

محمد علي التوجيدي

---

# مِصْبَاةُ الْفُقَاهَةِ فِي الْمَعَانِي

من تقرير بحث أستاذنا الأعظم آية ... العظمى

السيد بالقاسم الخوني

دام ظله العالی

الجزء الثالث



Princeton University Library



32101 061871156

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date  
stamped below. Please return or renew  
by this date.*

--	--



# مصباح الفقهاء في المعاملات

من تقرير بحث استاذنا الاعظم آية الله العظمى

السيد بالقاسم الخوني

دام ظله العالی

الجزء الثالث

مطبعة الآداب - النجف الأشرف

١٣٨٢ هـ

(Arab)

KBL

.T383

1980<sub>2</sub>

ju 3

(RECAP)

الطبعة الاولى مطبعة آاداب النجف الاشرف  
الطبعة الثانية مطبعة سيد الشهداء - قم - المقدسة  
العدد ٢٠٠٠ نسخة  
ناشر الطبعة الثانية مهدي حاجياني  
حق الطبع محفوظة للناشر



32101 016539643

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وآل  
 الطيبين الطاهرين والرضى عنهم على أئمتهم أجمعين إلى يوم الدين وبعد فنعم  
 الله تعالى أن وفق لأعداء رجال العلماء بلغوا من العلم مبلغاً جعلهم حياً  
 للدين وفي طليعتهم قرّة عيني العزيزة العلامة المحقق حجة الاسلام الخيرة  
 محمد علي التوحيدى التبريزى دام فضله السامى فإنه قد حضرا جاتى القاه  
 في الفقه واصول الفقه والتفسير خضرت لفهم وتمحيق وقد قدم لي  
 الجزء الثالث من كتابه (مصباح الفعاهة) فوجدته ترميزاً زججوداً  
 البياض والغرس في التحقيق والرفاء بما حققناه ودعا في له كاهلنا  
 ان يتسم دست المرجعية في القيا ليتفع به المسلمون وبه ولله التوفيق  
 في ٢٦ شهر جارى الدر كى ابراهيم البرزى الخوئى

١٣٨٢



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة على خير خلقه محمد وآله الطاهرين ،  
ولعنة الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين .  
وبعد فهذا هو المجلد الثالث من كتابنا - مصباح الفقاهة في المعاملات - الذي  
كتبته تقريراً لبحث سيدنا الاستاذ الزعيم الديني الاوحد ، ورائد النهضة العلمية  
الأكبر ، طود العلم انشامخ ، وعلمه الراسخ ، آية الله العظمى الحاج السيد  
أبو القاسم الخوئي متع الله المسلمين بطول بقائه .  
وقد كان للاقبال العظيم الذي حظى به المجلد الأول ، والثاني من هذا  
الكتاب ، والتقدير الذي نوه به رواد العلم والفضيلة باعث قوى على مواصلة  
العمل ، وإجهاد الفكر إلى أن وفقني الله تعالى لابرار هذا المجلد الثالث وتقديمه  
إلى الجامعة العلمية الكبرى . وأسأل الله سبحانه أن يوفقنا لنشر بقية مجلداته  
ويجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم ، وموجباً لرضاه الموصل إلى جنات  
النعيم ، إنه سميع مجيب .

التجف الأشرف

محمد علي التوحيدى

التبريزى



## هل يعتبر اللفظ في العقود؟

قوله : (مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع) . أقول : حاصل كلام المصنف رضوان الله عليه : أن اعتبار اللفظ في البيع ، بل في جميع العقود من الامور الواضحة - التي لا ريب فيها - وذلك للاجماع المنقول والشهرة العظيمة ، مع الاشارة اليه في بعض النصوص (١) .  
ولكن المقدار المتيقن من الاجماع المزبور إنما هو تمكن المتعاقدين من اللفظ ، وإذا عجز أحدهما أو كلاهما عن التلفظ ، فخرس ونحوه لم يشملهما الاجماع ، وإن كان قادراً على توكيل غيره .

وهذا التعميم ليس من ناحية أن الأصل هو عدم وجوب التوكيل - كما قيل - لأن الوجوب بمعنى الاشتراط هو الأصل في المقام ، بل الدليل على التعميم إنما هو فحوى الروايات (٢) الدالة على عدم اعتبار اللفظ في طلاق

(١) المذكورة في الجزء الثاني ص ١٥٥ .

(٢) عن ابي نصر البزنطي قال : سألت ابا الحسن (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة ، ثم يصمت فلا يتكلم ، قال : يكون اخرس ؟ قلت : نعم فيعلم منه بغض لامراته وكراهته لها ، أم يجوز ان يطلق عنه وليه ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت : لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ فقال : بالذي يعرف منه من فعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها . حسنة بابراهيم بن هاشم .

وعن يونس في رجل اخرس كتب في الأرض بطلاق امراته ؟ قال : اذا فعل ذلك في قبل الظهر بشهود ، وفهم عنه كما يفهم عن مثله ، ويريد الطلاق . جاز طلاقه على السنة . مجهولة باسماعيل بن مرار . ثم الظاهر ان يونس لم يرو هذه الرواية عن الامام (ع) بل ذكر رأي نفسه في جواب السائل . وعليه فلا تكون —

الأخرس ، لأن حملها على صورة العجز عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر وإذا جاز للأخرس إنشاء الطلاق بغير اللفظ جاز له إنشاء سائر العقود بغيره أيضاً ، وعليه فيحكم بلزوم العقد الصادر منه حتى المعاطة ، ضرورة أن العمومات الدالة على لزوم العقد تدل على لزوم المعاطة أيضاً ، لكونها عقداً بالحمل الشايع .

ولكن قام الإجماع على جوازها ما لم تتحقق إحدى الملزمات - التي ذكرناها في مبحث المعاطة - ومن 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 المعاملة المعاطية .

ثم إن الظاهر هو كفاية الكتابة أيضاً مع العجز عن الإشارة ، لصحوى ما ورد من النص - الذي ذكرناه في الحاشية - على جوازها في الطلاق وإذات ذلك في الطلاق ثبت في غيره بالأولوية القطعية .

أما مع القدرة على الإشارة فهل هي تتقدم على الكتابة أم يجوز العكس؟ ذهب بعضهم إلى ترجيح الإشارة على الكتابة ، لصراحة الإشارة في الإنشاء . وإيكن في بعض الروايات - التي ذكرناها في الحاشية - ما يدل على

— الرواية حجة من هذه الناحية أيضاً .

وعن السكوني عن الصادق (ع) قال : طلاق الأخرس ان يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ويعترها ضعيفة بالتوفلي .

وعن ابان بن عثمان قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن طلاق الخرساء ؟ قال : يلف قناعها على رأسها ويجذبه . مجهولة بصالح بن السدي . قوله : (ع) يجذبه : يعني يجذب قناع المرأة لكي يطردها عن نفسه .

فروع الكافي ج ٦ من ط ٢ باب الطلاق ص ١٢٨ .

العكس . انتهى ملخص كلام المصنف ( ره ) .

تحقيق المقام يقع في نواحي شتى :

الناحية الاولى : أن الأصل الاولى في العقود والايقاعات هل يقتضى الصحة أم يقتضى الفساد ؟ ذهب جمع إلى الأول ، وذهب جمع آخر إلى الثانى وهو الحق ، كما عليه المصنف ( ره ) .

والوجه في ذلك : أن نتائج العقود والايقاعات - من الملكية والزوجية والعناق والفراق - امور حادثة ، ومسبوقة بالعدم ، كما أن نفس العقود والايقاعات كذلك ، فاذا شككنا في تحققها في الخارج من ناحية بعض ما يعتبر فيها من الشروط كان الأصل عدمه وحينئذ فيحكم بفسادها .

وقد ناقش في ذلك المحقق الايروانى بأنه لا مانع من جريان أصالة البراءة من الشروط التى يشك في اعتبارها في تأثير العقود والايقاعات . وقال ( لا مانع من هذه الأصالة بناء على جريان البراءة في الأحكام الوضعية ، كما يظهر من استدلال الامام (ع) بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعناقه ، فينبى بأصالة عدم الوجوب وجوب كل خصوصية شك فيها : بمعنى عدم دخلها في تأثير السبب . وعدم كونها من أجزاء السبب . ولا يبق معها مجال الرجوع الى استصحاب عدم تحقق النقل والانتقال ، لأن هذا في مرتبة السبب وذاك في مرتبة المسبب ، والاستصحاب إنما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان في مرتبة واحدة ) .

وتندفع هذه المناقشة : بأن حديث الرفع وإن كان يشمل الأحكام الوضعية - كشموله للأحكام التكليفية - إلا انه لا يعم خصوص الجزئية والشرطية والمانعية ، ضرورة أن هذه الامور الثلاثة امور غير قابلة للوضع ، فلا تكون قابلة للرفع أيضاً إلا برفع منشأ انتزاعها . وعليه فاذا شك في شرطية

شيء أو جزئيته أو مانعيته لم يجز الرجوع فيها إلى البراءة .  
وبيان ذلك اجمالاً : أنا ذكرنا في بحث الاستصحاب من علم الأصول

أن الأحكام الوضعية على ثلاثة أقسام :

١ - أن يكون مجعولاً بنفسه ، كالملكية والزوجية والرقية ونحوها ،  
فإنها أمور متصلة : أي مجعولة بنفسها ، وغير منبذعة من التكاليف الشرعية  
بديهة أن انتزاعها من الأحكام التكليفية وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ولكن  
لا دليل عليه في مقام الإثبات ، إذ النسبة بين الملكية - مثلاً - وبين جواز  
التصرف ، أو عدم جوازه ، هي العموم من وجه ، لأنه قد توجد الملكية  
ولا يترتب عليها جواز التصرف في المملوك ، كالأشخاص المحجورين عن  
التصرف في أموالهم لفسه أو فلس أو صغر . وقد يتحقق جواز التصرف  
ولا توجد الملكية ، كالمباحات الأصلية ، فإنها غير مملوكة لأحد ، ويجوز  
التصرف فيها لكل شخص . وكأولياء السفهاء والمجانين والصغار ، فإنه يجوز  
لهم التصرف في أموال هؤلاء المحجورين ، وليسوا بملاك . وقد يجتمعان ،  
وهو كثير ، وأذن فلا نقول وجهاً صحيحاً لانتزاع الملكية من الحكم التكاليفي دائماً  
أضف إلى ذلك : أن الاستفادة من الأدلة أن الأحكام التكاليفية تترتب  
على الملكية والزوجية والرقية وأمثالها تترتب الحكم على موضوعه . ومن  
الواضح جداً أن مرتبة الموضوع متقدمة على مرتبة الحكم ، فيستحيل انتزاع  
الأمر المتقدم من الأمر المتأخر .

ومثال ذلك : أن جواز تصرف الإنسان في ماله مستفاد من قوله (ص)  
إن الناس مسلطون على أموالهم (١) وحرمة تصرفه في مال غيره بدون إذنه

مستفادة من الروايات المستفيضة الدالة على ذلك (٢) ومن الضروري أن جواز التصرف أو حرمة مترتب على المال المملوك . فلا بد من فرض وجوده قبل الحكم عليه بجواز التصرف وعدمه ، بحيث يكون هذا الحكم من آثار المال المملوك ، وبديهي أنه لا يمكن الالتزام بانتزاع الملكية من آثار نفسها وهذا واضح لا ريب فيه .

٢ - أن يكون الحكم الوضعي راجعاً إلى الحكم نفسه ، كالشرطية والسببية والمانعية للوجوب - مثلاً - فإن الحكم الشرعي إذا لوحظ بالاضافة إلى شيء فاما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوجوده ، أو بعدمه .  
لا كلام لنا في فرض الاطلاق .

أما على فرض التقييد فإن كان الحكم الشرعي مقيداً بقيد وجودي فيكون القيد معتبراً في موضوعه . وعندئذ تنزع منه الشرطية تارة ، والسببية الأخرى لأن مرجعها إلى شيء واحد ، وإنما الفرق بينهما اصطلاح محض .

وان كان الحكم الشرعي مقيداً بقيد عدمي - كتقييد وجوب الصلاة بعدم الحيض - فتتزع منه المانعية ، وإذن فالشرطية والسببية والمانعية كلها منتزعة من جعل الحكم ولحاظه مقيداً بقيد وجودي أو عدمي .

٣ - أن يرجع الحكم الوضعي إلى متعلق التكليف كالشرطية والجزئية والمانعية للأمر به ، فإنها منتزعة من كيفية الأمر .  
وذلك لأنه إذا تعلق الأمر بالمركب من الأشياء العديدة انتزعت منه الجزئية .

وإذا تعلق بشيء مقيداً بوجود شيء آخر - كالأمر بالصلاة مقيدة باستقبال القبلة والستر - انتزعت منه الشرطية .

(١) قد ذكرنا هذه الروايات في الجزء الثاني ص ١٣٨ .

وإذا تعلق بشيء مقيداً بعدم شيء آخر - كتقيد الصلاة بعدم استحباب المصلح أجزاء ما لا يؤكل لحمه في الصلاة - انتزعت منه المانعية . وإذن فالجزئية والشرطية والمانعية لتأمر به منزعة من كيفية الأمر .

وإذا عرفت ما تلوناه عليك اتضح لك عدم جريان البراءة في الشرطية والسببية والمانعية والجزئية ، لعدم كونها مجعولة بالذات ، بل هي مجعولة بتبع منشأ انتزاعها ، وعليه فهي غير قابلة للوضع بنفسها . فلا تكون قابلة للرفع أيضاً . سواء أقلنا بشمول حديث الرفع للأحكام الوضعية ، أم لم نقل بذلك نعم ترتفع هذه الأمور باجراء البراءة في مناشيء انتزاعها ، ضرورة أنها كما تثبت تبعاً لثبوت مناشئها ، كذلك ترتفع بارتفاع مناشئها . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

أما استدلال الامام (ع) - في بعض الروايات (١) - بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه ، فهو بعيد عما نحن فيه . بداهة أن صحة العقود والايقاعات بنفسها قابلة للوضع ، فتكون قابلة للرفع أيضاً بحديث الرفع ، ومن هنا يحكم بفسادها إذا صدرت كرهاً . واذن فلا وجه لقياس الصحة والفساد بالجزئية والشرطية والمانعية .

وعلى الجملة إذا كانت الجزئية أو الشرطية أو السببية من الامور الانتزاعية فهي غير قابلة للجعل إلا بجعل مناشيء انتزاعها ، وعليه فإذا شك في شرطية

(١) عن البرزطي عن ابي الحسن (ع) قال : سألته عن الرجل يستكره على اليمين ، فيحلف بالطلاق والعتاق ، وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ؟ فقال : لا قال رسول الله (ص) : وضع عن امتي ما اكرهوا عليه وما لم يطبقوا ، وما اخطأوا . صحيحة .

البحار ج ٢٣ باب الطلاق ص ١٢٨ . والوسائل باب ١٢ من ابواب الايمان .

شيء للمأمور به كان ذلك بعينه شكاً في تعلق الأمر بالمقيد به ، فيدفع بأصالة البراءة . وأما الأقل : - أعني به الطبيعي الجامع بين المطلق والمقيد فهو مأمور به قطعاً .

أما إذا شك في شرطية شيء لصحة عقد أو إيقاع انعكس الأمر ، لأن ترتب الأثر - كالملكية ، أو براءة الذمة - على العقد أو الإيقاع الواجد لذلك الشرط معلوم وترتبه على الفاقد مجهول . فيدفع بالأصل ، وهذا هو الفارق بين الشك في شرطية شيء للمأمور به ، وبين الشك في شرطية للعقد أو الإيقاع

## هل يجوز التمسك بالعمومات

عند الشك في العقود

الناحية الثانية : أنه لا شبهة في أن مقتضى العمومات والمطلقات هو صحة العقود والإيقاعات . ولكن إذا شك في اعتبار قيد في تلك المعاملات - كاللفظ مثلاً - فهل يصح التمسك بالعمومات المذكورة لنفي ذلك القيد أم لا الظاهر هو الأول : بديهية أن القاعدة الأولية تقتضي صحة الانشاء بكل ما هو قابل لإبراز الاعتبار النفساني ، سواء فيه الفعل واللفظ ، ولكن المغروس في كلمات الأصحاب ، والمودع في كتبهم هو قيام الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات . وقد ذكرنا مراراً : أن الإجماع دليل لبي فلا بد وأن يؤخذ منه بالمقدار المتيقن . ومن البديهي أن القدر المسلم من الإجماع - على تقدير تحققه هنا - إنما هو فرض تمكن المتعاقدين من الانشاء اللفظي ومع عدم التمكن من ذلك يرجع إلى القاعدة الأولية ، ويحكم بعدم اعتبار اللفظ في العقود والإيقاعات . إلا مع قيام الدليل الخاص على الاعتبار المزبور ، كقيامه على اعتبار مطلق اللفظ في عقد الزواج ، وعلى اعتبار لفظ خاص في انشاء الطلاق .

وعلى هذا الضوء فاذا شككنا في صحة عقد الآخرس المنشأ بالإشارة مع تمكنه من التوكيل ، أو شككنا في صحة عقده المنشأ بالكتابة مع تمكنه من الإشارة - بناء على تقديمها على الكتابة - رجعنا الى العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ونفوذها .

وقد ظهر لك مما ذكرناه : أن مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم معاطاة الآخرس - من حين العقد - حتى على القول بانها تفيد الاباحة مع التمكن من اللفظ ، وأنها لا تفيد الملكية . وذلك لعدم العلم بشمول الاجماع - الذى توهم قيامه على جواز المعاطاة ، أو افادتها الاباحة - لصورة عدم التمكن من اللفظ وهذا هو السر في تعرض المصنف لمسألة المعاطاة هنا في طي كلامه ، مع أنه قضى أمرها قريباً . وهذا نصه في المقام : ( ثم لو قلنا بأن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بافادتها للملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ ) . واذن فلا نحتاج في اثبات صحة عقد الآخرس الى التمسك بفحوى الروايات الواردة في طلاقه - ذكرناها قريباً في الحاشية - ولا الى التمسك بفحوى الرواية الواردة في قراءته (١) نعم تلك الروايات مؤكدة للقاعدة الأولية .

وعلى الاجمال : ان مقتضى القاعدة الأولية ، وفحوى الروايات الخاصة الواردة في طلاق الآخرس وقراءته ، هو كفاية اشارته في مقام الانشاء ، ما لم يدل دليل خاص على خلاف ذلك . من غير فارق بين أقسام الإشارة وكيفياتها . ولا بين ما يكون معتاداً للآخرسين ، أو للأشخاص

(١) عن السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال : تلبية الآخرس وتشهده ، وقراءته القرآن في الصلاة تحريك لسانه وإشارته باصبعه . ضعيفة بالنوفلي .  
الوسائل باب ٥٩ من ابواب القراءة في الصلاة .



الآخرين ، وبين ما لم يكن كذلك .  
بل الضابطة الكلية في ذلك : أن تكون الإشارة مفهومة للمراد بالنسبة  
الى نوع المخاطبين والحاضرين . ولو كان الانفهام بمؤونة القرآن كما هو الشأن  
في الانشاء اللفظي ، بدهاة أن الأفعال والأقوال سيان في حجية ظواهرها  
من ناحية بناء العقلاء . ومن هنا اتضح لك جلياً : أن إنشاء الأخرس بالإشارة  
محكوم بالصحة ، وإن لم يفد القطع بالمراد .

## إشارة الأخرس وحكمها

قد ذكرنا في الجزء الثاني : أن البيع عبارة عن الاعتبار النفساني  
المبرز بمبرز خارجي وعليه فإبراز الاعتبار النفساني بالإشارة المفهومة للمراد  
مصدق لمفهوم البيع بالحمل الشايع ، فيكون مشمولاً للعمومات ، وعندئذ  
لا يلزم على الأخرس أن يستحضر الصيغة اللفظية في ذهنه ، لكي تكون  
إشارته إليها أولاً ، وإلى مدلولها ثانياً حتى يكون إبراز ما في النفس بتلك  
الصيغة الحاضرة في الذهن . كما لا يلزم عليه أن يحرك لسانه على النهج الذي  
يحركه عند التكلم بالصيغة ، نعم يعتبر أحد الأمرين في القراءة الصلانية ،  
إذ المطلوب هناك قراءة نفس الألفاظ ، لا إبراز مدلولها .

وأيضاً قد ذكرنا في الجزء الثاني - عند البحث عن أصالة اللزوم في  
العقود - : أن العقد اما بمعنى العهد المطلق كما في بعض الروايات (١) أو بمعنى  
العهد المشدد ، وعلى كل تقدير فالمعاملة المعاطاتية من مصاديق العقود وعليه

(١) عن علي بن ابراهيم في تفسيره قال : حدثني ابي عن النضر بن سويد  
عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قوله : اوفوا بالعقود ، قال : بالعهود .  
حسنة بابراهيم بن هاشم .

فلا وجه لما ارتكبه بعض مشائخنا المحققين من بيان مقدمة لاستيضاح كفاية الإشارة من الأخرس ، واليك نصه : ( أن الأخرس كغيره له عهد مؤكد وعهد غير مؤكد ، فالتعاطي منه في الخارج فقط كالتعاطي من غيره عهد غير مؤكد فله حكمه ، فالإشارة المفهمة الرافعة للاشتباه منه عهده المؤكد كاللفظ الرافع للاشتباه الذي يتطرق الى الفعل نوعاً عهد مؤكد من القادر ) .

ثم اذا قلنا بجواز مباشرة الأخرس للعقود والايقاعات ، ولم يدلنا دليل على اعتبار اللفظ في ذلك لكي نحكم بوجوب التوكيل عليه ، فهل له أن يتصدى لذلك مخيراً في ابراز ما في نفسه - من الاعتبار - بين الإشارة ، وبين الكتابة ام يجب عليه تقديم الأول على الثاني .

ذكر بعضهم : أن الإشارة تتقدم على غيرها ، لكونها أصرح ، وذهب آخر إلى أن الكتابة تتقدم على غيرها ، لكونها أضبط . ولكن أشباه هذه الوجوه أمور استحسانية فلا يمكن الاعتماد عليها في استنباط الحكم الشرعي اذ لو سلطنا أصرحية الإشارة أو اضبطية الكتابة ، الا أنه لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر .

ويضاف إلى ذلك : أنه لو كانت اضبطية الكتابة موجبة لتقديمها على الإشارة لكانت موجبة لتقديمها على اللفظ أيضاً . ولم يلتزم الفقهاء بذلك . وإذن فقضى القاعدة هو الاكتفاء في الإنشاء بكل ما يصلح لابرازها في النفس من الاعتبار ، واظهاره ببرز خارجي - وإن كان بعض المبرزات أصرح من بعضها الآخر أو أضبط - إلا اذا ورود دليل خاص على تقديم بعضها على بعض كما يظهر ذلك من بعض الروايات ( ١ ) الواردة في طلاق الأخرس ، فان الظاهر من ذلك أن الكتابة تتقدم على الإشارة .

(١) كحسنة البرنطي المتقدمة في ص ٥٥ .

## بحث في مادة الصيغة وهيئتها وترتيبها

الناحية الثالثة : في مادة الصيغة وهيئتها وترتيبها - التي ينشأ بها العقد - وتحقيق هذه الناحية يقع في ضمن جهات :

الجهة الأولى في مادة الصيغة . وقد اختلفت فيها كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ، وتشتت فيها أقوالهم ، وهي كما يلي :

١ - الاقتصار في مادة الصيغة على المقدار المتيقن ، فلا يجوز انشاء العقود والايقاعات بغيره من الصيغ المشكوكه .

٢ - الاقتصار فيها على الألفاظ المنقولة عن الشارع المقدس والظاهر رجوع هذا الوجه إلى الوجه الأول ، فان هذا هو المقدار المتيقن مما ينشأ به العقد أو الايقاع .

٣ - الاقتصار فيها على الألفاظ التي تعنون بها عناوين العقود والايقاعات وأسماء المعاملات . وعليه فيجب إنشاء البيع بصيغة بيع ، وإنشاء النكاح بصيغة أنكحت وإنشاء الاجارة بلفظة آجرت . وإنشاء المصالحة بكلمة صالحت وإنشاء الطلاق بجملة هي طالق ، وهكذا في سائر العقود والايقاعات ، وإذن فلا ينعقد أى عقد أو ايقاع بغير ما عنون به هذا العقد .

٤ - الاقتصار فيها على الألفاظ الحقيقية ، وعليه فلا ينعقد شيء من العقود والايقاعات بشيء من الألفاظ الكنائية والمجازية .

٥ - أن يفرق في الألفاظ المجازية بينما يكون مقروناً بالقرائن اللفظية فيحكم بجواز انشاء العقد به ، وبين ما لا يكون كذلك ، فيحكم بعدم جواز الانشاء به .

٦ - جواز الاكتفاء بكل لفظ يكون صريحاً في انشاء العقد ، أو ظاهراً

فيه ولو كان ذلك بمؤونة القرائن الحالية أو المقالية .

ثم انه ذكر المصنف : أن المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو عدم وقوع العقد بالألفاظ الكسائية . ولما كنهه لم يأت بشيء يطمئن به القلب وتركن اليه النفس . نعم نقل في ذلك جملة من كلمات الأصحاب .

ولكن هذه الكلمات مبنية على اجتهاداتهم وآرائهم . ومن البين الذي لا ريب فيه أن رأى فقيه لا يكون حجة على فقيه آخر . وعندئذ لا بد من ملاحظة دليل المسألة ، فان كان هناك ما يدل على اعتبار لفظ خاص في الانشاء أخذ به . وإلا فقتضى القاعدة هو انعقاد جميع العقود والايقاعات بكل ما يصلح للانشاء ، وابرار الاعتبار النفساني ، سواء فيه الفعل والقول ، وسواء في القول الحقيقية والمجاز ، والصريح وغيره ، وسواء في المجاز كون القرينة لفظية وغير لفظية .

والوجه في ذلك كله : أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص ومبرز معين في انشاء العقود والايقاعات الا الاجماع على اعتبار اللفظ في صحة العقود أو لزومها ، والقدر المتيقن منه - على تقدير قبوله - انما هو مطلق اللفظ . أما اللفظ الخاص فلا اجماع على اعتباره جزءاً .

ويضاف الى ذلك : أن الاجماع المنقول ليس بحجة ، لعدم كونه مشمولاً لأدلة حجية الخبر . أما الاجماع المحصل فهو غير حاصل جزءاً ، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين . وقد تقدم تفصيل ذلك عند البحث عن المعاطاة . وحينئذ فلا بأس بانشاء العقود والايقاعات بأى مبرز من المبرزات لانها مشمولة للعمومات والمطلقات الدالة على صحة البيع وغيره من العقود الملكية ولو كان انشاء الملكية بلفظ مجازي . وهذا واضح لا ريب فيه .

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

مدلوله ، وموافقاً لما قصده المشيء من دون أن يتطرق إليه احتمال آخر وهذا مما لا شبهة في صحة الانشاء به .

وقد يكون ظاهراً في مدلوله بحسب الاطلاق مع احتمال أن يراد منه معنى آخر . وهذا كانشاء الزوجية بلفظ يحتمل الدوام والانتقطاع فانه لا يفرق بينهما إلا بذكر الأجل وعدمه ، فاذا أهمله العاقد - في مقام الانشاء - اقتضى اطلاقه ارادة الزوجية الدائمة .

وقد يكون ذلك من الألفاظ الكسائية أو المجازية : والمراد من الكسائية هو استعمال اللفظ في الملزوم للانتقال منه الى لازمه وحيثئذ فيراد منه الملزوم بالارادة الاستعمالية ، كما أنه يراد منه اللازم بالارادة الجدية . أو أن المراد من الكسائية هو استعمال اللفظ في اللازم للانتقال منه الى ملزومه ، وعليه فيراد منه اللازم بالارادة الاستعمالية ، كما أنه يراد منه الملزوم بالارادة الجدية . وعلى كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ في معناه الحقيقي : - أعني به الملزوم أو اللازم - ولكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى آخر .

وعلى هذا الضوء فمثل زيد كثير الرماد أو طويل النجاد أو مهزول الفصيل إنما استعمل في معناه الحقيقي ولكن قصد منه المتكلم سخاء زيد ، أو شجاعته من غير أن يكون استعمال اللفظ فيه مجازاً وهذا واضح كما حقق في محله وإذا عرفت معنى الكسائية والمجاز فاعلم : أنه إن كانت الألفاظ الكسائية أو المجازية ظاهرة في إفادة المطلوب ظهوراً عرفياً فلا شبهة في صحة الانشاء بهما مطلقاً : أي سواء أكان اللازم والملزوم - في الكسائية - متساويين أم لا وسواء أكان المجاز قريباً أم لا . وإن لم يكن لتلك الألفاظ ظهور عرفي في إفادة المقصود ، وإبراز الاعتبار النفساني ، ولم ينطبق عليها شئ من عناوين العقود عرفاً فلا يصح بها الانشاء أصلاً .

ومن هنا تجلي لك : أنه لاوجه للفرق بين المجاز القريب والمجاز البعيد بأن يلزم بصحة الانشاء بالأول ، وبفساده بالثاني . كما أنه لاوجه صحيح لما أفاده المصنف من الالتزام بصحة الانشاء بالألفاظ المجازية إذا كانت محفوفة بالقرينة اللفظية . وبعدم الصحة إذا كانت محفوفة بالقرينة غير اللفظية .

بل العجب منه ( ره ) فانه بعد ما فسر اعتبار الحقائق في العقود باعتبار الدلالة اللفظية الوضعية . وإن كان الدال على الانشاء من الألفاظ المجازية . قال : ( وهذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنته حال ، أو سبق مقال خارج عن العقد ، فان الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين - وإن كان من المجازات القرينية جداً - رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد ، ولذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة ، ولو مع سبق مقال ، أو اقتران حال تدل على إرادة البيع جزماً )

ووجه العجب : أن احتفاف اللفظ بالقرينة غير اللفظية لا يخرج دلالاته على معناه عن الدلالة اللفظية ، بديهية أن الدلالة اللفظية عبارة عن انفعال المعنى من اللفظ ، سواء أكانت حيثية الدلالة مكتسبة من القرائن - لفظية كانت أو غيرها - أم كان اللفظ بنفسه دالاً على المقصود فانه على كلا التقديرين تنسب الدلالة إلى اللفظ ، فتكون الدلالة لفظية .

واليس في الالتزام بصحة ذلك أية منافاة لما بنى عليه من اعتبار اللفظ في صحة العقد ، أو في لزومه . وكيف يقاس ذلك بما إذا كان الانشاء بغير اللفظ ، وكانت القرينة الدالة على إرادة البيع منه هي اللفظ .

نعم يمكن أن يكون مراد المصنف ( ره ) من العبارة المزبورة : أن الفقهاء رضوان الله عليهم قد تسالموا على بطلان الانشاء بلفظ لا يكون ظاهراً في المعنى الذي قصده المنشئ ، بل يعد استعماله فيه عند أهل العرف من

الأغلاط ولكن المنشى يفهم مراده بالقرائن الحالية أو المقابلة فان مثل هذا خارج عن المتفاهم العرفي ، فلا يصدق على المشاء بذلك عنوان العقد ، لمكى يكون مشمولاً للمعومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود ونفوذها .  
وذلك كانشاء الزوجية بمثل ملكت ، وأجرت ، وانشاء التملك بمثل زوجت ، وأبحت ، وأشبه ذلك ، وهذا المعنى وإن كان صحيحاً في نفسه ، إلا أنه بعيد عن سياق عبارة المصنف .

ثم إن الأعبج من ذلك : أنه (ره) قد منع عن جواز الانشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرائن الحالية ، كانشاء البيع بالتملك المشترك بينه وبين الهبة ، مع أنه ليس بمجمل ، ولا مجاز ، ولا كناية ، بديهية أن الظهور العرفي قد تم فيه من جميع الجهات .

وعلى الاجمال : إن الميزان السكلى في صحة إنشاء العقود والايقاعات إنما هو صدق عنوان العقد أو الايقاع على المعنى المبرز بأى مبرز ، وعليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بلفظ دون غيره ، فضلاً عن تخصيصه بلفظ خاص إذ لا دليل على اعتبار الصيغة في العقود والايقاعات على وجه الاطلاق .

نعم قد ادعى الاجماع ( ١ ) على اعتبار اللفظ في النكاح وأوجب هذا الاجماع افتراق النكاح عن غيره من العقود ، حيث يجوز إنشاؤها بكل من القول والفعل ، أما النكاح فلا يجوز إنشاؤه إلا باللفظ . كما أن جملة من

(١) عن الحدائق : اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الايجاب والقبول اللفظيين .

وقال المصنف في كتاب النكاح : اجمع علماء الاسلام - كما صرح به غير واحد - على اعتبار اصل الصيغة في عقد النكاح ، وإن النكاح لا يباح بالإباحة ، ولا بالمعاطاة ، وبذلك يمتاز النكاح عن السفاح ، لأن فيه التراخي ايضاً غالباً .

الروايات (١) قد دلت على اعتبار لفظ خاص في الطلاق .

## بحث في ألفاظ الإيجاب وفي الإنشاء بيعت

قوله : ( إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول : منها لفظ بيعت في الإيجاب ) . أقول : لا شبهة في أن لفظ بيعت وإن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع والشراء ، وأنه مشترك لفظي بينهما - كما صرح به أهل اللغة كافة - إلا أن كثرة استعماله في البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق ، بلا احتياج في ذلك إلى القرائن الحالية أو المقالية ، وعندئذ لا بأس بإنشاء البيع بلفظ بيعت .

وذكر السيد في حاشيته ما هذا لفظه : ( يمكن أن يقال : إنه مشترك معنوي بين البيع والشراء . . . فيكون بمعنى التمليك بالعوض أعم من التصريح كما في البيع ، أو الضمني كما في الشراء ) . ويتوجه عليه : ما ذكرناه آنفاً من أن لفظ بيعت من الأضداد ، وأنه مشترك لفظي ، وليس بمشترك معنوي .

أضف إليه : أن التمليك الضمني خارج عن حدود البيع ، وقد عرفته في البحث عن تعريف البيع .

## هل يجوز إنشاء البيع بشرية

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

(١) المروية في الوافي ج ١٢ باب ١٦١ . ص ١٥٥ !

(٢) في القاموس وغيره . شراء ويشريه : ملكه بالبيع وباعه كاشترأ وماضدان .



القرآن الكريم ، الا في البيع ، وهو كذلك كما يظهر لمن راجع القرآن العظيم مراجعة تامة .

ثم إن المصنف مع اعترافه بما ذكرناه ناقش في جواز الانشاء بلفظ شريت ، وقال : ( ربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفاً في البيع ، وكونه محتاجاً إلى القرينة المعينة ، وعدم نقل الايجاب به في الأخبار ، وكلام القدماء ولا يخلو عن وجه ) .

وتدفع هذه المناقشة 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 العرفية على خلاف الاستعمالات القرآنية .

ولو سلمنا ذلك ولكن لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفية على الاستعمالات القرآنية . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

## هل يجوز انشاء البيع بملكك

قوله : ( ومنها لفظ ملكك بالتشديد ) . أقول : لا ريب في صحة وقوع البيع بكلمة ملكك مشددة ، بل استظهر المصنف من نكت الارشاد الاتفاق على ذلك ، بل الظاهر أن مفهوم التملك بالعوض يتحد مع مفهوم البيع ، وإنما الفرق بينهما بالبساطة والتركيب ، وبالأجمال والتفصيل ، حيث إن لفظ البيع ببساطته يدل على تبديل مال بمال ، ولفظة التملك بالعوض تدل مركبة على ذلك .

كما أن لفظ الانسان يدل على الجنس والفصل دلالة إجمالية ، ولفظ الحيوان والناطق يدلان عليهما دلالة تفصيلية .

وعلى هذا الضوء نقول المنشئ بعث هذا بهذا تصريح بمصدق العوض - الذى كان مكنونا فى لفظ بعث - لا أنه قيد زائد مذكور فى الصيغة .

وقد يتوهم أن لفظ التملك مشترك معنوى بين البيع والهبة ، ومن الواضح أنه لا يصح الانشاء بالألفاظ المشتركة معنى .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهية أن التملك المطلق وإن كان جامعا بينهما ، إلا أن تقييده بالعوض يقطع الاشتراك ، ويخصه بالبيع فقط ، لأن حقيقة الهبة متقومة بالتملك المجانى ، وإنما يؤخذ فيها العوض بعنوان الاشتراط . ومن الضرورى أنه لم يدل دليل على بطلان انشاء البيع بالألفاظ المشتركة معنى ، مع قيام القرينة على التعيين .

ومن هنا قيل : إن ايجاب البيع بكلمة ملكت بالعوض أصرح من ايجابه بكلمة بعث ، ضرورة أن البيع موضوع للنقل بالعوض ، وحينئذ فى مقام الانشاء بلفظ بعث لا بد من تجريده من العوض لئلا يكون ذكر العوض تكراراً ، أو يتكلف بمجمله تفصيلاً لما اجمل فى مفهوم البيع .

وعلى هذا فلا وجه لما ذكره بعض مشائخنا المحققين ، وحاصل كلامه : أن التملك له حصص كثيرة :

١ - تملك عين بعوض . ويسمى هذا بيهما .

٢ - تملك منفعة بعوض . ويسمى هذا اجارة .

٣ - التملك المجانى . ويسمى هذا هبة .

ومن البين أن لفظ البيع إنما وضع لخصه من طبيعى التملك الذى يتخصص بتعلقه بالعين بمقابلة شئ . لا أنه موضوع لمجموع التملك بالعوض بحيث يكون قيد العوض مأخوذاً فى مفهوم البيع . انتهى ملخص كلامه . ثم قال المصنف نصاً : ( قد عرفت سابقاً أن تعريف البيع بذلك

تعريف بمفهومه الحقيقي ، فلو أراد منه الهبة المعوضة ، أو قصد المصالحة  
 بنى صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره مع النية . ويشهد لما ذكرنا قول  
 نجر الدين - في شرح الارشاد - : ان معنى بعث في لغة العرب ملكت غيرى )  
 وناقش فيه السيد ، واليك نصه : ( لا فرق بين الهبة المجانية والمعوضة  
 في كونهما من التملك حقيقة ، وانما الفرق ذكر العوض وعدمه ، فدعوى  
 أن استعماله في خصوص الهبة المعوضة مبنى على صحة عقد بلفظ غيره ، كما  
 ترى . نعم في المصالحة يمكن أن يقال بالابتناء المذكور ، لعدم دلالة لفظ  
 ملكت على معنى المسالمة المعتبرة في حقيقة الصلح فتدبر ) .

ولكن الظاهر : أن السيد لم يصل الى غرض المصنف فان الظاهر أن مراده -  
 من كلامه المتقدم - : أن مفهوم التملك بالعوض يساوق مفهوم البيع وعليه فاذا  
 أنشئت به الهبة - التي هي متقومة بالتمليك المجاني - توقفت صحتها على جواز  
 إنشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها ، وكذلك الكلام في انشاء البيع بصيغة وهبت  
 والذي يدل على أن مراد المصنف هو ما ذكرناه : ما ذكره  
 قبل عبارته المتقدمة ، وهذا نصه : ( وما قيل من أن التملك يستعمل في  
 الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها . فيه : أن الهبة انما يفهم من تجريد  
 اللفظ عن العوض ، لا من مادة التملك ، فهي مشتركة معنى بين ما يتضمن  
 المقابلة ، وبين المجرد عنها ، فان اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع  
 المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيوع ، وان تجرد عن ذكر العوض اقتضى  
 تجريده الملكية المجانية ) . ثم ساق العبارة المتقدمة :

وعلى هذا فشان انشاء الهبة بصيغة ملكت بالعوض شأن انشاء العقود  
 المعاوضة بل غيرها بصيغة سالمت ، أو صالحت ، وبالعكس ، لأن مفهوم الصلح  
 وإن كان يتفق مع العقود المعاوضة وغيرها ، الا أن صدق مفهوم الصلح عليها

من قبيل صدق الكلى على مصاديقه .

ومن المعلوم أنه لا يمكن انشاء مفهوم الصلح : - أعنى به التسالم على أمر - إلا بلفظ سالت ، أو صالحت ، لا بلفظ البيع ، ولا التملك . ولا الشراء ، ولا شبهها ، بديهية أن المنشأ بهذه الألفاظ ليس عنوان المصالحة والمسالمة .

نعم توجد حقيقة المسالمة ومصادقها عند تحقق أى عقد من العقود ، كما أن عناوين سائر العقود لا تنشأ إلا بألفاظها ، لا بألفاظ أخرى ، إلا على القول بجواز انشاء العقود بغير ألفاظ عناوينها .

## هل يجوز انشاء البيع باشتريت

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

وقد استظهره المصنف من عبارة كل من عطف على بعث وملك لفظ شبههما ، أو لفظ ما يقوم مقامهما ، بدعوى أن المعطوف يعم شريت واشتريت كليهما ، بديهية أن إرادة خصوص شريت من المعطوف المزبور بعيد جداً ، كما أن إرادة 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 الاشتراء في البيع في قوله ( تعالى ) : **بئسما اشتروا به أنفسهم أن يكفروا بما أنزل الله (١)** .

بدعوى : أن البيع والشراء إزالة الملك إلى غيره بعوض ويتناضه منه ، ثم استعمل ذلك في كل معترض من عمله عوضاً . سواء أكان ذلك العوض خيراً . أم كان شراً .

وعليه فاليهود لما أربقوا أنفسهم وأهلكوها بكفرهم بمحمد (ص) سبغ الله تعالى عليهم الذم والتوبيخ ، وقال : **بئسما اشتروا به أنفسهم : أى بئس شيئاً باعوا به أنفسهم ، ورضوا به عوضاً عن أنفسهم ، حيث أنقروا في المهلكة الأبدية ، والعذاب الدائم .**

وتندفع هذه المناقشة : بأن الأزرار والتوبيخ - في الآية الكريمة - ليس على كل واحد من اليهود ، مع قطع النظر عن غيره ، لئكى يتوهم : أنه لا معنى لنسبة الاشتراء اليهم إلا بارادة البيع ، وأن كل فرد منهم قد باع نفسه بالكفر والزندقة والالحاد .

بل الأزرار والتوبيخ راجع إلى جميعهم بلحاظ معاملة بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع آخر منهم بئس بئس ، فصار كل واحد منهم بائعاً من جهة ، ومشترياً من جهة أخرى . وحين ذاك فلا دلالة في الآية الكريمة على إرادة البيع من الاشتراء بل يمكن أن يراد من لفظ الاشتراء فيها معناه المتعارف . وتوضيح ذلك إجمالاً : أن عوام اليهود قد عرفوا علماءهم بالكذب الصريح ، وأكل الحرام ، وتغيير الأحكام وتحريفها عن وجهها بأرائهم المرجفة ، وأهوائهم الفاسدة ، وأفكارهم المضلة .

وعرفوهم بالأقوال الكاذبة ، والأعمال الخبيثة ، والبضاعة الزهيدة

(١) سورة البقرة ٢ ، الآية : ٩٠ .

وعرفوهم بالتمصب الشديد ، والتغالب والتكباب على حطام الدنيا  
وزخرفها ، وبالجرأة على هتك حرمة الله وعرفوهم بغير ذلك من  
الصفات الخبيثة ، والاخلاق الرذيلة .

ومع ذلك فوضوا اليهم دينهم ، وأخذوا منهم أحكامهم ونبذوا الحق  
وراء ظهورهم . وليس عملهم هذا إلا أن هؤلاء العوام من اليهود قد باعوا  
أنفسهم من علمائهم بما ينالونه منهم من التحابب والتوادد ، والتمشى  
معهم حسب ميولهم وأهوائهم ، والزلفة اليهم وإلى شياطينهم .

أما علماءهم فقد تجلى لهم الحق ، واتضح لهم بنوة محمد ( ص ) ،  
ومع ذلك باعوا أنفسهم من عوامهم بما ينالونه منهم من التعظيم والاکرام ،  
وحفظ كياناتهم وزعامتهم ، ورتاستهم ، فعاندوا الحق ، وجحدوه .

وإذن فأصبح اليهود قد أقاموا السوق السوداء ، وأنفقوا عليها من  
دينهم وأنفسهم وأموالهم ، حتى احتشدت فيها البضائع الزائفة ، ووضعت  
فيها الأراجيف التي شوهدت وجه التاريخ ، ففي هذه السوق السوداء قد اشترى  
عوامهم أنفسهم علمائهم بثمان بخس . واشترى علماءهم أنفسهم عوامهم بعوض  
زهيد . وإذن فلفظ ( اشترى ) لم يستعمل - في الآية الكريمة - إلا في معنى  
الابتیاع فقط .

وذكر شيخنا الاستاذ : أن الاشتراء من الافتعال ، ومن الواضح  
أن باب الافتعال إنما هو للقبول والمطاوعة ، وعليه فلا يناسب استعماله في  
الایجاب ، 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 ومحادثاتهم .

ويرد عليه : أن الاشتراء وإن كان من الافتعال ، وقد اخذ فيه

مفهوم المطاوعة . ولكن هذه المطاوعة ليست مطاوعة لفعل غيره بل المراد من ذلك انما هو مطاوعة الذات للمبدء . سواء أكان المبدء صادراً من نفس الذات - كالاتجار والاكتساب والاحتطاب - أم كان صادراً من شخص آخر كالاتباع والاتباع وأشبه ذلك .

وعلى هذا فلفظ اشترت ان ذكر في الايجاب فتتخذ الذات المبدء من نفسه ، ويدل على تملك البائع ماله لغيره بعوض معلوم . وان ذكر في القبول فتتخذ الذات المبدء من غيره ، ويدل على تملك مال غيره بعوض معلوم فيصير بذلك مصداقاً للقبول الحقيقي .

وعليه فايجاب البيع بلفظ اشترت مناسب لمفهومه اللغوي لاستعماله فيه لغة (١) بلا احتياج الى ابتناء ذلك على كونه من الأضداد ، كما توهم . ودعوى : أنه لا يجوز انشاء الايجاب به لعدم تعارفه بين الناس دعوى جزافية ، لأن مجرد عدم تعارف الانشاء به لا يمنع عن ذلك ، بعد صحة استعماله في البيع لغة .

ثم إنه اذا جاز الانشاء بلفظ اشترت فما هو المائز بين استعماله في الايجاب وبين استعماله في القبول .

قال المصنف : ان (دفع الاشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجاباً إما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول ، وإما الغلبة ذلك غير صحيح ، لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه ) .

ويتوجه عليه : ما ذكرناه سابقاً من صحة الانشاء بكل ما يصح أن

(١) في القاموس : كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه . ومنه اشتروا

الضلالة بالهدى .

ان يكون مبرزاً لما في النفس من الاعتبار وان كانت مبرزيته بما يقترن به من القرائن الحالية أو المقالية .

نعم ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ الصريح في صحة الانشاء ولكن المتيقن منه - على تقدير تسليمه - إنما هو اعتبار الصراحة في اللفظ لأجل دلالاته على تعيين عقد خاص ، وتميزه عما عداه من العقود ، لا من حيث تميز ايجاب كل عقد عن قبوله .

## ما هي ألفاظ القبول ؟

قوله : ( وأما القبول الخ ) . أقول : لا شبهة في جواز القبول بلفظ قبلت ورضيت وتملكت وملكت مخففاً واشتريت وابتعت وشريت . ولا يضر الاشتراك اللفظي في بعض هذه الألفاظ مع قيام القرينة المقالية أو الحالية على تعيين المراد . وهذا واضح لا خفاء فيه . وأما أمضيت وأنفذت وأجزت فذكر المصنف فيها وجهين ولم يرجح أحدهما .

وذكر شيخنا المحقق : أن جواز القبول بهذه الألفاظ مبني على جواز العقد بالكسايات بدعوى : ( أن عنوان الامضاء والاجازة والانفاذ لا يتعلق إلا بما له مضي وجواز ونفوذ . وما يترقب منه ذلك هو السبب التام ، وهو العقد لتقوم السبب المترقب منه التأثير في الملكية بالايجاب والقبول معاً ، فلا معنى للتسبب بقوله أمضيت وأجزت وأنفذت إلا في مثل العقد الفضولي ، لا بالاضافة إلى الايجاب فقط إلا بنحو الكساية ) .

ويرد عليه : أن المعاملة الفضولية والايجاب الساذج سيان في عدم تأثيرهما في المنشأ مع قطع النظر عن الامضاء والاجازة والانفاذ ، فهما لیسة التأثير فيهما تتوقف على تحقق الاجازة والقبول فكما لا مانع من تسميم العقد



القبولى وإضافته إلى نفسه بالألفاظ المذكورة كذلك لا مانع من قبول الإيجاب بها . وعليه فيكون مضى العقد ونفوذه بنفس أمضيت وأنفذت وأجزت في كلا المقامين . غاية الأمر أن دلالتها على الرضاء بالعقد القبولى وبالإيجاب كليهما بالالتزام ، لأن لازم إمضاء العقد أو الإيجاب ، وإنفاذه وإجازته هو الرضاء به وهذا لا محذور فيه مع قيام القرينة عليه .

قوله : ( أما بعث فلم ينقل إلا من الجامع ( لابن سعيد ) ) . أقول المحكى عن جماعة من أهل اللغة هو اشتراك لفظ بعث بين البيع والشراء ، ومن هنا ذكر في المصباح : أن البيع في الأصل مبادلة مال بمال ، وعليه فلا محذور في استعماله في القبول ، غاية الأمر : أنه يتمر بينهما بالقرائن الحالية أو المقالية ، كما أن الأمر كذلك في اشترت ، وشريت .

ولو سلنا اختصاصه بالإيجاب - ولو بالوضع التعبني لكثرة استعماله فيه - لكان استعماله في القبول مجازاً ، ومن الواضح أنه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازية في القبول ، كما لا مانع عن استعمالها في الإيجاب .

نعم إذا كان الاستعمال على نحو يعد في نظر أهل العرف من الأغلاط - وإن كان صحيحاً بحسب القواعد العربية - لم يجز استعماله في مقام الانشاء سواء فيه الإيجاب والقبول . وقد تقدمت الإشارة إلى جميع ذلك فيما سبق . ومع الإغضاء عن ذلك : أنه لم يرد في آية ، ولا في رواية ، ولم يذكر في معقد اجماع لزوم توقف العقد على القبول ، لكن يباحث في كيفية ذلك ، بل المتحصل من كلمات أهل اللغة . والمتفاهم من محاورات أهل العرف ومحادثاتهم هو أنه لا يتحقق عنوان العقد ولا التجارة عن تراض إلا بين شخصين ، من غير نظر إلى اعتبار خصوصية خاصة في الصيغة والمبرز .

وعليه فلو أوجد المتعاملان معاملة في الخارج بصيغة بعث - بأن تكلم

كل منهما بهذه الصيغة فى مقام الأناشاء - كان ذلك مشمولاً لما دل على صحة العقود ، ونفوذها من العمومات والمطلقات، اذ يصدق على المنشأ بذلك عنوان العقد ، وعنوان التجارة عن تراض بالحمل الشايع ، فيحكم بصحته ولزومه وقد ذكرنا فى مبحث المعاطاة أنه اذ وقعت معاملة فى الخارج ، ولم يتميز فيها الموجب عن القابل حكم بكونها معاوضة مستقلة صحيحة ، لآية التجارة عن تراض (١) وإن لم تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة. وهذا واضح لاستار عليه . وعلى الجملة : إن الحجر الأساسى ، والركن الرصين - فى تحقق عناوين العقود والايقاعات ، وترتب الآثار عليها فى الخارج - إنما هو اعتبارها فى صقع النفس ، وإظهارها بمظهر خارجى ، ولا شبهة فى أن هذا يصدق عليه عنوان العقد أو الايقاع بالحمل الشايع. فىكون مشمولاً لما دل على صحة العقود ولزومها . وبعد هذا لا يهمننا البحث عن الصغريات . فأما الزبد فىذهب جفاء . وأما ما ينفع الناس فىمكث فى الأرض .

## الاختلاف فى تعيين الموجب والقابل

ثم إن المصنف قد ذكر هنا فرعا ، والىك نصه بلفظه : ( لو أوقعا العقد بالآلفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول ، ثم اختلفا فى تعيين الموجب والقابل - إما بناء على جواز تقديم القبول، وإما من جهة اختلافهما فى المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف ، ثم عدم ترتب الآثار المختصة بكل من البيع والشراء على واحد منهما ) .

ويرد عليه : أنه لا وجه لاحتال التحالف فى المقام ، ضرورة أن التحالف إنما يستقر فيما إذا ثبت لكل من عنوان البائع وعنوان المشتري

(١) سورة النساء ٤ الآية : ٣٣ .

أثر خاص ، وحكم مخصوص . ومن البديهي أنه لا يترتب أثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع ، بل الأثر البارز إما يترتب على كلا العنوانين - كخيار المجلس - وإما يترتب على عنوان المشتري فقط - كخيار الحيوان - فانه - على المشهور - مختص بالمشتري .

وعندئذ يقع النزاع في ثبوت ذلك الأثر لأى منهما من حيث كونه مشترياً ، وعليه فيتوجه الحلف على منكر الخيار فقط . نعم قد يترتب بعض الآثار النادرة على خصوص عنوان البائع ، ولما لا يصح معه القول بالتحالف وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

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

والجواب عن ذلك : أن الأثر المزبور كما يترتب على عنوان البائع ، كذلك يترتب على عنوان المشتري أيضاً . فيحكم بكون ضمان المثمن والمثمن كليهما - مع التلف قبل القبض - على كل من البائع والمشتري .

وهذا التعميم ليس من ناحية أن لفظ المبيع - الذى ذكر في النبوى الآتى - يصدق على كل من العوض والمعوض .

ولا من ناحية إلغاء الخصوصية من اللفظ المزبور ، لأجل مناسبة الحكم والموضوع .

ولا من ناحية قوله ( ع ) - فى رواية عقبة بن خالد الآتية - : ( فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه ) . بناء على أن الضمير المجرور - فى كلمة لحقه - يرجع إلى البائع .

إذ لا يرجع شيء من هذه الوجوه إلى معنى محصل ، ضرورة أن

الروايتين ضعيفتا السند . وعنوان المبيع لا يصدق على الثمن . والضمير  
المجرور لا يرجع إلى البائع . ولا أقل من الاجمال .  
بل النعميم إنما هو من ناحية السيرة القطعية ، وتحقيق المقام على وجه  
الاجمال : أنه قد استدل على كون تلك المبيع قبل قبضه من مال بائعه  
بوجوه شتى :

١ - الاجماع على ذلك ، كما عن السرائر وكشف الرموز وجامع المقاصد  
والروضة . وعن التذكرة في باب القبض أنه لا خلاف عندنا في أن الضمان  
على البائع قبل القبض مطلقا ، فلو تلف حينئذ انفسخ العقد وسقط الثمن .  
ويرد عليه: أن المدرك في حجية الاجماع إنما هو القطع برأى الامام (ع)  
ومن الظاهر أن منشأ القطع به إما العلم بدخوله بنفسه في المجمعين . وهو غير  
معلوم . أو قاعدة اللطف ، وهي غير ثابتة في محلها ، أو الحدس القطعي ،  
وهو مقطوع العدم في هذه المسألة ، وإذن فلا إجماع تعبدى في المقام لكي  
يكون كاشفاً عن رأى المعصوم (ع) . ونحتمل قريباً أن مستند المجمعين  
- هنا - هو الوجوه الآتية .

٢ - ما عن عوالي اللئالى عن النبي (ص) : أنه قال : كل مبيع تلف  
قبل قبضه فهو من مال بائعه (١) .

ويتوجه عليه : أن الحديث المذكور ، وإن كان يدل على المقصود  
دلالة واضحة ، إلا أنه لم يذكر في كتب الشيعة الا مرسلاً . وقد ذكرنا  
مراراً عديدة : أن الأحاديث المرسلة ليست بحجة .

ودعوى : أن ضعفه منجبر بعمل الأصحاب دعوى جزافية بداهة أن  
عملهم برواية ضعيفة لا يجبر ضعفها ، كما أن اعراضهم عن العمل برواية

(١) المروي في المستدرك ج ٢ باب ٩ من أبواب الخيار ص ٤٧٣ .

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

٣- رواية عقبة بن مالك (١) فانها ظاهرة في أن التلف قبل القبض من

مال بائنه

ولكن هذه الرواية وإن كانت ظاهرة في المقصود ، إلا أنها ضعيفة السند ، وغير منجزة بعمل المشهور ، لا صغرى ، ولا كبرى ، وهذا واضح لا ريب فيه .

والتحقيق أن الحكم المزبور قد ثبت بالسيرة القطعية ، لأن بناء العقلاء والمنشعة قائم على أن التسليم والتسلم من متمات الملكية المترتبة على البيع بحيث إن العقلاء لا يرون حصول الملكية التامة قبل القبض والاقباض . بل يرون أن الحاصل قبلهما إنما هو الملكية الناقصة ، ومن هنا يعبر عن البيع كثيراً بالأخذ والاعطاء .

ولا نقول بكون القبض والاقباض من شرائط حصول الملكية في مطلق البيع ، لكي لا يفرق في ذلك بين الصرف والسلم ، وبين بقية البيوع بل أقول : إن الإيجاب قد أثر في الملكية الناقصة المحدودة بالانقضاء بالتلف ، كما أنها محدودة بالفسخ - في البيع الخيارى - وإنما تصير هذه الملكية

(١) عن الصادق (ع) في رجل اشترى متاعاً من رجل ، وأوجه له ، غير أنه ترك المتاع عنده ، ولم يقبضه وقال : آتيتك غداً إن شاء الله فسرقت المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع - الذي هو في بيته - حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه مجهولة بمحمد بن عبد الله بن هلال . وبعقبة بن خالد . الكافي ج ٥ باب الشرط والخيار في البيع من كتاب المعيشة ص ١٧١ . والوافي ج ١٠ ص ٦٩ .

مطلقة وتامة - من جميع الجهات في نظر العقلاء ، ولا تنفسخ بالتلف السماوى -  
القبض - الاقباض .

ولاريب : أن هذه السيرة كما أنها جارية في ناحية المبيع . كذلك  
أنها جارية في ناحية الثمن أيضاً - حذو النعل بالنعل والقذة بالقذة . وإذن  
فالحكم بأن التلف قبل القبض من مال مالكة لا يختص بالبائع ، بل يعم المشتري  
أيضاً ، فالمتحصل أنا لا نعقل وجهاً صحيحاً لدعوى التحالف في المقام .

نعم يمكن أن يقال : إن ذكر المصنف هنا احتمال التحالف مبني على  
المسألة المعروفة في كتاب القضاء من أن المناط في تعيين المدعى والمنكر هل هو  
متعلق الدعوى ابتداءً أم المناط فيه هو الغاية المترتبة على الدعوى .

ومثال ذلك : أنه إذا تلف مال عمرو عند زيد ، وادعى زيده أنه كان  
عارية - فلا ضمان فيه - وادعى عمرو أنه كان قرصاً - فلا بد من أداء عوضه -  
كان هذا من قبيل التداعى على المناط الأول ، ومن قبيل المدعى والمنكر على  
المناط الثانى . وحيث أن وضع اليد على مال غيره موجب للضمان إلا في موارد  
الأمانات الشرعية أو المالكية ، فلا بد لمدعى العارية من إثبات مدعاه .

وعلى هذا الضوء فإذا كان مصب الدعوى - فيما نحن فيه - هو عنوان  
البائع ، وعنوان المشتري كان المورد من صغريات التداعى . فيتعين التحالف  
وإذا كان مصب الدعوى هو الغاية المترتبة على الدعوى كان المورد من صغريات  
المدعى والمنكر ، وعليه فيتوجه الحلف على المنكر . ولعل المصنف حيث  
لم يتضح في نظره ترجيح إحدى الناحيتين على الناحية الأخرى فاكتمى - في  
المقام - بذكر احتمال التحالف ، والله العالم .

## بحث في هيئة الصيغة

وعدم اعتبار العربية فيها

الجهة الثانية في هيئة الصيغة ، قد ذكر المصنف رضوان الله عليه :  
أن ( المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقداد والمحقق والشهيد  
الثانيان اعتبار العربية في العقد ) .

أقول : ذهب جمع كثير من أعظم الأصحاب رضوان الله عليهم إلى  
اعتبار العربية في صيغ العقود لوجوه شتى :

١ - التأسى والافتداء بالنبي ( ص ) ضرورة أنه ( ص ) كان ينشئ  
العقود والايقاعات بالألفاظ العربية ، ومن الواضح أن فعله حجة ، كما أن  
قوله وتقريره حجتان .

والجواب عنه : أن النبي ( ص ) وإن كان قادراً على إنشاء العقود  
والايقاعات بأى لفظ ، وبأية لغة ، إلا أن قومه كانوا عربى اللسان ، ولم  
يكونوا عارفين بسائر اللغات غالباً . وحينئذ فعدم صدور الانشاءات العربية  
منه ( ص ) بغير اللغة العربية إنما هو لعدم ابتلائه بذلك . كعدم ابتلائه بذلك  
- غالباً - فى سائر محاوراته ومحادثاته ، وعليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز  
الانشاء بغير اللغة العربية .

والذى يدل على صدق مقالنا : أنه لو كانت العربية معتبرة فى صحة  
الانشاء لظهر لنا ذلك ، وبان ، بل صار بديهياً كالشمس فى كبد السماء ،  
لكثرة ابتلاء الناس بذلك ، بل كان من الوظائف اللازمة على كل متدين بدين  
الاسلام أن يتعلم الصيغ العربية للعقود والايقاعات ، كما أنه يجب على كل  
مسلم أن يتعلم ما يبتليه من الأحكام الشرعية . ومن الواضح أنه لم يذكر ذلك

في شيء من الأدلة الشرعية .

نعم يجب التأمي بالنبي ( ص ) في فعله الصادر منه على سبيل المولوية والتشريع إلا أنه بعيد عن مورد بحثنا .

٢ - أن عدم صحة الانشاء بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق أولى .

ويرد عليه . أن دعوى الأولوية في المقام ممنوعة ، إذ لا صلة بين المقامين بوجه . على أنه لا دليل على اعتبار الماضي في العقود . وستعرفه قريباً

٣ - أن مفهوم العقد لا يتحقق في الخارج إلا بالانشاء بالألفاظ العربية وعليه فالانشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعاً

والجواب عن ذلك أن العربية غير معتبرة في مفهوم العقد بوجه ، وليس عليه دليل عقلي ، ولا نقلي ، ولا شاهد عليه من العرف واللغة . بل كل ذلك يساعد على صدق مفهوم العقد على المنشأ بغير الألفاظ العربية ، فيكون مشمولاً للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها .

والسر في ذلك ما ذكرناه مراراً من أن حقيقة كل أمر انشائي - من الأوامر والنواهي . والعقود والایقاعات - متقومة بالاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي ، سواء أكان ذلك المظهر فعلاً من الأفعال الجوارحية أم كان قولاً وسواء أكان القول عربياً ، أم كان غير عربي وإذن فلا وجه لتخصيص المظهر بالقول ، فضلاً عن تخصيصه بحصة خاصة منه . وعليه فيصح الانشاء بالألفاظ غير العربية .

نعم لو أغمضنا عن العمومات والمطلقات لحكمتنا بفساد كل عقد نشك في صحته وفساده - ولو كان ذلك من ناحية الشك في اعتبار العربية فيه - إلا أن هذا فرض محض لا واقعية له . لما ذكرناه قريباً من أن المنشأ بغير الألفاظ



العربية عمدة بالحمل الشائع فتشمله العمومات والمطلقات .  
وحينئذ فليس لك أن ترجع إلى أصالة الفساد في العقود ، لأن موردها  
إنما هو العقد الذي يشك في صحته وفساده من غير أن يكون مشمولاً لأدلة  
الامضاء وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ثم إذا قلنا باعتبار العربية في الصيغة وجب اعتبارها في جميع ما هو  
دخيل في حقيقة الصيغة وما هيتهما ، وهذا واضح .

نعم لا بأس بذكر الشروط - التي اعتبرت في العقود - بغير الألفاظ  
العربية ، لأنها غير معتبرة ، في ماهية العقود وحقيقتها ، كما أنه لا بأس بذكر  
متعلقات الصيغة - من العوض وغيره - بغير الألفاظ العربية ، لأن ذكر تلك  
المتعلقات ، وحذفها - مع قيام القرينة على الحذف - سيان ، ومن البديهي أنه  
إذا لم يضر حذفه بصحة العقد لم يضر ذكره بها أيضاً .

فكما لا بأس بقول القائل : بعث ، أو قبلت من دون ذكر الثمن أو  
المثمن ، كذلك لا بأس بقوله : بعث ( ابن كساب رابده درهم ) ولا نجتنب  
أن يكون ذكر اللفظ غير العربي مخلاً بصحة العقد .

ويؤيد ما ذكرناه ما عن العلاء من أنه قال : قلت لابي عبد الله ( ع )  
الرجل يريد أن يبيع يبعاً فيقول : أبيعك بده دوازده ؟ فقال : لا بأس  
إنما هذه المراوضة ، فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة ( ١ ) .

وقد اتضح لك بما حققناه حكم العربي الملحون من حيث المادة أو الهيئة  
أو الاعراب ، فانه لا يصح الانشاء بذلك بناء على أن الوجه في اعتبار  
العربية في العقود هو كون العربي الصحيح متيقناً من أسباب النقل والانتقال  
واليه أشار المصنف بقوله : ( الأقوى ذلك ، بناء على أن دليل اعتبار

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

العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من أسباب النقل) . وعليه فلا وجه لما ذكره السيد من أن ( المتعين خلافه - : أى خلاف ما أفاده المصنف .. ما لم يتغير المعنى على وجه يخرج عن حقيقته ) .  
ولكن الذى يسهل الخطب هو ما يبينه مراراً من جواز الإنشاء بكل ما هو قابل لابرز الاعتبار النفساني ما لم يدل دليل خاص على خلافه .  
ووقتئذ لا بد من التفصيل فى الملحون بين ما يعد غلطاً فى نظر أهل العرف - كلفظ بعت بدل بعث - وبين ما لا يعد غلطاً فى نظرهم وإن كان غلطاً بحسب القواعد العربية - كاللغات الدارجة - فانه يصح الإنشاء بالثاني ، لكونه صالحاً لابرز الاعتبار النفساني دون الأول . إلا أن الاحتياط يقتضى إنشاء العقود بالألفاظ العربية الصحيحة .

## هل يعتبر علم المتكلم بمعنى الصيغة؟

قوله : ( هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ ) أقول: ظاهر كلام المصنف : أن اعتبار علم المتكلم بمعنى اللفظ تفصيلاً متفرع على اعتبار العربية فى الصيغة . ومن هنا قال فى وجه ذلك : ( لأن عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام ، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب ، فلا يقال : إنه تكلم وأدى المطلب على طبق لسان العرب إلا إذا ميز بين معنى بعت وأبيع ، وأوجدت البيع وغيرها ) .

والتحقيق : أن اعتبار الشرط المذكور - فى الصيغة - لا يتفرع على اعتبار العربية فيها ، بل إنما هو من ناحية أخرى التى ستوضح لك قريباً .  
وتفصيل الكلام فى المقام : أن الجهل بمضمون الصيغة على قسمين :  
١ - أن يلتفت المنشئ إجمالاً الى معنى الصيغة ولكن لا يلتفت تفصيلاً

إلى وقوع أى جزء منها بازاء أى جزء من معناها ، كما يتفق ذلك غالباً في غير العارف باللغة العربية ، فانه يلتفت إجمالاً إلى معنى جملة خاصة عربية ، إلا أنه لا يلتفت إلى كيفية الدلالة فيها . ومقابلة أى جزء من تلك الجملة بأى جزء من معناها .

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

أما القسم الأول فالظاهر هو جواز الانشاء به ، لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغة على النهج المذكور ، بل اعتبار العلم بذلك مقطوع العدم ، لقيام السيرة القطعية على خلافه ، إذ لا يطلع على خصوصيات الصيغة على النحو المزبور إلا الأفاضل والعلماء ، بل ربما يوجد بعض الألفاظ لا يلتفت إلى كيفية دلالتة على معناه إلا الأوحى من الناس ، مثل كلمة ( بي هوده ) فان كثيراً من الناس يتخيل أنها كلمة واحدة فارسية ، مع أن لفظة ( بي ) نافية ، ولفظة ( هوده ) بمعنى الفائدة ، فقد ضمت إحداهما إلى الأخرى فصارت كلمة واحدة .

أما عوام الناس - حتى العارفين باللغات - فلا يلتفتون إلى خصوصياتها على الكيفية المتقدمة ، ومع ذلك ينشؤون بها العقود والايقاعات ، ولا ريب أن هذا متعارف بينهم قديماً وحديثاً ، ولم يثبت عنه ردع في الشريعة المقدسة والالظهر وبان ، وصار من الامور الواضحة ، ضرورة ابتلاء الناس بالمعاملات أكثر من ابتلائهم بالعبادات الضرورية التي اتضح حكمها في الشريعة المقدسة كالصوم والصلاة والحج وأمثالها .

أما القسم الثاني فلا يصح الانشاء به جزماً ، فان شأنه في نظر المنشئ

شأن استعمال كلمة أكلت وشربت وضربت مكان بعث ، فكما لا يصح الانشاء بتلك الألفاظ ، كذلك لا يصح الانشاء بما يكون المنشئ جاهلاً بمضمونه رأساً

## هل تعتبر الماضوية في الإيجاب والقبول؟

قوله : ( المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية ، بل في التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك ، أو اشتري مني ) . أقول : اشتراط الماضوية في الإيجاب والقبول محكى عن الوسيلة والشرايع والارشاد وشرحه لفخر الاسلام والدروس والتنقيح والمسالك ، وعن جمع آخر .

بل قال في التذكرة : الثاني - . أى من شروط الإيجاب والقبول - الاتيان بهما بلفظ الماضي ، فلو قال : أبيعك أو اشتري لم يقع اجماعاً ، لانصرافه الى الوعد . ولو تقدم القبول بلفظ الطلب ، بأن قال : بمعنى بدل قوله : اشتريت فقال البائع : بعثك لم يتعقد . . . لأنه ليس صريحاً في الإيجاب ، فقد يقصد أن يعرف أن البائع هل يرغب في البيع . . . نعم لو قال المشتري بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت صح اجماعاً . ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول أتبيعني؟ فيقول : بعثك لم يصح اجماعاً لأنه ليس بقبول ولا استدعاء انتهى كلامه ووجهه بمضمون بأن الانشاء بغير الماضي خارج عن العقود المتعارفة فلا تشملها العمومات .

وبأن الماضي صريح في الانشاء بخلاف غيره من الأمر والمضارع ، فإن الأول استدعاء . والثاني أشبه شيء بالوعد .

والتحقيق : ما عن الكامل والمهذب . من جواز الانشاء بالمضارع والأمر ، لأنه يصدق عنوان العقد على المنشأ بهما فيكون مشمولاً للعمومات

وتوهم : أن المضارع والأمر ليسا بصريحين في الانشاء ، توهم فاسد إذ لو أريد من ذلك عدم صراحتهما في الانشاء - ولو بالقرائن الحالية أو المقابلة - فهو جار في الماضي أيضاً ، لأنه ليس بصريح في الانشاء ، ضرورة أنه يستعمل تارة في الاخبار ، وأخرى في الانشاء ، وعليه فلا يكون صريحاً في الثاني ، بل هو وغيره سيان في عدم الدلالة على الانشاء صريحاً بحسب الوضع الأولي .

ولو أريد من ذلك عدم صراحتهما في الانشاء حتى مع اقتراهما بالقرائن فهو ممنوع جزماً .

نعم لا شبهة في أن العقود والایقاعات تنشأ بالماضي غالباً ، إلا أن مجرد هذا لا يوجب عدم صحة الايجاب والقبول بغير الماضي ، وهذا واضح لا شبهة فيه .

ودعوى الاجماع على عدم جواز الانشاء بالمضارع والأمر ، دعوى جزافية . لأن المدرك في حجية الاجماع إنما هو العلم بكشفه عن قول المعصوم ، ومن البين أنه لا سبيل لنا إلى العلم بذلك هنا ، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدركه هو الوجوه الاعتبارية ، التي ذكروها في المقام .

على أن مورد الاجماع - في عبارة التذكرة التي ذكرناها آنفاً - إنما هو خصوص المضارع . وعليه فلا وجه لما في عبارتي المصنف ومفتاح العكرامة من نسبة الاجماع إلى التذكرة في كل من المضارع والأمر .

ويضاف إلى ذلك كله : أنه قد ورد - في جملة من الروايات ( ١ )

(١) عن سماعه عن أبي عبد الله (ع) في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله ؟ قال : لا يصلح له إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ، ويقول : أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا فان لم يقدر على العبد كان الذي تقدمه فيما اشتري منه .-

- الانشاء بالمضارع . كما يدل على جواز ذلك مطلقاً فحوى ما دل عليه في خصوص النكاح (١).

— موثق بزرعة وسماعة .

وعن رفاة النخاس قال : سألت ابا الحسن : يعني موسى بن جعفر (ع) قلت له : يصلح لي أن اشترى من القوم الجارية الآبقة ، وأعطيهم الثمن ، وأطلبها انا؟ قال : لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم شيئاً ثوباً أو متاعاً فتقول لهم أشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً ، فان ذلك جائز . صحيحة التهذيب ج ٢ باب ٩ الفرر والمجازفة من كتاب التجارات ص ١٥١ .

وعن سماعة قال : سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع ؟ قال : لا ، إلا أن يخلب لك سكرجة ، فيقول : اشترى منك هذا اللبن الذي في السكرجة وما بقي في ضروعها بئمن مسمى فان لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة . موثق بزرعة وسماعة . الوافي ج ١٠ ص ٩١ والتهذيب ج ٢ ص ١٥١ .

اقول : السكرجة - بضم السين والكاف والراء المشددة - إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الادم فارسية معربة .

ثم إنه وقع الانشاء بالمضارع فيما ورد في بيع المصحف ، وبيع الثمر في جملة من الروايات ، وقد قلناها في الجزء الثاني في ص ١٥٥ .

(١) عن أبي بصير قال : لا بد من أن تقول في هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً إلخ . ضعيف بعثمان بن عيسى . وموقوف والمراد من الخبر الموقوف : ما روي عن مصاحب المعصوم (ع) من فعل أو قول أو تقرير ، مع الوقوف على ذلك المصاحب من دون وصل السند إلى المعصوم (ع) وعن أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) الاوارثة ، ولا-

وقد اتضح لك بما بيناه بطلان ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من أن الانشاء لا يكون إلا بالماضي ، لصراحته في تحقق الأمر الاعتباري ، بخلاف المضارع ، فانه أشبه شيء بالوعد ، كما أن الأمر أشبه شيء بالمقولة. وإذن فلا يصح الانشاء بهما . انتهى ملخص كلامه .

ثم إننا ذكرنا مراراً : أن الامور الانشائية متقومة بالاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي بحيث يكون ذلك المظهر صالحاً لابرز ما في النفس من الاعتبار - ولو بمؤونة القرائن - وعليه فلا بأس بانشاء العقود بالجل الاسمية - كانشاء البيع بجملة ( هذا لك بعوض ) وإنشاء الاجارة بجملة ( منفعة هذه الدار لك بكذا ) وهكذا ضرورة أنها - مع اقترانها بالقرائن - صالحة لابرز الاعتبار النفساني ، فيكون المنشأ بها مشمولاً لما دل على صحة العقود ولزومها نعم لا يصح الانشاء بمثل قولنا أنا بائع ، أو أنت مشتر ، أو هذا مبيع ، ونحوها فان الانشاء بأشياء هذه الجمل يعد في نظر أهل العرف من الأغلاط . وقد أسلفنا أنه لا يسمح الانشاء بما لا ينطبق عليه عنوان البيع أو غيره في نظر أهل العرف . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

أما جواز إنشاء الطلاق بجملة ( هي طالق ) وإنشاء العتق بجملة ( أنت حر لوجه الله ) فانما هو من ناحية دليل خاص .

— موروثه كذا وكذا يوماً... فاذا قالت : نعم فقد رضيت ، فهي امراتك ، وانت اولى الناس بها . إلخ . ضعيف براهيم بن الفضل .

وعن ثعلبة قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) نكاحاً غير سفاح إلخ . موقوف .

وعن هشام بن سالم قال : قلت : كيف يتزوج المتعة؟ قال : تقول يا أمه الله أتزوجك

كذا وكذا يوماً ، بكذا وكذا درهماً إلخ . مجهول ببعد الله بن محمد بن عيسى . الكافي

ط ٢ ج ٥ باب شروط المتعة من كتاب النكاح ص ٤٥٥ .

## هل يعتبر تقديم الايجاب على القبول؟

الجملة الثالثة في الترتيب بين الايجاب والقبول .  
قوله : ( الأشهر - كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول ) . أقول :  
قد اختلف الأصحاب في ذلك .

فقال الشيخ في بيع المبسوط : عقد النكاح ينعقد بالايجاب والقبول ،  
سواء تقدم الايجاب . . . أو تأخر . . . بلا خلاف ؛ فأما البيع فان  
تقدم الايجاب . . . صح بلا خلاف . وإن تقدم القبول . . . صح ،  
والأقوى عندي : أنه لا يصح .

وعن الوسيلة ، والسراير : اشتراط تقديم الايجاب على القبول وعن  
المختلف أنه الأشهر .

وعن التذكرة ، والايضاح ، والتنقيح : أنه الأقوى .  
وعن جامع المقاصد ، وصيغ العقود : أنه الأصح .  
وعن تعليق الارشاد : أنه الأظهر .

بل عن غاية المراد ، والمسالك - حكاية الاجماع على ذلك عن الخلاف .  
ولكن الموجود في بيع الخلاف : أنه إذا قال : بعنيه بألف ، فقال  
بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشتري بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت . . .  
دليلاً : أن ما اعتبرناه يجمع على ثبوت العقد به (١) .

وغير خفي على الناقد البصير أن هذه العبارة التي بين يدي القارىء غير  
ظاهرة في الاشتراط المزبور . وإن كانت توهمه للمستعجل .

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٩٩ .



وقد خالف في ذلك جمع من الأعاظم .

فقال العلامة في القواعد : وفي اشتراط تقديم الايجاب نظر .

وفي الشرايع : أنه أشبه . واختاره الشهيد في حواشيه .

وفي النعمة والروضة : أنه لا يشترط تقديم الايجاب وإن كان

تقديمه أحسن .

وعن نهاية الأحكام . والميسية ، والمسالك : أنه الأقوى .

وعن التحرير ، والدروس ، والكفاية : أنه الأقرب .

وعن مجمع البرهان : أنه الأظهر .

بل قال الشيخ ( ره ) في نكاح المبسوط : فأما إن تأخر الايجاب فسبق

القبول ، فإن كان في النكاح . . . صح . . . بلا خلاف ، لخبر الساعدي . . .

وإن كان هذا في البيع ، فقال : بعنيها ، فقال : بعتمكها صح عندنا ، وعند

قوم من المخالفين .

ثم إنه قال الشهيد الثاني في الروضة : إن ( محمل الخلاف ما لو وقع

القبول بلفظ اشترت .. أو ابتعت ، أو تملكك . . . لا بقبلت وشبهه . . .

لأنه صريح في البناء على أمر لم يقع ) .

وحكاه . . في مفتاح الكرامة - عن جماعة من الفقهاء .

وقد أظن المصنف في البحث هنا من حيث النقض والابرام وصفوة

كلامه : أن القبول قد يقع بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما ، وقد يقع بلفظ

الامر : بأن يقول المشتري بعني المتاع الفلاني بألف ، ويقول البائع بعته

إياك بكذا ، وقد يقع بلفظ اشترت وابتعت وملكك - مخفياً . . .

فاذا وقع القبول بالقسم الأول لم يجوز تقديمه على الايجاب ، للاجماع

ولأن العمومات محمولة على العقود المتعارفة ، ومن الواضح أنه لم يتعارف

تقديم القبول بلفظ قبلت أو رضيت على الايجاب .

أضف الى ذلك: أن القبول - الذي هو أحد ركني العقد - فرع الايجاب فلا يعقل تقدمه عليه ، بديهية أن القبول ليس هو مجرد الرضاء بالايجاب لكي يلتزم بإمكان تعلق الرضاء بالأمر المتأخر ، بل المراد من القبول إنما هو الرضاء بالايجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلاً فعلياً . ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق الا بتأخر الرضاء عن الايجاب .

اذ مع تقدمه لا يتحقق النقل في الحال . ضرورة أن الراضي بمعاوضة ينشئها الموجب في المستقبل لم ينقل ما له في الحال الى الموجب . والسر في ذلك أن كلمة قبلت وأشباهاها قد أخذ فيها مفهوم المطاوعة ، ولا يتحقق ذلك في الخارج الا بتقديمها على الايجاب .

واذا وقع القبول بالقسم الثاني لم يجز تقديمه على الايجاب أيضاً ، لأنه لا يعد قبولاً للايجاب المتأخر ، وإنما هو استدعاء واستجاب . بل لو قلنا بجواز التقديم بلفظ قبلت لأمكن المنع هنا ، بناء على اعتبار الماضوية في الايجاب والقبول . وقد نص جمع كثير بعدم جواز التقديم هنا .

واذا وقع القبول بالقسم الثالث - أعني به ابتعت واشتريت وملكيت مخفياً - جاز تقديمه على الايجاب ، لأنه عندئذ لم يؤخذ فيه عنوان المطاوعة لكي يستحيل تقديمه عليه . وإنما استفيدت المطاوعة من القرائن المقامية : وهي أن النقل يتحقق - غالباً - من قبل البائع قبل تحققه من قبل المشتري . ومن البين أن هذه القرينة غير مانعة عن تقديم القبول على الايجاب . بديهية أن المشتري قد أنشأ بالألفاظ المذكورة ملكية المثلن لنفسه بآراء الثمن . ولا يفرق في ذلك تقدمها على الايجاب وتأخرها عنه .

ثم انه ( ره ) تكلم في سائر العقود الى أن قال : وأما المصالحة المشتمة

على المعاوضة فلما جاز ابتداء الالتزام بها لكل من المتصلحين - لتساوى نسبتها اليهما - كان البادى منهما موجبا ، لصدق عنوان الموجب عليه لغة وعرفاً .  
ولكن لما انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول ، اذ لو كان ذلك أيضاً بلفظ الصلح لزم تركب العقد من ايجابين ، وحينئذ فلا يجوز تقدم القبول على الايجاب في الصلح أيضاً . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه أولاً : أنه لا وجه لحملة العمومات على العقود المتعارفة ، بل هي تشمل جميعها ، سواء فيها المتعارف وغير المتعارف . .  
ثانياً : أنه لا وجه لما ذكره في آخر كلامه من قيام الاجماع على توقف العقد على القبول ، لعدم الدليل على اعتبار القبول في مفهوم العقد ، ولا في صحته ، ولا في لزومه .

بل المتحصل من كلمات أهل اللغة وأهل العرف ، هو أن العقد لا يوجد إلا بين شخصين ، سواء أكان الصادر منهما مركباً من الايجاب والقبول ، أم كان ذلك مركباً من ايجابين فقط ، فانه - على كلا التقديرين - يكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . وقد أشرنا الى ذلك آنفاً .

ثالثاً : أنه لا وجه لمنعه عن تقديم القبول - الذي وقع بلفظ الأمر - على الايجاب ، لانا ذكرنا مراراً : أن حقيقة العقد هي الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي ، من غير أن تعتبر في ذلك أية خصوصية من الخصوصيات ودعوى : أن إنشاء القبول بلفظ الأمر مخالف لا اعتبار الماضوية في العقود ، دعوى فاسدة ، لما عرفته قريباً من عدم الدليل على اعتبار الماضوية بوجه رابعاً : أنه لا وجه لتفصيله (ره) بين قبلت ، ورضيت ، وأمضيت وأنفذت ، وبين اشتريت ، وتملكيت ، وملكيت مخففاً ، حيث التزم بعدم

الجوار في القسم الأول ، وبالجواز في القسم الثاني  
وبيان ذلك : أن العقود قد يعتبر فيها القبول ، وقد لا يعتبر فيها الا  
الرضاء بفعل الموجب بلا حاجة الى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب :  
أما القسم الثاني فبما أنه لا يعتبر فيه القبول ، ويكفي فيه مجرد الرضاء ،  
لم يفرق فيه بين تقدم الرضاء وتأخره . فلو استدعي زيد عمروأ في بيع داره  
فأذن له صح لزيد بيعها ، وان لم يتحقق منه انشاء لقبول الوكالة .  
نعم هذا القسم من الوكالة الاذنية - التي تقوم بالاذن الساذج - لا يترتب  
عليه حكم الوكالة العهدية - التي تقوم بالالزام والالتزام من الطرفين - وعليه  
فاذا رجع عمرو عن اذنه لم يصح بيع زيد بعده ، وان لم يبلغه الرجوع .  
ومن هذا القبيل العارية والوديعة ، فانهما أيضاً لا يحتاجان الى القبول  
ويكفي في تحققهما مجرد رضاء المستعير والمستودع بانشاء المالك .  
بل وكذلك الحال في الوصية ، فاذا أوصى بمال لزيد ، لم يعتبر في  
صحتها الا رضاء زيد بالتملك ، من دون حاجة الى القبول .  
وعلى الجملة : ان الحاجة الى الرضاء في هذه العقود ، كالحاجة الى رضاء  
الزوجة في صحة التزويج على بنت أختها ، أو بنت أخيها . ومعه لا موجب  
لاعتبار تأخر القبول في العقود المزبورة ، لأنه يكفي فيها مجرد الرضاء سواء  
تأخر عن الايجاب ، أم تقدم عليه .  
أما القسم الأول - أعني به العقود العهدية - فهو لا يوجد في الخارج الا  
بانشاء المعاهدة والمعاقدة من الجانبين . ولكن لا دليل على كون أحد الانشائين  
معنوياً بشئ وان الايجاب ، وكون الآخر معنوياً بمعنوا القبول - بمعناه المطاوع -  
لكي يستحيل تقدم الثاني على الأول .  
بل ذكرنا قريباً : أنه اذا صدق على المنشأ بهما عنوان من عناوين

المعاملات - كالعقد والبيع والتجارة عن تراض والشرط على القول بصدقه على الشروط الابتدائية وغير ذلك - حكم بصحته ولزومه ، للعمومات والمطلقات وإذن فلا محذور من تركيب عقد خاص من إنشائين يتضمن أحدهما تمليك أحد المالين ب عوض ، ويتضمن ثانيهما تملكه به ، سواء أ كان ذلك بلفظ التملك ومايرادفه ، أم كان بلفظ القبول مع قيام قرينة على إنشاء التملك به . وعليه فلم يبق وجه لاعتبار القبول - بمعناه المطاوعى - فى مفهوم العقود لى يمنع من تقدمه على الايجاب .

ولو سلمنا احتياج العقد إلى القبول ، وسلمنا أيضاً أخذ المطاوعة فى مفهوم القبول ، ولكننا لا نسلم استحالة تقدم القبول على الايجاب ، ضرورة أن القبول يتعلق تارة بالمعنى المصدرى : أعنى به إنشاء البائع . ويتعلق أخرى باسم المصدر : أعنى به نفس المبادلة بين المالين مع قطع النظر عن اضافته إلى البائع .

وعلى الأول فلا يعقل فيه تعلق القبول به قبل تحقق الايجاب فى الخارج كما يستحيل تحقق الانكسار قبل تحقق الكسر .

وعلى الثانى فلا محذور فيه من تحقق المطاوعة قبل تحقق الايجاب وذلك لأن مفهوم المطاوعة هو الأخذ ، ومن البين أن المشتري إذا أنشأ تملك مال غيره بازاء مال نفسه ، بقوله : قبلت مالك بمالى صدق على إنشائه هذا أنه أخذ المبدء - كالبيع مثلا - لنفسه .

وإذن فلا يفرق فى تحقق مفهوم العقد ، بين تقديم القبول على الايجاب وعدمه ، وحيثئذ فىكون ذلك مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها وقد ظهر لك مما بيناه بطلان ما ذكره المصنف . من أن القبول فرع الايجاب ، وتابع له ، فىستحيل تقدم التابع على المتبوع .

وتتيجة ما حققناه هي جواز تقدم القبول على الإيجاب ، من غير فارق بين ألفاظ القبول ، ولا بين أفراد العقود . نعم يحسن بنا تقديم الإيجاب على القبول خصوصاً في النكاح .

ثم إنه تدل على جواز تقديم القبول على الإيجاب الروايات المتقدمة الواردة في بيع العبد الأبق ، وبيع المصحف ، وبيع الثمر . (١) . وأيضاً يدل عليه فحوى الأخبار السابقة الواردة في نكاح المتعة (٢) وفحوى ما ورد في جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن (٣) .

(١) راجع ص ٤١ و ٤٢ .

(٢) راجع ص ٤٢ و ٤٣ .

(٣) عن عوالي الثاني : روى سهل الساعدي : أن النبي (ص) جاءت إليه امرأة ، فقالت : يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك ، فقال (ص) : لا إربة لي في النساء . فقالت : زوجني بمن شئت من أصحابك . فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها ، فقال : هل معك شيء تصدقها ؟ فقال : والله ما معي إلا ردائي هذا ، فقال (ص) : إن أعطيتها إياه تبقى ولا رداء لك . هل معك شيء من القرآن ؟ فقال : نعم سورة كذا وكذا ، فقال (ص) : زوجتكها على ما معك من القرآن . مرسل . المستدرک ج ٢ في الباب ٢ من ابواب المهر ص ٦٠٥ .

ورواه البيهقي مسنداً بأدنى تفاوت في ج ٧ من سننه ص ٢٤٢ .

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال : جاءت امرأة الى النبي (ص) فقالت : زوجني ، فقال رسول الله (ص) : من هذه ؟ فقام رجل فقال : أنا يا رسول الله ، زوجنيها ، فقال : ما تعطيتها ؟ فقال : مالي شيء ، فقال : لا ، قال : فأعدت ، فأعاد رسول الله (ص) الكلام ، فلم يقم أحد غير الرجل ، ثم أعادت ، فقال رسول الله (ص) في المرة الثالثة : أتحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم ،

## هل تعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول؟

قوله : ( ومن جملة شروط العقد الموالاة بين إيجابه وقبوله ) . أقول :  
قد حكى المصنف عن الشهيد في قواعده : ( أن الموالاة معتبرة في العقد ونحوه  
وهي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه .

وقال بعض العامة : لا يضر قول الزوج - بعد الإيجاب - : الحمد لله ،  
والصلاة على رسول الله ، قبلت نكاحها . ومنه الفورية في - استتابة المرتد ،  
فيعتبر في الحال وقيل : إلى ثلاثة أيام . ومنه السكوت في أثناء الأذان ، فان  
كان كثيراً أبطله .

ومنه السكوت الطويل في أثناء القراءة ، أو قراءة غيرها خلالها . وكذا  
التشهد . ومنه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع ، فان تعمدوا ، أو نسوا

- فقال : قد زوجتكمها على ما تحسن من القرآن ، فعلمها إياه . صحيح . الكافي ج ٥  
من ط ٢ باب النوادر في المهر ص ٣٨٠ .

ثم لا يخفى عليك : أنه يستفاد من الخبرين المزبورين أحكام شتى :

١ - جواز تقديم القبول على الإيجاب .

٢ - جواز وقوع القبول بلفظ الأمر .

٣ - جواز الفصل بين الإيجاب والقبول .

٤ - جواز جعل المهر تعليم شيء من القرآن .

إلا ان استفادة غير الحكم الأخير منها مبنية على ما فهمه جمع من ان القبول

فيها هو قول ذلك الصحابي : زوجنيها ، والإيجاب قوله بعد فصل طويل زوجتكمها  
على ما تحسن ، أو ما معك من القرآن .

حتى رجع فلا جمعة .

واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة . ومنه الموالاتة في التعريف بحيث لا يلى أنه تكرار . والموالاتة في سنة التعريف . فلو رجع في أثناء المدة استوفى ليرالى ) .

والتحقيق : أنه لا شبهة في اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه ، ضرورة أن الاستثناء من النفي يفيد الاثبات ، كما أن الاستثناء من الاثبات يفيد النفي وعليه فاذا اتصل أحدهما بالآخر ، كان لهما ظهور واحد . ومضمون فارد ، وإذا انفصل أحدهما عن الآخر ، كان لكل منهما ظهور خاص ، ومضمون مستقل .

ومن هنا لو اعترف شخص لصاحبه بخمسين ديناراً ، ثم استثنى من ذلك - بعد مدة طويلة - خمسة دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لأنه عندئذ لا يعد المستثنى والمستثنى منه - في نظر أهل العرف - كلاماً واحداً ، بل يعدون المستثنى نقضاً للمستثنى منه . وكذلك إذا قال أحد : لا إله ، ولم يعقبه بقوله : إلا الله ، إلا بعد مدة طويلة حكم بكفره ، لأن أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً .

وعلى الاجمال : إن اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه أمر بديهي وربما يكون التأمل في ذلك سبباً لاعتبار الاتصال في كل أمر تدريجي ، الذي ثبتت له الصورة الاتصالية في نظر أهل العرف . وهذا هو المراد من قول الشهيد : ( الموالاتة معتبرة في العقد ونحوه ، وهي مأخوذة إلخ ) .

ثم إن الفورية في استتابة المرتد لا تترتب على اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه ، بديهة أن الاتصال المعتبر بينهما أمر عرفي ارتكازي ولكن وجوب الاستمرار في الإسلام وعدم قطعه بالكفر أمر ثابت بالدليل الشرعي ، فلا بد من الاستتابة فوراً فقوراً ، وإذن فلا صلة بينهما بوجه .



وهكذا الكلام في لزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الإمام ، فان ذلك لا يرتبط بالفورية العرفية ، بل يحتاج إلى الدليل الشرعي ، وعليه فان كان - هناك - ما يدل على الفورية اخذ به ، وإلا فيرجع إلى أصالة البراءة .  
والحاصل : أن الأمر التدريجي المتصل إذا اخذ موضوعا للحكم ، لم يترتب عليه ذلك الحكم في غير حال الاتصال ، ضرورة أن فعلية الحكم بفعلية موضوعه ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن الأمر التدريجي المتصل لا يكون فعليا إلا بفعلية هيئته الاتصالية وإذا انتفت هذه الهيئة انتفى الحكم المترتب على ذلك الأمر التدريجي المتصل ، لانتفاء موضوعه وهذا لا شبهة فيه بحسب الكبرى .  
ولكن البحث في أنه هل تنطبق تلك الكبرى على العقد المركب من الإيجاب والقبول ، أم لا ؟ .

لاخفاء في أن الاتصال - بحسب الدقة - يساوق الوحدة ، فإذا انفصل أحد الأمرين عن الآخر - ولو آنأما - لم يصدق عليهما عنوان الواحد .  
نعم قد يتحقق الاتصال العرفي في الأمور التدريجية مع تخلل العدم في البين ، ومن هنا يقال - للكلام الطويل - : إنه كلام واحد متصل ، مع تخلل السكوت فيه قليلا .

ولا يخفى عليك أن هذا الاطلاق إنما هو بحسب التشكيك ، إذ الاتصال المتحقق بين المستثنى والمستثنى منه أشد من الاتصال المتحقق بين بقية أجزاء الجمل ، والاتصال المتحقق بينها أشد من الاتصال المتحقق بين جملة وجملة أخرى ، والاتصال المتحقق بين حروف الكلمات أشد من الاتصال المتحقق بين الأمور المذكورة كلها ، وجميع ذلك واضح لا شبهة فيه .

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

١ - ما ذكره المصنف (ره) واليك لفظه : ( أن الأمر المدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتصالية في العرف فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصالية ، فالعقد المركب من الأيجاب والقبول - القائم بنفس المتعاقدين - بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض ، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيته الاتصالية ، ولذا لا يصدق المعاقد إذا كان الفصل مفرطاً في الطول ، كسنة أو أزيد ، وانضباط ذلك إنما يكون بالعرف فهو في كل أمر بحسبه ) . وإذن فلا يشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد ، وهذا الذي ذكره المصنف هو ملخص ما أفاده الشهيد (ره) .

ويتوجه عليه أولاً : أن دليل صحة المعاملات ولزومها لا ينحصر بأية وجوب الوفاء بالعقد بل تدل على ذلك أيضاً آية التجارة عن تراض ومن البديهي أننا لا ندور في دلتها على المقصود مدار تحقق العقد ، بل يكفي في ذلك تحقق التجارة عن تراض . وقد أشار المصنف إلى هذا الجواب بقوله ( وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً ، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود . . . أما لو كان منوطاً بصدق البيع ، أو التجارة عن تراض ، فلا يضره عدم صدق العقد ) . نعم لا يمكن التمسك بأية التجارة عن تراض في خصوص النكاح .

ثانياً : أننا لا نرى وجهاً صحيحاً للانسع عن كون العقد الفاقد للموالاتة مشمولاً لأية وجوب الوفاء بالعقد ، ضرورة أن العقد ليس اسماً للفظ المركب من الأيجاب والقبول ، بل هو عبارة عن العهد المطلق أو العهد المشدد ، وهذا المعنى أمر نفساني قائم باعتبار الموجب والقابل معاً ، ومن الواضح أنه لا ينقسم بتخلل الفصل بين الأيجاب والقبول اللفظيين .

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

التفاسى ، وإذن فلا يكون الوجه المزبور دليلاً على اعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول .

وعلى الأجمال : إن العقد عبارة عن اتصال أحد الالتزامين بالالتزام الآخر ، وشده به ، مع وجود مظهر لكل منهما فى الخارج ، فإذا فرضنا أن البائع قد اعتبر المبادلة فى نفسه ، وأبرزه فى الخارج ، وبقي على اعتباره حتى انضم إليه اعتبار المشتري المبرز بقبوله ، فكيف لا يصدق عليهما العقد ؟ وهل الانفصال بين حدوثى الاعتبارين ، أو بين اللفظين يضر بصدق للعقد مع فرض بقاء البائع على اعتباره ؟

نعم إذا فرض أن البائع رجع عن اعتباره قبل قبول المشتري لم يتحقق العقد فى الخارج ، لكننه خارج عن محل كلامنا . وعليه فالفصل بين الإيجاب والقبول اللفظيين لا يمنع عن كون العقد المبرز بهما مشمولاً لآية وجوب الوفاء بالعقد . وهذا ظاهر .

٢ - ما أفاده شيخنا الأستاذ من ( أنه لما كان فيها - : أى فى العقود العهدية المعاوضية كالبيع ، وما يلحق بها كالنكاح - خلع ولبس ، أو إيجاد علقته ، فلا بد أن يكون مقارناً للخلع لبس ، وهكذا مقارناً لإيجاد العلقه قبول ، وإلا يقع الأضافة ، أو العلقه بلا محل ومضاف إليه ) .

ويرد عليه : أن هذا الوجه يقتضى استحالة تحقق العقد مع وجود الفصل بين الإيجاب والقبول ، ولازم ذلك أن لا يوجد عقد فى العالم ، لأنه لا يتحقق إلا بوجود الفصل بين إيجابه وقبوله - ولو بزمان قليل - ومن اللبىن أنه لا يفرق - فى استحالة الفصل بينهما - بين أن يكون الفاصل هو الزمان القصير ، وبين أن يكون ذلك هو الزمان الطويل . وهذا بين لا ريب فيه .  
والحل أن الخلع واللبس - فى اعتبار البائع - ليس على وجه الإطلاق

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

بل الخلع واللبس في اعتبار البائع معلق على قبول المشتري ، وعلى فرض تحققه . وعليه فالخلع مقارن باللبس دائماً ، سواء أتحققت الموالاتة بين الأيجاب والقبول ، أم لم تتحقق .

أضف إلى ذلك قيام السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاتة بين الأيجاب والقبول ، لأننا نرى بالعيان . ونشاهد بالوجدان : أن بعض الناس يرسل هدية إلى صاحبه من البلاد النائية وأن تلك الهدية إنما تصل إلى المهدي إليه بعد مدة طويلة - كشهر أو شهرين - ولا شبهة في أن هذه هبة قد وقع الفصل الطويل بين إيجابها وقبولها ، ولم نسمع من أحد أن يناقش في صحتها ، مع أنها من العقود .

وتدل أيضاً على عدم اعتبار الموالاتة بين الأيجاب والقبول قصة مارية القبطية عليها السلام الموهوبة للنبي (ص) (١) حيث إنه وقع في تلك القصة فصل طويل بين إيجاب الهبة وقبولها ، ومع ذلك لم يحكم النبي (ص) بفسادها فيكشف من ذلك عدم اعتبار الموالاتة بينهما ، وإذا جاز ذلك في الهبة جاز في غيرها ، لعدم القول بالفصل ظاهراً .

ودعوى : أن الهبة في القصة المزبورة هبة معاطاتية ، وبجئنا هنا في العقود اللفظية ، دعوى جزافية ، إذ لا وجه للتفكيك بينهما في ذلك . كما أن دعوى كون الأيجاب من رسول المالك ، والقبول من النبي (ص) دعوى فاسدة لأن

(١) قد روي : أن النجاشي ملك الحبشة - بعدما تشرف بالاسلام - بعث إلى النبي (ص) بهدايا ، وبعث إليه مارية القبطية أم إبراهيم عليها السلام ، وبعث إليه بثياب وطيب كثير وفرنس . البحار ج ٦ باب ٤٤ الهجرة إلى الحبشة ص ٤٠١

الظاهر أن الموجب هو نفس المالك لا غيره .

وقال شيخنا الاستاذ : إن ( جميع هذه الأفعال الصادرة من الواسطة كأنها صادرة من الموجب ، فهو بمنزلة من كان في المشرق ، وكانت يده طوية تصل إلى المغرب . فمد يده وأعطى 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 ، بدهاة أن المهدي — في مورد السيرة — ربما يغفل عن هديته في زمان وصولها إلى المهدي إليه ، وعندئذ لا يمكن تنزيل فعل الرسول والواسطة منزلة فعل المرسل .

وهذا بخلاف المثال المزبور ، فان المهدي — في ذلك — بنفسه متصد لايجاد العقد ، وإنشائه ، من دون أن يفصل فاصل بين ايجابه وقبوله ، لأن طول اليد لا يخرج الفعل الواحد عن وحدته .

وأيضاً يدل على عدم اعتبار الموالاتة بين الايجاب والقبول قيام السيرة بين التجار المتدينين على معاملة بعضهم بعضاً بالكتابة والبرقية ، مع تحلل الفصل الطويل بين ايجابها وقبولها . ولم يناقش أحد في صحتها .

ودعوى وجود الفارق بينها وبين المعاملات الشفاهية ، وأن السيرة غير جارية في الثانية ، دعوى جزافية .

وأيضاً يدل على جواز الفصل بين الايجاب والقبول فخوى ماورد ( ١ ) في جواز جعل المهر شيئاً من القرآن . بناء على أن القبول — في الرواية — هو قول الصحابي : زوجنيها ، والايجاب هو قوله ( ص ) بعد فصل طويل : زوجتكها على ما معك من القرآن . وإذا جاز ذلك في النكاح جاز في غيره بالاولوية

(١) قد تقدم ذلك في ص ٥٠ .

ويضاف إلى ذلك كله : أنه لا دليل على اعتبار الموالة بين الإيجاب والقبول . ودعوى الإجماع عليه ، دعوى باطلة ، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تبعدي - هنا - لكي يكون كاشفاً عن رأى المعصوم ( ع ) .  
وعليه فإذا تحقق الإيجاب والقبول في الخارج - مع وجود الفصل بينهما وصدق عليهما عنوان العقد كان ذلك مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . وهذا بديهى لا خفاء فيه .

## هل يعتبر التنجيز في العقود؟

قوله : ( ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد ) . أقول : تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً . كاقتران العقد بما يدل على التوقف صريحاً بأن يقول : البائع بعثك هذا إن جاء زيد ، أو إن كان هذا اليوم يوم الجمعة .

وقد يكون ضمناً ، كما إذا لم يذكر في الكلام ما يدل بصراحته على الاشتراط والتوقف ولكن يستفاد ذلك منه ضمناً : كقول البائع بعثك دارى يوم الجمعة ، فإن الصيغة وإن كانت خالية عن التعليق ظاهراً ، ولكنها مطوى فيها ضمناً ، لأن تقديرها بعثك دارى إذا جاء يوم الجمعة . وعندئذ لا ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملاً على أداة الشرط ونحوها مما يدل على التعليق . بل مدار البحث - هنا - على استفادة التعليق من الصيغة بأى وجه كانت الاستفادة .

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

حيث إن الوكالة ليست بمعلقة بل هي معلقة على قدوم زيد من سفره .  
 أما إذا كان الانشاء والمنشأ كلاهما مطلقين ، وكان التعليق في متعلق  
 العقد فقط ، فهو خارج عن محل البحث جزماً .  
 ومثال ذلك : أن يوكل أحد غيره - في أمر - مطلقاً ومنجزاً ، ولكن  
 كان متعلق الوكالة أمراً خاصاً ، يتوقف حصوله - في الخارج - على تحقق شيء  
 آخر ، كأن يقول الموكل لوكيله : أنت وكيل في بيع داري يوم الجمعة بأن  
 كان يوم الجمعة قيداً للبيع ، لا للوكالة . ومثله : أن يقول : أنت وكيل على  
 وجه الاطلاق ، ولكن لا تتصرف في أموالى إلى وقت معين - كقدوم الحاج  
 مثلاً - أو إلى حصول شرط خاص .

ومن هنا يجوز للزوجة أن تشتترط على زوجها - في عقد الزواج - أن  
 تكون وكيله في طلاق نفسها مطلقاً ومنجزاً أو يكون أعمال الوكالة مشروطاً بعدم  
 الاتفاق أو بالمسافرة إلى بلد كذا أو غير ذلك فإن هذا كله لا يرتبط بالعقود المعلقة .  
 ثم إن المغروس في كلمات الفقهاء ، والمسطور في كتبهم : أن التعليق  
 في الجملة يجمع على بطلانه ، وإنما الكلام بينهم في تعيين معقد الاجماع .  
 فقد صرح باعتبار التنجيز في العقود الشيخ ، والعلامة ، والمحقق ،  
 والشهيد ، وغيرهم .

بل عن العلامة - في التذكرة - : أنه يجب كون الوكالة منجزة عند  
 علمائنا وحكى عنه أيضاً دعوى الاجماع على عدم صحة أن يقول الموكل : أنت  
 وكيل في يوم الجمعة أن تبسع عبدى . وعلى صحة قوله : أنت وكيل ، ولا تبسع  
 عبدى إلا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحداً .

وفرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء - بعد اعترافهم بأن الصورة  
 الثانية أيضاً في معنى التعليق - : بأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط

فلا تقع بدونها وإن أفادت فائدتها .

وعن المحقق والشهيد الثانيين - في جامع المقاصد والمسالك في مسألة إن كان لى فقد بعته - : أن التعليق ينافى الانشاء في العقود والايقاعات ، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .

وعن نجر الإسلام - في شرح الارشاد - : أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الأمامية ، وكذا سائر العقود ، جائزة كانت ، أو لازمة .  
وعن غاية المرام : أنه لا خلاف فيه .

وفي الجواهر : شرطها - أى الوكالة - أن تقع منجزة كغيرها من العقود بلا خلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه .

وفي مفتاح الكرامة : والدليل على ذلك - بعد الاجماع نقلا وتحصيلا - أن الأصل عدم جواز الوكالة ، خرجت المنجزة بالاجماع ، وبعض الأخبار وبقي الباقي .

وقد أشار الشيخ - في الخلاف - إلى الأصل الذى ذكره في مفتاح الكرامة . وقال : إذا قال : إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع ، فإن ذلك لا يصح ، دليلنا : أنه لا دليل على صحة هذا العقد ، وعقد الوكالة يحتاج إلى دليل .

ولكن حكى التأمل في ذلك عن الكفاية ، لأنه غير مرتبط بدليل واضح ولعله تبع في تأمله هذا للمحقق الارديبيلي .

بل صرح المحقق القمي - في جامع الشتات - بأن التعليق في الوكالة لا يضر بصحة عقد الوكالة .

وعلى الاجمال . إن ظاهر جملة من العبائر : هو بطلان التعليق في العقود والايقاعات على وجه الاطلاق ، وظاهر جملة اخرى منها : أنه يحكم ببطلان



التعليق فيما إذا كان المعلق عليه أمراً مجهولاً ، كما عرفته عن المحقق والشهيد الثانيين ولاستيضاح هذا الاختلاف ، وبيان حكم التعليق ، قد تصدى المصنف لذكر أقسام التعليق .

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

وعلى كلا التقديرين ، فاما أن يكون ظرف الحصول هو الحال ، أو الاستقبال .

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

وإما أن يكون الشرط مما تتوقف عليه صحة العقد :

كأن يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً : بأن لا يكون خمرأ ، ولا خنزيراً أو يكون مما يصح إخراجه عن الملك : بأن لا يكون وفقاً ، ولا مولود أو يكون المشتري ممن يصح تملكه : بأن لا يكون عبداً .

أو يكون البائع ، أو المشتري ممن يجوز معه العقد : بأن لا يكون صبيأ ولا مجنوناً ، ولا سفياً ، - وهو الذى يصرف أمواله فى المصارف اللاغية - وإذن فأقسام التعليق ثمانية . انتهى ملخص كلام المصنف مع التوضيح الأجمالى والصحيح : أن يقسم التعليق إلى اثني عشر قسماً : بأن يقال : إن المعلق عليه إما أن يكون معلوم التحقق ، أو يكون محتمل التحقق .

وعلى كلا التقديرين ، فاما أن يكون المعلق عليه أمراً حالياً ، أو أمراً استقبالياً .

وعلى التقادير الأربعة ، فاما أن يكون الشرط - الذى علق عليه العقد -

دخيلا في مفهوم العقد ، أو يكون دخيلا في صحته ، أو لا يكون دخيلا في شيء .  
منهما ، ويعبر عنه بالتعليق بالصفة .

## ما هو حكم التعليق في العقود؟

أما التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد فلا شبهة في صحته : بأن يقول البائع : إن كان هذا مالى فقد بعته بكذا ، ويقول المشتري : قبلت ، فإنه لا يتحقق مفهوم البيع إلا بكون المبيع مائكا للبائع ، فهذا النحوم التعليق أمر ضرورى ، وغير مضر بصحة العقد ، سواء أكان مذكورا فيه صريحا ، أم لا . وعليه فلا شبهة في صحة التعليق في أربعة من تلك الأقسام المذكورة :

١ - أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا ومعلوم الحصول ، كقول الزوج لزوجته : إن كانت هذه زوجتى فهى طالق ، ومن الواضح أن عنوان الزوجية دخيل في صدور الطلاق من الزوج .

٢ - أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا ومعلوم الحصول في ظرفه ، كما إذا قال البائع للمشتري : بعثك دارى إن قبلت مع علمه بأن المشتري يقبله .  
٣ - أن يكون المعلق عليه أمرا حاليا مع الجهل بتحقيقه ، كما إذا قال رجل لامرأة : إن كانت هذه زوجتى فهى طالق مع جهله بانها زوجته .

٤ - أن يكون المعلق عليه أمرا استقباليا ومجهول التحقق في ظرفه ، كما إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه : بعثك هذا المتاع بكذا إن قبلت مع احتماله أن لا يقبله صاحبه .

ولاريب في صحة التعليق في جميع هذه الصور الأربع ، بديهية أن

ذكر الشرط في الصيغة بصورة التعليق وعدمه بيان ، لأن التعليق في الكلام لا يزيد على الواقع بشيء ، ضرورة أن واقع العقد ومفهومه معلق على الأمور المذكورة بحيث لو لاها لم يتحقق - في الخارج - مفهوم العقد أو الايقاع أصلاً ورأساً .

أما التعليق على ما يكون دخيلاً في صحة العقد دون مفهومه فهو أيضاً على أربعة أقسام .

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

٢ - أن يكون المعلق عليه معلوم التحقق في المستقبل ، كالتسليم والتسلم في بيع الصرف والسلم ، كقول البائع للمشتري بعتك هذه الشذرة من الذهب بكذا درهما إن أخذتها وسلمت إلى الثمن .

٣ - أن يكون المعلق عليه حالياً ومجهول التحقق ، كالبلوغ والعقل وعدم الفلاس .

٤ - أن يكون المعلق عليه استقبالياً ومجهول التحقق ، ولا ريب في أن هذه الأقسام الأربعة من أقسام التعليق لا توجب بطلان العقد أيضاً ، لأن صحة العقد واقعا متوقفة على الجهات المزبورة . واذن فذكر المعلق عليه - في تلك الأقسام - وحذفه بيان .

وعلى الجملة : إنه لا شبهة في صحة العقد الذي كان معلقاً على ما تتوقف عليه صحته . بل هذا هو المتعارف بين الناس كثيراً . ولا سيما فيما إذا كان المعلق عليه مشكوك الحصول ، لأن ذلك العقد مشمول للعمومات ، ولم يدل دليل على بطلان التعليق - هنا - لكي يكون ذلك الدليل مخصصاً لتلك العمومات

وهذا هو الحجر الأساسى ، والركن الوثيق فى صحة التعليق فى الموارد المزبورة  
لا ما ذكره الشيخ فى المبسوط . من أن المنشىء لم يشترط الا ما يقتضيه  
اطلاق العقد ، فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره بصورة الشرط ، كما لو  
شرط كل من المتبايعين على صاحبه تسليم الثمن أو المثلن ، أو ما أشبه ذلك ،  
لأن ما أفاده وان كان لا بأس به فى نفسه ، ولكنه لا يدفع محذور التعليق  
- لو كان فيه محذور - ومن هنا أورد عليه المصنف ، وقال نصا : ( ان المعلق  
على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد ، دون انشاء  
مدلول الكلام - الذى هو وظيفة المتكلم - فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق  
فى الواقع على شىء ، والمعلق على شىء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء ،  
بل ولا منجزاً ، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام ) .

أما التعليق على الصفة - التى لا دخل لها فى تحقق عنوان العقد ، ولا 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 بعك دارى ، مع علمه بأن هذا  
اليوم يوم الجمعة ، وهذا لا شبهه فى صحته ، ولا نظن أن يتفوه أحد بفساد البيع  
فى هذه الصورة من ناحية التعليق . فان المضر بالعقد انما هو واقع التعليق ،  
لا التعليق الصورى . وما نحن فيه من القبول الثانى ، دون الأول .

٢ - أن يكون المعلق عليه معلوم الحصول فى المستقبل ، وهو على  
قسمين ، لأن ايقاف البيع عليه قد يكون من قبيل الاشتراط : بمعنى أن البائع  
ينشىء المبادلة فى ظرف تحقق ذلك الأمر المتأخر : بان يقول : بعك دارى  
إذا دخل شهر رمضان ، ويريد 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 للاجماع القائم على بطلان التعليق في العقود والايقاعات .

أما الثاني فهو لا يزيد على الواقع بشئ . . . . . للعلم بتحقيق المعلق عليه في ظرفه ففي الحقيقة ليس هنا تعليق في الكلام - وإن كانت الصورة صورة التعليق - وإذن فيكون ذلك خارجاً عن حدود الاجماع القائم على بطلان التعليق .

٣ - أن يكون المعلق عليه محتمل التحقق في 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 في المستقبل و لا يخفى عليك أن هذين القسمين أيضاً باطلان لدخولهما في معقد الاجماع المزبور . والمتحصل مما بيناه : هو أن الاجماع الذي ادعاه الفقهاء على بطلان التعليق إنما هو في الأقسام الثلاثة الأخيرة .

أما العقود المشتملة على غير هذه الأقسام فلا مجال لتوهم تحقق الاجماع فيها على البطلان ، فهي مشمولة للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها ، وإذن فلا بد من البحث - هنا - في هذه الأقسام الثلاثة ، وملاحظة ما استدل به على بطلان العقود مع التعليق فيها من إجماع أو غيره ، فإن كان في تلك الأدلة ما يصلح لتخصيص العمومات المزبورة اخذ به ، وإلا فهي محكمة في المقام .

## ما استدل به على بطلان التعليق في العقود

قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوده شتى :  
الوجه الأول : دعوى الاجماع على ذلك ، حيث ادعاه غير واحد من  
الفقهاء ، وقد عرفت كلماتهم قريباً .

ويتوجه عليه : أن الاجماع إنما يكون حجة مع القطع بكونه مستنداً  
إلى رأى الإمام (ع) ومن المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في دعواهم  
الاجماع - هنا - إلى الوجوه الاعتبارية التي استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق  
الوجه الثاني : أن التعليق في العقود أمر غير معقول ، وعندئذ لا يوجد عقد  
تعليقي - في الخارج - لكي يبحث عن صحته وفساده ، فلا بد من إيجاد منهجاً .  
ويتوجه عليه : أن المستحيل إنما هو التعليق في الانشاء ، بديهية أن  
الانشاء - بأى معنى كان - قد فرض وجوده في الخارج ، وعليه فلا يعقل  
تعليقه على شيء ما ، لأن ما وجد في الخارج يمتنع عدمه ، فكيف يمكن أن  
يكون موجوداً على تقدير ، ومعدوماً على تقدير آخر .

وعلى الجملة : إن الانشاء أمر لا يقبل التعليق ، بل هو إما أن يوجد ،  
وإما أن لا يوجد . ولكن هذا خارج عن مركز بحثنا ، لأن كلامنا ليس في  
التعليق في الانشاء .

أما التعليق في المنشأ - الذى هو محل البحث في المقام - فلا شبهة في  
إمكانه . بل إن وقوعه في الأحكام العرفية والشرعية فوق حد الاحصاء ،  
ضرورة أن الأحكام الشرعية والقوانين العرفية أكثرها من قبيل القضايا  
الحقيقية ، ومن سنخ الأحكام التي هي مشروطة بوجود موضوعها . وقد وقع

ذلك في العقود والايقاعات على نحو الايجاب الجزئي ، كالوصية ، والتدير ، والنذر ، والعهد ، واليمين .

والحاصل : أن إمكان تقييد المنشأ ، وتعليقه بشيء ، ووقوع ذلك من البديهيات . وإنما الكلام في صحة العقد أو الايقاع فيما إذا كان المنشأ فيه مقيداً الوجه الثالث : أن الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقد - كسائر الخطابات الوضعية والتكليفية - أن الحكم بوجوب الوفاء يترتب على تحقق موضوعه خارجاً ، ولا ينفك عنه زماناً وهذا يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد فعلي لا تعليق فيه إذ لا يتصور الوفاء فعلاً بالعقود التعليقية ، وعليه فيكون ذلك خارجاً عن حدود مدلول الآية . والمفروض أنه ليس هنا خطاب آخر يقتضى وجوب الوفاء بالعقود التعليقية ، فتكون باطلة .

وقد أجاب المصنف عن ذلك بوجوه عديدة :

١ - أن ما دل على صحة العقود ولزومها غير منحصر بآية وجوب الوفاء بالعقد ، بل تدل على ذلك أيضاً آية حلية البيع ، ودليل السلطنة ، انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه أولاً : أن آية حلية البيع مختصة بالبيع ، فيبقى غيره - من العقود التعليقية - خالياً عن دليل الصحة .

أما دليل السلطنة فهو ضعيف السند ، وغير منجز بشيء ، على أنه لا يجرى في مثل النكاح .

ثانياً : أن ما ادعاه المستدل - من ظهور آية وجوب الوفاء بالعقد في ترتب الأثر من حين تحقق العقد - يجرى في آية حل البيع ، ودليل السلطنة أيضاً ، فهما يدلان على ترتب الملكية من حين تحقق البيع ، أو عقد آخر ، ولا يدلان على صحة البيع أو غيره من العقود المعلقة .

٢ - أن المراد من العقد هو العهد المطلق أو العهد المشدد وعليه فوجوب الوفاء بالعقد تابع لكيفيةه فان كان العقد منجز أو وجب الوفاء به منجز أو ان كان معلقاً لم يجب الوفاء به إلا بعد حصول المعلق عليه كما هو الشأن في وجوب الوفاء بالنذر والعهد وغيرهما والسر في ذلك : أن أدلة وجوب الوفاء بالعقد أو النذر ناظرة إلى وجوب الوفاء بهما بأى نحو تحقق في الخارج ، سواء فيه المنجز والمعلق .  
وعلى الجملة . إن الامضاء الشرعى للعقد تابع لجعل المتعاقدين ، فاذا كان البيع - مثلاً - مطلقاً فآثره الشرعى للملكية المنجزة غير المشروطة بشيء . فاذا كان معلقاً فآثره الشرعى للملكية المعلقة ، وهذا واضح لاستتار عليه . انتهى ملخص ما أفاده . وهذا الوجه متين جداً .

٣ - أنه قد وقع في الشريعة المقدسة تخلف الأثر عن العقد في موارد شتى : كبيع الصرف والسلم والوصية ، والمعاملات المعاطاتية بناء على إفادتها الإباحة مع قصد الملكية . فلتسكن العقود المعلقة من تلكم المذكورات وعندئذ لا يفسد العقد من تأخير ترتب الأثر عليه ، وإلا لزم القول بفساد المعاملات المزبورة ، انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه : أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بتلك العقود ، لأن صحتها من ناحية الدليل الخاص ، فلا مورد للقض .

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

أما إذا كان التعليق على أمر حالي ، كقولك بعتك هذا الكتاب بدرهم إن قبلت ، فانه حينئذ لا يلزم تخلف الأثر عن العقد . انتهى حاصل ما أفاده .  
وهذا الوجه أيضاً متين على تقدير أن يلزم القائل - بابطال التعليق -



بالبطلان في مثل ذلك أيضاً. ولكنك قد عرفت أن مثل هذا التعليق خارج عن محل الكلام، وعليه فلا يتوجه ما أفاده المصنف (ره).

٥ - أن الدليل المذكور أيضاً أخص من المدعى، من جهة أنه لا يجرى في التعليق على الشرط الذي يشك في تحققه في الحال فإن تحقق العقد عندئذ يكون مراعى بالعلم بظهور الواقع. وعليه فإن انكشاف وجود المعلق عليه في الواقع فيحكم بصحة العقد من حين تحققه، وإلا فيحكم بفساده من غير أن يكون العقد موقوفاً على الشرط، لكي يلزم منه تخلف الأثر عن العقد. انتهى المخلص من كلامه. وهذا الوجه أيضاً لا بأس به.

٦ - أن ذلك الدليل لا يجرى في غير البيع من العقود - التي يتأخر مقتضاها عنها بحسب طبعها - كالوصية والتدبير والسبق والرماية والجمالة، ومن البين أن مورد البحث - هنا - لا ينحصر بالبيع ولا أن دليل وجوب الوفاء بالشرط في كل عقد دليل مستقل لكي يلتزم في بعضه بجواز التعليق، وفي بعضها الآخر بعدم جوازها. انتهى الحاصل من كلامه. وهذا الوجه أيضاً لا بأس به.

الوجه الرابع: أن أسباب العقود والایقاعات أمور توقيفية، فلا بد وأن يقتصر فيها بالمقدار المتيقن، وهو السبب الخالي عن التعليق.

ويتوجه عليه: أنه لا وجه لأخذ القدر المتيقن في أمثال الموارد بديهية أن العمومات والمطلقات إنما تدل على صحة كل ما صدق عليه عنوان العقد. نعم لو كان الدليل على صحة العقود هو الإجماع أو السيرة لكان للتوهم المزبور وجه وجيه.

الوجه الخامس: ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن العمومات الدالة على صحة العقود منصرفة عن العقد المعلق إلى العقد المنجز بديهية أن التعليق ليس مما جرى عليه أهل العرف والعادة في عقودهم المتعارفة وعقودهم المرسومة بين عامة الناس - وإن

مست الحاجة اليه أحياناً في العقود الواقعة بين الدول والملوك - وعليه فلا تكون العقود المعلقة مشمولة لأدلة صحة العقود ، للشك في صدق عنوان العقد عليها عرفاً .

والجواب عن ذلك ؛ أن هذا الوجه ممنوع كبرى وصغرى : أما الوجه في منع الكبرى فلأن الانصراف لو صح - فانما يتم في المطلقات ، بدعوى أن ثبوت الاطلاق فيها إنما هو بمقدمات الحكمة ، فاذا لم يكن بعض أفراد المطلق متعارفاً في الخارج ، ومتساوي الأقدام مع بقية الأفراد كان ذلك قادحاً في انعقاد الاطلاق للبطلان ، بديهية أن عدم تساوي الأفراد شيء يصلح للقرينية على عدم إرادة الاطلاق ، وإذن فلا يصح التمسك به في أمثال ذلك .

الا أن هذه الدعوى لا تجرى في العمومات الدالة على صحة كل عقد ، لأن التمسك بها غير مشروط بوجود مقدمات الحكمة ، إذ العموم فيها إنما هو بحسب الوضع - على ما حقق في محله - وعليه فلا مانع من كون العقود المعلقة مشمولة لتلك العمومات .

أما الوجه في منع الصغرى فلأننا لو سلمنا وجود الانصراف ، ولكن لا نسلم كون العقود المعلقة من العقود غير المتعارفة ، ضرورة أنها واقعة في العرف كثيراً ، كتعليق البيع على إجازة الأب ، أو الصديق ، أو الجار أو غير ذلك . وقد تقدمت الإشارة إلى هذا قريباً .

وتيجة البحث : أنه لا دليل على بطلان العقود بالتعليق ، لكي يكون ذلك الدليل مخصصاً لأدلة صحة العقود ، وعليه فالعمدة في المقام هو الاجماع فان تم فهو ، وإلا فالرجوع هو العمومات والاطلاقات . وقد عرفت عدم تمامية الاجماع في المقام ، ومن هنا جزم المحقق القمي بصحة الوكالة المعلقة . وحكى التأمل في بطلانها عن المحقق الأردبيلي والكفاية على ما عرفته في

## هل يعتبر التطابق بين الايجاب والقبول؟

قوله : ( ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول ) أقول  
التطابق بين الايجاب والقبول يتصور على أنحاء :

١ - أن يكون ذلك من ناحية عنوان المعاملة : بأن يقول أحد المتعاملين  
لصاحبه : بعتك دارى بكذا ، ويقول صاحبه : قبلت البيع بكذا ، فلو قال:  
قبلت الهبة بكذا لبطل العقد ، بديهة أن العقد أمر وحداني مركب من  
الايجاب والقبول ، فاذا أنشأ أحد المتعاملين البيع ، وقبل الآخر الهبة ، لم  
يرتبط كلام أحدهما بالآخر ، فلا تتحقق بينهما معاهدة ومعاهدة ، بل يكون  
عهد كل منهما بعيداً عن عهد الآخر ، ضرورة أن ما أنشأه الموجب لم يقبله  
القابل ، وما قبله القابل لم ينشئه الموجب .

ومن هنا قال شيخنا الاستاذ : إن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول  
من القضايا التي قياساتها معها .

٢ - التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية المبيع : بأن يقول أحد  
المتبايعين لصاحبه : بعتك عبدي بكذا ، ويقول الآخر قبلت هكذا . ولو قال  
قبلت بيع الجارية بكذا لبطل العقد ، لما عرفته قريباً من أنه مع الاختلاف  
- بين الايجاب والقبول - لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، لسكى يتحقق  
هنا عقد مركب من الايجاب والقبول .

٣ - التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري ، فلو قال  
زيد لعمرو : بعتك دارى بكذا ، ويقول عمرو : قبلت البيع لخالد ، أو يقول

خالد : قبلت البيع لنفسى بكذا لبطل العقد ، لعدم ورود الايجاب والقبول على مورد واحد ، كما عرفته في القسمين السابقين .

وقد يتوهم : أن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول في الصورة الثالثة ينافي لما أسلفناه في تعريف البيع ، من أنه تبادل عين بعوض في جهة الاضافة ضرورة أن مقتضى هذا التعريف هو أن لا يلاحظ البائع الخاص ، ولا أن يلاحظ المشتري المعين في تحقق مفهوم البيع ، بل مقتضى التعريف المزبور أن لا يلاحظ في ذلك كون البائع مالكا للبيع ، وكون المشتري مالكا للثمن ومن هنا نحكم بصحة المعاملة الفضولية .

ولا يقاس البيع - في ذلك - بالنكاح ، إذ لا بد في النكاح من التطابق بين الايجاب والقبول بالنسبة إلى الزوجين ، فان منزلتهما - في عقد الزواج - منزلة العوضين - في البيع - وقد عرفت اعتبار التطابق فيه بين الايجاب والقبول من ناحية العوضين .

ولكن هذا التوهم فاسد ، ضرورة أن التعريف المذكور إنما يقتضى عدم اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول بالنسبة الى البائع الخاص والمشتري الخاص فيما إذا كان العوضان من الأعيان الخارجية .

أما إذا كان أحدهما كلياً في الذمة ، فانه عندئذ لا بد من اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البائع والمشتري ، ضرورة أن ذمم الأشخاص مختلفة بحسب قوة الوثاقة وضعفها ، إذ رب شخص لا يعتمد عليه في الأمور الحقيرة ، ورب شخص تطمئن اليه النفس في الأمور الخطيرة .

وعليه فإذا باع زيد متاعه من عمر بخمسين ديناراً في الذمة ، فانه ليس لعمره أن يقبل هذا البيع لغيره ، ولا لغيره أن يقبله لنفسه ، ضرورة أن ذمة عمره غير ذمم بقية الأشخاص ، فالارتضاء بالأولى لا يستلزم الارتضاء

ببقية الذمم ، وإذن فالاخلال بالتطابق في الصورة الثالثة أيضاً موجب للبطلان ففي الحقيقة يرجع اعتبار التطابق في هذه الصورة إلى اعتبار التطابق في الصورة الثانية .

٤ - التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد فاذا خالف الايجاب القبول في ذلك قيل بصحة العقد حينئذ ، وثبوت الخيار للشروط له ، نظراً إلى أن الشرط لا يرتبط بالعقد ، وإنما هو التزام في التزام آخر .

الا أن الصحيح بطلان العقد مع عدم التطابق في هذه الصورة أيضاً . والوجه في ذلك : ما تذكره في مبحث الشروط من أن مرجع اعتبار الشرط في العقد إما إلى تعليق العقد على التزام المشروط عليه بشيء ، أو إلى تعليق لزومه على شيء ، أو تعليقهما معاً أما الأول فكاشتراط شرط في عقد الزواج أما الثاني فكاشتراط الكتابة في العبد الميسع ، أما الثالث فكاشتراط عمل في البيع ونحوه .

وتذكر في المبحث المذكور : أن تعليق اللزوم يرجع الى جعل الخيار ، وجعل الخيار إنما يرجع إلى تحديد المنشأ ، وفي جميع ذلك يكون عدم التطابق موجباً للبطلان .

٥ - التطابق بين الايجاب والقبول في أجزاء المبيع والتمن ، وعليه فلو قال البائع : بعثك دارى بخمسين ديناراً ، وقال المشتري : قبلت البيع في نصف المبيع بخمسة وعشرين ديناراً فقد حكم شيخنا الاستاذ ببطلان البيع في هذه الصورة أيضاً .

واليك نص مقرر بمثته : ( وما ذكرنا ظهر أنه لا بد من اتحاد المنشأ حتى بالنسبة إلى التوابع والشروط ، فلو أنشأ أحدهما مع شرط ، وقبل الآخر بلا

شرط ، أو باع البائع عديدين ، وقبل المشتري أحدهما وغير ذلك مما هو نظير ما ذكرناه لم يصح أيضاً ، لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر .  
أقول : إن مرجع بيع الدار بخمسين ديناراً إلى بيع كل نصف منها بخمسة وعشرين ديناراً ، مع اشتراط كل منهما بوجود الآخر ، فإذا قبل المشتري أحدهما دون الآخر رجع ذلك إلى عدم المطابقة من جهة الشرط ، وقدم حكمه

## هل يجوز الانشاء لاحد المتعاقدين

حال كون الآخر فاقداً لشرائطه ؟

قوله : ( ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من ايجابه وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء ) . أقول : قد اعتبر المصنف - في صحة العقد - وقوع كل من الايجاب والقبول في حال يجوز لكل من المتبايعين الانشاء في تلك الحال ، وعليه فلو كان المشتري في حال ايجاب البائع غير قابل للقبول ، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية الايجاب لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه عندئذ لا يرتبط عهد أحدهما بعهد الآخر ، فلا تتحقق المعاهدة والمعاقدة بينهما بوجه .

وقال شيخنا الاستاذ : إن هذا الشرط - كسابقه - من القضايا التي قياساتها معها ، بديهية أن العقد لا ينعقد إلا بفعل شخصين ، فإذا اتفقت شروط من شرائط العقد حين إنشاء أحدهما بطل العقد . ولا أثر لوجود الشرط قبل العقد أو بعده وعلى هذا فلو نام المشتري حين إنشاء البائع أو بالعكس لم يصح العقد ودعوى الصحة في العقود الجائزة ، دعوى جزافية ، لأن القول بالصحة إنما هو في العقود الاذنية فقط ، دون العقود العهدية . انتهى ملخص كلامه .

### ج ٣ هل يجوز الانشاء لاحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقداً لشرائطه ٧٥

ويتوجه عليه : أن العقد ليس من مقولة الأفعال ولا من مقولة الألفاظ الخارجية ، ولا من الاعتبارات النفسية المحض ، بل هو عبارة عن ارتباط التزام أحد المتعاقدين بالتزام الآخر ، وإظهاره بـمـبرـز خارجي ، ولا شبهة في صدق عنوان العقد على هذا ، فيكون مشمولاً للعمومات والمطلقات ، ولم يدل دليل من الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والسيرة على كون كل من المتعاقدين واجداً لشرائط الانشاء عند إنشاء الآخر ، بل الدليل إنما هو على اعتبار صدور الانشاء من الواجد لشرائط الانشاء ، دون الفاقدها .

وقال الفقيه الطباطبائي - عند قول المصنف : ومن جملة الشروط في العقد أن يقع كل من إيجابه وقبوله في حال يجوز لكل منهما الانشاء - : إنه (لادليل على هذه الكلية ، وعدم صدق المعاقدة والمعاودة إنما يتم في بعض الفروض ، كما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهة الإغناء أو النوم أو الجنون ، وأما في بقية الصور فنمنع عدم الصدق خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك ، وأن المشتري يقبل لا محالة ، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقة أو السفه ) .

ولكن التحقيق يقتضى الالتزام بالصحة إذا فقد المشتري شرائط صحة الانشاء حال إنشاء البائع ، وبالفساد في عكسه . والوجه في ذلك : أن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - وقد عرفته سابقاً - وعليه فإذا أنشأ البائع حال كون المشتري نائماً - أو غافلاً أو مغنى عليه ، ثم التفت المشتري إلى هذا الانشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه عنوان العقد جزماً . ويحكم بصحته للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود .

بل تدل على ذلك السيرة الواقعة بين التجار ، لأن المتعارف فيما بينهم

- غالباً - أن يكتب بعضهم إلى بعض يبيع متاعه الخاص بقيمة معينة، ويقبله المكتوب إليه ، مع أنه ربما يكون - عند كتابة البائع - نائماً أو غافلاً أو مجنوناً ، ولا شبهة في صحة هذه المعاملة .

أما إذا لم يبق البائع على الشرائط حين قبول المشتري حكم بفساد العقد إذ يرتفع التزام البائع بانتفاء شرائط الانشاء عنه ، ولا يتصل التزامه بالتزام المشتري ، إلا في مثل النوم والغفلة ، فانهما لا ينافيان بقاء التزام البائع للسيرة المزبورة . وهذا واضح لا شك فيه .

## بحث استطلاعي في حقوق الرضاء

بالبائع الاكراهي

قوله : ( ثم إنهم صرحوا بجواز حقوق الرضاء لبيع المكره ) . أقول : حاصل كلامه : أن ما ذكرناه - من اعتبار أن يكون كل من المتعلقين واجداً للشرائط عند تحقق الانشاء من الآخر - يقتضى بطلان عقد المكره سواء ألتحق به الرضاء من المكره - بالفتح - أم لا ، ولكن التزم الاصحاح بصحة ذلك مع حقوق الرضاء به . ولعل هذا من جهة الاجماع القائم على خلاف الاصل والقاعدة .

ويتوجه عليه : أن يبيع المكره المتعقب بالرضاء - وإن خرج من القاعدة للزبورة - إلا أن خروجه عنها ليس من جهة الاجماع ، بديهة أن الاجماع لا يصح صدق عنوان العقد على ما ليس بعقد عرفاً .  
وإنما الوجه في صحة بيع المكره - مع حقوق الرضاء به - هو أن الاختيار له معنيان :



١ - أن يستند الفعل الصادر من الفاعل إلى إرادته ، ويقابله صدور الفعل منه بلا اختيار وشعور ، كحركة المرتعش .

٢ - أن يراد من الاختيار تسلط الفاعل على فعله ، ويقابله كونه مجبوراً فى فعله ومكرهاً عليه من ناحية شخص آخر .

أما الاختيار بالمعنى الأول فلا شبهة فى اعتباره فى العقود ، لانا ذكرنا مراراً : أن حقيقتها - بل حقيقة جميع الأمور الانشائية - متقومة بالاعتبار النفسانى المظهر بمرز خارجى ومن الواضح جداً أنه إذا اتفق القصد والاتفات من المتعاقدين اتفى منهما الاعتبار النفسانى ، وإذن فىكون اللفظ الصادر منهما لفظاً ساذجاً ، وغير مظهر للاعتبار النفسانى . ومن البين الذى لا ريب فيه أن اللفظ الساذج بعيد عن مفهوم العقد .

أما الاختيار بالمعنى الثانى فلا دليل على اعتباره فى حقيقة العقد ضرورة أن الإرادة والاختيار - بهذا المعنى - من الأمور النفسانية التى لا تطلع عليها غير علام الغيوب ، وعليه فلا يعقل أن تقع مورداً للاجبار .

ومن هنا ذكر المصنف - فى البحث عن جواز الكذب عند الضرورة - أن المكره على إنشاء العقود إنما اكره على التلفظ بصيغة البيع ، ولم يكره على إنشاء حقيقة البيع ، فالأكره على البيع للحقيقى يختص بغير القادر على التورية ، كما أن الاضطرار على الكذب يختص بالعاجز عنها .

وعليه فإذا كان شخص مكرهاً على البيع ، ولم يور - مع قدرته على التورية - فقد أوجد البيع بإرادته واختياره . انتهى ملخص كلامه .

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

وكيف كان أن المكره على البيع - مثلاً - إنما اكره على التكلم بكلمة

بعت من غير أن يجبر على قصد معناه . وحينئذ فاذا تكلم بذلك مع القصد والالتفات إلى المعنى كان هذا بيعاً حقيقة ، لأن شأن الأمور الانشائية في ذلك شأن الأفعال التكوينية . فكما أن المكروه على إيجاد فعل تكويني في الخارج لا يخلو عن القصد والارادة ، - ولا يكون الفعل الصادر منه كالفعل الصادر من النائم والساهى والمجنون وأمثالهم - كذلك الحال في الأفعال الانشائية .

نعم صحة العقود والايقاعات تدور مدار صدورهما من المنشئ في حال الرضاء ، وطيب النفس ، للأدلة الدالة على ذلك ، وإذا اتنى الرضاء فسدت العقود والايقاعات ، ولم يترتب عليها أثر شرعى أصلاً .

وعلى الاجمال : إن اعتبار الرضاء في صحة العقود والايقاعات اعتبار شرعى ، وليس ذلك من جهة دخله في مفهوم العقد وإلا لم يلزم بعض العامة (١) بصحة عقد المكروه ، ضرورة أن ما لا يصدق عليه مفهوم العقد لا يعقل أن يكون عقداً صحيحاً .

وعلى هذا الضوء فصحة بيع المكروه مع لحوق الرضاء به ليست من جهة الاجماع ، بل من جهة موافقته للقاعدة .

حيث إنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضاء إلا اعتباره على النحو الجامع بين المقارن واللاحق ، وسيأتى توضيح ذلك في البحث عن بيع المكروه وهذا بخلاف المعاملات الصادرة من المجنون والغافل والمغنى عليه وأشباه ، فانه لا يمكن تصحيحها بلحوق رضاهم بها ، اذ لا يصدق عليها أى عنوان من عناوين المعاملات ، ولا ينطبق عليها أى مفهوم من مفاهيمها . بل لا يصح أن يطلق عليها أى اسم من أسماء العقود والايقاعات ، إلا أن يكون الاطلاق بنحو من العناية والمجاز .

(١) سنذكر ما ذهب اليه هذا البعض في البحث عن بيع المكروه .

وأيضاً يدلنا أمران على دخل الرضاء - بالمعنى الثانى - فى صحة العقد ،  
لا فى مفهومه :

١ - أنه لو كان شخص مكرهاً على إجراء الصيغة لعقد خاص لحكم بصحة ذلك العقد ، ومن الظاهر أنه لو كان فعل المكره كفعل المجنون وشبهه لحكم بفساده ، بل حكم بعدم صدق عنوان العقد عليه .

٢ - أنه قد استدل الإمام (ع) - فى صحيحة البرزطى (١) - بحديث الرفع على بطلان طلاق المكره وعتاقه وصدقته ، ومن البين الذى لا ريب فيه أنه لو لم تصدق عليها هذه العناوين لحكم الإمام (ع) بالبطلان من جهة عدم تحقق العناوين المذكورة فى الخارج ، ولم يحكم بعدم صحتها من جهة حديث الرفع ، بديهية أن التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر العرضى وسيأتى تفصيل هذه المسألة فى البحث عن يسع المكره إنشاء الله تعالى .

## بحث فى اختلاف المتعاقدين فى شروط العقد

قوله : ( فرع لو اختلف المتعاقدان - اجتهاداً أو تقليداً - فى شروط الصيغة ) . أقول : إذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغة 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 بما لا قائل بكونه سبباً للنقل والانتقال ؟ .

(١) تقدمت هذه الصحيحة فى ص ١٠ .

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

ويتوجه 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 ، وعليه فيكون اجتهاد كل من المتعاقدين صحيحاً في نفس الأمر .

أما الوجهان الأولان فقد ذكر المصنف (ره) أنهما مبنيان على أن الأحكام الظاهرية هل هي بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية لكي تكون نسبة الأمارات القائمة عليها نسبة الأسباب إلى مسبباتها ، ونسبة الموضوعات إلى أحكامها؟

أم هي أحكام عذرية : بمعنى أن العامل بها يكون معذوراً في عمله لأنهما أحكام حقيقية قبال الأحكام الواقعية ، غاية الأمر يكون العامل بها معذوراً في عمله قبل كشف الخلاف؟

وعلى الأول فالمؤثر عند أحدهما مؤثر عند صاحبه أيضاً ولو كان أحدهما مخالفاً للآخر .

وعلى الثاني فلا يترتب عليه أثر أصلاً ورأساً ، لأن المنشئ وإن رأى ترتب الأثر على إنشائه ، إلا أن صاحبه يراه مخطأ في اجتهاده ، ولا غياً في إنشائه ، وحينئذ فلا يترتب عليه الأثر في نظره . هذا كله فيما إذا كان بطلان العقد عند كل من المتعاقدين المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر ، كالعريضة والصراحة والماضوية والترتيب .

أما الموالاتة ، والتنجيز ، وبقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى

آخر العقد ، فالظاهر أن اختلافهما في ذلك يوجب فساد العقد ، ضرورة أن فساد العقد من ناحية الامور المذكورة يسرى من أحد الجانبين الى الجانب الآخر .

وذلك من جهة أن قبول الانشاء التعليق تعليقي ، وأن القبول المنفصل عن الايجاب بزمان - عند من لا يعتبر التوالى - يوجب الانفصال بينهما عند من يعتبر ذلك ، وأن قبول الايجاب الصادر عن ليست له أهلية الانشاء يكون معاملة مع شخص خارج عن أهلية الانشاء .

وعلى الاجمال إن فساد أحد جزئي العقد وإن كان لا يسرى الى الجزء الآخر . إلا أن منشأ الفساد ربما يسرى من جزء الى آخر . وهذا واضح لا خفاء فيه . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه أولاً : أنه لا وجه لجعل الترتيب مثل الماضوية والعربية والصراحة ، بل هي مثل الموالاتة والتنجز ، بديهية أن التقدم والتأخر من الامور المتضائفة ، فاذا تقدم القبول على الايجاب فقد تأخر الايجاب عن القبول ثانياً : أن الأحكام الظاهرية الاجتهادية ليست بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية ، وإلا لزم التصويب . وهذا ظاهر .

ثالثاً : أن الاختلاف في طريقتي الأمارات ، أو موضوعيتها إنما هو بالنسبة الى من قامت عنده الأمانة ، فانه على القول بالطريقة لا يجوز الاجزاء بما أتاه المكلف بعد انكشاف الخلاف وعلى القول بالموضوعية يلتزم بالاجزاء . وقد تقرر هذا في مبحث الاجزاء من علم الاصول .

أما بالنسبة الى غير من قامت عنده الأمانة فالأمانة بمفادها يحتاج الى دليل ليبدل على أن الحكم الظاهري في حق كل أحد حكم واقعي نافذ في حق غيره : بأن يقال : إن من كانت صلواته صحيحة ظاهراً - عند نفسه فلأخر

أن يرتب عليها آثار الصحة الواقعية ، فيجوز الإيتمام به .  
ولكن لا دليل على هذه الكبرى الكلية إلا في جملة من الموارد:  
منها ما إذا أسلم الزوجان ، أو زوج السكتانية حكم ببقاء النكاح السابق  
للاخبار الكثيرة (١) .

ومن هنا ما إذا اعتقد أحد بصحة العقد الفارسي ، وتزوج امرأة به لم  
يجز غيره أن يتزوج بهذه المرأة مادامت في حبال الزوج الأول ، للسيرة  
القطعية المتصلة بزمان المعصومين (ع) .

ومن هنا غير ذلك من الموارد التي دل الدليل على أن فعل العامل بالحكم  
الظاهري موضوع للحكم بالنسبة الى غيره .

ومن هنا لم يناقش أحد من الفقهاء - الملتزمين باعتبار العربية في الصيغة  
في نكاح الأشخاص القائلين بجواز الانشاء بغير اللغات العربية . وكذلك لم  
يناقش القائل باعتبار الماضوية فيها في نكاح القائل بجواز الانشاء بغير الماضي .  
وهكذا في سائر شرائط العقد التي هي مورد لاختلاف الفقهاء رضوان الله عليهم  
والمتحصل من جميع ما ذكرناه : هو أن مجرد كون مفاد الأمانة حكماً  
حقيقياً في حق الموجب ، أو القابل لا يجدي شيئاً في المقام . بل لا بد وأن  
يكون ذلك حكماً حقيقياً في حق غيره أيضاً ، لأنه أحد طرفي العقد .

وقد ناقش في ذلك بعض مشائخنا المحققين ، وملخص كلامه : هو أن  
الأمانة إذا قامت على حكم تكليفي فأقصى ما هناك هو تبدل الواقع بالنسبة الى  
من قامت الأمانة عنده على الخلاف دون غيره .

وعليه فيمكن أن يكون الشيء حلالاً بالاضافة الى أحد وحرماً بالاضافة  
الى شخص آخر - مثلاً - إذا قامت الأمانة على حلية العصير التري بالغليان

عند أحد لم يوجب هذا إلا الحلية الواقعية بالإضافة الى من قامت عنده الأمانة على الحلية دون غيره ممن لم تقم الأمانة عنده . وإذن فليس لغيره ترتيب أثر الحلية اذا كان من في يده العصير يرى حليته .

وهذا بخلاف الأحكام الوضعية ، فانها اذا تحققت في حق أحد - ولو من جهة قيام الأمانة عنده - تحققت في حق الجميع . فاذا اشترى - من يرى جواز العقد بغير العربي - شيئاً بالعقد الفارسي حكماً بكونه ملكاً له واقعاً ، بناءً على القول بالسببية والموضوعية . ومع تحقق الملكية واقعاً في اعتبار الشارع - كما هو المفروض - جاز لكل أحد ترتيب الأثر على تلك الملكية .

وحينئذ فيكون اجتهاد أحد نافذاً في حق غيره أيضاً . ومن هنا لا يكون - في هذه الموارد - كشف خلاف أصلاً ، بل يتبدل الرأي يتبدل الموضوع لا محالة .

وقد اتضح مما بيناه الفارق بين المقام ، وبين ما اذا قامت الأمانة على وجوب صلاة الجمعة - مثلاً - فان قيام الأمانة وإن كان يوجب - على الفرض - أن تكون صلاة الجمعة واجدة للمصلحة الالزامية ، إلا أنه لا يقتضى أن تكون المصلحة الموجودة فيها بدلاً عن المصلحة الواقعية .

وعلى هذا فاذا انكشف الخلاف علم منه أن المصلحة الواقعية باقية على حالها ، فيجب تحصيلها . وليست - في باب المعاملات - مصلحة لازمة التحصيل لكي يجرى فيها هذا البيان . انتهى ملخص كلامه .

أقول : هذا الذي أفاده المحقق المزبور وإن كان متيناً بناءً على السببية إلا أنا ذكرنا - في مبحث الجمع بين الأحكام الظاهرية والأحكام الواقعية من علم الاصول - أن الالتزام بالموضوعية والسببية حتى السببية السلوكية - التي اخترعها المصنف في رسائله - مستلزم للتصويب ، وإذن فلا يمكن الالتزام

بذلك . فلا مناص وقتئذ عن القول بالطريقة المحض في جعل الأمارات ،  
ولارم ذلك هو عدم جواز اكتفاء أحد المتعاقدين بما يراه الآخر صحيحاً فيحكم  
بالصحة من جانب ، وبالفساد من جانب آخر .

وقد يقال : إن العقد فعل واحد تشريكي يحصل من الإيجاب والقبول ،  
وعليه فلا بد وأن يكون صحيحاً في مذهب كل منهما لكي يمكن ترتب الأثر عليه  
فلا يجوز الاكتفاء بالعقد الفارسي لمن يرى بطلانه .

وقد يقال أيضاً : إن العقد مركب من الإيجاب والقبول ، فلا يتحقق  
مفهومه إلا بهما ، وحينئذ فإذا صح من طرف الموجب صح من طرف القابل  
أيضاً إذ لا يعقل وقوعه صحيحاً من جانب وفاسداً من جانب آخر .

ولكن التحقيق : هو ما ذكرناه - من الحكم بالصحة من جانب وبالفساد  
من جانب آخر - ضرورة أن العقد وإن كان متقوماً بالإيجاب والقبول ، إلا  
أن ذلك لا يقتضى إلا التلازم - في الصحة أو الفساد - بحسب الحكم الواقعي ،  
لأنه لا يمكن في الواقع أن ينتقل المبيع إلى المشتري ، ولا ينتقل الثمن إلى البائع  
أما بالنسبة إلى الحكم الظاهري فلا مانع من الالتزام بالتفكيك : بأن  
يعمل كل من الموجب والقابل بما تقتضيه وظيفته الظاهرية .

مثلاً : إذا كان البائع مقلداً لمن يقول بصحة العقد بالفارسي وكان  
المشتري مقلداً لمن يقول ببطلان ذلك جاز للبائع أن يتصرف في الثمن ، لأنه  
يراه ملكاً لنفسه ، ولا يجوز له أن يتصرف في المبيع ، لأنه خارج عن  
ملكه في نظره .

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

ولا عجب في ذلك ، لأن التفكيك في الأحكام الظاهرية مما لا يحصى ،



فان الماء القليل يفعل بالنجاسة عند بعض ، ولا يفعل بها عند بعض آخر ، وماء البئر يفعل بملاقة النجس عند قوم ، ولا يفعل بها عند قوم آخرين ، والفسلة محكومة بالنجاسة عند فقيه ، وبالطهارة عند فقيه آخر . وإلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي وقع فيها التفكيك في الأحكام الظاهرية .

## بحث في المقبوض بالعقد الفاسد

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

فمضى غصب المسالك : الاتفاق على أن المقبوض بالعقد الفاسد يضمن .  
وعن غصب الكفاية . أنه مقطوع به في كلام الأصحاب .

وعن التذكرة : البيع الفاسد لا يفيد ملكية المشتري للعقود عليه . . .  
ولو قبضه لم يملكه بالقبض ، ولو تصرف فيه لم ينفذ تصرفه فيه عند علمائنا  
أجمع .

وعن كشف الحق : أنه ذهب الإمامية أن الشراء الفاسد لا يملكه بالقبض  
ولا ينفذ عقده ، ولا يصح شيء من تصرفه .

وعن السرائر : أن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى الغصب  
والضمان . وإلى غير ذلك من كلماتهم المذكورة في هذه المسألة .

وذكر المصنف : أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه ، وكان  
مضموناً عليه :

أما العقد السلبي - : أعني به عدم الملك - فلا ن المؤثر في حصول الملكية إنما هو العقد ، فإذا حكم بفساده وصورته كالمعدوم لم يؤثر في الملكية .  
أما العقد الايجابي - : أعني به ثبوت الضمان على القابض - فهو المعروف بين الأصحاب . بل ادعى الشيخ - في باب الرهن ، وفي موضع من البيع - الاجماع عليه صريحاً . انتهى ملخص كلامه .

ثم إنه ربما يستظهر من قول المصنف : ( وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء ، بل من قبيل إحداث إنمائها غير قابل للملك ، فهو كالتلف ، لا كالتلف ) . اختصاص محل البحث بالتلف ، وعدم شموله للاتلاف ، بديهية أن الضمان في صورة الاتلاف أمر واضح ، وغير خفي على طلبة العلم فضلاً عن الفقيه المتضلع من الفقه .

ووجه الاستظهار : هو أن الظاهر كون العبارة المذكورة جواباً عن سؤال مقدر . وهو أن مورد الخير الآتي - الوارد في الأمة المبتاعة - من قبيل الاتلاف ، فيخرج عن مورد بحثنا - في المقام - لأن البحث - هنا - مختص بالتلف السامى . أما الاتلاف فلا شبهة في كونه موجباً للضمان ، لقاعدة من أتلّف وأجاب المصنف عن ذلك بقوله : وليس استيلادها الخ .

ويرد عليه : أنه لا وجه للفرق بين التلف والاتلاف ، ضرورة أن تسليط المالك غيره على ماله مع فرض فساد العقد إذا كان مانعاً عن ثبوت الضمان باليد كان مانعاً عن ثبوت الضمان بالاتلاف أيضاً ، وعليه فلا وجه للفرقة بين صورتي الاتلاف والتلف بالالتزام بالضمان في الثانية ، دون الاولى

## ما هو مدرك الضمان في قاعدة ما يضمن؟

قد ذكر المصنف: (أن هذه المسألة - : أعني بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - من جزئيات القاعدة المعروفة : كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده... فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً وعكساً) ثم أطال الكلام في ذلك من حيث الشرح والتفسير ومن حيث النقص والابرام . ومن حيث الاطراد والانعكاس .

ولكن التحقيق : أنه لا يهمننا البحث في شيء من هذه النواحي ضرورة أن هذه القاعدة بألفاظها المذكورة لم ترد في آية ، ولا في رواية ، ولا أنها جمعت مورداً للاجماع ، لكي يبحث عنها ، وعن مفردات ألفاظها ، وعن سعة دلالتها .

بل هذه القاعدة غير مغروسة - بالألفاظ المزبورة - في كلمات القدماء وإنما وجدت وحدثت في كلمات المتأخرين . وإذن فيحسن بنا أن نصرف عنان البحث إلى ما يمكن أن يجعل مدركاً لهذه القاعدة ودليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكي يتضح من ذلك ما هو المدرك لقاعدة ضمان اليد أيضاً . فنقول : إنه استدلل على الضمان - في محل الكلام الذي سيتضح لك قريباً - بوجوه شتى :

١- النبوى المعروف : أعني به قوله (ص) : على اليد ما أخذت حتى تؤديه (١) ويرد عليه : أن هذا الحديث ضعيف السند لأنه لم يذكر في أصولنا

(١) رواه سمرة بن جندب عن النبي (ص) . راجع سنن البيهقي ج ٦

المعدة لضبط الأحاديث ، وإنما أخذها الأصحاب من أصول العامة ، واستدلوا به على مقصودهم في كتبهم الاستدلالية ، وإذنت فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من الأحكام الشرعية ، فضلاً عن جعله من القواعد المسلبة بين الفقهاء ، وتسميته بقاعدة ضمان اليد .

ودعوى أن الحديث المزبور وإن كان ضعيف السند ، ولكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به ، وإرسالهم إياه إرسال المسلمات .  
دعوى فاسدة ، لأننا ذكرنا مراراً : أن عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها . كما أن إعراضهم عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب

— ثم إن سمرة هو الذي انحرف عن أمير المؤمنين ( ع ) وكان أيام مسير الحسين ( ع ) إلى الكوفة على شرطة ابن زياد ، وكان يحرض الناس على الخروج إلى الحسين ( ع ) وقتاله .

وعن ابن عدي ، قال قدمت المدينة ، فجلست إلى أبي هريرة ، فقال : ممن انت ؟ قلت : من أهل البصرة ، قال : ما فعل سمرة بن جندب ؟ قلت : هو حي ، قال : ما أحد أحب إليّ طول حياة منه ، قلت : ولم ذاك ؟ قال : إن رسول الله ( ص ) قال لي ، وله ، ولحذيفة بن اليمان : آخركم موتاً في النار .

وروى واصل أنه كان له نخل في بستان رجل من الأنصار ، فكان يؤذيه ، فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله ( ص ) فبعث إلى سمرة ، فدماه ، فقال له : بع نخلك من هذا ، وخذ ثمنه قال : لا افعل ، قال خذ نخلاً مكان نخلك قال لا افعل قال فاشتر منه بستانه ، قال : لا افعل ، قال : فآرك لي هذا النخل ولك الجنة قال : لا افعل ، فقال ( ص ) للأنصاري : إذْهَبْ فاقطع نخله ، فإنه لاحق له فيه وإلى غير ذلك من مطاعنه . وقد ذكر ذلك كله ابن أبي الحديد في شرح نهج

وهنا ، لأن الشهرة فی نفسها لیست بحجة ، فلا تكون موجبة لحجية الخبر ، وجارة لضعف سنده . وعليه فلا بد من ملاحظة نفس الخبر ، فإن كان جامعاً لشرائط الحجية أخذ به ، وإلا فإن ضم غیر حجة إلى مثله لا یتج الحجية . وتفصیل ذلك فی علم الأصول .

ویضاف إلى ذلك : أنه لم یتضح لنا استناد المشهور إلى الحديث المزبور فی فتاویهم بالضمان فی موارد ضمان الید ، إذ من المحتمل أنهم استندوا فی ذلك إلى السيرة - التي ستعرض لها قريباً - أو استندوا فی ذلك إلى وجه آخر وإنما ذكروا حديث ضمان الید تأييداً لمرامهم . فافهم .

٢ - الروایات ( ١ ) الدالة علی أن الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة

(١) عن جمیل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله (ع) فی رجل اشتری جاریة ، فأولدها ، فوجدت مسروقة ؟ قال : يأخذ الجارية صاحبها ، ویأخذ الرجل ولده بقيمته . مرسله .

وعن زرارة ، قال : قلت لأبي جعفر (ع) : الرجل یشتري الجارية من السوق ، فیولدها ، ثم یجییء رجل ، فقیم البينة علی أنها جاریته ، ولم یبع ، ولم یهب ؟ قال : فقال : ترد الیه جاریته ، ویعوضه بما انتفع ، قال : كان معناه قيمة الولد . مجهولة بأبي عبد الله الفراء .

وعن جمیل بن دراج عن ابي عبد الله (ع) فی الرجل یشتري الجارية من السوق ، فیولدها ، ثم یجییء مستحق الجارية ؟ فقال : يأخذ الجارية المستحق ، ویدفع الیه المبتاع قيمة الولد ، ویرجع علی من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه . موثقة بمعاوية بن حکیم .

وعن زرارة ، قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : رجل اشتری جاریة من سوق المسلمين ، فخرج بها إلى ارضه ، فولدت منه اولاداً ، ثم اتاها من یزعم انها له -

- بعد أن أولدها المشتري - أخذها صاحبها ، وأخذ المشتري ولده بالقيمة - حيث إن ضمان الولد بالقيمة - مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري - يستلزم ضمان الأصل بالألوية .

ويتوجه عليه : أن الروايات المذكورة غريبة عن مركز بحثنا ، إذ المفروض - هنا - أن يكون البائع مالكا أما المذكور في الرواية فهو كون البائع غاصباً ، ومن الواضح الذي لا ريب فيه أنه لم يتوهم أحد عدم الضمان في هذه الصورة حتى فيما إذا كان العقد غير معاوضي كالهبة . وحكمنا بعدم الضمان في مورد بحثنا .

٣ - الروايات (١) الدالة على عدم حلقة مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، فإنها تشمل المقام أيضاً .

ويرد عليه : أن نسبة الحل إلى الاموال والأعيان إنما هي باعتبار التصرف ، إذ لا معنى لحلقة الأعيان الخارجية . كما أن نسبة الحرمة إليها هذا اللحاظ ، ضرورة أنه يراد من حرمة الخمر حرمة شربه ، ومن حرمة المال حرمة التصرف فيه . ومن حرمة الامهات والبنات والأخوات حرمة نكاحهن وهكذا في سائر الموارد .

وعليه فالغرض من تلك الروايات إنما هو الحرمة التوكيفية دون

الحرمة الوضعية . وإذن فهي بعيدة عن إثبات الضمان وحينئذ فشانها شأن مادل على حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه (٢) فكما أن الطائفة الثانية

واقام على ذلك البينة ؟ قال : يقبض ولده ، ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها ، وفيه ج ٢ ص ١٤١ . إن اباه بذكر من اتاها . محمولة بسليم الطربال ، الاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ٨٤ . والوافي ج ١٠ ص ١٠١ .

(١) قد ذكرناها في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

(٢) قد ذكرناه في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

ظاهرة في الحكم التكليفي فقط ، كذلك الطائفة الأولى . فلا تعرض فيها للضمان .  
 ٤ - قوله ( ع ) ( حرمة ماله - : أي المؤمن - كحرمة دمه ( ١ ) ) فإن  
 الظاهر من هذه الجملة هو أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ، وأنه لا يذهب  
 هدرأ ، كما أن دمه لا يذهب هدرأ .

ويتوجه عليه : أن هذه الجملة المباركة - لودلت على الضمان - فإنما تدل عليه  
 في فرض الاتلاف ، دون التلف ، إذ لا يتوهم عاقل أنه إذا تلف مال مؤمن  
 بأفة سماوية ضمن به سائر المؤمنين ، وعليه فيكون الدليل أخص من المدعى .  
 ويضاف إلى ذلك : أن هذه الجملة الشريفة مذكورة في عداد جمل أخرى  
 التي هي ظاهرة في الحكم التكليفي ، وهي ما يلي : سباب المؤمن فسوق ، وقتاله  
 كفر ، وأكل لحمه معصية ، ومن الواضح أن اتحاد السياق يقتضي إرادة الحكم  
 التكليفي من هذه الجملة أيضاً . وإذن فهي بعيدة عن إثبات الحكم الوضعي : أعني  
 به الضمان .

بل الظاهر أن المراد من كلمة الحرمة - في قوله ( ع ) : حرمة ماله كحرمة  
 دمه - هو مقابل الحل ، فيكون راجعاً إلى الحكم التكليفي ، لا بمعنى الاحترام

( ١ ) عن أبي بصير ، عن أبي جعفر ( ع ) قال : قال رسول الله ( ص ) :  
 سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر ، وأكل لحمه معصية ، وحرمة ماله كحرمة دمه .  
 موثق بعبد الله بن بكير . أصول الكافي باب السباب من كتاب الإيمان والكفر  
 والوافي ج ٣ ص ١٦٠ والوسائل باب ١٥٢ ، وباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة  
 وعن أبي ذر عن النبي ( ص ) : يا أبا ذر سباب المؤمن فسوق ، وقتاله كفر  
 وأكل لحمه من معاصي الله ، وحرمة ماله كحرمة دمه . ضعيف بأبي الفضل محمد  
 بن عبد الله بن محمد الشيباني . ورجاء بن يحيى بن سامان العبرثاقي . ومحمد بن  
 الحسن بن ميمون ، أو شمون ، وغيرهم الوافي ج ١٤ ص ٥٦ والوسائل نفس المصدر

لكي يدل على الحكم الوضعي ، وعليه فنزلة هذه الجملة منزلة الروايات المتقدمة الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ، وقد عرفت - قريباً - عدم دلالتها على الضمان .

وإن أبيت عن ظهورها في ذلك فلا ظهور لها في إثبات الضمان أيضاً ، فتكون بجملة .

وقد تفسر حرمة المال - في الجملة المزبورة - بأنه لا تجوز مزاحمة صاحبه بوجه حدوداً وبقاء ، وهذا وإن كان لا يفيد إلا الحكم التكليفي ما دامت العين باقية ، إلا أن عدم تدارك العين بعد إتلافها إبقاء للمزاحمة المحرمة فلا بد من رفعها ، ولا يمكن رفعها إلا بأداء مثله أو قيمته ، وعليه فتدل الرواية على الحكم التكليفي بالمطابقة ، وعلى الحكم الوضعي بالالتزام .

ولسكن يرد عليه : أن البحث - هنا - إنما هو في أصل اشتغال الذمة ، وهو مشكوك فيه - في المقام - ومن الظاهر أن حرمة المزاحمة لا تثبت إلا بعد إثبات أصل الضمان .

٥ - ما ورد في جملة من الروايات (١) أنه : لا يصلح ذهاب حق أحد

(١) عن الحلبي ، ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبد الله (ع) قال سألته هل تجوز شهادة اهل ملة على غير اهل ملتهم ؟ قال : نعم إذا لم يجد من اهل ملتهم جازت شهادة غيرهم ، إنه لا يصلح ذهاب حق احد . حسن براهيم بن هاشم . الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٤٠ . والوافي ج ٩ ص ١٤٦ .

وغن سماعه ، قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن شهادة اهل الملة ؟ قال : فقال : لا تجوز إلا على اهل ملتهم ، فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق احد . ضعيف بمحمد بن عيسى .

وعن الكناسي قال : سألت ابا جعفر (ع) عن شهادة اهل ملة هل تجوز -



فانه يشمل المقام أيضاً .

والجواب 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 يوصي بماله ، وهذا حق له ، ولا يصلح أن يذهب حقه ، وعليه فإن أمكن الأشهاد عليه من المسلمين فهو ، وإلا تجوز شهادة غيرهم أيضاً وهذا معنى أجنبي عما نحن فيه بالمرّة . ويضاف إلى ذلك أنها لا تشمل صورة التلف ، فيكون الدليل أخص من المدعى .

٦ - الروايات ( ١ ) الدالة على نفي الحكم الضرري في الشريعة المقدسة

— على رجل من غير اهل ملتهم ؟ فقال : لا ، إلا ان لا يوجد في تلك الحال غيرهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية ، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيته . صحيح . الكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٣٩٨ و ٣٩٩ . والواقف ج ٩ ص ١٤٥ و ١٤٦ .

(١) عن زرارة ، عن ابي جعفر ( ع ) — في قضية سمرة بن جندب — عن رسول الله ( ص ) : لا ضرر ، ولا ضرار . موثق بابن بكير .  
عن عقبة بن خالد ، عن ابي عبد الله ( ع ) قال : وقضى رسول الله ( ص ) بين اهل البادية : انه لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كلاءه ، وقال : لا ضرر ، ولا ضرار . مجهول بعقبة ومحمد بن عبد الله بن هلال .

وفي حديث آخر لزرارة عن ابي جعفر ( ع ) — في قضية سمرة — انه ذكر في ذيله قول رسول الله ( ص ) لسمرة : إنك رجل مضار ، ولا ضرر ، ولا ضرار على مؤمن . مرسل . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٣ و ٣٩٤ .—

ومن الظاهر أن الحكم بعدم ضمان القابض لما قبضه بالعقد الفاسد ضرر على المالك ، فينبى بأدلة نفي الضرر .

والجواب عن ذلك أولاً : أنه لا دلالة في هذه الروايات على الضمان - هنا - سواء أريد منها نفي الحكم الضررى بداءة ، كما عليه المصنف ، أم أريد منها نفي الحكم الضررى بلسان نفي موضوعه ، كما عليه جمع من المحققين .  
والوجه في عدم دلالتها على ذلك : هو ما ذكرناه في محله من اختصاص أدلة نفي الضرر برفع الأحكام المجعولة في الشريعة . أما إذا كان الضرر ناشئاً من عدم جعل حكم - كالضمان في المقام - فأدلة نفي الضرر لاتنى بنفيه ليثبت الجعل الشرعى : أى الضمان .

ثانياً : أن محل الكلام - في المقام - هو الضمان بالبدل الواقعى ، فإن الضمان بالمسمى غير ثابت قطعاً ، وعليه فتقع المعارضة في شمول أدلة نفي الضرر لكلا الطرفين ، إذ قد يزيد البدل الواقعى على المسمى بكثير . ووقتئذ الحكم بضمان القابض له مع عدم إقدامه عليه بوجه يوجب تضرره لا محالة .  
ثالثاً : أن هذه الروايات لو دلت على الضمان فأنما تدل عليه في موارد الاتلاف ، أو في موارد استيفاء المنافع ، أو فيما كان العمل بأمر الأمر . أما

- وعن عقبة ، عن ابي عبد الله ( ع ) قال . قضى رسول الله ( ص ) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين ، والمساکن ، وقال : لا ضرر ، ولا ضرار . مجهول بعقبة ومحمد بن عبد الله بن هلال . السكاكي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٨٠ .

وعن النبي ( ص ) : لا ضرر ولا ضرار في الاسلام . مرسل . الفقيه ج ٤ من ط ٤ في باب ميراث اهل الملل ص ٢٤٣ .

وعن دعائم الاسلام - في حديث - إن رسول الله ( ص ) قال : لا ضرر ، ولا ضرار . مرسل . مستدرک الوسائل ج ٣ ص ١٥٠ .

في فرص التلف السهاوى - مع تحفظ القابض عليه - فلا موجب لاضراره دفعا لتضرر المالك .

وعلى الجملة : انه لادلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد . نعم الدليل على الضمان - هنا - إنما هو السيرة ، فانها قائمة على ضمان اليد في أمثال ذلك ، ولم يثبت ردعها من ناحية الشارع المقدس وسيأتى تفصيل ذلك في الوجه الآتى .

٧ - قاعدة الاقدام التي ذكرها الشيخ في المبسوط ، حيث إنه علل الضمان - في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين - بدخول القابض على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى ، فاذا لم يسلم ، له المسمى رجوع إلى المثل أو القيمة .

ومن تلك الموارد ما ذكره في فصل تفريق الصفة من البيع ، وقال نصاً ( وإنما وجب الضمان عليه ، لأنه أخذ الشيء بعوض ، فاذا لم يسلم العوض المسمى وجب عوض المثل لما تلف في يده ) .

وقد ناقش المصنف في هذا الوجه أولاً : بان ما أقدم عليه المتعاقدان غير ممضى للشارع ، وحينئذ فاذا ثبت الضمان بالمثل أو القيمة فقد ثبت بدليل خاص ، لا بقاعدة الاقدام .

ثانياً : بأن ما ذكره من التعليل ليس بمطرد ، ولا بمنعكس ، إذ قد يتحقق الاقدام ولا يترتب عليه الضمان . كما في صورة تلف المبيع قبل القبض في البيع الصحيح ، فان المشتري قد أقدم على الضمان - هنا - ولكن لا ضمان عليه .

وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد ، ومع ذلك يتحقق فيه الضمان ، كما اذا اشترط المشتري - في عقد البيع - أن يكون ضمان المبيع - مع تلفه في يده - على البائع .

أو قال البائع للمشتري : بعتك متاعى هذا بلا أمن .  
 أو قال الموجر للمستأجر : أجزرتك دارى هذه بلا اجرة . انتهى  
 ملخص كلامه .  
 والظاهر أن ما ذكره شيخ الطائفة موافق للتحقيق ، فلا يتوجه عليه  
 شيء مما ذكره المصنف :

أما الوجه الأول - الذى ذكره المصنف - فيرد عليه : أن الاقدام فى  
 نفسه ليس علة تامة للضمان لىكى يدور الضمان مدار الاقدام وجوداً وهدماً ،  
 وإنما هو متمم لسبب الضمان الذى هو الاستيلاء على مال الغير بلا تسليط من  
 المالك مجاناً . وقد قامت السيرة القطعية العقلانية الممضاة للشارع على أن  
 التسلط على مال الغير تسلطاً غير مجانى موجب للضمان ، وحيث إن الشارع  
 المقدم لم يعض الضمان بالمسمى فيثبت الضمان بالمثل أو القيمة . وإذن فثبوت الضمان  
 انما هو بالاقدام المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة العقلانية غير المردوعة من  
 قبل الشارع لا بالاقدام الساذج لىكى يناقش فيه بما ذكره المصنف .  
 أما الوجه الثانى - الذى ذكره المصنف - فيرد عليه : أنه لا وجه له لتقضى  
 اطراد القاعدة وانعكاسها بالأمثلة المذكورة :

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  
 وإنما الموجب له الاقدام المنضم الى القبض .

بل قد تقدم فيما سبق ( ١ ) ويأتى فى أحكام القبض : أن التسليم والتسلم  
 من متمات الملكية المترتبة على البيع بمعنى : أن المرتكز فى أذهان العامة هو أن  
 ضمان المشتري للمبيع ، وضمان البائع للثمن انما هو مشروط بالقبض

فكل منهما انما أقدم على ضمان مال الآخر بشرط أن يقبضه ، لا مطلقاً ، وعليه فالحكم بعدم الضمان قبل القبض حكم على طبق الارتكاز العقلاني .

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 ، غاية الأمر أنه شرط على البائع ضماناً من دون سبب يقتضيه ، وعليه فان 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 القاعدة بالبيع بلا ثمن ، أو بالاجارة بلا اجرة فهو غريب عما نحن فيه ، لأنهما وإن كانا بحسب الضرورة بيعاً وإجارة ، إلا أنهما - في الحقيقة - من قبيل الهبة والعارية ، نهاية الأمر أنهما قد انشئتاً بلفظي البيع والاجارة .

ومن الظاهر أن أمثال هذه الانشاءات تعد في نظر أهل العرف من الأغلاط ، إذ لم يتعارف بينهم استعمال كلمة ( بعثك المتاع الفلاني بلا ثمن ) . في إنشاء الهبة ، ولا استعمال كلمة ( آجرتك الشيء الفلاني بلا اجرة ) في إنشاء العارية .

وقد عرفت في البحث عن ألفاظ العقود أن إنشاء العقد بالألفاظ المغلطة في نظر أهل العرف لا يعد إنشاء صحيحاً عندهم . وإذن فيحكم بفساد الهبة والعارية المذكورتين ، ولا يحكم بالضمان عندئذ ، لعدم الموجب له :

فحصل من جميع ما حققناه : أن ثبوت الضمان - في المقام - إنما هو بالاقدم المنضم الى الاستيلاء من جهة السيرة القطعية العقلانية المتصلة بزمان المعصومين (ع) وغير المرذوعة من قبلهم . أما بقية الوجوه المتقدمة فقد

عرفت أن الاستدلال بها على الضمان - هنا - لا يرجع الى معنى محصل .  
وعليه فيحكم بالضمان في المقبوض بالعقد الفاسد مطلقاً من ناحية السيرة  
المزبورة ، سواء في ذلك التلف والاتلاف .  
واذن فمدرك الضمان في قاعدة ضمان اليد ، وفي المقبوض بالعقد الفاسد  
انما هو هذه السيرة . هذا ما ساقنا اليه نظرنا القاصر ، والله العالم بالواقع .

## بحث في بعض الأعمال المضمونة

قوله : ( ويبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونة ) أقول : قد  
عرفت أن المقبوض بالعقد الفاسد مضمون على القابض . وهل يحكم بضمان  
الأعمال التي لا ترجع نفعها الى الضامن ، ولم تقع في الخارج بأمره - كالسبق  
مثلاً في المسابقة الفاسدة - أم لا ؟ .

قد حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل .  
وحكم قوم آخرون بالاستحقاق .

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

ومن الظاهر أن هذه الجهات كلها منتفية في المسابقة الفاسدة ، بديهية أن  
الصحيح منها انما يوجب الضمان من جهة امضاء الشارع هذه المغالبة ، لأجل  
الاهتمام بأمر الجهاد مع الكفار ، حيث ان في المسابقة والمرامات تمريناً  
للحرب ، وتهيئاً اليها ، ولولا هذه الناحية لم تفترق المسابقة والمرامات من  
سائر أنواع القمار الذي نهى عنه وضماً وتكليفاً بالآيات المتظاهرة ، والروايات

المتواترة من طرفنا ، ومن طرق العامة . وقد تعرضنا لها وحرمة القمار بأنواعه تفصيلا في الجزء الأول .

وعلى هذا الضوء فإذا فقد شرط من شرائط عقد المسابقة وصار فاسداً كان ذلك مصداقاً للقمار المحرم ، فيكون أكل المال به أكلاً له بالباطل ، إذ المفروض أنه لم يتحقق - في مورد المسابقة الفاسدة - ما يوجب الضمان ضرورة أنه لم يوجد فيها الاسبق السابق ومن البديهي أن هذا الاسبق ليس بأمر المسبوق ، ولا أن نفع هذا العمل قد وصل اليه ، ولا أنه أتلف شيئاً من أموال السابق ، واذن فكيف يحكم - هنا - بالضمان .

وبتعبير آخر : أن حرمة القمار من ضروريات الدين الاسلامي ، وقد خرجت منها المسابقة الصحيحة فقط لمصالح خاصة ، أما غيرها فهو باق على حرمة .

## هل يفرق في الضمان بين علم الدافع وجهله؟

قوله : ( ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد ، وبين علمه مع جهل القابض ) . أقول : الوجه في ذلك هو ما ذكرناه آنفاً من قيام الدليل على الضمان على وجه الاطلاق ، وهو السيرة العقلانية القائمة على ضمان اليد مع الاقدام .

وقد يتوهم عدم الضمان مع علم الدافع بالفساد ، ضرورة أن المالك مع علمه بالفساد - قد سلب القابض على ماله ، وعليه فيصبح المال أمانة مالكية عند القابض ، وحينئذ فإذا تلف عنده لم يحكم بضمانه ، للرويات (١) الدالة على

(١) الروية في الوافي ج ١٠ ص ١١٨ ، و ١٢٥ .

عدم ضمان الأمين مع عدم التفريط .

ويرد عليه : أن المالك - عندئذ - وإن سلط القابض على ماله ، إلا أن هذا التسليط لا يجعل المقبوض أمانة مالكية عند القابض ، لكن لا يحكم بضمانه مع التلف ، بل إنما هو تسليط بإزاء العوض ، ومن الواضح أنه إذا أقدم القابض على أخذ مال غيره - على النهج المزبور - حكم بضمانه للمالك ما لم يسقط ضمانه بمسقط ، والمفروض عدم سقوطه بذلك ، فلا صلة له بموارد الاستيمان حتى يحكم بعدم الضمان - هنا - من ناحيته ما دل على عدم الضمان هناك ودعوى : أن الاذن المتحقق في ضمن العقد مسقط للضمان .

دعوى جزافية ، بداهة أن الاذن المتحقق في ضمن العقد ليس اذناً مطلقاً وإنما هو اذن مقيد بدفع عوض المقبوض .

وقد يتخيل عدم الضمان مع علم الدافع وجهل القابض ، لقاعدة الغرور . ولكن هذا التخيل باطل ، لأن الغرر بمعنى الخديعة ، ومن الظاهر أنه لا يتحقق إلا بأمرين أحدهما علم الغار ، وثانيهما جهل المغرور . وبديهى أن القابض وإن كان - هنا - جاهلاً بفساد العقد ، إلا أنه عالم بأن أخذه هذا ليس أخذاً مجانياً ، بل إنما هو أخذ بإزاء العوض .

نعم لا بأس بالتمسك بهذه القاعدة في الزائد عن العوض المسمى ضرورة أن الدافع غار بالنسبة إلى هذا الزائد ، فيرجع إليه ، لا إلى القابض المغرور وسيأتي تفصيل ذلك في البحث عن بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب . ثم إنه لا وجه لاثبات الضمان - هنا - باطلاق النص والفتوى - كما في المتن - لما عرفته آنفاً من عدم تمامية النص - أعني به حديث علي اليد - فضلاً عن التمسك باطلاقه .



## هل تضمن العين المستأجرة في الاجارة ؟

قوله : ( ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً ، لأن صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها ) ، أقول المحكى عن القواعد والتحرير والتذكرة : أن صحيح الاجارة غير مفيد لضمان العين المستأجرة ، ومقتضى ذلك أن فاسدها أيضاً لا يفيد الضمان .

وعن جامع المقاصد - في باب الغصب - : أن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة .

وفي الرياض : ( العين مضمونة في يد المستأجر مطلقاً ، كما نسب الى المفهوم من كلمات الاصحاح ) . وقال المصنف : الظاهر أن المحكى عنه هو المحق الاردبيلي في مجمع الفائدة .

والتحقيق : أن العين المستأجرة قد تكون تحت يد المالك ولا يتسلط عليها المستأجر ، كما إذا استأجر دابة لسكى يحمل المسكارى متاعه معها الى مكان خاص ، ولا ريب ؛ أن ضمان الدابة حينذاك على المالك ، لا على المستأجر فان الاجارة المجردة لا توجب ضمان متعلقها .

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر ، لا من جهة اقتضاء الاجارة ذلك ، بل من جهة خارجية ، كما اذا فرضنا أن المسكارى قد فوض حمل المتاع في فرض المثال الى المستأجر ، فان الدابة عندئذ تكون امانة عند المستأجر وهذا أيضاً لا يوجب ضمانه ، فانه أمين .

وقد تكون العين المستأجرة عند المستأجر من جهة اقتضاء الاجارة ذلك كما اذا استأجر داراً ليسكنها فانهدمت الدار ، وهذا هو مورد الخلاف بين

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

ثم انه قد استدل على الضمان بوجهين :

١ - أن قاعدة ضمان اليد تقتضى الضمان ، وقاعدة مالا يضمن بصحيحه

لا يضمن بفساده تقتضى عدم الضمان فتخصص الثانية بالأولى .

والجواب عن ذلك : أن القاعدة الثانية واردة في مورد القاعدة الأولى

وعليه فلا وجه لتوهم المعارضة ، كما لا وجه لتوهم التخصيص .

٢ - أن العين - في الاجارة - خارجة عن مورد العقد خروجاً موضوعياً

ضرورة أن الاجارة تملك للمنفعة ، دون العين ، فالضمان في مورد الاجارة

على طبق القاعدة ، بداهة أن المراد بما يضمن في العقود ، وما لا يضمن هو ما

يرد عليه العقد - كالعوضين في البيع ، والمنفعة ، وبدلها في الاجارة - لاما هو

خارج عنه ، كالعين في الاجارة ، غاية الأمر : أن تسليمها الى المستأجر - في فرض

صحة الاجارة - انما كان لأجل استيفاء المنفعة ، فتكون أمانة عنده ويلحقها حكمها

أما اذا كانت الاجارة فاسدة فان الموجد وان دفع بنفسه العين الى

المستأجر ، الا أن دفعه هذا لأجل بنائه على استحقاق المستأجر للاتفان

من العين المستأجرة . والمفروض أنه غير مستحق لذلك ، فتكون يده على

العين يد عدوان موجبة للضمان ، لايد أمانة ، وعليه فلا يرد النقص على عكس

القاعدة بالاجارة الفاسدة .

والجواب عن ذلك : أن مورد الاجارة وان كان هو المنفعة ، دون

العين ، الا أنها داخلية في عقد الاجارة بالشرط الضمني ، وعليه فيحكم بعدم

الضمان في صحيح الاجارة وفسادها ، بناء على صحة عكس القاعدة .

ومن هنا اتضح لك جلياً : أنه لا يحتاج في ادخال العين المستأجرة في

عقد الاجارة الى ما ارتكبه صاحب الكفاية من التكلف في حاشيته على المتن واليك نصه :

( التحقيق : أن مورده - : أى العقد - فيها - : أى فى الاجارة - نفس العين ، ولذا يقال : آجرت الدار ، واستأجرتها ، وأن الاجارة عبارة عن إضافة خاصة بين العين الموجرة والمستأجر ، ومن آثارها تملك منفعتها .  
والتعريف بالتمليك تعريف بالرسم . مع أنه لو سلم أنه بالحد كان مورد عقدها أيضاً نفس العين ، فانها تملك المنفعة ، ولا يكاد يكون مورده ومتعلقه  
الا العين )

ويضاف الى ذلك : أن الاجارة وان تعلقت بالعين ، الا أن مدلولها تملك المنفعة ، ولذا تعلق بما لا يقبل نحواً من التملك والتمليك ، كالحر وعليه فالمنشأ هو تملك المنفعة ، والعين المستأجرة خارجة عن موردها وان كان يلزم تسليمها الى المستأجر لاستيفاء المنفعة ، وعليه فعقد الاجارة تملك المنفعة مع اشتراط تسليم العين الى المستأجر أمانة ، وحيث لاضمان فى صحيح الأمانة - كما اذا كانت الاجارة صحيحة - لا يكون ضمان فى فاسدها أيضاً .

قيل : ان تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة من العين المستأجرة انما يكون مقدمة لاستيفاء المنفعة ، ومن باب اللابدية جرياً على ما يقتضيه عقد الاجارة من تملك المستأجر المنفعة ، فاذا فرض فساد الاجارة انتفى الاستيمان لانتفاء منشئه ، وما كان يتوقف عليه وهو تملك المستأجر المنفعة . وعليه كانت العين مضمونة على المستأجر .

قلنا : ان تسليم العين للمستأجر وان كان مبنياً على صحة الاجارة ، وناشئاً من البناء عليها ، الا أن التسليم قد تحقق فى الخارج على الفرض ، فلا معنى لتوقفه على صحة الاجارة . فلا محالة يكون البناء على صحتها ، أو اعتقادها داعياً

الى التسليم الخارجى .

وتخلف الداعى لا يضر بتحقيق التسليم امانة ، ولا يوجب ارتفاع حكم الامانة ، وهو عدم الضمان مع التلف .

ألا ترى أن المالك اذا قدم طعاماً للضيف باعتقاد أنه عالم لم يجزله أكله اذا لم يكن عالماً؟

أو أن ذلك من قبيل تخلف الداعى؟

لا ينبغي الاشكال فى أن الصحيح هو الثانى ، فان الاقدام على اتلاف المال مجاناً قد تحقق وجداناً غاية الأمر أنه نشأ من اعتقاد غير مطابق للواقع .

وقد ظهر بما ذكرناه : أنه لا فرق - فى عدم الضمان فى موارد الاجارة - بين علم الموجر بفساد العقد ، وجهله به .

## هل تنتقض القاعدة بالصيد الذي

استعاره المحرم؟

قوله : ( ثم انه يشكل اطراد القاعدة فى موارد : منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية ) . أقول : لا شبهة فى أن المستعير اذا استعمل العين المعارة فى غير الجهة التى استعارها لأجلها ضمنها مطلقاً وان لم يشترط ضمانها عليه ، ولا أنها كانت من الذهب والفضة .

كأن استعار عباءة ليلبسها ، ولكن استعملها فى اطفاء الحريق .

أو استعار فراشاً ليفترش به الا انه استعمله فى سد الساقية ولا ريب

فى خروج هذه الصورة عن مورد البحث .

بل مورد البحث إنما هو استعارة الشيء لجهة خاصة ، واستعماله في تلك الجهة من دون أن يكون فيه تعدد وتفریط .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم : أنه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى ضمان الشخص المحرم بقيمة الصيد الذي استعاره من المحل ، وذلك لفساد العارية ، مع أنه لا ضمان في العارية الصحيحة وإذن فيكون ذلك نقضاً لاطراد القاعدة .

ومن هنا ناقش الشهيد الثاني ( ره ) في القول بالضمان على تقديرى الصحة والفساد .

وأجاب عنه المصنف ، وقال : ( إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله ، وأداء قيمته - أن المستقر عليه تهرأ بعد العارية هي القيمة ، لا العين ، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو مسبب لضمان ملك الغير في كل عقد ، لا بسبب التلف ) .

وحاصل كلامه : أنه يجب على المحرم المستعير أن يرسل الصيد الذي استعاره من المحل ، ولا شبهة في أن الإرسال لا ينفك عن الاتلاف ، ومن المعلوم أنه متى ما تحقق وجوب الاتلاف تحقق معه وجوب دفع البدل ، لمكان الملازمة بين التسبب تشريعاً إلى السبب ، وبين التسبب إلى مسببه ، لاستحالة انفكاك السبب عن المسبب . فإذا كان التسبب المزبور موجوداً قبل تحقق التلف في الخارج كان المسبب أيضاً موجوداً قبله ، وعليه فلا يكون ذلك نقضاً لاطراد القاعدة .

نعم لو كان الموجب للضمان هو التلف لتوجه النقص المزبور وقد عرفت خلافه .

ويتوجه عليه : أن وجوب الإرسال لا يترتب عليه إلا لزوم إيجاد

سبب الضمان ، وإن هذا من ثبوت نفس الضمان مع عدم تحقق سببه . ومن هنالو عصى المحرم المستعير ، ورد الصيد إلى مالكه لم يكن ضامناً قطعاً . ونظير المقام ما إذا وجب على المستعير إتلاف العارية لسبب آخر ، كما إذا توقف عليه حفظ نفس محترمة أفهل يحتمل الحكم بالضمان بمجرد الإيجاب ما لم يتحقق الاتلاف في الخارج ، بل وإن ردها على المعير؟ لا شك في عدم احتمالها ، وليس ذلك إلا من جهة أنه لم يتحقق فيه ما هو موجب للضمان . وقد انجلى مما ذكرناه فساد القول بالضمان من جهة أن إيجاب الإرسال يوجب امتناع أداء المال إلى مالكه ، والامتناع الشرعي كالامتناع العقلي . وعليه فعدم التمكن من أداء المال إلى مالكه يقتضى دفع بدل الحيولة .

وقد ذكر شيخنا الأستاذ وجهاً آخر للضمان ، وحاصله : أن الصيد - بأخذ المحرم له - يخرج عن ملك مالكه ، فيكون أخذ المحرم له إتلافاً له على المالك ، فيضمنه .

والجواب عن ذلك : أنه لا دليل على خروج الصيد عن ملك مالكه بأخذ المحرم له . وإنما الثابت : أن المحرم لا يملك الصيد ، لا حدوثاً ، ولا بقاءً ، فلو صاد وهو محل ثم أحرم خرج الصيد عن ملكه ، وبين الأمرين بون بعيد .

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

ثم إنه يظهر من صاحب الجواهر عدم وجود المصريح بالضمان في صورة التلف السماوي الذي هو مورد البحث - في المقام - وأن حكمهم بالضمان إنما هو في صورة الإرسال بعد الاستعارة ، فيكون ذلك داخلًا في الاتلاف . نعم يظهر من المحقق في عارية الشرايع الضمان مطلقاً ، وإليك لفظه : (ولا يجوز

للحرم أن يستعير من محل صيداً ، لأنه ليس له إمساكه ، فلو أمسكه ضمنه وإن لم يشترط عليه ذلك في العارية ) .

وظاهر كلامه هذا : هو الحكم بالضمان في فرض التلف ، فان تعميم الحكم بالضمان للاشتراط وعدمه ظاهر في أن موضوع كلامه هو التلف ، دون الاتلاف .

ولكن السيد - بعد ما نقل كلام المحقق - قال : وهذه العبارة - كما ترى - مختصة بصورة الاتلاف بالارسال ، فلا تشمل ما نحن فيه .

ويرد عليه : أن هذا ناشئ من إضافة كلبة ( ثم أرسله ) قبل كلبة (ضمنه) الى عبارة المحقق . إلا أنها غير مذكورة في عبارته ، بل زادها صاحب الجواهر سهواً .

ثم هل يثبت الضمان مع الارسال مطلقاً ، أم يختص ذلك بصورة جهل المعير بالحال ؟ .

فذهب السيد إلى الثاني ، بدعوى أن الدافع مع عليه بالحال يعد متلفاً لما له بدفعه إلى من هو مكلف بالاتلاف ، فلا وجه لاستقرار القيمة في ذمته . والجواب عن ذلك : أن المعير وإن كان عالماً ، إلا أن الاتلاف مستند إلى المستعير ، لأنه - بعد ما استعار الصيد من المحل - فقد أتلفه بإرادته واختياره ، وحينئذ فيثبت عليه الضمان ، لاعلى المعير . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

## هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد؟

قوله : ( ويشكل اطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنسبة الى المنافع التي لم يستوفها ، فان هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة

في العقد الفاسد). أقول ولم نفهم وجهاً صحيحاً لتقييد المنافع بغير المستوفات وذلك، لأن لمنافع المستوفات أيضاً غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد. ولعل وجه تقييدها بغير المستوفات: أن المنافع إذا كانت من الأعيان - كاللبن والصوف - فاستيفاؤها اتلاف لها، وإذا كانت من غير الأعيان فالاستيفاء بمنزلة التلف. وعلى كل حال فالحكم بالضمان مع الاستيفاء لا يمكن أن يكون نقضاً للقاعدة بناءً على أن موردها التلف، دون الاتلاف. وكيف كان فقد يورد على القاعدة بضمان المنافع غير المستوفات مع أنها لم تكن مضمونة في العقد الصحيح.

وقال السيد في الجواب عن النقض: إن (المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال، إلا أنها ملحوظة في القيمة، وزيادة الثمن، وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة).

ومن هنا يعرف حال الشروط، فإنه لو فرض شرط الخياطة في عقد فاسد، فعمل بالشرط يكون من له الشرط ضامناً، لأن في الصحيح وإن لم يكن الشرط مقابلاً بالمال، إلا أنه ملحوظ في زيادة الثمن ونقصانه، فكأنه مقابل بالمال، ولذا اشتهر أن للشرط قسطاً من الثمن: (يعنى في اللب). ويرد عليه: أن دخل المنافع في زيادة الثمن لا يستلزم ضمانها وراء ضمان العين. كما أن الشروط لها دخل في زيادة القيمة، مع أنها خارجة عن حول القاعدة.

أما ثبوت الضمان فيما ذكر من مثال الخياطة فلاجل احترام العمل، واستناد تحققه في الخارج إلى أمر المشروط له، وعليه فلا صلة له بالمقام. وقال شيخنا المحقق: (ربما يتصور ضمان العين بنحو تكون متضمناً لضمان المنافع الفاتئة في الصحيح والفاسد، كما إذا كانت العين لها أمد خاص،



وعمر مخصوص ، فاذا مضى منه شهر مثلاً نقصت قيمة العين ، وهذا النقص ملحوظ في الصحيح والفاسد .

ويتوجه عليه : أن مضى مدة خاصة من عمر العين وان أوجب نقصاناً فيها ، الا أن الضمان — هنا — بالعين ، لا بالمنافع غير المستوفات ، ولذا اعترف في آخر كلامه بأنه ( لا فرق حينئذ بين القول بضمان العين والمنافع ، أو ضمان العين تامة ) .

وقال شيخنا الاستاذ : ( إن المدار على مورد العقد ، ومورده في البيع هو نفس العين ، وانما المنافع في الصحيح تابع للعين بحكم الشارع ، وفي الفاسد حيث ان العين لم تنقل الى القابض فيضمن منافعها ) .

ويرد عليه : أنه لو صح ذلك فلازمه الحكم بالضمان فيما لا يضمن بصحيحه كالهبة الفاسدة ، بديهة أن المنافع في الهبة الصحيحة تابعة للعين . وحيث ان العين لم تنقل الى المنتهب في الهبة الفاسدة فتضمن منافعها .

والتحقيق : أن النقص غير وارد على القاعدة . وتوهم انتقاضها بما ذكر انما نشأ من عدم تطبيق الكبرى على الصغرى .

وتوضيح ذلك : أن النسبة بين تملك المنافع ، وتمام العين هي العموم من وجه ، اذ قد تملك المنافع دون العين — كما في الاجارة — وقد تملك العين دون المنافع — كما اذا باعها مسلووبة المنفعة — وقد تملك معاً ، وعليه فلكية العين لا تلازم ملكية المنافع ، وانما تملك المنافع في البيع بنفس السبب ملكية العين ، ففي الحقيقة كان الثمن بازاء العين بالاصالة ، وبازاء منافعها بالتبع . وعلى هذا فكل من العين والمنفعة مورد للعقد ، نهاية الامر أن العين مورد للعقد بالاصالة ، والمنافع مورد له بالتبعية ، ومن الواضح أن عقد البيع بما يضمن بصحيحه وفاسده . سواء في ذلك نفس المبيع ومنافعه . واذن فلا

وجه لتوهم انتقاض القاعدة طرداً بالبيع الفاسد .  
 نعم اذا ارتفع العقد بالفسخ ، أو بالاقالة لم تضمن المنافع الفائتة ، أو  
 المنافع المستوفات قبل الارتفاع ، ضرورة أن هذه المنافع انما حصلت في ملك  
 المشتري ، فيكون المشتري مسلطاً عليها .  
 نعم اذا تعينت العين بتصرف المشتري كانت مضمونة عليه ، فان الاقالة  
 وان كانت عقداً جديداً ، الا أنها تقتضى رجوع العين بخصوصياتها التي وقع  
 عليها العقد ، والمفروض أن العقد قد وقع على العين الصحيحة ، فلا بد وأن  
 ترجع كما كانت . ومع التخلف يحكم بالضمان .

## هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً؟

قوله : ( ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً ) .  
 أقول : قد حكى عن الشيخ في المبسوط ، والمحقق في الشرايع ، والعلامة  
 في التحرير انتقاض القاعدة بحمل المبيع في البيع الفاسد ، حيث انه مضمون  
 على المشتري ، مع أنه غير مضمون عليه في البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع .  
 وعن الدروس توجيه كلام العلامة بما اذا اشترط دخول الحمل في البيع ، وهذا  
 هو المحتمل القريب ، وحينئذ فلا نقض على القاعدة . وعليه فالنزاع - هنا -  
 لفظي ، فان القائل بالضمان انما أراد صورة كون الحمل جزءاً من المبيع . وأن  
 القائل بعدمه انما أراد صورة خروج الحمل عنه ، فيكون شأن الحمل - هنا -  
 شأن نفس العين في الاجارة ، وكما أن العين خارجة عن مورد عقد الاجارة ،  
 كذلك الحمل - هنا - واذن فلا تنتقض القاعدة بذلك .

## هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة؟

قوله: (ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان). أقول: غير خفي على الناقد البصير، والمتأمل الخبير: أن تفريع الضمان على الحكم التكليفي —: أعني به حرمة التصرف في مال الغير — واضح الفساد، إذ لا ملازمة بينهما أصلاً ورأساً، لأنه بناءً على أن عقد الشركة لا يقتضي جواز التصرف في المال المشترك — كما هو الظاهر — فإنه عندئذ وإن كان لا يجوز لسكل من الشريكين أن يتصرف في المال المشترك فيه بدون إذن صاحبه. إلا أنه لو تلف المال المزبور بغير تفریط من أحدهما لم يحكم بالضمان، لأن كلا منهما قد فوض زمام ماله إلى شقيقه، وجعله أميناً في ذلك، ومن الواضح أنه لا ضمان على الأمين، ولا يفرق في ذلك بين الشركة الصحيحة والشركة الفاسدة. واذن فلا وجه لتوهم انتقاض القاعدة بذلك.

## هل ينتقض أصل القاعدة بالنكاح الفاسد؟

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

ولكن هذا التوهم فاسد، فإن ضمان المهر في عقد النكاح إنما هو بازاء الزوجية، دون البضع، فالضمان — هنا — ثابت بنفس العقد، فإذا اتسفت

العقد من ناحية حكم الشارع بالفساد انتفى الضمان أيضاً . ومحل الكلام - في المقام - هو ما كان سبب الضمان أمراً آخر وراء العقد ، كالتبعض في العقد فان التلف قبله من مال البائع .

وعلى الجملة : ان البضع وسائر الاستمتاع لا مالية لها في حكم الشارع ، ومن هنا لو حبس أحد زوجة غيره ، وفوتت عليه جميع الاستمتاع لم يضمن بشيء ، وليس ذلك الا لأجل أن البضع وسائر الاستمتاع لا تقابل بالمال .

نعم قد ثبت مهر المثل في موارد الوطى بالشبهة تعبداً ، لاحترام الاعراض وصفوة الكلام : أن مورد البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده انما هو العقود الصحيحة والفاصلة التي يكون الضمان فيها مستنداً الى غير العقد وعليه فثبوت الصداق في النكاح الصحيح ، وعدم ثبوته في الزنا بعيد عن محل الكلام رأساً .

وبذلك تظهر الحال في العقد المنقطع - أيضاً - فان الاجرة فيه - أيضاً - بازاء نفس الزوجية ، دون البضع . وتبعض الاجرة مع عدم التمكين في بعض المدة انما هو من جهة النص الخاص . أما في موت المرأة أثناء المدة فالتبعض على القاعدة . واذن فلا تنتقض القاعدة بالنقض المزبور .

## ما هو المدرك لعكس القاعدة ؟

قوله : ( ثم ان مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الاولوية ) . أقول : قد عرفت - فيما سبق - أن المدرك الصحيح لأصل القاعدة انما هو ضمان اليد الثابت بالسيرة العقلائية الممضاة من قبل

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

أما المدرك لعكس القاعدة - أعني به ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده - فقد ذكر المصنف : أن مدركه - على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط - هو الأولوية ، لأن دليل الضمان عنده إنما هو الاقدام ، وإذا لم يوجب الاقدام الضمان في العقد الصحيح - كإلوهن الصحيح مثلاً - لم يوجب ذلك في العقد الفاسد - أيضاً - بالأولوية ، ضرورة أن العقد الفاسد لغو محض وأنه بمنزلة المعدوم . انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه : أن عدم الضمان في العقد الصحيح - كإلوهة الصحيحة مثلاً - إنما هو من جهة كون المال ملكاً مجانياً للقباض ، ومن الواضح أنه لم تحصل له الملكية في العقد الفاسد - كإلوهة الفاسدة مثلاً - واذن فلا وجه لدعوى الأولوية - هنا - بوجه . وهذا واضح لا ستار عليه .

ويضاف إلى ذلك : ما ذكرناه - سابقاً - من أن الاقدام الساذج ليس دليلاً على الضمان ، بل الدليل عليه إنما هو السيرة مع الاقدام .

وقد يتوهم : أن قاعدة ضمان اليد وإن كانت مقتضية للضمان في العقود الفاسدة - التي لا ضمان في صحيحها - إلا أنها مخصصة بأدلة الاستيمان .

ولكن هذا التوهم فاسد ، لأن قاعدة ضمان اليد لا تشمل موارد التسليط المجاني لكي نحتاج إلى تخصيصها بأدلة الاستيمان . وعليه فمورد الكلام خارج عن قاعدة ضمان اليد ، وعن مورد أدلة الاستيمان - أيضاً - خروجاً تخصصياً وهذا ظاهر .

وقد ظهر لك بما حققناه : أنه لا وجه لإثبات عدم الضمان في الهبة الفاسدة بفحوى ما دل على عدم الضمان في موارد الاستيمان ، كما صنعه المصنف

في المتن .

أضف الى ذلك : أن المالك لم يسلط غيره على ماله في موارد الاستيمان ليتصرف فيه أى تصرف ، بل سلطه عليه ليحفظه عن التلف . بخلافه في الهبة الفاسدة ، وعليه فلا يمكن قياس أحدهما بالآخر .  
والتحقيق : أن الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على الضمان في موارد ، لا شيء آخر .

## هل يجوز التصرف في المقبوض

بالعقد المعاوضى الفاسد ؟

قوله : ( الثانى : من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب رده فوراً إلى المالك ) . أقول : تحقيق البحث - هنا - يقع في ضمن جهات :

الجهة الأولى : أنه هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد تكليفاً ، أم لا يجوز ذلك ؟ .

لا شبهة في حرمة التصرف في مال الغير - بحسب الكبرى - شرعاً وعقلاً . وإنما البحث - فيما نحن فيه - إنما هو من ناحية الصغرى :

وهي أن تصرف القابض في المقبوض بالعقد المعاوضى الفاسد هل هو تصرف في مال غيره بدون إذنه لكي يكون حراماً ، كما عليه المصنف ؟ .

أم أنه تصرف فيه باذن مالسه حتى يكون ذلك جائزاً ؟ .

وفصل السيد - في المقام - وقال نصاً : ( لا ينبغي الاشكال في عدم

جواز التصرف فيه مع جهل الدافع . وأما مع علمه فيمكن الاشكال فيه وإن كان باقياً على ملكه ، وذلك للاذن فيه في ضمن التملك ) .

لا إشكال في عدم جواز التصرف في المقبوض مع جهل الدافع بالفساد . أما مع علمه به فقد يقال بالجواز نظراً إلى أن الدافع - عندئذ - قد أذن للقباض في التصرف في ماله . فلا يكون حراماً .

ولكن الظاهر هو عدم جواز التصرف فيه ، لأن القاعدة الأولية إنما تقتضي حرمة التصرف في أموال الناس إلا باذن ملاكها ، ومن الواضح أن الدافع إنما جاز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث كونه ملكاً للقباض ، لا على وجه الاطلاق ، ولما لم تحصل الملكية للقباض ، ولا أن المالك قد أذن له في ذلك إذناً جديداً حرم على القباض التصرف فيه وضماً وتكليفاً .

نعم لو أذن المالك للقباض إذناً جديداً في التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لم يحرم له التصرف فيه ، لا وضماً ، ولا تكليفاً ، ضرورة أن فساد العقد لا يمنع عن إذن المالك جديداً في التصرف في المقبوض .

وعلى 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 حيثيتان ، فهو إذن من حيثية ، وتمليك من اخرى ، ولما كان التملك محتاجاً شرعاً إلى صيغة صحيحة - والمفروض عدمها - فهو غير مؤثر من هذه الجهة ، لعدم حصول شرط . وأما من حيثية الاخرى فهو غير مشروط شرعاً ، فيجوز العمل به ، فان الاذن مؤثر في جواز

التصرف من غير اشتراط بصيغة خاصة ، فيشملة عموم ما دل على جواز التصرف مع الاذن ، وطيب النفس . واذا جاز التصرف فلا يجب الرد الى المالك فضلا عن كونه فوريا . نعم لو رجع عن اذنه وطلبه وجب الرد اليه فوراً ) .

ويرد عليه : أن جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد متوقف على أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو : إما كون ذلك ملكا للقابض . وإما إذن المالك في التصرف فيه :

أما الأول فهو منق على الفرض .

أما الثاني فكذلك ، إذ لم يأذن فيه المالك بوجه .

والوجه في ذلك : أن الأفعال تارة تتعلق بالعناوين السكوية - كبيع كلى الفرس ونحوه - واخرى تتعلق بالجزئيات الخارجية والأفراد المشخصة - كالأكل ، والشرب ، والنوم ، والضرب ، والقيام ، والقعود وأشباهاها : فاذا كان الفعل مما يتعلق بالشخص كان اعتقاد الفاعل بانطباق كلى ما عليه داعيا الى ايجاده ، فاذا ضرب شخصا باعتقاد أنه كافر فتبين أنه كان مؤمنا كان هذا من التخلف في الداعي ، فان الضرب قد وقع - في الخارج - على واقع المؤمن حقيقة ، والتخلف إنما هو في اعتقاد أنه كافر الذي كان داعيا الى ايجاده .

أما اذا كان الفعل متعلقا بالسكلى فلا يسرى الى غير مصداقه - وإن كان الفاعل يعتقد أنه مصداقه - فلو رضى المالك بدخول العلماء داره ، وأذن به لم يجر الدخول لغير العالم وإن اعتقد الأذن أنه عالم .

ولا شبهة في أن متعلق الاذن في قوله مجمل الله فرجه : ( فلا يحل لأحد



أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه (١) وإنما هو العنوان السكلي : أعنى به عنوان التصرف في مال الغير . وعليه فأنما يجوز التصرف في أموال الناس فيما إذا أحرز أن المالك قد أذن في التصرف في ماله لكي يكون ذلك مشمولاً للعنوان السكلي الذي ذكر في التوقيع المذبور ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن هذا المعنى بعيد عن المقبوض بالعقد الفاسد ، بديهية أن المالك لم يأذن للقابض أن يتصرف في ماله ، وإنما سلّمه إليه باعتباره أنه ملك له ، وحيث إنه لم يصّر ملكاً للقابض ، ولا أن الدافع قد أذن له في التصرف ، فلا يجوز للقابض أن يتصرف فيه .

وقد اتضح لك مما بيناه : أنه لا يجوز الاستدلال على جواز التصرف في ذلك بالتوقيع الشريف المذكور ، ولا بالروايات (١) الدالة على حرمة التصرف في مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه : كما اتضح لك من ذلك - أيضاً - : أنه لا وجه للتفصيل بين علم الدافع بالفساد ، وجهله به ، لأنه بعد فرض أن المالك لم يصدر منه إلا التملك ، وهو لم يحصل في الخارج على الفرض فلا يبقى مجال للقول بجواز التصرف فيه حتى مع علمه بالفساد .

وبما ذكرناه - من أنه لم يصدر من المالك في المقام إلا التملك ، وتسليم المال بما أنه ملك للقابض - يظهر فساد ما قد يتوهم من أن العقد الفاسد وإن لم يؤثر في الملكية ، ولكن إذن الدافع في التصرف في ماله باق على حاله ، فيكون الإذن منفسكاً عن الملكية .

ووجه الظهور : أن إذن المالك لم يكن مطلقاً لكي يبقى بعد فساد العقد - أيضاً - بل كان بعنوان أن المقبوض ملك للقابض ، والمفروض أنه لم يصّر ملكاً له ، فينتفي الإذن أيضاً .

(١) قد نقلنا هذه الروايات في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

قيل : إن المالك قد أذن للقابض في التصرف في نفس العين الخارجية  
وعليه فيبقى الاذن مادامت العين باقية على حالها مع بقاء المالك على إذنه السابق  
وعدم رجوعه عنه .

ويرد عليه : أن الاذن لم يتعلق بالتصرف في مال الدافع . وإنما تعلق  
بالتصرف في مال القابض من جهة استلزام التمليك إياه ، لا أنه إذن جديد  
وراء التمليك ، إذ المفروض أن الدافع يرى نفسه أجنبياً عن ذلك المال ،  
فكيف يأذن في التصرف فيه ، ومن المفروض أن الملكية لم تحصل فلا معنى  
لبقاء الاذن في التصرف فيه . وهذا واضح لا شبهة فيه .

نعم لو أذن المالك - إذناً جديداً - في التصرف في المقبوض بالعقد  
الفاسد - بعد عليه بفساد العقد - جاز التصرف فيه جزءاً . ولكنه غير  
مربوط بما نحن فيه .

ويضاف الى ذلك : أنه ينتقض بأنه لو قدّم شخص طعاماً لغيره باعتقاد  
أنه من مال صديقه مع علم المعطى له بكون ذلك الطعام للمعطى ، لا لصديقه  
فانه - عندئذ - لا يجوز للمعطى له أن يأخذه ، ويتصرف فيه بتخيل أن الاذن  
قد تعلق بذات الطعام الخارجي الشخصي ، فيجوز العمل على طبقه .

والوجه فيه : هو أنه لا أثر للاذن الساذج ما لم يتعلق بعنوان مال  
نفسه بحيث ينطبق ذلك العنوان الكلي على الشخص الخارجي انطباق الكلي  
على أفراده .

## هل يجوز التصرف في المقبوض

بالعقد غير المعاوضى الفاسد؟

الجهة الثانية : أن حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد هل تشمل

المقبوض بالعقد غير المعاوضى الفاسد - أيضاً - كالهبة والعارية ، أم لا ؟

لا شبهة في اختصاص الحكم بالعقود المعاوضية إذا قلنا بثبوت الملازمة بين حرمة التصرف ، وبين ثبوت الضمان .

وقد يقال : إن حرمة التصرف في المقبوض بعقد يضمن بصحيحه وفاسده لا يلزم حرمة التصرف في المقبوض بما لا ضمان فيه - كالهبة والعارية - فانه كما لا ضمان في صحيحهما وفاسدهما ، كذلك لا يحرم التصرف في المأخوذ بهما ضرورة أن رافع الضمان فيهما هو الرفع للحرمة ، لأن إعطاء المالك ماله مجاناً للتهدية ، وبصنوان العارية للمستعير لو رفع الضمان رفع الحرمة - أيضا - وإذن فلا وجه للتفكيك بين الحرمة الوضعية ، وبين الحرمة التكليفية .

أما إذا لم نقل بثبوت الملازمة بين الضمان ، وبين حرمة التصرف فلا وجه لاختصاص الحكم بالعقود المعاوضية ، بل يعم العقود غير المعاوضية أيضا . وهذا هو الحق ، بداهة أن كلا من حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد ، والضمان أجنبي عن الآخر ، فان التسلط المجاني - في العقود غير المعاوضية الفاسدة - لا يؤثر الا في عدم ضمان العين المأخوذة بها .

أما جواز التصرف فيها فلا يترتب على التسليط المزبور . وإنما يترتب على إذن المالك . ومن المفروض أنه لا إذن في موارد التمليك - كالهبة - على ما عرفته قريبا .

أما في غير تلك الموارد - كالعارية - فالإذن من المالك وان كان موجوداً الا أن المفروض أن الشارع لم يمضه ، فوجوده كعدمه . وإذن فلا يجوز التصرف في المقبوض بالهبة والعارية الفاسدتين .

## هل يجبر رد المقبوض الى مالكه فوراً؟

الجهة الثالثة : أنه اذا بيننا على عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد فهل يجب رده الى مالكه فوراً ، أم لا يجب ذلك ؟  
ذهب المصنف الى الاول ، لأن الامساك آناً ما تصرف في مال غيره بدون اذنه ، فلا يجوز . بل قال : ( ان الظاهر أنه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه ) .

والتحقيق : أن القابض بالعقد الفاسد تارة يمتنع عن رد المقبوض الى مالكه حتى مع مطالبته . واخرى لا يمتنع عن ذلك ، وانما المالك لا يطالب ماله ، أو يطالب اقباضه إياه ، وتقويضه اليه .

وعلى الاول فلا شبهة في حرمة إمساكه ، لسكونه من أظهر أفراد الغصب . بل اذا تلف المقبوض ضمنه القابض ، ولو كان العقد مما لا يضمن بصحيحه . سواء أكان التلف بالتفريط ، أم كان بغير التفريط ، وعليه فلا شبهة في وجوب رده الى مالكه فوراً ، ضرورة أن إمساكه حينئذ تصرف في مال غيره ، ومزاحمة لسلطنته على ماله ، وهو حرام عقلاً وشرعاً .

وعلى الثاني فلا يجب رده الى مالكه فضلاً عن كون الرد فورياً ، بديهة أنه لا يجب على القابض الا التخلية بين المال ومالكه ، أما الزائد على ذلك فلم يقم عليه دليل .

ونظير ذلك ما لو أطار الريح ثوب أحد الى دار جاره فان بقاءه في تلك الدار لا يعد تصرفاً فيه لصاحب الدار قطعاً ، لأنه لم يضع يده عليه ، ولا أنه حال بينه ، وبين مالكه .

وإذن فلا يجب على القابض رد ما قبضه بالعقد الفاسد إلى مالكه فوراً فضلاً عن كون مؤونة الرد عليه . كما أن بقاء المقبوض في يد القابض لا يعد تصرفاً في ملك غيره حتى مع عدم مطالبة المالك ذلك ، أو مطالبته إقباض العين إياه ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

وقد ظهر لك مما حققناه : أن مجرد بقاء مال شخص عند غيره لا يعد تصرفاً محرماً ، لا من جهة أن ذلك خارج عن أدلة حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه خروجاً تخصيصاً بالسيرة العقلانية ، بل من جهة خروجه عنها موضوعاً وتخصصاً ، لعدم صدق التصرف عليه . كما لا يصدق التصرف على مس اليد أو الثوب أو أشباههما بحائط غيره في الشوارع والأزقة .  
ثم إن المصنف قد استدل على وجوب رد المقبوض إلى مالكه ، وعلى حرمة إمساكه وإبقائه بقوله (ع) : ( لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بأذنه (١) ) .

ثم قال : ( ولو نوقش في كون الامساك تصرفاً كفى عموم قوله (ع) 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 يرويه المصنف - مما يبينه من عدم صدق التصرف على مجرد بقاء مال أحد تحت يد

(١) لم نجده على النحو المنقول في كتب الحديث ، بل المروى في الاحتجاج في ص ٢٦٧ عن صاحب الزمان (ع) هكذا : فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه ، ويحتمل قريباً وقوع التحريف - فيما نقله المصنف - سهواً .

(٢) لم نجده على هذا الشكل في كتب الحديث . بل المروى فيها على شكل آخر ، وقد نقلناه في الجزء الثاني ص ١٣٨ .

غيره . فان ذلك نظير النظر إلى مال غيره ، ومسه .

أما الرواية الثانية فيتوجه على الاستدلال بها أن الحلية أو الحرمة إذا استندت إلى الأعيان فلا بد من أن يراد بها الحلية التكليفية ، وأن يكون الاسناد باعتبار تقدير فعل يناسب المقام ، فيراد من حلية المأكولات حلية أكلها ، ومن حرمة الامهات ، والعمات ، والخالات حرمة نكاحهن ، وهكذا في كل مورد من الموارد التي ترد عليك ، فانه لا بد وأن تلاحظ فيها مناسبة الحكم والموضوع .

وإذن فلا بد وأن يراد من عدم حلية المال مع عدم طيب نفس مالكة عدم جواز تملكه ، أو عدم جواز الاتفاع به ، وعلى هذين التقديرين لا تدل الرواية على حرمة إمساك مال شخص آخر بوجه .

نعم يحتمل أن يكون المقدر مطلق التصرف . لكن قد عرفت قريباً أن مجرد الامساك لا يعد تصرفاً بوجه ، وعلى كل تقدير فالرواية بعيدة عن الدلالة على حرمة الامساك بمجردة .

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

وتقريب الاستدلال به على ذلك بوجهين :

١ - ما ذكره شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحثه : ( ويدل عليه ) ( أى على الرد الفوري ) أيضاً عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى ، فانه وإن لم يكن متعرضاً للحكم التسلبي بالدلالة المطابقة ، إلا أنه متعرض له بالدلالة

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

الاتزامية ، فان استقرار الضمان على عهدة القابض ملازم لوجوب الرد لأنه لا أثر لاستقرار الضمان على العهدة إلا وجوب رد العين ما دامت باقية ، ورد المثل ، أو القيمة لو كانت تالفة ، فخرمة امسك مال الغير من غير إذنه ، ووجوب رده اليه فوراً بالفورية العرفية لا إشكال فيه ) .

ويرد عليه : أن دعوى الملازمة بين الحكم التكليفي والوضعي وإن كانت صحيحة ، ولكن الحكم التكليفي الملازم للحكم الوضعي - هنا - ليس هو وجوب رد العين إلى صاحبها لكي تترتب عليه حرمة الامسك . وإنما الواجب على القابض هو وجوب التخلية بين المال ومالكه ، أما الزائد على ذلك فلم يدل عليه دليل شرعي ، ولا عقلي .

٢ - ما أفاده المحقق الايرواني وهذا لفظه: ( فالأولى بتبديل الاستدلال به ) : أى بقوله ( ع ) لا يحل الخ ) بالاستدلال بعموم على اليد ، فانه إن لم يكن مقصوراً ببيان التكليف فلا أقل من أن يعم الوضع والتكليف جميعاً : بتقريب أن مؤداه وجوب دفع العين مع قيامها ، ودفع البدل مع التلف ) .  
والجواب عن ذلك أولاً : أن إرادة الحكم التكليفي من حديث على اليد يحتاج إلى تقدير فعل من الأفعال ، فان الحكم التكليفي لا يتعلق بالمال نفسه ، وإرادة الحكم الوضعي منه لا يحتاج إلى تقدير شيء أصلاً ورأساً . ومن الواضح أن المراد بكلمة الماء الموصولة هو المال ، ولا يمكن الجمع بين إرادة الحكم التكليفي والوضعي ، إذ لا يمكن الجمع بين التقدير وعدمه .

ثانياً : أن حديث ( على اليد ما أخذت حتى تؤديه ) بظاهره آب عن إرادة الحكم التكليفي منه ، ضرورة أن الحكم المستفاد من ذلك مغياً بوجوب الرد . ومن الواضح أن الغاية لا تناسب إلا مع الحكم الوضعي فقط ، لا الحكم التكليفي فحسب ، ولا الحكم الوضعي والتكليفي معاً .

وذلك ، لأنه إذا اريد من النبوى المزبور الحكم التكليفي كان معناه أنه يجب رد المال المأخوذ من مالكة بدون إذنه حتى تؤديه أى حتى ترده إلى صاحبه وحينئذ فيكون ذلك نظير ما يقال : يجب عليك الاتيان بالصلاة حتى تصلى . ولا شبهة في أن هذا الاستعمال مستهجن جداً ، وغير معهود عند أهل المحاورة .

وهذا بخلاف ما إذا اريد من الحديث الحكم الوضعي فقط ، فانه وقتئذ يكون معناه هو ثبوت ضمان المأخوذ على الآخذ حتى يرده إلى صاحبه . ولا ريب أنه لا استهجان فيه بوجه .

ويضاف إلى ذلك : أن حديث على اليد ضعيف السند ، فلا يمكن الاستدلال به على شيء من المسائل الفقهية . وقد تقدم تفصيل ذلك قريباً .

## ما هو حكم مؤونة الرد ؟

الجهة الرابعة : أنه إذا وجب رد المقبوض بالمعد الفاسد إلى مالكة فهل تكون مؤونة الرد على القابض ، أم تكون على المالك ؟ .  
قد فصل المصنف بين ما تكون مؤونة الرد قليلة فحكم بكونها على القابض وبين ما تكون كثيرة فحكم بكونها على المالك ، وذلك لأدلة نفي الضرر .  
وفصل شيخنا الاستاذ بين ما إذا كانت المؤونة بما يقتضيها طبع الرد فهي على القابض ، وبين غيره فهي على المالك .

وتوضيح كلامه : أن الحكم الشرعي إذا اقتضى في نفسه وبموجب جعله مقدراً من الضرر - نظير وجوب الخمس ، والزكاة ، والصوم ، والجهاد ، وأمثالها



من الأحكام الشرعية - كان الحكم المذكور تخصيصاً لقاعدة نفي الضرر . وإذا كان الضرر زائداً على المقدار الذي يقتضيه طبع الحكم الشرعي لم يكن ذلك تخصيصاً لأدلة نفي الضرر ، بل أدلة نفي الضرر تكون حاکمة على دليل ذلك الحكم ، وموجباً لاختصاصه بغير موارد الضرر .

وعلى هذا الضوء فإن كانت مؤونة الرد بمقدار ما يقتضيه طبع رد المالم إلى مالكة فهي على القابض . وإن كانت زائدة على ذلك فهي على المالك ، لأدلة نفي الضرر .

ويرد عليه : أن وجوب الرد في نفسه لا يقتضى أى ضرر ، إذ قد يكون الرد غير محتاج إلى المؤونة أصلاً ، فالمؤونة أمر قد يحتاج إليه الرد ، وقد لا يحتاج إليه ذلك ، وإذن فدليل نفي الضرر يقتضى اختصاص وجوب الرد بما لا يحتاج إلى مؤونة .

ومن هنا تظهر الحال في تفصيل المصنف - أيضاً - فإن تحمل الضرر مرفوع في الشريعة المقدسة . ولا فرق بين قليله وكثيره . نعم لا بأس بالالتزام بكون المؤونة على القابض فيما إذا كانت المؤونة من القلة بمرتبة لا تعد ضرراً عرفاً . ولعل هذا هو مراد المصنف من التفصيل الذى نقلناه عنه قريباً .

## هل يجب رد المقبوض إلى مالكة مطلقاً؟

الجهة الخامسة : أنا إذا بينا على أن الواجب على القابض هو التخلية بين المالك وماله ، دون رده إليه فهل هو كذلك على وجه الاطلاق ، وفي جميع الموارد ، أم يجب ذلك في بعض الموارد دون بعض ؟ .

وتفصيل ذلك : أنه قد يكون المالك والمشتري كلاهما في بلد القبض ، وقد يكونان في بلدين .

وعلى الثاني فتارة ينتقل البائع إلى بلد آخر غير بلد القبض .  
 وأخرى ينقل المشتري المقبوض من بلد القبض إلى بلد آخر .  
 وثالثة ينتقل منه البائع إلى بلد ، وينتقل منه المشتري إلى غير ذلك البلد  
 أما إذا كانا في بلد القبض فقد عرفت أنه لا يجب حينئذ رد المقبوض  
 إلى مالكة ، بل تكفي - في هذه الصورة - التخلية بينه وبين ماله ، فإذا أراد  
 المالك أن يأخذ ماله - في أي وقت - أخذه بنفسه .

أما إذا كان القابض في بلد القبض ، ولكن انتقل المالك إلى بلد آخر  
 ثم طالبه بما له لم يجب عليه الرد - عندئذ - قطعاً حتى إذا قلنا بوجوب الرد في  
 الشق الأول ، فإنه لا دليل على جواز مطالبته بما له بأزيد من مطالبته في بلد  
 القبض .

أما إذا نقله القابض من بلد القبض إلى بلد آخر ، وطالب به المالك  
 فوجب رده إلى بلد القبض ، سواء في ذلك كون المالك في بلد القبض ، وانتقاله  
 إلى بلد آخر ، وعليه فمؤونة الرد على القابض ، ضرورة أن نقل المقبوض إلى  
 غير بلد القبض لم يكن باذن مالكة لكي تكون مؤونة الرد عليه ، بل كان ذلك  
 باختيار القابض ، وحينذاك فيجب عليه رده إلى بلد القبض ، وذلك للسيرة  
 العقلانية المحكمة في أمثال المقام ، أو لدليل ضمان اليد .

وقد اتضح لك مما بيناه حكم ما إذا انتقل المالك إلى بلد . ونقل القابض  
 المال إلى بلد آخر ، فإن المالك إذا طالب القابض بنقل المال إلى البلد الذي هو  
 فيه لم تجب على القابض اجابته . وإذا طالبه برده إلى بلد القبض وجب على  
 القابض رده .

## ما هو حكم المنافع المستوفات؟

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

بل الظاهر من عبارة الحلبي المحكية عنه من ( أن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى النصب والضمان ) . هو قيام الاجماع على ذلك .

وقد نسب الخلاف في ذلك إلى ابن حمزة ، حيث إنه حكم بعدم الضمان - هنا - محتجاً بأن الخراج بالضمان ، كما في النبوي المرسل .

ويحسن بنا أولاً بيان الوجوه التي استدلت بها على الضمان ، ثم صرف الكلام إلى بيان ما استدلت به ابن حمزة على رأيه .

فنقول : إنه قد استدلت على الضمان بوجوه شتى .

١ - النبوي المعروف : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ( ١ ) فإن عمومته يشمل المنافع المستوفاة أيضاً .

ويتوجه عليه أولاً : أنه ضعيف السند ، وغير منجر بعمل المشهور به لا صغرى ، ولا كبرى :

أما الوجه في منع الصغرى فلعدم الاطمئنان باعتماد القائلين بالضمان على الحديث المزبور ، بل اعتماد أكثرهم على الوجوه الأخر التي سنذكرها قريباً . أما الوجه في منع الكبرى فهو ما ذكرناه في علم الأصول ، وأشرنا

(١) قد تقدم ما يرجع إلى هذا الحديث في ص ٨٧ .

إليه آتفا من أن الشهرة ليست بحجة في نفسها ، فكيف تكون سبباً لحجية الخبر الضعيف ، وجارية لو هن سنده . وتفصيل الكلام في محله .  
 ثانياً : أنالو سلمتنا شمول صدر الحديث للأعيان المأخوذة ، والمنافع المستوفات إلا أنه لا ينفعنا - في المقام - لأن الظاهر من ذيله هو اختصاصه بالأعيان فقط .  
 بداهة أن الظاهر من الأداء هو رد المأخوذ بعينه بدءاً . ومع عدم التمكن منه ينوب عنه رد المثل أو القيمة . ومن الواضح أن رد المأخوذ بعينه لا يعقل في المنافع ، لأنها ما لم توجد في الخارج ليست بمضمونة ، وبعد وجودها فيه تنعدم وتصرم . وحينئذ فلا يمكن أداؤها إلى المالك لكي يشملها دليل ضمان اليد .

على أن للنناقشة في شمول مفهوم الأخذ للنفاع مجال ، إذ قد يقال : إن مفهوم الأخذ لا يصدق على استيفاء المنافع ، خصوصاً إذا كانت المنفعة من قبيل الأعمال : كمن أمر غيره بخياطة ثوبه ، أو بناية داره ، أو نجارة بابه ولم يعط أجرته ، فانه لا تطلق كلمة الأخذ على شيء من ذلك .

ومن هنا ذكر المصنف فيما تقدم : ( أن مورده ( أي خبر اليد ) مختص بالأعيان ، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة ) .

ولكن الصحيح : أن مفهوم كلمة الأخذ أوسع من ذلك ، لعدم اختصاصه بالأخذ الخارجى ، والالزم منه خروج كثير من الأعيان عن مورد الحديث كالدار ، والارض ، والبستان ، والحديقة ، وأشباها مما لا يقبل الأخذ الخارجى .

وما يدل على صحة ما ذكرناه : أن مفهوم الأخذ يصح اتسابه إلى الامور المعنوية كالعهد ، والميثاق ، والرأى ، وأمثالها ، كما أنه يصح اتسابه إلى الامور الخارجية واذن فلا وجه لتخصيص مفهوم الأخذ بالأعيان الخارجية . وإنما هو كناية

عن الاستيلاء على الشيء ، كما أن كلمة بسط اليد كناية عن الجود ، والسخاء .  
وكلمة قبض اليد كناية عن البخل ، ولا ريب أن استعمال لفظ الأخذ في هذا  
المعنى - الذى ذكرناه - كثير فى القرآن وغيره ، ومنه قوله ( تعالى ) : لا تأخذ  
سنة ، ولا نوم (١) وإذن فالصحيح فى وجه المنع عن شمول الحديث للمنافع  
هو الوجه الثانى ، وهو اختصاص ذيل الحديث بالأعيان ، وعدم شموله للمنافع  
٢ - قوله ( ع ) : حرمة ماله - : أى المؤمن - حرمة دمه ( ٢ ) فإن  
الظاهر من هذه الجملة أن إتلاف مال المؤمن موجب للضمان ، ومن الواضح أنها  
كما تشمل الأعيان كذلك تشمل المنافع المستوفات - أيضاً - لصدق المال عليها  
جزماً .

ويتوجه على الاستدلال بها : أن الظاهر منها هو الحكم التكليفى ، بمعنى :  
أنه لا يجوز إتلاف مال المؤمن بغير إذنه ، كما لا يجوز إراقة دمه .  
وعلى تقدير أن تكون الحرمة بمعنى الاحترام . فغاية ما تدل عليه هذه  
الجملة المباركة هى لزوم حفظ مال المؤمن عن التلف ، وعدم جعله فى معرض  
الهلاكة ، فإن ذلك هو مقتضى الاحترام . أما الضمان فلا يستفاد من ذلك ،  
وإلا يلزم على كل واحد من المؤمنين ضمان مال المؤمن الآخر مع التلف بأفة  
سماوية ، ولا شبهة فى أن هذا المعنى لا يمكن الالتزام به بوجه .

٣ - الروايات الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه ،  
وعلى حرمة التصرف فى مال الغير بدون إذنه . وقد عرفت صدق المال على  
المنافع . ولذا تقع ثمناً فى البيع ، وعوضاً فى الخلع ، وصداقاً فى النكاح وهكذا  
ويتوجه على الاستدلال بها : أن المستفاد منها ليس

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٥٥ .

(٢) قد تقدم ما يرجع إلى هذه الجملة فى ص ٩١ .

الا الحكم التكليفي : أعني به حرمة التصرف في أموال الناس بدون اذنهم ، أما الحكم الوضعي : أعني به الضمان فلا يستفاد منها . وقد تقدم تفصيل ذلك قريباً ( ١ ) .

٤ - قاعدة نفي الضرر ، فان استيفاء منفعة مال المالك ، وجعله مسلوب النفع ضرر عليه ، وهو منفي في الشريعة المقدسة .

ويتوجه على هذا الاستدلال : أن أدلة نفي الضرر ليست مسوقة لاثبات الحكم الشرعي ، وإنما هي مسوقة لبيان نفي الحكم الضرري .

أضف الى ذلك : أن القاعدة لا تنفي باثبات 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 تنصرف ، وتنعقد بنفسها ، سواء في ذلك استيفاء المالك وعدمه ، فالحكم بعدم الضمان ليس فيه ضرر على المالك ، بل إنه من قبيل عدم النفع ، فلا موضوع للقاعدة أصلاً ، وقد تقدم الكلام فيما يرجع الى الاستدلال بهذه القاعدة في أمثال الموارد قريباً ( ٢ ) .

وعلى الجملة : انه لا دلالة في شيء من الوجوه المتقدمة على ضمان المنافع المستوفات .

نعم يمكن الاستدلال على الضمان - هنا - بأمرين :

١ - السيرة القطعية العقلائية ، فانها قائمة على أن أموال الناس لا تذهب هدرأ ، وعليه فاذا استولى أحد على مال غيره - سواء أكان ذلك بعنوان الغصب ، أم كان بعنوان آخر - ضمنه بجميع الخصوصيات التي هي دخيل في

( ١ ) راجع ص ٩٠ .

( ٢ ) راجع ص ٩٣ .

المالية ، وحيث ان الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون دليلاً على ضمان المنافع المستوفات .

٢ - قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن . وهي بهذه السكيفية والخصوصية وان لم تذكر في رواية خاصة ، ولكنها قاعدة كلية متصيدة من الموارد الخاصة التي تقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد ، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة في كل مورد تمس بها الحاجة . والموارد التي اخذت منها هذه القاعدة هي الرهن ، والعارية ، والمضاربة ، والاجارة ، والوديعة ، وغير ذلك من الموارد المناسبة لها فانه قدوردت فيها الأخبار السكيفية (١) الدالة

(١) عن إسحاق بن عمار ، قال : سألت أبا إبراهيم (ع) عن الرجل يرهن الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم ، فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم ؟ قال : نعم ، لأنه أخذ رهنأ فيه فضل ، وضيعه . الحديث .  
وعن سليمان بن خالد ، عن أبي عبد الله (ع) قال إذا رهنت عبداً أو دابة فأت فلا شيء عليك ، وإن هلكت الدابة ، أو أبق الغلام فأنت ضامن .  
قال في رهن التهذيب بعد نقل هذا الحديث : فالمعنى فيه أيضاً أن يكون سبب هلاكها ، أو إياقه شيئاً من جهة المرتهن .

وعن أبان ، عن أخبره (وفي الفقيه أبان عن أبي عبد الله ) عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في الرهن : إذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فاخذه ، فان استهلكه تراد الفضل بينهما . الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ و ٢٣٦ .

وعن وهب ، عن جعفر ، عن أبيه (ع) إن علياً (ع) قال : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن . بناءً على أن العيب من ناحية المستعير . الوافي

على أن اتلاف مال الغير موجب للضمان ، وقد استفاد منها الفقهاء رضوان الله عليهم قاعدة كلية : أعنى بها قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن ، فتحصل مما ذكرناه : أن المنافع المستوفات مضمونة على القابض .

— وعن الحلبي ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال سئل عن القصار يفسد ؟ قال : كل أجير يعطى الأجر على أن يصلح فيفسد فهو ضامن .

وعن السكوني ، عن أبي عبد الله ( ع ) قال : كان أمير المؤمنين ( ع ) يضمن القصار ، والصباغ والصائغ احتياطاً على أئمة الناس . الحديث .  
وعن ابن أبي الصباح عن أبي عبد الله ( ع ) قال : سألته عن الثوب أدفعه إلى القصار ، فيحرقه ؟ قال أغرمه ، فأنك إنما دفعته إليه ليصلحه ، ولم تدفعه إليه ليفسده .

وعن السكوني ، عن أبي عبد الله ( ع ) ان أمير المؤمنين ( ع ) رفع اليه رجل استأجر رجلاً ليصلح بابيه ، فضرب المسار فانصدع الباب ، فضمنه أمير المؤمنين ( ع ) الكافي ج ٥ من ط ٢ باب ضمان الصناع ص ٢٤١ .

وعن أبي بصير عن أبي عبد الله ( ع ) قال : قضى أمير المؤمنين ( ع ) في رجل كان له غلام فاستأجره منه صائغ أو غيره ، قال : ان كان ضيع شيئاً ، أو أبق منه فواله ضامنون . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٣٢ .

وإلى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المزبورة وغيرها .



## ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفات

قد استدل ابن حمزة على عدم ضمان المنافع المستوفات بالنبوى المشهور الخراج بالضمان (١) .

ويرد عليه أولاً : أن الحديث المزبور ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء .  
ثانياً : أن الاستدلال المذكور منتقض بالمقصود ، - حيث إن ضمان المنافع المستوفات فيه أمر بديهى لا يعرضه الشك . خلافاً للحنفية ( ٢ ) .  
ثالثاً : أنه لا دلالة في ذلك الحديث على ما يرومه المستدل ، وذلك لأنه يحتمل وجوهاً .

١ - أن يكون المراد من كلمة الخراج فيه ماهو المعروف في باب الخراج والمقاسمة ، ويكون المراد من كلمة الضمان فيه هو ضمان الأراضى الخراجية بسبب التقبل والاجارة .

ولا يخفى عليك : أن هذا الاحتمال - وإن لم نره في كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ، ولكنه أقرب المحتملات للإرادة من الحديث ، ووقتئذ يكون النبوى خارجاً عما نحن فيه ، ولا يكون مربوطاً بالمقام أصلاً ورأساً .

(١) في ج ٥ سنن البيهقى ص ٣٢١ عن عائشة ، قالت : قال رسول الله ( ص ) الخراج بالضمان وفي جملة اخرى من الروايات : أنه قضى رسول الله ( ص ) أن الخراج بالضمان وفي ص ٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله ( ص ) الغلة بالضمان .  
(٢) في شرح فتح القدير ج ٧ ص ٣٩٤ : ولا يضمن الغاصب منافع ماغصبه لأنها حصلت على ملك الغاصب ، إلا أن ينقص باستعماله فيغرم التقصان .

٢- أن يراد من الخراج مطلق المنافع أعم من الخراج المصطلح وغيره. ويراد من الضمان المعنى اللغوي : أعنى به مطلق العهدة ، سواء أكان ذلك أمراً اختيارياً مترتباً على العقود الصحيحة ، أو الفاسده ، أم كان امرأ غير اختياري مترتباً على الغصب وعليه فيكون المراد من الباء في كلمة ( بالضمان ) هو السببيه أو المقابلة .  
 وحينذاك فعنى الحديث : أن المنافع الحاصلة من الأموال المأخوذة بالعقود الصحية أو الفاسدة ، أو المأخوذة بالغصب مملوكة للضامن ، وأن ضمان العين سبب للملكية المنافع . وعليه فتدل الرواية على عدم ضمان المنافع المستوفات كما عليه ابن حمزة .

ولكن من البعيد جداً ، بل من المستحيل عادة ذهاب ابن حمزة - الذى هو من أعظم فقهاىنا الامامية - الى مثل هذا الرأى ، بل هو يناسب مثل أبى حنيفة الذى ائقى بعدم ضمان المنافع مع ضمان العين . وقد نقلنا رأيه قريباً فى الحاشية .

٣- أن يراد من الخراج المنافع المستوفات ، ويراد من الضمان خصوص الضمان الاختياري المترتب على العقود الصحيحة التى أمضاها الشارع المقدس - كالبيع والاجارة ونحوهما - وعليه فلا يكون النبوى المزبور مربوطاً بما أئقى به ابن حمزة ، ضرورة أن مورد كلامه البيع الفاسد ، لا البيع الصحيح .  
 ٤- أن يراد من الخراج المنافع المستوفات ، ويراد من الضمان الضمان المعامل الاختياري ، سواء أكان ذلك ممضى للشارع المقدس ، أم لم يكن ممضى له ، فيشمل البيع الصحيح والفاسد كليهما . وعلى هذا فيصلح النبوى أن يكون مدركا لابن حمزة .

ويتوجه عليه : أنه لا قرينة فى الحديث على أن يراد منه هذا الاحتمال ، دون سائر الاحتمالات ، بل قد عرفت قريباً أن الاحتمال الأول أظهر المحتملات

للإرادة من الحديث ويضاف الى ذلك : أن لازم الأخذ بالاحتمال الأخير هو أن كلبن استوفى شيئاً من منافع العين فلا بد وأن يرد ذلك الى الضامن وان كان المستوفى هو المالك للعين ، ومن الواضح أن هذا أمر لا يمكن الالتزام به بوجه .

ثم انه ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزة من جملة من الروايات ( ١ )

(١) عن اسحاق بن عمار ، قال : أخبرني من سمع أبا عبد الله (ع) يقول وقد سأله رجل وأنا عنده ، فقال له : رجل مسلم احتاج إلى بيع داره ، فشي إلى أخيه . فقال له : أبيعك داري هذه ، وتكون لك أحب إلى من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي أي إذا جئتك بئمنها إلى سنة تردها على ؟ قال : لا بأس بهذا إن جاء بئمنها إلى سنة ردها عليه . قلت : فانها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألا ترى أنها لو احترقت لكانت من ماله ؟  
مرسلة .

وعن معاوية بن ميسرة ، قال ، سمعت أبا الجارود يسأل ابا عبد الله (ع) عن رجل باع داراً له من رجل ، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر ، فشرط أنك إن أتيتني بما لي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك ، فأتاه بماله قال : له شرطه . قال له أبو الجارود : فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين ؟ فقال : هو ماله ، وقال أبو عبد الله (ع) : أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري ، مجهولة بمعاوية بن ميسرة ؟  
الحاصر الجدار . الوافي ج ١٠ ص ٦٩ .

وعن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لأبي إبراهيم (ع) الرجل يرتهن الرهن الغلام أو الدار فيصبيه الآفة على من يكون ؟ قال : على مولاه . ثم قال : أرأيت لو قتل قتيلاً على من كان يكون ؟ قلت : هو في عنق العبد . . . ثم قال أرأيت لو -

الواردة في مواضع شتى : مثل قوله (ع) - في مقام الاستشهاد على كون منفعة الدار المبيعة في زمان الخيار للمشتري - : ( ألا ترى أنها لو احترقت لسكانت من ماله ؟ ) . وتفضل (ع) بنظير ذلك أيضاً في رواية أخرى . وكقوله (ع) - في الرهن - : ( وكذلك يكون عليه ما يكون له ) .

ويتوجه عليه : أن الروايات المذكورة ليست مسوقة لبيان الكبري الملكية ، بل الغرض منها هو التنبيه على أن الدار ملك للمشتري ، والرهن ملك للرهن ، فيكون نماؤ الدار مملوكاً للمالكها ، ونماؤ الرهن مملوكاً للمالكه ، وهذا ظاهر .

## ما هو حكم المنافع غير المستوفات ؟

قوله : ( وأما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان ) .

أقول : المشهور بين الفقهاء هو أن المنافع الفائتة بغير استيفاء - أيضاً - مضمونة على القابض ، بل الظاهر من الحلّي هو حكاية الاجماع على ذلك حيث حكى عن السرائر في آخر باب الاجارة الاتفاق على ضمان منافع المنصوب الفائتة ، مع قوله في باب البيع : إن البيع الفاسد عند المحصلين يجري مجرى الغصب والضمان .

بل يقتضى الحكم بالضمان صدق عنوان المال على تلك المنافع فإنها عندئذ تكون مشمولة لقاعدة من أ تلف مال غيره فهو له ضامن .

ولكن التحقيق هو عدم الضمان - هنا - لعدم الدليل عليه ، وسيوضح

- كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ ماقي دينار لمن كان يكون ؟ قلت : لمولاه . قال :

وكذلك يكون عليه ما يكون له . موثقة بابن عمار . الوافي ج ١٠ ص ١١٦ .

والتهذيب ج ٧ من ط ٢ ص ١٧٢ .

لك وجه .

ثم لا يخفى عليك : أن التكلم - هنا - في الضمان وعدمه إنما هو بعد الفراغ عن الحكم بالضمان في المنافع المستوفات ، أما إذا لم نقل به - هناك - فعدمه - هنا - بالأولية القطعية .

وأيضاً لا يخفى عليك ما في كلام المصنف من الاضطراب ، فإنه تارة يفتى بالضمان ، وأخرى يفتى بعدمه . وثالثة يتوقف في المسألة .

ثم إن مورد البحث - هنا - ما إذا لم يكن فوت المنافع من ناحية وضع القابض يده على المقبوض بالعقد الفاسد ، وإلا يكون ذلك من مصاديق المنصوب ويجرى عليه حكمه .

ثم إن الأقوال في المسألة - ظاهراً - خمسة :

١ - الضمان مطلقاً ، وقد ذهب إليه المشهور .

٢ - عدم الضمان كذلك ، كما عن فخر المحققين في الايضاح .

٣ - التفصيل بين علم البائع بالفساد ، وبين جهله به ، فيحكم بعدم الضمان في الأول ، وبالضمان في الثاني .

٤ - القول بالتوقف في الصورة الثالثة .

٥ - التوقف على وجه الاطلاق .

أما القول بالتفصيل فحيث إننا لم نقل به في المنافع المستوفات ، فلا نقول به - هنا - أيضاً ، لأن القائل بعدم الضمان - في صورة العلم بالفساد - إنما توهم ذلك من جهة أن المالك قد سلب القابض على ماله لكي يتصرف فيه كيف يشاء . ولكننا ذكرنا فيما سبق أن اذن المالك - في مورد بحثنا - إنما كان مشروطاً بحصول الملكية الشرعية ، وهو لم تحصل ، والمفروض أنه لم يحصل

- هنا - اذن آخر جديد . واذن فالمسألان من حيث الضمان وعدمه سيان .  
 أما القول بالتوقف فالظاهر أنه لا يعد رأياً خاصاً في المسألة ، بديهية أن  
 واقع للتوقف ليس الا اظهار الجهل بالحكم ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن  
 الجهل بالحكم لا يعد قولاً برأسه . واذن فيبقى القولان الأولان : أعني بهما  
 القول بالضمان على وجه الاطلاق ، والقول بعدمه كذلك .

ويحسن بنا أولاً أن نقدم مقدمة أمام البحث عن هذين القولين .  
 وحاصلها : أن الغاصب انما يضمن العين المغصوبة للمغصوب منه بجميع  
 خصوصياتها الشخصية والتنوعية ، للسيرة القطعية العقلانية ، فانها قائمة على أن  
 الانسان اذا وضع يده على مال غيره على سبيل القهر والعدوان لزم عليه رده على  
 مالكه بجميع خصوصياته وشؤونه ، ومن الواضح أن منافع المال تعد من  
 شؤونه ، سواء أكانت مستوفات ، أم لم تكن كذلك ، فتكون مضمونة  
 على القابض .

ويضاف الى هذه السيرة أمران :

- ١ - قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن . وقد عرفت قريباً :
- أن هذه القاعدة مأخوذة من الأخبار الكثيرة الواردة في مواضع شتى ، ومن  
 الواضح أن الغاصب قد أتلف المنافع المترتبة على المغصوب فتكون مضمونة عليه
- ٢ - الأخبار ( ١ ) الدالة على وجوب رد المغصوب على المغصوب منه  
 فان الظاهر منها هو رد ذلك عليه مع جميع شؤونه وخصوصياته ، ولم نجد  
 مخالفاً في ذلك من الخاصة والعامة . الا الحنفية ( ٢ ) .

(١) الوسائل ج ٣ باب ١ من ابواب النصب . ص ٣٢٥ .

(٢) قد اشترنا الى رأيهم في ص ١٣٣ .

نعم قد عرفت ذهاب ابن حمزة الى عدم الضمان في منافع العين المقبوضة بالعقد الفاسد ، سواء في ذلك المنافع المستوفات وغيرها ولكن ذلك غريب عن المصنوب .

وعلى هذا فيجب على الغاصب رد العين المصنوبة على المصنوب منه بجميع منافعها حتى المنافع الفائتة بغير استيفاء ، واذا تلفت العين انتقل الضمان الى المثل أو القيمة ، ولعل هذا المعنى هو المقصود من العبارة المعروفة بين المحصلين من أن الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال . والا فلا وجه لها بوجه .

نعم لا يحكم بكون المصنوب مضموناً على الغاصب بالخصوصيات الشخصية التي لا دخل لها في زيادة المالية ، ضرورة أنه لا دليل على الضمان في أمثال ذلك .

ثم لا يخفى عليك أن الغاصب انما يضمن المنافع الفائتة اذا استند فوتها اليه . أما لو استند ذلك الى المالك فلا ضمان عليه لعدم الدليل على ضمان الغاصب . في أمثال ذلك .

ومثاله : أنه اذا كان من طبع المالك الانتفاع من ماله في زمان دون زمان ، وغصبه الغاصب ، وتركه على حالته الأولية لم يضمن إلا بمنافعه المستوفات ، دون منافعه الفائتة بغير استيفاء ، فالمنافع التي لا تكون العين معدة لاستيفائها لا تضمن بغير استيفاء .

إذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه ذهب جمع من الاصحاب الى ضمان المنافع مطلقاً ، لوجوه :

١ - حديث ضمان اليد ، بدعوى أنه شامل للمنافع الفائتة بغير استيفاء لكونها مقبوضة بتسبع قبض العين ، ومن هنا يتحقق قبض المنفعة بقبض العين المستأجرة ، فتدخل المنفعة - بذلك - في ضمان المستأجر . ويتحقق قبض

الثلث في السلم بقبض الجارية التي جعلت خدمتها ثمناً ، وكذلك يتحقق قبضه بقبض الدار التي جعل سكنها ثمناً .

ويرد عليه أولاً : أن حديث ضمان اليد ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء ، وقد عرفته فيما تقدم ( ١ ) .

ثانياً : أنه لا يشمل المنافع المستوفات فضلاً عن شموله للنافع غير المستوفات ، وقد تقدم ذلك قريباً ( ٢ ) .

ثالثاً : أننا لو سلطنا شموله للنافع المستوفات ، إلا أنه لا يشمل المنافع الفائتة بغير استيفاء ، لأن لفظ الأخذ - في الحديث المزبور - وإن كان كناية عن الاستيلاء على الشيء ، ولكن لا يصح تعلقه بالمنافع الفائتة بغير استيفاء ، لعدم تحققها بالفعل وإن كانت موجودة بالقوة ، إلا أن الوجود الاستعدادي لا يصح صدق الاستيلاء الموجب للضمان .

نعم إذا قدرت هذه المنافع المدومة بتقدير خاص - كما في الاجارة - صح تعلق الاستيلاء بها .

قيل : ان المنافع غير المستوفات كما لا تقبل الأخذ ، كذلك لا تقبل القبض - أيضاً - لأن قبضها عبارة عن استيفائها ، ومعه تخرج عن حدّ العدم وتصير من قبيل المنافع المستوفات ، وإذن فتكون خارجة عن مركز بحثنا ، لأن مورد بحثنا - هنا - إنما هو المنافع الفائتة بغير استيفاء ، لا المنافع المستوفات والجواب عن ذلك : أن القبض يختلف حسب اختلاف الموارد ، لأنه قد يتحقق بالتخلية بين المال ومالكه ، وقد يتحقق بالأخذ ، وقد يتحقق بارجاع أمر الشيء إلى شخص . ومن البين أن قبض المنافع غير المستوفات إنما يتحقق

(١) ص ٨٨ .

(٢) ص ١٢٨ .



بارجاع زمام العين ورقبتها الى مالك منافع العين، وهذا المعنى لا يستلزم استيفاء المنافع.  
وقال المحقق الخراساني : إن (مورده) (أى حديث ضمان اليد) وإن  
كان مختصاً بالأعيان ، إلا أن قضية كونها مضمونة ضمان منافعها . ف ضمان المنافع  
في الاجارة الفاسدة انما يكون بتدفع ضمان العين المستأجرة .

وبالجملة : قضية ضمان اليد ضمان المنافع فيما كانت العين مضمونة بها . فاختصاص  
مورده بالأعيان لا يوجب اختصاص الضمان بها ) .

ويتوجه عليه : أنه ان كان غرضه من هذه العبارة : أن مالية الأعيان  
باعتبار منافعها المرغوبة للعقلاء - ف ضمان العين يستلزم ضمان ماليتها المتقومة  
بالمنافع - فهو متين ، لأن العين بما هي هي ليست لها مالية بوجه ، بل ماليتها  
بلحاظ منافعها ، ولكن لا دلالة في ذلك على ضمان المنافع المستوفات  
فضلا عن ضمان المنافع غير المستوفات ، وهذا واضح .

وان كان غرضه من العبارة المذكورة : أن ضمان الأعيان علة لضمان  
منافعها فهو مصادرة واضحة .

أضف الى ذلك : أن ضمان المنافع المستوفات أمر بديهي وان لم تكن  
العين مضمونة ، كما اذا استوفى عمل حر ، حيث إن الحر بنفسه غير مضمون  
ولكن عمله مضمون .

٢ - قوله بحل الله فرجه : ( فلا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره  
بغير اذنه (١) ) .

ويتوجه عليه أولاً : أنه ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء ، فلا يمكن  
الاستناد اليه في شيء من المسائل الفقهية .

ثانياً : أن نسبة عدم الحل الى التصرف في مال الغير ظاهرة في الحكم

التكليف ، لا في الحكم الوضعي ، ولا في الأعم منهما ، وعليه فلا دلالة في الرواية على ضمان الأعيان فضلا عن دلالتها على ضمان المنافع .

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بالروايات (١) - الدالة على عدم حلية مال امرئ مسلم الا يطيب نفسه - على الضمان - هنا - ضرورة أن الظاهر من نسبة الحل الى المال انما هو ارادة حرمة التصرف فيه ، على ما ذكرناه مراراً . ومن البين أن هذا لا يناسب الا الحرمة التكليفية ، لا الحرمة الوضعية كما أن المراد من حرمة الامهات والبنات والخالات حرمة نكاحهن . واذن فتبعد الروايات المزبورة عن الدلالة على الحكم الوضعي : أعني به الضمان .

٣ - قوله ( ع ) في جملة من الروايات (٢) : حرمة ماله ( أى المؤمن ) كحرمة دمه ، بدعوى أن مالية الأعيان باعتبار تنافس العقلاء فيها . وعليه فنفس المنافع من الأموال ، بل من مهماتها ، واذا ثبت كونها من الأموال شملتها الجملة الشريفة المذكورة ، فيثبت بذلك احترامها وضماتها .

ويتوجه على هذا الاستدلال : أن الجملة المزبورة وان وردت في موثقة ابن بكير وغيرها ، ولكن لا دلالة فيها على الضمان بوجه (٣) .

٤ - قاعدة نفي الضرر ، حيث ان الحكم بعدم ضمان القابض منافع ما قبضه من الأعيان ضرر على المالك (٤) .

ويتوجه عليه : أن الحكم بضمان القابض ضرر عليه أيضاً ، فتقع المعارضة في شمول القاعدة لكلا الطرفين .

(١) قد ذكرناها في الجزء الثاني في ص ١٣٨ .

(٢) قد ذكرناها في ص ٩١ .

(٣) قد عرفت تفصيل ذلك في ص ٩١ .

(٤) قد تقدم ما يرجع إلى هذه القاعدة في ص ٩٤ .

ويضاف الى ذلك : أن القاعدة المذكورة انما تنفي الأحكام الضرورية ، ولا دلالة فيها على اثبات حكم آخر الذى يلزم الضرر من عدم جعله .  
 ٥ - قاعدة من أتلف ، وقد استدل بها السيد فى حاشيته - عند قول المصنف : فالمشهور فيها أيضا الضمان - واليك نصه : ( هذا هو الاقوى بمعنى : أن حالها حال العين ، لقاعدة الاتلاف ، فان الاستيلاء على العين ، ومنع المالك عن الانتفاع بها تقويت لمنافعها ، ويصدق عليه الاتلاف عرفاً ، ولذا نحكم بالضمان لها فى الغصب ) .

ويتوجه عليه : أنا نمنع صدق التقويت على المنافع الفاتمة بغير استيفاء الا اذا استند الفوت الى القابض بأن وضع يده على مال الغير وحبسه بحيث لا يتمكن مالكمه من التصرف فيه . وحينئذ يكون شأن المقبوض بالعقد الفاسد شأن المخصوص ٦ - الاجماع ، وقد استظهره المصنف من السرائر والتذكرة ، واستند اليه فى الحكم بالضمان هنا .

ويرد عليه : أنه لاوجه لدعوى الاجماع فى أمثال هذه المسائل الخلافية اذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك القائلين بالضمان - هنا - ما ذكرناه من الوجوه الماضية ، ويوضح هذا المعنى لمن أعطف النظر على كلماتهم فى المقام . ومن هنا ناقش السيد فى كلام المصنف ، وقال : ( الانصاف أنا لو فرضنا عدم تامة ما ذكرنا من الأدلة على الضمان لاوجه للقول به من جهة هذين الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول ، وعدم معلومية الشمول للمقام ) .

والعجب من شيخنا الاستاذ حيث دفع المناقشة المزبورة بأن ( اختياره ( أى المصنف ) الضمان أخيراً ليس لاعتماده على الاجماع المنقول ، مع أنه قد منكر لحجيته فى الاصول ، بل اعتمد على نقل الاجماع من جهة كشف

اتفاق الأعلام على شمول قاعدة اليد والاحترام للمنافع).  
 ووجه العجب : أن المصنف قد ناقش في كلتا القاعدتين صريحاً في صدر  
 كلامه ، وحكم بعدم إمكان التمسك بهما - هنا - ومعه كيف يعتمد عليهما في  
 ذيل كلامه .

والمصنف وإن ناقش في حجية نقل الإجماع في فرائده ، إلا أنه اعتمد  
 عليه في محل البحث وغيره .

وتيجة البحث إلى هنا : هي أن المقبوض بالعقد الفاسد لا يضمن بمنافعه  
 غير المستوفات ، لعدم الدليل عليه .

ويؤيد ما ذكرناه - من عدم الضمان هنا - ما ورد من الروايات (١) في  
 ضمان المنافع المستوفات من الجارية المسروقة المباعة ، فإن هذه الأخبار  
 - مع ورودها في مقام البيان - غير متعرضة للضمان بمنافعها غير المستوفات .  
 وأيضاً يؤيد ذلك خبر محمد بن قيس (٢) الذي ورد فيمن باع وليدة  
 أبيه بغير إذنه ، فقال الإمام (ع) : الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها ، وسكت  
 (ع) عن بيان الضمان في المنافع غير المستوفات .

ويضاف إلى ذلك كله : أن المنافع غير المستوفات - في المقبوض بالعقد  
 الفاسد - مورد لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ، ضرورة أن  
 صحيح البيع لا يوجب ضمان المنافع الفائتة بغير استيفاء لأنها ملك للشترى  
 مجاناً ، كذلك البيع الفاسد .

وهذا لا ينتقض بالقول بالضمان في المنافع المستوفات ، وذلك لصدق

(١) قد ذكرناها في ص ٨٩ .

(٢) راجع التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ . وسيأتي التعرض لهذا الخبر في البحث

عما استدل به على صحة البيع الفضولي .

ج ٣ ما هو الدليل على ضمان المثل في المثل ، وضمان القيمة في القيمي ١٤٥

الاتلاف على استيفائها ، فتكون مندرجة تحت قاعدة من أتلف مال غيره فهو له ضامن .

قيل . ان المقبوض بالعقد الفاسد ، والمغضوب سيان في ذلك ، والالتزام بالتفكيك بينهما لا يتفق والقواعد الفقهية .

والجواب عن ذلك : أن الفارق بينهما كالشمس في كبد السماء ، لأن الغاصب إنما يأخذ المال من المغضوب منه بالقهر والمدوان ، فيكون مضموناً عليه بجميع خصوصياته وهذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد . فان المالك قد دفعه إلى القابض باختياره ، والمفروض أنه لا يمنع المالك عن التصرف فيه بوجه . وعليه فقوت المنافع إنما استند إلى نفس الدافع ، لا إلى القابض واذن فلا وجه لقياس المقبوض بالعقد الفاسد بالمغضوب ، وعليه تصبح المنافع الفاتئة بغير استيفاء غير مضمونة في المقبوض بالعقد الفاسد .

## ما هو الدليل على ضمان المثل

في المثل ، وضمان القيمة في القيمي

قوله : ( الرابع إذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله بلا خلاف ، إلا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي ) . أقول : لا يخفى عليك : أن ظاهر عبارة المصنف هو ذهاب الاسكافي إلى ضمان القيمة في المثل ، وهذا مناف لما سيأتى منه قريباً ( ١ ) من نسبه ضمان المثل في القيمي إلى الاسكافي .

والمظنون قوياً - والله العالم - هو وقوع السقط في عبارته - هنا -

(١) قال في الأمر السابع : لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة ، ثم قال بعد أسطر : فقد حكى الخلاف في ذلك عن الاسكافي .

فكأنه قال : إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله ، وإن كان قيمياً وجبت قيمته بلا خلاف في ذلك بين الأصحاب ، إلا عن الاسكافي ، فإنه حكم بضمان المثل في القيمي أيضاً .

وكيف كان فقد استدل على ضمان المثل في المثلي وضمان القيمة في القيمي بوجوه شتى :

١ - قوله ( ص ) على اليد ما أخذت حتى تؤديه ( ١ ) .

ويرد عليه أنه لا دلالة فيه على مذهب المشهور : أعني به الحكم بضمان المثل في المثلي ، وضمان القيمة في القيمي ، لأن الظاهر منه هو ثبوت العين بدءاً في عهدة الآخذ ، وإذا تعذر أدائها بعينها انتقل الضمان إلى المثل . وإذا تعذر المثل أيضاً انتقل إلى القيمة ، من غير فرق في ذلك بين المثلي والقيمي .

ولا ريب في أن هذا المعنى لا ينطبق على مذهب المشهور انطباقاً تاماً ، 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 .

وقد 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 ، ولا شك في أن هذا الوجوب يسقط بتلف العين .

كما أنه ظهر لك مما بيناه - أيضاً - فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أن وجوب رد العوض مشروط بكون التالف ( مما يتمول عرفاً وشرعاً ، فمثل الخنفساء والخمر وإن وجب ردهما حين بقائهما لجهة حق الاختصاص الثابت لمن أخذ منه إلا أنه بعد تلفهما لا يتعلق بهما ضمان ) .

ووجه الفساد : هو أن وضع اليد على متعلق حق الغير بدون سبب

( ١ ) قد تقدم ما يرجع إلى هذا النبوي في ص ٨٨ .

ج ٣ ما هو الدليل على ضمان المثل في المثلي و ضمان القيمة في القيمي ١٤٧

شرعى يوجب ضمانه ، وإذا تلف ذلك انتقل ضمانه إلى المثل نعم إذا تعذر المثل أيضاً بقي التالف في عهدة الضامن ، إذ المفروض أنه ليس بمال لكي ينتقل ضمانه - مع تعذر مثله - إلى قيمته .

ولكن الذى يسهل الخطب هو أن حديث ضمان اليد ضعيف السند وغير منجز بشيء ، كما سمعته مراراً ، فلا يمكن الاستناد إليه في شيء من الأحكام الفرعية ٢ - ما دل على احترام مال المؤمن ، وأن حرمة ماله كحرمة دمه ( ١ ) ولكن قد عرفت فيما سبق عدم دلالة على الضمان بوجهه ، بل الظاهر منه هو الحكم التكليفي ، وعليه فيدل على حرمة التصرف في مال المؤمن بدون إذنه وطيب نفسه .

ويضاف إلى ذلك : أنالو سلمنا دلالة على ثبوت الضمان ولكن لانسلم دلالة على ضمان المثل في المثلي ، وعلى ضمان القيمة في القيمي ، بل مفاده انما هو ثبوت الضمان بالبديل الواقعي .

٣ - الروايات ( ٢ ) الدالة على أن الامة المبتاعة إذا وجدت مسروقة - بعد أن أولدها المشتري - أخذها صاحبها ، وأخذ المشتري ولده بالقيمة ، حيث إن حكم الامام ( ع ) ب ضمان قيمة الولد ظاهر في أن ضمان القيمي بالقيمة والجواب عن ذلك : أن هذه الروايات وإن كانت صريحة في الضمان إلا أنها غير ظاهرة في ضمان المثل في المثلي ، وفي ضمان القيمة في القيمي ، نعم هي غير خالية عن الاشعار بذلك وقد تقدم ما يرجع إلى هذه الروايات عند البحث عن مدرك الضمان في قاعدة ما يضمن .

٤ - دعوى الاجماع على ضمان المثل في المثلي ، وعلى ضمان القيمة في القيمي

( ١ ) قد عرفت ما يرجع إلى ذلك في ص ٩١ .

( ٢ ) قد تقدمت هذه الروايات في ص ٨٩ .

ويتوجه عليه : أنا ذكرنا مراراً أن الاجماع لا يكون حجة إلا مع القطع  
بكشفه عن رأى المعصوم (ع) ومن البين الذى لا ريب فيه أن العلم بذلك  
مشكل جداً ، بل المنكرون قوياً هو استناد المجمعين - هنا - إلى الوجوه المتقدمة  
ولا يفرق فيما ذكرناه بين الاجماع المنقول ، والاجماع المحصل .

أضف إلى ذلك : أن الاجماع - هنا - قد انعقد على مفهوم مجمل ،  
لا مفهوم مبيّن لى يكون النزاع - عند الشك فى أن الضمان بالمثل أو القيمة -  
فى تطبيق المفهوم المبيّن على المشكوك فيه ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

٥ - قوله تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (١)  
وعن الشيخ أنه استدل بهذه الآية - فى المسبوط والخلاف - على ضمان المثل  
فى المثل ، وضمان القيمة فى القيسى ، بدعوى أن المائلة إنما تقتضى ذلك .  
ولكن الظاهر أنه لا دلالة فيها على ما يرويه المستدل ، اذ الاستدلال  
بها على ذلك يتوقف على امور ثلاثة :

الاول : أن تكون كلمة ( ما ) فى الآية الكريمة موصولة ، لامصدرية .  
الثانى : أن يراد من هذه الكلمة الموصولة الشيء المعتدى به : بأن يكون  
المعنى فاعتدوا عليه بمثل الشيء الذى اعتدى به عليكم .

الثالث : أن يراد من كلمة المثل فى الآية الشريفة المثل فى المثل ، والقيمة  
فى القيسى ، وأنى للمستدل إثبات هذه الامور كلها .

أما الامر الاول فيرده أنه لا قرينة على أن يراد من كلمة ( ما ) كونها  
موصولة ، بل يحتمل أن تكون مصدرية غير زمانية ، وعليه فتكون معنى  
الآية : أنه اعتدوا عليه بمثل اعتدائه عليكم ، وإذن فتختص الآية بالاعتداء  
بالأفعال . وتبعد عن مورد البحث ، بداهة أن مماثل الاتلاف هو الاتلاف ،



ج ٣ ما هو الدليل على ضمان المثل في المثل وضمن القيمة في القيمي ١٤٩

دون الضمان ، ومن الواضح أن هذا الاحتمال يمنع عن الاستدلال بالآية الكريمة على المقصود .

بل المحكي عن المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه هو تعين هذا الاحتمال فانه بعد ما ذكر جملة من الآيات - التي منها الآية المتقدمة - الظاهرة في جواز الاعتداء بالمثل قال : فيها دلالة على جواز القصاص في النفس ، والطرف ، والجروح . بل جواز التعويض مطلقاً حتى ضرب المضرور ، وشتم المشتوم بمثل فعلهما - إلى أن قال - وتدل على عدم التجاوز عما فعل به وتحريم الظلم والتعدي أما الأمر الثاني فيرده أنه لا قرينة على أن المراد من الشيء هو المعتدى به : أعني به الأعيان الخارجية من النقد والعرض ، بل يحتمل أن يراد به الفعل أعني به الاعتداء ، وعليه فتكون الآية غريبة عن غرض المستدل حتى مع جعل كلمة ( ما ) فيها موصولة .

ويحتمل أن يراد من الشيء ما هو الأعم من الفعل والمعتدى به وحينئذ فتدل الآية على جواز اعتداء المضرور بالضرب ، واعتداء المشتوم بالشتم وعلى جواز إتلاف المال في مقابل الإتلاف ، وعلى جواز أخذ الحنطة بدل الحنطة وأخذ الفضة بدل الفضة وهكذا .

وعلى هذا الاحتمال لا يستفاد من الآية الضمان - أيضاً - بل ولا جواز تملك المغصوب منه شيئاً مما أخذه من الغاصب ، بل غاية ما يستفاد منها حينئذ إنما هو جواز التصرف في أموال الغاصب على سبيل التقاص ، بلا كونها ملكاً للتصرف ، ضرورة أنه لا ملازمة بين جواز التصرف في شيء وبين كونه ملكاً للتصرف ، ومن هنا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مع عدم كونه ملكاً للآخذ بناءً على أنها تفيد الإباحة فقط .

ولو أغضنا عن جميع ذلك ، وسلمنا اختصاص لفظ الموصول بالشيء .

المعتدى به ، ولكن لانسلم انطباق الآية على مسلك المشهور من جميع الجهات بديهية أن مفاد الآية على هذا المنهج إنما هو الاعتداء بمثل المعتدى به ، وعليه فتكون الآية ظاهرة في ضمان المثل في كل من المثل والقيمي ، وحينئذ فإذا تعذر المثل كان دفع القيمة بدلا عن المثل الثابت في الذمة ، لا بدلا عن العين التالفة ابتداءً كما يرومه المستدل .

أما الأمر الثالث فيرده عدم وجود القرينة على إرادة ضمان المثل من الآية في المثل ، وإرادة ضمان القيمة في القيمي ، لأن المائلة لا تقتضي هذا المعنى بل هي أعم من ذلك .

وتحصل من جميع ما ذكرناه : أنه لادلالة في شيء من الوجوه الماضية على مسلك المشهور : أعني به ضمان المثل في المثل و ضمان القيمة في القيمي .  
والتحقيق : أن يستدل على ذلك بالسيرة ، كما أننا اعتمدنا عليه في القول بالضمان في أصل المسألة : أعني بها مسألة المقبوض بالعقد الفاسد .

وبيان ذلك : أن العقلاء متفقون على أن الانسان إذا أخذ مال غيره ، ووضع يده عليه بغير سبب شرعي ضمنه بجميع خصوصياته الشخصية والمالية والنوعية ، وأنه لا يخرج عن عهده إلا برد عينه على مالكه وإذا تلفت العين وجب على الضامن رد ما هو اقرب إليها ، لأن تلفها لا يسقط الضمان عنه جزماً ، ومن الواضح أن الأقرب إلى العين التالفة إنما هو المثل في المثل والقيمة في القيمي ، وعلى هذا فلا يكتفى برد أحدهما في موضع الآخر إلا برضى المالك ، وهذا واضح لاشك فيه .

ويؤيد ذلك : أن المرتكز في أذهان العقلاء هو أنه لا يحصل فراغ الذمة إلا بأداء المثل في المثل ، وبأداء القيمة في القيمي .

## ما هو الفارق بين المثلى والقيمي

قد اختلفت كلمات الفقهاء في ذلك :

فمن الشيخ والحلي والمحقق والعلامة وجمع آخر : أن المثلى ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة . بل هذا هو المشهور بين الأصحاب .

وعن التحرير : أنه ما تماثلت أجزاؤه ، وتقاربت ، صفاته .

وعن الدروس والروضة : أنه المتساوى الأجزاء أو المنفعة المتقارب الصفات

وعن غاية المراد : أنه ما تتساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية .

وعن بعض العامة : أنه ما قدر بالكيل والوزن .

وعن آخر منهم : زيادة جواز بيعه سلباً .

وعن ثالث منهم : زيادة جواز بيع بعضه ببعض ، وإلى غير ذلك من

التعاريف .

أما القيمي فعرفوه بعكس ما عرفوا به المثلى .

ثم إنه قد كثرت النقض والابرام حول التعاريف المذكورة تارة بعدم الاطراد

واخرى بعدم الانعكاس ، وثالثة من سائر الجهات .

ولكن لا يهمننا التعرض لشيء من تلك التعاريف ، ولا التعرض لما

يتوجه عليها من المناقشات ، ضرورة أن لفظي المثلى والقيمي لم يردا في آية ،

ولا في رواية ، ولا انعقد عليهما اجماع ولا المحصل ، ولا المنقول لكي نبحت

عنهما تارة من حيث الشرح والتفسير ، واخرى من حيث الاطراد

والانعكاس ، وثالثة من سائر الجهات ، بل ذكرهما للفقهاء لتعيين ما وجب على

الضامن حين الأداء ، ولعل هذا هو المقصود من التعاريف المذكورة من غير

أن يجعلونها تعاريف حقيقية ولعله من هذه الجهة أضيف إلى تعريف المثلى أنه يجوز بيعه سلباً ، أو بعضه ببعض كما عرفته قريباً ، إذ لو كان الغرض من تلك التعاريف التعاريف الحقيقية لما جاز ذكرهما فيها ، لأنهما من الأحكام الشرعية فلا معنى لأخذها في التعريف وإذن فالتعاريف المذكورة وغيرها كلها تعاريف لفظية وإنما ذكرت هنا لبيان غرض وحدثاني ، فاللازم علينا هو بيان هذا الغرض الوحيد وتوضيح ذلك إجمالاً : أن أوصاف الأشياء على قسمين ، إذ قد يكون لها دخل في المالية ، وقد لا يكون لها دخل في المالية بوجه :

أما القسم الثاني فهو خارج عن مركز بحثنا ، لعدم دخله في مالية الموصوف فلا يكون تقويته موجباً للضمان .

أما القسم الأول فإن كانت للموصوف أفراد متماثلة بحسب النوع أو الصنف فهو مثلي ، ضرورة أن أفراد الكل مع فرض تماثلها متساوية الأقدام ومتقاربة الأوصاف من دون تفاوت بينها في نظر العرف ، وإن كان بينها فرق بالدقة العقلية ، وإن لم يكن الموصوف كذلك فهو قيمي .

وعلى هذا فالمراد من كلمة الأجزاء التي ذكرت في التعاريف المتقدمة إنما هو أفراد الطبيعة ، لا أجزاء المركب ، كما هو واضح ، وهذا هو الحجر الأساسي والضابط الكل في المقام وقد اتضح لك مما بيناه أن التماثل بين أفراد الموصوف يختص - في الخارج - بالاتحاد النوعي والصنفي ، أما الاتحاد الجنسي فهو بنفسه لا يصح التماثل في جميع الموارد ، وهذا ظاهر لا يخفى فيه .

ثم لا يخفى عليك : أن المثلى والقيمي يختلفان بحسب الأزمنة والامكنة فإن الأثواب وإن كانت من القيميات في الأيام السالفة ، ولكنها أصبحت من المثليات - غالباً - في العصر الحاضر ، لأن أكثرها منسوج بنسج واحد وأنها متماثلة الأفراد في الخارج غالباً .

ومن هنا ظهر : أن النقود الراجحة من المثليات ، لتساوى أفرادها على النهج المزبور . أما الجواهر فهي قيمة ، لاختلاف أفرادها - غالباً - إذ قد يساوى مقدار حمصة من الياقوت - مثلاً - ربع دينار ، ويسوى فرد آخر منه بالمقدار المزبور مائة دينار . وهكذا الفيروزج وأشباهه .  
وعلى الجملة : إن التأمل فيما بيناه من الضابط الكلي للمثلي والقيمي يوضح لنا الشبهات الواردة على تعاريفهما فافهم واغتم .

## ما هو الضابط فيما شك في كونه مثلياً أو قيمياً ؟

قد وقع الخلاف بين الفقهاء في كثير من الأشياء أنها مثلية أو قيمة ؛ منها الذهب والفضة المسكوكان ، فقد حكى التصريح - عن الشيخ في المبسوط - بكونهما قيميين ، وظاهر غير واحد من الفقهاء أنها مثليان .  
ومنها الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، فإن الظاهر من العبائر المحكية عن المبسوط والغنية والسرائر أنها من قبيل القيميات ، ولكن حكى التصريح عن العلامة - في التحرير - بأن أصولها مثلية ، إلا أن المصوغ منها قيمي .  
ومنها الرطب ، والعنب ، والزبيب ، والتمر ، حيث حكى التصريح عن الشيخ - في المبسوط - بكون الأولين قيميين ، وكون الآخرين مثليين ، وعن العلامة - في المختلف - أن في الفرق إشكالا ، بل ذكر المصنف أنه صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب والعنب مثليين .

وإلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التي لم يستوضح كونها مثلية أو قيمة . وكذلك لم يستوضح أن الأصل اللفظي - في الموارد المشكوكة - هل يقتضى كونها مثلية إلا ما خرج بالدليل ، أم يقتضى كونها قيمة إلا ما خرج بالدليل .  
ولعل الوجه في ذلك : أن الأئمة ( ع ) قد أغفلوا هذه الجهات ، ولم

يتفضلوا بما هو الضابط الكلي في ذلك ، بل إنما تعرضوا لبيان أصل الضمان في موارد شتى ، ولم يتعرضوا لكيفية الضمان إلا في موارد قليلة .  
وعليه فاذا علمنا بكون شيء مثلياً أو قيمياً لانطباق ما ذكرناه - من الضابط الكلي - عليه فهو ، وإن شك في ذلك فلا بد من الرجوع إلى الأصول العملية ، وقرروا ذلك بوجوه شتى :

١ - القول بضمان المثل فقط . لا غير .

٢ - القول بضمان القيمة فقط ، لا غير .

٣ - القول بتخيير المالك بين المثل والقيمة .

٤ - القول بتخيير الضامن بينهما .

أما الوجه في الحكم بضمان المثل فقط فلأن الواجب على الضامن ابتداءً إنما هو أداء المثل حتى في القيميات ، لكونه أقرب إلى التالف من غيره . أما أداء القيمة في القيميات فانما هو من باب الارفاق للضامن ، إذ لا يوجد غالباً - مثل للقيميات في الخارج .

ثم إن فراغ الذمة بأداء ما يحتمل تعيينه قطعي ، وبأداء غيره مشكوك فيه ، فالأصل هو عدم سقوط ما في ذمة الضامن إلا بأداء المثل لأنه إذا دار الأمر بين التعيين والتخيير وجب الأخذ بما احتمل تعيينه .

ويرد عليه : أن الواجب على الضامن ابتداءً إنما هو أداء القيمة في القيميات ، دون أداء المثل ، وقد عرفت ذلك قريباً .

ويضاف إلى ذلك : أننا لو سلمنا صحة المبنى ، إلا أننا لا نسلم صحة البناء وذلك لأن القاعدة تقتضى الالتزام بالتعيين تارة ، وبالتخيير أخرى ، لا الحكم بالأخذ بما احتمل تعيينه .

وبيان ذلك : أنه إذا كان - هنا - حكم واحد ، ودار أمره بين التعيين

- لاحتمال الأهمية - وبين التخيير حكم بالتخيير ، ولم يؤخذ بمحتمل الأهمية  
وإذا كان - هنا - حكماً ، ودار أمرهما بين التعيين والتخيير - في مرحلة الامتثال  
والفعلية من ناحية المزامحة - وجب الأخذ بما احتمل تعيينه .

والوجه في ذلك : أن المزامحة بين الحكمين - في باب المزامحة - إنما  
نشأت من شمول الاطلاق - في كل من الحكمين - لحال الايتان بمتعلق الآخر ،  
وإذا استحال امتثالهما معاً في مورد المزامحة لم يبق كلا الاطلاقين - معاً - على  
حالهما . وعليه فإن كان أحد الحكمين بالخصوص أهم من الآخر اخذ به ، وسقط  
الاطلاق في ناحية المهم ، وإذا كان ملاك كل منهما مساوياً للملاك الآخر  
سقط كلا الاطلاقين ، لبطلان الترجيح بلا مرجح ، وإذا كان أحد الحكمين  
محتمل الأهمية وجب الأخذ به ، وسقط الاطلاق في غيره قطعاً .

والوجه في ذلك : أنه لا يجوز للمكلف تفويت الغرض الملزم - بعد احرازه - إلا  
بعجزه عن الامتثال تكوينا أو بتعجز المولى اياه : بأن يأمره بما لا يجتمع معه في الخارج  
وإذا لم يوجد شيء من الأمرين حكم العقل بقبح التفويت واستحقاق العقوبة عليه .  
وعلى هذا فإذا كان أحد الحكمين المتزاممين معلوم الأهمية فلا شبهة في  
وجوب الأخذ به ، لأن الملاك في الطرف الآخر وان كان ملزماً في نفسه ،  
الا أن تفويته مستند الى تعجز المولى ، ضرورة أن المولى قد أمر المكلف  
بصرف قدرته في الأهم ، فإذا أتاه المكلف كان معذوراً في ترك المهم ، وتفويت  
ملاكه ، وهذا بديهى لا ريب فيه .

وإذا كان أحد الحكمين المتزاممين محتمل الأهمية فايضاً لا شبهة في لزوم  
الأخذ به ، وذلك لما عرفته - قريبا - من أنه لا يجوز للمكلف عقلاً أن  
يترك الملاك الملزم - بعد احرازه - الا بالعجز عن الامتثال تكوينا ، أو تشريعاً  
ومن الواضح أن المكلف قادر على الامتثال بمحتمل الأهمية ، ولو بترك الآخر

واذن فلا يجوز ترك محتمل الأهمية ، لحكم العقل بالاستغفال ، واستحقاق العقاب على تحركه من غير عذر.

ولا يخفى عليك : أن هذه الكبرى التي قد مناها في المتزاحمين لا تجرى في فرض اتحاد الحكم الذي دار أمره بين التعيين والتخير ، كالشك في أن تقليد الأعم واجب تعييني ، أو أن المسكف مخير بينه وبين تقليد غير الأعم حيث ان - هنا - حكماً واحداً يحتمل تعلقه بالمعين ، ويحتمل تعلقه بالجامع ، بينه وبين غيره ، وحينئذ فتعلقه بالجامع معلوم ، وبالخصوص مجهول ، فيدفع بالبراءة . وبعبارة أخرى : أنا نعلم - في أمثال ذلك - بتعلق التكليف في الجملة بالجامع الانتزاعي الذي يعبّر عنه بعنوان أحد الشئيين ، ولكننا نشك في كونه مأخوذاً على نحو الاطلاق ، أو متقيداً ، بقيد خاص ، ومن الواضح أن الشك في أمثال ذلك وان كان شكاً في الامتثال ، الا أن منشأ ذلك هو الشك في اطلاق الحكم وتقيده ، فاذا رفعنا احتمال التقييد بأصالة البراءة ارتفع الشك في الامتثال أيضاً ، واذن فيحكم بالتخير ويجوز الاكتفاء بكل واحد من الطرفين في مرحلة الامتثال .

ومقامنا من هذا التقييم ، لأن ثبوت مالية التالف في ذمة الضامن معلوم الا أن ثبوت تعيينها بخصوص المثل مشكوك فيه ، فيدفع بالبراءة ، واذن فاحتمال تعيين المثل من ناحية لزوم الاخذ بمحتمل الأهمية عند دوران الأمر بين التمين والتخير ضعيف جداً .

ولكن التحقيق مع ذلك : هو تعيين الضمان بالمثل - عند الشك في ضمان المثل أو القيمة - والوجه في ذلك : هو قيام السيرة القطعية على أن وضع اليد على مال الغير بلا سبب شرعي موجب للضمان ، وعليه فان كان المال المزبور موجوداً بعينه فلا بد من رده على مالكة على النحو الذي أخذه



منه : أى بجميع خصوصياته النوعية والشخصية والمالية . وإذا تعذر ذلك - لتلف ونحوه - سقط عنه وجوب رد العين ، وانتقل الضمان الى المثل : أعنى به الكلى الجامع لجميع الأوصاف التى هى دخيل فى مالية الشيء ، وموجبة لزيادتها ، لا الأوصاف التى لا دخل لها فى مالية الشيء أصلاً ورأساً ، وإنما هى دخيل فى التشخص فقط .

وعلى هذا الضوء فقضى القاعدة هو الضمان بالمثل ، الا اذا ثبت كون التالف قيمياً ، أو كان التالف مثلياً ولكن تعذر مثله فى الخارج ، فانه عندئذ يجب على الضامن أداء القيمة ، وكل ذلك من ناحية السيرة العقلانية غير المدروعة من قبل الشارع، وهكذا الحال اذا قلنا بأن مدرك الضمان - فى المقبوض بالعقد الفاسد - هو حديث ضمان اليد .

أما الوجه فى الحكم بضمان القيمة فقط - عند الشك فى كون التالف مثلياً أو قيمياً - فهو أن المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل والاكثر فلا بد من الأخذ بالأقل ، ويدفع وجوب أداء الاكثر بالأصل .

وبيان ذلك : أن المراد من القيمة هنا انما هو المالية المشتركة بين جميع الأموال . سواء أكانت تلك الأموال مثلية ، أم كانت قيمة ، وعليه فإنا نحن فيه من قبيل دوران الأمر بين الأقل والاكثر لأن اشتغال الذمة بالجهة المشتركة معلوم ، واشتغالها بغير ذلك من الخصوصيات مشكوك فيه . وقد ذكرنا فى محله أن المرجع فى أمثال ذلك هو البراءة ، وعلى هذا فلا يجب على الضامن إلا أداء القيمة ، إلا اذا رضى بأداء المثل . فانه وقتئذ يكون مخيراً بين أداء القيمة وأداء المثل .

ويرد عليه : أن الوجه المزبور مبنى على أن يكون المراد من القيمة التى نبحث عنها فى المقام هو مطلق المالية السارية فى الأموال كلها ، فانه على هذا

جاز للضامن أن يؤدي عن التالف أي شيء أراده من الأموال إذا كانت قيمته تساوي قيمة التالف .

ولكن هذا خلاف المتسالم عليه ، بل خلاف ما هو المرتكز في الأذهان لأن المتبادر من كلمة القيمة إنما هو المالية الخالصة ، كالنقود الرابحة بين الناس ، وأمثالها مما يتمحض في المالية من دون أن تلاحظ فيها أية خصوصية من الخصوصيات التي تتفاوت بها الرغبات ، وعليه فيكون دوران الأمر بين وجوب رد المثل ورد القيمة من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين ، فلا بد في ذلك من الاحتياط وليس هذا من قبيل دوران الأمر بين الأقل والأكثر لكي يؤخذ بالأول ، ويترك الثاني .

أما الوجه في تخيير الضامن بين أداء المثل والقيمة فهو أن الضامن يعلم إجمالاً باشتغال ذمته بأحد أمرين : إما المثل ، أو القيمة . ومقتضى الاحتياط هو تحصيل القطع بالبراهة ، لما عرفته - الآن - من أن المورد من قبيل دوران الأمر بين المتبائنين ، ومن الواضح أن القطع بفرغ الذمة - في أمثال هذه الموارد - لا يحصل إلا بأداء كلا الأمرين لكي تحصل الموافقة القطعية .

ولكن مقتضى الاجماع ، بل الضرورة ، بل مقتضى قاعدة نفي الضرر هو أن الضامن لا يلزم بأداء كلا الأمرين ، واذن فيكون مخيراً بين أداء المثل وأداء القيمة .

أما الوجه في تخيير المالك بين مطالبة المثل ومطالبة القيمة فهو ما ذكره بعض من أن ذمة الضامن وإن كانت مشغولة إما بالمثل أو بالقيمة ، إلا أن ما يختاره المالك إما هو البديل الواقعي أو أنه بدل البديل ، وعلى كلا التقديرين فيكون ذلك مسقطاً لما في ذمة الضامن : أما على الأول فواضح ، أما على الثاني فلرضاء المالك بذلك على الفرض واذن فما يختاره المالك مسقط لما في ذمة الضامن قطعاً

دون غيره ، لأنه مشكوك فيه ، فالأصل عدم سقوطه الا بما يختاره المالك .  
ويرد على كلا الوجهين : أن اشتغال الذمة بالمثل أو بالقيمة واقعاً وقيام  
الاجماع والضرورة على عدم وجوب أدائهما معاً لا يقتضيان تخيير الضامن بين  
أداء المثل والقيمة ولا تخيير المالك في استيفاء أيهما شاء ، بل يمكن تعيين ما  
في الذمة بالصلح القهرى : بأن يرجع الضامن والمالك كلاهما الى الحاكم الشرعى  
ويحكم الحاكم بذلك .

ويمكن أن يرجع في تعيين أحد الأمرين الى القرعة ، بناءً على جريانها  
في كل أمر مشكل ولو كان في الشبهات الحكيمية .  
ولكن الظاهر تسالمهم على عدم جريانها في الشبهات الحكيمية ، وعليه فلا  
مناص عن الرجوع إلى الحاكم ، فيلزمهما بالصلح ان لم يكن - هنا - ما يتعين به  
الضمان بالمثل أو القيمة .

ثم انه يحسن بنا التنبيه على أمر لاغناء عنه في مورد بحثنا ، وهو أن  
القباض بالعقد الفاسد لا يلزم الا بأداء مثل المقبوض أو القيمة ، ولا يكلف  
بأزيد من ذلك ، لما ذكرناه آنفاً من أن نفس العين باقية في عهدة القباض مالم  
يؤدها الى مالكتها ، دون عوضها ، واذا تعذر رد العين بنفسها - لتلف ونحوه  
وجب عليه رد بدلها ، وهو المثل في المثلى ، والقيمة في القيمي ، ولا يفرق في  
ذلك بين كون المثل حين الأداء مساوياً لقيمة العين حين الأخذ وعدمه .

ويدل على ما ذكرناه : أن نقص القيمة السوقية لا يضمن عند أداء  
نفس العين ، فكيف يضمن عند أداء مثلها ، وعليه فاذا أخذ شيئاً بالبيع  
الفاسد ، ثم نزلت قيمته لم يجب عليه شيء . زائداً على رد نفس المبيع . فاذا تعذر  
ردّه - لتلف ونحوه - انتقل الضمان إلى مثله من دون زيادة .

ويؤيد ذلك ماورد (١) في استقرض الدراهم- التي أسقطها السلطان وأجاز غيرها- من أنه ليس لصاحب الدراهم الا الدراهم الأولى الساقطة عن الراج ، لا الدراهم الجائزة بين الناس . نعم يعارضه خبر آخر (٢) ولكنه ضعيف السند . ثم لا يخفى عليك : أنه اذا سقطت العين عن المايية بالمرّة - كالجمد في الشتاء - لم يكف أداء المثل ، بل يجب على الضامن أداء قيمته ، لانا وان حكمتنا بثبوت المثل في الذمة بعد تلف العين ، الا أنه ليس على وجه الاطلاق ، بل بما أنه مال ، وعليه فاذا سقط المثل عن المايية انتقل الضمان الى القيمة . وهذا المعنى هو الذي تقتضيه السيرة العقلائية غير المردوعة من قبل الشارع وحديث ضمان اليد .

(١) عن يونس قال : كتبت إلى ابي الحسن الرضا (ع) انه كان لي على رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم ، وجاء بدراهم اعلى من تلك الدراهم الاولى ، ولها اليوم وضیعة ، فأی شيء لي عليه الاولى التي اسقطها السلطان ، او الدراهم التي اجازها السلطان ؟ فكتب (ع) : الدراهم الاولى . صحیحة .

وعن صفوان ، قال : سأل معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل ، وسقطت تلك الدراهم ، او تغيرت ، ولا يباع بها شيء ، صاحب الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس ؟ قال : فقال : لصاحب الدراهم الاولى ، صحیحة ، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

(٢) عن محمد بن عيسى ، قال : قال لي يونس : كتبت إلى الرضا (ع) : ان لي على رجل ثلاثة آلاف درهم ، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام وليس تنفق اليوم الي عليه تلك الدراهم بأعيانها او ما ينفق اليوم بين الناس ؟ فكتب (ع) لي : لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس ، كما اعطيته ما ينفق بين الناس . ضعيفة بسهل بن زياد ، التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ .

قيل : إن ماورد في الدراهم الساقطة عن الرواج يدل باطلاقة على جواز ردها إلى مالكها الأول وإن سقطت عن المالية . وإذا ثبت هذا المعنى في الدراهم ثبت في غيرها ، لعدم القول بالفصل .

والجواب عن ذلك : أن الدرهم لا يصاغ إلا من الفضة ، وعليه فلامعنى لسقوطه عن المالية بالمرة ، فلا اشعار في ذلك بجواز رد الدراهم الساقطة عن المالية إلى مالكها الأول ، فضلا عن الدلالة عليه .

## هل يجب شراء المثل مع قلته وزيادة قيمته؟

قوله : ( الخامس : ذكر في القواعد أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد) . أقول : إذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد أو ما في حكمه عند القابض ، وترقت قيمة مثله - إما لعزته ، وعدم وجوده إلا عند من يطلب بأكثر من قيمته ، أو لكثرة الراغبين فيه - فهل يجب على القابض شراؤه ورده إلى المالك؟ أم لا يجب ذلك ، بل لا بد وأن يصبر المالك إلى أن يكثر المثل ، أو تنزل قيمته السوقية؟ أم يفصل بين ما كانت زيادة القيمة من جهة الرواج فيحكم بوجوب الشراء ، وبين ما كانت الزيادة لمطالبة من عنده بالزيادة ، فيحكم بعدم وجوب الشراء؟

وهذا هو الحق ، والوجه في ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن الثابت في ذمة القابض ابتداء ليس إلا نفس العين بجميع خصوصياتها النوعية والمالية والشخصية وإذا تلفت العين وجب عليه أداء مثلها ، وهو الكلي الجامع لجميع الخصوصيات الدخيل في المالية، لا الخصوصيات الدخيل في التشخص الخارجي وإذن فزيادة القيمة السوقية لا تؤثر في جواز تأخير الأداء تمسكاً

بأدلة نفي الضرر ، ضرورة أنه لم يتوجه على الضامن ضرر آخر غير الضرر المتوجه عليه من ناحية حكم الشارع بضمان المثل ، ومن الظاهر أن الحكم بالضمان لوروده مورد الضرر لا يرتفع بدليل نفي الضرر .

ويضاف إلى ذلك : أن أدلة نفي الضرر مسوقة للامتنان ، ولا ريب أن رفع الضمان خلاف الامتنان على الأمة ، بل الامتنان في ثبوته .

نعم لو استلزم أداء المثل ضرراً آخر ارتفع وجوبه بدليل نفي الضرر وعليه فلا يجب شراء المثل ممن لا يبيعه إلا بأكثر من قيمته السوقية ثم إن المصنف - بعد ما نفي الاشكال عن وجوب شراء المثل في الصورة المتقدمة ، ونقل عليه الاجماع عن المبسوط - قال : ( ووجهه عموم النص والفتوى بوجوب المثل في المثلي . ويؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة ) ، وغرضه من الفحوى هو أن عدم الانتقال إلى القيمة - عند نزول قيمة المثل حين الدفع - إنما هو لصدق المائلة ، ومن الواضح أنه إذا صدقت المائلة مع نقص القيمة - مع أن المثل عندئذ لا يساوى العين في المالية - صدقت مع زيادة القيمة السوقية - أيضاً - بالأولوية .

ولكن لا يتم شيء مما أفاده : أما الاجماع فلعدم العلم بكونه اجماعاً تعديداً لكي يستكشف به قول المعصوم ( ع ) .

أما النصوص فقد عرفت عدم تماميتها إما من حيث السند ، وإما من حيث الدلالة ، أما الفتوى فلا اعتبار بها .

أما الفحوى فلأن كلامنا ليس في صدق المائلة وعدم صدقها لكي تملك في ذلك بالفحوى ، بل محل بحثنا إنما هو لزوم شراء المثل بالقيمة العالية وعدم لزوم شرائه بذلك ، وقد عرفت لزومه من ناحية السيرة .

أما إذا كانت زيادة القيمة أقله الوجود، وعدم وجدانه إلا عند من يبيعه بأكثر من قيمته السوقية . فقد ذكر المصنف - هنا - : أن ( الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفقاً للتحرير ، كما عن الأيضاح والدروس وجامع المقاصد بل إطلاق السرائر ، ونفي الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصورة الأولى ) وير عليه : أن ما استند إليه - من الوجوه - في الصورة الأولى لا يرجع إلى معنى محصل كما عرفته - لكي نعتمد عليه في الصورة الثانية ، وإنما التزمنا بوجوب شراء المثل في الصورة الأولى من جهة السيرة ، ومن الواضح أنها لا تجرى في الصورة الثانية ، بديهية أن زيادة القيمة - هنا - لم تنشأ من ناحية ثبوت المثل في الذمة ، بل إنما نشأت من ناحية الأمور الخارجية . ومن الظاهر أن إلزام الضامن بهذه الزيادة ضرر غير مربوط ببناء حكم الشارع - بأداء المثل - على الضرر ، وإذن فوجوب أداء المثل يدفع بأدلة نفي الضرر .

ومن هنا اتضح لك ؛ أنه إذا بقي المقبوض بالعقد الفاسد عند الضامن ، وتوقف رده إلى مالكة على تضرر الضامن لم يجب رده لأدلة نفي الضرر .  
 قيل يجب شراء المثل في الصورة الثانية - أيضاً - وإن كان الشراء بقيمة عالية ، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال .

ويرد عليه : أن هذا الوجه يختص بالغصب ، فلا يجرى في المقبوض بالعقد الفاسد .

أضف إلى ذلك : أنه لا دليل على أخذ الغاصب بأشق الأحوال ، وعليه فالحاق الصورة الثانية بصورة الاعواز - التي سنتكلم فيها - وجيه جداً .  
 وعلى الجملة : إنه لا يجب شراء المثل مع عزة وجوده بحيث لا يوجد إلا بأكثر من القيمة السوقية ، لقاعدة نفي الضرر .

قيل : إن الضرر هنا ليس في متعلق التكليف : أعني به أداء المثل ، وإنما

هو في مقدماته : أعني بها شراء المثل بأزيد من القيمة السوقية ، ومن الظاهر أن أدلة نفي الضرر لا تشمل مقدمات التكليف ، لأن وجوب المقدمة عقلي لا شرعي .

والجواب عن ذلك : أن أدلة نفي الضرر مسوقة لرفع التكليف الضرورية سواء أكان التكليف أصلياً أم كان مقديماً ، ومن هنا لا نحكم بوجوب الصلاة قائماً على من يقدر على القيام ، ولكن كان النهوض ضرورياً ، وكذلك لا نحكم بوجوب الحج على من يقدر على الاتيان بمناسك الحج ، ولكن كانت مقدماته ضرورية . وهكذا ، وهكذا ، وليس ذلك كله إلا من ناحية أدلة نفي الضرر هذا بناءً على وجوب المقدمة شرعاً .

أما بناءً على عدم وجوب المقدمة إلا عقلاً - كما هو الحق - فالتحقيق أن يقال : إن أدلة نفي الضرر - على ما ذكرناه في محله - إنما هي تنفي الحكم الناشئ من قبله الضرر ، وإذن فكل حكم ضروري مرتفع في عالم التشريع سواء أكان الحكم بنفسه ضرورياً ، أم كان الضرر ناشئاً من قبله ، وعليه فوجوب المقدمة وإن كان عقلياً ، إلا أنه إذا كان ضرورياً كان مشمولاً لأدلة نفي الضرر بداهة أن الضرر - هنا - إنما نشأ من قبل حكم الشارع بوجوب ذي المقدمة .

## ما هو حكم تعذر المثل؟

قوله : (السادس لو تعذر المثل في المثل فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك) ، أقول : إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل وجب عليه دفع القيمة ، وهذا لا شبهة فيه .

وإنما البحث في أن القيمة التي يجب دفعها هل هي قيمة يوم التلف ، أم



قيمة يوم الدفع ، أم قيمة 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 نقضاً وإبراماً ، كما تعرض لها المصنف وغيره ، وأطالوا الكلام فيها وفي أدلتها ، وفي المناقشة فيها .  
وأيضاً لا يهمننا التعرض لتأسيس الأصل في المقام لكي يكون ذلك مرجعاً فيما لم يتعين أحد الوجوه المذكورة ، أو غيرها ، كما صنعه شيخنا المحقق لأن ذلك كله فيما إذا التزمنا بانتقال الضمان إلى القيمة ، فانه عندئذ يصح النزاع في تعيين زمان الانتقال .

أما إذا أنكرنا ذلك ، والتزمنا ببقاء المثل في عهدة الضامن بعد تلف العين ، وشيدنا أساس هذا القول فلا وجه لتوهم انتقال الضمان إلى القيمة - بعد تلف العين - قبل يوم الأداء .

قيل : ان الضمان لا بد وأن ينتقل الى القيمة عند اعواز المثل في الخارج والال لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصية .

والجواب عن ذلك : أن انتقال الضمان الى المثل بعد تلف العين أمر قهري ، لأنه لا معنى لبقائها في الذمة بعد التلف ، وهذا بخلاف المثل ، فانه أمر كلي قابل للبقاء في الذمة إلى حين الأداء ، وعليه فلا يجب على الضامن الا قيمة وقت الأداء ، وهذا ظاهر .

## هل يجوز للضامن إجبار المالك

على أخذ القيمة؟

هل يجوز للضامن أن يجبر المالك على أخذ القيمة مع تعذر المثل واعوازه أم لا؟ .

الظاهر أنه لا يجوز ذلك ، لأن متعلق الضمان ليس هو نفس القيمة ، بل إنما هو المثل ، ومن الواضح أنه ليس للمديون إجبار ذى الحق على قبول شيء آخر بدلا عن حقه الخاص ، بل هو مخير بين أخذ البديل وبين الصبر الى أن يتمكن المديون من أداء حقه ، سواء أكان ذو الحق مأیوساً من وجدان المثل أم لم يكن مأیوساً من ذلك ، كما أنه ليس للضامن إجبار المالك على قبول شيء آخر بدل العين قبل تلفها ، لأن الناس مسلطون على أموالهم .

## هل يجوز للمالك إجبار الضامن

على اعطاء القيمة ؟

هل يجوز للمالك إجبار الضامن على اعطاء القيمة مع تعذر المثل ، أم لا ؟  
 لاشبهة في جواز ذلك لأن المالك مسلط على حقه وهو مخير بين مطالبة بده مع الاعواز وبين الصبر الى تمكن الضامن من أداء المثل نفسه .  
 قيل : ان إجبار الضامن على اعطاء القيمة ضرر عليه ، فيرتفع بأدلة نفي الضرر .

والجواب عن ذلك : أن اعطاء القيمة لا ضرر فيه على الضامن بوجه ،

وإنما هو رضا من المالك بإلغاء الخصوصيات التي هي دخيل في متعلق الضمان وهو المثل ، ففيه إرفاق للضامن ، لا أنه ضرر عليه لكي يرتفع بأدلة نفي الضرر وقد ظهر لك مما بيناه : أنه لا فارق في جواز الإيجاب وعدمه في كتا صورتين - : أعنى بهما صورة إجبار الضامن ، وصورة إجبار المالك - بين تعذر المثل ابتداء ، وبين تعذره بعد مدة . كما أنه لا فارق في ذلك بين التعذر الاستمراري ، وبين التعذر في وقت دون وقت . وكل ذلك واضح لاستار عليه

## ما هو المناط في صدق التعذر والاعواز؟

المحكي عن العلامة في التذكرة أن المراد من اعواز المثل هو أن لا يوجد ذلك في البلد وما حوله .

وعن المسالك : أنه زاد قوله : مما ينقل عادة منه إليه ، كما ذكرنا ذلك في انقطاع المسلم فيه .

وعن جامع المقاصد : الرجوع فيه إلى العرف .

ولكن الظاهر : أن الميزان في تعذر المثل واعوازه هو التعذر الشخصي وعدم إمكان الوصول إليه بشخصه وعليه فإذا تمكن الضامن من الوصول إلى المثل ولو كان ذلك في البلاد النائية لم يصدق عليه الإعواز ، بل وجب عليه تحصيله . كما أنه إذا لم يتمكن الضامن من تحصيل المثل ولو كان موجوداً في البلد ، وأمكن تحصيله لغيره وجب عليه دفع القيمة .

والوجه في ذلك : أن تقدير تعذر المثل بحد خاص لم يرد في دليل خاص لكي نجعله مرجعاً في البحث ، بل لا بد من الرجوع في ذلك إلى الاعتبار العقلي ، ومن الواضح أن الاعتبار العقلي لا يساعد إلا على ما ذكرناه .

نعم لو كان نقل المثل من البلاد النائية الى بلده محتاجا الى مؤونة زائدة بحيث يتضرر بها الضامن لم يجب عليه النقل في هذه الصورة لقاعدة نفي الضرر ومن هنا اتضح لك جلياً : ما هو الفارق بين ما نحن فيه وبين السلم ، فان الضمان فيه اختياري ثابت بالعقد ، ولا يبعد انصرافه الى وجود المبيع الثابت في الذمة - في بلد المعاملة وما حوله .

ويضاف الى ذلك : أن ظاهر جملة من الروايات ( ١ ) هو أن العبرة في

( ١ ) عن ابن فضال ، قال : كتبت إلى ابي الحسن ( ع ) : الرجل يسلفني في الطعام ، فيجيء الوقت ، وليس عندي طعام اعطيه بقيمته دراهم ؟ قال : نعم ، ضعيف سهل بن زياد .

وعن العيص بن القاسم عن ابي عبد الله ( ع ) قال : سألته عن رجل اسلف رجلاً دراهم بمحنة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دواياً ورقيقاً ، وماتما يحل له ان ياخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم . صحيح .

وعن ابان ، عن بعض اصحابنا ، عن ابي عبد الله ( ع ) في الرجل يسلف الدراهم في الطعام إلى اجل ، فيحل الطعام ، فيقول : ليس عندي طعام ، ولكن انظر ما قيمته فخذ مني ثمنه قال : لا بأس بذلك ، مرسل . الوافي ج ١٠ باب السلف في الطعام ص ٧٥ .

وعن الحلبي ، عن ابي عبد الله ( ع ) : انه سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجدمان وغير ذلك إلى اجل مسمى ؟ قال : لا بأس إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه ان ياخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثيها ، وياخذ راس مال ما بقي من الغنم دراهم ، وياخذون دون شروطهم ، ولا يأخذون فوق شروطهم . قال : والأكسبه ايضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم . حسن .

ابراهيم بن هاشم الوافي ج ١٠ باب السلف في المتاع ص ٧٧ و إلى غير ذلك من روايات السلم

باب السلم بوجود المبيع في بلد المعاملة وما حوله وعلى هذا فلا يمكن قياس ما نحن فيه بباب السلم.

ثم إن المدار - حين الأداء مع تعذر المثل - على قيمة المثل في بلد المطالبة وإن كانت أزيد من قيمته في بلد الضمان ، ولا يفرق في ذلك بين تعذره قبل وقت الأداء وعدمه ، لأن هذا هو مقتضى بقاء المثل في ذمة الضامن إلى حين الأداء ، على ما عرفته سابقاً .

ثم إنه ذكر بعضهم - في صورة تعذر المثل - أنه يقدر وجوده لا على نحو العزة فيقوم .

ولكن الظاهر : أنه يقدر وجوده حتى على نحو العزة ، لأن المفروض أن الثابت في الذمة هو المثل ، والقيمة هي قيمته بلا زيادة .

نعم إذا فرضنا أن دفع الزائد كان من جهة أخرى ، كما إذا طالب من عنده المثل بقيمة زائدة على القيمة السوقية لم يجب الدفع لنفي الضرر .

## ما هو حكم سقوط العين عن المالية؟

ثم إنك قد عرفت آتياً - ثبوت المثل في الذمة إلى وقت الأداء ، وعدم انتقاله إلى القيمة إلا حينه . وهذا مما لا شبهة فيه . كما لا شبهة في وجوب أداء القيمة عند سقوط المثل عن المالية بالمرّة ، كالماء على الشاطئ . إذا أتلفه في المفازة ، والثلج في الشتاء إذا أتلفه في الصيف ، لأن خروجه عن القيمة يعد من التالف عرفاً .

وإنما البحث في أن المراد من هذه القيمة هل هو قيمة يوم الأخذ ، أم قيمة يوم التلف ، أم قيمة يوم سقوط المثل عن المالية ، أم أعلى القيم من

زمان الأخذ إلى زمان التلف ، أم أعلى القيم من زمان التلف إلى زمان سقوط  
المثل عن المالية ، أم غير ذلك من الوجوه ؟ .

الظاهر هو الوجه الثالث ، لما ذكرناه مراراً من أن الثابت في ذمة  
الضامن - بعد تلف العين - إنما هو المثل ، وأنه باق فيها إلى حين الأداء وعليه  
فيحكم - فيما نحن فيه - ببقاء المثل في الذمة إلى زمان سقوطه عن المالية، وحينئذ  
فينتقل الضمان إلى القيمة لكون المثل - عندئذ - كالتلف في نظر أهل العرف  
كما أن تلف العين يوجب انتقال الضمان منها إلى مثلها ، وهذا واضح لا خفاء فيه

## ما هو حكم التمكن من المثل بعد تعذره ؟

قوله : ( فرع لو دفع القيمة في المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فالظاهر  
عدم عود المثل في ذمته ) أقول : إذا طلب المالك حقه مع تعذر المثل في الخارج  
وجب على الضامن أداء قيمته - كما عرفته قريباً - فإن لم يؤد حتى وجد المثل  
وجب عليه أداء المثل ، لما عرفته من عدم الانتقال إلى القيمة بالمطالبة .  
كما لا إشكال في أن المالك إذا رضى باسقاط حقه بأخذ القيمة لم يجب  
أداء المثل حتى مع التمكن منه من أول الأمر .

وإنما الإشكال فيما إذا طالب المالك بالقيمة من جهة الضرورة واللابدية  
لأجل عدم التمكن من المثل ، ودفع الضامن القيمة ، ثم وجد المثل ، ولم  
يرض بها المالك فهل يجب على الضامن اعطاء المثل ثانياً وأرجاع القيمة أم لا  
يجب ذلك ؟ .

قد ذكر المصنف : أنه إذا دفع الضامن القيمة بدلا عن المثل المتعذر ثم  
تمكن منه فإن قلنا ببقاء المثل في الذمة وعدم انتقاله إلى القيمة إلا حين الأداء

فلا وجه لعوده ثانياً ، لأنه دين في الذمة ، فقد سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يجوز لصاحب الدين أن يرجع الى الساقط ثانياً ، لأن الساقط لا يعود .  
وان قلنا بأن تعذر المثل أوجب تبديل العين المضمونة من المثلي الى القيمي بمعنى : أنها كانت مثلية ، وبعد تعذر المثل انقلبت قيمية ان قلنا بذلك فعدم عود المثل الى الذمة ثانياً أولى منه في الفرض الأول ، لأن المدفوع وقتئذ انما هو نفس الموجود في الذمة ، لا عوضه .

وان قلنا بأن تعذر المثل قد أوجب انقلاب المثل - الثابت في الذمة - الى القيمة ، فكأنه تلف بتعذره ، فلزمت قيمته ، ان قلنا بذلك احتمل وجوب المثل عند وجوده . لأن القيمة - حينئذ - بدل الحيلولة عن المثل ، وسيأتي أن حكمه انما هو عود المبدل عند انتفاء الحيلولة . انتهى حاصل كلامه .

ويرد عليه : أن الالتزام بأن دفع القيمة - في هذا الفرض - انما كان من باب دفع البذل من جهة الحيلولة لا يجتمع مع الانقلاب ، كما هو المفروض ، فان المدفوع على فرض الانقلاب انما هو نفس ما اشتغلت به الذمة ، لا أنه بدله . واذن فلا فرق بين أن تنقلب العين التالفة قيمية ، وبين أن ينقلب المثل - الثابت في الذمة - قيماً .

نعم لا يبعد أن يلتزم بأن دفع القيمة - على القول بعدم الانقلاب ، وبقاء المثل في الذمة - انما كان من جهة دفع البذل ، وعليه فيجب دفع نفس ما اشتغلت به الذمة عند التمكّن منه .

وعليه فلا وجه لما ذكره السيد وشيخنا المحقق من الايراد على المصنف من أن بدل الحيلولة مختص بالأعيان ، ومحل البحث - هنا - في الذم ، فلا صلة بينهما بوجه .

وذلك لأن مدرك وجوب بدل الحيلولة انما هو قاعدة الجمع بين الحقين

ومن الواضح أنه لا اختصاص لهذه القاعدة بالأعيان ، بل تعم الذمم أيضاً .  
وعلى ما ذكرناه كان على المصنف أن يحتمل ، بل يستظهر وجوب دفع  
المثل عند وجوده ، نون ما اذا قلنا بالانقلاب .

ولكن الصحيح هو عدم وجوب دفع المثل مطلقاً وذلك لما سنبينه في محله من أنه  
لم يثبت وجوب دفع بدل الحيلولة من أصله ولم يدل عليه دليل شرعي ولا عقلي .  
ثم انه اذا اختلف الضامن والمضمون له في تعيين المثل - الذي تؤخذ  
قيمته - فالمدار على تعيين الضامن ، لأنه المكلف بأداء كلي المثل ، فيتخير في تعيين  
أفراده ، الا أن يكون ما اختاره الضامن من الفرد خارجاً عن مصاديق ذلك  
السكلي في نظر أهل العرف ، فانه عندئذ لا يجب على المضمون له قبول ما  
اختاره الضامن ، وهذا ظاهر .

## هل يضمن القيمي التالف بالقيمة ؟

قوله : ( السابع : لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً فقد حكى الاتفاق  
على كونه مضموناً بالقيمة ) . أقول : المشهور بين الأصحاب ، أن المقبوض  
بالعقد الفاسد اذا تلف وكان قيمياً حكم بضمنان قيمته .

ولكن حكى الخلاف في ذلك عن الاسكافي ، وعن الشيخ والمحقق في  
الخلاف والشرائع في باب القرض .

إلا أن المحكي عن الاسكافي هو أنه ( ان تلف المنصوب دفع قيمته ،  
أو مثله إن رضئ به صاحبه ) . ومن الظاهر أن هذه العبارة غير ظاهرة في  
الخلاف المزبور .

وأيضاً ان الموجود في باب الغصب من الخلاف ، وفي باب الغصب



والمقبوض بالعقد الفاسد من الشرايع هو الحكم بضمان القيمة في القيمي .  
ولعل الحكم بضمان المثل في القيمي يختص عند الشيخ والمحقق بالقرض فقط ، والله العالم .

والتحقيق : أن يحكم بضمان المثل في القيمي - أيضاً - كما حكمنا بذلك في المثل ، وعليه فإذا تلف المقبوض بالعقد الفاسد ، ولم يمكن رده اتقل الضمان الى مثله : وهو الكلي المتحد مع العين التالفة من جميع الخصوصيات ، الا الخصوصيات غير الدخيل في المالية ، بل في الشخص الخارجي فقط ، وحينئذ فلا ينتقل الضمان الى القيمة الا مع تعذر المثل ، وعلى هذا فلو وجد المثل للتالف ، أو اشتغلت ذمة المالك - للضامن - بما يماثل التالف لوجب على الضامن أداء المثل في الصورة الأولى ، وسقط ما في ذمتي المالك والضامن .  
بالتهاثر في الصورة الثانية .

نعم لو تعذر أداء المثل على الاطلاق تلغى الصفات النوعية أيضاً ، فان اعتبار اشتغال الذمة بها مع تعذر الوفاء بها من اللغو الظاهر .  
ومن هنا ظهر فساد ما اختاره السيد في حاشيته من المنع عن الانتقال الى القيمة على وجه الاطلاق .

أضف الى ذلك : أن لازم ما اختاره هو جوار امتناع المضمون له عن قبول القيمة في فرض تعذر المثل على الاطلاق ، وهذا بما لا يمكن الالتزام به .

ويؤيد ما ذكرناه - من الضمان بالمثل في فرض امكانه - ما ورد في باب القرض من الروايات ( ١ ) الدالة على جواز أداء المثل عن القيمي هذا ما

( ١ ) عن الصباح بن سيابة ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : إن عبد الله بن ابي يعفور اسرني ان اسالك قال : إنا نستقرض الخبز من الجيران فردد اصفر -

تقتضيه القاعدة .

ولكن الظاهر من الروايات الكثيرة ( ١ ) هو ضمان القيمة في القيمات

— منه او اكبر ؟ فقال ( ع ) : نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيكون فيه الكبير والصغير ، فلا بأس . مجهول باين سيابة .

وعن اسحاق بن عمار ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : استقرض الرغيف من الجيران ، وناخذ كبيراً ، ونعطي صغيراً وناخذ صغيراً ونعطي كبيراً ؟ قال : لا بأس . مجهول بالحكم بن مسكين . الوسائل ج ٣ باب ٢١ من ابواب الدين ص ٦٢٤ .  
وعن فقه الرضا ، عن الصادق ( ع ) وسئل عن الخبز بعضها اكبر من بعض ؟ قال : لا بأس إذا اقترضته . ضعيف . المستدرک ج ٢ ص ٤٩٢ .

( ١ ) عن الحلبي عن ابي عبد الله ( ع ) قال : سألت عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه ؟ قال : إن ذلك فساد على اصحابه لا يقدرون على بيعه . ولا مواجرته ، قال يقوم قيمة ، فيجعل على الذي اعتقه عقوبة ، وإنما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده . حسن براهيم بن هاشم .

وعن سماعة ، قال ! سألت عن المملوك بين شركاء ، فيعتق احدهم ؟ نصيبه فقال هذا فساد على اصحابه ، يقوم قيمة ، ويضمن الذي اعتقه ، لأنه افسده على اصحابه ضعيف بعثمان بن عيسى .

وعن البصري ، قال : سألت ابا عبد الله ( ع ) عن قوم ورتوا عبداً جميعاً ، فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي ؟ قال : نعم . يؤخذ بما بقي منه بقيته ، ثم اعتق . ضعيف بالمعلی بن محمد .

وعن محمد بن قيس ، عن ابي جعفر ( ع ) قال : من كان شريكاً في عبد او امة قليل او كثير فأعتق حصته وله سعة فليشتره من صاحبه ، فيعتقه كله . وإن لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسعى العبد بحساب ما

وأيضاً قد عرفت - سابقاً - أن المرتكز في أذهان العقلاء ، وما جرت عليه سيرتهم هو ضمان المثل في المثل ، وضمان القيمة في القيمي . وعليه فلا يجوز للمضمون له أن يجبر الضامن على اعطاء المثل في القيمي ، سواء أكان ذلك

- بقي حتى يعق . حسن براهيم بن هاشم .

وعنه ، عن ابي جعفر ( ع ) قال : قضى امير المؤمنين ( ع ) في عبد كان بين رجلين فخر أحدهما نصيبه وهو صغير وامسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه قال : يقوم قيمة يوم حرر الأول وامر المحرر ان يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه . حسن براهيم بن هاشم . الوافي ج ٦ باب عتق المشترك ص ٨٥ والكافي ج ٦ من ط ٢ ص ١٨٢ .

وعن السكوني عن ابي عبد الله ( ع ) سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها ويضها وجبنها وفيها سكين ؟ فقال امير المؤمنين ( ع ) يقوم ما فيها ويؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرم له الثمن الخبر . ضعيف بالنوفلي . الوافي ج ١١ ص ٢٣ .

وقد عرفت الروايات الواردة في ضمان قيمة الجارية المتباعدة التي وجدت مسروقة فانها ظاهرة في تعيين القيمة وقد اوردناها في ص ٨٩ . وستأتي صحيحة ابي ولاد الظاهرة في ذلك - ايضاً - وإلى غير ذلك من الروايات المتفرقة الظاهرة فيما ذكرناه .

ثم إن المصنف قد جعل من ادلة ضمان القيمة في القيمي ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف .

ونظره من ذلك الى ماورد في روايات الرهن من ان الراهن والمرتهن يتردان الفضل من الرهن والدين مع تلف الرهن بالتفريط أو الاتلاف ، وقد تقدمت جملة منها في ص ١٣١ .

متيسراً اتفاقاً ، أم كان متعذراً . كما هو الغالب ، نعم يجوز للضامن اجبار المالك بقبول القيمة . على عكس ما تقدم في المثل الذي تعذر مثله في الخارج . فبالنظر الى هذه الروايات ، وما جرت عليه السيرة العقلائية يصح ما ذهب اليه المشهور من ضمان القيمي بالقيمة ، وتكون النتيجة : أن ما تعذر مثله في نوعه كان ضمانه بالقيمة - وان وجد له مثل اتفاقاً - وما لم يتعذر مثله نوعاً يضمن بالمثل وان تعذر ذلك اتفاقاً ، وفي بعض الأحيان .

أما الروايات المتقدمة الدالة على الضمان بالمثل في القيمي فهي مختصة بالقرض فلا ربط لها بما نحن فيه . على أنها ضعيفة السند .

ثم ان المصنف (ره) قد حمل الروايات الدالة على ضمان القيمي بالقيمة على صورة تعذر المثل ، وليكنه خلاف الظاهر منها . ولا يمكن المصير اليه إلا بالقرينة ، ومن الواضح أنها منتفية في المقام .

وعنى الجملة : ان القاعدة الأولية وان اقتضت الضمان بالمثل في القيمي ولكن قد دلت الروايات المتقدمة على ضمان خصوص القيمة في القيمي ، فلا بد من الاخذ بها في المقام ، واذن فيقع البحث في تعيين هذه القيمة .

## ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمي

قد اختلف الأصحاب في تعيين قيمة المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان قيمياً ، على أقوال شتى :

١ - أن العبرة في ذلك بقيمة يوم القبض لصحيحة أبي ولاد الآتية بالتقريب الذي سيأتي قريباً .

٢ - أن العبرة في ذلك بقيمة يوم التلف ، كما حكى ذلك عن الشيخين

وأتباعهما ، بل عن الدروس نسبته إلى الأكثر .

والوجه فيه : أن انتقال الضمان إلى البديل إنما هو في يوم التلف ، إذ الواجب على الضامن كان رد نفس العين ، فإذا تلفت ضمن قيمتها .

٣ - أن العبرة في ذلك بقيمة يوم الأداء ، وهذا هو الوجه الذي اختاره السيد في حاشيته ، بدعوى ( أن نفس العين باقية في الذمة والعهدة ، ويجب الخروج عن عهدتها ، لكن لما لم يمكن رد نفسها وجب دفع عوضها وبدلها ، فهي بنفسها باقية في العهدة إلى حين الأداء ، وإعطاء البديل إنما هو من باب الوفاء ، كما فيما إذا كان له عليه من من الحنطة ، ولم يمكنه أدائه ، فإن الذمة مشغولة بالحنطة حتى حين التعذر ، ودفع البديل من باب الوفاء بغير الجنس ، ولا ينتقل إلى البديل من حين التعذر . والبديل الواجب أدائه هو المثل في المثليات ، والقيمة في القميات ، بمعنى : أنه لو أراد أحدهما غير ذلك لم يجبر عليه ) .

وقال في موضع آخر : ( التحقيق : أن الذمة مشغولة بنفس العين إلى حال الأداء ، إذ هو المستفاد من أدلة الضمان حسبما أشرنا إليه سابقاً والتعذر لا ينافي ذلك ، لعدم إناطة الأحكام الوضعية بالقدرة ) .

أو يقال : إن هذا الوجه مبني على اشتغال الذمة بالمثل حتى في القيمي ، فالانتقال إلى القيمة إنما يكون وقت الأداء .

٤ - أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقد قيل إن هذا القول هو الأشهر .

٥ - أن العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم التلف إلى زمان الأداء .

٦ - أن العبرة في 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 القيمة إنما هو زمان التلف ، وإذن فلا مناص عن الالتزام به إلا مع تعبد شرعي ، أما بقية الوجوه غير الوجه الأول فسيأتي البحث فيها قريباً .

أما الوجه الأول فقد استدل عليه بصحیحة أبي ولاد الحنات (١) فان

(١) قال : اكرتت بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا ، وخرجت في طلب غريم لي ، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل ، فتوجهت نحو النيل ، فلما اتيت النيل خبرت ان صاحبي توجه إلى بغداد فأبتعته ، وظفرت به ، وفرغت بما بيني وبينه ، ورجعنا إلى الكوفة ، وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً ، فأخبرت صاحب البغل بعذري وارتد ان اتحمل منه مما صنعت ، وارضيه ، فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى ان يقبل فتراضينا بأبي حنيفة ، فأخبرته بالقصة ، واخبره الرجل ، فقال لي : وما صنعت بالبغل ، فقلت قد دفعته اليه سليماً ، قال : نعم بعد خمسة عشر يوماً ، فقال ما تريد من الرجل ؟ قال : اريد كرى بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً فقال ما ارى لك حقاً ، لأنه اكرأه إلى قصر ابن هبيرة فخالف ، وركبه إلى النيل وإلى بغداد ، فضمن قيمة البغل ، وسقط الكرى ، فلما رد البغل سليماً ، وقبضته لم يلزم الكرى ، قال : فخرجنا من عنده ، وجعل صاحب البغل يسترجع ، فرحمته مما افتي به ابو حنيفة ، فأعطيته شيئاً ، وتحملت منه ، فحججت تلك السنة فأخبرت ابا عبد الله (ع) بما افتي به ابو حنيفة ، فقال : في مثل هذا القضاء وشبهه تجبس السماء ماءها ، وتمتع الأرض بركنتها ، قال : فقلت لأبي عبد الله (ع) فما ترى انت قال : ارى له عليك مثل كرى بغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل ، ومثل كرى بغل راكباً من النيل إلى بغداد ، ومثل كرى بغل من بغداد إلى الكوفة توفيه إياه -

تم فهو وإلا فمقتضى القاعدة هو الالتزام بالوجه الثاني، وإذن فلا بد من التسكلم في دلالة الصحيحة على ذلك .

قال : قلت : جملت فداك إني قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ فقال : لا ، لأنك غاصب . قلت ! أرايت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة بغل يوم خالفته . قلت : فإن اصاب البغل كسر ، او دبر ، او غمز ؟ ( وفي التهذيب عقر . وفي الوافي غمر ) فقال : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه . قلت : فمن يعرف ذلك ؟ قال : أنت وهو ، إما ان يحلف هو على القيمة فتلزمك ، فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا فيلزمك ، قلت : إني كنت اعطيته دراهم ، ورضي بها وحللي ، فقال : إنما رضي بها ، وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور ، والظلم . ولكن ارجع اليه فاخبره بما افتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك ، قال ابو ولاد : فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المسكاري فأخبرته بما افتاني به ابو عبد الله ( ع ) ، وقلت له : قل ما شئت حتى اعطيك فقال قد حببت إلي جعفر بن محمد ( ع ) ووقع في قلبي له التفضيل ، وانت في حل وإن احببت ان ارد عليك الذي اخذت منك فملت . صحيحة . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩٠ . والوافي ج ١٠ ص ١٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ١٧٦ .

قال في صرآت العقول ج ٣ ص ٤٣٣ : ( وقال في المغرب : قصر ابن هبيرة على ليلتين من الكوفة ، وبغداد منه على ليلتين ) .

والظاهر ان هذا التحديد من غير طريق الماء ، وإلا فان قصر ابن هبيرة من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً في الماء . كما يكشف عن ذلك صحيح آخر عن ابي ولاد الوارد في حد المسير الذي تقصر فيه الصلاة . قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : إني كنت خرجت من الكوفة في سفينة إلى قصر ابن هبيرة وهو من الكوفة على نحو عشرين فرسخاً في الماء . الحديث . التهذيب ج ١ باب الصلاة في-

ثم لا يخفى عليك : أن الصحيحة وإن وردت في المغصوب ، وليكنه إذا تم الاستدلال بها على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغصب صح الاستدلال بها بالأولية القطعية على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم القبض ، ضرورة أن العين التالفة قد تكون قيمتها يوم الأداء أكثر من قيمتها يوم القبض ، فاذا التزمنا بضمن المغصوب بقيمة يوم الغصب ، والتزمنا بضمن المقبوض بالعقد الفاسد بقيمة يوم الأداء لزم أن يكون الثاني أسوأ حالا من الأول ، وهو واضح البطلان .

ثم أنه لا شبهة في صحة رواية أبي ولاد سنداً وعليه فيختص البحث - هنا - بدلائلها فنقول : إنه سأل أبو ولاد الامام ( ع ) عن ضمان البغل في فرض تلفه ، وقال : أرأيت لو عطب البغل ونفق ( ١ ) أليس يلزمني ؟ فأجاب عنه

- السفينة ص ٣٣٧ .

والنيل بالكسر نهر بمصر ، وقرية بكوفة ، وبلد بين بغداد وواسط . وفي لسان العرب : النيل نهر مصر . ونهر بالكوفة ، وحكى الأزهرى قال : رايت في سواد الكوفة قرية يقال لها النيل ينحرقها خليج كبير يتخلىج من الفرات الكبير . قال : وقد نزلت بهذه القرية . انتهى .

الدبر بالتحريك كالجراحة تحدث من الرجل وغيره . وغمزت الدابة : مالت من رجلها ، والغمر : العطش ، والعقر : الجرح .

(١) عطب الرجل عطباً : هلك ، يكون في الناس وغيرهم . وعطب البعيرة انكسر . ونفق الرجل والدابة نفوقاً : ماتا ، وخرجت روحهما . ( اقرب الموارد ) ثم الظاهر : ان عطف لفظ ( نفق ) على كلمة ( عطب ) عطف تفسير وعليه فيكون المراد من كلمة ( عطب ) هو الموت والهلاك ، لا الكسر . لأن السائل سأل عنه بسؤال آخر بقوله : فان اصاب البغل كسر الخ ، وإذن فالصحيح هو ان -



الامام (ع) بقوله : نعم قيمة بغل يوم خالفته .

وقد استدل بهذه الجملة - على أن العبرة في تعيين القيمة بقيمة يوم

الغضب - بوجهين :

الوجه الأول : أن الظرف وهو لفظ (يوم) قيد لكلمة (قيمة) ،

وتقريب ذلك بأنحاء شتى :

١ - أن يكون الظرف متعلقاً بكلمة (قيمة) بدعوى أنها وإن لم تكن

معنى حديثاً ولكن فيها شائبة الحديثية ، لأنها ليست من الجوامد المحض حتى

لا يصح تعلق الظرف بها ، وعليه فينون لفظ (بغل) على الجر بإضافة القيمة

إليه ، ويؤيد هذا التقريب أن لفظ (البغل) في نسخة الوافي ، وفي بعض

نسخ التهذيب محلى بلام التعريف ، وحينئذ فلا يصلح للإضافة إلى ما بعده ،

وإذن ففاد الصحيحة هو أن الثابت على الغاصب إنما هو قيمة يوم المخالفة ،

فتدل على ضمان المغصوب بقيمة يوم الغضب .

٢ - أن تضاف جملة قيمة بغل - : أي المضاف والمضاف إليه - إلى قوله

يوم خالفته ، وحينئذ فيكون الغرض من تلك الجملة المباركة هو أن القيمة

المتخصصة باضافتها إلى البغل الثابتة يوم المخالفة لازمة على الغاصب . ولا بعد

في هذه الإضافة ، لوقوعها كثيراً في لغة العرب وغيرها فيقال : ماء ورد خالد

وحب رمان زيد وإن لم يكن ورد لخالد ، ولارمان لزيد إلى غير ذلك من

الاستعمالات المتعارفة . ولا محذور من الالتزام بهذا التقريب ، إلا أنه لا يتفق

ونسخة الوافي وبعض نسخ التهذيب من اقتران لفظ (بغل) بلام التعريف ،

- يكون العطف بالواو (كما في الكافي المطبوع مستقلاً ج ٥ من ط ٢ ص ٢٩١ ،

وبهامش مرآت العقول ج ٣ ص ٤٣٣) لا العطف بأو ، كما في التهذيب ج ٢ ص

١٧٧ . والوافي ج ١٠ ص ١٢٧ . والاستبصار ج ٣ من ط ٢ ص ١٣٤ .

فان ذلك مانع عن إضافته إلى ما بعده .

٣ - ما أفاده المصنف ، واليك نصه : ( أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً : يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل ، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة ، لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل ، والقيمة إنما هي قيمة المثل ) .  
وظاهر هذه العبارة أن لفظ القيمة قد اضيف مرتين : مرة إلى كلمة ( بغل ) ومرة اخرى إلى كلمة ( يوم ) ، وحينئذ فيكون المراد من قوله : ( فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة ) : أن تعريف كلمة بغل إنما هو للإشارة إلى بغل معين خارجي الذي وقعت عليه الاجارة ، ومن الواضح أن هذا حاصل بالإضافة المسوقة لبيان العهد الخارجي ، وإذن فيكون ذكر اللام فيها لغواً محضاً ، وخالياً عن الفائدة .

ويرد عليه : أن المضاف إلى شيء أولاً لا يضاف إلى غيره ثانياً ، لأن ذلك مخالف لطريقة أهل المحاورة والاستعمال .

ويمكن أن يكون مراد المصنف من العبارة المذكورة هو أن كلمة القيمة قد اضيفت إلى كلمة بغل أولاً ، ثم اضيف المجموع - : أي القيمة بما هي مضافة إلى بغل - إلى يوم المخالفة ، وهذا يستلزم سقوط حرف التعريف من كلمة بغل ، فيكرن ذلك نظير قولك ماء رمان زيد ، فان الغرض من هذه العبارة إنما هو إفهام أن ماء الرمان لزيد وإن لم يكن له رمان ، وهكذا قولنا ماء ورد بكر ونظائره ، وعليه فيرجع هذا الوجه إلى الوجه الثاني المزبور .  
ولسكنك قد عرفت آنفاً : أن الموجود في بعض النسخ هو اقتران لفظ بغل بلام التعريف ومن الظاهر أن هذا ظاهر في انقطاع الإضافة بين قوله ( ع ) :  
نعم قيمة البغل وبين قوله ( ع ) يوم حالته .

٤ - ما ذكره المصنف ثانياً ، وحاصله ؛ أن لفظ يوم قيد للاختصاص المفهوم من إضافة لفظ القيمة إلى كلمة البغل فيكون الظرف منصوباً للاختصاص وعليه فالمعنى : أنه تلزم على الغاصب القيمة المختصة بالبغل يوم المخالفة . ويرد عليه : أن العامل في الظرف لا يكون إلا الفعل أو شبهه دون الحرف .

ويضاف إلى ذلك : أن الاختصاص الحاصل من الإضافة معنى حرفي لا يمكن أن يكون محكوماً به ولا محكوماً عليه ، وإذن فلامعنى لتقييده أصلاً .  
٥ - أن تضاف كلمة القيمة إلى كلمة البغل وتضاف كلمة البغل إلى كلمة اليوم وعليه فيكون معنى الرواية : أنه تلزم على الغاصب قيمة هي قيمة بغل يوم المخالفة . ويرد عليه : أنا لا نعرف وجهاً صحيحاً لإضافة لفظ بغل إلى لفظ يوم إذ لا يمكن أن يتخصص لفظ البغل بجملة يوم المخالفة ، كما لا يصح أن يقال : دار يوم ، وأرض أمس ، وغرفة غد .

أضف إلى ذلك : أن هذا الوجه لا يتم على نسخة الوافي وبعض نسخ التهذيب ، من اقتران لفظ ( بغل ) بلام التعريف ، ضرورة أن الاسم المحلى بالأم لا يضاف إلى ما بعده ، وهذا ظاهر .  
وقد يناقش في هذا الوجه بأنه يستلزم تتابع الإضافات وهو ممنوم في كلمات الفصحاء .

ويرد عليه ؛ أن هذه المناقشة فاسدة ، لأن تتابع الإضافات واقع في الكلمات الفصيحة ، ومن ذلك قوله تعالى : مثل دأب قوم نوح وعاد ( ١ ) الوجه الثاني - من وجهي الاستدلال بقوله ( ع ) : نعم قيمة بغل يوم خالفته على ضمان المغضوب بقيمة يوم الغصب - أن يكون الظرف متعلقاً

بقوله (ع) : نعم ، لأن لفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل ؛ أعنى به يلزمك شبيهه بالفعل .

وعلى هذا فلا دلالة في الرواية على الضمان بقيمة يوم المخالفة دلالة مطابقة ، لأن معناها عندئذ : أنه تلزمك القيمة يوم المخالفة من غير تعرض لبيان أن هذه القيمة هل هي قيمة يوم المخالفة ، أم هي قيمة يوم الدفع ، أم هي قيمة يوم التلف ، أم غير ذلك .

نعم لا بأس بدلالاتها على ذلك التزاماً ، فإن ذكر القيمة فيها ، ثم اضافتها الى كلفة بغل ، ثم ذكر يوم المخالفة بعد ذلك من القرائن الظاهرة على أن الامام (ع) إنما قدر مالية المنصوب ، وبين أن ضمانها بقيمة يوم المخالفة اذ لا معنى لمكون الضمان يوم الغصب فعلياً ، ويكون المدار فيه على قيمة يوم آخر .

وعلى الجملة : ان تعلق الضمان - بالقيمة يوم الغصب - بمالية المنصوب ظاهر في أن الضمان بقيمة ذلك اليوم .

ويرد على هذا الوجه : أنه لا معنى لجعل الظرف متعلقاً بلفظ نعم من جهة قيامه مقام الفعل . ضرورة أن ذلك يقتضى الحكم بضمان القيمة من يوم الغصب ، مع أنه واضح البطلان ، لأن الضمان لا يتعلق بالقيمة قبل تلف العين اذ الانقلاب الى القيمة إنما يكون بعد تلفها .

## ما نوقش به على الاستدلال بالصحيحة وجوابه

قد نوقش في الاستدلال بالصحيحة المزبورة على المقصود بوجوه مستفادة من نفس الصحيحة :

١ - أنه لو كان المناط في الضمان هو قيمة يوم المخالفة والغصب لما تعرض الامام (ع) لقيمة يوم الاكترام بقوله : أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا ) ، فيعلم من هذه الجملة الشريفة أنه لا خصوصية لقيمة يوم المخالفة لكي يكون المدار في الضمان عليها .  
والجواب عن ذلك : أن هذه الجملة لا تنافي الجملة السابقة في الدلالة على المقصود بل تساعد وتوافقها ، وذلك لأن اكترام المراكب واستجارها قد يكون للمسير الى مسافات بعيدة ، وأمكنة نائية : نظير مكة ، والمدينة ، وسائر الأعتاب المقدسة بالنسبة الى أهل ايران . وأفغان ، وهند ، وأمثالها . وقد يكون ذلك للذهاب الى مسافة قريبة ، كالمشى من النجف الأشرف الى الكوفة .

وعلى الأول فقد جرت العادة على اكترام الجمولة قبل الخروج إلى المقصد بعدة أيام ، وعلى الثاني فلا يكون الاستجار الا يوم الخروج .  
وحيث ان أبا ولاد - بمقتضى الظاهر - قد اكترى البغل الى قصر ابن هبيرة يوم خروجه من الكوفة ، لقلة المسافة بينهما ، فلم يفصل بين زمان مخالفته - حين ما وصل الى قرب قنطرة الكوفة - وبين اكترائه البغل الا ساعة أو ساعتان واذن فيوم المخالفة يتحد مع يوم الاكترام ، فالامام (ع) قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكترام ، لأجل أن يوم الاكترام انما هو يوم يعرفه الشهود

- غالباً - ومن الظاهر أنه لا تتفاوت قيمة البغل في ساعة أو ساعتين .  
 ٢ - أنه قال أبو ولاد : قلت : ( فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال (ع) : عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يرم ترده عليه ) حيث ان الظاهر من هذه الجملة المباركة هو أن الضمان بقيمة يوم الرد ، لأن الظرف متعلق بلفظ ( عليك ) لتضمنه معنى يلزمك ، وعليه فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرناه من دلالة الجملة المتقدمة على الضمان بقيمة يوم المخالفة .  
 ويرد عليه أن الالتزام بذلك يقتضى استقرار الضمان على الغاصب في زمان الرد مع أنه واضح البطلان ، لأن ضمان المنصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب .

ويضاف الى ذلك : أن الظاهر من الصحيحة على الاحتمال المذكور هو أن التفاوت فيما بين الصحة والعيب 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 ، وعليه فليكن تعيين أن العبرة بقيمة يوم الغصب في الفقرة السابقة قرينة على المراد في هذه الفقرة .

قيل : ان الظرف - في الجملة المزبورة متعلق بلفظ قيمة ، وعليه فالمعنى أنه عليك تفاوت ما بين الصحة والعيب يوم الرد ، واذن فتدل الصحيحة على أن رد البغل فقط لا يكفي في رفع الضمان ، بل لابد وأن يرد معه تفاوت ما بين الصحيح والمعيب أيضا ، وعلى هذا فتبعد هذه الجملة عن مورد البحث .

وقد ناقش فيه المصنف ، وهذا نصه : ( فالظرف متعلق بعليك ، لا قيد للقيمة ، اذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا ، لأن النقص الحاسد تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين ) .

ولكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع ، لأن قيام الاجماع على تبعية

الأرش لضمان العين في تعيين القيمة لا يدفع هذا الاحتمال ، اذ لو كانت العبرة بيوم الرد في تعيين الأرش كشف ذلك عن أن العبرة في تعيين قيمة العين أيضا بيوم الرد ، ولا اجماع على خلاف ذلك بين الأصحاب .

والصحيح في الجواب أن يقال : انه لا ملزم للالتزام بكون الظرف قيماً للقيمة من دون قرينة تدل عليه ، بل ان ظهور الجملة السابقة - في أن العبرة بيوم الغصب - يدفع هذا الاحتمال .

ومع الغض عن ذلك فالظاهر أن الظرف متعلق بلفظ العيب ، لاقران أحدهما بالآخر ، وعليه فتدل الصحيحة على أن العيب الحادث انما يوجب الضمان بالأرش فيما اذا استمر العيب الى زمان رد العين ، والا فلا ضمان في ذلك ، واذن فلا تعرض فيها لتعيين قيمة يوم الغصب ، ولا لتعيين قيمة يوم التلف ، ولا لتعيين قيمة يوم الرد ، ولا شبهة في أن هذا الاستظهار موافق للقواعد العربية وكلمات أهل اللسان .

وناقش فيه المصنف ، وقال نصاً : ( لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد ، والعبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه ، لأن المعيب لو ردد إلى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع على مقتضى الفتوى ، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً ) .

ويرد عليه أولاً : أن عدم سقوط الضمان ليس مقتضى فتوى السكك ، بل المسألة خلافية ، لأنه قيل بسقوط الضمان مطلقاً ، وقيل بعدم سقوطه كذلك ، وقيل بالتفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن وبين ما لم يكن كذلك ، كوصف الصحة ، فاذا زال السمن حكم بالضمان ، بخلاف ما حدثت نقطة في عين الدابة ثم ارتفعت ، فان ذلك لا يوجب الضمان .

بل قال السيد في حاشيته ، واليك لفظه : ( أن الواجب رد العين كما

كانت ، وهو متحقق مع العود إلى الصحة ، والظاهر أن فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره المصنف ، بل لم أجد من صرح بما ذكره وإن لم أتبع ، نعم صرح في المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان . . بل مقتضى ما ذكره في مسألة زيادة القيمة لزيادة صفة ونقصانها بزوالها وعودها بعودها من عدم ضمانه لذلك الوصف ما ذكرنا ، إذ لا فرق بين وصف الكمال والصحة .

وقال في غصب المبسوط : ( وإن كانت الزيادة من جنس الأول : مثل أن سمنت ( أى الجارية ) فبلغت ألفاً ، ثم هزلت فعادت إلى مائة ، ثم سمنت فعادت إلى الألف ، أو تعلمت القرآن فبلغت ألفاً ، ثم نسيت فعادت إلى مائة ثم تعلمت القرآن فعادت إلى الألف قيل فيه : وجهان : أحدهما : لا يضمن شيئاً . . . الثانى : عليه الضمان . . . والاول أقوى ، لأن الأصل براءة الذمة ) بل فى الجواهر : ( أن ملاحظتها ( : أى الزيادة التالفة ) مع الموجودة حال التلف غير معقولة ، ضرورة كونه بمنزلة ملاحظتها مرتين اذ ليست هى الا صنعة واحدة ، والمتجددة ليست غيرها على وجه تضم معها . . . وعلى كل حال فلا ضمان ، للأصل ، وصدق الأداء لما أخذ . . . وقاعدة نفي الضرر ، وأن الظالم لا يظلم ، وغير ذلك ) .

بل الظاهر من إطلاق المحقق فى غصب الشرايع هو عدم الفرق بين وصف الصحة ، وبين وصف الكمال ، وهذا نصه : ( لو زادت القيمة لزيادة صفة ، ثم زالت الصفة ، ثم عادت الصفة والقيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لأنها انجبرت بالثانية ، ولو نقصت الثانية عن قيمة الأولى ضمن التفاوت ) . فتحصل بما ذكرناه : أنه لا يسمح للمصنف أن ينسب عدم سقوط الضمان - هنا - إلى مقتضى الفتوى .

ثانياً : أن مقتضى السيرة ، ودليل 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 وارتفع ، أم لا ، والمفروض - هنا - أن المغضوب صحيح حال الرد ، وإذن فلا يلزم تدارك النقص الحاصل في زمان العيب .

٣ - أنه سأل أبو ولاد الامام (ع) عن المقوم الذي يعرف تفاوت ما بين الصحة والعيب ، وقال : ( قلت فمن يعرف ذلك ؟ قال (ع) : أنت وهو اما أن يخلف هو على القيمة فتلزمتك ، فان رد اليمين عليك خلفت على القيمة لزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمتك ) .

وقد ذكر المصنف : أن هذه الفقرة من الصحيحة مؤيدة لكون المدار - في تعيين قيمة القيمي - على قيمة يوم التلف .

وحاصل كلامه : أنه إذا اختلف الغاصب والمالك في قيمة العين المغصوبة وكانت العبرة - في تعيين القيمة - بقيمة يوم المخالفة كان المالك مدعيا ، لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل وكان الغاصب منكرا ، لانكاره تلك الزيادة ، وعليه فقتضى القاعدة أن يتوجه الخلف على الغاصب ، لا على المالك ، بل تجب على المالك اقامة البينة على دعواه والحال أن الصحيحة قد دلت على كون كل من اليمين واقامة البينة ووظيفة للمالك ، مع أنه ان كان مدعيا فما هو الوجه في توجه الخلف عليه وان كان منكرا فما هو الوجه في طلب البينة منه ، بديهية أنهما لا يجتمعان في مورد واحد .

وعلى الجملة : انا اذا حملنا الرواية على أن المالك في تعيين القيمة انما هو يوم المخالفة كانت الصحيحة مخالفة للقواعد من ناحيتين :

الاولى : أن دعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل ، فلا تتوجه إليه

اليمين بوجه .

الثانية : أن اليمين اذا توجهت الى المالك لم تسمع منه البينة ، واذن فكيف حكم الامام (ع) بقبول كلا الأمرين من المالك .

وعلى هذا فلا بد من حمل الصحيحة على أن المالك - في تعيين القيمة - انما هو يرم التلف ، لا يوم المخالفة فانه عندئذ يصح توجه كلا الأمرين على المالك وبيان ذلك : أن الامام (ع) قد تعرض - في الفقرة المذكورة - لصورتين من صور التنازع بين المالك والغاصب .

الصورة الاولى : أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة البغل يوم الاكتراء كذا وكذا ، ولكن اختلفا في تنزله عن تلك القيمة يوم التلف وعدم تنزله عن ذلك فانه حينذاك وجب الاخذ بقول المالك . لأن الغاصب يدعى نقصان القيمة والمالك ينكره فيقدم قول المالك مع يمينه ، لكونه موافقا للأصل . مثلاً : اذا اتفقا على أن قيمة البغل يوم الاكتراء كانت عشرين ديناراً ولكن ادعى الغاصب نقصانها الى يوم التلف ، وادعى المالك بقاءها على حالها ولا شبهة في أن قول المالك حينئذ موافق للأصل ، فيقدم مع يمينه ، بخلاف قول الغاصب ، فانه مخالف للأصل ، فتلزمه اقامة البينة .

الصورة الثانية : أن يتفق المالك والغاصب على أن قيمة يوم التلف متحدة - اجمالاً - مع قيمة يوم المخالفة ، ولكنهما اختلفا في تعيين تلك القيمة بأن ادعى المالك كونها يوم المخالفة عشرين ديناراً ، وادعى الغاصب كونها عشرة دنانير ، ومن الواضح أن المالك - عندئذ - يدعى زيادة القيمة فتجب عليه اقامة البينة على ذلك . أما الغاصب فهو منكر لتلك الزيادة فتوجه عليه اليمين . وعلى الاجمال : انا اذا حملنا الصحيحة على كون المناط - في تعيين القيمة - هو قيمة يوم التلف أمكن لنا تصوير التباين بوجه قريب بين إلزام المالك

بالحلف ، وبين إلزامه بإقامة البينة وإذا حملنا الصحيحة على كون المناط - في ذلك - هو قيمة يوم الغضب فتصوير التغير بين الأمرين بعيد جداً ، لأنه على هذا لا بد من حملها على صورة اتفاق المالك والغاصب على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو على قيمة اليوم اللاحق بيوم المخالفة ، ثم ادعى الغاصب نقصان القيمة السابقة .

ولكنه خلاف الظاهر من الصحيحة ، فلا يمكن الالتزام به مع عدم القرينة عليه ، هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلام المصنف .

ويرد عليه : أن حمل الصحيحة على إرادة يوم التلف ثم حمل توجه الحلف على المالك على صورة ، وتوجه البينة عليه على صورة أخرى خلاف الظاهر منها جداً ضرورة أن الظاهر منها هو تخير المالك بين الوظيفتين في إثبات مقصوده : إما إقامة البينة ، أو الحلف ، كما يقتضيه عطف إحدى الوظيفتين على الوظيفة الأخرى بأو وإذن فلا وجه لجعل الجملة المتقدمة - التي هي - مورد بحثنا فعلاً - مؤيدة لإرادة يوم التلف ، دون يوم المخالفة والغضب .

بل الظاهر - والله العالم - هو الأخذ بظاهر الصحيحة من توجه كلا الأمرين - : أي الحلف وإقامة البينة - على المالك في خصوص الدابة المنصوبة أو في مطلق القيمي المنصوب ، وإذن فتكون الصحيحة مخصصة لقاعدة البينة على المدعى ، واليمين على المنكر ، فلا غرو في ذلك ، لأن تلك القاعدة ليست من القواعد العقلية حتى لا تقبل التخصيص أو التقييد ، بل هي قاعدة فقهية قابلة لذلك ، كما أن سائر القواعد الفقهية كذلك .

وعليه فالمستفاد من الصحيحة أنه إذا اختلف المالك والغاصب في زيادة القيمة ونقصانها جاز للمالك أن يحلف على ما يدعيه من زيادة القيمة ، أو يردّه إلى الغاصب ، أو يقيم بينة على ذلك . فكأن هذا الحكم تفضل من الشارع

المقدس للمالك على رغم من الغاصب .

وقال المحقق الايروانى : ( إن قضية البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر قضية وراثة في المخاصمات ، وفي مورد الرواية لم تفرض مخاصمة بل الراوى سأل عن أنه من يعرف قيمة البغل وهو تالف ، فقال (ع) : إمانت أو هو ، فيكون الحلف من كل منهما لأجل أن يذعن الطرف المقابل الجاهل بالقيمة ، لا لأجل إلزام خصمه المنكر له ) .

ويرد عليه : أن حمل الحلف - هنا - على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له ، ويصدق في دعواه من دون محاكمة خلاف الظاهر من الصحيحة لأنها واردة في مورد المخاصمة ، فلا يجوز حملها على غير موردها وهذا ظاهر .

## ما استدل به على الضمان بأعلى القيم

قد استدل على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف بوجوه :

١ - ما عن الشهيد الثانى من الاستشهاد بالصحيحة المتقدمة على ذلك .  
وقال المصنف نصاً : ( لم يعلم لذلك وجه صحيح ، ولم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب ) .

ولكن يمكن توجيه دلالتها على ذلك : بأن المغصوب مضمون على الغاصب في جميع أزمنة الغصب التى منها زمان ارتقاع القيمة ، إذ يصدق على ذلك زمان المخالفة أيضاً ضرورة أن المراد من يوم المخالفة - فى الصحيحة - انما هو طبعى يوم المخالفة الذى يصدق على كل يوم من أيام الغصب ، لا اليوم الخاص .

وعليه فان ردّ الغاصب نفس المغصوب فهو ، والا فان رد أعلى القيم

فقد رد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق ، لدخول القيمة السفلى في القيمة العليا بديهة أنه لا يجب على الغاصب قيم متعددة حسب تعدد أيام المخالفة ، كما أنه لو ردّ القيمة النازلة لما ردّ قيمة يوم المخالفة بقول مطلق ، بل أدى قيمة بعض أيام المخالفة .

والجواب عن هذا التوجيه : ان الظاهر من قوله ( ع ) في الصحيحة : ( نعم قيمة بغل يوم خالفته ) ، هو أول يوم حدثت فيه المخالفة ، لا مطلق أيام المخالفة ، إذ يوجد الطبيعي في الخارج بأول وجود فردة ، لأن موضوع الضمان في الصحيحة انما هو صرف وجود المخالفة .

ونظير ذلك : ما اذا قال المولى لعبده : اذا خالفتني في الأمر الفلاني 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 الصحيحة شاهد صدق على عدم ارادة الطبيعة السارية من يوم المخالفة ، بل المراد منه هو اليوم الخاص المعهود ، وذلك الذيل هو قوله ( ع ) : ( أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا ) . اذ لو كان المراد من يوم المخالفة هو الطبيعي لما كان وجه لتعيين ذلك اليوم بيوم الاكتراء في هذه الفقرة ، ولا لتعيين قيمة المنصوب - في ذلك اليوم - بالشهود . وقد عرفت فيما سبق أن المراد من يوم الاكتراء هو يوم المخالفة .

٢ - أن الغاصب اذا وضع يده على المنصوب اشتغلت ذمته به ، وعليه فلو أدى المنصوب بهينه مع بقائه ، أو أدى قيمته العليا مع تلفه لفرغت ذمته يقيناً ، ولو أدى قيمته المتوسطة أو قيمته السفلى لما حصل العلم بفراغ ذمته . ويرد عليه : أن المورد من موارد دوران الأمر بين الأقل والأكثر

فيؤخذ بالأقل ، لأنه متيقن ، والزائد عليه تجرى عنه البراءة .

٣ - أن العين المغصوبة مضمونة على الغاصب بقاعدة ضمان اليد ، فستصحب ضمانها الى زمان دفع أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف للشك في ارتفاع الضمان بدفع ما هو أقل من ذلك .

ويرد عليه : أن المراد من استصحاب الضمان ان كان استصحاب ضمان نفس العين فلازمه أن يدفع الغاصب قيمة يوم الرد ، الا أن هذا لا يحتاج الى الاستصحاب ، لأن القاعدة الأولية تقتضى ذلك على ما عرفته قريباً .

وان كان المراد منه استصحاب ضمان القيمة ففيه أن اشتغال الذمة لم يثبت الا بالقيمة النازلة ، أما الزائد عليها فهو مشكوك فيه فتجربى عنه البراءة فما هو المتيقن قد ارتفع يقيناً ، أما غيره فلم يتعلق به اليقين من الأول .

وعلى الجملة : ان الاستصحاب - في محل الكلام - إما أنه غير جار أصلاً أو أنه يجربى . ولكن لا يثبت الا الاشتغال بقيمة يوم الرد ، دون أعلى القيم ٤ - أن العين المغصوبة بنفسها مضمونة على الغاصب من ابتداء اغتصابها الى نهاية بقائها في نظام الوجود ، ومن الواضح أن اختلاف قيمتها بالصعود والنزول دخیل في اختلاف ماليتها من جهة الزيادة والنقصان . وعليه فان حكمنا باشتغال ذمة الغاصب بأعلى القيم فهو ، والا يتضرر المالك بفوت مقدار من مالیه ماله ، والضرر منفي بقاعدة نفي الضرر .

ويرد عليه أولاً : أن أدلة نفي الضرر انما تنفي الأحكام الضرورية فقط ولا تثبت حكماً آخر لسكى يدفع به الضرر .

ثانياً : أن زيادة القيمة السوقية غير مضمونة على الغاصب والا يلزم الحكم بضمانها أيضاً - في صورة بقاء العين - مع نقصان قيمتها السوقية يوم الأداء عن قيمتها السابقة ، ولم يلتزم به أحد فيما نعلم .

وبتعبير آخر : أنا قد ذكرنا في محله أن الضرر عبارة عن النقص في الأموال ، أو الأعراض أو الأعضاء والأطراف ، أو الأنفس ومن البين الذي لا ريب فيه أن نزول القيمة السوقية بعيد عن تلك الجهات كلها ومن هنا يجوز لأي تاجر استيراد مال التجارة وإن أوجب ذلك نقصاً في قيمة أموال التجار الآخرين .

ثالثاً : أن أدلة نفي الضرر واردة في مقام الامتنان على الأمة ، ومن الظاهر أن الحكم بكون أعلى القيم مضموناً على الغاصب منافي للامتنان عليه ، فلا يكون مشمولاً لأدلة نفي الضرر .

٥ - ما أفاده المصنف ، وحاصل كلامه : أن الغاصب قد أزال يد المالك عن المغصوب بماله من المالية في كل زمان من أزمته بقاء المغصوب تحت يد الغاصب ، ومن تلك الأزمنة ارتفاع قيمته السوقية وعلى هذا فإن رد الغاصب نفس العين المغصوبة على مالكمها فقد خرج عن عهدها بداهة أن المأخوذ بالغصب إنما هو نفسها ، لا ماليتها الخالصة ، وإذا تلفت لم يمكن الخروج عن عهدها إلا برد كل مالية زالت عنها يد المالك ، لأن حيولة الأجانب بين الأموال وملاكها توجب الضمان بمجموع المالية الفاتئة ، ومن الظاهر أنه لا يحصل الفراغ عن ذلك إلا برد أعلى القيم ، كما أنه لو تلفت العين عند ارتفاع القيمة السوقية لوجب تداركها بأداء تلك القيمة .

ويرد عليه : أنه لا صلة بين موارد بدل الحيولة ، وبين ما نحن فيه ، ضرورة أن القائلين ببديل الحيولة إنما التزموا به من جهة الجمع بين الحقيين ، بمعنى : أن تكليف الغاصب برد العين حين التعذر تكليف بما لا يطاق ، وهو غير جائز عقلاً ونقلاً ، ومنع المالك عن حقه مع مطالبته إياه ظلم وعدوان ، ومخالفة لمقتضى دليل السلطنة ، ولا شبهة في حرمة عقلاً ونقلاً ، وإذن فالجمع

بين الحقين يقتضى الالتزام بوجود أداء بدل الحيلولة الى المالك ، وسيأتى التعرض لذلك تفصيلا .

وهذا بخلاف ما نحن فيه ، فان كلامنا - هنا - فى أصل ضمان الغاصب القيمة العليا ، لا فى وجوب أداء ما هو ثابت فى ذمة الضامن مع مطالبة المالك اياه .

أضف الى ذلك : أن بدل الحيلولة إنما ثبت فى مورد لم تتلف العين تلفا حقيقيا ، بل تعذر الوصول اليه من ناحية الموانع الخارجية ومن الظاهر أن هذه الكبرى لا تنطبق على مورد بحثنا ، لأن العين فى زمان وصولها الى القيمة العليا لم يتعذر ردها على مالئها ، لان حيلولة الغاصب بين المالك وماله غير مستندة الى التعذر النازل منزلة التلف ، بل هى اختيارية للغاصب . أما فى زمان تلفها حقيقة فقد انتقل ضمانها الى القيمة ، فما هو الموجب لضمانه أعلى القيم . وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

٦ - ما ذكره المحقق الايروانى ، واليك لفظه ( فالاحسن فى الاستدلال على ضمان أعلى القيم : أنه يصدق عند صعود القيمة أن الغاصب معتد يوم صعود القيمة بمالية صاعدة ، ومقتضى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى جواز أخذ تلك المالية منه بعد التلف مجازاة لاعتدائه ) .

ويتوجه عليه : أنه لا دلالة فى الآية الكريمة على أصل الضمان - على ما عرفته فى أوائل المسألة - فضلا عن دلالتها على الضمان بارفع القيم .

٧ - أن العين مضمونة على الغاصب فى جميع أوقات الغصب التى منها زمان وصولها الى القيمة العليا .

ويرد عليه : أنه ان كان الغرض من هذا الوجه هو كون العين بنفسها مضمونة على الغاصب ما دامت باقية فهو صحيح ، ولكن لا دلالة فى ذلك على



الضمان بأعلى القيم ، بدهاة أن الضمان إنما ينتقل إلى القيمة - بعد تلف العين - إما في زمان التلف ، أو في زمان الأداء على الخلاف في ذلك ، وعليه فلا يمكن الالتزام بضمان القيمة قبل تلف العين ، وقبل انتقال الضمان منها إلى القيمة وإن كان الغرض من هذا الوجه هو إثبات الضمان بالقيمة العليا ضماناً فعلياً منجزاً - سواء أكانت العين باقية بعد انتهائها إلى تلك القيمة ، أم كانت تالفة - فهو خلاف ما تسالموا عليه من أن ارتفاع القيمة السوقية مع عدم تلف العين - غير مضمونة على الغاصب على أن ذلك يستلزم الجمع بين العوض والمعرض أحياناً إذ المفروض أن العين باقية في ملك مالكها ، ولو التزمنا - مع - بانتقال الضمان إلى بدلها للزم المحذور المذكور .

وإن كان الغرض من ذلك أن الضمان بأرفع القيم فعلى ، ولكن استقراره في ذمة الغاصب مراعى بالتلف فهو مصادرة واضحة ، ولا يساعده النقل ولا الاعتبار ، بل هو مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل .

ثم إننا لو سلمنا دلالة هذه الوجوه الاعتبارية المتقدمة على الضمان بأعلى القيم ، ولكن لا يمكن الاستناد إليها في ذلك ، لأنه اجتهاد في مقابل الصحيحة المتقدمة الدالة على الضمان بقيمة يوم المخالفة .

ودعوى أن الصحيحة مجملة ، فلا يتضح لنا المراد . منها دعوى غير مسموعة لما عرفته قريباً من ظهورها في الضمان بقيمة يوم الغصب .

وقد ظهر لك مما حققناه : أنه لا دلالة في الصحيحة على القول بضمان قيمة يوم الدفع ، ولا على القول بضمان قيمة يوم التلف ، ولا على غير ذلك من الوجوه ، بل هي ظاهرة في خصوص ما ذكرناه فقط . وعليه فلا يصحني إلى الاستدلال على الأول بقاعدة ضمان اليد . فإنها محكومة بالصحيحة المتقدمة

نعم ربما يتوهم الاستدلال على الثاني بجملة من الأخبار ( ١ ) الواردة في باب الرهن الظاهرة في أن القيمي إذا تلف انتقل ضمانه بمجرد التلف إلى القيمة ، لأنها تدل على لزوم رعاية قيمة العين المرهونة حين تلفها ، وملاحظة نسبتها مع الدين ، فإن كانت مساوية له فلا شيء على الراهن ، وإن زادت عليه أخذ الزيادة ، وإن نقصت عنه ردّ على المرتهن مقدار ما نقص .  
ولكن يتوجه عليه : أن مورد هذه الروايات إنما هو الائتلاف أو

(١) عن ابن بكير قال : سألت أبا عبد الله ع عن الرهن ؟ فقال : إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن .  
وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله ، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء . موثقة بابن بكير .

وعن أبي حمزة ، قال : سألت أبا جعفر (ع) عن قول علي (ع) في الرهن يترادان الفضل ؟ فقال : كان علي (ع) يقول ذلك ، قلت : كيف يترادان الفضل ؟ فقال : إن كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه ، وإن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن . قال : وكذلك كان قول علي (ع) في الحيوان ، وغير ذلك ، ضعيف بسهل بن زياد . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٢٣٤ . والوافي ج ١٠ ص ١١٦ .

وعن عبد الله بن الحكم ، عن أبي عبد الله (ع) قال : وسألته عن رجل رهن عند رجل رهناً على الف درهم ، والرهن يساوي الفين فضاع ؟ قال : يرجع عليه بفضل ما رهنه ، وإن كان انقص مما رهنه عليه يرجع على الراهن بالفضل وإن كان الرهن يساوي ما رهنه عليه فالرهن بما فيه . ضعيف بسند الله بن الحكم وغيره الفقيه ج ٣ من ط النجف ص ١٩٦ . والوافي ج ١٠ ص ١١٦ . ولا يخفى عليك ان في هذه الرواية تحريفاً في نسخة الوافي سنداً ومتناً .

التفريط ، إذ لا ضمان - في تلف الرهن - على المرتهن من دون تعدد وتفريط والشاهد على ذلك جملة أخرى من روايات الرهن (١) وعليه فزمان التلف والضمان واحد في صورتي الاتلاف ، فلا منافاة عندئذ بين روايات الرهن وبين الصحيحة الدالة على أن العبرة بقيمة يوم المخالفة .

أما في صورة التفريط فيمكن أن يتغاير يوم التلف مع يوم الضمان ، ولكن الذي يسهل الخطب أنه لا دلالة في روايات الرهن على الضمان بقيمة يوم التلف ، ولا بقيمة يوم المخالفة ، ولا بقيمة أخرى غيرهما ، بل الظاهر منها هو ثبوت أصل الضمان بالقيمة في فرض التعدي والتفريط ، وقد عرفت دلالة الصحيحة على الضمان بقيمة يوم المخالفة ، وإذن فلا منافاة بينها وبين روايات الرهن في فرض التفريط أيضاً .

ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بما ورد في العتق (٢) على الضمان بقيمة يوم التلف ، لأن ذلك ورد في الاتلاف ، وقد عرفت أن زمان التلف والضمان واحد في صورة الاتلاف .

(١) قد نقلناها في ص ١٣١ .

(٢) كقوله (ع) في رواية البصري : (نم يؤخذ بما بقي منه قيمته يوم

اعتق) . بناءً على نسخة الكافي من ذكر يوم بدل ثم .

وكقوله (ع) في رواية محمد بن قيس : (وإن لم يكن له سعة من مال نظر

قيمه يوم اعتق منه ما اعتق ثم يسمى العبد بحساب ما بقي حتى يعتق) . وقد

نقلنا هاتين الروايتين في ص ١٧٤ .

## ختم البحث في القيمي

قد يتوهم : أن الالتزام بانتقال القيمي التالف إلى القيمة ينافي لما تسالم عليه الأصحاب من صحة المصالحة بين التالف وبين أى مقدار من الدراهم والدنانير والوجه في ذلك : أنه لو كان التلف موجباً لانتقال التالف إلى القيمة لما سحت المصالحة إلا على المقدار الذى يساوى قيمة التالف ، فان المصالحة على الزائد عليه يستلزم الرباء .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بداهة أن القيمة الثابتة فى ذمة الضامن ليست هى خصوص الدراهم ، ولا أنها خصوص الدنانير ، بل إنما هى أمر كلى تنقوم به الأشياء ، وأنه أعم من الدراهم والدنانير ، وإذن فصالحه التالف على الدراهم ، أو على الدنانير لا تستلزم وقوع المصالحة بين المتجانسين الربويين لىكى يلزم منها الرباء .

قوله : ( ثم إنه حكى عن المفيد ، والقاضى ، والحلبى الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض إلى حكم المشتري ) . أقول : لم يتضح لنا وجه صحيح لما ذكره هؤلاء الأعاظم ، إلا أن يوجه رأيهم هذا بما وجهه به المصنف من إرادة يوم القبض من يوم البيع ، لغلبة اتحادهما زماناً ، كما وقع التعبير - فى صحيحيحة أبى ولاد - عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء .

وكيف كان فلا وجه لتقييد فساد المعاملة بخصوص تفويض الثمن إلى المشتري ، ضرورة أن مورد البحث إنما هو المقبوض بالعقد الفاسد ، بل المغصوب أيضاً ، وعليه فاية خصوصية للتقييد المزبور .

قوله ( فافهم ) أقول : لعله إشارة إلى أن إرادة يوم القبض من يوم

البيع وإن كان بعيداً في نفسه ، ولكنه لا بد من ذلك صوتاً لكلام هؤلاء الأكابر عن اللغوية ، ولعلمهم تبعوا في هذا التعبير للصحيحة المتقدمة ، حيث عرفت - قريباً - أن الامام عليه السلام قد عبر - فيها - عن يوم المخالفة بيوم الأكتراه والله العالم بالضمائر .

ثم قال المصنف : ( إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال ، إلا أنه تردد فيه في الشرايع ، ولعله - كما قيل - من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله ، ودفع القيمة إنما هو لاسقاط المثل ، وقد تقدم أنه مخالف لاطلاق النصوص والفتاوى ) .

أقول : قد عرفت فيما سبق - أن مقتضى القاعدة هو بقاء العين - بعد تلفها - في الذمة على نحو الكلّي الذي يعبر عنه بالمثل ، ولا تنتقل إلى القيمة إلا يوم الرد ، واذن فلا مناص عن الالتزام بضمان القيمة الزائدة للعين بعد تلفها .

ودعوى أن هذا مخالف للاجماع دعوى جزافية ، لعدم العلم بوجود الاجماع التعبدى في المقام .

ولكن الذي يسهل الخطب هو دلالة الصحيحة المتقدمة على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة ، وعليه فلا مجال للأخذ بمقتضى القاعدة : أعني به الضمان بقيمة يوم الرد .

قوله : ( ثم إن ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة ) . أقول : لما بنى المصنف على الاعتبار بقيمة يوم التلف في ضمان التالف بنى على اعتبار محل التلف أيضاً في ذلك ، ضرورة أن الأشياء كما تختلف قيمتها باختلاف الأزمنة ، كذلك تختلف قيمتها باختلاف الامكنة ، فالإلية

إذا قدرت بقيمة يوم التلف قدرت بقيمة مكان التلف - أيضاً - فإن العين إنما تضمن بجميع خصوصياتها حين التلف ، ومن جعلتها خصوصية بلد التلف .  
ولكننا بما بنينا على الاعتبار بقيمة يوم المخالفة ، لدلالة الصحيحة المتقدمة على ذلك فلا مناص عن الاعتبار بقيمة مكان المخالفة أيضاً ، لأن الامام عليه السلام مع كونه في مقام البيان - لم يفكك بينهما . على أن التفكيك بينهما خلاف المرتكز العرفي .

ويدل على ما ذكرناه قوله عليه السلام في نفس الصحيحة : ( أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين أكرى كذا وكذا فيلزمك ) . فإن الظاهر من هذه الجملة المباركة هو اختيار الشهود من أهل الكوفة - التي هي مكان المخالفة - ضرورة أن الاثنيان بالشهود من أهل بغداد - التي كانت نهاية لسير أبي ولاد - بعيد جداً . ومن الواضح أنه إذا كان الشهود من أهل الكوفة لم يشهدوا إلا على ما هو قيمة البغل في الكوفة ، لا على قيمته في مكان آخر ، لأن شهادتهم على الثاني تحتاج إلى عناية زائدة وهي غير مذكورة في الصحيحة .

قوله : ( ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس ) . أقول : الزيادات الحاصلة في العين تارة تكون منفصلة ، واخرى تكون متصلة :

أما الاولى فحكمها حكم نفس العين ، وعليه فإن كانت باقية فوجب ردها على مالكمها ، وإن كانت تالفة فوجب رد بدلها عليه من المثل ، أو القيمة .  
أما الثانية فلا شبهة في كونها مضمونة على الضامن - أيضاً - سواء أكانت هذه الزيادات من قبيل الكيف ، كوصف الكتابة ، والنجارة ، والبناية ، وأمثالها أم كانت من قبيل الكم ، كالسمن ونحوه ، أم كانت من قبيل وصف الصحة .

وبتعبير آخر كما أن العين مضمونة على الغاصب ، كذلك أوصافها الدخيل في مالية العين ، فانها - أيضاً - مضمونة على الغاصب ، سواء في ذلك أوصاف الصحة وأوصاف الكمال ، وهذا ظاهر .

ثم إن الخلاف المتقدم في الضمان بقيمة العين المغصوبة يجرى في الضمان بقية الزيادات الفائتة - أيضاً - وقد عرفت - فيما تقدم قريباً - أن الاعتبار في ضمان العين التالفة بقيمة يوم الغصب ، وهكذا في المقام طابق النعل بالنعل والقذة بالقذة .

والوجه في ذلك : أن العين إنما تكون مضمونة على الغاصب مع أوصافها الدخيل في ماليتها ، لا مجردة عنها ، وعليه فتحديد العين بقيمة وقت خاص تحديد لأوصافها - أيضاً - بقيمة ذلك الوقت ، وقد عرفت دلالة الصحة على أن الاعتبار في الضمان إنما هو بقيمة يوم الغصب ، ومقتضى إطلاقها - والله العالم - هو الالتزام بضمان العين مع أوصافها من يوم المخالفة وإن كانت الأوصاف حاصلة بعد ذلك ، وعليه فتقدر العين موصوفة بتلك الأوصاف حين المخالفة ، فتقوم ، ويضمن بتلك القيمة ، وإذن فلا عبرة بالقيمة حين حدوث الأوصاف .

## ما استدل به على ثبوت بدل الحيولة

قوله : ( ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول اليه وإن لم يهلك ، كما لو سرق أو غرق ، أو ضاع ، أو أبق ) . أقول : تحقيق البحث عن بدل الحيولة ونواحيه يقع في ضمن أسئلة وأجوبتها :

١ - ماهو الدليل على الالتزام ببديل الحيولة عند تعذر الوصول إلى العين؟

قد استدل على ذلك بوجوده شتى :

الوجه الأول : قاعدة نفي الضرر ، بدعوى أن تكليف المالك بالصبر

إلى أن يعود المال إلى يده ضرر عليه .

أو يقال : إن عدم الحكم بضمأن البديل ضرر على المالك .

أو يقال : إن امتناع الضامن عن أداء البديل ضرر على المالك .

ويرد عليه : أن الاستدلال بقاعدة نفي الضرر على إثبات بدل الحيولة

يتوقف على مقدمتين :

الأولى : أن قاعدة نفي الضرر مسوقة لرفع الأحكام الضررية ، لارفع

الموضوعات الضررية . وقد ذكرنا في محله أن هذه المقدمة صحيحة لاشك فيها .

الثانية : أن يلتزم بأن أدلة نفي الضرر كما تشمل الأحكام الوجودية كذلك

تشمل الأحكام العدمية أيضاً : أى كلما توجه ضرر على المكلفين من ناحية

حكم الشارع بشيء ، أو عدم حكمه به فأدلة نفي الضرر تقتضى ارتفاع الحكم

في الأول ، وجعله في الثاني .

وهذه المقدمة مخدوشة بما ذكرناه في محله ، وحاصله : أن أدلة نفي الضرر

ناظرة إلى نفي الضرر في عالم التشريع : أى الضرر الناشئ من تشريع الأحكام

في الشرع المقدس الاسلامى ، وعليه فلك الأداة غير ظاهرة في تدارك الضرر

المتوجه على المكلفين من غير ناحية تشريع الحكم الشرعى ، وإلا فيلزم الحكم

بوجوب تدارك الضرر المتوجه على أحد المسلمين من بيت المال ، أو من

أموال سائر المسلمين ، وحيث فلا يمكن التمسك بالقاعدة المزبورة لاثبات

بدل الحيولة .

وبعبارة اخرى : أنه لا استحالة في حكومة قاعدة نفي الضرر ثبوتاً



وإمكاناً على الأحكام الوجودية والعدمية . ولكن لا دليل عليه في مرحلة الإثبات والوقوع ، بديهية أن أدلة نفي الضرر قاصرة عن إثبات هذا المعنى . ويضاف إلى ذلك : أن النسبة بين موارد بدل الحيولة ، وموارد تضرر المالك هي العموم من وجه ، إذ قد لا يتضرر المالك بصره إلى زمان يتمكن من الوصول إلى ماله ، لاستخفافه عنه ، ومع ذلك يحكم بلزوم أداء بدل الحيولة وقد يتضرر المالك من حيولة الغاصب بينه وبين ماله مدة قليلة كساعة أو ساعتين مع أنه لا يكون مورداً لبديل الحيولة ، لأن الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبروا في ثبوت بدل الحيولة تعذر وصول المالك إلى ماله مدة طويلة . وسيأتي ذلك قريباً . واذن فلا يمكن الاستدلال على اثبات بدل الحيولة بقاعدة نفي الضرر . ويؤيد ما ذكرناه ؛ أنا لم نجد أحداً يستدل بقاعدة نفي الضرر على ثبوت بدل الحيولة فيما إذا حال أحد بين المالك وماله بمنعه عن التصرف فيه . ودعوى ثبوت الفارق بين هذا وبين ما نحن فيه دعوى جزافية .

ولو أغضنا عن جميع ذلك ، ولكن تضرر المالك بالصبر إلى زمان الوصول إلى ماله معارض بتضرر الضامن برد بدل الحيولة ، فيساقطان وعليه فلا يكون مورد بدل الحيولة مشمولاً لقاعدة نفي الضرر .

ودعوى أن الضامن قد أقدم - بنفسه - على الضرر فلا يعارض بضرر المالك دعوى فاسدة ، ضرورة أن الضامن لم يقدم إلا على ضمان العين فقط ، لا على ضمان سائر الجهات الخارجة عن العين .

الوجه الثاني : قوله ( ص ) : إن الناس مسلطون على أموالهم ( ١ ) . وتقريب الاستدلال بهذا الحديث على المقصود هو أن السلطنة على العين وإن كانت ممنوعة بالتعذر ، إلا أن السلطنة على مالياتها غير ممنوعة ، وعليه

فيجب على الضامن رد البديل على المالك حفظاً لسلطنته على مالية ماله .  
ويرد عليه أولاً : أن دليل السلطنة ضعيف من جهة الارسال ، وغير منجبر بشيء .  
ثانياً : أن مفاده إنما هو إثبات السلطنة للمالك فيما يجوز له التصرف  
في ماله - كالبيع واللبس والسكنى وأمثال ذلك - ومن الواضح أنه ليس لأحد  
أن يزاحم المالك في أشباه هذه التصرفات . وأما بقية الجهات فهي بعيدة عن  
دليل السلطنة .

وبيان آخر : أن دليل السلطنة إنما يدل على عدم محجورية المالك عن  
ماله في التصرفات السائغة ، فلا دلالة فيه على اثبات السلطنة له في التصرفات  
غير السائغة في ماله .

وعلى هذا الضوء فيجوز للمالك أن يطالب ماله من الغاصب بمقتضى دليل  
السلطنة ، ولكن لا يستفاد من ذلك جواز مطالبة بدل الحيولة منه ، إذ لاصلة  
بينهما بوجه . كما أنه لا يستفاد من الدليل المزبور جواز إيذاء الغاصب بالضرب  
والشتم والحبس ونحوها .

أضف إلى ذلك : أن النسبة بين دليل السلطنة ، وبين موارد بدل الحيولة  
هي العموم من وجه . وحينئذ فلا يصح الاستدلال به على ثبوت بدل الحيولة  
في جميع الموارد ، بل إنما يصح ذلك في بعض الموارد وعلى سبيل الإيجاب  
الجزئي . على أن لو جوزنا ثبوت بدل الحيولة مع تعذر وصول المال إلى مالكه  
للزم القول بثبوتها مع تعذر وصول المالك إلى ماله من جهة الحبس ونحوه ،  
ضرورة أنه لا يفرق في ذلك بين أن يكون التعذر بحبس المالك ومنعه عن الوصول  
إلى ماله ، وبين إلقاء المال في مكان لا يصل إليه مالكه - عادة - إلا بعد مدة  
طويلة ، مع أنه لم يلتزموا الفقهاء بثبوت البديل في الصورة الأولى ، وهذا ظاهر .  
الوجه الثالث : قاعدة الضمان بالاتلاف ، بدعوى أن الغاصب قد فوت

سلطنة المالك على ماله في موارد بدل الحيولة ، فحيث إنه غير قادر على إعادة تلك السلطنة بعينها ، فلا بدله من إعادة مثلها ، ومن الواضح أن هذا لا يمكن إلا بأداء بدل الحيولة .

ويرد عليه أولاً : أن التمسك بهذا الوجه يقتضى الحكم بلزوم بدل الحيولة فيما كان تعذر الوصول إلى المال من جهة حبس المالك ومنعه عن التصرف فيه ، كما أن التمسك به يقتضى الالتزام ببديل الحيولة فيما كانت مدة الحيولة قليلة ، مع أن القائلين ببديل الحيولة لم يلتزموا به في كلا الموردين .  
ثانياً : أنه إن كان المراد من فوت السلطنة فوت منافع العين فلا شبهة في كونها مضمونة على الغاصب ، كما أن نفس العين مضمونة عليه ، ولكن هذا بعيد عن بدل الحيولة .

وإن كان المراد من ذلك فوت نفس السلطنة على العين فلا دلالة في القاعدة المزبورة على كون السلطنة القائمة مضمونة على الغاصب بداهة أن مفاد القاعدة هو أن العين التالفة مضمونة على الملتف دون سائر الجهات .

أضف إلى ذلك : أن هذه القاعدة ليست بمدلول آية أو رواية لكي نتمسك باطلاقها ، بل هي متصيدة من أدلة الضمان الواردة في موارد خاصة ، وعليه فلا بد من الاقتصار على الموارد المتيقنة : أعني بها نفس العين التالفة .  
الوجه الرابع . قوله (ص) : على اليد ما أخذت حتى تؤديه ، فإن أداء العين كما يكون بأداء البديل في صورة التلف ، كذلك يكون بأداء البديل في فرض الحيولة .

ويرد عليه أولاً : أن الحديث المزبور ضعيف السند ، وغير منجبر بشيء . وقد عرفته فيما تقدم (١) .

ثانياً : أنه لو جاز التمسك به - هنا - لما يفرق فيه بينها كانت مدة التعذر قليلة، وبينما كانت مدته طويلة تمع أن الفقهاء لم يلتزموا ببديل الحيولة في الصورة الأولى  
ثالثاً : أننا ذكرنا في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد أن قاعدة ضمان اليد إنما تدل على ثبوت العين في عهدت الغاصب بجميع خصوصياتها الفردية والصنفية والنوعية التي هي دخيل في المسالية . وذكرنا - أيضاً - أن فقدان أية خصوصية من تلك الخصوصيات لا يوجب اضمحلال غيرها .

وعليه فإذا كانت العين موجودة لم يوجب الغاصب ردها مع تلك الخصوصيات بأجمعها ، لاستحالة أدائها بدون تلك الخصوصيات .

وإذا تلفت حقيقة ، كالا حترق ونحوه ، أو صارت في حكم التلف في نظر أهل العرف ، كالسرقة والاباق والاعتراف والضياع وأشباها مما يوجب اليأس عن الوصول إليها ، إذا كان كذلك انتقل الضمان الى المثل .  
وإذا تعذر المثل - أيضاً - مع مطالبة المالك حقه وجب على الغاصب أداء القيمة ، أعني بها المالية الخاصة . ووقتئذ لا يجوز للمالك مطالبة المثل ، ولا مطالبة العين بعد ارتفاع المانع عن الوصول إليها ، والا يلزم الجمع بين العوض والمعوض .

وهذا بخلاف ما إذا لم يوجب التعذر التحاق العين بالتالف ، فانه حيثئذ ليس للمالك مطالبة البديل ، ولا للغاصب أداء غير العين المغصوبة الا مع التراضي نعم يجوز للمالك أن يطالب بالمنافع الفائتة ، فيكون المأخوذ بأزاء تلك المنافع بمنزلة الاجرة للعين في مدة غيابها عن المالك ، ولا شبهة في أن هذا كله غير مرهوب ببدل الحيولة ، واذن فلا وجه لاثباته بمحدث ضمان اليد . وقد اتضح لك مما تلوناه عليك : أنه لا يمكن الاستدلال على ثبوت

بدل الخيلولة بالروايات (١) الدالة على ضمان التالف في الأمانات المضمونة ، كما صنعه المصنف . لأنها راجعة الى صورة التلف ، ومحل بحثنا غير هذه الصورة الوجه الخامس : دعوى الاجماع على ثبوت بدل الخيلولة مع تعذر وصول المالك الى ماله .

ويرد عليه : أنا لو سلمنا وجود الاجماع في المقام ولكن يحتمل قريباً أن يكون مستنده هي الوجوه المتقدمة واذن فلا علم لنا بوجود الاجماع التعبدى في المقام .

---

(١) عن اسحاق بن عمار قال : سألت ابا الحسن « ع » عن رجل استودع رجلاً ألف درهم ، فضاعت فقال الرجل كانت غندي وديعة وقال الآخر : إنما كانت عليك قرصاً ؟ قال : المال لازم له إلا ان يقيم البينة انها كانت وديعة . وعن ابن محبوب قال : كتب رجل الى الفقيه « ع » رجل دفع الى رجل وديعة وامره ان يضعها في منزله او لم يأمر ، فوضعها في منزل جاره فضاعت ، فهل يجب عليه اذا خالف امره واخرجها عن ملكه ؟ فوقع « ع » هو ضامن لها ان شاء الله . وعن ابان عن محمد عن ابي جعفر « ع » قال : سألت عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك او تسرق ؟ قال فقال : إذا كان اميناً فلا غرم عليه . وعن ابن سنان قال : سألت ابا عبد الله « ع » عن العارية ؟ فقال : لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت اذا كان مأموناً . الوافي ج ١٠ ص ١١٨ . وقد تقدم ما يدل على ضمان الأجير في ص ١٣٢ .

## ما هو مورد بدل الخيلولة ؟

٢ - هل يقيد ثبوت بدل الخيلولة بما إذا حصل اليأس من الوصول إلى العين الغائبة ، أم يقيد بعدم رجاء وجدانها ، أم لا يقيد بشيء منها ، بل يحكم بثبوت بدل الخيلولة بمجرد التعذر الفعلي ، سواء أعلننا بإمكان الوصول إليها بعد مدة طويلة ، أم أعلننا بالوصول إليها بعد مدة قصيرة يتضرر المالك بعدم الوصول إلى ماله في هذه المدة ؟ .

ذكر المصنف رحمه الله : أن ظاهر الأدلة التي استدلووا بها على ثبوت بدل الخيلولة هو اختصاص الحكم بأحدى صورتين الأوليين . .  
ولكن المستفاد من فتاوى الأصحاب رضوان الله عليهم هو الصورة الثالثة . ويظهر ذلك من إطلاق قولهم : إن اللوح المغموص في السفينة إذا كان نزعه معرضاً لتلف مال غير الغاصب انتقل إلى القيمة حتى تصل السفينة إلى الساحل . ويؤيد هذا المعنى : أن فيه جمعاً بين الحقين ، انتهى ملخص كلامه .  
ويرد عليه : أن ما استظهره من كلمات الفقهاء في مسألة اللوح المغموص في السفينة وإن كان استظهاراً وجهياً ، ولكن لادليل على حجية فتواهم للفقهاء الآخرين .

أما التأييد المزبور فلا فائدة فيه ، إذ لم يتضح لنا من الأدلة المتقدمة جواز مطالبة المالك الغاصب ببذل الخيلولة في مدة انقطاعه عن ماله وقد عرفته قريباً .

ولو أغضنا عن ذلك ، ولكن الصورة الأولى - : أعني بها صورة يأس المالك من الوصول إلى ماله - لاحقة بالتلف الحقيقي ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك قريباً ، وإذن فلا وجه لجعل هذه الصورة من موارد بدل الخيلولة .

أما صورتين الأخرين 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 قاعدة السلطنة ، أو قاعدتي لاضرر ، وضمان اليد فقد عرفت أن مفادها ثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر ، سواء أكان زمان التعذر طويلاً ، أم كان قصيراً ، وعليه فجميع الصور المتقدمة داخلة في محل البحث مع أنه بديهي البطلان ، فإن الفقهاء لم يلتزموا بثبوت بدل الحيلولة إلا فيما تعذر الوصول إلى العين في مدة طويلة ، لا مطلقاً .

## هل يعتبر التعذر العقلي

في ثبوت بدل الحيلولة ؟

٣ - هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة ، أم لا ؟ .  
لما فرغ المصنف من البحث عن الصور الثلاث السالفة نهض إلى البحث عن اعتبار التعذر العقلي وعدمه في ثبوت بدل الحيلولة .  
وحاصل كلامه مع التوضيح الإجمالي : أن الظاهر من دليل السلطنة ، وحديث ضمان اليد وقاعدة نفي الضرر هو عدم اعتبار التعذر العقلي في ثبوت الضمان ببديل الحيلولة . بحيث لا يتمكن الضامن عقلاً من الوصول إلى العين ، بل يكفي في ذلك مجرد التعذر العرفي . وإن تمكن الغاصب من الوصول إلى العين بالسعي في مقدمات الوصول . وعليه فيحكم بثبوت بدل الحيلولة في زمان السعي أيضاً .  
واعلمه لأجل هذا المعنى قد أفتى الفقهاء رضوان الله عليهم بالانتقال إلى القيمة في اللوح المغصوب في السفينة مع إمكان الوصول إليه ولو بالسعي في مقدمات إيصال السفينة إلى الساحل .

نعم قد عبر بعض الفقهاء عن عدم الوصول إلى العين بكلمة ( التعذر )

ولا شبهة في ظهورها في التعذر العقلي ، وهذا هو الأوفق باصالة عدم تسلط المالك على أزيد من إلزام الغاصب برد العين . ثم أمر بالتأمل .  
ولعله اشارة الى أن الاصل المذكور محكوم بدليل السلطنة ، وقاعدتي نفي الضرر ، وضمان اليد ، وانه لايفرق في أدلة بدل الحيلولة بين الزمان اليسير والزمان القليل .

وقد ظهر لك مما تلوناه عليك فساد ما ذكره السيد رحمه الله في حاشيته واليك نصه :  
( لا يخفى أن هذا ليس مطلباً آخر ، بل هو نفس الوجه الأخير الذي أيده بأن فيه جمعاً بين الحقين ، كما أن تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول وهو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار ) .

ووجه الفساد : أن اليأس من الوصول الى العين أعم من التعذر العقلي فاذا اعتبر الثاني في سقوط التكليف برد نفس العين ، فجرد اليأس - الذي هو الصورة الأولى من الصور الثلاث المتقدمة - لا يوجب سقوطه . كما أن اعتبار التعذر العرفي في سقوط التكليف برد العين أعم من الصورة الأخيرة - وهي الحكم بثبوت بدل الحيلولة بمجرد التعذر الفعلي - واذن فلا تكرار في عبارة المصنف

## ما هو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين

٤ - ما هو شأن القيمة مع تعذر الوصول الى العين ، وهل للضامن اجبار المالك حينئذ على أخذها ؟ .

لاشبهة في أن العين اذا تلفت انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة كما لا شبهة في أن بقاء الضامن مشغول الذمة ضرر عليه ، واذن فيجوز له اجبار المالك على قبول حقه .



ولكن شيئاً من ذلك لا يجري فيما نحن فيه ، لأننا سلمنا تمامية الأدلة المتقدمة الدالة على ثبوت بدل الحيولة ، إلا أنه لا دلالة فيها على جواز اجبار الضامن المالك على قبول البديل . وليس هنا دليل آخر يدل على ذلك غير تلك الأدلة . وعليه فيتخير المالك بين قبول البديل وبين الصبر الى زمان زوال العذر . بل هذا المعنى هو الذى تقتضيه قاعدة السلطنة ، ضرورة أن المالك يستحق على الضامن العين بنفسها ، ومن الظاهر أن اجبار الضامن اياه على قبول بدلها خلاف سلطنته .

وهذا هو الذى أراده المصنف من تمسكه بقاعدة السلطنة فى المقام . وليس مراده من التمسك بها هو سلطنة المالك على امتناع قبول البديل مع كونه ملكاً له لىكى يتوجه عليه أنه ليس للمالك الامتناع من قبول ماله بدليل السلطنة وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

قوله : (وكذا أن تعذر رد العين فى حكم التلف ، وكذا خروجه عن التقويم) أقول : قد تقدم حكم الخروج عن التقويم فى الأبحاث السابقة (١) وقلنا إن المدار فى ذلك على انتهاء أمد المالية ، غاية الأمر انه يحكم فى القيميات بضمان قيمة يوم النصب ، لصحيفة أبى ولاد المتقدمة .

## هل يصير البديل المبذول ملكاً

لمالك العين ؟

٥ - ما هو حكم البديل المبذول فهل يكون ذلك ملكاً للمالك العين أم لا ؟ ذكر المصنف ان المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف ، كما فى المبسوط والخلاف والغنية والتحرير وظاهرهم ارادة نفي الخلاف بين المسلمين .

ثم قال : ( ولعل الوجه فيه أن التدارك لا يتحقق الا بذلك ، ولو لا ظهور  
الاجماع وأدلة الغرامة في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحا له اباحة مطلقة وان  
لم يدخل في ملكه ، نظير الاباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها  
فيها ، ويكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين . وحكى الجزم بهذا الاحتمال  
عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله ) .

ولكن ناقش في هذا الرأي المحقق والشهيد الثانيان .

فقال الأول في محكي جامع المقاصد : ( ان هنا اشكالا ، فانه كيف يجب  
القيمة ويملكها الاخذ ويبقى العين على ملكه ، وجعلها في مقابل الحيولة لا يكاد  
يتضح معناه ) .

وقال الثاني : ( ان هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض  
والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح . ولو قيل بحصول الملك لسلك  
منها متزلزلا ، وتوقف تملك المعصوب منه للبدل على اليأس من العين وان جاز  
له التصرف كان وجها في المسألة ) .

والتحقيق: ان حكم هذه المسألة يختلف باختلاف مدرك بدل الحيولة : فان  
قلنا بأن مدركه قاعدة نفي الضرر ، فانها تقتضى كون البدل مباحا للمالك ، لاملكا  
له ، لانا لو سلمنا شمول أدلة نفي الضرر للأحكام العدمية ، ولمكنها لا تقتضى  
التشريع الا بالمقدار الذى يرتفع به ضرر المالك ، ومن البديهي أن تضره انما  
كان من ناحية عدم تمكنه من التصرف في ماله ، وهذا يرتفع باباحة التصرف  
في بدل الحيولة مثلا يتصرف في ملكه ، فان دخول البدل في ملك المالك  
ليس بدخيل في ارتفاع ضرره .

وان قلنا بأن مدرك بدل الحيولة انما هو دليل السلطنة ، أو قلنا بأن  
الغاصب قد فوّت على المالك سلطنته على ماله فيجب عليه تدارك هذه السلطنة

للمالك ان قلنا بذلك فلا يثبت للمالك أيضاً الا اباحة التصرف في البديل على النحو الذي يتصرف في ملكه ، لأنه لا دلالة في دليل السلطنة الا على لزوم اعادة سلطنة المالك ، الزائلة ولا ريب في حصول هذا المعنى بجواز تصرفه في بدل الحيولة وإن لم يصير البديل ملكاً له .

ويتضح ذلك جلياً بأن الملكية أو السلطنة من الأحكام الوضعية . ومن البين أن الأحكام الشرعية لا تقابل بالمال .

نعم مقتضى ذلك هو الالتزام بالملكية الآتية قبل التصرف المتوقف على الملك . وقد تقدم نظير ذلك في المعاطاة على القول بافادتها الا باحة المطلقة .

وقد يتوهم أن سلطنة المالك قد زالت مع المالية القائمة بالعين . ومن الواضح أنه لا يمكن إعادة السلطنة المزبورة إلا باعادة نفس العين أو باعادة ما يقوم مقامها في المالية ، وعليه فلا بد من الالتزام بملكية المالك تحقياً للبديلة .

ولكن هذا التوهم فاسد ، إذ لا دليل على الملازمة بين اعادة السلطنة وبين إعادة العين أو إعادة ماليتها ، بل تمكن اعادة السلطنة الزائلة في ضمن مال الغاصب ضرورة أن السلطنة عبارة عن القدرة على تصرف المالك تصرفاً سائفاً ، ولا ريب في تحقق ذلك في شيء آخر يقوم مقام ملك المالك .

وان كان المدرك لبديل الحيولة هو الاجماع فلا شبهة في أن المتيقن منه انما هو قيام البديل مقام المبدل في خصوص التصرفات المالكية ، لا في الملكية .

وان كان المدرك لذلك هو قاعدة من أتلف فهي تقتضى صيرورة البديل ملكاً للمالك ، بديهية أن الضمان لا يرتفع الا بذلك .

وان كان المدرك لذلك هو قاعدة ضمان اليد . فانها تقتضى وجوب رد العين الى مالئها ، ومع تلفها يلزم على الآخذ رد بدلها من المثل أو القيمة ، ومن الواضح أن مقتضى البديلة هو كون البديل ملكاً للمالك المبدل .

وبيان ذلك : أن المستفاد من قاعدة ضمان اليد إنما هو ثبوت العين في عهدة الضامن بجميع شؤونها . وأنه يجب ردها الى مالكها ، ومع العجز عن ذلك من جهة التلف أو لتعذر الوصول اليها وجب على الضامن رد بدلها مع مطالبة المالك ، وهذا البديل وان لم يكن عين المبدل من جميع الجهات ، ولكنه مثله في بعض الجهات ، لما ذكرناه سابقاً من أن المضمون على الضامن ابتداءً بقاعدة ضمان اليد إنما هو العين الخارجية بجميع خصوصياتها ، ومع انتفاء بعض الخصوصيات يبقى بعضها الآخر مضموناً عليه ، لأن اضمحلال أية خصوصية منها لا يوجب اضمحلال غيرها ، وعليه فرد المأخوذ بالنصب وان لم يمكن بتام خصوصياته الا انه يمكن ذلك فاقدراً لبعض الخصوصيات غير الدخيل في المالية ، ولا محذور فيه لكونه برضى المالك وإذن فلا يتحقق عنوان البدلية بأداء بدل الحيولة الا بقيام البديل مكان المبدل في الاضافة للملكية .

وعلى الجملة : ان مقتضى قاعدة ضمان اليد هو أن البديل - : أعنى به المثل أو القيمة - أمر كلي ينطبق على المبدل والبديل كليهما انطباق الكل على أفراده والطبيعي على مصاديقه ، وعليه فلا مناص عن الالتزام بصيرورة بدل الحيولة ملكاً للمالك ، وهذا واضح لاشبهة فيه .

## هل يكون المبدل ملكاً للضامن

باعطاء البديل ؟

٦ - هل تنتقل العين الى الضامن باعطاء البديل أم لا ؟ .  
 قد يقال بأن المضمون له يملك بدل الحيولة ، والضامن يملك العين المتعذرة ، لاستحالة بدلية شيء عن شيء الا بقيام البديل مكان المبدل في جهة من الجهات ، وتلك الجهة في المقام هي الاضافة للملكية .

وقد يقال بأن المالك يملك البديل ، أما الضامن فلا يملك المبدل ، لأن المأخوذ بعنوان البديلية ليس عوضاً حقيقياً حتى تستحيل البديلية الا بدخول العين المتعذرة في ملك الضامن ، بل هو غرامة خالصة نظير دية المقتول أو المجرور والمبذول عند تلف العين . ومن البين أن عنوان الغرامة لا يستلزم خروج البديل من ملك الضامن ولا دخول العين المتعذرة في ملكه لكي يكون ذلك معاوضة قهرية شرعية .

ولكن التحقيق : أن كون العين المتعذرة ملكاً للضامن متفرع على كون البديل ملكاً للمالك ، فانه بناءً على صيرورة البديل ملكاً للضامن له - كما تقتضيه قاعدتا من ألتلف ، وضمان اليد - صار المبدل ملكاً للضامن بالمعاوضة القهرية الشرعية ، إذ لولا ذلك لزم اجتماع العوض والمعوض في ملك مالك العين .

ومن هنا ناقش المحقق والشهيد الثمانيان في الالتزام بكون البديل غرامة خالصة من غير أن يكون المبدل ملكاً للضامن ، ولا أن يكون البديل ملكاً للمالك . وقد تقدم كلامهما قريباً .

ويؤيد ذلك ماورد (١) في الدابة الموطوءة من إلزام الواطي يأخذ الدابة وإعطاء ثمنها لمالكها .

(١) عن سدير ، عن ابي جعفر ( ع ) في الرجل يأتي البهيمة ؟ قلن : يجد دون الحد ، ويعرم قيمة البهيمة لصاحبها ، لأنه افسدها عليه ، وتذبح وتحرق وتدفن إن كانت مما يؤكل لحمه . وإن كانت مما يركب ظهره اغرم وجلده دون الحد واخرجها من المدينة التي فعل بها فيها إلى بلاد اخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعبر بها . حسنة بسدير بن حكيم . السكافي ج ٧ من ط ٢ ص ٢٠٤ . الوافي

## بحث في فروع مهمة

ثم إنه تستخرج مما ذكرناه فروع مهمة ، وهي مايلي :

١ - أنه إذا توضع أحد غفلة بماء مغسوب ، أو مقبوض بالعقد الفاسد . والتفت بعد الغسلات ، وقبل المسحات بنصية الماء ، فانه بناءً على دخول الماء في ملك الضامن بعد أداء بدله يصح المسح بما بقي من رطوبة يده ويصح وضوؤه ، وبناءً على عدم دخول الماء في ملك الضامن لا يصح مسحه بتلك الرطوبة ، ولا يصح وضوؤه . هذا على تقدير أن الرطوبة الباقية باقية على كونها ملكاً بل مالا . أما إذا فرض أن الماء المستعمل في الوضوء يعد من التالف عرفاً جاز المسح بالرطوبة الباقية من غير فرق في ذلك بين إمكان إلتفاح المالك بتلك الرطوبة وعدم إمكانه .

٢ - أنه إذا غصب أحد خمرأً محترمة لغيره ، أو غصب دابة ، وماتت الدابة وانقلبت الخمر خلا ، فانه على القول بوقوع المعاوضة القهرية بين البديل والمبديل كان الخمر وميتة الدابة للضامن بعد أداء البديل ، وإلا فهما للمضمون له .

٣ - أنه إذا غلط أحد ثوبه بخيوط مغسوبة ، فانه على القول بدخول الخيوط في ملك الغاصب بعد أداء البديل جازت له الصلاة في ذلك الثوب . وكذلك التصرفات الاخر ، والا فلا .

ويمكن التحاق تلك الخيوط بالتلف الحكيم ، إذ لا يمكن ردها - غالباً - إلا بعد سقوطها عن المالكة بالنزع .

وقد حكى الجزم بعدم وجوب النزع عن مجمع البرهان ، بل قال يمكن أن لا يجوز .

ولعله من جهة كون النزاع إتلافاً للبال على مالكة فهو لا يجوز . ويتضح الحكم بالتحاق ذلك بالتلف الحكمي فيما إذا كان المخيط بالخياط المفصولة جرح النفس المحترمة ، أو ثوب غيره بحيث كان النزاع موجباً للتلف أو الضرر .

٤ - أنه لو غصب أحد دهناً وخلطه بطعامه فانه بناءً على دخول المبدل في ملك الغاصب - بعد رد بدله - جاز له التصرف في ذلك الطعام ، وإلا فلا يجوز التصرف فيه إلا برضى مالك الدهن . وإلى غير ذلك من الفروع التي ترد عليك في مواضع شتى .

## خلاصة البحث في بدل الحيولة

وصفوة الكلام من أول البحث عن بدل الحيولة إلى هنا هي أن القاعدة الأولية تقتضى ثبوت العين المفصولة أو ما في حكمها في عهدة الغاصب بجميع خصوصياتها الدخيل في المالية . وإذا تلفت العين أو التحق بالتلف اتقل الضمان إلى المثل أو القيمة ، فيكون ذلك بدلاً حقيقياً عن العين التالفة ، أو النازلة منزلة التالف .

وحينئذ فنخرج العين عن ملك مالكة ، وتدخل في ملك الغاصب . وإذا لم تلف العين لاحقيقة ولا حكماً ، ولكن تعذر الوصول إليها فان القاعدة تقتضى ثبوتها في عهدة الغاصب الى زمان التمكن من أدائها . وإذن فليس للمالك إلا مطالبة اجرة العين في مدة الحيولة من الغاصب ، إلا اذا رضيا بالبدل فانه على هذا تتحقق المعاوضة الشرعية بين البدل والمبدل ، فيكون المدفوع بدلاً حقيقياً عن العين .

نعم اذا دل دليل على كونه غرامة لا بدلاً عن العين أخذه ، نظير دية المقتول .

ولسكنك قد عرفت المناقشة في الأدلة التي استدل بها على اثبات بدل الحيلولة بعنوان الغرامة .

وقد تجلي لك ما ذكرناه انحلال المناقشة المعروفة التي أوردوها على مسألة تعاقب الأيدي ، وحاصل تلك المسألة : هو أن المصوب منه يتخير في أخذ البدل لماله بين الرجوع الى أى شخص من هؤلاء الغاصبين الذين تعاقبت أيديهم ولكن اذا رجع الى الغاصب الأول رجع الأول أيضاً الى الثاني وهكذا حتى تنتهى سلسلة الغصاب . وتثبت الغرامة على الغاصب الأخير الذى تلفت العين في يده .

أما إذا رجع المالك في ذلك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى الغاصبين السابقين ، بل يرجع الى الغصاب اللاحقين .  
وحاصل تلك المناقشة هو سؤال الفارق بين صورتين .

وملخص الجواب عنها : أن الغاصب الأول اذا أعطى البدل عن العين للمضوبة التالفة ماسكها على الغاصب الثاني فيجوز له الرجوع اليه . واذا رجع المالك الى الغاصب المتوسط لم يرجع هذا المتوسط الى سابقه لأنه لا يملك عليه شيئاً ، بل يرجع الى لاحقه .

ودعوى أن التالف أمر معدوم ، أو بمنزلة المعدوم فلا يقبل المملكية دعوى جزافية ، لأن المملكية من الامور الاعتبارية ، فلا محذور في تعلقها بالامور العدمية مع ترتب الأثر عليه كتعلقها بالامور الوجودية كذلك ، وقد ذكر الفقهاء أجوبة اخرى عن تلك المناقشة ، ولكن لا يرجع شيء منها الى معنى محصل يطمئن به القلب ، وتركن اليه النفس ، وسيأتى التعرض لتلك المسألة وأجوبتها .



## ماهو حكم تمكن الغاصب من العين

بعد اعطاء بدلها ؟

٧ - لو تمكن الغاصب من العين المغصوبة بعد أداء بدلها لمالكها فهل يجوز له الرجوع اليها أم لا . الظاهر أن جواز الرجوع - هنا - الى العين وعدمه متوقف على أن ملكية البديل لمالك العين ملكية لازمة أو ملكية جائزة ، وعلى الأول فلا يجوز له ذلك ، وعلى الثاني فلا بأس به . وقد تقدم نظيره في مبحث البيع المعاطاتي وذكرنا - هناك - أن القاعدة تقتضي أن لا يرجع كل من المتعاطين الى صاحبه في المأخوذ بالمعاطاة ، لكونه أكلاً للمال بالباطل . ومن البين أن ما ذكرناه - هناك - جار في المقام أيضاً .

نعم اذا لم نقل بصيرورة العين ملكاً للضامن لا بالمعاوضة القهرية الشرعية ولا بمعاوضة غير قهرية جاز للمغصوب منه أن يرجع الى العين المغصوبة بعد خروجها عن التعذر . ولكن قد عرفت فساده قريباً . وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أنه ( اذا ارتفع العذر وتمكن من رد العين الى مالكه وجب الرد فوراً حتى على القول بالمعاوضة القهرية الشرعية ، لأن حكم الشارع بالمعاوضة مترتب على عنوان التعذر ويدور مداره .

## ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية

٨ - ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية بعد أداء البديل ؟ ذكر المصنف (أن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمائها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أكان للسوق أو للزيادة المتصلة ، بل المنفصلة كالثمرة ، ولا يضمن منافعه فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك ) . وعن العلامة في التذكرة وعن بعض آخر هو كون المنافع مضمونة على

الضامن ، وقد قواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه .  
 والتحقيق : أن المأخوذ بعنوان الغرامة إن كان بدلا عن العين المتعذرة  
 - كما يقتضيه دليل ضمان اليد - فلا شبهة في انقطاع علاقة المالك عن العين ،  
 وصيرورتها ملكا للضامن بجميع شؤونها حتى النماءات المنفصلة فضلا عن زيادة  
 القيمة للسوقية . وإن كان المأخوذ بدلا عن السلطنة الفاتنة - كما تقتضيه قاعدة  
 السلطنة - ضمن الغاصب جميع شؤون العين سواء أكانت تلك الشؤون فاتنة  
 أم لا . وحيثئذ فالالتزام بكون المأخوذ بدلا عن السلطنة الفاتنة دون العين  
 يناقض الحكم بعدم ضمان المنافع الفاتنة بعد دفع الغرامة وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

## بحث في أسباب الضمان

قوله : (سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي) . أقول : ملخص  
 كلامه أن أسباب الضمان أمور أربعة :

الأول : أن يكون الضامن سببا لتلف العين حقيقة فيجب عليه أن يخرج  
 من عهدها لأدلة الضمان .

الثاني : أن يكون سببا لانقطاع سلطنة المالك عن ماله - كالاغتراق  
 والاباق والضياع وأشباه ذلك - وقد عرفت أن هذا مورد لبدل الحيلولة .

الثالث : أن يكون سببا لزوال الأوصاف التي هي دخيل في مالية العين  
 مع انحفاظ العين بنفسها في ملك مالكها وتسلمه عليها تسلط الملاك على أملاكهم  
 وعليه فالضمان - هنا - بالمالية الخالصة فقط دون العين المنصوبة .

الرابع : أن يكون سببا لسقوط العين عن المالية والملكية معا ، بحيث  
 لم يبق فيها للمالك إلا حق الاختصاص والظاهر هو وجوب رد العين مع القيمة  
 في جميع الصور الثلاث الأخيرة . وأن صيرورة البديل ملكا للمنصوب منه

لا تقتضى خروج العين المغصوبة عن ملكه أو متعلق حقه ودخولها في ملك الضامن أو متعلق حقه في جميع موارد الضمان انتهى ملخص كلامه .

أقول : أما القسم الأول فالحكم فيه ظاهر ، فانه إذا تلفت العين واندمت من أصلها لم يبق - هنا - مورد للملكية ، بل يكون اعتبارها لغو محضاً . سواء أقلنا بعدم انعدام الأشياء عن حقيقتها ، بل إنما تتبدل صورها النوعية بصور نوعية أخرى كما عليه جمع من الفلاسفة أم قلنا بانعدامها رأساً ، بداهة أن الأحكام الشرعية غير مبنتية على التدقيقات الفلسفية .

نعم يصح اعتبار الملكية على المعدوم مع ترتب الأثر على الاعتبار المزبور كما أشرنا إليه قريباً .

أما القسم الثاني فقد عرفت فيما تقدم أنه لاحق بالتلف الحقيقي ، فلا وجه لجعله مورداً لبطل الحيولة ، كما صنعه المصنف .

أما القسم الثالث فظاهر المصنف رحمه الله : أن مالية العين المغصوبة تزول بزوال أو صافها الدخيل في المالية ، ولكن العين لا تخرج بذلك عن ملك مالئها . وحينئذ فيتوجه عليه ما ذكره السيد واليك نصه :

( لا يخفى أنه مع الخروج عن التقويم لا معنى لبقائها على صفة الملكية فان الرطوبة الباقية نظير القصعة المكسورة . فانه لا يقال : إن أجزائها باقية على ملك مالئها مع عدم فائدة فيها إلا نادراً ) .

والتحقيق : أن يوجه كلام المصنف بأن العين المضمونة إما أن يفوت بعض منافعها عند الضامن ، أو جميعه .

وعلى الأول فيلزم على الضامن أداء قيمة المنافع الفائتة ، لقاعدة ضمان اليد .

نعم قد دلت الرواية المعتبرة - تقدمت هذه الرواية قريباً - على ضمان

الواطى للدابة بقيمتها ، مع أنها لا تسقط بذلك عن المالية . ولكن لا يجوز التعدى عن موردها الى غيره .

وعلى الثانى فقد يزول الانتفاع من العين على وجه الاطلاق ، بحيث لا يمكن الانتفاع منها بوجه . وقد يزول الانتفاع منها مستقلاً : أى لا يمكن الانتفاع من العين بنفسها بلا انضمامها الى شىء آخر ، أما إذا ضمناها الى غيرها أمكن الانتفاع منها كحبة من الحنطة المغسوبة ، فإنه لا يمكن الانتفاع منها بنفسها ، ولكن يمكن الانتفاع منها مع ضمها الى غيرها .

ومن ذلك أيضاً الورق الذى كتبت فيه قصيدة راقية ، فإنه إذا غصبه الغاصب ومزقه لم يمكن الانتفاع من قطعاته الممزقة ، إلا أن فيها أم الانتفاع إذا انضم بعضها الى بعض .

وعلى الأول فاعتبار الملكية فى العين لغو محض كما هو واضح . وعلى الثانى فلا يكون الاعتبار المذكور لغواً ، وهذا هو مراد المصنف والله العالم . وحينئذ فالعين المغسوبة ملك للضامن ، لا للمالك لما عرفته قريباً من تحقق المعاوضة القهرية الشرعية بينها وبين البديل الذى أعطاه الضامن للمالك .

### بحث فى حق الاختصاص ووجه ثبوته

أما القسم الرابع - : أعنى به سقوط العين عن المالية والملكية معاً - فلا شبهة فى أن المثل يضمن بدل العين من المثل أو القيمة . وهذا ظاهر .

ثم انه إذا سقطت العين عن المالية والملكية معاً فلا شبهة فى بقاء حق الاختصاص فى تلك العين للضامن كما هو المختار عندنا ، أو للمالك كما هو المختار عند المصنف . وإنما البحث فى منشأ هذا الحق ، مع ان العلاقة الثابتة بين المال ومالكه - وهى الاضافة الملكية - قد زالت على الفرض ، ولم تحدث هنا علاقة اخرى لكى نسميها بحق الاختصاص . ومع الشك فى حدوثها فاصالة

العدم محكمة .

وتحقيق البحث هنا يقع في نواحي شتى :

الناحية الأولى : فيما استدل به على منشأ حق الاختصاص . وقد استدل

عليه بوجوه عديدة :

الوجه الأول : أن حق الاختصاص سلطنة خاصة في الأموال في عرض

الملكية وقبالها ، فإذا زالت الملكية عن مستقرها بقي الحق على حاله ، ضرورة أن كلا منهما ناشئ من سبب خاص ، لاصلة لأحدهما بالآخر .

ويتوجه عليه : أن هذه الدعوى وإن كانت ممكنة في مقام الثبوت ولكن

لادليل عليها في مقام الإثبات .

الوجه الثاني : أن حق الاختصاص مرتبة ضعيفة من الملكية ، فإذا

ارتفعت الملكية بمجدها الأقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة التي نسميها بحق

الاختصاص ، بديهية أن المرتبة القوية وإن كانت تستلزم المرتبة الضعيفة في

الثبوت ، ولكنها لا تستلزمها في الزوال ، ويتضح ذلك بملاحظة الألوان

والكيفيات ، حيث تزول عنها المرتبة الشديدة ، وتبقى المرتبة الضعيفة

على حالها .

ويرد عليه : أن الملكية سواء أ كانت حقيقية أم كانت اعتبارية ليست

بقابلية للشدة والضعف ، وإنما هي أمر بسيط ، فإذا زالت زالت برأسها ، وعليه

فلا يبقى - هنا - شيء لسكى يسمى بحق الاختصاص .

أما ما ذكره غير واحد من الأعلام كالسيد وغيره من أن الحق مرتبة

ضعيفة من الملك . فاعلم مرادهم من ذلك هو أن الملك والحق كليهما من مقولة

السلطنة ، ولكن الملك سلطنة قوية ، والحق سلطنة ضعيفة ، بمعنى : أن صاحب

الحق مالك لشيء يرجع أمره إليه كالملكية الملاك لأملاكهم . وبديهي أن هذا

المعنى أمر آخر وراء اختلاف حقيقة الملك بالشدّة والضعف ، والكمال والنقص نظير اختلاف الألوان والكيفيات بذلك ، وإذن فشان المقام شأن تسمية الرجحان الضعيف - في مبحث الأوامر - استحباباً والرجحان الشديد وجوباً ، وهكذا تسمية المرجوحية الضعيفة - في باب النوامى - كراهة ، والمرجوحية الشديدة حرمة ، وهذا شيء آخر غير كون الاستحباب مرتبة ضعيفة من الوجوب ، وكون الكراهة مرتبة ضعيفة من الحرمة وهذا ظاهر .  
الوجه الثالث : أنه ثبت في الشريعة المقدسة حرمة التصرف في مال غيره إلا بطيب نفسه ورضاه . وقد دلت على ذلك السيرة القطعية وجملة من الأخبار ( ١ ) فإذا ارتفعت الملكية والمالية ، ولكننا شككنا في ارتفاع الحكم المذكور ، فإن الاستصحاب يقتضى الحكم ببقائه .

ولكن يتوجه عليه : أن موضوع الحكم بجرمة التصرف في مال غيره - في السيرة والروايات - إنما هو عنوان مال الغير وعنوان مال المسلم . ومن الواضح أن الشيء إذا سقط عن المالية سقطت عنه حرمة التصرف أيضاً . لاستحالة بقاء الحكم بعد زوال موضوعه ، بل يرتفع الحكم المزبور وإن كان ذلك الشيء باقياً على ملكيته ، إذ لم يدلنا دليل على حرمة التصرف في ملك غيره كدلالته على حرمة التصرف في ماله ، وعليه فيسقط الحكم المذكور عن الشيء مع بقاءه على صفة الملكية ، وكيف إذا زالت عنه الملكية أيضاً . نعم إذا كان الموضوع في الاستصحاب ذات المال المضاف الى الغير أعني به المادة والهيولى جرى الاستصحاب هنا ، ضرورة بقاء الهيولى بعد تبدل الصورة النوعية الأولى بصورة نوعية أخرى .

ولكن يتوجه عليه : أن مثل هذه الموضوعات ليست بامور عرفية

(١) قد ذكرنا هذه الروايات في الجزء الثانى ص ١٣٨ .

لسكى يجرى فيها الاستصحاب ، بل هي امور فلسفية ، ومن الظاهر أن الأحكام الشرعية لا تبني على التديقات الفلسفية .

ومن هنا اتضح لك فساد ما ذكره المصنف ، فانه بعد مناقش في الاستصحاب قال : ( إلا أن يقال : إن الموضوع في الاستصحاب أمر عرفي ) .

أضف الى ذلك : أن الاستصحاب لا يجرى في الأحكام السكوية الالهية لمعارضتها دائماً بأصالة عدم الجعل ، وقد حققناه في علم الاصول الوجه الرابع : دعوى الاجماع على بقاء حق الاختصاص في الأعيان بعد زوال ملكيتها .

ولسكن هذه الدعوى جزافية ، لأن إثبات الاجماع التعبدى هنا مشكل جداً ، إذ من المحتمل أن المجمعين قد استندوا في ذلك الى الوجوه المزبورة ، واذن فلا يكون الاجماع - هنا - اجماعاً تعبدياً مستنداً الى رأى المعصوم (عليه السلام) الوجه الخامس : دلالة المرسله المعروفة بين الفقهاء (من حاز ملك) وقوله (ص) (من سبق الى مالم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) على ثبوت حق الاختصاص في الأشياء التي سقطت عنها المالمية .

والجواب عن هذا الوجه : أن حديث الحيابة وإن اشتهر بين الفقهاء ولسكننا لم نجدها في اصول الحديث للخاصة والعامة والظاهر أنه قاعدة فقهية متصيدة من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة كاحياء الموات والتحجير وغيرهما .

ولو سلطنا كون ذلك رواية ولسكن لادلالة فيه الاعلى ثبوت مالكية المحيز للمحاز فلا صلة له بما نحن فيه .

ويضاف الى ذلك أنه مرسل فلا يمكن الاستناد اليه في اثبات الحكم الشرعي أما حديث السابق فيتوجه على الاستدلال به أولاً أنه ضعيف السند

وغير منجبر بشيء .

ثانياً : انه مختص بالمباحات الأصلية ، وبالأموال التي أعرض عنها ملاكها - على القول بجواز اعراض المالك عن ماله - وبساتر الموارد المشتركة بين المسلمين ، بأن يكون لكل واحد منهم حق الانتفاع بها - كالأوقاف العامة من المساجد والمشاهد والمدارس والرباط وغيرها - فاذا سبق اليها أحد من الموقوف عليهم ، وأشغلتها بالجهة التي انعقد عليها الوقف حرمت على غيره مزاحمته في ذلك .

وإذا عممناه إلى موارد الحيابة فانما يدل على ثبوت الحق الجديد للمحيز في المحاز ، ولا يدل على بقاء العلقة بين المالك وملكوته بعد زوال المملكية . فتحصل أن الحديث المذكور أجنبى عما نحن فيه بالسكينة لأن شيئاً من موارده لم يحرز في المقام وعلى هذا فلو حاز أحد ميتة حيوان لأحد وشك في كونها ملكاً له أم لا فان الأصل عدم صيرورته ملكاً له . إلا أن يقال : إن موضوع دليل السبق إنما هو الشيء الذي لا يكون مورداً لحق أحد أو ملكه فانه حينئذ يمكن احراز ذلك بالأصل . ولكن دون اثباته خرط القتاد .

والتحقيق : أن حق الاختصاص أمر ثبت بالسيرة الشرعية والعقلانية فانها قائمة على ثبوت ذلك للمالك في أملاكهم التي سقطت عن المالية والمملكية بالجهات العارضة ، كالماء على الشط والحيوان المملوك إذا مات ، والأراضي المملوكة إذا جعلها الجائر بين الناس شرعاً سواء ، كان يأخذها من ملاكهم غضباً ويجعلها طرائق وشوارع ، كما هو مرسوم البلدان في العصر الحاضر . وقد قامت السيرة الشرعية والعقلانية على المنع عن مزاحمة الأجانب عن تصرف الملاك في اشباه الامور المزبورة مالم يعرض عنها ملاكها .



ج ٣ ماهو حكم المغصوب إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ٢٢٩

ومن هنا لو مات حيوان أحد ثم احتبي بدعاه نبي أو وصيه ، فإنه لا يتوم أحد كونه من المباحات الأصلية ، وإن المالك وغيره متساويان فيه ، بل يحكم العقلاء والمنتشرة بأن ذلك الحيوان ملك للمالك الأصلي . وكذلك الخل إذا صار خمرأ ثم عاد خلا وهذا واضح لا يحتاج الى مزيد بيان وإقامة برهان .

## ماهو حكم المغصوب

إذا خرج عن صورتها النوعية ثم رجع إليها ؟

الناحية الثانية : أنه إذا أخذ الغاصب مال غيره . ثم أخرجه عن صورته النوعية الأولى إلى الصورة النوعية الأخرى . ثم أرجعه إلى سيرته الأولى ، فهل يضمن بدله من المثل أو القيمة ، أم يجب عليه وقتئذ رد العين المغصوبة بنفسها ؟ . ومثال ذلك هو أن يغصب خل غيره فصيرة خمرأ ، ثم انقلبت الخمر خلا . قد يقال بضمان البديل بداهة أن المغصوب غير موجود بعينه ، لانعدامه بزوال صورته النوعية ، والموجود ثانياً غيره ، لتخلل العدم بينهما ، ومن البين أن المعدوم لا يعاد .

وقد يقال بضمان العين نفسها ، لأن الموجود ثانياً عين الأول في نظر أهل العرف . والتحقيق : أن - هنا - مسألتين : أحدهما قبل أداء البديل . والثانية بعد أدائه . أما المسألة الأولى فالظاهر أنه يجب على الغاصب أداء العين نفسها ، لما ذكرناه مراراً من أن الثابت في الذمة ابتداءً إنما هو نفس العين ، فيجب عليه ردها على مالكها ، وإذا تلفت العين انتقل الضمان الى بدلها من المثل أو القيمة ومن الظاهر أنه إذا عادت العين ثانياً فثبوت الضمان فيها أولى من ثبوته في بدلها . لكونها جامعة لجميع الخصوصيات التي كانت موجودة في العين المغصوبة بداهة . ولا يفرق في ذلك بين كون العائد عين الأول أو غيره .

أما المسألة الثانية فالظاهر أنها من صغريات ما أسلفناه قريباً من أن العين إذا تلفت وأعطى الغاصب بدلها للمالك سقط ضمانه بنفس العين على وجه الاطلاق وان رجعت ثانياً الى نظام الوجود .  
والوجه في ذلك : هو أن أدلة الضمان من السيرة وغيرها قد سقطت كلها بمجرد أداء البدل . وليس - هنا - دليل آخر يقتضى الضمان بالعين ثانياً .

## ماهو حكم حق الاختصاص

بعد أداء البدل ؟

الناحية الثالثة : أنك قد عرفت قريباً ثبوت حق الاختصاص في العين التي سقطت عن المالكية ، وخرجت عن الملاكية ، ولا ريب في أن هذا الحق للمالك قبل أن يأخذ البدل من الغاصب . وإنما البحث في أن الحق المزبور هل ينتقل الى الغاصب بعد أداء البدل أم يبقى للمالك فقط ؟ .  
ظاهر المصنف هو الثاني وأيد رأيه هذا بأنه لو صار الخل المغصوب خمرأ ثم انقلبت الخمر خلا لوجب رده الى مالكه بلا خلاف في ذلك .  
ووجه التأيد ، أن لزوم رد الخل المزبور الى مالكه ليس إلا من جهة بقاء حقه فيه الذي يسمى بحق الاختصاص .

وقد أجاب شيخنا المحقق عن هذا التأيد بأن وجوب رد الخل الى مالكه لا يكشف عن بقاء حق الأولوية 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 .  
والسر في ذلك أن الملاكية يتسبب من الأسباب العديدة - كالارث والبيع والهبة والصلح والحيازة - ومن المعلوم أن هذه الأسباب إذا اقترنت بمانع سقطت عن التأثير ، وإذا ارتفع ذلك المانع أثرت أثرها وعليه فما يقتضى

حدوث الملكية - في المثال المزبور - من العقد وغيره باق على حاله ، ولما سكته سقط عن التأثير بقاء لاقتراانه بالمانع وهو انقلاب الخل خمراً ، فاذا زال المانع أثر المقتضى أثره من دون أن يثبت - هنا - حق الأولوية عند سقوط المقتضى عن التأثير . انتهى ملخص كلامه .

والجواب عن ذلك : أن الملكية من الأحكام الشرعية وهي غير مسببة عن الموجودات الخارجية ، وإنما هي فعل اختياري للولي وتابع لسلفية جعله من حيث السعة والضيق ، وعليه فإسراء أحكام المقتضيات الخارجية والموانع التكوينية إلى الأحكام الشرعية بلا موجب ، بل المتبع في هذه الموارد دلالة الدليل ، ومن الواضح أن الدليل قد دل على أن الخل يملك بالهبة والارث ونحوهما ، ولما سكته إذا انقلب خمراً خرج عن الملكية وحينئذ فلو عاد إلى حالته الأولى كان الحكم بملكه للمالك الأول محتاجاً إلى دليل وهو منفي في المقام .

## هل يعود البديل إلى الضامن

بعد تمكنه من البديل ؟

٩ - هل الغرامة المدفوعة تعود إلى الغارم بمجرد طرو التمكن ؟

ذكر المصنف أنه إذا تمكن الغاصب من رد العين المغصوبة إلى مالكها وجب عليه ذلك وجوباً تكليفاً فقط . ولا تكون عليه عهدة جديدة بالنسبة إلى العين وراء العهدة السابقة التي أفرغها بأداء البديل وإذا أعطاه مالكها الأول عادت الغرامة إلى ملك الضامن ثانياً ، لأنها كانت بدلاً عن السلطنة الفائتة ، والمفروض عودها إلى مالكها برد العين ، ولو تسامح الضامن في دفع العين بعد تمكنه منها لجاز للمالك مطالبتها ، لعموم قوله (ص) : إن الناس مسلطون على أموالهم ولا يجوز للضامن حبس العين ومطالبته بالغرامة من المالك لأن

البديل انما كان بدلا عن السلطنة الفاتئة لا عن القدرة على دفع العين فحق ما لم ترجع السلطنة لا يكون للضامن حق في مطالبة الغرامة . وإذا تلفت العين قبل دفعها الى مالكيها استقر ملك مالكيها على الغرامة .

أقول : قد عرفت فيما سبق آتفاً : أن الالتزام بصيرورة الغرامة بدلا عن نفس العين لا يتفق مع الالتزام بجواز مطالبة المالك العين من الغاصب بعد التمكن منها ، فان ذلك التزام بالمتناقضين ، فاذا كان دليل بدل الحيولة ما يقتضى تحقق المعاوضة بينه وبين العين - كدليل ضمان اليد ونحوه - فلا شبهة عند في انقطاع حق المالك عن العين انقطاعاً دائماً ، ولا يجوز له أن يطالبها من الضامن في أى وقت من الأوقات .

نعم اذا كان المدرك لذلك ما يقتضى وقوع البديل بازاء السلطنة دون العين وجب على الغاصب رد العين على مالكيها بمجرد تمكنه منها ، وجاز للمالك أن يطالبه بنفس العين ، لعدم تحقق المعاوضة بينها وبين البديل لسكى يمنع ذلك عن وجوب رد العين على مالكيها .

ولسكنه مع ذلك لا يجوز للمالك أن يتصرف في البديل في فرض جواز مطالبة بنفس العين ، لأننا لو سلمنا كون البديل بدلا عن السلطنة الفاتئة ، إلا انه بدل عنها حال التعذر من مطالبة العين ، لا مطلقاً ، فاذا ارتفع التعذر زالت البدية . ومن ثم إذا حصل التعذر ثم ارتفع قبل أداء البديل لم يكن للمالك مطالبة البديل بلا إشكال .

وعلى ذلك فلا بد من الالتزام برجوع البديل الى ملك الغاصب ، وضمان الغاصب العين بضمان جديد بالمثل أو القيمة .

## ختم البحث في بدل الحيلولة

قوله : ( ولذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة ) . أقول : غرضه من هذه العبارة أن بدل الحيلولة إنما هو بدل عن السلطنة على الانتفاع من العين التي فاتت بتعذر العين ، لأنه بدل عن مطلق السلطنة حتى السلطنة على المطالبة لكي يسقط ذلك - أيضاً - بعد تمكن الضامن من رد العين . ولذا لا يجوز لغير المالك أن يتصرف فيها بمجرد بذل الغرامة وبدل الحيلولة .

وعلى هذا فلا تنافي هذه العبارة مع ما ذكره رحمه الله سابقاً من أن البديل بدل عن السلطنة ، فإن مراده في كلا الموضوعين هو ما ذكرناه .

ثم إنك قد عرفت أنه على القول بثبوت بدل الحيلولة فإنه لا يثبت إلا في الموارد التي يتعذر الوصول إلى العين ، بحيث لا يتمكن المالك من الانتفاع بها ، وقد تقدم ذلك قريباً . وهذا لا يجري في صورة امتزاج العين بدين أخرى ، ضرورة إمكان الانتفاع بها ، غاية الأمر كون العين الممزوجة مشتركة بين المالكين وعليه فيجب على الغاصب إعطاء الأرض للمالك ، لأن الشركة عيب في العين المغصوبة .

ثم إن المناط في ثبوت بدل الحيلولة - على القول به - إنما هو عدم تمكن الغاصب من رد العين على مالها سواء أكان المالك بنفسه متمكناً من ذلك أم لا ، ضرورة أن وضع اليد على مال الغير سبب لثبوت ضمانه على الآخذ ، لقاعدة ضمان اليد ، وإذا تلف وجب عليه بدله الحقيقي من المثل أو القيمة ، ومع ضياعه أو اغتراقه في البحر وجب عليه بدل الحيلولة . واذن فتمكن المالك من الوصول إلى ماله لا يرفع الضمان عن الغاصب وهذا واضح لا ريب فيه .

## نقل الاقوال حول تصرفات الصبي

قوله : ( المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي ) .  
 أقول : المشهور بين أصحابنا رضوان الله عليهم هو بطلان عقد الصبي :  
 فمن الشيخ في المبسوط والخلاف : أنه لا يصح بيع الصبي ، ولا شراؤه  
 أذن له الولي أم لم يأذن .

وعن الغنية دعوى الاجماع على ذلك .

وعن العلامة في التذكرة : أن الصبي محجور عليه بالنص والاجماع ،  
 سواء أكان مميزاً أم لا ، وهو محجور عن جميع تصرفاته الا ما استثني ، كعبادته  
 واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وايصال الهدية واذنه في الدخول على  
 خلاف في ذلك .

وعن الشهيد : أنه نسب الى المشهور بطلان معاملات الصبي .

نعم عن الشيخ وبعض آخر : أنه يجوز بيع الصبي اذا بلغ عشر سنين .  
 أما جواز تصرفه عند العامة فقيه تفصيل المذاهب (١) .

(١) الحنفية قالوا : إن الصبي إذا كان غير مميز لا ينعقد شيء من تصرفه .  
 اما إذا كان مميزاً فتصرفه على ثلاثة اقسام ، لأنه إما ان يكون ضاراً بماله ضرراً بيناً  
 - كالطلاق والعناق والقرض والصدقة - وإما ان يكون نافعاً بيناً - كقبول الهدية  
 والدخول في الاسلام - وإما ان يتردد بين النفع والضرر - كالبيع والشراء - اما  
 الأول فلا شبهة في عدم نفوذه وإن اجازه الولي واما الثاني فلا شبهة في نفوذه وإن  
 لم يجزه الولي .

اما الثالث فينعقد موقوفاً على إجازة الولي ، وليس للولي ان يجيزه إذا كان

فيه غبن - فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٣ .

وعن المالكية انه إذا تصرف الصبي المميز يبيع وشراء ونحوهما من كل عقد  
 فيه معاوضة فإن تصرفه فيه يقع موقوفاً . ثم إن كانت المصلحة في إجازته تعين على -

## بحث في إسلام الصبي

هل يقبل إسلام الصبي ، وأنه يخرج بذلك عن تبعة العمودين الكافرين أم لا ؟ .

قد ذهب الى هذا الرأي جمع من الأصحاب . وخالف فيه صاحب الجواهر ، حيث أنكر توجه الواجبات العقلية الاصولية على الطفل ، كما أن الواجبات الشرعية لا تتوجه عليه ، بل نسب القول بذلك الى الاجتهاد في مقابل النص ، ثم قال : وأما قبول إسلام على ( ع ) فهو من خواصه . انتهى ملخص كلامه .

وقد عرفت - في الحاشية - عن الشافعية : أنه اذا نطق ولد الكافر بالاسلام لم ينفع إسلامه .

ولكن الظاهر هو الأول . وذلك لأن الكفر والاسلام أمران واقعيان يصدران من كل مميز وإن لم يكن بالغاً ، ومن هنا يعنون ولد الكافر

- الولي ان يجيزه ، وإن كانت المصلحة في رده تعين على الولي ان يرده . فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٤ .

وعن الشافعية : انه لا يصح تصرف الصبي سواء كان مميزاً او غير مميز ، فلا تتعد منه عبارة ، ولا تصلح له ولاية ، لأنه مسلوب العبارة والولاية . فاذا نطق ولد الكافر بالاسلام لم ينفع اسلامه ، ولو تولى نكاحاً لا يتعقد ، إلا ان الصبي المميز تصح عبادته ، كما يصح إذنه للغير بدخول الدار - فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٥ .

وعن الحنابلة : ان تصرف الصبي الذي لا يميز باطل مطلقاً . اما الصبي المميز فانه يصح إذا اذنه الولي . فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٦ .

بمنوان أبيه ، ويطلق المجوسي على ولد المجوسي . ويقال النصراني لولد النصراني .  
ويطلق اليهودي على ولد اليهودي . وهكذا كما أنه يطلق المسلم على ولد المسلم .  
ويضاف الى ذلك : أن الاسلام يدور مدار الاقرار بالشهادتين ،  
وبذلك يحرم ماله ودمه . والروايات الدالة على هذا متظافرة من الفريقين (١)

(١) عن سماعة عن الصادق (ع) : الاسلام شهادة ان لا إله إلا الله ،  
والنصديق برسول الله (ص) ، به حقت الدماء ، وعليه جرت المناكح والمواريث  
وعلى ظاهره جماعة الناس . اصول الكافي ج ٢ من ط ٢ ص ٢٥ .

وعن سفیان بن السمط عن الصادق (ع) : الاسلام هو الظاهر الذي عليه  
الناس شهادة ان لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وان محمداً عبده ورسوله ، وإقام  
الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، وصيام شهر رمضان ، فهذا الاسلام . اصول  
الكافي ج ٢ من ط ٢ ص ٢٤ .

وعن ابي هريرة انه قال رسول الله (ص) : امرت ان اقاتل الناس  
حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، فمن قال : لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه  
وحسابه على الله . صحيح البخاري باب قتل من أبي قبول الفرائض ص ٥٠ .

وعنه عن رسول الله (ص) قال : اقاتل حتى يشهدوا ان لا إله إلا الله ،  
ويؤمنوا بي ، وبما جئت به ، فاذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم واموالهم إلا بحقها  
وحسابهم على الله . صحيح مسلم باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله  
محمد رسول الله . ج ١ ص ٣٩ .

وعن اوس الثقفي ، قال : دخل علينا رسول الله (ص) ونحن في قبة في مسجد  
المدينة ، فأناه رجل فسار به شيء لاندري مايقول ، فقال (ص) : اذهب قل لهم  
يقتلوه . ثم دعاه فقال : لعله يشهد ان لا إله إلا الله ، واني رسول الله . قال : نعم  
فقال : اذهب فقل لهم يرسلوه ، امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا إله إلا  
الله ، واني رسول الله ، فاذا قالوها حرمت علي دماؤهم واموالهم إلا بحقها ، وكان  
حسابهم على الله . كنز العمال في حكم الاسلام ، طبعة دائرة المعارف العثمانية ج ١ ص ٢٧٥



فان إطلاق هذه الروايات يشمل البالغ وغيره . إذ لا ينبغي الاشكال في قبول اسلام الصبي المميز ، والحكم بترتب أحكام الاسلام عليه ، لأن المدار في ذلك إنما هو اظهار الشهادتين ، بل قد يكون بعض الاطفال أقوى ايماناً من أكثر البالغين ، و متمكناً من الاستدلال على وجود الصانع ، وارساله الرسل وازاله الكتب على نحو لا يتمكن منه إلا الخواص .

نعم لا تترتب الأحكام الالزامية على صغارهم وان كانوا مميزين ، وهكذا طفل المسلم اذا ارتد عن دينه ، وذلك لرفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، كما ارتفع قلم التكليف عن أولاد المسلمين ما لم يصلوا الى حد البلوغ .

وعلى الجملة : إن مقتضى الاطلاقات هو الحكم باسلام الصبي المميز اذا أظهر الاسلام ، كما أن مقتضاها هو الحكم بكفر ولد المسلم اذا أظهر الكفر ، وكان مميزاً . نعم لا يحكم عليه بأحكام الارتداد ، لرفع القلم عنه .

قيل : ان الحكم باسلام ولد المسلم وكفر ولد الكافر ليس من جهة الاعتناء باسلام الأول ، ولا من جهة الاعتناء بكفر الثاني ، بل لأجل التسمية التي هي من المسلمات بين الفقهاء ، ومن محكمات الفقه التي لا تشوبها شائبة خلاف ، بل ادعى غير واحد من الأعلام الاجماع على ذلك .

ويضاف الى ذلك قيام السيرة المستمرة على ترتب آثار الكفر على أولاد الكفار من الأسر والتملك ونحوهما .  
على أن ذلك مقتضى جملة من الروايات (١) .

(١) روى وهب بن وهب عن جعفر بن محمد ، عن ابيه عليهما السلام قال : قال علي (ع) : اولاد المشركين مع آبائهم في النار ، واولاد المسلمين مع آبائهم في الجنة . ضعيف بوهب بن وهب .

وعن عبد الله بن سنان ، قال : سألت ابا عبد الله (ع) عن اولاد ..

والجواب عن ذلك : أن المقدار المتيقن من الاجماع والسيرة إنما هو الطفل غير المميز ، والذي لا يتمشى منه الاسلام والكفر .  
أما ولد الكافر المميز المظهر للاسلام فلا اجماع ولا سيرة على المعاملة معه معاملة الكافر . وكذلك ولد المسلم اذا أظهر الكفر وهو مميز ، فانه لا دليل على المعاملة معه معاملة الاسلام من الحكم بطهارته ، ووجوب تجهيزه اذا مات .

أما الروايات المتقدمة فهي لا تتفق ومذهب الامامية ، بديهية أن كل أحد إنما يؤاخذ بعمل نفسه : إن خيراً فخير ، وإن شراً فشر ، فالله تعالى لا يؤاخذ عبداً بمجرد علمه بأنه يعمل المعاصي ، ويرتكب الخبائث ، بل لا بد وأن يتركه حتى يبلغ ، ويختبر ، ثم يؤاخذ به عمله لكي لا تكون له على الله حجة ، بل تكون لله عليه الحجة البالغة ، ويهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حي عن بينة .

— المشركين يموتون قبل ان يبلغوا الحنث ؟ قال : كفار والله اعلم بما كانوا عاملين يدخلون مداخل آبائهم . صحيحة .

الحنث : الذنب والاثم . الفقيه ط النجف ج ٣ ص ٣١٧ . والوافي ج ١٣ ص ١٠٠  
وفي حديث آخر : اما اطفال المؤمنين فيلحقون بأبائهم ، واولاد المشركين يلحقون بأبائهم ، وهو قول الله عز وجل : « يايمان ألقنا بهم ذريتهم . » رسالة .  
الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ والوافي ج ١٣ ص ١٠٠ .

وعن ابي بكر الحضرمي عن ابي عبد الله ( ع ) في قول الله عز وجل :  
« والذين آمنوا واتبعتم ذريتهم بايمان ألقنا بهم ذريتهم » قال : قصرت الأبناء عن عمل الآباء ، فألحق الله عز وجل الأبناء بالآباء لتقر بذلك اعينهم . مجهولة بالحضرمي . توحيد الصدوق ، باب في الأطفال ص ٤٠٤ .

ومن هنا قد ورد في روايات كثيرة (١) أن الله تعالى يمتحن الأطفال

(١) عن زرارة ، عن أبي جعفر (ع) قال : سألت هل سئل رسول الله (ص) عن الأطفال ؟ فقال : قد سئل فقال : الله اعلم بما كانوا عاملين .

ثم قال : يزرارة هل تدري قوله : الله اعلم بما كانوا عاملين قلت : لا . قال : لله فيهم المشية ، انه اذا كان يوم القيامة جمع الله عز وجل الأطفال ، والذي مات من الناس في الفترة ( اي ما بين رسولين من رسل الله ) والشيخ الكبير الذي ادرك النبي (ص) وهو لا يعقل ، والاصم ، والأبكم الذي لا يعقل ، والمجنون ، والأبله الذي لا يعقل ، وكل واحد منهم يحتاج على الله عز وجل ، فيبعث الله اليهم ملكاً من الملائكة فيؤجج لهم ناراً ، ثم يبعث الله اليهم ملكاً فيقول لهم : إن ربكم يأمركم ان تثبوا فيها ، فن دخلها كانت عليه برداً وسلاماً ، وادخل الجنة ، ومن تخلف عنها دخل النار . حسنة براهيم بن هاشم . فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٢٤٨ .

وعن عبد الله بن سلام مولى رسول الله (ص) قال : سألت رسول الله فقلت : اخبرني ايعذب الله عز وجل خلقاً بلا حجة ؟ فقال : معاذ الله . قلت : فأولاد المشركين في الجنة ام في النار فقال : الله تبارك وتعالى اولى بهم ، انه اذا كان يوم القيامة ، وجمع الله عز وجل الخلائق لفصل القضاء ، يأتي بأولاد المشركين ٠٠٠ فيأمر الله عز وجل ناراً يقال لها الفلق اشد شيء في جهنم عذاباً فيخرج من مكانها سوداء مظلمة بالسلاسل والأغلال ٠٠٠ ثم يأمر الله تبارك وتعالى اطفال المشركين ان يلقوا انفسهم في تلك النار ، فن سبق له في علم الله عز وجل ان يكون سعيداً القى نفسه فيها ، فكانت عليه برداً وسلاماً ، كما كانت على علي ابراهيم (ع) ومن سبق في علم الله عز وجل ان يكون شقيماً امتنع ولم يلق نفسه في النار ، فيأمر الله تبارك وتعالى النار فتلقطه لتركة امر الله وامتناعه من الدخول فيها فيكون تبعاً لآبائه في جهنم وذلك قوله عز وجل « فمنهم شقي وسعيد »

توحيد الصدوق باب في الأطفال ص ٤٠٠ -

الذين ماتوا قبل أن يبلغوا بالنار . ولا يلحقون بأبائهم بغير حجة وامتحان لأنه تعالى لا يعذب خلقاً بلا حجة .

ولو سلمنا موافقة الأخبار المذكورة مع مذهب الامامية . ولكن لانسلم دلالتها على كون أولاد الكفار كفاراً ، وأولاد المسلمين مسلمين من جهة التبعية ، بل مفادها أن مداخل أولاد الكفار مداخل آبائهم في دار الآخرة ، وأنهم يعاقبون معهم في الجحيم ، لأن الله تعالى يعلم أن أولاد الكفار كأبائهم في خيب الباطن ، وسوء السريرة ، وفساد النية ، وارتكاب القبائح ، كما أن أولاد المؤمنين مداخلهم مداخل آبائهم ، لأنه تعالى يعلم أنهم كأبائهم في حسن نياتهم ، وصفاء باطنهم ، وصدور الخير منهم . ولا شبهة في أن هذا المعنى غير مربوط بالتبعية المزبورة .

وربما يتوهم : أن حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل ( سنذكره قريباً ) كما يدل على رفع الأحكام الفرعية - كوجوب الصوم والصلاة والحج وغيرها - كذلك يدل باطلاقه على رفع الأحكام الأصلية - أيضاً - وعليه فلا اعتبار بكفر الأطفال ، ولا باسلامهم .

والجواب عن ذلك : أن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الالزامية عن الصبي امتناناً عليه ، فلا يشمل إسلامه ، إذ ليس في رفعه منة عليه ، وكذلك كفره فإنه لا يرتفع بحديث الرفع ، فإن الحكم بكفره ونجاسته - مثلاً - موضوع لأحكام إلزامية بالنسبة إلى المكلفين ، ولا ترتفع تلك الأحكام بحديث الرفع .

نعم الأحكام الالزامية المترتبة على الكفر ترتفع عن الصبي لاحالة .

- والى غير ذلك من الروايات الكثيرة بل المتواترة الدالة على ان الأطفال الذين ماتوا قبل البلوغ يمتحنون بالنار ولا يلحقون بأبائهم بلا حجة وامتحان .

ومن هنا لا يحكم عليه بأحكام الارتداد ، فلا تبين زوجته منه - مثلاً - مالم يبلغ مرتداً .

وبما ذكرناه ظهر لك : أنه لو ارتد ولد المسلم ثم مات لم يجب تنسيه ، ولا سائر تجهيزاته ، فإنها مترتبة على الاسلام ، والمرتب ليس بمسلم .

هل ترتفع - عن الصبي بحديث الرفع - الأحكام الفرعية التي هي كالأسباب بالنسبة الى مسيبتها - كالنجاسة والجنابة ونحوهما - أم لا .

الظاهر أنها لا ترتفع بالحديث المزبور ، لأن الحكم المرفوع بذلك لا بد وأن يكون مترتباً على فعل الصبي بما هو فعله ، وحينئذ فلا يشمل ذلك أمثال الامور المذكورة ، لأنها مترتبة على عنوان خاص . كالنجاسة المترتبة على عنوان الملاقاة ، والجنابة المترتبة على عنوان الوطى .

وعليه فاذا لاقى بدن الانسان جسماً نجساً جهلاً لم يمكن الحكم بعدم تأثير النجاسة فيه من ناحية حديث الرفع ، فان تنجس الملاقى لم يترتب على الملاقاة بما هو فعل الانسان ، لسكى يرتفع ذلك بحديث الرفع ، بل هو مترتب على نفس الملاقاة .

ومن هنا لا يفرق في تحقق النجاسة بين كون الملاقاة بالارادة والاختيار وبين كونها بالجهل ، أو الغفلة ، أو النسيان ، أو بالقهر .

## هل تصح عبادات الصبي ؟

العبادات إما واجبة أو مستحبة :

أما العبادات المستحبة فلا شبهة في صحتها عن الأطفال لأن أدلتها تشملهم كشمولها للبالغين ، وهذا ظاهر لا شبهة فيه .

وإنما البحث في أنه هل - هنا - تناف بين أدلة المستحبات، وبين ما دل على رفع القلم عن الصبي لكي يقدم الثاني على الأول بالحكومة أم لا؟ الظاهر أنه لا تنافي بينهما. ضرورة أن المراد من رفع القلم إنما هو قلم التكليف، ومن البين أنه لا تكليف في المستحبات حتى يرتفع بذلك.

وقد يتوهم: أن المراد من رفع القلم هو رفع الكتابة والجعل بمعنى: أنه لم يكتب عليهم حكم من الأحكام الشرعية، فالحكومة على حالها. ولكنه توهم فاسد، لأنه خلاف الظاهر من دليل رفع القلم عن الصبي لأنه إنما ورد في مقام الامتنان، ومن الظاهر أنه لا امتنان في رفع المستحبات أما العبادات الواجبة فربما يتوهم: أن المرتفع منها بدليل رفع القلم عن الصبي إنما هو الإلزام فقط، وأما مطلوبيتها فهي باقية على حالها، وعليه فتصح عبادات الصبي.

ولكن يتوجه عليه: أن قلم الرفع إنما تعلق بما تعلق به قلم الوضع، ومن الواضح أن المجمعول أمر بسيط غير قابل للتقسيط. وكذلك المرفوع. بل قد ذكرنا في محله: أن صيغة الأمر وما في معناها موضوعة لابرار اعتبار المادة على ذمة المكلف فقط، وأما الوجوب فانه نشأ من ناحية العقل الحاكم بوجوب إطاعة المولى ما لم يرخص في الترك. فما هو قابل للرفع والوضع شرعا هو نفس الاعتبار، دون الوجوب المترتب عليه.

والتحقيق: أن يستدل على مشروعية عبادات الصبي بالروايات (١)

(١) عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) عن أبيه، قال: إنا نأمر صبيانا بالصلاة إذا كانوا بني خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بني سبع سنين ونحن نأمر صبيانا بالصوم إذا كانوا بني سبع سنين بما اطاقوا من صيام اليوم، إن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش -

الدالة على الأمر بأمر الصبيان بالصلاة والصوم ، وقد ذكرنا في مبحث الأوامر من علم الأصول أن الأمر بالأمر بالفعل حقيقة ، إذ الغرض منه ليس إلا تحقق ذلك الفعل في الخارج ، فيكون الأمر بالأمر طريقاً إليه ، إلا أن تكون هنا قرينة جالية أو مقالية تدل على الموضوعية ، ولكنها متفية في تلك الروايات .

ويضاف الى ذلك : أنه ورد في جملة أخرى من الروايات (١) تكليف

– والغرث افطروا حتى يتعودوا الصوم ويطبقوه ، فروا صبيانكم اذا كانوا بني تسع سنين بالصوم ما استطاعوا من صيام اليوم ، فاذا غلبهم العطش افطروا . حسنة ابراهيم بن هاشم . فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٤٠٩ والوسائل باب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم ، وباب ٣ من ابواب اعداد الفرائض . وعن الراوندي باسناده عن رسول الله (ص) انه قال : مروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا ابناء ست سنين .

وعن الجعفریات باسناده عن النبي (ص) انه قال : مروا صبيانكم بالصلاة اذا كانوا ابناء عشر سنين . المستدرک ج ١ ص ١٧١ .

(١) عن الفضل بن يسار ، قال : كان علي بن الحسين (ع) يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب والعشاء . فروع الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٤٠٩ وعن محمد بن مسلم ، عن احدهما في الصبي متى يصلي ! قال : اذا عقل الصلاة قلت : متى يعقل الصلاة وتجب عليه ؟ قال : لست سنين . صحيحة .

هذه الرواية محمولة على الاستحباب لما دل على عدم وجوبها عليه . وعن عبد الله بن فضالة عن الصادق او الباقر (ع) في حديث قال : سمعته يقول : يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين ، فاذا تم له سبع سنين قيل له : اغسل وجهك وكفيك ، فاذا غسلها قيل له : صل ، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين ، فاذا تمت له علم الوضوء وضرب عليه ، وامر بالصلاة وضرب عليها . –

الصبيان بالصلاة والصوم والحج بغير عنوان الأمر بأمرهم بها ، فندل على مشروعية عباداته .

نعم قامت التريضة الخارجية على عدم إرادة الوجوب من تلك الروايات وهذه القرينة هي الأدلة الدالة على رفع التكليف عن الصبي حتى يحتمل . وإذن فالصبيان مأمورون بالعبادات كالبالغين ، فتكون عباداته مشروعة مستحبة .

## بحث في تصرفات الصبي مستقلا

يقع الكلام في معاملات الصبي - أعم من العقود والايقاعات - في أربع جهات :

الجهة الأولى - في جواز تصرفاته في أمواله مستقلا على وجه الاطلاق الظاهر أنه لا خلاف ولا اشكال في أنه لا يجوز للصبي الاستقلال في

- وعن اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله ( ع ) قال : اذا اتى على الصبي ست سنين وجب عليه الصلاة ؛ واذا اطاق الصوم وجب عليه الصيام . الوسائل باب ٣ من ابواب اعداد الفرائض .

هذه الرواية - ايضاً محمولة على الاستحباب لما عرفته قريباً .

وعن ابان بن الحكم قال : سمعت ابا عبد الله ( ع ) يقول : الصبي اذا حج به فقد قضى حجة الاسلام حتى يكبر .

وعن زرارة عن احدهما ( ع ) قال : اذا حج الرجل بابنه وهو صغير فانه يأمره ان يلبي ويفرض الحج ، فان لم يحسن ان يلبي لبوا عنه ، ويطاف به ، ويصلى عنه . الوافي ج ٨ باب ٢٣ حج المملوك والصبي ص ٥٢ . والى غير ذلك من الروايات المذكورة في المصادر المزبورة وغيرها .



التصرفات في أمواله بدون إذن الولي ، ولم يخالف في ذلك أحد فيما نعلم ، إلا الحنفية فانهم ذهبوا الى جواز استقلال الصبي في بعض التصرفات . وقد ذكرنا رأيهم في الحاشية آنفاً .

ويدل على رأينا هذا قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » (١) .

ووجه الدلالة هو أن الله تعالى سجل اعتبار الرشد في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلاً بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه ، ومن الواضح جداً أنه لو كان الرشد بوحده كافياً في جوازها بدون إذن الولي لكان اعتبار البلوغ في ذلك قبل الرشد لغواً محضاً ، فيعلم من ذلك أن نفوذ تصرفات الصبي يتوقف على أمرين : البلوغ ، والرشد .

وإذن فالآية السكريمة دالة على المنع عن تصرفات الصبي قبل البلوغ وان كان رشيداً .

وقد ظهر مما ذكرناه أن ما ذكره المحقق الايرواني على خلاف الظاهر من الآية واليك نصه : ( لا يبعد استفادة أن المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد من الآية وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم ، على أن تكون الجملة الأخيرة استدراكاً عن صدر الآية وأنه مع استيناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ وأن اعتبار البلوغ طريق اعتبار امارة الى الرشد بلا موضوعية له ) .

وقد استدلل بهذه الآية المباركة على نفوذ تصرفات الصبي قبل البلوغ بدعوى أن قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » يقتضى أن الابتلاء إنما يحصل قبل البلوغ ، والمراد من هذا الابتلاء اختبار حاله في أنه هل له

تصرف صالح أم لا ، وإنما يحصل هذا المعنى باعطاء شيء من المال ليتصرف فيه فيرى تصرفه كيف يكون ، فإن أحسن فيه كان راشداً وإلا كان على سفيه . وهذا الاختبار يحصل بأى تصرف من التصرفات السانغة في نفسها بدليل صحة الاستثناء ، ضرورة أنه يصح أن يقال : وابتلوا اليتامى إلا في التصرف الفلاني ، وإذن فتدل الآية الشريفة على جواز تصرفات الصبي مستقلاً على وجه الاطلاق .

ويرد عليه : أن اختبار الصبي لا يتوقف على دفع ماله اليه ليستقل بالتصرف فيه . بل يمكن ذلك بمباشرة البيع والشراء بنظارة الولي ، أو بنظارة شخص منصوب من قبله ، أو بمباشرة مقدماتهما ليتصدى الولي ايقاعهما بنفسه وبتعبير آخر : أن الممنوع قبل العلم بالرشد إنما هو إعطاء اليتيم جميع ماله ليستقل بالتصرف فيه ، أما اعطاؤه طائفة من ماله لسكى يتصرف فيها تحت مراقبة الولي ونظارته لأجل الاختبار والابتلاء فلا منع فيه بوجه ، بل هذا هو المأمور به في هذه الآية المباركة .

والسر في أن الاختبار لا بد وأن يكون قبل البلوغ هو أنه لو كان ذلك بعد البلوغ لزم حجرهم عن أموالهم في زمان الاختبار ، وهو مناف لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم ، وسبب لمنع تصرف المالك في ماله بلا موجب . وتدلل على ما ذكرناه - من عدم جواز تصرف الصبي في ماله بدون إذن الولي - الروايات الآتية ، فانها تدل على أن أمر الصبي لا يجوز ما لم يبلغ الحلم .

ثم إن المذكور في الآية المباركة وإن كان هو اليتيم إلا أن تعليق جواز دفع ماله اليه على بلوغه ورشده يدل على أن المنع عن دفع المال اليه إنما هو لأجل عدم البلوغ ، وعليه فيعم الحكم غير اليتيم - أيضاً - .

على أن الآية الكريمة تشمل لمن كان له الجد ولكن مات أبوه .  
وكذلك يعم الحكم من كان أبوه حياً - أيضاً - لعدم الفصل جزماً .

## هل يجوز تصرف الصبي مستقلاً

باذن الولي ؟

الجهة الثانية - في جواز تصرفات الصبي في أمواله مستقلاً مع إذن الولي  
بذلك .

قد ظهر حكم هذه الجهة من الجهة الاولى ، بديهية أن الولي لا يجوز له  
أن يدفع مال الصبي اليه ، ويأذن له في البيع والشراء وأمثالهما ، فان جواز  
ذلك يتوقف على بلوغه ورشده وإلا فهو محجور عليه في التصرف في أمواله

## هل تجوز مباشرة الصبي إجراء العقود ؟

الجهة الثالثة - في صحة مباشرة الصبي العقود أو الايقاعات في أمواله  
باذن الولي ، أو يكون وكيلاً من قبله في ذلك ، وعدم صحتها .

لاشكال في أن الآية المباركة لا تدل على عدم جواز ذلك ، فان الممنوع  
فيها هو دفع مال اليتيم اليه ليكون هو المتصرف فيه باستقلاله ، فلا تعم ماذا  
باشر انشاء عقد أو ايقاع في ماله باذن من الولي .

ومع ذلك فقد يقال : بأن الصبي مسلوب العبارة ، للروايات الواردة في  
عدم نفوذ أمره ، وفي رفع القلم عنه ، وفي كون عمده وخطاه واحداً .

ولكن لادلالة في شيء من هذه الروايات على الرأي المذكور .

وتوضيح ذلك : أن هذه الروايات على ثلاث طوائف :

الطائفة الاولى: الروايات (١) الدالة على أن أمر الصبي لا ينفذ ولا يمكن الظاهر أن هذه الروايات بعيدة عن مقصود المستدل ، لأنها صريحة في المنع

(١) عن حمران عن ابي جعفر (ع) انه قال : إن الجارية اذا تزوجت ودخل بها ، ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ، ودفع اليها مالها ، وجاز امرها في البيع والشراء . . . . . والغلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنة . ضعيف ببعد العزيز العبدي وغيره . فروع الكافي باب حد الغلام والجارية ج ٧ من ط ٢ ص ١٩٧ . والوافي ابواب الحدود ج ٩ ص ٤٦ والوسائل باب ٤ من ابواب مقدمات العبادات . وباب ١٤ من ابواب عقد البيع . وعن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال : سأله ابي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال : حتى يبلغ اشده ، قال : قلت : وما اشده ؟ قال احتلامه . قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة ، او اقل ، او اكثر ، ولا يحتلم ؟ قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء ، جاز امره إلا ان يكون سفيهاً او ضعيفاً البحار ج ٢٣ ص ٣٩ .

وعن محمد بن الحسين قال : قال ابو عبد الله (ع) اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها ، وجاز امرها في مالها ، واقامت الحدود التامة لها وعليها . مرسل . الوسائل باب ٢ من احكام الحجر .

وعن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال : اذا بلغ الغلام اشده ثلاث عشرة سنة ، ودخل الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين . . . . . وجاز له كل شيء في ماله إلا ان يكون ضعيفاً او سفيهاً . حسن بالحسن بن علي المعروف بابن بنت الياس . الوسائل باب ٤٤ من احكام الوصايا . والمستدرک ج ١ باب ٤ من مقدمات العبادة ص ٧ .

وعنه عن الصادق (ع) في حديث : انه اذا اتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات ، وكتبت عليه السيئات وجاز امره إلا ان يكون سفيهاً او ضعيفاً . الوسائل باب ٢ من احكام الحجر .

عن نفوذ أمر الصبي في البيع والشراء وغيرهما، ومن البين أن الظاهر من عدم نفوذ أمر الصبي المنع عن استقلاله في أمر المعاملة، وتسلمه عليها نحو تسلط البالغين على أموالهم وشؤونهم، إذ لا يقال لمجرى الصيغة فقط: إن أمر المعاملة تحت يده. ومن هنا لا يجري عليه ما جرى على المتعاملين من الشرائط والأحكام وبتعبير آخر: أن لفظ الأمر المذكور في هذه الطائفة وإن كان بمفهومه اللغوي شاملاً لأي فعل يصدر من الصبي، ولكن اسناد لفظ (يجوز) - الذي ذكر فيها - إليه ومناسبته له يقتضى أن يراد منه سلطنة الصبي على أمواله، وتصرفه فيها كيف يشاء، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون تصرفه فيها باذن وليه، أو بدونه، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد إجراء الصيغة.

وإذن فالطائفة المزبورة تمنع عن كون الصبي مستقلاً في معاملاته ولو كان ذلك باذن وليه، وعليه فلا ظهور فيها - بوجه - في سلب عبارات الصبي. بل المعاملة الصادرة من الصبي في أمواله إذا وقعت على نحو استقلاله فيها لم يحكم بفسادها مطلقاً، لأنه غير مسلوب العبارة. فإذا أجازها الولي حكم بصحتها، لأن العقد المزبور وإن كان صادراً من الصبي حدوداً، ولكنه عقد للولي بقاء. ومن الظاهر أن عدم نفوذها من حيث صدورهما من الصبي لا ينافي نفوذها من جهة إضافتها إلى الولي.

والى ذلك أشار المصنف، واليك نصه: (لكن الانصاف 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).

والذي يدل على صدق مقالنا من نفس تلك الروايات هو وقوع

الاستثناء في جملة منها بقوله (ع : ) إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً .  
 ووجه الدلالة : هو أن السفيه ليس مسلوب العبارة ، وإذن فيعلم من  
 الاستثناء أن المراد من عدم نفوذ أمر الصبي فيها إنما هو عدم استقلاله  
 في التصرف .

الطائفة الثانية : مادل (١) على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم .  
 وقال المصنف : ( وأما حديث رفع القلم فقيه أولاً : أن الظاهر منه قلم  
 المؤاخذة ، لا قلم جعل الأحكام ، ولذا بنينا - كالمشهور - على شرعية عبادات  
 الصبي ) .

ويرد عليه : أن العقوبة والمؤاخذة - كالمثوبة والاجر - من الامور  
 التي لا صلة لها بعالم الجمل بوجه ، بل هي مترتبة على الجمل ترتب الأثر على  
 ذى الأثر وعليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجمل .  
 نعم ترتفع العقوبة بارتفاع منشئها : أعني به التكليف الالزامية .  
 ولكن غير رفع المؤاخذة ابتداء .

أما مشروعية عبادات الصبي ففريقية عن الحديث بالكلية ، وإنما هي من  
 جهة الروايات الخاصة ، وقد عرفتها قريباً .

والتحقيق في الجواب أن يقال : إن حديث رفع القلم عن الصبي إنما  
 يدل على رفع الأحكام الالزامية المتوجهة الى الصبيان كتوجهها الى غيرهم ،  
 فإن هذا هو الموافق للامتنان ، ومن الواضح أن مجرد إجراء الصيغة ليس من

(١) عن ابن ظبيان قال : أتى عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها  
 فقال علي (ع : ) اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم ، وعن  
 المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ . مجهول بمحمد بن عبدالله الحضرمي  
 وغيره . الوسائل باب ٤ من مقدمة العبادات . والبحار ج ٣ ص ٨٤ .

الأحكام الإلزامية ، ولا موضوعاً لها لكي يرتفع بحديث الرفع ، وإنما الموضوع لها هو نفس المعاملة التي أوجدها المتعاملان ، وإذن فما هو موضوع للأحكام الإلزامية لم يصدر من الصبي لكي يشمل حديث الرفع ، وما هو صادر منه ليس بموضوع لها . وهذا ظاهر .

وعلى الجملة : إن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لا ينافي الالتزام بصحة العقود والايقاعات الصادرة منه ، بل إن رفع القلم عن الصبي لا يدل على أزيد من رفع إزمائه بشخصه مادام صبياً ، فهو لا يدل على رفع إزماء البالغين بفعله أو على إزمائه بفعله بعد بلوغه ، كما هو الحال في جنابته ، أو في إتلاف مال غيره وإلى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته ، وقال : ( لو تسلمنا اختصاص الأحكام - حتى الوضعية - بالبالغين ، ولكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المعمولة في حق البالغين ، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ ) . وإذن فلا دلالة في حديث الرفع على بطلان معاملة الصبي فضلاً عن دلالاته على سلب عبارته .

ثم إن المصنف قد ذكر في الجواب الثاني : ( أن الأحكام الوضعية ليست محتصة بالبالغين ، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ ، أو على الولي إذا وقع باذنه أو إجازته ، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ ، وحرمة تمكينه من مس المصحف ) .

ولكنه يناقض ما قد بنى عليه في أصوله من أن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية ، وإذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفي عن الصبي فلا منشأ - هنا - لانتزاع الحكم الوضعي .

الطائفة الثالثة : ما دل على أن عهد الصبي وخطأه واحد ، وهذه الطائفة

على ثلاثة أقسام :

١ - ماد (١) على ذلك مطلقاً من غير أن يكون مقيداً بشئ .  
 ٢ - ماد (٢) على الحكم المزبور مقيداً بكون دية الجناية الصادرة من  
 الصبي خطأ على عاقلة .

٣ - ما دل على هذا الحكم مع قيد آخر ، وهو رفع القلم عن الصبي ،  
 كرواية أبي البختري ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي ( ع ) : أنه كان يقول  
 في المجنون المعتوه الذي لا يفيق ، والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله  
 العاقلة ، وقد رفع عنهما القلم (٣) .

قيل : إن القسم الأول من هذه الطائفة يدل على عدم الاعتناء بأقوال  
 الصبي وأفعاله ، ضرورة دلالة صحيحة محمد بن مسلم على نزول ذلك منزلة الخطأ

(١) عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ( ع ) قال : عمد الصبي وخطأه واحد .  
 صحيحة . التهذيب ج ٢ ص ٥١١ والوافي ج ٩ ص ٩٨

(٢) عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه ( ع ) : ان علياً ( ع )  
 كان يقول : عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة . ضعيفة بنيات بن كلوب . التهذيب  
 ج ٢ ص ٥١١ . والوافي ج ٩ ص ٩٨ .

وعن علي ( ع ) : ليس بين الصبيان قصاص ، عمدهم خطأ يكون فيه العقل  
 مجبولة بموسى بن اسماعيل . الجعفریات ص ١٢٤ . والمستدرک باب ٣٣ من  
 كتاب القصاص .

وعن دعام الإسلام عن علي ( ع ) : انه ماقتل المجنون المغلوب على عقله .  
 والصبي فعمدها خطأ على ماقتلتها . رسالة .

وعنه عن ابي جعفر ( ع ) : انه قال : وما جنى الصبي والمجنون على ماقتلتها .  
 رسالة . المستدرک باب ٣٣ من كتاب القصاص .

(٣) ضعيفة بأبي البختري . قرب الإسناد ص ٧٢ . والوسائل باب ٣٦ من  
 كتاب القصاص .



وعليه فلا يعتنى بصيغ العقود والايقاعات الصادرة منه ، كما لا يترتب الاثر عليها اذا صدرت من البالغين نسياناً ، أو غفلة ، أو في حالة النوم ، أو خطأ . ولا تنافي بين هذا القسم ، وبين القسم الثاني والقسم الثالث لكي يحمل المطلق على المقيد ، بديهية أنه لا تنافي بين أن يكون عمد الصبي بمنزلة الخطأ في الجنايات ، وبين كون عمدته بمنزلة الخطأ في غير موارد الجنايات ، وإذن فلا موجب لرفع اليد عن الاطلاق ، فانه منحصر بالتنافي ، كما قرر في محله .  
نعم لا يبعد أن يستأنس - بما اشتمل على التقييد - اختصاص الحكم بالجناية فيكون ذلك قرينة على انصراف المطلق اليها .

كما أنه يمكن أن يستأنس ذلك بما ورد (١) في الأعمى من أن عمد الصبي خطأ ولكن مجرد الاستيناس لا يوجب تقييد القسم الأول الذي هو مطلق . والجواب عن ذلك : أن دلالة الرواية على تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه من جميع الجهات إنما تتم اذا كان الظاهر منها هو نفي الحكم بلسان نفي الموضوع بأن يقول الامام (ع) عمد الصبي ليس بعمد أو كلا عمد .  
نظير قوله (ع) : ليس بين الرجل وولده رباً ، وليس بين السيد

(١) عن ابي عبيدة ، قال : سألت ابا جعفر (ع) عن اعمى فقأ عين رجل صحيح متعمداً ؟ فقال : يا ابا عبيدة : ان عمد الصبي مثل الخطأ ، هذا فيه الدية من ماله ، فان لم يكن له مال فان دية ذلك على الامام ، ولا يبطل حق مسلم . موثق بهمار الساباطي .

وعن الحلبي عن الصادق (ع) : الأعمى جنايته خطأ تلزم عاقلته ، يؤخذون بها في ثلاث سنين ، في كل سنة نجماً ، فان لم يكن للأعمى عاقلة لزمته دية ماجني في ماله . مهمل بمحمد بن عبد الله . التهذيب ج ٢ ص ٥١٠ و ص ٥١١ والوافي ج ٩ ص ٩٨ و ٩٩ .

وعبده رباً (١) .

وكقوله (ع) : ليس على الامام سهو ، ولا على من خلف الامام سهو

ولا على السهو سهو (٢) .

وكقوله (ع) : لا ضرر ولا ضرار (٣) فان الظاهر من أمثال هذه

التنزيلات أن المنزل كالمنزول عليه في جميع الآثار ، وعليه فيترتب على عمد

الصبي ما يترتب على خطأه .

والسرفي ذلك : أن تنزيل شيء منزلة عدمه لا يقتضى وجود الاثر للمنزل

عليه لكي يكون التنزيل باعتبار ذلك الاثر ، بل التنزيل - هنا - باعتبار عدم

الاثر ، لأجل أن ما هو عديم النفع ينزل منزلة العدم ، وهذا بخلاف تنزيل

أحد الأمرين الوجوديين منزلة صاحبه ، فان ذلك لا يتحقق إلا بلحاظ وجود

الاثر للمنزل عليه .

وإذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الاطلاق من

تلك الروايات لوجود المانع وعدم المقتضى .

أما وجود المانع فلأن الأخذ باطلاقها مخالف لضرورة المذهب ،

وموجب لتأسيس فقه جديد ، بدية أن لازم العمل باطلاقها هو أن لا يبطل

صوم الصبي مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم ، فان ارتكابه بها خطأ

لا ينقض الصوم والمفروض أن عمد الصبي خطأ .

وأيضاً لزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبي اذا ترك عمداً أجزاءها

التي لا يضر تركها خطأً بصلاة البالغين ، وهكذا الكلام في ناحية الزيادة

العمدية فيها .

(١) الوافي باب ٥٦ من يجوز له الرباء ج ١٠ ص ٥٤

(٢) الوافي باب من لا يعتد بسهوه ص ١٥٠

(٣) قد تقدم ذلك في ص ٩٣

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان اذا اقتصروا فيها بالنية والتكبير للاحرام والركوع والسجدة الواحدة والسلام ، فان ترك ما سوى ذلك خطأ لا يضر بصلاة البالغين ، والمفروض أن عمد الصبي خطأ .

بل يلزم من العمل باطلاق تلك الروايات أن لاتصح عبادات الصبيان أصلاً ، فان صححتها متوقفة على صدورهما من الفاعل بالارادة والاختيار ، وقد فرضنا أن عمد الصبي خطأ فلا يعقل صدور عبادة صحيحة منه ، ولا أظن أحداً أن يلزم بشيء من هذه اللوازم .

ودعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافية .

أما عدم المقتضى للاطلاق فلأن تنزيل عمد الصبي منزلة خطاه على وجه الاطلاق يقتضى أن يكون - هنا - أثر خاص لكل منهما عند صدورهما من البالغين ، لكي يكون تنزيل عمد الصبي منزلة خطاه بلحاظ ذلك الأثر . كما أن الأمر كذلك في تنزيل الطواف منزلة الصلاة في قوله ( ص ) الطواف بالبيت صلاة (١) .

ومن الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا الجنائيات ، فانها ان صدرت من الجنائي عمداً فيقتض منهُ ، وان صدرت منه خطأ فديتها على عاقلته ، وعلى هذا فيصح تنزيل جنابة الصبي عمداً منزلة جنابته خطأ ، فتكون ديتها مطلقاً على عاقلته ، أما في غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً .

نعم قد ثبت أثر خاص لكل من العمد والخطأ في الصلاة وفي ترك الاحرام ، فان من ترك جزء من صلاته عمداً فتبطل صلاته ، وان تركه خطأ

(١) عن ابن عباس قال رسول الله « ص » : الطواف بالبيت صلاة ولكن

الله احل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق إلا بخير . سنن البيهقي ج ٥ ص ٨٧ .

ومستدرك الحاكم ج ١ ص ٤٥٩ .

فتجب عليه سجدة السهو .

وأن المحرم إذا صاد حيواناً عمداً ثبتت عليه الكفارة زائدة على ما إذا صاده خطأ .

ولكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة في تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه ، ضرورة أن الآثار المذكورة إنما تترتب على الخطأ - في تلك الموارد - إذا صدر من غير الصبي . أما إذا صدر من الصبي ارتفع أثره بمديث الرفع .

وبتعبير أوضح : أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه متقوم بأمرين :

( الأول ) ثبوت الأثر لكل منهما .

( الثاني ) أن يكون أثر الخطأ ثابتاً لغير الفاعل . ولا يرب أنه لامصدق

لهذه الكبرى إلا باب الجنائيات ، وهذا المعنى هو الموافق للذوق الفقاهي .

ومما يدل على اختصاص تلك الروايات بباب الجنائيات قوله ( ع ) في

بعضها : عمد الصبيان خطأ ، تحمله العاقلة ، إذ من المعلوم أن العاقلة لا تحمل

سجدتي السهو ، ولا الكفارة في الحج ، وإنما تحمل الدية في الجنائيات ، واذن

فلا دلالة في شيء من تلك المطلقات - أيضاً - على كون الصبي مسلوب العبارة .

## بحث في ذيل رواية أبي البختری

بقي الكلام في ذيل رواية أبي البختری ، وهو قوله ( ع ) : وقد رفع

عنها القلم . وقد استظهر المصنف ( ره ) من هذه الجملة دلالتها على كون الصبي

مسلوب العبارة ، وكون عقده وإيقاعه مع القصد كعقد الخاطيء والغالط

والهازل وإيقاعاتهم .

وحاصل كلامه ؛ أن هذه القطعة من الرواية لاتصل بسابقتها إلا

بأخذها علة لثبوت الدية على العاقلة ، أو معلولا لقوله **بإيتم** : عمدهما خطأ : بمعنى : أن علة رفع القلم عن الصبي والمجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد في نظر الشارع ، ومن البين أن اتخاذها علة لثبوت الدية على العاقلة أو معلولا لتزويل عمد الصبي بمنزلة الخطأ لا يستقيم إلا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخذة عن الصبي والمجنون ، سواء أكانت المؤاخذة دنيوية أم كانت اخروية ، وسواء أتعلقت المؤاخذة الدنيوية بالنفس - كالتقصاص - أم تعلقت بالمال - كرامة الدية - وعليه فلا يؤخذ الصبيان والمجانين بأفعالهم وأقوالهم - الصادرة حال الصبوة والجنون - بعد البلوغ والافاقة ، سواء أكان صدور الأقوال والأفعال منهم - في تلك الحال - باذن الولي أم لم يكن كذلك .

وعلى الجملة : إن الرواية وإن وردت في باب الجناية ، ولكن مقتضى التعليل هو تنزيل قصد الصبي والمجنون بمنزلة عدمه . وأنه لا اعتبار بشيء مما يصدر منهما قولاً أو فعلاً ، بل هما مسلوبان - في عالم الاعتبار - من جهة الفعل والعبارة ضرورة أن ذكر العلة في مورد خاص لا يقتضى اختصاصها به . بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى . وإذن فلا محذور لنا في الأخذ بعموم العلة في سائر الموارد أيضاً .

ويتوجه عليه : أنه لا وجه لجعل رفع القلم علة لكون الدية على العاقلة لعدم العلية بينهما لا شرعاً ، ولا عرفاً ، ولا عقلاً ، بل نسبة أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر في جنب الانسان . والعجب من المصنف ، فانه قد التزم بثبوت العلية والمعلولية بين رفع القلم عن الصبي ، وبين ثبوت الدية على العاقلة ولكن لم يستوضح المناسبة والسنخية بينهما .

غاية الأمر : أنه ثبت في الشريعة المقدسة : أن دم المسلم لا يذهب هدرأ ، ومن الظاهر أن هذا الحكم - مع ما دل على أن عمد الصبي خطأ - يلزم

ثبوت دية الجناية - الصادرة من الصبي - على عاقلته .

والصحيح : أنه لا ملازمة بينهما - أيضاً - لأن الحكمين المذكورين لا يدلان على ثبوت الدية على خصوص العاقلة ، اذ يمكن أن تكون الدية على جميع المسلمين أو من بيت المال ، أو غير ذلك ، كما أنه لا وجه لجعل رفع القلم معلولاً لقوله ﷺ عدمهما خطأ ، فإن رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزلة الخطأ . لا أنه معلول له .  
والتحقيق : أن وجه المناسبة بين قوله ﷺ : رفع عنها القلم ، وبين قوله ﷺ : عدمهما خطأ هو أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين : أحدهما : حكم سلبى ، وهو أنه لا يترتب عليه أحكام العمد ، ولا يلزم الصبى بشيء من أفعاله .

ثانيهما : حكم إيجابى وهو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطأى ، وقد بين ﷺ الأمر الثانى بقوله ﷺ : تحمله العاقلة ، وبين الأمر الأول بقوله ﷺ رفع عنها القلم ، واذن فلا دلالة فى هذه الجملة على أزيد مما دل عليه قوله ﷺ : رفع القلم عن الصبى حتى يحتمل (١) .

ويضاف الى ذلك : أن الرواية ضعيفة السند بأبى البخترى ، فلا يصح الاستدلال بها على شيء من المسائل الفقهية .

فتحصل مما ذكرناه : أنه لا دليل على أن عبارة الصبى مسلوبة بحيث لا يترتب على ما أنشأه من العقود والايقات أثر أصلاً .

## هل يجوز كون الصبى وكيلاً عن غيره ؟

الجهة الرابعة : فى جواز كونه وكيلاً عن غيره فى عقد أو ايقاع ولو كان التوكيل على نحو التفويض سواء أكان الموكل ولياً أم كان غيره . وحينئذ

(١) قد تقدم الكلام فيه مفصلاً فى ص ٢٥٠ .

فيوقع الصبي العقد أو الإيقاع ولو كان على نحو الاستقلال ، وبدون إذن الولي فضلا عما إذا أوقعه باذنه أو كان وكَيْلا في إجراء الصيغة فقط .

والتحقيق : هو نفوذ تصرفات الصبي في هذه الصورة ، للعمومات والاطلاقات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد ، وذلك لأن الآية المتقدمة لإشعار فيها بعدم الجواز أصلا فضلا عن الدلالة عليه ضرورة أن قوله تعالى : ( فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم (١) ) كالصريح في أن الآية راجعة إلى تصرفات اليتامى في أموال أنفسهم ، لا في أموال غيرهم .

وعليه فمقتضى الأصل هو جواز تصرفات الصبي في مال غيره وكالة عنه فان المنع عن ذلك لا بد وأن يكون بدليل ، ومن المعلوم أن الدليل على المنع إما عدم القول بالفصل بين التصرف في مال نفسه ، والتصرف في مال غيره وإما الأخبار المتقدمة الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي قبل البلوغ :

أما دعوى عدم الفصل فمهدتها 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 عمده خطأ لا دلالة فيه على بطلان عقده أو إيقاعه . وأنه مسلوب العبارة .

فاذا كان صدوره منه وكالة عن وليه ، أو غير وليه ولو كان التوكيل بنحو التفويض والاستقلال - فالعقد عقد للموكل حقيقة ، وحيث إن المفروض أن ما وقع عليه العقد ليس بمال الصغير فلا مانع عن شمول أدلة صحة البيع ونحوه له .

أما ما دل على عدم نفوذ تصرف الصبي وأمره من الروايات المتقدمة فقد يتوهم دلالتها على عدم النفوذ في هذه الصورة - أيضاً - نظراً إلى الإطلاق

(١) سورة النساء الآية ٦ .

ولكن الصحيح هو عدم صحة ذلك أما أولاً : فلاختصاص تلك الروايات باليتيم ، وأنه مالم يذهب يتمه لا يجوز أمره ، ولا يدفع إليه ماله ، فهي لا تدل إلا على عدم نفوذ تصرف الصبي في ماله ، دون ما إذا كان في مال غيره باذنه نعم قد علمنا أنه لا خصوصية لليتم - في الحكم - وإنما ذكر ذلك لأجل أنه هو المورد المتوهم لدفع ماله إليه . فتتعدى منه إلى غير اليتيم - أيضاً - من الصغار ، أما خصوصية أن موضوع المنع هو تصرف الصغير في مال نفسه فلا مقتضى لرفع اليد عنها .

أما ثانياً فلاجل أننا لو سلمنا الاطلاق فغاية ما يستفاد منها هو عدم نفوذ تصرف الصبي بما أنه عقده ، وهذا لا ينافي نفوذ ذلك التصرف بما أنه مضاف إلى الموكل ، سواء فيه الولي وغيره .

ومن هنا أن الصبي إذا باع ماله ، ثم أجاز له الولي حكم بصحة البيع ، لأنه بيع الولي بقاءً .

نعم قد عرفت أنه لا يجوز أن يأذن الولي في تصرف الصبي استقلالاً ، ولا يكون تصرفه ماضياً للمنع عنه في الآية المباركة .

فالمحصل مما ذكرناه : أنه لا مانع من مباشرة الصبي العقد والايقاع في مال نفسه إذا كان ذلك باذن الولي ، وكان الصبي وكيلاً في إجراء الصيغة فقط كما لا مانع من مباشرته لهما على نحو الاستقلال فيما إذا توكل عن أجنبي من ولي أو غيره .



## هل يؤخذ الصبي باتلافه مال الغير ؟

قوله : ( ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتها بالاتلاف الحاصل منها ) . أقول : إذا أتلف الصبي مال غيره وجب عليه الخروج من عهده بعد بلوغه ، لقاعدة من أتلف .  
وقد يتوهم عدم الضمان ، لأن عمد الصبي خطأ .  
ولأن قلم التكليف قد ارتفع عنه حتى يحتمل .  
واسكن هذا التوهم فاسد . إذ لاشهادة في شيء من الوجهين المزبورين على عدم الضمان :

أما الأول فلا أن الظاهر : أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه إنما هو في الأفعال التي لا تكون موضوعاً للأحكام الشرعية إلا إذا صدرت من الفاعل بالارادة والاختيار ، ومع القصد والعمد ، لافي الأفعال التي هي بنفسها موضوع للأحكام الشرعية من غير أن يعتبر فيها القصد والعمد :  
كالجنابة فإنها توجب الغسل وإن تحققت حال النوم .  
وكباشرة النجاسات ، فإنها توجب نجاسة البدن وإن كانت المباشرة بغير التفات إلى النجاسة .

وكالأحداث الناقضة للطهارة وإن صدرت جهلاً ، أو غفلة ، أو بغير اختيار ، فإن شيئاً من تلك الأمور لا يتوقف تأثيرها على صدورها بالارادة والاختيار ، ولا ريب في أن اتلاف مال الغير من اللقييل الثاني ، فإنه يوجب الضمان وإن صدر حال الغفلة والجهل ، وبدون الارادة والاختيار ، ضرورة أنه لم يؤخذ في قاعدة من أتلف عنوان آخر غير صدق الاتلاف .  
ويضاف الى ذلك : ما ذكرناه آنفاً من اختصاص الحديث بما إذا كان

للفعل العمدي أثر ، ولل فعل الخطائي أثر آخر بالنسبة الى غير الفاعل ، فيحكم على فعل الصبي - عندئذ - بحكم الخطأ . ومن الظاهر أن حكم العمد والخطأ لا يختلف في الاتلاف واذن فلا يكون الاتلاف مشمولاً للحديث .

أما الوجه الثاني فقد عرفت آنفاً : أن المراد من دليل رفع القلم عن الصبي إنما هو رفع الأحكام الالزامية عنه منذ نعومة أظفاره الى حد بلوغه . وهذا لا ينافي توجه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ . وقد تقدم أن فعل الصبي قد يكون موضوعاً لتوجه الأحكام الالزامية عليه بعد بلوغه .

والسر في ذلك : أن دليل رفع القلم والتكليف قد تعلق بالصبي ، فيدور مدار صبوته . وعلى هذا الضوء فالاتلاف الصبي مال غيره سبب للضمان جزماً ولكنه لا يستتبع الحكم الالزامي الا بعد بلوغه ، وإذا بلغ توجه عليه التكليف ووجب عليه الخروج عن عهده . لأنه - وقتئذ - يصدق عليه أنه أتلف مال غيره كما يتوجه عليه - عندئذ - وجوب الاغتسال مع تحقق الجنابة منه قبل البلوغ . قوله : ( فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت باذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده . وعدم العبرة بانشائه ) أقول : قد عرفت فيما سبق أن أمر الصبي وان كان غير نافذ ولو باذن وليه . ولكنه غير مربوط بسلب عباراته لكي يترتب عليه بطلان انشائه ، بديهية أن معنى عدم نفوذ أمره هو عدم ترتب الأثر على معاملاته . وهذا لا ينافي جواز مباشرته انشاء الصيغة ، اذ لاصلة بينهما بوجه .

## هل ترتفع تعزيرات الصبيان

بحديث الرفع ؟

قوله : ( ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير ) . أقول : ان كان الغرض

من حديث رفع القلم عن الصبي هو رفع التكاليف الالزامية الثابتة في حق البالغين كما هو غير بعيد فالتعزيرات الثابتة في حق الصبيان خارجة عن ذلك موضوعاً فان تلك التعزيرات لم تثبت في حق البالغين وإنما هي ثابتة في حق الصبيان لحكمة خاصة ، وهي تأديبهم على ارتكاب القبائح ، وصيانتهم من اغواء المضلين ، وسوقهم الى تهذيب الأخلاق . فان تعود الأفعال الشنيعة داء عضال .

وان كان الغرض من الحديث المزبور هو رفع مطلق الأحكام الالزامية فيشمل عمومها لتعزيرات الصبيان أيضاً . ولأجل ذلك توهم بعضهم أنها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم .

والتحقيق : أن التعزيرات الثابتة في الشريعة المقدسة ان اخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصبيان لعدم موضوعه . وان اخذ في موضوعها الصبأ فهي غير قابلة للارتفاع عن الصبيان ، لأن المصلحة الملزمة قد اقتضت ثبوتها في حقهم بعنوان الصبوة ، فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرفع ، ولعل تلك المصلحة ارتداعهم عن ركوب القبائح ، وتجنبهم عن ارتكاب المنكرات . وحينئذ فيختص حديث الرفع بما اذا كان التعزير أو غيره من الأحكام الالزامية ثابتاً للطبيعي الجامع بين البالغ والصبي 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 الأدلة المتقدمة - من الاجماع وغيره - هو عدم الاعتبار بما

يصدر من الصبى من الأفعال التي يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها . كأنشاء العقود والايقاعات أصالة ووكالة ، والتصدي للقبض والاقباض، وكذلك كل ما يلزم به من قبل نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار أو غير ذلك . ثم ساق عبارة العلامة في التذكرة تأييداً لمرامه .

ولكن يرد عليه ما ذكرناه قريباً من أنه لا دليل لنا على سقوط فعل الصبى وقوله عن الاعتبار ، بل الدليل انما دل على عدم جواز استقلاله في التصرف في أمواله . وعليه فأى فعل من أفعاله لا يعد في العرف تصرفاً في أمواله استقلالاً لا مانع عن جوازه فيحكم بصحة تحجيريه ، وحيازته ، والتقاطه وصيده ، وإحيائه الموات ، وما شاكل ذلك .

وقد يتوهم أن الامور المذكورة غير جائزة لأن عمد الصبى خطأ . ولكنه توهم فاسد لما ذكرناه من عدم دلالة الحديث على إلغاء قصد الصبى ، وأنه كعدمه على ما تقدم بيانه .

على أنه يتوقف على اعتبار القصد في هذه الامور وهو لم يثبت . بل إن مقتضى قوله **الصبى** - مثلاً - أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمرها فهم أحق بها ، وهي لهم (١) هو ثبوت الملكية بنفس الأحياء ، سواء أقصد المحي التملك ، أم لم يقصده .

## هل يصح قبض الصبى ؟

قد حكى عن العلامة في التذكرة : أنه كما لا يصح تصرفاته اللفظية ، كما لا يصح قبضه ، ولا يفيد حصول الملك في الهبة .

(١) الوافي ج ١٠ باب ١٥٨ إحياء الأرض الموات ص ١٣١ .

وهذا المعنى يظهر من المصنف - أيضاً - حيث انه نقل كلام العلامة  
تأييداً لمرامه ولم يناقش فيه أصلاً .

ولكن الظاهر أن قبض الصبي يفيد الملكية في الهبة وغيرها ، لقيام  
السيرة على ذلك .

بل مقتضى جملة من الروايات ( ١ ) الواردة في جواز اعطاء الصدقة  
والكفارة للصبيان هو صيرورتها ملكاً بمجرد القبض .

( ١ ) عن ابي بصير ، قال : قلت لأبي عبد الله ( ع ) : الرجل يموت ويترك  
العيال يعطون من الزكاة ؟ قال : نعم . حسن براهيم بن هاشم .

وعن ابي خديجة ، عن ابي عبد الله ( ع ) قال : ذرية الرجل المسلم إذا  
مات يعطون من الزكاة والفطرة كما كان يعطى ابوهم حتى يبلغوا . ضعيف بمولى بن  
محمد . الكافي ج ٣ من ط ٢ ص ٥٤٨ . والوافي ج ٦ ص ٢٦ .

وفي قرب الاسناد عن محمد بن الوليد ، عن يونس بن يعقوب ، قال : قلت  
لأبي عبد الله ( ع ) عيال المسلمين اعطيهم من الزكاة فاشترى لهم منها ثياباً وطعاماً  
وارى ان ذلك خير لهم ؟ قال : فقال : لأبأس . موثق بابن الوليد . قرب  
الاسناد ص ٢٤ . والوسائل باب ٧ من ابواب المستحقين للزكاة .

وعن البجلي ، قال : قلت لأبي الحسن ( ع ) رجل مسلم مملوك ، ومولاه  
رجل مسلم ، وله مال يزكيه ، وللملوك ولد صغير حر ايجزي مولاه ان يعطي ابن  
عبده من الزكاة ؟ فقال : لأبأس . مجهول بمحمد بن اسماعيل النيسابوري .  
الوافي ج ٦ ص ٢٦ . والوسائل باب ٤٥ من ابواب المستحقين للزكاة .

وعن يونس بن عبد الرحمان ، عن ابي الحسن ( ع ) قال : سألت عن رجل  
عليه كفارة عشرة مساكين اعطيت الصغار والكبار سواء ، والرجال والنساء ،  
او يفضل الكبار على الصغار ، والرجال على النساء ؟ فقال : كلهم سواء مجهول  
يب ج ٢ ص ٣٣١ . الوافي ج ٧ باب ٧٥ كفارة اليمين ص ٩٦ .

## هل تنفذ وصية الصبي ؟

قد وقع الخلاف بين الأصحاب في نفوذ أمر الصبي في مواضع شتى :

١ - الوصية .

قال العلامة في القواعد : يشترط في الموصى البلوغ والعقل والحرية ، فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان يميزاً في المعروف وغيره .  
وهذا الرأي هو المحكى عن السرائر والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وغيرهم .

وعن ظاهر التذكرة واللمعة والنافع والدروس : التوقف .  
وعن المقنعة والمراسم والنهاية والمهذب والغنية وكشف الرموز والارشاد والروض والكفاية والمفاتيح وأبي الصلاح وأبي علي : أنه تجوز وصية من بلغ عشرأ يميزاً في البر والمعروف .

وهذا هو الحق ، للروايات ( ١ ) الدالة على أن الصبي إذا بلغ عشرأ

( ١ ) عن عبد الرحمان بن ابي عبد الله ، عن ابي عبد الله ( ع ) إذا بلغ

الغلام عشر سنين جازت وصيته . موثق بابان بن عثمان .

وعن ابي بصير ، عن ابي عبد الله ( ع ) : انه قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين

فاوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته ، وإذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته . صحيح .

وعن محمد بن مسلم ، قال : سمعت ابا عبد الله ( ع ) يقول : إن الغلام إذا

حضر الموت فاوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ، ولم تجز للغير باء صحيح .

الكافي ج ٧ من ط ٢ باب وصية الغلام من كتاب الوصايا ص ٢٨ . والفتاوى ج ٤ من

طبعة النجف ص ١٤٥ . وج ٢ التهذيب ص ٣٨٤ . والوافي ج ١٣ ص ٢٥ .

وعن زرارة عن ابي جعفر ( ع ) قال : إذا آتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز

له في ماله ما اعتق او تصدق واوصى على حد معروف وحق فهو جائز . ضعيف -

تجوز وصيته . فتكون هذه الروايات مخصصة للروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي . وهذا ظاهر .

نعم في صحة وصيته للغرباء إشكال ، وذلك من جهة التصريح بعدم نفوذها في صحيحة محمد بن مسلم .

## هل يتبع قول الصبي في الاذن

بدخول الدار ؟

الثاني : ما ذكره العلامة في التذكرة من أنه : ( لو فتح الصبي الباب ، وأذن في الدخول عن إذن أهل الدار ، وأوصل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالاقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه ) .

ولكن لاوجه 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 نوعا ، فلا صلة له باعتبار قول الصبي في ذلك . والشاهد

- بموسى بن بكر . نفس المصادر غير التهذيب .

وعن منصور بن حازم عن ابي عبد الله ( ع ) قال : سألته عن وصية الغلام هل تجوز ؟ قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته . مجهول بعلي بن محمد بن الزبير .

وعن محمد بن مسلم عن احدهما ( ع ) قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم . مجهول بابن الزبير . ورواه في الكافي في باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ بسندين آخرين : احدهما ضعيف والآخر موثق .

وعن ابي بصير وابي ايوب عن ابي عبد الله ( ع ) في الغلام ابن عشر سنين يوصي ؟ قال : إذا اصاب موضع الوصية جازت مجهول بابن الزبير التهذيب ص ٣٨٥ .

على هذا انه : لو أذن البالغ في ذلك ولم يحصل منه الاطمئنان به حرم الدخول فيها  
أما الثاني فلأن ايصال الهدية الى المهدي اليه لا ربط له - أيضاً - بما  
نحن فيه ، فان الصبي آلة في ايصالها اليه ، كايصال الهدية الى المهدي اليه بواسطة  
حيوان معلم .

وعلى الاجمال : إن أمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة  
عن نفوذ أمر الصبي خروجاً تخصصياً لا تخصيصياً .

## هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات؟

الثالث : ما عن صاحب المفاتيح ، واليك نصه : ( الأظهر جواز بيعه  
وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعا للحرج في بعض الأحيان ) (١)  
وقال المحقق التستري بعد نقل هذه العبارة : ويمكن أن يستأنس لذلك  
- مضافا الى السيرة المستمرة وقضاء الحاجة والضرورة في كل من المعاملة ودفع  
العوض وأخذه منه - بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة  
قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي والمملوك فقال : على قدرها  
يوم اشهد تجوز في الأمر الدون ، ولا تجوز في الأمر الكثير (٢) .

(١) في فقه المذاهب ج ٢ ص ١٦٠ : اما الصبي المميز ينعقه بيعه ولكن  
لا ينفذ إلا باذن الولي .

وعن الحنابلة : انه يصح بيع الصبي وشراؤه للشيء اليسير ولو كان دون  
التميز ولو لم يأذنه وليه ، لما روى من ان ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسه .

وعن الشافعية : انه لا ينعقد بيع الصبي سواء كان ميمزا او غير ميمز .

(٢) التهذيب ج ٢ باب البنات ص ٧٧ . والوافي ج ٩ ص ١٤٥ .



والجواب عن ذلك : أن استقرار السيرة على معاملات الصبي في الامور الحقيرة وإن كان غير قابل للانكار ، ولكنه لا يكشف عن نفوذ معاملاتهم في ذلك استقلالاً ، بل إنما هو من جهة ما ذكرناه في البيع المعاطاتي من جريان المعاطاة بين الناس في المحقرات بوضع الثمن في الموضع المعد له وأخذ المتاع بازائه ومثلنا لذلك بأمثلة فراجع . ومقامنا من القليل المذكور ، وإذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصبي ، إذ لاصلة بينهما بوجه .

وأما الرواية المذكورة فهي غريبة عما نحن فيه ، وإنما هي راجعة الى باب الشهادة ومن الظاهر أنه لا ملازمة بين قبول شهادته في المحقرات وبين نفوذ معاملاته فيها .

ولو سلمنا قيام السيرة على نفوذ معاملات الصبي في الامور اليسيرة ، وسلمنا دلالة الرواية على ذلك فلا بد من الالتزام بتخصيص العمومات المانعة عن معاملات الصبي .

ومن هنا ينقض العجب من المحقق التستري حيث قال بعد كلامه المتقدم : ( وهذا القول لا يخلو عن قوة إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبر ، وأما السيرة والضرورة فالتمسك بها في مقابل إطلاق الآية والرواية وفتوى الامامية وغيرهم خروج عن جادة الصواب ، وعدول عن طريق الاحتياط ) .

والحاصل : أنه إن كان المراد من السيرة هو السيرة العقلانية فهي مردوعة بالروايات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي . وقد تقدمت هذه الروايات سابقاً ، وإن كان المراد بها هو السيرة الشرعية فهي قائمة على كون الصبي آلة لا على صحة معاملاته الصادرة منه استقلالاً ولا أقل من الشك في ذلك . وإذن فلا وجه لنا للحكم بصحة معاملات الصبي ولو في الامور المحقرة .

وربما يستدل على نفوذ معاملات الصبي مطلقاً أو في المحقرات برواية  
السكوني عن الصادق عليه السلام قال : نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء ،  
فانها إن لم تجد زنت ، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الصغير  
الذي لا يحسن صناعة بيده ، فانه ان لم يجد سرق (١).

وجه الاستدلال بها على المقصود هو أن المراد من النهي في الرواية هو  
النهي التزيهية ، فيدل على نفوذ معاملات الصبي لا على فسادها .

والشاهد على ذلك أنه لو كانت معاملات الصبي فاسدة لما حصل النقل  
والانتقال بينه وبين غيره . وكان التصرف فيما بيده تصرفاً في مال غيره بدون  
إذنه ، وعليه فكان تعليل الفساد بذلك أولى من تعليله بصدور السرقة من الصبي  
لأن التعليل بالأمر الذاتي أولى من التعليل بالأمر العرضي .

والجواب عن ذلك : أن هذه الرواية ضعيفة السند بالنوفلي ، وغير  
منجبرة بشيء ، فلا يمكن الاستناد إليها في الأحكام الشرعية .

ويضاف الى ذلك : أن المراد من كلمة (كسب) المضافة الى كلمة (الغلام)  
في الرواية إما المعنى المصدرى ، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر  
وعلى الأول فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف : أعنى به مباشرة  
الصبي التجارة عند احتياج وليه الى ذلك ، إلا أن هذه المباشرة ليست مباشرة  
استقلالية ، بل مباشرة تبعية ، وأن الصبي - وقتئذ - بمنزلة الآلة لوليه في إيجاد  
المعاملة بينه وبين المشتري . وقد تعارف هذا المعنى في الخارج كثيراً ، إلا أن  
الامام عليه السلام قد نهى عنه تزيهاً معللاً بأنه اذا لم يحصل من تجارته شيء سرق  
سخوفاً من وليه .

(١) الرواية في الوسائل في باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به .

والقرينة على هذه الدعوى : قوله (عليه السلام) في صدر الرواية : نهي رسول الله (ص) عن كسب الاماء ، فانها ان لم تجدزنت ، مع انه لاشبهة في نفوذ كسب الامة باذن مولاها .

ويؤيد ما ذكرناه : أن النبي (ص) قد قيد النهي عن كسب الامة والغلام بعدم معرفتهما صناعة اليد ، فانه مع العلم بذلك لا يقع الصبي على السرقة ، ولا أن الامة تقع على الزنا ، لانه - وقتئذ - يتفتى ما يوجب السرقة والزنا : أعني به الفقر ، ضرورة أنها متمكنان من تحصيل المال .

وعلى الثاني فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط ، أو الاستعطاء ، أو الحيازة من المباحات الأصلية ، كما أن المراد من كسب الامة على هذا الاحتمال ما يتحصله باحدى الطرق المذكورة .

وعليه فحكمة النهي عن كسب الغلام صيانتة عن الاستراق من الناس كما أن حكمة النهي عن كسب الامة محافظتها عن الفجور .  
وحيث فلا دلالة في تلك الرواية على نفوذ معاملات الصبي .

## هل يصح طلاق الصبي المميز ؟

الرابع : طلاق الصبي المميز .

قد وقع الخلاف في ذلك بين الخاصة والعامة (١) .

(١) يشترط في المطلق ان يكون بالغاً ، فلا يقع طلاق الصغير الذي لم يبلغ ولو مراهقاً مميزاً ، ولا يحسب عليه طلاقه حال الصغر مطلقاً ولو كبر .  
نعم الحنابلة قالوا : يقع طلاق المميز الذي يعرف معنى الطلاق وما يترتب عليه من تحريم زوجته ولو كان دون عشر سنين ، ويصح ان يوكل غيره بأن يطلق عنه ، كما يصح للغير ان يوكله في الطلاق . فقه المذاهب ج ٤ ص ٢٨٤ .

فذهب جمع من أصحابنا القدماء والمتأخرين الى صحته .  
 وذهب المشهور من متأخريهم الى فساده .  
 ومنشأ الخلاف في ذلك انها هو اختلاف الروايات .  
 وقد يقال : إن جملة منها تدل على نفوذ طلاقه ، وجملة أخرى  
 منها تدل على عدم نفوذه ، وبعد تعارض كلتا الطائفتين وتساقطهما يرجع الى  
 العمومات الدالة على عدم نفوذ أمر الصبي حتى يحتمل .  
 والتحقيق : 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 .  
 ومنها ما دل (٢) على عدم نفوذه .

(١) عن سماء قال : سألته عن طلاق الغلام ولم يحتمل وصدقته ؟ فقال :  
 إذا طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحققها فلا بأس وهو جائز . . . موثق  
 بساعة وغيره . الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب طلاق الغلام ص ٣٢٥ . والكافي  
 باب طلاق الصبيان ج ٦ من ط ٢ ص ١٢٤ . والتهذيب ج ٢ ص ٢٧٠ .  
 (٢) عن ابي الصباح الكسكاني ، عن ابي عبد الله (ع) قال : ليس طلاق

الصبي بشئ . صحيح .

وعن ابي بصير ، عن ابي عبد الله (ع) قال : لا يجوز طلاق الصبي ، ولا  
 السكران موثق بابن سماعه وغيره . الكافي ج ٦ من ط ٢ باب طلاق الصبيان ص  
 ١٢٤ .

وعن زكريا بن آدم ؛ قال : سألت الرضا (ع) عن طلاق السكران والصبي  
 والمعتوه والمغلوب على عقله ومن لم يتزوج بعد ؟ فقال : لا يجوز . مجهول بمحمد  
 ابن سهل . الوافي ج ١٢ باب طلاق الصبي ص ١٦٧ .

ومنها ما دل (١) على نفوذه اذا عقل .  
 ومنها ما دل (٢) على نفوذه اذا بلغ عشر سنين .  
 وحيث لا يمتثل أن يكون طلاق من بلغ عشرأ ولم يعقل صحيحاً فلا  
 بد من تقييد ما دل على نفوذ طلاق الصبي اذا عقل بما دل على نفوذ طلاقه  
 اذا بلغ عشرأ وبذلك يقيد ما دل على عدم النفوذ بغير من بلغ عشرأ ، وعليه  
 فير تفع التعارض .  
 ولو سلمنا التعارض ، ولكن لا بد من تقديم روايات النفوذ ، لأنها  
 مخالفة لأكثر العامة .

(١) عن ابن بكير عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان  
 قد عقل ، ووصيته وصدقته وإن لم يحتلم . موق با بن بكير . فروع الكافي ج ٦ من  
 ط ٢ باب طلاق الصبيان ص ١٢٤ . والوافي ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبي ص ١٦٦  
 (٢) عن ابن ابي عمير عن بعض رجاله عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز  
 طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين . مرسل . فروع الكافي ج ٦ من ط ٢  
 ص ١٢٤ . والوافي ج ١٢ ص ١٦٦ .

وعن محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن احمد بن محمد ، ومحمد بن  
 الحسين جميعاً عن ابن فضال ، عن ابن بكير عن ابي عبد الله (ع) قال : يجوز  
 طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين . موق با بن بكير . التهذيب ج ٢ باب طلاق  
 الصبي ص ٢٧٠ . والوسائل باب ٣١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرايطه .  
 قال سيدنا الاستاذ : إن هذه الرواية وإن كانت غير موجودة في نسخة  
 الكافي ، إلا انه يمتثل ان يكون السقط من النساخ ، وقد اخرجها الشيخ ،  
 وصاحب الوسائل من النسخة التي كانت هي موجودة فيها . ولكن الظاهر  
 ان هذه هي رواية ابن ابي عمير المتقدمة وان هذا السند لحديث آخر المذكور  
 قبلها ، وكان السقط من النساخ ، كما يظهر من ملاحظة الكافي .

ثم انه يظهر من روايتي السراد والكناسي (١) أنه يجوز طلاق الغلام البالغ عشر سنين اذا أقر بذلك وأمضاه بعد البلوغ .

ولكن لا يمكن العمل بهما :

أما رواية السراد فهي رواية الفقيه عن محمد بن موسى المتوكل ، وهو لم يثبت توثيقه من القدماء ، نعم وثقه العلامة في رجاله ، إلا انه اجتهد منه وهذا ظاهر .

أضف الى ذلك : أنها مخالفة للاجماع القطعي ، فان الفقهاء بين قائل بالصحة ، وبين قائل بالفساد ، واذن فلا واسطة بينهما .

(١) الحسن بن محبوب السراد ، عن ابن رثاب ، عن ابن مسكان ، عن الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ، ويجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال : فقال : اما التزويج فصحيح ، واما طلاقه فينبغي ان تحبس عليه امراته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب ، وإن اتكر ذلك وابي ان يمضيه فهي امراته . الحديث . الوافي ج ١٢ باب ١٧٥ طلاق الصبي ص ١٦٦ .

وعن يزيد الكناسي ، عن ابي جعفر (ع) - في حديث تزويج الأب ابنته او ابنه - قال : قلت له : جعلت فداك فان طلقها في تلك الحال ولم يكن ادرك ويجوز طلاقه ؟ قال إن كان مسها في الفرج فان طلاقه جائز عليها وعليه وإن لم يمسه في الفرج ولم يلد منها ولم تلد منه فانها تعزل عنه وتصير إلى اهله فلا يراها ولا تقربه حتى يدرك النساء ، فيسأل ويقال إنك كنت طلقت امراتك - فلانة فان هو أقر بذلك واجاز الطلاق كانت مطلقة بائنة وكان خاطباً من الخطاب التهذيب ج ٢ باب اولياء الصبيان ص ٢٢٢ . والوافي ج ١٢ ص ٦٥ .

أما رواية الكُناسي المفصلة بين الدخول وعدمه فهي - مع أنها أيضاً لا قائل بمضمونها - ضعيفة السند ، لأن الكُناسي لم يثبت توثيقه .

## هل يعتبر في صحة العقد القصد

إلى مدلوله ؟

قوله : ( مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به ) . أقول : قد انفقت كلمات الأصحاب رضوان الله عليهم على هذا الشرط حتى أرسلوه في كتبهم الفقهية إرسال المسلمات ، ولذا لم ينقل الخلاف - هنا - من أحد . بل في التذكرة ادعى الاجماع على ذلك .

ولا يخفى عليك : أن الفقهاء وإن أصابوا في أصل اعتبار القصد في العقد ، إلا أنهم قد أخطأوا في أخذه من شرائط المتعاقدين أو العقد بل إنما هو من مقوماته بحيث لا يتحقق مفهومه بدون القصد .

وتوضيح ذلك إجمالاً : أنا ذكرنا في المباحث السابقة أن البيع - مثلاً - ليس عبارة عن الانشاء الساذج . سواء أكان الانشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ - كما هو المعروف بين الأصوليين وغيرهم - أم كان عبارة عن إظهار أمر نفساني بمرز - كما هو المختار عندنا - .

ولا أن البيع عبارة عن مجرد الاعتبار النفساني من دون إظهاره في الخارج بمرز ، وإلا لزم تحققه بمجرد اعتبار البائع ملكية ماله لشخص آخر بازاء الثمن وإن لم يظهر اعتباره بمظهر خارجي ولا ريب أن كل ذلك بديهي الپطلاق .

بل حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفساني المظهر بمرز خارجي ، سواء أ أمضاه العرف والشرع أم لا ، وسواء أ كان في العالم شرع وعرف أم لا وهكذا الكلام في سائر الامور الانشائية برمتها من العقود والايقاعات والأوامر والثواهي وغيرها ، وإذن فلا يوجد أى عقد أو ايقاع إلا بالقصد الذى هو فعل نفساني مع اظهاره بمرز خارجي ، واذا اتقى أحدهما اتقى الآخر فان المركب يتبنى 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 صحة البيع ؟

هل يعتبر فى صحة البيع تعيين المالك ، وهل يلزم ذلك على المتبايعين ؟ تارة يقع الكلام فى المعاملة بالأعيان الشخصية ، واخرى فى المعاملة بالامور السكّية : بأن يكون المبيع أو الثمن كلياً .

أما الجهة الاولى فلا شبهة فى أن تعيين المالك ليس من مقومات البيع ولا من شرائطه ، بداهة أن البيع اعتبار تبديل شىء بشىء فى أفق النفس واظهاره بمرز خارجي من اللفظ وغيره . ولا ريب فى أن هذا المعنى يتحقق بدخول العوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوض وبالعكس ، بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن ، أو تعيين مالك المثلث ، ولم يقيم دليل تعبدى على ذلك . ولا يفرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين وبين صدوره من غيرهما - كالوكيل والولى والفضولى - وعلى هذا الضوء فالقصد الى العوض وتعيينه يفتى عن القصد الى المالك وتعيينه . .



نعم يعتبر في مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس ، والا فلا يصدق عليه البيع ، ضرورة أنه ليس الا بتبديل شيء بشيء في جهة الاضافة ، وعليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن في ملك الأجنبي أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك موجبا لبطلان المعاملة . لسكونه على خلاف مقتضى العقد . نعم لو كان ذلك من قبيل الفوائد المترتبة على العقد لما كان الاشتراط ، أو القصد المزبورين من الأمور اللاغية .

ومثال ذلك أن يشتري أحد من الخباز خبزاً ويشترط عليه أن يعطيه للفقير ، أو يتصدى هو بنفسه الاعطاء له ، فان الخبز يدخل في ملك المشتري بالشراء وان كان ينتقل بعد ذلك الى الفقير بهبة ونحوها .

ثم لا يخفى عليك: أن ما ذكرناه من عدم اعتبار تعيين من يقع له العقد في صحة البيع انما يجري في كل عقد لا يكون القصد الى المالك ركننا من أركان العقد ، والا يبطل العقد بعرائه عن ذلك . كالزواج في عقد الزواج ، فانهما بمنزلة العوضين في البيع ، ضرورة عدم حصول الغرض بصيرورة المرأة زوجا لرجل مبهم . وعدم صيرورة الرجل زوجا لامرأة مبهمة . وكذلك الموقوف عليه والموهوب له والموصى له والوكيل ، فانهم من الأركان في الوقف والهبة والوصية والوكالة ، فلا ينعقد شيء منها بدون القصد الى هؤلاء ومن غير تعيينهم أما الجهة الثانية فالكل بما هو كلي لا يمكن بيعه في مقام الثبوت الا باضافته الى ذمة خاصة من الذمم ، اذ البيع - كما عرفته عند البحث عن تعريف البيع - بتبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . ومن البين الذي لا ريب فيه أن الكل بما هو كلي غير مضاف الى أحد لكي يكون تبديله بشيء من قبيل تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة .

أضف الى ذلك أن السكلي مالم يضاف الى ذمة شخص لا يكون مالا ، ولا ملكا ، واذن فلا تقع المبادلة بين المالين . ولا يقاس ذلك بطلاق زوج من الأزواج . أو بعقاق مملوك من المالك ، لصحة تعلق الطلاق والعق بالجامع وهو عنوان احدى الزوجات ، أو أحد العبيد ، وعليه فيستخرج الواقع بالقرعة ، لأنها لكل أمر مشتبه . هذا كله في مقام الثبوت .

أما في مقام الاثبات فلا ريب في اضافة السكلي الى البائع واتساق البيع اليه بمجرد تكلمه بصيغة بيعت ، لانصراف الاطلاق الى المنشئ انصرافا عقلايياً لأن فعل كل فاعل ينسب اليه ، ويحكم بوقوعه عنه مالم ينصب قرينة حالية أو مقالية على خلافه .

وقد اتضح لك مما تلوناه عليك وقوع الخلط بين مقامى الثبوت والاثبات في كلام شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر بحثه : ( وأما اذا كان أحدهما كلياً فان كان الشخصى ملك شخصه وجب تعيين من يقع السكلي في ذمته ، وأما لو انعكس فلا يجب التعيين ، وذلك لأنه لو كان الشخصى ملك غيره تعلق الكلي بذمة نفسه ، لأن ذمة الغير يحتاج الى التعيين ، والا انصرف الى النفس حتى فيما لو كان وكيلاً عن الغير ) .

## هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد؟

هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد إثباتاً بناءً على اعتبار قصده ثبوتاً بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له والمشتري عالماً بالبائع ؟ .  
يقع البحث هنا في جهات شتى ، وقد تعرض المصنف لبعضها وأغفل البعض الآخر .

الجهة الاولى : في أنه اذا كان من له العقد مقصوداً للمتعاقدين ، ولم يتعين في مقام العقد للآخر فالظاهر أن يحكم بصحة العقد ، لأن قصد المالك لبأ وان كان ركناً في العقد ، كما هو المفروض ، ولا يمكن تعيينه للطرف في المعاملة ليس بركن فيه ، لحصول الغرض الأقصى مع ابهامه - أيضاً - في مقام الاثبات وعليه فيصح أن يتوجه الموجب الى القابل ، ويخاطبه بقوله : بعثك من الحنطة بلا تصريح باسم من تكون الحنطة في ذمته ، وإنما يصرح باسمه بعد تمامية العقد .

أو يقول : وهبت هذا المال لمن قصده ، ثم يبين الموهوب له .  
أو يقول : زوجتك المرأة المعهودة عندي ، ويعينها بعد تمامية عقد الزواج . وهكذا الكلام في ناحية القبول .

والوجه في ذلك هو أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبار التبديل بين شيئين وحقيقة الهبة عبارة عن اعتبار ملكية العين الموهوبة للمتهد ، وحقيقة الزواج عبارة عن اعتبار عدلية أحد الزوجين للآخر ، ولا شبهة في تحقق تلك الحقائق بالصيغ المذكورة ، ولا يعتبر فيها معرفة الموجب لمن هو مقصود القابل ولا معرفة القابل لمن هو مقصود الموجب ، بديهية أن خصوصيات الأشخاص وان كانت دخيلاً في الأغراض الشخصية ، ولا يمكنها غير دخيل في حقيقة العقود ، ولا في صحتها .

الجهة الثانية : أن يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص ، وقصد القابل وقوعه لغيره ، والظاهر أنه لا ريب في بطلان ذلك ، لأن ما أنشأه الموجب لم يتعلق به القبول ، وما تعلق به القبول لم ينشئه الموجب ، سواء في ذلك أن يكون من له العقد ركناً فيه - كالنكاح وما حدا حدوه ، وما لم يكن كذلك كالبيع وما تلا تلوه .

والسر في ذلك ما عرفته قريباً من أن العقود عبارة عن الاعتبار النفساني المقرون بالمظهر الخارجي من اللفظ وغيره ، فبانعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقة العقد .

ثم لا يخفى عليك : أن البحث في هذه الجهة من صغريات البحث عن اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول ، وقد تقدم في محله أنه إذا لم يرد الإيجاب والقبول على محل واحد لم يكن أحدهما مطاوعة للآخر حينئذ فلا تتحقق المعاقدة بين المتعاقدين بل يكون - هنا - أمران لا يتصل أحدهما بالآخر .

الجهة الثالثة : هل يجوز توجيه الإنشاء إلى المخاطب وقبوله لغيره مع عدم علم الموجب لذلك أو اسناد الإيجاب إلى نفسه في ظاهر الكلام وقصد وقوعه عن غيره مع عدم علم القابل لذلك ، للمسألة صور .

الأولى : أن يعلم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتعاملين كما هو الحال في غالب البيوع والأجارات ونحوها ، ففي مثل ذلك لا يعتبر علم كل من الطرفين لمن يقع له العقد واقعاً ، فلو قال بعثك هذه الدار بكذا ثم انكشف أن المشتري كان وكيلاً لم يضر ذلك بالتطابق وبصحة العقد .

الثانية : أن يعلم من الخارج إرادة خصوص المخاطب ، كما في النكاح والوقف والوصية ونحوها ، ففي مثلها لا بد من اعتبار ذلك ، فلو قال زوجتك فلانة وقيل للمخاطب لغيره بطل النكاح بلا إشكال ، لعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول الثالثة : أن لا يعلم من الخارج لإرادة الخصوصية ، ولإرادة عدمها ، فالظاهر في هذه الصورة أنه لا بد من الاعتبار ، كما اختاره المصنف قدس سره وذلك لعدم إراز التطابق المعتبر في صحة العقد فيما إذا قصد المخاطب شخصاً آخر مع عدم إعلام ذلك لطرف العقد ، فإذا لم يعلم أن الموجب - مثلاً - قصد تملك ماله للأعم من المخاطب وغيره لم يجز للمخاطب قبول التملك لغيره .

## بحث في عقد المكره

قوله : ( مسألة ومن شرائط المتعاقدين الاختيار ) . أقول : الفارق بين هذه المسألة والمسألة السابقة هو أن الكلام - هناك - مسوق لاعتبار قصد المعنى في العقود ، إذ الإخلال به يوجب الإخلال بعناوين العقود كما عرفته آنفاً . بخلاف المقام ، فإن البحث - هنا - في لزوم كون القصد ناشئاً من الاختيار وإذن فالمسألان متغاثران .

ثم إن المراد من الاختيار الذي نبحث عن اعتباره في العقد - هنا - هو صدور الفعل من العاقد عن الرضاء وطيب النفس مقابل السكرهه وعدم الرضاء لا الاختيار مقابل الجبر والالقاء ، وإلا لكان عقد المكره خارجاً عن العقد موضوعاً ، لخلوه عن القصد المعبر في حقيقة العقد .

ثم إنه قد جرت عادة الفقهاء على البحث عن عقد المكره في كتاب الطلاق ولعله لو ورود الروايات الكثيرة على بطلان طلاق المكره . وإلا فلا اختصاص لذلك بالطلاق .

إذا عرفت ذلك فاعلم : أنه اتفق الأصحاب على بطلان عقد المكره أما عند العامة فلا يصح بيع المكره (١) .

(١) الحنابلة - قالوا : يشترط في البيع ان يكون العاقدان مختارين ظاهراً وباطناً ، فاذا كانا مختارين في الظاهر فقط كأن اتفقا على بيع عين لأحدهما فراراً من ظالم يريد اغتصابها . . فان هذا البيع يقع باطلاً ، ولا ينقذ ، لأنها وإن تعاقدتا باختيارهما ظاهراً ، ولكنهما في الباطن لا يريدان هذا البيع ، ويسمى -

## ولاطلاقه (٢) على تفصيل في المذاهب .

بيع التلجئة والأمان .

اما اذا باع شيئاً فراراً من ظالم ونحوه من غير ان يتفق مع المشتري على ان ان هذا يبيع تلجئة وامانة فان البيع يقع صحيحاً ، لأنه صدر من غير اكراه في هذه الحالة .

الحنفية - قالوا ! إن كل عقد يكره عليه الشخص يتعقد ، لأن القاعدة عندهم في المكره ان كل ما يكره على النطق به يتعقد . . فاذا اكرهه ظالم على بيع ملكه ، فان البيع يتعقد فاسداً ، ويمسكه المشتري ملكاً فاسداً وللمكره ان يبيع البيع بعد زوال إكراهه ، وله ان يسترد العين حيث وجدها .

الشافعية - قالوا : يبيع المكره لا يتعقد رأساً إلا إذا قصد ايقاع العقد ونواه حال الاكراه ، فانه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً .

المالكية - قالوا : الاكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الاكراه بغير حق

نقه المذاهب ج ٢ ص ١٦١ .

(٢) الحنفية - قالوا : طلاق المكره يقع خلافاً للأئمة الثلاثة ، فلو اكره

شخص آخر على تطبيق زوجته بالضرب او السجن او اخذ المال وقع طلاقه .

المالكية - قالوا : لا يقع الطلاق على المكره . . حتى لو اكره ان يطلق

طلقة واحدة فوقع اكثر فانه لا يلزمه شيء ، لأن المكره لا يملك نفسه كالجنون

الشافعية - قالوا : طلاق المكره لا يقع بشروط : احدها ان يهدده بالايذاء

شخص قادر على تنفيذ ماهدده به عاجلاً .

ثانيها : ان يعجز المكره عن دفعه بهرب او استغاثة بمن يقدر على دفع

الايذاء عنه .

ثالثها : ان يظن المكره انه إن امتنع عن الطلاق يلحقه الايذاء الذي هدده به -

## هل المكروه قاصد الى اللفظ دون المعنى ؟

قبل الاستدلال على المقصود يحسن بنا التعرض لما ذكره في المسالك من أن المكروه والفضولى قاصدان إلى اللفظ ، لا إلى مدلوله . وقد أشرنا إليه في مطلع المسألة السابقة . ووعدنا لك - هناك - التعرض له في هذه المسألة - وهنا - موعده .

وربما يستظهر رأى صاحب المسالك من كلام العلامة - أيضاً - في التحرير من أنه لو أكره الزوج على الطلاق فطلق ناوياً فالأقرب وقوعه ، إذ لا إكراه على القصد .

ولكنه لا وجه صحيح لهذا الاستظهار ، فإن الظاهر من العلامة هو التفصيل في المكروه بالفتح بين المتمكن من التورية ، وبين غير المتمكن منها بأنه إن كان

رابعها : أن يكون الإكراه بحق ، فإذا أكره على الطلاق بحق فإنه يقع .  
خامسها : أن لا يظهر من المكروه نوع اختيار ، كما إذا أكره على أن يطلقها ثلاثاً فطلق واحدة .

سادسها : أن لا ينوي الطلاق ، فإن نواه في قلبه وقع ، أما التورية فإنها غير لازمة .

الحنابلة - قالوا : طلاق المكروه لا يقع بشروط : أحدها أن يكون بغير حق ثنيتها : أن يكون الإكراه بما يؤلم . ثالثها : أن يكون المهدد قادراً على فعل ما هدده به . رابعها : أن يغلب على ظن المكروه أنه إن لم يطلق يقع به الإيذاء .  
خامسها : أن يكون عاجزاً عن دفعه ، وعن الهرب منه . فقه المذاهب ج ٤

الزوج قادراً على التورية وطلق زوجته من غير أن يورى في إنشائه فيحكم بصحة طلاقه ، وإن لم يكن قادراً عليها وطلق زوجته - وقتئذ - فيحكم بفساد طلاقه . ومن البيّن أن هذا المعنى غير مربوط بما تضمنه كلام الشهيد الثاني في المسالك .

وكيف كان فقد ذكر جمع من الأصحاب وجوهاً في توجيه ما في المسالك ونقتطف منها ما يلي :

١ - أن الصادر من المسكوه والفضولي إنما هو مجرد اللفظ بلا توجه إلى معناه . أما المسكوه فلائنه لا يقصد وقوع النقل والانتقال خارجاً . وإنما عرضه الانشاء الساذج دفعا للخوف المتوعد عليه من ناحية الجائر .

أما الفضولي فلائنه يعلم جزماً عدم ترتب الأثر على عقده مع قطع النظر عن امضاء المالك ، وعليه فيكون إنشاؤه خالياً عن قصد المعنى .

أما ما ذكر في المسكوه فيتوجه عليه : أن عقد المسكوه كسائر أفعاله التكوينية الصادرة منه كرهاً ، كالأكل والشرب والقيام والقعود ونحوها ، ولا نظن أن يتفوه أحد بصورها من المسكوه بغير قصد . وكذلك العقد . غاية الأمر أنه لم ينشأ من الرضاء وطيب النفس .

على أن المسكوه لا يقدر غالباً على قصد خصوص اللفظ دون المعنى ، لعدم الالتفات إليه .

ويضاف إلى ذلك أن انتفاء قصد المعنى يقتضى انتفاء حقيقة العقد ، لما عرفته في المسألة السابقة من استحالة تحقق العقد بدون القصد ، ومعه لا مجال للبحث عن اعتبار الاختيار فيه . لأن موضوع البحث في عقد المسكوه إنما هو العقد الجامع للشرائط غير الرضاء بالعقد . ولاجل ذلك يحكم عليه بالصحة



إذا لحق به الرضاء وإذا كان خالياً عن القصد لم يكن قابلاً للحكم عليه بالصحة أبداً لأنك عرفت أن عنوان العقد لا يتحقق بدون القصد وإذا تحقق في الخارج ما ليس بعقد لم يكن ذلك عقداً بالرضاء المتعقب - أيضاً - لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه . مع أن المشهور حكوا بصحة عقد المسكروه بالرضاء المتعقب . نعم قد يتعلق قصد المسكروه بخصوص اللفظ كما في التورية . ولكنته خارج عن مورد البحث .

أما ما ذكر في الفضولى فيتوجه عليه : أن عقد الفضولى - أيضاً - مقترن بالقصد وإلا لاستحال تأثيره بالاجازة - أيضاً - على ما عرفته قريباً . ومع الاغضاء عن ذلك : أن ما ذكر من التوجيه لكلام الشهيد إنما يتم في غير الفضولى المعتقد للملكية نفسه ، أما فيما إذا اعتقد الفضولى أنه مالك فلا شبهة في حصول القصد الى المعنى . وعلى الجملة فلا اشكال في تحقق القصد في المسكروه والفضولى كتحققه في غيرهما .

٢ - ما ذكره المصنف وهذا نصه : ( المراد بعدم قصد المسكروه عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج . وأن الداعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج ، لا أن كلامه الانشائي مجرد عن المدلول ) .

ويرد عليه أنه ان كان مراده من عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج هو عدم وجود الاعتبار النفساني فهو بديهى البطلان ، لما عرفته قريباً من تحقق القصد في المسكروه . وأن عقده من هذه الناحية كسائر العقود الصادرة من المختارين .

وان كان مراده من ذلك هو عدم القصد الى امضاء الشارع وحكمه بصحة

العقد ، لكي يترتب عليه الأثر . بل قصده الى الحصة الفاسدة .  
فيتوجه عليه أولاً : أن هذا أخص من المدعى ، لأن المسكره قد  
لا يلتفت الى فساد العقد شرعاً . بل يتخيل صحته . وعليه فهو قاصد لترتب  
الأثر الشرعى أيضاً .

ثانياً : أن ذلك لا يضر بصحة العقد ، فان قوام البيع - كما ذكرناه - إنما هو  
باعتبار المبادلة بين المالين في أفق النفس ، واظهاره في الخارج بمظهر - سواء أ  
أمضاه الشارع ، أم لم يمضه وسواء ألتفت المنشيء الى ذلك أم لم يلتفت اليه .  
وعلى الجملة : ان الأحكام الشرعية المترتبة على العقود والايقاعات  
خارجة عن حقيقتها .

ولأجل ذلك لو أنشأ عقداً فاسداً باعتقاده - كما اذا تعامل مع أبيه معاملة  
ربوية ، ثم انكشف جواز ذلك - لم يحكم بفساده ، واذن فلا أثر لقصد  
الامضاء الشرعى وعدمه .

٣ - ما ذكره شيخنا الاستاذ من (أن المسكره لم يقصد ما هو ظاهر انشاء  
كل منشيء من رضائه بوقوع المدلول في الخارج ، كما أن الفضولى لم يقصد  
ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه) .

وبتعبير آخر : ان ظاهر كلام العاقد هو وقوع انشائه بالرضاء وطيب  
النفس ، وأن ما أنشأه من العقد مستند الى نفسه . ولكن الأول منفي في المسكره  
والثاني منفي في الفضولى ، لأنهما لم يقصدا ذلك .

ويرد عليه أولاً : أن هذا أخص من المدعى ، فان هذا لو سلم فانما يسلم مع عدم  
التفات الناس الى حال المسكره والفضولى والالم يكن القصد مخالفاً لظهور كلامه  
ثانياً : أن عدم ظهور عقد المسكره في طيب نفسه ، وعدم ظهور عقد  
الفضولى في البيع لنفسه أجنيان عن قصد العاقد للفظ دون معناه .

وعلى الجملة إنه : لم يتحصل لنا معنى معقول من كلام الشهيد من أن المكره والفضولي قاصد ان إلى اللفظ دون مدلوله . وهو (ره) أعرف بمقاله .  
وقد ظهر لك مما تلوناه عليك : فساد ما ذكره الزاقي في المستند من أن الوجه في بطلان البيع الاكراهي هو عدم وجود ما يدل على قصد البيع ، حيث ان اجراء الصيغة مع الاكراه غير كاشف عن القصد ، فلا يكون من البيع العرفي ، لأنه يعتبر فيه أن يكون - هناك - كاشف عن كونه مريداً لنقل الملك وكونه مكرهاً قرينة على عدم ارادة ظاهر اللفظ .

## ما استدل به على بطلان بيع المكره

قد ظهر لك من مطاوي ما ذكرناه : أن مقتضى القاعدة هو صحة بيع المكره فانه عقدعرفي فيشمله ما دل على وجوب الوفاء بالعقد . ولكن استدل على فساده بوجوه وهي مايلي :

الوجه الأول : الاجماع .

ويرد عليه : أن الاجماع وإن كان مسلماً ولا يمكننا لانظمئن بكونه اجماعاً تعديداً ، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك المجمعين الوجوه الآتية .  
الوجه الثاني : قوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (١) وقد ذكرنا في المباحث السالفة أن دخول الباء المفيدة للسببية في كلمة الباطل ، ومقابلتها في الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على أن الآية الشريفة في مقام تمييز الاسباب الصحيحة عن الاسباب الفاسدة .  
ثم إن المراد من الأكل في الآية المباركة ليس هو الازدراد - على ما هو

(١) سورة النساء الآية : ٢٩ .

معناه الحقيقي - وإنما هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق شرعي .  
سواء أكان المال المزبور من المأكولات أم كان من غيرها . وقد تعارف استعمال  
كلمة الأكل في التملك في الكتاب الكريم وفي كلمات الفصحاء . بل وفي غير  
العربية أيضاً . ومن ذلك قوله تعالى : ولاتأكلوا أموالكم بالباطل وتدلوا  
بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأتم تعلمون (١) .  
ثم إن الاستثناء في الآية المباركة سواء أكان متصلاً - كما هو الظاهر -  
أم كان منقطعاً يفيد حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض :  
أما على الأول فواضح .

وأما على الثاني فلأن الاستثناء المنفصل وان كان لا يفيد الحصر بنفسه  
ولكن الله تعالى حيث كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات - وفصل  
صحيحها عن فاسدها ، وكان الإهمال محلاً بالمقصود - فلا محالة يستفاد الحصر  
من الآية بالقرينة المقامية .

ونتيجة ما ذكرناه حول الآية الكريمة : أنه لا يجوز تملك أموال الناس  
بسبب من أسباب المعاملات إلا أن يكون السبب المملك هو التجارة عن تراض  
ومن الواضح الذي لا ريب فيه أن بيع المكره لا يعد من التجارة عن تراض ،  
فيكون فاسداً .

ثم لا يخفى على الفطن العارف : أن المراد من الرضاء المذكور في الآية  
المتقدمة هو طيب النفس ، لا الرضاء بمعنى القصد والارادة ، أو الملازم لهما ،  
فلن ماهر شرط لصحة التجارة هو الأول . أما الثاني فإنه مقوم للعقد ، فقد عرفت  
أن الله تعالى في مقام بيان الميزين السبب الصحيح والسبب الباطل للمعاملات . ومع  
عدم تحقق العقد لا يبق مجال لتقسيم أسباب المعاملات إلى الصحيح والفاقد .

أضف الى ذلك : أن العقد من الامور القصدية المظهرة بمظهر خارجي فلا يغفل صدوره من غير القاصد . وعليه فلو كان المراد من الرضاء في الآية القصد والارادة ، أو ما يلازمها لكان ذكره فيها مستدركا . لأن كلمة التجارة المذكورة فيها تعنى عن ذكر كلمة الرضاء . تعالى كلامه سبحانه عن ذلك علواً كبيراً . وعليه فالمراد من الرضاء في الآية الشريفة انما هو طيب النفس ، لا القصد والارادة .

ويحسن بنا توضيح ذلك اجمالاً فنقول : ان الأفعال الاختيارية الصادرة من الأشخاص المختارين انما تستند الى مقدمات طويلة كلها موجودة في أفق النفس : منها التصور . ومنها التصديق بالفائدة . ومنها الميل ، ومنها الشوق المؤكد المعبر عنه غالباً بالارادة التي هي تأثير النفس في حركة العضلات . ولا شبهة في أن الفعل اذا عرى عن القصد والاختيار لحق بالأفعال غير الاختيارية ثم ان لفائدة المترتبة على الفعل الاختيارى على ثلاثة أقسام :

الأول : الفائدة الخاصة المترتبة على الفعل الخارجى . وذلك كالرجح المترتب على التكبس والاتجار . وكالتلذذ المترتب على أكل المطعومات . وحرارة البدن المترتبة على لبس الألبسة ، والى غير ذلك من الأمثلة .

الثانى : أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل بما يدفع به الضرر الخارجى المتوجه الى الشخص ، بأن يكون اختيار هذا الفعل لأجل قضاء الضرورة من دون أن تكون هذه الضرورة من ناحية الظالم ونحوه .

ومثال ذلك : أن يضطر أحد الى بيع داره لصرف ثمنها في علاج مريضه المشرف على الهلاك أو للانفاق على عياله ، أو لإداء الدين الواجب أو لدفع جريمة ثبتت عليه في المحكمة الخاصة . ومن هذا القليل أن يطلب الجائر من شخص مالا لا يتمكن منه الا ببيع داره أو كتبه أو متاع بيته أو

أشبه ذلك ، فان الاجبار انما يكون بالنسبة الى دفع المال ، لا بالنسبة الى بيع ما ذكر .

الثالث : أن تكون الفائدة المترتبة على الفعل دفعا لضرر الظالم الناشئ من ترك الفعل - لامن الجهات الخارجية . ومثال ذلك أن يحمل الجائر أحداً على فعل خاص مع الاعداد على تركه بالضرب أو القتل أو نحوهما ، فان نفس الفعل - هنا - وان صدرت بمقدماته الاختيارية التي أشرنا اليها قريبا . ولكن الفاعل لم يرض به .

ويتضح الفارق بين هذا القسم وبين سابقه بملاحظة مايلي : وهو أن الظالم اذا أكره أحداً على بيع داره ، وأوعده بالضرب على تركه حكم بفساد البيع لخلوه عن الرضا المعتبر في صحة البيع . وهذا بخلاف ما اذا أكرهه بداءة على اعطاء ألف دينار . وكان سبيل نجاته عن هذه الغرامة هو بيع داره فانه حينئذ يحكم بصحة البيع لوقوعه برضا المالك وطيب نفسه . غاية الأمر أن الداعي الى البيع انما هو الاضطرار . وأيضاً أن الفارق بينهما كالفارق بين من فسد جزء من أجزاء بدنه بحيث انحصر علاجه بقطعه والا يهاك . وبين من أجبره الجائر على قطع إصبعه ، وإلا يقتله ، فان الشخص الأول مبتهج بقطع عضوه بخلاف الثاني . وهذا واضح .

وقد اتضح لك مما بيناه : أن مانحن فيه من القليل الثالث ، لأن البيع الصادر من المسكره كرهاً كسائر أفعاله الاختيارية مسبوق بالمقدمات ، من التصور والتصديق بالفائدة والميل والارادة التي هي بمعنى الاختيار . ولكن هذا البيع الصادر من المسكره فاقد للرضا وطيب النفس . وعلى هذا فعنوان التجارة لا يتحقق الا بالارادة والاختيار . فبيع المسكره تجارة غايته تجارة عن غير تراض .

الوجه الثالث : بما استدل به على فساد بيع المكره - الروايات (١)  
 الدالة على حرمة التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه ، ومن الظاهر أنه لو  
 كان يبيع المكره نافذاً لكان سبباً لخلية ماله للمشتري بغير الرضاء وطيب النفس  
 الوجه الرابع : الروايات (٢) الدالة على بطلان طلاق المكره وعتاقه  
 فانها وان وردت في الطلاق والعتاق ، ولكنها بضميمة عدم القول بالفصل  
 بينهما وبين غيرهما من العقود والايقاعات تدل على المقصود .  
 الوجه الخامس : ما دل (٣) على رفع الاكراه في الشريعة المقدسة .

- (١) قد تقدمت هذه الروايات في الجزء الثاني في ص ٦٣٨ .  
 (٢) عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله « ع » ، قال : سمعته يقول :  
 لو ان رجلاً مسلماً مر بقوم ليسوا بسطان قهروه حتى يتخوف على نفسه ان يعتق  
 ان يطلق ففعل لم يكن عليه شيء . مرسل .  
 وعن زرارة عن ابي جعفر « ع » قال : سألت عن طلاق المكره وعتقه ؟  
 فقال : ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعق . حسن بابراهيم بن هاشم .  
 وعن يحيى بن عبد الله بن الحسن عن ابي عبد الله « ع » قال سمعته يقول  
 لا يجوز الطلاق في استكراه ، ولا يجوز عتق في استكراه . . . وانما الطلاق  
 ما يريد به الطلاق من غير استكراه ولا اضطرار . ضعيف يحيى . الكافي ج ٦  
 من ط ٢ باب طلاق المكره ص ١٢٧ . والوافي ج ١٢ باب طلاق المكره ص ١٦٧  
 (٣) عن حريز بن عبد الله ، عن ابي عبد الله « ع » قال : قال رسول  
 الله « ص » : رفع عن امي تسعة : الخطأ ، والنسيان ، وما اكرهوا عليه ،  
 وما لا يطيقون ، وما لا يعلمون ، وما اضطرروا اليه ، والحسد ، والغيرة ،  
 والتفكير في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفة . مجهول باحمد بن محمد بن يحيى  
 العطار . توحيد الصدوق باب الاستطاعة ص ٣٦٤ . والحاصل ج ٢ ابواب التسعة  
 ص ٤٤ . والبحار ج ١ ص ١٥٦ . والوسائل باب ٣٧ من قواطع الصلاة . -

ووجه الاستدلال به على بطلان عقد المنكره هو ما ذكرناه في علم الاصول من أنه لا اختصاص لحديث الرفع بالأحكام التكليفية . بل يعم الأحكام الوضعية - أيضاً - كما أنه لا اختصاص له بمتعلقات الأحكام ، بل هو يجرى في الموضوعات أيضاً ، فان فعل المكلف كما يقع متعلقاً للتكليف كذلك يقع موضوعاً له ، وعليه فإذا أكره المكلف على إيجاد الموضوع لحكم ، كالإفطار في شهر رمضان ، أو إنشاء بيع ارتفع حكمها .

وعلى هذا فلا احتياج في الاستدلال بحديث الرفع على بطلان بيع المنكره الى التمسك باستدلال الامام عليه السلام بذلك على بطلان اليمين بالطلاق والعتاق (١)

وباب ٣٠ من ابواب الخلل في الصلاة . وباب ٥٦ من جهاد النفس . والفقيه

ج ١ من طبعة النجف ص ٣٦ .

وعن احمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن اسماعيل الجعفي عن ابي عبدالله «ع» قال : سمعته يقول : وضع عن هذه الامة ست خصال : الخطأ ، والنسيان ، وما استكروها عليه ، وما لا يعلمون ، وما لا يطيقون ، وما اضطروا اليه .

وعنه عن الحلبي عن ابي عبدالله «ع» قال : قال رسول الله «ص» : وضع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكروها عليه .

وعنه عن ربي ، عن ابي عبدالله «ع» قال : قال رسول الله «ص» : عفى عن امتي ثلاث : الخطأ ، والنسيان ، والاستكراه ، قال ابو عبدالله «ع» وهنا رابعة وهي ما لا يطيقون .

وعن احمد بن ابي عبد الله في المحاسن ، عن ابيه ، عن صفوان بن يحيى واحمد بن محمد بن ابي نصر جميعاً عن ابي الحسن «ع» في الرجل يستكروه على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق . وصدقة ما علك ايلزمه ذلك ؟ فقال : لا . قال رسول الله «ص» : وضع عن امتي ما أكرهوا عليه . وما لم يطيقوا . وما أخطأوا

جميع . الوسائل باب ١٦ من كتاب الإيمان .

(١) هذا المعنى مذكور في رواية البرقي المتقدمة في الحاشية السابقة



مع ضخمة عدم القول بالفصل - بينهما وبين سائر العقود والايقاعات - الى الاستدلال المزبور .

كما لا يحتاج الى القول بأن اعراض الامام عليه السلام عن الحكم بطلان العتاق والطلاق بدءاً الى التمسك بحديث الرفع شاهد صدق على شمول ذلك الحديث لأمثال الموارد .

ولا احتياج الى شئ . منها وإن كان كل منهما تاماً في نفسه .

وعلى الجملة : إنه لاشبهة في دلالة حديث الرفع على بطلان عقد المسكره

## ما هو حكم المعاملة الصادرة من المضطر ؟

بقي هنا أمران يحسن بنا التعرض لهما :

الأول : أنه قد يتوهم أنه إذا ثبت بطلان بيع المسكره من جهة حديث الرفع فلا بد وأن يحكم بفساد العقود والايقاعات الصادرة من المضطر - لأجل الاضطرار - لعين ذلك الحديث ، وقد تقدم مثاله قريباً .  
والسكنه يندفع بأن حديث الرفع وارد في مقام الامتنان ، ومن الواضح أن الحكم بفساد معاملة المضطر على خلاف الامتنان ، وعليه فلا تكون المعاملة الاضطرارية مشمولة لحديث الرفع .

## ما هو حكم المعاملة الصادرة من

المسكره بحق ؟

الثاني : أن حديث الرفع انما يدل على بطلان عقد المسكره فيما اذا كان المسكره ( بالكسر ) من سنخ البشر . أما اذا كان المسكره ( بالكسر ) هو

الله تعالى بلسان سفرائه الطاهرين ، فانه - وقتئذ - لا يحكم بفساد العقد الواقع كرهاً ، ولا يكون ذلك مشمولاً لحديث الرفع فان ذلك اكراه بحق فلا يمنع عن نفاذ البيع وإلزام أن يكون حكمه سبحانه بوقوع العقد الاكراهي لغواً محضاً تعالى عن ذلك علواً كبيراً . وقد تحقق هذا المعنى في موارد شتى ، ونذكر منها مايلي :

١ - أن يحكم القاضي ببيع ملك المديون لابقاء الغرماء حقوقهم ، فانه اكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع ، بل يقع معه صحيحاً نافذاً .

٢ - الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في اجبار المحتكر على بيع ما احتكره من الطعام فيما اذا لم يوجد البازل . بل عن المذهب البارع الاجماع عليه . وعن التنقيح عدم الخلاف في ذلك وقد وردت جملة من الروايات في ذم المحتكر ، وحرمة الاحتكار . وكونه من الجرائم الموبقة ويأتي البحث عن ذلك في أواخر كتاب البيع انشاء الله .

٣ - أن لا ينفق الرجل على من تجب نفقته عليه من الأب والام والاولاد والازواج وغيرهم ، فانه حينئذ يجبر هذا الشخص الممسك على بيع أمواله وصرف ثمنها في نفقة هؤلاء . ولا يؤثر هذا الاكراه في بطلان بيعه ، لما عرفته قريباً في المحتكر .

٤ - أنه اذا امتنع الراهن من أداء دينه فانه يجبره الحاكم على بيع العين المرهونة وأداء دين المرتهن من ثمنها . فلا يؤثر الاكراه في فساد بيعه .

ثم انه بقي هنا شيء آخر لا بأس بالتعرض له . وهو أن المحقق الايرواني قد استدل على فساد عقد المسكره بما حاصله : أن عنوان المعاملة لا يتحقق عرفاً بانشاء المسكره ، بداهة أنه وان قصد المعنى قلباً ، وتكلم باللفظ لساناً ، إلا أنه لارابطة بينهما لباً ، ضرورة أنه لم يأت باللفظ لأجل المقدمة والتوصل

ج ٣ هل يعتبر في الاكراه وجود حامل على المكره عليه ٢٩٥

الى المعنى لكي يكون ذلك وسيلة الى تحقق عنوان المعاملة ، بل انما أتى به بداع آخر . وعليه فقصد المكره للمعنى ، كالتقصد الساذج الخالي عن الانشاء . كما أن انشاءه كالانشاء الساذج الخالي عن القصد . واذا لم يتحقق - هنا - عنوان المعاملة لم يترتب عليه أثر شرعى .

ولكن يتوجه عليه ما عرفته مراراً من أن عنوان أى عقد أو إيقاع انما يتحقق بالاعتبار النفساني ، وابرازه بمبرز خارجي من اللفظ وغيره . ولاريب في أن هذا المعنى متحقق في عقد المكره ، غاية الأمر أنه فاقد لطيب النفس ، إلا أنه غير دخيل في عنوان العقد ، وانما هو دخيل في صحته .

ويضاف الى ذلك : أنه لو لم يكن انشاء المكره مربوطاً بالقصد وكان كل منهما غريباً عن الآخر كما يرومه المستدل كان عقد المكره فاسداً من ناحية انتفاء موضوع العقد ، لامن ناحية الكره . وقد عرفت آنفاً أن محل بحثنا انما هو فيما يكون العقد واجداً لسائر ما يعتبر فيه غير طيب النفس والرضا .

## هل يعتبر في الاكراه وجود حامل

على المكره عليه ؟

قوله : ( إن حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه ) .  
أقول : هل يعتبر في مفهوم الاكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه بحيث لولاه لما كان - هنا - اكراه كما هو الظاهر من المصنف أم لا يعتبر ذلك في مفهومه ، بل يسكني فيه مجرد الاعتقاد بوجود المكره ( بالسكس ) وان كان الاعتقاد المزبور مخالفاً للواقع ؟ .

ويحسن بنا أولاً : أن نقدم مقدمة في طبيعة البحث عن ذلك وملخصها :  
 أن النسبة بين عنوان المكروه وعدم طيب النفس هي العموم المطلق ، ضرورة  
 أنه كلما تحقق - هنا - كره تحقق عدم طيب النفس . بخلاف العكس ، فإنه قد  
 لا يوجد الكره ولكن يتحقق عدم الرضاء وعدم طيب النفس - كما إذا تخيل  
 أحد أن الجائر أجبره على بيع داره أو طلاق زوجته أو عتاق عبده - وفعل ذلك  
 ثم تبين أنه ليس هنا مكروه (بالكسر) - فإن عنوان الاكراه وإن كان غير  
 متحقق في المقام واقعاً ولكن لم يوجد هنا رضاء أيضاً بالمعاملة .  
 وقد يتوهم أن النسبة بين عنوان الاكراه وبين عدم الرضاء هي العموم  
 من وجه ، إذ قد يتحقق الاكراه ولا يتحقق عدم الرضاء ، كما إذا باع أحد  
 داره برضاء ثم علم بوجود المكروه في الواقع بحيث لو لم يقعله لقتله .  
 ولكنه توهم فاسد بديهية أن حقيقة الاكراه متقومة بوجود المكروه  
 (بالكسر) واقعاً ، وعلم المكروه (بالفتح) به فإذا اتفقا أحدهما اتفقا  
 عنوان الاكراه .

إذا عرفت هذا فاعلم أنه إن كان الدليل على بطلان معاملة المكروه هو  
 حديث الرفع فلا مناص عن التكلم في حقيقة الاكراه ، وبيان ما يعتبر فيها  
 من القيود والشرائط ، لكي يتضح ما هو المقصود من الحديث المزبور .  
 وإن كان الدليل على بطلان معاملة المكروه هو عدم اقترانها بالرضاء  
 وطيب النفس فلا نحتاج إلى البحث عن حقيقة الاكراه فإن المدار في صحة  
 معاملات المكروه وفسادها - وقتئذ - إنما هو وجود طيب النفس وعدمه ،  
 وعليه فيحكم بفساد العقد الصادر من شخص يتوهم أن الجائر قد أمره بذلك ،  
 وأوعده على تركه بالضرب والقتل ونحوهما - وإن كان اعتقاده هذا موافقاً  
 للواقع - فإن العقد المزبور فاقد لطيب النفس . نعم إذا طابق اعتقاده الواقع

اجتمعت حقيقة الاكراه مع عدم طيب النفس .  
وعلى الجملة : إن الميزان في بطلان بيع المسكره انما هو عراؤه عن طيب  
النفس ، سواء أستند ذلك الى مجرد الخوف من دون أن يكون - هناك -  
خوفاً ، ام استند الى خوف مستند الى الجائر .

## هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد

من الأمر؟

قوله : ( ويعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه )  
أقول : هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الأمر ، أم يكفي في  
ذلك توجه الضرر على المسكره ( بالفتح ) ولو من ناحية غير الأمر ؟ .  
الظاهر من المصنف هو الاول .

وقال السيد - عند قول المصنف : اقترانه بوعيد منه - : ( فعلى هذا  
لا يصدق على ما أشرنا اليه سابقاً من طلب الغير منه فعلاً إذا خاف من تركه  
الضرر السماوي ، أو ضرراً من جانب شخص آخر إذا اطلع على ذلك مع  
عدم توعيده . بل وكذا إذا فعل الفعل لا بأمر الغير لكن خاف منه الضرر . .  
وحينئذ فالإقدام على الفعل قبل إطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك  
أو صل اليه الضرر لا يعد من الاكراه ) .

وتبعهما في ذلك شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرر ببحثه : ( يعتبر توعيد  
الطالب على الترك ، ثم يعتبر الظن أو الاحتمال العقلائي على ترتب ذلك الوعيد على  
الترك فجرد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث  
وإن خاف من تركه ضرراً سماوياً أو ضرراً من شخص آخر غير الأمر ) .

ولكن التحقيق : أن يحكم بفساد العقد إذا ترتب على تركه الضرر ولو من ناحية غير الأمر ، كما إذا أمره ابن السلطان ببيع ماله فباعه خوفاً من الضرر المتوجه إليه من ناحية السلطان إذا علم بمخالفة أمر ولده .  
ولا يفرق في ذلك بين كون المدرك لبطلان عقد المكروه هو حديث الرفع ، وبين كونه عدم طيب النفس :  
أما على الثاني فواضح .

أما على الأول فلما عرفت من أن حقيقة الاكراه حمل الغير على فعل مع الإيعاد على تركه بالضرر سواء أكان الضرر متوجهاً إليه من الأمر ، أم كان متوجهاً إليه من غيره .

نعم إذا كان الوعيد بالضرر السماوي ، كما إذا أمر أحد من أولياء الله شخصاً خاصاً ببيع داره ، وإلا طلب من الله تعالى أن يطر عليه حجارة من السماء ، أو يرسل عليه ريحاً عاصفة فباعها خوفاً من الغضب الإلهي ، فإن البيع المذكور يحكم بصحته ، لما عرفته - قريباً - من أن المرفوع بحديث الرفع إنما هو الاكراه من ناحية العباد ، لا الاكراه من ناحية الله سبحانه . وهذا ظاهر .

## هل يعتبر في الاكراه العلم بترتب الضرر

على ترك المكروه عليه ؟

هل يعتبر في صدق الاكراه 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 .

ج ٣ هل يعتبر في الاكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكروه عليه ٢٩٩

وقد اكتفى شيخنا الاستاذ في صدق الاكراه على ذلك باحتمال ترتب الضرر على ترك المكروه عليه ، وقد عرفت عبارة مقرر بمحتمل آتياً . وهذا هو الصحيح ، لما عرفته - قريباً - من أن المدار - في فساد عقد المكروه - على انتفاء طيب النفس ، وهو حاصل بمجرد الخوف النفساني الحاصل من وعيد الأمر ، ومعه لادليل على اعتبار العلم بالترتب أو الظن به ، بل يكفي في ذلك مجرد الاحتمال العقلائي .

ثم ذكر السيد : ( أنه لا بد في صدق الاكراه من كون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقاً عليه ، فلو قال : إفعل كذا وإلا قتلتك قصاصاً . . . أو وإلا طابتك بالدين الذي لى عليك ونحو ذلك لا يصدق عليه الاكراه ) . وقد يناقش فيه بأن المعاملة - عندئذ - فاقد لطيب النفس والرضاء . فتكون فاسدة .

ولكن الظاهر : أن ما ذكره السيد هو الصحيح ، وذلك من جهة أن أن الاكراه ينصرف عرفاً الى غير ذلك ، وعلى فرض عدم الانصراف فالحديث لا يشملها ، لأنه على خلاف الامتنان .

وتوهم : أن المعاملة - حينئذ - فاقد لطيب النفس مدفوع بان دفع الضرر المستحق عليه أقوى سبب لتحقيق الرضاء بالمعاملة ، فان الضرر اذا كان مستحقاً عليه لزمه الالتزام به بحكم الشارع ، أو دفعه عن نفسه باختياره وبالتراضي بينه وبين من يستحق عليه .

## هل يعتبر في الاكراه عدم امكان

التفصى عن الضرر ؟

قوله : ( ثم إنه هل يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن ذلك الضرر المتوعد بما لا يوجب ضرراً آخر ) . أقول : هل يعتبر في موضوع الاكراه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوعد به بتورية أو غيرها أم لا يعتبر ذلك في موضوعه ، بل يعتبر في حكمه : أعنى به الأثر المترتب على الاكراه من بطلان المعاملة وغيره . أم يفصل بين المعاملات وغيرها ، ويلتزم بعدم الاعتبار في الأول دون الثاني ، أم يفصل بين التورية وغيرها ، ويلتزم - في تحقق مفهوم الاكراه - باعتبار المعجز عن غير التورية دونها ، أم لا يعتبر شيء من المذكورات ؟ .

وقبل التعرض لتلك الوجوه يحسن بنا أن نقدم أمام البحث بيان حقيقة التورية : وهى فى اللغة بمعنى الستر والاختفاء وإلقاء كلام ظاهر فى معنى وإرادة خلاف ظاهره . مع إخفاء القرينة على المراد ، فكأن المتكلم وارى مراده عن المخاطب باظهار غيره . وخيل اليه أنه أراد ظاهر كلامه . وقد ذكر الطريحي فى مجمع البحرين ورثت الخبر بالتشديد تورية اذا سترته وأظهرت غيره ، حيث يكون للفظ معنيان أحدهما أشيع من الآخر وتنطق به وتريد الخفى .

وفى القاموس : ورآه تورية أخفاء .

وفى تلخيص المفتاح : ومنه التورية وتسمى الايهام - أيضاً - وهو أن يطلق لفظ له معنيان قريب وبعيد ويراد البعيد . الخ .



ولكن لا يخفى عليك : أن التورية كما تتحقق في الأقوال كذلك تتحقق في الأفعال - أيضاً - ولا وجه لتخصيصها بالأولى كما يلوح من ظاهر تفاسير القوم أما جريانها في الأقوال فكما إذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصادرة منه فيقول : علم الله ما قلته ، حيث يظهر كلمة الموصول على صورة أداة النفي . ويحيل إلى السامع أنه ينكر كلامه الصادر منه .

ومن هذا القبيل ما ذكره سلطان العلماء والمحققين في حاشيته على المعالم عند البحث عن المجمل من أنه سئل أحد العلماء عن علي عليه السلام وأبي بكر بانه أيهما خليفة الرسول صلى الله عليه وآله فقال : من بنته في بيته .

ومنه قول عقيل عليه السلام : أمرني معاوية أن ألن علياً ألا فالعنوه . ومن القبيل المذكور ما سئل بعض الشيعة عن عدد الخلفاء فقال : أربعة أربعة أربعة ، وقصد من ذلك الأئمة الاثني عشر ، وزعم السائل أنه أراد الخلفاء الأربع .

ثم لا يخفى عليك : أن الكلام الذي يورث به قد يكون ظاهراً في بيان مراد المتكلم ، ولكن المخاطب لغبائه وقصور فهمه لا يلتفت إليه ، ولا يرب أن مثل ذلك خارج عن حدود التورية موضوعاً . وإنما هو كسائر الخطابات الصادرة من المتكلم في محاوراته ومحادثاته .

ومنه ما نقل عن بعض الأجلة أن شخصاً اقترح عليه أن يعطيه شيئاً من الدراهم ويعينه بذلك ، وكان المسؤول يرى السائل غير مستحق لذلك فالتى السبحة من يده على الأرض وقال : والله ان يدي خالية ، وتخيل السائل من كلامه أنه غير متمكن من اعطاء سؤله وقضاء حاجته .

أما جريان التورية في الأفعال فهو من الواضح بمكان وان لم يتعرض له من فسر التورية وبيّن حقيقتها .

ومثال ذلك : أن يكره الجائر أحداً على شرب الخمر ، فأخذها المكره  
(بالفتح) وأهرقها على جيبه ، وخيّل الى الجائر أنه شربها .  
وأن يكره أحداً على أخذ أموال الناس بالظلم والعدوان . فأخذ المكره  
(بالفتح) مال الظالم سرّاً ودفعه اليه جهراً ، ويخيّل اليه أنه أخذه من الناس  
وأعطاه إياه .

وأن يأمر أحد عماله أن يضرب مظلوماً في الليل المظلم ، فيورى العامل  
في فعله بضرب سوطه على الجدار ، ويأمر المظلوم بالنياحة والبكاء لكي يفهم  
الظالم أنه يضربه . والى غير ذلك من الأمثلة .

وعليه فإذا قلنا بوجود التورية في الكلام مع التمكن منها قلنا به في  
الأفعال - أيضاً - فان سبيلهما واحد . وهذا واضح لاستار فيه .

ثم انه فصل المصنف - هنا - بين المعاملات وغيرها ، حيث اعتبر العجز  
عن التفصي في حقيقة الاكراه في الثاني دون الأول .

وملخص كلامه : أن المناط في الاكراه الراجع لأثر المعاملات إنما هو  
عدم طيب النفس بمفاد المعاملة . ولا ريب أن هذا المعنى قد يتحقق مع امكان  
التفصي .

ومثاله : أنه لو جلس أحد في مكان خاص فاكرهه الجائر على بيع داره  
فان المكره بالفتح وان كان له في غير هذا المكان خدم يكفونه عن شر المكره  
(بالكسر) إلا أنه يكره الخروج عن مكان جلوسه ولا يتمكن في هذه الحالة  
من دفع ضرر الجائر عن نفسه ، وعليه فالاكراه بمعنى عدم طيب النفس  
متحقق هنا ، وحينئذ فيحكم بعدم ترتب الأثر على هذه المعاملة الصادرة من  
المكره .

وهذا بخلاف الاكراه على أمر محرم كالسكذب وشرب الخمر والزناه

ج ٣ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر ٣٠٣

وأشباهها فان الشخص المزبور في المثال المذكور لا يعذر بمجرد ذكراه الخروج عن ذلك المنزل فان المناطق في الاكراه - المعتر في تسويغ المحرمات - هو الاكراه بمعنى الجبر . والمناطق في الاكراه - المعتر في رفع الأثر عن المعاملات - هو عدم طيب النفس كما عرفته قريبا وكما فرق بينهما .

ويدل على التفرقة بين المقامين خبر ابن سنان قال : قال أبو عبد الله **عليه السلام** : لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ، ولا في جبر ، ولا في إكراه قال : قلت أصلحك الله فما فرق بين الاكراه والجبر ؟ قال : الجبر من السلطان يكون ، والاكراه من الزوجة والآب والام وليس ذلك بشيء (٩) حيث ان الظاهر من هذا الخبر هو أن ما يرفع أثر المعاملات انما هو الاكراه بمعنى عدم طيب النفس وان لم يتوجه على ترك المسكوه عليه ضرر - كما في اكراه الآب والام والزوجة - فيكون أوسع دائرة من الاكراه المسوغ لسائر المحرمات .

ولكن يتوجه عليه أولا : أن معنى الاكراه هو حمل الغير على ما يكرهه مع الایعاد على تركه . ولا ريب أن هذا المعنى ينطبق على جميع موارد الاكراه بنسق واحد من دون فارق بين المعاملات والمحرمات . وعليه فمجرد مقابلة الاكراه مع الاجبار - في الرواية - لا تدل على التفرقة بين المعاملات والمحرمات بل غاية ما يستفاد منها أن دائرة الاكراه الرافع لأثر المعاملات أوسع من دائرة الاجبار المسوغ للمحرمات ، فانه يتسامح في الأول بما لا يتسامح في الثاني . ويضاف الى ذلك : أنه لم يذكر في الرواية أن الاجبار يكون في

(١) الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب ٩٨ الايمان ص ٢٣٥ . وفروع الكافي ج ٧ من ط ٢ باب ما لا يلزم من الايمان ص ٤٤٢ . والتنهيد ج ٢ كتاب الايمان ص ٣٢٨ . والوافي ج ٧ ص ٩٢ .

المحرمات فقط ، بل المذكور فيها هو بيان الفارق بين السلطان . وبين الأب والام والزوجة وعليه فما ذكره المصنف - في المثال المزبور من بيان المأثر بين المعاملات وبين المحرمات - لا يبتنى على أساس صحيح ، بل كما لا يسوغ مع الاكراه - المذكور في المثال - ارتكاب المحرمات كذلك يحكم - معه - بنفوذ المعاملات بديهية أن الاكراه إنما يؤثر في فساد المعاملة اذا كانت المعاملة المكروه عليها فاقدة لطيب النفس من ناحية الخوف المستتبع لترتب الضرر على الترك ، ولم يقدر المكروه ( بالفتح ) على دفعه عادة ومن اليبين الذي لا ريب فيه أن طيب النفس متحقق في المثال ، لتمكن البائع من عدم البيع ، ولو بالاستنصار من خدمه وعشيرته لكي يدفعوا عنه الضرر .

ثانياً : أنه لا دلالة في الرواية المذكورة على التفرقة بين المقامين ، ضرورة توجه الضرر على ترك المكروه عليه في الأمثلة التي ذكرت في الرواية كيف فان ترك ما يريده الأب أو الام أو الزوجة قد يوجب اختلال العيش واضطراب الفكر ، بل ربما ينجر ذلك الى ما هو أعظم من ذلك ، وإذن فتبعد الرواية عن اثبات صدق الاكراه بدون توجه الضرر على ترك المكروه عليه .

أضف الى ذلك : أن الرواية ضعيفة السند ، فان الراوى عن ابن سنان هو عبد الله بن القاسم ، وهو اما مجهول أو ضعيف .

ثم ان المصنف قد فصل - هنا - تفصيلاً آخر وهو التفصيل بين العجز عن التفصى بالتورية وغيرها ، حيث اعتبر الثاني في مفهوم الاكراه دون الأول وحاصل كلامه : أن الظاهر من النصوص والفتاوى هو عدم اعتبار العجز عن التورية في موضوع الاكراه أو حكمه ، إذ من البعيد جزمًا أن يحمل عموم حديث الرفع ، وخصوص النصوص - الواردة في طلاق المكروه

وعتقه والشهرات المدعات في حكم المكروه - على صورة المعجز عن التورية ،  
لجهل أو دهشة ، بل مورد بعضها يأبى عن الحمل المذكور ، كما يتضح ذلك  
لمن يراجعها .

ويضاف الى ذلك : أن القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز  
الاكراه عرفاً ، بداهة أن الأصحاب - وفاقاً للشيخ في المبسوط - جعلوا من  
شروط تحقق الاكراه علم المكروه أو ظنه بوقوعه في الضرر المتوقع به مع  
الامتناع عن ايجاد المكروه عليه ، ومن البين أنه لاشبهة في وجود الملازمة  
بين امتناع المكروه (بالتفصح) عن الفعل المكروه عليه ، وبين وقوعه في الضرر -  
الذي هو المعتبر في صدق الاكراه - مع التمكن من التورية ، كما لاشبهة في  
انتفاء هذه الملازمة مع التمكن من غيرها . وإذن فموضوع الاكراه متحقق  
في الأول فيلحقه حكمه ، دون الثاني مع أن المعجز عنها لو كان معتبراً لاشير  
اليها في قضية عمار وأبويه (١) .

ولكن يتوجه على ذلك : أنه لم يتضح لنا الفارق بين أماكن التفصي بالتورية  
وغیرها ، فكما لا يتحقق مفهوم الاكراه في الثاني ، كذلك لا يتحقق مفهومه  
في الأول - أيضاً - .

(١) قصة عمار على مارواها المفسرون في شأن نزول قوله تعالى : « إلامن  
اكره وقلبه مطمئن بالإيمان » - سورة النحل ، الآية : ١٠٦ - ان قريشاً  
اكرهوه وأبويه ياسر وسمية على الارتداد فأبى ابواه فقتلوهما ، وهما اول شهيدین  
في الاسلام ، واعطاهم عمار بلسانه ما ارادوا مكرهاً فقيل : يارسول الله ان عماراً  
كفر فقال : كلا ان عماراً ملئاً ايماناً من قرنه الى قدمه ، واختلط الايمان بلحمه  
ودمه ، فأتى عمار رسول الله «ص» وهو يبكي ، فجعل النبي (ص) يمسح عينيه  
وقال : مالك إن عادوا لك فعدم بما قلت .

ومن هنا لو اكره أحد على شرب الخمر مع تمكنه من هراقتة على جيبه حرم عليه شربها جزماً وقد تقدم أن التورية كما تجرى في الأقوال تجرى في الأفعال - أيضاً - .

وكذا لو اكره الجائر أحداً على ارتكاب محرم أو ترك واجب ثم غاب عنه بحيث لا يلتفت إلى حاله . وأنه يفعل الفعل المكروه عليه أو لا يفعله ، فإن أحداً لم يتوهم تحقق الإكراه - هنا - مع أن الملازمة المزبورة متحققة - هنا - في مورد المثالين جزماً .

ويضاف إلى ذلك : ما ذكرناه سابقاً من أن المناط في بطلان معاملة المكروه إنما هو انتفاء طيب النفس والرضا كما بنى عليه المصنف فيما سبق ، ومن الواضح أن طيب النفس متحقق فيمن تمكن من التفصي بالتورية ، ومعه كيف يتحقق الإكراه .

أما ما ذكره من التمسك باطلاق حديث الرفع وسائر الروايات الواردة في طلاق المكروه ، وعتاقه والنصوص الواردة في تجويز الحلف الكاذب بدعوى أن الظاهر منها هو عدم اعتبار العجز عن التفصي في حكم المكروه عليه .

فيتوجه عليه : أن التمسك بذلك إنما هو بعد احراز الموضوع : أعني به تحقق الإكراه ، وقد عرفت عدم تحققه مع التمكن من التفصي .

أما ما ذكره من أن العجز عن التورية لو كان معتبراً في رفع الأثر عن الفعل المكروه عليه لاشير إليه في قضية عمار وأبويه من جهة شفقة النبي ﷺ عليه .

فيتوجه عليه أولاً : أن عظمة عمار ونبوغه في العلم والتقوى مانعة عن تكلمه بكلمة الكفر مع قصده إلى معناها ، بل هو لم يتكلم بكلمة الكفر إلا ظاهراً بلسانه ، وكان قلبه مطمئناً بالإيمان ، وعليه فشان تكلمه بكلمة الكفر

شأن تكلم الكفار بكلمة الشهادة عند الخوف والدهشة من غير إرادة جدية ،  
وإذن فلم تكن حاجة الى التنبية .

ثانيا : أن الرسول ﷺ وإن لم ينبه عماراً على التورية ، وأغفل  
تعليمه إياها ولسكنه من جهة عدم مشروعيتها في أمثال المقام ، فإن اظهار  
الكفر - ولو مع التورية - محرم في نفسه ، لأنه هتك لله سبحانه وتبجاسر  
لعظمته . وكذلك التكلم بكلمة الفحش وأشباهها . ومن البديهي أنه لو  
جازت التورية في اظهار كلمة الكفر عند التقية لجازت مطلقاً ولو في غير  
حال التقية .

ومن العجب : أن المصنف ذكر أنه لو سلم اعتبار العجز عن التفصي  
بالتورية في موضوع الاكراه وحقيقته كان مقتضى عموم حديث الرفع  
وخصوص النصوص الواردة في طلاق المسكوه وعتاقه ومعاهد الاجماع  
والشهرات المدعات إلحاق القادر بالعاجز حكماً ، إذ من البعيد جداً حمل جميع  
ذلك على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة ، بل لا يمكن الاكراه بهذا  
الحمل في بعضها من جهة المورد ، كما لا يخفى على من راجعها .  
ووجه العجب : أننا لم نجد رواية تدل على إلحاق غير المسكوه  
بالمسكوه حكماً .

أما حديث الرفع وما ورد في طلاق المسكوه فلم يذكر في هذه الروايات  
إلا مادة الكراهة وما يقتطف منها ، ولا تعرض فيها لبيان موضوع الاكراه  
ولا لتنزيل غير المسكوه منزلة المسكوه حكماً .

وأعجب من الكل دعواه الاجماع على التنزيل مع أننا لم نر من ذلك في  
كلمات الفقهاء عيناً ولا أثراً .

## بحث في الاكراه على أحد الأمرين العرضيين

قوله : ( أما لو كانا عقدين أو ايقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقد استشكل غير واحد ) أقول : تحقيق البحث - في المقام - أنه اذا كان المكره عليه أحد الأمرين على سبيل التخيير دون الواحد المشخص فهل يتحقق الاكراه باختيار كل منهما ، ويترتب عليه أثره أم لا ؟  
تحقيق ذلك يقع في ناحيتين :  
الاولى في الأفراد العرضية .  
والثانية في الافراد الطولية .

أما الناحية الاولى فقد ادعى بعض الأصحاب عدم تحقق الاكراه فيما اذا كان المكره عليه هو الجامع بين الأمرين أو امور كثيرة ، بداهة أن الفاعل مخير في اختيار أيهما ، فيكون صدوره منه بطيب نفسه ورضاه ، فيحكم بصحته إن كان ذلك معاملة ، وبجرمة الايتان به إن كان من المحرمات .

وقد ناقش فيه المصنف بالنقض بـ ( أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الاكراه أصلاً ، إذ الموجود في الخارج دائماً احدى خصوصيات المكره عليه ، إذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات . نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية وان كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك بمعنى : أن وجوده الخارجى ناشئ عن اكراه واختيار ، ولذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل ، ويستحقه باعتبار الخصوصية ) .

والجواب عن هذه المناقشة : أنه فرق بين وقوع الاكراه على بيع الدار



وبين وقوعه على طلاق احدى الزوجتين ، أو عتاق أحد العبدین ، فان المکره عليه وإن كان كلياً في كلا الموردین ، إذ لم يلاحظ بيع الدار من شخص خاص ولا في وقت معين ، إلا أن خصوصية كل فرد من طلاق احدى الزوجتين أو عتاق أحد العبدین محط نظر المکره (بالکسر) وهذا بخلاف الخصوصيات الموجودة في بيع الدار ، فانها عوارض فردية وخارجة عن مورد الاكراه ، فالقياس مع الفارق .

والتحقيق في المقام : أنا قد ذكرنا - في مبحث الواجب التخييري من علم الاصول : أن الواجب - هنا - هو الجامع العنواني الاتزاعي ، وهو مفهوم أحدهما الصادق على كل منهما ، إذ لا ريب في إمكان تعلق الطلب بأحد الفعلين أو الأفعال على البدل ، ضرورة أنه لا يعتبر في متعلق الوجوب أن يكون من الكليات المتأصلة ، بل يجوز أن يكون من الكليات الاتزاعية ، وإذا فرض ترتب الغرض الواحد على أحد الفعلين ، أو الأفعال على البدل ، فإنه لا بد وأن يكون متعلق الإيجاب - أيضاً - كذلك .

أضف إلى ذلك : أنه لاشبهة في إمكان تعلق الصفات الحقيقية ذوات الاضافة بأحد الأمرين أو الامور ، كما إذا علمنا بفسق أحد الرجلين مع احتمال فسق الآخر - أيضاً - وكان كلاهما فاسقاً في الواقع ، فان متعلق العلم - هنا - هو أحد الفسقين على نحو الابهام والاجمال ، لعدم تعيينه في الواقع . وإذا أمكن تعلق الصفات الحقيقية ذوات الاضافة بأحد الأمرين أو الامور أمكن ذلك في الامور الاعتبارية - أيضاً - جزماً .

ومقامنا هذا نظير الواجب التخييري ، فإنه إذا اكراه أحد على الايتان بأحد الأمرين أو اضطر الى ذلك كان الاكراه أو الاضطرار على الجامع ، لاعلى خصوص كل فرد من الأفراد ، وهذا المعنى لا ينافي وجود الطبيعة الكلية

في ضمن كل فرد من الأفراد فان لازم ذلك أن كل فرد مصداق للمكره عليه لأن يكون بنفسه مكرهاً عليه ، للفرق الواضح بين تعلق الاكراه بشيء بداءة وبين تعلقه به بواسطة الكل ، فان اختيار أى فرد من الأفراد بعد تعلق الاكراه بالكل من باب الاضطرار .

ومن هنا اتضح لك الفارق بين الاكراه على بيع الدار ، وبين الاكراه على تطليق احدى الزوجتين ، أو عتاق أحد العبدین ، بدية أن الأول بنفسه مورد للاكراه دون الثاني ، فان مورد الاكراه فيه هو الجامع ، وأما كل من الخصوصيتين فهو غير واقع تحت الاكراه .  
وقد ظهر لك مما بيناه فساد ما ذكره المحقق الايرواني من أن الأشخاص تعد مكرهاً عليها بالاكراه على القدر المشترك .

وإذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم : أنه إذا تعلق الاكراه بالقدر المشترك بين الفعلين ، فاما أن يكون كلاهما من المحرمات التكليفية أو يكون كلاهما عقداً أو يكون أحدهما عقداً والآخر محرماً ، أو يكون أحدهما محرماً والآخر مباحاً أو يكون أحدهما محرماً والآخر مباحاً .

فان كان كلا الأمرين حراماً تكليفاً - وكانا متساويين في ملاك التحريم ولم يكن أحدهما أشد مبغوضية من الآخر في نظر الشارع - كان المكره (بالفتح) مخيراً في اختيار أى منهما ، ضرورة أن نسبة المكره عليه - وهو الجامع - الى كل منهما على حد سواء .

وإن اختلفت الأفراد ولم تكن متساوية الأقدام في ملاك التحريم ، فانه - وقتئذ - لا بد وأن يختار ما كان أقل مبغوضية .

ومثال ذلك ما إذا اكره شخص على شرب أحد الاناثين ، وكان أحدهما نجساً والآخر نجساً ومغصوباً - معاً - فان الاكراه - هنا - انما يتعلق بشرب النجس

فلا يجوز للمكروه (بالفتح) أن يشرب ما هو مغصوب ونجس .  
وهكذا لو أكره شخص على شرب أحد المايعين ، وكان أحدهما خمرأ  
والآخر متنجساً ، فانه لا يسوغ له أن يختار شرب الخمر ، لعدم كونه بالخصوص  
مورد الألاكراه ، بل لا بد له من اختيار ما يكون ملاك المبعوض فيه أقل وأخف  
وقد انجلي لك بما ذكرناه أنه اذا اكره شخص على أحد الفعلين وكان  
أحدهما مباحا والآخر حراماً لم يكن المكروه عليه مخيراً في الايتان بأى منهما  
بل لا بد له من اختيار المباح ، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين  
وكان أحدهما ماء والآخر خمرأ لم يجوز له شرب الخمر - حينئذ - بزعم تعلق  
الاكراه به بواسطة تعلقه بالقدر المشترك بينهما .

وإن كان كلا الأمرين عقداً أو ايقاعاً ، أو كان أحدهما عقداً والآخر  
ايقاعاً فان كان الأثر مترتباً على أحدهما دون الآخر - بأن اكره على البيع  
الصحيح أو الفاسد ، واختار المكروه (بالفتح) لإنشاء البيع الصحيح - حكم  
بصحته ، لأنه لم يصدر من المسكروه كرهاً بل إنما صدر منه باختياره وطيب  
نفسه ، فلا وجه لبطلانه .

وإن كان الأثر مترتباً على كل منهما - من غير أن يختص أحدهما بخصوصية  
زائدة - كان الجامع بالنسبة اليهما متساوي الأقدام ، - وحينئذ - فيصير كل  
واحد من الأمرين مصداقاً للمكروه عليه : أعني به الجامع . وقد عرفت أن  
مجرد كون الشيء مصداقاً للمكروه عليه وإن لم يوجب ارتفاع الحكم ، ولكن  
حيث كان المسكروه (بالفتح) مضطراً إلى اختيار أحدهما فارتفع عنه الحكم من  
من جهة الاضطرار .

وبعبارة اخرى : أن الاكراه قد تعلق بداءة بالقدر المشترك بين  
الأمرين ، والقدر المشترك لا يتحقق إلا في ضمن أحدهما ، لاستحالة وجود

الطبيعي في الخارج بدون أفرادهِ وإذن فالمسكروه مضطر الى إيجاد أحد الأمرين لاعلى التعمين ، لأن تركهما معاً يستلزم توجه الضرر عليه ، ومن الظاهر أن الاضطرار يوجب ارتفاع الحكم الوضعي والتكليفي ، كما أن الاكراه يوجب ذلك . لا يقال : إن الاضطرار الى ايقاع عقد أو معاملة لا يوجب ارتفاع أثره - كما تقدم - فكيف يحكم بالبطلان في المقام من جهة الاضطرار .

فانه يقال : فرق واضح بين مانح فيه ، وبين ماتقدم ، حيث إن الاضطرار - هناك - انما نشأ من الجهات الخارجية ، كالانفاق للزوجة ، وعلاج المريض ، وبناء الدار ، وخياطة الثوب ، وأشبه ذلك ، ويبع الدار - مثلاً - وسيلة الى دفع الاضطرار .

وهذا بخلاف المقام ، فان الاضطرار فيه قد نشأ من الاكراه ، وهو متفرع عليه ، ومن ثم كان الحكم بالبطلان في المقام موافقاً للامتنان بخلاف ماتقدم .

وإذا اكره على أحد الفعلين ، وكان أحدهما مباحاً - كسرب الماء - والآخر معاملة - كبيع الدار - واختار المسكروه (بالفتح) المعاملة لم يحكم ببطلانها بداهة أنها لم تكن بخصوصها مورداً للاضطرار . ولا متعلقاً للاكراه ، اذ كان للمسكروه أن يختار سرب الماء ، فاختياره يبيع الدار ناشئ من الرضاء وطيب النفس .

ومن هنا اتضح لك حكم مالو اكره على الجامع بين البيع الصحيح والبيع الفاسد ، فان ماتعلق به الاكراه - أعني به الجامع - لا أثر له لكي يرتفع بالاكراه وماله الأثر - وهو الصحيح - لا لإكراه عليه حتى يوجب ارتفاع أثره وإن كان هو أو مقابله عمالاً بد من تحققه ، ولكنك قد عرفت أن مجرد اللابدية لا يوجب تحقق الاكراه ، وإنما يوجب تحقق الاضطرار ، ومن الواضح أن الاضطرار

كما يدفع باختيار الفرد الصحيح كذلك يدفع باختيار الفرد الفاسد أيضاً .  
وعليه فاختيار الفرد الصحيح إنما نشأ من الرضاء وطيب النفس ،  
فيحكم بصحته .

وقد اتضح لك بما ذكرناه : أنه لو اكراه شخص على ايجاد أحد  
الأمرين ، إما بيع شيء من أمواله ، أو أداء مال مستحق عليه فاختار المكره  
( بالفتح ) البيع لما حكم ببطلانه .

وكذا لو اكراه الرهن - عند حلول أجل الدين - على بيع العين المرهونة  
أو بيع غيرها مما لا يستحقه المرتهن واختار الرهن الثاني لحكم بصحته .  
ومن هنا علم انه لو اكراه أحد إما على بيع داره أو على بيع دار صاحبه  
فضولاً فباع دار نفسه ، فانه لا يحكم بفساده ، إذ لا محذور عليه - هنا - في إنشاء  
البيع الفضولي ، لأن هذا لا يعد تصرفاً في مال غيره لسكى يكون من قبيل  
الاكراه على أحد الأمرين الذين يكون أحدهما مباحاً والآخر محرماً بل هو  
بمنزلة الاكراه إما على بيع الدار ، أو على شرب الماء ، فاذا اختار بيع الدار  
وترك شرب الماء حكم بصحته ، لأنه لم يصدر إلا من الرضاء وطيب النفس  
لا من الجبر والاكراه .

وإذا اكراه على أحد الأمرين مع كون واحد منهما معاملة - كبيع الدار -  
والآخر حراماً - كشرب الخمر أو ترك واجب كالصلاة ونحوهما - فالسلام  
فيه يقع في جهتين : الأولى في الحكم التكليفي . والثانية في الحكم الوضعي :  
أما الجهة الأولى فلا شبهة في حرمة الاقدام على الحرام وترك المعاملة  
بداهة أن البيع بنفسه أمر مباح كسائر المباحات الشرعية ومن الواضح أنه  
لا يسوغ ترك المباح والاقدام على الحرام عند دوران الأمر بين ارتكاب  
أحدهما ، إذ الحرام ليس بنفسه مورداً للاضطرار ولا متعلقاً للاكراه ،

بل يمكن التفصي عنه بفعل المباح ، وقد عرفت ذلك فيما سبق .  
 أما الجهة الثانية فالظاهر أن يحكم ببطلان البيع مع الاقدام عليه لصدوره  
 من المسكره كرها ، لامن الرضاء وطيب النفس فيشملة دليل رفع الاكراه .  
 وبعبارة اخرى أنه اذا اكره أحد إما على فعل الحرام أو على بيع داره  
 - مثلا - وترتب الضرر على ترك المسكره عليه - كان متعلق الاكراه هو البيع  
 فقط ، بداهة أن الاقدام على الحرام بنفسه ضرر مترتب على ترك البيع ،  
 واذن فيرفع أثر ذلك البيع بحديث الرفع . والى هنا انتهى الكلام في الأفراد العرضية

### بحث في الاكراه على أحد الأمرين الطويلين

أما الناحية الثانية - : أي البحث في الأفراد الطولية - فهل يجري  
 فيها جميع ما أسلفناه في الأفراد العرضية أم كان حكم الاكراه والاضطرار  
 - هنا - منحصراً بالفرد الأخير أم يفصل بين المعاملات والمحرمات ،  
 فيحكم بجرمة المبادرة الى فعل المحرمات ويجواز الاقدام على المعاملات ؟ .

ذهب شيخنا الاستاذ الى الأخير واليك نص مقرر بحثه : ( والظاهر  
 في هذه الصورة ) : ( أي في الاكراه على الأفراد الطولية ) الفرق بين المحرمات  
 والمعاملات ، فلو كان مكرها ، أو مضطراً الى شرب الخمر موسعاً فلا يجوز  
 له المبادرة اليه في 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 ملزماً فاختياره فعلاً لا يجوز له . . . . وأما لو كان مكرهاً في بيع  
 داره موسعاً فلو كان ما يوسأ من التخلص عنه فاقدامه على البيع في أول الوقت  
 لا يخرج عن الاكراه ، وأما لو احتمل التخلص فلو باع أول الوقت فهو مختار  
 والفرق واضح ) .

وقد ذكر في مبحث التزاحم من علم الاصول : أنه اذا كانت القدرة في

كل من الواجبين شرطاً عقلياً وكان أحد الواجبين أهم من الآخر ، فيقدم فيه الأهم على غيره .

والسرفيه أن الأهم بما هو كذلك يصلح أن يكون معجزاً مولوياً للكلف عن الطرف الآخر ، دون العكس ، فتكون نسبة الأهم الى غيره كنسبة الواجب الى المستحب أو المباح ، فسكاً لا يمكن أن يكون المباح أو المستحب مزاحماً للواجب كذلك لا يمكن أن يكون المهم مزاحماً للأهم ، ولا يفرق في ذلك بين كون المتزاحمين عرضيين ، وبين كونها طوليين ، كما لا فرق بين كون خطاب كل من المتزاحمين الطولين فعلياً وبين كون أحدهما فعلياً ، دون الآخر مع تمامية ملاكه .

أقول : أما ما أفاده من القاعدة السكلية في مزاحمة الأهم والمهم فهو متين جداً . وقد قررناه في المبحث المذكور من علم الاصول .

أما ما ذكره من التفصيل بين المعاملات وغيرها فلا يرجع الى معنى محصل بدهاة أن الاتيان بالفرد المتقدم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكروه عليه ولا المضطر اليه لسكى يرتفع حكمه ، سواء أكان ذلك من قبيل المعاملات ، أم كان من قبيل الامور المحرمة ، فان الذي يترتب عليه الضرر انما هو ترك المجموع ، لا ترك خصوص الفرد الأول ، وعليه فلا ملزم له في فعله .

نعم اذا تركه لزمه الاتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه .

وعلى هذا فلو اكره أحد على بيع داره إما يوم الجمعة ، أو يوم السبت فيبادر الى بيعها يوم الجمعة فانه يحكم بصحة هذا البيع ، لصدوره عن الرضاء وطيب النفس .

وكذا اذا اكره على فعل المحرم اما يوم الجمعة ، أو يوم الخميس ، فانه

لا تجوز المبادرة الى فعل ذلك يوم الخميس ، إذ لا مانع عن توجه النهي الى المكره - عندئذ - وعليه فتعلق الاضطرار في الأفراد الطولية انما هو الفرد المتأخر فقط ، سواء في ذلك المعاملات وغيرها .

## ما هو حكم الاكراه على ترك احد الواجبين ؟

لا يخفى عليك : ان ما ذكرناه في الأفراد العرضية والطولية جار في الواجبات أيضاً .

ومثال ذلك : أنه اذا اضطر أحد الى الافطار ، أو اكره عليه إما في اليوم الأول من شهر رمضان ، أو في اليوم الثاني منه ، فانه لا تجوز له المبادرة الى الافطار في اليوم الأول منه لعدم كونه مورداً للاكراه لئلا يكون مشمولاً لحديث الرفع ، إذ لا يترتب الضرر على تركه ، وانما يخاف من ترتب الضرر على ترك الافطار في اليوم الثاني بعد فرضانه صام في اليوم الأول ، فالصوم في اليوم الثاني هو الذي لا يقدر المسكف عليه ، دون الصوم في اليوم الأول . وبيان آخر : أن كل يوم من أيام شهر الصيام له حكم خاص ، ووجوب مستقل لا يمس بوجوب يوم آخر من تلك الأيام ، ومن الواضح أن عجز المسكف عن صوم يوم لا يرفع التكليف عن صوم يوم آخر ، وعليه فلا بد في كل يوم من ملاحظة حال المسكف ، فان تمكن من صومه وجب عليه ذلك ، لفعلية الأمر بفعلية موضوعه ، والا فلا .

ومن هنا اذا اكره أحد على الافطار في شهر رمضان اما في العشرة الأولى أو في العشرة الثانية لم يقل أحد بكون المسكف مخيراً في ذلك ، بل



يجب عليه الصوم الى أن يتعين عليه افطار يوم خاص .  
ثم ان ما ذكرناه من عدم جواز ترك الواجب فعلاً - عند دوران الامر  
بين تركه وترك الواجب المتأخر - يختص بالواجبات الاستقلالية .  
أما الواجبات الضمنية فلا يجرى فيها ذلك .

وبيانه : أنه متى تعذر الايتان بأحد أجزاء الواجب أو قيوده سقط  
أصل الواجب ، لسكون وجوب الأجزاء ارتباطياً ، وعدم تمكن المكلف  
من الايتان بالواجب بتمامه . ولا فرق في ذلك بين أن يكون الجزء المتعذر  
متعيناً ، أو مردداً بين أمرين أو امور .

فاذا اكره المكلف على ترك جزء في الركعة الاولى ، أو الركعة الثانية  
كان مقتضى القاعدة هو سقوط وجوب أصل الصلاة ، لعدم التمكن من  
الايتان بتمام اجزائها .

ولكن حيث علمنا بأن الصلاة لا تسقط بحال (١) فقد علمنا بوجوبها  
في الجملة ، وعليه فيدور الامر بين أن يكون الساقط هو الجزء الأول ، وبين  
أن يكون هو الجزء الثاني . وحينئذ فان استفدنا من دليل الجزئية أن العبرة  
- في اعتباره في الواجب - بالقدرة عليه في ظرف اعتباره فلا بد من أن  
يكون الساقط هو الجزء المتأخر ، وذلك كما إذا دار الامر بين ترك القيام في  
الركعة الاولى ، وتركه في الركعة الثانية ، فانه - عندئذ - يلزم القيام في الاولى  
لما ورد (٢) من أن المصلئ إذا قوى فليقم .

(١) الأصل في ذلك ما رواه زرارة - في المستحاضة - عن الصادق « ع » من  
انها تصلى ، ولا تدع الصلاة على حال ، فان النبي « ص » قال : الصلاة عماد دينكم .  
صحيح . الوسائل باب ١ من ابواب الاستحاضة .

(٢) عن جميل بن دراج قال : سألت ابي عبد الله « ع » ما حد المرض -

وإن لم يثبت ذلك وصلت التوبة الى الاصل العملي ، وهو يقتضى التخيير  
لأننا نعم باعتبار أحد الأمرين لاحتماله ، ولكن نشك في اعتبار خصوص  
الأول فيدفع احتمال اعتباره باصالة البراءة .

وهذا الذى ذكرناه جار في جميع موارد دوران الأمر بين ترك جزء  
وترك جزء آخر ، وكذلك بين ترك جزء وترك شرط ، أو ترك شرط  
وترك شرط آخر .

هذا كله فيما إذا لم يعلم من الخارج تعين الأخذ بأحدهما ، وإلا لزم الأخذ  
به ، ويسقط الآخر . وذلك كما إذا دار الأمر بين الوقت وغيره ، أو بين  
الطهور وغيره ، فانه حينئذ لا إشكال في أن الساقط يكون غير الوقت والطهور .  
كما أنه إذا دار الأمر بين الطهور والوقت كان الساقط هو الوقت وتام الكلام في محله

## ما هو حكم اكره أحد الشخصين

على فعل واحد ؟

قد ذكر المصنف : ( أن اكره أحد الشخصين على فعل واحد بمعنى  
إلزامه عليهما كفاية وإيعادهما على تركه كما كراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون  
كل منهما مكرهاً ) تحقيق ذلك : أن الاكره قد يتعلق بفعل محرم ، وقد يتعلق بمعاملة  
أما الأول فمكراه أحد الشخصين على فعل محرم والإيعاد على تركه  
بالضرر ، فان علم أحدهما أو اطمان بأن الآخر لا يفعله - إما لتمكنه من دفع  
الضرر المتوجه عليه ، أو لتوطين نفسه عليه - جاز له الاتيان بالمكروه عليه  
لخوفه من توجه الضرر عليه بل لو احتمل احتمالاً عقلاً بأن الآخر يفعله ،  
نخاف من الضرر على تركه جاز له الارتكاب لدفع الضرر عن نفسه . أما اذا

- الذي يصلح صاحبه قاعداً ؟ فقال : إن الرجل ليوعك ويخرج ، ولكنه إذا  
قوى فليقم . صحيح . الوسائل باب ٦ من ابواب القيام في الصلاة .

علم أو اطمأن بأن الآخر يرتكب المكروه عليه إما لعدم مبالاته في الدين أو خوفاً من توجه الضرر عليه حرم عليه ارتكابه .

والسر في ذلك أن الأحكام الشرعية وإن كانت مجمولة على نحو الكلية ولكنها منحلّة إلى الأحكام الجزئية باعتبار تعدد موضوعاتها الشخصية . وعليه فكل فرد من أفراد المكلفين له حكم مستقل غير مربوط بحكم المكلفين الآخرين ، وحينئذ ففي ما نحن فيه إن خاف كل واحد من الشخصين من ترتب الضرر على تركه ارتكاب الحرام شمله حديث الرفع ، ويحكم باباحة الفعل الصادر منه والى يكون مشمولاً لدليل التحريم ، فيحكم بجرمة ما ارتكبه من الفعل . أما الثاني فقد يكون متعلق الإكراه عقداً واحداً ، وقد يكون متعلقه عقدين :

أما الأول فلا شبهة في بطلانه - كما إذا كره الجائر أحداً من الوكيل أو الموكل على بيع خاص .

ووجه البطلان : أن الوكيل والموكل وإن كانا متعددين خارجاً ولم يكن الصادر من أى منهما مملوك لشخص واحد ، وهو الموكل ، وعليه فتعلق الإكراه أمر وحداني غير متعدد بتعدد الأشخاص ، وإذن فشان ذلك شأن إكراه الشخص الواحد على ارتكاب فعل فارد .

ومن هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه وبين ما تقدم : أعني به إكراه شخص واحد على أحد العقدين ، بداهة أن بطلان العقد - هناك - من جهة الاضطرار إلى أحد البيعين بخلافه - هنا - فإن البطلان فيه من جهة الإكراه وهذا واضح .

أما الثاني فيأتي فيه ما ذكرناه في إكراه أحد الشخصين على فعل محرم ، وعليه فإن علم كل منهما أو اطمأن بصدور العقد من الآخر حكم بصحته إذا

صدر منه ، لعدم كونه مكرهاً في فعله وترتب عليه جميع آثاره الوضعية والتكليفية .

وإن علم أو إطمأن أو احتمل احتمالاً عقلياً بأن الآخر لا يفعله حكم بطلانه ، لأنه صدر منه كرهاً ، فيكون مشمولاً لحديث الرفع .  
وقد ظهر لك مما ذكرناه : أنه لا وجه للأخذ باطلاق كلام المصنف ، والحكم بأن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد كما كراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كل منهما مكرهاً ، فلا حظ وتأمل .

## بحث في بيان متعلق الإكراه

قوله : ( واعلم ان الإكراه قد يتعلق بالمالك ) . أقول : قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد ، وقد يتعلق بالمالك ، دون العاقد ، وقد يتعلق بالعاقد دون المالك .

أما الأول فقد تقدم تفصيله - آنفاً - وعرفت - أنه يحكم بطلان العقد الإكراهي ، لحديث الرفع .

أما الثاني - كالإكراه على التوكيل بطلاق زوجته ، ووقع الطلاق من الوكيل من غير إكراه - فلا شبهة في عدم استناد الطلاق - عندئذ - إلى الزوج لحديث الرفع ، وعليه فيكون التوكيل بمنزلة العدم ، لتحققه بدون رضا الموكل .

وعلى هذا فإن لم تلحق الإجازة بالطلاق حكم بفساده جزماً ، وإن لحقت به الإجازة فإن قلنا بصحة الإيقاعات الفضولية حكم بصحة الطلاق ، وإلا فلا .

ولا يفرق في ذلك بين لحوق الرضاء والاجازة بالتوكيل الاكراهي وعدمه  
 أما بناءً على كون الاجازة ناقلة فواضح ، بديهية أن التصرفات الصادرة  
 من الوكيل قبل اجازة الموكل بمنزلة التصرفات الصادرة من الاجانب ، غاية  
 الامر أنه بعد التحاق الاجازة بالوكالة حكم بصحة الوكالة ، ولا تحتاج الى  
 التوكيل ثانياً .

أما بناءً على كون الاجازة كاشفة فان الطلاق وان لم يكن فضولياً  
 بالمعنى المصطلح عليه إلا أنه فضولى حقيقة ، فابه قد صدر ممن تتوقف وكالته  
 على الاجازة ، وقد فرضنا أن الايقاع لا يصح بالاجازة .

وعلى الجملة : إن صدور العقد أو الايقاع من الوكيل بالرضاء وطيب  
 النفس لا يكفي في صحة ذلك مع كون التوكيل إكراهياً .

أما الثالث - وهو 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 مسكره إذا كان عاقداً ، والرضاء المعتبر من المالك  
 موجود بالفرض . فهذا أولى من المالك المسكره على العقد إذا رضى لاحقاً ) .  
 والتحقيق : أن - هنا - صوراً :

الأولى : أن يكون الاكراه من المالك ، وكان العاقد مكرهاً عليه في  
 انشاءه . والظاهر أنه لا اشكال في صحة العقد - حينئذ - فان المعتبر في صحة العقد  
 أن يصدق عليه أنه تجارة عن تراض من المالكين ، كما يدل عليه قوله تعالى :  
 . ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل (١) ، فلا أثر لرضاء الاجنبي وعدمه  
 والعاقد غير المالك اجنبي ، فلا أثر لعدم رضاه ، وكونه مكرهاً في انشاء العقد  
 وقد يتوهم : أن حديث الرفع يدل على عدم ترتب الأثر على هذا العقد

ولكنه توهم فاسد ، ضرورة أنه ليس - هنا - أثر مترتب على فعل المكروه عليه بالاضافة اليه حتى يرتفع بمحدث الرفع . أما بالنسبة الى المالك فلا كراه على أن رفع الأثر بالاضافة الى المكروه عليه خلاف الامتنان .  
 الثانية : أن يكون الاكراه من غير المالك لغير الوكيل من المالك ، والعقد في هذه الصورة فضولي ، فتتوقف صحته على الاجازة والوجه فيه ظاهر .  
 الثالثة : أن يكون الاكراه من غير المالك ، ولكن المكروه يكون وكيلاً مفوضاً من قبل المالك ، والظاهر : أن يحكم ببطلان المعاملة في هذه الصورة فيما اذا لم يعلم رضاه المالك بالعقد ، وذلك لأن المعتبر في صحة العقد هو استناده الى المالك ، فلو لم يكن الوكيل مكرهاً كان رضاه بمنزلة رضاه المالك وانتسب العقد اليه . أما اذا كان الوكيل مكرهاً فهو غير راض بالعقد ، والمفروض أنه لا كاشف آخر عن رضاه المالك .

نعم اذا علم رضاه المالك حكم بصحة العقد ، لأن رضاه الوكيل انما يعتبر بما أنه طريق وكاشف عن رضاه الموكل من جهة توكيله ، فلو علم رضاه الموكل مع صدور العقد من الوكيل حكم بصحته .

ومن هنا اتضح لك : أنه لا وجه لقياس ما نحن فيه بالمجنون ، لأن المجنون مسلوب العبارة ، فلا تأثير في عقده ، وهذا بخلاف المكروه ، فإنه ليس بمسلوب العبارة

## بحث في الاكراه على بيع عبد من عبدین

قوله : ( فرع ولو اكراهه على بيع واحد غير معين من عبدین فباعهما أو باع نصف أحدهما في التذكرة اشكال ) . أقول : العقد الصادر من المكروه ( بالفتح ) قد يكون متحداً مع ما يتعلق به الاكراه ، وقد يباينه ، وقد يزيد عليه ، وقد ينقص منه فهنا صور :

أما الصورة الأولى فقد تقدم الكلام فيه .  
أما الصورة الثانية فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد فيها لأن ما تعلق به الاكراه لم يتحقق في الخارج ، وما تحقق فيه ليس بمكروه عليه ، وذلك كما اذا اكراهه على بيع داره فباعه كتابه .

نعم اذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكروه ( بالكسر ) به فيرفع اليد عن اكراهه كان باطلا لا محالة ، وذلك لفقدانه طيب النفس ، وأنه من جهة الاضرار .

وبعبارة اخرى : أنه اذا كان بيع الكتاب لأجل أن يرفع المكروه يده عن الاكراه على بيع الدار تعييناً - ورضى ببيع أحد الأمرين من الدار والكتاب ، وقد رضى المكروه ( بالكسر ) - أيضا - بذلك - كان البيع - الواقع - بغير طيب النفس لا محالة ، فيحكم بفساده .

أما الصورة الثالثة فقد يقع العقد فيها تدريجاً - كما اذا اكراهه على بيع أحد عبيديه فباع أحدهما ، ثم باع الآخر - وقد يقع دفيعاً ، كما اذا باعها دفعة واحدة :

أما اذا باعها تدريجاً فلا شبهة في بطلان البيع الواقع أولاً ، ضرورة أن المكروه عليه انما هو عنوان أحدهما ، ومن الواضح أن انطباقه على أول أمر قهرى .

أما البيع الثاني فيحكم بصحته جزماً ، اذا الاكراه قد ارتفع بالبيع الأول فيقع الثاني برضاء المالك ، وطيب نفسه . وهذا ظاهر .

ولكن احتمال المصنف : أنه يرجع الى البائع في استيضاح المكروه عليه وميزه عن غيره ، سواء ادعى البائع العكس أم لا .

ويتوجه عليه : أنه لم يبق موضوع للاكراه بعد تحقق العقد الأول

لكي يحتمل وقوع العقد الثاني عن كره حتى يرجع الى البائع في التعمين ، بل لا يبعد صحة البيع الثاني حتى فيما اذا كان يبيعه متفرعاً على الاكراه ، ومن تبعات البيع الاول كما اذا اكرهه الجائر على بيع أحد مصراعي الباب فباعه ، ثم باع المصراع الثاني فان بيع المصراع الثاني وان كان لاجل عدم الانتفاع به وحده ، ومن تبعات البيع الاول ، لسكنه حيث وقع عن الرضا ، وبغير السكره فيحكم بصحته .  
 أما اذا باع المسكره عليه وغيره دفعة - كما اذا باع العبدین مرة واحدة - فان لم يكن البيع من جهة الاكراه ، بل كان من جهة طيب النفس - كما اذا فرضنا أنه كان راغباً الى بيع عبديه فأكرهه الجائر على بيع أحدهما فاغتم الفرصة فباعهما - فلا اشكال في صحة البيع .

أما اذا كان البيع من جهة الاكراه ، ولولاه لم يكن يقدم عليه ففي صحته أوفساده مطلقاً ، أو الصحة في غير المقدار المسكره عليه وجوه .

قد ذهب المصنف الى صحة البيع في المجموع بدعوى أن ما تعلق به الاكراه لم يقع في الخارج ، وما وقع فيه لم يتعلق به الاكراه .

ولسكنه يندفع بأن يبيع المجموع وان لم يقع عن إكراه إلا أن يبيع أحدهما وقع عن إكراه لاحتمال ، ولولاه لم يقدم على البيع أصلاً - كما هو المفروض - فلا وجه لصحة البيع في الجميع .

أما وجه الفساد مطلقاً فهو أن المسكره عليه لاتعين له في الواقع ، وأن نسبه الى كل من الفردين على حد سواء ، والحكم بفساد أحدهما معنا دون الآخر ترجيح بلا مرجح .

ولكن الصحيح أن يحكم بفساد البيع بالنسبة الى المقدار المسكره عليه ويحكم بصحته بالنسبة الى المقدار الزائد عليه ، ويتعين الفاسد بالقرعة .

قيل : إن القرعة انما يرجع اليها فيما اذا كان المطلوب متعيناً واقعاً ومجهولاً



ظاهراً ، ومن الواضح أن المكروه عليه مردد بين الأمرين ظاهراً وواقعاً من غير أن يكون له تعين في مرحلة من المرحلتين .

والجواب عن ذلك : أن مورد القرعة غير منحصر فيما ذكر ، بل هي تجري في كل أمر مشكل أو مشتبه ، لا إطلاق أدلتها ، ومن هنا أطبق الفقهاء رضوان الله عليهم على الرجوع الى القرعة فيما اذا طلق شخص أحدى زوجته من غير تعين ، مع أن المطلقة لاتعين لها ، لا واقعاً ، ولا ظاهراً ، ومقامنا من القبيل المذكور .

ونظير ما ذكرناه من التفصيل قد وقع في المحرمات أيضاً ، كما اذا أكره الجائر أحداً على أن يشرب اما الخمر ، أو البول فشربها ، فانه يعاقب على أحد الشرين جزماً لوقوعه بالارادة والاختيار .

أما الصورة الرابعة - وهي بيع ما يكون أنقص من المكروه عليه - فالتحقيق فيها : أن البيع المزبور قد يكون مستنداً الى الرضاء وطيب النفس بحيث لو لم يكن في البين اكراه - أيضاً - لكان راضياً ببيعه ، ولا شبهة في صحة ذلك .

وقد يكون بيع النصف لرجاء أن المكروه ( بالكسر ) يكتفى بذلك ، ولا يكرهه على بيع مجموع الدار ، ولا شبهة في بطلان البيع - وقتئذ - لحديث الرفع ، بداهة أن الاكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدار على سبيل الاستغراق ، وعليه فيكون الاكراه على بيع مجموع الدار اكراهاً على بيع نصفها .

نظير مالواكراه أحد على بيع دارين فباع أحدهما ، فانه لا شبهة في الحكم بوقوعه عن إكراه . ولا وجه للفرق بينه وبين مالواكراه على بيع دار واحدة فباع نصف تلك الدار .

وقال المصنف : ( وفي سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات  
نظر ) .

ولعل وجه النظر هو أن مانحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلا من قبل المدعى  
فتسمع دعواه .

ومن أن الظاهر أن هذا العقد واقع باختياره فلا تسمع دعواه الاكراه  
ولسكنك قد عرفت : أن الاكراه على المجموع إكراه على بعضه خارجا  
والاكراه بنفسه أمانة على عدم وقوع البيع عن الرضاء وطيب النفس .  
ونظير ذلك : ما إذا أكره الجائر أحداً على شرب كمية خاصة من الخمر  
فشرب نصفه براءه أن يقتنع المسكره ، ويرفع اليد عن إكراهه .

## بحث فيما ذكره العلامة في التحرير

قوله : ( بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير ،  
قال في التحرير : لو أكره على الطلاق ، فطلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق  
انتهى . ) . أقول : قبل التعرض لشرح كلام العلامة ، وبيان صحته أو بطلانه  
يحسن بنا التعرض لصور المسألة ، واليك مايلي :

- ١ - أن يكون الطلاق الصادر من المسكره ( بالفتح ) مقترناً بالرضاء  
وطيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الاكراه ، بل يقترن الطلاق  
بالاكراه زماناً فقط . وذلك كما إذا بنى الزوج على طلاق زوجته وأكرهه  
الجائر عليه مع جملة بحاله فإنه لاشبهة - حينئذ - في صحة طلاقه لو وقوعه عن الرضاء
- ٢ - أن يستند صدور الطلاق إلى الكره ، وأوقعه المسكره ( بالفتح )  
خوفاً من الضرر المتوقع عليه . ولكن مع ذلك ليس قصد المسكره إلا إيقاع

الطلاق حقيقة . إما من ناحية الجهل بطلان الطلاق المسكروه ، أو من جهة الاعتقاد بصحة طلاقه (١) .

وقد تردد المصنف في الحكم بصحته وفساده ، ثم قال : إلا أن تحقق الاكراه أقرب .

والظاهر أن يحكم بطلان الطلاق - هنا أيضاً - لأن المناطق في صحة العقود والايقاعات صدورهما عن الرضاء وطيب النفس ، ومن الظاهر أن الطلاق المزبور ليس كذلك .

وتدل على ما ذكرناه صحيحة البنظفي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك ، فقال : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع عن امتي ما أكرهوا عليه (٢) .

ووجه الدلالة هو أن الحلف بالطلاق والعتاق والصدقة . وإن كان باطلا عندنا مع الاختيار - أيضاً - إلا أن استشهاد الامام عليه السلام - على عدم وقوع الامور المذكورة - بحديث الرفع دليل على بطلان الطلاق الاكراهي . وهذا ظاهر .

ثم انه لا يفرق في بطلان الطلاق عن كرهه بين أن يرجع الضرر المتوقع عليه الى نفس المسكروه ( بالفتح ) ، أو الى عرضه وشرفه ، أو الى ماله ، أو الى من يهمله أمره من عشيرته وأقاربه ونحو ذلك ، كأن يقول الجائر لأحد : طلق زوجك ، والاقتلتك ، أو قتلت ابنك ، أو عشيرتك أو أخذت أموالك ، أو يخوفه بأشياء ذلك مما يضر المسكروه ( بالفتح ) . أما اذا لم يكن الضرر راجعاً الى المسكروه ( بالفتح ) كما اذا قال له الأجنبي :

(١) كما عن الحنفية - وقد ذكرنا رأيهم في ص ٢٨٢ .

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب الايمان .

بمعنى دارك ، والاقتلت نفسى ، أو أرتكب معصية فلا يتحقق فى مثله الاكراه جزماً .

ثم إن بطلان الطلاق - فى هذه الصورة - يختص بما إذا لم يتمكن من التورية ، وإلا فالأقرب وقوعه على ما عرفته من اعتبار العجز عن التورية فى تحقق الاكراه موضوعاً وحكماً ، ولعل هذه الصورة هى مراد العلامة رحمه الله ، حيث قرب وقوع الطلاق إذا كان المكروه نواياً .

نعم بناء على عدم اعتبار العجز عن التورية فى موضوع الاكراه أو حكمه حكم بفساد الطلاق - أيضاً - .

٣ - أن يكون الاكراه مقتضياً لوقوع الطلاق ، وجزء سبب لتحقيقه فى الخارج ، ويكون جزؤه الآخر الرضاء ، وعليه فيكون صدور الطلاق من المكروه (بالتفح) مستنداً الى أمرين : أحدهما الرضاء ، والآخر الاكراه وباتقاء أحدهما يفتنى الطلاق .

ولكن الظاهر هو بطلان الطلاق فى هذه الصورة - أيضاً - لأن المناط فى بطلان عقود المكروه وإيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحة لأن الأدلة الدالة على اعتبار الرضاء فى العقود والإيقاعات ظاهرة فى كون الرضاء سبباً مستقلاً لصدورها ، لاجزءاً لذلك وعليه فإذا اقترن الرضاء بالاكراه ، واجتمع معه استند الفعل اليهما ، لالى الرضاء فقط . - وحينئذ - فالاكراه وإن لم يقتض الفساد ، إلا أن ما يقتضى الصحة - أيضاً - غير متحقق . لعدم صدور الطلاق عن الإرادة والرضاء .

٤ - أن يكون كل واحد من الرضاء والاكراه علة تامة وسبباً مستقلاً فى نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن - هنا - اكراه لوقع الطلاق - أيضاً - وهكذا العكس .

والظاهر أنه لاشبهة في صحة الطلاق - عندئذ - لوجود المقتضى : أعني به الرضاء وطيب النفس ، ولا تقاس هذه الصورة بالصورة السابقة في الحكم ببطلانه ، لما عرفته من عدم المقتضى للصحة في الصورة السابقة ، بخلاف هذه الصورة ، فان ما يقتضى الصحة فيها موجود كما عرفته قريباً .

وقد اتضح لك بما ذكرناه فساد ما ذكره شيخنا الاستاذ من أنه : ( حيث لا يمكن تواردهن مستقلتين على معلول واحد فيصير كل واحدة اذا اجتمعتا جزء السبب والفعل يستند اليهما معاً . . . وكل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع ، فلا يؤثر كل منهما الخ ) .

ووجه الظهور أن الاكراه لا يقتضى الفساد لكي يكون المقام من قبيل تواردهن المستقلتين على معلول واحد . بل مع وجود الاكراه ينعدم ما يقتضى الصحة ، واذا تحقق الرضاء وجد ما يقتضى الصحة ، وعليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشيء مع ما لا يقتضيه ، لا من قبيل تعارض المقتضيين .

ويضاف الى ذلك : أن الحكم ببطلان الطلاق - هنا - على خلاف الامتنان ، لكون المطلق راضياً به وغير مهجور عن فعله ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

هـ - أن يكون الاكراه داعياً الى وقوع الطلاق ، لاعلة تامة لذلك ، ولا جزء سبب له : بأن استند الطلاق الى الاكراه طويلاً ، كما اذا اكراهه على الطلاق ، ولكن وطن نفسه عليه ، ورضى به من جهة الاكراه تكويناً . ففي هذه الصورة يحتمل الصحة ، لأن الطلاق وقع عن إرادة ورضاء . ويحتمل البطلان ، لأن الشيء يستند الى أسبق علله ، فالطلاق مستند الى الاكراه بالآخرة . ومع الاغماض عنه فلا شك في الصدق العرفي ، وأن

الطلاق وقع مكرهاً عليه ، وهذا الاحتمال هو الأقرب . ولعل هذه الصورة هي مراد العلامة ، حيث حكم بصحة الطلاق ناوياً . والله العالم .

## هل يصح عقد المكره بالرضاء المتأخر ؟

قول : ( ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد ) أقول : قد وقع الخلاف بين الأعلام في أن الرضاء اللاحق بالعقد الاكراهي يوجب صحته أم لا .

فذهب بعضهم الى الأول ، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه اتفاق العلماء ، لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النفس . وذهب بعضهم الى بطلان ذلك لوجوه .

١ - أن الرضاء بالعقد مأخوذ في مفهومه . فاذا فقد الرضاء لم يكن - هنا - عقد ايحكم بصحته .

ويرد عليه : أنه لا شاهد لهذه الدعوى من العرف واللغة . على أن لازم ذلك أن لا يكون العقد الفضولي وعقد المكره بحق من العقود حقيقة مع أنها من العقود بالحمل الشايع .

٢ - اعتبار رضاء العاقد في تأثير عقده .

ويرد عليه : أن لازمه أن لا يصح عقد المكره بحق ، مع أنه صحيح جزماً . كما إذا أكرهه الحاكم الشرعي على بيع أمواله ليعطى الناس حقه ، أو أكرهه المحتكر على بيع ما احتكره عند المجاعة ، فإن الاكراه في أمثال ذلك إكراه بحق لا يمنع عن نفاذ البيع .

٣ - أن مقارنة الرضاء للعقد مأخوذة في صحته .

ويرد عليه : أن هذا وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ، ولكن لا شاهد عليه في مقام الإثبات ، لأن ما يمكن أن يستدل به على ذلك ، وتقيده المطلقات الدالة على صحة العقود إما الإجماع أو العقل ، أو آية التجارة عن تراض ، أو الروايات الدالة على حرمة التصرف في مال المسلم بدون اذنه ورضاه ، أو حديث الرفع .

ولكن لادلالة في شيء منها على ما يرومه المستدل :

أما الإجماع والعقل فلا تنهما من الأدلة اللبية ، ومن الواضح أن القدر المتيقن منها إنما هو اعتبار مطلق الرضاء في صحة العقد أعم من المقارن واللاحق أما الآية المباركة - أو الروايات الدالة على حرمة أكل مال المسلم من دون رضاه - فلا تنها تدل على توقف حلية المال ونقله الى غيره على تحقق الرضاء من المالك . ومن الظاهر أنا نلتزم بذلك بحيث لا نحكم بالحلية الا بعد الرضاء وطيب النفس ، غاية الأمر أنا لا نخصص الرضاء بالرضاء المقارن ، بل نعممه الى الرضاء اللاحق - أيضاً - بديهية أن التخصيص بخصوص المقارن تقييد للأدلة الدالة على اعتبار الرضاء في حلية المال ونقله الى غيره .

وعلى الجملة : ان الظاهر من تلك الأدلة هو أن الرضاء معتبر في أصل حلية المال ونقله الى غيره ، سواء فيه الرضاء المقارن واللاحق ، لأنها مختصة بخصوص الرضاء المقارن ، بل التخصيص بذلك تقييد لها بلا تقييد . قيل : ان ظاهر الآية المباركة أن التجارة لا بد وأن تكون مسببة عن الرضاء ، وناشئة منه ، وعليه فلا بد من اقترانه بالعقد ، ولا يكفي لحوقه به ، لأنه اذا انعقد فاسداً ابتداء لم يتقلب بعد ذلك عما هو عليه .

ومن هنا يظهر أنه لا وجه لقياس المقام بالعقد الفضولي المتعقب بالرضاء والاجازة من المالك ، فان العقد الفضولي لا ينتسب الى المالك الا حين اجازته

فهو حين ما ينتسب الى المالك ينشأ من طيب نفسه ورضاه . وهذا بخلاف عقد المسكره ، فانه حين صدوره من المالك وانتسابه اليه قد حكم عليه بالفساد ، ولم يصدر منه عقد ثانياً ، وانما رضى بالعقد السابق ، وهو لا يتقلب عما هو عليه .

ولكن الصحيح هو تأثير الاجازة اللاحقة والرضاء المتأخر في المقام أيضاً بيان ذلك : أن التجارة بالمعنى المصدرى وان كان أمراً يحدث ويفنى الا أنها بمعنى اسم المصدر له بقاء ، وبهذا المعنى أمرنا بانتهاء العقد واتمامه ، وعليه فالتجارة الصادرة من المسكره اذا تعقبها الرضاء والاجازة يصدق عليها أنها تجارة عن تراض .

وما يدل على ذلك : أن الآية المباركة واضحة الدلالة على أن سبب أكل مال الغير منحصر في أمرين : الاسباب الباطلة ، والتجارة عن تراض ، ولا ريب في أنه لا يكون الاكل في محل الكلام أكلاً بالباطل ، فيكون من جهة التجارة عن تراض .

ثم إن المصنف قد التزم بعدم اعتبار مقارنة الرضاء للعقد بأن دلالة آية التجارة على ذلك إما بمفهوم الحصر ، أو بمفهوم الوصف :

أما الأول فهو منفي في المقام ، بداهة أن الدلالة على الحصر انما يكون اذا كان الاستثناء في تلك الآية متصلاً . ومن الواضح أن الاستثناء فيها منقطع إذ التجارة عن تراض ليست داخلية تحت الاسباب الباطلة للتجارة لكي يكون خروجها عنها بعنوان الاستثناء المتصل .

أما الثاني فلأن مفهوم الوصف على القول به انما يثبت فيما اذا لم يرد الوصف مورد الغالب ، والا فلا مفهوم له . ومن الواضح أن الوصف في الآية الشريفة قد ورد مورد الغالب ، لا الاحتراز . انتهى ملخص كلامه .



ويرد عليه أولاً : أن انكار مفهوم الحصر - هنا - مناف لما استدل هو رحمه الله بالآية المذكورة على لزوم العقود ، ومن المعلوم أن استدلاله بها على ذلك لا يتم الا على فرض دلالتها على الحصر ، لأن الأكل بفسخ العقد لا يحرم الا بعدم كونه تجارة عن تراض ، واذن فالأكل المحلل منحصر بالتجارة عن تراض .

ثانياً : أنا ذكرنا مراراً أن دخول باء السببية على كلمة الباطل ومقابلتها - في الآية - مع التجارة عن تراض قريبتان على توجه الآية الى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها ، كما أن المراد من كلمة الأكل في الآية ليس هو الأزدراد الذي هو معناه الحقيقي ، وإنما هي كناية عن تملك مال غيره من غير استحقاق ، وعليه فإن كان الاستثناء في الآية المباركة متصلاً - كما هو الظاهر الموافق للقواعد العربية - يكون مفاد الآية هو المنع عن تملك أموال الناس بشيء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض ، فإن الأكل بغيره باطل ، وبغير حق ، فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض .

وان كان الاستثناء منقطعاً فالآية - وقتئذ - وان لم تكن ظاهرة في الحصر ابتداءً ، الا أنه تعالى لما كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات وفصل صحيحها عن فاسدها ، وكان الإهمال محلاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية الكريمة **بالتقريب المقامية** ، واذن فالآية الشريفة تدل على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض ، سواء أكان الاستثناء متصلاً ، أم كان منقطعاً ، وأما غير التجارة عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل .

ومن هنا يظهر أنه لا يتوقف الاستدلال بالآية على اعتبار مقارنة الرضا للعقد على كون الاستثناء متصلاً - كما هو الظاهر - ولا على الالتزام بمفهوم الوصف

وأن الحكم المذكور في القضية لم يثبت للجامع بين واجد الوصف وفاقده ، كما هو الصحيح - واذن فلا يبقى لمناقشة المصنف مجال ، وعليه فالصحيح ما ذكرناه من أنه لادلالة في الآية الا على عدم جواز الأكل مادام التراضى غير موجود ، فاذا وجد الرضاء من المسكره انقلبت التجارة الى التجارة عن تراض ، فلا يكون الأكل بسببها أكلا بالباطل .

أما حديث الرفع فلا يدل الا على عدم ترتب الأثر على بيع المسكره - مثلاً - مادام الاكراه ، فاذا ارتفع الاكراه ، وتبدل بالرضاء لم يكن مانع من التمسك بالعمومات الدالة على صحة العقود من بيع أو غيره ، فانا حققنا في محله : أنه اذا ورد عام ثم خصص بمخصص في زمان خاص لم ترفع اليد عن ذلك العام الا بمقدار دلالة المخصص . وعليه ففي مانحن فيه أن عمومات صحة المعاملات قد خصصت بحديث الرفع ، ومن الظاهر أنا نرفع اليد عن تلك العمومات بمقدار زمان الاكراه ، ويبقى الباقي تحت العام .

ومع الاغماض عن ذلك نقول : إن حديث الرفع حيث ورد في مقام الامتنان فلا يدل الا على رفع حكم يكون جملة مخالفاً للامتنان ، ويكون رفعه موافقاً له .

أما اذا كان رفع الحكم مخالفاً للامتنان ، وكان جملة موافقاً له كصحة البيع عند الاضطرار فان رفع أثر البيع - وقتئذ - مخالف للامتنان ، ووضعه موافق له ، فهو لا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

ومن هنا يظهر أنه اذا كان الحكم لا يعد في نفسه وطبعه موافقاً للامتنان ولا مخالفاً له ، بل كانت مخالفته للامتنان وموافقته له باعتبار حصصه وأفراده فلا محالة كان المجمول ماهو موافق للامتنان ، ويرفع ماهو مخالف له .

ولا شبهة في أن مانحن فيه من القيل الثالث ، بديهية أن الحكم بترتب

الأثر على العقد المسكره عليه من حين حدوثه مخالف للامتنان فيرتفع بحديث  
الرفع . ولكن الحكم يترتب الأثر عليه بقاء : أى بعد لحوق الرضا به موافق  
للامتنان ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع .

وبعبارة اخرى : الحكم بصحة العقد غير المقترن بالرضا ، ولا الملحق  
به مخالف للامتنان ، فهو غير مجمول ، لحديث الرفع .

أما للعقد المسكره عليه الملحق بالرضا فلا امتنان في رفع أثره ، والحكم  
بعدم صحته من حين مارضى المالك به ، فلا يشمل حديث الرفع الوارد في مورد  
الامتنان .

ثم أجاب المصنف - عن التمسك بحديث الرفع لاعتبار الرضا المقارن  
في صحة العقد - بوجهين :

الوجه الأول : أن حديث الرفع إنما يرفع المؤاخذه ، لأنه وارد في  
مقام الامتنان ، ورفع المؤاخذه عن المكلف منة عليه ، فترفع بحديث الرفع  
أما الحكم بوقوف عقد المسكره على الرضا راجع الى أن له أن يرضى بذلك  
فيكون هذا حاقلاً ، لا عليه ، وحينئذ يرفع الأثر عن عقده بعد تعقبه بالرضا  
على خلاف الامتنان ، فلا يكون مشمولاً لحديث الرفع ، انتهى ملخص  
كلامه في الوجه الأول .

ويرد عليه : أن المرفوع بحديث الرفع هو نفس المجعول الشرعى  
المتعلق بالمسكره عليه ، أو المترتب عليه من الحكم التكليفي ، أو الوضعي .  
وعليه فدعوى : أن المرفوع هو المؤاخذه وإلزام المسكره بما صدر  
منه ، دعوى غير صحيحة .

وإن شئت قلت : أن المرفوع بحديث الرفع في العقد الاكراهي هو صحة  
العقد ، لكن لا على الاطلاق ، لأنه على خلاف الامتنان ، بل مادام الاكراه

باقيا ، فاذا تعقب بالرضاء كان مشمو لا للاطلاقات .

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 المؤاخذة والأحكام المتضمنة لالزام المكره بشيء .

الوجه الثاني : أن أدلة صحة المعاملات تقتضى باطلاقها ترتب الأثر على العقد بمجرد تحققه في الخارج ، و حكومة حديث الرفع على الأدلة المذكورة تقتضى رفع السببية المستقلة عن العقد المجرد عن الرضاء ، وترتيب هذه السببية على العقد الصادر لاعن اكراه ، ولا ينافي ذلك كون العقد جزء السبب ، ووقوف تأثيره على الرضاء المتأخر . انتهى ملخص كلامه في الوجه الثاني .

ولكنه ناقش في ذلك بما حاصله : أن المطلقات الدالة على السببية المستقلة اذا قيدت بما اذا صدر العقد من غير اكراه لم يبق - هنا - ما يدل على صحة عقد المكره فيما اذا تعقبه الرضاء ، وعليه فالمرجع - عندئذ - هو الأصل وهو يقتضى الفساد .

ثم ذكر : أن حديث الرفع لا يمكن أن يكون حاكما على المطلقات ، فلا مانع من التمسك بها لصحة عقد المكره المتعقب بالرضاء .

وبيان ذلك : أن المطلقات قد قيدت بالأدلة الأربعة - المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل ، ومع عدم طيب النفس - بما اذا كان العقد مرضيا به سابقا أو لاحقا ، والا كان الأكل أكلا للمال بالباطل واذا كان كذلك فتستحيل حكومة حديث الرفع عليها ، وذلك لأن العقد المقرون بالرضاء يستحيل عروض الاكراه عليه ، والعقد الملحق بالرضاء قد حكم عليه بالصحة بما أنه مكره عليه ، ومثل ذلك غير قابل لأن يشمل حديث الرفع ، فانه يختص بما

إذا كان الأثر مترتبا على ذات الشيء من غير دخل للاختيار والاكراه فيه ،  
فيرتفع أثره عند الاكراه ، وذات العقد في المقام لا أثر له ، إلا أنه جزء  
السبب المؤثر . ولا يمكن رفع هذا الأثر بحديث الرفع ، هذا ملخص ما أفاده  
قدس سره .

أقول : أما ما أفاده أولا فيرد عليه : أن مقتضى الاطلاقات هو سببية  
العقد مطلقا ، لترتب الأثر عليه ، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه فيما إذا  
لم يكن العاقد راضيا به لاسابقا ولا لاحقا على ما عرفته ، فيبقى ما لحقه الرضاء  
تحت المطلقات ، لا أن المرجع هو الأصل الذي يقتضى الفساد .  
أما ما أفاده أخيرا فهو مبنى على الالتزام بتقييد المطلقات أولا بما دل  
على حرمة أكل المال بالباطل ، ثم ملاحظة النسبة بينها ، وبين حديث الرفع .  
ولكن هذا غير صحيح ، فإن حديث الرفع في عرض سائر المقيدات  
ونتيجة الكل : أن العقد إذا لم يكن مرضيا به ، لاسابقا ، ولا لاحقا  
لم يؤثر أثره .

أما إذا كان مكرها عليه حدوثا ، ولكن رضى به المالك بعد ذلك فلا  
دلالة في شيء من المقيدات على بطلانه ، فيحكم بصحته بمقتضى الاطلاقات

## بحث في أن الرضاء المتأخر كاشف

أو ناقل

قوله : ( يبق الكلام في أن الرضاء المتأخر ناقل ، أو كاشف ) أقول :  
بمد البناء على أن الرضاء المتأخر يوجب صحة بيع المكره قد وقع الكلام بين

الأعلام في أنه كاشف عن صحة العقد من أول الأمر ، أو ناقل من حين تحقق الرضاء ؟ .

مقتضى الأصل هو القول بالنقل ، فانه يشك في حصول الملكية الى زمان الرضاء ، فالأصل يقتضى عدمه .

أما بحسب الدليل الاجتهادى فقد ذهب المصنف الى القول بالكشف من جهة ماورد في تزويج الصغيرين (١) حيث حكم الامام (ع) بالتوارث

(١) عن ابي عبيدة الحذاء قال : سألت ابا جعفر (ع) عن غلام وجارية زوجها وليان لهما وما غير مدركين ؟ فقال : النكاح جائز ، وايهما ادرك كان له الخيار . . . قلت : فان كان الرجل الذي ادرك قبل الجارية ورضى بالنكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اترثه ؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله مادماها الى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر . . . صحيح . الكافي ج ٥ من ط ٢ باب تزويج الصبيان ص ٤٠١ والتهذيب ج ٢ ص ٢٢٣ . والوافي ج ١٢ باب ٦٨ ولي العقد على الصغار ص ٦٥ . ورواه الشيخ في باب توارث الأزواج من الصبيان من كتاب الميراث في ص ٤٤٠ . عن علي بن فضال ، عن محمد بن علي ، عن السمراد ، عن ابن رثاب عن ابي جعفر (ع) .

ولكن الظاهر : ان ابن رثاب يروى عن الحذاء ، وهو يروى عن ابي جعفر (ع) - كما عرفته في المصادر المتقدمة - لأن ابن رثاب من اصحاب الصادق (ع) لا الباقر (ع) فالسقط انما هو من قلم النساخ .

وعن الحلبي قال : قلت لأبي عبد الله (ع) : الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره يجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال فقال : اما التزويج فصحيح واما طلاقه . . . قلت فان مات ، او مات فقال : يوقف الميراث حتى يدرك ايها بقى ثم يحلف بالله مادماها الى اخذ الميراث إلا الرضاء بالنكاح ، ويدفع اليه -

بينهما اذا مات أحدهما ، ولكن بعد احلاف الحى على أن امضاه لعقدالنكاح ليس من ناحية الطمع فى المال ، بل من جهة رغبته فى النكاح .  
ولكن يرد عليه : أن الرواية قد وردت فى النكاح الفضولى ، والتعدى منه الى سائر المعاملات الفضولية وان كان جائزاً ، لعدم الفارق بينها وبين النكاح من ناحية الفضولية ، الا أنه لا يمكن التعدى منه الى بيع المكره المتعقب بالرضاء الا بدليل ، وذلك للفرق الواضح بينه وبين البيع الفضولى ، فان بيع المكره يستند الى المالك من أول الأمر ، وقد فرضنا أنه لم يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضاء ، وأما البيع الفضولى فهو يستند الى المالك من حين اجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر . هذا .

والصحيح : هو القول بالكشف فى كلا المقامين ، وذلك لأن الاجازة وان كانت متأخرة عن العقد ، الا أنها متعلقة بالعقد ، وامضاء له ، ولازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر ، وسيأتى توضيح ذلك فى بحث البيع الفضولى .

ونزيد على ذلك فى المقام بأن مقتضى العمومات والاطلاقات هو صحة العقد ، وتأثيره من حين حدوثه . لكن حديث الرفع وغيره دل على اعتبار الرضاء الأعم من المقارن والمتأخر فى ذلك . ومقتضى الجمع بينهما هو الحكم بالصحة وترتب الأثر عليه من أول الأمر .

فان قلت : إذا حكم عليه بالصحة من أول الأمر فقد كان سبب الحل - وأكل المال - التجارة لاعن تراض ، وقد فرضنا انحصاره بالتجارة عن تراض قلت : الحكم بالصحة إنما هو بعد الرضاء . ولكن متعلق الحكم إنما هو

- الميراث ، مجهول بمحمد بن موسى التوكلى . الوافى ج ١٢ باب ١٧٥ ص ١٦٧ .  
وقد تقدم صدره فى ص ٢٧٤ .

الصحة من حين العقد ، فمن اكره على بيع داره - مثلاً - 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 لإنشاء الله تعالى ، وأنه غير المكشوف الحكمي الذي التزم به المصنف قدس سره .

ثم إن المصنف قاس ما نحن فيه بفسخ العقد ، بدعوى : أن الفسخ وإن كان حلاً للعقد السابق ، وجعله كأن لم يكن ، إلا أنه لا ترفع به الملكية السابقة على الفسخ ، لأن العبرة بزمان حدوث الفسخ ، لا بزمان حدوث متعلقه .

ويتوجه عليه : أن هذا قياس باطل ، لوجود الفارق بين الفسخ وبين ما نحن فيه : بداهة أن الفسخ عبارة عن حل العقد ، ويقابله إقراره وإمضاؤه وأما إجازة العقد فيقابله رده ، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه - كما هو ظاهر أدلته - وأن يكون أثر الاجازة 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 . فان الملاك مشترك فيه بين البابين . والى هنا جف القلم في بيع المكره وتوابعه . والحمد لله أولاً وآخراً .

## بحث في معاملات العبد

قوله : ( مسألة : ومن شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا باذن سيده ) أقول : لاشبهة في أن العبد ليس كالحُر العاقل بحيث يكون مستقلاً في التصرف ، ولا أنه مثل المجانين



بحيث لا يترتب على فعله وعبارته أثر بوجه ، وإنما هو برزخ بينهم وبين الحر العاقل .

ثم إن الأقوال في تصرفات العبد ثلاثة :

١ - أنه محجور عن كل تصرف الا الضروريات التي بها عيشه .  
٢ - أن جميع تصرفاته نافذة ، إلا ما يكون تصرفاً في سلطنة المولى ،  
- وحينئذ - فلا بأس في نفوذ تصرفاته بما لا ينافي حق المولى ، كأن يتوكل عن  
غيره في معاملة أو إيقاع ، أو يضمن دين شخص بشرط أن يؤديه لصاحب  
الدين بعد انعقاقه ، أو أشباه ذلك .

٣ - أنه لا يجوز تصرفه في كلها يعد شيئاً معتداً به بحسب العرف والعادة  
من غير فرق في ذلك بين ما يتعلق بأموال سيده وما يتعلق بنفسه من عقد أو  
إيقاع وما يتعلق بأمواله - بناءً على كونه مالكا شرعاً - وما يتعلق بسائر الناس  
من التصرف في أموالهم أو أنفسهم بمقد أو إيقاع فان صحة جميع ذلك يتوقف  
على اذن المالك واجازته وعلى الجملة يحكم بلغوية كل تصرف يستقل العبد فيه من  
دون أن يتقيد بقسم خاص واذن فلا تصح وكالة العبد عن غيره أيضاً حتى في  
اجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضاً مالم يكن ذلك باذن سيده .

ذهب المصنف الى الزجه الأخير ، حيث حكم بأنه لا يجوز للمملوك  
أن يوقع عقداً إلا باذن سيده ، سواء أكان لنفسه في ذمته ، أو بما في يده  
أم كان لغيره .

واستدل على رأيه هذا بقوله تعالى : « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر

على شيء (١) .

وبصحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا باذن سيده ، قلت : فان كان السيد زوجته بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد . و ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، فشئ الطلاق (٢) .

ووجه الاستدلال بهما : أنه كلما صدق عليه أنه شيء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعاً من دون إذن مولاه . وعليه فلا يجوز للعبد أن يكون وكيلاً عن غيره في إجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضاً ، ولا على إيجاد الملكية أو الزوجية لنفسه ، ولا على طلاق زوجته ، ولا على الالتزام بشيء والتعهد بدين - وان اشترط أداءه بعد حرите - لأن كل ذلك يصدق عليه عنوان الشيء ، فلا يقدر عليه العبد شرعاً بدون إذن سيده .

وعلى الجملة : ان الظاهر من الآية والرواية هو أن العبد غير مستقل في جميع تصرفاته ، سواء أكانت راجعة الى نفسه حال عبوديته ، أم تعلقت برقبته ، كأن يضمن الشيء لشخص بشرط أن يعطيه اياه بعد حرите ، وسواء أكانت راجعة الى سيده ، أم كانت راجعة الى الأشخاص الآخرين - وان لم يكن - هناك - مايزاحم حق المولى ، كأن يتوكل عن غيره في عقد أو إيقاع .

والسر في ذلك : هو أن عدم قدرته على شيء ليس الا عدم تمكنه من التصرف فيه ، وأنه يحتاج في ذلك الى الاستعانة من غيره ، ومن الواضح أن المحتاج الى غيره في فعل لا يكون قادراً على التصرف فيه استقلالاً ، وعليه

(١) سورة النحل الآية : ٧٥ .

(٢) الفقيه ج ٣ من طبعة النجف باب طلاق العبد ص ٣٥٠ .

فشان العبد شأن الصبي ، فكما أن الصبي لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بأذن وليه ، كذلك المملوك ، فإنه لا ينفذ تصرفه في شيء إلا بأذن سيده . انتهى ملخص كلامه مع التوضيح الاجمالي . وتبعه - في ذلك - شيخنا الاستاذ .

والتحقيق : أنه لإدلالة الآية ، ولا في الرواية على مذهبها إليه . وبيان ذلك : أنه ليس المراد من عدم القدرة - في الآية - هو عدم القدرة عقلا ، ولا أن المراد من الشيء هو الشيء التكويني الخارجي ، بدهاة أن العبد مثل الحر في قدرته على الامورا الخارجية .

وأيضاً ليس المراد من نفي القدرة هو نفي القدرة الشرعية التكليفية ، ضرورة أن ما هو مباح للأحرار - في الشريعة المقدسة الاسلامية من المأكولات والملبوسات والمشروبات - مباح للعبيد - أيضاً - وليس لأذن المولى دخل في ذلك بوجه .

بل المراد من قوله تعالى : لا يقدر على شيء هو عدم نفوذ تصرفات العبد في شيء ، وعلى هذا فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من أن قوله تعالى : لا يقدر على شيء قيد توضيحي ، لأن العبد لا ينقسم الى القادر والعاجز ، بل للملوكة مساواة للعجز .

لا وجه لذلك من جهة أن المراد من عدم القدرة هو عدم نفوذ التصرف . ولا شبهة في أن هذا حكم وضعي ، فلا معنى لأخذه قيد للموضوع أو توضيحا له .

ثم ان لفظ (مملوكا) في الآية الكريمة بمنزلة العلة لقوله تعالى : لا يقدر على شيء ، فكأنه تعالى قال : ان العبد لا ينفذ تصرفه ، لكونه مملوكا . وعليه فمناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يراد من عدم قدرة العبد عدم نفوذ تصرفه فيما يرجع الى نفسه وأمواله من حيث عبوديته .

أما عدم نفوذ تصرفه في أموال سيده ، أو أموال الأشخاص الآخرين فهو ليس من جهة كونه عبداً مملوكاً ، بل من جهة الأدلة الدالة على حرمة التصرف في أموال الناس بدون اذنهم ، ولا ريب في أن هذا المعنى لا تقتضيه العبودية ، بل هو مشترك فيه بين العبد والحر .

ولو سلمنا أن الآية ليست بظاهرة في هذا المعنى ، إلا أنه لا سبيل إلى انكار كونه محتملاً منها ، وعليه فتكون الآية مجملة ، واذن فلا يمكن الاستدلال بها على عدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع إلى سيده أو إلى شخص آخر غير سيده وقد اتضح لك مما بيناه : أنه لا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من جعل لفظ ( مملوكاً ) في الآية قيداً توضيحياً ، بدعوى أن العبد لا ينقسم إلى مملوك وغير مملوك :

وقد ظهر لك مما ذكرناه أيضاً : أنه لا بد من أن يفرق بين كون العبد وكيلاً عن غيره في انشاء عقد أو ايقاع ، وبين توكيله غيره في ذلك . أما الأول فيجوز له ذلك ، لأنه لا يعد تصرفاً فيما يرجع إلى نفسه لكي يحكم بنفسه بدون اذن مولاه ، بداهة أن كون العبد مملوكاً لمولاه لا يلزم سقوط ألفاظه وعباراته والعقد أو ايقاع بما أنه للغير فلا مانع من الحكم بصحته .

أما الثاني فلا يجوز له ذلك ، إذ ليس للعبد أن يستقل في التصرف فيما يرجع إلى نفسه أو أمواله بدون اذن سيده ، فإذا لم يجوز له ذلك لم يجوز له توكيله غيره فيه . هذا ما يرجع إلى الآية المباركة .

أما رواية زرارة فانها ظاهرة - أيضاً - في عدم نفوذ تصرفات العبد فيما يرجع إلى نفسه ، فلا اشعار فيها بكون مطلق تصرفاته متوقفاً على اذن سيده والقريئة على هذه الدعوى من نفس الرواية هي قوله عليه السلام : المملوك لا يجوز طلاقه ، ولانكاحه إلا باذن سيده . قلت : فان كان السيد زوجة

بيد من الطلاق؟ قال **الشيخ** : بيد سيده .

ثم إذا قلنا بعدم نفوذ تصرف العبد فيما يرجع الى غير المولى - أيضاً - إلا باذنه فلو تصرف العبد بدون إذن سابق ، ولكن لحقته الاجازة من المولى فهل يحكم بصحته ؟ .

فيه خلاف بين الأعلام .

قد احتمل المصنف أولاً عدم نفوذه ، وحاصل كلامه : أن الاجازة إنما تتعلق بمضمون العقد : أعنى به انتقال المال بعوض ، ولا ريب في أن هذا المعنى - فيما نحن فيه - ليس منوطاً برضاء المولى ، اذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين ، بل حق المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده ، ومن الواضح أن الانشاء اذا صدر منه على وجه الاستقلال لم يخرج عن استقلاله لأن الشيء لا ينقلب عما هو عليه .

وبتعبير آخر : أن ما ترتبط به اجازة المولى : أعنى به الانشاء لا يعقل أن تلحقه الاجازة ، فيكون صادراً من قبل المولى ، لاستلزامه الانقلاب المحال ، وما لا يستلزم المحال من تعلق الاجازة به - وهو مضمون العقد - غير مرتبط بالمولى . وسيأتى الجواب عن هذه المناقشة قريباً .

ثم إنه رحمه الله قوتى صحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة بوجوه : وحاصل الوجه الأول : أن العمومات والمطلقات قد دلت على صحة العقود والايقاعات ، سواء أكانت صادرة من الأحرار ، أم كانت صادرة من المالك ، وقد خرج منها العقد الصادر من العبد من دون استناده الى إذن المولى أصلاً ، لاسبقاً ، ولا لاحقاً ، ويبقى الباقي تحت العمومات والمطلقات وبيان أوضح : أن مفاد المخصص إنما هو عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيده سابقاً ، أو اجازته لاحقاً ، وليس مفاد

المخصص اعتبار الاذن السابق فقط في تصرفات العبد .

ولو أغمضنا عن ذلك ، وشككنا في أن مفاد المخصص هل هو المعنى الأول ، أو المعنى الثاني وجب الأخذ بالمعنى الأول ، لأن المخصص المنفصل إذا كان مجملاً :- بان كان مردداً بين الأقل والأكثر - أخذنا بالقدر المتيقن منه ، وهو في المقام العقد الصادر من العبد بلا إذن سابق ، ولا إجازة لاحقة وفي غير ذلك نتمسك بالعمومات .

وأورد عليه شيخنا الاستاذ بأن دليل اعتبار الاذن في تصرف العبد ظاهر في الاذن السابق ، فلا يشمل الاجازة اللاحقة لأن الاجازة غير الاذن وعليه فلا إجمال في المخصص لكي يتمسك بالعموم ويحكم بنفوذ تصرف العبد مع الاجازة اللاحقة أيضاً .

ويرد عليه : أن دليل اعتبار الاذن في تصرفات العبد لا ظهور له في إرادة الاذن السابق .

أما الآية فواضح ، لأن الاستفادة منها - كما عرفته سابقاً - هو عدم نفوذ تصرف العبد ، لكونه مملوكاً لا يقدر على شيء ، فلا بد في نفوذه من دخل إذن المولى فيه ، ولسكن لا يستفاد منها أن دخله فيه بأية كيفية ، أهو بالاذن السابق ، أم كان ذلك أعم منه ومن الاجازة اللاحقة ، وعليه فيدور الأمر بين الأقل والأكثر ، فقضى القاعدة في أمثال ذلك هو الأخذ بالأقل ، لكونه متيقن الإرادة .

أما صححة زرارة فلا يستفاد منها إلا بطلان نكاح العبد وطلاقه من دون إذن سيده بأن يكون مستقلاً في تصرفه .

أما بطلان تصرفه إذا لحقته الاجازة فاستفادته تتوقف على إثبات ظهور لفظ الاذن في الاذن السابق ، وهو أول الكلام .

وحاصل الوجه الثاني : أن صححة زرارة المتقدمة قد دلت على صحة

النكاح والطلاق بالاذن ، وحيث ثبتت بالأخبار الخاصة صحة النكاح بالاجازة اللاحقة فيستكشف من ذلك أن المراد من الاذن في الصحيحة أعم من السابق واللاحق ، - وحيث - فلنلزم بصحة سائر العقود - أيضاً - بالاجازة اللاحقة ، لعدم الفارق بين النكاح وبين بقية العقود ، ولازم هذا التعميم وإن كان يقتضى الالتزام بصحة الطلاق - أيضاً - بالاجازة اللاحقة ، إلا أنه خرج ذلك بالدليل الخارجى .

وتوهم أنه يلزم - وقتئذ - تأخير البيان عن وقت الحاجة توهم فاسد ، لأن المقصود من الصحيحة هو نفي استقلال العبد فى الطلاق وأنه يبطل بدون إذن سيده ، لا بيان جميع الخصوصيات المعتبرة فى طلاق العبد ، وعليه فكفاية الاذن اللاحق فيه وعدمها أمر خارج عن مقام البيان .

ويتوجه عليه : أنه يمكن نقضه باستظهار عكسه من الصحيحة بأن يقال لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق - الذى لا يصح بالاجازة اللاحقة - استكشفنا بذلك أن المراد من كلمة الاذن فيها إنما هو الاذن السابق فقط ، لا الأعم منه ومن الاجازة اللاحقة ، وعليه فصحة النكاح بالاجازة اللاحقة إنما ثبت بالدليل الخارجى ، ولا يلزم - عندئذ - تأخير البيان عن وقت الحاجة ، لأن الامام عليه السلام كان فى مقام بيان حكم النكاح فى الجملة ، لا مطلقاً ، وعليه فلا بد من ملاحظة الصحيحة فى نفسها ، إذ لا تعرض فيها لبيان أن المراد من الاذن هل هو الاذن السابق ، أو الأعم منه ومن الاجازة اللاحقة ، فتبقى الصحيحة على إجمالها .

الوجه الثالث : استفادة ذلك مما دل (١) على أن اجازة المولى توجب

(١) عن زارة عن ابي جعفر (ع) قال : سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ؟ فقال : ذلك الى مولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء اجاز نكاحها ، فان فرق بينهما فللمرأة ما صدقها إلا ان -

صححة نكاح العبد الواقع بدون إذنه : وذلك لو جهين :

الوجه الأول : أن مقتضى هذه الأخبار هو صححة ماعقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الاستفصال ، وعلى هذا فلا يمكن حملها على ما إذا عقد غيره له لكي يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك ويدخل تحت عنوان عقد الفضولي الذي لا يربط لصحته - بالاجازة اللاحقة - بصحة عقد العبد باجازة المولى . وإذا صح نكاح العبد صححت بقيمة العقود الصادرة منه بالأولوية .

فالمتحصل من هذه الأخبار هو صححة معاملات العبد إذا أجازها سيده سواء أكان المباشر للصيغة هو العبد ، أم كان غيره ، وسواء أكانت العقود للعبد ، أم كانت لغيره ، وإنما باشرها العبد وكالة . وكل ذلك من ناحية ترك الاستفصال .

الوجه الثاني . أن قوله **﴿عبيد﴾** : « إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا

- يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً فإن أجاز نكاحه فيها على نكاحها الأول . فقلت لأبي جعفر « ع » فانه في اصل النكاح كان عاصياً ؟ فقال ابو جعفر « ع » : إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله ، وإنما عصى سيده . ولم يعص الله ، إن ذلك ليس كاتيانه ما حرم الله تعالى عليه من نكاح في عدة واشباهه . ضعيف بموسى بن بكر .

وعنه عن ابي جعفر « ع » قال : سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذلك الى سيده ان شاء أجازته وان شاء فرق بينهما . قلت : اصلحك الله إن الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعي واصحابهما يقولون : إن اصل النكاح فاسد ، ولا تحل له إجازة السيد له . فقال ابو جعفر « ع » : إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز . حسن بابراهيم بن هاشم . الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ٤٧٨ . الوافي ج ١٢ باب تزويج الاماء ص ٨٨ .



أجازه فهو له جائز ، علة لصحة العقد الصادر من العبد ، ومفاد هذه العلة هو أن المعيار في صحة معاملة العبد بعد عدم كونها مخالفة لله - كالمعاملة على الخمر والتخزير والميتة ونحوها - إنما هو وقوعها برضاء المولى ، سواء فيه الرضاء السابق واللاحق .

وعليه فإذا أوقع عقداً بدون رضاء سيده - الذى هو معنى عصيانه - ثم رضى به سيده صح العقد ، لأن معاملة العبد - عندئذ - ليست معصية لله حتى يحكم بفسادها ، بل هى معصية لسيده . فيحتاج الى اجازته ، وقد فرضنا تحققها .

واذن فالرواية في مقام بيان الضابطة الكلية وهى أن كل عقد كان فيه عصيان لله فهو فاسد ، كالعقد على المحارم ، وبيع الخمر والتخزير وكل عقد لم يكن فيه عصيان لله فهو صحيح غاية الأمر أنه يحتاج الى اجازة سيده هذا . وقد ناقش شيخنا الاستاذ فى الوجه الأول ، وحاصل مناقشته هو أن العبد إذا عقد لنفسه كان مضمون العقد : أعنى به المنشأ متوقفاً على الاجازة أما الانشاء الذى - هو جهة الاصدار - فهو معنى حر فى وملحوظ تبعى واذا عقد لغيره فضولاً ، أو وكالة كان مضمون العقد راجعاً الى غير المولى ، فلا يرتبط باجازته ، بل المربوط باجازته إنما هو جهة الاصدار : أعنى به الانشاء وعليه فجهة الاصدار معنى اسمى ، وملحوظ استقلالى ، - وحينئذ - فاذا قام الدليل على اجازة المضمون فى القسم الأول كان ذلك دليلاً على اجازة جهة الاصدار فيه - أيضاً - لكونها ملحوظة تبعياً .

ولكن لا يمكن التعدى من ذلك الدليل الى جهة الاصدار فى القسم الثانى - أيضاً - لكونه معنى اسمياً ، ومن الظاهر أن قياس المعنى الاسمى بالمعنى الحر فى قياس مع الفارق .

ولكن لاوجه لهذه المناقشة ، بديهية أن كون متعلق الاجازة ملحوظاً للمجيز استقلالاً تارة وتبعاً اخرى لايرتبط بجهة الاستدلال .  
بيان ذلك : أن العقد الواقع على ملك السيد تتوقف صحته على اجازته واذنه - ولو كان صادراً من غير عبده - كما أن عقد عبده يحتاج الى ذلك ولو تعلق بمال غيره وعليه فاذا أوقع العبد عقداً على مال المولى - كما في النكاح - كان ذلك مجماً للعنوانين ، واذا ثبتت صحة ذلك - فيما اذا تعقبته اجازة المولى - ثبتت صحة عقده بمال غير المولى اذا تعقبته الاجازة أيضاً .

ثم ان التمسك بهذه الوجوه لاثبات صحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة انما يفيد في مرحلة الاثبات بعد فرض الامكان في مرحلة الثبوت . واذا حكمنا بالاستحالة ثبوتاً من ناحية الانقلاب المحال لم يفد التمسك بها اثباتاً .  
وعليه فلا يجتمع ما احتمله المصنف في مطلع كلامه - بدءاً - من الاستحالة في مقام الثبوت ، مع حكمه بصحة تصرفات العبد بالاجازة اللاحقة من ناحية الوجوه المتقدمة . واليك لفظه : ( وكيف كان فانشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى : أما مع الاذن السابق فلا إشكال . وأما مع الاجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع ، لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين بل المنع من جهة راجعة الى نفس الانشاء الصادر ، وما صدر على وجه لا يتغير منه بعده . . . فاذا وقع على وجه مستقل به العبد فلحقوق الاجازة لا يخرجها عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً ) . ثم انتقل الى مقام الاثبات ، وقال : ،  
الا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى ( الخ ) .

إلا أن يقال : ان غرض المصنف من التمسك بالوجوه المذكورة - في مقام الاثبات - هو ان الأدلة الدالة على اعتبار رضاه المولى في تصرف العبد انما هو بالمعنى الأعم من الرضاء السابق واللاحق ، وعليه فاذا صدر عقد من العبد

من دون رضاه سيده لم يتصف ذلك - بمجرد صدوره بدون اذن المولى - بالاستقلال لكي يلزم من حقوق الاجازة به الانقلاب المحال .

بل اتصافه بالاستقلال مراعى بعدم حقوق الرضاء ، واذا اقتضت العمومات والاطلاقات صحة عقد العبد مع الرضاء اللاحق حكمتنا بها من دون استلزامه الانقلاب المحال .

وكيف كان يمكن الجواب عن المناقشة المذكورة : بأن العقد الصادر من العبد له جهتان : جهة الانشاء ، وجهة المنشأ ، ومن الواضح ان المحتاج الى اذن المولى إنما هو المنشأ : أعنى به الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي ، دون الانشاء : أعنى به ابراز ذلك الاعتبار النفساني .

ويدل على صحة ذلك قوله <sup>بهم</sup> في صحيحة زرارة المتقدمة : (المملوك لا يجوز طلاقه ، ولا نكاحه إلا باذن سيده) .

ووجه الدلالة : هو أن الطلاق والنكاح ليسا بمجرد الانشاء . بل الطلاق عبارة عن اعتبار حل العلقة المبرز بمظهر خاص خارجي . والنكاح عبارة عن اعتبار العلقة الزوجية في صقع الذهن المبرز بمظهر خارجي .

وعليه فشان مانحن فيه شأن ماثبت في محله من أن صحة نكاح بنت الاخ وبنت الاخت متوقفة على اجازة العمة والحالة ، فان المتوقف على اجازتها ليس هو صحة الانشاء فقط ، بل صحة ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشايع ولا يخفى عليك : أن ما ذكرناه - من الجواب عن المناقشة المتقدمة -

مبنى على كون صحة إنشاء العبد لغيره وكالة أو فضولا متوقفة على اجازة المولى أما بناءً على ما ذكرناه - عند التعرض للاية المتقدمة من عدم كون المولى

مالكا لإنشاء العبد - فانه لا شبهة في صحة إنشائه لغيره وكالة أو فضولا ، سواء رضى به المولى ، أم لم يرض به ، إذ المولى ليس مالكا لكلمات العبد وألفاظه

لتوقف صحتها على اجازته .

ثم إنه بقي - هنا - شيء لم يتعرض له المصنف ، وهو أن اجازة المولى لعقد العبد هل هي كاشفة ، أو نافذة ؟ .

مقتضى القاعدة أنها نافذة ، لأصالة عدم تحقق الأثر الى زمان الاجازة ، ولم يرد - هنا - دليل على الكاشفية لكي يخرج به عن القاعدة المزبورة . كما ورد في الفضولي .

نعم اذا قلنا بأن الكشف على طبق القاعدة - سيأتي الكلام في ذلك في البحث عن البيع الفضولي - التزمنا - هنا - بالكشف أيضاً ،

قوله : ( فرع لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صح ولزم بناءً على كفاية رضاه المولى الحاصل من تعريضه للبيع من اذنه الصريح ، بل يمكن جعل نفس الايجاب موجبا للاذن الضمني ) .  
ولكن نوقش فيه بوجهين :

الوجه الأول : أن عبارة العبد متحدة مع عبارة سيده ، فيلزم من ذلك اتحاد الموجب والقابل . وهذا يوجب بطلان العقد .

ويتوجه عليه ما ذكره المصنف ، وحاصله : أن الالتزام بذلك يقتضى المنع - أيضاً - عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيده سابقاً ، وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ويضاف الى ذلك : أنه لا دليل على اعتبار التغاير بين الايجاب والقبول بل يكفي التغاير بينهما اعتباراً .

على أنه لا اتحاد في المقام ، لأن كون العبد مملوكاً لمولاة لا يقتضى ذلك .  
الوجه الثاني : أنه تعتبر - في صحة العقد - قابلية كل من المتبائعين للانشاء عند تحقق الايجاب والقبول كليهما ، وعليه فلو كان المشتري عند ايجاب

البائع غير قابل للقبول ، أو خرج البائع - حال قبول المشتري - عن قابلية  
 ايجاب البيع لم ينعقد العقد بينهما ، لأنه - وقتئذ - لا يرتبط عهد أحدهما بعهد  
 الآخر ، فلا تتحقق المعاهدة والمعاقدة بينهما بوجه ، وحيث إن العبد - فيما  
 نحن فيه - غير قابل للقبول في زمان الايجاب - لعدم كونه مأذوناً في ذلك من  
 قبل المولى - فيحكم - حينئذ - بفساد العقد .

ويتوجه عليه أنه لا أساس صحيح لهذا الشرط - على ما ذكرناه في محله -  
 لأن المناط في تحقق العقد إنما هو ارتباط التزام البائع بالتزام المشتري - وعليه  
 فإذا تحقق إنشاء البائع - حال كون المشتري نائماً أو غافلاً أو مغفياً عليه ، ثم  
 التفت المشتري الى هذا الانشاء قبله قبل صدور ناسخه من البائع - صدق عليه  
 العقد جزماً ، وحكم بصحته ولزومه ، للأدلة الدالة على نفوذ العقود ولزومها  
 نعم إذا لم يبق البائع على شرائط الانشاء حين قبول المشتري حكم بفساد العقد  
 لارتفاع التزام البائع بانتفاء الشرط عنه ، وعدم اتصال التزامه بالتزام المشتري .  
 هذا كله فيما اذا وكل المشتري العبد في الاشتراء من سيده .

أما لو وكله في الاشتراء من وكيل المولى فان كان الوكيل وكيلاً مفوضاً  
 فلا شبهة في أن شأنه شأن المولى ، فيعود النزاع المتقدم . وان كان الوكيل وكيلاً  
 في خصوص إجراء البيعة فلا شبهة في احتياج الاشتراء الى الاجازة من  
 المولى . هذا تمام الكلام في البحث عن معاملات العبد .

الى هنا تم الجزء الثالث من كتابنا مصباح الفقاهة في المعاملات ، ويليها  
 الجزء الرابع انشاء الله ، وأوله مبحث البيع الفضولي ، والحمد لله رب العالمين  
 وصلى الله على محمد وآله الطاهرين .

قد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٣٧٤ هـ .

# محتويات الجزء الثالث

من مصباح الفقاهة

الصفحة

٣ التقریظ .

٤ كلمة المؤلف

## المباحث التي ارجعة الى صیغ العقود

- ٥ بحث في اعتبار اللفظ في العقود .
- ٧ الأصل الأولى في العقود والایقاعات هل یقتضی الصحة ام یقتضی الفساد ؟ .
- ٨ الأحكام الوضیعیة واقسامها .
- ١٠ عدم جریان البراءة في الشرطیة والسبیبیة والمانعیة والجزئیة ، لعدم كونها محمولة بالذات .
- ١١ هل یجوز التمسك بالعمومات عند الشك في العقود ؟ .
- ١٢ مقتضى القاعدة هو الحكم بلزوم معاطاة الأخرس .
- ١٣ اشارة الأخرس وحكمها .
- ١٥ بحث في مادة الصیفة ، واختلاف الفقهاء فیها .
- ١٦ مقتضى القاعدة هو انعقاد جمیع العقود والایقاعات بكل ما یصلح للانشاء .
- ١٧ جواز الانشاء بالألفاظ المجازیة والسكنائیة .
- ١٨ لافرق في ذلك بین كون المجاز قریباً وكونه بعيداً ، كما انه لافرق فیہ بین احتفاه بالقرینة اللفظیة ، واحتفاه بالقرینة غیر اللفظیة .

## الصفحة

- ١٩ جواز الانشاء بالألفاظ المشتركة مع احتفافها بالقرائن الحالية .
- ١٩ دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ في انشاء عقد الزواج .
- ٢٠ هل يجوز انشاء البيع بكلمة بعت ؟ .
- ٢٠ هل يجوز انشاء البيع بكلمة شريت ؟ .
- ٢١ هل يجوز انشاء البيع بكلمت ملكت بالتشديد ؟ .
- ٢٤ هل يجوز انشاء البيع بكلمت اشتريت ؟ .
- ٢٥ ماهو المراد من قوله تعالى : بئسما اشتروا به انفسهم ان يكفروا بما انزل الله ؟
- ٢٦ دعوى ان الاشتراء من الافتعال ، فلا يناسب استعماله في الايجاب ، وجوابها .
- ٢٨ ماهي الفاظ القبول ؟ .
- ٢٨ جواز القبول بلفظ قبلت ورضيت وتملكت وملكت محققاً واشترتت وابتعت وشريت .
- ٣٠ الاختلاف في تعيين الموجب والقابل لأجل ترتب الأثر على كل منها .
- ٣١ لا يترتب اثر خاص ظاهر على خصوص عنوان البائع .
- ٣١ دعوى ان كل - مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه - اثر ظاهر مترتب على عنوان البائع ، وجوابها .
- ٣٥ بحث في هيئة الصيغة وعدم اعتبار العربية فيها .
- ٣٦ قيل : انه لا يتحقق مفهوم العقد في الخارج الا بالانشاء بالألفاظ العربية .  
والجواب عن ذلك .
- ٣٧ اذا قلنا باعتبار العربية في الصيغة وجب اعتبارها في جميع ما هو دخيل في حقيقتها  
نعم لا بأس بذكر شروط العقود بغير الألفاظ العربية .
- ٣٧ ماهو حكم الانشاء بالعربي الملهون ؟ .

## الصفحة

- ٣٨ هل يعتبر في العقد علم المتكلم بمعنى الصيغة ؟ •
- ٤٠ هل تعتبر الماضوية في الايجاب والقبول ؟ •
- ٤٠ جواز الانشاء بالمضارع والأمر •
- ٤١ قد ورد في جملة من الروايات جواز الانشاء بالمضارع •
- ٤٣ جواز الانشاء بالجل الاسمية •
- ٤٤ هل يعتبر في العقود تقديم الايجاب على القبول ؟ •
- ٤٥ تفصيل المصنف في ذلك بين الفاظ القبول ، والجواب عنه •
- ٥١ هل تعتبر الموالاة بين الايجاب والقبول ؟ •
- ٥٢ اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه •
- ٥٢ لاصلة لفورية استتابة المرتد باعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه •
- ٥٣ لاربط للزوم تحريم المأمومين في الجمعة قبل ركوع الامام بالفورية العرفية •
- ٥٣ اعتبار الاتصال في الأمر التدريجي الذي اخذ موضوعاً للحكم •
- ٥٤ ما استدل به المصنف على اعتبار الاتصال بين الايجاب والقبول ، وجوابه •
- ٥٥ ما استدل به المحقق النائي على ذلك ، وجوابه •
- ٥٦ الاستدلال على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول بالسيرة ، وبقصة مارية القبطية الموهوبة للنبي (ص) •
- ٥٧ ويدل ايضاً على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول امران آخران •
- ٥٨ هل يعتبر التثنية في العقود ؟ •
- ٥٨ تعليق العقد على الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً •
- ٥٩ يجوز للزوجة ان تشتط على زوجها في عقد الزواج كونها وكيلها في طلاق نفسها •



## الصفحة

- ٥٩ كلمات الفقهاء حول التعليق في العقود •
- ٦٠ صرح المحقق القمي بجواز التعليق في الوكالة •
- ٦١ ما ذكره المصنف من اقسام التعليق في العقود •
- ٦٢ ماهو حكم التعليق في العقود ؟ •
- ٦٢ التعليق على ما يتوقف عليه مفهوم العقد •
- ٦٣ التعليق على ماهو دخيل في صحة العقد •
- ٦٤ التعليق على الصفة التي لادخل لها في تحقق عنوان العقد ولا في صحته •
- ٦٦ ما استدل به على بطلان التعليق في العقود •
- ٦٦ قيل ان التعليق في العقود امر غير معقول ، والجواب عنه •
- ٦٧ الاستدلال على بطلان التعليق بآية وجوب الوفاء بالعقود ، وجوابه •
- ٧٠ لادليل على بطلان العقود بالتعليق •
- ٧١ هل يعتبر التطابق بين الايجاب والقبول ؟ •
- ٧١ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية عنوان المعاملة ، ومن ناحية المبيع ، ومن ناحية البائع والمشتري •
- ٧٣ التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية الشروط المذكورة في العقد •
- ٧٣ التطابق بين الايجاب والقبول في اجزاء المبيع والتمن •
- ٧٤ هل يجوز الانشاء لأحد المتعاقدين حال كون الآخر فاقداً لشرايطه ؟ •
- ٧٦ بحث استطرادي في حقوق الرضاء بالمبيع الاكراهي •
- ٧٩ بحث في اختلاف المتعاقدين في شروط العقد •

## مباحث المقبوض بالعقد الفاسد

	الصفحة
• بحث في المقبوض بالعقد الفاسد .	٨٥
• ماهو مدرك الضمان في قاعدة مالا يضمن .	٨٧
• الاستدلال على الضمان بمحدث ضمان اليد ، وجوابه .	٨٧
• الاستدلال على الضمان بما ورد في الامة المتباعدة اذا وجدت مسروقة وجوابه	٨٩
• الاستدلال على الضمان بما دل على حرمة التصرف في مال الغير إلا بطيب نفسه	٩٠
• وجوابه .	
• الاستدلال على الضمان بما دل على ان حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، وجوابه	٩١
• الاستدلال على الضمان بما في جملة من الروايات من انه لا يصلح ذهاب حق احد	٩٢
• وجوابه .	
• الاستدلال على الضمان بما دل على نفي الحكم الضرري ، وجوابه .	٩٣
• الاستدلال على الضمان بقاعدة الاقدام ومناقشة المصنف في ذلك ، والجواب عنها	٩٥
• بحث في بعض الأعمال المضمونة .	٩٨
• هل يفرق في الضمان بين علم الدافع بالفساد ، وجهله به ؟	٩٩
• هل تضمن العين المستأجرة في الاجارة ؟ .	١٠١
• ما استدل به على ضمان العين المستأجرة ، والجواب عنه .	١٠٢
• لضمان في العين المستأجرة ، لكونها امانة عند المستأجر .	١٠٣
• هل تنتقض قاعدة ما يضمن بالصيد الذي استعاره المحرم ؟	١٠٤
• هل تنتقض القاعدة بالبيع الفاسد ؟	١٠٧
• هل تنتقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً ؟	١١٠

## الصفحة

- ١١١ هل تنتقض القاعدة بالشركة الفاسدة ؟ •
- ١١١ هل تنتقض القاعدة بالنكاح الفاسد ؟ •
- ١١٢ ماهو المدرك لعكس القاعدة ؟ •
- ١١٣ الاستدلال عليه بالأولية ، والجواب عنه •
- ١١٤ الدليل على عكس القاعدة إنما هو عدم الدليل على الضمان •
- ١١٤ هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد المعاوضي الفاسد •
- ١١٥ هل يفرق في ذلك بين علم الدافع وجهله ام لا •
- ١١٥ ذهب السيد الى جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد ، والجواب عنه
- ١١٧ لايجوز الاستدلال على ذلك بما دل على حرمة التصرف في مال غيره بغير إذنه •
- ١١٨ هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد غير المعاوضي الفاسد •
- ١٢٠ هل يجب رد المقبوض الى مالكه فوراً ام لا •
- ١٢١ الاستدلال عليه بما دل على حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه ، وجوابه
- ١٢٢ الاستدلال عليه بمحدث ضمان اليد ، وجوابه •
- ١٢٤ ماهو حكم مؤونة الرد فهل هي على القابض ام على المالك •
- ١٢٥ هل يجب رد المقبوض الى مالكه على وجه الاطلاق •
- ١٢٧ ماهو حكم المنافع المستوفات ، فهل يحكم بضمانها ام لا •
- ١٢٧ قد استدل على ضمانها بوجوده : منها حديث ضمان اليد ، وجوابه •
- ١٢٩ ومنها ما دل على ان حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، والجواب عنه •
- ١٢٩ ومنها ما دل على حرمة مال المسلم إلا بطبيعة نفس منه ، والجواب عنه •
- ١٣٠ ومنها قاعدة نفي الضرر ، والجواب عن ذلك •

## الصفحة

- ١٣٠ والصحيح ان يستدل على ضمان المنافع المستوفات بأمرين احدهما السيرة .
- ١٣١ وثانيهما قاعدة الضمان بالاتلاف .
- ١٣٣ ما استدل به على عدم ضمان المنافع المستوفات .
- ١٣٣٣ قد استدل عليه ابن حمزة بمحدث الحراج بالضمان ، وجوابه .
- ١٣٥ ربما يستنبط ما ذهب اليه ابن حمزة من الروايات الخاصة ، وجوابه .
- ١٣٦ ماهو حكم المنافع غير المستوفات .
- ١٣٧ نقل الأقوال في هذه المسألة .
- ١٣٨ الغاصب يضمن العين المفضوبة بجميع خصوصياتها ، للسيرة العقلانية ، وقاعدة الضمان بالاتلاف ، والأخبار الدالة على وجوب رد المفضوب على المفضوب منه
- ١٣٩ الغاصب انما يضمن المنافع الفائتة اذا استند فوتها اليه .
- ١٣٩ ذهب جمع من الأصحاب الى ضمان المنافع مطلقاً ولو كانت فائتة لوجوده . ولكن لا يتم شيء منها .
- ١٤٥ ماهو الدليل على ضمان المثل في المثل وضمان القيمة في القيمي .
- ١٤٦ قد استدل على ذلك بوجوده : منها حديث ضمان اليد ، والجواب عنه .
- ١٤٧ ومنها ما دل على احترام مال المؤمن والجواب عنه .
- ١٤٧ ومنها ماورد في الأمة المبتاعة اذا وجدت مسروقة والجواب عنه .
- ١٤٧ ومنها دعوى الاجماع على ذلك والجواب عنها .
- ١٤٨ ومنها الاستدلال عليه بأية الاعتداء ، والجواب عنه .
- ١٥٠ والتحقيق : ان يستدل على ذلك بالسيرة العقلانية .
- ١٥١ ماهو الفارق بين المثل والقيمي .
- ١٥٣ ماهو الضابط فيما يشك في كونه مثلياً او قيمياً .

	الصفحة
اذا علمنا بكون شيء مثلياً او قيمياً اخذ به ، وان شك في ذلك فلا بد من الرجوع الى الاصول العملية ، وقرروا ذلك بوجوده .	١٥٤
• مدرك القول بضمان المثل فقط .	١٥٤
• مدرك القول بضمان القيمة فقط .	١٥٧
• مدرك القول بتخيير الضامن بين اداء المثل والقيمة .	١٥٨
• هل يجب شراء المثل مع قلة وجوده وزيادة قيمته ؟	١٦١
• ما هو حكم تعذر المثل ؟	١٦٤
• هل يجوز للضامن اجبار المالك على اخذ القيمة ؟	١٦٦
• هل يجوز للمالك اجبار الضامن على اعطاء القيمة ؟	١٦٦
• ما هو التناط في صدق التعذرو الاعواز ؟	١٦٧
• ما هو حكم سقوط العين عن المالية ؟	١٦٩
• ما هو حكم التمكّن من المثل بعد تعذره ؟	١٧٠
• هل يضمن القيمي التالف بالقيمة ؟	١٧٢
• مقتضى القاعدة هو ضمان المثل في القيمي .	١٧٣
• مقتضى الروايات هو ضمان القيمة في القيمي .	١٧٤
• ما هو الملاك في تعيين القيمة في القيمي ؟	١٧٦
• قد اختلف الأصحاب في ذلك على اقوال شتى .	١٧٦
• العبرة في ذلك بقيمة يوم الغصب ، لصحيفة ابي ولاد .	١٧٨
• الاستدلال بها على ذلك بوجهين ، وتقريب الوجه الأول بأنحاء شتى .	١٨١
• تقريب الوجه الثاني .	١٨٣
• مانوقش به على الاستدلال بالصحيفة ، وجوابه .	١٨٥

## الصفحة

- ١٩٢ ما استدل به على الضمان بأعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف .
- ٢٠٠ ختام البحث في القيمي .

## مباحث بدل الحيلولة

- ٢٠٣ ما استدل به على ثبوت بدل الحيلولة .
- ٢١٠ ماهو مورد بدل الحيلولة ؟ .
- ٢١١ هل يعتبر التعذر العقلي في ثبوت بدل الحيلولة ؟ .
- ٢١٢ ماهو حكم القيمة مع تعذر الوصول الى العين ؟ .
- ٢١٣ هل يصير البديل المبذول ملكا لمالك العين ؟ .
- ٢١٦ هل يكون المبدل ملكا للضامن باعطاء البديل ؟ .
- ٢١٨ بحث في فروع مهمة التي تترتب على ما تقدم .
- ٢١٩ خلاصة البحث في بدل الحيلولة .
- ٢٢١ ماهو حكم تمكن الغاصب من العين بعد اعطاء بدلها ؟ .
- ٢٢١ ماهو حكم ارتفاع القيمة السوقية ؟ .
- ٢٢٢ بحث في اسباب الضمان ، وانها امور اربعة .
- ٢٢٤ بحث في حق الاختصاص ووجه ثبوته .
- ٢٢٩ ماهو حكم المغصوب اذا خرج عن صورتها النوعية ، ثم رجع اليها ؟ .
- ٢٣٠ ماهو حكم حق الاختصاص بعد اداء البديل ؟ .
- ٢٣١ هل يعود البديل الى الضامن بعد تمكنه من المبدل ؟ .
- ٢٣٣ ختام البحث في بدل الحيلولة .

## مباحث تصرفات الصبي

## الصفحة

- ٢٣٤ نقل الأقوال حول تصرفات الصبي .
- ٢٣٥ بحث في اسلام الصبي .
- ٢٤١ هل تصح عبادات الصبي ؟ .
- ٢٤٤ بحث في تصرفات الصبي مستقلا .
- ٢٤٧ هل يجوز تصرف الصبي مستقلا بذن الولى ؟ .
- ٢٤٧ هل تجوز مباشرة الصبي اجراء العقود ؟ .
- ٢٤٧ القول بان الصبي مسلوب العبارة لعدة من الروايات .
- ٢٤٨ منها ما دل على انه لا ينفذ امر الصبي ، والجواب عنه .
- ٢٥٠ ومنها ما دل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ، والجواب عنه .
- ٢٥١ ومنها ما دل على ان عهد الصبي وخطاه واحد ، والجواب عنه .
- ٢٥٦ بحث في ذيل رواية ابي البخري ، وهو قوله ( ع ) وقد رفع عنها القلم .
- ٢٥٨ هل يجوز كون الصبي وكيلا عن غيره في عقد او ايقاع ؟ .
- ٢٦١ هل يؤخذ الصبي باتلافه مال الغير ؟ .
- ٢٦٢ هل ترتفع تعزيرات الصبي بحديث الرفع ؟ .
- ٢٦٣ بحث فيما يصدر من الصبي من الأفعال التي يعتبر فيها قصد الفاعل .
- ٢٦٤ هل يصح قبض للصبي ؟ .
- ٢٦٦ هل تنفذ وصية الصبي ؟ .
- ٢٦٧ هل يتبع قول الصبي في الاذن بدخول الدار ؟ .
- ٢٦٨ هل تنفذ معاملات الصبي في المحقرات ؟ .

- ٢٧١ هل يصح طلاق الصبي المميز .
- ٢٧٤ هل يصح طلاق الغلام البالغ عشر سنين اذا اقر بذلك وامضاه بعد البلوغ

## مباحث اعتبار القصد في صحة العقد

- ٢٧٥ هل يعتبر في صحة العقد القصد الى مدلوله .
- ٢٧٦ هل يعتبر تعيين المالك في صحة العقد .
- ٢٧٨ هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد .
- ٢٧٩ يقع البحث هنا في جهات الجهة الاولى انه اذا كان من له العقد مقصوداً للمتعاقدين فالظاهر ان يحكم بصحة العقد .
- ٢٧٩ الجهة الثانية ان يقصد الموجب وقوع العقد لشخص خاص وقصد القابل وقوعه لغيره والظاهر ان يحكم بطلانه .
- ٢٨٠ الجهة الثالثة هل يجوز توجيه الانشاء الى المخاطب وقبول المخاطب لغيره مع عدم علم الموجب بذلك .

## مباحث عقد المكره

- ٢٨١ بحث في عقد المكره .
- ٢٨٣ هل المكره قاصد الى اللفظ دون المعنى .
- ٢٨٤ الوجوه التي ذكرها الأصحاب لتوجيه ما في المسالك من ان المكره والفضولي قاصدان الى اللفظ ، لا الى مدلوله .
- ٢٨٧ الوجوه التي استدلت بها على بطلان بيع المكره .
- ٢٨٧ منها الاجماع ، ومنها آية التجارة عن تراض .



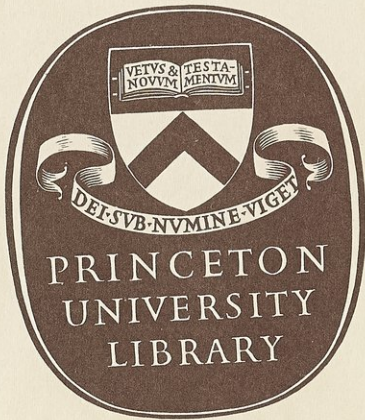
## الصفحة

- ٢٨٩ المراد من الرضاء في الآية هو طيب النفس ، لا القصد والارادة .
- ٢٩١ ومنها ما دل على حرمة التصرف في مال غيره الا بطيب نفسه .
- ٢٩١ ومنها ما دل على بطلان طلاق المكره وعناقه .
- ٢٩١ ومنها ما دل على رفع الاكراه في الشريعة المقدسة .
- ٢٩٣ ماهو حكم المعاملة الصادرة من المضطر .
- ٢٩٣ ماهو حكم المعاملة الصادرة من المكره بحق .
- ٢٩٥ هل يعتبر في الاكراه وجود حامل على المكره عليه .
- ٢٩٧ هل يعتبر في تحقق الاكراه الوعيد من الأمر .
- ٢٩٨ هل يعتبر في تحقق الاكراه العلم بترتب الضرر على ترك المكره عليه .
- ٣٠٠ هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التفصي عن الضرر .
- ٣٠٠ بحث في حقيقة التورية .
- ٣٠١ التورية تتحقق في الأفعال كتحققها في الأقوال .
- ٣٠٢ تفصيل المصنف بين المعاملات وغيرها ، حيث اعتبر العجز عن التفصي في حقيقة الاكراه في الثاني دون الأول ، والجواب عنه .
- ٣٠٤ تفصيل المصنف بين العجز عن التفصي بالتورية وغيرها حيث اعتبر الثاني في مفهوم الاكراه دون الأول ، والجواب عنه .
- ٣٠٨ بحث في الاكراه على احد الأمرين العرضيين .
- ٣١٠ الاكراه على احد الأمرين مع كونها محرمين .
- ٣١١ الاكراه على احد الأمرين مع كون كليهما عقداً او ايقاعاً .
- ٣١٢ الاكراه على احد الفعلين مع كون احدهما مباحاً والآخر معاملة .
- ٣١٣ الاكراه على احد الأمرين مع كون احدهما معاملة والآخر حراماً .









Princeton University Library



32101 061871156