرك الصحيح لأصل القاعده انما هو ضمان اليد الثابت بالسيره العقلانيه الممضاه من قبل

الشارع. وقد عرفت- أيضا فيما تقدم- أن مناط الضمان في ذلك هو التسليط غير المجاني.

أما المدرك لعكس القاعده- أعنى به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده- فقد ذكر المصنف: أن مدركه- على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط- هو الأولويه، لأن دليل الضمان عنده انما هو الاقدام، وإذا لم يوجب الاقدام الضمان في العقد الصحيح- كالرهن الصحيح مثلا- لم يوجب ذلك في العقد الفاسد- أيضا- بالأولويه، ضروره أن العقد الفاسد لغو محض و أنه بمنزله المعدوم. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن عدم الضمان في العقد الصحيح- كالهبة الصحيحه مثلا- انما هو من جهة كون المال ملكا مجانيا للقبض، و من الواضح أنه لم تحصل له الملكيه في العقد الفاسد- كالهبة الفاسده مثلا- و اذن فلا وجه لدعوى الأولويه -هنا- بوجه. و هذا واضح لا ستار عليه.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه- سابقا- من أن الاقدام الساذج ليس دليلا على الضمان، بل الدليل عليه انما هو السيره مع الاقدام.

و قد يتوهم: أن قاعده ضمان اليد و ان كانت مقتضيه للضمان في العقود الفاسده- التي لا ضمان في صحيحها- إلا أنها مخصصه بأدله الاستيمان.

و لكن هذا التوهم فاسد، لأن قاعده ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجاني لكي نحتاج الى تخصيصها بأدله الاستيمان. و عليه فمورد الكلام خارج عن قاعده ضمان اليد، و عن مورد أدله الاستيمان- أيضا- خروجا تخصيصيا و هذا ظاهر.

و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا- وجه لإثبات عدم الضمان في الهبة الفاسده بفحوى ما دل على عدم الضمان في موارد الاستيمان، كما صنعه المصنف

فى المتن.

أضف الى ذلك: أن المالك لم يسلط غيره على ماله فى موارد الاستيمان ليتصرف فيه أى تصرف، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف. بخلافه فى الهبة الفاسده، و عليه فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر.

و التحقيق: أن الدليل على عكس القاعده إنما هو عدم الدليل على الضمان فى موارد، لا شىء آخر.

هل يجوز التصرف فى المقبوض

إشاره

بالعقد المعاوضى الفاسد؟

قوله: (الثانى: من الأمور المتفرعه على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فورا إلى المالك). أقول: تحقيق البحث- هنا- يقع فى ضمن جهات:

الجهه الأولى: أنه هل يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد المعاوضى

الفاسد تكليفا، أم لا يجوز ذلك؟.

لا شبهه فى حرمه التصرف فى مال الغير- بحسب الكبرى- شرعا و عقلا. و إنما البحث- فيما نحن فيه- إنما هو من ناحيه الصغرى:

و هى أن تصرف القابض فى المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد هل هو تصرف فى مال غيره بدون إذنه لكى يكون حراما، كما عليه المصنف؟.

أم أنه تصرف فيه باذن مالكه حتى يكون ذلك جائزا؟.

و فصل السيد- فى المقام- و قال نصا: (لا ينبغى الإشكال فى عدم

جواز التصرف فيه مع جهل الدافع. و أما مع علمه فيمكن الاشكال فيه و إن كان باقيا على ملكه، و ذلك للاذن فيه في ضمن التملك).

لا إشكال في عدم جواز التصرف في المقبوض مع جهل الدافع بالفساد.

أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظرا إلى أن الدافع -عندئذ- قد أذن للقابض في التصرف في ماله. فلا يكون حراما.

و لكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه، لأن القاعده الأوليه إنما تقتضى حرمه التصرف في أموال الناس إلا بإذن ملاكها، و من الواضح أن الدافع إنما جوّز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكا للقابض، لا على وجه الإطلاق، و لما لم تحصل الملكيه للقابض، و لا أن المالك قد أذن له في ذلك إذنا جديدا حرم على القابض التصرف فيه و ضعا و تكليفا.

نعم لو أذن المالك للقابض إذنا جديدا في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه، لا -وضعا، و لا تكليفا، ضروره أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديدا في التصرف في المقبوض.

و على الجملة: إن الاذن الحاصل في ضمن التملك بالعقد الفاسد لا يكون منشأ لجواز التصرف فيما وقع عليه العقد، إلا أن يكون -هنا- إذن آخر غير الاذن الحاصل في ضمن العقد الفاسد.

ثم إن السيد قد استدل -في حاشيته- على جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد بأن (هذا التملك له حيثان، فهو إذن من حيثه، و تملك من اخرى، و لما كان التملك محتاجا شرعا إلى صيغته صحيحه -و المفروض عدمها- فهو غير مؤثر من هذه الجبهه، لعدم حصول شرط. و أما من حيثه الأخرى فهو غير مشروط شرعا، فيجوز العمل به، فإن الإذن مؤثر في جواز

التصرف من غير اشتراط بصيغه خاصه، فيشمله عموم ما دل على جواز التصرف مع الاذن، و طيب النفس. و إذا جاز التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلا عن كونه فوريا. نعم لو رجع عن إذنه و طلبه وجب الرد اليه فوراً).

و يرد عليه: أن جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعه الخلو: إما كون ذلك ملكا للقباض. و إما إذن المالك في التصرف فيه:

أما الأول فهو منفي على الفرض.

أما الثاني فكذلك، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه.

و الوجه في ذلك: أن الأفعال تارة تتعلق بالعناوين الكليه-كبيع كلى الفرس و نحوه- و اخرى تتعلق بالجزئيات الخارجيه و الأفراد المشخصه -كالأكل، و الشرب، و النوم، و الضرب، و القيام، و القعود و أشباهها:

فإذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلى ما عليه داعيا إلى إيجادها، فإذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فتبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التخلف في الداعي، فإن الضرب قد وقع في الخارج-على واقع المؤمن حقيقه، و التخلف إنما هو في اعتقاد أنه كافر الذي كان داعيا إلى إيجادها.

أما إذا كان الفعل متعلقا بالكلية فلا يسرى الى غير مصداقه-و إن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه-فلو رضى المالك بدخول العلماء داره، و أذن به لم يجر الدخول لغير العالم و إن اعتقد الآذن أنه عالم.

و لا شبهه في أن متعلق الاذن في قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد

أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه (١) إنما هو العنوان الكلى: أعنى به عنوان التصرف فى مال الغير. و عليه فإنما يجوز التصرف فى أموال الناس فيما إذا أحرز أن المالك قد أذن فى التصرف فى ماله لكى يكون ذلك مشمولاً للعنوان الكلى الذى ذكر فى التوقيع المزبور، و من البين الذى لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد، بديهه أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف فى ماله، و إنما سلمه إليه باعتبار أنه ملك له، و حيث إنه لم يصير ملكاً للقابض، و لا- أن الدافع قد أذن له فى التصرف، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه.

و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف فى ذلك بالتوقيع الشريف المذكور، و لا بالروايات الداله على حرمه التصرف فى مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه: كما اتضح لك من ذلك- أيضاً: أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد، و جهله به، لأنه بعد فرض أن المالك لم يصدر منه الا التملك، و هو لم يحصل فى الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف فيه حتى مع علمه بالفساد.

و بما ذكرناه- من أنه لم يصدر من المالك فى المقام الا التملك، و تسليم المال بما أنه ملك للقابض- يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد و إن لم يؤثر فى الملكيه، و لكن إذن الدافع فى التصرف فى ماله باق على حاله، فيكون الاذن منفكاً عن الملكيه.

و وجه الظهور: أن إذن المالك لم يكن مطلقاً لكى يبقى بعد فساد العقد- أيضاً- بل كان بعنوان أن المقبوض ملك للقابض، و المفروض أنه لم يصير ملكاً له، فينتفى الإذن أيضاً.

ص: ١١٧

قيل: إن المالك قد أذن للقابض في التصرف في نفس العين الخارجيه و عليه فيبقى الاذن ما دامت العين باقيه على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق و عدم رجوعه عنه.

و يرد عليه: أن الاذن لم يتعلق بالتصرف في مال الدافع. و إنما تعلق بالتصرف في مال القابض من جهة استلزام التمليك إياه، لا أنه إذن جديد وراء التمليك، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبيا عن ذلك المال، فكيف يأذن في التصرف فيه، و من المفروض أن الملكيه لم تحصل فلا معنى لبقاء الاذن في التصرف فيه. و هذا واضح لا شبهه فيه.

نعم لو أذن المالك-إذنا جديدا-في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد-بعد علمه بفساد العقد-جاز التصرف فيه جزما. و لكنه غير مربوط بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه ينتقض بأنه لو قدّم شخص طعاما لغيره باعتقاد أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى، لا لصديقه فإنه-عندئذ-لا يجوز للمعطى له أن يأخذه، و يتصرف فيه بتخيل أن الاذن قد تعلق بذات الطعام الخارجى الشخصى، فيجوز العمل على طبقه.

و الوجه فيه: هو أنه لا- أثر للإذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلى على الشخص الخارجى انطباق الكلى على أفراده.

هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد؟

الجهه الثانيه: أن حرمه التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل

المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد-أيضا-كالهبة و العاريه، أم لا؟

لا شبهه فى اختصاص الحكم بالعقود المعاوضيه إذا قلنا بثبوت الملازمه بين حرمة التصرف، و بين ثبوت الضمان.

و قد يقال: إن حرمة التصرف فى المقبوض بعقد يضمن بصحيحه و فاسده لا يلزم حرمة التصرف فى المقبوض بما لا ضمان فيه- كالهبة و العاربه- فإنه كما لا ضمان فى صحيحهما و فاسدهما، كذلك لا يحرم التصرف فى المأخوذ بهما ضروره أن رافع الضمان فيهما هو الرافع للحرمة، لأن إعطاء المالك ماله مجاناً للمتهب، و بعنوان العاربه للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمة- أيضاً- و إذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمة الوضعيه، و بين الحرمة التكمليه.

أما إذا لم نقل بثبوت الملازمه بين الضمان، و بين حرمة التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاوضيه، بل يعم العقود غير المعاوضيه أيضاً.

و هذا هو الحق، بداهه أن كلا من حرمة التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد، و الضمان أجنبى عن الآخر، فان التسلط المجانى- فى العقود غير المعاوضيه الفاسده- لا يؤثر إلا فى عدم ضمان العين المأخوذه بها.

أما جواز التصرف فيها فلا- يترتب على التسليط المزبور. و إنما يترتب على إذن المالك. و من المفروض أنه لا إذن فى موارد التملك- كالهبة- على ما عرفته قريباً.

أما فى غير تلك الموارد- كالعاربه- فالإذن من المالك و ان كان موجوداً الا- أن المفروض أن الشارع لم يمه، فوجوده كعدمه. و إذن فلا يجوز التصرف فى المقبوض بالهبة و العاربه الفاسدتين.

هل يجب رد المقبوض الى مالكة فوراً؟

الجهه الثالثه: أنه إذا بنينا على عدم جواز التصرف فى المقبوض بالعقد

الفاقد فهل يجب رده الى مالكة فوراً، أم لا يجب ذلك؟

ذهب المصنف إلى الأول، لأن الإمساك آنا ما تصرف فى مال غيره بدون اذنه، فلا يجوز. بل قال: (ان الظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه).

و التحقيق: أن القابض بالعقد الفاسد تاره يمتنع عن رد المقبوض الى مالكة حتى مع مطالبته. و اخرى لا يمتنع عن ذلك، و انما المالك لا يطالب ماله، أو يطالب إقباضه إياه، و تفويضه اليه.

و على الأول فلا شبهه فى حرمة إمساكه، لكونه من أظهر أفراد الغصب. بل إذا تلف المقبوض ضمنه القابض، و لو كان العقد مما لا يضمن بصحيحه. سواء أ كان التلف بالتفريط، أم كان بغير التفريط، و عليه فلا شبهه فى وجوب رده الى مالكة فوراً، ضروره أن إمساكه حينئذ تصرف فى مال غيره، و مزاحمه لسلطنته على ماله، و هو حرام عقلاً و شرعاً.

و على الثانى فلا يجب رده الى مالكة فضلاً عن كون الرد فورياً، بديهه أنه لا يجب على القابض إلا التخليه بين المال و مالكة، أما الزائد على ذلك فلم يقيم عليه دليل.

و نظير ذلك ما لو أطار الريح ثوب أحد إلى دار جاره فان بقاءه فى تلك الدار لا يعد تصرفاً فيه لصاحب الدار قطعاً، لأنه لم يضع يده عليه، و لا أنه حال بينه، و بين مالكة.

و إذن فلا يجب على القابض رد ما قبضه بالعقد الفاسد إلى مالكة فورا فضلا عن كون مئونه الرد عليه. كما أن بقاء المقبوض في يد القابض لا يعد تصرفا في ملك غيره حتى مع عدم مطالبه المالك ذلك، أو مطالبته إقباض العين إياه، وهذا ظاهر لا خفاء فيه.

و قد ظهر لك مما حققناه: أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لا يعد تصرفا محرما، لا من جهة أن ذلك خارج عن أدله حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه خروجا تخصيصيا بالسيره العقلانيه، بل من جهة خروجه عنها موضوعا و تخصصا، لعدم صدق التصرف عليه. كما لا يصدق التصرف على مس اليد أو الثوب أو أشباههما بحائظ غيره في الشوارع و الأزقه.

ثم إن المصنف قد استدل على وجوب رد المقبوض إلى مالكة، و على حرمة إمساكه و إبقائه بقوله (عليه السلام): (لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه [١]).

ثم قال: (و لو نوقش في كون الإمساك تصرفا كفى عموم قوله (عليه السلام) لا- يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا- عن طيب نفسه [٢] حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التي منها كونه في يده).

أقول: أما الرواية الأولى فقد عرفت عدم دلالتها- على ما يرومه المصنف- مما بيناه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

غيره فان ذلك نظير النظر إلى مال غيره، و مسه.

أما الروايه الثانيه فيتوجه على الاستدلال بها أن الحليه أو الحرمة إذا أسندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحليه التكليفيه، و أن يكون الاسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام، فيراد من حليه المأكولات حليه أكلها، و من حرمة الأمهات، و العمات، و الخالات حرمة نكاحهن، و هكذا في كل مورد من الموارد التي ترد عليك، فإنه لا بد و أن تلاحظ فيها مناسبه الحكم و الموضوع.

و إذن فلا بد و أن يراد من عدم حليه المال مع عدم طيب نفس مالكة عدم جواز تملكه، أو عدم جواز الانتفاع به، و على هذين التقديرين لا تدل الروايه على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه.

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف. لكن قد عرفت قريبا أن مجرد الإمساك لا يعد تصرفا بوجه، و على كل تقدير فالروايه بعيدة عن الدلاله على حرمة الإمساك بمجرد.

و قد استدل بعضهم على حرمة إمساك المقبوض بالعقد الفاسد، و على وجوب رده إلى مالكة فوراً-بالنبوي المعروف: على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١).

و تقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين:

١- ما ذكره شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و يدل عليه (أى على الرد الفوري) أيضا عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، فإنه و إن لم يكن متعرضا للحكم التكليفي بالدلاله المطابقه، إلا أنه متعرض له بالدلاله

ص: ١٢٢

١- ١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوي في ص ٨٧.

الالتزاميه، فإن استقرار الضمان على عهده القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهده إلا وجوب رد العين ما دامت باقيه، ورد المثل، أو القيمة لو كانت تالفه، فحرمه إمساك مال الغير من غير إذنه، و وجوب رده اليه فوراً بالفوريه العرفيه لا إشكال فيه).

و يرد عليه: أن دعوى الملازمه بين الحكم التكليفي و الوضعي و إن كانت صحيحه، و لكن الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي -هنا- ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكي تترتب عليه حرمة الإمساك. و إنما الواجب على القابض هو وجوب التخليه بين المال و مالكه، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي، و لا عقلي.

٢- ما أفاده المحقق الايرواني و هذا لفظه: (فالأولى تبديل الاستدلال به: أي بقوله (عليه السلام) لا يحل إلخ) بالاستدلال بعموم على اليد، فإنه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع و التكليف جميعاً:

بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها، و دفع البدل مع التلف).

و الجواب عن ذلك أولاً: أن إرادته الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال، فإن الحكم التكليفي لا يتعلق بالمال نفسه، و إرادته الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً و رأساً. و من الواضح أن المراد بكلمه الماء الموصول هو المال، و لا يمكن الجمع بين إرادته الحكم التكليفي و الوضعي، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير و عدمه.

ثانياً: أن حديث (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) بظاهره آب عن إرادته الحكم التكليفي منه، ضروره أن الحكم المستفاد من ذلك مغياً بوجوب الرد. و من الواضح أن الغايه لا تناسب إلا مع الحكم الوضعي فقط، لا الحكم التكليفي فحسب، و لا الحكم الوضعي و التكليفي معاً.

و ذلك، لأنه إذا أريد من النبوى المزبور الحكم التكليفى كان معناه أنه يجب رد المال المأخوذ من مالكة بدون إذنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه و حينئذ فيكون ذلك نظير ما يقال: يجب عليك الإتيان بالصلاه حتى تصلى. و لا شبهه فى أن هذا الاستعمال مستهجن جدا، و غير معهود عند أهل المحاوره.

و هذا بخلاف ما إذا أريد من الحديث الحكم الوضعى فقط، فإنه وقتئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتى يرده إلى صاحبه. و لا ريب أنه لا استهجان فيه بوجه.

و يضاف إلى ذلك: أن حديث على اليد ضعيف السند، فلا يمكن الاستدلال به على شىء من المسائل الفقهييه. و قد تقدم تفصيل ذلك قريبا.

ما هو حكم مئونه الرد؟

الجهه الرابعه: أنه إذا وجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة

فهل تكون مئونه الرد على القابض. أم تكون على المالك؟.

قد فصل المصنف بين ما تكون مئونه الرد قليله فحكم بكونها على القابض و بين ما تكون كثيره فحكم بكونها على المالك، و ذلك لأدله نفي الضرر.

و فصل شيخنا الأستاذ بين ما إذا كانت المئونه مما يقتضيها طبع الرد فهى على القابض، و بين غيره فهى على المالك.

و توضيح كلامه: أن الحكم الشرعى إذا اقتضى فى نفسه و بحسب جعله مقدرًا من الضرر-نظير وجوب الخمس، و الزكاه. و الصوم، و الجهاد، و أمثالها

من الأحكام الشرعية- كان الحكم المذكور تخصيصا لقاعده نفي الضرر.و إذا كان الضرر زائدا على المقدار الذى يقتضيه طبع الحكم الشرعى لم يكن ذلك تخصيصا لأدله نفي الضرر، بل أدله نفي الضرر تكون حاكمه على دليل ذلك الحكم، و موجبا لاختصاصه بغير موارد الضرر.

و على هذا الضوء فان كانت مئونه الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال إلى مالكة فهي على القابض.و إن كانت زائده على ذلك فهي على المالك، لأدله نفي الضرر.

و يرد عليه: أن وجوب الرد فى نفسه لا يقتضى أى ضرر، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المئونه أصلا، فالمئونه أمر قد يحتاج إليه الرد، و قد لا يحتاج إليه ذلك، و إذن فدلليل نفي الضرر يقتضى اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مئونه.

و من هنا تظهر الحال فى تفصيل المصنف- أيضا- فإن تحمل الضرر مرفوع فى الشريعة المقدسه. و لا فرق بين قليله و كثيره.

نعم لا- بأس بالالتزام بكون المئونه على القابض فيما إذا كانت المئونه من القله بمرتبته لا تعد ضررا عرفا. و لعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذى نقلناه عنه قريبا.

هل يجب رد المقبوض إلى مالكة مطلقا؟

الجهه الخامسه: أنا إذا بنينا على أن الواجب على القابض هو التخليه بين

المالك و ماله، دون رده إليه فهل هو كذلك على وجه الإطلاق، و فى جميع

الموارد،

أم يجب ذلك فى بعض الموارد دون بعض؟.

ص: ١٢٥

و تفصيل ذلك: أنه قد يكون المالك و المشتري كلاهما فى بلد القبض، و قد يكونان فى بلدين.

و على الثانى فتاره ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض.

و اخرى ينقل المشتري المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر.

و ثالثه ينتقل منه البائع إلى بلد، و ينتقل منه المشتري إلى غير ذلك البلد أما إذا كانا فى بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد المقبوض إلى مالكة، بل تكفى فى هذه الصورة-التخليه بينه و بين ماله، فإذا أراد المالك أن يأخذ ماله-فى أى وقت-أخذه بنفسه.

أما إذا كان القابض فى بلد القبض، و لكن انتقل المالك إلى بلد آخر ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد-عندئذ-قطعا حتى إذا قلنا بوجود الرد فى الشق الأول، فإنه لا دليل على جواز مطالبته بما له بأزيد من مطالبته فى بلد القبض.

أما إذا نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر، و طالب به المالك فوجب رده إلى بلد القبض، سواء فى ذلك كون المالك فى بلد القبض، و انتقاله الى بلد آخر، و عليه فمئونه الرد على القابض، ضروره أن نقل المقبوض إلى غير بلد القبض لم يكن باذن مالكة لكي تكون مئونه الرد عليه، بل كان ذلك باختيار القابض، و حينذاك فيجب عليه رده إلى بلد القبض، و ذلك للسيره العقلانيه المحكمه فى أمثال المقام، أو لدليل ضمان اليد.

و قد اتضح لك مما بيناه حكم ما إذا انتقل المالك الى بلد. و نقل القابض المال الى بلد آخر، فان المالك إذا طالب القابض بنقل المال الى البلد الذى هو فيه لم تجب على القابض اجابته. و إذا طالبه برده الى بلد القبض و جب على القابض رده.

إشارة

قوله: (الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاه قبل الرد كان عليه عوضها على المشهور). أقول المشهور بين الفقهاء: أن القابض بالعقد الفاسد يضمن المنافع التي استوفاه من المقبوض.

بل الظاهر من عبارته الحلوى المحكيه عنه من (أن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان). هو قيام الإجماع على ذلك.

وقد نسب الخلاف في ذلك إلى ابن حمزه، حيث إنه حكم بعدم الضمان -هنا- محتجا بأن الخراج بالضمان، كما في النبوى المرسل.

و يحسن بنا أولا بيان الوجوه التي استدلت بها على الضمان، ثم صرف الكلام إلى بيان ما استدلت به ابن حمزه على رأيه.

فبقول: إنه قد استدلت على الضمان بوجوه شتى.

١- النبوى المعروف:

على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١) فان عمومها يشمل المنافع المستوفاه أيضا.

و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجز بعمل المشهور به لا صغرى، و لا كبرى:

أما الوجه في منع الصغرى فلعدم الاطمئنان باعتماد القائلين بالضمان على الحديث المزبور، بل اعتمد أكثرهم على الوجوه الأخر التي سند كرها قريبا.

أما الوجه في منع الكبرى فهو ما ذكرناه في علم الأصول، و أشرنا

ص: ١٢٧

اليه آنفا من أن الشهره ليست بحجه فى نفسها، فكيف تكون سببا لحجيه الخبر الضعيف، و جابره لو هن سنده و تفصيل الكلام فى محله.

ثانيا: أنا لو سلمنا شمول صدر الحديث للأعيان المأخوذه، و المنافع المستوفاه إلا أنه لا ينفعا- فى المقام- لأن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط.

بداهه أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءا. و مع عدم التمكن منه ينوب عنه رد المثل أو قيمه. و من الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل فى المنافع، لأنها ما لم توجد فى الخارج ليست بمضمونه، و بعد وجودها فيه تنعدم و تنصرم. و حينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكى يشملها دليل ضمان اليد.

على أن للمناقشه فى شمول مفهوم الأخذ للمنافع مجال، إذ قد يقال:

إن مفهوم الأخذ لا- يصدق على استيفاء المنافع، خصوصا إذا كانت المنفعه من قبيل الأعمال: كمن أمر غيره بخياطه ثوبه، أو بنائه داره، أو نجاره بابه و لم يعط أجرته، فإنه لا تطلق كلمه الأخذ على شىء من ذلك.

و من هنا ذكر المصنف فيما تقدم: (أن مورده (أى خبر اليد) مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده).

و لكن الصحيح: أن مفهوم كلمه الأخذ أوسع من ذلك، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى، و الا لزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار، و الأرض، و البستان، و الحديق، و أشباهها مما لا يقبل الأخذ الخارجى.

و مما يدل على صحه ما ذكرناه: أن مفهوم الأخذ يصح انتسابه إلى الأمور المعنويه كالعهد، و الميثاق، و الرأى، و أمثالها، كما أنه يصح انتسابه إلى الأمور الخارجيه و اذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجيه. و انما هو كناية

عن الاستيلاء على الشيء، كما أن كلمه بسط اليد كناية عن الجود، والسخاء.

و كلمه قبض اليد كناية عن البخل، ولا ريب أن استعمال لفظ الأخذ في هذا المعنى-الذى ذكرناه-كثير في القرآن وغيره، ومنه قوله (تعالى) لا تَأْخُذْهُ سِنَّةٌ، وَلَا نَوْمٌ ۗ ۱ و إذن فالصحيح في وجه المنع عن شمول الحديث للمنافع هو الوجه الثانى، وهو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان، وعدم شموله للمنافع

٢- قوله (عليه السلام): حرمة ماله-: أى المؤمن- كحرمة دمه

(١)

فان الظاهر من هذه الجملة أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان، و من الواضح أنها كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفاه-أيضا-لصدق المال عليها جزما.

و يتوجه على الاستدلال بها: أن الظاهر منها هو الحكم التكليفي، بمعنى:

أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بغير إذنه، كما لا تجوز إراقه دمه.

و على تقدير أن تكون الحرمة بمعنى الاحترام. فغايه ما تدل عليه هذه الجملة المباركه هي لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف، و عدم جعله في معرض الهلاكه، فإن ذلك هو مقتضى الاحترام. أما الضمان فلا يستفاد من ذلك، و إلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بآفه سماويه، و لا شبهه في أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه.

٣- الروايات الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه،

و على حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه. و قد عرفت صدق المال على المنافع. و لذا تقع ثمننا في البيع، و عوضا في الخلع، و صداقا في النكاح و هكذا و يتوجه على الاستدلال بها: أن المستفاد منها ليس

ص: ١٢٩

١-٢) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجملة في ص ٩١.

الا الحكم التكليفي: أعني به حرمة التصرف في أموال الناس بدون إذنتهم، أما الحكم الوضعي: أعني به الضمان فلا يستفاد منها. و قد تقدم تفصيل ذلك قريبا (١).

٤- قاعده نفي الضرر،

فان استيفاء منفعه مال المالك، وجعله مسلوب النفع ضرر عليه، و هو منفي في الشريعة المقدسه.

و يتوجه على هذا الاستدلال: أن أدله نفي الضرر ليست مسوقه لإثبات الحكم الشرعي، و انما هي مسوقه لبيان نفي الحكم الضرري.

أضف الى ذلك: أن القاعده لا تنفي بإثبات ضرر على أحد لنفي الضرر عن غيره، فكما أن الحكم بعدم الضمان فيه ضرر على المالك، كذلك الحكم بالضمان فيه ضرر على القابض.

بل يمكن أن يقال: إن المنافع تتصرم، و تنعدم بنفسها، سواء في ذلك استيفاء المالك و عدمه، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك، بل إنه من قبيل عدم النفع، فلا موضوع للقاعده أصلا، و قد تقدم الكلام فيما يرجع الى الاستدلال بهذه القاعده في أمثال الموارد قريبا (٢).

و على الجملة: انه لا دلالة في شيء من الوجوه المتقدمه على ضمان المنافع المستوفاه.

نعم يمكن الاستدلال على الضمان - هنا - بأمرين:

١- السيره القطعيه العقلانيه،

فإنها قائمه على أن أموال الناس لا تذهب هدرًا، و عليه فإذا استولى أحد على مال غيره - سواء أ كان ذلك بعنوان الغصب، أم كان بعنوان آخر - ضمنه بجميع الخصوصيات التي هي دخيل في

ص: ١٣٠

١- ١) راجع ص ٩٠.

٢- ٢) راجع ص ٩٣.

الماليه، و حيث ان الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيره فتكون دليلا على ضمان المنافع المستوفاه.

٢-قاعده من أئلف مال غيره فهو له ضامن.

و هى بهذه الكيفيه و الخصوصيه و ان لم تذكر فى روايه خاصه، و لكنها قاعده كليه متصيده من الموارد الخاصه التى نقتع بعدم وجود الخصوصيه لتلك الموارد، و عليه فتكون هذه القاعده متبعه فى كل مورد تمس بها الحاجه. و الموارد التى أخذت منها هذه القاعده هى الرهن، و العاربه، و المضاربه، و الإجاره، و الوديعه، و غير ذلك من الموارد المناسبه لها فإنه قد وردت فيها الأخبار الكثيره [١]الداله

ص: ١٣١

على أن إتلاف مال الغير موجب للضمان، وقد استفاد منها الفقهاء رضوان الله عليهم قاعده كلييه: أعني بها قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن، فتحصل مما ذكرناه: أن المنافع المستوفاه مضمونه على القابض.

ص: ١٣٢

المنافع المستوفاه

قد استدل ابن حمزه على عدم ضمان المنافع المستوفاه بالنبوى المشهور الخراج بالضمان [١].

و يرد عليه أولا: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجبر بشيء ثانيا: أن الاستدلال المذكور منتقض بالمغصوب، -حيث إن ضمان المنافع المستوفاه فيه أمر بديهي لا يعرضه الشك. خلافا للحنفيه [٢].

ثالثا: أنه لا دلالة فى ذلك الحديث على ما يرومه المستدل، و ذلك لأنه يحتمل وجوها.

١- أن يكون المراد من كلمه الخراج فيه ما هو المعروف فى باب الخراج و المقاسمه، و يكون المراد من كلمه الضمان فيه هو ضمان الأراضى الخراجيه بسبب التقبل و الإجاره.

و لا يخفى عليك: أن هذا الاحتمال -و ان لم نره فى كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، و لكنه أقرب المحتملات للإراداه من الحديث، و وقتئذ يكون النبوى خارجا عما نحن فيه، و لا يكون مربوطا بالمقام أصلا و رأسا.

٢- أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح وغيره. و يراد من الضمان المعنى اللغوي: أعنى به مطلق العهده، سواء أ كان ذلك أمرا اختياريا مترتبا على العقود الصحيحه، أو الفاسده، أم كان امرا غير اختياري مترتبا على الغصب و عليه فيكون المراد من الباء فى كلمه (بالضمان) هو السببيه أو المقابله.

و حينذاك فمعنى الحديث: أن المنافع الحاصله من الأموال المأخوذه بالعقود الصحيحه أو الفاسده، أو المأخوذه بالغصب مملوكه للضامن، و أن ضمان العين سبب لملكه المنافع. و عليه فتدل الروايه على عدم ضمان المنافع المستوفاه كما عليه ابن حمزه.

و لكن من البعيد جدا، بل من المستحيل عاده ذهاب ابن حمزه-الذى هو من أعظم فقهاءنا الإماميه- إلى مثل هذا الرأى، بل هو يناسب مثل أبى حنيفه الذى أفتى بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين. و قد نقلنا رأيه قريبا فى الحاشيه.

٣- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاه، و يراد من الضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحه التى أمضاها الشارع المقدس -كالبيع و الإجاره و نحوهما- و عليه فلا يكون النبوى المزبور مربوطا بما أفتى به ابن حمزه، ضروره أن مورد كلامه البيع الفاسد، لا- البيع الصحيح ٤- أن يراد من الخراج المنافع المستوفاه، و يراد من الضمان الضمان المعاملى الاختياري، سواء أ كان ذلك ممضى للشارع المقدس، أم لم يكن ممضى له، فيشمل البيع الصحيح و الفاسد كليهما. و على هذا فيصلح النبوى أن يكون مدركا لابن حمزه.

و يتوجه عليه: أنه لا- قرينه فى الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال، دون سائر الاحتمالات، بل قد عرفت قريبا أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

للإرادة من الحديث و يضاف الى ذلك: أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كل من استوفى شيئاً من منافع العين فلا بد و أن يرد ذلك الى الضامن و ان كان المستوفى هو المالك للعين، و من الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه.

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزه من جمله من الروايات [١]

ص: ١٣٥

الوارده فى مواضع شتى: مثل قوله (عليه السلام)- فى مقام الاستشهاد على كون منفعه الدار المبيعه فى زمان الخيار للمشتري-:(ألا ترى أنها لو أحرقت لكنت من ماله؟). و تفضل (عليه السلام) بنظير ذلك أيضا فى روايه أخرى. و كقوله (عليه السلام)-فى الرهن-:(و كذلك يكون عليه ما يكون له).

و يتوجه عليه: أن الروايات المذكوره ليست مسوقه لبيان الكبرى الكليه، بل الغرض منها هو التنبيه على أن الدار ملك للمشتري، و الرهن ملك للراهن، فيكون نماء الدار مملوكا لمالكها، و نماء الرهن مملوكا لمالكه، و هذا ظاهر.

ما هو حكم المنافع غير المستوفاه؟

قوله:(و أما المنفعه الفائته بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان).

أقول:المشهور بين الفقهاء هو أن المنافع الفائته بغير استيفاء-أيضا- مضمونه على القابض، بل الظاهر من الحلئ هو حكاية الإجماع على ذلك حيث حكى عن السرائر فى آخر باب الإجاره الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائته، مع قوله فى باب البيع:إن البيع الفاسد عند المحصلين يجرى مجرى الغصب و الضمان.

بل يقتضى الحكم بالضمان صدق عنوان المال على تلك المنافع فإنها عندئذ تكون مشموله لقاعده من أتلّف مال غيره فهو له ضامن.

و لكن التحقيق هو عدم الضمان-هنا-لعدم الدليل عليه، و سيتضح

لك وجهه.

ثم لا يخفى عليك: أن التكلم-هنا-فى الضمان و عدمه انما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان فى المنافع المستوفاه، أما إذا لم نقل به-هناك-فعدمه -هنا-بالأولويه القطعيه.

و أيضا لا- يخفى عليك ما فى كلام المصنف من الاضطراب، فإنه تاره يفتى بالضمان، و اخرى يفتى بعدمه. و ثالثه يتوقف فى المسأله.

ثم إن مورد البحث-هنا-ما إذا لم يكن فوت المنافع من ناحيه وضع القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد، و إلا يكون ذلك من مصاديق المغصوب و يجرى عليه حكمه.

ثم إن الأقوال فى المسأله-ظاهرا-خمسه:

١-الضمان مطلقا، و قد ذهب اليه المشهور.

٢-عدم الضمان كذلك، كما عن فخر المحققين فى الإيضاح.

٣-التفصيل بين علم البائع بالفساد، و بين جهله به، فيحكم بعدم الضمان فى الأول، و بالضمان فى الثانى.

٤-القول بالتوقف فى الصورة الثالثه.

٥-التوقف على وجه الإطلاق.

أما القول بالتفصيل فحيث إننا لم نقل به فى المنافع المستوفاه، فلا نقول به-هنا-أيضا، لأن القائل بعدم الضمان-فى صوره العلم بالفساد-انما توهم ذلك من جهه أن المالك قد سلب القابض على ماله لكى يتصرف فيه كيف يشاء و لكننا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك-فى مورد بحثنا-انما كان مشروطا بحصول الملكيه الشرعيه، و هى لم تحصل، و المفروض أنه لم يحصل

ص: ١٣٧

-هنا- اذن آخر جديد. و اذن فالمسألتان من حيث الضمان و عدمه سيان.

أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا- يعد رأيا خاصا فى المسأله، بديهه أن واقع التوقف ليس إلا إظهار الجهل بالحكم، و من البين الذى لا- ريب فيه أن الجهل بالحكم لا- يعد قولاً- برأسه. و اذن فيبقى القولان الأولان: أعنى بهما القول بالضمان على وجه الإطلاق، و القول بعدمه كذلك.

و يحسن بنا أولا أن نقدم مقدمه أمام البحث عن هذين القولين.

و حاصلها: أن الغاصب انما يضمن العين المغصوبه للمغصوب منه بجميع خصوصياتها الشخصيه و النوعيه، للسيره القطعيه العقلائيه، فإنها قائمه على أن الإنسان إذا وضع يده على مال غيره على سبيل القهر و العدوان لزم عليه رده على مالكة بجميع خصوصياته و شؤونه، و من الواضح أن منافع المال تعد من شؤونه، سواء أ كانت مستوفاه، أم لم تكن كذلك، فتكون مضمونه على القابض.

و يضاف الى هذه السيره أمران:

١- قاعده من أتلف مال غيره فهو له ضامن. و قد عرفت قريبا:

أن هذه القاعده مأخوذه من الأخبار الكثيره الوارده فى مواضع شتى، و من الواضح أن الغاصب قد أتلف المنافع المترتبه على المغصوب فتكون مضمونه عليه ٢- الأخبار (١) الداله على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه فان الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه و خصوصياته، و لم نجد مخالفا فى ذلك من الخاصه و العامه. إلا الحنفيه (٢).

ص: ١٣٨

١- ١) الوسائل ج ٣ باب ١ من أبواب الغصب. ص ٣٢٥.

٢- ٢) قد أشرنا إلى رأيهم فى ص ١٣٣.

نعم قد عرفت ذهاب ابن حمزه الى عدم الضمان فى منافع العين المقبوضه بالعقد الفاسد، سواء فى ذلك المنافع المستوفاه و غيرها و لكن ذلك غريب عن المغصوب.

و على هذا فيجب على الغاصب رد العين المغصوبه على المغصوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائته بغير استيفاء، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمه، و لعل هذا المعنى هو المقصود من العبارة المعروفه بين المحصلين من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال. و الا فلا وجه لها بوجه.

نعم لا يحكم بكون المغصوب مضمونا على الغاصب بالخصوصيات الشخصيه التى لا دخل لها فى زياده المالىه، ضروره أنه لا دليل على الضمان فى أمثال ذلك.

ثم لا يخفى عليك أن الغاصب انما يضمن المنافع الفائته إذا استند فوتها اليه. أما لو استند ذلك الى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب. فى أمثال ذلك.

و مثاله: أنه إذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله فى زمان دون زمان، و غصبه الغاصب، و تركه على حالته الأوليه لم يضمن إلا بمنافعه المستوفاه، دون منافعه الفائته بغير استيفاء، فالمنافع التى لا تكون العين معه لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء.

إذا عرفت ما تلوناه عليك

فاعلم أنه ذهب جمع من الأصحاب إلى ضمان

المنافع مطلقا، لوجه:

١- حديث ضمان اليد،

بدعوى أنه شامل للمنافع الفائته بغير استيفاء لكونها مقبوضه بتبع قبض العين، و من هنا يتحقق قبض المنفعه بقبض العين المستأجره، فتدخل المنفعه- بذلك- فى ضمان المستأجر. و يتحقق قبض

التمن في السلم بقبض الجارية التي جعلت خدمتها ثمنا، وكذلك يتحقق قبضه بقبض الدار التي جعل سكنها ثمنا.

و يرد عليه أولا: أن حديث ضمان اليد ضعيف السند، و غير منجبر بشيء، و قد عرفته فيما تقدم (١).

ثانيا: أنه لا يشمل المنافع المستوفاه فضلا عن شموله للمنافع غير المستوفاه، و قد تقدم ذلك قريبا (٢).

ثالثا: أنا لو سلمنا شموله للمنافع المستوفاه، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائته بغير استيفاء، لأن لفظ الأخذ- في الحديث المزبور- و إن كان كناية عن الاستيلاء على الشيء، و لكن لا يصح تعلقه بالمنافع الفائته بغير استيفاء، لعدم تحققها بالفعل و إن كانت موجوده بالقوه، إلا أن الوجود الاستعدادى لا يصح صدق الاستيلاء الموجب للضمان.

نعم إذا قدرت هذه المنافع المعدومه بتقدير خاص- كما فى الإجاره- صح تعلق الاستيلاء بها.

قيل: ان المنافع غير المستوفاه كما لا تقبل الأخذ، كذلك لا تقبل القبض- أيضا- لأن قبضها عباره عن استيفائها، و معه تخرج عن حدّ العدم و تصير من قبيل المنافع المستوفاه، و إذن فتكون خارجة عن مركز بحثنا، لأن مورد بحثنا- هنا- إنما هو المنافع الفائته بغير استيفاء، لا المنافع المستوفاه و الجواب عن ذلك: أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد، لأنه قد يتحقق بالتخليه بين المال و مالكه، و قد يتحقق بالأخذ، و قد يتحقق بإرجاع أمر الشيء إلى شخص. و من اليبين أن قبض المنافع غير المستوفاه انما يتحقق

ص: ١٤٠

١-١ (١) ص ٨٨.

١٢٨-٢ (٢) ص ١٢٨.

يارجاع زمام العين و رقبتها الى مالك منافع العين، و هذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع.

و قال المحقق الخراسانى: إن (مورده) (أى حديث ضمان اليد) و إن كان مختصا بالأعيان، إلا أن قضيه كونها مضمونه ضمان منافعها. فضمن المنافع فى الإجاره الفاسده انما يكون بتبع ضمان العين المستأجره.

و بالجملة: قضيه ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونه بها. فاختصاص مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها).

و يتوجه عليه: أنه ان كان غرضه من هذه العبارة: أن ماله الأعيان باعتبار منافعها المرغوبه للعقلاء- فضمن العين يستلزم ضمان مالهتها المتقومه بالمنافع- فهو متين، لأن العين بما هى هى ليست لها ماله بوجه، بل مالهتها بلحاظ منافعها، و لكن لا دلالة فى ذلك على ضمان المنافع المستوفاه فضلا عن ضمان المنافع غير المستوفاه، و هذا واضح.

و إن كان غرضه من العبارة المذكوره: أن ضمان الأعيان عله لضمان منافعها فهو مصادره واضح.

أضف الى ذلك: أن ضمان المنافع المستوفاه أمر بديهى و ان لم تكن العين مضمونه، كما إذا استوفى عمل حر، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون و لكن عمله مضمون.

٢- قوله عجل الله فرجه: (فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره

بغير اذنه).

(١)

و يتوجه عليه أولا: أنه ضعيف السند، و غير منجبر بشىء، فلا يمكن الاستناد إليه فى شىء من المسائل الفقهييه.

ثانيا: أن نسبه عدم الحل الى التصرف فى مال الغير ظاهره فى الحكم

ص: ١٤١

التكليفى، لا فى الحكم الوضعى، و لا فى الأعم منهما، و عليه فلا دلالة فى الروايه على ضمان الأعيان فضلا عن دلالتها على ضمان المنافع.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات (١)-الداله على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه-على الضمان-هنا- ضروره أن الظاهر من نسبه الحل الى المال انما هو إرادته حرمة التصرف فيه، على ما ذكرناه مرارا. و من البين أن هذا لا يناسب إلا الحرمة التكليفية، لا- الحرمة الوضعيه كما أن المراد من حرمة الأمهات و البنات و الخالات حرمة نكاحهن. و اذن فتبعد الروايات المزبوره عن الدلاله على الحكم الوضعى: أعنى به الضمان.

٣- قوله (عليه السلام) فى جملة من الروايات: حرمة ماله (أى المؤمن)

كحرمة دمه،

(٢)

بدعوى أن ماله الأعيان باعتبار تنافس العقلاء فيها. و عليه فنفس المنافع من الأموال، بل من مهماتها، و إذا ثبت كونها من الأموال شملتها الجملة الشريفه المذكوره، فيثبت بذلك احترامها و ضمانها.

و يتوجه على هذا الاستدلال: أن الجملة المزبوره و إن وردت فى موثقه ابن بكير و غيرها، و لكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه (٣).

٤- قاعده نفي الضرر،

حيث ان الحكم بعدم ضمان القابض منافع ما قبضه من الأعيان ضرر على المالك (٤).

و يتوجه عليه: أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضا، فتقع المعارضة فى شمول القاعده لكلا الطرفين.

ص: ١٤٢

١- ١) قد ذكرناها فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

٢- ٢) قد ذكرناها فى ص ٩١.

٣- ٣) قد عرفت تفصيل ذلك فى ص ٩١.

٤- ٤) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعده فى ص ٩٤.

و يضاف الى ذلك: أن القاعده المذكوره انما تنفى الأحكام الضرريه، و لا دلالة فيها على إثبات حكم آخر الذى يلزم الضرر من عدم جعله.

٥-قاعده من أئلف،

و قد استدل بها السيد فى حاشيته-عند قول المصنف:فالمشهور فيها أيضا الضمان و إليك نصه:(هذا هو الأقوى بمعنى:

أن حالها حال العين،لقاعده الإلتلاف،فإن الاستيلاء على العين،و منع المالك عن الانتفاع بها تفويت لمنافعها،و يصدق عليه الإلتلاف عرفا،و لذا نحكم بالضمان لها فى الغصب).

و يتوجه عليه:أنا نمنع صدق التفويت على المنافع الفائته بغير استيفاء إلا إذا استند الفوت الى القابض بأن وضع يده على مال الغير و حبسه بحيث لا يتمكن مالكه من التصرف فيه.و حينئذ فيكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المغصوب

٦-الإجماع،

و قد استظهره المصنف من السرائر و التذكرة،و استند اليه فى الحكم بالضمان هنا.

و يرد عليه:أنه لا-وجه لدعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل الخلافية إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان-هنا-ما ذكرناه من الوجوه الماضيه،و يتضح هذا المعنى لمن أعطف النظر على كلماتهم فى المقام.

و من هنا ناقش السيد فى كلام المصنف،و قال:(الإنصاف أنا لو فرضنا عدم تامينه ما ذكرنا من الأدله على الضمان لا وجه للقول به من جهة هذين الإجماعين المنقولين بعد عدم حجيه الإجماع المنقول،و عدم معلوميه الشمول للمقام).

و العجب من شيخنا الأستاذ حيث دفع المناقشه المزبوره بأن(اختياره (أى المصنف)الضمان أخيرا ليس لاعتماده على الإجماع المنقول،مع أنه قد منكر لحجيته فى الأصول،بل اعتمد على نقل الإجماع من جهة كشف

اتفاق الأعلام على شمول قاعده اليد و الاحترام للمنافع).

و وجه العجب: أن المصنف قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحا في صدر كلامه، و حكم بعدم إمكان التمسك بهما-هنا-و معه كيف يعتمد عليهما في ذيل كلامه.

و المصنف و ان ناقش في حجيه نقل الإجماع في فرائده، إلا أنه اعتمد عليه في محل البحث و غيره.

و نتيجة البحث الى هنا: هي أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه غير المستوفاه، لعدم الدليل عليه.

و يؤيد ما ذكرناه-من عدم الضمان هنا-ما ورد من الروايات (1) في ضمان المنافع المستوفاه من الجاربه المسروقه المبيعه، فإن هذه الأخبار -مع ورودها في مقام البيان-غير متعرضه للضمان بمنافعها غير المستوفاه.

و أيضا يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس (2) الذي ورد فيمن باع وليده أبيه بغير اذنه، فقال الامام (عليه السلام): الحكم أن يأخذ الوليده و ابنها، و سكت (عليه السلام) عن بيان الضمان في المنافع غير المستوفاه.

و يضاف الى ذلك كله: أن المنافع غير المستوفاه-في المقبوض بالعقد الفاسد-مورد لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، ضروره أن صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفائته بغير استيفاء لأنها ملك للمشتري مجانا، كذلك البيع الفاسد.

و هذا لا ينتقض بالقول بالضمان في المنافع المستوفاه، و ذلك لصدق

ص: ١٤٤

١-١) قد ذكرناها في ص ٨٩.

٢-٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٣٨. و سيأتي التعرض لهذا الخبر في البحث عما استدلل به على صحة البيع الفضولي.

الإتلاف على استيفائها، فتكون مندرجه تحت قاعده من أتلّف مال غيره فهو له ضامن.

قيل: ان المقبوض بالعقد الفاسد، و المغصوب سيان في ذلك، و الالتزام بالتفكيك بينهما لا يتفق و القواعد الفقهيّه.

و الجواب عن ذلك: أن الفارق بينهما كالشمس في كبد السماء، لأن الغاصب إنما يأخذ المال من المغصوب منه بالقهر و العدوان، فيكون مضمونا عليه بجميع خصوصياته و هذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد. فان المالك قد دفعه إلى القابض باختياره، و المفروض أنه لا يمنع المالك عن التصرف فيه بوجه. و عليه فقوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع، لا إلى القابض و اذن فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمغصوب، و عليه فتصبح المنافع الفائته بغير استيفاء غير مضمونه في المقبوض بالعقد الفاسد.

ما هو الدليل على ضمان المثل

اشاره

في المثلي، و ضمان القيمه في القيمي

قوله: (الرابع إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا- خلافاً، إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي). أقول: لا يخفى عليك: أن ظاهر عباره المصنف هو ذهاب الإسكافي إلى ضمان القيمه في المثلي، و هذا مناف لما سيأتى منه قريباً [١] من نسبه ضمان المثل في القيمي إلى الإسكافي.

و المظنون قويا- و الله العالم- هو وقوع السقط في عبارته- هنا-

فكانه قال: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله، وإن كان قيميا وجبت قيمته بلا- خلاف في ذلك بين الأصحاب، إلا عن الإسكافي، فإنه حكم بضمان المثل في القيمي أيضا.

و كيف كان

فقد استدل على ضمان المثل في المثلي و ضمان القيمة في القيمي

بوجوه شتى:

١- قوله (صلى الله عليه و آله) على اليد ما أخذت حتى تؤديه .

(١)

و يرد عليه أنه لا دلالة فيه على مذهب المشهور: أعنى به الحكم بضمان المثل في المثلي، و ضمان القيمة في القيمي، لأن الظاهر منه هو ثبوت العين بدءا في عهده الآخذ، و إذا تعذر أداؤها بعينها انتقل الضمان إلى المثل. و إذا تعذر المثل أيضا انتقل إلى القيمة، من غير فرق في ذلك بين المثلي و القيمي.

و لا ريب في أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقا تاما، بل مقتضاه أن ضمان القيمة في طول ضمان المثل، كما أن ضمان المثل في طول الضمان بنفس العين التي أخذت من مالها بغير سبب شرعي.

و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما قيل من أن حديث ضمان اليد غير متعرض لأداء البدل، بل هو ظاهر في وجوب رد العين إلى مالها، و لا شك في أن هذا الوجوب يسقط بتلف العين.

كما أنه ظهر لك مما بيناه- أيضا- فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون التالف (مما يتمول عرفا و شرعا، فمثل الخنفساء و الخمر و إن وجب ردهما حين بقائهما لجهه حق الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان).

و وجه الفساد: هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير. بدون سبب

ص: ١٤٦

شرعى يوجب ضمانه،و إذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضا بقى التالف فى عهده الضامن،إذ المفروض أنه ليس بمال لكى ينتقل ضمانه -مع تعذر مثله-إلى قيمته.

و لكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند و غير منجبر بشىء،كما سمعته مرارا،فلا يمكن الاستناد إليه فى شىء من الأحكام الفرعيه

٢- ما دل على احترام مال المؤمن،و أن حرمة ماله كحرمة دمه

(١)

و لكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالة على الضمان بوجه،بل الظاهر منه هو الحكم التكليفى،و عليه فيدل على حرمة التصرف فى مال المؤمن بدون إذنه و طيب نفسه.

و يضاف إلى ذلك:أنا لو سلمنا دلالة على ثبوت الضمان و لكن لا نسلم دلالة على ضمان المثل فى المثلى،و على ضمان القيمة فى القيمى،بل مفاده انما هو ثبوت الضمان بالبدل الواقعى.

٣- الروايات الداله على أن الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقه

-بعد أن أولدها المشتري-أخذها صاحبها،و أخذ المشتري ولده بالقيمه،

(٢)

حيث إن حكم الامام(عليه السلام)بضمان قيمه الولد ظاهر فى أن ضمان القيمى بالقيمه و الجواب عن ذلك:أن هذه الروايات و إن كانت صريحه فى الضمان إلا أنها غير ظاهره فى ضمان المثل فى المثلى،و فى ضمان القيمه فى القمى،نعم هى غير خاليه عن الاشعار بذلك و قد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان فى قاعده ما يضمن.

٤- دعوى الإجماع على ضمان المثل فى المثلى،و على ضمان القيمه فى القيمى

ص:١٤٧

١- ١) قد عرفت ما يرجع إلى ذلك فى ص ٩١.

٢- ٢) قد تقدمت هذه الروايات فى ص ٨٩.

و يتوجه عليه: أنا ذكرنا مرارا أن الإجماع لا يكون حجه إلا مع القطع بكشفه عن رأى المعصوم (عليه السلام) و من البين الذى لا ريب فيه أن العلم بذلك مشكل جدا، بل المظنون قويا هو استناد المجمعين -هنا- إلى الوجوه المتقدمه و لا يفرق فيما ذكرناه بين الإجماع المنقول، و الإجماع المحصل.

أضف إلى ذلك: أن الإجماع -هنا- قد انعقد على مفهوم مجمل، لا مفهوم مبين لكى يكون النزاع -عند الشك فى أن الضمان بالمثل أو القيمه- فى تطبيق المفهوم المبين على المشكوك فيه، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

٥- قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ

(١)

و عن الشيخ أنه استدل بهذه الآية -فى المبسوط و الخلاف- على ضمان المثل فى المثلى، و ضمان القيمه فى القيمى، بدعوى أن المماثله إنما تقتضى ذلك.

و لكن الظاهر أنه لا دلالة فيها على ما يرومه المستدل، إذ الاستدلال بها على ذلك يتوقف على أمور ثلاثه:

الأول: أن تكون كلمه (ما) فى الآية الكريمه موصوله، لا مصدرية.

الثانى: أن يراد من هذه الكلمه الموصوله الشىء المعتدى به: بأن يكون المعنى فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ الشىء الذى اعْتَدَى بِهِ عَلَيْكُمْ .

الثالث: أن يراد من كلمه المثل فى الآية الشريفه المثل فى المثلى، و القيمه فى القيمى، و أنى للمستدل إثبات هذه الأمور كلها.

أما الأمر الأول فيرده أنه لا قرينه على أن يراد من كلمه (ما) كونها موصوله، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية، و عليه فتكون معنى الآية: أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم، و إذن فتختص الآية بالاعتداء بالأفعال. و تبعد عن مورد البحث، بداهه أن مماثل الإلتلاف هو الإلتلاف،

ص: ١٤٨

دون الضمان، و من الواضح أن هذا الاحتمال يمنع عن الاستدلال بالآيه الكريمه على المقصود.

بل المحكى عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعيين هذا الاحتمال فإنه بعد ما ذكر جمله من الآيات-التي منها الآيه المتقدمه-الظاهره في جواز الاعتداء بالمثل قال:فيها دلالة على جواز القصاص في النفس، و الطرف، و الجروح.بل جواز التعويض مطلقا حتى ضرب المضروب، و شتم المشتوم بمثل فعلهما-إلى أن قال-و تدل على عدم التجاوز عما فعل به و تحريم الظلم و التعدى أما الأمر الثاني فيرده أنه لا-قرينه على أن المراد من الشيء هو المعتدى به:أعنى به الأعيان الخارجيه من النقد و العرض،بل يحتمل أن يراد به الفعل أعنى به الاعتداء،و عليه فتكون الآيه غريبه عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمه(ما)فيها موصوله.

و يحتمل أن يراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل و المعتدى به و حينئذ فتدل الآيه على جواز اعتداء المضروب بالضرب،و اعتداء المشتوم بالثتم و على جواز إتلاف المال في مقابل الإتلاف،و على جواز أخذ الحنطه بدل الحنطه و أخذ الفضه بدل الفضه و هكذا.

و على هذا الاحتمال لا يستفاد من الآيه الضمان-أيضا-بل و لا جواز تملك المغصوب منه شيئا مما أخذه من الغاصب،بل غايه ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص،بلا كونها ملكا للمتصرف،ضروره أنه لا ملازمه بين جواز التصرف في شيء و بين كونه ملكا للمتصرف،و من هنا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاه مع عدم كونه ملكا للأخذ بناء على أنها تفيد الإباحه فقط.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك،و سلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء

المعتدى به، و لكن لا نسلم انطباق الآيه على مسلك المشهور من جميع الجهات بديهة أن مفاد الآيه على هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدى به، و عليه فتكون الآيه ظاهره في ضمان المثل في كل من المثلى و القمى، و حينئذ فإذا تعذر المثل كان دفع القيمة بدلا عن المثل الثابت في الذمه، لا بدلا عن العين التالفه ابتداء كما يرومه المستدل.

أما الأمر الثالث فيرده عدم وجود القرينه على إرادته ضمان المثل من الآيه في المثلى، و إرادته ضمان القيمة في القمى، لأن المماثلة لا تقتضى هذا المعنى بل هي أعم من ذلك.

و تحصل من جميع ما ذكرناه: أنه لا دلالة في شيء من الوجوه الماضيه على مسلك المشهور: أعنى به ضمان المثل في المثلى و ضمان القيمة في القمى.

و التحقيق: أن يستدل على ذلك بالسيره، كما أنا اعتمدنا عليه في القول بالضمان في أصل المسأله: أعنى بها مسأله المقبوض بالعقد الفاسد.

و بيان ذلك: أن العقلاء متفقون على أن الإنسان إذا أخذ مال غيره، و وضع يده عليه بغير سبب شرعى ضمنه بجميع خصوصياته الشخصيه و الماليه و النوعيه، و أنه لا يخرج عن عهده إلا- برد عينه على مالكه و إذا تلفت العين و جب على الضامن رد ما هو أقرب إليها، لأن تلفها لا يسقط الضمان عنه جزما، و من الواضح أن الأقرب إلى العين التالفه إنما هو المثل في المثلى و القيمة في القمى، و على هذا فلا يكتفى برد أحدهما في موضع الآخر إلا برضى المالك، و هذا واضح لا شك فيه.

و يؤيد ذلك: أن المرتكز في أذهان العقلاء هو أنه لا يحصل فراغ الذمه إلا بأداء المثل في المثلى، و بأداء القيمة في القمى.

قد اختلفت كلمات الفقهاء فى ذلك:

فعن الشيخ و الحلى و المحقق و العلامة و جمع آخر: أن المثلى ما تتساوى أجزاءه من حيث قيمه. بل هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و عن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاءه، و تقاربت، صفاته.

و عن الدروس و الروضة: أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن غايه المراد: أنه ما تتساوى أجزاءه فى الحقيقه النوعيه.

و عن بعض العامه: أنه ما قدر بالكيل و الوزن.

و عن آخر منهم: زياده جواز بيعه سلما.

و عن ثالث منهم: زياده جواز بيع بعضه ببعض، و إلى غير ذلك من التعاريف.

أما القيمي فعرفوه بعكس ما عرفوا به المثلى.

ثم إنه قد كثر النقض و الإبرام حول التعاريف المذكوره تاره بعدم الاطراد و اخرى بعدم الانعكاس، و ثالثه من سائر الجهات.

و لكن لا يهمنى التعرض لشيء من تلك التعاريف، و لا التعرض لما يتوجه عليها من المناقشات، ضروره أن لفظى المثلى و القيمي لم يردا فى آيه، و لا فى روايه، و لا انعقد عليهما إجماع: لا- المحصل، و لا المنقول لكى نبحت عنهما تاره من حيث الشرح و التفسير، و اخرى من حيث الاطراد و الانعكاس، و ثالثه من سائر الجهات، بل ذكرهما الفقهاء لتعيين ما وجب على الضامن حين الأداء، و لعل هذا هو المقصود من التعاريف المذكوره من غير

أن يجعلونها تعاريف حقيقيه و لعله من هذه الجبهه أضيف إلى تعريف المثلى أنه يجوز بيعه سلماً، أو بعضه ببعض كما عرفته قريباً، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف الحقيقيه لما جاز ذكرهما فيها، لأنهما من الأحكام الشرعيه فلا معنى لأخذها فى التعريف و إذن فالتعاريف المذكوره و غيرها كلها تعاريف لفظيه و انما ذكرت هنا لبيان غرض وحدانى، فاللازم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد.

و توضيح ذلك إجمالاً: أن أوصاف الأشياء على قسمين، إذ قد يكون لها دخل فى المالىه، و قد لا يكون لها دخل فى المالىه بوجه:

أما القسم الثانى فهو خارج عن مركز بحثنا، لعدم دخله فى مالىه الموصوف فلا يكون تفويته موجبا للضمان.

أما القسم الأول فإن كانت للموصوف أفراد متماثله بحسب النوع أو الصنف فهو مثلى، ضروره أن أفراد الكلى مع فرض تماثلها متساويه الأقدام و متقاربه الأوصاف من دون تفاوت بينها فى نظر العرف، و ان كان بينها فرق بالدقه العقليه، و ان لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمى.

و على هذا فالمراد من كلمه الأجزاء التى ذكرت فى التعاريف المتقدمه انما هو أفراد الطبيعه، لا أجزاء المركب، كما هو واضح، و هذا هو الحجر الأساسى و الضابط الكلى فى المقام و قد اتضح لك مما بيناه: أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص فى الخارج- بالاتحاد النوعى و الصنفى، أما الاتحاد الجنسى فهو بنفسه لا يصحح التماثل فى جميع الموارد، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

ثم لا يخفى عليك: أن المثلى و القيمى يختلفان بحسب الأزمنه و الأمكنه فان الأثواب و ان كانت من القيميات فى الأيام السالفه، و لكنها أصبحت من المثليات- غالباً- فى العصر الحاضر، لأن أكثرها منسوج بنسج واحد و أنها متماثله الأفراد فى الخارج غالباً.

و من هنا ظهر: أن النقود الرائجة من المثليات، لتساوى أفرادها على النهج المزبور. أما الجواهر فهي قيمية، لاختلاف أفرادها-غالبًا- إذ قد يساوى مقدار حمصه من الياقوت-مثلاً-ربع دينار، و يسوى فرد آخر منه بالمقدار المزبور مائة دينار. و هكذا الفيروزج و أشباهه.

و على الجملة: أن التأمل فيما بيناه من الضابط الكلى للمثلى و القيمى يوضح لنا الشبهات الواردة على تعاريفهما فافهم و اغتتم.

ما هو الضابط فيما شك فى كونه مثليا أو قيميا؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء فى كثير من الأشياء إنها مثليه أو قيمية:

منها الذهب و الفضة المسكوكان، فقد حكى التصريح-عن الشيخ فى المبسوط-بكونهما قيميين، و ظاهر غير واحد من الفقهاء أنهما مثليان.

و منها الحديد، و النحاس، و الرصاص، فإن الظاهر من العبائر المحكية عن المبسوط و الغنيه و السرائر أنها من قبيل القيميات، و لكن حكى التصريح عن العلامة-فى التحرير-بأن أصولها مثليه، إلا أن المصوغ منها قيمى.

و منها الرطب، و العنب، و الزبيب، و التمر، حيث حكى التصريح عن الشيخ-فى المبسوط-بكون الأولين قيميين، و كون الأخيرين مثليين، و عن العلامة-فى المختلف-أن فى الفرق إشكالا، بل ذكر المصنف أنه صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين.

و إلى غير ذلك من الموارد الكثيره التى لم يستوضح كونها مثليه أو قيمية. و كذلك لم يستوضح أن الأصل اللفظى-فى الموارد المشكوكه-هل يقتضى كونها مثليه إلا ما خرج بالدليل، أم يقتضى كونها قيمية إلا ما خرج بالدليل.

و لعل الوجه فى ذلك: أن الأئمة(عليه السلام)قد أغفلوا هذه الجهات، و لم

يتفضلوا بما هو الضابط الكلى فى ذلك، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان فى موارد شتى، و لم يتعرضوا لكيفية الضمان إلا فى موارد قليلة.

و عليه فإذا علمنا بكون شىء مثليا أو قيميا لانطباق ما ذكرناه-من الضابط الكلى-عليه فهو، و إن شك فى ذلك فلا بد من الرجوع إلى الأصول العملية، و قرروا ذلك بوجه شتى:

١-القول بضمان المثل فقط، لا غير.

٢-القول بضمان القيمة فقط، لا غير.

٣-القول بتخيير المالك بين المثل و القيمة.

٤-القول بتخيير الضامن بينهما.

أما الوجه فى الحكم بضمان المثل فقط فلأن الواجب على الضامن ابتداء إنما هو أداء المثل حتى فى القيميات، لكونه أقرب إلى التالف من غيره. أما أداء القيمة فى القيميات فإنما هو من باب الإرفاق للضامن، إذ لا يوجد-غالبا- مثل للقيميات فى الخارج.

ثم إن فراغ الذمه بأداء ما يحتمل تعيينه قطعى، و بأداء غيره مشكوك فيه، فالأصل هو عدم سقوط ما فى ذمه الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بين التعيين و التخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه.

و يرد عليه: أن الواجب على الضامن ابتداء إنما هو أداء القيمة فى القيميات، دون أداء المثل، و قد عرفت ذلك قريبا.

و يضاف إلى ذلك: أنا لو سلمنا صحة المبنى، إلا أنا لا نسلم صحة البناء و ذلك لأن القاعده تقتضى الالتزام بالتعيين تارة، و بالتخيير اخرى، لا الحكم بالأخذ بما احتمل تعيينه.

و بيان ذلك: أنه إذا كان-هنا-حكم واحد، و دار أمره بين التعيين

-لاحتمال الأهميه-و بين التخيير حكم بالتخيير،و لم يؤخذ بمحتمل الأهميه و إذا كان-هنا-حكمان،و دار أمرهما بين التعيين و التخيير-فى مرحله الامتثال و الفعلية من ناحيه المزامحه-وجب الأخذ بما احتمل تعينه.

و الوجه فى ذلك:أن المزامحه بين الحكمين-فى باب المزامحه-إنما نشأت من شمول الإطلاق-فى كل من الحكمين-لحال الإتيان بمتعلق الآخر، و إذا استحال امتثالهما معا فى مورد المزامحه لم يبق كلا الإطلاقين-معا-على حالهما.و عليه فان كان أحد الحكمين بالخصوص أهم من الآخر أخذ به،و سقط الإطلاق فى ناحيه المهم،و إذا كان ملاك كل منهما مساويا لملاك الآخر سقط كلا الإطلاقين،لبطلان الترجيح بلا مرجح،و إذا كان أحد الحكمين محتمل الأهميه وجب الأخذ به،و سقط الإطلاق فى غيره قطعاً.

و الوجه فى ذلك:أنه لا-يجوز للمكلف تفويت الغرض الملزم-بعد إحرازه-إلا-بعجزه عن الامتثال تكويناً أو بتعجز المولى إياه:بأن يأمره بما لا يجتمع معه فى الخارج و إذا لم يوجد شىء من الأمرين حكم العقل بقبح التفويت و استحقاق العقوبه عليه.

و على هذا فإذا كان أحد الحكمين المتراحمين معلوم الأهميه فلا شبهه فى وجوب الأخذ به،لأن الملاك فى الطرف الآخر و ان كان ملزماً فى نفسه، الا أن تفويته مستند الى تعجز المولى،ضروره أن المولى قد أمر المكلف بصرف قدرته فى الأهم،فإذا أتاه المكلف كان معذوراً فى ترك المهم،و تفويت ملاكه،و هذا بديهى لا ريب فيه.

و إذا كان أحد الحكمين المتراحمين محتمل الأهميه فأيضاً لا شبهه فى لزوم الأخذ به،و ذلك لما عرفته-قريباً-من أنه لا يجوز للمكلف عقلاً-أن يترك الملا-ك الملزم-بعد إحرازه-الا بالعجز عن الامتثال تكويناً،أو تشريعاً و من الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهميه،و لو بترك الآخر

و اذن فلا يجوز ترك محتمل الأهميه، لحكم العقل بالاشتغال، و استحقاق العقاب على تحركه من غير عذر.

و لا- يخفى عليك: أن هذه الكبرى التى قد مناها فى المتزاحمين لا تجرى فى فرض اتحاد الحكم الذى دار أمره بين التعيين و التخيير، كالشك فى أن تقليد الأعلم واجب تعيينى، أو أن المكلف مخير بينه و بين تقليد غير الأعلم حيث ان-هنا-حكما واحدا يحتمل تعلقه بالمعين، و يحتمل تعلقه بالجامع، بينه و بين غيره، و حينئذ فتعلقه بالجامع معلوم، و بالخصوص مجهول، فيدفع بالبراءة.

و بعبارة اخرى: أنا نعلم- فى أمثال ذلك- بتعلق التكليف فى الجملة بالجامع الانتزاعى الذى يعبر عنه بعنوان أحد الشئيين، و لكننا نشك فى كونه مأخوذا على نحو الإطلاق، أو متقيدا، بقيد خاص، و من الواضح أن الشك فى أمثال ذلك و ان كان شكاً فى الامتثال، الا أن منشأ ذلك هو الشك فى إطلاق الحكم و تقيده، فإذا رفعنا احتمال التقييد بأصالة البراءة ارتفع الشك فى الامتثال أيضاً، و اذن فيحكم بالتخيير و بجواز الاكتفاء بكل واحد من الطرفين فى مرحله الامتثال.

و مقامنا من هذا القبيل، لأن ثبوت ماله التالف فى ذمه الضامن معلوم الا أن ثبوت تعيينها بخصوص المثل مشكوك فيه، فيدفع بالبراءة، و اذن فاحتمال تعيين المثل من ناحيه لزوم الأخذ بمحتمل الأهميه عند دوران الأمر بين التعيين و التخيير ضعيف جدا.

و لكن التحقيق مع ذلك: هو تعيين الضمان بالمثل- عند الشك فى ضمان المثل أو القيمة- و الوجه فى ذلك: هو قيام السيره القطعيه على أن وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعى موجب للضمان، و عليه فان كان المال المزبور موجودا بعينه فلا بد من رده على مالكة على النحو الذى أخذه

منه: أى بجميع خصوصياته النوعيه و الشخصيه و الماليه. و إذا تعذر ذلك -لتلف و نحوه- سقط عنه و جوب رد العين، و انتقل الضمان الى المثل: أعنى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى ماليه الشئ، و موجه لزيادتها، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى ماليه الشئ أصلا و رأسا، و انما هى دخيل فى التشخص فقط.

و على هذا الضوء فمقتضى القاعده هو الضمان بالمثل، إلا إذا ثبت كون التالف قيما، أو كان التالف مثليا و لكن تعذر مثله فى الخارج، فإنه عندئذ يجب على الضامن أداء قيمه، و كل ذلك من ناحيه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع، و هكذا الحال إذا قلنا بأن مدرك الضمان -فى المقبوض بالعقد الفاسد- هو حديث ضمان اليد.

أما الوجه فى الحكم بضمان قيمه فقط -عند الشك فى كون التالف مثليا أو قيما- فهو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر فلا بد من الأخذ بالأقل، و يدفع و جوب أداء الأكثر بالأصل.

و بيان ذلك: أن المراد من قيمه هنا انما هو الماليه المشتركه بين جميع الأموال. سواء أ كانت تلك الأموال مثليه، أم كانت قيميه، و عليه فما نحن فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لأن اشتغال الذمه بالجبهه المشتركه معلوم، و اشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات مشكوك فيه. و قد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلك هو البراءه، و على هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء قيمه، إلا إذا رضى بأداء المثل. فإنه وقتئذ يكون مخيرا بين أداء قيمه و أداء المثل.

و يرد عليه: أن الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمه التى نبحت عنها فى المقام هو مطلق الماليه الساريه فى الأموال كلها، فإنه على هذا

جاز للضامن أن يؤدي عن التالف أى شيء أراده من الأموال إذا كانت قيمته تساوى قيمه التالف.

و لكن هذا خلاف المتسالم عليه، بل خلاف ما هو المرتكز فى الأذهان لأن المتبادر من كلمه القيمه إنما هو المالىه الخالصه، كالنقود الرائجه بين الناس، و أمثالها مما يتمحض فى المالىه من دون أن تلاحظ فيها أية خصوصيه من الخصوصيات التى تتفاوت بها الرغبات، و عليه فىكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل و رد القيمه من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، فلا بد فى ذلك من الاحتياط و ليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر لكى يؤخذ بالأول، و يترك الثانى.

أما الوجه فى تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمه فهو أن الضامن يعلم إجمالاً باشتغال ذمته بأحد أمرين: إما المثل، أو القيمه. و مقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبراءه، لما عرفته-الآن-من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين، و من الواضح أن القطع بفراغ الذمه-فى أمثال هذه الموارد- لا يحصل إلا بأداء كلا الأمرين لكى تحصل الموافقه القطعيه.

و لكن مقتضى الإجماع، بل الضروره، بل مقتضى قاعده نفي الضرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين، و اذن فىكون مخيراً بين أداء المثل و أداء القيمه.

أما الوجه فى تخيير المالك بين مطالبه المثل و مطالبه القيمه فهو ما ذكره بعض من أن ذمه الضامن و ان كانت مشغوله إما بالمثل أو بالقيمه، الا أن ما يختاره المالك اما هو البدل الواقعى أو أنه بدل البدل، و على كلا التقديرين فىكون ذلك مسقطاً لما فى ذمه الضامن: أما على الأول فواضح، أما على الثانى فلرضاء المالك بذلك على الفرض و اذن فما يختاره المالك مسقطاً لما فى ذمه الضامن قطعاً

دون غيره، لأنه مشكوك فيه، فالأصل عدم سقوطه إلا بما يختاره المالك.

و يرد على كلا- الوجهين: أن اشتغال الذمه بالمثل أو بالقيمة واقعا و قيام الإجماع و الضروره على عدم وجوب أدائهما معا لا يقتضيان تخيير الضامن بين أداء المثل و القيمة و لا- تخيير المالك في استيفاء أيهما شاء، بل يمكن تعيين ما في الذمه بالصلح القهري: بأن يرجع الضامن و المالك كلاهما الى الحاكم الشرعى و يحكم الحاكم بذلك.

و يمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين إلى القرعه، بناء على جريانها في كل أمر مشكل و لو كان في الشبهات الحكيمه.

و لكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها في الشبهات الحكيمه، و عليه فلا مناص عن الرجوع إلى الحاكم، فيلزمهما بالصلح ان لم يكن- هنا- ما يتعين به الضمان بالمثل أو القيمة.

ثم انه يحسن بنا التنبية على أمر لا- غناء عنه في مورد بحثنا، و هو أن القابض بالعقد الفاسد لا- يلزم الا- بأداء مثل المقبوض أو القيمة، و لا- يكلف بأزيد من ذلك، لما ذكرناه آنفا من أن نفس العين باقيه في عهده القابض ما لم يؤديها إلى مالكها، دون عوضها، و إذا تعذر رد العين بنفسها- لتلف و نحوه و جب عليه رد بدلها، و هو المثل في المثلى، و القيمة في القيمي، و لا يفرق في ذلك بين كون المثل حين الأداء مساويا لقيمة العين حين الأخذ و عدمه.

و يدل على ما ذكرناه: أن نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء نفس العين، فكيف يضمن عند أداء مثلها، و عليه فإذا أخذ شيئا بالبيع الفاسد، ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شيء زائدا على رد نفس المبيع. فإذا تعذر رده- لتلف و نحوه- انتقل الضمان إلى مثله من دون زياده.

و يؤيد ذلك ما ورد[١]فى استقراض الدراهم-التي أسقطها السلطان و أجاز غيرها-من أنه ليس لصاحب الدراهم الا الدراهم الأولى الساقطه عن الرواج، لا الدراهم الجائزه بين الناس.نعم يعارضه خير آخر[٢]و لكنه ضعيف السند.

ثم لا- يخفى عليك:أنه إذا سقطت العين عن المالىه بالمره-كالجمد فى الشتاء-لم يكف أداء المثل،بل يجب على الضامن أداء قيمته،لأننا و ان حكمنا بثبوت المثل فى الذمه بعد تلف العين،الا- أنه ليس على وجه الإطلاق،بل بما أنه مال،و عليه فإذا سقط المثل عن المالىه انتقل الضمان إلى قيمه.و هذا المعنى هو الذى تقتضيه السيره العقلائيه غير المردوعه من قبل الشارع و حديث ضمان اليد.

ص: ١٦٠

قيل: إن ما ورد في الدراهم الساقطه عن الرواج يدل بإطلاقه على جواز ردها إلى مالکها الأول و إن سقطت عن المالىه. و إذا ثبت هذا المعنى فى الدراهم ثبت فى غيرها، لعدم القول بالفصل.

و الجواب عن ذلك: أن الدرهم لا يصاغ إلا من الفضة، و عليه فلا معنى لسقوطه عن المالىه بالمره، فلا إشعار فى ذلك بجواز رد الدراهم الساقطه عن المالىه إلى مالکها الأول، فضلا عن الدلاله عليه.

هل يجب شراء المثل مع قلته و زياده قيمته؟

قوله: (الخامس: ذكر فى القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد). أقول: إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما فى حكمه عند القابض، و ترقى قيمه مثله - إما لعزته، و عدم وجوده إلا عند من يطلب بأكثر من قيمته، أو لكثرة الراغبين فيه - فهل يجب على القابض شراؤه و رده إلى المالك؟ أم لا - يجب ذلك، بل لا - بد و أن يصبر المالك إلى أن يكتر المثل، أو تنزل قيمته السوقية؟ أم يفصل بين ما كانت زياده القيمه من جهه الرواج فيحكم بوجوب الشراء، و بين ما كانت الزيادة لمطالبه من عنده بالزيادة، فيحكم بعدم وجوب الشراء؟.

و هذا هو الحق، و الوجه فى ذلك ما ذكرناه سابقا من أن الثابت فى ذمه القابض ابتداء ليس إلا نفس العين بجميع خصوصياتها النوعيه و المالىه و الشخصيه و إذا تلفت العين و جب عليه أداء مثلها، و هو الكلى الجامع لجميع الخصوصيات الدخيل فى المالىه، لا الخصوصيات الدخيل فى التشخص الخارجى و إذن فزياده القيمه السوقيه لا تؤثر فى جواز تأخير الأداء تمسكا

بأدله نفى الضرر، ضروره أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحيه حكم الشارع بضمان المثل، و من الظاهر أن الحكم بالضمان لوروده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفى الضرر.

و يضاف إلى ذلك: أن أدله نفى الضرر مسوقه للامتنان، ولا-ريب أن رفع الضمان خلاف الامتنان على الأمه، بل الامتنان في ثبوته.

نعم لو استلزم أداء المثل ضررا آخر ارتفع وجوبه بدليل نفى الضرر و عليه فلا يجب شراء المثل ممن لا يبيعه إلا بأكثر من قيمته السوقيه ثم إن المصنف-بعد ما نفى الاشكال عن وجوب شراء المثل في الصوره المتقدمه، و نقل عليه الإجماع عن المبسوط- قال: (و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل في المثلى. و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه)، و غرضه من الفحوى هو أن عدم الانتقال إلى قيمه-عند نزول قيمه المثل حين الدفع-إنما هو لصدق المماثله، و من الواضح أنه إذا صدقت المماثله مع نقص قيمه-مع أن المثل عندئذ لا يساوى العين في المالىه-صدقت مع زياده قيمه السوقيه-أيضا- بالأولويه.

و لكن لا يتم شيء مما أفاده: أما الإجماع فلعدم العلم بكونه إجماعا تعبديا لكي يستكشف به قول المعصوم (عليه السلام).

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند، وإما من حيث الدلاله، أما الفتوى فلا اعتبار بها.

أما الفحوى فلأن كلامنا ليس في صدق المماثله و عدم صدقها لكي نتمسك في ذلك بالفحوى، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمه العاليه و عدم لزوم شرائه بذلك، و قد عرفت لزومه من ناحيه السيره.

أما إذا كانت زياده القيمة لقله الوجود، و عدم وجدانه إلا- عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقية. فقد ذكر المصنف-هنا:- أن (الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحرير، كما عن الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر، و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى) و يرد عليه: أن ما استند اليه-من الوجوه-في الصورة الأولى لا يرجع إلى معنى محصل كما عرفته-لكي نعتمد عليه في الصورة الثانيه، و إنما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهه السيره، و من الواضح أنها لا تجرى في الصورة الثانيه، بديهه أن زياده القيمة-هنا-لم تنشأ من ناحيه ثبوت المثل في الذمه، بل إنما نشأت من ناحيه الأمور الخارجيه. و من الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزياده ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع-بأداء المثل-على الضرر، و إذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدله نفى الضرر.

و من هنا اتضح لك: أنه إذا بقى المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن، و توقف رده إلى مالكة على تضرر الضامن لم يجب رده لأدله نفى الضرر.

قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانيه-أيضا-و إن كان الشراء بقيمه عاليه، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

و يرد عليه: أن هذا الوجه يختص بالغصب، فلا يجرى في المقبوض بالعقد الفاسد.

أضف إلى ذلك: أنه لا- دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال، و عليه فإلحاق الصورة الثانيه بصوره الإعواز-التي سستكلم فيها- و جيه جدا.

و على الجملة: إنه لا يجب شراء المثل مع عزه وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمة السوقية، لقاعده نفى الضرر.

قيل: إن الضرر هنا ليس في متعلق التكليف: أعنى به أداء المثل، و إنما

هو فى مقدماته: أعنى بها شراء المثل بأزيد من قيمه السوقيه، و من الظاهر أن أدله نفى الضرر لا تشمل مقدمات التكليف، لأن وجوب المقدمه عقلى لا شرعى.

و الجواب عن ذلك: أن أدله نفى الضرر مسوقه لرفع التكاليف الضرريه سواء أ كان التكليف أصليا أم كان مقدميا، و من هنا لا نحكم بوجوب الصلاه قائما على من يقدر على القيام، و لكن كان النهوض ضروريا، و كذلك لا نحكم بوجوب الحج على من يقدر على الإتيان بمناسك الحج، و لكن كانت مقدماته ضرريه. و هكذا، و هكذا، و ليس ذلك كله إلا من ناحيه أدله نفى الضرر هذا بناء على وجوب المقدمه شرعا.

أما بناء على عدم وجوب المقدمه إلا عقلا- كما هو الحق- فالتحقيق أن يقال: إن أدله نفى الضرر- على ما ذكرناه فى محله- إنما هى تنفى الحكم الناشئ من قبله الضرر، و إذن فكل حكم ضررى مرتفع فى عالم التشريع سواء أ كان الحكم بنفسه ضروريا، أم كان الضرر ناشئا من قبله، و عليه فوجوب المقدمه و إن كان عقليا، إلا أنه إذا كان ضروريا كان مشمولاً لأدله نفى الضرر بداهه أن الضرر- هنا- إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذى المقدمه.

ما هو حكم تعذر المثل؟

إشاره

قوله: (السادس لو تعذر المثل فى المثلئى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه مع مطالبه المالك)، أقول: إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع قيمه، و هذا لا شبهه فيه.

و إنما البحث فى أن قيمه التى يجب دفعها هل هى قيمه يوم التلف، أم

قيمه يوم الدفع، أم قيمه يوم الأخذ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان الأخذ، أم أعلى القيم من زمان الأخذ إلى زمان الدفع، أم غير ذلك من الوجوه؟.

لا يهمننا التعرض لهذه الوجوه نقضا وإبراما، كما تعرض لها المصنف وغيره، وأطالوا الكلام فيها و في أدلتها، و في المناقشه فيها.

و أيضا لا يهمننا التعرض لتأسيس الأصل في المقام لكى يكون ذلك مرجعا فيما لم يتعين أحد الوجوه المذكوره، أو غيرها، كما صنعه شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى قيمه، فإنه عندئذ يصح النزاع في تعيين زمان الانتقال.

أما إذا أنكرنا ذلك، و التزمنا ببقاء المثل في عهده الضامن بعد تلف العين، و شيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى قيمه -بعد تلف العين- قبل يوم الأداء.

قيل: ان الضمان لا بد و أن ينتقل إلى قيمه عند إغواز المثل في الخارج و الا لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصيه.

و الجواب عن ذلك: أن انتقال الضمان الى المثل بعد تلف العين أمر قهري، لأنه لا -معنى لبقائها في الذمه بعد التلف، و هذا بخلاف المثل، فإنه أمر كلى قابل للبقاء في الذمه إلى حين الأداء، و عليه فلا يجب على الضامن إلا قيمه وقت الأداء، و هذا ظاهر.

هل يجوز للضامن إجبار المالك

على أخذ قيمه؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ قيمه مع تعذر المثل و إعوازه أم لا؟.

الظاهر أنه لا يجوز ذلك، لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمة، بل انما هو المثل، و من الواضح أنه ليس للمديون إجبار ذى الحق على قبول شىء آخر بدلا عن حقه الخاص، بل هو مخير بين أخذ البديل و بين الصبر الى أن يتمكن المديون من أداء حقه، سواء أ كان ذو الحق مأیوسا من وجدان المثل أم لم يكن مأیوسا من ذلك، كما أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شىء آخر بدل العين قبل تلفها، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

هل يجوز للمالك إجبار الضامن

على إعطاء قيمه؟

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على إعطاء القيمة مع تعذر المثل، أم لا؟ لا شبهه فى جواز ذلك لأن المالك مسلط على حقه و هو مخير بين مطالبه بدله مع الإعواز و بين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه.

قيل: ان إجبار الضامن على إعطاء القيمة ضرر عليه، فيرتفع بأدله نفي الضرر.

و الجواب عن ذلك: أن إعطاء القيمة لا ضرر فيه على الضامن بوجه،

ص: ١٦٦

و انما هو رضاء من المالك بإلغاء الخصوصيات التي هي دخيل في متعلق الضمان و هو المثل، ففيه إرفاق للضامن، لا أنه ضرر عليه لكي يرتفع بأدله نفى الضرر و قد ظهر لك مما بيناه: أنه لا فارق في جواز الإيجاب و عدمه في كلتا صورتين-: أعنى بهما صورته إجبار الضامن، و صورته إجبار المالك- بين تعذر المثل ابتداء، و بين تعذره بعد مده. كما أنه لا فارق في ذلك بين التعذر الاستمراري، و بين التعذر في وقت دون وقت. و كل ذلك واضح لا ستار عليه

ما هو المناط في صدق التعذر و الإعواز؟

المحكى عن العلامة في التذكرة أن المراد من إعواز المثل هو أن لا يوجد ذلك في البلد و ما حوله.

و عن المسالك: أنه زاد قوله: مما ينقل عادة منه اليه، كما ذكروا ذلك في انقطاع المسلم فيه.

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه الى العرف.

و لكن الظاهر: أن الميزان في تعذر المثل و إعوازه هو التعذر الشخصي و عدم إمكان الوصول اليه بشخصه و عليه فإذا تمكن الضامن من الوصول الى المثل و لو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز، بل وجب عليه تحصيله، كما أنه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل و لو كان موجودا في البلد، و أمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمة.

و الوجه في ذلك: أن تقدير تعذر المثل بحد خاص لم يرد في دليل خاص لكي نجعله مرجعا في البحث، بل لا بد من الرجوع في ذلك الى الاعتبار العقلي، و من الواضح أن الاعتبار العقلي لا يساعد الا على ما ذكرناه.

نعم لو كان نقل المثل من البلاد النائيه الى بلده محتاجا الى مئونه زائده بحيث يتضرر بها الضامن لم يجب عليه النقل فى هذه الصورة لقاعده نفي الضرر و من هنا اتضح لك جليا: ما هو الفارق بين ما نحن فيه و بين السلم، فان الضمان فيه اختيارى ثابت بالعقد، ولا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت فى الذمه- فى بلد المعامله و ما حوله.

و يضاف الى ذلك: أن ظاهر جمله من الروايات [١] هو أن العبره فى

ص: ١٦٨

باب السلم بوجود المبيع فى بلد المعامله و ما حوله و على هذا فلا يمكن قياس ما نحن فيه بباب السلم.

ثم إن المدار-حين الأداء مع تعذر المثل-على قيمه المثل فى بلد المطالبه و إن كانت أزيد من قيمته فى بلد الضمان، و لا يفرق فى ذلك بين تعذره قبل وقت الأداء و عدمه، لأن هذا هو مقتضى بقاء المثل فى ذمه الضامن إلى حين الأداء، على ما عرفته سابقا.

ثم إنه ذكر بعضهم-فى صورته تعذر المثل-أنه يقدر وجوده لا على نحو العزّه فيقوم.

و لكن الظاهر: أنه يقدر وجوده حتى على نحو العزّه، لأن المفروض أن الثابت فى الذمه هو المثل، و القيمه هى قيمته بلا زياده.

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد كان من جهه أخرى، كما إذا طالب من عنده المثل بقيمه زائده على القيمه السوقيه لم يجب الدفع لنفى الضرر.

ما هو حكم سقوط العين عن المالىه؟

ثم إنك قد عرفت آنفا-ثبوت المثل فى الذمه إلى وقت الأداء، و عدم انتقاله إلى القيمه إلا حينه. و هذا مما لا شبهه فيه. كما لا شبهه فى وجوب أداء القيمه عند سقوط المثل عن المالىه بالمره، كالماء على الشاطئ إذا أتلفه فى المفازه، و الثلج فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف، لأن خروجه عن القيمه يعد من التالف عرفا.

و إنما البحث فى أن المراد من هذه القيمه هل هو قيمه يوم الأخذ، أم قيمه يوم التلف، أم قيمه يوم سقوط المثل عن المالىه، أم أعلى القيم من

زمان الأخذ إلى زمان التلف. أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط المثل عن المالىه، أم غير ذلك من الوجوه؟.

الظاهر هو الوجه الثالث، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت فى ذمه الضامن-بعد تلف العين-إنما هو المثل، و أنه باق فيها إلى حين الأداء و عليه فيحكم-فيما نحن فيه-ببقاء المثل فى الذمه إلى زمان سقوطه عن المالىه، و حينئذ فينتقل الضمان إلى قيمه لكون المثل-عندئذ-كالتالف فى نظر أهل العرف كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها، و هذا واضح لا خفاء فيه

ما هو حكم التمکن من المثل بعد تعذره؟

قوله: (فرع لو دفع قيمه فى المثل المتعذر ثم تمکن من المثل فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته) أقول: إذا طلب المالك حقه مع تعذر المثل فى الخارج و جب على الضامن أداء قيمته-كما عرفته قريبا-فإن لم يؤد حتى وجد المثل و جب عليه أداء المثل، لما عرفته من عدم الانتقال إلى قيمه بالمطالبه.

كما لا إشكال فى أن المالك إذا رضى بإسقاط حقه بأخذ قيمه لم يجب أداء المثل حتى مع التمکن منه من أول الأمر.

و إنما الإشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمه من جهه الضروره و اللابديه لأجل عدم التمکن من المثل، و دفع الضامن القيمه، ثم وجد المثل، و لم يرض بها المالك فهل يجب على الضامن إعطاء المثل ثانيا و إرجاع القيمه أم لا يجب ذلك؟.

قد ذكر المصنف: أنه إذا دفع الضامن القيمه بدلا عن المثل المتعذر ثم تمکن منه فإن قلنا ببقاء المثل فى الذمه و عدم انتقاله إلى القيمه إلا حين الأداء

فلا وجه لعوده ثانياً، لأنه دين في الذمه، فقد سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع الى الساقط ثانياً، لأن الساقط لا يعود.

و ان قلنا بأن تعذر المثل أوجب تبدل العين المضمونه من المثلى إلى القيمي بمعنى: أنها كانت مثليه، و بعد تعذر المثل انقلبت قيميه ان قلنا بذلك فعدم عود المثل إلى الذمه ثانياً أولى منه في الفرض الأول، لأن المدفوع وقتئذ انما هو نفس الموجود في الذمه، لا عوضه.

و ان قلنا بأن تعذر المثل قد أوجب انقلاب المثل-الثابت في الذمه- إلى القيمه، فكأنه تلف بتعذره، فلزمت قيمته، ان قلنا بذلك احتمال وجوب المثل عند وجوده. لأن القيمه-حينئذ-بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي أن حكمه انما هو عود المبدل عند انتفاء الحيلولة. انتهى حاصل كلامه.

و يرد عليه: أن الالتزام بأن دفع القيمه-في هذا الفرض-انما كان من باب دفع البدل من جهه الحيلولة لا يجتمع مع الانقلاب، كما هو المفروض، فان المدفوع على فرض الانقلاب انما هو نفس ما اشتغلت به الذمه، لا أنه بدله. و اذن فلا فرق بين أن تنقلب العين التالفه قيميه، و بين أن ينقلب المثل-الثابت في الذمه-قيماً.

نعم لا يبعد أن يلتزم بأن دفع القيمه-على القول بعدم الانقلاب، و بقاء المثل في الذمه-انما كان من جهه دفع البدل، و عليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمه عند التمكن منه.

و عليه فلا وجه لما ذكره السيد و شيخنا المحقق من الإيراد على المصنف من أن بدل الحيلولة مختص بالأعيان، و محل البحث-هنا-في الذم، فلا صلح بينهما بوجه.

و ذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلولة انما هو قاعده الجمع بين الحقين

و من الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعده بالأعيان، بل تعم الذمم أيضا.

و على ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل، بل يستظهر وجوب دفع المثل عند وجوده، دون ما إذا قلنا بالانقلاب.

و لكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقا و ذلك لما سنبينه فى محله من أنه لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلولة من أصله و لم يدل عليه دليل شرعى و لا عقلى.

ثم انه إذا اختلف الضامن و المضمون له فى تعيين المثل-الذى تؤخذ قيمته-فالمدار على تعيين الضامن، لأنه المكلف بأداء كلى المثل، فيتخير فى تعيين أفرادها، إلا أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خارجا عن مصاديق ذلك الكلى فى نظر أهل العرف، فإنه عندئذ لا يجب على المضمون له قبول ما اختاره الضامن، و هذا ظاهر.

هل يضمن القيمي التالف بالقيمه؟

إشارة

قوله: (السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمه). أقول: المشهور بين الأصحاب، أن المقبوض بالعقد الفاسد إذا تلف و كان قيميا حكم بضمان قيمته.

و لكن حكى الخلاف فى ذلك عن الإسكافى، و عن الشيخ و المحقق فى الخلاف و الشرائع فى باب القرض.

إلا أن المحكى عن الإسكافى هو أنه (ان تلف المغصوب دفع قيمته، أو مثله إن رضى به صاحبه). و من الظاهر أن هذه العبارة غير ظاهره فى الخلاف المزبور.

و أيضا ان الموجود فى باب الغصب من الخلاف. و فى بابى الغصب

و المقبوض بالعقد الفاسد من الشرائع هو الحكم بضمان القيمه فى القيمى.

و لعل الحكم بضمان المثل فى القيمى مختص عند الشيخ و المحقق بالقرض فقط، و الله العالم.

و التحقيق: أن يحكم بضمان المثل فى القيمى-أيضا-كما حكمنا بذلك فى المثلى، و عليه فإذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد، و لم يمكن رده انتقل الضمان الى مثله: و هو الكلى المتحد مع العين التالفه من جميع الخصوصيات، الا الخصوصيات غير الدخيل فى المالىه، بل فى الشخص الخارجى فقط، و حينئذ فلا ينتقل الضمان إلى القيمه إلا مع تعذر المثل، و على هذا فلو وجد المثل للتالف، أو اشتغلت ذمه المالك-للضامن-بما يماثل التالف لوجب على الضامن أداء المثل فى الصورة الأولى، و سقط ما فى ذمتى المالك و الضامن بالتهاتر فى الصورة الثانية.

نعم لو تعذر أداء المثل على الإطلاق تلغى الصفات النوعيه أيضا، فإن اعتبار اشتغال الذمه بها مع تعذر الوفاء بها من اللغو الظاهر.

و من هنا ظهر فساد ما اختاره السيد فى حاشيته من المنع عن الانتقال إلى القيمه على وجه الإطلاق.

أضف الى ذلك: أن لازم ما اختاره هو جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمه فى فرض تعذر المثل على الإطلاق، و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

و يؤيد ما ذكرناه-من الضمان بالمثل فى فرض إمكانه-ما ورد فى باب القرض من الروايات [١]الداله على جواز أداء المثل عن القيمى هذا ما

تقتضيه القاعده.

و لكن الظاهر من الروايات الكثيره [١] هو ضمان القيمه فى القيميات

ص: ١٧٤

و أيضا قد عرفت -سابقا- أن المرتكز في أذهان العقلاء، و ما جرت عليه سيرتهم هو ضمان المثل في المثلى، و ضمان القيمه في القيمي. و عليه فلا يجوز للمضمون له أن يجبر الضامن على إعطاء المثل في القيمي، سواء أ كان ذلك

ص: ١٧٥

متيسرا اتفاقا، أم كان متعذرا، كما هو الغالب، نعم يجوز للضامن إجبار المالك بقبول قيمه. على عكس ما تقدم في المثلى الذى تعذر مثله فى الخارج.

فبالنظر الى هذه الروايات، و ما جرت عليه السيره العقلائيه يصح ما ذهب اليه المشهور من ضمان القيمى بالقيمه، و تكون النتيجة: أن ما تعذر مثله فى نوعه كان ضمانه بالقيمه- و ان وجد له مثل اتفاقا- ما لم يتعذر مثله نوعا يضمن بالمثل و ان تعذر ذلك اتفاقا، و فى بعض الأحيان.

أما الروايات المتقدمه الداله على الضمان بالمثل فى القيمى فهى مختصه بالقرض فلا- ربط لها بما نحن فيه. على أنها ضعيفه السند.

ثم ان المصنف(ره) قد حمل الروايات الداله على ضمان القيمى بالقيمه على صورته تعذر المثل، و لكنه خلاف الظاهر منها. و لا يمكن المصير اليه إلا بالقرينه، و من الواضح أنها منتفيه فى المقام.

و على الجملة: ان القاعده الأوليه و ان اقتضت الضمان بالمثل فى القيمى و لكن قد دلت الروايات المتقدمه على ضمان خصوص القيمه فى القيمى، فلا بد من الأخذ بها فى المقام، و اذن فيقع البحث فى تعيين هذه القيمه.

ما هو الملاك فى تعيين القيمه فى القيمى

قد اختلف الأصحاب فى تعيين قيمه المقبوض بالعقد الفاسد إذا كان قيميا، على أقوال شتى:

١- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم القبض لصحيحه أبى ولاد الآتية بالتقريب الذى سيأتى قريبا.

٢- أن العبره فى ذلك بقيمه يوم التلف، كما حكى ذلك عن الشيخين

و أتباعهما، بل عن الدروس نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه: أن انتقال الضمان إلى البدل إنما هو في يوم التلف، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين، فإذا تلفت ضمن قيمتها.

٣- أن العبرة في ذلك بقيمه يوم الأداء، وهذا هو الوجه الذى اختاره السيد فى حاشيته، بدعوى (أن نفس العين باقيه فى الذمه و العهد، و يجب الخروج عن عهدتها، لكن لما لم يمكن رد نفسها و جب دفع عوضها و بدلها، فهى بنفسها باقيه فى العهد إلى حين الأداء، و إعطاء البدل إنما هو من باب الوفاء، كما فيما إذا كان له عليه منّ من الحنطه، و لم يمكنه أدائه، فإن الذمه مشغوله بالحنطه حتى حين التعذر، و دفع البدل من باب الوفاء بغير الجنس، و لا ينتقل إلى البدل من حين التعذر. و البدل الواجب أدائه هو المثل فى المثليات، و القيمه فى القيمات، بمعنى: أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه).

و قال فى موضع آخر: (التحقيق: أن الذمه مشغوله بنفس العين إلى حال الأداء، إذ هو الاستفادة من أدله الضمان حسبما أشرنا إليه سابقا و التعذر لا ينافى ذلك، لعدم إناطه الأحكام الوضعيه بالقدره).

أو يقال: إن هذا الوجه مبنى على اشتغال الذمه بالمثل حتى فى القيمي، فالانتقال إلى القيمه إنما يكون وقت الأداء.

٤- أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف، و قد قيل إن هذا القول هو الأشهر.

٥- أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الأداء.

٦- أن العبرة فى ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الأداء.

ثم الظاهر من هذه الوجوه في نفسها هو الوجه الثاني، لما عرفته من أن زمان الانتقال إلى القيمه إنما هو زمان التلف، و إذن فلا مناص عن الالتزام به إلا مع تعبد شرعي، أما بقيه الوجوه غير الوجه الأول فسيأتي البحث فيها قريبا.

أما الوجه الأول فقد استدل عليه بصحيحه أبي ولاد الحناط [١] فان

ص: ١٧٨

تم فهو و إلا فمقتضى القاعده هو الالتزام بالوجه الثانى، و إذن فلا بد من التكلم فى دلالة الصحيحه على ذلك.

ص: ١٧٩

ثم لا يخفى عليك: أن الصحيحه و إن وردت في المغصوب، و لكنه إذا تم الاستدلال بها على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغصب صح الاستدلال بها بالأولويه القطعيه على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمه يوم القبض، ضروره أن العين التالفه قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض، فإذا التزمنا بضمن المغصوب بقيمه يوم الغصب، و التزمنا بضمن المقبوض بالعقد الفاسد بقيمه يوم الأداء لزم أن يكون الثاني أسوء حالا من الأول، و هو واضح البطلان.

ثم أنه لا شبهه في صحه روايه أبي ولاد سندا و عليه فيختص البحث- هنا- بدلالاتها فنقول: إنه سأل أبو ولاد الامام (عليه السلام) عن ضمان البغل في فرض تلفه، و قال: أ رأيت لو عطب البغل و نفق [١] أ ليس يلزمني؟ فأجاب عنه

الامام (عليه السلام) بقوله: نعم قيمه بغل يوم خالفته.

و قد استدل بهذه الجملة -على أن العبره فى تعيين القيمه بقيمه يوم الغصب- بوجهين:

الوجه الأول: أن الظرف و هو لفظ (يوم) قيد لكلمه (قيمه)، و تقريب ذلك بأنحاء شتى:

١- أن يكون الظرف متعلقا بكلمه (قيمه) بدعوى أنها و إن لم تكن معنى حديثا و لكن فيها شائبه الحديثه، لأنها ليست من الجوامد المحض حتى لا يصح تعلق الظرف بها، و عليه فينون لفظ (بغل) على الجر بإضافه القيمه اليه، و يؤيد هذا التقريب أن لفظ (البغل) فى نسخه الوافى، و فى بعض نسخ التهذيب محلى بلام التعريف، و حينئذ فلا يصلح للإضافه إلى ما بعده، و إذن فمفاد الصحيحه هو أن الثابت على الغاصب إنما هو قيمه يوم المخالفه، فتدل على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغصب.

٢- أن تضاف جمله قيمه بغل -: أى المضاف و المضاف إليه -إلى قوله يوم خالفته، و حينئذ فيكون الغرض من تلك الجملة المباركه هو أن القيمه المتخصصه بإضافتها إلى البغل الثابته يوم المخالفه لازمه على الغاصب. و لا بعد فى هذه الإضافه، لوقوعها كثيرا فى لغه العرب و غيرها فيقال: ماء ورد خالد و حب رمان زيد و إن لم يكن ورد لخالد، و لا رمان لزيد إلى غير ذلك من الاستعمالات المتعارفه. و لا -محذور من الالتزام بهذا التقريب، إلا أنه لا يتفق و نسخه الوافى و بعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف،

فان ذلك مانع عن إضافته إلى ما بعده.

٣- ما أفاده المصنف، و إليك نصه: (أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافه القيمة المضافه إلى البغل اليه ثانيا: يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الروايه مذهب من جعل القيمى مضمونا بالمثل، و القيمة إنما هي قيمه المثل).

و ظاهر هذه العبارة أن لفظ القيمة قد أضيف مرتين: مره إلى كلمه (بغل) و مره أخرى إلى كلمه (يوم)، و حينئذ فيكون المراد من قوله:

(فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه): أن تعريف كلمه بغل إنما هو للإشاره إلى بغل معين خارجى الذى وقعت عليه الإجاره، و من الواضح أن هذا حاصل بالإضافه المسوقه لبيان العهد الخارجى، و إذن فيكون ذكر اللام فيها لغوا محضا، و خاليا عن الفائده.

و يرد عليه: أن المضاف إلى شىء أولا لا يضاف إلى غيره ثانيا، لأن ذلك مخالف لطريقه أهل المحاوره و الاستعمال.

و يمكن أن يكون مراد المصنف من العبارة المذكوره هو أن كلمه القيمة قد أضيفت إلى كلمه بغل أولا، ثم أضيف المجموع- أى القيمة بما هي مضافه إلى بغل- إلى يوم المخالفه، و هذا يستلزم سقوط حرف التعريف من كلمه بغل، فيكون ذلك نظير قولك ماء رمان زيد، فان الغرض من هذه العبارة إنما هو إفهام أن ماء الرمان لزيد و إن لم يكن له رمان، و هكذا قولنا ماء ورد بكر و نظائره، و عليه فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثانى المزبور.

و لكنك قد عرفت آنفا: أن الموجود فى بعض النسخ هو اقتران لفظ بغل بلام التعريف و من الظاهر أن هذا ظاهر فى انقطاع الإضافه بين قوله (عليه السلام):

نعم قيمه البغل و بين قوله (عليه السلام) يوم خالفته.

٤- ما ذكره المصنف ثانياً، وحاصله: أن لفظ يوم قيد للاختصاص المفهوم من إضافه لفظ القيمه إلى كلمه البغل فيكون الظرف منصوباً للاختصاص و عليه فالمعنى: أنه تلزم على الغاصب القيمه المختصه بالبغل يوم المخالفه.

و يرد عليه: أن العامل في الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف.

و يضاف إلى ذلك: أن الاختصاص الحاصل من الإضافة معنى حرفي لا يمكن أن يكون محكوماً به و لا محكوماً عليه، و إذن فلا معنى لتقييده أصلاً.

٥- أن تضاف كلمه القيمه إلى كلمه البغل و تضاف كلمه البغل الى كلمه اليوم و عليه فيكون معنى الروايه: أنه تلزم على الغاصب قيمه هي قيمه بغل يوم المخالفه.

و يرد عليه: أنا لا نعرف وجهاً صحيحاً لإضافه لفظ بغل الى لفظ يوم إذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البغل بجمله يوم المخالفه، كما لا يصح أن يقال:

دار يوم، و أرض أمس، و غرفه غد.

أضف الى ذلك: أن هذا الوجه لا يتم على نسخه الوافى و بعض نسخ التهذيب، من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف، ضروره أن الاسم المحلى باللام لا يضاف الى ما بعده، و هذا ظاهر.

و قد يناقش في هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الإضافات و هو مذموم في كلمات الفصحاء.

و يرد عليه: أن هذه المناقشه فاسده، لأن تتابع الإضافات واقع في الكلمات الفصيحه، و من ذلك قوله تعالى **مِثْلَ دَابِّ قَوْمِ نُوحٍ وَ عَادٍ (١) الوجه الثانى** - من وجهى الاستدلال بقوله (عليه السلام): نعم قيمه بغل يوم خالفته على ضمان المغصوب بقيمه يوم الغصب - أن يكون الظرف متعلقاً

ص: ١٨٣

بقوله (عليه السلام): نعم، لأن لفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل: أعنى به يلزمك شبيه بالفعل.

و على هذا فلا دلالة فى الروايه على الضمان بقيمه يوم المخالفه دلالة مطابقيه، لأن معناها عندئذ: أنه تلزمك القيمه يوم المخالفه من غير تعرض لبيان أن هذه القيمه هل هى قيمه يوم المخالفه، أم هى قيمه يوم الدفع، أم هى قيمه يوم التلف، أم غير ذلك.

نعم لا بأس بدلالاتها على ذلك التزاما، فان ذكر القيمه فيها، ثم إضافتها إلى كلمه بغل، ثم ذكر يوم المخالفه بعد ذلك من القرائن الظاهره على أن الامام (عليه السلام) إنما قَدَّر مالىه المغصوب، و بين أن ضمانها بقيمه يوم المخالفه إذ لا معنى لكون الضمان يوم الغصب فعليا، و يكون المدار فيه على قيمه يوم آخر.

و على الجملة: ان تعلق الضمان-بالقيمه يوم الغصب-بماليه المغصوب ظاهر فى أن الضمان بقيمه ذلك اليوم.

و يرد على هذا الوجه: أنه لا- معنى لجعل الظرف متعلقا بلفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ضروره أن ذلك يقتضى الحكم بضمان القيمه من يوم الغصب، مع أنه واضح البطلان، لأن الضمان لا- يتعلق بالقيمه قبل تلف العين إذ الانقلاب إلى القيمه انما يكون بعد تلفها.

و جوابه

قد نوقش فى الاستدلال بالصحيحه المزبوره على المقصود بوجه مستفاده من نفس الصحيحه:

١- أنه لو كان المناط فى الضمان هو قيمه يوم المخالفه و الغصب

لما تعرض الامام (عليه السلام) لقيمه يوم الاكتراء بقوله: أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا)، فيعلم من هذه الجملة الشريفه أنه لا خصوصيه لقيمه يوم المخالفه لكى يكون المدار فى الضمان عليها.

و الجواب عن ذلك: أن هذه الجملة لا تنافى الجملة السابقه فى الدلاله على المقصود بل تساعدها و توافقها، و ذلك لأن اكتراء المراكب و استئجارها قد يكون للمسير الى مسافات بعيدة، و أمكنه نائيه: نظير مكه، و المدينه، و سائر الأعتاب المقدسه بالنسبه إلى أهل إيران، و أفغان، و هند، و أمثالها.

و قد يكون ذلك للذهاب إلى مسافه قريبه، كالمشى من النجف الأشرف إلى الكوفه.

و على الأول فقد جرت العاده على اكتراء الحموله قبل الخروج إلى المقصد بعده أيام، و على الثانى فلا يكون الاستئجار الا يوم الخروج.

و حيث أن أبا ولاد - بمقتضى الظاهر - قد اكترى البغل الى قصر ابن هبيره يوم خروجه من الكوفه، لقله المسافه بينهما، فلم يفصل بين زمان مخالفته - حين ما وصل الى قرب قنطره الكوفه - و بين اكترائه البغل إلا ساعه أو ساعتان و اذن فيوم المخالفه يتحد مع يوم الاكتراء، فالإمام (عليه السلام) قد عبّر عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء، لأجل أن يوم الاكتراء انما هو يوم يعرفه الشهود

-غالبًا- من الظاهر أنه لا تتفاوت قيمه البغل فى ساعه أو ساعتين.

٢- أنه قال أبو ولاد: قلت: (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز

فقال) (عليه السلام): عليك قيمه ما بين الصبحه و العيب يوم ترده عليه)

حيث ان الظاهر من هذه الجملة المباركه هو أن الضمان بقيمه يوم الرد، لأن الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى يلزمك، و عليه فتكون هذه الجملة منافيه لما ذكرناه من دلالة الجملة المتقدمه على الضمان بقيمه يوم المخالفه.

و يرد عليه أن الالتزام بذلك يقتضى استقرار الضمان على الغاصب فى زمان الرد مع أنه واضح البطلان، لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب.

و يضاف الى ذلك: أن الظاهر من الصحيحه على الاحتمال المذكور هو أن التفاوت فيما بين الصبحه و العيب يثبت على الغاصب يوم الرد من غير تعرض فيها لبيان أن هذا التفاوت هل يلاحظ من يوم الغصب، أم هل يلاحظ من يوم التلف، أم يلاحظ من يوم الرد، و عليه فليكن تعيين أن العبره بقيمه يوم الغصب فى الفقره السابقه قرينه على المراد فى هذه الفقره.

قيل: ان الظرف- فى الجملة المزبوره متعلق بلفظ قيمه، و عليه فالمعنى أنه عليك تفاوت ما بين الصبحه و العيب يوم الرد، و اذن فتدل الصحيحه على أن رد البغل فقط لا يكفى فى رفع الضمان، بل لا بد و أن يرد معه تفاوت ما بين الصحيح و المعيب أيضا، و على هذا فتبعد هذه الجملة عن مورد البحث.

و قد ناقش فيه المصنف، و هذا نصه: (فالظرف متعلق بعليك، لا- قيد للقيمه، إذ لا- عبره فى أرش العيب بيوم الرد إجماعاً، لأن النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين).

و لكن هذه المناقشه واضحه الاندفاع، لأن قيام الإجماع على تبعيه

الأرش لضمان العين في تعيين قيمه لا- يدفع هذا الاحتمال، إذ لو كانت العبره بيوم الرد في تعيين الأرش كشف ذلك عن أن العبره في تعيين قيمه العين أيضا بيوم الرد، ولا إجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب.

و الصحيح في الجواب أن يقال: انه لا- ملزم للالتزام بكون الطرف قيدا للقيمه من دون قرينه تدل عليه، بل ان ظهور الجمله السابقه- في أن العبره بيوم الغصب- يدفع هذا الاحتمال.

و مع الغض عن ذلك فالظاهر أن الطرف متعلق بلفظ العيب، لاقتران أحدهما بالآخر، و عليه فتدل الصحيحه على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرش فيما إذا استمر العيب الى زمان رد العين، و الا فلا ضمان في ذلك، و اذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمه يوم الغصب، و لا- لتعيين قيمه يوم التلف، و لا- لتعيين قيمه يوم الرد، و لا- شبهه في أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربية و كلمات أهل اللسان.

و ناقش فيه المصنف، و قال نصا (لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد، و العبره حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه، لأن المعيب لو ردّ إلى الصحه أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهه ضعيف أيضا).

و يرد عليه أولا: أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى فتوى الكل، بل المسأله خلافه، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقا، و قيل بعدم سقوطه كذلك، و قيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن و بين ما لم يكن كذلك، كوصف الصحه، فإذا زال السمن حكم بالضمان، بخلاف ما حدثت نقطه في عين الدابه ثم ارتفعت، فان ذلك لا يوجب الضمان.

بل قال السيد في حاشيته، و إليك لفظه: (أن الواجب رد العين كما

كانت، و هو متحقق مع العود إلى الصحه، و الظاهر أن فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف، بل لم أجد من صرح بما ذكره و إن لم أتبع، نعم صرح في المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان. بل مقتضى ما ذكره في مسأله زياده قيمه لزياده صفه و نقصانها بزوالها و عودها بعودها من عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا، إذ لا فرق بين وصف الكمال و الصحه).

و قال في غصب المبسوط: (و إن كانت الزيادة من جنس الأول: مثل أن سمت (أى الجاربه) فبلغت ألفا، ثم هزلت فعادت إلى مائه، ثم سمت فعادت إلى الألف، أو تعلمت القرآن فبلغت ألفا، ثم نسيت فعادت إلى مائه ثم تعلمت القرآن فعادت إلى الألف قيل فيه: وجهان: أحدهما: لا- يضمن شيئا. الثانى: عليه الضمان. و الأول أقوى، لأن الأصل براءه الذمه) بل فى الجواهر: (أن ملاحظتها): (أى الزيادة التالفه) مع الموجوده حال التلف غير معقوله، ضروره كونه بمنزله ملاحظتها مرتين إذ ليست هى إلا صنعه واحده، و المتجدده ليست غيرها على وجه تضم معها. و على كل حال فلا ضمان، للأصل، و صدق الأداء لما أخذ. و قاعده نفى الضرر، و أن الظالم لا يظلم، و غير ذلك).

بل الظاهر من إطلاق المحقق فى غصب الشرائع هو عدم الفرق بين وصف الصحه، و بين وصف الكمال، و هذا نصه: (لو زادت قيمه لزياده صفه، ثم زالت الصفه، ثم عادت الصفه و قيمه لم يضمن قيمه الزيادة التالفه لأنها انجبرت بالثانيه، و لو نقصت الثانيه عن قيمه الأولى ضمن التفاوت).

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان-هنا- إلى مقتضى الفتوى.

ثانيا: أن مقتضى السيره، و دليل ضمان اليد هو أن المغصوب مضمون

على الغاصب ما لم يرده إلى المغضوب منه صحيحا فإذا رده إليه كذلك سقط عنه الضمان، سواء أحدث فيه عيب قبل الرد و ارتفع، أم لا، والمفروض -هنا- أن المغضوب صحيح حال الرد، وإذن فلا يلزم تدارك النقص الحاصل في زمان العيب.

٣- أنه سأل أبو ولاد الامام (عليه السلام) عن المقوم الذي يعرف تفاوت ما

بين الصحة و العيب،

وقال: (قلت فمن يعرف ذلك؟ قال) (عليه السلام): أنت و هو اما أن يحلف هو على قيمه فتلزمك، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك).

و قد ذكر المصنف: أن هذه الفقره من الصحيحه مؤيده لكون المدار -في تعيين قيمه القيمي- على قيمه يوم التلف.

و حاصل كلامه: أنه إذا اختلف الغاصب و المالك في قيمه العين المغضوبه و كانت العبره -في تعيين القيمه- بقيمه يوم المخالفه كان المالك مدعيا، لدعواه زياده القيمه المخالفه للأصل و كان الغاصب منكرا، لإنكاره تلك الزياده، و عليه فمقتضى القاعده أن يتوجه الحلف على الغاصب، لا- على المالك، بل تجب على المالك إقامة البينه على دعواه و الحال أن الصحيحه قد دلت على كون كل من اليمين و اقامه البينه وظيفه للمالك، مع أنه ان كان مدعيا فما هو الوجه في توجه الحلف عليه و ان كان منكرا فما هو الوجه في طلب البينه منه، بديهة أنهما لا يجتمعان في مورد واحد.

و على الجملة: انا إذا حملنا الروايه على أن المالك في تعيين القيمه انما هو يوم المخالفه كانت الصحيحه مخالفه للقواعد من ناحيتين:

الاولى: أن دعوى الزياده من المالك مخالفه للأصل، فلا تتوجه إليه

الثانية: أن اليمين إذا توجهت الى المالك لم تسمع منه البيئه، و اذن فكيف حكم الامام (عليه السلام) بقبول كلا- الأمرين من المالك.

و على هذا فلا- بد من حمل الصحيحه على أن الملاك- فى تعيين قيمه- انما هو يوم التلف، لا يوم المخالفه فإنه عندئذ يصح توجه كلا الأمرين على المالك و بيان ذلك: أن الامام (عليه السلام) قد تعرض فى فقره المذكوره- لصورتين من صور التنازع بين المالك و الغاصب.

الصوره الاولى: أن يتفق المالك و الغاصب على أن قيمه البغل يوم الاكتراء كذا و كذا، و لكن اختلفا فى تنزله عن تلك القيمه يوم التلف و عدم تنزله عن ذلك فإنه حينذاك و جب الأخذ بقول المالك، لأن الغاصب يدعى نقصان القيمه و المالك ينكره فيقدم قول المالك مع يمينه، لكونه موافقا للأصل.

مثلا: إذا اتفقا على أن قيمه البغل يوم الاكتراء كانت عشرين دينارا و لكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف، و ادعى المالك بقاءها على حالها و لا- شبهه فى أن قول المالك حينئذ موافق للأصل، فيقدم مع يمينه، بخلاف قول الغاصب، فإنه مخالف للأصل، فتلزمه إقامه البيئه.

الصوره الثانيه: أن يتفق المالك و الغاصب على أن قيمه يوم التلف متحده- إجمالا- مع قيمه يوم المخالفه، و لكنهما اختلفا فى تعيين تلك القيمه بأن ادعى المالك كونها يوم المخالفه عشرين دينارا، و ادعى الغاصب كونها عشره داننير، و من الواضح أن المالك- عندئذ- يدعى زياده القيمه فتجب عليه إقامه البيئه على ذلك. أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة فتوجه عليه اليمين.

و على الإجمال: انا إذا حملنا الصحيحه على كون المناط- فى تعيين القيمه - هو قيمه يوم التلف أمكن لنا تصوير التباير بوجه قريب بين إلزام المالك

بالحلف، و بين إقامه البيئه و إذا حملنا الصحيحه على كون المناط-فى ذلك-هو قيمه يوم الغصب فتصوير التغاير بين الأمرين بعيد جدا، لأنه على هذا لا بد من حملها على صورته اتفاق المالك و الغاصب على قيمه اليوم السابق على يوم المخالفه أو على قيمه اليوم اللاحق بيوم المخالفه، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمه السابقه.

و لكنه خلاف الظاهر من الصحيحه، فلا- يمكن الالتزام به مع عدم القرينه عليه، هذا غايه ما يمكن أن يقال فى توجيه كلام المصنف.

و يرد عليه: أن حمل الصحيحه على اراده يوم التلف ثم حمل توجه الحلف على المالك على صورته، و توجه البيئه عليه على صورته أخرى خلاف الظاهر منها جدا ضروره أن الظاهر منها هو تخير المالك بين الوظيفتين فى إثبات مقصوده:

إما إقامه البيئه، أو الحلف، كما يقتضيه عطف احدى الوظيفتين على الوظيفه الأخرى بأو و إذن فلا وجه لجعل الجملة المتقدمه- التى هى-مورد بحثنا فعلا-مؤيده لإرادته يوم التلف، دون يوم المخالفه و الغصب.

بل الظاهر-و الله العالم-هو الأخذ بظاهر الصحيحه من توجه كلا الأمرين:- أى الحلف و إقامه البيئه-على المالك فى خصوص الدابه المغصوبه أو فى مطلق القيمي المغصوب، و إذن فتكون الصحيحه مخصصه لقاعده البيئه على المدعى، و اليمين على المنكر، فلا غرو فى ذلك، لأن تلك القاعده ليست من القواعد العقليه حتى لا تقبل التخصيص أو التقييد، بل هى قاعده فقهيه قابله لذلك، كما أن سائر القواعد الفقهيه كذلك.

و عليه فالمستفاد من الصحيحه أنه إذا اختلف المالك و الغاصب فى زياده القيمه و نقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زياده القيمه، أو يردّه إلى الغاصب، أو يقيم بينه على ذلك. فكأن هذا الحكم تفضل من الشارع

المقدس للمالك على رغم من الغاصب.

وقال المحقق الايروانى: (إن قضيه البيئه على المدعى، و اليمين على من أنكر قضيه وارده فى المخاصمات، و فى مورد الروايه لم تفرض مخاصمه بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قيمه البغل و هو تالف، فقال (عليه السلام): إما أنت أو هو، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يذعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمه، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له).

و يرد عليه: أن حمل الحلف-هنا-على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له، و يصدقه فى دعواه من دون محاكمه خلاف الظاهر من الصحيحه لأنها وارده فى مورد المخاصمه، فلا يجوز حملها على غير موردها و هذا ظاهر.

ما استدل به على الضمان بأعلى القيم

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف بوجه:

١- ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحه المتقدمه على ذلك.

وقال المصنف نصا: (لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب).

و لكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك: بأن المغصوب مضمون على الغاصب فى جميع أزمنه الغصب التى منها زمان ارتفاع القيمه، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفه أيضا ضروره أن المراد من يوم المخالفه-فى الصحيحه- انما هو طبيعى يوم المخالفه الذى يصدق على كل يوم من أيام الغصب، لا اليوم الخاص.

و عليه فان ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو، و الا فإن رد أعلى القيم

فقد رد قيمه يوم المخالفه بقول مطلق، لدخول قيمه السفلى فى قيمه العليا بديهه أنه لا يجب على الغاصب قيم متعدده حسب تعدد أيام المخالفه، كما أنه لو ردّ قيمه النازله لما ردّ قيمه يوم المخالفه بقول مطلق، بل أدى قيمه بعض أيام المخالفه.

و الجواب عن هذا التوجيه: ان الظاهر من قوله (عليه السلام) فى الصحيحه:

(نعم قيمه بغل يوم خالفته)، هو أول يوم حدثت فيه المخالفه، لا مطلق أيام المخالفه، إذ يوجد الطبيعى فى الخارج بأول وجود فرده، لأن موضوع الضمان فى الصحيحه انما هو صرف وجود المخالفه.

و نظير ذلك: ما إذا قال المولى لعبده: إذا خالفتنى فى الأمر الفلانى وجب عليك أن تصوم يوم مخالفتك، فان الظاهر من هذه العبارة أنه يجب على العبد صوم أول يوم من أيام مخالفته، لا جميع أيامها.

أضف الى ذلك: أن ذيل الصحيحه شاهد صدق على عدم إرادته الطبيعه الساريه من يوم المخالفه، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود، و ذلك الذيل هو قوله (عليه السلام): (أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا). إذ لو كان المراد من يوم المخالفه هو الطبيعى لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء فى هذه الفقره، و لا لتعيين قيمه المغصوب فى ذلك اليوم - بالشهود. و قد عرفت فيما سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفه.

٢- أن الغاصب إذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته به،

و عليه فلو أدى المغصوب بعينه مع بقاءه، أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقينا، و لو أدى قيمته المتوسطه أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته.

و يرد عليه: أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر

فيؤخذ بالأقل، لأنه متيقن، و الزائد عليه تجرى عنه البراءة.

٣- أن العين المغصوبه مضمونه على الغاصب بقاعده ضمان اليد،

فنتصحب ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك.

و يرد عليه: أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمه يوم الرد، الا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب، لأن القاعده الأوليه تقتضى ذلك على ما عرفته قريبا.

و ان كان المراد منه استصحاب ضمان القيمه ففيه أن اشتغال الذمه لم يثبت إلا بالقيمه النازله، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجربى عنه البراءة فما هو المتيقن قد ارتفع يقينا، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول.

و على الجملة: ان الاستصحاب- في محل الكلام- إما أنه غير جار أصلا أو أنه يجرى و لكن لا- يثبت الا- الاشتغال بقيمه يوم الرد، دون أعلى القيم

٤- أن العين المغصوبه بنفسها مضمونه على الغاصب من ابتداء اغتصابها

إلى نهايه بقائها في نظام الوجود،

و من الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود و النزول دخیل في اختلاف ماليتها من جهة الزيادة و النقصه. و عليه فان حكمنا باشتغال ذمه الغاصب بأعلى القيم فهو، و الا يتضرر المالك بفوت مقدار من ماله، و الضرر منفي بقاعده نفي الضرر.

و يرد عليه أولا: أن أدله نفي الضرر إنما تنفي الأحكام الضرريه فقط و لا تثبت حكما آخر لكي يدفع به الضرر.

ثانيا: أن زياده القيمه السوقيه غير مضمونه على الغاصب و الا يلزم الحكم بضمانها أيضا- في صورته بقاء العين- مع نقصان قيمتها السوقيه يوم الأداء عن قيمتها السابقه، و لم يلتزم به أحد فيما نعلم.

و بتعبير آخر: أنا قد ذكرنا فى محله أن الضرر عبارته عن النقص فى الأموال، أو الأعراض أو الأعضاء و الأطراف، أو الأنفس و من البين الذى لا- ريب فيه أن نزول القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها و من هنا يجوز لأى تاجر استيراد مال التجاره و ان أوجب ذلك نقصا فى قيمه أموال التجار الآخرين.

ثالثا: أن أدله نفي الضرر وارده فى مقام الامتنان على الأمة، و من الظاهر أن الحكم بكون أعلى القيم مضمونا على الغاصب مناف للامتنان عليه، فلا يكون مشمو لا لأدله نفي الضرر.

٥- ما أفاده المصنف،

و حاصل كلامه: أن الغاصب قد أزال يد المالك عن المغصوب بماله من المالىه فى كل زمان من أزمنه بقاء المغصوب تحت يد الغاصب، و من تلك الأنزمنه ارتفاع قيمته السوقية و على هذا فان رد الغاصب نفس العين المغصوبه على مالكة فقد خرج عن عهدها بداهه أن المأخوذ بالغصب انما هو نفسها، لا ماليتها الخالصه، و إذا تلفت لم يمكن الخروج عن عهدها إلا برد كل مالىه زالت عنها يد المالك، لأن حيلولة الأجانب بين الأموال و ملاكها توجب الضمان بمجموع المالىه الفائته، و من الظاهر أنه لا يحصل الفراغ عن ذلك الا برد أعلى القيم، كما أنه لو تلفت العين عند ارتفاع القيمة السوقية لوجب تداركها بأداء تلك القيمة.

و يرد عليه: أنه لا صلح بين موارد بدل الحيلولة، و بين ما نحن فيه، ضروره أن القائلين ببدل الحيلولة إنما التزموا به من جهة الجمع بين الحقين، بمعنى: أن تكليف الغاصب برد العين حين التعذر تكليف بما لا يطاق، و هو غير جائز عقلا و نقلا، و منع المالك عن حقه مع مطالبته إياه ظلم و عدوان، و مخالفه لمقتضى دليل السلطنة، و لا شبهه فى حرمة عقلا و نقلا، و اذن فالجمع

بين الحقين يقتضى الالتزام بوجوب أداء بدل الحيلولة إلى المالك، وسيأتى التعرض لذلك تفصيلا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه، فان كلامنا- هنا- فى أصل ضمان الغاصب القيمه العليا، لا فى وجوب أداء ما هو ثابت فى ذمه الضامن مع مطالبه المالك إياه.

أضف الى ذلك: أن بدل الحيلولة انما ثبت فى مورد لم تلتف العين تلفا حقيقيا، بل تعذر الوصول اليه من ناحيه الموانع الخارجيه و من الظاهر أن هذه الكبرى لا- تنطبق على مورد بحثنا، لأن العين فى زمان وصولها إلى القيمه العليا لم يتعذر ردها على مالكةا، لأن حيلولة الغاصب بين المالك و ماله غير مستنده الى التعذر النازل منزله التلف، بل هى اختياريه للغاصب. أما فى زمان تلفها حقيقه فقد انتقل ضمانها إلى القيمه، فما هو الموجب لضمانه أعلى القيم.

و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

٦- ما ذكره المحقق الايروانى،

و إليك لفظه (فالأحسن فى الاستدلال على ضمان أعلى القيم: أنه يصدق عند صعود القيمه أن الغاصب معتد يوم صعود القيمه بماليه صاعده، و مقتضى فاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى جواز أخذ تلك الماليه منه بعد التلف مجازاه لاعتدائه).

و يتوجه عليه: أنه لا- دلالة فى الآيه الكريمة على أصل الضمان- على ما عرفته فى أوائل المسأله- فضلا عن دلالتها على الضمان بأرفع القيم.

٧- أن العين مضمونه على الغاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها

زمان وصولها إلى القيمه العليا.

و يرد عليه: أنه ان كان الغرض من هذا الوجه هو كون العين بنفسها مضمونه على الغاصب ما دامت باقيه فهو صحيح، و لكن لا دلالة فى ذلك على

الضمان بأعلى القيم، بدهه أن الضمان إنما ينتقل إلى قيمه-بعد تلف العين- إما في زمان التلف، أو في زمان الأداء على الخلاف في ذلك، و عليه فلا يمكن الالتزام بضمان قيمه قبل تلف العين، و قبل انتقال الضمان منها إلى قيمه و إن كان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقيمة العليا ضمانا فعليا منجزا-سواء أ كانت العين باقية بعد انتهائها إلى تلك القيمة، أم كانت تالفه-فهو خلاف ما تسالموا عليه من أن ارتفاع القيمة السوقية مع عدم تلف العين-غير مضمونه على الغاصب على أن ذلك يستلزم الجمع بين العوض و المعوض أحيانا إذ المفروض أن العين باقية في ملك مالكها، و لو التزمنا-معه- بانتقال الضمان إلى بدلها للزم المحذور المذكور.

و إن كان الغرض من ذلك أن الضمان بأرفع القيم فعلى، و لكن استقراره في ذمه الغاصب مراعى بالتلف فهو مصادره واضح، و لا يساعده النقل و لا الاعتبار، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل.

ثم إننا لو سلمنا دلالة هذه الوجوه الاعتبارية المتقدمة على الضمان بأعلى القيم، و لكن لا يمكن الاستناد إليها في ذلك، لأنه اجتهاد في مقابل الصحيحه المتقدمه الداله على الضمان بقيمه يوم المخالفه.

و دعوى أن الصحيحه مجمله، فلا- يتضح لنا المراد. منها دعوى غير مسموعه لما عرفته قريبا من ظهورها في الضمان بقيمه يوم الغصب.

و قد ظهر لك مما حققناه: أنه لا دلالة في الصحيحه على القول بضمان قيمه يوم الدفع، و لا على القول بضمان قيمه يوم التلف، و لا- على غير ذلك من الوجوه، بل هي ظاهره في خصوص ما ذكرناه فقط. و عليه فلا يصغى إلى الاستدلال على الأول بقاعده ضمان اليد، فإنها محكوم به بالصحيحه المتقدمه

نعم ربما يتوهم الاستدلال على الثاني بجمله من الأخبار[١]الوارده في باب الرهن الظاهره في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمه،لأنها تدل على لزوم رعايه قيمه العين المرهونه حين تلفها،و ملاحظه نسبتها مع الدين،فان كانت مساويه له فلا شيء على الراهن،و إن زادت عليه أخذ الزياده،و إن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص.

و لكن يتوجه عليه:أن مورد هذه الروايات إنما هو الإتلاف أو

ص:١٩٨

التفريط، إذ لا ضمان-في تلف الرهن-على المرتهن من دون تعدد و تفريط و الشاهد على ذلك جملة أخرى من روايات الرهن (١)و عليه فزمان التلف و الضمان واحد في صورته الإتلاف،فلا منافاه عندئذ بين روايات الرهن و بين الصحيحه الداله على أن العبره بقيمه يوم المخالفه.

أما في صورته التفريط فيمكن أن يتغاير يوم التلف مع يوم الضمان، و لكن الذى يسهل الخطب أنه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمه يوم التلف،و لا-بقيمه يوم المخالفه،و لا بقيمه أخرى غيرهما،بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمه في فرض التعدد و التفريط،و قد عرفت دلالة الصحيحه على الضمان بقيمه يوم المخالفه،و إذن فلا منافاه بينها و بين روايات الرهن في فرض التفريط أيضا.

و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد في العتق[٢]على الضمان بقيمه يوم التلف،لأن ذلك ورد في الإتلاف،و قد عرفت أن زمان التلف و الضمان واحد في صورته الإتلاف.

ص: ١٩٩

١-١) قد نقلناها في ص ١٣١.

قد يتوهم: أن الالتزام بانتقال القيمى التالف إلى القيمه ينافى لما تسالم عليه الأصحاب من صحه المصالحه بين التالف و بين أى مقدار من الدراهم و الدنانير و الوجه فى ذلك: أنه لو كان التلف موجبا لانتقال التالف إلى القيمه لما صحت المصالحه إلا على المقدار الذى يساوى قيمه التالف، فإن المصالحه على الزائد عليه يستلزم الربا.

و لكن هذا التوهم فاسد، بداهه أن القيمه الثابته فى ذمه الضامن ليست هى خصوص الدراهم، ولا أنها خصوص الدنانير، بل إنما هى أمر كلى تتقوم به الأشياء، و أنه أعم من الدراهم و الدنانير، و إذن فمصالحه التالف على الدراهم، أو على الدنانير لا تستلزم وقوع المصالحه بين المتجانسين الربويين لكى يلزم منها الربا.

قوله: (ثم إنه حكى عن المفيد، و القاضى، و الحلبي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهه التفويض إلى حكم المشتري). أقول: لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعظم، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إرادته يوم القبض من يوم البيع، لغلبيه اتحادهما زمانا، كما وقع التعبير فى صحيحه أبى ولاد- عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء.

و كيف كان فلا- وجه لتقييد فساد المعامله بخصوص تفويض الثمن إلى المشتري، ضروره أن مورد البحث إنما هو المقبوض بالعقد الفاسد، بل المغصوب أيضا، و عليه فأيه خصوصيه للتقييد المزبور.

قوله (فافهم) أقول: لعله إشاره إلى أن إرادته يوم القبض من يوم

البيع و إن كان بعيدا فى نفسه، و لكنه لا- بد من ذلك صونا لكلام هؤلاء الأكابر عن اللغويه، و لعلمهم تبعوا فى هذا التعبير للصحيحه المتقدمه، حيث عرفت -قريبا- أن الامام عليه السلام قد عبر-فيها- عن يوم المخالفه بيوم الاكتراء و الله العالم بالضمان.

ثم قال المصنف: (إنه لا عبره بزياده قيمه بعد التلف على جميع الأقوال، إلا أنه تردد فيه فى الشرائع، و لعله- كما قيل- من جهه احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، و دفع قيمه إنما هو لإسقاط المثل، و قد تقدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى).

أقول: قد عرفت فيما سبق- أن مقتضى القاعده هو بقاء العين- بعد تلفها- فى الذمه على نحو الكلى الذى يعبر عنه بالمثل، و لا تنتقل إلى القيمه إلا يوم الرد، و اذن فلا مناص عن الالتزام بضمان القيمه الزائده للعين بعد تلفها.

و دعوى أن هذا مخالف للإجماع دعوى جزافيه، لعدم العلم بوجود الإجماع التعبدى فى المقام.

و لكن الذى يسهل الخطب هو دلالة الصحيحه المتقدمه على الاعتبار بقيمه يوم المخالفه، و عليه فلا مجال للأخذ بمقتضى القاعده: أعنى به الضمان بقيمه يوم الرد.

قوله: (ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمه بحسب الأزمنه). أقول: لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمه يوم التلف فى ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضا فى ذلك، ضروره أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنه، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الأمكنه، فالماليه

إذا قدرت بقيمه يوم التلف قدرت بقيمه مكان التلف-أيضا-فإن العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف، و من جملتها خصوصيه بلد التلف.

و لكننا لما بنينا على الاعتبار بقيمه يوم المخالفه، لدلاله الصحيحه المتقدمه على ذلك فلا مناص عن الاعتبار بقيمه مكان المخالفه أيضا، لأن الإمام عليه السلام-مع كونه فى مقام البيان-لم يفكك بينهما. على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفى.

و يدل على ما ذكرناه قوله عليه السلام فى نفس الصحيحه:(أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا فيلزمك).فان الظاهر من هذه الجملة المباركه هو اختيار الشهود من أهل الكوفه-التي هى مكان المخالفه-ضروره أن الإتيان بالشهود من أهل بغداد-التي كانت نهايه لسير أبى ولاد-بعيد جدا.و من الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفه لم يشهدوا إلا على ما هو قيمه البغل فى الكوفه، لا على قيمته فى مكان آخر، لأن شهادتهم على الثانى تحتاج إلى عناية زائده و هى غير المذكوره فى الصحيحه.

قوله:(ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمه السوقيه الناشئه من تفاوت رغبه الناس). أقول:الزيادات الحاصله فى العين تاره تكون منفصله، و اخرى تكون متصله:

أما الأولى فحكمها حكم نفس العين، و عليه فان كانت باقيه فوجب ردها على مالكها، و إن كانت تالفه فوجب رد بدلها عليه من المثل، أو القيمه.

أما الثانیه فلا-شبهه فى كونها مضمونه على الضامن-أيضا-سواء أ كانت هذه الزيادات من قبيل الكيف، كوصف الكتابه، و النجاره، و البنايه، و أمثالها أم كانت من قبيل الكم، كالسمن و نحوه، أم كانت من قبيل وصف الصحه.

و بتعبير آخر كما أن العين مضمونه على الغاصب، كذلك أوصافها الدخيل في ماله العين، فإنها-أيضا-مضمونه على الغاصب، سواء في ذلك أوصاف الصحة و أوصاف الكمال، وهذا ظاهر.

ثم إن الخلاف المتقدم في الضمان بقيمه العين المغصوبه يجرى في الضمان بقيه الزيادات الفائته-أيضا-وقد عرفت-فيما تقدم قريبا-أن الاعتبار في ضمان العين التالفه بقيمه يوم الغصب، وهكذا في المقام طابق النعل بالنعل و القذه بالقذه.

و الوجه في ذلك: أن العين إنما تكون مضمونه على الغاصب مع أوصافها الدخيل في ماليتها، لا مجردة عنها، و عليه فتحدد العين بقيمه وقت خاص تحديدا لأوصافها-أيضا-بقيمه ذلك الوقت، و قد عرفت دلالة الصحيحه على أن الاعتبار في الضمان إنما هو بقيمه يوم الغصب، و مقتضى إطلاقها -و الله العالم- هو الالتزام بضمان العين مع أوصافها من يوم المخالفه و إن كانت الأوصاف حاصله بعد ذلك، و عليه فتقدر العين موصوفه بتلك الأوصاف حين المخالفه، فتقوم، و يضمن بتلك القيمه، و إذن فلا عبره بالقيمه حين حدوث الأوصاف.

ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة

قوله: (ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمه حكم تعذر الوصول اليه و إن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق، أو ضاع، أو أبق). أقول: تحقيق البحث عن بدل الحيلولة و نواحيه يقع في ضمن أسئله و أجوبتها:

١- ما هو الدليل على الالتزام ببدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى العين؟

قد استدل على ذلك بوجه شتى:

الوجه الأول: قاعده نفي الضرر،

بدعوى أن تكليف المالك بالصبر إلى أن يعود المال إلى يده ضرر عليه.

أو يقال: إن عدم الحكم بضمان البديل ضرر على المالك.

أو يقال: إن امتناع الضامن عن أداء البديل ضرر على المالك.

و يرد عليه: أن الاستدلال بقاعده نفي الضرر على إثبات بدل الحيلولة يتوقف على مقدمتين:

الأولى: أن قاعده نفي الضرر مسوقه لرفع الأحكام الضرريه، لا رفع الموضوعات الضرريه. وقد ذكرنا في محله أن هذه المقدمه صحيحه لا شك فيها.

الثانيه: أن يلتزم بأن أدله نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجوديه كذلك تشمل الأحكام العدميه أيضا: أى كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحيه حكم الشارع بشيء، أو عدم حكمه به فأدله نفي الضرر تقتضى ارتفاع الحكم فى الأول، وجعله فى الثانى.

و هذه المقدمه مخدوشه بما ذكرناه فى محله، و حاصله: أن أدله نفي الضرر ناظره إلى نفي الضرر فى عالم التشريع: أى الضرر الناشئ من تشريع الأحكام فى الشرع المقدس الإسلامى، و عليه فتلك الأدله غير ظاهره فى تدارك الضرر المتوجه على المكلفين من غير ناحيه تشريع الحكم الشرعى، و إلا فيلزم الحكم بوجود تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال، أو من أموال سائر المسلمين، و حينئذ فلا يمكن التمسك بالقاعده المزبوره لإثبات بدل الحيلولة.

و بعبارة اخرى: أنه لا استحاله فى حكومه قاعده نفي الضرر ثبوتا

و إمكننا على الأحكام الوجوديه و العدميه. و لكن لا دليل عليه فى مرحله الإثبات و الوقوع، بديهه أن أدله نفى الضرر قاصره عن إثبات هذا المعنى.

و يضاف إلى ذلك: أن النسبه بين موارد بدل الحيلوله، و موارد تضرر المالك هى العموم من وجه، إذ قد لا يتضرر المالك بصبره إلى زمان التمكن من الوصول إلى ماله، لاستغنائه عنه، و مع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيلوله و قد يتضرر المالك من حيلوله الغاصب بينه و بين ماله مده قليله كساعه أو ساعتين مع أنه لا يكون موردا لبدل الحيلوله، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا فى ثبوت بدل الحيلوله تعذر وصول المالك إلى ماله مده طويله. و سيأتى ذلك قريبا. و اذن فلا يمكن الاستدلال على إثبات بدل الحيلوله بقاعده نفى الضرر.

و يؤيد ما ذكرناه: أنا لم نجد أحدا يستدل بقاعده نفى الضرر على ثبوت بدل الحيلوله فيما إذا حال أحد بين المالك و ماله بمنعه عن التصرف فيه. و دعوى ثبوت الفارق بين هذا و بين ما نحن فيه دعوى جزافيه.

و لو أغمضنا عن جميع ذلك، و لكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الحيلوله، فيتساقطان و عليه فلا يكون مورد بدل الحيلوله مشمولاً لقاعده نفى الضرر.

و دعوى أن الضامن قد أقدم- بنفسه- على الضرر فلا يعارض بضرر المالك دعوى فاسده، ضروره أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط، لا على ضمان سائر الجهات الخارجه عن العين.

الوجه الثانى: قوله (صلى الله عليه و آله): إن الناس مسلطون على أموالهم .

(١)

و تقريب الاستدلال بهذا الحديث على المقصود هو أن السلطنه على العين و إن كانت ممنوعه بالتعذر، إلا أن السلطنه على ماليتها غير ممنوعه، و عليه

ص: ٢٠٥

فيجب على الضامن رد البدل على المالك حفظا لسلطته على ماله.

و يرد عليه أولا: أن دليل السلطنة ضعيف من جهة الإرسال، و غير منجبر بشيء ثانيا: أن مفاده إنما هو إثبات السلطنة للمالك فيما يجوز له التصرف في ماله-كالبيع و اللبس و السكنى و أمثال ذلك-و من الواضح أنه ليس لأحد أن يزاحم المالك في أشباه هذه التصرفات. و أما بقيه الجهات فهي بعيدة عن دليل السلطنة.

و بيان آخر: أن دليل السلطنة إنما يدل على عدم محجوريه المالك عن ماله في التصرفات السائغة، فلا دلالة فيه على إثبات السلطنة له في التصرفات غير السائغة في ماله.

و على هذا الضوء فيجوز للمالك أن يطالب ماله من الغاصب بمقتضى دليل السلطنة، و لكن لا يستفاد من ذلك جواز مطالبه بدل الحيلولة منه، إذ لا-صله بينهما بوجه. كما أنه لا-يستفاد من الدليل المزبور جواز إيذاء الغاصب بالضرب و الشتم و الحبس و نحوها.

أضف إلى ذلك: أن النسبة بين دليل السلطنة، و بين موارد بدل الحيلولة هي العموم من وجه. و حينئذ فلا يصح الاستدلال به على ثبوت بدل الحيلولة في جميع الموارد، بل إنما يصح ذلك في بعض الموارد و على سبيل الإيجاب الجزئي. على أننا لو جوزنا ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول المال إلى مالكة للزم القول بثبوتها مع تعذر وصول المالك إلى ماله من جهة الحبس و نحوه، ضروره أنه لا-يفرق في ذلك بين أن يكون التعذر بحبس المالك و منعه عن الوصول إلى ماله، و بين إلقاء المال في مكان لا يصل إليه مالكة-عاده-إلا بعد مدة طويله، مع انه لم يلتزموا الفقهاء بثبوت البدل في الصورة الأولى، و هذا ظاهر.

الوجه الثالث: قاعده الضمان بالإتلاف،

بدعوى ان الغاصب قد فوّت

ص: ٢٠٦

سلطنه المالك على ماله فى موارد بدل الحيلولة، فحيث إنه غير قادر على اعاده تلك السلطنه بعينها، فلا بدله من اعاده مثلها، و من الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيلولة.

و يرد عليه أولاً: أن التمسك بهذا الوجه يقتضى الحكم بلزوم بدل الحيلولة فيما كان تعذر الوصول إلى المال من جهة حبس المالك و منعه عن التصرف فيه، كما أن التمسك به يقتضى الالتزام ببديل الحيلولة فيما كانت مده الحيلولة قليله، مع أن القائلين ببديل الحيلولة لم يلتزموا به فى كلا الموردين.

ثانياً: أنه إن كان المراد من فوت السلطنه فوت منافع العين فلا شبهه فى كونها مضمونه على الغاصب، كما أن نفس العين مضمونه عليه، و لكن هذا بعيد عن بدل الحيلولة.

و إن كان المراد من ذلك فوت نفس السلطنه على العين فلا دلالة فى القاعده المزبوره على كون السلطنه الفائته مضمونه على الغاصب بداهه أن مفاد القاعده هو أن العين التالفه مضمونه على المتلف دون سائر الجهات.

أضف الى ذلك: أن هذه القاعده ليست بمدلول آيه أو روايه لكى تتمسك بإطلاقها، بل هى متصيده من أدله الضمان الوارده فى موارد خاصه، و عليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقنه: أعنى بها نفس العين التالفه.

الوجه الرابع. قوله (صلى الله عليه و آله): على اليد ما أخذت حتى تؤديه،

فإن أداء العين كما يكون بأداء البدل فى صورته التلف، كذلك يكون بأداء البدل فى فرض الحيلولة.

و يرد عليه أولاً: أن الحديث المزبور ضعيف السند، و غير منجر بشىء و قد عرفته فيما تقدم (1).

ص: ٢٠٧

ثانياً: أنه لو جاز التمسك به-هنا-لما يفرق فيه بينما كانت مده التعذر قليلة،و بينما كانت مدته طويله مع أن الفقهاء لم يلتزموا ببدل الحيلولة في الصورة الأولى ثالثاً:أنا ذكرنا في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعده ضمان اليد انما تدل على ثبوت العين في عهدت الغاصب بجميع خصوصياتها الفرديه و الصنفيه و النوعيه التي هي دخيل في الماليه.و ذكرنا-أيضاً-أن فقدان أیه خصوصيه من تلك الخصوصيات لا يوجب اضمحلال غيرها.

و عليه فإذا كانت العين موجوده لزم على الغاصب ردها مع تلك الخصوصيات بأجمعها،لاستحاله أدائها بدون تلك الخصوصيات.

و إذا تلفت حقيقه،كالا-حتراق و نحوه،أو صارت في حكم التلف في نظر أهل العرف،كالسرقه و الإباق و الاعتراف و الضياع و أشباهها مما يوجب اليأس عن الوصول إليها،إذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل.

و إذا تعذر المثل-أيضاً-مع مطالبه المالك حقه و جب على الغاصب أداء القيمة:أعنى بها الماليه الخالصه،و وقتئذ لا يجوز للمالك مطالبه المثل، و لا مطالبه العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها،و الا يلزم الجمع بين العوض و المعوض.

و هذا بخلاف ما إذا لم يوجب التعذر التحاق العين بالتالف،فإنه حينئذ ليس للمالك مطالبه البدل،و لا للغاصب أداء غير العين المغصوبه إلا مع التراضى نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع الفائته،فيكون المأخوذ بإزاء تلك المنافع بمنزله الأجره للعين في مده غيابها عن المالك،و لا شبهه في أن هذا كله غير مربوط ببدل الحيلولة،و اذن فلا وجه لإثباته بحديث ضمان اليد.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك:أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

بدل الحيلولة بالروايات [١] الداله على ضمان التالف فى الأمانات المضمونه، كما صنعه المصنف. لأنها راجعه إلى صورته التالف، و محل بحثنا غير هذه الصوره

الوجه الخامس: دعوى الإجماع على ثبوت بدل الحيلولة مع تعذر وصول

المالك الى ماله.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع فى المقام و لكن يحتمل قريبا أن يكون مستنده هى الوجوه المتقدمه و اذن فلا علم لنا بوجود الإجماع التعبدى فى المقام.

ص: ٢٠٩

٢- هل يقيد ثبوت بدل الحيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى

العين الغائبة،

أم يقيد بعدم رجاء وجدانها، أم لا يقيد بشيء منهما، بل يحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي، سواء أ علمنا بإمكان الوصول إليها بعد مده طويله، أم علمنا بالوصول إليها بعد مده قصيره يتضرر المالك بعدم الوصول إلى ماله في هذه المده؟.

ذكر المصنف رحمه الله: أن ظاهر الأدله التي استدلووا بها على ثبوت بدل الحيلولة هو اختصاص الحكم بإحدى الصورتين الأوليين.

و لكن المستفاد من فتاوى الأصحاب رضوان الله عليهم هو الصورة الثالثه. و يظهر ذلك من إطلاق قولهم: إن اللوح المغصوب في السفينه إذا كان نزع معرضا لتلف مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمه حتى تصل السفينه إلى الساحل. و يؤيد هذا المعنى: أن فيه جمعا بين الحقين، انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه: أن ما استظهره من كلمات الفقهاء في مسأله اللوح المغصوب في السفينه و إن كان استظهارا وجهيا، و لكن لا دليل على حجيه فتواهم للفقهاء الآخرين.

أما التأييد المزبور فلا فائده فيه، إذ لم يتضح لنا من الأدله المتقدمه جواز مطالبه المالك الغاصب ببذل الحيلولة في مده انقطاعه عن ماله و قد عرفته قريبا.

و لو أغمضنا عن ذلك، و لكن الصورة الأولى -: أعنى بها صورته يأس المالك من الوصول إلى ماله - لاحقه بالتلف الحقيقي، و قد تقدمت الإشارة الى ذلك قريبا، و إذن فلا وجه لجعل هذه الصورة من موارد بدل الحيلولة.

أما الصورتين الأخريين فيختلف الحكم فيهما باختلاف مدارك بدل الحيلولة، لأنه إن كان الدليل على ثبوت بدل الحيلولة هو الإجماع فالمتيقن منه إنما هو الصورة الأولى التي قد عرفت خروجها عن مورد البحث. وإن كان الدليل عليه هو قاعده السلطنه، أو قاعدتي لا ضرر، و ضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر، سواء أ كان زمان التعذر طويلا، أم كان قصيرا، و عليه فجميع الصور المتقدمه داخله في محل البحث مع أنه بديهى البطلان، فان الفقهاء لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلولة إلا فيما تعذر الوصول الى العين في مده طويله، لا مطلقا.

هل يعتبر التعذر العقلى في ثبوت بدل الحيلولة؟

٣- هل يعتبر التعذر العقلى في ثبوت بدل الحيلولة، أم لا؟.

لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السالفه نهض الى البحث عن اعتبار التعذر العقلى و عدمه في ثبوت بدل الحيلولة. و حاصل كلامه مع التوضيح الإجمالى: أن الظاهر من دليل السلطنه، و حديث ضمان اليد و قاعده نفى الضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلى في ثبوت الضمان ببدل الحيلولة: بحيث لا- يتمكن الضامن عقلا من الوصول الى العين، بل يكفى في ذلك مجرد التعذر العرفى - و ان تمكن الغاصب من الوصول الى العين بالسعى في مقدمات الوصول- و عليه فيحكم بثبوت بدل الحيلولة في زمان السعى أيضا.

و لعله لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان الله عليهم بالانتقال إلى القيمه في اللوح المغصوب في السفينه مع إمكان الوصول اليه و لو بالسعى في مقدمات إيصال السفينه إلى الساحل.

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول الى العين بكلمه (التعذر)

و لا شبهه فى ظهورها فى التعذر العقلى، و هذا هو الأوفق بأصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين. ثم أمر بالتأمل.

و لعله إشاره الى أن الأصل المذكور محكوم بدليل السلطنة، و قاعدتى نفي الضرر، و ضمان اليد، و انه لا يفرق فى أدله بدل الحيلولة بين الزمان اليسير و الزمان القليل.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه الله فى حاشيته و إليك نصه:

(لا يخفى أن هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذى أيدته بأن فيه جمعاً بين الحقين، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار).

و وجه الفساد: أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلى فإذا اعتبر الثانى فى سقوط التكليف برد نفس العين، فمجرد اليأس-الذى هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمه- لا يوجب سقوطه. كما أن اعتبار التعذر العرفى فى سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيره-و هى الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلى- و اذن فلا تكرار فى عبارته المصنف ما هو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين

٤- ما هو شأن القيمة مع تعذر الوصول الى العين، و هل للضامن إجبار

المالك حينئذ على أخذها؟.

لا شبهه فى أن العين إذا تلفت انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة كما لا شبهه فى أن بقاء الضامن مشغول الذمه ضرر عليه، و اذن فيجوز له إجبار المالك على قبول حقه.

ص: ٢١٢

و لكن شيئاً من ذلك لا يجرى فيما نحن فيه، لأننا لو سلمنا تماميه الأدله المتقدمه الداله على ثبوت بدل الحيلوله، الا أنه لا دلالة فيها على جواز إجبار الضامن المالك على قبول البدل. و ليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدله.

و عليه فيتخير المالك بين قبول البدل و بين الصبر الى زمان زوال العذر.

بل هذا المعنى هو الذى تقتضيه قاعده السلطنه، ضروره أن المالك يستحق على الضامن العين بنفسها، و من الظاهر أن إجبار الضامن إياه على قبول بدلها خلاف سلطنته.

و هذا هو الذى أراده المصنف من تمسكه بقاعده السلطنه فى المقام.

و ليس مراده من التمسك بها هو سلطنه المالك على امتناع قبول البدل مع كونه ملكا له لكى يتوجه عليه أنه ليس للمالك الامتناع من قبول ماله بدليل السلطنه و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

قوله: (و كما أن تعذر رد العين فى حكم التلف، و كذا خروجه عن التقويم) أقول: قد تقدم حكم الخروج عن التقويم فى الأبحاث السابقه (1) و قلنا إن المدار فى ذلك على انتهاء أمد المالىه، غايه الأمر انه يحكم فى القيميات بضمان قيمه يوم الغصب، لصحيحه أبى و لاد المتقدمه.

هل يصير البدل المبدول ملكا لمالك العين؟

٥- ما هو حكم البدل المبدول فهل يكون ذلك ملكا لمالك العين أم لا؟

ذكر المصنف ان المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف، كما فى المبسوط و الخلاف و الغنيه و التحرير و ظاهرهم اراده نفي الخلاف بين المسلمين.

ص: ٢١٣

١-١ ص ١٦٨

ثم قال: (و لعل الوجه فيه أن التدارك لا- يتحقق الا بذلك، و لو لا ظهور الإجماع و أدله الغرامه فى الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحه مطلقه و ان لم يدخل فى ملكه، نظير الإباحه المطلقه فى المعاطاه على القول بها فيها، و يكون دخوله فى ملكه مشروطا بتلف العين. و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه الله فى أجوبه مسأله).

و لكن ناقش فى هذا الرأى المحقق و الشهيد الثانى.

فقال الأول فى محكى جامع المقاصد: (ان هنا إشكالا، فإنه كيف يجب قيمه و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه، و جعلها فى مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه).

و قال الثانى: (ان هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح. و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزا، و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و ان جاز له التصرف كان وجهها فى المسأله).

و التحقيق: ان حكم هذه المسأله يختلف باختلاف مدرك بدل الحيلولة: فإن قلنا بأن مدركه قاعده نفى الضرر، فإنها تقتضى كون البدل مباحا للمالك، لا ملكا له، لأننا لو سلمنا شمول أدله نفى الضرر للأحكام العدميه، و لكنها لا تقتضى التشريع الا بالمقدار الذى يرتفع به ضرر المالك، و من البديهى أن تضرره انما كان من ناحيه عدم تمكنه من التصرف فى ماله، و هذا يرتفع بإباحه التصرف فى بدل الحيلولة مثلما يتصرف فى ملكه، فان دخول البدل فى ملك المالك ليس بدخيل فى ارتفاع ضرره.

و ان قلنا بأن مدرك بدل الحيلولة انما هو دليل السلطنه، أو قلنا بأن الغاصب قد فوّت على المالك سلطنته على ماله فيجب عليه تدارك هذه السلطنه

للمالك ان قلنا بذلك فلا يثبت للمالك أيضا إلا إباحه التصرف فى البدل على النحو الذى يتصرف فى ملكه، لأنه لا دلالة فى دليل السلطنة الا على لزوم إعاده سلطنة المالك، الزائله و لا ريب فى حصول هذا المعنى بجواز تصرفه فى بدل الحيلولة و إن لم يصير البدل ملكا له.

و يتضح ذلك جليا بأن الملكيه أو السلطنة من الأحكام الوضعيه. و من البين أن الأحكام الشرعيه لا تقابل بالمال.

نعم مقتضى ذلك هو الالتزام بالملكيه الآنيه قبل التصرف المتوقع على الملك. و قد تقدم نظير ذلك فى المعاطاه على القول بإفادتها الإباحه المطلقه.

و قد يتوهم أن سلطنة المالك قد زالت مع الماليه القائمه بالعين. و من الواضح أنه لا يمكن إعاده السلطنة المزبوره إلا بإعاده نفس العين أو بإعاده ما يقوم مقامها فى الماليه، و عليه فلا بد من الالتزام بملكيه المالك تحقيقا للبدليه.

و لكن هذا التوهم فاسد، إذ لا دليل على الملازمه بين إعاده السلطنة و بين إعاده العين أو إعاده ماليتها، بل تمكن اعاده السلطنة الزائله فى ضمن مال الغاصب ضروره أن السلطنة عباره عن القدره على تصرف المالك تصرفا سائعا، و لا ريب فى تحقق ذلك فى شىء آخر يقوم مقام ملك المالك.

و ان كان المدرك لبدل الحيلولة هو الإجماع فلا- شبهه فى أن المتيقن منه انما هو قيام البدل مقام المبدل فى خصوص التصرفات المالكيه، لا فى الملكيه.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده من أتلف فهى تقتضى صيروره البدل ملكا للمالك، بديهه أن الضمان لا يرتفع الا بذلك.

و ان كان المدرك لذلك هو قاعده ضمان اليد. فإنها تقتضى وجوب رد العين الى مالكها، و مع تلفها يلزم على الآخذ رد بدلها من المثل أو القيمه، و من الواضح أن مقتضى البدليه هو كون البدل ملكا للمالك المبدل.

و بيان ذلك: أن المستفاد من قاعده ضمان اليد انما هو ثبوت العين في عهده الضامن بجميع شؤونها. و أنه يجب ردها الى مالکها، و مع العجز عن ذلك من جهه التلف أو لتعذر الوصول إليها و جب على الضامن رد بدلها مع مطالبه المالك، و هذا البديل و ان لم يكن عين المبدل من جميع الجهات، و لكنه مثله في بعض الجهات، لما ذكرناه سابقا من أن المضمون على الضامن ابتداء بقاعده ضمان اليد انما هو العين الخارجيه بجميع خصوصياتها، و مع انتفاء بعض الخصوصيات يبقى بعضها الآخر مضمونا عليه، لأن اضمحلال أيه خصوصيه منها لا يوجب اضمحلال غيرها، و عليه فردّ المأخوذ بالغصب و ان لم يمكن بتمام خصوصياته الا- انه يمكن ذلك فاقتدا لبعض الخصوصيات غير الدخيل في الماليه، و لا محذور فيه لكونه برضى المالك و إذن فلا يتحقق عنوان البدليه بأداء بدل الحيلولة إلا بقيام البديل مكان المبدل في الإضافه الملكيه.

و على الجملة: ان مقتضى قاعده ضمان اليد هو أن البديل-: أعني به المثل أو القيمه- أمر كلي ينطبق على المبدل و البديل كليهما انطباق الكلي على أفراده و الطبيعي على مصاديقه، و عليه فلا- مناص عن الالتزام بصيروره بدل الحيلولة ملكا للمالك، و هذا واضح لا شبهه فيه.

هل يكون المبدل ملكا للضامن بإعطاء البديل؟

٦- هل تنتقل العين الى الضامن بإعطاء البديل أم لا؟.

قد يقال بأن المضمون له يملك بدل الحيلولة، و الضامن يملك العين المتعذره، لاستحاله بدليه شيء عن شيء إلا بقيام البديل مكان المبدل في جهه من الجهات، و تلك الجهه في المقام هي الإضافه الملكيه.

و قد يقال بأن المالك يملك البديل، أما الضامن فلا يملك المبدل، لأن المأخوذ بعنوان البدليه ليس عوضا حقيقيا حتى تستحيل البدليه إلا بدخول العين المتعذره فى ملك الضامن، بل هو غرامه خالصه نظير ديه المقتول أو المجرور و كالمبذول عند تلف العين. و من البين أن عنوان الغرامه لا- يستلزم خروج البديل من ملك الضامن و لا- دخول العين المتعذره فى ملكه لكى يكون ذلك معاوضه قهريه شرعيه.

و لكن التحقيق: أن كون العين المتعذره ملكا للضامن متفرع على كون البديل ملكا للمالك، فإنه بناء على صيروره البديل ملكا للمضمون له- كما تقتضيه قاعدتا من أتلف، و ضمان اليد- صار المبدل ملكا للضامن بالمعاوضه القهريه الشرعيه، إذ لو لا ذلك لزم اجتماع العوض و المعوض فى ملك مالك العين.

و من هنا ناقش المحقق و الشهيد الثانيان فى الالتزام بكون البديل غرامه خالصه من غير أن يكون المبدل ملكا للضامن، و لا أن يكون البديل ملكا للمالك. و قد تقدم كلامهما قريبا.

و يؤيد ذلك ما ورد[١] فى الدابه الموطوئه من إزام الواطى بأخذ الدابه و إعطاء ثمنها لمالكها.

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمه، و هى ما يلى:

١- أنه إذا توطأ أحد غفله بماء مغصوب، أو مقبوض بالعقد الفاسد.

و التفت بعد الغسلات، و قبل المسحات بغصبيه الماء، فإنه بناء على دخول الماء فى ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقى من رطوبه يده و يصح وضوؤه، و بناء على عدم دخول الماء فى ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبه، و لا يصح وضوؤه. هذا على تقدير أن الرطوبه الباقية باقيه على كونها ملكا بل مالا. أما إذا فرض أن الماء المستعمل فى الوضوء يعد من التالف عرفا جاز المسح بالرطوبه الباقية من غير فرق فى ذلك بين إمكان انتفاع المالك بتلك الرطوبه و عدم إمكانه.

٢- أنه إذا غضب أحد خمرا محترمه لغيره، أو غضب دابه، و ماتت

الدابه و انقلبت الخمر خلا،

فإنه على القول بوقوع المعاوضه القهريه بين البدل و المبدل كان الخل و ميته الدابه للضامن بعد أداء البدل، و إلا فهما للمضمون له.

٣- أنه إذا خاط أحد ثوبه بخيوط مغصوبه،

فإنه على القول بدخول الخيوط فى ملك الغاصب بعد أداء البدل جازت له الصلاه فى ذلك الثوب.

و كذلك التصرفات الأخرى، و الا فلا.

و يمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكمى، إذ لا يمكن ردها-غالبا-إلا بعد سقوطها عن المالىه بالنزاع.

و قد حكى الجزم بعدم وجوب النزاع عن مجمع البرهان، بل قال يمكن أن لا يجوز.

و لعله من جهة كون النزاع إتلافا للمال على مالكة فهو لا- يجوز. و يتضح الحكم بالتحاق ذلك بالتلف الحكمى فيما إذا كان المخيط بالخيط المغصوبه جرح النفس المحترمه، أو ثوب غيره بحيث كان النزاع موجبا للتلف أو الضرر.

٤- أنه لو غصب أحد دهنًا و خلطه بطعامه

فإنه بناء على دخول المبدل فى ملك الغاصب-بعد رد بدله-جاز له التصرف فى ذلك الطعام،و إلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن.و إلى غير ذلك من الفروع التى ترد عليك فى مواضع شتى.

خلاصه البحث فى بدل الحيلولة

و صفوه الكلام من أول البحث عن بدل الحيلولة إلى هنا هى أن القاعده الأوليه تقتضى ثبوت العين المغصوبه أو ما فى حكمها فى عهده الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل فى المالىه.و إذا تلفت العين أو التحق بالتالف انتقل الضمان إلى المثل أو القيمة،فيكون ذلك بدلا حقيقيا عن العين التالفه،أو النازله منزله التالف.

و حينئذ فتخرج العين عن ملك مالكةا،و تدخل فى ملك الغاصب.

و إذا لم تتلف العين لا- حقيقه و لا- حكما،و لكن تعذر الوصول إليها فإن القاعده تقتضى ثبوتها فى عهده الغاصب الى زمان التمكن من أدائها.و إذن فليس للمالك إلا مطالبه اجره العين فى مده الحيلولة من الغاصب،إلا إذا رضيا بالبدل فإنه على هذا تتحقق المعاوضه الشرعيه بين البدل و المبدل،فيكون المدفوع بدلا حقيقيا عن العين.

نعم إذا دل دليل على كونه غرامه لا بدلا عن العين أخذ به،نظير ديه المقتول.

و لكنك قد عرفت المناقشه فى الأدله التى استدل بها على إثبات بدل الحيلولة بعنوان الغرامه.

و قد تجلى لك مما ذكرناه انحلال المناقشه المعروفه التى أوردوها على مسأله تعاقب الأيدي، و حاصل تلك المسأله: هو أن المغصوب منه يتخير فى أخذ البدل لماله بين الرجوع الى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم و لكن إذا رجع الى الغاصب الأول رجع الأول أيضا الى الثانى و هكذا حتى تنتهى سلسله الغصاب: و تثبت الغرامه على الغاصب الأخير الذى تلفت العين فى يده.

أما إذا رجع المالك فى ذلك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى الغاصبين السابقين، بل يرجع الى الغصاب اللاحقين.

و حاصل تلك المناقشه هو سؤال الفارق بين الصورتين.

و ملخص الجواب عنها: أن الغاصب الأول إذا أعطى البدل عن العين المغصوبه التالفه ملكها على الغاصب الثانى فيجوز له الرجوع اليه. و إذا رجع المالك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئا، بل يرجع الى لاحقته.

و دعوى أن التالف أمر معدوم، أو بمنزله المعدوم فلا يقبل الملكيه دعوى جزافيه، لأن الملكيه من الأمور الاعتباريه، فلا محذور فى تعلقها بالأمور العدميه مع ترتب الأثر عليه كتعلقها بالأمور الوجوديه كذلك، و قد ذكر الفقهاء أجوبه أخرى عن تلك المناقشه، و لكن لا يرجع شىء منها الى معنى محصل يطمئن به القلب، و تركز اليه النفس، و سيأتى التعرض لتلك المسأله و أجوبتها.

ما هو حكم تمكن الغاصب من العين بعد إعطاء بدلها؟

٧- لو تمكن الغاصب من العين المغصوبه بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز

له الرجوع إليها أم لا.

الظاهر أن جواز الرجوع-هنا-الى العين و عدمه متوقف على أن ملكيه البدل لمالك العين ملكيه لازمه أو ملكيه جائزه،و على الأول فلا يجوز له ذلك،و على الثانى فلا بأس به.و قد تقدم نظيره فى مبحث البيع المعاطاتى و ذكرنا-هناك-أن القاعده تقتضى أن لا يرجع كل من المتعاطيين الى صاحبه فى المأخوذ بالمعاطاه،لكونه أكلا للمال بالباطل.و من البين أن ما ذكرناه-هناك-جار فى المقام أيضا.

نعم إذا لم نقل بصيروره العين ملكا للضامن لا بالمعاضه القهريه الشرعيه و لا بمعاضه غير قهريه جاز للمغصوب منه أن يرجع الى العين المغصوبه بعد خروجها عن التعذر.و لكن قد عرفت فساده قريبا.و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه(إذا ارتفع العذر و تمكن من رد العين الى مالكه وجب الرد فورا حتى على القول بالمعاضه القهريه الشرعيه،لأن حكم الشارع بالمعاضه مترتب على عنوان التعذر و يدور مداره.

ما هو حكم ارتفاع قيمه السوقيه

٨- ما هو حكم ارتفاع قيمه السوقيه بعد أداء البدل؟

ذكر المصنف (أن مقتضى صدق الغرامه على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمه العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أو للزياده المتصله، بل المنفصله كالثمره،و لا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد ذلك).

و عن العلامه فى التذكره و عن بعض آخر هو كون المنافع مضمونه على

ص: ٢٢١

الضامن، و قد قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه.

و التحقيق: أن المأخوذ بعنوان الغرامه إن كان بدلا عن العين المتعذره - كما يقتضيه دليل ضمان اليد- فلا شبهه فى انقطاع علاقه المالك عن العين، و صيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصله فضلا عن زياده قيمه السوقيه. و إن كان المأخوذ بدلا عن السلطنه الفائته- كما تقتضيه قاعده السلطنه- ضمن الغاصب جميع شؤون العين سواء أ كانت تلك الشؤون فائته أم لا- و حينئذ فالالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطنه الفائته دون العين يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفائته بعد دفع الغرامه و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

بحث فى أسباب الضمان

قوله: (سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى). أقول: ملخص كلامه أن أسباب الضمان أمور أربعة:

الأول: أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقه فيجب عليه أن يخرج من عهدها لأدله الضمان.

الثانى: أن يكون سببا لانقطاع سلطنه المالك عن ماله- كالاغتراق و الإباق و الضياع و أشباه ذلك- و قد عرفت أن هذا مورد لبدل الحيلولة.

الثالث: أن يكون سببا لزوال الأوصاف التى هى دخيل فى ماله العين مع انحفاظ العين بنفسها فى ملك مالكها و تسلطه عليها تسلط الملاك على أملاكهم و عليه فالضمان- هنا- بالماليه الخالصه فقط دون العين المغصوبه.

الرابع: أن يكون سببا لسقوط العين عن الماليه و الملكيه معا، بحيث لم يبق فيها للمالك إلا حق الاختصاص و الظاهر هو وجوب رد العين مع قيمه فى جميع الصور الثلاث الأخيره. و أن صيروره البدل ملكا للمغصوب منه

لا- تقتضى خروج العين المغصوبه عن ملكه أو متعلق حقه و دخولها فى ملك الضامن أو متعلق حقه فى جميع موارد الضمان انتهى ملخص كلامه.

أقول: أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر، فإنه إذا تلفت العين و انعدمت من أصلها لم يبق -هنا- مورد للملكيه، بل يكون اعتبارها لغوا محضاً. سواء أ قلنا بعدم انعدام الأشياء عن حقيقتها، بل إنما تتبدل صورها النوعيه بصور نوعيه أخرى كما عليه جمع من الفلاسفه أم قلنا بانعدامها رأساً، بدهاه أن الأحكام الشرعيه غير مبتنيه على التدقيقات الفلسفيه.

نعم يصح اعتبار الملكيه على المعدوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا إليه قريباً.

أما القسم الثانى فقد عرفت فيما تقدم أنه لا حق بالتلف الحقيقى، فلا وجه لجعله مورداً لبدل الحيلولة، كما صنعه المصنف.

أما القسم الثالث فظاهر المصنف رحمه الله: أن ماله العين المغصوبه تزول بزوال أوصافها الدخيل فى الماله، و لكن العين لا تخرج بذلك عن ملك مالكاها. و حينئذ فيتوجه عليه ما ذكره السيد و إليك نصه:

(لا يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفه الملكيه فإن الرطوبه الباقيه نظير القصعه المكسوره. فإنه لا يقال: إن أجزاءها باقيه على ملك مالكاها مع عدم فائده فيها إلا نادراً).

و التحقيق: أن يوجه كلام المصنف بأن العين المضمونه إما أن يفوت بعض منافعها عند الضامن، أو جميعه.

و على الأول فيلزم على الضامن أداء قيمه المنافع الفائته، لقاعده ضمان اليد.

نعم قد دلت الروايه المعتبره-تقدمت هذه الروايه قريباً- على ضمان

الواطى للدابه بقيمتها،مع أنها لا تسقط بذلك عن المالىه.و لكن لا يجوز التعدى عن موردها الى غيره.

و على الثانى فقد يزول الانتفاع من العين على وجه الإطلاق،بحيث لا- يمكن الانتفاع منها بوجه.وقد يزول الانتفاع منها مستقلا:أى لا يمكن الانتفاع من العين بنفسها بلا انضمامها إلى شىء آخر،أما إذا ضممنها إلى غيرها أمكن الانتفاع منها كحبه من الحنطه المغصوبه،فإنه لا يمكن الانتفاع منها بنفسها،و لكن يمكن الانتفاع منها مع ضمها الى غيرها.

و من ذلك أيضا الورق الذى كتبت فيه قصيده راقيه،فإنه إذا غصبه الغاصب و مزقه لم يمكن الانتفاع من قطعاته الممزقه،إلا أن فيها أهم الانتفاع إذا انضم بعضها الى بعض.

و على الأول فاعتبار الملكيه فى العين لغو محض كما هو واضح.

و على الثانى فلا يكون الاعتبار المذكور لغوا،و هذا هو مراد المصنف و الله العالم.و حينئذ فالعين المغصوبه ملك للضامن،لا للمالك لما عرفته قريبا من تحقق المعاوضه القهرية الشرعيه بينها و بين البدل الذى أعطاه الضامن للمالك.

بحث فى حق الاختصاص و وجه ثبوته

أما القسم الرابع:-أعنى به سقوط العين عن المالىه و الملكيه معا-فلا شبهه فى أن المتلف يضمن بدل العين من المثل أو القيمه.و هذا ظاهر.

ثم انه إذا سقطت العين عن المالىه و الملكيه معا فلا- شبهه فى بقاء حق الاختصاص فى تلك العين للضامن كما هو المختار عندنا،أو للمالك كما هو المختار عند المصنف.و انما البحث فى منشأ هذا الحق،مع ان العلاقه الثابته بين المال و مالكه-و هى الإضافه الملكيه-قد زالت على الفرض،و لم تحدث هنا علاقه أخرى لكى نسميها بحق الاختصاص.و مع الشك فى حدوثها فأصالة

العدم محكمه.

و تحقيق البحث هنا يقع فى نواحى شتى:

الناحية الأولى: فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص.

و قد استدل عليه بوجه عديده:

الوجه الأول: أن حق الاختصاص سلطنه خاصه فى الأموال فى عرض

الملكيه و قبالتها،

فإذا زالت الملكييه عن مستقرها بقى الحق على حاله، ضروره أن كلا منهما ناشئ من سبب خاص، لا صلح لأحدهما بالآخر.

و يتوجه عليه: أن هذه الدعوى و إن كانت ممكنه فى مقام الثبوت و لكن لا دليل عليها فى مقام الإثبات.

الوجه الثانى: أن حق الاختصاص مرتبه ضعيفه من الملكييه،

فإذا ارتفعت الملكييه بحددها الأقوى بقيت منها المرتبه الضعيفه التى نسميها بحق الاختصاص، بديئه أن المرتبه القويه و إن كانت تستلزم المرتبه الضعيفه فى الثبوت، و لكنها لا تستلزمها فى الزوال، و يتضح ذلك بملاحظه الألوان و الكيفيات، حيث تزول عنها المرتبه الشديده، و تبقى المرتبه الضعيفه على حالها.

و يرد عليه: أن الملكييه سواء أ كانت حقيقه أم كانت اعتباريه ليست بقابله للشده و الضعف، و إنما هى أمر بسيط، فإذا زالت زالت برأسها، و عليه فلا يبقى -هنا- شئ لكى يسمى بحق الاختصاص.

أما ما ذكره غير واحد من الأعلام كالسيد و غيره من أن الحق مرتبه ضعيفه من الملك. فلعل مرادهم من ذلك هو أن الملك و الحق كليهما من مقوله السلطنه، و لكن الملك سلطنه قويه، و الحق سلطنه ضعيفه، بمعنى: أن صاحب الحق مالك لشيء يرجع أمره إليه كمالكيه الملاك لأملاكهم. و بديئه أن هذا

ص: ٢٢٥

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقه الملك بالشده و الضعف، و الكمال و النقص نظير اختلاف الألوان و الكيفيات بذلك، و إذن فشان المقام شأن تسميه الرجحان الضعيف- فى مبحث الأوامر- استحبابا و الرجحان الشديد و جوبا، و هكذا تسميه المرجوحه الضعيفه- فى باب النواهي- كراهه، و المرجوحه الشديده حرمه، و هذا شىء آخر غير كون الاستحباب مرتبه ضعيفه من الوجوب، و كون الكراهه مرتبه ضعيفه من الحرمة و هذا ظاهر.

الوجه الثالث: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه حرمه التصرف فى مال

غيره إلا بطيب نفسه و رضاه.

و قد دلت على ذلك السيره القطعيه و جمله من الأخبار (1) فإذا ارتفعت المملكه و المالىه، و لكننا شككنا فى ارتفاع الحكم المذكور، فان الاستحباب يقتضى الحكم ببقائه.

و لكن يتوجه عليه: أن موضوع الحكم بحرمه التصرف فى مال غيره - فى السيره و الروايات- إنما هو عنوان مال الغير و عنوان مال المسلم. و من الواضح أن الشىء إذا سقط عن المالىه سقطت عنه حرمه التصرف أيضا.

لاستحاله بقاء الحكم بعد زوال موضوعه، بل يرتفع الحكم المزبور و إن كان ذلك الشىء باقيا على ملكيته، إذ لم يدلنا دليل على حرمه التصرف فى ملك غيره كدلالته على حرمه التصرف فى ماله، و عليه فيسقط الحكم المذكور عن الشىء مع بقاءه على صفه المملكه، و كيف إذا زالت عنه المملكه أيضا.

نعم إذا كان الموضوع فى الاستصحاب ذات المال المضاف الى الغير أعنى به الماده و الهيولى جرى الاستصحاب هنا، ضروره بقاء الهيولى بعد تبدل الصوره النوعيه الأولى بصوره نوعيه اخرى.

و لكن يتوجه عليه: أن مثل هذه الموضوعات ليست بأمر عرفيه

ص: ٢٢٤

لكى يجرى فيها الاستصحاب، بل هى أمور فلسفيه، و من الظاهر أن الأحكام الشرعيه لا تبتنى على التدقيقات الفلسفيه.

و من هنا اتضح لك فساد ما ذكره المصنف، فإنه بعد ما ناقش فى الاستصحاب قال: (إلا أن يقال: إن الموضوع فى الاستصحاب أمر عرفى).

أضف الى ذلك: أن الاستصحاب لا يجرى فى الأحكام الكليه الإلهيه لمعارضتها دائما بأصالة عدم الجعل، و قد حققناه فى علم الأصول.

الوجه الرابع: دعوى الإجماع على بقاء حق الاختصاص فى الأعيان

بعد زوال ملكيتها.

و لكن هذه الدعوى جزافيه، لأن إثبات الإجماع التبعدى هنا مشكل جدا، إذ من المحتمل أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى الوجوه المزبوره، و اذن فلا يكون الإجماع-هنا- إجماعا تبعديا مستندا إلى رأى المعصوم عليه السلام

الوجه الخامس: دلالة المرسله المعروفه بين الفقهاء (من حاز ملك) وقوله (صلى الله عليه و آله)

(من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به)

على ثبوت حق الاختصاص فى الأشياء التى سقطت عنها المالىه.

و الجواب عن هذا الوجه: أن حديث الحيازه و ان اشتهر بين الفقهاء و لكننا لم نجدها فى أصول الحديث للخاصه و العامه و الظاهر أنه قاعده فقهيه متصيده من الروايات الوارده فى الأبواب المختلفه كإحياء الموات و التحجير و غيرهما.

و لو سلمنا كون ذلك روايه و لكن لا دلالة فيه الا على ثبوت مالكيه المحيز للمحاز فلا صلح له بما نحن فيه.

و يضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد إليه فى إثبات الحكم الشرعى أما حديث السبق فيتوجه على الاستدلال به أولا أنه ضعيف السند

و غير منجبر بشىء.

ثانياً: انه مختص بالمباحات الأصلية، و بالأموال التى أعرض عنها ملاكها -على القول بجواز اعراض المالك عن ماله- و بسائر الموارد المشتركة بين المسلمين، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها- كالأوقاف العامه من المساجد و المشاهد و المدارس و الرباط و غيرها- فإذا سبق إليها أحد من الموقوف عليهم، و أشغلها بالجهه التى انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته فى ذلك.

و إذا عممناه إلى موارد الحيازه فإنما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز فى المحاز، و لا يدل على بقاء العلقه بين المالك و ملكه بعد زوال الملكيه.

فتحصل أن الحديث المذكور أجنبى عما نحن فيه بالكليه لأن شيئاً من موارد لم يحرز فى المقام و على هذا فلو حاز أحد ميتة حيوان لأحد و شك فى كونها ملكاً له أم لا فإن الأصل عدم صيرورته ملكاً له.

إلا- أن يقال: إن موضوع دليل السبق إنما هو الشىء الذى لا- يكون مورداً لحق أحد أو ملكه فإنه حيثئذ يمكن إحرار ذلك بالأصل. و لكن دون إثباته خرط القتاد.

و التحقيق: أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسيره الشرعيه و العقلائيه فإنها قائمه على ثبوت ذلك للمالك فى أملاكهم التى سقطت عن المالىه و الملكيه بالجهات العارضه، كالماء على الشط و الحيوان المملوك إذا مات، و الأراضى المملوكه إذا جعلها الجائر بين الناس شرعاً سواء، كان يأخذها من ملاكهم غصباً و يجعلها طرائق و شوارع، كما هو مرسوم البلدان فى العصر الحاضر. و قد قامت السيره الشرعيه و العقلائيه على المنع عن مزاحمه الأجانب عن تصرف الملاك فى أشباه الأمور المزبوره ما لم يعرض عنها ملاكها.

ص: ٢٢٨

و من هنا لو مات حيوان أحد ثم احتىي بدعاء نبى أو وصيه، فإنه لا يتوهم أحد كونه من المباحات الأصلية، و ان المالك و غيره متساويان فيه، بل يحكم العقلاء و المتشرعه بأن ذلك الحيوان ملك لمالكة الأصلى. و كذلك الخل إذا صار خمرا ثم عاد خلا و هذا واضح لا يحتاج إلى مزيد بيان و إقامه برهان.

ما هو حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعيه ثم رجع إليها؟

الناحيه الثانيه: أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره. ثم أخرجه عن صورته

النوعيه الأولى إلى الصوره النوعيه الأخرى. ثم أرجعه إلى سيرته الأولى،

فهل يضمن بدله من المثل أو قيمه، أم يجب عليه وقتنذ رد العين المغصوبه بنفسها؟.

و مثال ذلك هو أن يغصب خل غيره فصيره خمرا، ثم انقلبت الخمر خلا.

قد يقال بضمان البدل بداهه أن المغصوب غير موجود بعينه، لانعدامه بزوال صورته النوعيه، و الموجود ثانيا غيره، لتخلل العدم بينهما، و من البين أن المعدوم لا يعاد.

و قد يقال بضمان العين نفسها، لأن الموجود ثانيا عين الأول فى نظر أهل العرف.

و التحقيق: أن-هنا-مسألتين: إحداهما قبل أداء البدل. و الثانيه بعد أدائه.

أما المسأله الأولى فالظاهر انه يجب على الغاصب أداء العين نفسها، لما ذكرناه مرارا من أن الثابت فى الذمه ابتداء إنما هو نفس العين، فيجب عليه ردها على مالكةا، و إذا تلفت العين انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو قيمه و من الظاهر أنه إذا عادت العين ثانيا فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته فى بدلها لكونها جامع له لجميع الخصوصيات التى كانت موجوده فى العين المغصوبه بداهه و لا يفرق فى ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره.

أما المسأله الثانيه فالظاهر أنها من صغريات ما أسلفناه قريبا من أن العين إذا تلفت و أعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الإطلاق و ان رجعت ثانيا الى نظام الوجود.

و الوجه فى ذلك:هو أن أدله الضمان من السيره و غيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل.و ليس-هنا-دليل آخر يقتضى الضمان بالعين ثانيا.

ما هو حكم حق الاختصاص بعد أداء البدل؟

الناحيه الثالثه:أنك قد عرفت قريبا ثبوت حق الاختصاص فى العين

التي سقطت عن المالىه،و خرجت عن الملكيه،

و لا-ريب فى أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البدل من الغاصب.و انما البحث فى أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البدل أم يبقى للمالك فقط؟.

ظاهر المصنف هو الثانى و أيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المغصوب خمرا ثم انقلبت الخمر خلا- لوجب رده الى مالكه بلا خلاف فى ذلك.

و وجه التأييد،أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكه ليس إلا من جهه بقاء حقه فيه الذى يسمى بحق الاختصاص.

و قد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأييد بأن وجوب رد الخل الى مالكه لا يكشف عن بقاء حق الأولويه فيه،بل ليس هذا إلا من قبيل عود الملك الى مالكه،فيكون من باب رد الملك،لا من باب رد ما يكون للمالك أولى به.

و السر فى ذلك أن الملكيه يتسبب من الأسباب العديده-كالإيرث و البيع و الهبه و الصلح و الحيازه-و من المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بمانع سقطت عن التأثير،و إذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها و عليه فما يقتضى

حدوث الملكية- فى المثل المزبور-من العقد و غيره باق على حاله، و لكنه سقط عن التأثير بقاء لاقترانه بالمانع و هو انقلاب الخل خمرا، فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت-هنا-حق الأولويه عند سقوط المقتضى عن التأثير. انتهى ملخص كلامه.

و الجواب عن ذلك: أن الملكية من الأحكام الشرعيه و هى غير مسببه عن الموجودات الخارجيه، و إنما هى فعل اختيارى للمولى و تابع لكيفيه جعله من حيث السعه و الضيق، و عليه فاسراء أحكام المقتضيات الخارجيه و الموانع التكوينييه إلى الأحكام الشرعيه بلا- موجب، بل المتبع فى هذه الموارد دلالة الدليل، و من الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبه و الإرث و نحوهما، و لكنه إذا انقلب خمرا خرج عن الملكية و حيثئذ فلو عاد إلى حالته الأولى كان الحكم بملكيتيه للمالك الأول محتاجا إلى دليل و هو منفى فى المقام.

هل يعود البديل إلى الضامن بعد تمكنه من المبدل؟

٩- هل الغرامه المدفوعه تعود الى الغارم بمجرد طرو التمكن؟.

ذكر المصنف أنه إذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبه إلى مالكتها وجب عليه ذلك وجوبا تكليفيا فقط. و لا تكون عليه عهده جديده بالنسبه إلى العين وراء العهده السابقه التى أفرغها بأداء البديل و إذا أعطاها لمالكها الأول عادت الغرامه إلى ملك الضامن ثانيا، لأنها كانت بدلا عن السلطنه الفائتة، و المفروض عودها إلى مالكتها برد العين، و لو تسامح الضامن فى دفع العين بعد تمكنه منها لجاز للمالك مطالبته، لعموم قوله (صلى الله عليه و آله): إن الناس مسلطون على أموالهم و لا يجوز للضامن حبس العين و مطالبته بالغرامه من المالك لأن

البدل انما كان بدلا عن السلطنة الفائته لا عن القدره على دفع العين فمتى ما لم ترجع السلطنة لا يكون للضامن حق فى مطالبه الغرامه. و إذا تلفت العين قبل دفعها الى مالکها استقر ملک مالکها على الغرامه.

أقول: قد عرفت فيما سبق آنفا: أن الالتزام بصيروره الغرامه بدلا عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبه المالك العين من الغاصب بعد التمكن منها، فان ذلك التزام بالمتناقضين، فإذا كان دليل بدل الحيلولة ما يقتضى تحقق المعاوضه بينه و بين العين - كدليل ضمان اليد و نحوه - فلا شبهه عندئذ فى انقطاع حق المالك عن العين انقطاعا دائما، و لا يجوز له أن يطالبها من الضامن فى أى وقت من الأوقات.

نعم إذا كان المدرك لذلك ما يقتضى وقوع البدل بإزاء السلطنة دون العين و جب على الغاصب رد العين على مالکها بمجرد تمكنه منها، و جاز للمالك أن يطالبه بنفس العين، لعدم تحقق المعاوضه بينها و بين البدل لکی يمنع ذلك عن وجوب رد العين على مالکها.

و لكنه مع ذلك لا يجوز للمالك أن يتصرف فى البدل فى فرض جواز مطالبته بنفس العين، لأننا لو سلمنا كون البدل بدلا عن السلطنة الفائته، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبه العين، لا مطلقا، فإذا ارتفع التعذر زالت البديله. و من ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البدل لم يكن للمالك مطالبه البدل بلا إشكال.

و على ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البدل الى ملك الغاصب، و ضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمه.

قوله: (و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامه). أقول: غرضه من هذه العبارة أن بدل الحيلولة إنما هو بدل عن السلطنة على الانتفاع من العين التي فانت بتعذر العين، لا أنه بدل عن مطلق السلطنة حتى السلطنة على المطالبة لكي يسقط ذلك-أيضا-بعد تمكن الضامن من رد العين. و لذا لا يجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامه و بدل الحيلولة.

و على هذا فلا تنافى هذه العبارة مع ما ذكره رحمه الله سابقا من أن البديل بدل عن السلطنة، فإن مراده فى كلا الموضوعين هو ما ذكرناه.

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلولة فإنه لا يثبت إلا فى الموارد التي يتعذر الوصول الى العين، بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها، و قد تقدم ذلك قريبا. و هذا لا-يجرى فى صورته امتزاج العين بعين أخرى، ضروره إمكان الانتفاع بها، غاية الأمر كون العين الممتزجه مشتركة بين المالكين و عليه فيجب على الغاصب إعطاء الأرش للمالك، لأن الشركة عيب فى العين المغصوبه.

ثم إن المناطق فى ثبوت بدل الحيلولة-على القول به-إنما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالکها سواء أ كان المالك بنفسه متمكنا من ذلك أم لا، ضروره أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ، لقاعده ضمان اليد، و إذا تلف وجب عليه بدله الحقيقى من المثل أو قيمه، و مع ضياعه أو اغترافه فى البحر وجب عليه بدل الحيلولة. و اذن فتمكن المالك من الوصول الى ماله لا يرفع الضمان عن الغاصب و هذا واضح لا ريب فيه.

الكلام فى شروط المتعاقدين

البحث حول الصبى و أحكامه

نقل الأقوال حول تصرفات الصبى

قوله:(المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبى).

أقول:المشهور بين أصحابنا رضوان الله عليهم هو بطلان عقد الصبى:

فعن الشيخ فى المبسوط و الخلاف:أنه لا يصح بيع الصبى،و لا شراؤه أذن له الولى أم لم يأذن.

و عن الغنيه دعوى الإجماع على ذلك.

و عن العلامه فى التذكرة:أن الصبى محجور عليه بالنص و الإجماع، سواء أ كان مميزا أم لا،و هو محجور عن جميع تصرفاته الا ما استثنى،كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهديه و اذنه فى الدخول على خلاف فى ذلك.

و عن الشهيد:أنه نسب الى المشهور بطلان معاملات الصبى.

نعم عن الشيخ و بعض آخر:أنه يجوز بيع الصبى إذا بلغ عشر سنين.

أما جواز تصرفه عند العامه ففيه تفصيل المذاهب[١].

هل يقبل إسلام الصبى، و أنه ىخرج بذلك عن تبعه العمودين الكافرين أم لا؟.

قد ذهب الى هذا الرأى جمع من الأصحاب. و خالف فيه صاحب الجواهر، حيث أنكر توجه الواجبات العقلية الأصولية على الطفل، كما أن الواجبات الشرعية لا تتوجه عليه، بل نسب القول بذلك الى الاجتهاد فى مقابل النص، ثم قال: و أما قبول إسلام على (عليه السلام) فهو من خواصه. انتهى ملخص كلامه.

و قد عرفت فى الحاشية- عن الشافعية: أنه إذا نطق ولد الكافر بالإسلام لم ينفع إسلامه.

و لكن الظاهر هو الأول. و ذلك لأن الكفر و الإسلام أمران واقعيان يصدران من كل مميز و إن لم يكن بالغاً، و من هنا يعنون ولد الكافر

بعنوان أبيه، و يطلق المجوسى على ولد المجوسى. و يقال النصرانى لولد النصرانى.

و يطلق اليهودى على ولد اليهودى. و هكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم.

و يضاف الى ذلك: أن الإسلام يدور مدار الإقرار بالشهادتين، و بذلك يحرم ماله و دمه. و الروايات الداله على هذا متظافره من

الفريقين [١]

ص: ٢٣٦

فإن إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ وغيره. إذ لا ينبغي الإشكال في قبول إسلام الصبي المميز، والحكم بترتب أحكام الإسلام عليه، لأن المدار في ذلك إنما هو إظهار الشهادتين، بل قد يكون بعض الأطفال أقوى إيماناً من أكثر البالغين، و متمكناً من الاستدلال على وجود الصانع، وإرساله الرسل وإزاله الكتب على نحو لا يتمكن منه إلا الخواص.

نعم لا تترتب الأحكام الإلزامية على صغارهم و ان كانوا مميزين، وهكذا طفل المسلم إذا ارتد عن دينه، وذلك لرفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين ما لم يصلوا الى حد البلوغ.

و على الجملة: إن مقتضى الإطلاقات هو الحكم بإسلام الصبي المميز إذا أظهر الإسلام، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم إذا أظهر الكفر، و كان مميزاً. نعم لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، لرفع القلم عنه.

قيل: إن الحكم بإسلام ولد المسلم و كفر ولد الكافر ليس من جهة الاعتناء بإسلام الأول، و لا من جهة الاعتناء بكفر الثاني، بل لأجل التبعية التي هي من المسلمات بين الفقهاء، و من محكمات الفقه التي لا تشوبها شائبة خلاف، بل ادعى غير واحد من الأعلام الإجماع على ذلك.

و يضاف الى ذلك قيام السيره المستمره على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر و التملك و نحوهما.

على أن ذلك مقتضى جملة من الروايات [١].

و الجواب عن ذلك: أن المقدار المتيقن من الإجماع و السيره إنما هو الطفل غير المميز، و الذي لا يتمشى منه الإسلام و الكفر.
أما ولد الكافر المميز المظهر للإسلام فلا إجماع و لا سيره على المعامله معه معامله الكفر. و كذلك ولد المسلم إذا أظهر الكفر و هو مميز، فإنه لا دليل على المعامله معه معامله الإسلام من الحكم بطهارته، و وجوب تجهيزه إذا مات.

أما الروايات المتقدمه فهي لا تتفق و مذهب الإماميه، بديهه أن كل أحد إنما يؤاخذ بعمل نفسه: إن خيرا فخير، و إن شرا فشر، فالله تعالى لا يؤاخذ عبدا بمجرد علمه بأنه يعمل المعاصي، و يرتكب الخبائث، بل لا بد و أن يتركه حتى يبلغ، و يختبر، ثم يؤاخذه بعمله لكي لا تكون له على الله حجه، بل تكون لله عليه الحجه البالغه، و يهلك من هلك عن بينه، و يحيى من حي عن بينه.

و من هنا قد ورد في روايات كثيرة [١] أن الله تعالى يمتحن الأطفال

ص: ٢٣٩

الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار. ولا يلحقون بآبائهم بغير حجه و امتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقا بلا حجه.

و لو سلمنا موافقه الأخبار المذكوره مع مذهب الإماميه. و لكن لا نسلم دلالتها على كون أولاد الكفار كفارا، و أولاد المسلمين مسلمين من جهه التبعية، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم في دار الآخرة، و أنهم يعاقبون معهم في الجحيم، لأن الله تعالى يعلم أن أولاد الكفار كأبائهم في خبث الباطن، و سوء السريره، و فساد النيه، و ارتكاب القبائح، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم، لأنه تعالى يعلم أنهم كأبائهم في حسن نياتهم، و صفاء باطنهم، و صدور الخير منهم. و لا شبهه في أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعيه المزبوره.

و ربما يتوهم: أن حديث رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم (سند كره قريبا) كما يدل على رفع الأحكام الفرعيه- كوجوب الصوم و الصلاه و الحج و غيرها- كذلك يدل بإطلاقه على رفع الأحكام الأصلية- أيضا- و عليه فلا اعتبار بكفر الأطفال، و لا بإسلامهم.

و الجواب عن ذلك: أن حديث رفع القلم عن الصبى إنما يدل على رفع الأحكام الإلزاميه عن الصبى امتنانا عليه، فلا- يشمل إسلامه، إذ ليس فى رفعه منه عليه، و كذلك كفره فإنه لا يرتفع بحديث الرفع، فان الحكم بكفره و نجاسته- مثلا- موضوع لأحكام إلزاميه بالنسبه إلى المكلفين، و لا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع.

نعم الأحكام الإلزاميه المترتبه على الكفر ترتفع عن الصبى لا محاله.

و من هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد، فلا تبين زوجته منه -مثلا- ما لم يبلغ مرتدا.

و مما ذكرناه ظهر لك: أنه لو ارتد ولد المسلم ثم مات لم يجب تغسيله، و لا سائر تجهيزاته، فإنها مترتبة على الإسلام، و المرتد ليس بمسلم.

هل ترتفع عن الصبي بحديث الرفع -الأحكام الفرعية التي هي كالأسباب بالنسبة إلى مسبباتها- كالنجاسة و الجنابة و نحوهما -أم لا.

الظاهر أنها لا ترتفع بالحديث المزبور، لأن الحكم المرفوع بذلك لا بد و أن يكون مترتبا على فعل الصبي بما هو فعله، و حينئذ فلا -يشمل ذلك أمثال الأمور المذكورة، لأنها مترتبة على عنوان خاص. كالنجاسة المترتبة على عنوان الملاقاه، و الجنابة المترتبة على عنوان الوطى.

و عليه فإذا لاقى بدن الإنسان جسما نجسا جهلا -لم يمكن الحكم بعدم تأثير النجاسة فيه من ناحيه حديث الرفع، فان تنجس الملقى لم يترتب على الملاقاه بما هو فعل الإنسان، لكي يرتفع ذلك بحديث الرفع، بل هو مترتب على نفس الملاقاه.

و من هنا لا يفرق في تحقق النجاسة بين كون الملاقاه بالإراداه و الاختيار و بين كونها بالجهل، أو الغفله، أو النسيان، أو بالقهر.

هل تصح عبادات الصبي؟

إشارة

العبادات إما واجبه أو مستحبه:

أما العبادات المستحبه

فلا شبهه في صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم كشمولها للبالغين، و هذا ظاهر لا شبهه فيه.

ص: ٢٤١

و إنما البحث فى أنه هل-هنا-تناف بين أدله المستحبات، و بين ما دل على رفع القلم عن الصبى لكى يقدم الثانى على الأول بالحكومته أم لا-؟الظاهر أنه لا- تنافى بينهما. ضروره أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التكليف، و من البين أنه لا تكليف فى المستحبات حتى يرتفع بذلك.

و قد يتوهم: أن المراد من رفع القلم هو رفع الكتابه و الجعل بمعنى:

أنه لم يكتب عليهم حكم من الأحكام الشرعيه، فالحكومته على حالها.

و لكنه توهم فاسد، لأنه خلاف الظاهر من دليل رفع القلم عن الصبى لأنه إنما ورد فى مقام الامتنان، و من الظاهر أنه لا امتنان فى رفع المستحبات

أما العبادات الواجبه

فربما يتوهم: أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبى إنما هو الإلزام فقط، و أما مطلوبيتها فهى باقيه على حالها، و عليه فتصح عبادات الصبى.

و لكن يتوجه عليه: أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع، و من الواضح أن المجعول أمر بسيط غير قابل للتقسيم. و كذلك المرفوع.

بل قد ذكرنا فى محله: أن صيغه الأمر و ما فى معناها موضوعه لابرز اعتبار الماده على ذمه المكلف فقط، و أما الوجوب فإنه نشأ من ناحيه العقل الحاكم بوجوب إطاعه المولى ما لم يرخص فى الترك. فما هو قابل للرفع و الوضع شرعا هو نفس الاعتبار، دون الوجوب المترتب عليه.

و التحقيق: أن يستدل على مشروعيه عبادات الصبى بالروايات [١]

الداله على الأمر بأمر الصبيان بالصلاه و الصوم، وقد ذكرنا فى مبحث الأوامر من علم الأ-صول أن الأمر بالأمر أمر بالفعل حقيقه، إذ الغرض منه ليس إلا- تحقق ذلك الفعل فى الخارج، فيكون الأمر بالأمر طريقا اليه، إلا أن تكون هنا قرينه حاله أو مقالیه تدل على الموضوعيه، ولكنها منتفیه فى تلك الروايات.

و يضاف الى ذلك: أنه ورد فى جملة أخرى من الروايات [١] تكليف

ص: ٢٤٣

الصبيان بالصلاه و الصوم و الحج بغير عنوان الأمر بأمرهم بها، فتدل على مشروعيه عباداته.

نعم قامت القرينه الخارجيه على عدم إرادته الوجوب من تلك الروايات و هذه القرينه هي الأدله الداله على رفع التكليف عن الصبي حتى يحتلم. و إذن فالصبيان مأمورون بالعبادات كالبالغين، فتكون عباداته مشروعيه مستحبه.

بحث في تصرفات الصبي مستقلا

اشاره

يقع الكلام في معاملات الصبي-أعم من العقود و الإيقاعات- في أربع جهات:

الجهه الاولى- في جواز تصرفاته في أمواله مستقلا على وجه الإطلاق

الظاهر أنه لا خلاف و لا إشكال في أنه لا يجوز للصبي الاستقلال في

ص: ٢٤٤

التصرفات فى أمواله بدون إذن الولى، و لم يخالف فى ذلك أحد فيما نعلم، إلا الحنفية فإنهم ذهبوا الى جواز استقلال الصبى فى بعض التصرفات. و قد ذكرنا رأيهم فى الحاشية آنفا.

و يدل على رأينا هذا قوله تعالى «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (١).

و وجه الدلالة هو أن الله تعالى سجل اعتبار الرشد فى جواز تصرفات الصبى فى أمواله مستقلا بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه، و من الواضح جدا أنه لو كان الرشد بوحده كافيا فى جوازها بدون إذن الولى لكان اعتبار البلوغ فى ذلك قبل الرشد لغوا محضا، فيعلم من ذلك أن نفوذ تصرفات الصبى يتوقف على أمرين: البلوغ، و الرشد.

و إذن فالآية الكريمة داله على المنع عن تصرفات الصبى قبل البلوغ و ان كان رشيدا.

و قد ظهر مما ذكرناه أن ما ذكره المحقق الايروانى على خلاف الظاهر من الآية و إليك نصه: (لا يبعد استفادة أن المصارف فى صحه معاملات الصبى على الرشد من الآية «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» على أن تكون الجملة الأخيره استدراكا عن صدر الآية و أنه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و أن اعتبار البلوغ طريقى اعتبر أماره إلى الرشد بلا موضوعيه له).

و قد استدل بهذه الآية المباركه على نفوذ تصرفات الصبى قبل البلوغ بدعوى أن قوله تعالى «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» يقتضى أن الابتلاء إنما يحصل قبل البلوغ، و المراد من هذا الابتلاء اختبار حاله فى أنه هل له

ص: ٢٤٥

تصرف صالح أم لا، وإنما يحصل هذا المعنى بإعطاء شيء من المال ليتصرف فيه فيرى تصرفه كيف يكون، فإن أحسن فيه كان راشداً وإلا كان على سفه.

و هذا الاختبار يحصل بأى تصرف من التصرفات السائغة في نفسها بدليل صحه الاستثناء، ضروره أنه يصح أن يقال: و ابتلوا اليتامى إلا في التصرف الفلاني، و إذن فتدل الآيه الشريفه على جواز تصرفات الصبى مستقلا على وجه الإطلاق.

و يرد عليه: أن اختبار الصبى لا- يتوقف على دفع ماله اليه ليستقل بالتصرف فيه. بل يمكن ذلك بمباشره البيع و الشراء بنظاره الولي، أو بنظاره شخص منصوب من قبله، أو بمباشرته مقدماتهما ليتصدى الولي إيقاعهما بنفسه و بتعبير آخر: أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه، أما إعطاؤه طائفه من ماله لكي يتصرف فيها تحت مراقبه الولي و نظارته لأجل الاختبار و الابتلاء فلا منع فيه بوجه، بل هذا هو المأمور به في هذه الآيه المباركه.

و السر في أن الاختبار لا بد و أن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حجرهم عن أموالهم في زمان الاختبار، و هو مناف لقاعده سلطنه الناس على أموالهم، و سبب لمنع تصرف المالك في ماله بلا موجب.

و تدل على ما ذكرناه- من عدم جواز تصرف الصبى في ماله بدون إذن الولي- الروايات الآتية، فإنها تدل على أن أمر الصبى لا يجوز ما لم يبلغ الحلم.

ثم إن المذكور في الآيه المباركه و إن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه و رشده يدل على أن المنع عن دفع المال اليه إنما هو لأجل عدم البلوغ، و عليه فيعم الحكم غير اليتيم- أيضا.

على أن الآيه الكريمة تشمل لمن كان له الجد و لكن مات أبوه.

و كذلك يعم الحكم من كان أبوه حيا-أيضا-لعدم الفصل جزما.

هل يجوز تصرف الصبي مستقلا بإذن الولي؟

الجهه الثانيه-في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلا مع إذن الولي

بذلك.

قد ظهر حكم هذه الجهه من الجهه الأولى،بديهه أن الولي لا-يجوز له أن يدفع مال الصبي اليه،و يأذن له في البيع و الشراء و أمثالهما،فإن جواز ذلك يتوقف على بلوغه و رشده و إلا فهو محجور عليه في التصرف في أمواله هل تجوز مباشره الصبي اجراء العقود؟

الجهه الثالثه-في صحه مباشره الصبي العقود أو الإيقاعات في أمواله

يأذن الولي،أو يكون و كيلا من قبله في ذلك،و عدم صحتها.

لا-إشكال في أن الآيه المباركه لا تدل على عدم جواز ذلك،فان الممنوع فيها هو دفع مال اليتيم اليه ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله،فلا تعم ما إذا باشر إنشاء عقد أو إيقاع في ماله باذن من الولي.

في الاستدلال بالروايات على عدم جواز ذلك و جوابه

و مع ذلك فقد يقال:بأن الصبي مسلوب العبارة،للروايات الوارده في عدم نفوذ أمره،و في رفع القلم عنه،و في كون عمدته و خطأه واحدا.

و لكن لا دلالة في شيء من هذه الروايات على الرأي المذكور.

و توضيح ذلك:أن هذه الروايات على ثلاث طوائف:

ص: ٢٤٧

الطائفة الأولى: الروايات الدالة على أن أمر الصبي لا ينفذ

و لكن الظاهر أن هذه الروايات بعيدة عن مقصود المستدل، لأنها صريحة في المنع

ص: ٢٤٨

عن نفوذ أمر الصبي في البيع و الشراء و غيرهما، و من البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبي المنع عن استقلاله في أمر المعامله، و تسلطه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم و شؤونهم، إذ لا يقال لمجرى الصيغه فقط: إن أمر المعامله تحت يده. و من هنا لا يجرى عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط و الأحكام و بتعبير آخر: أن لفظ الأمر المذكور في هذه الطائفة و إن كان بمفهومه اللغوي شاملا لأي فعل يصدر من الصبي، و لكن اسناد لفظ (يجوز) -الذي ذكر فيها- اليه و مناسبتة له يقتضى أن يراد منه سلطنه الصبي على أمواله، و تصرفه فيها كيف يشاء، و لا يفرق في ذلك بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه، أو بدونه، و من الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغه.

و إذن فالطائفة المزبوره تمنع عن كون الصبي مستقلا في معاملاته و لو كان ذلك باذن وليه، و عليه فلا ظهور فيها-بوجه-في سلب عبارات الصبي.

بل المعامله الصادره من الصبي في أمواله إذا وقعت على نحو استقلاله فيها لم يحكم بفسادها مطلقا، لأنه غير مسلوب العبارة. فإذا أجازها الولي حكم بصحتها، لأن العقد المزبور و إن كان صادرا من الصبي حدوثا، و لكنه عقد للولي بقاء. و من الظاهر أن عدم نفوذها من حيث صدورها من الصبي لا ينافي نفوذها من جهة إضافتها إلى الولي.

و إلى ذلك أشار المصنف، و إليك نصه: (لكن الإنصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضى، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة. كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف).

و الذى يدل على صدق مقالنا من نفس تلك الروايات هو وقوع

الاستثناء فى جملة منها بقوله (عليه السلام): إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا.

و وجه الدلالة: هو أن السفية ليس مسلوب العبارة، و إذن فيعلم من الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبى فيها إنما هو عدم استقلاله فى التصرف.

الطائفة الثانية: ما دل على رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم.

و قال المصنف: (و أما حديث رفع القلم ففيه أولا: أن الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام، و لذا بنينا- كالمشهور- على شرعيه عبادات الصبى).

و يرد عليه: أن العقوبه و المؤاخذه- كالمثوبه و الأجره- من الأمور التى لا صلها لها بعالم الجعل بوجه، بل هى مترتبه على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل.

نعم ترتفع العقوبه بارتفاع منشئها: أعنى به التكليف الإلزاميه.

و لكنه غير رفع المؤاخذه ابتداء.

أما مشروعيه عبادات الصبى فغريبه عن الحديث بالكليه، و إنما هى من جهه الروايات الخاصه، و قد عرفتها قريبا.

و التحقيق فى الجواب أن يقال: إن حديث رفع القلم عن الصبى إنما يدل على رفع الأحكام الإلزاميه المتوجهه إلى الصبيان كتوجهها الى غيرهم، فان هذا هو الموافق للامتنان، و من الواضح أن مجرد إجراء الصيغه ليس من

الأحكام الإلزاميه، ولا- موضوعا لها لكي يرتفع بحديث الرفع، وإنما الموضوع لها هو نفس المعامله التي أوجدها المتعاملان، و إذن فما هو موضوع للأحكام الإلزاميه لم يصدر من الصبي لكي يشمله حديث الرفع، وما هو صادر منه ليس بموضوع لها. وهذا ظاهر.

و على الجملة: أن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لا- ينافى الالتزام بصحة العقود و الإيقاعات الصادره منه، بل إن رفع القلم عن الصبي لا- يدل على أزيد من رفع إزامه بشخصه ما دام صبيا، فهو لا يدل على رفع إزام البالغين بفعله أو على إزامه بفعله بعد بلوغه، كما هو الحال في جنابته، أو في إتلاف مال غيره و الى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته، و قال: (لو سلمنا اختصاص الأحكام- حتى الوضعيه- بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعا للأحكام المجعوله في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ). و إذن فلا دلالة في حديث الرفع على بطلان معامله الصبي فضلا عن دلالاته على سلب عبارته.

ثم ان المصنف قد ذكر في الجواب الثاني: (أن الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا- مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمكينه من مس المصحف).

و لكنه يناقض ما قد بنى عليه في أصوله من أن الأحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه، و إذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفى عن الصبي فلا منشأ- هنا- لانتزاع الحكم الوضعى.

الطائفة الثالثه: ما دل على أن عمد الصبي و خطأ واحد،

و هذه الطائفه على ثلاثه أقسام

١- ما دل [١] على ذلك مطلقاً من غير أن يكون مقيداً بشيء.

٢- ما دل [٢] على الحكم المزبور مقيداً بكون ديه الجنايه الصادره من الصبى خطأ على عاقلته.

٣- ما دل على هذا الحكم مع قيد آخر، وهو رفع القلم عن الصبى، كروايه أبى البختري، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليه السلام): أنه كان يقول في المجنون المعتوه الذى لا يفيق، و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنهما القلم [٣].

قيل: إن القسم الأول من هذه الطائفه يدل على عدم الاعتناء بأقوال الصبى و أفعاله، ضروره دلاله صحيحه محمد بن مسلم على نزول ذلك منزله الخطأ

ص: ٢٥٢

و عليه فلا- يعتنى بصيغ العقود و الإيقاعات الصادره منه، كما لا يترتب الأثر عليها إذا صدرت من البالغين نسياناً، أو غفله، أو في حاله النوم، أو خطأ.

و لا- تنافى بين هذا القسم، و بين القسم الثانى و القسم الثالث لكى يحمل المطلق على المقيد، بديهه أنه لا تنافى بين أن يكون عمد الصبى بمنزله الخطأ فى الجنائيات، و بين كون عمدته بمنزله الخطأ فى غير موارد الجنائيات، و إذن فلا موجب لرفع اليد عن الإطلاق، فإنه منحصر بالتنافى، كما قرر فى محله.

نعم لا يبعد أن يستأنس- بما اشتمل على التقييد- اختصاص الحكم بالجنايه فيكون ذلك قرينه على انصراف المطلق إليها.

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد[١] فى الأعمى من أن عمد الصبى خطأ و لكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذى هو مطلق.

و الجواب عن ذلك: أن دلالة الروايه على تنزيل عمد الصبى منزله خطأه من جميع الجهات إنما تتم إذا كان الظاهر منها هو نفي الحكم بلسان نفي الموضوع بأن يقول الامام(عليه السلام) عمد الصبى ليس بعمد أو كلا عمد.

نظير قوله(عليه السلام): ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد

و عبده ربا (١).

و كقوله (عليه السلام): ليس على الامام سهو، و لا على من خلف الامام سهو و لا على السهو سهو (٢).

و كقوله (عليه السلام): لا ضرر و لا ضرار (٣) فان الظاهر من أمثال هذه التنزيلات أن المنزل كالمنزل عليه في جميع الآثار، و عليه فيترتب على عمد الصبي ما يترتب على خطأه.

و السر في ذلك: أن تنزيل شيء منزله عدمه لا يقتضى وجود الأثر للمنزل عليه لكي يكون التنزيل باعتبار ذلك الأثر، بل التنزيل - هنا - باعتبار عدم الأثر، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزله العدم، و هذا بخلاف تنزيل أحد الأمرين الوجوديين منزله صاحبه، فان ذلك لا يتحقق إلا بلحاظ وجود الأثر للمنزل عليه.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع و عدم المقتضى.

أما وجود المانع فلأن الأخذ بإطلاقها مخالف لضروره المذهب، و موجب لتأسيس فقه جديد، بديهه أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فان ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أن عمد الصبي خطأ.

و أيضا لازم من ذلك القول بصحة صلاه الصبي إذا ترك عمدا أجزاءها التي لا يضر تركها خطأ بصلاه البالغين، و هكذا الكلام في ناحيه الزيادة العمديه فيها.

ص: ٢٥٤

١- ١) الوافي باب ٥٦ من يجوز له الرباج ١٠ ص ٥٤.

٢- ٢) الوافي باب من لا يعتد بسهوه ص ١٥٠.

٣- ٣) قد تقدم ذلك في ص ٩٣.

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاه الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنيه و التكبير للإحرام و الركوع و السجده الواحده و السلام، فان ترك ما سوى ذلك خطأ لا يضر بصلاه البالغين، و المفروض أن عمد الصبي خطأ.

بل يلزم من العمل بإطلاق تلك الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلاً، فإن صحتها متوقفه على صدورهما من الفاعل بالإراداه و الاختيار، و قد فرضنا أن عمد الصبي خطأ فلا يعقل صدور عبادته صحيحه منه، و لا أظن أحداً أن يلتزم بشيء من هذه اللوازم.

و دعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافيه.

أما عدم المقتضى للإطلاق فلأن تنزيل عمد الصبي منزله خطأه على وجه الإطلاق يقتضى أن يكون -هنا- أثر خاص لكل منهما عند صدورهما من البالغين، لكي يكون تنزيل عمد الصبي منزله خطأه بلحاظ ذلك الأثر.

كما أن الأمر كذلك في تنزيل الطواف منزله الصلاه في قوله (صلى الله عليه و آله) الطواف بالبيت صلاه [١].

و من الواضح أنه لا- مصداق لهذه الكبرى إلا- الجنائيات، فإنها ان صدرت من الجاني عمداً فيقتص منه، و ان صدرت منه خطأً فديتها على عاقلته، و على هذا فيصح تنزيل جنايه الصبي عمداً منزله جنايته خطأً، فتكون ديتها مطلقاً على عاقلته، أما في غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً.

نعم قد ثبت أثر خاص لكل من العمد و الخطأ في الصلاه و في تروك الإحرام، فإن من ترك جزء من صلاته عمداً فتبطل صلاته، و ان تركه خطأً

فتعجب عليه سجدتا السهو.

و أن المحرم إذا صاد حيوانا عمدا ثبتت عليه الكفاره زائده على ما إذا صاده خطأ.

و لكن أمثال هذه الموارد خارجه عن حدود الروايات الوارده فى تنزيل عمد الصبى منزله خطأه، ضروره أن الآثار المذكوره انما تترتب على الخطأ فى تلك الموارد-إذا صدر من غير الصبى. أما إذا صدر من الصبى ارتفع أثره بحديث الرفع.

و بتعبير أوضح: أن تنزيل عمد الصبى منزله خطأه متقوم بأمرين:

(الأول) ثبوت الأثر لكل منهما.

(الثانى) أن يكون أثر الخطأ ثابتا لغير الفاعل. و لا ريب أنه لا مصداق لهذه الكبرى الا باب الجنائيات، و هذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهى.

و مما يدل على اختصاص تلك الروايات باب الجنائيات قوله (عليه السلام) فى بعضها: عمد الصبيان خطأ، تحمله العاقله، إذ من المعلوم أن العاقله لا تحمل سجدتى السهو، و لا الكفاره فى الحج، و انما تحمل الديه فى الجنائيات، و اذن فلا دلالة فى شىء من تلك المطلقات-أيضا-على كون الصبى مسلوب العبارة.

بحث فى ذيل روايه أبى البخترى

بقى الكلام فى ذيل روايه أبى البخترى، و هو قوله (عليه السلام): و قد رفع عنهما القلم. و قد استظهر المصنف (ره) من هذه الجملة دلالتها على كون الصبى مسلوب العبارة، و كون عقده و إيقاعه مع القصد كعقد الخاطى و الغالط و الهازل و إيقاعاتهم.

و حاصل كلامه: أن هذه القطعه من الروايه لا تتصل بسابقتها الا

بأخذها عله لثبوت الدية على العاقله، أو معلولا لقوله عليه السلام: عمدهما خطأ:

بمعنى: أن عله رفع القلم عن الصبى و المجنون هو كون قصدهما بمنزله عدم القصد فى نظر الشارع، و من البين أن اتخاذها عله لثبوت الدية على العاقله أو معلولا لتنزيل عمد الصبى منزله الخطأ لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخذه عن الصبى و المجنون، سواء أ كانت المؤاخذه دنيويه أم كانت أخروييه، و سواء أ تعلقت المؤاخذه الدنيويه بالنفس - كالقصاص - أم تعلقت بالمال - كغرامه الديه - و عليه فلا - يؤخذ الصبيان و المجانين بأفعالهم و أقوالهم - الصادره حال الصبوه و الجنون - بعد البلوغ و الإفاقه، سواء أ كان صدور الأقوال و الأفعال منهم فى تلك الحال - بإذن الولى أم لم يكن كذلك.

و على الجملة: إن الروايه و إن وردت فى باب الجنايه، و لكن مقتضى التعليل هو تنزيل قصد الصبى و المجنون منزله عدمه. و أنه لا اعتبار بشىء مما يصدر منهما قولاً و فعلاً، بل هما مسلوبان - فى عالم الاعتبار - من جهه الفعل و العبارة ضروره أن ذكر العله فى مورد خاص لا يقتضى اختصاصها به. بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى. و إذن فلا محذور لنا فى الأخذ بعموم العله فى سائر الموارد أيضاً.

و يتوجه عليه: أنه لا - وجه لجعل رفع القلم عله لكون الدية على العاقله لعدم العليه بينهما لا شرعاً، و لا عرفاً، و لا عقلاً، بل نسبه أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر فى جنب الإنسان. و العجب من المصنف، فإنه قد التزم بثبوت العليه و المعلوليه بين رفع القلم عن الصبى، و بين ثبوت الدية على العاقله و لكن لم يستوضح المناسبه و السنخيه بينهما.

غايه الأمر: أنه ثبت فى الشريعه المقدسه: أن دم المسلم لا يذهب هدراً، و من الظاهر أن هذا الحكم - مع ما دل على أن عمد الصبى خطأ - يلازم

ثبوت ديه الجنايه-الصادره من الصبى-على عاقلته.

و الصحيح: أنه لا- ملازمه بينهما-أيضا-لأن الحكمين المذكورين لا يدلان على ثبوت الديه على خصوص العاقله، إذ يمكن أن تكون الديه على جميع المسلمين أو من بيت المال، أو غير ذلك، كما أنه لا- وجه لجعل رفع القلم معلولا- لقوله عليه السلام عمدهما خطأ، فإن رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزله الخطأ. لا أنه معلول له.

و التحقيق: أن وجه المناسبه بين قوله عليه السلام: رفع عنهما القلم، و بين قوله عليه السلام: عمدهما خطأ هو أن تنزيل عمد الصبى منزله خطائه متقوم بأمرين:

أحدهما: حكم سلبى، و هو أنه لا يترتب عليه أحكام العمد، و لا يلزم الصبى بشىء من أفعاله.

ثانيهما: حكم إيجابى و هو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطائى، و قد بين عليه السلام الأمر الثانى بقوله عليه السلام: تحمله العاقله، و بين الأمر الأول بقوله عليه السلام رفع عنهما القلم، و اذن فلا- دلالة فى هذه الجملة على أزيد مما دل عليه قوله عليه السلام: رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم (١).

و يضاف الى ذلك: أن الروايه ضعيفه السند بأبى البخترى، فلا يصح الاستدلال بها على شىء من المسائل الفقهييه.

فتحصل مما ذكرناه: أنه لا دليل على أن عباره الصبى مسلوبه بحيث لا يترتب على ما أنشأه من العقود و الإيقاعات أثر أصلا.

هل يجوز كون الصبى وكيلا عن غيره؟

الجهه الرابعه: فى جواز كونه وكيلا عن غيره فى عقد أو إيقاع

و لو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أ كان الموكل وليا أم كان غيره. و حينئذ

ص: ٢٥٨

١- ١) قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى ص ٢٥٠.

فيوقع الصبي العقد أو الإيقاع و لو كان على نحو الاستقلال، و بدون إذن الولي فضلا عما إذا أوقعه بإذنه أو كان وكيلا في إجراء الصيغه فقط.

و التحقيق: هو نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة، للعمومات و الإطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد، و ذلك لأن الآيه المتقدمه لا إشعار فيها بعدم الجواز أصلا فضلا عن الدلاله عليه ضروره أن قوله تعالى:

(فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ) كالصريح في أن الآيه راجعه إلى تصرفات اليتامى في أموال أنفسهم، لا في أموال غيرهم.

و عليه فمقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبي في مال غيره و كاله عنه فان المنع عن ذلك لا بد و أن يكون بدليل، و من المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه، و التصرف في مال غيره و إما الأخبار المتقدمه الداله على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ:

أما دعوى عدم الفصل فعهدتها على مدعيها.

أما الأخبار فلا دلالة في شيء منها على عدم نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة، إذ قد عرفت: أن ما دل على رفع القلم عن الصبي، أو أن عمدته خطأ لا دلالة فيه على بطلان عقده أو إيقاعه. و أنه مسلوب العبارة.

فإذا كان صدوره منه و كاله عن وليه، أو غير وليه و لو كان التوكيل بنحو التفويض و الاستقلال- فالعقد عقد للموكل حقيقه، و حيث إن المفروض أن ما وقع عليه العقد ليس بمال الصغير فلا مانع عن شمول أدله صحة البيع و نحوه له.

أما ما دل على عدم نفوذ تصرف الصبي و أمره من الروايات المتقدمه فقد يتوهم دلالتها على عدم النفوذ في هذه الصورة- أيضا- نظرا إلى الإطلاق

و لكن الصحيح هو عدم صحه ذلك أما أولاً:فلاختصاص تلك الروايات باليتيم،و أنه ما لم يذهب يتمه لا يجوز أمره،ولا يدفع اليه ماله،فهى لا تدل إلا على عدم نفوذ تصرف الصبى فى ماله،دون ما إذا كان فى مال غيره باذنه نعم قد علمنا أنه لا خصوصيه لليتيم-فى الحكم-و إنما ذكر ذلك لأجل أنه هو المورد المتوهم لدفع ماله اليه.فتعدى منه إلى غير اليتيم-أيضاً-من الصغار،أما خصوصيه أن موضوع المنع هو تصرف الصغير فى مال نفسه فلا مقتضى لرفع اليد عنها.

أما ثانياً فالأجل أنا لو سلمنا الإطلاق فغايه ما يستفاد منها هو عدم نفوذ تصرف الصبى بما أنه عقده،و هذا لا ينافى نفوذ ذلك التصرف بما أنه مضاف إلى الموكل،سواء فيه الولى و غيره.

و من هنا أن الصبى إذا باع ماله،ثم أجازة الولى حكم بصحه البيع،لأنه بيع الولى بقاء.

نعم قد عرفت أنه لا يجوز أن يأذن الولى فى تصرف الصبى استقلالاً، و لا يكون تصرفه ماضياً للمنع عنه فى الآيه المباركه.

فالمتحصل مما ذكرناه:أنه لا مانع من مباشره الصبى العقد و الإيقاع فى مال نفسه إذا كان ذلك بإذن الولى،و كان الصبى و كيلاً فى إجراء الصيغه فقط كما لا مانع من مباشرته لهما على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أجنبى من ولى أو غيره.

هل يؤخذ الصبي بإتلافه مال الغير؟

قوله: (ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها على للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما). أقول: إذا أتلّف الصبي مال غيره وجب عليه الخروج من عهده بعد بلوغه، لقاعده من أتلّف.

و قد يتوهم عدم الضمان، لأن عمد الصبي خطأ.

و لأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتلم.

و لكن هذا التوهم فاسد. إذ لا شهاده فى شىء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان:

أما الأول فالأذن الظاهر: أن تنزيل عمد الصبي منزله خطائه انما هو فى الأفعال التى لا تكون موضوعاً للأحكام الشرعيه إلا إذا صدرت من الفاعل بالإراداه و الاختيار، و مع القصد و العمد، لا فى الأفعال التى هى بنفسها موضوع للأحكام الشرعيه من غير أن يعتبر فيها القصد و العمد:

كالجنابه فإنها توجب الغسل و ان تحققت حال النوم.

و كمباشره النجاسات، فإنها توجب نجاسه البدن و إن كانت المباشره بغير التفات إلى النجاسه.

و كالأحداث الناقضه للطهاره و إن صدرت جهلاً أو غفله، أو بغير اختيار، فإن شيئاً من تلك الأمور لا يتوقف تأثيرها على صدورها بالإراداه و الاختيار، و لا ريب فى أن إتلاف مال الغير من القبيل الثانى، فإنه يوجب الضمان و ان صدر حال الغفله و الجهل، و بدون الإراده و الاختيار، ضروره أنه لم يؤخذ فى قاعده من أتلّف عنوان آخر غير صدق الإتلاف.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه آنفاً من اختصاص الحديث بما إذا كان

للفعل العمدي أثر، وللعل الخطائي أثر آخر بالنسبه إلى غير الفاعل، فيحكم على فعل الصبي-عندئذ-بحكم الخطأ. و من الظاهر أن حكم العمد و الخطأ لا يختلف في الإتلاف و اذن فلا يكون الإتلاف مشمولاً للحديث.

أما الوجه الثاني فقد عرفت آنفاً: أن المراد من دليل رفع القلم عن الصبي إنما هو رفع الأحكام الإلزاميه عنه منذ نعومه أظفاره إلى حد بلوغه.

و هذا لا ينافي توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ. و قد تقدم أن فعل الصبي قد يكون موضوعاً لتوجه الأحكام الإلزاميه عليه بعد بلوغه.

و السر في ذلك: أن دليل رفع القلم و التكليف قد تعلق بالصبي، فيدور مدار صبوته. و على هذا الضوء فإنّ إتلاف الصبي مال غيره سبب للضمان جزماً و لكنه لا- يستتبع الحكم الإلزامي إلا- بعد بلوغه، و إذا بلغ توجه عليه التكليف و وجب عليه الخروج عن عهدته. لأنه- وقتئذ- يصدق عليه أنه أتلّف مال غيره كما يتوجه عليه-عندئذ-وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابه منه قبل البلوغ.

قوله: (فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده. و عدم العبره بإنشائه) أقول: قد عرفت فيما سبق أن أمر الصبي و ان كان غير نافذ و لو باذن وليه. و لكنه غير مربوط بسلب عباراته لكي يترتب عليه بطلان إنشائه، بديهة أن معنى عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر على معاملاتته. و هذا لا ينافي جواز مباشرته إنشاء الصيغه، إذ لا صلّه بينهما بوجه.

هل ترتفع تعزيرات الصبيان

بحديث الرفع؟

قوله: (ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا- ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير). أقول: ان كان الغرض

ص: ٢٦٢

من حديث رفع القلم عن الصبي هو رفع التكاليف الإلزامية الثابتة في حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابتة في حق الصبيان خارجه عن ذلك موضوعا فان تلك التعزيرات لم تثبت في حق البالغين و إنما هي ثابتة في حق الصبيان لحكمه خاصة، و هي تأديبهم على ارتكاب القبائح، و صيانتهم من اغواء المضلين، و سوقهم الى تهذيب الأخلاق. فإن تعود الأفعال الشنيعة داء عضال.

و ان كان الغرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الإلزامية فيشمل عمومته لتعزيرات الصبيان أيضا. و لأجل ذلك توهم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم.

و التحقيق: أن التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسه ان أخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه. و ان أخذ في موضوعها الصباء فهي غير قابله للارتفاع عن الصبيان، لأن المصلحه المزمه قد اقتضت ثبوتها في حقهم بعنوان الصبوه، فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع، و لعل تلك المصلحه ارتداعهم عن ركوب القبائح، و تجنبهم عن ارتكاب المنكرات. و حينئذ فيختص حديث الرفع بما إذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الإلزامية ثابتا للطبيعي الجامع بين البالغ و الصبي فهي ترتفع عن الصبي

ما هو حكم فعل الصبي المعتبر فيه

قصد الفاعل؟

قوله: (عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي) أقول: ملخص كلامه:

أن المتحصل من الأدله المتقدمه-من الإجماع و غيره- هو عدم الاعتبار بما

ص: ٢٤٣

يصدر من الصبى من الأفعال التى يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها. كإنشاء العقود و الإيقاعات أصاله و وكاله، و التصدى للقبض و الإقباض، و كذلك كل ما يلتزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار أو غير ذلك.

ثم ساق عبارته العلامة فى التذكرة تأييدا لمرامه.

و لكن يرد عليه ما ذكرناه قريبا من أنه لا دليل لنا على سقوط فعل الصبى و قوله عن الاعتبار، بل الدليل انما دل على عدم جواز استقلاله فى التصرف فى أمواله. و عليه فأى فعل من أفعاله لا يعد فى العرف تصرفا فى أمواله استقلاللا لا مانع عن جوازه فيحكم بصحة تحجيرها، و حيازتها، و التقاطها و صيدها، و إحيائها الموات، و ما شاكل ذلك.

و قد يتوهم أن الأمور المذكوره غير جائزه لأن عمد الصبى خطأ.

و لكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلالة الحديث على إلغاء قصد الصبى، و أنه كعدمه على ما تقدم بيانه.

على أنه يتوقف على اعتبار القصد فى هذه الأمور و هو لم يثبت.

بل إن مقتضى قوله عليه السلام-مثلا-أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هى لهم (1) هو ثبوت الملكيه بنفس الأحياء، سواء أقصد المحيى التملك، أم لم يقصده.

هل يصح قبض الصبى؟

قد حكى عن العلامة فى التذكرة: أنه كما لا يصح تصرفاته اللفظيه، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك فى الهبه.

ص: ٢٦٤

١- (١) الوافى ج ١٠ باب ١٥٨ إحياء الأرض الموات ص ١٣١.

و هذا المعنى يظهر من المصنف-أيضا-حيث انه نقل كلام العلامة تأييدا لمرامه و لم يناقش فيه أصلا.

و لكن الظاهر أن قبض الصبي يفيد الملكيه فى الهبه و غيرها،لقيام السيره على ذلك.

بل مقتضى جمله من الروايات[١]الوارده فى جواز إعطاء الصدقه و الكفاره للصبيان هو صيرورتهما ملكا بمجرد القبض.

ص:٢٤٥

هل تنفذ وصيه الصبى؟

قد وقع الخلاف بين الأصحاب فى نفوذ أمر الصبى فى مواضع شتى:

١- الوصيه.

قال العلامة فى القواعد: يشترط فى الموصى البلوغ و العقل و الحرية، فلا تنفذ وصيه الصبى و إن كان مميزا فى المعروف و غيره.

و هذا رأى هو المحكى عن السرائر و الإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و غيرهم.

و عن ظاهر التذكرة و اللمعه و النافع و الدروس: التوقف.

و عن المقنعه و المراسم و النهايه و المهذب و الغنيه و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفايه و المفاتيح و أبى الصلاح و

أبى على: أنه تجوز وصيه من بلغ عشرة مميزا فى البر و المعروف.

و هذا هو الحق، للروايات [١] الداله على أن الصبى إذا بلغ عشرة -

ص: ٢٦٦

تجوز وصيته. فتكون هذه الروايات مخصصة للروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي. وهذا ظاهر.
نعم في صحه وصيته للغرباء إشكال، وذلك من جهة التصريح بعدم نفوذها في صحيحه محمد بن مسلم.

هل يتبع قول الصبي في الاذن

بدخول الدار؟

الثاني: ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه: (لو فتح الصبي الباب، و أذن في الدخول عن إذن أهل الدار، وأوصل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدى فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه).

و لكن لا- وجه لاستثناء هذين الأمرين من الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبي أما الأول فلأن جواز الدخول في الدار مع إذن الصبي من جهة حصول الاطمئنان به نوعاً، فلا صلة له باعتبار قول الصبي في ذلك. والشاهد

ص: ٢٤٧

على هذا انه: لو أذن البالغ في ذلك و لم يحصل منه الاطمئنان به حرم الدخول فيها أما الثاني فلأن إيصال الهدية الى المهدي اليه لا ربط له-أيضا-بما نحن فيه، فان الصبي آله في إيصالها إليه، كما إيصال الهدية الى المهدي اليه بواسطة حيوان معلم.

و على الإجمال: أن أمثال هذه الموارد خارجه عن العمومات المانعه عن نفوذ أمر الصبي خروجا تخصيصا لا تخصيصيا.

هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات؟

الثالث: ما عن صاحب المفاتيح، و إليك نصه: (الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العاده به منه في الشيء الدون دفعا للخرج في بعض الأحيان) [١] و قال المحقق التستري بعد نقل هذه العبارة: و يمكن أن يستأنس لذلك -مضافا الى السيره المستمره و قضاء الحاجه و الضروره في كل من المعامله و دفع العوض و أخذه منه- بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي و المملوك فقال: على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدون، و لا تجوز في الأمر الكثير (١).

ص: ٢٤٨

١-٢) التهذيب ج ٢ باب البيئات ص ٧٧. و الوافي ج ٩ ص ١٤٥.

و الجواب عن ذلك: أن استقرار السيره على معاملات الصبى فى الأمور الحقيه و إن كان غير قابل للإنكار، و لكنه لا يكشف عن نفوذ معاملاتهم فى ذلك استقلالاً، بل إنما هو من جهه ما ذكرناه فى البيع المعاطاتى من جريان المعاطاه بين الناس فى المحقرات بوضع الثمن فى الموضع المعد له و أخذ المتاع بإزائه و مثلنا لذلك بأمثله فراجع. و مقامنا من القليل المذكور، و إذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصبى، إذ لا صلح بينهما بوجه.

و أما الروايه المذكوره فهى غريبه عما نحن فيه، و إنما هى راجعه الى باب الشهاده و من الظاهر أنه لا ملازمه بين قبول شهادته فى المحقرات و بين نفوذ معاملاته فيها.

و لو سلمنا قيام السيره على نفوذ معاملات الصبى فى الأمور اليسيره، و سلمنا دلالة الروايه على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المانع عن معاملات الصبى.

و من هنا لا ينقضى العجب من المحقق التستري حيث قال بعد كلامه المتقدم:

(و هذا القول لا يخلو عن قوه إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبر، و أما السيره و الضروره فالتمسك بها فى مقابل إطلاق الآيه و الروايه و فتوى الإماميه و غيرهم خروج عن جاده الصواب، و عدول عن طريق الاحتياط).

و الحاصل: أنه إن كان المراد من السيره هو السيره العقلائيه فهى مردوعه بالروايات الداله على عدم نفوذ أمر الصبى. و قد تقدمت هذه الروايات سابقاً، و إن كان المراد بها هو السيره الشرعيه فهى قائمه على كون الصبى آله لا على صحه معاملاته الصادره منه استقلالاً و لا أقل من الشك فى ذلك.

و إذن فلا وجه لنا للحكم بصحه معاملات الصبى و لو فى الأمور المحقره.

و ربما يستدل على نفوذ معاملات الصبي مطلقا أو فى المحقرات بروايه السكونى عن الصادق عليه السلام قال: نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت، إلا أمه قد عرفت بصنعه يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده، فإنه ان لم يجد سرق (١).

و وجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهى فى الروايه هو النهى التنزيهى، فيدل على نفوذ معاملات الصبي لا على فسادها.

و الشاهد على ذلك أنه لو كانت معاملات الصبي فاسده لما حصل النقل و الانتقال بينه و بين غيره. و كان التصرف فيما بيده تصرفا فى مال غيره بدون إذنه، و عليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصدور السرقة من الصبي لأن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى.

و الجواب عن ذلك: أن هذه الروايه ضعيفه السند بالنوفلى، و غير منجره بشىء، فلا يمكن الاستناد إليها فى الأحكام الشرعيه.

و يضاف الى ذلك: أن المراد من كلمه (كسب) المضافه إلى كلمه (الغلام) فى الروايه إما المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر و على الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف: أعنى به مباشره الصبي التجاره عند احتياج وليه الى ذلك، إلا أن هذه المباشره ليست مباشره استقلالیه، بل مباشره تبعیه، و أن الصبي - وقتئذ - بمنزله الآله لوليه فى إيجاد المعامله بينه و بين المشتري. و قد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيرا، إلا أن الامام عليه السلام قد نهى عنه تنزيها معللا بأنه إذا لم يحصل من تجارته شىء سرق خوفا من وليه.

ص: ٢٧٠

١- (١) المرويه فى الوسائل فى باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

و القرينه على هذه الدعوى: قوله (عليه السلام) في صدر الروايه: نهى رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن كسب الإماء، فإنها ان لم تجد زنت، مع انه لا شبهه في نفوذ كسب الأمه بإذن مولاها.

و يؤيد ما ذكرناه: أن النبي (صلى الله عليه و آله) قد قيد النهى عن كسب الأمه و الغلام بعدم معرفتهما صناعه اليد، فإنه مع العلم بذلك لا يقع الصبى على السرقة، و لا أن الأمه تقع على الزناء، لأنه - وقتئذ - ينتفى ما يوجب السرقة و الزناء: أعنى به الفقر، ضروره أنهما متمكانان من تحصيل المال.

و على الثانى فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط، أو الاستعطاء، أو الحيازه من المباحات الأصلية، كما أن المراد من كسب الأمه على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكوره.

و عليه فحكمه النهى عن كسب الغلام صيانتته عن الاستراق من الناس كما أن حكمه النهى عن كسب الأمه محافظتها عن الفجور.

و حينئذ فلا دلالة في تلك الروايه على نفوذ معاملات الصبى.

هل يصح طلاق الصبى المميز؟

الرابع: طلاق الصبى المميز.

قد وقع الخلاف في ذلك بين الخاصه و العامه [١].

ص: ٢٧١

فذهب جمع من أصحابنا القدماء و المتأخرين إلى صحته.

و ذهب المشهور من متأخريهم إلى فساده.

و منشأ الخلاف في ذلك إنما هو اختلاف الروايات.

و قد يقال: إن جملة منها تدل على نفوذ طلاقه، و جملة أخرى منها تدل على عدم نفوذه، و بعد تعارض كلتا الطائفتين و تساقطهما يرجع إلى العمومات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتلم.

و التحقيق: أن الذي ظهر لي من النظر في الروايات أن الأخبار الواردة في طلاق الصبي على أربعة أنحاء:

منها ما دل [١] على نفوذ طلاق الصبي.

و منها ما دل [٢] على عدم نفوذه.

ص: ٢٧٢

و منها ما دل [١] على نفوذه إذا عقل.

و منها ما دل [٢] على نفوذه إذا بلغ عشر سنين.

و حيث لا يحتمل أن يكون طلاق من بلغ عشرا و لم يعقل صحيحا فلا بد من تقييد ما دل على نفوذ طلاق الصبي إذا عقل بما دل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشرا و بذلك يقيد ما دل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشرا، و عليه فيرتفع التعارض.

و لو سلمنا التعارض، و لكن لا بد من تقديم روايات النفوذ، لأنها مخالفة لأكثر العامه.

ص: ٢٧٣

ثم انه يظهر من روايتى السراد و الكناسى [١] أنه يجوز طلاق الغلام البالغ عشر سنين إذا أقر بذلك و أمضاه بعد البلوغ.

و لكن لا يمكن العمل بهما:

أما روايه السراد فهى روايه الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل، و هو لم يثبت توثيقه من القدماء، نعم وثقه العلامه فى رجاله، إلا انه اجتهاد منه و هذا ظاهر.

أضف الى ذلك: أنها مخالفه للإجماع القطعى، فإن الفقهاء بين قائل بالصحه، و بين قائل بالفساد، و اذن فلا واسطه بينهما.

ص: ٢٧٤

أما روايه الكناسى المفصله بين الدخول و عدمه فهى -مع أنها أيضا لا قائل بمضمونها-ضعيفه السند،لأن الكناسى لم يثبت توثيقه.

هل يعتبر فى صحه العقد القصد الى مدلوله؟ قوله:

(مسألة و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى

إشاره

يتلفظان به).

أقول:قد اتفقت كلمات الأصحاب رضوان الله عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه فى كتبهم الفقيهيه إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف -هنا-من أحد.بل فى التذكرة ادعى الإجماع على ذلك.

و لا يخفى عليك:أن الفقهاء و إن أصابوا فى أصل اعتبار القصد فى العقد،إلا انهم قد أخطأوا فى أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل انما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد.

و توضيح ذلك إجمالاً:أنا ذكرنا فى المباحث السابقه أن البيع-مثلاً- ليس عبارته عن الإنشاء الساذج.سواء أ كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ -كما هو المعروف بين الأصوليين و غيرهم-أم كان عبارته عن إظهار أمر نفسانى بمرز-كما هو المختار عندنا.

و لا- أن البيع عبارته عن مجرد الاعتبار النفسانى من دون إظهاره فى الخارج بمرز،و إلا لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكيه ماله لشخص آخر بإزاء الثمن و إن لم يظهر اعتباره بمظهر خارجى و لا ريب أن كل ذلك بديهى البطلان.

ص: ٢٧٥

بل حقيقه البيع عباره عن الاعتبار النفسانى المظهر بمبرز خارجى، سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا، و سواء أ كان فى العالم شرع و عرف أم لا و هكذا الكلام فى سائر الأمور الإنشائيه برمتها من العقود و الإيقاعات و الأوامر و النواهي و غيرها، و إذن فلا يوجد أى عقد أو إيقاع إلا بالقصد الذى هو فعل نفسانى مع إظهاره بمبرز خارجى، و إذا انتفى أحدهما انتفى الآخر فان المركب ينتفى بانتفاء أحد أجزائه.

أما ما أفاده صاحب المسالك من عدم تحقق القصد فى العقد الصادر من المكروه أو الفضولى فسيأتى فساده فى أول بيع المكروه.

هل يعتبر تعيين المالك فى صحه البيع؟

إشاره

هل يعتبر فى صحه البيع تعيين المالك، و هل يلزم ذلك على المتبايعين؟ تاره يقع الكلام فى المعامله بالأعيان الشخصيه، و اخرى فى المعامله بالأمور الكليه: بأن يكون المبيع أو الثمن كليا.

أما الجهه الأولى المعامله بالأعيان الشخصيه

فلا شبهه فى أن تعيين المالك ليس من مقومات البيع و لا من شرائطه، بداهه أن البيع اعتبار تبادل شىء بشىء فى أفق النفس و إظهاره بمبرز خارجى من اللفظ و غيره. و لا-ريب فى أن هذا المعنى يتحقق بدخول العوض فى ملكك من خرج عن ملكه المعوض و بالعكس، بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن، أو تعيين مالك المثلث، و لم يقد دليل تعبدى على ذلك.

و لا يفرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين و بين صدوره من غيرهما-كالوكيل و الولى و الفضولى-و على هذا الضوء فالقصد الى العوض و تعيينه يعنى عن القصد الى المالك و تعيينه.

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس، و الا فلا يصدق عليه البيع، ضروره أنه ليس الا- تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه، و عليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن فى ملك الأجنبى أو اشترط على المشتري دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك موجبا لبطلان المعامله. لكونه على خلاف مقتضى العقد.

نعم لو كان ذلك من قبيل الفوائد المترتبه على العقد لما كان الاشتراط، أو القصد المزبورين من الأمور اللاغيه.

و مثال ذلك أن يشتري أحد من الخباز خبزا و يشترط عليه أن يعطيه للفقير، أو يتصدى هو بنفسه الإعطاء له، فان الخبز يدخل فى ملك المشتري بالشراء و ان كان ينتقل بعد ذلك الى الفقير بهبه و نحوها.

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه من عدم اعتبار تعيين من يقع له العقد فى صحه البيع انما يجرى فى كل عقد لا يكون القصد الى المالك ركنا من أركان العقد، و الا- يبطل العقد بعرائه عن ذلك. كالزوجين فى عقد الزواج، فإنهما بمنزله العوضين فى البيع، ضروره عدم حصول الغرض بصيروره المرأه زوجا لرجل مبهم. و عدم صيروره الرجل زوجا لامرأه مبهمه. و كذلك الموقوف عليه و الموهوب له و الموصى له و الوكيل، فإنهم من الأركان فى الوقف و الهبه و الوصيه و الوكاله، فلا ينعقد شىء منها بدون القصد إلى هؤلاء و من غير تعيينهم

أما الجهه الثانيه المعامله بالأمور الكليه

فالكلى بما هو كلى لا- يمكن بيعه فى مقام الثبوت إلا- بإضافته إلى ذمه خاصه من الذمم، إذ البيع- كما عرفته عند البحث عن تعريف البيع- تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه. و من البين الذى لا ريب فيه أن الكلى بما هو كلى غير مضاف الى أحد لكى يكون تبديله بشىء من قبيل تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه.

أضف الى ذلك أن الكلى ما لم يضاف إلى ذمه شخص لا- يكون مالا، و لا ملكا، و اذن فلا تقع المبادله بين المالين. و لا يقاس ذلك بطلاق زوج من الأزواج. أو بعناق مملوك من المماليك، لصحة تعلق الطلاق و العتق بالجامع و هو عنوان احدى الزوجات، أو أحد العبيد، و عليه فيستخرج الواقع بالقرعه، لأنها لكل أمر مشتبه. هذا كله فى مقام الثبوت.

أما فى مقام الإثبات فلا ريب فى إضافه الكلى إلى البائع و انتساب البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغه بعت، لانصراف الإطلاق إلى المنشئ انصرافا عقلايا لأن فعل كل فاعل ينسب اليه، و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينه حاله أو مقالیه على خلافه.

و قد اتضح لك مما تلوناه عليك و وقوع الخلط بين مقامى الثبوت و الإثبات فى كلام شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (و أما إذا كان أحدهما كلياً فان كان الشخصى ملك شخصه و جب تعيين من يقع الكلى فى ذمته، و اما لو انعكس فلا- يجب التعيين، و ذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلى بدمه نفسه، لأن ذمه الغير يحتاج الى التعيين، و الا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان و كيلا عن الغير).

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد؟

إشارة

هل يعتبر فى العقود تعيين من له العقد إثباتا بناء على اعتبار قصده ثبوتاً بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له و المشتري عالماً بالبائع؟.

يقع البحث هنا فى جهات شتى، و قد تعرض المصنف لبعضها و أغفل البعض الآخر.

الجهه الاولى: فى أنه إذا كان من له العقد مقصودا للمتعاقدین، و لم

یتعین فى مقام العقد للآخر

فالظاهر أن یحکم بصحة العقد، لأن قصد المالك لبا و ان كان ركنا فى العقد، كما هو المفروض، و لكن تعیینه للطرف فى المعامله لیس برکن فىه، لحصول الغرض الأقصى مع إبهامه—أيضا فى مقام الإثبات و علیه فیصح أن یتوجه الموجب الى القابل، و یخاطبه بقوله: بعثک منا من الحنطه بلا تصریح باسم من تكون الحنطه فى ذمته، و انما یصرح باسمه بعد تمامیه العقد.

أو یقول: وهبت هذا المال لمن قصده، ثم یبین الموهوب له.

أو یقول: زوجتک المرأه المعهوده عندى، و یعینها بعد تمامیه عقد الزواج. و هكذا الکلام فى ناحیه القبول.

و الوجه فى ذلك هو أن حقیقه البیع عباره عن اعتبار التبدیل بین شیئین و حقیقه الهبه عباره عن اعتبار ملكیه العین الموهوبه للمتهب، و حقیقه الزواج عباره عن اعتبار عدلیه أحد الزوجین للآخر، و لا شبهه فى تحقق تلك الحقائق بالصیغ المذكوره، و لا یتبر فيها معرفه الموجب لمن هو مقصود القابل و لا معرفه القابل لمن هو مقصود الموجب، بديیه أن خصوصیات الأشخاص و ان كانت دخیلا فى الأغراض الشخصیه، و لكنها غیر دخیل فى حقیقه العقود، و لا فى صحتها.

الجهه الثانيه: أن یقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص، و قصد

القابل وقوعه لغيره،

و الظاهر أنه لا-ریب فى بطلان ذلك، لأن ما أنشأه الموجب لم یتعلق به القبول، و ما تعلق به القبول لم ینشئه الموجب، سواء فى ذلك أن یكون من له العقد ركنا فىه—كالنکاح و ما حذا حدوه، و ما لم یکن كذلك كالبیع و ما تلا تلوه.

و السر فى ذلك ما عرفته قريبا من أن العقود عبارته عن الاعتبار النفسانى المقرون بالمظهر الخارجى من اللفظ وغيره، فبانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقته العقد.

ثم لا يخفى عليك: أن البحث فى هذه الجهه من صغريات البحث عن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، وقد تقدم فى محله أنه إذا لم يرد الإيجاب و القبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعه للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقده بين المتعاقدين بل يكون-هنا-أمران لا يتصل أحدهما بالآخر.

الجهه الثالثه: هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب و قبوله لغيره مع عدم

علم الموجب لذلك

أو إسناد الإيجاب إلى نفسه فى ظاهر الكلام و قصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلك، للمسأله صور.

الاولى: ان يعلم من الخارج عدم اراده خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال فى غالب البيوع و الإجازات و نحوها، ففى مثل ذلك لا- يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعا، فلو قال بعثك هذه الدار بكذا ثم انكشف ان المشتري كان وكيلا لم يضر ذلك بالتطابق و بصحة العقد.

الثانيه: ان يعلم من الخارج اراده خصوص المخاطب، كما فى النكاح و الوقف و الوصيه و نحوها، ففى مثلها لا- بد من اعتبار ذلك، فلو قال زوجتك فلانه و قبل المخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال، لعدم المطابقه بين الإيجاب و القبول الثالثه: ان لا يعلم من الخارج لا إرادته الخصوصية، و لا إرادته عدمها، فالظاهر فى هذه الصوره أنه لا بد من الاعتبار، كما اختاره المصنف قدس سره و ذلك لعدم إحراز التطابق المعترف فى صحه العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصا آخر مع عدم اعلام ذلك لطرف العقد، فإذا لم يعلم ان الموجب-مثلا-قصد تملك ماله للأعم من المخاطب و غيره لم يجز للمخاطب قبول التملك لغيره.

بحث في عقد المكره قوله:

(مسألة و من شرائط المتعاقدين الاختيار).

اشاره

أقول: الفارق بين هذه المسألة و المسألة السابقه هو أن الكلام-هناك-مسوق لاعتبار قصد المعنى في العقود، إذ الإخلال به يوجب الإخلال بعناوين العقود كما عرفته آنفا.

بخلاف المقام، فان البحث-هنا-في لزوم كون القصد ناشئا من الاختيار و إذن فالمسألتان متغايرتان.

ثم إن المراد من الاختيار الذى نبحت عن اعتباره في العقد-هنا-هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء و طيب النفس مقابل الكراهه و عدم الرضاء لا-الاختيار مقابل الجبر و الإلجاء، و إلا لكان عقد المكره خارجا عن العقد موضوعا، لخلوه عن القصد المعترف في حقيقه العقد.

ثم إنه قد جرت عادة الفقهاء على البحث عن عقد المكره في كتاب الطلاق و لعله لورود الروايات الكثيره على بطلان طلاق المكره. و إلا فلا اختصاص لذلك بالطلاق.

إذا عرفت ذلك فاعلم: أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامه فلا يصح بيع المكره [١].

ص: ٢٨١

و لإطلافة [١] على تفصيل فى المذاهب.

ص: ٢٨٢

هل المكروه قاصد الى اللفظ دون المعنى؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن بنا التعرض لما ذكره في المسالك من أن المكروه و الفضولي قاصدان إلى اللفظ، لا إلى مدلوله. و قد أشرنا إليه في مطلع المسألة السابقة. و وعدنا لك-هناك-التعرض له في هذه المسألة -و هنا-موعده.

و ربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامة-أيضا-في التحرير من أنه لو اكره الزوج على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوعه، إذ لا إكراه على القصد.

و لكنه لا وجه صحيح لهذا الاستظهار، فان الظاهر من العلامة هو التفصيل في المكروه بالفتح بين المتمكن من التوريه، و بين غير المتمكن منها بأنه إن كان

الزوج قادرا على التوريه و طلق زوجته من غير أن يورى فى إنشائه فيحكم بصحه طلاقه،و إن لم يكن قادرا عليها و طلق زوجته-
و قتنذ-فيحكم بفساد طلاقه.و من البين أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثانى فى المسالك.

و كيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب وجوها فى توجيه ما فى المسالك و نقتطف منها ما يلى:

١-أن الصادر من المكروه و الفضولى إنما هو مجرد اللفظ بلا- توجه إلى معناه.أما المكروه فلأنه لا يقصد وقوع النقل و الانتقال
خارجا.و إنما غرضه الإنشاء الساذج دفعا للخوف المتوعد عليه من ناحيه الجائر.

أما الفضولى فلأنه يعلم جزما عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن إمضاء المالك،و عليه فيكون إنشاؤه خاليا عن قصد
المعنى.

أما ما ذكر فى المكروه فيتوجه عليه:أن عقد المكروه كسائر أفعاله التكوينية الصادره منه كرها،كالأكل و الشرب و القيام و القعود و
نحوها، و لا نظن أن يتفوه أحد بصدورها من المكروه بغير قصد.و كذلك العقد.

غايه الأمر أنه لم ينشأ من الرضاء و طيب النفس.

على أن المكروه لا يقدر غالبا على قصد خصوص اللفظ دون المعنى،لعدم الالتفات اليه.

و يضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقه العقد،لما عرفته فى المسأله السابقه من استحاله تحقق العقد بدون
القصد،و معه لا- مجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه.لأن موضوع البحث فى عقد المكروه إنما هو العقد الجامع للشرائط غير
الرضاء بالعقد.و لأجل ذلك يحكم عليه بالصحه

إذا لحق به الرضاء و إذا كان خاليا عن القصد لم يكن قابلا للحكم عليه بالصحة أبدا لأنك عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد و إذا تحقق في الخارج ما ليس بعقد لم يكن ذلك عقدا بالرضاء المتعقب-أيضا-لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.مع أن المشهور حكموا بصحة عقد المكره بالرضاء المتعقب.

نعم قد يتعلق قصد المكره بخصوص اللفظ كما في التوريه.و لكنه خارج عن مورد البحث.

أما ما ذكر في الفضولي فيتوجه عليه:أن عقد الفضولي-أيضا-مقترن بالقصد و إلا لأستحال تأثيره بالإجازة-أيضا-على ما عرفته قريبا.

و مع الإغضاء عن ذلك:أن ما ذكر من التوجيه لكلام الشهيد انما يتم في غير الفضولي المعتقد لمالكيه نفسه،أما فيما إذا اعتقد الفضولي أنه مالك فلا شبهه في حصول القصد الى المعنى.

و على الجملة فلا إشكال في تحقق القصد في المكره و الفضولي كتحققه في غيرهما.

٢-ما ذكره المصنف و هذا نصه: (المراد بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج.و أن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج،لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول).

و يرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفساني فهو بديهي البطلان،لما عرفته قريبا من تحقق القصد في المكره.و أن عقده من هذه الناحيه كسائر العقود الصادره من المختارين.

و ان كان مراده من ذلك هو عدم القصد إلى إمضاء الشارع و حكمه بصحة

العقد، لكي يترتب عليه الأثر. بل قصده إلى الحصة الفاسده.

فيتوجه عليه أولاً: أن هذا أخص من المدعى، لأن المكره قد لا يلتفت إلى فساد العقد شرعاً. بل يتخيل صحته. و عليه فهو قاصد لترتب الأثر الشرعى أيضاً.

ثانياً: أن ذلك لا يضر بصحة العقد، فإن قوام البيع - كما ذكرناه - إنما هو باعتبار المبادله بين المالين فى أفق النفس، و إظهاره فى الخارج بمظهر - سواء أ أمضاه الشارع، أم لم يمضه و سواء أ التفت المنشئ الى ذلك أم لم يلتفت اليه.

و على الجملة: ان الأحكام الشرعيه المترتبه على العقود و الإيقاعات خارجه عن حقيقتها.

و لأجل ذلك لو أنشأ عقداً فاسداً باعتقاده - كما إذا تعامل مع أبيه معامله ربويه، ثم انكشف جواز ذلك - لم يحكم بفساده، و اذن فلا أثر لقصده الإمضاء الشرعى و عدمه.

٣- ما ذكره شيخنا الأستاذ من (أن المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كل منشئ من رضائه بوقوع المدلول فى الخارج، كما أن الفضولى لم يقصد ما هو ظاهر المعامله من وقوعها لنفسه).

و بتعبير آخر: ان ظاهر كلام العاقد هو وقوع إنشائه بالرضاء و طيب النفس، و أن ما أنشأه من العقد مستند الى نفسه. و لكن الأول منفى فى المكره و الثانى منفى فى الفضولى، لأنهما لم يقصدا ذلك.

و يرد عليه أولاً: أن هذا أخص من المدعى، فإن هذا لو سلم فإنما يسلم مع عدم التفات الناس الى حال المكره و الفضولى و الا لم يكن القصد مخالفاً لظهور كلامه ثانياً: أن عدم ظهور عقد المكره فى طيب نفسه، و عدم ظهور عقد الفضولى فى البيع لنفسه أجنبيان عن قصد العاقد للفظ دون معناه.

و على الجملة إنه: لم يتحصل لنا معنى معقول من كلام الشهيد من أن المكره و الفضولى قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. و هو(ره) أعرف بمقاله.

و قد ظهر لك مما تلوناه عليك: فساد ما ذكره النراقى فى المستند من أن الوجه فى بطلان البيع الإكراهى هو عدم وجود ما يدل على قصد البيع، حيث ان اجراء الصيغه مع الإ-كراه غير كاشف عن القصد، فلا- يكون من البيع العرفى، لأنه يعتبر فيه أن يكون- هناك- كاشف عن كونه مريدا لنقل الملك و كونه مكرها قرينه على عدم اراده ظاهر اللفظ.

ما استدل به على بطلان بيع المكره

اشاره

قد ظهر لك من مطاوى ما ذكرناه: أن مقتضى القاعده هو صحه بيع المكره فإنه عقد عرفى فيشملة ما دل على وجوب الوفاء بالعقد. و لكن استدل على فساده بوجوه و هى ما يلى:

الوجه الأول: الإجماع.

و يرد عليه: أن الإجماع و إن كان مسلما و لكننا لا- نطمئن بكونه إجماعا تعبديا، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك المجمعين الوجوه الآتية.

الوجه الثانى: قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(١)

و قد ذكرنا فى المباحث السالفه أن دخول الباء المفيده للسببيه فى كلمه الباطل، و مقابلتها فى الآيه مع التجاره عن تراض قرينتان على أن الآيه الشريفه فى مقام تمييز الأسباب الصحيحه عن الأسباب الفاسده.

ثم إن المراد من الأكل فى الآيه المباركه ليس هو الازدراد-على ما هو

ص: ٢٨٧

معناه الحقيقي- وإنما هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق شرعى.

سواء أ كان المال المزبور من المأكولات أم كان من غيرها. وقد تعارف استعمال كلمه الأكل فى التملك فى الكتاب الكريم و فى كلمات الفصحاء. بل و فى غير العربيه أيضا. و من ذلك قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ١.

ثم إن الاستثناء فى الآيه المباركه سواء أ كان متصلا- كما هو الظاهر- أم كان منقطعا يفيد حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض:

أما على الأول فواضح.

و أما على الثانى فلأن الاستثناء المنفصل و ان كان لا يفيد الحصر بنفسه و لكن الله تعالى حيث كان فى مقام بيان الأسباب المشروعه للمعاملات- و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلا بالمقصود- فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه بالقريته المقاميه.

و نتيجته ما ذكرناه حول الآيه الكريمه: أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من أسباب المعاملات إلا أن يكون السبب المملك هو التجاره عن تراض و من الواضح الذى لا ريب فيه أن بيع المكروه لا يعد من التجاره عن تراض، فيكون فاسدا.

ثم لا- يخفى على الفطن العارف: أن المراد من الرضاء المذكور فى الآيه المتقدمه هو طيب النفس، لا الرضاء بمعنى القصد و الإراده، أو الملازم لهما، فان ما هو شرط لصحة التجاره هو الأول. أما الثانى فإنه مقوم للعقد، فقد عرفت أن الله تعالى فى مقام بيان الميز بين السبب الصحيح و السبب الباطل للمعاملات. و مع عدم تحقق العقد لا- يبقى مجال لتقسيم أسباب المعاملات إلى الصحيح و الفاسد.

ص: ٢٨٨

أضف الى ذلك: أن العقد من الأمور القصدية المظهره بمظهر خارجي فلا يعقل صدوره من غير القاصد. و عليه فلو كان المراد من الرضاء في الآيه القصد و الإراده، أو ما يلزمهما لكان ذكره فيها مستدركا. لأن كلمه التجاره المذكوره فيها تغنى عن ذكر كلمه الرضاء. تعالى كلامه سبحانه عن ذلك علوا كبيرا. و عليه فالمراد من الرضاء في الآيه الشريفه انما هو طيب النفس، لا القصد و الإراده.

و يحسن بنا توضيح ذلك إجمالاً فنقول: ان الأفعال الاختياريه الصادره من الأشخاص المختارين انما تستند الى مقدمات طويله كلها موجوده في أفق النفس: منها التصور. و منها التصديق بالفائده. و منها الميل، و منها الشوق المؤكد المعبر عنه غالباً بالإراداه التي هي تأثير النفس في حركه العضلات. و لا شبهه في أن الفعل إذا عرى عن القصد و الاختيار لحق بالأفعال غير الاختياريه ثم ان الفائده المترتبه على الفعل الاختيارى على ثلاثه أقسام:

الأول: الفائده الخالصه المترتبه على الفعل الخارجى. و ذلك كالربح المترتب على التكسب و الاتجار. و كالتلذذ المترتب على أكل المطعومات.

و كحراره البدن المترتبه على لبس الألبسه، و الى غير ذلك من الأمثله.

الثانى: أن تكون الفائده المترتبه على الفعل مما يدفع به الضرر الخارجى المتوجه الى الشخص، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل قضاء الضروره من دون أن تكون هذه الضروره من ناحيه الظالم و نحوه.

و مثال ذلك: أن يضطر أحد الى بيع داره لصرف ثمنها فى علاج مريضه المشرف على الهلاك أو للإنفاق على عياله، أو لأداء الدين الواجب أو لدفع جريمه تثبت عليه فى المحكمه الخاصه. و من هذا القبيل أن يطلب الجائر من شخص مالا لا يتمكن منه الا بيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

أشبه ذلك، فإن الإيجابر انما يكون بالنسبه إلى دفع المال، لا بالنسبه إلى بيع ما ذكر.

الثالث: أن تكون الفائده المترتبه على الفعل دفعا لضرر الظالم الناشئ من ترك الفعل -لا من الجهات الخارجيه. و مثال ذلك أن يحمل الجائر أحدا على فعل خاص مع الإيعاد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما، فان نفس الفعل -هنا- وان صدرت بمقدماته الاختياريه التي أشرنا إليها قريبا.

و لكن الفاعل لم يرض به.

و يتضح الفارق بين هذا القسم و بين سابقه بملاحظه ما يلي: و هو أن الظالم إذا أكره أحدا على بيع داره، و أوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر في صحه البيع. و هذا بخلاف ما إذا أكرهه بداءه على إعطاء ألف دينار. و كان سبيل نجاته عن هذه الغرامه هو بيع داره فإنه حينئذ يحكم بصحه البيع لوقوعه برضا المالك و طيب نفسه. غايه الأمر أن الداعى إلى البيع انما هو الاضطرار. و أيضا أن الفارق بينهما كالفارق بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه و الا يهلكه. و بين من أجبره الجائر على قطع إصبغه، و إلا يقتله، فان الشخص الأول مبتهج بقطع عضوه بخلاف الثانى. و هذا واضح.

و قد اتضح لك مما بيناه: أن ما نحن فيه من القبييل الثالث، لأن البيع الصادر من المكروه كرها كسائر أفعاله الاختياريه مسبق بالمقدمات، من التصور و التصديق بالفائده و الميل و الإراده التي هى بمعنى الاختيار. و لكن هذا البيع الصادر من المكروه فاقد للرضا و طيب النفس. و على هذا فعنوان التجاره لا يتحقق إلا بالإراداه و الاختيار. فبيع المكروه تجاره غايته تجاره عن غير تراض.

ص: ٢٩٠

الوجه الثالث: مما استدل به على فساد بيع المكره-الروايات

الداله على حرمه التصرف فى مال غيره الا بطيب نفسه،

(١)

و من الظاهر أنه لو كان بيع المكره نافذا لكان سببا لحليه ماله للمشتري بغير الرضاء و طيب النفس

الوجه الرابع: الروايات ١٢ الداله على بطلان طلاق المكره و عتاقه

فإنها و ان وردت فى الطلاق و العتاق، و لكنها بضميمه عدم القول بالفصل بينهما و بين غيرهما من العقود و الإيقاعات تدل على المقصود.

الوجه الخامس: ما دل على رفع الإكراه فى الشريعة المقدسه.

ص: ٢٩١

١-١) قد تقدمت هذه الروايات فى الجزء الثانى فى ص ١٣٨.

و وجه الاستدلال به على بطلان عقد المكره هو ما ذكرناه في علم الأصول من أنه لا- اختصاص لحديث الرفع بالأحكام التكليفية. بل يعم الأحكام الوضعيه-أيضا- كما أنه لا اختصاص له بمتعلقات الأحكام، بل هو يجرى في الموضوعات أيضا، فإن فعل المكلف كما يقع متعلقا للتكليف كذلك يقع موضوعا له، و عليه فإذا أكره المكلف على إيجاد الموضوع لحكم، كالإفطار في شهر رمضان، أو إنشاء بيع ارتفع حكمهما.

و على هذا فلا احتياج في الاستدلال بحديث الرفع على بطلان بيع المكره الى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على بطلان اليمين بالطلاق و العتاق [١]

ص: ٢٩٢

مع ضميمه عدم القول بالفصل-بينهما و بين سائر العقود و الإيقاعات-إلى الاستدلال المزبور.

كما لا نحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم ببطلان العتاق و الطلاق بدءا الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لأمثال الموارد.

و لا احتياج إلى شيء منهما و إن كان كل منهما تاما في نفسه.

و على الجملة: إنه لا شبهه في دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المكره ما هو حكم المعامله الصادره من المضطر؟

بقى هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما:

الأول: أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المكره من جهة حديث

الرفع

فلا بد و أن يحكم بفساد العقود و الإيقاعات الصادره من المضطر-لأجل الاضطرار-لعين ذلك الحديث، و قد تقدم مثاله قريبا.

و لكنه يندفع بأن حديث الرفع وارد في مقام الامتنان، و من الواضح أن الحكم بفساد معاملة المضطر على خلاف الامتنان، و عليه فلا تكون المعامله الاضطراريه مشموله لحديث الرفع.

ما هو حكم المعامله الصادره من المكره بحق؟

الثاني: أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المكره فيما إذا كان

المكره(بالكسر)من سنخ البشر.

أما إذا كان المكره(بالكسر)هو

ص: ٢٩٣

اللّٰه تعالى بلسان سفرائه الطاهرين، فإنه -وقتئذ- لا يحكم بفساد العقد الواقع كرها، ولا يكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فان ذلك اكراه بحق فلا- يمنع عن نفاذ البيع و إلا- لزم أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الإكراهي لغوا محضاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً. وقد تحقق هذا المعنى في موارد شتى، ونذكر منها ما يلي:

- ١- أن يحكم القاضي ببيع ملك المديون لإيفاء الغرماء حقوقهم، فإنه اكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع، بل يقع معه صحيحاً نافذاً.
- ٢- الظاهر أنه لا- خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في إجبار المحتكر على بيع ما احتكره من الطعام فيما إذا لم يوجد البادل. بل عن المهذب البارع الإجماع عليه. و عن التنقيح عدم الخلاف في ذلك و قد وردت جملة من الروايات في ذم المحتكر، و حرمة الاحتكار. و كونه من الجرائم الموبقة و يأتي البحث عن ذلك في أواخر كتاب البيع إنشاء الله.
- ٣- أن لا- ينفق الرجل على من تجب نفقته عليه من الأب و الام و الأولاد و الأزواج و غيرهم، فإنه حينئذ يجبر هذا الشخص الممسك على بيع أمواله و صرف ثمنها في نفقه هؤلاء. و لا يؤثر هذا الإكراه في بطلان بيعه، لما عرفته قريباً في المحتكر.
- ٤- أنه إذا امتنع الراهن من أداء دينه فإنه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونه و أداء دين المرتهن من ثمنها. فلا يؤثر الإكراه في فساد بيعه.

ثم انه بقى هنا شىء آخر لا بأس بالتعرض له. و هو أن المحقق الايروانى قد استدلل على فساد عقد المكره بما حاصله: أن عنوان المعاملة لا يتحقق عرفاً بإنشاء المكره، بداهه أنه و ان قصد المعنى قلباً، و تكلم باللفظ لساناً، إلا أنه لا رابطه بينهما لباً، ضروره أنه لم يأت باللفظ لأجل المقدميه و التوصل

الى المعنى لكى يكون ذلك وسيله إلى تحقق عنوان المعامله، بل انما أتى به بداع آخر. و عليه فقصد المكره للمعنى، كالقصد الساذج الخالى عن الإنشاء.

كما أن إنشاء كالإنشاء الساذج الخالى عن القصد. و إذا لم يتحقق-هنا-عنوان المعامله لم يترتب عليه أثر شرعى.

و لكن يتوجه عليه ما عرفته مرارا من أن عنوان أى عقد أو إيقاع انما يتحقق بالاعتبار النفسانى، و إبرازه بمبرز خارجى من اللفظ وغيره، و لا ريب فى أن هذا المعنى متحقق فى عقد المكره، غايه الأمر أنه فاقد لطيب النفس، إلا أنه غير دخيل فى عنوان العقد، و انما هو دخيل فى صحته.

و يضاف الى ذلك: أنه لو لم يكن إنشاء المكره مربوطا بالقصد و كان كل منهما غريبا عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره فاسدا من ناحيه انتفاء موضوع العقد، لا من ناحيه الكره. و قد عرفت آنفا أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجدا لسائر ما يعتبر فيه غير طيب النفس و الرضاء.

هل يعتبر فى الإكراه وجود حامل

على المكره عليه؟

قوله: (إن حقيقه الإكراه لغه و عرفا حمل الغير على ما يكرهه).

أقول: هل يعتبر فى مفهوم الإكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لولاه لما كان-هنا-إكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا- يعتبر ذلك فى مفهومه، بل يكفى فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره (بالكسر) و ان كان الاعتقاد المزبور مخالفا للواقع؟.

ص: ٢٩٥

و يحسن بنا أولاً: أن نقدم مقدمه في طليعه البحث عن ذلك و ملخصها:

أن النسبه بين عنوان الكراهه و عدم طيب النفس هي العموم المطلق، ضروره أنه كلما تحقق-هنا- كره تحقق عدم طيب النفس. بخلاف العكس، فإنه قد لا يوجد الكره و لكن يتحقق عدم الرضاء و عدم طيب النفس- كما إذا تخيل أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجته أو عتاق عبده- و فعل ذلك ثم تبين أنه ليس هنا مكروه (بالكسر)- فان عنوان الإكراه و ان كان غير متحقق في المقام واقعا و لكن لم يوجد هنا رضاء أيضا بالمعامله.

و قد يتوهم أن النسبه بين عنوان الإكراه و بين عدم الرضاء هي العموم من وجه، إذ قد يتحقق الإكراه و لا يتحقق عدم الرضاء، كما إذا باع أحد داره برضاء ثم علم بوجود المكروه في الواقع بحيث لو لم يفعله لقتله.

و لكنه توهم فاسد بديئه أن حقيقه الإ-كراه متقومه بوجود المكروه (بالكسر) واقعا، و علم المكروه (بالفتح) به فإذا انتفى أحدهما انتفى عنوان الإكراه.

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معامله المكروه هو حديث الرفع فلا مناص عن التكلم في حقيقه الإكراه، و بيان ما يعتبر فيها من القيود و الشرائط، لكي يتضح ما هو المقصود من الحديث المزبور.

و ان كان الدليل على بطلان معامله المكروه هو عدم اقترانها بالرضاء و طيب النفس فلا نحتاج الى البحث عن حقيقه الإكراه فإن المدار في صحه معاملات المكروه و فسادها-وقثئذ-انما هو وجود طيب النفس و عدمه، و عليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص بتوهم أن الجائر قد أمره بذلك، و أوعدده على تركه بالضرب و القتل و نحوهما-و ان كان اعتقاده هذا موافقا للواقع-فان العقد المزبور فاقد لطيب النفس. نعم إذا طابق اعتقاده الواقع

اجتمعت حقيقه الإكراه مع عدم طيب النفس.

و على الجملة: أن الميزان فى بطلان بيع المكره انما هو عراؤه عن طيب النفس، سواء أ استند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون-هناك- مخوّف، أم استند الى جوف مستند إلى الجائر.

هل يعتبر فى تحقق الإكراه الوعيد

من الأمر؟

قوله: (و يعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه) أقول: هل يعتبر فى تحقق الإكراه الوعيد من الأمر، أم يكفى فى ذلك توجه الضرر على المكره (بالفتح) و لو من ناحيه غير الأمر؟.

الظاهر من المصنف هو الأول.

و قال السيد-عند قول المصنف: اقترانه بوعيد منه-: (فعلى هذا لا يصدق على ما أشرنا إليه سابقا من طلب الغير منه فعلا إذا خاف من تركه الضرر السماوى، أو ضررا من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع عدم توعيده. بل و كذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر.

و حينئذ فالإقدام على الفعل قبل اطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أو صل اليه الضرر لا يعد من الإكراه).

و تبعهما فى ذلك شيخنا الأستاذ، و إليك نص مقرر بحثه: (يعتبر توعيد الطالب على الترك، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلاى على ترتب ذلك الوعيد على الترك فمجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا- يدخل فى موضوع البحث و إن خاف من تركه ضررا سماويا أو الضرر من شخص آخر غير الأمر).

ص: ٢٩٧

و لكن التحقيق: أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر و لو من ناحيه غير الأمر، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفا من الضرر المتوجه اليه من ناحيه السلطان إذا علم بمخالفه أمر ولده.

و لا يفرق في ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكروه هو حديث الرفع، و بين كونه عدم طيب النفس:

أما على الثاني فواضح.

أما على الأول فلما عرفته من أن حقيقه الإكراه حمل الغير على فعل مع الإيعاد على تركه بالضرر سواء أ كان الضرر متوجها اليه من الأمر، أم كان متوجها اليه من غيره.

نعم إذا كان الوعيد بالضرر السماوي، كما إذا أمر أحد من أولياء الله شخصا خاصا ببيع داره، و إلا طلب من الله تعالى أن يمطر عليه حجاره من السماء، أو يرسل عليه ريحا عاصفه فباعها خوفا من الغضب الإلهي، فإن البيع المذكور يحكم بصحته، لما عرفته - قريبا- من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الإكراه من ناحيه العباد، لا الإكراه من ناحيه الله سبحانه. و هذا ظاهر.

هل يعتبر في الإكراه العلم بترتب الضرر

على ترك المكروه عليه؟

هل يعتبر في صدق الإكراه العلم أو الظن بترتب الضرر على ترك المكروه عليه، أم يكفي في ذلك مجرد الاحتمال؟.

ذكر المصنف: أنه يعتبر في ذلك كون الضرر مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل بحيث يضر بحال الفاعل، أو بحال من يتعلق به، أو يضر بماله.

ص: ٢٩٨

و قد اكتفى شيخنا الأستاذ في صدق الإكراه على ذلك باحتمال ترتب الضرر على ترك المكره عليه، وقد عرفت عبارته مقرر بحته آنفاً.

و هذا هو الصحيح، لما عرفته -قريباً- من أن المدار-في فساد عقد المكره- على انتفاء طيب النفس، و هو حاصل بمجرد الخوف النفساني الحاصل من وعيد الأمر، و معه لا- دليل على اعتبار العلم بالترتب أو الظن به، بل يكفي في ذلك مجرد الاحتمال العقلاني.

ثم ذكر السيد: (أنه لا بد في صدق الإكراه من كون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقاً عليه، فلو قال: افعل كذا و إلا قتلتك قصاصاً.

أو و إلا طالبتك بالدين الذي لى عليك و نحو ذلك لا يصدق عليه الإكراه).

و قد يناقش فيه بأن المعامله-عندئذ-فاقد لطيب النفس و الرضاء.

فتكون فاسده.

و لكن الظاهر: أن ما ذكره السيد هو الصحيح، و ذلك من جهة أن الإ-كراه ينصرف عرفاً الى غير ذلك، و على فرض عدم الانصراف فالحديث لا يشملها، لأنه على خلاف الامتنان.

و توهم: أن المعامله-حينئذ-فاقده لطيب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق عليه أقوى سبب لتحقيق الرضاء بالمعامله، فإن الضرر إذا كان مستحقاً عليه لزمه الالتزام به بحكم الشارع، أو دفعه عن نفسه باختياره و بالتراضى بينه و بين من يستحق عليه.

ص: ٢٩٩

التفصلي عن الضرر؟

قوله: (ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصلي عن ذلك الضرر المتوقع بما لا يوجب ضررا آخر). أقول: هل يعتبر في موضوع الإكراه عدم إمكان التفصلي عن الضرر المتوقع به بتوريه أو غيرها أم لا يعتبر ذلك في موضوعه، بل يعتبر في حكمه: أعني به الأثر المترتب على الإكراه من بطلان المعامله و غيره. أم يفصل بين المعاملات و غيرها، و يلتزم بعدم الاعتبار في الأول دون الثاني، أم يفصل بين التوريه و غيرها، و يلتزم في تحقق مفهوم الإكراه- باعتبار العجز عن غير التوريه دونها، أم لا يعتبر شيء من المذكورات؟.

و قبل التعرض لتلك الوجوه يحسن بنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقه التوريه: وهى فى اللغة بمعنى الستر و الإخفاء و إلقاء كلام ظاهر فى معنى و إرادته خلاف ظاهره. مع إخفاء القرينه على المراد، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب بإظهار غيره. و خيل إليه أنه أراد ظاهر كلامه.

و قد ذكر الطريحي فى مجمع البحرين و ريت الخبر بالتشديد توريه إذا سترته و أظهرت غيره، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر و تنطق به و تريد الخفى.

و فى القاموس: ورّاه توريه أخفاه.

و فى تلخيص المفتاح: و منه التوريه و تسمى الإيهام- أيضا- و هو أن يطلق لفظ له معنيان قريب و بعيد و يراد البعيد. إلخ.

و لكن لا- يخفى عليك: أن التوريه كما تتحقق فى الأقوال كذلك تتحقق فى الأفعال- أيضا- و لا وجه لتخصيصها بالأولى كما يلوح من ظاهر تفاسير القوم أما جريانها فى الأقوال فكما إذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصادره منه فيقول: علم الله ما قلته، حيث يظهر كلمه الموصول على صورته أداءه النفى.

و يخيل الى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه.

و من هذا القبيل ما ذكره سلطان العلماء و المحققين فى حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من أنه سئل أحد العلماء عن على عليه السلام و أبى بكر بأنه أيهما خليفه الرسول صلى الله عليه و آله فقال: من بنته فى بيته.

و منه قول عقيل عليه السلام: أمرنى معاويه أن ألعن عليا ألا فالعنوه.

و من القبيل المذكور ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال: أربعة أربعة، و قصد من ذلك الأئمه الاثنى عشر، و زعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع.

ثم لا- يخفى عليك: أن الكلام الذى يورى به قد يكون ظاهرا فى بيان مراد المتكلم، و لكن المخاطب لغباوته و قصور فهمه لا يلتفت اليه، و لا- ريب أن مثل ذلك خارج عن حدود التوريه موضوعا. و إنما هو كسائر الخطابات الصادره من المتكلم فى محاوراته و محادثاته.

و منه ما نقل عن بعض الأجله أن شخصا اقترح عليه أن يعطيه شيئا من الدراهم و يعينه بذلك، و كان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فلقى السبحه من يده على الأرض و قال: و الله ان يدي خاليه، و تخيل السائل من كلامه أنه غير متمكن من إعطاء سؤله و قضاء حاجته.

أما جريان التوريه فى الأفعال فهو من الواضح بمكان و ان لم يتعرض له من فسر التوريه و بين حقيقتها.

و مثال ذلك: أن يكره الجائر أحدا على شرب الخمر، فأخذها المكروه (بالفتح) وأهرقها على جيبه، و خيّل إلى الجائر أنه شربها.

و أن يكره أحدا على أخذ أموال الناس بالظلم و العدوان. فأخذ المكروه (بالفتح) مال الظالم سرا و دفعه اليه جهرا، و يخيّل إليه أنه أخذه من الناس و أعطاه إياه.

و أن يأمر أحد عماله أن يضرب مظلوما في الليل المظلم، فيورى العامل في فعله بضرب سوطه على الجدار، و يأمر المظلوم بالنياحه و البكاء لكي يفهم الظالم أنه يضربه. و الى غير ذلك من الأمثله.

و عليه فإذا قلنا بوجوب التوريه في الكلام مع التمكن منها قلنا به في الأفعال- أيضا- فإن سييلهما واحد. و هذا واضح لا ستار فيه.

ثم انه فضل المصنف- هنا- بين المعاملات و غيرها، حيث اعتبر العجز عن التفصى في حقيقه الإكراه في الثانى دون الأول.

و ملخص كلامه: أن المناط في الإكراه الراجع لأثر المعاملات إنما هو عدم طيب النفس بمفاد المعامله. و لا ريب أن هذا المعنى قد يتحقق مع إمكان التفصى.

و مثاله: أنه لو جلس أحد في مكان خاص فاكرهه الجائر على بيع داره فان المكروه بالفتح و ان كان له في غير هذا المكان خدم يكفونه عن شر المكروه (بالكسر) إلا- أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه و لا- يتمكن في هذه الحاله من دفع ضرر الجائر عن نفسه، و عليه فالإكراه بمعنى عدم طيب النفس متحقق هنا، و حيثئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعامله الصادره من المكروه.

و هذا بخلاف الإكراه على أمر محرم كالكذب و شرب الخمر و الزناء

و أشباهها فإن الشخص المزبور في المثال المذكور لا- يعذر بمجرد كراهه الخروج عن ذلك المنزل فان المناط في الإكراه-
المعتبر في تسويغ المحرمات-هو الإكراه بمعنى الجبر.و المناط في الإكراه-المعتبر في رفع الأثر عن المعاملات-هو عدم طيب
النفس كما عرفته قريبا و كم فرق بينهما.

و يدل على التفرقة بين المقامين خبر ابن سنان قال:قال أبو عبد الله عليه السلام:لا يمين في غضب و لا في قطيعه رحم،و لا في
جبر،و لا في إكراه قال:قلت أصلحك الله فما فرق بين الإكراه و الجبر؟قال:الجبر من السلطان يكون،و الإكراه من الزوجه و الأب
و الام و ليس ذلك بشيء (1)حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن ما يرفع أثر المعاملات انما هو الإكراه بمعنى عدم طيب
النفس و ان لم يتوجه على ترك المكروه عليه ضرر-كما في إكراه الأب و الام و الزوجه-فيكون أوسع دائره من الإكراه المسوغ
لسائر المحرمات.

و لكن يتوجه عليه أولا:أن معنى الإكراه هو حمل الغير على ما يكرهه مع الإيعاد على تركه.و لا ريب أن هذا المعنى ينطبق على
جميع موارد الإكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات و المحرمات.و عليه فمجرد مقابله الإكراه مع الإيجاب-في الروايه-
لا- تدل على التفرقة بين المعاملات و المحرمات بل غاية ما يستفاد منها أن دائره الإكراه الرافع لأثر المعاملات أوسع من دائره
الإيجاب المسوغ للمحرمات،فإنه يتسامح في الأول بما لا يتسامح في الثاني.

و يضاف الى ذلك:أنه لم يذكر في الروايه أن الإيجاب يكون في

ص:٣٠٣

١- (١) الفقيه ج ٣ من طبعه النجف باب ٩٨ الايمان ص ٢٣٥.و فروع الكافي ج ٧ من ط ٢ باب ما لا يلزم من الايمان ص ٤٤٢.و
التهذيب ج ٢ كتاب الايمان ص ٣٢٨.و الوافي ج ٧ ص ٩٢.

المحرمات فقط، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان. و بين الأب و الام و الزوجه و عليه فما ذكره المصنف-فى المثال المزبور من بيان المائز بين المعاملات و بين المحرمات-لا يبتنى على أساس صحيح، بل كما لا يسوغ مع الإكراه -المذكور فى المثال- ارتكاب المحرمات كذلك يحكم-معه-بنفوذ المعاملات بديهه أن الإكراه إنما يؤثر فى فساد المعامله إذا كانت المعامله المكره عليها فاقده لطيب النفس من ناحيه الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترك، و لم يقدر المكره(بالفتح)على دفعه عاده و من اليبين الذى لا-ريب فيه أن طيب النفس متحقق فى المثال، لتمكن البائع من عدم البيع، و لو بالاستنصار من خدمه و عشيرته لكى يدفعوا عنه الضرر.

ثانيا: أنه لا-دلاله فى الروايه المذكوره على التفرقه بين المقامين، ضروره توجه الضرر على ترك المكره عليه فى الأمثله التى ذكرت فى الروايه كيف فان ترك ما يريده الأب أو الأم أو الزوجه قد يوجب اختلال العيش و اضطراب الفكر، بل ربما ينجر ذلك الى ما هو أعظم من ذلك، و إذن فتبعد الروايه عن إثبات صدق الإكراه بدون توجه الضرر على ترك المكره عليه.

أضف الى ذلك: أن الروايه ضعيفه السند، فإن الراوى عن ابن سنان هو عبد الله بن القاسم، و هو اما مجهول أو ضعيف.

ثم ان المصنف قد فصل-هنا-تفصيلا آخر و هو التفصيل بين العجز عن التفصى بالتوريه و غيرها، حيث اعتبر الثانى فى مفهوم الإ-كراه دون الأول و حاصل كلامه: أن الظاهر من النصوص و الفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التوريه فى موضوع الإكراه أو حكمه، إذ من البعيد جزما أن يحمل عموم حديث الرفع، و خصوص النصوص-الوارده فى طلاق المكره

و عتقه و الشهرة المدعاه فى حكم المكروه-على صورته العجز عن التوريه، لجهل أو دهشه، بل مورد بعضها يأبى عن الحمل المذكور، كما يتضح ذلك لمن يراجعها.

و يضاف الى ذلك: أن القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفا، بداهه أن الأصحاب-وفاقا للشيخ فى المبسوط- جعلوا من شروط تحقق الإكراه علم المكروه أو ظنه بوقوعه فى الضرر المتوقع به مع الامتناع عن إيجاد المكروه عليه، و من البين أنه لا-شبهه فى وجود الملازمه بين امتناع المكروه(بالفتح) عن الفعل المكروه عليه، و بين وقوعه فى الضرر-الذى هو المعتبر فى صدق الإكراه-مع التمكن من التوريه، كما لا شبهه فى انتفاء هذه الملازمه مع التمكن من غيرها. و إذن فموضوع الإكراه متحقق فى الأول فيلحقه حكمه، دون الثانى مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها فى قضيه عمار و أبويه [١].

و لكن يتوجه على ذلك: أنه لم يتضح لنا الفارق بين إمكان التفصى بالتوريه و غيرها، فكما لا- يتحقق مفهوم الإكراه فى الثانى، كذلك لا يتحقق مفهومه فى الأول-أيضا.

و من هنا لو أكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقته على جيبه حرم عليه شربها جزما و قد تقدم أن التوريه كما تجرى فى الأقوال تجرى فى الأفعال-أيضا.

و كذا لو أكره الجائر أحدا على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت الى حاله. و أنه يفعل الفعل المكروه عليه أو لا يفعله، فإن أحدا لم يتوهم تحقق الإكراه-هنا-مع أن الملازمه المزبوره متحققه-هنا- فى مورد المثالين جزما.

و يضاف الى ذلك: ما ذكرناه سابقا من أن المناط فى بطلان معامله المكروه إنما هو انتفاء طيب النفس و الرضاء كما بنى عليه المصنف فيما سبق، و من الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصى بالتوريه، و معه كيف يتحقق الإكراه.

أما ما ذكره من التمسك بإطلاق حديث الرفع و سائر الروايات الوارده فى طلاق المكروه، و عتاقه و النصوص الوارده فى تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصى فى حكم المكروه عليه.

فيتوجه عليه: أن التمسك بذلك إنما هو بعد إحراز الموضوع:

أعنى به تحقق الإكراه، و قد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصى.

أما ما ذكره من أن العجز عن التوريه لو كان معتبرا فى رفع الأثر عن الفعل المكروه عليه لأشير إليه فى قضيه عمار و أبويه من جهه شفقه النبى صلى الله عليه و آله عليه.

فيتوجه عليه أولا: أن عظمه عمار و نبوغه فى العلم و التقوى مانعه عن تكلمه بكلمه الكفر مع قصده الى معناها، بل هو لم يتكلم بكلمه الكفر إلا ظاهرا بلسانه، و كان قلبه مطمئنا بالايمان، و عليه فشان تكلمه بكلمه الكفر

شأن تكلم الكفار بكلمه الشهاده عند الخوف و الدهشه من غير إرادته جديده، و إذن فلم تكن حاجه الى التنبيه.

ثانياً: أن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَان لَمْ يَنْبَغِ عَمَارًا عَلَى التَّوْرِيهِ، وَ أَغْفَلَ تَعْلِيمَهُ إِيَّاهَا وَ لَكِنَّهُ مِنْ جِهَةٍ عَدَمِ مَشْرُوعِيَّتِهَا فِي أَمْثَالِ الْمَقَامِ، فَإِنْ إِظْهَارَ الْكُفْرِ - وَ لَوْ مَعَ التَّوْرِيهِ - مُحْرَمٌ فِي نَفْسِهِ، لِأَنَّهُ هَتَكَ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَ تَجَاسَرَ لِعَظَمَتِهِ. وَ كَذَلِكَ التَّكَلُّمُ بِكَلِمَةِ الْفَحْشِ وَ أَشْبَاهِهَا. وَ مِنَ الْبَدِيهِى أَنَّهُ لَوْ جَازَتْ التَّوْرِيهِ فِي إِظْهَارِ كَلِمَةِ الْكُفْرِ عِنْدَ التَّقِيهِ لَجَازَتْ مُطْلَقًا وَ لَوْ فِي غَيْرِ حَالِ التَّقِيهِ.

وَ مِنَ الْعَجَبِ: أَنَّ الْمَصْنُفَ ذَكَرَ أَنَّهُ لَوْ سَلِمَ اعْتِبَارُ الْعِجْزِ عَنِ التَّفْصِيْلِ بِالتَّوْرِيهِ فِي مَوْضُوعِ الْإِكْرَاهِ وَ حَقِيقَتِهِ كَانَ مُقْتَضَى عَمُومِ حَدِيثِ الرَّفْعِ وَ خُصُوصِ النُّصُوصِ الْوَارِدَةِ فِي طَلَاقِ الْمَكْرَهِ وَ عِتَاقِهِ وَ مَعَاقِدِ الْإِجْمَاعَاتِ وَ الشُّهُرَاتِ الْمُدْعَاةِ الْإِحْقَاقِ الْقَادِرِ بِالْعَاجِزِ حِكْمًا، إِذْ مِنَ الْبَعِيدِ جَدًّا حَمْلَ جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى صُورِهِ الْعِجْزِ عَنِ التَّوْرِيهِ لِجَهْلِهِ أَوْ دَهْشِهِ، بَلْ لَا يُمْكِنُ الْإِتِمَارُ بِهَذَا الْحَمْلِ فِي بَعْضِهَا مِنْ جِهَةِ الْمَوْرَدِ، كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ رَاجَعَهَا.

وَ وَجْهُ الْعَجَبِ: أَنَا لَمْ نَجِدْ رَوَايَةَ تَدُلُّ عَلَى الْإِحْقَاقِ غَيْرِ الْمَكْرَهِ بِالْمَكْرَهِ حِكْمًا.

أَمَّا حَدِيثُ الرَّفْعِ وَ مَا وَرَدَ فِي طَلَاقِ الْمَكْرَهِ فَلَمْ يَذْكَرْ فِي هَذِهِ الرِّوَايَاتِ إِلَّا مَادَةَ الْكِرَاهَةِ وَ مَا يَقْتَضِفُ مِنْهَا، وَ لَا تَعْرُضُ فِيهَا لِبَيَانِ مَوْضُوعِ الْإِكْرَاهِ وَ لَا لِتَنْزِيلِ غَيْرِ الْمَكْرَهِ مِنْزِلَةَ الْمَكْرَهِ حِكْمًا.

وَ أَعْجَبَ مِنْ الْكُلِّ دَعْوَاهُ الْإِجْمَاعِ عَلَى التَّنْزِيلِ مَعَ أَنَا لَمْ نَرِ مِنْ ذَلِكَ فِي كَلِمَاتِ الْفُقَهَاءِ عَيْنًا وَ لَا أَثْرًا.

قوله: (أما لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه فقد استشكل غير واحد) أقول: تحقيق البحث- فى المقام- أنه إذا كان المكره عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الإكراه باختيار كل منهما، و يترتب عليه أثره أم لا؟ تحقيق ذلك يقع فى ناحيتين:

الأولى فى الأفراد العرضية.

و الثانية فى الأفراد الطولية.

أما الناحية الأولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الإكراه فيما إذا كان المكره عليه هو الجامع بين الأمرين أو أمور كثيرة، بداهة أن الفاعل مخير فى اختيار أيهما، فيكون صدوره منه بطيب نفسه و رضاه، فيحكم بصحته إن كان ذلك معاملة، و بحرمة الإتيان به إن كان من المحرمات.

و قد ناقش فيه المصنف بالنقض ب(أنه لو لم يكن هذا مكرها عليه لم يتحقق الإكراه أصلا، إذ الموجود فى الخارج دائما إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات. نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و ان كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك بمعنى: أن وجوده الخارجى ناشئ عن إكراه و اختيار، و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصية).

و الجواب عن هذه المناقشة: أنه فرق بين وقوع الإكراه على بيع الدار

و بين وقوعه على طلاق احدى الزوجتين، أو عتاق أحد العبدین، فإن المكره عليه و إن كان كليا في كلا الموردين، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص و لا في وقت معين، إلا أن خصوصيه كل فرد من طلاق احدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدین محط نظر المكره (بالكسر) و هذا بخلاف الخصوصيات الموجوده في بيع الدار، فإنها عوارض فرديه و خارجه عن مورد الإكراه، فالقياس مع الفارق.

و التحقيق في المقام: أنا قد ذكرنا في مبحث الواجب التخييري من علم الأصول: أن الواجب -هنا- هو الجامع العنواني الانتزاعي، و هو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما، إذ لا ريب في إمكان تعلق الطلب بأحد الفعلين أو الأفعال على البدل، ضروره أنه لا يعتبر في متعلق الوجوب أن يكون من الكليات المتأصله، بل يجوز أن يكون من الكليات الانتزاعيه، و إذا فرض ترتب الغرض الواحد على أحد الفعلين، أو الأفعال على البدل، فإنه لا بد و أن يكون متعلق الإيجاب -أيضا- كذلك.

أضف إلى ذلك: أنه لا شبهه في إمكان تعلق الصفات الحقيقيه ذوات الإضافه بأحد الأمرين أو الأمور، كما إذا علمنا بفسق أحد الرجلين مع احتمال فسق الآخر -أيضا- و كان كلاهما فاسقا في الواقع، فإن متعلق العلم -هنا- هو أحد الفسقين على نحو الإبهام و الاجمال، لعدم تعيينه في الواقع.

و إذا أمكن تعلق الصفات الحقيقيه ذوات الإضافه بأحد الأمرين أو الأمور أمكن ذلك في الأمور الاعتباريه -أيضا- جزما.

و مقامنا هذا نظير الواجب التخييري، فإنه إذا أكره أحد على الإتيان بأحد الأمرين أو اضطر الى ذلك كان الإكراه أو الاضطرار على الجامع، لا على خصوص كل فرد من الأفراد، و هذا المعنى لا ينافي وجود الطبيعه الكليه

فى ضمن كل فرد من الأفراد فإن لازم ذلك أن كل فرد مصداق للمكره عليه لا أن يكون بنفسه مكرها عليه، للفرق الواضح بين تعلق الإكراه بشيء بداءه و بين تعلقه به بواسطة الكلى، فإن اختيار أى فرد من الأفراد بعد تعلق الإكراه بالكلى من باب الاضطرار.

و من هنا اتضح لك الفارق بين الإكراه على بيع الدار، و بين الإكراه على تطليق احدى الزوجتين، أو عتاق أحد العبدین، بديهه أن الأول بنفسه مورد للإكراه دون الثانى، فإن مورد الإكراه فيه هو الجامع، و أما كل من الخصوصيتين فهو غير واقع تحت الإكراه.

و قد ظهر لك مما بيناه فساد ما ذكره المحقق الايروانى من أن الأشخاص تعد مكرها عليها بالإكراه على القدر المشترك.

و إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم: أنه إذا تعلق الإكراه بالقدر المشترك بين الفعلين، فاما أن يكون كلاهما من المحرمات التكليفيه أو يكون كلاهما عقدا أو يكون أحدهما عقدا و الآخر محرما، أو يكون أحدهما عقدا و الآخر مباحا أو يكون أحدهما محرما و الآخر مباحا.

فان كان كلا- الأمرين حراما تكليفيا- و كانا متساويين فى ملاك التحريم و لم يكن أحدهما أشد مبغوضيه من الآخر فى نظر الشارع- كان المكره (بالفتح) مخيرا فى اختيار أى منهما، ضروره أن نسبه المكره عليه- و هو الجامع- الى كل منهما على حد سواء.

و إن اختلفت الأفراد و لم تكن متساويه الإقدام فى ملاك التحريم، فإنه- ووقتئذ- لا بد و أن يختار ما كان أقل مبغوضيه.

و مثال ذلك ما إذا أكره شخص على شرب أحد الإنائين، و كان أحدهما نجسا و الآخر نجسا و مغصوبا- معا- فإن الإكراه- هنا- انما يتعلق بشرب النجس

فلا يجوز للمكروه (بالفتح) أن يشرب ما هو مغصوب و نجس.

و هكذا لو أكره شخص على شرب أحد المائعين، و كان أحدهما خمرا و الآخر متنجسا، فإنه لا يسوغ له أن يختار شرب الخمر، لعدم كونه بالخصوص موردا للإكراه، بل لا بد له من اختيار ما يكون ملاك المبعوضيه فيه أقل و أخف و قد انجلى لك مما ذكرناه أنه إذا أكره شخص على أحد الفعلين و كان أحدهما مباحا و الآخر حراما لم يكن المكروه عليه مخيرا فى الإتيان بأى منهما بل لا بد له من اختيار المباح، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين و كان أحدهما ماء و الآخر خمرا لم يجز له شرب الخمر-حيثئذ-بزعم تعلق الإكراه به بواسطة تعلقه بالقدر المشترك بينهما.

و إن كان كلا الأمرين عقدا أو إيقاعا، أو كان أحدهما عقدا و الآخر إيقاعا فإن كان الأثر مترتبا على أحدهما دون الآخر-بأن أكره على البيع الصحيح أو الفاسد، و اختار المكروه (بالفتح) إنشاء البيع الصحيح-حكم بصحته، لأنه لم يصدر من المكروه كرها بل إنما صدر منه باختياره و طيب نفسه، فلا وجه لبطلانه.

و إن كان الأثر مترتبا على كل منهما-من غير أن يختص أحدهما بخصوصيه زائده-كان الجامع بالنسبه إليهما متساوى الأقدام،- و حيثئذ-فيصير كل واحد من الأمرين مصداقا للمكروه عليه:أعنى به الجامع. و قد عرفت أن مجرد كون الشئ مصداقا للمكروه عليه و إن لم يوجب ارتفاع الحكم، و لكن حيث كان المكروه (بالفتح) مضطرا إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من من جهه الاضطرار.

و بعبارة اخرى:أن الإكراه قد تعلق بداءه بالقدر المشترك بين الأمرين، و القدر المشترك لا يتحقق إلا- فى ضمن أحدهما، لاستحاله وجود

الطبيعى فى الخارج بدون أفراده و إذن فالمكره مضطر إلى إيجاد أحد الأمرين لا على التعيين، لأن تركهما معا يستلزم توجه الضرر عليه، و من الظاهر أن الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعى و التكليفى، كما أن الإكراه يوجب ذلك.

لا- يقال: إن الاضطرار إلى إيقاع عقد أو معامله لا- يوجب ارتفاع أثره- كما تقدم- فكيف يحكم بالبطلان فى المقام من جهه الاضطرار.

فإنه يقال: فرق واضح بين ما نحن فيه، و بين ما تقدم، حيث إن الاضطرار- هناك- انما نشأ من الجهات الخارجيه، كالإنفاق للزوجه، و علاج المريض، و بنائه الدار، و خياطه الثوب، و أشباه ذلك، و بيع الدار- مثلا- و سيله إلى دفع الاضطرار.

و هذا بخلاف المقام، فان الاضطرار فيه قد نشأ من الإكراه، و هو متفرع عليه، و من ثم كان الحكم بالبطلان فى المقام موافقا للامتنان بخلاف ما تقدم.

و إذا أكره على أحد الفعلين، و كان أحدهما مباحا- كشرب الماء- و الآخر معامله- كبيع الدار- و اختار المكره (بالفتح) المعامله لم يحكم ببطلانها بدهه أنها لم تكن بخصوصها موردا للاضطرار. و لا متعلقا للإكراه، إذ كان للمكره أن يختار شرب الماء، فاختياره بيع الدار ناشئ من الرضاء و طيب النفس.

و من هنا اتضح لك حكم ما لو أكره على الجامع بين البيع الصحيح و البيع الفاسد، فان ما تعلق به الإكراه- أعنى به الجامع- لا أثر له لكى يرتفع بالإكراه و ماله الأثر- و هو الصحيح- لا إكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثره و إن كان هو أو مقابله مما لا بد من تحققه، و لكنك قد عرفت أن مجرد اللابديه لا يوجب تحقق الإكراه، و إنما يوجب تحقق الاضطرار، و من الواضح أن الاضطرار

كما يندفع باختيار الفرد الصحيح كذلك يندفع باختيار الفرد الفاسد أيضا.

و عليه فاختيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء و طيب النفس، فيحكم بصحته.

و قد اتضح لك مما ذكرناه: أنه لو أكره شخص على إيجاد أحد الأمرين، إما بيع شيء من أمواله، أو أداء مال مستحق عليه فاختيار المكره (بالفتح) البيع لما حكم بطلانه.

و كذا لو أكره الراهن- عند حلول أجل الدين- على بيع العين المرهونه أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتهن و اختار الراهن الثانى لحكم بصحته.

و من هنا علم انه لو أكره أحد إما على بيع داره أو على بيع دار صاحبه فضولا فباع دار نفسه، فإنه لا يحكم بفساده، إذ لا محذور عليه- هنا- فى إنشاء البيع الفضولى، لأن هذا لا يعد تصرفا فى مال غيره لكى يكون من قبيل الإكراه على أحد الأمرين الذين يكون أحدهما مباحا و الآخر محرما بل هو بمنزلة الإكراه إما على بيع الدار، أو على شرب الماء، فإذا اختار بيع الدار و ترك شرب الماء حكم بصحته، لأنه لم يصدر إلا من الرضاء و طيب النفس لا من الجبر و الإكراه.

و إذا أكره على أحد الأمرين مع كون واحد منهما معامله- كبيع الدار- و الآخر حراما- كشرب الخمر أو ترك واجب كالصلاه و نحوها- فالكلام فيه يقع فى جهتين: الأولى فى الحكم التكليفى. و الثانى فى الحكم الوضعى:

أما الجهه الاولى فلا شبهه فى حرمه الإقدام على الحرام و ترك معامله بداهه أن البيع بنفسه أمر مباح كسائر المباحات الشرعيه و من الواضح أنه لا يسوغ ترك المباح و الاقدام على الحرام عند دوران الأمر بين ارتكاب أحدهما، إذ الحرام ليس بنفسه موردا للاضطرار و لا متعلقا للإكراه،

بل يمكن التفصي عنه بفعل المباح، وقد عرفت ذلك فيما سبق.

أما الجبهه الثانيه فالظاهر أن يحكم ببطلان البيع مع الاقدام عليه لصدوره من المكروه كرها، لا من الرضاء و طيب النفس فيشملة دليل رفع الإكراه.

و بعباره اخرى أنه إذا أكره أحد إما على فعل الحرام أو على بيع داره -مثلا- و ترتب الضرر على ترك المكروه عليه- كان متعلق الإكراه هو البيع فقط، بداهه أن الاقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترك البيع، و اذن فيرتفع أثر ذلك البيع بحديث الرفع. و الى هنا انتهى الكلام فى الأفراد العرضيه

بحث فى الإكراه على أحد الأمرين الطولين

أما الناحيه الثانيه:- أى البحث فى الأفراد الطويله- فهل يجرى فيها جميع ما أسلفناه فى الأفراد العرضيه أم كان حكم الإكراه و الاضطرار -هنا- منحصرا بالفرد الأخير أم يفصل بين المعاملات و المحرمات، فيحكم بحرمه المبادره إلى فعل المحرمات و بجواز الاقدام على المعاملات؟.

ذهب شيخنا الأستاذ إلى الأخير و إليك نص مقرر بحثه: (و الظاهر فى هذه الصوره): (أى فى الإكراه على الافراد الطويله) الفرق بين المحرمات و المعاملات، فلو كان مكرها، أو مضطرا الى شرب الخمر موسعا فلا يجوز له المبادره إليه فى أول الوقت، سواء احتمل التخلص منه لو أخره أم لم يحتمل إذ لا- بد من ارتكاب المحرم من المسوّغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا- لا- مجوّز له. و أما لو كان مكرها فى بيع داره موسعا فلو كان مأیوسا من التخلص عنه فإقدامه على البيع فى أول الوقت لا يخرججه عن الإكراه، و أما لو احتمل التخلص فلو باع أول الوقت فهو مختار و الفرق واضح).

و قد ذكر فى مبحث التزاحم من علم الأصول: أنه إذا كانت القدره فى

كل من الواجبين شرطا عقليا و كان أحد الواجبين أهم من الآخر، فيقدم فيه الأهم على غيره.

و السر فيه أن الأهم بما هو كذلك يصلح أن يكون معجزا مولويا للمكلف عن الطرف الآخر، دون العكس، فتكون نسبه الأهم إلى غيره كنسبه الواجب إلى المستحب أو المباح، فكما لا يمكن أن يكون المباح أو المستحب مزاحما للواجب كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحما للأهم، ولا يفرق في ذلك بين كون المتراحمين عرضيين، و بين كونهما طوليين، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتراحمين الطوليين فعليا و بين كون أحدهما فعليا، دون الآخر مع تماميه ملاكه.

أقول: أما ما أفاده من القاعده الكليه في مزاحمه الأهم و المهم فهو متين جدا. و قد قررناه في المبحث المذكور من علم الأصول.

أما ما ذكره من التفصيل بين المعاملات و غيرها فلا يرجع إلى معنى محصل بداهه أن الإتيان بالفرد المتقدم مع سعه الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكروه عليه و لا المضطر إليه لكي يرتفع حكمه، سواء أ كان ذلك من قبيل المعاملات، أم كان من قبيل الأمور المحرمة، فإن الذي يترتب عليه الضرر انما هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأول، و عليه فلا ملزم له في فعله.

نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه.

و على هذا فلو أكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعة، أو يوم السبت فبادر إلى بيعها يوم الجمعة فإنه يحكم بصحة هذا البيع، لصدوره عن الرضاء و طيب النفس.

و كذا إذا أكره على فعل المحرم اما يوم الجمعة، أو يوم الخميس، فإنه

لا تجوز المبادره إلى فعل ذلك يوم الخميس، إذ لا مانع عن توجه النهى إلى المكره -عندئذ- و عليه فمتعلق الاضطرار فى الأفراد الطويله انما هو الفرد المتأخر فقط، سواء فى ذلك المعاملات و غيرها.

ما هو حكم الإكراه على ترك احد

الواجبين؟

لا يخفى عليك: ان ما ذكرناه فى الأفراد العرضيه و الطويله جار فى الواجبات أيضا.

و مثال ذلك: أنه إذا اضطر أحد إلى الإفطار، أو أكره عليه إما فى اليوم الأول من شهر رمضان، أو فى اليوم الثانى منه، فإنه لا تجوز له المبادره إلى الإفطار فى اليوم الأول منه لعدم كونه موردا للإكراه لكى يكون مشمولاً لحديث الرفع، إذ لا يترتب الضرر على تركه، و انما يخاف من ترتب الضرر على ترك الإفطار فى اليوم الثانى بعد فرض انه صام فى اليوم الأول، فالصوم فى اليوم الثانى هو الذى لا يقدر المكلف عليه، دون الصوم فى اليوم الأول.

و بيان آخر: أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص، و وجوب مستقل لا يمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام، و من الواضح أن عجز المكلف عن صوم يوم لا- يرفع التكليف عن صوم يوم آخر، و عليه فلا- بد فى كل يوم من ملا-حظه حال المكلف، فان تمكن من صومه و جب عليه ذلك، لفعليه الأمر بفعليه موضوعه، و الا فلا.

و من هنا إذا أكره أحد على الإفطار فى شهر رمضان اما فى العشره الأولى أو فى العشره الثانیه لم يقل أحد بكون المكلف مخيراً فى ذلك، بل

ص: ٣١٤

يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه إفتار يوم خاص.

ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز ترك الواجب فعلا-عند دوران الأمر بين تركه و ترك الواجب المتأخر-يختص بالواجبات الاستقلاليه.

أما الواجبات الضمنيه فلا يجرى فيها ذلك.

و بيانه:أنه متى تعذر الإتيان بأحد أجزاء الواجب أو قيوده سقط أصل الواجب،لكون وجوب الأجزاء ارتباطيا،و عدم تمكن المكلف من الإتيان بالواجب بتمامه.و لا فرق في ذلك بين أن يكون الجزء المتعذر متعينا،أو مرددا بين أمرين أو أمور.

فإذا أكره المكلف على ترك جزء في الركعه الأولى،أو الركعه الثانيه كان مقتضى القاعده هو سقوط وجوب أصل الصلاه،لعدم التمكن من الإتيان بتمام اجزائها.

و لكن حيث علمنا بأن الصلاه لا تسقط بحال [١]فقد علمنا بوجوبها في الجملة،و عليه فيدور الأمر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول،و بين أن يكون هو الجزء الثاني.و حينئذ فإن استفدنا من دليل الجزئيه أن العبره -في اعتباره في الواجب-بالقدره عليه في ظرف اعتباره فلا بد من أن يكون الساقط هو الجزء المتأخر،و ذلك كما إذا دار الأمر بين ترك القيام في الركعه الاولى،و تركه في الركعه الثانيه،فإنه-عندئذ-يلزم القيام في الأولى لما ورد [٢]من أن المصلى إذا قوى فليقم.

و إن لم يثبت ذلك وصلت النوبه الى الأصل العملى، و هو يقتضى التخيير لأننا نعلم باعتبار أحد الأمرين لا محاله، و لكن نشك فى اعتبار خصوص الأول فيدفع احتمال اعتباره بأصالة البراءه.

و هذا الذى ذكرناه جار فى جميع موارد دوران الأمر بين ترك جزء و ترك جزء آخر، و كذلك بين ترك جزء و ترك شرط، أو ترك شرط و ترك شرط آخر.

هذا كله فيما إذا لم يعلم من الخارج تعيين الأخذ بأحدهما، و إلا لزم الأخذ به، و يسقط الآخر. و ذلك كما إذا دار الأمر بين الوقت و غيره، أو بين الطهور و غيره، فإنه حينئذ لا إشكال فى أن الساقط يكون غير الوقت و الطهور.

كما أنه إذا دار الأمر بين الطهور و الوقت كان الساقط هو الوقت و تمام الكلام فى محله

ما هو حكم إكراه أحد الشخصين

على فعل واحد؟

قد ذكر المصنف: (أن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى إزماءه عليهما كفايه و إيعادهما على تركه كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين فى كون كل منهما مكرها). تحقيق ذلك: أن الإكراه قد يتعلق بفعل محرم، و قد يتعلق بمعامله أما الأول فإكراه أحد الشخصين على فعل محرم و الإيعاد على تركه بالضرر، فإن علم أحدهما أو اطمان بأن الآخر لا يفعله - إما لتمكنه من دفع الضرر المتوجه عليه، أو لتوطين نفسه عليه - جاز له الإتيان بالمكره عليه لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالا عقلايا بأن الآخر يفعله، فخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه. أما إذا

ص: ٣١٨

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكروه عليه إما لعدم مبالاته في الدين أو لخوفه من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه.

و السر في ذلك أن الأحكام الشرعية وإن كانت مجعولة على نحو الكليه ولكنها منحلّه إلى الأحكام الجزئيه باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصيه. و عليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين، و حينئذ ففى ما نحن فيه إن خاف كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع، و يحكم بإباحه الفعل الصادر منه و الا يكون مشمولاً لدليل التحريم، فيحكم بحرمة ما ارتكبه من الفعل.

أما الثانى فقد يكون متعلق الإكراه عقداً واحداً، و قد يكون متعلقه عقدين:

أما الأول فلا شبهه فى بطلانه- كما إذا أكره الجائر أحداً من الوكيل أو الموكل على بيع خاص.

و وجه البطلان: أن الوكيل و الموكل و إن كانا متعددين خارجاً و لكن الصادر من أى منهما مملوك لشخص واحد، و هو الموكل، و عليه فمتعلق الإكراه أمر وحدانى غير متعدد بتعدد الأشخاص، و إذن فشأن ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد.

و من هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم: أعنى به إكراه شخص واحد على أحد العقدين، بداهه أن بطلان العقد- هناك- من جهه الاضطرار الى أحد البيعين بخلافه- هنا- فإن البطلان فيه من جهه الإكراه و هذا واضح.

أما الثانى فيأتى فيه ما ذكرناه فى إكراه أحد الشخصين على فعل محرم، و عليه فإن علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته إذا

صدر منه، لعدم كونه مكرها في فعله و ترتب عليه جميع آثاره الوضعية و التكليفية.

و إن علم أو اطمأن أو احتمل احتمالا عقلايا بأن الآخر لا يفعله حكم ببطلانه، لأنه صدر منه كرها، فيكون مشمولا لحديث الرفع.

و قد ظهر لك مما ذكرناه: أنه لا وجه للأخذ بإطلاق كلام المصنف، و الحكم بأن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرها، فلاحظ و تأمل.

بحث في بيان متعلق الإكراه

قوله: (و اعلم ان الإكراه قد يتعلق بالمالك). أقول: قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد، و قد يتعلق بالمالك، دون العاقد، و قد يتعلق بالعاقد دون المالك.

أما الأول فقد تقدم تفصيله -آنفا- و عرفت -أنه يحكم ببطلان العقد الإكراهي، لحديث الرفع.

أما الثاني -كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجته، و وقع الطلاق من الوكيل من غير إكراه -فلا شبهه في عدم استناد الطلاق -عندئذ- الى الزوج لحديث الرفع، و عليه فيكون التوكيل بمنزله العدم، لتحققه بدون رضاء الموكل.

و على هذا فان لم تلحق الإجازة بالطلاق حكم بفساده جزما، و إن لحقت به الإجازة فإن قلنا بصحة الإيقاعات الفضولية حكم بصحة الطلاق، و إلا فلا.

و لا- يفرق في ذلك بين لحوق الرضاء و الإجازة بالتوكيل الإكراهي و عدمه أما بناء على كون الإجازة ناقله فواضح، بديهيه أن التصرفات الصادره من الوكيل قبل اجازة الموكل بمنزله التصرفات الصادره من الأجنب، غايه الأمر أنه بعد التحاق الإجازة بالوكاله حكم بصحة الوكاله، و لا تحتاج الى التوكيل ثانيا.

أما بناء على كون الإجازة كاشفه فإن الطلاق و ان لم يكن فضوليا بالمعنى المصطلح عليه إلا أنه فضولى حقيقه، فإنه قد صدر ممن تتوقف و كالتة على الإجازة، و قد فرضنا أن الإيقاع لا يصح بالإجازة.

و على الجملة: أن صدور العقد أو الإيقاع من الوكيل بالرضاء و طيب النفس لا يكفي في صحة ذلك مع كون التوكيل إكراهيا.

أما الثالث- و هو إكراه العاقد- فقد ذكر المصنف رحمه الله: أن (الأقوى- هنا- الصحة لأن العقد- هنا- من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقدا، و الرضاء المعتبر من المالك موجود بالفرض. فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا).

و التحقيق: أن- هنا- صوراً:

الأولى: أن يكون الإ- كراه من المالك، و كان العاقد مكرها عليه في إنشائه. و الظاهر أنه لا إشكال في صحة العقد- حينئذ- فإن المعتبر في صحة العقد أن يصدق عليه أنه تجاره عن تراض من المالكين، كما يدل عليه قوله تعالى:

«لا- تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ۝۱» فلا- أثر لرضاء الأ- جنبى و عدمه و العاقد غير المالك أجنبى، فلا أثر لعدم رضاه، و كونه مكرها في إنشاء العقد و قد يتوهم: أن حديث الرفع يدل على عدم ترتب الأثر على هذا العقد

و لكنه توهم فاسد، ضروره أنه ليس-هنا- أثر مترتب على فعل المكره عليه بالإضافة إليه حتى يرتفع بحديث الرفع. أما بالنسبه إلى المالك فلا اكراه على أن رفع الأثر بالإضافة إلى المكره عليه خلاف الامتنان.

الثانيه: أن يكون الإكراه من غير المالك لغير الوكيل من المالك، و العقد في هذه الصوره فضولي، فتتوقف صحته على الإجازة و الوجه فيه ظاهر.

الثالثه: أن يكون الإكراه من غير المالك، و لكن المكره يكون و كيلا مفوضا من قبل المالك، و الظاهر: أن يحكم ببطلان المعامله في هذه الصوره فيما إذا لم يعلم رضاء المالك بالعقد، و ذلك لأن المعتبر في صحه العقد هو استناده الى المالك، فلو لم يكن الوكيل مكرها كان رضاه بمنزله رضاه المالك و انتسب العقد اليه. أما إذا كان الوكيل مكرها فهو غير راض بالعقد، و المفروض أنه لا كاشف آخر عن رضاه المالك.

نعم إذا علم رضاه المالك حكم بصحه العقد، لأن رضاه الوكيل انما يعتبر بما أنه طريق و كاشف عن رضاه الموكل من جهه توكيله، فلو علم رضاه الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته.

و من هنا اتضح لك: أنه لا- وجه لقياس ما نحن فيه بالمجنون، لأن المجنون مسلوب العبارة، فلا تأثير في عقده، و هذا بخلاف المكره، فإنه ليس بمسلوب العبارة

بحث في الإكراه على بيع عبد من عبدين

قوله: (فرع و لو أكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما أو باع نصف أحدهما ففي التذكرة إشكال). أقول: العقد الصادر من المكره (بالفتح) قد يكون متحدا مع ما تعلق به الإكراه، و قد يبينه، و قد يزيد عليه، و قد ينقص منه فهنا صور

أما الصورة الأولى فقد تقدم الكلام فيه.

أما الصورة الثانية فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد فيها لأن ما تعلق به الإكراه لم يتحقق في الخارج، و ما تحقق فيه ليس بمكره عليه، وذلك كما إذا أكرهه على بيع داره فباعه كتابه.

نعم إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن إكراهه كان باطلا لا محاله، وذلك لفقدانه طيب النفس، و أنه من جهة الاضطرار.

و بعبارة اخرى: أنه إذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكره يده عن الإكراه على بيع الدار تعيينا -و رضى ببيع أحد الأمرين من الدار و الكتاب، و قد رضى المكره (بالكسر) -أيضا- بذلك -كان البيع -الواقع- بغير طيب النفس لا محاله، فيحكم بفساده.

أما الصورة الثالثة فقد يقع العقد فيها تدريجا -كما إذا أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما، ثم باع الآخر- و قد يقع دفعا، كما إذا باعهما دفعة واحدة:

أما إذا باعهما تدريجا فلا -شبهه في بطلان البيع الواقع أولا، ضروره أن المكره عليه انما هو عنوان أحدهما، و من الواضح أن انطباقه على أول أمر قهرى.

أما البيع الثانى فيحكم بصحته جزما، إذ الإكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثانى برضاء المالك، و طيب نفسه. و هذا ظاهر.

و لكن احتمال المصنف: أنه يرجع الى البائع فى استيضاح المكره عليه و ميزه عن غيره، سواء أ ادعى البائع العكس أم لا.

و يتوجه عليه: أنه لم يبق موضوع للإكراه بعد تحقق العقد الأول

لكى يحتمل وقوع العقد الثانى عن كره حتى يرجع الى البائع فى التعيين، بل لا يبعد صحة البيع الثانى حتى فيما إذا كان بيعه متفرعا على الإكراه، و من تبعات البيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى الباب فباعه، ثم باع المصراع الثانى فإن بيع المصراع الثانى و ان كان لأجل عدم الانتفاع به وحده، و من تبعات البيع الأول، ولكنه حيث وقع عن الرضاء، و بغير الكره فيحكم بصحته.

أما إذا باع المكره عليه و غيره دفعه- كما إذا باع العبدین مره واحده- فان لم يكن البيع من جهه الإكراه، بل كان من جهه طيب النفس- كما إذا فرضنا أنه كان راغبا الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتنم الفرصه فباعهما- فلا إشكال فى صحة البيع.

أما إذا كان البيع من جهه الإكراه، و لولاه لم يكن يقدم عليه ففى صحته أو فساده مطلقا، أو الصحه فى غير المقدار المكره عليه وجوه.

قد ذهب المصنف إلى صحة البيع فى المجموع بدعوى أن ما تعلق به الإكراه لم يقع فى الخارج، و ما وقع فيه لم يتعلق به الإكراه. و لكنه يندفع بأن بيع المجموع و ان لم يقع عن إكراه إلا- أن بيع أحدهما وقع عن إكراه لا- محاله، و لولاه لم يقدم على البيع أصلا- كما هو المفروض- فلا وجه لصحة البيع فى الجميع.

أما وجه الفساد مطلقا فهو أن المكره عليه لا تعين له فى الواقع، و أن نسبه الى كل من الفردين على حد سواء، و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و لكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبه إلى المقدار المكره عليه و يحكم بصحته بالنسبه إلى المقدار الزائد عليه، و يتعين الفاسد بالقرعه.

قيل: إن القرعه انما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعينا واقعا و مجهولا

ظاهراً، و من الواضح أن المكروه عليه مردد بين الأمرين ظاهراً و واقعا من غير أن يكون له تعين فى مرحله من المرحلتين.

و الجواب عن ذلك: أن مورد القرعه غير منحصر فيما ذكر، بل هى تجرى فى كل أمر مشكل أو مشتبه، لإطلاق أدلتها، و من هنا أطبق الفقهاء رضوان الله عليهم على الرجوع الى القرعه فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعين، مع أن المطلقه لا تعين لها، لا واقعا، و لا ظاهراً، و مقامنا من القبيل المذكور.

و نظير ما ذكرناه من التفصيل قد وقع فى المحرمات أيضا، كما إذا أكره الجائر أحدا على أن يشرب اما الخمر، أو البول فشربهما، فإنه يعاقب على أحد الشربين جزما لوقوعه بالإرادته و الاختيار.

أما الصورة الرابعه - و هى بيع ما يكون أنقص من المكروه عليه - فالتحقيق فيها: أن البيع المزبور قد يكون مستندا الى الرضاء و طيب النفس بحيث لو لم يكن فى البين إكراه - أيضا - لكان راضيا ببيعه، و لا شبهه فى صحه ذلك.

و قد يكون بيع النصف لرجاء أن المكروه (بالكسر) يكتفى بذلك، و لا يكرهه على بيع مجموع الدار، و لا شبهه فى بطلان البيع - و قثذ - لحديث الرفع، بداهه أن الإكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على سبيل الاستغراق، و عليه فيكون الإكراه على بيع مجموع الدار اكراها على بيع نصفها.

نظير ما لو أكره أحد على بيع دارين فباع أحدهما، فإنه لا شبهه فى الحكم بوقوعه عن إكراه. و لا وجه للفرق بينه و بين ما لو اكره على بيع دار واحده فباع نصف تلك الدار.

و قال المصنف: (و فى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر).

و لعل وجه النظر هو أن ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى فتسمع دعواه.

و من أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختياره فلا تسمع دعواه الإكراه و لكنك قد عرفت: أن الإكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجا و الإكراه بنفسه أماره على عدم وقوع البيع عن الرضاء و طيب النفس.

و نظير ذلك: ما إذا أكره الجائر أحدا على شرب كميته خاصة من الخمر فشرب نصفه برجاء أن يقتنع المكروه، و يرفع اليد عن إكراهه.

بحث فيما ذكره العلامة فى التحرير

قوله: (بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير، قال فى التحرير: لو أكره على الطلاق، فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى). أقول: قبل التعرض لشرح كلام العلامة، و بيان صحته أو بطلانه يحسن بنا التعرض لصور المسألة، و إليك ما يلى:

١- أن يكون الطلاق الصادر من المكروه (بالفتح) مقترنا بالرضاء و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه، بل يقترب الطلاق بالإكراه زمانا فقط. و ذلك كما إذا بنى الزوج على طلاق زوجته و أكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله فإنه لا شبهه -حينئذ- فى صحه طلاقه لوقوعه عن الرضاء ٢- أن يستند صدور الطلاق الى الكره، و أوقعه المكروه (بالفتح) خوفا من الضرر المتوقع عليه. و لكن مع ذلك ليس قصد المكروه إلا إيقاع

الطلاق حقيقه. إما من ناحيه الجهل بطلان طلاق المكره، أو من جهه الاعتقاد بصحه طلاقه (١).

و قد تردد المصنف فى الحكم بصحته و فساده، ثم قال: إلا أن تحقق الإكراه أقرب.

و الظاهر أن يحكم بطلان الطلاق- هنا أيضا- لأن المناط فى صحه العقود و الإيقاعات صدورها عن الرضاء و طيب النفس، و من الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك.

و تدل على ما ذكرناه صحيحه البرنطى عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك أ يلزمه ذلك، فقال:

لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه (٢).

و وجه الدلاله هو أن الحلف بالطلاق و العتاق و الصدقه. و إن كان باطلا عندنا مع الاختيار- أيضا- إلا أن استشهاد الامام عليه السلام- على عدم وقوع الأمور المذكوره- بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الإكراهى.

و هذا ظاهر.

ثم انه لا يفرق فى بطلان الطلاق عن كره بين أن يرجع الضرر المتوقع عليه الى نفس المكره (بالفتح)، أو الى عرضه و شرفه، أو الى ماله، أو الى من يهمله أمره من عشيرته و أقاربه و نحو ذلك، كأن يقول الجائر لأحد: طلق زوجك، و الا- قتلتك، أو قتلت ابنك، أو عشيرتك أو أخذت أموالك، أو يخوفه بأشبه ذلك مما يضر المكره (بالفتح).

أما إذا لم يكن الضرر راجعا الى المكره (بالفتح) كما إذا قال له الأجنبى:

ص: ٣٢٧

١- ١) كما عن الحنفية- وقد ذكرنا رأيهم فى ص ٢٨٢.

٢- ٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان.

بمعنى دارك، و الاقتلت نفسى، أو ارتكب معصيه فلا يتحقق فى مثله الإكراه جزما.

ثم إن بطلان الطلاق فى هذه الصورة- يختص بما إذا لم يتمكن من التوريه، و إلا فالأقرب وقوعه على ما عرفته من اعتبار العجز عن التوريه فى تحقق الإكراه موضوعا و حكما، و لعل هذه الصورة هى مراد العلامة رحمه الله، حيث قرب وقوع الطلاق إذا كان المكروه ناويا.

نعم بناء على عدم اعتبار العجز عن التوريه فى موضوع الإكراه أو حكمه حكم بفساد الطلاق- أيضا- ٣- أن يكون الإكراه مقتضيا لوقوع الطلاق، و جزء سبب لتحقيقه فى الخارج، و يكون جزؤه الآخر الرضاء، و عليه فيكون صدور الطلاق من المكروه (بالفتح) مستندا إلى أمرين: أحدهما الرضاء، و الآخر الإكراه و بانتفاء أحدهما ينتفى الطلاق.

و لكن الظاهر هو بطلان الطلاق فى هذه الصورة- أيضا- لأن المناط فى بطلان عقود المكروه و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحة لأن الأدلة الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات ظاهره فى كون الرضاء سببا مستقلا لصدورها، لا جزءا لذلك و عليه فإذا اقترن الرضاء بالإكراه، و اجتمع معه استند الفعل إليهما، لا الى الرضاء فقط. و حينئذ- فالإكراه و إن لم يقتض الفساد، إلا أن ما يقتض الصحة- أيضا- غير متحقق. لعدم صدور الطلاق عن الإراده و الرضاء.

٤- أن يكون كل واحد من الرضاء و الإكراه عله تامه و سببا مستقلا فى نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن- هنا- إكراه لوقع الطلاق- أيضا- و هكذا العكس.

و الظاهر أنه لا شبهه في صحه الطلاق-عندئذ-لوجود المقتضى:أعنى به الرضاء و طيب النفس،و لا تقاس هذه الصورة:بالصوره السابقه في الحكم بطلانه،لما عرفته من عدم المقتضى للصحه في الصوره السابقه،بخلاف هذه الصوره،فإن ما يقتضى الصحه فيها موجود كما عرفته قريبا.

و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه:(حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحده إذا اجتمعتا جزء السبب و الفعل يستند إليهما معا.و كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع،فلا يؤثر كل منهما إلخ).

و وجه الظهور أن الإكراه لا يقتضى الفساد لكى يكون المقام من قبيل توارد علتين المستقلتين على معلول واحد.بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضى الصحه،و إذا تحقق الرضاء وجد ما يقتضى الصحه،و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشىء مع ما لا يقتضيه،لا من قبيل تعارض المقتضيين.

و يضاف الى ذلك:أن الحكم بطلان الطلاق-هنا-على خلاف الامتنان،لكون المطلق راضيا به و غير مهجور عن فعله،فلا يكون مشمولا لحديث الرفع.

٥-أن يكون الإكراه داعيا إلى وقوع الطلاق،لا عله تامه لذلك،و لا جزء سبب له:بأن استند الطلاق إلى الإكراه طوليا،كما إذا أكره على الطلاق،و لكن وطن نفسه عليه،و رضى به من جهه الإكراه تكوينا.

ففى هذه الصوره يحتمل الصحه،لأن الطلاق وقع عن إرادته و رضاء.

و يحتمل البطلان،لأن الشىء يستند إلى أسبق عله،فالطلاق مستند إلى الإكراه بالأخره.و مع الإغماض عنه فلا شك فى الصدق العرفى،و أن

الطلاق وقع مكرها عليه، وهذا الاحتمال هو الأقرب. ولعل هذه الصورة هي مراد العلامة، حيث حكم بصحة الطلاق ناويا. والله العالم.

هل يصح عقد المكره بالرضاء المتأخر؟

قوله: (ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد) أقول: قد وقع الخلاف بين الأعلام في أن الرضاء اللاحق بالعقد الإكراهي يوجب صحته أم لا.

فذهب بعضهم إلى الأول، بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاق العلماء، لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع و هو طيب النفس. و ذهب بعضهم الى بطلان ذلك لوجوه.

١- أن الرضاء بالعقد مأخوذ في مفهومه. فإذا فقد الرضاء لم يكن -هنا- عقد ليحكم بصحته.

و يرد عليه: أنه لا شاهد لهذه الدعوى من العرف و اللغة. على أن لازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولى و عقد المكره بحق من العقود حقيقه مع أنها من العقود بالحمل الشائع.

٢- اعتبار رضاء العاقد فى تأثير عقده.

و يرد عليه: أن لا يزمه أن لا- يصح عقد المكره بحق، مع أنه صحيح جزما. كما إذا أكرهه الحاكم الشرعى على بيع أمواله ليعطى الناس حقه، أو أكره المحتكر على بيع ما احتكره عند المجاعه، فإن الإكراه فى أمثال ذلك إكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع.

٣- أن مقارنة الرضاء للعقد مأخوذه فى صحته.

و يرد عليه: أن هذا و إن كان ممكنا فى مقام الثبوت، و لكن لا- شاهد عليه فى مقام الإثبات، لأن ما يمكن أن يستدل به على ذلك، و تقييد به المطلقات الداله على صحة العقود إما الإجماع أو العقل، أو آيه التجاره عن تراض، أو الروايات الداله على حرمه التصرف فى مال المسلم بدون اذنه و رضاه، أو حديث الرفع.

و لكن لا دلالة فى شىء منها على ما يرومه المستدل:

أما الإجماع و العقل فلأنهما من الأدله اللبيه، و من الواضح أن القدر المتيقن منهما إنما هو اعتبار مطلق الرضاء فى صحة العقد أعم من المقارن و اللاحق أما الآيه المباركه- أو الروايات الداله على حرمه أكل مال المسلم من دون رضاه- فلأنها تدل على توقف حليه المال و نقله الى غيره على تحقق الرضاء من المالك. و من الظاهر أنا نلتزم بذلك بحيث لا نحكم بالحليه إلا بعد الرضاء و طيب النفس، غايه الأمر أنا لا- نخصص الرضاء بالرضاء المقارن، بل نعممه الى الرضاء اللاحق- أيضا- بديهه أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للأدله الداله على اعتبار الرضاء فى حليه المال و نقله الى غيره.

و على الجملة: ان الظاهر من تلك الأدله هو أن الرضاء معتبر فى أصل حليه المال و نقله الى غيره، سواء فيه الرضاء المقارن و اللاحق، لا أنها مختصه بخصوص الرضاء المقارن، بل التخصيص بذلك تقييد لها بلا مقيد.

قيل: ان ظاهر الآيه المباركه أن التجاره لا بد و أن تكون مسببه عن الرضاء، و ناشئه منه، و عليه فلا بد من اقترانه بالعقد، و لا يكفى لحوقه به، لأنه إذا انعقد فاسدا ابتداء لم ينقلب بعد ذلك عما هو عليه.

و من هنا يظهر أنه لا وجه لقياس المقام بالعقد الفضولى المتعقب بالرضاء و الإجازة من المالك، فان العقد الفضولى لا ينتسب الى المالك الا حين أجازته

فهو حين ما ينتسب الى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه. و هذا بخلاف عقد المكره، فإنه حين صدوره من المالك و انتسابه اليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانيا، و انما رضى بالعقد السابق، و هو لا ينقلب عما هو عليه.

و لكن الصحيح هو تأثير الإجازة اللاحقه و الرضاء المتأخر فى المقام أيضا بيان ذلك: أن التجاره بالمعنى المصدري و ان كان أمرا يحدث و يفنى الا- أنها بمعنى اسم المصدر له بقاء، و بهذا المعنى أمرنا بانتهاء العقد و إتمامه، و عليه فالتجاره الصادره من المكره إذا تعقبها الرضاء و الإجازة يصدق عليها أنها تجاره عن تراض.

و مما يدل على ذلك: أن الآيه المباركه واضحه الدلاله على أن سبب أكل مال الغير منحصر فى أمرين: الأسباب الباطله، و التجاره عن تراض، و لا ريب فى أنه لا يكون الأكل فى محل الكلام أكلا بالباطل، فيكون من جهه التجاره عن تراض.

ثم إن المصنف قد التزم بعدم اعتبار مقارنة الرضاء للعقد بأن دلالة آيه التجاره على ذلك إما بمفهوم الحصر، أو بمفهوم الوصف:

أما الأول فهو منفى فى المقام، بداهه أن الدلاله على الحصر انما يكون إذا كان الاستثناء فى تلك الآيه متصلا. و من الواضح أن الاستثناء فيها منقطع إذ التجاره عن تراض ليست داخله تحت الأسباب الباطله للتجاره لكى يكون خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل.

أما الثانى فلأن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب، و الا فلا مفهوم له. و من الواضح أن الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب، لا للاحتراز. انتهى ملخص كلامه.

و يرد عليه أولاً: أن إنكار مفهوم الحصر-هنا-مناف لما استدل هو رحمه الله بالآيه المذكوره على لزوم العقود،و من المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لا- يتم الا- على فرض دلالتها على الحصر،لأن الأكل بفسخ العقد لا يحرم الا بعدم كونه تجاره عن تراض،و اذن فالأكل المحلل منحصر بالتجاره عن تراض.

ثانياً:أنا ذكرنا مرارا أن دخول باء السببيه على كلمه الباطل و مقابلتها فى الآيه-مع التجاره عن تراض قرينتان على توجه الآيه إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها،كما أن المراد من كلمه الأكل فى الآيه ليس هو الازدراد الذى هو معناه الحقيقى،و انما هى كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق،و عليه فان كان الاستثناء فى الآيه المباركه متصلاً-كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربيه-يكون مفاد الآيه هو المنع عن تملك أموال الناس بشىء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض، فإن الأكل بغيره باطل،و بغير حق،فتدل الآيه على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض.

و ان كان الاستثناء منقطعاً فالآيه-وقتئذ-و ان لم تكن ظاهره فى الحصر ابتداء،الا- أنه تعالى لما كان فى مقام بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و فصل صحيحها عن فاسدها،و كان الإهمال مخلاً بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من الآيه الكريمه بالقرينه المقاميه،و اذن فالآيه الشريفه تدل على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض،سواء أ كان الاستثناء متصلاً،أم كان منقطعاً،و أما غير التجاره عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل.

و من هنا يظهر أنه لا- يتوقف الاستدلال بالآيه على اعتبار مقارنه الرضاء للعقد على كون الاستثناء متصلاً-كما هو الظاهر-و لا على الالتزام بمفهوم الوصف

و أن الحكم المذكور فى القضية لم يثبت للجامع بين واجد الوصف و فاقده، - كما هو الصحيح - و اذن فلا- يبقى لمناقشه المصنف مجال، و عليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لا دلالة فى الآيه الا على عدم جواز الأكل ما دام التراضى غير موجود، فإذا وجد الرضاء من المكره انقلبت التجاره إلى التجاره عن تراض، فلا يكون الأكل بسببها أكلا بالباطل.

أما حديث الرفع فلا- يدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المكره -مثلا- ما دام الإكراه، فإذا ارتفع الإكراه، و تبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الداله على صحة العقود من بيع أو غيره، فانا حققنا فى محله: أنه إذا ورد عام ثم خصص بمخصص فى زمان خاص لم نرفع اليد عن ذلك العام الا بمقدار دلالة المخصص. و عليه ففى ما نحن فيه أن عمومات صحة المعاملات قد خصصت بحديث الرفع، و من الظاهر أنا نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الإكراه، و يبقى الباقي تحت العام.

و مع الإغماض عن ذلك نقول: إن حديث الرفع حيث ورد فى مقام الامتنان فلا- يدل الا- على رفع حكم يكون جعله مخالفا للامتنان، و يكون رفعه موافقا له.

أما إذا كان رفع الحكم مخالفا للامتنان، و كان جعله موافقا له كصحة البيع عند الاضطرار فان رفع أثر البيع -وقتئذ- مخالف للامتنان، و وضعه موافق له، فهو لا يكون مشمولا لحديث الرفع.

و من هنا يظهر أنه إذا كان الحكم لا يعد فى نفسه و طبعه موافقا للامتنان و لا مخالفا له، بل كانت مخالفته للامتنان و موافقته له باعتبار حصصه و أفراده فلا محاله كان المجعول ما هو موافق للامتنان، و يرفع ما هو مخالف له.

و لا شبهه فى أن ما نحن فيه من القبيل الثالث، بديهة أن الحكم بترتب

الأثر على العقد المكروه عليه من حين حدوثه مخالف للامتنان فيرتفع بحديث الرفع. و لكن الحكم بترتب الأثر عليه بقاء: أى بعد لحوق الرضاء به موافق للامتنان، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع.

و بعبارة أخرى: الحكم بصحة العقد غير المقترن بالرضاء، و لا الملحق به مخالف للامتنان، فهو غير مجعول، لحديث الرفع.

أما العقد المكروه عليه الملحق بالرضاء فلا امتنان في رفع أثره، و الحكم بعدم صحته من حين ما رضى المالك به، فلا يشملته حديث الرفع الوارد في مورد الامتنان.

ثم أجاب المصنف- عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضاء المقارن في صحة العقد- بوجهين:

الوجه الأول: أن حديث الرفع انما يرفع المؤاخذه، لأنه وارد في مقام الامتنان، و رفع المؤاخذه عن المكلف منه عليه، فترتفع بحديث الرفع أما الحكم بوقوف عقد المكروه على الرضاء راجع الى أن له أن يرضى بذلك فيكون هذا حقاً له، لا عليه، و حينئذ فرفع الأثر عن عقده بعد تعقبه بالرضاء على خلاف الامتنان، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع، انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول.

و يرد عليه: أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجعول الشرعى المتعلق بالمكروه عليه، أو المترتب عليه من الحكم التكليفي، أو الوضعي.

و عليه فدعوى: أن المرفوع هو المؤاخذه و إلزام المكروه بما صدر منه، دعوى غير صحيحة.

و إن شئت قلت: ان المرفوع بحديث الرفع في العقد الإكراهي هو صحة العقد، لكنه لا على الإطلاق، لأنه على خلاف الامتنان، بل ما دام الإكراه

باقيا، فإذا تعقب بالرضاء كان مشمولاً للإطلاقات.

أما توقف عقد المكره على الرضاء المتأخر فهو لم يكن مجعولا- حتى يقال انه حكم له، لا- عليه، فلا يشمل حديث الرفع، لأن المرفوع به المؤاخذه و الأحكام المتضمنه لإلزام المكره بشيء.

الوجه الثاني: أن أدله صحه المعاملات تقتضى بإطلاقها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه فى الخارج، و حكمه حديث الرفع على الأدله المذكوره تقتضى رفع السببيه المستقله عن العقد المجرد عن الرضاء، و ترتيب هذه السببيه على العقد الصادر لا عن اكراه، و لا ينافى ذلك كون العقد جزء السبب، و وقوف تأثيره على الرضاء المتأخر. انتهى ملخص كلامه فى الوجه الثاني.

و لكنه ناقش فى ذلك بما حاصله: أن المطلقات الداله على السببيه المستقله إذا قيدت بما إذا صدر العقد من غير اكراه لم يبق- هنا- ما يدل على صحه عقد المكره فيما إذا تعقبه الرضاء، و عليه فالمرجع- عندئذ- هو الأصل و هو يقتضى الفساد.

ثم ذكر: أن حديث الرفع لا- يمكن أن يكون حاكما على المطلقات، فلا- مانع من التمسك بها لصحه عقد المكره المتعقب بالرضاء.

و بيان ذلك: أن المطلقات قد قيدت بالأدله الأربعة-المقتضيه لحرمة أكل المال بالباطل، و مع عدم طيب النفس- بما إذا كان العقد مرضيا به سابقا أو لاحقا، و الا كان الأكل أكلا للمال بالباطل و إذا كان كذلك فتستحيل حكمه حديث الرفع عليها، و ذلك لأن العقد المقرون بالرضاء يستحيل عروض الإكراه عليه، و العقد الملحق بالرضاء قد حكم عليه بالصحه بما أنه مكره عليه، و مثل ذلك غير قابل لأن يشمل حديث الرفع، فإنه يختص بما

إذا كان الأثر مترتبا على ذات الشيء من غير دخل للاختيار و الإكراه فيه، فيرتفع أثره عند الإكراه، و ذات العقد في المقام لا أثر له، إلا أنه جزء السبب المؤثر. و لا يمكن رفع هذا الأثر بحديث الرفع، هذا ملخص ما أفاده قدس سره.

أقول: أما ما أفاده أولا فيرد عليه: أن مقتضى الإطلاقات هو سبب العقد مطلقا، لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع يقتضى عدمه فيما إذا لم يكن العاقد راضيا به لا- سابقا و لا- لاحقا على ما عرفته، فيبقى ما لحقه الرضاء تحت المطلقات، لا أن المرجع هو الأصل الذى يقتضى الفساد.

أما ما أفاده أخيرا فهو مبنى على الالتزام بتقييد المطلقات أولا بما دل على حرمه أكل المال بالباطل، ثم ملاحظه النسبه بينها، و بين حديث الرفع.

و لكن هذا غير صحيح، فان حديث الرفع فى عرض سائر المقيدات و نتيجة الكل: أن العقد إذا لم يكن مرضيا به، لا سابقا، و لا لاحقا لم يؤثر أثره.

أما إذا كان مكرها عليه حدوثا، و لكن رضى به المالك بعد ذلك فلا دلالة فى شىء من المقيدات على بطلانه، فيحكم بصحته بمقتضى الإطلاقات

بحث فى أن الرضاء المتأخر كاشف

أو ناقل

قوله: (بقى الكلام فى أن الرضاء المتأخر ناقل، أو كاشف) أقول:

بعد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحه بيع المكره قد وقع الكلام بين

ص: ٣٣٧

الأعلام فى أنه كاشف عن صحة العقد من أول الأمر، أو ناقل من حين تحقق الرضاء؟.

مقتضى الأصل هو القول بالنقل، فإنه يشك فى حصول الملكيه إلى زمان الرضاء، فالأصل يقتضى عدمه.

أما بحسب الدليل الاجتهادى فقد ذهب المصنف الى القول بالكشف من جهه ما ورد فى تزويج الصغيرين [١] حيث حكم الامام (عليه السلام) بالتوارث

ص: ٣٣٨

بينهما إذا مات أحدهما، ولكن بعد إحلاف الحي على أن إمضاءه لعقد النكاح ليس من ناحيه الطمع فى المال، بل من جهه رغبته فى النكاح.

و لكن يرد عليه: أن الروايه قد وردت فى النكاح الفضولى، و التعدى منه الى سائر المعاملات الفضوليه و ان كان جائزاً، لعدم الفارق بينها و بين النكاح من ناحيه الفضوليه، الا- أنه لا يمكن التعدى منه الى بيع المكره المتعقب بالرضاء الا بدليل، و ذلك للفرق الواضح بينه و بين البيع الفضولى، فإن بيع المكره يستند الى المالك من أول الأمر، و قد فرضنا أنه لم يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضاء، و أما البيع الفضولى فهو يستند الى المالك من حين أجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر. هذا.

و الصحيح: هو القول بالكشف فى كلا المقامين، و ذلك لأن الإجازة و ان كانت متأخره عن العقد، الا أنها متعلقه بالعقد، و إمضاء له، و لازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر، و سيأتى توضيح ذلك فى بحث البيع الفضولى.

و نزيد على ذلك فى المقام بأن مقتضى العمومات و الإطلاقات هو صحة العقد، و تأثيره من حين حدوثه. لكن حديث الرفع و غيره دل على اعتبار الرضاء الأعم من المقارن و المتأخر فى ذلك. و مقتضى الجمع بينهما هو الحكم بالصحة و ترتب الأثر عليه من أول الأمر.

فإن قلت: إذا حكم عليه بالصحة من أول الأمر فقد كان سبب الحل - و أكل المال- التجاره لا عن تراض، و قد فرضنا انحصاره بالتجاره عن تراض قلت: الحكم بالصحة إنما هو بعد الرضاء. و لكن متعلق الحكم إنما هو

الصحة من حين العقد، فمن أكره على بيع داره-مثلا- ثم رضى بما فعله يحكم عليه من حين رضاه بأنه مالك للثمن من حين العقد، كما أن المشتري مالك للدار. وسيجيء في البحث عن البيع الفضولي بيان ذلك إنشاء الله تعالى، وأنه غير الكشف الحكمي الذي التزم به المصنف قدس سره.

ثم إن المصنف قاس ما نحن فيه بفسخ العقد، بدعوى: أن الفسخ وإن كان حلا للعقد السابق، وجعله كأن لم يكن، إلا أنه لا ترفع به الملكيه السابقه على الفسخ، لأن العبره بزمان حدوث الفسخ، لا بزمان حدوث متعلقه.

و يتوجه عليه: أن هذا قياس باطل، لوجود الفارق بين الفسخ و بين ما نحن فيه: بداهه أن الفسخ عباره عن حل العقد، و يقابله إقراره و إمضاؤه و أما إجازه العقد فيقابلة رده، فلا منافاه بين أن يكون أثر الفسخ من حينه- كما هو ظاهر أدلته- و أن يكون أثر الإجازه ترتيب أثر العقد من حينه ثم إنه هل للطرف غير المكره فسخ العقد قبل صدور الرضاء من المكره؟.

فيه كلام سيأتي في بحث العقد الفضولي. فإن الملاك مشترك فيه بين البابين.

و الى هنا جف القلم في بيع المكره و توابعه. و الحمد لله أولا و آخرا.

بحث في معاملات العبد قوله: (مسأله):

و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا

اشاره

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده)

أقول: لا شبهه في أن العبد ليس كالحرة العاقل بحيث يكون مستقلا في التصرف، و لا أنه مثل المجانين

بحيث لا يترتب على فعله و عبارته أثر بوجه، وإنما هو برزخ بينهم و بين الحر العاقل.

ثم إن الأقوال فى تصرفات العبد ثلاثه:

١- أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التى بها عيشه.

٢- أن جميع تصرفاته نافذه، إلا- ما يكون تصرفا فى سلطنه المولى، -و حينئذ- فلا- بأس فى نفوذ تصرفاته بما لا- ينافى حق المولى، كأن يتوكل عن غيره فى معامله أو إيقاع، أو يضمن دين شخص بشرط أن يؤديه لصاحب الدين بعد انعقائه، أو أشباه ذلك.

٣- أنه لا يجوز تصرفه فى كلما يعد شيئا معتدا به بحسب العرف و العاده من غير فرق فى ذلك بين ما يتعلق بأموال سيده و ما يتعلق بنفسه من عقد أو إيقاع و ما يتعلق بأمواله- بناء على كونه مالكا شرعا- و ما يتعلق بسائر الناس من التصرف فى أموالهم أو أنفسهم بعقد أو إيقاع فإن صحه جميع ذلك يتوقف على اذن المالك و أجازته و على الجملة يحكم بلغويه كل تصرف يستقل العبد فيه من دون أن يتقيد بقسم خاص و اذن فلا تصح و كاله العبد عن غيره أيضا حتى فى إجراء الصيغه فضلا عن كونه وكيلا مفوضا ما لم يكن ذلك باذن سيده.

ذهب المصنف الى الوجه الأخير، حيث حكم بأنه لا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده، سواء أ كان لنفسه فى ذمته، أو بما فى يده أم كان لغيره.

و استدل على رأيه هذا بقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۗ» .

و استدلل على رأيه هذا بقوله تعالى «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ۗ» .

و بصحيح زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام قالوا: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فان كان السيد زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد. «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» فشىء الطلاق (١).

و وجه الاستدلال بهما: أنه كلما صدق عليه أنه شىء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعا من دون اذن مولاه. و عليه فلا يجوز للعبد أن يكون و كيلا عن غيره فى إجراء الصيغه فضلا عن كونه و كيلا مفوضا، و لا على إيجاد الملكيه أو الزوجيه لنفسه، و لا- على طلاق زوجته، و لا- على الالتزام بشىء و التعهد بدين- و ان اشترط أداءه بعد حريره- لأن كل ذلك يصدق عليه عنوان الشىء، فلا يقدر عليه العبد شرعا بدون إذن سيده.

و على الجملة: ان الظاهر من الآيه و الروايه هو أن العبد غير مستقل فى جميع تصرفاته، سواء أ كانت راجعه إلى نفسه حال عبوديته، أم تعلقت برقبته، كأن يضمن الشىء لشخص بشرط أن يعطيه إياه بعد حريره، و سواء أ كانت راجعه إلى سيده، أم كانت راجعه إلى الأشخاص الآخرين- و ان لم يكن- هناك- ما يزاحم حق المولى، كأن يتوكل عن غيره فى عقد أو إيقاع.

و السر فى ذلك: هو أن عدم قدرته على شىء ليس الا عدم تمكنه من التصرف فيه، و أنه يحتاج فى ذلك الى الاستعانه من غيره، و من الواضح أن المحتاج الى غيره فى فعل لا يكون قادرا على التصرف فيه استقلالاً، و عليه

ص:

فشان العبد شأن الصبي، فكما أن الصبي لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بإذن سيده، انتهى ملخص كلامه مع التوضيح الإجمالي. و تبعه في ذلك -شيخنا الأستاذ.

و التحقيق: أنه لا دلالة في الآية، ولا في الرواية على ما ذهبوا إليه.

و بيان ذلك: أنه ليس المراد من عدم القدره في الآية -هو عدم القدره عقلا- ولا أن المراد من الشيء هو الشيء التكويني الخارجي، بدهاه أن العبد مثل الحر في قدرته على الأمور الخارجيه.

و أيضا ليس المراد من نفي القدره هو نفي القدره الشرعيه التكليفيه، ضروره أن ما هو مباح للأحرار في الشريعة المقدسه الإسلاميه من المأكولات و الملابس و المشروبات -مباح للعبيد- أيضا -و ليس لإذن المولى دخل في ذلك بوجه.

بل المراد من قوله تعالى لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ هو عدم نفوذ تصرفات العبد في شيء، و على هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من أن قوله تعالى:

لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ قيد توضيحي، لأن العبد لا ينقسم الى القادر و العاجز، بل المملوكيه مساوقه للعجز.

لا وجه لذلك من جهة أن المراد من عدم القدره هو عدم نفوذ التصرف. و لا شبهه في أن هذا حكم وضعي، فلا معنى لأخذه قيدا للموضوع أو توضيحا له.

ثم ان لفظ (مملوكا) في الآية الكريمه بمنزله العله لقوله تعالى لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، فكأنه تعالى قال: ان العبد لا ينفذ تصرفه، لكونه مملوكا.

و عليه فمناسبه الحكم و الموضوع تقتضى أن يراد من عدم قدره العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع الى نفسه و أمواله من حيث عبوديته.

أما عدم نفوذ تصرفه في أموال سيده، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهه كونه عبدا مملوكا، بل من جهه الأدله الداله على حرمه التصرف في أموال الناس بدون إذنه، ولا ريب في أن هذا المعنى لا تقتضيه العبوديه، بل هو مشترك فيه بين العبد و الحر.

و لو سلمنا أن الآيه ليست بظاهره في هذا المعنى، إلا أنه لا سبيل إلى إنكار كونه محتملا منها، و عليه فتكون الآيه مجمله، و اذن فلا يمكن الاستدلال بها على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى سيده أو الى شخص آخر غير سيده و قد اتضح لك مما بيناه: أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من جعل لفظ (مملوكا) في الآيه قيدا توضيحيا، بدعوى أن العبد لا ينقسم الى مملوك و غير مملوك.

و قد ظهر لك مما ذكرناه أيضا: أنه لا بد من أن يفرق بين كون العبد و كيلا عن غيره في إنشاء عقد أو إيقاع، و بين توكيله غيره في ذلك. أما الأول فيجوز له ذلك، لأنه لا يعد تصرفا فيما يرجع الى نفسه لكي يحكم بفساده بدون اذن مولاه، بداهه أن كون العبد مملوكا لمولاه لا يلازم سقوط ألفاظه و عباراته و العقد أو الإيقاع بما أنه للغير فلا مانع من الحكم بصحته.

أما الثاني فلا يجوز له ذلك، إذ ليس للعبد أن يستقل في التصرف فيما يرجع الى نفسه أو أمواله بدون اذن سيده، فإذا لم يجز له ذلك لم يجز له توكيل غيره فيه. هذا ما يرجع الى الآيه المباركه.

أما روايه زراره فإنها ظاهره -أيضا- في عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع الى نفسه، فلا اشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفا على اذن سيده و القرينه على هذه الدعوى من نفس الروايه هي قوله عليه السلام: المملوك لا يجوز طلاقه، و لا نكاحه إلا بإذن سيده. قلت: فان كان السيد زوجة

بيد من الطلاق؟ قال عليه السلام: بيد سيده.

ثم إنا إذا قلنا بعدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى- أيضا- إلا بإذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق، و لكن لحقته الإجازة من المولى فهل يحكم بصحته؟.

فيه خلاف بين الأعلام.

قد احتمل المصنف أولا عدم نفوذه، و حاصل كلامه: أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد: أعنى به انتقال المال بعوض، و لا ريب فى أن هذا المعنى- فيما نحن فيه- ليس منوطا برضاء المولى، إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين، بل حق المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده، و من الواضح أن الإنشاء إذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج عن استقلاله لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و بتعبير آخر: أن ما ترتبط به إجازة المولى: أعنى به الإنشاء لا- يعقل أن تلحقه الإجازة، فيكون صادرا من قبل المولى، لاستلزامه الانقلاب المحال، و ما لا يستلزم المحال من تعلق الإجازة به- و هو مضمون العقد- غير مرتبط بالمولى. و سيأتى الجواب عن هذه المناقشة قريبا.

ثم إنه رحمه الله قوّى صحه تصرفات العبد بالإجازة اللاحقه بوجوه:

و حاصل الوجه الأول: أن العمومات و المطلقات قد دلت على صحه العقود و الإيقاعات، سواء أ كانت صادرة من الأحرار، أم كانت صادرة من المماليك، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده إلى اذن المولى أصلا، لا سابقا، و لا لاحقا، و يبقى الباقي تحت العمومات و المطلقات و ببيان أوضح: أن مفاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقا، أو إجازته لاحقا، و ليس مفاد

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط فى تصرفات العبد.

و لو أغمضنا عن ذلك، و شككنا فى أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول، أو المعنى الثانى و جب الأخذ بالمعنى الأول، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملا: -بان كان مرددا بين الأقل و الأكثر- أخذنا بالقدر المتيقن منه، و هو فى المقام العقد الصادر من العبد بلا إذن سابق، و لا إجازة لاحقه و فى غير ذلك نتمسك بالعمومات.

و أورد عليه شيخنا الأستاذ بأن دليل اعتبار الاذن فى تصرف العبد ظاهر فى الاذن السابق، فلا يشمل الإجازة اللاحقه لأن الإجازة غير الاذن و عليه فلا إجمال فى المخصص لكى يتمسك بالعموم و يحكم بنفوذ تصرف العبد مع الإجازة اللاحقه أيضا.

و يرد عليه: أن دليل اعتبار الاذن فى تصرفات العبد لا ظهور له فى إرادته الإذن السابق.

أما الآيه فواضح، لأن المستفاد منها- كما عرفته سابقا- هو عدم نفوذ تصرف العبد، لكونه مملوكا لا يقدر على شىء، فلا بد فى نفوذه من دخل إذن المولى فيه، و لكن لا- يستفاد منها أن دخله فيه بأيه كيفية، أ هو بالاذن السابق، أم كان ذلك أعم منه و من الإجازة اللاحقه، و عليه فيدور الأمر بين الأقل و الأكثر، فمقتضى القاعده فى أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل، لكونه متيقن الإراده.

أما صحيحه زراره فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد و طلاقه من دون اذن سيده بأن يكون مستقلا فى تصرفه.

أما بطلان تصرفه إذا لحقته الإجازة فاستفادته تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن فى الاذن السابق، و هو أول الكلام.

و حاصل الوجه الثانى: أن صحيحه زراره المتقدمه قد دلت على صحه

النكاح و الطلاق بالاذن، و حيث ثبتت بالأخبار الخاصه صحه النكاح بالإجازه اللاحقه فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن فى الصحيحه أعم من السابق و اللاحق، و حينئذ-فلتترجم بصحه سائر العقود-أيضا-بالإجازه اللاحقه، لعدم الفارق بين النكاح و بين بقيه العقود، و لازم هذا التعميم و إن كان يقتضى الالتزام بصحه الطلاق-أيضا-بالإجازه اللاحقه، إلا أنه خرج ذلك بالدليل الخارجى.

و توهم أنه يلزم-وقتئذ-تأخير البيان عن وقت الحاجه توهم فاسد، لأن المقصود من الصحيحه هو نفى استقلال العبد فى الطلاق و أنه يبطل بدون إذن سيده، لا بيان جميع الخصوصيات المعتبره فى طلاق العبد، و عليه فكفايه الإذن اللاحق فيه و عدمها أمر خارج عن مقام البيان.

و يتوجه عليه: أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحه بأن يقال لما كانت الصحيحه مشتمله على الطلاق-الذى لا يصح بالإجازه اللاحقه- استكشفنا بذلك أن المراد من كلمه الاذن فيها إنما هو الاذن السابق فقط، لا-الأعم منه و من الإجازه اللاحقه، و عليه فصحه النكاح بالإجازه اللاحقه إنما ثبت بالدليل الخارجى، و لا يلزم-عندئذ-تأخير البيان عن وقت الحاجه، لأن الإمام عليه السلام كان فى مقام بيان حكم النكاح فى الجملة، لا مطلقا، و عليه فلا بد من ملاحظه الصحيحه فى نفسها، إذ لا تعرض فيها لبيان أن المراد من الاذن هل هو الاذن السابق، أو الأعم منه و من الإجازه اللاحقه، فتبقى الصحيحه على إجمالها.

الوجه الثالث: استفاده ذلك مما دل [١] على أن إجازة المولى توجب

صححه نكاح العبد الواقع بدون إذنه:و ذلك لوجهين:

الوجه الأول: أن مقتضى هذه الأخبار هو صحه ما عقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الاستفصال،و على هذا فلا يمكن حملها على ما إذا عقد غيره له لكى يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك و يدخل تحت عنوان عقد الفضولى الذى لا ربط لصحته-بالإجازة اللاحقه-بصحه عقد العبد بإجازة المولى.و إذا صح نكاح العبد صحت بقيه العقود الصادره منه بالأولويه.

فالمتحصل من هذه الأخبار هو صحه معاملات العبد إذا أجازها سيده سواء أ كان المباشر للصيغه هو العبد،أم كان غيره،و سواء أ كانت العقود للعبد،أم كانت لغيره،و إنما باشرها العبد وكاله.و كل ذلك من ناحيه ترك الاستفصال.

الوجه الثانى. أن قوله عليه السلام:«إنه لم يعص الله انما عصى سيده فإذا

ص: ٣٤٨

أجازه فهو له جائز»عله لصحة العقد الصادر من العبد، و مفاد هذه العله هو أن المعيار فى صحه معامله العبد بعد عدم كونها مخالفه لله- كالمعامله على الخمر و الخنزير و الميته و نحوها- إنما هو وقوعها برضاء المولى، سواء فيه الرضاء السابق و اللاحق.

و عليه فإذا أوقع عقدا بدون رضاء سيده-الذى هو معنى عصيانه- ثم رضى به سيده صح العقد، لأن معامله العبد-عندئذ-ليست معصيه لله حتى يحكم بفسادها، بل هى معصيه لسيده.فيحتاج إلى إجازته، و قد فرضنا تحققها.

و اذن فالروايه فى مقام بيان الضابطه الكليه و هى أن كل عقد كان فيه عصيان لله فهو فاسد، كالعقد على المحارم، و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله فهو صحيح غايه الأمر أنه يحتاج إلى إجازته سيده هذا.

و قد ناقش شيخنا الأستاذ فى الوجه الأول، و حاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد:أعنى به المنشأ متوقفا على الإجازة أما الإنشاء الذى-هو جهه الإصدار-فهو معنى حرفى و ملحوظ تبعى و إذا عقد لغيره فضولا، أو وكاله كان مضمون العقد راجعا الى غير المولى، فلا يرتبط بإجازته، بل المربوط بإجازته انما هو جهه الإصدار:أعنى به الإنشاء و عليه فجهه الإصدار معنى اسمى، و ملحوظ استقلالى،-و حينئذ- فإذا قام الدليل على اجازته المضمون فى القسم الأول كان ذلك دليلا على إجازته جهه الإصدار فيه-أيضا-لكونها ملحوظه تبعا.

و لكن لا- يمكن التعدى من ذلك الدليل إلى جهه الإصدار فى القسم الثانى-أيضا-لكونه معنى اسميا، و من الظاهر أن قياس المعنى الاسمى بالمعنى الحرفى قياس مع الفارق.

و لكن لا وجه لهذه المناقشه، بديهه أن كون متعلق الإجازة ملحوظا للمجيز استقلالاً تاره و تبعاً اخرى لا يرتبط بوجه الاستدلال.

بيان ذلك: أن العقد الواقع على ملك السيد تتوقف صحته على أجازته و اذنه-و لو كان صادرا من غير عبده- كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك و لو تعلق بمال غيره و عليه فإذا أوقع العبد عقدا على مال المولى- كما فى النكاح- كان ذلك مجمعا للعنوانين، و إذا ثبتت صحه ذلك- فيما إذا تعقبته اجازة المولى- ثبتت صحه عقده بمال غير المولى إذا تعقبته الإجازة أيضا.

ثم ان التمسك بهذه الوجوه لإثبات صحه تصرفات العبد بالإجازة اللاحقه إنما يفيد فى مرحله الإثبات بعد فرض الإمكان فى مرحله الثبوت. و إذا حكمنا بالاستحالة ثبوتا من ناحيه الانقلاب المحال لم يفد التمسك بها إثباتا.

و عليه فلا- يجتمع ما احتمله المصنف فى مطلع كلامه- بدءا- من الاستحالة فى مقام الثبوت، مع حكمه بصحه تصرفات العبد بالإجازة اللاحقه من ناحيه الوجوه المتقدمه. و إليك لفظه: (و كيف كان فانشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى: أما مع الاذن السابق فلا إشكال. و أما مع الإجازة اللاحقه فيحتمل عدم الوقوع، لأن المنع فيه ليس من جهه العوضين بل المنع من جهه راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده. فإذا وقع على وجه مستقل به العبد فلحوق الإجازة لا- يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعا). «ثم انتقل الى مقام الإثبات، و قال:» الا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى (الخ).

إلا- أن يقال: ان غرض المصنف من التمسك بالوجوه المذكوره- فى مقام الإثبات- هو ان الأدله الداله على اعتبار رضاء المولى فى تصرف العبد انما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق و اللاحق، و عليه فإذا صدر عقد من العبد

من دون رضاء سيده لم يتصف ذلك-بمجرد صدوره بدون اذن المولى- بالاستقلال لكي يلزم من لحوق الإجازة به الانقلاب المحال.

بل اتصافه بالاستقلال مراعى بعدم لحوق الرضاء،و إذا اقتضت العمومات و الإطلاقات صحه عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكمتنا بها من دون استلزامه الانقلاب المحال.

و كيف كان يمكن الجواب عن المناقشه المذكوره: بأن العقد الصادر من العبد له جهران:جهه الإنشاء،و جهه المنشأ،و من الواضح ان المحتاج إلى إذن المولى إنما هو المنشأ:أعنى به الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي، دون الإنشاء:أعنى به إبراز ذلك الاعتبار النفساني.

و يدل على صحه ذلك قوله عليه السلام فى صحيحه زراره المتقدمه:(المملوك لا يجوز طلاقه،و لا نكاحه إلا بإذن سيده).

و وجه الدلاله:هو أن الطلاق و النكاح ليسا مجرد الإنشاء.بل الطلاق عباره عن اعتبار حل العلقه المبرز بمظهر خاص خارجي.و النكاح عباره عن اعتبار العلقه الزوجيه فى صقع الذهن المبرز بمظهر خارجي.

و عليه فشان ما نحن فيه شأن ما ثبت فى محله من أن صحه نكاح بنت الأخ و بنت الأخت متوقفه على إجازة العمه و الخاله،فإن المتوقف على إجازتهما ليس هو صحه الإنشاء فقط،بل صحه ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع و لا يخفى عليك:أن ما ذكرناه-من الجواب عن المناقشه المتقدمه- مبنى على كون صحه إنشاء العبد لغيره و كاله أو فضولا متوقفه على اجازة المولى أما بناء على ما ذكرناه-عند التعرض للايه المتقدمه من عدم كون المولى مالكا لإنشاء العبد-فإنه لا شبهه فى صحه إنشائه لغيره و كاله أو فضولا،سواء رضى به المولى،أم لم يرض به،إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد و ألفاظه

للتوقف صحتها على أجازته.

ثم إنه بقي-هنا-شيء لم يتعرض له المصنف، وهو أن اجازة المولى لعقد العبد هل هي كاشفه، أو ناقله؟.

مقتضى القاعده أنها ناقله، لأصاله عدم تحقق الأثر إلى زمان الإجازة، و لم يرد-هنا-دليل على الكاشفيه لكى يخرج به عن القاعده المزبوره، كما ورد فى الفضولى.

نعم إذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعده-سيأتى الكلام فى ذلك فى البحث عن البيع الفضولى-الترتبا-هنا-بالكشف أيضا، قوله:

(فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه

مولاه صح و لزم

بناء على كفايه رضاء المولى الحاصل من تعريضه للبيع من اذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للاذن الضمنى).

و لكن نوقش فيه بوجهين:

الوجه الأول: أن عبارته العبد متحده مع عبارته سيده، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب و القابل. و هذا يوجب بطلان العقد.

و يتوجه عليه ما ذكره المصنف، و حاصله: أن الالتزام بذلك يقتضى المنع-أيضا-عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيده سابقا، و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك: أنه لا دليل على اعتبار التباين بين الإيجاب و القبول بل يكفى التباين بينهما اعتبارا.

على أنه لا اتحاد فى المقام، لأن كون العبد مملوكا لمولاه لا يقتضى ذلك.

الوجه الثانى: أنه تعتبر فى صحه العقد-قابليه كل من المتبايعين للإنشاء عند تحقق الإيجاب و القبول كليهما، و عليه فلو كان المشتري عند إيجاب

ص: ٣٥٢

البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية إيجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما، لأنه - وقتئذ - لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر، فلا - تتحقق المعاهده و المعاقده بينهما بوجه، و حيث إن العبد - فيما نحن فيه - غير قابل للقبول في زمان الإيجاب - لعدم كونه مأذونا في ذلك من قبل المولى - فيحكم - حينئذ - بفساد العقد.

و يتوجه عليه أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط - على ما ذكرناه في محله - لأن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - و عليه فإذا تحقق إنشاء البائع - حال كون المشتري نائما أو غافلا - أو مغمى عليه، ثم التفت المشتري الى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه العقد جزما، و حكم بصحته و لزومه، للأدلة الداله على نفوذ العقود و لزومها نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الإنشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه، و عدم اتصال التزامه بالتزام المشتري.

هذا كله فيما إذا وكل المشتري العبد في الاثراء من سيده.

أما لو وكله في الاثراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلا - مفوضا فلا - شبهه في أن شأنه شأن المولى، فيعود النزاع المتقدم. و ان كان الوكيل وكيلا - في خصوص إجراء الصيغه فلا - شبهه في احتياج الاثراء إلى الإجازة من المولى. هذا تمام الكلام في البحث عن معاملات العبد.

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات، و يليه الجزء الرابع إنشاء الله، و أوله مبحث البيع الفضولي، و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

قد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٣٧٤ هـ.

ص: ٣٥٣

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 آباده 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

