بسم الله الرحمن الرحيم

# دروس في فقه العقود[[1]](#footnote-1)

## تحرير محل النزاع

المعاملات تنقسم الي العقود والايقاعات،‌ وتنقسم العقود الی عقود عهدية وعقود اذنية، والعقود العهدية ما تشتمل اما علی الالتزام بفعل او علی قرار ای اعتبار ماهية اعتبارية، کعقد النکاح فانه يشتمل علی اعتبار ما هية اعتبارية وهی الزوجية وان فرض عدم اشتمال هذا العقد علی ای التزام بفعل،‌ والعقود الاذنية هي العقود التي تشتمل علی الاذن فی شيئ ولا تتضمن ای التزام او قرار ماهية اعتبارية، کعقد الوکالة والوديعة، بل ذکر المحقق النائيني و السيد الخويي (قدهما) ان في ادراج هذا القسم في العقود مسامحة لتقوم صدق العقد بما شتمل سید توقف علي الاذن حدوثا وبقاء بحيث ترتفع بارتفاع الاذن، ولاتتضمن تعهدا ولا قرارا كالوكالة الاذنية و الامانة،‌ و لان العقد عبار ة عن العهد المؤكد و لا عهد في العقود الاذنية لان قوامها بالاذن فقط و انما ادرج فيها لاشتمالها علي الايجاب و القبول، و العقود العهدية‌ تنقسم الي ما يكون الهدف الاصلي منه تبادل الاموال و الي ما لا يكون الهدف الاساسي منه المال كالنكاح،‌ و محل الكلام انما هي العقود العهدية التي يكون الهدف الاساسي منه مبادلة‌ المال،‌ و حيث ان لهذه العقود اركان و احكام مشتركة‌ نحن نحاول ان نبحث عن هذه الامور المشتركة بينها. و هذه هي محل البحث و الكلام.

مقدمة للورود في هذه المباحث نبحث عن حقيقة‌ الملك و اسباب الملك و الموارد المشتبهة للملك .

## حقيقة الملك

وقع الكلام في انه امر حقيقي من الاعراض الخارجية‌ او من الامور الانتزاعية او من الامور الاعتبارية؟ لا اشكال في انا لو راجعنا العرف نجد ان الوجدان العرفي يقضي بان الملكية امر اعتباري لا تكويني فانه لو ورث زيد مالا من ابيه لا يتزايد حيثية وجودية علي نفسه بل يحصل له امر اعتباري فقط و هو ان العلقة الاعتبارية التي كان يعتبر قبل ذلك بين ابيه و بين المال اعتبر من الان الذي فات ابوه بينه و بين المال.

و هذا الملك انما نشأ من الاستيلاء التكويني علي ما في ايدينا من الاشياء و الاموال ثم يعتبر المقنن قوانين لتنظيم هذا الاستيلاء التكويني علي الاموال و من هنا ينقسم الاستيلاء الي المجاز كاستيلاء المالك علي ماله و الي غيره كاستيلاء الغاصب علي هذا المال. حقيقة هذا الملك المعتبر من جانب المقنّن هو اعتبار الواجدية و الاستيلاء الاعتباري علي الاشياء و الاموال سواء كان الاستيلاء التكويني موجودا او لم يكن بموجود، و يكون النسبة بين الاستيلاء التكويني و الاعتباري عموم من وجه فان الغاصب له استيلاء تكويني علي المال من دون اعتبار و لصاحب المال استيلاء‌ تكويني علي المال من دون استيلاء‌ تكوينا،‌ و في المال غير المغصوب يوجد استيلاء اعتباري و تكويني معا، و هذا المعني لا يختص بالملك فانه في كثير من المنشئات الوضعية يكون الامر كذلك مثلا الزوجية‌ لها مصداق تكويني و هو ارتباط خاص بين فردين من المذكر و المونث سواء‌ كان في الانسان ام في غيره من الحيوان، ثم جاء المقنن اعتبر الزوجية لتنظيم حياة الناس و رتّب عليه آثارا و هذه زوجية اعتبارية قد يجتمع مع الزوجية‌ التكوينية‌ و اخري تفترق عنه.

قد يتصور ان الملك نشأ من استيلاء الباري سبحانه علي العالم و استيلاء‌ الانسان علي اعضائه و جوارحه و قواه، و هذا التوهم غير صحيح اذ لا ربط له باستيلاء الانسان علي الاموال فكيف انتقل الذهن العرفي الساذج منه في بداية الامر الي ملكية الانسان بالنسبة الي الاشياء و الاموال،‌ و الصحيح ما ذكرناه من ان الملك نشأ من استيلاء الانسان علي الاشياء ‌التي في يده و اعتبر العرف مضافا الي الاستيلاء التكويني استيلاء اعتباريا في موارد.

ثم انه يحتمل في الملكية احتمالات ثلاثة:‌ ان يكون من المقولات الحقيقية او ان يكون من الامور الانتزاعية او ان يكون من الامور الاعتبارية‌، وعلي فرض كونه من المقولات فما يشبه به الملكية هو احد الامور الثلاثة:‌ الكيف و الجدة‌ و الاضافة، اما الكيف فباعتبار ان المالك يقدر علي التصرف في المال فيمكن ان يكون من مقولة الكيف فان القدرة من مقولة‌ الكيف. و اما كونه جدة فباعتبار انها عبارة‌ عن الهيئة الحاصلة للجسم بسبب احاطة جسم بكله او ببعضه،‌ و الملك ايضا فيه نحو احاطة فيمكن ان يكون من مقولة الجدة. و اما كونه اضافة فلان الاضافة عبارة عن الهيئة الحاصلة للشئ من النسبة المتكررة بينه و بين شئ آخر كالاخوة و الابوة و البنوة و الفوقية و التحتية، و الملكية يمكن ان يكون من مقولة الاضافة باعتبار كونها النسبة المتكررة بين المالك و المملوك.

ذكر المحقق الاصفهاني انها لا تكون من مقولة الكيف لان القدرة تتعلق بالافعال و الملكية متعلقة ابتداء بالعين فلا تكون متعلقة للقدرة النفسانية حتي تكون عبارة‌ عن الملكية. لكن هذا غير تام لان الملكية ليست هي القدرة فقط بل هي القدرة علي التصرف، و من الواضح كما ان الملكية تتعلق بالعين و القدرة علي التصرف ايضا تتعلق بالعين. و ذكر انها لا تكون من مقولة الجدة لانها هيئة حاصلة للمحاط،‌ و الملكية لو كانت مقولة فهي هيئة‌ حاصلة للمحيط و هو المالك، بالنتيجة انه بناء علي ما اختاره المحقق الاصفهاني فهو يشبه بمقولة الاضافة،[[2]](#footnote-2) و بناء علي ما اخترناه‌ يشبه ان يكون من مقولة الاضافة و الكيف.

لي تعليقة علي ما ذكر في الفلسفة من ان الاضافة لوحظ فيه هيئتان حاصلتان من النسبة المتكررة لكل من الطرفين، و ‌الجدة لوحظ فيه هيئة واحدة للمحاط فقط و كذلك في الاين، والحال انه يمكن ان يلحظ فيها هيئة للمحاط و هيئة للمحيط و كذلك في الاين، و لا دليل علي انحصار اللحاظ. هذا مضافا الي ان هذه الهيئات الحاصلة للاشياء ليست الا مجرد انتزاع ذهني و ليس منه في الواقع اثر.

### ان الملكية ليست من المقولات

استدل المحقق الاصفهاني لاثبات عدم كون الملكية من المقولات بوجوه ثلاثة:

**الاول:‌** ان المقولة لابد ان يكون لها مطابق في الاعيان كالسواد و البياض و اما ان يكون من الحيثيات الوجودية لما له مطابق و صورة‌ في الاعيان كالاعراض النسبية، و الملكية ليست كذلك فان المفروض انها ليست بمتحققة في الخارج قبل العقد، و بعده نري وجدانا انه لم يوجد ما له مطابق في الخارج و لم يتحيث ذات المالك و المملوك بحيثية وجودية بل حالهما حال ما قبل العقد.[[3]](#footnote-3)

اورد عليه السيد الخويي بان هذا البرهان مصادرة علي المطلوب و ذلك لانه لا ريب في ان الملكية توجد بالبيع و الشراء، انما الكلام في انه حيثية وجودية ام لا؟ و لم يقم عليه دليل و مجرد دعوي عدم تحيث المالك او المملوك بحيثية وجودية نفس المدعي.[[4]](#footnote-4)

**الثاني:‌** ان المقولات لمكان واقعيتها لا تختلف باختلاف الانظار و لا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات فان السقف الملحوظ الي ما دونه فوق في جميع الانظار و بالاضافة الي السماء تحت بجميع الاعتبارات، بينما الملك يختلف حاله باختلاف الانظار مثلا المعاطاة تفيد الملك بنظر العرف و لا تفيده بنظر الشرع.[[5]](#footnote-5)

اورد عليه السيد الخويي بان الاختلاف في الامور الواقعية ايضا غير عزيز و ليس كل امر واقعي من الجوهر او العرض غير قابل للاختلاف فيه.[[6]](#footnote-6)

لم يرتض السيد الشهيد الصدر هذا الجواب و ذكر بانه ليس المراد الاختلاف الاخباري في المقام لان هذا لاريب في وجوده و لا يظن بالمحقق الاصفهاني ان يتخيل انه لا يقع الخلاف في الامور الواقعية فانه كم من امر واقعي وقع الخلاف فيه. انما المقصود هو الاختلاف الانشائي فيها فان مجتمع لو توافق علي ان تحقق الملكية بالمعاطاة مثلا توجد بها ثم لو اعتبر نفس هذا المجتع عدم تحقق الملك بها فلا توجد بها و من الواضح ان الامر الواقعي و الحقيقي ليس يتبع اعتبار المعتبر و من ذلك نعلم بعدم كونها من الامور الواقعية، هذا هو المقصود الا انه يرد علي المحقق الاصفهاني اشكال آخر بان ذلك مصادرة علي المطلوب لان الاعتراف بالاختلاف الانشائي فرع الاعتراف بانشائية المطلب و اعتباريته و مع الاعتراف بذلك ثبت المطلوب و لا حاجة للاستدلال عليه بهذا الاختلاف.[[7]](#footnote-7)

**الثالث:**‌ ان الملكية لو كانت عرضا خارجيا لاحتاجت الي محل موجود خارجا، فان فرض محله المملوك انتقض بتعلق الملكية احيانا بما في الذمة، و ان فرض محله المالك انتقض بتعلق الملكية احيانا بالجهة من دون وجود مالك خارجي ككون الزكاة للفقير بلا حاجة الي فرض وجود فقير في الخارج بالفعل،[[8]](#footnote-8) و هذا البرهان هو الذي ارتضاه السيد الخويي ايضا.

اورد عليه السيد الشهيد الصدر اولا:‌ بان الصفات الحقيقية ليس من اللازم ان تطرأ حتما علي محل خارجي بل يمكن ان يكون امرا حقيقيا محله عالم الواقع كجملة من الصفات الحقيقية كالامكان و الامتناع فان محلها عالم الواقع لا الخارج و هو اوسع من عالم الخارج.

يمكن ان يقال ان هذا الجواب خارج عن محل النزاع لان محل الكلام كون الملك من المعقولات الاولية و عدمها و اجاب عنه بانه من المعقولات الثانية الفلسفية و ليس الكلام فيه.

ثانيا: انه بامكانهم حسب مبانيهم ان يفترضوا ان الملكية قد تكون عرضا خارجيا فيما اذا تعرض علي الامر الخارجي كملك الاشخاص علي الاشياء الخارجية، و قد تكون امرا اعتباريا فيما اذا لم تعرض علي الامر الخارجي كملكية الكلي في الذمة و العنوان. هذا نظير التقدم و التأخر فانه قد يكون امر اعتباريا و اخري امر حقيقيا.[[9]](#footnote-9)

بالنتيجة انه لا برهان علي كون الملك امرا اعتباريا الا الوجدان نعم يمكن اقامة‌ جملة من الشواهد عليه كمنبه للوجدان.

### الملكية ليست امرا انتزاعيا

ذكر المحقق الاصفهاني ان الملكية‌ ليست امرا انتزاعيا و ذلك لانه لو كانت انتزاعية لا يخلو اما ان يكون منشأ انتزاعه العقد و اما جواز التصرف و اما القدرة التكوينية علي التصرف المشروع و لا يعقل واحد من هذه الامور ان يكون منشأ للانتزاع. اما الاول فلان العقد او المعاطاة لو كان منشأ الانتزاع لم يختلف فيه الانظار مع انه ليس كذلك. مضافا الي ان الوصف الماخوذ من الامر الانتزاعي يصح حمله علي منشأ الانتزاع كالفوق علي السقف، و لا يصدق العنوان المأخوذ من الملك و هو عنوان المالك و المملوك لا علي العقد و لا علي المعاطاة. لا يقال:‌ انه يمكن حمل عنوان المملك علي العقد و المعاطاة، لان المملك ليس وصفا اشتقاقيا للملك.

اما الثاني فلان الوصف الاشتقاقي من الملكية لا يحمل علي منشأ انتزاعه و هو جواز التصرف في المقام، مضافا الي ان النسبة بين الملكية و بين جواز التصرف عموم من وجه اذ ربما تكون الملكية موجودة من دون جواز التصرف كما في المحجور لصغر او جنون او سفه او فلس، و اخري يكون جواز التصرف موجودا من دون ملك كتصرف الولي.

ان قلت:‌ منشأ انتزاع الملك عبارة عن جواز التصرف في حد ذاته و ان منع عنه مانع، فاذن يصح انتزاع الملك من مثل ملك المحجور لوجود جواز التصرف الذاتي فيه. قلت:‌ ان جواز التصرف لو لم يكن فعليا يكون منشأ لانتزاع الملكية الاقتضائية لا للفعلية، مع ان الملكية فعلية.

و لا يقال:‌ يصح انتزاع الملك من جواز تصرف الولي، لانه يقال: جواز تصرفه لا يصحح انتزاع الملكية‌ للمولي عليه اذ لا يعقل قيام الحيثية المصححة للانتزاع بشئ و الانتزاع من شئ آخر.

اما الثالث فلان منشأ انتزاع الملكية لوكانت هي القدرة لابد ان يكون متعلق الملكية نفس متعلق القدرة و الحال ان متعلق القدرة من الافعال و متعلق الملكية‌ الاعيان، فاذن لا يكون منشأ انتزاع الملكية‌ القدرة، مضافا الي عدم حمل الوصف المشتق من الملك علي القدرة، و ان النسبة بين الملك و القدرة التكوينية علي التصرف المشروع عموم من وجه، بالنتيجة يثبت ان الملكية امر اعتباري.[[10]](#footnote-10)

اقول: نحن نوافق المحقق الاصفهاني في اصل دعواه من عدم انتزاع الملك من العقد و جواز التصرف و القدرة علي التصرف المشروع، لكن ما ذكره من الادلة كلها غير تامة:

اما الاول‌ ذكر المحقق الاصفهاني انه لو كان منتزعا من العقد لم يكن مورد اختلاف الانظار و انه لصح صدق الوصف المشتق من الملكية علي منشأ الانتزاع، و ليس كذلك. فيه اولا: انه قد تقدم ان انتزاعه من العقد لا يلازم ان لا يكون مورد اختلاف الانظار. و ثانيا:‌ ان مجرد انتزاع الملكية لا يوجب ضرورة صدق الوصف المشتق منه علي منشأ الانتزاع اذ لا دليل علي ذلك الاّ مجرد التمثيل بالفوقية و التحتية و هذا لا يستدعي الحاق سائر الموارد بهما. و ثالثا:‌ يمكن ان يقال ان العقد ليس منشأ لانتزاع الملك بل مصحح لانتزاعه كالارض فانها مصحح لانتزاع الفوقية من السماء بحيث لو لم تكن لم يصح انتزاع الفوقية من السماء.

و اما الثاني فقد ذكر انه لا يصح انتزاع الملكية من جواز التصرف باعتبار انه قد يوجد جواز التصرف من دون ملك و اخري بالعكس، و لا يصح انتزاعه من جواز التصرف في حد ذاته و ان منع عنه مانع و لا من جواز تصرف الولي،‌ لان لازمه ثبوت الملكية الاقتضائية و الحال ان الملكية فعلية و جواز تصرف الولي لا يصحح انتزاع الملكية للمولي عليه.

فيه اولا:‌ ان جواز تصرف الصبي و ان لم يكن بفعلي و لكن القضية التعليقية وهي انه اذا بلغ الصبي جاز تصرفه فعلية، فيمكن ان ينتزع منه الملكية الفعلية. ثانيا:‌ انه يمكن ان يكون منشأ الانتزاع هو اختصاص الصبي بجواز التصرف علي تقدير البلوغ او جواز تصرف وليه. و ما ذكره من عدم صحة انتزاع الملك من جواز تصرف الولي، فيه ان جواز التصرف حكم شرعي قائم بنفس الشارع و لا اشكال في ان يصير الحكم القائم بالشارع مصححا لانتزاع الملكية‌ للصبي.

اما الثالث فذكر ان متعلق القدرة من الافعال و متعلق الملكية من الاعيان فلا يكون الملك منتزعا منه، فيلاحظ عليه ان الملكية لا يعادل كلمة القدرة فقط بل يعادل القدرة علي التصرف، و من الواضح كما ان الملكية تتعلق بالعين كذلك القدرة علي التصرف بمجموعه بالاعيان.

ثم بعد ان ثبت ان الملكية ليست امرا حقيقيا و لا امرا انتزاعيا بل امر اعتباري ذكر المحقق الاصفهاني ان كل امر اعتباري مستنسخ من امر تكويني مثلا ان الاسد له مصداق حقيقي و واقعي و هو الحيوان المفترس و العرف يستنسخ منه نسخة‌ اعتبارية و يطبقه علي زيد و يتباين الفرد الحقيقي مع الفرد الاعتباري علي الدوام و الاستمرار بمعني انهما لا يجتمعان فان الاعتبار انما يوتي به فيما لا يوجد الحقيقة و الا فمع وجود الفرد الحقيقي لا حاجة الي الاعتبار، و هذا المعني و ان كنا لا ننسب الي المحقق الاصفهاني بالجزم و البت، و لكن مبناه يقتضي ذلك لاجل ان الاعتبار انما يوتي به اذا لم يوجد حقيقة،‌ و عباراته يفيد ذلك و يقول: بل التحقيق الحقيق بالتصديق في جميع الوضعيات العرفية او الشرعية انها موجودة بوجودها الاعتباري لا بوجودها الحقيقي بمعني ان المعني سنخ معني بحيث لو وجد خارجا بوجوده الخارجي لكان اما جوهرا بالحمل الشايع او كيفا كذلك او اضافة او جدة بالحمل الشايع، لكنه لم يوجد لهذا النحو من الوجود بل اوجده من له الاعتبار بوجوده الاعتباري.[[11]](#footnote-11) و هذه العبارة بوضوح و جلاء تفيد ان الامر الاعتباري لا يجتمع مع الامر الحقيقي، و المقام من هذا القبيل فان الملكية له مصداق تكويني و هو ملكية الله سبحانه علي العالم و ملكية النفس علي قوي الانسان و جوارحه، و حيث انه لا ملكية للانسان بالنسبة الي الاشياء الخارجة عن ذاته فيأتي العرف و يعتبر ملكية اعتبارية لكي يترتب عليه آثار اجتماعية. من هنا يتساءل ان الملكية اعتبار اي شئ هل الملك اعتبار للجدة او اعتبار للاضافة او اعتبار جدة ذات اضافة؟ يحتمل احتمالات ثلاثة:

1) ان يكون اعتبار الجدة‌،‌ باعتبار ان الجدة هيئة حاصلة للجسم بسبب احاطة جسم بجسم آخر، لكنه يرده لان الجدة الحقيقية لا يصدق علي الملك الحقيقي لان المفروض في الملك احاطة المالك علي المملوك و الحال انه في الجدة يكون المال محيطا علي صاحبه، فكذلك لا ينطبق اعتبار الجده علي الاعتباري من الملك.

2) ان يكون اعتبار جدة ذات اضافة و ذلك بتوهم ان الملك مفهوم ذات اضافة الي المالك و المملوك يعني ان نفس الملك جدة اضيف الي امر آخر و هو المالك و المملوك فيكون جدة ذات اضافة. و يرد هذا الاحتمال ايضا باعتبار ان الاضافة قد يعرض علي الجدة بعد تمامية مفهوم الجدة كعروض الاضافة علي التقمص و يقال انه اكسي من التعمم، و اخري يعرض علي مورد الجدة مثل الاضافة التي توجد في مفهوم الملك ـ بناء‌ علي كونه من مقولة الجدة ـ، و الاول يوجب ان يكون الجدة ذات اضافة دون الثاني لان الاضافة فيه من مقومات نفس الجدة لا انه امر زائد علي ذاته، و المقام لو صح من هذا القبيل، فلا يكون جدة ذات اضافة.

3) ان يكون اعتبار اضافة، هذا ما يقبله المحقق الاصفهاني و ذلك لان الفرد الحقيقي منه من مقولته فكذلك الفرد الاعتباري منه يكون اعتبار الاضافة فيه.

يلاحظ عليه:‌ اولا:‌ ان ما ذكره من انتزاع الملكية من ملكية الله سبحانه علي عالم الامكان و او مالكية الانسان لقواه، فليس بصحيح اذ لا يفهمه الذهن العرفي الساذج فكيف التفت اليه، و الحال ان الملكية كانت ثابتة عندهم من بداية الامر،‌ بل الحق ان الملكية انتزعت و استنسخت من استيلاء‌ الانسان علي امواله ثم اعتبر قوانين لتنظيم ذلك، كما ان الامر في الزوجية كذلك.

ثانيا: صحيح ان الملكية الاعتبارية استنساخ من الملكية الحقيقية و هو استيلاء الانسان علي امواله، لكن الاستيلاء الاعتباري ليس بحيث يتباين الملكية الحقيقية بل هما يجتمعان لان الملك استنساخ من الاستيلاء‌ التكويني علي المال و يعتبر عليه مضافا علي ذلك استيلاء‌ اعتباري و هما مجتمعان، و النسبة عموم من وجه.

و يشهد لما ذكرنا ملكية الخمس لله سبحانه فان الله سبحانه مضافا الي انه مالك للكون حقيقتا مالك للخمس اعتبارا، و هذا لاجل ترتيب آثار لا يترتب علي الملك الحقيقي و من اهمها عدم جواز التصرف فيه من دون اذن،‌ بخلاف الملك الحقيقي فانه لا يقتضي ذلك.

### تعريف الملك

الي هنا استنتجنا ان الملك امر اعتباري يعتبره المقنن سواء‌ كان الشارع او العرف لتنظيم حياة الناس و يريد من خلال اعتباره ترتيب آثار، و اتضح من خلال هذه المباحث انه عبارة عن اضافة اعتبارية بين المالك و المملوك.

ذكر المحقق النائيني ان الملك عبارة‌ عن السلطنة علي المال.[[12]](#footnote-12) يلاحظ عليه اولا:‌ بما ذكره المحقق الاصفهاني من ان الملك ليس هو السلطنة علي المال لان السلطنة يتعدي بعلي دون الملك. و فيه انه يمكن ان يكون معنيين مترادفين و مع ذلك يتعدي احدهما بحرف الجر دون الآخر.

ثانيا:‌ ان النسبة بين الملكية و السلطنة‌ الاعتبارية عموم من وجه فان المحجور من التصرف مالك و لا سلطنة اعتبارية له و قد يوجد سلطنة‌ اعتبارية من دون ملك كسلطنة الولي علي التصرف في اموال المولي عليه و كسلطنة الانسان علي ذمته و عمله و لا ملك فاذن لا يكون الملك هو السلطنة علي المال.

ذكر السيد الخويي ان الانسان له مالكية ذاتية بالنسبة الي اعضائه و جوارحه و ذلك لان الملكية الذاتية ليست الا سلطنة الشخص علي التصرف في نفسه و شؤونها بداهة ان الوجدان و الضرورة و السيرة العقلائية كلها حاكمة بان كل احد مسلط علي عمله و نفسه و ما في ذمته بان يوجر نفسه لغيره او يبيع ما في ذمته، و من البين الذي ليس لا ستار عليه ان الشارع قد امضي هذه السلطنة و لم يمنع الناس من التصرفات الراجعة الي انفسهم و ليس المراد من الملكية هنا الملكية الاعتبارية لكي يتوهم ان عمل الانسان او نفسه ليس محكوما له بالملكية الاعتبارية.[[13]](#footnote-13)

يلاحظ عليه:‌ بالنقض بعدم نفوذ تصرفات الصبي و العبد في ذمتهم و عملهم مع ان الملكية‌ لو كانت ذاتية غير مجعولة لابد ان يكون نافذة، من هنا يعلم ان السلطنة هنا اعتبارية اعتبر في مورد البالغ العاقل علي ذمتهم و اعمالهم و لا ملكية ذاتية‌ و لا اعتبارية.

## الاسباب الاولية للملك

### الاول: الحيازة

ان الاستيلاء علي شئ سبب للملك في المنقولات كما صرح به السيد الصدر و شيخنا الاستاذ التبريزي و يدل عليه السيرة العقلائية و جملة من الروايات:

منها قوله (ص) من سبق من المسلمين الي ما لم يسبق اليه احد فهو احق به .[[14]](#footnote-14)

منها معتبرة السكوني عن الصادق (ع) ان امير المؤمنين قال في رجل ابصر طيرا فتبعه حتي وقع علي شجرة فجاء رجل فاخذه، فقال (ع) للعين ما رأت و لليد ما اخذت.[[15]](#footnote-15)

سند الرواية؛ وقع في السند السكوني و لم يرد فيه توثيق لكن ذكر الشيخ في العدة ان الطائفة عملت باخبار العامة اذا لم يكن من الفرقة المحقة خبر يوافق ذلك و لا يخالفه و لا يعرف لهم قول فيه لما روي عن الصادق (ع) اذا نزلت بكم حادثة لا تجدون حكمها فيما رووا عنا فانظروا الي ما رووا عن امير المؤمنين علي (ع) فاعملوا به.[[16]](#footnote-16) و لذلك نجد ان الطائفة عملت بما رواه حفص بن غياث و غياث بن كلوب و نوح بن دراج و السكوني و غيرهم من العامة عن ائمتنا فيما لم ينكروه و لم يكن عندهم خلافه.[[17]](#footnote-17) فاذن يصح العمل بما ورد عن السكوني وفق خبر الشيخ.

لا يقال: ان الشيخ لم يصرح بان السكوني ثقة فلعل مبني الاصحاب الي الرجوع الي اخبار العامة عن ائمة اهل البيت كائنا ما كان الراوي. فانه يقال: ان لازم ذلك ان يكون العامة احسن حالا من الخاصة لانهم لا يحتاجون الي توثيق، و هذه قرينة لبية علي ان عمل الاصحاب برواياتهم كان لاجل انهم يعتقدون وثاقتهم شريطة ان لا يكون في مورده خبر من الخاصة. هذه بالنسبة الي السكوني، اما النوفلي فيمكن تصحيح وثاقته من طرق:

الاول: انه من روات و رجال كتابي كامل الزيارات و تفسير القمي، فعلي مبني من يعتقد بوثاقة من يعتقد بوثاقة رجال كامل الزيارات و تفسير القمي كما عليه السيد الخويي يتم صحة السند.

يلاحظ عليه: انه لا دليل علي وثاقة جميع رجال كامل الزيارات و لا رجال تفسير القمي، و ذلك لان مفاد مقدمة كامل الزيارات قاصرة عن ذلك، و التفسير الموجود بايدينا ليس هو نفس تفسير الذي كتبه علي بن ابراهيم بل تلخيص منه مع زيادة جملة من الروايات و لعل مقدمة هذا التفسير مما كتبه الملخص لا من علي بن ابراهيم، كما عليه الشيخ آقا بزرك الطهراني في الذريعة.

الثاني: ان الشيخ يشهد في ما ذكرنا من كلامه بعمل الاصحاب بروايات السكوني هذا من جانب و من جانب آخر نجد ان اكثر ما روي عن السكوني رواه النوفلي، من هنا نستنتج ان شهادة الشيخ تدل بالدلالة الالتزامية علي توثيق النوفلي ايضا اذ لا معني لعمل الاصحاب بروايات السكوني من دون توثيق للوسائط الواقعة في السند.

يلاحظ عليه: انه لا علم لنا بان الطريق الي روايات السكوني كانت منحصرة من طريق النوفلي في الاصول الاربعة، لعلهم اخذوا رواياته عن روات اخري و لم يصل الينا ذلك الطرق، فاذن لا نستنتج من عمل الاصحاب توثيق النوفلي.

الثالث: ان الاجلاء اكثروا الروايات و هي روايات تتضمن احكاما فقهية الزامية عن النوفلي في كتبهم و هذا تدل علي اعتمادهم عليه، و من ذلك يطمئن الانسان بوثاقته، و هذا هو السبب الوحيد لتوثيقه و هو المعتمد.

منها صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) من اصاب مالا او بعيرا في فلاة من الارض قد كلت و قامت و سيبها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره، فاقام عليها و انفق نفقة حتي احياها من الكلال و من الموت فهي له و لا سبيل له عليها و انما هي مثل الشئ المباح.[[18]](#footnote-18) فاذن في كون الحيازة من اسباب الملك لا غبار عليه. و لتميم هذا السبب اذكر نكات:

**الاولي:** هل ان الحيازة هو السبب الوحيد للملك الاولي ام لا؟

ذكر المحقق الايرواني ان السبب الاولي للملك هو الحيازة وحدها و سائر الاسباب متفرعة عليه و قال: اعلم ان ام الاسباب المملكة هي الحيازة و كل ما عداها من الاسباب فهي متفرعة عليها واردة في موضوعها لا انها اسباب في عرضها مثل الاموال التي كانت اجنبية عن الاشخاص و كانت نسبتها الي الكل نسبة واحدة و بالحيازة صارت مرتبطة بالاشخاص و وردت في سلطانها و صارت مملوكة لها، فالحيازة هي السبب الوحيد في حدوث الملك لا سبب سواها في مرتبتها و اما سائر الاسباب فهي اسباب في المرتبة اللاحقة.[[19]](#footnote-19)

يلاحظ عليه: ان الحيازة ليست هي السبب الوحيد للملك بل له اسباب اخر سنتعرض لها، و الاقتصار علي الحيازة كسبب مملك غير صحيح.

**الثانية**: هل يعتبر في الحيازة قصد التملك ام لا؟

لا ريب في اعتبار قصد الحيازة و انما الكلام في اعتبار قصد التملك من حيازته هل هو معتبر فيه ام لا؟ المشهور علي الاعتبار و ذهب السيد الخويي الي عدم اعتباره لاطلاق السيرة العقلائية و الروايات، و الصحيح ما ذهب اليه المشهور لان المرتكز في السيرة العقلائية حصول الملك للانسان بارادته و اختياره و لازم ذلك اعتبار قصد التملك من حيازته، و لو قلنا بحصول الملك من دون اعتبار قصد التملك لزم حصول الملك من دون ارادته و اختياره و هذا ما لا يقبله السيرة العقلائية.

### الثاني: الاحياء

الاحياء سبب للملك بالنسبة الي الاراضي الموات و يدل علي ذلك الروايات، و اما الاراضي المحياة بالاصالة و ان لم يصدق في موردها الاحياء، لكن الاستيلاء عليه و تغيير حالته و علاجه بنحو كتبديل ارض ذات اشجار بارض زراعي سبب للملك. و هذا ما صرح به السيد الحكيم و قال: اذا سبق انسان الي ارض عامرة ملكها و لا يحصل السبق اليها الا بالاستيلاء عليها و كونها تحت سلطانه و خروجها من سلطان غيره، اما بتحجير عليها او زرعها او نحو ذلك مما يوجب المنع عن غيره من الاستيلاء عليها و اذا سبق الي ارض ميتة لم يملكها الا بالاحياء.[[20]](#footnote-20) و نظير ذلك ورد عن السيد الخويي في المقام.

ثم ان نفس النزاع السابق من اعتبار قصد التملك من الاحياء في حصول الملك و عدم اعتباره يجري في المقام، الخلاف نفس الخلاف السابق.

### الثالث: الاقطاع من جانب الامام

لو منح الامام او المأذون من قبله قطعة من الارض لشخص يمتلكها هذا الشخص، و ذلك لولاية الامام و الفقيه في زمن الغيبة علي الانفال و منها الاراضي الموات و بمنحه يثبت الملك لا مجرد الحق و لا يشترط في التمليك ان يكون مالكا بل يكفي ان يكون وليا كما في تصرفات اولياء الصغار.

لكن ذكر الشيخ في المبسوط انه لا يمتلكه بالاحياء بل يثبت له مجرد الاولوية و قال: اذا قطع السلطان رجلا من الرعية قطعا من الموات صار احق به من غيره باقطاع السلطان اياه بلا خلاف.[[21]](#footnote-21) و يؤيده السيد الشهيد الصدر في بعضه كتبه حيث قال: ان الاقطاع إذن ليس عملية تمليك و انما هو حق يمنحه الامام للغير ففي مصدر طبيعي خام فيجعله اولي من غيره باستثمار الجزء الذي حدد له من الارض او من المعدن تبعا لقدرته و امكاناته.[[22]](#footnote-22)

يلاحظ عليه: انه لو ثبت الولاية للفقيه لا يتحدد ذلك بالحق بل له التمليك بالمنح.

### الرابع: تمليك الحر عمله و ذمته

قد يعد من الاسباب الاولية للملك تمليك الحر عمله في الاجارة و تمليك شئ علي ذمته في السلف، لكن هذا خارج عن محل النزاع اذ الكلام انما هو في الاعيان الخارجية لا في الذمم و الاعمال.

ذكر السيد الخويي في المقام ما مفاده: ان الملكية قد تكون اولية و هي ما لا تكون مسبوقة بملك آخر و اخري تكون ثانوية و هي ما تكون مسبوقة بملك آخر و لكل منهما اسباب، و الاسباب الاولية للملك امور:

منها: الحيازة؛ فان من حاز شيئا مما لا مالك له كما اذا اصطاد سمكة من الشط او طيرا من الهواء فانه يصير ملكه و ليس لآخر ان يأخذه منه، و يدل علي ذلك السيرة العقلائية، مضافا الي ماورد من الاخبار من ان من سبق الي ما لم يسبق اليه احد فهو له.[[23]](#footnote-23)

منها: الفعل و العمل؛ مثل ما اذا اخذ احد ما لا مالية له كالطين فصنعه كوزا او اخذ خشبا من الاماكن التي يكثر الاخشاب فيها و ينقلها الي مكان لا خشب فيه، فان النقل و الصنعة يوجب ان يكون ذلك الشئ ملكا له.

منها: الحيازة و العمل؛ مثل ما اذا حاز اخشابا من الصحاري فعملها سريرا او حاز حديدا فصنعه سكينا يصير ذلك الشئ ملكه، و يكون الملك مستندة الي الحيازة و العمل معا بمعني ان ملكية المادة مستندة الي الحيازة و ملكية الهيئة الي العمل. هذا كله في الملكية الاولية الاصلية، و اما التبعية مثل ما اذا اصطاد حيوانا يمتلك حملها بتبعه.[[24]](#footnote-24)

يلاحظ علي ما ذكره السيد الخويي اولا: انه تصور ان الملكية فرع المالية و ان الشئ ما لم يكن له مالية لا يقبل الملك، و علي اساسه يفترض ان الطين و الثلج لا يمتلكه الفرد بمجرد الحيازة و انما يحصل له الملك بعد ان صنعه كوزا او عمل فيه عملا بحيث صار ذا قيمة سوقية، و الحال انه ليس الامر كذلك فان الملك ية ليست فرع المالية و الشئ يمتلك و ان لم يكن له مالية، و لذلك الصحيح في الامثلة التي ذكرها السيد الخويي ان نقول ان الفرد يمتلك الطين و الثلج بمجرد الحيازة و تستمر ملكيته بعد ان صنعه كوزا ايضا.

و من العجب ان السيد الخويي نفسه يعترف كما في المصباح بان النسبة بين المال و الملك عموم من وجه فان الشئ قد يكون ملكا و لا مالية له كحبة من الحنطة،[[25]](#footnote-25) و هو كانه غفل عن مبناه هنا و قال بعدم حصول الملكية بالحيازة.

ثانيا: ان ما ذكره من السبب للملك قد يكون الحيازة و العمل معا مثل ما اذا حاز خشبا من الصحراء فعملها سريرا فيكون السبب لملكية المادة الحيازة و للهيئة الصنعة، ففيه ان ذلك يخالف مبناه لانه لا يري ملكية الصورة مستقلة عن الهيئة بل يعتقد انها تابعة لملكية المادة و ان من امتلك المادة يمتلك الهيئة و لا يري ملكية خاصة للهيئة اصلا و لذلك يصرح في خيار الغبن: انه اذا فسخ البائع المغبون و كان المشتري قد تصرف فيه تصرفا مغيرا بحيث زادت مالية العين، الاظهر انه لا شئ للمشتري و كذلك ان كانت الزيادة عينا و كانت غير قابلة للانفصال كسمن الحيوان و نمو الشجرة.[[26]](#footnote-26)

## الاسباب الثانوية للملك

ذكر السيد الخويي ان الاضافة الثانوية قد تنشأ عن امور غير اختيارية و اخري من الامور الاختيارية، و الاول كالارث فانه يوجب اضافة مال مورثه اليه و هو امر قهري غير اختياري و كالوصية بناء علي انها من الايقاعات و لا تحتاج الي القبول كما هو المختار، و كالاوقاف فان الوقف موجب لمالكية الموقوف عليه لمنافع الوقف بلا اختياره. و الثاني كالبيع و غيره من ابواب المعاملات و هذا موجب لاضافة المال اليه الا انها ليست من الاضافات الابتدائية بل انما هي بعنوان ثانوي لسبق اضافة فيها و الا فلا يصح بيعه.[[27]](#footnote-27)

و مسبقا عليه ذكر المحقق النائيني تقسيما آخر للملكية و يقسم الملكية حسب العلاقة القائمة بين المالك و المملوك و يقول ما مفاده: يوجد في التمليك امور ثلاثة: المالك و المملوك و الملكية و هو الخيط الموجود في عالم الاعتبار بين المال و المالك، الا انه يقع الكلام في ان التمليك هل هو تبديل الاضافات او تبديل في طرفي الاضافة؟ يعتقد النائيني ان التبديل يكون في طرفي الاضافة و ذلك لان دليل سلطنة الناس علي اموالهم يقتضي ثبوتها علي الاموال لا علي الملكية الاعتبارية و تبديل الملكية بالملكية يحتاج الي ثبوت سلطنة علي الملك و دليل السلطنة لا يدل عليه بل لا معني له لان الملكية بنفسها عبارة عن السلطنة علي المال و لا معني للسلطنة علي السلطنة، و لعله لذلك يقال بعدم زوال الملكية عن المال بالاعراض حيث لا دليل علي ثبوت السلطنة للمالك علي ازالة الملكية عن ملكه، هذا بحسب الدليل، و كذلك بحسب الاعتبار فان الوجدان يحكم بان فعل البائع و المشتري ليس الا نقل الاموال لا نقل الملكية فالبائع يعطي المثمن لا انه يعطي واجديته له و المشتري ايضا يعطي الثمن لا واجديته له و هكذا في جميع العقود سواء كانت معاوضيا او بلا عوض.

فان قلت: هذا لا يتم في مثل الهبة فانه تمليك مجاني و معناه اعطاء الملكية فالمنشأ في الهبة هو الملكية بلا عوض.

قلت: لا فرق فيما ذكرناه بين الهبة و غيرها ففي الهبة ايضا يكون نقل المال الا انه بلا عوض و لازم انتقال المال عن الواهب الي المتهب بنقل الواهب في عالم الاعتبار هو انعدام ذلك الخيط الاعتباري و الاضافة التي كانت بين الواهب و بين المال و حدوث اضافة اخري بين المتهب و بين المال الموهوب لا ان فعل الواهب ابتداء هو اعطائه خيطه الاعتباري و اضافته الي المتهب.

و علي اساسه يكون التمليك في المعاملات بمعني تبديل طرفي الاضافات لا تبديل نفس الاضافات و هذا التبديل علي نحوين لانه قد يكون في جانب المالك و اخري في جانب المملوك، و الاول كالارث فان الوارث حيث يقوم مقام المورث و في الواقع ان الخيط الاعتباري القائم بالمورث يحل و يشد بالمورث و لا يتبدل الخيط الاعتباري في جانب المال و لذلك لو كان المال متعلقا لحق آخر يكون بما هو كذلك موروثا، و الثاني كالبيع فان الخيط القائم من جانب البائع علي المثمن يحلّ و يشدّ بالثمن و الخيط القائم بالمشتري و الثمن يحلّ و يشدّ علي المثمن.[[28]](#footnote-28)

اورد عليه السيد الامام بعدة ايرادات:

1. ان السلطنة ليست هي الملكية كما ذكره بل هي من الاحكام العقلائية للملكية و توهم وحدتهما اوقعه في الاشكال.

2. ان ما ذكره من ان التبديل عبارة عن حل الاضافة القائمة بالسلعة و جعلها قائمة بالثمن، ففيه ان حل الاضافة من طرف المملوك و بقائها في طرف المالك مما لا يعقل لان الاضافة متقومة بالطرفين و من الواضح انه ينفي بانتفاء احد الطرفين من دون فرق بين الاعتباريات و غيرها.

3. ان ما ذكره من ان المالك لا يملك المتهب ابتداء بل يعطيه المال فاذا اعطاه تنخلع عنه الاضافة و يلبسها الا خر، ففيه ان مجرد الاعطاء ليس بهبة بل لابد من اعدام ملكيته و انشاء الملكية للموهوب له.[[29]](#footnote-29)

## في الاعراض عن الملك

هل الاعراض يوجب زوال الملك ام لا؟ قبل الاجابة عن هذا السؤال لابد من تحريرمحل النزاع فنقول: ان الفرد اذا اراد ان يخرج مالا عن ملكه يمكن ذلك بحسب التصور علي احد انحاء ثلاثة:

1) ان يملك هذا المال للآخرين ببيع او صلح او هبة او نحو ذلك .

2) ان يبيح التصرف في هذا المال للآخرين من دون تمليك.

3) ان يرفع اليد عن رقبة العين و يطلقها من دون تمليك و اباحة لفرد آخر.

و لا اشكال في ان التمليك للآخرين سواء كان بعوض كالبيع او من دون معاوضة كالهبة يوجب خروج المال عن الملك، و لا اشكال في ان مجرد اباحة التصرف للآخرين لا يوجب زوال الملك من رقبة العين. انما الكلام في الفرض الثالث و هو ما اذا اراد الفرد ان يرفع اليد عن ملكيته علي مال هل انه يوجب زوال الملك ام لا؟ يعتقد المحقق الايرواني ان هذا الفرض في الواقع له صورتان من ان الفرد تارة يترك المال و يرفع اليد عنه و يريد بعمله الاذن في تملك الآخرين، و اخري يترك المال و يريد بعمله رفع اليد عن ملكيته و تحرير ماله عن ملكه علي وزان ما اذا يرفع اليد عن عبده فيعتقه و علي وزان رفع اليد عن زوجته فيطلقها، و هذا بنفسه لا يدل علي تمليك المال للآخرين بل مجرد اعدام للعلقة الملكية التي بينه و بين المال و تحرير المال عن علقة ملكيته، و القسم الاول هبة لان الفرد في الواقع يأذن للآخرين ان ياخذون المال ثم يهبون لانفسهم وكالة من جانبه فيكون من الهبة فيترتب عليه احكامها. و القسم الثاني هو الاعراض و هو محل الكلام في انه يوجب زوال الملك ام لا؟ في المسألة اقوال ثلاثة:

الاول: ما عن المشهور منهم المحقق الايرواني و السيد الصدر من انه يوجب زوال الملك.[[30]](#footnote-30)

الثاني: ما عن السيد الحكيم و السيد الخويي في فتاويهما من انه يوجب اباحة التصرف للآخرين لا زوال الملك و انما يمتلكه الاخرون بعد الاستيلاء علي المال.[[31]](#footnote-31)

الثالث: ما عن السيد الخويي في الاجارة من ان الاعراض يفيد اباحة التصرف للآخرين و لا يزول الملك حتي بعد استيلاء الغير عليه و تصرفه فيه نعم انما يمتلكه من استولي عليه بعد ان تصرف فيه تصرفا يحتاج الي الملك.[[32]](#footnote-32)

و استدل لاثبات ان الاعراض يوجب زوال الملك بوجوه:

**الاول: السيرة المتشرعية** فانها جرت علي معاملة عدم الملك بالمال الذي اعرض عنه صاحبه و لذلك لا يتتبع الاوصياء و قيم الصغار عما اعرض عنه الموصي من قشور اللوز و الجوز و السنابل بعد الحصاد و روث الدواب الي غير ذلك و يعلم من ذلك خروج كل ذلك بمجرد الاعراض.

اجاب عنه المحقق الايرواني: اولا بان منشأ عدم تتبع الاوصياء عما اعرض عنه المالك باعتبار انصراف الوصية منه لا لاجل انه ليس من الملك فان المالك لو اعرض عن مال و لا يعده مالا و ملكا له لا يوصي به فينصرف عنه الوصية. و ثانيا: علي فرض عدم انصراف الوصية منه نقول بانصراف وجوب العمل بالوصية عن هذا المال.

**الثاني: قاعدة التسليط**؛ فان قوله (ع): الناس مسلطون علي اموالهم بتقريب ان مقتضي عموم السلطنة ان يكون الملك بيده و تحت سلطانه له ان يخرجه عن ملكه متي شاء كما له ان ينقل ملكيته الي غيره متي اراد.

اورد عليه المحقق الايرواني بان المستفاد من دليل السلطنة هو السلطنة علي نفس الاموال و رقابها و لا دليل علي سلطانه علي ملكيته و ماليته بحيث يخرج عن ملكيته.

**الثالث: جملة من الاخبار**؛ منها صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) من اصاب مالا او بعيرا في فلاة من الارض قد كلت و قامت و سيبها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليها و انفق نفقة حتي احياها من الكلال و من الموت فهي له و لا سبيل له عليها و انما هي مثل الشئ المباح.[[33]](#footnote-33)

منها معتبرة السكوني عن الصادق (ع) عن امير المؤمنين (ع) قال: و اذا غرقت السفينة و ما فيها فاصابه الناس فما قذف به البحر علي ساحله فهو لاهله و هم احق به و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم.[[34]](#footnote-34)

منها معتبرة حريز عن الصادق (ع): لا باس بلقطة العصي و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و اشباهه و قال ابو جعفر (ع) و ليس لهذا طالب.[[35]](#footnote-35)

منها رواية مسمع عن الصادق (ع) كان يقول في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احياها، قال: و قضي امير المؤمنين (ع) في رجل ترك دابة بمضيعة فقال: ان تركها في كلاء و ماء و امن فهي له ياخذها متي شاء و ان تركها في غير كلاء و لا ماء فهي لمن احياها.[[36]](#footnote-36) هذه الروايات بمجموعها تدل علي ان الاعراض يوجب زوال الملك و ثم ياتي شخص آخر ياخذها كانما اخذ مباحا من الارض فيملكه.

اجاب عنه المحقق الايرواني بان المتحصل من مجموع الروايات جواز تملك المال المعرض عنه بشرطين اعراض المالك و كون المال في عرضة التلف فاحياه المتملك لا ان المال يخرج عن ملكه بمجرد الاعراض و لو لم يتملكه احد او تملكه و لم يكن المال في عرضة التلف.[[37]](#footnote-37)

اقول: ان هذه الروايات التي استدل بها لاثبات زوال الملك بالاعراض لا ارتباط لها بالاعراض فان صحيح عبدالله بن سنان يفيد ان الذي اطلقه صاحبه و هو في معرض التلف و احياه شخص آخر جعل الشارع حقه تملك هذا المال، و كذلك رواية السفينة تدل علي ان الشارع جعل حق من اخذه من قعر البحر يمتلك المال و ان لم يعرض عنه صاحبه، و من الواضح ان هذه موارد يختص ببابه و لا يصح التعدي منه الي سائر الابواب. هذا مضافا الي ان الروايات تدل علي ان الاخذ يوجب تملك المال لا علي ان الاعراض يوجب زوال الملك.

**الرابع: السيرة العقلائية** علي زوال الملك بالاعراض و ذلك بتقريب ان الشارع لم يتصرف في مفهوم المال و الملك و اخذه بما له من المفهوم عند العرف ثم رتب عليه احكاما مثل الناس مسلطون علي اموالهم و لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه. و حيث ان الشارع لم يتصرف في صدق هذه المفاهيم علي مصاديقه، و نحن عند ما نراجع العرف في هذا المورد نجد ان العقلاء لا يرون المال المعرض عنه ملكا لصاحبه السابق قطعا، من هنا نستكشف ان الاعراض موجب لزوال الملك.

و لا مجال لاستصحاب بقاء الملك فان الاستصحاب يجري فيما لو كان بقاء ملك المالك السابق محتملا او كانت الاحكام الشرعية مرتبة علي ما هو المال في نظر الشارع بتصرف من الشارع في مفهوم المال، و الحال ان الامر ليس كذلك فان الشارع لم يتصرف في مفهوم المال و لا مال (ملك) عرفي بعد الاعراض. و علي هذا الوجه اعتمد المحقق الايرواني و ذهب الي ان الاعراض يوجب زوال الملك.[[38]](#footnote-38)

يلاحظ عليه: اولا: صحيح ان الشارع و ان لم يتصرف في مفهوم الملك و لكن الخلاف في مصداقه فان العرف قد يري شيئا من مصاديقه و لا يري الشارع مصداقا له، كما ان العرف قد يري الشئ مالا و لا يعترف به الشرع كالخمر و في المقام مع اختلاف العرف و الشرع في مصاديق الملك لا يصح الرجوع الي العرف في تعيين مصداق الملك و عدّه مصداقا له بنظر الشارع و لو شك في ان الشارع هل يري المال المعرض عنه مصداقا للملك ام لا؟ يجري استصحاب بقاء الملك.

هذا مضافا الي ان المقنن عند ما يستعمل المفاهيم التي لها آثار حقوقية في تقنيناته و تشريعاته انما يريد بها ما يترتب عليه ذلك الاثار مثلا لو قال المقنن ان المالك له كذا و ان الزوج له كذا فلا ريب في انه يريد به ما يعتبره مالكا و زوجا بحسب تقنيناته و تشريعاته لا علي الاطلاق، فاذن في المقام ايضا ان هذا المفهوم له آثار عند الشارع و لا ندري ان المال المعرض عنه ملك للمالك السابق عند الشارع ام لا؟ و مع الشك في ذلك يجري استصحاب بقاء الملك السابق.

نعم لو كان يستدل المحقق الايرواني بان العقلاء لا يرون المال المعرض عنه ملكا له و حيث ان هذه السيرة كان في مرأي و مسمع من المعصوم نستكشف عنه رضا الشارع، لكان له وجه.

ثانيا: ان ما ادعاه من سيرة العقلاء علي كون الاعراض سببا لزوال الملك، غير صحيح و ذلك بشهادة انا لو نظرنا الي الارتكازات العقلائية في موارد مختلفة نجد خلاف ذلك: منها لو افترضنا ان المالك لو اعرض عن ماله فجعله في خارج بيته ثم رجع حتي ياخذه الا انه استبق شخص آخر عليه و اخذه، فلا شك في ان العقلاء يرون المالك السابق احق به و هذا ليس الا لاجل عدم زوال الملك. منها: ان الفرد لو اعرض عن ماله ثم رجع لا يقال عند العقلاء انه حصل له ملك جديد مع ان الاعراض لو كان مزيلا للملك لابد من صدق الملك الجديد و الربح الجديد عليه. منها: ان الفرد لو اعرض عن ماله و رجع عن اعراضه و قد تسلط الغير علي ماله فان العرف يراه احق به، بالنتيجة انه بالتوجه الي هذه الارتكازات العقلائية لا يصح القول بان الاعراض موجب لزوال الملك و لا اقل من الشك به فاذن يجري استصحاب بقاء الملك.

مما ذكرنا اتضح ان ما ذكر من الادلة علي ان الاعراض يوجب زوال الملك، غير تام و الصحيح انه باق علي ملك مالكه و لا يزول بمجرد الاعراض و يمكن ان يستدل علي ذلك بوجوه:

الاول: استصحاب بقاء الملك فانه مع الشك في بناء العقلاء علي زوال الملك بالاعراض يستصحب بقاء الملك.

و فيه: ان استصحاب بقاء المجعول يعارض استصحاب عدم الجعل اي عدم جعل الملك لمالكه الي ما بعد الاعراض، فاذن لا مجال لهذا الاستصحاب.

الثاني: اطلاق دليل السبب السبب السابق فان السبب السابق كالارث يقتضي اطلاق دليله عدم زواله بالاعراض.

و فيه: ان السبب السابق للملك يقتضي ان السبب لا نقصان فيه و لا ينفي سببية الاسباب الاخر لزوال الملك عن مالكه مثلا ان دليل الارث يقتضي ان هذا سبب تام و الوارث يملكه و لا يقتضي سببية الاسباب لنفي هذا الملك.

و الصحيح ان الدليل علي بقاء الملك هو السيرة العقلائية و تسالم الاصحاب من ان الملكية اذا ثبتت يحكم ببقائها ما لم يحرز السبب الناقل.

لا يقال: ان الاعراض سبب مخرج عن الملك علي نحو الشرط المتأخر بمعني انه بعد استيلاء الغير يكشف عن كون الاعراض سببا مخرجا عن الملك، لان الشرط المتأخر علي خلاف ما ارتكازات العرف. مضافا الي ان الاعراض لو كان سببا مزيلا لما حكم العرف بعد الاعراض ببقاء الملك.

بالنتيجة ان الاعراض لا يوجب زوال الملك الا انه يبقي التساؤل ان الاعراض ما ذا يفيد؟ و الذي يمكن دعوي التسالم العرفي و العقلائي عليه ان المدلول المطابقي للاعراض هو رفع اليد عن العين و اطلاق المال، لا اعدام العلقة الملكية كما ادعاه الايرواني و هذا المدلول المطابقي له مدلول التزامي ما هو هذا المدلول الالتزامي؟

يدعي السيد الخويي ان المدلول الالتزامي له اباحة التصرف للاخرين فلذلك لو استولي عليه الآخرون لهم اباحة التصرف فيه و بالتصرف المغير و ما يشابهه، يصيرذلك اباحة لزومية و لا رجوع للمالك اليه. نعم فيما كان التصرف فيه محتاجا الي الملك ينتقل المال الي ملكه آنا ما قبل التصرف كالمعاطاة.[[39]](#footnote-39) و فيه ان هذا علي خلاف ما هو المرتكز عند العرف.

و الصحيح ان المدلول الالتزامي له الاذن في التملك للآخرين و علي اساس ذلك لو استولي عليه شخص آخر فهو بمنزلة الوكيل من جانب المالك السابق يملكه لنفسه و من الواضح انه بمجرد تسلطه عليه يصير ملكا جائزا له، و بعد ان تصرف فيه تصرفا مغيرا يصير الملك لزوميا.

# المصاديق الغامضة للملك

ان جملة من مصاديق الملك فيها غموض و ابهام في كونها من مصاديق الملك اما من ناحية الملك و اما من ناحية المالك و اما من ناحية المملوك و نحن نبحث عنها هل انها من مصاديق الملك ام لا؟

## الاول: ملكية الاعمال

ذكر السيد الشهيد الصدر: ان مالكية الانسان لعمله ليست بمعني الملكية الاعتبارية التي جعلت بلحاظ الاموال المنفصلة عنه، نعم الانسان مالك لاعماله بملكية حقيقية بمعني قدرته و سلطنته التكوينية عليها بحيث ان شاء فعل و ان شاء ترك و ترتبت علي هذه الملكية التكوينية ملكية اخري بمنطق العقل العملي و هي ايضا غير حقيقية و ليست جعلية و اعتبارية و هي كون الانسان اولي باعماله من غيره فالملكية بهذا المعني لا هي امر اعتباري و جعلي كما في ملكية الاموال المنفصلة عن الانسان و لا هي امر تكويني خارجي كما في المعني الاول لملكية الاعمال و انما هي امر خلقي و راجع الي حكم العقل العملي.

و اولوية الانسان بعمله تارة تكون بلحاظ الفعل و الترك و اخري بلحاظ التصرف الوضعي في اعماله كما في الايجار و الاول يكفيه حكم العقل العملي بلاحاجة الي اي جعل، و الثاني بحاجة الي صغري مجعولة و هي جعل اصل ذاك التصرف الوضعي عند العقلاء كجعل قانون الايجار، فاذا تم الجعل صغرويا طبقت عليها الكبري المعلومة بالعقل العملي و هي اولوية الانسان بعمله فكان له هذا التصرف لا لغيره.

و اولوية الانسان باعماله انما هي اولوية في مقابل سائر الناس و ليست اولوية في مقابل الله تعالي و لا هي مقابل منع العقل العملي عن بعض الاعمال مثل الكذب كفعل مملوك للانسان و هو اولي بالاستفادة منه من غيره لكنه ممنوع عليه بحكم العقل العملي، كما ان لله تعالي ان يمنع الانسان من عمل لانه مالك لمخلوقاته فله حق التصرف فيه و هذا يقابل القدرة و السلطة الثابته للانسان علي عمله، و يترتب علي هذا حق المولوية و هذا الحق له مظاهر اربعة:

1. حق الطاعة؛ فلو نهاه عن عمل ما لم يكن للعبد حق المخالفة.

2. حق اخذ اعمال الشخص منه قهرا كان يجوز لاحد ان يستوفي منه عمله جبرا.

3. حق التصرف الوضعي في اعمال الشخص كان يجعل عمل زيد مملوكا لعمرو.

4. حق القيمومة علي شخص بان يتصرف تصرفا وضعيا في عمله بان يعطي عمل العامل لشخص بعوض للعامل.[[40]](#footnote-40) بالنتيجة ان مالكية الانسان لاعماله عبارة عن كونه اولي بها من غيره و ليست ملكية اعتبارية كمالكية الانسان للاعيان المنفصلة، نعم ان عمل الانسان و ان لم يكن ملكا اعتباريا و لكن لها مالية.

و استدل المحقق الاصفهاني لاثبات عدم كون عمل الحر مالا قبل المعاوضة عليه بوجهين:

الاول: انّ المالية صفة وجودية و عمل الحر معدوم و من الواضح انه لا يمكن انتزاع وصف وجودي من امر معدوم.

الثاني: انه لا يصدق عرفا علي الحر باعتبار عمله انه ذو مال، و لذلك لا يكون الفرد القادر علي الاكتساب مستطيعا و لا يضمن عمله اذا حبسه ظالم بخلاف ما اذا كان اجيرا فانه عمله مال للمستأجر.

ثم اورد علي الوجه الاول بان عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه في الاجارة ايضا يكون معدوما فكيف يعد مالا؟ مضافا الي انه ينتقض بالكلي في الذمة في باب السلف فانه ايضا معدوم فلا يكون مالا و بمطلق المنفعة في باب الاجارة، مع انها ايضا لا تتعلق الا بالمال.

و علي الوجه الثاني اولا: بالنقض بالمبيع الكلي في الذمة بل بالثمن الكلي في الذمة و بخصوص المنافع العملية في باب الاجارة.

و ثانيا: انه قد خلط في هذا الوجه بين الملكية و المالية و هما اعتباريان عقلائيان فان عمل الحر قبل المعاوضة لا يكون ملكا اعتباريا لاحد فان اضافة العمل الي صاحبه ليس من قبيل اضافة الملكية الاعتبارية الي صاحبه بل من اضافة العرض الي موضوعه، و لذلك لا يصدق علي القادر علي العمل انه ذو مال فانه يتضمن اضافة الملكية الاعتبارية، نعم نفس العمل يكون مالا. و ما ذكره من الاحكام من الضمان و الاستطاعة في باب الحج موضوعه هو الملك الاعتباري و مع عدم كون عمل الحر ملكا اعتباريا لا يترتب عليه هذه الاحكام.[[41]](#footnote-41)

يلاحظ عليه: اولا: ان ما ذكره من كون المالية امرا اعتباريا كالملك غير صحيح اذ المالية لها واقعية عينية خارجية باعتبارها يرغب اليها العقلاء و يبذلون بازائها المال نهاية الامر ان منشأ رغبة الناس تارة تكون ذاتية كالاعيان و اخري تبادلية كالنقود.

ثانيا: ان ما ذكره من ترتب جملة من الاحكام علي الملك الاعتباري كالاستطاعة للحج و الضمان لعمل الحر الكسوب منظور فيه و سياتي مناقشة ذلك في محله.

ثم ان للملكية الاعتبارية احكام و آثار ينبغي البحث عن ترتب هذه الاحكام علي الاعمال:

### الاول: الاستطاعة

ذكر المحقق الاصفهاني انه لا يترتب الاستطاعة علي الاعمال باعتبار انها ليست ملكا اعتباريا و هي مترتبة علي الملك الاعتباري، و لكنه يناقش فيه ان الاستطاعة لا يتوقف ترتبه علي الملك الاعتباري و ذلك لان جملة من الروايات و ان كانت تشترط وجود الزاد و الراحلة، الظاهر في توقف الاستطاعة علي الملك الاعتباري، و لكن جملة اخري من الروايات تصرح بان من كان عنده ما يحج به فهو ممن يستطيع الحج و هذا مفادها عدم اشتراط الملك الاعتباري مع حصول الاستطاعة و لذلك نجد ان السيد الخويي يصرح في رسالته بعدم اشتراط الملكية في حصول الاستطاعة و يقول بكفاية الاباحة.

### الثاني: تعلق الخمس

يترتب علي عدم كون العمل ملكا اعتباريا عدم تعلق الخمس بما اتلفه من الاعمال من دون جهة عقلائية و هذا بخلاف ما اذا استوجر الفرد فانه يتعلق به الخمس.

فيه: ان ما ذكره تام في الاعمال و لكن الموضوع للخمس ليس خصوص الملك الاعتباري فانه يتعلق بالحقوق الاعتبارية كحق التحجير و حق السرقفلية ايضا و ذلك لان الموضوع للخمس الفائدة و هو اعم من الملك و الحق، نعم لا يصدق الفائدة علي مجرد كون الحر ذا مهنة و حرفة فنية، فلذلك لا يكون علي ما اتلفه من الاعمال الخمس.

### الثالث: اخذ الزكاة

من المسائل التي تترتب علي عدم كون العمل ملكا اعتباريا هو عدم حرمة اخذ الزكاة لمن يقدر علي العمل و لا يعمل و ليس له مؤونة يومه او سنته، هذا بخلاف المستأجر لاجير فانه لو كان قادرا علي تأمين مؤونة سنته باجارة اجيره لا يحاسب فقيرا فلا يجوز له اخذ الزكاة.

### الرابع: الضمان

من آثار الملكية الاعتبارية ترتب الضمان بمعني ان من اتلف مال الغير اي ملكه يكون ضامنا له ، من هنا يتساءل هل ان هذه القاعدة تشمل الاعمال ام لا؟ و المتلف لعمل الغير هل يكون ضامنا له ام لا؟

البحث عن ضمان الاعمال تارة يقع في العبد و اخري في الاجير و ثالثة في الحر الكسوب، و حيث ان هذه المصاديق ليست في رتبة واحدة من حيث الضمان يجب البحث عن كل منها بالانفراد.

المشهور ضمان عمل العبد لان العبد نفسه و منافعه ملك اعتباري لمولاه و من الواضح ان من اتلف الملك الاعتباري سواء كان عينا او منفعتا يكون ضامنا له، فيكون المتلف لعمل العبد ضامنا لمولاه.

اما الاجير فالبحث عن ضمان عمله و عدمه ينوط بالبحث عن حقيقة الاجارة في الاعمال؟ المشهور علي ان حقيقة الاجارة في الاعمال هو تمليك المنفعة بعوض علي غرار تمليك المنفعة في الاعيان بعوض، و لا فرق من ناحية التمليك بين الاجارة و البيع و انما التفاوت في المتعلق. يوجد اتجاه آخر علي ان حقيقة الاجارة في الاعمال ليس الا مجرد التعهد بالعمل، هذا ما ذهب اليه فخر المحققين في ايضاحه[[42]](#footnote-42)و مال اليه بعض الاعلام المعاصرين[[43]](#footnote-43) و جملة من القانونيين كالسنهوري و نظرائه، قال السنهوري نقلا عن القانون المصري: ان عقد العمل هو الذي يتعهد فيه احد المتعاقدين بان يعمل في خدمة المتعاقد الآخر و تحت ارادته و اشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الآخر.[[44]](#footnote-44) و ذكر نظير ذلك كاتوزيان في كتابه «دوره عقود معين».

فلو قلنا ان اجارة الاعمال تمليك للمنافع كما ذهب اليه المشهور فمقتضي القاعدة ان كان التمليك علي سبيل تمليك العمل الخارجي للاجير، يكون الحابس ضامنا للمستأجر لكونه متلف لمال الغير، و ان كان علي سبيل تمليك المنفعة علي الذمة مثل ما لو استأجر علي ان يخيط له ثوبا، لا يكون ضامنا للمستأجر لانه منع الاجير عن العمل لا انه اتلف المال الاعتباري له فيكون المسألة داخلة تحت ضمان عمل الحر الكسوب.

هذا ما يقتضيه القاعدة لكن ذهب المشهور الي ان الايجار ينفسخ في فرض عدم قدرة الاجير علي العمل من دون فرق بين الاجارة علي العمل الخارجي او علي العمل في الذمة؛ هذا نوع تهافت و تشويش كما اشار اليه بعض الاعلام و قال: ان لازم ما ذكر من صدق الاتلاف اذا كان العمل مملوكا للغير انه لو منع الاجير عن العمل في وقت العمل شخص ثالث ان يضمن قيمة ذلك العمل للمستأجر مع انهم يحكمون ببطلان الاجارة او انفساخها و عدم ضمان من حبس الاجير شيئا و هذا تهافت و تشويش.[[45]](#footnote-45)

و لو قلنا بان اجارة الاعمال مجرد تعهد و التزام فالقول بضمان عمل الاجير للمستأجر ينوط ببحث آخر في باب الشرط ـ و هو من ابرز مصاديق التعهد و الالتزام ـ يوجد فيه اقوال ثلاثة:

الاول: ما عن السيد الحكيم من ان الشرط اي العمل المشروط عليه يصير ملكا لمن اشترط له.[[46]](#footnote-46)

الثاني: ما عن السيد الشهيد الصدر من ان عمل الملتزم به ليس ملك المشروط له بل الذي يمتلكه المشروط له هو نفس الالتزام.[[47]](#footnote-47)

الثالث: ما عن السيد الخويي و سائر الاعاظم من عدم صيرورة العمل و لا نفس الالتزام ملكا للمشروط له و هذا هو الصحيح.

فلو قلنا بصيرورة العمل او الالتزام ملكا المستأجر و المزارع و المساقي يكون الحابس ضامنا لعمل الاجير و العامل للسقي و الزرع. و لو قلنا بعدم ذلك فلا يكون الحابس ضامنا للمشروط له و المتعهد عليه لان العمل او الالتزام لم يكن ملكا المشروط له حتي يضمن له. نهاية الامر انه يوجب بحبسه انفساخ الاجارة فقط، فيكون حكمه حكم ضمان عمل الحر الكسوب.

و الصحيح هو القول الثاني من ان حقيقة اجارة الاعمال ليس الا مجرد تعهد و التزام علي العمل لا انه تمليك المنافع و يدل علي ذلك امور:

1. انه لا فرق بنظر العرف بين اجارة العمل و المزارعة و المساقاة الا من جهة ان الاجرة في الاجارة متعين و في المزارعة و المساقاة تكون علي حسب نسبة متعينة من الزرع او الثمر، و الحال انا نجد ان الفقهاء يقولون في المزارعة و المساقاة انهما ليستا الا مجرد تعهد و التزام و اتفاق، فليكن اجارة العمل كذلك لا انها تقاس باجارة الاعيان، و هذا ما يفهمه العرف، و ما ذكر من كلمات القانونيين كالسنهوري و نظرائه ليس الا تجليات من الفهم العرفي في المقام.

2. ما يستفاد مما ذكره بعض الاعلام كثمرة للفرق بين كون الاجارة علي الاعمال مجرد تعهد و التزام و بين كونه تمليك المنافع من انه بناء علي القول بحصول الحق العيني و الملك للعمل يحق للمستأجر ان يطالب بقيمة العمل اذا لم يقم به بالنحو المقرر لانه فوت عليه مالا مملوكا فتشمله ادلة الضمان، هذا بخلاف ما اذا لم يكن الا الحق الشخصي (مجرد تعهد و الالتزام بالعمل) فانه يوجب انفساخ الاجارة و رجوع اجرة المسمي الي مالكه و هذا ما عليه فتوي المشهور فيكون نظير ما اذا اشترط عليه ضمن عقد لازم فعلا من الافعال فانه لم يف بشرطه لا يكون ضامنا لقيمة ذلك العمل رغم وجود الحق الشخصي.[[48]](#footnote-48) من هنا يمكن ان يستفاد ان الارتكاز الفقهي علي انفساخ الاجارة انما ينسجم مع القول بالتعهد لا علي القول بالملك و هذا شاهد علي ان مرتكز الفقهاء هو القول بكون اجارة الاعمال تعهدا و ان فسروا الاجارة بتمليك المنفعة في باب الاعمال.

من هنا نجد ان السيد الخويي قد التفت الي هذا الاشكال و يقول ردا علي المشهور حيث انهم حكموا بعدم استحقاق شئ اصلا فيما اذا آجر اجير نفسه للخياطة مثلا في زمان معين فاشتغل بالكتابة للمستأجر مع علمه بانه غير العمل المستأجر عليه قال: انه يثبت الاستحقاق بمجرد انعقاد العقد الصحيح من غير اناطة له بالوفاء الخارجي غايته ثبوت الخيار لدي التخلف و عدم التعقب بالتسليم فمع فسخه لا يستحق و مع الامضاء يلزمه بعد تسلم الاجرة المسمائة دفع اجرة المثل للعمل الفائت المستأجر عليه.[[49]](#footnote-49) و ما ذكره السيد الخويي من عدم انفساخ الاجارة علي مبني التمليك تام و القول بالانفساخ انما ينسجم مع القول بكون الاجارة علي الاعمال هو التعهد و الالتزام.

3. انه لو استؤجر للصلاة عن الميت سنة فعرضه الموت بعد مضي زمان صالح لوقوع العمل فيه، لا ينفسخ الاجارة بل يبقي العمل دينا عي ذمته و يجب علي الوارث تفريغها عنه فلو كان مستأجرا عليه اعم من المباشرة و التسبيب يؤدي العمل نفسه او باستيجار شخص آخر، و لو كان مقيدا بالمباشرة يدفع القيمة الفعلية للعمل لا السابقة لان العمل المباشري يتعذر تسليمه بعد الموت فينتقل الي بدله.[[50]](#footnote-50) و المشهور في هذا الفرض ايضا الانفساخ و هذا لا ينسجم الا مع القول بكون الاجارة هو التعهد.

ذكر السيد الحائري: ان الاجير حيث ان عمله ملك للمستأجر فتارة يفترض ان حبسه يوجب انفساخ الاجارة و اخري يفترض عدم انفساخ الاجارة به، فان فرضنا ان هذا الحبس لا يوجب انفساخ الايجار فالحابس ضامن للمستأجر لان عمل الاجير كان ملكا له ملكية اعتبارية فقد ضمنه بالاتلاف، فاذا فسخ المستأجر العقد لعدم القبض رجع البدل الذي ضمنه الحابس الي الاجير و رجعت الاجرة الي المستأجر، و ان فرضنا ان هذا الحبس يوجب انفساخ الايجار ضمن الحابس الاجرة المسمائة للاجير بنكتة دفع الضرر وعقلائية الضمان هنا اوضح من الضمان في الكسوب الذي لم يوجر نفسه و ذلك لان الحابس اوجب ان يخرج اجرة المسمي عن يد الاجير و تضرر الاجير بذلك فهو له ضامن.[[51]](#footnote-51)

يلاحظ علي ما ذكره اولا: انه قد تسلم ان اجارة العمل عبارة عن تمليك العمل مع ان الصحيح ان اجارة العمل ليس الا مجرد تعهد و التزام بالعمل و لم يتلف الحابس ملك المستأجر بل منع عن ايفاء الاجير تعهده و التزامه مثل ما لو حبس المشروط عليه او عامل المزارعة و المساقاة فلا ضمان عليه.

ثانيا: ان ما ذكره من انه بناء علي القول بان الحبس لا يوجب انفساخ الايجار يكون الحابس ضامنا للمستأجر باجرة المثل للاتلاف، لكن لو فسخ المستأجر العقد رجع البدل (اجرة المثل) الذي ضمنه الحابس الي الاجير و رجعت الاجرة المسمائة الي المستأجر، غير صحيح لان الفسخ عبارة عن الغاء العقد و بعده يرجع كل من الثمن و المبيع الي صاحبهما السابق فعليه اذا ملك الاجير اجرة المسمي بالعقد و بعد انتفاء العقد بالفسخ لا معني لتملكه لشئ و ان كان ذلك الشئ اجرة‌ المثل لرجوع العمل اليه و رجوع اجرة‌ المثل الي مالكه و هو المستأجر.[[52]](#footnote-52)

### في ضمان عمل الحر الكسوب

هل يضمن الحابس للحر الكسوب عمله ام لا؟ المشهور عند قدامي الاصحاب عدم الضمان، الا ان المتأخرين ذهبوا الي ضمانه و استدلوا علي ذلك بوجوه:

الوجه الاول: ما عن السيد الحائري من ان بناء العقلاء جري علي ضمان عمل الحر الكسوب، و نستكشف امضاء الشارع من طريق قاعدة لا ضرر و ذلك لانه مع بناء العقلاء علي الضمان لو نفاه الشارع كان الضرر مستندا اليه، و قاعدة لا ضرر ينفيه فاذن تثبت بقاعدة عدم استناد الضرر الي الاسلام امضاء الشارع للسيرة العقلائية.

هذا الاستدلال مركب من مقدمتين احديهما السيرة العقلائية علي الضمان و الثانية قاعدة لا ضرر التي تثبت امضاء الشارع للسيرة العقلائية علي الضمان الا انه هل يمكن اثبات الضمان بمجرد قاعدة لا ضرر؟ اجاب السيد الحائري بانه لا يمكن اثبات الضمان بمجرد قاعدة لا ضرر من دون السيرة العقلائية علي الضمان، و ذلك لان ما تفيده قاعدة لا ضرر نفي الضرر المستند الي الشارع و مع عدم السيرة العقلائية علي الضمان لا يكون ضرر الفرد مستندا الي الشارع بل مستند الي الحابس، و نهاية الامر ان الشارع لم يتدارك ضرره و لا تفيد لا ضرر لزوم تدارك ضرره.[[53]](#footnote-53)

و فيه ان هذا غير تام اذ يمكن اثبات الضمان بقاعدة لا ضرر مجردة عن السيرة العقلائية بالضمان و ذلك كما سيأتي في بيانين آخرين.

الوجه الثاني: ما عن السيد الصدر من ان قاعدة لا ضرر تثبت الضمان في موارد اتلاف مال الغير و ذلك لانه اذا صدق عند العرف علي اتلاف شئ انه ضرر مالي علي صاحبه و ان لم يحكم العرف بالضمان، فلو لم يحكم الشارع في هذا المورد بالضمان لعد موقف الشارع ضرريا، فاذن ينفي بقاعدة لا ضرر و يثبت الضمان لا من اجل ان الضمان تدارك للضرر حتي يستشكل ان القاعدة لا تثبت تدارك الضرر بل من اجل ان الضمان و ان كان بالتدقيق العقلي تداركا للضرر لكنه عند العرف نفي للضرر و عدم تضرره من الاصل.[[54]](#footnote-54)

نعم يوجد خلاف بين مقرري بحثه فنسب السيد الهاشمي و السيد الحيدري الحكم بالضمان الي السيد الصدر علي نحو الجزم و البت، و لكنا نجد ان السيد الحائري يحكي عن عدم جزمه بذلك، قال: لكن الانصاف ان ارتكازية هذا المطلب في نظر العرف ليس بدرجة تقتضي دخول ذلك في نفي الضرر بلا مؤونة.

ثم انه قد استشكل بقاعدة لا ضرر لاثبات الضمان باشكالات:

الاول: ما عن المحقق النائيني من ان قاعدة لا ضرر ناظرة الي الاحكام المجعولة من جانب الشارع و نافية لما يكون ضرريا منها، و عدم الضمان و نحوه من الامور العدمية ليست احكاما عدمية مجعولة من قبل الشارع، فلا يكون داخلة تحت مصب النفي، و الضرر في المقام نشا من عدم الحكم بالضمان من قبل الشارع فلا يكون منفيا بقاعدة لا ضرر.

لا يقال: ان العدم و ان لم يستند بدوا الي الشارع باعتبار ان العدم الازلي عبارة عن عدم وجود علة الوجود لا عن وجود علة العدم، الا انه بحسب البقاء مستند الي الشارع لامكان تعلق النهي به.

فانه يقال: ان العدم و ان كان قابلا لان تناله يد الجعل بحسب البقاء بان يرفعه الشارع او يبقيه علي حاله، الا انه لو لم يتعلق به الجعل لا وضعا علي حاله و لا رفعا فلا معني لان يكون مستندا الي الشارع.[[55]](#footnote-55)

و كذلك ذهب السيد الروحاني الي عدم شمول لا ضرر للاحكام العدمية بتقريب ان استناد الضرر انما يتحقق بالتسبيب اليه و ايجاد ما يستلزمه، و اما عدم ايجاد المانع عن الضرر فهو لا يحقق اسناد الضرر فمثلا اذا فعل شخص ما يستلزم ورود الضرر علي آخر استند اضراره اليه، و اما اذا راي ضررا متوجها الي الاخر و كان قادرا علي دفعه فلم يدفعه لم يستند الضرر اليه اصلا، و عليه فبما ان الضرر المنفي هو الضرر المستند الي الشارع فيختص بما اذا كان مترتبا علي الحكم الوجودي فانه يصحح اسناد الضرر الي الشارع، اما المترتب علي عدم الحكم بحيث كان الشارع متمكنا من جعل الحكم الوجودي المانع، فلا يستند اليه فلا يتكفل الحديث رفعه. بعبارة ان مفاد حديث نفي الضرر ليس الا نفي الاحكام المجعولة المستلزمة للضرر لا انه يجعل ما ينفي الضرر كأن الشارع قال اني لم اجعل الحكم المستلزم للضرر و لم يقل انما جعلت ما ينفي الضرر.[[56]](#footnote-56) بالنتيجة انه لا يرفع بحديث نفي الضرر، الضرر الناشي من عدم الحكم بالضمان في المقام.

اجاب عنه السيد الخويي بان عدم جعل الحكم في موضع قابل للجعل، جعل لعدم ذلك الحكم فيكون العدم مجعولا سيما بملاحظة ما ورد من ان الله سبحانه لم يترك شيئا بلا حكم فقد جعل الحكم من قبل الشارع لجميع الاشياء غاية الامر ان بعضها وجودي و بعضها عدمي، كما ان بعضها تكليفي و بعضها وضعي.[[57]](#footnote-57)

و فيه ان عدم الحكم ليس حكما و ذلك لان الحكم العدمي و ان استند الي الشارع بقاء لكن استند من باب عدم جعل الوجود لا من جعل العدم اذن فالعدم ليس من المجعولات الشرعية.

و الصحيح في الجواب كما عليه السيد الصدر ان مفاد الحديث ليس خصوص نفي الحكم الضرري من قبل الشارع كما عليه المحقق النائيني لعدم اخذ الحكم في مصب النفي، بل ان مفاده نفي الموقف الضرري من جانب الشارع سواء كان ذلك من جهة حكم من الشارع ام من جهة عدم حكم من الشارع، و من الواضح ان الضرر في المقام ناش من جهة عدم الحكم بالضمان من جانب الشارع فيكون منفيا بحديث نفي الضرر.[[58]](#footnote-58)

لا يقال: انه بناء علي هذا الوجه يكون الموقف مصب النفي، كما انه في ما ذكره المحقق النائيني كان الحكم مصب النفي، فاذن لا فرق بين الوجهين من جهة ارتكاب خلاف ما هو ظاهر الرواية.

فانه يقال: بناء علي ما اخترناه يكون النفي منصبا علي الضرر بوجوده الخارجي غاية الامر لا بلحاظ تمام حيثيات وجوده بل من جهة ما ترتبط بالشارع بما هو مشرع، و الضرر الخارجي له حصتان احدهما ينشأ من جعل الشارع للحكم كاللزوم في المعاملة الغبنية و اخري من عدم جعل الحكم كحرمة الاضرار و مقتضي اطلاق نفي الضرر الخارجي هو شموله لكلتا الحصتين، و عن ذلك عبرنا بالموقف لا ان الموقف مضمر في المقام.

الثاني: ايضا ما عن المحقق النائيني من ان لا ضرر ينفي الضرر لا انه يثبت تدارك الضرر، و الضمان تدارك للضرر فاذن لا يثبت الضمان بلا ضرر الا علي مبني الفاضل التوني و الفاضل المراغي في العناوين.[[59]](#footnote-59)

يلاحظ عليه: بان الضمان و ان كان بالتدقيق العقلي تداركا للضرر الا انه بالنظر العرفي نفي للضرر بشهادة ان شخصا لو وضع قيمة سلعة شخص في موضع ثم اتلف سلعته و قال لصاحبها خذ قيمة سلعتك، حينئذ لا يقال بالنظرة العرفية ان صاحب السلعة تضرر، فكذلك ان الحكم بالضمان نفي للضرر بالنظر العرفي من اساسه.

الثالث: ايضا ما عن المحقق النائيني من ان لازم الالتزام بعموم الحديث للاحكام العدمية تأسيس فقه جديد لانه بناء علي هذا يجب تدارك كل ضرر اما من شخص لو كان هناك انسان صار سببا له و اما من بيت المال لو لم يكن شخص آخر، و يلزم كون امر الطلاق بيد الزوجة لو كان بقاؤها علي الزوجية ضرريا عليها كما اذا غاب عنها زوجها او لم ينفق عليها لفقر او عصيان او نحو ذلك.[[60]](#footnote-60)

يلاحظ عليه: ان جبر الخسارة من بيت المال تدارك للضررلا نفي للضرر و الحديث لا يشمله، هذا بخلاف ما اذا كان الضمان من كيس الضار فانه نفي للضرر عند العرف، و اما اذا لم يكن الضمان من كيسه بل من كيس فرد آخر فهو تدارك للضرر عند العرف مثل ما لو سرق مال شخص فترحم عليه ابوه و اجبره فانه لا يعد ذلك تداركا للضرر اما لو استطاع ان يأخذه من السارق فهذا نفي للضرر عند العرف. مضافا الي ان جريان لا ضرر في حق هذا الفرد معارض بجريان لا ضرر في جانب بيت المال و من الواضح انه لا يجري القاعدة في موارد تعارض الضررين.

و اما مثال الزوجة ففيه ان الحكم المستلزم للضرر فيه وجودي لا عدمي لان الزوجية صارت سبب الضرر، فلا يعد نقضا لشمول القاعدة للاحكام العدمية. مضافا الي امكان الالتزام بازالة العلقة الزوجية في ما اذا كان البقاء علي الزوجية ضرريا الا ان لازمه ليس جعل امر الطلاق بيد الزوجة بل يوكل الامر الي الحاكم.

الرابع: ما عن السيد الخويي من ان قاعدة لا ضرر لا تجري فيما لزم من جريانها خلاف الامتنان لانها وردت في مقام الامتنان، و الحكم بضمان الحابس علي خلاف الامتنان فاذن لا يجري لا ضرر في المقام.[[61]](#footnote-61)

يلاحظ عليه: اولا: انه اذا لم يرد في النص انها وردت في مقام الامتنان فاذن لا يشترط ان لا يلزم من جريانها خلاف الامتنان. ثانيا: علي فرض ورودها في مقام الامتنان، ان الحابس فيما اذا حبس الحر الكسوب عن عمد و تقصير ليس بقابل للامتنان لانه بارادته و اختياره اضر بنفسه.

الخامس: ايضا ما عن السيد الخويي من ان لا ضرر لا يجري في موارد تعارض الضررين، و في المقام نجد ان جريان لا ضرر في جانب المحبوس معارض بلا ضرر في جانب الحابس، فينتفي جريان لا ضرر في كلا الجانبين.

يلاحظ عليه: ان الحابس لو كان قاصرا في حبس الحر الكسوب يمكن القول بتعارض الضررين لجريان لا ضرر في جانب الحابس كما يجري في جانب المحبوس فلا يصح الحكم بالضمان، اما اذا كان الحابس عامدا و مقصرا في عمله فلا يجري لا ضرر في جانبه لانه اضر بنفسه و لا يستحق الامتنان.

السادس: ان لا ضرر لا يجري في موارد عدم النفع، و في المقام ان حبس الحر الكسوب ليس ضررا عليه بل مجرد عدم وصول النفع اليه، فاذن لا يجري لا ضرر في حقه.

يلاحظ عليه: صحيح ان قاعدة لا ضرر لا تجري في موارد عدم النفع، و لكنه في المقام ليس مجرد عدم النفع بل تفويت للمال عرفا و ذلك لان عمل الحر له مالية عرفا و من الواضح انه يصدق علي تفويتها الضرر.

اجاب في المنتقي عن الاشكال بان النفع تارة لا يكون في معرض الوصول فلا شبهة في عدم صدق الضرر علي عدم النفع، و اخري يكون في معرض الوصول مثل ما اذا كان المقتضي و شرائطه متحققا ففي هذا الفرض يصدق علي المنع من تحققه الضرر عرفا سواء كان النفع في معرض الوصول الي هذا الشخص بخصوصيته او في معرض الوصول اليه بما هو فرد من افراد عنوان كلي مثل وصول النفع لصنف الخبازين في ايام الزيارة في النجف، هذا الاّ ان الالتزام بانطباق قاعدة لا ضرر في القسم الاخير مما لا يقول به احد و يلزم منه تاسيس فقه جديد اذ لازم الالتزام به القول بحرمة فتح الاخر دكانا يوجب تقليل الشراء من الاول باعتبار انه ضرر عليه و لا يلتزم به فقهيا، نعم يصح الالتزام بجريان القاعدة في القسم الاول.[[62]](#footnote-62)

يلاحظ عليه: انه مع صدق الضرر علي عدم النفع فيما اذا كان في معرض الوصول الي الفرد بخصوصيته او بعنوان عام، لابد من الالتزام بجريان قاعدة لا ضرر و ترتب آثارها، نعم انما يستثني من جريانها باب الاتجار و البيع و الشراء فان من يفتح دكانا للبيع و الشراء في مقابل دكان آخر و ان كان يوجب منع وصول النفع اليه و لكنه لا حرمة و لا ضمان لهذا العمل و ذلك للسيرة القطعية العقلائية علي ذلك.

الوجه الثالث: ما عن السيد السيستاني من التمسك بقاعدة لا ضرار و ذلك ببيان ان الضرار هو الاضرار بالغير و نفيه من قبل الشارع يفيد: اولا تحريمه تكليفا من قبل الشارع فان التحريم التكليفي خطوة اولي في منع تحقق الشئ خارجا. و ثانيا: تشريع اتخاذ وسائل اجرائية ضد تحقق الاضرار من قبل الحاكم الشرعي و ذلك لان مجرد التحريم القانوني ما لم يكن مدعما بالحماية اجراء ـ لا سيما في مثل لا ضرار ـ لا يستوجب انتفاء الطبيعة و لا يصحح نفيها خارجا، و من اوضح اسباب الردع عن الاضرار وضع الضمان علي من اضر، و في المقام نجد ان الحابس اذا حبس حرا كسوبا فقد فوت منافعه المقدر وجودها عند العقلاء كما في حبس الدابة و العبد، فيكون ضامنا لعمله ردعا للاضرار بالغير.[[63]](#footnote-63)

يلاحظ عليه اولا: ان جملة لا ضرار و ان كان يحتمل فيه ان يكون بمعني نفي الاضرار بالغير، الا انه نفي بداعي النهي فاذن لا يستفاد منه الا مجرد تحريم الاضرار بالغير لا اثبات الضمان به من طريق تشريع وسائل اجرائية لتحقق النفي خارجا.

ثانيا: انه علي فرض كون الداعي لنفي الاضرار هو النفي لا النهي يكفي في صدق هذا الكلام تشريع جواز تعزير من اضر بالغير كوسيلة لتحقق النفي خارجا و لا يقتضي ذلك بالضرورة وضع الضمان علي من اضر بالغير.

الوجه الرابع: انه لا ريب في حرمة الاضرار بالغير و هذا يستفاد من الآيات و الروايات و ان لم نقل بقاعدة لا ضرر و من الواضح ان الحابس للحر الكسوب لو لم يدفع خسارة مالية له قد اضر به و هذا حرام شرعا، فاذن دفعا للاضرار المالي بالغير يجب عليه دفع خسارة مالية اليه و مع دفع الخسارة لم يتضرر ضررا ماليا لعدم صدق الضرر المالي مع دفع الخسارة المالية اليه.

هذا الوجه هو المعتمد عندي لان التمسك بقاعدة لا ضرار كما تقدم غير تام و التمسك بقاعدة لا ضرر انما يثبت لو قلنا بان مفاده النفي كما عليه السيد الصدر و اما لو قلنا بان مفاده النهي كما عليه السيد الامام لا يثبت الضمان، و نحن غير جازمين باحد المدلولين، فاذن القدر المتيقن مفاده النهي يعني حرمة الاضرار بالغير هذا مستفاد من غيره ايضا من سائر الروايات مثل ما ورد عن محمد بن الحسين مكاتبة الي ابي محمد العسكري (ع): رجل كانت له رحي علي نهر قرية و القرية لرجل فاراد صاحب القرية ان يسوق الي قريته الماء في غير هذا النهر و يعطل هذه الرحي أ له ذلك ام لا؟ فوقع (ع) يتقي الله و يعمل في ذلك بالمعروف و لا يضر اخاه المومن.[[64]](#footnote-64) نعم ان هذا الوجه لا يثبت اكثر من الحكم التكليفي بلزوم اداء الخسارة التي احتمل الرجل من جهة تفويت منافعه بالحبس و لا يثبت الضمان وضعا، هذا بخلاف ما اذا اثبت لزوم دفع الخسارة بقاعدة لا ضرر او لا ضرار فانه يثبت بها الضمان وضعا و تظهر الثمرة فيما اذا مات الحابس قبل الدفع فانه بناء علي كون لزوم الدفع حكما تكليفيا [[65]](#footnote-65)لا يستثني مقدار الخسارة من تركته و يستثني ذلك بناء علي كون الخسارة حكما وضعيا.

الوجه الخامس: السيرة العقلائية؛ ما يدل علي ضمان عمل الحر الكسوب السيرة العقلائية حيث انهم يحكمون بضمان المضر تمام الخسائر التي يردها علي المضار عليه منها اجرة ما يكتسبه، و انكشاف ذلك يتم من خلال مثال انه لو فرضنا ان شخصا حبس حرا و عبده و دابته، ثم بعد خرجوا من الحبس و حكم الحابس بضمان عمل الدابة و العبد دون الحر لا يقبل ذلك عند العقلاء فانهم لا يفرقون في الضمان بين هذه الافراد الثلاثة و هذا ارتكاز عقلايي عند العرف. و يستند السيد الخويي ايضا بضمان الحابس لعمل الحر الكسوب بالسيرة العقلائية القطعية.[[66]](#footnote-66)

و لا فرق في هذا الارتكاز بين ان يكون الحابس متعمدا او غير متعمد فان الحابس لو حبس عبدا و مولاه خطأ ايضا يحكم العرف بالضمان، الا ان هذا الارتكاز قد يورد عليه بامور:

1. ان هذه السيرة مستحدثة و لا دليل علي وجودها في زمن الشارع فاذن لا يعتد بها.

فيه: انه لا يشترط ان يكون بناء العملي العام جاريا علي وفقها بل مجرد وجود ارتكاز في اذهان العقلائي كاصل كلي يكفي في ثبوته مثل جريان السيرة علي التقليد فان التقليد بشكل الدارج اليوم لم يكن موجودا في زمن الشارع و انما امر جديد و لكن اصل ارتكاز رجوع الجاهل الي العالم كان موجودا و هذا يكفي لاثبات وجود السيرة في ذلك الزمن، و نحن نعتقد ان الارتكاز علي ضمان الحر الكسوب كان موجودا في زمن الشارع.

2. انه علي فرض وجود بناء عملي او ارتكاز عقلائي علي ضمان الحر الكسوب لا يمكن كشف امضاء الشارع بالنسبة الي مثل هذه السير العقلائية و ذلك لان امضاء الشارع انما يحرز لو كانت السيرة في مورد عامة البلوي بحيث لو كان الشارع مخالفا لها لابرز مخالفته في موارد متعددة في خلال لقائاته مع افراد متعددة باعتبار عموم البلوي بالمسألة و لوصل الينا عدم امضائه، و من الواضح ان مثل هذه المسالة يعني ضمان عمل الحر الكسوب لم يكن بكثير الابتلاء للناس في زمن الشارع فاذن لا يمكن احراز امضاء الامام من خلال سكوته اذ لعله لم يتفق حتي ابرز رأيه الامام، و لو افترضنا ان الامام ردعه لكنه يحتمل انه لم يصل الينا ردعه لانه من الطبيعي ان الامام لا يكرر موقفه في قضية جزئية في موارد متعددة، فاذن علي فرض وجود السيرة او الارتكاز لا يمكن استكشاف رضا الشارع من السكوت.

يلاحظ عليه: اولا: ان انكار حجية الارتكازات و السير التي لم تكن عامة البلوي يستلزم الانسداد فان كثير من السير في الفقه و الاصول ارتكازات او سير غير عام البلوي و انكارحجيتها يساوي تاسيس فقه جديد.

ثانيا: ان الائمة بما انهم يعلمون بما يحدث بعدهم و لو كان يتوجه خطر الي الدين من هذه الجهة لنهانا عن ذلك و الا لزم نقض الغرض، من هنا نستكشف حجية هذه الارتكازات.

3. ان وجود هذا الارتكاز لو كان مسلما عند العقلاء لافتي الفقهاء علي اساسه و الحال انا نجد ان الفقهاء افتوا بخلافه فقالوا بعدم الضمان قال العاملي في ذيل قول العلامة و لو حبس صانعا و لم ينتفع به لم يضمن اجرته: هذا مقطوع به في كلام الاصحاب كما في الكفاية و القطع به في الشرائع و النافع و التحرير و الارشاد و التبصرة و المهذب البارع و المسالك و الروضة و لا قطع به في التذكرة و انما قال هو الاقوي و لا تعرض له في غيرها في ما اجد ... و قد قوي الضمان المقدسان الاردبيلي و الاستاد فيما اذا كان الحابس سببا مفوتا لمنافع المحبوس.[[67]](#footnote-67)

فيه: ان مخالفة جملة من الفقهاء لا دليل علي عدم الارتكاز العقلائي فانهم لم يحكموا بالضمان لعدم حجية الارتكاز و نحن بعد ان صححنا حجيته نقول بالضمان. مضافا الي انه علي فرض عدم دلالة السيرة علي الضمان يكفي لاثباته قاعدة لا ضرر.

## فرعان

الاول: ان الفرد لو جرح شخصا بحيث لم يقدر علي العمل بعده هل يضمن مضافا الي ديته منافعه التي تصل اليه من خلال العمل ام لا؟ الظاهر العدم لان اطلاق المقامي للروايات التي تحكم بالدية تنفي الضمان بالنسبة الي عمله.

الثاني: لو منع فرد الحر الكسوب عن العمل من دون حبس هل عليه الضمان ام لا؟ ان المنع تارة تكون بالمباشرة فلا اشكال في الضمان لقاعدة لا ضرر و الارتكاز العقلائي علي الضمان. اما اذا كان بالتسبيب فلابد من النظر الي مقدار دوره في المنع عن العمل فبمقدار دوره في المنع يضمن عمله.

## الثاني: ملكية الذمة

لا اشكال في ان جملة من الاموال ليس لها تحقق في الخارج بل هو في ذمة الافراد مثل ما لو اتلف مال الغير فان المالك يمتلك علي ذمة المتلف قيمته او مثله، و مثل ما لو اقرض مالا للغير فان المقرض يملك علي ذمة الغير بمقدار ما اخذ منه، و مثل ما لو باع شيئا كليا بثمن حال او اشتري شيئا بثمن كلي في الذمة، هذه كلها امثلة للاموال التي ليس لها وعاء الا في ظرف ذمة الفرد، و وجود هذا السنخ من الاموال و الملك مما لا ريب عند الاصحاب.

ثم انه ذكر جملة من القانونيين ان حقيقة بيع السلم ليس الا مجرد تعهد البائع بتسليم العين في زمان معين و لا ملك علي ذمة الغير، و فيه انه علي خلاف ما هو المرتكز عند العقلاء و العرف فانهم يحاسبون المبيع علي ذمة الغير كمال لا انه مجرد تعهد و التزام، و يشهد لذلك انه يصح للمشتري ان يبيع الذمة للغير و لو كان مجرد تعهد لما جاز له ذلك فان تعهد الفرد في قبال هذا الفرد لا في قبال فرد آخر فلا ينتقل منه الي آخر بالبيع.

### الفرق بين الذمة و العهدة

من النكات التي تجب الاشارة اليها في هذا المقام هو الفرق بين الذمة و العهدة لكي يتضح ملكية الذمة عن غيره اكثر، جاء الفرق في كلمات المحقق النائيني بهذا البيان: العهدة وعاء الاعيان و الذمة وعاء الاموال الكلية،[[68]](#footnote-68) يوضحه السيد الشهيد الصدر ان العهدة و الذمة او الضمان و شغل الذمة متباينان بحسب المفهوم و بينهما عموم من وجه بحسب المورد و المصداق لان الضمان مرجعه الي المسؤولية و التعهد و التكليف من دون استلزام حق الملكية بينما اشتغال الذمة مرجعه الي تملك شئ علي الآخر و حيث ان الملكية بحاجة الي مملوك ففرضت الذمة وعاء له[[69]](#footnote-69). فاذن العهدة وعاء التكاليف و ما يلزم علي الانسان من الاعمال و منها اداء الاموال الخارجية، و الذمة وعاء الاموال الكلية التي تفترض لصيقا بالانسان.

يجتمع المعنيان في مثل ما اذا اتلف شخص مال الغير فانه تشتغل ذمته بمثله او قيمته كما انه مسؤول عن ادائه. و اما مورد تحقق الضمان دون شغل الذمة فمن مصاديقه باب الكفالة فان مرجعها الي التعهد باحضار المدين امام غريمه بحيث يجب عليه ذلك و يحبس اذا اخل به و لكن لا تشتغل ذمته بالدين، و كنفقة الاقارب و ضمان الغاصب مع بقاء العين و زكاة الفطرة علي رأي السيد الخويي و الضمان في عقد الضمان عند فقهاء العامة و كالضمانات التي تأخذه البنوك لاعطاء القروض. و مورد تحقق شغل الذمة دون ضمان العهدة مثل ما لو اتلف الصبي مال الغير فانه تشتغل ذمته بالمال و ليس علي عهدته شئ و مثل ما لو استدان المسلم مالا من كافر حربي انشغلت ذمته و ليس علي عهدته الاداء و بامكانه ان يمتلك ما في ذمته فيسقط عنه و تفرغ ذمته و لو يمتلك انما يجب عليه الاداء اذا اسلم الكافر و كموارد الثمن قبل قبض المبيع فان ذمة المشتري مشغولة به و لكن لا يجب دفعه قبل قبض المبيع.

بالنتيجة ان الذمة وعاء اعتباري فرض كمحل لاستيعاب الاموال لم يستوعبها الظرف الخارجي اما المال الموجود في ظرف الخارج فلا يحتاج الي ظرف اعتباري من هذا القبيل، و علي اساس ذلك من يبيع كليا في ذمته و ان كان لا يوجد قبل البيع مال في ذمته يملكه ثم يبيعه لكن يكفي اشباعا للقانون العقلائي انه لا بيع الا في ملك، مالكية الانسان لنفس الذمة التي من سنخ مالكيته لنفسه و لاعماله فهو اولي باشغال ذمته من غيره او بابقائها علي الفراغ.

### الدين

من اوضح مصاديق الملكية علي الذمة هي الدين و الدين بمفهومه الفقهي هو المال الكلي الاعتباري الذي اشغل وعاء الذمة الذي يفترض لصيقا بالانسان و لكنه في مفهوم الفقه الغربي ليس عدا مجرد التزام شخص لشخص فهو اقرب الي اشغال العهدة لدينا و انه رابطة بين انسان و انسان لا بين انسان و مال، و يعبر عن ذلك بالحق الشخصي و هو الحق الذي يربط الانسان بانسان و يقابله الحق العيني و هو الذي يربط الانسان بعين خارجية. و للدين احكام نأتي بجملة منها:

### الاول: في صحة بيع الدين للمدين؛

قد يستشكل عليه بان لازمه اتحاد المالك و المملوك عليه و هذا يعني اتحاد المسلط و المسلط عليه و محال ان يكون المسلط هذا الشخص و في نفس الوقت هو المسلط عليه.

يلاحظ عليه: اولا: ان اتحاد المالك و المملوك عليه لا يستلزم اتحاد المسلط و المسلط عليه لان المسلط عليه هو الدين و ذمة الفرد ليس الا وعاء له فيكون المسلط هذا الشخص و المسلط عليه هو الدين. نعم ان بقاء الملكية بالنسبة الي ذمته لغو لا انه غير معقول و لذلك يمتلك في ذمته آناما فيزول.

و ثانيا: انه لا محذور في اتحاد المسلط و المسلط عليه و ذلك لان المتضائفين انما يستحيل اجتماعهما في ما اذا كان تغاير وجودي بين المتضائفين كالعلية و المعلولية، و اما اذا لم يكن تغاير وجودي فلا استحالة في الاجتماع فان الله تبارك و تعالي عالم بذاته و هو معلوم له، و لم يعتبر بين المالك و المملوك تغاير وجودي فلا مانع من صدقهما علي شئ واحد، و مثل ما اذا اشتري عبد نفسه من مولاه فانه يملك العبد نفسه و يكفي فيه مجرد تغاير الاعتبار و اللحاظ.

ثالثا: ان حقيقة الملك ليس الا تبديل الاضافات و ليس فيه تسليط اصلا فانه قبل البيع كان الربط بين الدائن و ما في ذمة المدين من الملك، و بعده يتبدل الاضافة و يقع خيط اعتباري بين الانسان و ما في ذمته، الا انه يسقط للغوية بقاء هذا الربط.

### الثاني: حوالة الدين

يحتمل في حقيقة حوالة الدين احتمالات ثلاثة:

1. انه وكالة من جانب المدين المحيل للمحال في اخذ الدين من المحال عليه.

2. انه وضع المدين ما في ذمته من الدين الي ذمة غيره باحالة الدائن عليه و بهذا التحويل يبرء ذمة المحال عليه.

3. انه تحويل الالتزام من مدين الي مدين آخر.

و الفرق بين الاحتمالات ان المحال يصير وكيلا في الاول من جانب المدين في اخذ الدين و هذا مجرد وكالة، و في الثاني ينقل المحيل دينه الي ذمة المحال عليه فيمتلك المحال علي ذمته ما كان يمتلكه المحيل سابقا. هذا هو الحوالة في فقهنا. و في الثالث لا تمليك و لا وكالة بل مجرد انتقال في الالتزام و التعهد. هذا هو حوالة الدين في الفقه الغربي لانهم لا يعترفون بملكية الذمة و لا يري الدين الا مجرد التزام.

## الثالث: ملكية المنفعة

الملكية علي ثلاثة اقسام ملكية العين، ملكية المنفعة و ملكية الانتفاع، امّا ملكية العين فواضحة لا غبار عليه، و الفرق بين الاخيرتين يمكن تصويره من خلال مثال: لو ان زيدا آجر بستانه لعمرو مدة سنة ثم بعد ان انقضي مدة الايجار له ان يجني الثمار الباقية علي اغصان الاشجار، اما لو كان البستان في يده علي سبيل العارية لا يحق له ان يجني الثمار بعد انقضاء المدة.

و النسبة بين ملكية العين و ملكية المنفعة عموم من وجه اذ قد يوجد ملكية المنفعة من دون ملكية العين كالايجار و اخري يوجد ملكية العين دون المنفعة مثل ما لو اشتري دارا و هي في مدة مستأجرة في يد شخص آخر فانه يملك العين مسلوب المنفعة، و قد يكون كلاهما مجتمعان و هو الغالب.

لا اشكال في ان العرف يعتبر للمستأجر ملكية المنفعة علي غرار ما يعتبر ملكية العين، و انما وقع الكلام في تحليل هذه الملكية و اورد علي ملكية المنفعة اشكالان:

الاول: ان المنفعة معدومة حال الاجارة و المعدوم لا يملك لان الملك عرض و هو يحتاج الي موضوع محقق.

اجاب المحقق الاصفهاني ان الملكية الشرعية ليست من المقولات الواقعية حتي يتوقف العرض منها علي موضوع محقق في الخارج بل من الاعتباريات بمعني اعتبار معني مقولي و هذا المعني المقولي الاعتباري لا يحتاج الا الي طرف في افق الاعتبار و هو كما يمكن ان يكون عينا موجودة في الخارج كذلك يمكن ان يكون مقدرة الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع منها، بل يمكن ان يكون كليا في الذمة.

الثاني: ما نسب الي الشيخ هادي الطهراني من ان منفعة الدار سكناها و هي من اعراض الساكن لا من اعراض الدار لانه فعل الساكن و عرض الساكن ليس ملكا اعتباريا له كسائر اعراضه، و علي فرض كونه مملوكا اعتباريا لكان لموضوعه لا لغيره و اذا لم يكن ملك المؤجر فلا معني لان يملكه للمستأجر. و لذلك ذهب الي ان الاجارة تمليك العين في جهة خاصة في مدة مخصوصة في قبال البيع الذي هو تمليك العين من جميع الجهات من دون تقييدها بجهة و لا بمدة.

اجاب المحقق الاصفهاني عنه اولا: بان سكني الدار مبدأ لانتزاع عنوانين احدهما الساكنية و هي المنتزعة من ذات الساكن و الاخر المسكونية و هي منتزعة من الدار، و ما هو من شؤون الدار و حيثياتها الموجودة بوجودها هي حيثية المسكونية لا حيثية الساكنية التي هي من اعراض المستأجر، غاية الامر ان حيثية المسكونية وجودها بوجود الدار علي حد وجود المقبول بوجود القابل و فعليتها بفعلية مضائفها القائم بالمستأجر في مقام الاستيفاء و شؤون العين قابلة لعروض الملكية لها كنفس العين.

لا يقال: ان ما يعرض عليه الملك و الايجار هي قابلية الدار للسكني، باعتبار ان لهذه القابلية وجود عرفي فيعرض عليه الملك و الايجار.

فانه يقال: ان القابلية امر قار ثابت غير مستوفاة باقية علي حالها ما دامت الدار باقية، فاذن لا يصلح للايجار و لا لعروض الملك. و ما هو قابل للتملك و الايجار هي حيثية المسكونية الفعلية التي تحدث بالتدريج و يستوفي و هي المنفعة التدريجية.[[70]](#footnote-70)

ثانيا: ان سكني الدار عبارة عن الكون في الدار و هو عرض واحد قائم بالشخص يعني لذات الكائن لا للدار، لكن حيث ان الكون الايني من الاعراض النسبية التي لها قيام بموضوعاتها، نسبة الي غير موضوعاتها و هذا الكون الواحد الذي له تعين وضعي قياما او قعودا من حيث قيامه بالساكن يصحح انتزاع عنوان من الساكن و من حيث نسبته الي الدار يصحح انتزاع عنوان من الدار لا ان هناك مبدئين حقيقين قائمين بالساكن، و من هذا اللحاظ اي ان لهذا العرض له نسبة الي الدار يكون زمام امره بيد مالك الدار.[[71]](#footnote-71)

ثم تعرض المحقق الاصفهاني الفرق بين بابي الاجارة و العارية باعتبار ان لكل منهما مساس بالمنفعة و الانتفاع و قال: انا لوسلكنا علي اساس الجواب الاول لا يمكن الفرق بين بابي الاجارة و العارية لان الاجارة صارت علي اساس هذا الجواب تمليك حيثية المسكونية، و لو كانت العارية ايضا تمليك ذلك لم يفترق عن الاجارة، و لو كانت غيرها لابد ان يكون تمليك حيثية الساكنية و هي غير قابلة للتمليك لنفس الساكن.

الا ان يقال: ان العارية ليس فيه تمليك بل هي مجرد الاباحة التكليفية للانتفاع بمعني جواز التصرف من جانب المالك يتبعها اباحة شرعية، لكن فيه ان الاباحة المالكية لا تتوقف علي تبدل المباح له قولا او فعلا اذ الانتفاع يصير مباحا بمجرد الاباحة، و الحال ان العارية عقد يحتاج الي القبول ايضا و لا يكفي فيه مجرد الايجاب، فاذن لا يكون من باب الاباحة.

بالنتيجة علي اساس هذا المسلك ليست العارية تمليكا لشئ و لا اباحة لشئ بل يمكن ان يقال انه سنخ معني يتسبب اليه بالعقد و هو السلطة الوضعية علي المال يسلط المعير المستعير علي العين لا انه يعطي سلطانه و ملكه فلذا ليس له نقل الملك او السلطنة.

اما لو سلكنا الجواب الثاني فالفرق بينهما ان المالك في الاجارة يملك طبيعي سكني الدار و في العارية سكني القائم بالمستعير و لذلك ان الاصل في الاجارة ان المستأجر له ان يؤجر الدار بفرد آخر لان ما تعلق به التمليك هو طبيعي سكني الدار بخلاف العارية فانه لا يصح اعارة المال المعار لشخص آخر. و لو اشترط في الاجارة استيفاء خصوص المستأجر لا يوجب ان يتبدل ذات الايجار فان الشرط لا يكون مغيرا للذات بل يوجب حصول قيد زائد علي الذات و هو تمليك طبيعي سكني الدار.[[72]](#footnote-72)

يلاحظ عليه عدة ملاحظات:

1. علي اساس ما ذكره في الجواب الاول يلزم ان المستأجر لو لم يستفد من الدار ولم يسكن فيه لا يتحقق ملك لان الملك هو طبيعي المسكونية الفعلية و هي قائمة بسكني الساكن فيه و ما لم يسكن لا يتحقق ذلك، و الحال ان ملك المستأجر متحقق بالوجدان عند العرف و هذا يشهد بان ملك المستأجر ليس المسكونية الفعلية كما ذكره بل هي قابلية الدار للسكني.

2. انه ذكر ان قابلية الدار موجودة ما دامت الدار باقية و ليست بقابلة للاستيفاء، فيه ان قابلية الدار للسكني انحلالية بحسب بقاء الدار و دوامها فان الدار التي تصلح البقاء مدة مائة سنة قابليتها للسكني تنحل بحسب هذه السنين عند العرف، فاذا كانت تنحل يستوفي هذه القابلية في كل زمان بحسبه و لا معني لقوله انه ليس بقابل للاستيفاء اصلا.

و الصحيح ان المرتكز عند العرف ان ما يتعلق به التمليك هو قابلية العين للانتفاع الفعلي للشخص.

3. انه يفرّق بين بابي الاجارة و العارية تارة بان الاجارة تمليك الحيثية الفعلية القائمة بالعين المستأجرة كالمسكونية و العارية السلطنة الوضعية من جانب المعير علي المال، و اخري بان الاجارة تمليك طبيعي سكني الدار و العارية تمليك سكني الدار القائم بالمستعير لكن هذا الفرق غير تام في كلا الجانبين و لا يمكن ان يعد فارقا بين البابين و ذلك لما فيه من المحذورات التالية:

الاول: لا اشكال من الناحية الفقهية ان المستأجر لو استأجر بستانا مدة سنة له ان يجني الثمار بعد مدة الايجار و لكن لو كان البستان في يد الشخص علي سبيل العارية لا يحق له ان يجني الثمار بعد مدة العارية، فعلي اساس ما ذكره المحقق الاصفهاني من الفرق بين البابين لا يمكن توجيه هذا الفرق فانه ان كان الايجار تمليك طبيعي المنفعة و العارية تمليك المنفعة للمستعير لا فرق بين البابين لابد اما ان يقال بجواز اجتناء الثمار عند الانقضاء او بعدمه. و كذلك لا فرق من هذه الجهة لو قلنا ان الاجارة تمليك الحيثية القائمة بالعين و العارية السلطنة الوضعية علي العين. و انما يتم الفرق لو قلنا بان الاجارة تمليك قابلية العين للانتفاع و العارية اباحة من جانب المبيح لان هذه القابلية لابد ان تستوفي بجميعها و ان انقضي مدة الايجار بخلاف الاباحة.

الثاني: لو ان غاصبا غصب العين المستأجرة يكون ضامنا للمستأجر منافع العين اما لوغصب العين المستعارة يكون ضامنا لمالك العين، و علي اساس ما ذكره من الفرق من ان الاجارة تمليك طبيعي الانتفاع و العارية تمليك الانتفاع القائم بالمستعير لا يصح هذا الفرق بل لابد من القول بالضمان للمستأجر و المستعير لان الانتفاع ملك لهما.

الثالث: ان الاجارة علي نوعين اجارة مطلقة مثل ما لو استأجر الدار لسكني اي فرد كان و اجارة مقيدة مثل ما لو استأجر الدار لسكونة خصوص هذا المستأجر، هذا الشرط بحسب الفهم العرفي مرجعه الي التقييد لا الي الشرط المصطلح نظير ما لو اشترط في البيع ان يكون العبد كاتبا او يشترط ان يكون الخياطة عالية فان الظاهر العرفي منه التقييد، و من الواضح ان هذه الاجارة تمليك منفعة قائم بالمستأجر، فاذن لا فرق بينه و بين العارية اصلا ، نعم ان ما ذكره الاصفهاني من الشرط نظره الي الشرط المصطلح لا يوجب تبدل حقيقة الاجارة.

4. ان ما ذكره من ان قوام العارية بانتفاع خصوص المستعير ايضا غير تام لجواز العارية لانتفاع شخص آخر او لطبيعي الانتفاع.

5. ان ما ذكره الاصفهاني من ان العارية اباحة الانتفاع او السلطنة الوضعية علي الانتفاع لم يبين الفرق بينهما بوضوح.

و الصحيح ان العارية اذن في الانتفاع و انما يصدق عليه العارية اذا تحقق شروط و هي ان المعير يجعل العين تحت اختيار المستعير و يقبل ذلك الانتفاع و يقبض العين، هذا هو حقيقة العارية و انما يعد عقدا لاجل انه لا يصدق العارية بمجرد الاذن و انما يكون عارية اذا قبل و قبض المال. نعم قد يكون العارية حقا للمستعير مثل ما اذا كانت العارية شرط النتيجة.

6. انه ذكره في الوجه الثاني الفرق بين الاجارة و العارية ان الاجارة تمليك طبيعي سكني الدار و العارية تمليك سكني الدار القائم بالمستعير، نفس البيان يجري في الوجه الاول و يقال ان الاجارة تمليك طبيعي مسكونية الدار و العارية تمليك مسكونية الدار القائمة بالمستعير، و الحال انه لم يأت بهذا البيان في الوجه الاول و وقع في حيص و بيص لتوجيه العارية، و لو كان الفرق ما ذكر في الوجه الثاني يجري هذا الفرق في الوجه الاول و لا حاجة الي توجيه آخر وفق مبناه.

لا يقال: ان سكني الدار يمكن له افتراض طبيعي سكني الدار و افتراض سكني الدار القائم بالمستعير، هذا بخلاف المسكونية فانها قائمة بالدار و لا مساس لها في ذاتها بالساكن فلذلك لا يمكن فيه افتراض المسكونية القائمة بالمستعير.

فانه يقال: هذا لا اساس له فان المسكونية عنوان تضائفي يستلزم الساكنية فاذا كان يستلزم يمكن ان يلحظ المسكونية طبيعيها او ان يلحظها مضافا الي الساكننن.

7. اورد المحقق الاصفهاني علي المحقق الطهراني بان ما ذكره من ان الاجارة تمليك العين في جهة مخصوصة في مدة معينة، غير صحيح لان المملوك في باب الاجارة ان كان واقعا نفس تلك الجهة الخاصة كانت نسبة الملك الي العين من باب الوصف بحال المتعلق و لا يندفع به شئ من المحاذير، و ان كان نفس العين المتحيثية بحيثية خاصة، فمن الواضح ان تعدد جهات العين لا يوجب تعدد العين فذات العين الواحدة مملوكة ببعض جهاتها لشخص و مملوكة بسائر جهاتها لشخص آخر، فان كان الملك عرضا لزم قيام عرضين متماثلين بموضوع واحد و هذا محال، و ان كان اعتباريا فاعتبار ملكين لعين واحدة لغو عند العقلاء.[[73]](#footnote-73)

يلاحظ عليه: انه لا يستلزم ذلك لا اجتماع المثلين و لا اللغوية لان حيثيات الملك كل منها مستقلة عن الاخري فان المستأجر مالك للعين من جهة السكني و المالك يملك العين من سائر الجهات، و هما لا يجتمعان في شئ واحد فان تعدد الجهات و الحيثيات يوجب التعدد فيتعلق ملك كل واحد منهما بجهة و ان كانت العين واحدة فلا يلزم المحذور.

هذا مضافا الي ان ما ذكره من ان محذور اجتماع مالكين مستقلين علي عين واحدة بناء علي اعتبارية الملك، ليس اللغوية، انما المحذور هو الخلف و ذلك لان فرض مالك مستقل للعين ان امرها بيد هذا الفرد دون الغير و لا يملكها الغير، و هذا من جهة اخري فرض مالك مستقل آخر له ينافي هذا الفرض و لذلك لا يجتمع المالكان المستقلان في عين واحدة. و لا يلزم محذور الخلف في المقام لان المالك له ملكية طولية في حيثية سكني الدار و المستعير مالك لهذه الجهة نظير مالكية المولي لمال العبد فانه مالك لامواله في طول مالكية العبد كذلك المالك مالك لجهة السكني في طول مالكية المستعير، هذا اذا كانت العارية جائزة. و اما اذا كانت لازمة فلا اشتراك بين المعير و المستعير فان للمستعير الاستقلال في المالكية في هذه الجهة و المالك يملك لسائر الجهات.

فرع: لو آجر الموجر سيارته للمستأجر كل شهر بماتي الف تومان مدة سنة ثم باعه المؤجر لشخص آخر، ثم اتلفها شخص آخر، فلا يؤخذ من المتلف اكثر من القيمة السوقية للسيارة التالفة و ذلك لان المتلف لا يضمن اكثر من القيمة السوقية بضرورة الفقه و الارتكاز العقلائي و لا يضمن العين. ثم ان للمستأجر ان يفسخ الايجار باعتبار وجود شرط ارتكازي ببقاء العين و مع تلفها لم يبق العين فله الفسخ، و ان لم يفسخ الايجار فله ان يطالب عن المالك ما به يتفاوت قيمة السيارة مسلوب المنفعة مدة سنة و السيارة مع المنفعة مثلا لو افترضنا ان السيارة قيمتها تكون مسلوبة المنفعة ميليوني تومان و مع المنفعة ثلاثة ملايين تومان فله ان يأخذ ميليون تومان الذي يكون ما به التفاوت بين القيمتين.

هذا اذا كان المتلف شخص ثالث غير المؤجر و المستأجر، اما لو كان المتلف المستأجر فللمؤجر ان ياخذ منه اجر السنة و قيمة السيارة مسلوبة المنفعة مدة سنة. و لو كان المتلف المؤجر يتخير المستأجر بين الفسخ و الرجوع الي اجرة المسمائة و بين الامضاء و مطالبة بدل المنفعة الفائتة فياخذ ما به يتفاوت اجرة المسمائة عن اجرة المثل.

## الرابع: مالكية الشخصيات الحقوقية

من نظرة حقوقية معاصرة لا اشكال في ان الشخصيات الحقوقية كالمؤسسات و الجمعيات و الشركات كالشخصيات الحقيقية لها اهلية التملك و الاستدانة و الاقراض و الاقتراض و لها احكام و حقوق مستقلة عن اصحاب هذه الشخصيات بحيث لو افلست الشركات و المؤسسات و الجمعيات لا يحق للدائن او الدائنين ان يستوفوا ديونهم من الاموال الخاصة لاصحاب سهام هذه الشركات و كذلك لو افلس اصحاب الشركات لا يحق للدائن عنه ان يحصل دينه من الشركة.

و السؤال الاساس الذي يطرح في المقام هل ان الشريعة الاسلامية تقر بالشخصيات الحقوقية بما لها من اهلية التملك و الاستدانة و الاقراض و الاقتراض علي وزان الشخصيات الحقوقية في النظرة الحقوقية المعاصرة؟ و الكلام يقع في مقامين:

### المقام الاول: في اهلية الشخصيات الحقوقية للتملك

ذكر السيد الحائري انه لا اشكال في وجود جملة من الشخصيات الحقوقية في الفقه الاسلامي كعنوان الوقف و الفقراء و منصب الامامة و الدولة و المسلمين للاراضي الخراجية و الوقف علي الجهات.[[74]](#footnote-74)

لكن في ما ذكره من تسلّم جملة من الشخصيات الحقوقية في الفقه الاسلامي تامل و اشكال، اذ يمكن ان يقال ان المال الموقوف في الوقف للجهات كالمسجد باق علي ملك مالكه و لا يقع ملكا للموقوف عليه يحبس علي ملكه بحيث لا يقدر علي بيعه و يسبّل منافعه للجهة، و كذلك الزكاة لا يصير ملكا للفقراء انما هم مورد مصرفها كما عليه السيد الخويي، و الانفال ملك لشخص الامام لا ملك منصب الامامة كما عليه صاحب الجواهر، و الاراضي الخراجية ملك مشاع بين المسلمين كما عليه صاحب التعاليق المبسوطة لا انها ملك عنوان المسلمين كما عليه المشهور. فما ادعاه من مالكية جملة من الاعيان و الجهات في الفقه الاسلامي ليس بمفروغ عنه و مسلم عند الكل من دون بحث و نقاش بل محل تامل و نقاش، و ان كان الصحيح ما ذهب اليه من صحة امتلاك جملة من الشخصيات الحقوقية من منظور الفقه الاسلامي.

استدل لاثبات صحة مالكية الشخصيات الحقوقية بوجوه:

الوجه الاول: السيرة العقلائية و لها تقريبان:

التقريب الاول: عموم السيرة؛ ان السيرة العقلائية قد جرت علي صحة امتلاك جملة من الشخصيات الحقوقية في زمن الشارع كالوقف علي الجهات و ملكية الدولة و الفقراء و امضاها الشارع، الا ان هذه السيرة و ان كانت لها مصاديق محدودة في زمن الشارع و لكن حجية السيرة الناشئة من امضاء الشارع لا يختص بالمقدار المترجم بالعمل بل يشمل دائرة اوسع من السيرة المترجمة بالعمل و السيرة الكامنة في اذهان الناس في زمن الشارع، و في المقام ان السيرة المرتكزة في اذهان العقلاء كانت اوسع بكثير بحيث يشمل كل شخصية حقوقية لها اهداف و غايات عقلائية و لكن لبساطة الحياة الاجتماعية في ذلك الزمن قد ظهرت مصاديق معدودة و محدودة في ساحة حياة الناس، و هذا لا يوجب اختصاص الحجية بالمقدار المترجم منها بل يشمل الاعم من السيرة البارزة و السيرة الكامنة كما ثبت في الاصول، فاذن بهذا البيان نثبت الشخصيات الحقوقية بنطاقها الواسع في الفقه الاسلامي.

هذا نظير سببية الحيازة للملكية عند العقلاء في زمن الشارع و لكن المقدار المترجم من هذه السيرة عندئذ الحيازة بالادوات المتعارفة آنذاك و هذا لا يوجب اختصاص سببية مملكية الحيازة بما اذا كان الحيازة بخصوص الادوات القديمة بل يشمل كل حيازة سواء كانت بالادوات القديمة او الحديثة لان السيرة المرتكزة في اذهان العقلاء مستقرة علي سببية مطلق الحيازة سواء كانت بالادوات القديمة و هي المقدار المترجم بالعمل او بالادوات الحديثة و هي المقدار غير المترجم بالعمل، و في المقام ايضا ان السيرة المرتكزة عند العقلاء استقرت علي مالكية جميع الشخصيات الحقوقية التي لها غايات عقلائية او عبر بالاعيان و الجهات كما هو المصطلح في الفقه الاسلامي و لكن المقدار المترجم منها بالعمل مصاديق معدودة و هذا لا يوجب اختصاص دائرة حجيتها بخصوص ذلك المقدار بعد ما كانت السيرة المرتكزة اعم منه.

اورد السيد الحائري علي هذا التقريب بايرادات ثلاثة:

الاول: ان السيرة المرتكزة عند العقلاء لو كانت عامة في زمن الشارع بحيث تدل علي ان كل شخصية حقوقية لها اهلية و صلاحية الامتلاك و الاستدانة، ثبت صحة امتلاك جميع الشخصيات الحقوقية المعاصرة، و لكن الكلام في وجود مثل هذا الارتكاز العام و القدر المتيقن وجود الارتكاز علي صحة امتلاك شخصيات حقوقية معدودة لا الارتكاز العام، فاذن لا يثبت منه اعتبار جميع الشخصيات الحقوقية لان الشخصيات الحقوقية الحديثة لا يكون من مصاديق هذا القدر المحدود بل اما يكون من التوسع في الحكم بمعني ان الحكم بملكية الاعيان و الجهات كانت محدودة في ذلك الزمن و الآن توسعت، و اما من التوسع في الموضوع فان الموضوع لمالكية الشخصيات الحقوقية كانت محدودة و ذلك الشخصيات الجديدة اعتبار افراد جديد للموضوع، و من الواضح انه علي كلا الفرضين لا يشمل السيرة العقلائية الممضاة هذه المصاديق الجديدة لخروجها عن تحتها حقيقة.

هذا نظير ما لو افترضنا ان السيرة العقلائية جرت علي سببية الحيازة للملك ثم حكم العقلاء علي سببية اضائة النور علي الاجسام للملكية كفرد جديد للحيازة، فانه من البديهي ان هذا الافتراض العقلائي لا يجعل اضائة النور علي الاجسام من مصاديق الحيازة و بالتالي سببا للملك.

الثاني: لو افترضنا ان هذه الشخصيات الحقوقية من الامور الارتكازية عند العقلاء في هذا الزمن، لكنه لا يثبت ذلك ثبوت هذه الافراد الجديدة في الارتكاز العقلائي في زمن المعصوم كي يثبت امضاؤها بعدم الردع و ان تأخر وجودها الخارجي الي هذا الزمن، بل يحتاج ذلك الي قرائن و شواهد و لا دليل عليه، و نحن لا نحتاج الي اثبات عدم هذا الارتكاز في ذلك الزمن بل اقامة الدليل علي عهدة من يدعي وجود السيرة في ذلك الزمن.[[75]](#footnote-75)

الثالث: انه لا يوجد في هذا الزمن ايضا ارتكاز عقلائي عام علي صحة امتلاك جميع الشخصيات الحقوقية و ذلك بشهادة ان الناس انما يقولون بامتلاك الشخصيات القانونية المسجلة دون الشخصيات الحقوقية العادية و هذا يعني ان صحة امتلاك هذه الشركات انما نشأ من وضع القوانين الدولية لا من الارتكاز العقلائي و الا بحسب الارتكاز العقلائي لا فرق بين الشخصيات الحقوقية القانونية و العادية فان كانت تمتلك الاولي يمتلك الثانية ايضا من دون فرق عندهم.[[76]](#footnote-76)

يلاحظ علي الثالث بان صحة امتلاك جميع الشخصيات الحقوقية مما لا اشكال فيه في هذا الزمن بحسب الارتكاز العقلائي، انما الكلام في ثبوت هذا الارتكاز في زمن الشارع.[[77]](#footnote-77)مع ان ما يحتاج الي التسجيل و وضع القانون جزئيات هذه الشخصيات و ما هو مرتكز اصلها.

التقريب الثاني: عدم الانفكاك في الآثار؛ هذا التقريب يبتني علي مقدمتين:

الاولي: ان عمومات الوقف تدل علي اهلية مالكية كل عنوان و شخصية حقوقية ان كان في سبيل الخير و المعروف و ذلك من طريق صحة الوقف للعناوين و الشخصيات الحقوقية التي تعتبر معروفا و خيرا و حيث ان الموقوف عليه يملك ما يوقف له فاذن يثبت صحة امتلاك هذه العناوين و الشخصيات الحقوقية لما يوقف عليه.

الثانية: ان الارتكاز العقلائي يحكم بعدم الانفكاك في الآثار فان ما يقبل الملك يقبل الاستدانة و ما يقبل الوقف يقبل الهبة و الاقراض و الاقتراض، فاذن بامضاء هذا الارتكاز بعدم الردع تثبت كل الاحكام و الآثار للشخصيات الحقوقية سواء كانت موجودة في زمن المعصوم او لم تكن موجودة فيه لصحة الوقف لكل منهما.

بل النتيجة اوسع بكثير مما يثبته الفقه الغربي اذ لا فرق علي اساس ذلك بين الشركات العادية و القانونية لامكان الوقف علي الشركة العادية ايضا كما يصح الوقف للشركة القانونية.

ثم اورد عليه: بان ثبوت ارتكاز عدم الانفكاك في الآثار في زمن الشارع محل تامل و اشكال و ما هو الثابت وجود هذا الارتكاز بالنسبة الي العناوين المنطبقة علي الشخصيات الحقيقية كالامامة اما في ما عداها فوجود هذا الارتكاز ليس بواضح.

نعم ان دليل الوقف يثبت صحة وقف الاعيان للعناوين و الشركات الخيرية و كذلك يثبت صحة وقف مالية الاموال لهذه الشركات و العناوين لما ورد من صحة وقف مالية الاموال، و لكن لا يثبت من طريق الارتكاز صحة استدانة هذه الشركات و اقراضها و اقتراضها و غير ذلك من سائر الاحكام و الآثار.[[78]](#footnote-78)

### الوجه الثاني: اطلاق ادلة العقود

ان جملة من الادلة باطلاقها و عمومها تدل علي صحة و نفوذ العقود يمكن التمسك بها لاثبات الشخصيات الحقوقية و هي ما يلي:

الاول: اطلاق احل الله البيع؛ ان هذه الآية الكريمة باطلاقها تدل علي صحة مطلق البيع و من الواضح عند العرف ان من جملة مصاديقه البيع و الشراء من شركة او جمعية او مؤسسة او غير ذلك من الشخصيات الحقوقية فيدخل في اطلاق احل الله البيع.

لا يقال: انه لابد من اهلية و صلاحية البائع او المشتري للتملك مسبقا حتي يشمله اطلاق احل الله البيع و لم يثبت اهلية هذه الشخصيات للامتلاك فينصرف عنها اطلاق الآية.

فانه يقال: ان المرجع في تشخيص الاهلية للامتلاك هو العرف، و هو يحكم بصلوح و اهلية هذه الشخصيات للامتلاك.

يلاحظ عليه: كما عن السيد الحائري اولا: ان احل الله البيع يدل علي ان نفوذ البيع و صحته مقيدا بما اذا كان المبيع مملوكا عند الشارع و المالك قابلا للتملك، هذا قيد ارتكازي عند العرف للآية الكريمة بقرينة انصراف الآية عما اذا لم يكن للمالك اهلية و قابلية للامتلاك او مالية للمملوك عند الشارع، فاذن لابد ان نحرز اهلية المالك و مالية المملوك عند الشارع اولا ثم يطبق الآية الكريمة عليه؛ و لا يصح الرجوع في مثل هذه الموارد الي العرف لان العرف هو المرجع في تشخيص المفاهيم لا المصاديق و المقام من قبيل الشك في المصداق اذ لا نعلم ان هذا المصداق يعني الشخصيات الحقوقية يصلح للتملك ام لا؟ مضافا الي انه يلزم منه صحة مالكية الحيوانات كالكلب و الهر و غيرهما باعتبار تعارف الارتكاز في صحة امتلاك هذه الحيوانات في هذه الزمان و صحة بيع الخمر و غيره و لا يمكن الالتزام به، فالمرجع في ذلك هو الشرع و يمكن احراز نظره من احد الطريقين:

الاول: من طريق السيرة العقلائية و الارتكاز العرفي؛ و هذا انما يفيد اذا كانت السيرة و الارتكاز معاصرا لزمن صدور النص و في مثل الشخصيات الحقوقية فوجود ارتكاز علي صحة امتلاكها عند العرف بعيد.

الثاني: من طريق الاطلاق المقامي باعتبار ان الشارع حيث انه لم يعين مصاديق البيع نستكشف من الاطلاق المقامي ان الشارع يقبل نظر العرف في تشخيص المصاديق؛ هذا نظير التطهير فان الادلة تفيد لزوم تطهير الثوب المتنجس عند الصلاة و لم يبين كيفيته و من ذلك نستكشف ان الشارع يقبل طريق العرف. لكن هذا الطريق انما يتم بالنسبة الي العرف المعاصر لزمن صدور النص و لا يشمل العرف الحادث بعده بقرون.[[79]](#footnote-79)هذا روح مقصوده و مراده.

هذا لكن قد يترءاي من ظاهر عباراته ان احل الله البيع يفيد ان الله انفذ بيعا يكون بيعا بنظره لا ما يكون بيعا بنظر العرف باعتبار ان كل مقنن عند ما يستعمل الكلمات التي تحمل مضمونا حقوقيا و مفادا قانونيا، مراده من ذلك اللفظ هو ما يوافق و يطابق قوانينه و تشريعاته لا علي الاطلاق مثلا ان الزواج عند ما يطلق في لسان الشارع فالمراد منه هو ما يكون زواجا بنظره لا علي الاطلاق، و الملكية عند ما يستعمل عند الشيوعيين المراد منه ما يوافق قوانينهم و كذلك سائر المفاهيم و الالفاظ. و البيع من هذا القبيل فانه يحمل مضمونا حقوقيا يترتب عليه جملة من الآثار الحقوقية و القانونية عند شرع الاسلام فكلما استعمل هذا اللفظ يكون المراد منه ما يكون بيعا عند الشرع.

لكن هذا المعني ليس بمراد اذ لو كان المراد من البيع ما يكون بيعا بنظرالشارع يلزم لغوية هذا التشريع و القانون لان البيع لا يكون بيعا بنظره الا اذا كان تام الاجزاء و الشرائط بنظره، و لو كان كذلك يكون البيع نافذا من دون حاجة الي انفاذه باحل الله البيع و يكون احل الله البيع لغوا. بل المراد منه ما بيناه من ان الشارع انفذ البيع العرفي الا انه مقيد عند العرف بقيدين: ان يكون المبيع مملوكا عند الشارع و ان يكون المالك صالحا للتملك، و هذا القيد العرفي يقتضي ان نرجع عند الشك في المملوكية و اهلية المالكية الي الشارع.

ثانيا: انه لا اطلاق للآية الكريمة لعدم كونها في مقام بيان نفوذ مطلق البيع بقرينة انها وردت في مقام الفرق بين الربا و البيع و لم يرد في مقام بيان حكم مطلق البيع، هذا نظير ما لو قيل ان الله احل المتعة و حرم السفاح فانه لا يستفاد من اطلاقها حلية المتعة مع الباكرات من دون اذن من الاب.

اجاب عن ذلك المحقق الاصفهاني في حاشيته بان ظاهر الآية الكريمة و ان كانت لا تفيد انها بصدد البيان، لكن بمعونة الروايات يثبت انها بصدد البيان فان الامام يستدل في معتبرة عمر بن يزيد باطلاق الآية لجواز اخذ الربح من المضطر؛ قلت لابي عبدالله (ع) جعلت فداك ان الناس يزعمون ان الربح علي المضطر حرام و هو من الربا. قال: هل رأيت احدا يشتري غنيا او فقيرا الا من ضرورة، يا عمر قد احل الله البيع و حرم الربا فاربح و لاتربه. قلت: و ما الربا؟ قال: دراهم بدراهم مثلين بمثل.[[80]](#footnote-80)

يلاحظ عليه: اولا: ان الامام يتمسك لجواز اخذ الربح من المضطر باصل الآية الكريمة لا باطلاقها و ذلك ان مورد الآية بيع النسيئة باعتبار ان المشركين كانوا يقيسون الربا بالبيع و يقولون ان ربا النسيئة مثل بيع النسيئة فلا معني لان يكون بيع النسيئة حلالا و رباها حراما فقال الله سبحانه احل الله البيع و حرم الربا في هذا المقام فيكون المتيقن من الآية الكريمة بيع النسيئة لانها مورها و من الواضح ان هذا البيع مشتمل علي الربح و الا لم يكن يقاس بالربا. و الامام استدل لجواز اخذ الربح من المضطر علي وزان جواز الاخذ من سائر الناس بالآية الكريمة و هذا استدلال بالآية في ما ورد و نزل فيه و مثل هذا الاستدلال يكون استدلالا باصل الآية لا باطلاق الآية.

ثانيا: ان الامام لم يستدل بالآية الكريمة و انما طبق الآية علي هذا المورد و كم من فرق بين الاستدلال و التطبيق فان الاستدلال يكون فيما اذا كان للكلام ظهورا استعماليا عند العرف في مورد الاستدلال، و التطبيق يكون فيما اذا لم يكن للكلام ظهورا فيه، و لو كان التمسك بالآية من الاستدلال لصح التمسك باطلاق الآية، و حيث انه من باب التطبيق يقتصر في التمسك به بالمورد.

الثاني: عموم اوفوا بالعقود؛ ان الآية الكريمة تفيد لزوم الوفاء ـ سواء كان اللزوم بالمعني الوضعي كما عليه السيد الخويي او بالمعني التكليفي كما هو المختار ـ بمطلق العقود و المعاملات وصحتها و منها المعاملات و العقود التي تنعقد مع الشخصيات الحقوقية.

استشكل المحقق النائيني علي هذا الاستدلال بان الآية الكريمة لا يخلو شمولها بالنسبة للعقود الفاسدة من احدي حالات ثلاثة: 1) ان تكون مطلقة. 2) ان تكون مهملة. 3) ان تكون مقيدة؛ اما اطلاقها بالنسبة الي العقود الفاسدة فمحال و كذلك الاهمال فتكون مقيدة بالعقود الصحيحة، فاذن لابد من احراز صحة العقد مسبقا علي لزوم الوفاء به، و في المقام لم يحرز صحة المعاملات مع الشخصيات الحقوقية فلا يصح الاستدلال بالآية لاثبات لزوم الوفاء بها.

فيه: ان الآية الكريمة ليست مقيدة بالعقود الصحيحة و من عدم التقييد في مقام الاثبات نستكشف ان الشارع نفسه تكفل تطبيق هذا العام علي مصاديقه و حيث انه لم ير فيها عقدا فاسدا فامر بلزوم الوفاء بها علي نحو الاطلاق؛ هذا نظير ما لو علمنا ان المولي لا يأمر باكرام النواصب اصلا ثم قال اكرم جيراني، نحن نستكشف من اطلاق كلامه ان المولي تكفل تطبيق هذا العام علي مصاديقه و لم ير في جيرانه ناصبيا فامر باكرام مطلق جيرانه، و علي اساس ذلك كلما علمنا ببطلان عقد فهو خارج من الآية الكريمة و كلما شككنا في صحة عقد كعقد التأمين نحكم بلزوم الوفاء به و صحته لان الشارع تكفل التطبيق. كما انا لو علمنا بنصب احد جيران المولي لا يجب اكرامه و لو شككنا يجب اكرامه لان المولي تكفل نفسه التطبيق.

لكن مع ذلك كله لا يصح الاستدلال بالآية الكريمة لاثبات صحة العقد مع الشخصيات الحقوقية لوجوه:

اولا: ان الآية الكريمة مقيدة لبا بما اذا كان مضمون هذه العقود مشروعا عند الشرع وعند الشك في المشروعية لا يصح التمسك بها، و في المقام نحن لا نعلم بمشروعية العقد مع الشخصيات الحقوقية. كما ان هذا المعني جار في نظائره مثل اطيعوا الوالد، المؤمن اذا وعد وفي و غير ذلك اذ ليس معني اطلاق وجوب اطاعة الوالد حتي لو امر بامر غير مشروع.

ثانيا: انها مقيدة لفظا بكون مضمون هذه العقود مشروعا و ذلك لما دلت الروايات من ان المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا. و العقد مثل الشرط لعدم الخصوصية ان لم نقل بان الشرط يشمل العقد، فيكون العقد لازما اذا لم يكن فيه تحليل الحرام او تحريم الحلال، و المقام من الشبهة المصداقية لمحلل الحرام لانا لا نعلم ان الشخصيات الحقوقية مستأهل للامتلاك ام لا عند الشارع؟ فيكون شبهة مصداقية لمحلل الحرام و لا يصح الاستدلال بالآية في مثل هذه الموارد.

ثالثا: ان الآية انما تدل علي لزوم العقد من حيث احترام العقد و لا يتعرض لسائر الجهات يعني ليس بصدد البيان بالنسبة الي مصاديق العقد.

قد يقال: انه عند الشك في مشروعية العقد يستصحب عدم المخالفة للكتاب و السنة، فيصح الشرط المشكوك و كذلك العقد.

فانه يقال: عند الشك في مشروعية هذا العقد و عدم مشروعيته يستصحب عدم تملك هذه الشخصيات الحقوقية و به يثبت ان اعتبار مالكية الشخصيات الحقوقية مخالفا للكتاب و السنة، كما ذكر السيد الخويي انه عند الشك في ان شرط الخيار في عقد النكاح مخالف للكتاب و السنة، يستصحب عدم ثبوت الخيار و به يثبت كون الشرط مخالفا للشرع.

### الوجه الثالث: ولاية الفقيه

التقريب الاول: اثبات الشخصية الحقوقية؛ جعل في الشريعة الاسلامية الولاية للفقيه الجامع للشرائط، التدخل في شؤون المجتمع في شتي جوانبها و مختلف مجالاتها و يكون نافذا رأيه و متبعا حكمه، كلما امر بشئ يجب اتباعه و كلما نهي عن شئ يجب الانتهاء عنه، و لو وضع قانونا لا يصح العدول عنه. و علي اساس هذه الصلاحيات للفقيه ان يعتبر الشخصيات الحقوقية اذا راي المصلحة علي غرار الشخصيات الحقيقية و تبعا يترتب عليها ما لها من الآثار.

الجواب عن هذا الوجه كما ذكره السيد الحائري ان كل ولاية تعطي لاحد او لفئة من قبل نظام ما فالمفهوم منها عرفا انها في دائرة ما يكون داخلا تحت ذاك النظام دون ما يكون خروجا عليه و كذلك الحال بالنسبة لولاية الفقيه فالمفهوم عرفا من دليل الولاية المعطاة للفقيه من قبل نظام الاسلام هو الولاية في امر لا يكون في نفسه خروجا عن ذاك النظام.

و علي اساس ذلك تارة تلحظ الولاية بالنسبة الي الاحكام التكليفية و اخري بالنسبة الي الاحكام الوضعية. فاما بالنسبة الي دائرة الاحكام التكليفية فمقتضي الالتزام بما ذكرناه من كون الولاية فيما لا يكون خروجا علي نظام الاسلام هو ان تختص الولاية بدائرة المباحات بالمعني العام الشاملة للمستحب و المكروه دون الالزاميات اذ لو امر الفقيه بفعل مباح او نهي عنه لم يكن هذا امرا بما يكون خروجا علي نظام الاسلام لان التزام المولي عليه باتيان الفعل او تركه لم يكن في نفسه مخالفا لنظام الاسلام لان المفروض اباحة الفعل و الترك معا و هذا بخلاف ان يأمر بترك الصلاة او شرب الخمر مثلا فان هذا الامر خروج علي نظام الاسلام و مخالفا للشريعة الاسلامية.

فاما بالنسبة الي دائرة الاحكام الوضعية فمتي ما كان الحكم الوضعي قد ربط امره برضا الشخص و عدم رضاه كان معني ولاية الولي علي هذا الشخص ان رضاه و منعه اولي بالتحكيم من رضا نفس ذلك الشخص و متي ما لم يكن كذلك عد اعمال الولاية في ذلك خروجا علي النظام فمثلا صحة البيع و بطلانه منوطان برضا المالك بالمبادلة و عدمه و عندئذ يكون من حق الولي ان يبيع مال المولي عليه من دون اذنه اذا راي المصلحة في ذلك فيصح البيع او ان يمنع عن البيع لمصلحة في ذلك فيبطل البيع رغم رضا المالك. اما اذا لم يكن الحكم الوضعي مرتبطا برضا الشخص و منعه كما في الطهارة و النجاسة فولاية الولي علي شخص او علي المجتمع لا تفي سيطرته علي هذه الاحكام الوضعية بالنسبة للمولي عليه بحيث يطهر النجس و ينجس الطاهر مثلا فان هذا خروج علي نظام الشريعة.

و في المقام ثبوت شخصية حقوقية كشركة ما حكم وضعي لم يثبت كونه مرتبطا نفيا و اثباتا برضا اصحاب الشركة او عدمه، لعل هذا حكم وضعي من سنخ الطهارة و النجاسة و لو كانت الشخصية الحقوقية غير ثابتة في الشريعة الاسلامية فولاية الفقيه عاجزة عن اثباتها فان ولاية الفقيه علي المجتمع او علي اصحاب الشركة انما تدل علي انه يحل محلهم في التصرف فلو كان امر ايجاد الشخصيات الحقوقية بيدهم ثبت بذلك انه من حقه ايجادها بالولاية عليهم اما اذا لم يكن ذلك بيدهم و كانت الشخصيات الحقوقية منتفية شرعا فايجاد الفقيه لها خروج علي النظام و مجرد الشك في ذلك كاف في عدم الثبوت.[[81]](#footnote-81)

قد يقال: ان اطلاق اطيعوا اولي الامر علي فرض شموله لولاية الفقيه يشمل حتي ما اذا امر الفقيه بترك الواجبات و ارتكاب المحرمات اذا راي المصلحة في ذلك، و من الاطلاق الاثباتي نستكشف انه كلما امر الحاكم بشئ لا يكون حكمه علي خلاف حكم الله سبحانه اذ لا معني لان يقول الله سبحانه انه يجب اطاعة ما امر به الحاكم و ان كان ما امر به امرا محرما عند الشارع و من جهة اخري يكون ذلك الشئ باقيا علي حرمته. و لا انصراف لاطيعوا الي غير الواجب و الحرام لان اطيعوا عنوان ثانوي حاكم علي العناوين الاولية و علي فرض عدم الحكومة يقع التعارض بين الادلة يعني بين ادلة لزوم اتيان الواجبات و ترك المحرمات و بين الامر بلزوم الاطاعة و يتساقطان فنرجع الي الاصول الاولية و هي البرائة في المقام و يشهد لذلك العرف فانه عند ما يقال اطيعوا اوامر شرطة المرور هذا باطلاقه يشمل فرض ضوء الاشارات الممنوعة للمرور.

يلاحظ عليه: اولا: ان المنصرف من الامر باطاعة الحاكم و الاب و الزوج ان لا يكون الامر مستلزما لترك الواجب و ارتكاب الحرام و لا اقل من احتمال هذا الانصراف فلا ينعقد اطلاق، كما ان الاوامر العرفية يؤيد ذلك مثلا ان ابا لو امر بناته ان لا يركبن السيارات الشخصية و لا يخرجن في الليالي ثم قال اطيعوا اوامر ولدي الاكبر عند غيبتي، فامرهن الولد علي خلاف ما امر به ابوهن من الخروج في الليل و ركوب السيارات لا يقبله العرف و يحكم بلزوم متابعة اوامر الولد في اطار لا يخرج عما امر به الاب.

ثانيا: ان الادلة اللفظية الدالة علي انه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق مقيد لاطلاق اطاعة الحاكم، و لا يصح ان يقال انه عند ما امر الحاكم بترك واجب و ارتكاب حرام لا يكون هناك معصية اصلا باعتبار تقيد الواجب و الحرام بعدم امر الحاكم علي خلافه، لان المراد ان لا يكون معصية في حد ذاته و الا لزم الدور. و لو كان ذلك جائزا لم يبق عن الاسلام شئ و لا يجب علي الحاكم لزوم متابعة اوامر الله و نواهيه في حياته الشخصية و لا في حياته الاجتماعية لان المدار اوامره و نواهيه حسب ما يراه من المصلحة و لعل هذا من عقائد جملة من اهل السنة هذا هو احمد بن حنبل يقول: السمع و الطاعة للائمة و لامير المؤمنين البر و الفاجر و من ولي الخلافة فاجمع الناس و رضوا به و من غلبهم بالسيف و سمي امير المؤمنين و الغزو ماض مع الامراء الي يوم القيامة البر و الفاجر و اقامة الحدود الي الائمة و ليس لاحد ان يطعن عليهم و ينازعهم و دفع الصدقات اليهم جائز من دفعها اليهم اجزأت عنهم برا كان او فاجرا و صلاة الجمعة خلفه و خلف كل من ولي جائزة اقامته و من اعادها فهو مبتدع تارك للآثار مخالف للسنة و من خرج علي امام من ائمة المسلمين و كان الناس قد اجتمعوا عليه و اقروا له بالخلافة باي وجه من الوجوه اكان بالرضا او بالغلبة فقد شق الخارج عصي المسلمين و خالف الآثار عن رسول الله فان مات الخارج ميتة جاهلية.[[82]](#footnote-82)

بل لعل هذا اشنع فان جملة منهم لم يقولوا باطاعتهم حتي فيما اذا امر بترك الواجب و ارتكاب الحرام هذا هو ابو جعفر الطحاوي يقول في بيان عقيدة اهل السنة و الجماعة: و لا نري الخروج علي ائمتنا و لا ولاة امرنا و ان جاروا و لا ندعو علي احد منهم و لا ننزع يدا من طاعتهم و نري طاعتهم من طاعات الله عزوجل فريضة علينا ما لم يأمروا بمعصية.[[83]](#footnote-83)

و هذا الاعتقاد هو الذي صاح فقهائنا عليهم تبعا لائمة اهل البيت و رفضوه و لم يقل احد منهم باطلاق وجوب اطاعة الحاكم حتي فيما اذا امر بارتكاب الحرام و ترك الواجب و هذا ابوالشهداء الحسين بن علي يقول خطابا لاصحابه و اصحاب الحر: ايها الناس ان رسول الله (ص) قال من راي سلطانا مستحلا لحرم الله ناكثا لعهد الله مخالفا لسنة رسول الله يعمل في عباد الله بالاثم و العدوان فلم يغير عليه بفعل و لا قول كان حقا علي الله ان يدخله مدخله.[[84]](#footnote-84)

ثالثا: انه ورد في جملة من الروايات انه ليس للامام و لا لرسول الله ان يحرم ما احل الله او يحلل ما حرم الله فضلا عن الفقيه فكيف يمكن القول بان اطلاق اطيعوا اولي الامر يشمل حتي فرض فعل الحرام و ترك الواجب؟ فعن الرضا (ع) في العيون: ان رسول الله (ص) لم يكن ليحرم ما احل الله و لا ليحلل ما حرم الله و لا ليغير فرائض الله و احكامه كان في ذلك كله متبعا مسلما مؤديا عن الله و ذلك قول الله : ان اتبع الاّ ما يوحي الي[[85]](#footnote-85) ... كذلك قد نهي رسول الله (ص) عن اشياء نهي حرام فوافق في ذلك نهيه نهي الله و امر باشياء فصار ذلك الامر واجبا لازما كعدل فرائض الله فوافق في ذلك امره امر الله فما جاء في النهي عن رسول الله (ص) نهي حرام ثم جاء خلافه لم يسغ استعمال ذلك و كذلك فيما امر به لانا لا نرخص فيما لم يرخص فيه رسول الله (ص) و لا نأمر بخلاف ما امر به رسول الله (ص) الا لعلة خوف ضرورة، فاما ان نستحلّ ما حرّم رسول الله (ص) او نحرم ما استحل رسول الله (ص) فلا يكون ذلك ابدا.[[86]](#footnote-86)

رابعا: ان الاطلاق في الامر باطاعة الحاكم لو كان شاملا لفرض فعل الحرام و ترك الواجب، نفس هذا الاطلاق يوجد في الامر باطاعة الزوج و الاب ايضا و لا يمكن الالتزام بالاطلاق فيه.

نعم ان تشخيص الاهم و المهم في المتزاحمات في باب الاحكام الالزامية في حدود المصالح الاجتماعية العامة يعطي بيد الولي الفقيه، فمثلا لو راي الولي الفقيه ان باب الحج يجب سدّه في سنة كذا لتزاحمه مع مصلحة قطع الروابط مع الحكومة الجائرة المسيطرة علي الحرمين الشريفين و كانت تلك المصلحة اهم في نظره من الحج فامر بترك الحج وجب علي المجتمع اتباع الولي الفقيه في امره بذلك.

التقريب الثاني: اعمال الولاية بلحاظ الآثار؛ ان الفقيه حسب ما اثبتناه في التقريب الاول ليس بامكانه ان يعطي المشروعية للشخصيات الحقوقية و لكن يمكن ان يقال انه بامكانه ان يرتب الآثار العملية المترتبة علي الشخصيات الحقوقية من دون ان يحاول ايجادها و خلقها و هذا المقدار كاف في مقام العمل و ذلك ان الشخصيات الحقوقية علي فرض ثبوتها لابد ان يعمل علي اساس قوانين الشرعية و يرتب الاثار حسب ما يوافقه نظام الشريعة ولا يخرج عنها و الولي الفقيه عند ما يري المصلحة في ترتيب هذه الآثار له ان يامر بها لان من شؤون الفقيه ان يتدخل في امور المجمتع بالقدر الذي لا يتنافي مع نظام الاسلام وفق المصلحة فاذن يترتب عليه الآثار. فمثلا من جملة الآثار المترتبة علي الشخصية الحقوقية ان من اقرض مالا لشركة قانونية كشخصية حقوقية لم يضرب مع الغرماء الشخصيين للشركاء لدي التفليس بل ياخذ حصته من مال الشركة من دون مزاحمة الغرماء الشخصيين و بالعكس، و لدي المصلحة يأمر الفقيه بان يلزم الديان الشخصيين للشركاء بامر كان مباحا لهم و هو عدم مزاحمتهم لمن اقرض لصالح الشركة. و من جملة الآثار انه لو كان احد دائنا للشركاء و مدينا للشركة او بالعكس لم يقع التهاتر بين الدينين، فمن حق الولي ان يقيد احد الوفائين بما كان يجوز لهم تقييده به من خصوص مال الشركة او خصوص اموال الشركاء. و من جملة الآثار لها تمثلها بمتوليها لدي القاضي في المرافعة من دون حاجة الي احضار الشركاء و بامكان الفقيه ان يحجر الشركاء عن متابعة وضع الاموال فيصبحون بذلك قاصرين عن المرافعة و محتاجين الي الولي فيجعل متولي الشركة وليا عليهم يتابع المرافعة. و من جملة الآثار عدم استفادة الملاك و الوراث من اموال مثل الصناديق الخيرية و الاحزاب و الجمعيات، فبامكان الفقيه ان يلزم الملاك و كذلك ورثتهم بعد موتهم بما كان مباحا لهم من عدم الاستفادة من تلك الاموال و ان لا تصرف الا في مصارف تلك الجهة. بالنتيجة انه من اثر يترتب علي الشخصية الحقوقية الا انه يمكن ترتيب هذا الاثر باعمال الولاية بلحاظ الاثر. و هذا المقدار كاف في مقام العمل و ان لم نقل باثبات الشخصية الحقوقية.

بل يمكن ان يقال ان الشخصية الحقوقية ليست الا صياغة عقلائية لهذه الاحكام، فلئن لم يكن فرض هذه الاحكام من قبل الفقيه خروجا عن نظام الشريعة الاسلامية ففرض الشخصية الحقوقية من قبل الفقيه لا يعد خروجا عن هذا النظام، فيكون مشمولا لدليل ولاية الفقيه.

يلاحظ عليه: ان هذا الوجه انما يتم لو قلنا بالولاية المطلقة و ان دائرة الولاية يتحدد بالمصلحة و لكن لو قلنا بان التدخل من جانب الفقيه في المجتمع لابد ان يكون علي اساس الضرورات الاجتماعية ـ و هو الصحيح ـ لا يصلح هذا الوجه لاثبات الشخصيات الحقوقية في نطاقها الواسع، نعم يمكن تصحيح ترتيب آثار الشخصيات الحقوقية بمقدار ما يتوقف عليه حفظ نظام المجتمع.

الرابع: عمومات الوقف

ان ادلة الوقوف تفيد صحة الوقف للشخصية الحقوقية كالمؤسسات الخيرية و الجمعيات و الاحزاب ان كان فيها جهة خيرية و بالتالي يثبت صحة امتلاك هذه المؤسسات لذلك الاموال لان مغزي الوقف علي شئ بحسب الفهم العرفي ليس الا امتلاك الموقوف عليه للاموال الموقوفة.

و لا يقال: ان عموم الوقف يثبت جواز امتلاك الجهات الخيرية لشئ ما بالوقف من دون امكان تبديل هذا المال بمال اخري لان الوقف تحبيس للاصل و تسبيل الثمرة من دون جواز التبديل.

فانه يقال: يمكن حل هذا الاشكال من طريق وقف مالية شئ للمؤسسات و الجمعيات و الاحزاب التي توجد فيها جهة خيرية دون نفس العين و ذلك تمسكا بروايات الصدقة الجارية[[87]](#footnote-87) بدعوي ان الجريان ليس مصداقه الوحيد عبارة عن انحباس العين و توقيفها عن البيع و هو المصداق الرائج في زمان صدور النص بل له مصداق آخر ايضا و هو ان يكون المحبوس علي المشروع الخيري هو مالية الشئ. و يدل علي ذلك ايضا صحيح عبد الرحمن بن الحجاج[[88]](#footnote-88) الصريحة في جواز شرط الواقف من البيع و التبديل فيرجع واقع المطلب الي التصدق بالمالية.[[89]](#footnote-89)

يلاحظ عليه: اولا: ان حقيقة الوقف ليس هو التمليك و الا لو كان تمليكا لكان للموقوف عليه جواز بيعه و ليس كذلك، بل هو تحبيس للاصل و تسبيل للثمرة و لا يفيد التمليك.

لا يقال: ان عموم الوقوف حسب ما يوقفها اهلها يفيد ان الوقف يقع علي الكيفية التي اوقعها اهلها، فعلي اساسه لو صرح الواقف ان وقف المال علي جهة التمليك للموقوف عليه فيصحح بها التمليك.

فانه يقال: ان هذا البيان العرفي لا يفيد اكثر من ان مال الوقف لابد ان يصرف في ما وقف لاجله لا في غيره و لا يستفاد منه وقوع التمليك لانه ليس بصدد البيان من هذه الجهة اذ لعل السؤال كان من جواز صرف مال الوقف في غير محله و لا اقل من الشك في ذلك فلا يصح التمسك بذلك.

ثانيا: علي فرض افادته التمليك انما يصحح بها التمليك من طريق الوقف و لا يصحح التمليك من سائر الطرق و لا سائر المعاملات.

و اما ذكره من جواز وقف المالية تمسكا بروايات الصدقة الجارية و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ففيه ان الظاهر من الصدقة الجارية هو الوقف، مضافا الي ان روايات الصدقة الجارية ليست بصدد بيان شرائط الصدقة الجارية حتي يتمسك باطلاقها فانها بصدد بيان مجرد ان ابن آدم ينقطع عمله اذا مات الا ثلاث من بقي له ولد صالح او السنة الحسنة او الصدقة الجارية. و رواية عبد الرحمن لا ربط له بوقف المالية اصلا فانه يفيد جواز شرط الخيار للواقف بالنتيجة انه لا دليل علي وقف المالية اصلا.

الخامس: الشرط الارتكازي

ان الاثر المهم للشخصيات الحقوقية انه بناء علي ثبوتها لا يحق للدائن للشركة ان يطالب دينه عن اصحابها الشخصيين و كذلك الدائن للشخص لا يحق له ان يطالب ديونه من الشركة، و هذا الامر لو صار شرطا ارتكازيا عند اذهان الناس ينعقد عقد الدين بانيا عليه فيصحح هذا الاثر من هذا الطريق و ان لم يثبت الشخصية الحقوقية للشركات و الجمعيات و الاحزاب.

يلاحظ عليه: اولا: ان هذا الطريق يصحّح الاستدانة و الدين من اصحاب الشركات و لا يصحح سائر المعاملات كالاقراض و الاقتراض و البيع و الاجارة و غير ذلك من التصرفات المالية فان من يبيع او يشتري شيئا للشركة لا يقع للشركة لعدم صحة تملكها و لا لنفسه لانه لم يقصد البيع لنفسه.

ثانيا: انه لا يحل بهذا الطريق حتي الاستدانة و الدين فان الدين قد يكون اختياريا فيصحح بهذا الطريق و اخري يكون قهريا مثل ما لو ارتكب المتولي للشخصية الحقوقية قتل نفس فلا يصحح بهذا الطريق لعدم وجود شرط ارتكازي في البين.

ثالثا: ان هذا الشرط الارتكازي و هو عدم مطالبة ديان الشخصيين من اموال الشركة و غرماء الشركة عن ماله الشخصي، انما يصح مادام هذا الفرد حي و لو مات لا نفوذ لهذا الشرط لانه خلاف الشرع يعني ان الفرد لو مات و لا يفي ماله لديانه الشخصيين و وفقا لهذا الشرط الارتكازي قلنا انه لا يحق لهم ان يأخذوا من اموال الشركة بحيث تبقي للورثة فان هذا خلاف الشريعة، لانه بمجرد موت الفرد يحل جميع ديونه و لا يرث الوراث من ماله مادام باقيا شئ من الدين.

نعم يجوز له ان يتفق مع ديانه الشخصيين ان يجعلوا ديونهم في الرتبة المتأخرة عن غرماء الشركة، لان من حق الدائن ان يرضي بجعل دينه في الرتبة المتأخرة. و كذلك يجوز له ان يتفق مع ديانه الشخصيين و يشترط عليهم في عقد الدين انه في فرض عدم وفاء امواله الشخصية بالديون ان يبرئوا ذمته عن الدين علي نحو شرط الفعل دون شرط النتيجة فان صحة شرط النتيجة علي نحو التعليق فيه اشكال.

### السادس: الحرج النوعي

لا اشكال في ان حكما لو صار موجبا لحرج بعض الناس يرفع الحكم عنهم، و لو صار موجبا لحرج نوع الناس نستكشف منه ان الاسلام لم يجعل هذا الحكم من اساسه و بهذا يرتفع الحكم من اصله سواء لمن كان حرجيا له او لم يكن بحرجي له هذا ما ذهب اليه جملة من الاعلام كالسيد الزنجاني و الشيخ البهجت، و كذلك لو لزم من عدم حكم حرجي نوعي نستكشف من ذلك ان الشارع جعل حكما في هذا الموضع لا يستلزم منه الحرج. و في المقام لو قلنا بعدم مالكية الشخصيات الحقوقية يلزم منه حرج نوع الناس اذ يلزم ان تكون هذه المعاملات التي توقعها هذه الشخصيات الحقوقية باطلة و يلزم ان يعطل البنوك بمجرد موت بعض من له نقود عند البنك و سائر الاشكالات، فنستكشف من ذلك ان الشارع جعل مالكية هذه الشخصيات و اعترف بها فاذن بهذا البيان يثبت الشخصيات الحقوقية.

لا يقال: ان الرافع للتكليف هو الحرج الشخصي دون النوعي. لانا نقول: ان المدلول الالتزامي للآية و الروايات ان حكما لو استلزم حرجا نوعيا يستكشف منه ان هذا الحكم غير مجعول من عند الشارع فمثلا لو افترضنا ان الشارع اعتبر تنجس الماء سواء كان قليلا او كثيرا يلزم منه حرج نوع الناس، هذا ما يستفاد من الروايات فعن ابي بصير عن الصادق (ع): انا نسافر فربما بلينا بالغدير من المطر يكون الي جانب القرية فتكون فيه العذرة و يبول فيه الصبي و تبول فيه الدابة و تروث؟ فقال: ان عرض في قلبك منه شئ فقل هكذا يعني افرج الماء بيدك ثم توضأ فان الدين ليس بمضيق فان الله يقول: ما جعل عليكم في الدين من حرج[[90]](#footnote-90)،[[91]](#footnote-91)، هذا بخلاف ما لو لم يكن اصل هذا الحكم مستلزما لحرج نوع الناس فان حرج بعض الاشخاص لا يوجب عدم هذا الحكم نهاية يوجب ارتفاعه عن هذه الافراد[[92]](#footnote-92).

## بيع سهام الشركات

تترتب علي الشخصية المعنوية للشركات الاقتصادية آثار كما في قوانين الدول من انها تتمتع باهلية لاكتساب الحقوق و الالتزام بالموجبات علي غرار الاشخاص الطبيعيين و بالتالي لها ان تبرم العقود و يباشر التصرفات ذات حصة مالية من بيع و شراء و ايجار و اقراض و توكيل و رهن و تأمين و مصالحة و غيرها و لها اسم و جنسية و موطن مستقل عن موطن الشركاء و يعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته و لها حق التقاضي في المرافعات و لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء و يكون لها نائب يعبر عن ارادته. و تفريعا علي استقلالها في الذمة المالية تنتقل الحصص المقدمة من الشركاء الي ملكية الشركة فيصبح لها التصرف فيها كعنصر من عناصرها المالية و يفقد الشركاء كل حق عيني عليها و لا يكون ملكا مشاعا بينهم و ان لدائني الشركة حقا مباشرا علي مال الشركة فهم يستوفون حقوقهم من هذا المال دون ان يزاحمهم فيه الدائنون الشخصيون للشركاء و لا تقع المقاصة بين دين الشركة و بين دين الشركاء و لا يؤدي افلاس الشركة الي افلاس الشركاء الا في بعض اقسام الشركات مثل الشركة علي المسؤولية الشخصية و التضامنية. و بالجملة ان لهذه الشخصية الحقوقية جميع حقوق الاشخاص الحقيقية الا ما كان ملازما لصفة الانسان الطبيعية.[[93]](#footnote-93)

بما ان هذه الشركات ذات شخصية حقوقية يقع الكلام في ماهية بيع سهامها انه ما هي ماهية هذا البيع؟ يفترق بيع سهام الشركات العادية عن بيع سهام هذه الشركات ان مرجع بيع الشركات العادية الي مشاركة افراد اُخر في الشركة و لا محذور فيه شريطة ان لا تكون الشركة ذات اعمال محرمة و المدير للشركة يكون وكيلا من جانب الشركاء في التصرف فيها و ينعزل عن الوكالة بعزل الشركاء عن الادارة اذا لم تكن وكالة لازمة و كذلك ينعزل بموت احد الشركاء سواء كانت الوكالة لازمة او جائزة و لا يجوز التصرف له ما دام لم يوذن له في التصرف من جانب من هو ماذون في التصرف فيه، هذا بخلاف الشركات القانونية التي هي كشخصيات حقوقية تمتلك هذه الاموال و ليس ملكا مشاعا بين الشركاء كما في الشركات العادية من هنا يقع التساؤل انه ما معني بيع سهام هذه الشركات و ان الفرد كشخصية حقيقية ما ذا يمتلك بشرائه للسهام و بالتالي ما هو حكم هذا البيع؟ يتصور في حقيقة هذا البيع احتمالات اربعة:

الاول: معني بيع سهام هذه الشركات او المشاركة في تأسيس شركة قانونية مالية هو اقراض اصحاب السهام اموالهم للشركة كشخصية حقوقية فيصير المال ملكا للشركة و هم يملكون علي ذمة الشركة ما يساوي سهامهم من الاموال و بدل هذا الاقراض يعطي الشركة جزءا من الربح الذي يستحصله من هذا المال لاصحاب السهام. هذا الاحتمال يستفاد من كلمات جملة من القانونيين، قال الياس ناصيف: تنتقل ملكية الحصص المقدمة من الشركاء الي ملكية الشركة التي يصبح لها من التصرف فيها كعنصر من عناصرها المالية و يفقد الشركاء كل حق عيني عليها تقتصر حقوقهم تجاه الشركة علي انصبتهم من الارباح التي تحققها و حصصهم من موجوداتها عند انتهاء الشركة و تصفيتها و تعتبر حقوق الشركاء حقوقا شخصية ذات طبيعة منقولة فاذا توفي شريك اثناء حياة الشركة لا يجوز لورثته ان يدعوا حقوقا معينا علي اموالها و لا يمكنهم وضع الاختام علي هذه الاموال[[94]](#footnote-94). و معني فقدانهم الحق العيني علي الشركة انهم يملكون علي ذمة الشركة المال. و يؤيد ذلك ما ذكره السنهوري و قال: يجب تمييز حصة الشريك في الشركة عن مال الشركة فلا يكون مال الشركة عقارا و نقدا اما حصة الشريك فهي دائما منقول و لدائني الشركة الشخصيين حقوق علي هذه الحصة و لكن ليس لهم حقوق مباشرة علي مال الشركة فلا يجوز لهم اختصاص او رهن علي مال الشركة و لا الجبر من هذا المال و لا يجوز للشريك غير المنتدب للادارة التصرف في مال الشركة.[[95]](#footnote-95) و معني عدم حق لهم مباشرة علي مال الشركة ان هذا المال علي ذمة الشركة.

قال كاتوزيان في هذا المجال: ان الفرد يخصص مبلغا من المال للشركة لا يصير شريكا في اموال الشركة بنحو المشاع بل يصير بهذا السبب دائنا من الشركة يعني ان اصحاب السهام يملكون اموالهم لشخصية حقوقية و في قبال ذلك يكتسبون حقا يشابه الدين علي هذه الشخصية الحقوقية بل اكثر من ذلك فانهم يستوجبون بذلك حق انتخاب المدير و المشاركة في مجالس الشركة و المشاركة في الربح و الخسران و غير ذلك.[[96]](#footnote-96) هذه العبارة ايضا كالصريح في ان بيع سهام الشركات او المشاركة فيها هو اقراض المال للشركة كشخصية حقوقية.

هذا المعني من بيع السهام باطل لانه قرض ربوي محرم اخذ الربح و علي اساس ذلك كان شيخنا الاستاذ التبريزي يقول بحرمة بيع السهام.

الثاني: ان معني بيع السهام و المشاركة فيها امتلاك اصحاب السهام جزءا من الشخصية المعنوية للشركات ما يعادل سهامهم و حيث ان هذه الشركات ذات اموال فيملك اصحاب السهام في طول امتلاكهم للشركة مقدارا من اموالها ايضا، هذا نظير ما لو امتلك الانسان عبدا ذا مال فانه يمتلك في طول امتلاكه للعبد امواله ايضا. يتفرع علي ذلك ان الزوجة ترث الشركة و لو كانت ذات اراضي و عقار تمتلكها في طول ارثها الشركة و لو تكن ترث الشخصية الحقوقية لما كانت ترث الاراضي و العقار بلا واسطة، كما انه لو ورثت عبدا تملك اموالها في طول ذلك. و ايضا يتفرع عليه ان الفرد لو اشتري بمال مخمس شركة ثم زادت اموال الشركة لا تتعلق بها الخمس لعدم تعلق الخمس في اموال الشخصيات الحقوقية و الحال انه لو كان ملك الفرد لكان عليه ان يخمس المال.

يمكن ان يؤيد هذا الاحتمال بما جاء في نص القانون التجاري لايران في مادة 24: ان السهم عبارة عن قسم من راس مال الشركة يعين ميزان مشاركة صاحب السهم و تعهداته و منافعه في الشركة المساهمة. و هذا يعني ان اصحاب السهام يمتلكون جزءا من مال الشركة و لو بالتبع. و ينص علي هذا الاحتمال ما جاء في قانون التجارة في النظم القانوني المعاصر: ان قضاة المحاكم الحقوقية في ايران قضوا في مسالة جواز اجارة صاحب السهم سهمه انه يوجد هنا نظريتان: الاولي و هي راي الاكثر ان حق صاحب السهم في الشركة حق ديني فلا يحق له ان يوكله الي الغير. الثانية ان سهام الشركاء حق عيني فيها فله ان يوكل حقه الي الغير و يتصرف فيه كيف ما شاء.[[97]](#footnote-97) هذا الراي لعله يؤيد ما ذكرناه.

الثالث: ان معني بيع السهام و شرائها عبارة عن بيع و شراء ما يمتلكها الشركة من المعمل و الاموال دون نفس الشركة و هي تتبع هذه الاموال، هذا المال مع غض النظر عن كونه مال الشركة و ان كانت قيمته السوقية قليلا و لكن باعتبار انه جزء من اموال هذه الشخصية الحقوقية صار ذات قيمة اكبر من قيمته السوقية منفردة.

ما ذكرناه من الشواهد علي الاحتمال الثاني ينسجم مع هذا الاحتمال ايضا، و لا محذور في بيع السهام بهذين المعنيين من ناحية فقهية.

تترتب علي هذين الاحتمالين ان الادارة يعمل في الشركة كوكيل من جانب الشركاء فاذا عزله احد الشركاء لا يحق له التصرف في اموال الشركة و كذلك عند ما مات احد الشركاء، و لكنه يمكن تصحيح تصرفات المدير و هو الوكيل من جانب الشركاء عند موت احد الشركاء باحد طريقين:

احدهما: الوصاية؛ بان يعقد عقد الشركة بانيا علي هذا الشرط ان يكون المدير للشركة ماذونا في التصرف فيها عند موته. هذا انما ينفذ لو كان سهامه في الشركة مع سائر وصاياه المالية بمقدار ثلث ماله و الا فلا نفوذ لهذا الشرط.

ثانيهما: الولاية؛ بان الفقيه اذا راي المصلحة العامة في نفوذ تصرفات ادارات الشركة و رؤسائهم عند موت احد الشركاء لكي لا يعطل الشركات كل يوم يحكم بنفوذ تصرفاتهم عند موت احد الشركاء لان الفقيه كما تقدم يكون له الولاية فيما يجوز فيه التصرف للفرد.[[98]](#footnote-98)

قد يقال: انه يصحح جواز تصرف المدير او الهيئة الادارية بعد موت صاحب السهام بنفس عقد بيع السهام من دون حاجة الي اذن من ورثته او اعمال الولاية من جانب الولي و ذلك ان الفرد عند ما يشتري السهام يفوض حق البيع و الايجار و سائر التصرفات الي الادارة ما دام يكون كشريك في الشركة فاذا مات ينتقل السهام كمال مسلوب المنفعة الي الورثة.

يلاحظ عليه: انه قد يختلط بين الاذن في التصرف التكويني و الاعتباري فان الاذن لو كان في التصرف التكويني مثل ما لو قال انت مأذون في ان تسكن داري مدة عشر سنوات ثم قبل ان تم المدة مات صاحب الدار فهنا رأيان: راي بان المال ينتقل الي الورثة و ينتهي امد الاذن بموت صاحب الدار و هذا هو ظاهر السيد الخويي، و راي بان المال ينتقل الي الورثة متعلقا بها حق الغير و هو الصحيح. اما لو كان الاذن في التصرف الاعتباري كالبيع و الايجار و الاقراض و الهبة و التوكيل و غير ذلك فلا يبقي بعد موت صاحب المال و نكتة الفرق تكمن في ان الاذن في التصرف التكويني من سنخ الحق فينتقل المال الي الورثة متعلقة لحق الغير و الاذن في التصرف الاعتباري كجواز البيع من سنخ الحكم لا الحق فان جواز البيع و عدم جوازه يتبع موضوعه و هو الملك فاذا انتفي الموضوع و هو كون المال ملكا له ينتفي جواز البيع.

بل حتي لو قلنا ان الماذونية في البيع من سنخ الحق لا من سنخ الحكم اذ امره بيد صاحب المال نقول ان هذا الحق سنخ حق ينتفي بعد موت صاحب المال لان معني الاذن في البيع انك مأذون في ان تبيع هذا المال من جانبي و بعد ان مات و انتقل المال الي الورثة لا معني لكون الفرد مأذونا في البيع من جانبي لان المال ليس لي حتي يكون مأذونا من جانبي.

الرابع: ان معني بيع السهام ليس بيع جزء من الشركة و لا بيع جزء من اموالها و لا الاقراض للشركة بل الشركة كشخصية حقوقية يعتبر هذه السهام كاوراق مالية ذات قيمة سوقية فيبيعها لاصحاب السهام و هذا نظير النقود الورقية التي تعتبر الدولة لها اعتبارا ذات قيمة سوقية، فاذا كان ذات قيمة سوقية يصح بيعه و شرائه تمسكا بالارتكاز العقلائي و اطلاق حلية البيع.

يلاحظ عليه: اولا: ان هذا الفرض خلاف الواقع الخارجي اذ لا شاهد عليه من كلمات القانونيين و لا من عرف التجار الذين شغلهم بيع و شراء السهام في البورصة فانهم لا يعملون بهذه الاوراق كالورق النقدي و لذلك لو افتقد احد الورق السهامي يعطي له مرة ثانية و لو كان لنفس هذه الاوراق مالية لا يعطون لصاحبه مرة ثانية، فمن هنا يعلم ان هذه الاوراق ليس الا مجرد سند لما اعطاه للشركة.

ثانيا: انه مع غض النظر عن الاشكال الاول لا دليل علي اعتبار هذا الفرض و التمسك باحل الله البيع يصح فيما اذا احرزنا وجود حق عرفي ممضي من جانب الشارع و الا للزم اعتبار مالية‌ كل شئ و جواز بيعه مثل اعتبار حق انحصار التجارة لشخص، و في المقام لم يثبت ذلك و مجرد الشك كاف في عدم امكان التمسك باطلاق احل الله البيع. و الارتكاز العقلائي انما يصحح اذا احرز وجوده في زمان المعصوم و لم يحرز ذلك.

لا يقال: ان احل الله البيع يشمل بيع السهام التي لها مالية‌ اعتبارية و لو قلنا بعدم شموله يلزم تخصيص اطلاقه و لا دليل عليه. فانه يقال: لا يصح التمسك باطلاق احل الله البيع في موارد نشك في اعتباره عند الشارع من الحقوق و الاموال و ذلك ان مفاد احل البيع ليس الا ان البيع سبب تام للنقل و الانتقال و اما ان هذا الحق يقبل الانتقال او لا يقبل لابد من احرازه من طريق آخر و لا يثبت احل الله البيع قبوله للنقل و الانتقال لانه يدل علي سببيته للانتقال بعد مفروغيته لقبول الانتقال.

يبقي في الختام ان نتعرض هذه المسألة انه من الآثار المترتبة علي بيع و شراء السهام ان صاحب السهم لا يتحمل الضرر اكثر من سهامه و اما الهيئة الادارية يحتمل الضرر اكثر من سهامهم في بعض اقسام الشركات، هل ان هذا الشرط صحيح ام لا؟ يمكن تصحيح هذا الشرط بما ذكره السيد الخويي من ان العامل المضارب لو اشتري شيئا فتلف الثمن قبل ان يصل الي يد البائع لا ضمان علي المالك و ذلك لان المالك انما اذن له بالشراء مشروطا بان يدفع بدله من المال المعين للمضاربة و لم يأذن في غيره فيصير البيع فضوليا[[99]](#footnote-99).

مضافا الي التمسك بالحكم العقلائي بعدم الضمان اذ لو قال المالك اتجر بهذا المال و تلف المال و صار العامل مدينا لا يلزم العقلاء صاحب رأس المال ان يؤدي الدين من مال آخر.

### اوراق المشاركة

لا باس بان نتعرض حكم بيع و شراء ما يسمي بسندات المشاركة، و هي اوراق مالية تصدرها الحكومة او الشركات و المؤسسات لوقت محدّد من اجل تمويل مشاريعها الاعمارية او الاقتصادية و الممتلك لهذه الاسناد يشارك في الارباح الحاصلة من تلك المشاريع بنسبة معينة تقدّرها مدّة المشاركة و كمية الاسناد المبتاعة. التخريج الفقهي لهذا البيع و الشراء يمكن تكييفه بهذا النحو ان المستثمر في هذه المشاريع لو كان بحيث يمتلك بمقدار ما يشارك في المشروع و يتحمّل الربح و الخسران كان هذه المشاركة صحيحة و لا اشكال فيه، و يجوز للمتصدين للمشروع ان يشترطوا علي اصحاب الاوراق الوكالة عنهم ـ بنحو شرط الفعل ـ في بيع المشروع بعد انهاء العمل و هذا الشرط نافذ لابدّ من العمل علي وفقه. هذا انما يؤثر ما دام صاحب السهم حيا و لو مات صاحب الاوراق يبطل الوكالة عنه و لابد في بيع هذه الاوراق الوكالة من ورّاثه حديثا و لو لم يرضوا اصلا ليس عليهم سبيل فيشارك الآخرين في المشروع التجاري و الاقتصادي، و لو رضوا بثمن غال فهذا من حقهم. اما لو كان بيع هذه الاوراق بحيث لا يشارك المستثمر و لا وراثه في المشروع اصلا بل كان يشارك في الربح فهذا باطل لانه مرجعه الي القرض الربوي الحرام. من هنا يعلم ان ما هو الرائج من بيع سندات المشاركة من عدم مشاركة صاحب الورق في المشروع و لا لوراثه سبيل الي المشاركة هذا باطل ليس في واقعه الا قرضا ربويا حراما.

## المقام الثاني: نفاذ تصرف متولّي الشخصيات الحقوقية

بعد ان فرغنا عن اثبات قابلية ملكية العناوين و الشخصيات الحقوقية من المؤسسات و الجمعيات و الشركات الاهلية و البنوك و الشركات غير الاهلية و الحكومة، يقع الكلام في نفوذ تصرفات من يتولي امور هذه الشخصيات الحقوقية، هل ان تصرفات المتولّين لهذه الشخصيات الحقوقية نافذة باطلاقها او باطلة باطلاقها او محدّدة بشروط و ضوابط معينة؟ و ما هي هذه الشروط و الضوابط؟ هذه هي التي يقوّم اركان هذا البحث و هذا بحث مهم صعب و لعله اصعب و اعقد من البحث الذي في المقام الاول بحيث يترءاي من كلام السيد الخويي انه يقبل قابلية الدولة و الجمعيات و الشخصيات الحقوقية المعاصرة و انما يشكل علي ولاية المتصدين لامور هذه الشخصيات و هذا يظهر من اجابته عن سؤال عنه: ان الجهات العامة كالجمعيات الخيرية و التكتلات الاجتماعية و السياسية تعامل اموالها معاملة المجهول مالكها كالمؤسسات الحكومية ام انها تملك الاموال كالافراد و الاشخاص؟ فاجاب: ان كان المال ملكا للفرد او الافراد بالشركة بحيث اذا مات انتقل الي وارثه فهو مالكه دون الجهة و ان اعطي المال للجهة نفسها دون اشخاصها بحيث لا تتبدل بتبدل اشخاصها كعنوان العلماء مثلا فبما ان تملك المتبرع له يتوقف علي قبوله و قبضه و قبض الفرد او الافراد ليس قبضا للجهة بل لابد من قبول الولي بالشرعي و قبضه كحاكم الشرع او الماذون منه فان حصل ذلك اصبح المال ملكا للعنوان و الاّ بقي علي ملك مالكه الاول فان عرف رد اليه و الاّ فالمال المتبرع بها يعتبر مجهول المالك؛ نعم اذا عيّن المتبرع مصرفا لتبرعه لزم صرفه فيه و لا حاجة الي قبول احد و لا يكون حينئذ من مجهول المالك.[[100]](#footnote-100) هذه العبارة تدل بوضوح و جلاء في قابلية الدولة و الشخصيات الحقوقية للامتلاك. لكن حكي لي بعض الفضلاء[[101]](#footnote-101) عن السيد الخويي انه كان لا يقبل قابلية العناوين و الشخصيات الحقوقية المستحدثة للامتلاك لعدم الدليل علي صلاحية هذه الامور للامتلاك و يقتصر في ذلك في ما قام عليه الدليل كالمسجد و منصب الامامة.

و علي اي حال يقع البحث في هذا المقام في نفاذ تصرفات متولّي الشخصيات الحقوقية و عدمه؟ ان المتصدي للدولة و الشخصيات الحقوقية لو كان شخص الولي الشرعي او كان مأذونا من جانب الفقيه الذي توفّر فيه شرائط النيابة العامة عن الامام المعصوم، فلا اشكال في نفاذ تصرفاته و صحتها. و انما يدور البحث بالدقة حول تصرفات الدول الجائرة و المقبولة من قبل الناس هل ان لهم ولاية علي التصرفات في اموال العامة و الثروات الطبيعية و المعاملات التي توقعها مع الاشخاص و الشخصيات الحقوقية و الدول الخارجية ام لا؟ بعبارة ان تصرفات الولاة العرفية علي الشخصيات الحقوقية سواء كانت مرتبطة بالدولة او بالشركات الاهلية او بالجمعيات و التكتلات الاجتماعية ام لا؟ هذا البحث كما يجري بالنسبة الي الدولةيجري في سائر الشخصيات الحقوقية ايضا و لكنّا نفرد البحث في مقامين احدهما في تصرفات متولي الدول غير الشرعية و ثانيهما في تصرفات متولي الشخصيات الحقوقية.

## المقام الاول: في تصرفات متولّي الدول غير الشرعية

فيما يرتبط بنفاذ تصرفات الدول اقوال ثلاثة:

### الاول: نظرية عدم نفوذ التصرفات

هذا ما اختاره جملة من الاعاظم كالسيد الحكيم و الشيخ حسين الحلي و السيد الخويي و السيد الشهيد الصدر[[102]](#footnote-102) و شيخنا الاستاذ[[103]](#footnote-103) و السيد السيستاني، هذا الرأي يبتني علي ان المتصدين و الولاة العرفية علي الشخصيات الحقوقية لا ولاية لهم من جانب الشارع علي هذه العناوين و الجمعيات و الشركات و الدولة و البنوك، فاذن حسب مقتضي القاعدة الاولية لا تكون تصرفاتهم نافذة بل تكون كل معاملة تجريها مع الشعب و قطاعات المجتمع غير شرعية و باطلة و كذا الحال في معاملاتها مع شعوب و دول اخري اذ هي كالعدم لعدم اعتراف الشارع بوجودها، هذا نظير ما لو اخرج غاصب المتولي لوقف عن مكانه فقام مقامه من الواضح ان ما يتصرف فيه من التصرفات يكون فضوليا ما لم يجز المتولي الشرعي لا نفاذ لهذه التصرفات. فاذن تبقي الاموال التي وقعت المعاملة عليها مع هذه الدولة و الشخصيات الحقوقية علي ملك اصحابها السابقين، و هذا يعني ان المخزون المالي الموجود عند الدولة سواء كان في البنك المركزي او في مؤسسات مالية من شركات و غيرها يبقي علي ملك اصحابها السابقين، و المفروض كونهم محترمي الملكية فتكون هذه الاموال الهائلة مجهولة المالك اذا لم يشخص اصحابها فلابد ان يتعامل معها وفق احكام ذلك الباب.

### حكم مجهول المالك

هذه النظرية ادّت الي ان الاموال الموجودة لدي البنوك و الجمعيات و المؤسسات و الشركات الاهلية و غير الاهلية مجهولة المالك من هنا يقع التساؤل في انه ما هو حكم مجهول المالك؟ يوجد في المسألة نظريتان رئيسيتان:

الاولي: ما عن السيد الخويي و اتباع مدرسته من ان مجهول المالك ملك للفقراء و لابد ان يدفع اليهم من كان عنده ذلك المال. بناء علي هذا الرأي حسب القاعدة ان كل ما يستلمه الفرد من البنوك و الشخصيات الحقوقية من النقود و سائر المثليات عليه ان يدفعها الي الفقير؛ لكن حيث ان هذا الامر يستلزم منه مشاكل كبيرة ربما ينجر الي اختلال نظام معاش الناس و الهرج و المرج في الاقتصاد و الي فرار كثير من التجار عن الدين اذ لا يتقوم علي اساسه شئ، فحاولوا ان يتخلصوا عن ذلك فسلكوا طريقين:

الاول: ما عن السيد الخويي من انه جعل نفسه وكيلا من جانب جمع من الفقراء و المساكين فاجاز لمقلديه علي اساس ذلك ان يستلموا الاموال من البنوك ناويا عنه باعتبار انه وكيلهم و يباح لهم التصرف في هذه الاموال. هذا بالنسبة الي النقود الورقية المودعة لدي البنوك و اجور الموظفين؛ اما الجوائز التي يعطيها البنوك للافراد من دون اشتراط سابق فلابد من دفع نصفها للفقير و النصف الآخر يباح له.

الثاني: ما عن شيخنا الاستاذ من ولاية الحاكم الشرعي علي المال الذي لعنوان الفقير و علي اساسه كان يجيز ان يستلم الموظفون اجورهم من البنوك نيابتا عنه. اما الجوائز فقال بلزوم دفع خمسها للفقراء فقط. نعم يوجد خلاف بين الرأيين في الودائع المودعة لدي البنوك و ان كان لا يرتبط بالمقام لكن نذكره تتميما للفائدة ان السيد الخويي يقول:‌ ان ايداع المال في البنوك اتلاف للمال و اخذه فيها تملك جديد له. لكن شيخنا الاستاذ يعتقد ان الودائع المودعة لدي البنوك لا يصير تالفا بل يبقي علي ملك صاحب المال، الاّ انه حيث يختلط مع سائر النقود الورقية فيصير ملكا مشاعا بينه و بين سائر اصحاب النقود؛ لكن افرازه يحتاج الي الاذن من الحاكم و هو كحاكم شرعي يأذن بذلك.

الثانية: ما عن الشيخ حسين الحلي[[104]](#footnote-104) و تلميذه الجليل السيد السيستاني من ان امر مجهول المالك بيد الامام و النائب عنه، بناء علي هذا الرأي يبسط يد الحاكم الشرعي في التصرف في هذا المال و لذلك نجد ان السيد السيستاني امضي عقود التوظيف التي تتعاقد بين الدولة و الافراد و العقود المعاملية التي تتعاقد بين البنوك و الافراد شريطة ان تكون مشروعة و محللة لا ربوية فيحل لهم الاجور التي يستلمها الموظفون عن الدولة و الارباح التي تدفعها البنوك؛ اما الجوائز فقال بلزوم تصدق نصفها للفقراء و النصف الآخر لصاحبها.

استدل لاثبات ان امر مجهول المالك بيد الامام بمعتبرة داود بن يزيد عن الصادق (ع) قال رجل اني قد اصبت مالا و اني قد خفت فيه علي نفسي و لو اصبت صاحبه دفعته اليه و تخلصت، فقال له ابوعبدالله: و الله ان لو اصبته كنت تدفعه اليه؟ قال: اي و الله. قال: فانا و الله ما له صاحب غيري فاستحلفه ان يدفعه الي من يأمره. فحلف فقال: فاذهب فاقسمه في اخوانك و لك الامن مما خفت منه. قال فقسمته بين اخواني.[[105]](#footnote-105) هذه الرواية تدل علي ان المال المجهول مالكه ملك الامام او ان امره بيد الامام و الصدقة علي الفقراء يكون من موارد صرفه.

و تدل عليه معتبرة يونس بن عبد الرحمن سئل ابو الحسن الرضا (ع) و انا حاضر ... رفيق كان لنا بمكة فرحل الي منزله و رحلنا الي منازلنا فلما ان صرنا في الطريق اصبنا بعض متاعه معنا فاي شئ نصنع به؟ قال: تحملونه حتي تحملوه الي الكوفة، قال: لسنا نعرفه و لا نعرف بلده و لا نعرف كيف نصنع. قال: اذا كان كذا فبعه و تصدق بثمنه. قال له: علي من جعلت فداك؟ قال: علي اهل الولاية.[[106]](#footnote-106) هذه الرواية تدل علي ان مورد مصرف مجهول المالك ليس خصوص الفقراء فاذن بشهادة الرواية الاولي يثبت ان امره بيد الامام.

قد يشكل علي الرواية الاولي تارة من ناحية السند و اخري من ناحية الدلالة، فاما من ناحية السند فانه يقال انه يوجد في سند الكافي موسي بن عمر و هو مردد بين ابن بزيع و ابن يزيد و لم يوثق الثاني الا علي القول بتوثيق جميع رجال كامل الزيارات و في سند الفقيه روي عن الحجال عن داوود بن يزيد عن الصادق (ع) و لم يذكر الصدوق طريقه في المشيخة الي الحجال، بالنتيجة لا تتم الرواية من ناحية السند. اما من ناحية الدلالة فان الرواية لا ترتبط بمجهول المالك بل المال كان للامام افتقده بقرينة ان الامام قال: و الله ما له صاحب غيري. هذا ظاهر في انه كان للامام الا انه امره بان يقسمه بين اخوانه.

يلاحظ علي الثاني بان هذا اللسان لا يناسب مع كون هذا المال للامام اذ لو كان لشخص الامام لطالبه بعلامة و لم يكن بحاجة الي الحلف و الاستحلاف و ايضا لا معني للخوف. هذه القرائن تشعر بان المال لم يكن لشخص الامام بل هو كان مجهول المالك فامره الامام بالقسمة بين اخوانه.

و يلاحظ علي الاول: اولا ان يمكن تصحيح طريق الصدوق الي الحجال بادعاء شمول طريق داود بن يزيد اياه و ذلك ان الصدوق لم يرو عن الحجال عن داود بن يزيد الا في هذا المورد و لكن كثيرا ينقل عن داود بن يزيد و ذكر طريقه اليه فمن المحتمل قويا انه لم ير حاجة الي ذكر الطريق الي رواية واحدة بل اكتفي بذكر طريقه الي داود بن يزيد و انه يشمل هذه الرواية ايضا. ثانيا: انا لا نحتاج الي تصحيح طريق الصدوق الي الحجال باعتبار وجود كتاب الحجال عنده اعتمادا علي اصالة الحس خصوصا بالتوجه الي ان كثيرا من الاسانيد الموجودة في الكتب لم تكن الا اسانيد تشرفية و الحال ان نفس كتاب الراوي او من بعده كان عنده و هذا الامر كان مرسوما بين علمائنا حتي الي الزمن المعاصر مثلا نجد ان السيد الامام في كتابه الاربعين يذكر طريقه الي الروايات حتي يصل الي الكليني و الحال ان كتابه كان موجودا عنده و هو يأخذ في الواقع من الكافي من دون واسطة و لم يتلق الروايات من المشايخ الذين ذكرهم، كذلك كان الامر في الزمن السابق و ربما توجد قرائن علي ان النسخة كانت موجودة لدي شخص و هو يذكر طريقه اليه و هذا لا قيمة له الا التشرف، و في المقام ايضا عند ما يذكر الصدوق عن الحجال و لا يذكر طريقه اليه يقوي هذا الاحتمال ان كتابه كان موجودا لديه اعتمادا علي اصالة الحس.

### نتائج الرأيين في مجهول المالك

تترتب علي الاتجاهين ثمرات كثيرة: منها انه علي اساس الاتجاه الاول ان الفرد ما لم يستلم النقود الورقية من البنك لا يملك شيئا و ان كان في حسابه ملايين دولار فلا تتعلق به الخمس و لا يجب عليه الحج لعدم الاستطاعة المالية ثم اذا استلمه له ان يصرفه في ما يشاء قبل ان يقضي عليه الحول من دون ان يؤدي الخمس و يأتي بالحج لعدم توفر شروط لزوم اداء الخمس و اتيان الحج؛ اما بناء علي الرأي الثاني بعد ان امضي الحاكم الشرعي عقود التوظيف و المعاملات الشرعية للبنك كالايداع و الاقراض و المضاربة و البيع و غير ذلك، لا مجال للقول بان الفرد بعد ان كان في حساباته شئ من المال ان يقال انه ليس بمالك لشئ فيجب عليه دفع الخمس سنويا ان مضي علي ما في حساباته في البنك و يجب عليه الحج ان كان لديه ما يكفي لمؤونة القيام بالحج.

منها انه بناء علي الاتجاه الاول لو ربح الفرد و اراد ان يودعه لدي البنك لابد من دفع خمسه اولا لان ذلك اتلاف للمال من دون صرفه كمؤونة؛ اما بناء علي الاتجاه الثاني لا يلزم هذا المحذور بعد ان امضي الحاكم الايداع.

منها انه بناء علي الاتجاه الثاني ان الفرد لو كان في حساباته ملايين تومان فمات لا يعد ذلك المال المودع لدي البنك ارثا شرعيا فاذن لو بقي عند الورثة اكثر من سنة يجب عليهم دفع الخمس. اما بناء علي الاتجاه الثاني لا يترتب بالضرورة هذه الاثار فان الولي بعد ان امضي الحاكم الشرعي الايداع في البنك يكون ذلك المال كسائر اموال الميت يرثه الورثة كارث شرعي فلا يتعلق به الخمس بعد انتهاء السنة لدي الوراث.

يلاحظ علي هذا القول عدة ملاحظات:

1. انه بناء علي نظرية مجهول المالك النقود التي تستوردها الدولة من الدول غير المسلمة ليست ملك احد بل هي من المباحات الاصلية و لا يمتلكها الدولة بمجرد استلامها لعدم نفاذ تصرفاتها و لا حرمة لمال الكافر، فاذن لو استطاع شخص ان يستولي علي هذه النقود الورقية باي شكل من الاشكال يمتلكها و يباح له التصرف هذا ما لا يمكن الالتزام به.

2. انه بناء علي هذا الرأي لو استلم فرد النقود الورقية من البنك لاجل كونه مطالبا منه اما لكونه من الموظفين او من المودعين عند البنك فعرف من علائم النقود الورقية صاحبه او عرف صاحبه اياه و اخبره بانها ماله، يجب عليه رده الي صاحبه و لا يجوز له ان يدفعه الي البنك لانه بمجرد ان عرف صاحبه يجب عليه الرد الي صاحبه لا الي شخص آخر، و لو عرف صاحبه ان ماله بيده فدفعه الي البنك فقد اتلف ماله فعليه الضمان، هذا ايضا ما لا يمكن الالتزام به.

3. بناء علي ان مصرف مجهول المالك هم الفقراء لابد ان يكون تصرف الفقيه في دائرة مصالحهم سواء كان علي نحو التوكيل او الولاية لا ان يدفع جميع ذلك الي الاغنياء و الا لكان نقضا للغرض فان الغرض من تشريع الضرائب التي جعلها الشارع للفقراء ان تصل لهم لا ان نسوغ بحيلة شرعية ايصالها الي جيوب الاغنياء فهذا خلاف مصلحة الجعل للتصدق.

### الثاني: نظرية نفاذ التصرفات

هذه النظرية يستفاد من كلمات السيد الامام و السيد الكلبايكاني و تتشعب الي النظرية القائلة بانها غير مالكة شرعا و حقيقة الا ان الشارع تسهيلا للمكلفين و امتنانا علي المؤمنين عاملها معاملة الدولة الشرعية في تصرفاتها المالكية دون غيرها فهي مالكة حقيقة الا انها نزلت منزلة المالك الحقيقي او الولي الشرعي فهي مالكة تنزيلا[[107]](#footnote-107). و الي النظرية القائلة بانها مالكة شرعا و حقيقة في البلدان الاسلامية لا انها مالكة تنزيلا و يجوز لهم التصرف فيه في دائرة القوانين الشرعية[[108]](#footnote-108).

يمكن الاستدلال علي هذا الرأي بوجوه:

الاول: السيرة العقلائية؛ ان السيرة العقلائية جرت علي ملكية الدول و الحكومات سواء كانت جائرة او غير جائرة و يتعامل الناس معها معاملة المالكين الشخصيين و استمر ذلك في زمن المعصومين و جري عليه سيرة المتشرعين بحيث لم يتساءل احد عن مالكيتهم و جواز تصرفاتهم عن ائمة اهل البيت و لم يتعرضوا عدم نفاذ تصرفاتهم في معاملاتهم مع الناس و ان كانوا في تصديهم للخلافة و الامامة غاصبين. فاذن بهذا البيان يثبت ملكية الدولة و الحكومات الجائرة و نفوذ تصرفاتهم لا اقل بالنسبة الي الناس.

يلاحظ عليه: اولا ان وجود السيرة العقلائية الممضاة منظور فيه؛ و ذلك لان عامة الناس لا قيمة لرأيهم لاعتقادهم بمشروعية الخلافة المعاصرة لائمة اهل البيت (ع) و الاقلية الشيعية جملة منهم ما كان حياتهم و اعمالهم يرتبط بالدولة حتي يتساءل عن الامام، و جمع آخر ممن كان لهم مساس بالدولة بوجه لم يعلم ان ارتكازهم استقر علي نفاذ تصرفات الدولة؛ بل الروايات التي سياتي الكلام عنها تدل علي استقرار ارتكازهم علي عدم نفاذ تصرفات الحكومات المعاصرة و لذلك نجد ان الامام يسئل انه لماذا لا ياخذ عطائه و يجيب الراوي بانه مخافة علي دينه و هذا ليس الا الارتكاز علي عدم نفاذ تصرفاتهم.

ثانيا: لو قلنا بنفاذ تصرف الحكومات المعاصرة لائمة اهل البيت (ع) لا يلزم منه القول بنفاذ تصرف الدول الوضعية في هذا الزمن؛ لانهم كانوا يدعون الخلافة الشرعية لانفسهم و ربما يفترق حكم الدولة المدعية للخلافة الشرعية عن غيرها في جملة من الاحكام كاخذ الزكوات و الصدقات و لعله من ذلك الاحكام نفاذ تصرفاتهم دون الدول الوضعية المعاصرة.

الثاني: عموم اوفوا بالعقود و احل الله البيع و تجارة عن تراض، بتقريب ان المعاملات التي تتعاقد مع الدولة من البيع و الايجار و المضاربة و غيرها شريطة ان تكون وفق الاحكام الشرعية يعدّ بيعا و عقدا فيكون مشمولا لاوفوا بالعقود و احل الله البيع علي غرار شمولها لها لو كانت تتعاقد مع الدولة المشروعة، فيكون نافذا.

يلاحظ عليه: اولا ما عن السيد الميلاني من ان اوفوا بالعقود خطاب الي الاشخاص الحقيقية فلا تشمل الشخصيات الحقوقية، لكن فيه ان طرف الخطاب ليس الدولة بما لها شخصية حقوقية بل متولي الدولة و الحكومات فاذن يشمل الشخصيات الحقوقية باعتبار متوليهم.

ثانيا: ان المنصرف من البيع و العقود هو البيع و العقود الصادرة من المالكين و اولياء الدولة و الشركات المعتبرة عند الشارع دون غيرهم.

لا يقال: ان احل الله البيع و اوفوا بالعقود و ان كان منصرفا الي البيع الصادر عن اولياء المال لكنه يشمل الولي العرفي ايضا و المتولين للدولة هم اوليائها عرفا. فانه يقال: ان المراد من الكلمات التي ذات مفاهيم حقوقية في تقنين كل مقنن هو المفهوم المعتبر عنده مثلا عند ما يستعمل كلمة «زوجة» في لسان الشرع فالمقصود بها هي الزوجية المعتبرة في الشريعة الاسلامية و كذلك الملكية و الحقية و في المقام ايضا عند ما يقال «العقد» و «البيع» ليس كل بيع و عقد بل ما هو المعتبر عند الشارع و من الواضح ان المعتبر عند الشارع ما هو صادر عن الولي و الوكيل و المالك الذين ذوو شرائط في تقنين الشرع. و اما قوله تعالي و لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض، فانه خطاب للاشخاص و لا يشمل الاشخاص الحقوقية. و لا يقال ان الفرد يتعامل مع متولي هذه الشخصيات لا مع نفسها فاذن يشملهم الخطاب فانه يقال لا ولاية لهم عليها، و مجرد الشك في شمول تجارة عن تراض يكفي في بطلان هذه المعاملات.

### الثالث: الروايات

1. صحيح ابي ولاد عن الصادق (ع) قلت لابي عبدالله ما تري في رجل يلي اعمال السلطان ليس له مكسب الا من اعمالهم و انا امرّ به فانزل عليه فيضيفني و يحسن اليّ و ربما امر لي بالدرهم و الكسوة و قد ضاق صدري من ذلك؟ فقال: كل و خذ منه فلك المهنّا و عليه الوزر.[[109]](#footnote-109) بتقريب ان الرواية تدل علي جواز اخذ جوائز عمال السلطان و لو كان تصرفاتهم غير نافذة لما كان يجوز عليه ذلك.

يلاحظ علي دلالة الرواية: ان غاية ما تدل عليه جواز اخذ الجوائز و الهدايا عنهم و لعل باعتبار ان للشيعة حقا في بيت مال المسلمين اجاز الامام اخذ الجوائز عنهم و لا يدل علي نفاذ تصرفاتهم اصلا.

2. معتبرة يحيي بن ابي العلاء عن الصادق (ع) عن ابيه ان الحسن و الحسين كانا يقبلان جوائز معاوية.[[110]](#footnote-110) بتقريب ان قبول جوائزهم يدل علي نفاذ تصرفاته. فيه ان ذلك باعتبار ان لهم حقا في بيت المال و لا يدل علي نفاذ تصرفاته.

3. صحيح زرارة و محمد بن مسلم عن الصادق (ع) قال دخلت علي ابي عبدالله و عنده اسماعيل ابنه فقال ما يمنع ابن ابي السمال ان يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفي الناس و يعطيهم ما يعطي الناس؟ ثم قال لي: لم تركت عطاءك؟ قال: مخافة علي ديني. قال: ما منع ابن ابي السمال ان يبعث اليك بعطائك اما علم ان لك في بيت المال نصيبا.[[111]](#footnote-111) و هذا ايضا لا يدل علي نفاذ تصرفاته.

يلا بفقرتين من هذا الحديث، الاولي: قول الامام لما ذا لا يستخدم ابن ابي السمال شباب الشيعة في مراكز الحكومة فيعطيهم ما يعطي الناس، فان الظاهر منها تنفيذ الامام المعاملات مع الدولة، و في زماننا هذا ايضا لو كان حكومة غير شرعية فبالنسبة للاعمال يصح الايجار و العقود. الثانية: ما يدل بجواز اخذ جوائز السلطان و عماله و لا يختص بالمورد لما ورد في خبر آخر ليس في جوائز السلطان بأس.

5. صحيح ابي عبيدة عن الباقر (ع) سالته عن الرجل منا يشتري من السلطان من ابل الصدقة و غنم الصدقة و هو يعلم انهم يأخذون منهم اكثر من الحق الذي يجب عليهم؟ فقال: ما الابل الا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتي تعرف الحرام بعينه.[[112]](#footnote-112) هذه الرواية تدل علي جواز المعاملات مع السلطان حتي و ان احتملنا انه اخذ من الناس قهرا و من دون حق.

6. معتبرة حكم بن حكيم الصيرفي سمعت اباعبدالله (ع) و سأله حفص الاعور فقال: ان السلطان يشترون منا القرب و الادواة فيوكلون الوكيل حتي يستوفيه منّا فنرشوه حتي لا يظلمنا. فقال: لا بأس ما تصلح به مالك.[[113]](#footnote-113)

7. رواية ابي بكر الحضرمي دخلنا علي ابي عبدالله (ع) فقال له حكم السراج ما تقول فيمن يحمل الي الشام السروج و اداتها؟ فقال: لا بأس انتم اليوم بمنزلة اصحاب رسول الله (ص) انكم في هدنة فاذا كانت المباينة حرم عليكم ان تحملوا اليهم السروج و السلاح.[[114]](#footnote-114) بتقريب ان اطلاق جواز بيع السلاح للشام يحمل الحكومة الجائرة فاذن يتعامل مع الدولة كسائر الناس.

8. رواية ابي القاسم الصيقل قال: كتبت اليه اني رجل صيقل اشتري السيوف و ابيعها من السلطان أ جائز لي بيعها؟ فكتب لا بأس به.[[115]](#footnote-115) لكن الرواية ضعيفة لعدم ورود توثيق في مورد الصيقل.

9. صحيح زرارة و محمد بن مسلم قالا سمعناه يقول: جوائز العمال ليس بها بأس.[[116]](#footnote-116)

10. معتبرة معاوية بن وهب قلت لابي عبدالله (ع) اشتري من العامل الشئ و انا اعلم انه يظلم؟ فقال:‌ اشتر منه.[[117]](#footnote-117)

11. موثقة سماعة قال: سألته عن شراء الخيانة و السرقة؟ فقال:‌ اذا عرفت انه كذلك فلا الاّ ان يكون شيئا اشتريته من العامل.[[118]](#footnote-118)

12. مرسلة احمد بن محمد بن عيسي سئل ابوعبدالله عن شراء الخيانة و السرقة؟ قال:‌اذا عرفت ذلك فلا تشتره الا من العمال.[[119]](#footnote-119)

يلاحظ علي دلالة هذه الروايات اولا: ان غاية ما يدل هذه الروايات ان كل امام اذن اذنا ولائيا لشيعته لاخذ الجوائز عن الحكومات الجائرة المدعية للخلافة الشرعية و انفذ المعاملات التي تنعقد بين الدول الجائرة و الافراد اذا لم تكن فيه خلل من سائر الجهات كولي شرعي و لا تدل علي نفاذ المعاملات التي تنعقد بين الدولة و الافراد علي الاطلاق و هذا يؤ‌يد نظرية ان اموال الدولة مجهول المالك و زمام امرها بيد الامام ثم بيد الفقيه في زمن الغيبة.

ان قلت: ان ظاهر نصوص الشرعية صدورها عن الامام في مقام البيان الحكم الشرعي لا في مقام الاذن الولائي مثلا ان الامام عند ما يقول جوائز العمال جوائز العمال ليس فيها بأس فالظاهر منه هو الحكم الشرعي لا الاذن الولائي. و علي فرض افادتها الاذن الولائي فهي بصدد بيان اذن الامام علي الابد و الدوام لعدم تقيده بقيد يفيد التوقيت و التحديد بزمان خاص. و من الناحية العملية لافرق بين الاذن الولائي الابدي و الحكم الشرعي فانه في كلا الفرضين يكون المعاملات المنعقدة بين الدولة و الافراد نافذة نعم لو كان هذا حكما شرعيا يكون نفاذ المعاملة مستندا الي الشارع و لو كان اذنا يكون مستندا الي الامام.

قلت: ان هذا الكلام بالنسبة الي جوائز العمال و السلاطين تام فان ظاهر النصوص الواردة بهذا الصدد كقوله (ع) لا بأس بجوائز العمال، اما جواز اخذه كحكم شرعي او جواز اخذه لاذن الامام علي الابد و الدوام علي غرار نصب الفقهاء من جانب الامام علي الدوام و تحليل الخمس لليد الثانية و النهي عن الاضرار بالغير علي الدوام ـ بناء علي رأي السيد الامام ـ و لا يختص هذا الاذن بالحكومات المدعية للخلافة الشرعية بل يشمل غيرها ايضا. اما بالنسبة الي المعاملات المنعقدة بين الحكومات و الافراد فلا تدل النصوص علي نفاذ هذه المعاملات كاذن ولائي من جانب الامام علي الدوام او كحكم شرعي لان العمدة في ذلك معتبرة الحضرمي و هي ناظرة الي قضية خارجية و لا تفيد اكثر من الاذن الولائي في زمان محدود و لا يتعدي من الاذن في جواز اخذ جوائز العمال و السلاطين الي جواز المعاملات المنعقدة بينهم لعدم الدليل عليه و لا اطلاق مقامي لرواية الحضرمي لاختصاصه بمورد خاص.

ثانيا:‌ علي فرض دلالة الروايات علي نفاذ المعاملات المنعقدة بين الحكومات و الدول غير المشروعة و الشيعة و هذا يختص بما اذا كان الدولة مدعية للخلافة الشرعية و لا تجري في غيرها من الدول التي لا تدعي الخلافة الشرعية لان النصوص الواردة في نفاذ المعاملات موردها هي الحكومات المدعية للخلافة الشرعية.

ثم ان الروايتين الاخيرتين تدلان علي جواز الشراء من السلطان و ان كان يعلم انه سرقة و اخذ من الغير ظلما و عدوانا، لكن لا يمكن الالتزام به و ذلك لوجهين: اولا انه لا فرق عند العرف بين السلاطين و عماله و بين سائر الناس و لا اشكال في عدم جواز الشراء من غير السلطان و عماله فكذلك من السلطان و هذا الارتكاز العرفي يقيد هذه الروايات و لذلك لابد من توجيه هذه الروايات كما فعل ذلك السيد الامام و قال بان المراد منه الاخذ من الناس من دون ولاية شرعية.

ثانيا: انه توجد روايات تدل علي عدم جواز شراء هذه الاموال التي يعلم الشخص بانه اخذ من الغير ففي معتبرة ابي عبيدة المتقدمة لا بأس به (شراء الابل من السلطان) حتي تعرف الحرام بعينه.[[120]](#footnote-120) و في رواية اسحاق بن عمار قال: سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم؟ قال يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه احدا.[[121]](#footnote-121) هذه الروايات يصير قرينة علي عدم الجواز و ارادة غير المعني الذي يتفاهم من العبارة.

ثالثا: علي فرض عدم حمل الروايات الدالة علي الجواز يقع التعارض بين الطائفتين و يتساقطان و بعده يرجع الي العام الفوقاني ان كان و هو في المقام يقتضي عدم جواز شراء المال المغصوب سواء كان من السلطان او من غيره و علي فرض عدم الرجوع اليه يرجع الي اصالة الفساد في المعاملات.

الرابع: الحرج النوعي؛ ان السلطة لو كانت حاكمة علي بلد خاص بطبيعة الحال يقع تعامل بين الدولة و افراد الشعب هذا مما لابد منه و لو قلنا بعدم نفاذ هذه المعاملات و عدم جوازها يقع الناس في حرج عظيم فاذن دفعا للحرج نقول بنفاذ المعاملات المنعقدة بين الدولة و الشعب.

يلاحظ عليه: ان هذا الحرج يلزم لو قلنا بعدم نفاذ هذه المعاملات علي الاطلاق و لكن المفروض ان الامر بيد الفقيه الجامع للشرائط و هو يعلم انه اذا وقع الناس في حرج عظيم ان ينفذ المعاملات و يرفع الحرج.

مع هذا كله الاّ انه بعد التأمل في الروايات لا يبعد القول بنفاذ تصرفات مطلق الحكومات و ذلك لنكات:

الاولي: ان ما ذكرناه من كون الروايات ناظرة الي القضايا الخارجية تبتني علي اساس ان المراد من الالف و اللام في العمال و السلاطين للعهد و لكن يحتمل ان يكون للجنس فاذن لا فرق بين العمال و السلاطين المعهودة و بين غيرهم بل يشمل الجميع.

الثانية: الغاء الخصوصية؛ ان المتفاهم العرفي من الروايات الدالة علي جواز المعاملات مع الحكومات المعاصرة للائمة المعصومين (ع) عدم الفرق بين هذه الحكومات و بين الحكومات الموجودة‌ في هذا الزمن فان نكتة الجواز من نظرة عرفية حل مشاكل الشيعة في تعاملاتهم الاجتماعية و الاقتصادية مع سائر الناس و الدولة و هذه النكتة لا تختص بزمان دون زمان و بحكومة دون حكومة فيلغي العرف الخصوصية.

الثالثة: ان المتفاهم العرفي عدم الفرق بين جواز قبول جوائز السلطان و بين البيع و الشراء و الاقراض و الاقتراض منهم و قد تقدم جواز قبول جوائز السلطان.

الرابعة: لزوم الحرج النوعي؛ ان القول بعدم نفاذ تصرفات الحكومات يوجب الحرج النوعي للاشخاص و ايكال الامر الي الفقهاء لا يحل المشكلة للزوم الهرج و المرج في الاذن و عدم الاذن و لانه ربما لا يوجد فقيه لا يأذن بنفاذ هذه المعاملات كما كان سيرة السيد الخويي في هذا المجال. بالنتيجة ان مجموع هذه القرائن يوجب الوثوق بنفاذ معاملات الدول مع الافراد اما كحكم شرعي او اذن ولائي من جانب الامام علي الدوام.

نعم يقع الكلام في انه ما هو المراد من جواز المعاملة و صحتها و نفاذها؟ هل ان المراد منها، صحة المعاملة وضعا و جوازها تكليفا من كلا الطرفين او جوازها و صحتها من جانب المؤمن و فسادها و حرمتها من جانب الكافر او صحتها من كلا الطرفين و جوازها تكليفا من جانب المؤمن و حرمتها من جانب الكافر؟ لا مجال للاحتمال الاول لان تصرفات الدولة غير الشرعية‌ حرام شرعا مثل تصرفات الغاصب و الاحتمال الثاني ايضا غير معقول لان المعاملة الواحدة ماهية واحدة لا يعقل فيها التفكيك اما ان تكون موجودة و اما ان لا تكون موجودة اما كونها موجودة من طرف و غير موجودة من طرف آخر فلاشك في استحالة ذلك لان الشئ الواحد لا يمكن ان يكون موجودة و غير موجودة فاذن الصحيح هو الاحتمال الثالث و لا غرو في ذلك لعدم الملازمة بين انفاذ المعاملات وضعا و بين جواز التصرفات و حليتها تكليفا لامكان صحة شئ وضعا و حرمته تكليفا مثل حرمة البيع وقت النداء و مثل ما اذا باع غاصب فضولة و المغصوب اجاز البيع لنفسه لا للغاصب فلا ترتفع الحرمة التكليفية عن الغاصب مع النفوذ الوضعي للمشتري، يمكن القول بان نفاذ تصرفات الدول غير الشرعية من هذا القبيل يعني انها غير مالكة شرعا و حقيقة الاّ ان الشارع تسهيلا للمكلفين و امتنانا علي المؤمنين عاملها معاملة الدولة الشرعية في تصرفاتها المالية فهي غير مالكة حقيقة الاّ انّها نزلت منزلة المالك الحقيقي او الولي الشرعي.

### الثالث: التفصيل بين الدول الاسلامية و غيرها

فصّل السيد السيستاني بين الدول الاسلامية فقال بعدم نفاذ تصرفاتها الا مع الاذن من جانب الحاكم الشرعي و بين الدول غير الاسلامية فقال بنفاذ تصرفاتها و قد سئلناه عن وجه هذا التفصيل فتمسك بقاعدة الالزام، هذه القاعدة مفادها الزام اتباع سائر المذاهب و الاديان بما يعتقدونه و يدينون به وفق مذهبهم و ان لم يكن ذلك الالزام صحيحا وفق مذهب اهل البيت (ع) كالزامهم باحكام الشفعة و الميراث و الطلاق و غيرها حتي تعدي بعض الي جواز الزامهم بما جري عليه عرف اتباع سائر المذاهب و الاديان و ان كان لا يوافق مذاهبهم.

يلاحظ عليه اولا: انّ قاعدة الالزام عنده غير تام اما لضعف في سند الروايات التي تستند بها و اما لضعف في دلالتها فكيف يتمسك بها[[122]](#footnote-122). ثانيا: لو قبلنا قاعدة الالزام لا يثبت نفاذ تصرفات الدول غير الاسلامية و ذلك ان قاعدة الالزام انما تجري بالنسبة الي من له الحق لو كان يعتقد بعدم الحق لنفسه مثل جريانها في حق الاب الذي يعتقد بعدم اشتراط اذن الاب في زواج البنت و لا تجري القاعدة لو كانت البنت تعتقد عدم اشتراط اذن الاب في الزواج لعدم كونها صاحب الحق،‌ و المناط في جريانها اعتقاد صاحب الحق علي مذهبنا عدم الحق لنفسه، و في المقام المفروض ان الدولة غير الاسلامية تعتقد بعدم اشتراط الاذن من الولي الشرعي في تصرفاتها و هذا لا ينفع لاثبات عدم اشتراط الاذن فان من له الحق هو الولي الشرعي لا الدولة فكيف يصح الزام الولي الشرعي بما يعتقدوه غيره.[[123]](#footnote-123)

### نفاذ تصرفات متولي الشخصيات الحقوقية

يقع الكلام في ان تصرفات المتولين للشخصيات الحقوقية كالجمعيات و الشركات و الاحزاب نافذة او لابد في نفاذها من اذن الحاكم الشرعي؟ يعني اي فرق بين تصرفاتهم في اموالهم الشخصية و هي نافذة و بين تصرفاتهم في اموال الشخصيات الحقوقية من الاقراض و الاقتراض و البيع و الشراء و هي نافذة ام لا؟

ذكر السيد الخويي ان تصرفاتهم غير نافذة الا باذن من الحاكم الشرعي، هذا ما يظهر عنه في اجابته عن سؤال حيث سئل عنه: الجهات العامة كالجمعيات الخيرية و التكتلات الاجتماعية و السياسية هل تعامل اموالها معاملة المجهول مالكها كالمؤسسات الحكومية ام انها تملك الاموال كالافراد و الاشخاص؟ فاجاب: ان اعطي المال للجهة نفسها دون اشخاصها بحيث لا تتبدل بتبدل اشخاصها كعنوان العلماء مثلا فبما ان تملك المتبرع له يتوقف علي قبوله و قبضه و قبض الفرد او الافراد ليس قبضا للجهة بل لابد من قبول الولي الشرعي و قبضه كحاكم الشرع او المأذون منه فان حصل ذلك اصبح المال ملكا للعنوان و الا بقي علي ملك مالكه الاول فان عرف رد اليه و الا فالمال المتبرع لها يعتبر مجهول المالك.[[124]](#footnote-124)

يلاحظ عليه اولا: ان الاذن من الحاكم الشرعي في كل معاملة معاملة في معاملات الشخصيات الحقوقية صعب بل غير ممكن تحققه جدا. ثانيا:‌ان ذلك لا يوافق فتواه حيث ذكر ان الاموال التي تجمع لعزاء الحسين‌ (ع) لاقامة مأتمه او للانصار الذين يذهبون لزيارة الاربعين الي كربلاء، تخرج من ايدي مالكيهم،[[125]](#footnote-125)و الحال ان هذه الاموال لم تقبض من جانب فرد فكيف تخرج من ايديهم.

يستدل لاثبات ولاية متولي الشخصيات الحقوقية بوجوه:

الاول: السيرة العقلائية:‌ ان السيرة العقلائية جرت علي خلق الشخصيات الحقوقية و ايجادها و من الواضح عندهم ان الشئ المخلوق بهم امره بايدهم لا بايدي غيرهم.

يلاحظ عليه:‌ ان هذا الكلام تام بناء علي القول بقبول السيرة العقلائية حتي اذا لم يكن موجودا في زمن الشارع و لكنا لم نقبل السيرة بعرضها العريض و انما المعتبر منه ما كان موجودا في زمن الشارع لا اكثر،‌ و ما جري عليه السيرة في زمن الشارع باب الوقف و يحتمل الخصوصية فلا يتعدي منه الي غيره.

نعم ان من يقبل مالكية الشخصيات الحقوقية كالسيد الخويي لما ذا يجعل الولاية للحاكم فقط؟‌ فان كان مقصوده انه لابد في ايجاد الشخصيات الحقوقية و تكونها من امضاء الحاكم الشرعي يتم هذا الامر، لكن هذا خلاف ظاهر كلامه. و الا لو كان يقبل ان للعرف صلاحية ايجاد الشخصيات الحقوقية، فلهم ان يجعلوا لانفسهم الولاية علي هذه الشخصيات.

الثاني:‌ عموم اوفوا بالعقود و احل الله البيع فان اطلاق و عموم هاتين الآيتين يشمل ما اذا كان البيع و العقد من جانب الولي العرفي و كذلك عموم القرض يشمل القروض التي يعطيها المتولين للصناديق الخيرية، و بالتالي يثبت نفاذ تصرفاتهم.

يلاحظ عليه: ان الآيات الكريمة تدل علي سببية البيع و العقود و القرض للنقل و الانتقال و ليست بصدد بيان شرائط البيع و العقد و القرض من سائر الجهات.

الثالث: نفي الحرج:‌ انه لو نقل بثبوت الولاية‌ للمتولين للشخصيات الحقوقية يلزم منه حرج شديد للناس كما يلزم الحرج لو لم نقل بمالكية الشخصيات الحقوقية لعدم الانفكاك بين مالكيتها و بين نفاذ تصرفات متوليها عند العرف، فاذن به يثبت نفاذ تصرفاتهم.

قد يقال: ان اصحاب سهام الصناديق الخيرية و اعضاء التكتلات الاجتماعية يأذنون بطبيعة‌ الحال لرئيس الحزب و الجمعية و لمتولي الصندوق الخيري في التصرف في الاموال حسب القانون المدون لهذه الشخصيات، مع اذن اصحاب هذه الشخصيات الحقوقية يصح تصرفاتهم كما يصح تصرفاتهم في اموالهم الشخصية لو اذنوا في التصرف فيها، نعم يشترط ان يكون هذه التصرفات في دائرة الشريعة‌ الاسلامية.

يلاحظ عليه: ان متولي الشخصيات الحقوقية لو كان مجرد واسطة‌ بين اصحاب الاموال و بين من يتعامل معه صح تصرفاته بلا اشكال، لكن هذا خلاف الواقع فان المرتكز عند العرف ان الصندوق الخيري يستقترض من المودعين ثم يقرض للآخرين و لذلك لو تلف المال يعد الصندوق ضامنا و لو كان مجرد اذن في التصرف من جانب المودعين لكان المودع هو المقرض للمحتاجين و بالتالي لم يكن الصندوق ضامنا في فرض عدم اداء‌ المحتاج المال لكونه امينا في هذا العمل.

## المال

عرّف السيد الحائري المال بانه عبارة عن ما يرغب في امتلاكه بالعوض ذاتا امتلاكا غير محرم. ثم اعرب عن تعريفه بهذا البيان انه يتضمن مفردات تفيد كل منها خصوصيات:

1. الرغبة؛ بهذا القيد يخرج ما لا يرغب في امتلاكه اما لفقدانه المنافع و اما لانتشاره و كثرته في الهواء فيبقي ما يرغب اليه العقلاء سواء كان هذه الرغبة‌ عامة من جانب عموم الناس او خاصة مثل ما يرغب شخص خاص لشراء صورة ابيه باغلي الاثمان بينما عامة الناس لا يقيم لها وزنا.

2. الامتلاك بالعوض؛ هذا القيد يفيد ان المال اعم من ان يكون عينا او منفعة او عملا فان كلها مما يمتلك بعوض.

3. ذاتا؛ الهدف من ذكر هذا القيد ادخال ما امتنع امتلاكه بالعوض لعارض ضمن تشريع مثل العين الموقوفة و المرهونة فانه لو لم يكن التشريع عن منع مبادلتهما لم يكن اي مانع في امتلاكهما بعوض.

4. عدم الحرمة؛ الهدف من هذا القيد اخراج ما يحرم امتلاكه و المعاوضة عليه شرعا مثل الخمر فهي ليست مالا شرعا و ان كانت مالا عرفا.

5. ان هذا التعريف لا يشمل الحق لانه يصبح طرفا لاضافة الملك و انما هو اضافة في عرض اضافة الملك و المال ما يتعلق به الحق و الملك.[[126]](#footnote-126)

يلاحظ عليه اولا:‌ ان ما ذكره من كفاية الرغبة الشخصية في مالية المال غير صحيح اذ لو كان شئ يرغب اليه شخص خاص دون النوع لا يعد عند العرف مالا و المناط في كون الشئ مالا او لم يكن بمال هو العرف.

ثانيا: انه لا يشترط في مالية المال الرغبة الي امتلاكه؛ بل يكفي الرغبة الي تحصيله و ان لم يقبل الامتلاك مثل بعض الاعمال كقرائة القرآن و مثل حق الاقتراض من البنوك.

ثالثا: ان ما ذكره من تقييد التعريف بعدم كونه امتلاكا محرما غير تام لان المقام تعريف المال عند العرف و العرف ربما يعد الشئ مالا و ان كان محرما امتلاكه عند الشارع و هذا لا ينقص عن ماليته عند العرف، ثم يقع البحث عن المال الشرعي.

رابعا:‌ انه ذكر ان التعريف لا يشمل الحق لان المال متعلق الحق و الملك لا انه عدل المال،‌ فيه ان الحق يعادل المال لا انه يتعلق المال اذ لو كان خصوص ما يتعلق بالمال لكان متعلقه مال دائما و الحال ان جملة من الاحيان نجد ان متعلقه ليس بمال كحق الاقتراض و الحضانة.

فالصحيح ان يعرف المال بانه عبارة عما يرغب في تحصيله رغبة نوعية مما له منفعة محللة مقصودة.

### النسبة بين المال و الملك

ان النسبة بين المال و الملك عموم من وجه و ذلك لان المال ما يبذل بازائه الثمن و يرغب الناس اليه، من الواضح ان الشئ اذا كان مما لا يرغب اليه و لا يبذل بازائه شئ اما لقلته كحبة من حنطة و اما لخسته كالحشرات لا يكون مالا. اما الملك فهو يطلق علي الشئ باعتبار اضافة و علاقة خاصة بين الشئ و الفرد، و العلاقة الحاصلة بين الشئ و المالك اعم من يكون ذلك الشئ مما لا يرغب اليه الناس و مما يرغب فيه، فاذن يكون النسبة عموم من وجه فان بعض الاشياء مال و لا ملك لاحد كالمباحات و اشجار الغابات، و بعض الاشياء ملك و ليس بمال مثل حبة من الحنطة، و كثير من الاشياء ملك و مال. نعم قد يطلق الملك و يراد منه نفس الاضافة الواقعة بين الشئ و الفرد، و بهذا المعني تكون النسبة بينهما التباين.

### اقسام المال

ذكر الحلي ان المال علي نوعين الاول ما كانت ماليته ذاتية و هو كلما يحتاجه الانسان بحسب فطرته الاولية من المأكول و المشروب و الملبوس و ما شابه ذلك و هذا النوع من المال لا تتوقف ماليته علي جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه و ان لم يكن في البين جعل من احد او جهة. الثاني؛ ما كانت ماليته بالجعل و هذا القسم ينقسم الي قسمين القسم الاول ما كان فيه الجعل عاما يشترك فيه جميع البشر باختلاف عصورهم و بيئاتهم بدافع من الشعور بالحاجة الجماعية لمثله و هذا يتصور في الاحجار الكريمة النادرة كالذهب و الفضة و الماس و غيرها. القسم الثاني؛ ما كان اعتبار ماليته مختصا بعرف خاص و هذا تارة يكون اعتباره من قبل دولة ليقوم مقام القسم الاول كالاوراق النقدية و اخري يكون اعتباره بالنظر الي ما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابع البريد و تذاكر القطار مما كانت الورقة فيه فاقدة لاعتبار المال لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة او البنك فمثلا ورقة الطابع لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالها بان توصل الرسالة الي اي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع،‌ بالنتيجة ان الاوراق النقدية لها مالية جعلية و لا فرق بينها و بين الذهب و الفضة الا ان ماليتهما مجعول باعتبار عام من جانب جميع البشر و ماليتها مجعولة باعتبار من جانب عرف خاص.[[127]](#footnote-127)

يلاحظ عليه اولا: ان مالية الذهب و الفضة و كذلك الاوراق النقدية ليست اعتبارية بل حقيقية و انما يكون اعتبار المعتبر حيثية تعليلية بمعني ان اعتبار العرف سبب لتحقق المالية ثم بعد ان تحققت بالاعتبار يكون لها مالية حقيقية؛ لان المال الحقيقي ما يكون موردا لرغبة الناس حقيقة بخلاف المال الاعتباري ما يكون موردا لرغبة الناس ادعاءا لا واقعا، من الواضح ان الذهب و الفضة و الاوراق النقدية مما يرغب اليها العقلاء حقيقة و لا فرق بينها و بين المأكولات و المشروبات اصلا.

ثانيا: ان ما ذكره من عدم الفرق بين الذهب و الفضة و بين الاوراق النقدية من جهة ان مالية كل منهما جعلية غير تام فان مالية الاوراق النقدية متقومة بالاعتبار و الجعل بخلاف الذهب و الفضة فان ماليتهما مما تعارف عند العقلاء من دون جعل و اعتبار، مضافا الي ان لهما منافع استعمالية دون النقود الورقية.

بالنتيجة الصحيح ان نقسم المال باعتبار مبدأ ماليته الي ما يكون مالية جعلية و الي ما لا يكون ماليته جعلية سواء كان ماليته متعارفة عند الناس او كان له منفعة استعمالية. حيث ان تكييف مالية النقود الورقية وقع موردا للبحث و النقاش نحن نتباحث عنها حتي يتضح الحال.

### الاوراق النقدية

يقع الكلام في حقيقة الاوراق النقدية انها ما هي؟ هل هي سندات للمال او ان نفسها المال؟ يحتمل فيها اربع احتمالات:

1. ان تكون النقود الورقية سندات لما اختزنها الدولة من ذهب و فضة مسكوكين في قبال هذه الاوراق بالقدر الذي طبعت منها و خولت كل شخص يحمل تلك الاوراق ان يأخذ من البنك ما يقابل ورقته من النقود متي شاء ذلك، علي هذا الوجه تكون المعاملة علي تلك النقود المودعة التي تكون مصدر الاعتبار لهذه النقود الورقية فمن اشتري حاجته و دفع للبائع دينارا مثلا فهو قد ملكه مقدارا معينا من المال تحتفظ به الدولة في البنك الذي يعتمد عليه و تكون هذه الورقة كسند خاص لتمليكه.

2. ان تكون هذه الاوراق سندات لما اختزنها الدولة من سبائك و قوالب ذهبية او فضية لا من النقود المسكوكة‌ فبمقدار الورقة تتعهد الدولة بتسليم ما يقابلها من الذهب و الفضة من تلك القوالب الموجودة عندها.

3. ان تكون هذه الاوراق سندات لما في ذمة الدولة او في ذمة من منحها الاعتبار من الاوراق المسكوكة او من قوالب و سبائك ذهبية، فيكون حال النقود الورقية كحال سند الكمبيالة فلو اشتري الشخص بهذا الدينار شيئا من الاجناس فقد دفع للبائع ورقة تفيد ان له علي ذمة الحكومة ما يقابلها من المال و تكون الدولة هي المدينة للبائع بذلك المقدار من المال و في الحقيقة التعامل في هذه الصورة يكون علي ما في الذمم و الاوراق النقدية‌ اسناد بيد الافراد تثبت وجود الدين في ذمة الحكومة.

4. ان تكون هذه النقود الورقية مالا لا سندات للمال و ان الدولة تقرر لكل ورقة مالية معينة علي اساس معادلتها مع واقع الثروة و الامكانات الحقيقية التي تمتلكها الدولة طبعا لمعادلات و حسابات دقيقة يشخصها الاقتصاد القومي.[[128]](#footnote-128)

هذه هي الاحتمالات المتصورة في حقيقة الاوراق النقدية و لكل احتمال اثرها الخاص في الاحكام المترتبة عليها، لكن الذي يهمّنا الآن و نحن بصدد البحث عنه ان ذاتها مال او سند للمال سواء كان سندا بالنسبة علي ما في ذمة الدولة او سندا علي عهدتها و سواء كان سندا لسبائك ذهبية او سندا للنقود المسكوكة من ذهب و فضة؟ يوجد احتمالان بل قولان:

القول الاول:‌ ان النقود الورقية سندات لما هو رصيد تلك الاوراق من سبائك و قوالب ذهبية او ذهب و فضة مسكوكين او علي ما في ذمة الدولة، هذا ما ذهب اليه السيد الاصفهاني في كتابه[[129]](#footnote-129) و من المتأخرين نجد ان الشهيد البهشتي ايضا يذهب الي هذا القول و يقول:‌ ان النقود الورقية ليست الا حوالات علي الدولة او البنك يقدر الفرد حسب هذه الحوالة ان يأخذ الاموال و يشتري بها الاشياء من الاسواق[[130]](#footnote-130).

يمكن ان يستدل لهذا القول بان النقود الورقية لا تعد مالا من نظرة اقتصادية و من منظور علماء الاقتصاد فان دولة لو امتلي بلده من النقود الورقية و لم يكن عندها شئ غيرها لا يعدّ ذلك الدولة غنية لاجل هذه الاوراق، هذا يشهد بان النقود الورقية ليست مالا و الاّ لو كان مالا لعد هذا البلد غنيا.

يلاحظ عليه: صحيح ان النقود الورقية لا تعد مالا من منظور علماء‌ الاقتصاد لكن المناط في المالية و عدمها في الشريعة نظرة العرف،‌ من الواضح ان النقود الورقية من هذه النظرة مال لتنافس العقلاء اليها و رغبتهم فيها.

القول الثاني: ان النقود الورقية مال و ليس سندات للمال عند العرف و ماليتها نشأت من الجعل و الاعتبار و تكون قيمة هذه الاوراق منوطة بما تعتمد عليه الدولة من الاحتياطي المذخور لديها و بما يدعمه من المعادن و الثروات الموجبة لاعتبار جعلها في الداخل و الخارج و التي لم تكن الدولة مستعدة فعلا بدفع ما يقابل الورقة النقدية من تلك السبائك او النقود الموجودة لديها الا ان وجود ذلك و لو بعيدا عن تناول اليد و معرض التصرف رصيد يدعم تلك الاوراق. و يدل علي هذا القول امران:

الاول: ان الادوار التأريخية التي مضت عليها يحكم بان ذاتها مال لا سند للمال و ذلك ان النقود الورقية مضت عليها ادوار اربعة:

1. دور نيابتها عن ارصدتها من ذهب و فضة كانت مودعة في خزانة الجهة المصدّرة لها و لم تكن هذه الاوراق الاّ حاكية عن وجود تلك الودائع و الارصدة و سندا محضا عليها.

2. حينما احسّ المصدّرون لتلك الاوراق بانهم غير مضطرين الي الاحتفاظ بتلك الارصدة و الودائع بمقدار الاوراق الصادرة لان اصحابها سوف لن يطالبوهم جميعا في وقت واحد بتسليمها فتبدلت بالتدريج فكرة الاحتفاظ بالارصدة و النقود الحقيقية كوديعة لصاحبها الي فكرة التعهد و الضمان من قبل الجهة المصدرة لتلك الاوراق، فاستطاعت تلك الجهة ان تستفيد مما اودع عندها من الذهب و الفضة حيث اصبحت ملكا لها ان تعطيها لآخرين في معاملات تجارية و هم بدورهم ايضا اودعوها عند تلك الجهة في قبال اصدار سند لهم و هكذا امكن لتلك الجهة ان تتعهد باضعاف ما اودع عندها من النقود الحقيقية و اصدار سندات عليها و بذلك اصبحت الجهة المصدّرة مدينة لصاحب الورق بمقدار رصيده و اصبحت الورقة كالشيكات اليوم سندا علي القرض فهي تحكي عن رصيد في الذمة لا رصيد خارجي و وديعة كما في الدور السابق.

3. حينما احست الدولة باهمية و خطورة هذه الاوراق و قدرتها علي نيابة النقود الحقيقية من ذهب و فضة باكثر من واقعها فتدخلت في المنع عن اصدارها من قبل الجهات الشخصية قانونا فاصدرت بنفسها الاوراق و سنّت القوانين لحمايتها و رسميتها و تعهدت بجعل مقدار الرصيد بازاء ما يصدر منها الذهب و الفضة لكي تبقي معتبرة بين الناس و سائر الدول.

4. ان الدول المصدرة لهذه الاوراق بعد مدة الغي التعهد بدفع الرصيد او الاحتفاظ به بمقدارها و اعتبرها مالا مستقلا برأسها و اصدرها بمقدار ما يوافق مع الثروات و المعادن و الخدمات و الامكانات الحقيقية التي تمتلكها الدولة‌ علي اساس معادلات و حسابات علمية دقيقة عند علماء فن الاقتصاد[[131]](#footnote-131). هذا هو المثبّت عالميا اليوم و علي اساسه يعرف ان الاوراق النقدية لها مالية مستقلة لا سندات للاموال المذخورة عند الدولة من سبائك ذهب و فضة و غيرها و يدعم هذه الاوراق كرصيد لها مجموعة ما تمتلكه الدولة من القدرة السياسية و الاقتصادية علي التعهد بسلع او اعمال او خدمات اقتصادية لا بمعني ان مبلغا معينا منها يكون محكيا بمبلغ معين من هذه الاوراق كما هو شأن السندات بل بمعني ان هذه القدورات تدعم مالية الاوراق.

الثاني: ان سندات المال كالشيكات لها احكام لا تترتب علي نفس الاموال عند ما راجعنا هذه الاحكام نجد ان العرف يأبي عن ترتيب هذه الاحكام علي النقود الورقيةّ منه يتضح ان النقود الورقية عند العرف نفسها المال لا انها سندات الاموال:

منها؛ ان المدين لو دفع الي مدينه سند المال مثلا صكا حاملا لاداء‌ دينه، لو تلف هذا الصك قبل ان يقبض النقود الورقية التي بازائها من البنك لا يبرأ ذمته عن الدين بل علي المدين ان يؤدي دينه باصدار صك آخر او بدفع النقود او بوجه آخر؛ و لو كان النقود الورقية سندات للمال لابد من القول بعدم اداء الدين لو تلف بيده قبل ان يبدله بسلعة و متاع آخر، و الحال ان العرف لا يعد ذلك الشخص مدينا لو تلف النقود الورقية بيد الدائن. و هذا يشهد بان النقود الورقية نفسها المال لا انها سندات للمال.

الا ان يقال ان النقود الورقية سندات للمال لكن في فرض تلفها بيد الدائن يوجد شرط ارتكازي علي عدم ضمان المدين. لكن هذا الشرط خلاف الواقع اذ عند ما راجعنا انفسنا و راجعنا العرف لا نجد من هذا الشرط الارتكازي اي خبر و لا اثر.

منها؛ ان الدولة قد يلغي اعتبار جملة من النقود و يحدّد لتعويضها بنقود جديدةّ مدة معينة بحيث لو رجع شخص بعد هذه المدة لا يقبل منه و يصير النقود الموجودة بيده باطلة، هذا ينسجم مع نظرية مالية النقود و الا لو كان سندا لا يسقط عن الاعتبار بانتهاء الامد فان الدين لا يسقط بسبب اعلان الفرد بان يراجع الدائنون لاخذ مطالباتهم الي مدة معينة بل لهم الحق ان يطالبوا ديونهم و ان مضي المدة.

الا ان يقال:‌ انه يمكن تصحيح القول بسقوط الديون بعد انتهاء المدة حتي علي فرض القول بسندية النقود الورقية من وجود شرط ارتكازي في سقوط الدين في مثل هذه الموارد. لكن هذا يخالف الواقع لعدم وجود شرط ارتكازي في مثل المقام.

منها؛ ان شخصا لو اتلف مال الغير و اراد ان يدفع له سندا مثلا صكا لتلف ماله،‌ له ان لا يقبله و يطالب بالمال و لو كان النقود الورقية سندا لجاز له بحسب الارتكاز العقلائي ان يطالب بما هو رصيد هذه النقود الورقية من الذهب او الفضة و الحال ان هذا خلاف ما هو المرتكز عند العرف.

الا ان يقال ان الوجه في اداء الضمانات بناء العقلاء و لو جري بنائهم علي دفع السندات يكفي ذلك لاداء الضمان و ليفترض النقود الورقية من هذا القبيل انها سندات المال الا انه جري بنائهم علي كفاية دفعها للضمان. لكن هذا غير صحيح فان بناء العقلاء جري علي دفع المال في مقام الضمان لا دفع سند المال و لا يتصور العرف العقلائي في هذا الزمان النقود الورقية كسندات للمال و مع ذلك يقبلونه في الضمانات.

منها؛ ان النقود الورقية لو كانت سندات المال لكان له رصيد معين مذخور لدي البنوك يعرفه كل احد و الحال ليس لها رصيد معين و لا حد معين و انما يعتبر الدولة لها مالية معينة علي اساس ما لها من واقع الثروة و الامكانات التي تمتلكها الدولة و ينشرها بمقدار ما يقتضيه الاقتصاد القومي للبلد.

بالنتيجة الصحيح عندنا ان النقود الورقية نفسها مال لا انها سندات المال عند العرف و ان لم تعد من النظرة الاقتصادية من الثروات و الاموال.

### ثمرة القولين

يترتب علي القولين آثار كثيرة في الفقه و نحن نأتي بجملة‌ من هذه الاثار كي يتضح خطورة و اهمية هذا البحث:

الاول:‌ الهبة؛ لو وهب زيد لاخيه ميليون تومان و دفعه اليه و قبضه، و لو قلنا بان النقود الورقية مال يكفي ذلك في تمامية الاتهاب و لا يحق له الرجوع بعده في مثل هذا المورد؛ اما لو قلنا انها سندات المال لا يتم الهبة بمجرد دفع النقود الورقية و قبضها و انما يتم بعد ان بدلها بسلعة‌ و متاع آخر، بحيث لو رجع الواهب قبل ان يبدله بسلعة اخري له الرجوع لان المتهب لم يقبض المال بعد، و كذلك لو مات الواهب قبل ان يبدله المتهب بسلعة و متاع، عليه ان يرجعها الي الورثة لعدم تحقق القبض و المال في ملك الواهب.

الثاني: السلم؛ يعتبر في السلم قبض الثمن في مجلس البيع و لو قلنا بان النقود الورقية مال يكفي قبضها في السلم و ينفذ البيع، بخلاف ما لو قلنا انها سندات المال فلا يكفي دفعها ثمن المبيع لعدم وجود الشرط و لا ينفذ البيع.

الثالث: الخمس؛ ان الدائن يبرء ذمته اذا دفع الي الدائن المال و لا يبرء ذمته بمجرد دفع سند و صك و نحوه، علي اساسه لو قلنا ان النقود الورقية مال يبرء ذمة المدين بالخمس بمجرد دفعها، اما لو قلنا بانها سندات المال لا يبرء ذمته بمجرد دفع المال و بالتالي لا يجوز له التصرف في باقي امواله مادام لم يبدل باشياء اخري او يصرف في مصارفها.

### الصكوك المضمّنة

هي التي تصدرها البنوك لتسهيل النقل و الانتقال و تضمّن ان يدفع رقم المبلغ الذي يحمله الصك لمن راجع البنك، ‌هل ان هذه الصكوك سند المال ام نفسها مال؟ يوجد فيه رأيان: المشهور علي كونها سند المال،‌ لكن السيد الزنجاني يعتقد كونها مالا.

### البطاقات الاعتبارية

بطاقات البنوك علي نوعين قسم منها بطاقات تصدرها البنوك تقدر صاحبها ان يسحب بها النقود من البنوك. قسم منها بطاقات تصدرها البنوك تتضمن اعتبارا ماليا معينا علي اساسه يقدر صاحب البطاقة ان يشتري به شيئا بمقدار الاعتبار كبطاقات سامان في اليوم.‌ لاريب ان القسم الاول يعدّ سند المال كدفاتر حسابات البنوك. انما الكلام في القسم الاخير هل انها مال او سند للمال؟ يحتمل فيه احتمالان:

1. ان هذه البطاقات سندات لمقدار المال المدّخر في حساب الشخص كالقسم الاول منها.

2. ان هذه البطاقات مجرد جواز شراء مقدار معين من المال لا انها سند المال نظير بطاقات التموين و المواد الغذائية،‌ علي اساسه تكون هذه البطاقات نفسها مالا.

### ضمان انخفاض قيمة الاوراق النقدية

مسألة ضمان انخفاض قيمة الاوراق النقدية و عدمه من اهمّ المسائل التي لها آثار كبيرة في معاملات الناس في مختلف الابواب مثلا لو اصدق الرجل لامرأة قبل اربعين سنة مائة تومان و كان بامكانها ان تشتري بها بيتا صغيرة ثم طلبتها في هذا الزمان و الحال لا يشتري بها الا طعام قليل، فهل يجب علي زوجها اداء الرقم الاسمي من النقود الورقية او يجب عليه ما يعادل قوتها الشرائية في ذلك الزمان؟ و كذلك ان شخصا لو اقترض من شخص آخر الف تومان فمضت عدة سنوات و ارتفع التضخم الورقي و سقطت قوتها الشرائية الموجودة في هذه الاوراق بحيث الف تومان في السنوات الماضية تعادل ميليون تومان من جهة‌ القوة الشرائية، فهل يضمن المدين القوة الشرائية من هذه النقود او الرقم الاسمي المكتوب عليها و هي ثابتة؟ و كذلك لو ان شخصا غصب من شخص آخر ميليون تومان قبل عشرين سنوات ثم اراد ان يؤدي هذا المال الي صاحبه اما باختياره او باجبار من الحاكم هل يضمن القوة الشرائية من هذه النقود او الرقم الاسمي منها بالتالي هل يجب عليه اداء ما يعادل القوة الشرائية من ذلك النقود او يكفي اداء الرقم الاسمي منها؟ هكذا يجري هذه المسأله في مختلف الابواب التي لها مساس بالنقود الورقية، التساؤل الاساس انه في فرض انخفاض قيمة الاوراق النقدية هل يضمن المدين للدائن القوة الشرائية لها او الرقم الاسمي منها؟ هذا كله في جانب الانخفاض. كذلك الامر في جانب الارتفاع يعني انه لو ارتفع قيمة النقود الورقية هل يضمن المدين القوة الشرائية للنقود فيكون ضامنا لاقل من الرقم الاسمي الذي استقرضه او يكون ضامنا للرقم الاسمي للنقود؟ في المسألة اتجاهان:‌

الاتجاه الاول: ما ذهب اليه المشهور كالسيد الخويي و السيد الامام و السيد السيستاني و الشيخ الفياض و غيرهم من عدم ضمان انخفاض و ارتفاع قيمة النقود الورقية مطلقا، وذلك لان الاموال التي يكون لها المثل و تكون افرادها متساوية الاقدام عرفا بالنسبة لعناوينها يكون ضمانها في باب الغرامات و الديون بالمثل لا بالقيمة بحسب السيرة و الارتكاز العقلائي.

و الاوراق النقدية من المثليات فيكون ضمانها بالمثل فيكفي اداء الرقم الاسمي للنقود الورقية للدائن و ان انخفض قيمتها مائة بالمائة لان انخفاض القيمة و ارتفاعها لا مدخلية له في حقيقة هذا المال، نعم يعد داعيا و التخلف عنه لا يوجب تغيير الحكم كما في غيره من الموارد مثل ما لو جعلت امرأة صداقها ارضا في قرية ثم تركها اهلها فانخفضت القيمة ان هذا لا يوجب الضمان علي الزوج فكذلك النقود الورقية.

الا ان يقال ان المنصرف من الف تومان في زمن جعل النقود الورقية صداقا جعلها صداقها بما لها من القوة الشرائية الخاصة فيكون ضامنا لانخفاض القيمة. فانه يقال ان هذا خلاف الظاهر اذ لم يكن في اذهانهم النقود الورقية بما لها من القوة الشرائية الخاصة في ذلك اليوم.

الاتجاه الثاني:‌ ما ذهب اليه جمع آخر من ضمان انخفاض قيمة النقود الورقية علي خلاف بينهم في جزئيات الامر.

### مقدمة

قبل ان نبين الوجوه التي ذكر لاثبات هذا القول نذكر مقدمة: هي ان انخفاض القيمة و التضخم الورقي علي نحوين:‌ تارة يكون ناشئا من ارتفاع قيمة السلع و الاموال لا من انخفاض قيمة النقود لاجل الاختلال في قانون العرض و الطلب بحيث لا يكفي ما يوجد في الاسواق لسدّ حاجات الناس اما بسبب المجاعة او المرض او غير ذلك. و اخري يكون ناشئا من انخفاض قيمة النقود الورقية لا من ارتفاع قيمة الاشياء مثل ما اذا انتشر الدولة النقود الورقية اكثر من الدخل القومي لها فان هذا يوجب كثرة النقود الورقية في الاسواق بحيث تكون النقود اكثر من السلع الموجودة فتصير سببا لارتفاع الاسعار لعدم التوازن بين السلع و النقود. ان القائلين بضمان انخفاض النقود الورقية يعتقدون ان القسم الاول من التضخم لا يوجب الضمان فانه امر معروف بين الناس منذ الازمنة القديمة و اندلاع الحروب و المجاعة لانه لم ينخفض قيمة النقود الورقية. و انما مصب الكلام في القسم الثاني ان هذا الاتجاه يدعي ان هذا القسم من الانخفاض يوجب الضمان.

هذا في جانب الانخفاض، كذلك الامر في جانب ارتفاع قيمة النقود الورقية انه تارة يكون ناشئا من انخفاض قيمة الاشياء و السلع اثر كثرة العرض و قلة الطلب فان هذا لا يوجب الضمان و اخري يكون ناشئا من ارتفاع قيمة النقود الورقية، هذا هو المبحوث عنه انه يوجب الضمان ام لا؟ و الاتجاه الثاني حسب بعض الاقوال يدعي ضمان هذا الارتفاع.

لكن هذا التفصيل كما سيتضح من خلال الادلة لا وجه له فان التضخم لو كان في اشياء معينة مثلا في خصوص البرّ و الرز لاجل المجاعة و عدم حصول الغلات و لكن سائر الاجناس و السلع كان باقيا علي حالها ففي هذا الفرض صحيح انه لا ضمان للانخفاض بسبب ان النقود الورقية لا يعادل من هذه الاجناس ما تعادلها قبل ذلك، لكن هذا ليس لاجل ان هذا القسم تضخم و لا ضمان فيه بل لاجل ان هذا ليس تضخما و انما هو غلاء اسعار بعض الاجناس. اما اذا غلا اسعار اكثر الاجناس و الاشياء الاساسية في حياة الناس ففي هذا الفرض لا فرق بين ان يكون الغلاء ناشئا من غلاء الاسعار عالميا او ناشئا من انخفاض قيمة النقود الورقية.

هنا نحن ننصبّ البحث علي ضمان انخفاض القيمة و نشير الي ضمان الارتفاع في خلال الادلة و الوجوه و نذكر التفصيل في آخر المطاف، استدل علي ضمان الانخفاض بوجوه:

### الاول: القوة الشرائية المحضة؛

ان هذه الاوراق قوة شرائية متجسدة في الخارج فيكون المضمون مماثل تلك القيمة و القوة الشرائية لا محالة فحينما اقرضه مقدارا من القوة الشرائية فقد انشغلت ذمة المدين بذلك المقدار و عليه ان يرد في وقت الاداء نفس ذالك المقدار من القوة الشرائية فاذا انخفضت القوة الشرائية للاوراق بازدياد التضخم كان عليه ارجاع كمية اكبر من تلك الاوراق تساوي قوتها الشرائية التي اقترضها قبل ذلك.

هذا التخريج كما يخرّج الزيادة لدي شدة التضخم كذلك يخرّج النقيصة لدي انخفاض التضخم يعني انه لدي انخفاض التضخم يكون من حق المدين ان يوقع مبلغا اقل مما اخذه من الاوراق و تكون النقيصة بمقدار ما يناسب انخفاض التضخم لانه كان قد استدان منه في الحقيقة قوة شرائية و الآن عليه ان يردّ نفس تلك القوة و هي متجسدة اليوم في مبلغ اقل من تلك الاوراق.

يلاحظ عليه: ان القوة الشرائية المحضة او عبّر المالية المحضة امر معنوي انتزاعي لا يفهمه العرف و لا يعتبره المال الخارجي و انما المال الخارجي نفس الورقة النقدية و الضامن يضمن مثلها لا محالة لان قيمتها و قوتها الشرائية حيثية تعليلية لا من صفات المثل.

### الثاني:‌ مثلية القوة الشرائية؛

ذكر السيد الهاشمي و اعتمد عليه ان هذه الاوراق اموال اعتبارية مثلية الا ان مثليتها تتقوم بامرين:‌ خصوصية الجنسية‌ و قوته الشرائية؛ اما الاول فواضح فان جنس هذا النقد مثلا تومان يختلف عن غيرها مثلا الدينار و مثل تومان هو التومان لا الدينار. اما الثاني فلان النقد امر اعتباري لا منفعة ذاتية استهلاكية له و انما منفعته بجعله للتبادل فتكون هذه الخصوصية اعني قيمته التبادلية و قوته الشرائية ملحوظة عرفا كوصف حقيقي له. اذا كان القوة الشرائية من صفات المثل فلابد من الاحتفاظ بها لدي الاداء و لذا يجب ارجاع مبلغ اكبر لدي ضعف القوة الشرائية في وقت الاداء لدي انخفاض القيمة، كما انه علي اساس الخصوصية الاولي لابد ان يدفع من نفس العملة التي اخذها لا ان يدفع عملة اخري.

يؤكّد السيد الهاشمي علي ان هذا الوجه يخرّج ضمان القوة الشرائية للاوراق اذا كانت انخفاض القيمة مرتبطة بالنقد الورقي مثل ما اذا قلّ اعتبار الدولة المصدرة له و ضعفت قوتها الاقتصادية او نشرت الدولة كميات اكثر منه بلا رصيد حقيقي بازائه. اما اذا كانت ناشئة من ارتفاع و انخفاض قيمة السلع الاخري في السوق بسبب عوامل العرض و الطلب فلا ضمان للانخفاض.

يتذكر ايضا ان هذا الوجه يخرّج الزيادة لدي شدّة التضخم و لكنه لا يخرج النقيصة لدي انخفاضه، فالمقترض مدين بصفة القوة الشرائية و بكمية المال ايضا، فاذا ارتفعت القوة الشرائية كان عليه ردّ نفس المقدار من الاوراق حفاظا علي صفة القوة الشرائية.

قد يورد علي هذا الوجه:‌ ان هذه الخصوصية كما هي ملحوظة في الاوراق النقدية كذلك ملحوظة في الدرهم و الدينار من النقود الحقيقية لان حيثية نقديتها كنقدية الاوراق من حيث ملاحظتها العرف لقوتها الشرائية و مجرد كون ذلك علي اساس المنفعة الحقيقية في جنسها لا مجرد الاعتبار لا يوجب فرقا من هذه الناحية و لازم ذلك جواز اخذا الزيادة في الدرهم و الدينار لدي نزول قوتها الشرائية و لا اظنّ التزام احد بذلك.

اجاب عنه بما محصله: ان القوة الشرائية لم تكن تعتبر في الذهب و الفضة و كذلك في سائر السلع منفعة استعمالية،‌ بل كانت هي المنفعة السوقية و ما يدخل عرفا في صفات المثلية انما هي المنافع الاستعمالية لا السوقية فكانت الزيادة صادقة حقيقة في نظر العرف بمجرد الازدياد في الكمية، سواء زادت بذلك المنفعة السوقية او لا. و اما هذه الاوراق الاعتبارية المتداولة اليوم فبما انها لا منفعة لها تذكر غير نفس القوة الشرائية فقوتها الشرائية هي التي تعتبر عرفا بمنزلة المنفعة الاستعمالية اي تعتبر داخلة في اوصاف المثل.

قد يورد ايضا: ان القيمة السوقية و القوة الشرائية للنقد و ان كانت حيثية تقييدية عرفا الاّ ان هذا لا يكفي لضمان نقصان قيمته السوقية من قبل الضامن له لان هذه الصفة اعني القيمة السوقية للنقد من الصفات الاضافية النسبية التي لها طرف آخر و هو العرف و مدي رغبة الناس في النقد و تنافسهم عليه، و الصفات النسبية ان كان تغيرها و زوالها بتغير صفة او منشأ لها فانه بنفس المال كما اذا قلت رغبة الناس فيه لزوال طعمه او لونه او تأثيره فمثل هذا يكون مضمونا و من صفات المثل لان تلك الحيثية و المنشأ القائم بالمال يكون متعلقا لحق المالك ايضا. و اما اذا كان تغيرها لتغير طرف الاضافة الذي هو اجنبي عن المال و خارج عنه فلا معني لان يكون مضمونا لان ذلك الطرف لم يكن مملوكا لمالك المال او متعلقا لحصة كما اذا تصرف المتصرف في الجوّ‌ فاصبح باردا فلم يرغب الناس في شراء الثلج مثلا او عالج الناس بلادواء بحيث لم يرغب احد في شراء دواء معين فانه لا يكون ضامنا لمالية مالهم. و كذلك الحال في القيمة السوقية للنقد فان نقصانها يعني ان السوق و الناس قلت رغبتهم فيه و لو لضعف الجهة المصدرة له؛ الاّ‌ ان المفروض ان تلك الجهة لا تزال متعهدة و معتبرة للنقد كالسابق و انما قلّت رغبة الناس في اعتبارها كما نقل في السلع الحقيقية فهذا تغير في جهة اجنبية عن حق المالك للمال فلا وجه لان يكون من صفات المثل و يكون مضمونا.

و الجواب بالفرق عرفا في الاوصاف النسبية الاضافية بين التصرف في طرف الاضافة و التصرف في العين فان الاول لا يكون موجبا للضمان لانه ليس من التصرف في حق الغير و ملكه بخلاف الثاني فانه تصرف فيه حتي بلحاظ وصفه النسبي و ما يوجبه من المالية فمثلا اذا كان مال في سوق معين اكثر مالية و قيمة منه في مكان آخر فتارة يتصرف المتصرف في المال بان يأخذه الي مكان آخر و يخرجه عن ذلك السوق فيكسد فانه يحكم بضمانه و اخري يتصرف في السوق بان يرغب من فيه بالانتقال الي مكان آخر فيكسد المال بعد ذلك فانه لا يكون ضامنا لانه لم يتصرف في مال الغير و حقه.

و المقام من هذا القبيل فانه اذا اتلف النقد الذي له مالية و قيمة سوقية معينة او اخذه من مالكه علي وجه الضمان فانه يعد‌ اتلافا او اخذا لقوته الشرائية من مالكه فيضمنه بماله من القيمة و المالية، بخلاف ما اذا اثّر علي السوق فغيّر من رغبة الناس و تنافسهم علي النقد او اثّر علي الجهة المصدرة له فحاربه اقتصاديا مثلا فاثّر ذلك في قوة النقد عالميا فان هذا لا يعد تصرفا في مالكي ذلك النقد.

نعم لو غصب النقد غاصب ثم ارجعه بعينه الي مالكه بعد ان نقصت قيمته و قوته الشرائية نتيجة التضخم الناشئ من هبوط قيمة النقد، لازم هذا التحليل ان يكون ضامنا للنقصان كما اذا غصب جنسا فارجعه فاسدا او ناقصا في بعض اوصافه الدخيلة في المالية و لا يبعد صحة الالتزام بذلك فقهيا.

لا يقال: فلما ذا لا يحكم بضمان نقصان القيمة السوقية في السلع و الاجناس الحقيقية المثلية اذا نقصت قيمتها بعد التلف او الغصب كما اذا اتلف منّا من حنطة فضمنها ثم نقصت قيمتها فانه لا يجب عليه اكثر من دفع منّ من تلك الحنطة.

فانه يقال: ان الحكم بعدم ضمان ذلك ليس من الجهة المذكورة في الاشكال بل لجهة اخري و هي كون القيمة حيثية تعليلية لمالية الاجناس لا تقييدية بمعني ان منّا من تلك الحنطة يعدّ عرفا نفس ذلك المال التالف لا اقل منه الاّ اذا فكّرنا بعقلية تجارية حسابية لا تكون ميزانا للاحكام العرفية العقلائية. فلو اريد ضمان نقصان قيمة السلعة زائدا علي منّ من تلك الحنطة من باب دخل ذلك في المثلية فليست القيمة السوقية دخيلة في ذلك الاجناس الحقيقية. و ان اريد ضمانه بعنوان ضمان القيمة السوقية مستقلا و ابتداء فالضمان لا يتعلق الا بالمال لا بالمالية و انما المالية حيثية تعليلية في المال المضمون فان هذا هو المستظهر من ادلة ضمان الاموال الشرعية و العقلائية؛ هذا بخلاف النقد الاعتباري المحض فان قيمته و قوته الشرائية تمام حقيقته و قوامه فتكون حيثية تقييدية فيه ايّ ان مالية النقد الاعتباري تكون بقيمته التبادلية و الشرائية لا بجنسه الحقيقي اذ لا قيمة له و لا باعتباره لان الاعتبار بما هو اعتبار ليس مالا و انما المالية بما وراء ذلك الاعتبار من القوة الاقتصادية في الجهة المصدرة والتي تجعل الورقة النقدية فيها قوة شرائية تبادلية حقيقية و هذا يعني ان مالية هذه الاوراق انما تكون بنفس قوتها التبادلية و الشرائية لا بشئ آخر فلا محالة يكون مثل النقد المأخوذ او التالف اولا ما يعادله من نفس النقد في قوته الشرائية التبادلية.[[132]](#footnote-132)

يلاحظ عليه اولا:‌ بما ذكره السيد الحائري من ان الذهب و الفضة و ان كانت لهما منفعة استعمالية غير القوة الشرائية لكن الغالب في خصوص المسكوكين منهما انه لم يكن يستفاد منهما في المنافع الاستعمالية الاّ بالتذويب و اخراجهما عن كونهما مسكوكين و كانت الاستفادة شبه المنحصرة من المسكوكين عبارة عن الاستفادة من قوتهما الشرائية، فلئن كان انحصار الفائدة لهذه الاوراق الاعتبارة في القوة الشرائية سببا في ادخال العرف القوة الشرائية في صفات المثل و عدم صدق الزيادة بمجرد الزيادة في الكم ما لم تقترن بزيادة في القوة الشرائية لكان انحصار الاستفادة عملا في ذلك في الذهب و الفضة المسكوكين بالقوة الشرائية ايضا سببا في ادخال ذلك في صفات المثل و لازم ذلك جواز اخذ الزيادة في الذهب المسكوك او الفضة المسكوكة لدي نزول القوة الشرائية لاحدهما صدفة و لا اظن احدا يلتزم بذلك. نعم الفرق بين الموردين هو:‌ ان هذه الاوراق تكون منفعتها منحصرة في ذاتها في القوة الشرائية لكن الذهب و الفضة المسكوكين ليست منفعتهما منحصرة بالذات في ذلك لامكان الاستفادة الاستعمالية منهما و لو بالتذويب و لكن دعوي كون هذا الفرق فارقا رغم ان الغالب في العمل عدم الاستفادة الاستعمالية منهما بالتذويب المؤدي الي خسارة قيمة السكة و ندرة الاستفادة الاستعمالية مع الاحتفاظ بالسكة عهدتها علي مدعيها.[[133]](#footnote-133)

ثانيا:‌ ان ما ذكره من عدم الضمان في فرض التصرف في جانب الاضافة و الضمان في فرض التصرف في نفس الاوراق النقدية غير صحيح لان الذهن العرفي لا يفرق بين القسمين لان التصرف سواء كان في طرف الاضافة او في نفس النقود الورقية يوجب انخفاض قيمة النقود الورقية و القول بضمانها في فرض دون فرض اخري لا يقبله العرف؛‌ بل يمكن دعوي ان التغيير دائما يكون في طرف الاضافة لانه اذا انخفضت قيمة هذا الالف تومان لا يحكم العرف بتغيره بل يقول ان قيمة السلع تغيرت و ازدادت.

ثالثا:‌ ان الحكم بالضمان في فرض انخفاض القيمة لا يخلو اما ان يكون ناشئا من القول بان هذا الالف تومان في هذا الفرض ليس هو الف تومان اقترضه قبل عشر سنوات، ففيه ان هذا خلاف الارتكاز اذ العرف يعد هذا الالف نفس ذاك الا انه يقول بانخفاض قيمته. و اما ان يكون ناشئا من قاعدة الاتلاف ففيه انه ليس باتلاف للمال لانه باق. و اما ان يكون ناشئا من سيرة العقلاء بعدم عدّ هذا الرقم الاسمي المعين الذي اقترضه قبل عشر سنوات ردّ المال و اداء للدين،‌ ففيه انه اول الكلام و ليس الاّ مجرد دعوي.

الثالث: السيرة العقلائية

ان السيرة العقلائية تفرّق بين انخفاض القيمة في السلع المصرفية و بين الانخفاض في السلع التجارية، و هي لا تحاسب الانخفاض في الاول موجبا لنقصان المال باعتبار ان الفرد يصرفها في حوائجه سواء كانت قيمتها مرتفعة او منخفضة، و بالتالي لا يحكم بضمان من بيده انخفضت القيمة. هذا بخلاف السلع التجارية فحيث ان المقصود بها ماليتها فيري نقصان المالية ضررا علي صاحبه كما انه تحاسب ارتفاع القيمة ربحا و من انعكاس هذه السيرة نجد ان الفقهاء يحكمون بوجوب الخمس في فرض ارتفاع القيمة في السلع التجارية دون السلع المصرفية. من الواضح ان ارتفاع القيمة اذا كان ربحا عند العرف انخفاض القيمة يعد ضررا و خسارة عند العرف، و علي اساسه يحكم العرف بالضمان فيما لو اتلف شخص مالية المال. هذا الوجه و ان كان يقتضي الضمان في ما لو اتلف جزءا من مالية المال في السلع التجارية لكن الفقهاء نجد انهم يحكمون بالضمان في فرض ما اتلف مالية المال بكامله مثل ما لو غصب الماء في صحراء ثم دفع اليه في جنب البحر او غصب الثلج في الصيف ثم دفع اليه في الشتاء، لكن بامكاننا التعدي من اتلاف المال بكامله الي فرض اتلاف مالية المال بجزئه ايضا للسيرة العقلائية المذكورة.

لا يقال: انها سيرة مستحدثة لا اعتداد بها. لانه يقال:‌ اولا ان هذه السيرة مرتكزة في اذهان العقلاء منذ زمن الشارع فهي ممضاة بامضائه، مضافا الي اثبات امضائها بقاعدة لا ضرر باعتبار ان الشارع لو لم يمضها يعد ذلك موقفا ضرريا من جانبه و هو منفيّ بقاعدة لاضرر.

و النقود الورقية بما ان نظر العرف الي ماليتها لا الي استعمالها كي يكون نظير السلع المصرفية فيكون المتلف لمالية النقود الورقية ضامنا لها و ان كان الاتلاف جزئيا لا بكامله، و بهذا البيان يثبت ضمان النقود الورقية في فرض انخفاض القيمة. نعم ان هذا التصرف يوجب الضمان اذا كان مستندا الي انخفاض قيمة النقود الورقية لا الي ارتفاع القيمة السوقية للسلع مع بقاء قيمة النقود الورقية علي حالها.

و الفرق بين هذا الوجه و سابقه ان الوجه السابق يقتضي الضمان حتي اذا لم يكن اتلاف المالية مستندا اليه، لكن هذا الوجه يفرق بين ما اذا كان اتلاف المالية مستندا الي المدين و عدمه مثل ما اتلف ما لو لم يطالب بالدين فانه لم يكن ضامنا علي اساس هذا الوجه. مضافا ان الوجه السابق يفرق بين ما اذا كان التضخم ناشئا من عوامل العرض و الطلب فلا ضمان علي الفرد و بين ما اذا كان ناشئا من انخفاض قيمة النقد فانه يضمن المالية في هذا الفرض، لكن هذا الوجه لا يفرق بين الفرضين فانه يكون الفرد ضامنا سواء كان ناشئا من ارتفاع اسعار السلع او ناشئا من انخفاض الاوراق.

يلاحظ علي هذا الوجه:‌ صحيح ان انخفاض قيمة النقود الورقية يعد ضررا علي الدائن اذا انخفضت عند المدين، لكن هذا لا يوجب الضمان لجريان السيرة العقلاء علي عدم الضمان في اضرار المالية و القيمة و لذلك لو غصب شخص مال شخص ثم اعطاه بعد ان انخفض قيمة ذلك المال لا يعد ضامنا.

الرابع: الرجوع في الموضوعات الي العرف

ما عن الشيخ الشيرازي من اننا نأخذ الاحكام من الشرع و الموضوعات التي لا توجد فيها حقيقة شرعية من العرف، فعليه لو قال المولي ادّوا ديونكم و علي اليد ما اخذت حتي تؤدي، نأخذ المعيار في تحقق الاداء و عدمه من العرف فان وجوب الاداء حكم شرعي مأخوذ من الشارع بينما نفس الاداء موضوع الحكم فيؤخذ مما القي اليه الحكم و هو العرف، و من الواضح ان العرف لا يري الاداء محققا عند دفع المستقرض مائة تومان لمن استقرضه ذلك المقدار قبل اربعين سنة و عليه فلم يمتثل امر الشارع بوجوب اداء الدين. و لا اقل من الشك في تحقق الاداء في المثال بينما لا نشك في اشتغال ذمتنا بالدين و الاشتغال اليقيني يستدعي الفراغ يقينا و هي توجب الاحتياط بان يدفع الي المقرض من النقود الورقية ما يعادل مالية مائة تومان قبل اربعين سنة.

ان قلت:‌ ان الالتزام بهذا الامر يقتضي الالتزام به في الاختلافات اليسيرة الواقعة في مالية الاوراق المالية و عليه فمن استقرض مائة تومان مثلا في هذه السنة يجب عليه عند دفعه في السنة الآتية محاسبة ميزان التضخم في هذه المدة و دفع ما يوازن مالية مائة تومان من النقود في السنة الآتية و لو كان التفاوت بينهما يسيرة كثلاثة تومان مثلا.

قلت:‌ استقرت سيرة العقلاء‌ علي عدم الاعتناء بتغير المالية اذا كان يسيرا فيحسبون مائة تومان في هذه السنة مساويا لمائة تومان في السنة الآتية و ان كانا في الواقع غير مساويين و يشهد لذلك اقدامهم علي الاقراض مع علمهم بان مالية النقود تتغير و هذا يعني قبولهم لهذا المقدار اليسير من سقوط المالية، بخلاف ما اذا كان التفاوت فاحشا فانهم لا يقدمون علي قبول هذا النحو من التفاوت في مالية النقد ابدا. نعم لو تغيرت سيرة العقلاء في هذا الامر و صارت تحتسب اي تفاوت في المالية و لو كان يسيرا فعند ذلك يجب احتساب التفاوت باي مقدار كان عند دفع القرض. بالنتيجة انه يجب عند انخفاض مالية الاوراق النقدية او ارتفاعها احتساب القوة الشرائية الموجودة في النقود بالذهب و الفضة لتأدية الديون لكن اذا كانت قيمة الذهب و الفضة متفاوتة يجب ملاحظة الاقل قيمة فان المقام من الدوران بين الاقل و الاكثر فيجري البرائة عن الاكثر.[[134]](#footnote-134)

يلاحظ عليه اولا: صحيح ان المدار في اداء الدين هو ما يراه العرف اداءا فان كان مثليا فالمثل و ان كان قيميا فقيمته و النقود الورقية من المثليات فادائها بالمثل و هو ليس الا الرقم الاسمي لما اقترضه سابقا و ما افترضه من ان مثله قوتها الشرائية اول الكلام و السير المستحدثة لا حجية لها.

ثانيا:‌ ان ما ذكره من الرجوع الي قاعدة الاشتغال في فرض الشك في تحقق الاداء بالرقم الاسمي‌ غير تام و ذلك لان قاعدة الاشتغال تجري فيما اذا كانت الشبهة موضوعية اولا و كان الحكم متعلقا بها علي نحو صرف الوجود ثانيا و الاّ فلا مجال لجريانها مثلا لو قال المولي اكرم عالما و شك في انه يشمل خصوص العالم الديني او الاعم تجري البرائة عن التكليف بخصوص العالم الديني باعتبار ان الشبهة مفهومية لا موضوعية و كذلك لو قال المولي لا تفض من عرفات قبل غروب الشمس و شك علي نحو الشبهة الموضوعية ان هذا المكان خارج من عرفات فيدخل تحت النهي او منها فلا نهي عن الدخول فيه تجري البرائة عن التكليف بالزائد لان الحكم علي نحو الانحلال و ان كانت الشبهة موضوعية.

و المقام ليس من الشبهة موضوعية لاداء الدين و لا الحكم فيه علي نحو صرف الوجود، اما الاول فلان الشك في هذا المورد يرجع بحسب روحه و واقعه الي الشك في ان المدين لا يدري انه اشتغل ذمته بالرقم الاسمي لالف تومان او اشتغل به شريط ان يكون ذات قوة شرائية خاصة‌، من الواضح ان هذا من الشك في الشبهة الحكمية لا الموضوعية و حيث انه من الدوران بين الاقل او الاكثر تجري البرائة عن الاكثر.

و علي فرض كون الشبهة مصداقية و موضوعية بمعني انا لا ندري ان الدائن و المدين او الزوجين توافقا علي الاقتراض و الصداق علي هذا المبلغ بما له من الرقم الاسمي فقط او بشرط ان يكون ذات قوة شرائية خاصة، فالشبهة حينئذ و ان كانت موضوعية لكن لا تجري قاعدة الاشتغال لان الحكم علي نحو الانحلال فان اشتغال الذمة بالاقل محرز و الاكثر مشكوك فتجري البرائة‌ عنه.

ثالثا: لو افترضنا انه تجري قاعدة الاشتغال في جانب المدين،‌ و لكن من جانب آخر ان الدائن حيث لا يدري ان الزائد علي الرقم الاسمي يمتلكه ام لا يجري استصحاب عدم الامتلاك.

### الخامس: نفي الضرر

من المرتكز لدي العرف ان المدين لو دفع نفس النقود الورقية التي اقترضها قبل عشر سنوات و قد انخفضت قيمتها الآن انخفاضا فاحشا يعدّ ذلك ضررا عليه، و الشارع لو لم يحكم بالضمان يلزم الضرر من موقف الشارع و هو منفي فاذن يكون قيمة انخفاض النقود الورقية منجبرا.

هذا الوجه يفترق عن الوجوه السابقة انها تفرق بين التضخم الناشئ من غلاء‌ الاسعار و التضخم الناشئ من انخفاض النقود الورقية حيث يحكم بضمان القسم الثاني دون الاول لبقاء قوتها الشرائية علي حالها و انما تغيّر طرف اضافة الاوراق لا نفسها. لكن هذا الوجه لا يفرق بين القسمين لصدق الضرر علي كل حال.

### الاشكالات

الاول:‌ ان قاعدة لا ضرر ينفي وجود الحكم لا عدم الحكم و الضرر يتوجه هنا من عدم الحكم و هو عدم الضمان لا من وجود الحكم فهي لا تجري في المقام.[[135]](#footnote-135)

يلاحظ عليه: ان اطلاق لا ضرر ينفي الضرر الناشئ من موقف الشارع سواء كان ايجابيا او سلبيا فاذن يشمل عدم الضمان.

الثاني: ان حكم الشارع بضمان انخفاض قيمة النقود الورقية تدارك للضرر و القاعدة تنفي الضرر لا انه يتدارك به الضرر.

يلاحظ عليه:‌ كما عن السيد الشهيد الصدر في البحوث ان العرف يري تدارك الضرر بمثابة عدم الضرر مثل ما لو اتلف فرد مال فرد آخر ثم دفع اليه قيمته يقال عند العرف انه لم يتضرر فاذن يشمل القاعدة تدارك الضرر.[[136]](#footnote-136)

الثالث: ما عن السيد الحائري من القاعدة تنفي الضرر الناشئ من الاسلام بمعني ان الضمان لو كان ثابتا بنظر العرف و نفاه الاسلام عدّ هذا الضرر ناشئا من الاسلام فهو منفي و الا لو كان ثابتا عند العرف فلا ينفيه قاعدة لاضرر لعدم كون الضرر من جانب الشارع.[[137]](#footnote-137)هذا يعني ان قاعدة لا ضرر امضاء لما عند العقلاء من الضمانات.

يلاحظ عليه: ان قاعدة لا ضرر حكم تأسيسي من جانب الشارع لا مجرد حكم امضائي فهي باطلاقها تشمل ما اذا كان الضرر بحيث يراه العرف موجبا للضمان او لم يكن بحيث يراه العرف موجبا للضمان.

الرابع: ان لا ضرر قاعدة امتنانية و الحكم بضمان الغاصب علي خلاف الامتنان عليه.

يلاحظ عليه اولا: انه لم ترد في النص ان لا ضرر امتنان علي الامة‌ كي يقال ان جريانها في حق الغاصب علي خلاف الامتنان.

ثانيا: ان لا ضرر امتنان في حق من يجري له هذه القاعدة لا في حق من عليه.

الخامس: ان قاعدة لا ضرر لا تجري في موارد تعارض الضررين لان عدم ضرر كل من الطرفين ينفي الآخر و في المقام يدور الامر بين ان يتحمل الضرر هذا الفرد او ذاك الفرد فلا يجري لاضرر.

اجاب عنه المحقق النائيني بان الغاصب قد اقدم علي الضرر و لا يشمل القاعدة موارد الاقدام علي الضرر،[[138]](#footnote-138) لكن هذا الجواب غيرتام و ذلك اولا: ان الغاصب اقدم علي الغصب و الاقدام علي الغصب ليس اقداما علي الضرر نظير ان الاقدام علي الجنابة ليس اقداما علي الغسل و هو ضرري له، فلا يصح الحكم علي اساسه بالضمان.

ثانيا: ان القول بعدم شمول القاعدة لمن اقدم علي الضرر دوري لان الاقدام علي الضرر و هو الضمان موقوف علي عدم جريان القاعدة في حقه و الاّ‌ لو جري في حقه لا ضرر لم يقدم علي الضرر و عدم جريان القاعدة موقوف علي الاقدام علي الضرر فلزم الدور.

ثالثا: مع الغض عن كل ذلك ان هذا الوجه يتم في الغاصب المتعمّد لا في الناسي و الجاهل و المضطر لعدم اقدامهم علي الضرر.

الصحيح ان الاستدلال بقاعدة لاضرر لاثبات ضمان انخفاض النقود الورقية تام في خصوص الغاصب و ذلك انه من الناحية الفنية و ان لم يكن فرق بين الغاصب و غيره فان ضرر الغاصب يتعارض مع ضرر صاحب المال كذلك في جانب غير الغاصب، الا انه بالنظرة العرفية فرق بين الغاصب و غيره اذ العرف لا يعدّ الغاصب بقابل للامتنان فيضمن دون غيره.

### كلام مع السيد الحائري

ذكر السيد الحائري ان الاوراق النقدية من المثليات و ضمان المثلي بالمثل و للمثلي عدة من الصفات:

1. الاوصاف الذاتية هي ما تكون للشئ لا بلحاظ المقايسة الي مناشئ حاجات الانسان و لا بلحاظ المقايسة الي سائر الاموال كاللون و الطعم.

2. الاوصاف الاضافية الراجعة الي المقايسة مع مناشئ الحاجات الاستعمالية او الاستهلاكية للناس. هذه الصفات قد ترجع الي الصفات الذاتية كوقاية الثوب من البرد باعتبار ضخامته فان هذه الصفة و ان كانت بلحاظ المقايسة الي حاجة الانسان وقاية من البرد لكن الضخامة وصف ذاتي للثوب. و قد لا ترجع الي الصفات الذاتية كعدم الوقاية من البرد باعتبار حرارة الهواء.

3. الصفات النسبية الراجعة الي المقايسة مع باقي السلع و الاموال كالرخص و الغلاء.

و الذي يتدخل في مثلية الاشياء هي الصفات الذاتية و الراجعة اليها دون غيرها علي اساسه يضمن المتلف للمثل هذه الصفات دون غيرها. نعم انما يضمن القسم الثاني من الصفات الاضافية فيما اذا حال الغاصب بين المالك و بين المنفعة الاستعمالية للشئ بملاك الاضرار به مثل ما لو غصب ثلجا في الحرّ الشديد ثم ارجع نفس المقدار منه الي مالكه في الشتاء‌ الشديد البرد فيضمن الغاصب لحيلولته بين المالك و منفعته الاستعمالية‌ و يصدق الاضرار علي هذه الحيلولة. هذا بخلاف ما اذا كان الحيلولة بين المالك و بين المنفعة الاستعمالية باذنه مثل ما لو اقترض ثلجا في الصيف لمدة‌ حلول الشتاء‌ ثم ارجعه لدي الشتاء فلا ضمان عليه لان حرمان المالك من الانتفاع بثلجه في الصيف كان باذنه و معه لا يكون مشمولا لقاعدة‌ لا ضرر فلا يبقي وجه للضمان الا نفس القرض و هو ايضا لا يقتضي اكثر من ضمان الاوصاف الذاتية و المفروض انها لم تتبدل. مضافا الي النهي الصريح في الشريعة الاسلامية عن اخذ الزيادة في باب القرض فبعد ان لم تكن تلك الاوصاف دخيلة في المثل يكون الزام المدين بتدارك تلك الاوصاف داخلا لا محالة في ذاك النهي.

اذا طبّقنا ذلك علي النقود الورقية نقول: ان الصفة الذاتية لها نوع النقد مع الرقم الاسمي الخاص، اما القوة الشرائية فهي صفة نسبية راجعة الي الرخص و الغلاء لا مدخلية لها في صفات المثل فلا ضمان من هذه الجهة.

نعم لو غصب شخص الف دينار و بعد خمسين سنة اراد ارجاع المبلغ بعد ان سقط الدينار سقوطا فظيعا نتيجة لانخفاض قيمة النقود الورقية و التضخم المتزايد في مدة هذا الزمن وجب عليه ارجاع ما يناسب هذا التضخم و لا يكفيه ارجاع نفس المبلغ القديم و ذلك تداركا للضرر الذي يحكم به الارتكاز العقلائي و تمسكا بقاعدة لاضرر.

فان قلت: ان هذه منفعة سوقية و داخلة في القسم الثالث من الاقسام و ليست داخلة في القسم الثاني و هي المنافع الاستعمالية و قد مضي ان تخسير المنفعة‌ السوقية لا يوجب الضمان و لذا لو استورد شخص مبلغا كبيرا من سلعة يملك مثلها تاجر آخر و بذلك كسر القيمة السوقية لما يمتلكه ذاك التاجر و ذلك علي اساس كثرة العرض، لم يضمن له شيئا.

قلنا: بما ان هذه الاوراق النقدية تكون منفعتها السوقية مطلوبة لكل واحد فقد اصبحت هي كالمنفعة الاستعمالية اي انه مادامت هذه المنفعة اصبحت منفعة عامة منظورا اليها لكل احد فالضرر بالنسبة لها كانما يعتبر ضررا مطلقا لا نسبيا و مضافا فتشمله ادلة نفي الضرر.

و لكن في مثل ضمان القرض لا ضمان عليه اكثر من نفس المبلغ الذي اقترضه من الفرد و ذلك لدليلين:

احدهما:‌ ان ضمان المثلي بالمثل يقتضي ضمان المثل و المفروض انه لا يدخل في مثلية المثل الا الاوصاف الذاتية و هي ليست الاّ النوع الخاص من النقود الورقية مع الرقم الاسمي المعين.

ثانيهما:‌ ان المفروض الزيادة علي الرقم الاسمي المعين زيادة فتشملها ادلة تحريم الربا فلا يجوز له اخذها. و لا يمكن التمسك بقاعدة لا ضرر في المقام لان الفرد نفسه اقدم علي ضرر نفسه باقدامه بالاقراض للغير. نعم لو صح ان هذه الاوراق تعتبر عرفا قوة شرائية متجسدة لما كانت تصدق الزيادة علي تدارك القوة‌ الشرائية، لكن هذه النظرية غير تام.[[139]](#footnote-139)

نعم يبقي الكلام في ان المقترض لو لم يدفع الدين في الوقت المقرر له هل يعدّ النقود الورقية بعد ذلك الزمان بحكم المال المغصوب فيضمن قوتها الشرائية او هي بحكم القرض؟ فصّل السيد الحائري في جواب استفتاء له بين ما اذا كان بامكانه دفع القرض و لم يدفع فهو بحكم المال المغصوب فيضمن قوتها الشرائية بعد الزمن المقرر لاداء القرض و بين ما اذا لم يكن بامكانه الدفع فلا ضمان عليه اكثر من الرقم الاسمي للنقد.[[140]](#footnote-140)

يلاحظ عليه اولا: ان اخذ الزيادة علي الرقم الاسمي المعين في فرض انخفاض قيمة النقود الورقية ليست بربا فلا يكون مشمولا لتحريم الربا، و ذلك ان مفروض السيد الحائري تضرر الدائن في فرض التضخم النقود الورقية و من الواضح انه لو اشترط في القرض جبران الضرر لا يعد ذلك الشرط ربا سواء‌ قلنا بان كل شرط زائد علي اصل دفع القرض ربا كما يعتقده السيد الخويي و السيد التبريزي و شيخنا الاستاذ او قلنا بان خصوص الشرط الذي ذا نتيجة مالية ربا لا مطلق الشرط مثل القرض بشرط القرض كما ذهب اليه السيد الشهيد الصدر و السيد الزنجاني. اما علي الثاني فواضح لانه لم يشترط عليه فائدة مالية. اما علي الاول فايضا لا يعد هذا الشرط ربا لان الاقتراض بنفسه يقتضي ضمان المالية لكن رفعنا اليد عنه بالشرط الارتكازي علي عدم الضمان فلو اشترطنا في عقد القرض ضمان مالية المال فهذا ليس الا الغاء هذا الشرط المرتكز لا انه فائدة زائدة. من هنا نستدل عليه انه اذا لم يكن اشتراط انجبار القوة الشرطية ربا في عقد القرض، فكذلك لا يكون اخذها بلا شرط الزيادة ربا و لا اقل من الشك فيه فلا يصح الاستدلال بالآية الكريمة لمنع اخذ الزيادة.

### فرع

لو شككنا في تمامية ادلة ضمان انخفاض النقود الورقية فالمرجع البرائة عن الضمان، فعليه لو اشترط في القرض ضمان انخفاض النقود الورقية يكون اخذ الزائد علي الرقم الاسمي المعين ربا لان نفس القرض لا يقتضي الا نفس الرقم الاسمي و بالشرط يؤخذ الزائد علي مقدار ما يستحقه و من الواضح ان اخذ الزائد علي قدر الاستحقاق يكون ربا.

ان قلت: لو قلنا ان اعطاء القرض بشرط القرض يعد ربا يمكن القول بان هذا الاشتراط ايضا ربا، و لكن لو قلنا بعدم كونه ربا فلا يعد هذا الشرط يعني شرط ضمان انخفاض النقود الورقية ربا لان المقرض يشترط عليه ان يؤدي نفس القدر الذي اخذ منه من جهة المالية و القيمة، كما يجوز له ان يشترط ان يؤدي له القرض.

قلت: اولا: انه يوجد فرق بين الموردين فانه في القرض بشرط القرض لا يأخذ المقرض من المقترض ربا اذ لا يأخذ منه شيئا مجانا بل يأخذ منه القرض و يؤديه بعد مدة من الزمن. هذا بخلاف المقام فان المقرض بهذا الاشتراط يأخذ من المقترض ازيد مما يستحقه مجانا و من الواضح ان هذا يعد ربا.

مضافا الي اننا لا نقول بجواز القرض بشرط القرض باعتبار انه ايضا من مصاديق الزيادة و الربا اذ يصدق عليه ما يقترضه المقرض الربح عرفا. مثلا ان من يدفع الي البنك ميليون تومان كي يعطي له القرض ذا اقساط، من الواضح ان هذا القرض الثاني بنظر العرف ربح.

ثانيا: ان ما ذكره من الفرق بين ضمان بابي القرض و الغصب غير تام اذ لا يوجد فرق بينهما بحسب السيرة العقلائية الا ان الضمان في احدهما عقدي و في الآخر يدي و لو كان احدهما يوجب ضمان المالية يوجب الآخر ايضا الضمان الا ان يشترط بالشرط الارتكازي خلافه هذا خلاف مقتضي الضمان بحسب طبعه اولا و بالذات.

الصحيح في الجواب ان السيرة العقلائية في فرض انخفاض قيمة النقود الورقية لا يحكم بالضمان و يشهد لذلك ان اكثر الفقهاء‌ من الخاصة و كذلك العامة الاّ ابا يوسف ذهبوا الي عدم ضمان التضخم الورقي[[141]](#footnote-141) و هم من جملة العقلاء فنستكشف منه ان السيرة العقلائية جرت علي عدم الضمان و لا اقل من الشك في ان السيرة المرتكزة في زمن الشارع تحكم بالضمان ام لا؟ و معه لا يثبت الضمان. و اما اثبات الضمان بقاعدة لا ضرر لا يفي بالمطلوب لان الاضرار المالية لم يكن بمورد للضمان.

### السادس: قاعدة العدالة؛

ان الله سبحانه قد امر في كتابه بالعدل و الاحسان و حرّم الظلم و العدوان، من الواضح ان العدل في فرض انخفاض النقود الورقية يقتضي الضمان، كما ان حرمانه من القوة الشرائية التي كانت لنقوده السابقة ظلم عليه.

الاشكال الاول: ان المراد من الظلم و العدل في الآيات المباركة هو ما يكون بنظر الشارع عدلا و ظلما كما ان المراد من البيع في احل الله البيع ما يكون بنظره بيعا، و حيث اننا لم نحرز حرمان الفرد من القوة الشرائية ظلما بنظر الشارع فلا يثبت كونه حراما و بالتالي لا يثبت الضمان.

الجواب:‌ ان هذه الخطابات الملقاة الي العرف بلسان الامر و النهي تفيد ان المرجع في تشخيص مصاديق هذه المفاهيم من العدل و الظلم و الاّ لزم اللغوية كيف؟ لان مفاد لا تظلموا و اعدلوا لو كان العدل و الظلم بنظره لما احتاج الي بيان لان ذكر مصاديق العدل و الظلم من الامر بالصلاة و الصوم و الزكاة و غير ذلك و النهي عن السرقة و اكل اموال الناس كان كافيا لبيان وجوب العدل و الظلم بنظره، و الحال ان الظاهر من الآيات الدالة علي وجوب العدل و تحريم الظلم انها بصدد تأسيس قاعدة جديدة.

الاشكال الثاني:‌ ما يستفاد من كلام السيد الشهيد الصدر من ان صدق الظلم يتفرع علي ثبوت الحق و الكلام في المقام هل ان هذا الحق العقلائي ثابت لصاحب المال ام لا؟ و هذا غير ثابت في المقام و ذلك ان الحق لو كان من الحقوق الثابتة في نظر الشارع لابد من اثباته اما من طريق عدم الردع و اما من طريق الاطلاق المقامي، لكن هذا الحق في المقام مستحدث نظير حق التأليف و الابتكار فلم يثبت اعتبار هذه الحقوق بنظر الشارع و مع عدم ثبوتها لا يصح التمسك بعموم حرمة الظلم.

بل حتي لو صدر امر من الشارع يدل علي حرمة الحق العقلائي علي الاطلاق لابد من تقييده بالحقوق المعاصرة لزمن الشارع لاستلزامه ان يكون الشارع تابعا لاهواء‌ العقلاء و آرائهم و انّي له ذلك؟.[[142]](#footnote-142)

يلاحظ عليه اولا‌:‌ صحيح انه في جملة من الموارد ان المقصود من العناوين و المفاهيم الواردة في لسان الدليل هو المفهوم المعتبر لدي المقنن و الشارع الذي اعتبر القوانين مثل عنوان الزوج و المالك فعند ما يقال الزوج له كذا فالمراد منه هو الزوج المعتبر لدي المقنن. لكنه يوجد في خطاب تحريم الظلم خصوصية لا يصح حمله علي الظلم المعتبر لدي الشارع و ذلك ان خطاب تحريم الظلم متوجه الي الناس، فلو كان المراد منه تضييع الحق المعتبر لدي الشارع لم يكن يحتاج ذلك الي بيان لان الحق المقبول عند الشارع يساوي حرمة التضييع، من عدم اللغوية نستنج ان المراد من الظلم هو الظلم العقلائي.

ثانيا: ان ما ذكره من تقييد الحق بالحق العرفي الموجود في زمن الشارع حتي فرض وجود خطاب يدل علي تحريم الحق العرفي باطلاقه، غير تام اذ لا يوجد اي اشكال في ان يضرب الشارع قاعدة كلية اننا نقبل الحقوق العقلائية الا ما خرج بالدليل هذا ضرب قاعدة لا تبعية الشارع من اهواء‌ الناس.

توضيح ذلك: ان الظلم علي اربعة اقسام:

1. الظلم العقلي التنجيزي؛ هو ما يحكم العقل بقبحه تنجيزا من دون تعليق علي شئ آخر بحيث لو رخص الشارع في ارتكابه لا يزول الحكم بقبحه. و لا يرخص الشارع في ارتكابه و له ان لا يحكم بالتحريم و يتكل علي حكم العقل بالقبح و يعاقب علي اساسه لكنه حيث ورد انه ما من شئ الا و له حكم في الكتاب و السنة فله حكم شرعي ايضا و هو التحريم.

2. الظلم العقلي الاقتضايي؛ هو ما يحكم العقل بقبح ارتكابه ما دام لم يرد ترخيص من جانب الشارع و لو رخص و ان كان بلسان عام كالبرائة لا يحكم العقل بالقبح نظير اكل المارة و المخالفة الاحتمالية للعلم الاجمالي.

3. الظلم العقلائي التنجيزي؛ هو ما يحكم العقلاء بقبح ارتكابه تنجيزا بحيث يستنكف العقلاء ان يصدر حكم من الشارع علي خلافه، و لذلك ينصرف الاطلاق و العموم عن مثل هذه الاحكام العقلائية التنجيزية اذا كان مخالفا لها، نعم انما يردع عن ذلك ما لو ورد دليل خاص علي خلافه.

نعم ان الاطلاق و العموم المخالف لمثل هذه الارتكازات ينصرف عنها اذا كانت معاصرة لزمن الشارع و الاّ لو كان الارتكاز العقلائي متأخرا عن زمن النص فلا يوجب الانصراف. هذا فضلا عما اذا تغير الارتكاز العقلائي في موضوع فانه لا يوجب الانصراف بتا.

4. الظلم العقلائي الاقتضائي؛ هو ما يحكم العقلاء بقبح ارتكابه معلّقا علي عدم ورود ترخيص و لو بلسان عام من الشارع و الاّ لو ورد عام ينافيه يردع عن مثل هذا الارتكاز.

اذا تبين انواع الظلم فنقول:‌ ان العقلاء يعدون حرمان الدائن عن القوة الشرائية لنقوده الورقية ظلما بحيث يستبعد ان يصدر حكم من الشارع علي خلافه، هذه السيرة و ان كانت مستحدثة الا ان عموم تحريم الظلم يشمله لما تقدم من القاء الخطاب في مثله الي العرف بحيث اوكل تشخيص المصداق الي العرف، فيكون عموم تحريم الظلم بمنزلة امضاء الشارع لهذا الارتكاز، فاذن بهذا البيان يثبت ضمان القوة الشرائية لنقود الورقية في فرض الانخفاض.

ثم ان هذا الدليل يفيد ضمان انخفاض النقود الورقيه في جميع الابواب من الغصب و القرض و غير ذلك الا فيما اذا اشترط شرطا ارتكازيا او قوليا بان لا يأخذ منه الا نفس المبلغ الاسمي من النقود الورقية. اما في غيرها فيحكم علي ضمان القوة الشرائية للنقود الورقية حتي فيما اذا كان الشخص المقترض معسرا لان دليل الانظار يدل علي لزوم امهاله و لا يدل علي ان لا يأخذ منه ما يدفع به ضرره.

نعم ان الدليل يقتضي جبران انخفاض قيمة النقود الورقية اذا كان التفاوت فاحشا، اما فيما اذا لم يكن فاحشا بحيث لا يعبأ به العقلاء فلا يستدعي الدليل لزوم انجباره لعدم عدّهم ذلك ظلما. و الاختلاف الفاحش قد يكون ناشئا من كمية مقدار التضخم مثل ما اذا كان مقدار التضخم ثلاثين بالمائة. قد يكون ناشئا من طول الزمان مثل ما اذا كان التضخم سنويا خمس بالمائة لكن المال المقترض بقي بيد المدين خمس سنوات. و قد يكون ناشئا من كمية النقود مثل ما اذا كان التضخم سنويا خمس بالمائة لكن مقدار المال المقترض كان هائلا مثل ما اذا كان مائة ميليون فبقي بيد المقترض سنة فانا اذا حاسبنا مقدار التضخم في مثله يصير مبلغا بخلاف ما اذا كمية النقود مبلغا ضئيلا فانه لا يشكل مقدار التضخم الا رقما ضئيلا لا يعبأ به العقلاء بمثله في القروض و الديون.

لا يقال:‌ ان حرمة الظلم مجرد حكم تكليفي لا يثبت اشتغال ذمة المدين بالقوة الشرائية في فرض الانخفاض، فلا يثبت الضمان.

فانه يقال: اولا:‌ لو افترضنا انه مجرد حكم تكليفي، هذا يكفي لان يجبر الحاكم المدين باداء حق الغير كما للحاكم ان يجبر الولد اذا امتنع عن الانفاق لوالديه. ثانيا:‌ ان حرمة الظلم في مثل هذه الموارد يدل بالالتزام العرفي علي اشتغال ذمة المدين بحق الدائن و حيث ان حقه امر مالي فيكون ذمته مشغولة بامر مالي، و الا لو لم يكن علي ذمته شئ لما صدق ظلم اصلا.

لا يقال: ان اخذ الزائد من المدين زيادة و كل زيادة ربا لما ورد ان من اقرض رجلا فلا يشترط الا مثلها، و مثلها هو نفس النقود الورقية لا اكثر.

قلت:‌ ان الرواية تفيد حرمة اخذ الزيادة من المدين و في المقام ما يأخذه الدائن من المدين في فرض انخفاض القوة الشرائية ليس زيادة بل هو جبران لما ورد عليه من الخسارة.

الي هنا وصلنا الي هذه النتيجة ان الصحيح ضمان انخفاض النقود الورقية مطلقا اي في مطلق التعاملات التي لها مساس بالنقود الورقية سواء كان علي سبيل الغصب او غيره من القرض و سائر موارد الضمان، الا ان يكون شرط ارتكازي علي عدم الضمان مثل الاقتراض الي مدّة معينة فانه يوجد شرط ارتكازي علي ان يدفع نفس الرقم الاسمي عند الاداء. و نتيجة هذا الدليل اوسع من قاعدة لاضرر فانها تثبت الضمان في خصوص باب الغصب. لكن هذا الدليل يثبت الضمان فيه و في غيره.

### السابع: الروايات الخاصة؛

يمكن ان يستدل بروايات علي ضمان انخفاض النقود الورقية اهمّها روايتان:

1. موثقة اسحاق بن عمار عن الكاظم (ع) سألت ابا ابراهيم عن الرجل يكون لي عليه المال فيقبضني بعضا دنانير و بعضا دراهم فاذا جاء يحاسبني ليوفني يكون قد تغيّر سعر الدنانير،‌ ايّ السعرين احسب له الذي كان يوم اعطاني الدنانير او سعر يومي الذي احاسبه؟‌ فقال: سعر يوم اعطاك الدنانير لانك حبست منفعتها عنه.[[143]](#footnote-143)

تقريب الاستدلال: مفروض السؤال ان الدائن كان طالبا من المدين مثلا الف درهم فدفع اليه المدين خمسين دينارا و هو يعادل 500 درهما ثم بعد مدة من الزمان جاء المدين ليحاسب الدائن فيما بقي عليه من الدين و قد تغيّر سعر الدراهم بحيث يساوي خمسون دينارا 300 درهما، هل المعيار في الاحتساب قيمة الدنانير يوم الوفاء و الدفع او قيمة يوم المحاسبة؟ اجاب الامام بان المعيار محاسبة قيمة يوم الوفاء و الدفع و ذلك لان الدائن قد استفاد من منافع الدنانير و هي ذات قيمة كبيرة فتحاسب تلك القيمة لا هذه القيمة المنخفضة.

جريا لقاعدة ان العلة تعمّم، ان نفس هذه العلة تجري في فرض انخفاض النقود الورقية و ذلك لو افترضنا ان قيمة النقود الورقية قد انخفضت من يوم الاقتراض الي يوم الاداء بدرجة كبيرة يكون علي المدين قيمة يوم الاقتراض لانه قد استفاد من مالية هذه النقود و هي ذات قيمة كبيرة فعليه ذلك القيمة لا هذه القيمة الضئيلة.

نعم يفترق مفروض انخفاض النقود الورقية عن مورد الرواية ان موردها تكون فيما اذا انخفضت قيمة الدنانير يوم المحاسبة عن يوم الوفاء و لكن في المقام نفترض ان قيمة النقود الورقية انخفضت يوم الوفاء عن يوم الاقتراض، لكن هذا لا يوجب الفرق في الحكم لان المناط هو التعليل و هو يدل علي ان المناط في الضمان هو الاستفادة المالية من النقد سواء‌ كان من الدراهم و الدنانير او من النقود الورقية و هي ذات قيمة كبيرة فعلي المدين هذه النقود بما له من القيمة الكبيرة و ان انخفضت القيمة بعد الاقتراض.

يلاحظ عليه اولا:‌ انه يمكن الاستدلال بالرواية بعدم ضمان انخفاض النقود الورقية و ذلك لان الامام حكم باداء سعر يوم الوفاء لا سعر يوم الاقتراض، و لو كان الفرد ضامنا لانخفاض القيمة لذكر ان يحاسب سعر يوم الاقتراض و الحال انه ذكر ان المناط سعر يوم الوفاء‌ و هذا يعني عدم الضمان في فرض الانخفاض.

لا يقال: ان المفروض في الرواية عدم تفاوت القيمة بين يوم الوفاء و يوم الاقتراض و الا لو تغير لسأل عن الامام.

فانه يقال: ان اطلاق الرواية يشمل كلا الفرضين اي فرض ما اذا انخفض القيمة من يوم الاقتراض الي يوم الاداء و فرض عدم انخفاض القيمة من يوم الاقتراض الي يوم الاداء. و حيث ان الامام جعل المناط سعر يوم وفاء الدين هذا معناه عدم ضمان الانخفاض الحاصل بين يوم الوفاء و يوم الاقتراض.

هذا مع كله غير تام اذ الظاهر من الرواية ان السؤال ينصبّ علي تفاوت سعر يوم الوفاء عن سعر يوم الاحتساب. اما من حيث تفاوت سعر يوم الاقتراض و يوم الوفاء فليس بصدد البيان فلا يصح استفادة الاطلاق من الرواية من هذه الجهة.

ثانيا: ان ما ذكر من ان العلة تعمم ليس معناه الغاء جميع الخصوصيات بل المراد منه انه يلغي خصوصية المورد دون خصوصية الحكم مثلا لو قال المولي ان جائك زيد فاكرمه لانه عالم و التعليل يفيد انه لا خصوصية لزيد و انما العلة لوجوب الاكرام هو كون الشخص عالما. و لكن لابد ان يحتفظ بخصوصية الحكم و هو وجوب الاكرام في فرض المجئ لا علي الاطلاق. و في المقام لازم التعليل ان نرفع اليد عن خصوصية المورد و هو الدرهم و الدينار لكن لا يعني ان نرفع اليد عن خصوصيات الحكم و هو ان هذا الحكم انما يكون فيما اذا كان المال المقترض شئ و المال الذي ادي به الدين شئ آخر لا فيما اذا كان المال المقترض و المال المؤدي به الدين من جنس واحد. و في المقام المفروض ان ما يؤدي به الدين من جنس النقود الورقية نفسها لا من جنس آخر فلا يجري هذا الحكم فيه.

ثالثا: ان الامام في الواقع يتمسك بقاعدة كلية ارتكازية و هي ان الدائن اذا اخذ جنسا من غير الجنس الذي يطلبه ثم تغير قيمة هذا الجنس، فالمناط هو قيمته يوم الاخذ لا قيمة يوم المحاسبة، هذا سواء انخفض قيمة هذا الجنس بعد الاخذ او غلي، و لا خصوصية للدرهم و الدينار في هذا الحكم نعم ان الامام في فرض الانخفاض يذكر تعليلا عرفيا لعدم اخذ قيمة يوم المحاسبة انك قد استفدت من مالية المال في هذه المدة، و هذه القاعدة‌ الكلية لا ارتباط لها بضمان انخفاض النقود الورقية.

نعم لو يحتمل الموثقة هذا المعني ان المدين اعطي الدائن خمسين دينارا بعنوان القرض ثم حاسبه و وقع التساؤل في ان المناط قيمة يوم الاقتراض او قيمة يوم المحاسبة،‌ لصح الاستدلال بالرواية لاثبات ضمان انخفاض النقود الورقية. لكن ظاهر الرواية يدفع هذا الاحتمال فان الظاهر من قوله فيقبضني ان هذا الاعطاء كان بعنوان وفاء الدين لا القرض لتفريع الفاء. مضافا الي انه ورد في التهذيب و الفقيه بدل فيقبضني فيقضني، من الواضح ان هذا لا ينسجم الا مع اداء الدين.

2. معتبرة يونس قال كتبت الرضا (ع) ان لي علي رجل ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الايام و ليست تنفق اليوم فلي عليه تلك الدراهم باعيانها او ما ينفق اليوم بين الناس؟ قال:‌ فكتب الي لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس.[[144]](#footnote-144)

تقريب الاستدلال ان الرواية تدل علي ضمان الاوصاف الانتزاعية غير الحقيقية للمال و هي خصوصية نقدية الدرهم و رواجه و التعامل به، و علي اساسه يحكم الامام انه اذا سقط عن الرواج الدرهم الذي اعطاه للمدين، كان له عليه الدرهم الرائج لانه اعطاه الرائج. و في المقام القوة الشرائية للنقود الورقية من الاوصاف الانتزاعية غير الحقيقية للمال، فعلي اساس الرواية اذا انخفضت قيمتها يكون مضمونة علي المدين.

يلاحظ عليه اولا: ان الرواية تدل علي ضمان الدراهم اذا سقطت عن النقدية و الرواج باسره، و لا يدل علي ضمانها اذا انخفضت قيمتها، و نحن نلتزم بهذا المعني و نقول بضمان النقود الورقية بالنقود الرائجة اذا سقطت النقود السابقة عن الرواج بالاسر، و لا نقول بالضمان في فرض الانخفاض. فاذن لا يثبت بالرواية ضمان انخفاض النقود الورقية.

ثانيا: ان هذه الرواية معارضة بروايتين اخريتين: الاولي: معتبرة يونس قال كتبت الي ابي الحسن الرضا (ع) انه كان لي علي رجل دراهم و ان السلطان اسقط تلك الدراهم و جائت دراهم اعلي من تلك الدراهم الاولي و لها اليوم وضيعة فاي شئ لي عليه الاولي التي اسقطها السلطان او الدراهم التي اجازها السلطان؟ فكتب لك الدراهم الاولي.[[145]](#footnote-145)

الثانية:‌ معتبرة صفوان قال سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم او تغيرت و لا يباع بها شئ ألصاحب الدراهم، الدراهم الاولي او الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال:‌ لصاحب الدراهم، الدراهم الاولي.[[146]](#footnote-146)

حل التعارض

الاول:‌ ما عن الصدوق من ان المقصود بالرواية الاولي ان الفرد اذا دفع مقدارا من الدراهم بما هي فضة مسكوكة بسكة المعاملة لا بما هي نوع معين بالخصوص، كان له ان يأخذ من المدين في مقام الوفاء ما يعادله من الدراهم الرائجة لضمان وصف الرواج و النقدية. و الروايتان الاخيرتان تنظران الي ما اذا دفع المقرض الدراهم بما هي نقد معروف معين اي بخصوصية تلك السكة ففي هذا الفرض لم يكن له الا الدراهم من تلك السكة سواء كانت رائجة او راج غيرها لان هذا هو مقتضي اشتغال ذمة المدين بخصوص تلك السكة.[[147]](#footnote-147)

يؤيد هذا الوجه صاحب القراءات و يقول: ان سياق التعبير في رواية يونس الاولي يناسب المعني الاول اي دفع الدراهم بما هي فضة مسكوكة بسكة التعامل لا بخصوصيته حيث عبر السائل فيها بقوله فلي عليه تلك الدراهم باعيانها او ما ينفق بين الناس، الظاهر في انه يري الفرق بين ما اعطاه و بين ما ينفق كالفرق بين الاعيان و المصاديق و بين كل ما ينفق بين الناس فكأنه انما كان قد اعطاه سابقا بعنوان كونه مما ينفق بين الناس في ذلك اليوم لا لخصوصيته في سكته و هذا بخلاف التعبير الوارد في الروايتين الاخيرتين فان ظاهر التعبير فيها ملاحظة كل من الدرهمين بسكته بالخصوص و لو فرض انهما مطلقتان تشملان الصورتين فتخصص بالرواية الاولي بما اذا كانت خصوصية السكة ملحوظة و مطلوبة للدائن حين التعامل.[[148]](#footnote-148)

الثاني:‌ ما عن الشيخ في الاستبصار من ان الرواية الاولي تدل علي ان المقرض له ان يأخذ الدراهم الرائجة ما تعادل قيمة الدراهم الاولي و هي رائجة مثلا لو افترضنا انه اقرض لزيد خمسون درهما و كان كل عشرة دراهم حين رواجها تعادل دينارا واحدا ثم راج الدراهم الجديدة و هي تساوي كل خمسة دراهم دينارا واحدا. فعلي اساس ما ذكره الشيخ في الاستبصار تفسيرا لهذه الرواية للمقرض ان يأخذ من المقترض خمسة و عشرون درهما. اما الروايتان الاخيرتان فتدلان علي اخذ الدراهم الاولي، لكن ليس المراد الاخذ باعيانها بل بقيمتها فاذن بهذا البيان يقع التوفيق بين تلك الروايات.[[149]](#footnote-149)

يلاحظ علي كلا البيانين انهما جمعان تبرعيان لا دليل عليهما من ظاهر الروايات اذ لا قرينة علي حمل الرواية الاولي علي الاقراض بالنقد الرائج و الثانية بالاقراض كنقد خاص، و لا قرينة علي حمل الرواية الاولي باخذ قيمة الدراهم الاولي من الدراهم الرائجة و حمل الاخيرتين علي اخذ ما تعادل من الدراهم الرائجة.

الثالث: ما عن بعض من حمل الرواية الاولي علي فرض السقوط عن الرواج و النقدية نهائيا و الثانية علي مجرد نقصان القيمة و الوضيعة مع بقائها نقدا رائجا حيث لم يصرح فيها الا بالوضيعة.

اجيب عنه بان هذا الجمع لا يمكن المساعدة عليه لان ظاهر التعبير في الرواية الثانية – بان السلطان قد اسقطها و اجاز غيرها- سقوط الدرهم الاول عن النقدية و ما ذكر فيها من الوضيعة لا يعني انه كنقد رائج بل يعني ان قيمته باعتباره فضة مسكوكة و لو كانت ساقطة عن النقدية اقل من الدرهم الفعلي.[[150]](#footnote-150)

يلاحظ عليه: ان السلطان قد يسقط الدراهم عن الاعتبار و لكن يبقي مدة من الزمان رائجة في ايدي الناس، فالرواج لا ينافي اسقاط السلطان.

فالصحيح انه يمكن الجمع بين الرواية الاولي و الثانية بحمل الاولي علي فرض السقوط عن الرواج و الثانية علي مجرد نقصان القيمة و الوضيعة مع بقائها نقدا رائجا. لكن لا يوجد وجه للجمع بين الرواية الاولي و معتبرة صفوان حيث تدل الرواية الاولي علي اخذ الدراهم الرائجة في فرض سقوط الدراهم الاولي و معتبرة صفوان تدل علي اخذ الدراهم الاولي في نفس الفرض، فيتعارضان و يتساقطان و بعد التساقط لابد اما من الرجوع الي العام الفوقاني ان كان و اما الي الاصول العملية‌، في المقام ان العام الفوقاني هي الرواية الثانية ليونس و هي تفيد ان السلطان لو اسقط الدراهم السابقة عن الاعتبار فللدائن الدراهم الاولي و هي باطلاقها تشمل ما اذا سقطت الدراهم الاولي عن الرواج بكامله او صارت وضيعة، هذا بناء علي التعامل مع روايتي يونس كروايتين مستقلتين. لكن لو قلنا ان القرائن تفيد ان الروايتين رواية واحدة فاذن يسقط هاتان الروايتان عن الاعتبار لاختلاف النقل و يبقي رواية صفوان بلا معارض.

### ضمان ارتفاع قيمة النقود الورقية

لو ارتفع قيمة النقود الورقية هل يضمن المدين القوة الشرائية او يضمن الرقم الاسمي المعين؟ لا اشكال في انه لو كان عين المال موجودا مثل ما لو غصب فرد ميليون تومان من شخص و احتفظ بها في بيته ثم ارتفع قيمته يجب عليه رد العين، هذا بخلاف ما اذا انخفض قيمته فانه لو كان يغصب النقود الورقية و ينخفض القيمة و هي لديه كان ضامنا للانخفاض لتلف المالية في يده.

انما الكلام في فرض تلف النقود الورقية في يد الغاصب او القرض و هو مبني علي تلف العين هل ان الغاصب و المدين يضمن القوة الشرائية او الرقم الاسمي؟‌ هذا يبتني علي ان الدليل في ضمان انخفاض النقود الورقية ما هو؟‌ فان قلنا بان الدليل هو كون النقود الورقية قوة شرائية محضة انه كما يقتضي الضمان في فرض الانخفاض يقتضي الضمان في فرض الارتفاع لان ما يضمنه المقترض او الغاصب هو القوة الشرائية للنقد فسواء‌ ارتفع النقد او انخفض فعلي المدين اين يدفع القوة الشرائية لا اكثر و لا اقل.

و لو قلنا بان الدليل علي الضمان هو كون النقود المعين ذات قوة شرائية معينة بحيث يكون جنس النقود الورقية و القوة الشرائية كلاهما دخيلان في مثلية النقود ففي هذا الفرض ذكر السيد الهاشمي ان هذا الدليل يخرّج ضمان الانخفاض دون ضمان الارتفاع فعليه يكون علي المدين الضمان لو انخفض قيمة النقود الورقية اما لو ارتفع فعليه ان يؤدي نفس الرقم الاسمي لها و ذلك لان المتلف في هذا الفرض سواء‌ كان غاصبا او مقترضا يضمن جنس الرقم الاسمي المعين من النقود و القوة الشرائية لها، ففي فرض انخفاض القيمة حيث ان القوة الشرائية قد زالت لابد من جبرانها زائدا علي الرقم الاسمي المعين. اما في فرض الارتفاع فلابد من دفع الرقم الاسمي المعين لانه مثل الرقم الذي اتلفه هذا الفرد.

استشكل عليه بعض[[151]](#footnote-151) انه بناء علي هذا الوجه من كون القوة الشرائية من صفات المثل كما يضمن المتلف القوة الشرائية في فرض الانخفاض يضمن القوة الشرائية فقط في فرض الارتفاع و ذلك ببيان المفروض ان القوة الشرائية دخيلة في مثلية المثل فاذا اتلف هذا الفرد الف تومان ذا قوة شرائية تعادل مثقال واحدا من الذهب فارتفع و صار الف تومان ذا قوّة شرائية تعادل خمسة مثاقيل من الذهب،‌ فقد انعدم المماثل لالف تومان السابق لان الف تومان الجديد ليس مثله لعدم مساواة قوته الشرائية مع القوة الشرائية الف تومان السابق و المفروض ان القوة الشرائية دخيلة في مثلية المثل، فاذا لم توجد مثله لابد من دفع قيمته و هي ليست الا القوة الشرائية للنقد السابق. هذا نظير ما لو اتلف فرد الرز ذا درجة‌ ثانية ثم افتقد و لم يوجد في الاسواق الا الرز ذا درجة اولي، لا يحق لصاحب الرز ان يطالب بالرز ذا درجة اولي و لم يفت من الفقهاء احد بلزوم دفع الرز ذا درجة اولي بل ينتقل الي القيمة لانعدام المثل،‌ فكذلك في المقام اذا ارتفع قيمة النقود الورقية ينعدم المثل له فلابد من دفع قيمتها و هي ليس الا القوة الشرائية السابقة للنقد. بالنتيجة كما ان المدين و المتلف يضمن القوة الشرائية في فرض الانخفاض يضمن القوة الشرائية في فرض الارتفاع. لا فرق في ذلك بين القول بضمان يوم الاداء في باب الغصب او بضمان يوم التلف فانه علي كل حال يجب عليه ردّ الف تومان مع قوة شرائية خاصة.

اقول: ان هذا الاشكال يرد لو قلنا بان المدار في الضمان هو القوة الشرائية سواء كان كوصف مثلي للنقود الورقية او كان حقيقتها بنظر العرف هي القوة الشرائية فنقول: لو نظرنا الي القوة الشرائية كوصف للنقود الورقية مثل سائر اوصاف المثل او قلنا ان النقود الورقية قيمية فلابد من القول بضمان الارتفاع و الانخفاض معا. اما لو نظرنا الي النقود الورقية من نظرة عقلائية فمن المسلم بحسب الارتكاز العقلائي ان المتلف لالف تومان ضامن نفس الرقم في فرض الارتفاع و هذه النظرة يكشف من ان مورد الضمان هو الرقم الاسمي و القوة الشرائية‌معا. هذا هو الصحيح و المختار عندي و ان كنا لا نجزم بذلك جزما بتا.

اما لو بنينا علي ان الدليل في ضمان النقود الورقية قاعدة لاضرر فلازمه الضمان في فرض الانخفاض دون فرض الارتفاع يعني في فرض الارتفاع لابد من دفع الرقم الاسمي المعين لصدق الضرر في هذا الفرض دون فرض الانخفاض.[[152]](#footnote-152)هذا و لكن قد تقدم ان قاعدة لاضرر يثبت ضمان انخفاض النقود الورقية في خصوص فرض الغصب دون فرض القرض، فكذلك هنا يثبت الضمان في فرض الارتفاع في خصوص فرض الغصب دون القرض.

اما لو بنينا علي ان الدليل علي الضمان قاعدة العدالة فهي و ان كانت تدل علي الضمان في بابي الغصب و القرض و غيرهما من سائر موارد الضمان، لكنّها لا تدل علي الضمان في فرض الارتفاع لان قاعدة العدالة تحكم باداء الرقم الاسمي المعين من المال في هذا الفرض. بالنتيجة حيث ان الدليل علي الضمان هي قاعدة العدالة و قاعدة لا ضرر و هما يثبتان الضمان في فرض الانخفاض دون فرض الارتفاع، فلا ضمان في فرض الارتفاع.

### تعيين ميزان التضخم

الي هنا اتضح ان الصحيح هو القول بضمان انخفاض النقود الورقية و لا فرق في ذلك بين ان يكون التضخم ناشئا من ضعف القوة الشرائية و انخفاض قيمة النقود الورقية او كان ناشئا من غلاء الاسعار، الا انه يبقي التساؤل في اننا كيف نستكشف مقدار التضخم حتي نقدر ان نؤدي في فرض انخفاض النقود الورقية و التضخم زائدا علي الرقم الاسمي المعين مقدارا معينا من المال كضمان للانخفاض و التضخم؟ في المسألة احتمالات بل اقوال ثلاثة:

الاول: ان الميزان في تعيين مقدار التضخم هو الذهب يعني اننا عند ما اقترضنا مثلا ميليون تومان عن زيد نحاسب انه يساوي ايّ مقدار من الذهب ثم عند اردنا ان نؤدي القرض نرجع و نري ان المقدار المعين من الذهب يساوي ايّ مقدار من النقود الورقية فبمقداره ندفع الي المقرض. هذا ما ذهب اليه الشيخ حسين الحلي و السيد الشهيد الصدر.

يلاحظ عليه: ان الذهب ايضا سلعة كسائر السلع يمكن فيه الرخص و الغلاء فلا يصح جعله كميزان لتعيين مقدار التضخم و الانخفاض.

الثاني: ان الميزان في تعيين مقدار التضخم ما يعلنه الدول في كل سنة من انه عشر بالمائة او عشرين بالمائة او غير ذلك، فالمدين لابد ان يدفع زائدا علي الرقم الاسمي مبلغا يعادل مقدار التضخم الذي اعلنه الدولة مثلا ان زيدا لو اقترض لعمرو مائة الف تومان بمدة سنة و اشترط عليه مقدار التضخم ففي آخر السنة اعلن الدولة ان مقدار التضخم عشرون بالمائة فعلي المدين ان يدفع للدائن مائة و عشرين الف تومان اداء للقرض.

يلاحظ عليه: اولا ان علماء الاقتصاد كثيرا ما مختلفين في مقدار التضخم السنوي و هذا يوجب ان لا يعتمد علي آرائهم و اقوالهم.

ثانيا: انهم يلحظون في تعيين مقدار التضخم اشياء لا مدخلية لها في حاجة الناس اليها اصلا و الحال ان المناط في التضخم ما يحتاج اليه الناس.

الثالث: ان الميزان في تعيين مقدار التضخم هو قيمة النقود الورقية الثابتة مثلا لو افترضنا ان دلارا لها قيمة ثابتة فليجعل هذا ميزانا لتعيين مقدار التضخم فعند ما اقترض الفرد لابد له ان يلاحظ ان ما اقترضه يساوي اي مقدار من النقد الثابت ثم في مقام الاداء يؤدي ما يعادل النقد الثابت حين الاخذ، هذا ما ذهب اليه السيد الهاشمي و هذا هو المختار كميزان لتعيين مقدار التضخم.[[153]](#footnote-153)

### فرعان

الاول: ان التضخم و نقصان قيمة النقد لها اثر في باب الخمس ايضا و التساؤل انه هل الخمس يتعلق بالرقم الاسمي الزائد علي رأس المال او انه يتعلق بخصوص الفائدة الواقعية دون الرقم الاسمي؟ مثلا لو افترضنا ان تاجرا كان راس ماله المخمّس مائة ميليون تومان ثم بعد سنة حصل له الفائدة خمسين ميليون تومان و في نفس الوقت كان مقدار التضخم خمس و عشرين بالمائة هل ان الخمس يتعلق بمجموع هذا الرقم الاسمي يعني خمسين ميليون تومان او يتعلق بالربح بعد استثناء مقدار التضخم فيكون متعلق الخمس خمس و عشرين ميليون تومان؟

بناء علي ما اخترناه من ضمان انخفاض النقود الورقية نقول في هذا المقام ايضا بعدم تعلق الخمس بما يساوي مقدار التضخم لان موضوع تعلق الخمس هو الربح و الفائدة و الغنيمة و ليس قوامه بالرقم الاسمي للنقود بل بواقع ماليتها و قوّتها الشرائية و المفروض انه لم يحصل له الربح واقعا في مقدار التضخم فلا خمس فيه. هذا سواء كان ناشئا من غلاء الاسعار او ناشئا من انخفاض قيمة النقود الورقية بتبع ضعف القوة المصدرة للنقود. بل نقول بعدم تعلق الخمس بما يساوي مقدار التضخم حتي لو لم نقل بضمان انخفاض النقود الورقية لان تعلق الخمس ينوط بكون الرقم الاسمي الزائد فائدة و عند العرف ليس ذلك بفائدة بل حتي لو شك في كونه فائدة لا يتعلق به الخمس.

الثاني: بناء علي صحة المضاربة بالنقود الورقية كما هو الصحيح هل ان ربح المضاربة يحاسب بعد استثناء مقدار التضخم او قبله؟

ذهب السيد الهاشمي الي ان مقدار التضخم يستثني من الربح لنفع المالك ثم يوزّع الباقي بين العامل و المالك بالنسبة لان الربح و الفائدة يوزّع بينهما في المضاربة و هي تصدق علي الزائد علي مقدار التضخم لا علي مجموع الرقم الاسمي الحاصل اثر التجارة فاذن لو كان رأس المال مائة ميليون تومان ثم حصل الربح بالرقم الاسمي خمسين ميليون تومان و في نفس الوقت كان مقدار التضخم خمس و عشرين بالمائة فيستثني اولا خمس و عشرين ميليون تومان للمالك وقاية لرأس المال ثم يوزّع الباقي بينهما بالنسبة.[[154]](#footnote-154)

يلاحظ عليه:‌ صحيح ان مقدار التضخم ليس ربحا في الواقع لكن الارتكاز العقلائي يحكم بان هذا الرقم الاسمي الزائد حصل بسعيٍ و جهدٍ من العامل بحيث لو لم يكن العامل لبقي المال في يده مالكه و لحصل له التضرر من ناحية التضخم، فاذن حيث ان هذا الرقم الاسمي الزائد حاصل بجهده فيكون هذه هي الفائدة فلابد ان يوزّع بين العامل و المالك بالنسبة. فالصحيح في باب الضمان عدم استثناء مقدار التضخم من الربح بل يوزّع الرقم الاسمي الزائد بينهما بالنسبة.

### جريان احكام الدرهم و الدينار

ترتب في الفقه الاسلامي جملة من الاحكام علي الدرهم و الدينار مثل تعلق الزكاة بهما و التقابض في المجلس في المعاملات، يقع التساؤل هل ان احكام الدرهم و الدينار يترتب علي النقود الورقية ام لا؟ نحن نتباحث عن ترتب جملة من هذه الاحكام علي النقود الورقية علي سبيل الاختصار:

الاول:‌ المضاربة

ذكر صاحب العروة و بعض الاعاظم انه يشترط علي سبيل الاحتياط في المضاربة ان يكون رأس المال من الدراهم و الدنانير، هل ان هذه الحكم يختص بالدرهم و الدينار او يجري في النقود الورقية ايضا؟ لازم ما ذكره صاحب العروة الاقتصار، الا ان الصحيح عدم اختصاص هذا الحكم بالدرهم و الدينار يجري في النقود الورقية ايضا و بالتالي يترتب عليها احكام المضاربة، لعدم خصوصية الدرهم و الدينار في المضاربة بنظر العرف و انما المهم ان يكون رأس المال من النقد الرائج.

الثاني: الزكاة

يتعلق الزكاة بالدرهم و الدينار علي شرائط ذكر في محله، هل ان هذا الحكم يختص بالدرهم و الدينار او يشمل النقود الورقية ايضا كما احتمله السيد الصدر في فتاويه[[155]](#footnote-155)؟

يمكن ان يستدل علي تعلق الزكاة بالنقود الورقية بعدة روايات:

الاولي: ما تدل علي ان الزكاة في الدراهم و الدنانير المسكوكة؛ ففي روايات ان الزكاة انما يتعلق بالذهب و الفضة اذا كانا مسكوكين، دون ما اذا كان سبائك و حليا.[[156]](#footnote-156) تقريب الاستدلال ان المتفاهم العرفي من وجوب الزكاة في الدرهم و الدينار المسكوكة تعلق الزكاة بهما لاجل كونهما نقدا رائجا و لا مدخلية للدرهم و الدينار في الحكم و يؤيده ان الدرهم و الدينار لو تتذوبان لا يتعلق بها الزكاة و هذا يفيد عدم خصوصية الدرهم و الدينار و انما المهم كونه نقدا رائجا و هذا لا يختص بالدرهم و الدينار بل يشمل النقود الورقية ايضا.

يلاحظ عليه: صحيح ان المتفاهم عرفا من الدرهم و الدينار هو انهما مثالان للنقد الرائج، لكن نرفع اليد عن ذلك في المقام لما ورد ان رسول الله وضع الزكاة في تسعة اشياء منها «الذهب و الفضة»، و هذه الروايات تفيد ان الزكاة في خصوص النقدين المتخذ من الذهب و الفضة. هذا مضافا الي انه ورد في روايات انه لا يتعلق الزكاة بالفلس مع كونه من النقد الرائج.

الثانية: ما تدل علي ان في الثمن زكاة؛ مثل ما ورد في صحيح الحلبي عن الصادق (ع) قلت لابي عبد الله (ع) ما في الخضر؟ قال:‌ و ما هي؟ قلت القضب و البطيخ و مثله من الخضر، قال: ليس عليه شئ الاّ ان يباع مثله بمال فيحول عليه الحول ففيه الصدقة. و عن الغضاة من الفرسك و اشباهه، فيه زكاة؟ قال: لا قلت: فثمنه؟ قال: ما حال عليه الحول من ثمنه فزكّه.[[157]](#footnote-157)

و في صحيح محمد بن مسلم عن الباقر (ع) انه سئل عن الخضر فيها زكاة و ان بيعت بالمال العظيم؟ فقال:‌ لا حتي يحول عليه الحول.[[158]](#footnote-158)

تقريب الاستدلال ان هذه الروايات تدل علي تعلق الزكاة بالثمن و ليس المراد منه مطلق ما يجعل ثمنا للشئ سواء كان من النقود او العروض لوضوح عدم تعلق الزكاة بالعروض، و ايضا ليس المراد منه خصوص ما يجعل ثمنا لعدم خصوصية النقد الذي يجعل ثمنا، فاذن يكون المراد منه مطلق ما يقوم به الشئ و هذا اعم من يكون من الدرهم و الدينار او من النقود الورقية، فبهذا البيان تشمل هذه الطائفة باطلاقها ما اذا كان الثمن من الدرهم و الدينار او من النقود الورقية.

يلاحظ عليه اولا: ان المنصرف من الثمن خصوص الدرهم و الدينار فلا يشمل غيرها فلا يستفاد من هذه الرواية تعلق الزكاة بالاوراق النقدية.

ثانيا: علي فرض اطلاق هذه الروايات و شمولها لمطلق النقود، تتعارض مع الروايات التي تدل علي حصر الزكاة في الاشياء التسعة، ففي روايات متعددة: وضع رسول الله الزكاة علي تسعة اشياء:‌ الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و الذهب و الفضة و الابل و البقر و الغنم و عفا عما سوي ذلك.[[159]](#footnote-159) و النسبة بينهما عموم من وجه و ذلك لان مورد افتراق الروايات الدالة علي الحصر غير النقود، و مورد افتراق هذه الروايات الدرهم و الدينار، و مورد الاجتماع النقود الورقية، فيتعارضان و يتساقطان و يرجع الي البرائة.

ان قلت: ان تخصيص ادلة زكاة الثمن بالدرهم و الدينار اثر التعارض يوجب لغوية هذا العنوان و ذلك لان عنوان الذهب و الفضة يشمل الدرهم و الدينار و حيث ان النقود الورقية خرجت عنها اثر التعارض او لتقديم روايات الحصر، فاذن لا يبقي تحت عنوان الثمن اي شئ و صار هذا العنوان لغوا. و هذه كقاعدة كلية انه كلما لزم من التخصيص الغاء العنوان لا يقدم الدليل المخصص و لا التعارض، بل لابد من تقديم هذا الدليل الذي صار عنوانه لغوا علي تقدير تقديم الآخر، فعلي هذا الاساس يقدم الروايات الدالة علي تعلق الزكاة بالثمن. هذا نظير ما ورد من ان كل طير لا بأس ببوله و ورد ايضا اغسل مما لا يؤكل لحمه، و النسبة بينهما عموم من وجه و مورد الاجتماع بول طير غير مأكول اللحم. ففي هذا المورد لو قدم ما يدل علي لزوم الغسل لزم لغوية عنوان ما ورد ان كل طير لا بأس ببوله لان الطير غير المأكول لحمه خرج عن تحته و اما بول المأكول لحمه فلا نحتاج الي هذا الدليل لما ورد من ان كل مأكول لحم لا بأس ببوله فيلزم لغوية هذا العنوان، و لاجل ذلك يقدم الدليل الثاني علي الاول في مورد الاجتماع.

قلت:‌ انه لوكان الوارد في روايات الحصر عنوان الذهب و الفضة يلزم هذا الاشكال في فرض اختصاص روايات الثمن، بالدرهم و الدينار لان عنوان الذهب اعم من الدرهم و الدينار فلا يبقي خصوصية في الدرهم و الدينار. لكن ما ورد في روايات الحصر من عنوان الذهب و الفضة فسّر بالدرهم و الدينار في روايات اُخر بحيث لا يكون المراد منهما في روايات الحصر الا الدرهم و الدينار، اذا كان المراد منهما الدرهم و الدينار لا يلزم لغوية هذا العنوان لان الدرهم و الدينار اعم من ان يكونا رائجين او غير رائجين،‌ لكن عنوان الثمن يضيف اليهما قيدا و هو ان يكونا رائجين بحيث لو لم تكونا رائجين لا زكاة فيه؛ فاذن بهذا البيان لا يلزم اللغوية لان هذا العنوان يضيف اليهما قيدا فيكون الموضوع الدرهم و الدينار المقيدين بقيد خاص.

اجيب عن هذا الاشكال بجوابين آخرين:

الاول: انه عند التعارض يقدم الروايات التي تثبت الزكاة في النقود الورقية و هي روايات الثمن لموافقتها لعموم القرآن: خذ من اموالهم صدقة تطهرهم و تزكيهم.[[160]](#footnote-160) دون ما تنفي الزكاة عنها.

يلاحظ عليه اولا:‌ ان المرجحات لا يجري فيما اذا كان النسبة بين الروايتين عموم من وجه و انما يختص بما اذا كان النسبة بينهما التباين كما اخترناه في مباحثنا الاصولية.

ثانيا: ان موافقة الكتاب يكون مرجحا لو كان بصدد البيان و الاطلاق و ليست الآية الكريمة هنا في مقام البيان اذ ليس معناه خذ من جميع اموالهم الزكاة بل يدل علي اخذ الزكاة من جملة من اموالهم علي سبيل القدر المتيقن.

لا يقال: ان بعض الروايات تفيد ان الله فرض الزكاة في جميع الاموال و لكن النبي جعلها في تسعة و عفي عما سوي ذلك. فانه يقال‌:‌ ان هذا لا يسانخ شأن النبي الاكرم (ص) ان يفرض الله الزكاة في جميع الاموال و هو يعفي عن جملة من ذلك؛ بل ليس باختياره ان يعفي عما فرض الله علي الناس.

الثاني: ان روايات الحصر مفادها حصر اضافي لا مطلق بمعني انه يفيد العفو عن الاشياء الموجودة في زمن النبي و لا يدل علي العفو عن الاشياء الموجودة بعد ذلك، و السرّ في ذلك ان هذا العفو من المحتمل قويا انه عفو عملي لا عفو قولي و انشائي، من الواضح ان العفو العملي يختص بالاشياء الموجودة في زمنه و لا يشمل غيرها، و حيث ان النقود الورقية لم تكن موجودة في زمن النبي لا تشملها روايات الحصر فيبقي ما يدل علي من الروايات علي تعلق الزكاة بها بلا معارض.[[161]](#footnote-161)

يلاحظ عليه اولا: ان الظاهر من لسان الروايات ان عفو النبي عما عدا التسعة كان علي سبيل التشريع لا مجرد العفو و الاغماض العملي عن الاشياء الموجودة غيرها، و ذلك لان الروايات لا تثبت الزكاة في غيرها.

ثانيا:‌ انه ورد في صحيح زرارة سألت اباجعفر (ع) عن صدقات الاموال؟ فقال:‌‌ في تسعة اشياء ليس في غيرها شئ.[[162]](#footnote-162) هذه الرواية صريحة في عدم تعلق الزكاة بغير التسعة.

الثالثة: ما تدل علي تعلق الزكاة بالمال؛ ففي صحيح زرارة و محمد بن مسلم عن الصادق (ع):‌ ايما رجل كان له مال فحال عليه الحول فانه يزكيه.[[163]](#footnote-163) و في صحيح الحلبي سألت اباعبدالله عن الرجل؟ قال: لا يزكّيه حتي يحول عليه الحول.[[164]](#footnote-164) و في صحيح عبدالله بن سنان سألت اباعبدالله (ع) عن رجل كان له مال موضوع حتي اذا كان قريبا من رأس الحول انفقه قبل ان يحول عليه،‌ أ عليه صدقة؟ قال: لا.[[165]](#footnote-165) تقريب الاستدلال به ان المراد من المال في الروايات هو النقد ففي مجمع البحرين المال في الاصل الملك من الذهب و الفضة ثم اطلق علي كل ما يقتني و يملك من الاعيان، فلا يبعد ان يكون المراد من المال الدرهم و الدينار لا من حيث انهما من الذهب و الفضة بل من جهة انه يحاسب به قيمة سائر الاشياء به و بهذا المعني يصدق علي النقود الورقية ايضا.[[166]](#footnote-166)

يلاحظ عليه اولا: ان المنصرف من المال في زمن الائمة خصوص الدرهم و الدينار و معه لا مجال لشمول هذه الروايات لغيرهما. ثانيا:‌ علي فرض اطلاقها يقع التعارض بينها و بين ما يدل علي الحصر من الروايات بنفس البيان الذي قدمناه و الكلام في المقام الكلام. [[167]](#footnote-167)

الرابعة: ما تدل علي ان الله وجب الزكاة لرفع حاجة الاغنياء؛ ففي روايات ان الله عزوجلّ جعل للفقراء في اموال الاغنياء ما يكفيهم و لولا ذلك لزادهم.[[168]](#footnote-168) و في جملة منها صرّح بان الله اوجب الزكاة في الدرهم و الدينار لرفع حاجة الفقراء، مثل معتبرة الوشاء عن الرضاء (ع) قال قيل:‌ لابي عبدالله (ع) لايّ شئ جعل الله الزكاة خمسة و عشرين في كل الف و لم يجعلها ثلاثين. فقال: ان الله عزوجل جعلها خمسة و عشرين اخرج من اموال الاغنياء بقدر ما يكتفي به الفقراء و لو اخرج الناس زكاة اموالهم ما احتاج احد.[[169]](#footnote-169) تقريب الاستدلال انه يعلم من الروايات ان الغرض من جعل الزكاة في الاشياء التسعة بنحو العام و في الدرهم و الدينار بنحو الخاص رفع حاجة الفقراء، و حيث انه لا درهم و لا دينار اليوم و لو لم يكن ما هو بمكانه لانتفي حق الفقراء من البين و لم يرفع حاجاتهم.[[170]](#footnote-170)

يلاحظ عليه اولا: انه لو دفع الناس الزكاة اليوم من سائر ما تعلق به الزكاة من الانعام و الغلاّت لكفي لسدّ حاجة الفقراء‌ و المساكين و رفع فقرهم. و ثانيا: انه حتي لو قلنا بتعلق الزكاة بالنقود الورقية يلزم اللغوية و عدم الفائدة في هذا الجعل اذ يشترط في تعلق الزكاة بالنقود الورقيه مضي الحول علي عينهما بيد المالك، من الواضح ان النقود الورقية لا يبقي بيد مالكها بعينها مدة سنة عادة، خصوصا عند ما علم الناس انه يتعلق به الزكاة لو بقيت باعيانها بايدهم.[[171]](#footnote-171)

هذا كله بناء علي مبني المشهور من ان تعيين موارد الزكاة بيد الشارع و وضع رسول الله الزكاة علي تسعة اشياء و عفي عما سوي ذلك عفو تشريع. اما بناء علي ما احتمله بعض المعاصرين من تعيين موارد الزكاة بيد الحاكم بمعني ان الله فرض الزكاة و اوكل تعيين مقداره و تعيين موارده الي الحاكم الشرعي و النبي كحاكم شرعي وضع الزكاة علي تسعة اشياء و عفي عما سوي ذلك، ثم وضع امير المؤمنين (ع) الزكاة علي الخيل العتاق، و هكذا في كل زمان الامر بيد الحاكم ان يضع الزكاة في اي شئ حسب ما يراه من المصلحة.[[172]](#footnote-172) و هذا ما اختاره السيد الشهيد الصدر في بعض كتاباته الاخيرة[[173]](#footnote-173) و مال اليه السيد الحائري[[174]](#footnote-174) فبناء علي هذا الاساس للحاكم الصلاحية بان يوضع الزكاة علي النقود الورقية حسب ما يراه من المصلحة.

الثالث: بيع الصرف

يشترط في بيع الصرف التقابض في المجلس علي المشهور سواء كان بيع الدرهم بالدرهم و الدينار بالدينار او بيع درهم بدينار، هل ان هذا الحكم يجري في النقود الورقية ام لا؟ فعلي القول بعدم خصوصية الدرهم و الدينار يجري هذا الحكم في بيع النقود. لكن هذا غير صحيح لعدم صحة الغاء الخصوصية عن الدرهم و الدينار في المقام لان موضوع هذا الحكم ليس خصوص الدرهم و الدينار حتي يجري هذا الحكم في مطلق بل الذهب و الفضة و هذا يصير ما يصلح للقرينية علي ان موضوع هذا الحكم ليس مطلق النقود بل النقود المتخذة من الفضة و الذهب. هذا مضافا الي انه ورد في رواية: لا بأس ببيع الفلس بالفلسين. و لو كان المراد من الدرهم و الدينار مطلقا لجري هذا الحكم في الفلس و الحال انه لم يجر فيه.

بالنتيجة انه يجوز بيع مائة الف تومان بتسعين الف تومان او مائة و عشرين الف تومان يدا بيد. اما اذا باع مائة الف تومان بعد سنة بمائة و عشرين الف تومان فهذا ربا و حرام و ذلك لوجهين:

الاول: ما يدل من الروايات علي حرمة هذا البيع؛ ما كان من طعام مختلف او متاع او شئ يتفاضل فلا بأس ببيعه يدا بيد، فاما نظرة فلا يصلح. و المتاع اعم من ان يكون من المكيل و الموزون او من غيرهما.

الثاني:‌ ان هذا البيع و ان كان منشأ بلفظ البيع و لكن بنظر العرف يوجد فيه نكتة تحريم ربا القرض و الملاك في هذه الموارد نظر العرف، فيحرم هذا البيع.

### الرابع:‌ الديات

المذكور في لسان الروايات و المتسالم عليه فقهيا عند الخاصة و العامة ان الدية من احد الاصناف الستة و هي الابل و البقر و الغنم و الدينار و الدرهم و الحلة، الا انه يوجد تفاوت فاحش بين هذه الاصناف من حيث القيمة مثلا لو اخذنا بالحلة و قلنا بان المراد منها مطلق الثوبين كما ذهب اليه السيد الخويي[[175]](#footnote-175) يمكن تأدية الدية بما يعادل ميليوني تومان او اخذنا بالدرهم لعله يصير ستة عشر ميليوني تومان، بينما لو اخذنا بان الدية‌ الف شاة او الف دينار لعله في هذا الفرض يقرب الي ثمانين ميليون تومان، من هنا وقع البحث في ان هذه الاصناف كلها اصول يختار الجاني ايّا منها شاء او انه يوجد فيما بينها اصل و سائر الاصناف تكون بدلا عنها؟‌ و يترتب علي ذلك انه لو قلنا ان واحدا منها اصل لابد في مقام اداء‌ الدية من غير الاصل ان تلحظ مالية الاصل و قيمته، بخلاف ما اذا قلنا ان كلها اصول فلا تلحظ مالية‌ شئ منها بل يؤدي من ايّ منها شاء‌ حسب ما يختاره الجاني.

و المشهور علي ان هذه الاصناف كلها اصول و لا يشترط وحدة ماليتها و قيمتها و الجاني يختار في مقام الاداء ايّا منها شاء‌ و الوجه فيه اطلاق الروايات التي جعلت الاصناف الستة كلها في عرض واحد دية و لم تلحظ بعضها بدلا عن البعض الآخر و مقتضي اطلاقها اجزاء كل واحد منها بعنوان الدية سواء‌ تساوت في المالية مع الاصناف الاخري ام نقصت عنها.

يوجد رأي آخر اختاره بعض المعاصرين من ان الدية لها اصل واحد و هو الابل و سائر الاصناف لم تكن الاّ‌ بدلا عن مالية هذا الصنف و ذلك لوجوه:

الاول: انه ورد في روايات ان الدية مائة من الابل مثل صحيح الحلبي عن الصادق (ع):‌الدية مائة من الابل و صحيح محمد بن مسلم و زرارة و غيرهما عن احدهما:‌ هي مائة من الابل و ليس دنانير و لا دراهم و لا غير ذلك.[[176]](#footnote-176)و ظهور هذه الروايات يقتضي اولا ان الاصل في الدية مائة من الابل و ثانيا عدم اجزاء غير المائة من الابل في الدية، لكن الروايات المتعرضة للاصناف الستة تقيد هذا الاطلاق فيرفع اليد عن خصوصية مائة من الابل لا مقدار ماليتها و ذلك ببيان ان الروايات التي ذكرت الاصناف الاخري جعلتها عدلا لمائة ابل باعداد معيّنة كانت وقتئذ متعادلة معها في المالية و القيمة السوقية كما يظهر من السنة بعض الروايات[[177]](#footnote-177) فتكون هذه الخصوصية اعني التعادل و التوازن في المالية من الخصوصيات الدخيلة في الحكم المذكور و هذا هو المناسب مع الارتكاز العرفي في الضمانات اذ المرتكز عند العرف ان يخيّر الجاني توسيعا و تسهيلا له بين اصناف متعادلة لا بين اصناف غير متعادلة، فاذن يكون هذا الامر كقرينة لبية علي انه يصح التأدية منها في فرض تقارب قيمة هذه الاصناف،‌ اما في فرض الاختلاف فنرجع الي اطلاق ما دل علي ان الدية مائة‌ من الابل.[[178]](#footnote-178)

الثاني:‌ لو سلمنا تمامية الاطلاق في روايات الاصناف الخمسة الاخري من الدية مع ذلك يمكن ان يقال انه لابد في مقام الدفع من نفس سائر الاصناف منها الدرهم و الدينار لكن لا من الذهب و الفضة غير المسكوكين بل الدرهم و الدينار كنقد رائج لان المذكور في النص الدرهم و الدينار كنقد رائج و حيث انهما متعذران و كذلك الحلة فنرجع الي سائر الاصناف و هي الابل و البقر و الغنم، علي اساس هذا البيان و ان لم يكن اصل واحد الا ان الاقل منها قيمة هو الابل. نعم يحتاج هذا البيان الي تتميم و هو ان المراد من الحلة هي اليمانية لا مطلق الثوب كما ذهب اليه السيد الخويي و الا لصار مقدار الدية‌ لعله تساوي ميليوني تومان.[[179]](#footnote-179)

الثالث:‌ ان الدرهم و الدينار ينظر اليهما العرف بما هما نقدان رائجان لا بما ذهب و فضة كسائر الاجناس، و النقد وظيفته تحديد قيم الاجناس الاخري و قياسها و محاسبتها و المبادلة معها، فاذا ذكر ضمن امور يجب علي الجاني دفع احدها استفاد العرف من ذلك ان متعلق حق المجني عليه مالية تلك الاجناس و ان ذكر الدرهم و الدينار معها كان بهذا الاعتبار فيلغي العرف خصوصية تلك الاجناس بهذا المقدار، كما تلغي حينئذ خصوصية كون النقد المذكور من جنس الذهب و الفضة و يتعدي الي كل ما يكون نقدا يعبر عن الماليةالخالصة.[[180]](#footnote-180)فاذن من نظرة عرفية لا يكون الدرهم و الدينار الا مما يقوم به مالية سائر الاشياء و الروايات تدل علي انه في المقام يعبّر قيمة مائة من الابل كما في رواية عبدالله بن سنان المتقدمة و لعله تؤمي اليه رواية الحكم بن عتيبة عن الباقر (ع) قلت له: ان الديات انما كانت تؤخذ قبل اليوم من الابل و البقر و الغنم، فقال:‌ انما كان ذلك في البوادي قبل الاسلام فلما ظهر الاسلام و كثرت الورق في الناس قسمها امير المؤمنين (ع) علي الورق.[[181]](#footnote-181)

هذه الوجوه التي ذكرها بعض المدققين من الناحية الفنية يصعب التنازل منها بسهولة، ولكن الجزم بمعطياتها مشكل.

### الخامس:‌ العارية

لا اشكال في انه لا ضمان في العارية الاّ في موارد ثلاث: الافراط و التفريط و الذهب و الفضة، فعلي اساس هذا الحكم لو استعار فرد من فرد دراهم و دنانير المسكوكة يضمنها لو تلفت عنده و ان لم يشترط عليه الضمان و لم يفرط و لم يفرّط في الاحتفاظ به و يدل علي ذلك الروايات:

1. رواية عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) لا تضمن العارية الاّ ان يكون قد اشترط فيها ضمان، الاّ الدنانير فانها مضمونة و ان لم يشترط فيها ضمانا.

2. في رواية زرارة عن الصادق (ع) قلت لابي عبدالله (ع) العارية مضمونة؟ فقال جميع ما استعرته فتوي فلا يلزمك تواه الا الذهب و الفضة فانهما يلزمان، الا ان تشترط عليه انه متي توي لم يلزمك تواه و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك و الذهب و الفضة لازم لك و ان لم يشترط عليك.

3. في رواية عبد الملك بن عمرو عن ابي عبدالله (ع) قال:‌ ليس علي صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة‌ اشترط صاحبها او لم يشترط.

4. في رواية اسحاق بن عمار عن الصادق او الكاظم (ع) قال:‌ العارية ليس علي مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب او فضة فانهما مضمونان اشترطا او لم يشترطا.[[182]](#footnote-182)

من هنا يقع التساؤل في انه هل يجري هذا الحكم في النقود الورقية ام لا؟ يترتب عليه انه بناء علي الضمان لو استعار فرد من فرد آخر النقود الورقية فتلف من دون تعد وتفريط يضمنها المستعير. اما بناء‌ علي عدم الضمان لا يضمن المستعير شيئا. و الصحيح عدم جريان احكام الدرهم و الدينار في النقود الورقية لاجل احتمال الخصوصية، خصوصا بملاحظة ان المستفاد من الروايات ان مصب هذا الحكم هو الذهب و الفضة و من هنا جري الحكم في الدرهم و الدينار و لم يترتب عليهما بالاصالة، من الواضح ان ما ترتب من الاحكام علي الذهب و الفضة لا يترتب علي النقود الورقية.

# الحق

الحق اما ذاتي و اما اعتباري و الحق الذاتي هو الحق الثابت بحكم من العقل العملي كحق الطاعة و حق عدم العقاب بلا بيان، و تفصيل بيان هذا القسم من الحق موكول الي محله في مسألة التحسين و التقبيح العقليين. و الحق الاعتباري هو الحق الثابت باعتبار من المعتبر سواء كان هو الشرع او العرف، هذا هو المبحوث عنه في المقام، و في تحليل حقيقة الحق يوجد اتجاهان رئيسيان:

### الاتجاه الاول:‌ الحق مغاير للحكم

المشهور علي ان الحق اعتبار خاص كالملك يغاير سائر الاحكام و في تفسير حقيقة هذا الاعتبار اقوال:

### الاول:‌ الحق هو السلطنة

ذكر المحقق النائيني ان الحق سلطنة ضعيفة علي المال، و ذلك ان السلطنة له مراتب و المرتبة الشديدة منها السلطنة علي العين و هي الملك و المرتبة الوسطي هي السلطنة علي المنفعة، و المرتبة الضعيفة هي الحق؛ فاذن يوجد حقيقة واحدة في ملك العين و المنفعة و الحق لكل مرتبة خاصة. و الجامع بين الملك و الحق هو الاضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الاضافة المعبّر عنها بالواجدية و كون زمام امر الشئ بيد من جعل له و كونه ذا سلطنة و قدرة. و هذه الاضافة لو كانت من حيث نفسها و من حيث متعلقها تامة‌ بان تكون قابلة لانحاء التقلبات تسمي ملكا و لو كانت ضعيفة اما لقصور نفس الاضافة كحق المرتهن بالنسبة للعين المرهونة و اما لقصور في متعلقه كحق التحجير و حق الخيار بناء علي تعلقه بالعقد غير قابل لما عدا الفسخ و الاجازة و حق الاختصاص بالنسبة الي الاشياء غير المتمولة كالخمر القابل للتخليل، تسمي حقا.[[183]](#footnote-183) و هذا الرأي هو ما اختاره المحقق الايرواني في حاشيته و قال بان الفرق بين الملك و الحق بعموم الاستيلاء و السلطان و خصوصه فالملك يكون بدخول الشئ تحت السلطان بتمام شؤونه و كافة حيثياته و الحق يكون بدخوله تحت السلطان ببعض جهاته و حيثياته.[[184]](#footnote-184)

اجيب عن هذا البيان بعدة وجوه:

الاول: ان السلطنة قد تنفك عن الحق مثل حق القصاص و الخيار و التحجير الثابت للصبي مثلا فان الحق ثابت له و لا سلطنة علي اعماله و انما السلطنة لوليه، و لو كان الحق نفس السلطنة لما انفك عنها. بعبارة ان النسبة بين السلطنة و الحق عموم من وجه اذ ربما يكون سلطنة من دون حق مثل السلطنة الثابتة لولي الطفل باعتبار حق الطفل و اخري يوجد حق و لا سلطنة فيه كحق الخيار و القصاص للصبي، و ثالثة يوجد كلا الامرين مثل الحقوق الثابتة لغير القاصرين، و لو كان الحق عين السلطنة لما كان النسبة بينهما عموم من وجه بل كان النسبة التساوي.

اجاب المحقق الاصفهاني عن ذلك بان الحق هو السلطنة الوضعية علي الشئ و هي لا تنفك عنه و ما تنفك عنه هو السلطنة التكليفية و هي من آثار السلطنة الوضعية‌ لا نفسها.[[185]](#footnote-185)

يلاحظ عليه:‌ ان ما تنفك عن الحق هو السلطنة‌ الوضعية لا التكليفية فقط و ذلك بشهادة ان لولي الصبي في مثل حق الخيار السلطنة الوضعية علي الفسخ بحيث لو فسخ العقد لكان نافذا و ليس هذا مجرد جوازه تكليفا؛ بل ربما يكون الفسخ حراما عليه تكليفا مثل ما لو نذر ان لا يفسخ عقدا اصلا و مع ذلك لو فسخ العقد كان نافذا.

الثاني: ان الحق قد يتعلق باشياء لا يوجد فيه اعتبار الملك شرعا كحق الاختصاص بالخمر التي كانت خلا قبل ذلك و كحق الاولوية في الارض المحجرة التي لا تملك الا بالاحياء علي المشهور، و الحال انه حسب هذا التفسير يتعلق بهذه الامور مرتبة من مراتب الملك.[[186]](#footnote-186)

يلاحظ عليه:‌ كما ذكر المحقق النائيني بان الملك المنفي في الخمر و في الارض المحجرة هي الملكية التامة، لا المرتبة الضعيفة من الملك.[[187]](#footnote-187)

اورد المحقق الاصفهاني علي ما اجابه المحقق النائيني بان الملك سواء كانت من مقولة الاضافة او مقولة الجدة ليس لها مراتب مختلفة بالشدة و الضعف، اما الاضافة فهي تتبع المقولة التي تعرضها فان كانت من مقولة تقبل الشدة و الضعف كالكيف مثلا فلا محالة تتصف مقولة الاضافة بها تبعا كعنوان الاحرّ العارض علي الحرارة و الاّ فلا كمقولة الجوهر مثلا فان زيدا المحيط علي عين في الخارج ليس له و لا لتلك العين شدة و ضعف حتي تتصف الاحاطة بهما بالعرض، و اما الجدة فلا تتصف بالشدة و الضعف و انما تتصف بالزيادة و النقص حيث ان الهيئة الحاصلة للرأس من العمامة مثلا انقص من الهيئة الحاصلة للبدن من القميص.[[188]](#footnote-188)

لكن هذا الايراد غير وارد عليه اذ الملكية في مثل هذه الموارد امر عرفي لا ارتباط له بمقولة‌ الاضافة و لا بمقولة الجدة فيتبع نظر العرف، و من النظرة العرفية لا ريب في ان الملك يقبل الشدة و الضعف و التوسعة و الضيق باعتبار ان المالكية اذا كانت من جميع الجهات تكون الملكية شديدة و ان كانت غير تامة فهي ضعيفة. بالنتيجة ان هذا الايراد غير تام، نعم يرد الاشكال الاول بان الحق لوكان هوالسلطنة لما انفك عنها و الحال انه ينفك عنه من هنا نفهم بان الحق ليس هو السلطنة.

### الثاني:‌ الحق هو الملك

ذكر السيد اليزدي و تبعه السيد الحكيم ان الحق هو الملك لانه بحسب اللغة هو الملك و لذا يعبّر عن حق الخيار بملك الفسخ و الامضاء، و ما يترءاي من كونه في مقابل الملك اصطلاح عام او خاص لا ربط له بحقيقته.[[189]](#footnote-189)

اورد علي هذا القول اشكالات:

الاشكال الاول:‌ ان الملك يستلزم السلطنة المطلقة مع ان الحق سلطنة خاصة علي تصرف خاص.

اجاب المحقق الاصفهاني عن ذلك بان سعة المملوك و ضيقه لا ربطه له بسعة الوجدان و ضيقه.

الاشكال الثاني:‌ ان الحر لا يملك عمل نفسه بالمعني الذي يملك به امواله، بينما الحق قد يتعلق بعمل من اعمال ذي الحق كحق الفسخ و الامضاء فان الفسخ او الامضاء عمل لنفس ذي الحق.

اجاب المحقق الاصفهاني عن ذلك بان عمل الحر يصبح مملوكا له في حالتين:

1. فيما اذا توقف ترتب الاثر علي اعتبار الملك كالفسخ و الامضاء و التملك، فهنا يعتبر ملكه لذاك العمل كي يصبح قادرا عليه. اما العمل الذي يقال عنه انه لا يملكه نفس العامل فهو ما يكون من قبيل الاكل و الشرب و الكتابة و الخياطة و نحو ذلك مما لا يتوقف تمكنه منه من اعتبار الملك فيلغو اعتبار الملك.

2. في العمل الذي يكون الانسان قادرا عليه بلا حاجة الي اعتبار ملكه اياه كالاكل و لكن كان له مساس بملك الغير، فمن حيث انتسابه الي ملك الغير عدّ من منافع ملك الغير و مملوكا له تبعا، فيصح تمليك الغير اياه لنفس العامل او جعل الشارع له اياه كحق المارة.

يلاحظ علي هذا الجواب: بان ترتب الاثر علي عمل الانسان لا يحتاج الي اعتبار كونه ملكا فان الفسخ يمكن جعله نافذا من دون ان يعتبر كونه ملكا لذي الفسخ. انما يحتاج الي الاعتبار اذا كان العمل منفصلا عن الانسان.

الاشكال الثالث: ان الحق ربما يضاف الي شئ لا يوجد فيه اعتبار الملك شرعا كحق الاختصاص بالخمر التي كانت خلا قبل ذلك و كحق الاولوية في الارض المحجرة التي لا تملك الا بالاحياء علي المشهور فالحق ليس بمعني الملك اما مطلقا و اما في مثل امثال هذه الموارد.

نعم يمكن الاجابة عن هذا الاشكال بان المنفي في مثل الخمر و الارض المحجرة الملكية التامة دون الضعيفة‌، لكنه بامكان المحقق الاصفهاني ان يجيب عن ذلك بمثل ما اجاب به عن المحقق النائيني بان الملك لا تتفاوت بالشدة و الضعف. لكنه قد تقدم منا امكان الشدة و الضعف في الملك اذ الملك من الامور الاعتبارية العقلائية فهي تتبع نظر العرف و عند ما راجعنا العرف لا نجد اشكالا في اعتبار الشدة و الضعف فيه فيكون مرتبة منه هو الحق. لكن ظاهر هذا الرأي انه يتفاوت مع ما ذكره المحقق النائيني و الحال انه لو قلنا بان الحق مرتبة من الملك يكون نفس البيان، و لو قلنا بانه نفس الملك لا يمكن قبول هذا الرأي لوجود التفاوت بين الملك و الحق بنظر العرف،‌ من هنا لا نقبل هذا الرأي.

### الثالث: الحق ذا معان متفاوتة

اختار المحقق الاصفهاني ان الحق ليس له حقيقة واحدة في جميع الموارد بل في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصة بمعني انا نلاحظ دليل الاعتبار فما يفيده الدليل نقول ان الحق نفس ما هو المعتبر في لسان الدليل،‌ مثلا لو وجدنا ان المعتبر هو ولاية‌ الحاكم و الاب و الجد نقول ان الحق هو الولاية و من احكام هذا الاعتبار جواز تصرفه في مال المولي عليه تكليفا او وضعا و لا حاجة‌ الي اعتبار آخر اسمه السلطنة او الملك،‌ و اضافة الحق الي الولاية اضافة بيانية و كذلك حق التولية و حق النظارة و كذلك حق الرهانة فانه ليس الا اعتبار كون العين وثيقة شرعا و اثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء و كذلك حق التحجير اي الحق المسبب عن التحجير فهو ليس الا اعتبار كونه اولي بالارض من دون لزوم اعتبار آخر و حق الاختصاص في الخمر ليس الاّ نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخرين من دون اعتبار ملك او سلطنة له و اثر الاولوية و الاختصاص عدم جواز مزاحمة الغير له. خلاصة الكلام انه لا داعي لاعتبار السلطنة في جملة الحقوق.

نعم لا بأس بتفسير الحق بالسلطنة عند ما يكون مفهوم السلطنة مأخوذا في لسان الدليل كحق القصاص، حيث قال الله تعالي:‌ «من قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا»[[190]](#footnote-190) و كذلك عند ما لا يكون هناك معني اعتباري آخر مناسب للمقام و لو فرض عدم ذكر عنوان السلطنة في لسان الدليل و ذلك كما في حق الشفعة فانه ليس معناه اعتبار نفس الشفعة اي ضم حصة الشريك الي حصته، و الاّ لزم انتقال حصة الشريك اليه بمجرد ثبوت الحق، بينما ليس كذلك، فحق الشفعة يعني السلطنة علي ضم حصة الشريك الي حصته و كذلك حق الخيار يعني السلطنة علي اختيار الفسخ او الامضاء لا اعتبار اختيار احدهما بالفعل بان يكون بالفعل فاسخا او ممضيا، اذ لا فسخ و لا امضاء بمجرد جعل الحق.

ثم ذكر ان حق الخيار ليس ملك الفسخ و الامضاء معا او السلطنة عليهما معا و الاّ نفذ امضاؤه و فسخه معا،‌ لا احد الامرين فان احدهما المردد لا ثبوت له حتي يقوم به الملك او السلطنة بل الملك او السلطنة يتعلق بترجيح احد الامرين علي الآخر.[[191]](#footnote-191)

يلاحظ عليه اولا: صحيح ان المعتبر في مثل الولاية و التولية و النظارة هو نفس هذه الامور؛ الاّ ان العرف ينتزع منها الحق، و لا يكون هذا الانتزاع جزافا بل له منشأ علي اساسه يفهم منها معني وحدانيا و هذا يكشف عن وجود حقيقة واحدة في هذه الموارد.

ثانيا:‌ انه يقبل ان الحق يأتي بمعني السلطنة و لكن يأبي ان يكون في مثل حق الولاية‌ و التولية و النظارة سلطنة، فيمكن القول بان المعتبر فيها هو سلطنة الولي او المتولي علي الولد و الشئ كما في حق الخيار. و لا دليل علي ان لا يكون المعتبر فيه السلطنة بعد ان يقبل الحق بمعني السلطنة. نعم بناء‌ بناء‌ علي ما نفهمه من عدم ظهور الحق في السلطنة لا يأتي هذا الاشكال.

### الرابع:‌ الحق اعتبار خاص

ذكر السيد الامام ان الحق بحسب المفهوم العرفي و المرتكز العقلائي له معني واحد و هو اعتبار خاص يختلف عن اعتبار الملك او السلطنة و لم يعيّن معني هذا الاعتبار الخاص و لعل هذا القول هو مختار المحقق الخراساني حيث قال: لا يخفي ان الحق ليس سلطنة و انما كانت السلطنة من آثاره كما انها من آثار الملك و انما هو كما اشرنا اليه اعتبار خاص له آثار مخصوصة منها السلطنة علي الفسخ كما في حق الخيار او التملك بالعوض كما في حق الشفعة او بلا عوض كما في حق التحجير.[[192]](#footnote-192) و عدّ الحقوق التي ذكرها المحقق الاصفهاني غير السلطنة كالولاية و التولية و النظارة خارجة‌ عن الحقوق و ذكر ان مثل الولاية امر اعتباري لدي العقلاء مجعول بذاته غير الحق و الملك و السلطنة،‌و استشهد علي كون الحق اعتبارا خاصا مغايرا للملك و السلطنة بامور:

1. دعوي الفهم العرفي و الارتكاز العقلائي بان الحق له معني خاص مغاير للملك و السلطنة.

2. صدق الحق في موارد لا يعتبر فيها الملك و لا السلطنة، فحق الاولوية الذي قال به المشهور في من سبق الي المسجد او الامكنة الاخري الموقوفة و كذلك حق اولوية الاحياء في مورد التحجير قد انفصل عن الملك لعدم الملك في هذه الموارد بلا ريب و لو بمرتبة ضعيفة لو سلّمنا تصور الشدة و الضعف في الملك. و الحقوق الثابتة للصغير او السفيه او المحجور عليهما منفصلة عن السلطنة، فان السلطنة فيها للولي لا للمحجور عليه، و ما يقال من سلطنتهم سلطنة‌ القاصر ليس بشئ لان القاصر مسلوب المنفعة لا مفوضها.

3. انه قد تثبت السلطنة و لا يثبت الملك و لا الحق فهذا دليل علي ان الحق غير السلطنة و ذلك من قبيل سلطنة الناس علي نفوسهم فانها عقلائية و لهم ان يتصرفوا في انفسهم بايّ نحو شاؤوا لولا المنع القانوني لدي العقلاء و الشرعي لدي المتشرعة مع انهم لا يملكون انفسهم و لا لهم الحق علي انفسهم.

4. ان الملك في جميع الموارد اضافة بين المالك و المملوك و لا يتقوم بطرف ثالث اسمه المملوك عليه حتي في باب الدين فان حال الذمة في الدين حال المحفظة الخارجية في الاموال العينية التي جعلت فيها لا دخل لها في اعتبار الملكية، بينما الحق كثيرا ما يعتبر بين ذي الحق و من عليه الحق كما في حق الاستحلاف للمدعي علي المدعي عليه فهذا دليل علي ان الحق غير الملك.

5. يؤيد قوله بان الحق حينما يكون علي شخص يعتبر فيه الاداء، فيقال مثلا:‌ ادي حقه كما يقال في الدين دينه،‌ بينما لا يقال ادي سلطنته او ادي ملكه فهذا يؤيد تغاير الحق للملك و السلطنة.

6. انهم قالوا ان للمطيع علي الله حق الثواب،‌ بينما لا تعتبر الملكية و لا السلطنة في ذلك بالضرورة.[[193]](#footnote-193)

يلاحظ عليه اولا: ان ما ذكره من عدم كون الولاية و التولية و الاختصاص من الحقوق،‌ فيه انه لاريب ان المعتبر يعتبر نفس الولاية و التولية و الاختصاص و لكن العرف يعتبرها من الحقوق من هنا يقع التساؤل ان العرف لما ذا ينتزع منها الحق و لا ينتزع من مثل الاجارة و البيع؟ من الواضح ان الانتزاع العرفي لا يكون اعتباطا و جزافا، هذا يكشف من ان في هذه الامور خصوصية ينتزع العرف منها الحق؛ من هنا نستنتج ان الحق فيها و ان لم يكن مجعولا بالاصالة و انما هو مجعول بالتبع.

ثانيا: تقدم ان السيد الامام تمسك لاثبات ان الحق غير السلطنة بصدق ان الناس مسلطون علي انفسهم و لا يصدق ان الناس لهم حق علي انفسهم، اورد عليه السيد الحائري بان السلطنة في مثل الناس مسلطون علي انفسهم سلطنة تكليفية، و هي اجنبية عن السلطنة الوضعية التي هي محل البحث في المقام و ذلك ان العقلاء لم يروا ملاكا في اعتبار السلطنة للانسان علي نفسه او جوارحه بعد ان كانت السلطنة التكوينية الموجودة في المقام تكفي في نظرهم لترتيب السلطنة التكليفية عليها بلا حاجة الي افتراض سلطنة اعتبارية وضعية يترتب عليها الحكم التكليفي.

لكن هذا الجواب غير صحيح لان سلطنة الناس علي انفسهم وضعية لا تكليفية و لذلك يجوز للبالغ الرشيد ان يؤجر نفسه و ينفذ دون ايجار الصبي و الحال انه لا فرق بينهما من الناحية السلطنة التكليفية.

ثالثا: لو افترضنا ان الحق سلطنة لكن يمكن ان لا يستعمل احدهما مكان الآخر اذ يمكن ان يكون الحقيقة واحدة و لكن قد يستعمل في مورد لفظ خاص دون لفظ آخر مثل كلمة الانسان علي ما ذكره السيد السيستاني ان لفظ الانسان يستعمل مقابل الجن و لفظ البشر في مقابل الملك مع ان الحقيقة واحدة، في المقام ايضا يمكن ان يكون الحقيقة واحدة و لكن لا يستعمل في مثل الناس مسلطون علي انفسهم بدل السلطنة الحق و ذلك باعتبار ان لفظ الحق يستعمل دائما مع حذف المتعلق و لفظ السلطنة يستعمل مع المتعلق، و هذا اوجب الفرق ان يستعمل الناس مسلطون علي انفسهم دون الناس لهم حق علي انفسهم، و الشاهد علي ذلك انه لو حذفنا المتعلق في هذا المورد يصح استعمال الحق.

رابعا: ان ما ذكره من عدم تصوير الملكية في حق الاولوية لمن سبق المسجد و نحوه يمكن الاجابة عنه بان القائل بكون الحق ملكا لا يقول انها ملكية شديدة بل يقول ان هنا ملكية ضعيفة و محدودة فلا يمكن افحامه بهذا الشاهد؛ اما عدم صدق الملك العرفي فهو باعتبار ان المتبادر من لفظ الملك هي الملكية الشديدة و لذلك لا يطلق عليه الملك.

خامسا:‌ و ما ذكره من الاستشهاد بصدق ادّي حقه او ادّي دينه دون ادّي ملكه، ففيه ان هذا الصدق باعتبار خصوصيات لفظي الدين و الحق حيث انه اشرب فيهما لغويا معني الاضافة الي من عليه الحق او الدين، و لم يشرب هذا المعني في كلمة الملك و هذا مجرد فارق لغوي لا علاقة له بهوية السلطنتين.

### الخامس:‌‌ الحق هو الاولوية

باعتقادنا ان حقيقة الحق يرجع الي الاولوية و الاختصاص؛ بيانه: ان الحق في اللغة معناه الثبوت،‌ ثم استعمل بمعني ما ينبغي ان يثبت و هذا المعني تارة يستعمل في موارد احكام العقل العملي مثل ما يقال ان من حقه الثواب، و هذا القسم من الحق يقابل الباطل و ليس بمحل الكلام. و اخري يستعمل في الامور الاعتبارية مثل حق التحجير و الاولوية و الاختصاص[[194]](#footnote-194)، و هذا القسم عند ما نحلله نجد ان حقيقته يرجع الي الاولوية و الاختصاص، و ذلك ان العرف ينتزع الحق مما يوجد فيه خصوصيتان:

الاولي: ان يكون هذا الامر لمصلحة من جعل له الحق اولا و بالذات و لو كان الملحوظ فيه مصلحة الغير كان بالعرض و بالتبع، علي اساسه نجد ان العرف ينتزع من جواز قتل القاتل الحق لا من جواز قتل المشرك باعتبار ان حق القصاص جعل لمصلحة ولي المقتول، و لم يجعل جواز قتل المشرك لمصلحة المسلم و انما نكتة جواز قتله خسته.

الثانية: ان يكون هذا الامر المجعول امتيازا لمن جعل له الحق اولا و بالذات لا مسؤولية و تكليفا، و علي اساسه لو كان امر مجعولا لمصلحة فرد او صنف و لكن استوجب هذا الامر مسؤولية و تكليفا لا يعدّ ذلك حقا. نعم يمكن ان يكون في موارد مسؤولية و تكليفا بالتبع، و لكن في صدق الحق يلاحظ حيثية الامتياز.

هذا ليس معناه ان الحق دائما منتزع من حكم آخر بل اعم من ان يكون مجعولا اولا و بالذات كما في حق السبق لما ورد ان من سبق الي مكان فهو احق به و مثل حق التحجير او يكون مجعولا بالتبع كما في موارد حق الولاية فان المجعول فيها نفس الولاية و لكن العرف بنكتة ان المجعول لمصلحة الولي و انه كامتياز له، ينتزع منها الحق.

من هنا تبين الفرق بين جواز الهبة و جواز الفسخ في البيع فان جواز الهبة انما يكون لاجل ضعف عقد الهبة لا لانه جعل لاجل مصلحة الواهب، هذا بخلاف البيع فان البيع يكون شديدا و انما جعل لاجل مصلحة ذي الخيار و لذلك يكون جواز فسخ البيع حقا و جواز الهبة حكم. و ليس الفرق بينهما ان الحق يقبل الاسقاط دون الحكم لان جملة‌ من الحقوق ايضا ليس بقابل للاسقاط مثل حق الدفن للميت و ليس من الحقوق القابلة للاسقاط ما ورد من ان حق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته و يقضي حاجته و يحضر جنازته و يكشف كربته.

و ليس الحق بهذا المعني هو السلطنة لعدم صدق السلطنة في مثل ان من حق الولد علي الوالد ان يحسن ادبه، ان يقال ان للولد السلطنة علي والده.

و ليس الحق بهذا المعني هو الملك فان الملك عبارة عن اعتبار الاحاطة و الاستيلاء علي الشئ بينما ان الحق هو الاولوية و الاختصاص، و النسبة بينهما هو التباين، و يتقوم الحق باطراف ثلاثة متعلق الحق و ذي الحق و من عليه الحق و الملك يتقوم بطرفين المالك و المملوك، و باعتبار انه محيط علي الشئ المملوك يغفل عن من عليه الملك كانه لا معني لاعتباره اصلا.

### الاتجاه الثاني: الحق هو الحكم

ذكر السيد الخويي ان الحق هو الحكم الشرعي و لا يوجد اعتبار آخر يغاير سائر الاحكام بل هو نفس الاحكام و لا يختلفان حقيقة الا ان الحق حكم شرعي اختياره بيد من له الحق اسقاطا و ابقاء، و ذلك ان المجعول الشرعي علي اقسام: قد يكون وضعيا و اخري تكليفيا و قد يكون لزوميا و اخري ترخيصيا، و في هذه الاقسام تارة يكون الحكم مما يقبل الاسقاط و اخري لا يقبل الاسقاط؛ مثلا في الحكم الترخيصي الوضعي لا فرق بين جواز الهبة و بين جواز فسخ البيع، الا من ناحية ان احدهما يقبل الاسقاط دون الآخر؛ و كذلك لا فرق في الحكم الوضعي اللزومي بين اللزوم الوضعي في النكاح و اللزوم الوضعي في البيع الا من جهة ان الثاني يقبل الانفساخ دون الاول. و كذلك في الحكم الترخيصي التكليفي لا فرق بين جواز قتل المشرك و جواز قتل القاتل. و كذلك في الحكم التكليفي اللزومي لا فرق بين وجوب اداء الدين و وجوب دفن الميت، الا ان الاول قابل للاسقاط. بالنتيجة ان الحق هو الحكم؛ الا انه تارة يكون الحكم بحيث يقبل الاسقاط و اخري لا يقبل الاسقاط، و هذا المقدار من الاختلاف في الاثر لا يوجب الافتراق فان كلها يشترك في أن قوامها بالاعتبار فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلائي إلى الحق و الحكم بل كلها حكم شرعي أو عقلائي.

نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحا بطائفة من الأحكام و هي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحة في الاصطلاح. و أظن أن هذا الإطلاق صار سببا لاختلاف العلماء في حقيقة الحق و الحكم.[[195]](#footnote-195)

يلاحظ عليه اولا: ان ما ذكره من عدم الفرق بين الحق و الحكم غير صحيح لوجود الفرق وجدانا بين جواز قتل الكافر و قتل الجاني بحيث ان فردا لو اوجب ان يفرّ القاتل يقال له ان ضيّع حق اولياء المقتول، بخلاف ما لو اوجب ان يفرّ المشرك فانه لا يقال بتضييع حق المسلم، و هذا الفرق الوجداني كاف لاثبات ان الاول حق اما بمعني السلطنة و اما بمعني الاولوية، و الثاني حكم.

ثانيا:‌ ان ما ذكره من عدم الفرق بين الحق و الحكم الا في قابلية الحق للاسقاط غير صحيح فانه يوجد فرق بين الحق و الحكم في موردين آخرين: الاول: فيما اذا منع شخص آخر عن استيفاء‌ حقه مثل ما لو منعه عن استيفاء حق القصاص فانه يصدق عليه الظلم فيكون حراما و الاعانة‌ عليه ايضا حرام؛ بخلاف ما لو منع شخص عن قتل المشرك فانه لا يصدق عليه الظلم و لا يكون حراما. الثاني: انه لو صار ذو الحق محجورا عن اعمال حقه مثل حق الخيار فان لوليه استيفاء الحق؛ بخلاف ما لو وهب شخص ثم جنّ لا يجوز لوليه الرجوع لعدم الدليل عليه.[[196]](#footnote-196)

## آثار الحق

ذكر للحق آثار ثلاثة:‌ 1) جواز الاسقاط 2) جواز النقل 3) جواز الارث.

### الاول:‌ جواز الاسقاط

ذكر المحقق النائيني ان قوام الحق بقبول الاسقاط و وجّهه بان الحق عبارة عن السلطنة و لولا جواز الاسقاط لم يكن هذا سلطنة لذي الحق بل هو حكم مفروض عليه؛ فان السلطنة تعني كون زمام امر الشئ بيده و لو لم يقدر علي اسقاط الحق لم يكن زمام امره بيده.[[197]](#footnote-197)

يلاحظ عليه: ان السلطنة علي الشئ تعني كون زمام امر ذلك الشئ الذي هو متعلق للسلطنة بيده و لا تعني كون زمام امر تلك السلطنة من الاسقاط و عدمه بيده، مثلا ان الفقيه الجامع للشرائط سلطان الرعية و امرهم بيده و هذا لا يعني انه يقدر علي ان يسقط هذه السلطنة عن نفسه.

ذكر السيد الشهيد الصدر وجها آخر لاثبات ان قوام الحق بقبول الاسقاط و ذلك ان المرتكز لدي العقلاء ان الحق قابل للاسقاط بخلاف الحكم، هذا امر مسلم لدي العرف امضاه الشارع حسب ما ورد في صحيح محمد بن مسلم عن الباقر (ع) قلت له: رجل جني اليّ اعفو عنه او ارفعه الي السلطان؟ قال: هو حقك، ان عفوت عنه فحسن، و ان رفعته الي الامام فانما طلبت حقك و كيف لك بالامام.[[198]](#footnote-198) فهذا ظاهر في ذكر الصغري و الاحالة في الكبري علي الارتكاز العقلائي فيدل علي امضائه حدوده العقلائية.[[199]](#footnote-199)

يلاحظ عليه: ان الرواية لا تدل علي جواز اسقاط الحق و ذلك لانه صحيح ان حقيقة العفو لا يختلف عن حقيقة الاسقاط، الا ان العفو يختص بما اذا كان متعلق الحق هو الاشخاص و لكن الاسقاط يصدق فيما اذا كان متعلقه الاعيان و الافعال، و لا يصح ان يستفاد من جواز الاسقاط المتعلق بالاشخاص المختص بباب القصاص، جواز الاسقاط بنحو العام في جميع الموارد و الابواب سواء كان متعلقا بالاشخاص او بالاعيان او بالافعال؛ بل الرواية لا يرتبط بقابلية الحق للاسقاط، فان العفو يرتبط بالذي جني عليه و هو متعلق الحق لا بنفس الحق، فاذن لا تدل علي اسقاط الحق.

بالنتيجة انه لا دليل علي ان كل حق يقبل الاسقاط و لم يثبت الارتكاز العقلائي علي ذلك، بل نجد ان جملة من الحقوق لا يقبل الاسقاط كحق الدفن للمؤمن و حق احترام المؤمن فانه لا يحق له ان يسقط حق دفنه و يجيز جواز غيبته و لا يسقط بالاسقاط. فاذن لابد في كل مورد النظر الي الدليل فان تم الدليل علي جواز الاسقاط من دليل لفظي او ارتكاز عقلائي يسقط بالاسقاط و الا فهو باق علي جوازه و استمراره.

### الشك في قبول الاسقاط

اتضح مما ذكرناه ان الحق لا يلازم قبول الاسقاط بل لابد من النظر الي الدليل، من هنا يقع التساؤل انا لو شككنا في قبول حق للاسقاط و عدمه فما هو حكمه؟

ذكر السيد الخوئي انه إذا شك في أن المجعول الشرعي حق اصطلاحي يقبل الإسقاط، أو أنه حكم اصطلاحي لا يقبله، فان كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به و إلا فإن كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلك، و يثبت به كونه حكما مثلا لو شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة التي تمر عليها، أو جواز الفسخ في الهبة حق أو حكم فإنه يتمسك بإطلاق ما دل على جوازهما و يثبت بذلك كونه حكما، فلا يسقط بالإسقاط و لو شك في بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (ص): من سبق إلى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له. و لو شك في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله تعالى «وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً».[[200]](#footnote-200)

و إن لم يكن هناك عموم أو إطلاق فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية استصحبنا الجواز المشكوك فيه بعد إسقاطه و نحرز بذلك كونه حكما، و إلا فيرجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظية أو العملية. فقد تكون نتيجة ذلك السقوط بالإسقاط؛ و عليه فإذا شك في أن حق الشفعة و حق الخيار يقبل الاسقاط او لا يقبل الاسقاط، لم يجز إعمالهما بعد الاسقاط، لعدم الإطلاق فيما دل على ثبوتها لذي الخيار و الشفيع؛ فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية رجعنا إليه. و إلا فإن العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة[[201]](#footnote-201).

يلاحظ عليه اولا: ان الاستصحاب دليل حيث لا دليل، فاذن مع عموم لا يحل مال امرء الاّ بطيب نفسه لا تصل النوبة الي جريان الاستصحاب، فضلا عن ان يكون عمومه هو المرجع بعد عدم جريان الاستصحاب.

ثانيا: انه حتي لو بنينا علي جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية لا يجري استصحاب جواز الفسخ لكونه استصحابا تعليقيا، لان الحق بناء علي ما اختاره ليس الا جواز الفسخ في مثل حق الخيار و الاحكام الوضعية انما يصير فعليا اذا تحقق موضوعه و ما لم يتحقق الموضوع يكون الاستصحاب تعليقيا، فاذن يكون استصحاب جواز الفسخ معناه انه لو فسخ العقد لكان نافذا اذ لا معني لنفوذ الفسخ و هو لم يتحقق. و لا يجري الاستصحاب التعليقي بناء علي مختاره.

هذا لكنه بناء‌ علي الاتجاه الاول من كون الحق سلطنة او اولوية يمكن القول بجريان الاستصحاب حتي لو انكرنا جريان الاستصحاب التعليقي لان الاولوية و السلطنة و ان كان حكما وضعيا لكنهما قائمان علي البائع او المشتري فهو يوجد بمجرد العقد.

هذا كله اذا كان الاسقاط متأخرا عن العقد اما لو كان الاسقاط من حين العقد مثل ما لو اشترطا سقوط حق الخيار من الاول و شككنا في قبوله للاسقاط و عدمه، من الواضح انه لا يجري استصحاب جواز الفسخ لعدم وجود الحالة السابقة له فتصل النوبة الي جريان استصحاب بقاء ملك المشتري و لا يجري هذا الاستصحاب مادام يجري استصحاب جواز الفسخ لتقدم الاستصحاب السببي علي المسببي و هو في مرتبة السبب بالنسبة الي استصحاب بقاء الملك.

نعم لو قلنا بعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية لا تجري استصحاب بقاء الملك ايضا، و بعده تصل النوبة الي قاعدة الحل من كل من البائع و المشتري في المبيع و لا يصح شراء‌ هذا المال.

### حق الحضانة

هل ان حق الحضانة قابل للاسقاط ام لا؟ قبل الاجابة عن هذه المسألة اري من المناسب ان ابحث عن مدة‌ حق الحضانة تتميما للفائدة؛ هل انه للام الي سنتين ام الي سبع سنوات؟ والمشهور علي ان حق الحضانة‌بالنسبة الي الابن سنتان و بالنسبة الي البنت سبع سنين و ادعي في الغنية و السرائر الاجماع عليه. و مستند المشهور الجمع بين الروايات و ذلك انه يوجد في المقام طائفتان من الروايات:

الطائفة الاولي: ما يدل علي ان الولد مادام في الرضاع بين الابوين مثل معتبرة داود بن حصين عن الصادق (ع) قال: مادام الولد في الرضاع فهو بين الابوين بالسوية فاذا فطم فالاب احق به من الام فاذا مات الاب فالام حق به من العصبة و ان وجد الاب من يرضعه باربعة دراهم و قالت الام لا ارضعه الا بخمسة دراهم فان له ان ينزعه منها الا ان ذلك خير له و ارفق به ان يترك مع امه.[[202]](#footnote-202)

الطائفة الثانية: ما يدل علي ان للام حق الحضانة الي سبع سنين مثل صحيح ايوب بن نوح عن الامام الهادي، كتبت اليه مع بشر بن بشار جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقها متي يجب له ان يأخذ ولده؟ فكتب اذا صار له سبع سنين فان اخذه فله و ان تركه فله.[[203]](#footnote-203) و مثله صحيح آخر له كتب اليه بعض اصحابه: كانت لي امرأة و لي منها ولد و خليت سبيلها، فكتب (ع):‌ المرأة احق بالولد الي ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء‌ المرأة.[[204]](#footnote-204) الظاهر ان هاتين الطائفتين متعارضتان، فان الاولي تثبت حق الحضانة للابوين الي سنتين و بعدها للاب فقط بينما الثانية تدل علي ان للام فقط الحق الي سبع سنين، من هنا جمع المشهور بينهما بحمل الاولي علي ان للام حق الحضانة بالنسبة الي الابن الي سنتين و حمل الثانية علي ان لها حق الحضانة بالنسبة الي البنت الي سبع سنين. و

من الواضح ان هذا جمع تبرعي لا شاهد عليه في الروايات و لا اعتداد بالاجماع، و جمع المحقق الخوانساري بجمع آخر من حمل الروايات الدالة علي ان حق الحضانة‌ الي سنتين علي اللزوم و الروايات الدالة‌ علي حق الحضانة الي سبع سنين علي الاستحباب، و هذا ايضا جمع تبرعي لا اعتداد به مضافا الي ان هذا الحق ليس حكما تكليفيا حتي يحمل علي الاستحباب بل حكم وضعي.

فاذن يتعارضان و بعد التعارض لا اعتداد بالشهرة حتي نقول بتقديم اشهر الروايتين لان الشهرة لم تقم علي اعتبار احدي الطائفتين بل قامت علي التصرف في كلتا الطائفتين، و ليس في المقام ما يوافق الكتاب و السنة. نعم لو قلنا باعتبار الاحدثية لترجيح احدي الروايتين يمكن القول بترجيح صحيح ايوب بن نوح، لكن لم تتمّ عندنا اعتبارها كمرجح، فاذن يتعارضان و يتساقطان، و بعد ذلك يستصحب حق حضانة الامّ اما علي نحو الاشتراك و اما علي نحو الاختصاص بعد السنتين الي سبع سنين. هذا ما قواه صاحب المدارك.

لو غضضنا النظر عن هذا البحث، يطرح التساؤل في ان حق الحضانة هل يسقط بالاسقاط ام لا؟ ذكر السيد الخويي ان حق الحضانة الذي للامّ يسقط باسقاطها و لا يسقط حق الحضانة الذي يكون للاب او الجد باسقاطه[[205]](#footnote-205)؛ و ذكر السيد السيستاني ان لكل من الابوين التنازل عن حق الحضانة لاجل الآخر فقط و لو تنازل للغير لا يسقط باسقاطه.[[206]](#footnote-206)

و الصحيح انه لا دليل علي جواز اسقاط حق الحضانة لا من جانب الاب و لا من جانب الام، اما من جانب الاب فان الاب له الولاية علي ولده و حق حضانته يكون مرتبة و جزء من اجزاء و مراتب ولايته عليه، من الواضح ان حق الولاية ليس بقابل للاسقاط فان الوالد ملزم بحفظ الولد و لا يسقط هذا الحق اصلا. في نفس هذا الفرض هل يصح ان ينتقل الاب حق حضانته الي الام ام لا؟ يجوز له انتقال الحضانة الي الام مادام لم يخف ضياع الولد، لكن هذا ليس من انتقال الحق بل استيفاء لحق الحضانة اذ ليس حق الحضانة ان يكون الولد دائما معه بل له ان يحفظ اما من دون واسطة او مع الواسطة بان يجعله عند امه او اخته او زوجته فكذلك له ان يجعله عند ام الطفل، الا حيث انه كان ذلك في عقد لازم فعليه ان يفي بهذا العقد هذا مادام لم يخف عليه الضياع اما لو خاف ضياعه فعليه ان يأخذه من الام فان شرط ضمن العقد يوجب الالزام في دائرة المباحات اما بعد ان خاف عليه يخرج من دائرة المباحات و يجب عليه حفظ الولد.

اما بالنسبة الي الام فلا تلزم باستيفاء حق الحضانة بل هو مرخص في ذلك حسب الروايات، لكن لو اسقطت حقها لا دليل علي عدم نفوذ الرجوع بل الدليل المثبت لحق الحضانة يستدعي بقاء و استمرار حقها. نعم لو كان ذلك في ضمن عقد لازم لا يصح له الرجوع لان هذا الامر المباح قد الزم عليه في ضمن عقد لازم.

### حق النفقة

هل ان حق القسم و النفقة للزوجة يقبلان الاسقاط ام لا؟ بحيث اذا اسقطته الزوجة لا يصح له الرجوع او انهما لا يقبلان الاسقاط؟ لا دليل علي قبولهما للاسقاط، فاذن لو اسقطت الزوجة حقها ثم رجعت نفذ هذا الرجوع، هذا ما صرح به صاحب الجواهر.

اما اذا اشترط عدم مطالبة حق القسم و النفقة في العقد بنحو شرط الفعل هل يصح هذا الاشتراط ام لا؟ لا اشكال في انه لو اشترط ذلك في عقد آخر غير عقد الزواج او تصالحا علي ذلك، كان نافذا و يدل عليه صحيح علي بن جعفر عن اخيه موسي بن جعفر (ع) قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت احداهما:‌ ليلتي و يومي لك، يوما او شهرا او ما كان، أ يجوز ذلك؟ قال:‌ اذا طابت نفسها و اشتري ذلك منها فلا بأس.[[207]](#footnote-207) و في صحيح زرارة عن ابي جعفر (ع):‌ من تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة و القسمة و لكنه ان تزوج فخافت منه نشوزا و خافت ان يتزوج عليها او يطلقها فصالحت من حقها علي شئ من نفقتها او قسمتها فان ذلك جائز لا بأس به.[[208]](#footnote-208) هذه الروايات تدل علي سقوط حق القسم و النفقة بعد عقد الزواج في ضمن عقد آخر.

اما اذا اشترط ذلك في نفس عقد النكاح هل يكون هذا الشرط نافذا ام لا؟ في المقام طائفتان من الروايات:

الاولي: ما تدل علي بطلان اشتراط عدم مطالبة حق القسم و النفقة‌ في عقد الزواج و ان كان يصح ذلك لو تصالحا بعد العقد، مثل صحيح زرارة سئل ابو جعفر (ع) عن النهارية يشترط عليها عند عقدة النكاح ان يأتيها متي شاء كل شهر و كل جمعة يوما و من النفقة كذا و كذا؟‌ قال:‌ ليس ذلك الشرط بشئ و من تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة و القسمة.[[209]](#footnote-209) و في رواية‌ اخري عنه قال: كان الناس بالبصرة يتزوجون سرّا فيشترط عليها ان لا آتيك الاّ نهارا و لا آتيك بالليل و لا اقسم لك، قال زرارة:‌ و كنت اخاف ان يكون هذا تزويجا فاسدا، فسألت اباجعفر (ع) عن ذلك؟ فقال: لا بأس به،‌ يعني التزويج،‌ الاّ انه ينبغي ان يكون هذا الشرط بعد النكاح و لو انها قالت له بعد هذه الشروط قبل التزويج: نعم، ثم قالت بعد ما تزوجها:‌ اني لا ارضي الاّ ان تقسم لي و تبيت عندي، فلم يفعل كان آثما.[[210]](#footnote-210)هذه الطائفة تدل علي عدم صحة اشتراط عدم مطالبة حق النفقة و القسم في ضمن عقد النكاح بحيث لو شرط هذا الشرط لم يكن نافذا كما يدل عليه الرواية الثانية، و المراد من النهارية ما يفسره الرواية الثانية من ان الرجل يشترط علي زوجته الثانية ان لا آتيها الاّ نهارا خوفا من زوجته الاولي.

الثانية‌ ما تدل علي صحة اشتراط سقوط حق القسم و النفقة في عقد النكاح مثل مرسلة‌ ابن ابي عمير و مرسلاته معتبرة باعتقادنا لانه لا يرسل و لا يروي الاّ عن ثقة‌،‌ عن ابي عبد الله (ع)، في رجل يتزوج المرأة فيشترط عليها ان يأتيها اذا شاء و ينفق عليها شيئا مسمّي، قال: لا بأس.[[211]](#footnote-211)و في رواية عبد الرحمن بن ابي عبدالله عن ابي عبد الله (ع) قال: سألته عن الرجل يتزوج امرأة‌ و يشترط عليها ان يأتيها اذا شاء و ينفق عليها شيئا مسمّي كل شهر؟ قال:‌ لا بأس.[[212]](#footnote-212)و هذه الطائفة‌ تدل بوضوح و جلاء‌ علي صحة اشتراط حق القسم و النفقة في العقد، و الرواية الثانية من هذه الطائفة و ان كان في سندها معلي بن محمد و هو لم يوثق في الرجال، لكنه يعتمد عليه لاكثار الكليني عنه؛ فاذن يتعارضان و حيث انه لا جمع عرفي بينهما و لا يوجد ترجيح لاحدهما علي الآخر فيتساقطان و بعده يرجع الي مقتضي القاعدة، و الاصل العقلائي يدل فيما اذا كان الحق ترخيصيا علي انه بيد صاحب الحق فان اشترط امرا في ضمن العقد يكون نافذا و هذا امر مرتكز عند العقلاء و لم يثبت الردع عنه و لا يصلح الروايات المعارضة في المقام للردع لانه لابد ان يكون واصلا و مع المعارضة كيف يكون واصلا. و كذلك ظهور المؤمنون عند شروطهم يفيد جواز هذا الشرط.

هذا البيان يورد عليه اشكالات اما من جهة امكان الجمع العرفي بين الروايات، و اما من جهة عدم عمومه لمثل حق الانفاق،‌ و اما من جهة استلزامه ما لا يمكن الالتزام به، من هنا لابد من الاجابة عن هذه الاشكالات:

الاول: امكان الجمع العرفي؛ ان الاشتراط في رواية عبدالرحمن بن ابي عبدالله اعم من ان يكون في ضمن عقد النكاح او بعده، و رواية زرارة في الطائفة الثانية يفرّق بين شرط ضمن العقد و بين الشرط بعد العقد، فيحمل المطلق علي المقيد و هو ما اذا كان الشرط بعد العقد؛‌ فيرتفع التعارض من البين.

الجواب: ان الظاهر من الاشتراط هو مقارنة الشرط للعقد، و الا لما كان يذكره الراوي في سؤاله، مضافا الي ان صحيح زرارة يصرح بان المراد منه الاشتراط حين العقد. بالنتيجة ان الرواية تدل علي عدم صحة اشتراط عدم مطالبة حق النفقة و القسم في ضمن عقد النكاح بحيث لو شرط هذا الشرط لم يكن نافذا.

الثاني: عدم العموم للانفاق؛ هذا البيان يتم في مثل حق القسم و لا يجري في مثل حق النفقة لانه لو اشترط في ضمن العقد عدم مطالبتها حق الانفاق هذا لا يكفي لبرائة ذمة الزوج لان النفقة دين علي ذمة الزوج سواء‌ طالبت الزوجة او لم تطالب، و لو كان مآل هذا الشرط الي ابراء ذمة الزوج فنفاذه مورد الاختلاف في الروايات، و الارتكاز العقلائي انما جري علي الابراء عن الدين المستقر اما الدين الذي لم يستقر علي عهدة الفرد فلا معني للابراء عنه، فاذن لا دليل علي نفاذ الابراء عنه. فاذن يتعارض الروايات يتساقط و بعده يرجع الي عموم علي الزوج ان يقيم ظهرها و يكسو جثتها.

الجواب: ان حق نفقة الزوج ليس حكما تعبديا محضا بل حكم امضائي، فعليه اذا اشترط في العقد عدم مطالبتها لحق الانفاق يكون هذا الشرط نافذا عند العقلاء و لم يردع هذه السيرة من جانب الشرع و الاّْ لاتي بيان مع عموم الابتلاء بها. بل مع احتمال هذه السيرة لا ينعقد الاطلاق لمثل قوله علي الزوج ان يقيم ظهرها و يكسو جثتها، لان هذا الارتكاز المحتمل كقرينة لبية متصلة يمنع عن انعقاد الاطلاق. فيستصحب عدم اشتغال ذمة الزوج بالنفقة.

الثالث: الاستلزام لما لا يلتزم به؛ ان هذا البيان الذي ذكر من نفاذ اشتراط عدم مطالبة حق النفقة و القسم،‌ يجري فيما اذا اشترط في العقد ان لا يتزوج ثانية او لا يطلقها او تصالحا علي ان لا يرجع بعد الطلاق، فعليه اذا اشترط مثل هذه الامور يكون نافذا و لا يصح له الرجوع.

الجواب: ان الارتكاز العقلائي يفرق بين شرط عدم العقد او الايقاع و بين شرط عدم مطالبة حق القسم و الانفاق، فان الثاني يرتبط بالغير فاذا اشترط في ضمن العقد عدم مطالبتها لا تصح لها الرجوع بعده و لو رجعت لما كان نافذا فان الرضا الشرطي يقوم مقام الرضا الفعلي و هي قد رضيت بعدم مطالبة حقها في العقد فلا يكون نافذا بعد العقد. بخلاف القسم الاول فانه يرتبط بفعل نفس المشترط فاذا خالف الشرط يكون نافذا.

الرابع: الرجوع الي عموم حق النفقة؛ انه بعد التعارض و تساقط الروايات لا معني للرجوع الي الارتكاز العقلائي و عموم المؤمنون عند شروطهم بل لابد ان نرجع الي عموم حق القسم و النفقة للزوج.

الجواب: انه مع الارتكاز العقلائي علي عدم مطالبة الزوجة هذا الحق بعد ان اشترط في ضمن العقد لا معني للرجوع الي العموم الفوقاني فانه خارج عن تحت العام.

### الثاني:‌ جواز النقل

هل ان الحقوق كلها قابل للنقل و الانتقال ام لا؟ يمكن ان نقول: ان في المسألة عدة بيان:

الاول: ذكر المحقق النائيني في هذا الصدد ان الحقوق ليس كلها علي حدّ سواء:‌ فمنها ما لا يقبل غير الاسقاط كحق القذف. و منها ما يقبل النقل الي الغير اما بلا عوض كحق القسم علي ما ذكره جماعة فهو ينقل الي الضرّة و لا يجوز اخذ العوض او ينقل بعوض كحق التحجير، و ما يقبل النقل قد يقبل النقل الي كل احد كحق التحجير و قد لا يقبل النقل الاّ الي بعض الناس كحق القسم الذي لا يقبل النقل الي الضرّة. و منها ما يقبل الانتقال بالارث كالخيار فالبائع مثلا لو كان له خيار الفسخ لارجاع العين فلا معني لنقل خياره الي شخص آخر اذ لا معني لارجاع العين المبيعة الي شخص آخر و لكن انتقاله الي الوارث في محله لدخوله تحت عنوان التركة. و الحق القابل للنقل لا يقبل النقل الي من هو عليه لنكتة عامة‌ في جميع موارده و لنكات خاصة في بعض الموارد. اما النكتة العامة في جميع موارده فهي عدم امكان وحدة المسلط و المسلط عليه، و اما النكات الخاصة‌ فمن قبيل ان حق الرهانة‌ سلطنة للمرتهن علي العين المرهونة ليستوفي منها دينه و لا يتصور ذلك في الراهن كي يعقل نقله اليه و حق الشفعة سلطنة بها يقدر الشريك علي اخذ الحصة المشتراة و لا يتصور ذلك في المشتري نفسه كي ينقل اليه و حق الخيار بالنسبة للبائع مثلا يعني حق تملكه للمبيع و لا معني لنقل هذا الحق الي المشتري بان يكون له حق تملك المبيع.[[213]](#footnote-213)

استشكل السيد الامام علي عدة موارد من كلامه:

الاول: فيما ذكره من عدم نقل حق القسم الي غير الضرة لعدم معقولية انتقال حق المضاجعة الي غير الزوجة، بان معني انتقال الحق الي انسان آخر غير الزوجة ليس هو امتلاكه لحق المضاجعة بمعني مطالبته لذاك الرجل بمضاجعته معه و انما معناه ان حق المضاجعة الذي كان لتلك الزوجة صار امره بيد من نقل اليه الحق فبامكانه مثلا اسقاطه و بامكانه اعطاؤه لاحدي الضرّات الاخري او مصالحته مع احدي الضرات ‌علي الحق الذي صار بيده.

الثاني: فيما ذكره من عدم انتقال حق الشفعة الي من هو عليه، فانه قابل للانتقال الي المشتري بمعني ان يكون له حق ضم الحصة المشتراة الي ملك الشريك و ليس بمعني حق ان يمتلك هو تلك الحصة حتي يقال ان هذا غير معقول لان تلك الحصة هي ملك له.

الثالث:‌ يتضح الاجابة ايضا عماذكره المحقق النائيني من عدم نقل الخيار من البائع الي المشتري اذ لا معني لتملك المشتري للعين المبيعة لانها ملكه في غير محله اذ من الممكن ان يقال: ان معني انتقال الخيار الي المشتري هو ان يكون له حق لارجاع العين الي البائع لا حق تملكها كي لا يعقل ذلك بالنسبة للمشتري، و لك ان تقول ان الخيار للبائع لا يعني حق تملك العين المبيعة بالذات و انما يعني حق فسخ العقد و هذا كما يتصور بشأن البائع يتصور بشأن المشتري.

الرابع:‌ يتضح ايضا الاجابة عما ذكره المحقق النائيني من عدم معقولية نقل الخيار الي شخص ثالث لان الخيار يعني ارجاع العين الي ملك المالك الاول بالفسخ و لا يعقل ارجاعها بالفسخ الي ملك الاجنبي غير صحيح لانه يرد عليه ما افاده السيد الامام حيث ذكر ان لصاحب الخيار سلطنة علي الفسخ و الامضاء ‌و لازم الفسخ رجوع كل من العين و الثمن الي محله الاول و هذا المعني قابل للنقل الي الغير سواء كان هو الاجنبي او طرف المعاملة و لينس نقله الي الاجنبي او طرف المعاملة الا كجعل الخيار ابتداء للاجنبي او لطرف المعاملة فلو فسخ ذلك الاجنبي كانت نتيجة الفسخ رجوع كل من العوضين الي ملك مالكه الاول لا الي ملك الاجنبي.[[214]](#footnote-214)

اقول:‌ ان ما ذكره السيد الامام من الاشكال علي المحقق النائيني تام لا غبار عليه الا انه يوجد علي مجموع المسألة هذه الملاحظة و هي انه يستظهر من كلام السيد الامام و المحقق النائيني انه اذا انتقل حق القسم الي الضرّة سواء كان من دون واسطة كما يعتقده المحقق النائيني او مع واسطة‌ كما يعتقده السيد الامام، ان للمنتقل اليه هذا الحق ان يستفيد من هذا الحق لنفسه و يلزم الزوج علي ان يبيت عندها بدل ليلة واحدة‌ من اربع ليال اثنا ليلة او ثلاث ليال او اكثر، لكن هذا لا وجه له و انما الذي يقدر عليه المنتقل اليه الحق سواء‌ كان ضرة او غيره ان يجبر الزوج علي ان يبيت عند سائر الزوجات لان للزوج ايضا حقا بان يستمتع من اي منها شاء و لو كان لازم انتقال حق القسم ما يستفاد من كلام المحقق النائيني و السيد الامام يتضيع حق الزوج. هذا مضافا الي انهم افترضوا ان هذا الحق قابل للانتقال، و لكنه سيأتي انه لا دليل علي ان حق القسم قابل للانتقال، و التمسك باطلاق و عموم احل الله البيع و اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض من الشبهة المصداقية لما هو قابل للانتقال كما سيتضح آنفا.

الثاني: حاول المحقق الاصفهاني ان يعطي ضابطا لجواز النقل و الانتقال من انه اذا وجدت خصوصية في ذي الحق تري بالنظر العقلائي انها مقومة للحق لم يجز نقله الي غيره ممن لا يملك تلك الخصوصية و ان نفيت مقومية‌ الخصوصية بالنظر العقلائي جاز. فحق الولاية المعطي للحاكم او للاب يري عقلائيا انه لخصوصية في الحاكم او الاب،‌ فلا معني لنقله الي الغير،‌ و كذلك حق الوصاية التي اوكلها الميت الي شخص انما اوكلها اليه لخصوصية فيه و نظر الميت اليه بالخصوص، فلا معني لنقله الي غيره، و هذا بخلاف حق التحجير مثلا، فهويقبل النقل لعدم وجود خصوصية مقوّمة في بقائه لنفس المحجّر عقلائيا.[[215]](#footnote-215)

اقول: ان ما ذكره من الضابط لقبول النقل و الانتقال لا يرجع الي محصل اذ لا فرق بين الاقسام الذي ذكره بحسب الواقع، الا ان يرجع الي القابلية العرفية للنقل و الانتقال، و هذا صحيح ان ما يعدّه السيرة العقلائية قابلا للنقل يمكن نقله.

الثالث: بعد ان اتضح عدم تمامية المحاولات السابقة نحن نريد ان نحاول ذلك من طريق آخر و هو ان نري الادلة التي اقيمت لاثبات ان الحقوق قابل للنقل و الانتقال هل تثبت ذلك ام لا؟ و العمدة هي عموم و اطلاق احل الله البيع و اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض و الصلح جائز بين المسلمين، ببيان انه يصح نقل هذه الحقوق بالبيع و الصلح و غير ذلك من العقود عند العرف، فيشمله العموم و الاطلاق. و لعله احسنها دلالة قوله تعالي: تجارة عن تراض فانه لو باع الشخص حق القصاص مثلا، لا يصدق علي ما اخذه البائع من الثمن من مصاديق اكل المال بالباطل بل يعدّ من مصاديق تجارة عن تراض، و لا نحتاج في ذلك الي تصحيح صحة البيع.

يلاحظ عليه اولا: الظاهر من الآية الكريمة انها تدل علي صحة التجارة فيما اذا كان التبادل بين المالين لقوله تعالي: و لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض، و في المقام احد الطرفين مال دون الطرف الآخر فيكون من الشبهة المصداقية لشمول اطلاق الآية الكريمة لهذا المورد لعدم وضوح صدق «اكل الحق» كما يصدق اكل المال، لو لم نقل بعدمه. بعبارة ان الآية الكريمة تدل علي جواز اكل المال بالتجارة عن تراض، و اكل المال يصدق بالنسبة الي الاعيان الخارجية‌ لا بالنسبة الي الحقوق اذ لم يعهد في ما تعارف من اللغة العربية ان يقال: انه اكل حق الغير، نعم يقال:‌ ضيع حق الغير، فاذن لا يشمل الآية الكريمة لمثل الحقوق و لا اقل من الشك في شموله له.

ثانيا: ظاهر الآية الكريمة يفيد ان التجارة سبب كامل للنقل و الانتقال مع الفراغ عن قابلية متعلقه للانتقال، و لا قصور في سببيته له، و لا يدل علي قابلية المبيع للانتقال بل لابد من احراز ذلك من الخارج، فعليه لو شك في قصور متعلق التجارة للنقل و الانتقال فهو خارج عن اطلاق الآية الكريمة، و لابد من رفع هذا الشك من الخارج.

يمكن ان يقال: ان مثل حق التجارة و البيع حيث انه لا يكون قابلا للاسقاط فلا يقبل النقل و الانتقال، اما الحقوق التي يقبل الاسقاط مثل حق القصاص و الشفعة فيصدق عليه المال فيكون من مصاديق التجارة عن تراض.

فيه اولا: ان الاشكال ليس من جهة صدق المال، انما الاشكال عليه من جهة قابلية هذا الحق للانتقال.

ثانيا: ان كل ما يقبل الاسقاط لا يصدق بالضرورة عليه المال عند العرف مثل حق الخيار و حق الاقتراض من البنك و حق الحضانة و حق القسم، و الا لو كان مالا عند العرف لوجب فيه الخمس، من الواضح انه لا معني لتعلق الخمس في بعض الحقوق.

### متعلق النقل

ان الحقوق التي يقبل النقل و الانتقال هل ان ما ينتقل الي غير هو نفس الحق ام متعلق الحق؟ ذكر السيد الخوئي ان ما ينتقل الي الغير هو متعلق الحق لا نفس الحق و ذلك لان الحق ليس إلا إضافة خالصة بين الحق و ذي الحق و لا يمكن نقل نفس الاضافة الي الغير و الا للزم منه التسلسل.[[216]](#footnote-216)

يلاحظ عليه: انه لا اشكال في النقل الانشائي للاضافة و لا محذور في ان ينشأ نقل حق التحجير، و لكن لا يلزم منه النقل الحقيقي للاضافة لان الحق متقوم بالبائع و هو ينعدم و يحدث حق اخري للمشتري، و لكن الشارع جعل انشاء نقل الحق سببا لانعدام الحق المتقوم بالبائع و حدوث حق للمشتري.

و ما ذكره من حق التحجير اضافة و الاضافة لا تقبل ان يقع طرفا للاضافة و الا لانجر الكلام الي ذلك الاضافة و للزم التسلسل، فان هذا غير تام اذ لا حاجة في البيع ان يوجب حدوث اضافة بين البائع و المشتري فيما اذا كان المبيع نفس الاضافة، لان الاضافة موجودة نعم

ذكر السيد الحائري ايضا انه لا معني لبيع الحق بل البيع يتعلق بمتعلق الحق لان الحق كالملك و ما يباع و يشتري هو المملوك لا نفس الملك، كذلك الحق فان ما يتعلق به البيع و الشراء هو متعلق البيع لا نفس الحق، الا ان الفرق بينهما ان البيع و الشراء تارة يقع في عالم الملكية و اخري في عالم الحقية.[[217]](#footnote-217)

يلاحظ عليه: انه في جملة من الموارد لا معني لبيع متعلق الحق مثل حق الحضانة و القصاص و القسم، فان متعلق هذه الامور نفس الطفل و الجاني و الزوج، من الواضح عدم صحة بيعهم، من هنا نستكشف انه لا يصح ان يقاس الحق بالملك.

### الثالث: جواز الارث

هل ان الحقوق يقبل جواز الارث ام لا؟ يمكن ان يستدل لجواز الارث بما دل علي جواز النقل، و الاشكال فيه نفس الاشكال المتقدم سابقا من انا لو احرزنا من النظرة العرفية قابلية الحق للارث فلا اشكال فيه و الا فالعمومات الدالة علي جواز النقل كما لا يثبت جواز النقل لا يثبت جواز الارث، مضافا الي اختصاص هذه العمومات بالنقل الاختياري و لا يشمل النقل غير الاختياري فلا يصح التمسك بها.

يمكن ان يستدل بعموم «ما تركه الميت فهو لوارثه»[[218]](#footnote-218) ببيان ان الحقوق مما تركه الميت فهو يقبل الارث.

يلاحظ عليه: بما ذكره السيد الخويي في الخيار و هو: انه يعتبر ان يكون الموروث مما له بقاء بعد موت الميت حتي يصدق عليه عنوان ما تركه الميت لان المراد بما ترك ليس الا ما كان له بقاء بعد موت المورث، و هذا المعني في الاموال مشاهد و محسوس كالفرش و الكتب و الحيوانات لانها باقية بعد موت الميت فيصدق عليها انها مما تركه الميت، و كذلك الحال في بعض الحقوق كحق التحجير فانه اذا حجر ارضا فمات بعد ذلك فيقال انه ترك حقه باعتبار تعلقه علي الارض، فان هذا الحق مما له بقاء عند العقلاء و الشرع لبقاء متعلقه، و اما حق الخيار فهو ليس كذلك و ذلك لان معني الاشتراط كما عرفته ليس الا تعليق التزام بالتزام و اذا فتشنا عن حقيقة ذلك رأينا انه تقييد للملكية بالفسخ و انه لا يلتزم بالملكية الدائمة بل يلتزم بها الي ان يفسخها كما اذا جعل الخيار لنفسه من الابتداء الي ثلاثة ايام لان معناه انه لا يلتزم بالملكية الي ثلاثة ايام بل لو اراد ان يفسخها يتمكن منه. و من الظاهر ان الملكية الموقتة بالفسخ ترتفع بالفسخ لا محالة لحصول ما علق ارتفاعها عليه و لكن ما علق عليه ارتفاع الملكية هو فسخ نفسه فاذا مات و لم يفسخ فلا يعقل ان يتحقق فسخه بعد ذلك و فسخ الوارث اجنبي عن فسخ نفس العاقد المعلق عليه ارتفاع الملكية و تنزيل فسخ الوارث منزلة فسخ المورث يحتاج الي دليل و جعل و هو مفقود، و عليه فلا يكون حق الخيار مما له بقاء بعد موت المورث و انما هو مما يمضي بمضي نفسه فالتمسك بادلة‌ الارث غير نافع في المقامم لعدم صدق عنوان ما ترك في الخيار.

و لا يستصحب بقاء الخيار بعد الموت لعدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية اولا اذ الشبهة‌ حكمية و لا ندري ان الحق المجعول للمورث كان ممتدا الي مماته او انه باق بعد موته و يكون استصحاب بقائه بعد الموت معارضا باستصحاب عدم جعل الشارع للخيار بعد الموت لانه في الحقيقة شك في اصل جعله.

ثانيا: لو اغمضنا عن ذلك و قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية فلا يجري في المقام لعدم احراز بقاء الموضوع اذ لا ندري ان الخيار كان مجعولا علي خصوص المورث او الاعم منه و من وارثه، فلا ندري ان عدم الحكم ببقاء حق الخيار من نقض اليقين بالشك او انه من نقض اليقين باليقين فتكون الشبهة مصداقية و لا يمكن اجراء الاستصحاب فيها.[[219]](#footnote-219)

ما ذكره السيد الخويي من الاشكال في ارث الخيار اشكال قوي، لكن لا بما ذكره من عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية لانه مبنائي، بل ببيان آخر و هو ان الاستصحاب في المقام من الاستصحاب الكلي القسم الثالث و ذلك لانا نعلم بانعدام الخيار المتقوم بالمورث بموته و انما الشك في حدوث فرد جديد، و لا معني لانتقال الخيار المتقوم بهذا الفرد الي الغير.

نعم انما يستثني من هذا الحكم ما قام السيرة و الارتكاز العقلائي علي بقائه من الحقوق فهو يقبل جواز الارث كالاموال، اما التي يشك في جوازها للارث و عدمه فلا يثبت ذلك لا بعمومات جواز النقل فانه يختص بالنقل و الانتقال الاختياري و لا بعموم ما تركه الميت فهو لوارثه، لان الحقوق من الشبهة المصداقية لعنوان ما ترك و لا بالاستصحاب لكونه من الكلي القسم الثالث.[[220]](#footnote-220)

1. . تدريس استاذنا سماحة الشيخ الشهيدي بداية من تأريخ 25/7/1386ش الموافق ليوم الاربعاء من 5 شوال 1428ق. [↑](#footnote-ref-1)
2. . المحقق الاصفهاني، محمد حسين، حاشية المكاسب، تحقيق الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي، قم، ذوي القربي، الثانية، 1427ق، ج1، ص29. [↑](#footnote-ref-2)
3. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1،ص25ـ26. [↑](#footnote-ref-3)
4. . السيد الخويي، ابو القاسم، محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير السيد محمود الشاهرودي، ج2، ص19ـ20. [↑](#footnote-ref-4)
5. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1،ص 26. [↑](#footnote-ref-5)
6. . السيد الخويي، محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير السيد علي الحسيني الشاهرودي (و هو ابو سماحة السيد محمود الشاهرودي رئيس قوة القضائية كما صرح به الاستاذ)، قم،‌دار الكتاب الاسلامي، الاولي،‌ 1409ق، ج2،ص20. [↑](#footnote-ref-6)
7. . السيد الحائري، كاظم، فقه العقود، قم، مجمع الفكر الاسلامي، الثانية، 1423ق، ج1، ص19ـ20. نقلا عن السيد الشهيد الصدر. [↑](#footnote-ref-7)
8. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص26. [↑](#footnote-ref-8)
9. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص20ـ21. [↑](#footnote-ref-9)
10. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص26ـ29. [↑](#footnote-ref-10)
11. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص30. [↑](#footnote-ref-11)
12. . المحقق النائيني، محمد حسين، منية الطالب، تقرير الشيخ موسي الخوانساري، قم،‌موسسة النشر الاسلامي، الاولي، 1418ق، ج1،92. المحقق النائيني، محمد حسين،‌ المكاسب و البيع، تقرير الشيخ محمد تقي الآملي، قم،‌موسسة النشر الاسلامي، 1413ق، ج1، ص87. [↑](#footnote-ref-12)
13. . السيد الخويي، محاضرات في الفقه الجعفري، ج2، ص7. [↑](#footnote-ref-13)
14. . النوري، ميرزا حسين، مستدرك الوسائل، ابواب احياء الموات، الباب1، ح4. [↑](#footnote-ref-14)
15. . الوسائل، كتاب الصيد و الذباحة، ابواب الصيد، باب38، ح1. [↑](#footnote-ref-15)
16. . الوسائل27: 91، كتاب القضاء، ابواب صفات القاضي، الباب8، ح47. [↑](#footnote-ref-16)
17. . الشيخ الطوسي، محمد بن الحسن، العدة في اصول الفقه، تحقيق محمد رضا الانصاري القمي، الناشر المحقق، الاولي، 1417ق، ج1، ص149. [↑](#footnote-ref-17)
18. . الوسائل25: 458، اللقطة، الباب13، ح2. [↑](#footnote-ref-18)
19. . المحقق الايرواني، ميرزا علي، حاشية المكاسب، تحقيق باقر الفخار الاصفهاني، قم، صبح الصادق، الاولي، 1426ق، ج2، ص13. [↑](#footnote-ref-19)
20. . السيد الحكيم، منهاج الصالحين، مع تعليقات السيد محمد باقر الصدر، بيروت، دار التعارف، الاولي، 1400، ج2، ص184. [↑](#footnote-ref-20)
21. . الشيخ الطوسي، محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الامامية، تصحيح و تعليق محمد باقر البهبودي، طهران، مكتبة الحيدرية، ج3، ص273. [↑](#footnote-ref-21)
22. . السيد الشهيد الصدر، محمد باقر، اقتصادنا، ص512. [↑](#footnote-ref-22)
23. . مستدرك الوسائل17: 111، احياء الموات، الباب1، ح4. [↑](#footnote-ref-23)
24. . السيد الخويي، ابوالقاسم (1317ـ1413ق)، الموسوعة للامام الخويي (التنقيح في شرح المكاسب، تقرير الشيخ ميرزا علي الغروي) قم، مؤسسة احياء آثار الامام الخويي، الاولي، ج36، ص4. محاضرات في الفقه الجعفري، ج2، ص7ـ8. مصباح الفقاهة، تقرير الشيخ محمد علي التوحيدي، ج2، ص5ـ6. [↑](#footnote-ref-24)
25. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج2، ص4. [↑](#footnote-ref-25)
26. . السيد الخويي، ابوالقاسم، منهاج الصالحين، قم، مدينة العلم، الثامنة و العشرون، 1413ق، ج2، ص34، م132. [↑](#footnote-ref-26)
27. . السيد الخويي، الموسوعة، ج36، ص5ـ6. [↑](#footnote-ref-27)
28. . المحقق النائيني، ميرزا محمد حسين، كتاب المكاسب و البيع، تقرير الشيخ محمد تقي الآملي، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الاولي، 1413ق، ج1، ص85ـ87. [↑](#footnote-ref-28)
29. . الامام الخميني، روح الله، كتاب البيع، طهران، مؤسسة نشر آثار الامام الخميني، الاولي، 1379ش، ج1، ص21ـ23. [↑](#footnote-ref-29)
30. . السيد الحكيم، محسن، منهاج الصالحين، مع تعليقات السيد الشهيد الصدر، ج2، ص184، تعليقة رقم13. [↑](#footnote-ref-30)
31. . السيد الحكيم، منهاج الصالحين، احياء الموات، م6، ج2، ص184. السيد الخويي، ابوالقاسم، منهاج الصالحين، كتاب احياء الموات، م747، ج2، ص159. [↑](#footnote-ref-31)
32. . السيد الخويي، ابوالقاسم، الموسوعة رقم30، ( المستند في شرح العروة تقرير الشيخ مرتضي البروجردي ) قم، مؤسسة احياء آثار الامام الخويي، الاولي، 1422ق، ص462. [↑](#footnote-ref-32)
33. . الوسائل25: 458، اللقطة، الباب13، ح2. [↑](#footnote-ref-33)
34. . الوسائل25: 455، اللقطة، الباب11، ح1. [↑](#footnote-ref-34)
35. .الوسائل25: 456، اللقطة، الباب12، ح1. [↑](#footnote-ref-35)
36. . الوسائل25: 458، اللقطة، الباب13، ح3. [↑](#footnote-ref-36)
37. . المحقق الايرواني، ميرزا علي، حاشية المكاسب، ص216. [↑](#footnote-ref-37)
38. . المحقق الايرواني، ميرزا علي، حاشية المكاسب، الطبعة الحجرية، آخر البيع تحت عنوان رسالة جمان السلك في الاعراض عن الملك، ص216. [↑](#footnote-ref-38)
39. . السيد الخويي، ابوالقاسم، الموسوعة 30، ( المستند في شرح العروة تقرير الشيخ مرتضي البروجردي ) قم، مؤسسة نشر آثار الامام الخويي، الاولي، 1422ق، ص463ـ463. [↑](#footnote-ref-39)
40. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص44ـ46. [↑](#footnote-ref-40)
41. . المحقق الاصفهاني، الحاشية علي المكاسب، ج1، ص15ـ16. [↑](#footnote-ref-41)
42. . نسب اليه في موسوعة الفقه الاسلامي طبقا لمذهب اهل البيت (ع) ، ج4، ص48، و لكنه لم يوجد في الايضاح لفخر المحققين، فانظر: ايضاح القواعد، ج2، ص168. [↑](#footnote-ref-42)
43. . السيد الهاشمي، كتاب الاجارة، قم، مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، الاولي، 1423ق، ج1، ص30. [↑](#footnote-ref-43)
44. . السنهوري، عبد الرازق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، منشورات الحلبية الحقوقية، الثالثة، 1998م، ج7، القسم الاول، ص13. [↑](#footnote-ref-44)
45. . السيد الهاشمي، محمود، كتاب الاجارة، قم، مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، الاولي، 1423ق، ج1، ص286. [↑](#footnote-ref-45)
46. . السيد الحكيم، محسن، مستمسك العروة الوثقي، دار احياء التراث العربي، ( المطبوع من الطبعة الثالثة في مطبعة الآداب في النجف 1392ق ) بلا تاريخ، الاولي، ج12، ص71. [↑](#footnote-ref-46)
47. . السيد الحكيم، محسن، منهاج الصالحين، مع تعليقات السيد الصدر، بيروت، دار التعارف، الاولي، ج2، ص58، قال: بل البائع يملك بالشرط المذكور التزام المشتري له بالخياطة لا نفس الخياطة و لهذا يجوز له نقل ما يملكه الي الغير كما يجوز للمستأجر ان ينقل ما يملكه من فعل الاجير بعوض. [↑](#footnote-ref-47)
48. . السيد الهاشمي، كتاب الاجارة، ج1، ص29. [↑](#footnote-ref-48)
49. . السيد الخويي، الموسوعة، ج30، ص321. [↑](#footnote-ref-49)
50. . السيد الخويي، الموسوعة، ج30، ص370. [↑](#footnote-ref-50)
51. . السيد الحائري، كاظم، فقه العقود، قم، مجمع الفكر الاسلامي، الثانية، 1423ق، ج1، ص48. [↑](#footnote-ref-51)
52. . يلاحظ عليه ان نكتة دفع الضرر الذي ذكره السيد الحائري في فرض الانفساخ يأتي هنا ايضا لوحدة‌ المناط و لم يتعرض الاستاذ في جوابه هذا الامر. المقرر. [↑](#footnote-ref-52)
53. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص47. [↑](#footnote-ref-53)
54. . السيد الهاشمي، بحوث في علم الاصول، قم، مركز الغدير، الثانية، 1417ق، ج4، ص494ـ495. السيد الحائري، مباحث الاصول، ج4، ص598. السيد الحيدري، كمال، لا ضرر و لا ضرار، قم، دار الصادقين، الاولي، 1420ق، ص306ـ310. [↑](#footnote-ref-54)
55. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج3، ص418. [↑](#footnote-ref-55)
56. . السيد الروحاني، محمد، منتقي الاصول، تقرير عبد الصاحب الحكيم، قم، بلا ناشر، الثانية، 1416ق، ج5، ص453. [↑](#footnote-ref-56)
57. . السيد الخويي، مصباح الاصول، تقرير السيد سرور الواعظ، ج2، ص560. [↑](#footnote-ref-57)
58. . السيد الصدر، محمد باقر، بحوث في علم الاصول، تقرير السيد محمود الهاشمي، ج5، ص492. [↑](#footnote-ref-58)
59. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج3، ص419. [↑](#footnote-ref-59)
60. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج3، ص420. [↑](#footnote-ref-60)
61. . السيد الخويي، مصباح الاصول، ج2، ص538 و566. [↑](#footnote-ref-61)
62. . السيد الروحاني، منتقي الاصول، ج5، ص395ـ396. [↑](#footnote-ref-62)
63. . السيد السيستاني، علي، قاعدة لاضرر و لا ضرار، قم، مكتب السيد السيستاني، الاولي، 1414ق، ص135 و 294. [↑](#footnote-ref-63)
64. . الوسائل25: 431، احياء الموات، الباب15، ح1. [↑](#footnote-ref-64)
65. . يلاحظ عليه بما ذكره السيد الهاشمي في المقام من ان الروايات الناهية عن الاضرار باخيك المؤمن و منها ما هو معتبر سندا ( الوسائل17: 343، احياء الموات، ب15، ح1 ) كما تدل علي حرمة الاضرار كذلك تدل بالفحوي العرفية علي لزوم التدارك و ضمان ما تضرر به الاخر و ليس مفادها مجرد الحكم التكليفي بحرمة الاضرار و لعل الوجه في هذه الدلالة ان الضمان و جبران الضرر دفع للضرر بقاء و دليل النهي عن الاضرار لا يحتمل فيه العرف ان يكون لخصوصية احداث الضرر دخل في حرمته و النهي عنه بل الوجود البقائي للضرر كالحدوثي ايضا منفي عنه و مشمول لاطلاق النهي و الحرمة و لازمه وجوب دفعه و جبرانه و تداركه المساوق مع ضمانه عقلائيا. ( السيد الهاشمي، محمود، قراءات فقهية معاصرة، ج2، ص349، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي، الاولي، 1423ق. ) المقرر. [↑](#footnote-ref-65)
66. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج2، ص36. [↑](#footnote-ref-66)
67. . العاملي، محمد جواد (1226ق)، مفتاح الكرامة في قواعد العلامة، تحقيق محمد باقر الخالصي، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الاولي، 1428ق، ج18، كتاب الغصب، ص84. [↑](#footnote-ref-67)
68. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج1، ص294. المكاسب و البيع، ج1، ص352. [↑](#footnote-ref-68)
69. . السيد الصدر، بحوث في علم الاصول، تقرير السيد محمود الهاشمي، قم، مركز الغدير، الثانية، 1417ق، ج5، ص319. [↑](#footnote-ref-69)
70. . المحقق الاصفهاني، كتاب الاجارة، ص5. حاشية المكاسب، ج1، ص33. [↑](#footnote-ref-70)
71. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص33ـ34. [↑](#footnote-ref-71)
72. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص35. [↑](#footnote-ref-72)
73. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص36ـ37. [↑](#footnote-ref-73)
74. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص82. [↑](#footnote-ref-74)
75. . الظاهر عدم الفرق بين الايراد الاول و الثاني و ان اتي السيد الحائري بكل منهما كايراد مستقل. المقرر. [↑](#footnote-ref-75)
76. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص90ـ94. [↑](#footnote-ref-76)
77. . الصحيح ان دلالة السيرة العقلائية علي اثبات الشخصيات الحقوقية تامة حتي لو لم نقل بحجية الارتكازات العقلائية و السير الكامنة و ذلك انه من المسلم بين الجميع وجود جملة من الشخصيات الحقوقية كالدولة و الجهات الخيرية في زمن المعصوم و لم يردع هذه السيرة و نفس النكتة التي ادت الي ان يعتبر العرف هذه الشخصيات الحقوقية في ذلك الزمن ادي الي ان يعتبر العرف شخصيات اخري حقوقية في هذا الزمن و لا فرق من نظرة عرفية بين الشخصيتين فنستكشف ان هذه الشخصية الحقوقية المعاصرة ايضا ممضاة من عند الشارع.المقرر. [↑](#footnote-ref-77)
78. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص95ـ98. ان هذا الوجه و ان اتي به السيد الحائري في بحث الاستدلال بالسيرة لاثبات الشخصيات الحقوقية، لكن ارتباطه بالاستدلال بادلة الوقف لاثبات الشخصيات الحقوقية‌ اكثر. المقرر. [↑](#footnote-ref-78)
79. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص99ـ100. الصحيح ان المراد من البيع في قوله احل الله البيع هو البيع بنظر العرف الا ان الشارع حدده و ضيق دائرته ضمن بيان تقييدات و شروط في مختلف جوانب عقد البيع و المبيع و الثمن و البائع و المشتري، و علي اساس ذلك اذا احرزنا وجود مقيد و مخصص نخصص به اطلاق الآية الكريمة و كلما لم نحرز المقيد و المخصص نتمسك باطلاق الآية الكريمة لاثبات نفوذ البيع و في الشخصيات الحقوقية حيث ان البيع العرفي صادق فيمكن التمسك باطلاق احل الله البيع. المقرر. [↑](#footnote-ref-79)
80. . الوسائل17: 447، ابواب آداب التجارة، الباب40، ح1. [↑](#footnote-ref-80)
81. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص101ـ103. [↑](#footnote-ref-81)
82. . السبحاني، جعفر، بحوث في الملل و النحل، قم، مؤسسة النشر الاسلامي، الخامسة، 1412ق، ج1، ص186ـ187، نقلا عن تاريخ المذاهب الاسلامية لابي زهرة، ج2، ص322. [↑](#footnote-ref-82)
83. . نفس المصدر، ص189، نقلا عن شرح العقيدة الطحاوية، ص110ـ111. [↑](#footnote-ref-83)
84. . السبحاني، بحوث في الملل و النحل، ج1، ص197، نقلا عن تأريخ الطبري، ج4، حوادث سنة 61، ص304. [↑](#footnote-ref-84)
85. . الانعام/50. [↑](#footnote-ref-85)
86. . الحر العاملي، وسائل الشيعة27: 113ـ114، ابواب صفات القاضي، الباب9، ح21. [↑](#footnote-ref-86)
87. . الوسائل19: 171، كتاب الوقوف و الصدقات، الباب1، ح1ـ5 و10. [↑](#footnote-ref-87)
88. . الوسائل19: 199ـ200، الوقوف و الصدقات، الباب10، ح3: عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: بعث الي بهذه الوصية ابوابراهيم (المراد الامام الكاظم (ع): هذا ما اوصي به و قضي في ماله عبد الله علي ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة و يصرفني عن النار و يصرف عني يوم تبيض وجوه و تسود وجوه ان ما كان لي من مال بينبع، من مال يعرف لي فيها و ما حولها صدقة و رقيقها غير ابي رياح و ابي نيزر و جبير ليس لاحد عليهم سبيل، فهم موالي يعملون في المال خمس حجج و منه نفقتهم و رزقهم و رزق اهاليهم و مع ذلك ما كان لي بوادي القري كله مال بني فاطمة و رقيقها صدقة، و ما كان لي بذعة و اهلها صدقة غير ان رقيقها لهم مثل ما كتبت لاصحابهم، و ما كان لي باذينة و اهلها صدقة و القصيرة كما قد علمتم صدقة في سبيل الله، و ان الذي كتبت من اموالي هذه صدقة واجبة بتلة حيا انا او ميتا ينفق في كل نفقة ابتغي بها وجه الله في سبيل الله و وجهه و ذوي الرحم من بني هاشم و بني المطلب و القريب، و انه يقوم علي ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله في حل محلل لا حرج عليه فيه، فان اراد ان يبيع نصيبا من المال فيقضي به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه و ان شاء شروي الملك... . [↑](#footnote-ref-88)
89. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص97ـ98. [↑](#footnote-ref-89)
90. . الحج/22. [↑](#footnote-ref-90)
91. . الوسائل1: 163، ابواب الماء المطلق، الباب9، ح14. [↑](#footnote-ref-91)
92. . يلاحظ علي هذا الوجه ان لا حرج يرفع الحكم و ليس بمثبت للحكم و ما نحتاج اليه في المقام اثبات وجود الحكم الشرعي و هو ثبوت الشخصية الحقوقية. المقرر. [↑](#footnote-ref-92)
93. . ناصيف، الياس، موسوعة الشركات التجارية، بيروت، بلاناشر، 1994م، ج1، ص284ـ292. السنهوري، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، بيروت، الثالثة، 1998م، ج5، ص291ـ294. [↑](#footnote-ref-93)
94. . ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج1، ص286. [↑](#footnote-ref-94)
95. . السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، ص292. [↑](#footnote-ref-95)
96. . دميرچلي، محمد، محمد حاتمي، محسن قرائي، قانون تجارت در نظم حقوقي كنوني، طهران، ميثاق عدالت، السادسة، 1386ش، نقلا عن كاتوزيان في قانون مدني مالكيت و اموال، ص53. [↑](#footnote-ref-96)
97. . دمير جلي، قانون تجارت در نظم حقوقي معاصر، ص121. [↑](#footnote-ref-97)
98. . هذان الاحتمالان يرجعان في الواقع الي انكار الشخصية الحقوقية للشركة لان الفرق الاساسي بين الشركات العادية و الشركات القانونية ان الشركة العادية مبنية علي ملكية المشاع بمعني ان اموال الشركة ملك مشاع الشركاء و لا شخصية حقوقية للشركة و المتصرف في ادارة الشركة يعمل وكالة من جانب الشركاء و الربح و الخسران الناشي عن ادارة المال المشاع يكون علي عهدتهم و لكن الشركة القانونية مبنية علي انعدام ملكية المشاع اذ لا تبقي المال مشاعا بين الشركاء بل يصير مالا للشركة. (راجع: ناصر كاتوزيان، حقوق مدني مشاركتها و صلح، تهران، مكتبة كنج دانش، السابعة، 1386ش، ص19)، فعلي اساسه لو قلنا بان الشركاء يمتلك اموال الشركة اما بالاصالة او بالتبع هذا معناه ان مال الشركة مشاع بين الشركة. المقرر. [↑](#footnote-ref-98)
99. . السيد الخويي، الموسوعة 31 (مباني العروة، تقرير السيد محمد تقي الخويي)، قم، مؤسسة احياء آثار الامام الخويي، الاولي، بلا تاريخ، ص47. [↑](#footnote-ref-99)
100. . السيد الخويي، ابوالقاسم، المسائل الشرعية، بيروت، مؤسسة المنار، الثالثة، 1416ق، ج2، ص73. [↑](#footnote-ref-100)
101. . المقصود محمد باقر الايرواني احد فضلاء الحوزة العلمية و من تلامذة السيد الخويي. [↑](#footnote-ref-101)
102. . السيد الحكيم، محسن، منهاج الصالحين، مع تعليقات السيد محمد باقر الصدر، بيروت، دار التعارف، الاولي، 1400ق، ج2، ص76 قال في التعليقة: لا بأس بكمبيالة المجاملة مع البنوك غير الاهلية علي ان يطبق علي المأخوذ منها الوظيفة المقررة شرعا لمجهول المالك. [↑](#footnote-ref-102)
103. . الشيخ التبريزي، ميرزا جواد، منهاج الصالحين، قم، مكتب آية الله التبريزي، الاولي، 1419ق، ج1، ص420 و 428. [↑](#footnote-ref-103)
104. . الشيخ الحلي، حسين، بحوث فقهية، تقرير عزّالدين بحر العلوم، بلامكان، مؤسسة المنار، بلاتاريخ، بلا رقم الطبع، ص90 و 93. [↑](#footnote-ref-104)
105. . الحر العاملي، الوسائل 25: 450، كتاب اللقطة، الباب7، ح1. [↑](#footnote-ref-105)
106. . الحر العاملي، الوسائل 25: 451، كتاب اللقطة، الباب7، ح2. [↑](#footnote-ref-106)
107. . هذا الرأي يستفاد من كلام السيد الامام فراجع: الامام الخميني، روح الله، المكاسب المحرمة، مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام (ره)، الاولي، 1374ش، ج2، ص416. [↑](#footnote-ref-107)
108. . هذا الرأي يستفاد من كلام المحقق الايرواني فراجع:‌ الايرواني، ميرزا علي، حاشية المكاسب، تحقيق باقر الفخار الاصفهاني، قم، ذوي القربي، الاولي، 1426ق، ج1، ص349. [↑](#footnote-ref-108)
109. . الحر العاملي، الوسائل17: 213، ابواب ما يكتسب به، الباب51، ح1. [↑](#footnote-ref-109)
110. . الحر العاملي، الوسائل17: 213، ابواب ما يكتسب به، الباب51، ح4. [↑](#footnote-ref-110)
111. . الحر العاملي، الوسائل17: 213، ابواب ما يكتسب به، الباب51، ح6. [↑](#footnote-ref-111)
112. . الحر العاملي، الوسائل17: 219، ابواب ما يكتسب به، الباب52، ح5. [↑](#footnote-ref-112)
113. . الوسائل18: 96، ابواب احكام العقود، الباب37، ح1. [↑](#footnote-ref-113)
114. . الوسائل17: 101، ابواب ما يكتسب به، الباب8، ح1. [↑](#footnote-ref-114)
115. . الوسائل17: 101، ابواب ما يكتسب به، الباب8، ح5. [↑](#footnote-ref-115)
116. . الوسائل17: 214، ابواب ما يكتسب به، الباب51، ح5. [↑](#footnote-ref-116)
117. . الوسائل17: 214، ابواب ما يكتسب به، الباب52، ح4. [↑](#footnote-ref-117)
118. . الوسائل17: 336، ابواب عقد البيع، الباب1، ح6. [↑](#footnote-ref-118)
119. . الوسائل17: 220، ابواب ما يكتسب به، الباب52، ح6. [↑](#footnote-ref-119)
120. . الوسائل17: 219، ابواب ما يكتسب به، الباب52، ح5. [↑](#footnote-ref-120)
121. . الوسائل17: 221، ابواب ما يكتسب به، الباب53، ح3. [↑](#footnote-ref-121)
122. . السيد السيستاني، علي،‌ منهاج الصالحين، قم،‌ سعيد بن جبير، الثانية، 1421ق، ج1، ص453. لابد من توضيح ان السيد السيتاني لا يقبل قاعدة الالزام و لكنه يقبل قاعدتي المقاصة‌ النوعية و الاقرار و المقصود من قاعدة الالزام؛ الزام اتباع سائر المذاهب و الاديان بما يعتقدونه و يدينون به وفق مذهبهم في مختلف المجالات من الطلاق و النكاح و الاموال و ان لم يكن ذلك الالزام صحيحا وفق مذهب اهل البيت حتي تعدي بعض الي جواز الزام اتباع سائر المذاهب و الديانات بما جري عليه عرفهم و ان كان لا يوافق مذهبهم، و المراد من قاعدة المقاصة النوعية اخذ المال من اتباع سائر المذاهب و الاديان لو كانوا يأخذون منا الاموال وفق سننهم و قضاياهم. و المراد من قاعدة الاقرار اقرار غير الامامي علي مذهبه و معاملته بموجب احكامه. و الفرق ان قاعدة الالزام اعم و هما اخص و ذلك ان قاعدة المقاصة النوعية تختص بباب الاموال في خصوص مورد التقاص لا مطلقا و قاعدة الاقرار مختصة بباب النكاح و الطلاق و الحال ان قاعدة‌ الالزام يفيد جواز الزام اتباع سائر المذاهب و الاديان وفق مذهبهم سواء‌ كان في باب الاموال ام في غيرها و سواء‌ كان مورد التقاص ام لم يكن.

     هل ان قاعدة الالزام تامة ام لا؟ الصحيح عدم تمامية قاعدة الالزام و ذلك لانه استدل عليها بعدة روايات لا يثبت قاعدة الالزام نهاية ما يثبت هي قاعدتي الاقرار و المقاصة النوعية علي حد تعبير السيد السيستاني و العمدة‌ منها هي:

     1. رواية علي بن حمزة انه سأل اباالحسن (ع) عن المطلقة علي غير السنة‌ أيتزوجها الرجل؟ فقال الزموهم من ذلك ما الزموه انفسهم و تزوجوهن فلا بأس بذلك. (الوسائل 22: 73، كتاب الطلاق،‌ ابواب مقدماته و شرائطه، ب30،‌ ح5)

     يلاحظ علي الاستدلال به اولا:‌ ان الرواية‌ غير تام من حيث السند لان علي بن حمزة واقفي. ثانيا:‌ ان الرواية مختصة باهل السنة و لا يتعدي عنهم الي اتباع سائر المذاهب و الاديان و المفروض في المقام الاستدلال به علي غيرهم. ثالثا: ان مورد الرواية الزام في خصوص باب الطلاق و لا يفيد العموم.

     2. مكاتبة ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الي ابي جعفر الثاني (ع) مع بعض اصحابنا فاتاني الجواب بخطه:‌ فهمت ما ذكرت من امر ابنتك و زوجها فاصلح الله لك ما تحب صلاحه فاما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرة فانظر يرحمك الله،‌ فان كان ممن يتولانا و يقول بقولنا فلا طلاق عليه لانه لم يأت امرا جهله. و ان كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا فانه انما نوي الفراق بعينه. (الوسائل22: 72، ابواب مقدمات الطلاق،‌ ب30، ح1) و الرواية مختصة بباب الطلاق و لا يستفاد منها العموم.

     3. رواية عبدالله بن طاووس قال:‌ قلت لابي الحسن الرضا (ع) ان لي ابن اخ زوجته ابنتي و هو يشرب الشراب و يكثر ذكر الطلاق،‌ فقال ان كان من اخوانك فلا شئ عليه و ان كان من هؤلاء فابنها منه فانه عني الفراق،‌ قال:‌ قلت أ ليس قد روي عن ابي عبدالله (ع) انه قال:‌ اياكم و المطلقات ثلاثا في مجلس فانهن ذوات الازواج؟ فقال: ذلك من اخوانكم لا من هؤلاء، انه من دان بدين قوم لزمته احكامهم. (الوسائل22: 75، ابواب مقدمات الطلاق،‌ ب30، ح10) و الرواية تدل علي المطلوب و لكن ضعيف السند لمجهولية عبدالله بن طاووس.

     4. صحيح محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال سألته عن الاحكام؟ قال:‌ تجوز علي اهل كل ذي دين ما يستحلون. (الوسائل26: 158، كتاب الفرائض و المواريث، ابواب ميراث الاخوة والاجداد، ب4، ح4. تهذيب الاحكام9: 367) هذه الرواية تدل علي نفاذ الاحكام (المراد من الاحكام القضاء) حسب ما يستحله اهل كل ذي دين فانه لو كان يستحل الربا يستحل اخذ الربا منه، هذا هو قاعدة‌ الالزام.

     يلاحظ عليه اولا:‌ ان الموجود في نسخة‌ التهذيب بما يستحلون،‌ هذا مفاده انه ينفذ احكام كل ذي دين عليهم بدل ما يستحلون منكم من الاموال مثلا لو كان يأخذ منكم الميراث علي نحو التعصيب ينفذ هذا الحكم عليهم و يجوز لكم الاخذ به. ثانيا:‌ علي فرض دلالة الرواية باطلاقها علي قاعدة‌ الالزام يقيِّد اطلاقها روايتان اخريتان‌ احدهما:‌ رواية عبدالله بن محرز قلت لابي عبدالله (ع) رجل ترك ابنته و اخته لابيه و امه فقال:‌ المال كله لابنته و ليس للاخت من الاب و الام شئ، فقلت: انا قد احتجنا الي هذا و الرجل الميت من هؤلاء الناس و اخته مؤمنة عارفة، قال:‌ فخذ لها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم و قضاياهم و احكامهم. (الوسائل26: 159، ح2) و الآخر رواية ايوب بن نوح قال كتبت الي الرضا (ع) اسأله هل نأخذ في احكام المخالفين ما يأخذون منا في احكامهم ام لا؟ فكتب (ع) يجوز لكم ذلك اذا كان مذهبكم فيه التقية و المداراة. (الوسائل26: 158، ابواب ميراث الاخوة و الاجداد، ب4، ح3) فان هاتين الروايتين تدلان علي جواز اخذ الاموال وفق مذهبهم في زمن التقية و المداراة مع اهل السنة و لا يفيد الاطلاق، هذا مفاد قاعدة المقاصة النوعية لا قاعدة‌ الالزام. بالنتيجة ان قاعدة الالزام غير تام. الشهيدي. [↑](#footnote-ref-122)
123. . يلاحظ عليه: ان عدم اشتراط الاذن من علمائهم و ولاة امرهم في نفاذ تصرفاتهم لو كان وفق مذهبهم يجري قاعدة الالزام و لا يشترط في نفاذ تصرفاتهم الاذن من الولي الشرعي الذي عندنا. المقرر. [↑](#footnote-ref-123)
124. . السيد الخويي، المسائل الشرعية، ج2، ص73. [↑](#footnote-ref-124)
125. . السيد الخويي،‌ ابوالقاسم،‌ منهاج الصالحين،‌ قم، مدينة العلم،‌ 28، 1410ق، ج2، ص250. [↑](#footnote-ref-125)
126. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص107-108. [↑](#footnote-ref-126)
127. . الشيخ الحلي، بحوث فقهية، ص79-80. [↑](#footnote-ref-127)
128. . استفيد من كلام الشيخ الحلي، بحوث فقهية، ص80-84. [↑](#footnote-ref-128)
129. . السيد الاصفهاني، ابوالحسن، وسيلة النجاة، مع تعليقات السيد محمود الشاهرودي و الامام روح الله الخميني، كتاب القرض، مسألة18، الطبعة الحجرية، ج2، ص95. قال: الصكوك المتعارفة في هذه الازمنة المسماة بالنوط و الاسكناس و غيرهما اذا سقطت عن الاعتبار الظاهر اشتغال الذمة بالدراهم و الدنانير التي تتناول هذه الصكوك بدلا عنها لان الاقتراض في الحقيقة يقع علي الدراهم و الدنانير التي هي من النقدين و من الفضة و الذهب المسكوكين و ان كان في مقام التسليم و الايصال يكتفي بتسليم تلك الصكوك و ايصالها. [↑](#footnote-ref-129)
130. . يوسفي، احمد علي، پول جديد از نگاه انديشمندان، في مجلة فقه اهل البيت، قم، مؤسسة دائرة المعارف الفقه الاسلامي طبقا لمذهب اهل البيت، رقم 16، الخريف 1377ش، ص118-119. نقلا عن السيد البهشتي، محمد حسين،‌ ربا در اسلام، ص93 [↑](#footnote-ref-130)
131. . استفيد من كلام السيد الهاشمي، راجع:‌ قراءات فقهية معاصرة ج2، ص175-176. [↑](#footnote-ref-131)
132. . السيد الهاشمي، محمود،‌ قرائات فقهية‌ معاصرة، قم،‌ مؤسسة دائرة معارف الفقه الاسلامي، الاولي، 1423ق، ج2، ص178-183. [↑](#footnote-ref-132)
133. . السيد الحائري، كاظم، الاوراق المالية الاعتبارية، في رسالة الثقلين، قم، المجمع العالمي لاهل البيت (ع)،‌ العدد9، السنة الثالثة، 1415ق، ص100-101. [↑](#footnote-ref-133)
134. . الشيخ مكارم الشيرازي، ناصر، بحوث فقهية هامة،‌ قم، مدرسة الامام علي بن ابي طالب،‌ الاولي،‌ 1423ق، ص375-377. [↑](#footnote-ref-134)
135. . النائيني، منية الطالب، ج3، ص418. [↑](#footnote-ref-135)
136. . السيد الهاشمي، بحوث في الاصول، ج5، ص494. [↑](#footnote-ref-136)
137. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1،ص47. [↑](#footnote-ref-137)
138. . النائيني، منية الطالب،‌ ج3، ص413-414. [↑](#footnote-ref-138)
139. . السيد الحائري، كاظم، الاوراق المالية، رسالة الثقلين،‌ قم، المجمع العالمي لاهل البيت (ع)، العدد9، السنة الثالثة، 1415ق، ص101-105. [↑](#footnote-ref-139)
140. . راجع:‌ موسويان،‌ عباس،‌ ربا بودن جبران كاهش ارزش پول،‌ روزنامه خراسان،‌ 12/8/1386، الرقم16835، ص12،‌ نقلا عن السيد الحائري. [↑](#footnote-ref-140)
141. . النشمي، عجيل جاسم، تغير قيمة العملة في الفقه الاسلامي، مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية، الكويت، جامعة الكويت، السنة الخامسة، العدد12، 1409ق، ص171-173. [↑](#footnote-ref-141)
142. . السيد الشهيد الصدر، بحوث في علم الاصول، ج5، ص487-488. [↑](#footnote-ref-142)
143. . الوسائل18: 183، ابواب الصرف، الباب9، ح2. [↑](#footnote-ref-143)
144. . الوسائل18: 206، ابواب الصرف، الباب20، ح1. [↑](#footnote-ref-144)
145. . نفس المصدر ح2. [↑](#footnote-ref-145)
146. . نفس المصدر ح2. [↑](#footnote-ref-146)
147. . نفس المصدر نقلا عن الصدوق ذكرناه بتقريب من السيد الهاشمي. [↑](#footnote-ref-147)
148. . السيد الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، ج2، ص193-194. [↑](#footnote-ref-148)
149. . الشيخ الطوسي، محمد بن الحسن، الاستبصار في ما اختلف من الاخبار، تحقيق السيد حسن الموسوي الخرسان، طهران، دار الكتب العلمية، بلا تاريخ، ج3، ص100. [↑](#footnote-ref-149)
150. . السيد الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، ج2، ص192. [↑](#footnote-ref-150)
151. . المستشكل هو الشيخ عبد الله الاحمدي الشاهرودي احد اساتيذة مؤسسة بقية الله الاعظم (عج) الفقهية في دروسه التي القاها في المؤسسة في السنة الدراسية1385-1386ش. [↑](#footnote-ref-151)
152. . يلاحظ عليه انه في هذا الفرض يلزم ضرر المدين و قاعدة لاضرر تنفيه فلا يكون ضامنا باكثر من القوة الشرائية، بعبارة كما ان لاضرر يجري في فرض الانخفاض في جانب الدائن فيوجب علي المدين القوة الشرائية لكي لا يتضرر الدائن كذلك يجري في فرض الارتفاع في جانب المدين فيوجب ان لا يتضرر المدين اكثر من القوة الشرائية. المقرر. [↑](#footnote-ref-152)
153. . يلاحظ علي هذا الميزان اولا: ان الدول الحاكمة ربما يتدخل في الاسواق فيعرض النقود الورقية الثابتة برقم كبير حتي يثبّت قيمة نقوده الورقية مع العملة الثابتة ظاهرا و الحال انه في الواقع نجد ان النقود الورقية لهذه الدولة قد ضعفت و انخفضت و ان كان بحسب الظاهر بالنظر الي العملة الثابتة بقيت بنسبة معينة. ففي هذا الفرض من الواضح ان المقترض ضامن لانخفاض النقود الورقية و لكن الميزان لتعيين مقدار الضمان يخطي و لا يثبت عليه شيئا. ثانيا: ان هذا الميزان يعين فقط مقدار انخفاض قيمة النقود الورقية بسبب ضعف الجهة المصدرة لها و لا يعين مقدار التضخم الناشئ من غلاء الاسعار لو كان الغلاء عالميا، فاذن يمكن للسيد الهاشمي ان يستند بهذا الميزان لانه يقول بضمان خصوص انخفاض القيمة الناشئة من ضعف الجهة المصدرة، و لكن لا يفيد هذا الميزان للاستاذ حيث يقول بضمان الانخفاض سواء كان ناشئا من ضعف الجهة المصدرة او ناشئا من غلاء الاسعار.

     و الصحيح ان نقول ان الميزان في تعيين مقدار الانخفاض و التضخم اما ما يعلنه الدول بعنوان مقدار التضخم السنوي و اما الذهب فان ما يعينه الدولة و علماء الاقتصاد اقرب الي واقع الضمان فانهم اصحاب هذا الفن و اختلافهم في تعيين مقدار التضخم لا يكون الا بنسبة قليلة يمكن الحل بالتصالح في مقدار الاختلاف. و الذهب له قيمة ثابتة، و عدم ثباته لا يكون الا في حالات طارئة تعرض عليه بعض الاحيان. فاذن يمكن القول بجعل كل منهما كميزان لتعيين مقدار التضخم. المقرر. [↑](#footnote-ref-153)
154. . السيد الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، ج2، ص198. [↑](#footnote-ref-154)
155. . السيد الحكيم، منهاج الصالحين، مع تعليقات السيد الصدر ج1، ص420. [↑](#footnote-ref-155)
156. . الوسائل9: 154-162، ابواب زكاة الذهب و الفضة، الباب8-11. [↑](#footnote-ref-156)
157. . الوسائل9: 67، ابواب ما تجب فيه الزكاة، الباب11، ح2. [↑](#footnote-ref-157)
158. . الوسائل9: 66، ابواب ما تجب فيه الزكاة، الباب11، ح1. [↑](#footnote-ref-158)
159. . الوسائل9: 53-61، ابواب ما تجب فيه الزكاة، الباب8. [↑](#footnote-ref-159)
160. . التوبة/103. [↑](#footnote-ref-160)
161. . الشيخ القائني، محمد، زكات پول­هاي رايج و اشياي نو پيدا، ترجمة محمد قنّاد معتمدي و محمد مهدي كريمي، قم، مركز فقهي ائمه اطهار (ع)، اول، 1385ش، ص59-63. [↑](#footnote-ref-161)
162. . الوسائل9:‌ 57، ابواب ما تجب فيه الزكاة، الباب8، ح9. [↑](#footnote-ref-162)
163. . الوسائل9: 163، ابواب زكاة الذهب و الفضة، الباب12، ح2. [↑](#footnote-ref-163)
164. . الوسائل9: 169، ابواب زكاة الذهب و الفضة، الباب15، ح1. [↑](#footnote-ref-164)
165. . الوسائل9: 169، ابواب زكاة الذهب و الفضة، الباب15،‌ ح2. [↑](#footnote-ref-165)
166. . الشيخ القائني، زكات در پول­هاي رايج و اشياي نو پيدا، ص65. [↑](#footnote-ref-166)
167. . اقول: ان هذا الرأي يبتني علي تمامية الروايات الدالة علي حصر الزكاة في التسعة فانه في هذا الفرض يقع التعارض بينها و بين الروايات الدالة علي ثبوت الزكاة في الثمن و المال. لكن هذه الروايات لا تدل علي الحصر الاطلاقي و ذلك لما ورد من وجوب الزكاة في الارز و الحبوب، و حمل هذه الروايات علي التقية كما عليه المشهور غير صحيح اولا لمنافاة مضمونها الحمل علي التقية اولا مثلا في صحيح زرارة سئل ابوعبدالله عن الحبوب ما يزكّي منها فعد الامام الحبوب، فاي داع لو كان الامام بصدد التقية ان يعقب ذلك بقوله:‌ كل ما كيل بالصاع فبلغ الاوساق فعليه الزكاة،‌ ثم ينسب الي النبي امرا علي خلاف الواقع يقول: جعل رسول الله في كل شئ انبتت الارض الا ما كان في الخضر و البقول و كل شئ يفسد من يومه. و ثانيا اختلاف مذاهب اهل السنة في ذلك فاذن لا معني لحمل هذه الروايات علي التقية فاذن لابد من حمل روايات الحصر علي الحصر الاضافي، اي الاشياء الموجودة في زمن النبي. فاذن لو قبلنا دلالة روايات الثمن علي وجوب الزكاة في النقود الورقية لابد من رفع اليد عن هذا الحصر لانه اضافي لا ينفي الا ما كان موجودا في زمن النبي و النقود الورقية ليس منها فيثبت فيها الزكاة. المقرر. [↑](#footnote-ref-167)
168. . الوسائل9: ، ابواب ما تجب فيه الزكاة، الباب1، ح2، 3، 6، 9. [↑](#footnote-ref-168)
169. . الوسائل9: 146، ابواب زكاة الذهب و الفضة، الباب3، ح1، 2، 3. [↑](#footnote-ref-169)
170. . الشيخ القائني، زكات در پول­هاي رايج و اشياء نو پيدا، ص83. [↑](#footnote-ref-170)
171. . يلاحظ علي هذين الجوابين، اما الاول ان لازم التعليل بتعلق الزكاة في الدرهم و الدينار استمرار تعلق الزكاة بالنقود الورقية لعدم اختصاص هذا التعليل بالنقدين المسكوكين، و ما ذكره من كفاية زكاة سائر الاشياء لرفع حاجة الفقراء لا يرتبط بهذا التعليل. اما الثاني فان هذا الاشكال مشترك الورود علي جعل الزكاة علي الدرهم و الدينار و جعلها علي النقود الورقية لان من بيده الدرهم و الدينار ايضا بامكانه ان يبدلهما بغيرهما فرارا من تعلق الزكاة، فبايّ جواب اجيب به عن الاشكال في الدرهم و الدينار نجيب به عن الاشكال في النقود الورقية. المقرر. [↑](#footnote-ref-171)
172. . الشيخ المنتظري،حسين علي، كتاب الزكاة، قم، مكتب الاعلام الاسلامي، الثانية، 1409ق، ج1، ص150و 168، يحتمل الشيخ المنتظري ان تعيين موارد الزكاة بيد الحاكم و لا يجزم به. نعم يقول بعدم حصر تعلق الزكاة بالاشياء التسعة علي وجه الاحتياط. [↑](#footnote-ref-172)
173. . الشهيد السيد الصدر، محمد باقر، الاسلام يقود الحياة، قم، مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، الثالثة، 1426ق،ص57. [↑](#footnote-ref-173)
174. . السيد الحائري، الاوراق المالية الاعتبارية، رسالة الثقلين، العدد8، ص39-40. [↑](#footnote-ref-174)
175. . السيد الخويي، ابوالقاسم، مباني تكملة منهاج الصالحين، (الموسوعة42)، قم، مؤسسة احياء آثار الامام الخويي، الاولي، 1422ق، ج2، ص233. [↑](#footnote-ref-175)
176. . الوسائل29: 195، ابواب ديات النفس، الباب1، ح5 و 6. [↑](#footnote-ref-176)
177. . انظر: ابواب ديات النفس، الباب1، ففي رواية عبدالله بن سنان عن الصادق (ع) ان الدية مأة من الابل و قيمة كل بعير من الورق مائة و عشرون درهما او عشرة دنانير و من الغنم قيمة كل ناب من الابل عشرون شاة. (ابواب ديات النفس، الباب1، ح3، و الباب2، ح1) علي اساس محاسبة هذه الرواية تصير دية الانسان مائتا و الف درهم و الحال ما ورد في الروايات ان الدية الف درهم لكن هذه الرواية ناظرة الي الدراهم التي كانت وزنها اقل من وزن الدراهم غيرها كما اشار اليه صاحب الوسائل نقلا عن الشيخ عن الاصحاب (ابواب ديات النفس، الباب1، ح11)؛ نعم يبقي انه علي اساس ما ذكر في الرواية تساوي دية الانسان الفي شاة و الحال انه الف شاة و هذا لم يتعرض الاجابة عنه الاستاذ، و هذا المعني لا يختص بهذه الرواية بل ورد في روايات اخري ايضا ان ولي المقتول يأخذ بدل كل ابل عشرون شاة كما في رواية زيد الشحام عن الصادق (ع) في العبد يقتل حرا عمدا قال مائة من الابل المسان فان لم يكن ابل فمكان كل جمل عشرون من فحولة الغنم. (ابواب ديات النفس، الباب2، ح5) ولعل هذا ايضا يؤيد ان الاصل في الدية هي الابل و انما اختلف قيمة الابل بحسب الازمان كان قد يصير عشرون شاة و اخري عشر شاة. [↑](#footnote-ref-177)
178. . السيد الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، ج1، ص190-191. [↑](#footnote-ref-178)
179. . السيد الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، ج1، ص237. [↑](#footnote-ref-179)
180. . السيد الهاشمي، قراءات فقهية معاصرة، ج1، ص224. [↑](#footnote-ref-180)
181. . الوسائل29:‌ 201، ابواب ديات النفس، الباب2، ح8. [↑](#footnote-ref-181)
182. . الوسائل19: 96، كتاب العارية، الباب3، ح1-4. [↑](#footnote-ref-182)
183. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج2، ص . [↑](#footnote-ref-183)
184. . الايرواني، ميرزا علي، حاشية المكاسب، تحقيق محمد باقر الفخار الاصفهاني،‌ قم،‌ الصبح الصادق، الاولي،‌ 1426ق،‌ ج2، ص22. [↑](#footnote-ref-184)
185. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص41. [↑](#footnote-ref-185)
186. . المحقق الاصفهاني، حاشية الاصفهاني، ج1، ص42. [↑](#footnote-ref-186)
187. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج1، ص107. [↑](#footnote-ref-187)
188. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص43. [↑](#footnote-ref-188)
189. . السيد اليزدي، محمد كاظم، حاشية المكاسب، قم، نشر دار المصطفي، الاولي، 1423ق، ج1، ص288. السيد الحكيم، محسن، مستمسك العروة الوثقي،‌ بيروت،‌ دار احياء التراث العربي، بلا تاريخ، ج14، ص553. عبارة السيد الحكيم واضحة في ان الحق نوع من الملك، لكن هل ان مراد السيد اليزدي انه مرتبة ضعيفة من الملك كما عليه المحقق النائيني او ان الحق هو الملك لا مرتبة منه؟ قد يستظهر من بعض عباراته ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك قال في ص280:‌ «ان الحق نوع من السلطنة علي شئ متعلق بعين كحق التحجير و حق الرهانة و حق الغرماء في تركة الميت او غيرها كحق الخيار المتعلق بالعقد او علي الشخص كحق القصاص و حق الحضانة و حق القسم و نحو ذلك فهو مرتبة ضعيفة» لكنه في نفس المورد يصرح بانه نوع من الملك قال: «بل نوع من الملك صاحبه مالك لشئ يكون امره اليه كما في الملك مالك لشئ من عين او منفعة، بخلاف الحكم فانه مجرد جعل الرخصة في فعل شئ او تركه». المقرر. [↑](#footnote-ref-189)
190. . الاسراء/ 33. [↑](#footnote-ref-190)
191. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص44. [↑](#footnote-ref-191)
192. . المحقق الخراساني،‌محمد كاظم، حاشية المكاسب، تصحيح و تعليق سيد مهدي شمس الدين، طهران، وزارة الثقافة و الارشاد الاسلامي، الاولي، 1406ق، ص4. [↑](#footnote-ref-192)
193. . السيد الامام الخميني، كتاب البيع، قم، مؤسسة تنظيم و نشر آثار الامام الخميني، ج1، ص39-43. [↑](#footnote-ref-193)
194. . اعتقد ان هذا البيان من الاستاذ فيه نوع غموض و ابهام فانه عند ما يفسر الحق بمعني ما ينبغي ان يثبت، ما هو مقصوده هل ان مقصوده الانبغاء و عدمه بحسب عالم الاعتبار و التشريع او بحسب عالم التكوين و الواقع او بحسب عالم نفس الامر و الواقع؟ اي منها كان لم يكن المعني الذي ذكره جامعا، و لو كان المراد منه الاعم من جميع العوالم فاذن ما ادري ما معني الانبغاء بحسب عالم الواقع؟ هذا مضافا الي ان ما هو مقصوده من استعماله في دائرة العقل العملي هل ان هذا العقل يرتبط بعالم التكوين او عالم التشريع او يرتبط بعالم الواقع و نفس الامر، و لعل الظاهر هو الاخير فاذن ما معناه عند ما يستعمل في ما يرتبط بعالم التكوين، و من جهة آخر ان جعل المعني الحق الذي يقابل الباطل هو نفس ما يستعمل في دائرة الاحكام العقل العملي غير تام لان الحق المقابل للباطل لا يختص بدائرة ادراكات العقل العملي.

     من هنا احسب ان الانسب لمعني الحق ما ذكره الاستاذ مصباح حيث قال ما مفاده: ان الحق بمعني الثبوت و هو تارة يستعمل في الامور التكوينية و اخري في الامور الاعتبارية فان استعمل في الامور التكوينية فله اطلاقات ثلاثة:‌ احدها نفس الواقعية الثابتة في الخارج. ثانيها الاعتقاد المطابق للواقعية‌ الخارجية. ثالثها الكلام المطابق للواقع الخارجي. و بهذين المعنيين الاخيرين يراد من الحق ما يقابل الباطل فان الباطل هو الكلام او الاعتقاد غير المطابق للواقع الخارجي. و اخري يستعمل في الامور الاعتبارية لدي العقلاء و هذا قد يطلق في الحقوق و اخري في الاخلاق و ثالثة في الدين. (ر.ك:‌ مصباح يزدي، محمد تقي، نظريه حقوقي اسلام، قم، مؤسسة الامام الخميني (قده)، الاولي، 1380ش، ص79-83 ) و لا بأس بان نقول ان حقيقة الحق و ماهيته في الامور الاعتبارية هي الاولوية و الاختصاص لا السلطنة‌ بل هي من آثارها. المقرر. [↑](#footnote-ref-194)
195. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج2، ص46-48. [↑](#footnote-ref-195)
196. . يلاحظ عليه:‌ ان ما ذكره من الفرق الاول بين الحق و الحكم غير تام لصدق الظلم لو منع شخص آخر عن شرب ماء البحر مع ان ذلك مباح له بالاباحة الحكمية لا الحقية. المقرر. [↑](#footnote-ref-196)
197. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج1، ص42. [↑](#footnote-ref-197)
198. . الوسائل28: 38، ابواب مقدمات الحدود، الباب17، ح1. [↑](#footnote-ref-198)
199. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص133-135، نقلا عن السيد الشهيد الصدر. [↑](#footnote-ref-199)
200. . الاسراء/33. [↑](#footnote-ref-200)
201. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج2، ص49-50. [↑](#footnote-ref-201)
202. . الوسائل21: 470، كتاب النكاح، ابواب احكام الاولاد، الباب81، ح1. [↑](#footnote-ref-202)
203. . الوسائل21: 472، ابواب احكام الاولاد، الباب81، ح7. [↑](#footnote-ref-203)
204. . الوسائل21: 472، ابواب احكام الاولاد، الباب81، ح6. [↑](#footnote-ref-204)
205. . السيد الخويي، ابوالقاسم، منهاج الصالحين، قم، مدينة العلم، الثامنة و العشرون، 1410ق، مسألة 1394، ج2،ص286. [↑](#footnote-ref-205)
206. . السيد السيستاني، علي، منهاج الصالحين، قم، سعيد بن جبير، الثانية، 1421ق، مسألة 409، ج3، ص122. [↑](#footnote-ref-206)
207. . الوسائل21: 344، ابواب القسم و النشوز، الباب6، ح2. [↑](#footnote-ref-207)
208. . الوسائل21: 343، ابواب القسم و النشوز، الباب6، ح1. [↑](#footnote-ref-208)
209. . الوسائل21: 298، ابواب المهور، الباب39، ح3. [↑](#footnote-ref-209)
210. . الوسائل21: 298، ابواب المهور، الباب39، ح2. [↑](#footnote-ref-210)
211. . الوسائل21: 297، ابواب المهور، الباب 39، ح1. [↑](#footnote-ref-211)
212. . الوسائل21: 298، ابواب المهور،‌ الباب39، ح4. [↑](#footnote-ref-212)
213. . المحقق النائيني، منية الطالب، ج1، ص42-43. [↑](#footnote-ref-213)
214. . السيد الامام الخميني، كتاب البيع، ج1، ص [↑](#footnote-ref-214)
215. . المحقق الاصفهاني، حاشية المكاسب، ج1، ص49. [↑](#footnote-ref-215)
216. . السيد الخويي، مصباح الفقاهة، ج2، ص44. [↑](#footnote-ref-216)
217. . السيد الحائري، فقه العقود، ج1، ص141-142. [↑](#footnote-ref-217)
218. . ورد مضمونه في: الوسائل26: 251، من ترك مالا فللوارث. [↑](#footnote-ref-218)
219. . السيد الخويي، الموسوعة 40 (التنقيح في شرح المكاسب، ج5، تقرير الشيخ ميرزا علي الغروي)، قم، مؤسسة احياء آثار الامام الخويي، الاولي، 1425ق، ص128-131. [↑](#footnote-ref-219)
220. . الي هنا تم دروس سماحة الاستاذ الشيخ الشهيدي في السنة الدراسية 86-87 في يوم الثلاثاء 28/ 3/ 1387ش، و هي العام الاول من بدء درسه لفقه العقود و بلغ مجموع دروسه الي مائة و ثمانية عشر درسا. المقرر. [↑](#footnote-ref-220)