

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطيبين الطاهرين سيما خليفة الله في الأرضين، واللعنة
الدائمة على أعدائهم أجمعين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم

(٢٩١)

تتمة:

سبق: (وإما دليل العقد فبدعوى ان (القصد) يدخل في كيفية العقد أو هو ركن له أو جزء، إذ قوام
الإنشائيات بالقصد وقوام العقود بالإنشاء، فقوام العقود بالقصد، وذلك لأن في الشرط وجهين كما قال
المراغي: (والحقّ أنّه لا ثمره لهذا القصد، لأن أدلة الشروط إنما يُراد بها ما هو الالتزام المعهود بين المتعاقدين لو
قلنا بأن الشرط بنفسه لازم - كما هو أحد الوجهين - ولو قلنا بأن لزوم الشرط إنّما هو بدخوله في العقد
وإنحلاله إلى الكيفية وصيرورته كالجُزء من الأركان، فيدخل في الوفاء بالعقد)^{(١)(٢)}.

قوام العقد بالإنشاء وقوام الإنشاء بالقصد

وبعبارة أخرى: انه قد يقال: يمكن تشكيل قياس استثنائي من الشكل الأول: قوام العقد بالإنشاء وقوام
الإنشاء بالقصد فقوام العقد بالقصد، فثبت ان القصد داخل في حقيقة العقد ركناً، وإلا فجزءاً.

الجواب: عقد سلب الكبرى صحيح دون عقد الإيجاب

والجواب: انه مع قطع النظر عن عدم تكرار الحد الأوسط^(٣) ان الكبرى صحيحة في عقد السلب دون عقد
الإيجاب أي انه كلما لم يكن قصد فلا يكون إنشاء وهذا مسلّم، اما عقد الإيجاب فلا تصح الكبرى على
إطلاقها أي ليس كلما كان قصد كان الإنشاء واقعاً عليه، فان القصد قسمان: ما كان بنحو الداعي وما كان
بنحو الشرط والأخير يقع الإنشاء عليه مشروطاً به أو مقيداً دون الأول، بعبارة أخرى: القصد قسمان: غير
مبني عليه العقد ومبني عليه العقد بناء مستقراً بحيث عدّ عرفاً كالمذكور والأخير يقع الإنشاء عليه دون الأول،
وبعبارة ثالثة: القصد قسمان: قصدٌ بقي في الضمير ولم يرتقِ إلى عالم الإنشاء بان لم يكن مبرزاً بوجهٍ (قولاً ولا

(١) السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي، العناوين، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - قم المشرفة: ج ٢
ص ٥٩-٦٠.

(٢) الدرس (٧٩٧/٤٥٤) من مباحث (البيع المعاطاة).

(٣) والصحيح القول: العقد قائم بالإنشاء، والقائم بالإنشاء قائم بالقصد، فالعقد قائم بالقصد.

فعلاً) وقصد ارتقى إلى عالم الوجود اللفظي أو الفعلي، والأخير يقع الإنشاء عليه دون الأول؛ وذلك لما سبق من: (لكن الظاهر ان القصد المجرد لا يدخل في حقيقة العقد حقيقةً وبالحمل الشائع ولا عرفاً، وذلك لأن القصد قائم بالنفس: بالعقل أو القلب، والعقد قائم بالإنشاء والإنشاء من عالم متأخر عن عالم القلب والعقل فانه عالم إيجاد شيءٍ بلفظٍ وفعل، ولذلك قال المراغي (وليس مجرد تخيل وقوع شيءٍ أو انتفائه، قيداً في المعاملة، إذ مجرد كونه داعياً بحيث لو لم يكن كذلك باعتقاده لم يفعل لا يصير قيداً حتى يكون داخلاً في الكيفية، بل هو مورد باعتقاده الفاسد)^(١).

أقول: نعم إذا ارتقى القصد إلى مستوى ان يعدّ عرفاً كالمذكور كان حكمه حكمه، ولا يكون ذلك إلا بالمقابلة المبني عليها العقد بناء مستقراً، أو بنائها عليه بناءً جزماً. بحيث يخرج عن كونه صرف الداعي)^(٢).
فهذا تمام الكلام في النقاش مع تفصيل الجواهر في الأسباب التوليدية.

السبزواري: الأملاك في المدن متعارضة فلا حریم

واما الفاضل السبزواري فقد نقل قول المشهور في الحریم في المدن، بانها متعارضة، ثم أشكل على إطلاق المشهور جواز تصرف أصحاب الملاك في أملاكهم وإن أضّر بالجيران تضرراً فاحشاً.
قال: (المعروف من مذهب الأصحاب ان ما ذكر في الحریم للبئر والعين والحائط والدار مخصوص بما اذا كان الإحياء في الموات فيختص الحریم بالموات واما الاملاك فلا يعتبر الحریم فيها لأن الاملاك متعارضة وكل واحد من الملاك مسلط على ماله له التصرف فيه كيف شاء قالوا فله أن يحفر بئراً في ملكه وإن كان لجاره بئر قريب منها وان نقص ماء الأولى وان ذلك مكروه. قالوا: حتى لو حفر في ملكه بالوعة وفسد بئر الجار لم يمنع عنه ولا ضمان عليه، ومثله ما لو أعد داره المحفوف بالمسكن حماماً أو خاناً أو طاحونة أو حانوت حداد أو قصار لان له التصرف في ملكه كيف شاء.

ويشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضرراً فاحشاً نظراً إلى ما تضمنته الاخبار المذكورة من نفي الضرر والاضرار وهو الحديث المعمول به من الخاصة والعامة المستفيض بينهم خصوصاً ما تضمنته الأخبار المذكورة

(١) السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي، العناوين، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - قم المشرفة: ج ٢ ص ٦٠.

(٢) الدرس (٧٩٧/٤٥٤) من مباحث (البيع المعاطاة).

من نفي الاضرار الواقع في ملك المضار)^(١).

أقول: توضيح كلامه ثم تحقيق ما قاله المشهور من ان الأملاك متعارضة ثم مناقشة مختاره باستثناء الضرر الفاحش مطلقاً، في ضمن أمور:

إيضاح لأنواع الحریم

الأمر الأول: ان المعروف ان لتلك المذكورات حرماً، فحریم البئر إذا كانت لسقي الإبل ٤٠ ذراعاً (تساوي ٢٠ متراً تقريباً) وحریم البئر إذا كانت لسقي المزرعة ٦٠ ذراعاً (٣٠ متراً تقريباً) وحریم العين والقناة في الأرض الرخوة ألف ذراع وفي الأرض الصلبة ٥٠٠ ذراع وحریم الطريق ٥ أذرع وقيل ٧ أذرع، كما ان للنهر حرماً وللدار حرماً وهو مطرح كناسبتها وتراجمها ومصب مائها ومدخلها ومخرجها وما أشبهه، فهذا ما رآه المشهور، لكن السيدين الوالد والعم ذهبوا إلى ان الحریم عرفي، وان التحديد المذكور في الروايات كان لتشخيص الحریم بمقتضيات ذلك الزمن وعليه: فحریم البئر يرتبط بحجم القطيع ونوع البئر وأعراف ذلك البلد وهكذا حریم الطريق إذ تختلف المدن والطرق في الشارع الأعظم فقد يكون الحریم خمسون ذراعاً أو أكثر أو أقل، وقد فصلنا الكلام عن ذلك في بحث سابق فراجع.

المحتملات الأربع في تعارض الأملاك

الثاني: تحقيق القول في ان (الأملاك متعارضة) ان المحتملات في (الحقوق) كحق الطبع وفي (الأملاك) وحریمها وحق التصرف فيها من حيث ثبوتها لدى التزام أو التعارض لكلا الطرفين (فلكل حریمه وله التصرف وإن أضر بالآخر) أو تساقطها (فليس لأحدهما حریم ولا له التصرف بما يضر بالآخر) أو كونها لاحدهما دون الآخر بمرجح كالأسبعية وغيرها، أو القرعة أو التخيير، متعددة كما هو غير خفي، وإنما الكلام في وجوه القول بعدم ثبوت الحق لهما لدى التعارض (أو التزام) والوجوه أربعة فان تم احدهما فلا محيص من القول بالتساقط وعدم الثبوت وإلا لزم القول بأحد القسائم الأخرى:

عدم شمول الأدلة في مرحلة المقتضي

الوجه الأول: ان يقال بعدم شمول الأدلة للمتعارضين (ملكاً أو حقاً) أصلاً، وذلك في مرحلة الجعل، ويعنى به ان المقتضي، في صورة التعارض، غير موجود، وذلك يعني ان الشارع في مرحلة الجعل لاحظ عدم إمكان جعل الحریم لكليهما، ولا لأحدهما لأنه بلا مرجح، فلم يجعله أصلاً. وعليه: فان لكل دارٍ أو بئرٍ حرماً إذا لم

(١) المحقق السبزواري، كفاية الأحكام، مؤسسة النشر الإسلامي: ج ٢ ص ٥٥٦.

(الأصول: مباحث التزاحم) الأحد ٢٣ جمادى الأولى / ١٤٤١هـ (١١٢١)

يعارضها وجود دار أخرى تقتضي حرماً (متعارضاً أو متزاحماً عليه بينهما) فان وجدت داران فلا حریم لأحدهما لعدم شمول أدلة الحریم لأي منهما اقتضاءً حينئذٍ.

عدم شمولها في مرحلة المانع

الوجه الثاني: ان يقال بالشمول اقتضاءً وبدعم الشمول للتعارض أي في مرحلة المانع، إذ المقتضي موجود ولكن المانع حائل، والمانع هو التعارض نفسه أو التزاحم ولكنه في مرحلة الجعل، حيث لاحظ التعارض، لم يجعل أصلاً، فهو ملحق بالصورة الأولى، أو جعله ولكنه يكون غير فعلي أو غير منجز، فهو الصورة الثانية. فتأمل.

شمول الأدلة، لكن التضار موجب للتساقط

الوجه الثالث: ان يقال بشمول الأدلة لهما وعدم سقوط الحقين بمجرد التعارض، فلا مشكلة في مرحلة الجعل، بل المشكلة في الحكم المجعول، فيكون سقوطهما بالتضار، فذلك خاص بما لو كان ملك كليهما أو حقه في التصرف مضرراً بالآخر، فلو كان أحدهما مضرراً دون الآخر كان الحق للآخر، ولو كانا غير متضارين، فالحق لكليهما ثابت، كما لو كان حفر كل منهما البئر غير مضر بصاحبه. فلو كان مضرراً لأحدهما خاصة كان له الحریم دون صاحبه.

شمولها والتساقط بالتباني

الوجه الرابع: ان يقال بشمول الأدلة لهما وعدم السقوط بالتعارض أو التضار بل بالتباني بينهما والتواضع، كما إذا تباينا على ان لا يحفر أي منهما في داره بئراً، وفرقه عن سابقه واضح فانه قد يكون ذلك التباني لضرر ينالهما من حفر البئر، وقد يكون لمنفعة تنالهما من عدمها وإن لم يتضررا من وجودها (كما لو كان عدم وجود البشر في الدار أكثر جذباً للزوار الذين يخافون من سقوط ابنائهم فيها) وقد يكون التباني تشهياً. وللبحث صلة بإذن الله تعالى.

وصلی الله علی محمد وآله الطاهرين

قال الإمام الصادق عليه السلام: ((أَمَا وَاللَّهِ لَيَغِيْبَنَّ إِمَامُكُمْ سِنِيْنَا مِنْ دَهْرِكُمْ، وَلْتَمَحَّصَنَّ حَتَّى يُقَالَ:

مَاتَ، قُتِلَ، هَلَكَ، بِأَيِّ وَادٍ سَلَكَ؟...)) (الكافي: ج ١ ص ٣٣٦).