ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچيلي الاصفهاني

المجلد التاسع

اعداد

السيد صادق الحسيني الشيرازي

الطبعة الاولى



مِيزَانُ الفَقَاهَةِ

سرشناسه : درچه‌ای، محمدباقر بن مرتضی، ۱۲۶۴ - ۱۳۴۲ق.
عنوان و نام پدیدآور : میزان الفقاهة/تالیف محمدباقربن‌مرتضی الدرچه‌ای الاصفهانی؛ اعداد صادق الحسینی الاشکوری؛ بمساعدة الشیخ محمد علی باقرزاده، السید محمد موسوی نژاد.
مشخصات نشر : قم:مجمع الذخایر الاسلامیة ۱۳۹۶ .
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : دوره ۰ – ۲۰۰ – ۹۸۸ – ۹۶٤ - ۹۷۸؛ (ج ۹): ۳ – ۲۰۹ – ۹۸۸ - ۹٦٤ – ۹۷۸
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : عربی
یادداشت : کتابنامه
موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
شناسه افزوده : حسینی اشکوری، صادق، ۱۳۵۱ - ، مصحح
رده بندی کنگره : ۵/۱۸۳BP /د۳۶ک۲ ۱۳۸۸
رده بندی دیویی : ۳۴۲/۲۹۷
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۶۰۶۹۱

ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچه‌ای الاصفهانی

اعداد

السيد صادق الحسيني الشكوري

بمساعدة

الشيخ محمد علي باقرزاده، السيد محمد موسوي نژاد

المجلد التاسع

تتمة أبواب البيع (شروط المتعاقدين، فروع من مكاسب الشيخ)، مباحث شتى

مجمع الذخائر الاسلامية – قم، ايران

الطبعة الأولى

١٤٣٩ هـ ق. ١٣٩٦ هـ ش. ٢٠١٨م

كليه حقوق اين كتاب تحت قانون كپى رايت بوده و ترجمه يا چاپ تمام يا بخشى از مطالب آن و نيز درج تمام يا بخشى از آنها در ضمن بانكهاى اطلاعاتى و تهيهٔ برنامه‌هاى رايانه‌اى يا استفاده مطالب و تصاوير در اينترنت، شبكه‌هاى اجتماعى و ديگر ابزار و ادوات، به هر نحوى، بدون اجازهٔ قبلى ناشر بصورت كتبى، ممنوع مى‌باشد.

© MAJMA AL-DAKAAIR AL-ISLAMYYAH, 2018

All rights reserved, No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, internet, photo print, microfilm, CDs or any other means without written permission from the publisher

مجمع الذخائر الاسلامية ـ قم ، ايران

ميزان الفقاهة ـ ج ٩

تتمة أبواب البيع (شروط المتعاقدين، فروع من مكاسب الشيخ)، مباحث شتى

تأليف : آية الله السيد محمدباقر الدرچه اى الاصفهانى قدس سره الشريف

إعداد : السيد صادق الحسيني الاشكوري

بمساعدة : الشيخ محمدعلي بافرزاده، السيد محمد موسوي نژاد

تنضيد الحروف والامور الفنية : مجمع الذخائر الاسلامية

الطبعة الاولى : ٢٠١٨ م (١٤٣٩ ق - ١٣٩٦ ش)

مطبعة هوشنگى، تجليد: أمين ـ قم المقدسة

الكمية : ١٠٠٠

ردمك : دورة: ٠ ـ ٢٠٠ ـ ٩٨٨ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨؛

هذا المجلد (ج ٩) : ٣ ـ ٢٠٩ ـ ٩٨٨ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨

عنوان الناشر

رقم ١، فرع ٢٣، شارع آذر، مجمع الذخائر الاسلامية - قم المقدسة

هاتف: ٣٧٧٠٦٣٥٨ ٢٥ ٩٨ +

نقال: ٠٤٢٠ ٩٩١٩٣ ٩٨ +

عنوان الموقع : www.mzi.ir www.zakhair.net

Email: info@zakhair.net

telegram: @alfehrest


بسم الله الرحمن الرحيم



صفحة من هذا المجلد بخط السيد الدرچهاى



صفحة أخرى من المخطوطة بخط السيد الدرجهاى



صفحة أخرى من المخطوطة بخط السيد الدرجماى

[تتمة أبواب البيع]

[بسم الله الرحمن الرحيم]

[الكلام في كون الوجوب شرعياً أو عقلياً]

/ ٣٩٢ / بقي الكلام في أنّ وجوب الردّ هل يكون وجوباً شرعياً حتى تكون الصلاة في الفروع السابقة باطلة أو أنّ وجوبه يكون عقلياً حتى تكون الصلاة صحيحة فنقول: لا يخفى أنّ كلّ واحد من الأدلّة اللفظية لو تمّت دلالته على المطلوب يكون مقتضاه أن يكون الردّ وجوبه شرعياً.

أقول: بعض منها يدلّ على أنّ عدم الردّ يكون حراماً شرعياً، فيصير مقتضاه أن يكون الردّ أيضاً وجوبه شرعياً، وهو كلّ ما دلّ على حرمة التصرف في المغصوب بناءً على أن نقول: إنّ عدم الردّ تصرف؛ حيث إنّ دلالته على حرمة عدم الردّ كان متوقفاً على هذا الادّعاء.

وبعض منها يدلّ على أنّ نفس الردّ واجب، وهو قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت..» اه، وقوله عليه السلام: «المغصوب مردود»، وكذا الإجماع لو قلنا بصحة التمسك به يكون مقتضاه أنّ الردّ يكون وجوبه وجوباً شرعياً.

وأمّا الدليل العقلي فقد عرفت أنّه لو كان حكم العقل من باب أنّ عدم الردّ ظلم على النفس من جهة عدم ارتفاع العقاب عن نفسه بواسطة الردّ فيكون وجوبه عقلياً.

وأمّا لو كان من باب أنّ عدم الردّ ظلم على الغير فيكون وجوبه شرعياً لأجل قاعدة الملازمة. أقول: بل الظلم بنفسه حرام بمقتضى الأدلّة الشرعية بالخصوص، فنقول: إنّه يظهر من المراجعة إلى الوجدان أنّ عدم الردّ ظلم على الغير، ولا ينافي ذلك كونه ظلماً على النفس.

وعلى هذا فيكون عدم ردّ المغصوب حراماً شرعياً؛ لعدم ردّ الوديعة / ٣٩٣ / إلّا أنّه

قد يقال: إن كون عدم الردّ حراماً شرعاً غير مستلزم لكون الردّ واجباً شرعاً وذلك لأن عدم الردّ معصية والمعصية يكون حرمتها عقلية، ومثل هذا الحكم العقلي غيرقابل لأن يستكشف منه الحكم الشرعي؛ بل غير قابل له، كما تقدّم.

وإذا لم يكن عدم الردّ حرمته شرعية، فلايقتضي إثبات وجوب الردّ لأن النهي إنما يقتضي الأمر بضدّه العامّ إذا كان النهي شرعيّاً.

وأما إذا كان عقليّاً محضاً، فليس في البين إرادة أو كراهة حتى تقوى: إن من يكره شيئاً يكره تركه.

قلت: هذا المورد التبس عليه الأمر ولنوضح المطلب في مثال، فنقول:

إذا قال: «صلِّ» فهنا نفس الصلاة يكون مأكوراً بها وهذا الأمر يقتضي النهي عن أضدادها عامّاً أو خاصّاً.

نعم؛ إتيان العبد* بها يسمّىٰ إطاعة ويكون وجوبه إرشاديّاً وهـذا الوجـوب ليس بوجوب حقيقة لأن النصيحة عن كلّ شخص يصحّ بالنسبة إلى الآخر.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إن نفس عدم الردّ يكون حراماً وإتيان العـبد بـه يسـمّىٰ معصية، وإذا صار عدم الردّ حراماً شرعاً، فيصير الردّ واجباً شرعاً لأنه ضدّه العام، وإذا صار الردّ واجباً من باب كون عدم الردّ ظـلماً، فـنقول: إن وجـوبه يكـون فـوريّاً؛ لأن عدم الردّ في كلّ آنٍ يكون ظلماً ومؤنة الردّ أيـضاً عـلى الغـاصب**؛ لأن الردّ

---

*) ***والحاصل أن المأمور به مثلاً من جهة تعلق الأمر به يسّمىٰ واجباً وإتيان العبد به يسمىٰ إطاعة. (منه قدس سره).***

) ***نعم؛ تقدم أن الردّ الواجب في بعض الموارد بحمل المغصوب إلى المالك وفي بعض الموارد بالتخلية وإعلام المغصوب منه، كما لولم يرفع المغصوب عن مكانه وإنما أقهر المالك عـن التصرف فيه، فالواجب هنا مجرّد رفع اليد وإعلام المالك به والردّ بهذا المعنىٰ أيضاً لو صار هذا لواجب موسّع يبطله.*

وفي المناهل في مسألة وجوب ردّ الوديعة عن التذكرة (تذكرة الفقهاء ٢ / ١٩٦، المقصد الأول في الوديعة وبيان ماهيتها)***والقواعد*** (قواعد الأحكام ٢ / ١٨٩، الفصل الثالث: أحكام الوديعة)***أنه ليس مؤنة الردّ على المستودع وأنه ظاهر التحرير*** (تحرير الأحكام ٣ / ١٩٩، الفصل الثاني في

تكليف عليه.

نعم؛ ليس للمغصوب منه مطالبة المؤنة لأن كون المؤنة عليه إنما يكون لأجل كونه مكلّفاً بالردّ وليس وجوب الردّ من قبيل / ٣٩٤ / وجوب نفقة الزوجة حيث يكون ناشياً من الحق؛ بل إنما يكون نظير وجوب نفقة الوالدين حيث ليس في البين إلّا تكليف صرف.

هذا كلّه في المغصوب، وأما المقبوض بالعقد الفاسد، فلا دليل على وجوب الردّ فيه.

أما الإجماع، فقد عرفت ما فيه في المغصوب، مع أنه نقل عن بعض أن المراد بالردّ ليس إلّا التخلية بين المال ومالكه والدليل العقلي أيضاً لايجيء هنا؛ لأن عدم الردّ ليس بظلم هنا.

وأما الأخبار فعمدتها:

أسباب الضمان، تنبيه)*وظاهر من فسّر الردّ بالتخلية ورفع اليد عنها كما ينقل هذا التفسير عن جماعة يقول: لابأس به، أقول: في المغصوب إذا أبعد الغاصب المغصوب عن مكانه وطلب المالك ردّه إليه فهنا ذكرنا أن عدم الحمل ظلم وهنا يثبت وجوب الحمل بقاعدة الملازمة ويكون الوجوب شرعياً.*

وفي غير هذا الفرض لادليل على أزيد من وجوب الأداء.

أما قوله (المغصوب مردود) فإنه وإن يدلّ على وجوب الردّ؛ لكنّه أولاً أنه ساكت من أنّ على الحاكم أو الأمرين بالمعروف أو الغاصب وثانياً أنّ الردّ هنا لا يستفاد منها بأزيد من التخلية ورفع اليد عنه وإعلام المالك به، كما أنّ في الوديعة مع كثرة ما دلّ على وجوب ردّ الأمانات، وقد عرفت ما قالوا فيها.

وأمّا قوله: « على اليد » فقد تقدم أنّه لا يدلّ على أزيد من وجوب الأداء وكذلك حكم العقل لا يتمّ على وجوب الأداء والإجماع أيضاً ليس على أزيد منه ثمّ وجوب الأداء بمقتضى تمام الأدلّة يكون وجوبه بمعنى استحقاق العقاب على مخالفته لا ينبغي أن يصغى إليه وعليه لوكان الأداء مضاداً للصلاة في سعة الوقت يبطل الصلاة كما لوكان الصلاة ضرباً لأداء الدين الذي يكون وجوبه فورياً، بل في المناهل ينقل قطع المرتضى لردّ الوديعة إذا صار الردّ واجباً في وسط الصلاة. (منه قدس سره).

قوله عليه السلام « **المغصوب مردود** »[١]، وهو لايجيء هنا.

وقوله عليه السلام « **على اليد ما أخذت** »[٢] .. اه، وهو أيضاً لايدلّ على وجوب الردّ؛ غاية الأمر أنه يدلّ على أن المال يكون على عهدة ذي اليد ما لم يؤدّ*.

[الكلام في ضمان المنافع المستوفاة وغير المستوفاة]

الثالث: في ضمان المنافع المستوفاة والمنافع الغير المستوفاة:

أما الأول فاستدلّ لثبوت الضمان فيه من وجوه:

الأول الإجماعات المنقولة، منها ما ادّعاه في السرائر من أن المقبوض بالعقد الفاسد يكون حكمه حكم المغصوب، مع أنّه لا إشكال في أن منافع المغصوب مضمونة على الغاصب، فهذا الإجماع يدلّ ضمناً على أن المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد أيضاً يكون مضموناً.

ومنها الإجمال الذي ادعاه في (ره؟؟) على ثبوت الضمان في المنافع المستوفاة وغيرها، على ما سيأتي ـ إن شاء اللّه ـ مع إشكال فيه.

/ ٣٩٥ / وأورد على الإجماع المنقول في أمثال مقامنا بأنّا نعلم أنّه ليس في أبواب المعاملات حكم خاصّ تعبدي صرف من الشارع في مورد من الموارد، وأن ما يقوله الفقهاء يكون من باب انطباقه مع القواعد، فعلينا أيضاً أن نراجع إلى القواعد حتى نفهم مدرك كلامهم.

أقول: عدم جواز التمسك بإجماعاتهم غير متوقف على العلم بذلك، بل يكفيه عدم حصول العلم منها بمدرك صحيح غير مايكون بأيدينا.

---

١) تهذيب الأحكام ٤ / ١٣٠، باب قسمة الغنائم، ح ٣؛ وفيه: « المغصوب كلّه مردود ».

٢) عوالي اللئالي ١ / ٢٢٤، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

*) ***قد تقدّم أن قوله (على اليد) يدلّ على وجوب الأداء عند المطالبة؛ لكنّ الأداء أعمّ من الردّ. (منه قدس سره)***.

الثاني والثالث: قوله تعالى: ﴿**والحرمات قصاص**﴾[١] وقوله عليه السلام: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٢]، وسيأتي الكلام في «لا ضرر ولا ضرار» ـ إن شاء الله ـ في المنافع الغير المستوفاة*.

الرابع: قوله عليه السلام: «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**»[٣]. ولا يخفى أنّ التمسك بهذه الرواية لإثبات ضمان المنافع يتوقف على أمرين:

الأول: أن يكون المال صادقاً على المنافع. وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى.

الثاني: أن نقول: إنّ هذه الرواية كما تدلّ على الحكم التكليفي تدلّ على الحكم الوضعي أيضاً.

الخامس: قوله عليه السلام: «**على اليد ما أخذت..**» اه.

والتمسك بهذه الرواية يتوقف على صدق أنّ المنافع جاء[ت] بيده. ويقول صاحب العناوين - كما نسب إليه -: إنّ هذا الصدق يكون موجوداً بأحد الوجهين:

الأول: أنّ قبض كلّ شيء بحسبه، وكذا اليد على كلّ شيء بحسبه.

وعلى هذا نقول: إنّ اليد على المنافع يتحقق باستيفائها.

الثاني: أنّ الاستيفاء في المنافع أقرب المجازات لليد.

---

١) البقرة: ١٩٤.

٢) الكافي ٢٩٢/٥ - ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

*) ***وأمّا قوله تعالى (والحرمات قصاص) فظاهر في حكم الديات وإن تمسّك به بعض هنا على ما قيل، وهو صاحب الجواهر في كتاب القضاء عند التعرض لبيان كيفية تقاصّ الحقوق، لكن يجوز التمسك بمثل قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾*** [البقرة: ١٩٤] و***﴿جزاء سيئة سيئة مثلها﴾*** [الشورى: ٤٠] ***كما أنّه سيأتي عند التمسك بقاعدة الضرر لضمان المنافع الغير المستوفاة أنّا نرفع الإشكال عن التمسك بهذه القاعدة لإثبات ضمان المنافع المستوفاة كما أنّه لا مانع من التمسك له بما في*** حسنة الكاهلي «ولا يبطل حقوق المسلمين بينهم» [الكافي ١٩٨/٧، باب حد الغلام والجارية الذين يجب عليهما الحد تاماً، ح ٢، والرواية عن يزيد أو بريد الكناسي باختلاف النسخ] ***ونقلنا الخبر [في] قاعدة الضرر. (منه قدس سره).***

٣) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

وأورد على هذين الوجهين:

أمّا على الأول فبأنّه لا يلزم أن تكون اليد في المنافع موجودة حتّى نقول: إنّ اليد على كلّ شيء بحسبه. اللّهم إلّا أن /٣٩٦/ يكون مراده أنّ اليد هنا تكون بمعنى الاستيلاء كما تقدم منّا ذلك عند بيان معنى هذه الرواية. فحينئذ لا مانع في شمول الاستيلاء لأمثال هذه المقامات، والاستيلاء على كلّ شيء بحسبه.

وأمّا الثاني ففيه أنّه لا وجه لأن تقول: إنّ قوله عليه السلام: «**على اليد**..» اه، شامل للمنافع حتى تقول: إنّ الاستيفاء أقرب المجازات بالنسبة إلى اليد على المنافع.

ثمّ لا يخفى أنّه سيأتي توضيح هذه الرواية ـ إن شاء الله ـ في المنافع الغير المستوفاة.

السادس: قاعدة احترام مال المسلم. ولابدّ أن يلاحظ مدرك هذه القاعدة حتى نرى أنّه يشمل استيفاء المنافع أم لا؟.

فنقول: إنّ مدركها هو ما ورد في الخطبة المروية عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم من أنّ حرمة أموالكم كحرمة دمائكم. ونقل أنّه مذكور في الوسائل* في كتاب

---

*) ***لم نر هذه الفقرة في شيء من خطبات يوم الغدير.***

نعم، حرمة ماله أي المؤمن كحرمة دمه ورد في خطبة ممّا نقل عنه صلّى الله عليه وآله في غزوة تبوك على ما نقله علي بن إبراهيم في تفسيره في سورة البراءة.

والظاهر أنّه مرفوعة.

وفي الوسائل [وسائل الشيعة ١٢/٢٨٠ - ٢٨١، باب تحريم اغتياب المؤمن ولو كان صدقاً، ح ٩.] ***في كتاب الحج نقل هذه الفقرة في ضمن خبر عن النبي صلّى الله عليه وآله في باب تحريم اغتياب المؤمن.***

وهذا أيضاً مرفوعة، لكن في هذا الباب وفي باب تحريم السباب [وسائل الشيعة ١٢/٢٩٧، باب تحريم سب المؤمن وعرضه وماله ودمه، ح ٣] ***نقله مسنداً. والسند في أصول الكافي*** [الكافي ٢/٣٥٩ - ٣٦٠، باب السباب، ح ٢] ***في باب السباب: عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن الحسين بن سعيد، عن فضالة [بن] أيوب، عن عبدالله بن بكير، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام، قال عليه السلام: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: «سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه معصية، وحرمة ماله كحرمة دمه».***

الحج روايات بهذا المضمون.

ومعنى هذه الرواية بمقتضى تشبيه حرمة الأموال بحرمة الدماء أن يكون جميع الأحكام الثابتة لدماء المسلمين ثابتة لأموالهم أيضاً؛ لأنّه ليس للدم حكم ظاهر ينصرف إليه اللفظ في مقام التشبيه أو يكون قدراً متيقناً فيقتصر عليه؛ لعدم جريان مقدمات الحكمة بعد وجود القدر المتيقن في البين.

وعلى هذا نقول: إنّ من جملة أحكام الدم ثبوت الدية له، فنظيره لابدّ أن يكون ثابتاً في أموال المسلمين، وهو قيمة أموالهم إذا أتلفها شخص.

ولا يخفى أنّ تمامية / ٣٩٧ / دلالة هذه الرواية فيما نحن فيه موقوفة على أن يكون لفظ المال صادقاً على المنافع أيضاً كما تقدّم أنّ بعض الروايات المتقدمة أيضاً كانت تمامية دلالتها على ما نحن فيه موقوفة على ذلك.

وعلى هذا نقول: لا يخفى عليك أنّ المنافع يصدق عليها المال عند العرف والشرع، وهذا المقدار يكفي.

والمراد من العدة هنا محمّد بن يحيى العطار وعلي بن موسى الكمنداني وداود أبي كوزة وأحمد بن إدريس وعلي بن إبراهيم بن هاشم - فلا بأس به - وأحمد بن محمد بن عيسى مشترك لكن هنا قرائن على أنّ المراد عيسى بن عبدالله، وهو في منتهى الجلالة، وفي حقّه رواية أنّه تأمل في الشهادة على الإمام ثمّ شهد. وهذا لو ضرّ لا يضرّ بالوثاقة السندية التي نقول بكفايتها، وحسين بن سعيد أيضاً مشترك لكنّ القرائن يعيّنه فيمن كان ثقة، وفضالة ثقة، وعبدالله بن بكير تكون القرائن على أنّ المراد أنّه الذي يكون من أصحاب الإجماع فهو يوجب الوثاقة بأبي بصير أيضاً لو فرض أنّه بنفسه مشترك بين الموثق وغيره، وليس بنفسه منصرفاً إلى من كان ثقة، فتأمل.

نعم، نحن منعنا اقتضاء معقد الإجماع الوارد في أصحاب الإجماع بأزيد من قبول نفس قول أصحاب الأصحاب فيما نقلوه إلى من بعده، وما في مرآة العقول [مرآة العقول ٥/١١، باب السباب، ح ٢] *من أنّ السند الموثق كالصحيح مبني إمّا على رفع الإشكال عن أبي بصير أو ما قالوا في أصحاب الإجماع. (منه قدس سره).*

[الإشكال في منافع الخمر]

نعم، يبقى* الإشكال في منافع الخمر أنّها أيضاً لابدّ أن تكون مضمونة على هذا في صورة حبس الخمر بحيث فاتت المنافع التي كانت لهذا الخمر. وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ في المنافع الغير المستوفاة.

هذا كلّه في الأدلّة الدالّة على ثبوت الضمان للمنافع المستوفاة التي تكون للمقبوض بالعقد الفاسد.

[الإستدلال على عدم ثبوت الضمان للمنافع المستوفاة]

وأمّا ما استدلّ على عدم ثبوت الضمان فيها فهو وجهان:

الأول: قوله صلّى الله عليه وآله: «**الخراج بالضمان**»[1].

ولا يخفى أنّ القائل بعدم الضمان هو صاحب الوسيلة** ومن العامة أبو حنيفة إلّا أنّ أبا حنيفة يقول بعدم الضمان في منافع المغصوب أيضاً.

وبيان معنى الرواية بحيث يعلم كيفية دلالتها على عدم الضمان في المنافع بأن نقول: لفظ الباء في قوله صلّى الله عليه وآله: «بالضمان» إمّا أن يكون للمقابلة أو للسببية.

أمّا لو كان للمقابلة فيكون المعنى أنّ كلّ المنافع تكون بمقابل صيرورة الإنسان ضامناً للعين.

وعلى هذا فكلّ من يكون ضامناً للعين فتكون المنافع ماله. وفي مسألة المقبوض بالعقد الفاسد يكون المفروض أنّ من يكون المقبوض عنده / ٣٩٨ / يكون ضامناً

---

*) ***لا يخفى عليك أنّ هذا الإشكال ليس محلّه هنا. وإنّما محلّه في المنافع الغير المستوفاة، فافهم. (منه قدسه سره).***

١) عوالي اللئالي ٢١٩/١، الفصل التاسع، ح ٨٩.

) ***ابن حمزة. (منه قدس سره).*

للعين.

وعلى هذا فلابدّ أن تكون المنافع ماله فليس ضامناً لها.

وأمّا لو كان لفظ الباء للسببية فيصير المعنى أنّ المنافع تحصل للإنسان بسببية كون هذا الإنسان ضامناً للعين.

وفي المقبوض بالعقد الفاسد يكون المفروض أنّ العين تكون مضمونة فلابدّ أن تكون المنافع للضامن أيضاً.

ورُدّ هذان التقريران بأنّهما لا تدلان على كون المنافع مال الضامن في المقبوض بالعقد الفاسد، وذلك لأنّ مفاد الرواية أنّ كلّما وجد[ت] منفعة يكون بمقابل الضمان أو يكون مسبباً عن الضمان، ولكن لا يدلّ على أنّ كلّ ما وجد الضمان فلابدّ أن تكون المنافع من مال الضامن.

وذلك لأنّ القضية تكون نظير «كلّ الإنسان حيوان» في أنّه ينعكس موجبة جزئية لا موجبة كلية.

وأجيب عن هذا الردّ من وجهين:

الأول: ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنّه لو كان الباء للمقابلة فيصير المعنى أنّ ثبوت المنافع لشخص مساوٍ لثبوت الضمان لما فيه المنافع.

وأمّا لو كان الباء للسببية فحينئذ ليست القضية إخبارية، بل تكون إنشائية، فحينئذ يدلّ على أنّ كلّ مورد وجد الضمان تكون المنافع أيضاً ثابتة.

أقول: لا يخفى ما في هذا الوجه؛ لأنّه **أولاً**: لا وجه لأن يقال: إنّ الباء إذا كان بمعنى المقابلة يكون بمعنى «مساوٍ»؛ لأنّ المقابلة من طرف واحد.

وثانياً: إذا كان الباء بمعنى السببية لا وجه لأن يقال: إنّ القضية تصير إنشاءً، وذلك لأنّ / **٣٩٩** / الخبر إنّما يحمل على الإنشاء في صورة يلزم من إبقائه على معنى الخبرية محذور، كما إذا صار كذباً كما في قوله تعالى: ﴿ **لا يمسّه إلّا المطهّرون** ﴾[1].

---

١) الواقعة: ٧٩.

وثالثاً: إذا صار[ت] القضية إنشائية أيضاً يكون المعنى «إنّي جعلت المنافع مسبباً عن الضمان» فيرد عليه أنّ كون المنافع مسبباً عن الضمان غير مستلزم لكون الضمان دائماً سبباً لمملوكيّة المنافع.

الثاني: ما قيل من أنّه إذا كان المفروض أنّ معنى الرواية هو أنّ كلّ منفعة تكون بمقابل الضمان أو مسبباً عنه فحينئذ نقول في المقبوض بالعقد الفاسد إنّ المبيع الذي يكون بيد المشتري لابدّ أن تكون منفعته مالاً لمن كان ضامناً للعين؛ لأنّ المفروض أنّ كلّ منفعة تكون بمقابل الضمان، فعلى هذا نقول: إنّ المشتري يكون ضامناً للعين. فلو كانت المنافع مال البايع فيلزم أن تكون هذه المنفعة غير مسببة عن الضمان، وهو خلف.

أقول: لو كان الضمان بمعنى الخسارة فيكون هذا المطلب صحيحاً إلّا أنّ الضمان مجاز في معنى الخسارة، بل يكون معناه كون العين في العهدة.

وعلى هذا نقول: إنّ منافع الأعيان التي تكون منافعها من مال مالك العين تكون خارجة عن تحت عموم هذه الرواية*.

وعلى هذا / ٤٠٠ / نقول: إنّ منفعة المبيع تكون من مال البايع، ومع ذلك ليس هذا تخصيصاً** في الرواية؛ لأنّها لم تكن شاملة لأمثال هذه المنافع، فخروج هذه المنافع الكثيرة عن تحت عموم هذه الرواية بناء على ما ذكرنا لا يصير قرينة على أنّ معنى

---

*) ***وإذا عرفت أنّ الضمان بمقتضى تعريفه في كتابه ظاهر في التعهد. ومن الواضح أنّ أموال الناس تكون منافعها لهم، مع أنّهم ليس لهم تعهد بالنسبة إلى مالهم، فهذه المنافع الكثيرة لم تقع بمقابل الضمان، وإخراجها عن عموم الرواية موجب للتخصيص الهجين*** [في المخطوطة: الحجين] ***فيدور الأمر بين حمل لفظ الضمان على الخسارة حتى يثبت مدّعى صاحب الوسيلة أو على الضمان الاختياري أعني التقبيل الذي في كلام الشيخ ـ رحمه الله ـ أو يقال: إنّ المراد هو الخراج الذي يؤخذ من الأراضي الخراجية، فالرواية مجملة. هذا ما رجّح في نظري فعلاً وإن رجّحت سابقاً خلافه. (منه قدس سره).***

) ***حيث إنّه بواسطة لفظ «الضمان» – فلا يكون معناه هو العهدة – لا ينعقد ظهور للفظ الخراج في مطلق المنافع؛ لأنّ القرائن المتصلة مانعة عن الظهور. (منه قدس سره).*

الرواية ليس هذا بالمرة، وأنّ المراد إمّا هو المعنى الذي ذكره الشيخ أو المعنى الآخر الذي سنشير إليه ـ إن شاء الله تعالى ـ*.

وأمّا المعنى الذي يذكره الشيخ[1] لهذه الرواية هو أنّه إذا التزم الإنسان شيئاً وتقبله على نفسه وأمضاه الشارع فتكون منافع تلك الشيء له.

وأورد على ذلك بأنّه من قبيل توضيح الواضحات.

ثمّ إنّه بناء على تمامية دلالة الرواية على ما يدّعيه ابن حمزة[2] كما اختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ نقول: يورد عليه من وجوه:

الأول: أنّ سند هذه الرواية ضعيفة.

ثمّ إنّها وإن كان سندها منجبراً بعمل الأصحاب في الجملة** ولكن لا يخفى أنّ هذا يصير ردّاً على ابن حمزة لا على أبي حنيفة.

الثاني: أنّ صحيحة أبي ولّاد[3] يكون مقتضاها كون العين المغصوبة مضمونة، ومع

---

*) ***وفيه أنّ ما ذكرت بالأخرة راجع إلى ما ذكره الشيخ ـ رحمه الله ـ؛ لأنّ الضمانات القهرية تكون المنافع فيها للمالك دون الضامن، ومع هذا ليس تخصصاً فينحصر بالضمانات الاختيارية. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٢٠٢/٣، الثالث: ضمان المنافع المستوفاة في المقبوض بالعقد الفاسد.

٢) الوسيلة: ٢٥٥، فصل في بيان البيع الفاسد.

) ***إلّا أنّها في خصوص المورد الذي نحن نتكلّم فيه يكون لها كاسر، وهو إعراض المشهور عنه في منافع المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد، فتأمل. (منه قدس سره).*

٣) وسائل الشيعة ٣٩٠/٢٥ - ٣٩١، باب أن من غصب دابةً ضمن قيمتها إن تلفت وأرشها إن عيبت...، ح ١. والرواية هي: «محمد بن الحسن باسناده عن أحمد بن محمد، عن ابن محبوب، عن أبي ولاد قال: اكتريت 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 أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به ورجعت إلى الكوفة إلى أن قال: فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام فقال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفة وتوفيه إياه، قال: قلت: قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ قال: لا لأنك غاصب، فقلت: أرأيت لو

ذلك ليست منافعها من مال الغاصب، بل يكون من مال المالك.

وفيه أنّ هذا لا يصير ردّاً لا على ابن حمزة ولا على أبي حنيفة.

أمّا على ابن حمزة فلأنّه يكون معترفاً /٤٠١/ بأنّ هذه الرواية مخصصة لقوله صلّى الله عليه وآله: «الخراج بالضمان».

وأمّا على أبي حنيفة فلأنّه لا يعترف بأنّ أخبار الأئمة تكون حجة.

الثالث: أنّه يرد على ظاهر هذه الرواية نقوضاً:

منها: العين المغصوبة؛ فإنّ منفعتها تكون من مال المالك مع أنّ العين تكون مضمونة على الغاصب.

ثمّ لا يخفى أنّ أبا حنيفة لا يقول بهذا النقض لما تقدّم من أنّه يكون قائلاً بأنّ المنفعة أيضاً تكون من مال الغاصب.

ومنها: العارية الصحيحة والفاسدة؛ فإنّ العين مضمونة على المالك؛ لأنّه يتلف من ماله مع أنّ المنافع تكون من المستعير.

ورُدّ ذلك بأنّ المستعير إنّما صار مالكاً للانتفاع لا للمنفعة.

ثمّ إنّه قد يدّعى أنّ النقض وارد قطعاً على ظاهر هذه الرواية، مع قطع النظر عن النقض بالمغصوب وإن نعلمه بعينه فعلاً.

وعلى هذا نقول: لابدّ إمّا أن نخصّص الرواية بتلك الموارد التي تكون مورداً للنقض أو أن نحمل الألف واللام في هذه الرواية على العهدية بأن نقول: إنّ المراد من الخراج هو الخراج الذي يكون على الأراضي الخراجية، فذلك الخراج يكون بواسطة الضمان يعني بواسطة الالتزام بها وتقبّلها، والثاني أولى؛ لأجل الفرار عن التخصيص.

عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا، فيلزمك». الحديث.

أقول: لو لم يكن الألف واللام /٤٠٢/ حقيقة في الجنس فحينئذ تصير الرواية مجملة ولو لم يرد عليه تخصيص أيضاً. وأمّا لو كان حقيقة في الجنس وظاهراً فيه فحينئذ يدور الأمر بين التخصيص والمجاز. والأول يكون أولى، فتأمل.

الثاني: من الأدلّة الدالة على مدّعى صاحب الوسيلة - ويكون دليلاً له وإن لم يكن هو دليلاً لأبي حنيفة؛ حيث إنّه رواية إمامية، وهو لا يقول باعتبارها - أخبار ادّعى الشيخ وجودها يشير إلى مضمون واحد منها في أخبار خيار الشرط في موثقة اسحاق بن عمّار في مقام بيان الوجه لأنّ منفعة العين للمشتري. ألا ترى أنّها لو أحرقت كانت من ماله.

وهو أنّه يقول عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: «ألا ترى أنّها لو أحرقت كانت من مال المشتري».

وأورد على هذه الرواية من وجهين:

الأول: أنّ قوله عليه السلام: «ألاترى..» اه، ليس تعليلاً، بل يكون لبيان الحكمة.

وتوضيحه أنّه نسب إلى الشيخ الطوسي ـ رحمه الله ـ أنّه يقول: إنّ انقضاء زمان الخيار شرط لصحة البيع وحصول النقل والانتقال، ولكنّ المشهور يقولون: إنّه شرط اللزوم. فكأنّه قبل انقضاء زمان الخيار تكون الملكية تزلزلية، والسائل في هذه الرواية كان عالماً بأنّ منفعة المال يكون لمالكه إلّا أنّه توهّم أنّ الملكية في زمان الخيار لم يتحقق حقيقةً؛ لأنّ ملكيته متزلزلة /٤٠٣/ صرفة، والإمام عليه السلام يكون بصدد ذكر تقريبٍ* لبيان أنّ حقيقة الملكية هنا موجودة؛ لأنّ من آثارها اللازمة أنّه إذا تلف تلف من ملكه.

وعلى هذا فلا يدلّ على أنّ كلّ من صار ضامناً لشيء تكون منافعه له.

الثاني: أنّه سلّمنا، لكن نقول: إنّ هذا التعليل لا يجيء فيما نحن فيه؛ لأنّ المقبوض

---

*) *فيه أنّ ظاهر الخبر أنّ كون الضمان عليه علة لكون المنفعة له، ولا وجه لحمله على مجرد تقريبٍ خيالي يوجب لأن يصير كلام الإمام كاللغو. (منه قدس سره).*

بالعقد الفاسد إذا تلف لم يتلف من مال القابض، بل يتلف من مال مالكه، ولكن تكون خسارته على القابض؛ لوجوب ردّ عوضه إليه، فالتعليل في الرواية لا يناسب مع مقامنا، فافهم.

وأمّا الثاني أعني المنافع الغير المستوفاة فلا فرق فيها بين المقبوض بالعقد الفاسد وبين المغصوب بحسب الأدلّة إلّا من جهة الإجماع؛ فإنّ الإجماع بقسميه يكون موجوداً على ضمان المنافع الغير المستوفاة في المغصوب*.

وأمّا المقبوض بالعقد الفاسد فليس فيه إجماع محقّق؛ حيث إنّ فيه خمسة أقوال كما ذكره الشيخ ـ رحمه الله ـ.

نعم، الإجماع المنقول على الضمان هنا أيضاً يكون موجوداً، فمن الإجماعات المنقولة ما نقل عن السرائر**[1] في آخر باب الإجارة من الاتّفاق على ضمان منافع المغصوب الفائتة بانضمام قوله في باب البيع: إنّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه. انتهى.

وأورد على هذا الإجماع المنقول بحسب الدلالة والسند.

أمّا السند فلأنّ الإجماعات المنقولة من السرائر لمّا كان غالباً / ٤٠٤ / مبتنياً على الاجتهادات فلا يعتنى بها.

وأمّا بحسب الدلالة فلأنّه يمكن أن يكون مراده كون نفس المقبوض بالعقد الفاسد مثل المغصوب لا منافعه.

أقول: فيه: أنّه يظهر من استثنائه الإثم التعميم.

ومن الإجماعات المنقولة ما نقل عن التذكرة[2] من أنّ منافع الأموال من العبد

---

*) ***وفيه أنّ في المنافع المغصوب يجوز التمسك بآية الاعتداء: (ومن اعتدى عليكم) الآية*** [البقرة: ١٩٤] ***وشبهها أيضاً. (منه قدس سره).***

) ***الحلّي. (منه قدس سره).*

١) السرائر ٣٢٦/٢، باب بيع الغرر والمجازفة ما يقع فيه الغرر وما لايقع.

٢) تذكرة الفهاء ٣٨١/٢، الإشارة إلى أقصام المضمونات وأعيان المالية.

والثياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. انتهى.

وبيان دلالة كلامه على ثبوت الإجماع في المقبوض بالعقد الفاسد أنّه لا يبعد أن يكون مراده باليد العادية هو اليد الغير الحقّة، ولكن فيه أنّه بعد عدم ظهور العادية في هذا المعنى، وبعد تفريع مسألة الغصب عليه لا يبقى مجال لأن يقال: إنّه يدّعي الإجماع في المقبوض بالعقد الفاسد.

ثمّ إنّك قد عرفت أنّه لا فرق بين المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد بحسب الأدلّة إلّا في الإجماع، ولكن لا يخفى أنّ الإجماع هنا أيضاً غير معتنى به؛ لأنّا نعلم أنّه كان مستند العلماء، وهو القواعد والأدلّة التي تكون بأيدينا.

[الأدلّة الدالّة على ضمان المنافع في المغصوب وفي المقبوض بالعقد الفاسد]

وإذا عرفت ذلك فلنشرع إلى ذكر الأدلّة الدالة على ضمان المنافع في المغصوب وفي المقبوض بالعقد الفاسد فنقول: إنّه استدلّ له / ٤٠٥ / بأدلة كثيرة:

منها: قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه»[1]. والتمسك بهذه الرواية فيما نحن فيه موقوف على تسليم ثلاثة أشياء، وهي تسليم دلالة هذه الرواية على إثبات الحكم الوضعي كما تقدّم، وتسليم أنّ المال يصدق على المنافع كما تقدم أيضاً، وتسليم أنّ عدم الردّ تصرف في المنافع*.

وذلك لأنّ إثبات الحكم الوضعي إنّما يكون بمقدار دلالة الرواية، ولا تدلّ الرواية على أزيد من حرمة التصرف كما تقدم.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

*) *وسيأتي أنّ ذلك مسلّم في صورة كان لها قوّة قريبة إلى الفعلية كما لو كان شغل المالك هو الاستيفاء، وكانت أسبابه موجودة أيضاً، فافهم. (منه قدس سره).*

في قاعدة الاحترام

ومنها: قاعدة الاحترام المستفادة من قوله صلّى الله عليه وآله: «**حرمة أموالكم كحرمة دمائكم**»[1]*.

نسب إلى الشيخ ـ رحمه الله ـ أنّه يقول**: إنّ هذه القاعدة تدلّ على الحكم التكليفي، وهو حرمة التصرف لا على الحكم الوضعي وهو الضمان، ولذا أورد عليه بأنّ مفاد الرواية بمقتضى التشبيه وعدم ذكر وجه الشبه - مع أنّه ليس للدم ظهور في

---

١) الكافي ٣٥٩/٢ - ٣٦٠، باب السباب، ح ٢، باختلاف يسير.

*) *ولا يخفى أنّ التمسك بقاعدة الاحترام مبني على كون لفظ المال صادقاً على المنافع الفائتة، ونحن رجّحنا سابقاً أنّ المال يصدق عليها؛ لأنّه يقال لمن كان له عين له منافع كثيرة مثلاً: إنّ فلاناً صاحب هذا المقدار من المال. فيتعرضون المنفعة منزلة الموجود، ويطلقون عليها المال كما في الأموال الثابتة في الذمم وشبه ذلك.*

ومنه يطلقون الضرر مع عدم استيفائه، وكذا يطلقون عليه التلف.

إن قلت: إنّ مجرد إطلاق المال عليه لا يصير دليلاً على أنّ لفظ المال حقيقة فيه؛ لأنّ الاستعمال أعمّ من الحقيقة.

قلت: مع أنّه ليس للمال حقيقة معيّنة ليكون استعمال لفظ المال في المنفعة بعلاقة لأنّ مصاديقه إنّما يحرز بالإطلاق العرفي وإن صار الصدق في بعض الموارد معلوماً نقول: يمكن إحراز كون الإطلاق حقيقة بتعميم أهل العرف لفظ المال في صورة لم تكن قرينة على أنّ المراد هو المال الموجود بالوجود الخارجي إلى المنفعة أيضاً، كما في جميع الموارد التي نريد أن نحرز تعميم أهل العرف معنى اللفظ من دون خطأ منهم في التطبيق.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ هذا التعميم من أهل العرف في لفظ المال موجود؛ لأنّهم لو سمعوا أنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن إنّهم يشملونه لمن حبس الدوّاب المعدّة للاكتراء التي يكون مَن يكتريها أيضاً موجوداً بالنسبة إلى منفعة تلك الدوّاب. (منه قدس سره).

**) *تقدم رجال السند قبل أوراق. (منه قدس سره).*

بعض أحكامه – أن نقول: حال الأموال كحال الدماء، والفقهاء يقولون: إنّ الدم لا تصير هدراً حتى أنّ بعضهم قال: إنّه لو لم يكن من يعطي الدية كما لو لم يكن في القتل الخطائي للجاني عاقلة فهنا يؤخذ الدية من بيت المال. وعلى هذا فمقتضى التشبيه أنّه لابدّ أن لا تصير أموال الناس هدراً.

ومن الشواهد على ذلك أنّه في الإجارة الفاسدة بعد استيفاء المنفعة يقولون: إنّه يلزم على المستأجر أجرة المثل.

ثمّ إنّ التمسّك بهذه القاعدة موقوف على كون المنافع أموالاً، وسيأتي* الكلام فيه ـ إن شاء الله.

/ ٤٠٦ / **أقول****: لا يخفى أنّ الشيخ لا يقول بما نسب إليه، بل إنّما يقول: إنّ الحكم بالضمان إنّما جاء من قبل حرمة التصرف في أموال الناس كما هو مفاد الرواية.

وعلى هذا فإذا كان الحكم بالضمان تابعاً لحرمة التصرف فلابدّ أنّ الحكم بالضمان في صورة يكون حرمة التصرف موجوداً.

هناك وعلى هذا يقول: إنّ المنافع المستوفاة لمّا يكون التصرف موجوداً فيها فلابدّ

---

*)وتقدّم. (منه قدس سره).

**)لا يخفى أنّ الدية لا تثبت في الدماء إلّا في صورة يصحّ استناد القتل إلى الشخص مباشرةً أو تسبيباً.

وعلى هذا نقول: إنّ مقتضى ذلك ثبوت الضمان فيما نحن فيه في صورة استند إليه الإتلاف ولو سبباً. وهذا موجود في الغصب بالنسبة إلى المنافع التي تكون معدّة للاستيفاء ولم يكن عنه مانع كما تقدم.

وكذا فيه في المقبوض بالعقد الفاسد، لكن مع عدم علم البايع بالفساد لأنّ استناد الإتلاف إلى المشتري هنا إنّما هو مع امتناعه من الردّ، وإلّا فيكون استناد الإتلاف إلى البايع.

نعم، جهل المشتري غير مضرّ؛ لأنّه كالقتل الخطائي.

والحاصل أنّه مع امتناع المشتري القابض من الردّ يصدق الإتلاف في حقّه في المنافع التي كانت في معرض البدلية (؟) سواء كان القابض عالماً بالفساد أو جاهلاً به.

نعم، لو كان البايع في هذا الفرض عالماً بالفساد وكان بحيث لو التفت المشتري بالفساد أعطاه فحينئذ يكون الإتلاف من نفس البايع مثلاً. (منه قدس سره).

أن يحكم هناك بالضمان. وهذا بخلاف المنافع الغير المستوفاة؛ فإنّ هناك ليس تصرفاً.

وأنا **أقول**: لو كان المراد من الحرمة في قوله صلّى الله عليه وآله: «حرمة أموالكم» هو الحرمة بمعنى أنّه حرام فيتبعه الحكم الوضعي* فيكون الحقّ مع الشيخ.

وأمّا لو كان المراد من الحرمة هو الاحترام فيكون الحقّ مع الأستاد ـ سلّمه الله.

وذلك لأنّ الاحترام يكون مفاده مفاد الاعتناء، فلا يلزم أن يكون متعلقه فعلاً من الأفعال.

ثمّ لا يخفى أنّ الظاهر أنّ المراد من الحرمة هنا هو الاحترام**، فافهم.

ومنها: قوله صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت»[1] اه.

ثمّ لا يخفى أنّ التمسّك بهذه الرواية موقوف على إثبات الأخذ باليد بالنسبة إلى المنافع، وذلك بأحد الوجهين:

الأول: أن نقول: إنّ المراد باليد هو الاستيلاء***. وحينئذ يكون الاستيلاء موجوداً

---

*) *عدم حلّية الإمساك. (منه قدس سره).*

**) *لأنّ مناسبة الحكم والموضوع من القرائن المعيّنة لمعنى اللفظ مع أنّه يجوز أن يقال: بناءً على كونه بمعنى « حرام » أيضاً أنّ المراد بمقتضى الإطلاق هو الحرمة المتعلقة بالمال من جميع الجهات كالحرمة المتعلقة بالدماء من جميع الجهات فنقول: إنّه في صورة كان الشيء معدّاً لاستيفاء المنفعة ولم يكن عنه مانع إلّا كونه بيد المشتري فصار المشتري سبباً لتلف المنفعة مع فرض جهل البايع، وفي هذه الصورة يكون عدم أداء الذمة حراماً، فهو حرمة متعلّقة بالدم، فيثبت في هذه المنفعة التي تعدّ مالاً، بل الحرمة بمعنى عدم جواز الانتهاك هو المأخوذ من إطلاق الحرمة بمعنى حرام، بل لا مانع من التمسّك بما دلّ على الضمان على من صار سبباً لتلف المال أيضاً. (منه قدس سره).*

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

***) *أقول: قد تقدّم هنا أنّ اليد تكون بمعنى الإنسان، وإلّا يلزم سبك المجاز من المجاز. نعم، يكون المراد من الأخذ هو الاستيلاء.*

وعلى هذا فنقول: لا يخفى أنّ مجرد صدق الاستيلاء لا يكفي لو لم يكن الأخذ صادقاً. وذلك لأنّ المدار في جميع المجازات هو صدق نفس ذلك اللفظ، مثلاً إذا استعمل لفظ الرقبة في الإنسان

على منافع المقبوض بالعقد الفاسد. وذلك لأنّه ليس القهر والغلبة مأخوذاً في معنى الاستيلاء، بل الاستيلاء إنّما يتحقق بأن تكون / ٤٠٧ / المنافع بحسب المتعارف أمرها بيده.

وهذا المطلب هنا يكون موجوداً.

الثاني: أن لا نقول: إنّ المراد من اليد هو الاستيلاء إلّا أنّه نقول: إنّ اليد على كلّ شيء بحسبه، واليد على المنافع إنّما يكون باليد على العين. ولذا يتحقق تسليم المنافع في الإجارة بتسليم العين كما تقدّم عند بيان النقوض الواردة على قاعدة «كلّما يضمن..».

إن قلت: سلّمنا أنّ اليد تكون موجودةً في المنافع الفائتة، لكن نقول: هنا سؤال، وهو أنّه لِمَ لا يقولون بضمان منافع الحرّ إذا حبسه ظالماً مثلاً؟ وأيّ فرق بينه وبين العبد؟ حيث يقولون بضمان منافع العبد بواسطة حبسه، فإن كان بواسطة اليد فلابدّ أن يكون في كليهما، وإن كان بواسطة احترام مال المسلم أو حرمة إمساك مال المسلم أيضاً، فلابدّ أن يقولوا بالضمان في كلا المقامين. ولا وجه للتفرقة.

قلت: نسب إلى الفقهاء أنّهم أجابوا عن ذلك بأنّ الحرّ لمّا لم يكن نفسه مالاً فهنا لا تصدق اليد عليه بواسطة أخذه فكذا منافعه أيضاً. وهذا بخلاف العبد؛ فإنّه لمّا يكون نفسه مالاً فيصدق على حابسه أنّ يده عليه، وكذا منافعه بالتبع*.

فلا يجوز أن يؤخذ بإطلاق لفظ الإنسان في مورد لم يكن استعمال لفظ الرقبة هناك مناسباً وإن كان لفظ الإنسان هناك صادقاً. وذلك لأنّ المجاز تابع لوجود المناسبة العرفية.

وعلى هذا يقال: إنّ الاستيلاء وإن كان في المنافع موجوداً إلّا أنّه لا يصدق أنّ الإنسان أخذ المنافع الفائتة. وفيه تأمّل واضح. (منه قدس سره).

**) هذا، مع أنّ كلام الفقهاء إنّما يصير جواباً لو كان الدليل هو رواية «على اليد»، لكنّك قد عرفت عدم دلالة «على اليد» على ضمان المنافع الفائتة. وأمّا لو كان الدليل هو قاعدة الاحترام بناءً على أن نقول: إنّ المال يصدق عرفاً على المنافع الفائتة فينحصر جوابه بما ذكره الأستاد من منع صدق المال على منافع الحرّ بلحاظ أنّ منافع الحرّ لمّا يكون اختياره بيده فعمله يعدّ عند العرف تكسّباً. (منه قدس سره).*

وأورد عليهم بأنّه لا فرق في صدق اليد بين أن يكون الشيء مالاً أم ليس بمالٍ، فالتفرقة بين المنفعتين من هذه الجهة ليس له وجه، بل الوجه / ٤٠٨ / أن نقول: إنّ منفعة الحرّ ليست بمالٍ، بخلاف منفعة العبد؛ فإنّها مثل منفعة الحمار يكون مالاً*.

إن قلت: إذا لم تكن منفعة الحرّ مالاً فكيف تصير الإجارة واقعة عليها؟ مع أنّ الإجارة لا تقع إلّا على المال؛ لأنّ المعاوضة لا تكون إلّا بين المالين.

قلت: قد يصير غير المال مالاً بواسطة التعهّد. وهذا موجود في الأعيان والمنافع معاً.

أمّا الأعيان كما يبيع بشيء في الذمة، فإنّ الثبوت في الذمة ليس إلّا التعهد عليه وبواسطة التعهد يصير مالاً ويبذل بإزائه المال، وكذا المنفعة في الإجارة بواسطة التعهد عليه تصير مالاً.

إن قلت: إنّ هذا التعهد إنّما يحصل بنفس الإجارة، مع أنّ الإجارة لابدّ أن تقع على المال.

قلت: ليس بلازم أن تكون الإجارة واقعة على المال، بل يكفي أن يصير متعلقها مالاً بنفس الإجارة أيضاً، فافهم.

---

*)*والعمدة إثبات دلالة الخبر على ضمان المنافع التالفة، وهو تقدّم.*

وأمّا النقض بمنفعة الحرّ فليس إشكالاً عليه؛ لأنّه لو سلّمنا شمول الأخبار لمنفعة الحرّ أيضاً وسلّمنا الإجماع على عدم ضمان منفعة الحرّ فيخصّص الخبر بالإجماع. (منه قدس سره).

[في قاعدة الضرر]

ومنها: حديث «**لا ضرر ولا ضرار**»[1].

ولا يخفى أنّه نسب إلى المحقق القمي ـ رحمه الله ـ في أواخر مسألة البراءة أنّه يقول: إنّ هذه الرواية لا يثبت الحكم الوضعي بها، ولكنّ الشيخ ـ رحمه الله ـ عند بيان مدرك قاعدة «كلّما يضمن» يتمسّك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان، فلابدّ لنا أن نتعرض لبيان دلالة قاعدة الضرر على الضمان / ٤٠٩ / فنقول:

إنّه تارة نقول في بيان معنى قوله صلّى الله عليه وآله: «لا ضرر»: إنّ الضرر فعل وجودي يلي حرف النفي، وإبقاؤه على ظاهره* موجب للكذب، فلابدّ أن يحمل على النهي، فيكون المراد: لا تضرر، كما ذكروا هذه المسألة في مبحث الأوامر كما قيل، نظير قوله: ﴿ **لا يمسّه إلّا المطهرون** ﴾[2] فإنّهم يتمسّكون به لحرمة المسّ. ولا يخفى أنّه لو كان معنى هذه الرواية كما ذكرناه فحينئذ تكون دلالتها على ثبوت الضمان فيما نحن فيه كدلالة قوله عليه السلام: «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**»، عليه، فافهم.

وتارة نقول: إنّ المراد من «لا ضرر» أنّه لا ضرر في الدين بشاهد أنّه ورد في بعض أخبار قاعدة الضرر أنّه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. فحينئذ يصير نظير «**لا حرج في الدين**»[3]، فيكون حاكماً على جميع أدلّة الأحكام.

أقول: لا يخفى أنّ مجرد أن يصير المعنى «لا ضرر في الدين» أو «لا حرج في

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ - ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

*) ***بظاهره. (منه قدس سره)***.

٢) الواقعة: ٧٩.

٣) اشارة إلى آية ٧٨ من سورة الحج والآية هي: ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾.

الدين» لا يصير منشأ للحكومة لأنه لو كان المقصود بيان أن الواقع هكذا لا يصير منشأ للحكومة، وإنّما يتحقق الحكومة بأن يكون أدلّة الضرر والحرج بمدلولها اللفظي ناظرَيْنِ إلى سائر أدلّة الأحكام بأن يصير المعنى أنّ الحرجيات من التكليف التي ذكرتها لكم تكون مرفوعة عنكم*.

ثمّ إنّ أدلّة الضرر لو حملنا أخبارها على المعنى الأخير كما هو الظاهر منها فنقول: تدلّ على إثبات الضمان فيما نحن فيه، لكن بعد ضمّ مقدّمة /٤١٠/ أخرى، وهي أن نقول: إنّ براءة الذمة أيضاً يكون من الأحكام الشرعية.

[الكلام في الإمضاء]

وبيان ذلك أنّ كلّما يحتاج إلى إمضاء الشارع يكون حكماً شرعياً كسائر الأحكام بعد تحقق الإمضاء. وذلك لأنّه لو لم يكن منتسباً إلى الشرع فلم يكن وجه لأن يتوقف على الإمضاء كما أنّ من قال بأنّ في المدينة الفلانية أربعة منارات لا يتوقف على الإمضاء، وليس حكماً شرعياً سواء كانت المنارات موجودة أم لم تكن بموجودة. وهذا بخلاف ما يتوقف على الإمضاء.

ثمّ الإمضاء لا يتوقف على قوله: «أمضيت»، بل يكفي السكوت المستلزم للرضاء.

ثمّ لا فرق في ما يتعلق به الإمضاء بين أن يكون أمراً وجودياً كما في العمل بخبر الثقة؛ حيث إنّ بناء تمام العقلاء عليه. مع أنّ الشارع أيضاً لم يردعهم أو عدمياً كالبراءة الأصلية؛ حيث إنّ بناء العقلاء من لدن زمان آدم إلى زماننا كان على البناء على البراءة في مورد الشك في التكليف، والشارع أمضاهم على ذلك.

ولا يخفى أنّ من يقول: إنّ أصالة البراءة تكون موجباً للظن كصاحب المعالم وغيره

---

*) *بل قد يقال بتعيين هذا المعنى بملاحظة ما ورد في بعض الأخبار بزيادة «في الإسلام» (منه قدس سره).*

يكون مرادهم هو البراءة الأصلية التي يكون بناء تمام العقلاء* عليه لا مسألة / ٤١١ /

---

*) لا يخفى أنّ البراءة الأصلية التي كان بناء العقلاء عليه إنّما يكون في مورد يكون العقل أيضاً موجوداً على طبقه ، وذلك لأنّ العقل أيضاً يحكم بقبح العقاب بلا بيان إلّا أنّ هذا الحكم من العقل قد ذكرنا عند بيان حديث « رفع عن أمتي تسعة » اه [التوحيد : ٣٥٣، بيانه في مشية الله تعالى وإرادته ، ح ٢٤.]، في مسألة البراءة أنّ هذا الحكم اقتضائي ، يعني أنّ العقل يقول : إنّ الحكم إذا كان مجهولاً ولم يلزم الشارع الاحتياط بوجه من الوجوه لمراعاة الحكم المجهول فهنا يقبح المؤاخذة منه على الحكم المجهول .

وعلى هذا نقول : إنّ الشارع إذا رأى عمل الناس على البراءة فإذا لم يكن راضياً بها فلابدّ له من أن يردع؛ حيث إنّه كان له ذلك . فإذا لم يردع فيكشف ذلك من أنّه راضٍ بذلك . وهذا معنى الإمضاء .

إن قلت : إنّ المفروض أنّ العقل مع قطع النظر عن حكم الشارع كان له حكم فالشارع غاية الأمر أنّه يتصرف حتى يغيّر موضوع حكم العقل فيكون الحكم من العقل لا من الشارع . ومجرّد أنّه كان للشارع أن يتصرف في موضوع حكم العقل لا يصير منشأ لأن يصير حكم العقل حكماً للشارع .

قلت : بعد ما اعترفت من أنّه كان للشارع من أن يتصرف في موضوع حكم العقل فلابدّ أن يلاحظ لسان دليل مثل « لا ضرر » و« لا حرج » من أنّه يستفاد منها التصرف في موضوع حكم العقل كما استفيد منهما التصرف في نفس الأحكام الأولية أم لا ، فنقول مثلاً : إذا قال : « إنّ الدين لا ضيق فيه » [بحار الأنوار ٣٣٧/٢٣ - ٣٣٨، باب عرض الأعمال عليهم السلام وأنهم الشهداء على الخلق ، ح ٨، وفيه : « لم يجعل علينا في الدين من ضيق »] و« إنّه سهل » وفرض أن تكون الأحكام الواقعية إذا أحرز[ت] موضوعاتها في كمال السهولة ، ولكن يكون المكلفون جاهلين بالموضوعات مثلاً ، وكان إحراز الواقع عليهم في كمال المشقّة فحينئذ إذا قال الشارع : إنّي أطالب الواقع فيصير ذلك بمثل أن يقول للأعمى : إذهب على رأس هذا الخط الذي يحتاج إحراز الذهاب عليه على أن يذهب ألف مرة . وإذا كان أحكام مثل هذا الأعمى كلّها من هذا القبيل فلا يصدق عرفاً أنّه لا حرج له في الدين ، وإنّ الشريعة سمحة سهلة إذا كان حال الناس من هذا القبيل .

وهذا كاشف من أنّ مثل قوله : « لا حرج في الدين » لا سيّما إذا كان في مقام الامتنان أنّ أحكام الدين غير موجب للحرج لا خصوص أنّ نفس الحكم الواقعي بعد إحرازه من جميع الجهات غير موجب للحرج .

ويدلّ على ما ذكرنا أيضاً ما ورد في الصحيحة من أنّه « ليس عليكم المسألة » أي من أنّ الجلد ميتة

قبح العقاب بلا بيان؛ فإنّ هذا حكم عقلي صرف، ولا يتوقف هذا على الامضاء نظير الحسن والقبح؛ فإنّهما أيضاً لا دخل لتوقفهما على الامضاء.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الحكم ببراءة ذمة من تلفت المنافع في يده يكون ضرراً على المالك. فلابدّ أن يكون الحكم بالبراءة هنا مرتفعاً فيثبت الضمان.

إن قلت: لو جاز التمسك بقاعدة «لا ضرر» لإثبات الضمان فلابدّ أن يثبت الضمان في موارد لا يقول به أحد:

منها: في صورة يحبس الإنسان فيسرق ماله، فإنّ المباشر هنا لمّا يكون قوياً أعني السارق لا يكون الضمان على من حبس صاحب المال؛ حيث إنّه السبب. فبقاعدة السبب والمباشر وإن لم يكن ضمان على من حبس صاحب المال إلّا أنّه لو جاز التمسّك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان فلابدّ أن يكون الضمان ثابتاً عليه.

ومنها: لو منع الماء من وصوله إلى الزرع فيفسد الزرع.

ومنها: لو حبس الحرّ فتفوت منفعته.. إلى غير ذلك.

قلت: غاية الأمر أنّ ورود كثرة التخصيص عليه وعدم التمسّك به موجب لأن يصير التمسك به محتاجاً إلى جابر، وهو تمسّك الأصحاب، نظير قاعدة القرعة في الجملة. وهذا الجابر فيما نحن فيه يكون موجوداً؛ لأنّ كثيراً منهم يقول بالضمان هنا.

إن قلت: إنّ تمسك الأصحاب ليس بقاعدة «لا ضرر»، وإنّما يتمسّكون لإثبات الضمان هنا بأدلة أخرى.

قلت: المفروض أنّه لا مانع / ٤١٢ / في أصل دلالة «لا ضرر» على إثبات الضمان، وإنّما المانع هو عدم تمسّك العلماء به.

أقول: حيث إنّ عدم تمسّكهم يوجب العلم بوجود أحد الأمرين: إمّا العهدية* أو

أم لا، ثمّ يقول: وكان أبو جعفر عليه السلام يقول: «إنّ الخوارج ضيّقوا على أنفسهم فضيّق الله عليهم إنّ الدين أوسع من ذلك».

وبمناسبة ما ذكرنا علم شمول قاعدة «لا ضرر أيضاً لأمثال هذه الموارد». (منه قدس سره).

*) أقول: نحن لو قلنا: إنّ عدم تمسّكهم يكشف من العهدية فحينئذ نقول: إذا صار للعهد فيصير

المخصص الواقعي الغير المعلوم عندنا. وليس شيء من هذين المحظورين* في صورة كان الأصحاب معترفين بثبوت الضمان هنا ولو لأجل دليل آخر، مع أنّه نسب إلى كثير من العلماء ظاهراً أنّهم يتمسّكون بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»[1] لإثبات الضمان في موارد أخر.

هذا كلّه في الأدلّة الدالّة على إثبات الضمان.

مجملاً. فحينئذ لا يسلّم أنّه بمجرد أنّ العلماء يتمسّكونه في مورد يصير منشأ لأن يتحقق ظهور حتى يجوز لنا التمسّك به.

نعم، لو قلنا: إنّ عدم تمسّكهم يكشف منه أنّه ورد عليه تخصيص غير معلوم مقداره عندنا فحينئذ نقول: إنّ هذا يصير مانعاً من التمسك بالعامّ في مقدار يكون داخلاً في دائرةٍ نعلم إجمالاً بوجود المخصص فيها، وهو الموارد التي لم يتمسّك أحد من العلماء بهذا العامّ. وفي غير هذه الموارد لا مانع من التمسّك بالعام إلّا أنّ الكلام إنّما يتمّ في كلّ مورد لم يعلم بتخصيص الأكثر الموجب لوهن العموم، فالعمدة إصلاح هذه الجهة، وهو بأحد الأمور:

الأول: ما ذكرناه في قاعدة الضرر من منع ورود كثرة التحفيص على قاعدة الضرر والحرج. وشرح هذا الكلام يكون هناك.

وهنا كلمات أخرى ليس هنا مجال تفصيلها.

نعم، ذكرنا في قاعدة الضرر أنّه لا يجوز التمسّك لإثبات الضمان الذي من المجازات بعد احتمال كون المراد من قوله: «لا ضرار» نفي مجازاة الضرر، لكن دفعنا هذا الإشكال في أواخر مسألة القبض بأنّ مساق قوله عليه السلام: لا ضرر هو المنة على النوع، ورفع المجازاة يكون خلاف المنة. وهذا يصير قرينةً على أنّ المراد من قوله: «لا ضرار» غير المجازاة من سائر المعاني التي ذكروها للفظ الضرار.

ثمّ إنّ مثل ما ورد في حسنة الكاهلي ظاهراً من قوله عليه السلام: «ولا يبطل حقوق المسلمين بينهم» لا مانع من التمسك به لضمان المنافع في الجملة لا سيما المستوفاة منها. (منه قدس سره).

**) وسيأتي التصريح بخلاف ذلك في أواخر الفضولي. (منه قدس سره).*

١) الكافي ٥/٢٩٢ - ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

[الأدلّة الدالّة على عدم الضمان]

وأمّا الأدلّة الدالّة على عدم الضمان فهو شيئان:

أحدهما: صحيحة محمد ابن قيس الوارد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «**الحكم أن يأخذ الوليدة**[1] **وابنها**»[2].

وجه الدلالة أنّه عليه السلام سكت عن المنافع الفائتة مع أنّ المقام كان مقام بيانها.

وثانيهما: ما ورد في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المبيعة المسروقة.

وجه الدلالة كما في السابق هو السكوت في مقامٍ كان المقتضي للبيان موجوداً.

وأورد على الخبر الأول وهذه الأخبار معاً بأنّ السكوت في أمثال هذه الموارد ليس فيه إلّا إشعار بأنّ الحكم هكذا، ومثل هذه الإشعارات ليس دليلاً على شيء.

أقول: لا يخفى أنّ السكوت في مقام البيان ليس مجرد الإشعار، بل هو ممّا يجوز أن يركن إليه كما يركنون به كثيراً إلّا أنّ عمدة الإشكال أنّ أمثال هذه المنافع الغير المستوفاة لا دليل / ٤١٣ / على كونها مضمونة مطلقاً كما سيأتي توضيحه بعد ذلك ـ إن شاء الله ـ. فلعلّ أن تكون الأخبار المذكورة موردها صورة لم تكن المنفعة الفائتة* مضمونة.

ثمّ إنّه حصل من جميع ما ذكرنا أنّ المقبوض بالعقد الفاسد من حيث هو كذلك

---

١) في المصدر: «وليدته».

٢) الكافي ٥/٢١١، باب الشراء الرقيق، ح ١٢.

*) ***المتعارف من المنافع الفائتة للجارية الخدمة لمولاها وترك الخدمة لا يعدّ أنّه ضاع ماله وتلف في الغالب، مع أنّ الدليل على ضمان المنافع الفائتة -وهو قاعدة الاحترام- . تقدم أنّه يتوقف على هذا الصدق.***

نعم، يجوز أن يقال بضمان هذه المنافع في المغصوب لقوله تعالى: ﴿ومن اعتدى عليكم﴾ الآية [البقرة: ١٩٤] ولم يكن اعتداء من المشتري في مورد بيع الوليدة والجارية المسروقة، فتدبّر جيداً؛ فإنّه يوجد من هنا تفاوت آخر بين المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد وشبهه. (منه قدس سره).

مطلقاً يكون حكمه حكم المغصوب إلّا في كيفية ردّه إلى مالكه؛ فإنّ المغصوب لابدّ أن يردّ إلى مالكه أو إلى البلد الذي غصب المغصوب في ذلك البلد، بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد؛ فإنّه في بعض الموارد يحصل بمجرد الإعلام، وفي بعض الموارد يحتاج إلى التخلية أيضاً، فافهم.

وأمّا لو كانت التخلية حاصلة وكان المالك عالماً أيضاً فلا يحتاج إلى شيء.

الرابع: أنّه بعد ما قلنا من أنّ المنافع الفائتة تكون مضمونة يقع الكلام في أنّه إذا كانت المنافع متعددة فهل يضمن الجميع أم لا؟ وكيف يكون تفصيله؟ فنقول:

إنّ المنافع المتعددة تارة تكون جمعها ممكناً، وتارة ليس كذلك، بل في كلّ وقت لا يمكن الانتفاع منه إلّا من جهة واحدة.

أمّا الأول فنقل فيه أقوال:

الأول: ما نسب إلى الشهيد[1] ـ رحمه الله ـ في الروضة من أنّ تمام المنافع تكون مضمونة؛ لأنّها تلفت كلّها في يده.

الثاني: ما نسب إلى صاحب الجواهر من أنّه لابدّ أن تلاحظ العين التي تكون فيها هذه المنافع المتكثرة من أنّ أجرته أيّ مقدار، وكلّما صار[ت] أجرته تكون مضمونة. وقد يقال: إنّ هذا راجع إلى كلام الشهيد، والفرق بينهما بالإجمال والتفصيل.

ولكن فيه أنّ الفرق بينهما في كمال الظهور، وذلك لأنّ العبد الذي / ٤١٤ / يكون له ثلاثة منافع ممكنة الجمع إذا لوحظ كلّ منفعة منفعة يزيد مقداره ممّا إذا لوحظ أجرة العبد الذي تكون له هذه المنافع. وذلك لأنّه في الغالب لم يجر عادة الناس أن يستعملوا كلّ عين تكون لها منافع في تمام تلك المنافع دائماً.

نعم، مجرد كونه واجداً لتلك المنافع يصير منشأ لزيادة أجرته، لكن لا بحدّ يصل إلى مقدار ملاحظة كلّ منفعة منفعة مستقلاً كما لا يخفى.

ثمّ لا يخفى أنّ ملاك هذين القولين شيء واحد، وهو أنّ كلّ منفعة تلفت في يد

---

١) انظر الدروس ١٠٩/٣، أحكام رد المغصوب.

الغاصب مثلاً تكون مضمونة.

الثالث: أن يلاحظ ما هو المتعارف في استعمال هذه العين فيه، فإن كان المتعارف عند مالكه أن يستعمل هذه العين في أربعة منافع من منافعه أو كان يوجرها كذلك فحينئذ تكون تلك الأربع مضمونة كما أنّه لو لم يكن متعارفاً عند مالكه أن يستعملها في شيء من المنافع كتاج السلطان وخيوله وأشباه ذلك فحينئذ ليس شيء من المنافع مضمونة.

الرابع: ما اختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنّ المضمون هو المنافع التي كانت هذه العين معدّة لها، والمراد من المعدّ هو أن يكون المالك أعدّ العين لأن يستعملها في تلك المنافع بشرط أن لا يكون مانع من الاستعمال أيضاً موجوداً، كأن يكون المالك للبغال بناؤه وعادته على اكتراء البغال بشرط أن يكون من يكتريها أيضاً موجوداً، / ٤١٥ / بل لابدّ أن تكون هذه الكيفية موجودة بعد الغصب، وإلّا فلو وجد مانع عن اكترائه في بعض الأزمنة التي كانت مغصوبة فليس هناك ضمان لمنافع تلك الأزمنة التي كان هذا المانع موجوداً.

ووجه جميع ما ذكرنا يظهر من الدليل الذي نذكره لهذا الوجه، وهو أنّه لا يخفى عليك أنّ المنافع الفائتة ليست إلّا أمر عدمي صرف، فلا وجه لكونها مضمونة ما لم يصر مالاً عند العرف بحيث يقولون: إنّ هذه الأموال تلفت تحت يده حتّى تشمله الأدلّة الدالّة على ضمان الأموال من قاعدة اليد وغيرها.

وعلى هذا فنقول: إنّ المنافع الفائتة لا تصير أموالاً عند العرف حتى تجتمع فيها الشرائط التي ذكرناها من كون العين معدّاً للإجارة مثلاً، وكان المستأجر أيضاً موجوداً في تمام الزمان الذي نريد أن نقول بكون المنافع الثابتة في تلك الزمان مضمونة.

ثمّ إنّ الدليل على القول الثالث - وهو ملاحظة تعارف استعمال المالك بهذه العين في المنافع - أيضاً هذا الوجه. ويظهر الحق منهما من ملاحظة الفرق بينهما، فنقول:

إنّ النسبة بينهما عموم من وجه، وذلك لأنّه ربّما يكون المتعارف عند المالك أن يستعملها في ثلاثة منافع مثلاً، ولكن حين الغصب ربّما يكون مانع من استعمالها فيها،

فلم يتحقق المعدّ بالمعنى الذي ذكرناه. وربّما لا يكون المتعارف عند المالك أن يستعمل هذه العين في شيء /٤١٦/ من المنافع أو بعض المنافع الخاصة ولكن يعدّه لأن يستعملها فيها فيغصبها غاصب، فهنا يتحقق معنى المعدّ ولكن لم يتحقق معنى المتعارف.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الأخذ بمعنى المعدّ يكون أقرب إلى الوجه الذي ذكرناه للوجهين الأخيرين.

ثمّ إنّ هذين الوجهين الأخيرين تكونان مشتركين في أنّه لو لم يكن المتعارف عند المالك استعمال العين في شيء من المنافع أو في بعض من المنافع ولم يعدّها لها أيضاً فليست تلك المنافع مضمونة. وهذا بخلاف القولين الأوّلين؛ فإنّ مقتضاهما كون منافع فرس السلطان وتاجه أيضاً مضمونة بخلاف القولين الأخيرين.

وأمّا الثاني - وهو أن تكون للعين منافع متبادلة بمعنى أنّه لا يمكن جمعها في زمان واحد - فهنا لو كان قيمة كلّ واحد من المنافع بمقدار الآخر فلا إشكال. وكذلك لو كانت متفاوتة واستوفى الغاصب القيمة العليى.

وأمّا لو استوفى الأدنى فقد يقال: إنّه يضمن العليى. وفيه تأمّل يظهر حاله ممّا نذكره بعد ذلك ـ إن شاء الله.

والمقصود هنا بيان حكم صورة كانت للعين منافع متفاوتة، ولم يستوف الغاصب شيئاً منها، وكان استعمالها فيها متعارفاً أو كان معدّاً لها فهنا نسب إلى كلّ الفقهاء أنّهم يقولون: إنّ المضمون هو القيمة العليى إلّا صاحب الالمسالك وصاحب الجواهر[1].

أمّا صاحب المسالك[2] /٤١٧/ فيقول: ففي ضمان أجرة متوسطة أو العليى وجهان. وهنا قد يقال: إنّ صاحب المسالك تردّده ليس مضرّاً بالإجماع على مصطلح العامة، بل على طريق الكشف أيضاً؛ لأنّ الإجماع في مصطلحهم عبارة عن اتّفاق أهل الحلّ

---

١) مسالك الإفهام ٢١٨/١٢، الثالثة: فوائد المغصوب مضمونة بالغصب.

٢) جواهر الكلام ١٦٧/٣٧ - ١٦٨، ثبوت الضمان في منفعة ما له أجرة.

والعقد. والمراد من أهل الحلّ والعقد من كان له رأي في المسألة. وصاحب المسالك هنا ليس له رأي.

أقول: المراد من أهل الحلّ والعقد هو العلماء سواء كان لهم رأي في خصوص المسألة أم لا. فعدم رأيٍ لأحدهم في خصوص المسألة موجب لعدم تحقق اتفاق أهل الحلّ والعقد.

[كلام صاحب الجواهر]

وأمّا صاحب الجواهر فيقول - كما نسب إليه - بمثل ما قال في صورة إمكان الجمع بين المنافع من أن يلاحظ أنّ العين التي تكون لها هذه المنافع المتبادلة أجرته أيّ مقدار؟ وهنا أيضاً قد يقال: إنّ صاحب الجواهر أيضاً ليس مخالفاً؛ لأنّ العين التي تكون لها منافع متبادلة تكون أجرتها بمقدار أجرة منفعته العليى.

أقول: هذا غير لازم؛ لأنّ العين إذا كان لها منافع متبادلة فليس بلازم أن يكون استعمالها دائماً في العليى.

ثمّ لا يخفى أنّ الظاهر أنّ محلّ الكلام إنّما هو في صورة يكون تمام تلك المنافع متعارفة، وإلّا فلو كان لها منافع غير متعارفة فيكون خارجاً عن محلّ الكلام.

ثمّ إنّه مع ذلك كلّه ليس اعتناء بمثل هذا الإجماع للعلم بأنّه ليس في البين دليل تعبدي، وإنّما قالوا بما قالوا من باب أنّ مقتضى القاعدة عندهم كذلك، فنحن لابدّ أن نتصدّى لذكر مدرك المسألة.

[الترديد الذي ذكره صاحب المسالك]

والأولى أن نتعرض لبيان الترديد الذي /٤١٨/ ذكره في المسالك حتى يوضح مدرك المسألة أيضاً ـ إن شاءالله تعالى ـ فنقول: أمّا وجه كون العليى مضمونة هو أنّها منفعته فاتت تحت يده، وكلّ منفعة فاتت تحت يد الغاصب يكون مضمونة كما يقول المشهور بذلك.

وأمّا وجه كون غير العليى مضمونة فلأصالة براءة ذمة الغاصب عن الزيادة.

إن قلت: إنّ العليى فاتت تحت يده، والمفروض أنّ ما يفوت تحت يده تكون مضمونة.

قلت: فعلى هذا لم لا تقول بمضمونية الدنيى والعليى معاً لأنّ كلّهما فات تحت يده، وذلك لأنّ الفوت أمر عدمي ولا مانع من اجتماع أعدام ما يكون وجودها متضادات في شيء واحد.

وعلى هذا فلابدّ أن نقول بأنّ ما فات من العين ويكون له مالية عرفية أحدهما على البدل فيصير حال ما نحن فيه على هذا كحال صورة يكون المكلف مخيراً بين تكليفين اللذين كان نسبة أحدهما إلى الآخر بالأقلّ والأكثر. وهنا لا شكّ في أنّ الثابت اللازم هو الأقل.

أقول: هذا حسن في صورة نحتمل أنّ المالك يستعمل العين في الأقلّ في تمام المدّة على فرض عدم الغصب أو أنّه أعدّ بالأقلّ، فافهم.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا هو أن يكون المضمون هو المنفعة الدنيى فيكون مخالفاً للاحتمال الذي ذكره صاحب المسالك أيضاً؛ لأن الوجهين اللذين كانا في كلامه أحدهما أن يكون المضمون هو المنفعة المتوسطة. والظاهر أنّ عدم احتماله يكون المضمون هو المنفعة الدنيى إنّما هو من باب أنّه خلاف الإجماع. وأمّا المتوسط فليس خلاف / ٤١٩ / الإجماع، لأنّ العلامة والمحقق الثاني يقولان بها على ما سيأتي من عبارتهما ـ إن شاء الله.

هذا، ولكنّك قد عرفت أنّ الإجماع في أمثال هذه المسائل ليس إجماعاً لا يمكن مخالفته، مع أنّه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أنّ العلامة[1] والمحقق الثاني[2] أيضاً يقولان بأنّ المضمون هو المنفعة العليى.

---

١) قواعد الاحكام ٢٣١/٢، في أحكام الضمان.

٢) جامع المقاصد ٢٧٤/٦، حكم نماء المنفصل والمتصل في العين المغصوبة.

وما يتوهّم من عبارتهما أنّهما يقولان بأنّ المضمون هو المنفعة المتوسطة ليس على ما ينبغي، بل كلامهما في مقام آخر. فالإجماع قائم على عدم كون المضمون هو المنفعة الدنيى يكون الإجماع قائماً على عدم كون المنفعة المتوسطة أيضاً مضمونة. والذي يهون الخطب هو أنّ مخالفة الإجماع في أمثال هذا المقام ليس بمضرّ، فافهم.

[الكلام في منافع الأعمال]

ثمّ إنّ هذا كلّه في منافع الأعيان. وأمّا الأعمال كعمل العبد المغصوب إذا كان له صنايع متعددة مختلفة القيمة فظاهر المشهور أنّه أيضاً كمنافع الأعيان في أنّ المضمون هو المنفعة الأعلى إلّا أنّه نسب إلى العلامة في القواعد أنّه بعد ما يقول: إنّ المنفعة الأعلى تكون مضمونة يقول قريباً من هذا.

وأمّا الأعمال فتكون مطلق العمل مضموناً.

[كلام المحقق الثاني في المقام]

ثمّ إنّه في شرح القواعد يقول المحقق الثاني[1] قريباً من هذا - كما نُقل - بعد أنّه يفسّر العمل المطلق بالمتوسط.

إن قلت: ما الفرق بين المنافع والأعمال في أنّ المضمون في المنافع هو الأعلى و الأعمال يكون المضمون فيها هو المتوسط، فيجيب عن ذلك بأنّ العمل يكون مردّداً بين الأقل والأكثر، بخلاف المنافع.

ونحن نقول: لا يخفى أنّ مراد العلامة / ٤٢٠ / من مطلق العمل ليس هو قضية مهملة؛ لأنّها ليست قابلة لأن تكون مضمونة.

وأيضاً ليس المراد هو الإطلاق الأصولي يعني الجميع، فلابدّ أن يكون المراد هو العمل المتوسط كما فهمه المحقق الثاني.

---

١) جامع المقاصد ٦/٢٧٤، حكم نماء المنفصل والمتصل في العين المغصوبة.

وعلى هذا نقول: إنّ العلامة[1] في المنافع مطلقاً قال: إنّ المضمون هو الأعلى، والمنافع كان شاملاً لعمل العبد* أيضاً.

وعلى هذا فكلامه الثاني الذي يقوله في عمل العبد إمّا لابدّ أن يحمل على السهو - وهو بعيد - أو على الرجوع عن الفتوى الأول - وهو أيضاً بعيد؛ حيث إنّه لم يكن بينهما فاصلة - أو على أنّ منافع الأعيان مغاير مع منافع الأعمال، وهذا أيضاً موهون لفظاً ومعنى.

وأمّا لفظاً فلأنّ المنافع التي ذكر حكمها أوّلاً كانت شاملة للأعمال بحسب اللفظ. وأمّا المعنى فلأنّه لا فرق بين منافع الأعيان وأعمال العبد من هذه الجهة.

[حصيلة البحث]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الأحسن من جميع ما ذكر أن نقول: إنّ كلام العلامة والمحقق الثاني مطلب آخر، وكان كلام العلامة ناطقاً به، وأظهره المحقق الثاني، وهو أنّ لنا نزاعين:

أحدهما: مشترك بين منافع الأعيان والأعمال معاً، وهو أنّه إذا كانت للعين منافع متعددة مختلفة فهنا قال العلامة: إنّ المضمون هو الأعلى. وهذا الكلام كان شاملاً للأعمال أيضاً كما تقدم.

وثانيهما: مختص بالأعمال، وهو أنّه بعد ما أخذنا بالمنفعة الأعلى في عمل العبد فهنا نقول: إنّ هذا العمل من العبد أيضاً /٤٢١/ يختلف من أجل البطء والسرعة بمراتب كثيرة، فيقع الكلام في أنّ المضمون أيّ مرتبة من مراتب هذا العمل.

فهنا يقول العلامة والمحقق الثاني: إنّ المضمون هو المرتبة المتوسطة، وهو الحقّ.

ولا يخفى أنّ الاختلاف بحسب المرتبة لا يجيء في منافع الأعيان مطلقاً أو غالباً.

---

١) قواعد الأحكام ٢٢٦///٢، أركان الضمان.

*) ***بل يصرّح بالأعلى في عمل الصنايع. (منه قدس سره).***

ولا يخفى أنّ الكلام الذي نسبنا إلى المحقق الثاني ناطق بما نسبناه إليه.

هذا، مع أنّه لم يكن عندي كلام العلامة والمحقق الثاني، وما كنت حافظاً لهما صحيحاً أيضاً حتى أتأمّل فيهما، فافهم.

❊❊❊

[الكلام في القيمي والمثلي]

الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثلياً وجب مثله وإن كان قيمياً وجب قيمته. والقيمي عبارة عن غير المثلي. وقد اختلف العلماء في تعريف المثلي، ونحن هنا لابدّ أن نتكلّم تارة في تعريف المثلي. وتارة في الدليل على أنّ المثلي مضمون بالمثل وتارة في بيان الأصل عند الشك في كون التالف مثلياً أو قيمياً.

[مقدمتان لتوضيح تعريف المثلي]

أمّا المقام الأول فنقول قبل الشروع في تعريف المثلي: لا بأس من أن نذكر مقدمتين:

الأولى: أنّه لا يخفى عليك أنّه ليس المراد هنا بيان المراد من المثلي عند الشارع؛ لأنّه ليس هذا اللفظ حقيقة شرعية مع أنّه لم يرد هذا اللفظ في شيء من الأدلّة الشرعية حتى نتصدى لبيان مراد الشارع منه.

وأيضاً ليس المراد بيان معنى المثلي لغة وعرفاً. وذلك لوضوح أنّ تعاريف الفقهاء له لا دخل لها بالمعنى اللغوي للمثل؛ حيث إنّ المثل عبارة عن المماثل لشيء آخر، وياء النسبة لم يزد على معناه شيئاً آخر إلّا نسبة شيء /٤٢٢/ آخر إلى المثل، وهو أيضاً لا دخل له بالمعنى الذي يقوله الفقهاء له، مع أنّه لم يحصل لهذا المركب نقل في العرف بحيث يصير عَلَماً لمعنى خاص، نظير ما يقولونه في أصول الفقه من أنّ له عند الأصوليين معنى علمياً، بل المراد بيان معنى المثلي عند الفقهاء، يعني أنّ الفقهاء اصطلحوا هذا اللفظ لمعنى خاص كان ذاك المعنى مجمعاً عليه، من أنّه مضمون بالمثل في صورة التلف وففهم مراد الفقهاء وأنّ الإجماع على أيّ مقدار منحصر بالمراجعة إلى

التعاريف التي يذكرونها للمثلي.

وممّا ذكرنا ظهر بطلان كلام الأردبيلي[1] وغيره - على ما نسبوا إليهم - من أنّهم يقولون: ليس علينا أن نتعرض للتعاريف التي ذكروها للمثلي، بل نحن نضع التعاريف ونرجع إلى العرف، وترى أنّ معنى هذا اللفظ أيّ شيء.

وجه البطلان هو أنّ الرجوع إلى العرف ليس بنافع في تعيين ما هو مراد الفقهاء من هذا اللفظ، مع أنّ المقصود تعيين ما هو مرادهم؛ حيث إنّ الإجماع قام عليه.

نعم، نحن نسلّم وجوب الرجوع إلى العرف، لكن في مقام آخر غير مقام تعيين معنى المثلي، وهو أنّه إذا ورد في لسان الفقهاء لفظ في بيان حدّ المثلي مثل لفظ المتساوي وأشباه ذلك، ففي تشخيص معنى هذا اللفظ نرجع إلى العرف لا أنّه من ابتداء الأمر نرجع إلى العرف في تشخيص أصل معنى المثلي.

أقول: لنا أن نقول: إنّ مدرك إجماع الفقهاء على أنّ المثلي مضمون بالمثل يكون بأيدينا*، والمدرك هو الألفاظ الخاصة / ٤٢٣ / الواردة في لسان الأدلّة. فلا مانع من أن نضع التعاريف للمثلي ونرجع إلى العرف من ابتداء الأمر، لكن لا في فهم معنى المثلي، بل في فهم مدرك إجماعهم، وبعد ذلك لا نحتاج إلى فهم معنى المثلي أبداً.

[الكلام في اختلاف الحدود]

ثمّ لا يخفى عليك أنّ اختلاف الحدود ليس بخارج عن أحد الوجهين:

الأول: أن يكون المحدود شيئاً معيّناً، ولكن منشأ الاختلاف في الحدّ من باب أنّ

---

١) مجمع الفائدة ١٠/٥٢٢، صنعان المثل أو القيمة مع التلف وبيان تعريفهما.

*) ***والأردبيلي - رحمه الله -*** [مجمع الفائدة ١٠/٥٢٢، ضمان المثل أو القيمة مع التلف وبيان تعريفهما] ***في كتاب الغصب بعد الفراغ من تعريف المثلي والإيراد على ما ذكروه يقول: إنّ المثلي لفظ بني عليه أحكام بالإجماع، وكآية الكتاب يعني آية الاعتداء والسيئة وليس له تفسير، بل ما ذكروه من اصطلاح الفقهاء فيمكن أن*** [يرجع] ***إلى العرف، ونظيره إلى ما قلناه في المتن. وسيأتي في محلّه كيفية فهم العرف التي يذكرها هناك. (منه قدس سره).***

كلّ واحد ممّن تصدّى للحدّ يريد أن يعرّف هذا الحدود على وجه لا يرد على طرده وعكسه شيء، وكان سالماً عن سائر العيوب التي تكون في الحدود.

الثاني: أن يكون اختلاف الحدّ ناشياً عن الاختلاف في المعنى المحدود، ومن الغلط أن يورد هنا على عكس التعريف وطرده.

ولا يخفى عليك أنّ تعريف المثلي يكون من قبيل القسم الأول. ولذا يصحّ الإيراد على طرده وعلى عكسه.

أقول: لا يخفى أنّ كثيراً من التعاريف مشتمل على كلا الجهتين؛ حيث إنّ مقداراً من المعنى المحدود يكون عنده معيّناً، ويريد أن ينطبق التعريف عليه ومقداراً منه يكون محلّ الخلاف من أنّه داخل في المحدود أم لا، وتعريف المثلي اختلافه يكون من كلا الجهتين كما سيتلى عليك ـ إن شاء الله* .

[في اختلاف قول اللغويين]

الثانية: أنّه لا يخفى عليك من أنّه لو اختلف اللغويون في معنى لفظ ففسّره كلّ واحد منهم بغير ما يفسّره الآخر فحينئذ نقول بأنّ هذا اللفظ مشترك لفظي ويكون تمام هذه المعاني من المعاني الحقيقية سواء / ٤٢٤ / كان في البين معنى أعمّ من جميع المعاني بحيث يحتمل كون سائر المعاني من أفراده، فيكون مشتركاً معنوياً أم لا. وذلك لأنّ قول اللغوي يكون من الأمارات، وهو يرفع الأصول من البين. وذلك لأنّ قول اللغوي يكون حجة إمّا من باب التعبّد أو من باب حصول الظنّ النوعي من قوله.

[اعتبار قول اللغوي لأنه من أهل الخبرة]

نعم، هنا كلام آخر في أنّ قول اللغوي هل يكون معتبراً من باب أنّه من أهل الخبرة فلا يتوقف على كون اللغوي عادلاً أو أنّه يشترط فيه العدالة، بل التعدّد أيضاً

---

*) ***لا يخفى عليك أنّه لا مناسبة معتنى بها لأمثال هذه المقدمات في المقام. (منه قدس سره).***

على الخلاف في هذه المسألة، وفي كلّ صورة قلنا بحجيّة قولهم يكون الأمر كما ذكرنا.

أقول: نحن قد ذكرنا في تعليقاتنا على الرسالة من أنّ اللغوي ليس إلّا بصدد ضبط موارد استعمال اللفظ، فليس كلامه دالّاً على أنّ المعنى حقيقي أم مجازي أم أنّه من أفراد المعنى الحقيقي أم لا.

نعم، لو صرّح كلّ واحد منهم بأنّ اللفظ حقيقة في هذا المعنى أو يكون ظاهر كلام كلّ واحد منهم ذلك، فهنا إشكال في أنّ قوله في هذا المقام أيضاً يكون حجة أم لا. وبناءً على ما قوّينا من حجيّة قولهم في هذا المقام بعد تحقق الشرائط التي ذكرناها في محلّه فنقول: لو احتملنا أنّ كلّ واحد لم يطّلع على ما اطّلع عليه الآخر ولم يكن في البين احتمال الاشتراك المعنوي فهنا نقول بالاشتراك / ٤٢٥ / اللفظي.

والسرّ في ذلك أنّه إنّما نقول بحجيّة قول أهل الخبرة مثل اللغوي مثلاً إذا لم يصر كلامه موهوناً بوجهٍ من الوجوه كما فصّلناه في محلّه.

هذا كلّه فيما إذا كان احتمال الاشتراك اللفظي في كلّ واحد من المعاني التي يذكرها كلّ واحد منهم موجوداً.

وأمّا إذا لم يكن في البين هذا الاحتمال فحينئذ نقول: إذا كان كلام واحد منهم ظاهراً في أنّ ما ينقله يكون معنى حقيقياً وكلام السائرين لم يكن ظاهراً في ذلك أو كان ظاهراً في كونها معاني مجازية فحينئذ نقول: إنّ المعنى الذي يكون كلام ناقله ظاهراً في أنّه المعنى الحقيقي يكون معنى حقيقياً وسائر المعاني تعامل معها معاملة المجازية.

وأمّا إذا كان كلام الجميع على نسقٍ واحدٍ فحينئذٍ نتوقّف من غير فرق بين أن تكون النسبة بين كلّ واحد من المعاني من الآخر عموماً من وجه، أو المطلق، أو التباين. وذلك لأنّه لا وجه للجمع بين كلمات اللغويين، وإنّما نُراعي قاعدة الجمع في المتعارضين من الأخبار من باب أنّ / ٤٢٦ / الأئمة عليهم السلام عندنا بمنزلة متكلم واحد لم يكن خطأ بين كلماتهم؛ لأنّهم معصومون ويخبرون عن مطلب واحد.

[العرف الخاص]

ثمّ إنّ ما ذكرنا لا اختصاص له بكلام اللغويين بل يجري في العرف الخاص مثل النحوي والصرفي إذا اصطلحوا بعض الألفاظ لمعاني خاصّة. ويجري هذا الكلام في الحدود التي يذكرونها لبعض الألفاظ المصطلحة عندهم لمعان مخصوصة.

نعم، يكون في الحدود ميزان آخر للجمع بين كلماتهم، وهو أن نحمل حدّ واحد منهم على الحدّ التامّ، وسائر التعاريف على الرسم التامّ إن كان طرده وعكسه بلا مانع، وإلّا فعلى الرسم الناقص.

أقول: لا يخفى عليك أنّ الرسم الناقص أيضاً لابدّ وأن يكون مطرّداً ومنعكساً*.

[الأحسن في تعريف المثلي]

ثمّ إنّهم عرّفوا المثلي بتعاريف كثيرة، ونحن نأخذ بما هو الأحسن منها، ونتأمل في طرده وعكسه، فإن لم يكن فيه مانع فنأخذ به، ونجعله المصدر، ثمّ نتأمل في سائر التعاريف ونحملها على الرسم على ما تقدّم، وتقدّم الكلام فيه.

وأمّا لو لم يتمّ طرد شيء من التعاريف وعكسه فحينئذ نقول: إنّه كان بعض الأشياء عند العلماء مجمعاً عليها من أنّها مضمون بالمثل، ولم تكن تلك / ٤٢٧ / الأشياء داخلة تحت عنوان واحد حتّى يمكن ضبطه في تعريف واحد. وما ذكروا لها من التعاريف يكون قضية غالبية كما يقول المحقق الثاني بنظير ذلك في قولهم: كلّما صحّت إعارته صحّت إجارته أو أنه غلط وفاسد.

وإذا عرفت هذا فلنشرع إلى بيان حدّ المثلي فنقول: إنّ أحسن التعاريف ما ذكره

---

*) *هذا، مع أنّ التعريف في لسان كلّ واحد منهم يكون ظاهراً في أن يكون منعكساً ومطّرداً، وأنت قد عرفت أنّه لا جمع في غير كلمات الشارع. ولا يخفى عليك أنّ الحدّ ليس متعارفاً في التعريف، بل التعاريف دائماً تكون بالرسم لكنّه لابدّ أن يكون جامعاً ومانعاً، وإلّا ليس بتعريف، بل يكون ذكر قضية غالبية، فافهم. (منه قدس سره).*

المشهور مثل الشيخ[١] وابن زهرة[٢] وابـن ادريس[٣] والمـحقق[٤] وتـلميذه والعـلامة[٥] وغيره[٦] ـ قدّس الله أرواحهم ـ أنّه ما يتساوى أجزاؤه من حيث القيمة، والمراد من لفظ «ما» إمّا هو المثلي أو التالف*.

أمّا كون المراد هو المثلي فواضح، وأمّا كون المراد هو التالف باعتبار أنّهم يقولون: إذا تلف المغصوب فهو مضمون بالمثل إن كان مثلياً وهو ما يتساوى.. اه.

والضمير في قولهم: «هو ما يتساوى..» اه، يمكن أن يكون راجعاً إلى التالف الذي يستفاد من تلف المغصوب**.

---

١) الخلاف ٣٩٦/٣، لو غضب مالاً له مثل؛ المبسوط ٦٠/٣، ضابطة الامـوال المـغصوبة بأنـها مثلي أو قيمي.

٢) غنية النزوع: ٢٧٨، فصل في الغصب.

٣) السرائر ٤٨٠/٢، باب الغصب، تقسيم الأموال.

٤) شرائع الاسلام ٧٦٥/٤، في حكم المغصوب.

٥) قواعد الأحكام ٢٢٦/٢، اركان الضمان.

٦) جامع الخلاف والوفاق لعلى بن محمد القمي: ٣٤٢، الغصب.

*) ***كون المراد من الموصول هو المثلي ممّا لا معنى له؛ لأنّ الموصول من قبيل الجنس المذكور في تعريف المثلي يذكر الجنس أوّلاً ليعيّن المعرّف به بعد ذكر القيود، فكيف يمكن أن يكـون المراد منه هو المعنى الذي عين المعرّف بالفتح؟!***

والمقايسة بالضمير في قولك: «الإنسان هو حيوان ناطق» في غير محلّه؛ لأنّ لفظ «هو» هنا عين المعرّف كما يقال في المقام أيضاً: المثلي هو ما يتساوى.. اه.

ولفظ الموصول في المقام بمثل لفظ «حيوان» في قولك: «الإنسان هو حيوان ناطق»، فكـلّما ذكره المصنف على هذا المبنى فاسد. وهذا واضح، فالموصول الذي جنس في التعريف إمّا هو التالف بقرينة ذكرت في المتن أو مطلق الشيء لو قلنا: إنّ المورد لا يصير موجباً لتقييده وإن كان هذا خلاف التحقيق كما في الموصول في قولك: «ما كان الجماعة فيه أكثر» بـعد السؤال من أنّه «أيّ المسجدين أحبّ إليك؟». (منه قدس سره).

) ***ولعلّ المراد إرجاع الضمير إلى التالف إن كان (؟) إلى مجرّد التالف؛ لوضـوح أنّ المـراد تعريف المثلي على التقديرين. ولو كان مرجع الضمير مجرد التالف فلا يصير التعريف للمثلي بوجيه. (منه قدس سره).*

وإذا عرفت ذلك فنقول: لو كان الضمير راجعاً إلى التالف فحينئذ لا نحتاج إلى ارتكاب خلاف ظاهر في لفظ «أجزائه» لأنّ التالف يكون مركّباً حقيقياً*.

وهذا بخلاف ما إذا كان الضمير راجعاً إلى المثلي فإنّه كلّي، ويكون المراد من «أجزائه» أفراده، فيحتاج إلى ارتكاب خلاف الظاهر.

وأيضاً يرتفع من البين / ٤٢٨ / كثير من النقوضات مثل النقض بأنّ بعض الأفراد من النوع الواحد في المثلي ربّما لا يكون مساوياً مع سائر الأفراد في القيمة. ومثل النقض بأنّ أفراد المثلي غالباً يكون بينها تفاوت يسير في القيمة.

هذا، ولكن مع ذلك كلّه يكون الضمير راجعاً إلى المثلي.

والسرّ في ذلك أنّ الإشكالات التي أشير إليها ليست بواردة ولو كان التعريف تعريفاً لنفس المثلي أيضاً**، مع أنّه يرد على إرجاع الضمير إلى التالف إشكالان عظيمان:

أحدهما: أنّه خلاف ظاهر اللفظ. وذلك لأنّه إذا قيل: «زيد إنسان وهو حيوان ناطق» يكون ظاهر هذا الكلام أن يكون الضمير راجعاً إلى «إنسان» لا إلى «زيد»، فيكف يجوز أن يقال فيما نحن فيه برجوع الضمير إلى التالف، مع أنّه لم يتقدم لفظه أيضاً، بل فهم من سياق الكلام.

وثانيهما: أنّه لو قلنا بأنّ هذا التعريف يكون تعريفاً للتالف الذي يكون مضموناً بالمثل فحينئذ يصير هذا التعريف شاملاً لكثير ممّا هو من المسلّم أنّه من القيميات نظير الثوب؛ حيث إنّ كلّ جزء من الثوب يساوي مع مماثله في القيمة. وسيوضح هذا الكلام أزيد من ذلك ـ إن شاء الله ـ.

---

*) ***بلحاظ طرو وحدة اعتبارية عليه لو لم يكن مركباً حقيقياً. (منه قدس سره).***

) ***رجوع ضمير « هو ما يتساوى . . » الخ ، إلى المثلي واضح لا يحتاج إلى البيان؛ حيث إنّ المقصود تعريف المثلي كما أنّه في قولك : « الإنسان هو حيوان ناطق » من الواضح أنّ مرجع ضمير « هو » هو الإنسان ، وكلّما ذكر دليل للمطلب البديهي يوجب خفاءه ؛ لأنّه ليس شيء آخر أوضح من نفسه . (منه قدس سره).*

[المراد من التساوي في تعريف المثلي]

وأمّا المراد من لفظ «يتساوى» إمّا هو التساوي في الصفات النوعية كما في بعض التعاريف - على ما نُقل - أو التساوي في القيمة كما في تعريف المشهور.

والمراد من التساوي في القيمة / ٤٢٩ / أن يكون كلّ فرد من هذا الجنس المثلي مساوياً مع سائر الأفراد في القيمة بعد تساوي هذا الفرد مع سائر الأفراد في كلّ ما له دخل في الماليّة كالوزن والهيئات الطارية عليها، فمثقال مسكوك من الذهب يكون مساوياً مع كلّ مثقال آخر مسكوك من الذهب. فمن هنا يعلم أنّ نفس الذهب يكون مثلياً. وأمّا كون سكّته مثلياً أو قيمياً سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى شأنه -.

ثمّ إنّه لا بأس من أن نشير هنا إلى بعض الأمور، منها: أنه قد يقال: إن المراد من التساوي في القيمة أن يكون نسبة قيمة كلّ بعض من المثلي إلى قيمة بعض آخر منه كنسبة نفس البعضين، مثلاً قيمة مَنّ مِنَ الحنطة عشرة، فقيمة نصف مَنّه لابدّ أن يكون نصف العشرة، وهو الخمسة.

وفيه أنّه لا دخل لمعنى التساوي بما ذكرت، وإنّما فسّر هذا القائل المثلي بهذا التفسير لإخراج مثل الدرهم عن تعريف المثلي؛ حيث إنّه لو انكسر الدرهم الواحد فلا تكون قيمة كلّ نصف منه نصف قيمة الدرهم. ولكن فيه أنّ هذا من الفروع الخلافية، ولا وجه لأن يخرج عن ظاهر العبارة لأجل إخراج هذا الفرع الخلافي*، وسيأتي الكلام في أنّه من المثلي أم لا ـ إن شاء الله -.

ومنها: أنّه لا شك في أنّ مادة الدرهم والحليّ وأمثال ذلك ممّا يغيّر الهيئة قيمة المادة تكون مثلياً، وإنّما / ٤٣٠ / الإشكال في أنّ هيئته أيضاً يكون مثلياً أم لا. وتظهر الثمرة في أنّه إذا كانت الهيئة قيمياً فحينئذ لو تلف الحليّ والدرهم فيكون على المتلف

---

*) ***لأنّ تعريف الفقهاء إنّما كان للمقدار الذي كان الإجماع عليه. (منه قدس سره).***

أقول: فيه تأمّل.

ردّ مقدار مادة الحليّ والدرهم من الفضة مثلاً، ويكون عليه قيمة الهيئة أيضاً، وليس للمالك إلزام التلف بتسوية الهيئة، بل إنّما يكون عليه قيمتها بعد ردّ مقدار وزن المادة من الذهب. وهذا بخلاف ما لو كانت الهيئة أيضاً مثلياً، فإنّه حينئذ يكون للمالك إلزام المتلف بتسوية الهيئة.

وعلى هذا فلابدّ من تحقيق هذا المطلب فنقول: نسب إلى الشهيد الثاني أنّ المصوغ من النقدين قيمي، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها.

أقول: ظاهر كلامه أنّ مادته أيضاً حينئذ يكون قيمياً.

وأيضاً قد عرفت أنّ بعضهم فسّر التساوي بنحو يصير الدرهم خارجاً عن تعريف المثلي. وأيضاً نسب إلى العلامة أو بعض آخر أنّه قال: إنّ المراد من التساوي هو التساوي في ذات هذا المثلي مع مثله، وفي جوهره. وعلى هذا فيخرج ما كان مماثلاً في الهيئة.

هذا، ولكن نحن نقول: لا وجه لإخراج الهيئة عن تعريف المثلي.

وعلى هذا نقول: إنّ المسكوك مثل هيئة الدرهم والدينار لمّا يكون مساوياً مع سائر الأفراد في القيمة، فيكون داخلاً في تعريف المثلي. وهذا بخلاف هيئة الحليّ فإنّ أفرادها متفاوت القيمة / ٤٣١ / غالباً.

ومنها: أنّ الفقهاء يقولون في البيع: إنّ الغبن موجب للخيار، والمراد من الغبن هناك ما لا يتسامح به في العرف، فما كان قيمته مأة لو بيع بمأة إلّا واحد فليس ذلك غبناً. وكذلك التساوي فيما نحن فيه هو التساوي العرفية بحيث لا يضرّه تفاوت قليل كأن يكون مأة مَنّ مِن حنطة بخمسين ومأة مَنّ آخر بخمسين إلّا واحد مثلاً فإنّ هذا التفاوت لا يخرجه عن التساوي عند العرف. ولو شككنا في التساوي بين أفراد نوع يكون بين أفراده مقدار قليل من التفاوت فلابدّ من الرجوع إلى العرف في كون هذا التفاوت مضرّاً بالتساوي أم ليس بمضرّ. وهذا هو المقام الذي وعدناه سابقاً في أنّه في مورد الشكّ لابدّ من أن يرجع إلى العرف.

وأمّا لفظ «أجزائه» فليس ظاهره مراداً؛ إذ الجزء إنما يكون للمركبات الخارجية.

وهذا قد عرفت من أنّه يتمّ بناءً على كون التعريف للتالف لا للمثلي، وأمّا بناءً على كون التعريف تعريفاً للمثلي كما رجّحناه كان المناسب أن يقال: يتساوى جـزئياته. والظاهر أنّ مرادهم من الأجزاء أيضاً هو الجزئيات. وذلك لأنّ في كلّ جزئي يكون الكلي فيه موجوداً. ويعبّرون عن الكلي الموجود في الفرد بالحصّة، والحصّة من الكليّ بعض الكلي. فلا مانع من التعبير بلفظ الأجزاء؛ لأنّ حصص / ٤٣٢ / الكلي أبعاض من الكلي.

أقول: حصة الكلي عين الكلي لا جزء منه، إلّا أنّ الظاهر أنّ مراد الفقهاء هو ذلك، والذي يجيء بالنظر أن نقول: إنّ بعض أسماء الأجناس يطلق على القليل والكثير على نسق واحد كلفظ الماء والحنطة وأشباه ذلك، وهنا يطلق لفظ هذا الجنس كلفظ الماء على جميع ما يتعقّل كونه من هذه الحقيقة على نسق إطلاقه على مقدار يسير مـنه، وإنّما يحسن التعبير عن المقدار اليسير هنا بلفظ البعض من باب أنّ هذا المقدار يكون بعضاً في إطلاق آخر وهو ما لو أطلق هذا اللفظ على الجميع.

ثمّ إنّ المثليات لمّا كانت كلّها من هذا القبيل فلذا عبّر عـن جـزئياتها بـالأجزاء، ويشهد على صحّة ما ذكرنا أنّه لا يصحّ أن يقال لزيد: إنّه بعض الإنسان، ولكن يصحّ أن يقال لمقدار من الحنطة: إنّه بعض الحنطة، فاحفظ.

[ملاحظات على أجزاء تعريف المثلي]

ثمّ إنّه لا بأس من أن نشير هنا إلى أمور:

الأول: أنّه قد يقال: لابدّ إمّا أن نقدّر لفظ نوعه بأن نقول: ما يتساوى أجزاء نوعه* أو أن نقول بالاستخدام بأن نقول: إنّ المراد من لفـظ «مـا» فـي أوّل التـعريف هـو الشخص التالف، والمراد من الضمير الراجع إليه هو نوعه.

---

*) ***ولا يخفى أنّ الشيخ ـ رحمه الله ـ أضمر لفظ «نوعه» لأجل إخراج الدرهم بالنسبة إلى نصفه، ولكن نحن إذا قلنا: إنّ كلّ واحد من المادة والهيئة مستقل فنقول: إنّه بالتفسير الذي ذكرناه للتساوي يشمل كلّ منهما مستقلاً من دون إضمار. (منه قدس سره).***

ولكن فيه أنّك قد عرفت أنّ المراد من لفظ «ما» هو النوع من الأجناس الذي تكون أفراده متساوية القيمة، فضمير أجزائه / ٤٣٣ / أيضاً يكون راجعاً إلى النوع المثلي. والظاهر أنّ هذه التكلفات إنّما نشأ من أجل أنّه حمل لفظ «أجزائه» على ظاهره، فلذا أريد شخص المثلي من لفظ «ما» في أول التعريف. وقد تقدم أنّ إرادة الشخص الجزئي من لفظ «ما» فيه محظورات أخر أيضاً.

الثاني: أنّ المراد من أجزائه ليس هو الاستغراق الحقيقي، بل المراد هو الاستغراق العرفي. ولذا لو فرضنا أنّ بعض الأفراد النادرة في المثلي صار[ت] قيمته متفاوتةً مع سائر الأفراد فلا يضرّ ذلك بكون هذا النوع مثلياً.

الثالث: أنّه كثيراًما يتفّق أنّ أفراد نوع واحد تكون قيمتها متفاوتة، ولكن صنف منه تكون قيمة أفراده متساوية، وذلك كالحنطة؛ فإنّه إذا لوحظ أصل النوع فيتكثّر أفراده. ولذا قد يتّفق تفاوت فاحش بين أفراده.

وأمّا إذا لوحظ الصنف كالبغدادي الأحمر فحينئذ يقلّل أفراده، فيرتفع التفاوت من البين. وعلى هذا فيجيء في البين سؤال، وهو أنّ مثل الحنطة يكون داخلاً في تعريف المثلي أو القيمي؟

قلت: نحن نقول: إن تعريف القيمي على خلاف تعريف المثلي، وعلى هذا فنحن نقول: إنّ كلا التعريفين يشملان لمثل الحنطة إذا فرض أن يكون هكذا.

نعم، يبقى هنا سؤال آخر، وهو أنّه إذا فرض صدق كلا التعريفين عليه فهل يجيء فيه حكم / ٤٣٤ / المثلي أو القيمي؟ فنقول: إنّه لابدّ من الرجوع* إلى الدليل الدالّ على أنّ المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة، فنقول: إنّ مقتضى الدليل أن يكون كلّ شيء مضموناً بما هو أقرب إلى عين التالف، ومقتضى ذلك أنّه لو وجد فرد مماثل لشيء من القيميّات كالفرس مثلاً يكون مضموناً بمثله إلّا أنّ الفقهاء لا يقولون بذلك، بل

---

*) *فيه أنّه على هذا يصير التعريف بلا فائدة، وإيراد المحقق الأردبيلي يكون وارداً عليه. (منه قدس سره).*

يلاحظون في كون الضمان بالمثل بأن يكون صنف هذا الشيء التالف متساوي القيمة. وعلى هذا فمثل الحنطة يكون مضموناً بالمثل على كلّ حال*.

وممّا ذكرنا ظهر اندفاع الإيراد الذي نسب إلى الأردبيلي[1] ـ عليه الرحمة ـ من أنّه إن أريد التساوي بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء؛ إذ ما من مثلي إلّا وأجزاؤه مختلفة في القيمة كالحنطة؛ فإنّ قفيزاً من حنطة تساوي عشرة ومن أخرى تساوي عشرين.

وإن أريد التساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثوب والأرض. انتهى.

وجه الاندفاع أنّ المراد من التساوي هو التساوي في الصنف.

أقول: لا يخفى عليك أنّ مقتضى ما ذكرنا هو أن يكون حكم المثلي جارياً في شيء كان التساوي بحسب القيمة في أفراد صنفه موجوداً. لا أن يكون تعريف المثلي شاملاً له بخصوصه، وإلّا قد عرفت أنّ تعريف القيمي أيضاً يصدق عليه.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ كلّما يكون مثلياً يصحّ السلم فيه، وأيضاً يقولون / ٤٣٥ / في باب الغصب والقرض: إنّ المثلي مضمون بالمثل والمثلي في الأبواب الثلاثة يختلف معناه الذي يكون مدار الحكم عليه في الجملة، والمرجع في كلّ باب إلى ملاحظة الدليل الذي دلّ على أصل الحكم، فلا تختلط.

الرابع: أنّه لا يخفى عليك أنّ كثيراً من القيميات مثل الثوب إذا قطع بنصفين يكون نصف منه مساوياً مع النصف الآخر في القيمة، فلذا قد يتوهم كون التعريف شاملاً له،

---

*) ***لا يخفى أنّهم لم يعرفوا القيمي وإنّما عرّفوا للمثلي، والمفروض أنّه يشمل الصنف من الحنطة ثمّ قالوا: إنّ القيمي خلاف المثلي. فإنّ الصنف من الحنطة لمّا صار داخلاً في تعريف المثلي يخرج من القيمي فلا يناسب النقض يلزم التعارض بين التعريف بشمول تعريف القيمي لنوع الحنطة.***

نعم، يكون إشكال الأردبيلي باقياً من أنّ المثلي يشمل لبعض أفراد القيميات؛ لأنّ التساوي في بعض الأفراد فيها أيضاً موجود، إلّا أن يقال: إنّ التساوي من حيث القيمة فيها من باب الاتّفاق، والتعريف منصرف عن ذلك. (منه قدس سره).

١) مجمع الفائدة ١٠/٥٢٢، ضمان المثل أو القيمة مع التلف وبيان تعريفهما.

ولكن فيه أنّه لو فرض كونه مقطّعاً بالنصف من أول الأمر فهنا وإن كان المماثل له في القيمة موجوداً إلّا أنّك قد عرفت أنّ مجرد وجود مماثل في الجملة له لا يجعله مثلياً؛ لأنّ ذلك في أغلب القيميات أيضاً يكون موجوداً، بل المدار أن يكون في البين كلّي تكون أفراده متساوية القيمة سواء كان هذا الكلي نوعاً أو صنفاً حتى يصدق أنّ أفراده متساوية القيمة.

ومجرد تحقق التساوي بين بعض الأفراد في زمان من الأزمنة لأجل بعض العوارض لا يجعله مثلياً؛ لأنّه ليس له عنوان يكون لذلك العنوان أفراد، وأمّا لو فرض أنّه لم يكن مقطّعاً بنصفين ولكنّ الغاصب أتلف بعضه في حال اتّصاله فهنا قد يقال*: / ٤٣٦ / إنّا نمنع صدق وجود المماثل للنصف التالف بمجرد أن يكون نصفه الآخر موجوداً؛ لأنّه مادام متصلاً لا يصدق أنّه فردان من هذا الجنس. وذلك نظير أنّ الخطّ الطويل ليس خطوطاً بخلاف ما لو صار هذا الخط مقطّعات، فإنّه تصدق الخطوط عليها حينئذ.

إلى هنا تمّ الكلام في تعريف المثلي.

[إشارة إلى الموارد المشكوكة بين المثلي والقيمي]

ولا يخفى أنّ كلّ شيء يكون تعريف المثلي صادقاً عليه نجري عليه حكم المثلي إن لم يكن الإجماع قائماً على خلافه على فرض كون تعريف المشهور مجمعاً عليه، وذلك كما في الكتب المطبوعة مثلاً.

وأمّا الثياب فالظاهر أنّها من المسلّم كونها من القيميات، ولكنّ الحق أنّه ليس المدار في المثلي على ما صدق عليه هذا التعريف؛ لأنّ هذا التعريف كان عن بعض العلماء، فلم يعلم منهم قيام الإجماع على أنّ ما كان كذلك لابدّ أن يكون مضموناً بالمثل، بل المتّبع هو الدليل الدالّ على أصل الضمان في أنّ مقتضاه في كلّ واحد من الموارد أي

---

*) *فيه أنّ هذا التوجيه غير محتاج إليه. (منه قدس سره).*

شيء كما تقدّمت الإشارة إليه.

وسيأتي توضيح حال الموارد المشكوكة من أنّه لابدّ أن يحكم بأنّها مضمونة بالمثل أم بالقيمة ـ إن شاء الله تعالى ـ وإن تقدّمت الإشارة إلى ذلك سابقاً.

[الأصل في المسألة عند الشك في حكم المثلي]

المقام الثالث: في بيان الأصل في المسألة.

/ ٤٣٧ / ونقول هنا: إنّ الشك في حكم المثلي يمكن أن يكون من طرق أربعة:

الأول: أن نقول: لا إجماع على أنّ المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة، ولكن نحن نشكّ في أنّ مقتضى أدلّة الضمان هو الضمان بالمثل إلّا أن يتعذّر أو القيمة.

الثاني: أن نقول: إنّ الإجماع قائم على أنّ المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة إلّا أنّه ليس معنى المثلي والقيمي معلوماً، وذلك لعدم الإجماع على أنّ تعريف المثلي هو ما ذكره المشهور أو أنّ الإجماع قائم على أنّ تعريف المثلي هو هذا، ولكنّ التعريف يكون مجملاً.

الثالث: أن نقول: إنّ الإجماع قائم على أنّ المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة، والإجماع أيضاً قائم على أنّ تعريف المثلي هو ما ذكره المشهور. وأيضاً هذا التعريف ليس بمجمل إلّا أنّه مع ذلك ربّما يشك في بعض الأشياء من أنّه داخل في تعريف المثلي أو القيمي. وذلك لأنّ كلّ مفهوم وإن كان واضحاً إلّا أنّه يكون له أفراد خفية يشك في دخولها تحت ذاك المفهوم، وذلك لأنّ بعض الأفراد ربّما يصل إلى حدّ يقرب أن يخرج من هذه الحقيقة إلى حقيقة أخرى، فلذا يشكّ في أنّه بعدُ يكون داخلاً تحت هذا المفهوم أم لا.

مثلاً لا شكّ في أنّ مفهوم الماء من المفاهيم الواضحة عند العرف إلّا أنّه ربّما يصل ماء السيل إلى حدّ يشكّ في صدق الماء عليه عرفاً لكثرة خلطه بالوحل. وهذا العنوان من الشك في أفراد أغلب المفاهيم موجودة.

الرابع: أن يكون الشك / ٤٣٨ / لأجل مجرد الشك في المصداق، وذلك لأنّ

الأقسام الثلاثة السابقة كان الشك فيها في الحكم الشرعي إمّا لأجل الشك في أصل الحكم أو لأجل الشك في تحقق المفهوم الذي كان حكمه معلوماً، فإنّ هذا أيضاً شبهة حكمية.

وأمّا هذا القسم الأخير فالمفروض أنّ الشك يكون في صرف المصداق، وذلك كما إذا كان الغاصب والمغصوب منه عالمين بأنّ المشمشة تكون من المثليات، ولكن لا يعلمون أنّ ما تلف يكون مشمشة أم شيئاً آخر يكون ذلك الشيء من القيميات. وذلك الجهل إنّما حصل لهم لعماء أو ظلمة وأشباه ذلك.

وإذا عرفت أنّ الشك هنا يتصور على أقسام فاعلم أنّ رفع الشك في بعض الشكوك يكون بالرجوع إلى الأصول اللفظية إن كانت، وفي بعضها لابدّ أن يرجع إلى الأصول العملية. ومن هنا ظهر وجه ما فعله الشيخ ـ رحمه الله ـ حيث يقرّر الأصل العملي واللفظي معاً في المقام كما في أغلب المقامات التي يكون في البين أصل لفظي حيث إنّه يحتاج الإنسان إلى كلّ واحد من الأصل اللفظي والعملي.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لابدّ لنا أن نتكلّم هنا في مقامين:.

[الأصل العملي في المقام]

المقام الأول: في بيان الأصل العملي في المقام، فنقول: نسب إلى الرياض[1] أنّه قال في مورد نشك في المثلية والقيمية. كلمات العلماء هنا مختلفة: إنّه لابدّ أولاً من الاحتياط بإيقاع مصالحة بين الضامن والمضمون أو بتراضيهما بنحو آخر، فإن لم يتمكّن من الاحتياط / ٤٣٩ / فلابدّ من ترجيح واحد من الأقوال في المسألة بالشهرة، فإن لم يكن بينهما ترجيح فيكون المجتهد مخيّراً بين الأخذ بأحد الأقوال في المسألة كما هو القاعدة في الأقوال المختلفة التي لم يكن بينهما ترجيح. انتهى.

---

١) رياض المسائل ٢٧١/١٢، تعريف المثلي.

ونسب إلى الجواهر[١] أنّه ينقل هذا الكلام من الرياض ويقول: إنّه من غرائب الكلام.

ونحن نقول في بيان كون كلامه من غرائب الكلام بأنّه: أمّا الاحتياط الذي ذكره فهو خارج عن حكم المسألة فليس لنا كلام فيه. وأمّا الترجيح بين الأقوال بمثل الشهرة وغير ذلك فنقول فيه: إنّه ليس حال الأقوال في المسألة إلّا كحال الاحتمالات في المسألة. ولا معنى للترجيح بين الاحتمالات بشهرة وأمثال ذلك.

اللّهم إلّا أن يكون كلامه مبنياً على حجيّة مطلق الظنّ في الأحكام.

وحينئذ لا محظور فيه؛ لأنّ القول الذي تكون الشهرة على طبقه يكون الظنّ فيه بل يمكن تصحيح كلامه على القول بالظنّ الخاصّ أيضاً. وذلك لما ذكرنا في التعادل والتراجيح أنّه يجوز أن يتمسّك بقوله عليه السلام: «**خذ بما اشتهر بين أصحابك فإنّ المجمع عليه لا ريب فيه**»[٢] على حجيّة مطلق الشهرة، ولو كانت منفردة أيضاً.

ونسب إلى السيد صاحب الرياض أنّه كتب رسالة في حجية الشهرة إلّا أنّه مع ذلك كلّه لا يحسن منه جعل الشهرة مرجّحاً بل لابدّ أن يتمسّك على هذا بنفس الشهرة.

أقول: سيأتي في [الشقّ] الآخر من كلامه توجيه آخر لو تمّ يرفع هذا الإشكال أيضاً ظاهراً.

وأمّا ما قاله من التخيير بين الأقوال وأنّ القاعدة في الأقوال المختلفة تكون / ٤٤٠ / ذلك ففيه عجب بعد عجب؛ إذ قد عرفت أنّ الأقوال يكون حالها كحال الاحتمالات في المسألة فكيف يجوز أن يقال: إنّ الإنسان مخيّر بين الأخذ بواحد من الاحتمالات؟! وبعد ذلك* كيف نقول: إنّ القاعدة كليّة يكون على ذلك؟ اللّهم إلّا أن

---

١) جواهر الكلام ٣٧/٩٣، تعريف المثلي وما أورد عليه.

٢) فقه الرضا: ٥٢، باب مواقيت الصلاة.

*) ***ولا يخفى أنّ الحكم بتخيير المجتهد بين الأقوال صدر من المصنف ـ رحمه الله ـ أيضاً. وسيأتي أنّه قيل: إنّ الشيخ قاس التخيير بين خبرين متعارضين. وهذا الوجه وإن كان موهوناً يأتي في كلام الرياض أيضاً. (منه قدس سره).***

يقال: إنّ نظره في هذا الكلام إلى ما يقولون في مسألة الإجماع من أنّه لو اختلفت الأمّة* أي العلماء على قولين أو أقوال فهنا يكون الحكم هو التخيير.

أقول: هكذا لابدّ أن يحمل كلام صاحب الرياض.

نعم، ذكرنا في مسألة العلم الإجمالي أنّ التخيير الذي يقولون به في كلّ مورد كان الأمة على قولين وكان الإمام عليه السلام في أحدهما هو التخيير الظاهري، وهذا إنّما يتمّ في كلّ مورد يكون الأصل في المسألة الفرعية هو البراءة؛ لأنّ في هذه الصورة يجوز أن يعبّر** بأنّ الحكم هو التخيير مسامحةً.

ثمّ لا يخفى أنّ مقتضى ما ذكره صاحب الجواهر[1] ـ رحمه الله ـ في نظير هذا المقام في مسألتنا أنّه يكون قائلاً هنا بالاشتغال، والمراد من الاشتغال أن يكون المالك مخيراً[2] بين أخذ المثل أو القيمة. ويظهر من الشيخ[3] ـ رحمه الله ـ أنّه يكون مردداً في أنّ مقتضى الأصل هو البراءة أو الاشتغال.

هذا، ولكنّا نقول: إنّ مقتضى الأصل بحسب بادي النظر هو الاشتغال، لكن بمعنى آخر، وهو أن يكون على الضامن أن يدفع المثل والقيمة معاً، وبيان ذلك بأن نقول: إنّ الحكم الواقعي المعلوم إجمالاً هو دفع واحد من المثل والقيمة، والمثل والقيمة متباينان. وذلك لأنّه من المسلّم ظاهراً من أنّه لو شكّ في وجوب دفع دينار أو درهم يكون المكلف به مردداً بين / ٤٤١ / المتباينين، ومجرد كون قيمة أحدهما أكثر[4] من الآخر لا يخرج المسألة عن دوران الأمر بين المتباينين، ويدخله في دوران الأمر بين

---

*) ***غير الشيخ يقولون: إنّ المرجع هو الأصل، والشيخ يقول: هو التخيير، وشيخنا المرتضى يحمله على التخيير الواقعي. (منه قدس سره).***

) ***وجه كون هذا التعبير بطريق المسامحة قد ذكرناه قبل خاتمة البراءة. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٣٧/٩٣، تعيين المراد بالمثلي.

٢) يعني لابدّ وأن يؤخذ بما يختاره المالك وإن لم يكن المالك مخيراً، فافهم.

٣) كتاب المكاسب ٣/٢١٦، ما هو الاصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً؟

٤) في المخطوطة: أكثراً.

الأقل والأكثر.

وعلى هذا نقول: إنّ دوران الأمر بين دفع القيمة أو المثل يكون داخلاً في دوران الأمر بين المتباينين، وعلى هذا لابدّ من الاحتياط بالجمع بينهما لأنّهم يقولون: إذا دار المكلف به بين شيئين فحينئذ إمّا أن يكون أحد الشيئين داخلاً تحت الآخر أم لا. فإن كان أحدهما داخلاً تحت الآخر فهنا إمّا أن يكون المكلف به ارتباطياً كدوران الأمر بين الصلاة بلا سورة أو الصلاة مع السورة أو يكون غير ارتباطي كدوران الأمر بين كون الدين الثابت على الذمة أربعة دينار أو خمسة؛ وإمّا أن لا يكون أحد الشيئين داخلاً تحت الآخر كما لو دار الأمر بين كون الواجب على المكلف هو صلاة الظهر أو الجمعة ففي صورة كان المكلف به مردداً بين الأقل والأكثر ولم يكن المكلف به ارتباطياً يقولون بأنّ الأصل هو البراءة عن الزائد عن الأقل الذي يكون معلوماً.

وأمّا لو كان المكلف به في هذه الصورة ارتباطياً فهنا يقول المشهور بالبراءة عن الزيادة على ما قيل.

وأمّا لو كان المكلف به مردداً بين المتباينين فهنا يقول المشهور بلزوم الاحتياط بالجمع بينهما.

وقد عرفت أنّ ما نحن فيه أيضاً يكون من هذا القبيل، فهنا لابدّ أن يقول المشهور بلزوم الجمع بين المثل والقيمة مع أنّه لا يقول / ٤٤٢ / بذلك أحد.

[وجه رفع اليد عن الجمع بين المثل والقيمة عند الشك]

فهنا لابدّ أن نتكلّم في أنّه من أيّ وجه ارتفعوا اليد عما تقتضيه القاعدة من الجمع بين المثل والقيمة، وذكروا لذلك وجوهاً:

الأول: أنّ مقتضى القاعدة وإن كان هو الجمع إلّا أنّه لابدّ أن ترفع اليد عن القاعدة لأجل الإجماع؛ لأنّ الإجماع قائم على عدم لزوم الجمع بين المثل والقيمة.

وأجيب عن ذلك بأنّ هذا الإجماع لم يصرّح به أحد إلّا أنّا نعلم لو سئل عن كلّ واحد من العلماء يقولون بعدم لزوم الجمع.

هذا، ولكن مثل هذا الإجماع ليس بكاشف عن قول الإمام عليه السلام، فليس بحجة.

أقول: لا يخفى أنّه كما نقطع من أنّه لو سئل عن العلماء يقولون بعدم لزوم الجمع كذلك نقطع من أنّه لو سئل عن الحكم الظاهري في مثل المقام عن الإمام عليه السلام أيضاً يقول بعدم لزوم الجمع؛ لأنّ ملاك حصول القطع في كلا المقامين شيء واحد، وهو أنّا نقطع بأنّ الشارع لا يرضى بلزوم مثل هذا الضرر العظيم على الضامن. فانتظر لتمام الكلام هنا ـ إن شاء الله.

الثاني: أنّه قد يقال من أنّه لا يمكن دفع المثل والقيمة معاً إلى المضمون له؛ لأنّه كما يجب على الضامن دفعها إليه لإبراء ذمّته واقعاً كذلك يحرم على المضمون له أخذهما لأنّ أحدهما ليس ماله واقعاً.

وأجيب عن ذلك بأنّ الضامن يكون متمكّناً بدفعه بأن يبيح للمضمون له أن يتصرف في كليهما*.

ثمّ لا يخفى أنّه لا يمكن إلزام الضامن بأن يبيح ماله لغيره لعدم الدليل، وإنّما يجب عليه عقلاً لليقين بالبراءة في صورة لم يرض المالك بشيء بخصوصه بأن يبرء ذمّة الضامن بالمثل أو القيمة.

إن قلت: إنّه ربّما لا يصير المضمون له راضياً بذلك، لأنّ ذلك يكون منّة عليك.

قلت: إنّه يتمكّن من أن يدسّ في ماله كأن يلقى شيئاً في أمواله التي تكون يد

---

*) ***إلّا أن يقال بوجوبه عليه عقلاً في صورة توقف تحصيل اليقين ببراءة ذمّته عليه، ومع ذلك نقول: لا دليل على لزوم أن يبيح الضامن كلاهما للمضمون له، بل نقول: إنّ اشتراط القبول من المضمون له في حصول الأداء يسقط من البين للوجه الذي ذكرنا في محلّه من سقوط اشتراط القبول من الدائن الذي يمتنع عن قبول دينه، ولكن سقوط هذا الشرط من جهة قاعدة الضرر التي يأتي أنّه في مقامنا يكون اقتضاؤها عدم وجوب دفع المثل والقيمة معاً.***

نعم، لو امتنع المضمون له عن قبول أحدهما أيضاً يكون مقتضياً سقوط اشتراط قبوله في براءة ذمّة الضامن أيضاً. (مه قدس سره).

المضمون له عليها؛ فإنّ العلماء ذكروا أنّ من طرق إيصال المال إلى مالكه هو دسّ هذا المال في / ٤٤٣ / أمواله.

الثالث: أن نقول: إنّ دفع المثل والقيمة معاً يكون ضرراً على الضامن فيرفع وجوب دفعهما معاً بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار».

وردّ ذلك بأنّ حديث «لا ضرر» لمّا ورد عليه تخصيصات كثيرة فلا يجوز التمسّك به ما لم يجبر بعمل الأصحاب، فكلّ مورد تمسّك الأصحاب به فهنا يجوز التمسّك به لنا.

وعلى هذا نقول: إنّ العلماء لم يتمسّكوا بهذه الرواية في الموارد التي يرد الضرر على المكلف في مقام امتثال التكليف، ولذا يقولون من أنّه إذا توقّف الوضوء للصلاة على اشتراء مائه بمال كثير أيضاً لا يسقط الوضوء من البين*.

نعم، ربّما يصل الضرر إلى حدّ يسوء حال المكلف مع ورود ذلك الضرر عليه كأن يصير بعده محتاجاً إلى التكدّي، فمثل هذا الضرر مرفوع لكن لا بأدلة الضرر، بل بغيرها كأدلة الحرج مثلاً.

ولعلّ هذا هو السرّ في التفصيل الذي يفهم من الشيخ في مسألة وجوب أداء مؤونة ردّ المغصوب في السابق.

وأجيب عن هذا الإيراد بأنّه لا يخفى عليك أنّ حكم العقل بالاحتياط ليس تنجيزياً، بل يكون معلقاً على عدم ثبوت ترخيص من الشارع في الطرفين أو في واحد من الأطراف بأن يجعل واحد من الأطراف بدلاً عن الواقع.

وعلى هذا نقول: إنّ التكليف الذي يكون امتثاله ضررياً تارةً لا يكون ذلك التكليف

---

*) ***لا يخفى أنّ مقتضى الأخبار وجوب شراء ماء الوضوء ولو بمال كثير وهذا تخصيص على قاعدة الضرر، ومجرد ورود تخصيص على قاعدة الضرر في مورد لا يقتضي تخصيص قاعدة الضرر في نظائره إلّا بالقياس. ومن هنا قلنا في قاعدة الضرر: إنّه متمسّك بالقاعدة لرفع وجوب الوضوء أيضاً في صورة يتوقف الوضوء على الذهاب إلى مكان يسرق ماله ممّا يعدّ ضرراً عرفاً. (منه قدس سره).***

ناشياً عن سبب من الأسباب، وذلك كالصلاة والوضوء / ٤٤٤ / وأمثال ذلك، وهنا نسلّم أنّه لو كان امتثال التكليف موجباً للضرر لا يكون هذا الضرر مرتفعاً بأدلة الضرر؛ وتارة يكون ذلك التكليف ناشياً من سبب من الأسباب [كما] فيما نحن فيه، فإنّ الضمان إنّما نشأ من الإتلاف، فهنا نقول: إنّ سببيّة الإتلاف لضمان الشيء الواقعي المجهول يكون موجباً للضرر*.

أقول: فلابدّ أن تكون سببية له على أحد التقادير، وهو صورة اختيار الضامن إيّاه للدفع.

أقول: الأحسن أن يقال: إنّ الضرر الناشي من امتثال التكليف الواقعي هنا يكون مرفوعاً بأدلة الضرر؛ لأنّ المفروض أنّ هذا المورد خارج** من الموارد التي لا يتمسّك الفقهاء بأدلة الضرر هناك.

وبوجه آخر يجوز أن يقال بما قلنا في مسألة الضرر من أنّ المرفوع بأدلة الضرر هو الإضرار*** بمعنى أنّه إذا كان الضرر من قبل شخص آخر فيكون مرفوعاً بخلاف ما لو لم يكن كذلك. ومسألتنا من قبيل القسم الأول ومسألة وجوب اشتراء ماء الوضوء بثمن جزاف يكون من قبيل القسم الثاني.

أقول: هذا، مع أنّه يجوز إتمام المسألة على ما بنينا عليه من جواز إجراء الأصل

---

*) *وفيه أنّه تصويب. (منه قدس سره).*

**) *وفيه أنّ الإيراد كان مقتضاه من العموم يحتاج إلى جابر، إلّا أن يقال: إنّ الجابر لم يكن موجوداً في الجواب السابق أيضاً. (منه قدس سره).*

***) *ما نقلناه في قاعدة الضرر محلّ إشكال من وجوه، ونحن أجبنا عن إشكال تخصيص الأكثر في قاعدة الضرر، ومن هنا قلنا: إنّه يجوز التمسّك بقاعدة الضرر حتى يثبت المخصص. فعلى هذا لا مانع من التمسك به في المقام.*

نعم، لو قلنا بلزوم الاحتياط في أطراف العلم الإجمالي فحينئذ يتمسّك بقاعدة الضرر لإثبات عدم الجمع بين المثل والقيمة على الضامن.

وأمّا على التحقيق من جريان الأصل في أطراف المعلوم بالإجمال فيتمسّك بقاعدة الضرر للضرر الذي يرد على المالك لإثبات أداء شيء من المثل أوالقيمة على الضامن. (منه قدس سره).

في أطراف الشبهة المحصورة.

غاية الأمر أنّه يلزم الضرر على المضمون له. وهنا لا مانع من التمسك بأدلة الضرر لإثبات واحد من المثل أو القيمة.

[هل الضامن مخيّر بين دفع القيمة والمثل أو الملاك رضى المالك؟]

ثمّ إنّه بعد / ٤٤٥ / ما قلنا من أنّه لا يلزم الجمع بين القيمة والمثل يقع الكلام في أنّه هل يكون الضامن مخيّراً بين دفع القيمة والمثل أو أنّه لابدّ أن يدفع بكلّ شيء يرضى المالك به من المثل أو القيمة.

[مقتضى القاعدة في المقام]

وهنا نقول: إنّ مقتضى قاعدة البراءة أن لا يكون على الضامن إلّا ما يريد دفعه، فيكون التخيير للضامن إلّا أنّه قد يقال: إنّه كان على الضامن شيء، ويشكّ في براءة ذمّته بدفع ما يريد أن يدفعه. ومقتضى ذلك أن يكون الأصل هو الاشتغال.

[تأسيس القاعدة الكلّية]

ثمّ إنّه لا بأس من أن نشير إلى القاعدة الكلية في هذا المقام حتى يوضح حال ما نحن فيه، فنقول: لو دار المكلف به بين الأقل والأكثر وكان ارتباطياً فهنا يقول المشهور بأصالة البراءة عمّا زاد عن الأقل.

هذا لو كان الدوران بين الزيادة والقلة في الأجزاء الخارجية.

وأمّا لو كان الأقل هو الموجود الخارجي وكانت الزيادة المشكوكة جزءً ذهنياً كما لو دار الأمر بين عتق الرقبة المؤمنة أو مطلق الرقبة فهذه الزيادة هنا ليس جزءً خارجياً، بل إنّما يكون جزءً ذهنياً لأنّه ينتزع الذهن من العبد المعتقد للإسلام قيد المؤمنية، والقائلون بالبراءة في المقام الأول يكون بعضهم قائلاً هنا بالاشتغال بمعنى أنّه يجب عتق المؤمنة المشتملة على الزيادة الذهنية، وبعضهم يقولون بالبراءة وأنّه

يكون مخيراً / ٤٤٦ / بين الفرد المحتمل المعيّنية وسائر الأفراد بالتخيير العقلي كما أنّه يكون مخيراً بالتخيير العقلي بين أفراد الطبيعة المأمور بها في غير المقام.

ثمّ إنّ الشك في الشرائط أيضاً يكون من هذا القبيل؛ حيث إنّ المشروط له زيادة ذهنية لا خارجية، وبعضهم يلحق الشك في الشرائط إلى الشك في الأجزاء.

ورجّح الأستاد ـ سلّمه الله ـ الأول موافقاً للمحقق البهبهاني.

ثمّ هذا كلّه لو دار الأمر بين ما يكون له خصوصية زائدة خارجية أو ذهنية وبين غيره. وأما لو كان الأمر دائراً بين ما يكون سهلاً وبين ما يكون صعباً كما في التخيير الشرعي حيث إنّ الأمر يكون دائراً بين أن يكون مكلفاً بخصوص العتق أو يكون مخيراً بينه وبين غيره وبعض القائلين بالبراءة يكونون قائلين بالاشتغال هنا، وبعضهم يقولون بالبراءة هنا أيضاً.

ثمّ إنّ هذا كلّه فيما لو دار المكلف به بين شيئين وكان في البين ما يحصل براءة الذمة به قطعاً.

وأمّا لو لم يكن في البين ما يحصل البراءة به قطعاً إلّا أنّه يكون المكلف به دائراً بين شيئين يكون أحدهما أصعب من الآخر كما فيما نحن فيه فبعض القائلين بالبراءة في المقام السابق يكونون قائلين بالبراءة في هذا المقام أيضاً.

وأمّا لو دار المكلف به بين شيئين الذين لا يكون أحدهما أصعب من الآخر فهنا يكون من المسلّم أنّه يكون من قبيل دوران / ٤٤٧ / المكلف به بين متباينين. ولابدّ فيه من الاحتياط على المشهور.

وهذا خارج عن محلّ كلامنا، وإنّما الإشكال هنا في بيان وجه اختلاف العلماء في المقامات السابقة حيث إنّ بعضهم يقول بخروج تمام تلك الأقسام عن مسألة دوران الأمر بين المتباينين، وبعض آخر ينكر ذلك على اختلافٍ في إنكارهم كما تقدّم.

ووجه هذا الاختلاف إنّما هو من اختلاف صغروي واختلاف كبروي.

أمّا الاختلاف الكبروي فهو أنّ بعضهم يقول: إنّه بمجرد أن يدور المكلف به بين الأخف والأثقل فيكون ثقل الأثقل تكليفاً من غير بيان، فلا يلزم الاحتياط. ولازم هذا

القائل هو عدم الاحتياط إلّا في مورد التباين الصرف كما تقدم.

وبعضهم يقول: إنّ المدار في عدم لزوم الاحتياط هو عدم سقوط أصالة البراءة من الطرفين بواسطة العلم الإجمالي بين المتباينين، وإنّما لا يسقط الأصل من الطرفين في صورة كان في البين قدر متيقن كما في صورة دوران الأمر بين الأقل والأكثر الخارجي أو الخارجي مع الذهني على اختلاف في الصغرى.

ومن هنا علم وجه الاختلاف الناشي من الاختلاف في الصغرى أيضاً.

ثمّ إنّ الإستاد ـ سلّمه الله ـ قال: إنّ المختار فعلاً هو أنّ الاحتياط لا يسقط إلّا في صورة / ٤٤٨ / لم يسقط أصالة البراءة من الطرفين. وهذا منحصر بصورةٍ كان المكلف به مردداً بين الأقل والأكثر في الأجزاء وأنا **أقول**: إنّ في هذا الكلام موارد للنظر:

أمّا أولاً فلا يخفى عليك أنّه لم يقل أحد ظاهراً من أنّه في صورة يكون المكلف به مردداً بين المتباينين وكان أحد المتباينين أخفّ من الآخر أنّه يؤخذ بالأخفّ، بل المدار عند العلماء في جريان البراءة إنّما هو في صورة يكون مقدار من التكليف معلوماً ومقدار منه مشكوكاً، فيشمله أدلّة البراءة عقليتها ونقليتها، فالاختلاف السابق كلّه يكون ناشياً من الاختلاف في الصغرى. ولعلّ بعض الإختلاف يكون ناشياً من الإختلاف في مقدار دلالة أدلّة البراءة. وعلى كلّ حال لا يقول أحد: إنّه بمجرد أن يكون أحد المتباينين أخف من الآخر أنّه يؤخذ بالأخفّ.

ثمّ لا يخفى عليك أنّه ذكرنا في محلّه أنّه ليس الأصل في المتباينين أيضاً هو الاحتياط بالجمع بينهما كما تقدمت الإشارة إليه ظاهراً، ومقتضاه أن يكون التخيير من الضامن؛ لأنّه ليس إجماع على وجوب الدفع بأزيد من هذا المقدار*، ولكن قد عرفت

---

*) ***وبناءً على وجوب الاحتياط في المتباينين كما هو مذاق المشهور نقول: لو رضي المالك بشيء من المثل أو القيمة فلا يتمّ شيء ممّا ذكرناه لدفع عدم وجوب الاحتياط، وإلّا فيكون التخيير من الضامن لأنّ ما ذكرناه من الأدلّة على عدم وجوب الاحتياط بالجمع بين المثل والقيمة في هذه الصورة يكون مقتضاه رفع التكليف الفعلي في هذه الصورة عما يقتضيه التلف أو الإتلاف مثلاً واقعاً. وإلّا كان مقتضاه وجوب الاحتياط بالجمع فيكون بمثل صورة***

أنّ مقتضى مذاق المشهور هو الاحتياط. فلابدّ أن نقول: إنّ التخيير يكون من المالك لأنّه لا يعلم براءة ذمة الضامن إلّا بذلك إلّا أنّ الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ يتصدّى هنا مع ذلك لإثبات / ٤٤٩ / التخيير للضامن، وذلك لأنّه يقول: نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين محذورين - أعني تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبته القيمة ولا للضامن الامتناع وبين تعيين القيمة كذلك - فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح. فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل هذا. انتهى.

وأورد عليه بأنّ المفروض أنّ الشيخ اعترف أوّلاً بأنّ مقتضى القاعدة هو الاشتغال حيث إنّ الأصل عدم براءة ذمته إلّا بما يرضى به المالك، وعلى هذا نقول: إنّه بمجرد قيام الإجماع على أنّه ليس التخيير للمالك لا يجوز أن ترفع اليد عن قاعدة الاشتغال؛ لأنّك أفرض أنّ المالك يقول: لا تخيير لي لكنّك اِعمل بمقتضى تكليفك، والمفروض أنّا ذكرنا أنّ مقتضى تكليفه الاشتغال.

نعم، يمكن أن يكون مراد الشيخ بمقتضى تشبيهه - على إشكالٍ في مراده - في المشبّه به من أنّه هل المراد تخيير المقلد في الرجوع إلى كلّ واحد من المجتهدين أو أنّ المراد تخيير المجتهد بمضمون أحد من الأمارتين هو أنّ المسألة يكون من باب دوران الأمر بين حكمين، ويكون الضامن مخيراً في اختيار أيّ واحد من الحكمين يريد نظير تخيير المجتهد في المسألة الأصولية / ٤٥٠ / بالأخذ بأحد الخبرين. وإذا أخذ بأحد الحكمين فلا يبقى مجال لجريان قاعدة الاشتغال عند العمل كما حقّق ذلك عند مسألة تخيير المجتهد بين الأخذ بأحد الخبرين.

هذا، ولكن يرد على الشيخ أنّه لا دليل على التخيير بين الحكمين بوجه من الوجوه، وذلك لأنّ كون المكلف مخيّراً يكون على خلاف الأصل، وإنّما ثبت ذلك

يضطرّ في ارتكاب أحد أطراف الشبهة المحصورة في أنّ الاختيار في تعيين أيّ واحد شاء إلى نفسه. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٢١٧/٣، ما هو الأصل فيما يشك في كونه مثلياً أو قيمياً؟

بالدليل بين الخبرين المتعارضين، وفيما نحن فيه لم يقل أحد بالتخيير.

نعم، مقتضى الكلام المنسوب إلى الشيخ ـ رحمه الله ـ من أنّه لو اختلفت الأمة على قولين يكون الحكم هو التخيير في الجملة كما حقّقناه في محلّه أن يكون التخيير فيما نحن فيه بمقتضى القاعدة على مذهبه إلّا أنّ هذا المذهب لم يتابعه ظاهراً أحد، ويكون شيخنا ـ رحمه الله ـ أيضاً معترفاً ببطلانه. ولعلّ قوله: «فتأمّل» إشارة إلى جميع ما ذكرنا أو إشارة إلى بعضها.

[مقتضى الأصل اللفظي في المقام]

المقام الثاني في بيان الأصل اللفظي في المقام، ونقول هنا: أولاً لا يخفى عليك أنّه ذكرنا صوراً أربعة للرجوع إلى الأصل فيها، وتلك الصور بحسب الأصل العملي لا فرق بينها ظاهراً وأمّا بحسب الأصل اللفظي يحصل الفرق في البين حيث إنّ الشك إذا كان في الشبهات المصداقية فلا يجوز التمسّك لها بالأصل اللفظي.

[مقتضى «على اليد»]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ / ٤٥١ / الأصل اللفظي الذي يجوز التمسّك به في المقام هو رواية «**على اليد ما أخذت حتّى تؤدي**»[1]، وقوله تعالى: ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[2].

ولا يخفى أنّه لسنا هنا بصدد إثبات أصل دلالتهما على الضمان، وإنّما المهمّ لنا في هذا المقام أنّه على فرض تماميّة دلالتهما على أصل الضمان هل تدلان على أنّ الأصل في الضمان أن يكون بالمثل أم لا؟ وإذا عرفت ذلك فنقول: أمّا الرواية فلا تدلّ على المطلوب.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) البقرة: ١٩٤.

وبيان ذلك أنّ العامّ إذا كان الحكم بحسب أفراده مختلفاً فهنا لا يجوز التمسك بمثل هذا العامّ لا في الشبهات الحكمية ولا في الشبهات الموضوعية، ولو على القول بجواز التمسّك بالعامّ في الشبهات المصداقية أيضاً.

مثلاً إذا قال المولى: «أكرم العلماء» وعلمنا أنّ الإكرام في حقّ الفقهاء يكون على نحوٍ وفي حقّ الحكماء يكون على نحوٍ آخر، فهنا لو شككنا في مصداق أنّه من الحكماء أو الفقهاء فلا يجوز التمسّك بهذا العامّ لإدخاله في حكم الفقهاء أو الحكماء. وهذا واضح.

وأمّا في الشبهات الحكمية كما إذا شككنا أنّ من قرأ المنطق وبعض كتب الفقه هل يكون فقيهاً أو حكيماً أيضاً لا يجوز التمسّك بهذا العامّ له كما هو واضح.

ورواية «على اليد» أيضاً هكذا؛ فإنّا علمنا أنّ الأداء في القيميّات بالقيمة وفي المثليات بالمثل. فإذا كان الأداء فيهما / ٤٥٢ / مختلفاً فلا يجوز التمسّك بهذا العامّ لا في الشبهات المصداقية ولا في الشبهات الحكمية.

أقول: يمكن أن يقال: إنّ هذه الرواية ليست مجملة، وبيان ذلك بأن نقول: إذا فرضنا أنّ هذه الرواية تدلّ على وجوب الأداء ولو بعد التلف - كما هو المدّعى وقد تقدّم أنّ مدلوله أيضاً كذلك - فحينئذ لابدّ أن نقول: إنّ معنى الرواية أنّه بمجرّد الاستيلاء على مال الغير يصير هذا المال في عهدة المستولي، ولو تلف أيضاً، ولا يخرج عن عهدته إلّا بأدائه.

وعلى هذا نقول: إنّ أداء كلّ شيء بعد التلف يكون عند العرف على نحوٍ. وفي الرواية علّق خروج العهدة عن الضمان على الأداء، والأداء عندهم في كلّ مورد يكون على نحو.

وعلى هذا فلابدّ أن يرجع في موارد الشك إلى العرف في تعيين معنى الأداء، وكذلك لو قال المولى: «أكرم العلماء» وفرضنا أنّه يكون الإكرام في حقّ كلّ طائفة على نحو، ويكون نحوه عند العرف معلوماً، وتعيين الإكرام هنا أيضاً موكول إلى تعيين أهل العرف إن كان ذلك ممكناً كما فيما نحن فيه، فتدبّر؛ فإنّه لا مجال للتفصيل.

وأمّا الآية فنقول: لو كان المراد من المثل هو المثل الإصطلاحي، فتصير الآية مجملة. ولو كان المراد من المثل هو المماثلة في المالية أيضاً يكون مقتضاه وجوب أداء القيمة دائماً إلّا أنّ هذين المعنيين ليسا بمرادين قطعاً كما هو / ٤٥٣ / واضح.

بقي له معنيان آخران:

الأول: أن يكون المراد هوالمثل العرفي، وهو أن يكون مماثلاً له في الصورة*.

---

*) نمنع المماثلة العرفية بمجرد المماثلة في الصورة. كيف ودعوى أنّ مفاد الآية في إتلاف فرسٍ قيمته ألف الضمان بفرسٍ قيمته تومان أو بالعكس بعد مضحكةٍ ولا يقول أحد من أهل العرف: إنّ مفاد الآية ذلك مع الغمض عن دليل آخر أو إجماع على خلافه.

وعلى هذا نقول: إنّ المماثلة في المالية ملحوظة في نظر العرف مسلّماً في أمثال المقام ولو بمناسبة الحكم والموضوع.

نعم، كلّ مورد أمكنت المماثلة بحسب الصورة والهيئة فتكون المماثلة أشدّ فتدلّ الآية عليه؛ لأنّ المماثلة في جميع الجهات إلّا ما تعذّر مقتضى ذلك.

وذلك لأنّ المماثلة في الجهات الجزئية التي متعذر غالباً لا يستفاد من الآية في نظر العرف إلّا في صورة تيسّرها كما أنّه لو تعذّر[ت] المماثلة في المالية مع الصورة والهيئة فالمستفاد عرفاً من أمثال الآية بمناسبة الحكم والموضوع هو مراعاة جهة المالية.

وتوضيح المقام أنّه ربّما يكون ما هو محقق لمتعلق الحكم في الموارد والحالات والأزمان مختلفاً في نظر العرف والعقل.

مثلاً لو قال: «أكرم الناس» فالإكرام في حقّ طوائف الناس يكون مختلفاً.

وكذلك في الأزمان والحالات كما هو واضح.

والعرف تعيّن مصداق الإكرام في كلّ طائفة، وفي كلّ زمان وحال بشيء مغاير لما يعيّنه في غيره.

وهذا التعيين يكون بمناسبة المورد والحالة وغيرهما. وهذا يكون معتبراً حيث إنّ المستفاد من اللفظ أيضاً في نظر العرف ذلك. فالاعتداء بمثل ما اعتدى مع إمكان المماثلة من جميع الجهات يكون هو المتعيّن، وعند التعذر يكون الملحوظ خصوص المالية والهيئة. وعند اختلافها يكون الملحوظ خصوص المالية.

وبما ذكرنا أنّ الرجوع إلى القيمة في المثلي لو تعذّر المثل يكون بمقتضى الآية، ويكون بمقتضى قوله عليه السلام: «على اليد» الخ، حيث إنّه من هذه الجهة بمثل آية الإعتداء كما أشرنا إليه في المتن سابقاً.

ثمّ إنّ ما ذكرناه غير مناف لإلقاء الشارع مراعاة بعض خصوصياتٍ يندر وجوده في الخارج، مثلاً

وعلى هذا فيكون مقتضى هذه الآية وجوب أداء المثل مطلقاً حتى في القيميات إلّا أنّه لابدّ أن نخصّص عمومه بالنسبة إلى الموارد التي قام الإجماع على أنّ الضمان هناك بالقيمة، ونتمسّك بها لإثبات وجوب المثل في جميع الموارد المشكوكة في غير الشبهات المصداقية.

إن قلت: إنّا نعلم بخروج القيميات عن تحت هذه الآية، والقيميات تكون معناها مجملاً.

قلت: هذا مسلّم إلّا أنّ المخصص لمّا يكون مردداً بين الأقل والأكثر يجوز التمسّك به في غير مورد الأقل الذي يكون التخصيص هناك معلوماً على التحقيق.

[نقل كلام الشيخ رحمه الله في المقام]

ثمّ إنّ الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ يقول هنا: وما شكّ في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف، ومع الاختلاف الحقّ بالقيمي، فتأمل. انتهى.

ونحن نقول: إنّ وجه التأمل يمكن أن يكون لأجل أنّ حكمه بالقيمي أولاً إنّما كان لأجل قاعدة الاشتغال؛ حيث إنّ مقتضى قاعدة الاشتغال في صورة يكون القيمة أزيد هو دفع القيمة، فأمره بالتأمل إشارة إلى أنّه لا وجه للتمسّك بقاعدة الاشتغال مع أنّ المفروض أنّ مقتضى الأصل اللفظي هو دفع المثل.

أقول: لا يخفى عليك أنّ هذا الوجه / ٤٥٤ / لا يلصق بكلام الشيخ ـ رحمه الله ـ*؛

إذا كان فيما لا يتساوى أجزاؤه الذي هو معنى القيمي عند القوم المماثلة من حيث الصورة مع المماثلة في المالية نادرة، فيلقى الشارع مراعاة الصورة رأساً ويأخذ بما هو الأهمّ في الماليّات، وهو القيمة والمالية حتى لو فرض وجود المماثل من جميع الجهات في الخارج أيضاً. (منه قدس سره).

١) كتاب المكاسب ٣/٢٢١، ما شك في كونه قيمياً أو مثلياً.

*) ***بل نظر المصنف في تعيين القيمة عند الإختلاف ما تقدّم هنا من أنّ نظر العرف عند الإختلاف***

لأنّه لم يكن مفروض كلامه في خصوص صورة تكون القيمة أزيد من المثل حتى يتمسّك له بقاعدة الاشتغال، بل إنّما كان كلامه في مطلق صورة تكون قيمة المدفوع مع التالف مختلفة. وسيجيء لوجه التأمل احتمالٌ آخر أيضاً ـ إن شاء الله.

[المماثلة المطلقة]

الثاني: أن يكون المراد بالمثل هو المماثلة المطلقة، وهذا أيضاً له معنيان:

الأول: أن يكون المراد هو المماثلة في الصورة وبحسب اللّب، وهو مقدار المالية المقصودة في الأموال.

وعلى هذا فإن أمكن أداء المثل بحيث لا ينقص القيمة فيعيّن وإلّا يجب دفع المثل مع مقدار القيمة الذي نقص منه. ونسب إلى بعض أنّه يكون قائلاً بذلك.

الثاني: أن يكون المراد هو المماثلة من جهة واحدة إلّا أنّه تلاحظ الجهة التي يكون هو الغرض الأهمّ.

وعلى هذا فلو كانت قيمة المثل بمقدار قيمة التالف فلا إشكال في البين.

وأمّا لو كان أنقص* فحينئذ لو دفع المثل فراعى المماثلة الصورية ولو دفع القيمة فراعى المماثلة اللُبيّة فلابدّ أن يلاحظ أنّ أيّ واحد منهما هو الغرض الأهمّ من هذه العين.

وعلى هذا نقول: إنّ الغرض الأهمّ من الأعيان التي تقع المعاملة عليها هو ماليّتها. ولذا يعيّن عليه أداء القيمة في هذه الصورة. ولعلّ / ٤٥٥ / الوجه في تعيين الشيخ دفع القيمة في صورة اختلاف القيمة هو هذا.

على الأخذ بما هو المقصود الأصلي في الماليّات وهو القيمة، وعليه فتأمّله من جهة ما رجّحه في صدر كلامه من أنّ مفاد الآية اعتبار المثل حتى في القيميات لكنّك عرفت فساده. (منه قدس سره).

*) *لقائل أن يمنع المثلية مع اختلاف القيمة؛ لأنّ المثل ما يكون مماثلاً من جميع الجهات. (منه قدس سره).*

وعلى هذا فأمره بالتأمّل إمّا أن يكون إشارة إلى أنّا لا نسلّم أن يكون الغرض الأهمّ من الأعيان هو المالية - وفيه ما فيه - وإمّا أن يكون إشارة إلى فساد هذا المعنى من أصله.

أقول: أو إشارة إلى أنّه ليس قرينة على أن يكون معنى الآية هذا وإن يـمكن أن يكون مراداً، فافهم.

[المشهور يقول: إن المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة]

ثمّ نشرع إلى دليل كلام المشهور من أنّ المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة، ولا يخفى عليك أنّ ذكر الدليل على مدّعاهم وبيان بعض الفروع المترتبة على ذلك ليس متوقفاً على أن يكون تعريف[1] المثلي معلوماً لنا؛ لأنّك أفرض أنّ مفهوم المثلي غير واضح لنا إلّا أنّه لا إشكال في أنّ بعض الأشياء يكون معلوماً أنّها مثلي، فهنا نحتاج إلى ذكر الدليل على أنّ مثل ذلك مضمون بالمثل ونحتاج إلى ذكر الفروع المترتبة على ذلك.

وإذا عرفت ما تقدّم فهنا مقامان:

الأول: في أنّ المثلي مضمون بالمثل.

ونسب إلى المحقق الثاني[2] أنّه استدلّ له بالإجماع، وبقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى﴾ الآية وبأنّ المثل أقرب إلى التالف من القيمة.

ونحن نقول: أمّا الإجماع فليس له مخالف إلّا الإسكافي، وأمّا عـبد الله الحسـن البصري فهو مخالف في المقام الثاني أعني القيمي.

ونسب إلى الإسكافي أنّه مخالف في المقام الثاني أيضاً.

ولا يخفى عليك أنّه لا يمكن أن يكون مخالفاً في المقام الأول والثاني / ٤٥٦ / معاً،

---

١) في المخطوطة: تعريفاً.

٢) جامع المقاصد ٢٤٥/٦، أحكام ضمان غير الحيوان.

فلا يمكن الجمع بين هاتين النسبتين.

أقول: يمكن أن يكون متوقفاً في المسألتين كما سيأتي أنّه يمكن استظهار ذلك من كلامه، فحينئذ يصير مخالفاً في المسألتين بمعنى أنّه ليس داخلاً في المجمعين.

ثمّ لا يخفى أنّ الظاهر من العبارة التي نسبت إلى الإسكافي أنّه مخالف في هذه المسألة لأنّه نسب إليه قريب من هذا المضمون من أنّه يجب على المتلف قيمة التالف أو مثله إن رضي المالك. انتهى.

وبيانه أنّ قوله: إن رضي المالك يمكن أن يكون قيداً لكلا جزئين من كلامه، وهو القيمة والمثل معاً، وعلى هذا فيمكن أن يقال: إنّه مخالف في كلا المقامين، وأنّه في كلا المقامين يكون بناؤه في مقام العمل على الاشتغال إلّا أنّ هذا خلاف ظاهر عبارته، بل الظاهر أن يكون قوله: «إن رضي المالك» قيداً لخصوص قوله: «أو مثله».

وعلى هذا نقول: إنّ تعليق أداء المثل على رضاء المالك دون القيمة يكون كاشفاً من أنّ مقتضى القاعدة هو أداء القيمة. وأمّا المثل يكون بدلاً عنها، ولذا يتوقف على رضاء المالك، وذلك نظير ما يقولون في مسألة الزكاة من أنّ ما دلّ على أنّه يجوز للمالك أن يعطي ما هو سنّة أكثر من الفريضة كأن يعطي ابن اللبون عوضاً عن ابن المخاض يكون كاشفاً من أنّ ابن اللبون ليس هنا فريضة وإلّا لم يتوقف على رضاء المالك.

أقول: الظاهر في عبارة / ٤٥٧ / الإسكافي أن يكون المثل بدلاً لو قلنا برجوع القيد إلى الجزء الأخير، فافهم.

[مخالفة الإسكافي في المقام]

ثمّ لا يخفى أنّ الإسكافي وإن كان مخالفاً في هذه المسألة إلّا أنّ خلافه ليس مضراً بالإجماع المنقول في المقام، وذلك لأنّ الإجماع المنقول في اصطلاح المتقدمين عبارة عن نقل قول المعصوم عن حدس، ولذا يشكل الأمر في أنّ أدلّة حجية الخبر الواحد كما يشمل الخبر الحسّي فهل يشمل الخبر الحدسي أيضاً أم لا.

وأمّا الإجماع المنقول في لسان المتأخرين هو نقل ما هو الكاشف عن قول المعصوم وهو اتفاق العلماء. ولا يضرّ بذلك مخالفة بعض العلماء مثل الواحد أو الإثنين، لأنّه يمكن الحدس بقول المعصوم هنا أيضاً.

أقول: لا يخفى أنّ مخالفة واحد أو الإثنين على كلّ حال ليس بمضرّ، فافهم.

[مدى دلالة آية الإعتداء]

وأمّا الآية فدلالتها على المطلوب كما تقدمت الإشارة إليه بأن نقول: إنّ لفظ «ما» في قوله تعالى: ﴿بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1] إمّا أن تكون موصولة أو موصوفة أو مصدرية. وعلى الأولين لا إشكال في أنّ المماثلة تكون في المعتدى به لا في مقدار الاعتداء، فلا يرد عليه ما ذكره في الرياض.

وعلى الثالث تكون المماثلة ملحوظة في الاعتداء، وحينئذ قد يقال: إنّها لا تدلّ على وجوب المثل للتالف، وذلك لأنّ الآية على هذا تدلّ على مجرد أنّ الجزاء لابدّ أن يكون بمقدار الاعتداء مثلاً لو كان الاعتداء. من الظالم بمقدار خمسة دينار فلابدّ أن يكون جزاؤه أيضاً بهذا المقدار.

وأمّا أنّ الجزاء لابدّ وأن يكون بمثل اعتداء الظالم أيضاً أم لا، فلا تكون الآية دالّة على ذلك، بل تكون ساكتة عن هذا.

هذا، ولكن فيه / ٤٥٨ / أنّا نسلّم أنّ المماثلة يجوز أن تكون في الاعتداء إلّا أنّ المماثلة في الاعتداء أيضاً لابدّ أن تكون ملحوظة من جميع الجهات. وهذا لا يصير إلّا بأن تكون المماثلة في المعتدى به أيضاً موجودةً، وذلك لأنّه إذا قطع زيد أنف عمرو فقطع عمرو بعوض ذلك أذن زيد لم تكن المماثلة في الاعتداء من جميع الجهات موجوداً هنا. اللّهم إلّا أن يقال: إنّ هذه الآية تكون بصدد بيان المفهوم، وبيان ذلك أنّه لمّا كان محلّ توهّم أن يقال: إذا تعدّى الظالم في شيء كأن أتلف مال أحد فهنا يجوز

---

١) البقرة: ٢٧٧.

إتلاف أكثر من التالف من مال هذا الظالم المتلف فتصدّت هذه الآية لرفع هذا التوهّم فقال: إنّ الاعتداء الجزائي لابدّ وأن يكون بمقدار الإعتداء الظلمي لا أزيد من ذلك، فتكون الآية بصدد دفع احتمال جواز الزيادة، وساكتة من أنّ المماثلة لابدّ وأن تكون من جميع الجهات أم لا.

هذا، ولكن فيه أنّ كون المفهوم للمثل مبني على أن نقول: إنّ القيد يكون له المفهوم، وهو ممنوع؛ مع أنّ مقتضى القاعدة أن يحمل ما ورد في الكتاب والسنّة على الإطلاق من جميع الجهات حتى يثبت خلافه*.

[الإيراد على التمسك بآية الإعتداء]

وإذا عرفت تماميّة دلالة الآية فاعلم أنّه أورد على التمسّك بها من وجوه:

الأول: أنّ الإجماع قائم على خلاف مفاد الآية؛ فإنّ مقتضى مفاد الآية أن يكون كلّ واحد من القيمي والمثلي مضموناً بالمثل، مع أنّ الإجماع / ٤٥٩ / قائم على كون القيمي مضموناً بالقيمة.

والجواب عن ذلك بأن نقول: كما تقدم أنّ المثل عبارة عن المماثل في الصورة والآية أيضاً تدلّ على أنّ مطلق التالف مضمون بالمثل، وعلى هذا نقول: إنّ ما يقولون

---

*) *ما ذكرنا أوّلاً في الحاشية من إباء العرف وكون المراد المماثلة في مجرد الهيئة مع التفاوت بحسب القيمة مثلاً عرفاً يقتضي فساد كون المراد مجرد المماثلة في الصورة كما أنّ مقتضى ما يذكره في الحاشية من أنّ احتمال المماثلة في الاعتداء ليس له رافع، وعليه أيضاً سيأتي أنّه ينفي المماثلة بمجرد الصورة. وعليه يقتضي الإجمال بحيث لا يثبت المماثلة بمجرد الصورة لو أغمض عن الإيراد الأول.*

نعم، الوجوه الثلاثة التي أورد [ت] على كون المراد من المثل مجرد المماثلة في الصورة ناقلة للجواب، ثمّ النتيجة على ما رجّحناه أنّه لو كان للتالف مثل بحسب الصورة يساوي معه بحسب القيمة فمقتضى القاعدة الضمان بذلك المثل إلّا في موارد يثبت من الإجماع والأخبار الخاصة كون الضمان بالقيمة. وأمّا مع اختلاف القيمة فمقتضى أصل القاعدة الضمان بالقيمة، فتدبّر جيّداً. (منه قدس سره).

من أنّ القيمي يكون مضموناً بالقيمة لو كان له دليل من الإجماع أو غيره من الأخبار المتفرقة التي ستأتي ـ إن شاء الله ـ أنّه يستفاد من مجموعها أنّ القيمي مضمون بالقيمة، فنخصّص الآية بالدليل الدالّ على أنّ القيمي مضمون بالقيمة ويرجع في موارد الشّك إلى إطلاق الآية.

وأمّا لو لم يكن دليل لكون القيمي مضموناً بالقيمة فحينئذ نقول: لابدّ من أن يكون الضمان بالمثل مطلقاً حتّى في القيميات كما يقوله بعض*.

الثاني: ما ذكره الشيخ من أنّه ربّما يكون الشيء مثلياً ولا يقولون بكونه مضموناً بالمثل**. وذلك كما لو فرض نقصان المثل عن التالف بحسب القيمة نقصاناً فاحشاً.

وفيه **أولاً**: أنّا نلتزم بأنّ مثله مضمون بالمثل كما سيأتي الكلام فيه؛ حيث إنّه من الفروع الخلافية.

وثانياً: أنّ لنا أن نقول: إنّ مثل هذا خارج عن تحت إطلاق الآية؛ لأنّه من الأفراد النادرة، وإطلاق الآية منصرف عنه.

وثالثاً: لو فرضت أنّ الآية تدلّ على أنّ مثل هذا مضمون بالمثل، وفرضت أنّ الدليل من الخارج قام على أنّ مثل هذه الصورة يكون المثلي مضموناً بالقيمة فحينئذ نقيّد إطلاق الآية بهذا الدليل.

/ ٤٦٠ / أقول:

الثالث: أنّ مورد الآية إنّما هو المتلف عدواناً.

---

*) *[الأ]ردبيلي و[ال]محقق الثاني. (منه قدس سره).*

**) *لو سلّمنا أنّ الظاهر من المثل هو المماثلة في مجرد الصورة لكن نقول: تقدّم أنّه ليس دليل على أنّه ليس المراد هو المماثلة في مقدار الاعتداء لكون لفظ « ما » مصدرية، وعلى هذا نقول: لو كان المراد هو المماثلة في مقدار الاعتداء فمقتضى الإطلاق الذي تقدّم شرحه من كون المماثلة من جميع الجهات أن يكون المماثل في الصورة ومقدار المالية معاً.*

وعلى ما ذكرنا تصير الآية مجملة عن حكم صورة كان الاختلاف بين المثل الصوري والتلف من حيث القيمة. [و] تقدم في الحاشية رفع الإشكال. (منه قدس سره).

وفيه: أنّه ملحق به غيره أيضاً لعدم القول بالفصل.

الثالث: قاعدة الأقربيّة. وهذا الوجه أخذه المحقق الثاني[1] - على ما قيل - من العلامة رحمه الله وكلام العلامة - على ما نقل - قريب من هذا من أنّ مرجع المثل إلى الحسّ واليقين، ومرجع القيمة إلى الخرص والتخمين، نظير القياس على مذهب العامة مع سائر الأدلّة، مع أنّ هذا واضح من أنّه لا ترفع اليد عن الحس واليقين بواسطة الخرص والتخمين.

وقيل في بيان مراده: إنّ المثل يرى بالمشاهدة أنّه مثل المبدل بخلاف القيمة؛ فإنّه تخميني. وقد يقال: إنّ مراده أنّ أدلّة لزوم المثل في المثلي حسي، وأدلّة لزوم القيمة في القيمي تخميني.

أقول: وهو تكلّف، مع أنّه لا وجه له.

وبالجملة قد يقال: إنّ لزوم أداء المثل في المثليات في الجملة ثابت بحكم العقل، وذلك لأنّه إذا قال «من أتلف فهو له ضامن» فهنا بطريق الصبر والتقسيم نقول: لا شكّ أنّه ليس عليه أن يؤدّي شيئاً برانياً كما إذا أتلف الحنطة فيعطي القدر. ووجه ذلك أنّه لا دخل للحنطة بالقدر.

وهكذا نقول: إلى أن يعيّن خصوص المثل لأنّه غرامة لمثله، ولكن هذا إذا كان قيمة التالف والمثل متحدّاً، وإلّا فلابدّ أن يراعى جانب الماليّة؛ لأنّها المقصود في الماليات.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لابدّ أن يراعي الأقرب /٤٦١/ فالأقرب.

ثمّ لا يخفى أنّ هذه القاعدة - أعني قاعدة الأقربية المستفادة من حكم العقل - يكون بالنسبة إلى الأدلّة كالأصل بالنسبة إلى الدليل، وذلك لأنّ العقل إنّما يحكم بذلك؛ حيث لا دليل في البين، فيكون حال هذا الدليل بالنسبة إلى الأدلّة اللفظية كحال القياس على مذهب العامة مع سائر الأدلّة.

أقول: لا يخفى عليك أنّ استفادة قاعدة الأقربية من حكم العقل وإن يكن قابلاً

---

١) جامع المقاصد ٦/٢٤٥، أحكام ضمان غير الحيوان.

للمناقشة إلّا أنّه قد تقدّم أنّا استفدنا هذا المضمون من حديث «على اليد»، فراجع*.

[تنبيهات]

ثمّ إنّه لابدّ لنا أن ننبّه هنا على أمور:

[لو اختلف التالف مع المثل بحسب القيمة]

الأول: فيما لو اختلف التالف مع المثل بحسب القيمة. وهنا تارة يكون الاختلاف بحسب الأزمنة أو الأحوال كما إذا كان التالف قيمته في الشتاء ثمانية وكان زمان تلفه الشتاء، وكان المثل قيمته في الصيف الذي يريد أن يردّ إليه الضامن إثنين.

وكما إذا كان سكّة السلطان رايجة أولاً، ثمّ ذهب رواجها. ومنه اختلاف القيمة السوقية، وتارة يكون الاختلاف في القيمة بحسب الأمكنة.

أمّا الأول فأنا **أقول**: إنّ قيمة المثل تارة تنزل عن قيمة التالف، وتارة يصعد. وعلى كلّ حال إمّا أن يكون في البين رجاء أن يرجع المثل إلى قيمة التالف وإمّا أن لا يكون هذا الرجاء في البين، ونحن نتعرض لبيان حكم صورة نزل /٤٦٢/ قيمة المثل ولم يكن في البين رجاء الصعود، ثمّ نشير إلى حال سائر الصور ـ إن شاء الله ـ فنقول: لو نزل قيمة المثل ولم يكن في البين رجاء الصعود فيقع الكلام في أنّ اللازم على الضامن هل هو ردّ القيمة أو المثل، ثمّ إنّ لهذه الصورة أيضاً يكون صوراً لأنّه تارة يسقط المثل عن المالية أو يصير بحكم الساقط عن المالية، وتارة يحصل في البين تفاوت فاحش أو ما بحكمه، وتارة يحصل تفاوت أفحش وما بحكمه. ونحن نتعرض لحكم صورة يسقط المثل عن المالية حتى تعلم حال سائر الصور ـ إن شاء الله ـ فنقول**:

---

*) *بل الآية أيضاً. (منه قدس سره).*

**) *قد تقدّم في الحاشية السابقة أنّ الآية لم تكن ناطقة لحكم صورة كان التفاوت موجوداً في القيمة بين المتلف ومثله، فضلاً من أن يكون ذلك التفاوت ناشياً عن طول الزمان. نعم، حين التلف إذا كانا متساويين في القيمة تدلّ الآية على ثبوت المثل، فلا مانع من استصحاب*

بقاء المثل . وذلك لأنّ قاعدة الأقربية وأدلّة الضمان أيضاً ليستا بدالّين على حكم صورة حصل الاختلاف في القيمة من طول الزمان . وذلك لأنّه لم تكن أدلّة الضمان بصدد بيان المضمون به حتى يتمسّك بإطلاقها ، وإنّما أحرزنا لها الدلالة بضميمة القواعد الأخر .

نعم ، تدلّ على ثبوت المثل قبل حصول التفاوت في القيمة حين التلف . فهذا أيضاً محقق لموضوع جريان الاستصحاب .

إن قلت : إنّ قاعدة الضرر هنا جارية ، ومعه لا يجري الاستصحاب .

قلت : طول الزمان إن حصل من جهة عدم مطالبة المالك فيصير بمثل أن لا يتصرف المالك في ماله ، فينقص قيمته في أنّ الضرر ناشٍ من نفسه وإن حصل من جهة عدم أداء الضامن ، فيصير بمثل أن يمنع الشخص شخصاً آخر عن التصرف في ماله فتنقص قيمته .

هذا ، على أنّ التمسّك في قاعدة الضرر في خصوص المقام إلى إثبات الضمان به ، ونحن ذكرنا في قاعدة الضرر أنّها لا يثبت الضمان ، فتأمل .

إن قلت : تقدّم أنّ حديث اليد فيما لا مثل له بجعل أداء ما تلفت بالقيمة ، وعلى هذا نقول في المقام أيضاً يدلّ على أنّ ما أخذت بالقيمة .

قلت : فرق بين المقامين .

وفي القيمي الذي لا مثل له نسلّم أنّ أهل العرف يجعل أداء ما أخذت في صورة بأداء قيمته كما تقدّم شرحه ، وأمّا في صورة كان المثل وسقط عن القيمة لا نطمئنّ بأنّ أهل العرف يجعل أداء ما أخذت بأداء قيمته .

إن قلت : إنّ قاعدة العدل وقاعدة الحيف اللتين شرحناهما في فروع خيار الغبن تدلان على أنّ الأداء هنا بالقيمة .

قلت : لا نطمئنّ بصدق الحيف والجور عرفاً في أداء المثل في المقام .

ويجوز دعوى أنّ قاعدة الضرر يقتضي هنا الرجوع إلى القيمة ، ولا يضرّه أن المشهور عدم الضمان في نظائره في كتاب الغصب ، بل لعلّ قاعدة العدل والحيف يقتضيان الرجوع إلى القيمة ، بل لقائل أن يقول في بعض صور لم يطالب المالك حتى ينزل القيمة أيضاً بالرجوع إلى القيمة ، وذلك مثل صورة صرف ما كان عليه سكّة السلطان في حوائجه بالقيمة الأعلى وبقي المسكوك على ذمته حتى ينزل قيمته بناء على ما يقال في زمان التعرض : إنّ على المتلف حقّاً من المالك عليه بمقدار صرفه في حوائجه ، فحينئذ مقتضى ما دلّ على أنّه لا يبطل حقوق المسلمين معهم الضمان بالقيمة ، فتأمّل . (منه قدس سره) .

[الاستدلال على تبدّل المثل بالقيمة في المقام]

استدلّ لتبدل المثل بالقيمة هنا بوجهين:

الأول: أنّ مقتضى قاعدة الأقربية المستفادة من حكم العقل هو ردّ القيمة في هذه الصورة حيث إنّها أقرب إلى التالف فيما هو الغرض الأصلي في الماليات.

إن قلت: إنّ مقتضى آية الاعتداء هو ردّ ما يكون مماثلاً في الصورة للتالف مطلقاً، فيشمل ما نحن فيه أيضاً. وعلى فرض شموله يكون مقدّماً على قاعدة الأقربية لما تقدّم من أنّ قاعدة الأقربية بالنسبة إلى سائر الأدلّة يكون حالها كحال الأصل بالنسبة إلى الأدلّة.

قلت: إنّ آية الإعتداء منصرفة عن صورة يسقط المثل / ٤٦٣ / عن المالية بالمرة.

الثاني: قاعدة الضرر حيث إنّ ردّ المثل هنا ضرر على المالك، وردّ ذلك بأنّ قاعدة الضرر إنّما يرفع بها الضرر النوعي في خصوص الأموال، وكذلك قاعدة الحرج يرفع الحرج النوعي، والسرّ في ذلك أنّ هاتين القاعدتين لأجل ورود كثرة التخصيص عليهما لا يجوز التمسّك بهما إلّا في كلّ مورد كان لهما جابر، والجبر إنّما يحصل بعمل الأصحاب، والأصحاب لم يتمسّكوا بهما أزيد من هذا المقدار، ولذا يثبتون الخيار في المعاملة الغبنيّة وأمثال ذلك، وإن لم يكن في البين ضرر فعلي لأجل بعض العوارض الخارجية.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ ردّ المثل لا يكون فيه الضرر النوعي، بل يكون فيه الضرر الشخصي حيث إنّ القيمة قد تزيد وقد تنقص وقد تتساوى.

أقول: في هذا الكلام موارد للنظر:

منها: أنّ الضرر النوعي يكون هنا موجوداً في خصوص صورة نزلت القيمة، والمراد من الضرر النوعي في المقام أعمّ من الضرر الصنفي والنوعي كما لا يخفى. ومنها أنه لا وجه لأن يقال: إنّ الفرع بأدلة الضرر هو الضرر النوعي لأنّ مرجع هذا الكلام إلى أنّه ربّما يكون الضرر ليس بموجود في مورد شخصي، ومع ذلك يكون

الحكم مرفوعاً بأدلة الضرر. وهذا لا معنى له.

ومع غمض العين عن ذلك نقول: لا إشكال في أنّ الظاهر من أدلّة الضرر أن يكون المرفوع هو الضرر الشخصي كما نسب إلى الشيخ أنّه أيضاً اعترف بذلك.

هذا، مع أنّ الموارد التي يقولون بأنّ الضرر هناك / ٤٦٤ / يكون نوعياً يكون الضرر الشخصي أيضاً موجود[اً] هناك دائماً؛ إذ حصول الانتفاع من جهة أخرى لا يوجب لسلب الضرر المحقّق.

ومنها: أنّ ما قال من أنّ المرفوع هو الضرر في الماليات فقط ففيه أنّ مورد الرواية هو الضرر العرفي، والظاهر أنّ ارتكاب بعض التكلّفات إنّما هو لأجل ملاحظة ما يقولون من وجوب اشتراء ماء الوضوء بمال جزاف وأمثال ذلك*، ونحن ذكرنا في قاعدة الضرر أنّ المرفوع بتلك القاعدة هو الإضرار ولا إضرار، في اشتراء ماء الوضوء وأمثال ذلك**.

ولذا يقولون بعدم وجوب الوضوء في صورة يسرق مقدار يسير من ماله.

وليس هنا مجال التفصيل، والظاهر أنّه لا إشكال في التمسّك بقاعدة الضرر فيما نحن فيه، فافهم.

هذا كلّه في صورة نزل المثل عن القيمة بحيث يسقط عن المالية. وأمّا لو لم يسقط عن المالية وإن حصل في البين تفاوت فاحش أو أفحش فهنا نقول: إنّ ردّ المثل فيه ضرر على المالك، فلو قلنا: إنّ المرفوع هو الضرر النوعي كما قاله الأستاد ـ سلّمه الله ـ فليس هذا الضرر مرتفعاً، ولكنّك قد عرفت أنّ ذلك ممنوع صغرى وكبرى.

---

*) *أثبتنا في قاعدة الضرر أنّ المرفوع مطلق الضرر لا خصوص الإضرار، وكلّ مورد ثبت خلافه يخصص أدلّة الضرر والحرج. وإشكال تخصيص الأكثر مرتفع بما وضّحناه في محلّه. نعم، يشكل التمسّك بقاعدة الضرر بما أوضحناه في تلك المسألة من أنّ أدلّة الضرر تكون دلالتها على إثبات الضمان محل إشكال، فإنّه أجبنا عن هذا الإشكال أيضاً. (منه قدس سره).*

**) *قلنا في محلّه: إنّ المرفوع مطلق الضرر، وأمّا ماء الوضوء تخصيص على القاعدة كما تقدّم. (منه قدس سره).*

وأمّا مقتضى آية الاعتداء هنا هو وجوب ردّ المثل؛ لأنّه لا يجوز ادّعاء الانصراف للآية عن هذه الصورة / ٤٦٥ /، فيكون اللازم هو ردّ المثل حيث قد عرفت أنّ قاعدة الأقربية يرتفع من البين لو وجد في البين دليل على خلافه.

هذا، ولكنّك قد عرفت أنّ مدرك قاعدة الأقربية ليس حكم العقل حتى يرتفع من البين بمجرد وجود دليل في البين، بل مدركه هو قاعدة «على اليد»، بل قد عرفت أنّ أدلّة الضرر جارية هنا، وتكون مقدمةً على سائر الأدلّة، فيكون مقتضى التحقيق عندي وجوب ردّ القيمة في هذه الصورة.

أقول: هذا كلّه لو نزلت قيمة المثل عن قيمة المثل عن قيمة التالف. وأمّا لو زاد فالشيخ يدّعي عدم الخلاف في وجوب ردّ المثل في هذه الصورة، ولكن نقل عن بعض آخر أنّه ادّعى الخلاف فيه.

والظاهر أنّه لا تتفاوت هذه الصورة مع الصورة الأولى بمقتضى الأدلّة.

ولا يخفى عليك أنّه لو قلنا بوجوب ردّ المثل في صورة نزلت القيمة فالظاهر أنّه لا إشكال في أنّه يكون للمالك عدم أخذ المثل حتى يصعد القيمة ثانياً*، فافهم، بل فتأمل.

[لو كان اختلاف القيمة ناشئاً من الاختلاف بحسب الأمكنة]

وأمّا الثاني - وهو أن يكون اختلاف القيمة ناشياً من اختلاف بحسب الأمكنة -، والكلام هنا يقع في مقامين:

الأول: في جواز مطالبة المثل في بلد تكون قيمته زائدة على قيمة البلدان الأخر، ومن هذه الجهة يكون الحال كما في السابق حيث إنّ مقتضى آية الاعتداء هو وجوب

---

*) *في صورة لا يمكن إبقاء العين إلى زمان الغلاء أو كان في إبقائه إليه مؤونة يكون في وجوب القبول ضرر على المالك، فلا يجوز أن يقال: إنّ إبقاء الضامن على الدين ضرر عليه، فتأمل. (منه قدس سره).*

المثل لا القيمة، ومقتضى قوله: «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[1] أن يكون للمالك /٤٦٦/ مطالبته في أيّ بلد كان.

وأمّا إنّ قاعدة الضرر تجري هنا أم لا فيكون حاله كما في السابق من كون الضرر المرفوع هو الضرر النوعي أو الشخصي*.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

*) *هذا، إلّا أنّ التحقيق خلاف ذلك.*

وتوضيح المقام أنّه في الجواهر [٩٧/٣٧ حكم ما لو أتلف الغاصب مثلياً..] *في صورة صعد القيمة من جهة اختلاف المكان ينقل عن المشهور جواز مطالبة المثل في تلك المكان خلافاً للمبسوط* [٦١/٣] *والقاضي والشافعي، وفي صورة نزل القيمة من حيث المكان فعن جماعة أنّه يرجع إلى القيمة.*

ثمّ إنّه يتصدى لإبطال هذا التفصيل وأنّ القول بأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال وإن يمكن أن يكون مدركاً للتفصيل إلّا أنّه فاسد من جهة أنّ مجراه عين المغصوبة لا ما هو بدله كما في مفروض الكلام، ويتصدى لإثبات المثل في صورة نزول القيمة من وجوه.

ونحن نقول: إنّ الأستاد ادّعى وجوب ردّ المثل إلى بلد المطالبة وإنّ مؤونة الردّ على الضامن، وهذا لو ثبت يكون مقتضاه جواز مطالبة المثل في بلد آخر صعد القيمة فيه، لكن فيه أنّ وجوب الردّ ليس بإجماعي لعدم تعرض الأكثر له. وأمّا وجوب ردّ المثل إلى بلد الغصب أو بلد التلف لو ثبت شيء منهما فليس مضراً مع إنكار جواز مطالبة المثل في بلد المطالبة إذا صعد القيمة فيه.

وأيضاً لا يخفى أنّ ما تقدّم هنا من جواز مطالبة المثل في صورة كان صعود القيمة من جهة الزمان غير مضرّ مع إنكار جواز مطالبة المثل في صورة صعد القيمة في مكان المطالبة، لما تقدم من أنّ صدق الضرر وشبهه غير معلوم هناك عرفاً، بخلاف المقام.

ونحن ذكرنا في قاعدة الضرر أنّ الأخبار تدلّ على رفع مطلق الضرر.

نعم، لا يثبت بها الضمان، ورفعنا عنه إشكال تخصيص الأكثر من غير حاجة إلى جابر.

وما يدّعيه الأستاد من أنّه لا يتمسّك بالضرر في مقام امتثال التكاليف لعدم الجابر هنا فاسد؛ إذ لا من جهة أنّا لا نحتاج إلى جابر، وثانياً أنّه يغيّر به نفس التكليف حتى لا نحتاج.

ثمّ إن قلنا: إنّ الضرر كما يرفع الحكم الوجودي يرفع العدمي وإنّ نسبته إلى كلّ منهما على نهج واحد كما أنّ الضرر لو نشأ من أحكام متعددة أو عدميات متعددة يرفع أحدهما؛ لوضوح أنّ للشارع أن يرفع أحدهما. ومثل قوله صلى الله عليه وآله وسلّم: «لا ضرر في الإسلام» [من لا يحضره الفقيه ٣٣٤/٤، باب ميراث أهل الملل، ح ٥٧١٨.] *يكون نسبته بكلّ ما يكون وضعه ورفعه بيد الشارع ممّا ينشأ منه الضرر على نهج واحد.*

والظاهر أنّ الشيخ يدّعي في هذا المقام وأمثاله عدم الخلاف في وجوب ردّ المثل ولكن نقل عن بعض آخر الخلاف في هذا المقام. وعلى هذا فلا مانع من التمسّك بقاعدة الضرر هنا كما في السابق*.

وعلى هذا نقول في صورة صعد القيمة في بلد المطالبة من حيث المكان صعوداً فاحشاً : يكون جواز مطالبته مع عدم جبران التفاوت ولا توكيل المالك لأمين في بلد الغصب ليأخذ عن وكيل الضامن ، ولا الرجوع إلى قيمة بلد الغصب يكون ضرراً على الضامن عرفاً كما أنّ وجوب قبول المثل في بلد المطالبة ضرر على المالك إذا نزل القيمة هناك مع عدم جبران التفاوت ، ولا الرجوع إلى قيمة بلد الغصب ولا التوكيل لأن يؤخذ في بلد الغصب إن أمكن .

ثمّ إنّ ما ذكرنا من منع وجوب ردّ المثل إلى بلد المطالبة ولا جواز المطالبة بالمثل من دون جبران إنّما هو لو كان التفاوت من حيث القيمة فاحشاً حتى يصدق الضرر عرفاً .

ثم إن حكم هذه المسألة يأتي بعد سبعة عشر ورقة من جهة أنّ ذهاب قيمة المثل في حكم تعذّر المثل حتى يرجع إلى القيمة أم لا . (منه قدس سره) .

) لا يخفى أنّه في كلّ مورد زاد قيمة المثل عنه في زمان تلف العين أو مكانه بأيّ جهة كان أو نقص عنه فتارة يقع الكلام في جواز مطالبة المالك في زمان الزيادة أو مكانها وعدم صبره إلى زمان التساوي أو مكانه ، وتارة يقع الكلام في وجوب قبول المثل عليه إذا أدّاه المديون الضامن في زمان النقصان أو مكانه أو أنّ له عدم القبول إلى زمان التساوي أو مكانه فنقول : قد عرفت أنّ آية الاعتداء وأدلّة الضمان كان مقتضاهما المثل من أول الأمر حيث كان التساوي من حيث القيمة فيه موجوداً وكانا ساكتين عن صورة حصل التفاوت بعد ذلك من جهة الزمان أو المكان كما تقدّم في الحواشي السابقة . فمقتضى الاستصحاب كان بقاء المثل إلى زمان المطالبة ومكانها ، فحينئذ لو طالب المالك وكان قيمة المثل من جهة المكان أو الزمان أزيد منه في زمان التلف ومكانه وقال الضامن أخّر المطالبة إلى زمان يكون القيمة مساوياً أو مكانه الذي غصب فيه ففي غصب الجواهر [جواهر الكلام ٩٨/٣٧، حكم ما لو أتلف الغاصب مثلياً وظفر به المالك في مكان الاتلاف] *عن المبسوط* [انظر المبسوط ٦١/٣، اذا كان المغصوب من جنس الأثمان] *في بعض شقوق المسألة احتمال وجوب الصبر على المالك وعدم جواز المطالبة له للضرر المنفي .*

وأورد عليه هناك بأنّه معارض بأنّ تأخير الأداء وعدم سلطنته على ماله ضرر على المالك ، فيكون بمثل تعارض الضررين فيما لو أراد مالك الدار حفر بالوعة فيه وكان مضراً بالجار ، فيكون المرجع بعد تعارض الضررين قاعدة « الناس مسلطون على أموالهم » ، ومقتضاه جواز المطالبة فعلاً كما أنّه لو عكس المسألة بأن كان قيمة المثل بالفعل أنقص منه في زمان الغصب أو

[ردّ المثل إلى بلد المطالبة]

الثاني: في وجوب ردّ المثل إلى بلد المطالبة كما نقل عن التذكرة[1] ظاهراً.

والظاهر أنّه لا إشكال فيه؛ حيث إنّ ردّ المثل واجب*، وهو متوقف على ردّه إلى بلد المطالبة، ومقدمة الواجب واجبة.

أقول: يكون المفروض أنّ المثل موجود في بلد المطالبة أيضاً، فيكون الواجب على الضامن أحد الأمرين. وبناءً على اختياره المثل الذي يكون في غير بلد المطالبة

التلف أو مكانه وقال المالك: أخّر الأداء إلى غيره المساوي له، فحينئذ عدم وجوب القبول على المالك ضرر على الضامن، وهو بقاء ذمته مشغولةً بمال الغير كما أنّ وجوب القبول ضرر على المالك من جهة أخذ ما هو أنقص من قيمة ماله يوم التلف أو يوم الدفع، فيتساقط الضرران. وحينئذ لا دليل على وجوب القبول على المالك إلّا أن يدّعي بدعوى القطع بعدم الفرق بثبوت الملازمة بين جواز المطالبة من المالك في صورة الزيادة وبين وجوب القبول عليه في صورة النقيصة فحينئذ إذا ثبت الأول بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الناس مسلطون على أموالهم» [عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩] ***يثبت الثاني أيضاً بالملازمة إلّا أن لنا تأمّلاً في رعدى القطع بعدم الفرق، فتأمل.***

إن قلت: في صورة الضرر من جهة زيادة القيمة أو النقيصة تكون قاعدة الضرر مانعة عن بقاء المثل على الذمة.

قلت: قد تقدم في الحواشي السابقة أن تأخر الأداء لو كان من جهة عدم أداء الضامن قبل ذلك فيكون الضرر منه وارداً على نفسه في صورة زيادة القيمة وإن كان من جهة أخذ المالك ففيه أنه كان للضامن أن يدفعه إلى الحاكم أو العدل. فكان الضرر أيضاً من قبل نفسه، وفي صورة النقيصة لو كان من جهة عدم مطالبة المالك فهو الذي أورد الضرر على نفسه وإن كان من جهة امتناع الضامن عن الأداء فيصير بمثل أن يدفع شخص لشخص آخر عن التصرف في ماله حتى ينقص قيمته. (منه قدس سره).

١) الكافي ٥٤٢/١، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس وحدوده وما يجب فيه، ح ٤.

*)***وجوب ردّ المثل إلى بلد المطالبة بنحو الإطلاق مناف لقاعدة الضرر بل الحرج كما شرحناه في الحاشية قبل ذلك. والعجب أنّه يناقش على وجوب الردّ إلى بلداً لغصب والتلف بالضرر ولم يناقش عليه في المقام. (منه قدس سره).***

يصير الردّ عليه واجباً من باب المقدمة.

تنبيه

في أنّه هل يجب على الضامن حمل المثل من بلد المطالبة إلى بلد الغصب أو بلد تلف العين فيه أم لا؟

وهذه المسألة تتوقف على بيان أنّ العين المغصوبة هل يجب ردّها إلى بلد الغصب أم لا؟

وقد يقال: إنّه يظهر منهم الإجماع على وجوب ردّ العين المغصوبة إلى بلد الغصب وأنّه / ٤٦٧ / حكم تكليفي، ولذا ليس للمالك مطالبة مؤونة الردّ وإن كان على الغاصب أن يردّ، وإن احتاج إلى مؤونة كثيرة إيضاً إلّا أنّه نقل عن الجواهر[1] أنّه يمنع وجوب الردّ في العين المغصوبة على فرض عدم ثبوت الإجماع عليه.

ثمّ إنّه كما نقل يورد على نفسه بأنّ الردّ واجب بمقتضى قوله عليه السلام: «**المغصوب مردود**»[2] وغير ذلك، ويجيب عن ذلك بأنّ المراد ردّه إلى المالك لا إلى بلد الغصب.

وإذا عرفت ذلك فنقول: لو لم نقل بوجوب الردّ في العين المغصوبة فلا نقول هنا أيضاً. وأمّا لو قلنا بوجوب الردّ هناك فيمكن أن نقول بوجوب الردّ هنا أيضاً. لأنّ المثل يكون بدلاً عن العين وحكم المبدل يكون ثابتاً للبدل.

ويمكن أن لا نقول بذلك من باب أنّه لا دليل لنا على أنّ المثل بدل من العين حتى نترتب أحكامها عليه، بل إنّما أثبتنا المثل بأدلة الضمان مثل «على اليد» وقوله: «من أتلف [مال] الغير»[3] وآية الاعتداء وأشباه ذلك.

هذا، مع أنّ وجوب الردّ على الضامن يكون ضرراً نوعياً وشخصياً على المالك

---

١) جواهر الكلام ٣٧/٩٤، ضمان القيمة عند تعذر المثل.

٢) الكافي ١/٥٤٢، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس وحدوده وما يجب فيه، ح ٤.

٣) قاعدة فقهية كما في القواعد الفقهية ٢/٢٥، قاعدة: الاتلاف والبحث فيما من جهلت.

غالباً، فيكون مرفوعاً بأدلة الضرر*.

[لو تعذر المثل في المثلي]

الثاني: من الأمور التي لابدّ أن ننبّه عليه هو أنّه لو تعذر المثل في المثلي فيقولون من أنّه لو طلب المالك فيجب دفع القيمة إليه، ونحن نذكر هنا مقدمة لتعيين محل النزاع في هذه المسألة فنقول: لا يخفى عليك أنّ المشهور يذكرون /٤٦٨/ في عنوان هذه المسألة أنّه لو تعذر المثل.. اه، ولكن نقل عن بعض أنّه قال: لو تعسّر المثل.. اه، وقيل: إنّه لا يجوز أن يكون مراده مطلق العسر، بل مراده هو العسر الشديد الذي يرفع كلّ التكاليف معه.

وعلى هذا فيصير التعسر معناه مثل التعذر؛ إذ المراد من التعذر أيضاً ليس خصوص ما يستحيل تحققه، بل يشمل ما يكون فيه حرج شديد أيضاً**.

[بِمَ يتحقق التعذّر والإعواز؟]

ثمّ لا يخفى أنّ الفقهاء مختلف عباراتهم في بيان أنّ التعذر والإعواز الذي أنيط به الحكم هنا بم يتحقق؟ فحكي عن التذكرة[1] أنّ المراد بإعواز المثل أن لا يوجد في

---

*) ***تقدم عند التعرض لحكم ردّ المغصوب أنّه لو أبعد المالك العين عن محلّه وكان للمالك حاجة في ردّه إلى محلّه أنّ عدم الردّ هنا يكون ظلماً، فراجع. (منه قدس سره)*** .

) ***وفيه أنّه لا وجه للتصرف المذكور، بل ظاهر كلام الرياض* [انظر رياض المسائل ٢٧٢/١٢، تعريف المثلي] ***والجواهر*** [جواهر الكلام ٩٦/٣٧، بيان المراد بتعذر المثل] ***والشيخ أنّ العسر مطلقاً رافع للتكاليف لتمسكهم بقاعدة الحرج كما في غير مقام امتثال التكليف ولا مانع من أن يضيق دائرة التكليف. بقاعدة الحرج والضرر، فلا يكون تكليف في موردهما حتى يقال: إنّه لا يتمسّك بهما في مقام امتثال التكاليف، مع أنّ المدرك له لذلك أنّه ليس عمل من العلماء في هذا المقام ليجبر وَهْنَها. وأنت قد عرفت أنّهم يتمسّكون، مع أنّا رفعنا إشكال كثرة (كذا) عن القاعدتين، وقلنا: لا يحتاج العمل بهما إلى الجابر. (منه قدس سره)*** .

١) تذكرة الفقهاء ٣٨٣/٢، تقسيم الأعيان إلى المثلي وغير المثلي وبيان أحكام المثلي.

البلد وما حوله.

ونقل عن المسالك[١] أنّ المراد أن لا يوجد في البلد وما حوله ولا في بلد ينقل منه إلى هذا البلد عادةً، نظير ما ذكروا في انقطاع المسلم فيه.

[الرجوع إلى العرف]

وحكي عن جامع المقاصد[٢] الرجوع فيه إلى العرف.

ثمّ إنّه أورد عليهم بأنّ وجوب ردّ المثل تكليف من التكاليف والتعذر الموجب لسقوط هذا التكليف لابدّ وأن يكون مثل التعذر الموجب لسقوط سائر التكاليف.

وقد عرفت أنّه التعذر الحقيقي أو الحرج الشديد الملحق بالتعذر.

وعلى هذا فلا وجه للوجوه التي ذكروها للتعذر، بل المدار على ما ذكرنا.

ونقل عن الجواهر أنّه يقول أيضاً: إنّ سقوط المثل يتوقف على تحقق التعذر إلّا أن يوجب ذلك للضرر والحرج /٤٦٩/ وينبغي أن يكون المدار على ذلك. انتهى ما حكي عن الجواهر، وهو ظاهر فيما ذكرنا حيث إنّ لزوم الضرر والحرج يكون ملازماً مع الحرج الشديد المسقط للتكاليف.

ونسب إلى صاحب الرياض أيضاً أنّه يقول بما ذكرناه، والشيخ ـ رحمه الله ـ أيضاً يقول بذلك*.

ثمّ إنّه أورد على ما ذكره المحقق الثاني من أنّ المرجع هو العرف بأنّه لا وجه للرجوع إلى العرف هنا، وذلك لأنّ العرف إنّما يكون مرجعاً في تعيين مداليل الألفاظ،

---

١) مسالك الإفهام ١٨٣/١٢، لو تعذر المثل ضمن قيمته يوم الاقباض.

٢) جامع المقاصد ٢٤٥/٦، أحكام ضمان غير الحيوان.

*) ***فيه أنّ صاحب الجواهر يتمسّك بكلّ واحد من القاعدتين مستقلاً، ولا يقول بلزوم انضمام الحرج إلى الضرر. وكذلك الشيخ والرياض تمسّكهما بنفس قاعدة الحرج كما في غير هذا المقام. (منه قدس سره).***

وليس لنا هنا لفظ التعذر حتى نرجع في تعيين معناه إلى العرف*، بل إنّما يكون في البين ما دلّ على وجوب المثل، ورفع هذا التكليف معلق على ثبوت التعذر، والتعذر الرافع للتكليف هنا يكون حاله كحال التعذر الرافع للتكليف في غير هذا المقام.

وقد عرفت أنّه الحرج الشديد أو التعذر حقيقةً.

[لا معنى للتعذر العرفي]

ثمّ إنّ التعذر العرفي مع قطع النظر عن ذلك لا معنى له، وذلك لأنّ التعذر تارة يكون بواسطة الاستحالة العقلية، وتارة يكون بواسطة الاستحالة العادية، والمراد منه أنّ قدرة الله تعالى تتعلق به إلّا أنّ الأسباب التي يتحقق بها هذا الشيء بحسب العادة غير موجود فعلاً، وليس للتعذر معنى آخر يسمى بالتعذر العرفي. وهذا يكون حاله نظير ما اشتهر في الألسنة من أنّ العلم تارة / ٤٧٠ / يكون عادياً، وتارة يكون غير عادي؛ فإنّ هذا أيضاً غلط مشهور؛ لأنّ العلم الحاصل من الأسباب العادية علم حقيقي.

نعم، يطلق العلم عند العرف على الاطمينان، ويسمّى ذلك بالعلم العرفي، فالعلم العادي والإمكان العرفي كلاهما ممّا لا أصل لهما. والظاهر أنّ مرادهم من الإمكان العرفي هو ما لا يكون فيه حرج شديد عند العرف، وقد عرفت أنّه لا دليل لنا على أن يكون المدار على ذلك.

[إثبات الإمكان العرفي في كلام الشيخ رحمه الله]

ثمّ إنّ الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ استأنس لإثبات الإمكان العرفي بهذا المعنى ببعض

---

*) ***أقول: يمكن أن يقال: إنّ نظر المحقق الثاني إلى أنّ لفظ التعذر واقع في معاقد الإجماعات، وهذا كاشف من أنّ هذا اللفظ كان في كلام الإمام عليه السلام من أنّ الحكم بوجوب القيمة لا يكون في صورة تعذر المثل. وعلى هذا فلابدّ أن يرجع في تعيين معنى التعذر إلى العرف، فتأمل. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٢٣٦/٣، المراد من اعواز المثل.

الأخبار الواردة في السلم من أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيّر المشتري فقال: ومن المعلوم أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً، وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه. انتهى.

ورُدّ بأنّ كون الحكم في المسلم كذلك لا يثبت كون الحكم فيما نحن فيه أيضاً كذلك.

ثانياً: نقول: إنّ الأولى أن يستأنس به لعكس ذلك، وذلك لأنّ التعذر العرفي هنا لم يصر منشأ لرفع وجوب دفع المسلم فيه، وإنما صار منشأً لأن يصير المسلم إليه مخيراً بين فسخ أصل المعاملة أو دفع المسلم فيه، فيكون دفع المسلم فيه واجباً /٤٧١/ لو كانت المعاملة باقية على حالها. فظهر ممّا ذكرنا أنّ وجوب دفع المثل لا يرتفع إلّا بمثل التعذر الذي يرتفع سائر التكاليف به.

إن قلت: كيف تقول بذلك مع أنّ إثبات وجوب المثل قبل التعذر والقيمة بعده إنّما يكون بقول العلماء حيث أجمعوا على ذلك، ومن المعلوم أنّه لا إجماع على أنّ وجوب دفع القيمة يكون بعد التعذر بالمعنى الذي أنت ذكرته.

قلت: لو سلّمنا أنّ الدليل يكون منحصراً بالإجماع وأنّه ليس لنا دليل على وجوب دفع المثل مطلقاً حتى نقول: إنّ إطلاقه لا محظور فيه إلّا في مورد يكون التعذر في البين حقيقةً، فحينئذ نقول: غاية الأمر أنّه يصير الأمر مشكوكاً فنرجع إلى الأصول. وقد تقدم أنّ مقتضى الأصول هو الاشتغال بمعنى وجوب دفع ما يرضى المالك به على ما اختاره الإستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ، وفي مسألتنا يختار المالك المثل حيث إنّه لو رضي بالمثل فلا إشكال في البين*.

---

*) *هذا في صورة كان المحذور ابتداءً، وإلّا فلا مانع من استصحاب وجوب المثل. وعلى هذا فبمجرد تحقق التعذر بالمعنى الذي ذكره في التذكرة نقول بأنّه لا دليل على وجوب المثل إذا كان التعذر ابتدائياً لمنع دلالة الآية والرواية على وجوب المثل هنا كما لا يخفى على من تأمّل فيما ذكرناه في الحواشي السابقة في معناهما وفي التعذر الطاري يستصحب المثل إلى أن يلزم*

هذا كلّه في بيان المراد من التعذر.

[التعذر الإبتدائي والتعذر الطارئ]

ثمّ إنّ التعذر تارة يكون ابتدائياً وتارة يكون طارياً، والمراد من التعذر الابتدائي يمكن أن يكون من ابتداء الغصب، ويمكن أن يكون من ابتداء التلف.

ولا يخفى أنّ التعذر من حين التلف والتعذر الطاري كلاهما يكونان داخلين في محل النزاع.

ويظهر من عبارة القواعد[1][2] أنّ التعذر الابتدائي من حين / **٤٧٢** / التلف يكون فيه قولان والاحتمالات الخمسة أو العشرة إنّما يكون في التعذر الطاري، وذلك لأنّه من ابتداء الأمر على ما نقل يذكر صورة تعذر المثل، ويختار هنا أنّ المضمون هو قيمة المثل يوم القبض لا يوم الإعواز، ثمّ بعد صفحة أخرى يعنون صورة كان تعذر المثل طارياً ويقول: فيه احتمالات، وهذا يصير قرينة على أنّ مراده من الإعواز أولاً الذي اختار هناك ضمان قيمة يوم القبض هو الإعواز من حين التلف لا الأعمّ. والمحقق الثاني في شرح القواعد على ما نسب إليه ظاهراً يدّعي القطع بعدم الفرق بين التعذر

الضرر والحرج الزائدان على ما في مثل هذا التكليف في المتعارف كما يستفاد من كلام الجواهر في كتاب الغصب، وليس هنا مجال التمسّك بعدم القول بالفصل لعدم حجيّة المثبت من الأصول. (منه قدس سره).

١) انظر قواعد الأحكام ٢/٢٢٦ - ٢٢٧، أركان الضمان.

٢) ***عبارة التذكرة ليست كما نقلناه في المتن بل أولاً يعنون الإعواز الطاري ويختار أنّ المضمون قيمة يوم الإقباض لا يوم الإعواز إلى أن يقول: وللشافعية في القيمة المعتبرة عشرة أوجه، ثمّ بعد الفراغ عن الوجوه يذكر عنواناً مرجعه إلى الإعواز الابتدائي من حين تلف المغصوب المثلي. وعليه يفصّل في تلك الوجوه بنحو، ثمّ بعد ذلك يتعرض للأغراض الطارية عليه في تلك الوجوه بنحو آخر.***

وممّا ذكرنا ظهر أنّ جميع ما نقلناه من النقض والإبرام غير مرتبط بكلام التذكرة. (منه قدس سره).

الابتدائي في يوم التلف والتعذر الطاري ولذا يحمل كلامي العلامة على أنّهما مسألة واحدة إلّا أنّه ذكر المسألة أولاً ليبيّن مختاره من كون المدار على قيمة المثل يوم القبض ثم يذكرها ثانياً ليذكر الاحتمالات المذكورة فيها.

وأورد على ذلك بأنّه لا ينبغي حمل كلام العلامة ـ رحمه الله ـ على ذلك، بل الأولى أن نقول: إنّ هنا مسألتين: التعذر الابتدائي والتعذر الطاري.

ولا فرق بينهما عند الخاصة وفي خصوص التعذر الطاري للعامة فيه أقوال واحتمالات. والشاهد على ذلك كلام العلامة.

ويصير هذا توجيهاً حسناً لكلامه ـ رحمه الله ـ.

وعلى هذا فمراده ممّا ذكره أولاً هو التعذر الابتدائي، ولمّا لم يكن هنا احتمالات فذكر مختاره وراح، ثمّ إنّها ثانياً لمّا ذكر التعذر الطاري / ٤٧٣ /.

[التفصيل المنسوب إلى المحقق الثاني]

وكان احتمالات العامة هنا فلذا قال: وفيه احتمالات.

ثمّ إنّه نسب إلى المحقق الثاني[1] أنّه يفصّل بين صورة كان المثل متعذراً يوم التلف فيقول هنا بضمان قيمة يوم التلف وبين صورة طروّ التعذّر بعد يوم التلف، فيقول هنا بضمان قيمة يوم القبض.

ولا يخفى عليك أنّ ما قاله في التعذر الطاري موافق للمشهور، وما قاله في التعذر الابتدائي من يوم التلف يكون مخالفاً للمشهور. ولذا أوردوا عليه بأنّ اللازم ممّا ذكره أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة، والشيخ في المكاسب[2] بعد نقل هذا الإيراد على المحقق يقول: ولا أظنّ أحداً يلتزمه. وفيه تأمل.

ولعلّ وجه التأمل أنّ هذا الإيراد الذي ذكر على المحقق الثاني بعينه يكون مذكوراً

---

١) جامع المقاصد ٢٥٢/٦، الاحتمالات الواردة فيما لو تلف المثلي في يد الغاصب فلم يعزمه حتى فقد.

٢) كتاب المكاسب ٢٣٥/٣، هل يختص التعذر بالطارىء أو يشمل الإبتدائي أيضاً.

في كلام المحقق الثاني حيث يورد بذلك على القائلين بضمان قيمة يوم الإعواز. وذلك لأنّ المثل لو كان باقياً في الذمة حين الإعواز فلابدّ أن يلاحظ قيمة يوم الإقباض. وأمّا لو انقلب المثل حين التعذر بالقيمة، فحينئذ لو وجد المثل بعد ذلك فلا دليل على انقلاب القيمة بالمثل ثانياً، فيكون مقتضى الأصل بقاء القيمة على الذمة.

[تصحيح التفصيل]

/ ٤٧٤ / هذا، ولكن نحن نقول: يمكن تصحيح التفصيل بين صورة تعذر المثل ابتداءً وبين صورة طروّ التعذر، وذلك بأن نقول: إذا كان المثل حين التلف موجوداً فيستقر المثل في الذمة، ثمّ إذا تعذر المثل فنشك في انقلاب المثل بالقيمة فنقول: إنّ الأصل بقاء المثل على ذمّته. وأمّا إذا لم يكن المثل حين التلف موجوداً فحينئذ من ابتداء الأمر نشكّ من أنّ الذي يستقرّ في ذمة الغاصب هل هو المثل أو القيمة؟ فهنا نقول: لا شكّ أنّه حين التعذر يكون مكلّفاً بأداء القيمة سواء كان المثل في ذمّته أو القيمة. وعلى هذا فكون المثل في ذمّته أيضاً أمر زائد مشكوك، فيكون بمثل دوران الأمر بين الأقل والأكثر، فيرفع الزائد المشكوك بالأصل*.

إن قلت: إنّه لو لم يكن المثل في ذمته فيكون القيمة في ذمّته.

قلت: الأصل لا يجري في إثبات عدم كون القيمة على الذمة بعد كونه مكلفاً بأداء القيمة.

ثمّ إنّ الزائد الذي رفعناه بالأصل يكون حكماً وضعياً، ومن هذه الجهة أيضاً يكون إجراء هذا الأصل محل إشكال. وسيأتي الكلام في صحة التمسّك بالأصل على هذا النحو وسقمه ـ إن شاء الله.

---

*) *القدر المتيقن من ثبوت التكليف بالقيمة هو عند المطالبة، وذلك لا يقتضي كون القيمة في الذمة، فالتردد باق من أول الأمر. (منه قدس سره).*

[الاحتمالات المذكورة عند تعذّر المثل]

ثمّ إنّه على كلّ حال يكون الإيراد الذي ذكره المحقق الثاني وارداً على نفسه أيضاً كما تقدم. وإذا عرفت ما تقدم فلنشرع / ٤٧٥ / إلى أصل المطلوب من أنّ المثل إذا تعذر هل يكون مضموناً بقيمة يوم الغصب بناء على أن يكون له قائل أو يكون مضموناً بقيمة يوم التلف لأنّه زمان الضمان، كما أنّه في القيمي يلاحظ قيمة يوم الغصب على ما نسب إلى الأكثر لأنّه زمان الضمان.

أو يكون مضموناً بقيمة يوم الإعواز كما نقل ذلك* عن الحلي[1] في البيع الفاسد، وعن التحرير[2] في باب القرض، وعن المسالك**.

أو يكون مضموناً بقيمة يوم المطالبة.

أو يوم الإقباض.

أو غير ذلك من الاحتمالات المذكورة في هذه المسألة.

ولا يخفى أنّه لا وجه للتمسّك بظاهر كلام العلماء في إثبات حكم المسألة كما فعله الشيخ ـ رحمه الله ـ في إثبات بعض مقدمات حكم هذه المسألة.

أقول: وذلك لأنّه لم يعلم منهم إجماع.

وعلى هذا فنحن لابدّ أن نبيّن الأصل في المسألة وأنّه أيّ شيء يقتضي، ثمّ لو وجدنا دليلاً على خلاف مقتضى الأصل فنأخذ به ونرفع اليد عن مقتضى الأصل، وإلّا فالأصل هو المعوَّل، فنقول: أمّا الأصل في المسألة فمقتضاه وجوب دفع قيمة يوم القبض أو يوم المطالبة على احتمالٍ. وبيانه أنّك قد عرفت أنّ مقتضى الأدلّة أن يكون المثلي مضموناً بالمثل، ومقتضى ذلك أنّه إذا تعذر المثل أن لا يجب على الغاصب شيءٌ

---

*) *هذا غير معلوم. (منه قدس سره).*

١) السرائر ٢٨٥/٢، لو اشترى شيئاً بحكم نفسه.

٢) تحرير الأحكام ٤٥٤/٢، الفصل الثاني: في القرض.

**) *نسبه الشيخ إلى المسالك. (منه قدس سره).*

/ ٤٧٦ / كما في سائر التكاليف كما في أداء الديون؛ حيث إنّه عند التعذر كما في المفلس يسقط الوجوب فنظرة إلى الميسرة.

ومقتضى ذلك أن لا يجوز للمالك المطالبة كما أنّه إذا أراد الغاصب أن تؤدّي قيمته ليس القبول واجباً إلّا أنّ العلماء أجمعوا - بملاك قاعدة الضرر؛ حيث إنّ عدم جواز المطالبة للمالك ضرر عليه، وبقاعدة الجمع بين الحقّين - إلى جواز مطالبة المالك قيمة المثل.

وهنا نقول: إنّ هذا الإجماع لو كان كاشفاً من أنّ المثلي عند التعذر يصير قيمياً فمقتضى ذلك أنّه يكون قبول القيمة واجباً على المالك كما يقولون بذلك في أداء الديون من باب أنّ الصبر على الدين ضرر عليه أو لوجه آخر كما فصّلناه في كتاب الرهن، مع أنّ الظاهر أنّ العلماء لا يلتزمون بوجوب قبول القيمة على المالك هنا كما يصرّح الشيخ ـ رحمه الله ـ بذلك، بل الظاهر أنّه نسب هذا إلى المشهور أو الكلّ.

إن قلت: إذا لم يقبل المالك فلا يمكن أداؤه إليه.

قلت: حال ما نحن فيه يكون كحال أداء الديون على فرض انقلاب المثل بالقيمة، وهناك يقولون: لو امتنع الدائن فيرجع الأمر إلى الحاكم، وهو يلزمه؛ لأنّه وليّ الممتنع، وإن لم يكن في البين / ٤٧٧ / حاكم فتصير الولاية للمديون فيلقى المال عنده ويذهب.

وهذا يكفي في تحقق الأداء هنا.

[جواز المطالبة هل يكون من جهة الإنقلاب أو لوجه آخر؟]

وعلى هذا فلابدّ أن نتعرض لاحتمالات المسألة من أنّ جواز المطالبة هل يكون من جهة الانقلاب أو لوجه آخر حتى نرى أنّ أيّ واحد من الاحتمالات يكون موافقاً للأصل، فيعلم في ضمنه أنّ القبول واجب أم لا ـ إن شاء الله تعالى.

الأول: أن ينقلب المثل إلى القيمة في حال الإعواز.

ولازم ذلك جواز مطالبة القيمة للمالك ووجوب القبول عليه.

الثاني: أن يتحقق الصلح القهري بين المثل والقيمة بمجرد الإعواز.

وهذا الاحتمال مع سابقه متحد في الآثار إلّا أنّ الانـقلاب يكـون أمـراً واقـعياً، والصلح القهري يكون أمراً اعتبارياً نلتزم به حفظاً لصورة القواعد، نظير الملك الضمني الذي يلتزمون به في بعض الموارد كما في مثل «أعتق عبدك عنّي» لأجل حفظ صورة القواعد.

الثالث: الصلح الاختياري بأن يكون واجباً على الغاصب أن يصالح ما في ذمّته من المثل إلى القيمة حين طالبه المالك بالقيمة.

الرابع: أن يكون واجباً على المالك أن يسقط ما في ذمّته من المثل بالقيمة* سواء كان وجوب الإسقاط واجباً مشروطاً يعني يكون وجوب الإسقاط مشروطاً بمطالبة المالك أو يكون واجباً / ٤٧٨ / مطلقاً حتى يلزمه وجوب القبول على المالك أيضاً.

[مقتضى القاعدة عدم جواز المطالبة وعدم وجوب القبول]

ثمّ إنّ هذه الاحتمالات الخمسة يكون في اثنين مـنها جـواز المـطالبة مـن دون وجوب القبول، وهو الصلح الاختياري ووجوب الإسقاط إذا كان الوجوب مشروطاً بمطالبة المالك.

وسائر الاحتمالات يكون فيها جواز المطالبة ووجوب القبول معاً.

وأنت قد عرفت سابقاً أنّ مقتضى القاعدة أولاً عدم جواز المطالبة وعدم وجوب القبول، وعلى هذا نقول: إنّه بواسطة الإجماع القائم بملاك «لا ضرر» وقاعدة الجمع بين الحقّين على وجوب دفع القيمة في الجملة لابّد من أن نقول بوجوب دفع القيمة عند المطالبة، ولكن يبقى أصالة عدم وجوب القبول على حاله، فـيعيّن الاحـتمالان اللذين لم يكن فيهما وجوب القبول، وهو الصلح الاختياري والإسقاط المشروطي.

---

*) *سيأتي في آخر فروع المثلي قبل التعرض للقيمي أنّه مع احتمال أن يكون بدليّة القيمة عن المثل أو المغصوب عند تعذر المثل من جهة الصلح الاختياري أو الإسقاط المشروطي فحينئذ يصير مقتضى الأصل عدم وجوب دفع القيمة لو لم يتصدّ المالك للصلح أو الإسقاط، فتدبّر؛ فإنّه نافع في الفروع أيضاً. (منه قدس سره).*

[ليس الإسقاط والإبراء بواجب]

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الإسقاط والإبراء يقولون في سائر الموارد، من أنّه ليس بواجب ولذا يقولون من أنّ الجماعة في الصلاة لو كان بدلاً عن قراءة الحمد والسورة ففي صورة تعذر القراءة تصير الجماعة لأنّها أحد البدلين، والواجب المخير إذا تعذر بعض أفراده يعيّن سائر الأفراد وأمّا لو كانت الجماعة / ٤٧٩ / مسقطة للقراءة فهنا يقولون: إنّ إسقاط الواجب ليس بواجب في حال التعذر ولكنّ الإسقاط فيما نحن فيه يكون واجباً ولو كان وجوبه مشروطاً.

إن قلت: إنّ اللازم من كون الأداء بطريق الصلح أو الإبراء مشروطاً بمطالبة المالك أن يكون ذمة الغاصب مشغولاً بالمثل، وإلّا فلا وجه لعدم وجوب القبول. وعلى هذا نقول: إنّ الأصل عدم كون المثل على ذمة الغاصب في قبال ما ذكرت من أنّ الأصل عدم وجوب القبول على المالك، فلا يعيّن الصلح الاختياري والإسقاط المشروطي؛ لأنّها من هذه الجهة يكونان على خلاف الأصل.

[الإحتمال السادس في المقام]

قلت: إنّ هنا احتمالاً سادساً يكون ذاك الاحتمال مخالفاً للإجماع، وهو أن يكون التكليف بأداء القيمة نظير التكليف المتعلق بأداء زكاة الفطرة غير ناشٍ عن كون شيء على الذمة، بل يكون تكليفاً صرفاً لا يجب أداؤه بعد خروج وقته، ولا يؤخذ من التركة إلى غير ذلك. وإذا كان هذا الاحتمال مخالفاً للإجماع فلابدّ أن نلتزم بأنّ التكليف بأداء القيمة يكون ناشياً من كون شيء على الذمة إمّا المثل أو القيمة.

وعلى هذا فأصالة عدم كون المثل على ذمة الغاصب معارض بأصالة عدم القيمة على ذمته؛ حيث إنّ أحدهما يكون على ذمّته. وعلى هذا فيكون جريان أصالة عدم وجوب القبول بلا مانع / ٤٨٠ /، وإذا جرى أصالة عدم وجوب القبول فيعيّن أن تكون ذمّته مشغولة بالمثل؛ إذ قد عرفت أنّ عدم وجوب القبول عند أداء القيمة لابدّ أن يكون

من باب أنّ الذمة تكون مشغولة بالمثل، وإذا تعيّن بمقتضى الأصل أن تكون الذمة مشغولة بالمثل عين الإعواز فيكون مقتضى الأصل بقاء المثل إلى يوم الدفع، فيعيّن قيمة يوم الدفع أو يوم المطالبة على احتمال.

[الإشكال على أصالة عدم وجوب القبول]

أقول: في هذا الكلام مواقع للنظر:

منها أنّ أصالة عدم وجوب القبول على المالك لو كان المراد منها هو الأصل العدم[1] فحينئذ لا محظور من إثبات كون المثل على الذمة لو كان عدم وجوب القبول في الواقع ملازماً مع كون المثل على ذمة الغاصب. وذلك لأنّ الأصل العدم الذي يقولون: إنّ بناء العقلاء عليه يكون من الأمارات فيثبت به جميع اللوازم والملزومات.

ومنها كون المثل على ذمة الغاصب كما هو المفروض.

هذا، ولكن فيه أنّ الأصل العدمي لا دليل على اعتباره بطريق الإطلاق كما ذكرناه في موارد كثيرة. وأمّا لو كان المراد من أصالة عدم وجوب القبول هو أصالة البراءة فمن الواضح أنّه لا يجوز إثبات كون الذمة مشغولة بالمثل بواسطة أصالة البراءة عن وجوب / ٤٨١ / القبول. وذلك لأنّ كون المثل على الذمة ليس من الآثار الشرعية لعدم وجوب القبول بل يكون ملزوماً له، فيصير الأصل مثبتاً، والأصل المثبت ليس بحجة في الاستصحاب الذي يكون من الأصول البرزخية، فكيف يكون حجة في أصالة البراءة مع أنّها من الأصول الصرفة؟

[لو كان يوم التلف متمكناً من المثل]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّه لو كان في يوم التلف متمكناً من المثل فيجيء المثل في ذمته، وعلى هذا فيستصحب بقاء المثل على الذمة إلى يوم الدفع فيعيّن قيمة يوم

---

١) كذا.

الدفع؛ لأنّ وجوب دفع قيمة يوم الدفع يكون من الآثار الشرعية لكون المثل في ذاك الزمان على العهدة. وأمّا لو كان المثل في يوم التلف متعذراً فهنا لا يقتضي الأصل أن تكون الذمة مشغولة بالمثل أو القيمة.

نعم، عدم كون الأصل جارياً هنا غير مانع من جريان الأصل في الآثار فنقول: الأصل براءة ذمة المالك عن وجوب قبول القيمة لكن مع ذلك لا نثبت بذلك أنّ ما في الذمة هو المثل.

وعلى هذا فمن حيث إنّ المضمون هو قيمة يوم التلف أو يوم القبض أيضاً لابدّ من أن يرجع إلى أصالة البراءة فنقول بأنّه يجب عليه دفع أقل القيمتين لأصالة براءة / ٤٨٢ / ذمته عن الزائد على ذلك. وذلك لأنّ الأمر ليس دائراً بين المتباينين كما في صورة يشك في وجوب دفع المثل أو القيمة. وذلك لأنّه فيما نحن فيه يكون الواجب عليه هو القيمة على كلّ حال، وهو مردد بين الأقل والأكثر.

[حصيلة البحث عن الأصول العملية]

فحصل ممّا ذكرنا أنّ مقتضى الأصول العملية أنّه لو كان التعذر طارياً بعد التلف فيعيّن ملاحظة قيمة يوم القبض، وأمّا لو كان المثل حين التلف أيضاً متعذراً فيكون اللازم أداء أقل القيمتين - أعني قيمة يوم التلف أو قيمة يوم القبض -. وأيضاً قد عرفت أنّ الأصل عدم وجوب قبول القيمة على المالك.

[بعض الإشكالات الجزئية الأخرى في المقام]

ثمّ إنّ في الكلام الذي نقلناه إشكالاتٍ جزئية أخرى ليست قابلة للذكر، وذلك مثل أنّ ما ذكر في الاحتمالات الخمسة من أنّ الإبراء يمكن أن يكون مشروطاً ومطلقاً، ولكنّ الانقلاب والصلح القهري ليسا إلّا مطلقين لا وجه؛ له لأنّ الانقلاب أيضاً يمكن أن يكون مشروطاً، وكذا الصلح القهري إلّا أنّه لا يترتب على هذه الاحتمالات أثر كما عرفت، فلا تغفل.

هذا كلّه في بيان أنّ مقتضى الأصل في المسألة أيّ شيء.

[الدليل على كون المدار قيمة يوم المطالبة أو يوم الدفع]

وأمّا الأدلّة فنقول: إنّه يدلّ على كون المدار على قيمة يوم المطالبة أو يوم الدفع شيئان:

[الاستدلال بقوله (ص) «على اليد..»]

الأول: قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[1]. وذلك لما عرفت سابقاً أنّ هذه الرواية بانضمام قاعدة / ٤٨٣ / الأقربية إليه تدلّ على أنّ المضمون هو المثل*، وأنا قد ذكرت سابقاً أنّ هذه الرواية بدون انضمام قاعدة الأقربية

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

*) ***ولا يخفى أنّه في صورة كان متمكناً من المثل ابتداءً فلا إشكال في دلالة الآية والرواية على وجوب المثل ثمّ يستصحب في زمان التعذر. وما ذكره الشيخ من أنّ دلالتها على وجوب القيمة في القيمي إنّما هو لتعذر المثل، ولا فرق بين التعذر ابتداءً واستدامةً. ومقتضى ذلك دلالتها على وجوب القيمة في المثلي بعد تعذر المثل. ونحن نقول: أمّا الآية فقد تقدم في الحواشي السابقة أنّها مجملة في دلالتها على وجوب القيمة في القيمي ابتداءً أيضاً من جهة تردده بين لحاظ المثلية في الاعتداء أو المعتدى به، فتأمل.***

وأمّا الأخبار فبضميمة العرف والعقل نحن صحّحنا دلالتها على وجوب المثل في بعض الموارد والقيمة في أخرى، ولكن بنفسها ليست متصدية لبيان هذا المطلب حتى يجوز التمسّك بإطلاقها لبعد حصول التعذر أيضاً. وأمّا لو كان المثل متعذراً ابتداءً فالآية مجملة لما تقدم من منع ثبوت الدلالة فيها على القيمة في القيمي أيضاً وعدم دلالتها على وجوب المثل في هذه الصورة من جهة ما ذكرناه في المتن من أنّ استفادة ثبوت المثل على الذمة إنّما كان من جهة الأمر بأخذ المثل منه. ومع التعذر لا أمر في البين، فلا يستفاد ثبوت المثل أيضاً على الذمة. وأمّا الأخبار في صورة التعذر الابتدائي فمن جهة أنّ التعذر غير مانع عن ثبوت المثل في الذمة فيكون الحق مع الأستاذ ـ سلّمه الله ـ، ومن جهة أنّه لو كان دلالتها على القيمة في القيمي من جهة تعذر المثل فيكون الحق مع ما يستفاد من كلام المصنف ـ رحمه الله ـ من ثبوت المثل (القيمة) في الذمة، ولكن نحن لما قلنا من أنّ دلالتها كان بضميمة العقل والعرف فيمكن منع

إليه أيضاً تدلّ[١] على أنّ المضمون بعد التلف هو المثل.

ولا يخفى أنّه لا مانع في كون المثل على الذمة في زمان التعذر لأنّ الأحكام الوضعية ليس ثبوتها متوقفاً على القدرة.

نعم، التكليفي يرتفع بواسطة التعذر. وإذا كان المثل على الذمة إلى يوم الدفع فحينئذ يكون مقتضى ذلك وجوب دفع قيمة يوم القبض؛ لأنّه حين الدفع يكون مأموراً بدفع قيمة ما في الذمة.

أقول: ولا ينتقل ما في الذمة إلى القيمة ولو للاستصحاب في بعض الموارد، فتعيّن قيمة يوم الدفع.

وممّا ذكرت ظهر ارتفاع احتمال كون المضمون قيمة يوم المطالبة أيضاً.

[الاستدلال بقوله تعالى «فاعتدوا عليه»]

الثاني: قوله تعالى: ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[٢].

إن قلت: إنّ هذه الآية تدلّ على وجوب أداء المثل، وكلامنا إنّما هو في صورة تعذر أداء المثل، وفي مثل هذه الصورة لا يجب أداء المثل قطعاً.

قلت: ذكر العلماء في مسألة الشرائط والأجزاء في العبادات في مقام تعيين أنّ الأصل في الشرائط والأجزاء أن تكون شرطاً مثلاً حتى في صورة التعذر والسهو والنسيان أو أنّ الشرطية مختصة بحال الإمكان والإلتفات من أنّ الشرطية تارة تثبت

دلالتها، وذلك لاحتمال أن يكون حكم العرف بثبوت القيمة في القيمي هو عدم وجود المثل رأساً لا تعذره فعلاً.

نعم، لو ثبت أنّه عند وجود المثل يكون الإجماع على وجوب أدائه مطلقاً فيتعيّن القول بمقتضى ثبوت المثل مطلقاً في الذمة، ولكن لا أظنّ منهم إجماعاً تعبدياً في خصوص المقام، بل إنّما قالوا بذلك على القواعد. (منه قدس سره).

١) في المخطوط: يدلّ.

٢) البقرة: ١٩٤.

بغير صورة الحكم التكليفي مثل «لا صلاة إلّا بطهور» فهنا لابدّ أن يؤخذ بإطلاق / ٤٨٤ / هذا الدليل، ويقال: إنّ الشرطية ثابتة مطلقاً وتارة تثبت بصورة الحكم التكليفي كما في مثل ﴿**وثيابَك فطهّر**﴾[1]. وهنا يقولون: إنّ الشرطية مختصة بحال الإمكان والالتفات؛ حيث إنّه لا تكليف في هاتين الحالتين.

هذا، ولكن نحن نقول: إنّه في صورة تثبت الشرطية بالحكم التكليفي أيضاً لا اختصاص له بحالة التمكن والالتفات، وذلك لأنّ الحكم التكليفي يكون ناشئاً من الحكم الوضعي، وهو الشرطية الواقعية، ويكون الحكم التكليفي كاشفاً عنه. ولذا نقول بثبوت الشرطية في حالة التعذر والنسيان.

وذلك لأنّ الحكم التكليفي وإن كان مختصاً بحالة الإمكان والالتفات إلّا أنّ هذا الحكم التكليفي يكون كاشفاً عن حكم وضعي لا اختصاص له بهذه الحالة.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ التكاليف في الماليات أيضاً يكون من هذا القبيل يعني أنّه لمّا كان في العهدة شيء فلذا كلّف بأدائه، والآية فيما نحن فيه يكون من هذا القبيل يعني لمّا كان المثل على عهدة المعتدي فلذا أمر بالاعتداء عليه بالمثل.

والحاصل أنّ مقتضى الأصل أن يكون كذلك حتى يثبت خلافه.

[لا يفي هذا الوجه لثبوت المثلي على الذمة]

أقول: لا يخفى أنّه على فرض تسليم جميع ما ذكر نقول: إنّ هذا الوجه لا يفي بثبوت المثل على الذمة على جميع التقادير. وذلك لأنّ استكشاف الوضعي من الحكم التكليفي إنّما هو فرع ثبوت أصل الحكم التكليفي. وعلى هذا نقول: لو كان المثل حين التلف موجوداً فهنا تدلّ الآية على / ٤٨٥ / ثبوت المثل على الذمة، فإذا تعذر المثل يرتفع الحكم التكليفي من البين، لكن لمّا لم يكن في ثبوت المثل على الذمة في حال التعذر مانع فلذا يستصحب المثل الذي ثبت على الذمة أولاً في حال التعذر أيضاً.

---

١) المدثر: ٤.

فيصير مقتضى ذلك وجوب أداء قيمة يوم الدفع.

وأمّا لو لم يكن المثل حين التلف موجوداً فهنا لا يتعلق التكليف بأداء المثل عليه حتى يستكشف من ذلك ثبوت المثل على الذمة، مع أنّه لا مانع من أن يكون المثل على الذمة في صورة يكون المثل من بدو الأمر موجوداً، ولم يكن المثل على الذمة في صورة يكون المثل من بدو الأمر متعذراً كما تقدم نقل هذا القول من المحقق الثاني.

إن قلت: إنّ ما ذكره المحقق الثاني إنّما هو بمقتضى الأصول العملية، وإلّا لا تفصيل في الواقع.

قلت: كون مستنده هو الأصول العملية غير معلوم، مع أنّ مجرد احتمال التفصيل* في الواقع بين الصورتين يكفينا، فلا يجوز التمسّك هنا بملاك عدم القول بالفصل أيضاً، فافهم.

هذا، مع أنّ ما ذكر في الشرائط والأجزاء في العبادات مخدوش من وجهين:

الأول: أنّ مثل الشرطية والجزئية منتزع من الحكم التكليفي كما حقّقناه في محلّه.

الثاني: أنّه لو سلّمنا كونهما أصيلين أيضاً نظير بعض الأحكام الوضعية التي نلتزم بتأصّله لكن نقول: بعد ما يمكن أن تكون الشرطية ثابتة في بعض الحالات دون بعض فنقول: لا يجوز استكشاف الشرطية والجزئية من الحكم التكليفي بأزيد من مقدار يكون الحكم التكليفي هناك ثابتاً، ولذا قلنا: إنّه في صورة كان المثل أولاً موجوداً حين التلف ثمّ صار متعذراً /٤٨٦/: ثبت المثل على الذمة حين وجود المثل بالآية، وحين تعذر المثل بالاستصحاب.

ثمّ إنّه قد يقال: إنّ المضمون هو قيمة يوم الغصب كما قد يقال بذلك في القيمي.

ورُدّ ذلك بأنّه لو قلنا بذلك في القيمي فإمّا أن نقول بذلك لدلالة قوله عليه السلام:

---

*) ***مع أنّه لا يجري عدم القول بالفصل في صورة أحرز أحد الطرفين بالأصل. (منه قدس سره).***

« **نعم، قيمة بغل يوم خالفته** »[1] في صحيحة أبي ولّاد على ذلك، فعلى هذا نقول: إنّ هذا حكم تعبدي صرف، فلا يجيء في القيمي.

وإمّا أن نقول بذلك بحسب مقتضى القاعدة، فعلى هذا لو كان مقتضى القاعدة المذكورة أن يكون المضمون قيمة عين المغصوبة في يوم الغصب فيصير قوله تعالى: ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[2] ردّاً عليه؛ حيث إنّ مقتضاه بعد التخصيص أن يكون المثلي مضموناً بالمثل لا بالقيمة. وأما لو كان مقتضاها أن يكون المضمون قيمة مثل العين في يوم الغصب فعلى هذا لابدّ أن تلاحظ هذه القاعدة من أنّها صحيحة أم لا، فإن تمّت في القيمي فالظاهر أنّها تتمّ في المثلي أيضاً.

أقول: لا يخفى عليك أنّه بعدُ ما رأيت قائلاً بكون المضمون قيمة يوم الغصب في المثلي.

هذا، مع أنّه لا وجه لمجيء المثل أو قيمة المثل في يوم الغصب على ذمته لأنّه ما دامت العين باقيةً يكون مأموراً بالردّ.

هذا، مع أنّ قيمة العين في يوم الغصب وقيمة المثل في ذلك اليوم لا تفاوت بينهما، ومن أين يمكن أن يجيء دليل على حسب مقتضى القواعد على أنّه مع كون العين باقية يكون المضمون هو قيمة مثل العين / ٤٨٧ / وبالجملة هذا مطلب عجيب.

---

١) الكافي ٥/ ٢٩٠ - ٢٩١، باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد أو يردها قبل الإنتهاء إلى الحد، ح ٦.

٢) البقرة: ١٩٤.

فـروع

[لو تعذر المثل واختلفت قيمته هل له مطالبة الأعلى قيمةً؟]

الأول: إذا تعذر المثل واختلفت قيمته بحسب مكان التلف والأداء فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعيّن قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف؟ وجوه.

ولا يخفى عليك أنّه قال في المكاسب[1] في هذا المقام بعد ذكر الوجوه الثلاثة: وفصّل الشيخ ـ رحمه الله ـ في المبسوط[2] في باب الغصب بأنّه إن لم يكن في نقله مؤونة كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا، وإن كان في نقله مؤونة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً؛ لأنّه لا ضرر عليه في ذلك. وإلّا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد.

ثمّ قال: إنّ الكلام في القرض كالكلام في الغصب. انتهى.

وأورد على المكاسب بأنّه لا وجه لذكر تفصيل الشيخ هنا؛ لأنّ كلامك في صورة تعذر المثل وكلامه في صورة عدم تعذر المثل. وإذا عرفت ذلك فنقول: أمّا وجه كون المضمون هو أعلى القيمتين كما نسب ذلك إلى العلامةﷺ ظاهراً لقولهﷺ بذلك في نظير المسألة، وهو صورة كان المثل موجوداً وكان في نقله مؤونة هو أنّه قد تقدّم أنّه في صورة تعذر المثل ليس على الغاصب شيء بمقتضى القاعدة إلّا أنّ الإجماع قام على خلاف ذلك، وقلنا قُبيل ذلك: إنّ الغاصب مأمور بإبراء ذمته بعد مطالبة المالك.

---

١) كتاب المكاسب ٢٣٧/٣ - ٢٣٨، هل الإعتبار بقيمة بلد المطالبة أو التلف أو أعلاهما.

٢) المبسوط ٧٦/٣، إذا غصب منه ما لا بمصر فلقيه بمكة وطالبه به و هكذا إذا اقترض منه.

وعلى هذا نقول: إذا وجب عليه إبراء ذمته فلابدّ أن يبرء ذمته بأيّ وجه كان، فإذا لم يرض / ٤٨٨ / المالك إلّا بالأعلى فلابدّ أن يعطيه أعلى القيمتين حتى يبرء ذمته.

وأورد على هذا الكلام من وجهين:

الأول: أنّ المبنى المذكور في هذا الوجه - وهو وجوب إبراء الذمة على الغاصب بأيّ وجه كان - فيه محظور لم يلتزم به أحد، وذل ك لأنّه بناء على هذا لو لم يرض المالك إلّا بأضعاف قيمة المثل فلابدّ أن يكون الإبراء في هذه الصورة أيضاً واجباً بأن يعطي أضعاف القيمة حتى يبرء ذمته.

الثاني: أنّه لا دليل على أصل هذا المبنى، وذلك لأنّ المسلّم إنّما هو وجوب إبراء الغاصب ذمته من المثل في الجملة، فلابدّ أن يعيّن أنّه بأيّ شيء لابدّ أن يبرء ذمته.

أقول: لا يخفى عليك أولاً أنّه ليس بلازم على العلامة من قوله «بوجوب إعطاء أعلى القيمتين في صورة كان المثل موجوداً وكان في نقله مؤونة» أن يقول بوجوب إعطاء أعلى القيمتين في صورة التعذر أيضاً، وذلك لأنّه في صورة كان المثل موجوداً يكون الواجب على الغاصب هو أداء المثل، والاكتفاء بالقيمة إنّما لابدّ أن يكون برضاية المالك، وهو لا يرضى إلّا بأعلى القيمتين. وهذا بخلاف صورة التعذر؛ فإنّه ليس على الغاصب هنا أداء المثل حتى نقول بلزوم أعلى القيمتين هنا.

ثمّ إنّك إذا عرفت أنّه ليس المدار على إرضاء المالك فحينئذ نقول: لو قام دليل أو استصحاب مثلاً على تعيين كون المدار على بلد المطالبة أو بلد التلف فيها وإلّا فنقول: إنّه لو شككنا في أنّ الواجب عليه أيّ شيء فلابدّ أن نقول بوجوب أقل القيمتين عليه لما ذكرنا وجهه عند بيان الأصل في صورة كان التفاوت بين القيمتين بالأزمان؛ حيث إنّ التكليف مردّد بين الأقل والأكثر.

وتفصيل الكلام فيه قد تقدم.

وأمّا وجه كون المضمون / ٤٨٩ / قيمة بلد المطالبة هو ما ذكرنا سابقاً لكون المضمون قيمة يوم الدفع، وهو أنّ الغاصب في هذا الزمان وفي هذا المكان يكون

مكلّفاً، والمثل على ذمته فعلاً، ويجب عليه أن يؤدي قيمة ما في ذمته، ويكون عليه* قيمة زمان ومكان كان عليه وإعطاء المثل فيهما لو كان متمكناً منه.

ولا يخفى أنّ تمامية هذا الوجه يظهر ممّا نذكره فيما بعد ـ إن شاء الله.

وأمّا وجه كون المضمون هو قيمة بلد التلف هو أنّ الإضافة إلى البلدان لها مدخلية** في مالية التالف. وعلى هذا نقول: إنّ الغاصبَ أتلف تلك المالية الخاصة للعين، فلابدّ أن تكون تلك المالية مضمونة عليه.

وذلك لأنّه بناء على ما ذكرنا من أنّ الإضافة إلى البلدان لها مدخلية في المالية تصير إضافة المال إلى بلد نظير [إضافة] الصفة للمال، ولا إشكال أنّ الصفات تكون مضمونة كما لو غصب حماراً فأذهب واحداً من عينيه فحينئذ لابدّ له من ردّ الحمار مع قيمة عين الحمار.

إن قلت: كما أنّ الإضافة إلى البلدان لها مدخلية في مالية الأشياء كذلك الإضافة إلى الأزمان لها مدخلية في مالية الأشياء؛ حيث إنّ المال في الشتاء له قيمة وفي الصيف له قيمة أخرى. وعلى هذا فإذا أنلف مالية هذا الشيء في الشتاء فلابدّ أن يضمن تلك المالية، مع أنّك **قلت**: إنّ المضمون هناك هو قيمة يوم الدفع أو يوم المطالبة.

قلت: تفاوت القيمة بواسطة اختلاف الزمان ليس ذاك التفاوت / ٤٩٠ / مضموناً، وذلك لأنّ هذا التفاوت إنّما يحصل لكثرة الراغبين في شراء هذا المال وقلّته، بخلاف التفاوت الحاصل باختلاف الأمكنة، فإنّ تفاوت القيمة هناك لأجل ندرة وجود هذا الشيء وكثرته. ولا يخفى أنّ التفاوت الحاصل من كثرة الراغبين المعبّر عنه باختلاف

---

*) *في الحواشي السابقة ذكرنا أنّه بالنسبة إلى زمان المطالبة يجوز أن يقال: إنّ المثل جاء في هذا الزمان وبقي فيه، فيلاحظ قيمته، ولكن بالنسبة إلى المكان لا شاهد لنا على أنّ انتقال الغاصب والمالك من بلد إلى آخر بمنزلة انتقال المثل منه إليه. (منه قدس سره).*

**) *فيه أنّ هذا الوجه على فرض تماميته يكون أخصّ من المدعى؛ لأنّه لا يأتي إلّا في صورة كان قيمة بلد التلف أزيد. (منه قدس سره).*

القيمة السوقية واختلاف الرغبات ليس بمضمون*.

أقول: لا يخفى عليك من أنّه يجوز أن يكون اختلاف قيمة الشيء بحسب اختلاف الأزمنة مستنداً إلى قلّة الراغبين وكثرته أو مستنداً إلى ندرة وجوده وكثرة وجوده. وكذلك اختلاف القيمة بحسب اختلاف الأمكنة، ولا تفاوت في البين أصلاً.

نعم، يكون بينهما فرق من جهة أخرى، وهو أنّه إذا كان التفاوت بواسطة اختلاف الزمان فهنا لم يكن نقصان القيمة إذا [كان] نقص القيمة مستنداً إلى عمل الغاصب بخلاف ما لو كان النقصان بسبب اختلاف الأمكنة إلّا أنّ في دلالة أدلّة الضمان على كون هذا التفاوت مضموناً محل الإشكال.

نعم، للمالك أن لا يأخذ في هذا البلد، بل يطالب منه أن يعطيه إليه في بلد التلف.

[الأقوى الرجوع إلى الأصول لعدم ذكر الخصوصيات في الأدلّة]

والذي يقوّى بالنظر فعلاً وهو أنّ الأدلّة ساكتة عن هذه الخصوصيات، فلابدّ أن يرجع إلى الأصل على ما تقدّم.

ثمّ أنّ جواز التمسّك بأدلة الضرر في صورة يكون ضمان قيمة يوم التلف على القول به ضررياً / ٤٩١ / مبنيّ على ما تقدّم من أنّه لو قلنا: إنّ أدلّة الضرر لا يجوز التمسّك بها إلّا في الماليات بالنسبة إلى الأسباب الناقلة كالبيع وأمثال ذلك فيثبت الخيار في البيع بواسطة الغبن الذي هو ضرر، فنقول: لا يجري فيما نحن فيه وإن عمّمنا فيجري. ووجه تخصيص أدلّة الضرر بالأسباب في خصوص الماليات أنّ أدلّة الضرر بنفسها ليست بحُجّة ما لم يكن لها جابر من عمل العلماء لورود كثرة التخصيص عليها، وليس لها جابر إلّا في المورد الذي ذكرنا، وعدم جواز الوضوء الضرري إنّما هو لأدلة أخرى

---

*)ولا يخفى عليك من أنّه لو قلنا في القيميات بأنّ المضمون هو قيمة يوم التلف فلا يلزم أن نقول بذلك في المثليات أيضاً. وذلك لأنّه في القيميات عند التلف تجيء القيمة على ذمته، والقيمة التي تجيء على ذمته هي قيمة يوم التلف لأنّه ليس في البين قيمة غيره. وهذا بخلاف المثليات؛ حيث إنّ الذي يجيء ابتداءً على ذمته فيها هو المثل، فتأمل. (منه قدس سره).

مثل قوله تعالى: ﴿ **ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة** ﴾[1].

أقول: لا يخفى أنّ العلماء عملوا بأدلة الضرر في مثل الوضوء الضرري وغير ذلك أيضاً، مع أنّ ورود كثرة التخصيص عليها ممنوع كما حقّقناه في قاعدة الضرر.

هذا، ومع ذلك كلّه بعدُ لم نحقّق تصور كون الحكم في المقام ضررياً؛ لأنّ المفروض أنّ الغاصب أتلف مال الغير فلابدّ أن يخرج من عهدته، وإلّا يصير ضرراً على المالك لو نقص من قيمته على فرض بقائه شيءٌ، فتدبر.

[لو كان المثل موجوداً عند شخص يعطيه بالجزاف فهل يجب الشراء؟]

الثاني: في أنّه إذا كان المثل موجوداً عند شخص ولم يبعه إلّا بقيمة جزاف فهل يجب الشراء أم لا؟ فيه خلاف.

قد يقال بعدم وجوب الشراء لأنّه ضرر على الغاصب*، ولأنّهم يقولون بعدم الوجوب لو كان ثمن الهدي في الحج كذلك.

وردّ أدلّة الضرر بما تقدم من أنّه لا يجوز التمسّك بأدلة الضرر في غير الماليات بالنسبة إلى الأسباب.

وقد مرّ منّي تضعيف هذا الردّ.

وردّ المقايسة بثمن الهدي **أوّلاً**: بأنّ هذا منقوض بثمن ماء الوضوء إذا كان البايع لم يبع الماء إلّا بقيمة جزاف، فإنّ العلماء هنا يقولون بوجوب الشراء.

و**ثانياً**: أنّ هذا الحكم بالنسبة إلى ثمن الهدي أيضاً ليس بمعلوم أن يكون مسلّماً.

و**ثالثاً**: لو سلّمنا ذلك في ثمن الهدي أيضاً لا نسلّم فيما نحن فيه لأنّه يصير قياساً.

---

١) البقرة: ١٩٥.

*) ***قد رفعنا الإشكال عن التمسّك بقاعدة الضرر ولا مانع من التمسّك بها في المقام وثمن الهدي وشبه ذلك.***

نعم، شراء ماء الوضوء تخصيص على قاعدة الضرر، ولا يضرّها. (منه قدس سره).

[هل الملاك لدفع قيمة المثل، المثل الواحد أو الأمثال المتعددة؟]

الثالث: في أنّه إذا كان المثل متعذراً ويكون التكليف متعلقاً بأداء قيمة المثل في يوم الدفع مثلاً فهنا لابدّ أن يفرض وجود مثلٍ ثمّ يلاحظ أنّ قيمته أيّ مقدار يكون، ولذا يقع الكلام في أنّه بأيّ نوع يفرض وجود المثل فهل يفرض مثل واحد ويلاحظ قيمته أو يفرض وجود أمثال كثيرة ثمّ يلاحظ قيمتها، وأنّ أيّ واحد منها أيّ مقدار يكون قيمته أو يفرض وجودها لا بطريق الندرة ولا بالكثرة، بل متوسطة؟ الأقوى هو الأول.

أقول: لم يعلم وجه الأقوائية*.

---

*) *لعلّ وجه الأقوائية أنّ المثل يكون في ذمته فلابدّ أن يفرض وجوده في هذا الحال الذي ليس غيره موجوداً وإلّا لم يبق للنزاع في أنّ المدار على قيمة يوم تلف العين أو الإعواز أو الدفع بعد فرض بقاء التعذر حين الدفع، وإلّا كان الواجب دفع مثله كما اعترف به المصنف والجواهر، بل ادّعى عدم الخلاف.*

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا احتياج إلى عنوان مسألتنا رأساً بعد بيان أنّ المدار على قيمة يوم الدفع مثلاً. ولعلّه لذا لم يتعرض صاحب الجواهر بهذه المسألة في كتاب الغصب.

إن قلت: على هذا لا فائدة في النزاع في أنّ المدار في قيمة يوم الإعواز أو التلف لأنّه لا يتفاوت القيمة بعد فرض وجود مثل واحد.

قلت: الجمد إذا لم يكن في الشتاء إلّا مقدار يسير يكون رخيصاً أو بلا قيمة بخلاف زمان الصيف، فمع الفرض المذكور أيضاً يختلف القيمة.

ثمّ إنّ المدار على قيمته يبذل من باب الرغبة النوعية لا من باب الاتفاقات الخارجية.

إن قلت: إنّ الأخذ بهذه القيمة ضرر.

قلت: الضرر ورد من الغاصب على نفسه؛ حيث لم يدفع مال الغير إلى أن غَلا قيمته.

نعم، يشكل ذلك في صورة لم يرض المالك أو لا يأخذ القيمة حتى غَلا، فإنّه لا مانع من التمسّك هنا بقاعدة الضرر فيقال بأنّه لا يؤخذ بأزيد من قيمة يوم يريد الغاصب دفع القيمة إلّا أن يقال: إنّ الضرر لم يرد من المالك عليه، وذلك لأنّ القيمة لمّا كانت غير حقّ المالك فله أن لا يأخذ ثمّ بعد ما بقي ماله وغَلا لو دفع إليه بأقلّ من قيمة ماله فعلاً فيكون ضرراً عليه لا على الغاصب.

هذا كلّه في فرض كان المثل موجوداً عند التلف حتى يتمّ الدليل على تعلق المثل على الذمة ثمّ

[لو أتلف الماء في المفازة هل يمكن الإعطاء على شاطئ البحر أو لابد من إعطاء القيمة ؟]

ولا يخفى أنّه لو شككنا بكون المرجع هل هو الأصل الرابع* في أنّه إذا أتلف الماء

يستصحب هذا ، ومع ذلك يمكن أن يناقش على فرض وجود مثل واحد .

توضيح المقام أنّك عرفت أوّلاً أنّ قيمة المثل في صورة فرض مثل واحد مغاير مع قيمة يوم المطالبة أو يوم التلف ؛ لأنّ الفصول والأزمنة مغير للقيمة سواء فرض مثل واحد أو أكثر . كيف والمثل الواحد في بعض الأزمنة لا قيمة له ، والأمثال الكثيرة في بعض الأزمنة لكلّ منها قيمة معتنى بها بعد ما عرفت أنّ المدار في القيمة على ما يبذل بإزاء المال من باب الرغبة النوعية لا من باب الاتفاقات الخارجية .

نعم ، على كلّ حال ما يكون له قيمة لو فرض له مثل واحد يكون قيمته أزيد ممّا لو فرض أمثال متكثرة إلّا أنّ لقائل أن يمنع لزوم دفع قيمته مثل فرض له وجود واحد .

وجه المنع في صورة كان مقتضى الدليل ثبوت المثل على ذمة الغاصب أنّه تقدم عند التعرض لأصل المسألة التي نحن نتكلم في فروعها أنّ مقتضى القاعدة الأولية عند تعذر المثل أن لا يجب على الغاصب شيء كما في سائر التكاليف التي لا يمكن العمل بها .

وأمّا إثبات وجوب دفع القيمة كان مدركه الإجماع والضرر والجمع بين الحقين وشيء منها لا يقتضي قيمة المثل في صورة فرض مثل واحد في الخارج .

نعم ، لو كان الدليل على وجوب دفع القيمة دليل دلّ على وجوب دفع قيمة هذا المثل الذي يكون في ذمة الغاصب في حال ليس له مثل في الخارج فكان الحقّ لزومَ فرض مثل واحد ، ثمّ يلاحظ قيمته ، لكنّك عرفت أنّه ليس دليل على هذا العنوان . (منه قدس سره) .

**) توضيح لعدم جواز التمسّك بأدلة الضرر في أمثال المقام ، وذلك بأن نقول : إنّ مجرد ورود الضرر على شخص غير نافع كما إذا صار ماله رخيصاً أو غلا قيمة ما في ذمته ، بل الضرر لابدّ أن يصدق عرفاً في دفع المثل الذي كان عليه أو الدين الذي كان عليه .*

وعلى هذا يكون صدق الضرر على أداء مال الغير غير [. .] في صورة لم يكن تصنع من أحدهما في تلك المال من مثل [. .] وإن غلا ثمنه فتدبر ؛ فإنّ ما ذكرنا في الحاشية الأولى مورد الخدشة .

نعم ، أصل هذه الدعوى تتمّ في صورة كان المثل موجوداً في زمان التلف حتى يتمّ الدليل على أنّ المثل يكون في ذمة الغاصب فيستصحب ، ثم ملاحظة قيمة المثل تلاحظ من غير جهة اختلاف الأمكنة . (منه قدس سره) .

في المفازة وكان هناك له قيمة فهل يجوز أن يعطيه على شاطئ البحر أم لابدّ أن يعطيه قيمته؟

ولا يخفى أنّ حكم هذه المسألة قد تقدم سابقاً، وصار المختار هناك وجوب أداء القيمة لانصراف ما دلّ على وجوب أداء المثل عن هذه الصورة، ولأدلة الضرر وغير ذلك.

[صورة غصب الماء في المفازة والإعطاء على شاطئ البحر]

ولا يخفى أنّ توضيح حال هذه المسألة يتوقف على بيان حال نظيره، وهو ما إذا غصب الماء في مفازة ويريد أن يعطي عين ذاك الماء إلى مالكه عند شاطئ البحر. فهنا قال الأستاذ ـ سلّمه الله تعالى ـ: إنّ مقتضى أدلّة الضرر أن لا يكون / ٤٩٣ / للغاصب ردّ عين الماء المغصوب. ولا فرق في ذلك بين أن نقول: إنّ المرفوع بأدلة الضرر هو الضرر النوعي أو الشخصي. لأنّ كليهما يكون هنا موجوداً.

وأنا أقول: إنّ مقتضى التحقيق أنّ المرفوع هو الضرر الشخصي وأنّه فيما نحن فيه يكون الضرر الشخصي والنوعي كلاهما موجودين إلّا أنّ ادّعاء ذلك من الأستاذ ـ سلّمه الله ـ مناف لما قاله سابقاً في نظائره من أنّ الضرر النوعي ليس هناك موجوداً.

[الإشكال على التمسك بأدلة الضرر]

ثمّ إنّه أورد على التمسّك بأدلة الضرر هنا بأنّ الضرر هنا ليس بموجود أصلاً؛ لأنّ هذا الماء لو كان باقياً على يد المالك أيضاً كان هذا الضرر وارداً عليه.

أقول: وفيه أنّ هذا إنّما يتمّ في صورة لو كان الماء عند المالك أيضاً لما كان محتاجاً إليه في المفازة مع أنّه لم يبعه هناك أيضاً.

هذا، مع ذلك كلّه نقول: إنّ قيمة الماء في المفازة يكون مضموناً على الغاصب لما

قد عرفت من أنّ إضافة العين إلى المكان* يكون نظير صفات العين، وقد فاتت هذه الصفة في تحت يد الغاصب وتكون لها مالية فتكون مضمونة على الغاصب، فلابدّ للغاصب إمّا أن يعطي قيمة مالية هذه الصفة أو أن يحمل الماء إلى المفازة ويعطيه إلى الغاصب هناك.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ حمل المغصوب إلى بلد الغصب يكون لازماً على الغاصب.

أقول: إن قلت: أيّ فرق بين أن يكون نقصان القيمة أو ذهاب القيمة بواسطة اختلاف / ٤٩٤ / البلدان أو الأزمان مع أنّك لا تقول: إن الاضافة إلى الأزمان أيضاً تكون صفة من الصفات. وقد فات تحت يد الغاصب.

قلت: نحن نقول: إن الاضافة إلى الأزمان يكون مثل الصفة إذاكان لها مالية إلّا أن إزالة هذه الصفة ليست بيد الغاصب، وإنّما هو من الأمور القهرية. وهذا بخلاف الإضافة إلى البلدان إلّا أن مقتضى ذلك أن الإضافة إلى الأزمان أيضاً لو كان في صورة يكون المالك محتاجاً في زمان الغلاء بحيث يصرفه في تلك الزمان فيكون مضموناً لو اعترفنا أن الإضافة إلى البلدان يكون حقيقةً مثل صفة للعين، فيكون حكمها حكم الصفات التي أجمعوا على كونها مضمونة إذا فاتت تحت يد الغاصب**، فافهم.

[كلام صاحب الجواهر وغيره في إتلاف الماء في المفازة]

وإذا عرفت ما تقدم فلنرجع إلى بيان حكم أصل المسألة، وهو ما إذا أتلف الماء من الغير في المفازة ثمّ يريد أن يعطي مثله إليه على الشاطىء. ونسب إلى الجواهر أنه قال:

---

*) *اختلاف القيمة في الزمان والمكان لكثرة الراغبين وقلّتهم، ولا دخل لذلك بصفة العين ولا ماليته. ونحن سابقاً قلنا: إنّه لو طالب هناك ولم يعطه هنا فيكون مضموناً بقيمته هناك؛ لأنّ النقصان في القيمة من إضرار المالك، وإلّا فهو بنفسه أداء الضرر على نفسه؛ حيث له مطالبته من الغاصب هناك. (منه قدس سره).*

**) *سيأتي كلام متعلق بهذا المقام عند ذكر الأدلّة التي ذكروها لكون القيمي مضموناً بأعلى القيم. (منه قدس سره).*

يجوز أن يعطي المثل. ولو سلّمنا أنه لا يجوز إعطاء نفس المثل هنا لسقوطه من القيمة بالمرة فنقول: إنّه لابدّ أن يعطي قيمة آخرِ مكان يسقط المثل عن المالية.

هذا، ولكن نسب إلى التذكرة[١] والإيضاح[٢] الدروس[٣]، بل و إلى المحقق / ٤٩٥ / الثاني[٤] أيضاً أن المضمون قيمة المثل في تلك المفازة*.

ولكنا نقول: إن هذا مبنيّ على ما تقدم من أنّ الإضافة إلى المكان تكون مثل صفة للمثل حتى تكون مضمونة؛ حيث إنّه كان لها مالية وقد فاتت تحت يد الغاصب.

أقول: لو لم نقل بكون الإضافة إلى المكان نظير الصفات فيكون حكم المسألة بمثل

---

١) تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢، تقسيم الأعيان إلى المثلي وغير المثلي وبيان أحكام المثلي.

٢) إيضاح الفوائد ١٧٧/٢، ضمان المغصوب.

٣) الدروس ١١٣/٣، أحكام رد المغصوب.

٤) جامع المقاصد ٢٥٥/٦ - ٢٥٦؛ الاحتمالات الواردة فيما لو تلف المثلي في يد الغاصب فلم يغرمه حتى نقد.

*) ***أولاً تقول: تقدّم منّا أنّ الغاصب لو نقل المغصوب عن مكانه وأراد المالك ردّه إلى مكانه فعدم الردّ يكون ظلماً في صورة كان للمالك داع معتنى به في طلب ردّه إلى مكانه سيّما في صورة ردّه بنفسه لو لم يرده الغاصب ثمّ قلنا في صورة إتلاف المغصوب: إنه لو طلب المالك من الغاصب ردّ المثل إلى بلد الغصب أو التلف أيضاً يجب بهذا الملاك، ففي المقام أيضاً لو طلب المالك من الغاصب ردّ الماء إلى المفازة يصير واجباً بهذا الملاك.***

وأمّا من جهة التمسك بقاعدة الضرر نقول: في صورة ذهب قيمة المغصوب من جهة الزمان ففي الزمان الأول الذي كان للمغصوب قيمة لو طلب المالك من الغاصب المثل الذي كان على ذمته وامتنع الغاصب من أدائه في تلك فيكون الضرر على المالك ناشياً من الغاصب، فيقتضي قاعدة الضرر لضمان قيمة المغصوب في الزمان الأول، وعدم التمسك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان في بعض نظائره في كتاب الغصب غير مضرّ بجواز التمسك به في المقام بعد أنّا رفعنا تمام الإشكالات عن التمسّك به في المقام.

ومثل هذا يجري فيما طلب المالك من مكان المثل له قيمة وامتنع الغاصب من أدائه.

هذا، وتقدم أنّه لو لم يطالب المالك المثل في زمان كان له القيمة أو في مكان كان كذلك إلّا أنّ الغاصب في تلك الزمان والمكان صرف ذلك المغصوب في حوائجه بالقيمة الأعلى، فيمكن التمسك بقاعدة البدل والحيف، وعدم بطلان حقوق المسلمين لضمان تلك القيم. (منه قدس سره).

ما تقدم من اختلاف القيمة بواسطة اختلاف الأزمان من التفرقة بين صورة يسقط المثل عن المالية وبين غير هذه الصورة على الإختلاف المتقدم كما أنه لو قلنا: إن الإضافة إلى الأزمان أيضاً يكون في بعض الموارد حكمه حكم الصفات كما تقدمت الإشارة إليه فحينئذ نقول: إن التفاوت مضمون مطلقاً.

[لو تعذر المثل ودَفَع القيمة ثم وُجد المثل]

الخامس: في أنه إذا تعذر المثل فدفع الغاصب القيمة ثمّ وجد المثل فهل يجب هنا دفع المثل وردّ القيمة إذا لم يتراضيا على القيمة أم لا؟ فيه خلاف في الجملة. نسب[إلى] الشيخ ـ رحمه الله ـ وبعض العامة وجوب ردّ المثل. ونسب إلى العلامة في نظير المسألة أنه قال بعدم عود المثل. وذلك لأنّه نُقل عن التذكرة[1] كلامان:

الأول: أنه قال فيما إذا كان نقل المثل محتاجاً إلى مؤونة وقلنا هنا بأنه ينقلب المثل بالقيمة ودفع القيمة، ثمّ وجد المثل بعد ذلك في مكان لا يحتاج نقله إلى مؤونة بأنه قيل: /٤٩٦/ إن للمالك أن يطالب المثل. ثمّ الظاهر أنه نقل أنه يقوى احتمال عدم جواز المطالبة بالمثل. ثمّ الظاهر أن نظر المفصِّل بين المالك والغاصب أن المالك إذا كان الصبر بالقيمة ضرراً عليه فيكون هذا الضرر مرفوعاً بأدلة الضرر*.

وهذا بخلاف الغاصب؛ حيث إنّه يؤخذ بأشق الأحوال. ولكن يرد عليه أنه في كل مورد يتمسك العلماء بأدلة الضرر لا يفرقون فيه بين الغاصب وغيره.

الثاني: أنه قال: إذا أتلف الماء في المفازة ودفع قيمته عند شاطئ البحر لانقلاب المثل قيمياً هنا ثمّ رجعا إلى المفازة فهل يعود المثل في ذمته أم لا؟ فيه قولان للشافعية. والأقرب أنه لا يعود المثل في ذمته. انتهى ما نسب إلى العلامة ـ رحمه الله.

ولا يخفى أنه لا فرق بين هاتين المسألتين كانتا في كلام العلامة مع [المسألة التي

---

١) تذكرة الفقهاء ٣٨٤/٢، تقسيم الأعيان إلى المثلي وغير المثلي وبيان أحكام المثلي.

*) ***هذا الإيراد مخدوش لكن تقدم أنّ الأشقّيّة إنّما يكون بالنسبة إلى العين المغصوبة لا بدله. (منه قدس سره).***

يكون كلامنا فيها؛ لأنّ الملاك فيهما واحد، وهو أنه إذا انقلب المثل بالقيمة بعذر ثمّ زال ذلك العذر فهل يعود المثل إلى الذمة؟ ولذا نسبنا القول بعدم العود إلى العلامة في مسألتنا.

ثمّ قد يقال: إن حكم المسألة مبنيّ على أن القيمة قيمة نفس المغصوب أو قيمة المثل فإن قلنا: إن القيمة قيمة لنفس المغصوب، فحينئذ نقول: إنّه لا يعود المثل على ذمته، و إن قلنا: إنّ القيمة قيمة المثل فحينئذ نقول: إنّ / ٤٩٧ / المثل يعود على ذمته.

ونحن تارةً نتكلم في المبنى وتارة في البناء.

أمّا المبنى فنقول:

ظاهر كلمات العلماء أن القيمة قيمة المثل إلّا أنه قد يقال*: إنّ كلام المحقق الثاني في شرح القواعد ظاهر في أن القيمة بدل للمغصوب؛ حيث استدل لعدم عود المثل على الذمة في حال وجدان المثل بأن التعذر باقٍ، وهذا التعليل بنفسه ظاهر فيما نسب إليه ولم تكن عبارته عندنا حتى نتأمل في صدره وذيله.

وبالجملة مقتضى القاعدة أن تكون القيمة بدلاً عن المثل لما قد تقدم***** من أن

---

*) كلام الأستاد. (منه قدس سره).

**) قد تقدّم أنّ ثبوت المغصوب على الذمة حكم وضعي ليس القدرة شرطاً فيه مع أنّ مفاد « على اليد، اه » ثبوت أصل العين على ذمته. ولا ينافي ذلك مع أن يكون أدائه بالمثل أو القيمة.

ومن هنا نقول: إنّ آية الاعتداء لا تنافي مع كون العين على الذمة.

نعم، يمكن المناقشة في الثمرة لأنّ البدل عن العين في المقام أوّلاً هو المثل، وصيرورة القيمة بدلاً عند تعذر المثل، وقد ارتفع التعذر.

إلّا أن يقال: إنّ رفع التعذر عن المثل إنّما هو بعد رفع العين عن الذمة بأدائه؛ لأنّ دفع القيمة حال تعذر المثل أداء لأصل العين، وإلّا لم يكن وجه لدفع القيمة. وكون القيمة بدلاً عن حيلولة العين سيأتي فساده.

***) بدل الحيلولة في العين الموجود [ة] لا دليل على خروج العين عن ملك مالكه ولا يجوز لغيره التصرف فيه. وأمّا في المقام فالذي يكون باقياً على الذمة هو المثل الذي ليس فيه المالية، ونمنع من أن يكون من آثاره وجوب دفع المثل فضلاً من أن نقول: إنّ دفع القيمة في حال تعذر المثل أداء للمثل.

الذي يجيء على ذمته بعد تلف العين هو المثل سواء كان المثل متعذراً أم لا و إن كان لنا هنا كلام في صورة كان المثل متعذراً حين التلف في السابق بالنسبة إلى مقتضى الأصل العملي في صورة الشك. وإذا كان المثل على ذمته فلابد أن يكون القيمة بدلاً عما في ذمته.

وأمّا الكلام في البناء فنقول: لو قلنا بأن القيمة يكون بدلاً عن المثل فحينئذ نقول: صيرورة المثل قيمة لابدّ وأن يكون إما بالإنقلاب أو الصلح القهري أو الاختياري أو كان الإسقاط واجباً مطلقاً أو مشروطاً الذي نسمّيه بالإسقاط الاختيارى، على الوجوه التي قد تقدمت سابقاً.

وعلى كل تقديرٍ لا وجه لأن يعود المثل على ذمته.

اللهم إلّا أن يراد هنا احتمالٌ سادسٌ، وهو أن نقول:

إنّ القيمة تكون بدل الحيلولة عن المثل، ولكن فيه أن هذا الاحتمال موهون باعتبار أن بدل الحيلولة للاعيان الخارجية أمر معقول؛ حيث إنّ العين الخارجية / ٤٩٨ / تكون ذاتها شيئاً وماليتها شيئاً آخر، فإذا سلبت ماليتها عنها فلا مانع من أن يأخذ شيئاً عن الغاصب أو غيره بدلاً عن ماليتها، ويكون أصل العين باقياً على ملكه.

وهذا بخلاف المثل الذي يكون على الذمة* فإنّ هنا أيضاً و إن يمكن تصور ذات

والحاصل أنّ التكليف بأداء المثل قد ارتفع بأداء القيمة، والتعذر وعوده غير معلوم. (منه قدس سره).

**) لو لم نقطع ببطلان كون القيمة التي يجب دفعها على الغاصب عند تعذر المثل من قبيل بدل الحيلولة إمّا عن العين التي على ذمة الغاصب أو المثل الذي كان على ذمته فحينئذ لابدّ من الرجوع إلى الأصل الذي يجري في المقام.*

فحينئذ تارة يقال: إنّ وجوب ردّ المثل على الغاصب ارتفع عند تعذر المثل، فلا مانع من استصحاب عدم الوجوب. وذكرنا في باب الاستصحاب أنّ كون الدليل على المستصحب عقلياً غير مانع عن جريان الاستصحاب فيه.

وتارة يجاب عن الاستصحاب السابق بأنّ التمسك في وجوب ردّ المثل عند التمكن منه ناشٍ من الشك في أنّ المثل الذي ثبت على ذمة الغاصب ارتفع بدفع القيمة أم لا، فنستصحب بقاء

المثل شيئاً وماليته شيئاً آخر إلّا أنّ هذا مجرد أمر خيالي صرف؛ إذ لا يجيء في الذمة مثلٌ مجردٌ عن المالية على حدةٍ ونفس المالية على حدة.

أقول: إذا فرضنا أنا لم نقطع ببطلان هذا الاحتمال نقول: إنّ مقتضى الأصل أن لا يعود المثل على ذمة المالك بدفع المثل إليه.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الشك في عود المثل على ذمة الغاصب والقيمة على ذمة المالك يكون ناشياً من الشك فيأنّ القيمة التي أدّاها الغاصب أوّلاً هل يكون عوضاً عن نفس المثل الذي يكون على ذمته أو عن ماليته.

وعلى هذا فإذا أجرينا استصحاب بقاء أصل المثل على ذمته فيصير رافعاً للشك الذي أنت ذكرته. ومن اللوازم الشرعية لبقاء أصل المثل على الذمة وجوب ردّه عند التمكن.

المثل على ذمته؛ لأنه لو كانت القيمة من قبيل بدل الحيلولة فلم يرتفع أصل المثل عن ذمة الغاصب.

وعلى هذا إذا استصحب المثل على ذمة الغاصب لكون الأصل سبباً بالنسبة إلى الأصل السابق فحينئذ نقول: من آثار بقاء المثل مثلاً على ذمة الغاصب عند التمكن، من المثل وجوب ردّ المثل عند التمكن وتارة يناقش على هذا الأصل السببي بأن يقال: تمنع بأنّ آثار بقاء المثل على ذمة الغاصب بعد ردّ بدل الحيلولة وجوب ردّ المثل عند التمكن من المثل. وذلك لأنك عرفت أنّ بدل الحيلولة غاية الأمر أنّه بدلٌ عن مالية ما في الذمة، فما يكون في الذمة شيء لا مالية له ونمنع أن يكون من آثار وجوب ردّ المثل عند التمكن من المثل ولو مع القطع بوجوده في الذمة فضلاً من أن يثبت وجوده بالاستصحاب.

وتارة يقال: إنّ مقتضى الأصول غير ذلك كلّه.

وتوضيحه موقوف على بيان الشك في المقام فنقول: إنّ وجوب دفع القيمة عند تعذر المثل فيه احتمالات كثيرة وإن يثبت وجوب ردّ القيمة عند تعذر المثل مع مطالبة المالك للقيمة بالإجماع؛ لملاك الضرر والجمع بين الحقين.

ومن الاحتمالات أن تكون القيمة بدلاً عمّا في الذمة بالصلح الاختياري. أو الإسقاط الاختياري وعليه فبدون وقوع الصلح أو الإسقاط لا دليل على وجوب دفع القيمة على الغاصب، بل لا يجوز التصرف للمالك في القيمة بدونهما، ومع وقوع الصلح أو الإسقاط يرتفع ما في ذمة الغاصب قطعاً سواء كان ما في ذمته هو عين المغصوب أو مثله. (منه قدس سره).

وهذا الأصل وإن كان تعليقياً إلّا أنا قلنا بحجيته في محله*.

*) نحن قلنا في محله بعدم جريان الاستصحاب التعليقي، ولكنّ الاستصحاب ليس هنا تعليقيّاً. ثم هذا لا يجري في الصلح الإختياري أو الإسقاط الاختياري. (منه قدس سره).

[صور المسألة لو كان التالف قيمياً]

ثمّ إنّه إلى الآن كان الكلام فيها لو كان التالف مثلياً وأما لو كان قيمياً فيقع الكلام فيه في مقامات:

[معنى القيمي]

الأول: في معنى القيمي

وقد عرفته في معنى المثلي؛ حيث إنّه عكس معنى المثلي.

[حكم القيمي]

/ ٤٩٩ / الثاني: في حكم القيمي

والمشهور على أنه مضمون بالقيمة، بل الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ يقول: حكي الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة. ونسب إلى صاحب الرياض أنه يدّعي الإجماع على ذلك، ولكن لا يجوز الركون إلى أمثال ذلك؛ حيث إنّ صاحب الرياض من أهل النظر. ولعل دعواه مستند إلى حدسه لا إلى التتبع في أقوال العلماء.

وأمّا ما ذكره الشيخ فليس المحكي عنه معلوماً حتى يعلم حاله.

ثمّ إنه حكى الخلاف عن الإسكافي وهو كلامه[2] مطلق كما قيل.

---

١) كتاب المكاسب ٣/٢٤٠، السابع: ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد، والدليل عليه.

٢) كذا.

وعن الشيخ والمحقق في الخلاف[١] والشرايع[٢] في باب القرض.

ولا يخفى أنه قلنا: إن مخالفتهما في خصوص باب القرض، فحينئذ تصير المسألة في غير باب القرض إجماعياً؛ حيث إنّ خلاف الاسكافي ليس بمضر إلّا أنه ادّعى الأستاد ـ سلّمه الله ـ عدم القول بالفصل بين باب القرض وغيره، فيكون خلافهما سارياً في مطلق القيميات. فعلى هذا تصير المسألة خلافية، فلابد من ملاحظة الأدلّة.

[الفرق بين القرض وغيره]

أقول: نحن ذكرنا في كتاب البيع في هذا المقام عن بعضٍ أنه فرق بين القرض وغيره وذلك، لأنه في القرض يأخذ المال ليأتي مثله في ذمته، والمثل قابل لأن يأتي في الذمة لأنه كلي. وهذا بخلاف المقبوض بالعقد الفاسد والغصب؛ حيث إنّه ليس هنا إلّا الأمر بالأداء والرد، وهما يختلفان بالنسبة إلى القيمي / ٥٠٠ / والمثلي عرفاً. وباب السلم مثل باب القرض.

[دعوى الإجماع على كون القيمي مضموناً بالقيمة]

وممّا ذكرنا ظهر أنه لا مانع من دعوى الإجماع على كون القيمي مضموناً بالقيمة في باب الغصب وأشباه الغصب، بل الإصطلاح في لفظ القيمي يكون كاشفاً عن هذا. والخلاف في مثل الأرض والثوب يمكن أن يكون راجعاً إلى الاختلاف في معنى القيمي وأن المعنى المجمع عليه من القيمي ما لا يشمل مثل هذه الموارد كما تقدم الكلام في ذلك عند بيان معنى المثلي. ويشهد على ذلك أنّ الإجماع المحقق ظاهراً يكون موجوداً في بعض القيميات كالحيوانات على أنها مضمون بالقيمة.

ثمّ لا يخفى دعوى عدم القول بالفصل الذي ذكره الأستاد ممّا لا أصل له أصلاً.

---

١) الخلاف ١٧٥/٣، إذا لم يجد مال القرض بعينه.

٢) شرايع الإسلام ٣٢٤/٢، في القرض.

[الرجوع إلى الأدلّة بعد كون المسألة خلافية]

ثمّ إنه لو قلنا بأن المسألة خلافية فحينئذ لابدّ من أن يرجع إلى مفاد الأدلّة، فحينئذ نقول: إنّ الكلام تارة يقع في إثبات الموجبة الجزئية، وتارة في إثبات الموجبة الكلية.

أمّا إثبات الموجبة الجزئية فمما لا إشكال فيه لظهور الإجماع المحقق على أن الحيوانات مضمونة بالقيمة، مع أنّ صحيحة أبي ولّاد والأخبار الوارد[ة] في شقص من العبد وغير ذلك يكفينا في خصوص الحيوانات إلّا أنّ إثبات مجرد الموجبة الجزئية قليل الجدوى /٥٠١/ حيث إنّ العمدة إثبات الحكم في بعض الفروع الخلافية. وأمّا إثبات الموجبة الكلية - وهو العمدة - فلا يجوز التمسك لها بصحيحة أبي ولّاد والأخبار الواردة في شقص من العبد؛ حيث إنّ الظاهر أنّ الحكم في خصوص الحيوانات مسلّم كما تقدمت الإشارة إليه.

نعم، يجوز التمسك لإثبات الموجبة الكلية بالأخبار الواردة في باب الرهن من أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمة الراهن بحساب ذلك. وبيان دلالتها على المدعى بأن نقول: إنّ الدين الذي يكون على ذمة الراهن يكون مثل الدراهم والدنانير اللذين هما نقد الغالب غالباً، والحكم في هذه الأخبار إنما هو بحسب ما هو الغالب المتعارف. والعين المرهونة غالباً أو دائماً يكون من غير هذين الجنسين.

وعلى هذا فإذا تلفت العين المرهونة بتقصير المرتهن فإمّا أن تجيء قيمته على ذمة المرتهن أو مثله، فإن تجيء قيمته على ذمته - وهو المطلوب - فحينئذ يصير الحكم بسقوط مقدار التالف من ذمة الراهن على مقتضى القاعدة. وذلك لأنّ القيمة إنما هو بالنقد الغالب، وهو من جنس الدراهم والدنانير، والمفروض أنّ ما كان /٥٠٢/ على ذمة الراهن أيضاً كان من هذا الجنس، فيحصل التهاتر قهراً على ما هو مقتضى القاعدة في كل مورد صار الدائن مديوناً لمديونه بمثل ما يكون عليه وأن يجيء مثله على ذمته، فحينئذ يصير التهاتر على خلاف مقتضى القاعدة. وسيجيء الكلام في الجواب عن بعض المناقشات على دلالة هذه الرواية ـ إن شاء الله.

[شمول الأخبار لجميع القيميات أو بعضها]

بقي الكلام في بيان شمول هذه الأخبار لجميع القيميات فنقول: لو كانت هذه الأخبار واردة في واقعة واحدة أو في مقام الجواب عن سؤال واقعة جزئية فحينئذ كان مقتضى القاعدة عدم التعدي؛ حيث إنّ الأحكام الواردة في المقامات الجزئية إذا لم تُعلم جهتها يكسوها ثوب الإجمال؛ لعدم طريق إلى الوصول إلى حقيقة الحال إلّا أنه نقل أن الأخبار الواردة في الرهن كثيرة؛ ويكون فيها ما هو يتصدى الإمام عليه السلام أوّلاً ببيان أنّ الحكم في الرهن هكذا؛ وحينئذ لا مانع من التمسك بإطلاق كلام الامام عليه السلام؛ حيث إنّ مقتضى إطلاق كلامه عليه السلام أنه لا فرق بين أقسام الرهن، ولا فرق بين أن تكون العين المرهونة أيّ شيء. ولذا نقول: إنّ مقتضى هذه الأخبار أن تكون المثليات أيضاً مضمونة بالقيمة.

وأيضاً يكون في هذه الأخبار ما يكون في مقام الجواب عن سؤال عن حكمٍ، من غير أن يختص السؤال بمورد، وحينئذ يكون جواب الامام عليه السلام / ٥٠٣ / بضميمة ترك الاستفصال دليلاً على أنّ هذا الحكم جارٍ في كل مورد كان.

وعلى هذا أيضاً يشمل الحكم لجميع القيميات؛ حيث إنّ كل واحد منها يمكن أن يصير مرهوناً.

أقول: لو كان الحكم في خصوص واقعة خاصة أيضاً نقول: لو كانت هذه الواقعة فيما تكون العين المرهونة مثل الحيوانات مثلاً فحينئذ لا نتعدّى إلى غيرها؛ لاحتمال أن يكون خصوص الحيوانات مضمونة بالقيمة، بخلاف ما لو كانت العين المرهونة في هذه الواقعة الخاصة وغير الموارد التي نحتمل كونها بالخصوص مضمونة بالقيمة، فانه على هذا الفرض نقول بإلحاق جميع القيميات به بعدم القول بالفصل.

[الإشكال على أخبار باب الرهن]

ثمّ إنّه أورد على التمسك بأخبار الرهن لما نحن فيه من وجوه:

الأول : أنها معارض بآية الإعتداء؛ حيث إنّ مفاد هذه الأخبار -كما تقدم - هو أنّ كل الأشياء تكون مضمونة بالقيمة، ومفاد آية الإعتداء بعكس ذلك.

وأجيب عن ذلك بأنه لا يمكن الجمع بينهما برفع اليد عن ظهور كل واحد منهما بما يكون الآخر نصّاً فيه أو أظهر كما في العام والخاص؛ حيث إنّه ترفع اليد عن ظهور العام بواسطة أظهرية الخاص أو نصوصيته.

وبيان ذلك بأن نقول: إنّ آية الإعتداء يكون لها ظهور بالنسبة إلى القيميات، ولكن ظهورها بالنسبة إلى المثليات يكون أكثر لأجل مناسبة الحكم، والموضوع، وأخبار الرهن بعكس ذلك، فيجمع بينهما برفع اليد عن ظهور كل واحد فيما يكون الآخر أظهر فيه.

وممّا ذكرنا ظهر بطلان ما ذكرنا عند بيان حكم المثلي من أنه في موارد الشك يرجع إلى عموم آية الاعتداء؛ حيث إنّ آية الاعتداء يكون في عرض أخبار الرهن، ولا يجوز التمسك بشيء منهما في موارد الشك، بل لابدّ أن يتمسك بقاعدة أخرى يكون فوقهما، وهو قاعدة الأقربية* المستفادة من حديث «على اليد» و إن لم يتعين الحكم بذلك فلابد من الرجوع إلى الأصول العملية. وقد تقدم في مسألة المثلي أنّ مقتضى الأصول العملية أيّ شيء.

الثاني: أنها معارض ببعض الأخبار الخاصة الواردة في بعض القيميات من أنها مضمون بالمثل كالقصعة وأشباه ذلك.

ولا يخفى أنّ الأخبار الواردة في هذا الباب بعضها ليس لها جابر؛ حيث إنّ سند الكل ضعيف، وذلك كخبر القصعة المروي عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم، وبعضها يكون لها جابر كخبر زريق الذي يذكره الشيخ في بيع الفضولي عند بيان ما لو ردّ المالك للعقد الفضولي. وهذا الخبر أيضاً و إن كان ضعيفاً إلّا أنّ بعض فقراتها قد أجمع على العمل به، وهذا يجبر ضعف سنده.

---

*) *قاعدة الأقربية لا تناسب جعله مرجعاً. والأنسب جعله شاهد الجمع. (منه قدس سره).*

وعلى هذا نقول: إنّ هذا الخبر يدلّ على أنّ مثل البناء يكون مضموناً بالمثل. وحينئذ لو لم يكن / ٥٠٥ / إجماع على عدم الفصل بين البناء وسائر القيميات لقلنا: إنّه نخصّص أخبار الرهن بمثل البناء وأمثال ذلك إلّا أنّ الإجماع قائم على أنّ حكم البناء يكون بمثل حكم سائر القيميات، وأنه لا فصل بينهما.

وعلى هذا فتقع المعارضة بين أخبار الرهن وخبر زريق؛ حيث إنّ الإجماع قائم على أنه لا فرق بين الرهن وغيره، وأنه لا فرق بين أفراد القيميات أيضاً. وعلى هذا فلابدّ لنا من الجمع بينهما. وطريق الجمع أن نحمل خبر زريق على صورة تيسر المثل وأخبار الرهن على صورة تعذر المثل.

إن قلت: إنّ بعض العلماء يقولون بأن القيميات مضمونة بالمثل، وبعضهم يقولون بأنها مضمونة بالقيمة، فالتفريق بين صورة المتعسر والمتيسر يكون باطلاً بالإجماع.

قلت: وجود الإجماع على عدم القول بالفصل غير مسلّم. **إن قلت**: إنّه قد تقدم أنّ القائلين بكون المثلي مضموناً بالمثل إنما يقولون بذلك في صورة عدم التعسر والتعذر، فيصير ما ذكرت مرجعه إلى أنّ كل الأشياء مضمون بالمثل.

قلت: إنّ من يقول بكون المثلي مضموناً بالمثل يقول بذلك في صورة التعذر، ولذا يقول: إنّ القيمة بدل عن المثل لا عن أصل العين.

إن قلت: أيّ دليل على الجمع الذي ذكرته بين أخبار الرهن وخبر زريق؟

قلت: وجوه ثلاثة:

الأول: أنّ الأستاد ادّعى / ٥٠٦ / أنه قد ذكرنا في محله أنّ الجمع التبرعي الصرف أيضاً يكون معتبراً.

الثاني: أن نقول: إنّ القدر المتيقن من أخبار الرهن هو صورة تعذر المثل، فيصير ظهورها فيها أكثر من ظهورها لصورة تيسر المثل. وخبر زريق يكون بعكس ذلك، فترفع اليد عن ظهور كل واحد منهما فيما يكون الآخر أظهر فيه؛ لقاعدة حمل الظاهر على الأظهر كما في العام والخاص.

الثالث: أن نقول: إنّ هذا الجمع يكون له شاهد، وذلك لما في خبر زريق؛ حيث

يقول فيه: فقال: ترد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض. وجه الدلالة أنّ الإجماع قائم على أنه ليس الخيار للغاصب والضامن في ردّ المثل أو القيمة. وعلى هذا نقول: لابدّ أن يكون لفظ «أو» للتقسيم، ويكون المراد أنه لو كان متمكناً من المثل فيرد المثل وإلّا فيرد القيمة.

أقول: لا يخفى فيما ذكرنا موارد للنظر:

أمّا أوّلاً: فلأنك قد عرفت أنّ رواية زريق ضعيف، والمشهور و إن أفتوا بمضمون بعض فقراتها إلّا [أن] استنادهم ليس بهذا الخبر أو أنه لم يعلم كون استنادهم بهذا الخبر. ومجرد الشهرة التطابقية لا يصير جابراً لضعف السند.

وثانياً: سلّمنا أنّ مجرد الشهرة التطابقية يصير جابراً لضعف الخبر إلّا أنه إنما يصير جابراً لخصوص الفقرة التي أفتوا بمضمونها.

/ ٥٠٧ / **وثالثاً:** أنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ قال: إنّ ملاحظة المرجحات السندية إنما هو في كلام القدماء، ونحن لا نراعي المرجحات السندية في شيء من الموارد، وأنا أرى وجهاً لذلك أصلاً.

ورابعاً: نحن لو سلّمنا أنّ الإجماع قائم على أنه ليس الخيار للضامن فنقول: إنّ مجرد كون الخبر مخالفاً للإجماع لا يصير دليلاً على أنّ المراد يكون معنى آخر غير المعنى الذي يكون الخبر ظاهراً فيه.

هذا، مع أنّ حمله على أنّه في صورة تعذر المثل يكون المضمون هو القيمة وفي صورة عدم التعذر يكون المضمون هو المثل أيضاً قد عرفت أنه خلاف الإجماع.

وخامساً: سيأتي في الوجه الثالث ـ إن شاء الله ـ أنّ أخبار الرهن أيضاً لا دلالة لها على كون القيمي مضموناً بالقيمة. وعلى هذا فإذا لم تتم دلالة أخبار الرهن على كون القيمي مضموناً بالقيمة ولم يصح التمسك بخبر زريق لإثبات كون القيمي مضموناً بالمثل فحينئذ لابدّ وأن نرجع إلى آية الاعتداء إلّا فيما علم خروجه عن تحتها.

ولو بنينا على عدم دلالة الآية على الضمان بالمثل فحينئذ نقول: لابدّ وأن يكون المرجع هو قاعدة الأقربية المستفادة من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد..

اه»[١]، و إن لم نتمسك بها أيضاً فيكون المرجع هو الأصل العملي الذي قدّمنا بيانه.

الثالث: ممّا أورد على التمسك بأخبار الرهن ما ذكره في الجواهر[٢] ظاهراً. وهو أن سقوط الدين عن ذمة الراهن بمقدار ما أتلفه / ٥٠٨ / المرتهن من العين المرهونة لعل أن يكون من باب أنه يقع الصلح القهري بين مثلٍ أتلفه المرتهن وبين الثمن الذي يكون على ذمة الراهن بحسابه بمقتضى القيمة السوقية. وعلى هذا فلا يصير هذا شاهداً على أنّ القيمة تجيء على ذمة المرتهن. ومن هذه الجهة يقع التهاتر.

وأورد على ذلك بأن الصلح القهري يكون على خلاف مقتضى القواعد، مع أنه لا دليل عليه أيضاً. وإذا دار الأمر بين أن يحمل الخبر على ما هو خلاف مقتضى القواعد أو على ما هو موافق لمقتضى القواعد يكون الثاني هو المتعيّن.

أقول: لا يخفى ما في هذا الدعوى. وذلك لأنّ الذي يكون حجة لنا إنما هو الظهور اللفظي، والذي يكون لفظ الرواية دالًّا عليه إنما هو أنّ الدين يسقط من ذمة المرتهن[٣] بمقدار العين المتلفة، وليس في الرواية شيء يستفاد منه أنّ علة السقوط أيّ شيء حتى نأخذ بظاهره.

وعلى هذا نقول: إذا دار[ت] العلة بين أمور كلّها محتملة مثل التهاتر القهري والصلح القهري والانقلاب.. إلى غير ذلك فحينئذ لا وجه لأن يعيّن واحد من هذه العلل - وهو التهاتر القهري - لكون غيره محتاجاً إلى دليل جديد، ثمّ تترتب لوازم كون العلة هو هذا بالخصوص، وهو أن القيمة لابدّ أن تجيء على ذمة المرتهن بواسطة الإتلاف / ٥٠٩ / لا المثل.

وذلك لأنه لا استحالة في أن يكون علة السقوط هو وقوع الصلح القهري بينهما، مع أنه ليس في الرواية لفظ يكون بصدد بيان ذلك حتى نأخذ بظاهره. ومجرد أنّ الصلح القهري لا دليل عليه لا يصلح لأن يقال: إنّ العلة هو التهاتر القهري، وذلك لأنا لا نريد

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

٢) جواهر الكلام ٢٤٨/٢٥، إذا اتلف الرهن متلف أو أتلفه المرتهن.

٣) في المخطوطة: المراتهن.

إثبات الصلح القهري بذلك، بل مجرد احتماله يكون مضراً. وهذا الاحتمال لا رافع له. وهذا واضح من أنّ عدم الدليل عليه ليس رافعاً لاحتماله، وهو المقصود*.

[الضمان بقيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو أعلى القيمة]

الثالث: في أنه إذا قلنا بأن القيمي يكون مضموناً بالقيمة فهل يكون مضموناً بقيمة يوم الغصب كما نقل عن موضع من المبسوط وهو مختار المحقق في المختصر[١]. ونقل أنه نسبه في الشرايع[٢] إلى الأكثر.

أو بقيمة يوم التلف كما نسب إلى القاضي[٣] والعلامة في المختلف[٤]، بل نقل أنه نسبه في الدروس[٥] إلى الأكثر.

---

*) ***وعلى كلّ حال، ظهر من الأستاذ ـ رحمه الله ـ والشيخ ـ رحمه الله ـ أنّ كون القيمي مضموناً بالقيمة مع فرض تيسّر المثل ليس مسلّماً، فلا مانع من الأخذ بمقتضى آية الاعتداء فيه.***

ونحن نقول: تقدّم أنّه ليس مقتضى الآية الضمان بالمثل مطلقاً بل في لا مثل له هو الضمان بالقيمة، ومثله حديث «على اليد..» الخ. وعلى هذا لو كان وجود المثل الذي يماثل بحسب القيمة في نوع أو صفة فالضمان بالمثل بمقتضى الآية وحديث «على اليد»، وليس هذا في غالب الموارد مخالفاً للمشهور.

وأما لو كان وجود المماثل في الصورة ممّا كان مماثلاً بحسب القيمة في نوع التلف أو صنفه نادراً ففي صورة كان متمكّناً من ذاك الفرد النادر حاصلاً أيضاً مقتضى الآية والرواية أيضاً الضمان بالمثل، لكنّ الضمان بالمثل في هذه الصورة في غالب موارده خلاف المشهور أو خلاف الإجماع.

وأمّا في غير هذين الفرضين يكون مقتضى الآية والرواية أيضاً الضمان بالقيمة.

ولا يخفى أنّ المستفاد من كلام المصنف أيضاً ما ذكرنا. ومنه نقول في القيميات: إنّ الضمان بالمثل لو كان متمكناً لو لم يكن خلاف الإجماع. (منه قدس سره).

١) المختصر النافع: ٢٤٨، كتاب الغصب.

٢) شرايع الإسلام ٧٦٥/٤، في حكم المغصوب.

٣) المهذب البارع ٤٣٦/١ - ٤٣٧، كتاب مظر الغصب والتعدي.

٤) مختلف الشيعة ٥٦/٥، لو غصب شيئاً وباعه.

٥) الدروس ١١٣/٣، أحكام رد المغصوب.

أو بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف كما نسب إلى الشيخ أنه قال بذلك في النهاية والخلاف[١] وموضع من المبسوط[٢] وإلى ابن حمزة[٣] والحلي[٤]. ونقل أنه استحسنه المحقق في الشرايع[٥]، بل نسب إلى المختلف وقبح أنّ الأشهر على هذا.

ونقل أيضاً أنه مال إليه الشهيد في الدروس، واختاره في اللمعة[٦]، وقوّاه الشهيد الثاني في الشرح[٧].

أو بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين الرد كما نسب إلى المحقق البهبهاني، فيه أقوال.

ثمّ لا يخفى أنه نسب إلى الشيخ قولٌ ثالث سوى القولين اللذين نسبناهما اليه، وهو كونه مضموناً بقيمة يوم التلف. وأيضاً نسب إلى العلامة أنه في بعض / ٥١٠ / كتبه يقول بقيمة يوم الغصب ظاهراً، وفي بعض الموارد يكون متوقفاً؛ حيث إنّه يذكر القولين ولم يرجّح أحدهما.

أقول: مجرد عدم الترجيح إن لم يكن المقام مقام التعرض لحكم المسألة لا يصير شاهداً على التوقف.

ثمّ إنك قد عرفت أنّ ثلاثة من هذه الأقوال منسوبة إلى الأكثر. ولعل ذلك يكون من باب أنه في كل زمان يكون واحد منها مشهوراً. والناقل رأى الشهرة التي تكون في زمانه.

وإذا عرفت ما تقدم فاعلم أنه تارة يقع الكلام في أنّ مقتضى الأصل في هذه

---

١) الخلاف ٤٠٣/٣، لو غصب جارية حاملا ضمنها وضمن ولدها.

٢) المبسوط ٦٨/٣، إذا غصب جارية فوطئها.

٣) الوسيلة: ٢٧٦، فصل في بيان الغصب.

٤) السرائر ٤٨١/٢، باب الغصب، تقسيم الأموال.

٥) شرايع الإسلام ٧٦٥/٤، في حكم المغصوب.

٦) اللمعة الدمشقية: ٢٠٤، كتاب الغصب.

٧) الروضة البهية ٤٠/٧، اعتبار القيمة العليا من حين الغصب إلى حين التلف.

المسألة أيّ شيء، وتارة في أنه هل يكون لنا دليل معتنى به على تعيين أحد الأقوال أم لا، فهنا مقامان:

[مقامان]

[المقام] الأول: في بيان أنّ مقتضى الأصول العملية في هذه المسألة أيّ شيء؟

فنقول: قد يقال: إن مقتضى الأصل هو أعلى القيم، وذلك لاستصحاب اشتغال ذمة الغاصب ما لم يدفع الأعلى.

وردّ ذلك بأن هنا مقام التمسك بالبراءة. وذلك لأنّ الشك إنما هو مقدار اشتغال ذمة الغاصب، وهو مردد بين الأقل والأكثر، ومن المسلّم أنه إذا دار المكلّف به بين الأقل والأكثر ولم يكن ارتباطياً فهنا يكون مورد جريان أصالة البراءة؛ حيث إنّه يكون شكاً في التكليف الصرف بالنسبة إلى الزائد عن القدر المتيقن، وهو الأقل.

وقال الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ: لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث «على اليد» وردّ هذا الكلام من وجهين:

الأول: / ٥١١ / أنّ المقصود هنا استصحاب مطلق الضمان [أي] القدر المشترك بين ضمان الأقل والأكثر نظير استصحاب مطلق الحدث لمن يكون عالماً من أنه محدث إما بالحدث الأكبر أو بالحدث الأصغر وتوضّأ.

وعلى هذا يرد عليه أنّ القدر المشترك فيما نحن فيه خيالي صرف.

الثاني: أنه سلّمنا، لكن هذا الأصل يكون مثبتاً؛ حيث إنّ المقصود إثبات قيمة الأعلى.

أقول: لا وجه لأن يقال: إنّ القدر المشترك خيالي صرف.

---

١) كتاب المكاسب ٢٥٥/٣، استدلال ثالث على أعلى القيم وتوجيهه.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ مقداراً من الضمان كان مشكوكاً من أول الأمر وكان مقتضى الأصل في الزمان الأول عدمه، ومقداراً منه يكون معلوماً، والمفروض أنه أدّاه.

وأمّا ما قيل من أنّ الأصل هنا مثبت ففيه أنّ الشيخ يكون منكراً للحكم الوضعي، وعلى هذا فليس في البين إلّا الأمر بأداء شيء غير معيّن.

وعلى هذا فبعد أداء الأقل نستصحب وجوب ما كان واجباً عليه؛ حيث إنّ أداءه مشكوك.

وهذا الأصل لا يحتاج إلى أثر شرعي حيث إنّ المستصحب هنا يكون بنفسه أثراً شرعياً.

وأيضاً نحن لا نريد أن نثبت كون أداء الأعلى واجباً، بل نقول: إنّ العقل يحكم بوجوب أداء الأعلى بعد ما يرى من أنه يكون عليه تكليف بحكم الاستصحاب، وأن هذا التكليف لا يرتفع إلّا بأداء الأعلى؛ حيث إنّ الاستصحاب لا يرتفع إلّا مع القطع بالأداء، فحينئذ يحكم العقل بوجوب أداء الأعلى.

هذا، ولكن فيه أنه ناقشنا على أمثال هذه الاستصحابات في مسألة العلم الاجمالي وليس هنا مقام شرح هذا المطلب.

هذا، مع أنّ في خصوص ما نحن فيه يكون الشك بالنسبة إلى الزائد عن الأقل شكّاً في / ٥١٢ / أصل التكليف ليس إلّا، فيكون مجرى البراءة قطعاً.

نعم، ذكر الأستاد ـ سلّمه الله ـ وجهاً لإثبات الاشتغال بالأعلى بمقتضى الأصول، وهو أن المكلف هنا يكون مأموراً بأداء قيمة العين التي تلفت في يده، ويكون الشك هنا في أنّ امتثال هذا الأمر بأيّ شيء يحصل.

[الشك في طريق الإمتثال على أقسام]

وقد ذكرنا في مسألة اجتماع الأمر والنهي عند بيان الأصل العملي في تلك المسألة أنّ الشيخ يقول: إنّه لو كان الشك في طريق الامتثال فلابدّ من الاحتياط، ولكن

الأستاد ـ سلّمه الله ـ قال: إنّ الشك في طريق الإمتثال على أقسام:

الأول: أن يكون المأمور به من الأمور التوقيفية التي يكون بيان طريق الامتثال هناك بيد الشارع[1] كالأمر بالطهارة، واختار هنا عدم وجوب الاحتياط.

الثاني: أن لا يكون من الأمور التوقيفية إلّا أنه يكون عبادياً كما إذا أمر بالإمساك عن بعض الأمور على وجه العبادية كما في الأمر بالصوم. وهنا أيضاً لمّا يكون نفس طريق الامتثال من الأمور التوقيفية فليس الاحتياط في طريق الامتثال هنا أيضاً واجباً.

الثالث: أن لا يكون المأمور به توقيفياً ولا عبادياً بحيث يكون تعيين طريق الامتثال بيد العرف، فهنا لو شكّ أهل العرف في طريق الامتثال من أنه بأيّ شيء يحصل، فلابدّ من الاحتياط.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ حيث إنّ أداء القيمة يكون من الأمور التي يكون / ٥١٣ / تعيين طريق الامتثال فيه بيد العرف. وحينئذ نحن نقول: إنّ أهل العرف يشكّون في أن امتثال هذا الأمر بأيّ شيء يحصل.

وعلى هذا فلابدّ من الإحتياط*.

---

١) في المخطوطة كرّرت لفظة «الشارع».

*) ***لا يخفى أنّ الشك في طريق الامتثال إنّما هو بالنسبة إلى قيود لا يمكن أخذها قيداً لمتعلق الأمر كالقيود الناشية من الأمر كقصد الوجه وتميّز المأمور على ما حقّقناه في محلّه، وذكرنا في مسألة العلم الإجمالي أنّ التمسّك بإطلاق متعلق الأمر لإثبات عدم اعتبار هذه القيود غير جائز بعد فرض أنّه لا يمكن تقييد متعلق الأمر بهذه القيود.***

نعم، كلام ذكرناه في محلّه من أنّه هل يجوز التمسّك بإطلاق أصل الكلام لعدم اعتبار هذه القيود بعد فرض ذكرها عند أمره أم لا.

وأمّا من جهة التمسّك بأدلة البراءة لعدم وجوب هذه القيود بناء على القول بجريان أدلّة البراءة في الشّك في الشرائط والأجزاء فمذهب المصنف ومن تبعه عدم جريان أدلّة البراءة هنا، لكنّا قلنا: إنّ عدم إمكان أخذ هذه القيود في متعلق الأمر بعد فرض جريان أدلّة البراءة في كلّ ما شكّ في مطلوبيّته ممّا يكون منشأ للعقاب ولم يصل بيان مطلوبيته إلى المكلف.

ثمّ إنّ في البين عنواناً آخر من أنّه إذا كان المكلف أمراً بسيطاً مثل الطهارة ويكون محققه مردداً

هذا، ولكن أنا ذكرت هناك أنّ في أمثال هذه يكون الشك في أنّ نفس المأمور به بأيّ شيء يحصل لا أنّ طريق الامتثال بأيّ نحو يكون*.

نعم، لابدّ من الاحتياط عند الشك في المحصل إذا لم يكن نفس المأمور به توقيفياً أنه مع ذلك كلّه أقول بالبراءة فيما نحن فيه، وذلك لأنه كما نحتمل أن يكون المأمور به هو أداء القيمة فيكون الشك في أنه بأيّ شيء يحصل كذلك نحتمل أن يكون المأمور به هو خصوص قيمة يوم الغصب أو خصوص قيمة يوم التلف فيكون الشك في نفس التكليف.

بين الأقل والأكثر فهنا يظهر من المصنف في القول الحادي عشر في باب الاستصحاب وفي غير هذا المقام أنّ أدلّة البراءة لا تجري في المقدار المشكوك من المحقّق لذاك الأمر البسيط، ولكن ذلك الأمر البسيط لو لم يكن طريق إلى محصّله من غير جهة بيان الأمر فهنا لا يفهم العرف تعلّق الأمر بذلك البسيط، بل يجعل الأمر به من قبيل التوطئة لبيان محققه، فيجعل متعلق التكليف نفس ذلك المحقق الذي يبيّنه الأمر. وإذا تعلق التكليف بفهم العرف نفس ذلك المحقق فعند الشكّ فيه يجري البراءة في الزائد المشكوك.

نعم، لو كان الأمر البسيط الذي تعلّق الأمر به ممّا للعرف طريق إلى محققه فيكون متعلق التكليف نفس ذلك البسيط فيكون وجوب المحقق وجوباً مقدمياً فلا تجري البراءة في المشكوك. وذلك مثل الأمر بالتر[...؟] الذي يكون للعرف طريق إلى محققه.

وأمّا دعوى أنّ ما نحن [فيه] من هذا القبيل فيكون الاحتياط لازماً في المقدار المسكوك لأنّ الأمر تعلّق بأداء القيمة، وهو أمرٌ بسيط، ومحققه بيد العرف إلّا أنّه وقع الشّك في أنّ الأداء يحصل بدفع القيمة الأعلى أو الأقل.

وفيه أوّلاً أنّا نحتمل أن يكون الأمر بأداء قيمة يوم الغصب أو يوم التلف إلى غير ذلك والمعلوم من ذلك أقلّها فتجري البراءة في الزائد.

وثانياً لو سلّم تعلّق الأمر بالأداء مجرداً عن قيد أحد القيم(؟) ونحن نشك في محققه ففيه أنّه على هذا أيضاً متعلق الأمر مجمل للشّك في مراد الشارع في أنّ المراد أيّ واحد من القيم فيصير الأقل معلوماً والشك في الزائد فيصير الزائد مجرى البراءة وببيان آخر نقول: إنّ الذي نقول فيه بعدم جريان أدلته في المشكوك إنّما هو في صورة كان الشك في مجرد المصداق الخارجي لما هو متعلق أمر الشارع الذي يكون وجوبه مقدمياً صرفاً وليس المقام من هذا القبيل لأنّ الشك في أنّ الشارع أمر بأيّ واحد من القيم. (منه قدس سره).

**) قد ذكرت تفصيلاً في هذا المقام في أواسط الأدلّة العقلية. (منه قدس سره).*

وبوجهٍ آخر نقول: إنّا لو شككنا في أنّا مأمورين بأداء قيمة يوم الغصب أو يـوم التلف أو الأعلى / ٥١٤ / فحينئذ نقول: لو علمنا بأنّا كنّا مأمورين بواحـد مـن هـذه المفاهيم فحينئذ تصير المسألة من قبيل دوران المكلّف به بين المتباينات إلّا أنّ مـن الواضح أنّ الأمر متعلق بالمصاديق. وعلى هذا يكون من قبيل دوران المكلف به بين الأقل والأكثر. ولمّا لم يكن المكلّف به ارتباطياً فيكون المرجع هو البراءة مع أنـا لو شككنا في أنا مأمورين بالمصداق أو بتحصيل المفهوم بحيث يكون المصداق محصلاً له أيضاً نقول: يكون المرجع هو البراءة كما هو واضح.

هذا كلّه في بيان حكم المسألة بمقتضى الأصول العملية عند الشك.

نعم، ما ذكره الأستاد من أنّ الشك يكون في طريق الامتثال كان متوقفاً على أنا نقول: نحن نكون مأمورين بأداء المغصوب بـمقتضى «عـلى اليـد» أو بأداء قـيمته بمقتضى دليل آخر، وأنّا نقول: إنّ أهل العرف يشكون في أنّ أداء القيمة بأيّ شـيء يحصل، وهذا قابل للمنع كما نسب إلى صاحب الجواهر مـنع ذلك وأن عـنوان أداء القيمة يحصل عند العرف بأداء واحد من القيم أيّ واحد منها كانت.

وسيأتي الكلام في بيان الأصل بعد ذكر الأدلّة ثانياً ـ إن شاء الله ـ فراجع.

المقام الثاني: في الأدلّة

[الإستدلال لضمان خصوص قيمة يوم الغصب]

واستدل لضمان خصوص قيمة يوم الغصب بوجوه ثلاثة نذكر هـنا اثـنين مـنها، وسيأتي الثالث عند ذكر أدلّة القول بكون المضمون هو الأعلى ـ إن شاء الله.

الأول: أنّ يوم الغصب هو أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب، والضمان إنما يكون لقيمته فيقضى به حال ابتدائه.

وردّ ذلك بأن الحكم بالضمان من أول زمان الغصب يكون تعليقياً بـمعنى أنـه لو تلفت وجبت قيمته / ٥١٥ / لا أن يكون ردّ القيمة واجباً من ابتداء الأمر، فإن الواجب

ما دامت العين باقية ردّها، ولا ينتقل إلى القيمة إلّا بعد تلفها. فلا وجه لاعتبار قيمة يوم الغصب.

الثاني: صحيحة أبي ولّاد. واستدل على أنّ المدار بقيمة يوم الغصب بفقرتين منها:

الأولى: قوله عليه السلام: «**نعم، قيمة بغل يوم خالفته**»[1] بناء على أنّ «يوم خالفته» يكون بياناً للقيمة.

وتوضيح صحة هذا الوجه وبطلانه متوقف على بيان محتملات هذه العبارة.

أقول: إنّ لفظ «اليوم» هنا إما أن يكون منصوباً على الظرفية وإما أن يكون مجروراً بالاضافة. أمّا كونه مجروراً بالاضافة فيكون بأحد الوجهين:

الأول: ما يقوله الشيخ، وهو أنّ القيمة أضاف أوّلاً إلى البغل، وثانياً أضاف إلى اليوم. وهذا الوجه تارة يقع في أنه على فرض صحته هل يثبت به المقصود أم لا؟ وتارة في أنه صحيح أم لا؟

أمّا الأول فمسلّم، ولا إشكال فيه؛ حيث إنّ المعنى على هذا أنه تجب قيمة يوم المخالفة للبغل.

أقول: ثمّ إنّ هنا كلاماً من الشيخ ـ رحمه الله ـ لا بأس بأن نتعرض له، وهو أنه لما كان لفظ «بغل» في غالب النسخ أو كلّها بدون الألف واللام، وهذا كان موهماً لأن يكون المراد قيمة بغل غير معيّن غير البغل الذي أتلفه. وعلى هذا كانت الصحيحة دليلاً على قول من يقول: إنّ القيمي أيضاً مضمون بالمثل. ولذا تصدى الشيخ[2] ـ رحمه الله ـ / ٥١٦ / لأن يرفع هذا التوهم فيقول: إنّ المراد من البغل هو البغل المغصوب لا مثله، ولفظ «بغل» في الرواية كان في الأصل مع الألف واللام، ولكن أسقط حرف التعريف من البغل للإضافة، فيكون المراد هو البغل المغصوب لا مثله.

هذا، ولكن فيه أنّ الإضافة إنما يصير منشأ لسقوط حرف التعريف عن المضاف؛

---

١) الكافي ٢٩١/٥، باب الرجل يكترى الدابة فيجاوز بها العد أو يردها قبل الإنتهاء إلى الحد، ح ٦.

٢) كتاب المكاسب ٢٤٧/٣، الفقرة الأولى من محل الاستشهاد.

حيث إنّه على فرض عدم السقوط يلزم اجتماع التعريفين في المضاف لا المضاف اليه، والبغل هنا يكون مضافاً إليه، فلا وجه لإسقاط حرف التعريف عنه للإضافة.

وأمّا الثاني، وهو صحة أن تكون القيمة مضافة إلى اليوم بعد إضافته إلى البغل أوّلاً، وهنا نقول: لا إشكال في أنه خلا ف المتعارف أن يضيف شيء إلى شيء آخر بعد إضافته أوّلاً إلى غيره، بل يمكن أن يقال: إنّ ذلك محال؛ لأنه يتوقف على أن يكون لشيء واحد - وهو المضاف - تعليقين خارجيين مستقلين، وهو محال.

أقول: ما يتوهم كونه من هذا القبيل من مثل «هذا مال زيد وعمرو» وأمثال ذلك فليس من هذا القبيل؛ حيث إنّه لا إشكال في أن يكون لشيء واحد تعلق إلى شيئين على سبيل الاشتراك. وأيضاً لا إشكال في أنه يجوز أن يكون المضاف مقدّراً والقرينة عليه هو ذكر مثل هذا المضاف أوّلاً مضافاً إلى شيء آخر، / ٥١٧ / فافهم.

الثاني: أن تكون القيمة مضافة إلى البغل. ثمّ البغل يكون مضافاً إلى اليوم. وهذا الوجه أيضاً يقع الكلام في أصل صحته. وتارة في أنه يثبت به كون المضمون هو قيمة يوم الغصب أم لا؟

أمّا الأول فنقول: إنّ «بغل يوم المخالفة» على نحو إضافة البغل إلى اليوم لا معنى له إلّا على بعض التمحّلات.

وأقول: وذلك لأنّ نسبة البغل إلى جميع الأيام نسبة واحدة. وأمّا طريق التمحّل فبأن نعتبر البغل في كل يوم غير البغل في يوم آخر. وأمّا الثاني فنقول: بعد ما اعتبرنا البغل في كل يوم غير البغل في يوم آخر، وفرضنا أنّ الصحيحة دلت على أنّ المضمون هو قيمة بغل خصوص يوم المخالفة لا بغل سائر الأيام فيثبت بذلك أنّ المضمون هو قيمة يوم المخالفة، فافهم*.

هذا كلّه على تقدير كون اليوم مجروراً بالاضافة. وأمّا كونه منصوباً على الظرفية

---

*) *وعلى هذا يكون سقوط اللام عن البغل على طبق القاعدة؛ حيث إنّ البغل يكون مضافاً إلى اليوم. وملخّص المعنى على هذا أنّ البغل المعهود لمّا كان له أفراد اعتبارية بحسب الأيام فيكون المراد هو بغل يوم خاص، وهو يوم المخالفة، فتأمّل. (منه قدس سره).*

أيضاً يكون بأحد الوجوه، وذلك لأنه على هذا يحتاج إلى متعلق من فعل أو شبهه أو ما يكون فيه معنى الفعل. وذلك لأنّ الظرف يحتاج إلى مظروفٍ، والمظروف يصير مقيداً بأن يكون في هذا الظرف، والمظروف من الجوامد وكذا الظرف، ولا يمكن أن يقيّد أحد الجامدين بالآخر ما لم يضمر في البين معنىً حَدَثياً؛ لأنّ التقييد عبارة عن تضييق دائرة أفراد الشيء. وهذا المعنى لا يحصل / ٥١٨ / بضمّ معنى جامديّ إلى مثله، بل الذي يكون قابلاً لأن يقيَّد هو المعنى الحدثي لا غير. ثمّ الظرف يصير من قيود المعنى الحدثي فنقول: زيد باكٍ في يوم الجمعة ولا معنى لقولك: زيد يوم الجمعة؛ حيث إنّه لا يحصل التلاصق بين المعنيين ما لم يضمر معنى حدثياً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: بناءً على الظرفية يمكن أن يكون المتعلق أحد الأشياء:

الأول: أن يكون المتعلق هو القيمة باعتبار أنه يكون من المشتقات، فيكون فيه معنى الفعل. ولكن فيه أنّ المراد من القيمة هو الثمن المعيّن الذي هو من الأعيان الخارجية، فليس معنى الحدثية ملحوظاً حتى يجوز أن يكون معلّقاً للظرف.

الثاني: أن يكون المتعلق هو النسبة التي تكون بين المضاف والمضاف إليه في قوله: «قيمة بغل» كما احتمله الشيخ[1]؛ حيث قال: وإما بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.

وفيه: أنّ معنى النسبة سواء كانت تامة كما في «زيد قائم» أو ناقصة كما في «غلام زيد» لا يجوز أن يكون متعلقاً؛ حيث إنّه أدون من المعنى الحرفي أو مساوٍ له، بل عين المعنى الحرفي، فكيف يجوز أن يكون متعلقاً للظرف.

الثالث: أن يقدّر / ٥١٩ / فعلاً من أفعال العموم مثل «كان» و«ثبت» أو «كائن» و«ثابت»، ويكون هو المتعلق للظرف، فيصير المعنى «قيمة بغل كائن في يوم المخالفة».

ثمّ إذا كان «بغل» من دون الألف واللام فيكون المناسب أن يكون «كائن» صفةً

---

١) كتاب المكاسب ٢٤٧/٣، الفقرة الأولى من محل الاستشهاد.

للقيمة، وأمّا إذا كان مع الألف واللام فلا يجوز أن يكون صفةً؛ حيث إنّ القيمة على هذا معرفة، ولابدّ من تطابق الموصوف مع الصفة في أربعة أشياء، فلابدّ أن يكون «كائن» منصوباً حتى يكون حالاً.

نعم، بحسب المعنى لا تفاوت بين أن يكون صفةً أو حالاً؛ حيث إنّ الحال يبيّن كيفية ذيه في زمان نسبه العامل إلى ذي الحال، والصفة أيضاً لا تفيد بحسب المعنى أزيد من ذلك.

ثمّ إنّ الكلام تارة يقع في صحة هذا الوجه، وتارة في أنه هل يثبت به المدعى من كون المضمون هو قيمة يوم الغصب أم لا؟

أمّا الأول فنقول: لا إشكال في هذا الوجه إلّا أنه يحتاج إلى التقدير، والأصل يقتضي عدمه.

وأمّا الثاني فنقول: إنّه لا يثبت به المدّعى من كون المضمون هو قيمة يوم الغصب، وذلك لأنّ القيمة الكائنة الثابتة في يوم المخالفة يمكن أن تكون غير قيمة يوم المخالفة حيث إنّه ليس مفاد هذه العبارة إلّا أنّ القيمة ثابتة وموجودة في يوم المخالفة لا أنها نفس قيمة يوم المخالفة، فتأمل*.

ثمّ هذا كلّه في محتملات متعلقات الظرف التي / ٥٢٠ / يتخيل كونها مثبتاً للمدّعى، وهنا احتمال آخر يكون مسلّماً من أنه ليس مثبتاً للمدعى، وهو أظهر الإحتمالات، و إن قال الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ: إنّه بعيد، بل غير ممكن! وهو أن يكون اليوم منصوباً على الظرفية ويكون متعلقاً بقوله عليه السلام. نعم، القائم مقام قوله عليه السلام «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل.

أمّا وجه ما قاله الشيخ من أنّ هذا بعيد أو غير ممكن فهو أنّ السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة، بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان

---

*) ***وجه التأمل سيأتي في الفقرة الثانية. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٢٤٨/٣، الفقرة الأولى من محل الاستشهاد.

كما يدلّ عليه «أرأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني؟».

أقول: حاصل مراد الشيخ أنّ السائل كان عالماً بثبوت الضمان في الجملة، وأيضاً كان عالماً بأن زمان حدوث الزمان هو يوم المخالفة كما يستفاد ذلك من سؤال السائل من قوله: «أليس كان يلزمني».

وعلى هذا فلابدّ أن يكون سؤاله عن غير هذين المطلبين، وهو مقدار ما يصير مضموناً عليه. وعلى هذا فيعيّن أن يكون جواب الإمام عليه السلام بياناً للمقدار الذي يلزمه من القيمة. وعلى هذا فيعيّن أن يكون يوم المخالفة بياناً للقيمة بأحد الوجوه السابقة.

ونحن نقول: أمّا كلام السائل فيحتمل أن يكون استفهاماً حقيقياً، ويكون سؤاله عن نفس الضمان كما هو ظاهر كلامه، ولا دليل على أنه كان عالماً بأصل / ٥٢١ / الضمان مع* أنه لو كان عالماً بأصل الضمان أيضاً نقول: إنّه سئل لأجل التقرير؛ حيث يريد أن يسمع هذا المطلب من الامام عليه السلام.

وعلى كل حال يتم جواب السؤال بقوله عليه السلام: «نعم»، ويكون قوله عليه السلام: «يوم خالفته» زيادة في مقام الجواب، ولا ضير فيه.

---

*) *لو كان مراد شيخنا المرتضى ـ رحمه الله ـ أنّ الاستفهام في السؤال يكون تقريرياً فيعلم من ذلك أنّ السائل كان عالماً بالضمان وزمان حدوثه، فهذا يشهد على أنّ أصل سؤاله عن غير هذين ـ وهو المقدار ـ فهنا تناقض صرف مع الغمض من أنّه يجوز دعوى أنّ الاستفهام حقيقي.*

ولو كان المراد أنّ جواب السائل يتمّ بقوله: نعم، وعلم منه الضمان وزمان حدوثه فلابدّ أن يكون المراد من قوله: «قيمة بغل يوم خالفته» مطلباً جديداً ـ وهو بيان المقدار ـ ففيه أولاً أنّه على هذا لا يتوقف إثبات مدّعاه على دعوى أنّ السائل يعلم الضمان وزمان حدوثه وجعل الاستفهام تقريرياً.

وثانياً أنّ إثبات المطلب بهذا الطريق يتوقف على أولوية التأسيس من التأكيد بنحو الإطلاق، ونحن منعنا كما شرحناه في مسألة تداخل الأسباب التي كتبته بعد مسألة مفهوم الشرط مع أنّ المطلب الجديد على كلّ حال يفهم من هذه الزيادة مثل كون الضمان بالقيمة لا بالمثل أو عكسه، وأنّ الضمان ليس مما هو خارج عن المثل والقيمة. (منه قدس سره).

أقول: لا يقال: إنّ سؤال السائل إنما كان عن وجه الضمان بعد كون الضمان معلوماً عنده.

لأنّا نقول: إنّه ليس في الجواب ما يدلّ على وجه الضمان.

وأمّا ما ذكره الشيخ ـ رحمه الله ـ فنقول: لا يخفى عليك أنه لم يكن في كلام السائل ما يدلّ على أنّ سؤاله كان عن مقدار المال المضمون، ومجرد ظهور كلامه في أنه كان عالماً بأصل الضمان لا يقتضي أن يكون سؤاله عن المقدار بعد أنه لم يكن في كلامه ما يدلّ على أنّ سؤاله عن المقدار مع أنه يمكن حمل كلامه على فرض كون أصل الضمان معلوماً على ما ذكرنا من أنّ الاستفهام تقريري؛ حيث كان مريداً لأن يسمع هذا الكلام من الإمام عليه السلام أيضاً.

نعم، لو قلنا: إنّ السائل كما كان عالماً بأصل الضمان كان عالماً بزمان الضمان[1] أيضاً. ومع ذلك سأل[2] للتقرير، فحينئذ قوله عليه السلام: «نعم»، كان جواباً عن كلا سؤاليه، فحينئذ يكون المناسب أن يكون قوله عليه السلام: «قيمة بغل.. اه» مطلباً جديداً، لا توضيحاً لما استفاده بقوله عليه السلام: نعم، إلّا أنّ هذا الكلام مبنيّ على مقدمات كلّها ممنوع.

/ ٥٢٢ / ثمّ إنّه نسب إلى الجواهر[3] أنه ذكر شاهداً آخر لكون الظرف متعلقاً بقوله عليه السلام: نعم، لا أن يكون قيداً للقيمة، وهو قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: «عليك قيمة ما بين الصحة والعيب قوم تردّده»، باعتبار أنّ الظرف هنا ليس قيداً للقيمة، إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً، لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، بل متعلق بـ«عليك»، فالمعنى «عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة».

وعلى هذا فيكون المناسب أن لا يكون الظرف فيما نحن فيه أيضاً قيداً للقيمة،

---

١) في المخطوطة: «بزمان الزمان».

٢) في المخطوطة: «سئل».

٣) جواهر الكلام ٣٧/١٠١ - ١٠٢، التحقيق عما يستفاد من صحيحة أبي ولاد.

فافهم.

الفقرة الثانية التي استدل بها على أنّ المضمون هو قيمة يوم الغصب هو قوله عليه السلام: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا» فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه؛ لعدم الاعتبار به. فلابدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة بناءً على أنه يوم الاكتراء؛ لأنّ الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه إلى الكوفة. ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق لا أيام ما قبل ذلك.

وإذا صار التفاوت بين يوم الاكتراء ويوم المخالفة قليلاً فحينئذ نقول: إنّ القيمة لا / ٥٢٣ / تتفاوت في هذه المدة القليلة، ولذا جعل المعيار على يوم الاكتراء عوضاً عن جعله يوم المخالفة.

وردّ هذا من وجهين:

الأول: ما يشير إليه الشيخ ـ رحمه الله ـ أيضاً، وهو أنه كما لا يتفاوت قيمة البغل عادة في ضمن مقدار يوم أو يومين كذلك لا يتفاوت في مقدار خمسة عشر أياماً أيضاً، لأنّ البغل ليس حاله كحال البقول حتى يتفاوت قيمته في كل يوم، بل البغل وأمثال ذلك بالنسبة إلى بلد واحد غالباً لا يتفاوت قيمته في مقدار شهر أو شهرين.

وعلى هذا فمن الممكن أن نقول: إنّ المدار كان على يوم التلف مثلاً ولكنه قال يوم الاكتراء لقربه به، وعدم تفاوت القيمة في هذا المقدار من الزمان بالنسبة إلى البغل وإنما عُيّن يوم الاكتراء لامكان إقامة الشهود عليه؛ حيث إنّه عند المخالفة لم يكن هناك شهود ولكن يوم الاكتراء لما كان في البلد فيمكن إقامة الشهود بالنسبة إلى ذلك الزمان.

الثاني: أنّ الظرف هنا يكون نظير الظرف في الفقرة السابقة في أنّ أغلب الوجوه السابقة يأتي هنا أيضاً.

أقول: قد يقال: إنّ الظرف متعلق بـ«يشهدون»، ولكن فيه أنّ مقتضى ذلك أن

«يشهدون في يوم الاكتراء»، وهو محال.

وأجيب عن ذلك بأن المقصود أن يكون الشهود / ٥٢٤ / شهود يوم الاكتراء.

وفيه أنه بناء على هذا ليس الظرف متعلقاً بقوله عليه السلام: «يشهدون».

ثمّ لا يخفى أن الظاهر من العبارة هو أنّ قيمة البغل الكائنة يوم الاكتراء كذا، ويكون المراد نفس قيمة يوم الاكتراء. وما ذكرنا سابقاً في نظير هذه العبارة في الفقرة الأولى غير مسموع، فافهم*.

هذا كلّه في بيان الأدلّة الدالّة على أنّ المضمون هو قيمة يوم الغصب وأمّا الدليل على المضمون هو قيمة يوم التلف ما ذكره بعض من أنّ العين عند التلف تصير مضمونةً فلابدّ أن تكون مضمونةً بقيمة يوم التلف.

وفيه أنّ كون زمان التلف زمان الضمان ليس شاهداً على أنه لابدّ أن يكون المضمون أيضاً قيمة تلك الزمان؛ لأنّه يجوز أن يجيء على ذمته يوم التلف قيمة يوم الغصب أو أعلى القيم. فالتحقيق أن يقرّر دليل كون المضمون قيمة يوم التلف بنحو آخر لا يرد عليه إشكال، وذلك بأن يقول: إنّ الغاصب مخاطب بأداء القيمة في يوم التلف على طريق التنجيز، كما أنّ قبل التلف يكون مخاطباً بأداء القيمة على سبيل التعليق والمعلق عليه هو التلف كما هو المستفاد من حديث «على اليد» وصحيحة أبي ولّاد وغير ذلك مثل الإجماع.

وعلى هذا فلابدّ أن يلاحظ أنّ مقتضى هذا الخطاب أيّ شيء فنقول: إذا كان لمتعلق الخطاب - وهو أداء / ٥٢٥ / القيمة - أفراد متعددة مثل أداء قيمة يوم الغصب ويوم التلف وأعلى القيم مثلاً فحينئذ إذا أحرزنا أنّ المتكلم يكون في هذا الكلام بصدد

---

*) ***ولكن لا يثبت شيئاً منها لأصل المطلوب: أمّا الفقرة الأولى وإن يثبت المطلوب بعد إضمار أفعال العموم إلّا أنّ الأصل عدم الإضمار بعد إمكان أن يكون المتعلق ما هو المذكور في اللفظ أعني قوله: نعم، كما صحّحناه سابقاً. وهنا وإن كان جعل المتعلق هو الفعل المذكور في اللفظ خلاف الظاهر إلّا أنّ تقدير أفعال العموم ليس بنافع للإيراد الذي ذكره الشيخ - رحمه الله - عليه. (منه قدس سره).***

بيان القيمة أيضاً فحينئذ لابدّ من أن يلاحظ أنّ بعض الأفراد إذا لم يحتج إرادته إلى البيان بخلاف سائر الأفراد فحينئذ إذا لم يبين أنّ مراده سائر الأفراد فيعين أن يكون مراده هو الفرد الذي لا يحتاج إلى البيان، نظير ما يقولون من أنـه إذا اسـتعمل اللام المفيدة للملكية ولم يبيّن المتكلم أنّ المراد هو الملكية الغير المستقر.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ قيمة يوم التلف لا يحتاج إلى البيان لو كان مراداً؛ حيث إنّه إذا خوطب في يوم التلف بأداء القيمة لا إشكال عند العرف أنه يكفي أداء قيمة ذلك اليوم إذا لم يبيّن أنّ المراد قيمة غير ذلك اليوم*.

وعلى هذا فمقتضى إطلاق الخطاب لابدّ أن يقال: إنّ المضمون هو قيمة يوم التلف ثمّ إنّه إلى هنا علم أنّ المدار ليس قيمة قبل يوم التلف. وأمّا بالنسبة إلى ما بعد التلف إذا فرض زيادة القيمة فهل يكون مضموناً أم لا؟ فيه إشكال.

والإشكال إنما نشأ من الشك في أنّ تعيين قيمة يوم التلف يكون ذاتياً أو عرضياً.

وتوضيح ذلك أنّ لزوم أداء قيمة يوم التلف إن كان من باب خصوصية أنها قيمة يوم التلف بحيث يكون مخاطباً بأداء هذا الفرد من القيمة / ٥٢٦ / فحينئذ يكون تعيين هذا الفرد ذاتياً.

وعلى هذا ليس زيادة قيمة العين بعد ذلك إلى يوم الرد مضموناً. وأمّا لو كان لزوم أداء قيمة يوم التلف من باب أنه مأمور بأداء القيمة؛ غاية الامر أنه اتفق أنّ قيمة العين حين الخطاب هي هذا المقدار، فيصير مكلفاً بأدائه من باب أنّ امتثال الأمر الكـلى يحصل فعلاً بذلك، فيكون تعيين يوم التلف عرضياً.

وعلى هذا فإذا زادت القيمة تكون تلك الزيادة مضمونة كما أنه لو نقصت القـيمة يخرج عن الضمان بمقدار النقصان، فيصير الميزان هو قيمة [يوم] الدفع.

والسر في ذلك هو أنه إذا كان المكلف مأموراً بإيجاد كلي وكان لهذا الكلي أفراد

---

*) ***سيأتي بعد ستّ ورقات أنّ التمسّك بالإطلاق لإثبات قيمة يوم التلف مشكل. نعم، مساق الآية وهو قوله: «على اليد» أنّ ما يثبت من الضمان للقيمة لابدّ أن لا يكون بأنقص ممّا يتلف فعلاً في يد الضامن. (منه قدس سره).***

متعددة فحينئذ لابدّ من أن ينظر من أنه لو كانت الأفراد عرضية كما إذا كان جميع الأفراد موجوداً حين الخطاب بالكلي فحينئذ يكون المكلّف مخيراً بين إتيان واحد من الأفراد و إن كان التفاوت بين الأفراد بالأقل والأكثر، فحينئذ نقول: يكفيه فرد يكون أقل من تمام الأفراد؛ حيث إنّ امتثال الطبيعة يحصل بذلك أيضاً.

وأمّا لو كانت الأفراد طولية كما لو لم يكن للكلي في كل زمان إلّا فرد واحد كالقيمة وكالامر بالصلاة الكلية؛ حيث إنّ الفرد لهذا الكلي في السفر يكون هو القصر وفي الحضر / ٥٢٧ / يكون التمام، وفي هذه الصورة في كل زمان يكون مكلفاً في كل زمان بالفرد الذي يكون موجوداً في تلك الزمان؛ حيث إنّ المفروض أنّه ليس لهذا الكلي في كل زمان إلا فرد واحد فيعيّن الإتيان به إلّا أنّ تعيينه يكون عرضياً.

[تعيين قيمة يوم التلف عرضي أو ذاتي؟]

بقي الكلام في أنّ تعيين قيمة يوم التلف يكون عرضياً أو ذاتياً فنقول: قد عرفت أنّ لازم القول بكون التعيين عرضياً أن يكون اللازم على الغاصب هو ردّ قيمة يوم الدفع. وهذا مخالف للإجماع؛ إذ ليس بين العلماء قول بأن القيمي يكون مضموناً بقيمة يوم الدفع. فعلى هذا لابدّ من أن نقول: إنّ التعيين يكون ذاتياً، ويكون المضمون هو خصوص قيمة يوم التلف.

إن قلت: من أين تقول: إنّ تعيين قيمة يوم الدفع في القيمي يكون خلاف الإجماع مع أن المحقق[1] ـ رحمه الله ـ كان قائلاً بأن القيمي يكون مضموناً بالمثل.

وقد عرفت أنّه في كل مورد يكون المضمون هو المثل يكون المدار على قيمة يوم الدفع عند المشهور أو عند بعض، فعلى هذا ليس وجوب أداء قيمة يوم الدفع في القيميات مخالفاً للإجماع.

قلت: بعد ما بنينا على أنّ المضمون / ٥٢٨ / في القيميات هو القيمة، فحينئذ يكون

---

١) شرايع الإسلام ٧٦٦/٤، في حكم المغصوب.

تعيين قيمة يوم الدفع خلاف الإجماع؛ إذ لم يكن في البين مَنْ يقول بأن المضمون في القيميات هو القيمة، ومع ذلك يقول بتعيين قيمة يوم الدفع.

أقول: في ما ذكرناه موارد للنظر:

الأول: أنّ التمسك بالإطلاق بقاعدة الحكمة يكون منحصراً على الظاهر بموردين*:

أحدهما: فيما إذا كان متعلق الحكم أو نفس الحكم كمطلق الطلب له قدر جامع ولم يمكن أن يكون المراد هو نفس القدر الجامع، وكان لهذا القدر الجامع فردان أو أزيد، ويكون أحد هذه الأفراد ممتازاً عن غيره بقيد عدمي ويكون لسائر الأفراد قيد وجودي، فحينئذ إذا أحرزنا أنّ المتكلم يكون بصدد البيان، ومع ذلك لم يذكر قيد الوجود فهذا يصير بمقتضى قاعدة الحكمة قرينة على أنّ المراد هو الفرد الذي قيده أمر عدمي.

وثانيهما: فيما إذا تعلق حكم بقدر مشترك مثلاً مثل «أعتق رقبة» بناء على مذهب السلطان من أنّ اللفظ موضوع للطبيعة المهملة، ويمكن أن تكون الطبيعة مراده في تمام الأفراد أو في بعضها، فحينئذ نقول: إذا أحرزنا أنّ المتكلم كان بصدد البيان ولم يذكر قرينة على تعيين مراده فحينئذ نقول: لابدّ أن يكون مراده هو الاحتمال الذي يكون له تعيين ذاتي دون / ٥٢٩ / الاحتمالات التي ليس لها تعيين ذاتي.

وعلى هذا فنقول: إنّ تمام الأفراد يكون له تعيين ذاتي بخلاف سائر الإحتمالات،

---

*) *أوّلاً لا يستفاد خطاب في مقام من الحديثين والإجماع، لقائل أن يقول: لو استفاد هذا الخطاب حين التلف وتعيّن قيمة يوم التلف فهو ساكت عن سائر الأزمنة، فيستصحب قيمة يوم التلف، وإلّا فالإجماع لا يوجب لأن يعيّن أمراً آخر غير ما هو مقتضى الخطاب كما شرحناه في الجملة.*

ثمّ إنّ استفادة قيمة يوم التلف على فرض خطاب في مقام البيان لابدّ أن يكون بهذا التقرير من أنّه ينصرف إلى قيمة زمان الخطاب، وبعد ذلك لو كان مراد المتكلم غيره فلابدّ له من البيان بعد فرض أنّه في مقام البيان من جميع الجهات. (منه قدس سره).

فإنه لو كان مراده واحداً من الأفراد فهو مردد بين تمام الأفراد، ولو كان المراد اثنين فكان هذا محتملاً لكل فردين يُصَوّران من أفراد الماهية. وكذا لو كان المراد ثلاثة أو أربعة أو غير ذلك من الأفراد فإنّ كل واحد يكون قائلاً لاحتمالات كثيرة سوى تمام الأفراد، فيعين أن يكون المراد هو تمام الأفراد بعد فرض كونه بصدد بيان مراده بتمام خصوصياته، وعدم ذكر قرينة خاصة على مراده، وفرض كون المتكلم حكيماً.

وممّا ذكرنا ظهر بطلان التمسك بالإطلاق لأجل تعيين قيمة يوم التلف من وجهين:

الأول: أنه ليس شيء من الأدلّة من حديث «على اليد» وصحيحة أبي ولّاد بصدد بيان تعيين أنّ القيمة قيمة أيّ زمان يكون، بل إنما يكون بصدد بيان أنه يلزم عليه القيمة من دون أن يكون بصدد بيان أنّ القيمة قيمة أيّ زمان.

وقد عرفت أنّ التمسك بقاعدة الحكمة من كل جهة نريد أن نعيّنه لابدّ من أن نحرز كون المتكلم بصدد البيان من تلك الجهة.

الثاني: أنه لا وجه لأن يصير عدم البيان معيّناً لقيمة يوم التلف إلّا من أجل الانصراف حيث إنّه /٥٣٠/ لو منعنا الانصراف فحينئذ نقول: لا وجه لأن يكون عدم البيان منشأ لأن يقال: إنّ المراد قيمة يوم التلف بعد أنه يمكن أن يصير يوم التلف مأموراً بدفع قيمة يوم الغصب أو أعلى القيم أيضاً.

ثمّ إنّ التمسك بالإطلاق في خصوص صحيحة أبي ولّاد موقوف على أن نحرز أنّ الامام عليه السلام لم يبيّن في هذه الصحيحة أنّ المضمون هو قيمة يوم الغصب؛ إذ التمسك بالإطلاق بقاعدة الحكمة موقوف على أن لم يبيّن في هذه الصحيحة أن المضمون هو قيمة يوم الغصب حتى نقول: إنّ عدم بيان تعيين قيمة يوم الغصب وأعلى القيم يكون دليلاً على أنّ المراد هو قيمة يوم التلف.

الثاني: أنّ الإجماع الذي ادّعى على أنّ القيمي ليس مضموناً بقيمة يوم الدفع ليس في الحقيقة إجماعاً؛ إذ عدم قولهم بذلك إنما هو لعدم قيام دليل عندهم على ذلك، وإلّا فليس إجماع على ذلك.

وعلى هذا فمن يدّعي وجود دليل عليه لابدّ من أن يقول به.

الثالث: أنه يمكن أن يقال من أنه حين التلف يكون مأموراً بأداء القيمة. وهذا الحكم التكليفي يكون ناشياً من مجيء القيمة على ذمته. وإذا جاء / ٥٣١ / القيمة على ذمته عند التلف فلا وجه للزوم دفع قيمة يوم الدفع بعد ذلك .

والحاصل أنّ المبنى يكون باطلاً، فلا ثمرة معتنى به في التطويل.

[الوجوه المذكورة لإثبات أعلى القيم]

بقي الكلام في ذكر أدلّة أعلى القيم.

واستدل له بوجوه:

الأول : صحيحة أبي ولّاد. نسب إلى الشهيد الثاني[١] أنّه تمسك بهذه الرواية لتعيين أعلى القيم. ويقول الشيخ[٢] ـ رحمه الله ـ: إنّه لم أظفر بمن وجّه دلالتها على هذا المطلب.

ولكن نسب إلى الجواهر[٣] أنه وجّه دلالتها على أعلى القيم إلّا أنه قال: إنّ هذا تجشم، ولا يجوز أن يجعل مثل هذه التجشمات مدركاً للأحكام الفرعية إذ لابدّ من أن يكون المدرك لها من الدلالات الظاهرة.

وكيفية توجيه دلالتها بأن يقال: إنّ قوله عليه السلام: «يوم خالفته» يكون بصدد بيان ابتداء تعلق الضمان على الغاصب بأن يضمر هناك لفظ «من»، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون اليوم متعلقاً بـ«يلزمك» أو يكون قيداً للقيمة. وعلى هذا يدلّ على استمرار الضمان وأن ابتداءه يكون من يوم المخالفة.

وعلى هذا فمن جملة الأيام التي تكون العين مضمونة هو يوم ارتفاع القيمة.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ هذا الوجه على فرض تماميته يدلّ على أنّ العين تكون في جميع الأيام التي منها يوم ارتفاع القيمة مضمونة على الغاصب.

---

١) الروضة البهية ٤٣/٧، قيل: القيمة يوم التلف لا غير.

٢) كتاب المكاسب ٣٥٣/٣، الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم والمناقشة فيه.

٣) جواهر الكلام ١٠٣/٣٧، القول بضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف.

وهذا المطلب في الجملة مسلّم، ولذا يكون هذا / ٥٣٢ / المقدار مسلّماً في الوجه الثاني الذي ذكره المشهور لضمان أعلى القيم إلّا أنّ المقصود هنا استفادة هذا المعنى من الرواية لا من الإجماع حتى يصير وجهاً لما ذكره الشهيد الثاني.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ تمامية هذا الوجه متوقفة على تمامية الوجه الثاني الذي ذكره المشهور على ضمان أعلى القيم.

هذا كلّه لو قدّرنا لفظ «من» وقلنا: إنّ المقصود أنه «من يوم خالفته»، وأمّا لو لم نقدّر لفظ «من» فحينئذ لا تدلّ الرواية على أزيد من أنّ العين يوم المخالفة تكون مضمونة، ولا تدلّ بعد ذلك على ابتداء الزمان وانتهائه حتى يستفاد منه ضمان يوم ارتفاع القيمة أيضاً؛ حيث إنّه لم يكن المقصود إلّا إثبات أصل الضمان في يوم المخالفة ولم يكن المقصود بيان ابتداء الزمان ولا انتهائه.

وعلى هذا فلابدّ من أن يثبت الاستمرار للضمان بقواعد أخر مثل كلمات «يثبت» و «يدوم» و«بالإجماع» ونحو ذلك، فليس الاستمرار مستفاداً من الرواية.

أقول: لا يخفى عليك أنّ الاستمرار على كل حال ليس مستفاداً من الرواية، وذلك لأنّ غاية الأمر أنها تدلّ على أنّ ابتداء الزمان من يوم المخالفة، وبناء على عدم تقدير لفظ «من» يدلّ على ثبوت الضمان في يوم المخالفة إلّا أنه لا يدلّ على أنه ابتداءه وهذا لا يصير منشأ لأن تدلّ / ٥٣٣ / على الاستمرار بناءً على الأول دون الثاني.

نعم، بين هذين المعنيين تفاوت جزئي، وهو أنه لو دلّ على ثبوت الضمان في يوم المخالفة فقط فمن الممكن أن يكون الضمان منحصراً بتلك اليوم، بخلاف ما لو دلّ على أن ابتداء الزمان يكون من تلك اليوم فإنه لابدّ أن يكون الضمان بعده في الجملة أيضاً ثابتاً حتى يصدق أنّ يوم المخالفة ابتداء الزمان، ولكن لا يدلّ على أنّ انتهاءه يوم التلف إلّا بالإجماع، مع أنّ المقصود استفادة ذلك من الرواية.

هذا، مع أنه لا وجه لأن يقال: إنّ مراد الشهيد إثبات أصل الضمان في تمام تلك الايام مع أنه كان مسلّماً بالإجماع، وكان استفادة ضمان أعلى القيم منه محل الإشكال، بل المنع كما سيأتي في الوجه الثاني ـ إن شاء الله.

ثمّ إنّ ما قال من أنه لا فرق على هذا بين أن يكون اليوم متعلقاً بـ«يلزمك» أو يكون قيداً للقيمة ففيه أنه لو كان متعلقاً بـ«يلزمك» فلا إشكال في أنه يدلّ على أنّ ابتداء الضمان يكون من يوم المخالفة. وأمّا لو كان قيداً للقيمة فحينئذ لو كان المراد هو أن يكون اليوم متعلقاً بـ«كون» مقدّر يكون ذاك الكون صفةً للقيمة بأن يصير المعنى «عليك قيمة كائنة تلك القيمة من يوم المخالفة»، فأيضاً يكون مسلّماً إلّا أنه على هذا في الحقيقة ليس قيداً للقيمة.

ولذا لا يدلّ على أنّ المضمون هو قيمة يوم المخالفة.

وأمّا لو كان المراد أن يكون اليوم قيداً للقيمة / ٥٣٤ / بحيث يدلّ على أنّ القيمة قيمة يوم المخالفة فحينئذ لا يمكن أن يقدّر هنا لفظ «من». وهذا واضح لا يحتاج إلى الشرح.

الثاني: أنّ العين تكون مضمونة من ابتداء الغصب إلى يوم التلف بالإجماع، فتكون مضمونة في زمان ارتفاع القيمة أيضاً.

ورُدّ هذا الوجه بأن كون العين مضمونة في زمان ارتفاع القيمة له ثلاث احتمالات:

الأول: أن يكون على الغاصب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه. فهذا مسلّم إلّا أن ينتج كون المضمون قيمة يوم التلف لا أعلى القيم.

أقول: قد عرفت أنّ هذا أيضاً غير مسلّم أيضاً*.

---

*) ***نعم، تقدّم أنّه مقتضى إطلاق الخطاب المتعلق به بدفع القيمة يوم التلف إلّا أن يقال: ليس لنا خطاب لفظي يوم التلف بدفع القيمة حتى يؤخذ بإطلاقه. وذلك مثل أنّه استفيد من قوله: «على اليد.. الخ» أنّ الأداء لازم حتى بعد التلف، وأنّه في وقت التلف يكون الأداء في القيمي بدفع القيمة، ومثل أنّه استفيد من آية الإعتداء أنّ مكافاة الاعتداء في زمان التلف المأخوذ بأخذ القيمة من الغاصب، ولا مانع من أن يكون المطلوب دفع أعلى القيم أو قيمة يوم الغصب.***

إن قلت: قيمة يوم الغصب لو كان أقل من قيمة يوم التلف لا يناسب تعيينه بعد أنّه أتلف فعلاً ما كان قيمته أكثر من تلك القيمة، مع أنّ مساق الآية والرواية أنّ المأخوذ بتمامه لابدّ أن يرجع إلى مالكه.

الثاني: أن يكون على الغاصب قيمة ذلك الزمان و إن تنزلت القيمة بعد ذلك سواء تلفت العين أو لم تتلف. فهذا مخالف للإجماع على عدم ضمان ارتفاع القيمة مع ردّ العين. هكذا قالوا.

وليس مرادهم أنه لو لم يكن هذا خلاف الإجماع لكان صحيحاً، إذ لو لم يكن إجماع أيضاً لم يكن هذا مسلّماً؛ حيث لم يكن له دليل.

الثالث: أن يكون على الغاصب قيمة ذلك الزمان بشرط أن يتلف بعد ذلك، فهذا ليس خلاف الإتفاق، ولكنه لا دليل عليه.

فتحصّل هذا الاحتمال الأخير لو قام عليه دليل فلابدّ أن يؤخذ به؛ حيث لا يكون مخالفاً للإجماع، ويثبت به كون المضمون هو أعلى القيم. فلابدّ من أن يلاحظ سائر الأدلّة من أنه هل تدلّ على إثبات هذا الاحتمال أم لا.

الثالث: أن نتمسك لإثبات أعلى القيم بقاعدة الضرر كما نسب إلى صاحب الرياض[1] أنه / ٥٣٥ / حكى التمسك بقاعدة الضرر عن خاله العلامة[2] ـ قدس الله تعالى روحهما ـ.

وفيه نظر كما يعترف به الشيخ[3].

وينقل عن بعض آخر أنه تنظّر أيضاً فيه.

ووجه النظر أنّ العلماء يقولون بأن ارتفاع القيمة السوقية الناشي من كثرة الرغبات لندرة الوجود أو غير ذلك ليس مضموناً بخلاف نقصان الصفات، وليس هذا الإجماع

قلت : نسلّم أن ظاهر الآية والرواية أن ما يؤدّي إلى المالك من القيمة لابدّ أن لا يكون بأنقص ممّا تلف من المالك وذهب من ماله بالفعل ، لكن هذا ليس من اقتضاء الإطلاق ولا يعيّن قيمة يوم التلف .

نعم ، يستفاد أنّ المضمون ليس بأنقص ممّا تلف في يد الضامن . (منه قدس سره) .

١) رياض المسائل ٢٧٥/١٢ - ٢٧٦، حكم ما لو أتلف الغاصب قيمياً.

٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ٦١٨، في أحكام الغصب.

٣) كتاب المكاسب ٢٥٣/٣ - ٢٥٤، الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، والمناقشة فيه.

تعبدياً صرفاً، بل إنما يقولون بذلك على حسب مقتضى القاعدة، وذلك لأنّ مرجع ذلك إلى عدم المنفعة لا إلى الضرر؛ حيث إنّهم يقولون: إذا حبس الحرَّ حابس فليس ضامناً لمنافعه؛ حيث إنّ ما يفعله الحرّ يكون تكسّباً، والتكسب هو تحصيل المنفعة، فمنعه عن التكسب منع عن تحصيل المنفعة لا أن يكون ضرراً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ غصب العين في زمان ارتفاع القيمة يكون من قبيل منع المالك عن التكسب؛ حيث إنّه لو كان المالك متمكناً من العين في زمان ارتفاع القيمة لباعه بالأعلى، فصار الغاصب منشأ لأن لا يحصل المالك هذه المنفعة.

إن قلت: إنّ منع أهل الصنايع يُعدّ عند أهل العرف ضرراً، وقد أطلق الخسران والضرر على عدم تحصيل المنفعة في قوله تعالى: ﴿**إن الإنسان لفي خسر**﴾[1]؛ حيث إنّ الخسر إنما هو لأجل عدم الإيمان والعمل الصالح، مع أنّ الإيمان والعمل الصالح من قبيل تحصيل المنفعة.

قلت: أمّا ما ذكر في القرآن فمجاز، وأمّا ما ذكرته من إطلاق الضرر عند أهل العرف فنقول: / ٥٣٦ / إنّ هذا العرف هو عرف العوام، والمناط على عرف الفقهاء، وهو على خلاف ذلك.

أقول*: هنا مقامان من الكلام:

الأول: في أن نفس ارتفاع القيمة السوقية يكون منشأ لزيادة مالية العين أم لا؟

وهنا نقول: لا شكّ ولا شبهة في أنه بكل تعريف عرفت المالية به تكون هنا صادقة اذ الحنطة في زمان الترخيص مثلاً يعاوض مِن مَنّه بدرهم، وفي زمان الغلاء مثلاً بخمسة دراهم، وهكذا جميع آثار المالية تكون مترتبة عليها، وهكذا يقولون في العرف لمن كان له عين قيمته ألف تومان إنه صاحب ألف تومان، وإذا زال قيمته أو نقص يقولون: إنّه فقير. وإجماع العلماء إنما يكون على عدم مضمونية الترقيات

---

١) العصر: ٢.

*) ***هذا كله مع غمض العين مما ذكرنا في قاعدة الضرر من أن إثبات الضمان والمجازات بها محل إشكال، فتأمل. (منه قدس سره).***

السوقية لا أنها غير موجب للمالية، ففي كل مورد لم يكن إجماع على عدم الضمان لابدّ من أن يعمل على طبق القواعد.

وعلى هذا فنقول: إنّ مقتضى قاعدة «على اليد» هو الضمان كما سيأتي الكلام فيه إلّا أنه خارج عن محل الكلام هنا، والضرر يكون موجوداً في صورة كان المالك بصدد البيع في زمان ارتفاع القيمة، وليس إجماع على عدم الضمان هنا، فلابدّ من أن يكون ضامناً بمقتضى قاعدة الضرر إن لم نقل: إنّ جواز التمسك بقاعدة الضرر موقوف على أن يتمسك العلماء به في خصوص المورد كما يقولون.

الثاني: أنه إذا قلنا من أنّ زيادة القيمة لا تصير منشأ للزيادة المالية وليس في البين شيء إلّا أنه كان للمالك أن يكتسب به بأن يبيعه في زمان ارتفاع القيمة و إن منع الغاصب من البيع صار منشأ لعدم وصول المنفعة إلى المالك فهل يكون / ٥٣٧ / مقتضى القاعدة مع ذلك هو الضمان أم لا؟ فنقول هنا: إنّه إذا حبس الصانع فالإجماع ظاهراً قائم على أنّ منافعه ليست بمضمونة.

قد يقال: إنّ ذلك لأجل أنّ الحرّ يكون له يد على منافعه بخلاف العبد فإنّه ليس له يد، فتكون اليد عليه يد على منافعه.

وفيه: أنّ ذلك لو تمّ فإنّما يصير منشأ لأن لا يكون ضمان بقاعدة «على اليد» لا أن لا يكون ضمان بقاعدة الضرر أو التسبيب مثلاً.

وقد يقال: إنّ منافع الحرّ ليست بمال إلّا أن تصير متعلقةً للإجارة مثلاً، وإنّ إطلاق أنّ للصايغ في كلّ يوم هذا المقدار من المالية يكون من المسامحات العرفية.

وهذا الكلام لا بأس بأن نقول به؛ حيث إنه في دقيق النظر يفهم من العرف أنّ أخلاقهم أنّ الصايغ تضرّر بكذا يكون من باب المسامحة. وهذا بخلاف منفعة العبد؛ فإنّه يعدّ عندهم مالاً؛ ولكنّ المشهور يقولون بأنّ الحرّ لا يجيء تحت اليد حتى تكون منافعه مضمونة بقاعدة «على اليد».

وفيه أنّه قد ذكرنا سابقاً أنّه من جهة اليد لا فرق بين العبد والحرّ.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ اليد على الحرّ ليس يداً على منافعه؛ لأنّه بعد يكون له يد،

فت[1] أمل.

هذا، مع أنّ ما ذكره المشهور إنّما يوجب رفع الضمان بقاعدة «على اليد» فقط.

/ ٥٣٨ / وإذا عرفت ذلك فنقول: لا يخفى أنّ منع الحرّ عن المنفعة الخاصة التي كانت معدةً له كما فيما نحن فيه أو عن جميع المنافع إنّما يكون ضرراً حقيقة لو قلنا في مسألة حبس الصايغ أنه يكون له مالية فعلية. وقد عرفت أنّا منعنا ذلك.

هذا، مع أنّه لو قلنا بأنّ منفعة الحرّ يعدّ مالاً أيضاً نقول: إنّما يعدّ مالاً فيما إذا كان معدّاً كما في مسألة الصايغ. وأمّا فيما نحن فيه فذلك غير معلوم لأنّه لم يحرز أنّ المالك كان معدّاً لأن يبيع ماله في زمان ارتفاع القيمة.

نعم، لو علم ذلك فيصدق الضرر لو قلنا بأن منفعة الحر تكون مالاً إلا أنك قد عرفت أن ذلك ممنوع. نعم، قد تقدم أن الضرر هنا يصدق من باب أنّ العين تزيد ماليتها في زمان ارتفاع القيمة لكن إذا كان المالك بصدد البيع في زمان ارتفاع القيمة.

الرابع: ما نسب إلى صاحب الكفاية[2] - وهو المحقق السبزواري - من أنّ تلف المالية التي كانت له في زمان ارتفاع القيمة يكون بسبب الغاصب.

وردّ ذلك بأنّ صيرورة الغاصب سبباً لتلف المالية إنّما هو فرع تحقق المالية، وقد منعناها قبيل ذلك، فلا وجه للتمسّك بقاعدة التسبيب*.

أقول: قد تقدم أنّا قلنا بأنّ المالية متحققة**.

ولا يخفى أنّه تنسب إلى صاحب الكفاية أنّه يذكر الوجه الآتي لا هذا الوجه.

---

١) في المخطوطة: يداً.

٢) انظر كفاية الأحكام ٦٤٦/٢، أحكام الغصب.

*) ***تعرضنا لحال قاعدة التسبيب قبل قاعدة الضرر، وأشكلنا في إثبات الكلية غير ما يستفاد من موارد خاصة وغير صورة يتحقق عنوان الحق عرفاً لمن ورد عليه الضرر أو يعدّ عدم التدارك حيفاً؟ أو خلاف العدل، وناقشنا في إثبات كلية التسبيب بقاعدة الضرر. وصدق العنوان المشار إليها في المقام يحتاج إلى التأمل. (منه قدس سره).***

) ***إلّا أنّه لم يتلف بسبب الغاصب إلّا في صورة كان المالك بصدد بيعه عند زمان ارتفع قيمته. (منه قدس سره).*

الخامس: ماذكره الشيخ من اثبات / ٥٣٩ / ضمان أعلى القيم بقاعدة الحيلولة؛ حيث إنّ الغاصب في يوم ارتفاع القيمة صار حائلاً بين العين ومالكه، فيكون مخيراً بين ردّ العين أو ردّ سلطنته.

هذا، ولكن فيه أنّه لا يخفى عليك أنّ قاعدة الحيلولة ليس له دليل خاص، بل إنّما ثبت بحكم العقل وقاعدة الضرر وأمثال ذلك من أنّه إذا تعذر ردّ العين فهنا يجب على الغاصب أن يعطي مثله إلى المالك إلى زمان وصول أصل العين إليه.

ثمّ إنّ الفقهاء لمّا رأوا أنّ وجوب ردّ البدل مع بقاء أصل العين على ملك مالكه يكون على خلاف القاعدة قالوا: إنّ للمالك في العين شيئين:

أحدهما: ذات العين.

وثانيهما: سلطنته عليه.

وبواسطة التعذر تزول سلطنة المالك عن ماله. وأصل العين يكون باقياً على ماله، فما يعطيه الغاصب إليه إنّما يكون بدلاً عن السلطنة التي زالت من المالك لا من أصل العين.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّه لا معنى لبدل الحيلولة فيما نحن فيه؛ لأنّه إذا كانت العين موجودةً فيكون مكلفاً بردّ العين فقط، ولا وجه لأن يكون مخيراً بين ردّ العين أو ردّ بدل سلطنة المالك، وإذا أتلف العين فلابدّ من ردّ أصل العين لا ردّ بدل سلطنته كما لا يخفى*.

[الأصل الذي تمسك به الشيخ لإثبات أعلى القيم]

بقي الكلام في بيان الأصل الذي تمسّك به الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ لإثبات أعلى القيم، وهو أنّه تمسّك باستصحاب الضمان / ٥٤٠ / المستفاد من حديث على اليد.

---

*) ***يفهم مراد الشيخ هذا إلّا أنّ ثبوت ضمان زمان قيمة الأعلى يحتاج إلى الدليل ونفس قاعدة الحيلولة ليس دليلاً. وتقدم عدم اقتضاء سائر القواعد لذلك، فتأمل. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٢٦٨/٣، إذا ارتفع التعذر وجب رد العين.

وردّ عليه بأنّه في مقام الأصل لا وجه لأن يتمسّك بالدليل بل لابدّ من أن يلاحظ محتملات المسألة ثم يجري الأصل.

وعلى هذا فنقول: من المحتمل أن لا يكون شيء على الغاصب في زمان وجود العين إلّا وجوب ردّ العين ثمّ حين التلف تشتغل ذمته بقيمة يوم التلف أو غيره، فلا وجه للاستصحاب لإثبات أعلى القيم.

هذا أوّلاً. وثانياً نقول: لو فرضنا أنّه قلنا بحديث «على اليد» أو غيره أنّه يثبت اشتغال الذمة بقيمة العين في زمان وجود العين لكن معلّقاً على التلف وأنّ اشتغال الذمة يكون من المحتمل أن يكون بالأعلى على فرض أن يتلف بعد ذلك وأن يكون بغيره فحينئذ يكون نظير ما لو علمنا بأنّ في الدار حيوان ولكن يكون مردداً بين البقّ والفيل فحينئذ نقول: إنّ إثبات أعلى القيم بمثل هذا الاستصحاب الكلي يحتاج إلى أصول مثبتة كثيرة.

[إثبات أعلى القيم بوجه آخر]

ثمّ إنّه قد تقدم أنّا أثبتنا وجوب أعلى القيم بمقتضى الأقل بوجه آخر، وذلك بأن نقول: إنّه مأمور بدفع قيمة التلف وأنّ أهل العرف يشكّون في أنّ المحصِّل لدفع قيمة التالف هل هو دفع أعلى القيم أو غيره فلابدّ أن يعطي حتى يعلم الامتثال من التكليف المعلوم.

هذا إلّا أنّه لمّا / ٥٤١ / أثبتنا بالدليل تعيّن قيمة يوم التلف فنقول: إنّه لا محلّ للأصل مع وجود الدليل.

أقول: لا يخفى عليك أولاً أنّه لا مانع من أن تثبت الحالة السابقة من كون العين مضمونة حين وجود العين في الجملة بالدليل، ثم يجري الاستصحاب. ولا يضرّه أنّه مع قطع النظر عن هذا الدليل تصير الحالة السابقة شيئاً آخر.

نعم، يمكن منع دلالة حديث «على اليد» على كون الذمة مشغولاً في الجملة حين وجود العين. وهو مطلب آخر.

وثانياً لو قلنا بأنّ حديث «على اليد» يدلّ على كون الذمة مشغولة في الجملة لا يمكن إثبات ضمان أعلى القيم به بواسطة الاستصحاب، وذلك لأنّه حين وجود العين كان عالماً بوجوب أداء واحد من الأعلى وغير الأعلى عليه معلقاً على التلف، وبعد التلف صار عالماً بتنجز ما ثبت عليه أولاً على سبيل التعليق، والمفروض أنّ المكلف به يكون مردداً بين الأقل والأكثر ويكون غير ارتباطي أيضاً. فيكون المقام مقام التمسك بأصالة البراءة عن الزائد عن الأقل المعلوم كما تقدم.

وثالثاً: نقول: إنّ ما ذكر من أنّا مأمورين بأداء قيمة العين وأنّ أهل العرف يشكّون في أنّ أداءه بأي شيء يحصل فلابدّ من الاحتياط ففيه أنّا نحتمل بأن نكون مأمورين بأداء خصوص قيمة يوم التلف كما اختاره الأستاد أو خصوص أعلى القيم كما قلنا: إنّه مقتضى قاعدة الضرر أو خصوص قيمة يوم الغصب كما كان هذا محتمل صحيحة أبي ولّاد، وأختاره الشيخ كما هو مقتضى ظاهر كلامه / ٥٤٢ /.

ويحتمل أن نكون مأمورين بأداء قيمة العين ويكون تعيينه موكولاً إلى نظر العرف مع فرض أنّ هذا يكون عند العرف غير معلوم من أنّ أداء قيمة العين بأيّ شيء يحصل على أبعد الاحتمالات، فمن أين تحرز الأمر بأداء قيمة العين هكذا حتى نشكّ في امتثاله من دون أداء أعلى القيم.

وعلى هذا نقول: إنّ مقتضى الأصل هو تعيّن أقلّ القيم؛ حيث إنّ التكليف بأزيد منه مشكوك، ويكون المكلف به غير ارتباطي أيضاً، ولم يحرز الأمر بأداء القيمة مجرداً حتى نشكّ في امتثاله، بل لو فرضنا أنّه يكون أمر بأداء القيمة وفرضنا أنّه لا يكون مثل هذا الأمر عند العرف منصرفاً إلى قيمة يوم التلف فحينئذ يكون الأمر مجملاً غير متعرض لهذه الجهة، فيكون المرجع إلى أصالة البراءة، ونحن إنّما نقول بوجوب الاحتياط عند الشك في الامتثال في صورة يكون الشك ناشياً من خصوص الشك في المصداق الخارجي الصرف الذي لا يشوبه شيىء آخر كما لو أمر بإتيان الماء وشككنا لأجل عمى أو غيره في أنّ المصداق الخارجي ماء أم لا، وكذا كلّ شيء يرجع إلى هذه الصورة، فلا تغفل.

[لا اعتناء بزيادة القيمة بعد التلف]

ثمّ إنّك قد عرفت أنّه لا اعتناء بزيادة القيمة بعد التلف إلّا أنّه قال المحقق في شرايع[١]، وقال في المبسوط[٢] والخلاف[٣]: يضمن أعلى القيم من حين الغصب / ٥٤٣ / إلى حين التلف وهو حسن، ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردد. انتهى.

وفيما ذكره ـ رحمه الله ـ إشكالان:

الأول: ما ذكره صاحب الجواهر[٤] ـ رحمه الله ـ على ما نقل، وهو أنّ كون المضمون أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف مبني على أن يكون القيمي مضموناً بالقيمة. وعلى هذا لا وجه لمراعاة قيمة العين بعد التلف، وعلى هذا فبعد ما اختار أنّ المضمون هو الأعلى من حين الغصب إلى حين التلف لا يبقى وجه للتردد في كون الزيادة بعد التلف أيضاً ملحوظة.

الثاني: أنّ التردد في احتمال كون المضمون هو أعلى القيم بعد التلف إلى زمان الردّ يكون مبنياً على أن يكون القيمي مضموناً بالمثل كما تقدم ذلك عن المحقق ـ رحمه الله ـ. وبناء على ذلك لابدّ من مراعاة قيمة يوم القبض على ما هو مختار المحقق في المثلي. ولعلّ التردد منه مبني على بعض التخريجات التي تقدم أنّ العلامة نسبها إلى العامة في المثلي على ما حكي عن الذكرى.

---

١) شرايع الاسلام ٧٦٥/٤، في حكم المغصوب.

٢) المبسوط ٧٢/٣، إذا غصب ثوباً فزادت قيمته لزيادة السوق.

٣) الخلاف ٤٠٣/٣، مسألة ١٤.

٤) جواهر الكلام ١٠٥/٣٧، القول بضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الرد وتضعيفه.

فـــرع

[في أن صفات المغصوب يكون بمثل المغصوب]

لا يخفى أنّ صفات المغصوب يكون بمثل المغصوب بلا إشكال. والظاهر أنّ جميع الأقوال المذكورة هنا يأتي هنا أيضاً ظاهراً، ولا فرق في الصفات بين أن تكون موجودة قبل الغصب أو حدثت بعده.

ولا يخفى أنّ ابتداء / ٥٤٤ / حدوث الصفة يكون يوم غصبه كما أنّ يوم زوالها يكون يوم تلفها.

ثمّ إنّ هنا فروعاً كثيرة يكون محلّ النزاع، ومنشأ النزاع هو الشك في مصداق الصفة، ومن جملة ذلك الاختلاف بحسب الأمكنة. وقد تقدم أنّ المكان من قبيل الصفات المقومة للمالية. ومن هنا نقول في أصل العين المغصوبة: إنّه دائماً يكون المضمون هو أعلى القيم من تمام الأمكنة التي وردت على العين وانتقلت العين ولو كان الأعلى في غير بلد الغصب وبلد التلف وبلد المطالبة أيضاً.

أقول: وكذا نقول: لو كانت العين باقية ويردها أيضاً أنّه لابدّ من ردّ الزيادة التي حصلت للعين في بعض الأمكنة، وذلك لما عرفت أنّ الإضافة إلى المكان من قبيل الصفات وأنّها مضمونة مطلقاً ولو كانت زيادة الصفة من عمل الغاصب أيضاً كما لو كان نقله إلى الأمكنة بعلم الغاصب، وذلك نظير ما يقولون من أنّه لو غصب عبداً ثمّ علّمه الصنايع ثم بقي حتى نسي تكون تلك الصفة المنسية مضمونة على الغاصب.

أقول: يمكن أن يقال: إنّ الإضافة إلى الأمكنة تكون نظير صبغ الثوب في أنّه

يكون من مال الناقل، فتأمل*.

[حالات المغصوب]

ثمّ اعلم أنّ للمغصوب حالاتٍ / ٥٤٥ / قد تقدم بعض منها وسيأتي بعض آخر[1] ـ إن شاء الله ـ:

الأولى: أن يكون المغصوب موجوداً وكان المكلف متمكناً من ردّه، فهنا قد تقدم أنّه يجب ردّه ولو كان في نقله مؤونة كثيرة ما لم يصل إلى حدّ الإجحاف على ما نسب إلى ما تقدّم من الشيخ، ولكنّي لم أجد في كلامه التقييد بالإجحاف.

نعم، قد تقدم عند بيان أنّه لو دار الأمر بين كون التالف مثلياً أو قيمياً أنّ مقتضى القاعدة وجوب الجمع وأنّ قاعدة الضرر لا تجيء هنا لاختصاصها بغير موارد امتثال التكليف.

نعم، لو وصل الضرر إلى حدّ يسوء به حال المكلف - وهو المسمّى بالإجحاف - فحينئذ يسقط التكليف لأدلة الحرج.

وهذا الوجه بعينه يأتي في ردّ المغصوب أيضاً. ومقتضى ما ذكرته هناك أنّه إذا وصلت المؤونة إلى حدّ يعدّ التكليف به ضررياً بضرر زائد عن الضرر الموجود في ردّ المغصوب بحسب المتعارف فيكون التكليف بوجوب الردّ مرتفعاً بنفس أدلّة الضرر. وليس هنا مجال الردّ والإيراد؛ حيث إنّ ذكر هذا المطلب هنا كان بالتبع*****.

---

*) ***فيه أنّ في صبغ الثوب زيادةً عينية بفعل الغاصب بخلاف الإضافة إلى الأمكنة، وأصل المسألة يحتاج إلى التأمل. (منه قدس سره).***

١) في المخطوطة: الآخر.

) ***قد تقدم أنّ قولنا بوجوب الردّ في صورة نقله الغاصب من مكانه وكان للمالك داعياً عقلائياً لردّه إلى مكانه الأول وإلّا مجرد الردّ إلى المالك غير متوقف على الحمل المحتاج إلى المؤونة كما تقدم. (منه قدس سره).*

) ***إن قلت: إنّ هذا مردود بما ورد من أنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

قلت: ورد الخبر في بعض موارد هذه القاعدة مثل أنّ الحجر المغصوب رهن على خرابها، ولكن

الثانية: أن يتلف / ٥٤٦ / المغصوب فحينئذ لو كان مثلياً يجب ردّ المثل على الغاصب على التفصيل وإن كان قيمياً يجب ردّ القيمة على التفصيل المتقدم.

الثالثة: أن يكون المغصوب موجوداً ولم يتمكن الغاصب من ردّه وهو المقصود بالبحث هنا، فنقول: إنّه يكون على الغاصب البدل في الجملة إلّا أنّه يكون هذا الحكم محل الإشكال من جهات ثلاثة:

الأولى: أنه هل يختص هذا الحكم بصورة يكون ردّ العين متعذراً أو يشمل لصورة يكون في ردّ العين حرج شديد الذي قد ادّعينا سابقاً أنّ التكاليف تسقط عنده أو يشمل لصورة يكون في ردّ العين مطلق الحرج الزائد عن الحرج الموجود بحسب المتعارف في أمثال هذه التكاليف.

الثانية: أنّه هل يختصّ هذا الحكم بصورة كان التعذر في الردّ أو الحرج معلوماً أو يشمل لصورة كان التعذر أو الحرج مظنوناً بالظنّ الاطميناني أو كان مظنوناً بمطلق الظنّ.

الثالثة: أنّه هل يختص هذا الحكم بصورة كان التعذر أو الحرج في ردّ العين دائمياً أو يشمل لصورة / ٥٤٧ / كان التعذر أو الحرج ثابتاً في زمان طويل أو زمان يتضرر المالك من انتظاره ولو كان قصيراً.

[الأحكام الكثيرة لصورة كان تعذرّ ردّ العين دائماً]

ونحن نتعرض هنا أولاً لصورة كان قدراً متيقناً من جميع الجهات، فنفرض الكلام في صورة كان ردّ العين معلوماً أنّه متعذر دائماً فنقول: إنّ لهذه الصورة أحكاماً كثيرة بعض منها يكون إجماعياً وبعضها يكون محلّ الخلاف.

أمّا الأحكام الإجماعية لهذه الصورة ثلاثة أو أربعة:

ثبوت كلية أنّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال ولو بالنسبة إلى العين المغصوبة لم يعلم له مدرك واضح كما اعترف المصنف في آخر هذه المسألة بذلك.

الأول: أنّه يجب على الغاصب ردّ البدل مثلاً أو قيمة.

الثاني: أنّه يصير البدل ملكاً للمغصوب منه.

نعم، حكي عن المحقق القمي ـ رحمه الله ـ أنّه قال: يصير البدل مباحاً له إباحة مطلقة نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة.

وقد استشكل في ملكية البدل المحقق[١] والشهيد[٢] الثانيان، قال الأول في جامعه على ما حكي: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف يجب القيمة ويملكها الآخذ وتبقى العين على ملكه! وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضّح معناه. انتهى.

وقال الثاني: إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح. ولو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً وتوقف تملّك المغصوب منه للبدل / ٥٤٨ / على اليأس من العين وإن جاز له التصرف كان وجهاً في المسألة. انتهى.

واستحسنه في محكي الكفاية[٣].

أقول: أورد عليهم بأنّ الإجماع على ملكية البدل محقق، والقول بالإباحة المطلقة والترديد في الملكية إنّما حصل من ضيق الخناق وإلّا فالفقهاء لا يلتزمون بالإباحة المطلقة في غير مسألة المعاطاة؛ لأجل السيرة الموجودة هنا على التصرفات وفي غير نثار العرس على إشكال في الأخير، وإنّما لا يلتزمون بالإباحة المطلقة من باب أنّه موجب لخرق قواعد كثيرة مسلّمة في الفقة كما تقدم في المعاطاة في كلام كاشف الغطاء تفصيل ذلك.

أقول: سيأتي الكلام في هذا المقام ـ إن شاء الله ـ فانتظر.

الثالث: أن يكون المغصوب باقياً على ملك المالك.

الرابع: أنّه إذا تمكن الغاصب من المغصوب يحصل الترادّ.

---

١) جامع المقاصد ٢٦١/٦، فيما لو أبق العبد من يد الغاصب.

٢) مسالك الإفهام ٢٠١/١٢، على الغاصب أجرة المغصوب إن كان مما له أجرة.

٣) كفاية الأحكام ٢٤٨/٢، أحكام الغصب.

نعم، سيأتي الكلام ـ إن شاء الله ـ في أنّ الترادّ هنا يكون من قبيل الفسخ حتى يكون اختيارياً أو من قبيل الانفساخ.

هذا وسيأتي ـ إن شاء الله ـ أنّه يظهر من إشكال العلامة في جواز حبس العين للغاصب إلى أن يدفع المالك القيمة، ومن إشكاله في جواز إجبار الغاصب المالك في أخذ القيمة منه* أنّ / ٥٤٩ / الترادّ ليس بإجماعي.

[الدليل على وجوب ردّ البدل على الغاصب بالأدلة الأربعة]

وإذا عرفت ما تقدم فنقول: نحن نذكر هنا ما دلّ على ثبوت هذه الأحكام الأربعة حتى يعلم منه حال الأحكام الخلافية التي أشير إليها سابقاً، فنقول: إنّه يدلّ على وجوب ردّ البدل على الغاصب الأدلّة الأربعة:

أمّا العقل فمن جهة أنّ عدم خروج الغاصب عن تبعة ظلمه يكون ظلماً جديداً على المغصوب منه كما تقدم تفصيل هذا الوجه عند ذكر أدلّة وجوب ردّ المغصوب كما لا يخفى على المراجع المتأمل.

وأمّا الإجماع فقد عرفت أنّه محقق.

وأمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿ **فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** ﴾[1].

وأمّا الأخبار فطائفتان:

الأولى: الأخبار الخاصة الواردة في مال المسروق والضياع في الأمين المفرط؛ حيث إنّه حكم فيهما بالضمان مع أنّ أصل العين يكون موجوداً، وهو عين ما نحن فيه.

الثانية: الأخبار العامة مثل قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «**لا ضرر ولا ضرار**»[2]

---

*) ***ومن غير ذلك حيث يستدلون على الطرفين ويكون في البين قائل بالطرفين أيضاً ظاهراً. (منه قدس سره).***

١) البقرة: ١٩٤.

٢) الكافي ٢٩٢/٥ - ٢٩٣، باب الضرار، ح ٢.

وذلك لأنّ عدم ردّ البدل ضرر على المالك*، ومثل قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**»[١]، وذلك لأنّ هذه الرواية كما تدلّ على وجوب ردّ العين إذا كانت العين باقيةً وعلى وجوب ردّ المثل أو القيمة إذا كانت العين تالفةً كذلك يدلّ على وجوب ردّ البدل إذا كان الوصول إلى العين / ٥٥٠ / متعذراً.

أقول: قد تقدم هنا تقريبٌ لدلالة «على اليد» على وجوب ردّ المثل أو القيمة في صورة التلف، وبتلك التقريب نثبت وجوب ردّ البدل في صورة كان الوصول إلى العين متعذراً دائماً بفهم العرف.

نعم، قد تقدم في أوّل المقبوض بالعقد الفاسد من الأستاد** ـ سلّمه الله ـ أنّ دلالة هذه الرواية على وجوب ردّ المثل أو القيمة في صورة التلف غير مسلّم إلّا بضميمة فهم العلماء منه ذلك إليه. ولعلّه يقول هنا أيضاً بذلك.

هذا كلّه في أصل وجوب ردّ البدل.

[الدليل على صيرورة البدل المبذول ملكاً للمغصوب منه]

بقي الكلام في سائر الأحكام الإجماعية والدليل عليها، فنقول: أمّا صيرورة البدل المبذول ملكاً للمغصوب منه فلا يدلّ عليه شيء من الأدلّة اللفظية بنفسها، فلأنّه لو صار البدل مباحاً للمغصوب منه إباحة مطلقة بحيث يجوز له جميع التصرفات أيضاً ليس منافياً لشيء منها كما لا يخفى على المتأمل.

وكذا دليل العقل، ولكن هذا إذا لم تكن ثمرة بين الملكية والإباحة المطلقة. وأمّا لو كان تفاوت بينهما بحسب الثمرة بحيث كان في الملكية ثمرة لم تكن تلك الثمرة في الإباحة المطلقة فحينئذ لابدّ من أن نلتزم بملكية البدل؛ حيث إنّ المغصوب كان ملكاً

---

*) ***تقدّمت المناقشة على إثبات الضمان بقاعدة الضرر. (منه قدس سره).***

١) عوالي اللئالي ١/٢٢٤، الفصل التاسع، ١٠٦.

) ***ذلك يصرّح بخلافه في مسألة توارد الأيدي على المغصوب في فروع الفضولي. (منه قدس سره).*

/ ٥٥١ / للمغصوب منه وكانت له تلك الثمرة موجودة فلابدّ أن تكون تلك الثمرة موجودة في البدل حتى يصدق أنّه اعتدى عليه بمثل ما اعتدى، وحتى يرفع عنه الظلم بالمرة، وحتى يخرج من عهدة ما أخذه وحتى يرتفع الضرر بالمرة ويصدق أنّه أدّى بمثل ما صار ضايعاً ولا يمكن الوصول إليه؛ والمفروض أنّ تلك الثمرة لم تحصل إلّا بالملكية، فلابدّ من أن نلتزم بالملكية.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّا قد ذكرنا أنّ الفرق بين الملكية والإباحة المطلقة إنّما يظهر في المنافع المنفصلة فقط، وهذه الثمرة تكفي في صيرورتها وجهاً ودليلاً على تعيّن الملكية مع أنّك قد عرفت أنّ الإجماع قائم على الملكية وأنّ القول بالإباحة المطلقة يكون موجباً لخرق كثير من القواعد الفقهية كما ذكره كاشف الغطاء في مسألة المعاطاة وسيجيء ـ إن شاء الله ـ أنّه لا محظور في القول بملكية البدل للمغصوب منه عقلاً.

أقول: مع غمض العين عن الوجه الأول* والإجماع نقول: إنّ لزوم خرق القواعد الفقهية لو كان دليلاً على بطلان الإباحة المطلقة فلا فرق بين المعاطاة وما نحن فيه.

/ ٥٥٢ / ودعوى أنّ السيرة على جميع التصرفات موجودة في المعاطاة غير مثمر بعد معلومية أنّ ذلك لا ينافي الملكية أيضاً.

نعم، قلنا في المعاطاة أيضاً بالملكية لا بالإباحة المطلقة فليس لنا إباحة مطلقة في شيء من الموارد أصلاً حتى يلزم خرق القواعد.

وإذا عرفت أنّ البدل يصير ملكاً للمغصوب منه فحينئذ لابدّ من أن يلاحظ أنّه بدل من أيّ شيء فنقول: إمّا أن يكون بدلاً عن العين أو عن سلطنة المالك عليها على ما

---

*) *يمكن المناقشة في ذلك بأنّه يمكن القول بثبوت المنافع المنفصلة أيضاً على القول بالإباحة. غايته أنّه يلزم خرق قاعدة أخرى أيضاً إلّا أن يقال: إنّ الملكية من الأمور الانتزاعية، وفي الفرض المزبور تنزع الملكية للبدل للمغصوب منه.*

هذا، مع أنّ ظاهر أدلّة الغرامة الواردة في الأمين المفرط هو الملكية كما صرّح به الشيخ، والأخبار المشار إليها مذكورة في كتاب العارية وفي الوديعة أيضاً. (منه قدس سره).

ذكره الفقهاء. وهنا احتمال ثالث، وهو أن يكون بدلاً عن مالية العين.

[الفرق بين السلطنة والمالية]

والفرق بين السلطنة والمالية واضح؛ إذ السلطنة عبارة عن اقتدار المالك على العين، والمالية خصوصية قائمة بالعين موجبة لأن يبذل المال بإزاء هذا العين. وهنا كما زالت سلطنة المالك عن العين كذلك زالت المالية عنها؛ لأنّه بعد وقوع العين في البحر كما هو مفروض الكلام لا يبدل بإزاء هذه العين مال.

وإذا عرفت ذلك فنقول: أمّا لو كان بدلاً عن العين فيلزم الجمع بين / ٥٥٣ / العوض والمعوض، وذلك لأنّ العين المغصوبة أيضاً تكون باقيةً على ملك المالك بالإجماع كما تقدّم مع قطع النظر من أنّه مقتضى الاستصحاب أيضاً مع أنّ الجمع بين العوض والمعوّض محال؛ حيث إنّ العوضيّة إنّما تتحقق بأن تصير إحدى العينين في مقام الأخرى في المالية بأن تصير ماليّة[1] مالية أحد العينين لمن كان له مالية العين الأخرى وبالعكس.

ثمّ إنّ رفع هذا الإشكال يتحقق بأحد الوجهين:

الأول: أن نقول: إنّ ما يعطيه الغاصب ليس عوضاً عن العين المغصوبة، بل إنّما يكون ذلك غرامة نظير الدية؛ حيث إنّه يعطي الدية للحرج مع أنّه يعود الحرج ويطيب محلّه. وأيضاً لا مانع من أن يكون المبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له كما صرّح بذلك في المكاسب[2].

نعم، ردّ هذا الوجه بأنّه قد تقدّم أنّ من الأحكام الإجماعية في المقام هو الترادّ بعد عود العين المغصوبة مع أنّ الظاهر أن يكون الترادّ على طبق القواعد لا أن يكون قاعدة تعبدية، مع أنّه لو كان المبذول غرامة فلابدّ من أن نقول: إنّ الترادّ تعبدي صرف.

---

١) كلمة «ماليةً» مكررة في المخطوطة.

٢) كتاب المكاسب ٢٥٩/٣ - ٢٦٠، هل تنتقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل؟

أقول: فيه أولاً أنّ مجرد ظهور أن يكون الترادّ على طبق القواعد لا يثمر شيئاً؛ حيث إنّه لا اعتبار لهذا الظهور مع / ٥٥٤ / أنّه قد تقدّم وسيأتي ـ إن شاء الله ـ أيضاً أنّ الترادّ ليس مسلّماً بل الحقّ أنّه بعد عود المغصوب أيضاً يكون كلّ واحد من البدل والمغصوب من مال المالك، فتأمّل*.

الثاني: أن نقول: إنّ البدل يكون ملكاً متزلزلاً، وهذا محتمل لأحد الوجهين:

الأول: أن يكون المراد من الملك المتزلزل نظير الملكية في المبيع الخياري من جهة أنّها تزول بردّ العين.

ورُدّ هذا الوجه بأنّه لا فرق بين الملكية اللازمة والجائزة من جهة نفس الملكية. وعلى هذا فيعود محذور لزوم الجمع بين العوض والمعوض.

أقول: القائل بالملكية المتزلزلة هو صاحب المسالك كما تقدمت عبارته. وهذا الإشكال غير وارد عليه؛ حيث إنّه يقول بملكية[1] المتزلزلية[2] من الطرفين ولو كان المراد بالملكية المتزلزلية هذا المعنى فحينئذ يكون مقتضى كلامه أن يصير الغاصب مالكاً للمغصوب على هذا الوجه، فحينئذ لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

نعم، يرد عليه مع قطع النظر من أنّه لا دليل على خروج العين عن ملك المالك أنّ هذا خلاف الإجماع مع أنّه سيجيء ـ إن شاء الله ـ أنّ الحقّ أنّ المالك يملك البدل ملكاً لازماً غير متزلزل.

الثاني: أن يكون المراد من الملك المتزلزل هو الملك المراعى / ٥٥٥ / بأن يكون صيرورة المالك مالكاً للبدل متوقفاً على أن لا يرد العين المغصوبة.

وفيه أولاً: أنّ الإجماع قائم على أنّ المالك يملك البدل فعلاً.

وثانياً: أنّ البدل إنّما كان لأجل ضرر المالك. وهذا النوع من البدل يكون فيه مشقة

---

*) ***إذا كانت الغرامة جبراناً للسلطنة فتقتضي خلاف ذلك مع أنّه تجري قاعدة الضرر أيضاً، فافهم. (منه قدس سره).***

١) في المخطوطة: بملكية. وكذا فيما يأتي.

٢) كذا.

على المالك؛ إذ يجب عليه حفظه وعدم التفريط فيه إلى غير ذلك.

أقول: قد تقدّم أنّ صاحب المسالك يقول بجواز جميع التصرفات فيه للمالك. والظاهر أنّه يقول بعدم كون الإفراط والتفريط فيه موجباً للضمان أيضاً. وعلى فرض الإعتراف بجميع ما ذكرنا مع أنّه لا دليل على ذلك يرد عليه ما أورد على القول بأنّ البدل يكون مباحاً بإباحة مطلقة كما تقدم.

[لو كان المبذول بدلاً عن سلطنة المالك على العين]

هذا كلّه على فرض أن يكون المبذول بدلاً عن العين، وأمّا لو كان بدلاً عن سلطنة المالك على العين وهو المسمى ببدل الحيلولة فلا محظور فيه؛ حيث إنّه كان للمالك سلطنة على العين، وقد فوّت المالك هذه السلطنة عليه فلابدّ من أن يعطيه بمثل السلطنة الذي فوّت عليه.

وعلى هذا فإذا عاد[ت] العين فيكون الترادّ على طبق القاعدة؛ إذ السلطنة التي يكون هذا البدل عوضاً عنها قد عاد[ت] فلابدّ أن تزول ملكيته للبدل لئلّا يلزم الجمع بين العوض / ٥٥٦ / والمعوض.

إن قلت: إنّه يمكن أن يكون البدل بدلاً عن السلطنة التي فوّت عليه في زمان تعذر العين لا عن مطلق السلطنة. وعلى هذا فلا يلزم الترادّ بعد رفع التعذر عن العين.

قلت: السلطنة من الأمور البسيطة، فلا تكون قابلة للتجزية بحسب الأمكنة والأزمنة كالملكية.

وممّا ذكرنا ظهر بطلان ما ذكره المحقق الثاني من أنّ جعل القيمة في مقابل الحيلولة لا يكاد يتضح معناه.

أقول: لعلّ نظر المحقق الثاني إلى أنّ السلطنة أمر انتزاعي، فلا يكون قابلاً لأن يقع في مقابلة شيء لكن يرد عليه أنّ له منشأ انتزاع صحيح، ولا يأبى أهل العرف أن يقع

في مقابلة شيء كما يجعلون المال في مقابل المنافع مثل منفعة الدار، فافهم*.

وأمّا لو كان المبذول بدلاً عن مالية العين فالظاهر أنّه لا إشكال فيه إلّا أنّه لا فرق في مقام الثمرة بين أن يكون بدلاً عن السلطنة أو عن المالية.

أقول: لو قلنا: إنّه بعد ردّ العين يعود نفس المالية الأولية فلا فرق وإلاّ فلا.

ثمّ لا يخفى أنّ المراد بالمالية هو أنّ العين مع بقاء صفاتها لا يبدل / ٥٥٧ / بإزائها المال بعد الخرق، فيكون ساقطاً عن المالية إذ المالية للعين إنّما يحصل بأن يبذل بإزائها مال، والعين قبل الخرق كان ممّا يبذل بإزائها مال بخلافه بعد الخرق.

وأمّا ما ذكره الشيخ من المثال لتلف المالية بصورة تلف بعض أجزاء العين أو أوصافها ففاسد أو لو تلف الجزء أو الصفة فتكون مضمونة ولو كانت العين موجودةً أيضاً.

أقول**: لا يخفى أنّ الشيخ ليس منكراً لكون الأوصاف مضمونة مع التمكن من الوصول إلى العين. وأيضاً لا يقول الشيخ بأنّ المبذول هنا بدل عن المالية، بل يقول: إنّه بدل عن الأوصاف.

نعم، يذكر هذا الفرض هنا وإن كان خارجاً عن محلّ الكلام لأجل حصر الأقسام التي يكون في كلامه.

نعم، ظاهره أنّه منكر للبدل عن المالية بالمعنى الذي ذكرناه؛ حيث إنّه في مقام حصر الأقسام لا يذكره، فافهم.

---

*) *يظهر من الشيخ أنّه في صورة تلف العين تكون القيمة غرامة لأنّ التالف من حيث هو كذلك لا يصلح للعوضية.*

وعلى هذا نقول: إنّ السلطنة والمالية قد فاتتا فلا يقبلان العوضية بأن يدخلا في تلك الضامن.

نعم، فوّتها الغاصب فعليه أن يغرمها إلّا أنّ الغرامة اللازمة ما دامت فوتاً من المالك. (منه قدس سره).

**) *ذكره لذلك إنّما هو لبيان أنّ تلف مجرد الوصف غير موجب للبدل عن العين بنحو الملكية أو الإباحة المطلقة، فإذا حكم الشارع مع ذلك يحكم بالملكية. وفيه أنّ مجرد ذلك لا يدلّ على الملكية لو لم يكن في البين قرينة على الملكية. (منه قدس سره).*

[مسائل]

ثمّ إنّ هنا مسائل:

الأولى: أنّه بعد رفع التعذر عن المغصوب وعوده إلى المالك هل يقع الترادّ يعني هل ينفسخ ملكية المالك للبدل أم لا؟ حكي عن العلامة أنّه قال: نعم، قال في موضع من القواعد[1] على ما حكي: ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فإن عاد ترادّا، وللغاصب / ٥٥٨ / حبس العين إلى أن يرد القيمة عليه على إشكال. انتهى.

وحكي عن موضع آخر منه[2] أنّه قال: ويجب ردّ العين ما دامت باقية فإن تعذر دفع الغاصب البدل ويملكه المغصوب منه ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عاد فلكلّ منهما الرجوع. وهل يجبر على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ إشكال. انتهى.

ونحن قبل الشروع في حكم المسألة نتعرض لشرح كلام العلامة ـ رحمه الله ـ فنقول: أورد هنا على العلامة من وجوه:

الأول: أنّ مقتضى العبارة الأولى أنّه بعد ردّ العين يقع الانفساخ؛ حيث قال: «يترادّا»، ومقتضى العبارة الثانية أنّه يكون لكلّ منهما الفسخ بعد ردّ العين حيث قال: فلكل منهما الرجوع، والجواب عن ذلك أن قوله «يتراد» ظاهر في الانفساخ، وقوله «ولكل واحد منهما الرجوع» يكون أظهر منه في الفسخ. وعلى هذا فنحمل الظاهر على الأظهر ونقول: إنّ مراده أنّه لكلّ منهما الفسخ.

أقول: «يترادّا» تارة ينسب إلى العين فيكون المراد هو الانفساخ، وتارة إلى

---

١) قواعد الأحكام ٢/٢٢٨، أركان الضمان.

٢) قواعد الأحكام ٢/٢٣٠، الفصل الأول: في النقصان.

الشخصين فيكون بمعنى الفسخ إلّا أنّ الأول أظهر / ٥٥٩ / إلّا أنّه مع ذلك ليس من القاعدة أن يجمع بين كلمات العلماء بحمل الظاهر على الأظهر؛ حيث إنّهم ليسوا مأمونين من الخطأ والسهو والنسيان.

الثاني: أنّه قال: فلكلّ منهما الرجوع، وهنا نقول: أمّا رجوع الغاصب إلى البدل فمعناه واضح؛ إذ يكون بعينه بمثل رجوع الزوج إلى الزوجة في العدة الرجعية، وأمّا رجوع المالك إلى البدل فلا يتضّح معناه؛ إذ المفروض أنّ البدل يكون ملكه. اللّهم إلّا أن يقال: إنّ المراد بالرجوع أنّه يقول: لا أريد هذا الملك نظير رجوع المتّهب في مال الهبة.

أقول: ومن المحتمل أن يكون المراد أنّ للمالك أن يرجع إلى العين المغصوبة بأن يأخذها من الغاصب.

الثالث: أيّ دليل لك على أنّ للغاصب أن يرجع إلى البدل.

وتوضيح الإشكال أنّه لو كان البدل عوضاً عن السلطنة فحينئذ بعد رجوع العين يقع الانفساخ، مع أنّا قلنا: إنّ مراد العلامة أنّ لكلّ منهما الفسخ. فعلى هذا لابدّ أن لا يكون مراده أنّه عوض عن السلطنة، بل لابدّ أن يقول: إنّه غرامة. وعلى هذا نقول: إنّه لا دليل على جواز الرجوع في البذل بعد عود العين. وسيأتي توضيح هذا الكلام عند / ٥٦٠ / التعرض لحكم المسألة ـ إن شاء الله .

الرابع: ما ذكره في جامع المقاصد[1] على ما حكي بعد شرح العبارة الأولى من أنّه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى العبد على ملكه؟ وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه. انتهى.

وقد تقدم عند بيان أنّ المبذول بدل أنّ هذا الإشكال ليس بوارد.

الخامس: أنّه لأيّ وجه يصير متأمّلاً في جواز جبر الغاصب للمالك في إعادة البدل

---

١) جامع المقاصد ٢٦١/٦، فيما لو أبق العبد من يد الغاصب.

منه؟ حكي عن الإيضاح[١] أنّه قال: لو كان بحيث يجبر على الردّ لكان نقصاً في البدلية إذ قد لا يرغب المعاملون فيه.

وحكي عن المحقق الثاني[٢] أنّه قال ردّاً على الإيضاح: إنّه لا يرد الضرر على الثالث.

ونحن نقول: إنّ المراد أنّ الثالث الذي يشتري البدل لم يرد عليه ضرر حتى يوجب ذلك لقلة رغبة الناس في شرائه، فيحصل نقصان في ماليّته. وذلك لأنّه لو كان للغاصب أن يرجع إلى عين البدل بأن يكون حال البدل كحال العبد الجاني في أنّ المجنيّ عليه أن يأخذ العبد بعد بيعه إلى ثالث أو يرضى /٥٦١/ بأن يأخذ قيمة العبد من مالكه فهذا يوجب نقصاناً في البدل؛ حيث يكون في معرض التلف فيقلّ رغبة الناس في شرائه.

نعم، لو قلنا: إنّ البدل بعد بيعه إلى ثالث يكون بحكم التلف في أنّه لا يرجع الغاصب إلّا إلى قيمته من المالك كما ذكرنا نظير ذلك في أواخر المعاطاة فليس على هذا الفرض نقصان في البدل أصلاً.

وعلى هذا فكون جواز الجبر موجباً لنقصان البدل مبني على أن يكون للغاصب الرجوع إلى عين البدل لا إلى قيمته.

السادس: ما ذكره المحقق الثاني[٣] أيضاً؛ حيث قال كما حكي عنه: والعجب أنّ المصنف جزم فيما سبق بالترادّ، وتردّد في أنّ للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل، وأيضاً تردّد في إجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب. انتهى.

ونحن نقول: أمّا لزوم التهافت بين كلماته من جهة أنّه جزم بالترادّ وتردّد في جواز الحبس فسيأتي ـ إن شاء الله ـ عند التعرض لبيان أنّه هل يكون للغاصب حبس العين أم لا*.

---

١) ايضاح الفوائد ٢/١٨٠ - ١٨١، ضمان المغصوب.

٢) جامع المقاصد ٦/٢٧٢، وجوب رد عين المغصوبة مع بقائها.

٣) جامع المقاصد ٦/٢٧٢، وجوب رد عين المغصوبة مع بقائها.

*) *أقول. (منه قدس سره).*

وأمّا إشكال التنافي بين جزمه بالترادّ وتردّده في الإجبار فأجيب* عنه تارة بناء على أن يكون مراده من الترادّ هو أنّ لكلّ منهما الفسخ كما هو صريح أحد عبارتيه؛ حيث قال: فلكلّ منهما الرجوع، وتارة /٥٦٢/ بناء على أن يكون مراده من الترادّ هو الانفساخ.

أمّا بناء على أن يكون المراد من الترادّ هو جواز الفسخ لكلّ منهما على ما تقدّم فنقول: إنّ مراده من جواز الإجبار هو جواز الإجبار قبل الرجوع. وعلى هذا فوجه التردّد أنّه يمكن أن يقال: إنّ له الإجبار لأجل أنّ نفس الإجبار رجوع كما قالوا: إنّ وطي المرأة في العدة رجوع أو لأجل أنّه إذا جاز له الرجوع يجوز له الإجبار بطريق أولى.

ويمكن أن يقال بعدم جواز الإجبار له لأنّه يتوقف على الرجوع بلفظ «رجعت» ونظائره.

ثمّ إنّ حمل كلام العلامة على ما ذكرناه وإن كان بعيداً إلّا أنّ لزوم التنافي بين كلاميه في سطرين يكون أبعد. وأما أن يكون المراد من الترادّ الإنفساخ فحينئذ نقول: إنّ إجبار الغاصب تارة يكون بعد تسليم العين إلى المالك فهنا لا إشكال في جواز الإجبار على القول بالترادّ، وتارة يكون قبل تسليم العين إلى المالك فهنا على القول بالترادّ يمكن أن يقال بعدم جواز الإجبار لأجل أن يدّعى أنّ الترادّ إنّما يحصل /٥٦٣/ بعد تسليم العين إلى المالك وحصول السلطنة التامة له عليها.

ويمكن أن يقال بجواز الإجبار لأجل أن يدّعى أنّ الترادّ يحصل بعد عود العين وقبل تسليمها إلى المالك.

وعلى هذا نقول مع المحقق الثاني: إنّه لو حملت إشكال العلامة في جواز الإجبار إلى بعد تسليم العين إلى المالك فحينئذ نقول: إنّه لا وجه لأن يحمل كلامه على هذه الصورة.

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

وأمّا لو حملت إشكاله على صورة لم يسلّم العين إلى المالك فحينئذ نقول: قد عرفت أنّ التردّد والإشكال في الحكم على هذا الفرض يكون في محلّه.

[هل الترادّ ثابت في المسألة؟]

وإذا عرفت ما تقدّم فلنرجع إلى بيان حكم المسألة من أنّ الترادّ ثابت أم لا؟ يعني أنّه بعد رجوع العين إلى المالك هل يرجع البدل إلى الغاصب بطريق الفسخ أو الانفساخ أم لا؟ فنقول:

استدلّ لعدم ردّ البدل إلى الغاصب بوجوه:

الأول: ما حكي من الإجماع عليه في حاشية الإيضاح؛ لكنّه ليس بشيء؛ حيث إنّ المسألة محلّ الخلاف فكيف يجوز أن يعتمد على مثل هذا الإجماع المنقول؟!

الثاني: استصحاب [الملكية السابقة، وذلك لما تقدّم من أنّ البدل / ٥٦٤ / يصير ملكاً للمغصوب منه. وليس هذا الاستصحاب من قبيل الاستصحاب مع الشك في المقتضي أيضاً كما تقدم بيان ذلك في أول المعاطاة عند بيان أنّ الأصل في الملكية هو اللزوم.

الثالث: ما ذكره في الإيضاح[1] من أنّه لو كان بحيث يجبر على الردّ لكان نقصاً في البدلية، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه كما تقدّم.

الرابع: أنّا ذكرنا في آخر كتاب الرهن أنّ المال ربّما يسقط عن المالية كما إذا صار الخلّ خمراً وكما إذا وجد دم في البيضة، إلى غير ذلك.

وهنا يقول الفقهاء من أنّه إذا انقلب الخمر بعد ذلك خلّاً يصير مالاً لمن كان مالكاً للخلّ الذي انقلب خمراً. وكذا البيضة يصير مالاً لمن كان مالك البيضة. وذكر الفقهاء في وجه ذلك وجوهاً، ونحن رجّحنا في آخر الرهن من أنّه يكون من قبيل نماء الملك في أنّه يكون مالاً لصاحب الملك. وعلى هذا نقول: إنّك قد عرفت أنّ البدل يصير

---

١) إيضاح الفوائد ٢/١٨٠ - ١٨١، ضمان المغصوب.

ملكاً للمغصوب منه، وأنّ المغصوب يكون باقياً على ملكه أيضاً إلّا أنّ المالية تزول منه.

وعلى هذا نقول: إذا عاد المغصوب يعود المالية إليه لأنّه يكون مثل نماء ملكه فيكون ماله. وعلى هذا فإذا كان عوّد المغصوب بمثل نماء جديد / ٥٦٥ / فلا وجه لرجوع البدل إلى الغاصب بعد عود المغصوب. واستدلّ لعود البدل إلى الغاصب بعد ردّ العين بوجهين:

الأول: أنّ قوله عليه السلام: «حتى تؤدّي»[1] يستفاد منه أنّ المغصوب يكون على الغاصب حتى يؤدي، ففي صورة تلف المغصوب لمّا لم يوجد الغاية وهو الأداء فيستقرّ ملكية البدل في ملك المغصوب منه. وكذا إذا لم تتلف العين ولكن لم يتمكن الغاصب منه أبداً.

وأمّا في صورة تعود العين فتحصل الغاية فيرتفع الضمان السابق واللاحق على معنى رجوع ما دفعه من المثل والقيمة.

وردّ ذلك بأنّه دلّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد ما أخذت» على أنّه يجب على الغاصب أن يؤدي البدل؛ حيث إنّه يستفاد منه كون ما أخذ على عهدة الآخذ، وقوله: «حتى تؤدي» بدل على أنّه عند الأداء يصير المغصوب مثلاً خارجاً عن عهدته. وأمّا أنّه إذا دفع شيئاً قبل ذلك بمقتضى «على اليد» فلابدّ من أن يرجع فلا.

الثاني: أنّ البدل كان عوضاً عن الحيلولة يعني عن قطع سلطنة المالك عن العين، وبعد عود العين يعود سلطنة المالك إليه، فلابدّ أن يرجع البدل إلى الغاصب حتى لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل والعوض / ٥٦٦ / والمعوّض.

وردّ ذلك بأنّه يحتمل أن يكون ما يبذله الغاصب من قبيل الغرامة لا من قبيل العوض.

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع، ح ١٠٦.

أقول: لا يخفى **أولاً**: أنّه لو سلّمنا من أنّ البدل لا يرجع إلى ملك الغاصب فحينئذ نقول: لا وجه لأن نقول بوجوب إعادة العين على الغاصب. اللّهم إلّا أن يقال: إنّه لا دليل على وجوب ردّ العين بعد دفع البدل على جميع التقادير*.

---

*) *ما تقدّم لعدم ردّ البدل قد تقدم أنّ منها الإجماع الذي ادّعاه في حاشية الإيضاح.*

وفيه مع [غمض] العين عمّا تقدم أنّه اشتباه لأنّه في الجواهر ينقل عن حاشية الإيضاح أنّه ادّعى الإجماع على عدم ردّ البدل في صورة نقله المغصوب منه إلى شخص ثالث وهذا على طبق القاعدة، وفي هذه الصورة يرجع الغاصب إلى قيمة البدل كما لو باع غير ذي الخيار لما انتقل إليه ففسخ ذو الخيار.

وممّا ذكرنا ظهر الجواب عن الوجه الثالث أيضاً، وهو أنّ جواز الرجوع [إلى] البدل يوجب النقص في بدليه [كذا] لقلّة (؟) الراغبون [كذا] إليه من جهة أنّه يؤخذ من أيديهم. وذلك لما عرفت من أنّه لو انتقل إلى ثالث فلا يرجع إلى نفس البدل، بل إلى قيمته من المغصوب منه.

وأمّا الوجه الرابع على تسليمه لا يقتضي عدم ردّ البدل، بل إمكان عدم وجوب ردّ البدل. وعلى هذا نقول: إن البدل لو كان بدلاً عن العين أو ماليّته أو سلطنة المالك عليه فلابدّ أن يرجع البدل حتى لا يلزم الجمع بين العوضين، وهو ممّا لا يلتزمه أحد لأنّه مخالف للعقل؛ حيث إنّ العوضية في الملكية بقيام أحدهما مقام الآخر، بل مخالف للنقل من قاعدة الضرر والحيف وغيرهما.

وأمّا لو كان أخذ البدل من باب الغرامة الشرعية فلا امتناع في عدم وجوب ردّ البدل. وعليه ينحصر دليل عدم الردّ باستصحاب الملكية.

ويمكن الجواب عن ذلك بأحد الوجهين:

الأول: أن نقول: إنّ البدل بدل عن السلطنة أو المالية ففي عدم الترادّ يلزم الجمع بين العوض والمعوض.

ويرد عليه ما في كلام المصنف من أنّ المبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في أنّه ليس بدلاً عن شيء. وذلك لأنّه ليس السلطنة أو المالية موجودتين فلا يعقل المعاوضة في الملكية فيما يكون أحد طرفيه معدوماً كما في صورة التلف وإلّا لم يكن وجه لتسليم عدم العوضية في صورة التلف.

نعم، يجوز أن يقال: إنّ الظاهر ممّا دلّ على بدل الحيلولة ممّا له لسان ولم يضرّه ما لا لسان له من الأدلّة أنّ المبذول في المقام بدل لا بمعنى العوضية في الملكية ليصير مورد الإشكال، بل بمعنى أنّ المبذول جبران للخسارة التي ورد[ت] على المغصوب منه.

وعلى هذا لو بقي البدل على ملك المغصوب منه بعد ردّ أصل العين فيعدّ ذلك ضرراً وحيفاً عرفاً، فيدلّ على عدم البقاء ما دلّ على رفع الضرر وأنّه ليس حيف في أحكام الله تعالى.

نعم، الظاهر أنّ الفقهاء لا يلتزمون بذلك*.

وثانياً: أنّه لو كان على الغاصب دفع العين مع البدل فهذا يكون موجباً للضرر عليه.

وثالثاً: إنّك قد عرفت أنّ عدم عود البدل إلى الغاصب إنّما يتمّ على فرض كون البدل غرامة، مع أنّ الأدلّة الأربعة التي أقمناها على وجوب ردّ البدل غير العقل والإجماع كانت لها ظهور في أنّ البدل يكون عوضاً في الجملة** والعقل أيضاً لا يدلّ على أزيد من ذلك، والإجماع أيضاً مدركه سائر الأدلّة.

ورابعاً: نقول: إنّ احتمال كون البدل مباحاً بإباحة مطلقة لا يزول من البين على ما تقدّم إلّا من جهة المنافع المنفصلة؛ حيث إنّها لا تكون للمباح له.

وفيه أنّه / ٥٦٧ / لا مانع من أن نقول: إنّ المنافع المنفصلة أيضاً تصير مباحةً للمباح له نفس البدل، ومجرد كون ذلك على خلاف القواعد لا يوجب رفع الشك كما أنّ نفس القول بالإباحة المطلقة كان موجباً لخرق قواعد كثيرة من الفقه كما تقدّم في المعاطاة، وتقدم هناك في مقام الردّ على كاشف الغطاء أنّ مجردّ ذلك لا يرفع احتمال

ومنه ما يدّعيه المصنف ـ رحمه الله ـ في أواخر كلامه بعد القول بالبدلية من أنّ جعل البدل بدلاً عن مقدار من السلطنة في غاية الضعف يصير صحيحاً بعد نفيه لأصل العوضية في أوائل كلامه. ثمّ إنّ جعل البدل بدلاً عن العين وإن يصحّح العوضية الحقيقية لكنّه له لوازم لا يلتزم بها أحد، مع أنّ ذلك لا يضرّ بما هو المقصود هنا من الترادّ.

الثاني: أن يدّعى أنّ البدل لا يصير ملكاً للمغصوب منه.

وفيه أوّلاً: أنّ الظاهر ممّا ورد في ضمان المسروق هو الملكية.

وثانياً: لا ينفع في إثبات الترادّ بعد أنّه يمكن استصحاب الإباحة والشك في المقتضي حجّة عندنا. (منه قدس سره).

*) ***بل لا مانع من أن يتمسّك له بقوله عليه السلام: « المغصوب مردود »*** [الكافي ٥٤٢/١، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس وحدوده وما يجب فيه، ح ٤، وفيه: « الغصب كله مردود »] ***كما يظهر من الجواهر***. [جواهر الكلام ١٣٣/٣٧، هل يجب على المالك رد البدل إذا دفع الغاصب العين؟] ***(منه قدس سره).***

) ***يعني تداركاً لخسارة المالك؛ حيث إنّ مقتضى « على اليد » كون الخسارة على الغاصب. (منه قدس سره).*

الإباحة المطلقة من البين.

[التناقض في بناء الأستاد على الترادّ وعدمه]

أقول: لا يخفى عليك أنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ صار بناؤه* على عدم الترادّ، وبناء على عدم الترادّ لا يبقى مجال لأن يقال: إنّ للغاصب حبس العين قبل دفع البدل إليه أم لا، وأنّه هل يكون له إجبار المالك بأخذ البدل منه أو أنّه هل يرجع البدل إلى الغاصب بمجرد رفع التعذر عن العين أو لا يرجع إلّا بعد إيصال العين إلى المالك؟

هذا، لكنّه تعرض الأستاد ـ سلّمه الله ـ لهذه الفروع ولم يبتنها على الترادّ. ولعلّه نسي ما اختاره أو أنّه تكلّم فيها على مذاق المشهور من الترادّ.

وعلى هذا فنحن نقول: بناء على ما اخترته من الترادّ وفاقاً للمشهور يجيء في البين مسألتان:

[هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل من المالك؟]

الأولى: أنّه هل يكون للغاصب بعد وصول العين إلى يده وزوال التعذر / ٥٦٨ / أن يحبس العين إلى أن يأخذ البدل من المالك أم لا؟

فيه إشكال مبني على أنّ المراد معاوضة حتى يكون لكلّ منهما حبس ما بيده حتى يدفع الآخر إليه أو أنّه ليس معاوضة، بل إنّما هو مجردّ رفع الملكية. وحينئذ عدم دفع أحدهما ما بيده لا يصير منشأ لجواز أن لا يدفع الآخر إليه مع قطع النظر عن مسألة التقاصّ. وذلك لأنّ صدور المعصية من أحدهما لا يصير منشأ لجواز صدور المعصية عن الآخر أيضاً**.

---

*) *نعم، تقدّم أنّا قلنا: إنّ الظاهر من الأخبار الواردة في الأمين المفرط أنّ المالك يملك البدل المبذول. (منه قدس سره).*

**) *في تمامية أصل هذا المطلب في باب المعاوضات كلام ذكرناه في أحكام الخيارات. (منه قدس سره).*

وأمّا حقّ التحبيس فتختصّ بالمعاوضات.

وأقول: نحن قلنا في محلّه: إنّ الانفساخ لا دخل له بالمعاوضة كما يختاره في الجواهر.

نعم، يظهر من إشكال العلامة في حبس العين كما تقدم أنّه مردّد في كونه معاوضة أوأنّه بل يسلّم أنّه ليس بالمعاوضة، ولكن إشكاله في جواز الحبس لأجل أنّه كالمعاوضة كما يقول بذلك في الجواهر[١].

هذا، مع أنّه سيأتي ـ إن شاء الله ـ بُعيد ذلك أنّ البدل لا يعود إلى ملك الغاصب إلّا بعد تسليم العين إلى المالك فكيف يكون له حبس العين التي هي[٢] ملك للغير! اللّهم إلّا أن يجيء في البين احتمال كون البدل مباحاً للمالك كما احتمله الشيخ.

وعلى كلّ حال، لا يجوز له الحبس لعدم معاوضة في البين*.

[الثمرة بين أن يكون المبذول بدلاً عن سلطنة المالك أو مالية العين]

الثانية: أنّه قد تقدّم أنّ من المحتمل أن يكون البدل المبذول /٥٦٩/ بدلاً عن سلطنة المالك على العين. وأيضاً من المحتمل أن يكون بدلاً عن مالية العين. وتظهر الثمرة في أنّه لو قلنا: إنّه بدل عن المالية فنقول: إنّ البدل لابدّ من أن يعود إلى ملك الغاصب بمجرد رفع التعذر ولو لم يسلّم إلى المالك أيضاً، وذلك لأنّه بعد رفع التعذر يرجع المالية إلى العين؛ حيث إنّه يبذل بإزائها المال، والمفروض أنّ البدل كان بدلاً عن هذه المالية، فلو لم يعد البدل إلى ملك الغاصب فيلزم الجمع بين العوض والمعوض.

وأمّا لو قلنا: إنّه بدل عن سلطنة المالك على العين فنقول: إنّه لا يعود البدل إلى ملك الغاصب إلّا بعد دفع العين إلى المالك؛ لأنّ عود السلطنة إنّما يكون بعد الدفع.

---

١) جواهر الكلام ٣٧/١٣٣، هل يجب على المالك رد البدل إذا دفع الغاصب العين؟

٢) في المخطوطة: هو.

*) ***على التحقيق من حجية الاستصحاب في الأحكام يجري استصحاب الإباحة للمالك في البدل وحرمة التصرف فيه للغاصب حتى تعود العين إلى المالك. (منه قدس سره).***

إن قلت: إنّ مجرد رفع سلطنة المالك لا يصير منشأ لوجوب ردّ البدل، بل مادام الغاصب متمكناً من ردّ العين يكون مكلفاً بردّ العين وإنّما يصير مكلفاً بردّ البدل بعد التعذر، وهذا يكون كاشفاً من أنّ البدل لم يكن عوضاً عن السلطنة.

قلت: من الممكن أن يكون صيرورة رفع السلطنة منشأ لوجوب ردّ عوضها إلى المالك مشروطاً بعدم التمكن من الوصول إلى العين في إحداث وجوب ردّ البدل لا بقائه على البدلية*.

والحاصل أنّ التعذر علة محدثة لا مبقية. وإذا جاء هذا الاحتمال في البين فنقول: إنّ الأصل عدم ردّ البدل إلى الغاصب / ٥٧٠ / قبل تسليم العين إلى المالك.

أقول: لا يخفى عليك أنّه ليس احتمالات البدل منحصراً بين أن يكون عوضاً عن السلطنة أو غير المالية كما تقدم.

نعم، مقتضى الأصل أن لا يتحقق ردّ البدل إلى الغاصب إلّا بعد تسليم العين إلى الغاصب بناءً على القول بأنّ البدل ملك للمالك. وتظهر الثمرة في النماءات الحاصلة للبدل بعد التعذر وقبل التسليم، وفي جواز إجبار الغاصب للمالك في أخذ البدل منه، وفي جواز حبس العين غير مثمر بعد عدم إحراز كون الترادّ معاوضة.

[هل تكون النماءات المضمونةً على الغاصب؟]

الثانية: في بيان أنّ النماءات المتصلة والمنفصلة مثل الولد وغيره إذا حصلت للعين بعد دفع البدل هل تكون مضمونةً على الغاصب أم لا؟ قال في المكاسب[1]: لا.

---

*) ***لا يخفى أنّ الحق مع الشيخ*** [كتاب المكاسب ٣/٢٧٠، ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل] ***من أنّ البدل ليس عوضاً عن شيء من المالية والسلطنة لأنّ كليهما معدوم غير قابل للعوضية كالتالف في صورة التلف، وإنّما البدل جبران لما كان للمالك من السلطنة؛ حيث إنّ مقتضى «على اليد» كون خسارة العين على الغاصب كما في صورة التلف كان جبراناً أتلف على المالك. (منه قدس سره)***.

١) كتاب المكاسب ٣/٢٦٦، حكم إرتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها.

ولكن في الجواهر[١]: إنّه يضمن وفاقاً لما ينقله من الكركي[٢]، ونقل الضمان عن المبسوط[٣] والتذكرة[٤]، ونقل عن القواعد[٥] أنّه استشكل فيه لأنّه لا تدخل المنافع تحت يده التي هي الضمان؛ لأنّ الفرض تجدده بعد دفع القيمة وبراءته من العين فأولى بأن يبرء /٥٧١/ من النماء.

وأورد عليه في الجواهر[٦] أولاً أنّه سبب تلفه على المالك، وثانياً منع برائته من الضمان للعين* فضلاً عن نمائها للأصل ولذا قلنا بوجوب القيمة عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلولة.

وأورد على الجواهر بأنّ الحقّ كما تقول إلّا أنّ هنا غير ممكن، وذلك لأنّ البدل الذي دفعه إلى المالك كان بدلاً عن مالية المغصوب، ويكون جميع المنافع إلى يوم القيمة مأخوذة في مالية العين، وقد دفع عوضها إليه، والشيء لا يضمن مرتين.

أقول: لا يخفى أنّ هذا الكلام مذكور في الجواهر** أيضاً، ولكن أورد عليه بأنّ البدل إنّما يكون بدلاً عن مالية العين، ومالية العين عبارة عن قابلية العين بحصول المنافع. وهذا غير نفس المنافع، فلا مانع من كون المنافع مضمونة.

وفيه أنّ القابلية المحضة ليس بشيء يوجب المالية، بل جميع المنافع التي تحصل منه يصير ملحوظاً ثمّ تلاحظ العين التي تصير سبباً لحصول هذه المنافع في ملك مالكه، والمالية تكون بهذا اللحاظ لا بلحاظ القابلية الصرفة حتى نقول: إنّ البدل ليس

---

١) جواهر الكلام ١٣٦/٣٧، هل يجب على المالك رد البدل إذا دفع الغاصب العين؟

٢) جامع المقاصد ٢٧٣/٣، حكم نماء المنفصل والمتصل في العين المغصوبة.

٣) المبسوط ٩٥/٣ - ٩٦، إذا غصب عبداً فأبق أو فرساً فشرد أو بعيراً فندأ وثوباً فسرق.

٤) تذكرة الفقهاء ٣٨٢/٢، تقسيم الاعيان إلى المثلي وغير المثلي وبيان أحكام المثلي.

٥) قواعد الأحكام ٢٣٠/٢ - ٢٣١، الفصل الأول: في النقصان.

٦) جواهر الكلام ١٣٧/٣٧، هل يجب على المالك رد البدل إذا دفع الغاصب العين؟

*) ***فتكون المنافع تبعاً لها في الضمان. (منه قدس سره).***

) ***الموجود في الجواهر أنّ البدل غرامة فلا ينافي بقاء العين على الضمان كما كان. (منه قدس سره).*

بإزاء المنافع بوجه من الوجوه، فافهم.

/ ٥٧٢ / **هذا**، ولكن تمامية هذا الكلام موقوفة على إثبات كون البدل بدلاً عن المالية، وبعد لم يقم دليل على ذلك فيكون مقتضى القاعدة هو ضمان المنافع.

هذا، ولكن مع ذلك نقول: إنّ الحق عدم ضمان المنافع، وذلك لأنّ البدل الذي أعطاه أولاً إنّما كان لأجل أنّ العين كانت في عهدته، والخروج من العهدة يكون بدفع البدل.

إن قلت: إنّ الخروج من العهدة يكون بأداء العين لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتى تؤدي».

قلت: فلم لا تقول بذلك في صورة تلف العين؟

هذا، مع أنّ معنى الرواية أنّه قبل أداء العين تكون العين في العهدة، وأمّا أنّ كون العين في العهدة أيّ شيء يؤثر فموكول إلى حكم العرف، وهو لا يحكم بأزيد من دفع البدل، وبعد دفع البدل لو كانت العهدة موجودة فلابدّ أن يدفع بدلاً آخر ثانياً وهكذا، بل بعد دفع البدل تخرج العهدة من الضمان؛ حيث إنّ دفع البدل إنّما هو سبب لخروج العهدة وإلّا لا وجه لوجوبه.

وإلى ما ذكرنا يشير في المكاسب[1] في وجه عدم الضمان، بل نحن قلنا سابقاً: إنّه لا وجه لوجوب ردّ العين بعد دفع البدل، فراجع*.

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٨/٣ - ٢٦٩، هل يعود ملك البدل إلى الغارم بمجرد التمكن من العين.

*) ***ولا يخفى أنّ شيئاً من أدلّة الضمان لا يثبت دفع المنافع ومثلها بعد دفع البدل، وذلك لأنّ عدم الدفع ليس بظلم ولا ضرر على المالك وبدفع اليد اعتدى بمثل ما اعتدى، وقد عرفت حال اليد أيضاً. واستصحاب ضمان المنافع وأشباهها تعليقي.***

ولا يخفى أنّه ذكرنا في مسألة توارد الأيدي في أواخر الفضولي أنّ مفاد «على اليد» كون خسارة العين على الغارم، والمفروض أنّ البدل مشتمل على تمام الخسارات المغصوبة كما أنّ دعوى أنّ الغاصب صار سبباً لإتلاف النماءات مردودة بما ذكرناه قبل قاعدة الضرر من أنّ أدلّة التسبيب ليس لها إطلاق حتى نتمسك بها في المقام، سيما بعد أنّ الغاصب دفع بدل أصل العين المغصوبة من غير نقص في جهة بدلية كما تقدم أنّ البدل لابدّ أن يكون كذلك. (منه

الثالثة: في أنّ التعذر هل يكون بمثل التلف فيصير البدل / ٥٧٣ / ديناً في ذمة الغاصب أم لا؟ بل يكون التكليف بالبدل تكليفاً صرفاً نظير الأمر بزكاة الفطرة حيث إنّه يكون تكليفاً صرفاً.

قد يقال: إنّه يكون بمثل التلف في أنّ البدل يصير ديناً، وذلك لأنّه إذا كان تكليفاً صرفاً فيلزمه سقوط التكليف بردّ البدل بموت الغاصب. وهذا يكون ضرراً على المالك.

[ثمرات المسألة]

وإذا عرفت أنّ التعذر يكون بمنزلة التلف* فاعلم أنّ لهذه المسألة ثمرات:

منها أنّه ليس على المالك الامتناع من أخذ البدل، وذلك لأنّ الصبر على الدين

قدس سره).

*) *وفيه أنّه لا مانع من أن يكون التكليف بالبدل على فرض المطالبة تكليفاً صرفاً، غايته أنّه ما لم يدفع البدل نقول بأنّ العين باقية على عهدته، فإذا مات الغاصب مع عدم دفع البدل نقول: إنّه من هذه الجهة لا فرق بين تعذر العين وعدمه. فكلّما نقول في حال موته مع عدم التعذر نقول معه أيضاً لأنّه في الصورتين تكون العين على عهدته. وأيضاً لا يخفى أنّ البدل لو كان ديناً أيضاً لا نسلّم أنّه يقتضي عدم ضمان الترقيات لإمكان أن يكون البدل من قبيل الغرامة كما تقدم في الأمر السابق.*

وعلى هذا نقول بعدم وجوب قبول البدل على المالك لأصالة البراءة وليس لنا دليل يثبت هذا التكليف عليه وأمّا الترقيات السوقية الحاصلة للعين المغصوبة بعد دفع البدل فنقول بأنّها غير مغصوبة على الغاصب لعدم الدليل على الضمان كما تقدم وجهه فيما كتبته في الحاشية في المسألة السابقة.

وأمّا الترقيات قبل دفع البدل وبعد التعذر كما هو محل الكلام فنقول: غاية الأمر أنّه بعد التعذر يشك في أنّ الترقيات السوقية الحاصلة بعده يكون مضموناً أم لا.

وعلى هذا نقول على التحقيق من أنّ المضمون أقل القيم لقاعدة البراءة وهو يجري هنا أيضاً إلّا في زمان كان المالك بصدد البيع في زمان ارتفاع القيمة ومنعه الغاصب كما أنّ القول بأعلى القيم لقاعدة الاشتغال يجري هنا بل أغلب الوجوه التي ذكرت لكلّ واحد من الأقوال يجري هنا أيضاً كما أنّه على المختار وهو أقل القيم لا ثمرة في مسألتنا، فتدبّر. (منه قدس سره).

يكون ضرراً كما ذكرناه في آخر كتاب الرهن. ومن هنا يقولون بعدم جواز الامتناع على أخذ الدين من الديان. وهذا بخلاف ما لو كان التكليف بردّ البدل تكليفاً صرفاً.

ومنها أنّ الترقيات السوقية ليس بمضمون على الغاصب من حين التعذر كما في صورة التلف. فبناء على القول بأعلى القيم في القيمي يكون المضمون هنا في صورة تلف العين بعد التعذر هو أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان التعذر.

أقول: كذلك لابدّ أن لا يكون النماءات المتصلة والمنفصلة بعد تعذر العين مضموناً على الغاصب. ولا يخفى عليك أنّ الشيخ[1] ـ رحمه الله ـ بناء / ٥٧٤ / على كون الواجب هو أعلى القيم يقول بوجوب أعلى القيم من حيث الغصب إلى حين التلف لا إلى حين التعذر كما اختاره الأستاد أيضاً يقول الشيخ: إنّ للمالك أن يمتنع من أخذ البدل.

وإذا عرفت ذلك فنقول: نحن تارة نتكلم في صحة الدليل الذي ذكر لكون البدل ديناً، وتارة في أنّه إذا صار ديناً فهل يلزمه أن يكون التعذر بمثل التلف من جميع الجهات؟

أمّا ما استدل لكونه ديناً من أنّه لو لم يكن كذلك يلزم الضرر على المالك حيث إنّه لو كان تكليفاً فلابدّ أن يسقط الوجوب بموته فنقول: لا محظور فيه ظاهراً*.

وأمّا كون ذلك ملازماً مع كون التعذر كالتلف من جميع الجهات التي منها عدم مضمونية [ال]ترقيات السوقية على القول بأعلى القيم لأنّه إذا كان ديناً فيكون المتعين أن يكون العوض عن العين أو ماليته هو البدل فلذا ليست ترقياته السوقية مضمونة بعد ذلك. وهذا بخلاف ما لو لم يكن ديناً بل العهدة يكون مشغولاً بردّ العين.

غاية الأمر أن يكون للمالك أن يأخذ القيمة لعدم ورود الضرر عليه فإنّ العهدة على هذا / ٥٧٥ / يكون في الحقيقة بنفس العين، فتكون الترقيات السوقية مضمونة.

---

١) المبسوط ٣/٧٠، إذا غصب ثوباً ضمن منافعها نقص أو لم ينقص. و ٣/٧٢، إذا غضب ثوباً فزادت قيمته لزيادة السوق وغيره.

*) ***فيه تأمل واضح. (منه قدس سره).***

[هل الضمان بقيمة يوم الغصب أو التلف أو الأعلى عند الحبس والإتلاف؟]

الرابعة: في أنّه إذا تلفت العين في زمان حبس العين لأن يرجع البدل عن المغصوب منه فهل يكون مضموناً بقيمة يوم الغصب أو التلف أو أعلى منهما؟ حكي عن القواعد أنّه جعل الضمان في المقام بقيمة يوم التلف، مع أنّ مذهبه ضمان المغصوب بأعلى القيم؛ في جامع المقاصد[1] أنّ ضمان قيمة يوم التلف مبني على جواز الحبس، فحكم الغصب قد زال يعني كونه مضموناً بأعلى القيمتين، فإذا تلف بعد ذلك ضمنه بقيمة وقت التلف يعني أنّ حكم المضمون الغير المغصوب هو الضمان بقيمة يوم التلف، ثمّ ينقل إشكال السيد.

وحكى العميد عند شرحه للعبارة أنّه قال: هذا إنّما يتمشّى على وجوب قيمة يوم التلف، أمّا لو أوجبنا الأكثر كان له الأكثر من القيمتين الأولى والثانية.

ثمّ إنّه في جامع المقاصد[2] توجّه كلام السيد العميد بأنّه إن كان الأقل هو القيمة الأولى فقد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق، فلا يجب ما سواها، وإن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف لأنّ الأولى للحيلولة وقد زالت بجواز الحبس.

أقول: لا يخفى أنّ الظاهر أنّ لفظ الأقل يكون من سهو القلم. ثمّ إنّه في جامع المقاصد[3] يناقش على التوجيه الذي ذكره للسيد العميد بأنّ المدفوع للحيلولة ليس عوضاً عن العين، وحينئذ بجواز الحبس خرج عن كونه غاصباً. وفي الجواهر يصحّح كلام السيد العميد بإمكان بقاء حكم الغصب وهو ضمان الأعلى للأصل.

ونحن نفصّل الكلام في هذا المقام حتى يوضّح الحال، فنقول: في صورة وقع التلف بعد رفع التعذر في زمان لم تصل العين إلى المالك أنّه إمّا أن يجوز للغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ البدل من المالك أم لا، فإن لم يكن ذلك جائزاً له فحينئذ بعدُ يكون

---

١) جامع المقاصد ٢٦٢/٦، فيما لو أبق العبد من يد الغاصب.

٢) جامع المقاصد ٢٦٢/٦، فيما لو أبق العبد من يد الغاصب.

٣) جامع المقاصد ٢٦٢/٦، فيما لو أبق العبد من يد الغاصب.

مغصوباً /٥٧٦/ والمفروض أنّ المغصوب يكون المضمون فيه هو الأعلى من يوم الغصب إلى يوم التلف بناءً على مختار العلامة، فيكون الإشكال وارداً عليه كما يقول العميدي.

وأمّا لو جاز له الحبس فحينئذ يأتي الإشكال في أنّ مطلق جواز التصرف هل يكون موجباً لرفع الضمان الثابت بمقتضى «على اليد»، سواء كان جواز التصرف من جهة إذن المالك في التصرف أو من جهة إذن الشارع في التصرف أو أنّه لا يرفع الضمان ما لم يكن في البين إذن المالك إلّا في الموارد الخاصة التي ثبت عدم الضمان فيها أيضاً*.

أمّا لو قلنا: إنّ مطلق جواز التصرف يكون موجباً لرفع الضمان كما اختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ لقوله تعالى: ﴿ **ما على المحسنين من سبيل** ﴾[1] حيث إنّ المراد من المحسن من يفعل الفعل الجائز بقرينة الفقرات المذكورة قبل هذه الآية فحينئذ نقول: إنّ المضمون هو الأعلى من يوم الغصب إلى يوم رفع التعذر بناء على قول من يقول بأعلى القيم، وكذلك لو قلنا: إنّ مطلق جواز التصرف ليس موجباً لرفع الضمان ففيما نحن فيه وإن كان الحبس جائزاً إلّا أنه لا يخرج بذلك عن الضمان، لكنّه نقول: إنّ كلّ شيء يكون مضموناً ليس بمثل الغصب حتى يلاحظ فيه أعلى القيم.

وأمّا لو قلنا: إنّ مطلق جواز التصرف ليس موجباً لرفع الضمان /٥٧٧/ وأنّه لا فرق بين الضمان الثابت بالغصب وغيره فحينئذ نقول بأنّ المضمون فيما نحن فيه على

---

*) ***بناء على القول بأنّه في المغصوب يكون الضمان بأعلى القيمتين كما في كلام العميدي فحينئذ لو قلنا بأنّه في غير المغصوب من الأيادي المضمونة يكون المدار على قيمة يوم التلف وإن لم يكن وجه لهذا التفصيل فحينئذ لو تلف في أيام الحبس الجائز فيكون المضمون قيمة يوم التلف كما يدّعيه في الجواهر فيصح كلام القواعد.***

وأمّا لو قلنا: إنّ التالف في أيام الحبس الجائز غير مضمون كما يدّعيه الأستاد فلابدّ من القول بعدم الضمان رأساً لا كما يدّعيه الأستاد ـ رحمه الله. (منه قدس سره).

١) التوبة: ٩١.

القول بأعلى القيم هو الأعلى من يوم الغصب إلى يوم التلف.

ومن هنا نقول: إنّ ورود الإشكال على القواعد على أيّ تقدير يكون[١].

[بعض المسائل المترتبة على المقام]

أقول: لا بأس من أن نشير إلى بعض المطالب:

منها أنّ المذكور في كلام العميدي هو أعلى القيمتين من يوم الغصب ومن يوم التلف لا أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

ويظهر من ذلك أنّ العلامة في أصل مسألة الغصب يقول بأعلى القيمتين لا بأعلى القيم.

ومنها أنّه بناء على القول بأعلى القيم لو قلنا: إنّ التعذر كالتلف كما رجّحناه في المسألة السابقة لا وجه لملاحظة أعلى القيم إذا كانت الأعلى في زمان تعذر العين وإن كان كلام الأستاد ـ سلّمه الله ـ صريحاً في خلاف ذلك.

ومنها أنّ مطلق جواز التصرف إذا كان موجباً لرفع الضمان كما اختاره الأستاد فلا وجه لكون العين مضمونة إذا تلف في أيام الحبس نظير ما إذا كان الشيء مغصوباً ثمّ أذن المالك لأن يتصرف فيه الغاصب.

ومنها أنّ قوله تعالى: ﴿ **ما على المحسنين من سبيل** ﴾ هل يدلّ على أنّ مطلق جواز التصرف يكون موجباً لرفع الضمان كما استدل الأستاد ـ سلّمه الله ـ به لذلك أم لا؟

---

١) *في الجواهر: بناء على أنّ المضمون في المغصوب قيمة يوم التلف كما هو مختاره يقول: لو كان قيمة يوم التلف مساوياً مع البدل الذي أخذه للحيلولة فلا يرجع أحدهما إلى الآخر بشيء، ولو كان قيمة يوم التلف أزيد فيرجع المالك إلى الغاصب بالزيادة. وأمّا لو كان قيمة يوم التلف أقلّ فلا يرجع الغاصب إلى المالك بشيء للأصل.*

وهذا التفصيل يأتي على مختارنا في المغصوب من أنّه أقلّ القيم، ولا مانع من القول بعدم رجوع الغاصب إلى المالك بالزيادة للأصل لو شككنا؛ لما تقدم من رفع المناقشات من إجراء مثل هذا الأصل. (منه قدس سره).

فنقول: قد عرفت أنّ ذلك مبني على أن يكون المراد من المحسن هو الفاعل لفعل جائز لا حرج فيه، ولا إشكال أنّ هذا المعنى خلاف الظاهر من لفظ المحسن؛ حيث إنّ الظاهر من المحسن هو الإحسان إلى الغير بإتيان فعل ينفع الغير به أو أنّه يشمل الإحسان إلى النفس على بُعدٍ فيه.

وعلى هذا فمن يدّعي أنّ المراد هو مطلق الفعل الجائز الذي لا حرج فيه فلابدّ له من أن يقيم قرينة على ذلك فنقول: قد تقدّم في قاعدة «كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» أنّ الشهيد ـ رحمه الله ـ يقول: إنّ المراد من المحسن هو من يفعل الفعل الجائز*.

[المراد من المحسن في «ما على المحسنين من سبيل»]

ولا بأس من أن نذكر ذيل الآية وصدرها حتى نرى أنّه هل يكون في البين قرينة على التصرف في الآية أم لا؟ فنقول: إنّ هذه الآية مذكورة في سورة التوبة، وأولها أنّه **﴿ ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج إذا نصحوا لله ورسوله ما على المحسنين من سبيل والله غفور رحيم ﴾ ﴿ ولا على الذين إذا ما أتوك لتحملهم** قلت: لا أجد ﴾[1] الآية.

---

*) *ولا يخفى أنّه نقلنا عن الأستاد في أواخر مسألة الإكراه قرينة أخرى على أنّ المراد من المحسن هو هذا المعنى لا المنعم إلى الغير إلّا أنّها أيضاً محلّ إشكال بعد كون هذا المعنى خلاف الظاهر من اللفظ. (منه قدس سره).*

) *في سورة الشورى ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفى وأصلح فأجره على الله إنّه لا يحب الظالمين ﴾ ﴿ ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل ﴾ ﴿ إنّما السبيل على الذين يظلمون ويبغون في الأرض بغير الحقّ ﴾ الاية النكرة في سياق النفي يقتضي رفع الضمان وغيره لمن كان يده وإتلافه في مقام المكافاة كما أنّ الحصر بقوله: «إنّما السبيل» يدلّ على أنّ الضمان وغيره على من يفعل عملاً بغير حقّ وأنّ من يكون عمله حقّ فلا تشمل عليه بوجه.*

وتقدم شطر من الكلام في الآية في قاعدة «كلّما لا يضمن بصحيحه..».

١) التوبة: ٩١ - ٩٢.

والقرينة على كون المراد من المحسن هو مطلق من يفعل الفعل الجائز أنّ قوله: «ما على المحسنين من سبيل» يكون بمنزلة الكبرى للفقرات المذكورة قبله، مع أنّ الفقرات المذكورة ليس في شيء منها الإحسان إلى الغير، بل مجرد أنّ تركهم للجهاد لا / ٥٧٩ / يكون لعذر موجب لعدم كون ترك الجهاد حراماً عليهم لكونهم ضعفاء أو مرضى أو فقراء صار ذلك منشأ لعدّهم من المحسنين فيصير هذا قرينة على أنّ المراد من المحسن هو مطلق من يفعل الفعل الجائز الذي ليس بحرام.

وردّ ذلك بأنّ الفقرة الأخيرة الملاصقة لقوله: «ما على المحسنين من سبيل» يكون مقيداً بأن ينصحوا الناس مع الله ورسوله، ونصيحة الناس يكون إحساناً في حقّهم. ومن المحتمل أن يكون «ما على المحسنين من سبيل» جعل ميزان وقاعدة لخصوص الفقرة الأخيرة كما أنّه إذا كان راجعاً إلى تمام الفقرات الثلاث فحينئذ نقول: إنّ قوله: ﴿ **إذا نصحوا لله ورسوله** ﴾ أيضاً راجع إلى الفقرات الثلاث.

وعلى كلّ تقدير لم يحرز لنا قرينة على أنّ المراد من المحسن غير ما هو الظاهر منه، وهو من يحسن إلى الغير.

إن قلت: إنّ من الواضح المعلوم أنّ النصيحة لله ورسوله لا مدخلية في رفع الحرج عن هذه الطوائف.

قلت: لعلّ أن تكون النصيحة في زمان نزول الآية واجبة على الفقراء الذين لا يذهبون إلى الجهاد، نظير الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بل الظاهر المتعين أن يكون المراد من النصيحة هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ حيث إنّ سوق هذه الآية وسائر الآيات / ٥٨٠ / أنّ بعض الناس يتخلفون عن الجهاد من دون أن يكون لهم عذر؛ للنفاق أو لكونهم عاصين، ولذا صار الواجب على من كان له العذر عن الجهاد ولكن يكون متمكناً من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر للعاصين عن الأمر بالجهاد كالفقراء أن ينصح العاصين لله ورسوله.

وعلى هذا فنفي السبيل بالمرة على الفقراء بأن لا يؤاخذ عليهم يتوقف على النصح لله والرسول.

وعلى هذا يصير المعنى - والله العالم - أنّه ليس على الناصحين لله والرسول سبيل بوجه من الوجوه.

وأمّا غير الناصحين* من الفقراء الذين لم يذهبوا إلى الجهاد فعليهم سبيل في الجملة لأنّه يؤاخذ منهم في تركهم النصحية لله ولرسوله.

[لو تمكن الغاصبُ من الرّد إلّا أنه يحتاج إلى مضيّ زمانٍ]

الخامسة: في أنّه إذا كان الغاصب متمكناً من ردّ المغصوب إلى المالك إلّا أنّ حصول الردّ يتوقف على مضي زمان كما إذا كان المال في الهند فهنا نقول: إنّك قد عرفت من أنّه مادام الغاصب يكون متمكناً من ردّ العين يكون مكلّفاً بردّها. وأيضاً لا يخفى أنّ دفع بدل الحيلولة إنّما يكون لأجل أنّه بدل عن العين أو ماليتها على ما تقدم. وأيضاً لا يخفى عليك أنّ كلّ تكليف يتوقف على /٥٨١/ مقدّمات تحتاج تلك المقدمات إلى مضي زمان يتعلق ذلك التكليف إلى المكلف قبل زمان حصول المكلف به بمقدار يفي بإتيان المقدمات فيه** بأن يأتي المأمور به بعد تلك الزمان وجوباً تعليقياً.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ التكليف بردّ العين يكون فعلاً متعلقاً إلى الغاصب وإن يتوقف حصول الردّ إلى مضي سنة لطول السفر، وأنت عرفت أنّ بدل الحيلولة يكون بدلاً من العين أو ماليتها.

ولا يخفى أنّ الإنسان في كلّ زمان إمّا أن يكون مكلفاً بالبدل أو بالمبدل، ولا يجوز الجمع. ولذا في كلّ زمان يكون الإنسان مكلفاً بالوضوء لا يكون مكلفاً بالتيمم، وكذا بالعكس.

وأنت قد عرفت أنّه مادام يكون متمكناً من ردّ العين يكون مكلفاً بردّ العين وإن

---

*) *ويجوز أن يقال: إنّه علم عدم السبيل على غير المحسنين منهم بدليل أخر من إجماع أو غيره. (منه قدس سره).*

**) *أقول. (منه قدس سره).*

تحتاج إلى مؤونة ومضي سنة، ومقتضى ما ذكرنا من عدم الجمع بين التكليف بالبدل والمبدل معاً أن لا يكون الغاصب في زمان يكون مكلفاً بردّ العين ويكون بصدد إتيان مقدّماته مكلفاً بالبدل أيضاً.

هذا، ولكن أجيب عن ذلك بأنّ التعبير بالبدل إنّما يكون في لسان الفقهاء.

نعم، هذا الذي / ٥٨٢ / ذكرت صحيح في مسألة الوضوء والتيمم؛ حيث إنّ مقتضى ظاهر الآية بدلية التيمم عن الوضوء بخلاف ما نحن فيه، فإنّه ليس عنوان البدلية في البين وإنّما لابدّ له من أن يعطي بدل الحيلولة لأجل رفع ضرر المالك.

وأقول: رفع الظلم عنه وكون المغصوب في عهدته مع أنّ العهدة في كلّ زمان يقتضي شيئاً.

وعلى هذا نقول: إنّ مقتضى قاعدة رفع الضمان بل وكذا وجوب رفع القلم بالمرة عن المغصوب منه، ومقتضى كون العين في عهدته أن يعطي البدل إلى المالك في تلك الزمان التي لا تصل يد المالك إلى ماله. وأيضاً يجب عليه أن يذهب إلى طلب العين حتى ترد عين ماله إليه أيضاً ويرفع الضرر عنه بالمرة.

اللّهم إلّا أن يكون الزمان الذي يتوقف ردّ العين إليه زماناً يسيراً يكون طلب البدل فيه منشأ للمضحكة.

ثمّ إنّه قد تقدم في أول هذه المسألة أنّ القدر المتيقن من وجوب ردّ البدل إنّما هو في صورة يكون التعذر أو التعسر دائمياً.

ومما ذكرنا ظهر أنّ ردّ البدل يكون واجباً إذا لم يكن التعذر دائمياً، بل مجرد أن يحصل التعذر في زمان يسير أيضاً يكون ردّ البدل واجباً إلّا أن يكون في منتهى القلة كما تقدم.

وأيضاً ظهر مما ذكرنا / ٥٨٣ / حال صورة يكون التعسر أو التعذر معلوماً أو يكفي الظنّ فيه أيضاً.

نعم، كان كلام آخر في أنّ وجوب ردّ العين هل يسقط بخصوص التعذر أو يسقط بواسطة التعسر أيضاً. وتقدّم حاله في أوّل المسألة.

أقول: قد تقدّم منّي إشكال في وجوب ردّ العين بعد دفع البدل حيث إنّ رفع الضرر والخروج عن العهدة ورفع الظلم أن يحصل بدفع البدل في صورة يكون الوصول إلى العين متعذراً دائماً، فلابدّ أن يكون صورة يرتفع التعذر أيضاً كذلك لأنّ ارتفاع التعذر لا مدخلية له في عدم ارتفاع الضرر والظلم والعهدة. اللّهم إلّا أن يقال: إنّ هذا الضرر يكون موجوداً في صورة تعذر الردّ دائماً إلّا أنّ رفع هذا الضرر غير ممكن على هذا الفرض بخلاف صورة صار متمكناً من ردّ العين.

ولكن فيه أنّه لو فرضنا تعلق غرض عقلائي للمالك بخصوص عين المغصوب فحينئذ نسلّم، ذلك وإلّا فبعد رفع البدل يرفع الظلم والضرر، وخروج العهدة عند العرف يكون بدفع البدل فقط إذا لم يكن قابلاً لأن يتعلق به غرض عقلائي.

إن قلت: إنّ مقتضى «على اليد» أنّ خروج العهدة إنّما يكون بدفع أصل العين لا بشيء آخر.

قلت: فيه أوّلاً أنّه في صورة / ٥٨٤ / يكون المغصوب تالفاً لا تقول أنت بذلك إلّا أنّه قد تقدم أنّه لا مانع من التمسك بقوله عليه السلام: «المغصوب مردود»[1] كما يظهر من الجواهر***.

---

١) الكافي ٥٤٢/١، باب الفيء والأنفال وتفسير الخمس وحدوده ومايجب فيه، ح ٤، وفيه: «الغصب كله مردود».

*) *وليس له ظهور وإطلاق آخر لما بعد ارتفاع التعذر. وأمّا الظلم والضرر والعهدة التي اقتضت كون خسارة المغصوب على الغاصب فقد ارتفعت بدفع بدل الحيلولة المنحلة على جهات مالية العين كما ذكرناه في المتن.*

نعم، لو فرض تعلق غرض عقلائي من المالك بعين المغصوب مع الغمض عن جهات مالية التي تكون بدل الحيلولة مشتملة عليها فلم يبعد القول بأنّ رفع الضرر والظلم عن المالك رأساً يتوقف على ردّ المغصوب، وسقوطه حين التعذر من جهة عدم الإمكان. (منه قدس سره).

**) *أقول: ظاهرهم وجوب ردّ المغصوب مع التمكن منه بعد دفع بدل الحيلولة. وهذا على طبق القاعدة في صورة لم يتعذر ردّ المغصوب ولو كان موقوفاً على طول زمان لأنّ الوجوب باقٍ ولو كان تعليقياً فيستصحب الوجوب بعد ردّ بدل الحيلولة مضافاً إلى قوله: «المغصوب مردود».*

وأمّا إذا تعذر وجوب الردّ في زمان فهنا أيضاً لو علمنا بعدم الفصل بين صورة تعذر الردّ في زمان

[لو خاط الغاصب بخيوط مغصوبة فهل يجب نزعها؟]

السادسة: في أنّه لو خاط الغاصب ثوبه بخيوط مغصوبة فهل يجب نزعها ليردّ إلى المالك في صورة تخرج الخيوط عن المالية بالنزع أم لا؟

ونقول هنا: إنّك قد عرفت أنّه ما دام يكون الغاصب متمكناً من ردّ العين يكون ردّ العين واجباً عليه إذا كانت باقية على صفة المالية، وكذلك لو صار متمكناً من ردّ العين التي تكون باقية على صفة المالية بعد دفع البدل على المشهور كما تقدّم.

[الخروج عن المالية بالمرة أو بواسطة الرّد]

بقي في البين صورتان آخرتان: أوّلهما وجوب الردّ في صورة يخرج عن المالية بالمرة كما لو صارت الخيوط قطعاً بعد ما دفع بدل المالية بتمامها.

وثانيهما: وجوب الردّ بعد دفع بدل المالية في صورة يخرج عن المالية بواسطة الردّ كما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وتخرج الخيوط عن المالية بواسطة النزع ويتضرر الغاصب بذلك أيضاً.

ثمّ على فرض عدم وجوب الردّ في هاتين الصورتين يقع الكلام في جواز التصرف في العين المغصوبة هنا، ولا يخفى أنّه في صورة يسقط عن المالية ولم يكن ردّها موجباً لتضرر الغاصب يكون في المسألة قولان:

وبين غيره أيضاً يثبت وجوب الردّ بعدم القول بالفصل. وأمّا إذا احتملنا ثبوت وجوب ردّ المغصوب في صورة لم يتعذر الردّ في زمان دون صورة تعذر الردّ في زمان فنقول: إنّ القاعدة لا تقتضي وجوب الردّ في الصورة الأخيرة لأنّ استصحاب وجوب الردّ انقطع في زمان التعذر بل بعده لا مانع من استصحاب عدم الردّ، ولو كان ثبوت عدم وجوب الردّ بحكم العقل كما ذكرناه في محلّه في الاستصحاب ثمّ العموم الأزماني الثابت في قوله: «المغصوب مردود» بمعنى الاستمرار والدوام، وقد علم انقطاعه في زمان التعذر. (منه قدس سره).

أحدهما وجوب الردّ / ٥٨٥ /، وهو الظاهر من محكي جامع المقاصد[١] بل صريحه، ويختاره في المكاسب[٢] أيضاً، لكنّ الظاهر من محكي مجمع البرهان[٣] عدم وجوب الردّ بمقتضى كلامه في الصورة الآتية.

وكذا مقتضى كلام صاحب الجواهر[٤] عدم وجوب الردّ؛ حيث يقول: إنّ القيمة التي يؤدّيها الغاصب يكون عوضاً عن المغصوب، بل يقول في هذه المسألة: ستسع ملك الغاصب المغصوب إذا أدّى قيمته للحيلولة. ولذا أورد عليه بأنّك بعد ذلك في مسألة بدل الحيلولة تقول بخلاف ذلك فكأنّه نساه ما قاله أولاً أو تبدّل رأيه.

هذا كلّه لو لم يكن في ردّ المغصوب ضرراً على الغاصب. وأمّا لو كان في ردّه ضرراً على الغاصب فمقتضى الكلام المحكي عن مجمع البرهان احتمال عدم جواز الردّ في هذه الصورة*.

وإذا عرفت ما تقدّم فنقول: نحن نتعرض أوّلاً لحكم وجوب الردّ في صورة تسقط العين عن المالية بالمرة ولا يكون في ردّها ضرر على الغاصب أيضاً فنقول: استدلّ في الجواهر لعدم وجوب الردّ بأنّ القيمة التي يؤدّيها الغاصب إلى المالك يكون عوضاً شرعياً عن المغصوب، ومقتضى ذلك خروج المغصوب عن ملك المالك ودخوله في ملك الغاصب فلا يبقى مجال لوجوب الردّ أصلاً.

/ ٥٨٦ / يقول في ردّ صاحب الجواهر: إنّه لا دليل على كون القيمة عوضاً عن المغصوب.

---

١) جواهر الكلام ٣٧/٨٠، ضمان قيمة خيط المغصوب لو خشى تلفد بانتزاعه.

٢) كتاب المكاسب ٣/٢٦٣، خروج العين عن التقديم.

٣) مجمع الفائدة ١٠/٥٢١، عدم ضمان تفاوت السوق مع الرد.

٤) جواهر الكلام ٣٧/٨٠، ضمان قيمة خيط المغصوب لو خشى تلفد بانتزاعه.

*) ***بل المصنف أيضاً يقول بإمكان عدم وجوب الردّ إذا كان الردّ ضرراً على الغاصب حيث إنّ الأمر بالردّ مجرد تكليف لا يقابل بالمال فليس في عدم الردّ ضرر ماليّ على المالك بعد أنّ الغاصب دفع البدل الذي عوض عن مالية المغصوب إلى المالك. (منه قدس سره).***

[القيمة عوض عن الصفات الزاهبة]

ثمّ إنّه يحتمل في المكاسب[1] أنّ القيمة عوض عن الصفات الذاهبة الموجبة لسقوط مالية العين، والأستاد يقول في ردّ الجواهر بأنّ القيمة لا يمكن أن يكون عوضاً. وذلك لأنّ العين وإن كانت موجودة إلّا أنّ المفروض أنّها سقطت عن المالية، فلا يقابل بالمال.

وأمّا صفة المالية والصفات الموجبة للمالية فليست بموجودة حتى يقابل بالمال نظير صورة تلف العين بالمرة، فإنّ المثل أو القيمة التي يؤدّيها الغاصب ليس بطريق المعاوضة.

أقول: إن قلت: إنّ هذا الإيراد يكون وارداً على كلام الشيخ أيضاً حيث قال: إنّ القيمة عوض عن الصفات الفائتة على ما نقلت.

قلت: العوض الذي يكون في كلام الشيخ ـ رحمه الله ـ ليس المراد منه العوض المصطلح الذي يكون في المعاملات حتى يرد عليه الإشكال بأنّه لا معنى للمعاوضة بين الموجود والمعدوم، بل العوض هنا يكون نظير عوض التالف.

[لا نقول بوجوب ردّ المغصوب بعد زوال المالية]

ثم لا يخفى عليك من أنّا وإن نقول: إنّ المغصوب بعد زوال ماليته أيضاً يكون باقياً على ملك المغصوب منه وإن يؤخذ قيمته من الغاصب / ٥٨٧ / إلّا أنّه مع ذلك* لا نقول

---

١) كتاب المكاسب ٢٦٢/٣، التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضه.

*) ***بعد فرض أنّ الموضوع في الاستصحاب يكون عرفياً نقول: إنّ العين الموجودة في الخارج كانت واجبة الردّ ولم يجز التصرف فيها فنستصحب الحكمين لها.***

نعم، لو كان عدم التصرف والردّ موجباً للضرر على صاحب الثوب [...] الغاصب فحينئذ يرتفع الحكمان بقاعدة الضرر، وليس لهذا الضرر معارض لأنّ المفروض أنّ تمامية مالية العين ردّت إلى مالكها، وفي بلل الوضوء لا نقول باستصحاب عدم جواز التصرف للعلم بارتفاع الموضوع

بوجوب ردّ المغصوب بعد زوال المالية عنه، وذلك لأنّ شيئاً من الأدلّة الدالة على ردّ المغصوب لا يجيء هنا.

أمّا قوله عليه السلام: «المغصوب مردود» فلأنّ المراد هو المغصوبات المتعارفة التي تكون باقية على صفة المالية لا ما أخذ المغصوب منه مالية ويكون هو بنفسه كماء الأنف، وهكذا عدم ردّ مثل ذلك ليس بظلم ولا ضرر.

أقول: بل قد عرفت الإشكال في وجوب الردّ في ما له ماليةٌ أيضاً بعد أخذ البدل في بعض الصور.

العرفي أيضاً أو الشك فيه.

إن قلت: وجوب الردّ ارتفع حين التعذر فلا يجب الردّ بل بعد ذلك يستصحب عدم وجوب الردّ الثابت في حال حكم العقل على ما رجّحنا في باب الاستصحاب من جريان الاستصحاب في الحكم الثابت لأجل حكم العقل، فلا يجب الردّ ولو لم يكن الردّ ضرراً على الغاصب أيضاً.

قلت: هذا يتمّ في صورة تعذر ردّ المغصوب في زمان يؤخذ فيه بدل الحيلولة وفي المثال الذي ذكرناه وإن يؤخذ به بدل الحيلولة لأجل عدم إمكان ردّ المغصوب مع بقاء مالية فيه إلّا أنّ الردّ لم يتعذر في شيء من الأزمنة.

ثمّ أقول: أوّلاً: قد عرفت أنّه لو كان في الردّ ضرر على الغاصب فليس هنا وجوب الردّ.

وثانياً: بعض ما يأتي لعدم وجوب الردّ في صورة يسقط بنفس الردّ عن المالية يأتي في مقامنا الذي هو أن يسقط عن المالية قبل الردّ.

وثالثاً: نفس الاستصحاب الذي قلنا: إنّه يثبت به وجوب الردّ لا يأتي في نقض الموارد كما أنّ استصحاب حرمة التصرف غير جار في حقّ من لم يكن بالغاً في زمان كان وصف المالية في هذا المغصوب؛ لأنّ استصحاب الحرمة لو بلغ يكون تعليقياً، وهو ليس بحجة عندنا، والقطع بعدم الفرق بين من كان بالغاً في ذلك الزمان وبين غيره على تسليمه غير مضرّ بعد أنّه ذكرنا في محلّه أنّه لا مانع من التفكيك بين ما يكون فيه ملازمة واقعية بالأصول.

هذا، مع أنّ ما سيأتي لمنع حرمة التصرف في صورة يسقط الخيوط بنفس الردّ عن المالية قبل الردّ أيضاً.

ثمّ إنّ ما قلنا بالنسبة إلى استصحاب حرمة التصرف في الخيوط. وأمّا استصحاب وجوب الردّ ففيه إشكال آخر يسقطها عن الاعتبار رأساً كما يأتي الكلام فيه في الحاشية الآتية.

[هل يجوز التصرف فيه؟]

بقي الإشكال في أنّه هل يجوز التصرف فيه أيضاً أم لا؟ فنقول: مقتضى القاعدة جواز التصرف لأنّ الأصل في الأشياء الخالية عن المضرة والمفسدة هو الإباحة.

أقول: هذا الوجه يتوقف على إثبات أنّه لم يرد نهي عن التصرف في ملك الغير إذا تجرّد عن المالية، وهذا يتم بعد الجواب عما يتوهم كونه دالاً على النهي عن ذلك بأصالة عدم ورود النهي عن ذلك التصرفات كما حقّقنا ذلك بعد حديث الرفع في أدلّة البراءة. وأمّا لو تمسكنا لجواز التصرف بأصالة البراءة فحينئذ لا تحتاج بإثبات عدم ورود النهي عن التصرف، بل يكفينا عدم ثبوت النهي عن التصرف، وهذا ظاهر من أنّ النهي ليس بثابت، / ٥٨٨ / وذلك لأنّ التصرف فيه ليس بظلم ولا ضرر على المالك؛ إذ المفروض أنّه يكون بمثل ماء الأنف لا مالية له أصلاً.

وإذا لم يكن له مالية فلا يدلّ مثل «**الناس مسلطون على أموالهم**»[1] ومثل «**ما يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**»[2] ومثل «**حرمة أموالكم كحرمة دمائكم**»[3] إلى غير ذلك على عدم جواز التصرف ولو مع منع المالك أيضاً.

هذا، مع أنّ الاحترام إنّما يكون للنفس والعرض والمال، والمفروض أنّه ليس شيء منها. ومن هنا نقول بجواز الاستظلال بحائط الغير ولو منعه مالك الحائط.

نعم، لو فرضنا أنّه يكون لملك من الأملاك فائدة يتعلق غرض العقلاء بها فحينئذ يمكن أن يقال بعدم جواز التصرف لغير المالك فيه.

---

١) عوالي الئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٩.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨.

٣) الكافي ٣٤٠/٢، باب السباب، ح ٢، وفيه ٦ «حرمة ماله كحرمة دمه».

تنبيه

[في التصرف في مال اليتيم]

لا يخفى أنّ التصرف في مال اليتيم إذا لم يكن موجباً للضرر لا بأس به كما ذكرناه في أواسط مسألة الضدّ قبل نقل قول الشيخ البهائي. ومن هنا نقول بجواز الوضوء من الأنهار التي تكون ملكاً للمجنون والصغير وغيرهما، وكذلك تجوز الصلاة في بعض الأملاك التي ليس لها حائط أو يكون لها حائط لكن ليس / ٥٩٨ / التصرف مضرّاً به بوجه من الوجوه.

والفتوى بمضمون ما ذكرنا وإن كان مشهوراً إلّا أنّ العلماء يكونون مختلفين في وجه ذلك. فبعضهم يتمسكون بالسيرة، وبعضهم بغير ذلك، ولكن نحن نقول: إنّ كلّ مورد يكون للمالك المنع اقتراحاً فلابدّ من إحراز إذنه، وفي صورة الشك لا يجوز التصرف. وهذا بخلاف ما لو لم يكن له المنع الاقتراحي*.

---

*) *في لباس المصلي ومكانه متعرضون لإذن شاهد الحال، وبعضهم كما عن الذكرى وغيره بالنسبة إلى الصغير والمجنون يقولون: إنّ إذن الولي ولو الإمام الذي هو ولي من لا ولي له يقوم مقامه، لكن في الذخيرة في لباس المصلي أنّ الذي هو موضوع إذن شاهد الحال لم يثبت منع التصرف فيه من الشارع. ومنه يتمسك لجواز التصرف بأصالة الإباحة وإن ينافيه كلامه في مكان المصلي؛ حيث يمنع من جواز[ه] مع قيام الأمارة على عدم رضاء المالك. وحينئذ يشكل الأمر في التصرف في الأنهار والصحاري في صورة كان للمالك عداوة مذهب مع التصرف، ثمّ من كلام من الذكرى* [ذكرى الشيعة ٣/٧٩، حكم الصلاة في الصحراء وشبهها لو علم كراهية صاحبها] *أيضاً يظهر عدم منع الشارع من هذه التصرفات؛ حيث يقول: إنّ هذه التصرفات بمثل الاستظلال بحائط الغير.*

نعم، هو أيضاً ليس كلماته على نسق واحد.

ثمّ كثير ممن يقول: إنّ جواز التصرف لإذن شاهد الحال لا يغيّر العلم أو الظن بأنّ المالك راض ويكتفون في مال كان لولي(؟) عليه بإذن وليّه أنّه لمثل إذن المالك لا يعرفه (؟) العلم أو الرضاء بالرضاء.

ثمّ إنّ ممّن يصرّح بعدم الحاجة إلى إحراز إذن المالك بل أنّه يجوز التصرف حتى مع منع المالك

وعلى هذا فنقول: إنّ النهر الذي نريد أن نتوضأ منه إن كان المالك له عاقلاً بالغاً فحينئذ يكون له المنع الاقتراحي.

أقول: وبعد المنع الاقتراحي لا يجوز التصرف لأنّ الهجوم على مال الغير مع منعه من التصرف ظلم على المالك، ولقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الناس مسلطون على أموالهم» ولقوله: «لا يحلّ مال [امرئ] إلّا بطيب نفسه».

وقد عرفت أنّ كلّ مورد يكون للمالك المنع اقتراحاً لا يجوز أن يتصرف فيه قبل إحراز الإذن.

أقول: لأنّ الهجوم على ما يكون أمره بيد الغير ظلم عليه، فلابدّ من أن نحرز الإذن، وهو في مثل التوضؤ بالأنهار وأشباه ذلك موجود بشاهد الحال. وأمّا لو كان

كاشف الغطاء كما نقل عنه نظراً إلى [أن] المالك الحقيقي أذن في التصرف لأنّ المنع من هذه التصرفات يوجب الحرج.

ونحن ذكرنا في مواضع كثيرة أنّ صحيحة البزنطي الواردة في جلود العراق يدلّ على أنّ الجلد المردد بين المذكى والميتة لا مانع من جواز التصرف فيه ومعاملة الطهارة معه، حتى أنّه لا يحتاج إلى السؤال من أنّه ميتة أم لا، ويعلل ذلك بالحرج.

ونحن ذكرنا أن مقتضى هذا التعليل أنّ مقدار الحرج الذي يوجد في الاحتياط في هذا المورد يكون علة لمقدار التوسعة التي فهم من كلام الإمام عليه السلام، ومقتضى كون التعليل معمماً أنّ كلّ مورد وجد هذا المقدار من الحرج بأيّ وجه كان يصير منشأ لهذا المقدار من التوسعة في المحرمات القطعية.

نعم، في مقدار من الحرج الذي يكون بأدلة التكاليف بمنزلة النصّ مما يشوبها (؟) بعدم أدلّة التكاليف على دليل الحرج وفي غيره تكون أدلّة الحرج مقدمةً على إطلاق أدلّة التكليف، وعليه نقول: قد عرفت ممّا ذكرنا في المتن والهامش على تسليم شمول إطلاق أدلّة التكاليف للمنع عن التصرف في مثل الصحاري والأنهار التي محل الكلام بالإطلاق في كمال الضعف، فأدلة الحرج مقدمة بلا إشكال بعد أنّ الحرج من الاجتناب عنها فوق الحرج من الاجتناب عن الجلد المردد بين المذكى والميتة بمراتب كثيرة.

هذا، مع أنّ بناء العقلاء والناس على صدور هذه التصرفات منهم من دون منع من الأنبياء وأوصيائهم وأهل التقوى، مع أنّ رضاء المالك إذا كان في البين مخالفة دينية معلوم العدم غالباً. (منه قدس سره).

المالك مجنوناً أو صبيّاً فهنا ليس له المنع الإقتراحي لأنّه ليس الأمر بيده، وليس لوليّه المنع الاقتراحي لأنّ الله تعالى لم يعطه هذا النوع من الولاية.

وأمّا الولي الحقيقي - وهو الله تعالى - / ٥٩٠ / فليس له اقتراح، وإذا لم يكن في البين من يمنع اقتراحاً فلا بأس بالتصرف ما لم يوجب الإضرار والظلم.

أقول: وذلك لأنّ مثل قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» إنّما يكون مورده في مقام كان طيب نفس المالك مثمراً في جواز أكل ماله. وكذا قوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» لا يجيء هنا، والتصرف الذي لا يوجه ضرراً ليس خلاف احترام في مال المسلم.

ثمّ لا يخفى عليك أنّا ذكرنا في أواسط مسألة الضدّين هاتين الروايتين صبّا مصبّ حكم العقل، فلا يكون لهما إطلاق إلّا بمقدار إطلاق حكم العقل. وكذا كلّ رواية أخرى فرض أن يكون بهذه المضامين، بل ولا أقلّ من أنّ ما ذكرنا من كون أمثال هذه الروايات في مقام بيان حكم العقل يكون احتمالاً قريباً من هذه الروايات، فيصير مانعاً عن جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق في غير موارد حكم[1] العقل، وهو كلّ مورد لم يكن في البين احتمال تضرر على المالك بوجه من الوجوه كما لو كان شخص مالكاً لنهر كبير فيقول لشخص آخر: إنّي لا أرضى في أن تتوضّأ من هذا البحر مثلاً / ٥٩١ / فهنا، نقول بجواز الوضوء من مثل هذا النهر؛ لأنّه ليس بقبيح عند العقل؛ حيث إنّه لا ظلم ولا ضرر.

[لو كان النزع موجباً للسقوط عن المالية]

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه في صورة يذهب المغصوب من المالية بالمرة، وأمّا لو صار بحيث يخرج عن المالية بنفس الردّ كالخيوط؛ حيث إنّ نزعها موجب لسقوطها عن المالية فهنا استدلّ لإثبات عدم وجوب الردّ وجواز التصرف في مثل هذه الخيوط

---

١) لفظة (حكم) مكررة في المخطوطة.

بقاعدة لا ضرر.

أقول: هذا حسن لو قلنا: إنّه يأخذ المالك تمام القيمة ولم يصر شريكاً مع الغاصب في المالية الحاصلة للثوب بانضمام الخيوط إليه نظير شركة صاحب اللون في الثوب المصبوغ*.

---

*) *في المغصوب وُجدت خصوصيّتان: كون رده موجباً للضرر على الغاصب، مع أنّ ردّه يوجب لسقوطه عن المالية.*

أمّا الأول يجاب بأنّ الضرر على الغاصب لا يمنع من وجوب الردّ. ومنه ورد أنّ الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها.

وأمّا الثاني فيظهر من جامع المقاصد وغيره أنّه أيضاً غير مانع من وجوب الردّ، وأنّ الغاصب يضمن مقدار ردّ النقص على المغصوب بواسطة الردّ، وإذا سقط عن القيمة بالردّ كما في المقام يضمن جميع قيمته.

إن قلت: يمكن الردّ بحيث لا يسقط المغصوب عن القيمة أيضاً بأن يرد أصل الثوب إلى المالك.

قلت: هذا ضرر على الغاصب، وهذا الضرر غير الضرر الذي علم أنّه لا مانع من وروده على الغاصب ممّا يتوقف عليه ردّ المغصوب بنفسه، مع أنّه لا يجوّز لتصرف المالك في [ال]ثوب المغصوب.

وإذا عرفت أنّه يتوقف الردّ الواجب على سقوط المغصوب عن المالية فحينئذ نقول: إنّ أدلّة الردّ منصرفة عن هذه الصورة أو أنّ المتيقن منها غير هذه الصورة. وذلك لما تقدم في المتن من أنّه لو سقط المغصوب قبل الردّ عن المالية فأدلة وجوب الردّ منصرفة عنه، وفي المقام أيضاً يكون الأمر كذلك لأنّ الردّ يتوقف على إخراج الخيوط المسقط لها عن المالية، فلا يجب بعد الإخراج. فكيف تدلّ أدلّة ردّ المغصوب على وجوب الردّ التي لا تنفك عن انجراره إلى عدم وجوب ردّه.

وإذا علم عدم وجوب الردّ في المقام فالضرر من طرف الغاصب أيضاً لا بدّ أن يلاحظ لأنّ الذي علم عدم ملاحظته من الضرر من طرف الغاصب ما يتوقف عليه الردّ الواجب، والردّ هنا ليس بواجب.

ثمّ إنّه في الجواهر عن مجمع البرهان أنّه يقول بعدم وجوب الردّ أيضاً لكن بوجه آخر من أنّ المغصوب هنا بمنزلة التالف، فيلزم على الغاصب ردّ قيمته، فيملكه ويجوز له التصرف فيه.

ونحن نقول: كونه بمنزلة التالف لو كان من جهة أنّه استهلك المغصوب كما نقلنا ذلك عن السرائر في نظير المسألة في بعض مسائل خيار الغبن ففيه أنّه كيف يجوز القول بأنّه استهلك المغصوب

مع أنّه باقٍ بوصف المالية فعلاً ،ولو كان من جهة أنّه يتوقف ردّه على تلفه ففيه أنّه محلّ الكلام قبل الردّ ،وهو باق بوصف المالية .

وإذا عرفت عدم وجوب ردّ المغصوب هنا وعدم تبدّله بالقيمة فنقول : مقتضى الأدلّة عدم جواز تصرف كلّ من الغاصب والمالك في الثوب كما في الأموال المشتركة وتخليص كلّ منهما ماله عن صاحبه ، مع أنّه ضرر على نفسه ضرر على الآخر ، ويكون في البين طرق لا يردّ الضرر على أحدهما .

وذكرنا في محلّه أنّ قاعدة الضرر كما يرفع الحكم الوجودي الضرري كذلك يرفع العدمي الضرري فيثبت الوجودي الذي به يرفع الضرر .

ثمّ لو رضيا بالبيع من ثالث يصير الثمن مشتركاً حقيقة ،وهل يكون لأحدهما إلزام الآخر بالتقسيم ؟ الظاهر أنّه كالمال المشترك ؛ لأنّ لزوم التقسيم في مورد يقولون في المشترك ليس لدليل خاص بل على طبق القاعدة . (منه قدس سره) .

الكلام في شروط المتعاقدين

[الأول من شروط المتعاقدين: البلوغ]

وهي أمور:

الأول: البلوغ على المشهور سواء بلغ عشر سنين أم لا وسواء أذن له الولي أم لا.

نعم، هنا كلام آخر في أنّه هل يوجب عقده لإباحة التصرفات إذا كان بإذن الولي أم لا؟ وكلام آخر أيضاً هنا في جواز صيرورته آلة صرفة. وسيأتي الكلام في هذه الفروع ـ إن شاء الله.

[عقد الصبي إذا لم يبلغ عشر سنين]

ونحن نحرّر الكلام أولاً في عقد الصبي إذا لم يبلغ عشر سنين ولم يكن إذن الولي أيضاً في البين ولم يكن على /٥٩٢/ وجه الآلية في أنّه يفيد الملكية أم لا؟ بل يكون الصبي مسلوب العبارة بالمرة، وأنّ كلامه يكون كصوت الطوطي بلا أثر، فنقول:

إنّ الدليل على صحة عقد الصبي هو عمومات الآيات والأخبار الدالّتين على صحة المعاملات مثل ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] و﴿**البيّعان بالخيار**﴾[2] والأدلّة الخاصة من الأخبار والآيات على صحة كلّ معاملة، مثل الأدلّة الدّالة على صحة خصوص الهبة والرهن.. إلى غير ذلك من الإطلاقات الموجودة في كلّ باب من المعاملات والسيرة المستمرة بين المسلمين على مباشرة الأطفال لبيع الخبز والماء ونحوهما، والاتفاق ظاهراً على جواز وصيته وعتقه ونحوهما.

وأمّا الدليل على عدم صحة العقد مع أنّه بنفسه يكون مقتضى الأصل حيث إنّ

---

١) المائدة: ١.

٢) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٤ و ٥ و ٦.

الأصل عدم ترتّب الآثار على عقده هو الإجماعات المنقولة والشهرة المحققة ظاهراً.

والأخبار التي منها ما دلّ على أنّ الغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن التيمم حتى يبلغ خمسة عشر سنة.

ومنها قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»[1]*.

ومنها ما دلّ على أنّ عهد الصبي وخطاءه واحد.

[أدلّة جواز عقد الصبي]

ثمّ لا يخفى أنه / ٥٩٣ / يكون المناسب لسوق الكلام أن نتكلّم في ما ادّعي دلالته على عقد الصبي أولاً. ثمّ على فرض تمامية تلك الأدلّة أو بعضها نحتاج إلى التكلم في ما ادّعي دلالته على عدم صحة عقد الصبي وملاحظة التقدم من الطائفتين على

---

١) الخصال: ٩٣ - ٩٤، باب الثلاثة، ح ٤٠.

*) *إن قلت: تقدّم في الحاشية أنّا قلنا: إنّ الخيوط كان لها حكمان: وجوب الردّ وحرمة التصرف، ولا مانع من استصحابهما بعد أنّ الموضوع العرفي باق في البين لأنّه يكفي فيه صدق الرفع والنداء المحقق لصدق النقض.*

قلت: أمّا استصحاب حرمة التصرف فلا مانع فيه سوى ما تقدّم من أنّه في حقّ من لم يثبت الحرمة الفعلية يكون هذا الاستصحاب تعليقياً، وهو ليس بحجة عندنا.

وأمّا استصحاب وجوب الردّ ففيه إشكال من جهة أخرى أيضاً يوجب عن الاعتبار رأساً، وذلك لأنّ الردّ الذي كان واجباً هو ردّ الخيوط بوصف الاتصال الذي كان منشأ لماليتها، والردّ بهذا الوصف يكون مفروض الكلام أنّه غير ممكن، وما يمكن من الردّ بجعلها قطعاً منفصلة التي توجب سقوطها عن المالية لا دليل على وجوبه.

إن قلت: وجوب ردّ القطع أيضاً يمكن إثباتها بالاستصحاب بعد أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي.

قلت: تقطيع الخيوط في الزمان السابق كان حراماً، والواجب هو ردّ الخيوط من دون تقطيع، وإذا تعذر أداء الواجب بنحو كان فلا دليل على بقاء الوجوب بنحو آخر. (منه قدس سره).

الأخرى. وأمّا لو لم يتمّ أصل أدلّة الصحة فيكفينا الأصل لإثبات عدم الصحة . فيكون التكلم في أدلّة عدم الصحة فرضياً فنقول: إنّ أدلّة الجواز منها الآيات:

أوّلها: قوله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾.

وأورد عليه بأنّه إنّما يدلّ على وجوب الوفاء، وهو حكم تكليفي، وهو غير متعلق بالصبي حتى يدلّ على صحة عقده.

وأجيب عن هذا الإيراد من وجوه:

الأول: أنّ الحكم التكليفي هنا يستتبع للحكم الوضعي، وتكون دائرة الحكم الوضعي أعمّ من دائرة الحكم التكليفي، بل إنّما الحكم الوضعي الثابت في المقام إنّما هو يصير منشأ للحكم التكليفي إذا اجتمعت شرائط التكليف من البلوغ وغيره من الشرائط، نظير قوله عليه السلام: «**إذا التقى الختانان وجب الغسل**»[1] ومثل «اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه» في التكليفيات، ومثل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» وأمثال ذلك في غير التكليفيات.

ورُدّ ذلك بأنّ الحكم الوضعي قد يكون تبعاً للحكم التكليفي يعني / ٥٩٤ / تكون دائرة الحكم الوضعي بمقدار دائرة الحكم التكليفي كما في آية الزكاة وغيرها حيث إنّ التكليف هناك ليس على الصبي ولم تتعلق الزكاة بماله أصلاً.

أقول: وعلى هذا نقول: إنّ مقتضى القاعدة أن تكون دائرة الحكم الوضعي بمقدار دائرة الحكم التكليفي في صورة استكشفنا الحكم الوضعي من الحكم التكليفي كما فيما نحن فيه.

أقول: لا يخفى عليك أنّه لا فرق فيما ذكرنا بحسب اللب بين القول بثبوت الأحكام الوضعية وبين القول بعدم ثبوت الأحكام الوضعية.

الثاني: أن نقول: إنّ الأمر بالوفاء ليس مختصاً بخصوص المتعاقدين حتى نقول: إنّه لا يشمل الصبيين فيخرج عقدهما من العقود التي أمر بالوفاء بها، بل جميع الناس

---

١) عوالي اللئالي ٢٠٥/٢، الطهارة، ح ١٢٠.

يكونون مكلفين بالوفاء بكلّ عقد، ووفاءُ غير المتعاقدين هو ترتيب آثار الصحة على العقد، مثلاً إذا باع عمرو ثوبه بزيد فجميع الناس مكلفون بأن يعاملوا[1] مع هذا الثواب معاملة أنّه ثوب زيد بأن لا يتصرفوا[2] فيه من غير إذنه ويشترون.. منه إلى غير ذلك.

وعلى هذا فعقد الصبيين وإن لم يكن الصبيّان مكلفين بالوفاء به كما أنّهم ليسوا مكلفين بالوفاء بشيء من العقود إلّا أنّ المكلفين البالغين يكونون / ٥٩٥ / مأمورين بالوفاء على عقد الصبيين وغيرهما.

ورُدّ ذلك بأنّ المعنى الحقيقي للوفاء هو ترتيب الآثار من خصوص المتعاقدين، وذلك لأنّ الوفاء عبارة عن عدم نقض العقد والعهد، وعدم ترتيب الأثر من غير المتعاقدين ليس نقضاً للعهد؛ لأنهم لم يتعاهدوا على شيء حتى يكون عدم ترتيب الأثر منهم نقضاً للعهد.

وعلى هذا فإذا كان المراد من الوفاء المأمور به هو معناه الحقيقي فليس شاملاً لغير المتعاقدين، وإذا كان المتعاقدان صبيين لم يتعلق التكليف بالوفاء بهما، فلا يدلّ على صحة عقدهما.

نعم، إذا كان المراد من الوفاء المأمور به مطلق ترتيب الأثر فحينئذ يكون ما ذكره المجيب صحيحاً إلّا أنّ إرادة ترتيب الأثر من الوفاء لابدّ أن يكون بأحد الوجوه:

الأول: أن يستعمل الوفاء في معنى ترتيب الآثار مجازاً. وهذا الاحتمال يرفعه أصالة الحقيقة.

الثاني: أن يكون المراد معنى يعمّ ترتيب الآثار والوفاء معاً بطريق عموم المجاز. وفيه مع أنّ هذا الاحتمال يرفعه أصالة الحقيقة أنّ عموم المجاز نادر في كمال الندرة حتى أنّه بعدُ لم نجد مورداً أن يكون عموم المجاز فيه متعيناً.

أقول: معنى عموم المجاز أن يستعمل اللفظ في معنى يعمّ المعنى الحقيقي

---

١) في المخطوطة: يعاملون.

٢) في المخطوطة: يتصرفون.

والمجازي، وحال هذا المجاز كسائر المجازات /٥٩٦/، بل [المعنى] المجازي فيما نحن فيه يكون بطريق عموم المجاز على كلّ حال، وذلك لأنّ مطلق ترتيب الأثر يكون شاملاً للوفاء أيضاً. وذلك لما عرفت ممّا أشرنا إليه سابقاً من أنّ ترتيب الآثار لا يختلف حاله في حقّ المتعاقدين وغيرهما إلّا في تسمية ترتيب الآثار من المتعاقدين وفاءً بحسب العرف واللغة دون ترتيب الآثار من غيرهما.

الثالث: أن يكون استعمال لفظ الوفاء في معناه الحقيقي إلّا أنه يكون المقصود منه بيان ترتيب مطلق الأثر على سبيل الكناية، وهنا نقول: إنّ الكناية على قسمين:

الأول: أن يكون للمعنى الحقيقي وجود خارجي كما إذا يقال: جبان الكلب لمن كان له وجود ويكون له الكلب الجبن الدالّ على كثرة المترددين الملازم للجود له موجوداً.

الثاني: أن لا يكون للمعنى الحقيقي وجود خارجي كما إذا يقال: فلان جبان الكلب لبيان جوده مع أنّه نبي عليه السلام من الأنبياء ليس في بيته كلب؛ لأنّ الملائكة لا يدخلها.

وعلى هذا فنقول: إذا كانت الكناية فيما نحن فيه من قبيل القسم الثاني الذي لا يلزم أن يكون المعنى الحقيقي - وهو الوفاء - موجوداً هناك بوجه من الوجوه فحينئذ يصير شاهداً على مطلب المستدلّ حيث إنّ المقصود على هذا يكون هو ترتيب الآثار على العقود /٥٩٧/ سواء كان [المعنى] الحقيقي - وهو الوفاء - موجوداً هناك أم لا، فيشمل عقد الصبيين.

وأمّا لو كان من قبيل القسم الأول فهنا لا يدلّ على صحة عقد الصبي؛ لأنّ المفروض أنّه يدلّ على وجوب ترتيب الآثار في مورد يكون وجوب الوفاء أيضاً مقصوداً؛ والمفروض أنّه في عقد الصبيين ليس وجوب الوفاء مقصوداً، فلابدّ أن لا يكون ترتيب* الآثار أيضاً مقصوداً.

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

وعلى هذا فتارة يقع الكلام في أنّه إذا دار الأمر بين المعنى الحقيقي وبين المعنى الكنائي بأحد الشقّيه[1] فالأصل يقتضي تعيين أيّ واحد منهما؟

وتارة يقع الكلام في أنّه إذا علم أنّ المقصود هو المعنى الكنائي فالأصل يقتضي أن يحمل على أيّ واحد من شقّيه؟

أمّا المقام الأول فقد يقال: إنّ الكناية تكون مجازاً أصولياً حيث إنّه يحتاج إلى القرينة فأصالة الحقيقة تكون مقتضاها أن يحمل على المعنى الحقيقي، بل قد يقال: إن الكناية إذا لم يكن معناه الحقيقي موجوداً يكون مجازاً لغوياً.

وأمّا المقام الثاني فنقول: إنّ الكناية في صورة لم يكن المعنى الحقيقي موجوداً قد يقال: إنّه كذب وليس لنا أصل عند دوران الأمر بين كون الكلام كذباً وعدم كونه كذباً أن يحمل على أنّه ليس بكذب.

وعلى كلّ حال نقول: / ٥٩٨ / إنّه ليس أصلٌ يدلّ على أنّه لابدّ أن يحمل على المعنى الكنائي الذي لم يكن حقيقة الوفاء هناك موجوداً، فلا يثبت مقصود المستدلّ.

الثالث: أن نقول: نحن نبيّن معنى الآية على وجه يدلّ على صحة عقد الصبي. ولم يرد على هذا المعنى شيء من المناقشات التي نوقشت على الجوابين الأولين ولا غيرهما فنقول: لا إشكال في أنّ العقود عامّ يشمل عقد الصبي أيضاً.

نعم، وجوب الوفاء لا يمكن أن يشمل للصبي.

وعلى هذا نقول: إذا باع الصبي شيئاً فلا إشكال في أنّ بيعه عقد وإن لم يشمله الأمر بالوفاء، ثمّ هذا الصبي إذا بلغ فحينئذ لا مانع من تعلّق الأمر بالوفاء به أيضاً. ومعنى «أوفوا بالعقود» أنّه أوف بكلّ عقد صدر منك سابقاً أو يصدر الآن أو بعد ذلك؛ إذ المفروض أنّ العقود عامّ يشمل جميع العقود، فيدلّ على صحة العقد الصادر من الصبي؛ حيث تعلّق الأمر بالوفاء به بعد البلوغ.

وممّا ذكرنا ظهر عدم ورود شيء من المناقشات السابقهنا، وذلك لأنّ الوفاء يكون

---

١) كذا.

المراد منه هو معناه / ٥٩٩ / الحقيقي لا ترتيب الأثر على سبيل الكناية أو المجاز حتى تقول: إنّه خلا ف الأصل.

أقول: وأيضاً هنا وإن يلزم أن تكون دائرة الحكم الوضعي أعمّ من دائرة الحكم التكليفي إلّا أنّ الدليل اقتضى ذلك؛ حيث إنّ الحكم التكليفي هنا يكون بنحو يلزمه ثبوت الحكم الوضعي في زمان لم يكن التكليف موجوداً. وذلك لأنّه على هذا يكون معنى الآية نظير أن يقول للبالغ: «اغسل من جنابتك التي حصلت لك في حال الصباوة»؛ فإنّ هذا الحكم التكليفي يدلّ على سببية الجنابة الحاصلة له في حال الصباوة لوجوب الغسل.

غاية الأمر أنّ الحكم التكليفي يكون موقوفاً على حصول شرائطه، وهذا بخلاف آية الزكاة؛ فإنّها لم تدلّ على أنّه يجب على البالغ إخراج الزكاة عن النصاب التي كان له في حال الصباوة حتى نقول: إنّ دائرة الحكم الوضعي يكون أوسع من دائرة الحكم التكليفي[1].

هذا، ومع ذلك كلّه أورد على هذا الجواب من وجهين:

الأول: أنّه بعد ما قلنا: إنّ الخطاب بقرينة الوفاء متعلق بالمتعاقدين البالغين فحينئذ يصير عقد الأجنبي خارجاً عن عموم العقود / ٦٠٠ / وحينئذ لابدّ أن نقول: إنّ الألف واللام يكون عوضاً عن المضاف إليه، ويكون المراد «أوفوا بعقودكم» حتى لا يلزم كثرة التخصيص من جهة خروج عقد الأجنبي عنه، ويكون المعنى «أوفوا بعقودكم أيّها البالغون»، وحينئذ نقول: إنّ الإضافة تفيد الاختصاص أي تدلّ على اختصاص المضاف [وهو العقود] بالمضاف إليه - وهم البالغون - باعتبار الصفة التي تدلّ عليه المضاف إليه - وهو البالغية -، فيصير المراد هو العقود الصادرة عنهم في حال البلوغ.

أقول: لا يخفى أنّ ما يقولون من أنّ الإضافة تفيد الاختصاص يكون المراد أنّها تفيد اختصاص المضاف وهو العقود مثلاً - بالمضاف إليه وهم البالغون - مثلاً باعتبار

---

١) في المخطوطة: الحكم الوضعي.

الصفة التي تدلّ عليها المضاف - وهو العقدية -. هذا **أوّلاً**.

وثانياً: سلّمنا أنّ المراد اختصاص المضاف بالمضاف إليه باعتبار الصفة التي تدلّ عليها المضاف إليه إلّا أنّ المضاف إليه ليس له صفة لأنّه ضمير، وهو مثل اسم العين.

وثالثاً: سلّمنا أنّه تلاحظ الصفة التي يكون ضمير الخطاب متوجهاً إليهم بتلك اللحاظ إلّا أنّك لِمَ لا تقول: إنّ المراد «أوفوا بعقودكم أيّها المتعاقدون» /٦٠١/ مع أنّه يكون أنسب بقرينة «أوفوا» ومادّة الوفاء.

ورابعاً: لا وجه لأن تقول: إنّ الألف واللام يكون عوضاً عن المضاف إليه لأنّه بعد عدم إمكان إبقاء العموم بحاله لابدّ أن يقال: إنّ اللام للعهدية، ويكون المراد هو العقود المعهودة.

وخامساً: نقول: لا مانع من إبقاء العموم بحاله، وليس التخصيص وارداً عليه من [ال]جهة التي أنت ذكرتها أصلاً، وذلك لأنّا نقول: إنّ المراد من العقود تمام العقود إلّا أنّ المقصود وجوب وفاء كلّ شخص بتمام عقوده لا عقود غيره؛ حيث إنّه غير ممكن له، نظير أن يقول المولى: «عاشروا مع النسوان خيراً»؛ فإنّ المراد كلّ شخص مع زوجاته لا زوجات غيره.

الثاني: أن نقول: إذا قال المولى: «أكرم زيداً» فهنا يقولون: إنّ زيداً[1] مطلق فيكون له إطلاق أحوالي يعني أنّ زيداً في كلّ حالة يلاحظ زيداً غيره في حالة أخرى فيكون أفراد زيد بهذا اللحاظ كثيرة، ومقتضى الإطلاق دخول جميع هذه الأفراد في شمول الحكم لها، ثمّ إنّه إذا تعذر الإكرام في حالة من الحالات /٦٠٢/ فيقولون: إنّه ليس لزيد إطلاق من هذه الجهة، وأمّا من سائر الجهات فيكون باقياً على إطلاقه.

ثمّ إنّ المراد بعدم الإطلاق لزيد من هذه الجهة عدم الإطلاق للحكم من هذه الجهة يعني أنّ الحكم لا يشمل له في هذه الحالة.

---

١) في المخطوطة: الزيد.

[الكلام في الإطلاق الأحوالي]

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ العقود لها إطلاق أحوالي، ومقتضى القاعدة شمول الحكم للعقود في تمام حالاتها من غير فرق بين حالة يكون العاقد صبياً وبين حالة يصير بالغاً إلّا أنّ مقتضى حكم العقل عدم الإطلاق للعقد بالنسبة إلى حالة يكون العاقد صبياً لأنّه غير مكلف في تلك الزمان، ومعنى عدم الإطلاق للعقد بالنسبة إلى تلك الزمان عدم شمول «أوفوا بالعقود» له بالنسبة إلى تلك الزمان.

أقول: هذا عين مراد المجيب لا إشكال عليه* لأنّه أيضاً إنّما قال بأنّ الأمر بالوفاء إنّما يتعلق بعد البلوغ بالوفاء بالعقد الذي أوجده /٦٠٣/ قبل البلوغ، فلم يشمل الأمر بالوفاء لهذا العقد في تلك الحال، لكن يشمله بعد البلوغ حيث ارتفع المحذور العقلي. وأنت اعترفت بأنّ كلّ فرد إذا صار شمول الحكم له غير جائز في بعض الحالات فلا يصير ذلك مانعاً من شمول الحكم لهذا الفرد بالنسبة إلى سائر الحالات، وهنا في حال البلوغ شمله الأمر بالوفاء لا في حال صباوة العاقد، فافهم.

الرابع من الأجوبة: ما قد يقال من أنّا نفرض عقداً يكون أحد طرفيه صبياً والآخر بالغاً فهنا لا مانع من شمول «أوفوا» لهذا العقد بالنسبة إلى البالغ فيشمله. ومقتضى ذلك أن يكون العقد صحيحاً بضميمة الإجماع المركب؛ حيث إنّ الإجماع قائم على أنّه إذا وجب الوفاء من طرف البالغ فلابدّ أن يكون أصل العقد صحيحاً حتى ينتقل المال من الصبي إلى البالغ أيضاً، وإذا صحّ العقد الملفق نقول: نحن نصحّح العقد الغير الملفق أيضاً بالإجماع المركب.

وأورد على ذلك من وجهين:

---

*) *ولعلّ مراد المورد أنّ العقود الصادرة من الصبي كانت خارجة أولاً من تحت العموم وليس خروجها عن تحته بعد ذلك تخصيص جديد حتى يرفع بأصالة العموم.*

وفيه أنّ المسلّم تقييد هذه الأفراد أعني خروجها عن تحت العامّ في بعض الأحوال لا خروجها عن تحته رأساً، فراجع ما كتبته في الاستصحاب. (منه قدس سره).

الأول: / ٦٠٤ / أنّ الوفاء أمر واحد يكون قوامه بالطرفين، ولا يقال إذا لم ينقض العهد أحد المتعاهدين: إنّه وفى به، وإذا كان أمر واحد فحينئذ لا يمكن أن يشمل الأمر بالوفاء إلّا بهما معاً، والمفروض أنّ أحدهما غير قابل لتعلّق التكليف به فلا يمكن التعلق بالآخر فقط أيضاً؛ حيث إنّه ليس وفاء.

الثاني: أنّ التكليف بالوفاء يكون مثل التكليف بشيء مركب ارتباطي مثل الصلاة، فيكون تعلق التكليف بكلّ واحد منها مشروطاً بتعلقه بالآخر أيضاً. ومرجع ذلك أيضاً إلى أنّ الوفاء أمر واحد.

أقول: نحن لا نتصور كون ذلك بمثل التكليف بالمركب الارتباطي. ولعلّ المراد أنّه يكون بمثل التكليف المشروط باعتبار أنّ الوفاء إذا كان أمراً واحداً لا يقدر عليه إلّا اثنين، فيكون تعلق التكليف بكلّ واحد منهما مشروطاً بتعلقه بالآخر.

وأجيب عن هذين الإيرادين بأنّا نقول: لا مانع من تعلق التكليف / ٦٠٥ / بالوفاء بالصبي أيضاً. غاية الأمر أنّ وليّه يقوم مقامه في مقام الوفاء.

أقول: لو كان هذا الكلام صحيحاً فهذا يصير بنفسه جواباً عن أصل المناقشة الواردة على الآية ولو كان المتعاقدان صبيين أيضاً.

نعم، نحن نقول: إنّ هذين الإيرادين مرتفعان لكن بوجه آخر، وذلك بأن نقول: قد عرفت أنّ مبنى الإيرادين إلى أنّ الوفاء أمر واحد يكون قوامه بالطرفين، وهذا غير مسلّم لما نرى من أنّه إذا عقد إثنان بعقد ثمّ نقض أحدهما دون الآخر فيقولون: إنّ فلاناً وفى بعقده دون صديقه.

ثمّ إنّه يمكن رفع المناقشة عن الآية بوجه آخر أيضاً، وهو أنّه إذا بنينا على أنّ العقد الفضولي يكون صحّته على طبق القاعدة من باب شمول «أوفوا بالعقود» له فحينئذ نقول: إذا عقد صبيان فضولاً فمقتضى الآية شمولها له، فيكون صحيحاً. وحينئذ نثبت العقد الغير الفضولي أيضاً بالإجماع المركب، وكذلك لو كان الصبيّان وكيلين وقلنا: إنّ عقد الوكيلين عقد الموكلين عند العرف، فتدبر.

وثانيها: قوله تعالى: **﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن**

تراض ﴾[1].

وهذه الآية على فرض دلالتها على صحة التجارة مطلقاً في البالغين وعدم المناقشة فيها من تلك الجهة كما تقدم في باب المعاطاة نقول: إنّه لمّا يكون مشتملاً على الحكم التكليفي وهو غير ثابت في حقّ الصبيان مسلّماً فيكون حالها كحال قوله تعالى: **﴿ أوفوا بالعقود ﴾**[2] مناقشةً وجواباً على ما تقدم.

أقول: إن قلت: إنّ الإشكال في قوله تعالى: **﴿ أوفوا بالعقود ﴾** لم يكن منحصراً بأنّه حكم تكليفي فلا يشمل الصبي وإلّا لكان الجواب الثاني من الأجوبة السابقة كافياً في رفعه من أنّ الحكم التكليفي يكون شاملاً للبالغين بأن يترتبوا الأثر على عقده كأن يشتروا منه المبيع وينفقوا من المبيع على دوابّ الصبي إلى غير ذلك، بل من الإشكالات الواردة هناك هو أنّ الوفاء لا يمكن أن يتحقق بالنسبة إلى غير المتعاقدين، والمفروض أنّ المتعاقدين أيضاً لا يتعلق التكليف بالوفاء بهما لكونهما صبيين، وهذا بخلاف آية **﴿ التجارة عن تراض ﴾**؛ فإنّ وجوب الأكل وإن كان حكماً تكليفياً إلّا أنّ نفس الأكل /٦٠٧/ يمكن أن يتحقق من غير المتعاقدين، وذلك لأنّ الأكل كناية عن التصرفات قطعاً.

وعلى هذا فإذا اشترى الصبيّ شيئاً فيجوز لوليه أن يتصرف فيه كلّ تصرف من البيع والشراء والأكل منه إن كان الصبي ولده والإنفاق على دوابّ الصبي، فكلّ هذه التصرفات يصير جائزاً للولي وغيره لكونه أكلاً للمال بالتجارة عن التراض.

قلت: الظاهر عدم صدق الأكل بالتجارة عن التراض إلّا في حق المتعاقدين كما إذا اشترى شخص شيئاً ويتصرف فيه بأحد أنحاء التصرفات، فيصدق على هذا المشتري أنّه لم يأكل مال الغير إلّا بالتجارة عن تراض.

وأمّا من يأكل هذا المال لأجل قرابته إلى المشتري أو ولايته عليه فهو لا يقال عليه

---

١) النساء: ٢٩.

٢) المائدة: ١.

عرفاً: إنّه أكل مال الغير بالتجارة عن تراض، بل إنّما يقال: إنّه أكل لأجل قرابته إلى الطفل وولايته عليه.

وعلى هذا فصار حال هذه الآية كحال قوله تعالى: ﴿ **أوفوا..** ﴾ اه، في أنّه كما أنّ حقيقة الوفاء بالعقد غير صادق في حقّ غير المتعاقدين ولو رتّبوا آثار الصحة كذلك أكل مال الغير بالتجارة /٦٠٨/ عن تراض لا يصدق حقيقة إلّا لنفس تصرفات البايع والمشتري. وأمّا تصرف غيرهما فإن كان بالشراء أيضاً فيتحقق عنوان التجارة عن تراض ثانياً، فلابدّ أن يكون البائع والمشتري قابلين لتعلق الحكم التكليفي عليهما وإن كان من جهة تحليل البائع له أو بغير ذلك من العناوين. فهنا يكون الأكل بالنسبة إليه لأجل التحليل أو لأجل عنوان آخر من قرابة أو غير ذلك.

والحاصل أنّه: كما [أنه] ليس حقيقة الوفاء صادقاً في حق غير المتبايعين ولو رتّبوا ألف أثر كذلك حقيقة الأكل بالتجارة عن تراض ليس بصادق إلّا في حق تصرفات البائع والمشتري، فيصير حال هذه الآية كحال قوله تعالىﷻ **أوفوا بالعقود** ﴾ إشكالاً وجواباً.

[الكلام في قوله تعالى «أحل الله البيع»]

وثالثها: قوله تعالى: ﴿**أحلّ الله البيع** ﴾[1]. وهذه الآية لا إشكال فيها أصلاً.

أقول: فإنّ البيع موضوع من الموضوعات، والمراد من حليّته إمّا هو حليّة تمام آثاره فحينئذ نقول: إنّ آثار البيع كثيرة لا يختصّ جميعها بالمتبايعين حتى يقال: إذا كان المتبايعان صبيين فليس الحكم بالحلية مجعولاً في حقهما، لأنّ فعلهما من حيث هما /٦٠٩/ صبيّان نظير أفعال الطيور والبهائم وإن كان الولي مأموراً بأن يزجرهما عن القبائح ويأمرهما ببعض الأمور تمريناً، بل كثير من أحكام البيع يكون جارياً في حقّ غيرهما كجواز بيع المبيع عنهما وحليّة أكل الوالدين نفقة من هذا المبيع.. إلى غير ذلك

---

١) البقرة: ٢٧٥.

من الأحكام الكثيرة.

وإمّا أن يكون المراد من الحلية هو صحة البيع لأنّ حلية كلّ شيء بحسبه، فحينئذ يكون الأمر أوضح من عدم الاختصاص بالبالغين.

[الكلام في قوله تعالى «وابتلوا اليتامى»]

ورابعها: قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾[1].

ولا يخفى عليك أنّه نسب إلى العلامة[2] أنّه تمسك بهذه الآية لعدم صحة بيع الصبي. وهذا مبني على أن يكون المراد ابتلاء الصبيان بعد البلوغ تحصيلاً لصفة الرشد فيهم، ولكن نسب إلى الأردبيلي[3] أنّه تمسك بهذه الآية لإثبات صحة البيع منهم.

وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة على ما حكي عن كنز العرفان من أنّه قال: إنّ أبا حنيفة يقول: إنّ المراد من الابتلاء هو الابتلاء بنفس البيع، وهذا يدلّ على صحة عقودهم.

وأمّا المشهور بين الأصحاب أنّ المراد من الابتلاء هو الابتلاء بمقدمات البيع من مباشرة السوم وتعيين القيمة وسائر /٦١٠/ التصرفات الكاشفة عن كونه رشيداً من المقدمات لا نفس البيع والعقد.

هذا، ونحن نقول: أمّا ما حكي من أبي حنيفة من أنّ المراد هو الابتلاء بنفس العقد فباطل قطعاً؛ حيث إنّه لا مدخلية لنفس العقد لتحصيل الاختيار والابتلاء؛ لأنّه لا يكون كاشفاً عن الرشد.

---

١) النساء: ٦.

٢) تذكرة الفقهاء ١١/١٠، اشتراط البلوغ والعقل في المتعاقدين.

٣) مجمع الفائدة ١٥١/٨، اشتراط صدور العقدين من بالغ عاقل مختار مالك أو ما بحكمه.

[مقامان آخران]

نعم، يبقى الكلام في مقامين آخرين:

[نفس العقد داخل في الإبتلاء]

الأول: أنّ نفس العقد أيضاً داخل في الابتلاء كما أنّ مقدمات البيع يكون داخلاً فيه قطعاً أم لا؟

وهنا نقول: إنّ نفس العقد بعد ما قلنا من أنّه لا مدخلية له في حصول الاختيار أصلاً فلا وجه لكونه داخلاً في عموم الابتلاء، فيكون الحق كما ذكره الأصحاب من أنّ المراد هو الابتلاء بمقدمات البيع.

[هل الأمر بالإبتلاء كاشف عن إمضاء العقد؟]

الثاني: أنّه لو قلنا: إنّ نفس العقد يكون داخلاً في عموم الابتلاء فحينئذ يقع الكلام في أنّ الأمر بالابتلاء هل يكون كاشفاً عن إمضاء عقدهم أم لا؟ ومن هذه الجهة أيضاً يكون دلالة الآية محلّ إشكال.

وأمّا الأخبار الدالّة على صحة كلّ معاملة بالخصوص من الصلح والرهن والهبة إلى غير ذلك فكثير منها ليس في مقام بيان أصل تلك المعاملة حتى يجوز أن يتمسك بإطلاقه، بل إنّما يكون وارداً في مقام بيان أحكام تلك المعاملة، وكلّ إطلاق /٦١١/ يكون وارداً مورد حكم آخر غير بيان نفس المعاملة لا يجوز التمسك به لصحة تمام أفراد تلك المعاملة.

أقول: ومن هنا ناقش بعضهم في التمسك بقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «البيّعان بالخيار»[1] لصحة أصل البيع بإطلاقه؛ حيث إنّ هذه الرواية تكون بصدد حكم البيع -

---

١) الكافي ١٧٠/٥، باب الشرط والخيار في البيع، ح ٤ و ٥ و ٦.

وهو الخيار - للبيّعان.

نعم، لو قلنا بجواز التمسك بهذه الرواية لصحة البيع في الموارد المشكوكة أيضاً لا نقول بجواز التمسك به لما نحن فيه، وذلك لأنّ هذه الرواية تدلّ على كون أمر البيع من حيث الإمضاء والفسخ بيد البيّعين، وفيما نحن فيه يكون من المسلّم أنّه ليس أمر شيء بيد الصبي، وإنّما الإشكال في أنّ مجرد عبارته مؤثرة في صحة البيع أم تكون عبارته كعبارة الطوطي مثلاً.

هذا، ومع ذلك يكون في أخبار بعض المعاملات ما يكون له إطلاق يجوز التسمك به.

أقول: وهذا المقدار هنا أيضاً يكفينا كما ادّعي أنّ بعض أخبار الرهن كذلك.

أقول: والظاهر أنّه يكون في أخبار الهبة والصدقة أيضاً ما يجوز التمسك بإطلاقه من هذه الجهة، وأمّا مقايسة ما نحن فيه بما يقولون من جواز وصية الصبي وعتقه وإطلاقه يكون باطلاً؛ حيث إنّا لا نسلّم ثبوت الحكم /٦١٢/ في المقيس عليه، وعلى فرض التسليم يكون القياس باطلاً بعد عدم معلومية المناط.

وأمّا السيرة ففيها إشكالات كثيرة قد تقدم في المعاطاة.

هذا كلّه في الأدلّة الدالة بإطلاقها على صحة عقد الصبي.

[الأدلّة الدالّة على عدم صحة عقد الصبيّ]

وأمّا الأدلّة الدالة على عدم صحة عقد الصبي بعد الأصل وبعض الإجماعات المنقولة ثلاث طوائف من الأخبار.

[الأخبار الدالّة على عدم صحة عقد الصبي على ثلاث طوائف]

ولا يخفى أنّ هذه الأخبار تكون معمولاً بها بين الفقهاء مع استفاضة بعضها أو كلّ واحد من تلك الطوائف، فلا يحتاج إلى التكلم في سندها، بل العمدة هو التكلم في دلالتها فنقول:

أمّا الطائفة الأولى فهي مثل ما في رواية ابن سنان عند السؤال من أنّه متى يجوز أمر اليتيم أنّه عليه السلام قال: «**حتى يبلغ أشدّه**»[١].

وفي رواية أخرى أنّه قال صلّى الله عليه وآله وسلّم: «**والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة**»[٢] ونقل روايات أخرى بهذه المضامين.

ولا يخفى أنّ هذه الأخبار وإن كانت ضعيفة السند إلّا أنّ هذه الأخبار كأخبار الطائفتين الآتيتين تكون معمولاً بها مع أنّ هذه /٦١٣/ الطائفة التي دلّت على أنّه لا يجوز أمر الغلام قبل البلوغ يكون على حدّ الاستفاضة أيضاً.

وأمّا دلالتها على المطلوب أيضاً لا يحتاج إلى التوضيح؛ لوضوح أنّ عدم جواز أمر الصبي عبارة عن عدم إمضائه، وأمر الصبي أيضاً عبارة عن فعله، ومن الأفعال الصادرة عنه هو العقد، فلابدّ أن لا يكون صحيحاً.

وأورد عليه من وجهين:

الأول: أنّ الظاهر أنّ المراد من الأمر هو التصرفات لا مجرد العقد الذي هو لفظ صرف، وكلامنا هنا في مجرد صحة عقده؛ إذ من المعلوم أنّ تصرفاته غير ممضاة. ويشهد على ذلك أنّه ورد في حق العبد أنّه «**كلٌّ على مولاه ولا يقدر على شيء**»، ويكون المراد بنفي القدرة بدلالة الاقتضاء - حيث نرى قدرته على جميع الأفعال في الخارج - نفي آثار القدرة نظير: «**رفع عن أمتي ما لا يعلمون**»[٣] على بعض احتمالاته، ومع ذلك لم يقل أحد أنّ الآية تدلّ على نفي الصحة عن عقد العبد. وقوله عليه السلام: «لا يجوز أمره» ليس من هذه الجهة فوق قوله تعالى: ﴿**لا يقدر على شيء**﴾[٤]، فتأمل جيداً.

---

١) الخصال: ٤٩٥، أبواب ثلاثة عشر، ح ٣.

٢) الكافي ١٩٧/٧، باب حد الغلام والجارية الذين يجب عليهما الحد تاماً، ح ١.

٣) الخصال: ٤١٧، باب التسعة، ح ٩.

٤) النحل: ٧٥ و ٧٦.

الثاني: ما ذكره في المكاسب[1] من أنّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف لأنّ الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة كما يقال: البيع الفضولي غير ماض*، بل هو / ٦١٤ / موقوف. ويشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «**إلّا أن يكون سفيهاً**»** مع أنّ السفيه يكون عقده صحيحاً إذا كان بإذن الولي، فلا دلالة لها على سلب عبارته، وأنّه إذا ساوم وليه متاعه وعين له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً. انتهى.

ولا يخفى عليك أنّه بناءً على الوجه الأول لا تتوقف الصحة على أمر الولي أيضاً بل وكذا على الوجه الثاني أيضاً.

أقول: لا يخفى عليك أنّه إذا باع الصبي وقلنا: إنّ صحته لا تتوقف على إذن الولي ولا على إجازته فيصدق هنا أنّ عمله وتصرفه كان ممضى.

وعلى هذا إن رجع الوجه الأول إلى الثاني فيكون صحيحاً وإلّا يكون باطلاً. وعلى كلّ حال يكون المدار على ما ذكره الشيخ ـ رحمه الله ـ حيث إنّ الوجه الأول إمّا أن يكون باطلاً وإمّا أن يكون راجعاً إلى الوجه الثاني***.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٧/٣، الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي.

*) ***وفيه أنّ ما يقولون من أنّ العقد الفضولي غير ماض إنّما هو في اصطلاح العلماء، وإلّا فالظاهر من عدم المضي هو عدم المضي على سبيل الإطلاق سواء أجازه بعد ذلك أم لا.***

واستثناء الضعيف والسفيه إنّما ورد في خبر يشمل على أنّه إذا بلغ واحتلم يكتب عليه السيئات والحساب، وهو خارج عن محلّ الكلام. (منه قدس سره).

**) الخصال: ٤٩٥، أبواب ثلاثة عشر، ح ٣.

) ***قد عرفت في الحاشية السابقة أنّ الوجه الثاني باطل باعتبار أنّه كان مبنياً على الاعتراف بأنّ معنى «لا يجوز أمره» أنّه لا يصحّ جميع ما يصدر من الصبي، وعلى هذا يمكن تصحيح الوجه الأول حيث إنّه كان مبنياً على أنّ المراد من الأمر هو التصرف، وعلى هذا فإذا لم يكن من الصبي إلّا مجرد إجراء الصيغة فلا مانع من أن يقال: إنّه لا يصدق التصرف على مجرد إجراء الصيغة فلا يدلّ على مسلوبية عبارات الصبي. والشاهد على ذلك أنّه يصحّ عند العرف أن يقال: إنّه لا يجوز تصرفات عمرو في مال زيد، ومع ذلك إذا قال زيد لعمرو «أجر صيغة

وأمّا الطائفة الثانية فهو ما دلّ على رفع القلم عن الصبي مثل قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ»[1]*.

وجه الدلالة أنّه يدلّ على أنّه ليس لشيء من أقواله وأفعاله حكماً، لا تكليفاً ولا وضعاً كما هو مقتضى إطلاق رفع القلم.

وأورد الشيخ[2] ـ رحمه الله ـ عليه / ٦١٥ / بأنّ الظاهر منه أنّ المرفوع هو قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام.

وأجيب عنه بأنّا نسلّم أنّ المرفوع هو قلم المؤاخذة إلّا أنّه نقول: إنّ المؤاخذة أعمّ من المؤاخذة الدنيوية والأخروية كما يقول الشيخ بُعَيد ذلك بمثل ذلك في ذيل حديث «عمد الصبي وخطاؤه واحد». وعلى هذا فإذا كانت المؤاخذة أعمّ من الدنيوية أيضاً فحينئذ نقول: إنّ المؤاخذة الدنيوية عبارة عن السلطنة على الصبي وماله وعرضه.

وعلى هذا نقول: إذا كان عقد الصبي صحيحاً يكون للولي أن يأخذ من مال الصبي لأداء ما جاء في ذمته بالعقد بالإجماع، والمفروض أنّ الرواية دلّت على أنّه ليس مؤاخذة على الصبي بأخذ أمواله، فلابدّ أن يكون عقد الصبي باطلاً حتى لا يلزم

البيع في مالي وبعه بخالد» فأجرى عمرو صيغة البيع، لا يقال عند العرف: إنّ عَمْراً تصرف في شيء.

هذا، ولكنّ الحقّ أنّ هذا الوجه أيضاً فاسد؛ لأنّه إذا أذن الولي للصغير في بيع ما في الدكان مثلاً بيعاً عقدياً أو معاطاتياً ثمّ ذهب الولي فباع الصبي على النحو الذي أمره فيقال عند العرف في حقّ بيع الصبي: إنّه فعله وأمره وتصرّفه، فيبطل بمقتضى الأخبار الدالة على أنّه لا يجوز أمره، فيلحق به صورة كان الولي حاضراً ولم يكن من الصبي إلّا مجرد إجراء صيغة البيع لعدم القول بالفصل. (منه قدس سره).

١) الخصال: ٩٣ - ٩٤، باب الثلاثة، ح ٤٠.

*) ***هذا الخبر كما أشار إليه في حجر الجواهر*** [جواهر الكلام ١٠/٢٦، معنى الحجر وموجباته وحد البلوغ والاختلاف فيه] ***مشهور بين العامة والخاصة يتمسكون بها في الفقه وفي مطاعن الثلاثة في مسألة الإمامة ففي أقوى مرتبة الانجبار. (منه قدس سره).***

٢) كتاب المكاسب ٢٧٨/٣، المناقشة في دلالة حديث رفع القلم.

تسلط أحد على أمواله، فيصير منافياً لما دلّ على رفع قلم مطلق المؤاخذة عنه.

ورُدّ هذا الجواب من وجوه:

الأول: أنّا نفرض الكلام في صورة لم تكن مؤاخذة على الصبي على فرض صحة عقده كما لو صار الصبيان وكيلين في إجراء عقد عن الغير فأجريا صيغة النكاح مثلاً عن الأجنبي، فمثل هذا العقد لو كان /٦١٦/ صحيحاً لم تترتب مؤاخذة على الصبي بوجه من الوجوه.

أقول: كما أن صحة عقد الوكالة أيضاً في هذه الصورد غير موجب لترتب مؤاخذة على الصبي، بل وكذا لو أجريا العقد فضولةً. وإذا لم تترتب المواخذة على الصبي على فرض صحّة عقده في هاتين الصورتين، فلم يشملهما قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «**رفع القلم عن الصبي**» بناءً على ما ذكرنا من أنّ المراد هو رفع المؤاخذة.

وعلى هذا فمقتضى عمومات المعاملات مثل ﴿**أحلّ الله البيع**﴾[1] وغير ذلك أن يكون العقد هنا صحيحاً، وإذا ثبتت صحة عقد الصبي في هاتين الصورتين فتثبت في غير هذه الموارد أيضاً بالإجماع المركب؛ حيث إنّ الإجماع قائم على أنّ الصبي إمّا أن يكون مسلوب العبارة في جميع المقامات وإما أن لا يكون مسلوب العبارة أيضاً في جميع المقامات.

هذا، ولكن فيه أنّ الأمر بالعكس؛ إذ نحن نقول: إنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم..» اه، يدلّ على بطلان عقد الصبي فيما إذا كان عقد الصبي على فرض صحته موجباً لأن يتسلط الولي على أمواله.

وعلى هذا فإذا أثبتنا بطلان عقده في هذه الصورة /٦١٧/ فيثبت البطلان في صورة لم تكن المؤاخذة على الصبي على فرض صحة عقده بالإجماع المركب.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم..» اه، بضميمة الإجماع المركب يكون معارضاً مع العمومات وذلك لأنّه إذا ثبت عدم الفصل بين

---

١) البقرة: ٢٧٥.

مسألتين* فيصير حال هاتين المسألتين كحال اللازم والملزوم في أنّ الدليل على أحدهما دليل على الآخر، ولذا تقع المعارضة بين دليلين دلّ أحدهما على ثبوت اللازم والآخر على نفي الملزوم.

وعلى هذا فنحن نقول: بعد العلم بأنّ صحة عقد الصبي في مورد يكون ملازماً مع صحته في غير ذاك المورد كما أنّ بطلان عقده في مورد يكون ملازماً مع بطلان عقده في سائر الموارد فحينئذ يكون حال الدليلين اللذين دلّ أحدهما على بطلان عقد الصبي في مورد والآخر على بطلانه في مورد آخر كحال الدليلين اللذين دلّ أحدهما على بطلان عقد الصبي مطلقاً، والآخر على صحة عقده مطلقاً؛ إذ الدليل على اللازم دليل على الملزوم. وإذا ثبتت المعارضة بين قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم عن الصبي..» اه، وبين العمومات فحينئذ نقول: إنّ النسبة بينهما وإن كانت عموماً من وجه ومن هذه الجهة ليس أحدهما مقدماً على الآخر إلّا أنّا نقول: إنّ قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم» يكون لسانه لسان الحكومة /٦١٨/ فتتمّ دلالة قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم» على بطلان العقد الصادر عن الصبي.

الثاني: أنّه قد يقال: إنّا نقدّر المؤاخذة الأخروية لا الدنيوية، وذلك لأنّ الألف واللام في «القلم» يمكن أن يكون للعهد، وليس ذلك بمجاز أيضاً؛ إذ الألف واللام إنّما تدلّ على الإشارة إلى المدخول، والفرض أنّ المدخول من حيث هو يمكن أن يكون المراد منه هو العموم والإطلاق، ويمكن أن يكون المراد هو القلم المعهود.

نعم، مقتضى القاعدة الأولية إذا لم تثبت العهدية أن يحمل على العموم والإطلاق** إلّا أنّه لو كان الحمل على العموم والإطلاق فيه محظور فهنا يحمل على العهدية، وفيما نحن فيه يكون المانع من الحمل على الإطلاق موجوداً، وهو أنّه لو حمل على الإطلاق فيرد عليه التخصيص أو التقييد بخلاف ما لو حمل على العهدية.

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

**) *إطلاق القلم غير نافع في صورة كان الشك فيما يكتبه القلم من المؤاخذة الأخروية أو الأعمّ إلّا أن يقال: إنّ تعدّد المكتوب يوجب تعدّد العلم. (منه قدس سره).*

وعلى هذا نقول: إذا دار الأمر بين التخصيص والتخصّص يكون التخصيص أولى.

وسيأتي ردّ ذلك في حديث «عمد الصبي وخطأه واحد»[١] إن شاء الله.

[كيف يردّ التقييد والتخصيص لو لم يحمل على العهدية؟]

بقي الكلام في بيان أنّه كيف يردّ التقييد والتخصيص لو لم يحمل على العهدية؟ /٦١٩/ فنقول: لو كان المرفوع بحديث رفع القلم مطلق المؤاخذة الدنيوية كانت أو الأخروية وكان المراد من المؤاخذة الدنيوية هو ثبوت السلطنة على مال الصبي لشخص من الأشخاص فحينئذ لابدّ أن يقيّد هذا الإطلاق بموارد:

منها نفقة الأبوين؛ حيث يؤخذ من مال الصبي.

ومنها سلطنة الولي على أداء ديونه من ماله.

ومنها الخمس؛ فإنّه يتعلق بمال الصبي في بعض الأشياء التي يتعلق بها الخمس.

ومنها تدارك إتلافاته. ونمنع كون إتلافاته موجباً للضمان وإن كان خلاف المشهور.

وأجيب عن ذلك بأنّ في غير الخمس يمكن أن يقال: إنّه ليس تقييد لما دلّ على رفع المؤاخذة مطلقاً عن الصبي. وذلك لأنّ النفقة على الأبوين نفقة على نفسه مثلاً لقوله عليه السلام: «**أنت ومالك لأبيك**»[٢].

نعم، بالنسبة إلى الخمس لا يمكن التوجيه، بل لابدّ من أن نلتزم بالتقييد إلّا أنّه نقول: إنّ مثل هذا التقييد اليسير غير مضرّ ولا يوجب ذلك لأن يقال: إنّ التقييد أولى من التقيّد فنحمل القلم على العهد.

وعلى هذا يتمّ دلالة قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم..» اه، على بطلان العقود الصادرة عن الصبي.

أقول: لا يخفى أنّ الوجه الذي يذكرونه لكون التقيّد أولى من التقييد غير فارق بين

---

١) تهذيب الأحكام ٢٣٣/١٠، باب ضمان النفوس وغيرها، ح ٥٣.

٢) الكافي ١٣٥/٥، باب الرجل يأخذ من مال ولده والولد يأخذ من مال أبيه، ح ٣ و ٥ و ٦.

التقييد الكثير والقليل.

هذا، مع /٦٣٠/ أنّ التوجيه الذي يذكر لعدم أداء الديون منشأ لثبوت المؤاخذة على مال الصبي لو تمّ فلابدّ أن يكون مقتضاه صحة العقد الصادر عن الصبي، وأن يكون أخذ الثمن الذي جاء على ذمته بالعقد إذا أخذه المولى من ماله لم يكن مؤاخذة من الصبي، فلم يكن مرفوعاً بقوله صلّى الله عليه وآله: «رفع القلم»؛ إذ لا فرق بين أداء الديون عن الصبي فيما إذا جاء الدين على ذمته بعقد من العقود أو بغير ذلك.

وأمّا لو كان العقد متعلقاً بعين من أعيان مال الصبي فتصير تلك العين مال المشتري، فإذا أخذه الولي وأعطاه لم يلزم أن يكون متصرفاً في مال الصبي.

وممّا ذكرنا ظهر عدم جواز التمسك بحديث الرفع هنا على كلّ حال.

مع أنّه لو دلّ على بطلان عقود الصبي فلابدّ أن يدلّ على بطلان عقود الولي للصبي أيضاً، وارتكاب التقييد هنا أعظم من سائر التقييدات.

الثالث: أنّه قد يقال: لا وجه لأن تقدّر مطلق المؤاخذة الدنيوية كانت أو الأخروية، وذلك لأنّه ليس في البين لفظ المؤاخذة حتى يؤخذ بإطلاقه، بل إنّما يقدّر المؤاخذة بدلالة الاقتضاء؛ حيث إنّ الرفع لا يتعلق بنفس القلم. وإذا كان التقدير من باب الضرورة لدلالة الاقتضاء /٦٢١/ فنقول: إن الضرورة تتقدّر بقدرها، والذي يوجب رفع الضرورة هو تقدير المؤاخذة الأخروية مع أنّها القدر المتيقن فلابدّ أن يقتصر بها.

إن قلت: سيأتي من الشيخ[1] في حديث «عمد الصبي» خطاء أنه يتمسك في الحديث بأنّه رفع القلم عن الصبي، ويقول الشيخ في ذيله: إنّ رفع القصاص أو الدية لا يستقيم إلّا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة شرعاً عنها من حيث العقوبة الدنيوية والأخروية.

وعلى هذا، فهذا يكون دليلاً على أنّ المؤاخذة المرفوعة أعمّ من المؤاخذة الأخروية والمؤاخذة الدنيوية.

---

١) كتاب المكاسب ٢٨٣/٣، استظهار البطلان من حديث رفع القلم.

قلت: غاية الأمر أنّ مثل هذه الرواية يكون شاهداً على أنّ مثل الدية والقصاص من المؤاخذات الدنيوية أيضاً يكون مرفوعاً، و لا يدلّ على ارتفاع مطلق المؤاخذات الدنيوية؛ إذ مؤاخذة الصبي بالقصاص أو بأخذ الدية عنه وإن كانا دنياويّين إلّا أنّهما ليسا من سنخ أخذ الولي ماله لأن يعطيه إلى المشتري بأداء الثمن الذي يأخذه منه.

وعلى هذا نقول: إنّه بعد ثبوت ارتفاع المؤاخذة الدنيوية أيضاً في الجملة عن الصبي نقول: إنّ الضرورة بعد ذلك أيضاً تتقدر /٦٢٢/ بقدرها*.

أقول: لا يخفى أنّ الرفع ضد الوضع، والوضع يطلق في موارد يكون هناك ثقل في الموضوع.

وعلى هذا فلابدّ أن يكون الرفع فيما نحن فيه رفعاً لشيء يكون ثبوته ثقلاً على الصبي بوجه، وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ القلم قَلَمان: قلم كتب الأحكام في اللوح في أوّل الأمر وقلم يكتب الحسنات والسيئات فعلاً، والكاتب هو الرقيب والعتيد.

ثم لا يخفى أنّ مجرد مقتضى الثبوت في كلا المقامين يكفي في صدق الرفع وإن لم يكن حقيقة الرفع موجوداً في شيء من الموارد.

[عبادات الصبي مشروعة لو كان المرفوع خصوص القلم]

ثمّ لا يخفى أنّه لو كان المرفوع هو خصوص القلم الذي يكتب به السيئات فتصير عبادات الصبي شرعية حيث إنّ المناط في الصحة كون الأحكام مجعولة في حقه وهي ثابتة بمقتضى إطلاق أدلتها.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة لأنّه رفع للشيء الثقيل.

هذا، ولكنّ فيه أنّ أصل جعل الأحكام لو فرضنا ترتّب ثقل عليه ولو بألف واسطة يكون استعمال الرفع والوضع فيه مناسباً، ولا يصير هذا بمثل الأصل المثبت؛ لأنّ

---

*) ***هذا، مع أنّ فيما ذكره الشيخ إشكال حيث إنّه يمكن أن يقال: إنّ رفع القصاص والدية ليس داخلاً في قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع القلم» وإنّما يذكره في آخر الرواية السابقة من جهة التنظير لا من جهة كونه علة، فتأمل. (منه قدس سره).***

صيرورته بمثل الأصل المثبت إنّما هو /٦٢٣/ فرع أن لايكون نفس متعلق الرفع قابلاً للرفع والوضع إلّا باعتبار آثاره، وفرع أن لا يكون للمتعلق آثار شرعية بل يكون له آثار عقلية أو عادية ويترتب على الآثار العقلية أو العادية آثار شرعية.

وليس ما نحن فيه من هذا القبيل حيث أن تعلق الرفع هنا بنفسه قابل للرفع حيث إنّه الحكم الشرعي، وإنّما صيّرنا محتاجين إلى أن نقول: إنّ هذا الحكم لابدّ وأن يترتب عليه ثقل ولو بألف واسطة من جهة إصلاح مناسبة مادة لفظ الرفع حيث إنّ ضدّه الوضع، والوضع يطلق غالباً على إثبات ما فيه ثقل ولو بألف واسطة.

[شرعية عبادات الصبيّ تمسّكاً بالإطلاقات]

وممّا ذكرنا ظهر عدم تعيّن تقدير قلم المؤاخذة إلّا أنّه مع ذلك نقول بشرعية عبادات الصبي لو كان مع قطع النظر عن قوله عليه السلام: «رفع القلم..» اه، لنا دليل على صحة عباداته كالإطلاقات لو قلنا بجواز التمسك بها، وذلك لأنّ القلم* غاية الأمر أنّه يكون مجملاً من أنّه قلم المؤاخذة أو قلم جعل الأحكام، فيصير القدر المتيقن ما يكون دائرته أضيق وهو قلم المؤاخذة.

---

*) ***لأنّ إرادة القلمين يحتاج إلى تعدد النظر الخارجي الذي هو غير جائز؛ لأنّ كلّ واحد منهما نوع من القلم لا فرد له، فتدبر وراجع إلى ما كتبناه في عدم جواز إرادة قاعدة اليقين والاستصحاب من قوله عليه السلام: «لا تنقض..» اه***، [تهذيب الأحكام ١/٤٢١ - ٤٢٢، باب تطهير البدن والثياب من النجاسات، ح ٨] ***مع أنّه لقائل أن يقول: لو كان المرفوع المؤاخذة فيقتضي ذلك رفع الوجوب والحرمة ولو كان المرفوع قلم الأحكام، فلا يناسب استعمال لفظ الرفع إلّا في الوجوب والحرمة من الأحكام، ففي كلّ حال لا وجوب ولا حرمة عليه بوجه وإن يتعلق حكم آخر عليه، فلا ينفيه حديث رفع القلم لو كان عليه دليل. (منه قدس سره)***.

[إشكالان آخران للشيخ على حديث رفع القلم]

ثمّ إنّ للشيخ[1] ـ رحمه الله ـ إشكالين آخرين على حديث رفع القلم*:

أحدهما: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصّةً /٦٢٤/ بالبالغين ولذا يكون جنابته سبباً لوجوب الغسل بعد البلوغ، وإتلافه موجباً للضمان على المشهور. فأيّ مانع من أن يكون عقده أيضاً سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ أو على الولي؟

وأورد على ذلك بأنّه كما اشتهر أنّ الأحكام الوضعية ليست بمختصة بالبالغين كذلك قد اشتهر أنّ عقد الصبي باطل وأنّ البلوغ شرط**.

---

١) كتاب المكاسب ٢٧٨/٣، باب المناقشة في دلالة حديث رفع القلم.

*) ***رفع المؤاخذة مع بقاء منشأ المؤاخذة التي مرجعها إلى العقد اللازم لا يناسب استعمال لفظ الرفع.***

كيف والوضع الذي ضدّ الرفع استعماله ليس في مجرد المؤاخذة، بل في وضع حكم تكليفي ووضعي ينجرّ إلى المؤاخذة، ولو كان المراد من رفع المؤاخذة منشأ المؤاخذة فمعنى ذلك أنّ المرفوع نفس الحكم كما أنّه المناسب لذكر «رُفِعَ» بلفظ الماضي. وأمّا عدم المؤاخذة ففي الزمان المستقبل.

وعلى ما ذكرنا: أمّا الوجوب والحرمة على الصبي أو الأعمّ منه ومن كلّ حكم وضعي ترتب عليه حكم تكليفي عليه كما هو مقتضى إطلاق «رفع ما على الصبي» أو بل الأعمّ من ذلك ومن حكم وضعي أو تكليفي لغير الصبي ممّا يكون ضرر على الصبي فإنّ استعمال لفظ الرفع فيه أيضاً مناسب، وعليه فشرعية عبادات الصبي في غير ما يكون فيه إلزام على الصبي من أدلّة العبادات لو كانت نفس الأدلّة شاملة للصبي فمقتضى شرعية عباداته لا يرفعه حديث رفع القلم، بل فيما فيه إلزام كالعبادات الواجبة لا يرفع حديث رفع القلم إلّا إلزام فيه، فعدم شرعية عباداته فيها إمّا مبني على أنّ الجنس لا يبقى بعد ارتفاع الفصل أو مبني على دعوى منع شمول أدلّة العبادات له مع قطع النظر عن حديث الرفع. (منه قدس سره).

) ***الجنابة لو قلنا بأنّها منتزعة من الحكم بوجوب الغسل بعد البلوغ وغير ذلك من الأحكام التكليفية وكذلك لو قلنا: إن الجنابة من الأمور الواقعية كما أنّ المصنف في القول الحادي عشر في مسألة الاستصحاب يرجّح أنّ الطهارة والنجاسة من الأمور الواقعية لا الأحكام الوضعية.*

الثاني: أنّه يسلّم أنّ المرفوع بحديث رفع القلم هو مطلق الأحكام وضعية كانت أو تكليفية إلّا أنّه يقول: لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

وأورد على ذلك بأنّا نسلّم من أنّه لا مانع من أن يكون فعل غير البالغ موضوعاً للحكم المجعول في حق البالغين إلّا أنّه أيّ دليل على أنّ فعله صار موضوعاً لحكم البالغين فيما نحن فيه؟

وأجيب عن ذلك بأنّه لعلّ الشيخ أثبت أولاً دلالة العمومات والإطلاقات على صحة عقد الصبي، ويكون هنا بصدد رفع المانع*.

أقول: لا يخفى عليك أنّه بعد تسليم أنّ حديث الرفع يكون شاملاً للأحكام الوضعية أيضاً كما هو ظاهر كلامه فنقول: إنّ / ٦٢٥ / من جملة الأحكام الوضعية التي

وأمّا الضمان لو قلنا: إنّه من الأحكام الوضعية فنقول: إنّ المساق من حديث رفع القلم أنّ الرفع منّة على نوع [الأمّة]، وليس في رفع الضمان عن المتلف وشبهه منّة على نوع الأمة بل كذلك رفع الصحة عن معاملات الصبي ليس منة على الأمة، ومنة مثلنا لما يشمله حديث رفع القلم من عقود الصبي بعقد نكاحه لنفسه ممّا ترتب عليه ثقل ولا حسن له فيه في حال الصلاة. وأمّا معاملاته فيجوز منع ترتب ثقل عليه أيضاً. وتقدّم أنّ هذا لابدّ منه في صدق لفظ الرفع. (منه قدس سره).

*) *وعلى هذا أيضاً يقع التعارض بين العمومات وحديث رفع القلم بلحاظ عدم القول بالفصل في الآثار المترتبة على عقد الصبي بين أن يكون في حقه أو في حق غيره، وقد عرفت أنّ حديث الرفع مقدّم سواء قلنا بأنّ لسانه الحكومة أم قلنا بتقدمه بلحاظ أنّ الأمر دائر بين تقدّم سائر الأدلّة عليه، فيبقى حديث الرفع بلا مورد؛ لأنّ مورده ما يكون فيه مقتضى ثبوت الأحكام، وكلّما كان كذلك يشمله سائر الأدلّة، وبين تقديم بعض من الأدلّة عليه دون بعض، وهو ترجيح بلا مرجح إذ نسبة حديث الرفع إلى تمام الأدلّة على حدّ سواء.*

فتعيّن تقدم حديث الرفع مع أنّه يجوز أن يقال: إنّ مثل حديث الرفع ولو لم يكن لسان الحكومة إلّا أنّ العرف يعاملون مع أمثال ذلك معاملة الحاكم والمحكوم كما أشرنا إلى سرّ ذلك في أوائل التعادل والتراجيح. (منه قدس سره).

رفعت عن الصبي هو كون عقده سبباً للنقل مثلاً، فبعد تسليم رفع الأحكام الوضعية لايبقى مجال لأن يقال: لا مانع من كون فعله موضوعاً لحكم البالغين.

نعم، بناءً على كون المرفوع أعمّ من الوضع والتكليف نحن لا نضايق من أن نقول: إنّ فعل الصبي لا مانع من كونه موضوعاً لحكم غيره إلّا أنّه لا نقول بذلك إلّا في مورد يكون ذلك الحكم موضوعاً لحكم البالغ ولو صدر من حيوان أيضاً. ولعلّ مراد الشيخ من تسليم كون الأحكام الوضعية مرفوعةً عن الصبي هو الأحكام الوضعية الثابتة في حق الصبي أيضاً وإن لم يترتب عليه حكم تلكيفي عليه، فافهم*.

[الكلام في الطائفة الثالثة من الأخبار]

الطائفة الثالثة من الأخبار:

ما ورد في الأخبار المستفيضة من أنّ «**عمد الصبي وخطاه واحد**»[1].

ثمّ إنّه على ما نقل هذه الأخبار كثيرة، ولكنّ واحداً منها ليس مسبوقاً بذكر الجناية وارداً في مورد الجناية بخلاف سائر هذه الأخبار، فإنّ كلّها يكون مسبوقاً بذكر الجناية وارداً في مورد الجنايات.

ويستدلّ بالخبر الذي لا يكون مسبوقاً بذكر الجناية ويكون مطلقاً بعد تسليم أنّ

---

*) ***والحاصل أنّه من الجائز أن يكون مراد المصنف من اعترافه برفع الأحكام الوضعية عن الصبي كلّ حكم وضعي يترتب عليه حكم تكليفي ثقيل على الصبي ولو بألف واسطة أو طول زمان كما تقدّم أنّا قلنا: إنّ مقتضى حديث رفع القلم ذلك لعقد الصبي المتعلق بنفسه كنكاح زوجةٍ لنفسه، وأمّا كلّ حكم وضعي لا يترتب عليه تكليف على نفسه كنكاحه بين الأجنبيين عن نفسه ممّا لا يترتب عليه إلّا تكليف على غيره فلم ينكره. وهذا مورد النقض.***

وعليه نقول - ممّا تقدم منّا من أنّه بعد ما علمنا من عدم القول بالفصل -: إنّه لا فرق بين عقده لنفسه وبين عقده لغيره مع أنّ مقتضى العمومات صحة عقده لغيره ومقتضى حديث رفع القلم عدم صحة عقده لنفسه فحينئذ يقع التعارض بين العمومات وحديث رفع القلم، وتقدّم أنّ حديث رفع القلم مقدّم. (منه قدس سره).

١) تهذيب الأحكام ٢٣٣/١٠، باب ضمان النفوس وغيرها، ح ٥٣.

سائر الأخبار تختص /٦٢٦/ بباب الجنايات بأنّ اختصاص سائر الأخبار بباب الجنايات لا يصير منشأ لتقييد الخبر الذي يكون فيه إطلاق، وذلك لأنّ حمل المطلق على المقيد إنّما هو مختص بالأحكام التكليفية كما لو قال: «إذا ظاهرت فاعتق رقبة»، وفي مقام آخر قال: «إذا ظاهرت فاعتق رقبة مؤمنة»، فإنّهم هنا يقولون: إنّه يجب عليه عتق رقبة مؤمنة، وهذا بخلاف الأحكام الوضعية كما لو دلّ خبر على أنّ البيع صحيح وخبر آخر على أنّ المعاملة صحيحة، فلا يحمل المطلق على المقيد هنا لعدم التنافي بين أن يكون البيع صحيحاً وبين أن يكون مطلق المعاملات أيضاً صحيحة. وما نحن فيه من هذا القبيل فإنّ كون عمد الصبي خطأ في باب الجنايات لا ينافي مع كون عمده خطأ مطلقاً.

أقول: إن قلت: إذا كان المطلق والمقيد في الأحكام التكليفية أيضاً ليس تناف بينهما.

قلت: إنّ التنافي هناك يحدث بسبب ضمّ مقدمة خارجية وهو الإجماع على اتّحاد التكليف وأنّه لم يجب على المكلف عتق عبدين وحينئذٍ يكون عتق المؤمنة موجباً للعمل بكلا الدليلين بخلاف العكس. ومن هنا لا نقول بحمل المطلق على المقيد في المستحبّات، كما لو دلّ دليل على استحباب /٦٢٧/ صلاة ولم يقيدها بالقنوت، ودليل آخر يكون فيه هذا التقييد.

والسرّ في ذلك أنّه لا دليل على اتّحاد المستصحب الواقعي حتى نحمل المطلق على المقيد.

وقد يستدلّ على المطلوب بالأخبار التي ورد قوله عليه السلام: «عمد الصبي خطأ» مسبوقاً بذكر الجنايات أيضاً، وذلك لأن قوله عليه السلام: «عمد الصبي خطأ» مطلق بنفسه، والمورد ليس مخصصاً والعبرة بعموم اللفظ، لا بخصوص المحل.

وأجيب عن كلا القسمين من الأخبار بوجوه ثلاثة:

الأول: أن نقول: إنّ ما ذكرت من أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص المحل وصحّت بذلك التمسك لما نحن فيه بما ورد من الأخبار من أنّ عمد الصبي خطأ أو

يكون مسبوقاً بذكر الجنايات، ففي غير محلّه؛ لأنّ هذا الكلام إنّما يكون جارياً في العمومات، لا في المطلقات.

أمّا جريانه في العمومات من باب أنّ دلالتها على العموم يكون بالوضع، وعلى هذا فظاهر أنّ المورد ليس قرينة على المجاز لعدم التنافي بين كون اللفظ عاماً وارداً في خصوص هذا المورد من باب أنّه أحد أفراد العام وأمّا عدم جريانه في المطلقات فلأجل أنّ الإطلاق لها إنّما لابدّ من أن يثبت بمقدمات الحكمة بناء على التحقيق من كون الألفاظ المطلقة موضوعة للطبيعة المهملة.

وعلى هذا /٦٢٨/ فنقول: إنّ المطلق إذا ورد في مورد خاص لا يمكن إثبات الإطلاق له لغير تلك المورد بمقدمات الحكمة. وذلك لأنّ من المقدمات أن لا يكون في البين ما يصحّ اتّكال المتكلم به في مقام تعيين مراده.

وأمّا إذا كان في البين ما يصحّ اتّكاله به فلا يحكم العقل بالإطلاق لسقوط بعض المقدمات من البين. وعلى هذا نقول: إنّه لا مانع في اتّكال المتكلم بخصوصية المحل لبيان المراد من المطلق الذي ذكره.

وأمّا التمسك لما نحن فيه بما ورد مطلقاً من أنّ «عمد الصبي خطأ» من غير أن يكون مسبوقاً بباب الجنايات أيضاً ليس له وجه بعد ما أثبتنا من اختصاص الأخبار الواردة في باب الجنايات بباب الجنايات.

[قاعدتان متعاكستان]

وتوضيح ذلك يتوقف على ذكر مقدمة وهو: أنّ لنا قاعدتين متعاكستين:

[إذا تكررت المطلقات ثم ورد مقيّد واحد لا تقيّد المقدمات]

الأولى: أنّه إذا تكرّرت المطلقات كثيراً ثمّ ورد بعد ذلك مقيّد واحد مثلاً، فهنا لا يقيّد تلك المقدمات بهذا المقيد وكذلك الحال في العام والخاص.

والسرّ في ذلك أنّ تقييد المطلق دون التصرف في المقيد إنّما هو لأجل أقوائية دلالة

المقيد، ونحن إذا فرضنا تكرّر المطلق كثيراً، فحينئذ نقول: إنّه بسبب التكرر يحصل له قوّة الدلالة، فحينئذ يصير سائر /٦٢٩/ التصرفات في المقيد أولىٰ من تقييد هذه المطلقات.

ثمّ إنّ المثال لهذه القاعدة - على ما نُقل - هو أنّ مقتضى الإطلاقات الصادرة من زمان النبي صلى الله عليه وآله إلى زمان الكاظم عليه السلام كون عرق الجنب من الحرام طاهراً ويجوز الصلاة فيه، إلّا أنّه وردت عن الكاظم عليه السلام روايتان تدلان على عدم جواز الصلاة فيه، ولذا أفتىٰ كثير من العلماء بأنّه نجس. ونحن نقول بمقتضى القاعدة التي ذكرناه من أنّه لابدّ أن يتصرف في هاتين الروايتين.

نعم؛ نقول بعدم جواز الصلاة فيه وأنّ عرق الجنب من الحرام يكون بمثل جلد غير مأكول اللحم في عدم جواز الصلاة فيه تعبداً بالنص؛ ولكن نقول بطهارته إمّا لأنّ هاتين الروايتين ليس فيهما دلالة على نجاسة ذلك العرق، وإمّا لأجل ما ذكرنا من القاعدة؛ إذ كيف يجوز أن يكون هذا العرق نجساً ولم ينسوها في هذه المدة الكثيرة الموجبة لمفاسد كثيرة؛ حيث إنّ لباسه يصير نجساً وهو يوجب تنجس سائر الناس منه.

أقول: فيه: أنّ هذه القاعدة لم تصر منشأ للحكم بالطهارة، بل المبعّدات الخارجية صارت موهنة لهاتين الروايتين.

[عدم الإعتماد على القاعدة في باب المطلقات]

ثمّ لا يخفى عليك أنّ هذه القاعدة في باب العمومات لا مانع من الاعتماد عليها.

وأمّا في باب المطلقات إذا كان الإطلاق /٦٣٠/ لتمام المطلقات ثابتة ولم يكن شيء منها وارداً مورد حكم آخر ولم يكن أفراد المطلق في غاية الكثرة «مثل أحلّت لكم الطيبات» فهنا لا مانع من الأخذ بهذه القاعدة في باب المطلقات أيضاً.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ في خصوص المذكور لابدّ أن يعمل على طبق المقيد؛ لأنّ المطلقات الواردة في هذا الباب كلّها يكون واردة مورد حكم آخر إلّا مثل قوله عليه السلام:

«كلّ شيء طاهر»[1]، وهذا المطلق أيضاً لمّا يكون أفراده في غاية الكثرة، فلا يصير مانعاً من الأخذ بالمقيّد.

[قد يوجد لخبرٍ موهناتٍ يُسقطها عن الإعتبار]

نعم؛ هنا قاعدة أخرى، وهو أنّه قد يوجد لخبرٍ موهنات يسقطها عن الاعتبار ويمكن أن يقال: إنّ هاتين الروايتين من هذا القبيل، إلّا أن يقال: إنّ كثيراً من الأحكام إنّما منشأ ابتدائها من زمان الصادقين عليهما السلام، فلو كان ذلك موهناً، فلابدّ أن يكون موهناً لجميع ما يكون من هذا القبيل من الأخبار.

هذا؛ مع أنّه لا دليل على أنّ تمام الأخبار نقل إلينا حتى نعيّن أنّ الحكم الفلاني كان ابتداء صدوره من الزمان الفلاني.

نعم؛ كلّ مورد ثبت به المطلب فلابدّ أن نقول: إنّ ذلك نسخ لما سبقه من العموم وأنّ النبي صلى الله عليه وآله أخبر الإمامَ من هذا الحكم يكون ثابتاً إلى الزمان الفلاني /٦٣١/ والإمام عليه السلام أخبر عن أمد الحكم.

ثمّ إنّه في خصوص ما نحن فيه قد عرفت أنّ الروايتين لا تدلان على النجاسة وإن دلّ على عدم جواز الصلاة في العرق، ونحن نأخذ بمقتضاهما.

[كثرة تكرّر المقيدات يوجب لانصراف المطلق إلى الأفراد المقيّدة]

الثانية: أنّه إذا تكرر[ت] المقيدات في غاية الكثرة وكان في البين أيضاً مطلق، فكثرة تكرّر المقيدات يوجب لانصراف هذا المطلق أيضاً إلى الأفراد المقيدة، وفيما نحن فيه نُقل أنّ الأخبار الواردة في باب الجنايات يكون قريباً من خمسين وليس فيها مطلق إلّا خبر واحد.

وعلى هذا نقول: إنّ كثرة الأخبار المقيدة يوجب لانصراف ذلك الخبر المطلق أيضاً

---

١) بحار الأنوار ٥٠٥/٦٣، باب الثالث، ح ٦.

إلى باب الجنايات.

أقول: إن قلت: إنّ الأخبار المقيدة لم يكن في الحقيقة مقيدة بل إنّما حملناها على خصوص الجنايات من باب الأخذ بالقدر المتيقن حيث إنّا لم نتمكن من إثبات الإطلاق من باب عدم جريان تمام مقدمات الحكمة المثبتة للإطلاق.

قلت: هذا المقدار من الكثرة التي نقل، لو كان صحيحاً، يوجب وهناً كثيراً في المطلق بحيث لا يركنون العقلاء بعد ذلك بإطلاقه وكأنّه /٦٣٢/ يصير هذا المقدار من التكرر موجباً للمعهودية*.

الثاني من الإشكالات الواردة على الرواية ما قد يقال من أنّه: لو حملنا هذه الأخبار على أنّ مطلق العمد الصادر من الصبي يكون بمثل الخطأ في أنّه لا يترتب عليه الآثار المترتبة على الفعل العمدي الاختياري، فلابدّ من أن يرتكب التقييد في هذه المطلقات، بخلاف ما لو حملناها على خصوص باب الجنايات**، وإذا دار الأمر بين التقييد والتقيّد، فالتقيّد أولىٰ.

إن قلت: إذا دار الأمر بين التخصيص والتخصص، فهنا نسلّم أنّ التخصص أولىٰ***.

---

*) *فيوجب الإنصراف أويمنع من جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق. ثمّ هذه الأخبار المشار إليها ليس كلّها في الصبي؛ لكن عنوان أنّ العمد خطأ كثير في باب الجنايات ولو في غير الصبي.*

نعم؛ رأينا في خصوص الصبي خمسة أو ستّة ظاهراً في آخر ديات الوسائل [وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، باب حكم عمد المعتوه والمجنون والصبي والسكران، ح ٢] *وفي أوائل القصاص* [وسائل الشيعة ٨٩/٢٩، باب حكم ما لو اشترك صبي وامرأة]. *(منه قدس سره).*

**) *أقول: التقييد المسلم بعد لم نتحققه هنا حتى نطول الكلام بصحة هذا الوجه وسقمه. (منه قدس سره).*

***) *لا يخفى عليك أنّه ذكرنا بعض الكلمات في وجه تقدّم التخصص على التخصيص في الأدلّة العقلية عند التمسك بالأدلة اللفظية لإثبات الملازمة؛ فراجع. فإنّ ما ذكرته هناك رافع لبعض الأمراض. (منه قدس سره).*

وذلك لأنّ التخصيص مجاز، بخلاف التخصص مثلاً في مثل ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ لمّا كان لفظ «العقود» قابلاً لأن يراد به جميع الأفراد وبعض منها والألف واللام أيضاً يكون للإشارة إلى المدخول، من غير فرق بين أن يكون المدخول هو البعض أو الكلّ، وعلى هذا فإرادة بعض العقود الخاصة ليس بمجاز.

أقول: إن قلت: فلأيّ وجه تحمله على العموم؟

قلت: لأنّ /٦٣٣/ إرادة بعض المعهود من الأفراد يحتاج إلى قرينة دالة عليه وعدم مثل هذه القرينة يصير منشأ للعموم. وعلى هذا، فلو يلزم التخصيص في ما لو لم نحمله على العهدية فحينئذ نقول: إنّ أصالة عدم التخصيص يكون من الأصول اللفظية وتكون معتبرة ويكون مقدماً على كلّ أصل عدمي يكون في مقابله، نظير أصالة عدم كون البعض المعهود مراداً، ونظير أصالة عدم ذكر قرينة على البعض بالخصوص.

نعم؛ في كلّ مورد يكون العامّ بنفسه موضوعاً للعموم بحيث كان حمله على العهد مجازاً فيصير الأمر دائراً بين المجاز والتخصيص، وهُنا يكون التخصيص أولىٰ من المجاز.

وهذا بخلاف ما لو دار الأمر بين التقييد والتقيد؛ فإنّ هنا لا نسلّم كون التقيّد أولىٰ، كما فيما نحن فيه؛ حيث إنّه بعد ما قلنا من أنّ الإطلاق إنّما يكون بمقدمات الحكمة، فحينئذ أصالة الإطلاق ليس من الأصول اللفظية حتىٰ يُرفع به سائر الأصول العدمية.

/٦٣٤/ ورُدّ ذلك بأنّ أصالة عدم التقييد أيضاً لا مانع من الاتّكال عليه؛ حيث إنّ التقييد أيضاً يكون خلاف الأصل.

وعلى هذا فنقول: كلّ مورد تطرّق في العام والمطلق احتمال العهدية يكون أصالة عدم التخصيص والتقييد منشأ لحملهما على العهد وعلى هذا فنقول: إنّ القلم في حديث «رفع القَلَم» يحتمل العهدية بأن يكون المراد خصوص قلم المؤاخذة الأخروية.

وقد عرفت ممّا ذكرنا قُبَيل ذلك أنّه ليس بمجاز وإن يحمل اللفظ من حيث هو على العموم في صورة عدم ثبوت العهدية، وكذلك لفظ «عمده» أيضاً يحتمل العهدية حيث

إنّ الإضافة يجيء للعهد، فيعيّن حمل كلّ واحد من «القلم» و «عمده» على العهدية بعد فرض أنّه لو يحمل على الإطلاق فلابدّ من ارتكاب التقييد.

نعم؛ في كلّ مورد ليس في البين احتمال العهدية مثل «أعتق رقبة»، فهنا إذا ورد مقيّد فلابدّ من ارتكاب التقييد في المطلق.

[لو تردّد المقيّد بين أن يكون كثيراً أو قليلاً]

وفي هذا المقام إذا تردّد المقيد بين أن يكون كثيراً أو قليلاً، فلو كان الشك مرجعه إلى الشك في أنّه ورد عليه / ٦٣٥ / مقيّد واحد أو مقيّدين وكان أحد المقيدين معلوماً، كما لو كان التقييد بالمؤمنة معلوماً وكان الشك في تقييد الرقبة بالأبيض، فهنا يرفع احتمال القيد المشكوك بأصالة الإطلاق، كما أنّه يرفع احتمال التخصيص الزائد بأصالة العموم.

وأمّا لو كان ناشياً من الشك في مفهوم المقيد المعلوم، كما لو علمنا بأنّه قيد بالمؤمنة إلّا أنّ المؤمنة كان مردّداً بين المسلمة أو خصوص الإثني عشرية، فهنا يصير المطلق بالنسبة إلى مورد الشك مجملاً؛ حيث إنّه بعد ورود القيد يعلم أنّ المتكلم كان بسدد بيان تمام مراده باللفظ المطلق وبهذا المقيد، فيصير نظير المخصص المتصل في أنّ إجماله يوجب إجمال العامّ وهذا بخلاف العمومات.

وقد تقدم تفصيل هذا المطلب في المعاطاة عند التمسك بقوله تعالى ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾[1].

أقول: لنا هنا بعض المناقشات أنّه لو لم نقل بوضع الجمع المحلّىٰ باللام للعموم كالعقود وكان إرادة العقود الخاصة منه حقيقة أيضاً، فحينئذ نقول: إنّ التخصيص ليس بمجاز حتىٰ يكون أصالة عدم التخصيص معيّناً للحمل على العهدية.

نعم؛ نحن نقول: إنّ العهدية يكون على خلاف الأصل؛ إذ مقتضى الأصل أن لا

---

١) البقرة: ٢٧٥.

يكون بعض الأفراد بالخصوص معهوداً مع أنّه يحتاج إلى قرينة لتعيين ذلك البعض /٦٣٦/ والأصل عدم القرينة الكذائية، وكذلك التخصص أيضاً يكون على خلاف الأصل.

وعلى هذا ففي صورة لم يكن المخصص على فرض الحمل على العموم موجوداً يكون المعيّن هو الحمل على العموم لعدم ارتكاب خلاف أصل فيه بالمرّة. وأمّا إذا يرد التخصيص على فرض الحمل على العموم فحينئذ يدور الأمر بين رفع اليد عن أحد الأصلين: أصالة عدم العهدية وأصالة عدم التخصص. وبعد ما فرضنا أنّ التخصيص ليس بمجاز، لا يكون رفع اليد عن أحد الأصلين أولىٰ من الآخر، فلا يمكن إثبات العموم وإن لم يكن الحمل على العهدية معيّناً.

نعم؛ يعين الحمل على العهدية على القول بعدم كون العهدية مجازاً، كما هو المفروض على فرض أن نقول: إنّ الجمع المُحلّىٰ باللام مثلاً بعد حمله على العموم يكون التخصيص فيه موجباً للمجازية أو أنّه بحكم المجاز وأمّا إذا قلنا بأنّ الجمع المُحلّىٰ باللام يكون موضوعاً للعموم، فحينئذ يكون التخصيص أولى من الحمل على العهدية في صورة الدوران؛ لأنّ العهدية يكون موجباً للمجازية على هذا التقدير.

[لو دار الأمر بين التقييد والتقيّد]

ومنها أنّه إذا دار الأمر بين التقييد والتقيّد، فحينئذ إذا تطرق احتمال العهدية في البين كما في مثل لفظ «القلم» ولفظ «عمده» فيما نحن فيه. ونحن أيضاً لو /٦٣٧/ بنينا على مذهب السلطان من أنّ وضع المطلقات يكون للطبيعة المهملة، فحينئذ لو قلنا: إنّ الحمل على العهدية في نفسه يكون على خلاف الأصل، نقول في صورة كان في البين تقييد على فرض الحمل على الإطلاق، فحنيئذ نقول: لابدّ من رفع اليد إمّا من أصالة عدم التقييد أو من أصالة عدم العهدية، ولا ترجيح لأحدهما بالخصوص، فلا يمكن إثبات الإطلاق؛ لكن لا للوجه الذي ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ.

الثالث: أنّ قوله «عمد الصبي خطأ» يعني عمده ليس بعمد، ولابدّ أن يقال بدلالة

الاقتضاء أنّ المراد سلب آثار العمد، ثمّ المراد من الآثار أيضاً لابدّ أن يكون هي الآثار الشرعية التي يكون رفعها ووضعها بيد الشارع، دون آثاره العادية وما يترتب عليها من الآثار الشرعية؛ لأنّه يكون بمثل الأصل المُثبِت.

وعلى هذا فنقول: إنّ القصد في نفسه ليس له أثر شرعي في العقود حتى يرفعه الرواية وإنّما القصد يكون محققاً لعنوان البيع مثلاً، والآثار الشرعية مترتبة على عنوان البيع، لا على عنوان العقد مع القصد. كما أنّ في الجنايات كان الأثر مترتباً على القتل العمدي، لا على عنوان آخر يكون القتل العمدي محققاً له*.

[في بيان عدم بطلان عقد الصبيّ على التحقيق]

/ ٦٣٨ / فتلخص من جميع ما ذكرنا أنّ الصبي ليس مسلوب العبارة في باب العقود؛ إذ لا يجوز الاتّكال بمجرد الإجماعات المنقولة في كونه مسلوب العبارة، مع أنّ هذه الإجماعات المنقولة قابلة للإشكال، كما لا يخفى على المراجِع إلى المكاسب في هذا المقام**.

---

*) *لو كان المدعى أنّ «عمد الصبي خطأ» لا يشمل العمد الذي يوجد منه في مثل البيع وغيره فهذا خروج عن الفرض ويرجع إلى الجوابين المتقدمتين.*

وأمّا لو كان المدعى ثبوت المانع عن الشمول مثل اللغوية، كما في باب الاستصحاب في المتيقن الذي لا أثر له بنفسه وأمّا لازمه فلو ردّ مورد التنزيل؛ ففيه: أنّ مفاد الخبر رفع كلّ حكم يتوقف على العمد ولا فرق في ذلك بين البيع والقتل العمدي.

إن قلت: المرفوع الأثر المترتب على نفس العمد.

قلت: العمد من قبل صفات الأفعال والأثر للموصوف كالقتل العمدي دون الصفة.

إن قلت: إنّه في لسان الشارع رتّب الأثر على عنوان العمد في القتل العمدي دون البيع.

قلت: ليس في قوله «عمد الصبي خطأ» إشارة إلى أنّ الأثر الذي يتوقف على العمد ويرتفع عن الصبي لابدّ أن يكون التعبير عنه في لسان الشارع بلفظ والتعميم من هذه الجهة لا دخل له بالأصل المُثبِت. (منه قدس سره).

**) *الطائفة الأولى من الأخبار رفعنا المناقشات عنها والنسبة بينها وبين العمومات من وجه، والمرجع في مورد التعارض أصالة الفساد، فيكون الصبي مسلوب العبارة ويكون معاملاته*

[التفصيل بين الأشياء الحقيرة والخطيرة]

بقي الكلام في التفاصيل المذكورة في المقام:

منها ما عن الكاشاني من التفصيل بين الأشياء الحقيرة فيجوز بيعه وشراؤه فيها دفعاً للحرج، وبين الأشياء الخطيرة، فلا يجوز بيعه وشرائه فيها.

ومنها ما عن الرياض[1] من أنّه قال بصحة معاملاته إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف ودليله السيرة.

ومنها ما عن كاشف الغطاء[2] من أنّ المعاطاة منهم يفيد الإباحة وعبارته المحكية أنّه قال بعد المنع عن صحة عقد الصبي أصالة ووكالة:

نعم؛ ثبت الإباحة في معاملة المتميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم* أو تظاهروا** على رؤوس الأشهاد حتى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء.

ثمّ قال: ولو قيل بتملك الأخذ منهم لدلالة مأذونيّته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً***.

كالعدم ولو أذن الولي بمقتضى الأصل مضافاً إلى الشهرة والإجماعات المنقولة وغيرهما؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

١) رياض المسائل ١١٦/٨، شروط المتعاقدين: العقل والبلوغ والاختيار.

٢) كشف الغطاء ٤٩/١ - ٥٠، في القواعد المشتركة بين المطالب الفقهية.

) مثل دكان الأخيار. (منه قدس سره).

****)كأن يكون لهم دكان مستقلاً. (منه قدس سره).***

*****)في المكاسب** [كتاب المكاسب ٢٩٠/٣، دعوى كاشف الغطاء افادة معاملة الصبي الاباحة لو كان مأذوناً] **يناقش على الدعوى الأخيرة من كاشف الغطاء الراجع إلى أنّ الطرف المقابل للصبي يتصدي الإيجاب عن المالك أو الولي والقبول عن نفسه أوّلاً بأنّ المحسوس عدم قصده المعاملة عمّن أذن للصبي.***

ثانياً بأن تولّي وظيفة الغائب إن كان بإذن منه، فالمفروض انتفائه ومجرد العلم بالرضاء لا يخرج. ونحن نقول: ذكرنا في أول بحث الفضولي أنّ مجرد العلم بالرضاء يخرج العقد من الفضولية سيّما في المقام الذي يكون كاشف له من فعل الصبي؛ بل كثيراً ما يكون له كاشف لفظي من قول

ونقل عن بعض تلامذته أنّه قال في توضيح كلامه بما ملخّصه: إنّ المدار /٦٣٩/ في المعاطاة على تحصيل العلم أو الظن برضاية المالك أو الولي بأيّ شيء كان.

أقول: ما ذكره في آخر كلامه من أن يكون موجباً قابلاً ليس من المعاطاة، ولعلّه نتعرض له - إن شاء الله -.

[الكلام في تصرفات الصبيّ والحجر]

ثمّ إنّه قبل الشروع في صحة هذه التفاصيل وبطلانها يناسب ذكر مقدمة وهو: أنّ الصبي يكون محجوراً في تصرفاته، والمراد من التصرفات، كلّ شيء يحتاج إلى النظر كتعيين قيمة المبيع كالقبض إذا احتاج إلى تعيين الرديء من غيره، وأمّا عمله التي لا يحتاج إلى نظر كحمل المبيع على ظهره وأشباه ذلك، فليس محجوراً فيها.

والدليل على ما ذكرنا من الحجر هو الإجماع المحقق وقد يتمسك له بقوله تعالى ﴿ **فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾ حيث يدلّ على عدم دفع الأموال إليهم قبل ذلك وهذا لا يدلّ على تمام المطلوب.

وقد يتمسك له بقوله عليه السلام: «**لا يجوز أمره**» حيث إنّ بعض الأخبار الدالة على هذا المعنى لم يكن مقيداً بخصوص المبيع والشراء ولا يخفى أنّه لا يجوز التمسك هنا

الصبي فضلاً من صورة أخبر الطفل عن وليّه أنّه قال كذا، بل في الصورة الأخيرة يمكن أن هذا يرجع إلى أنّه يعطي المبيع بآلته خاصة من يد الصبي، ويأخذ من يد الصبي ولعلّ ذلك مراد صاحب الرياض.

ويجوز دعوى صدق البيع عليه أيضاً كما في المعاطاة التي ليس القبض إلّا من طرف. وليس المدار على صدق المعاطاة كما ذكرناه في المعاطاة؛ بل المدار على صدق البيع ليشمله العمومات، مضافاً إلى السيرة المحققة في مثل ذلك.

نعم؛ يبقى الإشكال في دفع العوض إلى الصبي من جهة ضمان المعطي ويمكن دفعه من جهة الإذن الذي علم من الولي.

ثمّ لو فرضنا أنّ الطرف المقابل للصبي يتصدى البيع عن الولي وعن نفسه، ثمّ يقول لوليّه أن يُجيز، فلا يبقى إشكال موجّه. (منه قدس سره).

بقوله ﷺ: «رُفع القلم عن ثلاثة: الصبي.»[1] اه.

أقول: لعلّ مَن تمسّك، نظره إلى أنّ المرفوع هو مطلق الأحكام، وضعية كانت أو تكليفيّة.

وعلى هذا نقول: إنّ صيرورة رؤية الصبي للمبيع مصحّحاً للبيع يكون من الأحكام الوضعية للنظر فيكون هذا الحكم مرفوعاً عن الصبي؛ لكنّك قد عرفت فساد المبنىٰ قبل ذلك.

/ ٦٤٠ / وإذا عرفت ما تقدم فنقول: أمّا التفصيل بين الحقير والخطير بالنسبة إلى صحة العقد وفساده لا وجه؛ له لأنّه أيّ فرق في كونه مسلوب العبارة بين الحقير والخطير؟

أقول: كونه مسلوب العبارة إنّما هو بحكم الشرع، فلا مانع من التفصيل بين الحقير والخطير بأن نقول بكونه مسلوب العبارة في الخطير لقوله ﷺ: «رفع القلم» اه، مثلاً، ونقول بعدم كونه مسلوب العبارة في الحقير حيث إنّه لو كان مسلوب العبارة فيوجب ذلك للحرج على الولي أو الصبي. فمن يقول بمسلوبية عبارة الصبي فلابدّ أن يجيب عن إجراء قاعدة الحرج صغرىً أو كبرىً.

وأمّا التفصيل بين الخطير وغيره بالنسبة إلى حجر الصبي، فلا محظور فيه إلّا أنّه لا دليل عليه.

وأمّا التفصيل بين صورة يكون آلة وغيرها؛ فتارة يلاحظ بالنسبة إلى عقد الصبي ومعاملته، كما هو الظاهر من الكلام المنسوب إلى الرياض، وعلى هذا فنحن نقول: إنّا لا نتصور كون الصبي آلة في إجراء العقد*.

وعلى هذا فلا يحتاج إلى الإشكال في السيرة كما فعله الشيخ، وأمّا لو كان المراد من الآلية هو معاطاة / ٦٤١ / الصبي ففيه **أقول**: إنه لا دخل للمعاطات بالآلية؛ فإنّه لو

---

١) الخصال: ٩٣ - ٩٤، باب الثلاثة، ح ٤٠.

*) ***تقدم في الحاشية السابقة تصور كون الصبي آلة في البيع؛ فراجع. (منه قدس سره).***

تحقق التعاطي بقصد البيع فهنا ليس آلة وإن لم يكن بقصد البيع فهناك لم يتحقق معاملة حتى يكون صحيحة، مع أنّه سيأتي الإشكال في صحة معاطاته.

وتارة يلاحظ الآلية للصبي بالنسبة إلى الحجر فهنا نقول: إنّه ربّما يكون للبالغ أحكام تكليفية ويكون موضوعها شيئاً يصير الصبي دخيلاً في تحققها، كما لو كان أكل مال الغير ودخول داره وجواز أكل ماله موقوفاً على العلم برضاء المالك ويخبر الصبي بشيء يكشف منه رضاء المالك، فهنا لا إشكال فيه؛ حيث إنّ المناط حصول العلم بالرضاء من أيّ شيء حصل.

وأمّا التفصيل بين المعاطاة وغيرها من أنّ العقد يكون باطلاً ولكنّ المعاطاة يوجب الإباحة، فأورد عليه في الجواهر على ما نُقل من أنّ المعاطاة إنّما يتحقق إمّا بقصد التمليك، كما يقوله المشهور، أو بقصد الإباحة، كما يختاره صاحب الجواهر[1].

والمفروض أنّ قصد الصبي ليس بمعتبر.

وفي المكاسب[2] أيضاً أورد عليه بمثل ذلك وزاد عليه بقوله: /٦٤٢/ ودعوىٰ حصول الإنشاء بدفع الوليِّ المالَ إلى الصبي مدفوعة بأنّه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم؛ إنتهىٰ.

أقول: هذا الإشكال من القائلين بفساد عقد الصبي كصاحب الجواهر والشيخ حسن ويكون وارداً على كاشف الغطاء؛ حيث إنّه أيضاً يقول ببطلان عقد الصبي.

وأمّا من يقول بعدم مسلوبية عبارة الصبي كالأستاذ ـ سلّمه الله ـ فإنّما يقول ببطلان المعاطاة، بعكس كاشف الغطاء؛ من جهة أنّ مجرد العقد ليس تصرّفاً، بخلاف المعاطاة؛ فإنّها تصرف والصبي محجور عن التصرفات.

وفيه: أنّ مجرد إعطاء المبيع إلى المشتري بقصد البيع إذا كان بأمر الولي لا يصدق عليه أنّه تصرف الصبي كما في عقده؛ لأنّ هناك أيضاً يقصد المبادلة وأيّ فرق بين أن

---

١) جواهر الكلام ٢٢/٢٢٥، في بيع المعاطاة.

٢) كتاب المكاسب ٣/٢٩٢، حاصل ما افاده التستر، والمناقشة فيه.

يكون قصد المبادلة باللفظ أو بالتعاطي بعد أنّه لم يكن محجوراً من اللفظ ولا من نفس التعاطي.

والوجه /٦٤٣/ الذي ذكر سابقاً لعدم صدق التصرف على العقد، بعينه يجيء بالنسبة إلى المعاطاة*.

ولا يخفى عليك أنّي أتخيّل أنّ مراد كاشف الغطاء ليس هو المعاطاة المعروفة لأنّه كان هناك قائلاً بأنّ المعاطاة يوجب الملكية، لا الإباحة؛ بل مراده هو أنّ عمل الطفل في المورد التي ذكره يكون من الأسباب الموجبة للظنّ بإذن المالك، فيجوز التصرف في ماله؛ فافهم**.

تنبيه

[في قبض الصبيّ]

قد عرفت أنّ المراد من محجورية الصبي الذي يقولون بها في كتاب الحجر هو

---

*) *قد تقدم هنا في حديث لا يجوز أمره أنّ بيع الصبي معاطاتياً أو غيرها يصدق عليه التصرف في بعض الموارد، ولو كان بإذن الولي فيلحق به غيره لعدم القول بالفصل. (منه قدس ره).*

**) *ونظير هذا الكلام صدر عن المصنف في آخر المعاطاة حيث جعل المعيار في المعاطاة على وصول العوضين مع التراضي وقال: إنّه ليس ببعيد على القول بالإباحة ونحن نقول: لا يناسب أن يكون مراده الإباحة التي يقولون في المعاطاة ويلتزمون فيه بخرق القواعد؛ لأنّ إثباته في غير المتيقّن من مورد الإجماع أشكل من إثبات الملكية التي يمكن إثباته بالعمومات أيضاً، فلابدّ أن يكون المراد مجرد جواز التصرف لإحراز الرضاء بعد دفع العوض وتقدم في المعاطاة أنّه في صورة اختلّ شرائط المعاطاة يجوز إثبات جواز التصرف بذلك؛ لكنّ المعلوم منه صورة أحرز الرضاء بالعلم ويمكن رفع الضمان في دفع العوض إلى الصبي بعد العلم برضاء المالك كرفع الضمان عن التصرف في المبيع بمثل قوله تعالى: ﴿إنّما السبيل﴾ [التوبة: ٩٣] اه، كما تقدم شرحه في باب الضمانات، كما أنّه يترتب تمام آثار الإذن المطلق في التصرف فيه وفي بدله ومنافعه، كما تقدم شرحه في المعاطاة.*

ووضع المال في يد الصبي بعد الإذن يكون حاله كحال الوضع في الصندوق مع الإذن، كما يأتي في آخر المسألة. (منه قدس سره).

الحجر عن التصرفات، والمراد من التصرف هو ما يحتاج إلى النظر كتعيين قيمة الشيء وأخذ الثمن وقبضه إذا كان محتاجاً إلى ملاحظة أنّه يكون فيه رديء أم لا.

وعلى هذا نقول: إنّ القبض سواء كان في الهبة أو غيرها لمّا يكون محتاجاً إلى النظر في تعيين الرديء من غيره وأنّ في المقبوض رديء أم لا، فلذا لابدّ أن لا يقبض بالصبي وقبضه ليس بقبض إلّا في صورة لم يكن القبض محتاجاً إلى النظر، كما في صورة يكون حال الصبي كحال الصندوق؛ فإنّه في صورة يكون الثمن حاله معلوماً ولا يحتاج إلى نظر، فكما يجوز أن يضعه في الصندوق، كذلك يجوز وضعه / ٦٤٤ / في يد الصبي أيضاً.

حكي عن التذكرة[1]: وكما لا يصحّ تصرفاته اللفظية، كذا لا يفيد قبضه ولا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتّهب له الولي، ولا لغيره وإن أذن له الموهوب له بالقبض؛ إنتهىٰ.

وفي إطلاق قوله: «وإن أذن له الموهوب له بالقبض» نظر؛ لِما عرفت من صحة قبضه في بعض الصور، كما لو صار حاله كحال الصندوق.

---

١) تذكرة الفقهاء ١٢/١٠، عدم صحة قبض الصبي وعدم افادته حصول الملك في الهبة.

الثاني من شروط المتعاقدين

هو القصد

أقول: لا يخفى أنّ عدّ هذا من شروط العقد يكون أولىٰ، ولا يخفى أنّ الدليل على اعتبار القصد لو كان هو الأخبار الواردة في باب الطلاق من اعتبار القصد فيه والإجماع الذي ادّعاه بعضهم وكان اعتبار القصد في العقد من باب التعبد، فحينئذٍ يمكن المناقشة في كون القصد شرطاً في تمام العقود؛ لأنّ الأخبار إنّما وردت في خصوص الطلاق والإجماع أيضاً ليس إلّا فيه، وذلك لأنّ مثل المحقق[1] ﷺ لم يذكر اشتراط القصد في شيء من العقود والإيقاعات إلّا في الطلاق.

هذا؛ إلّا أنّ الإنصاف أنّه لا خلاف في اعتبار القصد في تمام العقود؛ حيث إنّ من لم يذكره / ٦٤٥ / في تمام الموارد أيضاً الظاهر أنّه يكون معترفاً باعتبار القصد في تمام الموارد وإنّما ذكر في خصوص الطلاق ولم يذكر في غيره متابعة واتكالاً على معلوميته، إلّا أنّ مجرد عدم الخلاف ليس بإجماع.

وأمّا لو كان اعتبار القصد في العقود لأجل مقتضى القاعدة كما هو الحقّ المحقق، فحينئذٍ لا فرق بين الطلاق وغيره، كما سيوضح.

ثمّ المراد من القصد هو القصد إلى اللفظ وإلى المعنى، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ، كما في النائم، أو إلى المعنى كالجاهل بمعنى اللفظ إذا تكلّم به من حيث إنّه لفظ من الألفاظ.

---

١) شرايع الإسلام ٥٨/٣، كتاب الطلاق.

[قصد اللفظ والمعنى]

ثمّ إنّ الدليل على اعتبار القصد إلى اللفظ والمعنى - بحسب مقتضى القواعد حتى يجري في تمام الموارد - هو أنّ شيئاً من الألفاظ لا يتصف بالعنوان الطارئة عليها كعنوان العقدية والبيعية وأنّه سبّح أو حَمِد الله، إلى غير ذلك، ما لم يكن المتكلم قاصداً إلى اللفظ والمعنىٰ.

وعلى هذا فإذا كان الموضوع للأحكام الشرعية هو عنوان العقدية أو البيعية فنقول: إنّ مثل هذه العناوين لا يتحقق باللفظ ما لم يكن المتكلم قاصداً /٦٤٩/ إلى اللفظ والمعنى، ولا إشكال في ذلك.

[المراد من قصد المعنى]

بقي الكلام في بيان أنّ المراد من القصد إلى المعنى أيّ شيء* فنقول: إنّ المشهور يكون مقتضى كلامهم أنّ القصد إلى المعنى عبارة عن أمر ذهني ليس له وجود قبل اللفظ ولا بعد اللفظ، كما أنّ العلم يكون له وجود قبل اللفظ وبعده، بل إنّما يوجد حين صدور اللفظ وينقضي بانقضائه.

ولذا أورد عليهم بأنّا لا نتصور عند صدور اللفظ عنّا لشيء لم يكن له وجود قبل اللفظ ولا بعده وإنّما وجد حين صدور اللفظ فقط؛ بل القول بذلك مبني على كلام النفسي. وعلى هذا فنحن نقول: إنّ القصد إلى المعنى عبارة عن ذكر اللفظ لغرض تفهيم المعنىٰ وذلك لأنّ اللفظ إنّما وضع لأن يتكلّم به في كلّ زمان تعلّق الغرض إلى تفهيم المعنىٰ وليس الاستعمال أيضاً إلّا استعمال اللفظ في هذا الفرض.

وعلى هذا فنقول: لو كان الغرض تفهيم المعنى الموضوع له اللفظ، فيسمّىٰ ذلك الاستعمال حقيقة، ولو كان الغرض تفهيم غيره بقرينة فيسمّىٰ ذلك مجازاً /٦٤٧/.

---

*) *سيأتي رجوعه عن هذا المسلك في العقد المكره. (منه قدس سره).*

ثمّ لو كان الغرض من تفهيم المعنى المجازي أو الحقيقي إغراء المخاطب من دون اعتقاد لتحقق المضمون، فيسمّىٰ ذلك كذباً مخبرياً وسيأتي التفصيل والتشريح في مسألة المكرَه ـ إن شاء الله تعالى شأنه ـ.

أقول: لا يخفىٰ أنّه يُفهم من الشيخ ﷺ أنّه غير كون الغرض من ذكر اللفظ تفهيم المعنى يكون عند قولك: «بعت» شيئين أخرين.

أحدهما: الإنشاء، وهو عبارة عن قصد النقل باللفظ، أو مقارناً له، على ما تقدم شرحه في شرائط العقد، غير بيان اشتراط كون العقد منجزاً. ونحن ذكرنا أنّ مثل هذا القصد متحقق في جميع الإنشائات.

وثانيهما: كون المتكلم مريداً عند قوله: «بعت» لوقوع النقل في الخارج فمثل الهازل يكون القصد الإنشائي فيه موجوداً ولكنّه ليس*** مزيداً لتحقق البيع في الخارج وهذا هو الذي يقولون هنا باعتباره في العقد والدليل عليه عدم صدق العقد على قول الهازل: «بعت واشتريت»، مع كونه قاصداً للفظ ويكون قصد / ٦٤٨ / الإنشاء منه أيضاً متحققاً.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ اللفظ إنّما صدرنا لأجل المزاح، لا لغرض تفهيم المعنى.

وسيأتي ـ إن شاء الله ـ تفصيل ذلك في مسألة المكرَه، فلا يحتاج إلى البسط هنا.

---

*) *أي ليس له طيب النفس. (منه قدس سره).*

**) *يعني ليس له طيب النفس، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ في بيع المكرَه؛ وفيه: أنّه سيأتي في باب الشرائط في الشرط السادس من شرائط صحة الشرط أنّ القصد غير طيب النفس ودليل اعتبار كلّ منهما مغاير للآخر، كما أنّه في مسألة ولاية الحاكم في قبول الدين عن الدائن الممتنع عن أخذ دينه في باب الولايات ذكرنا شرحاً في هذا المقام. (منه قدس سره).*

الثالث [من شروط المتعاقدين]

قصد المالكَينِ

اللّذَينِ يتحقق النقل والانتقال* بالنسبة إليهما في العقد

وهذا الشرط ذَكرَه بعض المحققين** وقال: إنّ كلمات الأصحاب في اعتبار ذلك وعدم اعتباره مضطربة.

[اشتراط التعيين ولزوم متابعته]

ثمّ إنّه ﷺ يختار أنّ مقتضى التحقيق أنّه إذا كان العقد بحيث لم يتعين المالك فيه حال العقد بنفس العقد لتعدّد وجه وقوعه، كما إذا كان الثمن كليّاً في الذمة، فإنّ هنا لولم يتعيّن المشتري لا يصير متعيّناً بنفس العقد، بخلاف ما إذا كان الثمن شخصاً خارجياً؛ فإنّ المشتري يتعيّن هنا حال العقد؛ إذ المشتري ليس إلّا من يكون مالكاً للثمن، ففي مثل هذا المورد الذي لا يتعيّن المالك حال العقد بنفس العقد لابدّ من تعيينه في العقد بالنية أو مع / ٦٤٩ / اللفظ به أيضاً.

ومثال ذلك بيع من كان وكيلاً عن اثنين في شراء شيء على ذمة كلّ واحد منهما. ثمّ إنّه إذا لم يتعيّن وأطلق، فإن كان هناك جهة يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين، كما لو دار الأمر بين نفسه وغيره إذا لم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد وإلّا وقع لاغياً وهذا جارٍ في سائر العقود من النكاح وغيره.

---

*) *فيه أنّ له مبنى فاسد. (منه قدس سره).*

**) *شيخ اسد الله. (منه قدس سره).*

والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعته في هذا القسم أنّه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك في نفس الأمر وأن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان ولا دليل على تأثير التعيين المتعقب ولا على صحة العقد المبهم لانصراف الأدلّة إلى الشايع المعهود.

وعلى هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، فإنّ عين ذلك الغير تعيّن ووقف على إجازته، سواء تلفظ بذلك أم نواه. وإن أبهم مع قصد الغير، بطل ولا يوقف إلى أن يوجد له مجيز.

وأمّا إذا كان العقد بحيث يتعين المالك فيه حال العقد بنفس العقد كأن يكون العوضان معيّنَينِ ولا يقع العقد فيهما على وجه /٦٥٠/ يصحّ إلّا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، وعدمه فيصحّ، أوجه: أقواها الأخير؛

وأوسطها الوسط؛

وأشبهها للأصول الأول.

وفي حكم التعيين ما إذا عيّن المال بكونه في ذمّة زيد مثلاً.

وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه ولغىٰ قصد كونه عن الغير. ولو باع مال زيد عن عَمرو، فإن كان وكيلاً عن زيد صحّ عنه ولا وقف على إجازته.

ولو اشترى لنفسه بمال في ذمّة زيد، فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه وتعلق المال بذمته، لا عن زيد ليقف على إجازته.

وإن كان وكيلاً فالمقتضي لكلّ من العقدين منفرداً موجوداً والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما ولمّا لم يتعين، احتمل البطلان للتدافع، وصحته عن نفسه لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الترادّ وترجيح جانب الأصالة، وعن الموكل لتعيّن /٦٥١/ العوض في ذمّة الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين ولو اشترى عن زيد شيئاً في ذمّته فضولاً ولم يجز، فأجاز عمرو، لم يصحّ عن أحدهما.

وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب.

ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية ويفرق بينهما على الأخير ويبطل الجميع على الأول[1]؛ إنتهىٰ ملخّص ما نسب إليه.

وأورد عليه في المكاسب بأنّ تعيين المالكين ليس بشرط أصلاً وذلك لأنّ المبيع والثمن لو كانا معيّنين فحينئذٍ نقول: إنّ المعاوضة الحقيقية التي هو مفاد البيع عبارة عن جعل المبيع عوضاً عن الثمن في الملكية بأن تبدل ملكيتهما، فيصير مالك المبيع مالك الثمن وبالعكس.

وبعبارة أخرى معنى البيع هو المبادلة وهذا المعنى غير متوقف على تعيين المالكين.

وأمّا لو كان الثمن أو المثمن كلياً، فحينئذٍ نحتاج إلى تعيين أحد المالكين وهو من كان مالكاً للكلّي وذلك لأنّ الكلّي ما لم يتعلق بذمّة خاصة يكون بمنزلة المعدوم الصرف، فلولم يعيّن المشتري في صورة /٦٥٢/ كان الثمن كلياً فيلزم جعل المبيع عوضاً عن شيء معدوم، وذلك لا معنىٰ له.

وأمّا إذا أضيف الثمن الكلي إلى ذمة معيّنة، فحينئذٍ يصير بمنزلة العين الخارجية في نظر العرف فيصحّ جعله عوضاً فيتعين المشتري مثلاً في هذه الصورة وإن كان لازماً؛ لكنّه ليس لتوقف صحة البيع عليه، بل لأجل أن يصير العوض ملكاً، فصحّ على ما ذكرنا أنّ تعيين المالك مطلقاً غير معتبر في البيع من جهة كونه بيعاً.

فتلخص أن نزاع الشيخ مع هذا المحقق المذكور في صورة كان واحداً من الثمن والمثمن كلياً يكون له ثمرة علمية، وأمّا في صورة كان العوضان معينين يصير النزاع له ثمرة عملية أيضاً.

ثمّ لا يخفى أنّ الشيخ ﷺ وإن قال هنا بعدم لزوم تعيين المالكين في صورة كان العوضان معينين، بل قصد الخلاف أيضاً غير مضرّ كما يفهم ذلك من ذيل كلامه، إلّا أنّه

---

١) نقل هذه عبارة الشيخ الأنصاري في المكاسب ٢٩٦/٣ - ٢٩٩، كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين عن مقابس الأنوار: ١١٥ - ١١٦.

يصرح بخلاف ذلك في نظير المسألة هنا حيث يقول: ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم وجوب تعيين كلّ من البايع والمشتري لمن يبيع له ويشتري له.

وأمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البايع فيحتمل اعتباره إلّا فيما علم من الخارج /٦٥٣/ عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين، كما في غالب البيوع والإجارات، فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملكتك كذا» أو «منفعة كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً[1]؛ إنتهىٰ.

[تعيين مراد الشيخ وتحقيق في أصل المطلب]

ونحن تارة نتكلّم هنا في بيان مراد الشيخ في هذه العبارة، وتارة في تحقيق أصل المطلب.

أمّا مراد الشيخ، فذكر له وجهين:

الأول: أن يكون احتمال اعتبار تعيين المشتري مثلاً بمعنى أنّه إذا فرضنا أنّ غرض البايع تعلّق بأن يبيع ماله بمشترٍ خاص وعيّنه في العقد أيضاً بتخيّل أنّ الثمن يكون من ماله، فمثل هذا التعيين يكون معتبراً بمعنى أنّه لو انكشف بعد ذلك كون الثمن من مال غير من تعلّق غرض البايع به يكون باطلاً.

وعلى هذا فيصير هذه المسألة نظير* مسألة التي يذكرها بعيد ذلك عن التذكرة[2] الدالة على أنّه لو صرّح بإرادة خصوص المخاطب اتّبع قصده هذا؛ إلّا أنّه لو كان مراد الشيخ[3] هذا المعنى فحينئذٍ نقول: إنّ هذا المعنى ليس استثناءًا في شيء من الموارد،

---

١) انظر كتاب المكاسب ٣٠٣/٣، عود إلى مناقشة صاحب المقابس.

*) عين. (منه قدس سره).

٢) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠ - ١٨، حكم ما لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر.

٣) كتاب المكاسب ٣٠٣/٣، هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري والقابل للبايع؟

فلا معنى للاستثناء الذي يذكره بقوله: «إلّا فيما علم من الخارج..» اه*.

الثاني: أن يكون الاحتمال المذكور / ٦٥٤ / هو احتمال أن يكون التعيين معتبراً مطلقاً. وعلى هذا فالاستثناء ليس معناه أنّ التعيين غير محتاج إليه في غالب البيوع والإجارات؛ بل المراد أنّ الغرض لما تعلّق بواحد غير معين، فكأنّه عيّن جهة عامة، فهذا أيضاً نوع تعيين، لا أنّ التعيين غير محتاج إليه هنا.

أقول: مع غمض العين عمّا في هذين الوجهين نقول: إنّ هذه العبارة يكون المراد منه واضحاً وذلك لأنّ المراد منه أنّ كلّ مورد قام قرينة خاصة أو عامة - كما في غالب البيوع والإجارات - على أنّ الغرض له يتعلق بخصوص المخاطب، فهنا لا يحتاج إلى تعيين المشتري بخلاف صورة لم يكن مثل هذه القرينة موجودة.

والحاصل أنّه لابدّ للموجب إمّا من أن يقوم قرينة على أنّ الغرض لم يتعلق بخصوص شخص، سواء كانت القرينة عامة أو خاصة وإمّا أن يعين المشتري.

وليس ما ذكرناه مرجعه إلى الوجه الثاني، حيث إنّ ما ذكر في الوجه الثاني يكون مبنياً على أنّ التعيين شرط، بوجه من الوجوه.

وأمّا ما ذكرته، فمبنيٌّ على أنّ الإيجاب والقبول لابدّ وأن لا يقعا / ٦٥٥ / متزلزلين وهذا يحصل إمّا بتعيين المشتري أو ببيان أنّ الغرض غير متعلق بشخص المخاطب أو غيره**.

وأمّا تحقيق أصل المطلب بحيث يعلم في ضمنه بعض ما في كلام الشيخ أيضاً،

---

*) *وفيه ما فيه؛ لأنّ الاستثناء إنّما هو بلحاظ أنّه إذا لم يتعلق الغرض بشخص خاص، فلا يلزم التعيين، كما أشرنا إليه في المتن. (منه قدس سره).*

**) *وعلى كلّ حال قام الفرق بين النزاع السابق وما يذكره هنا أنّ الكلام في السابق في أنّه لا يلزم تعيين البايع والمشتري لكلّ من الطرفين وأنّه بتعيين العوضين يعين البايع والمشتري والكلام في هذا المقام في احتمال اعتبار أمر آخر في العقد من عدم تخلف غرض كلّ البايع والمشتري فيما عيّنه من طرفه الآخر لو كان له غرض شخصي أو أنّه لابدّ أن يعيّن الطرف الآخر ولو بنحو الإجمال أو أنّه لابدّ أن يعيّن أنّه تعلق غرضه بمعين أم لم يتعلق بمعين. (منه قدس سره).*

فيوضح عند ذكر أمور:

[التطابق بين الإيجاب والقبول شرط لصحة العقد]

الأول: أنّه قد تقدّم في شرائط العقد أنّ التطابق بين الإيجاب والقبول شرط لصحة العقد بالنسبة إلى الثمن والمثمن. فلو قال: «بعتك بمئة» فقال: «قبلت بخمسين»، فيكون باطلاً.

نعم؛ قد تقدّم أنّ التطابق في المخاطب ليس بشرط. فلو قال للوكيل عن مالك الثمن: «بعتك هذا بهذا» فقال الموكل: «قبلت»، يكون هذا البيع صحيحاً.

وهذا كلّه يكون خارجاً عن محلّ الكلام؛ بل النزاع هنا إنّما هو في أنّه هل يعتبر في صحة البيع تعيين الموجب لخصوص المشتري مثلاً أم لا؟

ثمّ على فرض عدم اعتباره، لو عيّن وانكشف الخلاف، فهل يوجب ذلك لفساد البيع، أو أن يكون للبايع خيار الفسخ، أم لا؟

ثمّ على كلّ حال إمّا أن يكون الثمن مثلاً معيناً، أو كليّاً في الذمة.

أمّا لزوم التعيين في صورة يكون الثمن معيناً في الخارج، فلا دليل عليه حيث إنّ البيع صادق من دون ذلك؛ بل وكذلك لو كان الثمن كلياً في الذمة، كما /٦٥٦/ إذا لم يعلم البايع أنّ القابل يقبل لنفسه ويكون الثمن على ذمّته أم لا، بل يكون قبوله لمن كان وكيلاً عنه.

أقول: بناءاً على ما ذكرنا في مسألة اشتراط التطابق في شروط العقد من أنّ الكلي بالإضافة إلى كلّ ذمة يكون مثل عين شخصي، لابدّ أن يكون التعيين لازماً في هذه الصورة وإلّا يلزم أن يكون البايع شاكّاً في أنّ الثمن هذا أو هذا مثلاً، فلا يتحقق حقيقة المبادلة من البايع حيث إنّ الثمن يكون مبهماً ولا يعلمه حتى ينشأ المبادلة فيه.

[ظهور الكلام في قصد الخصوصية وتبعية العقود للقصود]

ثمّ إنّ الشيخ[1] ﷺ يستدلّ للزوم التعيين بظهور الكلام في قصد الخصوصية وتبعية العقود للقصود، ولا ربط لهما بما نحن فيه* حيث إنّ الكلام في أصل لزوم التعيين، فأيّ شيء يثمر ظهور الكلام هنا أو تبعية العقود للقصود؟

وأمّا فساد البيع أو مجيء الخيار للبايع في صورة عيّن المشتري الخاص وهو المخاطب ثمّ انكشف خلافه وأنّه كان وكيلاً عن غيره أو اشترىٰ للغير فضولية، ففيه تفصيل وملخّصه:

أنّ الثمن لو كان معيناً في الخارج وكان البايع معتقداً بأنّه يكون من مال المخاطب الذي يكون قائلاً، فتخيّل أنّه المشتري فلذا رضي بأن يبيع ماله منه وقَصَد عند الإيجاب بيع ماله بهذا المخاطب أيضاً، فهنا نقول: لو انكشف بعد ذلك أنّ المخاطب لم يكن مشترياً وأنّ الثمن لمن يكن من ماله، بل هو كان إمّا وكيلاً أو أنّه اشترى فضولة، فمثل هذا البيع يكون صحيحاً وذلك لأنّ تعيين المشتري قد عرفت أنّه غير معتبر في صحة البيع، وكلّما لم يكن وجوده معتبراً فليس قصد خلافه أيضاً مضرّاً بصحة العقد.

[في قاعدة «العقود تابعة للقصود»]

إن قلت: إنّ العلماء يقولون بأنّ العقود تابعة للقصود.

قلت: إنّ العلماء كلّ مورد ثبت عندهم من الدليل الخارجي أن التخلّف هنا مضرّ، فيقولون هناك ببطلان تلك العقد بقاعدة «العقود تابعة للقصود»، لا أنّه يتمسك بها

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٣/٣، مختار المؤلف ودليله.

*) ***وفيه أنّ كلام الشيخ ليس في أصل لزوم التعيين؛ كيف وقد أنكروا لزوم تعيين المشتري والبايع؛ بل كلامه في أنّه لو عيّن وتخلف، لا سيّما على المعنى الأول ذكر لكلامه. فما ذكره يندرج تحت مسألة أخرىٰ من أنّه لو عيّن المشتري ثمّ انكشف الخلاف، فهل يوجب الفساد أو الخيار، كما شرحناه في المتن. (منه قدّس سره).***

لبطلان العقد في صورة تخلف الواقع مع ما قصد. وبعبارة ليس هذه القاعدة[1] قاعدة وذلك؛ لأنّه نسب إلى العوائد والعناوين أنّهما استدلّا لهذه القاعدة بوجهين:

الأول: بما دلّ على اعتبار القصد في العقود على ماتقدم.

والثاني: مادل على اشتراط تعيين العوض والمبيع /٦٥٨/ والشرط وغير ذلك. ومن هذا يظهر أنّ هذه القاعدة ليس بنفسها بطريق الكلية لها دليل وإنّما هو تابع للموارد. فكلّ مورد قام دليل على اعتبار القصد فهناك نقول: إنّ التخلف هناك يكون مضرّاً بصحة العقد.

[في أن عدم الرضاء مع تخلّف الشرط غير مضرٍّ]

إن قلت: إنّ مقتضى قوله تعالى: ﴿ **تجارة عن تراض** ﴾[2] ومقتضى قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» أن يكون عدم الرضاية من البايع بمثل هذه المعاملة سبباً لفساد هذه المعاملة.

قلت: إنّ طيب النفس الذي يكون شرطاً في صحة المعاملة إنّما هو طيب النفس بما لَه دخل في حقيقة المعاملة من جهة كونه معاملة، فعلىٰ هذا عدم طيب النفس الواقعي إذا كان ناشياً من الأمور التي لا مدخلية لها في حقيقة العقد - كما فيما نحن فيه - فليس بمضرٍّ؛ فلذا أجمعوا على صحة بيع من يشتري السلاح وأسباب الحرب من الإنسان لعدوّه، مع أنّه على فرض الإطلاع ليس براضٍ بمثل هذا البيع.

وكذا في صورة تخلّف الشرط، أو كون الشرط فاسداً، أو غير ذلك من الأمور التي لو كان البايع مثلاً عالماً بها من أول الأمر لم يتصدّ للبيع*، فإنّ صحة البيع مع عدم

---

١) قاعدة «العقود تابعة للقصود».

٢) النساء: ٢٩.

*) ***كما إذا باع بتخيّل أمر من مجيء حبيبه ورخص المال إلى غير ذلك، فبان خلافه، وكذلك البيع في صورة تخلف الوصف المجمع على صحته وإن يوجب الخيار، وهنا نقول: إنّ مثل قوله: ﴿ تجارة عن تراض ﴾ و«لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» لا يستفاد منهما اشتراط***

/ ٦٥٩ / الرضاية التقديرية يكون منشأها ما ذكرناه وأمّا لو كان الثمن كلياً وعيّن البايع أن يكون الثمن على ذمة المشتري فهنا لو قلنا: إنّ الكلي باعتبار إضافته إلى كلّ ذمّة يكون بمنزلة عين خارجي فيصير البيع باطلاً إذا كان من قصد القابل كون المشتري شخصاً آخر ويكون الثمن على ذمته، وأمّا لو لم نقل بذلك إمّا مطلقاً، أو في خصوص مورد كان الذمّتين على نسق واحد في البطؤ والسرعة عند الأداء وغير ذلك، فهنا قد يقال: إنّه لو قصد البايع كون الثمن على ذمة المخاطب وكان من قصد المخاطب كون الثمن على ذمة شخص آخر، فهذا موجب للخيار، كما في صورة تخلف الوصف إذا كان الثمن معيناً في الخارج.

الرضاية الفعلية بنفس المعاملة وهذا موجود في جميع الصور المشار إليها وعدم الرضاية التقديرية غير مضرّ وإن يوجب الخيار في بعض الموارد.

هذا؛ مع أنّ مقتضى القاعدة أيضاً ذلك لأنّ تقييد الإطلاقات المقتضية لصحة المعاملات بأكثر مما ذكرنا، وكذا تخصيص عموماتها بأكثر مما ذكرنا، غير معلوم.

إن قلت: إنّ مقتضى ما ذكرت أنّ قوله ﷺ: «لا يحلّ..» اه، لا يدلّ بأزيد من توقف حلّيّة مال الغير بطيب النفس الفعلي وأنّه لا يكفي طيب النفس التقديري وهذا ينافي مع ما اتفقوا عليه من جواز الإتكال بإذن شاهد الحال والفحوىٰ؛ بل لا يقول أحد بعدم جواز أكل مال من يعلم الأكل برضاء مالكه في الأكل من ماله.

قلت: ما ذكرت لو تمّ -كما أشرت إليه في أول مكتوباتي- فإنّما يوجب لأن يعمّ طيب النفس للتقديري منه أيضاً، لا أن يسلب طيب النفس الفعلي عن كون طيب النفس بلحاظ عدم طيب النفس التقديري.

إن قلت: إنّ الأمر وإن كان كما ذكرت؛ لكنّا نقول: لا وجه للتفكيك.

قلت: من يكون راضياً فعلاً لا يصحّ سلب الرضاء عنه ولو فرض عدم رضائه على فرض التفاته إلى العدوّيّة مثلاً، ومن يكون غافلاً فعلاً. ولكن نعلم أنّه بعد التيقّظ يصرح بالرضاء بحيث يكون منشأ الرضاء ومدركه وملاكه فيه موجوداً فعلاً، فيقولون: إنّه راض.

نعم؛ لولم يكن فعلاً راضياً لتخيّل العدوّيّة، فهنا لا تصدق أنّه راضٍ بلحاظ أنّه لو التفت إلى المحبوبية، يكون له الرضاية. (منه قدس سره).

[لو ادعى المشتري أني قصدت كون الثمن على ذمّة شخص آخر وأنكر البايع]

ومن هنا ينشأ مسألة، وهو أنّه لو لم يذكرا في العقد شيئاً ثمّ ادّعى المشتري بعد العقد أني قصدت أن يكون الثمن على ذمة شخص آخر فضولة، أو وكالة، وأنكر البايع ذلك عليه، فهنا قد يقال: إنّ مقتضى ظاهر العقد أن يكون قصد المشتري أن يكون الثمن على ذمته دون شخص آخر.

وعلى هذا /٦٦٠/ فيكون قول البايع مطابقاً مع ظاهر اللفظ وظاهر اللفظ حجة، وعلى هذا فيكون البايع منكراً.

وردّ ذلك بأنّ الظهور ممنوع ولذا لو ادّعى المشتري بعد العقد أنّي اشتريته لغيري، لا يقولون: إنّ هذا الكلام منه مناف لما قاله عند العقد.

نعم؛ لا بأس من أن يقال بانصراف اللفظ إلى أن يكون الثمن على ذمته، لا على ذمة شخص آخر. وعلى هذا أيضاً يكون البايع هو المنكر والمشتري يكون مدعياً، إلّا أن يقال: إنّ هذا الدعوىٰ لمّا يكون من الدعاوي التي لايُعلم إلّا من قبل المشتري، فيكون قوله معتبراً في ذلك.

[بطلان النكاح في صورة عدم تعيين الزوج أو الزوجة]

ثمّ لا يخفى أنّ الزوج والزوجة في عقد النكاح يكونان من الأركان، نظير المبيع والثمن؛ فلا يتصور الجهل فيهما في العقد إلّا على القول بصحة العقد المبهم، كما تقدمت الإشارة إليه في كلام الشيخ أسد الله ﷺ.

وممّا ذكرنا ظهر فساد كلام الشيخ ﷺ حيث تفرع البطلان في عقد النكاح والوقف الخاص والهبة على تعلق الغرض في أمثال ذلك بالخصوصية.

أقول: وتوضيح الفساد أنّك /٦٦١/ قد عرفت أنّ مجرد أن يكون متعلق الغرض شخصاً خاصاً غير موجب للبطلان في صورة التخلف، مع أنّ النكاح يكون فاسداً في صورة عدم تعيين الزوج أو الزوجة؛ فضلاً عن صورة عيّن شخصاً ثمّ انكشف أنّ

المقصود عند القابل غير تلك الزوجة مثلاً؛ بل الزوج والزوجة والموقوف عليهم من الأركان في عقد النكاح والوقف فلا يتحقق بدون تعينها نكاح ووقف حتى يكون صحيحاً.

ثمّ إنّك عرفت أنّ التمسك بالظهور لم يكن مورده ما ذكره؛ بل كان مورده ما ذكرناه؛ بل قد عرفت أنّ المناسب فيما ذكرناه أيضاً هو التمسك بالإنصراف، لا بالظهور.

وليعلم أنّ ما ذكره الشيخ[1] من التذكرة[2] إلى قوله «إنتهىٰ» لم يكن تمامه من التذكرة على ما نقل، بل الظاهر أنّ من قوله «وقد يقال» إلى قوله «إنتهىٰ» يكون كلام الشهيد ﵀ أو غيره من العلماء؛ وعلى هذا فالمناسب أن يقول «وقيل» عوضاً عن قوله «وقد يقال».

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٤/٣، كلام العلامة في الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح.

٢) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠ - ١٨، حكم ما لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر.

الرابع من شرائط[1] المتعاقدين

الإختيار

[المراد من الإختيار ومعاني الإختيار]

والمراد به القصد /٦٦٢/ إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، لا ما يقابل الاضطرار والإلجاء وغير ذلك. وتوضيحه أنّ الاختيار في الاصطلاح وعند العرف يذكر في قبال أمور:

منها: الجبر الذي يقوله الأشعري حيث إنّ الأقوال في أفعال العباد ثلاثة:

الأول: التفويض، ومعناه على ما ذكرته في رسائل الجبرية وفاقاً لملا عبد الرزاق، يكون مبنياً على أنّ الممكن في مرتبة إمكانه يمكن أن يوجد وإن لم يصر واجباً بالغير. وعلى هذا فاختيار العبد وإن كان ممكناً إلّا أنّه لا يجب أن يكون وجوده من علة خارجة عن ذاته.

الثاني: وهو مذهب الإمامية أنّ أفعال العباد يوجد بإرادة العبد وإرادة الله معاً بمعنى أنّ إرادة العبد يكون ناشياً من علة ينتهي سلسلته إلى الواجب تعالىٰ والعبد يكون مختاراً حيث إنّ الفعل صدر من اختياره وإرادته ولا ينافي ذلك كون نفس الإرادة من غير اختياره، كما في الواجب تعالىٰ، على ما فصلناه في محلّه.

الثالث: هو الجبر على ما يقوله الأشعري وهو على ما فسّره الأستاد ـ سلّمه الله ـ عبارة عن كون الفعل صادراً عن الدواعي النفسية، لا لداعي إطاعة الله.

إن قلت: يوردون على الجبرية بأنّا نرى الفرق بداهة بين الأفعال الصادرة منّا وبين

---

١) كذا، وذكر فيما قبل لفظة «الشروط» لا «الشرائط»، وبينهما فرق، فتأمل.

مثل حركة يد /٦٦٣/ المرتعش وهذا يكون شاهداً على أنّ الأشعري لا يقول بكون الأفعال صادرة من الدواعي، وإلّا لكان هذا النقض في غير محلّه.

قلت: هذا النقض من الإمامية ليس في محلّه والشاهد على ذلك أنّ الجبرية يقولون: إنّ الأفعال تكون صادرة عن الإرادة والإرادة أيضاً حادث يحتاج إلى علة وهكذا حتى ينتهي إلى الواجب بالذات، فهم يسلّمون أنّ الأفعال تكون صادرة من الإرادة.

ويشهد على ذلك ما أجابه الإمامية من العلامة وغيره من هذا الدليل للأشعري من أنّ الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار؛ إذ معنى كون الشخص قادراً أنّه لو شاء فعل ولو شاء ترك، وهذا لا ينافي مع أنّه لم يشأ ولم يفعل مثلاً؛ إذ صِدق الشرطية لا يتوقف على وقوع الطرفين.

وممّا ذكرناه ظهر أنّ النزاع بين الأشعري والإمامية يكون كالنزاع اللفظي.

أقول: هذا الكلام ينافي مع الأقوال التي ينقلونها عن الأشعري في الفصول وغيره؛ فلابدّ من المراجعة.

هذا؛ مع أنّ الشاهدينِ اللّذينِ ذكرا لهذا المطلب إنّما تدلّان على أنّ الأفعال الصادرة عن الدواعي مطلقاً تكون جبراً، لا خصوص ما صدر من الدواعي النفسية. وبالجملة ليس هنا مجال التعرض لهذه المطالب.

وعلى كلّ حال، الاختيار المبحوث عنه ليس /٦٦٤/ المراد منه الاختيار الذي يقال في مقام الجبر والتفويض سواء قلنا: إنّ الجبر هو مطلق الأفعال الناشية عن الدواعي النفسانية أو خصوص ما يكون من قبيل حركة المرتعش، كما هو واضح.

ومنها: الاضطرار الذي يكون في بعض الأخبار، مثل حديث الرفع، وهو عبارة عن الفعل الاختياري الذي يصدر عن الإنسان لأجل دفع مضرة عن نفسه، أو عِرضه، أو ماله، وهو بحسب اللغة والعرف وأن يكون أعمّ من أن يكون هذه المضرة من جهة دفع المضرة الناشية من تحميل الغير له على العمل بحيث لو لم يفعل، يقتله، أو يضربه، إلّا أنّه في الخبر لمّا وقع في مقابل الإكراه ويكون الإكراه معناه حمل الغير على ما يكرهه.

فلابدّ أن يكون المراد من الاضطرار دفع مضرة لم يكن ناشية من تحميل الغير له على ما يكرهه*.

فلو كان الاضطرار بمعناه الأعمّ يصير ذكر الإكراه في مقابلة من قبيل جعل قسم الشيء قسيماً له يصدق مع وجود المندوحة أيضاً كما ذكره الشيخ هنا وهذا بخلاف الاضطرار.

وعلى هذا فلا وجه للتقييد في معنى الإكراه؛ إذ لا مانع بحسب العرف والاعتبار أن يكون /٦٦٥/ الرفع متعلقاً بكلّ واحد من العنوانين اللذين يكون النسبة بينهما عموم من وجه.

وبالجملة ليس المراد من الاختيار هو ما يقابل الاضطرار، وذلك لأنّه بناءً على كون الاضطرار هو خصوص ما لا يكون دفع المضرّة فيه من تحميل الغير، فيصير جميع أفراد الاضطرار داخلاً في الاختيار الذي نحن شرطنا وجوده في المتعاقدين.

وأمّا لو كان الاضطرار بمعناه الأعمّ - كما ذكرناه - فحينئذٍ أيضاً يكون أغلب أفراده داخلاً في الاختيار المبحوث عنه.

ومنها: الإلجاء وهو في العرف مرادف للاضطرار، فيكون الكلام فيه نظير ما ذكر في الاضطرار، إلّا أنّه نقل عن الشهيد في الدروس أنّ الإلجاء يكون بمثل حركة المرتعش. وعلى هذا فيكون الاختيار فيما نحن فيه مع ضدّه - وهو الكراهة - كلاهما داخلين في نفس الاختيار المقابل للإلجاء.

[الكلام في الإكراه والجبر]

ومنها: الإكراه والجبر، والجبر أخصّ من الإكراه؛ إذ الإكراه والجبر كلاهما مشتركان في أنّ المراد حمل الغير له على ما يكرهه، إلّا أنّ الإكراه يطلق في أعمّ ممّا يكون له مندوحة وما لا يكون له مندوحة.

---

*) *اقول: كما يقوله الشيخ أيضاً هنا. (منه قدّس سرّه).*

وأمّا الجبر فيطلق على ما لا مندوحة له، كما يظهر ذلك ممّا ورد في رواية ابن سنان /٦٦٦/ من أنّ «الجبر من السلطان ويكون الإكراه من الزوجة»[1] اه؛ فإنّ الظاهر أنّ ذكر السطان والزوجة وغيرهما ذكر مثالاً.

وإذا عرفت ما تقدم فنقول: إنّ الاختيار الذي يكون من شرائط المتعاقدين يكون ضدّاً للإكراه على ما يقولون، إلّا أنّ القدر المتيقن ممّا هو خارج عن الاختيار الذي اشترط وجوده في المتعاقدين هو الإكراه الذي لم يكن للمكلف هناك مندوحة الذي قد عرفت أنّه يطلق عليه الجبر والإجبار.

فتلخص أنّ المكرَه الذي يقولون بفساد عقده، يكون القدر المتيقن منه هو المجبور الذي لا مندوحة له.

ثمّ إنّه على فرض أخذ عدم المندوحة في تحقق الإكراه التي اشترطنا عدمها في صحة العقد يقع الكلام في أنّ القدرة على التورِيَة أو على عدم القصد وأشباه ذلك مندوحة حتى لا يتحقق موضوع الإكراه مع القدرة على شيء منها أم لا؟

وسيأتي الكلام في ذلك ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: قد عرفت أنّ المدعىٰ أنّ الاختيار شرط لصحة العقد، وعلى هذا يكون الإكراه التي قلنا: إنّها في مقابل الاختيار فاسداً والمراد من الفساد هنا ليس ما لا يكون مؤثراً بالمرّة؛ بل ما لا يكون مؤثراً فعلاً وأن /٦٦٧/ يكون بعد الإجازة نظير قولهم: إنّ العقد الفضولي فاسد. وعلى هذا ففي عقد المكره يكون دعوىً ثبوتي وهو صحته بعد الإجازة ودعوى سلبي وهو عدم صحته فعلاً قبل الإجازة، وفي كلا الدعويين يكون المخالف موجوداً.

أمّا الدعوى السلبي فيكون المخالف جمع من العامة على ما نُقل عنهم؛ حيث يقولون بصحة الفعلي لعقد المكرَه من دون توقف على الإجازة، وأمّا الدعوى الإيجابي وهو الصحة بعد الإجازة، نُقل الخلاف هنا عن بعض الأركان، منهم الشيخ ﷺ في

---

١) الكافي ٤٤٢/٧، باب ما لا يلزم من الأيمان والنذور، ح ١٦.

الخلاف، ثمّ الأردبيلي.

ونسب إلى الشهيدين[١] والمحقق[٢] ظاهراً أنّهم قالوا ببطلان عقد المكره من رأس لو لم يكن الإجماع على خلافه، بل نسب مثل هذا الكلام إلى صاحب الجواهر[٣] أيضاً. ومن الواضح عدم إمكان إحراز الإجماع التعبدي في أمثال هذه المسائل.

ثمّ إنّه ذكر لعقد المكره شرائط مرجعها إلى تحقق عنوان المكره بها حيث إنّه موضوع لابدّ من إحرازه حتى يترتب عليه أحكامه فالدليل على اعتبار كلّ واحد من الشرائط الآتية وعدم اعتباره هو صدق عنوان المكره عرفاً مع وجود تلك الشرط وعدم صدقه.

الأول من الشرائط هو القصد.

[الأقوال في اعتبار القصد وعدمه لتحقق عنوان المكره]

ثمّ إنّ في اعتبار القصد /٦٦٨/ في تحقق عنوان المكره، أو اعتبار عدم القصد، أو عدم اعتبار شيء منها، أو التفصيل وجوه؛ بل أقوال:

منها: اعتبار عدم القصد بحيث لو قصد يخرج عن موضوع الإكراه ويصير صحيحاً فعلياً من دون توقف على الإجازة. وهذا يظهر من الكلام المنقولة عن التحرير[٤] وهو أنّه قال: لو أُكرِه على الطلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق؛ إذ لا إكراه على القصد؛ انتهىٰ.

وهكذا يظهر اعتبار عدم القصد من كلّ من قِبَل هذا الفرع منه ﷺ ويظهر ذلك من الشهيد أيضاً؛ بل الظاهر أنّه نسب إلى جامع المقاصد أيضاً***.

---

١) الدروس ١٩٢/٣، بيع الفضولي وأحكامه؛ مسالك الإفهام ١٥٥/٣، بيع الصبي والمكره.

٢) شرائع الإسلام ٢٦٨/٢، في شروط عقد البيع.

٣) جواهر الكلام ٢٦٧/٢٢، في شرائط المتعاقدين.

٤) تحرير الأحكام ٥١/٤، المطلب الأول: المطلق.

*) ***في الجواهر*** [جواهر الكلام ٢٩٦/٢٢، في أن سكوت المالك لا يدل على الإجازة] ***في البيع***

ومنها: اعتبار القصد بحيث لو لم يقصد يكون باطلاً صرفاً غير قابل للإجازة أيضاً وهذا يظهر من عناوين حيث قال: إنّه لا ينبغي صدور عدم اعتبار القصد في موضوع المكره من مثل الشهيد على ما نقل ونقل عن الجواهر[٥] أيضاً أنّه قال بقريب من ذلك وفي المكاسب[٦] بعد تسليم أنّ قصد الانشائي لابدّ وأن يكون موجوداً*** يقول: وهذا الذي ذكرنا لا يكاد /٦٦٩/ يخفىٰ على من له أدنىٰ تأمل في معنى الإكراه لغة وعرفاً؛ إنتهىٰ.

أقول: سيوضح ـ إن شاء الله ـ أنّ النزاع بين اعتبار القصد وعدم اعتباره في الجملة يكون لفظياً.

الفضولي عند بيان ما يتحقق به الإجازة ينقل عن الشهيد أنّ المكره إذا لم يكن قاصداً للمعنىٰ يكون كالهازل في عدم تأثير الإجازة اللاحقة في صحته. ثمّ يقول: هو وفاقاً لما قاله في عقد المكره قبل ذلك من أنّ المكره تارة لا يقصد المعنى، بل يقصد مجرد اللفظ. فهنا لا يؤثر الإجازة في الصحة.

وتارة يقصد المعنى أيضاً، لكنّه غير راضٍ، فهنا يؤثر الإجازة وإن كان له تأمل فيما ذكره في سابقه في إمكان تفكيك القصد إلى المدلول عن الرضاء به؛ إذ ليس مراده من القصد مجرد الانشائي الصوري التي يكون موجوداً في الهازل لما هو مشحون في كلماته من عدم كون الهازل قاصداً لغير اللفظ. فمراده من القصد تحقق مضمون العقد في الخارج وهو متحد مع الرضاء العرضي التي تكون موجودة في المضطر أيضاً. (منه قدس سره).

***) لو كان المراد نسبة اعتبار عدم القصد بمعنى عدم الانشاء في موضوع المكره إلى غيره فيرد عليه: أولاً أنّ من المحتمل أن يكون باباً من باب أن يكون عدم المندوحة شرطاً في موضوع الإكراه أو حكمه وكان فرض الكلام في صورة كان متمكناً من عدم القصد باعتبار عدم القصد هنا من جهة أنّه لما كان المندوحة ومع ذلك باع، فلا يجري حكم المكره، لا أن يكون عدم القصد مأخوذاً في موضوع الإكراه مطلقاً. وثانياً على التسليم يجوز أن يكون المراد من القصد الذي قال بأنّه يرفع حكم الإكراه غير القصد بمعنى الانشاء؛ بل القصد بمعنى أنّه لا يكون كالهازل لما يريد وقوع المضمون، كما يستفاد من عبارة الشهيد. (منه قدس سره).*

٥) جواهر الكلام ١٥/٣٢، الشرط الثالث: الأختيار.

٦) كتاب المكاسب ٣١١/٣، حقيقة الإكراه.

****) فيه ما فيه، كما في الحاشية. (منه قدس سره).*

ومنها: التفصيل بين الغافل وغيره، فالغافل عن القصد سواء تحقق منه القصد أو لم يتحقق يكون مكرهاً، وهذا التفصيل نسب إلى بعض المعاصرين للشيخ ﷺ ظاهراً.

ومنها: عدم اعتبار القصد ولا عدم القصد في موضوع المكره. ونسب هذا القول إلى الشهيد الثاني[1] ظاهراً حيث إنّه على ما نسب إليه يقول في مقام أنّ المكره غير قاصد لمدلول الكلام وفي مقام آخر بعد ذكر الفرع الذي نسب إلى العلامة[2] من أنّه «لو كره على الطلاق فطلّق ناوياً..» اه يختار في هذه الصورة أنّه لا يصحّ العقد فعلاً وأنّه لو نعقّبه الإجازة يترتب عليه الأثر*.

[هل الطلب عين الإرادة؟]

والتحقيق في المقام يقتضي رسم مقدمة، وهو أنّه إمّا أن نقول: إنّ الطلب عين الإرادة، أو أنّه غيرها. فإن قلنا في باب الأوامر: إنّ الطلب عين الإرادة وأنكرنا الإنشاء، فهنا نقول: إنّ قوله: «بعت» يكون بمعنى طيب النفس فكأنّه قال: إنّي أحبّ البيع. فإنّ طيب النفس بمنزلة الإرادة في باب الأوامر.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ المراد من القصد /٦٧٠/ لو كان هو طيب النفس، فنقول: إنّ طيب النفس موجود في بيع المكره خلافاً للمكاسب وغيره وذلك لأنّ طيب النفس الذي يكون وجوده لازماً في تحقق البيع الصحيح لا يلزم أن يكون هو طيب النفس بذات المعاملة وإلّا فيصير كثير من المعاملات باطلاً لعدم وجود طيب النفس بذات المعاملة، كما إذا صار مضطراً ببيع بعض أمواله لدفع ضرر الجوع عن نفسه. أو عن عياله.

فإنّ طيب النفس فيه بالعرض حيث إنّ رفع الجوع كان أهمّ من عدم بيع هذا الشيء

---

١) مسالك الإفهام ١٧/٩، الشرط الثالث: الإختيار.

٢) تحرير الأحكام ٥١/٤، المطلب الأول في المطلق.

*) ***مقتضى ما نقلنا عن الجواهر في الحاشية السابقة أنّ الشهيد ينحصر عقد المكره التي يصحّحها الإجازة بصورة العقد. (منه قدس سره).***

النفيس الذي لم يكن راضياً ببيعه ذاتاً؛ بل يكفي طيب النفس العرفي أيضاً وهو موجود لا غير في أغلب المعاملات كالمثال المتقدم.

وعلى هذا فنقول: إنّ طيب النفس العرضي موجود في بيع المكره أيضاً وذلك لأنّه لما يكون دفع الضرر المظنون أو المعلوم على النفس أو العِرض أو المال أهمّ عند العقل من عدم بيع هذا الشيء الجزئي من ماله مثلاً، فلذا يرضىٰ /٦٧١/ بالبيع، والأزيد من هذا الرضاء ليس بشرط.

إن قلت: بناءًا على كون الطلب عين الإرادة لابدّ وأن يكون طيب النفس عين البيع، لا شرطاً فيه.

قلت: الظاهر أنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ الذي يكون منكراً لوجود الإنشائي يقول: إنّ البيع عباراة عن إظهار طيب النفس بلفظ «بِعت» وعلى هذا فيصير طيب النفس الواقعي شرطاً نظير قول المشهور الذين يقولون بأنّ البيع عبارة عن إنشاء البيع ويعترفون بالوجود الإنشائي، كما يظهر ذلك ممّا ذكرنا في أول مسألة أمر الآمر مع العلم بانتفاء شرطه.

وأمّا لو كان المراد من القصد هو قصد استعمال اللفظ في معناه كأن يكون ذكر اللفظ لغرض تفهيم المعنى لا لغير ذلك، فالقصد بهذا المعنى أيضاً يكون شرطاً في تحقق بيع المكره.

وأمّا لو كان المراد من القصد هو قصد إنشاء البيع، فحينئذٍ لو قلنا - كما يقوله الشيخ[1] - من أنّ هذا القصد معلول للكلام إذا كان اللفظ مستعملاً غير مهملٍ، فحينئذ لا يبقى مجال لأن يقال: إنّ القصد بهذا المعنى شرط أم لا.

نعم؛ لو قلنا بأنّ القصد الإنشائي يمكن انفكاكه عن اللفظ، /٦٧٢/ فحينئذٍ يبقى المجال لأن ينازع في أنّ القصد بهذا المعنى شرط في تحقق بيع المكرَه أم لا، إلّا أنّ الظاهر؛ بل بلا إشكال أنّ من يقول بالوجود الإنشائي كالمشهور، يقولون باشتراط

---

١) كتاب المكاسب ٣٠٩/٣، المراد من قولهم: المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله.

القصد بهذا المعنى في تحقق بيع المكره وإنّما نزاعهم في اشتراط القصد بمعنى طيب النفس بالبيع، كما لا يخفىٰ على المتأمل في كلماتهم.

ثمّ إنّه ظهر مما ذكرنا أنّه بمقتضى مذاق الأستاد ـ سلّمه الله ـ حيث أنكر الوجود الإنشائي بالمرّة وقال باشتراط القصد بسائر معانيه يكون فيه موجوداً صار صحة الفعلي[1] لبيع المكرَه على مقتضى القاعدة، فرفع اليد عن الصحة الفعلية لابدّ وأن يكون للإجماع بحيث لو لم يكن إجماع على عدم الصحة الفعلية، لكان قائلاً بالصحة الفعلية*، بعكس ما قاله الأردبيلي من عدم الصحة القابلية له أيضاً، بل بناء على ما قلنا من وجود الإنشائي أيضاً يكون مقتضى القاعدة هو الصحة الفعلية، لأنّا نقول - كما يقوله /٦٧٣/ الشيخ ﷺ من أنّ الإنشاء يتحقق في بيع المكره كما في سائر البيوع.

[الفرق بين الهازل والمكره]

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الفرق بين الهازل والمكرَه يكون من جهتين ـ لو قلنا إنّ الهازل يكون القصد الإنشائي فيه موجوداً ما يقوله الشيخ ﷺ -.

الأولى: أنّ الهازل ليس له طيب النفس، بخلاف المكره، على ما رجّحناه سابقاً.

الثانية: أنّ الهازل ليس غرضه من ذكر اللفظ تفهيم المعنى، بخلاف المكرَه.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا مجال لأن يقال: إنّ الفرق بين الهازل والمكره لمجرد الإجماع ولما كان هذا صادراً عن الاشتباه فلذا أعرضنا عن ذكره مفصلاً.

بقي الكلام في التعرض لأنّ الطلب عين الإرادة أم لا، وإن ظهر سابقاً أنّ هذا النزاع لا يفيد فائدة معتنى بها فيما نحن فيه؛ بل ليس على التحقيق له فائدة أصلاً، لأنّه بناء على ما ذكرنا ليس فرق بين المكره وغيره من هذه الجهة حيث إنّه لو اعترفنا بوجود الإنشائي فنقول: إنّه موجود في المكره وغيره من غير تفاوت بينهما.

---

١) كذا!

*) *وإن أثبت عدم الصحة الفعلية بحديث الرفع أيضاً تقول: إنّ إثبات الصحة بعد الإجازة لا مدرك له إلّا دعوى الإجماع. (منه قدس سره).*

نعم؛ لو ادّعى المكره أنّي ذكرت اللفظ تـورِيَة، فـلعلّه يسـمع مـنه / ٦٧٤ / هـذا الدعوىٰ، إلّا أنّ هذا أيضاً لا يثمر ثمرة معتنىٰ بها بعد ما نقول من أنّ ترتب آثار الصحة موقوف على الإجازة في حال عدم الإكراه.

[إنكار الوجود الإنشائي في كلام الأستاد]

وإذا عرفت ذلك فنقول: ذكر الأستاد ـ سلّمه الله ـ تقريباً لإنكار الوجود الإنشائي وهو أنّه لما كان الأشعريين القائلين بالكلام النفسي لما كانوا مصنفي كتب المقدمات وتكلّموا في كتبهم على وفق مذهبهم وأطرسوا الكتب من الكلام النفسي وسمّوه في الإخبارات بالقضية المعقولة وفي الإنشائات بالوجود الإنشائي وعلمائنا ـ رضوان الله عليهم ـ لمّا آنسوا في ابتداء طفوليتهم بكتب المقدمات التي كتبها الأشعريين فصار كلام الأشعريين مركوزاً في قلوبهم إلّا أنّهم لما رأوا قول الأشعريين بالكلام النفسي فأنكروا عليهم ذلك تبعاً لقدمائهم، أو للزوم تعدد القدماء، أو لأنّه غير معقول.

وليس مرادهم من غير المعقول أنّه محال؛ بل مرادهـم أنّ الكـلام النـفسي الذي تدعونه هو من الوحدانيات والتصديق فرع التصور / ٦٧٥ /، مع أنّا لا نرى في أنفسنا غير العلم بالنفع مثلاً واللفظ شيئاً آخر حتى نسمّيه بالكلام النفسي ونعترف بـوجود الكلام النفسي.

ثمّ إنّ علماءنا أنكروا القضية المعقولة أيضاً بهذا المبنى إلّا أنّـهم لمّـا وصـلوا إلى الإنشائات فلم ينكروا الوجود الإنشائي مع أنّه كان من فروع الكلام النفسي ذاهلين عن ذلك، واعترفوا بوجوده لمّا آنس أذهانهم بوجوده في كتب المقدمات التي كـتبها الأشعريين واختلفوا أنّ الأمر، كما يكتب في كتب المقدمات غفلة من أنّ هذا الوجود الإنشائي يكون من فروع تلك المبنى الفاسد.

والحاصل أنّ القائلين بالوجود الإنشائي يـقولون: إنّ فـي الأمـر والنـهي وصِـيَغ المعاملات والاستفهام والتمنّي والترجّي التي تكون من الإنشائات يكون غير اللـفظ والعلم، أو الحالة النفسانية التي تكون في القلب ويكون اللفظ كاشفاً عنه يكون شيئاً

آخر في النفس يوجد بوجود اللفظ وينتفي بانتفائه، وهذا الشيء يكون في كلّ واحد من التمني والترجي مثلاً غير ما هو في الآخر حتى يمتاز التمني من الترجي والأمر /٦٧٦/ من النهي إلى غير ذلك؛ إذ الأمر والنهي والتمني والترجي إلى غير ذلك ليس عندهم إلّا عبارة عن هذه الوجودات الإنشائية فلابدّ أن يكون هذه الوجودات مختلفة حتى يحصل التمايز بين الإنشائات ولابدّ أن يكون حصول هذه الوجود بوجود اللفظ أو مقارناً له و ينتفي بانتفائه.

وعلى هذا فالجواب عنهم منحصر بأن نقول: نحن لم نجد في أنفسنا ما يوجد في النفس بوجود اللفظ وينتفي بانتفائه في كلّ واحد من الإنشائات. فكيف يمكن لنا التصديق بمثل ذلك وأنّه في كلّ واحد من الإنشائات يكون نحو هذا الوجود غير ما هو في الآخر حتى يحصل التمايز بين الإنشائات.

[ليس الوجود الإنشائي إلا أمراً اعتبارياً]

أقول: لا يخفى أنّا نقلنا إنكار الأستاد ـ سلّمه الله ـ للوجود الإنشائي في أول البيع وفي مسألة اشتراط التنجيز في العقود إلى غير ذلك من الموارد. وفي كلّ مورد تمسّك لبطلانه بوجه، نحن أبطلنا تلك الوجه في محله وهنا نريد أن نبيّن وجهاً لتصور وجود إنشائي في كلّ واحد من الأمر /٦٧٧/ والنهي والاستفهام إلى غير ذلك من الإنشائات بحيث يكون الوجود الإنشائي فيكلّ واحد منهما مغايراً للآخر، مع أنّه يوجد بوجود اللفظ وينتفي بانتفائه. وهذا المطلب أيضاً وإن ذكرناه في أول البيع إلّا أنّه نكرّره لبعض الفوائد التي تكون فيه فنقول: إنّ الوجود الإنشائي ليس إلّا أمراً اعتبارياً، وبيان ذلك أنّ وضع الألفاظ يكون على نوعين:

الأول: وهو الغالب، ما يكون بإزاء نفس المعاني بحيث إذا أراد المتكلم أن يفهم معنىً من المعاني يذكر اللفظ الذي يكون موضوعاً بإزاء تلك المعنىٰ على ما ذكرنا شرحه والتفصيل بين المفردات والمركبات في مسألة الوضع؛ مثلاً إذا يريد أن يفهم بالمخاطب من أنّه يريد لضرب زيد فنقول له: إنّي أريد ضرب الزيد.

الثاني: ما يكون موضوعاً بإزاء الأفعال الخارجية يكون تلك الأفعال كاشفة عن المقصود والمراد بكون اللفظ موضوعاً للأفعال ليس هو أنّ المتكلم يفهم الفعل بطريق الكاشفية؛ بل المراد أنّ نفس اللفظ يصير كنفس الفعل؛ مثلاً إذا كان المتكلم مريداً فعلاً لضرب زيد وليس له حالة منتظرة في إرادته /٦٧٨/ الفعلية فهنا لو لم يكن في العالم لفظ موضوع فهنا يجيء المتكلم ويجرّ المخاطب إلى زيد مُفهِماً له من أنّ المقصود من الجرّ هو ضربك إيّاه ؛حيث إنّ مريدٌ. فكما أنّ هذا الفعل الخارجي يكون له كاشفاً من أنّ المتكلم مريداً لضرب زيد، فكذلك الواضع يوضع لفظاً يكون بمنزلة هذا الجرّ الذي كان منضماً إلى قرائن واضحة من أنّه مريد لضرب زيد بحيث يكون التكلم بهذا اللفظ حاله كحال نفس الجرّ المذكور. فبقوله: «إضرب زيداً» كأنّه جرّ المخاطب إلى ضرب زيد؛ لأنّ معنى اللفظ ليس إلّا هذا الاعتبار ولذا يكون الإنشاء بنفسه قابلاً للصدق.

وهذا معنى كلام الشيخ من أنّ المدلول، معلول للكلام الإنشائي لو كان مستعملاً في معناه؛ إذ معنى اللفظ ليس الإنشاء.

ثمّ إنّ في كلّ واحد من الإنشائات يكون نظير هذا الفعل الذي يكون كاشفاً عن الواقع ويكون اللفظ موضوعاً للكاشف، لا المنكشف يكون موجوداً. مثلاً /٦٧٩/ في مقام الاستفهام لو لم يكن في العالم لفظ وكان الإنسان مريداً لأن يستفهم من أخيه شيئاً فهو يشير إلى المستفهم عنه ثمّ يحرّك يده أو رأسه والواضع جعل الحروف الاستفهامية مقام حركة اليد والرأس.

وكذلك في مقام التمني إذا لم يكن لفظ موضوع لبيان ذلك ويكون الإنسان بصدد إظهار أنّه متمنٍّ فيشير إلى ما تمنّاه ثمّ يتنفّس تنفّس السّعداء.

وهكذا في كلّ واحد من الإنشائات كان في البين فعل يكون كاشفاً عن المقصود ويكون اللفظ الإنشائي موضوعاً لنفس ذلك الفعل الكاشف، لا لمنكشف بحيث إذا يكلّم باللفظ الإنشائي فكأنّه فعل تلك الفعل. فقولك: «تَمَنّيتُ» يكون موضوعاً للمنكشف فلذا ليس بإنشاء، وأمّا قولك: «لَيتَ» يكون بمنزلة إيجاد الفعل الكاشف عن التمنّي فلذا يكون إنشاءً.

من تأمّل في حاقّ حقيقة «ليت» و«تمنّيت» و«لعلّ» و«ترجّيت» و«أريد الضرب» و«اضرب» يجد من نفسه تصديق ما ذكرته.

[الوعيد على ترك المكرَه عليه]

/٦٨٠/ **الثاني** من الشروط التي يتوقف تحقق موضوع الإكراه عليها هو الوعيد على ترك المكره عليه ممّن يعلم أو يظنّ صدوره منه.

وتوضيح حال هذا الشرط يعلم في ضمن فروع:

منها: أنّه يشترط التصريح بالوعيد من المكره بالكسر كأن يقول له «طلّق زوجتك وإلّا لأقتلنّك»، أو يكفي أن يقول بذلك كناية كأن يقول له «طلِّق» وكان في مقام الإلزام، لا الالتماس.

الحقّ عدم اشتراط التصريح لتحقق عنوان الإكراه عند العرف من دون أن يصرّح بالوعيد أيضاً.

ومنها: أنّه هل يشترط إظهار الوعيد من المكرِه بالكسر بوجه من الوجوه أو يكفي مجرد العلم بصدور ذلك منه لو لم يفعل، كما إذا علم الإنسان بحدسه أنّ السلطان يقتله لو لم يطلّق زوجته من دون إظهارٍ بذلك من السلطان بنحو من الأنحاء؟

الحقّ عدم تحقق موضوع الإكراه هنا؛ خلافاً لبعض علماء الطهران على ما نقل.

نعم؛ يصدق عليه أنّه مضطرّ في طلاق زوجته ولكن لا يصدق أنّه مكرَه؛ لأنّ موضوع الإكراه لا يتحقق /٦٨١/ من دون تحميل من الغير.

نعم؛ هنا يكون مضطراً كما إذا علم الإنسان أنّه لو لم يطلّق زوجته يموت، فإنّه يصير مضطراً في طلاق زوجته فإنّه يكون الطلاق صحيحاً بالفعل من دون توقف على الإجازة.

وذلك لما قد عرفت من أنّ طيب النفس موجود في عقد المكرَه وأن توقف الصحة الفعلي هناك على الإجازة يكون على خلاف القاعدة؛ إذ طيب النفس الذي يكون شرطاً لا يلزم أن يكون هو طيب النفس بذات المعاملة؛ بل يكفي طيب النفس

العرضي الذي نشأ من أولوية دفع أشدّ الضررين عند التزاحم، وعلى هذا فنقول: إنّ مثل هذا الطيب من النفس يكون موجوداً في عقد المضطرّ أيضاً لابدّ أن يكون فعلياً، لأنّه ليس هنا إجماع على توقف الصحة الفعلية على الإجازة*.

---

*) أقول: نحن نسلّم أنّه لا يصدق في المقام «ما أكرهوا عليه»، ولكن يصدق «ما اضطرّوا إليه»، وهو كافٍ في إثبات البطلان في الجملة التي أقلّها البطلان وعدم ترتب الأثر قبل لحوق الإجازة.

وأنت قد عرفت أنّ الدليل على عدم صحة العقد المكره إنّما هو مثل حديث الرفع بعد الاعتراف بوجود طيب النفس العرضي في عقد المكره وأنّه كافٍ في الصحة على حسب القواعد مع قطع النظر عن اقتضاء مثل حديث الرفع البطلان.

وعلى هذا نقول: نحن ذكرنا في حديث الرفع في مسألة العلم الإجمالي أنّه بنفسه يدلّ على رفع جميع الآثار من دون أن يتوقف دلالته على ذلك على التمسك بصحيحة البزنطي. وعلى هذا، إنّ حديث الرفع كما هو مشتمل على رفع ما أكرهوا عليه ويكون مقتضاه بطلان العقد المضطرّ إليه أيضاً.

إن قلت: إنّ ما ذكرت مخالف للإجماع المحقق؛ إذ ليس لنا قائل ببطلان عقد يضطرّ إليه الإنسان لدفع العوارض الواردة على نفسه وأهله وماله.

قلت: حديث الرفع لمّا يكون وارداً في مورد الامتنان فلا يرفع إلّا الآثار التي تكون في رفعه منّة على من اضطرّ إلى عقد من العقود، وكذلك لفظ الرفع يكون مقتضاه رفع الآثار التي تكون ثبوتها ثقيلاً عليه.

وعلى هذا نقول: إذا اضطرّ الإنسان ببيع ماله لدفع المضارّ الواردة عليه فهنا يكون المنّة في أن يثبت أثر الصحة لعقده وليس ذلك ثقيلاً عليه، بل المنّة يقتضي أن يثبت أثر الصحة لعقده بحيث لو لم يكن بيعه صحيحاً فيكون ذلك ثقيلاً عليه لأنّه بعد بطلان عقده لا يبقى له شيء يرفع الإضطرار عن نفسه، وهذا بخلاف المكره والمضطرّ في المقام، فإنّ المكره بالكسر ليس له إلّا التوعيد على نفس العمل وليس له إلزام على الحكم الشرعي.

فحينئذ لو أتى المكره بالفتح لذلك العمل خوفاً، يكون المنّة عليه في أن لا يكون عقده صحيحاً وصحّة عقده يكون ثقيلاً عليه، فلا مانع من أن يرفع هذه الصحة بحديث الرفع.

إن قلت: فيما ذكرت اعتراف بأنّ المكره بالعقد ليس له طيب نفس بوقوع العقد واقعياً وأنّ المضطرّ يكون له طيب النفس بوقوع العقد.

قلت: الأمر كما ذكرت، وسرّه أنّ المكره يصير مضطراً بإيقاع العقد لا بتأثيره في الواقع فلذلك يرضى بإيقاع العقد، لا بتأثيره وأمّا المضطرّ فيصير مضطرّاً بأثر العقد وإنّما يضطرّ بنفس

ومنها: أنّه لا إشكال في أنّ مجرد الوعيد من كلّ شخص غير مثمر في تحقق موضوع الإكراه ما لم يعلم أو يظنّ صدور ذلك منه، أو يوجب الخوف على احتمال، وعمدة الإشكال هنا /٦٨٢/ في أنّ الخوف لو حصل من دون الظن هل يوجب ذلك لصدق الإكراه أم لا؟

وهنا يقع الكلام في مقامين:

[مجرد الشك بترتب الضرر هل يوجب الخوف؟]

الأول: في أنّ مجرّد الشك بترتب الضرر أو الاحتمال بترتّبه هل يوجب الخوف حتى نحكم بترتب الآثار المترتبة على الخوف من جواز التيمّم، أو جواز الإفطار، أو غير ذلك، أم لا؟

نُقل عن الشيخ أنّه يقول: إنّ الشك والاحتمال غير موجب للخوف.

وأورد على ذلك بأنّا نرى كثيراً أنّ مجرد الشك بترتب الضرر موجب للخوف في حق كثير من العقلاء.

وأجيب عن ذلك بأنّ ماترى من حصول الخوف إنّما هو في أمزجة السوداويين وهم يصير المشكوك عندهم مظنوناً لسوداوية مزاجهم ولأجل ذلك يحصل الخوف لهم.

وعلى هذا نقول: إنّ الأدلّة الدالّة بترتّب بعض الأحكام على موضوع الخوف لا يشمل إلّا الخوف المتعارفي الذي يكون في غالب الناس والخوف الذي أنت ذكرت يكون من الأفراد النادرة للخوف فلا يشمله ما ورد من ثبوت بعض الأحكام لموضوع /٦٨٣/ الخوف.

نعم؛ الأولىٰ في هذه الصورة هو الاحتياط.

العقد لتوقف ماكان مضطراً إليه وهو أثر العقد إليه أي إلى العقد، فلذا يرضى بها ومقتضى ذلك جواز التمسك بقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال» اه، و«تجارة عن تراض» لبطلان عقد المكرَه أيضاً. (منه قدس سره).

أقول: إذا كان الضرر عظيماً، فهنا يحصل الخوف لكلّ العقلاء من مجرد الشك بترتب الضرر؛ بل يحصل لهم الخوف من احتمال المرجوح إذا لم يكن الاحتمال مرجوحاً وذلك لما نرىٰ بالوجدان من أنّه لو كان الجدار في مقام الإنهدار يحترزون العقلاء من المرور في تحته مع أنّ المظنة حاصلة لهم بعدم وقوع الجدار على رأسهم في الزمان القليل الذي يمرّون تحته وكيف يمكن أن يقال: إنّ العاقل يحصل له الشك المتساوي الطرفين في أنّه إذا توضأ أو صام إلى الليل يُعمىٰ عينه ومع ذلك لا يحصل له الخوف؟!

ولعلّ الاشتباه إنّما يحصل من ملاحظة أغلب الموارد التي يكون الضرر فيها قليلاً أو أنّ احتمال الضرر معارض بجهة أخرىٰ من المصلحة، فلذلك لا يحترز العقلاء من احتمال الضرر هناك.

وبالجملة ليس هنا محلّ بسط هذا المطلب، وإلّا / ٦٨٤ / لأوضحناه شدّة الوضوح.

[لو حصل الخوف هل يصدق الإكراه؟]

المقام الثاني: في أنّه لو حصل الخوف من مجرد الشك، فهل يوجب ذلك لصدق الإكراه أم لا؟

والحقّ هنا أنّ مجرد الخوف لا يوجب صدق الإكراه ما لم يحصل العلم أو الظنّ بترتب الضرر من توعيد المكره؛ فافهم*.

ومنها: أنّ متعلق الوعيد أيّ شيء لابدّ أن يكون؟

نسب إلى بعض العامة أنّ متعلق الوعيد لابدّ أن يكون هو النفس، فقط دون العرض والمال.

وفيه ما لا يخفىٰ؛ فإنّ الإكراه يصدق مع الوعيد بإتلاف المال وإذهاب العِرض

---

*) *أقول: بعد التوعيد بما يكون بمثل قتل النفس وخوف وقوعه، الظاهر أنّه يصدق الإكراه. نعم؛ لو لم يظنّ الوقوع بحيث يرفع الخوف، فلا إشكال. (منه قدس سره).*

أيضاً.

وما يقال من أنّ المال إنّما يكون وضعه لدفع المهالك من النفس والعرض، ففيه: أنّ هذا غير مناف مع صدق موضوع الإكراه عرفاً بالوعيد بإتلاف المال أيضاً.

ثمّ إنّه بالنسبة إلى الوعيد بإذهاب العِرض يكون أحوال الناس مختلفاً؛ فربّ شخص يكون فحش واحد محققاً لموضوع الإكراه في حقّه وربّ شخص لا يكون ألف فحش محققاً لموضوع الإكراه في حقه.

وكذلك الوعيد بإتلاف المال يكون الأحوال فيه مختلفاً، فكلّ ضرر مالي يكون موجباً لسوء حال المكرَه /٦٨٥/ بالفتح به، فهذا يكون محققاً لموضوع الإكراه في حقه وكذلك الضرر الجزئي لا يكون محققاً لموضوع الإكراه.

وأمّا الضرر الكثير المالي الذي لا يسوء حال المكره، ففعلاً يكون محل التأمل*.

[التوعيد بالضرر على الأقرباء]

ثمّ إنّ التوعيد بالضرر على الأقرباء القريب من قبيل الإبن والأخ يكون محققاً لموضوع الإكراه، بخلاف التوعيد بالأقرباء البعيد والمؤمنين**.

وما ورد على ما نقل في باب الزكاة من أنّ الإخوان المؤمنين يكون كالأقرباء أو أنّهم أحسن وأشباه ذلك، غير موجب لتحقق عنوان الإكراه، كما هو كلامنا.

وكذا ما ورد من جواز اليمين الغموس لدفع الضرر عن المؤمنين، أو أخذ الولاية عن الجائر في صورة كان الضرر متوجهاً إلى المؤمنين ويرتفع الضرر بأخذ الولاية عن الجائر، **أقول**: وما يقال من أنّ اليمين الغموس يصير جائزاً من جهة أنّ قبح الكذب بمجرد مصلحة يصير منقلباً ففيه:

---

*) *الظاهر صدق الإكراه في كلّ مورد كان ضرره أشدّ من ضرر المكره عليه في حقّ المكره ولو لم يكن المال كثيراً. (منه قدس سره).*

**) *الظاهر أنّه يصدق بالنسبة إلى بعض الأصدقاء التي يصير الضرر عليهم كالضرر على النفس؛ فافهم. (منه قدس سره).*

أنّ هذا لا محظور فيه لو كان الدليل على حرمة الكذب منحصراً بقاعدة الملازمة ولم يكن على حرمته دليل شرعي يكون له إطلاق، اللّهم أن يقال: /٦٨٦/ إنّه لا يفهم من الأدلّة الشرعية أزيد ممّا يحكم به العقل لظهور ورودها مورد حكم العقل.

ومنها: يعني من الأمور التي يكون مأخوذاً في موضوع الإكراه عدم إمكان التفصي من المتوَعَّد عليه.

وتوضيح الحال في هذا المقام يتوقف على بسط في الكلام في مسألة الولاية عن الجائر وعند ذكر شروط المتعاقدين كما في ما نحن فيه وفي كتاب الطلاق عند ذكر طلاق المكره.

[التورية في تحقق موضوع الإكراه أو حكمه]

ثمّ لا يخفى أنّ التفصي في ما نحن فيه تارة يكون بالتورية في تحقق موضوع الإكراه أو حكمه، فسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ.

[اعتبار العجز عن التفصّي بغير التورية]

وأمّا اعتبار العجز عن التفصي بغير التورية في تحقق موضوع الإكراه عرفاً أو في موضوع الإكراه الذي يكون موضوعاً للأحكام الخاصة في الشرع وهذا هو الذي يعبّر عنه بأنّ العجز عن التفصي مأخوذ في حكم الإكراه، لا في /٦٨٧/ موضوعه، فمحلّ الإشكال.

ثمّ إنّه لو كان التفصي ممكناً ولكن يكون في التفصي ضرر آخر، فهذا ملحق بعدم إمكان التفصي.

ثمّ لا يخفى من أنّه لو قلنا: إنّ العجز عن التفصي ليس مأخوذاً في أصل موضوع الإكراه فهنا يمكن التفصيل من أنّه مأخوذ في حكم الإكراه بالنسبة إلى كون الإكراه قبيحاً للمحرمات دون كونه موجباً لرفع الأحكام الوضعية كصحة الفعلية للعقود، وهذا بخلاف ما لو قلنا بكونه مأخوذاً في أصل موضوع الإكراه؛ فإنّ التفصيل في هذا

الفرض لا يكون مناسباً.

وبالجملة الكلام في هذا المقام يقع في موارد:

الأول: أنّ العجز عن التفصي بغير التورية هل يكون مأخوذاً في أصل موضوع الإكراه أم لا؟

وقد عرفت أنّ المراد من التفصي أن يكون الإنسان مندوحة من دون أن يكون في تلك المندوحة ضرر آخر عليه، غير الضرر المتوعَّد عليه.

/٦٨٨/ ولا يخفى عليك أنّه يظهر من الشيخ في هذا المقام أنّ العجز عن التفصي مأخوذ في موضوع الإكراه حيث إنّه في صدر العنوان يجعل محلّ النزاع في اعتبار العجز عن التفصي بما لا يوجب ضرراً آخر في موضوع الإكراه أو حكمه.

ثمّ إنّه بعد اللّتيّا والتي يصير مختاره أنّ العجز عن التفصي بغير التورية يكون معتبراً في تحقق موضوع الإكراه.

ثمّ إنّه ﷺ وإن يقول بعد ذلك: «إنّ ما قلنا إنّما هو في الإكراه المبيح للمحرمات وأمّا الإكراه الرافع لأثر العقود فلا يعتبر فيه العجز عن التفصي»، إلّا أنّه لما كان التفكيك في الموضوع العرفي باعتبار العجز عن التفصي فيه في مورد دون آخر غير منافٍ، فلذا حمل كلامه على أنّ مراده التفكيك بالنسبة إلى حكم الإكراه، كما سيوضح عند بيان الحق في هذا المقام ـ إن شاء الله ـ؛ فتأمل*.

وأيضاً لا يخفى عليك أنّ الشيخ[1] في باب ولاية الجائر يدعي أنّه يظهر من ملاحظة كلمات العلماء في باب /٦٨٩/ الإكراه عدم الخلاف في اعتبار العجز عن التفصي بما لا يكون فيه حرج ولا ضرر.

---

*) ***سيأتي قريباً وجه التفكيك بين العقود وغيره في تحقق الإكراه وعدمه مع الإمكان عن التفصي وفي مسألة الولاية عن الجائر ذكرنا مجملاً لكلام الشيخ ﷺ وهو أنّ الأثر الثابت لعقد المكرَه لا يرتفع بواسطة الإكراه؛ لأنّ الصحة الثابتة لعقد المكرَه شأنية ومعلّقة على الإجازة، فلا منّة في رفعها؛ فتدبر. (منه قدس سره).***

١) كتاب المكاسب ٩٥/٢، الأمر الثالث: هل يعتبر العجز عن التفصي من المكره عليه؟

هذا؛ ولكن يظهر من المسالك[1] عدم اعتبار العجز عن التفصي في تحقق موضوع الإكراه، كما نقل الشيخ كلامه في باب ولاية الجائر؛ بل نسب إلى المسالك أنّه يدّعي عدم الخلاف في أنّ العجز عن التفصي ليس بمأخوذ في موضوع الإكراه.

ولا يخفى أنّ العبارة التي ينقلها الشيخ عن المسالك - كما نقل - تكون مخالفة لما هو موجود في المسالك.

ثمّ إنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ رجّح ما قاله في المسالك من عدم اعتبار العجز عن التفصي في موضوع الإكراه مستشهداً لذلك بصدق الإكراه عرفاً في صورة كان المكره بالفتح قادراً على التفصي.

وأيضاً يصدق ما ذكروه في تعريف الإكراه من تحميل الإنسان على ما يكرهه /٦٩٠/ على صورة كان الإنسان المكره قادراً على التفصي، ولكن أنا **أقول**: إذا كان المكلّف قادراً على التفصي من دون أن يكون في التفصي ضرر عليه ولا يكون في عدم التفصي له داعٍ عقلائي بحيث يكون مخالفته ضيقاً عليه، فهنا لا نسلّم صدق الإكراه على مثل هذا الشخص.

مثلاً إذا كان زيد قاعداً في المسجد فيقوله له عمرو: «لو لم تطلّق زوجتك لأقتلك» وفرضنا أنّ زيد بعد تحقق هذا التوعيد يكون قادراً على الخروج من المسجد من دون أن يرد عليه ضرر في الخروج ومن دون أن يكون في الخروج مشقّة خارجية أو مشقّة نفسانية كأن يكون الخروج مستلزماً مع رؤية من يكره رؤيته لكونه قاتل أبيه، ففي مثل الصورة المذكورة التي ليس الخروج عن المسجد موجباً للضرر وليس فيه /٦٩١/ حرج عرفي أيضاً لو طلّق زوجته واعتذر بأني كنت مكرهاً على ذلك، فيضحكون عليه.

وبالجملة عند العرف لا يتحقق موضوع الإكراه ما لم يكن في البين نوع لابدّية في ارتكابه للعمل.

---

١) مسالك الإفهام ١٣٩/٣، ولاية الجائر.

وبالجملة نحن لو أغمضنا عن ذلك أيضاً نقول: لا أقلّ من الشك في صدق الإكراه في صورة لم يكن في التفصي حرج ولا ضرر، ومع أنّه لو سلّمنا شمول لفظ الإكراه لهذه الصورة بمقتضى أصل وضعه، إلّا أنّ لفظ الإكراه بمادّته منصرف إلى صورة يكون في البين نوع لابدّية كما ذكرنا، وهذا مانع من التمسك بالمطلقات لصورة لم يكن في البين لابدّية في العمل أصلاً لانصراف هذه المادة في أيّ هيئة كانت إلى غير هذه الصورة، أو لمنع ذلك لجريان مقدمات الحكمة لإثبات شمول المطلقات لصورة لم يكن في البين /٦٩٢/ لابدّية أصلاً.

[الكلام في العجز عن التفصّي بما لا يكون فيه حرج أو ضرر]

ثمّ إنّك قد عرفت أنّه لا وَقْع للتفصيل بين الإكراه على المحرمات أو على العقود من حيث تحقق موضوع الإكراه عرفاً، وأيضاً عرفت أنّ الحق عندي في تحقق موضوع الإكراه هو الذي يقول الشيخ ﷺ: إنّه يظهر من كلمات العلماء من أنّ العجز عن التفصي معتبر ما لم يكن في التفصي حرج أو ضرر، أو كان مستلزماً لأحدهما.

الثاني: أنّ العجز عن التفصي بما لا يكون فيه ضرر لو قلنا بكونه مأخوذاً في أصل معنى الإكراه، فحينئذٍ لا إشكال في كونه مأخوذاً في حكم الإكراه أيضاً؛ لأنّ الحكم لم يتحقق إذا لم يوجد موضوعه.

وأمّا بناءً على ما اختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ من عدم كونه مأخوذاً في الموضوع فيأتي نزاع آخر في أنّه هل يكون مأخوذاً في حكم الإكراه بأن يكون الحكم ثابتاً للإكراه المقيد بعدم الإمكان عن التفصي فيه أم لا؟

والكلام هنا تارة يقع في الأحكام الوضعية مثل صحة العقد في أنّ الإكراه مطلقاً /٦٩٣/ يكون رافعاً له أم لا؛ بل الإكراه الرافع لصحة الطلاق وغيره من العقد هو الإكراه الذي لم يتمكن المكره بالفتح من التفصي هناك.

وتارة في الأحكام التكليفية، مثل حرمة شرب الخمر وغيره في أنّ مطلق الإكراه يكون رافعاً لها، أم الإكراه التي لم يتمكّن المكلف فيه من التفصي بما لا يكون

فيه ضرر.

[الإكراه في الأحكام الوضعية]

أمّا المقام الأول فنقول: بناءً على عدم كون العجز عن التفصي مأخوذاً في موضوع الإكراه، لا دليل لنا على كونه مأخوذاً في الحكم أيضاً. وعلى هذا، ففي صورة كان التفصي ممكناً، كما إذا كان الإنسان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرغاً لعبارة أو مطالعة فجائه مَن أكرهه على بيع شيء ممّا عنده وهو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره وهو كارِهٌ للخروج عن ذلك المكان؛ لكن لو خرج كان له خادم يكفّونه شرّ المكرِه، لابدّ وأن يكون العقد باطلاً.

وأمّا بناءً على ما قاله الشيخ[1] ﷺ من أنّ العجز عن التفصي مأخوذ في معنى الإكراه لابدّ وأن يكون العقد في هذه الصورة صحيحاً، إلّا أنّه مع ذلك يقول الشيخ ﷺ ببطلان العقد في هذه الصورة.

أقول: لا يخفى أنّ ظاهر عبارة الشيخ أنّ معنى الإكراه المُبيح للمحرّمات / ٦٩٤ / مغاير مع الإكراه الموجب لبطلان العقود، والإكراه الموجب لبطلان العقد هو ما يوجب لذهاب الرضاء وطيب النفس عن العاقد وهذا المعنى موجود في هذه الصورة، إلّا أنّه قد تقدّم الإيراد عليه بأنّه لا معنى للتفصيل في المعنى العرفي للإكراه.

ولذا حمل كلامه على أنّ مراده ﷺ هو أنّ بطلان العقد في هذه الصورة إنّما هو لأجل ملاك الإكراه فيها وذلك لأنّ كون الإكراه موجباً لبطلان العقود إنّما هو لأجل ذهاب طيب النفس من العاقد بواسطة الإكراه، وهذا الملاك موجود مع عدم العجز عن التفصي في الصورة التي ذكرناها أيضاً.

ولذا أورد على الشيخ ﷺ بأنّ هذا الكلام مبني على أن يكون بطلان عقد المكرَه

---

١) كتاب المكاسب ٩٦/٢، اعتبار العجز عن التفصي إذا لم يكن حرجياً ولم يتوقف على ضرر.

على طبق القاعدة، وهذا غير مسلّم*.

وتوضيح ذلك أنّ عقد المكره يقولون بأنّه ليس بصحيح فعلاً وإنّما يكون له الصحة التأهلية؛ حيث يصير صحيحاً بعد الإجازة وهنا قد يقال: /٦٩٥/ إنّ الصحة التأهلية للعقد المكره يكون على خلاف القاعدة؛ حيث إنّ مقتضى القاعدة أن يكون عقد المكره كعقد الهازل لعدم طيب النفس في كليهما.

وقد يقال: إنّ مقتضى القاعدة أن يكون عقد المكره صحيحاً فعلاً من دون توقف على الإجازة أيضاً وهذا هو الحقّ، وذلك لأنّ طيب النفس بالمعاملة تارة يكون ذاتياً كما في التجار وغيرهم ممّن يكون راغباً إلى بيع مال التجارة وغير ذلك، وتارة يكون عرضياً، كما إذا اضطرّ الإنسان إلى بيع شيء من ماله لدفع جوع وغير ذلك عن نفسه بحيث لو لم يكن له هذا الاضطرار لم يقدّم إلى هذا المطلب بوجه من الوجوه.

ونحن نقول: إنّ طيب النفس الذي يكون شرطاً لصحة العقود ليس خصوص طيب النفس الذاتي وإلّا يلزم أن يكون كثير من معاملات الناس باطلاً، بل يكفي طيب النفس العرضي أيضاً وهذا موجود في المكره أيضاً؛ حيث إنّه يرضى بالعقد لدفع الضرر عن نفسه فلابدّ أن يكون عقده صحيحاً /٦٩٦/، من دون توقف على الإجازة.

أقول: قد عرفت أنّ الإكراه يصدق في صورة العجز عن التفصي وفي صورة يكون في التفصي ضرر أو حرج. وعلى هذا، ففي المثال المتقدم إذا لم يكن في التفصي ضرر

---

*) ***قد تقدّم في الحواشي السابقة أنّ بطلان العقد الذي ليس له طيب النفس على طبق القاعدة وتقدّم أنّه ليس طيب النفس في صورة الإكراه وعلى هذا فالمبطل للعقد عنوانان:***

ذهاب طيب النفس لمثل قوله «لا يحلّ مال امرئ..» اه. [عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، ح ٩٨] ***وأدلّة الإكراه.***

ثمّ الإكراه لمّا يوجب ذهاب طيب النفس، كما تقدم، ولكن ذهاب طيب النفس ليس ملازماً لتحقق الإكراه؛ فلذا قال المصنف: إنّ النسبة بين الإكراه في العقود والإكراه في غيره عموم مطلق وإن كان النسبة بين حقيقة الإكراه وحقيقة ذهاب طيب النفس عموم من وجه.

ثمّ إنّ ما ذكر هنا بالنسبة إلى إمكان التفصي في العقود بغير التورية، وأمّا إمكان التفصي بالتورية، فسيأتي الكلام بعد ثلاثين ورقة. (منه قدس سره).

ولا حرج فنحن، نقول هناك بالصّحّة الفعلي للعقد.

نعم؛ قد يكون التفصي من بدو الأمر ممكناً ولكنّه لم يتفصّ* فيصير حين العقد عاجزاً عن التفصي ومثل هذا يكون مكرهاً، وإنّما قلنا: إنّ الإكراه لا يصدق في صورة كان حين العقد له التفصي وليس فيه ضرر ولا حرج ومع ذلك لم يتفصّ ويطلّق زوجته مثلاً؛ فافهم.

المقام الثاني في أنّ الإكراه الرافع لحرمة المحرمات هل أخذ فيه العجز عن التفصي لو قلنا: إنّ العجز عن التفصي ليس مأخوذاً في أصل معنى الإكراه أم لا، فنقول: قد عرفت أنّه لو كان التفصي ممكناً ولكن كان في التفصي أيضاً ضرر، فهذا ملحق بعدم إمكان التفصي موضوعاً أو حكماً.

ولا يخفىٰ أنّ هنا كلام من الجواهر[1] من أنّ الإكراه ما لم يصل إلى قتل النفس ليس مُبيحاً للمحرمات، وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ.

والكلام إنّما / ٦٩٧ / هو الآن في أنّه لو قلنا: إنّ الإكراه لو لم يؤخذ في أصل معناه العجز عن التفصي، فهل أخذ في كونه مُبيحاً للمحرمات العجز عن التفصي ممّا ليس فيه ضرر أم لا؟

ولا يخفىٰ أنّ من المحرمات هو الولاية عن الجائر؛ حيث إنّه معونة للظَّلَمَة ويكون من الكبائر؛ ولكنّ الكلام هنا في غير الولاية من المحرمات؛ فإنّ للولاية خصوصية كما سنتعرّض لها ـ إن شاء الله ـ.

وإذا عرفت مورد النزاع فنقول: لا تتعجّب من أنّه كيف يجوز أن يقال: إنّ المكره مع إمكان التفصي له يبيح له المحرمات؛ وجه التعجب أنّ العلماء اتّفقوا على أنّه لا يجوز دفع الأمراض المهلكة وغيرها بالمحرمات إلّا في صورة انحصر الدافع والرافع بها ولذا لم يقل أحد بجواز شرب الخمر لرفع المرض القاتل وغيره إلّا في صورة

---

*) ***فيه ما تقدّم في الحاشية. (منه قدس سره)*** .

١) جواهر الكلام ٢٢/١٦٦، جواز الولاية من قبل الجائر إذا كان مكرها.

انحصر المعالجة به وبيان رفع هذا التعجب بأن يقال:

فرق بين الإكراه وسائر المضرات وذلك لأنّ تحمل الإكراه شاقّ على النفس، فلا مانع من أنّ يراعيه الشارع بأزيد ممّا يراعي سائر المضرّات /٦٩٨/.

ولذا يقولون: إنّ طريق المكة لو كان فيها خوف سلب قليل من ماله، فهنا يسقط الحجج عن الوجوب بخلاف ما لو يأخذون عنه مالاً كثيراً على طريق الرسم المتعارف، كما هو المتعارف في زماننا.

أقول: لا يخفى أنّ التعجب لا يرتفع بذلك؛ لأنّ المفروض أنّه يكون له التفصي بأن لا يتحمّل الإكراه.

نعم؛ المسألة محل الخلاف، فلابدّ أن يراجع إلى الأدلّة وذلك لأنّ الشيخ ﷺ وإن يدّعي أنّ الذي يظهر من كلماتهم في باب الإكراه عدم الخلاف في اعتبار العجز عن التفصي، إلّا أنّ صاحب المسالك كما نُقل؛ بل الظاهر أنّه رأيت في كتابه أيضاً يدّعي أنّ الذي [يستفاد] من كلماتهم أنّه لا خلاف في عدم اعتبار العجز عن التفصي في الإكراه الذي يكون مُبيحاً للمحرمات.

[مقتضى أدلّة المحرمات في صورة كان المكره متمكناً عن المتفصي]

وبالجملة، فالمسألة محلّ الكلام، فلابدّ من مراجعة الأدلّة، فنقول: إنّ مقتضىٰ إطلاق أدلّة المحرّمات هو الحرمة في صورة كان المكرَه متمكّناً عن التفصي، والذي يجوز أن يتمسك به لرفع هذا الإطلاقات من البين وجوه:

/٦٩٩/ **الأول**: ما دلّ على أنّه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وردّ بأنّ الأخبار الواردة في قاعدة الضرر وإن كان ضعف سندها منجبراً بالشهرة ودلالتها أيضاً مسلّمة، إلّا أنّ للعمل بهذه الأخبار شرط وهو عمل العلماء بها وهذا الشرط مفقود هنا.

أقول: الوجه في توقف العمل بها إلى عمل العلماء على طبقها ورود كثرة التخصيص عليها ونحن قلنا في قاعدة الضرر: إنّ هذا الإشكال غير وارد عليها، مع أنّ في كون

عمل العلماء جابراً، محلّ تأمل ليس هنا محلّ ذكره*.

والأولى أن نقول: نحن لو سلّمنا صدق الضرر مع إمكان التفصي، فلا أقلّ من أنّ مقدمات الحكمة لا تجري لإثبات شمول «لا ضرر ولا ضرار» بمثل هذه الصورة؛ فافهم.

الثاني: ما دلّ على جواز التقية أو وجوبها مثل قوله تعالى: ﴿**إلّا أن تتّقوا منهم تقاة**﴾[1] الآية، ومثل الأخبار الواردة في هذا الباب.

وردّ ذلك بأنّ أدلّة التقية منصرف إلى صورة لم يكن للمكلف مندوحة، ولا أقلّ من أنّ مقدمات الحكمة لا تجري لإثبات دخول ما يكون فيه مندوحة تحت إطلاق أدلّة / ٧٠٠ / التقية.

وبناءً على ما ذكرنا من انصراف أدلّة التقية وعدم شمولها لصورة يكون هناك مندوحة لو توضأ أو صلّى المكلف في حضور المخالفين على وجه التقية وكان متمكناً من أن يتخفّى عنهم ويتوضّأ بغير التقية فيكون وضوئه باطلاً.

أقول: لو كان أدلّة التقية منحصرة بالإطلاق، فيكون الأمر كما ذُكر، إلّا أنّه لابدّ أن يتأمل في تلك الأخبار.

نعم؛ هذا الكلام فيما نحن فيه لا محظور فيه لأنّ الأخبار الخاصة ليس بشامل إلّا للتقية عن المخالفين من حيث المذهب، فلا ينفع لما نحن فيه والأدلّة التي لها إطلاق غير شاملة لما نحن فيه لما تقدّم من عدم جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق فيها من هذه الجهة.

---

*) ***على ما ذكرنا في قاعدة الضرر المرفوع بالضرر كلّ حكم... حكم يناسب أن يكون الضرر علة لرفعها والضرر في المقام رفعه برفع عدم وجوب التفصي حتى يثبت وجوب التفصي أو رفع حرمة المحرم.***

نعم؛ لو كان في التفصي أيضاً ضرر، فينحصر في رفع حرمة المحرّم. (منه قدس سره).

١) آل عمران: ٢٨.

الثالث: قوله عليه السلام: «ما استكرهوا عليه»[1] الوارد في حديث الرفع. وردّ ذلك بأنّ اللفظ ما لو كان موصوفة، فحينئذٍ يكون من المطلقات /٧٠١/ ونحن ندّعي انصرافه إلى صورة يكون المكلّف عاجزاً عن التفصي ولا أقلّ من أن مقدمات الحكمة لا تجري لإثبات الإطلاق أكثر من ذلك.

[تضييق دائرة العمومات]

وأمّا لو كان لفظ «ما» عموماً موصولة، فحينئذٍ نقول: إنّ ألفاظ الموصولات وإن يكون من ألفاظ العموم، فيكون ادعاء الإنصراف وغير ذلك فيها غلطاً، إلاّ أنّه يمكن تضييق دائرة العمومات بوجهين آخرين:

الأوّل: أن يدّعى العهدية فيها كأن يقال: إنّ مراده من «أكرم العلماء» هو أشخاص خاصّة بطريق العهدية.

الثاني: أن يدّعى الإنصراف في مادة العام كأن يقال في «أكرم العلماء»: إنّ لفظ العالم منصرف إلى الفقيه، فيكون المراد من العلماء أيضاً هو الفقهاء.

هذا في غير الموصولات، وأما فيها فيدّعى الإنصراف في صلتها، فيقال: إن «استكرهوا عليه» الّذي هو صلة للفظ «ما» يكون منصرفاً إلى الإكراه الّذي ليس هناك مندوحة.

[بسط في معنى الإكراه والمراد من «ما استكرهوا عليه»]

إن قلت: إنّك ادّعيت سابقاً أنّ العجز عن التفصي ليس مأخوذاً في الإكراه الّذي هو رافع للحكم الوضعي مثل صحة العقود، وهنا تدّعي أنّ العجز عن التفصي يكون مأخوذاً في الإكراه الّذي هو رافع /٧٠٢/ للأحكام التكليفية مع أنّ الدليل في المقامين هو قوله عليه السلام «ما استُكرهوا عليه».

---

١) الكافي ٤٦٣/٢، باب ما رفع عن الأمة، ح ٢.

وعلى هذا، فإذا كان «ما استكرهوا عليه» منصرفاً إلى صورة العجز عن التفصّي؛ فلابدّ أن تقول بذلك في كلا المقامين، وإن لم تقل بالانصراف أيضاً، فكذلك.

وعلى كل حال لا وجه للتفكيك.

قلت: قد عرفت أنّ الإكراه يصدق مع عدم العجز عن التفصّي ونحن أيضاً لم ندّع الإنصراف الذاتي للفظ الإكراه إلى صورة العجز عن التفصي حتى تقول: إن لفظ الإكراه في تمام الموارد لابدّ وأن ينصرف إلى صورة العجز عن التفصّي؛ بل إنّما ادّعينا المقامي لخصوص لفظ «ما استكرهوا عليه» بالنسبة إلى المحرمات.

وعلى هذا فنقول: نحن لا نقول: إنّ بطلان عقد المكرَه يكون دليله قوله «ما استكرهوا عليه» حتّى تقول: إنّه يلزم على ذلك التلكيف في دعوى الإنصراف بحسب الموارد حيث إنك تدّعي انصراف لفظ «ما استكرهوا عليه» بالنسبة إلى شموله للمحرمات إلى /٧٠٣/ صورة العجز عن التفصّي وتقول بعدم إنصراف نفس هذا اللفظ إلى صورة العجز عن التفصّي بالنسبة إلى شموله للعقود؛ بل إنّما نقول: إنّ لفظ «ما استكرهوا عليه» يكون شاملاً للمحرّمات، فيكون بقرينة المقام منصرفاً إلى صورة العجز عن التفصّي، وليس هذا شاملاً للعقود، بل الدليل على بطلان العقود إذا صدر كُرهاً، هو الأخبار الخاصة الواردة في باب الطلاق الدالة على بطلان العقد الصادر عنه ويلحق بالطلاق سائر العقود لعدم القول بالفصل وليس [في] المقام قرينة على إنصراف لفظ الوارد في هذه الأخبار إلى صورة العجز عن التفصي.

وقد عرفت أنّه ليس إنصراف ذاتي للفظ الإكراه إلى صورة العجز عن التفصي حتى لا يكون مثل هذا التفكيك جائزاً بحسب اختلاف المقامات ولو كان اللفظ متعدداً.

أقول: ما نقلناه يكون محل الإيراد من وجوه:

منها: أنّ قوله عليه السلام /٧٠٤/ «ما استكرهوا عليه» أن تقول: إنّه ليس بشامل للعقود حتّى يدلّ على بطلانها إذا صدرت عن الإكراه، فهذا ممّا لا وجه له*.

---

*) *وليس بالأولى من العكس. (منه قدّس سرّه).*

وإن تقول: إنّه شامل لها، فيلزم التفكيك بين موارد «ما استكرهوا عليه» بأخذ العجز عن التفصي في بعضها وعدم أخذه في بعضها الآخر*.

ومنها: أن دعوى الإنصراف ممنوع.

ومنها: أنه على فرض تسليم صحّة دعوى الإنصراف في قوله عليه السلام «ما استكرهوا عليه» نقول: إن منع الإنصراف في الأدلّة الخاصة الواردة في الطلاق ممنوع.

هذا؛ ولكنّ التحقيق قد تقدم، وهو أن الإكراه لا يصدق إذا كان المكرَه بالفتح متمكّناً من التفصّي ولم يكن في التفصي ضررٌ ولا حرجٌ، وعلى فرض تسليم صدق الإكراه في هذه الصورة نقول: إن الإطلاق منصرف إلى صورة العجز عن التفصّي وعلى فرض تسليم عدم الإنصراف أيضاً نقول: إنّ صورة العجز عن التفصّي يكون قدراً من الإطلاق عند العرف، فلا تجري مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق أكثر من ذلك.

[لا تفصيل بين الإكراه على المحرمات والعقود]

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرناه / ٧٠٥ / أنّ التفصيل بين الإكراه على المحرمات وبين الإكراه على العقود باطل وذلك لأنّ ما ذكر لتصحيح التفصيل من الوجوه فاسد؛ لأنّ من الوجوه ما ذكره الشيخ رحمه الله من أنّ الإكراه لا يصدق إلاّ مع العجز عن التفصّي، إلاّ أنّه بالنسبه إلى العقود في صورة إمكان التفصّي لمّا لا يكون طيب نفسٍ للعاقد، فلذا يكون باطلاً؛ لأن من شرائط صحّة العقد طيب النفس.

وقد عرفت الجواب عن ذلك وهو أن طيب النفس الذاتي ليس شرطاً في صحة العقود وطيب النفس العرضي موجود مع العجز عن التفصي؛ فضلاً عن صورة إمكان

---

*) ***ولا يخفى أنه يمكن أن يُدّعى أن إطلاق ما استكرهوا تنصرف إلى صورة العجز عن التفصي ويكون شاملاً للعقود أيضاً؛ ولكن الأدلّة الخاصة الواردة في باب الطلاق ليست منصرفة إلى صورة العجز عن التفصّي ولا تنافي بينهما إلاّ أنّه يرد على هذا أنّ هذا الإنصراف على هذا ليس مقامياً، بل يكون ذاتياً، فيجرى في الإطلاقات الخاصة أيضاً؛ إذ دعوى الإنصراف المقامي إنما كان بقرينة المحرّمات. (منه قدّس سرّه).***

التفصّي.

ومن الوجوه ما تقدّم من ادّعاء الإنصراف المقامي في قوله عليه السلام «ما استكرهوا عليه».

ثمّ نثبت بطلان عقود المكره بالأدلّة الخاصة الواردة في باب الطلاق.

وقد عرفت ضعف ذلك أيضاً من قبيل ذلك ولكن الأستاذ ـ سلّمه الله ـ ذكر في بيان ضعف ذلك وجهاً آخر وهو ما أشرنا إليه /٧٠٦/ سابقاً وملخصه: أنّ المطلق إذا كان إرادة بعض الأفراد منه معلوماً، فحينئذٍ لا تجري مقدمات الحكمة لإثبات أكثر من تلك الأفراد المعلومة، كما قال به المحقّق البهبهاني على ما نُقل عنه عند إيراده على صاحب المدارك.

وعلى هذا نقول: إنّ قوله عليه السلام «ما استكرهوا عليه» وكذا الأدلّة الخاصة الواردة في باب الطلاق من أنّ طلاق المكرَه باطلٌ كلّها من المطلقات والقدر المتيقّن منها هو صورة العجز عن التفصي، فيكون حال /٧٠٧/ العقود كحال المحرمات.

أقول: هذا الدعوى بإطلاقه ممنوع والمحقق البهبهاني أيضاً لا يقول به بهذا الإطلاق.

نعم؛ كون بعض الأفراد قدراً متيقّناً في كونه مراداً من المطلق إنّما يمنع من جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق في الأفراد المشكوكة في صورة كان وجه صيرورتها قدراً متيقناً من المطلق هو القرائن المحقق فيه بالكلام بحيث كان للمتكلم أن يعتمد على تلك القراى في مقام بيان مراده كماس يأتي في بيانه في مسألة الولاية بعيد ذلك ـ إن شاء الله ـ.

نعم؛ هذا الدعوى في خصوص ما نحن فيه لا محظور فيه، كما تقدم هنا.

[كلام الأستاذ لتصحيح التفصيل بين الموارد]

ومن الوجوه الّتي ذكرت لتصحيح التفصيل ما ذكره الأستاذ ـ سلّمه الله ـ بعد اعترافه بعدم تمامية الوجهين السابقين، وهو أنه نقول: إنّ المطلقات سواء كانت واردة في باب

الطلاق أو غيره، لا يمكن إثبات شمولها لصورة إمكان التفصّي لعدم جريان مقدمات الحكمة لإثبات ذلك كما تقدم، / ٧٠٨ / إلّا أنّه نقول: يكون لنا خبران آخران تـدلّان على بطلان العقود في صورة إمكان التفصي أيضاً وليس مثل ذلك للمحرمات، وهذان الخبران:

أحدهما رواية ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا يمينَ في قطيعة رَحِمٍ ولا في جَبرٍ ولا في إكراهٍ».

قلت: أصلحك الله! وما الفرق بين الجبر والإكراه؟!

قال: «الجبر من السلطان ويكون الإكـراه مـن الزوجـة والأم والأب وليس ذلك بشيء» ... الخبر.

أمّا كون هذا الخبر بصدد بيان ارتفاع الحكم الوضعي كصحة العقود بواسطة الإكراه دون الحكم التكليفي، فلأجل أنّ المراد بقوله عليه السلام «لا يمينَ» أنّـه لا يـنعقد اليـمين، فليس في حَنثه كفّارة.

وأمّا دلالته على أنّ المراد من الإكراه ما يكون التفصّي هناك ممكناً فباعتبار أنه عليه السلام قال: «إن الجبر من السلطان والإكراه من الزوجة» والمناسب في مقام الفرق بملاحظة هٰذين المثالين أن يكون الجبر ممّا لا مندوحة فيه وأمّا الزوجة، فيكون فيه المندوحة.

وأقول: / ٧٠٩ / قد ذكرنا سابقاً أنّ الإكراه عند العرف غير صادق مع إمكان التفصّي، وهذا الخبر على فرض تسليم سنده غير منافٍ لِما ذكرناه وذلك لأنّ المحتمل الغريب أن يكون الفرق بين السلطان والزوجة في التوعيد بشيءٍ كثير والتوعيد بشيءٍ قليل، حيث إنّ السلطان غالباً يكون وعيده بالقتل وأشباه ذلك، بخلاف الزوجة؛ فإن وعيدها ووعيد الأب يكون بالضّرب والشّتم وأشباه ذلك ممّا يكون تحمّله أدون مشـقّةً مـمّا يُوعده السلطان.

وعلى هذا؛ فيمكن أن يكون العجز عن التفصي معتبراً في الجـبر و الإكـراه مـعاً ويمكن أن لا يكون معتبراً في شيء منهما، أو يكون التفصيل في البين.

ويؤيّد ما ذكرناه أنّه بناءاً على المعنى الأوّل، لابدّ أن لا يكون الإكراه صادقاً في

صورة العجز عن التفصي، مع أنّ هذا خلاف العرف واللغة.

وثانيهما: ما نقل من أنّه ورد في بعض الأخبار الواردة في باب الطلاق أنّه لا طلاق في جبر ولا إكراه.

وجه الدلالة أن جعل الإكراه في مقابل الجبر قرينة على أنّ المراد من الإكراه هو الصورة الّتي كان التفصي هناك ممكناً.

هذا؛ مع أنّ /٧١٠/ الخبر الأوّل دلّ على أنّ الإكراه الّذي يذكر في مقابل الجبر يكون المراد منه هو الصورة [الّتي] كان التفصّي هناك ممكناً.

أقول: قد عرفت وجه ضعف ذلك ممّا ذكرنا في الخبر الأوّل.

وعلى هذا، فلم يبق وجه للتفصيل بين الإكراه في الأحكام الوضعية وبين الإكراه في الأحكام التكليفية من جهة أخذ العجز عن التفصّي وعدمه، لا حكماً ولا موضوعاً، ولكنّ التحقيق هو كون العجز عن التفصي بغير الضرر أو الحرج مأخوذاً في موضوع الإكراه مطلقاً والحكم في تمام الموارد أيضاً يكون على هذا الموضوع*.

المقام الثالث

في أنّ العجز عن التفصي لو قلنا: إنه غير مأخوذ في أصل معنى الإكراه عرفاً، فهل هو مأخوذ في حكم الإكراه بالنسبة إلى الإكراه على ولاية السلطان الجائر أم لا؟

والكلام هنا يقع تارة في بيان محل النزاع وتارة في أقوال المسألة.

وتارة في ذكر /٧١١/ الدليل على المختار من الأقوال.

أما بيان محل النزاع هنا فهو في أخذ الولايه عن السلاطين الّذين يدّعون الخلافة عن النبي صلى الله عليه وآله كسلاطين العابة.

---

*) *قد تقدم في الجواب أنا صحّحنا الوجه الّذي ذكره الشيخ للتفصيل بينهما وأن مناط عدم الصحة الفعلية للعقود عدم طيب النفس وهو قد يذهب، ولو لم يصدق الإكراه عرفاً لإمكان التفصي. (منه قدّس سرّه).*

وأما أخذ الولاية عن مثل سلاطين العجم وغيرهم من سلطان الروس وغيره، فيكون من فروع مسألتنا.

[لوازم الولاية]

ثمّ إن الولاية يكون لها لوازم وطواري والمراد من اللوازم هو أخذ الخراج والمناسبة وغير ذلك ممّا يجوز فعله للسلطان العادل، والمراد من الطواري هو الحوادث الّتي لم تكن ثابتة في الشرع كأخذ العشر ونهب أموال الناس ظلماً وغير ذلك.

ولا يخفى أن كلّ مورد تباح نفس الولاية تصير اللوازم والتوابع للولاية أيضاً جائزة.

وأمّا الطواري فيكون حالها كحال سائر المحرمات، فلا تباح إلّا بما يباح به سائر المحرمات.

[حرمة الولاية من قبل السلطان الجائر، ومعنى السلطان الجائر]

ثمّ لا يخفىٰ أن حرمة الولاية لا يكون مثل حرمة شرب الخمر بحيث لا يكون قابلاً /٧١٢/ لأن يرتفع حرمته لأجل المصالح، بل إنّما يكون حرمة قبول الولاية عن السلطان الجائر وهو السلطان الّذي يدّعي الخلافة عن النبي ﷺ كحرمة الكذب من حيث إنه وإن كان من الكبائر كالكذب إلاّ أنّه يرتفع حرمته لأجل المصالح كالكذب النافع، فكذلك قبول الولاية.

أما كون قبول الولاية من حيث هو محرّماً، فمن جهة أنّه داخل في عنوان معونة الظلمة وهي محرّمة عقلاً وشرعاً للأخبار الدالّة على حرمة معونة الظلمة، بل يكون من أكبر الكبائر.

وأمّا كونه ممّا يتغيّر حرمته لأجل عروض بعض العناوين، فلتصريح العلماء بأنّه يصير واجباً إذا توقف الأمر بالمعروف عليه، وكذا تصير مباحاً إذا كان المقصود قضاء حوائج المؤمنين في ضمنها أو لأجل مجرد الاسترزاق إذا كان من قصده قضاء حاجة

مؤمن إذا تمكّن منه في ضمن الولاية، إلى غير ذلك.

[من المجوّزات لقبول الولاية: الخوف]

ثمّ إنّه لا إشكال في أنّ من الأمور الّتي تصير منشأ لجواز قبول / ٧١٣ / الولاية هو الإكراه على قبول الولاية ومحلّ الإشكال لنا في هذا المقام إنما هو في أن العجز عن التفصي مأخوذ في الإكراه الذي يصير منشأ لإباحة قبول الولاية أم لا.

وأما الأقوال في أصل مسألة كون الإكراه مبيحاً لقبول الولاية فيُعلم في ضمن الكلمات التي ننقلها هنا من العلماء، فنقول: إنه يقول صاحب الجواهر: إنه لافرق بين قبول الولاية عن الجائر وبين سائر المحرّمات.

[كلام صاحب الشرايع]

ثمّ إن مختاره في المحرمات ـ كما سيأتي إن شاء اللّه ـ أنه لايباح المحرمات بواسطة الإكراه إلّا في صورة العجز عن التفصي؛ بل الإكراه مطلقاً ليس مبيحاً ولو مع العجز عن التفصي، وإنما يصير مبيحاً في صورة يكون التوعيد بالدم، لا بالمال أو العِرض أيضاً إلى حدٍّ لايتحمّل عادة، فترفع الحرمة.

ولايخفىٰ أن كلّ ذلك إنما هو في صورة كان المحرّم المكرَه عليه غير قتل النفس، كما سيوضح ـ إن شاء اللّه ـ.

ونُقل عن كاشف / ٧١٤ / الغطاء من أنّه لو خاف ضرراً يسيراً بترك الولاية الخالية عن النفع والضرر، كره له الولاية حينئذٍ.

وأما العمل بما يأمره في ضرر الخلق، فلا يجوز إلاّ مع الضرر المعتبر، دون غيره.

ولا يخفىٰ أنه نُسب إلى كلّ الفقهاء القول بكراهة الولاية مع الضرر اليسير وعدم الكراهة مع الضرر الكثير.

ثمّ إن للمحقق عبارة في الشرايع تكون موهمة من أنّه يعتبر العجز عن التفصّي في الإكراه المبيح لقبول الولاية وهي أنه قال: إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول

والعمل بما يأمره مع عدم القدرة شرعاً على التفصي؛ إنتهىٰ.

ولا يخفىٰ أنّ الناظرين في هذه العبارة من المحقق اختلفوا في معناها؛ فعن المسالك / ٧١٥ / أنه ذكر لها معنيين:

الأوّل: أن يكون قوله «مع عدم القدرة على التفصي» قيداً للجزء الأخير وهو «العمل بما يأمره من المحرّمات»، لا لنفس الدخول في الولاية.

وعلى هذا، فمقتضى العبارة أن لا يكون جواز الدخول في الولاية مشروطاً بالعجز عن التفصي إذا كان مجرداً من العمل بما يأمره من المحرمات.

الثاني: أن يكون قوله ﷺ «مع عدم القدرة على التفصّي» قيداً لجواز الدخول والعمل بما يأمره معاً.

وعلى هذا، فتكون العبارة ساكتة عن حكم نفس الولاية إذا كانت مجرّدة من العمل بما يأمره، فلم يعلم من العبارة اعتبار العجز عن التفصي في الإكراه المبيح لها.

وأورد على هذا المعنى بأنّه على هذا لابدّ وأن يكون لفظ الواو في قوله «والعمل بما يأمره» بمعنى مع، وهو مجاز.

أقول: وفيه أنه لا مانع من أن يكون الواو للعطف؛ إذ الواو العاطفة تجيء للجمع، بل الأصل في معناه ذلك وقال الأستاد أنّه يمكن أن يكون قوله «مع عدم القدرة / ٧١٦ / على التفصّي» قيداً لكلّ واحد من جواز الدخول ومن العمل بما يأمره.

وعلى هذا، فتدلّ العبارة على أنّ العجز عن التفصي شرط لقبول الولاية إذا كان مجرداً عن العمل بما يأمره.

هذا؛ إلّا أنّ القدر المتيقّن هو كونه قيداً للجملة الأخيرة وهو قوله «والعمل بما يأمره» كما في الإستثناء الواقع عقيب الجمل المتعدّدة؛ إذ حكم الإستثناء الواقع عقيب الحمل يكون جارياً في مطلق القيد الواقع عقيب الجمل المتعددة.

وعلى هذا التقدير أيضاً لا يعلم من العبارة حكم الإكراه على الولاية المجردة عن العمل بما يأمره من أنّ العجز عن التفصي معتبر فيه أم لا؟

[عدم القدرة على التفصي في كلام الجواهر والشيخ]

ثمّ إنّه ذكر لهذه العبارة معنيين آخرين:

أحدهما: ما ذكره صاحب الجواهر من أنّ قوله «مع عدم القدرة على التفصي» قيد توضيحي؛ إذ العجز عن التفصي مأخوذ في أصل معنى الإكراه ولا يتحقق الإكراه بدونه.

وأورد على / ٧١٧ / ذلك بأنّ الأصل في القيد أن يكون احترازياً، لا توضيحياً.

وثانيهما: ما ذكره الشيخ ﷺ وهو مثل كلام صاحب الجواهر في أن العجز عن التفصي مأخوذ في أصل معنى الإكراه، إلّا أنّ الشيخ لا يقول بكون القيد توضيحياً حتّى يرد عليه أنّ الأصل أن يكون القيد احترازياً؛ بل يقول*: إنه تصدّىٰ لبيان حكم الغالب بمعنى أنه بيّن حكم الولاية المتعارفة بين الناس حيث إنّ الغالب أنه بعد قبول الولاية يأمره السلطان بأوامر يمكن التفصّي عن كثير منها بأن لا يمتثلها للسلطان، فلذا تصدّىٰ لبيان أنّ مجرد صيرورة قبول الولاية جائزاً من جهة الإكراه بها، غير موجب لأن يصير العمل بما يأمره جائزاً بطريق الإطلاق ما لم يتحقق موضوع الإكراه في امتثال كل واحد من أوامره بالخصوص كأن يصير عاجزاً عن التفصّي بالنسبة إليه بالخصوص.

ثمّ إنّه / ٧١٨ / ظهر ممّا نقلناه أنّ صاحب المسالك كان مصرّحاً بعدم مأخوذية العجز عن التفصي في أصل موضوع الإكراه، وكان هذا مختار الأستاد أيضاً ويقولان: إنّ العجز عن التفصّي ليس مأخوذاً في حكم الإكراه أيضاً بالنسبة إلى الإكراه على ولاية الجائر ويحتمل أن يكون مراد المحقق ذلك.

وأيضاً ظهر أن صاحب الجواهر والشيخ يقولان بأن العجز عن التفصّي مأخوذ في معنى الإكراه، فيكون مأخوذاً في الإكراه على ولاية الجائر أيضاً.

---

*) *أقول. (منه قدّس سرّه).*

وكلام المحقق كان محتملاً لذلك بالبيان الّذي ذكره الشيخ ﷺ.

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: استدلّ على عدم كون العجز عن التفصّي مأخوذاً في الإكراه على ولاية الجائر لا موضوعا ولا حكماً بما تقدّم بعض مبانيه، وتوضيحه:

أنّه قد تقدّم أنّ العجز عن التفصّي ليس مأخوذاً / ٧١٩ / في معنى الإكراه عرفاً ولا دليل على كونه مأخوذاً في حكم الإكراه بالنسبة إلى قبول الولاية عن الجائر، وإن قلنا: إنّه مأخوذ في حكم الإكراه المبيح لسائر المحرمات.

وذلك لأنّ الفقهاء يقولون بأن قبول الولاية يصير جائزاً لمجرّد ضرر يسيرٍ على كراهة أو لأجل الإسترزاق وأشباه ذلك، فكيف مثل هذه الفقهاء يلتزمون بأخذ العجز عن التفصي في الإكراه المبيح له؟!

إن قلت: إن ما دل على رفع حرمة قبول الولاية بواسطة الإكراه، ليس إلاّ إطلاق أدلّة الإكراه مثل «ما استكرهوا عليه» وأشباه ذلك والقدر المتيقن من هذه الإطلاقات هو صورة العجز عن التفصي وكل مطلق كان إرادة بعض الأفراد بالخصوص منه متيقناً لا يجوز التمسك بتلك المطلق لإثبات الحكم لسائر الأفراد الغير القدر المتيقّنة، كما تقدّمت / ٧٢٠ / الإشارة إلى ذلك.

قلت: لو بنينا على عدم جواز التمسك بكل مطلق كان بعض الأفراد منه متيقن المراد، فذلك يوجب تخريب الفقه؛ إذ ما من مطلق إلاّ وبعض الأفراد منه معلوم المراد، فلابدّ أن لا يجوز التمسك بشيء منها.

نعم؛ لو كان المطلق وارداً مورد حكم آخر فلا إشكال في منع جواز التمسك به. هذا أوّلاً وثانياً.

نقول: سلّمنا عدم جواز التمسك بإطلاق أدلّة الإكراه لإثبات جواز قبول الولاية في صورة الإمكان عن التفصّي، إلّا أنّه نقول: قد عرفت أن حرمة قبول الولاية عن الجائر يكون بمثل حرمة الكذب في أن حرمته تزول بواسطة بعض الأمور الطارية عليه، كما إذا كان قبول الولاية لإصلاح أمور المؤمنين أو لغير ذلك يصير جائزاً، كما أنّ الكذب يصير جائزاً إذا كان فيه مصلحة.

وعلى هذا نقول: /٧٢١/ نحن نمنع دلالة أدلّة حرمة قبول الولاية عقليّتها ونقليّتها لصورة أكره على قبول الولاية وكان التفصّي هناك ممكناً.

أقول: الحق اعتبار العجز عن التفصّي في الإكراه المُبيح لقبول الولاية، كما كان معتبراً في الإكراه المبيح لسائر المحرمات، وما ذكر لعدم اعتبار العجز عن التفصي في الإكراه المبيح لقبول الولاية كلّها محلّ النظر؛ بل المنع.

وبيان ذلك أنك قد عرفت أنّ العجز عن التفصّي مأخوذ في أصل معنى الإكراه ولذا قلنا: إن الإكراه الرافع للأحكام الوضعية كصحّة العقود والرافع للأحكام التكليفية يكون العجز* عن التفصي معتبراً فيه من غير فرق بينهما.

[إطلاقات أدلّة الإكراه منصرفة إلى العجز عن التفصّي]

ثمّ لو سلمنا عدم اعتبار العجز عن التفصي في أصل معنى الإكراه فنقول: إنّ إطلاقات أدلّة الإكراه كلها منصرفة إلى صورة العجز عن التفصي، والشاهد على ذلك أن أهل العرف ترىٰ منهم أنه مع إمكان التفصي يقولون: إنّه ليس بمكرَه. وما ذكر من /٧٢٢/ أنّ الفقهاء يقولون بجواز قبول الولاية لدفع ضرر يسير وأمثال ذلك، فكيف يلتزمون هؤلاء الفقهاء باعتبار العجز عن التفصي في الإكراه المبيح له، ففيه:

أولاً أنّه لا ملازمة بين المقامين، أو لا مانع من أن يقولون بجواز قبول الولاية لدفع ضرر يسير أو لغير ذلك من المصالح ومع ذلك يقولون باعتبار العجز عن التفصي من الضرر اليسير أو الكثير.

وثانياً نقول: لو كان المراد أن تقول: إنه يفهم من هذه الكلمات من الفقهاء إجماعهم على عدم اعتبار العجز عن التفصّي في الإكراه المُبيح لقبول الولاية عن الجائر، ففيه ما فيه.

وأما لو كان المراد أن تذكر شواهد لبيان أن إطلاقات أدلّة الإكراه غير منصرفة إلى

---

*) فيه إشكال. (منه قدّس سرّه).

صورة العجز عن التفصّي بالنسبة إلى قبول الولاية عن السلطان الجائر، ففيه: أنّه لو كان المراد أن الإطلاقات العامّة مثل «ما استكرهوا عليه» منصرفة إلى صورة العجز عن التفصي / ٧٢٣ / بالنسبة إلى الإكراه إلى غير الولاية من المحرّمات وغير منصرفة إلى صورة العجز عن التفصي بالنسبة إلى خصوص قبول الولاية، فهو كماترىٰ.

ولو كان المراد أن إطلاق أدلّة الإكراه الواردة في خصوص قبول الولاية عن الجائر غير منصرف إلى صورة العجز عن التفصي، ففيه أنّه بعدُ لم نظفر إلى الإطلاق الكذائي الّذي يصحّ التمسك به في خصوص هذا الباب حتّى نقول: إنّه منصرف، أم لا.

هذا؛ مع أنّك قد عرفت أن انصراف لفظ الإكراه إلى صورة العجز عن التفصي ذاتي، فلا تفاوت بين الموارد، مع أنّه لا وجه لعدم شمول الإطلاقات العامة مثل «ما استكرهوا عليه» لهذه الصورة.

وعلى فرض الشمول يلزم التفكيك بين موارده في دعوى الإنصراف؛ اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ قوله «ما استكرهوا عليه» منصرف إلى صورة العجز عن التفصي على الإطلاق ولكن الإطلاقات الخاصة ليست منصرفة ولا تنافي بينهما.

[القدر المتيقن في المقام: العجز عن التفصّي]

ثمّ إنّه لو سلمنا / ٧٢٤ / عدم انصراف إطلاق أدلّة الإكراه إلى صورة العجز عن التفصي فنقول: لا أقلّ من أنّ صورة العجز عن التفصي يكون متيقّن المراد من إطلاق أدلّة الإكراه، وبعد وجود مثل هذا القدر المتيقّن للإطلاقات لا يجوز التمسك بها لغيرها.

وما أورد على هذا الكلام من أنّه لو بنينا على عدم جواز التمسك بكل مطلق يكون بعض الأفراد منه متيقن المراد، فيلزم عدم جواز التمسك بشيء من المطلقات؛ إذ ما من مطلق إلاّ وبعض الأفراد يكون منه متيقن المراد، ففيه أنا نقول: إذا كان بعض الأفراد متيقن المراد من المطلق وكان الوجه في كون هذه الأفراد معلومة المراد من المطلق هو القرائن المحفوفة بالكلام بحيث كان للمتكلم أن يعتمد على تلك القرائن في

مقام بيان كون تلك الأفراد مراداً.

ومثل ذلك ما لو كان للمطلق ظهور في بعض أفراده عند أهل العرف / ٧٢٥ / سواء كان تلك الظهور ناشياً من غلبة وجود تلك الأفراد أو لأجلائيّة أصل معنى مادّة هذا المطلق في تلك الأفراد عند أهل العرف، كما فيما نحن فيه، حيث إن ثبوت معنى الإكراه لصورة العجز عن التفصي يكون أوضح عند أهل العرف لثبوت هذا المعنى لصورة كان التفصي هناك ممكناً.

فروع

الأوّل: إذا أكره الإنسان على مُحَرَّم غير الإضرار بالغير ولم يكن له التفصّي أو كان متمكّناً من التفصّي ولكن كان فيه أيضاً ضرر

فمقتضى كلام الشيخ ﷺ أنّه لا إشكال في أنه يباح المحرّم بذلك، ومقتضى ظاهر كلام صاحب الجواهر أنّه لا يباح المحرّم ما لم يصل الضرر المتوعّد به والضرر الّذي يكون في التفصّي إلى حدٍّ لا يتحمّل عادة كالتوعيد بالقتل أو العِرض والمال؛ لكن إذا كان بمقدارٍ لا يتحمّل عادةً.

ويمكن حمل كلام صاحب الجواهر على ما إذا كان الحرام المتوعّد عليه هو الإضرار بالغير.

وعلى / ٧٢٦ / هذا فيصير كلام صاحب الجواهر أيضاً بالنسبة إلى الإكراه على المحرمات مثل كلام الشيخ *.

---

*) وفيه: أن تفصيل الشيخ بين الإضرار بالغير وسائر المحرّمات ليس في الإكراه وإنما هو في الإضطرار إليهما أو مجرّد دَوَران الأمر بين ترك واجب وفعل محرّم، أو ارتكاب أحد المحرّمين. (منه قدّس سرّه).

[الإستدلال على عدم إباحة المحرمات إلّا بالضرر الذي لا يحتمل عادةً]

ثمّ إنّه استدلّ على عدم إباحة المحرّمات ـ إلّا بالضرر الّذي لا يتحمّل عادة ـ بأنّ ما دلّ على إباحة المحرّمات بواسطة الإكراه ليس إلّا الإطلاقات، والقدر المتيقّن منها ما إذا كان الضرر المتوعّد عليه ممّا لا يتحمّل عادة، وكلّ مطلق كان بعض الأفراد متيقّنَ المراد منه لا يجوز التمسك به لغيرها.

ورُدّ ذلك بأن هذا تخريب للفقه، كما تقدّم تفصيله في مسألة الإكراه على الولاية.

ولا يخفىٰ أن ما أوردنا على هذا الإيراد هناك غير وارد هنا، كما لا يخفىٰ على المراجِع المتأمّل.

الثاني: إذا أُكره على الإضرار بالغير، فإن كان الإضرار بالغير هو الدم، فلا يباح ذلك بواسطة الإكراه مطلقاً. وأما إذا كان غير الدم، فيباح بواسطة الإكراه؛ لإطلاقات أدلّة الإكراه.

[الفرق بين الإكراه والاضطرار]

ثمّ إنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ / ٧٢٧ / قال: إنّا ذكرنا الفرق بين الإكراه والاضطرار سابقاً والشيخ أيضاً ذكر بوجه آخر، وكلاهما حسن.

أقول: لا يخفىٰ أنّ الفرق الّذي ذكره الأستاد سابقاً وما يذكره الشيخ ليسا في محل واحد وذلك لأنّ ما ذكر سابقاً إنّما هو في مقام بيان الفرق بين الإكراه والاضطرار حيث إن قيام الإجماع على عدم إباحة المحرمات مثل شرب الخمر حال الإضطرار كما كان الشرب دواء لوجع القلب في صورة كان التفصي ممكناً، كما إذا كان للقلب دواء مباح أيضاً غير مضر بصيرور الحرام مباحاً بواسطة الإكراه إذا كان التفصي ممكناً.

وذلك لأنّ في تحمّل الإكراه ألمٌ نفساني ليس ذلك في صورة الاضطرار وقد روعي جانب هذا الألم النفساني في الشرع، كما تقدم تفصيله.

وأمّا الفرق الّذي يذكره الشيخ هنا إنما هو في مقام الفرق / ٧٢٨ / بين صورة أكره

الإنسان على إتلاف مال الغير وكان متمكّناً من إتلاف مال نفسه حتى لا يتلف مال الغير وبين صورة أكره أولاً على إتلاف مال نفسه وكان متمكّناً من إتلاف مال غيره ليحفظ مال نفسه.

ولا يخفىٰ أنّه في الصورة الأولىٰ وإن كان مكرهاً على إتلاف مال الغير وفي الصورة الثانية يكون مضطرّاً إلى إتلاف مال الغير؛ إلّا أنّ الألم النفساني الناشيء من الإكراه يكون في كلا الصورتين موجوداً.

فالوجه الّذي ذُكر لبيان الفرق سابقاً غير مربوط بهذا المقام.

[الفرق بينهما في كلام الشيخ]

بقي الكلام في بيان الفرق الّذي ذكره الشيخ بين الصورتين وبيان صحّته وسُقمه، **فنقول:** قد عرفت أنّه في الصورة الأولىٰ يكون هذا الشخص مكرهاً على الإضرار بالغير، فيصير الإضرار جائزاً له؛ لِما دلّ على رفع ما استكره عليه.

ومن هنا ينشأ الإشكال وهو / ٧٢٩ / أنه في الصورة الثانية أيضاً يكون مضطرّاً إلى إتلاف مال الغير ليحفظ مال نفسه، فلابدّ أن يكون الإتلاف له جائزاً لإطلاق ما دلّ على رفع ما اضطرّ إليه.

وأجاب الشيخ عن الإشكال بأن عموم «رُفع ما اضطرّوا إليه» لا يشمل الإضرار بالغير المضطرّ إليه؛ لأنه مسوّق للامتنان على الأمة، فترخيص بعضهم في الإضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه وصَرف الضرر عن نفسه إلى غيره منافٍ للامتنان؛ بل يشبه الترجيح بلا مرجّح. فعموم «ما اضطرّوا إليه» في حديث الرفع مختصّ بغير الإضرار بالغير من المحرّمات، يكون الضرر أولاً وبالذات متوجّهاً إلى الغير بحسب إلزام المكرِه بالكسر والمكرَه بالفتح، وإن كان مباشراً، إلّا أنّه ضعيف لا ينسب إليه توجيه الضرر إلى الغير* حتى يقال: إنّه أضرّ بالغير لئلا يتضرّر نفسه**.

---

*) ***المدار في المنّة في ثبوت الحكم بين الناس بأن يعترف الكلّ بحُسنه وإن ربما يوجب الضرر***

على نفسه . وعلى هذا ما ذكره الشيخ أيضاً لا مانع فيه ؛ / ٧٢٩ / بل ما ذكره في الحرج أيضاً صحيح لو قلناه بشموله . (منه قدّس سرّه).

**) / ٧٢٩ / ما ذكره لو تمّ فإنما يرفع نسبة إضرار المكرَه بالفتح عرفاً ، فلو نفع فإنما ينفع لعدم ثبوت الضمان عليه ، كما نقلناه في حديث « على اليد » في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد ، لا في رفع الحرمة ؛ إذ من الواضح أنّه لا يصير المقام بمثل صورة يتوجّه ضررٌ على شخص من جهة غير هذا المكلّف ؛ لكنّه يمكن له رفعه بصرف ماله فيه حتّى يقال : أنّه لا يجب قطعاً .

وعلى هذا ، فإذا قلنا : إن رفع ما ذكر في حديث الرفع لابدّ من أن لا يكون في رفعه ضرر على أحد ، فنقول: إنّ رفع الإكراه في صورة الإكراه على الإضرار مضرٌّ بذلك الغير ، فبمقتضى ما ذكرت لابدّ من أنّ لا يكون مرتفعاً والتمسك بادلة الحرج أيضاً غير نافع بوضوح ورودها أيضاً في مقام الامتنان مع أن فيما نحن فيه ضررٌ لا حرج ؛ إذ ليس ضيق بحسب العمل والضيق القلبي في جميع موارد الضرر موجود .

ثمّ لا يخفىٰ أنّه لا يجوز التمسك في المقام بأدلّة الضرر أيضاً لورودها مورد الامتنان أيضاً .

فالتحقيق في الجواب أنه ليس معنى كون رفع ما رفع في حديث الرفع وغيره منّة على العباد أنّه لابدّ من أن لا يكون في رفع شيء ضرر على شخص من العباد ؛ إذ من الواضح جواز التمسك بحديث الرفع لاكل مال الغير في صورة صائنة صار معرضاً للتلف ، / ٧٢٨ / إلى غير ذلك من الموارد الّتي يكون رفع الحرمة هناك مضراً بالغير ، بل كون الرفع في هذه الموارد منّة إنما هو في حق من رفع الحكم وإنما يكون منة على جميع العباد بلحاظ أنه إذا دخل تحت عنوان المكرَه مثلاً يكون رفع الحرمة منّة في حقّه ، فإذا لوحظ المجموع يعترف كلّ بأن رفع هذا الحكم عن العباد منّة في حقّهم ، وإن يصير مضرّاً في حقّه في مورد .

إن قلت: فمقتضىٰ كلامك أنه إذا أكره على إتلاف مال نفسه ، فحينئذٍ يجوز له صرف مال الغير في ذلك لدفع هذا الاضطرار عن نفسه .

قلت: نحن نمنع صدق الاضطرار عرفاً في هذا المقام ، بل لو قال « أنا كنتُ مضطرّاً » يضحكون عليه ؛ فافهم .

وممّا ذكرنا ظهر أن مقتضى حديث الرفع ، رفع الضمان عن المكرِه بالكسر إذا أكره على إتلاف مال الغير ؛ لأنّ رفع الضمان عن عنوان المكرَه يكون منّة لاعتراف الجميع بذلك . كيف وكثيراً ما لا يرضى المكرَه بالفتح لأن يصير المكرِه بالكسر ضامناً ، كالتعديات الّتي تكون من أهل الجور من العشاري وما يأخذونه من الأملاك وغيره في صورة كان المالك صغيراً أو غائباً وأجير غيره على الأخذ من ماله . وهذا بخلاف صورة أكل مال الغير اضطراراً ، أو أتلف مال الغير خطأً ؛

/٧٣٠/ هذا كلّه؛ مع أنّ أدلّة نفي الحرج كافية في الفرق بين المقامين. فإنه لا حرج في رخص الشارع في وضع الضرر عن أحد بالإضرار بغيره، بخلاف ما لو ألزم الشارع الإضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجّه إلى الغير، فإنه حرج قطعاً.

إنتهىٰ مضمون كلامه ﷺ.

أقول: أما كون حديث الرفع في مقام المنّة على تمام العباد، فممّا لا إشكال فيه.

وعلى هذا، فلا يشمل «ما اضطرّوا إليه» لدفع الضرر عن النفس بالاضرار بالغير ولا اقل من الشك لشمول مثل ذلك ولا تجري مقدمات الحكمة لإثبات الشمول لمثل ذلك بعد ما كان شمول المطلق لغير هذه الصورة قدراً متيقّناً، وإنما الإشكال في أن هذا الوجه يكون جارياً في شمول «ما استكرهوا عليه» لصورة أكره على إتلاف مال الغير ويكون متمكّناً من عدم إتلاف مال الغير بأن تلف مال نفسه، وذلك لأنّ شمول «ما /٧٣١/ استكرهوا عليه» لمثل هذه الصورة يكون على خلاف المنة في حقّ من يتلف

فإنه لا منّة في رفع الضمان في أمثال هذه الموارد.

وممّا ذكرنا ظهر جواب صاحب العنوين ممّا ذكرناه في عنوان التاسع والثمانين بعد نقله للمقالة الواقعة بينه وبين صاحب الجواهر.

وحاصل ما ذكرناه أنّ الفعل من حيث هو يكون له أحكام وضعي كالضمان والصحة أو تكليفي كالحرمة والوجوب، وكلّ واحد من هٰذه الأحكام يجوز أن يرتفع لأجل الضرر والحرج، أو الإكراه أو الاضطرار والخطأ والنسيان وأشباه [ذلك] ممّا دلّت الأدلة الشرعية على رفعها وظاهر الدليل ومساقه أنه في مقام الامتنان، فلا رفع إلّا حكماً تكون المنّة في رفعه وكون الرفع منّة على غير من يرفع الضرر والحرج عنه بلحاظ ابتلائه به في زمان آخر بحيث يعترف الكلّ بحسن هٰذه الرفع.

وعليه نقول: إن الاضطرار إلى إتلاف مال الغير من جهة رفع الضمان لا منّة في رفعه بالمعنى الّذي ذكرناه.

وأما من جهة رفع الحرمة، فيكون المنّة في رفعه حتى حرمة الإضرار على الغير.

نعم: في بعض الموارد نمنع صدق الاضطرار أيضاً، مثل أن يكرهه على دفع تومان من ماله وهو متمكّن من دفع تومان من مال مسلم آخر ليحفظ مال نفسه؛ لوضوح أن دعوى أنه مضطرٌّ إلى إتلاف مال الغير في هٰذا الفرض يناسب أن يعدّ في العرف من المضحكات. (منه قدس سره).

ماله، ولا أقلّ من أن الإنسان يشك في شمول «ما استكرهوا عليه» لمثل هٰذه الصورة*.

المقام الثاني
فيما لو كان المكرَه بالفتح متمكّناً من التفصّي بالتورية

والكلام هنا أيضاً تارة يأتي في أنّ العجز عن التورية مأخوذ في أصل صدق /٧٣٢/ موضوع الإكراه، وتارة يأتي في أنه على فرض عدم كونه مأخوذاً في الموضوع، هل يكون مأخوذاً في حكم بحيث لا يترتب شيء من أحكام الإكراه إلاّ بعد العجز عن التفصي بالتورية أم لا؟

ثمّ إنّ هٰذين النزاعين أيضاً تارة يأتي الكلام فيها بالنسبة إلى الأحكام الوضعية، كما إذا اكره على الطلاق وكان متمكناً من التورية، وتارة بالنسبة إلى المحرّمات كما إذا أكره على الكذب أو يمين الغموس وكان متمكّناً من التورية.

[معنى التورية]

وإذا عرفت ما تقدم فنقول: لابدّ قبل الشرع في أصل المطلب من بيان معنى التورية وانه هل يصير منشأً لأن يصير الكلام الكاذب صادقاً والصادق كاذباً أم لا؟

---

*) هنا في متن المخطوطة عبارات حذفها السيد المؤلف قدس سره بقوله (زياد..)، ونأتي بها في الهامش، فتأمل:

ثمّ لا يخفى عليك أنه فرق بين أن يتوجّه ضرر خارجي على مال شخص وكان الإنسان متمكّناً من دفع تلك الضرر ولو بإتلاف مال نفسه وبين أن يكون إنسان مكرهاً على إتلاف مال الغير وكان متمكّناً من عدم الإتلاف بإتلاف مال نفسه .

بيان الفرق أنه على الأوّل ليس الضَرر من فعل الإنسان وبناءاً على الثاني يكون الضرر من فعله .

وبالجملة ما ذكره الشيخ محلّ التأمّل ، ولاسيّما في بعض موارده ، كما في ما لو قال بالكسر للمكرَه : أحرِق مالَ زيد وإلّا أحرق مالك .

فنقول: أمّا معنى التورية فملخص ما ذكره الشيخ في بيانه أنّها عبارة عن إرادة خلاف ما هو الظاهر المستفاد من الكلام، فيخفى المتكلّم المعنى المراد من اللفظ عن المخاطبين ويوري المقصود عنهم، كما لو استأذن رجلٌ بالباب، فقال الخادم له: ما هو هٰهنا، وأشار إلى موضعٍ خالٍ من البيت.

وكما لو قلت: اليوم ما أكلت الخبز. تعني بذلك حالة النوم أو الصلاة.

ولا يخفىٰ أن مقتضى ما نقلنا عن الأستاذ ـ سلّمه الله ـ في مسألة التعليق والتخيير وغيرها انكار أصل وجود التورية رأساً بحسب الموضوع وذاك لأنه ادّعىٰ سابقاً أن الإستعمال عبارة عن ذكر اللفظ لتفهيم المراد، وقال: إنّا لا نعقل أن يكون عند ذكر اللفظ شيء آخر لم يكن ذلك الشيء قبل اللفظ ولا بعده وإنما يوجد مع اللفظ أو باللفظ وإن القائل بذلك يكون قائلاً بالكلام النفسي وهو غير معقول، ومعنى عدم المعقولية أنّا لا نرىٰ في أذهاننا عند ذكر الألفاظ في المحاورات هذا المعنى الّذي يدّعيه هذا الشخص.

ومقتضىٰ ذلك أن لا يكون في العالم تورية؛ لأن ذكر اللفظ / ٧٣٤ / لتفهيم المعنى إنّما يكون بالنسبة إلى المعنى الّذي يكون اللفظ ظاهراً فيه وليس قصد المعنى إلاّ هذا؛ إذ نحن لم نتعقل شيئاً آخر.

وأنت قد عرفت أنّ التورية عبارة عن قصد المعنى الّذي يكون غير معنى ظاهر اللفظ.

هذا كلّه بناءاً على أن نقول: نحن لا نتعقّل التورية، كما هو مختار الأستاذ ـ سلّمه الله ـ سابقاً؛ ولكنّه رجع عن هذا المطلب هنا.

والسرّ في ذلك أن قصد المعنى ليس عبارة عن كون الغرض من ذكر اللفظ تفهيمه؛ بل قصد المعنى عبارة عن تصور المعنى عند ذكر اللفظ، سواء كان المعنى المتصوّر هو المعنى الموضوع له أو غيره، مع القرينة أم لا، كما في التورية، والكلام لا يصير كلاماً ما لم يقصد المعنى؛ يعني ما لم يتصوّر المعنى عند ذكر اللفظ.

نعم؛ الإستعمال عبارة عن ذكر اللفظ لتفهيم المعنى أعمّ من أن يكون المعنى الذي

يكون الغرض تفهيمه هو المعنى الّذي قصد من اللفظ وتصوّر عنده أم غيره، والاستعمال أيضاً مأخوذ في /٧٣٥/ معنى الكلام ولازم ذلك أن لا يكون ما يتلفظ الإنسان به لنفسه كلاماً؛ إذ لم يكن له مخاطب حتّى يقصد أن يفهمه المعنى فيصف بالكلامية.

بقي الكلام في أمور:

[الدليل على وجود التورية في الألفاظ أمورٌ]

الأوّل: في بيان الدليل على ما ادّعيناه **ونقول:** لا يخفىٰ أن بعض الألفاظ يكون معناه اللفظ وذلك كلفظ الأمر بناءاً على كونه عبارة عن الطلب بقول مخصوص، وكلفظ البيع وغيره بناءاً على كونه عبارة عن الإيجاب والقبول، وكلفظ الجملة، ومن هذا القبيل لفظ الكلام والصدق والكذب.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: لفظ الكلام لا يصدق إلاّ على لفظ قصد به المعنى، والشاهد على ذلك هو المراجعة إلى العرف، وهل يشترط في صدق الكلام قصد تفهيم المعنى أم لا، فيه كلام قد تقدّم، والميزان هو المراجعة إلى العُرف في صدق الكلام على غير ما قصد به التفهيم أم لا.

ثمّ إنّ كون التورية من أقسام الكلام مبني على أن يكون قصد مطلق المعنى كافياً في صدق الكلام على شيء من الألفاظ.

وعلى كل حال دليلنا على وجود التورية في الألفاظ /٧٣٦/ هو إجماع العلماء وإجماع أهل العرف، مع أنّ الأخبار أيضاً يكون شاهداً على ذلك.

[قصد المعنى والكلام النفسي]

الثاني: أنّه لا يخفىٰ عليك أن اعتبار قصد المعنى في تحقق الكلام غير موجب للاعتراف بالكلام النفسي وبيان ذلك أنّ المنطقيين يقولون: إنّ التصديق متوقف على تصور الموضوع والمحمول والنسبة الحكمية، ثمّ الحكم بالوقوع أو لا وقوع. وقال

بعضهم: إنّ الحكم عبارة عن فعل قلباني، وقال بعض آخر: إنه عبارة عن إدراك وقوع النسبة، أو لا وقوعها.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ ما اعترفنا بوجوده من تصور المعنى إنما هو عبارة عن تصوّر الموضوع والمحمول والنسبة الحُكمية والّذي يكون مستلزماً للاعتراف بالكلام النفسي هو الاعتراف بالجزء الأخير من القضية؛ أعني الحكم، حيث إنهم يقولون بأنه ثابت في الفؤاد ويكون الكلام اللفظي دليلاً عليه.

والوجه في بطلان الكلام النفسي على هذا هو أنه لو كان مدّعى القائل بذلك أنّ الحكم عبارة عن فعل قلباني يوجد عند ذكر اللفظ، ففيه: أنه غير معقول؛ إذ نحن لم نجد في قلوبنا عند ذكر الكلام / ٧٣٧ / فعلاً قلبانيّاً، والمراد بعدم المعقولية هو هذا، إلّا أنّه مستلزم للمحال.

وأما لو كان مراده أنه عبارة عن الإدراك الّذي هو العلم التصديقي* الّذي هو عبارة عن تصوّر الشيء بلحاظ واحد ليس إلّا، ففيه: أنّ العلم بمضمون القضية الّذي هو عبارة عن الإدراك يكون موجوداً قبل اللفظ وبعده أيضاً، لا أنه يوجد بوجود اللفظ وينعدم بانعدامه، كما يقولون.

أقول: هذا التعبير إنما يكون منهم في بيان معنى الإنشائي وليس المعهود منهم القول بأنّ الكلام النفسي يوجد عند ذكر اللفظ وينعدم بانعدامه.

نعم؛ الظاهر أنّه لا إشكال في أن مرادهم من الكلام النفسي هو ليس العلم والإدراك.

[تصور المعنى المجازي والحقيقي معاً]

الثالث: أنك قد عرفت أن معنى اللفظ عبارة عن ما يتصوّر عند ذكر اللفظ، وأن مرادهم من قصد المعنى هو هذا.

---

*) *أقول. (منه قدّس سرّه).*

وعلى هذا يرد في البين أنه إذا استعمل اللفظ مجازاً في معنىً فهنا يتصوّر المعنى المجازي والحقيقي معاً عند ذكر اللفظ؛ إذ الإستعمال المجازي /٧٣٨/ موقوف على ملاحظة وهو لا يتمّ بدون تصوّر المعنى الحقيقي.

والجواب عن ذلك أن مطلق تصوّره لمعنى ليس عبارة عن قصد المعنى؛ بل تصوّره بعنوان أن مرادي من هذا اللفظ هو هذا المعنى.

إن قلت: كيف تقول: إنّ صدق الكلام موقوف على تصوّر معاني الألفاظ مع أنّا لا نرىٰ في وجداننا عند ذكر الألفاظ معنىً أصلاً؟

قلت: يحصل التصوّر؛ لكنّ الإنسان غير ملتفت إلى هذا التصوّر؛ إذ الألفاظ لكثرة إرادة المعاني منها كأنها صارت نفس المعاني، فعند ذكر اللفظ يتصوّر اللفظ لابدّاً، مع أن اللفظ صار بمنزلة نفس المعنى عند المتكلم لكثرة إرادة المعنى منها.

هذا كلّه في أصل معنى التورية، وقد عرفت أنّها موجودة.

[هل التورية توجب صدق الكلام الكاذب وكذب الكلام الصادق؟]

بقي الكلام في أنّها هل يصير منشأً لأن يصير الكلام الصادق كاذباً والكاذب صادقاً أم لا؟

ولا يخفىٰ أنّ ثمرة هذا النزاع هو أنه لو قلنا: إن الكلام بواسطة التورية لا يصير صادقاً، فحينئذٍ تكون التورية /٧٣٩/ وغير التورية في عرض واحد من أنّ العقل والنقل يدلّان على حرمتهما ما لم يكن فيهما شيء موجب لرفع حرمتهما من الإضطرار وغيره.

وأمّا لو قلنا: إنّه بواسطة التورية يصير صادقاً، فحينئذٍ نقول: إن ما دلّ من الأدلّة الشرعية على حرمة الكذب لا يشمل مثل هذه التورية.

نعم؛ يكون القبح العقلي الناشيء من قبل الأغراء بالجهل باقياً بحاله.

وإذا عرفت ذلك فنقول: لو قلنا إن الصدق معناه هو الكلام الّذي يكون المعنى المقصود منه أعني المعنى الّذي تصوّر عند الفاظه مطابقاً للواقع، فلا يكون التورية

كذباً.

وأما لو كان الصدق عبارة عن كلام يكون ما يفهم من ظاهره وهو الّذي يكون للمتكلم أن يكون غرضه من ذكر اللفظ تفهيمه مطابقاً للواقع، فيكون التورية كذباً، كما نسب إلى المحقق القمي ذلك.

وإذا عرفت [ذلك] فنقول: إنّ الشيخ يقول: لا ينبغي الإشكال في عدم كون التورية كذباً، وكذا نقل عن جامع المقاصد أنه معلوم من أنّه لا كذب مع التورية.

نعم؛ قد يقال: إن ظاهر كلام العلامة / ٧٤٠ / أنّ التورية تكون كذباً وذلك لأنه نقل عن القواعد أنه قال العلامة هناك في مسألة الوديعة إذا طالبها ظالم بأنّه يجوز الحلف كاذباً ويجب التورية على العارف بها.

ونُسب إلى جامع المقاصد أنه قال في شرح هذا الكلام بأن العبارة لا تخلو عن مناقشة حيث يقتضي ثبوت الكذب مع التورية ومعلوم أن لا كذب معها؛ إنتهىٰ.

وقد يردّد كلام القواعد ويقال عليه بأن التورية إن كان كذباً، فلا دليل على وجوب التورية وإن كان صادقاً، فلا وجه لما قاله من أنّه يجوز الحلف كذباً.

أقول: الظاهر أن لا يَرِد على كلام القواعد إشكال بوجه من الوجوه وذلك لأنّه في حال الإكراه يجوز الكذب على الجاهل بالتورية، وأمّا العارف بالتورية، فلا يجوز عليه الكذب، بل تجب عليه التورية، وكلام القواعد ليس إلاّ ما ذكرناه.

[التورية ليست بكذب]

ثمّ إنّ الحق ما ذكره المشهور وادّعوا عدم الإشكال فيه من أنّ التورية ليست بكذب، وذلك لأنّ الصدق عبارة عن كون ما قُصد من اللفظ وتصوّر عنده مطابقاً للواقع، لا مطابقة / ٧٤١ / ظاهر الكلام للواقع.

ودليلنا على ذلك إجماع العلماء وأهل العرف على أنّ التورية ليست بكذب، وتدلّ عليه الأخبار أيضاً ويَرِدُ على من يدّعي بكون الصدق عبارة عن كون ظاهر الكلام مطابقاً للواقع، بأنّه لو علمنا أنّ المتكلم لم يكن ظاهر الألفاظ مراده وكان ظاهر

الألفاظ مخالفاً للواقع، فهنا لا يكون هذا الكلام كذباً مع أن مقتضى كلام المحقق القمي كونه كذباً.

إن قلت: إنّه معترف بكونه كذباً.

قلت: يردّ ذلك وضوح عدم كون ذلك عند أهل العرف كذباً.

إن قلت: إنّ هذا خارج عن محل الكلام؛ إذ الكلام في التورية إنّما هو في صورة قصد خلاف ظاهر الكلام منه، لا أن لا يقصد منه شيء.

قلت: نحن نفرض النقض في صورة علمنا بأن المتكلم قصد من اللفظ خلاف ظاهره وكان ظاهر الكلام مخالفاً للواقع وما قُصد مطابقاً فإنّه ليس بكذب عند أهل العرف.

نعم؛ يكون في البين شيء آخر يكون ذلك الشيء دائراً مدار ظاهر اللفظ وهو أنه لمّا يكون ظاهر اللفظ أمارة على أنّ المتكلّم يكون مراده هو هذا الظاهر، فلذا لو رأوا أهل العرف كلاماً / ٧٤٢ / يكون ظاهره مخالفاً للواقع، فيقولون بأنّه كذب؛ لٰكن هذا غير مضرٍّ بما نحن بصدده من أنّه في الواقع لو كان قاصداً لغير هذا المعنى، فلا يكون ذلك كذباً.

[الأخبار تدل على عدم كذبيّة التورية]

وأما الأخبار فهي كثيرة ويكون مقتضاها عدم كون التورية كذباً*.

إن قلت: لا وجه للتمسك بالاخبار في مقام كون الكذب ليس بصادق على التورية

---

*) ***لا يخفىٰ أن مجموع ما أورد على التمسك بالأخبار في المقام وجوه ثلاثة وشيء منها ليس بشيء، كما لا يخفىٰ بعد التأمل. مثلاً في الوجه الأوّل إنّ العرف إذا كان على طبق الأخبار، فيكون في البين دليلان، وإذا لم نفهم من العرف فالأخبار بأنفسها تكون دليلاً.***

وإذا كان العرف مخالفاً للأخبار فيتصرف في الأخبار، كما هو الحال في كلّ دليلين وقع التعارض بينهما، فإنه لابدّ من رفع التعارض بوجهٍ وهنا يكون التصرف ما قلناه، لٰكن نمنع أن العرف يقول: إنه ليس بصدق؛ غاية الأمر أنّ العرف يشك. (منه قدّس سرّه).

وذلك لأنّ أهل العرف إذا كان التورية عندهم صدقاً، فلا يحتاج إلى التمسك بالأخبار.

وأما إذا كان أهل العرف التورية عندهم كذباً، فحينئذٍ لو سمعنا من الإمام عليه السلام أن المراد سلب حكم الكذب وهو الحرمة عن التورية، فلا يتمّ قولك: إنّ التورية ليس بكذب؛ لأجل دلالة الأخبار على ذلك.

قلت: الأخبار الواردة في المقام إنما تكون في مقام نقل القصص الواقعة في الأزمنة المتقدّمة من حكاية إبراهيم ويوسف وليس مثل ذلك قائلاً لأن يحمل على سلب الحكم.

أقول: بعد ما أحرزنا من العرف أنّ التورية كذب، فعلى هذا لابدّ من أن نتصرّف في الأخبار وإلّا يلزم / ٧٤٣ / أن يكون كلام الإمام عليه السلام غلطاً.

هذا؛ مع أنّه لا مانع من الحمل على نفي الحكم وذلك بأن نقول: إنّ المقصود بيان أن إبراهيم عليه السلام ويوسف عليه السلام لم يفعلا فعلاً حراماً*.

إن قلت: إنه يكون في كلام المحقق الخوانساري ومن تبعه ـ على ما نقل ـ أن بيان الموضوع ليس من شأن الفقيه ولذا يقولون: إنه لو اجتهد كلّ العلماء على أنّ القبلة مثلاً من هذا الطرف ولٰكن المقلّد اجتهد أنّ القبلة على تلك الجهة، فمثل هذا المقلّد يكون المتّبِع رأيَه.

وعلى هذا نقول: إنّ الكذب من الموضوعات وليس كلام الإمام عليه السلام فيه متّبعاً؛ بل لابدّ للمكلّف أن يراجع العرف في صدق الكذب على التورية وعدم صدقه عليه.

---

*) ***هذا هو المناقشة الثانية على التمسك بالأخبار، وفيه:***

أولا أنّ المورد الّذي لا يكون قول الفقيه حجّة هو الموضوع الصرف مثل القبلة، لا المستنبط، كما في المقام وليس قول الإمام بل الراوي أدون من قول اللغوي وغيرهما من العرب الذين يتمسكون؛ بل تمسّكوا بقول أبي عُبيدة في إثبات مفهوم الوصف مع أنّه من الأوضاع النوعية وإن كان الحقّ عدم جواز التمسك في الأوضاع بقول اللغوي وشبهه كما أوضحناه عند التعرض لحجّة قول اللغوي. (منه قدّس سرّه).

قلت: فيه* أولاً أنّ هذه المقالة غير مناسب لمن يكون مذهبه على أن الإمام عليه السلام يكون معصوماً.

نعم؛ هذا صحيح بناءاً على مذهب العامّة القائلين بعدم اشتراط العصمة في الإمام وإلّا فعلى مذهب الخاصة كلّ شيء صدر من الإمام عليه السلام لابدّ أن يكون صادقاً فيه، فحينئذٍ لو أحرز المكلّف شيئاً / ٧٤٤ / ببراهين متعدّدة، ثمّ سمع خلافه من الإمام عليه السلام، فلابدّ أن يتصرف في تلك البراهين لأجل ما دلّ على عصمة الإمام عليه السلام.

وثانياً: نقول على القول بعدم اشتراط العصمة في الإمام عليه السلام أيضاً[1]: في خصوص مباحث الألفاظ يكون كلام الإمام متّبعاً؛ إذ الإمام يكون من أهل اللسان، فليس كلامه أهون من كلام صاحب القاموس وغيره من أهل اللغة، بل وكذا كلام الراوي عن الإمام يكون هنا بناءاً على القول بحجية كلام أهل اللغة؛ ولذا يتمسك الأصوليّون في إثبات المفهوم للوصف بكلام أبي عُبيدة في قوله صلى الله عليه وآله «لي الواجد يحلّ عقوبته وعِرضه»**.

إن قلت: إن ما يدل من الأخبار على كون التورية صدقاً ليس إلاّ الأخبار الآحاد وكون التورية صدقاً من الموضوعات والأخبار الآحاد ليست حجة في الموضوعات وإنما يكون في خصوص بيان الأحكام.

قلت: فيه **أولاً** أن ما دلّ على أنّ التورية ليست بكذبٍ وإن كان أخبار آحادٍ إلّا أنّه / ٧٤٥ / ضمّ إليها قرائن توجب القطع بصدورها من المعصوم عليه السلام.

وثانياً نقول: إنّ الأصوليّين يقولون: لو دلّ خبر واحد على إثبات موضوع ويدلّ

---

*) ***مع أن كلام المحقق الخوانساري في الموضوع الصرف ومحل كلامنا الموضوع المستنبط الذي نسلّم أن شأن المقلّد فيه التقليد. (منه قدّس سرّه).***

١) في المخطوطة هنا قوله: نقول، وهو تكرار.

) ***هذا هو المناقشة التالية على التمسك بالاخبار في المقام ونحن تعرّضنا في مسألة النهي في العبادة عند التمسك بالإجماع المنقول هنا بما يظهر من خلاف ذلك عن الأستاد رحمه الله ونحن قلنا هناك وغيره بحجية خبر الثقة التي ليس عليه وهن شخصي أو نوعي في نقل كلّ موضوع ذي أثر من قول اللغوي، أو الاستفهامي، أو الاتفاق، أو غير ذلك. (منه قدّس سرّه).*

على ترتّب حكم شرعي عليه، فهنا يكون الخبر الواحد حجة بالنسبة إلى حكمه دون موضوعه ولذا يقولون في ما ورد من أنّ المسح يكون ببعض الرأس لمكان الباء: إن هذه الرواية ليست بحجة في إثبات كون الباء للتّبعيض* ولكنّها تكون حجة في إثبات كون المسح ببعض الرأس.

وعلى هذا، ففيما نحن فيه إذا ورد في الأخبار الآحاد أنّه لو قيل ما هو ههنا، وأشار في قلبه إلى خصوص الموقع الّذي يكون خالياً، فليس هذا كذب ويكون هذا الكلام من الإمام دالاً بالملازمة على أنّه ليس بحرام، فهنا نقول: إنّ هذا الخبر الواحد من حيث دلالته على الموضوع ليس بحجة وأما من حيث دلالته على عدم الحرمة التزاماً يكون حجة.

وهذا يكون من الموارد الّتي يحصل التفكيك في اللازم والملزوم في الحكم بالحجية.

إن قلت: إنه بناءاً على ما ذكرت لابدّ وأن يكون التورية جائزة من دون اضطرار وإكراه أو توقّف مصلحة / ٧٤٦ / عليه أيضاً وذلك لأنّ التورية إما أنّه ليس بكذبٍ حتّى يكون حراماً** أو أنّه ولو كان كذباً، إلاّ أنّه ليس بحرام حيث إن الأخبار إما محمولة

---

*) *لا نسلّم أنّه لا يثبت به أنّ الباء في الآية للتبعيض ولو كان الفرض نفي إثبات الباء حقيقة لا التبعيض، ففيه أولاً أن الجرّ لا يدلّ على أن لفظة الباء حقيقة في أي شيء.*
وثانياً لو دلّ على ذلك، فلابدّ أن يتصرف فيه من جهة أنه أحرز من الخارج أنّ الباء ليست حقيقة في التبعيض. (منه قدّس سرّه).

**) *لا يخفى أنّ المناسب بعدّ الفراق من معنى التورية وكونه كذب أم لا أن نتعرّض لكون العجز عن التورية مأخوذاً في موضوع الإكراه أو حكمه بمقتضى الترتيب الّذي ذكر في صدر العنوان؛ لكن لمّا يكون هذين البحثين مبنيين على أن لا يكون التورية حراماً أو لا يكون حرمته بمثل حرمة الكذب، فلذا تصدّى أولاً لبيان عدم حرمة التورية ولو ابتداءاً. وتمسك لذلك بما ورد من الأخبار في التورية لكنّا نقول: يغنينا عن التمسك بأخبار التورية ما سيأتي من أنّ التورية بعد عدم كونه كذباً ـ كما تقدم ـ لم يَرد عنه نهي في الشرع ومن جهة العقل نقول: إنّ الإغراء بالجهل لو سلّم قبحه ولو لم يترتّب عليه مفسدة، فإنما نخصّصه بصورة لم يكن الغرض منها إيصال نفع إلى نفسه أو إلى غيره وهذا بخلاف الكذب الّذي يكون حراماً بالشرع والعقل، لِما سيأتي*

على سلب موضوع الكذب عن التورية أو سلب حكمه.

قلت: فيه أوّلاً أنّ الكذب له حرمة شرعية حيث إنّ الأخبار دلت على حرمته وكذا الآيات والإجماع؛ بل يكون من أشدّ الكبائر وحرمته عقليّة حيث إنّ العقل يحكم بقبحه. فيثبت له الحرمة بقاعدة الملازمة والأخبار الّتي دلّت على أنّ التورية ليست بكذب، أو أنّها ليست بحرامٍ إنّما ترفع الحرمة الشرعية من الكذب، أمّا الحرمة العقلية تكون بعدُ بحالها باقياً.

أقول: وفيه أنّ الأخبار إنما تكون بصدد أنّ التورية ليست بحرامٍ ولا قبيح إمّا لأنّها ليست بكذب أو أنّها وإن كانت كذباً إلاّ أنّها ليست بحرام.

وعلى هذا؛ فلابدّ أن نقول بمقتضى الأخبار: إنّ التورية ليست بحرام ولا قبيح وإلّا لم نعمل على مقتضى ظاهر الأخبار.

وسيأتي الكلام في ذلك ـ إن شاء الله ـ.

وثانياً نقول: إنّ الأخبار لم تدل على جواز التورية إلّا في صورة كان أحد مجوّزات الكذب موجوداً وبيان / ٧٤٧ / ذلك أن قول إبراهيم عليه السلام ﴿**بَل فَعَلَه كَبِيرُهم**﴾ إنّما هو كان لدفع الضرر عن نفسه.

وأما حكاية يوسف عليه السلام حيث أمر بأن يقال لإخوته ﴿**إنّكُم لَسارِقُون**﴾ لأجل إيصال المنفعة وذلك لأنّ شيخ الأنبياء كان من أهله في مجاعة في كنعان ولم يجئ إلى مصر من دون ذلك، ففعل يوسف هذا لأن يجيء شيخ الأنبياء إلى مصر ويوصل المنفعة إليه ومن مجوّزات الكذب إيصال النفع إلى الغير وادّعي دلالة كثير من الأخبار عليه كما أن

من قبح قصد الخلاف المنضمّ إلى الإغراء بالجهل ومجوّزه الإكراه والاضطرار، ولا يتحقق هٰذين العنوانين مع التمكّن به التورية كما تقدّم في التفصي بغير التورية؛ بل الأستاد يعترف بذلك كما سيأتي في الصفحة الثالثة، فيبقى الكلام في كون العجز عن التورية في حكم الكذب وصيرورته مباحاً وتمسك المصنف رحمه الله بإطلاق بعض الأخبار المجوّزة للكذب لعدم كون العجز عن التورية شرطاً في رفع حرمة الكذب وتعرّضنا لجوابه في الحواشي الآتية. (منه قدّس سرّه).

من مجوّزاته دفع الضرر عن نفسه أو عن الغير والإصلاح بين الناس.

أقول: أما كلام يوسف فلا دخل له لأن يصير منشأ لأن يجيء شيخ الأنبياء إلى مصر مع قطع النظر عما فيه وذلك لأنّ أثر هذا الكلام إنما هو بقاء ابن يامين عند يوسف عليه السلام.

هذا؛ مع أنّ بعض الأخبار الأخر أيضاً يكون موردها صورة لم يكن في البين شيء من مجوّزات الكذب، مثل ما نُقل عن مستطرفات السرائر من كتاب ابن بُكير قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يستأذن عليه، يقول للجارية قولي: ليس هو ههنا.

فقال: «لا بأس، ليس بكذبٍ»؛ بناءاً على ما قال الشيخ من أن سلب الكذب / ٧٤٨ / مبنيٌّ على أن يكون المشار إليه بقوله «ههنا» موضعاً خالياً من الدار منه.

أقول: قوله قولي ليس ههنا ليس بكذب على كل حال.

نعم؛ هذا تكليف بالجارية بأن تكذب من هذه الجهة لابدّ أن يوجّه بما ذكره الشيخ رحمه الله.

وثالثاً نقول: نلتزم بجواز التورية مطلقاً وسنوضح حال ذلك أكثر من ذلك ـ إن شاء الله ـ.

[وجوب التورية في بعض الأحيان]

ثمّ إنّك قد عرفت أنّ التورية ليست بكذب أو أنّها ليست بحرام، وعرفت أن مقتضى ذلك جواز التورية ولو لم يكن في البين شيء من مجوّزات الكذب، وقد تقدم الكلام في ذلك وسياتي أيضاً ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأيضاً مقتضى ذلك وجوب التورية لو أكره على الكذب أو اضطرّ إليه مثلاً ووجوب التورية يكون عقلياً، لا شرعياً*، وذلك لأنه لم يدلّ دليل من جانب الشرع على

---

*) ***لا يخفى أن تعين التورية ووجوبه كما نقله المصنف رحمه الله عن العلماء في مسألة الكذب مبنيٌّ إمّا على عدم حرمة التورية بوجه ولو ابتداءاً أو مبنيٌّ على حلّيّة التورية بمجرّد مصلحةٍ ما، بخلاف الكذب، كما هو واضح وحال نفس التورية من أنّها حرام بدون مصلحة أم لا، أو يباح بمصلحة***

وجوب التورية في الموارد المذكورة وإنما الحاكم بالوجوب هو العقل حيث إنه لما يرى ان عدم التورية متوقف على ارتكاب الحرام وهو الكذب، فيقول بلزوم التورية فراراً عن ارتكاب الحرام.

إن قلت: إنّ الكذب وإن كان حراماً إلّا أنّه بمجرّد طروّ شيء من مجوّزات الكذب يزول حرمته وقبحه، حيث إنه لم يكن قبحه وحرمته بمثل حرمة الخمر غير قابل للزوال من جهة عروض بعض / ٧٤٩ / الأمور عليه.

وعلى هذا نقول: إنه بمجرّد الإكراه والاضطرار يزول حرمة الكذب، فلا يحتاج إلى التورية.

قلت: لمّا يكون الاضطرار و الإكراه مرتفعاً بالتورية أيضاً، فلا يصلحان لأن يصيرا سببين لإباحة الكذب، كما سيوضح ـ إن شاء تعالى ـ.

[هل يجوز الكذب بدون التورية؟]

هذا؛ ولكن يظهر من الشيخ وصاحب الجواهر أيضاً كما نقل أنه بعد تحقق شيء من مجوّزات الكذب يجوز الكذب من دون تورية أيضاً. واستدلّ الشيخ ﷺ لجواز الكذب من دون تورية في حق من يكون قادراً على التورية، كما هو محل النزاع هنا إذا كان في البين ضرورة.

ومثال ذلك بإطلاق الترخيص في الحلف كاذباً وغير ذلك لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه وذلك لأنّ حمل إطلاقات تلك الأخبار على صورة لم يكن المكرَه بالفتح قادرٌ على التورية مستلزم لحمل المطلق على فرد نادر وهو غير جائز.

وأورد عليه من وجهين:

الأوّل: أنا نقول: إنّ الناس بجبلّة ذاتهم يقصدون المعنى عند التلفظ بالكلمات

ما، قد تقدّم شطرٌ من الكلام فيه وسيوضح في الجملة بعد ذلك أيضاً؛ فتدبّر. (منه قدّس سرّه).

الموضوعة إلاّ أن يكون الإنسان ملتفتاً إلى التورية، فلا يقصد المعنى الموضوع له والملتفتين بالنسبة إلى غيرهم في نهاية / ٧٥٠ / القلّة.

وعلى هذا، فنحن أنّ الملتفت من الأفراد النادرة وعلى هذا فما دل على جواز الحلف كاذباً لدفع الضرر ليس بشامل للملتفت إلى التورية؛ لأن المطلقات لا تشمل الأفراد النادرة.

وعلى هذا، فلا تصير هذه الأخبار المشار إليها دليلاً على جواز الكذب في حق الملتفت إلى التورية القادر عليها.

ثمّ لا يخفى أنّ الشيخ ﷺ أيضاً يقول بإمكان حمل الأخبار على ما ذكرنا.

[الكذب قبيح عقلاً]

الثاني: *إنك قد عرفت أنّ الكذب قبيح عقلاً وبقاعدة الملازمة تثبت له الحرمة أيضاً، فكيف يرخص الشارع في ارتكابه مع أنّه حرام فعلاً بقاعدة الملازمة؛ إذ المصلحة الموجبة للكذب تحصل بالتورية، فلا يتوقف المصلحة على الكذب حتى يذهب قبحه وأجاب الشيخ ﷺ عن الأخبار المرخصة للكذب بأنها تحمل على العفو عنه شرعاً وهو الّذي يسمّونه بالعفو الحتمي.

هذا؛ ولكن نحن نقول: إنّ القاعدة أنه إذا جاء دليل من الشرع على خلاف حكم العقل، فحينئذٍ لابدّ إما من رفع اليد عن قاعدة الملازمة بين العقل والشرع، كما يقوله النافون للملازمه، سواء كان منع الملازمة لمنع إدراك / ٧٥١ / العقل، كما يقوله الأشعري، أو لا كما يقوله صاحب الفصول في الجملة وبعض الأخباريّين وأما من إخراج هذا الفرد الّذي أذن الشارع فيه عن تحت الموضوع الّذي كان موضوعاً في حكم العقل كان نقول إذا اذن الشارع في ذبح الأغنام: إنه ليس هذا ظلماً وفيما نحن فيه الكذب في مقام رفع المضرّة ليس بقبيح.

---

*) *أقول. (منه قدّس سرّه).*

وممّا ذكرنا ظهر أنه يبقى سؤال عن الشيخ من أنّه لم يقل بخروج هذا الفرد من الكذب عن تحت الكذب الّذي يحكم العقل بقبحه كما هو مقتضى القاعدة في كل مورد ثبت من الشرع في مورد خاص حكم على خلاف حكم العقل والجواب عن ذلك هو أن الإخراج الموضوعي هنا غير معقول.

[قبح الكذب ليس من جهة الإغرار بالجهل]

وتوضيح ذلك يتوقف على ذكر مقدمة، وهو أنّه لا يخفىٰ عليك أن قبح الكذب ليس من جهة أن فيه الإغراء بالجهل، وذلك لأنّ الإغراء بالجهل ما لم يترتب عليه مفسدة ليس بقبيح.

مثلاً إذا حرّك الإنسان كيسه ليتوهّم الناظرون[1] إليه أن فلوسه قد تمّ، فلا نسلّم أن يكون ذلك قبيحاً.

هذا؛ مع أنّه لو كان قبح الكذب من جهة الإغراء بالجهل، فلم يكن من / ٧٥٢ / من هذه الجهة فرق بين الكذب والتورية؛ إذ التورية أيضاً يكون فيه الإغراء بالجهل.

وإذا عرفت أن قبح الكذب ليس من جهة الإغراء بالجهل، فنقول: إنّ قبحه إنّما هو من جهة أنّه كذب والكذب بنفسه قبيح، كما أنّ الظلم مثلاً قبيح بنفسه.

وعلى هذا فلابدّ أن يلاحظ من أن قوام الكذبية بأيّ شيء يكون، فنقول: إن ذكر اللفظ مشترك بين الكذب والتورية وذكر اللفظ لغواً وإنما تتحقق الكذبية الّتي هي من القبائح بأن يقصد من اللفظ معنىً مخالفاً للواقع.

وعلى هذا، فنقول: إنّه ليس شيء يعرض في البين ويصير موجباً لرفع قبح الكذب الذي هو عبارة عن قصد خلاف الواقع من اللفظ حتى نلتزم بالإخراج الموضوعي لهذا الكذب من موضوع حكم العقل وذلك لأنّ الأمور التي تعرض في البين من الإكراه والاضطرار دفع المضرّة عن نفسه أو عن الغير إلى غير ذلك إنما تتوقّف كلّها على مجرّد

---

١) في المخطوطة: الناظرين.

ذكر لفظ يكون ظاهره مخالفاً للواقع، سواء قُصد المعنى أم لا.

وعلى هذا فقصد خلاف الواقع من اللفظ الّذي به قوام الكذب كان قبيحاً ولم يوجد في البين ما يرفع قبحه؛ ولذا التزم الشيخ / ٧٥٣ / بالعفو الحتمي ولم يلتزم بالإخراج الموضوعي بأن يقول: إن الكذب هنا ليس بقبيحٍ.

هذا غاية التوجيه في كلام الشيخ؛ ولٰكن يرِد عليه:

أولاً أنّه لا يجوز حمل الأخبار المرخصة للكذب في الموارد الخاصة على العفو عن عقوبة الكذب، وذلك لأنّ العفو الحتمي معناه أنّ الشارع يقول «لا تفعل[1]، وإنّ فعلَه مبغوض لي، ولكن لو فعلتَه لم أُعاقِبْك»، مع أنّ الأخبار الدالّة على جواز الكذب في الموارد المذكورة تدلّ على جواز الكذب وأنّه أحلىٰ من العسل، فكيف يمكن حملها على العفو الحتمي؟

هذا؛ مع أنّ العفو الحتمي بعدُ يكون أصل وجوده محلّ الكلام حيث إنّه إنما ذكروا ذلك في موارد أربعة أو خمسة مثل الظهار ويوم العيد وغير ذلك، وتحقّق العفو الحتمي فيها بعدُ محلّ الإشكال.

وثانياً نقول: نحن لا نسلّم أن يكون الكذب من حيث هو الكذب قبيحاً؛ إذ لا قبحَ في مجرّد قصد خلاف الواقع*.

---

١) تكررت في المخطوطة: لا تفعل.

*) ***مجرد قصد خلاف الواقع وإن لم يكن قبيحاً إلاّ أنّه إذا انضمّ ذلك إلى الإغراء بالجهل الّذي يكون في الكذب يصير قبيحاً. فلو ذكر لفظاً ظاهراً في خلاف الواقع وقصد منه المعنى الّذي يعلم أنه خلاف الواقع ويكون ملتفتاً إلى أنه فيه الإغراء بالجهل، فمثل هذا يكون قبيحاً عند تمام العقلاء وأهل الأديان إذا لم يكن له في هذا الكذب ضرورة ولابدّية من مصلحة راجحة يرفع قبحه أو مطلق المصلحة أيضاً؛ بل من المسلّم عندهم عدم صدور الكذب من الله من جهة قبحه؛ بل يقولون: إن الكذب لا يرفع قبحه إلّا من جهة الاضطرار واللابدّية والاضطرار واللابدّية في حقّه تعالىٰ محال فمنه لا يصدر الكذب منه مطلقاً ويستحيل صدور الكذب منه. ونحن نقول: إن تجويز الكذب للعباد أيضاً لم يُعلم من الأدلّة المعتبرة بأزيد من صورة كان في البين اضطرار أو إكراه أو لابدّية من جهة أخرىٰ كرفع أذيّة الزوجة أو العيال أو لتوقّف أمر مهمٍّ***

نعم، الكذب موضوع في الأدلّة الشرعية، فيكون حراماً شرعاً، بل الّذي يصح أن يتّصف بالقبح هو الإغراء بالجهل الّذي يكون للفظ المقارن لقصد خلاف الواقع وإلاّ فنفس قصد خلاف الواقع / ٧٥٤ / الّذي يكون قوام الكذب به لا يتصف بالقبح أصلاً.

وأما الإغراء بالجهل أيضاً يكون بمثل القيام والعقود في أنّه ليس بنفسه مقتضياً للقبح أصلاً وإنما يتصف بالقبح من جهة الأمور الطارية عليه، كما لو كان موجباً لإفسادٍ مثلاً.

[قبح الكذب يرتفع بالمصلحة]

ثمّ لو سلّمنا أنّ الإغراء بالجهل يكون مقتضياً للقبح أيضاً نقول: إن قبحه يرتفع بأدنىٰ مصلحة.

وعلى هذا فنقول: إنّ التورية جايزة لإيصال النفع إلى نفسه كما نقل عن بعض جواز الكذب لإيصال النفع إلى نفسه وذلك لأنه بواسطة التورية ترتفع الحرمة الشرعية؛ إذ التورية ليس بكذبٍ والموضوع في الأدلّة للحرمة هو الكذب.

وأما الإغراء بالجهل أيضاً قد عرفت أنه لو كان فيه قبح أيضاً يرتفع تلك القبح إذا كان المقصود إيصال النفع إلى نفسه.

وعلى هذا نقول: إنّ التورية جايزة لإيصال النفع إلى نفسه أو إلى الغير ولدفع المضرّة عن نفسه أو عن الغير ولأجل الإصلاح بين الناس.

وأمّا الكذب، فقد عرفت جوازه في حق من لا يكون ملتفتاً إلى التورية في الموارد الّتي دلت الأخبار على جواز الكذب فيها كالإصلاح بين الناس / ٧٥٥ / ودفع المضرّة عن نفسه أو عن الغير، بل وكذا لأجل إيصال النفع إلى الغير على ما ادّعى الأستاد ـ سلّمه الله ـ أن بعض الأخبار تدلّ على ذلك ولكنّي أظفر عليها بعدُ.

ولا يخفىٰ أيضاً أنّ الكذب من حيث هو كذب يكون مقتضياً للقبح على ما يأتي

غاية الاهتمام عليه كالإصلاح بين خصمين وشبه ذلك. (منه قدّس سرّه).

بنظري القاصر وفاقاً لظاهر كلّ العلماء والعقلاء إلّا أنّ المسائل المتقدّمة لم يتغيّر من هذه الجهة فالتورية جايزة في الموارد المذكورة، وكذا الكذب في الموارد الّتي تقدمت الإشارة إليها؛ فافهم * ولا يختلط عليك الأمر.

---

*) ولا يخفى أنّ الكلام مع التورية يخرج عن الكذب والتورية من جهة الإغراء بالجهل لو قلنا بقبحه فليس بمثل قبح الكذب، فان قبح التورية يزول لمصلحة ما، والكذب لا يخرج عن القبح مع عدم الاضطرار والإكراه.

وعلى هذا فمع امكان التورية نقول: إنّه لا يصدق أنه مكرَه على الكذب مع فرض أنه متمكّن من التورية الّتي لا قبح فيه إلّا أنّ بعض الأخبار ليس فيها لفظ الإكراه والاضطرار وإنما دلّ على جواز الكذب مع التوعيد عليه وإطلاقها يشمل صورة كان متمكّناً من التورية وإطلاق هذه الأخبار مخالف لما يقتضيه القاعدةوالمعروف بين العلماء كما ذكره المصنف في المكاسب المحرمة / ٧٥٤ / عدم العمل بإطلاق هذه الأخبار والمصنف ﷺ عمل بها وحملها على العفو الحتمي؛ نظراً إلى أن القبح هنا للكذب ثابت والملازمة أيضاً ثابتة واخراج الموضوعي غير ممكن لعدم طروّ ما يرفع القبح عن الكذب الّذي يتحقق بقصد خلاف الواقع من اللفظ بعدَ أنه ليس مكرَهاً على القصد.

ونحن نقول بعدَ أن الحمل على العفو الحتمي لا يناسب الأخبار: إنه لو أخذنا بإطلاق هذه الأخبار فنمنع الملازمة في المقام وذلك لأنّ الملازمة العقلية عندنا غير ثابتة والشرعية قابل للتخصيص إلّا أن الإشكال في الأخذ بإطلاق هذه الأخبار وذلك لأنّ الملتفت إلى التورية من حيث هو نادر، فلا يشملها الإطلاق أو يشك في شموله له والإعلام بالتورية أيضاً غير لازم، كما اعترف به المصنف؛ في ذيل رواية عمار، لأنه ليس بحكم شرعي وإنما هو من قبيل الإعلام بموضوع خاصّ حتّى يتعلق على المكلّف تكليف خاصّ وبعد ذلك عدم الإعلام لتسهيل الأمر لا مانع فيه.

وبوجهٍ آخر نقول بعد تسليم الإطلاقات: إنّها معارضة ببعض الأخبار الّتي تخصص الجواز بصورة الإكراه الاضطرار والمفروض عدم الإكراه والاضطرار مع إمكان التورية و تقدّمت الإشارة إلى تلك الأخبار في مسألة حرمة الكذب في المكاسب المحرمة من كتاب المصنّف ومثل هذه الأخبار قوله تعالى: ﴿ مَن كَفَر بالله من بعد إيمان إلّا من أُكرِه وقلبه مطمئنٌّ بالإيمان ﴾ بعد فرض تسلّم أنّه لا فرق من هذه الجهة بين الإكراه بكلام كفري وسائر المحرّمات.

وعلى هذا نقول: إن غاية الأمر أن تكون النسبة بين المتعارضين في المقام عموم من وجه فيتساقطا.

فالمرجع هي القاعدة المقتضية لحرمة الكذب في صورة كان متمكّناً من التفصي بالتورية. (منه

[وجوب التورية عند الإكراه على العقود]

هذا كلّه في وجوب التورية عند الإكراه على المحرّمات، بقي الكلام* في وجوب التورية عند الإكراه على العقود، والمراد من الوجوب هنا هو الوجوب الشرطي؛ يعني أن الشرط في تحقق الإكراه هو العجز عن التورية مثلاً، وإلّا فالقادر الملتفت إلى التورية يتورّى حتى لا يصدر العقد الصحيح منه بحيث لو لم يتورّ ونوىٰ يكون عقده صحيحاً ويترتّب عليه الآثار وذلك لأنّ الملتفت إلى التورية الّتي هو موضوع البحث هنا ليس بمكرَه على العقد الصحيح وذلك لأنّ العقد الصحيح مركّب من اللفظ وقصد المعنى مع أنّ جزئه /٧٥٦/ الأخير وهو القصد إلى المعنى ليس قابلاً لأن يُكره عليه وإذا انتفى الجزء انتفى الكلّ.

[الإكراه على الطلاق]

ثمّ إنّ الظاهر أنّ الفرع المنقول عن التحرير من العلامة ﷺ يكون مورده هو هذا، وهو أنه قال: لو أكره على الطلاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق؛ إنتهىٰ، فيكون كلامه ﷺ على طبق ما ذكرناه.

ووجه كلامه هو ما ذكرناه من عدم تحقق الإكراه إذا نوىٰ؛ إذ النيّة غير قابلة للإكراه.

ونقل عن المسالك أنه ذكر في هذه الصورة احتمالان:

الصحّة، كما قاله العلامة وقوّاه كما قوّاه.

وزاد احتمال بطلان العقد لأن اللفظ وقع مكرهاً، فلا أثر له، ومجرّد النيّة لا حكم لها.

قدّس سرّه).

*) *إمكان التفصي بغير التورية في العقود قد تقدّم قبل ذلك بثلاثين ورقاً*. (*منه قدّس سرّه*).

وحكي عن سبطه[1] أنّه نقل القول بالبطلان قولاً واستدلّ عليه بعموم ما دلّ من النص والإجماع على بطلان عقد المكرَه و الإكراه متحقق هنا؛ إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله والمسألة محل الإشكال؛ إنتهىٰ.

ونحن نقول: إنّه يذكر هنا ما وجّه به كلّ واحد من الاحتمالين حتّى يوضح حقيقة الحال.

فنقول: قد وجّه احتمال بطلان العقد بوجهين:

الأوّل أن تقول: إن العقد عبارة عن ذكر اللفظ الدالّ إلى المعنى وليس قصد المعنى جزءاً من معنى العقد كما اختاره الأستاد عند تعريف البيع؛ بناءاً / **٧٥٧** / على أن قصد المعنى عند ذكر اللفظ باطل.

وعلى هذا فالعقد ليس إلّا اللفظ والمفروض أنه وقع مكرهاً، فيكون باطلاً إلّا أنّ أصل المبني قد عرفت أن الأستاد أيضاً ضعّفه قُبيل ذلك، كما إنّا قد ذكرنا ضعفه في كثير من مكتوباتنا من أول البيع وغيره، حيث إن قصد المعنى من اللفظ أمر متعارف عند العرف، كما تقدّم قُبَيل ذلك.

الثاني: أن نقول: نحن نسلّم أن العقد ليس مجرّد اللفظ ويكون لقصد المعنى فيه مدخليّة إلّا أنه نقول: إن أغلب النّاس يكونون قادرين على التورية.

وعلى هذا فالإطلاقات الّتي تدلّ على أنّه لا طلاق مع الإكراه، لابدّ أن يحمل على الفرد النادر وهو العاجز عن التورية لأنّك تقول: إنّ القادر على التورية لا يتحقق الإكراه في حقّه وحمل المطلق على الفرد النادر يكون مخالفاً للقاعدة.

وعلى هذا، فلابدّ أن نقول بشمول مثل هذه الإطلاقات للقادر على التورية، فلابدّ أن نقول: إن الإكراه رافع لأثر العقد في حقّ القادر على التورية أيضاً، فلا ينحصر بطلان العقد منه بعدم قصد معنى اللفظ.

هذا؛ ولكن قد مرّ قُبيل ذلك تضعيف هذا الوجه وذلك لأنّا لا نُريد أن نفصّل بين

---

١) *صاحب المدارك على ما قيل. (منه قدّس سرّه).*

العاجز والقادر؛ بل إنّما نفصّل بين / ٧٥٨ / الملتفت إلى التورية وغير الملتفت إليه ونقول: إنّ الملتفت لابدّ له من التورية وإلّا فالعقد يؤثر أثره.

وأدلّة الإكراه محمولة [على] غير الملتفت وهو كثير؛ إذ الناس العالم والجاهل بجبلّة ذواتهم يقصدون المعنى إلّا شذّ وندر، وحمل المطلق على الأفراد الغالبة، لامحظور فيه***.

---

*) الإيراد مبني على تسليم صدق الإكراه، لكن لنا أن نمنع صدق الإكراه أيضاً إما لما تقدم أنّ العجز عن التفصي مأخوذ عرفا في موضوع الإكراه وإما لما ذكرناه في المتن من أنه لو سلّم عدم اعتبار العجز عن التفصي أيضاً نمنع الصدق هنا وهو صورة كان المكرَه متمكّن من عدم إتيان الفعل المكرَه عليه ولا شيء آخر بدله.

نعم؛ يبقى الكلام في جواب المسالك من أن الإكراه أسقط أثر اللفظ والجواب عنه كما في المتن من أنّ اللفظ لمّا لا يكون له أثرٌ، فليس ممّا يكرهه. وعلى تسليم صدق الإكراه على اللفظ نقول: مفادّ أدلّة رفع الإكراه رفع الأثر الشرعي / ٧٥٩ / المترتب على نفس المكرَه وفي المقام يكون اللفظ جزءاً لموضع ذي أثر وليس له بنفسه أثر شرعي؛ فتدبّر. (منه قدّس سرّه).

**) بعد ما عرفت سابقاً أنّ العجز عن التفصي مأخوذ في معنى الإكراه، فعليه نقول: إذا أكره على عقد البيع أو الطلاق فباع أو طلّق، فنفس اللفظ لا إشكال في أنه مُكرَه عليه وأما الإنشاء والقصد بمعنى كون الغرض من اللفظ وقوع المضمون، تقدّم اعتبارهما في صحة العقد، فهما من الأمور القلبية فبأنفسهما ليسا قابلين للإكراه إلّا أنّه بالنسبة إلى الغافل عن التورية وعدم القصد يصدران بالتبع فنجمعهما (؟) أيضاً يكون عن الإكراه.

نعم؛ كلّ عقدٍ كان طيب النفس بالمضمون فيه أيضاً شرطاً للصحة، فهذا الشرط لا يتحقّق بالإكراه على العقد ولو تبعاً وهو بنفسه موجب لفساد مثل / ٧٥٩ / البيع ولو لم يتحقق عنوان الإكراه لما تقدم من أن طيب النفس بنقل ماله إلى غيره لا يتحقق لعدم الاضطرار إليه بوجه وإنما تحصل طيب النفس العرضي في صورة اضطرّ إلى تبديل ماله بمال الغير لتملك الثمن منه، وأما الإكراه بنفس العقد غير مؤثر بوجهٍ في حصول هذا الطيب النفسي والرضاء وتقدم ان فساد العقد لعدم طيب النفس في مورد كان شرطاً غير متوقف على تحقق عنوان الإكراه.

وأما في مورد يكون الرافع لصحة العقد نفس الإكراه فهو يختص بصورة كان لصدور تمام ماله المدخلية في صحة العقد عن إكراهٍ، سواء كان بالتبع أو بالأصالة.

وأما لو كان جزء منه صادراً عن اختياره كما في الملتفت إلى التورية إذا نوى الطلاق مثلاً، فصدور الطلاق المركب من اللفظ والقصد صدر عنه من اختيار، فلا يشمله أدلّة الإكراه لوضوح أن

وإذا عرفت بطلان الوجهين اللّذين ذُكرا لإثبات بطلان العقد الصادر عن الملتفت الغير الموري، فاعلم أنه استدلّ على صحّة عقده أيضاً بوجهين:

الأوّل: أنّه لو أكره على جزء من مركّب فأوقع المركّب لم يكن مكرهاً في إيجاد المركّب فلايرتفع الأثر الثابت للمركّب بواسطة الإكراه على جزئه.

وعلى هذا نقول: قد عرفت أنّ العقد مركّب من ذكر اللفظ وقصد المعنى وقد عرفت أن قصد المعنى ليس قابلاً لأن يقع الإكراه عليه حيث إنه من الأمور القلبية الّتي لا يظهر منها أثر في الخارج وما يقال من أن الإكراه تعلّق بالأمر القلبي، غاية الأمر أنه يكون للمكرَه التفصي في غير محلّه؛ إذ التفصّي إنّما يقال في صورة أكره على فعلٍ ويكون للمكرَه أن يفعل فعلاً آخر ولا يوجد المكره عليه كأن يفرّ، وأما / ٧٥٩ / إذا كان متمكّناً من أن لا يفعل المتوعّد عليه من دون أن يفعل فعلاً آخر، فمثل هذا ليس بمكرَه عليه.

[لا يمكن الإكراه على الإعتقادات]

ومن هنا نقول أو يقولون: إن الأمور الاعتقادية لا يمكن الإكراه عليها.

أقول: ولعلّه لأجل أن الاعتقاديات تكون خارجة عن اختيار المكلّف، لا أنه قادر على أن لا يفعل، كما أن ما نحن فيه يكون من هذا القبيل.

وقد يؤيّد ما نحن فيه بما يقوله الفقهاء من أنّ العتق والوقف ليسا قابلين لأن يتعلق الإكراه بهما وذلك لتوقف صحّتهما على قصد القربة وهو من الأمور القلبية، فلا يكون قابلاً لأن يتعلق به الإكراه.

أقول: يمكن أن يكون وجه ذلك أن قصد القربة من الأمور القلبية، فللمكلّف أن لا يفعل ويقول «فعلتُ» فيكون بمثل ما نحن فيه.

جزءاً من الموضوع إذا أكره عليه بأن حدّ (؟) تمام الموضوع فلا يعدّ هذا مكرَهاً على هذا الموضوع، كما لو أكرهه على حرفٍ من الصيغة، لا يوجد الصيغة. (منه قدّس سرّه).

ويمكن أن يقال هنا بنظير ما قلته في الإكراه على الاعتقايات من جهة أن جعل الداعي هو القربة يحتاج إلى نوع رياضة في حق من لا يكون له هذا الداعي.

الثاني: أنه إذا كان المفروض أن قصد المعنى من اللفظ وهو قصد البيع من قوله «بعتُ» يكون أمراً اختيارياً للمكرَه بالفتح والمفروض أنه غير راضٍ بصدور البيع منه والمفروض أن الإكراه لا دخل /٧٦٠/ [له] بقصد المعنى والمفروض أنّ المكره يلتفت إلى ذلك، فمع ذلك كلّه كيف يمكن لمثل هذا الشخص أن يقصد المعنى بأن يقصد وقوع البيع من قوله «بعتُ»؟

أقول: هٰهنا ليس جواباً آخر، وإنما هو إشكال في أنه كيف يتحقق موضوع البحث هنا ونحن نقول: إنّ الملتف إلى التورية إذا نوىٰ فإما أن تكون لأجل أنه راضٍ، أو لأجل الشبهة الموضوعية، أو الحكمية الّتي يأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ في الفروع الآتية*.

ثمّ لا يخفىٰ أنه يظهر ممّا ذكرنا** كلّه الجواب عمّا ذكره صاحب المسالك وصاحب نهاية المرام.

أما كلام المسالك من أن «الإكراه ارتفع أثر اللفظ ومجرّد النية لا حكم لها» ففيه: أنّا لا نسلّم أن يكون الإكراه صادقاً هنا وذلك لأنّ الإكراه عبارة عن تحميل الغير على

---

*) *كما لو تخيل أنّ الضرر المتوعّد عليه لا يرفع إلّا بالقصد أو تخيل أنّه لا فرق في تأثير العقد بين أن ينوي أم لا، وهنا نقول: إن كلّ عقدٍ يتوقّف صحّته على الرضاء كالبيع، فلا يصحّ فعلاً لعدم الرضاء بنقل المال من المالك كما أنّ المكرَه ليس براضٍ بنقل ماله لا برضاءٍ ذاتية ولا بالرضاء العرضية التي موجودة في مثل بيع المضطرّ كما أوضحته في الحواشي السابقة؛ بل عنوان الإكراه أيضاً صادق في الصورتين، كما في صورة كان عاجزاً عن التورية، فإن المثالين مثله. نعم؛ لو لم يرض بنقل ماله ومع ذلك نوىٰ اختياراً فإنّه ممكن، كما يظهر ممّا تقدم فهنا ليس عنوان الإكراه على العقد؛ فتدبّر. (منه قدّس سرّه).*

**) *ويمكن تصوّر النية بحيث لا يندرج تمام القصد تحت عنوان الإغراء بقصد وقوع الحماقة كما أنه كثيراً ما يصدر أمثال ذلك من الحمقاء؛ بل كثيراً ما لا يعلمون بوجه صدوره عنهم لخفاء وجهه. (منه قدّس سرّه).*

ما يُكرهه وأنت قد عرفت أن الإكراه غير قابل إلّا على اللفظ، واللفظ المجرّد ليس مؤثراً، فليس ممّا يكون مكرهاً على الإنسان.

هذا؛ مع أنّه لو سلّمنا صدق الإكراه نقول: إن المكره عليه لابدّ وأن يكون له أثر شرعي حتى رفعه أدلّة الإكراه واللفظ المجرد ليس له أثر شرعي حتى يرفعه أدلّة الإكراه وإنما الأثر للعقد وهو المركب من اللفظ وقصد المعنى إلّا أنّ الإكراه لم يتعلق بالعقد حتى يرفع أثره،كما سيأتي /٧٦١/ توضيح ذلك في الفروع الآتية ـ إن شاءالله ـ*.

[فساد ما ذكره صاحب نهاية المرام]

وممّا ذكرنا ظهر فساد ما ذكره صاحب نهاية المرام، وذلك لأنّ التمسك بالعموم

---

*) *إن قلت: أيّ فرق بين ما يقولون في باب الإستصحاب من أن الإستصحاب يثبت جزء الموضوع للحكم فيترتب الحكم الثابت لتمام الموضوع المركب المستصحب وغيره ،كما في استصحاب كُرّية الماء ، فيترتّب حكم ماء الكرّ ، وبين حديث الرفع حيث لا تقولون بترتّب الأثر المترتب على المكرَه عليه وغيره ؛ بل تقولون برفع الأثر المترتّب على خصوص المكرَه عليه ؟*

قلت: في باب الإستصحاب كان قوله « لا تنقُض » شاملاً لكلّ يقين سابق وكلّ يقين لا يترتب أثر على بقائه بوجه خرج عن العموم لِلَغويّة شمول دليل التنزيل له . وأما في صورة بعض أجزاء الموضوع محرزاً وكان الشك في الحكم في جزئه الّتي كان له حالة سابقة ، فلا لَغوية في شمول العموم له لترتّب تلك الأثر ، فليس في البين مخصّص للعموم ، سيّما على مسلكنا من أن مفادّ « لا تنقض » أنه عامل مع اليقين السابق معاملة البقاء بأنّه لا مانع من معاملة البقاء معه في هذا الفرض ولم يكن لسان الدليل ترتيب الأثر على المستصحب حتى يقال : إنه ليس هنا أثر للتعين السابق .

وأما في حديث الرفع نقول: إنّ المراد برفع « ما استكرهوا عليه » بدلالة الاقتضاء لابدّ أن يكون رفع المؤاخذة أو رفع حكمه وفي صورة كان الأثر للعقد المركب من اللفظ المكرَه عليه على الفرض ومن غيره وهو القصد ، فليس على المكره عليه مؤاخذة ولا له حكم حتى يرفعان وحديث الرفع ساكت عن صورة كان الأثر للمركّب والمكرَه عليه وغيره ؛ فتدبّر جيّداً . (منه قدّس سرّه).

متفرّع على إحراز المصداق، والإجماع ليس في صورة كان ملتفتاً إلى التورية ولم يتورّ.

وبعبارة أخرىٰ ليس هنا إكراه على العقد حتى يصير من مصاديق عقد المكرّه الذي يكون الإجماع على بطلانه.

فروع

[لو أكره على طلاق امرأة، وزعم الإكراه على طلاق امرأة أخرى]

الأوّل: أنه إذا أكرهه على طلاق هندٍ، فزعم أنه أكرهه على طلاق رقيّة، فطلّق فهل يقع الطلاق من جهة أن الإكراه لم يكن واقعاً على طلاق رقيّة؟ غاية الأمر أنه اعتقد ذلك أم لا يقع من جهة أن اعتقاد الإكراه أيضاً يكون كافياً في صدق الإكراه، أم فيه تفصيل، وجوه:

أما القول بالبطلان مطلقاً والقول بالصحّة مطلقاً فمبنيٌّ على الخلاف في أن الألفاظ هل هي موضوعة للمعاني الواقعية، كما يقوله المشهور، أم للمعاني الاعتقادية، كما نُسب ذلك إلى النراقي؟

فإن قلنا: إن الألفاظ موضوعة للمعاني الاعتقادية كأن نقول: إن لفظ الإكراه موضوع لاعتقاد الإكراه، فحينئذٍ يصير معنى قوله عليه السلام «**لا طلاق مع الإكراه**» أنه لا طلاق مع اعتقاد المطلق للإكراه، والمفروض أن اعتقاد الإكراه فيما نحن فيه يكون موجوداً، فلابدّ أن يكون الطلاق باطلاً.

/٧٦٢/ وأما لو قلنا إن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية النفس الأمرية، فحينئذٍ نقول: إن قوله «أنتِ طلاق» يكون من الأسباب الشرعية لانقطاع علة الزوجية والأسباب الشرعية كالاسباب العقلية، فلابدّ أن يؤثر؛ إذ ليس في البين شيء يرفع أثره؛ لأن الرافع لأثره هو الإكراه الواقعي، لا اعتقاد الإكراه، والموجود هنا هو الثاني دون الأوّل، فلابدّ أن يؤثر الطلاق أثره.

وبيّن القول بعدم ثبوتها وليس هنا مجال التفصيل.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ الحق كون الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية كما هو واضح، فيكون الطلاق صحيحاً.

[التفصيل بين العقود المتعلقة بالأموال كالبيع وغيرها كالطلاق]

ثمّ إنّه قد يفصل بين العقود المتعلقة بالأموال، مثل البيع وشبه ذلك وبين غيرها كالطلاق بأن يقال: إن مثل الطلاق ليس في البين شيء يرفع أثره إلّا الإكره.

وقد عرفت أن الإكراه الموجب للبطلان هو الواقعي وليس هو موجوداً فيما نحن فيه؛ إذ الموجود فيما نحن فيه هو اعتقاد الإكراه، لا الإكراه الواقعي*.

---

*) إن قلت: ملاك الإكراه وهو إيقاع العقد لرفع الضرر عن نفسه موجود في صورة اعتقاد الإكراه. قلت: كون المناط ذلك غير ثابت وأما الظن بأن المناط ذلك على فرض حصوله لا دليل على حجيته.

ثمّ اعلم أنا لم نَرَ من النراقي في كتاب البيع دعوى أن الألفاظ الاعتقادية موضوعة للمعاني الاعتقادية فيترتّب عليه أنه في صورة باع مثلاً باعتقاد الإكراه نقول: إنّ الإكراه حقيقة موجود هنا.

نعم؛ هناك يقول: إنه يشترط في صحة البيع مثلاً أن يكون قصد البايع من قوله «بعتُ» تحقّق البيع في الخارج وهو ما تقدم من المصنف وغيره أنه يعتبر ذلك في صحّة تمام العقود.

ثمّ إنّ النراقي: إن الظاهر من قوله «بعتُ» أنه قاصد لتحقق البيع في الخارج، لكن اعتبار هذا الظهور ما لم يقترن اللفظ بقرينة دالّة على خلافه.

ثمّ يدّعى أن مجرّد كون البايع مكرهاً قرينة على أنه غير قاصد لتحقق البيع في الخارج، فلا يحمل اللفظ على أنه قاصد لتحقق البيع في الخارج ومقتضاه البطلان.

وهذا الوجه يأتي في صورة كان صدور البيع عن اعتقاد الإكراه؛ لكنّه خارج عن محلّ كلامنا، لأن محل أنه لو قصد تحقق البيع في الخارج ولو بزعم أنّ الضرر المتوعّد عليه لا يرفع إلّا بقصد الوقوع وهو المراد من العاجز عن التورية، فهنا لو كان ذلك بمجرد اعتقاد الإكراه لا يتحقق عنوان الإكراه حتى تخصص العمومات المقتضية للصحة.

بقي الكلام في حكم نفس ما يقوله النراقي وهنا نقول: لا ينبغي التأمّل في أنه لو ادعى المكره انه لم يكن قاصداً لتحقق عنوان البيع، فهذا مسموع منه لوضوح أنّ العقلاء لا ينكرون ذلك عليه

وأما مثل البيع فإن البايع مثلاً لابدّ أن لا يكون مكرَهاً عليه، لابدّ أن يكون راضياً بالبيع أيضاً لقوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**».

/٧٦٣/ وعلى هذا نقول: إنه إذا اعتقد المطلِّق أنه مكرَه على الطلاق فهنا وإن لا يوجب اعتقاد الإكراه بطلان الطلاق من جهة كونه مكرهاً عليه إلّا أنّ اعتقاد الإكراه وايجاد الطلاق من هذه الجهة إنما يكون في صورة ليس راضياً بأصل البيع، مع أنّ من شرائط صحة البيع هو الرضاء وطيب النفس لقوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**»، هذا، ولكن فيه: أنك قد عرفت سابقاً أن طيب نفس الذاتي ليس شرطاً، بل يكفي طيب النفس العرضي وهو موجود ولو كان الإكراه موجوداً حقيقة؛ فضلاً عن أن يكون مجرد اعتقاد الإكراه ولم يكن في الواقع.

ولذا قلنا: إن مقتضى القاعدة أن يكون عقد المكرَه صحيحاً، فما يثبت من بطلانه يكون من جهة الدليل الخاص من ان الإكراه بنفسه يكون رافعاً لأثر الصحة؛ فافهم*.

الثاني: أنه لا يخفى عليك أن مجرّد وقوع إكراه على فعل وصدور ذلك الفعل من المكرَه بالفتح لا يكفي في كون الفعل مكرهاً عليه وفي ترتّب آثار الإكراه عليه ما لم يكن صدور ذلك الفعل مستنداً إلى الإكراه**؛ إذ من الواضح أنه ليس المقصود ممّا دلّ على نفي الطلاق وغيره مع الإكراه إلّا أن يكون صدور ذلك الفعل مستنداً إلى الإكراه.

لدعوىٰ أن الظاهر من قوله «بعتُ» قصد تحقّق البيع، كما في غير المكرَه، وإنما الكلام في أنه لولم يدّع عدم القصد فهل يحمل كلامه على أنه قصد تحقق البيع في الخارج لاحتمال عقليّة عن عدم القصد فقصد قهراً، أو لاحتمال أنه قصد تحقق البيع في الخارج إمّا لأنه رضي أيضاً أو لمجرّد حماقته.

وهذا كلّه يجري في مجرّد اعتقاد الإكراه أيضاً. (منه قدّس سرّه).

**) قد تقدم أن شيئاً من الرضاء الذاتي والعرضي ليس موجوداً بمضمون العقد في العقد المكره. وعلى هذا المبنى لو كان العقد صحته موقوفاً على الرضاء، فتكون صحّته الفعلية موقوفة على الإجازة، وأما لو لم تتوقف صحّته على الرضاء، فيصح فعلاً لِما عرفت من عدم تحقّق عنوان الإكراه في المقام. (منه قدّس سرّه).*

***) أقول. (منه قدّس سرّه).*

[فروع مذكورة في مكاسب الشيخ]

/ ٧٦٤ / ثمّ إنّه يتفرع على ما ذكرناه فروع ذكرها في المكاسب*:

[الرضاء بالعقد بعد الإكراه]

منها: أن يرضى بالعقد بعد الإكراه ويوقعه عن طيب نفسه. ولا إشكال هنا في الصحة وعدم توقّفها على الإجازة ولا وجه للإشكال والتأمّل فيها.

[لو صار الإكراه جزءً مقتضياً لصدور الفعل عن المكرَه]

ومنها: أن يصير الإكراه [ال]جزءَ المقتضي لصدور الفعل عن المكرَه. وهنا أيضاً يقول في المكاسب: إنّه لا إشكال في وقوع العقد وعدم توقّفه على الإجازة، ولكن قد يقال: إنه يحتمل الصحة من جهة ضعف الاستناد إلى الإكراه ويحتمل البطلان من جهة صدق انه مُكرَه عليه.

ولكنّ الحق هو التفصيل بين صورة كان الإكراه جزءاً أخيراً للعقد، كما لو كان له داعٍ ضعيف إلى صدور العقد منه و الإكراه يتمّم تلك الداعي، أو كان مقارناً مع الجزء الآخر من العلّة، وبين صورة كان الإكراه أولاً، ثمّ انضمّ إليه داعٍ آخر، فصدر العقد منه بواسطة ضمّ هٰذين الداعيين بحيث صار المجموع علّة بأن لو كان الإكراه هو الجزء الأخير أو فرض كونها متقارنين فهنا يتحقق الإكراه ويبطل العقد، وإلّا فلا.

أقول: لا يخفى عليك أنّه لا فرق بين أن يكون الإكراه مقدماً أو مؤخراً؛ / ٧٦٥ / إذ

---

*) في ذيل كلام الفقيه ويظهر حال تلك الفروع ممّا ذكرناه. (منه قدّس سرّه).

المعلول إنّما يكون مستنداً إلى العلة، لا جزء الأخير منها في الوجود وذلك لأنـه إذا حصل الجزء الأخير يؤثر المجموع.

نعم؛ قد يحصل الاشتباه في صغرى العلّة والجزء الأخير فيحصل هٰذه الاشتباهات وليس هنا مجال التفصيل وإلّا لذكرت هنا أموراً يفهم منها مطالب.

نعم؛ إذا حصل الجزء الأخير من العلة فيؤثر العلة في المعلول فربما يصدر من بعض الأغبياء من أهل العرف أنه أثر الجزء الأخير بنفسه في وجود المعلول لا من باب أن لفظ الإكراه بحسب العرف يكون هذا شموله.

وعلى هذا فالحق في المقام أن نفصّل بين صورة يكون داعي الإكراه أضعف من الداعي الآخر، أو أقوىٰ، أو مساوياً منه* فنقول:

لو كان داعي الإكراه أقوىٰ فيصدق الإكراه عرفاً، وإلّا فلا.

[وقوع الفعل لدفع الضرر عن المكره]

ومنها: أن يكون وقوع الفعل لدفع الضرر عن المكرَه، لٰكن قال له ولده: «طـلِّق زوجتك وإلّا قتلتك أو قتلت نفسي» ويكون إيقاع الطلاق لدفع الضـرر عـن الولد أو لشفقة دينيّة على المكرِه بالكسر أو غيره، والشيخ يقول:

إن الحكم في الصورتين لا يخلو عن إشكال، ونحن نقول:

قد يقال: إنّه لا وجه للإشكال في الصورة الأولىٰ وذلك لأنّ الإكراه يتحقق بالتوعيد على النفس أو الأهل وكان يقول الظالم «افعل فلاناً وإلّا قتلت ابنك»؛ فإن الإكـراه متحقّق هنا، فكذا فيما نحن فيه؛ إذ التوعيد عـلى النـفس أو الولد كـلاهما مـوجب

---

*) ***لا يخفىٰ عليك أنه بعد ما قلنا بأن ما يرفع أثره للإكراه ليس مجرّد ما أكره عليه ولو كان الداعي في إتيان المكرَه له ميل نفسه؛ بل المراد ممّا استكرهوا عليه هو ما يكون الإكراه داعياً في إتيانه، فنقول: إنّ هذا العنوان يصدق بمجرّد أن يكون للإكراه مدخليّة معتنى بها في إيجاد الفعل بحيث لولاه لما يزول، بل طيب النفس الّذي قلنا بأنّه مفقود في العقود المكره عليها على وجهٍ بيّناه في الحواشي مفقود هنا أيضاً؛ فراجع وتأمّل. (منه قدّس سرّه).***

/٧٦٦/ لتحقق الإكراه، ولٰكن فيه: أن توقّف عدم قتل الولد نفسه على أن يطلّق الوالد زوجته غير موجب لأن يعدّ الطلاق مكرهاً عليه عرفاً ولا ينافي ذلك مع كون الضرر الوارد على الوالد في صيرورة ولده مقتولاً متوقفاً رفعه على الطلاق*.

وكذا لا وجه للإشكال في الصورة الثانية وهو أن يكون إيقاع الطلاق لشفقة دينيّة كما لو كان شخص آخر يزني بهذه المرأة أو امرأة أخرىٰ لو لم يطلّق هذه الزوجة ليتزوّجها المُريد للزناء، ووجه عدم الإشكال أنه لو كان الطلاق لأجل أن هذا الشخص المكرِه بالكسر يزني مع امرأة هذا الشخص لو لم يطلّقها، فالإكراه هنا يتحقق بلاشك؛ إذ التوعيد بالعرض موجب للإكراه قطعاً.

وأما لو كان الطلاق لأجل أن هذا الشخص يزني مع امرأة أخرىٰ ويكون قصد المطلّق عدم وقوعه في الزناء فالإكراه هنا غير متحقق قطعاً ولو فرض أن يكون المطلق كارهاً للزناء أزيد من كراهته لقتل نفسه وذلك لأنّ الإكراه عنوان عرفي وهو غير صادق هنا ولكن تحقق عنوان الإكراه لو كان التوعيد على قتل النفس /٧٦٧/ أو الولد أو العِرض ولو لم يكن كراهته معتنى بها بالنسبة إليها.

فـرع

لو قال له «طلّق زوجتك وإلّا أزني بامرئتك» أو بامرأة أخرىٰ»

بحيث يكون الضرر المتوعّد عليه مردّداً بين أن يقع على المكرَه بالفتح أو بشخص

---

*) فيه: أن كلّ مورد قلنا باشتراط طيب النفس فهو يذهب من البين بتقريب ذكرناه في الحواشي السابقة وكذا في الفرع الآتي، إلّا أن يقال في هٰذين الفرعين: إنه ليس هنا من قبيل الإكراه، بل من قبيل الاضطرار؛ يعني أنّ المكرَه بالفتح صار مضطرّاً إلى أثر العقد لرفع المفاسد الّتي تترتّب على بقاء الزوجة على زوجته، فيصير بمثل أن يطلّق زوجته لضيق أمر النفقة عليه، لكن فيه: أنه يتصوّر أن يكون التوقف على نفس صدور الصيغة تقدّم في المكرَه أنه كذلك. ثمّ إنّه في صورة قال الولد «قتلتك أو نفسي» يكون الخوف من ورود الضرر على الوالد أيضاً، ومن هذه الجهة تارة يقع الكلام في أنّ الشكّ موجب للخوف وتارة في أن الخوف يوجب صدق الإكراه وتقدّم الكلام فيهما. (منه قدّس سرّه).

آخر، فيشك في وقوع الضرر المتوعّد به عليه، وهنا تارة يأتي الكلام في أنّ الشك بالضرر موجب للخوف أم لا.

وتارة في أنه أوجب الخوف، فهل يوجب ذلك لصدق الإكراه وقد تقدم [الكلام] في المقامين مفصّلاً في أوّل مسألة الإكراه.

ومنها: أن يكون جميع شرائط الإكراه موجوداً إلّا أنّه توطّن المكرَه نفسه على رفع اليد عن الزوجة، لو كان العقد المكرَه هو الطلاق.

وتوضيح ذلك: أنك قد عرفت أنّ العارف بالتورية إذا كان ملتفتاً بها، يجب عليها التورية وجوباً شرطياً وإلّا فلو لم يورِ ونوىٰ فيقع الطلاق مثلاً من دون توقف على الإجازة أيضاً.

ولذا قلنا: إن أدلّة الإكراه لم يشمل للملتفت إلى التورية ومفروض الكلام في هذا الفرع أيضاً هو الملتفت إلى التورية إلّا أنّه مع ذلك نوىٰ ولم يورِ إما لشبهة موضوعية أو حكمية.

أما الأولىٰ كما لو قصد المكرَه بالفتح حصول الطلاق من لفظ «زوجتي طالق» لزعمه أن التخلّص من الضرر المتوعّد به متوقّف على القصد إلى وقوع الطلاق، فلذا نوىٰ.

/ ٧٦٨ / وأما الثانية، كما لو اعتقد بوجه من الوجوه أنّ اللفظ بنفسه سبب للطلاق ولو لم ينوِ فبواسطة هذا الزعم نوى الطلاق والشيخ يقول: إنّ الحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال.

وأورد على الشيخ ﷺ من وجوه:

الأوّل: هو الإشكال على عبارة الشيخ في مقام بيان الصورة الأولى حيث قال الشيخ لغفلته عن أنّ التلخص غير متوقف على القصد؛ إنتهى.

وذلك لأنّ ظاهر العبارة أنه في الواقع لم يكن التخلص متوقّفاً على القصد وهذا الشخص غفل عن هذا، ولهذا يرد عليه أن الغفلة عن ذلك غير موجب لأن يقصد؛ بل الموجب للقصد هو اعتقاد أن التخلّص متوقف على القصد.

أقول: وفيه أنّ ما ذكره الشيخ أيضاً يكون كناية عن هذا، كما لا يخفىٰ على المتأمّل.

الثاني: إنّ الشيخ لابدّ أن يقول هنا بالبطلان وذلك لأنه قد عرفت أنّ القاصد للمعنى إذا كان غير ملتفت إلى التورية ويكون قصده للمعنى لأجل ما جبلّ الذوات من إرادة المعنى عند ذكر اللفظ، فمثل هذا الشخص يكون مكرهاً على القصد، فلابدّ من أن يجري عليه حكم الإكراه.

وعلى هذا فنقول: إن فيما نحن فيه وإن كان ملتفتاً إلى التورية إلّا أنّه تخيّل توقّف رفع الضرر عن نفسه على قصد المعنى، فلم يحصل له صارفٌ عما يقتضيه الجبلّة /٧٦٩/ من قصد المعنى عند ذكر اللفظ وكلّ مورد لم يوجد له صارفٌ عمّا يقتضيه الجبلّة، يكون حاله كحال صورة قصد المعنى من الجبلّة الذاتية.

أقول: لم نفهم وجه هذا المطلب وذلك لأنه في صورة لم يكن ملتفتاً إلى التورية وقصد المعنى من اقتضاء جبلّته يصدق عليه عرفاً أنه مكرَه على العقد.

وأما في صورة كان ملتفتاً إلى التورية وكان له أن يتورّىٰ، غاية الأمر أنه اعتقد توقف دفع الضرر على قصد المعنى، فيدخل ذلك في عنوان المختار الّذي اعتقد كونه مكرهاً عليه، وقد عرفت سابقاً أن اعتقاد الإنسان لكونه مكرهاً عليه غير موجب لأن يصدق عليه أنه مكرهاً عليه إلّا أنّه بناءاً على ما ذكرنا أيضاً لابدّ أن يكون العقد صحيحاً*.

هذا؛ ولكن يأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في الصورة الثانية أن كلام الشيخ يكون محتملاً لمطلب آخر أيضاً وهو أن يكون مراده من قصد الفعل هو الرضاء بمضمون العقد، لا قصد المعنى وذلك بقرينة الفروع الّتي ذكرها في ذيل هذا الفرع حيث إنها من

---

*) فيه: أنّ الغافل عن التورية أيضاً على ما ذكرت ليس مكرهاً على عقد ذي أثر وهذا فاسد والحقّ أن طيب النفس بالأثر ليس موجوداً في المقام وعنوان الإكراه أيضاً صادق من غير فرق في ذلك كلّه بين هذا الفرع والفرع الآتي.
نعم: يمكن أن يكون المذكور في المتن وجهاً لإشكال الشيخ ﷺ. (منه قدّس سرّه).

فروع الرضاء من أنّه تارة يكون بضميمة وتارة يكون مستقلاً.

وعلى هذا، فمراده من قوله «يوطّن نفسه على رفع اليد على الزوجة» أنه بواسطة ملاحظة بعض المصالح أو غير ذلك ترضى نفسه بمضمون العقد حتّى يصدر العقد منه برضايته من دون كُرهٍ.

الثالث: أنه في الصورة /٧٧٠/ الثانية جعل الجهل بالحكم الشرعي سبباً لأن يقصد المعنى ولذا يرد عليه أن هذا الجهل مؤكّد لأن لا يقصد المعنى، وذلك لأنه ملتفت إلى التورية وملتفت إلى أن الإكراه غير متوقّف على قصد المعنى والمفروض أنّه لا يرضى بوقوع هذا المعنى، فكيف يقصد وقوعه لمجرّد زعمه أنّ اللفظ فقط أيضاً يترتّب عليه الأثر كاللفظ مع قصد المعنى.

وعلى هذا، فمع ذلك لو قصد المعنى يكون العقد صحيحاً من دون إشكال فيه، فكيف يكون تحقق الإكراه أقرب، كما ذكره الشيخ؟

أقول: لا يخفىٰ عليك أنه على هذا التقرير أيضاً لا يكون الجهل بالحكم مؤكداً لعدم قصد المعنى ولا مؤكداً لقصد المعنى.

هذا؛ مع أنّ لنا أن نقول: إنّ الجهل بهذا المعنى يوجب لأن يقصد المعنى باعتبار أن قصد المعنى يحصل عند ذكر اللفظ ما لم يرد عنه رادع.

وهنا وإن يكون الالتفات إلى التورية رادعاً لقصد المعنى، إلّا أنّ اعتقاده أن عدم القصد غير مؤثر يوجب سلب الرادعية عن الالتفات إلى التورية.

وعلى هذا /٧٧١/ فيصير حال هذه الصورة كحال الصورة الأولى في أنه لم يكن مكرهاً على العقد الصحيح، ولكنّه زعمه كونه مكرهاً عليه، فلابدّ أن يكون العقد صحيحاً في الصورتين على خلاف ما اختاره الشيخ.

هذا؛ وعرفت في الصورة الأولى أن كلام الشيخ يكون محتملاً لأن يكون مراده بقصد الفعل هو أن ترضى نفسه بمضمون العقد بواسطة الرياضات النفسانية، لتخيّله بعض التخيّلات الموجبة لأن ترضى النفس لمضمون العقد؛ فتأمّل.

ويكون فرض الكلام في الصورتين فيما إذا كان قاصداً للمعنى.

الثالث: فيما إذا أكره على أحد الأمرين من طلاق رقيّة أو سكينة مثلاً فطلّق أحدهما، قال في المكاسب*: إن كلّ من تعرّض لهذه المسألة اختار بطلان الطلاق في هذه الصورة لتحقق الإكراه، ولكن نُسب إلى العلامة أنه اختار صحّة العقد في هذه الصورة وحمله بعض العلماء على ما قاله في المكاسب كلامه على ما إذا قنع المكرَه بطلاق أحدهما مبهمة.

هذا؛ ولكن نُسب إلى المسالك أنه تعرّض للمسئلة وتأمّل فيه واحتمل الصحة، فالمسئلة غير صافية عن الإشكال.

ثمّ إنّه في المكاسب اختار ما اختاره المشهور لتحقق الإكراه لغةً وعرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، أو الموجود في الخارج دائماً إحدىٰ خصوصيّات المكرَه عليه؛ /٧٧٢/ إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات.

نعم؛ هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية؛ إنتهىٰ.

ونحن نقول: لو كان طلاق كل واحد من الزوجين مكروهاً عليه، فيكون الأمر كما ذكره الشيخ، وأما لو كان طلاق أحدهما مرضيّاً عنده، فلا. وذلك لأنّ الإكراه متحقّق في الصورة الأولىٰ دون الثانية، وذلك لأنّ الإكراه عبارة عن تحميل الغير على ما يكرهه.

وعلى هذا نقول: تحميل الإنسان على أحد الشيئين اللذين يكره كل واحد منهما تحميل على ما يكرهه، لأن المكروهية موجودة في متعلّق التحميل على كلّ حال.

وهذا بخلاف الصورة الثانية، فإن تحميل الإنسان على واحدٍ ممّا يكرهه وممّا لايكرهه، ليس تحميلاً له على ما يكرهه؛ لأن المركّب من الداخل والخارج خارج وتحميل الإنسان على أكل الحلاوة أو المرارة ليس تحميلاً له على المرارة.

---

*) *في المكاسب أيضاً أنه استشكل غير واحدٍ في كونه مكرهاً؛ بل في القواعد اختار الصحة. (منه قدّس سرّه).*

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا امور:

[لو أكره على واحد من البيع الصحيح والفاسد كبيع العذرة]

منها أنه لو أكره على واحد من البيع الصحيح والفاسد كبيع العذرة، فليس بيع الصحيح مكرهاً عليه.

وتوضيح ذلك أنّ المقصود ممّا ذكرنا ما هو الغالب من أنّ البيع الفاسد ليس مكروهاً على الإنسان وإلّا لو فرضنا كونه مكروهاً عليه أيضاً فنلتزم بتحقق الإكراه وبطلان / ٧٧٣ / البيع الصحيح لو اختاره.

وعلى هذا، فإذا لم يكن البيع الفاسد مكروهاً، فليس تحميله على واحد من بيع الصحيح والفاسد تحميلاً له على ما يكرهه، كما تقدّم.

[لو أكره على حقٍ وباطلٍ]

ومنها أنه لو أكرهه على حقٍّ وباطلٍ كما أكرهه على بيع شيء من ماله لأداء دَينه من باب الأمر بالمعروف أو إعطاء ألف دينار بِزَيدٍ مجاناً، فقال الشيخ: إنه لم يكن هذا إكراهاً لأنّ القدر المشترك لم يقع باطلاً.

ونحن نقول: فرضنا أن يكون الحق أيضاً مكروهاً، فهنا يتحقق الإكراه لأنّ تحميله على واحد مما يكرهه ولا يكرهه تحميل له على ما يكرهه.

[هل يكون للإكراه على الحق تأثير؟]

نعم؛ هنا كلام آخر من أن الإكراه على الحق هل يكون له تأثير أم لا؟ بمعنى أن حكم الإكراه يترتّب على الإكراه على الحقّ أيضاً أم لا؟

نُسب إلى صاحب المسالك أنه قال: إن حكم الإكراه غير مترتّب هنا ووافقه كلّ من تعرّض لهذه المسألة إلّا صاحب الجواهر.

وسيأتي حكم هذه المسألة في الفروع الآتية ـ إن شاء الله ـ.

فإن قلنا: إنّ حكم الإكراه غير ثابت للإكراه على الحقّ كما يقوله المشهور، فنقول فيما نحن فيه أيضاً بعدم تحقّق حكم الإكراه وإلّا فنقول بتحقّق حكم الإكراه.

[استثناء بعض موارد الإكراه]

ثمّ لا يخفىٰ عليك أنّ المشهور الّذين يقولون بتحقق / ٧٧٤ / الإكراه وحكمه فيما إذا أكرهه على واحد من الأمرين سواءٌ كانا محرّمين أو عقدين يستثنون منه موردين:

أحدهما: فيما لو أكرهه على واحد من العقد الصحيح أو الفاسد، وقد عرفت وجهه مفصّلاً بمذاقنا.

وثانيهما: فيما لو أكرهه على ارتكاب واحد من المباح والحرام.

ونحن نقول: إن موضوع الإكراه وإن يتحقق هنا من جهة أنّ المباح أيضاً يكون مكروهاً له إلّا أنك قد عرفت أنّ العجز عن التفصي بغير الضرر مأخوذ في حكم الإكراه على المحرّمات، يعني أنه لو كان متمكّناً من أن لا يرتكب الحرام بنحوٍ لا يرد عليه ضرر، فهنا لا يصير الإكراه منشأً لأن يصير الحرام مباحاً بالإكراه.

أقول: نحن قلنا سابقاً من أنّه لو كان له مندوحة لم يكن فيها ضرر ولا حرج، فلا يتحقق أصل موضوع الإكراه أيضاً.

وعلى فرض تسليم تحقق موضوع الإكراه أيضاً نقول: إنّ أدلّة الإكراه لم تشمل مثل هذه الصورة على نحو تقدم.

ثمّ إنّه ذكر في المكاسب لعدم شمول أدلّة الإكراه بهٰذين الموردين وجهاً آخر، ولا بأس من أن نتعرّض له.

فنقول: لا يخفىٰ عليك أن مراد الشيخ على ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ هو أنه يقول: إن أدلّة الإكراه تكون حاكمة على سائر الأدلّة وذلك لأنّ أدلّة الإكراه تدلّ على رفع الآثار الثابتة / ٧٧٥ / للمكرَه عليه، فتكون حاكمة على الأدلّة المثبتة لتلك الآثار.

وعلى هذا فإذا فرضنا أنّ المكرَه عليه يكون له أثر فهنا لا تشمله أدلّة الإكراه.

وعلى هذا نقول: إن العقد الفاسد وكذا المباح لم تثبت لهما آثار في الشرع، فلم

يشملهما قوله «ما استكرهوا عليه» وكذا القدر المشترك بين العقد الصحيح والفاسد الّذي هو محلّ كلامنا أيضاً ليس له أثر شرعي، والمفروض أن الإكراه وقع على القدر المشترك بين الصحيح والفاسد.

وقد عرفت أنّ القدر المشترك بين ما لا أثر له وبين ما له أثر ليس له أثر *.

---

*) لا يخفىٰ أنّ الشيخ جعل المناط في بطلان العقود بذهاب طيب النفس وإن لم يتحقق حقيقة الإكراه ونحن صحّحنا ذلك في الحواشي السابقة.

وعلى هذا لو أكره على واحد من الصحيح والفاسد فيذهب طيب النفس عن الصحيح لو كان الفاسد أيضاً مكروهاً عليه، فيتحقق الإكراه المقصود في المقام وإن لم يكن الفاسد له أثر.

وأما عدم تحقق الإكراه على المحرّم فيما لو أكرهه على واحد من المحرّم أو المباح إنّما هو لأن عدم إمكان التفصي بما لا ضرر فيه ولا حرج مأخوذاً في الإكراه على المحرّمات.

إمّا موضوعاً أو حكماً، على ما تقدم.

ومقتضى ذلك عدم الصحة في صورة كان طيب النفس شرطاً كما في البيع وشبهه. وأما لو كان الفساد من جهة شمول أدلّة الإكراه فلا يفرق بين ما كان طيب النفس فيه شرطاً وغيره.

وعلى هذا نقول: الحق مع الأستاذ؛ / ٧٧٤ / من أن شمول أدلّة الإكراه موقوف على أن يكون كلا الطرفين مكروهاً على المكرَه بالفتح كما ذكرناه في المتن وملخصه أنه إذا أكره على ما له الأثر كالبيع الصحيح أو ما ليس له الأثر كالبيع الفاسد، فحينئذٍ نقول: لو لم يكن الفاسد مكروهاً، فتقدم أنّه لا يتحقق الإكراه.

وأما لو فرضنا أنه كان مكروهاً، فنقول: إن كلاً منهما صدر عن المكرَه يكون مكرهاً عليه لوضوح أن الإكراه ليس على الأثر لأنه أثر قهري للفعل؛ بل الإكراه على نفس الفعل وبعد فرض أن كلّ واحد منهما يكون مكروهاً عليه، نقول: إن كلّ واحد منهما صدر منه يصدق عليه أنه مُكرَه عليه لغةً وعرفاً، مضافاً إلى أن الإختيار في الخصوصيات لو كان رافعاً لصدق الإكراه لا يتحقق في الخارج إكراه إلّا نادراً، كما تمسّك الشيخ بهما في أصل إثبات الإكراه.

وعلى هذا، لو صدر منه العقد الصحيح يكون مكرهاً عليه، فلابدّ أن يرفع أثره بأدلّة الإكراه.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الطويل الّذي نقلناه في المتن مع ما فيه لا حاجة إليه.

وبلسان آخر نقول: إذا أكره على شيء وكان للمكره التفصي بما فيه ضرر أو حرج تقدم أن الإكراه هنا صادق عرفاً ومثل ذلك لو أكرهه على شيء وكان له التفصي بما يكرهه أيضاً يكون الإكراه صادقاً.

ومثل ذلك لو أكرهه بأحد الأمرين اللذين يكون كلّ واحد مكروهاً وعدم الأثر لأحدهما لا يرفع صدق الإكراه عمّا كان له أثر، بل في صورة يكون التخيير في أفراد المكرَه عليه ليس منشأ

وأورد على هذا الكلام من وجهين:

الأوّل أنه نقول: نحن نسلّم أن «ما استكرهوا عليه» الواقع في حديث الرفع يكون مقتضاه رفع الآثار المثبتة بالأدلّة وهذا بخلاف مثل «**لا طلاق في الإكراه**»، فإن توهّم الأثر هنا أيضاً يكفي في شمول «**لا طلاق في الإكراه**» له.

وذلك لأنه في خصوص حديث الرفع نقول: إنّ مقتضى لفظ الرفع أن يكون هناك أثر يرفع بهذه العناوين المذكورة في حديث الرفع وهذا بخلاف «**لا طلاق في الإكراه**»، فإنه ونظائره مثل «**لا حَرَجَ في الدّين**» و «**لا ضررَ ولا ضرارَ في الإسلام**» وأمثال ذلك يكفي في شمولها لشيء مجرد توهّم أن يكون له أثر.

/ ٧٧٦ / وعلى هذا إن كلّ واحد من قوله عليه السلام «**ما استُكرهوا عليه**» و «**لا طلاق في الإكراه**» وإن كان دليلاً في باب الإكراه على العقود، إلّا أنّ عدم شمول «ما استكرهوا عليه» لشيء غير مضرٍّ لشمول «**لا طلاق في الإكراه**» له، وذلك لأنّ العبرة في الأحكام الوضعية على الأخذ بأعمّ العناوين، فلو دلّ دليل على نجاسة الدم من غير المأكول، فهذا غير مضرٍّ بما دلّ على نجاسة مطلق الدم.

الثاني: أنه سلّمنا أنّ مقتضى أدلّة الإكراه رفع الآثار المثبِتة للأشياء، إلّا أنّه نقول: فرق بين القضية الثبوتية والقضية السلبية، ففي القضية السلبية مثل «**لا طلاق في الإكراه**» لمّا يكون بمنزلة عدّ كلّ فرد مستقلاً كأن يقول: لا طلاق هنا ولا هنا ... إلى آخر الأفراد الخارجية، **نقول**:

لو كان المكرَه عليه هو القدر المشترك بين ما لا أثر له وبين ما له أثر، فهنا نقول: إنّه لابدّ أن يلقىٰ ما لا أثر له ويؤخذ بما له أثر.

وفيما نحن فيه نقول: إنّ الإكراه وقع على واحد من الصحيح والفاسد، فلابدّ أن نقول: إن «لا طلاق في الإكراه» يشمل الصحيح حيث يكون له أثر وإن لا يشمل

صدق الإكراه على كلّ واحد من الأفراد بثبوت الأثر لكلّ واحد من الأفراد، بل منشأه أن كلّ واحد من الأفراد يكون مكروهاً. (منه قدّس سرّه).

/ ٧٧٧ / الفاسد حيث إنّه لا أثر له.

أقول: لابدّ لي من أن أتكلّم هنا في موارد:

[مفاد حديث الرفع رفع الآثار]

الأوّل أنّه لا يخفىٰ عليك من أن حديث الرفع وإن يكون مفاده رفع الآثار إلّا أنّه يكفي في شمول حديث الرفع لشيء أن يكون مقتضياً لأن يثبت له أثر وإن لم يكن في البين دليل مثبت للآثار حتّى يكون حديث الرفع حاكماً عليه والتفصيل مذكور في محله.

[حكومة حديث الرفع]

ثمّ إنّه في كلّ مورد يكون في البين دليل مثبت للآثار ويكون حديث الرفع شاملاً لكون حديث الرفع حاكماً عليه مبنيٌّ على أن نقول: إنّ حديث الرفع يكون ناظراً إلى سائر الأدلّة بلسانه بحيث يفهمون أهل العرف أنه يكون في مقام الشرح لسائر الأدلّة، وليس مفاده مجرّد أنّ الواقع كذا وكذا.

ولا يذهب عليك أنه لو كان حدث الرفع ناظراً إلى سائر الأدلّة، فحينئذٍ لا يجوز أن يقال: إنه يكفي في شمول حديث الرفع لشيء مجرّد أن يكون فيه المقتضى لأن يكون له أثر وذلك لأنّ الحاكم مطلقاً يكون له معنىً مستقلاً وإنما يحدث معنىً طبعيّ ومعنىً آليّ وشرحي بمجيء المحكوم في قباله.

ولا يخفىٰ أنه ليس هنا مجال شرح هذه المطالب، فعليك بأن تفهم بالإشارة.

[الكلام في القضية السلبية والثبوتية]

الثاني أن ما قاله من أنّ القضية السلبية يكون مقتضاها كذا وكذا لم أفهم له وجهاً، وذلك لأنه / ٧٧٨ / بعد ما يكون المفروض من أنّه لابدّ من أن يكون لمتعلق الإكراه أثر والمفروض أن متعلق الإكراه هو القدر المشترك بين ما لا أثر له وما له أثر والقدر

المشترك بين ما لا أثر له وما له أثر، ليس أثر، لا يبقىٰ وجهٌ لهذا الكلام، مع أنّه لا أرىٰ فرقاً بين القضية السلبية والثبوتية بعد ثبوت الإطلاق أو العموم في كلا المقامين.

[الإكراه على واحد من الحرام والمباح، والكلام المنسوب إلى الشيخ]

الثالث: أنّه لا يخفىٰ عليك أنّ الكلام الّذي نُسب إلى الشيخ وأورد عليه بما أورد ليس مطابقاً لما هو مفاد كلام الشيخ وذلك لأنّه ﷺ في مقام بيان عدم شمول أدلّة الإكراه لصورة أكره على واحد من الحرام والمباح، أو على واحد من العقد الصحيح والفاسد، يقول: إنه لو أكره على أحد الشيئين فالمكرَه بالفتح يكون مكرَهاً بالنسبة إلى القدر المشترك ويكون مختاراً بالنسبة إلى خصوصية الفرد.

وعلى هذا، للفرد خصوصية زائدة عند الإكراه على واحد من المحرَّمين، فمثل هذا الشخص لا يكون مذموماً على الأثر القدر المشترك ويكون مذموماً على الأثر الثابت لخصوص هذا الفرد الّذي ارتكبه وهذا ميزان كلي في الإكراه على أحد الأمرين أو الأمور من أنه في هٰذين الأمرين مثلاً لو كان ما يشترك بينهما، فهذا الشخص مكرَه ويترتّب عليه أثر الإكراه من غير فرقٍ بين أن يرتكب هذا أو هذا.

وأما لو كان الخصوصية لأحدهما دون الآخر فهٰذه الخصوصية لم يكن مكرهاً عليها حتى تترتّب آثار الإكراه.

وعلى هذا، فلو أكره على واحد من الصحيح والفاسد، فنقول: إن الخصوصية تكون للصحيح فقط وليس هذا الشخص مكرهاً على هذه الخصوصية، فلذا يكون العقد الصحيح منه صحيحاً.

هذا ولكن مع ذلك كلّه الظاهر أن يكون مراد الشيخ ﷺ هو ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ وذلك لأنه إذا فرضنا أن لا يكون لأحد الفعلين خصوصية وفرضنا أنه يكون مكروهاً على الإنسان فتحميل المكلّف عليه يكون تحميلاً له على ما يكرهه، فقول الشيخ مع ذلك بأنّه ليس إكراه على الخصوصية الثابتة للعقد الصحيح وهو ترتب الأثر ان كان من جهة أن الإكراه لا يصدق على تحميله على العقد الفاسد، فنسئل وجهه.

فإن كان وجهه أنّ المكلّف ليس عقد الفاسد مكروهاً عنده، فهذا مع رجوعه إلى توجيه الأستاد يَرِد عليه أنه لابدّ أن نقول: إنّ الميزان على كون كلا الفردين اللذين أكره على أحدهما مكروهاً وعدم كونهما معاً مكروهين لا على ما ذكره الشيخ ﷺ من ثبوت الخصوصية لأحدهما دون الآخر؛ إذ من الواضح أنه تكون خصوصية لأحدهما دون الآخر، ومع ذلك كلاهما يكون /٧٨٠/ مكروهاً على الإنسان وإن كان وجه عدم صدق الإكراه انه ليس لعقد الفاسد أثر وخصوصية.

فنقول: إنّ مجرد عدم وجود الأثر لا يصير منشأ لعدم صدق الإكراه، كما نراه بالوجدان؛ إذ ربما يكون الشيء مكروهاً على الإنسان ولو لم يكن له أثر أيضاً، فلابدّ أن يكون المراد أن «**ما استكرهوا عليه**» لا يشمل ما لا يكون له أثر وهو عين ما نسب الأستاد إلى الشيخ ﷺ.

ولا يذهب عليك أن نفس الأثر لا يكون متعلقاً للإكراه. فإذا كان لأحدهما أثر دون الآخر، فليس هذا الشخص مكرهاً على هذا الأثر وذلك لأنّ الأثر من لوازم القهريّة للفعل والمتعلق للإكراه هو نفس الفعل؛ فافهم.

[الشك في تحقق الإكراه في حق أحد الشخصين]

الرابع: فيما لو أكره أحد الشخصين على فعل، كما لو قال «لابدّ من أن يفعل واحداً منكما هذا الفعل وإلّا لضربتُ عُنقكما».

وهنا كلّ واحد منهما حصل له الظن بالضرر المتوعّد عليه، فيصير مكرهاً وكلّ واحدٍ منهما حصل له الشك بالضرر، ففي تحقق الإكراه في حقّه إشكال ومنشأ الإشكال ما تقدّم من أنّ الشكّ بالضرر هل يوجب الخوف أم لا، وعلى فرض حصول الخوف هل يصدق عنوان الإكراه أم لا؟

وتفصيل حكم المسألة قد تقدم.

ثمّ إنّ منشأ الظنّ والشك هو الظن والشك في قيام الآخر به، فكلّ واحد منهما ظنّ عدم قيام صاحبه به يحصل له الظن بالضرر، وكلّ واحد منهما لم يكن له هذا الظن، لم

يحصل له الظن /٧٨١/ بالضرر في حقّه.

[لو أكره على حقّ كنفقة زوجته]

الخامس: في حكم ما لو أكره بحقٍّ كما لو أكرهه على بيع شيء من ماله لأجل نفقة زوجته، نُسب إلى صاحب المسالك أنه قال بصحة البيع في هذه الصورة وأن من تأخّر عنه أيضاً قبل ذلك منه إلّا صاحب الجواهر في كتاب البيع وإن أرسله في كتاب الطلاق إرسال المسلّمات* على ما نقل واستدلّ لصحّته يتوقف الأمر بالمعروف عليه.

ورُدّ ذلك بعدم التوقف لأنه إذا امتنع عن الحق فيقوم الحاكم مقامه فيبيع عنه لأن الحاكم وليّ الممتنع.

وأجيب عن ذلك بأن قيام الحاكم مقامه إنما هو فيما يمتنع صدوره عنه وهو الرضاء وطيب النفس**.

وأما اللفظ فليس بممتنع في حقه لأنه يمكن صدوره عنه باكراهه عليه حتى يصدر العقد منه، فيكون الحق كما ذكره صاحب المسالك ومن تبعه.

ورُدّ ذلك:

تارة بأنّه لو جاز التبعيض في العقد بأن يصدر لفظه من المالك وشرطه وهو طيب النفس من الحاكم، فلابدّ أن يجوز التفكيك بين اللفظ وإعرابه أيضاً بأن يصدر اللفظ من المالك وإعرابه من غيره، مع أنّ الثاني باطل قطعاً، فكذا الأوّل.

---

*) *يجوز أن يكون تفصيل صاحب الجواهر بلحاظ أنّه لا دليل على اشتراط طيب النفس في الطلاق بخلاف البيع، كما سيأتي الكلام فيه عند التعرض لكون الاجازة موجبة لصحة العقد، وفيه: أن ذلك سيأتي إطلاق كلامه في باب الطلاق؛ فراجع. (منه قدّس سرّه).*

**) *هذا مبنيٌّ على أن ولاية الحاكم على الممتنع في صورة لا يمكن الاجبار على العمل وإلّا يلزم التخصيص في أدلّة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لوضوح أن الامتناع عن الحق معصية. هذا؛ مع الغمض عن ظهور الممتنع فيمن لم يقبل الأخبار، كما تعرّضنا للمسئلة في باب ولاية الحاكم في باب الأولياء. (منه قدّس سرّه).*

وفيه منع الملازمة؛ لأن الإعراب من صفات اللفظ واللفظ إذا صدر /٧٨٢/ مجرّداً عن الإعراب لا يتّصف تلك اللفظ بكونه كلاماً، فلا يكون عقداً وصدور الإعراب من غيره ليس بنافع في صيرورة هذا اللفظ كلاماً وعقداً.

وهذا بخلاف طيب النفس، فإنّه أمر خارج عن العقد ويكون شرطاً لصحّة العقد، فلا مانع من أن يصدر من غير العاقد وتارة بأنّه لو جاز كون طيب النفس في غير العامة، فلابد أن يجوز صدور اللفظ من شخص ويكون قصد الانشاء من غيره*.

إن قلت: نلتزم بذلك.

قلت: يمكن دعوى القطع؛ بل الإجماع على بطلانه بمعنى أنه لو سئل ذلك من كلّ واحد من العلماء يلتزمون ببطلانه.

أقول: هذا النوع من الإجماع غير مُثمرٍ لو لم يحصل لنا القطع ومعه لا ثمرة في الإجماع.

---

*) *تارة نتكلم في قصد الإنشاء وهو عين قصد المعنى في باب الإنشاءات وكذلك قصد وقوع مضمون العقد الّذي قلنا باعتباره لتوقف صدق العقد والبيع وسائر العنْوين عليه ومجرّد قصد الإنشاء موجود في الهازل الّذي لا يعدّ بيعه بيعاً وعقداً عرفاً وهنا نقول: إن المتمكّن من التورية والملتفت إليها لا يمكن إكراهه على قصد الإنشاء أو قصد وقوع مضمون العقد ومجرّد اللفظ بدونهما ليس ببيع وعقد، كما أنّ صدور اللفظ منه وقصد الإنشاء وقصد وقوع المضمون من الحاكم لا يجعله عقداً وبيعاً.*

ففي هذا الفرض لا طريق إلى البيع إلّا من صدوره من نفس الحاكم الذي هو وليّ الممتنع، وأما في صورة لم يكن المالك ملتفتاً إلى التورية وبعد الإكراه على العقد يحصل منه الإنشاء وقصد وقوع مضمون البيع بجبلّة ذاته على الفرض، فهنا نقول: تقدّم أنّ المُكره على نفس البيع ليس له طيب النفس بنقل ماله، فهنا نقول: إن الطيب شرط شرعي خارجي لا مانع من صدوره من الحاكم الّذي وليّ الممتنع؛ بل نقول: اشتراط طيب النفس لمالك في مفروض الكلام لمّا يكون ضررياً يسقط أصل اعتباره، إلّا أن يقال في صورة كان اللازم على المالك الإنفاق على الزوجة: لا مانع من إجباره على أداء نفس النفقة ليصير مضطراً إلى بيع ماله لأداء النفقة وتقدم أنّ المضطرّ يكون له طيب النفس العرضي وهو كافٍ في صحّة البيع، فيعيّن ذلك؛ لأن أداء الواجب لم يتوقّف على سقوط اعتبار طيب النفس. (منه قدّس سرّه).

هذا؛ مع أنّه يمكن منع الملازمة هنا أيضاً وذلك لأنّ لقصد الإنشاء مدخلية في صيرورة اللفظ كلاماً.

هذا؛ ولكن لا يخفىٰ عليك أن أصل الدليل فاسد، لأن عدم إمكان تحقّق طيب النفس من المالك مبنيٌّ على أن نقول: إنّ المُكرَه بالفتح ليس له طيب النفس.

وفيه: أنك قد عرفت أن طيب النفس العرضي يكون فيه موجوداً وطيب النفس الذاتي أيضاً ليس شرطاً لصحة العقد*، وإلّا يلزم من ذلك بطلان /٧٨٣/ أغلب العقود في المعاملات لو اشترطنا طيب النفس الذاتي في صحتها، كما تقدّم مفصلاً، ومقتضىٰ ذلك أن يكون الحق مع صاحب المالك.

نعم؛ قد يقال في ردّ صاحب المسالك بأن مقتضى إطلاق أدلّة الإكراه أن يكون العقد الصادر من المكرَه باطلاً ولا فرق في صدق عنوان الإكراه بين أن يكون الإكراه على الحق أو الباطل.

وعلى هذا، فنحن نسلم أنّ العقد الصادر من المكره على الحق ليس بباطل من جهة عدم وجود طيب النفس فيه، إلّا أنّه نقول ببطلانه من جهة أدلّة الإكراه.

إن قلت: إن هذا مسلّم إلّا أنّه ورد رواية تدلّ على أنّ الإكراه على الحقّ ليس منشأً لبطلان العقود الصادرة من المكرَه وهذه الرواية تقيّد إطلاق أدلّة الإكراه.

قلت: هذه الرواية على ما نقل عن الجواهر في كتاب الطلاق يكون قريباً من هذه المضامين من أن رجلاً سافر وكان له زوجة فأكرهوه في وسط الطريق على طلاق زوجته إن لم يرجع ويقوم، فطلّق زوجتها، فحكم الإمام عليه السلام بصحّة الطلاق وأنه يجوز لزوجتها التزويج بعد العدّة.

وجه الدلالة أنّ السفر موجب لعدم أداء حق المضاجعة إلى الزوجة.

وعلى هذا يرد عليه:

أولاً أن حق المضاجعة ليس بواجب إذا سافر الزوج؛ غاية الأمر أن يكون للزوجة

---

*) *ناقشنا على ذلك في الحواشي السابقة. (منه قدّس سرّه).*

مطالبة قضائه بعد المراجعة.

وثانياً: أن ذلك / ٧٨٤ / قضية في واقعة، فلعلّ أن يكون حكم الإمام عليه السلام من جهة أنّه علم أن الزوج صار بعد الإكراه راضياً بالطلاق، ومن هنا قلنا: إنّ الإكراه هنا يكون على الباطل ومع ذلك حَكَم الإمام عليه السلام بصحّة الطلاق *.

---

*) لا يخفى أن احتمال بطلان العقد هنا من وجوه: منها طيب النفس للمالك على التحقيق من أنّ المكره ليس له طيب النفس، وهنا يُدّعى أن رضاء الحاكم يقوم مقام رضاء المالك ولكن نحن ذكرنا في مسألة ولاية الحاكم قبل التعرّض لمسئلة تزاحم الحكّام من أن الرضاء شرط شرعي لا مانع من سقوطه.

وعلى هذا نقول بسقوطه بأدلّة الضرر؛ لكنّه يختصّ بصورة كان التكليف الّذي يجبر على منع المال لأجله من قبل الدّيون اللازمة الوفاء والحقوق، دون مثل الحج إذا توقّف على بيع شيء من أمواله تعيينا أو تخييراً.

نعم؛ هنا لا مانع من أن يضرب على نفس الحجّ حتّى يصير مضطرّاً على بيع ماله، فيبيع وحينئذٍ يصحّ البيع لوجود طيب النفس العرضي الكافي؛ بل في تمام الموارد لو ألزم على نفس التكليف الثابت أولاً حتى يصير مضطرّاً على بيع المال يكون البيع [صحيحاً]؛ كيف ـ ومنه يجوز أن يقال بعدم سقوط طيب النفس عن البيع لعدم توقف رفع الضرر عليه بعد أنه يمكن إجباره على نفس النفقة، فيصير مضطرّاً على البيع ـ وتقدم أن الظالم أيضاً في سائر الموارد لو أجبر على مالٍ حتّى يضطرّ على بيع ماله، فيصح، فيكون البيع صحيحاً.

ومنها اقتضاء أدلّة الإكراه للبطلان، والجواب ما قلناه هنا وفاقاً لما نقلناه في باب ولاية الحاكم من منع الإطلاق لأدلّة الإكراه بحيث يشمل الإكراه بالحقّ.

ومنها عدم القصد، وهنا نقول: تقدم أنّ الغافل عن عدم يقصد بجبلّته ويكون أصالة القصد جارية، وأما الملتفت إلى عدم القصد فليس أصالة القصد جارية في حقّه.

وعلى هذا لو قلنا بعدم جواز التفكيك بين اللفظ والقصد كما تقدّم، فحينئذٍ نقول: إنّ العقد يصير غير قابل للإكراه في حقّ مَن كان ملتفتاً إلى عدم القصد؛ فتدبّر.

ثمّ الإكراه بالحق في مورد قلنا بصحّته إنما هو لو أكرهه على بيع شيء ممّا يتوقف أداء الواجب عليه لا ما إذا أكرهه على بيع شيءٍ بالخصوص في صورة لم ينحصر مقدمة الواجب فيه في مسألة ولاية الحاكم في قبول الدّين عنه قبل الدائن الممتنع عن أخذ دَينه، ذكرنا أن قصد وقوع مضمون شرط عقلي لصحة البيع وهو غير قصد إنشاء البيع الّتي هو أمرٌ اعتباري وذكرنا حاله هناك. (منه قدّس سرّه).

[القدر المتيقن من أدلّة الإكراه]

أقول: لابدّ من المراجعة إلى متن الرواية؛ ولكنّ العمدة في المقام أن إطلاق أدلّة الإكراه يكون القدر المتيقّن منه غير صورة يكون الإكراه على الحقّ وقد تقدّم أن كلّ مطلق يكون له قدر متيقّن لا يجوز التمسك بذلك المطلق لغير الأفراد القدر المتيقنة إذا كان صيرورة تلك الأفراد قدراً متيقّناً من القرائن المحفوفة، أو المناسبات المقرونة وفيما نحن فيه لو لم ندّعِ انصراف أدلّة الإكراه إلى الإكراه على الباطل لأجل المناسبات الملحوظة عند العرف بين الحكم والموضوع في هذا المقام، فلا أقلّ من أن الإكراه على الباطل يكون قدراً من تلك الأدلّة، فيكون الحق كما ذكره صاحب المسالك وتابعيه لإطلاق أدلّة صحة المعاملات وعدم قابلية أدلّة الإكراه لإخراج العقود الصادرة من المكرَه على الحق من تحت تلك الإطلاقات / ٧٨٥ / بالحكومة أو بنحوٍ آخر.

[هل الإختيار وعدم الإكراه شرط للعاقد أو المالك؟]

السادس: في أن الإختيار وعدم الإكراه هل هو شرط للعاقد أو المالك؟ ويظهر الثمرة فيما لو كان العاقد غير المالك ولم يكن هناك وجه آخر للبطلان وذلك كما لو أكره المالك العاقد على بيع ماله.

فلو قلنا: إن الإختيار شرط للعاقد، فيكون البيع هنا باطلاً، بخلاف ما لو قلنا: إنه شرط للمالك.

وكما لو أكره المالك على بيع داره، فوكّل غيره في إجراء صيغة البيع والأمر هنا بعكس المثال الأوّل، فإنّ العاقد هنا مختار والمالك مكرَه.

وأما لو أكره المالك على توكيل شخص آخر في بيع ماله، فوكّله فباع، فهنا يكون البيع باطلاً على كل تقدير بمعنى أنه يكون فضوليّاً وليس له صحّة فعليه؛ لأنّه لو قلنا إن الإختيار شرط للمالك، **فنقول:** إنّ المالك هنا يكون مكرهاً.

ولو قلنا: إنه شرط للعاقد، فنقول: إن البايع هنا وإن لم يكن مكرهاً إلّا أنّ الموكّل

يكون مكرها في التوكيل وهو أيضاً من العقود، فيصير باطلاً.

وبعد بطلان الوكالة يصير البيع فضولياً متوقفاً صحّته على الإجازة، كما لو كان مكرهاً في أصل صيغة البيع.

/ ٧٨٦ / وإذا عرفت ما تقدّم **فنقول**: قد يقال بكون الإختيار شرطاً في المالك، سواءٌ كان شرطاً في العاقد أيضاً أم لا، وذلك لأنّ المالك إذا كان مكرهاً، فليس له طيب النفس، وطيب النفس شرط في المالك لقوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئٍ إلّا بطيب نفسه**» ومقتضى ذلك فساد كلّ عقد في المعاملات الّتي لم يكن المالك هناك راضياً.

وإذا ثبت كون الإختيار شرطاً للمالك في المعاملات، فيتمّ في غيرها بعدم الفصل بين المعاملات وغيرها.

وفيه: أنه قد تقدّم * أن طيب النفس الذاتي ليس شرطاً في صحة المعاملات؛ بل يكفي طيب النفس العرضي أيضاً وهو موجود في المكرَه، كما أنه موجود فيمن اضطرّ إلى بيع داره لأن يصرف ثمنه في رفع مجاعة **.

واستدلّ لبطلان العقد متوقّفاً صحته على الإجازة في صورة كان العاقد مكرهاً بشمول أدلّة الإكراه لمثل هذا العقد.

وأجيب*** عن ذلك بأن أدلّة الإكراه إنّما ترفع حكماً ثابتاً على ضرر المكرَه لولا الإكراه، وفيما نحن فيه ليس للعقد أثرٌ يكون فيه ضرراً على العاقد المكره؛ بل ليس للعقد الصحيح أثر / ٧٨٧ / للعاقد، لا ضرريّاً ولا غير ضرريٍّ حتّى يرفع تلك الأثر بواسطة الإكراه.

---

*) *إنّ الأستاد؛ كان مدّعاه أن طيب النفس موجود مع الإكراه من جهة صح. (منه قدّس سرّه).*

**) *هذا؛ إلّا وأنه تقدّم منّا في الحواشي عدم طيب النفس مع الإكراه؛ لكن عليه أيضاً إنما يثبت الفساد في العقود الّتي كان لنا الدليل على اعتبار طيب النفس فيها، وأمّا إثبات الفساد في غيرها فمبنيٌّ على أن نقول: إن أدلّة الإكراه تشمل لصورة كان المالك مكرهاً، وإلّا يفصل ولا وجه للإلحاق لعدم القول بالفصل، كما هو واضح. (منه قدّس سرّه).*

***) *أقول. (منه قدّس سرّه).*

بقي الكلام في إثبات هذا المدّعىٰ من أن أدلّة الإكراه لا ترفع إلّا الأثر الضرري على المكره.

وهنا **أقول**: إن دليل الإكراه إمّا أن يكون حديث الرفع وإما أن يكون مثل «**لا طلاق مع الإكراه**».

أما حديث الرفع فلا يدلّ على أزيد ممّا ذكرنا؛ لأن حديث الرفع يكون وارداً في مورد المنّة على العباد.

وعلى هذا، فلا يناسب أن يكون المرفوع هو الأثر النافع لجميع الناس، بل لابدّ أن يكون المرفوع هو الأثر الضرري.

ثمّ إنّ الظاهر أن كلّ واحد من العناوين الواقعة في حديث الرفع مثل الاضطرار والإكراه يكون علة لرفع الأثر عن متعلّقه مثل المكرَه عليه.

وعلى هذا نقول بعد ورود حديث الرفع في مقام الامتنان: إن الأثر الّذي يكون المناسب أن يكون الإكراه رافعاً له هو الأثر الضرري على خصوص المكرَه وبلحاظ المناسبة الّتي نحن أشرنا إليها لا يفهم العرف من حديث الرفع إلّا الأثر الضرري / ٧٨٨ / للمكرَه عليه على المكرَه بالفتح، كما تقدم.

وممّا ذكرنا ظهر أن الإختيار لا يكون شرطاً في العاقد، فلابد أن يكون شرطاً في المالك.

[المناقشة فيما ذكر]

ثمّ لا يخفى أنه ذكر هنا بعض الإشكالات على الشيخ وأنا أعرضت عنها لِوَهنها وذكرته وجهاً لكلام الشيخ ﷺ.

ثمّ لا يخفىٰ عليك أنه يمكن المناقشة في كون الإختيار شرطاً في المالك إذا لم يكن عاقداً؛ لأنّ أدلّة الإكراه لا يرفع إلّا الأثر الثابت على المكرَه عليه وهنا يكون

الأثر للعقد الصادر من العاقد، والمفروض أنه يكون من الإختيار؛* فافهم.

ثمّ إنك قد عرفت عدم تمامية ما ذكر لاشتراط الإختيار في العاقد.

نعم؛ هنا كلام آخر لو تمّ يثبت اشتراط الإختيار في العاقد في الجملة وتوضيحه أن الفقهاء كما ذكروا اشتراط الإختيار في العاقد، كذلك ذكر كثير منهم اشتراط القصد فيه؛ بل لم يخالف في ذلك إلّا الأستاد ـ سلّمه الله ـ في السوابق من جهة أنّه كان مدّعياً من أن من يقول بقصد الإنشاء يكون قائلاً بالكلام النفسي، ولكنّه أيضاً رجع عن ذلك ووافق مع سائر العلماء من جهة أنه تصوّر غير ما يكون مرجعه /٧٨٩/ إلى الكلام النفسي شيئاً آخر فسمّيه بقصد المعنى، كما تقدّم مفصلاً.

وعلى هذا فنقول: إنّ المكره تارة يكون معلوماً من أنّه يقصد البيع مثلاً بقوله «بعتُ» وهذا قد تقدّم حكمه عند بيان كلام العلامة ﷺ «ولو أكره على الطلاق فطلّق ناوياً».. اه، وملخص ما تقدّم هو أنه لو كان المكرَه ملتفتاً إلى التورية، ومع ذلك طلق ناوياً، فهذا يكون الطلاق منه صحيحاً، وأما لو كان غافلاً عن التورية فيكون باطلاً لكونه مكرهاً.

وتارةً يكون معلوماً من أنّه لا يقصد البيع وهذا أيضاً قد تقدم حكمه عند بيان حكم التورية وهنا يكون البيع باطلاً، لا لِكونه مكرهاً؛ بل لأنّه لم يتحقق منه البيع؛ إذ لقصد المعنى مدخليّة في تحقق عنوان البيع.

وتارةً لا نعلم أنّ المكرَه قصد المعنى أم لا يقصد، فنقول: إنّ أصالة القصد إنّما يجري في حق المختار وأما المكره فلا دليل على الأصل، فيكون الأصل فيه عدم

---

*) ***يجوز أن يقال: إنّ حديث الرفع يرفع الأثر في حق المكرَه سواء كان الفعل صدر عنه مباشرة بنحو التسبيب، كما هو المتعارف في أنّه إذا أكره شخص على عقد فيوكّل غيره في إجرائه كما أن ظاهر أن أهل لا يتأمّلون في أنه لو أكره شخص على الطلاق، فطلّق بنفسه أو بأن إذن للغير في أن طلّق، يكون رفع «ما استكرهوا عليه» شاملاً له. ولوضح من ذلك شمول «لا طلاق مع الإكراه» له، و يمكن هنا إلحاق سائر العقود بالطلاق لعدم القول بالفصل أو للقطع بعدم الفرق، أو يعدّورود «ما استكرهوا عليه» مطلقاً أيضاً. (منه قدّس سرّه).***

قصد المعنى، فيكون فاسداً.

وأجاب الشيخ:

أولاً بأن الكلام بعد إحراز القصد.

وثانياً: أنّ أصالة القصد يكون جارياً هنا أيضاً كما في غير المكره؛ فتأمل.

ونحن نقول:

أولاً إن ذكر أصالة عدم القصد في خصوص صورة يكون المكرَه هو العاقد الّذي لا يكون مالكاً دون العاقد الّذي يكون مالكاً بما لا وجه له، مع كون هذا الوجه مشتركاً؛ إذ أصالة عدم القصد يكون جارياً في المقامين. إلّا أن يقال: إن ذكر / ٧٩٠ / هذا الوجه في خصوص هذا المورد ليس لأجل اختصاصه بهذا المورد[1]؛ بل إنّما هو لأجل أن في صورة يكون العاقد هو المالك لما يكون أدلّة جارية هناك فلم نكن محتاجين إلى ذكر هذه الوجه لإثبات بطلان العقد.

وهذا بخلاف صورة يكون المكرَه هو العاقد فقط، فإن أدلّة الإكراه قد عرفت عدم جريانها هناك.

هذا؛ ولكن فيه:

أولاً أن مجرد وجود وجه آخر للبطلان لا يصير منشأً لعدم ذكر هذا الوجه بعد كونه بنفسه وجهاً صحيحاً.

وثانياً أنّ الثمرة أيضاً كان موجوداً بين الوجهين وبين ذلك؛ لأنّ الدليل على البطلان لو كان هو أدلّة الإكراه، فيكون مقتضى ما يقولون في عقد المكره هو الصحّة بعد ورود الإجازة عليه.

وثانياً نقول: إن ما قال بأن محلّ الكلام إنما هو بعد إحراز القصد في غير محلّه؛ فتأمّل.

وثالثاً إن ما قال من إجراء أصالة القصد هنا أيضاً ليس بصحيح وذلك لأنّ أصالة

---

١) *أقول. (منه قدّس سرّه).*

القصد في أفعال العقلاء وأقوالهم إنما نشأ من الغلبة النوعية الموجودة في أفعالهم وأقوالهم من أنهم يكونون قاصدين غالباً، ومثل هذه الغلبة في حق المكره غير موجود*.

وهذا الّذي ذكرنا من أصالة عدم القصد /٧٩١/ لا ينافي ما تقدم من الشيخ من أن قصد المعنى المعبّر عنه بالإنشاء معلولٌ للكلام اللفظي؛ لأن ما قاله الشيخ إنّما هو في صورة كان اللفظ مستعملاً غير مهملٍ.

ونحن نقول: إنّ الشك هنا في أنّ اللفظ مهمل أو مستعمل.

[لو أكره على بيع واحد غير معين من عبدين]

السابع: لو أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبدين، فباعهما أو باع نصف أحدهما، فهنا إشكال في الجملة سيوضح حاله ـ إن شاء الله ـ.

فنقول: أما لو باعهما معاً فتارة يكون بيعهما على سبيل التدريج كان يبيع أحدهما أولاً، ثمّ يبيع الثاني، وهنا قال الشيخ ﷺ: الظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادّعى العكس أم لا؛ إنتهىٰ.

ونحن نقول: أما وجه وقوع الأوّل مكرهاً ما تقدّم من أنّه لو أكره على أحد الشيئين فاختار أحدهما، يقع ذلك مكرهاً من أن تعيين الخصوصية في جميع موارد الإكراه يكون بيد المكره وإلّا لم يقع الإكراه في الخارج إلّا في بعض الفروض النادرة، كما لو أكرهه على جزء حقيقي من جميع الجهات.

وفيما نحن فيه أيضاً بعد الإكراه على أحد الشيئين لو فعل أحدهما /٧٩٢/ فيقع مكرهاً وإيقاع الآخر بعد ذلك غير مضرٍّ بكون الأوّل مكرهاً.

---

*) ***وفيه: أن الغالب أن المكرَه غافل عن عدم القصد، فيقصد بجبلّته إلّا أن الحق أنّ العلّة بنفسها ليس دليلاً؛ بل الاعتماد على [ما] هو بناء العقلاء عليه. ولعلّ البناء على أصالة القصد، كما هو كذلك في حق المختار إلّا في صورة كان في البين قرينة على أنه كان ملتفتاً إلى عدم قصد المعنى رأساً أو التورية. (منه قدّس سرّه).***

وأما وجه كون التعيين بيد المكرَه ولو عيّن الثاني أيضاً هو أن من المسلّم عند العلماء أن الأمور المشتركة يكون تعيينها بالقصد، مثلاً لو كان البيع قابلاً لأن يقع لِزيدٍ ولعمروٍ، فتعيين وقوعه عن كلّ واحدٍ منهما يكون محتاجاً إلى قصد كونه منه.

وأيضاً من المسلّم أن كلّ أمر لا يعلم إلّا من قبل شخص واحد يكون دعوى ذلك الشخص فيه مسموعة.

وإذا عرفت هذا فنقول: إن لِلمكرَه أن يوقع الأوّل لداعي نفسه، والثانيَ بداعي الإكراه.

وعلى هذا، فكلّ واحدٍ منهما يكون قابلاً لأن يقع بداعي الإكراه.

وعلى هذا فتعيين أن كلّ واحدٍ يكون عن إكراه إنما يكون بالقصد والقصد من الأمور الّتي لا يعلم إلّا من قِبَل البايع، فتعيين أن أيّ واحدٍ منهما يكون بداعي الإكراه يكون بيد المكره.

هذا؛ ولكن فيه: أنه إذا باع الأوّل بداعي نفسه، فيرتفع الإكراه؛ لأنّ الإكراه إنّما كان على عنوان أحدهما، وقد حصل، فليس بعد ذلك إكراه.

والمفروض أن الأوّل كان بداعي نفسه، فلا يقع شيء منهما عن إكراه.

إن قلت: إنّا نفرض الكلام في صورة كان الإكراه على بيع واحد منهما بداعي المكره.

قلت: / ٧٩٣ / إنّ الداعي من الأمور الحقيقية، فليس قابلاً لأن يتعلق به الإكراه، كما تقدّم.

فتلخص ممّا ذكرنا أنه لو أكره على بيع أحد العبدين فباع الأوّل، ثمّ باع الآخر أنّه لو باع الأوّل بداعي الإكراه فيقع مكرهاً، وإلّا فلا يقع شيء منهما عن الإكراه، فظهر ممّا ذكرنا ورود الإشكال على ترجيح الشيخ لوقوع الأوّل مطلقاً وعلى احتماله لكون تعيين المكرَه عليه على يد المكره؛ فافهم.

وتارة يكون بيعهما دفعة واحدة وهنا يحتمل صحة الجميع، لأنه خلاف المكرَه عليه. وقال الشيخ: يحتمل بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرهاً عليه، ولا ترجيح.

وردّ ذلك بأن ما ذكرت ينسخ عكس ما ادّعيت وذلك لأنّ كلّ عنوان تعارض فيه فردان فيسقط حكم ذلك العنوانن عن كلا الفردين وذلك لأنّ الأصل في المتعارضين هو التساقط والرجوع إلى سائر الأدلّة والأصول.

نعم؛ يمكن أن يحمل كلام الشيخ على مطلب آخر صحيح وهو أن نقول من أنه تعلق الأمر بالجنس كأن يقول «إيتني بالرّجل»، ومثله ما لو قال «برجلٍ» ويكون التنوين للتمكن، أو تعلّق الأمر بالنكرة كأن يقول «إيتني برجلٍ» ويكون التنوين للتنكير، ولٰكن لم يكن المراد هو الواحد بشرط لا؛ بل يكون المراد هو الواحد لا بشرط.

ففي هذه الصُّوَر / ٧٩٤ / لا إشكال في أنه لو أتي برجلٍ واحد، حصل الامتثال.

وكذا لا إشكال في حصول الامتثال لو أتي برجلين، وإنما الإشكال في أن حصول الامتثال هل يكون بهما معاً أو بأحدهما وهنا نقول: إن حصول الامتثال بهذا دون هذا ترجيح بلا مرجّح، فلابدّ أن يحصل الامتثال بهما بعد أن يكون صدق عنوان المأمور به على كلٍّ منهما على حدٍّ سواء.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنه لو أكره على بيع أحد العبدين فباع كلاهما، فلابدّ أن يكون امتثال المكرَه حاصلاً، فيكون كلاهما مكرهاً عليه.

وهذا هو مراد الشيخ ﷺ من الترجيح بلا مرجّح.

أقول: أمّا ما ذكره من أن كلّ عنوان تعارض فيه فردان يسلب حكم ذلك العنوان عنهما، ففيه: أن هذا إنّما يتمّ في كلّ موردٍ كان لذلك العنوان أثر خاصٌّ. فإن ذلك الأثر لم يثبت لشيء من هٰذين الفردين، وهذا بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الإكراه وإن كان أثره البطلان إلّا أنّه نقول: إذا علمنا بصحّة أحد العيدين وبطلان أحدهما، فلا يمكن لنا إثبات الصحة لواحد منهما وأما البطلان فيكون على مقتضى الأصل.

نعم؛ أصل مبنىٰ هذا الكلام فاسد؛ إذ ليس ما نحن فيه من قَبيل ما إذا ثبت الحكم لأحد الفردين ولم يكن ذلك الفرد معلوماً وذلك لأنّ ثبوت حكم الإكراه لكلّ واحد منهما من بدو الأمر / ٧٩٥ / يكون على حد ثبوته للاخر... ثبوته.

إن قلت* : فعلى هذا لابدّ من ان تعترف بفساد البيع في كلا العبدين لتحقق الإكراه فيهما معاً.

قلت: فكما أن الإكراه في أحدهما يكون مقتضياً لبطلان البيع في أحدهما بلا عنوان، كذلك الإختيار في بيع أحدهما يقتضيه صحة البيع في أحدهما بلا عنوان.

وعلى هذا نقول: إنّ خروج هذا العقد عن تحت العمومات والإطلاقات الدالّة على صحة المعاملات مشكوك، فيكون مقتضى القاعدة صحة البيع في كلا العبدين وفاقاً للشيخ ﷺ والأستاذ ـ سلّمه الله ـ.

والحاصل أنه لم يعلم شمول أدلّة الإكراه لذلك لو لم نمنع الإكراه جزماً من جهة أنه خلاف المكرَه عليه.

ثمّ إنّه قد يتوهّم أنه لو فرضنا أن الإقدام على بيعهما دفعةً كان من جهة أن بيع أحدهما كان ضرراً عليه، فأقدم على بيعهما لدفع تلك الضرر، فيكون نفس الإكراه منشأً لبيعهما، فحينئذٍ يكون كلاهما مكرهينِ عليه، وذلك كما إذا أكرهه على بيع أحد خُفّيه فأقدم على بيع الخُفّين، حيث إن الخفّ الواحد لا ثمرة له ولا يشتريه أحد، ولكن فيه: أنّ البيع في هذا الفرض أولىٰ بالصحّة؛ لأنه حقيقة حصل له الرضاء العرضي له في بيع الخفين واندرج تحت المضطر الّذي يكون بيعه صحيحاً مسلماً، كما لو أكرهه على إعطاء مبلغ معيّن إليه فباع داره لتملك ثمنه، فيدفعه إلى المكرِه بالكسر، فإن في أمثال هذه يكون الرضاء العرضي حاصلاً له بمقتضى البيع ويخرج عن كونه مكرهاً في نفس البيع؛ إذ المكرَه على نفس البيع قد تقدّم [أنّه] ليس له رضاء ذاتي ولا عرضي / ٧٩٤ / بمقتضى البيع وأثره أعني نقل ماله لعدم اضطرار إليه؛ بل اضطراره على إيجاد نفس البيع لا أثره؛ بل تقدم أنّه لا يمكنه أن يرضىٰ نفسه بأثر البيع ولو بالرياضات، إلّا أن تنقلب داعية من غير جهة الإكراه؛ فتدبّر جيداً.

وأما لو باع نصف أحدهما، فتارةً يكون ذلك من جهة رجاء أن يرضى المكرِه

---

*) *أقول. (منه قدّس سرّه).*

بالكسر بهذا النصف وتارة يكون من جهة أنّ المكرِه بالكسر لم يكرهه على بيع تمام العبد وخفّة واحدة؛ بل على بيع العبد ولو على سبيل التدريج فهنا يرتدّ المكرَه بالفتح أن يبيع نصف العبد أولاً امتثالاً للمكرِه بالكسر، ثمّ يبيع نصفه الآخر أيضاً امتثالاً له ولا إشكال في كون بيع النصف في هاتين الصورتين عن الإكراه.

/ ٧٩٦ / ولا يخفىٰ أنّ الشيخ بعد ذكر هاتين الصّورتين قال: وفي دعوى البايع ذلك مع عدم الأمارات نظر؛ إنتهىٰ.

ونظره ﷺ إلى أن بيع النصف لمّا كان خلاف ما أكره عليه، فحينئذٍ يكون من المحتمل القريب أن يكون بيع النصف بداعي نفسه، لا بداعي الإكراه؛ لكنّه لمّا لم يذكر في عبارته هذا الاحتمال وإنما ذكر مجرّد الاحتمالين اللذين كان الإكراه فيهما متحقّقاً، فلذا أورد عليه بأن في عبارته الّتي ذكرها هنا ركاكة والأمر فيه سهلٌ بعد وضوح المقصود.

بقي الكلام في وجه النظر الّتي ذكره الشيخ ﷺ، فنقول: إنّ كون الداعي للبايع هو الإكراه أم غيره لمّا يكون من الأمور الّتي لا تعلم إلّا من قبل البايع، فلابدّ أن يقبل قوله*.

---

*) يدّعون الإجماع على أنّ كلّ دعوى لا يعلم إلّا من قبل المدعي يقبل قوله فيه، إلّا أنّ ذلك في مورد لم يكن هو مكذّب نفسه، كما لو باع فادّعىٰ أنه لم يقصد البيع من قوله « بعت ».

وفي مقامنا إذا كان في البين إكراه على بيع شيء وباع نصفه لو لم يكن بناء العقلاء على حمل عقده على الإختيار، فليس هو مكذّب نفسه في دعواه أن صدوره عنه كان عن الكراهة بأحد الوجهين: وعلى هذا نقول: إنه بعد الإكراه على نفس البيع لا يحمل بيع نصف ذلك الشيء على كونه كان عن الاختيار ولو لم يدّع الإكراه أيضاً.

وإذا ارتفع الظهور في الإختيار، فنقولَ: إنّ صحة العقد لا يقبل المعارضة مع الإجماع على أنّ المدّعىٰ لمّا لا يعلم إلّا من قبله يقبل قوله، مع أنّ أصالة الصحة في فرض المقام لا دليل على اعتبارها، كما لا يخفىٰ على المراجع فيما كتبناه في آخر مسألة الإستصحاب في هذه المسألة، فيكون مقتضى الأصل أيضاً الفساد.

ثمّ إنّ طيب النفس قد تقدّم أنه ليس في المكرَه، وعلى هذا عدم طيب النفس له أيضاً يسمع لمثل الوجه الذي قلنا لسماع قوله في عدم الإختيار له؛ فتدبّر جيّداً. (منه قدّس سرّه).

وذلك لأنّ القاعدة الكلّية تكون مسلّمة من أن قول المدعي يكون مقبولاً في صورة كان الدعوى ممّا لا يعلم إلّا من قِبل المدعي مثل الأمور القلبية.

ولا يخفىٰ أن تصديق المرأة في إخبارها بالحيض إنّما هو لأجل الأخبار الدالة على تصديق قولها وليس من مصاديق هذه القاعدة، لأنه يمكن أن يطّلع غير نفس الحايض المدعية للحيض على الحيض بأن يرد فرجها.

هذا كلّه في وجه كون قول السابع مقبولاً، وأما وجه كون قوله مردوداً هو أن الأصل في العقود هو الصحة.

قد عرفت أن صحة العقد موقوفة على أن يكون العاقد المالك مختاراً وقاصداً للمعنى وهنا نقول: لو تردّد العقد بين كونه جامعاً لهٰذين الشرطين، فالتردّد تارة / **٧٩٧** / يكون ناشياً من الشبهة في الحكم الشرعي من جهة الشك في صدق مفهوم الإكراه، وتارة يكون من أجل الشك في أن ما وقع في الخارج على أيّ نحو كان، كما في صورة الاختلاف والنزاع.

أمّا تردّده بين كونه جامعاً لوصف الإختيار، فتارة يكون من الشك في الحكم، كما لو فرضنا الشك في الحكم من جهة الشك في صدق مفهوم الإكراه، كما في مثل ما لو أكرهه على بيع أحد العبدين، فباع كليهما. وهنا نقول: لو كان الدليل على اشتراط الأخبار في صحة العقد هو أدلّة الإكراه كقوله ﷺ «**ما استكرهوا عليه**» وأشباه ذلك، فهنا نقول: إنّ مثل ﴿**أوفوا بالعُقود**﴾ دلّ على صحّة جميع العقود وإخراج هذا الفرد عن تحته بمخصّص مشكوك والمخصّص كلّ مورد تردّد أمره بين الأقل والأكثر، يكون المرجع هنا هو عموم العام.

وأما لو كان الدليل على اشتراط الخيار في العقود هو ما دلّ على اشتراط طيب النفس والتراضي في العقد، فعلى هذا نقول: إنّ الشبهة الحكمية غير متصوّر على هذا الفرض، وذلك لأنّ طيب النفس من الأمور الوحدانية وهو إما موجود أم لا.

أقول: الشبهة الحكمية هنا متصوّرة بأن نشك في أن المعتبر هل هو طيب النفس الذاتي كما يقوله الأستاد ـ سلّمه الله أم يكفي طيب النفس العرضي / **٧٩٨** / أيضاً، كونه

من الأمور الوجدانيه غير دخيل في عدم معلوميّته بحسب المفهوم.

وتارة يكون من جهة الشك في تحقق الإكراه في الخارج،* بعد معلوميّته بحسب المفهوم وذلك يتفق في مقام المرافعات، كما لو قال البايع «بعتُه عن كُـره» ويـنكره المشتري.

وهنا نقول: لو لم يكن في البين شيء من أمارات الإكراه، فلا إشكال أنّ القول قول المشتري لأصالة صحّة العقود.

وأما لو كانت في البين أمارات الإكراه، فهنا كلام منسوبٌ إلى الشهيد مقتضاه أنه يسمع كلامه على احتمال فيه حيث نسب إليه قريب من هٰذه المضامين وهو أنـه لو ادّعى الإكراه ولم يكن عليه أمارات، لما يسمع قوله؛ إنتهىٰ، فإنه يدلّ عـلى سـماع دعواه الإكراه لو كان عليه أمارة.

ونحن نقول: لو كان المراد من الأمارة ما يوجب العلم بكونه عن الإكراه، فهنا لا يبقى مجالٌ للنزاع حتى يقال: إنه يسمع دعواه أم لا.

وأما لو كان المراد من الأمارة ما يوجب الظن بكونه مكرهاً في إيقاع العقد، فهنا سماع دعواه يكون مبنيّاً على أن نقول من أنّ المنكر هو كلّ من يكون قوله موافـقاً للظاهر.

وأما لو قلنا ـ كما هو الحق ـ من أنّ المنكر عبارة عن /٧٩٩/ من يكـون قـوله مطابقاً لأمارة** معتبرة أو لأصل معتبر، فحينئذٍ لا يسمع دعوى من يدّعي الإكراه؛ بل يكون القول قول مدّعي الصحة.

وأما لو اختلفا في كون العاقد قاصداً للمعنى أم لا، فادّعى البايع أنه لم يكن قاصداً للمعنى مثلاً وهنا لا شكّ من أن هذا الدعوىٰ لا يسمع لو لم يكن العقد صـادراً عـن الإكراه.

---

*) أقول. (منه قدّس سرّه).

**) أقول. (منه قدّس سرّه).

وذلك لما ذكرناه كراراً من أن احتمال المجاز، وكذا احتمال المزاح أو السهو واحتمال كون المتكلّم مكرهاً، أو غير قاصد للمعنى إلى غير ذلك من الجهات المحتملة لأن يكون الكلام صدوره على تلك الجهات غير الجهة الّتي يكون الكلام ظاهراً فيه وهو كونه بصدد الإخبار عن مضمون القضيّة ممّا لايعتنىٰ باحتماله في الكلام الصادر عن العاقل لاتفاق بناء العقلاء على ذلك.

وأما لو عُلم كون صدور العقد عن الإكراه ولكن نشك في أنه قصد المعنى أم لا، فهنا قد يقال: إنه بعد كون مضمون العقد مكروهاً على المتكلّم، فلا يبقىٰ ظهور في كون المتكلم قاصداً للمعنى حتّى لا يسمع دعواه في أنه غير قاصد للمعنى مع أنّ مقتضى الأصل أيضاً عدم صدور القصد إلى المعنى منه.

هذا؛ ولكن فيه أن مقتضى أصالة الصحة هو /٨٠٠/ كونه قاصداً للمعنىٰ.

إن قلت: إنّ العقد بعد كونه صادراً عن الإكراه يكون باطلاً، فلا مجرىٰ لأصالة الصحّة هنا.

قلت: الصحة الفعلية إنما سلب عن عقد المكرَه.

وأما الصحة التأهليّة الّتي هو عبارة عن ترتّب الأثر عليه بعد الإجازة، فلم يعلم بعد سلبه عن هذا العقد الصادر عن هذا الشخص.

وأيضاً فيه: أن ظهور كون المتكلّم قاصداً للمعنى لم يزل من البين، وذلك لأنّ جميع الناس يكون في جبلّتهم قصد المعنى عند ذكر اللفظ، سواء كانوا مكرهين أم لا.

نعم؛ لو كان العاقد المكرَه ملتفتاً إلى التورية، فربما لا يقصد المعنى ومجرّد عدم القصد في هذا الفرض النادر لا يصدم بالظهور، لان كون المكره أو غيره ملتفتاً إلى التورية نادر.

أقول*: هذا؛ مع أنّ أصالة عدم القصد بنفسه فيها كلام لأنه لو كان المراد هو

) قد تقدّم في الحواشي قبل ذلك أن أصالة العقد إما مدركه العلية، كما قيل، أو بناء العقلاء كما قلنا، وشيء منهما ليس في صورة فُرض كون العاقد مكرهاً وملتفتاً إلى عدم القصد وبعد عدم جريان أصالة القصد يجري أصالة عدمه ويرفع كلّ أثر كان على العقد الّذي يتوقف تحقق

الإستصحاب، فهو مثبت هنا ولو كان المراد هو الأصل العدم فحجّيّته مطلقاً بحيث يشمل مانحن فيه، فيه تأمّل.

هذا كله في تعيين موضوع الإكراه.

بقي الكلام في حكمه، **فنقول:** أما الإكراه على المحرّمات قد تقدّم حكمه وأمّا الإكراه على الأسباب أيضاً ستأتي الإشارة إليه ـ إن شاء الله ـ.

[حكم الإكراه على العقود]

وأما الإكراه على العقود فقالوا /٨٠١/ إنّه يكون منشأً لعدم ترتّب الأثر على العقد فعلاً وترتّبه عليه بعد إجازة المكرَه، أمّا عدم ترتّب الأثر فعلاً فهو مجمعٌ عليه، إمّا لأن طيب النفس شرط وهو مفقود في عقد المكره، وإما لأن الإختيار شرط لقوله عليه السلام «**رفع ما استكرهوا عليه**»، وهو هنا مفقود.

والشاهد على الإجماع أنّ العلماء يذكرون المخالف من العامة؛ مثلاً يقولون: إن عقد المكرَه باطل فعلاً، خلافاً لأبي حنيفة.

وأما ترتّب الأثر بعد الإجازة وهو المعبّر عنه بالصحّة التأهلية، فقال به المشهور.

وعلى هذا لابدّ لهم من بيان الفرق بين المكرَه والهازل* مع أنهما شريكان في قصد المعنى من اللفظ.

نعم؛ نُسب إلى بعض أنه قال بثبوت الصحة التأهلية لعقد الهازل أيضاً.

هذا؛ ولٰكن نُسب إلى صاحبَي الكفاية** ومجمع الفائدة*** والمحقق الثاني أنّهم

عنوانه على القصد بمعنى الإنشاء وعلى القصد بمعنى أن يكون من العقد وقوع البيع؛ فتدبّر. (منه قدّس سرّه).

**) ليس في الهازل قصد وقوع البيع والمكره لو صار كذلك، فليس صحة تأهليته لعدم صدق العقد والبيع هو غيرهما من عناوين المعاملة. (منه قدّس سرّه).*

***) سبزواري. (منه قدّس سرّه).*

****) أردبيلي. (منه قدّس سرّه).*

تأمّلوا في ثبوت الصحة التأهلية لعقد المكرَه.

[الكلام في الإيقاعات]

ولا يخفى أن الإيقاعات لا إشكال في عدم ثبوت الصحة التأهلية لها للإجماع وإن كان مقتضى القاعدة عدم الفرق بينهما وبين العقود، والعقود المعاوضة لا إشكال في ثبوت النزاع، وأما الغير المعاوضة مثل النّكاح فبحسب الدّليل يكون حاله كحال الإيقاعات* إلّا أن الإجماع على عدم الصحّة التأهلية ليس بموجود /٨٠٢/ هنا ظاهراً، وأما العقود الّتي يكون قصد القربة فيها شرطاً، سيأتي الكلام فيها.

ثمّ إنّهم استدلّوا لعدم الصحّة التأهلية بوجوه، ولكنّا نقول: إنّ القائل بعدم الصحّة التأهليّة يكفيه الأصل ودليله هو.

وأما الوجوه الّتي ذكر من قبلهم فكلّها إشكال على دليل القائلين بثبوت الصحة التأهلية، فالأولىٰ أن نذكر نحن أيضاً أدلّة المثبتين، ثمّ نذكر أدلّة القائلين بعدم الصحة التأهلية على طريق الإيراد على أدلّة المثبتين.

فنقول: استدلّ للمُثبتين بوجهين:

الأوّل ما دلّ على صحّة المعاملات من عموم ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ وغيره وذلك لأنّ غاية الأمر أن مثل قوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئٍ إلّا بطيب نفسه**» وغيره ذلك من أدلّة الإكراه زادوا على سببية العقود شرطاً وهو طيب النفس، من غير فرق بين أن يكون هذا الشرط وجوده مقارناً للعقد أم لا، وذلك كاشتراط القبض في الهبة والسّلَم؛ فإن أدلّة المعاوضات دلّت على صحة العقد والدليل قام على اشتراط القبض، مع أنّ القبض لا يلزم أن يكون مقارناً للعقد.

الثاني: فحوىٰ أدلّة الفضولي، وذلك لأنّ في الفضولي مع عدم صدور أصل العقد من

---

*) *سيأتي أن كلامهم في الإيقاعات على طبق القاعدة والصحّة التأهليّة في النكاح للنصّ. (منه قدّس سرّه).*

المالك يصير العقد الفضولي منشأً للنقل بمجرّد الإجازة. ففي المكره لمّا يكون أصل صدور العقد / ٨٠٣ / من المالك، فلابدّ من أن يترتّب عليه الأثر بالإجازة بطريق أولىٰ ويجوز أن يقال: إن حكم الفضولي يأتي فيما نحن فيه بتنقيح المناط وذلك بأن نقول: إن الوجه في كون الفضولي صحيحاً بعد الإجازة هو أنّ العقد كان له شرط وهو طيب النفس ولم يكن هذا الشرط موجوداً عند العقد فلمّا وجد عند الإجازة أثّر العقد أثره وهذا الوجه بعينه موجود في العقد الواقع عن الإكراه.

[ردّ أدلّة الخصم في كلام القائلين بعدم كون عقد المكره صحيحاً بعد الإجازة]

ثمّ إنّ القائلين بعدم كون عقد المكرَه صحيحاً بعد الإجازة، بعد ما عرفت من أن الأصل يكفيهم في أصل إثبات مدّعاهم بعد ردَ أدلّة الخصم، ذكروا في ردّ أدلّة الخصم من وجوه:

الأوّل: أنّا لا نسلّم كون العقد صادقاً على عقد المكرَه حتّى تشمله الأدلّة الدالّة على صحة المعاملات.

ولا يخفىٰ أنّ الشيخ عدَ هذا الوجه أضعف الوجوه الّتي ذكر في ردّ المشهور، ولذا أورد على الشيخ بأن هذا الوجه وإن كان ضعيفاً، إلّا أنّه ليس بهذا المقدار من الضعف، وذلك لما تقدّم سابقاً ويشير الشيخ ﷺ في هذا المقام أيضاً إليه من أنّ بعضاً من العُلماء يقولون: إنّ المكرَه لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً وإنه قاصد نفس اللفظ / ٨٠٤ / الّذي هو بمعنى الصوت.

وعلى هذا نقول: إذا فُرض عدم كونه قاصداً للمعنى، فأيّ مانع من دعوى عدم كونه عقداً؛ بل الظاهر أنه لو لم يقصد المعنى فليس بعقدٍ من دون إشكال.

وقد أورد على هذا الوجه الأوّل من أنّه لو منعنا صدق العقد على عقد المكرَه فيلزم منه عدم صحة بيع المكرَه بحقٍّ.

وأجيب عن ذلك بأنّا لا نسلّم بطلان التالي؛ إذ قد عرفت بطلان عقد المكرَه بحقٍّ.

أقول: المُورِد هو الشيخ ويكون إيراده على وجهٍ نظير هذا الوجه الأوّل؛ بل إثبات

تعدّده مع الوجه الأوّل في كمال الصعوبة، إلّا أنّ إيراد الشيخ على ظاهر عبارته على من هو معترفٌ بكون عقد المكرَه بحقٍّ صحيحاً، كما رجّحناه ظاهراً.

الوجه الثاني: أنّه سلّنما صدق العقد على عقد المكرَه إلّا أنّه نقول: إن طيب النفس الذي وجوده شرط في صحة العقد لابدّ وأن يكون مقارناً للعقد لقوله تعالى ﴿ **إلّا أن تكون تجارةً عن تراضٍ** ﴾، حيث إنّ المستثنىٰ هو التّجارة الصادرة عن تراضٍ بينهما.

ورُدَّ هذا الوجه تارة بمنع دلالتها على اشتراط مقارنة طيب النفس للعقد، وتارة بأن المقارنة بين التجارة وطيب النفس يكون موجوداً / ٨٠٥ / في عقد المكرَه.

[منع اشتراط المقارنة]

أما وجه منع اشتراط المقارنة ـ كما في المكاسب ـ هو أن إثبات اشتراط المقارنة من الآية إمّا من جهة مفهوم الحصر وإما من جهة مفهوم الوصف، وكلاهما مخدوشان.

أما مفهوم الحصر فلأن الإستثناء منقطع.

وأمّا مفهوم الوصف، ففيه:

أولاً أنّا لا نسلّم كون مفهوم الوصف معتبراً.

وثانياً أن مفهوم الوصف على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، كما في ﴿ **رَبائِبِكم اللّاتِي فِي حُجُورِكم** ﴾.

وفيما نحن فيه نقول: إنّ الغالب من التجارات يكون مقروناً بالرضاء، فلذا لا مفهوم للوصف هنا.

[التمسك بمفهوم الوصف]

هذا؛ ولٰكن قد يقال: إنّه لا مانع من التمسك بمفهوم الوصف هنا، وذلك لأنّا نقول: إن ما قال من عدم المفهوم للوصف ففيه: أنه بحسب الوضع وإن لم يكن له مفهوم، كما يكون ثابتاً للجملة المقرونة بأداة الشرط بمقتضى الوضع، إلّا أنّه يكون له المفهوم بمقتضى الحكمة إذا لم يكن لذكر الوصف فائدة ظاهرة غير فائدة المفهوم..

وأمّا ما قال من ورود الوصف هنا مورد الغالب، ففيه: أنه لو بنينا على ذلك من أن هٰذه الغلبة تكون منشأً لسقوط المفهوم، فـذلك يـوجب لسـقوط اعـتبار العـمومات والإطلاقات الدالّتين على كون العقد صحيحاً، وذلك لأنّ إطلاق ﴿ **أحـلّ الله البـيع** ﴾ أيضاً منصرف إلى الأفراد الغالبة والمفروض أن الأفراد الغالبة هو البيوع /٨٠٦/ الّـتي تكون مقرونة بالرضاء.

إن قلت: إن ما ذكرت صحيح بالنسبة إلى مثل ﴿ **أحلّ الله البيع** ﴾ وأمثال ذلك ممّا يكون شموله لما نحن فيه بالإطلاق.

وأما مثل «**أوفوا بالعقود**» ممّا يكون شموله لما نحن فيه بالعموم بطريق الوضع، فلا يجوز دعوى الإنصراف إلى الأفراد الغالبة فيه؛ إذ العام يشمل الأفراد النادرة أيضاً.

قلت: العام وإن لا يجوز دعوى الإنصراف فيه بالنسبة إلى ما نشأ منه العموم، وأما بالنسبة إلى مادّته، فيجوز فيه دعوى الإنصراف وذلك لأنّ العقود مثلاً إنّما يشمل جميع الأفراد الّتي يكون لفظ العقد شاملاً لها.

وأما إذا فرضنا أنّ لفظ العقد منصرف إلى العقود الغالبة الوقوع وهو العقود المقرونة بالرضاء، فلا يشمل العقود إلاّ لجميع هذا القسم من الأفراد الغالبة.

هذا؛ ومع ذلك قد يقال بعدم ورود الإشكال على الشيخ وذلك لأنّ الغلبة الموجبة لسقوط الوصف عن المفهوم انما هو غلبة الوجود والغلبة الموجبة لانصراف المطلقات الى الأفراد الغالبة انما غلبة الإستعمال ومجرد غلبة الوجود غير كافية فيالمطلقات إلى الأفراد الغالبة والشيخ ﷺ لم يدع إلاّ غلبة الوجود وهو يكفي في سقوط الوصف عن المفهوم ولكن لا يكفي في صيروتها منشأً لانصراف المطلق.

هذا؛ وفيه: أن غلبة الوجود لا ينفكّ غالباً عن غلبة الإستعمال؛ /٨٠٧/ فتأمّل *.

---

*) *من الواضح أن غلبة الوجود غير ملازم لغلبة الإستعمال؛ بل في مورد فرضنا أنّ الغلبة كان موجباً للانصراف نقول: ليس معنى ذلك استعمال المطلق في الأفراد الغالبة، فيكون مجازاً؛ بل المطلق مستعمل في الطبيعة المُهملة الّتي تكون معناه.*

نعم؛ لمّا يكون تعلّق الحكم قرينة على أن نظر المتكلّم إلى الأفراد وبعد ذلك لو لم يعيّن المتكلّم ما

أقول: بعد الاعتراف بعدم كون المفهوم للوصف بمقتضى الوضع؛ بل استفادة المفهوم يكون بمقدّمات الحكمة لأجل عدم لغوية ذكر القيد، فنقول: إنّ مجرد عدم ظهور فائدة أخرىٰ غير المفهوم لا يصير منشأً لأن يقال: إنه يكون له المفهوم؛ بل لو كان المفهوم أظهر الفوائد من جهة عدم كون فائدة أخرىٰ معتنىٰ بها لذكر الوصف غيره، فحينئذٍ لايبعد من أن نقول بثبوت المفهوم لبناء العقلاء على الأخذ بمثل هذه الظهورات وإن لم يكن بمقتضى الوضع؛ لان جهة الوضع لا مدخليّة لها بما هو ملاك حجية الظواهر من بناء العقلاء على العمل عليها. ومثل هذا الظهور في الآية ممنوع، فلا يجوز الاعتماد بمفهوم الوصف هنا.

[الغلبة في الوجود]

ثمّ إن ممّا ذكرنا ظهر أنّ أيّ غلبة يصير منشأً لسقوط مفهوم الوصف وهو كلّ غلبة لا يكون عند العرف إباءاً من أن يكون ذكر الوصف لأجلها.

وأما المطلقات، فنقول: إنه لا يصير مجرّد الغلبة في الوجود منشأً لانصرافها إلى الأفراد الغالبة، إلّا أن الغلبة في الوجود إذا كانت بحيث يكون الأذهان ملتفتاً إلى تلك الجهة الغالبة يصير منشأً لعدم جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق حتّى يشمل الأفراد النادرة أيضاً.

وأما ما ادّعي من أنّ الغلبة في الوجود لا ينفك غالباً من غلبة الإستعمال، فممنوع

يكون مراده يثبت التعميم بمقدمات الحكمة، فالانصراف بمنزلة مبيّن لما هو مراد المتكلّم من الأفراد.

ثمّ من الواضح أنّ مجرّد الوجود لا يوجب الإنصراف أيضاً؛ فضلاً عن استعمال اللفظ فيه حتى يصير مجازاً؛ بل غاية الأمر أن غلبة الوجود لو كان منظراً عند الإستعمال، فربما يوجب لأن يصير الأفراد الغالبة متيقّن المراد من المطلق إذا كان الغلبة الملتفت إليها، فيمنع من جريان مقدمات الحكمة للتعميم؛ لكن من الواضح أن هذا المقدار لا يضرّ بموادّ العمومات. (منه قدّس سرّه).

أشدّ المنع.

نعم؛ لو كان في البين غلبة على الوجه الّتي ذكرناه*، /٨٠٨/ فيصير ذلك مانعاً من إثبات الإطلاق، بحيث تشمل الأفراد النادرة، لا أن يصير ذلك منشأً لأن يكون اللفظ مستعملاً في خصوص الأفراد الغالبة.

[الفرق بين المطلق والعام]

وممّا ذكرنا يفهم وجه الفرق بين المطلق والعام، وتوضيحه أن لفظ «العالِم» إذا كان منصرفاً ببعض العلماء لأحد الجهات الموجبة للانصراف، فحينئذٍ إذا قال «العلماء» فيحمل على كلّ فرد كان منصرفاً إليه من لفظ العالم.

وأما إذا فرضنا أن لفظ العالم لم يشمل بعض الأفراد النادرة لعدم جريان مقدمات

---

*) *لا يخفى أنه لو قلنا ـ كما هو الحقّ ـ من أنّ غلبة الرضاء غير ملتفت إليها عند ذكر المطلقات، فلا يمنع من جريان مقدّمات الحكمة فيها لإثبات الإطلاق. وبطريق أولى لا يضرّ بموادّ العمومات لأنّ المضرّ بمادّة العمومات من الغلبة ما يوجب الإنصراف، لا ما يمنع من جريان مقدّمات الحكمة.*

ومع ذلك كلّه يضرّ هذه الغلبة بالقيد الوارد مورد الغالب؛ لأن الغلبة وإن لم تكن ملتفتاً إليها، إلّا أنّه إذا ذكر قيده فلا مفهوم له إلّا أن يمنع ذلك؛ نظراً إلى ما قلنا /٨٠٦/ في مسألة مفهوم الوصف في وجه عدم ثبوت المفهوم للوصف الوارد مورد الغالب وهو أنه يرجع إلى الوصف المساوي، ومن الواضح أنّه لا مفهوم له.

والسرّ في رجوعه إلى الوصف المساوي أنّ المقيّد بهذا القيد من المطلقات الّتي ينصرف إلى الأفراد الغالبة والمفروض أن الأفراد الغالبة مساوية لهذا القيد، إلّا أن يقال: إنّ الغلبة إذا لم تكن ملتفتاً إليها، فلا يوجب بنفسها لصرف المطلق عن الإطلاقف ولكن إذا ذُكر ذلك القيد في الكلام فيلتفت الذهن إليه ويوجب ذلك لصرف المطلق إليه، فيصير القيد مساوياً له.

وعلى هذا لا مانع من دعوىٰ كون القيد وارداً مورد الغالب بهذا البيان. ومع ذلك لا يوجب مثل هذه الغلبة لصرف الإطلاق عن المطلق الّذي لم يقرن بهذا القيد لأجل أنّ الغلبة هناك بنفسها غير ملتفت إليها، كما فيما نحن فيه، فلا مانع من دعوىٰ ورود القيد هنا مورد الغالب، ومع ذلك لم تكن الغلبة مضرّة بالمطلقات الّتي تكون خالية عن هذا القيد؛ فضلاً عن العمومات. (منه قدّس سرّه).

الحكمة لإثبات الإطلاق بالنسبة إلى تلك الأفراد النادرة، فهنا نقول: إنّ لفظ العلماء تشمل مثل هذه الأفراد النادرة.

[دعوى وجود المقارنة بين التجارة والرضاء في عقد المكره]

وأما وجه دعوىٰ أنّ المقارنة بين التجارة والرضاء موجود بعد الإجازة في عقد المكره، فذُكِر من وجهين:

الأوّل أنّ التجارة عبارة عن الملكيّة وهي مقرونة بالرضاء والملكية إنما تحصل حين الاجازة.

ورُدّ ذلك بأنّه لا دخلَ للملكيّة بالتجارة وذلك لأن الملكية من الصفات* نظير الصفات الخارجية، والتّجارة عمل من الأعمال؛ إذ التجارة عبارة عن طلب الرزق بالعمل.

الثاني أنّه قد يقال بأن العقد من حيث هو لم يترتّب عليه شيء، فيكون إطلاق التجارة عليه شأنيّاً، لأنك قد عرفت أنّها عبارة عن طلب الرزق بالعمل**.

---

*) *أقول . (منه قدّس سرّه).*

**) *وحاصل الوجه الثاني أن التجارة وإن لم تكن نفس الملكية الّتي من الصفات ؛ لكنّها عبارة عن سبب الملكية وعلّتها ، ثمّ علّة الملكية في عقد المكره العقد مع الإجارة . ثمّ الإجارة الجزء الأخير من العلّة للملكيّة .*

ثمّ عند العرف يطلق العلّة على الجزء من العلة ، فيطلق التّجارة عليه أيضاً والإجارة مقرونة بالرضاء .

وفيه : أولاً أن إطلاق العلّة على الجزء الأخير من العلّة غير ملازم لإطلاق التجارة عليه أيضاً وإن كان التجارة علّة للملكية . كيف ؛ وقوام التّجارة بالعقد الّذي لم ينشأ من الرضاء .

وثانياً إطلاق العلة على الجزء الأخير من العلة من باب المسامحة والمجاز ، والآية تدلّ على أنّ التّجارة الحقيقية لابدّ أن يصدر من الرضاء وهو العقد مع الإجازة والمفروض أنّ العقد لم يصدر من الرضاء .

وثالثاً: اعتبار الإجازة لحصول الرضاء ، فلو كان المراد من التجارة نفس الإجازة فيرجع المعنى إلى أن الرضاء لابدّ أن يصدر من الرضاء ؛ فتأمّل . . (منه قدّس سرّه).

وعلى هذا نقول: إنّ العمل /٨٠٩/ الموجب للرزق هو مجموع العقد مع الإجازة والإجازة تكون جزء الأخير للعلّة، فيطلق عليها التجارة، لأن اسم العلّة يطلق على الجزء الأخير منها، فيطلق التجارة على الإجازة المقرونة بالرضاء وهو المقصود.

ورُدَّ ذلك بأن الإجازة بنفسها ليست داخلة في شيء من المعاملات المتعارفة.

وعلى هذا، فلا ينفع صدق التجارة عليها للإجماع على انحصار الأسباب الموجبة للنقل* والانتقال بالمعاملات المتعارفة وسيوضح ذلك في الفضولي، مع أنّه لا يصدق شيء منها عليه.

أقول: لا يخفىٰ أن ورود الإشكال من أصله يكون مبنيّاً على أن نقول: إن طيب النفس الّذي هو شرط في العقود ويكون شرطيّته مستفاده من قوله تعالى: ﴿**إلّا أن تكون تجارةً عن تراضٍ**﴾ ومن قوله ﷺ «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» هو طيب النفس الذاتي، فلا يكون ذلك موجوداً** في المكره، إلّا أنك قد عرفت أن طيب النفس

---

*) *أقول: الإجماع المدّعىٰ غير منافٍ لِما تقدّم نحو ذلك، لأن مقتضى ما ذكره كون الغلبة مجموع العقد والإجازة، غايته أنه يدّعي إطلاق العلّة على الجزء الأخير أيضاً، ولٰكن ذلك لابدّ من أن يكون من باب المسامحة وإطلاق التجارة من باب المسامحة من العرف غير منافٍ لِما أجمعوا عليه من حصر الأسباب الناقلة.*

نعم؛ على هذا التقدير يرد على المجيب عن الآية أولاً بأن الآية إنّما تدلّ على اشتراط مقارنة طيب النفس فيما هو تجارة حقيقة وهو تمام العقد، لا فيما تطلق التجارة عليه مسامحة.

وثانياً: اعتبار الإجازة إنّما هو للكشف عن الرضاء؛ بل بعضهم يكتفي بالرضاء الباطني.

وعلى هذا؛ فبناءاً على ما ذكره المجيب تدلّ الآية على اشتراط الرضاء في نفس الرضاء أو الكاشف عنه، وكلاهما لغو.

ثمّ إن تسلّم حصول النقل بالإجازة لابدّ من أن يكون مبنيّاً على أن استفدنا من قوله عليه السلام «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» بضميمة العمومات حصول النقل بالإجازة الكائنة عن الرضاء وهنا نريد أن نقول: إن آية التجارة غير منافٍ لما استفدنا من سائر الأدلّة. (منه قدّس سرّه).

**) *قد تقدمت المناقشة على ذلك في الحواشي السابقة وقلنا: إنّ الرضاء العرضي موجود في عقد المضطر الّذي يكون اضطراره إلى مضمون العقد، بخلاف المكرَه على العقد الّذي ليس اضطراره إلّا إلى نفس العقد. (منه قدّس سرّه).*

الّذي يستفاد شرطيته من هذه الأدلّة أعمّ من طيب النفس الذاتي والعرضي، ولذا يكون عقد من يضطرّ إلى بيع أمواله صحيحاً.

نعم؛ يستفاد من أدلّة الإكراه اشتراط شيء آخر في العقود، وسيأتي الكلام فيه في الإيراد الثالث.

وأما ما ذكر من أنّ التجارة تصدق على الإجازة من جهة أنّ النقل يحصل بها، ففيه: أنه لو كان المراد أنّ النقل يحصل /٨١٠/ بها بحكم الشارع، ففيه: أنه لو أحرزنا من الخارج أنّ النقل يترتب على الاجازة بحكم الشارع مطلقاً، فحينئذٍ لا نحتاج إلى شمول ﴿ **تجارةً عن تراضٍ** ﴾ له.

وإن كان المراد أنّ النقل يحصل بها عرفاً وهذا يكون منشأً لصدق التجارة عليه، ففيه: أنّه لا فرق عند العُرف في حصول النقل بالإجازة بين أن يكون العقد السابق غلطاً أو صحيحاً؛ لأن الإجازة عبارةٌ عن الرضاء بالمضمون، لا بالألفاظ، مع أنّ من المسلّم أن الإجازة الملحقة للعقد غير مؤثر في النقل.

اللّهمّ أن يقال: إن مقتضى الإطلاق وإن كان كذلك إلّا أنّه عُلم من الخارج عدم النقل لو كان بالعقد غلطاً، فهذا الدليل الخارجي يقيّد إطلاق الآية، فعمدة الإشكال عليه ما ذكره الأستاذ ـ سلّمه الله ـ.

[رفع الصحة التأهّلية عن عقد المكره وعدمه]

الوجه الثالث: أنّه سلّمنا صدق العقد على عقد المكرَه وعدم استفادة اشتراط مقارنة الرضاء بالعقد من قوله تعالى ﴿ **إلّا أن يكون تجارة عن تراضٍ** ﴾ إلّا أنّه نقول: إنّ حديث الرفع وغيره ممّا دل على بطلان عقد المكرَه يكون دليلاً على أنّ الإجازة غير مؤثرة، وذلك لأنّ حديث الرفع يرفع كلّ أثرٍ كان للعقد عن عقد المكره، فلا يبقىٰ شيء يصير مؤثّراً بواسطة الإجازة.

وأجاب الشيخ عليه السلام عن ذلك بأن حديث الرّفع لا يرفع الصحة التأهليّة عن عقد المكرَه لوجهين:

الأوّل: أنّ /٨١١/ حديث الرفع ـ كما تقدم قبل الشروع في بيان حكم المكره ـ لا يرفع إلّا الأثر الذي يكون مؤاخذة على المكرَه بالفتح، كما هو مقتضى لفظ الرفع الوارد في مقام الامتنان.

وعلى هذا، لو كان للصحة التأهّليّة أثر يكون فيه مؤاخذة على المكره، فحينئذٍ نسلّم أن حديث الرفع يرفع الصحة التأهلية من البين، إلّا أنّا نقول من أنّه ليس للصحة التأهلية أثرٌ يكون فيه مؤاخذة على المكرَه وذلك لأنّ من آثاره الحكم بوقوف عقده على رضاه الّذي مرجعه إلى أن له أن يرضىٰ بذلك أو يَرُدّ، وهذا حقٌّ له، لا عليه.

ومن آثاره إلزام الطرف الآخر للمعاملة مثلاً، بعدم الفسخ حتى يرضىٰ المكره أو يفسخ. وهذا وإن كان مؤاخذة إلّا أنّه يكون على غيره والحديث لا يرفع المؤاخذة عن غير المكره.

وأما إلزام المكرَه بالفتح بعد أول المدّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت لنفسه، لا من أحكام الفعل المتحقّق على وجه الإكراه.

الثاني: أنّ حديث الرفع إنّما يرفع كلّ أثرٍ كان للفعل في صورة عدم الإكراه، وفيما نحن فيه لم تكن الصحة التأهلية للفعل /٨١٢/ من حيث هو في حال عدم الإكراه حتّى يرفع بالإكراه.

أقول: بل الصحّة التأهلية إنّما ثبتت للعقد في حال الإكراه، حيث إنّ العقد جزء السبب والرضاء جزؤه الآخر وهو يحصل بالإجازة، فلا يمكن أن يكون الإكراه رافعاً لهذا الأثر وهو الصحة التأهلية.

ثمّ إنّ الشيخ أورد على هذين الجوابين من: أنّا نسلّم أنّ الصحة التأهليّة لا ترفع بحديث الرفع، كما تقدّم؛ إلّا أنّه نقول: لا دليل على ثبوت الصحّة التأهليه للعقد أيضاً وذلك لأنّ أدلّة صحّة المعاملات إنّما دلّت على ثبوت الصحّة الفعلية للعقود وأنّها سبب تامٌّ للنقل ولا إشكال في أن أدلّة الإكراه يقيد إطلاق هٰذه الأدلّة بغير صورة الإكراه، فيرتفع منها الصحّة الفعلية وهو السببيّة التّامّة وبعد ذلك لا دليل على إثبات الصحة التأهليّة للعقود حتى يثبت في حال الإكراه.

ثمّ إنّه ﷺ أجاب عن هٰذا الإيراد انتصاراً للمشهور بأنّا استفدنا من الأدلّة أنّ العقد جزء السبب النّاقل وأن جزئه الآخر هو الرضاء، سبق العقد أو لحقه. فكما أنّ العقد جزء السبب في الهِبة والصَّرف وغير ذلك ويكون جزؤه الآخر / ٨١٣ / هو القبض، فكذلك العقد فيما نحن فيه يكون جزء السب، وذلك لأنّ الإطلاقات المفيدة للسببيّة المستقلّة للعقود مقيّدة بحكم الأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل، ومع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به مثلاً، سبقه الرضاء أو لحقه.

وعلى هذا؛ فإذا كان حصول الرضاء بعد العقد، فحينئذٍ نقول: إنّ الإكراه لم يكن في تمام السبب الناقل، بل إنّما كان في جزئه وهو نفس العقد، ولا نقول بتأثيره، بل إنّما يؤثر بانضمام الرضاء الملحق به وهذا التأثير الناقص لا يرتفع بأدلّة الإكراه؛ لأن الإكراه مأخوذ فيه، وحديث الرفع غير قابل لأن يرفع الآثار الثابتة على عنوان الإكراه.

أقول: ولا الآثار الثابتة لماكان الإكراه مأخوذاً فيه.

[أدلّة الإكراه رفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه]

أقول: ثمّ يقول الشيخ ﷺ: إلّا أن يقال: إن أدلّة الإكراه كما ترفع السببيّة المستقلّة التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، كذلك يرفع مطلق الأثر عن العقد المكرَه عليه، لان التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضاء الأعم من اللاحق.

ثمّ يقول: وهذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضاء ناقلاً أو كاشفاً.

أقول: ثمّ بعد ذلك كأنّه يجيب عن إشكاله / ٨١٤ / السابق حيث يقول من أن أثر جزء المركّب وهو شأنية أن يصير سبباً لا يمكن أن يرفع، لأنه يقول: وكيف كان، فذات العقد المكرَه عليه مع قطع النظر عن الرضاء أو تعقّبه له لا يترتب عليه إلّا كونه جزء المؤثر التامّ وهذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التامّ هو المجموع منه ومن الرضاء، أو وصف تعقّبه له؛ إنتهىٰ.

وكأنّه يريد أن يقول: إنّ جزء السببية ليس من الآثار الشرعية حتى يرتفع بحديث الرفع؛ بل إنّما هو أثر عقلي، فلا يرتفع بحديث الرفع.

ثمّ إنّه ﷺ في آخر كلامه الّذي ذكرناه أخيراً يقول: فتأمّل.

وذَكَر هنا في وجه التأمّل وجوهاً:

الأوّل: أن يكون إشارة إلى أن ما ذكره من أنّه لا فرق على هذا بين كون الإجازة ناقلة أو كاشفة يكون باطلاً وذلك لأنه على هذا لا يمكن إلّا أن يكون الإجازة ناقلة؛ لأنّه بعد ما يكون المفروض أنّ الرضاء يكون جزء السبب وهو يحصل بالإجازة، فكيف يمكن أن يؤثر العقد قبل تحقق جزء الآخر من السبب وهو الإجازة حتى تكون الإجازة كاشفة، فلا يمكن أن يُذكر وجه لكون الإجازة كاشفة.

أقول: لا يخفى أنّ الشيخ هنا يذكر وجه كون الإجازة / ٨١٥ / كاشفة؛ لأنه يقول بناءاً على كون الإجازة كاشفة.

نقول: إنّ الشرط للعقد ليس هو الرضاء؛ بل إنّما هو الأمر المنتزع منه العارض للعقد وهو تعقّبه للرضاء.

هذا؛ ولكنّي أقول فيه:

أولاً أن توجيه الشرط المتأخر بهذا الوجه فاسد كما أوضحناه في خاتمة البراءة في قاعدة الترتّب.

وثانياً نقول: إن مرجع هذا التوجيه أنّ الرضاء ليس بشرط، والمفروض أنّا استفدنا من الأدلّة كون نفس الرضاء شرطاً، ونحن لو وجّهنا الشرط المتأخر بتوجيه، فإنما نوجّه في صورة كان صحة العقد مسلّمة، وفيما نحن فيه ليس صحة العقد مسلّماً، فمقتضى ذلك أن نلتزم بالبطلان لو لم نتمكّن من أن نقول بكون الإجازة ناقلة.

هذا؛ ولكنّه لا يضرّ بمقصود الشيخ حيث إنّ المقصود بيان مجرّد إمكان أن تكون الإجازة كاشفة وإن كان مقتضى القاعدة أن تكون ناقلة.

ولا يخفى عليك أنّا نقلنا في مقدّمة الواجب قبل تقسيم الواجب إلى الأصلي والتبعي بستّة أوراق عن الأستاد ـ سلّمه الله ـ توجهاً آخر لتصحيح كون الإجازة ناقلة وهو أن نقول: إن الشرط هو الرضاية التقديرية، ولكنّه أيضاً يَرِد عليه ما أورد على كلام الشيخ؛ بل أمره فضيح على ما ذكرناه في مقدّمة الواجب.

نعم؛ نحن لو اعترفنا بصحّة عقد المكرَه بعد الإجازة قلنا: توجيهٌ /٨١٦/ حسنٌ في كون الإجازة كاشفة، قد ذكرناه في مسألة الترتّب الّتي كتبته في خاتمة أصل البراءة.

الثاني: أن يكون إشارة إلى أن ما ذكره من كون العقد جزء السبب وأنه لا يشمله قوله ﷺ «**رفع ما استكرهوا عليه**» يكون مطلباً صحيحاً متيناً؛ لأنّا لم نستفد من العمومات والإطلاقات بعد انضمامهما إلى قوله ﷺ «**لايحلّ مال امرئ**» .. اه، إلّا كون المؤثر التامّ في النقل والانتقال هو العقد مع الرضاء تقارنا أم لم يتقارنا.

وإذا صار العقد جزء السبب، فلا يشمله أدلّة الإكراه، إما لأن هذا الأثر الناقص يكون ثابتاً لعقد المكرَه الذي لا رضاية له، فلا يرتفع هذا الأثر بأدلّة الإكراه، أو لأن العقد لا يترتب عليه إلّا جزء المؤثر التامّ، وهذا أمر عقلي قهري، فلا يرتفع بأدلة الإكراه*.

---

*) *لا يخفى أن شيئاً من النقوض ليس وارداً على الوجه الأوّل الّذي ذكره لعدم رفع أثر جزء السبب بحديث رفع الإكراه؛ لأن الصحة التأهلية التي ثبتت للعقد من جهة عنوان الإكراه على فرض صحة مدّعاه إنما هو من جهة ارتفاع الرضاء من جهة الإكراه، فتوقف الصحة الفعلية على لحوق الرضاء من المكره بإجازته لما صدر عنه ويلتزم باقتضاء ذلك في جميع الموارد وهو عين مدّعاه وهو الذي تقدم أن أول كلام الشيخ ﷺ من أن هذا الأثر ـ أعني الصحة التأهلية ـ بهذا المعنى غير مضرٍّ بحال المكرَه؛ بل نافع له، فلا يرفعه قوله «ما استكرهوا عليه»، بعد أنّ المرفوع به هو الأثر الضرري على خصوص المكره لوروده مورد الامتنان، فلا يرفع الأثر النافع ومناسبة الحكم والموضوع يقتضي اختصاص ذلك بما كان ضرراً على المكرَه بالفتح، لا على غيره.*

وهذا الوجه الذي فُهم من أول [كلامه صحيح أيضاً وإن لم يتكلم المصنّف من جهة بعد رفع الإشكال عنه أيضاً.

وأما الوجه الأخير أعني عدم شمول حديث الرفع لأثر جزء السبب من جهة أن أثره عقلي قهري فيرد عليه نقوضاً كثيرة مع أنّ الوجهين اللذين ذكرهما المصنف في أواخر كلامه ممّا أشار إليه المورد لعدم ارتفاع أثر جزء السبب بحديث الرفع فاسدان في أنفسهما أيضاً ولو مع الغمض عن النقوض، كما أشرنا في الحاشيه بُعَيدَ ذلك.

ويجوز أن يقال بعد أنّ الحق أن الإكراه على نفس العقد لا يوجب بحصول طيب النفس بمضمون العقد مع أنّ طيب النفس بنفس النقل والانتقال شرط لصحة العقد، سواء كان طيب النفس

وأورد على الشيخ بأنا لو قلنا بعدم شمول حديث الرفع لجزء السبب التامّ فحينئذٍ لابدّ من أن نقول بالصحّة الفعلية وذلك لأنّ عقد الهبة ولو كان مكرهاً عليه إذا كان القبض اختياريّاً وذلك لأن عقد الهبة يكون جزء السبب وجزؤه الآخر هو القبض، والمفروض أن حديث الرفع لا يشمل جزء السبب.

وأيضاً يلزم عليه أن يقول بالصحة الفعلية لصورة كان الإيجاب فقط مثلاً في البيع عن إكراه دون القبول، فإنّ / ٨١٧ / الإيجاب المجرّد يكون جزء السبب، فلا يشمله حديث الرفع.

مقارناً للعقد أم مؤخراً أو تقدم أنه ليس دليل على اعتبار مقارنة الرضاء عليه، نقول: مقتضى القاعدة ثبوت الصحة التأهلية للعقد.

وعليه نقول: إنّ أدلّة الإكراه ليست قابلة لأن ترفع الصحة التأهلية الّتي كان مقتضى القاعدة ثبوتها للعقد، سواء قلنا إن هذا لازم أثر الشرعي كما هو الحق، أو أنّه أثر عقلي قهري.

أما على الأوّل لِما تقدّم من أنّه منّة في رفعه / ٨١٦ / عن المكرَه والخبر في مقام المنّة على المكرَه، فلا يرفع ما لا يكون له منّة في رفعه.

وأما على الثاني، فلِما عرفت أنه ليس قابلاً للرفع رأساً ليرفع بحديث الرفع؛ لكن الحق أنّ الصحة التأهلية ليس من الآثار القهرية، بل ثبوته من الأدلّة الشرعية / ٨١٥ / ويكون قابلاً للرفع وثبوته أولاً أيضاً من قِبَل الشرع، لكن قوله «رُفع ما استكرهوا عليه» لا يدلّ على رفعه والوجه في عدم شمول أدلّة الإكراه لرفع هذا الأثر من جهة ما تقدم من أنّه ليس منّة في رفعه لا من جهة أنه جزء المؤثر وحديث الرفع لا يرفع أثر جزء المؤثر.

ومن هنا نقول في مثل عقد النكاح: لو قلنا بأنّة لا دليل على اعتبار طيب النفس فيه وكانت الزوجة مكرهة في صدور الإيجاب عنه: إن مقتضى القاعدة ثبوت الصحة لهذا الإيجاب بأن يؤثر في الصحة الفعلية بعد ضمّ القبول البتّة؛ لكن المنّة في رفع هذا الأثر فتقتضي أدلّة الإكراه هنا للفساد رأساً لعدم صحة تأهلية للعقد لم يكن منّة في رفعها وكلّ مورد لم يكن صحّة تأهلية لم يكن منّة في رفعها يكون مقتضى أدلّة الإكراه الفساد رأساً.

ومن هنا ليس طلاق المكرَه إلى غير ذلك من نظائره من الإيقاعات قابلاً لأن يصحّ بالإجارة، لأن طيب النفس ليس شرطاً فيها ليقال: إنه أعمّ من المقارن فيكون لها صحة تأهلية / ٨١٤ / وإن هذه الصحة لمّا يكون منوطاً برضاء المكرَه فلا منّة في رفع هذا الأثر عن العقد؛ لأنه يوجب التضيق على المكرَه برفع هذا الأثر، فلا منّة في رفعه له. (منه قدّس سرّه).

أقول: هذا الإشكال غير وارد على الشيخ وذلك لأنّ الشيخ وإن اعترف بعدم شمول حديث الرفع لِما هو جزء السبب، إلّا أنّه يقول أيضاً بأنه يستفاد من الأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل مع قوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» ان طيب نفس الموجب والقابل شرط في تمام العقود، من غير فرق بين أن يكون طيب النفس سابقاً أو لاحقاً.

وعلى هذا، فعقد الهبة وإن كان جزء المؤثر التامّ إلّا أنّه بعد حصول القبض يكون له جزء آخر وهو الرضاء وهو لا يحصل إلّا بالإجازة.

[طيب النفس الذاتي والعرضي]

/ ٨١٨ / وأجيب عمّا ذكرناه بأن طيب النفس المستفاد من قوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» إما أن يقال: إنه طيب النفس الذاتي أو للأعم منه ومن العرضي.

فإن قلتَ بالثاني، فنقول: إنه موجود في المكرَه أيضاً وذلك لأنّ العلماء يقولون بوجود طيب النفس في المضطرّ، مثل ما إذا قال الظالم «أعطني مأة دينار وإلّا ضربت عنقك» ولم يكن له غير الدار، فباع داره، فيقولون بصحة البيع هنا مع أنّه بالضرورة.

لا فرق من جهة طيب النفس بين هذه الصورة وبين صورة أكره / ٨١٩ / على بيع داره أولاً، فباع داره، مع أنهم يقولون ببطلان البيع في هذ الصورة، لكونه مكرهاً.

وإن قلت: إنه يستفاد من قوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» اشتراط طيب النفس الذاتي، ففيه ـ مع أنّه ينتقض ببيع المضطرّ حيث إنّه لا يكون هناك طيب نفس ذاتي ـ: أن العلماء لا يلتزمون بذلك، حيث إنهم يقولون في موارد كثيرة من موارد الإكراه: أنّه لولا أدلّة الإكراه لكان مقتضى القاعدة هو الصحة الفعلية *.

هذا؛ مع أنّه يرد على الشيخ** من أنّه لا مانع من شمول أدلّة الإكراه لما هو جزء

---

*) *وجه الإشكال أنّه لا يصدق الإكراه رأساً على من كان له التفصي من عدم إيجاد ما يكون مؤثراً. (منه قدّس سرّه).*

**) *هذا مطابق مع ما ينقلونه عن المسالك من أن الإكراه ارتفع أثر اللفظ والقصد المجرّد لا أثر له*

السبب للنقل والانتقال؛ بل لنا أن نقول: إنّ العقد في المثال الّذي ذكره الشيخ يكـون سبباً لا جزءَ السبب، وأما الرضاء يكون من شرائط تأثيرة.

أقول: نحن لم نرَ مِن العلماء تصريحاً بأن مقتضى القاعدة لولا أدلّة الإكـراه هـو الصحة الفعلية لعقد المكره؛ بل نرىٰ من الشيخ وغيره أنهم يصرّحون بخلاف ذلك حيث يستدلّون لبطلان عقد المكرَه بما دلّ على اشتراط الرضاء في العقود، مثل ﴿ **تجارة عن تراض** ﴾ ومثل « **لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه** » كما فعله الشيخ هنا. فالإيراد على الشيخ هنا بل على كل العلماء هو أن هذه الأدلّة / ٨٢٠ / لا تدلّ إلّا على اشتراط طيب نفس في الجملة، سواء كان ذاتياً أو عرضياً، كما في المضطرّ.

في صورة أُكره على العقد وكان ملتفتاً بالتورية ومع ذلك نوىٰ. وهذا الكلام من المسالك وإن كان محل المناقشة كما تقدّم، إلّا أنّ في خصوص المقام لا مانع من شمول دليل الإكراه مثل حديث الرفع لِما هو جزء المؤثر؛ لأن الوجهين اللذين ذكرهما المصنف ﷺ لعدم الشمول فاسدان.

أما ما ذكره من أن حديث الرفع لا يشمل الأثر الّذي للعقد بعنوان الإكراه وهو تأثير العقد بانضمام لحوق الرضاء حيث إن شرط لحوق الرضاء في التأثير إنما هو بلحاظ كون العقد مكرهاً عليه وإلّا فكان مؤثراً من دون شرط، ففيه: أنه ليس لنا دليل يدلّ على ثبوت جزء المؤثر منه للعقد المكره عليه حتى يقال: إن هذا الأثر يثبت بعنوان الإكراه، فلا يرفع بأدلة الإكراه؛ بل بواسطة الإكراه ذهب شرط تأثير العقد وهو رضاء المالك من البين، فتأثيره يتوقّف على لحوق الرضاء به، وأنّىٰ هذا من ثبوت أثر للعقد بعنوان كونه مكرهاً عليه؟.

أما ما ذكره من أنّه بعد كون العقد مع الرضاء تمام المؤثر لكون العقد جزء المؤثّر أمر عقلي لا يرفع بأدلة الإكراه، ففيه مع قطع النظر عن النقوض الواردة عليه من عدم قابلية أن يرفع أثر الإيجاب في النكاح بأدلة الإكراه إذا كان الموجب مكرهاً عليه إلى غير ذلك، يردُ عليه أن أثر كلّ شيء بحسبه، فأثر الإيجاب أنه إذا اقترن به القبول والرضاء يؤثر فعلاً ومن الواضح أن هذا الأثر إنّما يثبت له بالنزاع. ويمكن أن يسلب عنه هذا الأثر بأن يقال: إنه إذا اقترن به القبول أيضاً لا يؤثر في شيء. (منه قدّس سرّه)..

[طيب النفس في عقد المكره]

وعلى هذا نقول: إنّ طيب النفس العرضي موجود في المكرَه حيث تقدّم من أنّه لا فرق بينه وبين المضطرّ الّذي يكون من المسلّم وجود طيب النفس في حقّه وإلّا فلو أغمضنا عن هذا الإيراد* وقلنا: إن طيب النفس ليس بموجود في المكرَه، لا ذاتيّاً ولا عرضياً، أو قلنا: إن طيب النفس العرضي وإن كان موجوداً فيه إلّا أنّ حديث «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» يدلّ على اشتراط طيب النفس الذاتي في العقود ونجيب المضطرّ بنحوٍ من الأنحاء، فحينئذٍ نقول:

لو قلنا بما قاله الشيخ من عدم شمول أدلّة الإكراه للعقد من جهة كونه جزء السبب وأغمضا عن الإشكالات السابقة، فلا يرد عليه شيءٌ.

وذلك لما تقدّم من أن عقد الهبة والإيجاب المجرّد في البيع إذا كانا عن الإكراه لم يكن طيب النفس الّذي هو شرط في المعاملات بدليل قوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» موجوداً فيهما، فيكون الصحة الفعلية موقوفة على تحقق طيب النفس بالإجازة.

فإن قلت: نحن نفرض الكلام في صورة لم يكن أدلّة اشتراط طيب النفس شاملاً لها كما في غير المعاملات من الرهن، فإن صحته مشروط بالقبض، فيكون نفس العقد جزء السبب، فلا /٨٢١/ تشمله أدلّة الإكراه وليس من المعاملات حتى يتوقف صحته على طيب النفس، فعلى هذا لو أكره الإنسان على عقد الرهن، فلابدّ أن يكون العقد صحيحاً فعليّاً، مع أنّ الشيخ لا يقول بذلك.

قلت: المفروض أن القبض في عقد الرهن جزء السبب المؤثر.

وعلى هذا، إنّ القبض أيضاً إما أن يحصل عن إكراه، أو لا عن إكراه. فإن حصل

---

*) *فيه: أنه لا يحتاج إلى هذه التكلّفات؛ بل قد تقدّم في الحواشي أن طيب النفس ليس بموجود في المكره بوجهٍ من الوجوه. (منه قدّس سرّه).*

إكراه فيكون الإكراه في تمام السبب المؤثر فتشمله أدلّة الإكراه وإن كان القبض عن طوع ورغبة، فنلتزم بان العقد يكون صحيحاً فعلياً بعد القبض؛ إذ من يقول بتوقف عقد المكره على الإجازة لا يقول إلّا بتوقف الصحة على تحقق ما يكون كاشفاً عن الرضا وهو هنا موجود على الفرض*.

[اختيار مذهب المشهور]

ثمّ إنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ اختار مذهب المشهور أيضاً إلّا أنّه أجاب عن حديث الرفع بوجهٍ آخر وهو أن حديث الرفع لا يستفاد منه مانعية الإكراه للعقد، كما حمله المحقق الثاني وغيره من العلماء على ذلك، والشيخ ﷺ أيضاً سلك هذا المسلك، وذلك لأنه لو اعترفنا باستفادة المانعية، فحينئذٍ لا مفرّ إلّا من أن نلتزم بمذهب المحقق الثاني.

ولذا بعد ما اعترف الشيخ بأنّه يستفاد منه المانعية صار في تصحيح مذهب ملجأً إلى أن يقول بعدم شمول أدلّة الإكراه لما هو جزء السبب وإن العقد المجرّد يكون جزء السبب في المعاملات؛ بل إنما يستفاد من حديث الرفع اشتراط طيب النفس في العقود مثل قوله ﷺ / ٨٢٢ / «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**»، فتكون أدلّة الإكراه بالنسبة إلى المعاملات مؤكدة وفي غيرها من العقود مؤسّسة، حسب أنه لم يكن في غير المعاملات ما يدلّ على اشتراط طيب النفس غير أدلّة الإكراه.

أقول: إطلاق المؤكد والمؤسس هنا فيه تسامح، لأنه على هذا يكون أدلّة الإكراه مع قوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ**» وقوله تعالى: ﴿**تجارةً عن تراضٍ**﴾ كلّها من الأدلّة الدالة على اشتراط طيب النفس في العقود في عرض واحد.

هذا؛ والصواب أن نقول: إنّ أدلّة الإكراه تكون من الأدلّة الدالة على اشتراط الرضاء في العقود، ومع ذلك ليست مؤكدة لقوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» وذلك

---

*) *نعم؛ يرد على الشيخ النقض بصورة كان الإيجاب فقط عن الإكراه في عقد النكاح أيضاً. (منه قدّس سرّه).*

لأنّ طيب النفس الّتي تستفاد شرطيته في العقود من قوله عليه السلام «**لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه**» هو طيب النفس الأعم من الذاتي والعرضي وهو موجود في المكرَه لِما عرفت من ان طيب النفس العرضي يكون فيه موجوداً، كما في المضطرّ.

وأما طيب النفس الّذي يستفاد من حديث الرفع ومن سائر أدلّة الإكراه فهو طيب النفس المجرّد عن الإكراه، وهذا النوع من طيب النفس يفهم من حديث الرفع مدخليّته في العقود بمعنى كونه شرطاً لها، سواء كان مقارناً للعقد أو لاحقاً به بعد العقد بواسطة الإجازة.

أقول: قد علم ممّا ذكرنا أنّ المذهب الصحيح بمقتضى الأدلّة الّتي نحن نتّكل / ٨٢٣ / عليها في غير المقام هو مذهب المحقق الثاني وذلك لأنّ المفروض أنّ الشهرة لا نقول باعتبارها.

وقد عُلم ممّا ذكرنا سابقاً من أنّه لو كان حديث الرفع شاملاً لجزء السبب ويكون المستفاد منه المانعية، فلا مفرّ إلّا من القول بمذهب المحقق الثاني.

ولذا ناقش الشيخ رحمه الله في شمول حديث الرفع لجزء السبب على التفصيل المتقدّم وقال: إن الصحة التأهلية تكون مقتضى القاعدة مع قطع النظر عن أدلّة الإكراه وناقش الأستاذ ـ سلّمه الله ـ في دلالة حديث الرفع على المانعية وقال: إنه يدل على اشتراط طيب نفس خاص في العقود وكلا المناقشتين محل المناقشة.

أما ما ذكره الشيخ فبما تقدّم من الإشكال عليه من وجوه عديدة؛ وأما ما ذكره الأستاذ ـ سلّمه الله ـ، فلان الإكراه المرتفع في حديث الرفع لا خصوصية له في العقود، مع أنّ من المسلّم عندهم في غير العقود أن الإكراه المرتفع بحديث الرفع يكون معناه كما في سائر الفقرات المذكورة في حديث الرفع* أن مطلق الآثار أو كلّ أثر يكون فيه مؤاخذة على المكرَه يكون مرتفعاً عن الفعل الذي أوجد إكراهاً وهذا يكون مقتضى

---

*) *المخطوطة : + يكون معناه .*

مانعية الإكراه عن صحة العقود الّتي يوجد من إكراه؛ فافهم*.

---

*) لا يخفى أن صاحب الجواهر في أوائل كلامه هنا في البيع يعترف بأن مقتضى حديث الرفع عدم الصحة بعد الإجازة أيضاً، كما أنّك عرفت وهن ما ذكره المصنف ﷺ والأستاد في بيان عدم دلالة حديث الرفع على الفساد بعد الإجازة، مع أنّ القائل بعدم الصحة بعد الإجازة كثير في الجملة في الجواهر، فإنّ العمدة في المسألة الإجماع إن تمّ، لكن قد يناقش في تمامه بإطلاق اشتراط الإختيار من بعضهم على وجهٍ يظهر منه أن اشتراط كاشتراط البلوغ والعقل، بل ربما ظهر من إطلاق معقد اجماع الخلاف ذلك.

ثمّ ينقل كلام الخلاف؛ فراجع.

بل المصنف ﷺ ادّعى شهرة المتأخرين ونسب التأمل في المسألة إلى الكفاية ومجمع الفائدة تبعاً للمحق الثاني وقال: إنه انتصر بعض المتأخرين أيضاً لهم.

هذا والحق ثبوت الصحة التأهلية في عقود المعاوضات وذلك لا من جهة الإجماع حتّى يناقش عليه ممّا تقدم؛ بل لأن ذلك على طبق القاعدة وذلك لما تقدم من أن الأستاد ﷺ ادّعى أن طيب النفس موجود في عقد المكرَه نظراً إلى أن طيب النفس الذاتي ليس بشرط في باب المعاوضات وإلّا يلزم بطلان عقد المضطرّ، بل يكفي الرضاية العرضية أيضاً في صحتها كما في عقد المضطر ونحن أنكرنا ذلك على الأستاد وقلنا: إن طيب النفس العرضي وإن كان كافياً في الصحة إلّا أنّه في المكره لا يوجد طيب النفس الذاتي ولا العرضي بمضمون العقد.

وعلى هذا نقول: إنّ الّذي يكون قابلاً للإكراه نفس العقد وهو جزء المؤثر، ويتوقف تمامية السبب على لحوق الرضا حيث إنّ الرضاء الّذي كان شرطاً يكون أعمّ من المقارن ممّا وقع عليه الإكراه ليس جزء المؤثر ولم يثبت له من الشرع إلّا صحة تأهلية، لأنه نتيجة كون العقد بضميمة الرضاء المتأخر مؤثراً في النقل وهذا الأثر لا يرفعه أدلّة الإكراه وذلك لا للوجهين اللذين ذكرهما المصنف ﷺ في آخر كلامه ونحن أفسدناهما في الحواشي السابقة، بل للوجه الذي استفيد من أول كلام المصنف ولم يذكر مناقشة واردة عليه، لا في كلام المصنف ﷺ ولا في كلام الأستاد ﷺ وهو وجه متين.

وملخصه: إنّ حديث الرفع بقرينة لفظ الرفع ووروده مورد الامتنان لا يرفع إلّا الأثر الضرري وبمناسبة الحكم والموضوع يكون المراد ما كان من الآثار ضرراً على المكرَه بالفتح والأثر الثابت لمّا وقع الإكراه عليه في المقام، نافع في حق المكره، لأنه الصحة المتوقفة على رضاه حيث لم تكن الرضاية موجودة والرضاء المتأخر كافٍ بمقتضى العمومات الّتي تقدم أنه من هذه الجهة لم يثبت عليها تخصيص وأما العقود الّتي في غير الماليات الّتي ليس لنا دليل على اعتبار الرضاء، فيكون مقتضى القاعدة فسادها رأساً لأجل أدلّة الإكراه.

/ ٨٢٤ /

تنبيه

[ثمرة البحث على قول المشهور ومذهب المحقق الثاني]

اعلم أنه بناءاً على مذهب المحقق الثاني يكون جميع العقود والإيقاعات باطلاً ويكون ملتزماً بذلك أيضاً ولا يلزم عليه خلاف قاعدة.

وأما بناءاً على مذهب المشهور لمّا يكون مقتضى القاعدة هو الصحة التأهلية في جميع العقود والإيقاعات، فلابدّ لهم من ارتكاب خلاف القاعدة في الإيقاعات وذلك لأنّهم لا يقولون بالصحة التأهلية فيها، فلابدّ لهم من أن يقولوا بخروج الإيقاعات عن ما يقتضيه القاعدة بواسطة الإجماع*.

وأما العقود الّتي تتوقف صحتها على قصد القربة وإن لم يكونوا قائلين فيها بالصحة التأهلية إذا صدرت عن إكراه؛ بل يقولون ببطلانها رأساً، إلّا أنّه مع ذلك ليس البطلان

نعم؛ يظهر من المصنف ﷺ أنّ الرضاء الأعم من المقارن شرط في تمام العقود، حيث تمسك لاعتبار الرضاء الأعم من المقارن بالأدلة الأربعة.

فعلى هذا المسلك ينتج ما ذكرناه ثبوت الصحة التأهلية في عقد المكره في تمام العقود؛ لكنّه فاسد، فإن قوله «لا يحلّ مال امرئ إلّا بطيب نفسه» يدل على اشتراط طيب النفس في صيرورة ما كان مالاً لشخص حلالاً لغيره ومقتضى العمومات أن طيب النفس إذا لم يكن مقارناً للعقد أيضاً يكفي في الصحة لعدم الدليل على خروج هذا العقد عن تحت العمومات وما في غير الماليات، فلا دليل على اعتبار طيب النفس إلّا من جهة ما دلّ عليه حديث الرفع بأن عقد المكره مرفوع أثره وعليه فمثل عقد النكاح إذا كان مكرهاً عليه، مقتضى حديث الرفع بطلانه لأنه ليس له صحة تأهلية حتى يقول ليس منّة في رفع هذا الأثر بأمره دائر بين الصحة الفعلية والفساد والمنّة في رفع الصحة هنا، ومثله الإيقاعات الواقعة على غير الماليات. (منه قدّس سرّه).

**) ولعل استظهار التسليم منهم في أن الإيقاعات لا تقبل الإجازة من جهة أنهم يذكرون هنا اشتراط الإختيار في عرض سائر الشرائط كالبلوغ من دون أن يقولون بعده من أنّه لو أجاز يصحّ، كما يفعلون كذلك في البيع ونحوه. (منه قدّس سرّه).*

رأساً بالنسبة إلى مثل هذه العقود على خلاف مقتضى القاعدة، وذلك لأنّ المفروض أن قصد القربة شرط في مثل الوقف والصدقة *.

وعلى هذا، فإذا كان مثل هذه العقود صادراً عن الإكراه، فيكون باطلاً لفقدان قصد القربة فيها.

[قصد القربة وطيب النفس]

ولا يخفى أن قصد القربة ليس نظير طيب النفس بأن يمكن تحصيله بعد العقد؛ بل يكون نظير العربية الّتي يشترطونها في صحة العقود في أنه إذا كان العقد فاقداً لها من حين صدوره، فلا يمكن أن يتصف العقد / ٨٢٥ / بها بعد ذلك.

إن قلت: فكيف يكون عقد الوقف من الوكيل صحيحاً مع أنّه أيضاً لا يتمكن من قصد القربة؟

قلت: سيأتي في الفضولي بيان الفرق بين عقد المكرَه والوكيل وأن الوكيل يتمكن من قصد القربه ـ إن شاء الله ـ.

هذا؛ ولا يخفى أنه يمكن حصول قصد القربة للمكرَه بعنوان أن إتيان هذا الفعل لأجل دفع الضرر عن نفسه محبوب عند الله تعالى.

إن قلت: إنّ قصد القربة لابدّ وأن يكون بعنوان الوقف مثلاً إذا كان المكره عليه هو الوقف.

قلت: هذا غير لازم؛ لأن الفقهاء يقولون بصحة الصدقة في صورة أعطى الصدقة إلى خادم المسجد من جهة أنه خادم المسجد، لا من جهة أنّ الصدقة بعنوان أنّه صدقة محبوب لله تعالى.

أقول: إعطاء شيء إلى الفقير مجاناً لأجل الله تعالى يكون صدقة وإعطائه إلى فقير

---

*) ***يظهر من الجواهر في مسألة وقف الكافر وقبل التعرض لاشتراط القبض في التولية أن اشتراط القربة في الوقف خلافي منهم في العتق والصدقة مسلّم. (منه قدّس سرّه).***

دون فقير لأجل خصوصية مقرّبة غير مخرج له من عنوان الصدقة؛ لأن تعريف الصدقة صادق عليه ولا يشترط أن يكون المُعطي للصدقة ملتفتاً حين قصده للقربة لعنوان الصدقة، فهو آتٍ بنفس الصدقة وقصد القربة بها وإن لم يكن ملتفتاً إلى عنوانها.

وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن عمل الفاعل /٨٢٦/ هو وقف داره ولم يقصد القربة به وإنما قصد القربة بعنوان برّانيّ (؟) قد تقارنه معه؛ فتأمّل*.

[الإجازة لا تُصحّح عقد الهازل، ولا فرق بين عقد الهازل والمكرَه]

الرابع ممّا دلّ على مذهب المحقق الثاني ويكون ردّاً على المشهور هو ما اتّفقوا عليه إلّا عن بعض من بطلان عقد الهازل وأن الإجازة لا يصحّحه، مع أنّه لا فرق بين عقد الهازل والمكرَه.

والشيخ وصاحب الجواهر لم يعتنيا بهذا النقض من جهة تخيّل أن الهازل غير قاصد للمعنى فلا يصدق العقد على ما يتلفّظ به الهازل من «أنكحت وزوّجت» وأشباه ذلك، إلّا أنّك قد عرفت سابقاً أنّ القصد إلى المعنى ممّا هو جبلّيّ للنّاس عند ذكر اللفظ مع أنّ الهازل لا داعي له إلى التورية أيضاً.

وقد صرّح الشيخ ﷺ في أول هذه المسألة أنّ الهازل قاصد للمعنى ويكون هذا منافٍ لما نُسب إليه هنا.

[الكلام في الإستعمال]

وبالجملة نحن نقول: إنه لو قلنا إن الإستعمال عبارة عن ذكر اللفظ لقصد تفهيم المعنى منه، فحينئذٍ نخرج كلام الهازل عن كونه كلاماً، فلا يكون العقد عليه صادقاً

---

*) *في العبادات الاستجارية سيأتي أن بعض يقول بأنّه يقصد القربة بالأمر الّذي يكون عليه بالوفاء بالعقد ويلزمه أن يقول هنا بكفاية الأمر الّذي يكون عليه بدفع الضرر عن نفسه لو كان التزامه هناك بما نقلناه من باب القاعدة، لا من باب أنه قام هناك دليل على الصحة، فيوجّه القربة بذلك. (منه قدّس سرّه).*

حتى يشمله ﴿ **أوفُوا بِالعُقُود** ﴾ أو غير ذلك، وذلك لأنّ العقد من أفراد الكلام والكلام من أفراد اللفظ المستعمل والمفروض عدم تحقق الإستعمال بناءاً على هذا الوجه، إلّا أنّه بناءاً على صحّة هذا المبنى يَرِد علينا أنّ التورية لا يصير منشأً لأن يصير الكلام الكذب صدقاً وذلك لأنه إذا كان زيدٌ في الواقع راكباً وأنت تريد أن يفهم المخاطب أنّه قاعد، / **٨٢٧** / فقلنا سابقاً من أنّك تقول «زيدٌ قاعد» وتقصد بقولك «قاعد» أنه راكب حتّى يخرج الكلام عن كونه كذباً وذلك لأنّ الكذب عبارة عن استعمال اللفظ في معنى مخالف للواقع وأنت [استعملتَ] لفظ القاعد في الراكب وهو مطابق للواقع، فلا يكون الكلام كذباً إلّا أنّ ذلك كان مبنيّاً على أن نقول: إنّ استعمال اللفظ عبارة عن ذكر اللفظ وقصد المعنى منه، فكلّ معنى قصد من اللفظ يكون اللفظ مستعملاً فيه.

وأما إذا قلنا إن الإستعمال عبارة عن ذكر اللفظ لقصد تفهيم المعنى وإن كلّ معنى يكون المقصود تفهيمه يكون اللفظ مستعملاً فيه، فنقول: إنّ المقصود من ذكر لفظ «قاعد» هو تفهيم معنى نفسه والمفروض أن هذا المعنى يكون مخالفاً للواقع، فيكون كذباً.

وعلى هذا فنقول: إنّا نختار أن الإستعمال عبارة عن ذكر اللفظ لقصد تفهيم المعنى منه.

وأما مسألة وجوب التورية لو قلنا به، نقول به / **٨٢٨** / تعبّداً والأولىٰ من ذلك أن نقول: إنّ الإستعمال أخذ فيه كلا القيدين فيكون الإستعمال عبارة عن ذكر اللفظ لغرض تفهيم المعنى منه بشرط أن يقصد تلك المعنى منه أيضاً.

وعلى هذا، فنقول بعدم صدق الإستعمال في حق الهازل لانتفاء القيد الأوّل وبعدم صدقه في حق من يورّي أيضاً لانتفاء الجزء الثاني، فليس في المقامين كلام حتى يصدق العقد أو الكذب.

أقول: الصّواب أن يقال: إنّا نرىٰ عدم صدق العقد وغير ذلك من العنوين على ما يقوله الهازل، وأما أن الإستعمال ايّ شيء يكون مأخوذ فيه، فغير مثمر بعد ما يرجع

في تعيين صدق الكلام والصدق والكذب وغير ذلك إلى العرف*.

وأما أن الإستعمال يكون مأخوذاً في جميع هذه المذكورات أم لا، فليس هنا محلّ ذكره.

وأما الثاني من أدلّة قول المشهور هو فحوىٰ أدلّة الفضولي وقد يقال: إنه لا محظور فيه ولكنّي **أقول**: لا يخفى أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ يقول في ضمن كلماته كثيراً: إنّ الفحوىٰ ليس جارياً في الأحكام الوضعية وما نحن فيه أيضاً منها.

وأنا **أقول**: إن الفحوىٰ إذا كان بحيث يكون الدلالة / ٨٢٩ / الفحوائي ممّا يكون مستنداً إلى اللفظ بحيث يكون اللفظ دالاً عليه عرفاً، فلا مانع من اعتباره، وإلّا فليس بشيء، إلّا أن يوجب القطع بالواقع**.

[فروع]

ثمّ إنّ هنا فروعاً:

---

*) *ولعلّ الفرق الحاصل بين الهازل والمكرَه بعد الاعتراف بوجود القصد الصوري في الهازل أيضاً أن الهازل لا يقصد تحقّق البيع عن جدٍّ ولذا لا يقال لما أنشأه أنه بيع، والمكرَه لما تخيّل أنه لابدّ أن يتصدىٰ للبيع حقيقة، فيقصد جدّاً لدفع ضرر المكرَه ولكنّه في لبّ الواقع لم يكن راضياً؛ إذ رفع الضرر لم يكن موقوفاً على نفس الانتقال؛ بل على مجرّد إجراء العقد بخلاف المضطرّ المصطلح، فلو لم تخيّل المكره دفع الضرر على القصد عن جدٍّ، بل لم يقصد النقل، فيكون مجرّد تورية ولا يصدق العقد حقيقة على ما قاله لمن التفت حاله. وهذا الذي يقول في الجواهر: إنه غير قابل للإجازة. (منه قدّس سرّه).*

**) *لا يخفىٰ أن فحوىٰ أدلّة الفضولي أو تنقيح مناطه كما يقول المصنف ينفع لو لم نقل بدلالة حديث الرفع على البطلان وعدم الصحة بعد الإجازة وإلّا فيقع التعارض بين حديث الرفع وأدلّة الفضولي حيث دلّت التزاماً على خلاف ما يدلّ عليه حديث الرفع وحديث الرفع من حيث هو مقدّم إلّا أنّه في المقام لو قدم حديث الرفع فيبقى ما دلّ على صحة الفضولي بعد الإجازة بلا مورد، بعد فرض القطع بأن المكرَه مثل الفضولي وأن الملازمة بينهما ثابتة لأنه على فرض تقدم حديث الرفع لابدّ أن يقال بأن شيئاً من عقدي الفضولي وما أكره عليه لا يصح من الإجازة فالأولىٰ منع الملازمة بين الفضولي وعقد المكرَه. (منه قدّس سرّه).*

[هل الإجازة على القول بالصحة التأهلية ناقلة أو كاشفة؟]

منها: هل الإجازة على القول بالصحة التأهلية ناقلة أو كاشفة.

ومنها: أن الإجازة الّتي تكون ثابتة للمكرَه، هل تختص بزمان قصير بعد رفع الإكراه عنه، أم له أن يُجيز ولو طال الزمان؟

ومنها: أنه هل يجبره المكره على اختيار واحد من الردّ والإجازة أم لا؟ والكلام في جميع هذه الفروع سيأتي في الفضولي ـ إن شاء الله ـ.

المقام الثالث

في بيان حكم الإكراه المتعلق على الأسباب

ولا يخفىٰ أن الأسباب:

منها: ما لا يكون للقصد مدخلية في سببيتها وذلك كالإتلاف والجنايات.

ومنها: ما يكون للقصد مدخلية في سببيتها كالقبض الّذي هو شرط في الهبة والوقف والسَّلَم وغير ذلك، ومثل الحيازات؛ بناءاً على قول المشهور من اشتراط قصد التملك في صيرورة الحيازة سبباً للملكية.

أما القسم الأوّل فنقول: إنّ المشهور كما نقل يكونون على أنّ الإكراه يصير منشأً لرفع الضمان إلّا أنّ المنقول عن الشهيد في الروضة أن الإكراه / ٨٣٠ / غير رافع للضمان في الأسباب*.

---

*) ***لا يخفىٰ أنّ القول بعدم كون الإكراه رافعاً للضمان لم نَرَه في الروضة، لا في كتاب الغصب ولا القصاص ولا الديات، بل ولا من أحد آخر في هٰذه المواضع المعدّات لذكر هذه المسألة؛ بل سمعنا منهم خلافه. قال في الجواهر في أوائل كتاب الغصب بعد قول المصنّف ﷺ ولا يضمن المكره المال وإن باشر الإتلاف والضمان على من أكرهه لأن المباشرة ضعفت بالإكراه، فكان***

ونحن نقول: للمسألة مدارك ثلاثة لإثبات رفع الضمان:

الأول ما هو بمنزلة الأصل للمدركين الآتيين وهو أنّ العلماء ذكروا في أول كتاب الغصب أنّ السبب للإتلاف كالمباشر في أنه يثبت الضمان في حقّه وأنه إذا اجتمع السسب والمباشر يكون الضمان على أقويٰهما مثلاً إذا كان للمريض طبيب وممرّض يأخذ له الدواء ويشرّبه، ثمّ كتب الطبيب له دواء مهلك فاشترى الممرّض له وأعطاه، فشرّبه، فهنا لو كان الطبيب عالماً، فلا إشكال في كونه ضامناً إذا كان الممرّض جاهلاً؛ لأن السبب هنا يكون أقوىٰ من المباشر * ولو كان بالعكس يكون الحكم بالعكس كما

ذوا السبب هنا أقوىٰ.

قال: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك .

نعم ؛ قد تقدّم في كتاب الطلاق تفصيل ما يتحقق به الإكراه وفي المسالك « ربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لا يمكن تحمّله » ؛ إنتهىٰ .

فلو كان خلاف ففي المقدار الضرر المتوعّد عليه على ما نقله في المسالك ، لا في أصل كون الإكراه رافعاً للضمان .

نعم ؛ لو كان الإكراه على القتل فيكون المسلّم أن الإكراه غير رافع لأثر المكرَه عليه وهو الدية ، وأما الدم دون القتل فكلام فيه في أواسط كتاب القصاص . (منه قدّس سرّه).

**) أقول : لا يخفىٰ أنّ الطبيب الّذي يكون من المسلّم أنه ضامن هو من يباشر المعالجة كما تعرّضوا له في أوائل كتاب الديات ، ومن هنا يعلّونه من أفراد المباشر للإتلاف لا ذوالسبب . ومن هنا قال في الجواهر بعد الفراغ عن حكم مسألة الطبيب : هذاكلّه إذا تولّى الطبيب العلاج بنفسه ، أمّا إذا قال « أظنّ أنّ هذا الدواء نافعٌ لهذا الداء » أو « لو كنتُ أنا لفعلت كذا » ونحو ذلك ما لم يكن فيه مباشرة منه وإن فعل المريض العامل المختار أو وليّه ذلك اعتماداً على القول المزبور ، فإن المتّجه فيه عدم الضمان للأصل وغيره ، كما أنّ المتّجه عدم شيء عليه حيث لم يعلم الحال لاحتمال الموت بغير العلاج ؛ إنتهىٰ .*

أقول : نعم ؛ لو كان الطبيب عالماً بالمُهلكية فيكون للمرض ضعفاً للغرور والجهل دون السبب ، فيكون الضمان على الغارّ وهذا بخلاف ما لو كانا جاهلين بالمهلكية ، فإن السبب لما لم يكن أقوىٰ فيكون الضمان على المباشر ، فلا وجه للتنصيف .

ونحن لم نَرَ تعرّض العلماء لخصوص مثال اجتماع الممرّض والطبيب في إشراب الدواء المهلك في مظانّه من كتب الفقهاء . (منه قدّس سرّه).

أنه لو كان كلاهما جاهلاً يكون الضمان بينهما بالنصف.

أقول: حكم الأخير يكون على خلاف القاعدة ظاهراً؛ لأن المباشر من حيث هو يكون أقوىٰ ما لم يوجد ضعف له وقوّة السبب؛ فافهم.

[الكلام في السبب: المكرِه، والمباشر: المكرَه]

ثمّ لا يخفىٰ أنه فيما نحن فيه يكون المكرِه بالكسر سبباً والمكرَه بالفتح هو المباشر.

ولا يخفىٰ أنّ المباشر هنا ليس بضعيف وذلك لأنّ الإتلاف مستند إليه عرفاً /٨٣١/ والمدار على ذلك.

فبناءاً على هذا يكون الحق مع الشهيد لو لم يثبت خلاف ذلك فيما بعد بما يكون حاكماً على دليل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» وأشباه ذلك.

[الكلام في قوله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾]

الثاني: قوله تعالى: ﴿**ما عَلَى المُحسِنِين مِن سبيلٍ**﴾؛ وجه الدلالة أنه قد تقدّم في المقبوض بالعقد الفاسد أنّ المحسن هنا ليس بمعنى الإنعام بالغير؛ بل إنما هو عبارة عن فاعل فعل الحسن والمراد بفعل الحسن هو الّذي يكون مأذوناً فيه واقعاً.

وعلى هذا نقول: إنّ إتلاف مال الغير كان حراماً وموجباً للضمان إلّا أنّه بعد تعلّق الإكراه به يصير جائزاً لقوله ﷺ «**ما استكرهوا عليه**» المذكور في حديث الرفع وإذا صار الإتلاف مأذوناً فيه واقعاً، فيشمله قوله تعالى: ﴿**ما على المحسنين من سبيل**﴾ فيرتفع الضمان من هذا الفعل أيضاً.

ولايخفىٰ عليك أنه يشترط في صيرورة الإذن رافعاً للضمان أن لا يكون الإذن متعلقاً بعنوان آخر ويكون نفس الفعل المهلك مغفولاً عنه، ومن هنا نقول بأن الطبيب مأذون في المعالجة ومع ذلك يكون ضامناً وذلك لأنّ عنوان المعالجة الذي تعلّق الإذن بها مغاير مع إعطاء الدواء المهلك بالمريض وإعطاء الدواء المهلك كان حراماً موجباً

للدّية.

ثمّ إنّ غفلة الطبيب عن ذلك صار منشأً / ٨٣٢ / لرفع الحرمة عنه، لا لرفع الدية.

وكذلك معلّم الأطفال مأذوناً في تأديبهم وضربهم ضرباً يوجب الجرح من باب الغفلة يكون عليه دية الجرح؛ لأن الإذن كان متعلقاً بعنوان التأديب وهذا الضرب الخاص لم يكن مأذوناً فيه وإنما نشأ عنه من باب الغفلة.

أقول: هذا يتمّ لو قلنا إن المحسن في الآية يكون معناه الفاعل لفعل المأذون فيه واقعاً، لا الأعمّ من الإذن الواقعي والظاهري.

[المحسن هو المنعم أو الفاعل لفعلٍ مأذون فيه]

ثمّ إن كون المحسن* بمعنى المُنعِم هو معناه الظاهر منه إلّا أنّ الأستاذ ـ سلّمه الله ـ

---

*) *وأما المحسن فهو فاعل الإحسان وذهب بعضهم إلى أنّه فاعل الحسن أيضاً وفرّع عليه عدم ترتّب الضمان على مثل قاطع يد الجاني قصاصاً فمات، لأنه محسن أي فاعل للحسن وهو المباح. وقد قال الله تعالى: ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ وفيه نظرٌ وإنما المحقق منه فاعل الإحسان، فيقال: أحسَنَ يُحسِن فهو مُحسِنٌ، وأما الحسن ففاعله حسن أيضاً.*

ويتفرّع على ذلك رجوع المنفق على الحيوان .. إنتهى.

هذا؛ إلّا أنّه تقدم في بدل الحيلولة وقاعدة «كلّما يضمن بصحيحه» آية أخرىٰ تدلّ على نفي السبيل عن من فعل الفعل الجائز، فمثل قوله تعالى ﴿ وَلَمَن انتَصَر بعد ظُلمِه فأولئِك ما عليهم من سبيل ﴾ له لكون النكرة في سياق النفي دالاً على التعميم ومستلزماً له تدلّ على نفي مطلق السبيل عن المكافات، فيثبت به عدم الضمان فيما لو قطع يد الجاني قصاصاً فمات، كما في كلام الشهيد ﷺ؛ بل قوله تعالى ﴿ إنما السّبيل ﴾ .. الآية تدلّ على نفي السبيل المطلق عما يترتب على الفعل الّذي يكون حقاً وجائزاً واقعاً، بل لا يبعد دلالته على نفي السبيل على من كان معذوراً في فعله وإن كان خلاف الحق واقعاً لعدم صدق الظلم والبغي عليه إلّا أن يقال: إن كون العمل بغير حق مأخوذ في البغي، فذكر «بغير حقّ» بعده مبني على تجريده عليه، لا أن يكون القيد توضيحياً فيكون المراد من البغي تعرّض الفعل الّذي يكون بغير حق.

وعلى كلّ حال دلالته على المرتبة الأخيرة ضعيفة.

ويظهر الثمرة في مقام المعارضة لو سلّم أصل الدلالة، كما تقدّم في قاعدة «كلّما يضمن» ومقتضىٰ ما ذكرنا رفع الضمان عن المكرَه بالفتح، لأن فعله بعد ثبوت أصل جوازه / ٨٣٢ / بحديث

يدّعي قرينة على أنّ المراد منه هو الفاعل لفعل مأذون فيه، وهٰذه القرينة هو أن لفظ المحسن كلّما ورد في القرآن يكون المراد هو الفاعل لفعل المأذون فيه، لا المُنعِم إلى الغير.

ولا يخفىٰ أنه نقلنا عنه في مسألة أنّ المغصوب بقيمة يوم التلف أو أعلى القِيَم قرينة من الآية السابقة على هٰذه الآية على أنّ المراد من المُحسِن هو فاعل الفعل المأذون فيه، لا المنعم إلى الغير، ولكن في كلا القرينتين تأمّلٌ.

أمّا الثاني فلِما تقدم، وأمّا الأوّل فلأن المطلب إثباته في غاية الإشكال، مع أنّ الظاهر من لفظ المحسن هو المحسن إلى الغير.

هذا؛ مع أنّه لو كان المراد منه هو الفاعل لفعل جايز فتخصيص ذلك بما إذا كان جائزاً واقعاً حتى لا يشمل ما يكون مأذوناً فيه /٨٣٣/ في الظاهر محل التأمّل والإشكال.

ويوضح الحق في الدعوى الأخيرة بالمراجعة إلى ما كتبناه في أول البراءة لإثبات حكومة الأمارات على الأصول.

ولا يخفىٰ أنه بناءاً على هذا المدرك صار مختار الأستاد هو ما يقوله المشهور من رفع الضمان عن المكره ولكن هذا المدرك عندي مخدوش، كما تقدّم.

الثالث: أن نثبت عدم الضمان على المكره بحديث الرفع وقبل الشروع في المطلب

الرفع يدخل في الحق الّذي قد عرفت رفع الضمان عنه، كما أنّ مقتضىٰ ما ذكرنا رفع الضمان عن الطبيب المأذون في المعالجة ومن يكون مأذوناً في تعليم الأطفال وهي نظير ما تقدّم في كلام الشهيد الثاني من رفع الضمان عن الذي يقطع اليد قصاصاً فيموت، لكن بشرط عدم التعدّي عمّا كان مأذوناً فيه واقعاً، إلّا فمجرد كونه معذوراً فيما فعله لغفلته عرفت أنّه لا يرفع الضمان، أو أن دليل الضمان في هذه الصورة أقوىٰ ما دلّ على رفع الضمان.

وما تقدّم من الحكم بالضمان في المثالين في فرض خطاء الفاعل ما ذكرناه عن تمهيد القواعد بعد ما ينقل عن الجمهور أنّ المباح حسن وعن المعتزلة عدم كون المباح والمكره حسناً لاشتراط أن يكون للفعل صفة توجب المدح في ذلك كالقبيح في مقابله، كما ذكرناه في الأدلّة العقلية. (منه قدّس سرّه).

لا بأس من أن نذكر كلاماً من صاحب العنوين* وحاصله أنه سئل عن صاحب الجواهر من ثبوت الضمان على المكره في الأسباب وعدمه، فأجاب عنه برفع الضمان عن المكره لحديث الرفع؛ بناءاً على أن حديث الرفع يرفع الحرمة والضمان.

فأورد عليه بالقتل؛ فإن الدية ثابتة في حق المكره، فأجاب بأن مقتضى القاعدة اولاً هو ثبوت الضمان في جميع الإتلافات والجنايات إلّا أنّ هذا الأصل انقلب في صورة كان صدور الإتلاف والجناية عن فاعلهما عن كُرهٍ.

ثمّ خصّص دليل الإكراه في خصوص الدماء للاجماع ولقوله عليه السلام «**لا تقيّة في الدماء**».

فأورد عليه ثانياً بالنقض بالخطأ، فإن حديث الرفع كما يدلّ على رفع الآثار المترتّبة على المكرَه عليه، كذلك يدلّ على رفع الآثار المترتبة على ما صدر من الإتلاف وغير ذلك من خطأ، مع أنّ العلماء يقولون بثبوت الضمان في كلّ سبب موجب للضمان إذا صدر عن فاعله خطأً، فأجاب بأن فقرات حديث الرفع معارض مع أدلّة الأحكام / ٨٣٤ / والنسبة بين المتعارضين عموم من وجه؛ لأن كلّ واحد من الإكراه والخطأ والاضطرار مثلاً يمكن أن يكون متعلّقاً بالإتلاف وبغيره أيضاً، كما أنّ الإتلاف أيضاً يمكن أن يكون من الإكراه أو الاضطرار أو الخطأ ويمكن أن لا يكون عن شيء منهم، وهكذا مثل هذه الفقرات من حديث الرفع يكون مع كلّ واحد من أدلّة الأحكام نسبتهما عموم من وجه وإذا صار المتعارض نسبتهما عموم من وجه، فحينئذٍ نرجّح أحد العامّين على الآخر بواسطة الشهرة، فنقول:

إنه بالنسبة إلى الإكراه يكون الشهرة على العمل بحديث الرفع وبالنسبة إلى الخطأ والنسيان وغيرهما يكون الشهرة على العمل بأدلة الأحكام، لا بحديث الرفع؛ إنتهىٰ مضمون كلامهما.

ولا يخفىٰ أنّ المسلك الّذي تكلّما على طبقة لا يوافق مع ما هو بأيدينا من السلوك

---

*) *في عنوان التاسع والثمانين. (منه قدّس سرّه).*

في الأدلّة وذلك لأنا لا نقول بكون حديث الرفع معارضاً مع الأدلّة المثبتة للأحكام؛ بل إنما نقول بحكومته عليها.

وعلى هذا، فلو سلّمنا دلالة حديث الرفع على رفع مثل هٰذه الآثار فلا نتأمّل في تقدّمه على سائر الأدلّة المثبتة للأحكام.

هذا؛ مع أنّه لو قلنا بكونهما من قبيل المتعارضين أيضاً لا نقول بتقدّم أحدهما على الآخر لكونه مطابقاً للمكره وذلك لأنّ الشهرة الفتوائية غير مقوّية للدلالة حتّى / ٨٣٥ / يصير ما يكون مطابقاً للمشهور داخلاً في عنوان أقوى الدليلين، كما في العام والخاص.

وعلى هذا، فلابدّ لنا من أن نتكلّم في حديث الرفع حتى نرى من أنّه هل يدل على رفع السببية عن الأسباب الموجبة للضمان من قبيل الإتلاف وأشباه ذلك، أم لا.

[حديث الرفع اثنان]

فنقول: إنّ حديث الرفع إثنان:

أحدهما المروي عن النبي ﷺ بسند صحيح على ما نُقل وهو أنه «**رُفع عن أمّتي تسعة: الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**» .. إلى آخر التسعة.

ولا يخفىٰ أنه لابدّ من أن يقدر بدلالة الاقتضاء هنا شيء يصح نسبة الرفع إليه؛ لأنّه لو كان رفع نفس هذه المذكورات مراداً، فذلك موجب للكذب لوقوعها في الأمة كثيراً والمقدر هنا ـ كما ذكره الشيخ في مسألة البراءة ـ مردّد بين المؤاخذة والآثار الظاهرة من كل شيء يتعلق به الإكراه أو الخطأ وغير ذلك وجميع الآثار المترتبة عليه.

ولا يخفىٰ أنه لو كان المقدر هو المؤاخذة، فحينئذٍ لا ينفع فيما نحن فيه؛ لأنا نُريد أن نرفع الحكم الوضعي وهو الضمان.

وعلى هذا؛ إن كثيراً من المطالب المرتبتة بحديث الرفع قد تقدم في حديث رفع القلم عن الصبي إلّا أنّه نذكر لبيان عدم دلالة الرواية على ما نريد ان نثبته وهو رفع الآثار / ٨٣٦ / الوضعية بحديث الرفع في هذا المقام بكلمة واحدة وهو أن تقدير واحد

من الأمور المذكورة إنما يكون بدلالة الاقتضاء ودلالة الاقتضاء ليس له إطلاق يؤخذ فيه، فلابدّ من أن يقتصر على القدر المتيقّن حيث إنّ الكذب يرتفع بذلك، وما سواه مشكوك والقدر المتيقن في المقام هو أن يقدر المؤاخذة، فلا يدلّ على ارتفاع الأحكام الوضعية كسببية الإتلاف للضمان.

[المؤاخذة الدنيوية والأخروية]

أقول:

إن قلت: إن المؤاخذة كما تقدم في حديث رفع القلم أعمّ من المؤاخذة الدنيوية والأخروية، وعلى هذا نقول: إنّ الإتلاف يكون عليه المؤاخذة الدنيوية، فلابدّ أن يرتفع بحديث الرفع ذلك أيضاً ومقتضاه عدم الضمان لأن الضمان يكون عليه المؤاخذة الدنيوية.

قلت: ليس لنا لفظ المؤاخذة حتى نقول: أنّها أعمّ من المؤاخذة الدنيوية؛ بل القدر المتيقّن هو المؤاخذة الأخروية، فلابدّ من أن يقتصر بها، مع أنّ لنا أن نقول: إنّ المترتّب على الإتلاف هو نفس الضمان وهو ثبوت المال في الذمّة. وأما أخذ المال منه الّذي يعبّر عنه بالمؤاخذة الدنيوية يكون مترتباً على الضمان، لا على الإتلاف والقدر المتيقن إنما هو رفع المؤاخذة الدنيوية المترتبة على نفس الإتلاف المكرَه عليه، لا على ما يترتب على المكره؛ فتأمّل.

نعم؛ إذا صار نذر / ٨٣٧ / شيء من المال عن إكراه فيكون المؤاخذة الدنيوية هنا على نفس النذر لو لم يكن النذر معلّقاً على أمر وقلنا بصحته مثل هذا النذر وقلنا: إنه لا يأتي في الذمة شيء، بل إنما الحكم التكليفي يترتب على نفس النذر أولاً، فنقول بشمول حديث الرفع لمثل هذه المؤاخذة الدنيوية لو عمّمنا المؤاخذة المقدّرة للدنيوية أيضاً.

إن قلت: إن المؤاخذة الأخروية أيضاً مترتّب على الإتلاف وذلك لأنه لو لم يؤدِّ ما يجيء في ذمّته يكون معاقباً.

قلت: القدر المتيقّن هو المؤاخذة على نفس الإتلاف وهو المؤاخذة المترتبة على نفس الإتلاف الّذي يكون من المحرّمات، وأما المؤاخذة الّتي تثبت عليه من مخالفة الأمر الّذي تعلّق عليه بأداء ما في ذمّته ويعصيه اختياراً، فلا.

وأقول ثانياً من أنّه لو قلنا بعدم شمول حديث الرفع للأسباب كالإتلافات، فلابدّ من أن نقول بعدم شموله للعقود والإيقاعات أيضاً لعدم الفرق، كما يظهر بالتأمل فيما ذكرته، مع أنّ الظاهر ـ كما تقدم ـ أن كلّهم أو جُلّهم كانوا ملتزمين بشمول حديث الرفع للعقود والإيقاعات إلّا أنّه قد يقال بناءاً على تقدير المؤاخذة: نلتزم بعدم شموله للعقود والإيقاعات / ٨٣٨ / أيضاً.

وعلى هذا فالمهمّ في المقام أن نشير إشارة إجمالية إلى أن مقتضى الحقّ أن يكون المقدّر في حديث الرفع هو المؤاخذة أم لا وأنه لو قدّرنا المؤاخذة أيضاً، فهل الحق جواز التمسك في العقود والأسباب بحديث الرفع، أم لا.

[هل المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذة أم لا؟]

أما المقام الأوّل فنقول: إن ما يجوز التمسك به في لزوم الاقتصار على تقدير المؤاخذة أمران:

الأوّل بمقتضى مادة لفظ الرفع حيث إنه ضدّ الوضع وهو العبارة عن حمل شيء ثقيل وليس في غير رفع المؤاخذة رفع ثقل.

الثاني أنه لو سلّمنا عدم تعين ذلك إلاّ أنّه القدر المتيقن وليس لنا إطلاق، فلابدّ من أن نقتصر عليه، كما تقدّم شرح هذا الوجه.

[هل الحق جواز التمسك في العقود والأسباب بحديث الرفع أم لا؟]

وأما المقام الثاني: فقد عرفت من أنّه بناءاً على ما ذكرنا من أنّه لابدّ من أن يقتصر في مقام التقدير من جهة دلالة الاقتضاء على ما هو القدر المتيقن وهو المؤاخذة الأخروية المترتبة على نفس ذلك الشيء الذي الرفع به.

هذا؛ ولكنّا نقول: إن الرواية مع قطع النظر عن ظهور لفظ الرفع في ارتفاع ما هو ثقيل على المكلّف يكون ظاهراً في رفع جميع الآثار أو الآثار الظاهرة، وذلك لأنّ مقتضى ظاهر اللفظ أن يكون ذوات هذه الأمور الّتي تعلقت بها هذه العناوين المذكورة في الرواية مرفوعاً إلّا أنّه بعد ما لا يمكن إرادة رفع ذوات هٰذه الأمور حيث إنه كان موجباً للكذب، فلابدّ أن يحمل على ما هو أقرب إلى المعنى الحقيقي وهو رفع جميع الآثار. فيكون / ٨٣٩ / المراد رفع جميع الآثار بلسان رفع الموضوع. ومثل هذا في كلام البلغاء شايع؛ بل في كلام غيرهم أيضاً كثير.

أو الآثار الظاهرة بدعوىٰ أنّ العرف لا يرون للموضوع إلّا الآثار الظاهرة منه فيعبّرون في مقام رفع الآثار الظاهرة وإثباتها برفع هذا الموضوع وإثباته.

هذا مقتضى القاعدة في هذا المقام ولابدّ من أن نلاحظ في أنه وجد في البين قرينة على أنّ المراد هو المؤاخذة أو وجد في البين ما ينشأ الإجمال حتّى يلزم علينا الاقتصار برفع المؤاخذة لأجل كونها القدر المتيقن، أم لا.

[ادعاء وجود القرينة على تقدير المؤاخذة]

فنقول: ادّعي وجود القرينة على تقدير المؤاخذة من وجوه:

الأوّل لفظ الرفع على ما تقدم.

الثاني ورود الرواية في مورد الامتنان، وهذا إنّما يقتضي ارتفاع ما يكون فيه ضرر وهو المؤاخذة.

الثالث في بعض الفقرات المذكورة في الرواية كما لا يعلمون، لا يمكن أن يكون المرفوع فيه هو الحكم الواقعي في كثير من موارده، كما في موارد الشبهات الحكمية، حيث إن رفع الحكم الواقعي موجب للتصويب، فلابدّ أن يكون أثر الحكم وهو المؤاخذة.

قلت: لا يخفىٰ أنّ المرفوع ليس استحقاق العقاب وذلك لأنه أثر عقلي غير قابل للرفع.

/ ٨٤٠ / وعلى هذا فلو قدّرنا المؤاخذة أيضاً، فيكون لذلك احتمالان:

الأوّل: أن يكون المراد رفع خصوص المؤاخذة الفعلية لزمه رفع الاستحقاق، كما يقوله المنكر للعفو الحتمي، أم لم يلزمه، كما يقوله القائلين بإمكان العفو الحتمي.

وهذا الاحتمال فاسد على ما ادّعاه الشيخ؛ لأن المرفوع لابدّ وأن يكون من الآثار الشرعية والمؤاخذة ليس من الآثار الشرعية وإن كان هذا الدعوىٰ عندي محلّ الإشكال من جهة أنّه لا يلزم إلّا أن يكون المرفوع ممّا يكون وضعه ورفعه بيد الشارع، سواء كان من الأحكام أم لا، والمؤاخذة كذلك* حيث إن وضعها ورفعها بيد الشارع.

نعم؛ تقدير المؤاخذة موجب لكثرة الإضمار حيث إنّ المعنى على هذا أنه رفع المؤاخذة عمّا لا يعلمون، مع أنّ هذا خلاف الظاهر عرفاً من قوله «**رفع ما لا يعلمون**» و«**رفع ما استكرهوا عليه**»، مع أنّه يكفي لمناسبة لفظ الرفع أن يكون المرفوع كلّ أثر شرعي يكون فيه مؤاخذة بوجهٍ من الوجوه ولو بألف واسطة ولا دخل لذلك بالأصل المثبت أيضاً.

وعلى هذا فنقول: إن قوله «**رفع ما لا يعلمون**» يكون المقصود رفع آثار ما لا يعلمون بلسان / ٨٤١ / رفع الموضوع، كما هو مقتضىٰ لسان البلاغة أيضاً، إلّا أنّ المراد من الآثار بقرينة لفظ الرفع إنما هو الآثار الّتي تكون من قبلها ثقل على المكلّف ولو بألف واسطة إذا كان الآثار نفس متعلّق هذه العنٰوين أعني آثار ما لا يعلمون والمنسيّ والمكرَه عليه إلى غير ذلك وضعية كانت تلك الآثار أو تكليفية.

إن قلت: سلّمنا ذلك كلّه إلّا أنا نقول: إن القدر المتيقّن إنما هو رفع كلّ حكم شرعي مترتب على متعلق هذه العنٰوين الّذي يكون فيه المؤاخذة من دون واسطة.

مثلاً إذا أكره بشرب الخمر فيرتفع عنه الحرمة حيث إنّ الحرمة ترتّب على نفس

---

*) ***بل المؤاخذة لا يناسب لفظ الرفع الّذي ضدّ الوضع؛ سيّما إذا كان بلفظ الماضي حيث إنّ الوضع ظاهر في جعل كُلفةٍ من عملٍ على شخصٍ. (منه قدّس سرّه).***

الخمر ويكون فيه المؤاخذة الأخروية وهذا بخلاف ما إذا كان المترتب على المكـرَه عليه ابتداءاً حكم وضعي كالضمان، كما في الإكراه على الأسباب والعقود.

ثمّ يترتب على الضمان مؤاخذة دنيوية كالأخذ من ماله كما فـي إتـلاف الصـبي مؤاخذة دنيوية وأخروية كما في إتلافات البالغين.

وإذا كان في البين قدر متيقّن في الدلالات الاقتضائية، فلابدّ من أن يقتصر عليه حيث إن محظور الكذب يرتفع بذلك أيضاً.

قلت: لو كنّا معترفين بعدم ظهور في البين وأن كلّ شيء تقدر في البين، فإنما نقدر من جهة دلالة الاقتضاء لرفع محذوريه الكذب، فكان الحق / ٨٤٢ / وإيـاك، إلّا أنـا ندّعي الظهور بلحاظ أن رفع الشيء بعد عدم إمكان الأخذ بظاهره لابدّ من أن يحمل على رفع تمام آثارة حيث إنه يكون أقرب حقيقة وعرفاً بالنسبة إلى رفع ذات الشيء ولفظ الرفع وورود الحديث في مورد الامتنان إنما أخرج كلّ أثر لم يكن فيه ثقل بوجهٍ من الوجوه ونفس رفع الآثار الثقيلة عن الشيء بلسان رفع ذاته، كما هو معنى الحديث على ما ذكرنا، يكون مقتضياً لرفع كلّ أثر شرعي يكون ثقل بوجهٍ من الوجوه بحيث يكون وجود الشيء من جهة الآثار الثقيلة الناشية منه العدم الصرف*.

وممّا ذكرنا ظهر الجواب عن الوجه الثاني أيضاً؛ إذ ورود الرواية في مورد الامتنان يكون شاهداً على مقدار ادّعيناه من رفع الآثار، لا أن يكون موهناً له.

أمّا الجواب عن الثالث فبأن المرفوع في موارد الشبهات الحكمية بالنسبة إلى ما لا يعلمون وغيره إنما هو الحكم الفعلي وبعد ذلك لم يبق في البـين إلّا الحكـم الثـاني الصرف، كما يظهر ذلك ممّا كتبناه في أول مسألة الظن.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا الكلام في المقام الثاني أيضاً، وذلك / ٨٤٣ / لأن المؤاخذة

---

*) ***بل مع قطع النظر عن كون التعميم للآثار أقرب إلى المعنى الحقيقي ولو عرفاً أيضاً حيث إن ارتفاع كلّ ثقل مترتّب على متعلق العنوين أقرب إلى ارتفاع ذاتها من ارتفاع الثقل المترتّب عليها بلا واسطة نقول: إنّ نفس ورود الرواية مورد الامتنان أيضاً مقتضٍ للتعميم المذكور. (منه قدّس سرّه).***

الّتي قلنا بتقديرها كان مقتضاه جواز التمسك بحديث الرفع في العقود والأسباب حيث إن مرجع تقدير المؤاخذة إلى رفع الآثار الّتي ينشأ الثقل منها.

[تعميم المرفوع بكل الآثار يستفاد من بعض الأخبار]

ثمّ إنّه يدلّ على تعميم المرفوع بحديث الرفع للآثار الّتي ينشأ منها ثقل في البين بعض الأخبار*:

منها صحيحة البزنطي حيث إنه يتمسك هناك بحديث الرفع لرفع صحة الحلف حيث يترتب عليه أثر فيه ثقل.

ومن الواضح أنّ التمسك بشيء لشيء يكون شاهداً على أنّه كان دالاً على ذلك الشيء عرفاً وإلّا لَغى الاستشهاد، مع أنّ الظاهر أن حديث الرفع المنقول عن النبي ﷺ ليس إلاّ واحداً وان اقتصر في حديث البزنطي على بعض فقراته.

هذا؛ مع أنّه يكون شاهداً على مدّعانا وإن كان الرواية المروية عن النبي ﷺ أيضاً اثنين؛ لأن كلامنا إنما هو في دلالته امتثال هذه العبارات على هذا المعنىٰ.

ومنها بعض الأخبار الّتي تقدم في مسألة اشتراط البلوغ في المتعاقدين حيث إنه تمسك في الرواية بحديث رفع القلم لإثبات رفع غير المؤاخذة الأخروية؛ / ٨٤٤ / فراجع.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الحق جواز التمسك بحديث الرفع للاكراه على العقود والإيقاعات والأسباب كالإتلافات وفاقاً للمشهور، خلافاً للأستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ.

وثانيهما صحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستحلف على اليمين فخلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟

فقال عليه السلام: «**لا. قال رسول الله** ﷺ: «**رُفع عن أمّتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا**» .. الخبر.

---

*) *ونقل عن الوسائل رواية أخرىٰ يكون ظهوره في رفع جميع الآثار أكثر. (منه قدّس سرّه).*

ولا يخفىٰ عليك أن الإشكال الذي أوردوه على الخبر السابق من أنّ المرفوع هو خصوص المؤاخذة على نفس المكره عليه، فلا يدلّ على ارتفاع الأحكام الوضعية للمكرَه عليه غير وارد على هذا الخبر وذلك لأنّ الإمام عليه السلام تمسك بهذا الخبر لرفع الحكم الوضعي وهو العتاق والطلاق وصدقة ما يملك.

وبيان دلالة الخبر على ما نحن فيه بأن نقول:

إن جزاء المسمّى الّذي هو عبارة عن ما يجعله متعلّقاً للنذر والحلف وأشباه ذلك كإعطاء أربعة دراهم في قولك «لو فعلت كذا فعلي إعطاء أربعة دراهم إلى الفقير» وإن لم يكن ممضاة في ما لو كان جزاء المسمّىٰ هو العتاق والطلاق وصدقة ما يملك، إلّا أنّ الإمام عليه السلام عدل عن بيان بطلان هٰذه الأمور بأنفسها بالتمسك بحديث الرفع لبطلانها / ٨٤٥ / إما لبيان طريقة الاستدلال للراوي حتى يصير قادراً على الاستدلال في موارد أخر، وإما لبيان طريقية الغلبة على الخصم له، كما أنّ في سائر الموارد الّتي يتمسك عليه السلام بالكتاب والسنة ويكون سرّه أحد هذين الوجهين، أو وجه آخر غيرهما.

وعلى كلّ حال يدلّ هذا التمسك من الإمام الّذي هو مفسِّر لكلام النبيّ صلى الله عليه وآله على أنّ الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله يكون شاملاً للأحكام الوضعية وأن الأحكام الوضعية أيضاً يرتفع بكلام النبي صلى الله عليه وآله وأنه ليس المقدّر فيه بدلالة الاقتضاء هو خصوص المؤاخذة كما يقال بذلك في الحديث الأوّل.

هذا؛ ولكن أورد على هذه الرواية من وجهين:

الأوّل: إنّ استدلال الإمام لبطلان هذه الأمور لا يصير دليلاً على أنّ المقدر ليس هو المؤاخذة وذلك لأنه إذا كان المقدر هو المؤاخذة، **فنقول:** كما أنه يرتفع نفس المؤاخذة بقوله صلى الله عليه وآله «رُفع» كذلك يرتفع الآثار المترتبة على نفس المؤاخذة، ولا دخلَ لارتفاع الآثار المترتبة على المؤاخذة بحديث الرفع حيث إنه بعد رفع نفس المؤاخذة يرتفع تلك الآثار قهراً.

مثلاً لو قلت: «لله عَلَيّ أن لا أفعل كذا»، ثمّ فعلته، فهنا وإن يتعلق بذمّتك الكفّارة إلّا أنّ هذا ليس من آثار صحة النذر، بل إنما يكون من آثار المخالفة للتكليف الّتي

تعلّت عليك، فارتفاع الحكم الوضعي المترتب على المؤاخذة المرفوعة لايصير دليلاً على صحة رفع / ٨٤٦ / الآثار الوضعية المترتّبة على نفس النذر إذا كان عن إكراه.

وأجيب عن ذلك بأنّه لو كان التمسك بحديث الرفع لإثبات رفع الحكم الوضعي المترتب على المؤاخذة في صورة المخالفة كان الحق وإياك، إلّا أنا نقول: إنّ الطلاق والعتاق وصدقة ما يملك إنما يكون من آثار نفس الحلف وقد رفعها الإمام عليه السلام بحديث الرفع، لا أن يكون آثاراً للمؤاخذة المتعقّبة للحلف، كما في المثال الّتي أنت ذكرته وذلك لأنّ العتاق والطلاق وصدقة ما يملك إنما تحصل بنفس الحلف لو كان الحلف صحيحاً من دون حالة منتظرة أصلاً.

أقول *: تارة يكون الحلف على شيء لم يفعله لأن يصير الحلف زاجراً له، فعلى هذا يجوز أن يكون المراد أنه هل يلزم عليه الفعل الّذي حلف من أن لا يفعله أم لا.

وعلى هذا فالمترتّب على صحة الحلف هو وجوب أن لا يفعل ذلك الفعل، فلا يكون شاهداً على أنّ الحكم الوضعي الصرف يرتفع بحديث الرفع؛ بل إنّما يكون شاهداً على ارتفاع كلّ حكم وضعي يستتبع التكليف والمؤاخذة وذلك لأنّ المرفوع على هذا هو الصحة المستتبعة للمؤاخذة على فعل آخر لو فعل الفعل الآخر وإن لم يكن المؤاخذة على نفس الحلف، حيث إنه ليس محرّماً.

وتارة يكون الحلف على فعل سابقٍ، فيحلف من أنّه لم يفعله بحيث لو كان / ٨٤٧ / في الواقع فاعلاً له ليكون زوجته طالقاً.

وعلى هذا ليس المرفوع إلّا الحكم الوضعي وهو عدم وقوع الطلاق. ولعلّ ترك الاستفصال في كلام الإمام عليه السلام دليل العموم، فتصير شاهداً على أنّ حديث الرفع يرفع به الحكم الوضعي أيضاً.

بل قد يقال: إن مورد الرواية فيما كان الحلف على أمر سابق، لا للزجر عن الفعل

---

*) *على تقدير المؤاخذة يكون المراد رفع المؤاخذة على ارتكاب المكره عليه، لا رفع المؤاخذة عمّا يحدث من المكره عليه من الطلاق وغيره وإلّا يصير مرجعه رفع تمام الآثار بتعبير غير حسن. (منه قدّس سرّه).*

الآتي.

الثاني: أنّ رواية البزنطي يكون مشتملاً على الخطأ أيضاً، فلابدّ أن يكون بالنسبة إلى الخطاء أيضاً كذلك، فلابدّ أن لا يكون الإتلاف الخطائي موجباً للضمان مع أن الفقهاء يقولون بثبوت الضمان هناك.

وأجيب عن ذلك:

أولاً بأنّا نلتزم برفع الضمان هناك أيضاً، حيث إنّ المظنون أن الضمان هناك ليس بإجماعي، كما أنّ ثبوت الضمان في حق الصبي أيضاً محل الخلاف.

وثانياً لو فرضنا أن يكون الإجماع ثابتاً على الضمان في صورة كان الإتلاف ناشياً عن الخطأ أيضاً نقول: إنّ دلالة الرواية على رفع الضمان في صورة الإكراه يكون بالتصريح ولا يجوز أن يرفع اليد عن النص بواسطة السياق.

نعم؛ لو كنّا نريد أن نتمسك بذيل حديث الرفع مع قطع النظر عن تمسك الإمام عليه السلام به، لكان / ٨٤٨ / التفكيك بين الفقرات المذكورة في الرواية غلطاً؛ لكنّا نريد أن نتمسك بتمسك الامام عليه السلام به.

أقول: لا يخفىٰ عليك أنه ليس من المعلوم أن يكون مقصود الإمام عليه السلام أن يتمسك بذيل حديث الرفع لأجل اثبات بطلان الحلف الصادر عن الإكراه، بل لعل أن يكون مراده عليه السلام إثبات بطلان الحلف بما لايطاقه المكلّف وذلك لأنّ طلاق الزوجات مع عتاق العبيد وصدقة تمام ما يملك بما لا يطاق للمكلف أن يتحمّله*.

---

*) ***وأيضاً لو اعترفنا بظهور حديث الرفع في رفع تمام الآثار بالنسبة إلى تمام الفقرات المذكورة فيه، فحينئذٍ نقول: إن مجرّد عدم عمل العلماء به في مثل الخطأ يصير منشأً لأن لا يكون حديث الرفع منشأ لرفع الضمان فيه لما ذكرناه كراراً من أن ما كان من ظواهر الألفاظ على خلاف قول المشهور المقارب بالاجماع يكون العلم الإجمالي بعدم إرادة كثير من تلك الظواهر وهذا العلم الإجمالي يوجب لسقوط ما كان من ظواهر الألفاظ في دائرة العلم الإجمالي المشار إليه عن الاعتبار، كما ذكرناه في محلّه.***

الأولىٰ أن يقرّر هكذا من أنّه يجوز التمسك لعدم اقتضاء الحيازة المكره عليها للملكية بوجهين: الأوّل: عدم المقتضي لانصراف أدلّة الحيازة إلى ما كان عن غير إكراه، والجواب عن ذلك منع

هذا؛ مع أنّ تمسك الإمام عليه السلام بالرواية إنما يصح في صورة يكون الظهور ثابتاً بالنسبة إلى رفع الأحكام الوضعية، وإلّا فلابدّ أن يؤوّل كلامه عليه السلام وحينئذٍ يصير محملاً لكثرة المحتملات*.

[الكلام في كل سبب كان القصد دخيلاً في سببيّته]

وأما القسم الثاني: وهو كلّ سبب كان القصد دخيلاً في سببيّته كالقبض والحيازات والفسخ والرجوع وأمثال ذلك، وهذا القسم أيضاً على ثلاثة أصناف:

منها الحيازات، كالاحتطاب والاحتشاش.

ونقول هنا بناءاً على القول بأن قصد التملك شرط في كون الحيازة سبباً للملكية: إنه نُسب إلى بعض أنه استدلّ لعدم كون الحيازة سبباً في صورة كان الحيازة عن إكراه

الإنصراف بنحو قرّر أو بغيره.

الثاني: وجود المانع وهو حديث الرفع الدالّ على رفع تمام الآثار عن المكره عليه كما تقدّم أنّا أثبتنا ظهور حديث الرفع في رفع تمام الآثار.

ثمّ يمكن الجواب عن ذلك من وجوه:

منها أن الإكراه لو كان على أن يجيز بقصد أن يملكه المكرِه بالكسر، ففيه أنّه لا دليل على أنّ حيازة يصير سبباً لأن يملكه غيره؛ لأن مقتضى الأدلّة أن نفس المحيز يملكه، غاية الأمر أنه زاد بعض على ذلك فقالوا باشتراط قصد الملكية له وإلّا لم يخرج عن الإباحة. وأما صيرورة المجاز ملكاً لمن يقصد الملكية له، فلا دليل له أصلاً.

وأما لو كان الإكراه على أنّ المحيز يقصد الملكية لنفسه فصيرورة المُحاز ملكاً للمكرَه بالفتح نافع للمكره، فلا يرفعه أدلّة الإكراه لأن سياقها يقتضي أنّها واردة مورد المنّة على المكرَه بالفتح ولا منّة في رفع هذا الأثر عنه. (منه قدّس سرّه).

) قد تقدم في الحواشي في مسألة الإكراه على المحرّمات أن حديث الرفع لا يدل على رفع الضمان على الإتلاف الخطائي ولو على تقدير تمام الآثار في حديث الرفع حيث إنّه لا منّة في رفع الضمان على المتلف حتّى يرد الضرر على من أتلف ماله، فرفع الضمان فيه يكون حسناً على نوع العباد بلحاظ كونهم في معرض أن يصيروا مكرهين في إتلاف مال الغير، كما شرحناه في الوضع المشار إليه. (منه قدّس سرّه).

بانصراف الأدلّة الدالة على كون الحيازة سبباً للملكية عن هذه الصورة، ورُدّ ذلك بأنّه لا وجه لادّعاء الإنصراف في هذا المقام.

أقول: والسّرّ في ذلك أن دعوىٰ الإنصراف / ٨٤٩ / إنّما يناسب في صورة كان للمطلق أفراد كثيرة يلتفت أذهان الناس إليها عند سماع اللفظ المطلق ويكون غيرها من الأفراد غير ملتفت إليها عند سماع اللفظ المطلق.

وأما إذا كان الأفراد الكثيرة والأفراد القليلة ممتازين بعنوان لم تكن تلك العنوان ملتفتة إليها عند سماع اللفظ[1] المطلق وجوداً وعدمياً، فهنا دعوى الإنصراف غلط.

هذا لو قلنا إن غلبة الوجود موجب للانصراف وإلّا لا وجه لدعوى الإنصراف في الصورة المذكورة أيضاً.

وشرح ما ذكرناه يفهم ممّا ذكرناه في كتاب الطهارة في منزوحات البئر وتعرّض الشيخ ﷺ له أيضاً هنا.

ثمّ لا يقال هنا من أن أدلّة الإكراه أيضاً لا يشمل هذا القسم من الأسباب أيضاً، وذلك لأنّ السببية مركّبة من الحيازة وهو أمر قابل لأن يتعلق الإكراه به ومن القصد وهو من الأمور القلبية، فليس قابلاً لأن يتعلق الإكراه به.

وقد تقدم في مسألة التورية أن كلّ سبب يكون مركّباً من أمرين:

أحدهما: قابل لأن يتعلق الإكراه به.

وثانيهما: غير قابل لذلك. فمثل هذا السبب اختياري، لأنّ المركّب من الإختياري وغير الإختياري اختياري على ما رجّحناه سابقاً عند كلام العلامة والشهيد ﷺ في مسألة التورية، لأنا نقول:

أولاً إنا نتكلم في الحيازات بناءاً على عدم مدخلية القصد في سببيتها.

وثانياً نفرض الكلام في صورة صدر القصد لأجل تخيل أنّ الضرر المتوعّد / ٨٥٠ / عليه لا يرتفع عنه إلّا بقصد التملك حين الحيازة. وحينئذٍ نقول: مقتضى ما ذكرت أن لا

---

١) هنا تكررت «اللفظ» في المخطوطة.

يكون الحيازة سبباً لارتفاع السببية عنه بواسطة أدلّة الإكراه.

هذا؛ ولكن الحق مع ذلك كلّه عدم شمول أدلّة الإكراه مثل حديث الرفع لمثل هذا النوع من الأسباب وذلك لِما تقدم من أن حديث الرفع إنما يرتفع كلّ أثر يكون فيه ضرر على المكرَه بالفتح والأثر في المقام هو الملكية وهو نافع للمكره، فلا يشمله حديث الرفع.

أقول: يمكن أن يقال بعدم شمول حديث الرفع من جهة القصد أيضاً لو قلنا باعتبار القصد في سببية الحيازة وذلك لأنه إذا قصد التملك بالحيازة، فليس ذلك إلّا من جهة تخيّل أنه مكرَه على القصد وقد تقدم أن تخيّل الإكراه غير موجب لأن يشمله قوله ﷺ «**ما استكرهوا عليه**»، لأن الألفاظ موضوعة للمعاني الواقعية.

[صحة عقد الهبة لو كان المتّهب مكرهاً]

ثمّ إنّه يتفرّع على ما ذكرناه من عدم شمول حديث الرفع لكلّ سببٍ يكون فيه أثر نافع للمكره لا ضارّ له، صحة عقد الهبة في صورة كان المتّهب مكرهاً.

[القبض في الهبة والصرف والسَلَم]

ومنها القبض الذي يكون شرطاً في الهبة والصَّرف والسَّلَم والوقف. وهنا لو تحقق القبض من دون قصد، فلا إشكال في بطلانه.

وأما لو تحقق القبض منه مع القصد لتخيّل أنّ الضرر المتوعّد عليه لا يرتفع عنه إلّا بالقصد، /٨٥١/ فهنا قد يقال بأنّه لو قلنا إن حديث الرفع يستفاد منه اشتراط طيب النفس في العقود والأسباب نظير قوله ﷺ «**لا يحلّ مال امرئ إلّا عن طيب نفسه**»؛ غاية الأمر أن حديث الرفع يستفاد منه اشتراط الطيب الّذي لم يكن عن الإكراه وقوله ﷺ «**لا يحلّ**».. اه أعمّ من ذلك، فحينئذٍ نقول: إنّ القبض إذا صدر عن إكراه، فيكون صحته الفعلية متوقفة على الإجازة، كما في العقود.

وأما لو قلنا إن حديث الرفع يستفاد منه مانعية الإكراه، فحينئذٍ يقول: إنّ حكم

القبض يكون حكم العقد كحكم المكره الّذي قصد المعنى في العقود ملتفتاً إلى التورية وذلك لأنّ جزء المركب يكون اختيارياً وجزئه الآخر كان عن إكراه حيث إنّ القصد غير قابل لأن يتعلق الإكراه به، وقد تقدم في مسألة التورية أنّ المركّب من الإختياري وغير الإختياري يكون اختيارياً على التحقيق.

أقول: إذا قلنا إن القصد في القبض يكون مثل قصد المعنى في الألفاظ في أنه يكون الإنسان مجبولاً عليه في حال الغفلة ويكون مفروض الكلام في حالة الغفلة، فحينئذٍ لا إشكال في شمول حديث الرفع له*.

وأما إذا كان ملتفتاً إلى القصد وعدمه ومع ذلك قصد لتخيّل أنّ الضرر المتوعّد عليه لا يندفع إلّا بالقصد، فحينئذٍ نقول: إنّه ليس بمكرَه؛ بل إنما تخيّل أنـه مكـره، كـما

---

*) *إذا قصد اختياراً فيخرج عن كون القبض مكرهاً عليه إما لما تقدم من عدم صدق الإكراه مع إمكان التفصّي وإما لأنه متمكّن من عدم صدور القبض منه من دون أن يرد عليه الضرر المتوعّد بأن يقبض بدون القصد وتقول للمكرِه بالكسر «قصدت» والمفروض أنّ القصد مأخوذ في القبض.*

إن قلت: إن جزء السبب وهو القبض بلا قصد سقط عن كونه جزء السبب بالإكراه والقصد المجرد أيضاً لا أثر له.

قلت: تقدم الجواب عن ذلك حيث منعناه صدق الإكراه بالنسبة إلى جزء السبب، لأن جزء السبب لما لا يترتّب عليه الأثر، فليس بمكروه والإكراه تحميل الغير على ما يكرهه، وأما لو قصد القبض بجبلّة ذاته نظير أنّ الغافل عن التورية يقصد المعنى بجبلّة، فهنا لا إشكال في صدق الإكراه عليه.

ومثله ما لو قصد القبض لتخيّله أن رفع الضرر المتوعّد عليه يتوقّف على ذلك ومن أن المركّب ممّا يقبل الإكراه وممّا لا يقبله اختياري، ففيه المنع في مثل المقام كما أنّ توهم أنّ المقام بمثل صورة توهّم غير المكرَه عليه أنه مُكرَه عليه ففعل، أيضاً مردود بأنّه يصحّ في صورة كان الفعلان متغايرين، كما لو زعم أن الإكراه وقع على طلاق هند فطلّقها مع أنّ الإكراه كان على غيرها، بخلاف المقام حيث أكرهه على نفس هذا المركب وكان جزؤه قابلاً لأن يُكرَه عليه واقعاً وصدر منه جزؤه الآخر لتوهّم أنّ الضرر المتوعّد عليه يتوقف عليه أيضاً. (منه قدّس سرّه).

تقدم*؛ وفيه تأمّل.

وكذلك إذا قلنا إن القصد ليس هنا / ٨٥٢ / مثل قصد المعنى في الألفاظ؛ بل يكون أمراً اختيارياً غير قابل للإكراه، ومع ذلك غفل وقصد بناءاً على [ما] هو التحقيق من أنّ المركب الإختياري وغير الإختياري اختياري.

[الفسخ والرجوع]

ومنها الفسخ والرجوع، وادّعى الأستاد الإجماع من العلماء حدساً على أنّ حكم هذا القسم من الأسباب يكون كحكم الإيقاعات، وقد تقدم أن حكم الإيقاعات هو البطلان فعلاً وأنه لا ينفع الإجازة بعد ذلك أيضاً. وأخبرنا موافقاً للمشهور في السابق أنّ العقود يثمر بحالها الإجازة المتأخّرة.

ولا يخفىٰ أنّه بناءاً على هذا لو قلنا إن معنى حديث الرفع و اشتراط طيب النفس في العقود طيباً لا يكون عن إكراه، لاحقاً أو سابقاً، فحينئذٍ يكون الحكم المذكور في العقود على طبق القاعدة وفي الإيقاعات على خلاف القاعدة.

وأما لو قلنا إن المستفاد من حديث الرفع هو مانعية الإكراه، فحينئذٍ تكون الإيقاعات على طبق القاعدة والعقود على خلافها.

أقول: قد تقدم أن معنى حديث الرفع هو المانعية كما هو كذلك في كل لفظ وقع. فلو لفّظ «لا» أو الرفع بأن يقال «رفع فلان بواسطة الفلان» فإن الفلان الثاني مانع**.

---

*) *نعم؛ لو كان ملتفتاً وقصد، فليس بمكرَه لعدم الأثر للقدر المشترك.*

إن قلت: إن الإكراه ارتفع أثر الجزء والقصد المجرّد لا أثر له.

قلت: مع إمكان التفصي لا يصدق الإكراه رأساً. (منه قدس سره).

**) *تقدّم الجواب عن ذلك وقلنا إن مقتضى القاعدة قول المشهور وإجمال الكلام فيه على ما ذكرناه في الحواشي أن ما كان من العقود وغيرها طيب النفس شرطاً لصحتها كالعقود المتعلقة بالماليات وقلنا: إن هذا الشرط أعمّ من أن يكون مقارناً للعقد ولو بمقتضى العمومات للشك في خروج ما يلحقه الرضاء عن تحت العمومات، فهناك نقول: / ٨٥٣ / تقدم أنّ الحق أن الإكراه يرفع طيب النفس وليس معه طيب نفس ذاتي ولا عرضي، فلا يبقى لذلك العقد الّذي صدر عن*

[الإجازة المتأخرة لا تنفع في العقود]

وعلى هذا نقول: إنّ الإجازة المتأخرة لا تنفع في العقود أيضاً، فيكون الحكم في جميع الموارد على طبق القاعدة وقد تقدم تمام الإشكالات من شمول حديث الرفع / ٨٥٣ / لِما نحن فيه.

وما يقال من أنّ العلماء فهموا شرطية طيب النفس من حديث الرفع حيث ذكروا في عداد شرائط المتعاقدين الإختيار ولم يذكروا الإكراه من الموانع، ففيه مع أن المستفاد من كلام كثير منهم استفادة المانعية ولذا قال الشيخ ﷺ بعدم شمول حديث الرفع لجزء السبب ومع أن عدّهم الإختيار من الشرائط لعلّ أن يكون من باب أنّ الدليل على اشتراطه عندهم هو حديث «**لا يحلّ مال امرئ إلاّ بطيب نفسه**» كما تقدم ذلك منهم أنه لاحجّيّة في فهم معظم العلماء من الرواية شيئاً لو سلّم استفادة ذلك من كلامهم، مع أنّ مثل المحقق الثاني والمحقق الأردبيلي ﷺ وصاحب الكفاية يقولون بأن المستفاد من حديث الرفع هو المانعية.

ولذا قالوا بأن الإجازة بعد ذلك غير مثمرة.

كُره صحّة فعليّة لعدم تحقّق شرطه وهو الرضاء؛ لكن يكون له صحّة تأهلية كأن يصير صحيحاً بلحوق الرضاء إليه بالإجازة حيث إنّ الرضاء الّتي كانت شرطاً تكون أعمّ من المقارن.

وعلى هذا ذكرنا ان هذه الصحة التاهلية الّتي تكون ثابتة لعقد المكره لا ترفع بحديث الرفع لأن هذا الأثر نافع للمكرَه بالفتح وحديث الرفع لوروده مورد المنّة يرفع الأثر الضرري على المكره؛ لأن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي ذلك.

وأما العقود الّتي ليس دليل على شرطية طيب النفس فيها يكون مقتضى القاعدة بطلانها في صورة الإكراه لحديث الرفع.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الرجوع بالزوجة لو وقع عن الإكراه يبطل وليس قابلاً لأن يصح بالإجازة، وأما الفسخ في الماليات يصح بالإجازة والإجماع على أنّ الرجوع والفسخ وشبههما لا يصحّ بالإجازة غير ثابت، كما أنه على التحقيق من أنّ البيع يحل إلى البيوع بمقدار أجزاء المبيع. (منه قدّس سرّه).

فـرع

[إجازة المكرَهِ بعضَ البيع وردّ بعضه]

بناءاً على قول المشهور، لو أجاز المكرَه البيع في بعض المبيع وردّه في بـعضه، فحينئذٍ نقول:

إنه لو كان المستفاد من حديث الرفع هو اشتراط طيب النفس، فحينئذٍ نـقول: إن البيع الواحد كان بمنزلة البيوع المتعدّدة باعتبار أجزاء المبيع، فكلّ بيع تمّ شرائطه يصير صحيحاً ويترتّب عليه الأثر.

وعلى هذا، فبيع المكرَه قابل لتبعّض الصفقة من هذه الجهة، وأما / ٨٥٤ / لو كان المستفاد من حديث الرفع مانعية الإكراه، فسيأتي الكلام في أنه قابل لتبعّض الصفقة من هذه الجهة في الفضولي ـ إن شاء تعالى شأنه ـ بلطفه الخفي ومنّه وَجُوده.

[تتمّة في إثبات عموم البدليّة في الأمر الاضطراري]

/ ٨٥٦ ت / هنا تتمّة لإثبات عموم البدلية في الأمر الإضطراري كالتيمّم بحسب العمومات مع قطع النظر عن الأخبار الخاصة، فنقول:

أولاً إنه ورد في الأمر بالتيمّم إتيان أحدهما في أوائل المائدة وثانيهما في أواسط سورة النساء وهما مشتركان في ذكر قضية شرطية مرجعها إلى أنه لو صدر الحدث منكم وقيّد ذلك بأن لم تجدوا ماءاً، والجواب لهذا الشرط هو الأمر بالتيمّم.

ثمّ إنّ الآيتين اختلفا من جهتين: أحدهما من جهة اشتمال الجواب في أحدهما على لفظ «منه» بعد قوله ﴿ **فامسَحُوا بوجوهِكم وأيديكم** ﴾ وتمسّك به بعضهم لاعتبار العلوق كما في الكشاف أيضاً وهذا خارج عن محلّ الكلام.

وثانيهما الاختلاف من جهة صدر الآية؛ فإن في أحدهما تعرّض أولاً أنه عند القيام إلى الصلاة يجب الوضوء والمراد من القيام إرادتها، وحينئذٍ يحتمل أن يكون القضية الشرطية المشتملة على حكم التيمم عطفاً على جواب الشرط الأوّل؛ أعني الأمر بالوضوء. وعلى ذلك يكون الأمر بالتيمّم عند إرادة الصلوة.

ومن هنا نوقش بأن الآية لا تدلّ على الإذن على إقامة الصلاة أي زمان تريدون، مع أن الأمر بالتيمّم عند إرادة الصلاة ونحن نقول:

أولاً إن حاله حال الوضوء والصلاة يكون من أول الوقت إلى آخره، ومنه لا تأمّل في صحة التيمّم أيضاً بحسب القاعدة من أول الوقت إلى آخره مع استيعاب العذر.

وثانياً نقول: إنّ المتيقّن في صورة كان الإذن ثانياً من النزاع في إقامة الصلاة، فحينئذٍ يثبت الإذن ممّا دلّ على نفس التوقيت مثل ﴿أقِم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل﴾ ومثل ما دلّ من الأمر على الصلاة في أول الوقت إلى غير ذلك.

وثالثاً نقول: إنّ الآية الأخرىٰ ليست مصدّرة بمثل ﴿ **إذا قُمتُم إلى الصلاة** ﴾ حتى يتوهّم اختصاص الأمر بالتيمّم بزمان إرادة الصلاة، فنقول بأنّه لم يُعلم أيّ زمان يكون لنا إرادة الصلاة ولم يبيّن ذلك أيضاً في الآية، فصدر إولاً بالنهي عن الدخول في الصلاة في حال السُّكر وحال الجنابة بدون الغسل. ثمّ يعرض لأنه إن صدر عنكم الحدث ولم تجدوا الماء فتيمّموا، / ٨٥٥ ت / ولا مانع من الأخذ بالإطلاق هنا بعد أن ظاهره أنه عند الحدث وعدم وجدان الماء لابدّ من التيمّم والدخول في الصلاة.

ورابعاً نقول: لا مانع من التمسك بـ﴿ **لأقِم الصّلاة** ﴾ ومثله لجواز الدخول في الصلاة بعد أنه أمر بالتيمم عند فقدان الماء؛ فتدبر.

هذا كلّه أولاً؛ وثانياً نتمسك لإثبات المقصود بعموم المنزلة وتوضحيه أنه في مسألة قضاء الصلاة عند التعرّض لأن مقتضى القاعدة في صورة ضاق الوقت بحيث لا يسع إلّا التيمّم والصلاة على القول بأن القضاء بالأمر الأوّل هو التيمّم والصلاة تعرّضنا لإثبات التساوي بين الطهارة المائية والترابية بعموم المنزلة وأن عدم جواز التيمّم مع القدرة على الوضوء من باب التخصيص على ذلك العموم كما يشعر به كلام المدارك والعلامة.

ففي المدارك في باب المواقيت أو الحيض عن العلامة في صحيحة حمّاد بن عيسى هو بمنزلة الماء إنما يكون بمنزلته لو ساواه في أحكامه ولو وجد الماء ويمكن استعماله، يجب الأداء، فكذلك ما ساواه.

ورجّحه في المدارك وأنه يدل عليه صحيحة الحلبي أن «**ربّ الماء ربّ الأرض**» وصحيحه جميل: «**إن الله جعل التراب طهوراً كما جعل الماء طهوراً**».

ونحن نقول: لو قلنا إن مفاد الأخبار التسوية وإنه خرج عن تحت العموم صورة يمكن استعمال الماء، فيثبت المقصود، وأما لو قلنا إن المراد التسوية عند عدم إمكان استعمال الماء، كما هو ظاهر الآية، أيضاً يثبت المقصود في مقامنا وإن لم يثبت منه ما قلناه في مسألة القضاء.

إن قلت: المراد التسوية عند العجز عن استعمال الماء للصلاة وفي الوقت الّذي

يكون محل الكلام يكون المأمور به إيجاد الطبيعة في الوقت، ولا عجز عن استعمال الماء له بعد أنه في آخر الوقت متمكّن منه.

قلت: على فرض وجود هذا الاحتمال فيما تقدم من الأخبار، فنقول: في المقام أخبار آخر لا يجري فيه هذا الاحتمال أشار إليها في جامع المقاصد والبرهان القاطع، منها: الصحيح في إمام قوم أجنب وليس معه من الماء ما يكفيه للغسل.

قال: «**يتيمّم ويؤمّهم والله جعل التراب طهوراً كما جعل الماء طهوراً**» لوضوح أن إطلاقه يشمل لما قبل آخر الوقت.

وفي آخر: «**بل يتيمّم ويؤمّهم**».

وعن النبي صلى الله عليه وآله «**أينما أدركتني الصلاة فتيمّمت وصلّيت**».

وفي آخر: «**أيما رجلٍ من أمّتي أراد الصلاة فلم يجد الماء ووجد الأرض، فقد جعلت له مسجداً وطهوراً**».

بقي الكلام في أن من يقول بوجود التأخير وعدم جواز البدار في الوقت لا يقول بذلك في الموسّع الغير الوقت كصلاة الزلزلة وقضاء الصلوات على القول بعدم الفورية، فصاحب الجواهر يسلم جواز البدار فيه ولم ينقل خلافاً معتنى به فيه، ويستدلّ لجواز البدار بعموم البدلية وعموم المنزلة.

وفي جامع المقاصد يستدلّ له بأن السِّعة هنا غير مستفاد من تجديد الوقت؛ بل من عدم الفورية.

وفي البرهان القاطع بعد أنه يقول: إنّ جواز التيمّم دائر مدار العجز عن استعمال الماء، يقول: في الوقت بأن العجز والقدرة يضاف إلى فيمابين الحدّين أي أول الوقت وآخره، لأن المطلوب إيجاد الطبيعة بينهما ولا يضاف العجز والقدرة إلى مصاديق الطبيعة وكذلك في الحدود بحدّ غير الوقت وكذلك الفوريّات إلى اليأس وإلى خوف الفورية.

وأما غير الوقت والفوري فليس المطلوب فيه الفعل الواقع في زمان مخصوص حتى يلاحظ عجز إيقاعه فيه فيضاف إلى حين إيقاعه وبه يصدق العجز ومثله الغايات

المباحة المتوقّفة ككتابة القرآن.

ونحن نقول: إنّ التفصيل بين الوقت والموسع لو كان من جهة تسليم أن عموم البدلية وعموم المنزلة كان مقتضاهما جواز البدار في الموسع والموقت إلّا أنّه ورد التخصيص على هذا العموم بالنسبة [إلى] الوقت بناءاً على تقديم ما دلّ من الأخبار الخاصة على وجوب التأخير في الموقت مطلقاً أو مع رجاء زوال القدر على ما يعارضها من الأخبار الخاصة، فهذا خارج عن محل الكلام، فإنه لسنا بصدد الجمع بين الأخبار الخاصة.

وأما لو كان المراد الفرق بين الموسع والموقت من حيث القاعدة وبمقتضى العمومات كما هو ظاهرهم، فحينئذٍ نقول: لو فرضنا أن مقتضى عموم البدلية وعموم المنزلة أنّ التيمّم ثابت عند العجز عن استعمال المائية لكلّ صلاة وأن الصلاة الخاصة طبيعة واحدة ويكون المدار على العجز بالنسبة إليها، لا مصاديقها، فحينئذٍ نقول: إنّ الواجب الموسّع أيضاً طبيعة واحدة وإن كان طرف وقوعها مدّة العمر، فلابدّ من أن نقول بعدم جواز المدار فيه أيضاً بنحو الإطلاق، كما قاله بعض الأجلّاء في حاشية النخبة ونقل عن الروض ظاهراً أيضاً هذا؛ لكنّك عرفت فساد المبنى من أن مقتضى القاعدة جواز المدار في كلٍّ من الموسّع والموقّت.

[مباحث شتّیٰ]

بسم الله الرّحمن الرّحيم

الحمد لله ربّ العالمين، وصلّى الله على محمّد وآله أجمعين

[القيمي مضمون بالقيمة عند الأكثر]

في كتاب الغصب في الشرايع بعد بيان أنّ القيمي مضمون بالقيمة عند الأكثر، قال: الذّهب والفضّة يضمنان بمثلهما.

أقول: المخالف هو الشيخ ﵀ ويوجّه كلامه بأنهما من الأشياء السمينة الّتي تحصل بأدنىٰ تفاوت بين أفرادها شدّة الاختلاف في قيمتها كاليواقيت، وفيه: أن هذا غير مضرٍّ بكونهما مثليين بعد كون جميع الأصناف أو خصوص الصنف الّذي وقع التلف فيه متعارفاً كثير الوجود؛ إذ مجرّد أنه لو وجد ذهب أجود من الذهب المتعارف يتفاوت قيمته مع الذهب المتعارف بتفاوت كثيرة غير موجب لصيرورة الذهب المتعارف قيميّاً بعد ما كان المدار في كون الشيء مثليّاً على صدق تعريف المثليّ عليه باعتبار أصنافه لا باعتبار أصل جنسه، كما حقّق /١٥٠٠/ في محلّه.

ثمّ إنّه بناءاً على قول الشيخ لو كان التالف هو الذهب فيكون مضموناً بنقد الغالب إن كان نقد الغالب من غير جنس الذهب، أو كان من جنسه؛ لكن اتفق المضمون والنقد وزناً وإلّا فلابدّ أن يقوم بغير جنسه ليسلم من الرباء.

هذا على مختار الشيخ ﵀، وأما ما اخترناه من كون الذهب والفضّة مثليين أيضاً يصير الأمر كذلك في صورة كان المضمون هو الذهب الجيّد الّذي يكون مثله متعذّراً فعلاً من أنّه لابدّ أن يقوّم بغير النقد الغالب إن كان النقد الغالب من جنس الذهب أيضاً.

ثمّ إنّ هنا إشكالاً من ابن إدريس على الشيخ، لو تمّ يجري على ما ذكرناه أيضاً

وهو أن الرباء غير جارٍ في غير البيع وأجاب المصنّف ﷺ عن ذلك بقوله: ولا نظنّ أنّ الرباء يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضة على ربويين متفقى الجنس وزناً؛ إنتهىٰ.

[الدليل على جريان الربا في مطلق المعاوضة]

والدليل على جريان الرباء في /١٥٠١/ مطلق المعاوضة هو الرواية المنقولة عن أمير المؤمنين عليه السلام الدالّة بإطلاقه على كراهته عليه السلام عن مطلق تبديل المجانس من الربويات والتفصيل في محلّه.

هذا ومع ذلك ردّ كلام المصنّف بأن ما نحن فيه يكون من قبيل الغرامات وهو غير المعاوضة والمبادلة عرفاً، فلا يشمله ما دلّ على جريان الرباء في مطلق المعاوضة والمبادلة.

قال ﷺ: ولو كان في المغصوب صفة محلّلة لها قيمته غالباً كان على الغالب مثل الأصل وقيمة الصنعة وإن زاد عن الأصل ربويّاً كان أو غير ربويّ؛ لأن للصنعة قيمة تضمن لو ازيلت عدوانا ولو من غير غصب؛ إنتهىٰ.

أقول: هذا الكلام لا غبار عليه على ما اختاره ابن ادريس من عدم حرمة الرباء في غير البيع وكذا على ما اخترناه من ان ما نحن فيه يكون من قبيل الغرامة والغرامة والمعاوضة مفهومان متغايران والرباء انما يجري /١٥٠٢/ في الثاني دون الأوّل، وأما على ما اختاره المصنّف من عدم اختصاص حرمة الرباء بالبيع بل يجري في كلّ معاوضة وأن ما نحن فيه أيضاً يكون من قبيل المعاوضات، فيشكل الأمر عليه.

وذلك لأنه من المسلّم في كتاب البيع أنّه لا يجوز بيع المصنوع من الربوي بأزيد من جنسه. ولعلّ قوله ﷺ «**لأن للصنعة قيمة تضمن**».. اه يكون إشارة إلى الجواب عن هذا الإشكال.

وتوضيح الجواب أنه فرق بين البيع وما نحن فيه، وذلك لأنّ البيع عبارة عن مبادلة عينٍ بعينٍ، فالهيئة لايكون عوضاً في البيع حتّى يقع الزائد في مقابل الهيئة، فيسلم من

الرباء، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن الصنعة تضمن مستقلاً.

وعلى هذا فلو قلنا إن الغرامة يكون معاوضة فإنما نقول: إن المعاوضة بين المصنوع مع صنعه وبين الطرف / ١٥٠٣ / الآخر، فالزائد يقع في مقابل الهيئة والصنعة فيسلم من الرباء.

قوله: وإن كانت الصنعة محرّمة لم يضمنها.

أقول: لابدّ من أن نشير هنا إلى تنبيهين:

الأوّل: أنه نقل عن القواعد أنه قال «لو أتلف آنية الذهب، ففي ضمان الزائد بالصنعة إشكال، ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمها».

ونقل عنه أنه قال قبل ذلك: وإذا كسرت آلات الملاهي، فلا ضمان، فإن أحرقت (؟) ضمن قيمة الرضاض وكذا الصليب.

أقول: ظاهر الجواهر أن بين كلامي القواعد تنافٍ وأجيب عنه بان صور المحرمة على أصناف:

منها ما يكون المحرّم هو نفس العمل ابتداءاً فقط، كعمل الصور المجسّمة من الحيوانات، فإن إبقاء مثل هذه الصورة ليس محرماً، بل يكون إبقائها في الدار مكروهاً.

ومنها ما يكون المحرّم هو العمل ابتداءاً واستعماله بعد ذلك دون إبقائه كإواني الذهب والفضة.

أقول: بل الظاهر أنّ المحرّم هنا هو مجرّد الإستعمال دون أصل تسوية الصورة.

ومنها ما يكون العمل / ١٥٠٤ / ابتداءاً والإبقاء بعد ذلك كلّه حراماً كآلات اللهو والصليب.

[لا يكون ضمان في الهيئة الساقطة عن المالية]

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ الهيئة الّتي تكون ساقطة عن المالية شرعاً، فلا يكون في إتلافها ضمان هو ما كان إبقائها حراماً كآلات اللهو والصليب دون ما لا يكون إبقائه

محرّماً وإنما يكون المحرّم نفس العمل ابتداءاً أو مع استعمالها أيضاً كآنية الذهب والفضة.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا تنافي بين كلامي العلامة.

[الإجتهاد في مقابلة النص]

أقول: هذا اجتهاد في مقابلة النص، فإن العلامة يصرّح بأن منشأ الشك في الضمان هو الشك في كون الغاصب مساوياً مع غيره، فهو معترفٌ بأن إتلاف الأواني في حقّ غير الغاصب ليس منشأً للضمان.

هذا تحقيق أصل المسألة من أن إتلاف الأواني موجب لضمان الزائد بالصنعة أم لا، موكول إلى محلّه، ومحلّه عند ذكر المكاسب المحرّمة.

نعم؛ لا فرق ظاهراً بين الغاصب وغيره بمقتضى شيء من القواعد.

الثاني: أنه في صورة قلنا بجواز إبطال الصورة والمراد / ١٥٠٥ / من الجواز هو بمعناه الأعمّ يقع الكلام في أن ذا الصورة أيضاً يرتفع احترامه أيضاً، فلا تكون المادة مضمونة أيضاً، أو أن رفع الاحترام مختصٌّ بالصورة والهيئة إما مطلقاً أو بمقدار لا تصلح بعد ذلك لاستعمال الحرام.

والأشبه بالقواعد هو الأخير لعدم دليل معتنىً به على ارتفاع الضمان بأزيد من ذلك، مع أنّه لا قصور في أدلّة الضمان أيضاً.

[الجناية على الدابّة المغصوبة]

قوله: «ولو كانت المغصوبة دابّة فجنىٰ عليها الغاصب».

أقول: مقتضى القاعدة هنا هو الأرش. والدليل على القاعدة هو صحيحة أبي ولّاد في الجملة من غير فرق بين جملة القاضي وغيره إلّا أنّه حكي عن التذكرة أنه «لو غصب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبة إلى أربابه كما لو غصب حجّة إنسان بدَين أو ملكٍ فالأقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربّه إن غصبه منه وإن غصبه من غيره لم يضمن

بالزيادة؛ / ١٥٠٦ / بل بما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير.

ثمّ إنّه حكى عنه أنه جعل اللسان في الخاتم والنعل بالنسبة إلى كسر الإصبع وغيره كذلك.

في ما لو كان المغصوب هو الحجّة

وأقول: قبل الشروع في أصل المطلب يناسب الإشارة إلى معنى كلام التذكرة، فنقول: إنّ المراد من التفاوت هو الزيادة مثلاً إذا كان حجة على عمروٍ بألف قِران وهذه الحجّة لو كان بيد زيدٍ يأخذ منه الثمن، ولٰكن لو كان بيد خالد لم يأخذ منه إلّا خمسمأة، ففي هذه الصورة لو غصب هذه الحجية من عمرو، فيكون الغاصب ضامناً لتمام ا:لف قِران ولو غصب من خالد، فلا يضمن بأزيد من خمسمأة.

وإذا عرفت ذلك فنقول: ادّعى الأستاد وجود الفرق بين كلّ واحد من مسألة قطع ذَنَب حمار القاضي ومسألة الحجّة ومسألة الخُفّ والنعل، وبيان ذلك أنه بالنسبة إلى قطع ذَنَب حمار القاضي / ١٥٠٧ / نقول: إن الفرق بين حمار القاضي وحمار غيره إنما هو في جهة الانتفاع، لا في جهة المالية.

[تتمّة]

[في بعض ما دل على حجية خبر الثقة]

دعوىٰ تواتر ما دلّ على حجية خبر الثقة لو كان بلحاظ ضميمة ما ورد في حق بعض الأشخاص مثل زرارة وغيره، ففيه: أنهم كانوا عادلين وفي حقهم كمال الوثوق أو لا أقلّ من احتماله، فلا يدلّ على التعدي بثقة دونهم.

ولو لم يكن بتلك الضميمة، فلو كان ذلك الاستفادة بمجرّد الحدس فكثرة الخبر الكذائي مسلّم إلّا أنّه لا حجية في الحدس المذكور.

ولو كان المراد دعوىٰ تواتر ما يدل على حجية مطلق الثقة، فهذه الدعوىٰ مشكلة.

نعم؛ يجوز دعوى التواتر فيما هو أخص مضموناً من بعض تلك المضامين كالإمامي الذي فيه كمال الوثوق لشدّة تعريفه ومرجعيته، كما أنه يمكن دعوى القطع بحجية مثله بعد العلم بحجية الخبر في الجملة من جميع الأخبار فلا محذور فيه.

فلو وجد فيما دلّ على حجية مطلق الثقة خبر كان كذلك، فيصير معلوم الحجية، فنأخذ بمقتضاه، كما أنه لو صار خبر معلوم الحجية من جهة ما ذكرناه وكان دالاً على حجية أخبار فيها ما يدلّ على حجية مطلق الثقة أيضاً يكفينا، وهكذا؛ فتدبّر. فإن الأنحاء الصحيحة كثيرة.

ومصداق الفرض الأوّل بأن يصير مثل خبر اسمعيل، أو ابن الجهم، أو ابن المغيرة، أو عبدالعزيز، أو الأخوين أو تاليه في كتاب الرسائل أو مرفوعة الكناني داخلاً فيما هو أخص مضموناً حتّى يصير معلوم الحجية.

وأما التوقيع الوارد على القاسم بن عليّ فيكون مشتملاً على خصوصية، وهو أن الإمام فوّض سرّه إليهم.

وخبر العمري لمّا كان مشتملاً على توثيق الإمام، فلا يدلّ على اعتبار الموثق عندنا.

وخبر حسين ابن روح لو كان المراد فيه ما رَووه بني فضّال بعد الضلال فيثبت المدّعىٰ، لأنه لا يبق فيهم إلّا الوثوق من دون شدّة لوضوح اختلاف حالهم ولو كان المراد قبله، فلا يدلّ على حجيّة خبر غير الإمامي في حال ضلالة؛ بل لعلّ الإمام عليه السلام يعلم عدالتهم في تلك الزمان.

وبوجه آخر نقول: إنّ ستّة من الأخبار المشار إليها تدل على حجية مطلق الثقة أو الأعم، مع أنّه يمكن دعوىٰ أن كلّ واحد من تلك الأخبار يكون من قبيل الخبر المحفوف بالقرائن القطعية؛ لأنه مع قطع النظر من أن هذه الأخبار تكون من الكتب المعتبرة الّتي يكون الوثوق غالباً بصدور كل واحد منها لأجل القرائن الّتي تدل على صحة ما في تلك الكتب، كما لا يخفىٰ على المراجِع إلى آخر الوسائل، حتى أن كثيراً من الأخباريين لأجل تلك القرائن ادّعوا قطعية تمام ما في تلك الكتب، والشيخ رحمه الله في أول الأدلّة العقلية لحجية خبر الواحد لأجل تلك القرائن يدّعي قطعية جلّ تلك الأخبار إلّا ما شذّ ونَدَر.

نقول: إنه قرائن أخر على صدور خصوص الخبر الدالّ على حجية مطلق الثقة الأعمّ:

منها: أن كثرة الأحكام من أنّا نرىٰ من أنّه لا يحصل العلم غالباً بغير السماع من المعصوم، كما يؤيّده اعتبار العدلين في الشهادة، مع أنّه لم يكن البناء على حضور كلّ أحد عند الإمام عليه السلام، بل لا يمكن ذلك، / ١٥١٣ / يقتضي لزوم إمضاء طريق كافٍ وافٍ لتمام النّاس بحيث لا يكون النّاس في ضيقٍ شاقٍّ ومشقّة ويرى العقل بأن الأنسب بهذا المقام هو خبر الثقة؛ إذ ليس غيره شيء معتنىً به في البين واشتراط بعض الشروط يوجب ندرة الفرد له، فيوجب الضيق الشديد.

ومنها: أن عمل جلّ الناس لو لم نقل كلّهم على خبر مطلق الثقة ويقوّىٰ في النظر بعد لزوم الجعل إمضاء ما عليه الغالب.

ومنها: أن من الأخبار المتواترة يعلم كون حجيّة الخبر مسلّماً حتى يسأل عن حال التعارض فيها.

ومن الواضح أنّ العقل بعد ما يعلم حجية الخبر في الجملة يقول: إن اللايق بالحجية هو خبر مطلق الثقة، لاسيّما بملاحظة ما ورد في باب التعارض؛ لأنه لو كان الحجية منحصرة بأفراد نادرة لم يكن ذلك قابلاً لأن يقع فيها هذا المقدار من التعارض.

ومنها: أنه يظنّ من كثير من الأخبار أنّ المناط فيها حجية مطلق خبر الثقة، مثل كثير ممّا ورد في الأخذ بقول بعض أشخاص خاصّة، ومثل بعض الأخبار المشار إليه سابقاً*.

ثمّ إنّه بعد ذلك كلّه لو ورد خبر في الكتب المعتبرة على حجية مطلق خبر الثقة أو الأعمّ، فيمكن القول بأنّه يكون من قبيل الخبر المحفوف بالقرائن القطعية؛ فضلاً من أن يَرِد اثنين بهذا المضمون، وفضلاً من أن يرد ثلاث، وفضلاً من أن يرد أربع، وفضلاً من أن يرد خمس؛ بل ستّ بهذا المضمون.

ثمّ لو قلنا بأنها لا يوجب القطع، فلا أقلّ من أنّها يوجب الاطمينان بصدور هذا المضمون اطميناناً موجباً لأن يتأمّل أحد من العقلاء في العمل به في جميع الأمور وفي أمور الشارع أيضاً؛ بل كلّ مولىً مع موهونية وصول الرّدع من قبله عن عمل العقلاء بهذا البناء من الواضح موهونية الردع في المقام مع قطع النظر عن القرائن المشار إليها؛ فضلاً من أن يلاحظ تلك القرائن، فإنها لو لم توجب القطع القطع بالإمضاء، فلا أقلّ من أنّها توجب الاطمينان بعدم الردع، وإذا تحقق البناء من العقلاء فيقبح من الشارع المؤاخذة بأزيد ما عليه بناء العقلاء، كما أوضحناه سرّه في مسألة / ١٥١٢ / حجية الخبر الواحد عند تمسك الشيخ ﷺ ببناء العقلاء هناك، وإذا تحقق البناء على العمل بالخبر الدالّ على حجية مطلق خبر الثقة، فيثبت به حجية مطلق خبر الثقة وهو المطلوب.

ثمّ إنّا لم نتمسك ببناء العقلاء على العمل بمطلق خبر الثقة أولاً لأن لا يورد علينا

---

*) *وسيأتي شاهدانِ آخرانِ أيضاً. (منه قدّس سرّه).*

بأن القدر المتيقّن منها هو الخبر الاطميناني.

ثمّ إنّ للأخبار الدالة على حجية خبر الثقة قرائن أخرىٰ غير الأربعة المشار إليها أولاً.

منها: أنّه لا شك أن عمل الأصحاب بالخبر الثقة بجبلّتهم كان أضعاف عملهم بالقياس بألف مرّة وذلك لما تقدم من أن أغلب العقلاء ـ لو لم نقل كلّهم ـ يعملون بخبر الثقة في جميع أمورهم ومع ذلك نرىٰ أن بطلان القياس عند الشيعة صار أظهر في كلّ شيء، فلو كان خبر الثقة أيضاً كذلك، فلابدّ أن يصير كذلك.

إن قلت: لعلّ من يعمل بالخبر الثقة يحصل له العلم.

قلت: مع بداهة بطلان هذا الكلام نقول: إن [من] يعمل بالقياس لا يقول: إني حصل لي العلم منه، كما أن من يعمل بالخبر الثقة لا يقول عند عمله «إني حصل لي العلم» مع أنّه لو كان حصول العلم ممكناً، فمن القياس أوضح، كما لا يخفىٰ على من راجع بعض الأخبار الواردة في نفي العمل به.

ومنها: أنّ الصحيح عند القدماء ليس بمثل الصحيح عند المتأخرين في أنّه قد يعمل به وقد لا يعمل به، وإنّما الصحيح عندهم هو المعمول به عندهم.

نعم؛ يدّعي بعض الأخباريين أنّ الصحيح هو الثابت الصدور، يعنى قطعيّ الصدور، فلا يعملون إلّا القطعيّات. وقد نُقل عن البهائي ﷺ في مشرق الشمسين: أنّ الصحيح هو الموثوق به الّذي يحصل الظن الوثوقي بصدوره.

وهكذا يقولون سائر الأصوليين.

والقرائن القطعية تدل على صحة ما يقوله الأصوليون، كما لا يخفىٰ على المراجِع إلى ما كتبه الشيخ وكتبنا عليه في التمسك بالإجماع على حجية الخبر الواحد.

ومنها: القرائن الأخرىٰ يظهر على المراجِع بتلك المقام.

بقي الكلام في الجواب عن الموهنات لما ذكرناه:

منها الآيات والأخبار الدالّتان على حرمة العمل بالظن وبغير العلم.

والجواب أنه لو أريد التمسك بها، فقد ظهر الجواب عنها عند ما كتبناه في التمسك

ببناء العقلاء على حجية خبر الثقة وإن أريد جعله موهناً* للعلم أو الاطمينان الذي أدّعيناه، ففيه: عدم قابليته لها في ذلك بعد منع أصل الدلالة، بل لو تمّت دلالتها لكان الاطمينان التامّ حاصلاً بخروج الثقة في نقل الأخبار عنها للقرائن المشار إليها.

ومنها: الأخبار الدالّة على عدم جواز العمل بالخبر وقد تقدم في أول مسألة حجية الخبر أن صنفاً منها لابدّ من أن يحمل على الخبر المباين للكتاب ونأخذ نحن بمضمونها.

وصنفاً منها وإن كان له إطلاق في طرح ما لايوافق الكتاب أو اشتراط الموافقة، إلّا أنّها بنفسها ليس لها كثرة، فالتمسك بها لنفي حجية الخبر دوريّ.

إن قلت: نحن لا نريد أن نتمسك بها، ولكن نريد أن نجعلها موهنة لما ذكرت.

قلت: مثل هذه الأخبار ليست قابلة لأن يوهن القرائن الّتي أشرنا إليها، فيعين في

---

*) *ولا يخفى أن ما دل على حجية العناوين الخاصّة تكون أظهر مدلولها بالنسبة إلى الآيات الناهية من منع الحجية في نفس تلك العناوين الخاصة، بل وكذلك بالنسبة إلى تعليل آية النبأ أيضاً فيما يشمله التعليل بأن يكون العمل بالخبر موجباً لإصابة القوم وكان احتمال ندامته مساوياً لاحتمال الندامة في خبر الفاسق المطلق قبل التبيّن في الجملة، كما أوضحناه في آية النبأ.*

ثمّ إنّ الّذي نقول بحجّيته بعد تخصيص إطلاق ما ورد في حكاية إسمعيل بتعليل آية النبأ لم يعلم كونه بأزيد ممّا عليه بناء العقلاء وإن لم يحصل القطع بوجود النبأ في تمامه، فبعد انصراف الآيات الناهية عمّا عليه بناء العلماء لم يعلم شمول الآيات الناهية لشيء ممّا تقول باعتباره وعلى فرض شمول الآيات الناهية لبعض منها لعدم كونه ممّا عليه البناء، فما دلّ على الحجية يكون مقدماً إمّا لكونه أقلّ ـ اندراج خبر الثقة فيما دل على الحجية أنسب بمناسبة الحكم والموضوع من إندراجه فيما دل على حرمة العمل بغير علم أو بالظن، ولا سيّما أن مادلّ على حجيّة خبر الثقة في غير الاعتقاديات أو أنه المتيقّن منها والآيات الناهية بالعكس ـ أفراداً وإما لإنه بحكم الأخص نظراً إلى أنّ الظنون العقلانية بمنزلة العلم وخارج عن مدلول ما دل على الحجية ايضاً ومجرد شمول اللفظ غير مضرٍّ لأن النظر في الحقيقة إلى حجية ما ليس العلم لوجود البناء عليه، وأما تعليل آية النبأ فلا ينافي ما دل على حجية خبر الثقة بجميع شؤوناته بعد أنّ المنع هناك عن الظن الضعيف حقيقة، كما شرحناه في آية النبأ.

نعم؛ يضرّ بإطلاق ما ورد في حكاية إسمعيل والنسبة عموم من وجه وعموم التعليل إما أرجح، أو أنّه بعد التساقط يكون المرجع اصالة حرمة العمل. (منه قدّس سرّه).

النظر بعد ملاحظة تلك القرائن أحد المحملات الحمل على خبر غير الثقة، أو أخبار العامة، أو المتعارضين، أو أخبار الثقات؛ لكن قبل التهذيب وبعد الدسّ فيها، كما هو أظهر الاحتمالات في المقام إلى غير ذلك من المحامل.

ومنها آية النبأ حيث دل على عدم جواز العمل بخبر الفاسق، وفيه: أنّها غير دالّة على ذلك في المقام ولا موهنة للقرائن المشار إليها.

أما الأوّل: فلأن مورد آية النبأ بمقتضى الأخبار هو الإخبار عن الإرتداد ولا يكون خبر الواحد من العادل فيه حجة؛ فضلاً من أن يكون الخبر من الفاسق، فيكون القدر المتيقّن من مورد آية النبأ هو الإخبار عن الموضوعات ودلالة آية النبأ على مطلق الخبر بالإطلاق وبمقدمات الحكمة وبعد ما صار الخبر عن الموضوعات قدراً متيقّناً بمقتضى القرائن الحافّة بالكلام، فلا تجري مقدمات الحكمة لإثبات التعميم بعد الفرق الواضح بين الموضوعات والأحكام، حيث إنّ الخبر العدل أيضاً لم يكن حجة في الموضوعات؛ فتأمّل.

هذا؛ مع أنّه لا دلالة في الآية على عدم حجية الخبر الفاسق حتى في الموضوعات ايضاً بعد أنّ بعضاً يقول: إنّ المراد ما يعمّ تبيّن الوثوق، وبعض يقول: إن المراد ما يعمّ الاطمينانى، وبعض يقول: هو التبيّن العلمي وذلك لأنّ التبيّن من الإبانة بمعنى الظهور، مع أنّ أهل العرف عند حصول الوثوق لهم شيء أو الاطمينان يقولون: إنه ظهر الأمر و وضح.

إن قلت: إن من المسلّم أن / ١٥١٠ / الوثوق والاطمينان غير كافٍ في الموضوعات الّتي قلت إنّها مورد الآية، مع أنه لو قلت إن المراد هو التبيّن الوثوقي، فحينئذٍ يقتضي ذلك حجية خبر الفاسق الثقة في الموضوعات وذلك خلاف الإجماع، فلابدّ أن تخصّص مورد الآية، مع أنّ تخصيص المورد غير جائز.

قلت: مورد الآية هو عدم قبول خبر الفاسق بدون التبين ولا تخصيص في ذلك.

هذا؛ مع أنك قلـ[ـت:] إن التبين قد قيّد بالنسبة إلى الموضوعات الّتي تكون مورد الآية بتبيّن خاصٍّ وهو العلمي أو الحاصل من شهادة العدلين، إلّا أن ذلك يوجب

ظهوراً في وجوب مثل هذا التبيّن في مطلق خبر الفاسق.

غاية الأمر أنّه لا يمكن الاستدلال به لكفاية مطلق التبيّن في مطلق خبر الفاسق من جهة أن إرادة المطلق، مع كونه غير مراد في المورد غير جائز؛ فتدبر.

ثمّ إنّ التعليل أيضاً لا يقتضي بأزيد من عدم جواز الإقدام بما لا يؤمن الندامة فيه بمثل عدم المأمونية الّتي تكون في العمل بخبر الفاسق قبل التبيّن، كما بيّنّاه في آية النبأ؛ فراجع.

ومنها قوله تعالى: ﴿**ولا تَركَنُوا إلى الّذينَ ظَلَمُوا**﴾[1] الآية، والجواب عنه كما في الجواهر عند التعرض لجواز وصاية الفاسق من أنّ الممنوع هو الركون إلى الظالم من الفاسق، لا مطلق الفاسق، ومجرّد إطلاق الظالم على الظالم لنفسه غير موجب لوضع في معنى الظالم حتى يجب بذلك رفع اليد عن ظاهره العرفي كما هو كذلك في جميع التنزيلات وأشباهها، فإنها لا يوجب وضعاً جديداً يحمل على اللفظ دائماً مع أنّ قبول قول الظالم لإحراز وثاقته في مقام النقل ليس ركوناً إليهم؛ لأنه بمعنى الميل إليهم بمحبّتهم، كما تؤيّده الرواية المشار إليها في المجمع، أو بمعنى السكون والاعتماد إليهم، أي الإتكال اليهم. ولا يشمل ذلك قبول خبره إذا أخبر عن شيء لأجل إحراز تحرّزه عن الكذب.

ومنها الإجماع المنقول عن العُدّة في اشتراط العدالة في المخبر الّذي يقبل قوله في نقل أخبار الأئمة وفيه: أنه مع قطع النظر عن كلّ شيء إنه يدّعي بُعَيد ذلك الاتفاق على كفاية الوثاقة، ومن هنا يقبل أخبار بني فضّال وغيره، فراجع كلامه.

وجمعنا بين كلاميه أن العادل يقبل قوله من حيث هو وغيره لأجل معاضِدٍ خارجيٍّ من جهة أن ذلك تبيّن في خبر الفاسق وتعرّضنا عند التمسك بالاجماع لحجية خبر الواحد بأن طريق الجمع بين كلاميه منحصر في ذلك وأن غيره باطل.

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم، فاعلم أنه في مقام إثبات أنه أي واحد من الأخبار صار

---

١) هود: ١١٣.

حجةً بمقتضى ما ذكرناه من اعتبار بناء العقلاء يمكن أن يمشى على وجوه ثلاثة:

الأوّل أن نقول: إن الأخبار الستّة المشار إليها بمقتضى ما تقدم إما أن يحصل العلم بصدور واحد منها أم أنه يكون واحداً منها حجة لحصول الاطمينان بصدور واحد منها اطميناناً يكون بناء / ١٥٠٩ / عمل العقلاء عليه واحتمال الردع يكون موهوناً فيستقر الحجية لواحد منها كما قرّرناه في مسألة حجية أخبار الآحاد وهذه الطريقة قريب في الجملة، مع ما تقدّم منّا هناك من العلم بصدور الأخص مضموناً من تلك الأخبار.

وعلى هذا نقول: إنّ الميزان في صورة كان الحجة في شيء أخبار كثيرة من حيث المجموع أنه يجوز الأخذ بالمضمون القدر الجامع بينهما دون ما كان خاصاً ببعض منها، فلابدّ من أن يعيّن المضمون القدر الجامع ونتكلم في أن مقتضاه أيّ شيء.

فنقول: إنّ العدالة غير مأخوذة في شيء منها، بل بين مصرّح أو ظاهر في عدم اشتراط العدالة وأما التشيع أيضاً، فكذلك لأن في خبر يعيّن الرجوع إلى الشيعة، لٰكن مع فقد خبرهم يعين الرجوع إلى ما رَوَوه العامة عن عليّ وفي خبر آخر من غير تلك الستّة يقول: «**لا تأخذنّ معالم دينك من غير شيعتنا**»؛ لٰكن يعلّل بعلّة لا يجيء في صورة أحرز وثاقة غير الشيعي، بل ينتج حجية قوله*.

نعم؛ خبرٌ منها يدلّ على حجية قول المؤمن وخمسةٌ لا تزيد على الوثاقة شيء. فلو ادّعينا استناد الحجيّة بمجموع الستّة يصير المضمون القدر الجامع المؤمن الموثق، ولو ادّعينا استنادها بالخمسة يصير المضمون القدر الجامع هو الموثق الصّرف بالمؤمن

---

*) ***إن قلت: بعض ما استفاد منه حجية قول الثقة دل على حجية الثقات عند الأئمة، فلا تدلّ على كفاية الوثاقة عند من يريد أن يعمل بالخبر.***

قلت: لأنه إما من دعوىٰ أنّ العلم الإجمالي حاصل بصدور ما دلّ على حجية قول الثقة من غير هذا الصنف أيضاً ولا مانع فيه بعد أن ما يدل على حجية الخبر مطلقاً كثير وإن يكون المتيقن منها أخبار الثقات وإن لم يكن فيه عنوان الثقة، وإما من إثبات دلالة هذا الصنف أيضاً على حجية خبر من كان ثقة عند من يريد أن يعمل بالخبر لاستفادة تسلّم حجيّة خبر الثقة من هذه الأخبار أيضاً عرفاً. (منه قدّس سرّه).

الموثق هو المضمون القدر الجامع.

ثمّ إن هٰذين العنوانين موجودان في الأقسام الثلاثة من الخبر باصطلاح المتأخرين وهو الصحيح والموثق والحسن بشرط أن يكون الموثق من ثقة من أهل الإيمان.

[تنبيهات]

ثمّ إنّه ينبغي التنبيه على أمور:

الأوّل: أنه قد يقال كما قيل في آية النبأ من أن هذه الأخبار لا تشمل الخبر مع الواسطة.

وفيه: أنه يحرز بالخبر المعلوم المنقول وهكذا إلى أن يصل إلى الإمام والمُثبِت في الأمارات حجة وليس نفس فردية الخبر الّذي هو المقول للثقة الحاكي له متوقفاً على شمول أدلّة الحجية للخبر الحاكي؛ بل العلم بفرديّته متوقف عليه ولا محظور فيه، والتفصيل في آية النبأ.

الثاني: أنه قد عرفت أن كثيراً من القرائن الموجبة لقطعية هذه الأخبار أو حجيتها كان مختصاً بخبر الثقة.

ثمّ إنّ نفس هذه الأخبار كثيراً منها يدلّ على حجية خبر الثقة وذلك إما يوجب لانصراف تلك الأخبار إلى خبر ثقة يحصل الوثوق بنفس خبره، أو لا يحصل الوثوق بعدم صدوره، أو أن ما ذكرناه يمنع من جريان مقدمات الحكمة لتعميم ما دلّ على حجية خبر الثقة إلى خبر ثقة لا يوثق بخبره، وسائر الأخبار ليس بنفسها حجية؛ لأن المفروض أنّ الحجة هو المضمون القدر الجامع فلا يثبت بما ذكرناه خبر ثقة أعرض الأصحاب عنه لعدم حصول الوثوق بصدور ذلك الخبر.

والثالث: / ١٥٠٨ / في أنّه هل يثبت بهذه الطريقة حجية الخبر المقطوع والمرسل والضعيف المنجبر بالشهرة أو بمطلق الامارة أو بالشهرة التطابقي أم لا.

فنقول: أما المرسل إذا لم يحرز أنّه لا يرسل إلاّ عن الثقة، فلا وجه لأن يثبت بهذه

الطريقة حجية قوله، وأما إذا أحرز ذلك، فنقول: لو قلنا إن الأمر بـقول الثـقة لأجـل الوثوق بخبره، فلا إشكال في أنّ الوثوق بخبر مثل ابن أبي عُمير حاصل؛ بل وكذا لو كان المناط على كون المخبر ثقة وذلك لأنّ توثيق رجاله الّذين لم يذكرهم بنفس ما قالوا في حقّه من أنّه لا يرسل إلّا عن ثقة، كما سيأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ، ونحن نعلم أنه يخبر عن أحد ومن الواضح عدم اشتراط معرفة شخص الموثق.

وإن شئت قل: إن قوله «رُوي عن فلان» يدلّ بالالتزام عـلى أنـي سـمعت مـن شخص ينقل عنه، والمفروض أنه أحرز وثاقته بما قالوا في حقه.

نعم؛ ما قالوا في حق أصحاب الإجماع يحرز وثاقتهم ومَن بعدهم على فرض كون معنى كلامهم في مَعقد الإجماع ذلك ولا يحتاج في قبول خبرهم ومَـن بـعدَهم إلى إثبات أمر آخر.

وأما الضعيف المنجبر بالشهرة، فنقول فيه: لو أحرزنا أن وجه حجية قول الثقة إنما هو لأن يوثق بخبره، فهذا الوجه هٰهنا موجود من غير فرق بين أن يكون مرسلاً أو مسنداً.

وأما لو قلنا: إنه لم يعلم كون المناط ذلك، فحينئذٍ نقول: إنه بهذا المسلك لا يمكن إثبات حجية الخبر المنجبر بالشهرة إلاّ في صورة كان الخبر مرسلاً وحصل الوثـوق بعمل العلماء بوثاقه رجاله الّتي دل عليه لفظ الراوي التزاماً، كما تقدم في مراسيل مثل ابن أبي عُمير.

بقي الكلام في أنه هل يكون دليل على أن المناط في حجية قول الثقة هو الوثوق بخبره أم لا، فنقول: لا شبهة في أن مفاد الأخبار في المقام حجية خبر الثقة، لكن قد يقال بأنّه كما أن عمل العقلاء على الأخذ بخبر الثقة ما لم يجد له موهن، كذلك بنائهم على الأخذ بخبر الموثوق به الّذي حصل الوثوق بصدوره ويفهم من هذه الرواية كون الشارع بصدد إمضاء ما عليه بناء العقلاء.

وفيه: أنه ليس في هذه الأخبار تعليل حتّى يستفاد ذلك ونحن بعدُ لم نطمئنّ بأن العرف يفهم منها إمضاء كلّ ما يكون بناء العقلاء عليه.

نعم؛ سيأتي ـ إن شاء الله ـ أنه لو اعترفنا ببناء العقلاء على العمل بالخبر الوثوق به، فنقول بحجيته من دون توقف على إثبات ما ذكرت؛ بل وكذا لو أثبتنا بنائهم على العمل بخبر يكون على ثبوت مضمونه قرائن ولو لم يكن الوثوق بصدوره حاصلاً.

الثالث: في أنه بأي شيء يحرز الوثاقة في الراوي وكذا الإيمان لو لم نقل بكفاية مجرد الثقة فيه.

فنقول: أما الوثاقة فقد يقال: إن إثباتها يتوقف على إثبات حجيّة الظنون الرجالية، وفيه: أن الأخبار الّتي ذكرنا من أنّها تدل على اشتراط الوثاقة ظاهرة في الوثاقة عند من يريد أن يعمل بالخبر، لا الوثاقة عند شخص آخر، فإن الوثاقة أمر إضافي، فإنه لو قلت: إنّ فلاناً موثق، فيسأل أنه عند من؟ لأنها عبارة عن سكون النفس واعتمادها بشخص، وإذا كان الوثاقة المأخوذة في موضوع الحكم بجواز العمل بالخبر أمراً وجدانيّاً للعامل بالخبر، نظير القطع والظن بالشك، فلا يقوم شيء من الأمارات من الظن وغيره مقامَه، لأنه إذا تحقق الوثاقة من الأمارة، فقد حصلت حقيقتها، لا أن تقوم تلك الأمارة مقامها وإن لم يحصل، فليس احتمال الوجود موجوداً حتى يقوم الظن مقامه.

ولكن نحن نقول: إنه بالظنون الرجالية تحصل حقيقة الوثوق لمن يريد أن يعمل بالخبر وكذا بتوثيقات الفقهاء إجمالاً كرجال حديث يقولون الفقهاء في حق تلك الحديث: إنه صحيح، أو موثّق، أو حَسَن. ومثله توثيقات أهل الرجال احتمالاً كقولهم في حق أصحاب الإجماع، أو مراسيل ابن أبي عُمير، أو تفصيلاً، كما هو واضح.

وأما الإيمان، فقد عرفت أن اعتباره موقوف على مدخلية خبر إسمعيل الّذي فيه التمسك بآية الإذن في تلك الأخبار الّتي ادّعينا فيها التواتر أو الاطمينان الحجة وإلّا فساير الأخبار أعمّ، وهذا الخبر لا ينفي حجية قول غير المؤمن.

ثمّ إن للمؤمن إطلاقات كما يظهر من مظانّه من كتاب الطهارة والجمع وغيرهما، فلابدّ من أن يلاحظ أن الإيمان الّذي قال في هذه الرواية بتصديق صاحبه بأيّ معنى يكون؟

فنقول: إنّ الإطلاق المعروف من الإيمان التصديق الباطني بالشهادتين والإطلاق المعروف من الاسلام بمجرّد الإظهار بهما.

وقد يقال: إن الإظهار بهما كاشف تعبّدي عن التصديق الباطني فيتّحد الإسلام والإيمان، والإظهار كاشف تعبّدي عن الإيمان أيضاً وفي خبر إسمعيل إطلاق المسلم عليه، مع أنّ الشايع فيه الإظهار لو لم نقل بثبوت الحقيقة الشرعية بل العرفية فيه في زمان الصادق عليه السلام واستهزائهم بالنبي صلى الله عليه وآله لنفاقهم، كما هو مقتضى الآية وإطلاق المسلم على من لم يكن معيّناً من الناس في الرواية بحمل تمام من في بلد المسلمين على أنهم مسلمون.

الثاني من الطرق الّتي يثبت بها حجية الخبر بمقتضى ما تقدّم من اعتبار بناء العقلاء أن نقول: إنك عرفت في الوجه الأوّل أنه لمّا يكون الحجّة هو مجموع الأخبار الستّ الدالة على حجية الخبر، فلا يثبت بها حجيته ما يدلّ عليها بعض تلك الأخبار وإنما يثبت حجيّة كلّ خبرٍ دلّ على حجيتها تمام تلك الأخبار، وهنا نقول: إذا أحرزنا بالوجه الأوّل حجية خبر الثقة، فحينئذٍ نقول في الأخبار الّتي تدل على حجية الخبر إذا كان خبر ثقة: فحينئذٍ لا مانع من الأخذ بتمام مضمونه ولو لم يشترك معه في الدلالة سائر الأخبار الدالة على حجية الخبر؛ لأنه بعدُ ما ثبت حجية خبر الثقة. فإثبات حجية سائر الأخبار الّتي لم تثبت بعد حجيّتها بمثل ذلك الخبر ممّا لامحظور كأن تثبت حجّيّة الخبر بآية من القرآن، فعلى هذا لابدّ من أن تلاحظ الأخبار الدالة على حجية الخبر، سواء كان من تلك الستّ أم من غيرها من أنّه هل يكون لها دلالة على غير ما أحرزناه في الوجه الأوّل أم لا. وعلى فرضه لابدّ من أن يلاحظ أنه داخل في الأخبار الثقات الّتي أحرزنا حجيتها في الوجه الأوّل أم لا، وإذا أحرزنا أنه منها فلابدّ من أن نأخذ بمضمونه فنقول: من الأخبار الّتي يكون لها لسان خاص ما ورد في حكاية إسمعيل حيث دلّ على حجية قول المسلمين من غير فرق بين الثقة وغير الثقة.

ومن غير فرق بين أن يكون قول المسلم نقل أخبار الأئمة أو غيرها. وما دلّ بالمفهوم على عدم حجية قول غير الثقة يختص بنقل أخبار الأئمة عليهم السلام كما أنّ تعليل

آية النبأ الّتي ينفي حجيّة ما يكون احتمال ندامته مساوياً لما في خبر الفاسق المطلق وهو الكافر قبل التبيّن في الجملة إذا كان العمل موجباً لإصابة القوم لا يأتي تعليله في غير مورد العمل بأخبار الأئمة عليهم السلام غالباً؛ لأن الأخبار تكون فيها لواحدٍ، لا لقومٍ*.

---

*) نعم؛ ما ورد من الأخبار في حجية قول الثقة بانضمام ما ورد من الأخبار في حق بعض أشخاص خاصّة كثيرة؛ بل متواترة، مع أنّ بينهما أخبار ثقات يكون الظاهر منها نفي حجية قول غير الثقة والنسبة بين هذه الأخبار وما ورد في حكاية إسمعيل عموم من وجه، سواء لوحظ النسبة بين نفس مفهوم ما دل على حجية قول الثقة وبين ما ورد في حكاية إسمعيل حيث إن مفهومها عدم حجيّة قول الثقة، مؤمناً كان أو لا.

وما ورد في حكاية إسمعيل يدلّ على حجيّة خبر المؤمن ثقة كان أم لا، أو المفهوم والمنطوق معاً.

وهنا قد يقال: إن الخبر الدال على حجيّة قول المؤمن وخبره يكون دلالته على ذلك بالمنطوق، فيقدم على ما دلّ على عدم حجيّة غير الثقة من المفهوم بالمفهوم لأقوائية الدلالة في المنطوق.

وفيه: ةن المقرّر في محلّه عدم عموميّة شيء من القواعد المقرّرة في باب تعارض الأحوال؛ بل لابدّ من ملاحظة خصوصيات الموارد وهنا نقول: ان ما دلّ على حجّيّة قول الثقة لما يكون وارداً في مقام البيان لولم يوجب العلم بعدم حجيّة قول غير الثقةً فلاأقلّ من كونها أقوىٰ دلالة مع أن التساوي في الدلالة أيضاً كافية؛ لأنه في مادة الاجتماع لابدّ من التوقف، فلم يثبت حجية خبر المؤمن الغير الثقة.

ثمّ لو قلنا كما ذكرناه في باب المعاطاة من أن المقيّد المنفصل حاله كالمخصص المتصل في عدم جواز التمسك بالمطلق في مقدار يحتمل دخوله تحت المقيّد ولو كان المقيّد مردّداً بين الأقلّ والأكثر فحينئذٍ نقول: إنه لم يثبت بما ورد في حكاية إسمعيل حجية خبر المؤمن الثقة إذا صار نفس الخبر موهوناً لإعراض الأصحاب عنه؛ بناءاً على دعوى انصراف ما دلّ على حجيّة قول الثقة إلى كلّ خبرٍ ثقة يحصل الوثوق بنفس خبره أيضاً، كما تقدّم. (منه قدّس سرّه).

فهرس المحتويات
(المجلد التاسع)

تتمة أبواب البيع ١١

الكلام في كون الوجوب شرعياً أو عقلياً . ١٣

الكلام في ضمان المنافع المستوفاة وغير المستوفاة ١٦

الإشكال في منافع الخمر..... ٢٠

الإستدلال على عدم ثبوت الضمان للمنافع المستوفاة ٢٠

الأدلّة الدالّة على ضمان المنافع في المغصوب وفي المقبوض بالعقد الفاسد ٢٧

في قاعدة الاحترام ٢٨

في قاعدة الضرر ٣٣

الكلام في الإمضاء..... ٣٤

الأدلّة الدالّة على عدم الضمان ٣٨

كلام صاحب الجواهر..... ٤٢

الترديد الذي ذكره صاحب المسالك.... ٤٢

الكلام في منافع الأعمال..... ٤٤

كلام المحقق الثاني في المقام ٤٤

حصيلة البحث..... ٤٥

الكلام في القيمي والمثلي ٤٧

مقدمتان لتوضيح تعريف المثلي..... ٤٧

الكلام في اختلاف الحدود ٤٨

في اختلاف قول اللغويين ٤٩

اعتبار قول اللغوي لأنه من أهل الخبرة .. ٤٩

العرف الخاص ٥١

الأحسن في تعريف المثلي ٥١

المراد من التساوي في تعريف المثلي... ٥٤

ملاحظات على أجزاء تعريف المثلي ... ٥٦

إشارة إلى الموارد المشكوكة بين المثلي والقيمي..... ٥٩

الأصل في المسألة عند الشك في حكم المثلي ٦٠

الأصل العملي في المقام..... ٦١

وجه رفع اليد عن الجمع بين المثل والقيمة عند الشك..... ٦٤

هل الضامن مخيّر بين دفع القيمة والمثل أو الملاك رضى المالك ؟..... ٦٨

مقتضى القاعدة في المقام ٦٨

تأسيس القاعدة الكلّية..... ٦٨

مقتضى الأصل اللفظي في المقام..... ٧٢

مقتضى « على اليد » ٧٢
نقل كلام الشيخ رحمه الله في المقام ٧٥
المماثلة المطلقة..... ٧٦
المشهور يقول : إن المثلي مضمون بالمثل والقيمي بالقيمة ٧٧
مخالفة الإسكافي في المقام..... ٧٨
مدى دلالة آية الإعتداء ٧٩
الإيراد على التمسك بآية الإعتداء..... ٨٠
تنبيهات..... ٨٣
لو اختلف التالف مع المثل بحسب القيمة ٨٣
الاستدلال على تبدّل المثل بالقيمة في المقام ٨٥
لو كان اختلاف القيمة ناشئاً من الاختلاف بحسب الأمكنة ٨٧
ردّ المثل إلى بلد المطالبة ٩٠
تنبيه في أنّه هل يجب على الضامن حمل المثل من بلد المطالبة إلى بلد الغصب. ٩١
لو تعذر المثل في المثلي..... ٩٢
بِمَ يتحقق التعذّر والإعواز ؟..... ٩٢
الرجوع إلى العرف ٩٣
لا معنى للتعذر العرفي ٩٤
إثبات الإمكان العرفي في كلام الشيخ ... ٩٤
التعذر الإبتدائي والتعذر الطارئ..... ٩٦
التفصيل المنسوب إلى المحقق الثاني... ٩٧
تصحيح التفصيل ٩٨
الاحتمالات المذكورة عند تعذّر المثل... ٩٩
جواز المطالبة هل يكون من جهة الإنقلاب أو لوجه آخر ؟..... ١٠٠
مقتضى القاعدة عدم جواز المطالبة وعدم وجوب القبول..... ١٠١
ليس الإسقاط والإبراء بواجب ١٠٢
الإحتمال السادس في المقام..... ١٠٢
الإشكال على أصالة عدم وجوب القبول ١٠٣
لو كان يوم التلف متمكناً من المثل.... ١٠٣
حصيلة البحث عن الأصول العملية ... ١٠٤
بعض الإشكالات الجزئية الأخرى في المقام. ١٠٤
الدليل على كون المدار قيمة يوم المطالبة أو يوم الدفع ١٠٥
الاستدلال بقوله (ص) « على اليد.. »... ١٠٥
الاستدلال بقوله تعالى « فاعتدوا عليه ». ١٠٦
لا يفي هذا الوجه لثبوت المثلي على الذمة.. ١٠٧
فـروع ١١٠
لو تعذر المثل واختلفت قيمته هل له مطالبة الأعلى قيمةً ؟..... ١١٠
الأقوى الرجوع إلى الأصول لعدم ذكر الخصوصيات في الأدلّة..... ١١٣
مثل قوله تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) ١١٤
لو كان المثل موجوداً عند شخص يعطيه بالجزاف فهل يجب الشراء ؟..... ١١٤
هل الملاك لدفع قيمة المثل ، المثل الواحد أو الأمثال المتعددة ؟ ١١٥

لو أتلف الماء في المفازة هل يمكن الإعطاء على شاطئ البحر أو لابد من إعطاء القيمة ؟ ١١٦
صورة غصب الماء في المفازة والإعطاء على شاطئ البحر ١١٧
الإشكال على التمسك بأدلة الضرر.... ١١٧
كلام صاحب الجواهر وغيره في إتلاف الماء في المفازة..... ١١٨
لو تعذر المثل ودَفَع القيمة ثم وُجد المثل... ١٢٠
صور المسألة لو كان التالف قيمياً ١٢٥
معنى القيمي..... ١٢٥
حكم القيمي..... ١٢٥
الفرق بين القرض وغيره ١٢٦
دعوى الإجماع على كون القيمي مضموناً بالقيمة ١٢٦
الرجوع إلى الأدلّة بعد كون المسألة خلافية .. ١٢٧
شمول الأخبار لجميع القيميات أو بعضها... ١٢٨
الإشكال على أخبار باب الرهن ١٢٨
الضمان بقيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو أعلى القيمة..... ١٣٣
مقامان؛ المقام الأول: في بيان أنّ مقتضى الأصول العملية في هذه المسألة أيّ شيء ؟ ١٣٥
الشك في طريق الإمتثال على أقسام .. ١٣٦
المقام الثاني: في الأدلّة..... ١٣٩
الإستدلال لضمان خصوص قيمة يوم الغصب ١٣٩
تعيين قيمة يوم التلف عرضي أو ذاتي ؟ ١٤٩
الوجوه المذكورة لإثبات أعلى القيم ... ١٥٢
الأصل الذي تمسك به الشيخ لإثبات أعلى القيم..... ١٥٩
إثبات أعلى القيم بوجه آخر..... ١٦٠
لا اعتناء بزيادة القيمة بعد التلف..... ١٦٢
فرع في أن صفات المغصوب يكون بمثل المغصوب..... ١٦٣
حالات المغصوب ١٦٤
الأحكام الكثيرة لصورة كان تعذرّ ردّ العين دائماً..... ١٦٥
الدليل على وجوب ردّ البدل على الغاصب بالأدلة الأربعة ١٦٧
الدليل على صيرورة البدل المبذول ملكاً للمغصوب منه..... ١٦٨
الفرق بين السلطنة والمالية ١٧٠
لو كان المبذول بدلاً عن سلطنة المالك على العين..... ١٧٢
مسائل ١٧٤
هل الترادّ ثابت في المسألة؟ ١٧٨
التناقض في بناء الأستاد على الترادّ وعدمه .. ١٨٢
هل للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل من المالك؟ ١٨٢

الثمرة بين أن يكون المبذول بدلاً عن سلطنة المالك أو مالية العين ١٨٣
هل تكون النماءات المضمونةَ على الغاصب ؟ ١٨٤
ثمرات المسألة..... ١٨٧
هل الضمان بقيمة يوم الغصب أو التلف أو الأعلى عند الحبس والإتلاف ؟ ١٨٩
بعض المسائل المترتبة على المقام.... ١٩١
المراد من المحسن في « ما على المحسنين من سبيل » ١٩٢
لو تمكن الغاصبُ من الرّد إلّا أنه يحتاج إلى مضيّ زمانٍ ١٩٤
لو خاط الغاصب بخيوط مغصوبة فهل يجب نزعها ؟ ١٩٧
الخروج عن المالية بالمرة أو بواسطة الرّد ... ١٩٧
القيمة عوض عن الصفات الزاهبة..... ١٩٩
لا نقول بوجوب ردّ المغصوب بعد زوال المالية..... ١٩٩
هل يجوز التصرف فيه ؟ ٢٠١
تنبيه في التصرف في مال اليتيم..... ٢٠٢
لو كان النزع موجباً للسقوط عن المالية . ٢٠٤

الكلام في شروط المتعاقدين .. ٢٠٧

الأول : البلوغ ٢٠٩
عقد الصبي إذا لم يبلغ عشر سنين ٢٠٩
أدلّة جواز عقد الصبي..... ٢١٠
الكلام في الإطلاق الأحوالي..... ٢١٧
الكلام في قوله تعالى «أحل الله البيع».. ٢٢٠
الكلام في قوله تعالى «وابتلوا اليتامى». ٢٢١
مقامان آخران..... ٢٢٢
نفس العقد داخل في الإبتلاء..... ٢٢٢
هل الأمر بالإبتلاء كاشف عن إمضاء العقد ؟ . ٢٢٢
الأدلّة الدالّة على عدم صحة عقد الصبيّ ٢٢٣
الأخبار الدالّة على عدم صحة عقد الصبي على ثلاث طوائف..... ٢٢٣
كيف يردّ التقييد والتخصيص لو لم يحمل على العهدية ؟..... ٢٢٩
عبادات الصبي مشروعة لو كان المرفوع خصوص القلم..... ٢٣١
شرعية عبادات الصبيّ تمسّكاً بالإطلاقات .. ٢٣٢
إشكالان آخران للشيخ على حديث رفع القلم ٢٣٣
الكلام في الطائفة الثالثة من الأخبار... ٢٣٥
قاعدتان متعاكستان ٢٣٧
إذا تكررت المطلقات ثم ورد مقيّد واحد لا تقيّد المقدمات..... ٢٣٧
عدم الإعتماد على القاعدة في باب المطلقات ٢٣٨
قد يوجد لخبرٍ موهناتٍ يُسقطها عن الإعتبار. ٢٣٩

كثرة تكرّر المقيدات يوجب لانصراف المطلق إلى الأفراد المقيّدة..... ٢٣٩
لو تردّد المقيّد بين أن يكون كثيراً أو قليلاً ... ٢٤٢
لو دار الأمر بين التقييد والتقيّد..... ٢٤٣
في بيان عدم بطلان عقد الصبيّ على التحقيق ٢٤٤
التفصيل بين الأشياء الحقيرة والخطيرة . ٢٤٥
الكلام في تصرفات الصبيّ والحجر ... ٢٤٦
تنبيه في قبض الصبيّ..... ٢٤٩

الثاني من شروط المتعاقدين هو القصد ٢٥١
قصد اللفظ والمعنى..... ٢٥٢
المراد من قصد المعنى ٢٥٢

الثالث من شروط المتعاقدين: قصد المالكَينِ اللّذَينِ يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما في العقد ٢٥٤
اشتراط التعيين ولزوم متابعته..... ٢٥٤
تعيين مراد الشيخ وتحقيق في أصل المطلب. ٢٥٧
التطابق بين الإيجاب والقبول شرط لصحة العقد..... ٢٥٩
ظهور الكلام في قصد الخصوصية وتبعية العقود للقصود..... ٢٦٠
في قاعدة «العقود تابعة للقصود»..... ٢٦٠
في أن عدم الرضاء مع تخلّف الشرط غير مضرّ ٢٦١
لو ادعى المشتري أني قصدت كون الثمن على ذمّة شخص آخر وأنكر البايع..... ٢٦٣
بطلان النكاح في صورة عدم تعيين الزوج أو الزوجة ٢٦٣

الرابع من شروط المتعاقدين: الإختيار ٢٦٥
المراد من الإختيار ومعاني الإختيار.... ٢٦٥
الكلام في الإكراه والجبر..... ٢٦٧
الأقوال في اعتبار القصد وعدمه لتحقق عنوان المكره..... ٢٦٩
هل الطلب عين الإرادة؟..... ٢٧١
الفرق بين الهازل والمكره ٢٧٣
إنكار الوجود الإنشائي في كلام الأستاد. ٢٧٤
ليس الوجود الإنشائي إلا أمراً اعتبارياً.. ٢٧٥
الوعيد على ترك المكرَه عليه..... ٢٧٧
مجرد الشك بترتب الضرر هل يوجب الخوف؟..... ٢٧٩
لو حصل الخوف هل يصدق الإكراه؟.. ٢٨٠
التوعيد بالضرر على الأقرباء ٢٨١
التورية في تحقق موضوع الإكراه أو حكمه.. ٢٨٢
اعتبار العجز عن التفصّي بغير التورية .. ٢٨٢
الكلام في العجز عن التفصّي بما لا يكون فيه حرج أو ضرر..... ٢٨٥

الإكراه في الأحكام الوضعية ٢٨٦
مقتضى أدلّة المحرمات في صورة كان المكره متمكناً عن المتفصي..... ٢٨٩
تضييق دائرة العمومات..... ٢٩١
بسط في معنى الإكراه والمراد من «ما استكرهوا عليه»..... ٢٩١
لا تفصيل بين الإكراه على المحرمات والعقود ٢٩٣
كلام الأستاد لتصحيح التفصيل بين الموارد.. ٢٩٤
المقام الثالث في أنّ العجز عن التفصي لو قلنا: إنه غير مأخوذ في أصل معنى الإكراه.. ٢٩٦
لوازم الولاية..... ٢٩٧
حرمة الولاية من قبل السلطان الجائر، ومعنى السلطان الجائر..... ٢٩٧
من المجوّزات لقبول الولاية: الخوف.. ٢٩٨
كلام صاحب الشرايع ٢٩٨
عدم القدرة على التفصي في كلام الجواهر والشيخ..... ٣٠٠
إطلاقات أدلّة الإكراه منصرفة إلى العجز عن التفصّي..... ٣٠٢
القدر المتيقن هو: العجز عن التفصّي.. ٣٠٣
فـروع ٣٠٤
الأوّل: إذا أكره الإنسان على مُحَرَّم غير الإضرار بالغير ولم يكن له التفصّي أو كان متمكّناً من التفصّي ولكن كان فيه أيضاً ضرر ... ٣٠٤
الإستدلال على عدم إباحة المحرمات إلّا بالضرر الذي لا يحتمل عادةً..... ٣٠٥
الثاني: إذا أُكره على الإضرار بالغير، فإن كان الإضرار بالغير هو الدم، فلا يباح ذلك ٣٠٥
الفرق بين الإكراه والاضطرار ٣٠٥
الفرق بينهما في كلام الشيخ..... ٣٠٦
المقام الثاني فيما لو كان المكرَه بالفتح متمكّناً من التفصّي بالتورية ٣٠٩
معنى التورية..... ٣٠٩
الدليل على وجود التورية في الألفاظ أمورٌ.. ٣١١
قصد المعنى والكلام النفسي..... ٣١١
تصور المعنى المجازي والحقيقي معاً.. ٣١٢
هل التورية توجب صدق الكلام الكاذب وكذب الكلام الصادق؟..... ٣١٣
التورية ليست بكذب ٣١٤
الأخبار تدل على عدم كذبيّة التورية... ٣١٥
وجوب التورية في بعض الأحيان..... ٣٢٠
هل يجوز الكذب بدون التورية؟..... ٣٢١
الكذب قبيح عقلاً..... ٣٢٢
قبح الكذب ليس من جهة الإغرار بالجهل... ٣٢٣
قبح الكذب يرتفع بالمصلحة..... ٣٢٥
وجوب التورية عند الإكراه على العقود. ٣٢٧
الإكراه على الطلاق ٣٢٧
لا يمكن الإكراه على الإعتقادات..... ٣٣٠
فساد ما ذكره صاحب نهاية المرام..... ٣٣٢
فـروع ٣٣٣

لو أكره على طلاق امرأة، وزعم الإكراه على طلاق امرأة أخرى ٣٣٣
التفصيل بين العقود المتعلقة بالأموال كالبيع وغيرها كالطلاق ٣٣٤
فروع مذكورة في مكاسب الشيخ ٣٣٦
الرضاء بالعقد بعد الإكراه ٣٣٦
لو صار الإكراه جزءً مقتضياً لصدور الفعل عن المكرَه ٣٣٦
وقوع الفعل لدفع الضرر عن المكره ٣٣٧
فـرع ٣٣٨
لو قال له «طلّق زوجتك وإلّا أزني بامرئتك» أو بامرأة أخرىٰ» ٣٣٨
لو أكره على واحد من البيع الصحيح والفاسد كبيع العذرة ٣٤٣
لو أكره على حقٍ وباطلٍ ٣٤٣
هل يكون للإكراه على الحق تأثير؟ ... ٣٤٣
استثناء بعض موارد الإكراه ٣٤٤
مفاد حديث الرفع رفع الآثار ٣٤٧
حكومة حديث الرفع ٣٤٧
الكلام في القضية السلبية والثبوتية ... ٣٤٧
الإكراه على واحد من الحرام والمباح، والكلام المنسوب إلى الشيخ ٣٤٨
الشك في تحقق الإكراه في حق أحد الشخصين ٣٤٩
لو أكره على حقّ كنفقة زوجته ٣٥٠
القدر المتيقن من أدلّة الإكراه ٣٥٤
هل الإختيار وعدم الإكراه شرط للعاقد أو المالك؟ ٣٥٤
المناقشة فيما ذكر ٣٥٦
لو أكره على بيع واحد غير معين من عبدين . ٣٥٩
حكم الإكراه على العقود ٣٦٧
الكلام في الإيقاعات ٣٦٨
ردّ أدلّة الخصم في كلام القائلين بعدم كون عقد المكره صحيحاً بعد الإجازة ٣٦٩
منع اشتراط المقارنة ٣٧٠
التمسك بمفهوم الوصف ٣٧٠
الغلبة في الوجود ٣٧٢
الفرق بين المطلق والعام ٣٧٣
دعوى وجود المقارنة بين التجارة والرضاء في عقد المكره ٣٧٤
رفع الصحة التأهّلية عن عقد المكره وعدمه . ٣٧٦
أدلّة الإكراه رفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه ٣٧٨
طيب النفس الذاتي والعرضي ٣٨٢
طيب النفس في عقد المكره ٣٨٤
اختيار مذهب المشهور ٣٨٥
تنبيه ٣٨٨
ثمرة البحث على قول المشهور ومذهب المحقق الثاني ٣٨٨
قصد القربة وطيب النفس ٣٨٩
الإجازة لا تُصحّح عقد الهازل، ولا فرق بين عقد الهازل والمكرَه ٣٩٠

الرابع ممّا دلّ على مذهب المحقق الثاني
ويكون ردّاً على المشهور هو ما اتّفقوا ٣٩٠
الكلام في الإستعمال ٣٩٠
فروع ٣٩٢
هل الإجازة على القول بالصحة التأهلية ناقلة
أو كاشفة ؟ ٣٩٣

المقام الثالث في بيان حكم الإكراه المتعلق
على الأسباب ٣٩٣
الكلام في السبب : المكرِه ، والمباشر : المكرَه
٣٩٥
الكلام في قوله تعالى ﴿ ما على المحسنين من
سبيل ﴾ ٣٩٥
المحسن هو المنعم أو الفاعل لفعلٍ مأذون فيه
٣٩٦
حديث الرفع اثنان ٣٩٩
المؤاخذة الدنيوية والأخروية ٤٠٠
هل المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذة أم
لا ؟ ٤٠١
هل الحق جواز التمسك في العقود والأسباب
بحديث الرفع أم لا ؟ ٤٠١
ادعاء وجود القرينة على تقدير المؤاخذة ٤٠٢
تعميم المرفوع بكل الآثار يستفاد من بعض
الأخبار ٤٠٥
الكلام في كل سبب كان القصد دخيلاً في
سببيّته ٤٠٩
صحة عقد الهبة لو كان المتّهب مكرهاً . ٤١١
القبض في الهبة والصرف والسَلَم ٤١١
الفسخ والرجوع ٤١٣
الإجازة المتأخرة لا تنفع في العقود ٤١٤
فرع، إجازة المكرَهِ بعضَ البيع وردّ بعضه ..
٤١٥
تتمّة في إثبات عموم البدليّة في الأمر
الاضطراري ٤١٦

مباحث شتّىٰ ٤٢١
القيمي مضمون بالقيمة عند الأكثر ٤٢٣
الدليل على جريان الربا في مطلق المعاوضة .
٤٢٤
لا يكون ضمان في الهيئة الساقطة عن المالية.
٤٢٥
الإجتهاد في مقابلة النص ٤٢٦
الجناية على الدابّة المغصوبة ٤٢٦
في ما لو كان المغصوب هو الحجّة ٤٢٧
تتمّة في بعض ما دل على حجية خبر الثقة ..
٤٢٨
تنبيهات ٤٣٦

فهرس المحتويات (المجلد التاسع) ... ٤٤١

□□□