



١٩٧

المبسوط
في فقهاء النساء المعاصرين

مَسَائِدُ الْمُعْجَازَاتِ

الجزء الأول

نائب

رئيس مجلس الشورى

مركز فقه الأئمة الأطهار

المبسوط
في فقهاء المسائل المعاصرة
مسائل المعاملات

الجزء الأول

تأليف

أية الله الشيخ محمد حسين القائمي



إهداء وشكر: مركز فقه الأئمة الأطهار

- < سرشناسه: قاننى، محمد، ۱۳۴۴ -
 < عنوان و نام پديدآور: المبسوط فى فقه المسائل المعاصرة: مسائل المعاملات (۱)
 / تأليف محمد قاننى.
 < مشخصات نشر: قم: مركز فقهى ائمه اطهار (عج)، ۱۳۹۵.
 < مشخصات ظاهري: ۴۴۰ ص.
 < شابک (دوره): ۸ - ۰۵۲ - ۳۸۸ - ۶۰۰ - ۹۷۸
 < وضعیت فهرست نویسی: فیا.
 < موضوع: معاملات (فقه)
 < موضوع: فقه جعفرى - قرن ۱۴
 < رده بندى کنگره: ۱۳۹۵ ۲۲ق/۱۹۰BP
 < رده بندى دیوبى: ۲۹۷/۳۷۲
 < شماره کتابشناسى ملی: ۴۵۶۲۴۹۸



انشارات مرکز فقهی ائمه اطهار

المبسوط في فقه المسائل المعاصرة
مسائل المعاملات (۱)

ناشر: مركز فقهى ائمه اطهار (عج)

- مؤلف: آية الله محمد قاننى ○ صفحه آرایى: مركز فقهى ائمه اطهار (عج)
 نوبت چاپ: اول / ۱۳۹۵ ○ چاپ: چاپخانه یاران
 قیمت: ۲۵۰۰۰ تومان ○ شمارگان: ۲۰۰ نسخه
 شابک: ۵ - ۰۵۳ - ۳۸۸ - ۶۰۰ - ۹۷۸

۵۳ مراکز پخش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلوة وسلام على عباده الذين اصطفى محمد وآله الطيبين الطاهرين وعلى جميع الأنبياء والمرسلين والأوصياء المرضيين وعلى الملائكة المقربين وعلى جميع عباد الله الصالحين واللعن على أعداهم إلى يوم الدين. وبعد فقد كتبت في سالف الأيام ما القيته على ثلثة من الأفاضل في شطر من مسائل المعاملات سيّما المستجدة منها ممّا حدث الابتلاء بها وكان نشرها رهن مراجعتها مجدّداً ولم يتيسّر لي ذلك إلى سنين حتّى ساعدني التوفيق فتحقق ذلك والحمد لله والله اسأل أن يوفّقني لمراجعة غير ذلك ممّا يتعلّق بمسائل المعاملات وغيرها حتّى يمكن تقديمها للنشر تعميماً للفائدة وذخراً للمعاد إن شاء الله تعالى. ولا يسعني إلّا أن أشكر كلّ من ساهم في هذا المشروع لا سيّما مدير مركزه الأئمة الأطهار عليه السلام حجة الإسلام والمسلمين الشيخ محمّدرضا الفاضل الكاشاني دام تأييده والأخ سماحة حجة الإسلام الشيخ خالد الغفوري الذي قام بمراجعة النصّ وتقويمه.

والله أسأل أن يديم التأييد لهذا المركز في خدماته للعلم والفقه والاجتهاد والذي أسسه المرجع الديني المرحوم آية الله العظمى الشيخ محمد الفاضل اللنكراني رحمه الله وقد قام برعايته ولده البارّ سماحة آية الله الشيخ محمد جواد الفاضل دام تأييده.

كما أنني أرجو من الله العزيز أن يمنّ علينا بدوام التوفيق لخدمة الدين والعمل بما يرضى عنا هو وأوليائه سيّما بقيّة الله في أرضه الحجّة بن الحسن المهدي عجل الله فرجه الشريف وجعلنا من خير أنصاره وأعوانه آمين.

ربّنا اغفر لنا ولوالدينا وللإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنّك رؤوفٌ رحيم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

كتبته آخر اليوم السابع عشر

من ربيع مولد النبي صلى الله عليه وآله والإمام الصادق عليه السلام ١٤٣٨ ق

وأنا مستجير بعتبة فاطمة بنت موسى بن جعفر عليهما السلام

وأنا الأقل محمد بن محمد الحسين القائني عفى عنه إن شاء الله تعالى.

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين، والصلاة على محمد وآله الطاهرين، واللعن على أعدائهم إلى
يوم الدين.

صحة المعاملات الجديدة ودليلها

إنّ البحث في حكم المعاملات الحديثة يقع في ناحيتين:
تارةً من حيث شمول عمومات صحة المعاملات لها سيّما مع فرض عدم انطباق
العناوين الخاصة المعهودة في الفقه والعرف القديم عليها، وإن كان في شمول العموم
أو الإطلاق الدالّ على صحة المعاملة بالعناوين الخاصة كالبيع لمثل هذه الفروض
الحديثة شبهة شمول العمومات العامة للمصاديق المستجدة.
وأخرى من حيث تحليلها -ولو بالارتكازات- وإرجاعها إلى العناوين الخاصة
المألوفة، لتنطبق عليها تلك العناوين قهراً.
أمّا شمول أدلة المعاملات العامة للمصاديق الحديثة منها وعدم اختصاصها
بخصوص العناوين القديمة فقد أشبعنا الكلام في هذا المجال فيما مهّدناه من المباحث

الأصولية لكتاب المبسوط حيث ذكرنا وجوهاً لإثبات ذلك فيما يتعلق بمطلق العمومات والإطلاقات، سواء في ذلك ما يتعلق بالمعاملات أو غيرها، وقلنا إنها عامة شاملة لمطلق الفروض الحادثة والقديمة وأنه لا موجب لتخصيصها بخصوص الفروض المأنوسة قديماً.

كما دفعنا هناك جملة من الوجوه التي قد يستند إليها في إثبات الاختصاص.^(١)

شبهة في شمول عمومات المعاملات للمصاديق الحديثة

وقد يُقال بالفرق بين جملة من أدلة المعاملات وبين غيرها من العمومات وأنه لا يستلزم شمول العمومات في غير المعاملات للمصاديق الحديثة شمول عمومات المعاملات أيضاً لذلك، والوجه فيه قصور عدّة من أدلة المعاملات التي يستند إليها عادة في الفقه عن شمول الفروض الحديثة؛ وذلك لاشتغالها على الخطاب المخصّص للحكم بالمخاطب؛ ويكون التعدي إلى غيره من الحاضرين والمفقودين في عصر الخطاب بعدم الفصل ونحوه من الأدلة القاضية بالاشتراك في الحكم، وهذا لا يقتضي أكثر من شمول الحكم الثابت للمخاطب للمفقودين؛ ولا يقتضي ثبوت حكم للمخاطب لو كان الشخص المفقود حال الخطاب مكان المخاطب كان ذاك الحكم ثابتاً؛ وحيث إنّ المعاملات المفروضة في حقّ المخاطبين هي خصوص المعاملات المأنوسة لهم دون ما حدث بعدهم، فصحة تلك المعاملات تستلزم صحتها لو صدرت من غيرهم؛ وهذا لا يستدعي الحكم بصحة المعاملات التي لا فرض لها في حقّ المخاطبين لحدوثها بعدهم.

ويرد هذه المغالطة أنه فرق بين إمكان المعاملة الحديثة قديماً وبين امتناعها؛ فإذا أمكنت وإن لم يتعارف ولا فطن لها المعاصرون للتشريع جاز تشريع حكم لهم وإن

(١) أنظر: المبسوط في فقه المسائل المعاصرة للمؤلف ١: ٢٥ وما بعدها.

كانوا غير فاطنين لذلك مع عدم قصور إدراكهم عن الوصول إلى تلك المعاملة. وإن شئت قلت: يكفي في شمول الإطلاق إمكان تحقق موضوعه وقوعاً في شأن المكلف، ولا يعتبر الوقوع فعلاً؛ نعم لا يكفي الإمكان العقلي. والمعاملات الحديثة - ومن جملتها معاملات الشخصيات الاعتبارية كالبنوك - ممّا لا يمتنع صدورها من معاصري التشريع وإن فرض عدم صدورها منهم اتفاقاً.

ولا يكون عدم تفتّظهم لمصداق من المعاملات مانعاً من تشريع حكم لهم بعموم أو إطلاق يظهر أثره لغيرهم ممّن يشترك في الحكم معهم بدليل آخر أو بنفس أدلّة التشريعات الموجهة إلى المخاطبين ولكن لا بخصوصيتهم، بل من حيث كونهم مصاديق للمكلف.

ولا يخفى ما لمنى الإطلاق وحقيقته - من كونه رفض القبور لا جمعها - من الدخل في وضوح انعقاد الإطلاق للمسائل الحديثة فالإطلاق عبارة عن لحاظ الطبيعة وعدم لحاظ قيد لها مع الالتفات إلى كونه بصدد بيان الموضوع للحكم مثلاً. هذا مع ما في القول باختصاص الخطاب بالمشافه والحاضر من البحث.

وقد يتوهم قصور أدلّة المعاملات عن المعاملات الجديدة لكون عمدة الدليل على صحّة المعاملات هو النصوص القرآنيّة وليست الآيات نوعاً بصدد الإطلاق والتفصيل وإنّما هي بصدد التشريع إجمالاً فلا مجال للتمسك بها عند الشكّ في اشتراط شيء في المعاملة أو مانعية شيء عن صحّتها.

ويردّه: أنّه لا موجب لإلغاء النصوص القرآنية ومنع الإطلاق فيها في المعاملات، بل وفي بعض العبادات كالصوم بل وفي بعض أحكام الصلاة كالالتقصير في السفر وغير ذلك وإن فرض عدم الإطلاق فيها بلحاظ بعض العبادات كاجزاء الصلاة وشرائطها إذن شأن نصوص الكتاب شأن سائر النصوص في ثبوت الإطلاق لها ولو بضمّ الأصل العقلاني القاضي بكون المطلق في مقام البيان ما لم

يتحقق خلافه.

والمعاملات أمور عرقيّة يجوز الاعتماد في المقصود منها على الفهم العام ما لم يكن المراد من ألفاظها اصطلاح خاصّ فتحمل الألفاظ على المفهوم العرفي بنكتة الإطلاق المقامي ما لم يتحقق ردع ولم يثبت اصطلاح جديد.

تصحيح المعاملات بأدلة الصلح

ثمّ إنّّه قد اشتهر على الألسن أخيراً تصحيح المعاملات المبتلاة بالمحاذير من حيث العناوين الخاصّة، تصحيحها باعتبار عنوان الصلح الذي هو غير مبتل بالمحاذير المفروضة في العناوين الخاصّة، مثال ذلك: إنّّه يشترط في صحّة البيع عدم الغرر، فإذا لم يمكن تصحيح المعاملة الغرريّة على أساس عنوان البيع تذرّعوا لتصحيحها على أساس عنوان الصلح غير المشروط بعدم الغرر.

وهكذا لا يصحّ البيع الربوي، ولكن يمكن تصحيح المعاملة الربويّة على أساس الصلح بناءً على اختصاص حرمة الربا بالبيع.

فكان الصلح حيلةً يمكن التوصل بها إلى تصحيح كلّ معاملة محكومة بالبطلان في نفسها، فهو حيلة عامّة مكان الحيل الخاصّة المذكورة في باب الربا، فإنّ تلك الحيل إنّما يتوصل بها إلى خصوص المعاملات التي يكون المحذور فيها الربا. وأمّا حيلة الصلح فهي عامّة لكلّ المعاملات المبتلاة بمحذور، بلا فرق بين الربا وغيره من الغرر وغيره.

فبعض البيوع يشترط فيه القبض في الثمن أو العوضين فيلغى هذا الشرط فيما إذا أُبدل البيع بالصلح وهكذا.

ثمّ يؤكّد ذلك بما هو المشهور من استقلال الصلح عن غيره من العقود وإن أفاد فائدتها، خلافاً لما يحكى عن بعضهم من اتّحاد الصلح مع العناوين الخاصّة الأخرى

حيث أفاد فائدتها؛ فالصلح المفيد فائدة البيع بيع، والصلح المملك للمنفعة بعوض إجارة وهكذا.

مناقشة هذه المحاولة

والذي ينبغي أن يُقال - بعد التوكّل على الله - هو أنّ المعاملات لها حقائق وواقع بالغلص عن عناوينها والألفاظ المعبر عنها، ولذا يمكن إنشاؤها بغير الألفاظ الخاصة، بل بالمعاطاة والإشارات؛ صحّ ذلك شرعاً أو لا. فالبيع - مثلاً - واقعته تمليك العين بعوض، ولا يختصّ هذا الواقع بفرض إنشائه بلفظ البيع أو ما يرادفه في غير العربية وغيرها من اللغات، كما أنّ هذا الواقع لا يتخلّف عن صدق البيع لو أنشئ بلفظ آخر غير البيع من صلح أو غيره، صحّ ذلك شرعاً أو لا، فكان اعتبار تمليك العين بعوض وإنشائه بيعاً بأيّ وجه أنشئ وبأيّ لفظ حقّق.

فلا يكاد يزول عنوان البيع عن هذا الواقع إذا أنشئ بلفظ الصلح ما دام أنّ الحقيقة المقصودة بالإنشاء هي هذه الحقيقة، أعني تمليك العين بعوض.

ولذا قال الشيخ الأعظم في المكاسب: إنّ البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى، وإلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ^(١).

وأما القضية المشهورة بين الفقهاء من عدّ الصلح عقداً برأسه مغايراً لسائر العناوين وإن أفاد فائدتها، فلا يبعد أن يكون المراد به ما لا ينافي الذي قدّمناه من ثبات حقائق المعاملات وعدم تأثير الألفاظ الخاصة في تعيين ذلك.

وتوضيح ذلك هو: أنّ نتيجة الصلح قد تتحد مع نتيجة البيع مثلاً من دون أن يكون المنشأ به ذلك، ففي مثل هذا لا ينبغي إلحاق الصلح بالبيع فضلاً عن دعوى

(١) المكاسب (الأنصاري) ١٠: ٣، تعريف البيع.

اتّحاده معه، فإنّه ليس مجرد وحدة النتيجة دليلاً على وحدة السبب والمؤثر؛ فإنّ الصلح قد ينشأ به النقل والتملك من دون أن ينشأ به المعاوضة، فلا موجب لعدّ مثله بيعاً الذي هو معاوضة بلا ريب وإن اتّحدت نتيجة الصلح مع نتيجة البيع، وملك كلّ من الطرفين شيئاً لم يملكه سابقاً، وهذه نتيجة البيع أيضاً، ولكن البيع معاوضة، فهو مؤثر في ملك كلّ من المتبايعين ولكن على وجه العوضيّة، فهو مؤثر في ملكيّة خاصّة، وقديماً ذكروا أنّ العام لا يستلزم الخاصّ.

ويؤكّد ما ذكرنا من كون المراد من عدم اتّحاد الصلح مع معاملة حيث أفاد فائدتها هو عدم اتّحادهما بمجرد وحدة النتيجة لا عدم اتّحادهما مع وحدة المنشأ، هو ما نقضه على المخالف في الجواهر وغيره من أنّه لو كان مجرد وحدة النتيجة مؤثراً في وحدة الصلح وغيره ممّا أفاد فائدته لكانت الهبة المشروطة بالعوض بيعاً، مع أنّه لا مجال لتوهمه؛ فإنّ المنشأ بالهبة غير المنشأ بالبيع، وذلك لكون المنشأ بالهبة هو التملك المجاني لا على وجه المعاوضة بخلاف البيع وإن اتّحدت نتيجة الهبة المعوّضة مع نتيجة البيع في حصول ملك الطرفين، ولكن هذه الوحدة في النتيجة لا توجب وحدة السبب في الحقيقة والماهية بعد ما كانت الحقيقة المقصودة بالإنشاء في كلّ منهما غير الأخرى.

فالمقصود من عدم اتّحاد الصلح وغيره بوحدة النتيجة هو عدم اتّحادهما بمجرد وحدة النتيجة مثل وحدة نتيجة البيع ونتيجة الهبة المعوّضة التي من الواضح عدم تأثيرها في وحدة حقيقة المعاملة وما ينشأ بالإنشاء المحقّق لها. لأنّ وحدة الحقيقة المنشأة بلفظ البيع والصلح لا تؤثر في وحدة المعاملة حقيقةً ولبّاً، وأنّ المضمون الواحد لو أنشئ بالبيع أو بالصلح يكون متعدّداً.

كيف لا وإنّ من الواضح - كما حقّقناه في غير المقام أيضاً - أنّ المعاملات هي حقائق تُنشأ باللفظ مرّة وبغيره أخرى؛ فليس اللفظ - فضلاً عن اللفظ الخاص - ممّا يتقوّم به المعاملة سوى كونه منشأ للمعنى المقصود ومبرزاً لذلك المفهوم المفروغ

عنه بالغض عن اللفظ .

نعم، لا تصدق المعاملة عرفاً ما لم تُنشأ بلفظ أو غيره، وهذا غير كون اللفظ الخاص هو المقوم لحقيقة المعاملة.

مثلاً اتحاد نتيجة البيع والإجارة في بعض الموارد بمعنى وحدة الأثر الحاصل منهما لا يجعل العقدين حقيقة واحدة، فلو أجر داره وجعل الأجرة سلعة كالحنطة فإنه لا يجعل العقد بيعاً وإن كانت النتيجة نتيجة بيع الحنطة وجعل الثمن منفعة الدار وسكنائه، وكذا العكس بمعنى أنه لو باع الحنطة بالمنفعة فإنه وإن أفاد نتيجة إجاره الدار بالحنطة ولكنه لا يجعل عقد البيع إجارة، وهذا غير كون الحقيقة المقصودة بالإنشاء والمفهوم المنشأ واحداً، فلا ينبغي الخلط بين وحدة النتيجة وبين وحدة المفهوم المنشأ؛ فإن الأول لا يجعل الأمرين المحققين للنتيجة الواحدة واحداً بخلاف الثاني حيث إن المفهوم الواحد إذا أنشئ بعبارتين ولفظين مختلفين لا يصير موجباً لتعدد الماهية والحقيقة.

والمقصود بكون الصلح متحداً مع البيع إذا أفاد فائدته ليس هو الأول بمعنى وحدة الأثر الحاصل من الإنشاءين؛ فإن وحدة الأثر لا تنافي تبين المؤثر والسبب، وإنما المراد أن الصلح إذا كان المقصود به إنشاء مفهوم البيع ومضمونه ومعناه يكون متحداً معه اتحاد العام والخاص ولا يباينه.

وكان من ينسب إليه اتحاد الصلح وغيره من المعاملات حيث يفيد فائدتها يريد هذا المعنى الذي لا أظن الاختلاف فيه، بمعنى أنه لا خلاف في كون إنشاء عقد البيع بلفظ الصلح يكون بيعاً وإن قلنا بفساده؛ لا شرط البيع بلفظ صريح مثلاً، وهذا المبنى وإن كان فاسداً، ولكنه لا ينافي ما تقدّم من اتحاد الصلح وغيره من العقود. لا أنه يريد اتحاد الصلح وغيره بمجرد وحدة النتيجة ليرد عليه النقض بعدم اتحاد البيع والهبة المعوضة مع وحدة النتيجة فيهما، والله العالم.

وإلا لورد النقض عليه أيضاً بأن نتيجة الموت - وهو الإرث - ونتيجة الهبة واحدة لا تنتقل المال إلى الشخص مجاناً، ولا يتوهم متوهم كون ذلك موجباً لوحدة الأمرين، فلاحظ.

مفهوم الصلح

ثم إن مفهوم الصلح والتصالح هو الموافقة والتسالم، وهذا المفهوم كما يصدق في موارد الاختلاف والتشاجر كذلك يصدق في مورد يستدعي بطبعه الاختلاف وعدم التوافق، فلا يشترط في صدق مفهومه سبق النزاع وإن كان ذلك من أوضح مصاديقه.

وعلى هذا الأساس فكل عقد من العقود فهو مصداق للصلح؛ لأن العقد متضمن للتوافق على ما لا ضرورة في الاتفاق عليه، فالبيع يصدق عليه الصلح؛ إذ لا ضرورة في الرضا بأصل المعاملة ولا بخصوصياتها من مقدار العوضين وغير ذلك، فيكون الاتفاق على ذلك كله مصداقاً للتسالم والتصالح على الشيء، ولذا ذكرنا في غير المقام أنه يمكن الاستدلال لصحة المعاملات ومنها البيع بحديث: «الصلح جائز بين المسلمين»^(١) بعدما استشكلنا في الاستدلال لذلك بآية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٢). بل لا ينحصر مفهوم الصلح في المعاملات الخاصة المعنونة في الفقه، بل مفهومه عام يشمل كل ما حصل التوافق عليه.

ولا يتقوم الصلح بمفهوم المعاوضة وإن حصلت نتيجتها بسببه، بخلاف مثل البيع فإنه ليس مطلق التملك والتملك؛ بل هو ذلك على وجه المعاوضة، فإذا أنشئ بالصلح التملك والتملك على هذا الوجه كان بيعاً بلفظ الصلح أو ما يرادفه. وأما إذا

(١) الوسائل ١٣: ١٦٤، ب ٣ من الصلح.

(٢) المائدة: ١.

أنشأ بالصلح مجرد التملك والتملك دون مفهوم المعاوضة لم يكن بيعاً، بل كان من قبيل الهبة المعوضة أو كان ذلك بعينه؛ ووجه الحاجة إلى مثل هذا الإنشاء هو أنه قد لا يكون هناك اتفاق على كون شيء ملكاً لشخص أو لا يكون ملكه له معلوماً، بل كان مشكوكاً؛ فلذا لا ينشأ البيع حتى على وجه التعليق بل تُنشأ الملكية والتسالم عليها حتى إنه لو لم يكن الشخص مالكاً واقعاً ملك بالصلح.

ومن هذا القبيل المصالحة على دين بمبلغ يحتمل زيادة الدين عليه؛ فإنه راجع إلى التسالم على سقوط الدين من رأسه بذلك المبلغ وإن كان زائداً عليه في الواقع، فيسقط الدين واقعاً بسبب الصلح والرضا بسقوطه في هذا الفرض.

وأما ما تضمن عدم براءة المدين بالوفاء ناقصاً مع جهل الدائن بمقدار الدين وعلم المديون^(١) فلا يبعد كون ذلك من جهة تقيّد المصالحة والرضا والتسالم بفرض جهل المديون حسب ما يتظاهر به على ما يفهم من النص، وإلا فلا محذور في إسقاط الدين رأساً بدون الأداء فضلاً عن الرضا بسقوطه بأقل منه.

وبالجملة: المقصود أن كل عقد من العقود مصداق للصلح وأن الصلح ينطبق على العقود كالبيع وغيره، وربما لا يكون لعقد عنوان خاص إلا الصلح كما لا يبعد في المعاوضة بين شيئين من دون كون أحدهما مبيعاً والآخر ثمناً كما لو عاوض بين سلعتين مقصودتين من دون كون المقصود بإحدهما ماليتها وربما اصطلاح على هذا العقد بالمقايضة. والغرض أن التباين بين الصلح وسائر العقود ليس على وجه التباين كما قد يلوح من بعض الكلمات، وإنما التباين بينهما بالعموم والخصوص. وهل يكون للبيع حقيقة سوى التسالم على تملك شيء بعوض؛ ونحوه الكلام في سائر العقود مما يقع التسالم فيها على شيء.

(١) أنظر: الوسائل ١٣: ١٦٦ ب ٥ ح ٢.

ودعوى أن البيع وغيره من العقود وإن كانت لا تصدر إلا عن تسالم بين الطرفين لكنّه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان التسالم وأنه فرق بين إنشاء الصلح وبين معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين^(١).

يردّها إنها مجرد دعوى لا شاهد عليها؛ فإنّ التسالم الصادر في العقود من طرفي المعاملة إذا كان أمراً منشأً ومقصوداً بالإنشاء بأيّ لفظ كان، فأيّ فرق بينه وبين ما إذا كان تسالم المقصود بالإنشاء منشأً بلفظ الصلح بعد ما عرفت أن المعاملات من قبيل المعاني المقصودة بالألفاظ من دون أن يكون للفظ خاص مدخل في حقيقتها كما سمعت نحواً من ذلك عن الشيخ الأعظم في مكاسبه^(٢).

وإن شئت قلت: إنّ حقيقة المصالحة ليست هي عنوان التسالم، بل واقعه وما هو تسالم بالحمل الشائع.

وبالجملة: الذي ينحلّ البيع إليه عند التحليل هو التسالم والموافقة المنشأة على تمليك عين بعوض، ويكون التعبير عنه بتمليك عين بعوض راجعاً إلى ما تقدّم؛ فإنّ التمليك هل يُراد به شيء سوى الموافقة على ملك المشتري وإنشائها، والمفروض أنّ الصلح أيضاً ليس شيئاً سوى الموافقة والتسليم لشيء، وهذا معنى عام شامل للبيع وغيره من العقود.

وأما الاستدلال لمباينة معنى الصلح والبيع وكذا غيره من العقود بمثل دعوى أنّ البيع والتمليك يتعلّقان بالأعيان بخلاف الصلح حيث يعدّ بالأداة فيقال صالحتك على كذا،

فينبغي أن يعدّ من الغرائب؛ إذ يكفي لاختلافهما من حيث التعدي مستقلاً أو

(١) مصباح الفقاهة (الخوني) ٢: ٦٢.

(٢) أنظر: المكاسب (الأنصاري) ٣: ١٠، تعريف البيع.

بأداة، اختلاف معناهما المطابقي؛ ولا يستدعي ذلك اختلاف المقصود والمفهوم النهائي منهما، ولعلّه لبعض ما ذكرنا ذكر بعضهم أنّ الصلح على عين بشيء لا يفيد التملك بوجه لا مطابقي ولا غيره؛ وإنّما مدلوله رفع اليد عن العين وإباحة تملكها لشخص خاصّ فيكون ملكه له بالحيازة لا بالصلح، فلا يكون التملك مقصوداً بالإنشاء بوجه؛ وإنّما المنشأ إباحة الحيازة للغير وتملكه.

وإن كان يرد عليه: أنّ هذا المضمون وإن كان معقولاً في نفسه، ولكنّه خلاف الظاهر والمتفاهم من إنشاء الصلح على الأعيان.

دعوى المحقق الإيرواني ومناقشتها

وللمحقّق الإيرواني فيما يتعلّق بالفرق بين الصلح والبيع كلامٌ غريب ما كان ينبغي صدوره من مثله؛ فإنّه بعد أن صرّح بأنّ الاختلاف بين البيع والصلح في مجرّد العبارة وأنّ كلّاً منهما يقوم مقام الآخر إذ كان مؤدّى الكلّ معنى واحداً والاختلاف في مجرّد التعبير، قال: وأمّا متن معناهما فمعنى صالحتك عن هذا بكذا هو أنّي مسالك غير منازعك في هذا ولئن بسطت يدك لأخذ هذا ما أنا بباسط يدي إليك لأمنعك. وهذه العبارة إذا أتى بها في مقام التملك أفادت التملك بنحو أبلغ. ومعنى بعثك هذا بكذا إنشاء المبادلة والمقابلة بين المالكين وجعل أحدهما نازلاً منزلة الآخر.

وبالجملة: كلّ التعابير (يعني الهبة والصلح والبيع) مطلبها واحد - يعني في إفادة التملك - وتعبيرها مختلف، فجاز التعبير بكلّ مقام الآخر، فيصرّح بالتملك تارة بعبارة «وهبت» ويكتفى عنه أخرى بعبارة «بعث وصالحت» التي إحداها لإنشاء التبدل بين المالكين، والأخرى بلسان أنّ المالك سلم. وباختلاف هذه التعابير

تختلف الأحكام الشرعية. فإذا أنشئ التمليك بعبارة البيع جاء خيار المجلس والحيوان واعتبر معلومية العوضين وكان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه إلى آخر ما للبيع من الأحكام، بخلاف ما إذا أنشئ التمليك بتينك العبارتين الأخريين - يعني الصلح وغيره - ولا غرو في اختلاف الأحكام باختلاف التعبيرات^(١).

أقول: إذا كان مراده عليه السلام من وحدة المطلب بلفظ الصلح والبيع أنهما معاً يدلان على إنشاء التمليك وإن اختلفا في التعبير فيكون الاختلاف بينهما في الدلالة من قبيل الاختلاف بين الدال بالمطابقة وبين الدال بالالتزام، حيث إن متن معنى الصلح - حسب تعبيره - هو المسالمة فيكون كناية عن إنشاء التمليك والموافقة عليه، ومتن معنى البيع هو المبادلة والمقابلة بين المالين في الملكية.

فهذا أمر حق حيث يكون المنشأ بالصلح بالتمليك بالعوض ولو بالكناية، ولكنه لا يستدعي الفرق بين البيع والصلح في الحقيقة بعدما عرفت من أن المعاملات ومنها البيع من قبيل المعنى، ولا مدخل لاختلاف اللفظ المحقق لها في مقام الإنشاء والاعتبار من حيث الكناية والتصريح في اختلاف المعنى والمضمون كما هو ظاهر. فالبيع بيع وإن أنشئ بلفظ الهبة، غاية الأمر أنه بيع فاسد.

وإن كان مقصوده - كما لعلّه الظاهر من كلامه - دعوى أن الإنشاء إن كان بدال كنائي يكون معاملة، وإن كان بدال صريح يكون معاملة أخرى أو أنه لو كان بعبارة تكون معاملة ولو كان بعبارة أخرى تكون معاملة أخرى فهي دعوى غريبة جداً، وربما يكون ذلك هو مرجع كلام غير عليه السلام ممن فرق بين البيع وبين الصلح على مضمون البيع، ولكنه مما لا يمكن المساعدة عليه.

نعم، إذا كان مراد من فرق بين البيع والصلح هو أن المضمون المقصود بالإنشاء

(١) حاشية المكاسب (الإيرواني): ٧١؛ تعريف البيع.

فيهما مختلف وإن كانت النتيجة الواقعة في الخارج أمراً واحداً على التقديرين، ولا يوجب اتحاد النتيجة خارجاً وحدة السبب في الحقيقة والماهية، فالمقصود بالصلح السلم، وهذا مستلزم للتمليك والتملك بل هو عينه ولكن بغير معاوضة بخلاف البيع، وتكون وحدة نتيجتهما من قبيل وحدة نتيجة البيع والهبة المعوضة فهو حق لو فرض اختلاف المضمون المقصود بالإنشاء حقيقة، لا مجرد اختلاف في التعبير من قبيل اختلاف الكناية والمدلول المطابقي، الذي تقدّم منه.

مؤيدات لمباينة الصلح مع سائر العقود

وقد استشهد في كلماتهم لمباينة الصلح لسائر العقود بأمور:
منها: أنه قد يتعلّق الصلح بالأعيان فيفيد فائدة البيع، وقد يتعلّق بالمنافع فيفيد فائدة الإجارة، وقد يتعلّق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية التي هي مجرد التسليط، وقد يتعلّق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال أو الإبراء، وقد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما في تسالم الشريكين على أن يكون الربح والخسران لواحدٍ منهما فيفيد مجرد التقرير، فلو كان الصلح متّحداً مع هذه الحقائق المتباينة لزم الاشتراك اللفظي فيه، وهو باطل قطعاً، فلم يبق إلا أن يكون مفهوم الصلح معنى آخر وهو التسالم، وإن أفاد في كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه، فالصلح على العين بعوض تسالم عليه وهو يتضمّن التمليك؛ لأن مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام وحقيقته هو إنشاء التمليك.

ويردّه: أنه يكفي للاتحاد بين الصلح وسائر العقود كونه موضوعاً للجوامع بينها مثل العقد؛ والموضوع العام متّحد مع مصاديقه بلا لزوم الاشتراك.

وما أفيد من أن الصلح غير البيع وإن تضمّن التمليك فإن أريد إنشاء التمليك به بغير الدلالة المطابقة فقد تقدّم أن البيع من قبيل المعنى ولا يتقوم بلفظ خاصّ دالّ

بالمطابقة، وإن أُريد أن المنشأ بالصلح والمقصود به أمرٌ آخر فهو لا شاهد له بعد أن لم يكن الصلح عند الفقهاء مشروطاً بسبق نزاع أو اختلاف.

ومنها: أن مثل التمليك يتعدى إلى العين بنفسه فيقال ملكتك كذا، ولا يتعدى الصلح إلا بالأداة فيقال: صالحتك على كذا؛ وذلك آية الفرق بينهما في المفهوم. وقد تقدّم دفعه، وحاصله: أنه يكفي في اختلاف اللفظين من حيث التعدي وعدمه اختلاف مفهومهما بحسب المدلول المطابقي وإن كان المراد النهائي منهما أمراً واحداً، من قبيل: الأمر بالشرب المتعدي بنفسه وطلب التفضل به الذي يتعدى بالباء. وقد تقدّم في عبارة المحقق الإيرواني أن الفرق بين لفظي البيع والصلح مجرد التعبير، فراجع.

هذا، مع أن دعوى اقتضاء الترادف بين اللفظين في المعنى اتحادهما من حيث التعدي وغيره غير واضحة.

ومنها: أن طلب الصلح من الخصم لا يكون إقراراً له بالملك بخلاف طلب البيع، وهذا شاهد واضح لاختلاف مفهوم اللفظين.

ويردّه: أنه يكفي للفرق بينهما صراحة أحدهما في المعنى لكون دلالاته بالخصوص دون الآخر حيث إن دلالاته بالعموم نظير طلب المعاودة وطلب البيع، مع أنه لا يحتمل فقيهه مباينة مفهوم العقد ومفهوم البيع.

نعم، الذي ينبغي أن يقال: هو أن الصلح حيث أنشئ مطلقاً ولم يكن هناك قرينة على إرادة إنشاء البيع به لا ظهور له في إنشاء البيع وإن أفاد فائدة البيع ونتيجته؛ أعني تملك شيء وزوال ملك شيء آخر، حيث إن هذا أعظم من حصوله بالبيع، بل ربما يحصل بغير العقد والمعاملة من الأسباب التكوينية.

والوجه في عدم كون الصلح بيعاً هو أن البيع يتضمن المعاوضة وبعض الجهات الأخرى؛ ككون أحد الأمرين بعينه وخصوصيته هو المعوض والآخر عوضاً قصد

مالتيه لا خصوصية عينه، والذي بذلك يفرّق بين عنوان البائع وعنوان المشتري، زائداً على التملك والتملك؛ فإذا أنشئ بالصلح تملك شيء وتملك شيء آخر ولم يكن هناك قرينة على إرادة المعاوضة بين الملكين حيث يحتمل كون المعاوضة بين الفعلين أعني التملك والتملك، بل ويحتمل عدم المعاوضة رأساً، كما يحتمل إنشاء المعاوضة من دون تعيين كون أحد العوضين مبيعاً والآخر ثمناً، لم يستلزم ذلك كون المنشأ عنوان البيع.

ولعل ارتكاز هذه النقطة هو الذي أوجب حكم الفقهاء بالمغايرة بين الصلح وغيره من العقود كالبيع وإن أفاد فائدتها، فلا يمكن التعدي من الشروط المعتمدة في العناوين الخاصة إلى ما يُنشأ بالصلح بعد أن لم يكن إطلاق الصلح المفيد فائدة العقود ظاهراً في إنشاء مضمون العقود ومفادها وإن اتحدت الفائدة والنتيجة بينه وبينها.

وحيث لم يكن للصلح شرط خاص يوجب إطلاق الصلح على سائر العقود سارية شروطه إليها لم يكن هناك في عموم الصلح لسائر العقود أثر عملي، وإنما الأثر في إطلاق سائر العقود كالبيع على الصلح حيث يشترط فيها ما لا يشترط فيه، وهذا الإطلاق لا شاهد له بمجرد إطلاق الصلح الذي لا يلزم شيئاً من العناوين وإن أفاد فائدتها.

والذي يتراءى من ظواهر جملة من الكلمات وتصريح بعضها أنّ تمييز الصلح عن سائر العقود وإنما هو بالعنوان الذي ينشأ المتعاقدان فإن الصلح عنوانه التسالم بخلاف البيع مثلاً وإن اشتمل على التسالم ولكن العنوان المنشأ في البيع هو التملك بعوض ولا مناص في تحقق البيع من التسالم والتراضي من دون كون عنوان التسالم هو المنشأ. فالبيع والصلح على الغبن بعوض يشتركان في كونهما معاوضة ويفترقان في كون المنشأ بالبيع هو ملك العين بالعوض. وفي الصلح المنشأ هو التسالم على ملك

العين بالعوض مثلاً فالذي ينشأ في الصلح ابتداءً هو التسالم لا التمليك والتملك وإن كان تعلّق الصلح - وهو أمر اضافي - يقتضي تمليك العين مرّة والمنفعة أخرى وشيئاً غيرهما ثالثاً.

وهذا المضمون عندي غريب جداً؛ فإنّ الصلح لا يمكن تعلّقه بأمر مهمل عند الالتفات، بل متعلّقة إمّا هو ملك العين أو ملك المنفعة وغيرهما؛ وبعد فرض عدم اشتراط الصلح بسبق نزاع، كان مضمونه إنشاء الرضا وهذا ما يتحقّق في البيع وغيره.

ولعمري إنّ من الغريب دعوى أن المعاملة إذا لم تصحّ بعنوان البيع لغرر أو ربا أو غير ذلك جاز إنشائها بالصلح فلا يتغيّر إلّا العنوان الذي ينشأ ويكون إصرار الشرع على منع جملة من المعاملات راجعاً إلى مجرد الإصرار على تغيير العبارة دون شيء آخر. وهذا ما لا يكاد يوافق عليه الفهم العرفي من النصوص والله العالم بحقائق الأحكام.

قرض الجعالة

وحيث تحقّق عدم قصور المقتضي للصحة عن المعاملات الحادثة من حيث شمول العمومات لها فلنتعرّض لجملة من المعاملات المتداولة حديثاً والمستجدة في هذه الأعصار فنقول بعد التوكّل على الله:

من المعاملات المتداولة في البنوك ما يعبر عنه بقرض الجعالة، وهي من وجوه الحيل المستعملة فراراً عن محذور الربا مع التوصل إلى نتيجته، وصورة المعاملة هي أنّ صاحب الدار مثلاً إذا احتاج إلى مبلغ لتعمير منزله فبدلاً من أن يستقرضه يُنشىء جعلاً لمن يعمر داره وينفق على ذلك وهو البنك مثلاً، ومبلغ الجعل يزيد على المبلغ المصروف للتعمير بمقدار الربا لو كان هناك بدل ذلك قرض ربوي؛ فيكون باذل مبلغ التعمير وهو البنك عامل جعالة، والجاعل هو مالك الدار؛ ثمّ البنك يحوّل مباشرة التعمير إلى نفس الجاعل وهو مالك الدار ويؤكّله عن نفسه في ذلك ويسلم المبلغ المصروف للتعمير إليه؛ حيث إنّهُ لا يتيسّر للبنك مباشرة مثل هذه الأعمال؛ فيتوصل إلى نتيجة القرض الربوي بهذه العملية.

حكم حيل الربا وغيرها من الحيل

وحيث إنّ ذلك من حيل الربا كان البحث عنه مستدعياً لتقديم البحث عن حكم حيل الربا من حيث الحلّ والمنع أو التفصيل؛ ثمّ على تقدير الجواز يقع البحث

في جواز هذه الصورة من الحيلة خصوصاً من حيث انطباق ضابط الحلّ عليه أولاً، ومن حيث مشروعية الجعالة المفروضة ثانياً.

الفرق بين الحيلة والخدعة لغّة

وينبغي قبل التعرّض لحكم الحيل - والتي هي باب واسع في الفقه ذكر وعنوانها صريحاً في كتاب الطلاق وذكره الصدوق في الفقيه في كتاب القضاء، كما تعرّضوا لمصاديق منها في طيّات أبواب الفقه - أن ننّبّه على نقطة هامة لها دخل كبير في التعرّف على حكم المسألة، وهي: أن الحيلة قد تطلق ويُرَاد بها المكر والخديعة، وهذا الأمر ليس معنياً بها حيث تطلق الكلمة في مسائلتنا.

وإنّما المراد بها هنا معناها اللغوي الذي لا يخصّ بموارد الخداع والمكر وإن كان ربّما يشملها، وذلك هو المندوحة والمعالجة التي تحتاج إلى فطنة وذكاء؛ والمناص المفتقر إلى دقّة وتأمّل لا يتبادر إلى عامّة الأذهان ولا ينسب إلى كلّ عقل؛ وهذا معنى عامّ يكون ممدوحاً إذا استخدم في سبيل حقّ، ويكون مذموماً إذا استخدم في مسير باطل كالخانات، وقد ورد في الدّعاء: «فكيف حيلتي يا غفّار الذنوب ويا علّام الغيوب؟!». ^(١) ويعبّر عن هذا المعنى في الفارسيّة بـ (چاره) يعنون العلاج.

نعم، لمّا كان المكر والخداع مبنّين على الاحتيال للوصول إلى الهدف واستعمال الوجوه الخفيّة بخلاف ما سوى الخدعة فإنّه لا يبتني على التخفّي في استطرقها ولا على التسترّ لاستحصائها، صار للحيلة مزيد تعلّق بالخدعة بدون أن تختصّ بها، وكان ذلك سبباً لاكتساب لفظ الحيلة حيث يطلق قبح معنى المورد الخاصّ، ولكنه سرعان ما يزول القبح البدوي بالتأمّل في معناها وملاحظة استعمالها في غير موارد المكر بلا أيّة عناية ومن دون أيّة مؤونة تحمّلان اللفظ ما لم يحمله الوضع واللغة،

(١) أنظر: بحار الأنوار ٨٤: ٣٤١، وأيضاً ٩١: ٢٤٦، دعاء الصباح المنقول عن الإمام علي عليه السلام.

وتورّدانه ما لم يورده الواضع واللغوي. فيقال: الحيلة في إفطار شهر رمضان هو السفر، والحيلة في إسقاط التكليف بالصلاة هي بالتحريض مثلاً، والحيل تختلف في الخفاء والدقة قلّة وزيادة.

ثمّ إنّ ينبغي التنبيه لنقطةٍ أخرى هي أنّه: ليس كلّ ما يتخيّل أنّه حيلة فهو كذلك، بل لا بدّ في الوصف أن يتحقّق الأمر بعدم منافاة الحيلة المفروضة للغرض بعد الفراغ من عدم اندراجهِ صريحاً في العنوان الذي يُراد الفرار منه، فكثيراً ما ينطبق على الحيلة نفس العنوان الذي يُراد التحرّز منه فلا تكون تلك حيلة؛ بل هو نظير الاحتيال في الفرار عن تبعة الغضب وأكل مال الناس بالتصدّق به استناداً إلى أنّه يخلص من الثواب للغاصب بعد نقص جزاء واحد لمعصيته من ثواب ضوعف عشرأ وأكثر، غفلة عن أنّ هذه ليست حيلة بل هي جهل وغباوة وأنّ صاحبها مخدوع ممكور لا خادع ما كرم ومحتال؛ فإنّ الثواب لا يتعلّق بالعصيان أصلاً ليخلص منه شيء لصاحب المعصية بعد إسقاط تبعة واحدة.

إذن ينبغي لإطلاق الحيلة وعدّها مشروعة ملاحظة أمرين:

أحدهما: الدقة في عدم انطباق العنوان المحظور بمجرّد التغيير في صورة العمل. وثانيهما: ملاحظة عدم اقتضاء الغرض من العنوان المحظور لشمول الحكم لبديله بالحيلة ولو كان الكاشف عنه هو لغويّة الحكم على تقدير قصوره عن موارد الاحتيال.

مفهوم الحيل عرفاً

ثمّ إنّ المراد بالحيل في الربا - وبه يظهر المراد من الحيل في سائر الموارد - هو ما يحقق غرض من يريد الوصول إلى الربا من حيث تملّك الزيادة ومن حيث لزوم المعاملة كما يحقق غرض من يريد الاقتراض، بيان ذلك :

إنه لم يرد لفظ الحيلة في النصوص لنكون بصدد تحديد مفاده وما يُراد منه عند الإطلاق، وإنما نبحت عن الحيل بملاحظة ما يدعو إلى المعاملات الممنوعة بالخصوص مثلاً من الدواعي العقلانية؛ وأن تلك الدواعي يمكن تأمينها على أساس غير المعاملات الممنوعة بالخصوص، فهل يكون تأمين دواعي المعاملات الممنوعة خصوصاً، بغير تلك المعاملات من المعاملات سبباً لتعدي المنع إليها حفاظاً على الأحكام الشرعية من اللغو، أو لا تكون وحدة الداعي في الموردين وتأمين الغرض في المقامين كافياً في وحدة الحكم.

مثلاً: غرض من يريد الإقراض ربوياً هو أن يسبب إنشاؤه للقرض لتملك فائدة زائدة على رأس المال، والوصول إلى هذا الهدف كما يمكن بالإقراض الربوي على تقدير الصحة يمكن بوجه آخر يعدّ مغايراً للقرض في الحقيقة والماهية ولكن مع وحدة النتيجة أعني تملك الزائد عن رأس المال، ويكون الوجه الآخر طريقاً مأموناً في الأداء إلى الغرض المتقدم، وذلك ببيع سلعه بقيمة زائدة على قيمة المثل مشروطاً بإقراض مبلغ تساوي فائدة ذاك القرض لو شرط فيه الربا المبلغ الذي زيد على قيمة المثل في السلعة عند بيعها، أو ببيع سلعة بأقل من قيمته شارطاً بإقراض المشتري للبائع على النحو المتقدم.

فالمراد من الحيلة هو هذا أعني تأمين أهداف العقلاء ودواعيهم من المعاملات الممنوعة بمعاملات لا دليل على المنع منها بدليل خاص ولا عام، سوى كون هذه المعاملة مشاركة للمعاملة الممنوعة في الدواعي العرفية لإنشائها.

وبما ذكرنا يظهر الإشكال والخلط في كلمات أهل السنة حيث إنهم علّلوا المنع من الحيل بوجوه هي أجنبية عما هو محل الكلام، وإنما ترتبط بأمور لا كلام في المنع منها، ولتوضيح ذلك يراجع الملحق (١).

وكيف كان فمن جملة معاملات البنوك ما استهللنا به البحث وهو ما يصطلح

عليه بقرض الجعالة، والذي تسميته بذلك مبني على المسامحة حيث إنه ليس من القرض المصطلح إلا باعتبار كونه مفيدة لفائدة القرض.

وصورة المعاملة: أن يدفع صاحب المال كالبنك مالا لعميله ليصرفه على تحقيق العمل الذي يتصداه البنك للعميل بمباشرة العميل نفسه بعوض مجعول هو زائد على المال المبذول من قبل البنك لتحقيق العمل وتكون الزيادة بنسبة الربا لو كان المال قرصاً.

كما يمكن أن يتعهد البنك بالعمل على أساس عقد الإجارة دون الجعالة. والجهات المستدعية للبحث والتي هي بحاجة إلى دراسة فيما يتعلق بالجعالة أو الإجارة المشار إليها هي أمور:

الجهة الأولى: وقد تقدّم البحث عنها تفصيلاً، هي أن هذا من حيل الربا.

فقد يُقال: إن حقيقة هذه الجعالة هي القرض وليست جعالة إلا في صورتها والتعبير لا في واقعها؛ والسّر في ذلك أن ما يقع خارجاً هو بذل مال بعنوان نفقة العمل والذي يتوقف تنفيذ العمل عليه، ثم مباشرة الجاعل نفسه للعمل مجّاناً واستقضاء من يعبر عنه بعامل الجعالة - وهو البنك في الفرض - لمبلغ بإزاء بذله المال لمباشر العمل، وهذا في الحقيقة قرض؛ حيث إن حقيقة القرض ليست شيئاً سوى بذل مال مضمون؛ فإذا كان ما يتقاضاه باذل المال لمباشر العمل أكثر ممّا بذله له كان قرصاً ربوياً لا محالة؛ فلا محيص من انطباق أحكام القرض عليه.

ويرد عليه: أولاً: ما فصلنا القول فيه من جواز الحيل وعدم المحذور فيها.

وثانياً: إمكان الفرق بين المقام وغيره من الحيل بأن ما يتقاضاه باذل نفقة العمل من زيادة ليس بإزاء ما بذل من مال، بل هي بإزاء العمل الصادر من مباشره منسوباً إلى باذل المال.

فإنه لا يكون ما يأخذه من رأس المال فضلاً عن الزيادة بإزاء ما بذله من المال

أصلاً حسب الإنشاء، بل يكون مجموع رأس المال والزيادة محسوباً بإزاء العمل المستدعي لبذل مقدار رأس المال ونفقة العمل.

وهذا نظير بذل الأجرة للخياطة فإنها ليست بإزاء الخيوط والأعيان المصروفة أثناء العمل، بل هي بإزاء العمل المتقيد ببذل العين؛ لا العمل والأعيان؛ نعم تكون حاجة العمل إلى صرف الأعيان داعياً لزيادة الأجرة ولكن لا تجعل الأجرة بإزاء العين.

نعم، تعتبر هذه الطريقة حيلة للتخلص من الربا، ولا مناص للفقيه من الالتزام بجواز بعض حيل الربا وإن أشكل عليه الأمر في البعض.

ألا ترى أن المديون إذا علم بأنه لو لم يهب مالا للدائن لتقاضى دينه والمفروض أنه قادر على أدائه ولكن يتضرر، فهل يمكن لفقيه أن يلتزم بعدم جواز الهبة حينئذ لكونها متحدة النتيجة مع الربا والزيادة لتأخير أجل المطالبة بالدين. وهذا الفرض مع كونه مشروعاً على القاعدة منصوص عليه أيضاً؛ فإن الداعي على الهبة هو إمهال الدائن ولولاه لم يهب، ومع ذلك فهو جائز حسب القاعدة والنص الخاص.

الجهة الثانية: هي مباشرة عامل الجعالة للعمل، وأنه هل يشترط في عامل الجعالة أن يباشر العمل؟ وعلى تقدير عدم الاشتراط فهل يجوز تسبب العامل إلى العمل بواسطة الجاعل نفسه؟ ففي الحقيقة في المقام جهتان من البحث هما: لزوم مباشرة عامل الجعالة وعدمه، وجواز مباشرة الجاعل للعمل نيابة عن العامل وعدمه.

وقد حققنا في محلّه القول في ضابط أمور تستند إلى غير مباشرها استناداً حقيقياً بلافق بين الأمور الاعتبارية كالمعاملات وبين الأمور الحقيقية العينية كالبناء بل القتل وغيرهما.

أما اشتراط مباشرة عامل الجعالة الذي تقتضيه الجعالة كالإجارة إنما هو وفاء

العامل والأجير بما أخذ عليه أو أمر به أو طلب منه، وهذا ما يتحقق بمجرد استناد العمل إليه ولو تسيبياً، ولا يشترط فيه - على القاعدة - شيء سوى ذلك من المباشرة؛ إلا إذا أخذت المباشرة شرطاً وقيداً في متعلق الإجارة أو الجعالة، ومعه فلا يكون الوفاء بدون المباشرة، ولا يكفي في تحققه التسيب، وذلك سالبة بانتفاء الموضوع، فإن التسيب إنما يكفي حيث كان له موضوع؛ ومع اشتراط المباشرة لا يعقل التسيب إلى المطلوب، وإطلاقه عليه مسامحي.

والغرض أن حقيقة الجعالة كالإجارة لا تنقوم بمباشرة العامل بحيث ينافي التسيب إلى العمل ما تقتضيه الجعالة في جوهرها وذاتها؛ لا أنه لا يمكن أخذ المباشرة قيداً في متعلق الجعالة أو الإجارة كأية خصوصية أخرى يمكن أخذها حيث يتعلق به الغرض.

فالباع مثلاً لا يتقوم بكون المبيع شخصياً أو حالاً أو مؤجلاً، ولا بكون ثمنه كذلك، لا أنه لا يصح إنشاء البيع مقيداً ببعض هذه الوجوه، وهذا كله بحمد الله ظاهر.

إذن لا يشترط في حقيقة الجعالة مباشرة العمل؛ فكما يجوز في الإجارة - ولا يكون منافياً لماهية الإجارة وحقيقتها بالفض عن خصوصية متعلقها في العقد - أن يسبب الأجير إلى العمل بإجارة أو أمر أو جعالة، فكذلك في الجعالة.

فلو استؤجر أجير لخياطة أو بناء لا يجب على الأجير إلا تسليم العمل لا مباشرته، فيجوز أن يتخذ معيناً في العمل بل لا يباشر هو شيئاً منه ويحيله إلى سائر العمال كما هو الغالب في المقاولين، كالمتعهد بالبناء فإنه يحيل العمل إلى جمع كالمعمار والبناء والعمال، وقد يكون المفاوض لا خيرة له بمباشرة شيء من أمور البناء، وكذلك في الجعالة فإنه يجوز لعامل الجعالة أن يأمر غيره بالعمل مجاناً أو بعوض ثم تسليم ذلك العمل للجاعل. وهذا كله واضح.

وأما حديث مباشرة الجاعل للعمل فتحقيق القول فيه أنه حيث لا يباشر العامل في الجعالة بالعمل فهل يجوز أن يتوصّل العامل إلى العمل المطلوب باستخدام الجاعل نفسه في سبيل تحقيق العمل ولا يكون ذلك منافياً لحقيقة الجعالة وماهيّتها كما يجوز التوصل إلى العمل باستخدام شخص ثالث أجنبي عن الجاعل والعامل؟ وهذا البحث بعينه جارٍ في عقد الإجارة.

لم نذكر في شروط الجعالة في كلماتهم هذا الشرط. نعم، ظاهر فرضهم مغايرة الجاعل والعامل هو فرض تعدّدهما وعدم مباشرة الجاعل للعمل؛ ولكن ذلك لا يدلّ على الاشتراط، بل يجامع أن يكون مفروضهم ما هو المتعارف عملاً وخارجاً من تعدّدهما وتغايرهما؛ حيث إنّ الغرض العقلاني من إنشاء الجعالة لا يتحقّق عادةً مع مباشرة الجاعل نفسه للعمل، كما أنّ الأمر كذلك في الإجارة.

بل الأمر في الجعالة أصعب؛ وذلك لاستحقاق عامل الإجارة الأجرة بمجرد كونه باذلاً للعمل وإن لم يأت بالعمل من جهة منع المالك؛ لكون المؤثّر في ملك الأجرة هو العقد لا العمل الخارجي، ولا يكون مباشرة المستأجر للعمل مانعاً من استحقاق الاجر حينئذٍ؛ لأنّ ما على العامل هو عدم الامتناع من العمل، وهذا متحقّق في فرض مباشرة المستأجر؛ وهذا بخلاف الجعالة، فإنّ الموجب لاستحقاق الأجر هو العمل والائتمار؛ ومباشرة الجاعل مانع من إمكان العمل للعامل وائتماره؛ فيكون مباشرة الجاعل عادةً مانعاً من تأثير الجعالة وبقاء الموضوع له وللغرض من إنشائه.

وبذلك يظهر أنّ محذور إنشاء الإجارة مع بناء المستأجر على مباشرة العمل لو كان، هو السفه، بخلاف إنشاء الجعالة؛ وذلك لتأثير الأوّل في استحقاق العامل للأجرة بناءً على صحّة العقد السفهية؛ بخلاف الثاني فإنّه ليس عملاً سفهياً بملاحظة تأثيره في استحقاق العامل للأجرة ولكنّه عمل لغو لا فائدة فيه عادةً؛ لأنّه لا يهدر

مالاً على الجاعل، فلا يكون سفهاً، وحيث يبني الجاعل على مباشرة العمل فتلغو الجعالة، فلو لم يصح إنشاء الجعالة لكان بملاك كون إنشائه لغواً من دون أن يكون المنشأ أمراً سفهياً؛ لأن المنشأ هو استحقاق العامل للأجرة على تقدير العمل، وهذا ليس أمراً سفهياً؛ وإنما السفه في نفس عملية الإنشاء بعد أن كان الجاعل مريداً لمباشرة العمل والتي توجب عدم استحقاق عامل للأجرة سالبة بانتفاء الموضوع. فإذا كان كل المحذور في الجعالة ممن يريد مباشرة العمل هو لغوية الإنشاء فإذا فرض غرض عقلائي في ذلك فأَي محذور في صحة الجعالة وتأثيرها، وأي غرض أهم من كون مباشرة الجاعل للعمل غير ممكن أحياناً إلا بتسبب من غير الجاعل؛ لعدم امتلاك الجاعل ما يمكن به تنفيذ العمل من الأجور والمال؛ فلو لا ما ينفقه عامل الجعالة من المال لمن يباشر العمل - جاعلاً كان أو غيره - لم يمكن تنفيذ العمل؛ فلا محذور حينئذٍ في صحة الجعالة والعمل الصادر من الجاعل حيث إنه بأمرٍ وطلب من العامل يكون منسوباً إلى العامل؛ وإنما المانع من صحة الجعالة حيث يصدر العمل من الجاعل نفسه هو كون الجعالة حينئذٍ سفهاً ولو في إنشائه حسبما تقدّم؛ ولكن مع فرض توقّف العمل من الجاعل على بذل نفقته من العامل غير المباشر للعمل ليس هناك أي سفه في الجعالة لا إنشاءً ولا في المنشأ. وبذلك تبين أنه لا محذور في الإجارة مع بناء المستأجر على مباشرة العمل بطلب من الأجير، لا من حيث اللغوية ولا من حيث السفه.

الجهة الثالثة: تعين العامل حيث إنّ البنك هو الذي يعينه الجاعل للعمل. إنّ حقيقة الجعالة عبارة عن تعهّد الجاعل بضمان عمل الغير سواء أنشئ بلفظ الجعالة أو بغيرها، فقد تكرر ممّا أنّ حقائق المعاملات لا تتقوم بالألفاظ فضلاً عن لفظ خاص؛ وإن كانت المعاملة متقومة بالإنشاء كان ذلك بلفظ أو معاطاة، هذا بحسب حقيقة الجعالة عرفاً.

وأما بحسب دليل التنفيذ فلم يؤخذ فيه إنشاء الجعالة بخصوص هذا العنوان؛ بل الوارد عنوان آخر يعتمدها.

وعلى هذا الأساس لا يستفاد من الدليل اعتبار عدم تعيين العامل في صحة الجعالة واستحقاق الجعل على العمل، بل مورد بعض النصوص تعيين العامل. مع أنه يمكن الاستدلال لصحة الجعالة ببناء العقلاء، والذي لا فرق عندهم بين تعيين العامل وعدمه، فإن الجعالة تعهد من الأمر بضمان عمل الغير بأجرة مسماة، وهي من مصاديق ضمان العمل بالأمر والاستيفاء؛ غاية الأمر أنه يكون الضمان هناك بأجرة المثل وفي المقام يضمن بالمسمى وكيف كان ففي معتبرة زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن كسب الحجام؟ فقال: «مكروه له أن يشارط، ولا بأس عليك أن تشارطه وتماكسه، وإنما يكره له، ولا بأس عليك»^(١).

فإن عنوان المشارطه صادق في الجعالة

وفي معتبرة عبدالله بن سنان - وإن اشتمل على سهل - قال: سمعت أبي يسأل أبا عبدالله عليه السلام وأنا أسمع فقال: ربما أمرنا الرجل فيشتري لنا الأرض والدار والغلام والجارية ونجعل له جعلاً؛ قال: «لا بأس»^(٢).

ومورده تعيين عامل الجعالة.

الجهة الرابعة: زيادة الأجرة المقررة لعامل الجعالة الأولى عما يقرّر لعامل الجعالة الثانية:

بيان ذلك أنه قد ورد فيما يتعلق بالإجارة بعد الإجارة فيما اتحد متعلّق الإجاريتين طوائف من النصوص، وقد يكون المتحصّل منها عدم جواز الربح في الإجارة الثانية سواء تعلّقت الإجارة بالأعيان أو الأشخاص وعلى أساس ذلك ربما يقال

(١) الوسائل ٢٣: ١٩٠، الباب ٢ من الجعالة، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق: الباب ٤، الحديث ١.

بعدم جواز الاسترباح بالجعلالة بعد الجعالة كما هو المتعارف، حيث يتعهد شخص بعمل ولا يباشره، بل يسبب في تحقيقه باستعمال غيره بأجرة هي دون ما يتعهد به الأمر بالعمل أولاً.

وعلى أي حال لا مناص من ملاحظة النصوص من هذا المجال؛ وهي كما سبق طوائف:

الطائفة الأولى: ما تضمن النهي عن الربح في عمل تقبله شخص ثم وكله إلى غيره إلا إذا تصدى الأول لبعض العمل، فمن استؤجر لخياطة ثوب بمئة درهم ليس له أن يدفع العمل لأجير آخر بسبعين ويستفضل لنفسه ثلاثين من دون أن يعمل شيئاً من ذلك ولو كان مثل تفصيل القماش وقصه.

ففي معتبرة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام إنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه؟ قال: «لا؛ إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً»^(١).

ومثلها معتبرة محمد بن مسلم الأخرى عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر يربح فيه؟ قال: «لا»^(٢).

ومعتبرته الثالثة عن أحدهما عليه السلام قال: سألت عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخطه ويستفضل؟ قال: «لا بأس؛ قد عمل فيه»^(٣).

وفي معتبرة ابن مسكان عن علي الصائغ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل العمل ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين؟ فقال: «لا يصلح ذلك إلا أن تعالج معهم

(١) الوسائل ١٣: ٢٦٥، الإجارة، الباب ٢٣، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق، الحديث ٤.

(٣) المصدر السابق، الحديث ٥.

فيه». قال: قلت: فإنني أذيه لهم؟ فقال: «ذاك عمل فلا بأس»^(١).

والبحث في مفاد صحيح محمد بن مسلم ونحوه يقع في شموله لأُمور أربعة والأُمور الأربعة التي يقع البحث في شمول الحديث لها هي :

الأمر الأول: بعد فرض كون مورد الصحيحة هو الإجارة على عمل أولاً فهل تدلّ على عدم جواز الإجارة ثانياً على ذلك العمل بأجرة دون الأجرة المقررة في الإجارة الأولى، كما لو استؤجر أجير لخياطة ثوب بمئة فلا يجوز للأجير أن يستأجر أجيراً آخر للعمل نفسه بسبعين؟

الأمر الثاني: هل تدلّ الرواية على حكم ما لو كان بدل الإجارة الثانية جعالة فلا يجوز الجعالة على العمل المستأجر عليه بأجرة مع كون الجعل المقرّر دون أجرة الإجارة الأولى؟

الأمر الثالث: هل تدلّ الرواية على حكم ما لو كان بدل الإجارة الثانية أمر بالعمل مضموناً بأجرة مسماة هي دون الأجرة المقررة في الإجارة أو كان هناك أمر بلا تعيين الأجرة ممّا يقتضي ضمان العمل بأجرة المثل مع كون الأجرة المتعارفة دون الأجرة المسماة في الإجارة الأولى؟

الأمر الرابع: هل تختصّ الصحيحة بما إذا كان تقبيل العمل أولاً بعقد الإجارة أو تشمل ما إذا وقعت أولاً جعالة على العمل ثم وقعت بعد ذلك جعالة أو إجارة أو أمر من عامل الجعالة الأولى بأجرة دون ما قرّر في الجعالة الأولى؟ وفي فرض الأمر بلا تعيين الأجرة كانت أجرة المثل دون الأجرة المسماة في الجعالة.

أما البحث من حيث الأمر الأول: فالظاهر أنه المتيقّن من الحديث وأنه لا تجوز الإجارة على العمل ثانياً بأجرة دون الأجرة المقررة في الإجارة الأولى على نفس

العمل من دون أن يباشر الأجير الأوّل شيئاً من العمل؛ فإنّ الظاهر أنّ السؤال هو عن حكم دفع العمل الذي تقبّله الأجير الأوّل إلى الأجير الثاني بأجرة تستتبع ربح الأجير الأوّل من دون أن يأتي الأوّل بشيءٍ من العمل المستأجر عليه؛ وقد تضمّنت المعبرة النهي عن ذلك وهو ظاهر في فساد العقد، وهذا هو ما فهمه الأصحاب من أخبار الباب .

ثمّ إنّّه لا يبعد شمول المعبرة وسائر الأخبار لما إذا كان القرار الصادر من الأجير الأوّل هو بعنوان الجعالة، ولا اختصاص لها بخصوص ما إذا كان الصادر من الأجير الأوّل هو عقد الإجارة ثانياً؛ وذلك لصدق أنّ الأجير دفع العمل أو ما هو مورد العمل إلى آخر ليعمل الثاني بأجرة تستتبع ربح الأجير الأوّل غير المباشر للعمل.

والأصحاب وإن كان مفروضهم فيما أعلم هو وقوع الإجارة بعد الإجارة ولم أرَ من تعرّض لحكم الجعالة بعد الإجارة، ولكن لا قصور في الأخبار عن ذلك، فتدلّ على بطلان الجعالة في مفروض الكلام كما لو كان بدل الجعالة عقد الإجارة ثانياً. بل لا يبعد شمول الأخبار لما إذا كان الصادر من الأجير الأوّل هو الأمر بالعمل على وجه يكون مضموناً بأجرة المثل مع كون أجره المثل دون الأجرة المسماة في الإجارة الأولى؛ كلّ ذلك للإطلاق النصّ.

وأما حكم ما لو كان العمل صادراً من غير الأجير مجّاناً فستأتي الإشارة إليه إن شاء الله تعالى.

دعوى الاختصاص في النصوص

ثمّ إنّّه قد يقرّر اختصاص النصوص بغير الفرض الأخير - أعني أمر الأجير غيره بالعمل - وذلك على أساس دعوى ظهور النصّ في كون ربح الأجير بمجرّد

دفع العمل أو ما هو مورده إلى آخر، وهذا لا يكون بمجرد الأمر بالعمل حيث لا يستحقّ المأمور الأجرة بمجرد الأمر ما لم يؤدّ العمل، فلا يصدق ربح الأمر ما لم يتحقّق العمل وتتفاضل الأجرة التي يستحقّها هو والأجرة المستحقّة عليه.

ومن هنا يشكل شمول النصوص حتّى للفرض الثاني - أعني كون الصادر من الأجير هو الجعالة - فتختصّ النصوص بما إذا كان هناك إجارة بعد الإجارة، كما هو المعروف بين الأصحاب؛ حيث إنّ الظاهر حسب عنوانهم للنصوص هو فهمهم اختصاص الروايات بخصوص الإجارة بعد الإجارة.

ولكنّ الظاهر مع ذلك كلّهُ هو شمول النصوص للجعالة ثانية، بل للأمر بالعمل بعد الإجارة.

والوجه في ذلك هو المنع من اختصاص النصوص بما إذا كان دفع مورد الإجارة هو المؤثر في ربح الأجير، بل تشمل ما إذا كان الدفع مستتباً للربح ولو لترتب العمل عليه متأخراً حيث إنّهُ يستلزم استحقاق العامل الثاني أجرة دون الأجرة المسماة في الإجارة الأولى وهو مساوق لربح الأجير حسب إنشائه العقد.

ثمّ إنّهُ بناءً على دلالة النصوص على النهي عن الإجارة ثانية وكذا الجعالة، بل والأمر حسبما تقدّم، فتدلّ النصوص على بطلان الإجارة والجعالة، إلّا أنّه يقع الكلام في نقطتين:

الأولى: هي معنى النهي عن الأمر المستتبع لضمان العمل بأجرة المثل التي هي دون الأجرة المسماة في الإجارة أولاً، بناءً على شمول النصّ لذلك، وإنّهُ على تقدير المخالفة وكون أجرة المثل دون الأجرة المسماة في الإجارة أولاً فما هو الحكم؛ حيث إنّ الأجير الأوّل يربح لا محالة.

الثانية: أنّه إذا بطلت الإجارة الثانية وكذا الجعالة فيرتّب على ذلك ضمان الأجير الأوّل لما يعملهُ الأجير الثاني بأجرة غير ما سمّي في الإجارة الثانية أو الجعالة أعني

أجرة المثل أو أقلّ الأمرين منه ومن الأجرة المسماة؛ فإن كان ما استحقّه العامل الثاني دون الأجرة المقرّرة في الإجارة الأولى كما هو المفروض فيكون الأجير الأوّل رابحاً محالاً، فهل يستحقّ ذلك الربح كما هو مقتضى القاعدة، أو لا يستحقّه لمنافاة استحقاقه الربح لما يفهم من النصوص من حرمة ربح الأجير.

أمّا النقطة الأولى فالظاهر أنّ المفهوم من نهى الأجير الأوّل عن الأمر بالعمل على وجه يربح - ولو على أساس مناسبة الحكم والموضوع - هو تعلّق النهي بأخذ الربح، فيكون كناية عن عدم استحقاقه الربح، فيستحقّ العامل الثاني عليه أجرة المثل ثمّ لا يحقّ للأجير الأوّل أن يرجع على المستأجر له بأكثر ممّا دفعه إلى العامل المباشر للعمل.

فيكون نظير عدم جواز رجوع الضامن على المديون بأكثر ممّا وقّى به دين المضمون عنه؛ حتّى أنّه لو صالح على الدّين ببعضه لم يستحقّ الرجوع على صاحبه إلّا بذلك المقدار.

بل قيل هناك أنّه لو أبرأ الدائن الضامن لم يرجع على المضمون عنه بشيء. فقد يُقال هنا أيضاً أنّه لو باشر العمل مجاناً شخص غير الأجير لم يستحقّ الأجير الرجوع على المستأجر بشيء لكون المفهوم من حرمة ربح الأجير هو حرمة رجوعه على المستأجر بما لم يخسر ولم يباشر بالعمل.

وكيف كان، فلا يبعد كون المفهوم من عدم جواز ربح الأجير هو عدم استحقاقه للربح وما زاد عمّا يخسره لو لم يباشر العمل؛ لأنّه يجب على الأجير الأوّل أن يدفع إلى مباشر العمل ما يزيد عن أجرة المثل ليساوي الأجرة المسماة في الإجارة، حتّى لا يصدق كونه رابحاً.

وأمّا النقطة الثانية: لمّا كان المفهوم من النهي عن الإجارة الثانية والجمالة هو بطلانهما ترتّب على ذلك أحكام الإجارة والجمالة الفاسدتين التي منها استحقاق

العامل لأجرة المثل أو أقلّ الأمرين منها ومن المسماة في الإجارة الثانية والجعالة. هذا ما تقتضيه القاعدة.

ويمكن أن يقال: هذا لا محذور فيه في المقام وإن ربح الأجير الأول غير المباشر للعمل فيستحقّ على المستأجر الأول كلّ الأجرة المسماة في الإجارة الأولى. والسرّ في ذلك أنّ النهي ليس عن الربح، وإنما النهي عن الإجارة المربحة، فلا ينافي استحقاق الربح بسبب غير الإجارة كالاستيفاء.

ولكن تقدّم احتمال إطلاق النصّ وعدم اختصاصه بالإجارة المربحة. ويظهر الأثر في ترتّب سائر أحكام الإجارة الفاسدة التي منها ضمان العين التي يقع العمل عليها على من هي بيده وعلى الأجير الأول؛ بخلاف ما لو صحّت الإجارة الثانية فإنّ الأمين لا يضمن.

وعلى هذا الأساس فالكلام في هذه النقطة كالكلام في النقطة الأولى بمعنى أنّه لا يستحقّ الأجير الأول على المستأجر مقدار الربح، وإنّما يستحقّ بمقدار ما يخسر الأجير الأول لمن يباشر العمل.

ثمّ إنّ يقع الكلام في اختصاص هذه النصوص بما إذا كان الواقع أولاً هو الإجارة، أنّها تعمّ ما إذا وقعت جعالة أو أمر بالعمل مضموناً بأجرة المثل فلا يجوز لعامل الجعالة أن يستأجر أحداً على ذلك العمل بأجرة دون الأجرة المسماة في الجعالة أو دون أجرة المثل في ربح. والمراد من عدم الجواز ما تقدّم من فساد الإجارة والجعالة.

فقد يُقال بشمول النصوص لذلك كلّ.

والإنصاف قصور الروايات عن غير الإجارة وما بحكمها من العقود، والسرّ في ذلك أنّها تضمّنت تقبّل العمل وأنّ الأجير الأول تقبّل العمل؛ والتقبّل ليس مطلق التعهّد الابتدائي ليشمل عامل الجعالة؛ فإنّ عامل الجعالة لا تعهّد له بالعمل. وأيضاً ليس القبول مطلق الرضا.

بل تقبل العمل عبارة عن قبول ما جعل على العهدة بإيجاب من قبل الغير مستدع للقبول؛ فالقبول هو ما يستدعيه العقد وليس ذلك مطلق الرضا؛ فإنّ القبول عبارة عن الرضا العقدي، وهذا ما يستدعي اشتغال القبول على تعهد في قبال تعهد، فإنّ العقد هو شدّ التزام بالتزام، لا مجرد الرضا بالتزام الغير، فإنّ ذلك لا يحقق عنوان العقد. ولذا ذكرنا في محلّه أنّ الوكالة لا تعدّ عقداً بمجرد ضمّ الرضا من المأذون بفعل الموكل.

وحيث إنّ إنشاء الجعالة وإيجابها لا يستدعي قبولاً من العامل لعدم تضمّنها جعل العمل على عهدة العامل، فلا يندرج في هذه النصوص، ولو فرض أنّ الجعالة تضمّنت جعل العمل على عهدة العامل مضموناً بالأجرة وتعهد العامل كذلك خرج عن كونه جعالة وصار إجارة وما بحكمها.

بقي الكلام فيما تضمّنته النصوص من جواز ربح الأجير إذا أتى ببعض العمل، فهل المراد بها هو ذلك مطلقاً؛ أو إنّ المراد التصرف في مورد الإجارة والعمل فيه كشقّ الثوب للخياطة لا الإتيان بمطلق العمل المستأجر عليه ولو بدون وقوعه فيما هو متعلّق بالعمل؟

وربما يترتب على ذلك قصور النصوص عمّا إذا كان العقد الإجمالي واقعاً على عمل لا يتعلّق بمال للمستأجر كما لو استأجره لقراءة قرآن أو النيابة في حجّ أو زيارة أو صلاة وما شاكلها.

لا يبعد أن يكون التفاهم من إطلاق النصوص المتقدمة ولو بضمّ إلغاء الخصوصية هو كفاية مطلق عمل الأجير الأوّل ولو بفعل مقدّمات العمل الإجمالي أو بعضها أو الإتيان ببعض العمل المستأجر عليه ولو من دون وقوعه على عين؛ كما لو باشر قراءة بعض القرآن وما شاكل ذلك، فيجوز ربح الأجير في ذلك كلّه. وإنّما لا يجوز للأجير الأوّل أن يربح إذا لم يأت بعمل أصلاً.

كما لا يبعد أن يكون المراد بالظرف في قوله ﷺ: «إلا أن يعمل فيه»، هو العمل في سبيل العمل الإجاري ممّا يصدق مع فعل مقدّمات العمل الإجاري وغيرها، لا خصوص العمل في عين تعلّقت الإجارة بالعمل فيها كالثوب.

ما المراد باتّحاد العمل المستأجر عليه واختلافه في الإجاريتين؟

ثم إنّ الذي تضمّنته روايات المنع من ربح الأجير خاصّ بما إذا كان العمل المستأجر عليه متّحدافى الإجاريتين وكانت الأجرة المقرّرة في الإجاريتين مختلفة في المالّية بحسب خصوصيّاتها من الكمّ أو الوصف ومنه وصف النقد والنسيئة.

وتوضيح ذلك: أنّه إذا كان العمل المستأجر عليه مختلفاً في الإجاريتين بحسب بعض الأوصاف لم يكن في اختلاف الأجرتين بأس ولا يكون مشمولاً للروايات المتقدّمة؛ كما لو استؤجر لخياطة ثوب في مدّة شهر ثمّ استأجر الأجير غيره للخياطة في شهرين - حيث رضى المستأجر الأوّل بالتأخير - فلا تكون الإجارة الثانية بأجرة أقلّ مشمولاً للروايات المتقدّمة؛ وذلك لاختلاف العمل المستأجر عليه في الإجاريتين، فإنّ الخياطة في شهر غير الخياطة في شهرين ولذا كانت أجرة المثل فيهما مختلفة؛ وما ورد في النصّ من دفع العمل الذي تقبّله بأجرة إلى أجير آخر فربح ظاهر في دفع نفس العمل الذي تقبّله بمواصفاته إلى أجير غيره فصدق الربح بعد تجديد الإجارة مع أجير آخر، فتأمّل.

وأوضح من ذلك ما إذا تقبّل العمل بأجرة نسيئة ثمّ دفع العمل إلى غيره بأجرة حالّة هي دون الأجرة الأخرى في الكمّ، فإنّ مثل هذا لا يلازم الاسترباح بمجرد تجديد الإجارة، بل ربّما يعدّ خسارة؛ فإنّ مالّية الأجرة نسيئة تختلف عن مالّية الأجرة نقداً؛ فالمئة المؤجّلة ربما لا تسوى سبعين حالّة؛ فمن تقبّل عملاً بمئة مؤجّلة ثمّ استأجر غيره على أن يعمل به بشمانين حالّة لا يعدّ رابحاً، ولذا لو باع ما يسوى

سبعين حالاً بمئة مؤجلة لا يجب عليه تخميس ما زاد عن السبعين بمجرد البيع إذ لا يعدّ غانماً له.

نعم، إذا انقضى الأجل وحلّ الدين يصدق الربح والغنيمة؛ ولكن هذا الربح في فرض الإجارة ليس مستنداً إلى تجديد الإجارة، بل إليها وإلى انقضاء المدة والأجل؛ وظاهر المنع من نصوص ربح الأجير هو فرض استناد الربح إلى مجرد تجديد الإجارة، لا ما إذا استند إلى غيره ولو كان بنحو جزء العلة، فتأمل.

وبالجملة: نصوص المنع من ربح الأجير هي على خلاف القاعدة، ولا بد من الاختصار في حكم موردها على المتيقّن من مدلولها على تقدير الإجمال. ثم إنّ هناك بعض النصوص يعارض الطائفة المتقدمة بالإطلاق المحمول على التفصيل الذي تضمّنته هذه الطائفة حسبما تقدّمت.

ففي معتبرة صفوان عن حكم الخياط (الحنّاط) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني أتقبّل الثوب بدراهم وأسلمه بأقلّ^(١) من ذلك لا أزيد على أن أشقّه؟ قال: «لا بأس به» ثمّ قال: «لا بأس فيما تقبّله من عمل قد استفضلت فيه»^(٢).

وهناك طائفة تضمّنت منع فضل الأجير؛ وهذه النصوص إن كانت مخصوصة بباب الإجارة كانت من جملة الطائفة السابقة والقسم المطلق منها كمعتبرة صفوان، فلا مناص من حملها على التفصيل المتقدّم في القسم الأوّل من الطائفة الأولى. وأمّا إذا قلنا بأنّ هذه النصوص أعمّ من الإجارة التي هي مورد الطائفة المتقدمة كانت النسبة بين الطائفتين هي العموم من وجه وتكون طائفة ثالثة؛ والوجه في ذلك أن الأجير فعيل بمعنى مفعول والمأجور يصدق في عامل الجعالة كما يصدق في عامل الإجارة، بل لا يبعد صدق المأجور والأجير على المأمور بالعمل المضمون

(١) في نسخة: بأكثر وهو سهو ظاهر.

(٢) المصدر السابق: الباب ٢٣، الحديث ٢.

على أساس قاعدة الاستيفاء وإن لم تكن جعالة مصطلحة. ونتيجة ذلك أنه لا يجوز لعامل الجعالة إنشاء جعالة بأجرة دون الأجرة المقررة في الجعالة الأولى. وأما اختصاص الطائفة السابقة بالإجارة فلاشتمالها على تقبل العمل، وليس في الجعالة تقبل.

نعم، ربما يحتمل في نصوص فضل الأجير أن يكون المراد بالأجير المستأجر - بالفتح - لا المأجور مطلقاً أعني من يعمل بأجر ولو في غير عقد الإجارة ومع الإجمال لا يمكن الاستناد إليها في عدم جواز الجعالة المتقدمة. وكيف كان فمن هذه الطائفة خبر أبي الربيع الشامي الآتي^(١).

ومعتبرة أبي المغراء عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يؤجر الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها؟ قال: لا بأس؛ إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير، إن فضل الحانوت والأجير حرام^(٢).

وروايته الأخرى - وليس في السند من يتوقف فيه إلا سهل ولا ينبغي التوقف فيه - عن إبراهيم بن ميمون أن إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله عليه السلام وهو يسمع عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يؤجرها بأكثر من ذلك؟ قال: ليس به بأس إن الأرض ليست بمنزلة الأجير والبيت؛ إن فضل البيت حرام وفضل الأجير حرام^(٣). وهناك طائفة لا يبعد أن يكون المتفاهم منها عرفاً - ولو بضم الغاء الخصوصية - عدم جواز إجارة شيء من الأعيان بأكثر مما استأجرها المستأجر أولاً؛ فمن استأجر داراً بمئة لا يجوز أن يؤجرها بمئة وزيادة إلا أن يكون حقق في العين

(١) الوسائل ١٣: ٢٥٩، الباب ٢٠ من الإجارة، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٤.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٥.

المستأجرة شيئاً وأصلح فيها بحيث تصلح وقوع الزيادة في مقابل التغيير.
ففي رواية إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إِنْ أَبَاهُ كَانَ يَقُولُ: لَا بَأْسَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الرَّجُلُ الدَّارَ أَوْ الْأَرْضَ أَوْ السَّفِينَةَ ثُمَّ يَوَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِذَا أَصْلَحَ فِيهَا شَيْئاً»^(١).

فإن دعوى كون المفهوم من الرواية بعد سرد الأمثلة شمول الحكم لكل الأعيان وعدم الخصوصية لما ذكر من الموارد الخاصة ليست مجازفة.

ويؤكد ذلك ما ورد في غير ما في هذا النص من الموارد كالرحى والمرعى والبيت والحانوت بل الأرض على تفصيل في الأرض كما يأتي إن شاء الله تعالى.
وهناك طائفة من النصوص وردت في خصوص موارد كخصوص الدار؛ ولكن لا يبعد دعوى كون المتفاهم منها المثال، فتكون الخصوصية ملغاة بحسب الفهم العرفي؛ حيث يفهم منها أنَّ المناط إجارة الأعيان بالزيادة عن الأجرة المفروضة في الإجارة السابقة على تلك العين، فتكون هذه النصوص ملحقه بالطائفة المتقدمة أو مؤكدة لها.

ففي معتبرة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لَوْ أَنَّ رَجُلًا اسْتَأْجَرَ دَارًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ فَسَكَنَ ثَلَاثِيهَا وَآجَرَ ثَلَاثَهَا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ لَمْ يَكُنْ بِهِ بَأْسٌ، وَلَا يَوَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِيهَا شَيْئاً»^(٢).

وفي معتبرة الحلبي الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يستأجر الدار ثم يَؤَاجِرُهَا بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا بِهِ؟ قال: «لَا يَصْلَحُ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِيهَا شَيْئاً»^(٣).
وفي معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إِنِّي لِأَكْرَهُ أَنْ أَسْتَأْجِرَ رَحَى

(١) الوسائل ١٣: ٢٦٣، الباب ٢٢ من الإجارة، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٣: ٢٦٣، الباب ٢٢ من الإجارة، الحديث ٣.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٤.

وحدها ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها به إلا أن يحدث فيها حدثاً أو يغرم فيها غرامة»^(١).

وفي رواية سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إني لأكره أن أستأجر الرحى وحدها ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها إلا أن أحدث فيها حدثاً أو أغرم فيها غراماً»^(٢).

ونحها معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام

وفي معتبرة سماعة قال: سألته عن رجل اشترى مرعى يرعى فيه بخمسين درهماً أو أقل أو أكثر فأراد أن يدخل معه من يرعى فيه ويأخذ منهم الثمن؟ قال: فليدخل معه من شاء ببعض ما أعطى؛ وإن أدخل معه بتسعة وأربعين وكانت غنمه بدرهم فلا بأس. وإن هو رعى فيه قبل أن يدخله بشهر أو شهرين أو أكثر من ذلك بعد أن يبين لهم فلا بأس. وليس له أن يبيعه بخمسين درهماً ويرعى معهم ولا بأكثر من خمسين ويرعى معهم إلا أن يكون قد عمل في المرعى عملاً، حفر بئراً أو شقّ شهراً أو تعنى فيه برضا أصحاب المرعى فلا بأس ببيعه بأكثر مما اشتراه؛ لأنه قد عمل فيه عملاً فبذلك يصلح له»^(٣).

وقد ورد في عدة روايات - وفيها المعتبر - المنع من الإجارة بالزيادة في البيت والحنوت.

وستأتي هذه عند التعرض لطائفة من النصوص رخصت في إجارة الأرض بالزيادة.

وهناك طائفة من النصوص وردت في إجارة الأراضي بالزيادة، وهذه الطائفة على أصناف أربعة:

(١) المصدر السابق: الحديث ٥.

(٢) المصدر السابق: الباب ٣٠ الحديث ١.

(٣) المصدر السابق، الباب ٢٢، الحديث ٦.

الصف الأول: ما تضمنَ الترخيص في إجارة الأرض بأكثر مما استأجرها مثل معتبرة أبي المغراء، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يؤجر الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها؟ قال: «لا بأس؛ إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير؛ إنَّ فضل الحانوت والأجير حرام»^(١).

ومعتبرته الأخرى عن إبراهيم بن ميمون - وإن كان في السند سهل - عن إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله عليه السلام وهو يسمع عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يؤجرها بأكثر من ذلك؟ قال: «ليس به بأس؛ إن الأرض ليست بمنزلة الأجير والبيت؛ إنَّ فضل البيت حرام وفضل الأجير حرام»^(٢).

ومعتبرة أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ثم يؤجرها بأكثر مما تقبلها به ويقوم فيها بحظَّ السلطان؟ فقال: «لا بأس به، إنَّ الأرض ليست مثل الأجير ولا مثل البيت؛ إنَّ فضل الأجير والبيت حرام»^(٣).

وهذا الصف محمول على غير إجارة الأرض بالأثمان بقرينة التفصيل في الرابع. الصف الثاني: ما تضمنَ المنع من إجارة الأرض بالزيادة عن الأجرة المقررة في الإجارة السابقة مع كون الأجرة من قبيل الأثمان المضمونة في قبالة كون الأجرة حصّة من حاصل الأرض.

ففي معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضّة فلا تقبلها بأكثر مما قبّلتها به لأنَّ الذهب والفضّة (مصمتان لا يزيدان)»^(٤).

(١) الوسائل ١٣: ٢٦٠، الباب ٢٠ من الإجارة، الحديث ٤.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٢.

(٤) الوسائل ١٣: ٢٦٢، الباب ٢١ من الإجارة، الحديث ٦.

وهذا الصنف محمول على عدم العمل شيئاً من المستأجر الأول بقرينة التفصيل في الصنف الثالث جمعاً بين المطلق والمقيّد.

الصنف الثالث: ما تضمّن المنع من إجارة الأرض بالزيادة عن الأجرة المضمونة كالدنانير ما لم يعمل هو في الأرض شيئاً كحفر بئر ونحوه. فتكون هذه النصوص كسائر ما دلّ على عدم جواز إجارة الأعيان بزيادة عن الأجر المقرّرة في الإجارة السابقة إلّا أن يعمل هو عملاً في العين.

ففي معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسّاة أو بطعام مسّى ثمّ آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقلّ من ذلك أو أكثر وله في الأرض بعد ذلك فضل أيسلح له ذلك؟ قال: «نعم، إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك». قال: وسألته عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسّاة أو بطعام معلوم فيؤاجرها قطعة قطعة أو جريباً جريباً بشيء معلوم فيمكن له فضل فيما استأجر من السلطان ولا ينفق شيئاً أو يؤاجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذر والنفقة فيكون له في ذلك فضل على إجارته وله تربة الأرض أو ليست له؟ فقال له: «إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت»^(١).

الصنف الرابع: ما تضمّن التفصيل بين إجارة الأرض بأجرة مضمونة كالدنانير فلا يجوز، وبين إجارته بحصّة من حاصل الأرض فتجوز الزيادة، كما لو استأجر الأرض بالثلث وآجرها بالنصف ليصفو له السدس.

ففي معتبرة الحلبي قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام أقتبل الأرض بالثلث أو الربع

فأقبلها بالنصف؟ قال: «لا بأس به» قلت: فأقبلها بألف درهم وأقبلها بألفين؟ قال: «لا يجوز» قلت: لم؟ قال: «لأنّ هذا مضمون، وذلك غير مضمون»^(١).
ومعتبرة إسحاق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر ممّا تقبلتها به وإن تقبلها بالنصف والثلث فلك أن تقبلها بأكثر ممّا تقبلتها به؛ لأنّ الذهب والفضة مضمونان»^(٢).

ورواية الفيض المختار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في الأرض أقبلها من السلطان ثمّ أوجرها من آخرين على أنّ ما أخرج الله منها من شيء كان لى من ذلك النصف والثلث أو أقل من ذلك أو أكثر؟ قال: «لا بأس»، الحديث^(٣).

فتحصّل من مجموع ما تقدّم عدم جواز إجارة الأرض - كغيرها من الأعيان - حسبما تقدّم الكلام في سائر الأعيان - بأكثر ممّا استأجرها أولاً إذا كانت الأجرة أمراً مضموناً؛ كالأثمان لا مثل حصّة من النتاج كالثلث. نعم تجوز الإجارة بالزيادة إذا كانت الأجرة حصّة من حاصل الأرض كإجارة الأرض أولاً بالثلث وإيجارها بالنصف من زراعتها ونحوه، وهذا ليس من الإجارة المصطلحة بل هو من المزارعة. إذا تمهّد ما ذكرنا يعلم عدم انطباق نصوص منع ربح الأجير على المسألة المبحوثة أعني المعاملة التي يصطلح عليها بقرض الجعالة؛ والسّر في ذلك: أنّ الذي تحصّل من النصوص هو عدم جواز زيادة ربح الأجير على ما قرّر في عقد الإجارة الأولى أو ما بحكمها، فلا تشمل ما إذا كان الواقع أولاً جعالة كما هو مفروضنا.

(١) الوسائل ١٣: ٢٦١، الباب ١٢ من الإجارة، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٥.

كما أنّ المستفاد من النصوص أنّ المنع من الزيادة في فرض وقوع الإجارة أولاً مخصوص بما إذا لم يعمل الأجير شيئاً أصلاً، وأمّا إذا عمل عملاً ولو كان من مقدمات العمل المستأجر عليه كما لو بذل الأجير الأوّل للمباشر ما يستعين به على العمل الإجري ك شراء أدوات العمل وما شاكل ذلك فلا بأس بربح الأجير الأوّل. وفي مسألتنا البنك يدفع لأجيريه أو عامله ما يتوقّف عليه العمل كأثمان آلات البناء وغيرها ولو مضموناً وهذا من أعظم العمل فلا يصدق أنّ الأجير لم يعمل شيئاً.

الجهة الخامسة: إمكان التوصل إلى نتيجة الجعالة المعهودة بغيرها من المعاملات وما هو البديل عن ذلك فنقول بعد التوكّل على الله:

يمكن التعويض عن الجعالة بالإجارة فيستأجر مالك العين التي يريد تعميرها شخصاً أو البنك على أن يعمرها مضموناً على المالك بألف مثلاً مع كون العمل مستدع لبذل دون ذلك المبلغ فيكون البنك أجيراً على العمل بثلاثمئة حالة مضموناً بألف مقسّطة على أن يكون العمل من البنك صادراً بمباشرة من مالك العين.

ويتفادى بتبديل الجعالة بالإجارة - كما فرضنا - بعض المحذورات المتصورة في الجعالة ممّا لا تأتي في فرض الإجارة، وسنشير إن شاء الله تعالى إلى بعضها والتي من جملتها جواز الجعالة بخلاف الإجارة فإنّها لازمة.

والدليل على مشروعية الإجارة هذه أنّه كلّما صحّت الجعالة فيه صحّت الإجارة في مورد وبالعكس. وفي المثال المتقدم يكون البنك مشغول الذمة لمالك الدار بتعمير داره مع كون العمل الذي تعهّده البنك هو ما ينحصر مصداقه فيما عيّنه مالك الدار ككون المباشر ممّن عيّنه المالك ولو كان نفسه.

الجهة السادسة: إنّه سواء كان المنشأ هو الجعالة أو الإجارة فكان البنك عامل إجارة أو جعالة يجوز للعامل دفع المبلغ المقرّر للصرف على العمل، على أن يصرفه

المالك في سبيل تهيئة مواد العمل ونحوها، على أن يملكها البنك ويكون المالك وكيلاً عنه في المعاملات، كما يجوز أن يملكها المالك ويصرف المبلغ في أداء دين نفسه مع كون ما بإزاء الدين ممّا يصرف في تحقيق العمل المطلوب من البنك.

مثلاً إذا كان البنك متعهداً بتعمير دار وكان ذلك بحاجة إلى تحصيل مواد كالجص والآجر وكذا استئجار بناء وغيره من عمال التعمير، فكما يجوز للمالك الدار المستأجر للبنك أن يشتري الجص والآجر المقرر صرفهما في التعمير، للبنك وكالة عنه يجوز أن يشتري ذلك لنفسه بثمن كلي ثم يؤدي دينه ذلك بما أخذه من البنك لتحقيق عمل التعمير؛ وكذلك يجوز استئجار العمال من البناء وغيره وكالة عن البنك، كما يجوز أن يستأجرهم لنفسه ويسدد ديونهم بما أخذه من البنك. فهو كما لو استأجر شخص خاطئاً لثوبه وكانت الخياطة بحاجة إلى مقدمات ومواد كالإبر والخيوط والأزرار، فيجوز للأجير أن يدفع مبلغاً للمستأجر على أن يشتري تلك الأمور وكالة عن الأجير، كما يجوز أن يأذن له في شرائها لنفسه وبياسر الأجير صرفها في عمل الخياطة المأخوذة عليه.

الجهة السابعة: إذا استأجر البنك أو غيره على أن يبيع له مبلغاً بأجرة زائدة على ذلك المبلغ فهو كما لو استأجره على أداء دينه مضموناً على المديون بما يزيد على مبلغ الدين، فليس هذا من القرض الربوي. ولكن تقدّم سابقاً أن الاستفادة من بعض النصوص حسب الظاهر هو عدم جواز تضمين أداء الدين بما يزيد عن مبلغ الأداء كمّاً ومقداراً وإن اختلفا في النقد والنسيئة.

ولذا ذكرنا أن هذا ليس من أقسام الربا الثلاثة المعهودة أعني القرض الربوي والإنساء والمعاوضة، بل هو أمر رابع إن شئت سمّاه بالربا الأدائي.

ولا يبعد مساواة القرض المتقدم أعني الجعل على الإباحة أو الاستئجار على ذلك مع فرض تضمين الأداء.

ومما ذكرنا يعلم حكم ما لو استأجر المديون غيره على أداء دينه مع كون مبلغ الأداء من مال المؤدي لا المديون، مضموناً بما يزيد على مبلغ الأداء؛ فإنّ هذا من الإجارة على المحرّم.

كما أنّ المنشأ لو كان هو الجعالة بدل الإجارة كان من الجعالة على الحرام. نعم، على مسلك سيّدنا الأستاذ من جواز تضمين الأداء بما يزيد عن مبلغه فينبغي القول بجواز الإجارة والجعالة على ذلك، وقد تقدّم تفصيل الكلام عند التعرّض لحيل الربا، فراجع.

الجعالة على الهبة أو الإقراض

ومما يناسب الجعالة المفروضة هو الجعل على الهبة أو الإقراض، ولا ينبغي الشكّ في جواز الجعل على الهبة بعد كون الجعل بإزاء فعل الهبة لا المال الموهوب، فيكون معاوضة ويكون الفعل مضموناً بالعوض.

والفرق بينه وبين الهبة المعاوضة أنّ الثاني هبتان متقارنتان؛ ومانحن فيه معاوضة بين الهبة المجانيّة والأجرة، فالأجرة بإزاء فعل الهبة، وأمّا الهبة فهي متعلّقة ببذل المال مجاناً على أن لا يكون المال مضموناً ولا معوّضاً.

العقود المستقبلية وعقود الاختيار (المساومات)

من جملة العقود الرائجة حديثاً في الأسواق العالمية ما يصطلح عليه بالعقد الآتي والعقود المستقبلية وعقود الاختيار وهذه العقود المستقبلية على قسمين: أحدهما: التزام المتعاقدين بإنشاء معاملة في زمان متأخر مع جعل مبلغ من كلّ منهما عند ثالث يعتمدان عليه يتدارك به ضرر كلّ منهما على تقدير نكول الآخر من المعاملة.

ثانيهما: التزام أحد المتعاقدين بإنشاء المعاملة دون الآخر ويصطلح عليه بعقد الاختيار، يعنون بذلك أن يملك أحد المتعاقدين إلزام صاحبه بالمعاملة من دون أن يكون هو ملزماً.

نعم، يلتزم مالك الاختيار بدفع مبلغ فعلاً بالغضّ عمّا يلزمه من العوض عند إنشاء المعاملة الأصلية التي بنوا على إنشائها بمقتضى عقد الاختيار. فالذي يشترك فيه القسمان هو التزام أحد المتعاقدين بإنشاء المعاملة عند مطالبة صاحبه، ويختصّ القسم الأوّل بالتزام الآخر أيضاً بمثل ذلك ويلزوم إيداع مبلغ من المتعاقدين على يد أمين يتدارك به ضرر كلّ من المتعاقدين الناشئ من نكول صاحبه عن المعاملة.

ويختص القسم الثاني بعدم التزام الآخر وبلزوم دفع مبلغ من غير الملتزم لمن التزم بالمعاملة، وهذا المبلغ يستحقه الآخر بالغض عن الثمن المجعول في المعاملة الأصلية.

والبحث في هذه المعاملات تارة في تشخيص حقيقتها من حيث كونها معاملة مستقلة أو رجوعها إلى العقود المألوفة والمعاملات المعهودة وإن اختلفت عنها صورةً وتعبيراً؛ فإن للمعاملات حقائق لا تدور مدار التعبيرات وإن كانت التعبيرات مما تُنشأ بها المعاملات؛ ولكن المنشأ شيء آخر وإن كان الإنشاء أيضاً مقوماً للمعاملات حسبما تكرر منا.

وأخرى من حيث وجود بديل عنها يشاركها في النتيجة المبتغاة منها وفي الداعي على إنشائها وإن اختلفت عنها في الماهية والحقيقة.

وثالثة في حكم هذه المعاملة شرعاً من حيث الصحة والفساد.

كما أن الكلام في الحكم تارة من حيث القواعد العامة بحسب المقتضى مرة والمانع أخرى.

وتارة أخرى من حيث الدليل الخاص والنصوص الخاصة سواء كانت دالة على الجواز أو المنع.

عقد المستقبلات والمساومات

لا ريب في جواز المساومة على بيع أو غيره من المعاملات قبل إنشائها، كما إذا اتفقا على أن ينشأ بيع سلعة بثمن معين أو إجارة مسكن أو على عمل بأجرة خاصة.

وإنما الإشكال في لزوم الجري على أساسها وعدمه؛ فمن تعهد لصاحبه ببيع متاع أو سلعة بثمن فهل تجب عليه مباشرة المعاملة، أو يجوز له النكول عن ذلك؟

وكذا من تعهّد بإجارة دار لصاحبه بأجرة فهل يجب عليه الإقدام على ذلك، أو يجوز له المماطلة في ذلك ؟

كما أنه يقع الإشكال في وجوب إقدام المشتري على الشراء حيث صار البائع بصدد البيع بعد تعهّد المشتري بالشراء، وكذا في الإجارة. ومنشأ الإشكال هو كون المساومة على المعاملة ممّا يجب الوفاء بها كالمعاملات أولاً.

وليعلم أنّ التعاهد على المعاملات قبل إنشائها ليس أمراً بدءاً جديداً، بل هو أمرٌ معهودٌ لدى الناس قديماً؛ بل قلّما تنفكّ معاملة من المعاملات الخطيرة عن سبق المساومة عليها لتعيين العوضين وما يتعلّق بهما من نقد أو أجل أو غيرهما. ولعلّ الجديد من ذلك هو جعل عوض على المساومات غير العوض المجعول في المعاملة الأصلية.

وكيف كان فالبحث في ذلك تارةً بحسب القواعد العامة في أبواب العقود والمعاملات، وأخرى بحسب النصّ الخاصّ، وأنّه هل هناك دليل خاصّ على وجوب الوفاء بما تساوم عليه المتعاملان قبل إنشاء مثل البيع أو الإجارة وعدمه؟

البحث عمّا تقتضيه القواعد

أمّا الكلام في المقام الأوّل - أعني ما تقتضيه القواعد - فنقول - بعد التوكّل على الله -: إنّ مرجع المساومة في المعاملة قد يكون إلى الوعد، وقد يكون مرجعها إلى العقد؛ والسّرّ في ذلك أنّه تارةً يكون هناك مجرد تعهّد من جانب واحد من دون أن ينضمّ إلى ذلك تعهّد من غيره على وجه يُشدّ أحدهما بالآخر، فهذا وعد ابتدائي؛ ويكون وجوب الوفاء بمثل ذلك مبنياً على لزوم الوفاء بالوعد.

مثال ذلك: ما إذا التزم صاحب سلعة ببيعها من صاحبه بثمن خاصّ في زمان

متأخراً ولم يتعهد الآخر بشرائها.

وربما لا يكون الكلام من طرف واحد سوى إخبار من دون التزام من صاحبه بشيء، وهذا واضح فيما إذا كان المخاطب به غير المشتري.

وأخرى يكون التعهد من طرفين والالتزام من جانبين مع الترابط بينهما وشدة أحدهما بالآخر، فهذا عقد.

مثال ذلك: ما إذا التزم صاحب السلعة ببيعها من صاحبه بثمن والتزم الآخر أيضاً بشرائها بذاك الثمن.

وقوام العقد إنما هو بالقبول مع الإيجاب، ولا يكفي لتحقيقه مجرد الرضا - كما تكرر منّا - والمراد بالقبول هو التعهد والالتزام بما ألزمه صاحبه، لا التعهد الابتدائي فإن الأخير وعد لا قبول؛ والعقد متقوم بالقبول.

فمثل الشراء إنما يعدّ قبولاً للبيع لتضمّنه الالتزام بتملك الثمن بعد إلزام البائع له بذلك وجعله على عهدة المشتري؛ وهذا بخلاف الرضا بالوكالة فإنه لا يعدّ قبولاً لأنها لعدم تضمّنه التزاماً بشيء وإن تضمّن الرضا بالوكالة؛ وقد سبق أنّ العقد متقوم بالقبول لا بمجرد الرضا؛ والفرق أنّ القبول متضمّن للالتزام والتعهد، بخلاف الرضا فإنه لا يتوقّف على ذلك.

وبما ذكرنا يتضح أنّ القبول فرع استدعاء الإيجاب له؛ وأنّ الإيجاب في مضمونه يستدعي القبول؛ فما لم يكن في الإيجاب استدعاء للقبول لا يعدّ إيجاباً عقدياً وإن كان إنشاءً؛ كما لو أحلّ له التصرف في ماله؛ فإنه حيث لا يستدعي ذلك قبولاً من المحلّل له لا يكون إيجاباً؛ ولا ضمّ الرضا به من الآخر محققاً لعنوان العقد.

فإذا اتضح انقسام السوم إلى الوعد وإلى العقد وعلم الضابط والمعيّار في الفرق يترتب على ذلك حكم كلّ من الأمرين.

أما الوعد فإنه وإن ورد في النصوص الشرعيّة ما هو ظاهر أو كانصّ في

وجوب الوفاء به؛ ولا يحضرني منها ما ينافي ذلك ويوجب حملها على استحباب الوفاء جمعاً؛ إلا أن من غير البعيد عدم وجوب الوفاء بالوعد الابتدائي بعد ارتكاز ذلك في أذهان المتشرعة والذي قد يكون ذلك من قبيل القرينة الحاقّة المانعة من انعقاد الظهور.

وعلى تقدير تمامية الظهور فالتسالم من الفقهاء على عدم وجوب الوفاء بالوعد - لو كان - مع ظهور غير واحد من النصوص التي هي بمرأى منهم وإعراضهم عنها بعد صحّة أسنادها ودلائلها وعموم الابتلاء بذلك يمنع من العمل بهذه النصوص. وأما إذا كانت المساومة مصداقاً للعقد فالذي تقتضيه القاعدة هو لزومها ووجوب الوفاء بها بعد عموم الأمر بالوفاء بالعقود؛ والمفروض أن المساومة في نفسها سائغة لا منع منها، فيلزم الوفاء بها لا محالة.

ثم المساومة قد تكون مجّاناً فحكمها من حيث القاعدة ما تقدّم حيث إن كلاً من المتساومين يتعهّد لصاحبه بشيءٍ مقابل تعهّد الآخر له بشيء، فيتعهّد صاحب السلعة بالبيع فيما بعد بثمن خاصّ، زاد أو نقص عن ثمن المثل، ويتعهّد الآخر بشرائه بذاك الثمن وإن زاد.

وقد تكون المساومة بعوض كما لو التزم ببيع السلعة له بثمن خاصّ على أن يدفع إليه فعلاً - لا بعنوان الثمن - مبلغاً؛ فيكون استحقاقه شراء السلعة بالثمن المقدّر بإزاء عوض؛ وهذا هو المحقّق لعقدَيْته فيما إذا لم يكن الآخر ملزماً بالشراء كما هو المتعارف الآن؛ وإنّما التزم صاحب السلعة بالبيع حيث طالب الآخر بذلك؛ ولا التزام للآخر بالشراء حيث طالبه البائع بالشراء.

والضابط في العقد كما تقدّم أن يكون لكلّ من الطرفين التزام بشيء؛ ومن جملة الالتزام هو التزام الآخر بعوض غير الثمن إزاء استحقاقه إلزام صاحب السلعة بالبيع.

ثم إنه إذا التزم صاحب السلعة ببيعها للآخر على أن يضمن الآخر له مبلغاً فعلاً - غير الثمن - إزاء التزام صاحب السلعة بالبيع، فمقتضى القواعد أيضاً صحة ذلك ونفوذه بل لزومه؛ لا لعموم الأمر بالوفاء بالعقود؛ حيث تكرر منّا الإشكال في دلالة هذه الآية وما بمضمونها على صحة المعاملات؛ بل لأدلة نفوذ المعاملات من قبيل آية التجارة عن تراض وما دلّ على نفوذ الصلح بين المسلمين؛ فإن هذه المعاقدة نوع تجارة وكسب؛ كالبيع؛ ولا يتوقف النفوذ على صدق البيع عليه؛ فنفس التعهّد بالبيع له مالّية في بناء العقلاء، فيصحّ أن يقابل بالعوض؛ وإن كان لا يصدق عليه البيع؛ بناءً على تقوّم البيع بكون المبيع عيناً.

ثم إن لزوم الجري على أساس تعهّده بالبيع ما دام حيّاً لا إشكال فيه؛ وحيث يموت المتعهّد بالبيع ففي تصوير تعهّده بالمعاملة بالنسبة إلى ما بعد حياته تفصيل: فقد يفرض تعهّده ببيع عين من أعيان ماله فهو كما لو أوصى ببيع بعض أمواله بعد وفاته؛ وقد يفرض تعهّده ببيع ما لا يملكه فعلاً فهو كما لو أوصى بأن يشتري بماله شيء ويباع عليه بثمان مقدّر ويكون الثمن للورثة. وللناس الولاية على التصرف في ثلث أموالهم بعد الوفاة.

والبحث في الثاني تارة: من حيث تملك الميّت بعد وفاته وصحة الشراء له بعد موته؛ وأخرى: من حيث ولايته على التصرف فيما يملكه قبل الوفاة أو بعدها. ثمّ البحث في تعيين حقيقة العقود المستقبلية والاختيار وماهيتها وما تنطبق عليه جزماً أو احتمالاً، وفي تصوير ذلك وجوه:

تصوير حقيقة العقود المستقبلية

الوجه الأول: ما هو المتراعى من بوادرها من كونها عقداً يتضمّن التعهّد بالمعاملة في زمان متأخراً إمّا مباشرةً أو تسببياً؛ فيتعهّد ببيع مال لصاحبه في زمان

مستقبلي - فينشئ البيع بعدما أنشأ العقد المستقبلي أو عقد الاختيار - أو بالرضا بمباشرة صاحبه للبيع عليه، وقد سبق أن ذكرنا أنه نظير المساومات السابقة على العقود والمعاملات سيما الخطيرة والتي لا تتفك عنها المعاملات عادة؛ فيرجع إلى التوكيل في المعاملة على المتعهد بها أو الإذن فيها أو التعهد بإنشائها.

الوجه الثاني: كون ذلك بيعاً فعلاً مع كون الثمن والتمن مؤجلين في الذمة، فيندرج في بيع الكالئ بالكالئ، وهذا في العقد المستقبلي ظاهر؛ وأما في عقد الاختيار فيمكن تصويره على أساس البيع المذكور مع اشتراط خيار الفسخ لمالك الاختيار.

الوجه الثالث: كون ذلك إجارة يملك كل من المتعاملين أو أحدهما عملية اعتبارية في ذمة الآخر فيه غرض عقلائي بإزاء عوض؛ سواء كان العوض نقداً كما في عقد الاختيار وبيعه أو كان العوض عملية اعتبارية أيضاً كأن يملك على الآخر بيع مال بتمن معين على أن يملك الآخر أيضاً في ذمته شراء المال بذلك الثمن. ولا بأس باعتبارها معاملة غير الإجارة نتيجتها ملك كل منهما منفعة في ذمة الآخر بعد عدم ترجيح كون واحد منهما هو المؤجر والآخر هو المستأجر. وهذا نظير تملك الأعيان بالأعيان حيث تكون معاوضة، ولا يلزم كونها بيعاً بعد عدم ترجيح من أحدهما بكونه بائعاً وصاحبه مشترياً، وقد اصطلح عليه في بعض كلمات الجدد بعقد المقايضة.

وحيث صحّ تطبيق هذه المعاملات على الإجارة أو انطبقت الإجارة عليها فربما يظنّ بصحة توجيه هذه المعاملات على أساس الجعالة؛ لأنّ كلّ ما صحت الإجارة فيه صحت الجعالة فيه وبالعكس.

ولكنّه لا مجال لتطبيق ذلك على الجعالة الاصطلاحية بمعنى ما يكون إيقاعاً وإلا لم يصحّ تطبيق الإجارة عليه؛ فإنّ بين العنوانين تناقضاً؛ لأنّ الإجارة متقومة

بالقبول والجمالة الاصطلاحية متقومة بعدمه وما اشتهر من أن ما صحّت الإجارة فيه صحّت الجمالة فيه وبالعكس فهو ناظر إلى الموضوع وما يتعلق به الإجارة من الأعيان ونحوها.

الوجه الرابع: تملك كل من المتعاقدين أو أحدهما صاحبه حق البيع أو الشراء بضمن معين، فيكون حق الرهانة الذي يستتبع حق المرتهن في بيع العين المرهونة لصاحبها بالضمن المتعارف واستيفاء الدين منه.

أما توجيه هذه المعاملات على أساس بيع الكالئ بالكالئ فالبحت فيه يقع في أمرين:

الأول: شأن بيع الكالئ بالكالئ في حقيقته وفي حكمه.

والثاني: شأن انطباق هذا البيع على هذه المعاملات.

أما الأمر الأول - أعني شأن بيع الكالئ بالكالئ - فالبحت فيه تارة من حيث حقيقته، وأخرى من حيث حكمه والدليل عليه.

حقيقة بيع الكالئ بالكالئ

أما ماهية بيع الكالئ بالكالئ: فقد قسموا البيع باعتبار كون العوضين فيه حالاً أو مؤجلاً أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً إلى أقسام أربعة:

١ - بيع النقد، وهو كون العوضين حالين وإن كانا كليين، فيستحق كل من المتبايعين على صاحبه المطالبة بما ملكه بالبيع بمجرد تحققه.

٢ - بيع النسيئة، وهو بيع حال بضمن مؤجل.

٣ - بيع السلم، وهو كون الثمن حالاً مع كون المبيع مؤجلاً.

٤ - بيع الكالئ بالكالئ، وهو مقابل بيع النقد ويكون فيه العوضان مؤجلين.

وسياتي إن شاء الله تعالى ما له دخل في زيادة وضوح حقيقة القسم الرابع عند

التعرض لحكمه.

والكالي اسم فاعل من الكلاً بالهمزة أو مقصوراً وهو بمعنى التأخير، ولذا يطلق على بيع النسيئة بالنسيئة لأنه من بيع المتأخر بالتأخر. وإطلاقه على بيع الدين لو كان فهو بهذا الاعتبار، ويقال: كلاك الله يعني بلغ بك كلاًه وآخره، أو هو بمعنى المراقبة قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ يَكْلُوْكُمْ بِاللَّيْلِ وَالنَّهَارِ مِنَ الرَّحْمَنِ﴾^(١).

ويقال: كلاك الله بمعنى حفظك وراقبك للرعاية، فيكون إطلاقه على النسيئة كناية باعتبار أن الغريم يراقب مديونه لاستيفاء حقه المتأخر.

وكيف كان، فالمراد ببيع الكالي بالكالي هو بيع المتأخر بالتأخر.

وقد ورد في كتب اللغة تطبيق الحديث أو بيان شأن صدوره بأنهم كانوا يبيعون السلم فإذا حضر الأجل ولم يتمكن المديون من تسليم ما عليه طلب من المالك بيع ذاك الدين عليه إلى أجل فيكون من بيع المؤجل في السلم الأول بالثمن المؤجل في البيع الثاني. وكان هذا من حيل الربا.

ولكن لو فرض صحة ما يذكر في شأن صدور الحديث فربما هو مصداق تعبدى، وإلا فالمبيع في البيع الثاني ليس كالتأ فعلاً، وإنما كان كالتأ باعتبار البيع السابق، والمفروض أنه حلّ أجله فيكون من إطلاق المشتق بعد انقضاء التلبس. وبالجمله ليس العوضان في المعاملتين كالتين ومتأخرين لكون الثمن حالاً في الأول والمبيع حالاً في الثاني إلا أن يكون إطلاق الكالي عليه باعتبار اشتراط تأخيره في البيع الثاني أيضاً.

والعمدة أنه لا يقتضي ذلك اختصاص الحديث بالمصداق المذكور؛ لعدم كون خصوصية المورد مخصصاً للعموم والإطلاق.

حكم بيع الكالئ بالكالئ

أما حكم بيع الكالئ بالكالئ فالمعروف بين فقهاء الفريقين المنع عنه، وأصل العنوان مأخوذ من كلمات أهل السنّة ورواياتهم، وقد جرى في ذكره فقهاؤنا ثم صاروا بصدد توجيهه على أساس مدارك فقهاء.

ويظهر منهم الاختلاف في تفسيره، فمنهم من ظاهره تفسير بيع الكالئ بالكالئ ببيع "بين بالدين، والاستدلال عليه بما ورد من طرقنا من النهي عن بيع الدين بالدين؛ وظاهر كلامه المفروغية من كون الكالئ بمعنى المتأخر، ولكنه فسّر الدين أيضاً بما يشتمل على الأجل وأنّ ما لا أجل فيه فهو قرض لا دين، فكان الدين عنده مختصّ بما اشتمل على أجل.

وهناك اختلاف في كلماتهم في معنى الدين من حيث كونه خصوص المحقق قبل المعاملة أو أنّه يصدق الدين على ما يتحقّق بنفس هذه المعاملة، وظاهر المعروف هو الثاني وأنّ الدين يقابل العين وقد عدّوا بيع السلم من بيع الدين، مع أنّ دينيته بنفس هذا العقد لا سابق عليه.

وخالف في ذلك غير واحد منهم صاحب المسالك على ما ببالي وصاحب الجواهر^(١)، ومال إليه الأردبيلي في المجمع؛ واستظهروا أنّ الدين هو ما كان محققاً قبلاً وأنّ إطلاقه على ما يتحقّق بالعقد فعلاً وبسببه ليس حقيقياً؛ وكأنّه باعتبار ظهور المشتق في خصوص المتلبّس وأما إطلاقه باعتبار الاستقبال يكون مجازاً بالاجماع.

بل قد يتوهم أنّ إطلاق المنع عن بيع الكالئ بالكالئ مقيد بما دلّ على المنع من بيع الدين بالدين، فيختصّ الكالئ الممنوع بما كان ديناً متحققاً، ولا يكفي في المنع صيرورته ديناً بنفس هذا العقد.

(١) الجواهر ٢٤: ٢٩٣-٢٩٥، حكم السلف في الدين.

وهو غريب، فإنّ تقييد المنع من بيع الكالئ بخصوص الدّين بعد كون الدليلين مثبتين ممّا لا موجب له.

وممّن يظهر منه أنّ مفهوم الدّين مختصّ بما كان متحقّقاً قبلاً هو الشيخ خلافاً لابن إدريس حيث حكى عنه في السرائر - على ما حكى - التفصيل بين بيع الدّين المحقّق، بدّين آخر ثابت قبل البيع فحكم بالمنع، وبين بيع الدّين بضمن نسيئة فحكم بالكراهة.

ثمّ أورد عليه بأنّه لا فرق بين الصورتين في كونه من بيع الدّين بالدّين، ثمّ دافع عنه بأنّ ما ذكره من الكراهة إنّما هو إيراد لبعض نصوص الآحاد التي يوردها ولا يعتقد بمضمونها، وأنّ الذي يعتقده الشيخ هو المنع من بيع الدّين بالدّين مطلقاً ولو كانت الدينيّة بسبب نفس هذا العقد لا قبله.

وهذا الدّفاع من ابن إدريس وإن كان مبنياً على حدس منه، لا يساعد عليه ظاهر كلام الشيخ. وربما يوجب الإشكال في الاعتماد على بعض موارد النقل الذي يحتمل كونه مبنياً على اجتهاد لا حسّ، ولكنّه واضح في عدم موافقة ابن إدريس على ما نسبته إلى الشيخ رحمته الله أولاً وإن ردّ النسبة.

ويظهر من بعض الكلمات أنّ الكالئ أيضاً مخصوص بما كان كالئاً ومتأخراً قبل العقد، فيختصّ في مفهومه ببيع الدّين؛ وإلّا فما ثبت في نفس هذا العقد يكون إطلاق الكالئ عليه بغاية.

ولكنّه أيضاً خلط بين الإمضاء الشرعي وبين المفهوم المنشأ، والنهي عن بيع الكالئ بالكالئ كما أنّه منزل في مفهوم البيع على ما هو بيع عرفاً كذا في قيده وما يكون من بيع الكالئ.

ثمّ إنّ الاستدلال في كلمات الفقهاء للمنع من بيع الكالئ بالكالئ بما ورد من طرفنا من منع بيع الدّين بالدّين ثمّ فرض كون الدّين ما اشتمل على الأجل ربما

يوهن الاعتماد على خبر الكالئ الذي هو عامي، فلا يظهر اعتماد الأصحاب على الخبر ليكون ضعفه مجبوراً بعملهم واعتمادهم.

وقد ورد في نصوص أهل السنة النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، ولم يثبت هذا النص من طرقنا على وجه صحيح، بل ولا غيره. ومع ذلك فظاهر فقهاؤنا الاعتماد عليه؛ ونظيره في الفقه ما ورد من النهي عن بيع الغرر.

ويمكن توجيه الاعتماد على مثل هذا النص ببعض الوجوه:

الوجه الأول: إن الأئمة من أهل البيت عليهم السلام كانوا يصدون من يكذب على النبي صلى الله عليه وآله وسلم ويسند إليه ما لم يقله؛ بل ويتصدون للرد على من يفسر قوله بما لا يكون مراده، فما كانوا ليسكتوا على التفاسير الخاطئة لأقوال النبي صلى الله عليه وآله وسلم فضلاً عن السكوت على إسناد مقالة إليه كذباً؛ وعلى هذا الأساس فمثل الأحاديث المشهورة من أهل السنة، مما لا يمكن بحسب العادة عدم اطلاع الأئمة عليهم السلام عليها - سيما وكثير من أصحاب الأئمة كانوا من أهل السنة، وأيضاً كثير منهم كانوا مانوسين بآراء أهل السنة لمخالطتهم إياهم - يكون سكوت الأئمة عليهم السلام عن الرد على تلك الأحاديث المشهورة والمعروفة إقراراً عليها.

الوجه الثاني: إن الآراء الفقهية المعروفة بين أهل السنة من المذاهب الإسلامية كانت بمرأى من الأئمة عليهم السلام حيث إن الفقه الدارج المعروف بين المسلمين كان هو الفقه السني، وسيرة الأئمة عليهم السلام على التعرض للآراء الفقهية المعروفة على الأقل ولو حفاظاً على أتباعهم من التأثير بتلك الآراء، أو حفاظاً على الشريعة من التحريف والدس. فلا أظنك تجد مسألة تعدد فيها النص واشتمل على الأخذ والرد أو نوع من التعارض ولو بدواً إلا وتعلم أن لأهل السنة فيها رأي مخالف لرأي أهل البيت عليهم السلام.

هذا كله مضافاً إلى أنه روى الحديث مرسلًا في دعائم الإسلام واستند إليه.

وربما يكون التسالم على الخبر عند أهل السنة وسكوت رواياتنا عن التعرض له بالمنع كافياً في صحة الخبر نحو ما ورد من النهي عن بيع الغرر.

ثم إن أموراً أُشير إليها في كلمات الفقهاء فيما يتعلق بحديث بيع الكالئ لا بد من ملاحظتها والتأمل فيها:

أولها: أن الكالئ الذي هو المؤخر هل هو بمعنى الدين بناءً على أن الدين مشتمل على الأجل والتأخير؟

ثانيها: البحث عن أن الدين هل هو ما كان ديناً سابقاً أو يصدق على ما تحقق دينيته بالعقد الحاضر؟

ثالثها: أن الكالئ ولو لم يكن بمعنى الدين، بل كان بمعنى المؤخر فهل يصدق على المؤخر بنفس هذا العقد أو يشترط كونه ثابتاً بنحو التأخير في عقد سابق ونحوه؟

رابعها: أن الدين إذا كان بمعنى المشتمل على الأجل فهل يشترط في صدقه كونه مؤجلاً فعلاً أو يكفي كونه مؤجلاً في فرض ثبوته وإن حلَّ أجله فعلاً، فلا ينتفي عنه صدق الدين بحلول أجله؟

خامسها: أن التأخير في الأداء إذا كان اتفاقياً لا بحسب الإنشاء فهل يوجب ذلك صدق الدين - بناءً على تقوّم الدين بالتأخير - فلو أقر المشتري تسليم الثمن في بيع السلم كان ذلك منشأ لصدق الدين على ما تعهد به بناءً على أن الدين مقيد بما اشتمل على الأجل ولا يصدق على ما في الذمة حالاً؟

سادسها: أن صدق المعاملات ومنها الدين بملاحظة حكم الشارع أو بملاحظة إنشاء المتعاقدين؟

قال في الجواهر: ينقسم البيع باعتبار وجودهما - يعني النقد والنسيئة - في كل من الثمن والمثمن والتفريق إلى أربعة أقسام؛ فالأول النقد، والثاني الكالئ بالكالئ اسم فاعل أو مفعول من المراقبة.. إلى أن قال: وكلها صحيحة عدا الثاني؛ فقد ورد

النهي عنه بلفظ: «بيع الدَّين بالدَّين» وانعقد الإجماع بقسميه على فساده كما ستعرفه إن شاء الله تعالى في محلِّه^(١).

وقال تعليقاً على كلام ماته: ولو شرط - يعني المسلم إليه - أن يكون الثمن من دين عليه، قيل: يبطل؛ لأنه بيع دين بمثله؛ والقائل الأكثر في المسالك والأشهر في الرياض والمشهور في الحقائق، ثم ناقش في ذلك؛ بمنع تناول النهي عن بيع الدَّين بمثله لما صار ديناً في العقد، بل المراد ما كان ديناً قبله، والمسلم فيه من الأوَّل لا الثاني. وإطلاق البيع بالدَّين عرفاً على النسبته محمول على ضرب من التجوُّز - إلى أن قال بعد حكاية القول بالكراهة: - لا ريب أنَّ الأوَّل أحوط؛ خصوصاً بعدما قيل من صدق بيع الدَّين على المؤجل ولو بالعقد؛ ولذا منع بيع الكالئ بالكالئ؛ إذ ليس في نصوصنا هذا اللفظ؛ إنَّما الموجود فيها ما عرفت من بيع الدَّين بالدَّين، وقد ادَّعى غير واحد، منهم ثاني الشهيد في المقام الوضوح في صدق بيع الدَّين على المسلم فيه وإن كان قد صار ديناً بالعقد، وأمَّا الثمن فالفرض أنه كان ديناً سابقاً، وحلوله لا ينافي صدق اسم الدَّين عليه.

نعم، قد يمنع صدقه على الثمن الكلِّي الحالِّ المقطوع بجواز إسلافه وأنه ليس من بيع الدَّين بالدَّين - إلى أن قال منتظراً فيما تقدَّم - لاحتمال اعتبار سبق الدينية في صدق بيع الدَّين بالدَّين؛ وصدقه على السلم إنَّما هو بعد تمامه لا قبله. والمنع من بيع الكالئ بالكالئ وإن لم يكن موجوداً في طرفنا وإنَّما هو من طرق العامة ولكن قد عمل به الأصحاب وقد ذكروا في تفسيره ما يشمل ما كان منه بالعقد فيختص به؛ أمَّا غيره ممَّا لم يكن سابق الدينية ولا هو من بيع الكالئ بالكالئ فباقي على مقتضى العمومات، ومنه المسألة وعكسها، ولكن الإنصاف عدم خلوِّ المسألة من البحث^(٢).

(١) الجواهر ٢٤: ٢٩٤ في النقد والنسيئة.

(٢) الجواهر ٢٤: ٢٩٢ - ٢٩٥.

وقال في بحث بيع الدّين عند قول ماته: فإن باعه - يعني الدّين - بما هو حاضر صحّ وإن باع بمضمون حالّ صحّ أيضاً، قال: لعدم صدق الدّين عليه، ضرورة عدم كون المراد منه التأخير. أمّا إذا كان مضموناً قبل العقد بأن يكون مؤجّلاً ثمّ يحلّ الأجل فالمتّجه فيه المنع؛ لأنّه بيع دين بدين؛ كالحالّ بالمؤجّل السابق. واعتبار الأجل في الدّين على تقدير تسليمه - كما نصّ عليه بعض أهل اللّغة، بل نسب إلى ظاهر بعض الأصحاب - إنّما يراد منه اعتباره حين ثبوته؛ بمعنى أنّ الدّين ما يضرب فيه الأجل أوّل مرّة، ولا ينافيه خلوّه عنه في ثاني الحال، ولذا أطلق الأصحاب على الدّين بعد حلول أجله لفظه إطلاقاً حقيقياً، وهو المتداول عرفاً، ولا يصحّ السلب عنه فيه حينئذٍ.

ثمّ حكى عن الرّياض أنّه فسّر المضمون في عبارة المحقّق بما يشمل المؤجّل الذي حلّ أجله وما يثبت بنفس العقد حالاً وأنّه أشكل في الأوّل بقوة احتمال صدق الدّين عليه بناءً على تضمّنه الأجل ولو في الزمان السابق على العقد، ثمّ وجّه كلام المحقّق باختصاص الدّين بالمؤجّل كما في كلام الأصحاب وجماعة من أهل اللّغة، ومحلّ الفرض بعد انقضاء أجله ليس كذلك.

قال في الجواهر بعد ذلك: وهو من غرائب الكلام، وعلّله بأنّ المراد بالمضمون في كلام الأصحاب ما قابل العين أي الكلّي في العقد، فلا يشمل المضمون سابقاً - كما ذكره في الرّياض - إذ لا خلاف بينهم في أنّ بيع المضمون المؤجّل سابقاً بمضمون سابقاً كذلك من بيع الدّين بالدّين سواء كانا حالّين أو مؤجّلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجّلاً، إنّما البحث فيما صار ديناً بالعقد^(١).

وقال عند قول ماته: وإن اشترط تأجيله - يعني الثمن في بيع الدّين بعد حلوله - قيل يبطل لأنّه بيع دين بدين، وقيل يكره وهو الأشبه عند المصنّف وجماعة؛

للأصل والعمومات التي يجب الاقتصار في الخروج عنها على المتيقن، وهو ما كان عوضاً حال كونه ديناً كما هو مقتضى تعلّق الباء به، والمضمون عند العقد ليس بدين، وإنما يصير ديناً بعده؛ فلم يتحقّق بيع الدين به، وإلاّ لزم مثله في بيعه بالحال الذي لم يعرف من أحد المنع فيه، والفرق غير واضح.

وإطلاق الدين بالدين عليه عرفاً مجاز؛ على معنى أنّ الثمن بقي في ذمته ديناً بعد البيع. ولو اعتبر مثل هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه خصوصاً إذا أمهله به من غير تأجيل.

وفيه منع كون المراد من النصّ ذلك لا غير؛ وتعلّق الباء أعم؛ إذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين والحال؛ أي لا تبع الدين بهذا الصنف من البيع؛ وحينئذٍ فأظهر الفردين المؤجّل في العقد لا العكس. وقد تقدّم في تأجيل ثمن السلف ما يستفاد منه المفروغيّة من تناول بيع الدين بالدين للمؤجّل ثمنه بالعقد؛ وأنه من الواضحات؛ فلا ريب حينئذٍ في أنّ الأ شبه خلاف ما ذكره المصنّف.

وقد تحصّل من مجموع ما ذكرنا: المنع من بيع الدين السابق بالدين السابق في الصور الأربعة أي الحالين والمؤجلّين والمختلفين - يعني حال البيع -.

وأما إذا كانا مضمونين بالعقد فالمؤجّلان منهما لا ريب في بطلانه؛ بل يمكن اندراجه في بيع الكالئ بالكالئ، والحالان منهما لا إشكال في صحتهما؛ للعمومات كالمختلفين.

ثمّ تعرّض في الجواهر لحكم ما إذا كان أحدهما مضموناً بالعقد والآخر قبله، إلى أن قال: ومدار البحث على اعتبار الأجل في صدق اسم الدين هنا وصدقه عليه بعد حلوله وعلى عدم اعتبار سبق الدينيّة في صدق بيع الدين بالدين، والله العالم^(١).

وقد يستدل بطلان بيع الكالئ بالكالئ بحكم الفقهاء ببطلان بيع السلم بدون قبض الثمن قبل التفرّق.

ويرد عليه:

أولاً: أنّ الدليل على بطلان السلم بدون قبض الثمن هو الإجماع لو تمّ، وإلاّ فليس هناك سواه له من دليل؛ فإنّ تقوّم السلم بقبض الثمن لو سلّم فإنما يمنع من الاستدلال لصحّة بيع السلم بدون قبض الثمن بما تضمّن صحّة بيع السلم. ولا ينحصر الدليل لصحّة البيع في خصوص دليل السلم؛ ليقصر عن شمول غير السلم. وليس فيما تضمّن حكم بيع السلم مفهوم يقتضي بطلان البيع بدون قبض الثمن كما لو ورد نهي عن بيع السلم بدون قبض الثمن ليكون بحكم النهي عن بيع الغرر دالّاً على الفساد لا محالة.

وثانياً: أنّه لو فرض تقوّم بيع السلم بقبض الثمن ولكّنه لا موجب لاشتراط كون القبض في المجلس.

وثالثاً: أنّه لو سلّم بطلان بيع السلم بدون قبض الثمن مع كون البيع منشأً على أن يكون الثمن نقداً فلا يستلزم بطلان بيع الكالئ بالكالئ ممّا كان البيع مبنياً على كون الثمن غير نقد.

محاولة لإرجاع العقود المستقبلية إلى التوكيل

ثمّ إنّّه قد يوجّه ما تداول من العقود المستقبلية بأنّ مرجعها إلى التوكيل؛ فإنّ المتعهد ببيع السلعة الخاصّة بثمن معيّن لشخص خاصّ قدرضى وأنشأ رضاه بقيام ذاك الشخص بالبيع لنفسه أو لغيره؛ فيكون ملزماً بتعهّده بعد وجوب الوفاء بالعقد.

وبالجملة: كما يمكن التعهّد بمباشرة المالك لبيع ماله من دون توكيله لغيره في

ذلك؛ حتّى أنّه لو ماطل عن مباشرة البيع لم يكن البيع عليه بإذنه ورضاه، كذلك يمكن التعهّد بوكالة صاحبه عنه في البيع لنفسه أو لغيره؛ فلا يتعيّن قيام المالك بالبيع، بل لو باشر الآخر ذلك صحّ.

إلاّ أنّه إذا رجع الأمر بالتحليل إلى التوكيل فيكون محكوماً بأحكام الوكالة لا محالة. والمعروف بل المتسالم عليه بينهم أنّ الوكالة جائزة يجوز للمالك الرجوع فيها؛ كما يجوز له إعدام موضوع الوكالة، وذلك بمباشرته للتصرّف الاعتباري الذي لا يبقى بعده موضوع الوكالة؛ كما لو باشر بيع ما وكلّ غيره في بيعه.

كما أنّ صحّة الوكالة منوطة بقاء الموكل على شرائط صحّة التصرّف، فلو جُنّ أو مات انفسخت الوكالة.

لا لكون الوكالة عقد جائز كما علّله المذكور في بعض الكلمات؛ فإنّ الهبة جائزة ولا تنفسخ بموت الواهب أو جنونه أو حجره؛ بل لكون حقيقة الوكالة عرفاً متقوّمة بصحّة العمل الوكالي من الأصل حال مباشرة الوكيل؛ ولا يكفي مجرد صحّة تصرّف الأصل حين التوكيل إذا زال ذلك عنه بقاءً.

والسرّ في ذلك أنّ الوكيل فرع عن الأصل، وتصرّفه منسوب - حقيقةً - إلى الموكل؛ ولذا لا حاجة في صحّة الوكالة في العقود إلى دليل خاصّ في ذلك؛ بل يكفي دليلاً على الصحّة ما دلّ على صحّة عقد الأصل وتجارته ومعاملته إذا تمّ فيه شرائط الإطلاق التي منها كون الدليل بصدد البيان ولو بضمّ الأصل القاضي بذلك. وعليه فما لم يكن التصرّف المنسوب إلى الأصل في ظرف النسبة، محكوماً بالجواز لم يكن التوكيل فيه توكيلاً في أمر جائز. وليست الوكالة مشرّعة لما لا يجوز شرعاً؛ وإنّما هي مقتضية لوقوع ما يصحّ وقوعه من الموكل مع عدم مباشرة الموكل لذلك.

فلو وكلّ شخصاً في بيع ماله بلحاظ ظرف جنون الموكل أو بعد موته لم يكن ذلك توكيلاً في أمر مشروع، وهذا كلّ ظاهر.

نعم، يبقى الكلام فيما لو كان عدم صحّة عقد التوكيل بسبب رجوع الموكل عن التوكيل؛ فلو جاز له الرجوع، لكون الصادر منه مجرد إذن لا غير - والإذن متقوم بقاءً بعدم الرجوع - أو كان وكالة ولكن دلّ النص على أنّ الموكل، له أن يرجع متى شاء وينزل الوكيل إذا أبلغ بذلك لا بدونه، ففي ذلك كلّه يحكم بفساد تصرف الوكيل؛ لكون تصرفه عن غير إذن ولا وكالة؛ ولا يكفي في صحّة التصرف حدوث التوكيل والإذن.

إلا أنّ الكلام في ضابط ما يجوز للموكل الرجوع في وكالته؛ فربما يصحّ الرجوع من الموكل وإن كان آتماً في فعله، كما لو حلف الموكل على عدم الرجوع عن التوكيل؛ ومن قبيله ما إذا شرط في عقد الوكالة بل وغيرها أنّه لا يرجع؛ فإنّ الوفاء بالشرط واجب تكليفاً؛ ولكن حيث إنّ الشرط ليس مشرعاً فلا يؤثر في لزوم العقد وضعاً؛ بحيث لو رجع عن الوكالة لم يصحّ، كما لو رجع عن البيع؛ فإنّ الرجوع وإن حرم إلا أنّه لا ينافي تأثيره في انفساخ الوكالة كما لو حلف على عدم الرجوع. كلّ ذلك مبنيّ على أن يكون لدليل جواز الرجوع في الوكالة إطلاق يشمل موارد اشتراط اللزوم.

بل لو احتمل كون الخيار في الوكالة حكماً لاحقاً بحيث لا يقبل الإسقاط لم يجز اشتراط خلافه؛ بمعنى أنّ دليل الشرط لا يدلّ على صحّته.

نعم، الذي لا ينبغي الريب في صحّته هو اشتراط الفعل بمعنى عدم مباشرة الفسخ، فإنّه شرط جائز بلا ريب؛ وأمّا اشتراط أن لا يحقّ ولا يصحّ منه الفسخ فلا يمكن الحكم بصحّته لمجرد دليل الشروط؛ حيث إنّ دليل الشرط قاضٍ بلزوم ما كان منه صحيحاً وجائزاً، ولذا اشتهر أنّ الشرط ليس مشرعاً.

وبالجملة: لو دلّ دليل على كون الوكالة خيارياً جائزة، وكان إطلاقه شاملاً لموارد اشتراط اللزوم لم يؤثر الشرط في إسقاط الخيار؛ كما أنّه لو كان دليل الخيار

قاصراً ولكن لم يثبت كون الخيار من قسم الحق القابل للإسقاط لم يجز الاستناد في جواز اشتراط سقوطه بدليل نفوذ الشرط.

نعم، يجوز اشتراط عدم إعمال الخيار بعد كون ذلك بيد من له الخيار وهو فعله. لكن إذا لم يكن لدليل الخيار في الوكالة إطلاق، فإنه يمكن التمسك لنفوذها بعد الرجوع إذا احتمل عدم جوازه؛ وذلك بدليل لزوم الوفاء بالعقود بناءً على كون الوكالة عقداً وبدليل لزوم الوفاء بالشرط ودليل العقود حيث اشترطت الوكالة ضمن عقد؛ بناءً على اختصاص لزوم الشرط حكماً بل موضوعاً بما ذكر في ضمن عقد.

ولكن الكلام في أن الرجوع عن الوكالة ولو المشروط لزومها بحسب الإنشاء ربما يوجب بطلان الوكالة عرفاً، فلا يبقى موضوع للزوم الوفاء ولو احتمالاً. ويردّه: ما سبق من أن العرف محكم في الموضوع لا في الحكم؛ والوكالة بعد تحققها لا تنعدم حقيقةً؛ وحكم العرف بجواز الفسخ أو بالانفساخ على تقدير الفسخ - ولو المحرم - لا يجب على الشارع متابعته؛ كما لا يجب على الشارع متابعة العرف في الحكم بصحة بيع حكم العرف بصحته كالربا، ولا بفساد بيع حكم العرف بفساده كبيع ما لا مائة له؛ أو ما شاكل ذلك.

ألا ترى أن الشارع حكم بنفوذ عمل الوكيل إذا صدر قبل بلوغ العزل له، وإن كان العزل صادراً قبل عمل الوكيل؛ فلا محذور في حكم الشارع بعدم جواز رجوع الموكل ولزوم الوكالة عليه وإن كان العرف حاكماً بخلاف ذلك.

فلو شك في صحة الرجوع والفسخ ولم يكن دليل مطلق قاض بصحة الرجوع لم يكن قصور في دليل العقد أو الشرط عن لزومه وعدم صحة الفسخ.

وعلى هذا ربما يقال بعدم صحة الرجوع عن الوكالة إذا كانت مشروطة في عقد من العقود كالبيع؛ كما لو باعه سلعة وشرط عليه أن يكون وكيلاً في بيع داره؛ فإن

دليل جواز الرجوع في الوكالة لا يشمل هذا الفرض؛ لانصرافه إلى ما لو أنشئت الوكالة مستقلاً، لا بعنوان حقّ للوكيل.

وإن شئت قلت: الوكالة الجائزة ما كانت من قبيل الوعد الابتدائي أو الإذن البدوي، لا ما كانت حقاً مشروطاً على الموكل، فتأمل.

كما أنّ بعض نصوص جواز الوكالة ناظر إلى حدّ استمرار الوكالة التي يجوز فسخها وأنها معيّنة ببلوغ العزل لا بمجرد العزل وإن لم يبلغه ولا إطلاق فيه بالنسبة إلى أنواع الوكالة. وبالجملّة: هو ناظر إلى أنّ الوكالة الجائزة تنفسخ ببلوغ العزل لا بدونه.

إلا أن يمنع دعوى الانصراف المتقدّمة وتردّ دعوى اختصاص النصّ بالوكالة الجائزة فسخها.

ففي معتبرة معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «مَنْ وَكَّلَ رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتّى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها»^(١).

وفي معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «إنّ الوكيل إذا وُكِّلَ ثمّ قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً والوكالة ثابتة حتّى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافه (يشافهه خ ل) بالعزل عن الوكالة»^(٢).

وقد ارتبكت كلمات الأعلام فيما يتعلّق باشتراط لزوم في الوكالة واضطربت أقوالهم، فبين ما يرجع إلى بيان حكم مقام الإثبات وأنّ الفهم من الإنشاء هو إرادة لزوم الوكالة أو لا؟

وبين ما يرجع إلى بيان حكم مقام الثبوت وأنّه لو كان المقصود إنشاء لزوم

(١) الوسائل ١٣: ٢٨٥، الباب ١ من الوكالة.

(٢) المصدر السابق: الباب ٢، الحديث ٢.

الوكالة فهو جائز أو لا؟

والحق هو فرز المقامين والفصل بينهما؛ والمهم هو البحث الثبوتي؛ وأما جهة الإثبات فهي ممّا لا تهمّ الفقيه، بل تشخيصه محوّل إلى غيره؛ حتّى أنّه لو استظهر الفقيه أمراً بحسب مقام الإثبات لم يكن اعتبار قوله بملاك الاجتهاد والفقاهة المبني على الحدس والنظر؛ بل يكون بملاك اعتبار الخبر وقول الثقة المشروط بالتعدّد عند بعضهم، مع أنّه إذا كان الاستظهار ممّا يناله العامي ويحسّ به فعلاً بالتأمّل، فلا موجب لا اعتبار قول الغير في حقّه بعد عدم كونه مبنياً على إعمال الحدس والنظر. وكيف كان فلنرجع إلى أصل البحث وهو بيان حكم اشتراط اللزوم في الوكالة وأنّه جائز شرعاً أو لا؟

فنقول - بعد التوكّل على الله - أنّه قد يكون المشروط هو عدم الرجوع عن الإذن والوكالة فهذا ممّا لا ينبغي الارتياح في جوازه بعد عموم دليل الشرط، والمفروض كون ذات المشروط - وهو الرجوع وعدمه - أمراً جائزاً تحت سلطنة المكلف، ولكن لا يقتضي ذلك أنّه لو رجع عن الإذن - ولو مقدماً على الإثم - لا تؤثر في فسخ الوكالة، فهو كما لو حلف أن لا يفسخ بخيار المجلس غير قاصد إسقاط الخيار؛ وربما كان حلفه في زمان لا يصحّ الإسقاط كما لو حلف قبل البيع.

وأما إذا كان المشروط عدم الخيار لا عدم إعمال الخيار فجواز مثل ذلك يحتاج إلى دليل؛ فإن كان الخيار حقّاً قابلاً للإسقاط جاز إسقاطه بالشرط، إن لم يكن مثل التعليق مضرّاً في مثله؛ حيث يكون إسقاطه قبل ثبوته وفعليّته.

وإن كان الخيار حكماً شرعياً - ويتبعه كان لزوم العقد لزوماً حكماً لا لزوماً حقيقياً - فهو ليس بيد شخص سوى الشارع؛ ودليل الشروط متضمّن لوجوب الوفاء بما يكون سائغاً؛ وليس مشرعاً ودالاً على مشروعية أمر كإسقاط الخيار لو شكّ في قابليته للإسقاط؛ كما لو احتمل كون الخيار من قبيل جواز بيع المالك لماله؛

فإنّ ذلك غير قابل للإسقاط، وربما يكون الجواز في الهبة وكذا الوكالة من هذا القبيل.

وجعل الخيار الحكمي أيضاً بحكم الشرع؛ ولكنه بعنوان الحقّ القابل للإسقاط، فإذا ترّد الأمر في الخيار ولم يعلم كونه من أيّ القبيلين كان التمسكّ بدليل الشروط والعقود لإثبات جوازه من التمسكّ بالعامّ في الشبهة المصداقية.

ثمّ إنّ الوكالة المشروط لزومها قد تكون منشأة مستقلاً ويكون شرط لزومها في ضمنها؛ وقد تكون منشأة مستقلاً ويكون شرط لزومها في عقد آخر سابق أو لاحق، وقد تكون منشأة في ضمن عقد كما لو باع شيئاً وشرط على المشتري الوكالة اللازمة في أمر من الأمور.

هذا كلّه بالغضّ عن اشتراط عدم الفسخ الذي لا يقتضي - فضلاً عن أن يستلزم - عدم الخيار؛ وإن كان المتراعى من بعضهم قد يكون تأثير اشتراط عدم الفسخ في سقوط الخيار، وهذا غريب جدّاً؛ فإنّه لا موجب لتأثير الشرط في أكثر من مضمونه؛ فحيث إنّ مضمون الشرط هو عدم إعمال الفسخ لا عدم خيار الفسخ فلا ينبغي أن يؤثّر في نفي الخيار؛ فهو كما لو حلف على عدم الفسخ ما لم يكن قاصداً به إنشاء إسقاط الخيار؛ فيكون كناية للإيصار إليها إلّا بقرينة.

ثمّ إنّّه لا محذور في كون الوكالة ثابتة بمعنى عدم تأثير عزل الموكل في فسخها، كما في الرهن حيث يكون لازماً ولا يؤثّر الرجوع عنه في زوال سلطنة المرتهن على العين المرهونة في اقتضاء دينه منها ببيعها على الراهن عند الحاجة واستيفاء الطلب من الثمن.

نعم، لا ملازمة بين الرهانة وبين وكالة المرتهن بشخصه لجواز إناطة بيع العين المرهونة بنظر غير المتراهنين ممّن يتوافقان عليه.

وكيف كان فوكالة شخص عن الراهن - كان هو المرتهن أو غيره - وتقوّم

الرهانة المتعارفة والوثوق المقصود منها بذلك واضح، فلو كانت هذه الوكالة تنفسخ بالرجوع لم يترتب على الرهانة الغرض المتعارف؛ وإن كان من جملة تبعات الرهانة أيضاً اختصاص المرتهن بالعين المرهونة وعدم مشاركة سائر الغرماء معه في الضرب بالديون.

وأيضاً من أحكام الرهن عدم جواز بيع المرهون - على المعروف - وإن زالت الوكالة في بيعه؛ نعم ذهب غير واحد من المحققين منهم سيّدنا الأستاذ رحمته وقبله المحقّق الإيرواني وغيره على ما بيّأ إلى صحّة بيع العين المرهونة وانتقالها إلى المشتري بوصف كونها متعلّقة لحقّ المرتهن.

والعمدة: أنّه لا موجب لإناطة صحّة بيع مال الغير بأكثر من هذا الإذن الصادر بالرهن وعدم تأثير الرجوع عن هذا الإذن بدون موافقة المرتهن - الراجعة إلى إسقاط حقّه - في بطلان بيع المرتهن.

ثمّ إنّ لصاحب الجواهر رحمته فيما يتعلّق بالمقام كلام تنعّض له ونعّبه بما يناسب المقام، قال رحمته في ذيل كلام المحقّق: - إذا اشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره أو وضع الرهن في يد عدل معيّن لزم ولم يكن للراهن فسخ الوكالة - قال: وفاقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً؛ بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف مشعراً بعدمه بيننا؛ ولعلّه كذلك؛ فإنّي لم أجده إلا من الشهيد في اللمعة؛ بناءً منه على ما سمعته من مذهبه من عدم اللزوم ونحوه من الشروط في العقود اللازمة، وقد عرفت ضعفه، - إلى أن قال: - فمن الغريب قول المصنّف فيه - يعني بعد العبارة المتقدّمة - على تردّد؛ وإن ذكروا وجهه:

١ - كون الوكالة من العقود الجائزة التي من شأنها تسلّط كلّ منهما على الفسخ؛ واشتراطها لا يقتضي لزومها؛ وإلا لم تبطل بالموت.

٢ - أو عدم لزوم الشرط وإن كانت في عقد لازم؛ وإنّما أقصاها التسليط على

الفسخ.

٣- أو أن الرهن وإن كان لازماً من طرف الراهن إلا أنه جائز من طرف المرتهن، وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح، والأصل براءة الذمة من اللزوم، فيكون كالشروط في العقود الجائزة.

والجميع كما ترى: إذ في الأول: أن الوكالة وإن كانت من العقود الجائزة بالذات؛ لكن لا بأس بلزومها من جهة العارض كالشرط ونحوه؛ ودعوى أنه غير مقتضى لذلك يدفعها فرض كون المراد منه البيع وكالة، فهو كما لو صرح باشتراط عدم العزل؛ لا أن المراد مطلق الوصف بها وإن عزل بعد ذلك.

واحتمال أن التصريح بعدم العزل لا يقتضي عدم ترتيب الأثر لو وقع؛ بل أقصاه الإثم؛ يدفعه: أنه منافع لكون المؤمن عند شروطه.

والبطلان بالموت، لا تنفاء الموضوع - ضرورة كونها استنابة تذهب بذهاب المنوب عنه - لا يقتضي جواز العزل.

إلى أن قال: تلخص من ذلك ومما ذكرناه في غير المقام: أن المراد بقول الأصحاب يلزم الوكالة إذا اشترطت في عقد لازم أحد أمرين:

الأول: إرادة الوكالة العقدية؛ وهذه - يعني الوكالة العقدية - لا ريب في عدم تحققها بالشروط الذي هو في الحقيقة معنى مباين لإيجابها؛ فلا يتحقق حينئذٍ عقدها بذلك - ولا يقال إتهما عقدان؛ بل هو عقدٌ واحد مشتمل على شرط مفيد للإلزام بحصولها - فيحتاج في الوفاء به إلى إيجاد عقدها ولزومها؛ إما لكون المراد - ولو من القرينة - إرادة عدم العزل؛ وإما لكون المراد البيع وكيلاً عنه من حين إيجاد صيغة التوكيل إلى حصول البيع؛ فلو عزله في الأثناء لم يؤثر، لكونه منافياً للشرط الذي هو البيع عنه وكيلاً من حين التوكيل.

والثاني: أن يراد بالوكالة المصداق الموافق لمصادقها مع عدم التقييد بكونها وكالة؛ نحو ملك العين بعوض معلوم وإن لم يكن بيعاً. وقد ذكرنا سابقاً صحة

اشتراط ذلك بعد عدم دليل على انحصار مفاده في عقد الوكالة التي أقصاها أنَّها تفيده لا أنَّه لا يكون إلَّا بها، فيبقى عموم الشرط حينئذٍ بحاله.

نعم، لا يلحق ذلك شيء من أحكام الوكالة الثابتة لها من حيث كونها وكالة، لما عرفته من عدم كون الحاصل بالشرط من أفرادها.

أما الانفساخ بالموت والجنون والإغماء فقد يقال بثبوتها باعتبار لحوقها لمعنى النيابة الجنون تحققها في المعنى الشرطي؛ إذ لا يعقل نيابته وهو ميت أو مجنون أو مغمى عليه كما لا يعقل نيابته عنهم.

إلى أن قال: أما اشتراط هذا المعنى بالنسبة إلى الوارث أو الأجنبي فلا بأس به؛ لعموم المؤمنون وغيرها، وليس هو من الوكالة المحتاجة إلى عقد؛ وهذا جيد وينطبق عليه اللزوم مع الاشتراط في عقد لازم، إلَّا أنَّه بعيد عن كلمات الأصحاب، انتهى^(١).

أقول: ما ذكره أخيراً من أنَّه بعيد عن كلام الأصحاب يريد به بُعد كون ما أفاده من لزوم الوكالة الشرطية هو مقصود الأصحاب فيما ذكروه من اللزوم في شرط المرتتهن الوكالة، لا أنَّه يريد التردد في صحة ما ذكروه لاحتمال مخالفته الإجماع، فلا تغفل.

وأما ما ذكره من تقسيم الوكالة إلى قسمين؛ الوكالة العقدية والشرطية، فكأنَّه ناشئ من افتراض الوكالة العقدية أمراً مسلماً ثمَّ لمَّا صحَّ إنشاء الوكالة شرطاً في ضمن عقد آخر صارت الوكالة على قسمين؛ مع أنَّه لا موجب لذلك؛ بعد عدم انطباق ضابط العقد على ما أسموه بعقد الوكالة؛ فإنَّ الوكالة في العرف لا تتقوم إلَّا بالموكل ورضاه؛ ولا أثر لرضا الوكيل فضلاً عن قبوله في تحققها، فإنَّ الوكيل من

فَوْضَ إِلَيْهِ أَمْرُ الشَّيْءِ سِوَاءَ رِضَايَ أَوْ لَا؛ فَكَمَا أَنَّ صِحَّةَ مَعَامَلَةِ غَيْرِ الْمَالِكِ لَا تَدُورُ إِلَّا مَدَارَ رِضَا الْمَالِكِ بِمَا يَبَاشِرُهُ غَيْرُهُ، وَلَا يَكُونُ رِضَاهُ مَتَقَوِّمًا بِقَبُولِ صَاحِبِهِ، كَذَلِكَ الْوَكَالَةُ؛ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ شَيْئًا سِوَى إِحَالَةِ الْأَمْرِ وَتَفْوِضِهِ إِلَى الْغَيْرِ.

وَالْوَجْهُ فِي ذَلِكَ أَنَّ الْعَقْدَ يَتَأَلَّفُ مِنْ إِجَابٍ وَقَبُولٍ، وَلَيْسَ الْقَبُولُ مَطْلُوقُ الرِّضَا؛ بَلْ لَا يَكُونُ الْقَبُولُ قَبُولًا مَا لَمْ يَتَضَمَّنْ تَعَهُدًا بِشَيْءٍ؛ كَمَا أَنَّ الْإِجَابَ لَا يَكُونُ إِجَابًا بَدُونِ أَنْ يَكُونَ حَاضِرًا لِعَهْدَةٍ وَلَوْ مِنْ حَيْثُ جَعَلَ الشَّيْءَ فِي عَهْدَةِ الْغَيْرِ.

فَالْعَقْدُ يَتَأَلَّفُ مِنَ التَّزَامَيْنِ مُشَدُّودَ أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ أَوْ الْإِزَامَ وَالتَّزَامَ، فَمَا لَمْ يَكُنِ الْأَمْرَانِ التَّزَامًا أَوْ أَحَدُهُمَا إِزَامًا لَا يَتَحَقَّقُ حَقِيقَةُ الْعَقْدِ وَإِنْ عَبَّرَ عَنْهُ بِالْقَبُولِ.

وَعَلَى هَذَا الْأَسَاسِ فَحَيْثُ إِنَّ جَوَازَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْغَيْرِ مَتَقَوِّمٌ بِرِضَا الْمَالِكِ مِثْلًا وَلَا يَكُونُ رِضَا الْمَالِكِ مَتَقَوِّمًا بِشَيْءٍ سِوَى إِنْشَائِهِ وَلَا مَعْلَقًا عَلَى أَمْرٍ يَقُومُ بِهِ غَيْرُهُ فَلَا مَجَالَ لِتَوْهَمِ كَوْنِهِ عَقْدًا أَوْ جُزْءَ عَقْدٍ؛ فَإِنَّ جُزْءَ الْعَقْدِ مِمَّا يَتَطَلَّبُهُ الْجُزْءُ الْآخِرُ كَمَا فِي إِجَابِ الْبَيْعِ حَيْثُ إِنَّهُ يَسْتَدْعِي الْقَبُولَ؛ وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِنْشَاءُ الرِّضَا بِبَيْعِ غَيْرِ الْمَالِكِ؛ بَلْ لَا يَنَافِي الرِّضَا ذَلِكَ كِرَاهَةً مِنْ يَبَاشِرُ الْبَيْعَ وَرَدَّهُ لِرِضَا الْمَالِكِ؛ فَإِنَّهُ لَوْ بَاشَرَ الْبَيْعَ صَحَّ وَإِنْ سَبَقَهُ رَدُّ الْوَكَالَةِ وَكِرَاهَتُهُ لَهَا.

وَعَلَيْهِ فَحَيْثُ إِنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَعَهُدُ بِشَيْءٍ فَلَا مَدْخَلَ لِرِضَا فِي انْعِقَادِ الْوَكَالَةِ، كَمَا لَا دَخَلَ لَهُ فِي تَحَقُّقِ الْإِذْنِ؛ فَإِنَّ الرِّضَا بِالْإِذْنِ أَوْ بِالْوَكَالَةِ لَا أَثَرَ لَهُ.

نَعَمْ، لَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ بِالرِّضَا وَالْقَبُولِ الْمَعْتَبَرِ فِي الْوَكَالَةِ هُوَ الْإِتِمَامُ بِفَعْلٍ مَا وَكِّلَ فِيهِ كَانَ ذَلِكَ مُحَقَّقًا لِعَقْدِيَّتِهِ، لَكِنْ ظَاهِرُ الْأَصْحَابِ فِي اعْتِبَارِهِمُ الْقَبُولَ فِي الْوَكِيلِ هُوَ اعْتِبَارُ الرِّضَا بِالتَّوَكُّلِ لَا اعْتِبَارُ التَّعَهُدِ بِالْعَمَلِ الْمَوْكَّلِ فِيهِ.

هَذَا، مَعَ إِمْكَانِ التَّشْكِيكِ فِي كَوْنِ الْوَكَالَةِ عَقْدًا حَتَّى فِي فَرْضِ التَّزَامِ الْوَكِيلِ وَتَعَهُدِهِ بِفَعْلٍ مَا وَكِّلَ فِيهِ مَا لَمْ يَكُنِ الْمَوْكَّلُ وَظْفَهُ وَالزَّمَهُ بِحَيْثُ كَانَ الْإِجَابُ مُسْتَدْعِيًا لِقَبُولِهِ.

وليس للوكالة في قبال ما ذكره في الجواهر من مطلق الاستنابة أثر خاص يخالف القواعد سوى انزال الوكيل قبل بلوغه العزل بحجة؛ ولا موجب لتخصيص ذلك بالوكالة العقدية، بل إطلاق دليله يعمّ مطلق الاستنابة بعد كون الوكالة منزلة على المعنى العرفي واللغوي دون المصطلح عليه في كلمات الفقهاء.

هذا، مع احتمال كون عدم انزال الوكيل بدون اطلاعه من العزل طبقاً للقاعدة؛ وذلك لكون المفهوم من إنشاء الوكالة هو ذلك، فما يباشر الوكيل قبل بلوغه العزل فهو مأذون فيه بإذن مالكي لا شرعي تعبدي.

ثم إنه حيث يشك في لزوم الوكالة المشروطة في عقد فقد يقرّر لزومها؛ وذلك على أساس وجهين:

أحدهما: إطلاق دليل لزوم العقود؛ حيث يشك في انفساخ العقد للشك في ثبوت الخيار، فيكون إطلاق لزوم الوفاء - الثابت بحسب الأزمنة كالأفراد - قاضياً ببقاء العقد وعدم انفساخه، ولازم ذلك عدم ثبوت الخيار.

وهذا هو أحد الوجوه المذكورة تقريراً لأصالة اللزوم في العقود حيث يشك في ثبوت الخيار فيها.

ولكنه مبني على عدم عموم دليل جواز فسخ الوكالة، وإلا كان مقدماً على عموم دليل لزوم العقود.

وثانيهما: استصحاب العقد والشرط وعدم انفساخهما بمجرد إنشاء الفسخ حيث يشك في ثبوت الخيار؛ كما يستصحب البيع والأثر الحاصل به مع الشك في ثبوت خيار الفسخ، وهذا أيضاً وجه آخر في تقرير أصالة اللزوم في العقود المشكوكة اللزوم.

ويؤكد جريان الاستصحاب في الشبهة الموضوعية للفسخ كما لو احتمل الوكيل فسخ الموكل فإنه لا شك في الحكم بعدم الفسخ.

ويرد على الأول: ما تقدّم من منع دلالة «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) على مشروعية العقد، وإنّما مدلوله لزوم الوفاء بالعقد المشروع؛ والمفروض أنّه لم يثبت مشروعية اشتراط الوكالة اللازمة، وتقدّم أنّ دليل الشرط أيضاً غير مشرّع، وإنّما يدلّ على لزوم الشرط المشروع.

إلّا أنّ يتمّ هذا التقرير بأنّ المشروع هو أصل الوكالة لا لزومها؛ والمفروض أنّ الوكالة مشروعة وإنّما الشكّ في لزومها. والمتكفّل لإثبات لزومها هو العموم الأزمامي للأمر بالوفاء بالعقود؛ لا شرط اللزوم ليكون الشكّ في مشروعيته. هذاكله بالغضّ عمّا قد يخطر بالبال من أنّ لزوم المعاملات ليس بجعل الشارع فقط؛ بل الشارع يمضي ما أنشأه المتعاقدان؛ ولذا لا يكون اشتراط الخيار منافياً للزوم الوفاء بالعقد واشتراطاً لما ينافيه، بل الوفاء بالعقد الخياري بالتسليم لإعمال الخيار من صاحبه.

وعليه فإذا كان المنشأ هو الوكالة حتّى بعد قول الموكل فسخت كانت مشروعيتها أوّل الكلام، وإذا كان المنشأ هو الوكالة بالغضّ عنه لم يقتض ذلك لزوم الوفاء بالوكالة بعد أن لم يكن لزومها مقصوداً في هذا الفرض، والمقصود من لزومها هو ما يكون اللزوم من آثاره، وذلك بأن يكون المقصود الوكالة ولو بعد قول فسخ، فإنّ هذا يستلزم لزوم الوكالة بحسب إنشائها.

وبالجملة: إذا كان لزوم الوفاء بما ثبتت مشروعيته وصحته، أمراً تعبدياً أمكن التمسك بعموم الأمر بالوفاء بالعقود في موارد الشكّ في انفساخ العقد بفسخ أو غيره من موارد الشبهات الحكمية؛ إذ عليه يكون الموضوع في الآية لوجوب الوفاء هو العقد الذي صحّ حدوثاً وتكفّل الآية لصحته بقاءً.

وإذا كان لزوم الوفاء إمضاءً لما أنشأه المتعاقدان من لزوم أو غيره وكان مقصود

المتعاقدين إنشاء اللزوم أو ما يستلزمه - أعني عدم تأثير الفسخ أو بقاء المنشأ بعد الفسخ - فحيث ذكرنا أن الآية لا تدل على مشروعية العقد لم يمكن التمسك بها في فرض كون المنشأ هو لزوم العقد، بعد الشك في مشروعيته؛ حيث إن مشروعية إنشاء لزوم العقد مع احتمال ثبوت الخيار التعبدية فيه - واحتمال تأثير الفسخ في انحلال العقد تعبدًا - غير معلوم؛ فإن الآية على هذا التقرير تكون إرشادًا إلى العقود الصحيحة واللازمة، وأنه مع المفروغية عن ذلك كيف لا يتم الجريان على أساسها؟!

ولكن الظاهر أن ما قرّرناه من كون لزوم المعاملة إمضائيًا لا ينافي دلالة الآية على لزوم المعاملات شرعاً، والوجه في ذلك هو أن الآية تَمْضِي اللزوم المنشأ وتدفع احتمال الخيار التعبدية، فالبائع حيث ملك المبيع ولم يعتبر البيع خيارياً فقد أنشأ الملكية المطلقة المستمرة غير المحدودة بفسخه حيث لم يشترط خياراً في العقد، فكان عزمه على الاستمرار على العقد بمعنى إنشائه الملكية غير المؤقتة، فيبقى احتمال جعل الشارع خياراً في العقد تعبدًا كخيار المجلس، وهذا الاحتمال يندفع بدلالة الآية على وجوب الوفاء بالعقد حسبما أنشأ؛ فالعقد بما له من المضمون المنشأ - الذي من جملته الاستمرار عليه في اعتبار المتعاقدين - قد أمضاه الشارع وأوجب الجري عليه؛ ولم يسمح بنقضه في غير الموارد التي حكم فيها بالخيار كخيار الحيوان والمجلس.

فإن قلت: حيث احتمل الخيار التعبدية فإنشاء العقد واستمراره حتى في فرض الفسخ عند احتمال الخيار التعبدية لم يعلم كونه أمراً مشروعاً، والمفروض أن الآية تدل على وجوب الوفاء بالعقد المشروع؛ ومع عدم كون قصد المنشأ استمرار العقد في ذلك الفرض لا إنشاء ليجب الوفاء به.

قلت: ثبوت الخيار التعبدية على وجه القطع لا يجعل الإنشاء محدوداً في اعتبار

المتعاقدين بما إذا لم يفسخ، فضلاً عن موارد احتمال ثبوت الخيار. فالذي يُنشئه المتعاقدان هو استمرار العقد بمعنى عدم اعتبارهما لثبوت الخيار ليرجع إلى شرط الخيار؛ ثم الشارع قد يمضي هذا الاعتبار مطلقاً وقد يمضيه مقيداً؛ والإمضاء المحدود قد يكون بلحاظ أصل العقد كما في موارد تقييد الملك بالقبض، وقد يكون التحديد بلحاظ استمرار العقد ولزومه كما في موارد الخيار التعبدي كالمجلس.

فكل عقد يكون بالغض من ثبوت خيار تعبدي فيه مشروعاً محكوم باللزم ونفي الخيار التعبدي فيه بمقتضى آية الأمر بالوفاء بالعقد.

نعم، إذا احتمل كون صحة العقد منوطاً باشتراط الخيار فيه لا يصح التمسك بالآية لإثبات صحته ولزومه بدون شرط الخيار؛ وحيث لا يحتمل في مثل البيع ذلك فإنشاؤه موضوع لحكم الشارع باللزوم، فينتفي احتمال الخيار التعبدي بواسطة الآية، والمفروض عدم اشتراط الخيار وجداناً، فيلزم البيع إنشأً وتعبداً.

وإن شئت قلت: إن الفسخ - على تقدير تأثيره - هو مصداق لنقض العقد وعدم الوفاء؛ كما أن عدم ترتيب آثار العقد بعد الفسخ حتى لو كان الفسخ مؤثراً فإنه مصداق لترك الوفاء بإعمال الفسخ؛ فإذا شك في تأثير الفسخ كان الأمر بالوفاء بعد الفسخ ملازماً للزوم العقد وعدم تأثير الفسخ شرعاً.

وبهذا البيان يمكن تقرير لزوم عامة العقود المشروعة، وضابطها: كل عقد لو لم يفسخ يجوز الجري عليه، وإثما المحتمل انفساخه بالفسخ أو غيره من أسباب الانفساخ. فإذا رضي مالك السلعة أن يبيع صاحبه تلك السلعة بثمن معين، فما دام هذا الرضا مجرد إيقاع يجوز الرجوع عنه؛ فإذا انضم إليه ما يجعله عقداً لزم؛ كما لو قيد رضاه ببذل صاحبه له شيئاً فإنه ينقلب الإيقاع عقداً فيعمه الأمر بالوفاء واللزم لولا الدليل على خلافه.

ولا بُد في لزوم الرضا المنشأ وعدم جواز التراجع عنه؛ كما في الرهن، فإنَّ الرهن يُنشئ رضا ببيع ماله في سبيل أداء دينه في بعض الظروف؛ ولا أثر لرجوعه عن ذلك؛ ولذا ذكروا أنَّ الرهن عقد لازم؛ ودليل لزومه عموم الأمر بالوفاء بالعقود الشامل لغيره ممَّا مثلنا به وغيره.

إن قلت: كون بيع العين المرهونة وكالة عن مالکها يستدعي رضاه، فإذا انتفى لم يصح.

قلت: أولاً: لو كان البيع وكالة فإنه يمكن لزوم الوكالة، ومعه فلا أثر لرجوع المالك عن إذنه في انفساخ الوكالة.

وثانياً: لم يعلم كون بيع العين المرهونة وكالة عن مالکها، وإن كان البيع له؛ فإنه يحتمل استحقاق المرتهن بيع مال الغير لمالکة؛ فيكون بيع مال الغير حقاً لغير المالك، ودليله وجوب الوفاء بالعقد؛ حيث إنَّ حدوث الرضا ببيع ماله - الذي هو أمرٌ مشروع - كافٍ في لزوم الجري عليه بدليل الآتية؛ فالوكالة لو كانت منوطة بالرضا حدوثاً وبقاءً ولكن حقَّ البيع منوط بالرضا حدوثاً لا بقاءً.

ونحوه بيع مال المولى عليه كالصبي فإنه يكون له ولا يكون عنه؛ فلذا لا يستند البيع إلى الصبي؛ فإنَّ الولاية على البيع أعم من الوكالة فيه، وعلى كلِّ تقدير فالبيع يكون للمولى عليه سواء كان عنه وكالة أو له ولاية.

ثمَّ الدليل على صحَّة العقد المشتمل على الإذن في بيع مال الآذن هو حديث السلطنة ونحوه ممَّا دلَّ على ولاية المالك على الإذن في التصرفات الاعتبارية في ماله الشامل لما إذا كان إنشاء الإذن إيقاعاً، كشموله لما إذا كان إنشاء الإذن عقداً؛ فإذا صحَّ العقد وشكَّ في لزومه أو قبوله للفسخ كان دليل جوب الوفاء بالعقد قاضياً بلزومه وعدم قبوله للفسخ.

كما أنَّ الدليل على صحَّة الإذن في بيع الكلِّي في ذمَّة الآذن أيضاً هو ما دلَّ على

جواز بيع الكلّي الشامل لبيعه مباشرةً وبدونها.

فالرضا المنشأ محقق للوكالة إذا لم يرجع عنها الآذن، فإذا رجع انتفى صدق الوكالة؛ إلا أن صحة التصرف لا يدور مدارها، بل مع إذن الشارع يصح التصرف وإن لم تصدق الوكالة؛ ودليل لزوم الوفاء بالعقد يقتضي لزوم ترتيب آثار ما تعهد به ولو بعد نقض العهدة؛ وأنه لا يؤثر النقص في الانتقاض، فيكون حدوث الرضا حيثية تعليلية لتأثيره في صحة المعاملة ولو مع انتفائه بقاءً الموجب لانتفاء صدق الوكالة.

تكييف العقود المستقبلية على اساس غير الوكالة

وبنظير هذا البيان يمكن تقرير ما تداول من العقود المستقبلية والآتية وتوجيه صحتها بعد أن كان متعلقها غير الأعيان؛ بلا حاجة إلى انطباق الوكالة عليها وإن كان توجيهها على أساس الوكالة أيضاً ممكناً.

توضيح ذلك:

أولاً: إن الإذن في بيع كلّي في ذمة الآذن لو كان وكالة فقد يكون إيقاعاً يجوز الرجوع عنه؛ وأما إذا تحوّل إلى عقد - كما لو قيد إذنه ببذل مال بإزاء ذلك - لزم بدليل الآتية.

إلا أن يكون لدليل جواز الوكالة وعدم لزومها إطلاقاً لفرض إنشاء الوكالة عقداً كفرض إنشائها إيقاعاً؛ فيكون كدليل خيار المجلس والحيوان من أدلة الخيار التعبدي.

وثانياً: إنه لا موجب لعدّ ذلك وكالة تنوط برضا الآذن بقاءً - بمعنى بقاء إذنه - بل بيع الكلّي في ذمة الغير يكون حقاً للمباشر إذا كان مسبوقاً بإذنه العقدي؛ ولا موجب لجواز الرجوع عنه بعد عموم الآية الآمرة بالوفاء بالعقود. فإذا الآذن في

البيع على ذمته - الآذن - أمر مشروع جائز؛ غاية الأمر إنه يحتمل جواز نقضه؛ وآية لزوم العقود ينفيه.

بل الأمر في الإذن في بيع الكلّي أهون من الأمر في الإذن في بيع الأعيان المملوكة للآذن؛ فإنه ربما يقال في الثاني بأن دليل سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلّ مال أحد بغير إذنه ينفي جواز التصرف في ملك المالك بعد رجوعه عن إذنه؛ حيث إن الإذن ظاهر في ثبوته الفعلي وعدم كفاية وجوده السابق؛ وأما بيع الكلّي على الغير فليس تصرفاً في ملكه بل هو تصرف في ذمته.

وإن كان يرد على التقرير المتقدم في المنع عن التصرف في الأعيان بعد الرجوع عن الإذن بدليل عدم حلّ مال الغير بدون إذنه؛ أن دليل لزوم العقد وصحته حاكم على ذلك الدليل، نظير دليل صحة بيع المالك المقدم على الحديث المتقدم فيما فسخ المشتري البيع؛ فإن تصرف البائع في الثمن بالبيع ونحوه مشروع بدليل صحة البيع الأول الذي لا ينافيه الحديث المتقدم.

بل لا محذور في صحة بيع مال الغير للنفس مع رضا المالك؛ كما قرّرناه في محله وفاقاً لبعض المحققين كصاحب العروة، وببالي موافقة المحقق الإيرواني أيضاً على ذلك، وخلافاً للمعروف والمنسوب إلى العلامة في التذكرة، ووافقهم من المتأخرين سيّدنا الأستاذ رحمته؛ فإن المانع استند في منعه إلى اقتضاء المعاوضة لدخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض وبالعكس؛ فلا يعقل خروج المبيع عن ملك شخص ودخول الثمن في ملك غيره.

ويرد عليه: أن المعاوضة متقوّمة بالتعويض عن شيء بشيء في قبال العقود المجانيّة مثل الهبة؛ وأما دخول العوض في ملك مالك المعوّض فهذا ليس من اقتضاء حقيقة المعاوضة.

نعم، لا يبعد انصراف إطلاق المعاوضة إلى ذلك؛ ولكن هذا لا يقتضي الحكم به مع التصريح بخلافه.

ثم إنَّ اشتراط صحة المعاوضة - لا حقيقتها - بما تقدّم - من دخول العوض في ملك من خرج من ملكه المعوّض وبالعكس - ممكن؛ ولكنّه لا دليل عليه؛ نعم إذا لم يأذن المالك لا تصحّ المعاوضة؛ بدليل عدم حلّ مال امرئٍ بغير طيبة نفسه؛ وأمّا مع رضاه فلا يعمّه دليل المنع؛ بل يشملُه أدلّة صحّة المعاملات.

هذا كلّه في المعاوضة على الأعيان؛ وأوضح من ذلك المعاوضة على ما في الذم، فلو باع شيئاً في ذمّة الغير - بإذنه - لنفسه بأن يكون الثمن له ابتداءً وبدون دخوله في ملك من تشغل ذمّته بالمبيع فلا محذور فيه.

فكما يصحّ تمليك دينه - الثابت في ذمّة الغير - لثالث فتشغل ذمّة المديون لذلك الثالث بلا حاجة إلى إذن المديون، فأَيّ مانع من تمليك شيء في ذمّة الغير - بدل ذمّة نفسه - ولكنّه مع إذن الغير ورضاه على أن يكون عوضه ملكاً له لا لذلك الغير.

فقد تحقّق بما ذكرناه أنّ حقيقة الوكالة قائمة ببقاء الإذن والرضا من الموكل كقيامها بحدوث الإذن؛ فلا تصدق الوكالة بارتفاع الإذن كما لا تصدق بعدم صدور الإذن ابتداءً؛ والسّر في ذلك هو أنّ الوكالة إنّما تصدق في مورد استناد عمل الوكيل إلى الموكل؛ ولذا لا حاجة في إثبات صحّة تصرّفات الوكيل الاعتباريّة إلى دليل خاصّ يدلّ على نفوذ الوكالة، بل الدليل على صحّة التصرف المنسوب إلى الأصيل دالٌّ بإطلاقه على صحّة التصرفات الصادرة بمباشرة الوكيل؛ فبيع الوكيل ببيع الموكل ودليل صحّة بيع الموكل يشمل بيعه المباشري والذي يصدر بغير مباشرته وبفعل وكيله.

وبالجملة: فعمل الوكيل إنّما يكون عملاً للموكل ما دام الفعل منسوباً إليه؛ وإنّما ينتسب العمل إلى الموكل إذا كان رضاه بالفعل حال صدوره ثابتاً؛ فإنّ فعل الوكيل فعل الموكل بغير مباشرته؛ فإذا انتفى رضاه لا يكون الفعل منسوباً إليه؛ والمفروض عدم مباشرته له أيضاً، فلا يبقى ما يوجب إضافة المعاملة إلى الموكل.

نعم، ربما ينتسب العمل إلى غير المباشر وإن كان من نسب إليه كارهاً له كما في موارد التسيب إلى عمل بغير قصد؛ وقد ذكرنا في محلّه أنّ قاعدة الغرور لا تخصّ موارد القصد.

هذا، ولكن انتساب العمل إلى غير المباشر في مثل هذه الموارد ليس بملاك الوكالة والرضا، بل بملاك السببيّة التكوينيّة غير المتقوّمة بالقصد؛ وهذا بخلاف الانتساب في موارد الوكالة.

ولكن كما ذكرنا أنّ عمل الوكيل إنّما يصحّ بملاك الوكالة إذا كانت الوكالة مجرد إذن وإيقاع ولم يحدث حقّاً للمأذون في العمل؛ وإلّا كان صحّة العمل حينئذٍ بملاك الحقّ، وهو غير متقوّم ببقاء إذن الآذن أولاً، كما في الرهن؛ حيث إنّ الإذن في تصرف المرتهن في العين المرهونة يؤثّر في حدوث حقّ للمرتهن.

غاية الأمر أنّ الرهن إذا لم يكن عقداً - حيث لا يتقوّم بقبول المرتهن لعدم كون رضا المرتهن بالرهن ممّا يتضمّن عهدة على المرتهن إلّا إذا كان ضمن عقد كالقرض - كان صحّته بدليل خاصّ؛ ولا يعمّه دليل وجوب الوفاء بالعقد؛ وحيث إنّ الإذن الإيقاعي في غير الرهن كما في موارد الوكالات لا دليل بالخصوص على تأثيره في حدوث حقّ للمأذون يجوز الرجوع عنه؛ فإنّ تأثيره بملاك الوكالة؛ ومع انتفاء الإذن بقاءً لا وكالة؛ فلا يصحّ التصرف الموقوف على الوكالة.

وأما إذا فرض إنشاء الإذن على وجه العقديّة - وليس العقد بمجرد ضمّ رضا المأذون بالإذن؛ فإنّ القبول المقوم للعقد ما يتضمّن عهدة - كما إذا كان الإذن مقيداً ببذل مال ورضي به المأذون، فمع ارتفاع الإذن لا تصدق الوكالة؛ ولكن لا تنوط صحّة تصرف المأذون وحقّه في ذلك بصدق الوكالة وبقاء الإذن، بل دليل وجوب الوفاء بالتعهدات يقتضي عدم تأثير الرجوع حسبما بيّناه.

إن قلت: الآذن إنّما أنشأ الوكالة والوفاء بالعقد إنّما يكون حيث أمكن، فإذا

انتفت الوكالة فلا موضوع لوجوب الوفاء، فهو كما لو باع المالك ماله بعدما أذن لغيره في البيع، فإنه لا يبقى مجال لتصرف المأذون.

قلت: المنشأ وإن كان هو الوكالة لكنها أنشئت على غير وجه الخيار بمعنى أن الموكل تعهد بعدم الرجوع وعدم الفسخ - ولو بعنوان شرط الفعل - وحيث لم يجعل لنفسه حق الفسخ والرجوع عن الإذن فهو مأمور بالوفاء بما تعهد به؛ فكما أن إنشاء الفسخ - ولو فرض تأثيره شرعاً - نقض للتعهد وتخلف عن الوفاء فلا يجوز، كذلك كون الفاسخ بعد إنشاء الفسخ - المشكوك تأثيره - مأموراً بالوفاء بما تعهد به من الآثار دليل على لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ.

وبالي أن الشيخ الأعظم رحمته في المكاسب صرح بنحو مما ذكرناه وقرّر بذلك دلالة آية الوفاء بالعقود على لزوم المعاملة حيث يشك فيه. فالبيع إذا شك في لزومه واحتمل انفساخه بالفسخ كان إطلاق الأمر بالوفاء به بعد إنشاء الفسخ دليلاً على لزومه وعدم قابليته للفسخ؛ فالبايع حيث تعهد بعدم الفسخ - لا بعدم كون البيع خيارياً تعهداً من قبل الشارع - كان إنشاء الفسخ ممنوعاً؛ حتى لو فرض تأثير الفسخ على تقديره.

ثم حيث يشك في تأثير الفسخ - لا احتمال لزوم العقد - فالأمر بالوفاء بالعقد حتى بعد إنشاء الفسخ دليل على لزوم العقد وعدم ثبوت خيار تعدي فيه؛ ولذا يكون دليل مثل خيار المجلس والحيوان تخصيصاً للآية؛ لا دليل صحة شرط الخيار، فإن تأثيره تخصص في الآية لا تخصيص.

وعليه فإذا أذن المالك في التصرف في ماله مقيداً بصدق الوكالة لا يجوز للمأذون التصرف بعد الرجوع عن الإذن؛ لانتهاء الوكالة وعدم موجب آخر لصحة التصرف.

وأما إذا أذن المالك وتعهد بعدم الرجوع فهو وإن أنشأ الوكالة إلا أن هذا الإنشاء

موضوع لثبوت حقّ للمأذون فيما كان عقديّاً، لا يدور مدار بقاء الإذن؛ كما لا يدور صحة تصرف المرتهن مدار بقاء إذن الراهن؛ غاية الأمر أنّ الدليل عليه في الرهن دليل خاصّ وفي غير الرهن عموم دليل لزوم الوفاء بالعقد.

فتأثير الإذن في صحة تصرف المأذون حيثيّة تعليليّة لا تدور صحة التصرف مدار بقاءه؛ بل هو بحدوثه كافٍ، ويكون الدليل على صحة تصرف المأذون بعد ارتفاع الإذن ما دلّ على عدم تأثير الرجوع عن الإذن، لوجوب الوفاء وعدم جواز الرجوع وضعاً بعد لزوم ترتيب آثار التعهّد حتّى بعد الرجوع، لكونه متعهّداً بتلك الآثار ولو بتعهّده بعدم إحداث موضوع النقض، فلاحظ وتأمل جيّداً فإنّه دقيق وحقيق بذلك، ومن الله التوفيق.

ثمّ إنّ هذا كله إنّما هو على مسلكتنا من قصور آية وجوب الوفاء بالعقود عن إثبات صحة المعاملات وأنّ مدلولها إنّما هو لزوم ما كان مشروعاً من العقود؛ وأمّا على مسلكت القوم من دلالة الآية على الصحة مضافاً إلى اللزوم فلا محذور في إنشاء العقد على وجه يقصد عدم تأثير الرجوع عن الإذن؛ ويكون المنشأ حقّ المأذون في التصرف ولو بعد الرجوع عن الإذن، فلا تغفل.

وبما ذكرنا يتضح الفرق بين ما قرّناه وقرّناه وبين ما ذهب إليه المشهور حسبما يظهر من صاحب الجواهر وغيره مع اشتراكهما في النتيجة أعني صحة المعاملة وعدم تأثير الرجوع عن الإذن في بطلانها؛ وتوضيح ذلك :

إنّ ما ذهب إليه في الجواهر وفاقاً للمشهور - حسب كلامه - خلافاً لما يظهر من الشرائع من التردّد فيه هو أنّ الوكالة المنشأة ضمن عقد آخر بنحو شرط النتيجة لا تنفسخ بالرجوع، فيكون المأذون وكيلاً حتّى بعد رجوع الآذن عن إذنه، وبتبع ذلك تصحّ تصرفاته.

ونحن ذكرنا أنّ الوكالة لا تصدق بعد الرجوع عن الإذن، وإنّما الباقي أثر الوكالة.

وبتعبير آخر: صحّة التصرفات لا تدور مدار الوكالة؛ فهي مترتبة على الوكالة وعلى غيرها كموارد الولايات ومن جملتها الرهن وتصرف الأولياء كالأب والجد وغيرهما.

فإن قلت: إنّ نتيجة تأثير العقد في اللزوم بالبيان المتقدم ليست هي ملك المتعاقدين لما يجوز لهما المطالبة به على أساس اللزوم المدلول عليه بآية وجوب الوفاء؛ ولا كون ذلك حقاً يترتب عليه آثار الملك التي من جملتها الإرث بعد الموت؛ وبتعبير آخر: إذا أذن المالك لصاحبه في بيع ماله فإن كان المنشأ هو ملك الآخر لحق التصرف نظير حق الرهانة - حيث ينشئ الرهن ملك المرتها لبيع ماله - كانت مشروعيته أول الكلام؛ فلذا قلنا: إنّ ترتب آثار الإذن بعد الرجوع ليس باعتبار كون تلك الآثار منشأً في فرض الرجوع، بل من باب التعبد.

ثم ترتب أثر الإذن - كصحّة التصرفات من بيع وغيره - بعد الرجوع حيث كان أمراً بجعل الشارع فلا يستلزم كونه من قبيل الحق المنتقل إلى الوارث بموت صاحبه.

كما أنّ جواز مطالبة كلّ من المتعاقدين الآخر بالوفاء ليس بملك الحق، بل بملك الأمر بالمعروف، فلذا لا خصوصيّة في ذلك لخصوص المتعاقدين، بل لكلّ مؤمن المطالبة بذلك.

قلت: لما كان اللزوم المستفاد من آية وجوب الوفاء وكذا بناء العقلاء لزوماً حقياً ظاهراً بمعنى أنّ المفهوم من الآية ثبوت اللزوم بملك حق المتعاقدين ولذا تجوز الإقالة مع رضا الطرفين كان مدلول الآية ثبوت الحق، فإذا دلّ دليل على أنّ مطلق الحق ينتقل إلى الوارث شمله.

كما أنّ مطالبة كلّ من المتعاقدين صاحبه تكون بملك الحق، ولذا يجوز إسقاطه، بخلاف ما إذا كان بملك الأمر بالمعروف.

كما أنه يمكن أن يكون الإذن موجباً في بناء العقلاء لحدوث حق لا يرتفع بالرجوع عنه؛ فلا يكون بقاء الحق بالتعبد. فكما أن البيع يحقق الملك بما لا يجوز الرجوع فيه حسب الإنشاد كذلك الإذن فيه قد يحقق الولاية على البيع على وجه لا يزول بالرجوع.

ويرد على الثاني - بالغض عن كونه استصحاباً في الشبهة الحكمية فيبتنى على حجية "استصحاب في مثله - أن الاستصحاب لو جرى في مثل البيع والإجارة لم يلزم منه الجريان في مثل الوكالة.

والسر في ذلك: أن أثر مثل البيع محقق بالفعل، فيصح استصحابه، فيقال إن الملكية المتحققة حدوداً مستمرة بدليل اعتبار الاستصحاب؛ وليس أثر الوكالة كذلك، بل يكون جريان الاستصحاب فيه من الاستصحاب التعليقي؛ فإن أثر الوكالة ليس فعلياً بل معلق؛ فإن معنى الوكالة وأثرها أن الوكيل إذا تصدى لما وكل فيه من بيع أو غيره ينفذ كما لو كان الموكل مباشراً لذلك، فإذا شك في انفساخ الوكالة لفسخ أو غيره كان استصحاب أثر الوكالة من استصحاب الأثر التعليقي كالحرمة المعلقة على الغليان؛ وهنا المستصحب هو الصحة المعلقة على الإنشاء. ولا فرق في الشك بين الناشئ من احتمال كون العقد خيارياً يجوز إنشاء فسخه وبين الناشئ من احتمال انفساخ العقد بسبب غير الخيار؛ كما لو احتمل انفساخ العقد بالإغماء ونحوه؛ فإن المستصحب على التقديرين إنما هو الأثر التعليقي، فيبتنى جريان الاستصحاب فيه على حجية الاستصحاب في التعليقيات.

وهذا بخلاف استصحاب أثر البيع ونحوه؛ فإنه من استصحاب الأمر المنجز وإن كان جريانه مبنياً على اعتبار الاستصحاب في الشبهة الحكمية.

وأما جريان الاستصحاب في الشبهة الموضوعية لفسخ الوكالة فالسر فيه هو أمر لا يتأتى في الشبهات الحكمية؛ وذلك من جهة أن موضوع صحة تصرف

الوكيل هو إنشاء الوكالة له بضميمة جزء آخر هو عدم فسخ الموكل أو عدم بلوغه الفسخ، فإن كان الموضوع متقوماً بعدم بلوغ الفسخ فكلما الجزئين ثابتان بالوجدان بلا حاجة إلى الاستصحاب؛ فمن شك في فسخ وكالته فقد أنشأت وكالته ولم يبلغه العزل جزماً ووجداناً، لا بالاستصحاب الذي هو حكم ظاهري؛ ولذا لو انكشف فسخ الوكالة لم يؤثر في العزل. وإن كان الموضوع متقوماً بعدم الفسخ - لا بعدم بلوغ الفسخ - أمكن إثبات هذا الجزء من الموضوع بالاستصحاب - كما في سائر الموضوعات المركبة - وبضمّ التعبد بهذا الجزء إلى ما هو ثابت بالفض عن التعبد يثبت الموضوع، وهذا التقرير يجري في الإذن غير الوكالة بناءً على كون الوكالة عقداً، فإذا احتمل الرجوع عنه حكم ببقائه بالاستصحاب.

وأنت خبير بأن هذا البيان لا مجرى له في الشبهات الحكمية؛ إذ مع الفض عن كونه استصحاباً في الشبهة الحكمية فإنه استصحاب تعليلي؛ فإن استصحاب عدم انفساخ الوكالة مرده إلى استصحاب تأثير العقد المشكوك تأثيره، ببيان أنه لو كان واقعاً قبل قول فسخت كان مؤثراً، فكذا بعده؛ فإذا باع الوكيل بعد الفسخ المشكوك تأثيره يشك في أصل صحة البيع فيستصحب الصحة المعلقة بأنه لو باع قبل الفسخ نفذ، فكذا بعده.

وهذا الإشكال لا مجرى له في الشبهات الحكمية بلحاظ الآثار المنجزة كالبيع والإجارة إذا شك في انفساخها.

وقد يقرر تطبيق الاستصحاب على العقود المشتملة على الآثار المعلقة بأن التعليق في الآثار لا يقتضي أن المنشأ بتلك العقود هو أمرٌ تعليلي، بل قد يكون المنشأ أمراً فعلياً يستلزم أثراً معلقاً؛ فيقال في الوكالة: إن الذي يتحقق بها هو سلطة اعتبارية على البيع ونحوه تستعقب هذه السلطة صحة المعاملة التي وكل فيها؛ وهذا غير كون صحة المعاملة التي هي تعليلية هي المنشأة بالوكالة؛ بل المنشأ بالوكالة هو

الرخصة في البيع، وهي تستلزم صحة البيع معلقاً على وقوعه من الوكيل قبل الفسخ النافذ، فإذا شك في صحة الفسخ أو وقوع الانفساخ جرى استصحاب الأثر المنشأ وهو الرخصة في البيع والسلطنة عليه؛ ولازمه شرعاً صحة البيع على تقدير وقوعه كما في الشبهات الموضوعية للفسخ والانفساخ.

فلا حاجة في الشبهات الموضوعية إلى تصوير الموضوع للحكم الشرعي مركباً من إنشأ الإذن حدوثاً وعدم الفسخ أو الانفساخ بقاءً لطبق الاستصحاب على الجزء الثاني بعد إحراز الجزء الآخر وجداناً.

ولكن استصحاب السلطة الاعتبارية الثابتة بالوكالة التي يُراد استصحابها بعد الفسخ إما أن يكون المراد بها المأذونية الفعلية من قبل المالك، فهذا معلوم الارتفاع برجوع المالك عن إذنه.

أو يكون المراد بها المأذونية شرعاً بعد إذن المالك، والتي يمكن بقاؤها حتى بعد ارتفاع إذن المالك فيكون إذن المالك حدوثاً موضوعاً لإذن الشارع حدوثاً وبقاءً، فهذا لا نعقل له معنى غير الحكم التعليقي المشار إليه، أعني صحة البيع على تقدير الوقوع، فالمأذونية شرعاً ليس لها واقع سوى هذا، لا أن هذا أثرها.

هذا كله بالغض عن عدم مساعدة الأدلة على ذلك؛ فإن مقتضى عموم لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه هو اشتراط الطيب حين التصرف في مال المسلم وعدم كفاية الطيب السابق، فما لم يكن المالك طيب النفس حين بيع ماله لا يصح البيع.

نعم، اشتراط صحة بيع مال الغير بحدوث طيب نفسه خاصة معقول بل واقع في موارد كما في الرهن وغيره، ولكن يقتصر فيه على مورد الدليل.

بل لوقام الدليل على عدم اشتراط الطيب حتى حدوثاً فلا محذور فيه، كما في بيع مال الممتنع عن أداء الحق.

ولكن الكلام فيما تقتضيه القواعد بغض النظر عن الدليل الخاص، فلو جرى استصحاب المأذونية شرعاً كان لازمه تخصيص حديث اشتراط حل مال الغير بطيب نفسه.

كما أنه لو تمّ دليل وجوب الوفاء بالعقد ودلّ على عدم تأثير الفسخ والرجوع كان لازمه أيضاً تخصيص الحديث المتقدّم.

وربما يقرّر جريان الاستصحاب في العقود - حتّى التي آثارها معلقة وليست فعلية - بتطبيقه على نفس العقد؛ فإنّ بقاء العقد وعدم انفساخه شرعاً وعند العقلاء منشأ لترتب الآثار، فحيث يشكّ في البقاء يحكم بذلك على أساس الاستصحاب. ونظيره استصحاب العقد في الشبهة الموضوعية للانفساخ بلا حاجة إلى استصحاب الأثر الحاصل بالعقد.

وبالجملة: كما يمكن تطبيق الاستصحاب على الآثار الحاصلة بالعقود يمكن تطبيق الاستصحاب على نفس العقد المحتمل انفساخه، لفسخ أو غيره؛ والعقد الباقي - غير المنفسخ - موضوع للحكم الشرعي بترتيب الآثار ولزوم الوفاء فيجري فيه الاستصحاب.

هذا ما يظهر من بعض مشايخنا^(١) في بحث الخيارات من المكاسب تعليقاً على كلام الشيخ الأعظم رحمته الله.

وهذا الوجه لا يرد عليه سوى ما تقدّم - وقد اعترف به صاحبه - من كونه استصحاباً في الشبهة الحكمية، فيبتنى جريانه على القول به.

ثم إنّ المتحصّل ممّا قرّرناه في تطبيق عقود الاختيار والمستقبلية على التوكيل وبيان انطباق عنوان الوكالة عليها هو أنّ الذي يُنشئه المتعاقدان في عقد الاختيار هو كون باذل العوض مأذوناً ووكيلاً عن صاحبه في بيع سلعة مثلاً عليه بثمن معيّن

(١) آية الله ميرزا جواد التبريزي رحمته الله.

لنفسه أو لغيره؛ فزيد وكيل عن عمرو في بيع طنٍّ من الحنطة على ذمة عمرو بألف درهم يملكه عمرو ثمناً عن الحنطة المباعة عليه على أن يدفع زيد مبلغاً من المال كدينار لعمرو عوضاً عن توكيله له.

والمتعارف في دفع المبلغ وإن كان هو دفعه للوكيل لتقبله عملاً واستيفاء الموكل عمل وكيله، ولكن هذا حيث يكون البيع ثقلًا على الوكيل؛ وأما إذا صار البيع حقاً له لكون الثمن المقرّر للمبيع في عقد الوكالة هو دون ثمن المثل فرضاً أو معرضاً لذلك، فلا بأس بأخذ الموكل عوضاً عن توكيله لكون التوكيل حينئذٍ ذا قيمة عند العقلاء لا يعدّ بذل العوض بإزائه سفهاً.

ثمّ الذي يُنشئه الوكيل ويتعهّد به لصاحبه هو المبلغ الخاصّ غير ثمن المبيع؛ وبذلك يصبح القرار بين الطرفين عقداً لتعهّد كلّ منهما لصاحبه بشيء، هذا في عقد الاختيار.

ونحوه الكلام في العقد الآتي - المستقبلي - فإنّ كلّاً من الطرفين يوكل صاحبه، فصاحب السلعة وكيل عن الآخر في البيع منه، والآخر وكيل عن صاحب السلعة في البيع عليه، فتتحقق العقديّة بتعهّد الطرفين بلا حاجة إلى ضمّ عوض سوى ما ذكر.

ثمّ إنّما يتحقّق الغرض من العقود المستقبلية والآتية على فرض التطابق بينها وبين الوكالة إذا أصبحت الوكالة لازمة لا يصحّ الرجوع عنها، وإلا فلا يترتب على الوكالة الجائزة - ولو كان الجواز وضعاً وإن كان لازماً تكليفاً - الغرض العقلائي من هذه العقود.

نعم، يمكن تصوير الغرض العقلائي على فرض جواز الوكالة وضعاً بأن يشترط في ضمن العقد - ولو عقد الوكالة - لزوم دفع مبلغ معيّن - ولو كان مجهولاً مقداره عند العقد - على تقدير فسخ الوكالة والرجوع فيها؛ فيدور الأمر بين الالتزام بالوكالة أو لزوم دفع المبلغ المقرّر على تقدير على الالتزام بالوكالة.

وقد سبق أنه لا بأس ببقاء الشرط وتأثيره حتى على تقدير انفساخ العقد المشتمل على الشرط فيما إذا كان مضمون الشرط معلقاً على فرض انفساخ العقد؛ لأن الشرط متقوم بإنشائه في ضمن عقد، ولا يتقوم ببقاء العقد أيضاً. نعم، إذا كان الشرط معلقاً في مضمونه على فرض العقد فحلّ العقد وفسخه يرجع إلى فسخ العقد بتمام أجزائه وشؤونه ومنها الشرط، وهذا خلف فرض كون مضمون الشرط معلقاً على فرض انحلال العقد.

ولا فرق في لزوم الشرط المعلق على فرض انفساخ العقد بين كون جواز العقد أثراً منشأاً للمتعاقدين وبين كون الجواز حكماً تعدياً ما لم يكن دليل الجواز دالاً على جواز العقد بجميع شؤونه - حتى الشرط المنشأ ضمنه - فكما يجوز إنشاء الشرط على تقدير فسخ العقد المشتمل على شرط الخيار كذلك يجوز إنشاؤه على تقدير فسخ العقد المشتمل على الخيار التعبدى كخيار المجلس.

ثم إنه بما ذكرنا في تطبيق الإذن اللازم على العقود المستقبلية والاختيار يظهر الوجه في إمكان إرجاع هذه العقود إلى تمليك حق البيع والشراء، بل هذا الوجه عين ما قدمناه.

والوجه في ذلك أن العاقد إذا علم بإمضاء الشارع لإذنه في المعاملة على الوجه الخاص الذي مرجعه إلى عقد ممضى شرعاً فيعلم بأن هذا العقد يؤثر في حق صاحبه عليه، فلا بأس بإنشاء العقد على وجه تمليك حق البيع أو الشراء الذي هو لازم إمضاء الشارع لعقده، والمفروض العلم بذلك.

تكييف آخر للعقد المستقبلي وعقد الاختيار

وقد يوجه العقد المستقبلي وعقد الاختيار بأنه مصداق للعقد وإن لم يندرج في عنوان البيع أو الوكالة أو غيرهما من العقود الخاصة المعهودة؛ إذ لا موجب

لأنحصار العقد وتنفيذه شرعاً في خصوص ما ذكر؛

فقد تحقق عندنا أن العقد هو عبارة عن إلزام من طرف والتزام من آخر أو تعهد من شخصين مشدود أحدهما بالآخر، وبذلك يفترق عن الوعد حيث إنه تعهد من شخص بلا شدة بتعهد من المتعهد له أو إلزامه؛ كما أنه بذلك يفترق عن مجرد الإخبار الذي لا يتضمن تعهداً أصلاً.

وعلى ذلك فيتعهد أحد المتعاقدين ببيع سلعة لصاحبه في أجل بسعر معين وذلك بإزاء تعهد الآخر بشرائها بذلك السعر كما في العقود المستقبلية؛ أو بإزاء تعهد الآخر بتملك شيء فعلياً كما في عقود الاختيار.

والبحث في حكم هذا التوجيه تارةً بحسب اقتضاء عمومات أدلة المعاملات كالأمر بالوفاء بالعقود والتجارات وغير ذلك، وكذا عمومات أدلة المنع من الغرر والربا والقمار وغيرها، وأخرى بحسب ما تقتضيه النصوص الخاصة ترخيصاً أو منعاً.

البحث بحسب مقتضى العمومات

أمّا البحث في المقام الأول أعني مقتضى العمومات ففي مرحلتين :

أحدهما: وجود المقتضى للصحة بحسب العمومات.

وثانيهما: تحقق المانع من الصحة أيضاً بحسب العمومات.

أمّا البحث في المرحلة الأولى فقد يقال - خلافاً لما تقدّم منا - إنه لا يكفي في صدق العقد مجرد التعهد من شخصين معلق أحدهما على الآخر؛ بل لابد في صدق العقد من تضمّنه إنشاء استحقاق للمعقود له والمتعهد له، فيكون بحسب الإنشاء مسلطاً لصاحبه على نفسه في المطالبة بما تعهد به؛ فليس العقد مجرد التعهد بالفعل؛ بل هو تعهد بملك الآخر وحقه في المطالبة واستحقاقه له، وهذا يستدعي فرض

الحق في مرحلة الإنشاء قبل الإمضاء من قبل الشارع.

ويرد عليه أولاً: إنه لو سلم ذلك فلا بأس بإنشاء استحقاق المتعاقدين في المستقبليات بدلاً من إنشاء الوعد المعلق، فيجعل كل منهما لصاحبه حق المطالبة بالبيع أو الشراء.

نعم، حيث يشك في مشروعية العقد المنشأ على هذا الوجه فعلى المشهور يستدل لمشروعيته بآية الوفاء بالعقود.

وأما نحن - فحيث منعنا من دلالة الآية على مشروعية العقود وصحتها؛ بل قلنا إن مفاد الآية إنما هو لزوم الوفاء بالعقود المشروعة فلا بد من إثباته صحة العقد ومشروعيته بدليل آخر، ثم التمسك للزومه بهذه الآية - فدللنا على مشروعية العقود المشكوكة غير هذه الآية من أدلة التجارات كقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^(١) وغيره من النصوص كالذي تضمن نفوذ الصلح وغيره.

وثانياً: لو فرضنا تقوم العقد بما ذكر من إنشاء الحق فغاية الأمر قصور أدلة العقود والتجارات - بناءً على أنها عقود - ولا ينحصر الدليل للزوم الوفاء في خصوص ما كان عقداً؛ بل يعمه ما تضمن الأمر بالوفاء بالعهد كقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً»^(٢). ولا ينافيه ما تضمن تفسير العقود بالعهد؛ لاحتمال كون العهد أعم.

وكذا ما تضمن الوفاء بالوعد وأن وعد المؤمن نذر لا كفارة فيه، كل ذلك مقتضى للزوم الوفاء.

غاية الأمر خروج الوعد الابتدائي إذا كان من طرف واحد؛ وذلك بالارتكاز المتشرعى والإجماع على عدم وجوب الوفاء بالوعد الابتدائي لو سلم وأما الوعد

(١) النساء: ٢٩.

(٢) الإسراء: الآية ٣٤.

من طرفين والتعهد من الجانبين المعلق أحدهما على الآخر، فلا دليل ولا ارتكاز على عدم وجوب الوفاء به.

وثالثاً: إنه لا موجب لاعتبار شيء في العقد زائد عما ذكرناه من التعهد من جانبين مشدود أحدهما بالآخر أو إلزام والتزام.

ثم إن الروايات الواردة فيما يتعلق بالتعهد بمعاملة أو يناسبه على طوائف: الطائفة الأولى: ما تضمن جواز بيع الكلبي لمن لا يملك مصداقاً له، وإنما يتمكن من أن يحصل على ذلك ويوفي دينه الذي باعه؛ فلا يشترط في صحة البيع - إذا كان المبيع كلياً - أن يكون البائع واجداً حال البيع لمصداق المبيع.

ففي معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل باع بيعاً ليس عنده إلى أجل وضمن البيع؟ قال: «لا بأس به»^(١).

ومثلها معتبرة حماد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع بيعاً ليس عنده إلى أجل وضمن البيع؟ قال: «لا بأس»^(٢).

وربما كانت الرواية الأولى حكاية لمعتبرة حماد، والسائل في قوله: «سئل» كان حماد.

ومثلها معتبرة داود بن سرحان^(٣).

وفي معتبرة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل أ يصلح له أن يسلم في الطعام عند رجل ليس عنده زرع ولا طعام ولا حيوان إلا أنه إذا جاء الأجل اشتراه فوقاه؟ قال: «إذا ضمنه إلى أجل مسمى فلا بأس به» الحديث^(٤).

(١) الوسائل ١٣: ٦٠، الباب ٥ من السلف، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٧.

(٤) المصدر السابق: الحديث ٣.

ونحوها غيرها من النصوص المذكورة في الباب ٥ من الوسائل هنا وغيره. ويظهر من بعض النصوص مخالفة أهل السنة في ذلك وأنهم لا يرخّصون في بيع الكلّي لمن ليس مالكا فعلاً لمصداقه.

ففي معتبرة إسحاق بن عمار وعبد الرحمن بن الحجاج جميعاً قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً؟ قال: «ليس به بأس» قلت: إنهم يفسدونه عندنا؛ قال: «وأَيُّ شيء يقولون في السلم؟» قلت: لا يرون به بأساً؛ يقولون: هذا إلى أجل؛ فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح؛ فقال: «فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود (أحق - يه)». ثم قال: «لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً»^(١) وإلى أجل، فقال: «لا يسمّى له أجلاً، إلا أن يكون بيعاً لا يوجد؛ مثل العنب والبطيخ وشبهه في غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالاً»^(٢).

وفي معتبرة ابن الحجاج عن أبي عبد الله في حديث بعد نفي البأس عن المقاوله لمن لا يجد المبيع فعلاً؛ قلت: فإن من عندنا يفسده، قال: «ولم؟» قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: «فما يقول في السلم؛ قد باع صاحبه ما ليس عنده» قلت: بلى. قال: «فإنما صلح من أجل أنهم يسمّونه سلماً، إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كلّ متاع تجده في الوقت الذي بعته فيه»^(٣).

يعني وقت الوفاء لا وقت إنشاء البيع، وقوله عليه السلام: «فإنما صلح» إلخ، كأنه استفهام إنكاري؛ والمعنى أن السلم مصداق لبيع الكلّي، فإذا صحّ في فرض عدم كون البائع واجداً للمبيع حال البيع صحّ بيع الكلّي لغير الواحد في غير مورد السلم؛ لأنّ مجرد

(١) كذا في نسخة من الفقيه.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٤، الباب ٧ من أحكام العقود، الحديث ١.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٣.

التسمية لا يؤثر فيما هو الملاك للمنع والجواز.

ثم إن المتحصل من الروايتين أن أهل السنة لا يجوزون بيع الكلّي حالاً قبل تملك مصداقه؛ لكونه من بيع ما لا يملك. وأيضاً لا يرخصون في المساومة على البيع قبل التملك مع أن المساومة ليست بيعاً، وإنما هي تباين على البيع.

فردّ عليهم بأنهم كيف يجوزون بيع السلم مع عدم ملك البائع لمصداق المبيع، مع أن السلم مشتمل على الأجل؛ ولا موجب لكون الأجل هو المصحح لبيع ما لا يملك بعد كون البيع الحال أقرب إلى التسليم وأبعد من الغرر؛ وأيضاً السلم بيع والمساومة مجرد مواعدة أو وعد، فإذا جاز البيع فكيف لا تجوز المواعدة عليه؟! وربما يظهر من حكم أهل السنة بفساد المساومة، ورد الإمام عليه السلام عليهم أن المساومة ملزمة عند الأئمة عليهم السلام؛ وإلا فلو كانت المساومة غير مؤثرة في لزوم الجري عليه فهل يكون مفاد حكم أهل السنة بفساد المساومة شيء غير ذلك؟!

فنفي فساد المساومة معناه تأثيرها بعنوان معاقدة وعهد في لزوم الجري على أساسه، وإلا فلا يحتمل كون مذهب أهل السنة حرمة المساومة تكليفاً.

ثم إن من الغريب حمل عدّة من النصوص التي منها معتبرة ابن الحجاج على بيع الكلّي ثمّ البحث عن الجمع بين ما دلّ على منع بيع غير المملوك وبين هذه النصوص بحمل الأوّل على بيع الأعيان وحمل الأخيرة على الكلّي مع وضوح أن الأخيرة لا تتضمن سوى المساومة؛ ولو أطلق عليه البيع في بعض النصوص كمعتبرة ابن الحجاج كان من الإطلاق العنائي.

ثم إن هذه النصوص مطلقة من حيث كون الثمن عيناً أو ديناً ثابتاً قبل المعاملة أو بنفسها؛ وتكون المعاملة على الأخير من بيع الكلّي بالكلّي أو بيع الدين بالدين.

وربما يشكل صحة المعاملة إذا كان الثمن والمثمن كليين؛ لما ورد من النهي عن بيع الدين بالدين؛ ولا يشترط في صدق الدين الاشتغال على الأجل، فمن باع كلياً حالاً

بكلّي حال فقد باع ديناً بدين؛ كالذي باع كلياً مؤجلاً بمثله.
 وببالي أن الشهيد الثاني رحمته الله فتر بيع الدّين بالدّين بما كان ديناً ثابتاً قبل المعاملة؛
 لا ما صار ديناً بسببها؛ فلا بأس ببيع الكلّي بالكلّي؛ لأنّه من بيع ما يصير ديناً بما
 يصير ديناً؛ وليس ذلك من بيع الدّين بالفعل بمثله.
 وربما نشأ هذا الكلام ممّا حقّق في الأصول من ظهور المشتقّ في المتلبّس وكونه
 مجازاً فيما يتلبّس.

ويردّه: أنّه خلط بين عنوان الدّين وبين عنوان مثل الدائن والمديون، فإنّ
 الأخيرين لا يصدقان إلّا على من هو دائن أو مديون فعلاً.
 وأمّا عنوان الدّين فهو في قبال العين، فكما يصدق على الدّين المتحقّق قبل
 المعاملة بإتلاف وغيره، كذلك يصدق على ما يتعهّد به فعلاً مع عدم ثبوته سابقاً؛ كما
 يصدق عليه عنوان الكلّي، وإن كان بالبيع يصير مديوناً؛ ولكنّه قبل البيع يصدق
 على ما يؤخذ في الذمّة ويتعهّد به عنوان «الدّين» في قبال ما يكون أمراً متحقّقاً في
 الخارج ويعبر عنه بالعين.

ثمّ إنّ حيث يصدق بيع الدّين بالدّين على بيع الكلّي بالكلّي يقع التعارض بين ما
 تضمّن المنع من ذلك وبين النصوص الآتية الدالّة بإطلاقها على جواز بيع الكلّي
 بالكلّي؛ والنسبة بين الطائفتين هي العموم والخصوص من وجه؛ حيث إنّ ما تضمّن
 المنع من بيع الدّين بالدّين شامل لما إذا كان الدّين محققاً قبل العقد ولما إذا تحقّق
 بالعقد في الثمن والمثمن.

وأما نصوص المقام فهي خاصّة أو كالخاصّ بما إذا كان المثمن ديناً بنفس البيع.
 نعم، هي مطلقة في ناحية الثمن، فيحمل ما دلّ على المنع من بيع الدّين بالدّين على ما
 إذا كان المبيع ديناً قبل البيع. وأمّا ما يثبت في الذمّة بنفس البيع فلا بأس ببيعه ولو
 بدين محقّق قبل البيع فضلاً عمّا إذا أخذ على الذمّة بنفس البيع، هذا.

وعلى تقدير استحكام التعارض وعدم ترجيح ما وافق الكتاب الدالّ على نفوذ
العاملات والتجارات كان المرجع عمومات صحّة المعاملات من الكتاب والسنة.
الطائفة الثانية: ما تضمّن جواز التعهّد بمعاملة في ظرف متأخّر مع تعيين الثمن
قبل ذلك كأن يتعهّد ببيع سلعة له غداً بمئة دينار.

ففي معتبرة ابن سنان - وهو عبد الله - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بأن يبيع
الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجبه على
نفسك ثم يبيعه منه بعد»^(١).

والمراد بقوله عليه السلام: «تبيع الرجل» هو ما تبه عليه السلام عليه بقوله: «تساومه» لا إنشاء
البيع فعلاً.

كما أنّ المراد من قوله عليه السلام: «تشتري له» ليس هو الشراء وكالة، بل المقصود هو
الشراء لأجله ولغرض البيع منه ثانياً؛ وذلك بقرينة قوله عليه السلام: «ثم يبيعه منه بعد».
كما أنه ليس المراد بالرواية بيع الكلّي، فلاحظ.

وهذه الرواية مطلقة من حيث كون المساومة على سعر مقطوع كمئة ونحوها
وعلى سعر منسوب كربح عشرة في المئة ونحو ذلك؛ فتشمل ما هو المتعارف من
التعهّد ببيع المتاع بثمن معيّن في زمان خاصّ.

كما أنّها مطلقة من حيث كون المساومة مجاناً أو بعوض، والمتعارف من
المعاملات الراجعة فعلاً هو الثاني.

وحمل الرواية على كون المساومة بمعنى بيع السلعة بثمن خاصّ لو أراد المالك
بدون الالتزام والتعهّد بالبيع فعلاً، لا أقلّ من كونه خلاف إطلاق الخبر. مع أنّه لا
يأتي هذا الاحتمال في بعض الأخبار الآتية إن شاء الله تعالى.

وفي معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٥، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ١.

يأتيني يطلب مني بيعاً وليس عندي ما يريد أن أباعه به إلى السنة أ يصلح لي أن أعده حتّى أشتري متاعاً فأبيعه منه؟ قال: «نعم»^(١).

وفي معتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه؟ قال: «لا بأس بذلك؛ إنّما البيع بعدما يشتريه»^(٢).

والظاهر أنّ جهة التردد والسؤال من الرواة هو احتمال المنع عن مثل هذه المعاملة لكونه من بيع ما ليس عنده فردّ عليهم بأنّ وعد البيع لا منع فيه؛ والمفروض أنّ البيع يقع بعدما يكون البائع واجداً للمبيع بالشراء. ودلالة الرواية على تعهّد الأمر بالشراء واضحة.

وأوضح ممّا تقدّم معتبرة معاوية بن عمّار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل يطلب بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقاولني عليه وأقاوله في الرّيح والأجل حتّى نجتمع على شيء ثمّ أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه، فقال: «أرأيت إن وجد بيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك يستطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟» قلت: نعم، قال: «فلا بأس»^(٣).

ومثلها معتبرة عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العيّنة فقلت: يأتيني الرجل فيقول: اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فأرواضه على الشيء من الرّيح فنتراضى به ثمّ انطلق فأشترى المتاع من أجله لولا مكانه لم أرده ثمّ آتته به فأبيعه؟ فقال: «ما أرى بهذا بأساً، لو هلك منه المتاع قبل أن تبّيعه إياه كان من مالك، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتته وإن شاء ردّه، فلست

(١) المصدر السابق: الحديث ٥.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٦.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٧.

أرى به بأساً»^(١).

وأوضح من الكلّ معتبرة عبد الحميد بن سعد، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام:
إنّا نعالج هذه العينة وربما جاءنا الرجل يطلب البيع وليس هو عندنا فنساومه
ونقاطعه على سعره قبل أن نشتريه ثمّ نشترى المتاع فنبيعه إيّاه بذلك السعر الذي
نقاطعه عليه لا نزيد شيئاً ولا ننقصه قال: «لا بأس»^(٢).

الطائفة الثالثة: هناك طائفة من النصوص وردت فيمن تعهّد بمعاملة وتضمّنت
الترخيص في ذلك معللاً أو منبهاً على أنّه أليس المتعهّد إن شاء أخذ وإن شاء ترك.
ففي معتبرة ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجّاج عن خالد بن (الحجّاج أو نجيع)
قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: إشتري هذا الثوب وأربحك كذا
وكذا؛ قال: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ»؟ قلت: بلى؛ قال: «لا بأس به؛ إنّما
يحلّ الكلام ويحرّم الكلام»^(٣).

ونحوها معتبرة محمّد بن عيسى عن يحيى بن الحجّاج، قال: سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: إشتري هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك عنها
كذا وكذا؛ قال: «لا بأس بذلك؛ اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو
تشتريها»^(٤).

وهذه النصوص قد فرض الراوي فيها تعهّد شخص بالشراء، وهي مطلقة من
حيث تعهّد صاحبه بالبيع وعدم تعهّده فتنتطبق على بعض موارد المعاهدات
الدارجة، وعدمه فيكون التعهّد من طرف واحد من قبيل الجعالة إيقاعاً لا عقداً.

(١) المصدر السابق: الحديث ٩.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١٠.

(٣) الوسائل ١٢، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٤.

(٤) المصدر السابق: الحديث ١٣.

وعلى التقديرين فقد أجاب الإمام عليه السلام بنفي البأس، فيكون مثل هذا الإيقاع مشروعاً، وكذا لو كان عقداً بأن كان التعهد من الجانبين.

ثم إن قوله عليه السلام - حسب الرواية - ليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؛ إن كان المراد عدم تعهد الأمر بالشراء فهو منافٍ لغرض الراوي، فلا بد أن يكون المراد أحد أمور:

الأول: الاختيار الوضعي بالنسبة إلى البيع وإن كان ملتزماً بإنشائه، بل ربما كان ملزماً به شرعاً؛ والمعنى ليس البيع موقوفاً على إنشائه ومشيتيه بحيث لو لم يُنشأ لم يقع وإن خالف تعهده.

الثاني: الاختيار الحكمي عند العقلاء بل الشرع؛ والمعنى ليس هو غير ملزم بإنشاء البيع لكونه - مثلاً - مجرد وعد ابتدائي لا يؤثر في اللزوم - بناءً على عدم وجوب الوفاء بالوعد الابتدائي.

ويحتمل أمر ثالث يظهر من العلامة المجلسي أيضاً وهو: أن يكون اختياره كناية عن عدم وقوع البيع وكالة.

وقد علّقت على هذه الرواية في تعليقه على الوسائل بأن المفهوم منها أن الأمر إذا كان وكل صاحبه في الشراء له فحيث لا يكون مخيراً في الأخذ والترك - بل يتعين عليه الأخذ لكون المبيع له - لا يجوز ضمانه للربح والزيادة؛ لرجوعه إلى ضمان أداء الدّين بزيادة عن مبلغه، وقد ورد في النصوص المنع عنه.

وعلى كلّ حال فغاية ما تدلّ عليه الرواية أنه لو كان هناك إلزام بالمعاملة ولم يكن اختيار ففيه البأس ولكن في الجملة؛ لعدم كون القضية متضمنة لمفهوم الشرط؛ فيكفي لدفع لغوية اعتبار القيد بطلان المعاملة المشتملة على التعليق، أعني البيع المعلق على التملك، كما يؤكّده ذيل خبر يحيى بن الحجاج الثاني.

وإن شئت قلت: هناك فروض ثلاثة تدلّ الرواية على نفي البأس في واحد منها؛

والمفهوم منه ثبوت البأس في الجملة في غيره، وأما كون البأس مطلقاً أو ثابتاً في أحد الفرضين الآخرين فالرواية مجملة من هذه الجهة، والفروض الثلاثة هي :

١- التعهد بالشراء من شخص. وقد نصّت الرواية في ذلك على عدم البأس به حيث يكون المتعهد بالشراء مختيراً في الأخذ والتترك وضعاً؛ أو وضعاً وتكليفاً.

٢- التعهد بالشراء مع اقترانه بالتعهد بالبيع من الآخر.

٣- البيع المعلق.

والمورد الأخير هو المتيقّن من عدم الصحة وثبوته البأس؛ لعدم جواز البيع قبل التملك.

فيبقى الفرض المتوسط مسكوتاً عنه من حيث الجواز والعدم، والرواية مجملة من جهته، فيرجع فيه إلى غيرها ولو إلى القواعد.

وقد تقدّم احتمال نظر بعض النصوص إلى فرض رابع وهو: ثبوت البأس على تقدير كون البيع وكالة، فإنه لا يجوز للمباشر أخذ الربح والزيادة على ما دفعه ثمناً. ومن هذه الطائفة معتبرة عبد الرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني يطلب المتاع فأقاوله على الربح ثم اشترى فأبيعه منه؟ فقال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟» قلت: بلى، قال: «فلا بأس به». قلت: فإنّ من عندنا يفسده، قال: «ولم»، قلت: قد باع ما ليس عنده، قال: «فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده» قلت: بلى، قال: «فإنّما صلح من أجل أنّهم يسمّونه سلماً؟! إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كلّ متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه»^(١).

والردّ على من يفسد المساومة بتجوز السلم والتسالم عليه إمّا هو خلط من الراوي وجمع منه في الرواية بين أمرين لا ربط بينهما؛ ويحتمل كونه الاستدلال من الإمام عليه السلام بالأولوية حيث إنّه إذا جاز البيع سلماً حال عدم الملك جازت المساومة

بالأولوية؛ لأنه تباين على البيع عند التملك، وليس إنشاءً للبيع فعلاً.
وقوله ﷺ: «فإنما صلح من أجل.. إلى آخره، فالظاهر أنه سؤال على وجه الإنكار؛ والمعنى أن التسمية لا تصلح مصححاً للمعاملة؛ لأن العبرة في المعاملات بواقعها لا بألفاظ وأساميها.

قال العلامة المجلسي في المرأة عند قوله ﷺ: «إن شاء أخذ»؛ «إنما ذكر هذا ليظهر أنه لم يشتره وكالة عنه. وقال عند قوله ﷺ: «فإنما صلح» استفهام للإنكار أي ليست هذه التسمية صالحة للفرق. ولعله ﷺ إنما قال ذلك على سبيل التنزل لأنه ﷺ إنما جوز البيع بعد الشراء وفي هذا الوقت المتاع عنده موجود^(١).

ثم إن بعض النصوص تضمنت المقابلة من الطرفين؛ وظاهره بقرينة صيغة المفاعلة هو صدور الفعل من اثنين؛ ولكن لا يبعد كون المقابلة في حد الثمن على تقدير البيع، فلا تنافي عدم تعهد المأمور بالشراء بشيء من البيع؛ فإنه لم يتعهد بالشراء إلا الأمر، وأما المأمور فلم يتعهد بالبيع؛ وإنما اقترح على الأمر التعهد بمبلغ الثمن على تقدير تمكينه الأمر من الشراء.

ثم إنه بالغض عن النص الخاص، لو أمر شخص غيره بشراء شيء متعهداً بأنه يشتره منه بثمن فهو استيفاء لعمل الغير فيما لو باشر المأمور بالعمل فهل هو جعالة أجرتها الشراء بربح أو أنه مصداق للاستيفاء يكون مضموناً على العامل بأجرة المثل أو يكون العمل مضموناً على العامل بالأجرة المسماة وهي الربح الموعود أعني تفاوت ثمن الشراء الأول والشراء الموعود وجوه: والأخير غير بعيد.

ثم إنه قد يحكم بطلان هذه المعاملة الرائجة على أساس بطلان بيع الديون، لكون المقام منه أو ممّا يستتبع الحكم بالبطلان هناك بطلانه.

وتوضيح الأمر يتطلب التعرض لبيع العربون وما ينبغي من الحكم فيه ثم البحث عن استلزام الحكم بطلان بيع العربون بطلان التعهد الرائج بالبيع.

البحث في العربون حقيقته وحكمه

فنقول: الكلام في العربون تارة في حقيقته ومعناه وأخرى في حكمه. أما حقيقة العربون فالذي يظهر من كتب فقهاء الفريقين ومن أئمة اللغة أنه بيع سلعه واخذ بعض ثمنه على أن المشتري إذا وفي سائرته فهو وإلا لم يستحق استرداد ما دفع، بل يكون ذلك لصاحب السلعة أعني البائع منضماً إلى المبيع. ويظهر من العلامة رحمته في التذكرة وكذا غيره أنه قد يطلق العربون في مورد الإجارة حيث دفع المستأجر بعض الأجرة على أنه إن أتمها وإلا كان ما دفع ملكاً للمؤجر مجاناً.

والذي أعهده من إطلاق العربون في عرفنا الدارج في العراق هو أنه دفع مال قبل البيع على أن المشتري إذا جاء بالثمن وأقدم على الشراء ولو بضم ما دفعه إلى ما يأتي به من سائر الثمن فهو، وإلا كان ما دفعه قبل البيع مملوكاً لصاحب السلعة مجاناً؛ وكأنه عوض عن حجر صاحب السلعة عن بيع سلعته مدة وبديل عن تلك الخسارة، فلا يكون دفع العربون بعد البيع بل قبله؛ والعربون هو المال الذي يدفع كوثيقة على رجوع المشتري للشراء ويتعهد صاحب السلعة لصاحبه بعدم بيع السلعة مدة مقررة على أنه إن لم يرجع المشتري يكون ما دفع جبراً لخسارة صاحب السلعة في حجره عن بيع متاعه مدة حسبما يعين.

وعلى هذا فيكون البيع المضاف إلى العربون في قولهم: بيع العربون جارياً على غير الحقيقة؛ لعدم وقوع البيع فرضاً؛ ولا أن العربون - وهو المبلغ المدفوع - مبيعاً؛ بل هو من إضافة الاشتمال على أساس التلبس المحتمل فيما بعد؛ والمعنى البيع المشتمل على العربون؛ أو يكون بيع العربون موضوعاً بوضع آخر لغير البيع المعهود

الذي معناه تمليك عين بعوض.

وكيف كان، فالعربون لو لم يختصّ بهذا الذي ذكرناه فلا أقلّ من كونه من جملة موارده، فيكون بيع العربون على وجهين:

أحدهما: ما يدفع بعد البيع بعنوان بعض الثمن على أن يتعهد المشتري بتكميل الثمن أو يكون ما دفع هدراً عليه لا يستحقّ استرداده إذا نكل عن البيع.

ثانيهما: ما يدفع قبل البيع كوثيقة على إقدام المشتري على الشراء على أنه لو أقدم على الشراء حسب من الثمن وإلا لم يستحقّ استرداده.

والفرق بين التصويرين واضح؛ والثمرة بينهما ظاهرة.

ثم على التقديرين يمكن فرض الإجارة بدل البيع كما ذكره في التذكرة وغيرها.

ويمكن تصوير غير البيع والإجارة من سائر المعاملات والمعاوضات بدل البيع

بالغضّ عن تسمية ذلك عربوناً أو غيره.

ويمكن فرض العربون بتصوير ثالث قد يظهر من بعض الكلمات وهو إنشاء

البيع أولاً ثمّ دفع مبلغ أمانة بيد البائع - لا أداءً لبعض الثمن - على أنه إن جاء

المشتري بتقيّة الثمن احتسبه البائع من جملة الثمن وإلا أخذه مجاناً هبةً ونحوها تحليلاً

لفسخ البيع من ناحية المشتري؛ فهو من قبيل جعل خيار مشروط بهبة مبلغ.

إذن العربون يقع على ثلاثة أنحاء:

النحو الأول: أن يتحقّق البيع ويدفع المشتري بعض الثمن على أنه إن نكل عن

وفاء البقيّة كان ما دفعه للبائع مجاناً. وهذا الفرض هو المعروف في كلمات الفقهاء.

النحو الثاني: تحقّق البيع مع دفع المشتري مبلغاً أمانة بيد البائع على أنه إن أقدم

على الوفاء كان ما دفعه أولاً جزءاً من الثمن وإلا كان ذلك المدفوع أولاً للبائع مجاناً.

النحو الثالث: عدم تحقّق البيع إلا أن صاحب السلعة يتعهد ببيع السلعة لمن يريد

شراءها في أجل على أنه إن نكل عن الشراء يكون المبلغ المدفوع لصاحب السلعة

له مجاناً، وإذا أقدم على الشراء كان المدفوع جزءاً من الثمن، وهذا الفرض هو الواقع

فيما رأيناه من بلاد العراق.

هذا كله في البيع، ويمكن تصوير العربون في سائر المعاملات من الإجارة وغيرها حتى العقود الجائزة كالمضاربة.

كما يمكن تصوير العربون في البيع، على أن يكون باذل العربون هو البائع، وقد يكون العربون مدفوعاً من الجانبين.

وحيث إنه لا فرق في التصوير والحكم بين كون العربون مبدولاً من المشتري أو من البائع وكان الفرض المتعارف والمعنون في الكلمات هو الأول فلا داعي لفرض دفع العربون من البائع للمشتري وإطالة الكلام وتكثير الأقسام.

ثم البحث في العربون في كل من الأنحاء المتقدمة تارة من حيث تبين حقيقته وبيان ماهيته والمقصود منه، وأخرى: من حيث الحكم وما تقتضيه القواعد والأدلة من حيث الجواز والمنع.

كما أن البحث عن الحكم مرة من حيث القواعد والأصول، وأخرى من حيث النص والدليل الخاص.

حقيقة العربون بكل أنحائه

أما البحث عن حقيقة العربون وماهيته فيمكن رجوع العربون - بالتحليل والدقة أو بما يحقق غرض العقلاء منه - إلى وجوه؛ وحيث إن أنحاء العربون كانت مختلفة فلا مناص من التعرض لكل نحو منها على حدة.

وجوه تصوير النحو الأول من العربون

أما النحو الأول: - أعني وقوع البيع ودفع بعض الثمن على أن يكون المدفوع هدراً على المشتري لو نكل عن الوفاء بدفع بقية الثمن - فيمكن تصويره وتحليله

على أحد وجوه:

الوجه الأول: أن يكون المقصود خيار المشتري في الفسخ على أن لا يؤثر الفسخ في رجوع ما دفعه من الثمن أولاً.

الوجه الثاني: أن يكون المقصود انفساخ البيع - بنحو شرط النتيجة - إذا لم يباشر المشتري دفع بقية الثمن في أجل مقرر على أن يبقى ما دفعه أولاً على ملك البائع؛ فلا يؤثر الانفساخ في رجوع المبلغ المدفوع إلى ملك المشتري.

الوجه الثالث: أن يقصد خيار المشتري في الفسخ على أن يملك البائع بعد الفسخ ما دفعه المشتري من بعض الثمن أولاً ورجع إليه بالفسخ ثانياً؛ ويكون ملك البائع مشروطاً بنحو شرط النتيجة في ضمن البيع.

الوجه الرابع: نفس الوجه الثالث إلا أن ملك البائع يكون مشروطاً بنحو شرط الفعل؛ فيشترط على المشتري أن يملك ويهب المبلغ المدفوع أولاً للبائع بعد الفسخ وتملكه له، ويكون الخيار مشروطاً بالتزام المشتري بالتملك.

الوجه الخامس: هو الوجه الرابع مع كون الخيار مشروطاً بالتملك - بنحو الشرط المتأخر - فلو لم يملك كشف عن عدم الخيار.

ويمكن تصوير الوجوه الثلاثة الأخيرة على تقدير الوجه الثاني بعد تغيير خيار المشتري فيها بانفساخ البيع وفرض تأثير الانفساخ في رجوع الثمن المدفوع أولاً إلى المشتري، فتصير الوجوه ثمانية.

الوجه التاسع: أن يقصد وكالة البائع في استيفاء بقية الثمن بتمام المبيع، فيكون المبيع كله وفاءً عمّا على المشتري؛ فيسلم للبائع ما دفعه المشتري أولاً.

الوجه العاشر: أن يقصد وكالة البائع في تملك السلعة بقية الثمن وذلك بشرائها أو بنحو ذلك من أسباب التملك؛ فإما أن يشتريها البائع بنفسه الدين الثابت على المشتري أو يشتريها على ذمته بما يعادل ما على ذمة المشتري ثم يقع التهاثر القهري.

الوجه الحادي عشر: أن يقصد ملك البائع على المشتري لحقّ هو الجامع بين الإقدام على الشراء وبين ملك البائع مبلغ العربون على تقدير عدم الإقدام والظاهر رجوعه إلى بعض الوجوه السابقة.

الوجه الثاني عشر: أن يقصد ملك المشتري لحقّ الفسخ مضموناً بالعربون فإنّه حيث كان الفسخ استيفاء لمنفعة على البائع جاز تضمينه بشيءٍ معيّن كما يكون مضموناً بالمثل بدونه. بل نفس الخيار أيضاً فائدة ومنفعة يجوز تضمينه على من يشترط له. وبهذا أعني ضمان الخيار يمكن تصوير العقود الآتية والمستقبلية أيضاً. أمّا لو كان المقصود بالعربون فسخ المعاملة على أن لا يؤثر الفسخ في رجوع ما دفعه المشتري من بعض الثمن، وإنّما يؤثر في رجوع المبيع بأكمله إلى البائع فالذي تقتضيه القاعدة هو عدم جواز ذلك؛ ويدلّ ذلك:

أولاً: أن حقيقة الفسخ راجعة إلى حلّ العقد الأوّل واعتباره كأن لم يكن، ولكنّه بحسب البقاء، فلا يؤثر الفسخ في انقلاب ما وقع على المعروف؛ ولا يكشف عن بطلان العقد من الأوّل، وإنّما يؤثر في حلّ المعاملة بقاءً. وعليه يكون بقاء بعض الثمن على ملك البائع منافياً لماهية انحلال العقد وانفساخه.

وثانياً: بعض النصوص المتضمنة لعدم جواز الإقالة بالوضيعة، ففي معتبرة الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله (يقبله - خ ل) إلّا بوضيعة؟ قال: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة؛ فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّه على صاحبه الأوّل ما زاد»^(١).

ومعنى عدم اشتراط شيء على صاحبه هو عدم اشتراط الخيار. والحكم برّد ما

زاد على الثمن الأوّل على صاحبه الأوّل وهو المشتري الأوّل إنّما هو لفساد الإقالة وعدم بطلان البيع الأوّل فكان كبيع مال المشتري؛ وحيث علم من حال المشتري أنّه راض ببيع المبيع له - بدليل أنّه كرهه - فردّه على البائع فيصحّ البيع له ووكالة عنه؛ ولا يكون بيعاً فضولياً مردوداً.

وثالثاً: إذا كان المقصود بالعربون انفساخ البيع بنحو شرط النتيجة - كما في الوجه الثاني - مع نكول المشتري عن الوفاء بالثمن فهو راجع إلى التعليق في الفسخ الذي هو قسم من الإيقاع؛ وقد تسالموا على بطلان التعليق في مثله.

وإذا كان المقصود خيار المشتري في الفسخ على التقدير المتقدم فلا محذور فيه من هذه الجهة؛ ولكن يبقى عليه أنّ العربون حينئذٍ راجع إلى اشتراط استحقاق البائع لما عنده من بعض الثمن، فإنّ ذلك بمعنى عدم رجوعه إلى ملك المشتري، وقد تقدّم أنّه خلاف حقيقة الفسخ.

وإذا كان ذلك بمعنى ملك البائع له بعد رجوعه إلى ملك المشتري فهو راجع إلى تمليك تعليق؛ فيملك المشتري للبائع ما يملكه بعد الفسخ؛ وهذا تعليق في التمليك والعقد لا يجوز عند الفقهاء.

وإذا كان المقصود خيار المشتري في الفسخ وكونه ملزماً بعد ذلك بتمليك ما يرجع إليه ممّا دفعه سابقاً كجزء من الثمن وذلك بنحو شرط الفعل تخلصاً من محذور التعليق فهو راجع إلى لزوم الشرط بعد حلّ المعاملة المشتملة عليه بسبب الفسخ، فيكون من قبيل الشرط الابتدائي، والمعروف بينهم هو عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية التي تعدّ من الوعد. وبقاء الشرط بعد فسخ العقد غريب بعد كون الفسخ مقتضياً لحلّ العقد بحذايره وتوابعه التي من جملتها الشرط؛ فاشتراط بقاء الشرط خاصّةً بعد حلّ العقد أشبه ما يكون بما ينافي حقيقة الفسخ.

ويردّه أولاً: الاختلاف في لزوم الوفاء بالشرط الابتدائي والوعد؛ وقد مال إلى وجوبه بعض.

وثانياً: أن المتيقن ممّالاً يجب الوفاء به من الوعد - على تقديره - هو غير الفرض ممّالاً يكون الشرط حدوثاً مذكوراً في ضمن عقد، وإنّما يكون استقلاله بحسب البقاء؛ فلا موجب لرفع اليد عن أدلة لزوم الوفاء بالوعد في مثله .

نعم، قد يكون الشرط بحسب الإنشاء خاصاً بفرض عدم انحلال العقد، ومع الانحلال ينتفي الشرط الذي هو جزء من العقد؛ حيث لم يُنشأ إلا على تقدير العقد؛ وليس المقام من هذا القبيل؛ حيث إنّ إنشاء الشرط مبنيّ على تأثيره بعد انحلال العقد؛ فلا قصور في تأثيره بعد حلّ العقد من حيث الإنشاء .

وبالجملة: فالمتيقن ممّالاً يجب الوفاء به من الشرط الابتدائي - على تقديره - هو ما عدّ وعداً؛ لا ما كان ضمن عقد؛ كان العقد باقياً أو مفسوخاً .

وأما عدم وجوب الوفاء بالشرط بعد فسخ العقد في سائر الموارد فهو من جهة انحلال الشرط بانحلال العقد بعدما كان الشرط بحسب الإنشاء مقيداً بمضمون العقد؛ وهذا لا يتأتى في الشرط الذي لا يكون مُنشأً ومقيداً بمضمون العقد؛ بل يكون مقيداً بفرض حلّ العقد .

أما الفرض التاسع - أعني وقوع الشراء مع دفع بعض الثمن على أن يكون البائع وكيلًا عن المشتري في احتساب المبيع بأكمله وفاءً عمّا بقي من الثمن إذا نكل المشتري عن وفاء بقيّة الثمن - :

فهذا الفرض لا محذور فيه على القاعدة سوى أنه قد لا يحقّق الغرض للمتعاملين؛ وذلك من حيث كون الوكالة أمراً جائزاً يجوز الرجوع فيها للموكل؛ فإذا نكل المشتري من أداء ما بقي عليه من الثمن ثمّ فسخ وكالة البائع في استيفاء الثمن - حيث جاز الفسخ - تضرّر البائع، ولم يتحقّق غرضه من جبر خسارته بمبلغ العربون .

نعم، لو كانت الوكالة لازمة - بناءً على أن اشتراطها بنحو شرط النتيجة في العقد

يلزمها كما تعرّضنا للكلام حوله قريباً - كان إنشاء العربون على هذا الوجه وافياً بالغرض العقلاني منه، مضافاً إلى صحّته شرعاً.

تصوير النحو الثاني من العربون

وأما العربون على النحو الثاني أعني دفع مبلغ بعد البيع على أن يكون أمانة تصرف في أداء الثمن إذا أقدم المشتري على الشراء؛ وإذا نكل عن الوفاء يكون هدرًا عليه، فهذا يتصوّر على وجوه تقدّم نظيرها في النحو الأول.

فإنّه إمّا أن يقصد تمليك المبلغ مجاناً معلقاً على نكول المشتري عن الوفاء بالمعاملة، على نحو شرط الفعل أو شرط النتيجة.

وعلى التقديرين فإنّما أن يكون المقصود ثبوت خيار للمشتري معلقاً على تحقّق التمليك أو الملك خارجاً؛ أو يكون المقصود ثبوت الخيار له معلقاً على التزامه بأحد الأمرين، وإن لم يتحقّق شرعاً لفساد الشرط؛ فهذه وجوه أربعة.

والوجه الخامس أن يكون البائع وكيلًا عن المشتري في تملك السلعة بمبلغ هو دون مبلغ الثمن الأوّل بمقدار مبلغ العربون سواء كان بنفس الدّين الذي يطلبه من المشتري أو بمثله ليقع التهاتر فيما يعادله ويبقى المشتري مديوناً للبائع بما يعادل مبلغ العربون ثم يأخذ البائع مبلغ العربون مقاصّة عن دينه بشروط المقاصّة.

ثمّ البحث عن حكم هذه المعاهدة من حيث القاعدة إنّما هو الجواز والصّحة من غير جهة التعليق أو التردّد، بل حكمها اللّزوم؛ وأمّا جوازها ومشروعيتها فلعدم اشتغال مضمونها على محذور يمنع من الحكم بصحّتها عدا التعليق والتردّد؛ فإنّ مبلغ العربون أمانة بيد صاحب السلعة في الزمان المقرّر لرجوع المشتري وإقدامه على الشراء؛ فإذا لم يقدم على الشراء ملك صاحب السلعة المبلغ بإزاء صبره وامتناعه من بيع سلعته على الآخرين، كما أنّ دافع العربون إذا أقدم على الشراء لزم

البائع احتساب المبلغ من جملة الثمن، وهذا الثاني أعني احتساب مبلغ العربون من جملة الثمن لا محذور فيه؛ وأمّا الأوّل أعني تمليك مبلغ بإزاء صبر البائع عن بيع سلعته مدّة فهو مشتمل على أحد أمور قد يعدّ محذوراً:

أ- تعليق التمليك على زمان متأخّر إذا كان المقصود ملك صاحب السلعة قهراً في الزمان المتأخّر.

ب- تعليق التمليك على شرط متأخّر إذا كان المقصود الملك مقارناً للعقد لكن مشروطاً بأمر متأخّر هو عدم إقدام دافع المبلغ على الشراء مدّة معيّنة.

ج- التردد في التمليك؛ لكونه منوطاً بعدم إقدام دافع العربون على الشراء، وفي بطلان العقد بالتعليق أو التردد بحث تكلمنا حوله فيما سبق.

وتجدر الإشارة إلى أنّ محذور التعليق والترديد لا يجريان في المعاملات الرائجة أخيراً من تمليك مبلغ بإزاء تعهّد الآخر بالبيع من دون احتساب ذلك المبلغ جزءاً من الثمن على تقدير وقوع البيع؛ وذلك لكون تمليك المبلغ فيها فعلياً منجزاً. ثمّ إنّ حيث انتفت المحاذير العامّة عن المعاهدة المفروضة لزم الوفاء بها بدليل صحّة المعاملات ولزومها.

ونحن وإن استشكلنا في دلالة آية الوفاء بالعقود على صحّة المعاملات كما تكرر ممّا ذلك، ولكنّا عوّضنا عن الآية بغيرها من آية حلّ التجارة عن تراض ورواية جواز الصلح بما فسّرناه من صدقه على كلّ معاهدة مبنية على التوافق بين طرفين، فيشمل العناوين المعهودة كالبيع كما يشمل غير ذلك؛ فكان الصلح أعمّ من البيع وغيره، وهذا غير ما اشتهر في بعض الكلمات من أنّ الصلح إذا أفاد فائدة البيع فهو بيع وهكذا، وتمام الكلام في غير المقام.

ويمكن تقرير العربون في هذا الفرض على أساس الجعالة؛ وذلك بكون مبلغ العربون جعلاً على تقدير عدم إقدام دافعه على الشراء، ويكون ذلك بإزاء امتناع

صاحب السلعة من بيعها الذي هو عمل له مآلية في بناء العقلاء مقصود لدافع العربون وله غرض معقول في ذلك .

وحيث إنَّ العربون جعل بإزاء امتناع صاحب السلعة من بيعها في فرض خاص هو امتناع دافع المبلغ من الشراء، فإذا أقدم على الشراء لا يستحق الآخر الجعل لعدم تحقق العمل الذي جعل له العوض.

إلا أنَّ العربون على هذا التقرير لا يكون ملزماً لصاحب السلعة الذي هو عامل الجعالة؛ لعدم لزوم العمل بالجعالة على عاملها وإنَّما تكون الجعالة موجهة لاستحقاق العربون على تقدير تحقق العمل.

نعم، سبق مآ - في محله - أنَّ الجعالة لا تتقوم بكونها إيقاعاً بل تجامع العقدية، ولذا تنطبق على الإجارة أيضاً وتكون الإجارة أخص منها من هذه الجهة، فإذا صدق عنوان الإجارة اعتبرها فيها شروطها والتجنَّب من محاذيرها، وعليه فإذا انضمَّ إلى الجعالة قبول العامل كانت إجارة لا محالة.

وبالجملة: فالجعالة أعم من الإجارة لغة وعرفاً وإن كانت في الاصطلاح مبينة لها.

ثمَّ إنَّه تشكَّل صحَّة العربون على أساس الإجارة، وإن اشترى أنَّ كلَّما صحَّت الجعالة فيه صحَّت الإجارة فيه وبالعكس.

والوجه في الإشكال هو اشتغال العربون على التعليق الذي لا يخلَّ بالجعالة ظاهراً على هذا الوجه بخلاف الإجارة؛ وذلك لاحتمال إقدام دافع العربون على الشراء، ومعه فلا يستحقَّ صاحب السلعة أجرة على عمله؛ لعدم جعل الأجرة على كلِّ تقدير؛ وإنَّما المَجْعُول هو الأجرة على تقدير عدم إقدام دافع مبلغ العربون على الشراء.

نعم، في المعاملات الرائجة أخيراً التي لا يعتبر المبلغ المدفوع جزءاً من الثمن يمكن

تصويرها على أساس الإجارة؛ حيث يُستأجر الشخص بأجرة على بيع سلعة في مدة مقرّرة بثمن معيّن؛ فهو كما لو استأجره لخياطة ثوب بأجرة؛ كما يمكن تصويرها على أساس الجعالة أيضاً.

وبما ذكرناه هنا يتّضح إمكان تصوير عقد الاختيار على أساس الجعالة ما لم يكن البائع ملتزماً - بحسب إنشاء قرار الاختيار - بالبيع؛ وإلا كان إجارة لا محالة، ولا محذور في صحّة الإجارة حينئذٍ في عقد الاختيار بعد انتفاء محذور التعليق والترديد المفروضين في العربون المصطلح.

وجه للمنع عن صحّة العربون

ثمّ أنّه قد يمنع من صحّة العقد على العربون وبالتالي المنع من شمول أدلّة العقود والمعاملات لمثله بتقريب أنّ العقد ليس هو مجرد التزام وإن كان في مقابل التزام الآخر وعلى وجه التوافق؛ بل لا يتحقّق العقد إلا إذا كان المنشأ والملتزم به له نحو وجود وتحقّق اعتباري إنشائي، أي يكون حقّاً من الحقوق العينية أو الشخصية؛ فلا يكفي في صدق العقد مجرد الالتزام بعمل من دون إنشاء علاقة وحقّ في البين. ولعلّ السّرّ في ذلك أنّ عنوان العقد ليس دالّاً بنفسه على التعهّد والالتزام؛ وإنّما استفيد ذلك من الأمر بالوفاء، وأنّ ذلك إنّما يكون بلحاظ الحقوق المنشأة والملتزم بها ضمن العقود؛ لأنّها التي تربط بين الطرفين.

وليس مجرد تعلّق الالتزام والتعهّد بفعل أو عمل للآخر عقداً ما لم يكن هناك حقّ منشأ يستتبع الفعل والعمل، فمجرد الالتزام بالبيع أو الإجارة منه ما لم يتضمّن إنشاء علاقة بين الطرفين وحقّاً في البين لا يكون عقداً.

نعم، قد يفرض حصول حقّ في نفس العين بلحاظ بيعه أو إجارته نظير السرقليّة، بناءً على تخرجها على هذا الأساس، فيبيعه المالك هذا الحقّ ويكون

عقداً ببل بيعاً، فمثل هذا الحق مفروض دائماً في الالتزامات بين الطرفين وإن لم يكن ذلك نافذاً ولازم الوفاء عند الناس.

فمن التزم ببيع شيءٍ لصاحبه - لا مجرد الالتزام ولو لله - والآخر أيضاً التزم بالشراء منه له - لا الالتزام لله بدون اطلاع صاحبه - فهذا إنشاء لحق وعلقة بين الطرفين.

وبذلك يختلف عن الإخبار الابتدائي، الذي لا يتضمن وعداً فضلاً عن كونه عقداً؛ كما يختلف عن الوعد المتضمن للالتزام وإنشاء نوع حق للموعد له؛ فإنه ليس عقداً لعدم كون ذاك الالتزام مشدوداً بالالتزام آخر؛ حيث إن العقد ليس مطلق الالتزام كما اعترف به هذا القائل أيضاً.

بل لا يكفي لتحقيق العقد مجرد إنشاء التزامين من شخصين ما لم يكن بين الالتزامين ترابط؛ كما لو وعد كل من الشخصين صاحبه بشيءٍ من دون تعليق وربط بين الالتزامين.^(١)

أقول: إن ما ذكره هذا القائل من أن تملك البيع والإيجار لا يصح لعدم ماليتة ولا منفعة لهذه الأعمال القانونية بخلاف مثل الخياطة من الأعمال الحقيقية فهو غريب؛ فإنه لو لم يكن لملك البيع والإيجار ماليتة لما أقدم العقلاء على بذل المال بإزائه؛ وأسواق العالم متهافة على الإقدام على ذلك ومتزاحمة على التسابق إلى ذلك. نعم صحة البيع من الغير أمر آخر، فإنه لا منافاة بين ثبوت حق لشخص وصحة البيع من غيره؛ نظير ثبوت حق الرهانة، وقد صرح بعض المحققين كالإيرواني وسيدنا الأستاذ بصحة البيع للمالك بدون رضا المرتهن.

إلا أن ذلك لا يتم في المقام؛ إذ لو أريد تملك حق التصرف الثابت للمالك على ماله بحيث يصبح مسلوب السلطنة، فهذه السلطنة حكم شرعي لا معنى لنقله،

وأدلة صحة العقود ليست مشرعة لمضمون لم يثبت شرعيته في نفسه عندنا، فتأمل.

وإن أريد تمليك عمل البيع والإيجار نظير تمليك عمل الخياطة بالإجارة، فهذا مضافاً إلى أنه لا ماليتها له ولا منفعة لمثل عمل البيع والإيجار مستقلاً - فلا يصح قياسها على الأعمال الحقيقية كالخياطة ولا يصح تمليكها بناءً على اشتراط ذلك في العقود - إنه لا يمنع من صحته لو باعه أو أجره من غيره؛ غاية أنه يملك عليه أن يبيعه منه أو يؤجره.

ثم أقول: ليت شعري ماذا يقصد القائل هذا من اشتراط العقد بكونه متضمناً لإنشاء حق وعلقة؛ لا كونه مجرد الالتزام ولو في قبال التزام آخر؟
فإما أن يريد أنه لا بد أن يكون متعلق العقد ما يعدّ حقاً في اعتبار العقلاء بالغرض عن الإنشاء؛ وبتعبير آخر يشترط في العقد أن يكون الحق المنشأ به مضمي عند العقلاء وناظراً عندهم، فهذا ممّا لا موجب له؛ لأن أدلة العقود ناظرة إلى ما يعدّ عقداً عرفاً لا ما يكون لازماً عندهم.

أو يقصد أنه لا بد في العقد أن يكون المنشأ به بحسب قصد المتعاملين والمتعاقدين حقاً تجوز المطالبة به بحسب ما أنشأه المتعاقدان وإن لم يكن ذاك الحق ممّا يلزم الوفاء به عند العرف نظير الوفاء بالوعد، فهذا متحقق لا محالة.

نعم، قد يقال: إنه يتقوم العقد زيادة على ما تقدّم بكون متعلق التعهد والالتزام ممّا فيه غرض عقلائي ولو لشخص العاقد ولتنوع العقلاء. فالعقد على الالتزام بعمل لا غرض فيه أصلاً لا يكون عقداً؛ كما لو باع حبة حنطة أو ذرة تراب أو ملك صاحبه عملاً كالقفز أو نومه وما شاكل ذلك.

وربما يكون هذا الوجه هو الأساس في نفي العقديّة عن العقود التي في مضمونها غرض شخصي للمتعاقدين؛ ولكن حيث لا غرض للنوع يحكم في مقام الإثبات

عليه بعدم العقدية اعتقاداً بعدم ثبوت غرض فيه أصلاً؛ مع أنه لو التفت العرف إلى الغرض الخاص للمتعاقدين فهو معترف بكونه عقداً. فيقال: إن إجارة الغير على صلاته اليومية ونحوها مما يرى في العرف والنوع فاقداً للغرض والفائدة للمستأجر لا تتعقد بمعنى أن لا يعدّ عقداً ليندرج في دليل صحة العقود؛ مع أنه لو تبّه العرف على وجود غرض للمستأجر في ذلك كما لو كان الأجير ابن المستأجر وفي ذلك غرض عقلائي نوعي عام حكم بكونه عقداً بل صحيحاً.

وبالجملة: العرف يحكم بكون العقد متقوماً بوجود غرض في متعلقه؛ وربما لا يكون لمتعلق العقد غرض لو كان العقد صادراً من شخص آخر؛ ولا يشترط قطعاً في الغرض المقوم للعقد - على تقديره - تحقق الغرض لو كان العقد صادراً في محل آخر ومن عاقد آخر.

هذا ومع ذلك كله فالظاهر أن العقد لا يتقوم بالغرض أصلاً، فإن وجود الغرض النوعي أو الشخصي دخیل في إقدام العقلاء على العقود؛ وربما يكون له المدخل في حكم العقلاء بصحة العقد والمعاهدات ويكون الحكم بدونه بطلان العقد لا انتفاء حقيقته؛ فإن للعقلاء أحكاماً كما لهم السلطنة على الوضع واللغات كما تقدّم.

نعم، ربما يقال: على تقدير صدق العقد على العقود الفاقدة للأغراض العقلانية - كالعقود السفهية - بأنها غير مشمولة لأدلة نفوذ المعاملات؛ وذلك باعتبار اختصاص تلك الأدلة - ولو بسبب الانصراف - إلى العقود الصحيحة عند العقلاء والنافذة فيما بينهم.

وهذا كلام آخر غير منع صدق العقود في مثل هذه الموارد. وهو محل منع أيضاً؛ إذ لا شاهد له سوى دعوى الانصراف التي لا شاهد لها.

ومن هنا صرح سيّدنا الأستاذ رحمته بصحة العقود والمعاملات السفهية؛ وأن المنوع هو معاملة السفهية؛ فإنه محجور عن التصرف المالي؛ وأما معاملة الرشيد

السفهية فلا مخرج له من عموم أدلة المعاملات.

ثم الذي أظنه - والله العالم - أن الحامل لهذا القائل على ما ذكره في العقد هو كلام استأذه في بحث البنك اللاربوي والذي هو كلام حق في محله في الجملة ولكنه لا ربط له بالمقام؛ فقد ذكر هذا المحقق أن التمسك بدليل العقود لصحة المشكوك صحته لا يتم ما لم يحرز كونه عقداً عند العقلاء بمعنى أنه لا يكفي في العقدية مجرد الإيجاب والقبول. لابد أن يعتبره العقلاء عقداً قائماً بولاية الطرفين بنحو الانضمام كالهبة والوصية التمليلية فإنه وإن لم ينشأ بهما إلا التصرف في مال الشخص نفسه ولكنهما عند العقلاء ليسا تحت سلطان الواهب والموصي بنحو الاستقلال، بخلاف مثل العتق والطلاق قال عليه السلام ما نصه: أما كيف نعرف أن المضمون المعاملي هل يتقوم بإجاده بالتزام من طرف واحد أو بالتزامين من طرفين - وهما ضابط العقد والإيقاع - فذلك بأن يلاحظ أن ما يتكفله المضمون المعاملي هل جعل تحت سلطان شخص واحد وضعاً أو جعل تحت سلطان شخصين بنحو الانضمام، فما كان مضمونه المعاملي من قبيل الأول يكون إيقاعاً ولا يكون عقداً لتقومه بالتزام واحد ممن له السلطان على ذلك المضمون المعاملي؛ كما في العتق والطلاق. وما كان مضمونه المعاملي من قبيل الثاني فهو عقد لتقومه بالتزامين مترابطين كالبيع والنكاح وغيرهما. وعليه ففي المقام لابد أن يلاحظ أن كون الإنسان مسؤولاً عن أداء دين شخص آخر الذي هو المضمون المعاملي للضمان بالمعنى الذي بيناهم يعني في ضمان ضمّ ذمة إلى أخرى في قبال الضمان المصطلح الذي هو نقل الدين من ذمة إلى غيرها هل هو بحسب الارتكاز العقلاني تحت سلطان الضامن فقط أو تحت سلطان الضامن والمضمون له معاً؟ فعلى الأول لا يصح الاستدلال على نفوذه بعموم (أوفوا بالعقود) بناءً على ما تقدّم، وعلى الثاني يكون الضمان المذكور عقداً في نظر العقلاء ويشمله عموم (أوفوا بالعقود).

ودعوى أن الضمان بهذا المعنى لا يمكن أن يكون عقداً ومحتاجاً إلى التزام من قبل المضمون له أيضاً زائداً على التزام الضامن لأنه لا يشتمل على التصرف في شؤون المضمون له وحيثياته؛ لأن مجرد كون الدين الذي يملكه شخص متعهداً به ليس تصرفاً في مملوكه فلا يقاس على عقد الضمان بالمعنى المصطلح الذي يؤدي إلى نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

هذه الدعوى مدفوعة بأن كون المضمون المعاملي عقداً ومحتاجاً إلى التزامين من شخصين لا ينحصر ملاكه - في الارتكاز العقلائي - بكونه تصرفاً في ذنك الشخصين معاً بل قد لا يكون مشتملاً إلا على التصرف في أحدهما ومع هذا يعتبر عقلاً تحت سلطان الشخصين معاً كما في الهبة التي اعتبرت من العقود مع أنها مشتملة على التصرف في مال الواهب فقط.^(١)

أقول: ما أفاده هذا المحقق من ضابط العقدية فهو كلام حق وأما ما ذكره من المعيار لمعرفة العقد إثباتاً من كون المضمون المعاملي تحت سلطان شخص واحد أو شخصين على وجه الانضمام وأن الأول ايقاع والثاني عقد فهو تكرير لضابط العقد والايقاع إذ الكلام في ضابط كون المضمون تحت سلطان شخص أو شخصين، وقد حكى هذا المحقق كلاماً بعنوان دعوى في هذا المجال ولم يرتضه وكأنه لا يرى لهذا المجال ضابطاً؛ بل ضابطه ما يعتبره العقلاء تحت سلطة شخصين؛ وإن اعترف بكون ما ذكره المدعي كلام حق في تشخيص العقد وإنما لا يراد عليه أنه لا ينحصر العقد في ذلك. والذي حكاه هو أن كل ما كان تصرفاً في شؤون الغير وحيثياته يكون عقداً وما لا يكون كذلك فليس بعقد. وقد أورد عليه هذا المحقق بالنقض بالهبة فإنه عقد مع أنه ليس فيها تصرف إلا في مال الواهب.

أقول: الضابط الذي حكامه لم يكن هو التصرف في مال الغير حتى يصح النقص عليه بالهبة؛ بل الضابط التصرف في شؤون الغير وحيثياته ومن جملة شؤون الغير مالكيته، فالهبة ليس مجرد تصرف في المال كالإعراض بل هو تصرف في المال مع التصرف في سلطان الغير وشأنه بجعله مالاً بعد ما لم يكن، ولذا فرق بين الإباحة وبين التمليك مع كون متعلقهما واحداً وهو المال؛ لكن الأول إيقاع بخلاف الثاني.

وكان الأولى به أن ينقض على القائل، بالوكالة بناءً على كونها عقداً فإنها ليست تصرفاً في مال الغير ولا شأن من شؤونه ومع ذلك، فإن المشهور كونها عقداً متقوماً بالایجاب والقبول. ولكن لم يتحقق لى كون الوكالة عقداً.

وكيف كان فإذا كان مضمون المعاملة وما ينشأ مما يستدعي التزام طرفين لاشتغال المضمون على التعهد من جانبيين على وجه يستدعي الالتزام من طرف الالتزام من الآخر - حسبما تقدم - فهو عقد بلا كلام ولا يعقل التوقف في عقديته ثم مراجعة بناء العقلاء في عده عقداً وعدمه؛ فإن مراجعة العقلاء إنما يكون حيث لا يكون مضمون المعاملة حاوياً لالتزام طرفين وتعهدهما بعهدته وتحمل تبعه وثقل كالهبة حسب مثال المحقق المتقدم أو الوكالة حسبما تقدم منا.

فيكون ضابط العقدية أحد أمرين على سبيل منع الخلط: أحدهما: اشتغال العقد على التزام طرفين بتحمل كل منهما ثقلًا؛ وثانيهما: كون المضمون معلقاً في بناء العقلاء على التزام الطرفين وإن لم يشتمل في مضمونه على تحمل كل من الطرفين ثقلًا كما في الوكالة بناءً على كونها عقداً. وكذا الهبة والوصية التملكية.

وأما تطبيقه ضابط العقد على المسألة التي لأجلها عقد الكلام - أعنى ضمان دين الغير على وجه الضميمة لا نقل الدين - فيرد عليه: أن حقيقة الضمان المنشأ عبارة عن تعهد الضامن بأداء الدين؛ وهذا وعد ابتدائي وليس بعقد؛ فإنه لم يعقد الضامن

تعهدّه بتعهد غيره، ولا يكون هذا المضمون مستدعياً لقبول من المضمون عنه ولا المضمون له؛ فهو كالإذن في بيع المال لمالكه فلا معنى لقبول المضمون له وتكون العقد بذلك؛ كما لا معنى لقبول الإذن فإن الوعد بالضمان تحت ولاية الواعد بل لا ريب - كما أن الإذن تحت سلطة المالك - فينبغي أن يكون ذلك إيقاعاً على الضابط الذي أفاده للعقد. وكون الضامن بتعهد ووعده ضامناً وملزماً فهو تابع لحكم الشرع وتنفيذه له ولا تأثير لذلك في كون ذلك عقداً وعدمه.

ولو كان مراد هذا المحقق من ضابط العقد أعني كون المضمون تحت سلطنة شخصين على وجه الانضمام وعدمه هو معرفة ذلك بملاحظة حكم الشارع أو العقلاء بالنفوذ بمجرد انشاء شخص وعدمه فهو يشبه الدور؛ فإن الشارع والعقلاء يعتبرون عقد العاقد نافذاً فكان العقد مفروضاً عندهم بالغض من حكمه أعني الإضاء؛ حيث كان العقد موضوعاً للحكم بالصحة والنفوذ.

نعم، لو كان المضمون له منشأ لضمان الضامن واشتغال ذمته وقبل الضامن كان عقداً على الضابط الذي نحن قدمناه من تحقق العقد بوجهين وأحدهما: إلزام الغير بالشيء ولو مجاناً بشرط قبول الآخر كما يتحقق العقد بوه ثان هو: التزام الشخص بشيء منوطاً بالتزام صاحبه بشيء كالبيع فإنه التزام البائع بكون المبيع للمشتري مقيداً بالتزام المشتري بضمان الثمن له.

وأما التزام الشخص بشيء فهو إيقاع لا محالة ولا تأثير لقبول الآخر لذلك في صيرورته عقداً إلا أن يرجع القبول إلى إلزام صاحبه ويكون التزام الآخر بمنزلة سبق القبول على الإيجاب؛ وهذا التوجيه لا يجري في مثل الإذن والوكالة فإنه لا تأثير لقبول المأذون والوكيل في إلزام الموكل والأذن بشيء فلا يوجب انقلاب الإيقاع عقداً.

وقد يستدل لعدم جواز أخذ العوض بإزاء التعهد بالمعاملة فيما بعد، برواية وهب

أبي البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «لا يجوز بيع العربون إلا أن يكون نقداً من الثمن»^(١).

وذلك بتقريب أنه إذا لم يصح أخذ العربون إلا فيما كان جزءاً من الثمن بأن تحقق البيع وبذل العربون كجزء من الثمن؛ فلا يجوز أخذ العربون على تقدير نكول المشتري عن الشراء؛ وكأنه لكونه من قبيل أخذ المال بلا عوض، والمفروض أنه لم يكن المقصود به بذل المال هبة ومجاناً؛

وعليه فلا يصح بالأولوية أخذ مال لا يكون جزءاً من الثمن أصلاً كما في المعاملات الرائجة؛ حيث يبذل المال بإزاء تعهد الآخر بالمعاملة؛ وعلى تقدير وقوع المعاملة يكون الثمن فيها غير المبلغ المدفوع بإزاء التعهد بالمعاملة المتأخرة.

وجه الأولوية: أنه إذا لم يحل أخذ المبلغ الذي يحتمل كونه ثمناً مستحقاً - لاحتمال كونه خسارة على باذله - فكيف بالمبلغ الذي يخسره باذله قطعاً من دون أن يقابل المبيع حتى على تقدير وقوع البيع فضلاً عن فرض عدم وقوع البيع.

ويرد على هذا الاستدلال - بالغض عن ضعف الخبر سنداً بعد اشتهاؤه بين الفريقين وقوة دعوى الوثوق به - منع الدلالة والأولوية المدعاة؛ والسرف في ذلك أن الذي يبذل في العربون المتعارف - وهو الذي يكون جزءاً من الثمن على تقدير - إنما يبذل بإزاء احتمال عدم الربح الذي يتحمّله صاحب السلعة بسبب الامتناع من البيع مدة من الزمن؛ ولكن ما يبذل في المعاملة الرائجة هو بإزاء احتمال الخسارة التي يتحمّلها المتعهد بالبيع بضمن معين، فربما كان الثمن حين مطالبة الآخر بالبيع أضعاف ما كان عليه حين التعهد، فيكون المتعهد بالبيع ملزماً بتحصيل المبيع بأي ثمن كان وتسليمه لصاحبه.

(١) الوسائل ١٢: ٤٠٥، الباب ٢٨ من أحكام العقود، الحديث ١.

وعدم جواز أخذ العوض بإزاء عدم الربح، والمنع من هذا الكسب لا يلزم عدم جواز أخذ العوض بإزاء الخسارة المحتملة التي تعهّد بها العاقد؛ فهو نظير حبس الحرّ حيث إنّ المعروف هو عدم ضمان عمله؛ لعدم خسارته؛ وإنّما منع من الكسب؛ فعدم ضمان عمل الحرّ الكسوب لا يلزم عدم ضمان الخسارة الموجهة إلى الحرّ.

تفسيرات أخرى لحديث أبي البختري

ثم إنّ المعروف في تفسير حديث أبي البختري هو عدم جواز أخذ مال بعنوان العربون إلّا إذا صرف عوضاً عن المبيع.

وعليه فلا فرق بين بذل مال قبل البيع على أنّ المشتري إذا أقدم على البيع كان جزءاً من الثمن وإلّا كان هدرأً عليه وبين إنشاء البيع أولاً وبذل بعض الثمن على أنّه إذا فسخ المشتري لم يستحقّ استرجاع ما بذله أولاً، ففي صورتين إذا كان المبدول ثمنأً - لوقوع المعاملة فيما بعد على الأوّل وبعدم الفسخ على الثاني من التصويرين - فهو جائز، وإذا لم يكن ثمنأً لعدم إنشاء البيع في التصوير الأوّل وبوقوع الفسخ في التصوير الثاني لم يجز لصاحب السلعة أخذ العربون. وكأنّ هذا المعنى هو المعروف في تفسير الحديث.

وربّما يفسّر الحديث بما يقتضي التفصيل في العربون بين صورتين وأنّ أخذه جائز في الثاني دون الأوّل.

وتوضيح ذلك: أنّ الحديث نهى عن بيع العربون في خصوص ما إذا لم يكن العربون جزءاً من الثمن، وإلّا فلا نهى عنه؛ بل هو مشروع جائز.

فإنّ المفهوم من الخبر هو أنّ العربون إذا كان جزءاً من الثمن فلا منع فيه؛ وهذا إنّما يصدق إذا وقع البيع أولاً، فكان المبلغ المدفوع جزءاً من الثمن بالفعل ففيه لا بأس بجعل ذلك المبلغ من الثمن عربوناً أي مهدوراً على المشتري على تقدير الفسخ.

وأما جعل المبلغ عربوناً قبل البيع فهو المنهي عنه؛ لعدم كونه جزءاً من الثمن فعلاً، وإنّما هو محتمل لصيرورته ثمناً فيما بعد.

كما أنّ ما يدفع في المعاملات الرائجة في قبال التعهّد بالبيع المتأخّر من دون كونه محسوباً من الثمن حتّى في فرض إنشاء المعاملة يندرج في عموم النهي عن بيع العربون بعد خروجه عن مورد الاستثناء بناءً على صدق العربون على مثله. ولكنه لا دليل على صدق العربون بذلك بعد احتمال اختصاصه بما يكون جزءاً من الثمن على تقدير وقوع البيع أو استقراره وعدم فسخه، فلا يشترط في صدقه وقوع البيع.

وثبوت حكم العربون المنهي عنه في المعاملات الرائجة بالأولوية - وإن لم يصدق عليه العنوان - قد عرفت ما فيه.

هذا، مع أنّ العربون المعهود إنّما يؤخذ لإلزام المشتري بالشراء ولو مع كون البائع أيضاً ملزماً؛ وأما في المعاملات الرائجة قد يدفع المبلغ لإلزام البائع بالبيع حيث أراد المشتري، ولا إلزام للمشتري بالشراء.

ثمّ إنّّه قد يوجد العربون على أساس الوكالة حسبما تقدّم تفصيله عند التعرّض لصور العربون؛ وقد حقّقنا تفصيل الكلام فيما يتعلّق بتصوير الوكالة في مثله عند التعرّض لتوجيه عقد الاختيار والعقود المستقبلية على أساس الوكالة، فراجع.

وأما النحو الثالث من العربون وهو أن يتّفقا قبل البيع على دفع شيء للبائع يحتسبه المشتري من جملة الثمن بعد إقدامه على الشراء، ومع النكول يكون للبائع مجّاناً فماله إلى جعل مبلغ العربون بإزاء الجامع بين امتناع البائع من بيع السلعة لغير دافع العربون على تقدير امتناع الآخر من الإقدام على الشراء وبين كونه ثمناً على تقدير الإقدام على الشراء.

فإذا تحقّق الشراء لم يتحقّق الأوّل أعني امتناع البائع من البيع مع امتناع الآخر

من الشراء؛ كما أنّ تحقّق الأوّل موقوف على عدم تحقّق البيع في المدّة المقرّرة. والكلام فيه يظهر بمراجعة ما تقدّم من البحث في النحويين السابقين.

بحث العربون في ضوء الأدلة الخاصة

ثمّ إنّ يقع الكلام فيما يدلّ عليه النصّ الخاصّ في العربون بعدما تحقّق ما تقتضيه القواعد العامّة للمعاملات في ذلك، فنقول: قد ورد في بعض نصوص الفريقين ما يتضمّن النهي عن بيع العربون، كما ورد في بعض نصوص أهل السنّة الترخيص في ذلك.

أمّا ما ورد من طرقنا فهو الذي روي عن وهب بن وهب أبي البخري وفي تفسير حديث وهب احتمالات:

الأوّل ما تقدّم الإشارة إليه من كونه تخصيصاً للمنع من العربون بخصوص ما إذا كان العربون خارجاً عن ثمن المعاملة والمبيع، وأمّا جعل بعض ثمن المبيع عربوناً فلا بأس به، فإذا تمّ البيع وبذل المشتري قسطاً من الثمن جاز اعتبار ما دفعه من جزء الثمن - كلّاً أو بعضاً - عربوناً مهدوراً على المشتري في فرض نكوله عن إنهاء البيع.

وأمّا قبل إنشاء البيع فحيث لا موضوع للثمن فما يدفع عربوناً على أن يكون مهدوراً إذا لم يقدم المشتري على الشراء فهذا ممّا لا يجوز.

كما أنّ المشتري إذا دفع شيئاً بعد البيع عربوناً لا بعنوان الثمن كما لو جعل ثوبه عربوناً على البيع الواقع حتّى إنّ لو نكل عن بذل الثمن المغاير للثوب يكون الثوب هدراً، فهذا ممّا لا يجوز.

الثاني: أن يكون المراد التفصيل بين بعض الثمن والزيادة عليه وأنّ العربون إذا كان مقداره دون الثمن فلا بأس به، وإذا زاد عليه لم يجز؛ فلو اشترى سلعة بمئة درهم

لم يجز جعل العربون عليه ما يسوى ألف درهم.

الثالث: أن يكون المراد أن العربون إذا صرف في ثمن البيع بأن قام المشتري بالوفاء وأدى ما عليه كان جائزاً؛ وإلا - كما لو نكل المشتري عن الوفاء - لم يجز للبائع أخذ العربون مجاناً وجبراً لخسارته في الصبر على المشتري وترك التصرف في المبيع مدة؛ ولعل هذا الاحتمال هو المعروف.

الرابع: ما أشار إليه في محكي الحقائق على أساس نسخة من الرواية وهو أن العربون جائز إذا كان من سنخ الأثمان كالنقود، فكأنه لا يجوز العربون إذا كان عروضاً وسلعة.^(١)

الخامس: أن يكون المراد بالنقد ما يقابل النسيئة، فالمعنى جواز حصول العربون نقداً لا نسيئة.

ثم على تقدير إجمال الرواية وتردد مفهومها بين أمور لزم الاقتصار في العمل بالنهي عن العربون على القدر المتيقن، والرجوع في غيره إلى ما تقتضيه القواعد العامة، والتي تقدم البحث عن ذلك مستوفى.

فيتحصّل من الرواية المنع عن العربون في الجملة.

ثم يقع الكلام في انطباق العربون - على تقدير المنع عنه - على بيع الاختيار ونحوه.

وقد تحقّق بما ذكرنا الفرق الماهوي بين الأمرين، فإنّ العربون يدفع على أن يكون محسوباً من الثمن على تقدير المعاملة، وأمّا ما يبذل بدلاً عن ملك الاختيار وبيعه فهو مملوك للآخر على كلّ تقدير؛ ولا يكون جزءاً من ثمن المبيع أصلاً؛ بل يملكه البائع لحقّ الاختيار، فعلاً وإذا تحقّق البيع الذي تعهّد به استحقّ ثمناً كاملاً حسبما توافقا عليه.

عقد التأمين

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة على محمد وآله الأُمجاد، واللعن على أعدائهم إلى الأبد.
من المعاملات المطروحة في الأوساط العرفية في هذه الأعصار هي التي يصطلح
عليها بالتأمين بشتى أنواعه من التأمين على الخسارات من تلف الأموال
والأشخاص والأعضاء وغير ذلك.

وربما يكون مضمون المعاهدة هو التكفل بمؤونة الشخص في ظروف خاصة من
كبر أو مرض أو غيرهما ممّا لا يرجع إلى ضمان خسارة ونحوها.

تعريف التأمين

وتعريف التأمين بما لا يشدّ عنه نوع أو فرد من أفراد وأنواعه موقوف على
معرفة تلك الأفراد والأنواع: إلا أنّ تعريفه بما يميّزه على الإجمال من سائر
المعاهدات والعقود هو أنّه: التعهّد ببذل مال في ظرف خاصّ من خسارة لاحقة
بالمؤمن أو غيرها مثل كبر السنّ أو مرض أو عطل عن العمل وغيرها بإزاء تعهّد
الآخر ببذل مال نقداً أو مؤجّلاً دفعةً أو أقساطاً ونحوماً. هذا في عقد التأمين.

وهناك تأمينات إلزامية من قبل الحكومات بدفع مبالغ من قبل الأشخاص مع
تعهد المؤمن في قبال ذلك بأمر كنفقة العلاج أو الإجراء على المؤمن له أو من يهتمّ،

في ظروف خاصة كالهرم و سنين التقاعد وما شاكل ذلك.

سابقة التأمين

وقد ذكر في بعض المسفورات أنّ التأمين بشكله الرائج في هذه الأعصار و ببعض أنواعه فضلاً عن بعض أشكاله البدائية، كان دائراً عند بعض الأقوام القديمة والأعصار السالفة. وليس لإثبات ذلك كثير أهمية؛ سيما بعد عدم ثبوت كون ذلك - على تقدير وجوده في عصر المشرّع والمعصومين عليه السلام - بمראئ ومنظر منهم؛ ولا تحقق كونه في بلادهم وأماكنهم التي كانوا يعيشون فيها.

نعم بناءً على ما يظهر من بعضهم من اعتبار السير الحادثة بعد عصر حضور المشرّع والمعصوم بمجرد عدم اشتمال الشريعة على ما يصلح رادعاً عنها يحكم بصحة معاملات التأمين وعقوده وإن لم يكن في عصر التشريع مجرى السيرة وموردها؛ ولكنه ممنوع بعد كون اعتبار السيرة بملك الإمضاء المكشوف بعدم الردع والسكوت عمّا يجري بحضرته المستكشف بعدم ثبوت الردع؛ فتأمل.

مناسبات التأمين

وهناك في الشريعة بعض المناسبات مع التأمين لا ينبغي الخلط بينها وبينه لمجرد المناسبة؛ ولا عدّ بعضهما من بعض لمجرد المشاركة في بعض الآثار؛ وذلك مثل العاقلة التي تتحمّل دية الجنايات الخاطئة في جملة من الموارد حيث إنّها تشاكل المؤمن في تحمّله لمال أو دفع خسارة عن المؤمن له بدلاً عن الجاني في مورد العاقلة. ومع ذلك فليست العاقلة من التأمين المصطلح؛ وذلك لأنّها حكم ابتدائي وتضمن ارتجالي لا يتوقّف على معاقدة وتشريع لا يبتني على معاهدة؛ بخلاف التأمين في المصطلح الرائج فإنّه عقد بين طرفين أو أطراف وتعهد من جانب لآخر

لو صَحَّ يكون موضوعاً للحكم الشرعي والإمضاء من ناحية المشرِّع؛ وبينهما من الفرق الواضح والتباين ما لا يخفى على أحد.

نعم، هما متَّحدان بحسب النتيجة ومتَّفقان بملاحظة الأثر من تحمُّل غير الجاني لما سبَّبه فعله من خسارة وأوجبه عمله من غرامة؛ وهذا لا يقتضي اتِّحادهما في الحقيقة والنوع.

نعم ربما شكَّك بعض في إطلاق العاقلة؛ بل خصَّها بالأعصار القديمة والأقوام المعاصرة لعصر التشريع بدعوى أنَّه لا إطلاق لدليل العاقلة؛ لكونه بصدد تعيين العاقله من حيث الأشخاص كقرابة الأب في قبال غيرهم؛ وأمَّا ضمانهم للجناية مطلقاً أو على تقدير التعهُّد والتضامن الجمعي فهذه النصوص ليست بصدده. وإبطال هذه الدعوى كت تحقيق المسألة محوَّل إلى بحثه فإنَّ جملة من نصوص العاقلة لا تصور في إطلاقها، فلاحظ ماورد في عمد الصبي وأنه خطأ يحمله العاقلة^(١) ونحوه غير ذلك.

محاولة إرجاع التكافل الاجتماعي الى التأمين أو تناسبهما

كما أنَّ من المناسبات لعقد التأمين هو حالات التكافل الدارجة عند بعض الأقوام والملل عند طرؤ بعض الحوادث؛ فتقوم العشيرة بدفع الضيم عن بعض أفرادها في بعض الطوارئ بدفع مال وجبر خسارة وغرامة شيء من قتل وما دونه أو غير ذلك والتي تشبه العقل في الجنايات شرعاً، بل ربَّما كانت هي هي؛ ومع ذلك فقد أسمعنَّاك الفرق بين التأمين في اصطلاح العرف والتشريع وبين هذه النظائر له والمشابه له في النتائج والأثر.

ومن الغريب عدَّ المساعدات التي تصل إلى الإنسان من أقاربه وأصدقائه عند

مرضه أو حلول كارثة به من التأمين ولو بنظرته البدائية؛ فقد نبهناك على أن المشاكلة بين الموردين إنما هو في النتيجة لا في نوع السبب وحقيقة المؤثر، ومثل هذا غير خافٍ على القائل المتقدم وغيره.

ويمكن توجيه عدّ العادات الجارية بين بعض الأقوام في التكافل بما ورد على بعضهم من الخسارة من دية وغيرها بما يدرجها في التأمين المصطلح بأن يقال: إنَّ عمل العشيرة في تحمّل الخسارة عن بعضهم إنما هو مبتني على تعهّد جمعي وتكافل فيما بينهم عملاً، وإن لم يعقدوا على ذلك بالقول؛ فهو أشبه شيء بالتأمين المعاطاتي. وأنت تدري أن العبرة في العقود بمضامينها، ولا خصوصية عند العرف فيما يتحقّق به إنشاؤها من قول أو غيره في صدق أساميها؛ ولا غرض لهم عادةً في إجرائها باللفظ فضلاً عن لفظ خاصّ.

وعلى هذا فالعقل العرفي والعشائري من أقسام التأمين المصطلح؛ لا بتناؤه على تكافل مجتمع خاص في ظروف خاصّة بعضهم لبعض؛ بخلاف العقل الشرعي الذي هو حكم ابتدائي من المشرّع لا يخضع للتعاهد والتعاقد وإن ناسب التأمين بملاحظة المشاركة له في النتيجة.

وقد يمنع ذلك بدعوى أن التعامل المتعارف ليس مبنياً على الوفاء بما تعهّد به الباذل ولا الجري على ما التزم به المنفق ليكون راجعاً إلى عقد مبنّي على غير اللفظ وإلى عهد بالمعاطاة حسب ما اصطالحوا عليه، بل البذل والإنفاق ينشأتان من الدواعي غير المقومة للمعاملات، فكلّ فرد من العشيرة يبذل عن صاحبه حصّة من خسارته ويغرم عنه شطراً ممّا نابه بداعي قيام صاحبه بمثل ذلك إذا دارت عليه الدوائر وانقلب الخطب؛ ولا يخفى على فقيه أن الدواعي لا تقوم للمعاملات ولا تنوط المعاملات صحّة وفساداً ولا لزوماً وجوازاً بها أصلاً.

بل ربما لا يكون إنفاق الآخر داعياً للمنفق أولاً؛ بل ينفق حتّى مع العلم بعدم

إنفاق الآخر، لفقر أو شح أو عدم موضوع لإنفاق الآخر لعدم حاجة المنفق أولاً إلى إنفاق الغير؛ أو ما شاكل ذلك؛ نعم لا تتقوم المعاهدة على تقديرها بتعهد خصوص من ينفق عليه؛ بل التعاهد بين الشخص والجمع بالعضّ عن خصوص بعض الأشخاص، فطرف المعاهدة - على تقدير عدم الأمل في إنفاق من ينفق عليه لكبره وإشرافه على الموت أو فقره وعدم كون غناه مأمولاً - هو سائر العشيرة.

بل ربما تكون الإنفاقات المتقابلة من التفضلات الابتدائية أو المتقابلة، فلا تكون النفقة في قبال النفقة من قبيل المعاوضة؛ فينفق الأول تفضلاً وعلى تقدير الإنفاق عليه من الآخر فهو من مقابلة الإحسان بالإحسان، لا من الوفاء بالتزام ودين. والتوبيخ والتأنيب على ترك إنفاق الثاني على تقدير سبق إنفاق الأول إنما هو على ترك الإحسان سيما مع سبق الإحسان من الآخر؛ ولذا ربما يوبخ الشخص على ترك الإنفاق المجاني كترك الإنفاق على بعض الأرقاب مع عدم وجوبها عليه شرعاً بل ولا عرفاً.

وكيف كان فلو لم يكن العقل المتعارف في الجنايات وغيرها من نوع التأمين فلا ريب في شدة مناسبتة له.

تمهيد لحكم عقد التأمين

وإذ قد حققنا معنى التأمين في الاصطلاح وحقيقته في العرف يقع الكلام فيما يهتّمنا ولأجله عقدنا البحث من جوازه شرعاً وصحته ونفوذه، وهذا ما يعني المتدينّ بالشرعية والتمسك بالدين. ولأجل اختلاف أنواع التأمين في الحكم بالصحة وعدمها ولو احتمالاً ابتدائياً ينبغي التفصيل في التعرض لها وإفراد كلّ نوع ببحث وإن فرض الوصول بالمآل إلى نتيجة اشتراك أنواعه في الحكم بالصحة أو غيرها.

أقسام عقد التأمين

والأنواع للتأمين هي التي لكل منها دخل في الحكم الشرعي ولو احتمالاً، وإلا فليس التكثير في الأنواع بغض النظر عن ذلك معنياً لنا كتقسيم التأمين إلى ما يقع في ليل أو نهار أو بلد وغيره، فنقول:

إنه قد يكون المؤمن متكفلاً بتسديد مبلغ معين للمؤمن له في ظرف خاص إزاء تكفل المؤمن له بدفع أقساط معينة مثلاً شهرياً أو سنوياً أو غيرهما.

وقد يكون المنساق من هذا أن يكون المشروط هو الفعل من دون أن يكون المؤمن له مالكا في عهدة المؤمن مالا، يعدّ به مديونا له ويكون تسديد المبلغ على وجه الوفاء بما هو ثابت في ذمته. بل الذي تعهّد به المؤمن هو قيامه بفعل وإنشاء لولاه لم يتحقق أثره، فهو كما لو شرط أحد المتعاملين على صاحبه بيع داره فيجب على المشروط عليه إنشاء البيع وفاء بالشرط، وبدونه لا يكون الشارط مالكا للدار.

وبالجملة: كما يجوز التصدي لبذل المال للغير ارتجالاً ومجاناً بهبة وغيرها يجوز اشتراطه في ضمن عقد والالتزام به في معاهدة؛ وهذا التصوير كما يجري في جانب المؤمن فهو يتصور في جانب المؤمن له فيكون بذله للأقساط وتمليكها مثلاً مشروطاً عليه من دون ملك المؤمن عليه مالا قبل البذل والإنشاء.

وقد يكون المراد الكناية عن الدين وإن كان الإنشاء بلفظ التعهّد بالفعل واشتراطه، فيرجع إلى ما يأتي.

ويقابل هذا النوع نوع آخر من التأمين هو أن يكون المشروط حكماً وضعياً يستتبع الفعل بعنوان الوفاء بما تشتغل به الذمة والجري على مقتضى العهدة، فيكون المؤمن مشغول الذمة له وقبل مباشرته للأداء والفعل خارجاً.

ويمكن تصوير نحو ذلك في جانب المؤمن له بأن يكون مديوناً للمؤمن بما توافقا

عليه ويكون تسديد المال خارجاً أداءً لما اشتغلت به الذمة حسب التزامهم.
فأقسام التأمين بملاحظة كون مضمونه حكماً وضعياً أو فعلاً في الخارج لا يتحقق بدون إنشاء جديد بعد عقد التأمين أربعة حاصلة من ضرب فرضي تمليك المؤمن مالا نقداً أو مؤجلاً دفعة؛ أو نجومياً للمؤمن وتعهد المؤمن له ببذل مال وإنشاء تمليك بعد عقد التأمين،

في فرضي تمليك المؤمن أو تعهد بإنشاء التمليك فيما بعد عقد التأمين وفي ظروف خاصة حسب ما توافقا عليه. هذا في ناحية حالات المؤمن والمؤمن له من حيث التعهد بالملك أو بالإنشاء والتمليك فيما بعد. ثم المتحصل من أقسام التأمين بلحاظ سائر الخصوصيات للتأمين فروض:

فإن التأمين قد يقصر أثره على المتعاقدين، وقد يكون المنتفع به غير المتعاقدين؛ ويعبر عنه بالشخص الثالث.

ثم العقد تارة يكون مبنياً على تمليك المؤمن له للمؤمن مبلغاً منجزاً أو معلقاً أو بعضه منجزاً وبعضه معلقاً، وقد يكون العقد مبنياً على التعهد بإنشاء تمليكه له مبلغاً بعد عقد التأمين دفعة أو دفعات.

وهناك فرض ثالث وهو كون المؤمن له مملكاً لمبلغ بنفس عقد التأمين منجزاً أو معلقاً أو بالتقسيط كما تقدم في الوجه الأول، وقد يكون متعهداً بتمليك مبلغ فيما بعد بعقد آخر دفعة أو دفعات.

وهذه الفروض الثلاثة بشقوقها متصورة في تمليك المؤمن للمؤمن له أيضاً وإن كان المتعارف خارجاً في عقد التأمين من جانب المؤمن بعض فروضه.

إذن من جملة فروضه أن يملك المؤمن المؤمن له مبلغاً كمبلغ الخسارة معلقاً على وقوعها أو منجزاً بنحو الشرط المتأخر، والمتعارف هو كونه بنحو التعليق. وقد يكون عقد التأمين مبنياً على تعهد المؤمن بإنشاء تمليك مبلغ عند وقوع مثل

الخسارة أو إنشاء أداء دين المؤمن له من دون أن يكون بمجرد عقد التأمين مديوناً بشيء، وقد يملكه مبلغاً ويتعهد بتملكه مبلغاً آخر أو أداء دينه فيما بعد.

والحاصل من ضرب الفروض الثلاثة الأصلية في المؤمن له في الفروض الثلاثة الأصلية في المؤمن أقسام تسعة، وبضرب احتمالي انتفاع غير المتعاقدين بالعقد أو انحصار فائدة التأمين في خصوص المتعاقدين تكون الأقسام ثمانية عشر، والمتعارف من تملك المؤمن له للمؤمن هو التنجيز مرةً والتعليق أخرى، وقد جمعناهما في الفرض الأول وأشرنا إليهما معاً ويجري مثله في الفرض الثالث الذي تقدّم في تملك المؤمن له للمؤمن.

كما أنه في فرض تملك المؤمن له للمؤمن منجزاً قد يكون الأداء حالاً ومقارناً لعقد التأمين، وقد يكون الأداء أقساطاً ونجوماً، كما أن ما يتعهد به المؤمن تارةً يكون عنوان المبلغ المعادل للخسارة، وقد يتعهد بضمان الخسارة، فيكون المؤمن ضامناً لما يتلفه المؤمن له أو يتلف منه، وذلك إما بانضمام ذمة المؤمن إلى ذمته نظير عقد الضمان عند أهل السنة أو باختصاص الضمان بالمؤمن مع براءة المؤمن له أصلاً نظير عقد الضمان عند الإمامية.

وهناك تقسيم آخر لعقد التأمين، وذلك باعتبار ما يتحمّله المؤمن عن غيره، فإنه قد يضمن عنه جانياته الخاطئة أو العامدة وقد يضمن الجناية عليه أي كان عمداً أو خطأً.

وقد يكون المضمون خسارة تنوب المؤمن له والتي لا ضامن لها لولا التأمين كالتي تعرض بسبب الزلازل والآفات الأرضية وغيرها من عواصف وصواعق وأمطار وسيول وغيرها.

وفي حكم القسم الثالث هذا، النفقات التي يتحمّلها المؤمن بلا عروض خسارة كنفقة المعاش عند كبر السن أو المرض أو العطل أو غيرها.

ويجري هذا التقسيم على جميع التقادير في التقسيم الذي صوّناه للتأمين أولاً، وتفصيل عناوين الأقسام التي صوّناها هي:

١- أن يملك المؤمن له للمؤمن مبلغ التأمين منجزاً أو معلقاً أو بعضه منجزاً وبعضه معلقاً، وفي فرض التملك المنجز قد يكون أداء المبلغ نقداً وقد يكون مؤجلاً وقد يقسط فيكون دفع بعضه نقداً وبعضه مؤجلاً دفعةً أو أقساطاً، كما أن ما ملكه المؤمن له للمؤمن قد يكون كلياً كما هو المتعارف وقد يكون عيناً، على أن يتكفل المؤمن بتمليكه مبلغاً في ظرف خاص كظرف وقوع خسارة أو يتكفل بأداء دينه في ذلك الوقت.

٢- أن يملك المؤمن له للمؤمن مبلغاً معيناً بنفس عقد التأمين منجزاً أو معلقاً أو بعضه منجزاً وبعضه معلقاً، والمنجز قد يكون غير مشروط وقد يكون مشروطاً، بشرط متأخر.

وليعلم أن التملك من الطرفين هنا وفي غيره من الفروض تارة يكون على نحو المعاوضة فيكون الملك بدل الملك نظير البيع والإجارة، وقد لا يكون التملك على وجه المعاوضة فيكون التملك بدل التملك من دون معاوضة بين الملكين، وهذا نظير الهبة المشروطة بالعوض بنحو شرط النتيجة المتحققة بنفس عقد الهبة الأولى.

فإن انتقال العينين في الهبة المشروطة وإن تحقق كالبيع إلا أن ذلك لا يصير معاوضة؛ فإن المعاوضة تتضمن أمراً زائداً عن انتقال العوضين؛ والمراد بالزيادة كون أحد الأمرين بإزاء الآخر لا مجاناً. وبذلك تفرق الهبة المشروطة بالعوض بنحو شرط النتيجة عن البيع، وعلى أساسه تظهر الثمرة في جريان الربا، فلا تحرم الهبة المشروطة بالهبة بنحو شرط النتيجة مع التفاضل في المال الموهوب، وتحرم في البيع بل وغيره من بعض المعاوضات بناءً على عدم اختصاص الربا بخصوص البيع.

ثمّ المعاوضة أمرٌ قائم بالإنشاء كأصل التملك، فهي بحاجة إلى قصد زائد عن أصل إنشاء التملك.

٣- أن يملك المؤمن له حسب التفصيل في القسم الأول، على أن يملك المؤمن للمؤمن له مبلغاً بنفس عقد التأمين ويتعهد عند العقد أن يملكه في ظرف متأخر - كظرف الخسارة - مبلغاً أو يؤدي دينه.

٤- أن يملك المؤمن له للمؤمن حسب التفصيل في القسم الأول على أن يكون المؤمن ضامناً لما يطلبه غريم المؤمن له من دون أن يملك المؤمن له على المؤمن شيئاً سوى ضمان دينه.

و ضمان المؤمن قد يفرض بنحو ضمّ ذمّة إلى ذمّة المؤمن له؛ وقد يفرض بنحو نقل الدين إلى ذمّة الضامن فيما كان المؤمن له ضامناً لولا التأمين، وقد يكون المضمون خسارة غير مضمونة لولا التأمين، كالحادث بسبب الزلازل والرياح والعواصف والسيول ونحوها، فيكون المشروط بالتأمين ضمان العين التالفة بنحو ضمان الغاصب، ويكون المشروط على المؤمن ضمانها مع انتفاء سائر الأسباب المعهودة من إتلاف أو يد ونحوهما.

ثمّ هناك فروض أربعة أخرى هي:

كون المؤمن له متعهداً صرفاً بتمليك متأخر عن عقد التأمين؛ لا مملّكاً شيئاً بالفعل مع فرض المؤمن على أحد الوجوه الأربعة المتقدّمة بعينها، فيكون الحاصل من ضرب الأربعة في الأربعة ستة عشر صورة.

وهناك فروض أخرى حاصلة من فرض المؤمن له مشتملاً على الأمرين أعني التملك بالفعل والتعهد بتمليك متأخر وهي:

كون المؤمن له مملّكاً مبلغاً ومتعهداً بتمليك غيره فيما بعد، مع فرض المؤمن على أحد الوجوه الأربعة المتقدّمة بعينها.

ثم قد يفرض كون المنتفع بالتأمين غير المتعاقدين وهما المؤمن الجابر للخسارة مثلاً والمؤمن له الباذل لمبلغ التأمين.

وفي المنتفع قد يفرض اشتراط ملكه وقد يفرض اشتراط الإجراء عليه والبدل له من دون كونه مالكا قبل القبض شيئاً في عهدة الغير وذمته، وقد يؤمن أداء دينه ويكون ذلك مشروطاً على المؤمن.

كما أن المنتفع قد يكون راضياً بما حواه عقد التأمين وقد لا ينشئ رضاء. وهناك قسم آخر للتأمين وهو كون المؤمن له مقرضاً لمبلغ من المال للمؤمن على أن يضمنه المؤمن بزيادة قطعية أو محتملة، مع كون الضمان مطلقاً أو مقيداً بشرط كبقاء المؤمن له حياً إلى سنّ الشيخوخه فلا يضمن المؤمن شيئاً بدونه. وهو الذي قد يكتيف به ما يصطلح عليه بالتأمين على الحياة

حكم التأمين في الشريعة

إذا عرفت ما مهّدناه من ذكر أقسام عقد التأمين والأنحاء التي يمكن وقوعه عليها فلنتكلّم عن حكم الأقسام شرعاً.

والبحث عن حكم التأمين يقع في مراحل لا مناص منها:

إحداها: مدى انطباق العناوين المعهودة في العرف والشرع على التأمين، من عقد الضمان وعقد الصلح وعقد الإجارة وغيرها من العقود بل والإيقاع كالجعالة. ثانيها: إمكان تصحيح عقد التأمين على أساس العمومات العامة لأدلة المعاملات بعد فرض قصور العناوين الخاصة عن شمول عقد التأمين، بل وحتى لو انطبق على التأمين بعض العناوين الخاصة فيكون الدليل على صحته ما دلّ على صحة العنوان الخاص من دليل خاصّ والعمومات العامة، هذا على تقدير عدم انطباق عنوان فاسد من قمار ونحوه على عقد التأمين.

ثالثها: البحث عن موانع صحّة عقد التأمين وعن مانعيّتها وعدمها.
 أمّا الكلام في المرحلة الأولى والثانية أعني انطباق العناوين الخاصّة أو العمومات على عقد التأمين فيقع في النقاط التالية:

١- تمهيد.

٢- انطباق الهبة المشروطة على عقد التأمين قهراً أو إمكان تصحيح عقد التأمين على فرض إنشائه بوجه الهبة المشروطة.

٣- انطباق عقد ضمان الجريرة على عقد التأمين أو إمكان الوصلة إلى نتيجة عقد التأمين على فرض إنشائه بعنوان عقد الجريرة.

٤- تصوير التأمين على أساس عقد الضمان المصطلح وهو ضمان الدين.

٥. تصوير التأمين على أساس عقد ضمان الأعيان.

٦- تصوير التأمين على أساس عقد الوكالة.

٧- تصوير التأمين على أساس عقد الإجارة.

٨- تصوير التأمين على أساس استيفاء المنفعة والأمر بأداء الدين.

٩- تصوير التأمين على أساس عقد الجعالة.

١٠- تصوير التأمين على أساس عقد الصلح والمصالحة.

١١- تصوير التأمين على أساس العقد الخياري في كلام صاحب العروة.

١٢- تصوير التأمين على أساس البيع الخياري.

١٣- تصوير التأمين على أساس قاعدة اليد.

١٤- تصوير التأمين على أساس عمومات المعاملات والعقود.

كما يقع البحث في المرحلة الثالثة.

عن مانعيّة جملة من الأمور عن صحّة عقد التأمين

أ- القمار. ب- الرهان. ج- الربا. د- منافاته لحقيقة المعاوضة ه- السفهية. و-

الأكل بالباطل. ز - منافاته لتسلط الناس على أنفسهم. ح - ضمان الدين بزيادة. ط - هبة الكلّي. ي - التعليق.

أهمية البحث عن انطباق عناوين العقود الخاصة على التأمين والبحث عن المرحلتين الأوليين

تمهيد: إنّه صرّح في بعض الكلمات بنفوذ مثل عقد التأمين بعنوان عقد مستقلّ عن سائر العقود المعهودة بالغضّ عن اندراجه تحت سائر العناوين. وهذا الكلام ربما كان المقصود به شيء لا يمكن المساعدة عليه؛ وكأنّه المعني سيّما في بعض الكلمات.

و توضيح المطلوب: أنّ اندراج عقد في بعض العناوين المعهودة ليس أمراً قصدياً ليكون قابلاً للإغماض، بل هو قهري حيث كان، ومعه فلا مناص من تبعية ذلك العقد لذلك العنوان في الأحكام، ولا مجال للغمض عن أحكام ذلك العنوان وشروطه معتدراً باعتباره عقداً مستقلاً عن ذلك العنوان الخاصّ مندرجاً تحت أدلّة المعاملات العامّة مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) أو غيره. مثلاً: البيع الربوي باطل ولا يمكن - على تقدير انطباق هذا العنوان على عقد - الغمض عن الحكم بالبطان بحجّة أنّ تصحيحه ليس بعنوان البيع ليقال إنّ هذا القسم من البيع باطل، بل بعنوان مطلق العقد يحكم بالصحة. فإنّ هذا من قبيل دعوى تصحيح بيع بإطلاق أدلّة البيع غمضاً عن عنوان البيع الربوي المحكوم عليه بالفساد. فكما أنّ هذه الدعوى مردودة بأنّ إطلاق أدلّة البيع مقيدة بغير البيع الربوي فكذلك إطلاق أدلّة العقود مقيدة بغير العقد المحكوم عليه بالفساد ولو بعنوان خاصّ كالبيع الربوي.

وعليه فحيث ينطبق عنوان فاسد كالقمار على عقد التأمين لم يكن مناص عن

الحكم بفساده؛ ولا مجال للتمسك بعموم أدلة المعاملات لتصحيحه كما هو ظاهر. نعم، إنما يثمر إطلاق أدلة المعاملات حيث لا ينطبق على المعاملة الخاصة عنوان المعاملات المعهودة من بيع وإجارة ومضاربة وغيرها، أو انطبق عليها العناوين الخاصة مع قصور أدلة المعاملة بعنوانها الخاص عن الدلالة على النفوذ بحيث لو أغمض النظر عن الإطلاقات العامة كان مقتضى القاعدة - بعد قصور أدلة صحة العناوين الخاصة عن شمول عقد وتصحيحه وإن لم يدل دليل خاص على بطلانه - هو فساد؛ فلو كان المدار في صحة المعاملات هو خصوص العناوين الخاصة لم يكن بد من الحكم بالبطلان حينئذٍ، بخلاف ما لو قلنا - وهو الصحيح - بعدم انحصار الصحة في العناوين الخاصة وكفاية انطباق عنوان العقد والتعاهد أو التجارة والصالح في الحكم بالصحة؛ فإنه يحكم بصحة تلك المعاملة للعمومات.

وعلى هذا الأساس نقول بصحة المعاملات الحديثة غير المندرجة في العناوين الخاصة والمعهودة. وهذا الذي ذكرناه أخيراً ينبغي أن يكون مراد الأعظم في الفن حيث يعبرون بكفاية اندراج المعاملات في العمومات وإن قصرت العناوين الخاصة عن شمولها؛ لا ما أوعزنا إليه من الوهم المتقدم، فلاحظ ولا تغفل.

وقد يقال: إنه لو انطبق على معاملة عنوان عقدين أحدهما محكوم بالصحة والآخر محكوم بالفساد كان مقتضى التعارض الحكم بالصحة وذلك لمرجعية العموم الفوقاني. فإذا فرض كون عقد التأمين مصداقاً للهيئة المشروطة، والمفروض نفوذها شرعاً وفي الوقت نفسه فرضنا كونه مصداقاً لعقد الجريرة حسبما يأتي التعرض له وقلنا بفساده لعدم توفر شرائط عقد الجريرة فيه مثل اشتراطه بعدم الوارث للمضمون على المعروف، فإذا تعارض دليل الهيئة المشروطة وعقد الجريرة وتساقتا - لعدم المرجح - انتهى الأمر إلى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^(١) أو غيره من

أدلة صحة المعاملات العامة بعد عدم سلامة المخصّص؛ بسبب المعارضة؛ وكون النسبة بين عنوان الهبة المشروطة وبين عقد الجريرة هي العموم من وجه. بل قد يقال بتقدّم دليل صحة العقد الخاصّ على دليل فساد العقد الخاصّ الآخر فيما كان العقد من العقود العهديّة لا التملّكيّة؛ لكون الفساد في العقود العهديّة بمعنى عدم وجوب الوفاء لعدم مقتضي، فلا ينافي الصحة ووجوب الوفاء باعتبار مقتضى آخر.

قلت: يمكن أن يقال في دفعه: إنّ دليل صحة الهبة المشروطة لو تمّ فهو حيثي دالّ على صحة العقد من حيث هو هبة، بمعنى عدم اشتراط صحّته من حيث هو هبة مشروطة، بما يشترط فيه من حيث هو عقد جريرة؛ فلا ينافي دليل اشتراط العقد من حيث الجريرة بشرائط لا تشترط في عقد الهبة.

إلاّ أن يقال: إنّّه على هذا لا يمكن التمسك بدليل الهبة وغيرها للصحة الفعلية حيث يحتمل اشتراط صحة العقد بشرط من حيث احتمال انطباق عنوان عقد أو معاملة أخرى عليه، وإن كنّا لم نتحقّق؛ ولا زمه إلغاء دليل نفوذ الهبة وغيرها عن قابلية التمسك به لإثبات الصحة الفعلية نوعاً. والعمدة أنّ أدلة صحة العقود الخاصة كالأدلة العامة دالة على الصحة فعلاً لا حيثاً.

تكييف التأمين على أساس الهبة المشروطة أو المعوّضة:

ثمّ إنّّه يقع الكلام في المقام عن أمرين: أحدهما: في مدى انطباق الهبة المشروطة أو المعوّضة، فهراً على عقد التأمين، وثانيهما: إنّّه على تقدير مغايرة التأمين المتداول للهبة فهل يمكن الوصول إلى نتيجة عقد التأمين والغرض منه بإنشائه على وجه الهبة المعوّضة.

ولما كان الغرض من التأمين لا يتحقّق بدون لزوم العقد، فهل يكون جواز عقد

الهيئة وعدم لزومه مانعاً من توجيه التأمين أو إنشائه على أساس الهيئة؟ وهذا يستدعي البحث عن نصوص جواز الرجوع في الهيئة وما هو اللازم من الهيئة وأَنَّ الهيئة المشروطة بالعوض أو المعوضة؛ والنسبة بينهما عموم من وجه. ثم لا مناص من البحث عن سائر موانع صحة الهيئة والتكلم عن صحة هيئة الكلي أو اختصاص المشروع من الهيئة بخصوص هيئة الأعيان. وكذا البحث عن حكم الشروط الفاسدة في ضمن العقد ومنه الهيئة وكذا البحث عن الهيئة المعلقة.

أمَّا البحث عن تصوير التأمين على أساس الهيئة فبيانهُ أن يُقال: إنَّه يمكن تصوير عقد التأمين أو إرجاعه ولو في بعض أقسامه - كما يظهر من غير واحد، منهم سيّدنا الأستاذ رحمته - إلى الهيئة المشروطة بالعوض؛ بتقريب أن المؤمن له يهب مالاً بالفعل للمؤمن ويشترط عليه أن يهبه مالاً في ظرف خاصّ كظرف الخسارة أو العطل وما شاكل ذلك، فيكون نفوذه شرعاً منوطاً بتوفّر شروط الهيئة المعوّضة فيه التي من جملتها قبض الموهوب

كما أنّ تقييد بذل المؤمن بمثل ما إذا عرضت خسارة للمؤمن له، لا يمنع من إدراجه في الهيئة المشروطة بالعوض، فإنّ الشرط قد يكون بذل العوض مطلقاً وقد يكون البذل في بعض الفروض والتقادير؛ وعلى كلّ حال فالهيئة مشروطة ومعوّضة.

عدم لزوم الهيئة غير المعوّضة وإن كانت مشروطة

ولكن على هذا التصوير يكون التأمين عقداً جائزاً مادام أن المؤمن لم يسدّد ما أخذه على نفسه للمؤمن له ولو باعتبار عدم تحقّق موضوع التسديد كالخسارة أو العطل. وبتعبير آخر: إنَّ الهيئة المشروطة بالعوض جائزة كالهيئة المطلقة وإنَّما اللازم

هي الهبة المعوضة بالفعل؛ سواء كان العوض مشروطاً أو لم يكن كذلك. وإلا فمجرد شرط العوض لا يصير الهبة لازمة لا يجوز الرجوع فيها. والوجه في ذلك: أنَّ في نصوص الهبات ما يدلّ على جواز الرجوع في الهبة مطلقاً؛ وهناك طائفة من النصوص دلّت على أنَّ الهبة إذا عوّض عنها وأُثيب عليها لزمّت فيقيّد إطلاق الأولى بغير فرض التعويض الظاهر في كونه أمراً محققاً؛ وأمّا إذا لم يقع التعويض خارجاً وإنما اشترط والتزم به فلا مقتضى للخروج عن إطلاق جواز الهبة وحل الرجوع فيها. نعم تضمّنت النصوص لزوم الهبة وعدم جواز الرجوع ببعض الأسباب الأخرى ككونها لذى رحم؛ كما أنّها تضمّنت أنَّ جواز الرجوع مشروط ببقاء العين الموهوبة بعينها. إذن النصوص فيما نحن بصده على طائفتين: إحداهما: ما تضمّنت جواز الهبة وحل الرجوع فيها؛ والاخرى: ما تضمّنت لزوم الهبة بالتعويض عليها.

أما الطائفة الأولى

ففي معتبرة عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدّق بالصدقة أله أن يرجع في صدقته؟ فقال: «إنّ الصدقة محدثة؛ إنّما كان النحل والهبة، ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز؛ ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله عزّ وجلّ أن يرجع فيه»^(١).

وفي صحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّما الصدقة محدثة؛ إنّما كان الناس على عهد رسول الله ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه؛ قال: وما لم يعط لله وفي الله فإنه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز»^(٢).

(١) الوسائل ١٣: ٣٤٢، الهبات، الباب ١٥، الحديث.

(٢) المصدر السابق: ١ الباب ٣، الحديث ١.

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء، حيزت أو لم تحز إلا لذي رحم فإنه لا يرجع فيها»^(١). وفي معتبرة جميل بن دراج والحلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع، وإلا فليس له»^(٢).

ونحوها غيرها من النصوص؛ وبناءً عليها فما تضمن عدم حق الرجوع في الهبة بعد الإقباض فمحمول على الكراهة.

نحو خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها...» الحديث^(٣). ونحوه غيره.

ويناسب الكراهة ما تضمن أن الرجاع في هبته كالراجع في قبئه، وقد أرسل الصدوق ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جازماً فقال: من ألقا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الموزة التي لم يسبق إليها: «العائد في هبته كالعائد في قبئه. هبة الرجل لزوجته يزيد في عفتها»^(٤). وأما الطائفة الدالة على لزوم الهبة بالتعويض فمنها:

صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»^(٥).

وفي صحيح عبد الرحمان بن أبي عبد الله و عبد الله بن سليمان (سنان - خ ص) جميعاً قالوا: سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا؟

(١) المصدر السابق: الباب ٦، الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق: الباب ٨، الحديث ١.

(٣) المصدر السابق: الباب ٤، الحديث ٦.

(٤) المصدر السابق: الباب ٧، الحديث ٥.

(٥) الوسائل ١٣: ٣٤١، الهبات، الباب ٩، الحديث ١.

فقال: «تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يُثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك إن شاء»^(١).

والمراد من الجواز النفوذ على وجه لا يجوز الرجوع فيها. وظاهر أن الثباني على التعويض لا يعدّ تعويضاً ولا أن التعاقد على الإثابة يعدّ إثابة؛ فيخصّ إطلاق جواز الرجوع في الهبة بخصوص ما تضمنته هذه الطائفة في هذا المجال، وهو التعويض والإثابة.

قال في المسالك: يفهم من قول المصنّف: (ولم يكن للواهب الرجوع مع قبضه) جواز رجوعه متى لم يقبضه وإن بذله المتهب، والأمر فيه كذلك وقد تقدّم. ولا ينافيه عموم الأمر بالوفاء بالعقود، ولا قول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان: «تجوز الهبة لذوي القربى والذي يُثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك» كما زعم بعضهم؛ لأنّ عموم الوفاء بالعقود مقيد بغير الجائز منها. وقد عرفت دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه إذا سلم دلالة الوفاء على المضيّ فيها مطلقاً؛ والإثابة في الخبر لا يتحقّق إلا بالاتّفاق عليها لا بمجرد بذلها؛ ولم يحصل هنا^(٢).

أقول: فإذا لم تتحقّق الإثابة بالبذل ما لم يوافق الآخر على القبول والقبض فكيف قبله بمجرد الشرط وهذا واضح.

وقال في الشرائع: وإن شرط الثواب صحّ؛ أطلق أو عيّن؛ وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط.

وذيل في الجواهر بقوله: مطلقاً أو معيّناً بلا خلاف أجده فيه؛ لإطلاق الأدلّة السابقة وخصوص خبر القاسم؛ وأولويته من العقد اللازم الذي ثبت الخيار فيه،

(١) المصدر السابق: الباب ٦، الحديث ١.

(٢) مسالك الافهام ٦: ٦١.

بعدم بذل الشرط؛ ولغير ذلك^(١).

أقول: كأنه فهم من عبارة ماته أنه يريد جواز الرجوع حيث تخلف الشرط وخالف المشروط عليه التعويض، مع أن إطلاقه يقتضي جواز الرجوع قبل التعويض وإن كان لا يصدق مخالفة الشرط لسعة الزمان وبقائه إما لعدم أخذ الفور شرطاً أو عدم التأخير بمقدار يصدق معه مخالفة الشرط. وقال في الشرائع: إذا وهب وأطلق لم تكن الهبة مشروطة بالثواب، فإن أتاب لم يكن للواهب الرجوع.

وذيله في الجواهر: مع قبوله؛ لما عرفت سابقاً من أدلة لزومها بذلك^(٢). أقول: هذا الذي ذكره في الجواهر مفهوم من عبارة الشرائع؛ فإن الإثابة ليس بمعنى مجرد الإيجاب لاحتاج إلى القيد الذي صرح به في الجواهر بل الإثابة بقول مطلق يعني وقوعها، ولا يتحقق إلا بضم القبول إلى الإيجاب، فهو كما لو قيل: فإن باع نفذ فإنه لا يحتاج إلى تقييده بقبول المشتري؛ وكأن مراد صاحب الجواهر^{رحمته} توضيح كلام ماته^{رحمته}.

ثم إنه لا منافاة بين جواز رجوع الواجب في هبته قبل التعويض وبين وجوب الوفاء بشرط التعويض على الموهوب له؛ فإن الثاني هو مقتضى عموم الأمر بالوفاء بالشرط وبالعقود، ولا ملازمة لجواز العقد من طرف مع الجواز من جانب الآخر.

وعلى هذا فالمؤمن له وإن جاز له الرجوع في المبلغ الذي سدده للمؤمن، ولكنه مالم يرجع يجب على المؤمن الوفاء بما أخذ عليه عوضاً فإن فعل لزمته الهبة الواقعة من المؤمن له، وبدونه تبقى على الجواز من ناحية المؤمن له خاصة.

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٢٠٤.

(٢) المصدر السابق: ٢٠٣.

إشكال تصوير عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة:

ثم إن نتيجة تصحيح عقد التأمين على التصوير المتقدم هو أنه لو لم يسدّد المؤمن شيئاً للمؤمن له - ولو لعدم تحقق موضوع تعهده - كان العقد باقياً على الجواز. فلو كان المشروط دفع مال على تقدير خسارة لاحقة بالمؤمن له وفرض عدم الخسارة لم يكن المؤمن ملزماً بأداء شيء؛ ومع ذلك فللمؤمن له استرجاع ما دفعه هبة؛ وهذا ينافي الغرض من عقد التأمين ولو في ناحية المؤمن؛ حيث إنه عرض نفسه للغرامة رجاء الانتفاع والاسترباح بما يدفعه المؤمن له؛ عند عدم وقوع الخسارة مثلاً فإذا تمخّض فعله في التعرّض للغرامة لم يقدم على الفعل؛ لعدم الداعي العقلاني عادة على ذلك فإذا كان المؤمن له مسلطاً على استرجاع ما دفعه كان منافياً عند العقلاء للغرض من عقد التأمين.

وبالجملة: ينقلب عقد التأمين إلى حقيقة أخرى تتمخّض في صالح المؤمن له حيث ينتفع إما بدفع مبلغ من المؤمن على أساس عقد التأمين في فرض لحوق خسارة مثلاً بالمؤمن له وإما برّد ما بذله المؤمن له لو طالب بها في فرض عدم تدارك المؤمن شيئاً ولو لعدم الموضوع. نعم، إنّما يجوز للمؤمن له الرجوع في بذله إذا كانت العين قائمة كما في كلّ هبة.

وعلى الجملة: تصوير عقد التأمين بالوجه المتقدم وإن كان كافياً في تصحيحه ولا إشكال فيه إلاّ أنّه لا يحقق غرض المؤمن عادةً، فيمنع من رواج هذا العقد الحديث والمعاملة الرائجة؛ التي هي تجارة عند العقلاء لا يقدمون عليها بدواعي البذل المجاني والهبات والصدقات؛ بل دافعهم عليها هو الدوافع على سائر التجارات من الاسترباح والاعتنام؛ فإنّ صنعة التأمين أصبحت في العالم سوقاً تجارياً يتهافت عليه الناس كتهافتهم على كثير من الصناعات والمكاسب. والذي ينبغي هو البحث عن إمكان تصوير التأمين بوجه مشروع يحقق الأغراض

العقلانية أيضاً مهماً أمكن؛ وإن كنا لا نصرّ على تحقيق الأغراض العقلانية إذا لم يساعد عليها الشرع ولا وافق عليها الحجة؛ بل ولا نقترح ذلك فضلاً عن الإصرار عليه؛ إلا أنه حيث ساعد الدليل على شيء من ذلك وأمكنا عرض ذلك للمجتمع فقد ساعدناهم على التعرّض لفضل الله الذي أمرنا بابتغائه ودُعينا إلى التكبّس والاتجار.

وعتاً التأمين على الوجه المعهود عند العقلاء والعرف العام ليس مجرد معاملة، بل هو يدفع مشاكل هامة عن المجتمع ويفكّ عقداً صعبة عن الناس؛ ولربما يكون نفعه للبشرية أعظم من نفع مثل الأحماس والزكوات والضرائب الرائجة التي تؤخذ من أصحابها بكره ولا يكون دفعها عادةً إلا بشقّ الأنفس ليعاد بها على الناس ثانيةً بدفع النائبات عنهم وإصلاح ما فسد من أمورهم.

فإن ما يعود به المؤمن على المؤمن له في دفع الغرامة عنه وجبر خسارته إنما هو شيء أقدم المؤمن بنفسه على بذله لا بدافع قاهر. ولا بداعي جبر ولا مخافة قوة؛ فيكون طيب النفس بإفناقه وقرير العين ببذله. وإنما حملة على إقدامه هذا، التجارة بما يناله من المؤمن لهم والكسب بما يعود عليه منهم؛ فإن تحقّق له هذا الرجاء أقدم وإلاّ أحجم، وعندها سيكون عقد التأمين منسياً ومتروكاً إلاّ للأو حدي من الناس ككثير من العقود المجانية من هبة أو وقف أو وصيّة بالبذل أو غيرها التي ملئت الكتب الفقهية ببيان حدودها وأحكامها وأكثر الرّسل والعلماء على الحثّ عليها وترغيب الناس بفعلها بتبليغ ما وعد الله عليها من الثواب الجزيل والأجر العظيم، ومع ذلك قلّما يأتي بها الناس، فإنّ الإنسان لحبّ الخير لشديد، فلذلك يكون شحيحاً بالبذل مقتراً في الإنفاق؛ ولو ملك خزائن ربّه لأمسك خشية الإملاق.

ثم ترى أنّ معاملة القمار مع ما ورد فيه من التهويلات العظيمة والوعيد الأكيد يصعب منع الناس منه؛ وقد صار سنّة لجماعة ومكسباً لأقوام؛ وليس ذلك إلاّ

لوجود دافع نفسي لهم عليه وهو رجاء الربح وبغية الفائدة، فلو أمكننا أن نخفف على الناس بإيصال الشرائع السمحة إليهم وهدايتهم إلى رخص الله التي يحب الأخذ بها كالعزائم، لكنّا قد جمعنا لهم بين خير الدّنيا والآخرة.

ثم لو أمكننا تصوير هذا القسم من عقد التأمين بما يحقّق للناس أغراضهم فهو، وإلاّ فنبحث عن قسم آخر يجمع بين غرض المشرّع وبين غرض الناس وبغيتهم أعنى الاسترباح، وليس غرض المشرّع أيضاً إلاّ ما يكون لصالحهم؛ ولا تكاليفه إلاّ لدفع المفاسد عنهم وجلب المصالح إليهم فإن تحقّق ذلك فهو من فضل الله علينا، وإن لم يتحقّق مشروعية شيء من أقسام هذه المعاملة علمنا بأنّه ليس فيها صلاحهم وإن حقّق لهم بعض الفوائد العاجلة، ولا فيها مصلحة وإن سبّب بعض المنافع، وقد قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخُمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾^(١).

وعلى هذا الأساس نقول بحرمة الرّبا عموماً وإن كان فيه بعض المنافع، وبحرمة القمار وإن اشتمل على بعض الفوائد، ولكن كلّ هذا إذا ساعد الدليل على المنع ولم يمكنّا التحقّق من رضا المشرّع، والله المستعان والعالم بالحقائق.

تحويل التأمين إلى عقد لازم بعد توجيهه على أساس الهبة

ثمّ إنّ على التّخريج المتقدّم للتأمين من إرجاعه في الحقيقة بالتحليل إلى الهبة المشروطة يمكن تحويله إلى عقد لازم من الطرفين، أمّا من ناحية المؤمن فقد تقدّم أنّه عقد لازم يجب عليه بمقتضاه القيام بما تعهّده من تدارك الخسارة اللاحقة بالمؤمن له.

وأما من ناحية المؤمن له المعدود واهباً حقيقةً فتبصر من المؤمن فيما دفعه إليه

المؤمن له من مال ولو بتحويله إلى البنك بإقراض وغيره بناءً على أنه يصدق عنده عدم قيام العين الذي هو موضوع جواز الرجوع في الهبة.

ثم إن المؤمن له إذا دفع ما عليه جملةً فيكون تخريجه بالوجه المتقدم واضحاً؛ وأما إذا تكفل بأداء بعضه متأخراً دفعةً أو نجوماً فيجري في غير ما يدفعه نقداً تعدد الفروض المتقدمة من كونه متكفلاً بملك المؤمن فعلاً على أن يكون الأداء متأخراً أو كونه متعهداً بالتملك في الظرف المتأخر الذي يصطلح عليه بالعقد العهدي.

أما إذا كان التملك منجزاً والأداء متأخراً ففيه مضافاً إلى محذور جواز الرجوع في الهبة محذور هبة الكلّي حيث إن المؤمن له يملك مبلغاً كلياً للمؤمن ويشخصه حين تسديده فيما يعينه؛ والمشهور بين الفقهاء عدم صحة هبة غير الأعيان الشخصية وسيأتي إن شاء الله تعالى كلام حول المسألة عن قريب.

وإذا كان التملك معلقاً على مجيء زمان خاصّ ففيه مضافاً إلى المحذور المتقدم أعني هبة الكلّي وجواز الرجوع في الهبة إشكال التعليق، والذي لا يصحّ العقد معه على المعروف.

مورد إشكال التعليق من عقود التأمين

ثم إنّه قد يكون المشروط في عقد التأمين ملك المؤمن له لمثل مبلغ الخسارة، بعقد كالهبة في ظرف وقوع الخسارة، فيكون ملكه منوطاً بإنشاء المؤمن للعقد بالغض عن عقد التأمين، فهذا هو قسم قد تقدّم تصويره على أساس الهبة المشروطة وقد يكون المشروط أداء دينه.

وبالجملة: يملك المؤمن له مالاً للمؤمن فعلاً بعقد التأمين على أن يتعهد المؤمن فعلاً بإنشاء متأخر سواء كان بعنوان أداء دين المؤمن له أو هبة مال له في ظرف خاصّ من حرق أو غرق أو سرقة.

وهذا القسم لعله أهون من غيره في التماس الدليل على الصحة، بل وأوضح من

سائر الأقسام في الحكم بالنفوذ، ولعلّه المعني في كلمات من وجّه التأمين بالهبة المشروطة.

والقسم الآخر: أن يملك المؤمن له مبلغاً للمؤمن على أن يملك المؤمن له قهراً مبلغاً على تقدير بلا حاجة إلى إنشاء جديد، فيكون تملك المؤمن له معلقاً ويكون دفع المؤمن المبلغ في الأجل من باب الوفاء بالدين لا يحتاج إلى إنشاء عقد جديد. كما لو دفع ديناراً للمؤمن على أن يملك على المؤمن خمس دنانير في فرض طروء خسارة عليه، فيكون التملك بإزاء التملك المعلق لا أن يكون الملك بإزاء الملك ليكون معاوضة بين المالين ليحتمل اندراجه في البيع ونحوه.

وهذا القسم أيضاً يمكن تصويره على أساس الهبة المشروطة، غير أن المشروط ليس هو فعلاً اختيارياً متأخراً، بل الشرط هو حكم وضعي أعني الملكية، لكن على وجه التعليق على أمر متأخر.

بطلان التعليق في العقود

وأول ما يتّجه إلى هذا التصوير من الإشكال هو أنّه مشتمل على التعليق المبطل للعقد بدليل الإجماع أو غيره.

ويمكن دفعه بغضّ النظر عن الإشكال في أصل بطلان التعليق في العقود - لا احتمال استناد المجمعين لو تمّ إجماع على الحكم كما قيل إلى بعض الوجوه والنصوص القاصرة عن إثبات ذلك؛ وبُعد استنادهم إلى نصّ بمضمون بطلان التعليق لم يصل إلينا بعد خلوّ مجاميع الروايات عن ذلك - .

أولاً: بأنّ هذا تعليق في شرط العقد لا أصله، حيث إن المؤمن له - الواهب - يهب بلا تعليق ويشترط التملك على المؤمن معلقاً؛ والمتيقّن من بطلان التعليق هو غيره.

إلا أن يقال برجوعه إلى التعليق في العقد في المقام أو عموم المنع عن التعليق لمثله.

وثانياً: لو سلّم بطلان الشرط المعلق فلا يقتضي بطلان العقد من رأس بناءً على أن الشرط الفاسد لا يفسد؛ والمفروض عدم كون الهبة المشروطة معاوضة ليبطل العقد بفساد أحد العوضين، فهو كما لو وهب مشروطاً بأن يهب له الخمر أو يملك عليه الخمر، فلا تفسد الهبة بعدم سلامة الشرط، نعم، لو كان المقصود بالشرط المعاوضة وكان التعبير بالشرط مسامحة لحقه حكم المعاوضات من بطلان العقد رأساً بطلان الشرط.

ثم إن هذا الشرط من قبيل القسم الخامس من أقسام إنشاء الشرط حسبما يأتي تفصيله فيكون تأثير العقد فعلاً مشروطاً بأمر متأخر بنحو الشرط المتأخر لا المقارن، فراجع. وأما مدى تأثير الشرط الفاسد في فساد العقد وعدمه فلتحقيق الحال فيه يراجع الملحق رقم (١).

في تصوير التأمين على أساس عقد الهبة

ثم إن صحة اشتراط ملك المؤمن له في فرض مثل الخسارة وغيرها موقوفة على أمرين: أحدهما: جواز التعليق في العقد، والمعروف عدم جوازه وإن كان عندي في ذلك تأمل بعدما أشرنا إليه من قصور الوجوه المستدل بها لذلك غير الإجماع؛ وفي تحققه أو كونه على تقديره تعديلاً إشكال.

والثاني: جواز تمليك الكلبي مجاناً وهبته؛ وكأن ظاهرهم عدم جوازه؛ واشتراط صحة الهبة بكون الموهوب عيناً أو ديناً محققاً في ذمة أحد قبل الهبة؛ قال في الشرائع: الهبة هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكاً منجزاً مجرداً عن القرية.^(١)

(١) الشرائع: كتاب الهبة، جواهر الكلام ٢٨: ١٥٦.

وقال في الجواهر ذيل قول ماته: لو وهب ما في الذمة فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأ شبه؛ لأنها مشروطة بالقبض؛ وما في الذمة يتمتع قبضه. ودعوى: إمكانه بقبض أحد جزئياته، يدفعها: أن الموهوب الماهية، وهي غير الجزئيات قطعاً.

ثم ذكر الفرق بين بيع الكلّي مع اشتراط صحة البيع بالقدرة على التسليم وبين الهبة الموقوف حصول الملك فيها على الإقباض بخلاف البيع، إلى أن قال: ومن ثم لم يصح هبة موصوف في الذمة وصح بيعه.^(١)

وحاصل كلامه في الفرق كما أشرنا إليه هو: تقوم الملك في الهبة بالقبض بخلاف البيع، ثم ناقش في ذلك بعدم كون هذا الفرق مقتضياً لعدم صحة هبة ما في الذمة. أقول: لا يتحصّل من كلمات الأعلام وجه مقبول لعدم صحة هبة الكلّي بعدما كان الكلّي له تقرّر في التصرّو وقابل للتعيّن في الخارج ومن هنا جاز بيعه. ومجرّد جعل العوض بإزائه في البيع بخلاف الهبة لا يكون دخیلاً في صحته، فلا مانع من صحة هبة الكلّي بلا فرق بين كون الموهوب ديناً ثابتاً قبل الهبة أو صائراً بنفس الهبة فيصح أن يقال: وهبتك ألف دينار، كما يصح القول ببيعها. والدليل على الصحة على مسالك القوم هو عموم الأمر بالوفاء بالعقد. واشتراط صحة الهبة بالقبض لو تمّ ولم يختص بهبة الأعيان لا يمنع من صحة هبة الكلّي بعدما كان للكلّي مصداق في الخارج بالتعيين ويكون قبضه قبضاً له لا محالة كما في البيع.

ونهاية ما يدلّ عليه اشتراط القبض في الهبة هو عدم حصول الملك قبل القبض رأساً ولو بقبض المصداق لقصور دليل الاشتراط عمّا زاد على ذلك، فراجع ولا حظ.

ومن هنا ناقش في الجواهر فيما هو المعروف من عدم صحة هبة ما في الذمم

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٦١، الهبات.

استناداً إلى اشتراط القبض في الهبة كما تقدّم - بأن وجود الكلّي عين وجود أفرادها، وبذلك جاز نقله بالبيع المشروط بالقدرة على التسليم، وغيره من النواقل التي منها الهبة. ولا يقدح الفرق باستحقاق المبيع من دون القبض بخلاف الهبة؛ لأننا لانحكم بصحة الهبة حينئذٍ إلا بعد القبض، كما لانحكم بصحتها لو تعلّقت بعين خاصّة إلا بعد قبضها؛ وهو ممكن بقبض بعض أفراد الماهية الذي وجوده عين وجود الكلّي. ثمّ قاس المقام بهبة المشاع الذي ذكر أنّه كلّياً أيضاً.^(١)

أقول: وإن محطّ نظره الشريف هو صحة هبة الدين الذي هو كلّياً، ولكن ما أفاده من التوجيه لذلك فإنّه يجري في هبة الكلّي الذي لا تقرّر له إلا بنفس الهبة طابق القدّة بالقدّة ولا يختصّ بما كان ثابتاً قبل الهبة بقرض أو بيع ونحوهما.

وصحة تمليك الكلّي في البيع كغيره أمر على القاعدة لا يحتاج إلى دليل خاصّ، بعد اعتبار العقلاء للكلّي في العهدة والذمة. وما دلّ على عدم صحة البيع لغير المملوك لا ينافيه؛ بعد كون المراد من غير المملوك ما هو خارج عن سلطة البائع الذي من جملة بيع ملك الغير اعتماداً على تملكه بهبة ونحوها ثمّ تسليمه إلى المشتري؛ وعلى هذا الأساس ذكرنا في غير المقام أنّه لا ينافي حديث «لا يبيع إلا في ملك يبيع» مال الغير للنفس إذا كان البائع مأذوناً حسبما هو مقررّ في مسألة بع مالي لنفسك أو اشتري بمالي لنفسك. نعم، ربّما قيل - بل لعلّه المعروف - أنّه مخالف لحقيقة المعاوضة؛ وقد أشكلنا في ذلك وفاقاً لغيرنا، وتامام الكلام في محلّه.

وقد يقال: إنّ هبة الكلّي وتمليكه راجع إلى الوعد الابتدائي الذي لا يجب الوفاء به، فهو نظير الوعد بالهبة في يوم متأخر.

ويردّه: أولاً: أنّ هبة الكلّي كهبة العين في كونها التزاماً بملك المتّهب، فإن كان الثاني وعداً فليكن الأول كذلك، ومع ذلك يجب الوفاء به كذلك.

حقيقة العقد والفرق بينه وبين الوعد

وثانياً: أنَّ حقيقة الوعد تختلف عن حقيقة العقد، ولذا كان وجوب الوفاء بالثاني غير مناف لعدم وجوب الوفاء بالأوّل؛ وذلك فإنّ العقد عبارة عن الربط والشّد بين التزامين على النفس، فما لم يكن هناك التزام من طرفين يستتبع على كلّ منهما تبعة ونحو كلفة على صاحبه لا يعدّ الفعل التزاماً ولا المركّب من الطرفين عقداً.

فالبائع مثلاً يلتزم بتملك المبيع والمشتري يلتزم بتملك الثمن ويكون ربط كلّ التزام بالآخر عقداً، وفي الهبة يلتزم الواهب بالتملك والمتهب يلتزم بالتملك، والتملك له تبعات التي منها وجوب أداء الحقوق المالية كالأخماس والزكوات والنفقات والديون، وهذه الأمور والتبعات بعضها عرفي وبعضها شرعي. وكيف كان فالالتزام بالتملك هو التزام، لاستتباعه آثاراً ووظائف.

نعم، قد يكون الالتزام والتبعات في قبال الطرف الآخر للعقد، فيلتزم الأجير بملك الأجرة بعنوانها المستتبع للزوم تسليم العمل، وقد تكون التبعة من جهة أخرى كالالتزام تملك المتهب المستتبع لترتيب آثار الملك التي منها لزوم دفع الحقوق المالية.

وأما لو أباح المالك لغيره شرب ماء فقبول الإباحة لا يصيرها عقداً؛ لعدم استلزام القبول تبعة عادةً، ولذا تكون الإباحة إيقاعاً لا تتقوّم بالقبول؛ بل قبوله يكون لغواً؛ فإنّه لو كان الوعد واجب الوفاء فهو متحقّق بنفس الإباحة بدون القبول، ولو لم يجب الوفاء إلّا بالعقد فضمّ القبول لا يصيرّه عقداً.

وقد صرح سيّدنا الاستاذ فيما حكى عنه بعدم إمكان تصحيح الضمان على نحو ضمّ ذمّة إلى ذمّة بالعمومات - ردّاً على السيّد الزيدي - معللاً بأنّ الأمر بالوفاء بالعقود لا يشملّه؛ إذ العقد ربط لالتزام الطرفين المتعاقدين، فلا يصدق على ما

يكون الالتزام فيه من طرف واحد؛ ولو صحَّ للزم القول بصحَّته في غير موارد الدين كموارد الالتزام الابتدائي.^(١)

نعم، فسّر العقد في الرواية المعتبرة بالعهد الشامل للوعد الابتدائي فإنه تعهد، وهذا لا يقتضي أن يكون المعنى اللغوي للعقد هو العهد ليكونا مترادفين، بل يمكن أن يكون من باب التفسير بالأعم مثل سعادة نبت أو يكون التفسير تعبدًا وهو غير عزيز في الكتاب العزيز والنصوص المأثورة.

وعلى هذا لو تمَّ إجماع على عدم وجوب الوفاء بالوعد كان ذلك تخصيصاً في عموم الآية لا محالة. وهذا لا يختصُّ بما أشرنا إليه من التغاير بين العقد والعهد لغة، بل لابدَّ منه بناءً على الترادف بين اللَّفْظَيْن.

محاولات لتكييف عقد التأمين وفقاً لعقود أخرى

تصوير عقد التأمين على أساس عقد الجريمة

ومّا يمكن أن يصوّره عقد التأمين في بعض أقسامه وفروضه هو ضمان الجريمة المعنون في بحوث المواريث. وكان حقيقاً أن يبحث في قسم المعاملات بالمعنى الخاص؛ فإنه عقد كالنكاح وغيره وإن أثر في بعض الأحكام كالميراث. وكم له من نظير؛ فإن بيع الشريك عقد وإن أثر في الشفعة، ومطلق البيع معاملة بالمعنى الأخصّ وإن أثر في بعض الخيارات التعبدية وغير الخيار، والنكاح عقد وإن أثر في التوارث وهلمَّ جراً.

وبالجملة: لا أدري أيّ فرق بين ضمان الجريمة حيث عنون في الأحكام - والتي المواريث من جملتها - وبين النكاح والعق حيث عنونا في المعاملات، فإن كان ترتّب الإرث مصحّحاً لدرجه في المواريث فهلاًّ عنونوا النكاح في المواريث بعد

(١) مباني العروة: ١٢٦، كتاب الضمان.

ضرورة ترتّب التوارث بسببه.

وكيف كان فلا يهّم عنوان المسألة في موضع خاص أو غيره؛ وإنما المهمّ التعرّض لها في المقام بنحو الإجمال تمهيداً لملاحظة إمكان انطباقها على عقد التأمين وعدمه. والكلام في ذلك يقع في جهات:

حقيقة ضمان الجريمة وشروط صحّته:

الجهة الأولى: الظاهر أنّ ضمان الجريمة عقد يتضمّن تعهّد شخص بجريرة الغير، ويترتّب عليه الإرث.

قال في الجواهر بعد تفسير الجريمة بالجناية: لا خلاف نصّاً وفتوى في مشروعيتها، بل الإجماع على أنّ من توالى وركن إلى أحد برضاه فاتّخذته وليّاً يعقله ويضمن حدثه ويكون ولاؤه له صحّ ذلك؛ ويشتبه الميراث. بل كان الميراث في الجاهلية وصدر الإسلام بذلك. بل ظاهر الأصحاب أنّه من العقود المعتبر فيها الإيجاب والقبول.^(١)

أقول: ويدلّ على كونه ضمان الجريمة عقداً ما في النصوص المتضمنة لمشروعية ضمان الجريمة، والتي نشير إليها إن شاء الله تعالى ضمن البحوث الآتية.

ولكن قال في موضع آخر من الجواهر: لا يخلو الحكم بكونه - يعني ضمان الجريمة - عقداً على وجه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة - من الألفاظ المخصوصة والعربية والمقارنة بين الإيجاب والقبول وتقديم الأول ونحو ذلك - من إشكال أيضاً خصوصاً بعد التصريح من بعض والظهور من آخر بعدم اعتبار شيء فيه من ذلك. ومن هنا لم يتعرّضوا لألفاظ إيجابه وقبوله ولم يراعوا اشتقاقها من لفظه وما يقرب منه كما هي عادتهم في العقود سيّما اللازمة التي هذا منها على

(١) الجواهر ٣٩: ٢٥٤، الفرائض، القسم الثاني من الولاء.

المشهور منهم شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً؛ مستدلّين عليه بأصالته وعموم أوفوا وغير ذلك... إلى أن قال: بل لم نجد تصريحاً من أحد بجريان الإقالة فيه كغيره من العقود ولا باشتراط الخيار ولا بغير ذلك ممّا يجري في العقود اللازمة. فلا يبعد إرادة من أطلق العقد عليه كونه كالعقد في الإنشائية المشتركة بين شخصين، وإلاّ فهو أشبه شيء في الأسباب والمسببات؛ وإن كانت كقيّة السبب فيه مركبة من رضا الطرفين؛ ولعلّه لذا لم يذكر المصنّف رحمه الله وجماعة كونه من العقود.^(١)

اشتراط ضمان الجريمة بعدم الوارث:

الجهة الثانية: هل يشترط في صحّة ضمان الجريمة أن يكون المضمون ممّن لا وارث له، فلا يصحّ ضمان جريمة من له وارث من الأرحام وإن كان بعيداً؛ بل ويشترط أن لا يكون له وارث بولاء العتق؟

المعروف بين الفقهاء ذلك، بل ادّعى الإجماع عليه. وهذه جهة هامة فيما نحن بصده من تطبيق عقد الجريمة المشروع بالخصوص على عقد التأمين المتداول في هذه الأزمنة؛ حيث إنّه لا يعتبرون التوارث بين المؤمن والمؤمن له، وإنّما التضامن بين الطرفين أو التضمين يكون ببذل مال معيّن نقداً أو نسيئة، دفعةً أو أقساطاً. كما ولا يشترط في صحّة عقد التأمين عدم الوارث للمؤمن له الذي هو بمنزلة مضمون الجريمة في عقدها. بل لو اشترط عدم الوارث للمؤمن له لتختصّ صحّة التأمين بمن لا نسيب له ولو رحماً بعيداً يلزم أن لا يصحّ عقد التأمين إلّا مع نادر يكاد يلحق بالعدم؛ ومعه فلا يتحقّق الغرض من عقد التأمين الذي يكون وقوعه خارجاً منوطاً بشيوعه، وإلاّ فلا يتحقّق غرض المؤمن الذي هو الاتجار والكسب. وقد تقدّم أن مجرّد تكلف وجه لتصحيح التأمين لا يكفي ما لم يتحقّق معه غرض المؤمن

الذي هو الضامن لوقوع عقد التأمين خارجاً.

أما حقيقة عقد ضمان الجريرة فالذي لا مناص منه فيها فهو التكفل بجريرة الغير وجنابته، وأما كون الضمان مجاناً أو بعوض فهو تابع للجعل والاشتراط؛ لا أن اشتراط العوض ينافي حقيقة ولا أن المجانية تنافي ماهيته. بل هو باعتبار الأمرين غير مشروط وجوداً ولا عدماً، فهو كالتملك في تقوّمه بنقل الملك من جانب، وأما التعويض عنه وعدمه فغير مشروط فيه ولا منافي له. هذا ما يقتضيه عقد الجريرة حسب العرف.

وأما بملاحظة النصوص فالذي يظهر منها صحة عقد الجريرة إذا أنشئ على وجه التضمين بالإرث وإذا أنشئ بدون ملاحظة الإرث، ولكن يحكم بترتب الإرث عليه قهراً كخيار المجلس في البيع. وأما إذا أنشئ مشروطاً بعدم الإرث ففي جوازه وعدمه بحث نتعرض له إن شاء الله تعالى بعد التعرّض للنصوص التي أشرنا إليها.

أما ما يدلّ على جواز عقد ضمان الجريرة بمعنى صحته بدون اشتراط الإرث فهي روايات. وقد صرح في الجواهر بما ذكرنا من دلالة النصوص؛ قال: ظاهرها كون الميراث من الأحكام المترتبة على ذلك - ثم تعرّض لبعض الروايات... إلى أن قال: إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في تحقّق العقد بمجرّد إنشاء ضمان الجريرة والحدث وأنه حينئذٍ يترتب عليه الميراث.^(١)

- ١- ففي صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام في عبد سائبة، قال: «يذهب فيوالي من أحب؛ فإذا ضمن جريرته وعقله كان مولاه وورثه، الحديث».^(٢)
- ٢- وفي صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا ولي الرجل فله

(١) الجواهر ٣٩: ٢٥٦، الفرائض، ضمان الجريرة.

(٢) الوسائل ١٧: ٥٤٥، الباب ١ من ولاء الجريرة، الحديث ١.

ميراثه وعليه معقلته»^(١).

٣- وفي صحيح أبي عبيدة (أيوب - خ) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلم فتوالى إلى رجل من المسلمين؟ قال: «إن ضمن عقله وجنانيته ورثه وكان مولاه»^(٢).

٤- وفي صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكّل بمملوكه إنّه حرّ لا سبيل عليه سائبة، يذهب فيتولّى من أحبّ؛ فإذا ضمن جريرته فهو يرثه»^(٣).

٥- وفي صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين فيمن أعتق عبداً سائبة أنّه لا ولاء لمواليه عليه؛ فإن توالى إلى رجل من المسلمين فليشهد أنّه يضمن جريرته وكلّ حدث يلزمه؛ فإذا فعل ذلك فهو يرثه، الحديث»^(٤).

إلى غير ذلك من سائر نصوص المسألة، وجلّها ظاهرة فيا ذكرناه من صحّة عقد الجريمة بمجرّد عقل الجنانية وضمانها؛ وأنّه بذلك يترتب الإرث شرعاً. واحتمال كون ضمان الجريمة سابقاً متضمناً للتوريث، يدفعه أصالة عدم النقل بعد عدم كون الإرث داخلاً فعلاً في مفهوم قوله عليه السلام «فإذا ضمن جريرته».

ويمكن الإشكال في دلالة هذه الأخبار على تنفيذ عقد الجريمة إذا لم يؤخذ إرث الضامن فيه - لا لما تقدّم من احتمال كون الإرث داخلاً في ماهية العقد وحقيقته فقد تقدّم دفعه بل - لعدم الإطلاق في دليل صحّة ضمان الجريمة؛ وذلك لكون النصوص دالة عليه تنفيذ ما فرضه الراوي من الولاء كما في صحيحة أبي عبيدة أو أبي أيوب

(١) المصدر السابق، الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق، الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٦.

(٤) المصدر السابق: الباب ٣، الحديث ١٢.

حيث سُئل عَمَّنْ تَوَالِي إِلَى مُسْلِمٍ، وَنَحْوَهُ غَيْرُهُ، فَلَعَلَّ التَّوَلَّى بِمَعْنَى اتِّخَاذِ الْغَيْرِ وَالْيَأْ فِي الْمِيرَاثِ. وَاسْتِعْمَالُ الْوَلِيِّ بِمَعْنَى الْوَارِثِ شَائِعٌ فِي الْأَخْبَارِ وَكَأَنَّهُ مَا خُوذُ مِنْ آيَةٍ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾^(١).

وما في نصوص والي الجريمة من عَدِّ الضَّامِنِ مَوْلَى الْمَضْمُونِ فَكَأَنَّهُ بِمَعْنَى الْوَارِثِ أَيْضاً لَا بِمَعْنَى ضَامِنِ الْجَرِيرَةِ.

وعلى هذا الأساس فلا إطلاق في هذه النصوص لمشروعية ضمان الجريمة بدون أخذ الميراث في مقام الإنشاء، فضلاً عما إذا أخذ عدمه شرطاً؛ بل يحتمل كون المنشأ أو المسؤول عنه هو عقد التولي في الميراث، وقد صحَّحه المشرع مشروطاً بما إذا ضمن المتولي جريمة الموروث.

لأنَّ مورد النصوص عقد تحمّل الجريمة وأنَّه المنفَّذ شرعاً والمرتَّب عليه الميراث قهراً كما لعلّه المعروف، ولذا سبق من الجواهر أنَّ الإرث حكم شرعي مترتب على عقد ضمان الجريمة وإن لم ينشأ ضمنه.

فالذي يمكن الاستدلال بهذه الأخبار لصحّته هو خصوص العقد المتضمّن لإنشاء ضمان الجنائية والميراث معاً، فيكون إرث الضامن منشأ كضمانه للجريمة. وأمّا إذا أنشئ الميراث فقط أو أنشئ ضمان الجنائية خاصّةً فهذه الأخبار قاصرة عن إثبات صحّته.

مشروعية اشتراط الميراث في ضمان الجريمة

وأما الدليل على جواز أخذ الميراث شرطاً أو عوضاً في عقد الجريمة فضلاً عن عدم كونه مانعاً فهو أمور:

الأول: إنّه مقتضى القاعدة بعد قيام الدليل على ترتّب الإرث حتّى بدون

الاشتراط، فهو نظير اشتراط الخيارات المشروعة كاشتراط خيار التدليس في النكاح؛ فإنه إذا كان الحكم ثابتاً بدون الاشتراط يكون شرطه من الشرط السائغ، فيعّمه أدلة الشرط وعموم الأمر بالوفاء بالعقد.

الثاني: إطلاق النصوص المشار إليها سابقاً والتي نقلنا شطراً منها كصحيح أبي بصير وغيره؛ فإنّ قوله ﷺ: «فإذا ضمن جريرته فهو يرثه» شامل لما إذا كان ضمان الجريرة مشروطاً بالإرث كشموله للضمان المجرد عن هذا الشرط.

والحكم بالإرث في النصوص لا ينافي صحّة إطلاقها لفرض اشتراطه؛ ولا يقيدها بفرض تجرّد عقد الجريرة في إنشائه عن هذا الشرط، فلاحظ وتأمل. وقد ورد في بعض النصوص: أنّه إذا تحقّق عقد ضمان الجريرة، كان على من تولّاه جريرته وله ميراثه^(١)؛ مع أنّ تولّي الجريرة منشأ بالعقد بلاريب.

الثالث: خصوص رواية محمد بن مسلم عن أحدهما ﷺ قال: سألته عن السائبة والذي كان من أهل الذمّة إذا والى أحداً من المسلمين على أن يعقل عنه فيكون ميراثه له، أيجوز ذلك؟ قال: «نعم».^(٢)

إلاّ أن يكون المراد من قوله: «فيكون ميراثه له» هو ترتّب الميراث من دون كونه مشروطاً في الإنشاء؛ ولكن يكفي في الاستدلال ترك الاستفصال.

هذا كلّ مع الغضّ عمّا احتملناه من كون الميراث مفروض الإنشاء في كلام السائل أو المعصوم بالنظر إلى كونه المعني بالموالاة والولاء؛ ومعه فلا إطلاق في هذه النصوص لفرض عدم إنشاء الإرث، لا أنّ اشتراط الإرث جائز، بل الأخبار قاصرة عمّا عداه.

(١) نفس المصدر: الباب ٤، الحديث ٨ وغيره.

(٢) نفس المصدر: الباب ٢، الحديث ١.

عقد الجريمة بدون ميراث

المقام الثاني: في صحة عقد ضمان الجريمة شرعاً وتعبداً بدون إرث الضامن وعدمها.

ظاهر الفقهاء هو الاشتراط وأنه لا يصح عقد ضمان الجريمة ممّن له وارث نسبي. وهذا البحث إنما يفرض بناءً على ما قرّناه واخترناه من عدم تقوّم عقد الجريمة في مفهومه وحقيقته بالإرث، والآ فعلى المبنى الآخر فلا مجال لهذا البحث. وقد سمعت من الجواهر دعوى الإجماع على ذلك، بل وعلى اشتراط صحة عقد ضمان الجريمة بعدم المولى المعتق؛ واستدلّ عليه بقوله:

بل النصوص دالة عليه أيضاً؛ ضرورة ظهورها أو صراحتها في تأخّر هذه المرتبة من الإرث عن الإرث بالنسب وولاء العتق؛ فإن ضمن حينئذٍ ذا الوارث وله مولى كان ضمانه باطلاً وإن فقدّه بعد ذلك. أمّا لو ضمنه مجرداً - كما لو لم يكن للمضمون ولد مثلاً حال الضمان ثمّ ولد له بعد ذلك - ففي بطلان العقد أو بقاءه مراعى، وجهان: من استصحاب صحته، ومن دعوى ظهور الدليل في شرطية عدم الوارث ابتداءً واستدامةً... إلى أن قال: إلّا أنّ الإنصاف عدم خلوّ الأوّل من قوّة^(١) أقول: ما استدللّ به على دعوى الاشتراط كما ترى؛ فإنّ المدعى اشتراط صحة عقد الجريمة بعدم الوارث النسبي والمعتق للمضمون؛ والدليل إنّما يقتضي عدم إرث الضامن مع وجود وارث نسبي للمضمون؛ ولا منافاة بين صحة عقد الجريمة وبين عدم الإرث مع وجود وارث نسبي للمضمون بعد عدم كون الإرث من مقومات عقد الجريمة عرفاً كما سمعت واعترف به صاحب الجواهر حيث ذكر أنّ الإرث من الأحكام المترتبة على عقد الجريمة.

(١) الجواهر ٣٩: ٢٥٩، الفرائض.

دلالة النصّ على اشتراط عقد ضمان الجريمة بإمكان إرث الضامن من المضمون له

والذي يناسب الاستدلال على المدعى هو دعوى: دلالة النصّ على اشتراط عقد ضمان الجريمة بإمكان إرث الضامن من المضمون والذي لا يمكن حيث كان للمضمون نسيب، وإلاّ فمجرد عدم الإرث لا ينافي صحة عقد الجريمة مع وجود وارث: سبي المضمون.

ولولا ذيل كلامه الذي هو كالصريح في بطلان عقد الجريمة مع وجود وارث نسبي للمضمون لأمكن حمل صدر كلامه على التفكيك بين مشروعية ضمانه لجريمة وبين تحقق الإرث مع فرض وجود وارث نسبي للمضمون؛ وهذا لا ينافي بتحقيق أصل ضمان الجريمة مجرداً عن إرث الضامن؛ ولكن ذيل كلامه يأبى هذا الحمل، فلاحظ.

أدلة اشتراط عقد ضمان الجريمة بالإرث

وكيف كان فما يكن أن يستدلّ به لدعوى الاشتراط المتقدم أمران:

الأول: دعوى الإجماع كما سمعته من الجواهر:

ولكن لا يمكن الاعتماد على هذا الإجماع لم تتم الاتفاق لاحتتمال استنادهم إلى النصوص التي يأتي تقريب الاستدلال بها.

الثاني: النصوص المصرّحة بإرث الضامن من المضمون كضمانه لجريسته؛ فقد جعل الإرث عدلاً لعقل الجنائية وضمانه فكأنّهما متلازمان ينتفي كلّ منهما بانتفاء الآخر، فإذا لم يصحّ الإرث في مورد لم يصحّ الضمان هناك. وقد سمعت بعض هذا الروايات، وإليك بعض النماذج:

ففي الصحيح: «إن ضمن عقله وجنانيته ورثه وكان مولاه»^(١).

(١) الوسائل ١٧: ٥٤٦، الفرائض، الباب ١ من الجريمة، الحديث ٥.

وفي صحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا ولي الرجل الرجل فله ميراثه وعليه مغلته»^(١).

حكم ضمان الجريمة بدون ميراث

ولكن التحقيق أنّ النصوص في المقام على طائفتين:
أحدهما: ما تضمنت جواز ضمان الضامن للجريمة بعقدها وقد دلت على صحته مطابقة كما تضمنت إرث الضامن من المضمون. وقد تعرضت لكل من الحكمين مستقلاً عن الآخر؛ كصحيح هشام المتقدم وغيره.
وفي صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله: «فإذا ضمن جريرته وعقد كان مولاه وورثه»^(٢).

ثانيتهما: ما تضمنت الحكم بالميراث عند تحقق ضمان الجريمة؛ وتدل بالالتزام على صحة عقد الجريمة؛ لكون الميراث مترتباً على نفوذ عقد الجريمة، كما في صحيح أبي بصير المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام قال:
«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن نكل بمملوكه أنه حر لا سبيل عليه، سائبة، يذهب فيتولّى من أحب؛ فإذا ضمن جريرته فهو يرثه»^(٣).
إلّا أن يقال: إنّ قوله عليه السلام: «يذهب فيتولّى من أحب» دالّ بالمطابقة على صحة عقد الجريمة؛ فتعود كالطائفة الاولى.
فلو سلم قصور الثانية عن الدلالة على صحة عقد الجريمة في مورد عدم الحكم بالإرث - لاشتمال المضمون على الوارث النسبي - فلا قصور في الطائفة الاولى؛ وذلك لدلالاتها على أمرين:

(١) نفس المصدر: الحديث ٤.

(٢) الوسائل ١٧: ٥٤٥، الفرائض، الباب ١ من الجريمة، الحديث.

(٣) نفس المصدر: الحديث ٦.

أحدهما: أنَّ عقد الجريمة نافذ.

وثانيهما: أنَّ عقد الجريمة يؤثر شرعاً في الميراث.

فإذا خصَّ الأمر الثاني بدليل منفصل بما إذا لم يكن للمضمون وارث فلا ملزم لتخصيص الأمر الأوَّل بذلك، بعد كون كلِّ من الحكمين مفهوماً من جملة مستقلة؛ لا بالملازمة ليكون سقوط الجملة عن الحجية في مدلولها المطابق منشأً لسقوط مدلولها 'الالتزامي'. فهو نظير قول القائل: من اغتسل بماء الورد صحَّ غسله وأجزأه عن الوضوء. فإذا دلَّ دليل على عدم إجزاء الغسل المستحبَّ بماء الورد عن الوضوء لا يلزم منه عدم صحَّة الغسل المستحبَّ بماء الورد، فلاحظ.

وكأنَّ هذه النصوص هي التي أشار إليها صاحب الجواهر؛ وقد عرفت قصورها عن الدلالة على المدَّعى.

فيتحصَّل مآقذه: عدم منافية هذه النصوص -المخصصة فيما تضمَّنت من إرث ضامن الجريمة من المضمون- لصحَّة عقد الجريمة في فرض عدم إرث الضامن من جهة وجود وارث نسبي للمضمون؛ بل إنَّها تدلُّ بإطلاق صحَّة ولاء الجريمة على عدم إناطة الصحَّة بإرث الضامن كما اتَّضح.

فإن قلت: هذه النصوص دلَّت على ترتُّب الإرث في كلِّ مورد حكم فيها بولاء الجريمة ونفوذه؛ وعكس القضية هو عدم الحكم بالولاء في مورد عدم الحكم بالميراث.

قلت: العبرة في عكس القضية بالدلالة الاستعمالية والظهور لا بالحكم الواقعي؛ والمفروض أنَّ ظهور القضية هو صحَّة كلِّ عقد ولاء للجريمة وأنَّ المتولِّي وارث دائماً؛ ونقيض الثاني أنَّ من لا يكون وارثاً لا ولاء له: لأنَّ كلَّ متولٍّ وارث؛ لا أنَّ غير الوارث هو الأعمُّ من غير المتولِّي وممَّن لم يصحَّ ولاؤه. والمفروض دلالة النصِّ على أنَّ المتولِّي لا يرث إذا كان للمضمون مناسب.

فالموضوع في القضية هو عقد الجريمة لا العقد الملازم للإرث، وقد حكم على الموضوع بحكمين مستقلّين: أحدهما: الصّحة، والآخر: إرث الضامن، فإذا خصّ أحدهما لم يلزم منه تخصيص الآخر. نعم، إذا كان الموضوع هو الولاء المستلزم للإرث كان تخصيص الإرث تخصيصاً للصّحة لا محالة، بل لإطلاق في الصّحة في موارد عدم الإرث.

ولكن كلّ هذا مبنيّ على عدم كون إنشاء الميراث مقوماً لعقد الجريمة ولو في فرض النصّ - باعتبار لفظ الولاء المحتمل لإرادة الإرث - وإلاّ فلا إطلاق في النصوص لانعقاد ضمان الجريمة بالنسبة إلى فرض عدم إرث الضامن؛ لوجود وارث نسبي للمضمون - كما تقدّم -؛ فإنّ إنشاء إرث الضامن مع وجود وارث نسبي للمضمون غير نافذ شرعاً حسب الأدلّة الخاصّة، فكذا ضمان الجريمة المنشأ معه.

وأما الاستدلال لصّحة الجريمة حينئذٍ بعمومات العقود؛ فلو تمّ لم يكن مفيداً فيما نحن بصدده من تصحيح عقد التأمين بأدلّة خاصّة وتطبيق عنوان عقد الجريمة عليه؛ فإنّه لو أمكن تصحيح عقد الجريمة بعمومات العقود أمكن تصحيح عقد التأمين بتلك العمومات؛ ولم يكن حاجة في تطبيق العمومات على التأمين إلى تطبيقها على عقد الجريمة أولاً ثمّ تطبيق الجريمة على التأمين. ولو كان في عقد التأمين محذور لم يمكن في توسط عقد الجريمة لتطبيق العمومات العامّة دفع للمحذور.

ضمان الجريمة العامدة والخاطئة

الجهة الثالثة: هل المضمون بعقد ضمان الجريمة هو خصوص الجنايات الخاطئة أو خصوص الجنايات العمدية أو يعمّها جميعاً.

البحث عن جلّ الجهات التي تأتي بعد هذا الغرض تطبيق عقد الجريمة على عقد التأمين إنما هو مبنى على مسلك مثل صاحب الجواهر الذي يرى انعقاد الجريمة بدون إنشاء إرث الضامن ضمن العقد؛ وإلاّ فلو قلنا بكون إنشاء إرث ضامن الجريمة مقوّماً لعقده لم يكن عقد التأمين نوعاً قابلاً للانطباق على عقد الجريمة؛ لصدوره عادةً ممّن له وارث قريب أو بعيد.

نعم، اختار في الجواهر وفقاً للمعروف اشتراط صحّة عقد الجريمة شرعاً بعدم الوارث للمضمون وإن يكن هذا الشرط مقوّماً لمفهوم الجريمة عرفاً حسب إنشائها؛ فلو تمّ هذا المقال أيضاً لم يقبل عقد التأمين للانطباق على عقد الجريمة عادةً كذلك. ولكن ذكرنا أنّ هذه الشرطيّة بناءً على عدم دخلها في حقيقة عقد الجريمة لا دليل عليها، فراجع.

ضابط انطباق عقد الجريمة على التأمين

فقد تحصّل: أنّ تطبيق عقد الجريمة على عقد التأمين لتصحيحه يتوقّف على مجموع أمرين ولا يتمّ بدون أحدهما:

الأوّل: عدم كون إرث ضامن الجريمة داخلاً في مفهوم العقد وإنشائه وحقيقته كدخل الثمن في حقيقة البيع؛ وإلاّ فعامّة عقود التأمين لا يمكن تصحيحها؛ لكون أقارب المضمون ورثته شرعاً؛ وليس للمضمون أن يجعل ميراثه لغير قريبه؛ لكون الإرث حكماً شرعياً لا يقبل التحويل عمّن جعله الله له.

الثاني: عدم اشتراط صحّة عقد الجريمة بعدم الوارث للمضمون وإن كان هو المعروف، فلو كان هذا شرطاً شرعياً لم يمكن تطبيق عقد الجريمة الصحيح على عقد التأمين المتعارف؛ لكون المضمون في عقد التأمين عادةً له أقارب ورثة.

وحيث إنّ صاحب الجواهر، بل المعروف يرون اشتراط صحّة عقد الجريمة

بعدم الوارث للمضمون - لا مجرد اشتراط إرث ضامن الجريمة بعدم الوارث للمضمون - فلا يمكن تصحيح عقد التأمين على أساس عقد الجريمة.

بل يمكن نسبة بطلان عقد التأمين إلى صاحب الجواهر والمشهور بعدما أشرنا إليه سابقاً من كون انطباق العناوين على العقود قهرياً لا قصدياً؛ وحيث كان انطباق عقد الجريمة على عقد التأمين غير متوقف على إرادة، كان بطلان الجريمة لفقد شرطها مستتبعاً لبطلان عقد التأمين؛ فإنّ شرائط عقد الجريمة تكون شرائط لعقد التأمين لا محالة بعد أن كان هذا العقد مصداقاً لعقد الجريمة.

ثم لنرجع إلى ما عنواناه في هذه الجهة من كون المضمون في عقد الجريمة هو الجناية العمدية أو غيرها فنقول: أمّا الجناية العمدية فهي على قسمين:

أحدهما: ما يوجب الدية مثل كسر العظام على المشهور من عدم ثبوت القصاص في كسر العظام، وتعيّن الدية في ذلك.

ثانيهما: ما يوجب القصاص؛ بناءً على كون ثبوت الدية في موارد صلحاً، وإلاّ فالأصل هو القصاص؛ ولذا لا تتقدّر الدية بمقدار خاص، بل يجوز التصالح على الأضعاف كما هو المعروف. خلافاً لاحتمال تخيير المجني عليه بين القصاص والدية، كما في القتل العمدى على ما لم نستبعده في محلّه وأتصور أنّه ذهب إليه ابن إدريس أيضاً.

كما أنّ الجناية الخطأية على قسمين:

أحدهما: ما تكون دينها على العاقلة وهي الخطأ المحض. والثاني: ما تكون دينته على الجاني وهي شبه العمد.

وضابط ما يتحمّله ضامن الجريمة هو الجناية الموجبة للدية بنفسها؛ لا ما يوجب الدية بعقد من صلح أو غيره؛ حيث إنّ ظاهر النصّ هو كون الضامن عاقلاً ومتحملاً لما تكون الجناية علّة لغرامته لولا عقد الجريمة.

كما أن مقتضى إطلاقها تحمل كل ما يضمنه الجاني وإن وجب على غيره أدائه كالجنائيات الخاطئة محضاً، بناءً على اشتغال ذمة الجاني بغرامتها وإن وجب على العاقلة أداء ما عليه، فالعاقلة تؤدّي دين الجاني وتكون ذمة الجاني على تقدير اشتغالها بالدية من قبيل ضمّ ذمة إلى ذمة؛ ولا بأس باشتغال ذمة شخصين بمال واحد، كما في الضمان العرفي للديون وكما في ضمان الأيدي المتعددة لعين واحدة؛ وإن اختلف عمّا نحن فيه بكون الذمة مشغولة بضمان العين لا الدين والكلّي خصوصاً في فرض بقاء العين. وهذا ليس فارقاً فيما هو مناط الإشكال.

دلالة نصوص ضمان الجريمة على صحة تحمّل الضامن العمد والخطأ

والذي يدلّ على ما ذكرناه من صحّة تحمّل ضامن الجريمة لكلّ ما تشتغل به ذمة المضمون من عمد أو خطأ هو إطلاق النصوص، بل قد يكون مقتضاها عدم انعقاد الجريمة إلاّ بتحمّل تمام ما عليه، فلا يصحّ لو ضمن بعضها:

١- ففي موثّق معاوية بن عمّار بالحسن بن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «من أعتق سائبة فليتوال من شاء، وعلى من والى جريرته وله ميراثه» الحديث. (١)

٢- ونحوه معتبرة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: «فإن والى أحداً فميراثه له وجريرته عليه». الحديث. (٢)

٣- وأوضح منهما صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فيمن أعتق عبداً سائبة أنّه لا ولاء لمواليه عليه؛ فإن شاء توالى إلى رجل من المسلمين فليشهد أنّه يضمن جريرته، وكلّ حدث يلزمه، فإذا فعل ذلك

(١) الوسائل ١٧: ٥٤٩، الباب ٣ من ضمان الجريمة، الحديث ٩.

(٢) نفس المصدر: الحديث ١٠.

فهو يرثه، وإن لم يفعل ذلك كان ميراثه يردّ على إمام المسلمين»^(١).
ونحو هذه الروايات وغيرها.

شمول ضمان الجريمة لغير الديات من وجوه الضمان

الجهة الرابعة: هل المضمون بعقد ضمان الجريمة هو الجنايات الموجبة للدية أو يعمّ الجناية على الأموال الموجبة للتدارك بالمثل أو القيم، الظاهر هو الثاني؛ لا لعمومات أدلة العقود والمعاملات؛ فإنّها لو تمّت لا تفيد فيما نحن بصده من تطبيق عقد الجريمة على عقد التأمين، حيث إنّ العمومات لو أمكن التمسك بها لم يكن - كما سبق - حاجة في تطبيقها على عقد التأمين إلى توسط تطبيقها على عقد الجريمة؛ نعم بناءً على عدم جواز التمسك بالعمومات لتصحيح العقود الحديثة وانصرافها إلى العقود السابقة والمعهودة ربما كان انطباق عنوان عقد الجريمة على عقد التأمين مفيداً لمن يريد التمسك بالعمومات أيضاً؛ ولكنّا لا نقول بالمبنى كما تكرر ممّا ومن غيرنا.

وكيف كان بل الذي يمكن الاستدلال به للمدعى هو أمور:
الأول: إطلاق عنوان الجريمة المذكور في النصوص الخاصة؛ فإنّها بمعنى الجناية، وهي تعمّ إتلاف الأموال كشمولها للجنح على الأبدان.
الثاني: عموم صحيح عبد الله بن سنان المتقدّم: «فليشهد أنّه يضمن جريرته وكلّ حدث يلزمه» الحديث.

فلو فرض احتمال اختصاص عنوان (الجريمة) فلا قصور في عنوان (كلّ حدث).

الثالث: ما تضمّن كون جناية من لا وارث له على بيت مال المسلمين أو على

الإمام فيكون ميراثه لبيت المال كما في رواية سليمان بن خالد^(١)؛ بضميمة ما دلّ على أنّ الذي يضمن جرائم المسلمين هو الإمام وأنه وارثهم حيث لا وارث لهم كما في رواية عبد الله بن سنان^(٢). وما دلّ على أنّ الإمام إنّما يرث حيث لا يكون هناك والي الجريمة وضامنها كما في صحيح معاوية^(٣).

فإنّ عنوان (الجناية) شامل لمثل إتلاف الأموال

الجهة الخامسة: هل المضمون بعقد ضمان الجريمة هو الجنايات المضمونة على الجاني على نحو ضمّ ذمّة إلى ذمّة، فتكون الجناية مضمونة على الشخصين بحيث يجوز مطالبة أيّهما لا مطالبة كليهما معاً، فلو دفع أحدهما سقط الدين، فيكون شأن عقد الجريمة شأن عقد الضمان بناءً على مذهب أهل السنّة؟ أو أنّها مضمونة على نحو نقل الدين من ذمّة إلى أخرى، فليس للمجني عليه إلاّ مطالبة الضامن كما في عقد الضمان بناءً على مذهب الإماميّة؟ وهذا بحث يجري نظيره في مسألة ضمان العاقلة بالنسبة إلى الجنايات الخطائيّة وكذا بالنسبة إلى المولى المعتق والضامن لجريمة عبده المعتق وبالنسبة إلى الإمام الضامن لجريمة من لا وارث له.

الذي تقتضيه القاعدة كون الدين باقياً في ذمّة المضمون عنه والجاني وعدم براءته بمجرد الضمان عنه؛ وليس مرادنا بالقاعدة أصل الاستصحاب بتقرير أنّ الجناية لو صدرت قبل عقد الجريمة كانت على الجاني فكذا بعده، فإنّه من الاستصحاب التعليقي المختلف في اعتباره؛ بل المقصود من القاعدة إطلاقات أدلّة الضمان القاضية بكون ضمان الجناية على الجاني نصّاً أو إطلافاً.

نعم، ما ورد في عقد الضمان المصطلح عند الشيعة من سقوط الدّين عن المضمون

(١) الوسائل ١٧: ٥٥٢، الباب ٤ من ضمان الجريمة، الحديث ٥.

(٢) نفس المصدر: الباب ٣، الحديث ٧.

(٣) نفس المصدر: الحديث ٩.

بمجرد الضمان فهو حكم على القاعدة أيضاً؛ حيث إنّ المنشأ هناك هو ذلك، والمفروض رضى وليّ الدين وهو المضمون له؛ ولذا يعتبر رضاه ولا يكفي مجرد رضا الضامن؛ ومقتضى نفوذ العقد إمضاؤه على طبق القصد؛ وأمّا في مثل ما نحن فيه من ضمان الجريمة حيث لم يفرض رضا وليّ الجناية فلا موجب لانتقال بدل الجناية إلى غير الجاني بمجرد إنشاء الجاني لذلك، فهو من قبيل انتقال الدين في عقد الضمان المصطلح بمجرد رضا المدين والضامن.

وليس في نصوص الباب ما ينافي القاعدة؛ فإنّها تضمّنت أنّ والي الجريمة ضامن وأنّ الجريمة عليه كما في صحيح سليمان بن خالد: «وعلى من تولّاه جريته وله ميراثه»^(١)، ونحوه غيره، وهذا لا ينافي كون المضمون عنه أيضاً ضامناً.

ولا منافاة بين ثبوت ضمان دين واحد وبين كونه على شخصين، فقد سبق أن نظرناه بضمان الأيادي المتعاقبة لعين واحدة، فإنّ وحدة المضمون لا ينافي تعدّد الضامن؛ ولذا ذهب أهل السنّة في عقد الضمان المصطلح إلى كونه مقتضياً لضمّ ذمّة إلى أخرى؛ ولم يكن المأخوذ عليهم عدم إمكانه، وإنّما تلتزم الشيعة بخلافهم للدليل والنص؛ أو لكون المنشأ بعقد الضمان هو ذلك؛ وإلّا فلا محذور عقلي فيما التزموه؛ ولذا ذهب السيّد اليزدي في العروة - على ما ببالي ولعله ذهب إليه غيره أيضاً - إلى جواز إنشاء عقد الضمان بنحو ضمّ ذمّة إلى ذمّة. ولم يشكل عليه إلّا بعدم الدليل على المشروعيّة وإن تمسك هو عليه السلام بالعمومات.

ونظيره ضمان الأعيان المضمونة في مسألة تعاقب الأيدي وبالجمله: لا مانع من ضمان متعدّد لواحد، كما لا محذور في ضمان الواحد للمتعدّد.

ومما ذكرنا من حكم القاعدة ظهر الكلام في باب ضمان العاقلة وغيرها وأنّ مقتضى القاعدة عدم سقوط الجناية والدين عن الجاني وإن وجب على العاقلة

وغيرها أدائه، فهم يؤدّون عن الجاني لا عن أنفسهم. وثبوت الدين في ذمتهم بعنوان دين الجاني. ويلزمه ظاهراً براءة الضامن لو أبرىء المضمون عنه، وكذا لو باشر أدائه بعنوان دينه، وإلاّ فيجوز أداء دين الغير بلا كلام ولا خصوصية في المقام.

اشتراط ضمان الجريرة بوحدة الضامن والمضمون

الجهة السادسة: قال في الجواهر: هل يعتبر اتحاد الضامن والمضمون؟ وجهان؛ أقواهما عدم؛ لإطلاق الأدلة؛ فيجوز ضمان الواحد للأكثر بعقد واحد وبالعكس فيشتركون حينئذٍ في عقله وميراثه^(١).

عمدة البحث في هذه المسألة إنّما هو في اشتراط اتحاد الضامن، وأمّا وحدة المضمون عنه فالظاهر أنّه لا موهم لاشتراطها بعد إطلاق الأدلة. وإنّما الذي قد يحتاج إلى البحث هو اشتراط وحدة الضامن حيث يتساءل عن أنّ الدين الواحد هل يمكن ضمان المتعدّد له؟ وهل أنّه بنحو الضمان في عرض واحد أو ضمان بعضهم في طول بعض؟ وهل أنّ ضمان المتعدّد بنحو الاستقلال أو بنحو الاشتراك؟، وهذه أبحاث تستدعي التعرّض والتحقيق.

والكلام في هذا المجال تارةً بحسب الثبوت والتصور وأنّه هل يعقل ضمان المتعدّد لدين واحد؟ وعلى تقديره هل يكون ضمان المتعدّد بعضهم في عرض بعض أو في طول غيره من الضمّناء بحيث يجب عليه الأداء على تقدير امتناع صاحبه؟ وعلى التقدير الأوّل فيكون كلّ ضامن ضامناً لكلّ ما ضمن أو يتقسّط عليه المبلغ حسب تعدّد الضامن فإن كان شريكه في الضمان واحداً ضمن النصف وإن كان اثنين ضمن الثلث وهكذا؟

وتارةً أخرى بحسب الإثبات وأن مقتضى أدلة صحة الجريمة وضمنان ضامنهما هو ماذا؟

أما الكلام في المقام الأول: فلا ينبغي الربيب في تعقل ضمان الدين الواحد على أشخاص عدّة فضلاً عن شخصين كما سبق؛ وسبق تنظيره بضمان العين الواحدة على المتعدّد كما في مسألة تعاقب الأيدي.

وعليه فلا بأس بضمان المتعدّد في عرض واحد أو بعضهم في طول بعض بحسب التصرّور والإمكان؛ كما أنّه على الأول يعقل ضمان كلّ لكلّ الدين وضمّانه لبعضه وإن كان على الثاني يخرج عن موضوع البحث من ضمان المتعدّد لدين واحد فإنّه من ضمان ديون عدّة على المتعدّد بعد انحلال الدين.

وأما المقام الثاني: فتصحيح الضمان تارةً بالعمومات العامّة من قبيل الأمر بالوفاء بالعقود، وأخرى باعتبار الأدلة الخاصّة في ضمان الجريمة.

أما الوجه الأول: فالظاهر أنّه لا قصور في العمومات في نفسها عن شمول ضمان المتعدّد لجريمة شخص واحد؛ حيث إنّه يصدق في المورد، العقد والعهد؛ وبذلك يختلف الضمان هذا عن مسألة الضمان المصطلح - أعني ضمان الدين - إذا أنشأء بنحو ضمّ ذمّة إلى ذمّة؛ حيث إنّ منع غير واحد من جوازه؛ لا لعدم تصوّره؛ بل الوجه فيه قصور الأدلة الخاصّة والعامّة عن تصحيحه؛ أمّا الأدلة الخاصّة فلاّنها تضمّنت تصحيح الضمان بنحو نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة الضامن، وأمّا الأدلة العامّة، فقد ذكر سيّدنا الأستاذ أنّه لا ريب في عدم كون الضمان تجارةً ولا أنّه يصدق عليه العقد في المقام؛ والسّر في ذلك أنّ العقد عبارة عن ربط التزام بالتزام؛ ولا التزام في الفرض إلّا من طرف واحد فهو كالالتزامات الابتدائية والوعد الذي لا يجب الوفاء به؛ وقد أسمعناك سابقاً أنّ العقد متقومٌ بالتزام المستتبع لتعلّقه بكلّ من الطرفين أو بما يستتبع التبعة وإن لم يلتزم بها؛ لا بمجرد إنشاء الإيجاب

والقبول، فإنَّ كلَّ إيجاب وقبول لا يعدُّ عقداً وإن كان كلَّ عقد متقوماً بالإيجاب والقبول، فلاحظ.

وأما في ضمان الجريرة فحيث إنَّ ضمان الجريرة يستتبع تبعة على كلِّ من الطرفين فيكون عقداً؛ وتبعة الضمان على الضامن واضحة، وتبعته على المضمون هو الإرث. إما لكون الإرث داخلاً في ماهية العقد أو لكونه من آثاره وتبعاته كخيار المجلس والحيوان.

ولكنَّ هذا مبتني على كفاية ثبوت تبعة على كلِّ من طرفي العقد على تقدير الانعقاد وإن لم يُنشأ في ضمن العقد؛ والمسألة بحاجة إلى مزيد تأمل. ولا فرق على تقدير شمول أدلة العقود بين كون المنشأ ضمان الدين عرضاً أو في طول نكول الغير، كما لا فرق بين كون المضمون تمام الدين أو شطر منه حسب تعدد الضامن.

وإنما قلنا إنه لا قصور في العمومات في نفسها، لأنَّه قد يشكل ذلك بملاحظة مخصَّص العموم من قبيل اشتراط التنجيز في العقد أو غير ذلك كالغفر. وأما الوجه الثاني أعني الأدلة الخاصة في ضمان الجريرة فقد سمعت من الجواهر إطلاقها للضمان المتعدّد لشخص واحد، ورُتّب على ذلك اشتراكهم في عقله وميراثه. أمّا الإطلاق فالظاهر أنَّ الأمر كما ذكره رحمته، ومن جملة المطلقات صحيح ابن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في سائبة قال: «يتولّى من شاء، وعلى من تولّاه جريرتَه وله ميراثه»؛ الحديث. ^(١)

وهذا مطلق شامل لما إذا تولّاه متعدّد.

ونحوه غير واحد من النصوص.

وأما ما ذكره من الاشتراك في العقل والميراث - وظاهره الشركة بالحصص - فهذا ممّا لا يساعد عليه ظواهر النصوص؛ أمّا بالنسبة إلى الشركة في الجريمة فلا موجب لها بعد اقتضاء ظاهر الأدلة ضمان كلّ الجريمة على الضامن، فيجوز الرجوع عليه بكلّ الجريمة؛ ولا ينافيه جواز الرجوع بكلّها على غيره أيضاً كما قدّمناه.

وأما الميراث فلمّا لم يعقل كون كلّ الميراث لكلّ من الضمّاء ولم يكن مرجّح لبعضهم فقد يقال بالشركة فيه؛ مع أنّه مقتضى قاعدة العدل.

ولكنّ ظواهر النصوص لا تساعد على ذلك؛ فهل ترى إذا قيل هذه الدار لزيد، ثمّ قبل بأنّها لعمرو، يكون المفهوم منه أنّها لهما بالشركة؟! كلاً بل يعدّ الإقرار الثاني أو دعواه رجوعاً عن الأوّل؛ وعدم المرجّح لبعض الضمّاء لا يقتضي الحكم بالشركة كما لا يقتضيها عدم المرجّح لبعض المقرّ لهم. ولا أنّه يجعلها جمعاً عرفياً.

وأما قاعدة العدل فلو تمّت فهو حكم ظاهريّ في مقام الإثبات في الشبهات الموضوعيّة لا موارد الشبهة الحكميّة؛ والشبهة فيما نحن فيه ليس في الموضوع. وقد يقال: إنّ مقتضى القاعدة كون الإرث للضامن الأوّل لشمول الإطلاق له فرضاً وعدم المانع من فعليّته حيث لا ضامن آخر فعلاً؛ بخلاف الضامن الثاني؛ فإنّ الإطلاق وإن شمله ولكن لا يعقل فعليّة ملكه؛ فإنّه لا يعقل ملك مال الغير بدون زوال ملك الأوّل ومقتضى إطلاق إرث الضامن بقاء ملكه كالحادث.

ومن هنا يعلم أنّه لا يكون إطلاق الحكم بالميراث للثاني معقولاً بعد الحكم به للأوّل فتأمل.

ويشكل بأنّ عدم تعقّل ملك الثاني بعد ملك الأوّل مسلّم ولكن ملك الأوّل غير معلوم لمعارضة الحكم بذلك لإطلاق النصّ القاضي بكون الإرث لمطلق الضامن المنطبق على غير الأوّل وحيث لا يعقل اجتماع الملكين للميراث يستحكم التعارض.

هذا مجمل القول في عقد ضمان الجريرة. والذي تحصل فيه: أنَّ المتيقن من انعقاد الجريرة هو ضمان الضامن لكلِّ جرائر المضمون بضميمة تعهّد المضمون بكون ميراثه لزامنه، لا مجرداً عن اشتراط الميراث وإن ذهب إليه صاحب الجواهر، ولعلّه ذهب إليه غيره أيضاً.

والمعروف المدعى عليه الإجماع اشتراط صحّة الجريرة بخلو المضمون عن الوارث؛ ونحن وإن أشكلنا عليه كما سبق إلّا أنه على هذا الأساس يعلم عدم إمكان تطبيق عقد التأمين على عقد الجريرة بعد فرض كون الميراث غير مأخوذ في عقد التأمين، بل ولا يمكن أخذه أيضاً عادةً لاشتغال المؤمن له عادةً على الوارث القريب الذي معه لا يجوز جعل الميراث لغيره.

نعم، يمكن الاستئناس من عقد الجريرة لصحّة عقد التأمين حيث إنّ من جملته ضمان جريرة الغير بإزاء مبلغ حالّ أو مؤجل مكان ضمانه بإزاء الميراث. وأمّا بقية أقسام التأمين كتأمين الخسارات التي لا ضامن لها كالبلايا السماوية وغيرها فهي أجنبية عن عقد الجريرة جزماً، ولا بدّ من التماس دليل آخر لتصحيحها قطعاً.

تصوير التأمين على أساس عقد الضمان

ومن جملة العناوين التي ربما يوفق بينه وبين عقد التأمين هو عقد الضمان العامّ المصطلح والقسيم للحوالة وغيرها من العقود؛ وتقريب التطبيق في ذلك هو أنَّ المؤمن يضمن الدين الثابت على المضمون بسبب الجناية المتأخّرة عن عقد الضمان؛ كما يجوز ضمان الدين المتحقّق سابقاً على عقد الضمان؛ كما هو المتعارف في الضمان المصطلح. ونتيجة صحّة الضمان على مذهب الإماميّة انتقال الدّين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن.

محذورات تطبيق عقد الضمان على التأمين

هذا، ولكن محذور تطبيق عقد الضمان الاصطلاحي على عقد التأمين أمور:
 الأمر الأول: أن الضمان مشروط بقبول المضمون له والمالك للدين؛ ولا يجوز الضمان بدون إذنه ورضاه؛ لأن الدين ملكه ومحله ذمة المديون فنقله إلى ذمة أخرى بدون رضا مالكة تصرف في سلطان المالك ولا يجوز.
 نعم، إنما يجوز أداء دين الغير وإن لم يرض الدائن بذلك، وأمّا تحويل الدين بدون الأداء فلا.

وحيث إن المضمون له في التأمين هو غير ملحوظ أصلاً، بل لا تعين له حين العقد فيحتل الركن المقوم لعقد الضمان وهو قبول ولي الدين؛ وعلى أساسه لا ينطبق الضمان المصطلح على عقد التأمين.

الأمر الثاني: أن الضمان عندهم مشروط بتحقق الدين حينه، وإلا كان من ضمان ما لم يجب الذي لا يصح عندهم؛ وعمدة المحذور في مسألة ضمان ما لم يجب هو استلزمه للتعليق على أمر متأخر عن العقد، وقد ادعى على بطلانه الإجماع.
 الأمر الثالث: أن مثل هذا الضمان غرري لجهالة مقدار الدين المضمون حيث لا تعين له قبل الجناية بل جهالة أصل تحققه.

الأمر الرابع: أن جملة من أقسام التأمين لا ترجع إلى ضمان دين، بل هي راجعة إلى تحمّل مبالغ على فروض وتقادير كضمان النفقة حال المرض أو الكبير أو نحوهما، فلا دين حالاً ولا مؤجلاً ليصح تحمّله فعلاً أو معلقاً؛ فلو صحّ تطبيق الضمان المصطلح على بعض أقسام التأمين لم يصحّ تطبيقه على بعض آخر.

الأمر الخامس: أن الضمان المصطلح عندنا يستتبع نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بخلاف التأمين فإنه ضمّ ذمة المؤمن أو عهده إلى ذمة المؤمن له.

دفع محاذير تصوير عقد التأمين على أساس عقد الضمان:

ولكن يمكن تصوير عقد التأمين وتصحيحه على أساس عقد الضمان المصطلح ودفع المحذور الأول من المحاذير المتقدمة، بناءً على أنَّ القبول في الضمان ليس اعتباره على حدِّ اعتباره في سائر العقود، بل يكفي مجرد رضاه غير مشروط بشرائط القبول من تأخره عن الإيجاب وموالاته له وغير ذلك؛ وذلك لإطلاق المعبر «إذا رضي الغرماء فقد برئت ذمة الميت»^(١) وتقرير ذلك هو: أنَّ المؤمن يعتبر مكان الضامن مُنشئاً لتحمل الخسارة والغرامة وإن كان خطابه للمؤمن له الذي هو بمنزلة المضمون عنه، ثم إذا رضي ولي الدين الذي هو بمنزلة المضمون له أن يطالب المؤمن - وإن جاز له مطالبة المؤمن له أيضاً لكونه المباشر للجناية وهو المديون ابتداءً - تحقق بذلك أركان الضمان المصطلح؛ إذ ليس الضمان إلا تكفل أحد بدين الغير ورضى مالك الدين بتلك الكفالة؛ والمفروض حصول كلا الأمرين أحدهما ضمن عقد التأمين وبشطرٍ منه؛ والآخر بعد التأمين عند فعلية الدين بسبب تحقق الخسارة وسبب اشتغال الذمة.

ثم إنَّ رضا ولي الدين بالرجوع على الضامن يتصور على نحوين:
الأول: أن يكون جرياً على مقتضى عقد التأمين لإنشاء لقبول الضمان، فمثل هذا الرضا لا يحقق الضمان المصطلح المركب من إيجاب الضمان وقبوله.
الثاني: أن يكون الرضا إنشاءً لقبول الضمان، بل ورضا بانحصار الدين في ذمة الضامن وسقوط حق المطالبة عن الجاني والمضمون عنه، بناءً على أنَّ مفهوم الضمان حسب الإنشاء متقوم بنقل الدين إلى ذمة الضامن وإسقاطه عن المضمون عنه في قبالة إنشاء ضمِّ ذمة إلى أخرى؛ - ويقابل هذا المبنى، كون براءة ذمة المضمون عنه

(١) الوسائل ١٩: ٤٢٦ الباب ٩١ من أبواب الوصايا، الحديث ١.

حكماً تعبد يلاً أمراً منشأً؛ والمنشأ هو ضمان الضامن المجامع لكونه على نحو ضمّ ذمّة إلى أخرى أو نقل من ذمّة إلى أخرى، فالحكم بأحدهما تعبد نظير خيار المجلس والحيوان - وهذا النحو من الرضا هو الذي يحقّق الضمان المصطلح. ولكن المتعارف من التأمين هو تقوّم العقد بالمضمون عنه وهو المديون والضامن وهو المؤمن. وهذا أجنبي عن الضمان المصطلح؛ حيث إنّ الضمان متقوّم بالضمان والمضمون له، ولا دخل لرضا المضمون عنه في انعقاد الضمان، وإتماً تأثيره في رجوع الضامن عليه بعد الأداء وعدمه.

ثم إنّ مستحقّ الدين وهو المضمون له والذي لا يتقوّم التأمين به وبرضاه هو وليّ الدين ومالكه، فإذا فرض كون مفاد التأمين تحوّل ملكه وهو الدين من ذمّة المديون إلى ذمّة المؤمن كما هو مقتضى عقد الضمان كان التأمين على خلاف قاعدة سلطنة الناس على أموالهم؛ فإذا فرض انضمام رضا مالك الدين بالرجوع على المؤمن، فإن كان على وجه الرضا بأداء الدين فلا أثر له في العقد؛ لعدم كون مثل هذا الرضا مقوّماً للعقد بعد عدم استتباعه شيئاً على الراضي؛ ومعه فلا يعدّ قبولاً عقدياً؛ فإنّ أداء دين الغير لا ينوط برضا مالك الدين، فيكون وجود الرضا وعدمه سيّان. وإذا كان انضمام رضا مالك الدين على وجه اشتغال ذمّة المؤمن فإن كان على وجه اشتغال ذمّة المؤمن منضمّاً إلى ذمّة المؤمن له - كما هو المتعارف - فلا يعدّ هذا الرضا أيضاً قبولاً عقدياً كما سبق؛ مع أنّ دليل صحّته لو تمّ هو العمومات العامة؛ وقد سبق أنّ المهم في هذا المقام العناوين الخاصّة بحسب أدلّتها الخاصّة.

وإذا كان رضا مالك الدين على وجه نقل الدين إلى ذمّة المؤمن وانحصار الدين في ذمّته فهذا وإن كان قبولاً عقدياً - لاستتباعه عدم جواز رجوعه على مدينه الأوّل - ولكنّه خلاف ما أنشئه المتعاقدان في عقد التأمين عادةً من كون ضمان الدين بنحو ضمّ الذمّة إلى الأخرى، فيكون القبول فاقداً لشرط مطابقة القبول مع الإيجاب.

مناقشة لتصوير التأمين على أساس الضمان

ويمكن المؤاخذة على تصوير التأمين على أساس الضمان بل وغيره بأمور:
 الأول: أنّ هذا التصوير لو تمّ إنّما يصحّ بعض أقسام التأمين وهو التأمين على
 الغرامات التي لها ضامن لولا التأمين كالإتلاف الصادر من إنسان ونحوه؛ وقد
 ذكرنا أنّ للتأمين أقساماً هذا واحد منها. وهناك التأمين على الأعيان في قبـال
 الحوادث، غير المضمونة كالناشئة من السيل والمطر والزلازل وسائر الآفات؛
 والتأمين على الحياة لبذل النفقات حال الكبر أو المرض أو غيرهما؛ فإنّ أقصى ما
 ثبت بالتقرير المتقدّم هو تصحيح التأمين فيما كان هناك مضمون عنه مدين بالفعل
 حين عقد التأمين أو بعده. وعقد الضمان وإن كان متقوّمًا بالضامن والمضمون له دون
 المضمون عنه، ولكنّه متقوّم بالدين الثابت في عهدة المضمون عنه ولو متأخراً؛ وإنّما
 لا يعتبر رضاه في صحّة الضمان، وحيث لا دين فيما أشرنا إليه من بعض أقسام
 التأمين فلا موضوع للضمان المصطلح.

إلّا أن يُقال بعدم تقوّم الضمان بالدين، بل يصحّ تعلّقه بالعين؛ ومعناه كون العين في
 عهدة الضامن بحيث يكون تلفه من كيسه كما في ضمان الغاصب. فالعين تضمن كما
 يضمن الدين؛ وإن اختلفت نتيجة الضمان في المورد من حيث أنّه يستلزم ثبوت
 الدين في عهدة الضامن في الثاني على وجه النقل أو الضمّ ويستلزم ثبوت العين في
 العهدة ولازمه كون تلفه من كيس الضامن ويغرم بدلها.

ولا يشترط في عقد ضمان العين - فضلاً من مطلق ضمانها - وجود ضامن للعين
 لولا الضمان، ولذا قيل بصحّة الضمان في قول: ألقى متاعك في البحر وعليّ ضمانه.
 ولكنه لا يخلو من تأمل؛ فإنّ ضمان العين قد يكون في مورد احتمال كونها
 مضمونة كما في موارد احتمال كون المبيع مغصوباً غير مملوك للبائع وهذا منتف في
 مثل التأمين على الحياة لضمان النفقات وضمان الأمر بإلقاء المتاع في البحر ضمان

استيفاء لا يمكن تطبيقه على التأمين لرُجوع التعهّد بمال للغير إلى الوعد، فتأمل. إذن لم يمكن تصوير التأمين على الحياة باعتبار النفقات، على أساس الضمان المصطلح، مع ما ذكرناه من عدم كون الضمان في مسألة: (ألق متاعك في البحر) من الضمان المقصود في المقام؛ حيث إن الضمان هناك من ضمان الإلتلاف بالتسبب والأمر دون الضمان العقدي، مضافاً إلى أن مدرك صحّة ضمان الأعيان إنّما هو العمومات، وقد تكرر منا أننا في المقام بصدد تصحيح التأمين على أساس الأدلة الخاصة للمعاملات الخاصة، وإلا فلا يهّمنا توسط عناوين المعاملات الخاصة في شمول العمومات العامة لعقد التأمين.

إلا أن يقال: إن الدليل على صحّة ضمان الأعيان لا ينحصر في العمومات العامة، بل يمكن الاستدلال لجوازها بسيرة العقلاء وبنائهم على صحّة ضمان الأعيان كالديون، مطلقاً.

الأمر الثاني: ممّا يمكن المؤاخذه به على التصوير المتقدّم للتأمين بالضمان هو: أنّ الضامن حيث يؤدّي الدين يرجع على المضمون عنه بمقدار ما أدّى إذا كان الضمان بأمّره؛ ولو صالح على الدين بجزء منه وبأقلّ لم يكن له الرجوع إلا بمقدار ما صالح عليه؛ لا كلّ الدين المضمون؛ كما أنّه لو أبرأه المضمون له لم يرجع على المضمون عنه بشيء. وبالجملّة: يتحدّد رجوع الضامن على المضمون عنه بمقدار خسارته وغرامته، لأنّه ليس على الضامن الغرم، وإنّما الغرم على من أكل المال، ويلزم ذلك لو طبّق على التأمين أن لا يستحقّ على المؤمن له شيئاً إذا لم يخسر المؤمن؛ ولو لعدم الموضوع له وعدم ثبوت غرامة على المؤمن له. مع أنّ المؤمن له متعهّد حسب عقد التأمين يدفع مبالغ للمؤمن سواء وقعت خسارة على المؤمن له خارجاً يضمنه المؤمن أو لم تقع ولم يخسر المؤمن شيئاً.

بل لا يتحقّق غرض المؤمن من عقد التأمين والإقدام إلا على هذا التقدير، فلو لم

يستحقّ المؤمن على المؤمن له إلا مقدار ما يغرمه المؤمن أو أقلّ لم يكن له دأع على الإقدام على عقد التأمين. وهذا ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ التأمين المتداول خارجاً والذي يضمن وقوعه وإقدام العقلاء عليه إنّما هي خصوصيات زائدة على أصل صحّته بحيث لا يقدم عليه إلا على ذلك الوجه، وإن صحّ بدونه. فلا يقدم العاقل عادةً إلا على ما فيه رجاء نفعه؛ فلو أمكن تصحيح عقد التأمين شرعاً حيث يجزّد عن الخصوصيات المقومة للتأمين المتعارف لم يكن ذلك مفيداً فيما هو المقصود. وبالجملة: فالمهمّ ملاحظة إمكان تصحيح عقد التأمين بما له من الخصوصيات المطلوبة للعقلاء، لا مجرد التصحيح وإن خلا عنها؛ لكون عقد التأمين المتعارف صنعة، لا مجرد عقد.

ومما ذكرنا ينقدح الفرق بين عقد التأمين وبين الضمان؛ فإنّ الأوّل مستقوم باستحقاق المؤمن ما يشتهى على المؤمن له من مبالغ وأقساط سواء خسر بمقدارها لمن يستحقّ على المؤمن له أو لا؛ بينما أنّ عقد الضمان محكوم شرعاً بأن لا يستحقّ الضامن على المضمون عنه إلا ما يدفعه للمضمون له أداءً، وبمقداره لا زيادةً.

رجوع الضامن من على المديون بزيادة عن مبلغ الأداء

وما يدلّ على عدم جواز رجوع مؤدّي الدين عن الغير بأزيد ممّا أدّى نصوص؛ وهذه الروايات وإن كان مضمونها عدم جواز رجوع المؤدّي بأزيد ممّا أدّى فيما لو صالح أو أدّى دون أصل الدين، ولكنها تدلّ بالفحوى على عدم جواز الرجوع بأزيد من أصل الدين؛ بل بعض هذه النصوص كالنص في خصوص عدم جواز الرجوع على المديون بزيادة عن دينه كما في معتبرة محمد بن قيس. وكيف كان فهذه النصوص عديدة:

١- منها: خبر محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على

رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه؟ قال: «يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين، وبريء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه».^(١)

٢- ومنها معتبرة أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين، فقال: أعطني ما لفلان عليك فإنني قد اشتريته منه، كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال: أبو جعفر عليه السلام: «يردّ الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى - اه (خ ل) - به من الرجل الذي له الدين».^(٢)

٣- صحيحة أو موثقة عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه وفي نسخة: ثم صالح على بعض ما صالح عليه - قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه».^(٣)

ولا يبعد كون المراد، من الضمان معناه اللغوي، لا خصوص العقد الذي يتحقق بقبول المضمون له خاصّة، فيشمل الضمان الاصطلاحي وغيره؛ بل ويشمل ما إذا كان أداء الدّين بالإجارة إذا صحّ الإجارة على أداء الدين بناءً على أن الصلح في الخبر بمعناه اللغوي القابل للانطباق على الإجارة؛ لكونها من مصاديق الوفاق.

٤- وصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليبنتاع لهم بغيراً بنقد (بورق - يه) ويزيدونه فوق ذلك نظرة، فابتاع لهم بغيراً ومعه بعضهم، فمنعه أن يأخذ منهم فوق ورقه نظرة».^(٤)

(١) الوسائل ١٣: ١٠٠، الباب ١٥ من القرض، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: ٩٩ - ١٠٠، الحديث ٢.

(٣) الوسائل ١٣: ١٥٣، الباب ٦ من الضمان، الحديث ١ و ٢.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٦٨، الباب ٣ من أحكام العقود، الحديث ١.

٥- وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: منع أمير المؤمنين عليه السلام الثلاثة تكون صفقتهم (نققتهم - خ ل) واحدة يقول أحدهم لصاحبه: اشتر هذا من صاحبه وأنا أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة؛ قال: فلا يعطيه إلا مثل ورقه الذي نقد نظرة. قال: ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبيع بعدما شاء.^(١) وهذه النصوص تدلّ على عدم جواز الرجوع بدلاً عن الوفاء بزيادة؛ ومع ذلك فقد ذهب سيدنا الأستاذ رحمته الله في مسألة تعهد البنوك بالوفاء مشروطاً بالزيادة إلى جواز ذلك؛ ومنع كونه ربا؛ فإن مرجع اشتراط الزيادة إلى ضمان الإلتاف بزيادة عن القيمة، وليس هذا من ضمان المعاوضات ليجري فيه الربا، بل هو من ضمان التعويض والغرامة بالزيادة، وهذا لا محذور فيه مع الغض عن هذا النص ولا هو من القرض ليحرم الربا فيه؛ ولا هو من إنساء الدين المحقق وتأخير بزيادة ليجري فيه الربا بهذا العنوان.

مع أن ما قدّمناه من النص لا قصور فيه عن الدلالة على المنع من تضمين الوفاء بالزيادة؛ سواء سمّيته ضمان إلتاف أو غيره؛ وسواء عدده ربا مصطلحاً أو غيرها. بل سيأتي إن شاء الله إطلاقها للمنع من الرجوع بالزيادة وإن كان على وجه الإجارة أو الجعالة أو غيرهما.

وقد يعارض معتبرة محمد بن قيس بمعتبرة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى جارية بثمن مسمّى ثم باعها فربح فيها قبل أن ينقذ صاحبها الذي له، فأتاه صاحبها يتقاضاه ولم ينقذ ماله، فقال صاحب الجارية للذين باعهم: أكفوني غريمي هذا، والذي ربحت عليكم فهو لكم قال: «لا بأس».^(٢) قال في الوسائل بعد ذكر الخبر عن الكافي ورواه الصدوق بإسناده عن الحلبي

(١) نفس المصدر: الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٣١٩، الباب ٤، الحديث ١.

مثله. ورواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن فضال عن أبان عن زرارة؛ وعن صفوان عن ابن مسكان عن محمد الحلبي؛ وعن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام: فيكون الخبر روايتين بعدة أساتيد. ولكن حيث إن هذا النص أخص مما تقدّم فيحمل النص المتقدم على سائر الموارد. ولو لا أنّ الخبر هذا أخص كان الجمع بينهما بحمل الأول على الكراهة. ثم المنساق من خبر محمد بن قيس وغيره من النصوص المتقدمة هو عدم جواز الرجوع بالزيادة عن مبلغ الدين بإزاء أدائه، فلا ينافي جواز الرجوع بالزائد بعنوان الأجرة على عمل آخر غير أداء الدين كأخذ الأجرة بإزاء شراء البعير لكونه عملاً محترماً؛ ولا إطلاق في الخبر للمنع من مثله؛ بل لا تعرض في الخبر لذلك حيث لا موضوع للأجرة على الشراء في مورد الرواية، لكون الأمر بالشراء هو المباشر للمقدمات الموجبة لاستحقاق الأجرة، وإنما يكون المأمور مجرد مباشر لبذل الثمن أو له ولا إجراء العقد الذي لا يستأهل عادةً أجرة.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن توجيه رجوع البنك على عميله بالزيادة عن مبلغ الأداء، كأن يأخذها لحواله ونحوها وإن كانت أكثر من أجرة مثل الحوالة، فيكون هذا الوجه من الحيل المشروعة للوصول إلى الزيادة الممنوعة، بعنوان بدل أداء دين الغير، فلاحظ.

ثم إن ظاهر رواية محمد بن قيس هو التفصيل بين الصفقة الواحدة والصفقتين؛ وأنه يجوز الرجوع بالزيادة في الثاني دون الأول. والمراد بالصفقة الواحدة والمتعددة هو أنّ المأمور بالشراء قد يشتري عن الأمر ويستوجب البيع له بالوكالة عنه، ففي هذا التقدير ليس له أن يرجع على الأمر بما يزيد عن الثمن الذي يؤديه إلى البائع، وليس له أن يمتنع من تسليم المبيع إلى الأمر وأخذه لنفسه، وليس الأمر إن شاء أخذ وإن شاء ترك، بل المبيع ملكه. وقد يشتري لنفسه فيكون المبيع له فإن

شاء باعه من الأمر وإن شاء لا؛ ولو أراد البيع كان له أن يبيعه بما شاء من ثمن، سواء زاد على ما اشتراه به من الثمن أو لا.

فلعلّ الأوّل هو المعنيّ بالصفقة الواحدة كما في أوّل الحديث، بناءً على نسخة صفقتهم بدل نفقتهم والثاني هو المقصود بقوله بشيء على ما في الخبر: «ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه»، يريد أنّ المأمور إذا وجب له البيع قبل أن يلزم الأمر فله أن يبيع من الأمر بما شاء من ثمن، ولا يتعيّن عليه الرجوع على الأمر بما تقدّم من الثمن للبائع الأوّل.

ثمّ الظاهر من صحيحة محمد بن قيس عدم الخصوصية لما إذا كان الدين الذي يؤدّيه غير المديون عنه ثابتاً بالشراء فضلاً عما إذا كان المؤدّي للدين هو المباشر والمسبّب له، فلو كان الدين ثابتاً بالقرض وغيره لم يكن لمؤدّيه عن المديون الرجوع على المديون بالزائد على مبلغ الأداء وإن كان الأداء نقداً والرجوع بتأخير. ويؤكد هذا الذي ذكرناه غير هذا الخبر ممّا ذكرناه هنا من النصّ وما لم نذكره.

وأما موثّق عمر بن يزيد فدلالته على عدم جواز الرجوع بالزيادة عن مبلغ الدين فقد تقدّم أنّها بالفحوى، وإلاّ فمنطوقه عدم جواز الرجوع بمقدار الدّين إذا صالح المؤدّي عليه بالأقلّ.

كما أنّ دلالته على عدم جواز الرجوع بالزيادة إذا كان الدين مضموناً بمثل عقد الإجارة مبنيّ على شمول الضمان في الخبر لمثله، ونحن وإن لم نستبعد شمول الضمان لغير الضمان المصطلح المتقوم بقبول المضمون له، والموجب لنقل الدّين إلى ذمّة الضامن عندنا، فيشمل الضمان العرفي، ولكن قد يتأمل في شموله للإجارة على أداء الدّين بماله.

كما أنّه لا يبعد شمول الصلح المذكور في الخبر لما إذا اشتراه المؤدّي بناءً على ما حقّقناه من صدق الصلح على البيع حقيقةً لكون البيع فرداً من أفراد الوفاق

والصلح فيكون الصلح أعم من البيع والشراء في الخبر، كما أنه يصدق على أداء الدّين بدون شرائه.

فيكون مفاد خبر محمد بن الفضيل مستفاداً من هذا الخبر أيضاً فلا يقدح ضعف سند خبر ابن الفضيل في العمل بمضمونه بعد مطابقته للمعتبرة.

ثم لو سلم كون الصلح مغايراً للبيع فلا ريب في صدق المعتبرة فيما لو تملك المؤدي مبلغ الدّين بعقد الصلح بدل أن يتملكه بعقد البيع، فلا ينحصر مدلوله فيما إذا كان الصلح على أداء الدّين، بل يشمل ما إذا كان الصلح على تملك الدّين، ومعه فلا يبعد دعوى عدم الفرق في عدم جواز الرجوع بالزائد عن مبلغ الدّين بين فرض تملك الدّين بالشراء وبين تملكه بالصلح فيتأيد أيضاً مضمون خبر ابن الفضيل بالمعتبرة بناءً على المعروف من مباينة الصلح للبيع وللشراء، فلا حظ.

ومع ذلك فدلالة مفهومه على عدم جواز الرجوع بالزائد عن مبلغ الأداء فضلاً عن الزائد عن مبلغ الدّين فيما كان الرجوع بالزائد مبنياً على عقد بين المؤدي والمديون إنما هو بالإطلاق؛ لو لم يكن المتيقن منه ومن المنع من الرجوع بالزيادة عن مبلغ الدين هو فرض عدم التعاقد على غيره، فيكون مفهومه على تقدير الإطلاق عدم جواز الرجوع بالزيادة عن مبلغ الدّين حتّى مع التعاقد على غيره وإطلاق مثله يعارض عموم ما دلّ على صحّة العقود، والنسبة هي العموم من وجه، فلو لم يكن الإطلاق محكوماً بالعموم لكون دلالة الثاني بالوضع والأول بمقدمات الحكمة كان عموم الكتاب مقدّماً على معارضة بناءً على الترجيح بذلك ولو كانت النسبة هي العموم من وجه.

هذا، مع أنّ المفهوم في موثق عمر بن يزيد لو سلم فهو فيما كان العقد على ضمان أداء الدّين بالزيادة مهما كان مبلغ الأداء، وأمّا إذا كان العقد على ضمان أداء الدّين بمبلغ معيّن يحتمل الزيادة والنقيصة عن مبلغ الدّين فلا دلالة في الخبر على المنع منه.

إلا أن يقال بإطلاقه وأن المحذور هو الرجوع بالزيادة الواقعية سواء كانت معلومة محققة أو لم تكن كذلك، فتأمل.

ويحتمل كون المنع من أخذ الزيادة على مقدار الأداء لكونه نوع ربا الرجوعه إلى ضمان مئة حالة بمئة وزيادة نظرة ومؤجلاً؛ وإن كان هذا ليس من ربا المعاوضة؛ فإن المؤدى يكون أداؤه بأمر من المدين على ما في بعض النصوص كصحيح محمد بن فيس لا بضمان عقدي.

بل يمكن أن يقال: إن ما في صحيح محمد بن قيس هو نوع عقد بين ثلاثة؛ فإن المؤدى يلتزم على نفسه بأداء الدين والأمر يلتزم على نفسه بتعويضه بزيادة مؤجلاً، وأما الأداء خارجاً فيكون جرياً على مقتضى العقد والتعهد.

هذا، ومع ذلك فليس هذا معاوضة وإن كان عقداً، بل وتضمن تضمين الأمر بالنسبة إلى ما يؤدى عنه؛ ألا ترى أن القرض مع أنه تمليك على وجه الضمان لا يعدّ معاوضة فتأمل.

وقد ذكرنا في محلّه أن المستفاد من النصوص عدم اختصاص حرمة الربا بالمعاوضات فضلاً عن البيع، بل هي جارية حتى في الوفاء الذي هو إيقاع كما في معتبرة هشام وغيره.

ففي صحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سُئل عن الرجل يبيع الرجل الطعام الأكرار فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه فيقول له: خذ مني مكان كل قفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل؟ قال: «لا يصلح؛ لأن أصل الشعير من الحنطة؛ ولكن يرّد عليه الدارهم بحساب ما ينقص من الكيل»^(١).

ونحوه معتبرة الحلبي، بل وإطلاق صحيح عبد الرحمن وغيره.

نعم، ما ذكرنا مبني على كون الوفاء إيقاعاً حتى إذا كان بغير الجنس، وأما إذا

(١) الوسائل ١٢: ٤٣٨، الباب ٨ من الربا، الحديث ١.

كان عقداً منوطاً برضا الطرفين ومعاوضة اندرج فيما سبق من عموم المنع عن الربا لمطلق المعاوضات.

عود إلى تصحيح عقد التأمين على أساس عقد الضمان

وقد يقال: المفروض في عقد التأمين إنه يكون دفع الأقساط أو غيرها من المؤمن له عوضاً عن تعهد المؤمن وهو الضامن لا بدلاً عما يؤديه المؤمن وفاءً من دين المؤمن له لئلا يجوز زيادة ما يأخذه الضامن عما يبذله وفاءً لدين المؤمن له. وبالجمله: ما تضمن عدم جواز أخذ من وقى دين الغير بأمره عما بذله وفاءً فإنما هو ناظر إلى عدم جواز أخذ الزائد بملاحظة وفاء الدين، وأما إذا كان أخذ الزائد بل الأضعاف بملاحظة جهة أو جهات أخرى كما لو باع للمدين متاعاً بثمن أو كان المديون قد أتلف على الضامن مالاً وهكذا فلا محذور فيه.

وحيث أن أخذ الزيادة في عقد التأمين إنما هو بملاحظة التعاقد بين المؤمن والمؤمن له لا بدلاً عما يبذله المؤمن وفاءً عن المؤمن له فهو خارج عن مدلول النصوص المتقدمة.

ويردّه: مع أن ظاهر ما يبذله المؤمن له للمؤمن أنه بدل عن الغرامات المحتملة التي يباشر بأدائها المؤمن لا أنه بدل عن العملية الاعتبارية أعني التعهد والإنشاء، أن مقتضي إطلاق النص المتقدم مثل صحيح محمد بن قيس هو عدم جواز أخذ الزيادة حتى بإزاء التعهد بأداء الدين فضلاً عما لو كان أخذها بإزاء نفس الأداء؛ نعم، لا تنافي هذه النصوص جواز أخذ الزيادة بملاحظة غير أداء الدين كما لو كان أخذها بإزاء عمل للوكيل كالشراء وغيره؛ فلو كان شراء البعير كما في النص عملاً له أجرة في العادة ولم يباشرها الوكيل بقصد المجانية استحق الأجر لها على الأمر زائداً على ما يبذله ثمناً عنه.

وبالجملة: مدلول النصّ المتقدّم هو عدم جواز أخذ الزيادة على ما يوفي به الدّين عوضاً عن الوفاء وإن كان الوفاء نقداً وأخذ بدله مؤجّلاً ونظرة؛ فأخذ الزيادة بإزاء الأجل كأخذها بإزاء أصل المال رباً أو بحكمه؛ وأين هذا من أخذ الزيادة بإزاء عمل آخر أو دين مغاير لما وفاه المأمور.

قصور المنع في رجوع الضامن بزيادة عن مبلغ الأداء عن عقد التأمين

ولكن الذي خطر ببالي أخيراً قصور هذه النصوص عن الدلالة على عدم جواز رجوع المؤمن على المؤمن له بأقساط هي زائدة واقعاً على مبلغ الدّين الذي يؤدّيه المؤمن سواء كان التأمين مصوراً على أساس عقد الضمان أو الجعالة أو الإجارة. والسّرّ في ذلك أنّ مدلول هذه النصوص هو عدم جواز الرجوع بالزيادة وعدم جواز التباني عليه فيما كانت الزيادة محقّقة كما هو مورد الروايات، حيث فرض فيها تكفّل الأمر - بشراء البعير أو المتاع - بالزيادة عن الثمن الذي يؤدّيه الوكيل في الشراء؛ وأمّا إذا فرض أنّ الزيادة مشكوكة حيث أنّ ما يؤدّيه المؤمن ربما يساوي أقساط المؤمن له وربما يزيد عليه فلا دلالة في هذه النصوص على المنع من الرجوع بالزيادة؛

لأن خصوصيّة المورد تمنع من الإطلاق، بل لأن إطلاق هذه النصوص مسوقة لبيان الحكم فيما إذا كانت الزيادة معلومة محقّقة ولا إطلاق فيها لغير ذلك. إلّا أن يقال: إنّ المتفاهم من هذه النصوص كون المحذور هو الرجوع عن أداء الدّين بالزيادة؛ والعلم طريق ما لم يتحقّق دخله في الموضوع فيكون مورد زيادة العوض عن مبلغ الأداء واقعاً داخلاً في المحذور وإن كان اندراجه فيه مجهولاً حال العقد فتأمّل.

ثم إنّ سيّدنا الأستاذ^(١) ذكر في المسائل المستحدثة من المنهاج في مسألة

الاستيراد أنه لو باشر البنك أداء الدَّين عن المستورد شارطاً الرجوع عليه بزيادة جاز ولم يكن هذا من الرِّبَا في القرض لعدم كون مباشرة البنك للسَّوفاء إقراضاً للمستورد ليكون أخذ الزيادة محرماً بعنوان الرِّبَا، بل هي إتلاف للمال مضموناً على الأمر.^(١)

هذا، ولكنَّ النصوص المتقدمة سيِّما صحيح محمد بن قيس حجة عليه؛ حيث دلَّ على عدم جواز أخذ الزيادة على ما يوفي به الدَّين حتَّى نظرة فضلاً عما لو كان أخذ الزيادة حالاً.

ثم إنَّ ما تضمَّنته النصوص المتقدمة سيِّما موثَّق عمر بن يزيد من عدم جواز الرجوع بأكثر ممَّا أَدَّى به الدين فإنَّه على خلاف القواعد وإن أفاد سيِّدنا الأستاذ في كتاب الضمان أنَّه مطابق للقاعدة.

والسرِّفي ذلك: أنَّ ضِمان الدَّين بغضَّ النظر عن أدائه عملٌ محترم رافع للثقل عن عهدة المديون، فينبغي أن يكون مضموناً بعوضه كما في كلِّ عمل محترم؛ ولا ينتظر في ضمانه مباشرة الضامن للأداء؛ بل لو فرض إبراء المضمون له للدَّين فالقاعدة تقتضي ضمان المضمون عنه للضامن.

ولكن حيث يتمَّ الدليل على ما يخالف القاعدة فلا مناص من رفع اليد عن القاعدة والأخذ بما تضمَّنه الدليل.

الأمر الثالث: من مفارقات الضمان والتأمين هو: اشتراطهم تحقُّق الدَّين في صحَّة الضمان فلا يصحَّ ضمان الدَّين اللاحق لعقد الضمان؛ لكونه من ضمان مالم يجب؛ بينما أنَّ عقد التأمين يتضمَّن التعهُّد بالدين الآتي بل المحتمل تحقُّقه فيما بعد، وهذا تعليق في العقد من جهتين: الأولى: تأخُّر الدَّين المضمون بالتأمين، والثانية: عدم الجزم به وكون التأمين معلَّقاً على أصل تحقُّقه. وقد ادَّعي الإجماع على بطلان

التعليق في العقود وأنه لا يجوز تعليق المعاملة على أمر متأخر عن العقد بنحو الشرط المقارن، بل ولا تعليقها على الأمر المقارن المشكوك: مثل: بعت إن كان هذا يوم الجمعة. هذا.

ولكن قد حققنا الكلام في اشتراط التنجيز في غير المقام وذكرنا أن اشتراطه بنحو عام لا دليل عليه إلا الإجماع المدعى، وهو على تقديره ربما يكون مستنداً إلى بعض الوجوه التي مع احتمالها لا يبقى وثوق بهذا الإجماع؛ بل وذكرنا أنه من المطمأن به عدم استناده إلى نص خاص يتضمن هذه الكلية؛ وإنما استند القائل بهذا الشرطية إلى ما ورد من أنه: «لا بيع إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك ولا طلاق إلا بعد نكاح» بضم إلغاء خصوصيات الموارد، وكذا إلى ما ورد من عدم صحة إنشاء الطلاق والعتاق والحلف بهما معلقاً، على ما هو التعارف عند أهل السنة بضم عدم الفرق وبين سائر العقود والإنشاءات.

وحيث إن هذا المدرك لا يصلح دليلاً للكبرى المتقدمة، وذلك للمنع من إلغاء الخصوصية فلا مناص من الحكم بصحة المعاملات المشتملة على التعليق إلا المنصوصات الخاصة ومواردها، كل ذلك لعموم أدلة المعاملات.

وبالجملة: فالتعليق في المعاملات معقول كالوصية، ودليل صحته هو العمومات. هذا مع أن المتيقن من الإجماع هو غير العقود التي تعارف التعليق فيها بين العقلاء، بل يتقوّم الغرض منها بالتعليق كما في عقد التأمين؛ ولذا استدلّ سيدنا الأستاذ لعدم جواز التعليق في العقود بعدم تعارفه من العقلاء فلا يكاد تجد إنشائهم للنكاح من الغد قبله. وهذا الوجه كما ترى لا يجري في العقود المتعارف فيها التعليق كالوصية سيما العقود المبنية على التعليق عند العقلاء كالتأمين.

نعم، هنا شيء وهو أن قصور دليل التعليق عن إثبات بطلان الضمان المعلق لا يكفي وحده لإثبات الصحة ما لم ينضم إليه دليل الصحة.

ثم البحث في المقام هو عن الدليل على صحة الضمان المعلق، بحسب الدليل الخاصّ فإنّه المقصود في بحث انطباق الضمان على عقد التأمين، وإلاّ فالاستدلال لعقد التأمين بصحة الضمان لعمومات الوفاء بالعقود والعهد تبعيد للمسافة ولا حاجة في تصحيح عقد التأمين إلى توسيط انطباق عقد الضمان عليه بعد اندراج التأمين بنفسه في عمومات العقود كما تكرر منّا سابقاً إلاّ على مسلك من يرى اختصاص العمومات بالعناوين الخاصّة وكون العمومات مشيرة إلى تلك، على ما قد يلوح من كلام الجواهر وغيره، وهو مردود عندنا.

ثم الظاهر قصور الأدلة الخاصّة للضمان عن تصحيح الضمان المعلق فإنّها مسوقة في مجال ضمان الدّين المحقّق حال عقد الضمان كما في قوله ﷺ: «فقد برئت ذمّة الميّت»^(١) وأمّا حديث: «الزعيم غارم»^(٢). فالظاهر ضعفه للإرسال وغيره.

ردود على مانعيّة التعليق عن صحة عقد التأمين

ومحصّل ما يمكن الرّد به على هذا المحذور - أعني التعليق في مسألة تصوير عقد التأمين على أساس عقد الضمان - أمور:

الأمر الأوّل: عدم الدليل على اشتراط الخلوّ من التعليق في غير الموارد المنصوصة عدا الإجماع المدّعى وهو على تقدير تحقّق الاتفاق يحتمل بل يطمأن باستناده إلى بعض الوجوه فلا يكشف عن وجود نصّ عام دالّ على اشتراط التنجيز في مطلق العقود لم يصل إلينا.

الأمر الثاني: أن القدر المتيقّن من الإجماع - وهو دليل لّبي - هو بطلان التعليق في

(١) الوسائل ١٨: ٣٤٦، ١٤٥ من الدين والقرض، ح ١، و ٤٢٢، ت من الضمان، ح ١، و ١٩: ٤٢٦، ت ٩١ من الوصايا، ح ١.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٩٣، ب ٤ من الدين والقرض، ح ٤، و ٤٣٥، ت من الضمان، ح ٢، عوالي اللکّی ١: ٢٢٣، ح ١٠٢، و ٢٥٧: ٣، جامع أحاديث الشيعة ١٨: ٣٨٩ - ٣٩٠، ت من الضمان، ح ٣.

الموارد التي لم يتعارف التعليق فيها عند العقلاء كما في الوصية وغيرها؛ ولذا استدلَّ سيّدنا الأستاذ لعدم صحة التعليق بعدم معهودية إنشاء مثل النكاح لغد في الزمان السابق على ذلك؛ وإن كان يرده أن مجرد عدم التعارف لا يجعل العمومات قاصرة عن إثبات صحة مثله؛ فإن اختصاص العموم والإطلاق بالفرد غير المتعارف مستهجن لا شمولهما له في عرض سائر الأفراد.

هذا مع أن سيّدنا الأستاذ قد قال بصحة المعاملات السفهية للعموم والإطلاق مع عدم تعارفها، فما بال العمومات لا تشمل المعاملات المعلقة غير المتعارفة.

الأمر الثالث: القدر المتيقّن من الإجماع هو غير المعاملات المبنية على التعليق في حقيقتها. فالمعاملة التي يمكن إنشاؤها معلقاً ومنجزاً فربما يشترط في صحتها التنجيز. وأمّا المعاملة التي حقيقتها تتضمن التعليق أو يكون الأثر المقصود منها عند العقلاء مترتباً على التعليق كضمان الأعيان الراجع إلى ضمان البدل على تقدير التلف فلا موضوع للإجماع في مثلها.

الأمر الرابع: ربما كان مورد الإجماع هو التعليق في المعاملة بما يوجب تأخّر أثرها عن القبول. وأمّا إنشاء المعاملة معلقاً على قبولها بحيث لا ينفك الأثر عن القبول ولا يتأخّر عنه فلا موجب لبطالانه؛ وفيما نحن فيه يتحقّق الضمان عند رضا وليّ الدين حيث ينضمّ إلى الإيجاب ولو متأخراً. ومعه فلا يتأخّر أثر الضمان عن ظرف تمام العقد وهو ظرف رضا طالب الدين بالرجوع على المؤمن وذلك يكون عند وقوع الدين والخسارة. وهذا الكلام مبني على كون تمام العقد بقبول وليّ الدين لا المديون.

الأمر الخامس: أن المنشأ فيما نحن فيه ليس هو الضمان المعلق حتّى على الرضا به المتأخّر، بل المنشأ هو الضمان فعلاً وإن كانت نتيجة الضمان بلحاظ بعض الآثار متأخّرة عن العقد. فالذي ينشئه الضامن هو مسؤوليته عمّا في عقد التأمين فتكون

العين في مسؤولية الضامن بمجرد الإنشاء حسب مفهوم عقد التأمين إلا أن أثر المسؤولية هو ضمان المثل أو القيمة حيث تتلف وضمن أرشها حيث يرد عليها نقص، فهو نظير ضمان العين في الغصب المقارن للغصب وإن كان أثره ضمان المثل أو القيمة مع التلف.

إلا أن يفرق بين الغصب وبين ما نحن فيه بأن الضمان في الغصب بمعنى المسؤولية عن العين بردها حال وجودها والمحافظة عليها والمسؤولية عن المثل والقيمة على تقدير التلف، فلا يكون أثر الضمان معلقاً ولو في الجملة، بل هو متصل بالضمان؛ وهذا بخلاف ما نحن فيه فإنه لا معنى لضمن العين إلا ضمان بدلها مع التلف وأرشها مع اختلال الوصف، وهذا الأثر معلق؛ حيث لا يجب على المؤمن حفظ العين، فتأمل.

ثم إنه يظهر من غير واحد كون ضمان ما لم يجب محذوراً في باب الضمان، وكأن هذا من قبيل بيع ما لم يملك؛ وربما استفحل هذا المحذور حتى استعصى على البعض تصحيح ضمان الأعيان كالتكفل بالمبيع للمشتري والضمن للبائع وغير ذلك مما هو متعارف ورائج.

ولكن الظاهر أن محذور ضمان ما لم يجب ليس شيئاً سوى محذور التعليق بمعنييه أعني التعليق على أمر متأخر والتعليق على أمر غير محقق مشكوك.

ولا يجوز قياسه بمسألة بيع غير المملوك؛ للفرق بين المقامين بوجود النص هناك دون مسألة الضمان؛ وقد ذكرنا قوة احتمال نشوء قاعدة منع التعليق في العقود من النصوص الواردة في بعض المقامات كالبيع قبل الملك وكالعق قبل التملك والطلاق قبل النكاح؛ وأما الضمان قبل ثبوت موجه فلم يتحقق نص خاص فيه ولا دليل معتمد فيه سوى محذور التعليق العام، فيكون مآله إليه لا محالة، ويجري عليه ما يجري على ذلك من الإشكال أو القبول والرد، والله العالم بحقيقة الحال.

تصوير التأمين على أساس عقد ضمان الأعيان:

ومن جملة تحليلات عقد التأمين فيما لو تعلّق بعين خارجيّة هو عقد ضمان الأعيان، حيث يضمن المؤمن العين إذا تلفت بسرقة ونحوها فهو كضمان العين المغصوبة لكنّه على غير الغاصب، وكضمان المبيع أو الثمن إذا ظهر مستحقاً للغير، وكضمان الثمن أو المبيع إذا ماطل أحد المتبايعين في بذله.

وليه م أنّ ضمان العين على المؤمن على أنحاء: فقد يضمنها على تقدير طروء سبب للضمان كالغصب والسرقة والإتلاف العمدي ونحوها؛ وقد تضمن على تقدير عروض الأسباب غير الموجبة للضمان كغرق أو صاعقة أو زلزال أو نحوها؛ وقد تضمن على الإطلاق؛ ونتيجة الضمان على تقدير الأسباب غير الموجبة للضمان هو التكفل بجبر الخسارة الواردة ودفع قيمة التالف أو بعضها؛ وإلا فالضمان حكم شرعيّ أو عقلائيّ وليس أمره في اختيار أحد ارتجالاً؛ لكونه منوطاً بأسباب خاصّة كالإتلاف ونحوه؛ ويكون اعتباره بدون تحقّق سببه تشريعاً وبدعاً محكوماً بالفساد شرعاً لكونه من الشرط المحلّل للحرام، ولا مجال للتمسك بعمومات العقود لإثبات صحّة ذلك.

وأما ضمان (ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه)^(١) ليس هو من الضمان المصطلح أعني الثابت بالعقد؛ وإنما هو ضمان بالاستيفاء والتسبيب، فلا مجال لتوهم اعتبار التأمين على حساب تلك المسألة.

ثمّ إنّه هل يصحّ عقد ضمان الأعيان سواء كانت مضمونة لولا عقد الضمان - كضمان ثالث للعين المغصوبة وللمبيع والثمن إذا ظهر مستحقاً - أو لم يكن مضمونة بغضّ النظر عن عقد الضمان كما في قول «ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه»؟

(١) انظر: الخلاف ٥: ٢٧٥، المبسوط ٢: ١٩٨، شرائع الإسلام ٤: ١٠٢٨، إرشاد الأذهان ٢: ١٩٧.

وليعلم أنّ الذي يفيد في مسألة عقد التأمين هو إثبات صحة ضمان العين على أساس الأدلة الخاصة للضمان وأما إثبات الصحة على أساس العمومات العامة فلا يفيد فيما نحن بصدده؛ إذ لو أمكن تصحيح التأمين على أساس تلك العمومات لم يكن حاجة في إثبات شمولها له إلى توسيط شمولها لعقد الضمان المصطلح أو ضمان الأعيان.

نعم ربّما يستأنس ببعض النظائر للعقود الجديدة للتأكيد على شمول العمومات لها ورفع الاستيحاش عن ذلك بناءً على قصور العمومات عن شمول المصاديق الجديدة؛ وإن كان هذا المبني فاسداً مردوداً حسبما تكرّرت الإشارة إليه وفصلنا المقال فيه في البحوث التمهيدية فراجع إن شئت.

وقد أفاد سيّدنا الأستاذ أنّ ضمان الأعيان وأخذها في العهدة على حدّ ضمان الغاصب أمرٌ عقلائي متعارف فيندرج في عموم صحة العقود وإن كان خارجاً عن الضمان الخاصّ المتعلّق بالديون والذمم خاصّة؛ ونتيجة هذا الضمان هو أنّ العين تكون مضمونة بمثلها أو قيمتها باختلاف الموارد، ونظير ذلك ضمان العارية حيث إنّها لا تضمن إلّا مع الشرط.

وقد يظهر من بعض كلماته عدم جواز إنشاء الضمان في غير الموارد المشروعة والمنصوصة لكون الضمان حكماً موقوفاً على أسباب خاصّة، فليس أمراً اعتبره بيد الناس كي ينشئوه مهما أرادوا.

وكيف كان فقد صرح ﷺ في كتاب الضمان بصحة إنشاء ضمان الأعيان بمعنى اعتبارها في العهدة؛ ويلزمه ضمان مثلها أو قيمتها على تقدير التلف؛ مستدلاً لذلك بعموم أدلة العقود. وقد أشكلنا على ذلك بأنّه لا يتمّ على مبناه حيث أورد على ماته في مسألة إنشاء الضمان بنحو ضمّ ذمّة إلى أخرى، حيث استدلّ في المتن لصحة ذلك بالعمومات فأورد عليه بقصور العمومات عن إثبات صحة الضمان بالنحو

المتقدّم؛ لعدم كون الضمان تجارة ولا هو عقد، لكون العقد عبارة عن شدّ التزام بالتزام وليس في الضمان المتقدّم إلّا التزام واحد فلا يصحّ بدليل صحّة العقود. وهذا الوجه والإشكال كما ترى يرد عليه في مسأله ضمان الأعيان واستدلاله لها بأدلة العقود؛ فإنّ مثل هذا الضمان لم يتضمّن إلّا التزاماً واحداً من ناحية الضامن، وأمّا المضمون له فلم يتعهّد ولم يلتزم بشيء وإثمارضي بالضمان؛ وليس مطلق الرضا قبولاً محققاً لمفهوم العقد مالم يتحقّق معه التزام ويترتب عليه تبعه. نعم، يمكن أن يستدلّ لصحّة مثل الضمان المتقدّم ولعدم اختصاص النفوذ بخصوص عنوان العقد المتقوم بالتزامين بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾^(١)، مع ما ورد أيضاً في تفسير ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) بأنّها العهود كما في المعتبرة^(٣)؛ ولو كان العقد مختصاً بالمركب من التزامين فالعهد متحقّق بالتزام واحد وإن لم ينضمّ إليه قبول والتزام آخر، هذا.

ولكن ذكرنا في محلّه أنّ مثل عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ قاصر عن إثبات صحّة المعاملات ونفوذها؛ وإتّما هي ناظرة -أو المتيقّن منها- هو الدلالة على لزوم ما كان صحيحاً ولو بدليل آخر وأنّه يجب الوفاء بما صحّ وجاز من العقود؛ وأنّ وزن هذا وزان الحثّ على الوفاء بالوعد وإجابة دعوة المؤمن ونحوهما ممّا لا يكاد يتوهم دلالتها مشروعيّة كلّ وعد وكلّ إجابة؛ وإتّما المفهوم منهما الحثّ على الوفاء بخصوص الوعد المشروع وإجابة الدعوة المشروعة، فلا بدّ من إثبات المشروعيّة بدليل آخر.

(١) الإسراء: ٣٤.

(٢) المائدة: ١.

(٣) تفسير البرهان: سورة المائدة الحديث ٨ حكاه في إرشاد الطالب ٢: ٣٦ وقد عبر عن الرواية بالصحيح والمعتبر في عدّة من الكلمات كالجواهر والمناهل فإنّها صحيحة بسند المعتبر في تفسيره وإن كانت مرسلة في تفسير العياشي.

وكذا وزانه وزان وجوب الوفاء بالنذر واليمين والعهد حيث لم يتمسك أحد لإثبات مشروعية المنذور والمحلف عليه بدليل وجوب الوفاء.

وقد أشبعنا الكلام فيه في غير المقام مع ما أشرنا إليه في بعض البحوث السالفة. نعم، يمكن الاستدلال لصحة هذا النوع من الضمان أعني ما ينطبق عليه عنوان عقد التأمين بعموم تجارة عن تراض وغيره مما يمكن الاستدلال به لصحة المعاملات كحديث: «الصلح جائز بين المسلمين» وفي معتبرة حفص: «بين الناس»^(١) وسيأتي إن شاء الله تعالى، ولو سلم دلالة «أو فوا بالعقود» ونحوه على صحة ضمان الأعيان كان خارجاً عما نحن بصدده من البحث عن الأدلة الخاصة للمعاملات المعنونة بعناوين خاصة كالبيع والضمان.

إلا أن يستدل لصحة ضمان الأعيان بعنوانه بقيام السيرة العقلانية على ضمان الأعيان كالديون، وعلى أساس انطباق ذلك على عقد التأمين تكون السيرة دليلاً على صحة عقد التأمين وإن اختلف بدواً عما هو مورد السيرة، ولكنه بالدقة يكون راجعاً إليه فلا حظ.

تصوير التأمين على أساس عقد الوكالة

ومما يمكن إرجاع عقد التأمين إليه هو عقد التوكيل، فالمؤمن له يوكل المؤمن في أداء ما عليه من الديون بسبب الجناية، بمال نفس المؤمن ولكن لا مجاناً بل بعوض يبذله له حالاً أو مؤجلاً دفعة أو آجلاً، فهو وكالة مشروطة بعوض معين، كما لو وكله في بيع داره بعوض معين للتوكيل؛ وفي عقد التأمين مورد الوكالة أداء الدين مكان بيع الدار.

ومن تبعات توجيه التأمين بالتوكيل هو عدم وجوب الفعل على الوكيل أولاً

(١) الوسائل ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من الصلح، الحديث ٢٠١.

وعدم لزوم الوكالة وجواز فسخها متى شاء الوكيل ثانياً.
 مضافاً إلى الشك في كون الوكالة عقداً، بل ربما يقوى كونها إيقاعاً لا تتقوم
 بقبول الوكيل ثالثاً، مع أن التأمين عقد بلاريب.
 أما ضمان الأداء بزيادة عن مبلغه كما ربما يتفق، حيث يكون مبلغ التأمين زائداً
 على ما يخسر المؤمن من غرامة، فقد تقدّم الكلام حوله في محذورات تطبيق عقد
 الضمان الاصطلاحي على التأمين.

تصوير التأمين على أساس الإجارة

ومما قد يوجه به عقد التأمين هو الإجارة المصطلحة؛ والتي يقوم الإجارة من
 الأركان هو أمور أربعة هي: المتعاقدان والمنفعة والعوض، وهذه الأركان متوفرة في
 عقد التأمين بأحد تقارير:

التقرير الأول: أن المؤمن له يستأجر المؤمن ليتكفل بغراماته وخسائره إزاء ما
 يتقاضاه شهرياً أو غيره نقداً أو أقساطاً، فيكون ما يدفعه المؤمن له أجرة على نفس
 الكفالة، لا عما يبذله المؤمن من غرامات المؤمن له بأمره، وتكون الكفالة هي
 المنفعة المملوكة للمؤمن له.

وبناءً على ما سيأتي إن شاء الله تعالى من تصوير التأمين على أساس الجعالة
 أيضاً يتضح إمكان إنشاء التأمين على أساس الإجارة حيث ذكر الفقهاء أن ضابط
 الجعالة أن ما صحت الإجارة فيه جازت الجعالة عليه وبالعكس.

ثم إن مقتضى الإجارة على العمل بحسب المتعارف هو كون الأجير متكفلاً
 بالعمل المتأخر عن العقد، وأما كفالة الأجير بعمل يتحقق بنفس العقد وضمنه كما
 في المقام حيث يكون وفاء دين المستأجر خارجاً عن متعلق الإجارة لتحقق الوفاء
 بالإجارة بنفس كفالة الدين فقد يشكل صدق الإجارة في مورد.

ويردّه: أنّه لا مانع من صدق الإجارة إذا كان العمل المستأجر عليه يتحقق بالعقد، نظير ما لو استأجره على الوكالة عنه حيث إنّ الوكالة تتحقّق بقبول الوكالة؛ نعم، ربّما يكون المنساق من مثل هذه الإجارة كونها على مباشرة الكفيل لما تكفّله من العمل، فتكون الإجارة على متعلّق الكفالة لا على نفسها.

التقرير الثاني: إنّ متعلّق الإجارة في عقد التأمين قد يكون نفس الكفالة أعني العملية الاعتبارية وبغضّ النظر من إمضاءها شرعاً، وهذا ما تقدّم تقريره أولاً. كما قد تتعلّق الإجارة بالعمل الخارجي على مقتضي الكفالة الاعتبارية أعني دفع الغرامة والدّين عن المؤمن له وتسديد ما يجب على المؤمن له تسديده، فيكون بذل الاجرة بإزاء منفعة الأجير وهو المؤمن، والمراد بمنفعته هو مباشرته خارجاً لأداء ديون المؤمن له.

وبالجملة: نتيجة الإجارة ملك المنفعة بإزاء الاجرة، والكفالة بدين الغير منفعة يتملّكها المؤمن له سواء في ذلك نفس العملية الاعتبارية إذا كان يتحقّق بمجردها غرض المستأجر أو الجري على أساس العملية الاعتبارية.

نعم، يبقى الإشكال في كون مثل هذه الإجارة غرريّة أو مشتملة على جهالة؛ لعدم العلم بوقوع الخسارة المستتبعة لوجوب البذل على المؤمن، ولا بمقدارها على تقدير الوقوع وستنكّم في ذلك إن شاء الله تعالى.

التقرير الثالث: ويمكن إنشاء الإجارة على أساس كون الاجرة بإزاء الإستيلاء غير الأمانى من المؤمن على العين التي يراد تأمينها، فيكون كالمأخوذ بالسوم. وسيأتي إن شاء الله تعالى توجيه التأمين على أساس قاعدة اليد أيضاً، فانتظر. ولما كان جعل اليد على مال الغير على وجه يعدّ المستولي ضامناً، عملاً مشتملاً على غرض عقلائي ومنشأ لتبعة وكلفة على ذي اليد جاز أخذ الاجرة بإزائه؛ لصيرورته بملاحظة ما تقدّم متموّلاً لا يعدّ بذل العوض بإزائه بذلاً بالباطل ولا

أخذ البذل مكانه أكلاً بالباطل، بل لا تكون المعاملة سفهاً وإن كانت سفاهة المعاملة غير قاذحة في صحتها ولو على بعض المباني.

وبالجملة: مبلغ التأمين يدفع للمؤمن بعنوان الاجرة على الاستيلاء الموجب للضمان، وتكون عهدة العين على المؤمن بعنوان اليد لا عقد التأمين.

ثم إن مقتضى القاعدة كون ضمان العين باليد ضماناً بالقيمة أو بالمثل. وإذا كان المقصود التأمين بلحاظ بعض مراتب المالية أعني تضمين بعض مالية العين أمكن ذلك على أساس إهدار المالك لبعض المالية، كما يأتي تصويره إن شاء الله تعالى في تصوير التأمين على أساس الضمان بقاعدة اليد.

التقرير الرابع: من تقارير تطبيق الإجارة على عقد التأمين هو استئجار المؤمن له للمؤمن على أن يتكفل بحفظ العين، فيكون المؤمن أجيراً لحفظ العين التي يُراد تضمين المؤمن إياها.

نعم، مقتضى أمانة الأجير عدم ضمانه، ولكن لا بأس بتضمين الأمين بالشرط نظير اشتراط ضمان العارية، فيكون مرجع الإجارة هذه إلى الإجارة على الاستيداع مضموناً؛ نظير العارية المشروطة بالضمان، فإن العين المستعارة وديعة مع إباحة التصرف وليس من لوازم ماهية الوديعة عدم حل التصرف للودعي.

وقد حققنا القول في حقيقة الأمانة عند التعرض لقاعدة عدم ضمان الأمين وذكرنا أن عدم ضمان الأمين ليس داخلياً في ماهية الأمانة، حتى يكون اشتراط ضمانه راجعاً إلى اشتراط ما يخالف مقتضى حقيقة الأمانة فيكون فاسداً؛ وإنما تتقوم الأمانة بكون الأمين مرخصاً في الاستيلاء على مال المالك شرعاً أو من قبل المالك نفسه.

نعم، ربّما يكون مقتضى إطلاق تأمين شخص على مال هو إسقاط الضمان عنه؛ وهذا ليس معناه كون سقوط الضمان داخلياً في حقيقة الأمانة. ولا ريب أن اشتراط

الضمان هدم للإطلاق؛ فلا يبقى معه مجال للحكم بعدم الضمان وإلغاء قاعدة اليد المقتضية للضمان ببناء العقلاء أو غيره.

نعم، ذكر سيدنا الاستاذ رحمته الله أنَّ الضمان هو حكم في موضوع يستدعيه، فلا يمكن جعله بمجرد الشرط ما لم يتحقق موضوعه؛ ومرجهه إلى أنَّ مثل براءة الأمين حكم ويكون شرط خلافه مخالفاً للشرع؛ أو أنَّ الضمان مسبب وسببه إما الإلتاف أو اليد أو ما شاكل ذلك؛ وليس شرط الضمان من أسباب الضمان كأن يشترط أن يكون ما يتلفه الزلازل مضموناً على شخص مع أن الزلازل ليس من أسباب الضمان ليصرف الضمان الحاصل بسببه إلى شخص.

وبما ذكرناه يندفع ما أفاده رحمته الله من المحذور؛ فإنَّ اليد مقتضية للضمان إلا فيما اقتضى منعها من التأثير في الضمان، ولا ريب أنَّ حقيقة مثل العارية لا تنقوّم بعدم ضمان المستعير حتّى يكون شرط الضمان فيها شرطاً لما يخالف مقتضاها فضلاً عن غير العارية.

التقرير الخامس من وجوه تطبيق التأمين على الإجارة هو: أن المؤمن له يستأجر مالاً للمؤمن عيناً أو كلياً على أن يكون ذلك المال رهناً على ديونه وغراماته المحتملة حسب ما يتوافقان عليه فيستوفي ديونه منه بشروط استيفاء الدين من الرهن.

أما إجارة عين لرهنها وجعلها وثيقة على أداء الدين، فالظاهر أنه لا محذور فيها؛ لأنَّ الرهن يعدّ من منافع العين؛ ولا يكون الانتفاع بالعين برهنها ملازماً لإلتافها كالأكل، لتمتع الإجارة لتلك المنفعة، وإن تعقّب الرهن التلف أحياناً كما لو صرف في دين الراهن فليست الإجارة للرهن من قبيل الإجارة لأداء الدين؛ فإنَّ الثاني يعدّ كالأكل بخلاف الأوّل.

وأما عدم اشتراط صحّة الإجارة بكون موردها عيناً شخصية فالظاهر أنه

لا ينبغي الإشكال فيه للإطلاقات؛ فكما يجوز إجارة دار بعينها فلا مانع من إجارة دار كلي مع تعيين وصفه بما يرفع الغرر كبيع.

وعلى هذا الأساس فكما يجوز إجارة نقد معين لجعله رضاء على دين فكذا يجوز إجارة مبلغ كلي لذلك؛ ويجب على المستأجر تعيين الكلي في معين كما لو باع كلياً. وبما ذكرنا يتضح أنه لا ترتبط المسألة بصحة رهن الكلي؛ بل الكلام فيما نحن فيه يتم حتى بناءً على اشتراط صحة الرهن بكون المرهون عيناً شخصية، وذلك لأن إجارة الكلي لرهنه لا تستلزم جعل الكلي رهناً، ولا تنافي جعل المصداق رهناً كما هو واضح.

فالمهم صحة إجارة الكلي، وقد صرح بها في كلام السيد الزيدي في العروة أيضاً، مع أن صحة رهن الكلي غير بعيدة؛ ولا ينافيها اشتراط صحة الرهن بالقبض لو قيل به، كما لا ينافي اشتراط القبض في الصرف والسلم صحة بيع الكلي فيهما. ولا فرق في رهن الكلي بين ما يقابل الجزئي المعين، وبين ما يقابل المنفعة، فيكون على الثاني بمعنى العين في مقابل المنفعة المقومة للإجارة؛ وبين الدين المتحقق بغض النظر عن الرهن، وبين نفس المنافع، فيصح على القاعدة رهن المنفعة ورهن الدين ورهن العين الشخصية ورهن الكلي المجعول في الذمة بنفس الرهن، وتمام الكلام في محله.

ثم إنه يجوز في رهن مال الغير جعل العين المرهونة مضمونة على الراهن لمالكها، كما يجوز جعلها مهدورة عليه فلا يضمن لمالكها غير الأجرة. ويمكن أن يجعل هذا الوجه من حيل الربا فتكون مقدار الأجرة زائدة على أصل مبلغ المال فيستأجر الألف لرهنه بأجرة مئة فيكون المضمون على المستأجر على تقدير وفاء الدين بالرهن ألف ومئة.

وربما يجعل مبلغ الإجارة في الفرض ألفاً ومئة مشروطاً بعدم ضمان قيمة العين

المستأجرة وهي الألف على تقدير صرفها في أداء الدين؛ ولا ملازمة بين عدم صحة المعاوضة على الألف بزيادة وبين عدم صحة إجارة الألف بزيادة بعد عدم جريان الربا في الإجارة.

ونحن وإن لم نستبعد حرمة الربا في غير البيع أيضاً ولكننا خصصناها على تقديرها بالمعاوضة على الأعيان بالأعيان دون مطلق المعاوضة لتشمل الإجارة. إلا أن يقال: إن المتفاهم عرفاً منع المعاوضة على خصوص منافعتها بزيادة عن تلك العين بالفحوى؛ فإذا لم يصحّ تمليك مثقال من الذهب بزيادة، فكيف يصحّ تمليك منفعة المثقال بزيادة عن مثقال، فتأمل.

ثم إن هذا التقرير من عقد التأمين كبعض التقارير السابقة سليم من الإشكالات التي ربما تورد على بعض الوجوه، أعني إشكال التعليق والغرر والتعويض عن أداء الدين بالزائد عن مقدار الدين.

أما إشكال التعليق فلأن الدين المضمون على المؤمن وإن لم يكن متحققاً حين التأمين، وإنما المؤمن له عرضة للضمان متأخراً إلا أن إجارة مال المؤمن على أن يرهن في زمان متأخر ليس من التعليق، فإن الإجارة فعلية واستيفاء منفعة العين متأخر عن زمان العقد فهي كإجارة المسكن بملاحظة المنافع المتأخرة كما لو استأجر داراً لسكنائها من الشهر المقبل.

والوجه في الصحة في الكل أن الذي يملكه المستأجر هو القابلية في العين، المتحققة حين العقد وإن كانت فعلية الاستيفاء متأخراً عن العقد؛ ولذا بأس بتمليك منفعة سكنى الدار في هذه السنة لواحد وتمليك منفعتها في السنة المقبلة من الآن لآخر.

وبهذا البيان يندفع إشكال كون المنفعة المقابلة بالعوض غير محققة في التأمين، لاحتمال عدم اشتغال ذمة المؤمن له بدين من جهة عدم تحقق موضوعه.

بيان الدفع: أنَّ المتفعة وهي القابلية متحققة بالفعل وهي المقابلة بالعوض، فهو كما لو استأجر شخصاً على أن يفتح الباب للضيوف فاتفق عدم قدوم الضيف في زمان.

كما أنَّ إشكال الغرر أيضاً لا محلَّ له في هذا التقرير؛ وذلك لتعيين العين المستأجرة والمنفعة المملوكة منها وتعيين الأجرة المعيّنة في الإجارة، فتأمل.

ثم إنَّ هذه الوجوه الخمسة من التقرير تشترك في تعيين ثلاثة من أركان الإجارة في مورد التأمين وهي: المتعاقدان والمبلغ الذي يدفعه المؤمن له كأجرة وعوض؛ ولكنها تختلف في تعيين المنفعة المملوكة للمؤمن له على المؤمن؛ فإنَّها على بعض التقادير هي التكلُّف بالغرامة أو نفس الغرامات المدفوعة؛ وعلى بعض التقادير استيلاء المؤمن على العين المضمونة عليه وهي المال الذي يؤمَّنه المؤمن ويتعهد بضمان خسارته؛ وعلى بعضها قيامه بحفظ العين مستولياً عليه مع كونه ضامناً وإن كان أميناً؛ وعلى التقدير الأخير المنفعة عبارة عن قابلية مال المؤمن لجعله رهنًا. ثم إنَّه على التقدير الأخير يشترط في صحَّة الإجارة تعيين مبلغ الرهن كألف دينار أو أقلَّ أو أكثر وتعيين الديون التي يجعل مال المؤمن رهنًا عليها حسبما يتوافقان عليه، دفعاً للغرر وتعييناً للمنفعة المملوكة للمستأجر بعد عدم تعيينها إلا بالتعيين. وعلى هذا الأساس لا بدَّ من تعيين مدَّة الإجارة في المقام على جميع التقارير كوجوب تعيينها في سائر المقامات.

ثم إنَّ العمل المستأجر عليه في مورد التأمين. والمحصل للغرض من عقد التأمين تارةً يكون هو نفس الكفالة بحفظ المتاع على وجه الضمان؛ ويلزمه استيلاء المؤمن على العين وقيامه بنفسه أو وكيله ونائبه برعايتها.

وأخرى يكون العمل المستأجر عليه نفس أداء الدَّين الذي يضمنه المؤمن له بأسبابه كالإتلاف والذي لولا التأمين يلزم المؤمن له ويكون أدائه عليه.

واختلاف مورد الإجارة والعمل المتسأجر عليه يكون باختلاف أقسام التأمين؛ فإنّ التأمين تارةً يكون على العين المملوكة للمؤمن له، وأخرى على الدّيون المسيّبة عن مثل الجنايات الواقعة بسبب المؤمن له.

ولا ريب أنّ كلاً من عمل حفظ المتاع وعمل أداء دين الغير عملٌ محترم؛ ولذا لا بأس باستئجار الغير على أداء الدّين المحقّق بالفعل أو المتحقّق جزماً فيما بعد. ولا فرق في ذلك بين كون الإجارة على أن يكون الأداء من مال الأجير أو كونه من مال المستأجر؛ بعد صحّة أداء دين الغير بغير ماله؛ فإنّه لو فرض عدم صحّة المعاوضة على مال الغير استناداً إلى تقوّم المعاوضة بخروج العوض عن ملك من خرج عن ملكه المعوّض وإن كان هذا مردوداً كما حقّقنا في محلّه - ولكن أداء دين الغير بمال غير المدين متفق عليه.

وقد يتخيّل أنّ الإجارة تنافي بذل العين لإتلافها لكونها مقوّمة بتمليك المنفعة مع بقاء العين.

ويردّه: عدم المنافاة؛ لجواز اشتراط شيء على الأجير سوى العمل من العين المقوّمة للعمل كالخيوط والبطانة في الخياطة وكما في الاستصناع الذي قد يعدّ نوعاً من الإجارة.^(١)

(١) لا يبعد أنّ الاستصناع المفروض في كلمات الفريقين هو ما تعارف خارجاً من طلب شخص من غيره صناعة شيء من خفّ أو طست أو غيرهما مع كون المواد على صاحب الصنعة، على أن يتعيّن ما يصنعه العامل للأمر بحيث لا يكون للصانع صرفه إلى غيره وصناعة شيء آخر له فإنّ الاستصناع المعروف خارجاً هو بهذه الصورة، وأمّا تصحيح الاستصناع بفرضه من قبيل بيع الكلّي وغير ذلك من الفروض فهو خروج عن مفروض المسألة من كونه ما هو الواقع في الخارج من كيفة.

وإن شئت قلت: إنّ الاستصناع يتضمّن تعيين حقّ طالب الصنعة في خصوص ما يقوم العامل بصنعه في ظرف خاص، فلا يبقى حقّ الطالب على كليّته بعد قيام العامل بالصنعة ليجوز تعيين حقه في مصداق آخر، بل يكون شأن القيام بالعمل بقصد الأمر شأن تعيين الكلّي وإقباضه لمستحقّه والذي لا مجال بعد

→ ذلك لصرف الحق إلى مصداق آخر وتعيينه فيه.

وليس المقصود في تحليل حقيقة الاستصناع مجرد الفروض التي تصحّ المعاملة معها وإن لم تنطبق على الموجود خارجاً. ومن قبيل هذه العثرة ما وقع من بعضهم في مسألة السرقة من فرض صور تصحّ المعاملة فيها، مع أنّ السرقة معاملة متعارفة في الخارج تمتاز بخصوصياتها عن غيرها كالبيع، فتصوير صور آخر تصحّ السرقة فيها من قبيل الحكم فيما هو خارج عن تلك الحقيقة إلّا أن يكون المقصود بيان الصور المفيدة لفائدة السرقة شرعاً بعد الفراغ من عدم مشروعية الصورة المتعارفة منها في الخارج فتأمل.

فقد علم بالذي ذكرناه أنّه لا وجه لتقسيم الاستصناع إلى البيع وغيره؛ فإنّ الأقسام المفروضة ليست للاستصناع وإنّما هي فروض بحالها وإن أفادت فائدة الاستصناع.

ويشهد لما ذكرنا اختلافهم في صحة الاستصناع، بل المشهور عدم الصحة مع اتّفاقهم على صحّة عدة ممّا فرض قسماً للاستصناع من بيع الكلي وغيره، فإنّ من البعيد غفلة القوم عن رجوع بعض العناوين الجديدة إلى بعض الحقائق المعهودة بالمأل كاندراج الخاصّ في عام، غير أنّ الخلط الواقع في المقام يحدو بنا إلى فرض صور من المعاملات ليمتاز الاستصناع ويعلم أنّه منها أو من غيرها.

فنعلم بعد التوكّل على الله: قد يقصد صاحب الصنعة بيع شيء كليّ فيعتبره في ذمّة نفسه قاصداً الوفاء بما يصنعه مباشرة أو تسيباً بعد ذلك، وهذا من بيع الكلي ولا يتعيّن في مثله الوفاء بشيء خاصّ ويكون تعيّن الوفاء بصنعه مباشرة أو بصنعه غيره موكولاً إلى اختيار البائع وتعيينه، شأن بقية الموارد حيث يبيع البائع كلياً.

وقد نفرض الصورة بحالها إلّا أنّه شرط على البائع مباشرة صناعة المبيع، وهذا كالسابق من بيع الكلي سوى أنّ الوفاء يتعيّن بصناعته، وليس له الوفاء بما صنعه غيره فهو كبيع حنطة خاصّة، والخصوصيّة لا تخرجها عن بيع الكلي، وليس هذا من الكلي في المعين حسب اصطلاحهم، بل هو في الذمّة. وإن كان لافرق عندنا بين الكلي في المعين وما هو في الذمّة في كونهما معاً في الذمّة. وما هو وجه الفرق بينهما عندهم من عدم جواز التصرف ببيع ونحوه في مجموع المعين في مسألة بيع الكلي في المعين مردود عندنا وضعا بل تكليفاً، فإنّه كما يجوز لبائع الكلي في الذمّة بيع ما يعجز معه عن الوفاء ببيعه الأوّل بمعنى أنّه يصحّ وإن أتم فكذا في المقام. ثمّ قد يكون البائع في المعين بعد تصرّفه في مجموع المعين متمكناً من استرداد ما يفي معه ببيعه بفسخ أو استيهاب أو نحوهما، ومعه فلا إثم أيضاً. وتام الكلام في غير المقام، وقد فضلنا القول في ذلك في محلّه.

نعم إذا كانت المادّة معيّنة من العامل كما لو أمره بخياطة قماش معيّن فلا يبعد أنّ المنصرف فيه كونه بيعاً بلحاظ العين وإجارة بلحاظ العمل.

محاذير تصحيح التأمين على أساس الإجارة

نعم، يبقى في قضية توجيه التأمين على الغرامات بعقد الإجارة أمور قد تعدّ محذوراً:

المحذور الأول: أنه قد ذكرنا في هذه الرسالة^(١) أنّ المستفاد من عدّة نصوص هو عدم جواز رجوع من أدى دين الغير عليه بأكثر ممّا أدى عنه؛ حتّى أنّه لو صالح على الدّين بأقلّ منه لم يجز أن يرجع على المديون بأكثر من مبلغ الصلح. بل لو باع الدائع الدّين المؤجل بأقلّ منه حالاً لم يرجع المشتري على المديون بأكثر ممّا اشترى به الدّين.

بل لو باشر شخص أداء الدّين الحالّ بأمر من المديون على أن يرجع عليه بأكثر منه مؤجلاً لم يجز كلّ ذلك للنصوص.

ومقتضى إطلاق النصّ هو عدم الفرق بين كون الرجوع بالزيادة في قبال ضمان الدّين أو في قبال الضمان بالأمر والاستيفاء. ونزيد هنا إطلاق المنع لما إذا كان الرجوع بالزيادة بسبب الإجارة أو الجعالة أو غيرهما، فلا يجوز التعويض عن أداء الدّين بشيء زائد على مبلغ الأداء بإجارة كان أو جعالة أو غيرهما.

ففي صحيحة محمد بن قيس المتقدّمة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمره نفر ليباع لهم بغيراً بنقد (بورق - يه) ويزيدونه فوق ذلك نظرة فابتاع لهم بغيراً ومعه بعضهم، فمنعه أن يأخذ منهم فوق ورقه نظرة». ^(٢) ونحو هذه الصحيحة في الدلالة غيرها ممّا تقدّم.

→ وربما كان هذا قسماً من الاستصناع الواقع في الخارج، ولا مانع من صحته سواء كان البيع والإجارة مقصودين بالاستقلال، أو كان أحدهما مشروطاً بالآخر كأن يبيع القماش في الفرض شارطاً عليه المشتري العمل فيه أو يستأجر العامل شارطاً عليه بيع القماش.

(١) راجع ما قرّرنا عند توجيه التأمين على أساس عقد الضمان.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٨، الباب ٣ من أحكام العقود، الحديث ١.

فإنه كما يُطلق الأمر في مورد الاستيفاء يصحّ إطلاقه في مورد الإجارة؛ ولذا يصحّ إنشاء الإجارة بالأمر وغيره ممّا يعدّ مبرراً لقصد الإجارة، بل ويصحّ إطلاقه في مورد الجعالة أيضاً حيث لا يتعيّن إنشاء الجعالة بوجه عامّ ويجوز تقييده بشخص أو أشخاص. ولكن ذكرنا في هذا المحذور بعض التعديلات الذي قد يندفع المحذور به في التأمين.

المورد الثاني: من محاذير التوصل إلى نتيجة التأمين بعقد الإجارة هو قضية التعليق؛ حيث إنّ أداء الدّين وإن كان عملاً محترماً يصحّ الاستئجار عليه؛ ولكن في مورد التأمين لمّا لم يكن الدّين محققاً وإنّما يحتمل تحقّقه فيما بعد، فتكون الإجارة معلّقة على تحقّق الدّين فالتعليق من جهتين: الأولى: عدم كون الدين معلوم التحقق ولو فيما بعد. والثانية: عدم كون الدين على تقدير تحقّقه متأخراً عن عقد الإجارة. وقد تقدّم تحقيق الكلام في شأن التعليق من حيث كونه محذوراً في المعاملات وبحسب الكبرى، كما وسبق أنفاً منع التعليق صغرى في المقام.

المحذور الثالث: من محاذير تطبيق الإجارة على التأمين وإيقاعه على وجه الإجارة هو قضية الغرر؛ فإنّ تحمّل الغرامة المردّدة بين الزيادة والنقيضة مشتمل على الغرر بمعنى الخطر؛ فإنّ المتعارف في التأمين هو تحمّل الغرامة إلى مبلغ خاصّ كألف دينار، فالخسارة المردّدة بين دينار إلى ألف دينار هلا تعدّ كالأجرة المردّدة بين دينار ودينارين، فإذا كان التردّد الأخير يعدّ خطراً كان الأوّل كذلك قطعاً فإنّ الجهالة والترديد في العمل الذي يتحمّله الأجير لا يقلّ محذوراً عن الجهالة في مقدار الأجرة؛ ولا ريب أنّ التردّد في تحمّل دينار إلى ألف دينار من أوضح الجهالة.

وإن شئت قلت: إنّ الدّين لو كان محققاً ولم يعلم مقداره لم تجز الإجارة على أدائه؛ وذلك لجهالة المقدار الموجبة لجهالة العمل المستأجر عليه، فكيف فيما لو كان الدّين

غير متحقق فعلاً وإنما يتحقق فيما بعد، فلو أغمضنا عن محذور التعليق من جهة تأخر الدين ولكن محذور جهالة مقدارة محذور آخر.

ولكن هذا المحذور لا يتأتى على جميع التقادير المتقدمة؛ وذلك فإن من جملتها كان هو إجارة مبلغ على المؤمن ليجعل رهناً على ديون المؤمن له وغراماته، فالمنفعة المملوكة للمؤمن له لا تردّد فيها، كما أنّ الأجرة أيضاً لا جهالة فيها.

قاعدة الغرر مضمونها ودليها

ثمّ إنّ يقع الكلام في مدرك قاعدة الغرر وفي مضمونها ليّضح موارد انطباقها وملاحظة الإصابة والخطأ في تطبيق القاعدة في الكلمات، فنقول:

إنّ المدرك المعروف لقاعدة الغرر هو الحديث النبويّ المعروف في كلمات الفريقين والمعقود له باب مستقلّ في أبواب المعاملات بعنوان: النهي عن بيع الغرر وأنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر.

والكلام يقع أولاً في سند الخبر: والأصل في رواية هذا الخبر هم أهل السنّة، ومنهم سرى نقل الحديث إلى كلمات الأصحاب، فقد روي هذا الخبر في صحيح مسلم وسنن الترمذي وأبي داود والنسائي والموطأ بأسانيد عدّة كلّها ضعيفة حتّى عند أهل السنّة، فإنّ في بعض أسانيده إرسالاً وفي بعضها الآخر ضعفاً؛

ففي سنن أبي داود بسنده عن شيخ من بني تميم قال: خطبنا عليّ بن أبي طالب، أو قال: قال لي عليّ: سيأتي على الناس زمانٌ غشوض بعض الموسر فيه على ما في يديه ويبيع [المضطرّون] ولم يؤمروا بذلك؛ قال الله تعالى: «وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ»^(١) وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطرّ وعن بيع الغرر وعن بيع الثمرة قبل أن تدرك^(٢)؛

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) سنن أبي داود ٢: ١٢٠، البيوع، باب بيع المضطرّ، الحديث ٣٣٨٢.

وهذه الرواية تشتمل على الإرسال لجهالة التميمي.

وفي الموطأ عن سعيد بن مسيب: أن رسول الله نهى عن بيع الغرر.^(١)
وفيها أيضاً إرسال.

وفي صحيح مسلم وسنن الترمذي وأبي داود والنسائي بسندهم عن أبي هريرة:
أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر.^(٢)

ولو ' يمكن في سند الخبر إلا أبو هريرة لكفى في الحكم بضعفه، فقد روى من طرق أهل السنة في شأن الرجل ما يقدح في العدالة جزء منه، ونقل في أمره ما ينافي الوثاقة شطر منه؛ وليس في صالحه إلا جهة الصحابة وما اشتهر بين متأخري أهل السنة من عدالة كل من صاحب رسول الله، والحجر على الناس في البحث عن حالهم والنقاش في فعالهم.^(٣)

(١) الموطأ ٢: ٦٦٤، البيوع، باب بيع الغرر، ح ٧٥، وعنه في الجامع، الحديث ٣٤٧.

(٢) أخرجه في جامع الأصول، المصدر السابق، الحديث ٣٤٦، عن صحيح مسلم، البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر، الحديث ١٥١٣، وسنن الترمذي، ٢: ٣٤٩، البيوع، باب ما جاء من كراهية بيع الغرر، الحديث ١٢٤٨.

وسنن النسائي ٧: ٢٦٢، البيوع، باب بيع الحصة.

وأبو داود ٢: ١١٩، البيوع، باب بيع الغرر، الحديث ٣٣٧٦.

وابن ماجه ٢: ٧٣٩، التجارات، النهي عن بيع الحصة وعن بيع الغرر، الحديث ٢١٩٤.

(٣) وقد تعرضنا في بعض رسائلنا لتحقيق تلك المسألة وأن القول بعدالة كل الصحابة لا أصل له؛ وإنما هو من المحدثات والتي لم يقف عليه حتى الصحابة أنفسهم؛ وإنما هو شيء افتعل عليهم من بعدهم لأغراض سياسية. ولأنه أعوز بعض الصحابة - مثل معاوية - آية فضيلة عدا فضيلة الصحبة فحولتها بعض الأيادي إلى ما لم يكن بحسبان الصحابة أنفسهم؛ وقد ذكر بعض: أن الصحابة كان شأنهم فيما بينهم شأن بقة الناس، وإنما اتَّخذهم الناس أرباباً بعد عصرهم؛ وليت شعري كيف دبَّ روح الاجتهاد والعصمة في أهل عصر واحد بأسرهم ثم خفي ذلك عليهم أنفسهم حتى وقف الأواخر على حالهم بحديث: أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم؛

وأما ما روي من حديث النهي عن الغرر من طرقنا فمنها:
 خبر المعاني بسنده إلى النبي ﷺ: (إنه نهى عن المنابذة والملاسة وبيع الحصة؛
 المنابذة) يقال: إنها أن يقول لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع أو أنبذه
 إليك وقد وجب البيع بكذا؛ ويقال: إنما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصة فقد
 وجب البيع؛ وهو معنى قوله: إنه نهى عن بيع الحصة، ثم ذكر فيه تفسيرين
 للملاسة، ثم قال: وهذه بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعونها، فنهى رسول الله ﷺ
 عنها؛ لأنها غرر كلها. (١)

ولكن كون التعليل في ذيل الخبر من تمام الرواية لم يثبت، بل ظاهره أنه تفسير
 أو اجتهد من الصدوق أو غيره.

وفي موضع آخر من الوسائل عن المعاني بإسناد متصل إلى النبي ﷺ: (إنه نهى
 عن المجر) وهو أن يباع البعير أو غيره فما (بما) في بطن الناقة.

«ونهى عن الملاقيح والمضامين» ثم ذكر تفسيرهما ثم قال: «ونهى عن بيع حبل
 الحبل» ومعناه ولد ذلك، الجنين الذي في بطن الناقة أو هو نتاج النتاج؛ وذلك
 غرر. (٢)

وشأن هذا هو شأن السابق، بل هو عين الخبر السابق موزع على الأبواب، وقد
 علّق عليه في هامش الوسائل بقوله: والظاهر أن التفاسير كلها من الصدوق.

أقول: ويحتمل كونها من غيره من الرواة، وكيف كان فعدم كونها من تمام الرواية
 ظاهر.

→ وقد حكينا في تلك الرسالة روايات تجوز حدّ التواتر أضعافاً تصرّح بارتداد جمع كبير من الصحابة
 وأن النبي ﷺ ينادي على الحوض حينما يذاد أصحابه عنه: أي ربّ أصيحابي أصيحابي؛ فيقال له: إنك لا
 تدري ما أحدثوا بعدك إنهم ارتدّوا! إلى غير ذلك من أحاديث تحكي ذنوب كثير من الأصحاب وهناتهم.
 ولل كلام ذيول لكنه موكول إلى محله، وقد طغى بنا القلم بهذا المقدار.

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٦، الباب ١٢ من عقد البيع، الحديث ١٢.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١٥ من عقد البيع، الحديث ٢.

وفي خبر الدعائم عن أمير المؤمنين إنه سُئل عن بيع السمك في الآجام واللبن في الضرع والصوف في ظهور الغنم، قال: «هذا كله لا يجوز؛ لأنه مجهول غير معروف يقلّ ويكثر وهو غرر»^(١).

نعم، أرسل الخبر هذا في كلمات جمع من الفقهاء إرسال المسلمات: قال في محكي السرائر في مسألة ضمّ شيء إلى ماء الضروع: والأقوى عندي المنع من ذلك كله؛ لأنه غرر وبيع مجهول، والرسول نهى عن بين الغرر^(٢). وفي محكي التذكرة: لا يصح بيع الطير في الهواء سواء كان مملوكاً أو غيره إجماعاً؛ لأنه في المملوك وغيره غرر، وقد نهى النبي عن الغرر^(٣). وفي موضع آخر من محكي التذكرة: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر كبيع عسيب الفحل وبيع ما ليس عنده^(٤).

إلى غير ذلك من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم، ويدخل هذا الخبر في القسم الذي أشرنا إليه كراماً من المراسيل القطعية للثقة والتي يحتمل بناؤها على الحس. وقد تعرّضنا للبحث عن اعتبار مثله وعدمه وإن كان الذي استقر عليه رأينا هو عدم الحجية كما في سائر المراسيل.

ويمكن تقرير اعتبار حديث النهي عن بيع الغرر بوجوه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث مروي في كتب الفريقين سيما في الجوامع الأصلية لأهل السنة بأسانيد مختلفة لا يبعد دعوى تظافرها وإن لم يصحّ آحاد أسانيده. الوجه الثاني: أن إسناد هذا الحديث إلى النبي ﷺ عند العامة كان بمرأى ومسمع

(١) مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٥، الباب ٧ من عقد البيع، الحديث ١.

(٢) السرائر ٢: ٣٢٢ من العوائد: ٩٠، العائدة ٨.

(٣) التذكرة ١: ٤٦٦، العوائد: ٩٠، العائدة ٨.

(٤) التذكرة ١: ٤٨٥، العوائد ٩١، العائدة ٥.

من أئمة أهل البيت عليه السلام وقد كانوا عليهم السلام يرصدون الأكاذيب على رسول الله ﷺ أو ما قد يُنسب إليه ﷺ اشتباهاً أو خطأً أو يفسّر بما لا يصحّ كما يأتي إن شاء الله تعالى مورد منه في حديث بيع الثمر قبل ظهوره من قوله ﷺ كما في الخبر: أظنّ أنّهم سمعوا قول رسول الله ﷺ.

وسكوت الأئمة من الردّ على ما اشتهرت نسبته إلى النبيّ من الأقوال عند أهل السنّة نوع تقرير وإمضاء لذلك المقال، وهذا باب من الكلام يفتح منه أبواب وله آثار في ثبوت كثير من الأحاديث التي لم تصل من طرقنا أو رويت عندنا مرسلًا ونحوه، ومع ذلك قد اعتمد عليها أئمة الفنّ وأكابر الفقه.

وعلى أساس هذا الوجه يحكى عن سيّد مشايخنا البروجردي رحمته الله أنّه كان يقول: إنّ أحاديثنا وفقهنا كالهامش على فقه أهل السنّة وأحاديثهم؛ وكان يعني بذلك - كما يحكيه شيخنا الوالد الأستاذ وغيره من مشايخنا وغيرهم - دخل معرفة فقه العامة وأحاديثهم في فهم معاني أخبار أئمتنا عليهم السلام وفقههم.

الوجه الثالث: اعتماد من لا يعتمد على الخبر الواحد عليه بل الجزم به، كما تقدّمت حكايته عن ابن إدريس.

الوجه الرابع: إرسال ابن إدريس وغيره من سابقى فقهاءنا للرواية بنحو الجزم في النسبة، وقد حقّقنا في غير المقام اعتبار مثل هذه المراسيل بضمّ أصالة الحسّ حيث يحتمل استنادهم في الجزم بها إلى وجه حدسيّ. ولكن قد رجعنا عنه حيث تحقّق لنا بعض الإشكالات في هذا المبنى.

وأما مراسيل المتأخّرين فلا عبرة بها جزماً؛ لعدم احتمال استنادهم فيها إلى وجه حسّي خارج عن منالنا، بل كلّ ما انتهى إليهم من الوجوه الحسّية فهي واصله إلينا فلا يبقى في جزمهم بالخبر إلّا الاستناد إلى وجه حدسيّ عادةً، ومثله لا يكون حجّة على غير المقلّد.

ما هو المراد بالغرر؟

ثم لو تحقق صدور حديث النهي عن بيع الغرر أو اعتباره يقع الكلام في تحقيق معنى الغرر ومفاده؛ وقد ذكر في كتب اللغة والفقه للغرر بمادته وهيئاته المتعددة معاني عدة ربما أنهيت إلى ستة بل وزيادة عن ذلك، ولعل مراد من حصر معانيه في ستة أراد المناسب منها للحديث.

وكيف كان، فالمحتمل من معنى الغرر في الحديث أحد معنيين؛ وما سواهما، إما ليس معنى للغرر بل هو لازم المعنى أو مصداقه، وإما لا يحتمل كونه معنياً في الحديث ومراداً به، والمعنيان المحتملان في الحديث هما: الخدعة والخطر.

واستعمال مادة الغرور في الخدعة في العرف واللغة ليس قليلاً، بل ربما لا يعهد استعمال الغرر في الكتاب العزيز إلا في الخدعة ولو بسبب شيء لا شعور له ولا قصد وربما تستعمل الخدعة في غير القاصد مجازاً وقد يكون حقيقة كما في الدعاء: وخذعتني الدنيا بغرورها ونفسي بجناتها أو بخيانتها.

وقد ذكرنا ضمن قاعدة الغرور أن الاغترار هو الانخداع ولا ينفك هذا عن غار وسبب، وذلك قد يكون عن قصد وقد لا يكون الغار قاصداً كما في سبيّة الدنيا للغرور فيقال: غره جماله أو طعمه أو لونه أو ما شابه ذلك.

ولعل الفرق بين الخدعة والغرر هو في الغار والخادع حيث لا يشترط في الغار كونه قاصداً بخلاف الخادع فإن الخدعة تتقوم بالقصد. وربما تستعمل الخدعة في غير القاصد مجازاً وقد يكون حقيقة كما في الدعاء: وخذعتني الدنيا بجناتها أو بخيانتها بغرورها ونفسي.

وعلى أي تقدير فيشترط في المغرور والمخدوع كونه جاهلاً بحقيقة الحال وواقعه، وهذا لا يقتضي أن اللفظين بمعنى الجهل، بل المعنى غيره وإن كان متقوماً بجهل المغرور والمخدوع.

فلو لم يكن الأصل في معنى الغرر هو الخدعة وكان مرجع المعنى الآخر وهو الخطر إليه بوجه كما قد قيل أو يُقال فلا أقلّ من كونه معنىً مستقلاً في قبال الخطر، فإذا تردّد معنى الحديث بين الأمرين عاد مجملًا لا يمكن الاستناد إليه في أحدهما. ويكون مفاد الحديث على أحد المعنيين: النهي عن بيع الخدعة وعلى التقدير الآخر: النهي عن بيع الخطر.

ثم إن إضافة البيع إلى الغرر تحتل أمرين: أحدهما: إضافة الموصوف إلى الوصف وكأنّ هذا المعنى هو المعروف في بيع الغرر فيكون الغرر والخطر وصفاً للبيع ولذا يُقال: البيع الغرري فيكون وزانه وزان بيع الربا.

وثانيهما: إضافة المصدر إلى المفعول فيكون الغرر مبيعاً ويكون مآله إلى بيع ما فيه الغرر والخطر والجهالة، ويكون وزانه وزان بيع الحيوان وبيع الدّين وبيع السلم والصرف والطعام ونحوها من الإضافة الشائعة في البيع وغيره. واستناد الفقهاء إلى الحديث مبني على الوجه الأول من نحوي الأضافة، كما أنّه مبني على كون الغرر بمعنى الخطر، فيكون الاستدلال بالحديث مبنيّاً على احتمال في احتمال.

ثم لو فرض قصور الحديث المعروف في النهي عن بيع الغرر - للإجمال في متنه وإن سلّم سنده كما تقدّم - فهل هناك في غيره من النصوص والأدلة ما يؤدّي مضمونه حسب المتفاهم منه عرفاً وإن كان العنوان المذكور في النص لفظ آخر، بحيث لو قصرت اليد عن حديث النهي عن الغرر لإثبات فساد البيع الغرري بمعنى الخطر فهل هناك ما يدلّ على هذا المضمون وأنّ البيع الغرري فاسد؟

وليعلم أنّ الفقهاء استندوا إلى حديث الغرر في موارد أربعة لو ثبت الفساد في تلك الموارد ولو بنص آخر لم يهّم ثبوت حديث النهي عن الغرر أو عدم ثبوته، وتلك الموارد هي:

المورد الأول: الشك في أصل وجود المبيع فلا يصح البيع إلا حيث يحرز وجود المبيع، فلا يجوز بيع المشكوك وجوده فيما كان المبيع عيناً خاصة؛ وإن كان موجوداً واقعاً؛ فشرط صحة البيع إحراز وجود المبيع عند البيع، ولا يكفي تحققه واقعاً عند البيع مع كونه مشكوكاً للمتعاقدين أو لأحدهما.

المورد الثاني: الشك في أوصاف المبيع المقومة للمالية كالكيل والوزن والعذفيما يعتبر بها وسائر الأوصاف التي تتقوم مالية العين على أساسها كالجودة واللون والطعم والريح وغير ذلك من الأوصاف مما يختلف باختلاف الأشياء ومنها الأجل وما يقابله.

وبالجملة: كل وصف في أحد العوضين حتى الأجل مما تختلف القيمة باعتباره وجوداً وعدمًا لا بد من تعيينه بذكر أو رؤية أو نحوه مما يحرز به الأوصاف، فلا يجوز بيع الأعيان المجهولة الأوصاف للمتبايعين ولا جعلها ثمنًا في المعاملة، كما لا يجوز بيع الكلّي مع جهالة وصفه المقوم للمالية.

المورد الثالث: الشك في القدرة على التسليم فإنه لا يجوز بيع مثله، بل لا بد في صحة البيع من إحراز كون المبيع مقدوراً على تسليمه في الموعد المقرر أو حالاً حسب البيع، ولا فرق في ذلك بين بيع العين والكلّي؛ فلا يجوز بيع العبد الآبق والبعير الشارد مما يشك في القدرة على تسليمه أو التمكن من الوصول إليه.

المورد الرابع: الجهالة في الشرط فإنها توجب انصاف البيع بالغرر وإن كان العوضان من حيث أنفسهما معلومين في الوجود والأوصاف والقدرة على التسليم. والشروط وإن لم تكن مقابلة بالأثمان ولكنها دخيلة في تقدير الأثمان في المعاملات؛ فتكون جهالة الشرط موجبة لكون المعاملة غررية من أصلها.

ولذا ذكر الشيخ الأعظم رحمته في مكاسبه في بحث الشروط - على ما بيالي - وغيره أن البحث في سريان الفساد من الشرط إلى العقد وعدمه إنما هو في غير الشروط

الموجبة لتعنون المعاملة بالعناوين الخاصة المحكومة بالفساد فإن الشرط حينئذٍ مفسد بالإجماع لكن لا بملاك إفساد الشرط الفاسد، بل بدليل آخر. وذلك مثل الشرط الموجب لكون المعاملة ربوية فإنه مفسد؛ ومنه أيضاً الشرط الموجب لكون البيع غررياً وخطرياً.^(١)

وقريب ممّا ذكره الشيخ من بطلان البيع بالشرط الموجب لغرورية البيع ما في الجواهر.^(٢)

وهناك قسم آخر عدّ من الغرر في كلمات بعض العامة وهو إنشاء عقد مردّد إمّا بين ماهيتين أو بين فردين من ماهية واحدة. مثلما إذا أنشئ البيع مردّداً بين النقد والنسيئة كالبيع بثمانين نقداً ونسيئةً بكذا، وكمليك عين بمنفعة أو بالعكس حيث يتردّد بين البيع وبين الإجارة. وللبيع آثار خاصّة من خيار المجلس وغيره، وللإجارة أحكام خاصّة من عدم جواز إجارة بأجرة زائدة على الإجارة السابقة أحياناً.

هذا، ولكنّ بطلان العقد المردّد بين مثل النقد والنسيئة لا يحتاج إلى دليل الغرر فإنّ بطلان هذا البيع إنّما هو لعدم المقتضي لصحته بعد عدم كون المردّد موجوداً في الخارج ولا قابلاً لاعتبار التحقق بعموم دليل صحّة المعاملات. والبحث عن الغرر بحث عن المانع بعد الفراغ عن وجود المقتضي للصحة.

وأما البحث عن إنشاء العقد المردّد بين البيع والإجارة فإن كان بمعنى إنشاء عقد يكون مصداقاً لعقدين معاً فهذا لا محذور فيه حيث أمكن صدق ماهيتين اعتباريتين على مصداق واحد، نظير صدق العقد والتجارة والمعاوضة على مصداق واحد؛ ولا محذور في صدق عنوانين من العناوين الخاصّة في المعاملات على

(١) المكاسب ٣: ٣٠ و٢: ٤٠٣، الطبعة القديمة.

(٢) الجواهر ٢٣: ٢٠٢.

مصدق واحد لو كان.

ما يمكن الاستدلال به للغرر غير حديثه

إذا تمهّد موارد استناد الفقهاء إلى حديث الغرر فيقع الكلام في مدى قيام دليل آخر غير حديث الغرر في تلك الموارد.

أمّا البحث عن اشتراط إحراز وجود المبيع فيما كان عيناً والمراد بالعين ما يقابل الكلّي - فيمكن الاستدلال له بعدة من النصوص:

١- منها: موثّق سماعة قال: سألته عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ فقال: «لا؛ إلاّ أن يحلب لك منه أسكرجة فيقول: اشتر متّي هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمّى؛ فإن لم يكن في الضرع شيء كان مافي الأسكرجة»^(١). والمفهوم من الخبر عدم جواز البيع إذا لم يكن وجود المبيع محرراً. نعم، يجوز البيع مع تردد المبيع بين الزيادة والنقص فيكون الثمن بإزاء المبيع مهما كان؛ فإن كان المبيع واقعاً منحصراً في اللبن المحلوب كان الثمن بأجمعه في قبالة؛ وإن كان المبيع مشتملاً على مافي الضرع لاشتمال الضرع على اللبن زائداً على مافي الأسكرجة تقسّط الثمن على اللبن المحلوب.

ولا مخالفة في هذا الخبر للقواعد سوى ما تضمّن من صحّة المعاملة جزافاً بعد تحقّق أصل وجود المبيع، وعدم اشتراط تحقّق مقدار الكيل:

ولكن ربّما كان ذلك لكون اللبن قبل الحلب من المبيع جزافاً في العرف كالثمر على الشجر وإنّما يعتبر الكيل والوزن فيما يعتبر بهما في العرف والعادة. إلاّ أن يفرّق بأن الثمر على الشجر لا يباع جزافاً بل يباع خرصاً، فتأمل.

وسياًتي نحو هذا الخبر في الدلالة على عدم اشتراط الكيل في الألبان في صحيح العيص.

٢- ومنها معتبرة إبراهيم الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مئة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ فقال: «لا بأس بذلك إن لم يكن ما في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»^(١).
 ٣- ومنها رواية الصدوق في معاني الأخبار بسنده عن النبي صلى الله عليه وآله: «إنه نهى عن المجر؛ وهو أن يُباع البعير أو غيره ممّا (بما) في بطن الناقة، ونهى عن الملاقيح والمضامين؛ فالملاقيح ما في البطن وهي الأجنة؛ والمضامين ما في أصلاب الفحول؛ وكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة؛ وما يضرب الفحل في عامه وفي أعوام، ونهى عن بيع حبل الحبلية»^(٢)؛ ومعناه: ولد ذلك الجنين الذي في بطن الناقة. أو هو نتاج التناج؛ وذلك غرر.^(٣)

وقد روى شطر آخر من الحديث في الباب ١٣ وفيه: «أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع المنابذة والملامسة وبيع الحصة»؛ ثم ذكر تفاسير هذه البيوع، وفي آخرها: «وهذه بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنها لأنها غرر كلّها»^(٤). والظاهر أن التفاسير والتعليل بالغرر من كلام الصدوق رحمته الله أو بعض الرواة لا من تمام الرواية كما سبق.

٤- وفي معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتقبّل بحزيرة رؤوس الرجال وبخراج النخل والآجام والطير وهو لا يدري لعله لا يكون من هذا شيء أبداً أو يكون، أيشتره وفي أي زمان يشتره ويتقبّل منه؟ قال: «إذا

(١) الوسائل ١٢: ٣٦١، الباب ١٠ من عقد البيع، الحديث ١.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

(٣) معاني الأخبار (الصدوق): ٢٧٨.

(٤) المصدر السابق: الباب ١٢، الحديث ١٣.

- علمت أن من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره وتقبل به (منه)».
- وفي رواية الصدوق لها: بخراج الرجل وجزية رؤوسهم وخراج النخل والشجر والآجام والمصائد والسمك والطيور.^(١)
- ٥- وفي معتبرة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب».^(٢)
- والمراد من شراء الآجام هو شراء سمكها على ما يظهر من غير الخبر كما يأتي.
- ٦- وفي المرسل عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء؟ قال: «تصيد كفاً من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا».^(٣)
- ٧- وفي حديث المناهي للصدوق قال: «ونهي عن بيع ما ليس عندك ونهي عن بيع ما لم يضمن».^(٤)
- ٨- وفي خبر الأصم عن مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أمير المؤمنين عليه السلام نهى أن يشتري شبكة الصياد يقول: اضرب بشبككتك فما خرج فهو من مالي بكذا وكذا».^(٥)

تحقيق روايات بيع الثمار وما يُعارضها:

وهناك جملة من النصوص ترتبط بهذا المجال وردت في بيع الثمار وأنه فيما كان البيع قبل ظهور الثمرة فإن كان لسنة لم يجز حتى يظهر الثمر ويبدو الصلاح وإذا كان

(١) الوسائل ١٢: ٢٦٤، الباب ١٢ من عقد البيع، الحديث ٤.

(٢) نفس المصدر: الحديث ٥.

(٣) نفس المصدر: الحديث ٦.

(٤) نفس المصدر: الحديث ١٢.

(٥) نفس المصدر السابق، الحديث ١.

لأكثر من سنة جاز فإنه إذا هلكت ثمرة سنة كان الثمن في قبال ثمرة سنة أخرى، ولكن هناك ما يعارض هذه الطائفة فلا مناص من تحقيق هذه النصوص. وهي طوائف:

أما الطائفة الأولى منها فهي عدة روايات:

- ١- ففي موطأ أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنين (سنتين - ص) فافعل»^(١).
- ٢- وفي صحيح ابن ميسرة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع النخل سنتين؟ قال: «لا بأس به...» الحديث^(٢).
- ٣- وربما يدل على ذلك أيضاً خبر أبي بصير الآتي في الطائفة الأولى من المعارضة.

٤- وفي معتبرة الحلبي، قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل والكرم والثمار ثلاث سنين وأربع سنين؟ فقال: «لا بأس؛ تقول: إن لم تخرج في هذه السنة خرج في قابل». وإن اشتريته في سنة واحدة فلا تشتريه حتى يبلغ. وإن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس...».

وسئل عن الرجل يشتري الثمرة الغسامة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها؟ فقال: «قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانوا يذكرون ذلك فلما رأهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه؛ ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم»^(٣).

وصدر الحديث ظاهر في العنوان الذي قدمناه ولكن ذيله ينافيه، وسيأتي معنى

(١) الوسائل ١٣: ٥، الباب ١ من بيع الثمار، الحديث ١٥٠.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١١.

(٣) المصدر: الحديث ٢.

نهيه ﷺ مع عدم التحريم في الطائفة الأخيرة؛ ولا يبعد كون الرواية حديثاً متعدداً جمع الراوي بين الرواية المتعددة، فهي من الجمع في الرواية لافي المروي، ومعه فيكون ذيل الرواية حديثاً آخر مناسباً للطائفة الرابعة من الأخبار في المقام، فتعارض هذه الطائفة كمعارضتها للطائفة الثالثة.

٥- وفي معتبرة ربعي عن أبي عبد الله ﷺ - في حديثٍ - قلت: جعلت فداك، بيع السنتين؟ قال: «لا بأس»؛ قلت: جعلت فداك إن ذا عندنا عظيم؛ قال: «أما إنك إن قلت ذاك، لقد كان رسول الله ﷺ أحل ذلك، فتظالموا (فتظلموا - يب) فقال ﷺ: لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها»^(١).

ويظهر من الخبر أن نهيه ﷺ لم يكن تحريماً، وسيأتي نحو الخبر في الجمع بين النهي وعدم التحريم، وتقدم قبيل هذا، ويأتي تفسيره إن شاء الله تعالى.

٦- وفي رواية أبي الربيع الشامي، قال: قال أبو عبد الله ﷺ: كان أبو جعفر ﷺ يقول: «إذا بيع الحائط فيه النخل والشجر سنة واحدة فلا يباع حتى تبلغ ثمرته؛ وإذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضرة (الخضرخ)»^(٢).

٧- وصحيح يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن شراء النخل؟ فقال: «كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمرة السنة؛ ولكن السنتين والثلاث كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى» قال يعقوب: وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً؟ قال: «لا بأس؛ إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستبين»^(٣).

(١) المصدر: الحديث ٤.

(٢) المصدر: الحديث ٧.

(٣) المصدر: الحديث ٨.

٨- وصحيح سليمان بن خالد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم؛ وإن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل».^(١)

٩- وفي خبر علي بن جعفر - بل صحيحه بناءً على وثيقة عبد الله بن الحسن - عن أخيه موسى به جعفر عليه السلام قال: سأله عن شراء النخل سنتين أيحل؟ قال: «لا بأس؛ يقول: إن لم يخرج العام شيئاً أخرج القابل إن شاء الله». قال: وسأله عن شراء النخل سنة واحدة أ يصلح؟ قال: «لا يشتري حتى يبلغ».^(٢)

وليعلم أن مورد عامة هذه النصوص هو بيع المعدوم لا بيع الكلي القابل للإنطباق على الموجود متأخراً عن البيع؛ وهذا الذي قلناه واضح جداً؛ فإن المبيع في مفروض النصوص هو شخص ما يوجد من الثمرة في السنين المتأخرة، ولذا لا يستحق المشتري شيئاً سواه؛ ويتعين الثمن بإزاء ما يفرض وجوده؛ وبدونه فهل يكون الثمن مهدوراً على المشتري فيكون الإقدام على مثل هذا البيع نوع مقامرة أولاً؟ مقتضى القواعد بطلان البيع إلا في فرض البيع مع الضميمة حيث يتعين الثمن بإزاء الضميمة حسب ما تضمنته النصوص. وببالي أن هذا الذي تضمنته نصوص الضميمة حكم على القاعدة، كما أن بطلان البيع في غيره هو قضية القواعد؛ وتوضيح الأمر: أن المتفاهم عرفاً من بيع الثمرة المستقبلية والمعرضة للخطر حدوثاً وبقاءً هو عدم تعهد البائع بشيء سواها؛ كما أن المفهوم منه كون المبيع هو ما يبقى للمشتري وما يكون حظه ونصيبه زاد أو نقص؛ قل أو كثير.

فإذا صار للمشتري مقدار من الثمر وبقيت له - سيما إذا كان بمقدار متعارف - فهو المبيع، والثمن بإزائه؛ وإذالم يبق شيء لآفة ونحوها فإن كان البيع مع الضميمة فإن المتفاهم من الضميمة في البيع تعيين الثمن بإزاء الضميمة على تقدير عدم سلامة الثمر

(١) المصدر: الحديث ٩.

(٢) المصدر: الحديث ٢١ و ٢٢.

وعدم تبعض المعاملة بالانفساخ.

وأما على تقدير عدم الضميمة فربما كان المتفاهم من البيع عدم استحقاق المشتري لاسترداد الثمن لإقدامه على المبيع الفرري فهو نوع مقامرة أقدم عليها المشتري ولكن مقتضى عدم جواز أكل المال بالباطل بطلان المعاملة ورد الثمن؛ وكأن في نصوص الضميمة إشارة إلى هذا المضمون، فكان الأمر بالضميمة إرشاداً إلى طريق الاستحلال الثمن في المعاملة الفررية المفروضة في النصوص.

وقد صرح بما ذكرنا من الحكم ببطلان المعاملة في غير فرض الضميمة مع عدم سلامة المبيع من أصله والد العلامة المجلسي قدس الله روحهما.^(١)

ثم إن سيدنا الأستاذ رحمته الله كان مصرّاً على بطلان بيع المعدوم، بل كان يصّر على عدم صحة تملك المعدوم ولو بغير البيع؛ ولم يكن يستدلّ على ذلك برهة بدليل سوى الإجماع على ما يبالي حتى انتهى به الأمر إلى أن وفق ذلك على القاعدة فكان يقول: إن كان تملك المعدوم بلحاظ ظرف عدمها فهو غير معقول؛ وإن كان المقصود تملكها بلحاظ فرض تحققها ووجودها فمرجعه إلى التعليق المبطل للعقود إجماعاً. أقول: لا ريب أن بطلان تملك المعدوم لو تمّ فهو قابل للتخصيص وتكون نصوص بيع الثمرة قبل وجودها حجة على التخصيص؛ ولذا كان يصّر سيدنا الأستاذ رحمته الله بأن تملك المعدوم على خلاف القاعدة يقتصر فيه على موضع النصّ كما في المضاربة والمساقاة والمزارعة ونحوها من العقود المتضمنة لتمليك المعدوم، كما أن مقتضى القواعد في هذه العقود المشتملة على تملك المعدوم هو الاقتصار على خصوص ما تقتضيه أدلتها الخاصة، وكان لا يرى صحة نوع منها بدليل عمومات المعاملات حيث قصر نصّه الخاصّ خلافاً لصاحب العروة وغيره.

(١) لم أشر عليه أخيراً.

وهناك طائفة ثانية دلت على النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح مطلقاً بلا تقييد بسنة وزيادة؛ والجمع بينها وبين الطائفة الأولى بالتقييد.

١- ففي معتبرة الوشا قال: سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: «لا يجوز بيعه حتى يزهو»؛ قلت: ما الزهو جعلت فداك؟ قال: «يحمّر ويصفّر وشبه ذلك»^(١).

ولم يذكر في رواية الصدوق للخبر قوله: «وشبه ذلك».

٢- وفي رواية علي بن أبي حمزة (في حديث) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل ليس فيه غيره بسرّاً (غير بسر خ) أخضر؟ قال: «لا، حتى يزهو»؛ قلت: وما الزهو؟ قال: «حتى يتلون»^(٢).
والظاهر أن المراد من شراء البستان هو شراء ثمره.

٣- وفي موثق عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال: «إذا عقد وصار عروفاً»^(٣).

٤- وفي حديث المناهي: «نهى أن يبتاع الثمار حتى تزهو». يعني تصفّر أو تحمّر^(٤).

والتفسير من الصدوق أو سائر الرواة. وسيأتي معنى نهى النبي صلى الله عليه وآله مع عدم التحريم في حديث يزيد أن ابن يزيد.

٥- ونحو الحديث المتقدم خبر المعاني: «أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن المخاضرة وهو أن يُباع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وهي خضر بعد. ويدخل في المخاضرة أيضاً بيع

(١) المصدر: الحديث ٣.

(٢) المصدر: الحديث ٥.

(٣) المصدر: الحديث ٦.

(٤) المصدر: الحديث ١٤.

الرطاب والبقول وأشباهها. ونهى عن بيع الثمر قبل أن يزهر؛ وزهوه أن يحمر أو يصفر»^(١).

الروايات المعارضة

وهناك طائفتان أخريان تخالفان هاتين الطائفتين:
إحداهما: ما تضمن عدم جواز بيع الثمرة لسنين أيضاً ما لم يثمر في السنة الأولى أو يخضر ويبدو علائم سلامة الثمر من الآفة.
والأخرى: ما تضمن جواز بيع الثمرة لسنة فضلاً عن السنتين قبل الظهور والصلاح، فضلاً عما إذا ظهر ولم يبد صلاحها.
أمّا ما يدل على الأولى:

١- فمنها رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن النخل والثمرة يبتاعها الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر؟ قال: «لا، حتّى تثمر وتأمين ثمرتها من الآفة، فإذا أثمرت فابتعها أربعة أعوام؛ وإن شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل»^(٢).
وأمّا ما يدل على الأخرى؛ أعني جواز بيع الثمر مطلقاً - والمراد بالإطلاق عدم التقيد بالزيادة عن سنة ولا بالظهور ولا بالضميمة، بل هي نص في الإطلاق من حيث جواز البيع لسنة فضلاً عن أكثر، وهي تعارض كلتا الطائفتين المتقدمتين - فروايات:

١- منها: رواية (ابن يزيد) بريد قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعاً؟ فقال: «لا بأس»؛ وأكثر السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول: «لا بأس به»، فقلت: أصلحك الله - استحياء من كثرة ما سألته وقوله: لا

(١) المصدر: الحديث ١٥.

(٢) الوسائل ١٣: ٥، الباب ١ من بيع الثمار، الحديث ١٢.

بأس به - إن من يلينا يفسدون هذا كله! فقال: «أظنهم سمعوا حديث رسول الله ﷺ في النخل»؛ ثم حال بيني وبينه رجل فسكت؛ فأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله ﷺ في النخل؛ فقال أبو جعفر عليه السلام:

«خرج رسول الله ﷺ فسمع ضوضاء فقال: ما هذا؟ فقيل له: تبائع الناس بالنخل فقعد النخل العام، فقال عليه السلام: أما إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء ولم يحرمه»^(١).

وقوله عليه السلام: «نهى ولم يحرمه»؛ إما أن يكون المراد أن نهيه عليه السلام لم يكن نهى تحريم، بل كان نهى تنزيه وكره؛ أو يكون المراد أن نهيه كان منعاً وإلزاماً لهم في زمان معين، لا تحريماً أبدياً؛ نظير ما ورد في تحريم لحوم الحمير وكب قدروها في بعض الأزمنة مع حلها. أو يكون المراد أن نهيه عليه السلام لم يكن سوى تحريم تكليفي لا أنه أراد الفساد لو تحقق البيع، وعلى تقدير الحرمة تكليفاً فالحرمة لا تعم الجميع.

٢- ونحو هذا الخبر ذيل معتبرة الحلبي المتقدمة في الطائفة الأولى من الطوائف الثلاث في المقام، فراجعها.^(٢)

(١) المصدر: الحديث ١.

(٢) ويمكن تقريب المنع من البيع مع عدم الفساد في الحديث المتقدم بما ذكرناه في بعض المباحث وبيانه: أن حرمة كل شيء لا بد أن تكون بملاحظة ما يناسبه، نظير ما يقال في حرمة الأعيان من أن التحريم يلحظ الأفعال المناسبة معها؛

وتحريم المعاملات يمكن أن يكون متعلقاً بأحد أمرين:

الأول: المعنى المصدري، والثاني: المعنى الاسم المصدري؛ فتحريم البيع تارة يُراد به صدور البيع من المكلف وهو معنى المصدر كالضرب والقتل، وأخرى يُراد به ذات البيع بغض النظر عن انتسابه إلى البائع. وعلى هذا التقدير يكون من قبيل تعلق التحريم بالأعيان ينصرف التحريم إلى الأفعال الاختيارية المتعلقة بالبيع المناسبة له والتي صدور البيع من جملتها، ومن جملتها الحضور عند البيع للشهادة عليه مثلاً وهكذا.

→ أما على تقدير تعلق التحريم بالمعنى المصدرى فالمحرم يكون صدور البيع دون سائر مناسبات البيع. وعلى التقديرين لما كان التحريم بلفظه أو بما يدل على الحرمان بملاحظة الأثر المترتب، وذلك في المعاملة عبارة عن النقل والانتقال والتملك والتملك مثلاً، فالحرمان من البيع ينصرف إلى عدم تأثيره في التملك والتملك وإلا لم يكن المكلف محروماً عن البيع تشريعاً بمجرد الحرمة التكليفية. وعلى هذا فتحريم المعاملة والعقد يساوق ظهوره في الفساد.

وإن شئت قل: إن إصدار البيع وعقده ليس أمراً مقصوداً لنفسه حتى يكون تحريم البيع منصرفاً إليه؛ ولئن قصد فائناً قصد بملاحظة مضمونه وهو التملك والتملك، فلو لم يكن تحريم البيع قاصراً عن تحريم عقده تكليفاً فلا أقل من كون المتيقن من مثل تحريم البيع الحرمان من تأثيره وحصول التملك والتملك به.

وعلى هذا فظاهر تحريم المعاملات هو فسادها ما لم تقم قرينة على غير ذلك. وإثبات حرمة العقد بحاجة إلى دليل خاص غير دليل حرمة المعاملة كما في حرمة بيع الربا؛ كما أن حرمة مثل الشهادة عليه ليس مقتضى حرمة المعاملة؛ لعدم كون الشهادة أمراً مقصوداً في البيع ليكون تحريم البيع تحريماً لها. ومما يؤكد ما ذكرناه من كون تحريم المعاملة ظاهراً في فسادها هو الحديث المتقدم ونحوه، حيث ورد فيه أن النبي ﷺ نهى عن المعاملة ولم يحرمها، فكان تحريمها كان هو المقتضى للفساد؛ فكان نهيه إما نهى تنزيه وكره لا تحريم ومنع، وإما منعاً إلزامياً خاصاً بزمان، لا حكماً بالتحريم المطلق ليستلزم الفساد ونظير النهي عن بيع الثمار قبل الظهور بدون تحريم هو ما ورد مستفيضاً لو لم يكن متواتراً أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحم الحمير ولم يحرمها.

ففي صحيح محمد بن مسلم ورواية عن أبي جعفر عليه السلام إنهما سألاه عن أكل لحوم الحمير الأهلية فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن أكلها يوم خيبر؛ وإنما نهى عن أكلها في ذلك الوقت لأنها كانت حمولة الناس؛ وإنما الحرام ما حرم الله في القرآن» (١).

ونحوه غير واحد من النصوص الحاوية لمضمون هذا الخبر.

وفي صحيح أبي بصير قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «إن الناس أكلوا الحوم وداينهم يوم خيبر، فأمر رسول الله ﷺ بإكفاء قدورهم ونهاهم عنها ولم يحرمها» (٢).

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام إنه سئل عن سباع الطير والوحش حتى ذكر له القنفاذ والوطواط والحمير والبغال والخيول، فقال: «ليس الحرام إلا ما حرم الله في كتابه، وقد نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عنها، وإنما نهاهم من أجل ظهورهم أن يفنوه وليست الحمير بحرام؛ ثم قال: إقرء هذه الآية: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْمَةً أَوْ دَمًا شَفُوعًا أَوْ لَحْمَ

→ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فِسْقًا أَهْلُ لَغْتٍ اللَّهُ يَدِي فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرُ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (الانعام: ١٤٥)، (٣)

إلى غير ذلك من النصوص الوفيرة.

وقوله ﷺ: ليس الحرام إلا ما حرم الله في كتابه؛ الظاهر أن المراد الحرام من اللحوم والحيوانات لا حصر مطلق الحرام فيما دل الكتاب عليه خاصة؛ فإن من المسلم عدم انحصار المحرمات فيما دل القرآن عليه؛ فيكون المقصود أن لحم الحمير ونحوه من الموارد المذكورة هي مندرجة في قاعدة الحل المستفادة من القرآن؛ وليس في قبال ذلك ما يقتضي التخصيص إلا نهي النبي ﷺ عن الحمر ولكنه لم يكن تحريماً مطلقاً كتحريم الخنزير وإنما كان منعاً عن أكل لحمها زماناً خاصاً لحاجة المسلمين إلى ظهورها. فلا موجب لحرمتها بعد انقضاء ذلك الوقت.

وذكر الشيخ في التهذيب للحديث تفسيراً آخر وهو أنه: ليس الحرام المغلظ الشديد الحظر إلا ما ذكره الله في القرآن وإن كان فيما عداه محرمات كثيرة إلا أنها دونه في التغلظ. (٤)
أقول: ما ذكره ﷺ حمل للفظ على خلاف ظاهره جداً وإن استدلل به ببعض المؤيدات، وذكر في الوسائل مرسلًا للصدوق هكذا:

محمد بن علي بن الحسين قال: «إنما نهي رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر الإنسية بخير لئلا تنفى ظهورها» وكان ذلك نهي كراهة لا نهي تحريم. (٥)

أقول: ما ذكره الصدوق بقوله: وكان ذلك نهي كراهة الخ، الظاهر أنه اجتهد للصدوق، ولذا لم ينسبه ﷺ إلى الرواية، وكأنه نشأ ذلك من الجمع بين ما في الرواية أن النبي ﷺ نهي ولم يحرم ذلك، فحمل النهي على الكراهة، ولكنه كما ترى فإن النهي كان إلزاماً وإنما لم يحرمها تحريماً مطلقاً يعم كل زمان كما تقدم. وقد كان خطر ببالي في زمان من هذه النصوص ونحوها أن الحرمة اصطلاح خاص يقسم من الممنوعات في الشريعة، كما أن الفريضة اصطلاح لبعض الواجبات، فمعنى أنه نهي ولم يحرم أنه منع إلزاماً ولكنه ليس حراماً اصطلاحاً لكون الحرام هو خصوص ما حرم الله في كتابه، وقد ذكر نظيره في الفريضة وأنها خصوص ما أوجب الله في كتابه.

ولكنه مدفوع بعدما قرئنا من معنى هذه النصوص.

ومما يؤيد كون النهي في المعاملة مقتضياً للفساد وكون الفساد من مقتضيات عصيان الله نصوص وردت في نكاح الفضولي وأنه صحيح، وفي بعضها تعليل ذلك بأن العبد لم يعص الله، وإنما عصى سيده، ففي صحيح زرارة عن أبي جعفر ﷺ قال: سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذلك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما.

وهناك طائفتان خامسة وسادسة دلّتا على جواز بيع ثمر البستان إذا أدرك بعضها، بل لو أدرك بعض ثمار تلك الأرض، وكذا مع الضميمة.

شبهة ورد

وقبل التعرّض لهذه النصوص نذكر شبهة ودفعها:
أما الشبهة فهي أنّه كيف يشترط في صحّة البيع كون المبيع معلوماً بأوصافه وكيّله ووزنه ولا يشترط العلم بوجود جزئه وشطره؛ فهلاً تكون أدلّة اشتراط عدم الغرر في الأوصاف دليلاً على ردّ هذه النصوص المتضمّنة لجواز البيع مع كون جزء المبيع غررياً. ومجرّد ضمّ الضميمة أو إدراك بعض الثمرة أو بيع السنين لا يدفع الغرر.

ويردها: أنّ هذا تحكّم في قبال النصّ، والفقهاء قد فرضوا النهي عن الغرر بمعنى

→ قلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد؛ ولا تحلّ إجارة السيّد له؛ فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده فإذا أجازاه فهو له جائز. (٦) وفي خبر آخر: إنّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص لله إنّما عصى سيّده ولم يعص الله؛ إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه. (٧)

وفي صحيح منصور عن أبي عبد الله عليه السلام: في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعّم أنّه حرام، وقوله (وقل له خ و نوله خ) أنّ لا يفعل إلاّ بإذن مولاه. (٨)

(١) الوسائل ١٦: ٣٢٢، الباب ٤ من الأطعمة المحرّمة.

(٢) المصدر: الحديث ١١.

(٣) الوسائل ١٦: ٣٢٧، الباب ٥ من أبواب الأطعمة المحرّمة، الحديث ٦.

(٤) المصدر: ذيل الحديث ٦.

(٥) الوسائل ١٦: ٣٢٣، الباب ٤ من الأطعمة المحرّمة، الحديث ١٥.

(٦) الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٣٢ من نكاح العبيد، الحديث ١.

(٧) المصدر: الحديث ٢.

(٨) المصدر ٢٣: الحديث ٢.

الخطر أصلاً مسلماً، وعلى أساسه حكموا بطلان البيع فيما كان وجود المبيع أو شطره غريباً، مع أنه لو سلم حديث الغرر بالمعنى المتقدم فلاريب أنه مطلق لا يقاوم الخاص؛ ولذا ترى الفقهاء حكموا بصحة البيع مع الضميمة ونحوها حسبما تضمنته النص؛ ولكنهم اقتصروا على الموارد الخاصة كالعبد الآبق وغيره مما ورد في النص، مع أن النصوص المتقدمة بتعليلها أو ما يشبه التعليل لا تختص بخصوص موارد؛ ونتيجة ذلك عدم كون الغرر في جزء المبيع مطلقاً مخرلاً بصحة البيع، فيحمل حديث الغرر لو تم على الغرر من جهة الأوصاف والمقادير وغيرهما. مع أن في جملة من النصوص المتقدمة يحتمل انحصار المبيع فيما عدا المشكوك واقعاً كما في بيع الثمر فيكون المبيع هذا الموجود، وأما ما عداه مما فرض تلفه بآفة ونحوها فليس مبيعاً واقعاً؛ ولذا لا تتبع الصفقة بل يكون الثمن بتمامه في مقابل الموجود.

نعم، في العبد الآبق يكون المبيع متعدداً، وعدم إمكان تسلمه لا يحصر المبيع فيما عداه ويكون البيع مع كونه غريباً في شطره نافذاً بل ولازماً بعد إقدام المشتري عليه عن علم.

وكون الثمن في مقابل الضميمة إنما هو بمعنى عدم جواز الفسخ أو عدم تبعض الصفقة، لا أنه بحسب الإنشاء يكون الثمن في قبال الضميمة خاصة، فتأمل.

ثم إن التعارض بين هذه الطوائف من النصوص قابل للحل؛ والجمع بما في نفس هذه الروايات من القرائن والشواهد.

والمتحصّل من جميع النصوص: جواز بيع الثمر قبل ظهوره حتى لسنة واحدة فضلاً عن سنين كما تضمنته الطائفة الرابعة حسب ما رتبنا النصوص، كما في صحيح بريد ونحوه؛ فإنها صرحت بأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة عاماً قبل طلوع شيء فيه، ومع ذلك لم يحرمه فكان جائزاً، والنهي إما للكرهية كما تقدّمت حكايته عن الصدوق في نظير المقام من النهي عن الحمر الأهلية - ولكنه خلاف الظاهر - وإما إرشاد لدفع المخاصمة.

وبذلك يظهر محمل الطائفة الأولى من النصوص التي تَضَمَّنَت النهي عن شراء النخل عاماً واحداً قبل أن يطعم.

كما أنَّ الطائفة الثانية الناهية عن بيع الثمر قبل بدوِّ الصلاح مطلقاً بلا تقييد بالسنة مع كونها أخصَّ من الطائفة الأولى المفصلة بين السنة وزيادة، محمولة في السنة الواحدة أيضاً على ما تحمل عليه الطائفة الأولى من الإرشاد أو نحوه، لكون الطائفة الأولى نصّاً في عدم الحرمة قبل أن يطلع النخل فضلاً عما إذا طلع فيه ولم يطعم.

كما أنَّ الطائفة الثالثة المتضمِّنة للنهي عن بيع الثمر قبل الإخضرار مطلقاً حتّى لسنين محمول على ما تحمل عليه الطائفة الأولى؛ لأنّه إذا جاز بيع الثمر حتّى لسنة واحدة قبل الظهور فكيف ببيعها لسنين. فتأمل

وأما الطائفتان الخامسة والسادسة فهما أخصَّ من الطائفة الرابعة بملاحظة المدلول المنطوق فلا تنافي تلك؛ فإنَّ جواز البيع من الضميمة لا ينافي الجواز مطلقاً، وأما بملاحظة المفهوم - لو تمّ - فمحمول على النهي الإرشادي بعد صراحة ما تقدّم في الجواز.

الروايات الدالّة على اشتراط العلم بأوصاف المبيع:

ومما يمكن الاستدلال به لاشتراط العلم بأوصاف المبيع المقوِّمة لماليّته هو جملة من الروايات:

منها: ما ورد في اشتراط الكيل والوزن والعدّ ونحوها فيما يعتبر في العرف والعادة ببعض هذه الوجوه:

١- ففي موثّق سماعة قال: سألتّه عن شراء الطعام وما يكال ويوزن، هل يصلح شرائه بغير كيلٍ ولا وزن؟ فقال: «أما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري

منه مراوحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنزهه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس»^(١).

والمستفاد منه اشتراط الكيل والوزن في كل ما يعتبر عند العرف بهما وأنه لا يجوز الشراء بدون الكيل والوزن إلا في بيع المراوحة اعتماداً على الكيل في المعاملة السابقة؛ ثم يتعدى إلى مطلق إخبار البائع بالكيل والوزن حيث دلّ عليه دليل. كما أن مدلول هذا الخبر كغيره هو جواز اعتماد المشتري على كيل البائع وإخباره إذا أراد الشراء؛ لا جواز البيع للمشتري الثاني اعتماداً على إخبار المشتري الأول.

والظاهر أن جواب الإمام عليه السلام ناظر إلى سؤال الراوي الذي كان عن الطعام وغيره فيكون ذكر الطعام في كلام الإمام عليه السلام من باب المثال، وعليه يحمل ما ورد في سائر النصوص من اعتبار الكيل والوزن في الطعام لا على الخصوصية.

كما أنه لا خصوصية للكيل والوزن، بل يدلّ الخبر ولو بالغاء الخصوصية حسب المتفاهم العرفي سيما بضمّ سائر النصوص على اعتبار العدّ وغيره فيما يعتبر بذلك^(٢).

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٧، الباب ٥ من عقد البيع، الحديث ٧.

(٢) لا بدّ في التعدي من موارد النصوص على الإطلاق إلى إثبات ذلك كما أشرنا إلى ما يشبهه في المقام. نعم، يستثنى من ذلك بعض العناوين كعنوان العلم والمعرفة والتبيين.

وقد كنّا ذكرنا سابقاً أنه إذا كان العنوان في النصّ هو الرجل فالتعدي منه إلى المرأة بحاجة إلى إلغاء الخصوصية، وفيه مؤونة تتوقّف على الإثبات، والأفع الشكّ وعدم تحقّق المساواة لا بدّ من الاختصار على خصوص الرجل وعدم التعدي إلى غيره.

ولعلّ هذا الذي ذكرناه هو المعروف بين الفقهاء في مجال استنباط الحكم من النصوص ومصادر المسائل؛ وعلى هذا الأساس ذهب سيّدنا الأستاذ رحمته الله في مسألة وجوب قضاء الواجبات الغائبة عن الميت على الولي أن هذا الحكم خاصّ بالرجل الميت فيجب القضاء عنه ولا يجب القضاء عن المرأة، لكون العنوان الوارد في النصوص المعتبرة هو كون المقضي عنه رجلاً، والتعدي إلى وجوب القضاء عن غيره

→ لا دليل عليه إلا إلغاء الخصوصية؛ وهو بحاجة إلى دليل.

ونحن استشكلنا عليه ﷺ في محله بإمكان استفادة مساواة المرأة للرجل من بعض النصوص، وتفصيل الحكم في المسألة محوّل إلى محله.

إلا أن الذي نعنيه في المقام هو أنه خطر ببالي أخيراً كون عنوان الرجل في النصوص ظاهراً في الإشارة إلى الجامع بينه وبين المرأة فكأن العنوان يساوي عنوان المكلف ونحوه؛

للكون الرجل في اللغة بهذا المعنى؛ بل لظهور هذا العنوان حيثما يفرض موضوعاً للأحكام العرفية والقانونية والشرعية مشيراً إلى مطلق المكلف إلا أن يتحقّق دخل خصوصية الرجولة قبل الأنوثة في مورد؛ وبدونه فالمنساق منه العموم ويكون تخصيص الحكم بخصوص الرجل هو بحاجة إلى مؤونة إثبات. وهذا نظير ما ذكره غير واحد من ظهور عنوان العلم والمعرفة في النصوص في كونه ملحوظاً بعنوان الطريق لا مأخوذاً في موضوع الحكم فضلاً عن كونه مأخوذاً على وجه الصفة؛ وعلى هذا الأساس حمل قوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾. على الطريقة كما هو المعروف، وكذا الكلام في غير واحد من موارد أخذ العلم أو ما يرافده أو يشتق منه في النص.

وكأن ما ذكرنا من ظهور عنوان الرجل في الجامع - حيث يقع موضوعاً في نص - هو المرتكز عند الفقهاء وإن خالف بعضهم هذا الارتكاز في بعض الموارد بالتصريح كما في المسألة التي أو عزنا إليها حكاية عن سيدنا الأستاذ ﷺ حيث خالف مآثنه السيد اليزدي الذي صرح بالمساواة بين الرجل والمرأة.

ومما يؤكد ما ذكرنا من ظهور عنوان الرجل في جامع المكلف هو أن الفتى البالغ خمسة عشر سنة ونحوها لا يصدق عليه الرجل لغة وعرفاً، مع أنه لم يحتمل فقيه اختصاص الحكم بغير الذكر الشاب الذي لم يبلغ حد الرجولة ومنهم سيدنا الأستاذ ﷺ في مسألة قضاء الصلاة، وما هذا إلا لكون العنوان ظاهراً في مطلق المكلف ولا يختص بخصوص الذكور فضلاً عن بعضهم، وإنما يعنون الرجل في النصوص لأن عنوان مثل المرأة على خلاف العادة والمتعارف إما لكون المرأة عورة يتستر عليها حتى في الذكر أو لكون ذلك طبعاً عربياً بل ولغيرهم من عامة الأعراف حيث يقدّم الرجل في الذكر على المرأة؛ فإن المرأة من حيث هي إنسان لا تفضّل على الرجل.

بل ربّما كان عنوان الرجل في النصوص ظاهراً في مطلق الإنسان فيشمل الصبي وغير المكلفين أيضاً وإن احتمل اختصاص الحكم بالبالغ إلا إذا تحقّق في مورد اختصاص الحكم بالبالغ أو نحوه.

فلو ورد الحكم في الرجل يشك في صلاته عم صلاة الصبي فيما كانت مشروعة فضلاً عن المرأة. وكذا لو ورد الرجل يموت وله كذا وارث فإنه يشمل الصبي، وكذا الرجل عليه دين ونحو ذلك.

ففي صحيح عبد الرحمان إنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام اشتريه منه بكيله وأصدقه؟ فقال: «لا بأس ولكن لا تبعه حتى تكيله».^(١)

ونحوه غيره من معتبرة محمد بن حمران وغيرها.

٢- وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح بيعه مجازفةً وهذا مما يكره من بيع الطعام».^(٢)

وقد ذكر في الوسائل روايات ثلاث للحلبي في هذا الباب والظاهر أن كلها واحدة وقد رويت بأسانيد، فلا وجه لعدّها أخباراً ثلاثة.

وأما ما تضمن تصديق البائع في الكيل والوزن فلا يستفاد منه اشتراط الكيل والوزن في صحة البيع؛ وإنما غايته الاكتفاء بإخبار البائع حيث يقع البيع على كيل أو وزنٍ خاصٍّ وأن البيع إذا كان على أساس كيل خاص لا بدّ من تحقّق الكيل للمشتري إمّا بالعلم به مباشرةً أو بالاكتفاء بإخبار البائع. وأما عدم جواز البيع جزافاً فلا يستفاد من ذلك.

ومنه يظهر الإشكال في دلالة صحيح الحلبي وابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سُئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه، ثمّ يُكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: «لا بأس به».^(٣)

توضيح الإشكال: قوّة احتمال كون الحديث ناظراً إلى الاكتفاء بالكيل عن العدّ

→ وهذا التعدي وإن لم يكن بوضوح التعدي إلى المرأة من الرجل ولكنه غير بعيد أيضاً. نعم كل هذا إذا كان الرجل المذكور في النص موضوعاً لحكم نفسه وأما إذا كان موضوعاً لحكم غيره فلا ظهور في النص في التعدي كما إذا قيل: إذا شهد رجلان بالهلال جازت شهادةتهما فإنه لا يتعدى إلى المرأة وكذا إذا قيل رجل يروي الحديث جاز قضائه أو جاز تقليده ونحو ذلك.

(١) الوسائل ١٢: ٢٥٧، الباب ٥ من عقد البيع، الحديث ٨.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٥٤، الباب ٤ من عقد البيع، الحديث ١.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٧ من عقد البيع.

فيما كان البيع مبنياً على أساس عدد خاص من الجوز، لا اشتراط البيع بالعدّ وعدم جوازه جزافاً، فتأمل.

٣- وفي رواية (ابن خ) ميسر عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام: «إنّه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنّه لا يدري كم الدينار من الدرهم». ^(١)
ونحوه المرسل عن حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام. ^(٢)

ومن التعليل يظهر أنّ العلّة في عدم جواز تعيين الثمن بهذا الذي تضمّنه الخبر هو جهالة النسبة المؤدّية إلى جهالة مقدار الثمن؛ فلا بأس بذلك مع العلم بالنسبة كما يتفق عادةً في البيع نقدًا؛ بخلاف البيع نسيئة فإنّ النسبة في الأجل مجهولة عادةً ولا يمكن العلم بها نوعاً؛ ولذا ورد في بعض النصوص تخصيص المنع بالمؤجل كما في الحديث الآتي.

٤- وفي رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام في رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل؟ قال: «فاسد؛ فلعلّ الدينار يصير بدرهم». ^(٣)
والتقييد بالأجل وإن كان في كلام السائل فلا ينافي عموم الحكم لغير المؤجل أيضاً، ولكنّه يرمي إلى الفرق حسب الارتكاز للنكته التي ذكرناها، ويؤكدّه الحديث الآتي.

ثمّ إنّ يمكن أن يُقال: إنّ مقتضى التعليل لزوم اشتمال البيع على الثمن فلا يصحّ البيع بلا ثمن سالبة بانتفاء الموضوع، وحيث يحتمل استيعاب الاستثناء للمستثنى منه يحتمل انتفاء الثمن لا محالة، وهذا غير اشتراط العلم بالمقدار بعد إحراز أصله. وفيه: أنّ الظاهر كون الخبر بصدد المبالغة في المنع عن البيع بالوجه المتقدّم؛

(١) الوسائل ١٢: ٣٩٩، الباب ٢٣ من أحكام العقود، الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر: الحديث ١.

(٣) نفس المصدر: الحديث ٢.

للجهالة، وإلا فلا يحتمل عادةً مساواة الدرهم للدينار.

٥- وفي رواية وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام: «إنه كره أن يشتري الرجل بدينار إلا درهماً وإلا درهماين نسيئة؛ ولكن يجعل ذلك بدينار إلا ثلثاً وإلا ربعاً وإلا سدساً أو شيئاً يكون جزءاً من الدينار».^(١)

ومنها: ما تضمن المنع من البيع بغير صاع المصر وأن البيع بالموازين المجهولة لا يصح:

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر».^(٢)

ومنها: ما تضمن اشتراط الاختبار بالرؤية وغيرها في المبيع.

ففي رواية عن محمد بن سنان مسنداً إلى أبي جعفر عليه السلام: «إنه كره بيعين: اطرح وخذ من غير تقليب، وشراء ما لم تر».^(٣)

وليس في سنده من يتوقف فيه إلا ابن سنان.

ونحوه خبره الآخر^(٤)، لكنه مرسل؛ لقول ابن سنان: نبئت عن أبي جعفر. كما في الخبر الآتي.

وفي معتبرة عبد الأعلى بن أعين قال: «نبئت عن أبي جعفر عليه السلام أنه كره شراء ما لم تره».^(٥)

والخبر مرسل لجهالة النبيء عن الإمام عليه السلام.

ومنها: ما تضمن اشتراط وصف المبيع:

(١) نفس المصدر: الحديث ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٧٩، الباب ٢٥ من عقد البيع، الحديث ٣.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٦٧، الباب ١٢ من عقد البيع، الحديث ١٤.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٧١، الباب ٢٥ من عقد البيع، الحديث ٣.

(٥) نفس المصدر: الحديث ٢.

ففي المرسل عن أبي مخلد السراج قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل معتب فقال: بالباب رجلان، فقال: أدخلهما، فدخل فقال أحدهما: إني رجل قصاب وإني أبيع المسوك^(١) قبل أن أذبح الغنم؛ قال: «ليس به بأس ولكن إنسبها غنم أرض كذا وكذا»^(٢).

ثم لو ثبت جواز البيع بغير الكيل والوزن في مورد فإما أن يكون ذلك باعتبار كونه غير مكيل ولا موزون في العادة، بل يباع جزافاً؛ لعدم ما ليته بمقدار لا يتسامح في مقداره كالتراب أو يكون استثناءً عن العموم يقتصر فيه على مورد النص فلا مناص عن الأخذ بالعموم ما لم يثبت المخصص.

مثل صحيح العيص قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: «نعم، حتى تنقطع أو شيء منها»^(٣).

فإن اللبن في الضرع ربما لا يكون مكيلاً ولا موزوناً كالتمر على الشجر فتأمل؛ حيث إن الثمر ولو على الشجر لا يباع جزافاً كالتراب بل غايته انه يكتفى في كيله ووزنه بالخرض.

ومنها: ما تضمن اشتراط ذكر الجنس والوصف والأجل والسن في السلف وأنه إنما يصح فيما أمكن ضبطه بالوصف وعدم جواز الأجل المجهول كالدياس والحصاد. ١- مثل صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بالسلم في المتاع إذا وصفت الطول والعرض»^(٤).

٢- وفي صحيحة الآخر عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بالسلم في

(١) المسوك: الجلود.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٦٤، الباب ١٢ من عقد البيع، الحديث ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من عقد البيع، الحديث ١.

(٤) الوسائل ١٣: ٥٤، الباب ١ من السلف، الحديث ١.

الحيوان إذا وصفت أسنانها»^(١).

٣- وفي معتبرة سليمان بن خالد (في حديث) إنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم في غير نخل ولا زرع؟ قال: «يسمى شيئاً مسمى إلى أجل مسمى»^(٢).

٤- وفي موثق عبيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بالسلم في الحيوان إذا سميت شيئاً معلوماً»^(٣).

وراجع في هذا المجال غير واحد من النصوص في أبواب السلف من الوسائل. ثم إن ما يدل على اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع نصوص؛ والمتحصل منها أن الشرط أحد أمرين: القدرة على التسليم أو ضم ضميمة مع عدم القدرة.

١- ففي معتبرة رفاعة النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟

قال: «لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم: أشتري منكم جاريتمكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً، فإن ذلك جائز»^(٤).

٢- وفي معتبرة سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: «لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشتري منه». وقد تقدم في أحاديث بيع الثمار ما يدل على هذا المضمون، فراجع.

وهناك عدة من النصوص وردت في الإجارة والمزارعة يستفاد منها المنع من

(١) المصدر: الحديث ٣.

(٢) المصدر: الحديث ٥.

(٣) المصدر: الحديث ٦.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من عقد البيع، الحديث ١.

بعض أفراد الغرر؛ وعده مانعاً من صحة الإجارة في مواردّها، وقد اشتمل بعضها على ما هو كالتعليل.

ففي رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تؤاجر الأرض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف؛ ولكن بالذهب والفضة لأنّ الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون»^(١).

والظاهر أنّ المراد بالحديث هو النهي عن إجارة الأرض بما يخرج منها من الثمر كما في مورد المزارعة حيث تكون المعاملة على ما يخرج من الثمر بعد المعاملة. فإنّ هذه الثمار ليس مضمونة التحقق، بل هي عرضة العدم ومعرض الخطر كما يرشد إليه التعليل في ذيل الحديث؛ بخلاف الذهب والفضة والدينار والدرهم ونحوها فإنّ العقد والإجارة عليها جائز؛ لكونها مضمونة بالعقد ولا ينتظر بها شيء آخر؛ وليس وجودها معلقاً على عدم الآفة ونحوها بخلاف الثمار.

وإن شئت قلت: إنّ الإجارة بأجرة غير مضمونة التحقق لا تصحّ وإنّها كالبيع بلا ثمن مضمون حذو ما تقدّم.

ويؤكد مضمون الحديث المتقدّم موثّق أبي بصير الآخر، بل لعله هو عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تؤاجر الأرض بالحنطة ولا بالتمر ولا بالشعير ولا بالأربعاء ولا بالنطاف»^(٢).

ولولا التعليل في الحديث لكان يحتمل فيه أمر آخر وهو أن يكون المراد النهي عن إجارة الأرض التي يراد زرعها بزرع ولو من غيرها، وفي بعض النصوص ما يوميء إلى كونه نوع ربا.

ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تستأجر الأرض بالحنطة ثمّ

(١) الوسائل ١٣: ٢٠٩، الباب ١٦ من المزارعة، الحديث ٢.

(٢) المصدر: الحديث ٦.

تزرعها حنطة.^(١)

وفي المعتبر عن الصادقين عليه السلام أنهما سُئلا: ما العلة التي من أجلها لا يجوز أن تؤاجر الأرض بالطعام، وتؤاجرها بالذهب والفضة؟ قال: «العلة في ذلك أن الذي يخرج منها حنطة وشعير؛ ولا تجوز إجارة حنطة بحنطة ولا شعير بشعير».^(٢)

ويحتمل كون المنع من إجارة الأرض التي يُراد زرعها حنطة بحنطة ناظراً إلى كون الأجرة من نفس ثمر الأرض فيتحد مع بعض آخر من النصوص.

كالصحيح عن أبي بردة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض المحدودة (المحابة خ ل) بالدرهم المعلوم؟ قال: «لا بأس»، قال: وسألته عن إجارتها بالطعام؟ فقال: «إن كان من طعامها فلا خير فيه».^(٣)

وفي رواية الفضيل بن يسار قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجارة الأرض بالطعام؟ قال: إن كان من طعامها فلا خير فيه.^(٤)

فلو كان للنهي عن إجارة الأرض بالطعام إطلاق حمل على الطعام من نفس ثمر الأرض لمفهوم خبر الفضيل.

ثم إن الغرر قد يكون بملاحظة ما وقع العقد عليه، لعدم تعيينه في نظر المشتري والبائع، وجهلها؛ مع فرض تعيينه واقعاً كما لو باع صبرة مجهولة المقدار مع فرض تعيينها واقعاً؛ ومن هذا القليل بيع ما في الأجمة مع احتمال عدم وجود شيء فيها. وقد يكون الغرر بملاحظة عدم تعيين مورد العقد في نفسه كما لو باعه واحداً من عشرة بنحو الكلّي في المعيّن مع اختلاف العشرة في الكم وغيره من الأوصاف المقومة للمالّية.

(١) المصدر: الحديث ٣.

(٢) المصدر: الحديث ١١.

(٣) نفس المصدر: الحديث ١٠.

(٤) نفس المصدر: الحديث ٥.

واشترط تعيين مورد العقد بما لا يقبل الانطباق على المختلفين كمّاً ووصفاً في المبيع الكلّي لا يستلزم اشتراط تبين مورد العقد في أوصافه مع فرض تعيينه واقعاً؛ فما تضمّن اشتراط تحديد الطول والعرض في القماش المبيع سلماً وكذا اشتراط تحديد سائر الأوصاف المقومة للماليّة في بيع الكلّي لا يدلّ بوجه على اشتراط تبين الطول والعرض ونحوهما من الأوصاف الدخيلة في الماليّة إذا كان المبيع جزئياً شخصياً.

والفرق بين الموردين ظاهر؛ فإنّ تعيّن المبيع مانع من وقوع النزاع بما لا يمنع النزاع في فرض قابليّة تطبيق المبيع على المتعدّد.

ثمّ الفرر بالمعنى الأوّل لا يندفع بمجرد ذكر الأوصاف ما لم يحصل الوثوق بتوقّرها واحتمل فقدها؛ فلو كان مدرك القاعدة حديث الفرر لم يصحّ البيع إلّا مع الوثوق بتحقيق الأوصاف المقومة للماليّة.

وببالي أنّ المعروف يبهنم اندفاع الفرر بمجرد ذكر الأوصاف فيحكمون بصحة المعاملة بذلك. كما أنّ ببالي مخالفة بعضهم في ذلك واشترطه الوثوق بتحقيق الأوصاف خارجاً وأظنّ أنّ المخالف هو السيد الزيدي في حاشيته على المكاسب. نعم، لو كان مدرك القاعدة هو النصوص الخاصّة في اشتراط ذكر الأوصاف والمقادير ونحو ذلك كفى مجرد وقوع العقد مبنياً على تلك الأمور وإن لم يكن هناك اطمئنان بتوقّرها، فيكفي إخبار البائع بها.

إلّا أن يقال: إنّ كفاية إخبار البائع بالمقدار والكيل منصوص، ومعه فلو فرض عدم اندفاع الفرر به كان جواز البيع في مثله تخصيصاً في دليل الفرر لا محالة.

وجوه يستدلّ بها لقاعدة الفرر

ثمّ إنّ هناك وجوهاً أخرى ربّما استدلّ أو يستدلّ بها لقاعدة الفرر في المعاملات لا بأس بالتعرّض لها على الاختصار:

الوجه الأول: دعوى الإجماع عليها حتى أن المحقق النراقي في العوائد وغيره اعتبره جابراً لضعف سند خبر الفرر وجعله كالصحيح بل أقوى منه^(١).
 ويردّه: قوة احتمال كون مستند الإجماع هو الخبر المشار إليه؛ وقد أسمعناك أن دعوى الجزم بصدور الخبر - بغض النظر عن الإجماع فضلاً عن دعوى حجّيته - ليست مجازقة؛ ومع هذا لم يبق مجال للاعتماد على مثل هذا الإجماع.
 مع أن الإجماع لو تمّ فإنّما هو في البيع لا في غيره من المعاملات القديمة فضلاً عن الحديثة من المعاملات.

الوجه الثاني: دعوى عدم بناء العقلاء على الإقدام على المعاملات الفرريّة. ويردّه: أنّه إن كان المراد من هذه الدعوى قيام السيرة العقلانية على البطلان، ففيه أشدّ المنع؛ كيف لا؟ والمعاملات المبنية على الفرر رائجة عند العقلاء؛ ولذا ورد النهي الأكيد عن ذلك؛ بل العقلاء يقدمون على المخاطر في مثل القمار الذي يعدّ من الأكل بالباطل فكيف بالمعاوضات التي لا تعدّ مصداقاً للأكل بالباطل؛ وإنّما غاية الأمر فيها بطلان المعاملة على القاعدة في جملة من موارد الفرر كما إذا تبين عدم وجود المبيع أو الثمن ونحو ذلك.

وإن كان المراد من الدعوى المتقدمة، عدم تحقّق سيرة للعقلاء على صحّة المعاملة الفرريّة؛ فيردّه عدم الحاجة في صحه المعاملة إلى مثله بعد وفاء الأدلّة اللفظيّة من الكتاب والسنة بالدلالة على صحه المعاملات.

وليس مدى دلالة النصوص في المعاملات هو خصوص ما قامت السيرة العقلانية على معاملة.

الوجه الثالث: دعوى كون المعاملة الفرريّة سفهيّة.

ويردّه: أولاً: منع الصغرى وإلّا كان المنع عن جملة من المعاملات الغرريّة والتي منها أدلّة اشتراط الكيل والوزن والعدّ والوصف في المبيع وغير ذلك منعاً عن المعاملات السفهية، وهو كما ترى.

ومع الغضّ عن ذلك آية ملازمة بين الغرر في المعاملة وبين كون الإقدام عليه سفهاً؛ ألا ترى أنّ من أوضح مصاديق الغرر عند الفقهاء هو بيع ما يشكّ في وجوده، ومع ذلك فلو باعه بائع وشرط تأخير الثمن إلى حين تسليم المبيع أو لم يشترطه اعتماداً على انصراف الإطلاق إليه لم يكن معاتباً؛ بل ربّما يعاتب على ترك تلك المعاملة إذا كانت مربحة واقعاً.

ولعمري أنّ دعوى سفهية المعاملات الغرريّة ثرثرة في القول لا ترجع إلى أصلٍ محكم.

وثانياً: منع الكبرى: فإنّ الذي خرج عن أدلّة نفوذ المعاملات هو بعض معاملات السفه، لا مطلق معاملة السفه فضلاً عن المعاملات السفهية.

وليس هناك وجه لبطلان المعاملة السفهية سوى دعوى انصراف أدلّة المعاملات إلى غير ذلك، وعهدة هذه الدعوى على مدّعيها.

وقد صرح بهذا الذي ذكرناه من صحّة المعاملة السفهية سيّدنا الأستاذ رحمته الله وغيره.

الوجه الرابع: أنّ المعاملات الغرريّة منشأ للنزاع والاختلاف والتشاجر والخصومات، فلذا لا ينبغي الحكم بصحتها. وممّا يؤكّد ذلك ما ورد في بعض مصاديق الغرر وقد حكيناه سابقاً في مسألة بيع الثمر قبل وجوده على الشجر من أنّ النبي ﷺ نهى عن ذلك لما رأى ضوضاءً فسأل عن ذلك فقيل: إنّ الناس يتابعوا النخل فقعد عن الثمر تلك السنة، فقال ﷺ: أمّا إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام - يعني سنة واحدة - حتّى يطلع فيه الشيء.

وقد ورد تعليل جواز بيع الثمر أكثر من سنة بأنه إن لم يخرج في هذه السنة خرج في القابل؛ وهذا مما يؤكد عدم مشروعية المعاملة الغررية. ويرد على هذا الوجه: عدم دلالة النصّ على المنع من الغرر وفي مورد النص وهو بيع الثمر فكيف بسائر الموارد؛ كيف؟ وقد ورد في نفس النصّ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نهى ولم يحرم.

تصوير التأمين على أساس استيفاء المنفعة والأمر بأداء الدين

وقد يقرّر عقد التأمين على أساس الأمر بأداء الدين مع أنّه تعهّد من طرفين: أمّا المؤمن فيتعهّد بأداء الدين كالغرامة الثابتة على المؤمن له بإتلاف مال الغير ونحوه؛ وأمّا المؤمن له فحيث أنّه أمر المؤمن بأداء الدين المحتمل، كان ضامناً لما يبذله المؤمن. ثمّ الضمان يكون بمقدار أداء المؤمن إلّا مع تعيين غيره فيكون ضامناً لما توافقا عليه.

أمّا إذا كان مبلغ التأمين أقلّ من الدين الموقى فلا إشكال؛ لجواز اكتفاء المأمور في أداء دين الغير بالرجوع على المديون بأقلّ ممّا خسر وغرم. وإنّما الإشكال فيما إذا كان رجوعه على الأمر بزيادة عمّا أدّى - لزيادة أقساط التأمين عمّا يغرمه المؤمن وفيما إذا لم يغرم المؤمن شيئاً أصلاً لعدم خسارة المؤمن له - فأكله لأقساط التأمين يكون أكلاً للمال بالباطل.

وقد ورد في باب الضمان وغيره عدم جواز رجوع الضامن بأكثر ممّا أدّى، حتّى أنّه لو صالح على الدين بأقلّ منه لم يكن له الرجوع على المدين إلّا بمقدار أدائه وغرامته.

والفرق بين هذا التوجيه وبين ما تقدّم من توجيه التأمين بالضمان هو: عدم ضمان المؤمن للدين، وإنّما هو موظّف تكليفاً بأداء دين الغير، نظير ما لو أمر شخص غيره

بذلك فبإشراك المأمور الأداء حيث إن رضا المأمور لا يصير مديوناً. وبهذا يظهر مفارقة هذا التوجيه لما هو المتداول من عقد التأمين حيث إنه مبني على ضمان الدّين لا مجرد التكليف بالأداء؛ نعم قد يُقال: إن هذا التوجيه يمكن أن يحقق جميع الأغراض المبتغاة من عقد التأمين حتى أن المتشّرع لو لم يمكنه الالتزام بصحة ما هو المتداول أمكنه الوصول إلى نتيجة ذلك عبر هذا النوع من التأمين.

تصوير التأمين على أساس الجعالة

ومّا قد يوجّه به التأمين هو الجعالة بتقرير: أنّ المؤمن له يجعل للمتكفل بخساراته عوضاً معيّناً.

والجعالة حقيقتها إيقاع، ولا تتقوم بالتعاقد، بل يقومها تعهّد من الجاعل، ويستتبع - ولو اقتضاء - جري العامل؛ ولا يلزم كون العامل متعهّداً بالعمل فتكون إجارة؛ وإن كان على تقديره أيضاً تصدق الجعالة، لأنّ الجعالة غير مشروطة بتعهّد العامل لا أنّها مشروطة بعدم تعهّده.

ومن هنا يعلم أنه لا بأس بعد الإجارة قسمًا من الجعالة فيترتب عليها جميع أحكامها لو كان ولا عكس.

ثمّ إنّ العوض قد يجعل بإزاء نفس العملية الاعتبارية من الكفيل بالخسارة؛ وتلك العملية متموّلة عند العقلاء على أساس استتباعها لعمل خارجي وهو أداء الدين والمسئولية عن الخسارة وقد يكون العوض بإزاء العمل الخارجي من أداء دين ونحوه فيكون الجعل بإزائه؛ ولا يخرج العامل عن عهدة العمل إلاّ بالفعل خارجاً لا بمجرد العملية الاعتبارية أعني الكفالة بالخسارة.

ولا بعد في كون العملية الاعتبارية متموّلة عند العقلاء، ومن هذا القبيل عملية

الاعتماد في الاستيراد حيث يتوكل البنك عن عمليه إزاء مبلغ؛ حيث إن وكالة البنك يحقق لعميله الاعتماد من مصدر الاستيراد، وإلا فلو باشر العميل الاستيراد بدون فتح الاعتماد لا يكون معتمداً ما لم يكسب الاعتبار من ضمان البنك له.

ولما كان المتعارف عند العقلاء في موارد التأمينات عدم تتبعهم للعمل الخارجي من ناحية المؤمن وعدم انتظارهم في مقام تسديد مبلغ التأمين عملاً من المؤمن سوى تعهده، يظهر منه أن الجعل بإزاد العملية الاعتبارية.

ويؤكد هذا أن التأمين هو نوع تجارة والغرض منه نوعاً الاسترباح من جهة المؤمن، وهذا يتوقف عادةً على عدم ملاحظة وقوع موضوع ضمان المؤمن له وعدم إناطه استحقاق مبلغ التأمين بخصوص ظرف مباشرة المؤمن لأداء الخسارة وإلا لم يكن هناك داعٍ عقلائي عادةً للإقدام على التأمين من ناحية الكفيل بالخسارة؛ وإنما الذي يدعوه إلى هذا العمل نوعاً هو أمل المؤمن عدم الخسارة المستتبع لعدم تسديد مبلغ؛ فيوفر على المؤمن المبالغ التي يجمعها من المؤمن لهم.

مناقشات في تصوير التأمين على أساس الجعالة

وقد يشكل تصوير عقد التأمين على أساس الجعالة بأمور:
أولها: أن العوض يستحقه العامل في الجعالة بعد العمل لا قبله، مع أن العوض المبذول من المؤمن له في عقد التأمين يبذل قبل عمل المؤمن وما يؤديه من خسارات المؤمن له، ويكون هذا فارقاً ماهوياً بين الموردين.
ويرد عليه:

أولاً: أن الإشكال مبني على كون العمل المعوض بالجعل هو غير العملية الاعتبارية الصادرة من المؤمن أعني جري المؤمن خارجاً على كفالتة بالوفاء عن المؤمن له؛ وإلا فبمجرد تعهد المؤمن وتكفله عن المؤمن له يكون قد خرج عن

عهدة العمل المضمون بالجعل ويكون ما يدفعه المؤمن له من المبالغ والأقساط بعد العمل لا قبله. نعم، يكون دفع العوض قبل جري المؤمن على مقتضى كفالاته وقيامه بالعمل على أساس ضمانه.

وثانياً: لو فرض الكلام في النحو الثاني من التأمين وهو ما يكون دفع الأقساط بإزاء قيام المؤمن بتسديد خسارات المؤمن له خارجاً لا مجرد العملية الاعتبارية المستتعبة للقيام بالتسديد، مع ذلك لم يكن في تقديم بذل الجعل - بل تملكه - على العمل منافاة لحقيقة الجعالة وإن اشتهر بينهم خلافه.

توضيح ذلك: أن الجعالة تتصور على قسمين: أحدهما: تملك الجعل بإزاء العمل المتأخر على أن يكون ملك الجعل مشروطاً بالعمل بنحو الشرط المقارن، فلا يملك العامل الجعل إلا حين الفراغ من العمل وبذله وتسليمه للجاعل. وهذا هو المتيقن من الجعالة.

ثانيهما: تملك الجعل بإزاء العمل المتأخر على أن يكون ملك الجعل مشروطاً بالعمل بنحو الشرط المتأخر فيملك العامل الجعل قبل العمل على تقدير العمل كما هو الشأن في كل شرط متأخر؛ فإن الملكية أمر اعتباري، والاعتبارات خفيفة المؤونة قائمة بمجرد الاعتبار، فلا محذور في فرض اعتبار الملك في زمان أو غيره. نعم، لا بد من ملاحظة دليل الإمضاء بعدما كان الأصل في المعاملات الفساد. والظاهر أنه لا قصور في إطلاق دليل الجعالة عن شمول هذا القسم من الجعالة إذ عمدة الدليل على صحة الجعالة أمران، وكلاهما لا يقصران عن شمول الفرض، والأمران هما: بناء العقلاء والنصوص الخاصة؛ وهما شاملان لقسمي الجعالة؛ أما بناء العقلاء فإثباته محوّل إلى الوجدان.

وأما النصّ الخاصّ فمّا يدلّ على صحّة قسمي الجعالة صحيح عبد الله بن سنان. قال: سمعت أبي يسأل أبا عبد الله عليه السلام وأنا أسمع، فقال: ربّما أمرنا الرجل فيشتري لنا

الأرض والدار والغلام والجارية ونجعل له جعلاً؟ قال: «لا بأس».^(١)
ويمكن الاستدلال بقوة علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام
قال: سألته عن رجل قال لرجل: أعطيك عشرة دراهم وتعلمني عملك
وتشاركني، هل يحل ذلك له؟ قال: «إذا رضي فلا بأس».^(٢)
وقد يחדش في دلالة القويّة بأن ظاهر التقييد بالرضا هو التقييد برضا العامل،
فيكون الخبر ظاهراً في الإجارة حيث لا يشترط في صحّة الجعالة رضا العامل،
فتأمل.

وكيف كان فيكفينا صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه سئل عن الرجل
يتقبّل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر فيربح فيه؟ قال: «لا، إلا أن يكون قد
عمل فيه شيئاً».^(٣)

نعم، يبقى في المقام دعوى أنّ الغالب من الجعالة هو كون الجعل بإزاء العمل بنحو
الشرط المقارن، فلا يملك العوض إلا بعد العمل لا قبله بنحو الشرط المتأخّر؛
وإنشاء الجعالة بنحو الشرط المتأخّر أمر نادر بحسب المتعارف.
ويردّه أولاً: منع كون الجعالة بالنحو الثاني نادراً.

وثانياً: لو سلّم ندرة الجعالة بنحو الشرط المتأخّر فلا قصور في الإطلاق عن
شمول الفرد النادر، وإنّما المستهجن تخصيص الإطلاق به؛ وهذا ظاهر.

وعمدّة الإشكال في تصوير التأمين على أساس الجعالة تكمن في قصور هذا
التصوير عن إثبات لزوم جرى المؤمن على مقتضى تعهده وتكفّله؛ فإنّه بعد فرض
كون الكفالة أعني العمليّة الاعتباريّة متمولة عرفاً وشرعاً يكون الجعل بإزائها،

(١) الوسائل ١٦: ١١٤، الجعالة، الباب ٥.

(٢) المصدر السابق: ١١٥، الباب ٦.

(٣) المصدر السابق: ١١٣، الباب ٣.

ومعه فيكون الوفاء بالكفالة غير مقوم للجعالة، بينما أنّ التأمين عند العقلاء يتضمّن توظيف المؤمن بمقتضى كفالته.

والحلّ هو: أنّ الكفالة بأداء دين الغير وخساراته أمرٌ مباحٌ شرعاً بالغضّ عن نفوذها ولزومها فتعدّ وعداً سائغاً؛ وهو وإن كان وعداً ابتدائياً لا عقداً إلا أنّ المتيقّن من عدم وجوب الوفاء بالوعد هو غير الوعد الذي قوبل بالعوض ولم يكن مجاناً. مع أنّه يمكن أن يُقال: إنّ التكفّل بأداء دين الغير ونحوه في عقد التأمين ليس مجرد وعد ابتدائي، بل هو عقد حيث إنّ التزام مشدود بالتزام مبلغ التأمين من ناحية المؤمن له.

نعم، يكون الدليل على لزوم الوفاء بهذا الوعد هو أدلّة العقود العامّة لا دليل صحّة الجعالة الخاصّ، وقد تقدّم أنّ الذي يهتمّنا في المقام هو إثبات صحّة التأمين على أساس الأدلّة الخاصّة لا العامّة.

إلّا أن يقال: دليل صحّة التأمين في هذا الفرض هو الدليل الخاصّ للجعالة. وأمّا لزوم الجري على مقتضى الوعد المتحقّق في ضمن الجعالة هو الأدلّة العامّة. والمراد بالأدلّة العامّة في هذا المورد ما يعمّ «أوفوا بالعقود» حيث إنّ لا شكّ في مشروعيّة مضمون العقد وإنّما الشكّ في لزومه؛ فنحن مع أنّا لا نتمسك لصحّة العقد بمثل «أوفوا» نتمسك به هنا لما يهتمّنا من لزوم العقد بعد كون مضمونه أمراً سائغاً بالغضّ عن «أوفوا».

إلّا أن يشكل صدق العقد في المقام على الجعالة بالنسبة إلى التعهّد مع انضمام الوفاء به بأنّ العقد ليس هو مطلق التعهّد من طرفين، بل هو مركّب من تعهّد مشدود بتعهّد آخر؛ ولذا لا يصدق في الفرض التعاهد والتعاقد، فلاحظ.

ويمكن تقرير الحلّ بوجه آخر بعد البناء على عدم وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً، وبيانه؛ أنّ العمل المعوّض عنه بالجعل هو عمل خاصّ مشروط بشرط متأخّر

وهو التكفل الذي يجري الضامن على وفقه ويعمل بمقتضاه، فإذا تخلف المؤمن عما تعهّد به من أداء خسارات المؤمن له، لم يكن تعهّده وكفالاته هو الذي جعل المؤمن له الأقساط والمبالغ المجعولة بإزائه.

وهذا التقرير وإن كان يصوّر الدافع العقلاني للمؤمن على الوفاء بما تعهّد به إلاّ أنّه مع ذلك لم يصوّر تكليفاً وإلزاماً للمؤمن على الوفاء بعدما فرض أنّ الجعالة جائزة غير ملزمة للعامل على العمل لا شرعاً ولا في بناء العقلاء.

ومع عدم اللزوم لا يتحقّق الغرض العقلاني من عقد التأمين وإن فرض تصوير صحّته؛ وقد تقدّم أنّ المهمّ تصوير صحّة عقد التأمين على وجه يحقّق غرض العقلاء من عقد التأمين؛ لا مجرد تصحيحه بوجه لا يشتمل على دافع عقلائي عامّ على الإقدام عليه.

نعم، تقدّم أنّ اختلاف التأمين وما يصوّر به من المعاملات في اللزوم والجواز لا يقتضي اختلافهما في الماهيّة بعد أن كان اللزوم والجواز حكمين لداخلين في ماهية الموضوعات.

وقد يشكل تطبيق الجعالة على عقد التأمين باختلافهما ماهيّة؛ حيث إنّ الشطر من التأمين الذي يطبّق عليه الجعالة هو شطر إيجابه، مع أنّ إيجاب التأمين هو إيجاب عقدي يستتبع انضمام القبول إليه تحقّق العقد، والمفروض أنّ إيجاب الجعالة وإنشاءها لا يستتبع إلزاماً للعامل؛ ولو انضمّ قبول العامل إليه لا يصيرّه عقداً، وبذلك تفرّق الجعالة عن الإجارة.

بيان ذلك: أنّ الجعالة تتضمّن إنشاء تعهّد الجاعل بضمان عمل العامل بأجرة مسماة؛ ولا تشتمل على إلزام أحد بالعمل المضمون؛ وإنّما مفادها قضيه شرطية هي: من عمل فأنا ضامن لعمله؛ وأمّا الإجارة فإنّها تتضمّن مضافاً إلى هذه القضية الشرطية تضمين العامل للعمل فيما كان متعلّقها عمل؛ فهي تضمين وتضمّن؛ وبهذا

الاعتبار يكون ضمّ القبول إليه محققاً لعقدَيْته؛ حيث إنّ القبول لا يكون مجرد رضا؛ وإنّما هو مستتبع لتبعية على القابل هي التزامه بالعمل؛ وعلى أساسه يجوز إلزام العامل في الإجارة بالعمل دون الجعالة؛ حتّى لو فرض أنّ عامل الجعالة التزم بالعمل ورضي بذلك؛ والسّرّ هو أنّ الذي أنشأه الجاعل ليس إلّا وعداً ابتدائياً، ولم ينشئ إلزام العامل بالعمل؛ فيكون رضا العامل والتزامه أيضاً وعداً ابتدائياً لا يصلح انضمامه إلى وعد الجاعل أن يصيّرهُ عقداً.

وبالجملة: مجرد رضا عامل الجعالة بما أنشأه الجاعل لا يتضمّن إلزاماً بالعمل؛ ولو أنشئ ذلك فرضاً لا يكون قبولاً؛ لعدم كون إلزام العامل بالعمل ممّا أنشأه الجاعل ليكون الالتزام به قبولاً.

وبما ذكرنا تبين اختلاف التأمين عن الجعالة أيضاً؛ فإنّ الذي ينشئه المؤمن له هو إلزام المؤمن بالتأمين؛ لا مجرد التزامه بالأقساط على تقدير قيام المؤمن بالتأمين؛ فالمنشأ بالتأمين ليس هو الإيقاع والقضيّة الشرطيّة؛ بل الذي ينشئه المؤمن له هو من قبيل ما ينشئه المستأجر من إلزام المؤمن بالتأمين زيادة على كون عمله مضموناً على المؤمن له بمبلغ التأمين؛ وعلى هذا الأساس يكون إيجاب التأمين مستديعاً للقبول والرضا ويكون الرضا مصيراً له عقداً، بخلاف الجعالة كما تقدّم. ويمكن حلّ الإشكال هذا بأنّ: الجعالة وإن كانت متقوِّمة بمجرد إنشاء قضيّة شرطيّة ولا تستدعي إلزام العامل بالعمل، ولكنّها لا تنقيد بعدم اشتغالها على إلزام العامل، فهي بملاحظة ذلك من قبيل القضيّة غير المشروطة لا المشروطة بالعدم؛ وعلى هذا الأساس ذكرنا أنّاً أنّ الإجارة قسمٌ على الإجارة لو كان لها أحكام غير ما للإجارة ولا عكس.

وعليه فلمّا كان إنشاء المؤمن له للإيجاب العقدي مستلزماً لإنشاء إيقاع الجعالة كفى ذلك في تحقّق الجعالة.

ثم إنَّ ممَّا قد يتفرَّع على ما قرَّرناه - من كون الجعالة أعمَّ من الإجارة وأنَّ الجعالة تتحقَّق بمجرد القضيَّة الشرطيَّة المتضمَّنة لضمان العمل والمنفعة بأجرة مسماة، مع اشتمال الإجارة وتوقُّمها زيادةً على ذلك على إلزام العامل بالعمل - هو ضمان المستأجر للأجرة المسماة في الإجارة على تقدير فساد الإجارة أحياناً، فإنَّ فساد الإجارة المستلزم لعدم لزوم جري العامل على مقتضى الإجارة لا يستلزم فساد الجعالة المنشأة بالإجارة وفي ضمنها؛ ولا يلزمه أن الأمر بالعمل ليس متعهداً لضمان العمل بالأجره المعينة بعد كون المورد مشمولاً لإطلاق دليل الجعالة وإن قصر عن شموله دليل الإجارة.

ولذا ترى الفقهاء يلتزمون بضمان العمل بأجرة المثل من جهة أن فساد الإجارة لا يستلزم عدم كون العمل مطلوباً للمستأجر ومأموراً به، فلم لا يكون العمل مضموناً بالأجرة المسماة لكونه مطلوباً بالطلب الجعالي؟! لا يقال: إنَّ ضمان العمل في فرض فساد الإجارة لعدم صدور العمل تبرعاً فيكون محترماً مضموناً ببذله العرفي وهو أجرة المثل.

فإنَّه يقال: إنَّ مجرد عدم صدور العمل بقصد التبرع لا يستلزم كونه مضموناً على المنتفع به ما لم يكن بطلبٍ منه وأمر؛ ألا ترى أنَّ من تخيَّل أمر الغير بالعمل كبناء ونحوه فعمل بقصد الأجرة ثم تبين خطؤه وأنه لم يكن آمراً به لا يستحق شيئاً ولا أجرة.

فملاك استحقاق الأجرة إنَّما هو الأمر بالعمل المتحقَّق ضمن العقد غير المقيّد بفرض صحته.

فإذا فرض إمكان الأمر بالعمل في فرض فساد عقد الإجارة وكون المنفعة مضمونة معه وعدم كون ضمانها مقيّداً بالصحة فأَيُّ مانع من كون الضمان بالأجرة المعينة المسماة أيضاً؟ ولم لا يكون الضمان بالأجرة المسماة غير مقيّد بصحة العقد بعد

كونه مشمولاً لإطلاق دليل الجعالة؛ وإن خرج عن دليل الإجارة؟! وإن شئت قتل: إن إطلاق ضمان العمل بالأجرة المسماة لا موجب لتقييده بفرض صحة الإجارة شرعاً.

ومما يؤكد ما ذكرناه من عدم قصور إطلاق ضمان العمل بالمسمى عن فرض فساد الإجارة ما كان يكرّره سيّدنا الأستاذ رحمته - خلافاً لصاحب العروة في جملة من المعاملات الفاسدة من المضاربة والمزارعة والمساقاة وغيرها كالإجارة في مسألة تخصيص ضمان العمل بأجرة المثل بما إذا لم تكن زائدة عن المسمى وإلّا لم يستحق العامل الزيادة ويقصر على المسمى - وكان مختار سيّدنا الأستاذ رحمته أن العامل يستحق أقلّ الأمرين من أجرة المثل والمسمى؛ وكان يستدلّ لذلك بأن العامل قد أهدر الزيادة بإقدامه على العمل بأجرة ناقصة عن أجرة المثل؛ مع فرض احتمال كون إهداره مقيداً بما إذا صحّ العقد؛ فإذا كان يؤخذ بإطلاق الإهدار صحّ العقد أو لا فأبي مانع من الأخذ بإطلاق ضمان الأمر، بالمسمى.؟!!

إلّا أن يفرّق بين المقامين بأن ملاك عدم ضمان الزيادة عن أجرة المثل في تلك المسألة هو قصور مقتضي للضمان لا الإهدار؛ فإن، موجب الضمان هو الأمر بالعمل والمفروض عدم الأمر بالعمل مطلقاً، بل الأمر مقيد بإهدار العامل للزيادة بمعنى أن المتيقّن من الأمر هو هذا المقدار، وأمّا ضمان العمل بالزيادة فلم يتعهّد به الأمر ولم يكن العمل كذلك مأموراً به.

وكيف كان فالظاهر أنّه لا قصور في إطلاق الأمر بالعمل مضموناً بالمسمى عن فرض فساد الإجارة؛ ومعه فلا تصل النوبة إلى أجرة المثل ولا إلى أقلّ الأمرين من أجرة المثل والمسمى، بل يكون العمل مضموناً نوعاً بالمسمى.

وإنما قيّدنا ضمان المسمى بالتنوع تحرّزاً عن الدوام؛ إذ قد لا يكون العمل مضموناً بالمثل ولا بالمسمى، وذلك فيما إذا كانت الأجرة المجعولة غير متموّلة شرعاً، كما لو

استأجره بخمر أو نحوها سيّما إذا كان العامل عالماً بالفساد شرعاً؛ فإن الأمر لم يقدم على ضمان العمل بغير المسمّى فلا وجه لضمانه له؛ وقد تقدّم أنّ مجرد عدم قصد العامل للتبرّع لا يكفي للحكم بالضمان ما لم ينضمّ إليه أمر الأمر وتضمّنه للعمل، والمفروض أنّه لم يضمن العمل بغير المسمّى كالخمر.

وعدم إمضاء الشارع للمسمّى لا يستلزم حكم الشارع بضمانه على وجه آخر. نعم، ذكر وافي ضمان الأعيان إذا كانت مقابلة بعوض كالخمر، كما لو باع شيئاً بالخمر أنّه يكون المبيع مضموناً على المشتري بضمن المثل.

والوجه فيه عندهم إنّما هو قاعدة اليد بعد عدم إمضاء الشارع لضمان العوض المسمّى، والمفروض عدم مصداق لها في الإجارة على الاعمال فتأمل. وإن كان في صحة قاعدة اليد في الفرض المتقدم إشكالاً، سيّما مع علم البائع بالحال لإقدامه على إهدار ماله. وببالي أنّه صرح بنحو هذا السيّد اليزدي رحمته الله في حاشيته على المكاسب أو غيرها.

بل ومع جهل البائع بفساد البيع بالخمر يشكل رجوعه على المشتري بضمن المثل على تقدير تلف المبيع؛ لعدم إقدام المشتري على ضمان المبيع بغير الثمن المسمّى؛ وقاعدة اليد لا سند لها لكون مستندها رواية مرسلة.

نعم، عمدة الدليل عليها بناء العقل؛ وحكمهم بضمان ثمن المثل فيما حكم الشارع بفساد البيع غير واضح. نعم إذا امتنع من لزمه دفع الخمر بحسب العقد من بذل ما التزم به سيّما مع بقاء عوضه المعاملي فوجوب ضمانه بالمثل أو القيمة ظاهر.

وقد يشكل تطبيق الجعالة على التأمين باختلافهما ماهوياً؛ وذلك لاختلافهما لزوماً وجوازاً؛ فإنّ الجعالة جائزة بلا ريب، بخلاف التأمين فإنّه عقد لازم، بل لا يتحقّق الغرض منه بدون اللزوم.

ويرد عليه أمور:

الأمر الأول: ما تقدّم البحث حوله في تطبيق الهبة - وهي عقدٌ جائز - على التأمين حيث أشكل عليه بنحو هذا الإشكال، وذكرنا هناك أنّ الإشكال مبنيٌّ على غفلة واضحة؛ وذلك إنّ اللزوم والجواز حكمان ولا دخل لهما في ماهيات موضوعهما، فالاختلاف بين العرف والشرع في الحكم باللزوم والجواز لا يستلزم اختلاف موضوع الحكمين، ألا ترى أنّ العرف حاكم بلزوم البيع من حيث خيار المجلد. ونحوه من الخيارات التعبدية والشرع حاكم بالجواز، ومع ذلك فموضوع حكمهما شيء واحد هو البيع؛ ولا يكون تعدّد الحكم مستدعياً لتعدّد الموضوع بمجرد كون الحاكم متعدّداً.

وإذا كان المقصود أنّ العقلاء يفرّقون بين التأمين وبين الجعالة ويحكمون بالجواز على الثاني وباللزوم على الأوّل وهذا يستلزم تعدّد الماهية بعد وحدة الحاكم، فيرد عليه: أنّ مجرد اختلاف الحكم لا يستلزم أيضاً تعدّد الماهية، بل يتلائم ذلك مع وحدة الماهية إذا كان أحد العنوانين أخصّ من الآخر فيكون مآل اختلاف الحكمين إلى كون الجعالة - وهي أعمّ من التأمين - محكومةً بالجواز في غير قسم التأمين منها؛

ألا ترى أنّ العقلاء يحكمون على البيع الغبني وغيره بالخيار مع حكمهم بلزوم البيع؛ ولا يستلزم ذلك اختلاف الموضوعين في الماهية، بل يكون الاختلاف بينهما بالعموم والخصوص فليكن المقام من هذا القبيل.

وثانياً: أنّ الجعالة من حيث كونها جعالة جائزة، فلا تنافي للزوم إذا طرأ عليها عنوان زائد؛ فبناءً على ما قدّمناه من كون الجعالة أعمّ من الإجارة لا منافاة بين لزوم الجعالة من حيث طرؤ عنوان الإجارة وإن كانت لولاه جائزة.

وعليه فعقد التأمين من حيث انطباق الجعالة على شرطٍ منه يكون جائزاً؛ وأمّا لزومه فمن حيث العنوان الزائد على الجعالة، أعني حيثيّة عقديّتها الخارج عن حدّ

الجعالة المتقومة بمجرد القضية الشرطية كما تقدّم أنفاً.

وثالثاً: أن الجعالة إنما هي جائزة بمعنى عدم لزومها على الجاعل قبل قيام العامل بالعمل، فيجوز للجاعل الرجوع عن جعله على القاعدة؛ لكونها وعداً ابتدائياً وإيقاعاً لا عقداً؛ وأمّا بعد عمل العامل فإنّها لازمة بمعنى وجوب وفاء الجاعل بوعده على أساس قاعدة استيفاء العمل المحترم وضمن الأمر واحترام عمل الغير وفي عقد التأمين إذا اعتبرنا الجعل بإزاء نفس تعهّد المؤمن - أعني العملية الاعتبارية بالغض عن قيامه بأداء خسارة المؤمن له خارجاً مثلاً - فلا ريب في لزومه حتّى على أساس انطباق الجعالة عليه.

نعم، يبقى في المقام شيء، وهو أن اختلاف التأمين والعنوان المنطبق عليه في اللزوم والجواز وإن كان لا يستلزم اختلافهما في الماهية، إلا أن مجرد تصحيح عقد التأمين ما لم يحقق الغرض العقلائي في إنشائه والتصدي له، لا فائدة مهمّة فيه؛ وإنّما المهمّ هو إمكان تصحيح عقد التأمين على الوجه الذي يحقق أغراض العقلاء، ومن الواضح أن الغرض منه المستدعي لإقدام العقلاء عليه لا يتحقّق بدون لزومه من ناحية المتعاقدين.

فلو فرض كون التأمين المتضمّن للجعل بإزاء عمل المؤمن - أعني قيامه في الخارج بأداء ديون المؤمن له مثلاً - جائزاً ومتزلزلاً من ناحية المؤمن له لم يتحقّق داع عقلائي للإقدام على التأمين، وذلك من جهتين:

أحدهما: كون الجعل إذا كان بإزاء قيام المؤمن بالغرامة عن المؤمن له، فمع عدم طرؤ خسارة للمؤمن له لا يستحقّ شيئاً، مع أن بناء التأمين حسب دواعي العقلاء على كون مبلغ التأمين للمؤمن وإن لم يغرم شيئاً عن المؤمن له. وإلا فلا داعي للعاقل عادةً على الإقدام على التأمين؛ إذ مع خسارة المؤمن له فعلى المؤمن الغرامة عنه وبدون الخسارة لا يستحقّ مبلغ التأمين، فعلى أيّ داع عقلائي للاسترباح يقوم المؤمن بعملية التأمين؟!

إلا إذا كانت الخسارة دون مبلغ التأمين، ولعلّه فرض نادر لا يكفي داعياً للعقلاء على القيام بعملية التأمين.
وثانيتهما: أن العقد إذا كان جائزاً من ناحية المؤمن له فلا يطمئن المؤمن، به؛ ومعه فلا داعي له عادةً على تعريض نفسه للغرامة عنه.

تقرير آخر لتطبيق الجعالة على التأمين

ويمكن تطبيق الجعالة على عقد التأمين بوجه آخر وتقريبه: أن يكون العمل المطلوب والذي بإزائه الجعل والعوض هو دفع مبلغ التأمين من جهة المؤمن له، فيتعهد المؤمن لبأذل مبلغ التأمين بأداء دينه المتعين في علم الله وإن كان مجهولاً للمتعاقدين فعلاً، بل و غير متحقق بالفعل، فيكون أداء دينه ودفع الغرامة عنه عوضاً وجعلاً لذلك العمل. وهذا نظير ما في البيع سيما إذا كانت المعاوضة بين سلعتين ككتاب وقلم، حيث يصحّ بيع الأول بالثاني يصحّ العكس، فليكن التأمين من حيث تصوير الجعالة فيه كذلك.

نعم، تقدّم أنّه لا تنحصر صحّة المعاملة على إنشاء خصوص البيع، بل تصحّ المعاوضة بدون صدق البيع؛ وذلك لا على أساس أن البيع متقوم بلفظ خاص كمادة البيع - لما تكرر منّا أن للمعاملات حقائق ثابتة بالغضّ عن اللفظ المنشأ لها - بل من جهة أن البيع بحقيقته المتصورة ربّما يصدق على مملّك الكتاب وربّما ينعكس وربّما لا يصدق؛ وذلك لكون البيع متقوماً مثلاً بكون أحد الطرفين قاصداً لمالّية العوض الآخر مع كون الطرف الآخر قاصداً لخصوصيّة العين، فلو كان غرض أحد المتعاملين خصوص الكتاب، لا حيث مالّيته صرفاً وكان الآخر يريد مالّيته والمفروض تمثله في القلم، فالبايع هو مملّك الكتاب ودافع القلم مشتري، ولو انعكس انعكس؛ ولو فرض غير ذلك لم تكن المعاملة بيعاً بل كانت معاوضة. ولا موجب

لحصر المعاوضة على الأعيان في البيع.

فيمكن تقرير الفرق بين الجاعل والعامل في الجعالة بنحو ما في البيع فيقال: الجعالة تتقوم بخصوصية أحد العوضين في نظر المتعاملين وكون العوض الآخر ملحوظاً من جهة ماليته فيتعين الجاعل والعامل بذلك؛ وإذا فرض كون الخصوصية ملحوظة في العوضين كان كل من طرفي الجعالة جاعلاً مثلاً. ولا يرد عليه سوى: أن الجعل مجهول المقدار وفيه من الغرر ما لا يخفى على الجاعل والعامل معاً.

ولكن سبق أن دليل المنع من الغرر لو تم لا شمول له لغير البيع فضلاً عن مثل الجعالة.

نعم، هنا إشكال مشترك في تصوير التأمين على أساس الجعالة وهو: أن المتعارف في الجعالة هو عدم تعيين العامل فيجعل العوض لكل من أتى بالعمل كواجد الضالة؛ بينما أن عقد التأمين إنما يتقوم بطرف معين وشخص خاص. ويرده: أنه لا قصور ظاهراً في دليل صحة الجعالة عما إذا كان العامل شخصاً معيناً كشمولة لما إذا كان الجعل لكل من أتى بالعمل؛ بل صحيح ابن سنان المتقدم الذي هو من عمدة الدليل على صحة الجعالة مورده تعيين العامل. ثم إن الجعل تارة يكون بإزاء ما يقع في الخارج من أداء خسارة أو وفاء دين أو ملك عين،

وقد يكون بإزاء العملية الاعتبارية كأن يقول: من وهبني كذا فله كذا فيكون العوض مجعولاً بإزاء الهبة لا الموهوب

والظاهر صحة الكل وذلك لإطلاق دليل الجعالة من النص وبناء العقلاء؛ فإن الجعل لا بد أن يكون بإزاء شيء؛ ولو فرض اشتراط كون الشيء متمولاً فلا ريب في إمكان اتصاف العملية الاعتبارية بالمالية كما سبق؛ ولو فرض اشتراط كون ما

بإزائه الجعل ممّا يصحّ جعل عوض بإزائه في داعي العقلاء فلا ريب أنّ مثل الهبة ممّا يصحّ جعل عوض بإزائه في داعي العقلاء فلا ريب أنّ مثل الهبة ممّا يصحّ جعل عوض بإزائه عندهم.

تصوير التأمين على أساس عقد الصلح والمصالحة

ومن جملة تصورات عقد التأمين التي يمكن أن يوجّه به وينزل عليه ويحكم بصحّته على أساسه هو عقد الصلح.

وهو مبنيّ عندى على أحد أمرين:

الأوّل: قصور العناوين الخاصّة عن الإنطباق على عقد التأمين فإنّه لا بأس حينئذٍ بتصحيحه على أساس الصلح.

الثاني: ما هو المعروف من اعتبار عقد الصلح عقداً برأسه في قبال البيع والإجارة ونحوهما على الإطلاق، كما أنّه تامّ على ذاك المبنيّ.

لكنّ المبنيّ هذا عندي غير واضح. بل الذي يلوح لي من معنى الصلح وعقده هو أنّه التسالم والتوافق والتراضي مع أرضيّة لعدم الوفاء والوفاء وإن لم يكن نزاع فعلاً.

ثمّ التسالم من الأمور ذات الإضافة فلا بدّ من تعلّقه بشيء، وذلك الشيء قد يكون معاوضة فيتحد الصلح معها ويصير معاوضة، وقد يتعلّق الصلح بغير المعاوضة فكان معنى الصلح جامعاً بين المعاوضة وغيرها من المعاملات فلا يصحّ الحكم على الصلح بأنّه معاوضة مطلقاً أو غير معاوضة مطلقاً، بل يتبع ما تعلّق به ويختلف باختلاف متعلّقه.

بل نقول: لمّا كان للمعاملات - كما تقدّم وتكرّر ممّا - مفاهيم ثابتة ومتعيّنة بغضّ النظر عن ألفاظ الدالّة عليها فلا مناص من الالتزام باتّحاد الصلح مع العناوين

الخاصة للمعاملات كالبيع والإجارة والهبة المشروطة وغيرها حيث تعلّق الصلح والتسالم بمفادها ومفهومها، فلو قلنا إنّ البيع هو تمليك عين بعوض لم يكن فرق في صدق البيع بين إنشاء هذا المضمون بلفظ البيع أو بلفظ الصلح أو الإجارة أو غيرها؛ بل وحتى الألفاظ التي لا يصحّ إنشاء البيع بها لغةً فضلاً عن التي لا يصحّ الإنشاء بها شرعاً؛ فإنّ غاية الأمر على تقدير الإنشاء بمثل هذه الألفاظ هو فساد البيع لا انتفاء حقيقته، فهو كما لو اعتبرنا العربيّة في الصيغ، فإنّه لا ينافي صدق عناوين المعاملات على تقدير إنشائها بغير العربيّة وإن كانت فاسدة شرعاً.

وبالجملة: حيث فرض كون مفهوم البيع وماهيّته هو تمليك عين بعوض فلا فرق في صدق المفهوم بين إنشائه بلفظ بعث أو بلفظ صالحت وغيرهما، - والبحث فعلاً في الصدق اللغوي لا الصّحة الشرعيّة -.

ثمّ لو لم يتحقّق من الشرع اشتراط الإنشاء بلفظ خاصّ كان موضوع الصّحة شرعاً ما يسمّى بذلك الاسم لغةً وعرفاً. وعلى هذا يكون الصلح عنواناً عاماً للمعاملات المتقوّمه بالتراضي من طرفين؛ كشمول عنوان التجارة والعقد لعدّة من المعاملات فيكون البيع مصداقاً للصلح وكذا الإجارة والمضاربة والهبة المشروطة وغيرها كما أنّه مصداق للعقد وللمعاملة وللتجارة من العناوين العامّة.

وهذا الذي قرّرناه وقرّباه هو غير ما اشتهر في الكلمات نقله من القول باتّحاد الصلح مع المعاملات إذا أفاد فائدتها وأنتج نتائجها؛ والسّرّ في ذلك هو أنّهم يعنون بهذا القول بقرينة تمثيلهم ببعض الأمثلة أمراً آخر؛ ولذا يشكل عليه القائل المخالف لهذا القول بإشكال واضح الورود، بيان ذلك:

أنّه ينسب إلى البعض أنّ الصلح إذا تعلّق بالأعيان كما لو قال: صالحتك على أن تكون العين الكذائية لك والعين الكذائية لي، فهذا بيع؛ لأنّه أفاد فائدة البيع، فإنّ نتيجة البيع تمليك شيء وتملك شيء وهذا المعنى متحقّق في المثال المتقدّم؛ وعلى هذا

القرار لو صالح على تملك منفعة كان الصلح إجارة، وهكذا.
وقد أورد عليه كما في الجواهر وغيره بأنه لا ملازمة بين اتحاد نتيجة معاملتين
وبين اتحاد حقيقتها، ألا ترى أن من ملك عيناً بمنفعة كان بيعاً، مع أن هذه النتيجة قد
تتحقق بالإجارة كمن استأجر شخصاً بعين؛ فإن هذا لا يوجب وحدة الحقيقتين كما
لا يخفى.

أقول: ما ذكر دليلاً للقول باتحاد الصلح ومثل البيع من العناوين الخاصة
للمعاملات فهو بالذي يبدو منه لأوّل وهلة واضح الإيراد والإشكال؛ لا لمجرد ما
ذكر في كلماتهم من الرد؛ بل لأنه غفلة واضحة عن حقائق المعاملات، فإن البيع
ليس هو مجرد تملك شيء حتى يقال إنه مهما تحقق هذا المضمون صدق البيع وإلا
فالهبة المشروطة ينبغي أن يعدّ بيعاً سيما إذا كان المشروط نتيجة الهبة؛ ولا ظنّ أن
يتوهم هذا متوهم.

بل البيع هو تملك عين و تملك شيء بإزائها على وجه المعاوضة بين الشيئين
ولاريب أن هذا المضمون حيث تحقق كان بيعاً؛ ولا يشترط في صدق البيع معه
إنشائه بلفظ فضلاً عن لفظ خاص. ولا ينقض هذا الذي ذكرناه في معنى البيع بما
تقدّم من النقض بالهبة المشروطة حتى المشروطة بنتيجة الهبة - أعني الملكية في
قبال المشروطة بالفعل أعني الإنشاء المتأخّر - وذلك فإن الهبة وإن تضمنت تملك
عين ولكنه على وجه المجانية لا التعويض. وما اشتهر من التعبير بالهبة المعوضة فإنه
يُراد بذلك التعويض عن الهبة لا التعويض عن العين الموهوبة، ففي ذلك المقابلة بين
الهبتين والتملكين لا بين الملكين والعينين؛ وما يقوم المعاوضة البيعية هو الثاني دون
الأوّل فلا حظ ولا تغفل.

فظهر ممّا ذكرنا أن ما ذكر من الاستدلال والرد على القول المذكور في كلماتهم من
وحدة الصلح والبيع مثلاً مبني على الغفلة عن حقائق المعاملات وأن وحدة النتيجة

بالمعنى المتقدم بين معاملتين لا تقتضي وحدة المعاملتين؛ وأمّا وحدة المفهوم والمضمون الذي ينشأ بلفظين فهي توجب وحدة تلك المعاملة من دون ريب. ولذا استدللنا منذ زمن بعيد لصحة عامة المعاملات بحديث «الصلح جاز بين المسلمين» بدلاً عما اشتهر الاستدلال به من آية «أو فوا بالعقود» حيث استشكلنا في دلالة الآية على صحة المعاملات بأنها قاصرة عن ذلك، وإنما مدلولها وجوب الوفاء بالعقود الصحيحة والنافذة، فالآية تدلّ على لزوم كلّ عقد صحيح لا صحة عقد، وقلنا إنّ الآية نظير أدلة استحباب الوفاء بالوعد وأدلة وجوب الوفاء بالنذر حيث لا دلالة في شيء منهما على ما يجوز من الوعد والنذر وإنما يدلّان على استحباب الوفاء أو لزومه فيما تحقق مشروعية الوعد والنذر بدليل آخر؛ ولم يتوهم متفقّه دلالة هذه الأدلة على مشروعية الوعد والنذر حيث شكّ في ذلك، وتسام الكلام في محله.

بقي الكلام في شيء وهو أننا ذكرنا في تعريف الصلح في مطلع الكلام أنّه التسالم مع أرضية عدم الوفاق، والسرّ في ذلك أنّ التسالم على الهبة - والهبة عقد متقوم بالتسالم والإيجاب والقبول - لا يعدّ صلحاً ظاهراً، وليس ذلك إلّا من جهة أنّ الهبة غير المشروطة ليس فيها أرضية الاختلاف بحسب العادة، بل الأمر فيها دائر بين الوجود والعدم، فإمّا أن تتحقّق الهبة أو لا تتحقّق، وإمّا أن يقبل المتّهب أو لا، وهذا بخلاف مثل البيع فإنّه إنشاء تمليك بثمن، والثمن عرضة للاختلاف في تقديره وتعيينه، فإنّ المشتري يماكس البائع أو هو عرضة لذلك فكان التوافق بين المتبائعين على ثمن واحد تصالحاً بخلاف الهبة. ولعلّ الذي يوحى إليه كلماتهم من عدم اعتبار سبق النزاع في صدق الصلح قولاً أو احتمالاً ناشئ ممّا ذكرنا من الإحساس بالفرق بين الهبة وبين البيع، حيث لا يصدق الصلح في الأوّل، مع أنّ هذا الفرق لا يكون ناتجاً ممّا ذكره من اعتبار سبق النزاع؛ وإلّا ورد عليه ما أورد عليه في كلماتهم من

منع اعتبار سبق النزاع في صدق الصلح بقرينة موارد استعمال الصلح في النصوص والعرف كما لا يخفى ولا مجال لإنكاره.

تصوير التأمين على أساس الصلح الخياري في كلام صاحب العروة

ومن جملة وجوه تصحيح التأمين، وبتعبير أدق: طريق الوصول إلى نتيجة عقد التأمين مع التحقّق على الغرض منه هو ما يحكى عن صاحب العروة السيّد الطباطبائي البزدي رحمته الله: من إنشاء نتيجة عقد التأمين بعقد الصلح المشروط بالخيار؛ وقد صرح فيما نقل عنه بعدم صحّة عقد التأمين شرعاً في نفسه؛ وأنّ الوصول إلى نتيجته على وجه مشروع يكون بالصلح الخياري. وبيانه:

إنّه لو فرض أنّ التأمين كان على عين تساوى مئة دينار على أن تكون مضمونة على المؤمن بكلّ قيمتها شريطة أن يؤدّي المؤمن له خمس قيمتها للمؤمن، فعلى تقدير التلف يخسر المؤمن ثمانين ديناراً حيث إنّ الباقي بعد خصم عشرين ديناراً المبذول من قبل المؤمن له بعنوان مبلغ التأمين، كما أنّه على تقدير عدم التلف يخسر المؤمن له عشرين ديناراً للمؤمن. ونتيجة عقد التأمين هي أمان المؤمن له من خسارة ثمانين ديناراً.

ونتيجة هذا المضمون تتحقّق بوجه الصلح على العين المأمون عليها فيصلح المؤمن له على أن تكون العين للمؤمن بثمانين ديناراً على أن يكون المؤمن له بالخيار في الفسخ إلى مدّة معيّنة على تقدير بذل عشرين ديناراً للمؤمن فإذا تلفت العين كان التلف على المؤمن لأنّه المالك، وكانت العين هذه مضمونة على المؤمن بثمانين ديناراً وهو مبلغ الصلح؛ وإذا كانت العين باقية جاز للمؤمن له فسخ الصلح واسترداد ملك العين على تقدير بذل عشرين ديناراً للمؤمن؛ فيدور الأمر بين أن يخسر المؤمن له عشرين ديناراً أو يخسر المؤمن ثمانين ديناراً كما هو الشأن في عقد

التأمين المصطلح حسبما بيّناه آنفاً.

هذا كله إذا كان المقصود الوصول إلى نتيجة التأمين عن كلّ الخسارة؛ وإذا كان الغرض الوصول إلى نتيجة التأمين عن نسبة من الخسارة كنصف أو أكثر أو أقلّ أمكن ذلك بتعيين مبلغ الصلح على العين حسب التوافق.

ثمّ إنّهُ يمكن حجر المؤمن من التصرف في العين المؤمن عليها باشتراط عدم التصرف فيها إلى زمانٍ خاصّ كسنة أو نحوها - مدّة الخيار المجعول للمؤمن له. ولكن هذا الشرط لا يفيد المنع من التصرفات الاعتباريّة وضعاً بحيث تقع فاسدة على تقديرها؛ فإنّ الشرط لا ينفذ إلّا فيما هو سائغ في حدّ نفسه؛ وذلك هو التصرف وتركه؛ وأمّا نفوذه وعدم نفوذه فليس بيد المتعاملين وفي سلطانهم حتّى ينفذ شرطهم فيه؛ فمن شرط على المالك ترك التصرف جاز ومن شرط بطلان تصرفه كان شرطاً مخالفاً للمشروع باطلاً من أساسه.

فالمتحصل: أنّ ما يفيد أمان البائع من تصرف المشتري في المبيع باطل؛ وما هو الصحيح - وهو اشتراط ترك التصرف - لا يؤمّن من التصرف.

فلو كان للمؤمن غرض في العين كما هو متعارف لا يتحقّق غرضه من التأمين بمثل الطريق الذي سلكه السيّد اليزدي^(١)؛ ولا تتحقّق نتيجة عقد التأمين بما بيّنه من الوجه والصلح الخياري.

وإن شئت قلت: إنّ السيّد إنّما عبأ اشتراط الخيار على تقدير بذل مبلغ التأمين ليكون بائع العين مسلطاً على استرداد العين، وهذا الأمر لا يتحقّق بمجرد اشتراط الخيار، بل ولا باشتراط عدم تصرف المشتري. نعم، تحقّقه بكون المشتري محجوراً وضعاً من التصرف كالسفيه والمجنون، وهذا لا يصحّ اشتراطه.

نعم، لو كان المشروط فسخ البيع على تقدير إقدام المشتري على بيع العين آنأ قبل فعله بنحو شرط النتيجة وقلنا بصحّة مثل هذا الشرط - مع تضمّنه لتعليق

الفسخ على أمر متأخر محتمل - تحقق غرض عقد التأمين بمثله.

هذا، وربما يكون هذا الشرط ذريعة للمؤمن إلى إبطال البيع وردّ ضمان البيع على مالكة الأصلي حيث لا يكون صلاح المؤمن في بقاء التأمين لظهور أمارات تلف المبيع ومقدماته؛ ومن الواضح أن لزوم العقد من ناحية المؤمن أيضاً من الأغراض العقلانية في عقد التأمين، بل هو من مقومات دواعيهم للإقدام على التأمين، وبدون تحققه لداعي لهم للإقدام على عقد التأمين بمجرد صحة العقد.

ثم إنه يمكن جعل الخيار للمؤمن بالشرط لما بعد انقضاء مدة التأمين؛ تفادياً من تضرره بإلزامه بدفع مبلغ الصلح على العين؛ حيث تكون العين باقية، ومع ذلك لم يفسخ المؤمن له عقد الصلح؛ كما لو فرض تنزّل القيمة السوقية لها وكان مبلغ الصلح أكثر من ثمنها السوقية.

وإنما فرضنا تقييد الخيار بما بعد مدة التأمين لأنه لو جعل الخيار للمؤمن في نفس المدة ينافي غرض المؤمن له من الأمان والوثوق بكون الخسارة مضمونة على المؤمن؛ حيث إن بإمكان المؤمن إحالة الخسارة على المؤمن له بالفسخ قبل التلف، فلا يكون معه دافع للمؤمن له على الإقدام على التأمين ما لم يكن واثقاً باندفاع الخسارة عنه وعدم عودها عليه لعدم سلطنة المؤمن على حوالة الخسارة عليه.

تصوير التأمين على أساس البيع الخيارى

ثم إنه بما قرّرناه من تحقق نتيجة عقد التأمين بعقد الصلح المتقدم يُعلم أنه بالإمكان تحقيق تلك النتيجة بعقد البيع المشروط بالخيار طابق النعل بالنعل.

ولعلّ الذي حدا بالسيد الطباطبائي بالتعويض عن البيع بالصلح هو أن جملة القواعد الفقهية أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه، وهذا الضمان ينافي الغرض من التأمين؛ حيث إن المقصود دفع الخسارة عن البائع المالك وجعلها على الطرف

الآخر، وإذا عادت الخسارة إلى البائع لم يكن للبائع غرض في بيع ماله لعدم ضرورته مأموناً من خسارته على تقدير التلف.

هذا، ولكن بالإمكان تفادي هذا المحذور بجعل البائع وكيلًا عن المؤمن في قبض المبيع عنه.

ويمكن أن يكون الوجه في الاختصار على الصلح دون البيع وغيره هو أن البيع مبني على عدم الغرر، بخلاف الصلح فإنه يقبل من الغرر ما لا يقبله البيع؛ وربما لا يكون المؤمن على علم تام من العين التي يُراد التأمين عليها فيصالح عليها بدلاً من البيع.

هذا، مع أنه بما قرّرناه سابقاً من كون النسبة بين الصلح وبين مثل البيع هو العموم والخصوص المطلق - بمعنى انطباق البيع على الصلح حيث تعلّق بالعين معوّضة؛ لعدم تقوّم البيع بلفظ خاص - لا مفرّج عن المحاذير المتقدّمة بمجرد تغيير لفظ البيع بلفظ الصلح كما صنعه السيّد الطباطبائي بل الحلّ هو ما ذكرناه؛ والله العالم. بقي الكلام فيما أشكل به على السيّد الطباطبائي في حكمه بفساد عقد التأمين من جهة منافاة ذلك لمبانيه في المعاملات، فإنه يرى عموم آية الوفاء بالعقود وحديث المؤمنون عند شروطهم ودالتهما على نفوذ المعاملات هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى فإنه يرى صحّة الضمان بمعناه العام - في قبال الضمان الاصطلاحي الخاص وهو نقل الدّين من ذمّة إلى ذمّة - مثل ضمان الأعيان المضمونة وغيرها كضمان الديون، بل ويرى صحّة الضمان التعليقي وضمان مالم يجب.

بل نسب إليهم كفاية عدم الدليل على الفساد للحكم بصحّة المعاملات وعدم الحاجة إلى دليل خاص على الصحّة؛ ومع ذلك كلّه فلم يعلم وجه للحكم بفساد عقد التأمين بعد عدم الدليل على فساده، ولا انطباق مثل عنوان القمار من المحاذير عليه.

ولو كان منشأ حكمه بالفساد هو شبهة كون التأمين مقامرة لم يكن مجال لجواز التصرف في المال المأخوذ بالقمار والزبا وإن رضي باذله، مع أنه صرح بجواز التصرف في المال المأخوذ بعقد التأمين وإن كان العقد فاسداً.^(١)

وقد استشهد هذا القائل لما نسبته إلى الطباطبائي من كفاية عدم الدليل على الفساد للحكم بصحة المعاملة ببعض أجوبة مسأله؛ قال فيما حكمى عنه: يمكن أن يقال بصحة معاملات عقلانية متداولة بينهم إلا ما منعه الشارع، فالفساد منها يحتاج إلى المنع، لأن يكون الصحيح محتاجاً إلى الإذن والإمضاء. وبعبارة أخرى: يكفي الإمضاء بمعنى عدم المنع.^(٢)

وفي موضع آخر: يمكن أن يقال: الأصل صحة جميع ما يبد العرف في المعاملات إلا ما منعه الشارع؛ فلا حاجة إلى الإمضاء منه؛ بل يكفي عدم المنع عنها.^(٣) أقول: قد يدور على الألسنة مثل هذا الكلام، وأن صحة المعاملات لا تحتاج إلى دليل، هذا مع ما اشتهر بين المحققين من أن الأصل في المعاملات الفساد إلا ما قام الدليل على الصحة؛ والمراد بالأصل هو الأصل العملي أعني الاستصحاب.

ويمكن أن يقرر صحة المعاملات في غير ما قام الدليل فيه على المنع بأن طريقة الشارع في العرفيات على الردع حيث لا يرضى بالمتعارف، فكان سكوت الشارع إمضاء للمعاملات المتعارفة، وهذا راجع إما إلى دعوي السيرة أو دعوي الإطلاق المقامي في أدلة الموانع كالغرر والربا وما شاكل ذلك؛ والأمران إنما يمكن المساعدة عليهما في غير المسائل الحادثة بعد عصر حضور المعصومين عليه السلام سيما الأولى أعني السيرة. هذا مضافاً إلى جواز اعتماد الشارع على أصالة الفساد في غير المعاملات

(١) عقد بيمة، أحمد جمالي زاده: ٤٥٩.

(٢) سؤال وجواب، السؤال رقم ٣١٨ ص ١٩٢ و رقم ٤٢٩ ص ٢٧١.

(٣) المصدر السابق.

التي نصّ على منعها بالخصوص إذا لم يساعد أدلّة نفوذ المعاملات من العموم والإطلاق على تنفيذها.

إلاّ أن يشكل بأن مثل ذلك لا يصلح رادعاً عن مثل السيرة كما حقق في محلّه من أن العمومات لا تصلح رادعة عن السير المرتكزة مع ما ذكر في الردع بذلك من لزوم الدور بعد احتمال تخصيص أصالة الفساد بغير ما جرت السيرة عليه فتكون السيرة مخصّصة فتأمل.

تصوير التأمين على أساس قاعدة اليد

ومن وجوه الوصول إلى نتيجة التأمين هو تمكين المؤمن من الاستيلاء على العين لا على وجه المجانيّة والأمانة غير المضمونة؛ نظير المأخوذ بالسوم، فتكون اليد مقتضية لضمان العين بعد عدم إسقاط المالك لضمانها.

ثمّ إنّ ضمان العين يكون بمثلها أو قيمتها عند الإطلاق، وعلى تقدير تعيين ضمانها بالأقلّ يكون المالك قد أهدر بعض ماله، فللمؤمن التكفّل ببعض خسارة العين وقيمتها على تقدير التلف؛ كما له أن يضمن تمام ما ليّتها؛ لا بعقد الضمان ليرجع إلى ما تقدّم سابقاً، بل بضمان اليد والاستيلاء؛

ثمّ إنّ مقتضى اليد إنّما هو ضمان كلّ المالية حيث لا يقدم المالك على إسقاط حرمة بعض ماله، فيكون المضمون على ذي اليد هو خصوص الباقي.

تصوير التأمين على أساس عمومات المعاملات والعقود

ثمّ إنّّه إذا فرض قصور العناوين الخاصّة من المعاملات بأدلّة صحتها أو فسادها عن الانطباق على عقد التأمين، فهل يمكن تصحيحه على أساس الأدلّة العامّة لصحة المعاملات ونفوذها، ويكون المرجع أصالة الفساد في المعاملة، الراجعة إلى

استصحاب عدم التأثير؟ فيه بحث بينهم، ومنشأ الإشكال أحد أمرين.

الأمر الأول: إنه هل العمومات في أدلة المعاملات نازرة إلى العناوين الخاصة المعهودة من البيع والشراء والإجارة وغيرها من المعاملات المتداولة وليست بصدد تشريع معاملة برأسها وفي قبالتها - وببالي أن هذا الوجه يظهر من صاحب الجواهر - أو أن تلك الأدلة مشرعة عامة لكل ما تنطبق عليه من العناوين كالعقد والتجارة ونحوهما وإن لم تصادق العناوين الخاصة والمعهودة؟

وليعلم أن البحث عن انطباق العناوين الخاصة مهم جداً كما سبق منا، والوجه في ذلك: أن ذاك البحث تارة يكون من جهة إمكان الوصلة إلى عقد التأمين عبر إنشاء المعاملة على وجه العناوين الخاصة ليكون تطبيق التأمين على العناوين الخاصة وتكييفه على أساسها أمراً اختيارياً، وهذه جهة مهمة، ولكن الأهم من ذلك هو البحث من جهة أخرى هي: كون انطباق العناوين الخاصة على المعاملة قهرياً لا قصدياً، ومعه فلا مناص من ملاحظة شروط ذاك العنوان الخاص لو كان عنواناً نافذاً، ومن الحكم بالفساد لو كان العنوان الخاص من المعاملات الفاسدة كالربا والقمار مثلاً ولا ينفع معه انطباق العناوين العامة، كالعقد بعد كون خروج العناوين الخاصة المحكومة بالفساد عن تلك العمومات ثابتاً بالتخصيص، وقد ألمحنا إلى هذا سابقاً.

والوجه فيما ذكرنا من كون انطباق عناوين المعاملات قهرياً هو أن المعاملات هي ماهيات متقررة في مفهومها بالغض عن إنشائها بلفظ خاص، فليس اللفظ الخاص مقوماً للمعاملة أصلاً، وإن كان اللفظ في مقام الإثبات دالاً على إرادة عقد خاص ومقوماً لإنشاء؛ مثلاً البيع هو إنشاء تمليك عين بعوض ولا يفرق في ذلك بين كون الإنشاء بلفظ البيع أو بلفظ التمليك أو بغيرهما متى يرادفهما أو يغايرهما، حتى إنه لو أنشئ بلفظ الإجارة مجازاً أو بلفظ آخر - لا يصح استعماله في البيع حتى

مجازاً - كانت حقيقة البيع محفوظة؛ غايته أنه يحكم بفساد البيع لكون صحته مشروطة بإنشائه بلفظ حقيقي أو صحيح، وهذا غير كون ماهية المعاملة متقومة بلفظ خاص، حتى أن حقيقة واحدة لو أنشأت بلفظ كانت معاملة ولو أنشأت بلفظ آخر كانت معاملة أخرى.

نعم، تكون الألفاظ في مقام الإثبات حاكية ودالة على إرادة مفهوم خاص. ثم إنه لا مانع عقلاً من انطباق أكثر من عنوان خاص على معاملة إذا ساعد على ذلك مفهوم المعاملة ومعناها وحقيقتها؛ كما ينطبق العنوان العام من العقد والتجارة على العناوين الخاصة من بيع وإجارة وغيرهما؛ وعلى هذا الأساس ذكرنا سابقاً أنه لا بأس بانطباق الجعالة مع كونها إيقاعاً على شرط من الإجارة وكذا شرط من عقد التأمين وهو إنشاء المؤمن له أو بعض إنشائه. وربما ذكر غير واحد أنه ينطبق عنوان الإباحة على البيع الفاسد حيث يعلم المتبايعان بذلك؛ وإن كان قد يناقش في ذلك بأنه مسامحة؛ فإن البيع هو إباحة معلقة على الملكية، فإذا الإباحة ولو مع انتفاء الملكية لو تحققت كان أمراً خارجاً عن البيع وإن قارنه.

وكيف كان فالمقصود بغض النظر عن الموارد الخاصة أنه لا مانع عقلاً من انطباق أكثر من عنوان على معاملة، وأما تحقق ذلك وعدمه فهو تابع لملاحظة الموارد، والله العالم بالحقائق.

وجود عمومات تدل على صحة المعاملات وتعيينها

الأمر الثاني: إن العمومات والإطلاقات هل تعم المصاديق الحادثة بعد عصر الشريعة وزمان حضور المعصومين أو إنها قاصرة عن شمول ذلك؛ وإن كان لا مفهوم لها للتنفي حكمها عن المسائل الجديدة؛ وقد ذكرنا في مدخل الكتاب ومستهلّه بحثاً مفصلاً حول الوجوه التي ربما تقام لإثبات قصور العمومات عن المسائل

الجديدة والحادثة؛ كما أنه ذكرنا الإجابة على كل ذلك، وقد أثبتنا بما ربّما لا مزيد عليه وفاء العمومات ودلالاتها على المسائل الجديدة كالقديمة، فراجع إن شئت.

ثم الذي ينبغي أن يقال:

إنّ هناك بعض العمومات لا بأس بدلالاتها على صحّة المعاملات وإن كان في دلالة بعضها الآخر تأملاً بل منعا.

وقد استُهر التمسك لصحّة المعاملات على العموم بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، فعُدّت الآية دالّة على صحّة كلّ عقد؛ وقد تكرر منّا الإشكال في دلالة الآية هذه على صحّة العقود القديمة فضلاً عن غيرها بتقريب: أنّ مفاد الآية وجوب الوفاء بكلّ عقد، والمنساق من ذلك هو خصوص العقود المشروعة؛ وذلك نظير ما تضمّن استحباب الوفاء بالوعد وما تضمّن وجوب الوفاء بالنذر والعهد واليمين بل والشرط؛ ويشهد لما ذكرنا أنّك لا تجد فقيهاً تمسك بعموم استحباب الوفاء بالوعد لمشروعية الوعد الذي شكّ في حلّه.

ويمكن تقرير اختصاص عموم الآية المتقدّمة بخصوص العقود المشروعة بأنّ سوق الآية لوجوب الوفاء بالعقد معلوم، وأمّا كونها مسوقة لنفوذ العقد وصحّته فلم يعلم؛ نعم لمّا لم يكن معنى لوجوب الوفاء بعقد ما لم يحكم عليه بالصحة، كان موضوع الأمر بالوفاء هو خصوص العقود الصحيحة. لا أن يحكم بصحّة كل عقد ليتسنى الحكم بلزومه على أساس الآية.

وبهذا التقرير يندفع الإشكال على ما بيّناه بأنّ دلالة الآية بالعموم لا بالإطلاق ليحتاج إلى إثبات كونها في مقام البيان بعد كونها في مقام البيان من جهة أخرى أعني لزوم الوفاء.

توضيح الاندفاع: أنّ عموم العقود محفوف بقرينة أو ما يصلح للقرينة على اختصاصه بخصوص العقود الصحيحة، ألا وهي اختصاص وجوب الوفاء حسب المتفاهم العرفي بخصوص العقد الصحيح. فتحصل بما ذكرنا اختصاص الآية بخصوص العقود الصحيحة إما للانصراف أو للاحتفاف بالمخصّص.

وعلى هذا الأساس ترى اختصاص أدلة الأيمان والنذور والعهود بخصوص السائغ أو الراجح من الأمور؛ ولا عموم ولا إطلاق فيها لما يشك في مشروعيته وجوازه، كما لا إطلاق فيها للمحرّمات حيث يحتمل ارتفاع الحرمة الثابتة بالعنوان الأولي إذا وقع متعلّقاً لليمين وشبهه.

ولئن أصررت على عموم العقود وعلى عدم اختصاصه بخصوص الصحيح وأنّ الآية مشرّعة لما هو غير مشروع لولا العقد فلا بأس بشموله لكلّ عقد ما لم يثبت خروج قسم أو نوع بدليل، قلت: قد ثبت التخصيص في هذا العام وفيما هو من سنخه من العمومات المتضمّنة لحكم العناوين الثانوية والفروض الطارئة بوعده المكلف أو عهده وشرطه؛ وبيان ذلك: أنّ نهاية الأمر عموم مثل العقود لكلّ عقد يشكّ في صحّته فتكون الآية مسوقة لصحة كلّ عقد، كما هي مسوقة للزومه؛ ولكنّ ما تضمّن بطلان الشرط المخالف للكتاب والشرط المحلّل للحرام وأنّ شرط الله قبل شرطكم، ناقض لهذا العام ومانع لشموله؛

فإنّ العقد مصداق للشرط؛ كما أنّ الالتزام في ضمن العقد مصداق آخر للشرط؛ إذ الشرط هو مطلق الالتزام والتعهد؛ فيكون الالتزام المشدود بالالتزام آخر - الذي هو العقد - من أبرز مصاديق الشرط الشامل لكلّ ما شرطه الإنسان على نفسه والتزم به؛ وعلى هذا الأساس استدللنا لصحة العقود بعموم أدلة الشروط لولا المخصّص المتقدّم، أعني استثناء الشرط المحلّل للحرام.

فالناتج ممّا تقدّم: أنّ عموم العقود لو تمّ، عورض بعموم دليل حرمة المحرّمات، حيث يكون متعلّق العقد حراماً لولا العقد - وكان دليل بطلان الشرط المحلّل للحرام رافعاً للتعارض، بل حاكماً على دليل حلّ الشروط والعقود.

وبهذا البيان يخصّ عموم دليل الأيمان والنذور والوعد - لو تمّ لدليلها عموم - بخصوص ما لو تعلّق اليمين والوعد بالأموال المشروعة والسائغة لولا اليمين والنذر؛ ولا يبقّ لأدلّتها عموم لفرض الشكّ في حلّ شيء لولا اليمين والوعد فضلاً عمّا كان محرّماً لولاهما، واحتمل الحلّ بطرؤ مثل الوعد واليمين، فافهم.

وقد اندفع بما قرّرناه من حلّ التعارض بالحكومة أو غيرها ما قد يتوهم من أنّه على تقدير التعارض يكون المرجع عموم الكتاب؛ ومع الغضّ عنه يرجع إلى الأصل العملي المقضي للحلّ؛ حيث يحتمل طرؤ الحلّ بمثل الوعد وغيره.

العمومات الصالحة للاستدلال لتصحيح المعاملات ومنها عقد التأمين

وكيف كان، فمن العمومات التي لا بأس بدلالاتها على الصحة هو قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)، فإنّ الآية دلّت بالإطلاق على نفوذ كلّ تجارة وقعت عن تراضٍ من المتعاملين.

واحتتمال كون الآية مسوقة لبیان ما قبل الاستثناء وإذا لم يتحقّق كون المطلق في مقام البيان لم يتمّ إطلاق،

يدفعه: أنّ الأصل في الكلام كونه في مقام البيان ما لم يثبت الخلاف.

وما تقدّم آنفاً عند التعرّض لآية العقود من أنّ المطلق إذا تحقّق كونه في مقام البيان من جهة كان إثبات كونه في مقام البيان من جهة أخرى بحاجة إلى مؤونة لا يكفي لها الأصل؛

فإنّما هو في الجملة الواحدة والمطلق الواحد، لا في مثل الآية في المقام؛ حيث إنّ لكلّ من فقرتي المستثنى منه والمستثنى إطلاق غير ما للآخر. ومقتضى الأصل في كلّ من الفقرتين كونه في مقام البيان.

إذا تمهّد تقرير دلالة الآية فنقول: إنّ عقد التأمين المتعارف هو من أجلّ التجارات المربحة وأوضحها، بل هو من أكثر المكاسب شيوعاً ووقوعاً؛ وتوقع الأرباح هو من عمدة الدوافع للتصدّي لعقد التأمين.

البحث عن مانعيّة جملة من الأمور عن صحّة عقد التأمين

وحيث تمهّد ثبوت المقتضي لصحّة عقد التأمين ولو في بعض فروضه وأقسامه يقع الكلام فيما ادّعى أو يمكن دعواه من موانع الصحّة والعناوين القاضية بالبطلان، والبحث في مانعيّتها وعدمها وهي أمور:

القمار والربا والتعليق والغرر وضمان ما لم يجب وعود العوض إلى غير من خرج من ملكه المعوض الذي هو منافع لحقيقة المعاوضة وبيع الدّين بالدين وأداء الدّين مع الرجوع على المديون بزيادة عنه. فالبحث عن الموانع يقع ضمن أمور:

عقد التأمين والمقامرة

الأمر الأول: من الأمور التي طرحت مانعاً من صحّة عقد التأمين هو انطباق عنوان القمار عليه؛ حيث إنّ القمار وسيلة للتكسّب يقومها الحظّ والصدفة؛ ويعبّر عنه بالفارسيّة (شانس) و (بخت) وليس ما يأخذه الرابع عوضاً عن فائدة يبذلها، ولا بدلاً عن شيء يخسرها؛ وإنّما يتوصّل إلى السبق والجعل عبر لعب والمهارة فيه؛ ويساعده في الوصلة إلى الأعواض الاتّفاق والصدف. وكذلك المؤمن يتوصّل إلى المبالغ المبذولة من ناحية المؤمن له إذا ساعده الحظّ والصدفة بأن لم يتّفق للمؤمن له

خسارة تدعو كفيلاً - المؤمن - للتعويض.

ولو انقلب عنه الحظّ - أعني المؤمن - فاتفقت خسائر أكثر ممّا بذله المؤمن له من الأقساط المعيّنة عليه، كان خاسراً. فليس هناك عمل محترم من المؤمن ليأخذ بإزائه عوضاً من المؤمن له؛ فما يدفعه المؤمن له من الأقساط لا يعود بإزائها شيء للمؤمن له، بل يكون عامل الصدقة والحظّ هو المعين للفوز والخسارة، وهل هذا شيء سوى القمار؟!

وكان هذا المحذور هو المعنيّ في كلمات بعض السادة حيث فصل في جواز التأمين بين ما إذا كان المؤمن متكفلاً بعمل كحفظ المتاع ونحوه وبين غيره فيجوز في الأول خاصّه.

مقومات القمار

وكيف كان: فحيث إنّ تحقق هذا المحذور أعني القمار في عقد التأمين يتوقف على معرفة حقيقة القمار فلا بدّ من بيان مقومات القمار حتّى يتعرّف على توفّرها في عقد التأمين وعدمه.

من الركائز المقومة للقمار عنوان الباطل ويكون أخذ الأموال بسببه أكلاً بالباطل؛ وذلك فإنّ المال يبذل بإزاء الغلبة، فكانت الغلبة هي المعوض عنها، وهي ممّا لا تستأهل عوضاً سيّما وهي منوطة كثيراً بما هو خارج عن الاختيار أعني الصدقة والحظّ، ويعبّر عنه في لسان العامة (بخت) وبالفارسية (شانس). وإن شئت عبّرت عن هذه الركيزة بكون القمار معاوضة على الغلبة، فكان شأن الغلبة في القمار شأن المبيع.

كما أنّ من مقومات القمار عنوان اللّعب، فليس كلّ سبب باطل قماراً؛ ألا ترى أنّ السرقة والربا من الأسباب التي تعدّ من الباطل ولا يعدّان من القمار.

وعلى أساس القيد الثاني يمنع صدق القمار في الأوراق المعروفة بـ (يانصيب) ويصطلح عليها بالفارسية (بخت آزمايي) يعنون به تجربة الحظ؛ وقد يعبر عنها (شانس) وإن كان أخذ المال بإزائها أكلاً للمال بالباطل، إذا كان الوصول إلى المال مقصوداً من بيع تلك الأوراق، نعم، إذا كان الغرض منها جمع المال لجهة مطلوبة كإغاثة المحاويع وإغاثة المرضى ونحو ذلك كما هو أيضاً متعارف فلا يعدّ من الباطل.

كما أنه على أساس القيد الثاني - أي اللعب - لا يكون الرهان من القمار؛ ويعبر عنه في عرف العوام بالشرط؛ فيقول شخص: «إن جاء زيد فأعطيك كذا وإن لم يأت فعليك كذا» مثلاً، وأوراق اليانصيب هي من الرهان؛ حيث يجعل لمن أصابه معين منها مال؛ كما أن من لا يصيبه ذلك يخسر مبلغاً فيكون نيل المال بإزاء مصادفة ورقة خاصّة إذا ساعد الحظ عليه؛ وواضح أن هذه المصادفة لا مالية لها، فيكون أكل المال بإزائها أكلاً له بالباطل. نعم لم تنشأ الهبة بعد المصادفة كان أكل المال بالهبة لا بالرهان.

ومما يؤكد تقوّم القمار بالباطل عدّ آلات القمار في عداد الملاهي في كلمات الفقهاء؛ قال الشهيد الأول رحمته الله في المكاسب المحرّمة من الدروس: ثانيهما: ما حرم لغايته كالعود والملاهي من الدفّ والمزمار والقصب والرقص والتصفيق وآلات القمار.^(١)

بناءً على كون آلات القمار معطوفاً على الدف لا على الملاهي وقد ذكرنا في محلّه أن اللّه متقوّم بعدم اشتغال الفعل على ما فيه غرض عقلائي - غير جهة اللّهُوية - وإلا فلا يكون لهواً. وقد كنّا نعبر عن ذلك بأن الغرض العقلائي

إذا كان في طول كون الفعل لهواً فهو غير مناف للهويّة بل يؤكّدها.

نعم، ذكرنا في غير المقام أنّ اختصاص حرمة القمار بما كان باطلاً ولهواً، بل وبما اشتمل على العوض لا ينافي حرمة العناوين الخاصّة كالنرد والشطرنج، حيث يكون غرض اللاعب تشحيد الذهن ونحوه من الأغراض العقلانيّة، أو كان اللعب مجّاناً؛ فإنّ النسبة بين القمار وبين مثل الشطرنج هي العموم من وجه ولا منافاة بين حرمة العناوين مطلقاً.

و تطبيق القمار المحرّم على الشطرنج لا يثبت حصر المحرّم من الشطرنج فيما صدق عليه القمار؛ وإثباتهاية الأمر قصور مثل هذا الدليل عن إثبات تحريم الشطرنج فيما لم يكن مصداقاً للقمار. والذي يصحّ تطبيق القمار على الشطرنج بقول مطلق - مع أنّ قسماً منه ليس بقمار - هو تعارف القسم القماري منه؛ وأين هذا من تخصيص المحرم من الشطرنج بخصوص القسم القماري منه. بل غاية الأمر أنّ القسم الآخر نادر التحقق؛ وقد يقالوا: إنّ العام والمطلق شامل للفرد النادر أيضاً، وإثما المحذور، في اختصاص المطلق بالفرد النادر لا شموله له.

ثمّ إنّ الفرق بين المال المبذول في القمار وما يبذل في الهبات واضح؛ فإنّ العطايا في الهبات تبذل مجّاناً لا أعواضا، فتحلّ؛ لأنّ بذلها بطبيّة نفس الباذل وارتجالاً؛ بخلاف البذل في القمار فإنّه عوض عن الغلبة والفوز؛ فلذا كان أخذه أكلاً للمال بالباطل، نظير أخذ العوض بإزاء ما لا ماليت له عرفاً كالخنافس والديدان وأمثالها؛ وليس بذلاً مجّانياً كالهبة والصدقة ونحوهما. وليس في الغلبة والفوز في القمار غرض عقلائي يخرجّه عن أكل الباطل سوى اللّهُو والباطل. ولذا ذكرنا أنّه لو كان في العمل الذي يسابق عليه غرض عقلائي غير للهويّة كتشحيد الأذهان والحثّ والترغيب على المعارف والعلوم المفيدة لم يعد جعل العوض في موارد هاقماراً؛ لعدم كونه من أكل المال بالباطل.

وعلى هذا فلا يبعد كون جواز جعل العوض في الخفّ والحافر والنصل حكماً على القاعدة لاستثناء من القمار المحرّم كما لعلّه المعروف؛ لعدم كون القمار مطلق المغالبة، بل هو المغالبة على الأمور اللهويّة. هذا مضافاً إلى دخول اللعب أيضاً في مفهوم القمار جزماً أو احتمالاً.

فالمتحصل: أنّ الرضا بالبذل في القمار كالرضا بالبذل في البيع حيث يشتركان في عدم كون البذل مجّاناً، وإن افترقا في كون البذل في الأوّل بإزاء الباطل وفي الثاني بإزاء غيره. فالبذلان مبيّتان على طيب النفس والرضا بدون إكراه إلا أنّ متعلّق الرضا في أحدهما البذل بإزاء باطل وفي آخر، البذل بإزاء حقّ، وأمّا البذل في الهبة فليس بإزاء شيء بل هو مبنيّ على الرضا بالبذل المجّاني.

هذا كلّ بناءً على كون الباطل في الآيّة هو ما بذل المال بإزائه بأن تكون الباء بمعنى المقابلة. وإذا كان المراد به السبب كالسرقة والغصب في مقابل البيع ونحوه من المعاملات التي لا تعدّ من الأسباب الباطلة بنظر العرف فالأمر أيضاً كذلك؛ فإنّ إطلاق الباطل على الأسباب إنّما هو باعتبار متعلّقاتها، فعّد السرقة والقمار من الأسباب الباطلة باعتبار أنّ المال الحاصل بسببهما ليس مأخوذاً بإزاء عمل محترم أو عين مبذولة.. وهكذا.

ثمّ إنّ البناء على المقامرة إذا كان مبنيّاً على الربح والخسارة معاً فهو المتيقّن من القمار، وهذا القسم منه يكون عقداً وتعهداً من الطرفين أو أكثر. وأمّا إذا كان مبنيّاً على الربح خاصّة من دون خسارة كما لو قال من غلب فله كذا فهذا القسم يتأدّى بالجمالة، بل لا يكون رضا الآخر محققاً لعقديّة بناءً على ما حقّقناه من أنّ العقد هو تعهد من جانبين أو أكثر مع الربط بين التعهدين؛ لا مجرد الإيجاب والرضا به. إلا أنّ في صدق القمار على هذا القسم كلاماً بل خلافاً وإن كنّا لم نستبعد سابقاً صدق القمار عليه. وما اشتهر من كون القمار هو ما كان معرضاً للفوز وخلافه ويعبّر عنه

بالفارسية (برد و باخت)، فمع احتمال كون المعرضية للأمرين بملاحظة الغلبة في اللعب لا الفوز بالعوض لا يمكن الاعتماد عليه في التخصيص فتأمل.

ومما يؤكد ويدلّل على تقوّم القمار بالباطل واللّهو جملة من النصوص:

١- منها معتبرة زياد بن عيسى، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله (قول الله - خ ل) عز وجل: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾؛ فقال: كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله عز وجل عن ذلك. ^(١)

ونحوه رسالة العياشي عن محمد بن علي عن أبي عبد الله عليه السلام.

٢- وفي معتبرة أحمد بن محمد بن عيسى في (نواده) عن أبيه قال: قال أبو عبد الله في قول الله عز وجل: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ قال: ذلك القمار. ^(٢)

٣- وفي معتبرة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام إنه سُئل عن الشطرنج وعن لعبة شبيب التي يقال لها لعب الأمير وعن لعبة الثلث؛ فقال: أرايتك إذا ميز الله الحق والباطل مع أيهما تكون؟ قال: مع الباطل؛ قال: فلا خير فيه. ^(٣)

٤- وفي خبر الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام نحو خبر زرارة وفي ذيله: فما لك والباطل؟! ^(٤)

٥- وفي خبر عبد الله بن علي: كلما ألهي عن ذكر الله فهو من الميسر. ^(٥)
وكان المراد أن الميسر متقوم باللّهو، لأن كلّ لهو ميسر؛ وقد ورد القرن في النهي بين النرد والشطرنج والكوبة والرطبة وهي الطنبور والعود. ^(٦)

(١) الوسائل ١٢: ١١٩، الباب ٣٥ من ما يكتسب به من كتاب التجارة، الحديث ١.

(٢) نفس المصدر: الحديث ١٤.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٣٨، التجارة، الباب ١٠٢ مما يكتسب به، الحديث ٥.

(٤) المصدر: الباب ١٠٤، الحديث ٣.

(٥) المصدر: الباب ١٠٠، الحديث ١٥.

(٦) المصدر: الباب ١٠٤، الحديث ٦.

٦- وفي مرسلة المقنع: واجتنب الملاهي واللعب بالخواتيم والأربعة عشر وكلّ قمار، فإنّ الصادقين عليهم السلام نهوا عن ذلك. ^(١)

ومن مقومات القمار هو أمل المقامر للربح والغلبة على صاحبه، فلو كان المأمول والمحبوب عدم الربح وعدم الغلبة لم يكن ذلك قماراً، غاية الأمر أنّه يكفي في صدق القمار كون داعي أحد طرفي القمار هي الغلبة وإن لم يكن للآخر ذلك الداعي؛ بل كان داعيه المغلوبيّة، فلا ينتقض بما إذا قامر الوالد مع ولده راجياً غلبة الولد ليكون تدريباً له على الغلبة، حبّاً له وشفقةً عليه؛ فإنّ الولد حيث يكون آملاً للغلبة يكفي ذلك في صدق القمار؛ مع أنّه يكفي في صدق القمار كون المقامر في مقام التغلب على صاحبه وبصدد ذلك حسب فعله.

وإن شئت قلت: إنّ المقامر يهّمه فعليّة القضية المشتركة المقوّمة للقمار - أعني استحقاق الجعل على تقدير الفوز - ولا ينحصر مقوم القمار في مجرّد القضية الشرطيّة.

وبهذا المقوم يتضح الفرق بين عقد التأمين وبين القمار؛ حيث إنّ التأمين يتقوم بالقضيّة الشرطيّة خاصّة أعني لزوم تدارك الخسارة على المؤمن له على تقدير الوقوع؛ ولا يهّم المتعاقدين فعليّتها ووقوع الخسارة؛ بل ربّما تكون فعليّتها مكروهةً للمتعاقدين فضلاً عن المؤمن المتعهد بتدارك الخسارة.

والسرّ في اهتمام المتقارمين بفعليّة القضية الشرطيّة أعني الغلبة هو دوران الأمر في المقامرة بين الخسارة وبين الغلبة؛ بالنظر إلى أنّ مغلوبيّة أحد الطرفين يستلزم خسارته، فدفعاً للخسارة على الأقلّ يكون المقامر بصدد الغلبة على صاحبه؛ وهذا بخلاف المؤمن له؛ حيث إنّ ما يبذله من المبلغ لا تجبره فعليّة القضية المشروطة؛ فإنّ

ما يبذله المؤمن لا يعود على المؤمن له بل يعود على تقدير وقوع الخسارة إلى من يضمن المؤمن له خسارته فلا يعود للمؤمن له على تقدير فعلية القضية الشرطية وعدمها شيء؛ وإنما الذي يعود للمؤمن له هو اندفاع الخسارة عنه على تقدير فعلية القضية الشرطية وهذا - أعني اندفاع الخسارة - كما يتحقق بجبر المؤمن الخسارة على تقدير وقوعها كذلك بتحقق بعدم فعلية القضية الشرطية؛ فلا غرض للمؤمن له في فعلية القضية الشرطية؛ وهذا بخلاف القمار فإن اندفاع الخسارة فيه منحصر بالتغلب على الآخر، وإن كانت الغلبة توجب الاسترباح زيادةً على دفع الخسارة؛ فلذا يكون داعي الغلبة مؤكّداً بسبب ذلك أيضاً.

وأما في عقد التأمين فلا يربح المؤمن له شيئاً سواء تحقق شرط ضمان المؤمن أو لا. هذا في خصوص بعض أقسام التأمين - أعني التأمين على الخسارات التي هي الأصل في التأمين كما قيل - وأما مثل التأمين على الحياة ونحوها ففيه بحث آخر سنتكلم فيه إنشاء الله تعالى.

ولعلّه لما ذكرنا من المقوم - ولو ارتكازاً - ذهب بعض مشايخنا إلى المنع من صدق القمار إذا لم يكن الأمر فيه دائراً بين الربح والخسران، بل كان الأمر فيه مردداً بين الربح وعدمه كما إذا قال: إذا غلبت فلك كذا وإلا فلا شيء لك ولا عليك؛ وإن كان ما ينسب إليه في الاستدلال - كما أشرنا إليه سابقاً - هو شيء لا يساعد على مدّعه.

وبالجملة: لا يكون في عقد التأمين إقدام المؤمن له على العقد برّجاء نيل شيء من المؤمن؛ فإنه لا يرجو ولا يأمل وقوع خسارة ليتحمّلها المؤمن بدفع مبلغ؛ وإنما يحتملها فيحتمل المؤمن مسؤوليتها على تقدير وقوعها المكروه والمبغوض، وأين هذا من ترقيب المقامر لخسارة صاحبه وتربّصه به الدوائر لينال منه؟! وليس المؤمن له بصدد تخسير المؤمن ولا في مقامه؛ وإنما غاية الأمر أنه بصدد دفع الخسارة عن

نفسه ولو بتحميلها على الغير.

ألا ترى أنه لم يتوهم أحد - فيما نعلم - كون عقد الجريرة من القمار ومستثنى من حرمة. ومما ذكرنا يعلم أن تصوير التأمين على أساس كثرة المؤمن لهم إذا كان ذلك لغرض إبعاده عن القمار والتفريق بينه وبين القمار فذلك ممّا لا حاجة إليه بعد كون اختلافه عن القمار متحققاً ولو في تأمين شخص واحد. نعم، ربّما يكون التصوير المتقدم مفيداً إذا كان الغرض إبعاد التأمين عن الغرر.

إذا عرفت ما حققناه في بيان مقومات القمار تعرف البون الشاسع والبعيد بينه وبين عقد التأمين؛ حيث أن التأمين ليس لعباً ولا بذلاً للعوض بإزاء الغلبة ولا أن المؤمن له يأمل خسارة المؤمن والفوز عليه؛ وإن اشترك التأمين مع القمار في دخالة عامل الحظ والنصيب والصدفة في الربح والخسارة؛ إلا أن من الواضح أن الحظ والصدفة ليس كلّ ماهيّة القمار وإن كان له المدخل في حقيقته، وإلا كان الاتجار والمعاملات المشروعة من البيع وغيره مصداقاً للقمار حيث يكون للحظ والصدفة مدخل في الربح والخسارة بسببها. وهذا غريب جداً.

ثم إن التعاقد على اللعب قد يكون مبنياً على الربح والخسران معاً فيكون العوض للغالب وعلى المغلوب فهذا هو القدر المتيقّن من القمار وحقيقته، ونتيجة هذا العقد هو كون الغلبة سبباً لتملّك العوض وإبازاتها؛ مع ما فيه من تعليق ملك العوض على الغلبة المتأخّرة عن العقد.

وقد يكون مبنياً على سبب الغلبة لوجوب إنشاء تملك مجّاني على المغلوب في اللعب فلا يكون الغالب مالاً للشيء بمجرد الغلبة وعوضاً عنها؛ وإنما يجب على المغلوب بمقتضى التزامه وتعهّده تملك شيء وهبته على تقدير غلبة صاحبه.

ثم إنّه على التقديرين إمّا أن يكون المشروط له الجعل هو الغالب أو يكون غيره؛ كما لو شرط اللاعبان أن يكو الجعل لثالث على المغلوب فلا ينتفع الغالب بشيء.

وعلى الفرض الثاني أعني اشتراط الجعل للثالث إن كان على وجه الملك فلا بدّ على تقدير الصحة من قبوله فيكون أطراف العقد ثلاثة. نعم، إذا كان على وجه البذل والتملك - كما في التقدير الثاني المتقدم - فلا يشترط القبول في انعقاد العقد بين اللاعبين؛ لرجوع الشرط إلى بذل المغلوب المتحقق ولو مع عدم قبول المشروط له أصلاً فضلاً عما إذا كان قبوله متأخراً.

كما أن اشتراط العوض للأجنبيّ مبني على عدم تقوّم المعاوضة بدخول العوض في ملك صاحب المعوّض فتأمل.

فيكون المتحصّل من التقادير المتقدمة فروض أربعة حاصلة من ضرب فرضين

في تقديرين، وهي:

- ١- أن يعقد اللاعبان على ملك الغالب منهما على المغلوب.
 - ٢- أن يعقد اللاعبان على ملك ثالث على المغلوب.
 - ٣- أن يعقدا على أن يكون المغلوب موظّفاً بإنشاء هبة ونحوها لثالث.
 - ٤- أن يعقدا على أن يكون المغلوب موظّفاً بإنشاء هبة ونحوها للغالب.
- وفي صدق القمار على فرض اشتراط بذل الجعل لثالث غير اللاعبين - سواء كان على وجه الملك بمجرد الغلبة أو على وجه إنشاء الهبة ونحوها عند الغلبة - إشكال. فإنّ المتيقّن من صدق المقامرة هو كون اللّعب بداعي الغلبة للوصول إلى العوض؛ فلو لم تكن المغالبة باعتبار العوض والجعل - وذلك لصدق المغالبة باعتبار الفوز في اللّعب بالفضّ عن العوض - فلا أقلّ من كون المغالبة في اللّعب بداعي تملكّ العوض وبقيد هذا الداعي دخيلاً في صدق القمار؛ ويكفي احتمال دخله في المفهوم. وعليه فلا يحرز كون اللّعب والمغالبة مشروطاً بتملكّ ثالث للجعل قماراً فيخرج الفرض الثاني والثالث عن صدق القمار.

بل ويشكل صدق القمار في الفرض الرابع؛ حيث يحتمل كون القمار مستقوماً

بكون الغلبة معوضاً؛ فإن لازمه تملك العوض بمجرد الغلبة تحقيقاً للعوضيّة؛ وأمّا في الفرض الرابع تكون الغلبة على أساس العقد منشأً لوجوب إنشاء ملك جديد وهبة مجانيّة فلا يكون المغلوب - حسب الإنشاء - مديوناً بمجرد الغلبة ولا الغالب مالكاً بمجرد ها حسب الإنشاء.

وعلى الأساس المتقدم يشكل صدق القمار على عقد التأمين من جهتين سوى ما تقدّم من بعض الوجوه الأخر.

الجهة الأولى: أنّ المشروط في عقد التأمين هو عود العوض لثالث غير المؤمن له وإن كان المنتفع بهذا الشرط هو المؤمن له حيث يسدّد المؤمن ما لولا عقد التأمين لكان على المؤمن له تحمّله.

الجهة الثانية: أنّ المشروط في عقد التأمين لزوم إنشاء وفاء دين المؤمن له في ظرف تحقّق الدين، فلا يكون عقد التأمين - حسب الإنشاء - موجباً لملك شيء بالفعل؛ بل هو من قبيل اشتراط هبة عند الغلبة والتي لا يكفي في تحقّقها مجرد الغلبة. ثمّ إنّ ممّا يقوم القمار هو عدم كون وصول مال مثلاً إلى بعض معيّن من الأطراف مفروضاً، بل يكون وصول المال بحسب الإنشاء والتعاقد من المتقارمين معلقاً على الغلبة المنوطة عادةً بالخطّ والنصيب المعبر عنه (شانس).

وعلى هذا فمثل عقد التأمين على الحياة ونحوه من التأمينات لا مجال لتوهم اندراجه في القمار؛ حيث يفرض استحقاق المؤمن له راتباً شهرياً أو غيره على تقدير بلوغ سنّ خاصّ مشروطاً ببذل أقساط من المال في سنين سابقة. نعم، ربّما يجري في مثل هذا القسم شبهة الربا وستنعرّض لتفصيل الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وبالجملة: فالغرض فيما نحن فيه أنّ هذا النحو من التأمين لا موهم لكونه من القمار.

وإنما قلنا إن الغلبة منوطة عادةً بالحظّ، لأنّه ربّما تكون الغلبة قطعيّة ولو في حسابان أحد اللاعبين لمهارته ونحوها؛ وهذا لا ينافي صدق القمار؛ والسّرّ في ذلك أنّ العوض بحسب الإنشاء لم يقرّر لأحد اللاعبين المعيّن؛ وإنّما قرّر للغالب والفائز وإن اعتقد كون الفائز هو المعيّن؛ ونتيجة ذلك أنّه لو بان الخلاف واتّفق غلبة الآخر كان هو المالك للعوض حسب الإنشاء لا من اعتقد غلبته. ثمّ إنّ هذا الذي تكرر مرّات من أنّ فلاناً مالك حسب الإنشاء إنّما نعبر عنه كذلك لفرض فساد المعاملة شرعاً، فليس الغالب مالكاً شرعاً في القمار ولكّنه مالك بحسب الإنشاء؛ حيث أنشئ ملكه؛ بخلاف المغلوب الذي لم يُنشأ تملكه فضلاً عن اعتبار الشارع لملكه.

ثمّ إنّ القمار - كما تكرر - إنّما يصدق على اللّعب المبنيّ على المراهنة، فالرهان شرط صدق القمار وبدونه فلا مقامرة وإن صدق اللّعب. والرهان على اللّعب قد يكون مالاً - عينا أو منفعةً - وقد يكون شرط فعل كأداء دين أو هبة، بل وحتى اشتراط بيع على المغلوب يكون فيه نفع للغالب كالبيع المحاباتي أعني البيع بدون ثمن المثل.

والضابط في صدق القمار هو اشتراط ما ينفع الغالب وإن لم يكن مالاً كعين أو نقد، وعلى هذا فلا يصدق القمار على اللّعب مشروطاً بما لا مالّيّة له وإن كان للشارط غرض فيه كما لو شرط على المغلوب بيع داره بثمان المثل.

ولعلّ السّرّ في ذلك أنّ القمار متقومّ بربح الغالب وخسران المغلوب، ومثل هذا الشرط المتقدم لا يحقّق ربحاً ولا خسارة.

ونحن وإن لم نستبعد كون الربح والخسران في القمار بملاحظة الغلبة في اللّعب. لا الجعل - ولذلك احتملنا صدق القمار مع كون الجعل من ثالث خلافاً لبعض مشايخنا - ولكن لا ينافي ذلك كون القمار متقومّاً بربح الغالب لجعل، فما لم يكن القمار

معرضاً لربح لا يصدق العنوان، فهب أن القمار لا يتقوم بخسران المغلوب ولكنه متقوم على الأقلّ بربح الغالب؛ وبدونه فاللعب مجاني لا قمار؛ وإذا كان الشرط ممّا لا مائيّة له فهو كاللعب بلا جعل.

عقد التأمين والرهان

ومن جملة الأمور التي ربّما يطبق على التأمين ويعتبر عقد التأمين محرّماً على أساسه هو المراهنة والمشاركة المعبّر عنها بالرهان؛ لا مطلق الشرط.

والرهان عنوان عامّ يندرج تحته القمار اندراج الخاصّ تحت العام؛ ومفهومه المشاركة على بذل مال أو أخذه على تقدير خارج عن اختيار المتشارطين عادةً، بل يعيّنه الحظّ والنصيب (الشانس) حسب ما يقولون.

كأن يراهن ويجعل الرهان على صدق قوله في قضية كمجيء شخص من السفر وعدمه؛ فيقول لو جاء فلان فلك أو لي كذا فيتقبّل الآخر بالمال؛ وربّما يكون الرهان مجعولاً على الغلبة في اللّعب كما هو متعارف؛ فليس الرهان مقابلاً للقمار مقابلة المتباينين كما قد يتوهّم.

ومما يؤكّد شمول الرهان للقمار ويدلّ على حرمتها معاً ما روي عن الصادق عليه السلام راوياً لها عن جدّه رسول الله ﷺ أنّه قال: إنّ الملائكة لتحضر الرهان في الخفّ والحافر والريش وما سوى ذلك قمار حرام.^(١)

ولكنّ ظاهره وإن كان بدوّاً أنّ كلّ رهان قمار، فلا يكون هناك رهان لا يصدق عليه القمار، وعلى أساسه يُقال لو كان معنى الرهان في اللغة مغايراً للقمار كان الحديث في مقام الحكومة الشرعيّة والحكم بكون الرهان المغاير للقمار لغةً محكوماً بحكمه شرعاً؛

إلا أن الظاهر من الحديث هو التعرّض لحكم الرهان على اللعب الذي هو قمار بلاريب، فيكون المراد من قوله ﷺ: «وما سوى ذلك» ما سوى الرهان على الأربعة من الرهان على سائر الألعاب لا مطلق الرهان؛ فتأمل.

وعليه فيشكل الاستدلال بهذا الخبر على حرمة الرهان مطلقاً فيما لا يصدق عليه القمار لغةً كما في الرهان على دفع مبلغ على تقدير صدق شخص أو كذبه أو وقوع - بية كالإمطار وعدمه وهكذا من الأمور المتعارفة.

إلا أن يقال: إنه لا موجب لحمل الحديث على العموم المضاف إلى خصوص الخاص، وكون المراد هو الرهان على ما عدا الأربعة من خصوص أنواع اللعب والمغالبة، بل ظاهره هو كون الرهان على ما سوى الأربعة قماراً سواء كان رهاناً على غلبة ممّا يعدّ قماراً أو كان رهاناً على واقعة لا دخل للمتراهنين فعلاً فيها كالرهان على مجيء شخص سابقاً أو لاحقاً والرهان على وقوع حادث كزلزال. ثمّ الظاهر أنه لا فرق في إطلاق الرهان بين كون المشروط إعطاء شيء ابتداءً نظير الهبة، وبين اشتراط أداء دين وسدّ ثغرة. ويجري مثل هذا الإطلاق في القمار فقد يجعل العوض للغالب مثل بذل شيء له كالنحلة، وقد يكون المجمعول له أداء دينه وتحمل الخسارة عنه.

وبهذا التقريب أعني الإطلاق ربّما يدرج عقد التأمين في الرهان لا في القمار؛ لما المحنا إليه في محلّه من أن القمار متقوم باللّعب وغيره من المقومات ولكن الرهان لا يتقوم بذلك؛ فقد يدعى تحريم التأمين لحرمة الرهان.

ثمّ إن الكلام في حرمة الرهان يقع تارةً في حرمة نفس العقد والمراهنة بالغضّ عن الجرى عليه، بمعنى أنه هل يحرم نفس المعاهدة كما يحرم نفس عقد بيع الرباع مع الغضّ عن فساده، وأخرى في فساد الرهان وضعاً بمعنى عدم تأثيره في ملك شيء. أمّا فساد الرهان وعدم التملك به فالظاهر أنه لا إشكال فيه ولا خلاف؛ ويدلّ

عليه المعتبرة بناءً على إطلاقه لغير القمار العرفي المتقوم باللعب.
ولكن قد تقدّم الإشكال فيه من حيث احتمال اختصاص الخبر بالرهان على
اللّعب في غير الأربع وأنه الفاسد وهو القمار المحرّم، فلا يشمل الرهان المجرد عن
اللّعب.

وأما حرمة الرهان تكليفاً فقد يستدلّ لذلك بما في المعتبرة من أن الملائكة لتنفّر
عند الرهان؛

ولكن مثل هذا لا دلالة له على الحرمة وإن دلّ على الحزاة والكراهة في
الجملة.

وقد يستدلّ لذلك بعدّ الرهان قماراً والقمار محرّم فيكون الرهان محرّماً؛
ولكنه مبتنٍ أولاً؛ على إطلاق الحديث للرهان المجرد عن اللّعب الذي يعدّ قماراً،
وقد تقدّم الإشكال فيه.

وثانياً: أن المحرّم في القمار ليس هو عقده؛ فإنّ القمار هو اللّعب المبني على عقد
الرهان، فالعقد شرط صدق القمار لا جزء المعنى؛ فلو عمّ الحديث الرهان المجرد عن
اللّعب لم يكن قاصراً عن الرهان على اللعب في غير الأربع أيضاً كالنرد والشطرنج،
فيلزم أن يكون العقد على مثل النرد أيضاً قماراً تعبداً مضافاً إلى نفس اللّعب الذي
هو قمار عرفاً.

ثمّ لو فرض حرمة الرهان تكليفاً ووضعاً أو وضعاً خاصّة فهل ينطبق هذا
العنوان على عقد التأمين؛

لا يبعد القول بعدم الانطباق؛ وذلك لأنّ المتعاقدين في عقد التأمين من
الخسارات لا يتربّص أحدهما بصاحبه ولا ينتظر وقوعه في خسارة، فالمؤمن له
يدفع مبلغاً دفعته أو أقساطاً منجّزاً على أن لا يحقّ له الرجوع في ذلك مطلقاً، فلا
ينطبق عنوان الرهان على هذا الشطر من عقد التأمين.

وأما المؤمن فهو الذي قد يتوهم انطباق الرهان عليه حيث يتعهد بدفع مبلغ الخسارة كلاً أو بعضاً على تقدير وقوعها.

ولكن فرق التأمين عن الرهان هو أن المراهن يترتب بصاحبه الغرامة ويتوخم ذلك بلا فرق بين كون المشروط دفع مبلغ ابتداءً أو أداءً لغرامة عن صاحبه؛ وهذا بخلاف التأمين فإنه لا يأمل المؤمن له غرامة المؤمن؛ حيث لا غرض له في ذلك وإنما مقصوده عدم تحمّله الخسارة والغرامة ولو بعدم وقوع سببه.

وهذا الوجه فارق ماهوي بين القمار وبين التأمين كما تقدّم؛ فإن المقامر يترتب بصاحبه الغرامة والخسارة ولو باشتراط أدائه ديناً محققاً لصاحبه، وهذا بخلاف المؤمن له فإنه لا يبتغي غرامة المؤمن، ولا له غرض في ذلك؛ وإنما غاية مطلوبه عدم ورود غرامة عليه ولو بعدم حدوث سببه.

وإن شئت عبّر عن هذا الركن في القمار وفي الرهان بركن المغالبة والتغلب على الآخر وصولاً لنفع، فيترتب كلّ من المتعاقدين في القمار والرهان بصاحبه ليغلب عليه فيغرمه ما توافقا عليه.

وأين هذا من عقد التأمين والذي لا يشتمل على عنصر المغالبة أصلاً، بل يكون تحمّل المؤمن له، لمبلغ التأمين منجزاً؛ ويتحمّل المؤمن لمبلغ الخسارة معلّقاً، ومع ذلك لا يبتغيه المؤمن له، بل يتحرّز عن سببه نوعاً ولو باعتبار كون شطر من الخسارة عادةً عليه؛ ولو فرض تحمّله كلّ مبلغ الخسارة لم يكن للمؤمن له داعٍ في تحميل الخسارة عليه.

وقد سبق في بحث القمار التعبير عن هذا العنصر بأن المقامر يهّمه فعلية القضية الشرطية بالغلبة، ولكن المؤمن له لا يهّمه ذلك؛ وإنما همّه عدم تحمّله الخسارة ولو بعدم وقوع سببها، فراجع.

وعلى أساس عنصر المغالبة والترتب يختلف القمار والرهان عن التأمين في

الآثار؛ حيث إنّ الرهان يوجب الاضطراب والخوف من الخسارة الناشئة من نفس الرهان في طرفي المعاملة؛ بينما أنّ التأمين يوجب الطمأنينة والسكون في المؤمن له وإن كان المؤمن مضطرباً.

هذا مضافاً إلى وجه آخر للفرق بين التأمين وبين الرهان والقمار، وهو أنّ التعهّد في التأمين مبني على بذل الآخر مبلغاً دفعةً أو أقساطاً، بينما أنّه في الرهان والقمار يكون التعهّد مبنياً على مجرد غلبة الآخر من دون أن يكون الغالب باذلاً لشيء. وإن شئت قلت: إنّ التأمين مبنيّ على المعاوضة بين ما يبذله المؤمن له وبين ما يتعهّد به المؤمن على تقدير الخسارة على بعض التصورات في التأمين، فهو وإن اشترك مع الرهان في تعليق تعهّد أحد الطرفين بالمال، ولكن الرهان ليس معاوضة؛ والتأمين - ولو في بعض تحليلاته - معاوضة؛ غايته أنّ المعاوضة معلّقة. وعلى تصوير كونه هبة أو نحوها من غير المعاوضات لا يندرج أيضاً في الرهان. نعم. سبق في القمار أنّه يكفي في صدقه ارتفاع الغالب بشيء وإن لم يكن له مالّيّة؛ ونقول في الرهان أنّه يكفي في صدقه اشتراط ما ينفع الغالب؛ وعليه فاشتراط بيع المغلوب متاعه بثمان المثل للغالب لا يعدّ رهاناً بخلاف اشتراط البيع بدون ثمن المثل.

وجوه مدّعاة للفتاوت بين القمار والرهان

ثمّ إنّّه ربّما ذكر في بعض المسطورات وجوه للفرق بين القمار والرهان وبين التأمين لا يرجع جلّها لولا الكلّ إلى محصل:

فمن جملة الوجوه المذكورة للفرق هو أنّ المقامر وكذا المراهن يبتغي الربح والوصول إلى فائدة بالغلبة في اللّعب، وهذا بخلاف التأمين فإنّه لا يُراد به الاسترباح وإنّما يُعنى به دفع الخسارة.

ويردّه: أنَّ اختلاف الدواعي وتخلّفها لا يوجب الاختلاف في صدق عناوين المعاملات؛ ولربّما يكون غرض المؤمن من عقد التأمين الاتّجار والاكتساب والاسترباح كما هو الغالب في هذه الأعصار سيّما في بعض أقسام عقود التأمين حيث لا يدعو المؤمن للإقدام على العقد مجرّد تحمّل الغرامة ودفع الأثقال عن الآخرين، وإنّما غرضه الاسترباح بما يبقى له من المبالغ المأخوذة من زبائنه ومراجعيه بعد دفع ما تحمّله من خسارة واقعة.

ولذا استدللنا لجواز عقد التأمين في جملة ما احتججنا به من الأدلّة بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾؛ وقد أسمعناك سابقاً أنَّ عقود التأمين قد تحوّلت في هذه الأعصار إلى مكاسب مربحة جدّاً نالت بسبب ذلك إقبال شركات أهلية وحكوميّة عليها.

وأما من جهة المؤمن له فلمّا كان غرضه من عقد التأمين تحمّل المؤمن لخسارته على تقدير وقوعها فبالغضّ عمّا ذكرناه من العنصر الفارق بينه وبين القمار والرهان يشترك عقد التأمين معهما في الخصوصية، فكما أنَّ القمار والرهان يتحقّقان باشتراط دفع مبلغ ابتداءً فهما يتحقّقان باشتراط تحمّل المغلوب دين الغالب كما تقدّم.

ومجرّد كون التأمين بداعي تحمّل المؤمن للخسارة لا بداعي بذل مال من قبيل الهبة، لا يكون فارقاً لعقد التأمين عن القمار والرهان بعد صدقهما فيما لو كان المشروط تحمّل المغلوب خسارة واردة على الغالب بإتلاف أو غيره.

فلم يبق في إبداء الفرق بينه وبينهما سوى ما ذكرناه؛ ومن جملته عنصر المغالبة والتربّص والتي هي متحقّقة في القمار وفي الرهان لا في التأمين فلاحظ. والله العالم. ومن جملة الوجوه المذكورة للفرق بين التأمين وبين القمار والرهان هو أنَّ الأخيرين موجبان للاضطراب، حيث إنّ المتراهنين يخاف كلّ منهما من الغرامة بل

ويتربّص بالآخر أن يغرم، وهذا بخلاف عقد التأمين حيث إنّ أثره الهدوء والطمأنينة. فعنصر الاضطراب فارق الرهان عن التأمين.

وفيه: أنّه ربّما يكون المؤمن مضطرباً خوفاً من وقوع نكبة بالمؤمن له توجب خسارة المؤمن.

إلّا أنّ يكون المقصود أنّ الاضطراب في الرهان من الطرفين حيث يحتمل كلّ منهما الغرامة والخسارة ويتربّص بصاحبه؛ وهذا بخلاف التأمين فإنّ المؤمن له لا يخاف من شيء وإنّما الخائف هو المؤمن لا غير.

وعلى هذا الأساس يكون عنصر الخوف والاضطراب في كلّ أطراف العقد في الرهان فارقاً ماهوياً له عن التأمين.

ولكن مرجع هذا العنصر إلى عنصر المغالبة فإنّها تستدعي الاضطراب والخوف من غلبة الآخر عادةً.

ومن الوجوه المذكورة للفرق بين الرهان وبين التأمين هو أنّ الرهان منشأ العداء والحقّد عند الغلبة من الآخر، فيكون المغلوب حاقداً على صاحبه وهذا بخلاف التأمين.

وفيه: أنّ الحقّد بسبب تحمّل الخسارة كما يوجد في مغلوب القمار فإنّه يوجد في المؤمن على تقدير تحمّله خسارة المؤمن له، فلا يصلح هذا فارقاً.

ومن الوجوه المذكورة للفرق هو ابتناء التأمين على التعاون ودفع المكافء والمشاركة في تحمّل النوائب بخلاف المراهنة الموجبة للإقبال على البطالة والتمادي بالآمال الكاذبة وانتظار الأرباح الطائلة بدون عمل موكد.

وفيه: أنّه إن كان المراد تمييز القمار عن التأمين بالدواعي؛ فيرد عليه ما يرد على الوجه الأوّل؛ إذ ربّما لا يكون غرض المؤمن إعانة المنكوب، وإنّما مقصوده الاسترباح والاتّجار.

نعم، يمكن إبراز عنصر البطالة في القمار والرهان مانزاً بينهما وبين التأمين حيث يعدّ أكل المال في الأولين أكلاً بالباطل، وهذا بخلاف عقد التأمين سواء كان عقد معاوضة أو كان راجعاً إلى العقود المجانية كالهبة المشروطة.

عقد التأمين والربا

ومن جملة المحاذير المطروحة في عدّة من الكلمات لعقد التأمين هو استلزامه الربا المحرّم في الشريعة بلا ريب.

ولا تضاح الفكرة هذه وملاحظة انطباق الربا - ولو في بعض أقسامه - على التأمين - ولو بعض أقسامه - لا بدّ من التعرّض لأقسام الربا ولو إجمالاً، فنقول بعد التوكّل على الله.

للربا أقسام في الشريعة:

القسم الأول: الربا القرضي، والمراد به هو إقراض مال وتمليكه على وجه التضمن شرطاً على المقرض زيادة في مقام الوفاء؛ وهذا حرام في الشريعة بلا ريب.

نعم، هناك كلام في صحّة القرض مجرداً عن الشرط فيكون الشرط فاسداً لا مفسداً؛ وقد اختار عدّة من الأعلام - منهم بعض مشايخنا - صحّة القرض واختصاص الفساد بالشرط؛ لا ببناء المسألة على كبرى فساد العقد بفساد الشرط. والذي ينبغي أن يُقال هو أن اشتراط الزيادة قد يكون على وجه اعتبار مجموع الأصل والزيادة وفاءً عن القرض؛ فكما يكون المبيع مضموناً بالثمن المسمّى كذلك يعتبر ما شرط الوفاء به عوضاً ووفاءً بالقرض - وربما كان مرجعه إلى اشتراط الزيادة قيداً - ففي هذا ينبغي بطلان القرض من الأساس، بلا فرق بين مبنى فساد العقد بفساد الشرط وغيره.

وأما إذا كان اشتراط الزيادة راجعاً إلى شرط أمر زائد على الوفاء نظير اشتراط شيء زائد على الثمن في البيع فهذا تبنتني صحة القرض معه على تلك الكبرى أعني كون الشرط الفاسد مفسداً وعدمه. هذا إذا لم يتعنون القرض بالربا بمجرد ذلك بحيث يندرج في عموم ما دل على بطلان القرض الربوي وإلا بطل حتى لو قلنا بعدم افساد الشرط الفاسد كما حقق في محله.

فلم يبق في المقام إلا حكم مقام الإثبات وأن المتفاهم من القرض الربوي هو كونه على أي الوجهين، ولا يبعد رجوعه إلى القسم الأول؛ ومع الشك فالأمر كذلك أعني أنه يحكم بفساد أصل العقد.

كما أننا اخترنا في بحث الشرط الفاسد التفصيل في سريان فسادهِ إلى العقديين ما إذا كان بنحو شرط النتيجة وغيره فيفسد العقد في الأول دون الثاني؛ ولما كان الشرط مطلقاً - حتى شرط الفعل - مستلزماً لشرط النتيجة؛ حيث إن مرجع اشتراط الفعل إلى اشتراط الخيار على تقدير تخلف الشرط، كان فساد الشرط في العقود التي لا تقبل الخيار مستلزماً لفساد العقد على القاعدة؛ وتمام الكلام في محله وسيأتي في الملحق (٢) بعض الكلام فيه.

ثم إن الزيادة المحققة للربا قد تكون عينية وقد تكون حكمية.

القسم الثاني: وهناك قسم من الربا صرح في الروايات بحله وهو الربا غير المشروط وأن القرض إذا جرّ نفعاً وزيادة غير مشروطة فلا بأس به؛ بل ورد الحث على الوفاء بالزيادة وعد ذلك من المستحبات.

القسم الثالث: البيع الربوي، وهذا أيضاً ممّا لا كلام في حرمة وفساده كما صرح بذلك في الكتاب العزيز والروايات القطعية؛ وفيها أن درهماً من الربا أشد من كذا زنية.

القسم الرابع: الربا في غير البيع وقد وقع الخلاف بينهم في حرمة الربا في غير

البيع ومن جملته الصلح.

والذي يخطر بالبال عاجلاً هو أن غير البيع قد يكون معاوضة على الأعيان فلا يجوز الربا فيها، وأما إذا لم يكن معاوضة وإن كانت معاملة وعقداً فلا دليل ظاهراً على حرمة الربا فيه، فلنا دعويان:

أولهما: حرمة الربا في كل معاوضة على الأعيان بأمثالها فلا يصح الربا فيها وثانيتهما: عدم الدليل على حرمة الربا بقول مطلق.

أما الدعوى الأولى فيدل عليها عموم ما دلّ على أن الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل؛ فإنه مطلق من حيث وقوع المعاوضة بعنوان البيع أو غيره؛ ولا تنحصر المعاوضة على الأعيان بالبيع، وقد صرح سيّدنا الأستاذ في بعض المواضع على ما بالي بأن من ملك عيناً بإزاء عين لا يتعين صدق البيع في مورده. وربما عبّر عن مثل هذه المعاملة بالمقايضة.

ثم على تقدير كون المعاوضة بين العينين بيعاً فإذا ملك شخص متاعاً عوضاً عن متاع آخر فهل البائع هو الأول أو الثاني، والمفروض أن تقدّم الإيجاب ليس شرطاً في ماهية العقود، بل ولا صحتها، فيصح إنشاء القبول في البيع وغيره قبل الإيجاب؛ فصدق البائع على المباشر الأول للعقد ليس بأولى من العكس؛

وقد يحتمل صدق البائع والمشتري على كل من الطرفين، ولكن هذا ممّالاً يقبله الارتيكات العرفية وإن كان لا محذور عقلاً فيه، فتأمل.

والظاهر أن مائز البائع عن غيره زيادة على كون البيع تمليك العين بعوض هو كون البائع قاصداً لمالية المبيع والمشتري يقصد خصوصية المبيع زائداً على ماليته؛ فيريد المشتري خبزاً للشبع أو للبيع على الآخرين؛ ولا يسد حاجته متاع آخر مكانه بخلاف البائع فإنه يريد مالية متاعه حتى إذا باع متاعه بمتاع آخر؛ فإن الذي يهمّه إنما هو المالية حيث تحققت.

وعليه فكلّما كان الشخص قاصداً لعين خاصّة ومتاع بعينه فهو مشتر، وكلّما كان الشخص قاصداً لمالّيّة سلعته فهو بائع. وربما يصدق الشراء مع عدم صدق بائع لكون البائع أيضاً قاصداً لخصوصيّة الثمن فكلّ منهما مشتر من صاحبه، وصاحبه يملكه والتملك أعم من البيع. كما وربما يصدق البيع مع عدم صدق مشتر لقصد كل من المتعاملين مالّيّة ما عنده.

ويمكن أن يقال: إنّ صدق البيع متقوم بصدق الشراء معه، وحيث لا يصدق الشراء مع قصد المشتري لمالّيّة ما يستلمه ينتفي صدق البيع؛ فيكون البيع متقوماً بمجموع أمرين ينتفي صدقه بانتفاء أحدهما وهما: تعلّق قصد أحد الطرفين بمالّيّة ما عنده وتعلّق قصد الآخر بخصوصيّة ما عند صاحبه؛ وبدون الأمرين وإن صدقت المعاوضة ولكن لا يصدق البيع، ولتمام الكلام في ذلك مجال آخر.

وبما ذكرنا من مائز البيع ربّما يتّضح حكم ما لو ملك منفعة بعين أو بالعكس، حيث يدور أمره بين البيع والإجارة حيث يتقوم البيع بكون أحد العوضين عيناً وتتقوم الإجارة بكون أحد العوضين منفعة؛ وأمّا العوض الآخر في البيع والإجارة، فلا يتعيّن كونه عيناً أو منفعةً.

توضيح ذلك حسبما تحصل ممّا تقدّم أمران:

الأمر الأوّل: أنّه لا مانع من انطباق عنوانين على معاملة واحدة بعد ما كان انطباق العنوانين أمراً اعتبارياً وتابعا للوضع واللغة؛ وإن كان انطباق العنوانين بعد الوضع قهرياً؛ حيث تنطبق وليس تابعا للقصد؛ وعليه فلا بأس بكون معاملة واحدة بيعاً وإجارة؛ ويترتب عليها أحكامهما، ولا منافاة بين أحكام كلّ من العنوانين، فيثبت فيها خيار المجلس على أساس صدق البيع كما يثبت حكم الإجارة.

ولو فرض التنافي في موردين حكمي العنوانين، فإن كان من قبيل تنافي المقتضي

واللا مقتضي كان الترجيح للأول؛ وإن كان من قبيل تنافي المقتضيين حكم بالتعارض.

مثال ذلك: أنه لا يجوز - على المعروف على ما بيالي - إيجار العين لثالث بأكثر مما استأجرها المستأجر من المؤجر الأول؛ فحيث تنتقل المنفعة في فرضنا بعنوان الإجارة لا يجوز إيجارها للغير بأكثر من الأجرة التي استأجرها المستأجرها الأول؛ بينما لو كانت المنفعة ثمناً في البيع فلا بأس بتمليكها ولو بأكثر من قيمة العين التي اشتراها بتلك المنفعة.

الأمر الثاني: إنه وإن لم يكن محذور عقلي في انطباق عناوين معاملات على معاملة واقعة في الخارج، ولكن ذلك إنما يكون بعد فرض ثبوت المقتضي وصدق العنوان على أساس معناه الوضعي واللغوي؛ فلو كان البيع مجرد تمليك عين بعوض وكانت الإجارة مجرد تمليك منفعة بعوض أمكن صدق العناوين في مورد واحد؛ ولكن لا يبعد كون البيع هو ما ذكر مع زيادة كون الملحوظ في جانب المبيع خصوصية العين وفي جانب العوض مالية المبيع فيكون البائع ناظرًا إلى مالية المبيع حين المعاملة، ويقدر الثمن والعوض على أساسها؛ ويكون المشتري ناظرًا إلى خصوصية العين وإن كان الداعي له في رعاية الخصوصيات مالية العين على أساس تلك الأوصاف.

وأما في الإجارة فما يراعيه المستأجر هو خصوصية المنفعة كما في المشتري، والذي يبتغيه المؤجر هو مالية المنفعة كما في البائع.

وعلى هذا الأساس فلو كانت العين المعوضة بالمنفعة هي المقصودة بالمعاملة وكان التعويض عنها بالمنفعة على أساس تقويم ماليتها لا لخصوصية في تلك المنفعة، فالمعاملة بيع وإذا انعكس الأمر كانت إجارة.

نعم، ربما تكون الخصوصية في العوضين معاً منظورة، وليست المعاوضة على

أساس النظر إلى المائيّة من أحد الجانبين، ففيه لا يبعد عدم صدق بيع ولا إجارة - لا لامتناع صدق عنوانين - بل لتقوم كلّ من البيع والإجارة بكون نظر أحد المتعاملين إلى مالية متاعه، وذلك هو البائع في البيع والمؤجر في الإجارة؛ وما لم يتحقّق هذا الركن لا يتحقّق العنوان الخاصّ، فتكون المعاملة هذه مصداقاً للعقد وللتجارة وللمعاوضة من دون أن يصدق عليه بيع أو إجارة.

القسم الخامس من الربا: وإن لم أجد من المتأخرين من عنوانه بذلك^(١) هو الربا في وفاء الدّين عن الغير، فلا يجوز لمن وفي دين الغير أن يرجع عليه بزيادة عمّا وفى وأدى؛ وهذا المنع ثابت وإن لم يصدق على مثله الربا. ويمكن التعبير عنه بالربا الأدائي أو الربا الإتلافي.

وهناك قسم سادس من الربا يمكن التعبير عنه بالربا الإنشائي أو الإمهالي وهو القدر المتيقن من أدلة حرمة الربا بل لعله أوّل ما حرّم من الربا وهو أن يؤخر الغريم الدّين على صاحبه بإزاء زيادة على أصله وهو المعبر عنه بزديني في الأجل أزيدك في الثمن.

إذا تمهد بيان أقسام الربا فقد اتّضح بذلك عدم انطباق الربا على عقد التأمين وأن مجرد الاختلاف في مقدار العوضين أحياناً لا يوجب انطباق عنوان الربا. هذا مع أن الزيادة في الربا مضمونة بحسب الإنشاء وليس كذلك في عقد التأمين المنشأ مع كل من التعاملين. وربما كانت الزيادة مضمونة في عقد التأمين بملاحظة مجموع عقود التأمين الواقعة مع مجموع المتعاملين وهذا لا يكفي في الاندراج في أدلة الربا بعد تقوّمه بالزيادة في خصوص العقد المعين.

(١) أقول: قد عثرت أخيراً على التعبير عنه بالربا في بعض كلمات العلامة المجلسي رحمه الله عند شرح الحديث المتعلّق بهذه المسئلة.

عقد التأمين وحقيقة المعاوضة

ربّما يدعى اشتغال بعض أقسام عقد التأمين على محذور عود أحد العوضين إلى غير صاحب الآخر، فلذا يكون فاسداً لا محالة؛ وذلك فإنّ المنتفع بعقد التأمين قد يكون شخص ثالث غير المؤمن والمؤمن له، كما لو كان التأمين لصالح ابن المؤمن له أو زوجته ونحو ذلك.

وتوضيح الأمر: أنه اشترط غير واحد - منهم سيّدنا الأستاذ رحمته الله - في صحّة المعاوضة وحقيقتها دخول العوض في ملك من خرج المعوض من ملكه وبالعكس، فلا يجوز بيع مال الغير للنفس ولو مع رضا المالك وإذنه؛ فإنّ الإذن ليس مشرعاً وإنّما يوجب الترخيص في الأمر المشروع؛ ولذا لا يجوز الإذن في بيع المال بلا ثمن ونحوه. فكما أنّ البيع متقومّ بالعوضين فكذلك المعاوضة متقومّة في ذاتها بتبادل محلّ الملكين؛ كما أنّها متقومّة بالتعاوض وكون أحدهما بإزاء الآخر، ولذا لا يكفي في المعاوضة مجرد تبادل محلّ الملكين كما في الهبة المعوّضة ما لم يكن تبادل بين الملكين وتعاوض بينهما.

وبالي أن أصل هذا الكلام في حقيقة المعاوضة محكي عن العلامة في التذكرة والحاكي هو الشيخ الأنصاري رحمته الله في المكاسب؛ وقد وافقه على ذلك غير واحد. وعلى أساس هذا الكلام قد يقال: بعدم صحّة التأمين فيما إذا انتفع به غير المتعاقدين.

ولنا حول هذا المحذور إيرادات يرجع بعضها إلى الكبرى وبعضها إلى الصغرى. الإيراد الأول: أنّ أصل تقوّم المعاوضة بما ذكر من دخول العوض في ملك من خرج المعوّض من كيسه وبالعكس ليس أمراً مسلماً، بل ولا تاماً. وقد تكلمنا حوله في بعض المقامات وفاقاً لجمع من المحقّقين.

الإيراد الثاني: أنّ الأصل المتقدّم في المعاوضات لو تمّ فلا يقتضي ذلك تقوّم

المعاوضات بعدم انتفاع غير المتعاقدين بها؛ ألا ترى أنه لا يرتاب أحد في صحة الإجارة على كنس دار الغير أو بنائه أو هدمه ونحوها؛ نعم نتيجة ملك المستأجر للعمل - دون المنتفع بالإجارة - هي عدم سلطة المنتفع، على العقد بفسخ أو تغريم للأجير حيث ماطل أو امتنع من تسليم العمل إلا من باب النهي عن المنكر؛ وليس له سلطة بمقتضى عقد الإجارة؛ بخلاف المستأجر نفسه.

كما أنه لا يستحق المنتفع قيمة عمل الأجير إذا فوت الأجير العمل؛ وإنما يستحقه المستأجر خاصة. وهذا إن دلّ على شيء فهو يدلّ على عدم المنافاة بين الأصل المتقدم وبين انتفاع ثالث - أعني غير المتعاقدين - بالعقد؛ فيكون المستأجر هو المالك للعمل، كما أن الأجير هو المالك للأجرة، وإن كان العمل المملوك للمستأجر مضافاً إلى ثالث يكون هو المنتفع بملك الغير.

فليكن عقد التأمين من هذا القبيل؛ وقد صوّرناه سابقاً على أساس عقد الإجارة والجعالة ونحوهما؛ فكما لا بأس بالجعالة على بناء دار غير صاحب الجعل كالأجارة عليه، فكذا لا بأس بالتأمين على أن يكون المنتفع به غير المتعاقدين. نعم ربّما لا تجوز بعض الإجازات التي لا يعود بسببها نفع للمستأجر؛ ولكن لا لعدم انتفاع المستأجر بل لقصور في صحة الإجارة من جهة أخرى كعدم مالية المنفعة المملوكة بالإجارة - بناءً على تقوّم الإجارة بمالية العوضين كالبيع - أو لكونه أكلاً للمال بالباطل أو لكونه سفاهة بناءً على بطلان المعاملة السفهية أو لعدم قابلية الشيء للملك حيث يتقوّم الملك في اعتبار العقلاء بوجود غرض في الشيء يعود إلى المالك وإن لم ينتفع به فلا يصحّ أن يملك أحد على صاحبه أن يتنفّس.

لا أقول إنّ الملكية متقومة بالمالية، بل المقصود أنه لا بدّ من غرض في صحة الملك ولو بالنسبة إلى ما لا مالية له - حيث يحصل بضمّ المتعدّد منه المالية مثلاً - وإن كان فيما اشتهر من التمثيل لانفكاك الملكية عن المالية كحبة الحنطة ونحوها

تأملًا؛ حيث إنّ حبة الحنطة لها ماليتها قليلة، وإلا فكيف تحصل بضمّ ما لا ماليتها له إلى ما لا ماليتها له، للشيء ماليتها؛ ومقتضى تقسيط القيمة والثلث على الأجزاء لحوق جزء من الثلث لمثل حبة الحنطة.^(١)

نعم، يمكن أن يقال إنّ في مقام التعويض والغرامة بالإتلاف ليس للعقلاء بناءً على محاسبة المالية القليلة بمقدار حبة الحنطة؛ وهذا غير دعوى عدم الماليتها، بل هو بناءً على حكم إن ثبتت السيرة عليه بشرائطها اعتبر شرعاً.

وعلى هذا الأساس يبتني ما ربّما يقال بأنّه لا تجوز الإجارة على الواجبات؛ سيما ما وجب على الأجير نفسه كأن يستأجره لصلاته اليومية، وإلا فلا محذور في الجمع بين ملكيتين عرضيتين كضمان عين واحدة لشخصين، فضلاً عن الطوليتين؛ كملك العبد والمولى لشيء واحد؛ فما اشتهر من عدم صحة إجارة الأجير المشروط عليه المباشرة، ثانياً بشرط المباشرة فهذا لا أصل له؛ إلاّ فيما إذا كان بين الإجاريتين تنافٍ كأن يستأجره الثاني لعملٍ مغاير لما استأجره الأول؛ وإلاّ فلو استأجر زيد رجلاً لبناء داره ثمّ استأجره عمرو لبناء دار زيد لم يكن بذلك بأس.

وهذا نظير صحة نذر الواجبات فلا وجه لتعليل عدم صحة الإجارة على الواجبات بأنّها مملوكة لله ومعه فلا موضوع لملك المستأجر لها. ولذا كان عدم صحة الإجارة على الواجبات على خلاف القاعدة لو تمّ، ولا نظنّه؛ فإنّه لو كان إجماعاً فمن المحتمل جداً استناد المفتين إلى بعض الوجوه التي ربّما تظنّ عقلية. وهذا نظير ما يقال في النذر بأنّ انعقاده متقوم في ذاته برجحان المنذور؛ ولا حاجة له إلى دليل خاص؛ وذلك لاقتضاء اللّام المتطلّب للملك أو نوع اختصاص، لذلك فلا يصحّ نذر المباح فضلاً عن المرجوح؛ فكما لا يصحّ أن يقال: لله عليّ أن

(١) إلاّ أن يقال: إنّ الماليتين أمر إعتباري وليس عقلياً، فلا محذور في عدم تقويم الأجزاء بالسيرة مما لمجموعه قيمة عند العقلاء.

أشرب الماء، فكذلك لا يصحّ التعبير في الإجارة عرفاً أن يقال: لك عليّ شرب الماء، إذا لم يكن فيه أيّ غرض للمستأجر.

ومن هنا تبين أن الإجارة المتقوّمه عرفاً بالتملك والتملك متقوّمه بغرض عقلائيّ يصحّ التعبير على أساسه بالتملك؛ وأمّا عود النفع المملوك للمستأجر، إلى نفس المستأجر فهذا لا دليل على دخله لا في حقيقة الإجارة ولا في صحّتها.

ثمّ المراد من الغرض العقلائيّ في المملوك بالإجارة ليس هو الغرض الفعليّ؛ وإنّما المقصود هو كون الشيء ممّا يصحّ تعلّق الغرض به وإن لم يكن لمستأجر خاصّ غرض في ذلك؛ فكس دار الغير تصحّ الإجارة له لصحّة تعلّق غرض عقلائيّ به وإن كان هذا المستأجر الخاصّ لا غرض له في ذلك، وربّما يكون العقد بسببه سفهياً. الإيراد الثالث: أن المشروط في التأمين يمكن أن يصوّر على وجوه لا تنافي هذه القاعدة المزعومة - أعني لزوم دخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوض - وإذا لم تتمّ القاعدة فجميع وجوه التصوير تتمّ:

منها: أن يشترط المتعهد بمبلغ للمؤمن على أن يباشر المؤمن هبة مال للمنتفع بالتأمين، في حياة المؤمن له أو بعد موته؛ فهذا الوجه لا ينافي القاعدة المتقدّمة. ومنها: أن يكون المشروط في عقد التأمين إجراء المؤمن على المنتفع، بالبدل لا التملك؛ فإخذ المنتفع المال من دون أن يملكه؛ ويصرفه فيما لا يتوقّف على الملك من وجوه التصرفات. فيجوز له صرفه في أداء ديونه ونحو ذلك ممّا لا يتوقّف على الملك، بل يكفي في جوازه إذن المالك؛ نظير بذل صاحب البيت القرى لضيّفه فيحلّ للضيف الأكل، بل والأخذ أحياناً، من دون أن يملكه الضيف أو من دون أن يستلزم ذلك الملك؛ وإن كان لا يبعد جواز التملك ولو في بعض الفروض.

ومنها: أن يكون المشروط في عقد التأمين ملك المنتفع، وهذا على نحوين: أحدهما: أن يكون المشروط ملك المنتفع من دون أن يكون المال عوضاً عمّا يبذله

المؤمن له، فيكون نظير بيع شيء بضمن مع اشتراط ملك شيء زائد على الثمن بنحو شرط النتيجة، فإن هذا لا يوجب دخول مبلغ الشرط في الثمن؛ ولذا لا تتبع بعض الصفة بتبين الغصب في متعلق الشرط. ثم في تحقق ملك المنتفع بمجرد الشرط أو توقف ملكه على ضم رضاه - لكون التملك بدون الرضا مخالفاً لسلطنة الناس على نفوسهم كما سنشير إليه قريباً إن شاء الله تعالى، وهذا محذور غير محذور قاعدة المعاوضة - بحث.

ثانيهما: أن يكون ما يملكه المنتفع عوضاً أو معوضاً عما يملكه المؤمن له للمؤمن؛ وهذا الوجه من التأمين هو الذي ينافي القاعدة المزعومة في المعاوضة حيث إن أحد العوضين يخرج من ملك شخص ولا يدخل الآخر في ملكه.

عقد التأمين والسفهيّة

ربما ورد في بعض المسطورات نسبة بطلان عقد التأمين إلى بعض بحجة أنه عقد سفهي؛ وذلك لأن المؤمن معرض لبذل مبالغ ربما يكون أضعاف ما يأخذه من المؤمن له؛ وكذلك المؤمن له يدفع أقساط ربما لا يعود له عوض عنها؛ لعدم اتفاق خسارة بسببه ليتكفل المؤمن بغرامتها؛ فيكون العقد سفهياً من الطرفين.^(١)

ويردّه بالغض عن الشك في وجود قائل بهذه الحجة:

أولاً: أن مجرد بذل مال لا يعود عوض عنه إلى البازل لا يعدّ سفهياً؛ كيف والمقامرات لا تعدّ سفهياً وإن كانت فاسدة محرّمة شرعاً؛ فإن مجرد عدم عود عوض للمال المدفوع إلى دافعه لا يصير بذل المال سفهياً، وإلّا لزم كون الهبة سفهياً، وهذا ممّا لا يتفوّه به أحد.

وثانياً: أن الطمأنينة الحاصلة من عقد التأمين منفعة عقلائية تعود إلى

(١) عقد بيمه جمالي زاده: ٣٧٢.

الأشخاص؛ ويكفي في دفع السفه ذلك.
 وثالثاً: ما تكرر ممّا من أنّ المعاملة السفهية لا موجب لبطلانها بعد عموم أدلة
 نفوذ المعاملات؛ وإنّما الخارج منها - تخصيصاً - معاملات السفه في الجملة دون
 المعاملة السفهية؛ إلّا أن يدعى انصراف العمومات عن المعاملة السفهية؛ ويردّها:
 أنّ الانصراف بدوي لا مثبت له.

عقد التأمين وأكل المال بالباطل

ربّما يدعى بطلان عقد التأمين لكونه عرضة لأكل المال بالباطل المنهي عنه في
 الكتاب والسنة؛ والوجه في ذلك: أنّ بذل كلّ من المتعاقدين ليس بذلاً مجانياً، بل
 هو عوض عمّا يبذله الآخر، وحيث إنّهُ ربّما يتحقّق البذل من المؤمن له خاصّة ولا
 يخسر المؤمن شيئاً لعدم وقوع خسارة ليسدها المؤمن له - كان أكل المؤمن لمال
 المؤمن له أكلاً بالباطل لا بإزاء شيء يبذله.

ولذا ورد في نصوص بيع المجهول مع الضميمة تعليلها بأنّه لو لم يمكن التوصل إلى
 المجهول يكون الثمن بإزاء الضميمة.

وإذا فرض تسلّط المؤمن له على استرداد ما بذله إذا لم تتفق غرامة المؤمن -
 لعدم السبب - كان منافياً للغرض من عقد التأمين عند العقلاء؛ حيث لا يتمّ الغرض
 والداعي على عقد التأمين من ناحية المؤمن إلّا بأن يكون له ما يبذله المؤمن له
 مطلقاً؛ وإلّا فلا داعي له للإقدام على التكلّف بغرامات الغير.

ويرد على هذا؛ أولاً: أنّ من جملة وجوه عقد التأمين هو إنشاء الهبة المشروطة،
 ولا يكون أكل المال بها معاوضة ليكون معرضاً للأكل بالباطل؛ فإنّ عنوان الأكل
 بالباطل يختصّ بالمعاوضات، وجعل المال بإزاء ما لا يستأهل التعويض كجعل
 الأجر على الغلبة في القمار والثلث لما لا مادية له في البيوع. إلّا أن يكون الباء في الآية

للسبب لا المقابلة فيعمّ غير المعاوضات ومع ذلك أيضاً لا تعدّ مثل الهبة من الأسباب الباطلة عرفاً وشرعاً.

وثانياً: لو فرض إنشاء التأمين على وجه المعاوضة فلا تنحصر المعاوضة بكون العوض مبدولاً بإزاء الغرامة الخارجية للمؤمن، ليستلزم عددها الأكل بالباطل؛ بل تقدّم وتكرّر إمكان جعل العوض بإزاء نفس الكفالة بالغرامة المحتملة التي هي أمر اعتري موجب لأمان المؤمن له وراحته وبذلك يكون مالاً في الجملة.

عقد التأمين والتصرّف في سلطان الغير

ربّما يشكل بعض أقسام التأمين بأنّه مستلزم للسلطة على الغير بدون إذنه ولا رضاه وذلك فيما إذا كان المنتفع بعقد التأمين شخص ثالث غير المتعاقدين. والناس كما هم مسلّطون على أموالهم كذلك لهم السلطة على نفوسهم بعدم التملّك؛ فكما لا يصحّ تملّك مال الغير بدون رضاه، لا يجوز إدخال شيء في ملكه بدون موافقته إلاّ فيما تمّ الدليل عليه كالإرث.

فإذا تعاقد المؤمن والمؤمن له على أن يملك ولد المؤمن له أو زوجته بعد موت المؤمن له مبلغاً دفعه أو أقساطاً كان منافياً لقاعدة السلطنة المتقدّمة. إلاّ فيما كان هناك دليل على ثبوت الولاية للمؤمن له على المنتفع كالأب والجَدّ للصبي.

ويمكن تفادي هذا المحذور بوجوه:

الوجه الأوّل: إيقاع العقد بين أطراف ثلاثة ثالثهم المنتفع بعقد التأمين؛ ولا بأس بتقوم العقد بأكثر من اثنين كما في عقد الشركة بين أزيد من اثنين.

الوجه الثاني: أن يكون العقد بين اثنين ويكون مضمون العقد الإجراء والبذل للثالث؛ ثمّ للمبدول عليه الامتناع من القبول؛ فإنّ قاعدة السلطنة لا تقتضي المنع من البذل، لو اقتضى المنع من الملك قهراً.

الوجه الثالث: ما سنبيّه إن شاء الله تعالى من ضعف القاعدة من أساسها وأنها ليست بحيث تقاوم الأدلة على معاملة حيث تدلّ عليها، وأن مرجعها إلى الأصول العملية ونحوها ممّا لا تعارض الدليل.

عقد التأمين وضممان الدين بزيادة

ومن محذورات صحّة عقد التأمين ولو في بعض فروضه هو استلزامه ضمان أداء الدّين بزيادة عن مبلغه أحياناً، وقد تضمّن عدّة من النصوص المنع من ذلك.

عقد التأمين والهبة المشروطة

من جملة محذورات صحّة عقد التأمين على أساس توجيهه بالهبة المشروطة كما تقدّم هو أنّ الهبة إنّما تصحّ - على المعروف - إذا كان الموهوب عيناً شخصيّة ولا تصحّ هبة الكلّي؛ وعقود التأمين تكون عادةً مبنية على دفع المؤمن له لما يتعهد، أقساطاً لا حالاً ودفعة.

عقد التأمين والتعليق في العقود

وممّا يناسب التعرّض له في المقام لشدة ارتباطه بجملة من صور عقد التأمين وفروضه هو البحث عن مسألة التعليق في العقود وأنه مبطل لها كما هو المعروف المدعى عليه الإجماع - ولو في الجملة - أو لا؟

قد ذكرنا في بعض البحوث السابقة أنّ عمدة المدرك لمنع التعليق هو الإجماع لو تمّ، وإلّا فسائر ما ذكر له من الوجود - التي من جملتها منافاة التعليق للإنشاء لكون الإنشاء كالوجود يدور أمره بين العدم والوجود ولا يعقل فيه التعليق - مردودة كما هو محرّر في محله؛ فإنّ التعليق إنّما هو في المنشأ لا في الإنشاء، وكما يجوز كون المنشأ

منجزاً يصح أن يكون معلقاً. كما في الوصية وغيرها.
وأما الإجماع فلم يعلم تحققه أولاً، حيث لم يعلم عنوان المسألة وطرحها في بعض الكلمات؛

ولو تحقق الاتفاق فكونه تعديلاً كاشفاً عن نص لم يصل إلينا غير معلوم؛ فلعل مستند القوم في الحكم هو بعض الوجوه المعنونة في كلماتهم والتي هي ممنوعة. بل لم نستبعد أن يكون مستندهم في الحكم هو النصوص الواردة في البيع وغيره من مثل «لا بيع إلا في ملك أو لا تبع ما ليس عندك أو لك» المنطبق هذا المضمون على عدم جواز تمليك المبيع المعين إذا لم يكن مملوكاً للبائع حين البيع قاصداً تملكه بعد البيع وفاءً بالبيع الأول؛ وكذا لا عتق إلا في ملك المطبق في النصوص على ما كان متعارفاً بين أهل السنة من قول: عبيدي أحرار أو كل ما أملكه حر إن كان كذا.

وكذا ما ورد من المنع من إنشاء الطلاق المعلق الذي كان متعارفاً بين العامة، فلعل فقهاءنا ألغوا خصوصية موارد هذه النصوص التي هي إنشاءات معلقة فحكموا بالمنع من مطلق التعليق. وقد تقدّم مزيد تفصيل البحث آنفاً.

ملحقات

الملحق (١) بعض وجوه المنع عن الحيل ومناقشتها

إن جماعة علّلوا المنع من حيل الربا - وكذا غير الربا - بأنها خدعة حيث إن المنع من بعض المعاملات هو المنع عمّا يشاركها في نتائجها. ويرد عليه: أنّه إذا كان المفهوم من دليل المنع من معاملة هو المنع عمّا يشاركها في جامع كان العنوان الممنوع هو الأعمّ ولا تكون الحيلة حيلة حينئذٍ؛ فإنّ الحيلة بحسب الاصطلاح الفقهي عند الشيعة هو أن لا يتحقّق في موردها العنوان الممنوع سواء كان المنع عنها بدليل خاص أو عموم، وسواء كان المنع عنها بمنطوق أو مفهوم.

وإنّما يكون احتمال المنع ناشئاً من مجرد كون غير الممنوع مشاركاً للممنوع في الأغراض العقلانيّة من إنشاء المعاملات والدواعي إليها، فهل أنّ مجرد هذه المشاركة كافية في إثبات المنع أو لا.

والإفان كان الممنوع هو نتيجة خاصّة وقد تضمّن الدليل المنع عمّا يحقّقها من

بعض الأفراد وكان المفهوم منه بضمّ إلغاء الخصوصية عدم اختصاص المنع بخصوص ذلك الفرد كان المنع ثابتاً بالعموم الثابت بضمّ إلغاء الخصوصية ولا موهم لجواز سائر الأفراد في مثله.

وربما كان الوجه في حكم أهل السنة بالمنع من الحيل عموماً هو مبناهم الأصولي في الاستدلال بمثل الأقيسة والتخمينات، حيث إنّ المورد من مصاديق الظنّ بوحدة الحكم، فيكون نفس ثبوت المنع في بعض المعاملات كافياً في إفادة الظنّ بالمنع من حيلها، فيفيد القياس بثبوت المنع في الفرع كالأصل.

وينحصر الجواب عن هذا الوجه في المنع من الحيل بمنع المبنى؛ حيث إنّ مذهبا عدم جواز العمل بالقياس والظنّ، ومعه فلا يمكن التعدّي من المعاملة الممنوعة إلى الحيلة المشاركة معها في الدواعي.

مضافاً إلى إمكان دفع الشبهة بأنّه بعد الدليل الخاصّ على مشروعيّة بعض الحيل تكون دعوى المنع اجتهداً في قبال النصّ.

ثمّ البحث عن حكم الحيل بما قدّمنا له من المعنى بحثاً عامّاً لا يختصّ بباب من الفقه وإن اشتهر التعبير به في باب مكاسب الربا، ولكنّه لا يخصّه، بل هو جارٍ في سائر الأبواب؛ لكون الحيلة بمعنى التدبير والعلاج بالطرق الخفيّة والتي لا تخطر بالأذهان ابتداءً.

وقد ورد في النصّ أنّه ما أعاد الصلاة فقيه؛ فإنّه يحتال فيها ويدبرها حتّى لا يعيد^(١).

كما وقد ورد في باب الاحتيال للفرار عن الزكاة بسبك المسكوك وغيره ما يتعلّق بالباب^(٢).

(١) الوسائل ٥: ٣٢٠، ب ٩ من الخلل الواقع في الصلاة، ح ٣.

(٢) الوسائل ٦: ١٠٨، ب ١١ من زكاة الذهب والفضة.

والكلام في حكم الحيل عموماً تارةً من حيث القاعدة ومع الغضّ عن نصّ خاصّ ورد في المسألة، وأخرى بملاحظة الدليل الخاصّ عليها. وكذا الكلام في خصوص حيل الربا فإنّه تارةً يبحث عن حكمها مع الغضّ عن النصوص الخاصة التي وردت بشأنها، وأخرى بملاحظتها. ويلوح من أهل السّنة المنع عن الحيل عموماً وعن حيل الربا خصوصاً كما يشير إليه ما ورد في رواياتنا من الرّد على من زعم حرمة الحيل لأنّه الفرار: بأنّه نَعَم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال^(١).

وربّما فصلوا بين الحكم الوضعي والتكليفي فحكموا بالتحريم تكليفاً وإن جاز وصحّ وضعاً. والمعروف بين فقهاءنا جواز الحيل ومشروعيتها عموماً وخصوصاً تكليفاً ووضعاً.

قال في الشرائع: (في جواز استعمال الحيل) يجوز التوصل بالحيل المباحة دون المحرّمة في إسقاط مال ولا الحيلة لثبوت، ولو توصل بالمحرّمة أثم وتمت الحيلة، فلو أنّ امرأته حملت ولدها على الزنا بامرأة لتمنع أباه من العقد عليها أو بأمة يريد أن يتسرّى بها فقد فعلت حراماً وحرمت الموطوءة على قول من ينشر الحرمة بالزنا، أمّا لو توصل بالمحلّل كما لو سبق الولد إلى العقد عليها في صورة الفرض لم يأثم^(٢). ثمّ تعرّض لجملة من الحيل وذكر بعض موارد التورية وغيرها.

وعلق عليه في الجواهر: وهو باب واسع في الفقه يختلف باختلاف أذهان الفقهاء حدّة وقصوراً. وقد أشار الأئمة عليهم السلام إليه في الجملة في التخلّص من الربا والزكاة وغيرهما، بل في صحيح ابن الحجاج نوع مدح لذلك - فيه: نَعَم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال - بل قد ورد في الصلاة: لا يبطلها فقيه يحتال لها فيدبّرها.

(١) الوسائل ١٢: ٤٦٧، ب ٦ من الصرف، ح ١.

(٢) شرايع الإسلام (المحقّق الحلّي) ٣: ٥٩٦، كتاب الطلاق. وراجع الجواهر كما يأتي.

وما دلّ في تفسير العسكري في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ﴾^(١)، عن عليّ بن الحسين عليه السلام... إنّما هو لعدم موافقة الحيلة للتخلّص من النهي عن الاصطياد في يوم السبت أو لمعلومية منافاة ذلك للغرض المراد من النهي عن الاصطياد وهو الطاعة والامتثال في مقام الاختبار لهم.

ولعلّ من ذلك ما يتعاطاه بعض الناس في هذه الأزمنة من التخلّص ممّا في ذمّته من الخمس والزكاة ببيع شيء ذي قيمة رديّة بألف دينار مثلاً من فقير برضاه ليحتسب عليه ما في ذمّته من نفسه ولو بأن يدفع له شيئاً فشيئاً ممّا هو منافٍ للمعلوم من الشارع من كون المراد بمشروعيّة ذلك نظم العباد وسياسة الناس في العاجل والآجل بكفّ حاجة الفقراء من مال الأغنياء، بل فيه نقض للغرض الذي شرع له الحقوق؛ وكلّ شيء تضمّن نقض أصل مشروعيّة الحكم يحكم بطلانه كما أوماً إلى ذلك غير واحد من الأساطين، ولا ينافي ذلك عدم اعتبار أطراد الحكمة، ضرورة كون المراد هنا ما عاد على نقض أصل المشروعيه كما هو واضح.

ولعلّ ذلك هو الوجه في بطلان الاحتيال المزبور لا ما قيل من عدم القصد حقيقة للبيع والشراء بالثمن المزبور؛ حتّى أنّه لذا جزم المحدث البحراني بعدم جوازه لذلك؛ إذ هو كما ترى؛ ضرورة إمكان تحقّق القصد ولو لإرادة ترتّب الحكم وتحصيل الغرض؛ إذ لا يجب مراعاة تحقّق جميع فوائد العقد كما اعترف هو به في العقد على الصغيرة أنّها لتحليل النظر، بل أشارت إليه النصوص في بيع ما يساوي القليل بالكثير تحصيلاً للربح الذي به يتخلّص من الربا الذي منه علم عدم منافاة ذلك لغرض الشارع ممّا حرّمه من الربا، فليس هو عائداً على نقض غرض أصل المشروعية. نعم، قد يُقال: إنّ فتح الباب المزبور يعود على الغرض بالنقض، فلا ينافيه ما يصنعه بعض حكّام الشرع في بعض الأحوال مع بعض الناس لبعض

المصالح المسوغة لذلك^(١).

أقول: ما ذكره المحقق رحمته الله من ضابط الحيل وأنه ما لولاها لثبت يعني ثبت شيء غير ما ثبت بسبب الحيلة، كلامٌ جيّد يشمل حيل الربا وغيرها. وهو يريد بذلك أنّ الحيلة تؤثر في تبدل الموضوع وتغيّره فالنكاح يوجب كون المرأة ذات بعل تحرم على غيره، وهذا حيلة كما يكون من قبيله بعض موارد الإرضاع وغيره.

وكذلك بيع العينة يحقّق عنواناً ينتفي معه إنساء الدّين بزيادة أو القرض بها بحيث لولا العينة كان التوصل إلى الزيادة رباً محرّماً. والعينة وإن اشتركت في النتيجة مع الربا ولكنها غير حقيقة وماهية. والعبرة في الأحكام بالحقائق والماهيات لا النتائج والأغراض.

موقف الفقه السنّي من الحيل ومناقشته

خلافًا لما يظهر من كثير من أهل السنّة الذين حرّموا الحيل لكون العبرة عندهم في الأحكام بالأغراض التي تعبّر عنها بالدواعي، فمن كان غرضه الوصول إلى نتيجة الربا لم يجز له بيع العينة مثلاً، ومن كان له غرض آخر جاز له؛ ولذا ينسب إلى بعضهم أنّ الحيل ممنوعة ثبوتاً جائزة إثباتاً وقضاءً، لعدم إمكان إناطة المعاملات إثباتاً بالنوايا والأغراض.

كما أنّه ينسب إلى بعضهم أنّ الأغراض إذا شرطت في المعاملات لم تجز المعاملة وبدون الشرط تكون المعاملة مكروهة. وسيأتي مزيد توضيح لذلك كلّ في عبارة ابن قدامة إن شاء الله تعالى.

وقال ابن قدامة: والحيل كلّها محرّمة غير جائزة في شيء من الدّين؛ وهو أن

(١) الجواهر ٣٢: ٢٠١-٢٠٣، المقصد الرابع من الطلاق.

يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً؛ مخادعةً وتوسلاً إلى فعل ما حرّم الله، واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حقّ ونحو ذلك.

قال أيوب السخيتاني: إنهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيّاً، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل عليّ. فمن ذلك: ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسّرة فاقترض كلّ واحد منهما ما مع صاحبه ثمّ تباريا توصلّاً إلى بيع الصحاح بالمكسّرة متفاضلاً، أو باعه الصحاح بمثلها من المكسّرة ثمّ وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقلّ من قيمته، واشترى منه بعشرة إلهبة من الصحيح مثلها من المكسّرة ثمّ اشترى منه بالحبّة الباقية ثوباً بقيمته خمسة دنائير، وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها أو اشترى منه سلعة بأقلّ من قيمتها توصلّاً إلى أخذ عوض عن القرض، فكلّ ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبث محرّم. وبهذا قال مالك.

وقال أبو حنيفة والشافعي: ذلك كلّه وأشباهه جائز إذا لم يكن مشروطاً في العقد. وقال بعض أصحاب الشافعي: يكره أن يدخل في البيع على ذلك؛ لأنّ كلّ ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخل عليه.

ولنا: أنّ الله تعالى عذّب أمة بحيلة احتالوها فمسخهم قردة وسماهم معتدين وجعل ذلك نكالاً وموعظةً للمتّقين.

فروي أنّهم كانوا ينصبون شبّاكهم للحيتان يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويجعل إليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد ثمّ يأخذها ويقول: ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه، فهذه حيلة.

وقال النبي ﷺ: من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار، رواه أبو داود وغيره.

فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً أو مأخوذاً منه، وإنما دخل صورة تحيلاً على إباحة المحرّم. وسائر الحيل مثل ذلك.

ولأن الله تعالى إنّما حرّم المحرّمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع إبقاء معناها بإظهارها صورة غير صورتها، فوجب أن لا يزول التحريم كما لو سمي الخمر بغير اسمها لم يبيح ذلك شربها؛ وقد جاء عن النبي ﷺ أنّه قال: «ليستحلّ قومٌ من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها».

ومن الحيل في غير الربا أنّهم يتوصّلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقيه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمئة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً، ولا يريد ذلك، وإنّما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما سمّاه أجره؛ والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك، وربما لا ينتفع بالأرض التي سمّي الأجرة في مقابلها. ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنّه إنّما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير؛ ورب الأرض يعلم ذلك^(١).

وقد نقلنا العبارة على طولها لما جمعت من أقوال العامة واستدلّالاتهم ما قلّ أن يحويه غيره. ونوافيك إن شاء الله تعالى بما يرد على الوجوه التي استدلّ بها.

وقد صرح قبل العبارة المتقدّمة بحرمة بعض حيل الربا بالخصوص إذا كان مع المواطأة والتباني لذلك وجوّزه من غير مواطأة ولا حيلة، ثم ذكر خلافاً في المسألة وحكى عن أبي حنيفة والشافعي جواز ذلك ما لم يكن مشروطاً في العقد. ونقل عن بعضهم جواز مثل ذلك بدون قصد الحيلة مرّة لا أكثر؛ لأنّه يضارع الربا.

وأيضاً ذكر عدم صحّة اشتراط الخيار في البيع لأجل الانتفاع بالثمن حيلة وأنّه

لا يجوز اتخاذ خيار الشرط حيلة للاقتراض بفائدة. وأيضاً تعرض لعدم سقوط الزكاة بالحيلة. نعم، ذكر جواز الحيلة في الحرب. راجع كتاب الجهاد والزكاة والبيع والخيار من المغني.

أقول: فيما ذكره ابن قدامة ويوافقه آخرون مواقع للنظر بحسب الصناعة العامة التي لا تخص طائفة، نشير إلى جملة منها ضمن أمور:

الأمر الأول: إن ما يلوح من تعبيراتهم من تحريم الحيل لكون الغرض منها أمراً محرماً فإنه مغالطة واضحة؛ وقد تقدّمت عبارة المحقق في الشرائع في ضابط الحيلة بما لا يبقى معه مجال لمثل هذا التعليل. إذ لو كان هناك أمرٌ محرّم فالتحليل لفعله محرّم لا محالة، ولكن الحيل المطروحة في الفقه ليست مصداقاً لذلك، والوجه فيه أنها حيل للفرار من الحرام لا لفعل المحرّمات.

والمراد من الفرار ليس هو مجرد التلبّيس والخداع بارتكاب الحرام بحجة حله، وإنما المقصود هو الوصول إلى نتيجة كان يمكن تحصيلها بوجه محرّم فيتوصل إلى تلك النتيجة بوجه محلّل كالوصول إلى حيازة مال الغير بالشراء، فهل يتوهم أن ذلك لما كان بهدف الوصول إلى مال الغير وهذه نتيجة السرقة أيضاً فيحرم، بل يقال إن البيع يقلب الماهية ويجعلها مباينة مع ماهية السرقة. وهذا الأمر هو المقصود بالحيل في الربا وغيره.

ألا ترى إلى ما مثّل به المحقق في الشرائع من التحليل لتحريم المرأة على رجل بالعقد عليها قبله، فهل يتوهم أنه كما لا يجوز ابتداءً منع الرجل من التزوّج بالمرأة المحلّلة فلا يجوز التسبب إلى ذلك بالسبق إلى زواجها الموجب لصيرورتها ذات بعل تحرم على سائر الرجال؛ وإن كان لولا هذا الغرض أعني منع الرجل من التزوّج لم يكن يتزوّج هذا بها، إلا أن هذا الغرض - ونعبر عنه في اصطلاح الفقه بالداعي - لا يوجب بطلان الزوجية المنشأة لهذا الغرض حتّى لو فرض كون

الغرض بهذا محرماً فضلاً عن أنه لا موجب لحرمة، ولذا تقدّم من الشرائع أنّ الحيل المحرّمة أيضاً تؤثر أثرها وإن كان فاعلها آثماً بخلاف الحيل المباحة فإنّها تؤثر بلا إثم.

الأمر الثاني: إنّ ما استدلّ به ابن قدامة كغيره من الوجوه لتحريم الحيل كلّها عقيمة عن الانتاج لما يريده. وربما نشير إلى تفصيل في هذا المجال فيما يأتي، ولكن لا بأس بالتعرّض لتحقيق الأمر فيما ذكره إجمالاً.

أمّا فيما يتعلّق بالاستدلال لمنع الحيل بآية احتيال اليهود في الصيد، فيرد عليه ما ورد في نصوصنا وصرّح به في الجواهر فيما حكينا من عبارته الآتية، ومحصّله مطلبان:

المطلب الأول: أنّ ما فعلته اليهود كان مصداقاً للصيد المحرّم، فكما يصدق الاصطيداء في الشباك كذلك يصدق بحفر الأخاديد وسوق الصيد إليها بما لا يتمكّن من الفرار؛ فإنّه لا يعتبر في صدق الاصطيداء أخذ الصيد باليد مباشرة كما هو واضح لمن له أدنى دريّة. فكيف يُقاس على ذلك ما هو محلّ بحث الفقهاء؟! وهل هو إلّا كقياس البيع على السرقة في القبح والحرمة لاشتراكهما في الاستيلاء على مال الغير؟! وهل هو إلّا كقياس النفقة في سبيل الله بالمال المملوك على الإنفاق بالمال المغصوب؟! ولعمري إنّ كلّ هذه الأقيسة هي مع الفارق وهي من نتائج العمل بالقياس الذي لا يقول به الشيعة. وسائر موارد القياس أيضاً يحتمل فيها الفرق للمنصف.

المطلب الثاني: أنّه قد يتحقّق في مورد كون الغرض من الحكم شيئاً يعمّ الحيلة، فيحكم بتحريم الحيلة في خصوص مثله، وربما كان فعل اليهود من قبيله، فكيف يمكن تعميم المساواة في حكم الحيل والأصول إلى جميع الموارد. ووجود الغرض من الحكم في الحيلة أيضاً لا بدّ من ثبوته بدليل وظهور يساعد عليه، ولا

يكفي له مجرد الاحتمال. وبهذا المطلب يتضح الكلام في بعض ما ذكره هو وغيره من الحيل المنصوص عليها بالمنع؛ فإن من يقول بحلّ الحيل لا يقول بجواز مثل ذلك، وعطف غير المنصوص على المنصوص قياس لا نقول به.

الأمر الثالث: ما ذكره من كون الغرض من الأحكام إنما هو مصالحها والتحرّز من المفاسد والمضارّ فهو أمر حقّ يُراد به الباطل؛ فإن الشيعة الإمامية يصرحون منذ أمدٍ بعيد باشتمال الأحكام على الحكم والمصالح، وقد ألفوا في هذا المجال كتباً وجمعوا نصوصاً تتضمن علل الأحكام والشرائع. ولكنهم مع ذلك يصرحون بأنّ المصالح ربما كانت محجوبة عنا ولا يجوز التخرّص فيها والتنظي بها وإثبات أحكام على أساس الخرص والتخمين بالحكم والمصالح؛ لكون ذلك قياساً محرماً وقولاً على الله بغير علم لا يرتكبه أهل التقوى.

فما يدرينا بحكمة حكم الربا مثلاً سوى ما صرح به صاحب الشرع ونقلته الرواة عنه حتّى نحكم بثبوت تلك العلّة في حيل الربا، سيما مع تصريح الشارع ومن يحكي عنه بكون الحكم في الحيل مغايراً للحكم في الأصل. وقد تقدّم عن الجواهر أنّ نصوص تحليل الحيل تدلّ على أنّ حلّها لا ينافي الغرض من تشريع الحكم في الربا ولا يبطل ذلك.

الأمر الرابع: ما ذكره ابن قدامة من أنّ الحرمة لا تزول عن الخمر بتغيير الاسم إن أراد بذلك أنّ التكلف في التسمية لا يغيّر الحكم ما دام يصدق العنوان حقيقة فهو حقّ لا ريب فيه ولكنه أجنبي عمّا يريد. وإن أراد بذلك أنّ الاختلاف في التسمية لا يمنع أصلاً من الاختلاف في الحكم فهذا غريب، فهل الاختلاف في الأحكام ناشئ من غير اختلاف عناوين موضوعاتها.

وإن أراد أنّ الاختلاف في التسمية والعنوان لا يوجب الاختلاف في الحكم إذا كان المختلفان مشتركين في علّة الحكم فهذا أيضاً أمر حقّ ولكن ينبغي أن لا يكون

إثبات العلة للحكم بمجرد الوهم أو الظنّ. وعلى تقدير تحقّق الظنّ بالعلة فلا مجال للعمل به سيّما إذا كان هناك نصّ بخلافه.

وبما ذكرنا يتّضح الكلام فيما ذكره من حيل الربا كبيع العينة وما شاكلها، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يوجب مزيد وضوح لذلك.

أدلة مشروعية حيل الربا

ثمّ البحث عن جواز حيل الربا - كما تقدّم - تارةً من حيث القاعدة، وأخرى من حيث النصوص الخاصة.

البحث في مقتضى القاعدة العامة

أمّا البحث من حيث القاعدة - والمراد بها ملاحظة الحكم بالغضّ عن النصوص الخاصة - فقد يقال إنّ المتفاهم من أدلّة حرمة الربا مع ما فيها من التشديد والتهويل - حتّى عدّ الدرهم منه أشدّ من سبعين زنية - هو حرمة الحيل المنتجة لنتيجة الربا؛ حيث إنّ مثل ذلك التهويل لا يلائم إمكان الوصول إلى نتيجة تلك المعاملة والغرض منها بمجرد تغيير في صورة المعاملة.

وبتعبير آخر فنّي: إنّ الحيل وإن اختلفت عن الربا في العنوان، ولكن هذا الاختلاف لا يوجب الاختلاف في الحكم لكون المتفاهم من دليل الربا بضمّ إلغاء الخصوصيّة المفهوم عرفاً هو شمول الحكم للحيل، فلا يكون إسراء الحكم إليها من القياس؛ فإنّ مناسبة العقوبة والحكم تقضي بعدم إمكان احتواء الحكم عبر حيلة بسيطة ولفّ على الموضوع ودوران لا كلفة فيه.

وبيان ثالث: إنّ التسوية بين الربا وبين حيله يمكن أن يقرّر بوجهين: أحدهما: هو قضاء العرف بالمساواة بين الأمرين في الحكم الثبوتي ارتجالاً

استناداً إلى الجزم بعدم الفرق.

وهذا لا عبرة به؛ لكون العرف محكماً فيما يرجع إلى الأوضاع واللغات، ولا عبرة بقضائه فيما يرجع إلى الأحكام الشرعية .

ثانيهما: هو قضاء العرف بالمساواة بين الأمرين من حيث الاندراج في المفهوم من الدليل المتضمن للحكم نظير قضائه بالمساواة في الاندراج بين أفراد العام والمطل .

إلا أن الثاني هو موافق للأصل، أعني أصالة العموم والإطلاق، والأول مخالف للأصل، أعني أصالة قصور الألفاظ والعناوين عن شمول غيرها إلا مع وجود قرينة على ذلك .

وهذا الوجه من تقرير الحكم بالتسوية بين الربا وحيله لو تمت دعواه يكون وجهاً فنياً مقبولاً في إثبات المراد. ولكن يرد عليه:

أولاً: أن دعوى التسوية بين الحيل والربا واستبعاد الفرق بينهما بمجرد الفرق اليسير ليس أمراً بدعاً؛ بل هو أمرٌ يسبق إلى عامة الأذهان؛ ويشير إلى ذلك قوله تعالى: «قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»^(١)، وما ورد في بعض نصوص الحيل من أنه كيف تكون الحيلة موجبة لاختلاف حكمها عن غيرها مما يساويها في النتيجة والأثر؛ فردّ على ذلك بأنه نعمت الحيلة ما تضمن الفرار من الحرام إلى الحلال؛ وستأتي هذه النصوص إن شاء الله تعالى.

فالنصوص المتضمنة لتحليل الحيل بعيدة عن الافتعال بعد عدم أنس الأذهان بمضمونها وتفرّ الأفهام عن قبولها بسهولة. وافتعال الحديث إنما يكون عادةً من غير ما كان من هذا القبيل. وهذه النصوص فيها من المخالفة للعامة ما يقوّي

مضمونها وصدورها.

بل الذي ينساق إليه النظر هو أنّ إنكار مشروعية الحيل على أساس الاستبعاد هو من قبيل ما تضمنته معتبرة أبان من إنكار أبان اختلاف دية المرأة في المقدار قبل بلوغ الثلث وبعده لاقتضاء زيادة الجناية عدم نقص العقوبة عن فرض قلة الجناية على الأقلّ إن لم تكن مقتضية لزيادة العقوبة، وقد أنكر الإمام عليه السلام على أبان ذلك أشدّ إنكار وعده قياساً إن أخذ به في مجال الأحكام محقّ الدين. وأنّ دين الله لا يصاب بالعقول بمعنى أنّ أفهام الناس قاصرة عن نيل الأحكام الإلهية وأنّ ما يتصوره الناس لا يصلح ميزاناً لتشخيص الحكم الشرعي. والاحتمال الآخر في الحديث أنّ العقل وهو حجة إلهية لا يمكنه نيل الأحكام ولا يمكن التعويض عن النبي والإمام بحجة العقل؛ فإنّ العقل لا يدرك الدين ولا ينال الشريعة، وإنّما يدرك اعتبار الإمامة والرسالة فأفهم.

وبالجملة: لا يمكن إثبات الحكم الشرعي بمجرد الظنّ والقياس ولا نفي الحكم بذلك، ودعوى إلغاء الخصوصية عهدتها في المقام على مدّعيها. ولو راجعت كلام صاحب الجواهر المتقدّم لرأيت فيه تأييداً لما نقول.

وثانياً: إنّ دعوى إلغاء الخصوصية لو تمتّ في نفسها فإنّما يمكن المساعدة عليها حيث لم يقدّم دليل خاصّ على خلافها؛ فلا تحصل هذه الدعوى ردّاً على النصّ الخاصّ.

وإن شئت قلت: قصارى ما يقتضيه إلغاء الخصوصية في مورد هو ظهور الدليل فيما يعمّ ذلك وصيرورة غير العنوان داخلياً في حكم العنوان وإن كان عنوان الدليل بحسب الوضع العام قاصراً عن شموله.

ولكن هذا يجعل شمول الحكم له على وجه العموم والشمول، فإذا كان يجوز إخراج الفرد الحقيقي عن عموم الحكم بالتخصيص فما ظنّك بالفرد الذي كان

اندراجه في الدليل بمؤونة إلغاء الخصوصية وعنايته.

ألا ترى أنه يصح تخصيص عموم حرمة الربا بغير الربا بين الوالد والولد والربا بين المسلم والكافر وبين المولى والعبد، فليكن الربا بالحيل أيضاً ممّا يصح تخصيص الدليل بغيره.

إن قلت: فرق بين تخصيص حرمة الربا بغير الحيل وبين تخصيص آخر؛ فإن الأول يجعل الحكم بالتحريم لغواً بعد إمكان التوصل إلى نتيجة الربا بالحيل بخلاف سائر التخصيصات، فشمول حكم الربا للحيل بوجه لا يقبل التخصيص، بل لو كان للربا مفر بسهولة الحيل المطروحة لها لم يكن هناك داع للمنع الأكيد والتهويلات العظيمة حيث إنّ ذلك إنّما يكون لداعي منع إقدام الناس عليها، ومع وجود الحيل ومشروعيتها لا داعي للناس عادةً للإقدام.

بل كان ينبغي للنبي ﷺ أن يردف المنع عن الربا ببيان الحيل حتى لا يختلط الأمر على الناس ويرتاحوا عن معبة الربا إلى تلك الوجوه بلا مؤونة عليهم إلا في تغيير العنوان.

وبما تقدّم من التقرير يمكن جعل هذا وجهاً مستقلاً لحرمة الحيل ومحصله: إنّ التهويل والتأكيد على المنع وتشديد العقوبة تناسب كثرة الداعي وشهرته للإقدام، وهذا لا يكون إلا فيما انحصر الداعي في المحرّم، وإلا فمع إمكان التوصل إلى الغرض بوجه حلال فيكفي لصرف الدواعي عن فعله المحرّم أدنى النهي وأضعف مراتبه بلا موجب لتكرار النهي والتأكيد عليه إذن يدلّ التشديد في الحكم والوعيد الشديد على انحصار الأغراض العقلانية في ارتكاب المنهي عنه بلا بديل محلّل له وذلك بالدلالة الآتية، وهذا لا يكون إلا على تقدير حرمة الحيل.

ويرد عليه: أولاً: أن أدلة التهويل بالربا ليست بصدد البيان لما هو المحرّم من الربا، وإنّما هي بصدد بيان عقوبة الربا فيما كان محرّماً. ومعه فيصلح وجود موارد لا

مفرّ فيها عن الربا المحرّم وعدم جريان الحيل فيها مصحّحاً للتهويل بالربا ولو بملاحظة تلك الموارد. وحيث إنّ إنشاء الدّين في موارد الإعسار من هذا القبيل فلا دلالة في التهويل بالربا ولو بملاحظة هذه الموارد - وثبوته في سائر الموارد صوناً للقانون عن الخرق - على عدم مشروعية الحيل من غيرها.

وثانياً: إنّ في الحيل من الكلفة ما لا يتيسّر أحياناً، فتكون عقوبة الربا مانعة من الإقدام؛ فإنّ الحيلة تحتاج إلى دراسة ومراجعة وقد لا يتكلّفه الشخص إذا كانت الفائدة قليلة لا تسوّى التكلّف لها؛ بخلاف ما لو كان الربا جائزاً فإنّ الإقدام عليه لا كلفة فيه.

وثالثاً: ربما يكون في علم المقنن ابتلاء الحيل بشبهة التحريم وعدم اقدام جمع على الحيل بسببها ولو احتياطاً أو اعتقاداً بحرمتها كما حصل، وهذا المقدار من الامتناع من الاقدام ربما يؤمّن للمقنّن غرضه من حرمة الربا.

ورابعاً: مع أنّه يمكن أن يُقال باختصاص ما تضمّن التهويل بالربا والتشديد في عقوبته بأخذ الربا وإن كان دفعه أيضاً محرّماً، ولكن الحرمة الشديدة وعدّ الدرهم منه بسبعين زنية مخصوص بأخذ الربا إلزاماً وقهراً ولا يشمل بذله ودفعه برضا وطيبة نفس، فتأمل.

بل يمكن اختصاص التهويل بخصوص ما كان الداعي على أخذ الربا قوياً لا يتحقّق الغرض إلّا بأخذ الربا والسلطنة على ذلك، فلا مناص في الردع من التشديد في العقاب، وهذا يكون في مثل إنشاء دين المعسر لا في مورد لا داعي أكيد للربا، بل يكون في القرض الابتدائي للتجارة مثلاً كلّ ذلك حسب مناسبة العقوبة والموضوع، فتأمل.

وأما دعوى لغوية الحكم ففيه أنّا نمنع لغوية الحكم بتحريم الربا بمجرّد جواز الحيل بعد وجود فارق أو فوارق بين الأصل وبين الحيلة؛ وتوضيح ذلك: أنّ إنشاء

التحريم وإن كان على أساس وجود المفسدة في الفعل نوعاً، ولكن قد لا تكون تلك الدرجة من المفسدة، بل ما يزيد عليها منشأ للحكم بالتحريم؛ وذلك لوجود قصور في الدواعي عن ارتكاب الفعل أحياناً بخلاف ما أنشئ تحريمه.

مثلاً لا مانع من تحريم شرب الخمر لوجود الدواعي على شربه بخلاف شرب الماء التنن، فإنه قد يكون فيه من المضرّة ما يزيد على الخمر، ومع ذلك لا يحكم بتحريمه لعدم انقذاح الدواعي عادةً في النفوس على شرب ذلك، فلو فرض إقدام نادرٍ على ذلك لم يكن مرتكباً لحرام وإن وقع في ضرر ما كان يقع في أقلّ منه لو شرب الخمر مثلاً؛ فإنّ لوجود الدواعي العقلانيّة على الإقدام على الأفعال مدخلاً عظيماً في مصلحة جعل الأحكام.

كما أنّ النتيجة الحاصلة من فعلين وإن كان واحداً ولكن قد تكون آثارهما مختلفة، فلا تكون وحدة النتيجة موجبة لوحدة الحكم.

وعلى هذا الأساس فإنّ حيل الربا حيث إنّها تستدعي من العناية والعناء ما لا يستدعيه أصل المعاملة الربويّة نوعاً وتشتمل على بعض الآثار والخواصّ بما لا يشتمل عليها أصل الربا فلا ملازمة بين حرمة الربا وبين حرمة الحيل.

مثال ذلك: إنّ الربا القرضي مثلاً بحسب الإنشاء يتضمّن ضمان المقرض للأصل وللزيادة بمجرد العقد، وأمّا نتيجة الربا في الجعالة المتعارفة، فإنّها لا تتضمّن ضمان أصل المبلغ فضلاً عن الزيادة بمجرد الجعالة لكون استحقاق العامل فيها بعد العمل لا بمجرد إنشائها، فقد يتلف أصل المال قبل الصرف في العمل بلا تفریط، ومعه فلا يبقى محلّ للضمان أصلاً، فتكون الجعالة المتّحدة في النتيجة مع الربا متضمّنة لنوع من المخاطرة بالمال، ومعه فلا جزم بالمساواة بينها وبين الربا في الحكم، فتشبه الحيلة المضاربة التي لا تعدّ من الربا وإن اتّحدت نتيجتها مع الربا أحياناً.

وإن شئت قلت: إنّ مثل ذلك لا تكون وحدة في النتيجة إلّا في الجملة، وهذا لا يستدعي الجزم بالمساواة في الأحكام.

وجه في تخريج حيل الربا ومناقشته

ثمَّ إنَّه قد بني تحليل حيل الربا في بعض البحوث على كون العبرة في حقائق المعاملات بالألفاظ أو أنَّ المناط هو المقاصد.

وهذا الكلام باطل جداً فإنَّ الترخيص في الحيل لا ينوط بفرز المعاملات بعضها عن بعض بمجرد اللَّفظ، فقد تحقَّق بما لا يداخله الشكُّ أنَّ للمعاملات مفهوماً وواقعاً يقصد بالإنشاء سواء كان الإنشاء باللفظ أو بدون اللَّفظ؛ وليس للفظ إلاَّ شأن الحكاية عن ذلك المفهوم كما لو كان المقصود باللفظ الإخبار، وإنَّما الفرق بين الإنشاء والإخبار هو أنَّ المقصود بالأوَّل اعتبار المنشأ حين الإنشاء، وبالثاني هو الحكاية عن تحقُّق الشيء بالغضِّ عن الإخبار. كما أنَّه يوجد فرق آخر بين الأمرين هو أنَّ الإنشاء مقوَّم لصدق مفهوم المعاملة، فلا يصدق البيع بمجرد الرضا بالتمليك والتمليك بدون الإبراز والاعتبار، بخلاف الحكاية والإخبار فإنَّه لا يتقوَّم بذلك الخبر.

ومع ذلك كلَّه فإنَّ حيل الربا يمكن حلَّها، إذ ليست الحيل مختلفة عن الربا في مجرد اللَّفظ، بل لها واقع وحقيقة تختلف عن الحقيقة المقصودة بالإنشاء في الربا وإنَّ أنتجت نتاج الربا ولكن بمفهوم غير مفهومه.

والفرق بين الربا وبين حيله فرقٌ جوهري وتفاوت ماهوي واختلاف حقيقي لا بمجرد الاختلاف في الصورة وإنَّ اتَّحدت نتيجتهما واتَّفقت الأثر المتحقَّق بعدهما مع كون المنشأ في المقامين على التباين؛ فلاحظ ما تضمَّن جواز التحيُّل لإقراض مئة ألف بربح عشرة آلاف؛ وذلك بإقراض تسعين ألف وبيع سلعة بربح عشرة آلاف فيها من دون كون أحد العقدين مشروطاً بالآخر وإن كان بداعيه؛ ولكن من الواضح أنَّ تخلف الدواعي لا يؤثر في المعاملات شيئاً، فالمعاملة بداعٍ ما هي عينها لو كانت بدون ذلك الداعي؛ ولذا لا يجوز الفسخ مع تخلف الداعي.

وعليه فالإقراض بداعي بيع سلعة بأضعاف قيمتها هو كالإقراض بدون ذلك الداعي، فلو أقرض مبلغاً بدون زيادة ثم الآخر وهب المقرض مبلغاً زائداً على الربا لم يتوهم فيه البأس، فإذا كان الإقراض بداعي الزيادة كالإقراض بدون داعيها لم يكن مناص من صحة الأول كما لا مناص عن صحة الثاني.

نعم، لو كانت الحيلة باشتراط معاملة في ضمن أخرى وفرض جوازها أمكن دعوى عدم الفرق بينها وبين الربا؛ حيث إن الشرط داخل في المعاملة ويكون تخلفه مؤثراً في المعاملة بخيار، فكأنه لا يكون بينه وبين الربا تفاوت حتى في المنشأ وإن اختلفت صورة الإنشاء. وهذا بخلاف الداعي فإنه ليس داخلياً في الإنشاء، ويكون الإقدام عليه مشتملاً على نوع مخاطرة؛ وذلك باحتمال عدم إقدام صاحبه على وعده الذي لا ملزم له على المعروف من عدم لزوم الوفاء بالوعد؛ وعلى تقدير الوجوب فلا يؤثر في المعاملة.

فإذا باع من يريد الإقراض سلعته بالأضعاف فربما لا يقدم بعد ذلك على الإقراض فيبقى المشتري الذي كان يريد الاحتيايل بالشراء إلى الاقتراض الربوي متضرراً لا سبيل له إلى دفع ضرره بخيار.

فربما يكون نفس هذا الاحتمال مانعاً من إقدامه على المعاملة المنتجة لنتيجة الربا، كما أنه ربما يرجع المقرض بعد القرض إما لعدم كون القرض مشتملاً على أجل أو لكونه لأجل غير لازم في عقد القرض كما هو المعروف، فإذا كان أقدم على الشراء الضروري والمحاباتي، والمفروض أنه لا خيار له بسبب الإقدام فقد يكون مثل هذا الاحتمال رادعاً عن الإقدام على المعاملة المزبورة التي يُقال باتحاد نتيجتها مع الربا.

وعلى تقدير عدم امتناعه عن المعاملة لو توفقه بالإقراض وعدم احتماله نكول صاحبه عن ذلك، فإقدامه على ذلك وتحصله على نتيجة الربا ليس بمجرد المعاملة حتى يقال: إن المعاملة المتحدة في النتيجة مع الربا بحكمها، بل وصوله إلى نتيجة الربا

كان بضمّ غير المعاملة - وهو الوثوق بصاحبه والاعتماد عليه - بها، ولازم تحريم مثل ذلك هو تحريم ما أنتج نتيجة الربا كانت المعاملة أو غيرها، وهذا غريب. ولست أقول: إن اختلاف الطرق باللّزوم والجواز موجب لاختلاف الماهية؛ فإنّ ذلك من الأغلاط التي ربما تدور على الألسن؛ إذ لا يكون الحكم الشرعي بل العرفي باللزوم وغيره دخيلاً في صدق ماهية وعدمه؛ فالبيع بيع كان لازماً شرعاً وعرفاً أو لا، والهبة هبة وإن كانت جائزة شرعاً وعرفاً. وقد حقّقنا تفصيل هذا البحث عند التعرّض لتطبيق عناوين على عقد التأمين أشكل بعضهم فيه بعدم التطابق أحياناً لاختلاف الأمرين في اللّزوم والجواز؛ فأجبنا هناك بأنّ هذا لا يعدّ farkاً ماهوياً.

وإنّما المقصود في المقام أنّه ولو فرض وحدة الربا وما ينتجه حتّى بحسب العنوان والماهية، إلّا أنّ اختلافهما في الحكم باللزوم والجواز يصلح مصحّحاً للفرق بينهما في الحرمة والجواز. والمراد من الحكم باللزوم وغيره هو أن يكون العقد في العرف بل الشرع لازماً أو جائزاً.

إن قلت: إذا كان موجب الفرق بين العقدين في الحلّ والحرمة هو لزوم أحدهما شرعاً وجواز الآخر، فهلاً حكم بصحّة العقد المحرّم مع الحكم بعدم اللّزوم، فأبيّ حاجة إلى تحويل الحكم بالصحّة إلى عقد آخر ينتج نتيجة العقد الممنوع والمحرّم؟ قلت: مضافاً إلى عدم انحصار الفرق في خصوص ذلك أنّ الغرض ربّما تحقّق بكلّ من الوجهين.

التطبيق على المسئلة والمقام

وعلى هذا الأساس فحيث إنّ المنشأ في مثل الجعالة لا يتضمّن إلزاماً وإلّا انقلبت إجارة بدل الجعالة فلا محذور في ترخيص ما تتضمّنه من الربا مع كون العقد

الربوي المبني على لزوم المنشأ بحسب الإنشاء والزام المتعاملين بالرباً أمراً محرماً. فالجاعل في مسألتنا هو باذل الزيادة ولكنه ليس ملزماً بذلك ولا ضامناً لها حتى بعد الجعالة وقبل تحقق العمل، بخلاف باذل الزيادة في البيع أو القرض الربوي فإنه ضامن للزيادة بمجرد العقد.

وإن شئت قل: إن الزيادة في الجعالة ليست مضمونة ولا ديناً بحسب الإنشاء إلا في فرض تحقق العمل المعوض؛ بخلافها في القرض فإنها دين ثابت بمجرد القرض؛ وهذا فرق كبير بين الوجهين حتى بحسب النظر العرفي؛ فلا يمكنه بعد ملاحظة هذا الفرق الجزم بعدم الفرق بينهما في الحكم بالصحة والعدم ثبوتاً؛ بل ولا يمكنه استظهار عدم الفرق بحسب مقام الإثبات ودلالة الألفاظ، والفرق بين الأمرين ظاهر بعد الملاحظة والدقة.

مع ما في التوصل إلى نتيجة الربا بطريق آخر من التكلف والحاجة إلى عناية ربما تمنع من الإقدام نوعاً؛ فلا حاجة في الردع عنه إلى تشريع من ناحية المشرع بل يكون الغرض الشرعي من تركه النوعي مؤمناً بسبب الأمر التكويني والمانع الخارجي النوعي، ولا يكون في وقوعه في بعض الموارد مفسدة ملزمة خالصة تستدعي حكماً بالمنع شرعاً.

إن قلت: فهل يمكن رفع اليد عن محذور الربا مع ما فيه من الوعيد الشديد والتهويلات العظيمة - حتى إنه ربما عدا تركابه محاربةً لله ولرسوله وعدّ الدرهم منه أشدّ من سبعين زنية كلّها بذات محرم - بمجرد الاحتياي والتغيير في التعبير. قلت: أولاً: إن تغيير الحكم الأكيد بمجرد بعض الأمور البسيطة ليس أمراً غريباً؛ فلاحظ ما ورد في شأن تارك حضور جماعة المسلمين أسبوعين أو ثلاث وأنه يهدم بيته ومع ذلك لو خرج إلى فرسخين يسقط عنه الإثم وكلّ تبعة رتبت على التخلف عن صلاة الجمعة أو الجماعة.

وكذا من أفطر في شهر رمضان فعليه عقوبات عظيمة في الآخرة والدنيا، وكلّ ذلك ينتفي بمجرّد الخروج إلى أربعة فراسخ، والذي يتحقّق ذلك في هذه الأعصار خلال بضع دقائق.

وثانياً: إنّ الاختلاف في حقائق المعاملات ليس بمجرّد الاختلاف في التعبير، بل تعدّد التعبير يستلزم تعدّد الماهيّة والحقيقة الذي قد يستلزم اختلاف الحكم بل الأحكام.

فهذا من قبيل أن يُقال: إنّ كيف يتغيّر حكم الزنا مع ما ورد فيه في وضع عقوبات مهولة وحدود من ضرب وقتل فإنّه كيف يتغيّر الحكم بمجرّد التعبير بالتمتّع أو النكاح.

فإنّ ذلك غفلة عن أنّ الفرق بين الزنا وبين النكاح ليس بمجرّد اشتمال الثاني على اللفظ دون الأوّل؛ فإنّ النكاح قد يُنشأ بدون اللفظ كما في الأخرس ونحوه، بل الفرق بينهما ليس أيضاً باشتمال النكاح على العقد دون الزنا، وإن كان هذا فرقاً فارقاً عظيماً بينهما، ولكن الفرق بين الأمرين هو فرق جوهرى ماهوي حتّى أنّه ورد أنّ الحيوانات أيضاً تفرّق بين السفاح والنكاح، وقد أمضى المشرّع الإسلامي نكاح كلّ قوم فرّقوا بين النكاح والسفاح.

وجه آخر لتحريم الحيل

وربما يعلّل تحريم حيل الربا بأنّ الحيلة في حلّها وحرمتها تتبع القصد؛ فإن كان المقصود بها الحرام حرمت وإلاّ جازت وحلّت، وحيث إنّ الربا محرّم فالتحليل له يحرم لا محالة.

وهذا الكلام مغالطة واضحة فإنّه لو صحّ أنّ الحيلة وهي مقدّمة تتبع ذاها في الحلّ والحرمة، ولكن المقام أعني حيل الربا لا يدخل في تلك الكبرى، والوجه فيه:

أنَّ الكبرى المفروضة مفادها أنَّ أمراً مثلاً لو كان محرّماً مطلقاً فالتحليل إليه والتوصل إلى فعله أيضاً بوجه خفيّ يكون محرّماً؛ إذ لا يحتمل أنَّ المحرّمات باختلاف أسبابها تحلّ.

ولكن الكلام في المقام هو في حيل الربا بمعنى الحيل التي يتوصل بها إلى فعل غير الربا يشارك الربا في النتيجة. والتعبير وإن اشتمل على بعض المسامحة إلا أنَّ المراد به ما ذكرناه؛ فبيع العينة ليس داخلياً في الربا؛ لأنَّه ربا على وجه الاحتيال حتّى يرد بأنَّ الحيلة لا تحلّ المحرّم؛ فإنَّ الحيلة المفروضة في المقام هو باختيار غير الحرام لا بالتخفي في فعل الحرام، وإنَّما تعدّ حيلة لإفادتها نتيجة الربا على نحو إفادة البيع لمفاد الإجارة أحياناً أو بالعكس. وقد سبق أنَّ الاشتراك في النتيجة لا يقتضي الاتحاد في الحقيقة والماهية، ولذا ورد في النصوص أنَّه نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال ردّاً على من زعم أنَّ حيل الربا إنَّما هي فرار؛ يعنون به أنَّ الحيل لمّا كانت مشاركة للربا في النتيجة كان تحرّيم الربا تحرّيماً لها، وهذا نوع قياس، فردّ عليهم بالمغايرة بين الأمرين. ألا ترى أنَّه لو قيل لا تذهب إلى الحجّ من الطريق الكذائي لا يفهم منه المنع من الذهاب من مسلك آخر وإن اتحد الطريقتان في النتيجة والوصول إلى هدف واحد.

وإن شئت قلت: إنَّ كبرى عدم حلّ المحرّمات بالتحليل إليها من قبيل القضية الضرورية؛ لأنَّها بشرط المحمول، إذ أنَّ مفادها أنَّ ما هو محرّم مطلقاً وبأيّ وجه لا يحلّ فعله ببعض الوجوه التي يعبر عنها بالحيل وهذا واضح؛ ولكن الكلام في الحيل المشروعة حسب النصوص إنَّما هو في التي يتحقّق معها أمرٌ غير محرّم وعنوان غير ممنوع سوى أنَّ الأمرين يشتركان في النتيجة اشتراك الإرث والبيع في إفادة الملك، واشتراك البيع والهبة في التملّك، ومجرّد مثل هذا الاشتراك لا يوجب الاشتراك في الحلّ والحرمة قطعاً وضرورةً.

ولذا التجأ بعض فقهاء السنّة إلى الحكم بحلّ الحيل ظاهراً وبحسب الحكم القضائي وإن حرمت باطناً وديانة - حسب تعبير بعضهم - إذا كان المقصود الجدّي فيها التوصل إلى نتيجة الربا.

أدلة المنع من حيل الربا ومناقشتها

ثمّ إنّّه قد استدلّ لتحريم حيل الربا وكذا غيرها من حيل المحرّمات بوجوه أخر لا تعدو عندنا القياس مع كونه مع الفارق أحياناً:
الدليل الأول: ما روي في الحديث: نهى رسول الله ﷺ من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاء.

وقد فسّر الخبر هذا بأنّ الماء غير المختصّ بالشخص كميّاه الأنهار العامّة لا يجوز الاختصاص به ومنع الآخرين عنه وإنّما يجوز الانتفاع به والاستفادة منه، وما زاد عن مقدار الحاجة لا يجوز حجره على الآخرين، وكذا الكلاء في المراتع من المباحات لا يملك منها إلّا مقدار الحياة للانتفاع ولو بثمنه فلا يجوز الحجر على المراتع، ثمّ لما كان رعي المواشي في المراتع يتطلّب رفع العطش وشرب الماء كان عدم التمكن من الماء مانعاً من الانتفاع بالمرعى، ومع زيادة ماء مشترك من المياه العامّة عن مقدار الحاجة يكون منعها على الناس في المراتع مانعاً من استفادة الناس حتّى من الكلأ والمرتع، وهذا هو الذي ورد النهي عنه ويكون المنهي عنه نوعاً من الحيلة.

وأنت ترى أنّ حرمة مثل هذه الحيلة وهي محرّمة في نفسها لا تستلزم حرمة الحيل غيرها؛ فإنّ منع فضل الماء ظلم بعد اشتراك الناس في المباحات التي منها المياه العامّة ومنع الكلأ والمراتع أيضاً كذلك فيكون من التحيل بالحرام إلى حرام آخر. وهذه ليست حيلة بل غباوة؛ فإنّ مرتكب الحرام صريحاً لا يكون مرتكباً إلّا

لحرام واحد، وأمّا هذا فهو من ارتكاب حرامين فيشبه المتصدّق على المساكين بما يسرقه من أموال الناس زاعماً أنّه يصفو له من الأجر بعد حطّ ما قابل الذنب تسعة أجزء؛ لكون الحسنة بعشر أمثالها وجزاء السيئة سيئة واحدة لا أكثر.

الدليل الثاني: ما روي أنّ الأعمال بالنيّات.

فكأنّه يلوح من المستدلّ بهذا الخبر أنّه فهم من النية فيه ما يعبر عنه في اصطلاح فقهاءنا بالداعي على المعاملات، وهو كما ترى.

الدليل الثالث: ما ورد من مؤاخذه المحتال في بعض الموارد بضدّ ما ينويه كحرمان القاتل من الميراثاً ومؤاخذه المطلق في المرض بإرث المطلقة منه وإن كانت الزوجيّة زائلة^(١).

الدليل الرابع: ما ورد في أحاديث السنّة من بعض النصوص و من جملتها ما استفيد منه عدم سقوط خيار المجلس بالفرق لهذا الغرض، ومن حديث عائشة في الردّ على بيع العينة.

وما روه من حديث: من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار^(٢). وقد تقدّم جملة من مستندات أهل السنّة في كلام ابن قدامة، فراجع.

الدليل الخامس: بعض التعليقات المنصوصة فإنّه قد علّل تحريم الربا والتأكيد على منعه بأن لا يمتنع الناس من اصطناع المعروف، وقد ورد في ذلك عدّة نصوص وفيها المعتبر سنداً.

ففي معتبرة سماعة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّي قد رأيت الله تعالى قد ذكر الربا

(١) الوسائل ١٧: ٥٣٤، ب ١٤ من ميراث الأزواج، ح ٧.

(٢) مسند أحمد ٢: ٥٠٥، سنن ابن ماجه ٢: ٩٦، سنن أبي داود ١: ٥٨١، مستدرک الحاكم ٢: ١١٤، سنن البيهقي

في غير آية وكرّره؟ قال: «أوتدري لِمَ ذاك؟» قلت: لا. قال: «لئلاّ يمتنع الناس من اصطناع المعروف»^(١).

وفي معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنما حرّم الله عزّ وجلّ الربا لكيلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف»^(٢).

وعن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إنما حرّم الله عزّ وجلّ الربا لئلاّ يذهب المعروف»^(٣).

وفي خبر محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام المروي في الفقيه والعيون والعلل في حديث: «وعلة تحريم الربا بالنسيئة لعلّة ذهاب المعروف وتلف الأموال ورغبة الناس في الربح وتركهم القرض والقرض صنائع المعروف»^(٤)، الحديث.

تحليل لروايات مؤاخذه المحتال

وهذا ممّا يتطلّب التوضيح لئلاّ يظنّ أو يتخيّل استلزام ذلك حرمة الحيل. بيان ذلك: إنّ الترخيص في الربا بمجرّده لا يحتمّ على الناس فعله ما دام أنّ الشارع لم يوجب الربا، فكان إسناد الامتناع من المعروف إلى تشريع الحكم الترخيصي ناشئاً من غريزة الناس في جلب المنافع وشحّ النفوس بحيث يكفي لإقدامهم على ذلك مجرّد الترخيص بلا حاجة إلى التحتيم والإلزام، فكان الحكم الترخيصي من قبيل العلة التامة يستند إليه فعل الناس مع عدم كونهم ملزمين بذلك؛ لكون اقتضاءات الطبع من قبيل القاسر والقاهر والعلل التامة.

وعلى الأقلّ لو استند الفعل أعني الامتناع من المعروف إلى الناس أنفسهم لم

(١) الوسائل ١٢: ٤٢٣، الباب ١ من الربا الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٤ و ٩.

(٣) المصدر السابق: الحديث ١٠.

(٤) المصدر السابق: الحديث ١١.

يناف ذلك استناده إلى الحكم الشرعي أيضاً.

فلو فرض أن المشرّع حثّم الربا وأوجبه كان هو السبب في امتناع الناس من اصطناع المعروف حيث لم يدع لهم سبيلاً بحسب التشريع إلى فعل المعروف، وكذا إذا كان حكمه في الربا بالترخيص بعد شحّ النفوس فإنّ ذلك الحكم يسبّب امتناع الناس من فعل المعروف.

وعلى هذا الأساس فمناط تحريم الربا لو كان هو وقوع المعروف وعدم انتفائه خارجاً، لا وقوع كلّ معروف فيكفي لصحة التعليل أن يسبّب تحريم الربا لوقوع مقدار من المعروف خارجاً، ولا يستدعي ذلك وقوع كلّ معروف. وبناءً على هذا فلا يلزم تحريم الربا لزوم كون القروض بأسرها عارية عن الربا، بل يكفي لصحة تعليل حرمة الربا بوقوع المعروف استتباع تحريم الربا لوقوع معروف بحسب التشريع لولا تحريم الربا لم يكن هناك ملزم لوقوعه؛ ولا يجب وقوع كلّ معروف ولا كون القروض بأسرها بلا فائدة؛ ولا ريب أنّ تحريم الربا في الجملة محقق لهذا الغرض؛ فإنّه لو كان المديون معسراً لا يتيسّر له أداء الدّين فعلاً، فلو كان الربا مشروعاً لاستلزم مطالبة الدائن به وامتناعه من اصطناع المعروف وذلك بإنشاء الدّين بزيادة، وهذا خلاف المعروف؛ ولكن حيث إنّ الربا محرّم في الشريعة لم يكن للدائن إلزام المديون به أصلاً؛ وهذا لا ينافي جواز إقدام المديون على بذل الربا؛ فإنّ مجرد ذلك ليس سبباً لوقوعه كما تقدّم لكون الحكم ترخيصياً، وليس هناك ما يدفع المديون بطبعه إلى بذل الربا بعد عدم كونه ملتزماً بذلك، بل ما تقدّم من النكتة أعني شحّ الطباع يؤكّد امتناع المديون من بذل الربا، فلو أقدم مع ذلك ورأى لم يكن الربا مستنداً إلى حكم الشارع بالترخيص فيه، بل يستند إلى الشخص نفسه، فصحّ أنّ الحكم الشرعي أعني تجويز الربا في هذا القرض ليس مصحّحاً لاستناد وقوع الربا إلى الحكم الشرعي بعد أن كان الحكم ترخيصاً لا إلزاماً؛ ثمّ الترخيص مدعوم

تكوناً بما يمنع من إقدام المديون على البذل، بخلاف طلب الربا من ناحية الدائن كما تقدّم.

فالمحتصل: أنّ المتفاهم من التعليل المتقدم في النصوص لتحريم الربا هو أنّ الملاك عدم تسبیب الحكم بالترخيص إلى وقوع الربا دائماً حسبما تقتضيه الطباع الحريصة على جمع المال والتي يكون صرفها عن ذلك قسراً لها وقهراً عليها، وبكفي لصدق هذا التعليل عدم وقوع الربا واصطناع الناس للمعروف في بعض الموارد بسبب منع الشارع منه، ولا يستدعي ذلك عدم وقوع الربا واصطناع المعروف دائماً بعد أن لم يكن مجال لتوهم وجوب اصطناع المعروف دائماً.

فيا ترى هل إنّ المفهوم من تعليل حرمة الربا باصطناع الناس للمعروف هو عدم أخذ الربا حتّى بمثل المضاربة ونحوها، بل وعدم أخذ الربا ممّن يتمكّن من دفعه بسهولة؟! بل يسبّب ترخيصه في دفع الربا انتفاعه كالتاجر المديون فإنّه لو أراد أداء دينه فعلاً ربما أضربّه في تجارته ولكنّه بعد زمن يمكنه أداء أضعاف دينه حيث ينضّ أمواله ويجمع مطالباته من مديونيّه فيؤدّي دينه بسهولة، ولو أراد أن يؤدّي دينه الحال فعلاً استدعى بيع أعيان من أمواله بنصف القيمة مثلاً، فهل يكون الترخيص في أخذ ربا يسير من مثل هذا التاجر مصحّحاً لصدق امتناع الناس من المعروف، بل يكون تحريم الربا حينئذٍ منشأً لمطالبة الدائن بماله فعلاً حيث يتضرّر هو أيضاً بترك المطالبة، فيكون تحريم الربا هو السبب في امتناع الدائن من المعروف وهو الصبر على الدّين ولو بزيادة يسيرة يندفع بها الضرر العظيم.

ولعمري أنّ توهم دلالة التعليل هذا على حرمة الربا وجعلها مطلقاً ناشئ من دلالة هذا التعليل على وجوب اصطناع المعروف.

وعليه فيكون مفاد التعليل أنّ تحليل الربا لا ينبغي أن يمنع من اصطناع المعروف

ولو في موارد كان اصطناع المعروف واجباً، ومع الترخيص في مثل الربا، بل في نفس الربا في بعض الموارد لا يتحقق هذا المحذور أعني تسبب الحكم الشرعي لعدم وقوع المعروف؛ وذلك لوجود موارد لا يقع فيها الربا، بل يقع اصطناع المعروف بسبب تحريم الربا كما في موارد إعسار المدينين وضعفهم عن أداء ما عليهم بعد أن لم يكن بذل الربا واجباً عليهم وإن جاز؛ ولا يقع بمجرد التجويز لعدم الداعي رُعاً على بذل المال مع التمكن من الامتناع عرفاً وشرعاً، فيستند عدم وقوع الربا في هذا الفرض ونحوه إلى تحريم الربا بحيث لولاه لاستتبع شح الدائن على ماله تحميل الربا على مديونه.

وبما ذكرنا يتضح أنه لا يستدعي التعليل المتقدم ردّ الأخبار المتواترة المتضمنة لتحليل الحيل، ويكون ردّها مصداقاً للقياس الممنوع كما في صحيح أبان بل موردنا من قبيل مورده حيث كان يرّد على الخبر المتضمن للتفصيل في الديات بما ليس مأنوساً في الأذهان، فكذا يكون ردّ تحليل حيل الربا الوارد في الأخبار بمجرد عدم أنس الذهن به بعد الفراغ عن حرمة الربا بتخيّل كون الحيلة وجهاً آخر للربا يلغو بها حكم الشارع بتحريم الربا لو حلّت الحيلة وجازت؛ فلا ينبغي التسرع في ردّ أخبار أهل البيت (عليه السلام) بمجرد فهم بدوي ولا طرح الروايات ببعض البوادر، بل ينبغي إمعان النظر والدقّة، عصمنا الله من الزلّة في العاجل ووقانا من العثرة في دنيانا قبل الكثرة.

وعلى الجملة: فالروايات غير المأنوسة أقرب إلى الصدق وأبعد من الجعل والوضع لكون الداعي على الدس والجعل داعياً لوضع ما لا يتحاشاه الناس، فإنّ مثل ذلك ينافي الغرض من وضع الواضعين.

نعم، ذكرنا في غير المقام عند التعرّض لمفاد معتبرة أبان أنّ موردها هو قياس الأولويّة مع النصّ على الخلاف، فهي واردة في فرض اجتهاد أبان في قبال النصّ،

فلا دلالة في الرواية على بطلان قياس الأولوية حيث لا نصّ على خلافه. ومن جملة التعليل الوارد في النصّ فيما يتعلّق بتحريم الربا هو استلزام الرخصة في الربا لترك التجارات، كما في رواية هشام بن الحكم أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن علّة تحريم الربا فقال: «إنّه لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون إليه، فحرّم الله الربا لتنفر الناس من الحرام إلى الحلال وإلى التجارات من البيع الشراء، فيبقى ذلك بينهم من القرض^(١).

وهذه النصوص على تقدير تسليم أسانيدها - كما لا يبعد اعتبار بعضها - لا دلالة فيها على حرمة الحيل؛ وذلك لأنّ المفهوم من النصّ هو أنّ الترخيص في الربا هو الموجب لإقدام الناس على التجارات الربويّة وتمخّض التجارات في الربا فكان التحريم هو السبب في إقدام الناس على تجارات غير ربويّة، لا أنّه سبب لكون التجارات بأسرها غير ربويّة، فإذا سبّب تحريم الربا لوقوع بعض التجارات غير الربويّة كان ذلك كافياً في صحّة التعليل المتقدّم.

وبتعبير آخر: حلّ الربا سبب كون التجارة غير الربويّة متروكة، فتحريمه يوجب عدم كون التجارة غير الربويّة متروكة، لا أنّه يسبّب كون كلّ تجارة في الخارج غير ربويّة، وبينهما فرق واضح.

فمن أراد بيع حنطة جيّدة بحنطة رديّة تسوى نصف الجيّدة في القيمة ورأى أنّ بيع مقدار منها بالضعف من جنسها الرديّ ممنوعاً فقد يقدم على بيع الحنطة بالأرز، وهذه معاملة غير ربويّة لاختلاف الجنس، فكان تحريم الربا هو المسبّب لترويج المعاملات مع اختلاف العوضين في الجنس ولو أحياناً، إذ ليس المقصود أنّ تحريم الربا هو سبب لكلّ التجارات غير الربويّة.

وبالجملة: كما يمكن الاحتيال لاستيفاء ماليّة الحنطة الجيّدة ببيعها بالأرز يمكن

التوصل إلى هذا الغرض ببيعها بالحنطة مع الضميمة؛ فأَيّ فرق بين المعاملتين. ولو منع من الحيلة ببيع الضميمة على أساس التعليل المتقدم - بتوهم أنه يصير تحريم الربا لغوًا لو حُلّت الحيلة - للزم المنع من البيع غير الربوي على الوجه المتقدم كبيع الحنطة بالأرز المساوي لها في المائتة لعدم إقدام الناس عادةً على المعاملة الغائبة، ولصار مرجع حرمة الربا إلى تحميم قبول الضرر على الناس ببيع الأجناس بما يساويها في المقدار من دون ملاحظة المائتة، فلا تباع الحنطة إلا بالحنطة ولا يجوز الربا أيضاً.

فلو كان المفهوم من تحريم الربا بلحاظ التعليل المتقدم تحريم حيله كان المفهوم تحريم غير المعاملات الربوية أيضاً أحياناً كالبيع بدون التماثل مثل الفرض الأنف لكونها أيضاً من جملة الحيل، وهذا ممّا لا يتوهم متفقّه فضلاً عن فقيه. بل يمكن أن يُقال: إن مقتضى التعليل المتقدم هو جواز الحيل؛ إذ لو حرمت بعد حرمة الربا كان ذلك سبباً أحياناً لإعراض الناس عن الحكم والإقدام على التجارة الربوية بعد عدم مناص منها؛ إذ لا يرضى الناس عادةً ببيع الأشياء الجيدة بما يساوي وزنها من الردي؛ فإذا حُلّت الحيلة اكتفى الناس عن الإقدام على الربا بفعل الحيل.

قطعية حلية بعض الحيل

ثم إن هناك بعض الوجوه والحيل ممّا لا مناص من حيث الصناعة عن الحكم بالحلّ فيه؛ وهذا ممّا يؤكد جواز الحيل؛ حيث لا مجال للالتزام بالمنع من بعض الحيل الذي صورناه؛ وذلك الوجه هو أن من يريد أخذ الربا يمكنه إقراض المبلغ الذي يريد أخذه بعنوان الربا معلناً خارجاً أنه يعطيه قرضاً مع أصل المال لمن يهب المبلغ المعادل للفائدة للمقرض ثم يقرض المقرض المنظور بدون شرط الزيادة.

توضيح ذلك: أنه إذا كان يريد إقراض ثمانين وأخذ مئة وهذا ربا صريح، يمكنه إقراض مئة معلناً - خارجاً عن عقد القرض - أنه يقرضها ممّن يهبه عشرين بمجرّد تحقّق القرض، فإذا اقترض المقرض المئة اضطرّ إلى دفع العشرين هبة، دفعاً لرجوع المقرض ممّن أقرضه أو لكون القرض عقداً جائزاً شرعاً ولو من حيث الأجل بلا حاجة لاشتراط الخيار، فلو كان شرط الهبة في عقد القرض كان ربا ولكنه يجعله شرطاً ابتدائياً ومآله إلى عدم الرجوع في القرض لو اهب المبلغ المقصود.

ويجوز للمقرض اشتراط عدم الرجوع في القرض ضمن عقد الهبة للمقرض أيضاً فيفيد عدم جواز الرجوع في القرض ولو تكليفاً؛ بناءً على أنّ الجواز في القرض حكم شرعي لا أنّه جواز حقّي فلا يجوز اشتراط عدم الجواز لعدم كون الشرط مشرعاً وإنّما يكون الشرط ملزماً لما هو سائغ؛ وعدم الرجوع في القرض سائغ فيلزم بالشرط. فلا يجوز اشتراط لزوم القرض، وإنّما الجائز اشتراط عدم الرجوع فيه؛ والفرق أنّه لا يجوز الرجوع تكليفاً ولو رجع نفذ رجوعه وإن كان آثماً، هذا بناءً على الثاني، بخلاف الأوّل فإنّه بالشرط - على تقدير الصحة - يصير العقد لازماً لا ينفذ الرجوع فيه كما في اشتراط سقوط خيار الغبن وما شاكله. ثمّ إنّ جواز القرض وعدم لزومه مضافاً إلى أنّه إجماعي ظاهراً هو طبق القاعدة فيما إذا لم يشتمل القرض على أجل.

النصوص الخاصّة بهذه الحيلة

وهناك بعض النصوص بشأن هذه الحيلة ينبغي ملاحظتها ففي معتبرة جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: أصلحك الله إنّنا نخالط نفراً من أهل السواد فنقرضهم القرض ويصرفون إلينا غلاتهم فنبيعها لهم

بأجر ولنا في ذلك منفعة؟ قال: فقال: «لا بأس» ولا أعلم إلا قال: ولولا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم؛ قال: «لا بأس»^(١).

وهذه الرواية وإن كانت في نقل الشيخ مسندة^(٢)، ولكن الصدوق رحمته الله رواها بإسناده عن جميل عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام، فتكون مرسلة على نقل الصدوق^(٣).

ومورد الرواية وإن لم يكن هو الهبة ولكنه المنفعة؛ ولا فرق في محذور الربا بين المنفعة والهبة؛ ولذا لو شرط في القرض، المنفعة المفروضة في الرواية لم يجز. ومثلها معتبرة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: الرجل يأتية النبط بأحمالهم فيبيعها لهم بالأجر فيقولون له: أقرضنا دنائير فإننا نجد من يبيع لنا غيرك، ولكننا نخصك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا؟ فقال: «لا بأس به، إنما يأخذ دنائير مثل دنائيره؛ وليس بثوب إن لبسه كسر ثمنه ولا دابة إن ركبها كسرها، وإنما هو معروف يصنعه إليهم»^(٤).

فإن المفهوم من الرواية أن النبط إنما يستعملون وسيطهم لبيع أمتعتهم دون غيره من الوسطاء لأنه يقرضهم، وأن الوسيط إنما يقرضهم من أجل أنه يستفاد منهم بالوساطة في بيع أمتعتهم وأخذ الأجرة لذلك، فيكون داعيه على الإقراض هو الانتفاع كما هو الشأن في فرضنا مع كون الداعي على الإقراض هو الانتفاع بالائتباب؛ ولذا لو شرط في القرض أن يستعملوه في بيع أمتعتهم وأخذ الأجرة لذلك عليهم كان رباً؛ وكان من الزيادة الحكمية عند الفقهاء ظاهراً.

(١) الوسائل ١٣: ١٠٦، الباب ١٩ من الدين، الحديث ١٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٢٠٤-٢٠٥، ح ٢٠.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٣، ح ٤٠٢٤.

(٤) الوسائل ١٣: ١٠٦، الباب ١٩ من الدين، ح ١٠.

وأما ما في ذيل الخبر من قوله: «وليس بثوب... إلى آخره»، فقد يكون المفهوم منه عدم جواز مثل تلك المنفعة ولو بدون الشرط.

ولكنه مع معارضته بما دلّ على جوازه صريحاً - كما يأتي في معتبرة محمد بن مسلم المتضمنة للانتفاع بالرهن وجوازه - محمول على الكراهة جمعاً.

ولا يبعد كون الكراهة في فرض معتبرة أبي بصير أشدّ من سائر الفروض التي لا يكون الانتفاع بمال المديون موجباً لتضرّره أصلاً.

فلا ينافي حمل معتبرة أبي بصير على الكراهة ماسياً تي إن شاء الله تعالى من حمل غيرها أيضاً على الكراهة وعدم اختصاص الكراهة بفرض معتبرة أبي بصير.

وفي موطّأ إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يكون له عند الرجل المال قرضاً فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة فينيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية أن يأخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة، أيحلّ ذلك؟ قال: «لا بأس إذا لم يكن يشرط». وفي نقل آخر: «لا بأس إذا لم يكونا شرطاً»^(١).

ومورد هذه الرواية مثل الحيلة التي طرحناها، حيث فرض أن المديون يهدي المال ويكرّر ذلك دفعاً لرجوع الدائن عليه واسترجاعه ماله.

وظاهر الرواية - ولا أقلّ من إطلاقها - هو بذل الهدية من غير الربح وعدم حصول ربح للمديون أصلاً.

ونحو المعتبرة المتقدمة في الدلالة على مشروعية الحيلة المتقدمة معتبرة إسحاق بن عمار الأخرى عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن الرجل يكون له مع رجل مال قرضاً فيعطيه الشيء من ربحه مخافة أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن

يكون شرط عليه؟ قال: «لا بأس بذلك (به خ ل) ما لم يكن شرطاً»^(١).
 بل يمكن الاستدلال لجواز الاحتياال للربا بعدة نصوص دلّت على أنّ خير
 القرض ما جرّ منفعة، المحمولة على غير فرض الاشتراط المحقّق للربا؛ والمتيقّن من
 ذلك تصويرنا المتقدم الذي لا يكون التوصل إلى الربا إلّا عبر الحكم الشرعي
 القطعي بلا إعمال شرط معاملي وعقدي للوصول إليه.
 ففي معتبرة محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من
 الرجل قرضاً ويعطيه الرهن إمّا خادماً وإمّا آنية وإمّا ثياباً، فيحتاج إلى شيء من
 منفعته (أمتعته - ية) فيستأذن فيه فيأذن له؟ قال: «إذا طابت نفسه فلا بأس» قلت:
 إنّ من عندنا يروون: أنّ كلّ قرض يجزّ منفعة فهو فاسد؟ فقال: «أوليس خير
 القرض ما جرّ منفعة»^(٢).

بل ولا يبعد إطلاق الخبر لما إذا كان إذن الراهن والمالك دفعاً لرجوع المقرض
 والمرتهن في قرضه، فيكون راجعاً إلى ما تقدّم أيضاً.
 وفي معتبرة إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام قال: سألت عن رجل يرهّن
 العبد أو الثوب أو الحلّي أو المتاع من متاع البيت فيقول صاحب الرهن للمرتّهن:
 أنت في حلّ من لبس هذا الثوب فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم؟
 قال: «هو له حلال إذا أحلّه؛ وما أحبّ له أن يفعل»^(٣).
 وهذا الخبر يشمل ما إذا كان الإذن في الانتفاع دفعاً لرجوع المقرض؛ بل وكان
 الإقراض طمعاً في المنفعة وبداعيها والجزم بها.
 وفي معتبرة ابن بكير عن محمد بن عبدة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القرض

(١) المصدر السابق: الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٤.

(٣) المصدر السابق: الحديث ١٥.

يجرّ المنفعة؟ فقال: «خير القرض الذي يجرّ المنفعة»^(١).

وفي معتبرة ابن أبي عمير عن بشر بن مسلمة وغير واحد عن أخبرهم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «خير القرض ما جرّ منفعة»^(٢).

وفي معتبرة الحسن بن علي بن فضال عن بشير (بشر - خ ل) بن سلمة «مسلمة - خل» عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: «خير القرض ما جرّ المنفعة»^(٣). وفي معتبرة محمد بن عيسى عن علي بن محمد وقد سمعته من علي - قال: كتبت إليه: القرض يجرّ منفعة هل يجوز ذلك أم لا؟ فكتب: «يجوز ذلك» الحديث^(٤).

وكأنّ هذا المضمون متواتر، ولا يبعد دعوى القطع بصدوره.

بل يمكن الاستدلال لجواز الاحتيال بتصويرنا المتقدّم بكلّ ما دلّ على جواز الانتفاع بالقرض إذا لم يكن مشروطاً.

ففي معتبرة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلّا مثلها؛ فإن جُوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترط من أجل قرض ورقه»^(٥).

حيث إنّ المفروض في تصويرنا المتقدّم عدم اشتراط شيء غير المثل؛ ولا أخذ شيء مشروط في القرض.

وفي معتبرة جميل بن دراج عن رجل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أصلحك الله... إلى أن قال: وسئل أبو جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم والمال

(١) المصدر السابق: الحديث ٥.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٦.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٨.

(٤) المصدر السابق: الحديث ١٦.

(٥) المصدر السابق: الحديث ١١.

فيدعوه إلى طعامه أو يهدي له الهدية؟ قال: «لا بأس»^(١).

ورواه الشيخ بسند صحيح عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام.

وهناك طائفة من النصوص قد يستفاد منها عدم جواز الحيلة المفروضة؛ وهذه لو تمت سنداً ودلالة لا بدّ من حملها على الكراهة جمعاً إن أمكن.

ففي معتبرة ابن محبوب عن هذيل بن حيان أخي جعفر بن حيان الصيرفي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام «أبي عبد الله عليه السلام خ ل»: «إني دفعت إلى أخي، جعفر مالا» كان لي -يب- فهو يعطيني ما أنفق وأحجّ منه وأتصدق، وقد سألت من قبلنا فذكروا أنّ ذلك فاسد لا يحلّ، وأنا أحبّ أن أنتهي إلى قولك (فما تقول -يب) فقال لي: «أكان يملك قبل أن تدفع إليه مالك»؟ قلت: نعم؛ قال: «خُذْ منه ما يعطيك فكلّ منه واشرب وحجّ وتصدق؛ فإذا قدمت العراق فقلّ: جعفر بن محمد أفثاني بهذا»^(٢).

وهذه الرواية قد تكون دالة على حرمة ما يأخذه الدائن من المديون وإن كان بغير شرط إذا كان المديون يدفع لداعي الدّين وعدم استرداد الدائن له.

فكما تحرم الزيادة والربا مع الشرط كذلك يمكن حرمتها مع الداعي -حسب الاصطلاح- فمفهوم جواز العطية إذا كان ممّا يصل بها المديون دائنه قبل الدّين هو عدم جواز أخذها إذا لم تكن مسبقة بمثلها بالغضّ عن الدّين فكانت العطية لا محالة لداعي الدّين.

هذا، ولكن في كون المفهوم من الرواية المنع من العطية المفروضة تأمّل، بل منع؛ لاحتمال إرادة الكراهة في الفرض؛ فيكون الشرط المذكور في الخبر شرطاً لزوال الكراهة لا شرطاً لزوال التحريم.

(١) المصدر السابق: الحديث ١٧.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

هذا مضافاً إلى أنه لا بدّ من حمل المنع على الكراهة جمعاً بينه وبين ما تضمّن الحلّ صريحاً كما تقدّم في الطائفة السابقة.

ومثل الخبر المتقدمّ المعبرة عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ رجلاً أتى عليّاً عليه السلام فقال: إنّ لي على رجل ديناً فأهدى إليّ هديّة؟ قال: إحسبه من دينك عليه»^(١).

وظاهر هذا الخبر - بقرينة إطلاق الأمر الظاهر في التعيين - هو عدم جواز الهدية وتعيّن احتسابه من الدّين، ولكنّه قابل للحمل على الاستحباب كما ذكره في الوسائل أيضاً.

ويدلّ على الكراهة مضافاً إلى قواعد الجمع العرفي خصوص معتبرة إسحاق بن عمّار المتقدمّة المنضّمة لقوله عليه السلام: «هو له حلال إذا أحلّه؛ وما أحبّ له أن يفعل».

نصوص حيل الربا

ثمّ إنّ الروايات المتضمّنة لحيل الربا وحكمها على طوائف:
الطائفة الأولى: ما ورد في بيع العينة وشرائها لغرض أداء دين المعين أو غيره، وهذه الطائفة على أقسام:

أحدها مرخص والآخر مانع وثالث مفضل؛ فإنّ بيع العينة بنفسه احتيال وكونه لغرض أداء الدّين الحالّ احتيال آخر.

أمّا القسم الأوّل ففي رواية عن أبي بكر الحضرمي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يكون لي على الرجل الدراهم فيقول: بعني بيعاً (متاعاً - يب) أقضيك، فأبيعه المتاع ثمّ أشتريه منه وأقبض مالي؟ قال: «لا بأس»^(٢).

(١) المصدر السابق: الحديث ١.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٢، الباب ٦ من أحكام العقود، الحديث ١.

وفي روايته الأخرى قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تعين ثم حلّ دينه فلم يجد ما يقضي أيتعين من صاحبه الذي عيّنه ويقضيه؟ قال: «نعم»^(١).

أقول: التعين أخذ العينة وهي أن يشتري الشخص متاعاً نسيئة ثم يبيعه من البائع نقداً بأقل مما اشتراه به نسيئة. وقد يكون من العينة بيع المتاع من غير بائعه كما في معتبرة إسحاق الآتية.

وهذه من حيل الربا، حيث إن البائع لو أراد أن يقرضه المبلغ الذي اشترى المتاع به نقداً ليأخذ منه في الأجل بزيادة أعني بالمبلغ الذي باع المتاع نسيئة كان رباً صريحاً فيحتمل للفرار عن ذلك ببيع وشراء على الوجه المتقدم.

وفي المعتبرة عن هارون بن خازجة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عيّنت الرجل عينة فحلّت عليه، فقلت له: أقضني، فقال: ليس عندي، فعيني حتى أقضيك؟ فقال: «عيّنه حتى يقضيك»^(٢).

فإنّه واضح في أنّ هذا يوافق في النتيجة مع إنساء الدين بزيادة الذي هو القدر المتيقّن من الربا المحرّم؛ وقد رخص في هذا الاحتيال.

ومثلها معتبرة ليث المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله رجل زميل لعمر بن حنظلة عن رجل تعين عينة إلى أجل، فإذا جاء الأجل تقاضاه، فيقول: لا والله ما عندي، ولكن عيّني أيضاً حتى أقضيك؟ قال: «لا بأس ببيعه»^(٣).

ومعتبرة إسحاق بن عمار عن بكّار بن أبي بكر عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يكون له على الرجل المال فإذا جاء الأجل قال له: بعني متاعاً حتى أبيع، فأقضي الذي لك عليّ؟ قال: «لا بأس»^(٤).

(١) المصدر السابق: الحديث ٢.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٤.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٥.

(٤) المصدر السابق: الحديث ٦.

وفي نقل الصدوق: فإذا حلَّ قال له.

وهذه الرواية متضمنة لبیع ما اشتراه عينة - إن صحَّ التعبير هنا - من غير بائعه. وأما ما تضمنَّ الترخيص في بيع العينة لأداء دين غير المعين فمع أنَّه أبعد من الربا ممَّا إذا كانت العينة لأداء دين المعين فيمكن الاستدلال له بمعتبرة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل لي عليه مال وهو معسر فاشتري بيعاً من رجل إلى أجل على أن أضمن ذلك عنه للرجل ويقضي الذي لي؟ قال: «لا بأس»^(١).

ويمكن عدّ ما في الخبر حيلة للربا من جهة أخرى، وهي أنَّ ابن سنان إذا كان يطلب مئة ثمَّ اشترى مديونه سلعة نسيئة تسوى مئة حالَّة يكون بطبيعة الحال أغلى مؤجَّلاً، فإذا ضمن ابن سنان ذاك الدَّين المؤجَّل واستوفى دينه من السلعة فكأنَّه أجَّل دينه السابق بزيادة عن مقداره؛ فإنَّ الضامن يرجع إلى المضمون عنه بالدَّين بعد الأداء، فيكون قد احتال إلى تضمين دينه بزيادة على هذا الوجه.

وهناك عدَّة من النصوص تضمَّنَت جواز العينة ولو لغير غرض أداء دين، ففي خبر الحسين بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يحيثني الرجل فيطلب العينة فأشترى له المتاع مرابحة ثمَّ أبيعهُ إياه ثمَّ أشتريه منه مكاني؟ قال: «إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبيع وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت إن شئت لم تشتت فلا بأس». فقلت: إنَّ أهل المسجد يزعمون أنَّ هذا فاسد ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح؟ قال: «إنَّما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»^(٢).

وفي معتبرة علي بن جعفر قال: سألت عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثمَّ اشترط بخمسة دراهم أيحل؟ قال: «إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»^(٣).

(١) المصدر السابق: الحديث ٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٠، الباب ٥ من أحكام العقود، الحديث ٤.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٦.

كذا في رواية قرب الإسناد وفي سنده عبدالله بن الحسن. وفي كتاب علي بن جعفر: بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد.

وهناك بعض النصوص عدت من العينة شراء المتاع بثمن وبيعه من ثالث بزيادة وبربح؛ وهذا من حيل الربا؛ حيث إن شراء المتاع وأداء ثمنه بمال الغير لا يوجب إلّا ضمان مبلغ الثمن بعينه بناءً على عدم جواز أداء دين الغير مضمناً إياه بزيادة مؤجلاً فضلاً عن كونه مضموناً حالاً بزيادة كما في بعض النصوص فيحيل لذلك بشراء السلعة لصاحب المال ثم اشترائه منه بزيادة.

ففي معتبرة منصور قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينة قال: ليس عندي، هذه دراهم فخذها فاشتر بها، فأخذها فاشترى بها ثوباً كما يريد ثم جاء به، أيشتره منه؟ فقال: «أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟» قلت: بلى. قال: «إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس به»^(١).

ونحوها في الدلالة صحيحة الآخر.

وفي معتبرة صفوان عن عبد الحميد بن سعد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنا نعالج هذه العينة، وربما جاءنا الرجل يطلب البيع وليس هو عندنا فنساومه ونقاطعه على سعره قبل أن نشتره ثم نشتره المتاع فنبيعه إياه بذلك السعر الذي نقاطه عليه لا نزيد شيئاً ولا ننقصه؟ قال: «لا بأس»^(٢).

القسم الثاني من هذه الطائفة ما تضمن المنع من هذا الاحتيال في الجملة، ففي معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال: «لا تقبض ممّا تعين» يقول: «لا تعينه ثم تقبضه ممّا لك عليه»^(٣).

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٨، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ١١ و ١٢.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١٠.

(٣) المصدر السابق، الباب ٦: الحديث ٩.

وفي معتبرة منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غير ذلك، فأتى المطلوب الطالب لبيّاع منه شيئاً؟ قال: «لا يبيعه نسياً؛ فأماً نقداً فليبيعه بما شاء»^(١).

ولكن ظاهر الخبر الأوّل جواز التعيّن من الدائن والشراء منه نسيئة إلاّ أنّه لا يجوز استيفاء الدّين ممّا تعيّن به من الدائن. وظاهر الخبر الثاني عدم جواز التعيّن والشراء نسيئة من الدائن.

وجوه الجمع بين الأخبار

ويمكن الجمع بين القسمين بأنّ الخبر - أعني خبر عبد الرحمن الأوّل - لا دلالة فيه على جواز التعيّن من الدائن، وإنّما نهى عن التعيّن ثمّ استيفاء الدائن دينه، فلا ينافي عدم جواز التعيّن مطلقاً.

ويمكن الجمع بوجه آخر وهو جواز التعيّن في نفسه لا لغرض أداء دين المعيّن، ويكون الخبر الثاني منزلاً على النهي عن التعيّن لذلك.

ويمكن الجمع بين ما تضمّن الترخيص وبين ما تضمّن المنع بحمل الثاني على الكراهة كما هو الشأن في سائر الموارد.

وأحسن من ذلك أن يقال: إنّّه لا دلالة فيه على المنع من بيع العينة إن لم يدلّ على جوازها، وإنّما غاية مدلولها النهي عن قبض ما عيّن به صاحبه احتساباً من دين المعيّن. ثمّ هذا النهي أيضاً محمول على الكراهة؛ لصراحة غيره في جواز قبض ما عيّن به عن دينه.

وبما ذكر ظهر الكلام في صحيح منصور بن حازم، فإنّ مدلوله عدم جواز بيع النسيئة من المديون للبائع، وهذا محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين ما تضمّن

الجواز صريحاً؛ كما هو مقتضى الصناعة في الجمع بين النهي والترخيص.
وقد يعدّ ممّا يدلّ على المنع من العينة ما روى عن يونس الشيباني قال: قلت
لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البائع يعلم أنّه لا يسوى والمشتري يعلم أنّه لا
يسوى إلا أنّه يعلم أنّه سيرجع فيه فيشتريه منه؟ قال: فقال: «يا يونس! إن رسول
الله صلى الله عليه وآله قال لجابر بن عبد الله: كيف أنت إذا ظهر الجور وأورثهم الذلّ؟ قال: فقال له
جابر: ' بقيت إلى ذلك الزمان؛ ومتى يكون ذلك بأبي أنت وأمي؟ قال: إذا ظهر
الربا. يا يونس وهذا الربا. فإن لم تشتريه ردّه عليك؟» قال: قلت: نعم، قال: «فلا
تقربنه فلا تقربنه»^(١).

ويرد على الاستدلال بهذا الخبر للمنع من العينة:
أولاً: إنّّه لا يبعد اختصاص هذا الخبر بما إذا كان البيع الثاني مشروطاً ضمن
البيع الأول؛ وذلك بقريئة قوله عليه السلام: «فإن لم تشتريه ردّه عليك»؛ حيث إنّ ظاهره أنّ
الردّ يكون مبنياً على تخلّف الشرط المعاملي إذا تخلّف البائع عن الموافقة على شراء
السلعة ثانياً بعدما باعه، لكون البيع الأول وقع مبنياً على شرط وإن لم يصرّح به
ضمن العقد وهو اشتراط شراء البائع مجدّداً للسلعة بعد البيع الأول؛ وقد ورد المنع
من العينة على تقدير اشتراط البيع الأول بالشراء ثانياً في بعض النصوص التي
نشير إليها إن شاء الله تعالى.

وثانياً: إنّ دلالة الخبر على كون بيع العينة المفروض في الرواية من الربا المحرّم
هي بالظهور، ومع القرينة على حلّ ذلك يحمل النهي على الكراهة، بل لا يبعد دلالة
الخبر على الكراهة الشديدة بعد القرينة على عدم التحريم في أخبار جواز العينة؛
وذلك لتكرار النهي عن قرب مثل هذه المعاملة.

(١) الوسائل ١٢: ٣٧١، الباب ٥ من أحكام العقود، الحديث ٥.

وثالثاً: يحتمل أن يكون الخبر ناظراً إلى المنع من البيع الصوري مع كون القصد المعاملي الجدي متعلقاً بالربا، وهذا على طبق القاعدة؛ حيث إن العبرة في المعاملات بالقصد الجاد إلى حقائقها؛ ولا يكفي في إنشائها مجرد التعبير واللفظ إذا لم يكن مفهومه مقصوداً، فمن قصد القرض الربوي لا يكفي للفرار عنه أن يتلفظ بلفظ البيع. فيكون المراد من قوله ﷺ: «إن لم تشتريه ردّه عليك» هو الرد لعدم قصد الشراء، فيكون الردّ لكون المقصود بالإنشاء هو القرض، وحيث لم يتحقق ردّ المشتري السلعة لعدم التزامه بشرائها جدّاً، وإنّما قصد صورة الشراء.

نعم، يكفي في صحّة المعاملة قصد الإنشاء المعاملي وإن كان بداعٍ وغرض آخر، فإنّ تخلف الأغراض والدواعي لا تخلّ بصحّة المعاملات.

إذن يكون مدلول الخبر عدم كفاية مجرد اللفظ الدالّ على المعاملة المشروعة إذا قصد بها في مقام الإنشاء والجّد - لا الداعي - المعاملة الممنوعة كالربا. وعلى هذا المعنى يمكن أن ينزل بعض النصوص المتضمنة لعدم جواز استحلال الربا بالبيع، كما في الخبر المروي في نهج البلاغة عن عليّ عليه السلام من كلام له عن النبي ﷺ: «يا عليّ إنّ القوم سيفتنون بأموالهم - إلى أن قال: - ويستحلّون حرامه بالشبهات الكاذبة والأهواء الساهية فيستحلّون الخمر بالنبيذ والسحت بالهدية والربا بالبيع»^(١).

بل ظاهره هو ما ذكرنا حيث ذكر فيه أنّ نفوس القوم تسوّل لهم ارتكاب الحرام القطعي، لا أنّهم يحتالون بالخروج عن الحرام إلى الحلال، بل يرتكبون الحرام بالتوجيه والأهواء. ومثاله أنّهم يستحلّون الخمر بتغيير اللفظ فإنّ النبيذ خمر استصغره الناس كما في الخبر فيستحلّونه بتبديل لفظه بلفظ آخر، كما أنّهم يستحلّون السحت بتغيير لفظه والتعبير عنه بالهدية، فإنّ ما يبذل لإبطال حقّ أو

(١) الوسائل ٥٦: ١٢، الباب ٢٠ من الربا، الحديث ٤، البحار ٥٦: ١٠٠، الباب ٤ جوامع المكاسب وفيه:

سيفتنون بعدي، وكذا في النهج: ١٨٠ الخطبة ١٥٥.

إحقاق باطل هو رشوة محرّم سحت ولا يهّم أن نعبّر عنه بالرشا أو بلفظ آخر كالإهداء؛ فإنّه على أيّ تقدير مصداق للمحرّم وللرشوة حقيقة، ولا يكاد يغيّر الماهيّة اختلاف التعبير واللفظ بمجرد ما لم يتغيّر الحقيقة والواقع المقصود بالإنشاء. وكذلك الربا والقرض الربوي مثلاً فإنّه لا يتبدّل عن واقعه بالتعبير عنه بالبيع، فالمقرض بزيادة إذا أنشأ القرض بلفظ البيع بالزيادة كان رباً قرضياً؛ لعدم كون مجرد اللفظ كافياً في إنشاء الحقائق ما لم يكن المقصود بها تلك الحقائق. وأيضاً البيع الربوي كبيع المتجانسين متفاضلاً مصداق حقيقي للربا؛ لأنّه قسم من الربا، ولا يجوز استحلّاله بغمض العين وعدم تسميته ربا والاقتصار على تسميته بالبيع. وعلى هذا فتكون الرواية أجنبيّة عن المنع من العينة التي يكون المقصود بها البيع حقيقة وجداً ولكن بداعٍ خاصّ الذي لا يؤثّر في انقلاب ماهيّة البيع إلى شيء آخر؛ فإنّ روايات ترخيص العينة وتجويزها متطابقة على عدم تأثير الداعي في بطلان البيع وفي انقلاب البيع من حكمه إلى حكم آخر، مع أنّه مقتضى القواعد، ألا ترى أنّ من اشترى سلعة لظنّه الحاجة إليها ثمّ بانّ عدم احتياجه لم يبطل البيع ولا للمشتري الخيار.

ورابعاً: إنّ الرواية ضعيفة سنداً.

القسم الثالث: ما تضمّن التفصيل في بيع العينة بين اشتراط البيع الثاني في البيع الأوّل وعدمه.

ففي معتبرة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثمّ اشتراه بخمسة دراهم، أيحلّ؟ قال: «إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس»^(١).

وفي رواية الحسن بن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب

العينة فأشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: «إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس» فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح؟ قال: «إنما هذا تقديم وتأخير، فلا بأس»^(١).

وأما ما تضمن عدم جواز بيعين في بيع واحد وأنه إنما يجوز إذا كتب كتابين^(٢) كما يأتي فإنما هو ناظر إلى إنشاء البيعين في عقد واحد، لا اشتراط فعل الثاني في الأول. ثم إن هذا القسم من هذه الطائفة يصلح شاهد جمع بين ما دل على جواز بيع العينة مطلقاً وما تضمن المنع لو تمت دلالاته وسنده، وقد تقدم عدم تماميها. وكيف كان فلا بد من تخصيص ما دل على الجواز بما تضمن اختصاص الجواز بفرض عدم الاشتراط وعدم جوازه مع الشرط.

وهناك بعض النصوص ترتبط ببيع العينة وربما يستفاد منها المنع، وهي ما تضمن أن من اشترى متاعاً بنقد ثم اتفق أن بدله ببيع المتاع لبائعه بنقد من جنس النقد الذي اشترى به كالدراهم - ولو لعدم وجود المتاع - لم يجز متفاضلاً، كما إذا باع متين بدرهمين فلا يجوز له شراؤه ما باع بأكثر من درهمين. وكذا إذا باع متاعاً بثمن مؤجل فليس له شراؤه بأكثر من مقدار ذلك الثمن.

ففي معتبرة علي بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أياً أخذ بقيمته دراهم؟ قال: «إذا قومه دراهم فسد؛ لأن الأصل الذي يشتري (اشترى - خ ل) به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم»^(٣).

وفي المعتبرة عن خالد بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعت

(١) المصدر السابق: الحديث ٤.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٨٢ ب ١٠ من العقود، ح ٦ وأيضاً: ٣٦٨ ب ٢ ح ٤ و ٥، وأيضاً: ٣٧٤ ب ٧، ح ٣.

(٣) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من السلم، الحديث ١٢ و ١٣.

طعاماً بتأخير إلى أجلٍ مسمى فلماً حلَّ الأجل أخذته بدراهمي، فقال ليس عندي دراهم، ولكن عندي طعام فاشتره منِّي؟ قال: «لا تشتريه منه، فإنَّه لا خير فيه»^(١). قال في الوسائل: حملة الشيخ على ما إذا أخذ أكثر من طعامه أو أقل، وحكم غيره الجواز مع الكراهية.

وفي صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من اشترى طعاماً أو علفاً إلى أجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه إلّا الورق؛ وإن قال: خذ منِّي بسعر اليوم ورقاً فلا يأخذ إلّا شرطه طعامه أو علفه. فإن لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلّا رأس ماله، لا تظلمون ولا تُظلمون»^(٢).

وفي معتبرة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله (جعفر - خ يه) عليه السلام عن الرجل يسلف في الحنطة والثمرة مئة درهم فيأتي صاحبه حين يحلّ الذي له فيقول: والله ما عندي إلّا نصف الذي لك فخذ منِّي - إن شئت - بنصف الذي لك حنطة وبنصفه ورقاً؟ فقال: «لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه»^(٣).

وفي معتبرة عبد الله بن بكير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء سلف الناس فيه من الثمار فذهب زمانها (ثمارها - خ يه) ولم يستوف سلفه؟ قال: «فليأخذ رأس ماله أو لينظره»^(٤).

وفي صحيح آخر لمحمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجلٍ مسمى فقال له صاحبه: لانجد لك

(١) المصدر السابق: الباب ١٢، الحديث ٣.

(٢) المصدر السابق: الباب ١١، الحديث ١٥.

(٣) المصدر السابق: الباب ١١، الحديث ١٦.

(٤) المصدر السابق: الحديث ١٤.

وصيفاً خُذْ مِنِّي قيمة وصيفك اليوم ورقاً؟ قال: فقال: «لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مرة لا يزداد عليه شيئاً»^(١).

وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن الرجل يسلم في الغنم ثنيان وجذعان وغير ذلك إلى أجلٍ مسمى؟ قال: «لا بأس؛ إن لم يقدر الذي عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها ويأخذ رأس مال بقي من الغنم دراهم؛ ويأخذ دون شروطهم ولا يأخذون فوق شرطهم، والأكسية أيضاً مثل الحنطة والشعير والزعفران والغنم»^(٢).

وفي صحيح الحلبي قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أسلم دراهمه (دراهم - خ ل) في خمسة مخاتيم من حنطة أو شعير إلى أجلٍ مسمى وكان الذي عليه الحنطة والشعير لا يقدر على أن يقضيه جميع الذي له إذا حلّ فسأل صاحب الحق أن يأخذ نصف الطعام أو ثلثه أو أقلّ من ذلك أو أكثر ويأخذ رأس مال ما بقي من الطعام دراهم؟ قال: «لا بأس». والزعفران يسلم فيه الرجل دراهم في عشرين مثقالاً أو أقلّ من ذلك أو أكثر؟ قال: «لا بأس؛ إن لم يقدر الذي عليه الزعفران أن يعطيه جميع ماله أن يأخذ نصف حقه أو ثلثه أو ثلثيه ويأخذ رأس مال ما بقي من حقه درهم (دراهم - خ يه)»^(٣).

وفي معتبرة عبد الصمد بن بشير قال: سأله محمد بن القاسم الحنّاط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجلٍ فأجيء وقد تغيّر الطعام من سعره فيقول: ليس عندي دراهم؟ قال: «خُذْ منه بسعر يومه» قال: أفهم أصلحك الله! إنّه طعامي الذي اشتراه مِنِّي؟ قال: «لا تأخذ منه حتّى يبيعه ويعطيك» قال: أرغم الله

(١) المصدر السابق: الحديث ٩.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٧.

أنفي؛ رخص لي فرددت عليه فشد علي^(١).

والمفهوم منه أن الطعام إذا كان هو المبيع فلا يجوز أخذه وفاءً عن الدراهم أو شراؤه بالدراهم لرجوعه إلى المعاوضة بين طعام وطعام متفاضلاً.

نعم، لا بأس ببيع المشتري الطعام من غير بائه بأي وجه كان؛ لعدم لزوم الربا. ثم إنه يستفاد من الخبر ارتكاز حجية الإطلاق عند السائل؛ حيث جعل التقييد المستفاد من الجواب الثاني مانعاً من أخذه بإطلاق الأول الذي لم يفصل الإمام عليه السلام بين كون الطعام عند المديون هو عين ما اشتراه أو غيره، فتأمل.

بل ربما يستفاد التشديد في الأمر مما تضمن أن المشتري سلماً لا ينبغي له أن يأخذ ثمن ما اشتراه من صاحبه ليشتري به السلعة له ثم يأخذ السلعة وفاءً عما على البائع إلا إذا كان معه غيره يباشر الوفاء؛ لأنه ليس للمشتري أن يستوفي دينه بما يأخذه من الأثمان من صاحبه فقط، بل لا يحق له أن يتوكل عنه في شراء السلعة له ثم استيفائها عليه.

ففي صحيح الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلفه دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث إليّ بدراهم وقال: اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقك؟ قال: «أرى أن تولي ذلك غيرك وتقوم معه حتى تقبض الذي لك، ولا تتولي أنت شراءه»^(٢).

وفي معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم في طعام فحل الذي له فأرسل إليه بدراهم فقال: اشتر طعاماً واستوف حقك، هل ترى به بأساً؟ قال: «يكون معه غيره يوفيه ذلك»^(٣).

(١) المصدر السابق: الباب ١٢، الحديث ٥.

(٢) الوسائل ١٣: ٧٣، الباب ١٢ من السلف، الحديث ١.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٢.

ولكن لا يبعد حمل ما دلّ على المنع من أخذ الدراهم بدل الطعام المشتري بالدراهم من البائع على الكراهة بقرينة نصوص العينة وغيرها وقد تقدّمت روايات العينة.

ففي معتبرة أبان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يسلم الدراهم في الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام فيقول: ليس عندي طعام ولكن انظر ما قيمته فخذ منّي ثمّنه؟ فقال: «لا بأس بذلك»^(١).

وفي رواية عن الحسن بن علي بن فضال قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: الرجل يسلفني في الطعام فيحلّ الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: «نعم»^(٢).

وفي المعتبرة عن علي بن محمد قال: كتبت إليه: رجل له على رجل تمر أو حنطة أو شعير أو قطن فلمّا تقاضاه قال: خذ بقيمة مالك عندي دراهم، أيجوز له ذلك أم لا؟ قلت: «يجوز ذلك عن تراضٍ منهما إن شاء الله»^(٣).

بل ربما كان لسان روايات المنع مشيراً إلى الكراهية حوطاً على الربا ومخافة من الحيل، وإلا فلا ينحصر التحيّل إلى شراء المتاع بنفس النقد الذي يبيع به، بل يمكن الشراء بدينار لما باعه بدرهم وبالعكس، فلا يستلزم محذور الدرهم بالدرهم ولو باعتبار أصله.

وكيف كان فدلالة النصوص على شدة كراهة حيل الربا ونحوها فضلاً عن أصل الكراهة ممّا لا ينبغي الارتياح فيه.

كما أنّ دلالتها على أصل مشروعية المعاملات المفروضة أيضاً واضحة.

(١) الوسائل ١٣: ٦٩، الباب ١١ من السلف، الحديث ٥.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٨.

(٣) المصدر السابق: الحديث ١١.

ويمكن أن يقال: إن روايات المنع عن الأخذ بالزائد عن الثمن الأول ناظرة إلى فرض تعذر المبيع وأنه في مثله لا يجوز إلزام البائع ببذل ما زاد عن الثمن الذي أخذه أولاً وفاءً عن المبيع المتعذر، فلا تنافي جواز شراء المبيع اختياراً بما زاد عن الثمن المدفوع أولاً.

إلا أن يقال: إن في النصوص ما هو بمنزلة التعليل الشامل للفرض وهو قوله: «لأن الأصل الذي اشترى به دراهم ولا يصلح دراهم بدراهم» فتأمل. وهناك قسم من الروايات تضمنت العينة بوجه آخر؛ فإن العينة في النصوص السابقة كانت بشراء السلعة من شخص نسيئة وبيعها منه نقداً بأقل. وهذه النصوص تتضمن شراء السلعة من شخص نقداً لبيعه على ثالث، ثم شراء ثالث ذلك من الثاني نسيئة.

ففي معتبرة منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينة فيقول له الرجل: أنا أبصر بحاجتي منك فأعطني حتى أشتري فيأخذ الدراهم فيشتري حاجته ثم يجيء بها إلى الرجل الذي له المال فيدفعه إليه؟ فقال: «أليس إن شاء اشترى وإن شاء ترك وإن شاء البائع باعه وإن شاء لم يبع؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس»^(١).

وفي معتبرته الأخرى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوباً بعينه، قال: ليس عندي، هذه دراهم فخذها فاشتر بها، فأخذ فاشترى بها ثوباً كما يريد ثم جاء به أيشتره منه؟ قال: «أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟» قلت: بلى، قال: «إن شاء اشترى وإن شاء لم يشتر؟» قلت: نعم، قال: «لا بأس به»^(٢).

(١) المصدر السابق، الباب ٨: الحديث ١١.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١٢.

وفي معتبرة إسماعيل بن عبد الخالق قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن العينة وقلت: إنَّ عامَّة تجَّارنا اليوم يعطون العينة فأقص عليك كيف نعمل؟ قال: «هات» قلت: يأتينا المساوم يريد المال فيساومنا وليس عندنا متاع فيقول: أربحك ده يازده، أقول أنا: ده دوازه، فلا نزال نتراوض حتَّى نتراوض على أمر فإذا فرغنا قال ^(١): قلت: أيَّ متاع أحبَّ إليك أن أشتري لك؟ فيقول: الحرير؛ لأنَّه لا يجد شيئاً أقلَّ وضیعة منه؛ فأذهب وقد قالته من غير مبايعة؟ فقال: «أليس إن شاء لم تعطه وإن شاء لم يأخذه منك؟» قلت: بلى، قال: فأذهب فاشترى له ذلك الحرير وأماكس بقدر جهدي ثمَّ أجيء به إلى بيتي فأباعه فربما ازدادت عليه القليل على المقاوله وربما أعطيته على ما قالته وربما تعاسرنا فلم يكن شيء، فإذا اشترى منِّي لم يجد أحداً أغلى به من الذي اشتريته منه فيبيعه منِّي (منه خ ل) فيجيء ذلك فياخذ الدراهم فيدفعها إليه وربما جاء ليحيله عليَّ، فقال: «لا تدفعها إلَّا إلى صاحب الحرير». قلت: وربما لم يتفق بيني وبينه البيع به وأطلب إليه فيقبله منِّي، فقال: «أليس إنَّه لو شاء لم يفعل ولو شئت أنت لم ترد؟» فقلت: بلى، لو إنَّه هلك فمن مالي، قال: «لا بأس بهذا إذا أنت لم تعد هذا فلا بأس به» ^(٢).

وفي معتبرة ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجَّاج (نجيح خ ل) (عن خالد بن الحجَّاج - خ ل) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ قال: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لا بأس به؛ إنَّما يحلُّ الكلام ويحرَّم الكلام» ^(٣).

(١) الظاهر زيادة لفظ (قال)؛ ولذا لم يرد في بعض النسخ.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١٤.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٧٤، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٤ في طبعة آل البيت: يحيى بن الحجَّاج عن خالد

والمراد من تحليل الكلام وتحريمه ليس هو اشتراط اللفظ في العقود، فإن هذا لا يناسب المعلل، وإنما المعنى أن المقصود بالإنشاء إذا كان ما يتخير معه الأمر بالشراء بين الشراء وعدمه بحيث لا يكون البيع منعقداً عليه بمجرد أمره وشراء المأمور فيصح ويحل؛ وإذا كان المقصود بالإنشاء هو وقوع بيعين بين ثلاثة أشخاص يبيع واحد فيشتري المأمور من الثالث ويربح على الأمر ويكون المتاع للأمر بزيادة عما اشتراه المأمور بلا حاجة إلى إنشاء جديد، فهذا لا يصح قصده والتكلم به يحرم. ثم إنه يؤيد ما فسرنا به التحليل والتحريم للكلام ما في عدة روايات أوردوها في أبواب المزارعة نكتفي بذكر بعضها، ففي رواية أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام إنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشتري عليه ثلثاً للبذور وثلثاً للبقر؟ فقال: «لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقرأ، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقرأ؛ فإنما يحرم الكلام»^(١).

فإن المفهوم منه أنه لا ينبغي أن تُنشأ ويجعل شطر للبذر وشرط للبقر سواء كان الإنشاء بلفظ وكلام أو فعل ومعاطة لا أن المراد أنه لا يتلفظ بهذه الألفاظ مع كون مضمونها مقصودة بالإنشاء ولو بلفظ آخر أو بفعل ومعاطة.

ومن روايات مسألتنا معتبرة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه؟ قال: «لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه»^(٢). ونحوه معتبرة محمد بن مسلم^(٣).

وفي صحيح معاوية بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل يطلب

(١) الوسائل ١٣: ٢٠١، الباب ٨ من المزارعة، الحديث ١٠.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٦.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٨.

(متي) الحرير وليس عندي منه شيء فيقاولني عليه وأقاوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه ؟ فقال: «أرأيت إن وجد بيعاً هو أحب إليه مما عندك أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك؛ أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟» قلت: نعم، قال: «فلا بأس»^(١).

وقد عدّ مثل هذه المعاملة عينة في عدّة من النصوص.

وفي معتبرة صفوان عن عبد الحميد بن سعد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنا نعالج هذه العينة وربما جاءنا الرجل يطلب البيع وليس هو عندنا فنساومه ونقاطعه على سعره قبل أن نشتره ثم نشتره المتاع فنبيعه إياه بذلك السعر الذي نقاطعه عليه لا نزيد شيئاً ولا ننقصه؟ قال: «لا بأس»^(٢).

وجهة السؤال في بعض هذه النصوص وإن كانت هي المقابلة على البيع قبل التملك ولكنها تتضمن حيلة من حيل الربا، وهي ضمان الدّين بزيادة أو القرض الربوي، فإنّ صاحب المال لو دفع الثمن قرضاً على أن يباشر المقرض الشراء لنفسه ويكون ضامناً للزيادة من مبلغ القرض كان رباً؛ ولو دفع الثمن أداءً لدين المشتري لا إقراضاً له لم يكن له إلاّ المبلغ المدفوع حسبما تضمنه بعض النصوص وأفتى به الفقهاء، فكانت الحيلة المخرجة عن المحذورين هي شراء المتاع لصاحب الثمن وبيعه ثانياً من دون أن يكون البيع الثاني مُشْتَأً قبل التملك، وهذا هو المراد بقولهم: أليس إن شاء - يعني الأمر بالشراء - أخذ وإن شاء ترك، والبائع - يعني المأمور بالشراء - إن شاء باع وإن شاء لم يبيع.

ثمّ إنّ تفارق هذه المعاملة المطروحة في هذه النصوص (أعني العينة) الربا في كون صاحب المال مقرراً بماله لكون تلف السلعة قبل بيعه ثانياً يكون عليه لا على الأمر

(١) المصدر السابق: الحديث ٧.

(٢) المصدر السابق: الحديث ١٠.

بالشراء؛ كما أنَّ الأمر ليس ملزماً بالشراء - على احتمال - فضلاً عن أن يكون ضامناً للثمن قبله.

ثمَّ إنَّه لا يبعد ظهور هذه النصوص في عدم كون الطرفين ملزمين بالبيع الثاني تكليفاً وإن كان بينهما معاهدة في ذلك؛ حيث تعهّد الأمر بالشراء وتعهد الآخر بالبيع، وليس هذا من الوعد الابتدائي، بل هو معاقدة ومواعدة بين طرفين على إنشاء معاملة، وقد تعارف مثل ذلك أخيراً وعدّ من العقود الحديثة ويبدل على أساسه العوض فيتعهّد الشخص بمعاملة؛ وتعهدّه مقابل بعوض كأن يتعهّد ببيع سلعة بدينار وتعهدّه بإزاء درهم. ومورد هذه النصوص هو التعهّد ببيع السلعة بمبلغ يساوي ثمن شرائها وزيادة نسبة عشرة بالمئة كما في بعض النصوص مثل رواية إسماعيل، أو مبلغ قطعي آخر لا يلحظ فيه ثمن معاملة أخرى ونسبة ربح إليه كما في إطلاق بعض آخر من النصوص مثل رواية عبد الحميد.

ثمَّ إنَّه يحتمل عدم منافاة هذه النصوص للزوم إنشاء البيع الثاني تكليفاً، فلا تنافي صحّة المعاملة الحديثة الرائجة التي أشرنا إليها؛ والوجه في ذلك أنّه ليس المفهوم في هذه النصوص من قسم مفهوم الشرط، بل إمّا لا مفهوم لها أصلاً لكونها مشيرة إلى الأمر المحقّق خارجاً من دون كون ذلك دخیلاً في صحّة المعاملة.

وإمّا يكون مفهومها من قبيل مفهوم القيد الذي لا ينافيه وجود بديل للقيد؛ ويكون مساق القيد أنّه إذا أنشئ البيع الثاني قبل تملك السلعة لا يصحّ، فيكون المقصود نفيه في قوله ﷺ: «إن شاء وإن شاء» هو عدم إنشاء المعاملة والخيار من جهة عدم سبق معاملة مفيدة للملك، فلا ينافي لزوم إنشاء البيع تكليفاً. فيتحصّل من النصّ أنّه إذا أنشئ البيع الثاني قبل التملك لا يصحّ؛ ولا ينافي ذلك وجوب إنشائه تكليفاً بعد التملك.

ومما يؤكّد عدم منافاة هذه النصوص لجواز المعاقدة على إنشاء البيع فيما بعد،

مضافاً إلى ما تقدّم - من أنّ منصرف هذه النصوص هو عدم صحّة إنشاء البيع قبل التملّك على أن يكون البيع الثاني نافذاً بلا حاجة إلى إنشاء جديد - هو ما تقدّم في روايات حصر المحلّ والمحزّم في الكلام بما تقدّم له من المعنى؛ فإنّ ذلك ذكر تعليلاً لعدم صحّة إنشاء البيع قبل التملّك وجواز إنشاء التعهّد بالبيع فيما بعد؛ فإنّ مفروض تلك الرواية هو تعهّد فاقد المتاع الخاصّ وغير المالك فعلاً ببيعه، فقلوه لَيْسَ: «أليس إنشاء ترك وإن شاء أخذ» أريد به جواز الأخذ والترك بحسب إنشاء المتعاملين وقصدهما؛ لا بطلان معاقدتهما شرعاً ليكون الجواز كناية عن بطلان التعهّد قبل التملّك، بالبيع فيما بعد التملّك؛ فالمعنى أنّ غير المالك إذا أنشأ بيع شخص ما يشتره ويملكه قبل ملكه فلا يصحّ ويكون هذا الكلام محزّماً لا محلّلاً؛ وإذا أنشأ التعهّد بالبيع قبل التملّك على أن يكون إنشاء البيع بعد التملّك فهذا جائز ومحلّ؛ وهذا مطلق من حيث البيع المنشأ فيما بعد ومن حيث التعهّد بالبيع فعلاً وقبل التملّك؛ فتكون الرواية دالّة أيضاً على جواز المعاقدة على التعهّد بالبيع بثمن خاص في زمان يصحّ البيع منه شرعاً.

ثمّ إنّ هذه الروايات لا تنافي صحّة بيع الكلّي قبل التملّك؛ فإنّ الإنسان مالك لعهدته ويصحّ له البيع وإن لم يكن واجداً لمصداق ما يبيعه؛ فإنّ ما يحصله ويعيّنه فيما بعد ليس هو المبيع، بل هو وفاء عن المبيع، ولذا يجوز تبديله قبل القبض. وقد صرح في النصوص بجواز بيع الكلّي قبل التملّك^(١).

وهناك محذور آخر تصلح الروايات هذه حيلة لحله إن شئت سمّه ربا أو غيره؛ وذلك هو محذور أداء دين الغير مضموناً عليه بزيادة، فإنّه ممنوع حسبما دلّ عليه بعض النصوص التي تأتي ونحن نصطّلع عليه بالربا الأدائي في قبال ربا القرض

(١) راجع: الوسائل ١٣: ٥٤، ب ٥ من أبواب السلف وغيره.

وربا المعاوضة. ويمكن التحيل للوصول إلى نتيجة ذلك بلا منع بما في هذا النص. توضيح ذلك: إن أداء دين الغير بطلب منه يكون مضموناً عليه كما في سائر موارد استيفاء عمل الغير، ولا ريب أن قيمة العمل حالاً تختلف عن قيمته مؤجلاً، فقيمة خياطة الثوب نقداً أقل من قيمته مع كون الأجرة مؤجلة، فلو أمر المديون بأداء دينه مضموناً نقداً فهذا يختلف ماليته عما لو أمر بذلك مضموناً في أجل، كما أن قيمة أداء الدين مضموناً بالنقد تختلف عن مقدار الأداء طبعاً، فمن أدى مئة دينار عن الغير لا يتعين أن تكون ماليته هذا العمل تساوي مئة دينار، فلنا في المقام دعويان:

إحدهما: أن قيمة أداء الدين لا تساوي مقدار الدين ولو كان أداء الدين مضموناً حالاً؛ بل تزيد على مبلغ الأداء. والثانية: أن قيمة أداء الدين مضمونة حالاً تختلف عن قيمته مضمونة مؤجلاً؛ وتكون الثانية أزيد من الأولى؛ وببالي أن كلتا الدعويين واضحتان لا تحتاجان إلى إثبات، ومع ذلك ففيه استدراك يأتي إن شاء الله تعالى قريباً.

وعلى ذلك لو كنّا نحن وأدلة حرمه الربا لم يكن مقتضاها عدم جواز ضمان الدين بزيادة عن مبلغه حالاً فضلاً عن ضمانه بالزيادة مؤجلاً؛ والسّر في ذلك أن الربا عبارة عن تمليك شيء بزيادة عن مقداره ولا يملك المديون بأداء دينه شيئاً وإنما يبرأ؛ ولذا عدّ سيدنا الأستاذ أداء دين الغير إتلافاً للمال كالقضاء المتاع في البحر إلا أنه يترتب على الإتلاف أحياناً غرض عقلائي كالبراءة وغيرها. وفي هذا الكلام عندي نظر؛ لعدم صدق الإتلاف فيما إذا كان يترتب على الأداء براءة المديون سيما إذا كان الأداء مضموناً على المديون كما لو أدى الدين بأمره؛ والأمر سهل ولا مشاحة في الاصطلاح؛ ولكن مع ذلك فلا يعمّه أدلة الربا؛ إلا أن هناك بعض النصوص فيما يتعلق به وستأتي إن شاء الله تعالى.

ثمَّ إنَّه يتوقَّف وضوح المقصود من نصوص العينة هذه على تمهيد مقدِّمة هي أنَّه: قد يفرض أنَّ فاقد السلعة وغير مالِكها يباشر بيعها قبل ملكها لا على وجه بيع الكلِّي، بل يبيع نفس ما يملكه ويشتريه فيما بعد كما لو باع شخص دار زيد - لا وكالة عنه - ثقةً منه بتمكُّنه من شرائه منه واستيهاه به مثلاً، فيبيع دار غيره لنفسه على أساس أنَّه يملكه فيما بعد نظير بيع الكلِّي لمن لا يملك مصداقاً له أصلاً فعلاً، فهذا البيع غير جائز وإن كان معقولاً.

والوجه في ذلك أنَّه إن كان المقصود تمليك المبيع فعلاً فهو غير مالِك له؛ وإن كان المقصود تمليكه متأخراً فهو راجع إلى التعليق في البيع، وهذا التعليق باطل بالغضِّ عن الإجماع؛ لا ندراجه في بيع ما لا يملك الذي ورد النهي عنه، وربما كان المدرك لبطلان التعليق في العقود هذا ونحوه ممَّا ورد في بعض العقود أو الإيقاعات مثل لا عتق إلَّا في ملك ونحوه؛ فيكون الإجماع على بطلان التعليق في الإيقاعات فضلاً عن العقود مدرَكياً. ويؤكد بطلان البيع على الوجه المتقدم ما في صحيح منصور ومحمَّد بن مسلم المتقدمين من أنَّ البيع إنَّما هو بعد الشراء.

وقد يفرض أنَّ غير المالك يتعهَّد بيع ما لا يملكه فعلاً على تقدير تملكه؛ فقد يكون هذا التعهَّد من طرف من دون أن يتعهَّد الآخر بالشراء، فهذا وعد ابتدائي وليس عقداً، وهو وعد محلَّل، ويكون وجوب الوفاء به مبنياً على وجوب الوفاء بالوعد.

وقد يكون التعاهد من طرفين فيتعهَّد كلُّ منهما لصاحبه شيئاً، فهذا يتعهَّد بالبيع والآخر يتعهَّد بشراء، وهذا عقد. وقد ذكرنا في محلِّه أنَّ العقد لا يتم بمجرد إيجاب وقبول، بل يتقوَّم العقد بتعهَّد من جانبين كلِّ منهما يعقد عهده ويعلِّقه على عهد الآخر؛ ولذا لا تكون الوكالة عقداً بعد عدم تقوُّم الإذن برضا صاحبه ولا يكون الرضا بالوكالة كافياً لصدق المعاقدة فهو كما لو أذن المالك ببيع ورضى المأذون.

وتمام الكلام في محلّه.

فمع التعهّد من الجانبين - أحدهما بالبيع والآخر بالشراء - فقد يكون العقد منشأً على عوض أيضاً كأن يتعهّد بالبيع إزاء مبلغ فيكون المبلغ بإزاء التعهّد بالبيع لا ثمناً للمبيع، وهذه معاملة رائجة حديثاً حسبما قيل، وقد يكون العقد مجرداً عن عوض آخر.

وعا' التقديرين فقد يكون العقد بحسب القصد والإنشاء المعاملي مبنياً على الخيار وإن كان في صدق العقد عليه مع كون المعاقدة مجردة عن العوض تأمّل، وقد يكون مبنياً على اللزوم بحيث يكون التخلف عنه تخلفاً عمّا تعهّده ويكون نقضاً لعقده ولعهده.

والبحث في النصوص هذه فيما يتعلّق بالتعهّد بالمعاملة - ويصطلح عليه بالعقد الآتي والعقد الاستقبالي - يقع عن أمور:

أحدها: أنّ مورد هذه النصوص في الترخيص هل هو فرض كون المعاقدة على البيع المتأخّر مبنياً على الخيار بحسب الإنشاء، فهذا ما رخص فيه.
ثانيها: أنّ هذه النصوص هل تدلّ بمفهومها على أنّه لو كانت المعاقدة على البيع المتأخّر مبنياً على اللزوم لا تصحّ وتكون فاسدة شرعاً.

وثالثها: جواز المعاقدة على البيع المتأخّر بعوض غير الثمن المَجْعُول في البيع، فهل في النصوص هذه دلالة على حكم ذلك جوازاً أو منعاً تكليفاً ووضعاً؟

وهل لما ورد في بيع العربون دلالة على حكم هذه المسألة؟

وأما جواز المعاقدة مجّاناً مع كونها مبنية على الخيار بمعنى عدم كون أحد الطرفين ملزماً بالمعاملة، فالظاهر وضوحه حسبما يستفاد من هذه النصوص وغيرها. إمّا لكونها المورد للنصوص، وإمّا للأولوية؛ فإنّه إذا جازت المعاقدة مبنية على اللزوم وفرض الحكم بالخيار شرعاً فنظير خيار المجلس فجوازها حيث تكون

مبنية على الخيار بحسب الإنشاء أولى.

وهناك أمر رابع مهمّ وهو أنّه هل يستفاد من هذه النصوص حكم المعاقدة بين أشخاص ثلاثة بعقد واحد فيكون العقد مبنياً على ملك شخص للمبيع متلقياً له من مالكة ثمّ انتقاله إلى ثالث بعد تملكه أنا ما فيكون شراؤه من المالك الأوّل معلّقاً على بيعه من المشتري الثاني فلا يستقر ملك المشتري الأوّل على المبيع؟ وهل يندرج ذلك في مضمون ما ورد في النص من النهي عن البيعين في بيع أو النهي عن سلف وبيع؟

وهل يكون فيه محذور التعليق حيث إنّ نفوذ البيع الثاني معلّق على ملك المشتري أولاً؟

ثمّ أنّه ينبغي الالتفات إلى أنّ جملة من العقود التي يعبر عنها بالعقد المركّب ليست عقداً واحداً حقيقة وإنّما هي عقود متعدّدة تجتمع في الزمان نظير بيع العينة سيما الذي لا يشترط فيه البيع الثاني ضمن البيع الأوّل. ولا يهمّ الاصطلاح في التعبير؛ وإنّما المقصود أنّ العقد الواحد الذي يكون منشأً للأثار على القاعدة بلا حاجة إلى دليل خاصّ يشمل العقود المتعدّدة المجمّعة في الزمان من قبيل العينة، فإنّ صحّة العينة على القاعدة ويكون المنع عنها موقوفاً على الدليل.

فالعقد الواحد بين أطراف تزيد عن الاثنين من قبيل عقد الشركة بين الثلاثة والأربعة حيث إنّ الرضا بالشركة مع واحد معلّق على الشركة مع الثالث، فلو نكل الثالث عن قبول الشركة لم تنعقد الشركة من الأساس حتّى مع الذي قبل الشركة وإن شئت مزيد توضيح لذلك نقول:

تارة: يشترط في ضمن عقد إنشاء عقد فيما بعد ويكون من شرط الفعل لا شرط النتيجة.

وأخرى: يتقاولان قبل العقد على تعقيب العقد بعقد آخر من دون اشتراطه في

العقد الأول صريحاً؛ وفي هذا قد يكون العقد مبنياً على الشرط السابق فيكون الشرط في قوة التصريح.

وقد يكون وقوع العقد الثاني داعياً لإيقاع الأول اصطلاحاً من دون أن يكون شرطاً اصطلاحياً مصرّحاً به ولا غير مصرّح.

وتارةً ثالثة: يكون العقد بين اثنين معلقاً على دخول ثالث في المعاقدة كأن يبيع السلعة ن شخص على أن يقرض المشتري مالاً لثالث أو يبيعه على أن يستأجر ثالث متاعاً للمشتري.

إذا فرضنا أن المقصود بما في النصوص من الاختيار في الأخذ والترك هو الاختيار بحسب إنشاء المتعاملين بحيث لم يلتزم الطرفان بأخذ ولا ترك مع ذلك فيشكل الحكم بعدم جواز التعاهد والتعاقد على البيع المتأخر استناداً إلى هذه النصوص؛ وذلك:

أولاً: فلاحتمال عدم مدخلية الاختيار في الأخذ والترك إلا في وضوح الحكم لا في ثبوته؛ فإنه إذا لم يكن هناك إلزام أو التزام بالبيع فيما بعد فلا موجب للمنع من المعاملة حيث إنّ شأنها شأن سائر المعاملات التي تقع بدون التباين على إنشائها سابقاً.

وثانياً: لو فرض مدخلية الاختيار في المعاملة في الحكم فربما كان دخله من قبيل دخل القيد لا من قبيل دخل الشرط. وإن شئت قلت: إنّ مفهوم هذه النصوص لو سلّم فهو من قبيل مفهوم القيد إن لم يكن اللقب لا من قبيل مفهوم الشرط؛ فإنه فرق بين تعليق الجواز على أن لا يتعاقدا ولا يلتزما مع كون التعليق بالقضية الشرطية وبين الحكم بالجواز في ذلك الفرض من دون تعليقه عليه بنحو الشرط أو بنحو التعليق؛ فإنّ المستفاد من الأخيرين لو كان هو المفهوم فلا يلزم استفادة المفهوم من الأول. ألا ترى أنه لو سئل عن الرمان فأجيب بأنه أليس حلواً

فلا بأس به لا يستفاد منه الترخيص في مطلق الحلو وإنما المستفاد منه الرخصة في الرمان الحلو، وأيضاً لا يستفاد منه المنع من مطلق غير الحلو رماناً أو غيره، وإنما المستفاد منه المنع من الرمان غير الحلو، فكذا في المقام.

نعم، يستفاد من ذلك مدخلية الاختيار كدخالة الحلاوة في المثال، وأما كون المدخلية بنحو العلة التامة في ناحية المفهوم بحيث يحكم بالمنع مع عدم الاختيار مطلقاً فلا؛ فإن عدم الاختيار قد يكون لإنشاء المعاملة قبل التملك، فمن باع شيئاً يريد أن يملكه فهو بحسب إنشائه ليس مخيراً بين الأخذ والامتناع ولا صاحبه مخيراً بين القبول والعدم؛ وقد يكون عدم الاختيار للتعاهد والتعاقد، للتعهد بإنشاء البيع فيما بعد، وهذا أيضاً ليس مخيراً بين البيع وعدمه بحسب الإنشاء الصادر منه، بل هو ملزم بإنشاء البيع؛ فلا مناص من عدم جواز أحد الفرضين، والمتيقن هو الأول، ولم يثبت إطلاقه بالنسبة إلى الثاني والمتحصل أنه لا إطلاق في المفهوم.

نعم، في معتبرة ابن أبي عمير، عن حفص بن سوفة، عن الحسين بن المنذر ما هو من مفهوم الشرط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب العينة فأشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: «إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتري فلا بأس» فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح؛ قال: «إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس»^(١).

ولكن مفروض هذه الرواية وقوع معاملتين بين الشخصين سوى معاملة ثالثة وقعت بين أحدهما وثالث، فإن مفروض هذا الخبر بيع السلعة من شخص ثم شراؤها منه بعدما كان البائع الأول اشتراها من ثالث؛ ومحل البحث إنما هو التبايني على بيع سلعة فيما بعد من شخص من دون بناء على استردادها منه ثانياً، ولذا تقدم

في بعض طوائف نصوص العينة أنه لا بدّ من التفصيل بين اشتراط البيع الثاني في البيع الأوّل وعدمه، وهذا غير ما نحن بصده.

ويمكن الاستدلال لجواز المعاقدة مجّاناً وبعوض على إنشاء البيع فيما بعد بمعتبرة عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العينة فقلت: يأتيني الرجل فيقول: اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فأرواضه على الشيء من الربح فتراضي به ثمّ انطلق فأشتري المتاع من أجله لولا مكانه لم أردّه ثمّ آتبه فأبيعه؟ فقال: «ما أرى بهذا بأساً؛ لو هلك منه المتاع قبل أن تبّيعه إياه كان من مالك، وهذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تآتبه وإن شاء ردّه فلست أرى به بأساً»^(١).

ومعتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتيني يطلب متّى يبيعاً وليس عندي ما يريد أن أبايعه به إلى السنة أ يصلح لي أن أعدّه حتّى اشتري متاعاً فأبيعه منه؟ قال: «نعم»^(٢).

ومعتبرة ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بأن تبّيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثمّ تشتري له نحو الذي طلب ثمّ توجهه على نفسك ثمّ تبّيعه منه بعد»^(٣).

والمعتبرة عن عيسى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا؟ قال: «لا بأس بذلك اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(٤).

ونحوها في الدلالة معتبرة منصور ومحمد بن مسلم المشتملتين على ما هو من

(١) الوسائل ١٢، الباب ٨ من أحكام العقود، الحديث ٩.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق: الحديث ١.

(٤) المصدر السابق: الحديث ١٣.

قبيل التعليل^(١) وقد تقدّمتا، والمعتبرة عن عبد الحميد بن سعد^(٢) المتقدّمة.
وأما روايات التفصيل بين الاختيار وغيره وأنه لو كان بحيث إن شاء أخذ وإن
شاء ترك فلا بأس، فلا تنافي جواز المعاقدة هذه، كما لا تنافي جواز المعاقدة مجّاناً كما
تقدّم تفصيله عند التعرّض؛ لعدم التنافي بين هذه النصوص وبين جواز المعاهدة
المجّانية، فراجع.

ويمكن الاستدلال لجواز هذه المعاقدة كجواز المعاقدة مجّاناً بعمومات أدلّة
صحّة المعاقدات والمعاهدات بعد قصور دليل المنع عنه.
الطائفة الثانية: ما تضمّن جواز اشتراط إنساء الدّين الحالّ في معاملة محابيّة
كبيع سلعة بأضعاف قيمتها لصالح الدائن.

ففي المعتبرة عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل له
مال على رجل من قبل عينة عيّنها إياه فلمّا حلّ عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه
فأراد أن يقلب عليه ويربح أبيّعه لؤلؤاً أو غير ذلك ما يسوى مئة درهم بألف
درهم ويؤخّره؟ قال: «لا بأس بذلك قد فعل ذلك أبي رضي الله عنه، وأمرني أن
أفعل ذلك في شيء كان عليه»^(٣).

ونحوها رواية عن محمد بن إسحاق بن عمار قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون
له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مئة درهم بألف درهم ويؤخّره
المال إلى وقت؟ قال: «لا بأس به؛ قد أمرني أبي ففعلت ذلك» وزعم أنّه سأله أبا
الحسن عليه السلام عنها فقال مثل ذلك^(٤).

وقد سمعت في رواية مسعدة أنّ الصادق عليه السلام جوّزه وأنّ الباقر عليه السلام فعله.

(١) المصدر السابق: الحديث ٦ و ٨.

(٢) نفس المصدر: الحديث ١٠.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٨٠، الباب ٩ من أحكام العقود، الحديث ٣.

(٤) المصدر السابق: الحديث ٦.

وفي معتبرة ابن أبي عمير عن محمد بن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل درهم فيقول: أخرني بها وأنا أربحك، فأبيعه جبة (حبة - خ ل) تقوّم عليّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال: بعشرين ألفاً وأخره بالمال؟ قال: «لا بأس»^(١).

وفي معتبرة عبد الملك بن عتبة قال: سألت عن الرجل يريد (أريد - خ ل) أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب منّي مالاً أزيد على مالي الذي لي عليه، أيسقيم أن أزيد مالاً وأبيعه لؤلؤة تسوى مئة درهم بألف درهم على أن أؤخره بثمانها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً؟ قال: «لا بأس»^(٢).

وليس فرض هذه الروايات خصوص كون المديون معسراً لا يجوز إلزامه بدفع الدين لو فرض إطلاق النصوص له؛ ولا محذور للمؤسر أن يؤخر أجل دين عليه بمثل هذه المعاملات المفروضة في هذه الروايات.

بل لا بأس للمعسر بمثل هذه المعاملات وإن كان لا يجوز إلزامه بإنشائها.

الطائفة الثالثة: ما تضمّن جواز التحيّل إلى القرض الربوي ببيع محاباتي بداعي القرض، كأن يبيعه سلعة بضعف قيمته مشروطاً بقرض مبلغ أو بداعيه. والفرق بين الطائفة هذه والتي قبلها أن الأولى تضمّنت إنساء الدّين الحالّ الذي هو نوع ربا، وهذه تضمّنت نتيجة القرض الربوي.

بل هذه الطائفة مثل الحيلة التي طرحناها أعني القرض أو تأجيل الدّين الحالّ في فرض الهبة والعطية من المديون لطالب الدين؛ فإنّ البيع المحاباتي نوع عطية أو مثلهما في النتيجة.

ففي رواية عن محمد بن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنّ

(١) المصدر السابق: الحديث ٤.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٥.

سلسبيل (سلسيل - خ ل) طلبت منّي مئة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف فأقرضها تسعين ألفاً وأبيعها ثوب وشيء تقوّم بألف درهم بعشرة آلاف درهم؟ قال: «لا بأس»^(١).

قال الكليني: وفي رواية أخرى: «لا بأس به، أعطها مئة ألف وبعها الثوب بعشرة آلاف، واكتب عليها كتابين»^(٢).

والظاهر أن المراد بكتابة كتابين هو أنه لا بد أن يكون العقدان مستقلّين من دون كون أحدهما شرطاً في الآخر، فيتحد مورد الرواية مع ما افترضه من الحيلة التي تتضمّن الهبة بداعي الربا من دون كون أحد الأمرين شرطاً في الآخر.

وأقترح في مثل هذه المعاملة أن يكون زمان الإقراض لو كان الواقع أولاً هو البيع هو زمان يكون البيع مشتملاً على خيار لمجلس أو حيوان أو شرط، غير شرط الإقراض وخيار تخلفه، ليكون مانعاً من نكول البائع من الإقراض واستبداده بالربح الحاصل له بالبيع المحاباتي، وموجباً لوثوق طالب القرض ببغيته. فإذا كان القرض المشتمل على الأجل لازماً في أصله وفي أجله فهو، وإلا - حيث يدّعي الإجماع على عدم لزوم الأجل المذكور في القرض - فأقترح جعل خياره في البيع المتقدم ممتداً إلى نهاية أجل القرض ليكون مانعاً من تراجع المقرض بعد قرضه وقبل انقضاء الأجل؛ ويكون موجباً لسكون المقرض بعدم استقرار ضرر عليه بسبب الإقدام على الشراء المحاباتي بداعي القرض غير الربوي.

ويمكن جعل الخيار في البيع معلقاً على رجوع المقرض في قرضه. وهذا الخيار أيضاً أقترحه على تقدير تقدّم القرض الجائز في أصله أو أجله وكذا على تقدير تأخّره.

(١) المصدر السابق: الحديث ١.

(٢) المصدر السابق: الحديث ٢.

ثم إن هذا الشرط وإن كان يجرّ نفعاً ولكنه لصالح المديون لا المقرض. وبملاحظة هذا الاقتراح يكون مثل هذا القرض المسبوق أو الملحوق ببيع محاباتي غير المشروط أحد العقدين في الآخر مفيداً فائدة القرض الربوي في جميع خواصّه المستدعية للإقدام عليه التي من جملتها وثوق أخذ الربا بحصوله على الزيادة بسبب الأحكام المفروضة للمعاملة من اللزوم وغيره. ونحو معتبرة محمد بن إسحاق بن عمار المعتبرة عن عبد الملك المتقدمة في الطائفة الثانية.

وأيضاً رواية محمد بن سليمان الديلمي عن أبيه عن رجل كتب إلى العبد الصالح عليه السلام يسأله: إني أعامل قوماً أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين إلى أجلٍ معلوم وإنهم سألوني أن أعطيهـم عن نصف الدقيق دراهم، فهل من ^(١) حيلة لا أدخل في الحرام؟ فكتب إليه: «أقرضهم الدراهم قرضاً وازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تربح عليهم» ^(٢).

وقد يكون مشيراً إلى مضمون هذه الطائفة ما تضمن النهي عن بيعين في بيع؛ وكأنّه لرجوعه إلى القرض الربوي، فمن باع سلعة مؤجلاً بمئة ثم اشتراها حالاً بخمسين فكأنّه أقرض خمسين وشرط أداء مئة، فإذا كان عقد واحد مشتتلاً على العقدين كان بمنزلة قرض محظور، ولا يبعد دلالة ما دلّ على المنع من القرض الربوي على تحريم مثل هذا العقد أيضاً؛

ففي معتبرة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «بعث رسول الله صلى الله عليه وآله رجلاً من أصحابه والياً فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهم عن بيع ما لم

(١) كذا في تهذيب الأحكام ٧: ٣٣، ٢٦، وأيضاً: ٤٥، ح ٨٣.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٨١، الباب ٩ من أحكام العقود، الحديث ٧.

يقبض وعن شرطين في بيع وعن ربح ما لم يضمن»^(١).
ويحتمل أن يكون المراد به البيع بشمين حال ومؤجل.
كما يحتمل ذلك في رواية الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي ﷺ قال: «ونهى عن بيعين في بيع»^(٢).
وفي رواية سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع وعن بيعين في بيع وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن»^(٣).
وقد سبق في حديث المسئلة الأمر بكتابة كتابين.
وقد يكون المراد من البيعين في بيع غير ما تقدم وذلك بفرض ثلاثة أشخاص فيشتري أحدهم سلعة من صاحبه ويبيعه من ثالث وتكون المعاملة بين الثلاثة في عقد واحد، وقد يكون ذلك معنياً من مفهوم بعض النصوص في بيع العينة التي تضمنت: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك .
ففي معتبرة عبد الرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني يطلب المتاع فأقاوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه؟ فقال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟» قلت: بلى، قال: «لا بأس به» الحديث^(٤) ونحوه غيره.
ويحتمل بعيداً أن يكون مثل هذا البيع معنياً بما ورد من النهي عنه في بيع وسلف، فكأن المشتري تقدماً يسلف ويستحق من الثالث عوض سلمه في الأجل.
ومعتبرة ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج (نجيح خ ل) (عن خالد بن الحجاج خ ل) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك

(١) الوسائل ١٢: ٣٨٢، الباب ١٠ من أحكام العقود، الحديث ٦.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٦٨، الباب ٢ من أحكام العقود، الحديث ٥.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٤.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٧٤، الباب ٧ من أحكام العقود، الحديث ٣.

كذا وكذا؟ قال: «أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لا بأس به؛ إنَّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام»^(١).

الطائفة الرابعة: ما تضمّن المنع من تضمين مبلغ أداء الدين بزيادة مع كون ضمان المبلغ من غير جهة القرض، بل من جهة أداء دين الغير به بأمره، وهذا من جملة حيل الربا القرصي. فمكان أن يقرض بزيادة يؤدّي دينه مضمناً له بزيادة.

ففي معتبرة محمد بن قيس التي رواها المشايخ الثلاثة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين في رجل أمره نفر ليبتاع لهم بعيراً بنقد ويزيدونه فوق ذلك نظرة فابتاع لهم بعيراً ومعه بعضهم فمنعه أن يأخذ منهم فوق ورقه نظرة»^(٢).

وفي روايته الأخرى وهي أيضاً صحيحة بعد وثاقة يوسف بن عقيل أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: «منع أمير المؤمنين عليه السلام الثلاثة تكون صفقتهم واحدة يقول أحدهم لصاحبه: اشتر هذا من صاحبه وأنا أزيدك نظرة يجعلون صفقتهم واحدة؟ قال: ولا يعطيه إلّا مثل ورقه الذي نقد نظرة؛ قال: ومن وجب له البيع قبل أن يلزم صاحبه فليبيع بعد ما شاء»^(٣).

ومضمون الخبرين هو المنع من أخذ الزيادة بإزاء الإمهال وإن كان اشتراطه قبل اشتغال الذمّة بالدين.

ولا أدري أنّه كيف غفل سيّدنا الأستاذ عن هذا النصّ وأفتى بجواز بعض المعاهدات الحديثة التي على أساسها يؤدّي البنك دين عميله على أن يرجع عليه بزيادة من مبلغ الأداء حيث أفاد أنّ ذلك ليس من الربا، بل ذلك من إتلاف المال

(١) المصدر السابق: الباب ٨، الحديث ٤.

(٢) الوسائل ١٨: ٣٩، الباب ٣، الحديث ١، الكافي ٥: ٢٠٨، باب بيع النسيئة، الفقيه ٣: ٢٨٣، باب الربا،

التهذيب ٧: ٤٧، باب البيع بالنقد والنسيئة.

(٣) المصدر السابق: الحديث ٢.

مضموناً بزيادة، فليس هو داخلاً في الربا القرضي ولا المعاوضي. وقد تقدّم أنّ هذا وإن لم يكن من الربا القرضي ولكنه حيلة لذلك، ولو منعنا من جوازه فليس لكونه حيلة بل للنص الخاص المتقدم، وإن شئت سمّاه بالربا الأدائي. وفي جامع الشتات بعد أن استظهر من معتبرة قيس ما ذكرنا ردّاً على من زعم أنّ مورد الخبر هو البيع بثمانين ذكر أنّ الوجه في المنع المذكور في الخبر هو أنّ الزيادة ربا محض، كما أنّه عدّ الخبر من الحسن لوقوع إبراهيم بن هاشم في السند واستظهر أن محمّد بن قيس هو البجلي الثقة سيّما إذا كان الراوي عنه عاصم بن حميد وكان هو راوياً عن الباقر عليه السلام وخصوصاً فيما روى قضايا أمير المؤمنين عليه السلام ^(١).

وقد ضعف في المختلف الخبر من جهة محمّد بن قيس لكونه مشتركاً بين أشخاص منهم من لا يقبل روايته ^(٢).

وقال العلامة المجلسي رحمته الله في معنى الخبر بعد أن عدّه من الحسن: الظاهر أنّه اشترى وكالة عنهم وأعطى الثمن من ماله ثمّ يأخذ منهم بعد مدّة أكثر ممّا أعطى، وهذا هو الربا المحرّم، وإرجاع ضمير منعه إلى بعضهم - كما فهم - بعيد جداً ^(٣).

أقول: مفاد إرجاع الضمير إلى بعضهم دون أمير المؤمنين عليه السلام أن يكون مفعول قضى قوله عليه السلام: «أن يأخذ» فيكون مفاد الخبر على العكس حيث يدلّ الخبر على جواز الرجوع بالزيادة وهذا الاحتمال ينافيه خبر محمّد بن قيس الآخر.

وقال والده رحمته الله بعد عدّ الخبر حسناً كالصحيح: والزيادة ربا لأنّه اشترى لهم وأعطى الثمن فلو أخذ الزيادة للأجل كان ربا ^(٤).

(١) جامع الشتات ٢: ١١ وراجع كلمات سديدة: ٢٦٨.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ١٢٥.

(٣) مرآة العقول ١٩: ٢٣١.

(٤) روضة المتقين ٧: ٢٩٥.

وقال الولد في الملاذ: الظاهر أنَّ هذاربا القرض لأنَّه اشترى وأعطى الثمن وكالة عنهم بأن يأخذ بعد مدَّة أكثر ممَّا أعطى^(١).

بل ورد في بعض النصوص عدم جواز تضمين المديون بأزيد من مبلغ الأداء إذا كان ذلك بأقلَّ من مبلغ الدَّين كما لو صالح على الدَّين بأقلَّ منه.

نعم، مورد صحيح محمد بن قيس هو التعهّد بأداء الدَّين قبل اشتغال الدَّمة به فإن لم يحتمل الخصوصية في ذلك فهو، وإلَّا فلا يمكن التعدي إلى ضمان الدين المحقَّق والتعهّد به مضموناً بالزيادة؛ والوجه فيه هو احتمال عدم صحّة ضمان الدين قبل تحقّقه لكونه من قبيل ضمان مال يجب، ثمّ ضمانه بعد الأداء ليس بملاك صحّة العقد، بل من قبيل الضمان في المعاوضات الفاسدة وتطبيقاً لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

وأما بعد تحقّق الدين فكما يجوز ضمانه ويكون أدائه مضموناً على الأمر كذلك يجوز أن يجعل الأداء مضموناً بالزيادة عن مبلغ الدين كما هو مقتضى القاعدة أيضاً، فإنّ القاعدة لو اقتضت ضمان أداء الدين بمبلغ الدين على تقدير إطلاق الأمر بالأداء فإنما تقتضي ضمانه بما توافقا عليه من الزائد أو الناقص على تقدير التعيين؛ قضية للعقد.

ثمّ إنّه لا يبعد ظهور صحيحة محمد بن قيس الأولى في كون شراء البعير للأمر وكالة؛ لظهور الشراء للشخص في ذلك، وحمل اللّام على كون الشراء لخاطره فلا ينافي الشراء للمباشر ثمّ البيع للأمر فهو خلاف الظاهر.

وأما صحيحة ابن قيس الثانية فلا يبعد كونها رواية أخرى للإمام عليه السلام يرويه عن أمير المؤمنين عليه السلام، فلا يكون اختلاف النقلين في الصحيحتين من جهة محمد بن قيس أو غيره من الرواة.

ويرتّب على ذلك عدم إجمال الخبر على تقدير اختلاف الخبرين.
ثمّ إنّه يحتمل في الصحيحة الثانية أمور:
الأول: أن يكون المراد كون المباشر للشراء وكيلاً عن الأمر نحو الصحيحة الأولى.

الثاني: أن يكون المراد الشراء للمباشر وانتقال المبيع إلى الأمر بنفس الصفقة وبلا حاجة إلى إنشاء جديد؛ فيكون عقداً بين ثلاثة أطراف يملك المشتري الأول بضمن حالٍ ويملك الأمر بضمن مؤجلٍ يضمنه للمشتري.

الثالث: أن يكون المراد شراء السلعة للأمر على أن يكون مضموناً بضمن غيره وهو المباشر ويكون هذا التعهد أيضاً مضموناً بعوض في عهدة الأمر؛ فيكون نظير الشراء بمال الغير فيكون مبنياً على معقوليّة المعاوضة بين مالين وإن لم يدخل العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض؛ ولا دخل المعوّض في ملك من يخرج العوض من ملكه، وقد اختلف في معقوليّته: فمنهم من أنكره كما عن العلامة في التذكرة، على ما حكاها الشيخ الأعظم رحمته الله ووافقه عليه سيّدنا الأستاذ رحمته الله.^(١)

ومنهم من قال بصحّته عقلاً وعدم تقوّم المعاوضة بأكثر من التبادل كما ذهب إليه جمع منهم المحقّق اليزدي في حاشيته على مكاسب الشيخ الأنصاري رحمته الله، ونحن أيضاً لم نستبعد ذلك.

وكيف كان فلا يبعد إطلاق صحيحة محمّد بن قيس الثانية لكلّ هذه الاحتمالات.

ودعوى أنّ الصحيحة حكاية عن قضيّة خارجيّة، والقضيّة الخارجيّة لا إطلاق لها؛ يدفعها: أنّ ذلك إنّما يتمّ في غير ما إذا كان المعصوم حاكياً لتلك القضيّة؛ وإلّا فإنّ

(١) راجع: المكاسب.

حكاية القضايا الخارجية في كلام المعصوم ليس لمجرد الحكاية والتاريخ وإنما هو لبیان الحكم، فلا مناص من حمله على معنى لا يستلزم الإجمال؛ فيكون نظير ما لو بين الإمام عليه السلام الحكم في قضية حقيقة الذي لا كلام في حمله على الإطلاق.

فلا ينحصر المحذور في تضمين الأداء بما زاد عن مبلغ الدين، بل لا يجوز تضمينه بما زاد عن مبلغ الأداء وإن كان دون مقدار الدين كما في موارد الصلح على أداء الدين بأقل من مبلغه؛ بل في بعض النصوص أنه لا يجوز أخذ المديون بما زاد عما ملك به الدين، كما لو اشتراه شخص بأقل من ماله، ففي معتبرة عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه؟ قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»^(١).

وفي معتبرة ابن بكير مثلها إلا أنه قال: «ثم صالح على بعض ما صالح عليه»^(٢). وفي رواية العلامة لها في التذكرة: «صالح على بعض ما عليه»^(٣). والظاهر أنه الصحيح، وما في الوسائل سهو. وكيف كان فالمعنى ظاهر.

وأما ما تضمن حكم الدين إذا بيع، ففي معتبرة الحسن بن علي عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتراه منه بعرض ثم انطلق إلى الذي عليه الدين فقال: أعطني ما لفلان عليك فأبى قد اشترته منه، كيف يكون القضاء في ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: «يرد الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى (يه - خ ل) به من الرجل الذي له الدين»^(٤).

(١) الوسائل ١٣: ١٥٣، الباب ٦ من الضمان، الحديث ٦.

(٢) المصدر السابق، الحديث ٢ و ٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤: ٣٥٩.

(٤) الوسائل ١٢: ٩٩، الباب ١٥ من القرض، الحديث ٢.

وفي معتبرة محمد بن عيسى عن محمد بن الفضيل، قال: قلت للرضا: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه؟ قال: «يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين، ويرى الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه»^(١).

وهذه الروايات تخالف القواعد، وتقدم توضيح ما تقتضيه القاعدة في ضمان أداء الدّين على المديون، وإن كان ظاهر سيّدنا الأستاذ أنّ ما دلّ على ضمان مبلغ الأداء خاصّة وإن كان دون مقدار الدين مطابق للقواعد، بل وضمن ما زاد عن مبلغ الأداء وإن كان بمقدار الدين فضلاً عما إذا كان زائداً عليه هو المخالف للقواعد؛ وذلك لكون ضمان أداء الدين بملاك الاستيفاء، فمن أدّى دين الغير بأمره يكون مستحقاً بمقدار استيفاء العمل ويقدر العمل بمبلغ الأداء فيكون الزائد عن ذلك بلا موجب، إلا إذا كان عين الزيادة وضمن صاحبه ذلك كما في موارد تضمين البنك عميله المديون والذي يؤدّي البنك دينه فإنه إذا ضمنه الزيادة جاز وليس ذلك ربا، بل خروج أداء الدين مضموناً بالزيادة عن الربا بقسميه الربا القرضي والمعاوضي خروج موضوعي وبالتخصّص.

ونحن قد تكلمنا عمّا تقتضيه القاعدة في ضمان أداء الدين بالزيادة عن مبلغ الأداء أو مبلغ الدين آنفاً، فراجع.

وحيث إنّ المسألة منصوطة فلا بدّ من ملاحظة النصّ وإن كان مقتضاه على خلاف القواعد.

ثم إنّ القاعدة في تملك دين الغير تقتضي ضمان المديون كلّ الدين بلا ملاحظة ما دفعه المشتري، بل لو كان المالك لدين الغير لم يدفع شيئاً كما لو اشتراه ثم أبراه البائع من ثمن الدين يستحقّ على المديون كلّ الدين.

تضمين أداء الدين بزيادة

ولا بأس بإعادة الكلام فيما تقتضيه القاعدة في المسألة، فنقول: البحث في تضمين أداء الدين بزيادة يقع في مقامين:

المقام الأول: فيما تقتضيه القواعد بالفضّ عن النصوص الخاصة .

والمقام الثاني: فيما تقتضيه النصوص.

أما مقام الأول: فالبحث فيه تارةً في حكم تملك الدين وأنه هل يستحقّ من تملك الدين بعوض الرجوع على المديون بكلّ مبلغ الدين أو لا يستحقّ إلا بمقدار المبلغ الذي دفعه عوضاً؟

وأخرى في حكم أداء الدين وأنه لو كان الأداء اقتراحاً من المؤدي لم يستحقّ الرجوع على المديون، وأما إذا كان لغير ذلك فقد يكون الأداء مضموناً على المديون بملك الاستيفاء لكونه أمر بأداء دينه .

وأخرى يكون مضموناً بالمعاوضة على أن تكون المعاوضة بين الفعل وهو أداء الدين وبين عوضه، لا أن تكون المعاوضة بين المبلغ الذي يؤدي به الدين وبين العوض.

ثمّ المعاوضة قد تكون بالزيادة وقد تكون بالمساوي وقد تكون بالنقيصة، كما أنه قد يختلف الدين والعوض في الأجل وعدمه.

أما في تملك الدين ببيع وغيره فمقتضى القواعد وجوب أدائه كاملاً وإن كان متملك الدين بأدلاً بإزائه ما لا يعادله كما لو اشتراه بنصف قيمته.

وأما في أداء الدين فحيث إن المؤدي لا يملك الدين بالأداء سواء كان المؤدي هو المديون نفسه أو غيره، فلا بدّ في تقدير ما يستحقّه المؤدي إذا كان غير المديون إلى تعيين مالّيّة الفعل، وهو الأداء.

فقد يكون الأداء مضموناً بسبب الاستيفاء فلا بدّ من تعيين قيمة الأداء، وقد

يكون مضموناً بعوض مقرر من المؤدي والمديون.

وقد تكون المعاوضة بين إبراء ذمة المديون بأداء أو غيره، وبين عوض. أما في الفرض الأول فالظاهر أن ماليتة الأداء لا تتقدّر بمبلغ الأداء وإن كان لذلك المبلغ دخل في تعيين ماليتة الأداء، بل تكون ماليتة الأداء زائدة على مبلغ الأداء وإن كان الأداء مضموناً تقدراً فضلاً عما إذا كان مضموناً نسيئة.

وأما في الفرض الثاني أعني تضمين الأداء بعوض، والفرض الثالث أعني تضمين إبراء ذمة المديون بعوض، فمقتضى القواعد هو جواز المعاقدة على حسب ما يتوافقان عليه بعد عدم شمول عنوان الربا القرضي ولا المعاوضي له؛ حيث إن المعاوضة بين الفعل وبين العوض لا يبين ما يستدعيه الفعل من المال المبذول في مقام الأداء وبين العوض.

نعم، يبقى الكلام في شمول العنوان الثالث وهو الربا الأدائي، وهذا مرتبط بالنصوص الخاصة التي نبحث عنها في المقام الثاني؛ حيث إن بحثنا في المقام الأول عما تقتضيه القاعدة بغض النظر عن هذه النصوص الخاصة التي سنبحث عنها. وقد يقال: إن المتفاهم من أدلة حرمة الربا القرضي هو حرمة جعل الزيادة حتى في مقابل عملية الإقراض، فكما أن قرض المبلغ مضموناً بالزيادة ربا، فكذلك فرض المبلغ مضموناً بما يساويه مع ضمان الزيادة في مقابل الفعل.

وكذا يفهم من تلك الأدلة حرمة تمليك المبلغ معوضاً بتمليك مبلغ زائد على الأول على أن تكون المعاوضة بين التمليكين أعني الفعلين لا بين الملكين. كل ذلك على أساس مناسبات الحكم والموضوع واستلزام التخصيص لغوياً الحكم.

وعلى هذا الأساس لا تصح الجعالة ولا الإجارة على الإقراض حيلة لتحليل الربا على أن تكون الأجرة والجعل المعادل للزيادة في مقابل الفعل أعني عملية

الإقراض ويكون مبلغ القرض مضموناً بما يساويه لا بزيادة.
ثم إنّه لو فرض اقتضاء القاعدة لكون أداء الدين مضموناً بمبلغ الأداء لا بمبلغ الدين فضلاً عن الزيادة عليه فهذا إنّما يتم إذا لم يكن الأداء مبنياً على تضمّنه بمبلغ زائد؛ إذ لا ملازمة بين عدم ضمان الزائد على تقدير الإطلاق وبين عدم ضمانه على تقدير التوافق عليه؛ ولذا يكون ضمان العمل في موارد الاستيفاء بأجرة المثل، إلا إذا عُيِّن شيء آخر زائداً أو ناقصاً، فكما أنّه إذا عيّن الأمر بالعمل أجرة دون أجره المثل لم يكن للعامل المطالبة بالزائد لإقدامه على إهدار عمله، كذلك إذا عيّن العامل أجره زائدة عن أجره المثل لم يكن للأمر بعد موافقته على طلب العامل النكول عن أداء الأجرة المسماة كما لو استأجره بأجرة مسماة.

وعلى هذا فما تضمّنه خبر محمد بن قيس من عدم ضمان ما توافقا عليه زائداً على مبلغ الأداء - بناءً على دلالة الخبر عليه - يكون على خلاف القاعدة أيضاً لو سلّم كون عدم ضمان الزائد بدون التوافق هو مقتضى القاعدة.

ثم إنّه ربما يكون عدم ضمان المضمون عنه لغير ما أدّاه الضامن حكماً في باب الضمان؛ لكون الضمان مبنياً على الإرفاق شرعاً وتعبداً أو بحسب الانصراف عرفاً. فلا يستلزم ذلك كون الأداء في غير الضمان من موارد الأمر محكوماً بحكم باب الضمان، بل ولا كون حكم الضمان في غير موارد الانصراف ذلك.

والظاهر أنّ الضمان ليس في ذاته شرعاً أو عرفاً مبنياً على الإرفاق، كما أنّ أداء دين الغير أيضاً ليس مبنياً على الإرفاق ليستلزم عدم جواز تضمين الأداء أو المضمون عنه بزيادة عن مبلغ الأداء، ولا يبعد أن يكون مراد من ذكر أنّ الضمان مبنّى على الإرفاق تعليلاً لعدم جواز الرجوع على المضمون عنه بزيادة عمّا يؤدّيه الضامن - كما في كلام العلامة - هو أنّ عمليّة الضمان ممّن يباشره خارجاً مبنّى على الإرفاق بالمضمون عنه، وهذا لا يناسب الرجوع عليه بغير ما يغرمه الضامن.

وإن شئت قلت: وإن لم يكن هناك محذور في تضمين أداء الدين بزيادة عن مبلغه فضلاً عن الزيادة عن مبلغ الأداء فيما صُولح على الدين ببعضه، ولكن الموجب لضمان المضمون عنه للضامن هو استيفاء منفعة الضامن وأمر المضمون عنه الظاهر في التعهد بفعل الضامن، ولا ظهور في عامة موارد الضمان في أكثر من تعهد المضمون عنه بعدم خسارة الضامن فيما يؤدي بسبب الضمان، ولا ظهور له في التعهد بمبلغ الدين وإن لم يكن في التعهد به محذور.

فإذا لم يخسر الضامن شيئاً إما لإبراء الدين من أصله أو لإسقاط بعضه فليس هناك موجب للرجوع على المضمون عنه سالبة بانتفاء الموضوع؛ حيث إن الموضوع جبر خسارة الضامن وعدم استقرار الغرامة عليه، ولا غرم في الفرض. وهذا من قبيل أن يصرّح المضمون عنه للضامن حين أمره بالضمان بأنه إضمن عني، وما تؤدّيه بسبب الضمان فأنا متعهد به دون غيره.

ثم إنه لا يبعد كون المثليات المضمونة بأمثالها مضمونة بأعيانها وبمنافعها على القاعدة، فكما أنه يجب على متلف المثلي أن يدفع المثل كذلك يجب عليه أن يدفع قيمة المنافع الفائتة على المستحق بالتأخر في الأداء.

ولذا لو كان المضمون عيناً لزم دفعها ودفع قيم منافعها الفائتة تحت اليد، فمن غصب دار الغير ضمن ردّ الدار وقيمة السكنى مدة كونها في يده؛ ولا يكون ذلك ربا بعد كون المنافع مضمونة كالأعيان، وهذا واضح في العين وكذا في الدين.

فمن باع داراً كلياً أو فرساً كلياً ولم يسلم المبلغ في الموعد المقرر فقد فوّت على المشتري زيادة عن المبيع المنافع التي كان يستحقّها لو أقبض المبيع.

وقد يقال: إن الاستحقاق ينحصر في عين المبيع، وأمّا المنافع فملكها تابع لقبض المبيع وتعيّنه، وأمّا قبل ذلك فلا يملك منفعة.

ويرد: بأنه أي مانع من تملك منافع المبيع الكلي قبل قبضه بعنوان الإجارة.^(١) وأما البحث في المقام الثاني - أعني ما تضمنته النصوص الخاصة - بالكلام فيه تارة من حيث السند، وأخرى من حيث المضمون والمفاد.

أما السند فالظاهر عدم القصور في النصوص من هذه الناحية فإنها تشتمل على الصحيح والمعتبر باصطلاح الرجال؛ وبعضها وإن كانت قاصرة سنداً على المشهور، لكنّه مع كفاية المعتبر من النصّ حسب الشهور يمكن تصحيحه، فإنّ محمّد بن الفضيل مرّدّد بين الثقة وهو محمّد بن القاسم بن الفضيل بن يسار منسوباً إلى جدّه وبين المسكوت عنه.

ولكن على تقدير كون الراوي هو الثاني فلا يبعد وثاقته بعد رواية مثل محمّد بن عيسى وهو من الأجلاء عنه، وقد قرّبنا وثاقه من يروي عنه الثقات فضلاً عن الأجلاء بعدة تقرّيات.

بقي الكلام في احتمال إعراض الأصحاب عن هذه النصوص، فلا مناص من

(١) ثم إنّا قد كتبنا قديماً كلاماً تعليقاً على تقريرنا لبحوث سيّدنا الأستاذ رحمته حول العروة كتاب الضمان ولا بأس بإيراده في المقام؛ وصورته:

ذكر المحقّق اليزدي رحمته في بحث رجوع الضامن على المضمون عنه فيما يؤدّيه من الدين الذي ضمنه عدّة مسائل؛ من جملتها: أنّ الضامن إذا كان مأموراً من ناحية المضمون عنه فهل تشتغل ذمّة المضمون عنه للضامن بعد الأداء بنحو الشرط المقارن أو حين الضمان مشروطاً بالأداء بنحو الشرط المتأخّر أو حين الضمان بلا شرط، وإثماً مطالبة الضامن المضمون عنه مشروطة بالأداء نظير مطالبة المشتري بالمبيع حيث إنّه مشروطة بأداء الثمن وإن كان الملك ثابتاً بدونه أو أنّ المطالبة أيضاً ليست مشروطة بالأداء فتجوز قبله، في المسألة وجوه. وإن كان المفتى به بل المدعى عليه الإجماع هو اشتراط ضمان المضمون عنه للضامن بالأداء بنحو الشرط المتأخّر؛ ولكن مقتضى القاعدة هو اشتغال الذمّة بمجرد الضمان بلا دخل للأداء في ذلك، وحيث إنّ المسألة إجماعية ومنصوصة فيرفع اليد عن القاعدة. وقد استشكل بعض سادة مشايخنا (السيد البروجردي رحمته) في الإجماع وكذا في النصّ، ونحن قد قرّبنا القاعدة خلافاً لما قرّرها سيّدنا الأستاذ رحمته حيث ذكر أنّ القاعدة تقتضي اشتراط ضمان المضمون عنه للضامن بالأداء والنصّ أيضاً مطابق للقاعدة.

ملاحظة كلما تهم في المسألة.

قد ذكر النص المشايخ الثلاثة وإن كان قد يظهر من ذكرهم له في باب خاص فهم معنى آخر غير ما ذكرناه وأنه محمول عند بعضهم على البيع بثمانين حالاً ومؤجلاً، وهذا المعنى لا يساعد عليه الظهور عندنا، كما يظهر من العلامة المجلسي والدة وغيرهما كما تقدّم ذيل الخبر وإن كان يظهر من بعضهم حمل الحديث على ذلك أو ما يشبهه؛ فقد ذكر العلامة هذا الحديث بعنوان الاستدلال لصحة البيع بثمانين وأورد عليه باحتمال آخر لا يختلف عن ذاك في مخالفة الظاهر، فقال بعد تضعيف الخبر سنداً: مع أنه غير دالّ على مطلوبهم؛ لجواز أن يكون قد عقد البيع بالثمن الأقل نقداً ثم إن البائع جعل له تأخير الثمن بزيادة فحكم بأنه بأنه ليس له إلا الثمن الأقل وإن صبر البائع إلى الأجل^(١).

أقول: ظاهر العلامة في وجه الاستدلال والردّ أنهم فهموا من الحديث في قوله: أمره نفر أن يتباع لهم بغيراً أن المراد من يتباع لهم هو أن يبيعهم ليناسب الاستدلال للبيع بثمانين؛ مع أن الظاهر هو أن يشتري لهم بثمان نقد وكالة ويدفع الثمن من عنده مضموناً بزيادة عن ذلك مؤجلاً؛ فليس هناك البيع إلا بثمان واحد نقد وثمان للوفاء بزيادة عن مبلغه، لا ببيع بثمانين، فالبايع بالثمن النقد غير من يضمن له بزيادة عن النقد.

وكيف كان فقد ذكره الشيخ تحت عنوان «باب البيع بالنقد والنسيئة» وذكره بعد خبر محمد بن قيس الآخر فيمن باع سلعة وقال إن ثمنها كذا وكذا يبدأ بثمانها كذا وكذا نظرة^(٢). ومثله في ذكر الخبر بعد خبر ابن قيس الآخر الصدوق في الفقيه^(٣).

(١) مختلف الشيعة ٥: ١٢٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٧.

(٣) الفقيه ٣: ٢٨٣.

وذكره في الكافي تحت عنوان «باب البيع نسيئة» وكأنه فهم من الحديث: أن يتناع الرجل المأمور لنفسه نقداً ويبيعه من النفر نسيئة.

وفي الوافي ذكر الحديث تحت عنوان «باب البيع النقد والنسيئة صفقة» وذكر في بيان: فمنعه يعني أمير المؤمنين (عليه السلام)؛ هذا الحكم مشروط بما إذا كانت صفقتهم واحدة، فأما إذا تعددت فلا بأس كما يظهر من الحديث الآتي.^(١)

وكيف كان فقد فهم من الحديث ما فهمناه جمع كالمجلسيين والميرزا القمي وصاحب الوسائل حيث ذكره تحت عنوان «باب أن من أمر الغير أن يشتري له وينقد عنه ويزيده نسيئة»^(٢) وصاحب سداد العباد. ومع هذا لم يتحقق إعراض عن الخبر.^(٣)

التحقيق فيما يعارض هذه النصوص

وقد تعارض هذه النصوص بما في معتبرة زرارة عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل اشترى جارية بثمان مسمى ثم باعها فربح فيها قبل أن ينقد صاحبها الذي له فأتاه صاحبها يتقاضاه ولم ينقد ماله فقال صاحب الجارية للذين باعهم: اكفوني غريمي هذا والذي ربحت عليكم فهو لكم؟ قال: «لا بأس»^(٤). ومثلها صحيح زرارة والحلي.^(٥)

فإن المشتري الأخير يؤدي دين بائعه مضموناً بزيادة عن مبلغ الدين، وهو ما يعادل مبلغ الدين وما ربحه البائع زائداً عن الثمن الذي ضمنه للبائع الأول.

(١) الوافي ١٨: ٧٣٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٨، الباب ٣.

(٣) سداد العباد: ٥٣٢.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٦٩، الباب ٤ من أحكام العقود، الحديث ١.

(٥) المصدر السابق: الحديث ٢.

إلا أن يكون لضمان أداء الدين بدين آخر خصوصية؛ والذي لا يجوز هو رجوع المؤدي على المديون بالمبلغ وزيادة، وأمّا ضمان المديون للمؤدي، بدين يطلبه من المؤدي فلا بأس به، ولو لدلالة هذا الدليل، لو فرض إطلاق دليل المنع عن الرجوع بالزيادة بعد إلغاء الخصوصية على تقدير كون مورده الرجوع بالعين.

وقد يقال: إن النسبة بين صحيح زرارة والحلي وبين صحيح ابن قيس هي العموم من وجه؛ لاختصاص الأول بتضمين الأداء بدين زائد عن مبلغ الأداء واختصاص الثاني بتضمين الدين قبل ثبوته، فلا ينافي جواز تضمين الدين بالزائد إذا كان العقد بعد تحقق الدين كما تقدّم احتمال كون عدم جواز التضمين في فرض الخبر لكونه من ضمان ما لم يجب.

فيتحصّل من هذه الطائفة المنع من تضمين أداء الدين بزيادة، فلا يجوز الاحتيال عن القرض الربوي بمثل الأداء الربوي، ولا يستفاد من هذه الطائفة المنع من مطلق الاحتيال.

ثم إن الدليل على عدم جواز تضمين أداء الدين بزيادة هو خبر محمد بن قيس لو تمّ، ولولاه لم يمكن الحكم بالمنع.

وقد يتوهم الاستدلال لذلك بما تضمّن منع الربا ولو في الدين الحاصل بغير القرض بدعوى: أن المتيقّن من الربا المحرّم هو الربا لإنشاء الدين وتأخيره على المدين بلا فرق بين كون منشأ الدين هو القرض أو غيره من أسباب الدين.

ويردّه: أن حرمة الربا لإمهال الدين شيء وحرمة الربا لأداء الدين شيء آخر، بل عدّ الأخير من الربا لا شاهد له؛ إذ لا ينحصر المحرّم في عنوان الربا. ونحن وإن اصطللنا عليه بالربا الأدائي ولكنّه للتمييز والمشكلة بينه وبين ما هو الربا المعهود حيث إن الذي ثبت في الشريعة تحرّيمه هو الربا القرضي والربا المعاوضي والربا الإمهالي أو الإنساني. وأمّا الربا الأدائي لو صحّ التعبير فهذا غير ثابت بعمومات

الربا، وإنّما يثبت تحريمه بمعتبرة محمد بن قيس لو تمّ كما تقدّم.
 وإن شئت مزيد توضيح لذلك نقول: إنّ الربا هو تملك شيء بزيادة إمّا على وجه
 المعاوضة وإمّا على وجه الضمان أو إهمال المديون بزيادة عن مبلغ الدين. وليس
 ضمان الأداء على تقدير أمر المديون داخلًا في شيء من ذلك حيث لا يملك المديون
 ما يبذله المؤدّي وإن ضمنه بملاك الاستيفاء لا بملاك المعاوضة ولا بملاك التملك
 المضمون. ومن هنا عبّر الأستاذ رحمته بأنّ الأداء إتلاف للمال، وهو مضمون على الأمر
 بسبب الاستيفاء.

ولا ملازمة بين حرمة الربا المعاوضي أو القرضي أو الإهمالي وبين حرمة الربا
 الأدائي. نعم، لو أدّى شخص دين المديون اشتغلت ذمّة المديون بالمبلغ، فلو أخر
 المؤدّي ذلك على المديون بزيادة دخل في الربا الإهمالي، ولكنّه خلف المفروض؛
 حيث إنّ الأداء جعل مضموناً على المديون قبل فعل الأداء، فهو من قبيل تضمين
 عمل كحمل المتاع بزيادة عن أجره المثل فإنّه لا شبهة في عدم تحريمه وإن حرمت
 الزيادة لو شرطها بعد اشتغال الذمّة بأجرة المثل بسبب حمل المتاع.

وأما تضمين العمل كحمل المتاع بزيادة عن أجره المثل قبل الوقوع فليس
 مصداقاً للربا جزماً، ولا يتوهمه أحد قطعاً، فكان الحكم بعدم جواز تضمين أداء
 الدين بزيادة عن مبلغه استناداً إلى أنّه لو أدّى كان مضموناً بأصله ويكون شرط
 تأخير بزيادة ربا من قبيل الحكم بعدم جواز تضمين العمل بزيادة عن أجره المثل
 استناداً إلى أنّه لو عمل كان العمل مضموناً بأجرة المثل ويكون إلزام المنتفع بزيادة
 عن الأجرة رباً.

مع وضوح الفرق بين شرط الزيادة بعد اشتغال الذمّة وبين شرطها قبل ذلك،
 فإنّ الأوّل هو الربا، وأمّا الثاني فهو من تضمين العمل بزيادة من أجرته، وليس هذا
 ربا، بل هو من قبيل بيع السلعة بزيادة عن قيمتها السوقية.

وأيضاً الحكم بعدم جواز تضمين الأداء بزيادة عن مبلغ الدين هو من قبيل الحكم بعدم جواز ضمان إتلاف المال مضموناً بزيادة عن مثله كما لو أمره بإلقاء متاعه - ولو كان مكيفاً أو موزوناً - في البحر مضموناً بزيادة عن قيمته أو عن مثله، مع أنه لا محذور فيه كما لو قال ألق طئاً من الحنطة في البحر وأنا أضمن لك طئتين، فإنه ليس من الربا المعاوضي حيث لا يملك الأمر شيئاً، وإنما وقع التلف مضموناً عليه، ولا يستدعي الضمان ملك الضامن لما يتلفه قطعاً.

ولو فرض كون الاتلاف سبباً للملك فليس مطلق الملك مصداقاً للربا سيما مع كون التلف سبباً قهرياً، لا معاوضة إرادية.

وبما ذكرنا يتضح ما في كلام بعض السادة المحققين^(١) حيث ادّعى أن المتفاهم عرفاً من دليل حرمة الربا الإمهالي بعد ضمّ إلغاء الخصوصية من مورده هو حرمة الربا الأدائي، وقرب ذلك بأن احتمال الفرق مبني على احتمال مدخلية تملك الشخص شيئاً - كما في القرض - حتى لا يجوز تضمّنه للزائد، وأما في مسألة الأداء؛ فإنه راجع إلى دعوى عدم الفرق بين الربا القرضي أو الإمهالي وبين الربا الأدائي. وقد اتضح الفرق بما ذكرناه.

ولا مجال للجزم بعدم الفرق فإنه من قبيل دعوى عدم الفرق بين حرمة إنساء الدين المتحقق بسبب البيع أو الإجارة بزيادة وبين حرمة البيع أو الإجارة بزيادة عن قيمة المثل أو أجرته، فإذا لم يجز الأول لم يجز الثاني مع أن حرمة الأول مسلمة وجواز الثاني لا ريب فيه.

وقس على ذلك ما نحن فيه؛ فإن ضمان أداء الدين لو كان بمقدار الدين فإنما يكون على تقدير عدم تعيين الزيادة، وأما مع تعيينها - حيث لا يملك المدبون شيئاً وإنما

(١) آية الله الصدر في البنك الربوي.

يسقط عنه الدين، جاز تضمينه للزائد، وهذا الفرق ممّا يحتمل دخله في اختلاف حكم الفرضين.

فإنّه لم يتحقّق ضمان الأداء بمقدار الدين، حتّى يكون تضمينه بالزيادة مصداقاً لإنساء الدّين بزيادة عن قدره.

نعم، لو وقع الأداء بأمر المديون ولم يكن مبنياً على ضمانه بزيادة ثبت مقدار الدّين في عهدة المدين للمؤدّي، فتكون المطالبة بالزيادة إزاء الإمهال من الربا الإنساني، وأين هذا من عدم جواز تضمين أداء الدّين من الأوّل بزيادة عن مقداره الذي هو من قبيل عدم جواز بيع شيء بزيادة عن قيمة المثل أو الإجارة على العمل بزيادة من أجرة المثل الذي لا يقول به أحد.

ولعمري إنّ ما ادّعي من إلغاء الخصوصيّة وعدم الفرق فهو قياس، بل هو مع الفارق ما كان ينبغي صدوره من مثله.

نعم، لو قلنا بعدم جواز الربا الأدائي أو الإتلافي أو الاستيفائي بملك النصّ المتقدّم فهذا شيء آخر، والمفروض أنّ سيّدنا الأستاذ إنّما حكم بالرخصة بالغضّ عن النصّ المتقدّم، كما أنّ إشكال السيّد المحقّق المتقدّم أيضاً مبني على عدم ملاحظة النصّ الآنف.

وأما ما ذكره المحقّق الآنف من ابتناء احتمال الفرق على احتمال مدخليّة التملّك وردّه، فيدفعه: أنّه نعم يحتمل مدخليّة التملّك. ألا ترى أنّ الأجير أو المأمر بعمل لا يجوز له مطالبة المستأجر والأمر بعد العمل بزيادة فإنّه إنّما ملك مقداراً معيّناً فلا تجوز الزيادة عليه، بينما كان يجوز له تضمين عمله بزيادة عن المسمّى في الإجارة وعن أجرة المثل في مورد الأمر، فعدم تملكه لأجرة معيّنة هي المسمّى أو المثل هو الموجب لجواز تضمينه صاحبه بالزيادة.

ثمّ إنّّه ينبغي عدم الغفلة عن نقطة ربما تكون الغفلة عنها موجبة للخلط في

نصوص حيل الربا ويشكل في الأخذ بها على أساس تلك الغفلة، وحاصل تلك النقطة هي:

إنّ هناك أمرين:

الأول: إلزام المديون معسراً كان أو موسراً بدفع شيء زائد عن الدين في مقابل الإمهال والتأخير، فهذا لا يجوز.

الثاني: تبرّع المديون بدفع شيء غير مبلغ الدين بدون إلزام الدائن سواء كان بذل الزيادة في قبال إلزام الدائن بالإمهال أو بداعي ذلك كأن يهبه شيئاً ويعلم أنّه على تقدير الهبة لا يطالبه بدينه الحالّ وهو متمكّن من الأداء.

فإذا قيل: إنّ إلزام المديون ببذل الربا لا يجوز ربما فهم منه أنّ إلزامه بقبول الحيل أيضاً لا يجوز، ولكن هذا لا يقتضي أنّه إذا لم يجز للدائن إلزامه مديونه بالزيادة سواء كان رباً صريحاً أو حيلة، كذلك لا يجوز للمديون أن يتبرّع ببذل الزائد مع عدم كونه ملزماً.

وكثير من روايات الحيل ناظرة إلى الأمر الثاني، ولعلّ الغفلة عن الفرق بين الأمرين وتوهم أنّ مورد روايات الحيل هو الإلزام بالزيادة بواسطة الحيل الذي لا فرق بينه وبين الإلزام بالزيادة صريحاً وبلا واسطة هو الذي حمل بعضهم على طرح روايات الحيل، فلا تغفل.

وقد يستدلّ للمنع من بعض حيل الربا المنصوص عليه كالبيع المحاباتي مع القرض بداعيه أو مشروطاً به بأنّه: مشمول للقرض الذي يجزّ نفعاً، وتوضيح المطلوب:

إنّه إذا أنشئ البيع المحاباتي فقد يكون ذلك بداعي الإقراض، فهذا لا ينبغي الشكّ في صحّته ولا يكاد يؤثّر تخلف الداعي في ثبوت الخيار فيها فضلاً عن اختلال صحّة المعاملة بسبب ذلك، فلا يجوز للمشتري فسخ البيع إذا امتنع البائع

من الإقراض، وهو واضح.

وقد يكون القرض مأخوذاً شرطاً في البيع المحاباتي، وهذا على وجهين:
الوجه الأول: أن يكون المشروط وقوع القرض بنحو شرط النتيجة فيكون
القرض منشأً بنفس العقد الأول وفي ضمن البيع بلا حاجة إلى إنشاء جديد بعده؛
حتى أن البائع لو قصد مجرد البيع دون القرض لم يصحّ لعدم التطابق بين طرفي العقد.
الوجه الثاني: أن يكون المشروط فعل القرض وإنشاءه بعد البيع في عقد مستقلّ
فلا تتحقّق نتيجة القرض ولا إنشائه عند البيع الواقع أولاً.

أما الوجه الأول: فربما كان المعروف جوازاً طبقاً للقاعدة، وذلك على أساس أن
القرض أخذ شرطاً في البيع فليس هو قرضاً بشرط البيع المحاباتي ليكون القرض
هو الذي يجزّي النفع، بل هو بيع محاباتي مشروط بالقرض.

وخالف فيه بعضهم محتجاً بأن الشرط الاصطلاحي وإن كان لا ينطبق على
البيع ولكن البيع في القرض هو شرط لغةً وعرفاً لا محالة؛ إذ كما يكون البيع مقصوداً
بالإنشاء على تقدير الشرط وهو الرضا بالقرض وإنشائه، ولذا كان القرض شرطاً
كذلك يكون القرض المنشأ بعنوان الشرط معلقاً على قبول المقترض للبيع المحاباتي
الخاص، ولذا لو قبل المقترض الشرط أعني القرض دون البيع لم يصحّ لعدم
التطابق بين طرفي العقد.

وبالجملة: يندرج القرض المزبور في عموم ما دلّ أن كلّ قرض جرّ نفعاً لا يصحّ
حيث إنّه ربا، فإنّ هذا القرض حيث إنّه مشروط ومعلق في إنشائه على قبول البيع
الخاص الذي يجزّي النفع للمقرض لا يكون مشروعاً، بل هو ربا كما لو عكس
وأُنشئ القرض أولاً وشرط ضمنه البيع المحاباتي.

وأما الوجه الثاني أعني اشتراط فعل القرض - لا النتيجة - فالذي تقتضيه
القاعدة هو جواز ذلك؛ لأنّ البيع المحاباتي مجرداً عن كلّ شرط، سائغ. ولا موجب

للمنع من اشتراط القرض المحلّل فيه بعد عموم المؤمنون عند شروطهم له.
مع أنّ هذا الشرط هو لصالح المقرض؛ والممنوع هو شرط يجزّ نفعاً للمقرض،
فإنّ استحقاق شخص إلزام صاحبه بالإقراض هو لصالح المقرض.
وكيف كان؛ فقد يُقال بعدم جواز ما يُنشأ من القرض وفاءً بالشرط بعد البيع
المحاباتي المشتمل على اشتراط فعل القرض؛ وذلك لأنّ ما يقع من الإقراض
خارجاً يصدق عليه أنّه قرض يجزّ نفعاً؛ وذلك لأنّ عمليّة الإقراض حيث كان
وفاءً بالشرط يمنع من فسخ البيع فيجزّ هذا القرض نفعاً للبائع مقرض إذا كان البيع
لصاحبه ويجزّ النفع للمشتري المقرض إذا كان البيع لصاحبه.
فكما أنّه لو شرط النفع ضمن القرض كان القرض جازاً للنفع باشماله على
الشرط، كذلك لو كان نفس عقد القرض بوقوعه مستلزماً لنفع المقرض كما فيما نحن
فيه.

وإن شئت فقلّس المقام بما لو شرط المقرض ضمن القرض لزوم بيع محاباتي فإنّه
يعدّ بذلك قرضاً يجزّ نفعاً، وكذلك في المقام فإنّ نفس عمليّة الإقراض تستتبع عدم
اختيار المتضرّر بالبيع المحاباتي في فسخ العقد فيكون جازاً للنفع إلى المقرض.
قلت: أولاً؛ قدرّد في النص على رواية فساد القرض الذي يجزّ المنفعة وذكر فيه:
أنّ خير القرض ما جرّ منفعة كما في صحيح محدّد بن مسلم^(١) وغيره.
وكأنّ الممنوع هو أن يجزّ القرض منفعة بسبب اشتراط ذلك فيه؛ لا ما إذا جرّ
النفع بدون الشرط فيه كما في التبرّع بأداء الدّين بزيادة حيث لم يكن مشروطاً، بل
ورد استحباب ذلك. وفيما نحن فيه وإن استلزم الإقراض سقوط خيار المقرض،
ولكنّه ليس بسبب اشتراطه في عقد القرض.

نعم، ورد في معتبرة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن

(١) الوسائل ١٣: ١٠٤، الباب ١٩ من أبواب القرض، الحديث ٤ وغيره.

الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً؟ قال: «لا يصلح إذا كان قرضاً يجرّ شيئاً فلا يصلح» الحديث^(١).

ثم إنه ينبغي أن يعلم أن الربا القرضي على أقسام:

الأول: جعل الزيادة مع غيرها عوضاً عن الأصل كجعل مئة وعشرة عوضاً عن مئة، فيكون كلّ واحد من المئة مضموناً بواحد وزيادة جزء نظير بيع شيء بزيادة كبير من مئتين.

والثاني: جعل الزيادة في قبال الأجل نظير الإجارة، فكأنه يستأجر مئة درهم بعشرة دراهم فيملك الانتفاع بالمئة مضموناً عليه بالزيادة، وهذا معنى ملك المقترض، فإنه وإن ملك العين ولكنه ليس ملكه لها مجاناً بل مضموناً ببدلها ومثلها أو قيمتها.

والثالث: جعل الزيادة شرطاً من دون أن تقابل أصل المال ولا الأجل؛ وإن كانت على ذلك التقدير، فإنّ هذا أيضاً قسم من الربا لما دلّ على أن كلّ قرض يجرّ نفعاً لا يجوز فإنه شامل لما إذا كان النفع بمثل الشرط.

وعلى هذا الأساس يمكن المنع من صحّة المعاملات المحابطة المشتملة على قرض، كأن يبيعه سلعة بضعف قيمتها على أن يقرضه شيئاً؛ فإنّ هذا القرض يجرّ نفعاً للمقرض حيث إنّ المشروط وهو البيع مشتمل على الإحباء والفضل؛ ولا فرق في صدق هذا العنوان بين أن يكون القرض أصلاً والبيع شرطاً وبالعكس وقد حقّقنا بعض الكلام في أقسام الربا في عقد التأمين.

ملحق (٢) مدى تأثير الشرط الفاسد في أصل العقد

يقع الكلام فيما أشرنا إليه من عدم إفساد الشرط الفاسد للعقد: والذي كنت عليه منذ زمن بعيد هو عدم كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد ولا الإيقاع؛ لا لبعض النصوص الواردة في بعض المقامات ليرد على التمسك بها أنها لو تمت وجب الاقتصار على موردها حيث كان الحكم فيها مخالفاً للقواعد. بل من جهة اقتضاء القاعدة لذلك؛ ومحض الوجه فيه: هو أن العقد ليس معلقاً بحسب الإنشاء على نفوذ الشرط شرعاً، وإنما هو معلق على التزام المشروط عليه بذلك؛ والمفروض تحققه. ومآل الشرط إلى أمرين: أحدهما: تعليق أصل العقد على التزام صاحبه بالشرط حين العقد و ثانيهما: تعليق لزوم العقد على الوفاء بالشرط. فأصل العقد والالتزام به منوط بالتزام المشروط عليه بالشرط كالتزامه بأصله؛ ولزومه منوط بوفاء المشروط عليه بالشرط؛ حيث إن مآل الشرط إلى اشتراط الخيار على تقدير تخلف الشرط، فلو فرض عدم نفوذ الشرط شرعاً ولكنه وفي المشروط عليه خارجاً - لكون الشرط أمراً مباحاً وإن لم يكن نافذاً، بل وحتى مع فرض حرمة

تكليفاً - لزم العقد مضافاً إلى الصحة، ولا موجب لإناطة صحة العقد بصحة الشرط. هذا ما كتنا عليه سابقاً.

ولكن الذي يخطر ببالي أخيراً هو التفصيل بين ما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة فيفسد العقد بفساده، وبين ما إذا كان بنحو شرط الفعل كاشتراط فعل محرم من شرب مسكر أو قتل نفس وما شاكل ذلك فلا يفسد.

والرأى في ذلك: أمّا في صحة العقد في الفرض الثاني فلعين ما تقدّم. وأمّا بطلان العقد فيما لو كان المشروط بنحو شرط النتيجة فلأنّ العقد متقوم بالشرط في إنشائه؛ فكما أنّ البيع حسب الإنشاء والماهية متقوم بتمليك المبيع وتملك الثمن فلا يكون مجرد تمليك المبيع مقصوداً بالإنشاء إذا لم يتحقق معه تملك الثمن، فكذلك لو أخذ شرط بنحو النتيجة في العقد؛ كما لو شرط البائع أن يملك على المشتري خياطة ثوب زائداً على الثمن، فالبيع المجرد عن تملك الخياطة الثوب ليس ممّا أنشأه البائع كالبيع المجرد عن تملك الثمن، فكما أنّه لو كان الثمن من المحرّمات كالخمر لم يتملك المشتري المبيع أيضاً لعدم كون تمليك المبيع على تقدير عدم تملك الثمن أمراً منشأً، فكذلك لا يكون تمليك المبيع على تقدير عدم تملك الخياطة ممّا أنشأه البائع، فلو كان الشرط محرّماً كما لو شرط عليه ملك الخمر زائداً على الثمن كان مثلاً لو كان الخمر ثمناً. لا يقال: بطلان البيع لو كان الثمن ممّا لا يصحّ تملكه إنّما هو لتقوم البيع عرفاً بالثمن؛ فإنّه يقال: ليس الوجه في البطلان ذلك، بل الوجه قصور الإنشاء عن التمليك المجرد عن تملك الثمن؛ فإنّ العقود تابعة للقصد كما هو ظاهر. وإنّما يكون تقوم البيع عرفاً بتملك الثمن للبائع كتملك المبيع للمشتري منشأً لقصور الإنشاء عن فرض عدم تملك الثمن حيث كان العنوان المنشأ هو عنوان البيع، وإلا فلو كان العنوان المنشأ أمراً لا يقصر عن فرض عدم تملك الثمن نفذ وإن كان البيع عرفاً مستقوماً بتملك الثمن. وهذه الجهة أعني قصور الإنشاء كما تجري في مثل الثمن فهي جارية

في هذا القسم من الشروط التي أنيط العقد والإنشاء بتحققها مقارناً للعقد. ويكون إمضاء العقد مجرداً عن الشرط خلفاً لتبعية العقود للقود؛ فإنّ ما عقد وقصد لم يَمْضُ؛ وإنّما تعلّق الإمضاء بشيء لم ينشأ ولا عقد عليه.

ومما ذكرنا يعلم أنّ ما في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام من صحّة البيع المشتمل على اشتراط كون الولاء لغير المعتق، الفاسد شرعاً حكماً على خلاف القاعدة لكونه من شرط النتيجة.

وعلى هذا الأساس فإذا وهب المؤمن له مبلغاً للمؤمن على أن يملك على المؤمن - على وجه التعليق - فمع كون التعليق مضرّاً بصحّة التملّك يكون أصل التأمين والملّك الصادر من المؤمن له أيضاً باطلاً لتقوّم الإنشاء بتملّك المؤمن له المفروض عدم وقوعه شرعاً.

وقد يقال: إنّ مقتضى تعليق العقد على الشرط هو تعليقه على ما بيد المشروط عليه، وغاية ما للمشروط عليه السلطة عليه هو الالتزام بالشرط لا تأثيره في تحقّق المشروط بمعنى نفوذه؛ فلو شرط ملك الخمر فالمشروط هو التزام المشروط عليه بذلك لا تحقّق ملكه، والمفروض تحقّق المعلّق عليه أعني التزام المشروط عليه في هذا القسم كتحقّقه في سائر الشروط الفاسدة التي لا ترجع إلى اشتراط النتيجة، بل كان المشروط مجرد التزام المشروط عليه.

وبالجملة: فلا فرق بين أن يكون الشرط الفاسد هو مثل تملّك الخمر وبين كونه شرب الخمر في رجوعهما إلى أمر واحد وهو التزام المشروط بذلك، وهذا لا يسري فسادُهُ إلى أصل العقد.

قلت: يرد عليه:

أولاً: أنّه لا ينحصر الشرط عند العقلاء والعرف في الأمور الاختيارية، فكما يصحّ تعليق العقد عندهم على أمر اختياري واشتراطه في العقد يجوز تعليق العقد

على ما هو خارج من اختيار المتعاقدين فضلاً عن الشروط عليه، فيجوز اشتراط البيع بكون زمانه مصادفاً للجمعة. ثم صحة التعليق في العقد وعدمها أمر آخر لا ربط له بإمكان التعليق والاشتراط.

وثانياً: إن المقدور بالواسطة يعدّ مقدوراً؛ والملكية ونحوها تكون مقدورة حيث إن سببها بالاختيار، فيجوز اشتراط الملك كما يجوز اشتراط الالتزام بالملك بعد كون الالتزام به بالاشتراط مؤثراً في ذلك.

نعم، لا يكون مجرد الشرط كافياً في التأثير ما لم ينفذه الشارع، فربما يكون زعم الصحة منشأ لاشتراط الملكية؛ فهذا الزعم يكون داعياً لاشتراط نفس الملكية لا مجرد الالتزام به؛ وعليه فالمعلق عليه العقد حسب الإنشاء هو نفس الملكية وإن كان الداعي على اشتراطه - بعدما كان المعلق عليه مشروطاً بالقدرة - هو تخيل صحته شرعاً. ولكن تخلف هذا الداعي لا يوجب خروج العقد عن كونه معلقاً على نفس الملكية الخارجة عن قدرة المشروط عليه واقعاً؛ وقصور الإنشاء عن فرض عدم ملكية الخمر ولو لعدم تنفيذ الشارع له وإن التزم بها المشروط عليه. ومما ذكرنا علم الفرق بين قسمي الشرط وأن المنشأ للفرق هو اختلاف القسمين حسب المتفاهم منهما عرفاً.

كما علم بما ذكرنا أنه لا محذور في إنشاء القسم الأول من الشروط أعني اشتراط مثل الأفعال كشرب كذا بنحو يكون فساد الشرط سارياً إلى أصل العقد؛ كأن يعلق المعاملة على صحة الشرط شرعاً فيقول: بعثك بكذا بشرط أن تفعل كذا، معلقاً على صحة الشرط شرعاً، فيكون البيع بدون حكم الشارع بصحة الشرط غير منشأ، فلا يكون البيع حينئذ قابلاً للصحة بعدما لم يكن منشأ؛ وما هو المنشأ غير محكوم بالصحة؛ كل ذلك بمقتضي تبعية العقود في صحتها للقصور.

ولكن لما لم يكن المفهوم في مثل اشتراط الأفعال تعليق العقد على صحة الشرط

كان مقتضى إطلاق العقد عدم تعليقه، وعليه فلا يوجب فساد الشرط فساد العقد؛ لعدم كون قصده معلقاً على صحّة الشرط.

كما أنّ في القسم الثاني من الشروط لو كان مقصود الشارع صحّ العقد وإن بطل الشرط؛ المشروط عليه بمثل ملكية الخمر وإن لم يمضه الشارع صحّ العقد وإن بطل الشرط؛ لعدم تعليق العقد على صحّة الشرط، والمفروض أنّ المعلق عليه وهو التزام المشروط عليه حاصل، إلّا أنّه لما كان هذا خلاف المفهوم من هذا السنخ من الشرط لم يحمل ظاهر الكلام والإنشاء عليه.

بل الظاهر أنّ اشتراط ملكيّة الخمر مثلاً بمعنى الالتزام بها لا محذور فيه ما لم يرجع إلى التشريع، ومعه فيكون حراماً فلا معنى لبطلان الشرط بهذا المعنى بعد فرض حصول الالتزام؛ ولا يخلّ به عدم حصول الملكية بعد عدم كونه المشروط. فقد تحصّل أنّ السرّ في الفرق بين قسمي الشرط راجع إلى فرق ثبوتي بين سنخي الاشتراط؛ وبتبعه يكون مقام الإثبات منزلاً على ما يساعده الظواهر من إرادة كلّ من القسمين، فلاحظ وتأمل فإنّه حريٌّ بذلك.

دليل لفساد العقد بفساد الشرط و ردّه

كما اتّضح بما ذكرنا اندفاع عمدة ما يستدلّ به لسريان الفساد من الشرط إلى العقد، وهي دعوى كون إنشاء العقد وقصده مقيداً بالشرط، فإذا لم يسلم الشرط لم يصحّ العقد لانتفاء المقيد بانتفاء قيده.

توضيح الردّ: أنّ اشتراط العقد بأمر - كما تقدّم - ينحلّ إلى أمرين ويكون العقد معلقاً عليهما ومقيداً بهما؛ وذلك فإنّ مفهوم الاشتراط هو إلزام المشروط عليه بالشرط بمعنى اعتباره متعهداً وملتزماً بفعل الشرط؛ والأمر الآخر هو اعتبار المشروط عليه متعهداً باختيار الشارع في فسخ العقد حيث لا يتحقّق الشرط

اختياراً أو عجزاً؛ وكلا الأمرين لا بد من مقارنتهما للعقد بمعنى أنه لو لم يتحققا ولو أحدهما لم يصح العقد حتى في الشروط الصحيحة فضلاً عن غيرها.

فلو لم يتعهد المشروط عليه بفعل الشرط أو بخيار الشارط في الفسخ على تقدير عدم تحقق الشرط لم يتحقق العقد؛ لكون التطابق بين الإيجاب والقبول مقوماً للعقد ومعتبراً في صحته؛ وذلك لعدم صدق التعاقد بدونه.

والأمرين المتقدمان في بيان حقيقة الشرط ومآله، محققان في الشروط الفاسدة كغيرها. فمفهوم التعاقد منطبق على العقد المشتمل على الشرط الفاسد كالصحيح. ثم إن الأمر الأول مما يرجع إليه الشرط أعني التزام المشروط عليه بالشرط يستتبع حكماً تكليفاً في الشروط الممضاة شرعاً فيما كان فعلاً اختيارياً؛ وعلى أساسه يجب الوفاء بالشرط تكليفاً على المشروط عليه؛ وأمّا في الشرط الفاسد فلا يجب وقد لا يجوز الوفاء كما فيما إذا كان الفساد لحرمة الفعل تكليفاً. ولكن ليس العقد مطلقاً معلقاً على هذا الحكم التكليفي، والمراد من الإطلاق ما يعمّ المقرون بالشرط الصحيح والفاسد.

كما أن الأمر الثاني يستتبع حكماً وضعياً وهو قابلية العقد للفسخ فيما كان العقد قابلاً للفسخ؛ وذلك لكون لزومه حقياً لا حكماً بتياً كالنكاح مما لا يكون لزومه وجوازه بيد المتعاقدين. وكما يجوز جعل الخيار مطلقاً يجوز جعله معلقاً؛ وفي الثاني كما يجوز تعليق الخيار على أمر خارج عن الاختيار يجوز تعليقه على فعل اختياري؛ وفي الثاني كما يجوز أن يكون المعلق عليه فعلاً مباحاً يجوز التعليق على المحرّم تركاً أو فعلاً، فيجعل الخيار على تقدير ترك الحرام، كما يجوز جعله على تقدير فعل المحرّم. ولم يعلم كون الالتزام بفعل الحرام محرّماً عندهم؛ ولو فرض حرّمته - كما لا يبعد لكونه جرأة على المولى وهتكاً له ولا ينحصر الحرمة في ارتكاب المحرّم - فليست الحرمة التكليفيّة منشأً لفساد العقد كما لو فرض حرمة إنشاء العقد بنذر وغيره.

نعم، لو كان العقد من قبيل النكاح ممّا لا يكون جعل الخيار فيه بيد المتعاقدين فاشتراط الخيار فيه يكون مفسداً بالوجه الذي قرّرناه في القسم الآخر أعني شرط النتيجة؛ لكون اشتراط الخيار على تقدير تخلف الشرط منه.

وممّا ذكرنا ظهر أنّ الشرط الفاسد سواء كان من قبيل شرط الفعل أو شرط النتيجة في العقود التي يكون الزوم فيها حكماً لا حقّاً للمتعاقدين يكون مفسداً؛ لتضمّنه لشرط النتيجة باعتبار شرط الخيار، فيدخل فيما قرّرناه من كون العقد معلقاً عليه، فيفسد بدون تحقّق المعلق عليه أعني ثبوت الخيار للشارط، فلا حظ. بل مقتضى ما ذكرناه أنّ الشرط مطلقاً - ولو كان سائغاً - في مثل النكاح مفسد؛ لكون المفهوم من الشرط - كما تقدّم وتكرّر - تعليق أصل العقد على الخيار المشروط بتخلف الشرط، وهذا لا يختصّ بالشرط الفاسد أو المحلّل، بل هو ثابت في كلّ شرط حتّى المباح، فإذا كان العقد ممّا لا يقبل الخيار يكون تعليق العقد على الخيار تضيقاً للإشياء ويكون صحيح العقد بدونه إمضاءً لمّا لم ينشأ، ونتيجة ذلك أنّ اعتبار الشارع للعقد نافذاً بنحو الزوم إمضاءً لما لم يعقد عليه العاقد ولا أنشأه حيث كان مقصود العاقد بالشرط كون العقد غير لازم عند تخلف الشرط؛ وهذا بحاجة إلى دليل كما قام عليه الدليل في النكاح.

هذا فيما كان المشروط هو الفعل، وإذا كان المشروط هو ملك الشيء ولو كان ذلك الشيء عملاً كالخياطة فمآل الشرط إلى تعليق العقد على تملك المشروط كتملك العوض لو كان العقد معاوضة؛ لا إلى مجرّد تعهّد المشروط عليه بتملك المشروط له كما نقحنه آنفاً؛ فيكون الشرط في مثل هذا القسم منحللاً عند التحليل إلى أمور ثلاثة هي: الأمران المتقدّمان في القسم السابق وهذا الذي ذكرناه هنا كما تقدّم أيضاً. فمعنى بعثك بألف على أن أملك عليك خياطة الثوب أو مشروطاً به أنّ البيع معلق على تملك الخياطة كالثمن أولاً؛ وعلى تعهّد المشروط عليه بالجري على

مقتضى ملك الخياطة بفعلها ثانياً، وعلى تعهده أيضاً بخيار الشارط في فسخ البيع لو تخلف الشرط ولم تتحقق الخياطة ثالثاً؛ وكلّ هذه الأمور هي مقارنات للعقد، وتعليق العقد عليها لا محذور فيه حيث إنّ هذا المقدار من التعليق مقتضى الشرط السائع وحقيقته؛ سواء كان الشرط صحيحاً أو لم يكن.

والأمر الذي يختصّ به هذا القسم من الشرط هو الفارق بين القسمين والموجب لسريان الفساد من الشرط إلى العقد.

التسوية فيما يفهم من الشرط المذكور في العقود القابلة للخيار وغيرها

ثم إنّ من الغريب دعوى الفرق في المفهوم من الشرط وما يؤول إليه عند التحليل بين العقود القابلة لاشتراط الخيار كالبيع وبين ما لا يقبله كالنكاح برجوعه إلى جعل المعاهد متعهداً بالشرط وإلى اشتراط الخيار على تقدير تخلف الشرط وعدم الوفاء به في مثل البيع، وإلى خصوص الأمر الأوّل في مثل النكاح؛ وذلك فإنّ المفهوم من الشرط شيء واحد في المقامين. ومجرّد نفوذ اشتراط الخيار وعدمه شرعاً لا يكون مؤثراً في المفهوم المنشأ للمتعاقدين وظهوره.

ومجرّد أنّه لا يصحّ اشتراط الخيار في مورد ويصحّ في آخر لا يوجب انعقاد العقد وإنشائه على وجه اشتراط الخيار في مورد دون آخر، بل ولا يوجب انصراف الإنشاء والعقد إلى وجه خاصّ بعدما كان المتفاهم من التركيب الواحد وهو العقد المشروط شيئاً واحداً في المقامين، فلاحظ.

ثم إنّ من المحتمل أن يكون الذي حمل من قال بسراية الفساد من الشرط إلى العقد مطلقاً - نظراً إلى إنشاء العقد مقيداً بالشرط والمقيّد ينتفي بانتفاء القيد - هو ملاحظة ما ذكرناه من موارد شرط النتيجة غفلةً عن اختلاف الشروط في المفهوم كما بيّناه.

كما يُحتمل أن يكون القائل بعدم السراية ناظرًا إلى مثل اشتراط الفعل كما يدلّ على ذلك ملاحظة استدلالهم غفلة عن تغاير الشروط في المعنى كما نبّهنا عليه، والجمع بين ملاحظة الموارد يقتضى التفصيل بما قدّمناه.

حصيلة البحث عن اقتضاء فساد الشرط

فقد تخلص بما قرّرناه أمور:

الأول: أنّ الشرط الفاسد في العقود التي لا تقبل الخيار بالشرط - كالنكاح - مفسد لها مطلقاً بلا فرق بين كون المشروط عملاً وبين كونه حكماً وضعياً كالملكيّة وغيرها. هذا من حيث القاعدة، فلا ينافي قيام الدليل الخاص على خلافها. وكذا الكلام فيما يأتي من الموارد.

الثاني: أنّ الشرط الفاسد في العقود القابلة للخيار بالشرط - لكون اللزوم فيها حقياً - إذا كان بنحو شرط النتيجة كالملكيّة ونحوها أيضاً مفسد.

الثالث: أنّ الشرط الفاسد في القابلة لاشتراط الخيار إذا كان بنحو اشتراط الفعل والعمل والتعهد به لا يكون مفسداً.

الرابع: أنّ اشتراط الفعل راجع إلى أمرين: أحدهما: تعليق الرضا بأصل العقد على تعهّد المشروط عليه بالشرط. والثاني: تعليق العقد على تعهّد المشروط عليه بالخيار للشارط في فرض تخلف الشرط. وكلا الأمرين حاصلان حين العقد، والمفروض عدم حرمة شيء من الأمرين، وعلى فرضها فلا ملازمة بين الحرمة وبين الفساد في العقد المعلق على الحرام.

الخامس: أنّ اشتراط النتيجة كالملكيّة يرجع إلى أمور ثلاثة هي: ١ - ملك الشارط لما شرطه من مثل الخمر. ٢ - تعهّد المشروط عليه بالجري على مقتضى ملك الشارط لما شرطه. ٣ - تعهّد بالخيار للشارط إذا لم يف بالشرط.

السادس: أنه لما كان اشتراط الفعل والتعهد بالجري عليه مستلزماً - حسب المتفاهم العرفي - لاشتراط الخيار على تقدير عدم الوفاء وكان هذا من قبيل شرط النتيجة فيلزم من ذلك بطلان الشرط في العقود التي يكون اللزوم فيها حكماً بحيث لا يقبل اشتراط الخيار؛ وبتبعه يكون العقد فاسداً بناءً على ما قرّرناه من أن الشرط الفاسد إذا كان من قبيل شرط النتيجة ففساده يسري إلى العقد لا محالة؛ فلا يجوز حتى اشتراط المباحات في مثل النكاح كاشتراط الخياطة على القاعدة؛ لأنّ مآله إلى اشتراط الخيار المشروط بتخلّف الخياطة، وهذا شرط فاسد. وتعليق العقد على هذا الشرط يفسد العقد لا محالة كما قرّرناه. هذا من حيث القاعدة.

كما أنّ اشتراط الخيار في النكاح صريحاً سواء كان خياراً مطلقاً أو مقيّداً ينبغي أن يكون مفسداً له على القاعدة.

نعم، إذا كان الشارط عالماً بالحكم الشرعي في مورد ذاك العقد وكان مرجع شرطه إلى خصوص إلزام المشروط عليه بالالتزام بدون صيرورة العقد خيارياً بتخلّف المشروط عليه عن الوفاء بالشرط، صحّ الشرط والعقد؛ وذلك فإنّ إفساد الشرط الفاسد كما تقدّم ينشأ من شرط الخيار في مثل هذا العقد، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى الإفساد لا محالة.

أنحاء تصوير الشروط ضمن العقد

ثم إنّ هذا الذي ذكرناه في مفهوم الشروط المأخوذة في العقود إنّما هو بحسب المتفاهم العرفي في الإنشاءات، وإلا فلا ينحصر الإنشاء بحسب الثبوت في ذلك بل يمكن قصد الشرط على وجه آخر.

وتوضيح الأمر أن إنشاء الشرط وقصده على أنحاء:

الأول: قد يكون الشرط باعتبار جعل فعل في عهدة المشروط عليه خاصّةً من

دون أن يستتبع تخلفه خياراً للشارط؛ كما لو صرّح بإلزام صاحبه بفعل الشرط على أن لا يكون له خيار على تقدير التخلف اختياراً أو بدونه، فتكون ثمرة الاشتراط مجرد وجوب الوفاء به تكليفاً فيما كان الشرط نافذاً؛ وهذا المقدار كافٍ في دفع لغوية الاشتراط.

الثاني: قد يكون الاشتراط بقصد جعل الخيار على تقدير عدم فعل المشروط من دون قصد إلزام المشروط عليه بالفعل، كما لو صرّح باشتراط الخيار على تقدير عدم الفعل من دون أن يكون المشروط عليه ملزماً في مقام الإنشاء بشيء فضلاً عن مقام الإمضاء الشرعي؛ وهذا الأمر أيضاً يدفع لغوية الاشتراط، والظاهر أن اشتراط الوصف في المبيع المعين ونحوه من هذا القبيل، فإنه لا أثر للشرط سوى الخيار على تقدير التخلف وإلا فلا يمكن الجري والعمل على مقتضى الشرط بعدما كان المبيع مثلاً جزئياً متعيناً خارجاً.

الثالث: أن يكون الاشتراط بقصد مجموع الأمرين السابقين؛ وهو الذي ذكرنا أنه المتفاهم عرفاً من إطلاق الشروط عرفاً وفاقاً لسيّدنا الأستاذ وغيره. وهذه الأنحاء الثلاثة مشروعة وصحيحة بلا محذور في الجملة.

الرابع: أن يكون الاشتراط بنحو التعليق في العقد بأن يكون تأثير العقد بحسب الإنشاء منوطاً بتحقيق المشروط خارجاً؛ وعلى أساسه لو كان زمان الوفاء بالشرط متأخراً كان أثر العقد المتضمّن للشرط موقوفاً على ذلك الأمر المتأخّر بنحو الشرط المقارن.

وهذا هو الذي اشتهر في الكلمات بطلان العقد معه وإن كان أمراً متصوّراً ومعقولاً؛ وهو الذي ادّعى الإجماع على بطلان العقد به، ويصطلح عليه بالتعليق في العقد.

الخامس: أن يكون تأثير العقد في مضمونه معلقاً على تحقق الشرط خارجاً

والوفاء به عملاً ولو في الظرف المتأخر لكن على وجه يكون تحقق الشرط في
الظرف المتأخر كاشفاً عن تأثير العقد منذ ظرف وقوعه، فلا يكون التعليق بلحاظ
أثر العقد؛ بل التعليق بلحاظ انكشاف الأمر والعلم بتأثير العقد من حينه لا من
حين الوفاء بالشرط.

وهذا القسم من التعليق ليس هو التعليق المصطلح والمدعى على بطلانه
الإجماع.

فهرس المحتويات

٥	تقديم
٧	مقدمة
٧	صحة المعاملات الجديدة ودليها
٨	شبهة في شمول عمومات المعاملات للمصاديق الجديدة
١٠	تصحيح المعاملات بأدلة الصلح
١١	مناقشة هذه المحاولة
١٤	مفهوم الصلح
١٧	دعوى المحقق الإيرواني ومناقشتها
١٩	مؤيدات لمباينة الصلح مع سائر العقود
٢٣	قرض الجعالة
٢٥	حكم حيل الربا وغيرها من الحيل
٢٦	الفرق بين الحيلة والخذعة لفة
٢٧	مفهوم الحيل عرفاً
٣٧	دعوى الاختصاص في النصوص

- ٤٢..... ما المراد باتّحاد العمل المستأجر عليه واختلافه في الإجازتين؟
- ٥٢..... الجعالة على الهبة أو الإقراض
- ٥٣..... العقود المستقبلية وعقود الاختيار (المساومات)
- ٥٦..... عقد المستقبلات والمساومات
- ٥٧..... البحث عمّا تقتضيه القواعد
- ٦٠..... تصوير حقيقة العقود المستقبلية
- ٦٢..... حقيقة بيع الكالئ بالكالئ
- ٦٤..... حكم بيع الكالئ بالكالئ
- ٧١..... محاولة لإرجاع العقود المستقبلية إلى التوكيل
- ٨٧..... تكييف العقود المستقبلية على أساس غير الوكالة
- ٩٩..... تكييف آخر للعقد المستقبلي وعقد الاختيار
- ١٠٠..... البحث بحسب مقتضي العمومات
- ١١٢..... البحث في العربون حقيقته وحكمه
- ١١٤..... حقيقة العربون بكلّ أُنحائه
- ١١٤..... وجوه تصوير النحو الأوّل من العربون
- ١١٩..... تصوير النحو الثاني من العربون
- ١٢٢..... وجه للمنع عن صحّة العربون
- ١٣١..... تفسيرات أخرى لحديث أبي البختری
- ١٣٣..... بحث العربون في ضوء الأدلّة الخاصّة
- ١٣٥..... عقد التأمين
- ١٣٧..... تعريف التأمين
- ١٣٨..... سابقة التأمين
- ١٣٨..... مناسبات التأمين
- ١٣٩..... محاولة إرجاع التكافل الاجتماعي إلى التأمين أو تناسهما

- ١٤١ تمهيد لحكم عقد التأمين
- ١٤٢ أقسام عقد التأمين
- ١٤٧ حكم التأمين في الشريعة
- ١٤٩ أهمية البحث عن انطباق عناوين العقود الخاصة على التأمين والبحث عن
- ١٤٩ المرحلتين الاوليين
- ١٥١ تكييف التأمين على أساس الهبة المشروطة أو المعوضة:
- ١٥٢ عدم لزوم الهبة غير المعوضة وان كانت مشروطة
- ١٥٣ أما الطائفة الاولى
- ١٥٧ إشكال تصوير عقد التأمين على أساس الهبة المشروطة:
- ١٥٩ تحويل التأمين إلى عقد لازم بعد توجيهه على أساس الهبة
- ١٦٠ مورد إشكال التعليق من عقود التأمين
- ١٦١ بطلان التعليق في العقود
- ١٦٢ في تصوير التأمين على أساس عقد الهبة
- ١٦٥ حقيقة العقد والفرق بينه وبين الوعد
- ١٦٦ محاولات لتكييف عقد التأمين وفقاً لعقود أخرى
- ١٦٦ تصوير عقد التأمين على أساس عقد الجريمة
- ١٦٧ حقيقة ضمان الجريمة وشروط صحته:
- ١٦٨ اشتراط ضمان الجريمة بعدم الوارث:
- ١٧١ مشروعية اشتراط الميراث في ضمان الجريمة
- ١٧٣ عقد الجريمة بدون ميراث
- ١٧٤ دلالة النص على اشتراط عقد ضمان الجريمة بإمكان إرث الضامن من
- ١٧٤ المضمون له
- ١٧٤ أدلة اشتراط عقد ضمان الجريمة بالإرث
- ١٧٥ حكم ضمان الجريمة بدون ميراث

- ضمان الجريرة العائدة والخاطئة..... ١٧٧
- ضابط انطباق عقد الجريرة على التأمين..... ١٧٨
- دلالة نصوص ضمان الجريرة على صحة تحمّل الضامن العمد والخطأ..... ١٨٠
- شمول ضمان الجريرة لغير الديات من وجوه الضمان..... ١٨١
- اشتراط ضمان الجريرة بوحدة الضامن والمضمون..... ١٨٤
- تصوير التأمين على أساس عقد الضمان..... ١٨٨
- محذورات تطبيق عقد الضمان على التأمين..... ١٨٩
- دفع محاذير تصوير عقد التأمين على أساس عقد الضمان:..... ١٩٠
- مناقشة لتصوير التأمين على أساس الضمان..... ١٩٢
- رجوع الضامن من على المديون بزيادة عن مبلغ الأداء..... ١٩٤
- عود إلى تصحيح عقد التأمين على أساس عقد الضمان..... ٢٠١
- قصور المنع في رجوع الضامن بزيادة عن مبلغ الأداء عن عقد التأمين..... ٢٠٢
- ردود على مانعية التعليق عن صحة عقد التأمين..... ٢٠٥
- تصوير التأمين على أساس عقد ضمان الأعيان:..... ٢٠٨
- تصوير التأمين على أساس عقد الوكالة..... ٢١١
- تصوير التأمين على أساس الإجارة..... ٢١٢
- محاذير تصحيح التأمين على أساس الإجارة..... ٢٢١
- قاعدة الفرر مضمونها ودليلها..... ٢٢٣
- ما هو المراد بالفرر؟..... ٢٢٨
- ما يمكن الاستدلال به للفرر غير حديثه..... ٢٣٢
- تحقيق روايات بيع الثمار وما يُعارضها:..... ٢٣٤
- الروايات المعارضة..... ٢٤٠
- شبهة ورد..... ٢٤٤
- الروايات الدالة على اشتراط العلم بأوصاف المبيع:..... ٢٤٦

٢٥٦.....	وجوه يستدل بها لقاعدة الفرر
٢٥٩.....	تصوير التأمين على أساس استيفاء المنفعة والأمر بأداء الدين
٢٦٠.....	تصوير التأمين على أساس الجعالة
٢٦١.....	مناقشات في تصوير التأمين على أساس الجعالة
٢٧٢.....	تقرير آخر لتطبيق الجعالة على التأمين
٢٧٤.....	تصوير التأمين على أساس عقد الصلح والمصالحة
٢٧٨.....	تصوير التأمين على أساس الصلح الخيارى في كلام صاحب العروة
٢٨٠.....	تصوير التأمين على أساس البيع الخيارى
٢٨٣.....	تصوير التأمين على أساس قاعدة اليد
٢٨٣.....	تصوير التأمين على أساس عموماً المعاملات والعقود
٢٨٥.....	وجود عموماً تدل على صحة المعاملات وتعيينها
٢٨٨.....	العمومات الصالحة للاستدلال لتصحيح المعاملات ومنها عقد التأمين
٢٨٩.....	البحث عن مانعة جملة من الأمور عن صحة عقد التأمين
٢٨٩.....	عقد التأمين والمقامرة
٢٩٠.....	مقومات القمار
٣٠١.....	عقد التأمين والرهان
٣٠٥.....	وجوه مدعاة للتفاوت بين القمار والرهان
٣٠٨.....	عقد التأمين والربا
٣١٤.....	عقد التأمين وحقيقة المعاوضة
٣١٨.....	عقد التأمين والسفهة
٣١٩.....	عقد التأمين وأكل المال بالباطل
٣٢٠.....	عقد التأمين والتصرف في سلطان الغير
٣٢١.....	عقد التأمين وضمان الذين بزيادة
٣٢١.....	عقد التأمين والهبة المشروطة

٣٢١	عقد التأمين والتعليق في العقود
٣٢٣	ملحقات
٣٢٥	الملحق (١): بعض وجوه المنع عن الحيل ومناقشتها
٣٢٩	موقف الفقه السني من الحيل ومناقشته
٣٣٥	أدلة مشروعية حيل الربا
٣٣٥	البحث في مقتضى القاعدة العامة
٣٤١	وجه في تخريج حيل الربا ومناقشته
٣٤٣	التطبيق على المسئلة والمقام
٣٤٥	وجه آخر لتحريم الحيل
٣٤٧	أدلة المنع من حيل الربا ومناقشتها
٣٤٩	تحليل لروايات مؤاخذه المحتال
٣٥٤	قطعية حللية بعض الحيل
٣٥٥	النصوص الخاصة بهذه الحيلة
٣٦١	نصوص حيل الربا
٣٦٥	وجوه الجمع بين الأخبار
٣٩٨	تضمن أداء الدين بزيادة
٤٠٤	التحقيق فيما يعارض هذه النصوص
٤١٣	الملحق (٢): مدى تأثير الشرط الفاسد في أصل العقد
٤١٧	دليل لفساد العقد بفساد الشرط وردّه
٤٢٠	التسوية فيما يفهم من الشرط المذكور في العقود القابلة للخيار وغيرها
٤٢١	حصيلة البحث عن اقتضاء فساد الشرط
٤٢٢	أنحاء تصوير الشروط ضمن العقد
٤٢٥	فهرس المحتويات
٤٣١	فهرس المصادر

فهرس المصادر

✽ القرآن الكريم .

✽ نهج البلاغة .

١. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان: لأبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، المعروف بـ«العلامة الحلي»، تحقيق: فارس الحسون، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة - إيران، الطبعة الأولى، طبع: مؤسسة النشر الإسلامي، سنة ١٤١٠هـ.

٢. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب: للشيخ ميرزا جواد التبريزي، الناشر: مؤسسة إسماعيليان، قم - إيران، الطبعة الثالثة، طبعت في مطبعة إسماعيليان، سنة ١٤١٦هـ - ١٣٧٤ش.
٣. الإستبصار فيما اختلف من الأخبار: للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق و تعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، بازار سلطاني، الطبعة الثالثة، سنة ١٣٩٠هـ.

٤. أقرب الموارد في فصح العربية والشوارد: لسعيد الخوري الشرتوني اللبناني، دار الأسوة للطباعة والنشر، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٦هـ - ١٣٧٤ش.

٥. أمالي الطوسي: للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق: قسم الدراسات الإسلامية مؤسسة البعثة، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، قم - إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤هـ.

٦. بحار الأنوار: للشيخ محمد باقر المجلسي: تحقيق و تعليق: الشيخ محمد باقر المحمودي، طبع مؤسسة الطباعة والنشر لوزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٠هـ، بيروت - لبنان.
٧. البحوث في علم الاصول: بقلم السيد محمود الهاشمي الشاهرودي، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، قم - إيران، طبع سنة ١٤١٧هـ.
٨. بررسي فقهی عقد بیمه: أحمد جمالي زاده، انتشارات دفتر تبليغات اسلامي (بوستان كتاب)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٠ش، قم - إيران.
٩. البرهان في تفسير القرآن: للسيد هاشم الحسيني البحراني، تحقيق قسم الدراسات الإسلامية مؤسسة البعثة، قم، إيران، الطبعة الأولى سنة ١٤١٥هـ، والطباعة والنشر: مؤسسة البعثة.
١٠. البنك اللاروي في الإسلام: للسيد محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات، بيروت - لبنان، الطبعة السابعة، سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
١١. تاريخ يعقوبي: لأحمد بن أبي يعقوب بن جعفر بن وهب بن واضح، الكاتب العباسي، المعروف بـ «اليعقوبي» الناشر: مؤسسة ونشر: الثقافة لأهل البيت (عليه السلام) (فرهنگ أهل بيت)، قم - إيران، دار صادر، بيروت - لبنان.
١٢. تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية: لجمال الدين أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي المعروف بـ «العلامة الحلي»، تحقيق: الشيخ إبراهيم البهادر، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٠هـ، طبع في مطبعة إعتقاد، قم - إيران.
١٣. تذكرة الفقهاء: لأبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، المعروف بـ «العلامة الحلي»، تحقيق ونشر: مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤هـ، طبع في مطبعة مهر، قم - إيران.
١٤. ترتيب كتاب العين: للخيل بن أحمد الفراهيدي، نشر الهجرة، قم - إيران، سنة ١٤١٠هـ.
١٥. تفسير القمي: لأبي الحسن علي بن إبراهيم القمي، التحقيق والنشر: مؤسسة الإمام المهدي (عليه السلام)، قم - إيران، الطبعة الأولى سنة ١٤٣٥هـ.
١٦. تفسير نور الثقلين: للشيخ عبد علي بن جمعة العروسي الحويزي، تصحيح و تعليق: السيد هاشم الرسولي المحلاتي، الناشر: دار التفسير، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٤هـ - ١٣٨٢ش، طبع في مطبعة شريعت، قم - إيران.
١٧. تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة: للشيخ محمد بن الحسن الحرّ

- العالمي، تحقيق و نشر مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ طبع في مطبعة مهر، قم - إيران.
١٨. تلخيص المرام في معرفة الأحكام: لأبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، المعروف بـ «العلامة الحلّي»، تحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، قسم إحياء التراث الإسلامي، المحقق: هادي القبيسي، الناشر: مركز انتشارات التابعة لمكتب الإعلام الإسلامي، الطبعة الأولى سنة ١٤٢١ هـ - ١٣٧٩ ش، طبع في المطبعة مكتب الإعلام الإسلامي.
١٩. تهذيب الأحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد: لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق و تعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان، نشر: دار الكتب الإسلامية (النجف الأشرف)، الطبعة الثانية، سنة ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨ م، طبع في مطبعة النعمان، النجف الأشرف - العراق.
٢٠. جامع أحاديث الشيعة: للشيخ إسماعيل المعزّي الملايري، بإشراف: السيد حسين البروجردي، الناشر: المؤلف، طبع في مطبعة المهر، قم - إيران، سنة ١٤٢٣ هـ - ١٣٨١ ش.
٢١. جامع الرواة: لمحمد بن عليّ الأردبيلي الفروي الحائري، طبع: دار الأضواء، بيروت، لبنان، سنة ١٤٣٠ هـ.
٢٢. جامع المقاصد في شرح القواعد: للشيخ علي بن الحسين الكركي، المعروف بـ «المحقق الثاني»، تحقيق و نشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث، قم - إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٤ هـ طبع في مطبعة ستارة، قم - إيران.
٢٣. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م.
٢٤. الجامع للشرائع: ليحيى بن سعيد الحلّي، منشورات مؤسسة سيد الشهداء العلمية، طبع في مطبعة العلمية، قم - إيران، سنة ١٤٠٥ هـ.
٢٥. الجعفریات أو الأشعثیات، لإسماعيل بن موسى بن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن عليّ بن أبي طالب عليه السلام، برواية أبي عليّ محمد بن محمد بن الأشعث الكوفي، منشورات مؤسسة الأعلمي للطبوعات، بيروت، لبنان، سنة ١٤٣٢ هـ.
٢٦. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام: للشيخ محمد حسن النجفي، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرّسين بقم المقدّسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٣٣ هـ.
٢٧. حاشية المكاسب: لعليّ بن عبد الحسين النجفي الإيرواني، طبع وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، طهران، إيران، سنة ١٤٠٦ هـ.

٢٨. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة: للشيخ يوسف به أحمد بن إبراهيم الدرازي البحراني، الناشر: المؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، إيران، سنة ١٤٠٥هـ.
٢٩. الخلاف: للشيخ أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين في الحوزة العلمية بقم - إيران، الطبعة الخامسة، سنة ١٤١٨هـ.
٣٠. الدرّ المنثور في التفسير بالمأثور: لجلال الدين السيوطي، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبع في سنة ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٣١. الدروس الشرعيّة في فقه الإمامية: للشيخ شمس الدين محمد بن مكّي العاملي، المعروف بـ«الشهيد الأول»، تحقيق و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٧هـ.
٣٢. الرسائل: لروح الله الموسوي الخميني، الطبع والنشر: مؤسسة إسماعيليان، قم - إيران، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٠هـ - ١٣٦٨ش.
٣٣. الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة، و«المحشّى بحاشية سلطان العلماء»: لزين الدين بن عليّ الجبعي العاملي المعروف بـ«الشهيد الثاني»، النشر و الطبع: مركز انتشارات التابعة لمكتبة الإعلام الإسلامي، سنة ١٤١٢هـ.
٣٤. روضة المتّقين في شرح من لا يحضره الفقيه: للشيخ محمد تقي المجلسي، الناشر: مؤسسة الثقافة الإسلامية كوشانبور (بنباد فرهنگي اسلامي كوشانپور) طبع في مطبعة العلميّة، قم - إيران، سنة ١٤٠٦هـ.
٣٥. سداد العباد و رشاد العباد: للشيخ حسين بن الشيخ محمد آل عصفور الدرازي البحراني، الناشر: محلاتي، طبع في مطبعة العلميّة، قم - إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢١هـ - ١٣٧٩ش.
٣٦. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي: للشيخ أبي جعفر محمد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّي، مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرّسين، بقم المشرفة - إيران، الطبعة الثانية، طبعت في المطبعة: مؤسسة النشر الإسلامي، سنة ١٤١٠هـ.
٣٧. سلسلة الينابيع الفقهيّة: تحقيق علي أصغر مرواريد، دار التراث، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٣هـ.
٣٨. سنن ابن ماجة: لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق و تعليق: الدكتور بشّار عوّاد معروف، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٣٩. السنن الكبرى، للبيهقي: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن عليّ البيهقي، دار صار - بيروت، لبنان.
٤٠. السنن الكبرى، للنسائي: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: دكتور عبد الغفار سليمان البنداري و سيد كسروي حسن، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٤١. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام: لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المعروف بـ«المحقّق الحلّي»، تحقيق عبد الحسين محمّد عليّ بقال، الناشر: مؤسسة إسماعيليان، قم - إيران، الطبعة الثالثة، طبع في مطبعة إسماعيليان، سنة ١٣٧٣ش.
٤٢. شرح نهج البلاغة: لابن أبي الحديد، لعزّ الدين عبد الحميد، طبع دار الكتب العربيّة الكبرى، مصر، سنة ١٣٢٩هـ.
٤٣. صراط النجاة: للسيد أبو القاسم علي أكبر الموسوي الخوئي، مكتب النشر المنتخب، سنة ١٤١٦هـ.
٤٤. عبد الله بن سبأ و أساطير أخرى: للسيد مرتضى العسكري، دار الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - وطهران، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.
٤٥. العروة الوثقى (مع تعليقات لعدّة من الفقهاء): للسيد محمّد كاظم الطباطبائي اليزدي، تحقيق و طبع: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة من المدرّسين بقم المشرّفة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٩هـ.
٤٦. العقد الفريد: لأحمد بن محمّد بن عبد ربّة الأندلسي، تحقيق: محمّد عبد القادر شاهين، النشر والطبع: المكتبة العصرية، سنة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٤٧. علل الشرائع: لأبي جعفر محمّد بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القميّ، منشورات مكتبة الداوري، قم - إيران، سنة ١٣٨٦هـ.
٤٨. العناوين: للسيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي، تحقيق و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٧هـ.
٤٩. عوائد الأيّام: لأحمد بن محمّد مهدي النراقي، تحقيق: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، الناشر: مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي، طبع في مطبعة: مكتب الإعلام الإسلامي، قم، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧٥ش - ١٤١٧هـ.
٥٠. فرائد الأصول: للشيخ مرتضى الأنصاري، الطبعة الحجرية.
٥١. الفصول المهمّة في أصول الأئمّة «تكملة الوسائل»: للشيخ محمّد بن الحسن الحرّ العاملي،

- تحقيق وإشراف محمد بن محمد الحسين القائني، الناشر: مؤسسة معارف إسلامي الإمام الرضا عليه السلام، طبع في مطبعة نكين، قم - إيران، الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ هـ - ١٣٧٦ ش.
٥٢. فقه الرضا، المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٣١ هـ.
٥٣. الفقه ومسائل طيبة: لمحمد آصف المحسني، الناشر: مؤسسة بوستان كتاب (مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامي) طبع في مطبعة: مكتب الإعلام الإسلامي، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤ هـ - ١٣٨٢ ش، قم - إيران.
٥٤. فوائد الأصول (ما أفاده الميرزا محمد حسين النائيني): للشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة - إيران، الطبعة السادسة، سنة ١٤١٧ هـ.
٥٥. قراءات فقهية معاصرة في معطيات الطب الحديث: لمجموعة من الفقهاء والباحثين، الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م.
٥٦. القواعد الفقهية: للسيد محمد حسن البجنوردي، تحقيق مهدي المهريزي و محمد حسين الدرايتي، الناشر: نشر الهادي، طبع في مطبعة الهادي، الطبعة الأولى سنة ١٤١٩ هـ - ١٣٧٧ ش.
٥٧. القوانين المحكمة في الأصول (قوانين الأصول): للميرزا أبي القاسم القمي، شرح و تعليق: رضا حسين صبح، دار المرتضى للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٣٠ هـ.
٥٨. الكافي في الفقه: لأبي الصلاح الحلبي، تحقيق رضا استادي، منشورات مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي عليه السلام العامة، اصفهان - إيران.
٥٩. الكافي: لأبي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران - إيران، الطبعة الخامسة، سنة ١٣٦٣ ش، طبع في مطبعة: حيدري، طهران، بازار سلطاني.
٦٠. كتاب الخصال: لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، تصحيح و تعليق: علي أكبر الغفاري، منشورات جامعة المدرسين في الحوزة العلمية، قم المقدسة - إيران، سنة ١٣٢٤ هـ.
٦١. كتاب المكاسب: للشيخ مرتضى الأنصاري، إعداد: لجنة التحقيق لمجمع الفكر الإسلامي، الطبعة الثالثة عشر، سنة ١٤٣٠ هـ، طبع في مطبعة خاتم الأنبياء، قم - إيران.

٦٢. كتاب المكاسب: للشيخ مرتضى الأنصاري، تحقيق لجنة تراث الشيخ الأعظم، للمؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية للشيخ الأنصاري، طبع سنة ١٤١٥هـ.
٦٣. كتاب النكاح «تقريرات لدروس آية الله العظمى الشيخ عبد الكريم الحائري» للشيخ محمد علي الأراكي، طبع: نورنگار، قم، ايران، سنة ١٣٧٧ش.
٦٤. كتاب الوافي: لمحمد محسن، المشتهر بـ«الفيض الكاشاني»، منشورات مكتبة الإمام أمير المؤمنين علي عليه السلام، اصفهان - ايران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٦هـ - ١٣٦٥ش.
٦٥. كفاية الفقه، المشتهر بـ«كفاية الأحكام»: للمولى محمد باقر بن محمد المؤمن، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة، ايران، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٣هـ.
٦٦. كلمات سديدة في مسائل جديدة: للشيخ محمد المؤمن القمي، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة، ايران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥هـ.
٦٧. كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: لعلاء الدين المتقي بن حسام الدين الهندي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، سنة ١٤٠٩هـ - ١٣٨٩م.
٦٨. ميباني تكملة المنهاج، للسيد أبو القاسم علي أكبر الموسوي الخوئي، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، طبع سنة ١٤٢٢هـ.
٦٩. المباني في شرح العروة الوثقى (تقرير لأبحاث السيد أبو القاسم الخوئي) للسيد محمد تقي الخوئي، (ضمن موسوعة الإمام الخوئي)، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - ايران، سنة ١٤٠٥هـ.
٧٠. المبسوط في فقه الإمامية: لابي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، تصحيح و تعليق: محمد باقر البهودي، النشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، الطبعة الثانية، سنة ١٣٨٨هـ، طبع المطبعة الحيدرية، طهران - ايران.
٧١. المبسوط في فقه المسائل المعاصرة: للشيخ محمد القائي، إعداد و نشر: مركز فقه الأئمة الأطهار عليه السلام، الطبعة الأولى، سنة ١٤٢٤هـ، طبع في مطبعة: اعتماد، قم - ايران.
٧٢. مجمع البحرين: للشيخ فخر الدين الطريحي، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، الناشر: مكتبة مرتضوي، طهران، ناصر خسرو، طبع في مطبعة: طراوت، الطبعة الثانية سنة ١٣٦٢ش.
٧٣. مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان: للمولى أحمد الأردبيلي، منشورات: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجامعة المدرسين في الحوزة العلمية، بقم المقدسة، ايران، سنة ١٤٠٣هـ.

٧٤. المختصر النافع في فقه الإمامية: لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المعروف بـ«المحقق الحلبي»، الناشر: مؤسسة المطبوعات الديني، الطبعة الثالثة، سنة ١٣٦٨ ش، طبع في مطبعة القدس، قم - إيران.
٧٥. مختلف الشيعة في أحكام الشريعة: لأبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، المعروف بـ«العلامة الحلبي»، تحقيق و نشر: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، الطبعة الأولى، طبع في مطبعة: مكتب الإعلام الإسلامي، التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم المقدسة، إيران، سنة ١٤١٤ هـ.
٧٦. مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول: لمحمد باقر المجلسي، الناشر: دار الكتب الإسلامية، طهران، بازار سلطاني، سنة ١٣٩٨ هـ - ١٣٥٦ ش.
٧٧. المراسم في الفقه الإمامي: للشيخ أبي يعلى حمزة بن عبد العزيز الديلمي، تحقيق وتقديم: الدكتور محمود البستاني، منشورات الحرمين، باساج القدس، الطبعة الأولى في سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ ش، تاريخ الطبعة الثانية في سنة ١٤٠٤ هـ.
٧٨. مسالك الأنهام إلى تنقيح شرائع الإسلام: لزين الدين بن علي الجبعي العاملي، المعروف بـ«الشهيد الثاني»، تحقيق و نشر: مؤسسة المعارف الإسلامية، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٣ هـ، طبع في المطبعة بهمن، قم - إيران.
٧٩. مستدرك الوسائل و مستنبط المسائل: للحاج ميرزا حسين النوري الطبرسي، تحقيق: مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م.
٨٠. مستدرك سفينة البحار: للشيخ علي النمازي الشاهرودي، تحقيق و تصحيح: الشيخ حسن بن علي النمازي، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الثانية، سنة ١٤٢٧ هـ.
٨١. المستدرك على الصحيحين: لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م.
٨٢. مستند الشيعة في أحكام الشريعة: لأحمد بن محمد مهدي النراقي، تحقيق و نشر: مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث، مشهد - إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٥ هـ، طبع في مطبعة ستارة، قم، إيران.
٨٣. مسند أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، طبع دارالمعرفة، بيروت، لبنان.

٨٤. المسند: لأحمد بن حنبل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
٨٥. مصباح الأصول «تقريرات لأبحاث السيّد أبو القاسم الخوئي»: للسيّد محمّد سرور الواعظ الحسيني الهسودي، نشر مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم - إيران، طبع في سنة ١٤٢٢هـ.
٨٦. مصباح الفقاهة (تقريرات للسيّد أبو القاسم الموسوي الخوئي): للشيخ محمّد علي التوحيد، منشورات مكتبة الداوري، قم - إيران، الطبعة الأولى المحققة، طبع في مطبعة العلميّة، قم - إيران، سنة ١٣٧٧ش.
٨٧. المصباح المنير غريب الشرح الكبير للرافعي: لأحمد بن محمّد بن علي المقرّي الفيومي، منشورات دار الرضي.
٨٨. معاني الأخبار: لأبي جعفر محمّد بن علي بن الحسين بن بابويه القميّ، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفة، إيران، الطبعة الثالثة، سنة ١٤١٦هـ.
٨٩. معجم رجال الحديث وتفصيل طبقات الرّواة: للسيّد أبو القاسم علي أكبر الموسوي الخوئي، الناشر: مركز نشر آثار الشيعة، الطبعة الرابعة سنة ١٤١٠هـ - ١٣٦٩ش، طبع في مطبعة الصدر، قم - إيران.
٩٠. معجم مقاييس اللّغة: لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، طبع و نشر: لمكتب الإعلام الإسلامي في الحوزة العلميّة، بقم المقدّسة، إيران، سنة ١٤٠٤هـ.
٩١. معرفة علوم الحديث وكميّة أجناسه: لأبي عبدالله محمّد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، شرح وتحقيق أحمد بن فارس السّلوّم، دار إبن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
٩٢. المُعَرَّب في ترتيب المُعَرَّب: لأبي الفتح ناصر الدين المطرّزي، تحقيق محمود فاخوري - عبد الحميد مختار، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٩م.
٩٣. المغني في شرح مختصر الخرقي: لأبي محمّد بن عبدالله بن أحمد بن محمّد بن قدامة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربيّة السعوديّة، سنة ١٤٣٢هـ.
٩٤. مفاتيح الشرائع: لمحمّد محسن بن شاه مرتضى، انتشارات مكتبة آية الله المرعشي النجفي.
٩٥. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلّامة: للسيّد محمّد جواد الحسيني العاملي، تحقيق و تعليق: الشيخ محمّد باقر الخالصي، طبع و نشر: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة لجماعة المدرّسين بقم، المقدّسة، إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٩هـ.

٩٦. المقنعة: لأبي عبد الله محمد بن النعمان بن المعلم الكُكري البغدادي المعروف بـ«الشيخ المفيد» المطبوع ضمن، (سلسلة مؤلفات الشيخ المفيد) تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، دار المفيد للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٩٧. ملاذ الأخبار في فهم تهذيب الأخبار: للشيخ محمد باقر المجلسي، انتشارات مكتبة آية الله المرعشي العامة، قم - إيران، طبع في مطبعة الخيام، قم.
٩٨. منتهى الأرب في لغة العرب: لعبد الرحيم بن عبد الكريم صفى بور الشيرازي، الناشر: مؤسسة انتشارات جامعة طهران (دانشگاه تهران)، إيران، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨ش.
٩٩. منتهى المطلب في تحقيق المذهب: لأبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، المعروف بـ«العلامة الحلي»، تحقيق: قسم الفقه في مجمع البحوث الإسلامية، الناشر: مجمع البحوث الإسلامية، مشهد - إيران، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٢هـ، طبع في مطبعة: مؤسسة الطبع والنشر للعتبة الرضوية المقدسة، مشهد - إيران.
١٠٠. من لا يحضره الفقيه: لأبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، منشورات جامعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم المقدسة - إيران، سنة ١٤١٣هـ.
١٠١. منهاج الصالحين: للسيد أبو القاسم علي أكبر الموسوي الخوئي، نشر: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، الطبعة الثلاثون، سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٠٢. منهاج الصالحين: للسيد محسن الطباطبائي الحكيم، مع تعليقات: السيد محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات، بيروت - لبنان، سنة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.
١٠٣. منهاج الصالحين: للشيخ محمد إسحاق الفياض، الناشر: مكتب المؤلف، المطبعة أمير، قم، إيران، الطبعة الأولى.
١٠٤. المهدب: للقاضي عبد العزيز بن البراج الطرابلسي، طبع: مؤسسة النشر الإسلامي، التابعة للجماعة المدرسين، بقم - إيران، سنة ١٤٠٦هـ، المطبعة: العلمية، قم.
١٠٥. نهاية الأحكام في معرفة الأحكام: لأبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، المعروف بـ«العلامة الحلي»، تحقيق و نشر: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، سنة ١٤١٩هـ.
١٠٦. نهاية الدراية شرح الكفاية: للشيخ محمد حسين الإصفهاني، تحقيق: مؤسسة آل البيت (عليه السلام)، لإحياء التراث، قم، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، طبع في مطبعة ياران، قم، إيران.