

العناوين الفقهية

الحسيني المراغي ج 1

[1]

العناوين تأليف الفقيه المحقق الاصولي المدقق السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي (قدس سره) المتوفى سنة 1250 هـ الجزء الاول مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

[2]

العناوين (ج 1) تأليف: السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي الموضوع : اصول عدد الصفحات: 584 تحقيق ونشر: مؤسسة النشر الاسلامي المطبوع: 1000 نسخة التاريخ: 1417 هـ. ق مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

[3]

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على الصادق بالرسالة محمد المصطفى وعلى أهل بيته امناء الوحي والتنزيل، واللجنة الدائمة على أعدائهم أجمعين الى قيام يوم الدين. وبعد، فقد حفلت سيرة علماء الشيعة الأبرار وفقهاء الطائفة الناجية الأخيار رضوان الله عليهم جميعا بالعطاء الوافر في مختلف حقول العلم والمآثر بحيث يقصر البيان ويعي اللسان عن وصف الجهود والمتاعب التي تحملها أولئك الأفاضل في تنقيح المطالب وبلورة الأفكار واستخلاص الجواهر والدرر من بيانات الشرع المقدس كتابا وسنة وتأسيس القواعد وتثبيت الاصول في فنون العلم المختلفة مما سهل على من تأخر عنهم من الباحثين الوصول الى معرفة مذاق الشريعة ومقاصد حملتها وخزانها أهل البيت عليهم السلام، فله درهم وعلى الله أجرهم. والكتاب المائل بين يديك - عزيزنا القارئ - مثال صادق لتلكم المساعي والجهود المبذولة، فقد انبرى فقيه الطائفة وفخر الشيعة السيد السيد المير عبد الفتاح الحسيني المراغي طيب الله رمسه وقدس الله نفسه لنضد القواعد والاصول المتلقاة من معدن العلم والحكمة ونظم قوانين الفصول التي ينبغي الاستناد إليها في معرفة أحكام الشريعة واستنباط حلالها وحرامها، وسماه

[4]

ب) (العناوين) بأسلوب فني متين وبحث استدلالتي رصين، الأمر الذي جعل منه المرجع الذي لا يستغني عن النظر فيه كل من تأخر عنه من الباحثين والمحققين والفقهاء والمجتهدين. ونحن - التزاما بالعهد الذي أخذناه على أنفسنا في إحياء تراث علمائنا الأماجد - قررنا طبع هذا الكتاب ونشره بعد إشباعه تحقيقا وتدقيقا وضبطا وتصحيحا وتقويما لمتونه وتخريجا لآياته وأحاديثه وأقواله، وبعد معارضته على النسخ الخطية والحجيرية المتوفرة، أملين أن يكون عند حسن ظن المستفيدين منه، سائلين الله عز شأنه للمؤلف الرحمة والغفران، ولمن ساهم في تهيئة هذا الكتاب وتحقيقه - سيما سماحة المحقق حجة الإسلام والمسلمين الشيخ رحمة الله الرحمتي دامت تأييداته والذي كانت له اللمسات الأخيرة على الكتاب مضافا الى ما صدره من ترجمة مختصرة للمؤلف -، المزيد من التوفيق والسداد. وآخر دعوانا: أن الحمد لله رب العالمين. مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

نبذة من حياة المؤلف: لم يصل إلينا من تاريخ حياته وتفصيل مجاري أحواله - وهكذا نسبه واسرته - إلا ما ذكره بعض أصحاب التراجم والفهرستات، ولم يتيسر لنا مزيد تتبع وفحص، فنكتفي بنقل ما ذكره: عنونه السيد محسن الأمين في (أعيان الشيعة)، وقال: السيد المير عبد الفتاح الحسيني المراغي: قرأ على أبناء الشيخ جعفر الفقيه النجفي، له العناوين، وتقرير بحث شيخه: الشيخ علي بن الشيخ جعفر الجناحي النجفي تعليقا على الشرائع، وله تقرير بحثه وبحث أخيه الشيخ موسى في الأصول، فرغ منه سنة 1241، وله تقارير بحث الشيخ موسى على بعض كتب الفقه من الشرائع، وعلى اللمعة وشرحها، تاريخ بعضها سنة (1) 1243. وعنونه العلامة الطهراني في (الكرام البررة) وقال: هو السيد المير عبد الفتاح بن علي الحسيني المراغي، فقيه كبير وعالم جليل، كان من الأجلء الأعلام والحجج العظام، وهو صاحب (عناوين الأصول) المطبوع الذي ألفه من

(1) أعيان الشيعة 8: 31 .

تقارير بحث استاذيه العلمين الشيخ موسى والشيخ علي ابني كاشف الغطاء، وقد فرغ منه في سنة 1246 هـ، وله من فوائد بحث استاذيه المذكورين مجلدات آخر، منها مجلد في مباحث الألفاظ من الأصول، وآخر في الفقه تعليقا على الشرائع، وثالث في الخيارات والأجارة والغصب وغيرها من الشرائع أيضا، وبعضها على اللمعة وشرحها، وقد فرغ من بعضها في سنة 1243 وفي آخر الأخير - وهو بخطه - مشيخة التهذيب، ورسالة في الموثقين ذكر فيها قرب خمسين رجلا ممن قطع بثقتهم باجتهاده، وبعض فوائد رجالية أخرى، ولذا ترجمناه في (مصفى المقال) قائمة 232 وله رسالة في عمل الدائرة الهندية لتعيين الزوال، وكل هذه المجلدات في (مكتبة الشيخ هادي كاشف الغطاء) في النجف، ومن مجموعها يظهر أن المؤلف من حجج العلم الأثبات، ومعلوم أن وفاته بعد سنة (1) 1246. وعنونه الميرزا المدرس الخياباني في (ريحانة الأدب) وأرخ وفاته في سنة (2) 1250. ومثله الميرزا محمد علي خان تربيت في كتاب (دانشمندان آذربايجان) (3). دراسته وأساتذته: لم يصل إلينا أيضا سير نشأته العلمية بالتفصيل. والمعروف من أساتذته العلمان الفقيهان: (الشيخ موسى) و (الشيخ علي) نجلا الشيخ الكبير كاشف الغطاء - قدس الله أسرارهم - وقد أثنى على الأول في أواسط العنوان الثالث من هذا الكتاب بقوله (...): عند قراءتنا على جناب شيخنا * (وإمامنا الأجل الأوقر والنحرير الأكبر جناب الشيخ موسى بن الشيخ جعفر قدس الله سره). ثم في طليعة العنوان 14 ما يلي: (اشتهر في كلمة الشيخ الوحيد الاستاذ

(1) الكرام البررة، القسم الثاني: 755. (2) ريحانة الأدب 3: 379. (3) دانشمندان آذربايجان: 258 .

أطال الله بقاءه وجعلنا من كل مكروه فداه) والظاهر أن المقصود منه الثاني من استاذيه المعروفين المذكورين. ويبدو من كلام له في أوائل العنوان 35 أنه تتلمذ على الفقيه المجاهد صاحب المناهل المتوفى سنة 1242 هـ ق، حيث عبر عنه بـ (السيد الأجل الاستاذ السيد محمد الطباطبائي قدس سره). تأليفه القيمة: له مصنفات عميقة ومؤلفات رشيقة: نذكرها بالترتيب حسب ما استفدناه من الذريعة وغيرها. 1 - أخبار إمامة الباقر عليه السلام. 2 - كتاب البيع. 3 - التقارير - 4. الحياض المترعة

(شرحه على النافع) وقد أشار إليه في هذا الكتاب مكررا، ولم يعنونه العلامة الطهراني مع تצלعه. 5 - رسالة في عمل الدائرة الهندية لتعيين الزوال. 6 - رسالة في الموثقين. 7 - العناوين، وهو الكتاب الحاضر الذي ساعدنا التوفيق بتحقيقه وتمييقه. حول الكتاب: هذا من أبدع تصانيفه وأتقن تأليفه الذي شاع ذكره في محافل العلوم الدينية مدى الزمان وبلغ صيته البلدان، يحتوي على نيف وتسعين عنوانا من القواعد الفقهية المتلقاة عن الصادعين بالشرعية - سلام الله عليهم - المتقنة الاصول، الكثيرة الفروع، ولا يسعنا أن نسطر في تعريف هذا السفر الجليل سطورا أوفى مما أفاده العالم

[8]

النحرير والمتضلع الخبير الفاضل التنكابيني، المقارب لعصر المؤلف، المتوفى: 1302 هـ ق. قال قدس سره في (قصص العلماء) في ترجمة الشيخ الكبير كاشف الغطاء - أعلى الله مقامه - ما لفظه بالفارسية: پس از شيخ ولد اكبرش (شيخ موسى) بجای شيخ نشست وتدریس کرد، که الحق فقیهی بود فرید ووحید وثالی وثانی پدرش بود، وتحقیقاتی که از او نقل نموده اند در غایت متانت ودقت بود. وچون شيخ موسى عالم فانی را وداع نمود پسر دوم که (شيخ علی) باشد بجای پدر نشست وتدریس، وتلامذه بسیار در حوزه آن بزرگوار بتحصيل اشتغال داشتند واورا (محقق ثالث) نامیدند. وأنجناب در تأسيس قواعد کلیه واستحکام آنها معدوم النظیر ودر تفریع فروع مانند پدر بزرگوار وحید اعصار بود، چنانکه شاهد بر این مدعا کتاب (عناوین) است که از تألیفات (سید فتاح بن علی مراغی) است، و او از شاگردان شيخ موسى وشيخ علی است، وکتایش مقصور بر تأسيس قواعد کلیه فقهیه است وتسجيل آنها را بادلّه ومواقع جریان آنها وتفریع فروع. وأنکتاب بهتر از (قواعد) شهید است، چه قواعد شهید دارای قواعد کلیه وتفریع است، لیکن قواعد را بادلّه اثبات نکرده بلکه بحکم ومصلح انجام داده. وکتاب (عوايد) حاجی ملا احمد نراقی اگر چه دارای قواعد کلیه است، اما چند منقصت دارد: اول اینکه تفریع فروع آنکتاب کم است وچندان فروع ندارد. دوم اینکه جمیع قواعد را متعرض نشده بلکه گویا دارای نصف قواعد کتاب عناوین است. سوم اینکه بسیار دقایق فلسفیه کرده واکثر قواعد معروفه مسلمه را که موروثه از اسلاف اشراف فقهاء است بتدقیقات فلسفیه دلالت انداخته واز

[9]

مذاق فقاहत وفهم عرفی دور افتاده، چنانکه بعضی از اصولیین در اصل برائت واستصحاب وحجیت ظن تدقیقات فلسفیه بسیار کرده واز مذاق فهم عرف بدور افتاده اند، ودر قواعد فقهیه نیز چنین رفتار کرده اند. مجملا کتاب (عناوین) در این باب امتیاز از کتب اتراب دارد، چه قاعده بسیار ذکر کرده، واستحکام آن قواعد بادلّه بسیار نموده، وتفریع فروع بی شمار کرده، واز مذاق فقاहत وفهم عرف در ادله لفظیه بدور نیفتاده. واکثر تحقیقات آنکتاب از مرحوم (شيخ علی) است وبرخی از (شيخ موسى) است چنانکه صاحب عناوین بهمین مضمون اقرار دارد (1). مسلك التحقيق: اعتمدنا في تحقيق الكتاب وتقويم نصه على النسخ التالية: 1 - النسخة الخطية المحفوظة في مكتبة آية الله المرعشي النجفي قدس سره تحت رقم 6966 تاريخ نسخها 1263 وهذه أقدم النسخ كتابتها أثبتتها نصا وأحفظها من التحريف والتصحيف والزيادة والنقصان. وما يوجد فيها من مسامحات أدبية فالظاهر أنه من قلم المؤلف قدس سره حيث كان مغمورا في المعاني دون الألفاظ. فكان أكثر اعتمادنا على هذه النسخة، ورمزنا إليها ب (ن). 2 - النسخة المطبوعة على الحجر، وعلى رغم ما ادعي في آخرها: (أنها قوبلت مع نسخة الأصل وقد تصدى لتصحيحها جملة من الفقهاء الماهرين في الفن وبذلوا فيه غاية الجهد وسعوا في مقابلتها نهاية السعي) مشحونة بالأغلاط الواضحة والأخطاء المبينة، ومع ذلك قابلنا عليها وتعرضنا لاختلافاتها في غير ما هو المعلوم خطأ، ورمزنا إليها ب (ف).

[10]

- 3 النسخة المطبوعة على الحجر تاريخ استكتابها 1297 هـ ق، وقد امتازت هذه النسخة بالدقة في التصحيح والصون عن الأغلاط المطبعية إلا ما شذ، لكن في طي المقابلة عليها ظهر لنا: أن أكثر تصحيحاتها كان تبرعيا من المصحح حتى غير بعض العبارات المندمجة التي كانت في الأصل، ولولا أصل الأمانة في التحقيق ولزوم التحفظ على إثبات ما صدر عن قلم المؤلف لجعلناها الأصل في إثبات النص وتقويمه، لكن اقتصرنا منه في مقام الأثبات والترجيح على ما هو المعلوم الخطأ في سائر النسخ، وذكرنا سائر اختلافاتها في ذيل الصفحات، ورمزنا إليها بـ (م - 4). (النسخة الخطية المحفوظة في مكتبة (دانشگاه طهران) المرقمة 831 سمحت لنا بعد إتمام تحقيق الجزء الأول وتنظيم صفحاتها للطبع، فلم نوفق للمقابلة عليها، لكن راجعناها في موارد الاختلاف وجعلنا نصها مؤيدا لما أثبتناه، وهذه النسخة أيضا كثيرة الأغلاط وافرة السقطات، ومع ذلك قابلنا عليها الجزء الثاني بتمامه ورمزنا إليها بـ (د). وأما سائر مجهودنا في طريق التحقيق - من بذل السعي البليغ والدقة التامة فيما هو المتداول اليوم: من تقطيع المطالب، ووضع العلائم المستحدثة لتسهيل القراءة والتعاون على الفهم مواضعها، وتخريج المصادر، وتوضيح بعض المبهمات في ذيل الصفحات - يظهر للعالم اللبيب عند المراجعة وللمشتغل الذكي عند المطالعة. والله الحمد، ولأوليائه المعصومين صلواته وتحياته .

[11]

صورة الصفحة الاولى من نسخة (ن)

[12]

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (ن)

[13]

صورة الصفحة الاخيرة من نسخة " د "

[14]

صورة الصفحة الاولى من نسخة (م)

[15]

صورة الصفحة الأخيرة من نسخة (ف)

[17]

بسم الله الرحمن الرحيم اللهم إني أحمده على ما ألهمتنني سبيل السعادة،
واصلني واسلم على نبيك محمد خير من نهض بالرسالة [واستقام في العبادة (1)]
وعلى آله المخصوصين بالولاية خير أئمة وسادة، وأشهد أن لا إله إلا أنت شهادة
تؤدي حق الشهادة [(2)]. وبعد فهذه عناوين الاصول المتلقاة التي امرنا أن نفرع
عليها، وقوانين الفصول التي ينبغي أن يستند إليها، حررناها امثالاً لأمر الملك (3)
المنان، وقضاء لحق الأخوان من أهل الأيمان، مراعيًا في ذلك كلمة الأصحاب (4)]
الذين هم أهل الديار، المتصلون بأهل بيت الحكمة والأسرار [(5) (راجيا من الله أن
يجعلها كلمة باقية، وتعيها اذن واعية .

(1) بالعبادة، خ ل. (2) ما بين المعقوفتين لا يوجد في (م). (3) في هامش (م): (تقريباً إلى الملك، خ ل).
(4) في هامش (م) زيادة: المقتفين للسادة الأطياب، صح. (5) لا يوجد في (م).

[19]

عناوين المشتركة في أبواب الفقه (العنوان الأول) (في اشتراك التكليف)

[20]

عنوان [1] إذا ثبت حكم لأحد المكلفين بكتاب لفظي أو بغيره مفيد للعموم
أولاً فهل القاعدة تقضي (1) باشتراك سائر المكلفين معه في ذلك الحكم، أولاً؟ وهذه
من المسائل التي تغلب الحاجة إليها في الفروع، إذ معظم الأدلة لم يرد بعنوان قضية
كلية [حتى] (2) تشمل الأحوال والأزمان والأشخاص، بل وردت في وقائع خاصة
دعت الحاجة للمكلفين على السؤال عنها، فلا عموم فيها. ولا ينفع في ذلك القول
بعموم الخطابات الشفاهية - كما ذهب إليه جملة (3) من المحدثين - لأنه أخص من
المدعى، إذ في الخطابات ما ورد مختصاً بالنبي صلى الله عليه وآله وما ورد مختصاً
بأهل البيت عليهم السلام وما ورد مختصاً بالمؤمنين، أو بالمسلمين، أو بالرجال دون
الاناث، وما ورد مختصاً بشخص واحد في ظاهر اللفظ كلفظ (افعل) و (افعلي) مما
يختص بواحد، كما لا يخفى على المتتبع في الروايات (4) بل الخطابات العامة التي
يدعى شمولها لكل أقل قليل في الباب بالنسبة إلى غيرها،

(1) في (م، ن): تقتضي. (2) لم يرد في (ن)، (3) في (ن): جماعة. (4) العبارة في (ن) هكذا: (... كلفظ
افعل وافعلي في الروايات، كما لا يخفى على المتتبع .)

[21]

مع أن الحق عدم العموم في الخطابات الشفاهية (1) - على ما قرر في
الاصول - بل القائل بالعموم (2) خارج عن محل النزاع، كما يظهر للمتأمل. والحق أن
الأصل هو الاشتراك، ولنا على ذلك وجه: أحدها: أنه قد قرر في محله عدم خلو
الواقعة المحتاج إليها عن الحكم بمقتضى الأخبار ومصير الأخبار واعتضاد العقل
السليم، فإذا ثبت لأحد في واقعة حكم فينبغي ثبوته لغيره أيضاً في تلك الواقعة،
لعدم إمكان الخلو، واستلزام الحكم الجديد تعدد الجعل والتشريع المشكوك فيه،
فالأصل يقضي بعدمه. وهذا في صورة كون الحكم المجعول إباحة لا كلام فيه، لوضوح
توقف جعل حكم غيرها على أمر جديد منفي بالأصل. وليس لأحد أن يقول: عموم
الإباحة - أيضاً - مستلزم لجعل متعدد. لأننا نقول: يلزم ذلك لو لم تكن الإباحة مجعولة
بجعل عام، والمفروض ثبوته فيها، فالدخول تحتها لا يحتاج إلى حادث جديد بخلاف
الخروج عنها. وكذا لو كان غير الإباحة، وانتفى احتمال الإباحة في غير مورد الدليل،
فإن امتناع جعل الحكمين المتضادين بجعل واحد وأصالة عدم جعل آخر يقتضي
الاشتراك. وأما في صورة احتمال الإباحة في غيره فنقول أيضاً: جعل الإباحة لغيره أمر

مشكوك، والأصل عدمه، وعموم دليل الأباحة غير نافع بعد خروج الواقعة عنها في الجملة، ولا ندرى أن ذلك على الإطلاق أو لا. اللهم إلا أن يقال بالاعتصار على القدر المتيقن من مورد الدليل، والتمسك في محل الشك بأصالة البراءة. ويمكن دفعه بإثبات الاشتراك هنا بعدم القول بالفصل، وفيه كلامان :

(1) في هامش (ن): الخطاب الشفاهي، صج. (2) كذا في النسخ، والظاهر سقوط كلمة (غير).

[22]

أحدهما: منع حجته بضميمة الأصل. وثانيهما: إمكان قلبه بإثبات عدم الاشتراك هنا بالأصل، وإلحاق غيره به بعدم القول بالفصل. ويندفع بضعف الأول، وعدم مقاومة الأصل الحكمي للأصل الموضوعي، فتأمل. قيل: على القول بجواز خلو الواقعة عن الحكم لا يتم هذا الوجه، لأصالة عدم الحكم في غيره. قلنا: أولا لا نسلم القول بخلو الواقعة عن الحكم في مثل الفرض، إذ القائلون به أرادوا خلو الواقعة عنه بالمرة. وأما ثبوته فيها لبعض وخلوها عنه لآخرين فهذا لم نجد من صرح بذلك، فهو منفي بالأجماع المركب. وثانيا نقول: كما يحتمل تعلق الحكم على الواحد مختصا فكذلك يحتمل تعلقه عليها في ضمن الكل بجعل واحد، فنفي أحدهما بالأصل غير ممكن. وثالثا نقول: محل البحث الاشتراك في الأحكام في قبال التغير، لا في مقابل عدم الحكم كما في أفعال البهائم وغير المكلفين، فالخلو عن الحكم خارج عن محل النزاع حقيقة، فلا وجه لأدراجه فيه. الثاني: الاستصحاب، وتقديره: أن الحكم إذا ثبت لواحد أو لجماعة في زمان وشك (1) في زوال ذلك الحكم بزوال هؤلاء باحتمال كونهم قيما فيه، وعدمه باحتمال كونهم موردا، إذ الفرض عدم دليل على الاختصاص فمقتضى (2) الاستصحاب بقاء الحكم المجعول، فيلزم من ذلك تعلقه بمن سيحى بعدهم أيضا، إذ لا معنى لبقاء الشريعة والأحكام إلا جريانها في المتجددين من أهل التكليف، وعلى هذا مدار استصحاب الأديان. ودعوى: أن بقاءها على حسب ما ثبت فيه من الموضوع، ساقطة بما مر من التقرير.

(1) في (ن، ف): فنشك. (2) في (ن، ف): ومقتضى.

[23]

قيل (1): هذا أخص من المدعى، لعدم استلزامه ثبوت الحكم للمعاصرين لمن ثبت الحكم في حقه، وكذا لجميع من يلحقه في الوجود، لكفاية تكليف واحد من اللاحقين به في بقاء الحكم، فلا يفيد عموم الاشتراك. قلنا: يتم الكلام في غير ذلك : أولا: بعدم القول بالفرق. وثانيا: بعدم تعيين ذلك من الشرع، كما هو الفرض. فالمتجه العموم. وثالثا: بعدم إمكان الترجيح بلا مرجح، وظهور عدم الفارق. الثالث: ظهور اتفاق الأصحاب على ذلك، كما يشهد به استدلالهم بالخطابات الخاصة في إثبات عموم الحكم خلفا بعد سلف. وليس ذلك لقولهم بعموم الخطاب الشفاهي قطعا، لتصريح الأكثر في الكتب الأصولية بعدم العموم، ولتمسكهم بما لا يجئ فيه احتمال العموم. وبهما يندفع ما قيل: إنه لو لم يكن لعموم الخطاب لزمهم التنبيه على دليل الاشتراك، إذ هو العمدة، لمعارضته أولا بما مر، واندفاعه ثانيا باتكالهم على الضرورة أو القاعدة. وهذا مؤيد آخر للاشتراك، فإن بسكوته عن إقامة الحجة عليه كاشف عن كونه ضروري الدين. قيل (2): لو كان أصحابنا مجمعين على ذلك لما اختلفوا في وجوب صلاة الجمعة ونحوه من الفروع. قلنا: ليس ذلك لمنع الاشتراك، بل لاحتمالهم كونه مشروطا بوجود الإمام أو نائبه الخاص، وورود الإطلاق مورد الغالب من كون المخاطبين واجدين للشرط (3) غالبا أو مطلقا، عملا بالظاهر، إذ الاشتراك فرع اتحاد نوع الواقعة وصنفها (4) بالنظر إلى التكليف وشرائطه. الرابع: الأجماعات المحكية في موارد متعددة على أصالة الاشتراك عدد التواتر.

[24]

الخامس: تنقيح المناط القطعي نظرا إلى أن الأحكام التابعة للمفاسد والمصالح النفس الأمرية لا تختلف بحسب أفراد المكلفين، للزوم دفع المضرة وجلب المنفعة اللازمة على الكل. قيل: المفروض تبعيتها للوجوه والاعتبار، ولعل للخصوصية مدخلة. قلنا: قد قرر أن الوجوه والاعتبار يراد بها ما عدا خصوصيات المكلفين من حيث هم كذلك، لأنها أشخاص مختلفة لا يدور مدارها الأمور النفس الأمرية، بل مدارها على المفاهيم العامة، كالمريض والصحيح، والمسافر والحاضر، ونحو ذلك من الصفات اللاحقة للمكلفين أو اللاحقة للأفعال. وأما مع اتحاد ذلك كله فخصوص زيد وعمرو لا دخل لها في ذلك. قيل: هذا ينتقض بخصائص النبي صلى الله عليه وآله. قلنا: لا نسلم كون الخصائص لشخصه، بل إنما هو لعنوان كلي، غايته انحصار ذلك في الفرد الواحد، ولو وجد له نظائر في ذلك العنوان لاشتراك معه في ذلك. قيل: فعمل في كل مقام اعتبر هناك خصوصية. قلنا: الأصل عدم اعتبارها في الحكم إلا أن يقوم دليل عليه، إذ الاحتمال لا ينفع. ودليلنا على ذلك: طريقة العقلاء، فإننا نراهم إذا وجدوا رجلا فعل فعلا فتضرر به، أو فعل فعلا انتفع به انتفاعا لازما، فإنهم يجتنبون عن الأول، ويرتكبون الثاني ولو مع الشك، ولا يلتفتون إلى أن ذلك لعله لخصوصية في ذلك الرجل لا نعرفها، فتبصر. السادس: الاستقراء، فأنا وجدنا أغلب التكاليف والأحكام مشتركة بين المكلفين كافة، ولم نجد الفرق إلا في مقامات نادرة، فإذا شك في الاشتراك والعدم فينبغي الألباق بالغالب. السابع: إطباق أهل الأديان كافة على الأخذ بما يصل إليهم ممن سبقهم من الموجودين أو السامعين، من دون سؤال عن أن ذلك هل كان لخصوصية هناك أو

[25]

لا؟ ولا ريب أن ذلك لما انغرس في أذهانهم من كون التكليف الثابت عاما لكل مكلف، ولا مدخلة للخصوصيات. وهذا كاشف عن كون الواقع كذلك وإن لم نعرف مأخذه. الثامن: ما دل على لزوم التأسسي بالنبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام من آية أو رواية، وما دل على حجية فعلهم عليهم السلام إذ ليس ذلك إلا لمشاركة الرعية معهم في ذلك. قيل: هذا أخص من المطلوب. قلنا: يتم بوجهين: أحدهما: عدم القول بالفرق. وثانيهما: أن اشتراكنا معهم مع وجود أمانة الاختصاص فيهم ووجود بعض الخواص بهم بحيث يحتمل كون المشكوك فيه من ذلك يدل على اشتراك بعضنا مع بعض بالاولوية. التاسع: الخبر المعروف: (حلال محمد صلى الله عليه وآله حلال إلى يوم القيامة) (1). قيل: لعل معناه: بقاء الحكمين بالنسبة إلى من ثبت في حقه. قلنا: بعد موته لا معنى لبقاء الحل والحرمة بالنسبة إليه. قيل: لعل المراد: لو فرض بقاءه إلى يوم القيامة. قلنا: هذا فرض نادر لا يراد من العبارة، والمتبادر خلافه، إذ الظاهر بقاء أحكام الشرع، وتكليف كل من يتجدد من الناس بذلك. قيل: لا يشمل غير الحكمين. قلنا: ظاهر الحلال مطلق المأذون فيه، فيشمل غير الحرمة سيما مع مقابلته بها، مع أنه يمكن الأتمام بعدم القول بالفصل .

(1) الكافي 1: 58 باب البعد والرأي والمقائيس ج 19، بلفظ: (حلال محمد حلال أبدا إلى يوم القيامة، وحرامه حرام أبدا إلى يوم القيامة).

[26]

العاشر: قوله صلى الله عليه وآله: (حكمي على الواحد حكمي على الجماعة). (1) (قيل: لعل المراد: جماعة خاصة. قلنا: لا ريب أن المتبادر من العبارة كون الحكم على البعض الحكم على الكل، وهو الحجة. الحادي عشر: رواية أبي عمرو الزبيري (2) عن أبي عبد الله عليه السلام في باب الجهاد: (حكم الله عزوجل في الأولين والآخرين وفرائضهم عليهم سواء، إلا من علة أو حادث يكون، والأولون والآخرين أيضا في منع الحوادث شركاء، والفرائض عليهم واحدة، يستل الآخرون عن أداء الفرائض كما يستل عنه الأولون، ويحاسبون به كما يحاسبون به) (3). ووجه الدلالة، لو أريد من الخبر جنس الأول والآخر واضح. نعم، في أفراد الأول يجئ احتمال عدم الشمول، لكن العرف يدفعه. وإذا أريد الاستغراق فيكون دالا على اشتراك كل فرد من الأول مع كل فرد من الآخر، وهذا يستلزم اشتراك الأولين بعضهم مع بعض أيضا، لأن الفرد من الأولين يشاركه كل من الآخرين، وكل من الأولين يشاركهم في ذلك، فيشترك الكل. قيل: لا يشمل ما لو ثبت الحكم لواحد من الأولين خاصة، فلا يدل على اشتراك الآخرين معه، لاحتمال إرادته في ضمن العموم، لا وحده. قلت: ظاهر الاستغراق عدم ارتباط الواحد بالكل. الثاني عشر: قوله تعالى: لا نذكركم به ومن بلغ (4) وهذا يدل على أن الغائب كالحاضر في الحكم وإن لم يشاركه في الخطاب .

(1) عوالي اللئالي 1: 456 / 197. (2) في (ن، ف): ابن أبي عمير، وفي (مصححة) (م): ابن أبي عمير، الزهري، والصواب ما أثبتناه، كما في الكافي والتهذيب والوسائل. (3) الكافي 5: 18 باب من يجب عليه الجهاد ومن لا يجب، ح 1، والتهذيب 6: 133 باب من يجب عليه الجهاد، ح 3. (4) الأنعام: 19 .

[27]

الثالث عشر: قوله صلى الله عليه وآله: (فليبلغ الشاهد الغائب) (1). (والوجه مثل ما مر، والظاهر شمول الغائب للمعدومين في ذلك الوقت - أيضا - ولو بقربنة المقام. الرابع عشر: الصحيح: (أوصي الشاهد من امتي والغائب منهم ومن في أصلاب الرجال وأرحام النساء إلى يوم القيامة: أن يصلوا (2) الرحم) (3). (وجه الدلالة: أن هذا كاشف عن عموم التكليف، فلا وجه للقول بأن هذا خرج بالنص. ونحو ذلك ما دل على العموم في الوقائع الخاصة. الخامس عشر: مفهوم ما دل على الاختصاص في بعض المقامات، كقوله تعالى: ومن الليل فتعبد به نافلة لك (4) والنصوص في أن الرجل يفعل كذلك والمرأة تفعل كذا، فإنها دالة على أن غير ما نص فيه على الاختصاص شامل للكل. وهذه القاعدة لا يخفى كثرة فروعها، بل قل ما تخلو مسألة في الفقه من الحاجة إليها، فلا يحتاج إلى ذكر الثمرات في المقامات. وهنا تنبيهات: أحدها: أن ميزان الاشتراك كما علم من الأدلة اتحاد العنوان المأخوذ في الحكم، ونصت عليه رواية أبي عمرو الزبيري المتقدمة (5) (فكل من ثبت له حكم بعنوان خاص يثبت في غيره كذلك، ولا يتسرى من وصف إلى وصف، ومن مفهوم إلى آخر، وهو المراد باعتبارهم اتحاد الصنف في ذلك في الأصول، وقول الفقهاء: إن الأحكام تتبع العناوين. نعم، لو شك في مدخلة شئ وعدمه فالمرجع القاعدة، ولنذكر لذلك مثلا

(1) الكافي 1: 291 باب ما نص الله عزوجل ورسوله على الأئمة عليهم السلام، ح 6، لكن كلامه صلى الله عليه وآله ورد في مورد ولاية أمير المؤمنين عليه السلام، نعم قد ورد عن الصادق عليه السلام في الأحكام، انظر التهذيب 4: 143 باب الزيادات بعد الأنفال ح 21. (3) في المصدر: أن يصل. (3) الكافي 2: 151 باب صلة الرحم، ح 5. (4) الأسراء: 79. (5) انظر الصفحة السابقة، الهامش 2 .

[28]

للتوضيح: فلو ورد في رواية: أن رجلا نسي الركوع، قال: يعيد فالعنوان هنا (نسيان الركوع) لا الرجل، ولا المركب منهما، لأن اعتبار الأول ظاهر، والآخران مشكوكان يرجع فيهما إلى القاعدة من عدم الاعتبار. وثانيها: أن مورد القاعدة إلحاق مكلف بمكلف آخر في تكليفه، لا في سائر أحكامه، فلا يجري في الموارد المشكوكة من أن دية المرأة كالرجل، أولا، وأن الرجل إذا مات يغسل كذا ويكفن كذا، فتكون

المرأة كذلك، إذ الأول لازم للجاني، والثاني تكليف للأحياء، وكذا في حكم بول الرجل والمرأة في البئر، أو موتهما فيه (1). ونظائر ذلك في الفقه كثيرة. وثالثها: أن فقهاءنا قد يمنعون إجراء حكم صدر في واقعة في غيرها، ويقولون: إنه قضية في واقعة. وتحقيق القول فيه: أن القضايا الواقعة في مقامات خاصة إن كانت عناوينها معلومة من لفظ المعصوم أو السائل الذي اجيب عنه فهو متبع، يطرد الحكم في مقاماتها كافة، لما مر من القاعدة، إلا إذا عارض ذلك دليل أقوى منه، فيؤول بأحد التأويلات - ومنها: احتمال الخصوصية في ذلك - وإن كان خلاف الظاهر، وأما بدونه فلا وجه لرده بأنه قضية في واقعة. نعم، لو نقله ناقل شاهد الواقعة - كما في قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - فهناك محل البحث، يحتمل أن يقال: إنه يعم الجميع اتباعا للفظ الناقل وعنوانه الذي عبر به، لأصالة عدم مدخلية شئ آخر في ذلك. ويحتمل القول بالمنع، لأن الناقل لا يتمكن غالبا من الالتفات إلى كل ما له مدخل في ذلك الحكم، فيتخيل عدم مدخلية شئ سوى ما ذكره. والذي أراه الوجه الأول ما لم يعارضه معارض أقوى، لأن الثقة لا يعلق الحكم على موضوع إلا مع فهمه كونه المناط في ذلك، ولا يجوز له التعبير بالأعم

(1) في (م): فيها، خ ل .

[29]

إذا احتمل إرادة الخصوصية، فينحل في الحقيقة إلى الأخبار بنوع الواقعة وحكمها، وخبر الثقة حجة في ذلك. ولعل قولهم: (إنه قضية في واقعة) إنما هو مع قوة المعارض، كما يشهد به تتبع كتب الفاضل العلامة - أعلى الله مقامه - وشيخنا الشهيد قدس روحه السعيد - وإلا فقد نراهم يتمسكون بالوقائع الخاصة، لعموم الحكم في الحدود والتعزيرات كثيرا، وفي غيرها كذلك. واحتمال فهمهم من ذلك عدم الخصوصية بعيد جدا. ورابعها: أن هذه القاعدة قد انخرمت في مواضع: كبطن اليد والظهر في الوضوء للرجل والمرأة، والجهر والاختفات في الصلاة، وكيفيات قيامها وقعودها، وما يجب سترها فيها، وجواز لبس الحرير والذهب لها دونه، وجواز لبس المخيط في الأحرام كذلك، ووجوب التستر عليها دونه، وعدم الجهاد عليها، وقبول توبتها إذا ارتدت عن الفطرة، وعدم الجز والتغريب عليها، وعدم جواز إمامتها للرجال، وعدم رجحان خروجها إلى المسجد، وعدم وجوب الجمعة عليها، وتحريم لبس ما يستتر ظهر القدم والتظليل في الأحرام له دونها، وإفاضتها من المشعر قبل الفجر، وفي خصائص النبي صلى الله عليه وآله وفي تحيض القرشي والنبطي في وجه .

[31]

(العنوان الثاني) (في حكم المكلف الخارج عن العادة)

[32]

عنوان [2] في حكم المكلف الخارج عن العادة المشتبه بكله أو بعضه، كمن فيه عضو زائد أو ناقص، والخنثى، وذو الحقيوين. فهنا مباحث: الأول: في مسألة الأعضاء فنقول: قد تعلق الحكم في الشرع بالأعضاء في باب الوضوء والغسل وأسبابهما، وفي التيمم كذلك، وفي سجدة الصلاة، وإشارة الأخرس، وثدي الرضاع، والختان، وفي الجنائيات، وفي الحدود، وغير ذلك من المباحث. والضابطة في ذلك أن يقال: لما كانت الأدلة تنصرف إلى المتعارف المعتاد، فالعضو الزائد: إما أن يتعلق بالحكم به من حيث اسمه، أو من حيث دخوله في ضمن الكل. أما إذا كان الثاني: فلا فرق بين الزائد والأصلي في تعلق الحكم، والوجه في ذلك: أن الاسم لما لم يكن معتبرا فلا وجه لخروج الزائد عن تحت الدليل. فإن قيل: لو لم يعتبر الاسم في الخاص، فلا بد من اعتباره في الكل الذي دخل

تحت ذلك الزائد، ولا ريب في انصراف لفظ (الكل) أيضا إلى الغالب المتعارف، وهو ما لم يكن فيه ذلك الزائد. قلت: هذا لا ينفذ في شيء، لأنه مستلزم لسقوط التكليف عن الكل إذا كان كذلك، لأنه فرد نادر، وحينئذ لا بأس فيه، وكلامنا في حكم العضو الزائد بعد تعلق التكليف قطعا، إذ لا بد بعد ثبوت الحكم على هذا الكل الخاص دخول الجزء أيضا تحته. قيل: يمكن أن يقال بخروج الجزء عن تحت الحكم وإن ثبت في الكل بدعوى انصراف لفظ (الكل) إلى غير الجزء الزائد. قلنا أولا: إن هذا اعتبار، والمدار العرف، وهو على خلاف ما ذكرت، لأنهم بعد ما علموا ثبوت الحكم على هذا المركب الخاص بدخول الجزء معه. وثانيا: أن هذا تفكيك غير ممكن غالبا، لأن الحكم إن كان إنلافا فإتلاف الكل مستلزم للجزء، وإن كان مثل الغسل والمسح ونحو ذلك، فنقول: إن محل العضو الزائد بمعنى السطح المشغول به يجب غسله - مثلا - لو لم يكن هنا هذه الزيادة، والمفروض تعلق الحكم بالكل الأصلي قطعا، فلو خلى مكانه غير مغسول - مثلا - لزم عدم الامتثال. قيل: عدم إمكان إيصال الماء - مثلا - تحته دلنا على سقوط هذا التكليف عنه. قلت: لم لا يكون الأمر به - مع علم الأمر بأنه مشغول بشيء لا يمكن رفعه - دليلا على قيام الشاغل مقام محله؟ وأحد الأمرين ليس بأولى من الآخر. ومن هنا نقول: يجب في الغسل غسل جميع البدن ولو كان فيه عضو زائد في أي موضع كان. ونقول بلزوم الغسل في الوضوء أيضا لو كانت الزيادة داخلية في الأعضاء المتعلقة بها الحكم، كالأصبع في اليد أو اللحمية فيها أو في الوجه ونحو ذلك، ومثله في مسح التيمم. ومن هنا ينقدح صحة مسح الرجل أو الرأس في الوضوء بالأصبع

الزائدة لدخولها تحت اليد، ونحوه اللحم الزائد. ونقول بقتل النفس بالنفس، وقطع الطرف بالطرف وإن كان في أحدهما زيادة عن الآخر، وكذا في قطع يد السارق أو رجله، إلا مع إمكان إبقاء الزائد في القصاص، كيد السارق. والضابط ما ذكرناه. وإن كان الأول (1): فإما أن يعلم الأصلي من الزائد بأماراته: من صغر أو أعوجاج أو تغير أو ضعف أو عدم خروج الأخبثين في المخرجين ونحو ذلك، أولا. وعلى الأول: فالحكم يدور مدار الأصلي، لأنه المتبادر، فلا يجب غسل ما نبت فوق المرفق من يد زائدة، ولا يجزي المسح به حيث يجب، ولا يقتصر الزائد بالأصلي ولا العكس، ولا يثبت في الزائد دية الأصلي، بل يرجع فيه إلى القاعدة أو النص، ولا يكفي قطع الزائد في الحدود، ولا تتحقق الجنابة بإدخال الزائد في الزائد أو في الأصلي أو بالعكس، ولا خروج المنى أو أحد الدماء من الزائد، وكذا في الأحداث الصغار ما لم تتحقق العادة، وإلا فيتحقق الحدث بالخروج لشمول أدلته. وكما لا تثبت الجنابة لا يتحقق الزنا واللواط الموجبان للحد و (2) انتشار التحريم أيضا، لعدم شمول أدلتهما، ولا يثبت بإدخال الزائد المهمل، ولا يكفي وضع الزائد في السجود ولا يجب وضعه، ولا ينشر الحرمة الرضاع من ثدي زائد بناء على تعلق الحكم بالثدي، ولا يجب الختان بالزائد ولا يكفي عن الأصلي، وكذا الحكم في تعلق نذر وشبهه بأحد الأعضاء على الإطلاق. وعلى ذلك جرت (3) فقهاؤنا في الفروع المشار إليها، فعليك بالتتابع في المقام مع التأمل التام. لا يقال: لو كان كذلك لما وجب ستر الفرج الزائد. لأننا نقول: ذلك لأجل صدق العورة بمعنى ما يستقبح إبداءه (4) لا لصدق

(1) أي: إن تعلق الحكم بالعضو الزائد من حيث اسمه. (2) في (ف، م): أو. (3) كذا في النسخ، وفي هامش (م): جرى، خ. (4) في (ن): إبرازه.

الاسم الخاص، كما يظهر بعد التدبر. نعم، هنا كلام في قيام الزائد مقام الأصلي. فنقول: قد أشرنا سابقا أن باب الأحداث بخروج البول والغائط والمنى والدماء

يتبع فيه العادة، فمتى ما تحقق كفت ولو مع وجود الأصلي، إذ المدار فيها صدق المصادر والأفعال، كقولك: بال أو حاض، لا خصوص الأعضاء. وأما في غيرها - مما مر عليك ذكر جملة منها - فنقول: مقتضى القاعدة سقوط الحكم بفوات محله الأصلي، فلا بد من الرجوع إلى ما جعل في الشرع بدلا عن ذلك لو كان، فمن قطع أحد أعضاء وضوئه أو تيممه وبقي مقامه عضو زائد غير داخل تحت الأصلي - كما هو محل البحث - فالمتجه سقوط الغسل والمسح عن (1) ذلك والأثيان بالبقية. ودعوى: أن مع فقدان الأصلي يصدق الاسم على الزائد فيلحقه حكمه، ممنوعة. وشمول قاعدة (الميسور) على المقام (2) غير واضح كما يمر عليك في (3) تحقيقها وضبط مواردها - إن شاء الله -. وأطلق الأصحاب عدم ترتب هذه الأحكام على الزائدة في موارد خاصة - كباب (4) القصاص والحدود - وهو شامل لصورتين عدم الأصلي، والوجود. نعم، لهم (5) كلام في جواز القصاص بالناقصة - كاليد الشلاء وناقصة الأصبع - بدل الكامل، كما نص عليه الفاضلان (6) والشهيدان (7) ولكنهم لم ينصوا على قطع الزائد بالأصلية، بل ظاهر كلامهم ثبوت الدية لفوات المحل، وهذا منطبق على ما قررناه، لأن النقصان إن كان لفوات وصف أو جزء من الأصلي فيشملة دليل

(1) في (ف، م): من. (3) كذا في النسخ والمناسب: للمقام. (3) في: لم ترد في (م). (4) في (م): كتاب، وفي هامشه زيادة: من. (5) لهم: لم ترد في (ف، م) (والظاهر أن الأصل: نعم، لا كلام. (7) القواعد 2: 303، الشرائع 4: 234. (7) (اللمعة: 293، الروضة 10: 77.

[36]

القصاص، وأما الزائد فلا يشمله الإطلاق في مقام المقابلة. ودعوى الأولوية ممنوعة، إلا مع اتحاد المحل بحيث لا تفاوت بينهما سوى كون الجاني زائدا على الخلقة، فإنه يقطع. وفي الشرائع: لو كانت الأصبع التي ليست أصلية للجاني ثبت القصاص، لأن الناقص يؤخذ بالكامل، ولو اختلف محل الزائدة لم يتحقق القصاص (1). وقال في السنن: لا يقلع سن بضررس، ولا بالعكس، ولا أصلية بزائدة، وكذا لا تقلع زائدة بزائدة مع تغير المحلين (2). ولكن (3) في اللمعة: ولا أصلية بزائدة، ولا زائدة بزائدة مع تغير المحل (4). وظاهره قطع (5) الزائدة بالأصلية مطلقا. وفي القواعد للعلامة - أعلى الله مقامه - في اليد والرجل: لا يقطع أصلية بزائدة مطلقا، ولا زائدة بأصلية مع تغير المحل، ويقطع بمثلها وبالأصلية مع التساوي في المحل (6). وفي الأسنان: ولا أصلية بزائدة، ولا بالعكس مع تغير المحل (7). والحاصل: إجراء حكم الأصلي على الزائد مخالف للقاعدة، محتاج إلى الدليل. ولو اشتبه الزائد والأصلي: ففي باب العبادات كافة يجب الأثيان بالأميرين في الغسل والمسح في الوضوء والتيمم، والسجدة، لوجوب مقدمة العلم وإمكان الامتنال بنفس الأمر. ودعوى التخيير لأصالة البراءة، مدفوعة بما مر من ثبوت التكليف بالواقع في

(1) الشرائع 4: 239. (2) الشرائع 4: 238. (4) لكن: لم ترد في (م). (4) (اللمعة: 294. (5) في (م): وظاهرهما قل. (6) القواعد 2: 304. (7) القواعد 2: 308.

[37]

الجملة، وإمكان الأثيان عرفا، فتجئ قاعدة الاشتغال. وبذلك يندفع احتمال القرعة أيضا لما سنحقق في بحثها - إن شاء الله تعالى - أن المراد بـ (المشكل (ما ليس له مخرج شرعي ولو بالأصل. وأما في الأسباب: فالقاعدة تقضي بعدم تحقق المسبب، إلا مع اجتماعهما جامعين للشرائط حتى يحصل القطع بحصول السبب في نفس الأمر. ودعوى: أن ذلك يكون من باب الشبهة المحصورة فيلزم الاجتناب، مدفوعة بأن الشبهة فرع تحقق محذور في الواقع متيقن، وهنا ليس كذلك، فإن الجماع بألة مشتبهة أو الرضاع من ثدي مشتبّه لا يعلم معه تحقق السبب للغسل، أو الحد، أو التحريم، ونحو ذلك مما (1) أسلفنا لك. وأما في الحدود: فيقطع أحدهما بالقرعة، لأنه مشكل، وإن توقف فيه البعض (2). وأما في القصاص: فإن كان المقتص به أصليا قطع

ما يوافق محله، لأنه في الواقع إما أصلي أو زائد، وكلاهما لا بأس بهما (3) وفي القواعد: فيه إشكال، لعدم جواز قطع الزائد مع وجود الأصلي (4). ولا يقطع ما لا يوافق، والوجه واضح. ولو كان زائدا فلا يقتض، لاحتمال مصادفة الأصلية، وللقرعة هنا وجه قوي على ما نقرره في محله. ولو كان مشتبه - كالجاني - ففي جواز القصاص للمماثلة، وعدمه لاحتمال الزيادة في المجني عليه دون الجاني، أو استعلام المجني بالقرعة ثم الجاني كذلك وجهه. وليس في كتب الأساطين في ذلك شئ منقح، والقرعة أوفق بالقاعدة،

(1) في (ف): بما. (2) كذا، والمناسب: بعض. (3) في (ن): لا بأس به. (4) القواعد 2: 306.

[38]

والبحث يجري في سائر الحيوانات، كورك العقيقة وما يحرم من أعضاء الذبيحة . الثاني: في الخنثى، وهو الذي له فرج الرجال والنساء والممسوح، وهو الذي ليس له شئ منهما وهل هما طبيعة ثالثة غير الذكر والانثى، أو داخلان في الواقع تحت أحدهما، أو الخنثى طبيعة ثالثة دون الآخر؟ وجهه، بل أقوال: ويدل على الأول: (1) قوله تعالى: خلق الزوجين الذكر والانثى (2) وقوله تعالى: يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور (3) ونحو ذلك، لظهور ذلك كله في انحصار الحيوان في الذكور والأنثى. ولقضاء علي عليه السلام في الخنثى بعد الأضلاع، معللا بأن حواء خلقت من ضلع آدم الأيسر (4)، فإنه لا بد من تساوي الأضلاع أو نقصان الأيسر، وذلك كاشف عن الانحصار. وصحيفة الفضيل بن يسار، عن الصادق عليه السلام في فاقد الفرجين - في باب الميراث - أنه يورث بالقرعة (5)، لدلالة ذلك على تعيينه في الواقع لأحد الأمرين، ولو كان طبيعة ثالثة لكان ينبغي عدم القرعة، أو جعل السهام ثلاثة، لا اثنين .

(1) كذا في النسخ، والاستدلال مناسب للوجه الثاني، كما لا يخفى. (2) النجم (3) 45. الشورى: 49. (4) الوسائل 17: 575، الباب 2 من أبواب ميراث الخنثى، ح (5) 3. الوسائل 17: 580، الباب 4 من أبواب ميراث الخنثى، ح 2 .

[39]

ويدل على الثاني (1): موثقة هشام بن سالم، بأن الخنثى يورث ميراث الرجال والنساء (2) المحمولة على إعطاء نصف النصيبين، لاستحالة الجمع وقاعدة القسمة مع التنازع، وهو ظاهر في كونه واسطة بين الذكر والانثى. وعدم دلالة الايات على الحصر، لورودها مورد الغالب. وعدم لزوم التعيين بعد الأضلاع، فإن في خبر عد الأضلاع أنهم عدوها فوجدوا الأيسر ناقصا عن الأيمن بضع واحد فحكم عليه بالذكورة. وقال: (أضلاع الرجال أقل من أضلاع النساء بضع) ومن المعلوم إمكان نقصان الأيسر عن الأيمن بنصف ضلع أو بثلثه، فإن هذا ليس داخلًا تحت الرواية، وإن قال في الروضة: وكذا لو تساويا وكان في الأيسر ضلع صغير ناقص (3). ولعله - أيضا - مراد شيخنا المفيد في كتاب الأعلام (4) والسيد المرتضى علم الهدى (5) ، وعمدة أهل التأسيس محمد بن إدريس الحلي (6) حيث ذهبوا إلى عد الأضلاع وردوا القول المشهور، بل علل ثالثهم بعدم كونه طبيعة ثالثة، لأن ظاهرهم وضوح الأمر بالعد بحيث لا يبقى اشتباه بعده. وعدم استلزام القرعة أيضا في الممسوح - كما أفتى بها ما عدا ابن الجنيدي من أصحابنا وأفتى بها في الخنثى الشيخ في الخلاف (7) - كونه (8) معينا في الواقع، إذ التحقيق - كما يأتي في محله - شمول أدلة القرعة للمقامين بالعموم والخصوص،

(1) كذا في النسخ، والاستدلال يناسب الوجه الأول. (2) الوسائل 17: 575، الباب 2 من أبواب ميراث الخنثى، ح 1. (3) الروضة 8: 192. (4) مصنفات الشيخ المفيد، الأعلام بما اتفقت عليه الأمامية: 62. (6)

[40]

فلعل القرعة أمانة للحكم وإن كان الموضوع في نفس الأمر غير معين. ومما قررنا ظهر وجه التفرقة بينهما أيضا، وهو الذي يساعد عليه الأدلة والاعتبار، أما الأدلة: فلما عرفت من الموثق (1) الدال على جمع الميراثين في الخنثى، وفتوى الأصحاب بنصف الديتين فيه، والصحيح (2) في الممسوح بالقرعة. ولا ريب أن الظاهر من القرعة الكشف عن الواقع في الموضوع. وأما الاعتبار: فلأن الغالب في مراتب الموجودات إنما هو وجود الوسائط بين المرتبتين بحيث يناسب العليا من وجه والسفلى من آخر. وعلى ذلك جرى تقدير العزيز العليم في الموجودات كافة، وبرهانه مذكور في محله، وهو كمال الصنع وتمام القدرة، ولما كان الذكر والانثى مرتبتين متباعدتين جرى لطيف صنعه تعالى على إيجاد واسطة بينهما. لا يقال: فلم لم تجعلهما معا واسطة؟ لأنا نقول: معنى الواسطة: وجود صفة الطرفين فيها، لا فقدانها لهما. وبهذا يظهر الجواب عن سؤال القول بالعكس، مع أن الواسطة مخالف (3) للعمومات وأدلة الحصر والاعتبار الأولى أيضا، فيقتصر فيه على المتيقن من النوع الواحد، لا الاثنين. فإذا دار الأمر بين كون الخنثى واسطة أو الممسوح، فلا ريب أن الأول أولى من وجوه: أحدها: دلالة النصين السابقين. وثانيها: اشتهاه الأول بأنه واسطة بين الفريقين في لسان العوام والخواص. وثالثها: وجود أمانة الطرفين فيه، دون الآخر. ورابعها: شيوع نقصان أعضاء البدن بين المخلوقين، فلعل الممسوح أيضا ذكر أو أنثى، غايته نقص عضو منه وبقي الثقب أو لم يبق له الثقب، فتخرج الفضلة من

(1) موثقة هشام بن سالم المتقدمة. (2) صحيحة الفضيل بن يسار المتقدمة. (3) في هامش (م): مخالفة، خ.

[41]

دبره أو بالقئ. فإن قلت: زيادة العضو أيضا شائع بين الناس، فلعل الخنثى من أحدهما وزاد عضو فيه. قلت: الشائع في زيادة الأعضاء زيادته من نوع واحد كيدي ونحوه، وأما النوعان (1) فغير معهود غير الخنثى، وهو محل البحث. إذا عرفت هذا فهنا بحثان: في الخنثى، وفي الممسوح. فنقول: قد سبق في بحث الاشتراك في التكليف الفرق بين الرجل والمرأة في مواضع، ويزيد هنا الفرق بينهما بأحكام: الكفن ونحوه، وبول الرجل أو المرأة، أو موتتهما في البئر، وبأن المرأة لا تقتل في الجهاد بخلاف الرجل، والذكر يرث في الأولاد ضعف الانثى، والمرأة لا ينفذ قضاؤها، واثنان منها في الشهادة في حكم الرجل الواحد، ولا يثبت شئ بشهادتهما منفردات إلا في مواضع، ولا تحتاج الأمة (2) المشتركة منها إلى استبراء، والوطئ في دبرها يعد زنا وفي دبره لوأطا، وبأن دية المرأة نصف الرجل، وفي رد دية أطرافها بعد بلوغ الثلث إلى النصف. والنزاع في الألحاق بالرجل أو المرأة آت فيهما (3) في المقامات، والوجوه المتخيلة في النظر أمور: أحدها: الرجوع فيهما معا إلى القرعة، لعموم ما دل على (أن القرعة لكل أمر مشكل) كما يأتي في بحثها، وخصوص ما ورد في ميراث الممسوح، وعدم الفرق بينه وبين الخنثى، كعدم الفرق بين الميراث وغيره من الفروع التي حررناها في المقامين، فيعمل على ما أخرجته القرعة في التكليف وفي الوضعيات كافة، وي طرح ما دل من النصوص في بعض المقامات على خلافها، كميراث الخنثى - كما مر - خلودا إلى القاعدة، كما زعمه شيخ الطائفة في الخلاف، وادعى عليه

(1) في (ن): النوعين. (2) في (ن): ولا يحتاج في الأمة. (3) في (ن): فيها.

إجماع الفرق (1). وثانيها: التزام قاعدة الشغل فيهما، بمعنى أن بعد حصول أحد الأمرين في الواقع فيكون من باب الأجمال في المكلف به، ويلزم إبراء الذمة بالتزام أخس الاحتمالات، فيلتزمان (2) بتكرار الوضوء مع البطن والظهر، والصلاة مع الجهر والاختفات، وكيفيات القيام والقعود والتستر كالمراة فيها وفي غيرها عن غير المحارم، وعدم لبس الحرير والذهب، وعدم لبس المخيط وما يستتر ظهر القدم وعدم التظليل في الأحرام، وعدم الخروج إلى المسجد ترجيحاً للكراهة، وعدم الأفاضة قبل الفجر من المشعر، وعدم الأمامة للرجال، ويلزمان (3) بالجز والتغريب، وفعل صلاة الجمعة والجهاد، والقتل عند الارتداد عن فطرة وفي الجهاد مع كفرهما، ويجب الاستبراء مع الشراء منهما، وأكثر الأمرين في مسألة البئر وفي باب الحدود، ويجمع بينهما في الكفن، وحيث تتعارض قاعدة الشغل مع مثله - كما في الميراث والقضاء والشهادة - فالمرجع: إما الدليل الخاص أو الصلح القهري، كما في نظائره. وثالثها: العمل بأصل البراءة في ذلك كله، إلا في موضع التعارض، فكما مر، نظراً إلى أن تعلق الحكم بالرجل والمرأة يوجب خروج المشكوك فيه عن خصوص الحكمين، ومتى ثبت التكليف على الأجمال فيرجع في الخصوصية الزائدة إلى الأصل النافي، فيسقط عنهما الواجب أو (4) المندوب على الرجل أو المرأة، ويباح لهما ما يكره أو يحرم على أحدهما، واللازم منه نفي الخصوصية مع الوحدة والتخيير بدونها، فيتبع في ذلك كله أسهل الأمور. ورابعها: تتبع المقامات والرجوع في كل منها (1) إلى ما يقتضيه الأصل فيه

(1) الخلاف 4: 358، كتاب النكاح، المسألة 142. (2) في (ف): فيلزمان. (3) في (ن، م): ويلتزمان. (4) في (ن): و. (5) في (ف): منهما .

وجوداً أو عدماً، ففيما تعلق الحكم فيه بعنوان (الرجل) و (المرأة) كما في الوضوء والصلاة ولزوم التستر ولبس الذهب والحرير والأمامة والكفن، فالأصل في المقام البراءة أو الاشتغال أو بالتفريق، على المذاهب في الأصول. وفيما علق الحكم فيه على (الرجل) فالأصل عدمه فيهما، كالجمعة والقضاء والشهادة والجز والتغريب. وفيما علق الحكم فيه على العموم وخرج (1) منه المرأة، فيدخلان هنا تحت العموم، كما في عموم حرمة الأفاضة قبل الفجر، ولبس المخيط في الأحرام، ووجوب الجمعة والجهاد، وقتل المرتد والمشركين، واستحباب الصلاة في المسجد، ووجوب استبراء الأمة، خرج (2) من ذلك كله المرأة، وبقي الباقي، ومنه الخنثى والممسوح. وخامسها: الرجوع في الممسوح إلى القرعة لما مر، وفي الخنثى إلى قاعدة الاشتغال، وسادسها: القرعة في الممسوح، والبراءة في الخنثى. وسابعها: القرعة في الممسوح، وتبعية الخنثى للأصول، ويتخيل هنا وجوه آخر أيضاً لا يخفى على المتدبر، لكنها ضعيفة، كعكس الثلاثة الأخيرة. قال المحقق الثاني في بحث الوضوء: ويتخير الخنثى (3). وفي الدروس (4) واللمعتين كذلك (5). وفي القواعد: ويغسل الخنثى المشكل محارمه من وراء الثياب (6). وفي شرحه للكركي: المراد بالمحرم: من حرم نكاحه مؤبداً، وإنما جاز

(1) و (2) كذا في النسخ، والمناسب: خرجت. (3) جامع المقاصد 1: 230. (5) الدروس (5) 93. 1: اللمعة والروضة 1: 331. (6) القواعد 1: 17 .

تغسيل المحارم هنا، لأنه موضع ضرورة. ثم قال: والميت المشتبه ذكوريته وانوثيته كالخنثى، مع احتمال القرعة ضعيفا (1). وفي الدروس: الخنثى المشكل يغسله محارمه. ولو وجد صدر ميت (2) أو ميت في دار الأسلام [مجهول النسب] (3) خال عن مميز الذكورة والانوثة، فالأقرب انسحاب هذه الأقوال فيه (4) - أي: غسل الأجنبي، أو التيمم، أو الدفن بدونهما - وفي سائر الصلاة: والخنثى كالمراة (5). وفي بحث القراءة للكركي: أما الخنثى، فالظاهر وجوب الجهر عليها (6) في موضعه إن لم يسمع الأجنبي، وإلا الأخفات (7). وفي الدروس: والأولى وجوبه على الخنثى حيث لا يسمع أجنبي (8). وفي الروضة جعل ذلك أحوط (9). وظاهره التخيير ما لم يسمع الأجنبي فيخفت. وفي اللمعة أطلق التخيير، وفيها في المكان: والأفضل المسجد (10). وقيد في الشرح لغير المراة (11). وفيهما: أن مسجد المراة بيتها (12). وظاهرهما كون الخنثى كالرجل. وفي الدروس والروضة: يتخير الخنثى في أفعال الصلاة بين هيئة الرجل والمراة (1). وفي الروضة: أن الجمعة تسقط عن الخنثى (2).

(1) جامع المقاصد 1: 361. (2) في المصدر هكذا: لو وجد صدر أو ميت.... (3) (أضفناه من المصدر. (4) الدروس 1: 104. (5) الدروس 1: 147. (6) في (ن): عليه (7). جامع المقاصد 2: 261. (8) الدروس 1: 173. (9) الروضة البهية 1: 600. (10) (اللمعة: 30، 33. (21) الروضة 1: 536. (21) اللمعة: 30، الروضة 1: 538. (13) (الدروس 1: 184، الروضة 1: 657. (14) الروضة 1: 667.

[45]

وفي الذكرى: أنه كالمراة (1). وفي الدروس جعل الذكورة شرطا للوجوب (2). وفي جامع المقاصد: أن تكليف الخنثى لما كان في باب العبادات دائرا مع أحوط الطرفين - وهو: ما يحصل به يقين البراءة، للقطع بثبوتها، وتوقف الجزم بالبراءة على ذلك - كان المناسب في هذا الباب (3) إيجاب الجمعة عليها وإن لم ينعقد بها (4). وفي اللمعتين: ولا تؤم الخنثى غير المراة، لاحتمال انوثته وذكورية المأموم لو كان خنثى (5). وفي الدروس: لا تؤم الخنثى رجلا ولا خنثى (6). وفي القواعد: والخنثى يؤم المراة خاصة (7). ومثل ذلك في شرحه (8). وفي إجماع الروضة: ويتخير الخنثى بين وظيفة الرجل والمراة، فيغطي الرأس أو الوجه. ويجوز لبس الحرير والمخيط للنساء دون الرجال والخنثى (9). وفي الطواف [في شرح قول الماتن] (10): (والختان في الرجل) وأما الخنثى، فظاهر العبارة عدم اشتراطه في حقه، واعتباره قوي، لعموم النص (11). وفي الدروس: والخنثى تغطي ما شاءت من الرأس أو الوجه (1) ولم يتعرض للختان في الخنثى واعتبره في الرجل. وفي جامع المقاصد في التغطية: ويتخير الخنثى بين الأمرين وفي شرح قوله: (والختان للرجل خاصة) أي: دون المراة للرواية، لكن يرد

(1) الذكرى: 232. (2) الدروس 1: 186. (3) في (ن، ف): في هذه الجمعة. (4) جامع المقاصد 2: 418. (5) اللمعة والروضة 1: 794. (6) الدروس 1: 219. (8) القواعد (8). 45: 1 جامع المقاصد 2: 497. (9) الروضة 2: 232، 243. (01) الزيادة من (م). (11) الروضة 2: 247.. (12) الدروس 1: 380.

[46]

عليه الخنثى والصبي، فإن النص يتناولهما (1). وفي القواعد: لا يجب الجهاد على المراة ولا الخنثى المشكل (2). واشتراط في الدروس الذكورة (3). وفي الروضة كذلك (4) لكنه فرع عليه عدم وجوبه على المراة، وسكت عن الخنثى. وفي القواعد واللمعتين: لا يقتل الخنثى المشكل والمراة والشيخ الفاني (5). وفي القضاء اشترطوا الذكورة (6). وظاهرهم عدم نفوذه من الخنثى. وفي شهادات الروضة: إلحاقه بالمراة قوي (7). وفي ديات اللمعة: أن دية الخنثى المشكل ثلاثة أرباع الدية (8). وهذه العبارات من هؤلاء الأساطين قابلة لأعمالهم الاحتياط والبراءة، أو التبعية للمقام من نص أو قاعدة. نعم، الذي ينبغي أن يبحث عنه هنا شيان: أحدهما: تحقيق حكم الخنثى من هذه الوجوه. فنقول: الذي يظهر من فقهاءنا في باب العبادات: ملاحظة

طريقة الاحتياط بالنسبة إلى الخنثى .وظاهر كلام ثاني المحققين في الجمعة - كما مر - كون هذا مسلما عند الأصحاب، ولذلك أورد عليهم في عدم وجوب الجمعة عليه (9). ويؤيده ما ظهر من فتوى المعظم بأصالة الاشتغال في شرائط العبادات وأجزائها، ولكن التحقيق - على ما قرر في الأصول - عدم لزوم الاحتياط وجواز التمسك بالبراءة في ماهية العبادات .

(1) جامع المقاصد 3: 186، 189. (2) القواعد 1: 100. (4) الدروس 2: 30. (4) الروضة 2: 382. (5) القواعد 1: 103، للমেة والروضة 2: 393. (6) القواعد 2012: ،، للমেة والروضة 3: 62. (7) الروضة 3: 146. (8) للমেة: 302. (9) جامع المقاصد 2: 418 .

[47]

فمقتضى القاعدة رجوع الخنثى إلى أصالة البراءة، إلا فيما دل الدليل الخاص عليه، كما أشرنا إليه في مواضع عموم النص، وكون ما خرج منه المرأة، وبه نطق كلام ثاني المحققين والشهيد في بعض الموارد، كما سمعت. وفتوى الأصحاب بالاحتياط لم يتبين إرادتهم اللزوم، ولم تصل إلى حد الأجماع، بل التتبع يقضي بخلافه، وما يوهمه ظاهر عبارة الكركي (1) ممنوع. وأما في الوضعيات: فتراعى فيه أصالة العدم، وهو الذي يلوح من كلامهم أيضا، فيتبع في ذلك أخس الاحتمالين، عملا بالمتيقن. وأما في الدية والميراث: فعلى ما حققناه من كونه واسطة واقعية، فما أفتى به الأكثر من أنه يورث نصف النصيبين وله نصف الديتين مطابق للقاعدة والاعتبار، فضلا عن ورود دليل خاص، فلا تذهل. وأما في دية الأطراف والجراحات: فحيث إن المرأة تعاقل الرجل إلى الثلث، فإذا بلغه أو تجاوزه ترد إلى النصف، ففي كون الخنثى - أيضا - كذلك في المساواة إلى الثلث والرد إلى ثلاثة أرباع (2) بعده، أو المساواة مطلقا إلا في دية النفس، وجهان، ولا ريب أن الأول مخالف للقاعدة، فلا يرتكب حيث لا دليل عليه. نعم، يقوم وجهان بعد ذلك: أحدهما: مساواته للرجل مطلقا، لعموم أدلة دية الأطراف والجراحات خرج (3) المرأة بالدليل وبقي المقام، إلا إذا بلغ تمام الدية فثلاثة أرباع. وثانيهما: كون الخنثى تعاقل الرجل بنسبته، بمعنى: أن المرأة التي ديتها نصف دية الرجل إذا ساواه إلى الثلث فالخنثى تعاقله إلى النصف، لأن التفاوت بين الثلث والنصف ثلث النصف، فيكون التفاوت بين ثلاثة أرباع الدية ونصفها ثلث الأرباع وهو الربع، ففي قطع خمس أصابع من الخنثى خمسون من الأبل، وفي الستة يرد

(1) جامع المقاصد 2: 418. (2) في النسخ: ثلاثة الأرباع. (3) كذا، والمناسب: خرجت .

[48]

إلى خمس وأربعين. ويحتمل وجه ثالث، وهو: كون دية الخنثى في الأطراف ثلاثة أرباع دية الرجل من أول الأمر، ففي إصبع منه سبعة ونصف من الأبل على قاعدة التوزيع وأصالة عدم المساواة خرجت المرأة بالدليل. والأخير أوفق بالاعتبار، لكن يرد عليه لزوم كونه أنقص من المرأة فيما لم يبلغ الثلث، مع أن دينه أزيد من ديتها. والأول أوفق بالدليل، لكن يرد عليه مساواته للرجل مع أن دينه أنقص من دينه. والوسط مخالف للقاعدة من وجهين: مساواته للرجل إلى النصف، ورده بعد ذلك إلى حده، مع أنه لا دليل عليه، والقياس باطل. ويمكن تتميم الوجه الأول الذي منعناه: بأن الخنثى في الواقع إما ذكر أو أنثى أو واسطة، وعليه التقادير لا ينقص عن المرأة، فتساوي الرجل إلى الثلث بالاولوية، ثم يرد إلى ثلاثة أرباع على قاعدة التوزيع. وهناك وجه خامس (1) وهو: كونه يعاقل المرأة في القدر المساوي للرجل وما فوقه إلى أن يبلغ الدية التامة، فتزيد على دية المرأة بمقدار نصفها، ففي تسع أصابع منه خمسة وأربعون من الأبل، وفي العشرة يرتقي إلى خمسة وسبعين، عملا بالمتيقن في الأول، وبالقاعدة في الثاني، وللبحث مجال واسع. وثانيهما: أن الخنثى - على ما في كتب اللغة - من له ما للرجال وما للنساء، وبه عرفه في ميراث المسالك (2) وكذا غيره من أساطين الفقه، وجعلوا من ليس له الفرغان يورث بالقرعة، كما ذكرناه. فهل

مرادهم في سائر المباحث التي حرزناها من الخنثى ما ذكره في الميراث، أو المراد مطلق المشتبه فيشمل الممسوح أيضا، والفرق بينهما ليس إلا

(1) كذا في النسخ، والصواب: وجه رابع. (2) المسالك 2: 340 .

[49]

في الميراث؟ لم أحد في كلامهم في سائر المباحث ما يوضح هذا المعنى. نعم، سمعت ما في كلام الكركي من أن الميت المشتبه بالخنثى مع احتمال القرعة ضعيفا (1) ، فيحتمل إرادته ما يعم الممسوح، فيفيد إلحاقه بالخنثى وإن لم يسم بالخنثى. ويحتمل أن يكون مراده: الاشتباه بالعارض - كقطع الأعضاء أو اضمحلالها بحيث لا يتميز - وهذا هو الظاهر بقريئة كلام الدروس، حيث فرضه فيما لو وجد صدر الميت أو ما لا مميز له. فمقتضى الضوابط أن يريدوا بالخنثى ما مر، ويرشد إليه عبارة الشهيد رحمه الله في الدروس في ميراث الخنثى وشبهه (2) (ويكون حكم الممسوح مع القرعة في جميع الأحكام، حتى في الدية والشهادة ونحو ذلك. وهذا مقتضى التحقيق الذي ذكرناه - أيضا - من كون الخنثى واسطة في الواقع دون الممسوح، فإنه ناقص العضو، فيقرع له كما ذكره في باب الميراث، ويجري عليه حكم ما أخرجه القرعة في عبادة أو غيرها على ما يقتضيه النظر القاصر، والله أعلم (3) بالسرائر. الثالث: أنه لا ريب أن ما ذكرناه من الضابط إنما هو مع الاشتباه وعدم الانكشاف باللائم، وأما معه فلا بحث. وأما العلامة، فلنقدم الكلام - أولا - فيما ذكره الأصحاب وورد في النصوص، ثم نبين ما يؤدي إليه النظر. قال العلامة - أعلى الله مقامه - في ميراث القواعد: من له الفرجان يرث على

(1) جامع المقاصد 1: 361. (2) الدروس 2: 378. (3) في (ف، م): العالم .

[50]

الفرج الذي يبول منه، فإن بال منهما فعلى الذي يسبق منه البول، فإن جاء منهما فعلى الذي ينقطع منهما أخيرا، فإن تساويا أخذنا وتركنا حصل الاشتباه. فقيل: بالقرعة، وقيل: بعد أضلاعه، وقيل: يرث نصف النصيبين. ونيات اللحية، وتفلك (1) الثدي، والحبلى، والحيض علامات على الأقرب (2). وقال المحقق نجم الدين أبو القاسم بن سعيد في الشرائع: يرث على الذي يسبق منه البول، فإن جاء منهما اعتبر الذي ينقطع أخيرا. فإن تساويا قال في الخلاف: فيعمل فيه بالقرعة. وفي النهاية والأبجاز والمبسوط: نصف النصيبين. وقال المفيد والمرتضى: تعد أضلاعه (3). وقال شيخنا الشهيد - قدس روحه السعيد - في الدروس: من له ما للرجال وما للنساء يورث بما يبول منه، فإن بال منهما فبالذي يسبق منه البول، فإن سبق منهما معا ورث على الذي يتأخر انقطاعه. وقال القاضي: يورث على الذي يسبق انقطاعه، وهو ضعيف، فإن تساويا فهو المشكل. وقال المفيد والمرتضى وابن إدريس: تعد أضلاعه. وفي الخلاف: يورث بالقرعة. وقال الحسن: إن كان هناك علامة من لحية أو بول أو حيض أو احتلام أو جماع، وإلا ورث ميراث رجل، وهو متروك. والمشهور أن له نصف النصيبين (4). وقال الشهيد الثاني في المسالك: ومن علاماته البول، فإن بال من أحدهما دون الآخر حكم بأنه أصلي، وهذا موضع وفاق، فإن توافقا اعتبر أسبقهما، وهذا أيضا متفق عليه، فإن تساويا فالأكثر على اعتبار ما ينقطع أخيرا. وشذ قول ابن البراج حيث جعل الأصلي ما سبق منه الانقطاع. وذهب جماعة - منهم: الصدوق رحمه الله وابن الجنيدي والمرتضى - إلى عدم اعتبار الانقطاع أخيرا. وفي الخلاف بعد ذلك القرعة. وذهب الأكثر إلى نصف النصيبين، والمفيد وابن إدريس

[51]

والمرتضى إلى عد الأضلاع (1). وأما الأخبار: ففي موثقة هشام بن سالم : تورث من حيث تبول (2)، فإن خرج منهما جميعا فمن حيث سبق، فإن خرج سواء فمن حيث ينبعث، فإن كانا سواء ورث ميراث الرجال والنساء (3). وفي رواية شريح ذكر الأولين، ثم فيه عد الأضلاع (4). إذا عرفت هذا فنقول: لا ريب أن هذا المقام من مسائل الموضوع الصرف المشتبه، فإذا حصل العلم لنفس المكلف أو للحاكم الشرعي بأحد الطرفين حكم به وعمل بمقتضاه. أما الأول: فلأنه ليس وراء العلم شيء، وهو حجة مطلقا. وأما الثاني: فإننا وإن لم نجوز التقليد في الموضوع، لكن سيأتي في ولاية الحاكم الشرعي أن حكمه في الموضوع نافذ مع اشتباه العرف تبعاً للحكم، فيرجع إلى التقليد في الحكم حقيقة، وبيانه موكول إلى محله. وأما لو حصل الظن لنفس المكلف، فالذي اخترناه في الأصول: عدم حجية الظن في الموضوع الصرف، للنواهي الكتابية، وعدم جريان مقدمات الدليل الرابع فيه، لعدم انسداد باب العلم فيه غالبا، فيرجع في المشكوك فيه إلى الأصول بحسب المقامات. وأما حجية ظن المجتهد فيه مع اشتباه أهل العرف، فالذي يقوى في النظر حجته إذا حكم به كالعلم، لاستتباعه الظن بالحكم وهو حجة، ويأتي هذا أيضا في محله، مع أنه يمكن مع قطع النظر عن ذلك القول بحجية الظن هنا لوجهين: أحدهما: عدم إمكان الاحتياط في مثل الميراث لتعارض الحقيين، وعدم

(1)المسالك 2: 340. (2) في المصدر: يورث من حيث يبول. (3) التهذيب 9: 354، ورواه في الوسائل 17: 575 عن الكافي بتفاوت. (4) الوسائل 17: 575، الباب 2 من أبواب ميراث الخنثى، ح 3 .

[52]

إمكان الرجوع إلى البراءة، وليس هنا أصل موضوعي أيضا، والروايات متعارضة في الجملة، ثم ليس صالحا لتمييز مثل هذا الموضوع بحيث يركن إليه النفس، فالأحالة (1) إلى ظن الحاكم الشرعي أولى. وثانيهما: أن الأمارات المنصوصة ليس شيء منها هنا مما يفيد القطع، بل كلها ظنية، ومن المعلوم عدم مدخلية خصوصيتها في ذلك، بل اعتبرت كاشفة عن الواقع ولو ظنا، فكل أمارة أفادت ذلك تكون حجة .ويؤيده جعل العلامة للحية ونحوها أمارة (2) وجعل الحسن (3) العبرة بما نقله [عنه] في الدروس (4). فعلي القول باعتبار الظن مطلقا في الترجيح نقول (5) .(إن مرجحات الذكورية: اللحية، وعدم تفلك الثدي، والاحتلام، وشدة الرغبة بالنساء في الجماع والأحبال، وعفونة المنى وغلظته، وخروج عظم الحلقوم، والبول من الذكر أو سبقه منه أو انقطاعه منه أخيرا، ونقص الأضلاع. ومن مرجحات الانوثة: عدم اللحية، والتفلك، والحبل، والحيض، ورقة المنى، وتساوي الأضلاع، والبول أو سبقه أو انقطاعه أخيرا من الفرج الآخر، وعدم خروج العظم. فإن وجدت المرجحات في أحد الجانبين دون الآخر فلا كلام، وإن تعارضت فهنا صور: أحدها :تعارض اللحية مع التفلك، والترجيح للحية، لأمكان التفلك في الرجل إمكانا واضحا، دون اللحية في الانثى، فإنه نادر (6) جدا. وثانيها: تعارضها مع الحيض، والترجيح للحيض، لأمكان اللحية في المرأة، بل وجودها، كما حكى في الآثار .

(1)في (ف، م): والأحالة. (3) القواعد 2: 181. (3) أي: ابن أبي عقيل. (5) (الدروس 2: 378. (5) في (ن)، (ف): فنقول. (6) كذا في النسخ، وفي هامش (م): فإنها نادرة، ح .

[53]

وثالثها: تعارضها مع الحبل، والترجيح مع الحبل، لعين ما مر. ورابعها: تعارضها مع الامارات المنصوصة الأربعة إذا كانت للمرأة، والترجيح مع النص المعتضد بالفتوى، بل الاعتبار أيضا، ويكفي في الترجيح وجود الواحد فضلا عن المتعدد. وخامسها: تعارضها مع رقة المنى، أو قلة الرغبة، أو عدم العظم، والترجيح للحية. وسادسها: تعارض الاحتلام مع الحيض، والثاني أقوى. وسابعها: تعارضه مع الحبل، والترجيح للحبل. وثامنها: تعارضه مع المنصوصات، والحكم كما مر. وتاسعها: تعارضه مع العدميات، والترجيح للاحتلام. وعاشرها: تعارضه مع التفلك، وفي الترجيح نظر. وحادي عشرها: تعارض الأحوال مع التفلك، والأول أقوى. وثاني عشرها: تعارضه (1) مع الحبل، ولا ترجيح. وثالث عشرها: تعارضه مع الحيض، والثاني أرجح. ورابع عشرها: تعارضه مع المنصوصات، والنص أقوى. وخامس عشرها: تعارض العظم مع التفلك، ولا ترجيح. وسادس عشرها: تعارضه مع الحبل أو الحيض، والترجيح لهما. وسابع عشرها: تعارضه مع أحد المنصوصات، والترجيح كما في غيره (2). وثامن عشرها: تعارض سبق البول مع تأخر الانقطاع، والترجيح للسابق، لتقدمه في النص والاعتبار.

(1) في أكثر النسخ: تعارضها. (2) أي: الترجيح لأحد المنصوصات، كما في غيره من صور تعارض المنصوصات مع سائر الامارات.

[54]

وتاسع عشرها: تعارض السبق أو البول مع عد الأضلاع، والترجيح للأولين عملا بالموثق (1) والخبر (2) المقدمين لهما عليه. والعشرون: تعارض الانقطاع مع عد الأضلاع، والترجيح للأول، لقوة الموثق سنداً وعملاً (3). ويعلم تعارض الاثنين والثلاثة والأزيد مع التساوي أو التفاوت بالمقايضة، والمدار على الرجحان في النظر. وأما على القول بالتعبد: فنقول: قد عرفت دعوى الأجماع على العلامتين الأولىين على الترتيب، فلا كلام في اعتبارهما مع دلالة الموثق ورواية شريح عليهما. وأما الانقطاع أخيراً، فمستفاد من قوله: (من حيث ينبعث) في الموثقة، والمراد به ذلك على ما فهمه المشهور، فيكون حجة أيضاً. ولكن تضعفه أمور: أحدها: احتمال كونه بمعنى سبق الانقطاع، ولعل ذلك مستند ابن البراج. وثانيها: احتمال كونه بمعنى الخروج بقوة، بل الظاهر من اللفظ ذلك. وثالثها: عدم اعتبار جماعة من القدماء ذلك. ورابعها: دعوى المرتضى رحمه الله الأجماع على عد الأضلاع بعد الامارتين (4). وخامسها: رواية شريح، حيث تركته وذكر عد الأضلاع. ويؤيده أمران: أحدهما: فتوى الأكثر الكاشف عن معنى الرواية أيضاً. وثانيهما: مساعدة الاعتبار، لأن التساوي في الخروج مع تأخر الانقطاع

(2) الظاهر المراد به موثقة هشام بن سالم المتقدمة في ص 54 لكن فيها تقديم البول أو السبق على نصف النصيبين، لا على عد الأضلاع. (2) خبر ميسرة بن شريح المتقدم في ص: 50. (3) في (ن): أو عملاً. (4) الانتصار: 306.

[55]

علامة لكونه أصلاً عادة. والظاهر أن الترجيح مع المشهور، والوجه بعد التأمل واضح. وأما عد الأضلاع: فالرواية وإن كانت ضعيفة، لكن تتأيد بالتعليل بأن حواء خلقت من ضلع آدم الأيسر، وبما علم من طريقة أهل التشريح والتجارب كونه كذلك. لكن قد عرفت أنه غير حاسم للأشكال كما زعمه القائلون به، فلو لم يكن التفاوت بصلع تام بقي الأشكال على حاله، فالمرجع الموثق المنطبق على ما قرناه من القاعدة في نصف النصيبين في الأثر، والديتين في الجنابة، والاصول المعتمدة في سائر المباحث، كما عرفت. وفي اعتبار تكرار الأمانة كلام يأتي في ذي الحقوين. الرابع: في أحكام ذي الحقوين والمراد به: من له بدنان في حق واحد، ولم يتعرض له الأصحاب إلا في الميراث. ففي الشرائع: من له رأسان أو بدنان على حق واحد يوقظ أحدهما (1)، فإن انتبها فهما واحد، وإن انتبه أحدهما فهما اثنان (2). وفي القواعد: يوقظ أحدهما،

فإن انتبها فهما واحد، وإن انتبه أحدهما فهما اثنان في الميراث (3). وفي الدروس:
يوقظ أحدهما بعد نومهما، فإن انتبها فهما واحد، وإن انتبه

(1) في النسخ بدل (أحدهما): (بعد نومهما) والصواب ما أثبتناه من المصدر. (2) (الشرائع: 4: 47. (3) القواعد: 2: 187.

[56]

أحدهما فهما اثنان، كما قضى به علي عليه السلام. وقال أبو جميلة: رأيت بفارس امرأة رأة لها رأسان وصدران في حق واحد من وجه يتغايران (1). وفي المسالك: والقول باعتبار تعددهما ووحدتهما بالأيقاظ هو المروي من طرق الأصحاب عن علي عليه السلام: (أنه ولد على عهده مولود له رأسان وصدران في حق واحد، فسئل علي عليه السلام في أمره في الميراث، فقال: يترك حتى ينام، ثم يصاح به، فإن انتبها معا كان له ميراث واحد، وإن انتبه واحد وبقي الآخر فإنما يورث ميراث اثنين) (2) وفي طريق الرواية ضعف أو جهالة، لكن لا راد لها (3). وهنا مباحث: الأول: أن هذه الأمانة هل هي تعبدية - كما هو ظاهر الأصحاب حيث اقتصروا عليه - أو لا، بل هي أحد الامارات أو أضبطها؟ والكلام هنا كما قررناه في أمانة الخنثى: من كون العبرة بالعلم أولا، ثم بظن الحاكم الشرعي من الامارات. والذي يقتضيه النظر عدم كون الأمانة تعبدية، بل كل ما كشف عن الواقع. فلو تخالفا - مثلا - في الأرادة بحيث كل منهما يريد غير ما يريد الآخر، مثلا: يريد أحدهما القيام ويمسكه الآخر، أو يريد أحدهما المصير إلى الدار والآخر المصير إلى السوق ونحو ذلك من الارادات المتعاكسة التي تظهر آثارها في البدن [فهما اثنان] (4)، ومثل ذلك كون أحدهما فطنا ذكيا والآخر غبيا، وحفظ أحدهما ونسيان الآخر، ونحو ذلك من الامارات. نعم، يمكن أن يقال: إن هذه الامارات معتمدة عند أهل العرف وغيرهم، ومتى

(1) الدروس 2: 381، وما حكاه عن أبي جميلة رواه الشيخ عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن أبي جميلة، انظر التهذيب 9: 358. (3) الوسائل 17: 582، الباب 5 من أبواب ميراث الخنثى ح 1. (3) المسالك 342: 4. (4) الزيادة من مصححة (م).

[57]

ما حصل شئ منها يعلم أو يظن ظنا قريبا منه أنهما متعدد. ومحل البحث ما كان خاليا عن مثل هذه، كما يعطيه ظاهر الرواية: (ولد بعهد مولود فسأله عن ميراثه) (1) والظاهر أنه لم يبلغ مبلغا يمكن اختباره بهذه العلامات، فلا تدل الرواية على عدم العبرة بما ذكر وإن كان ظاهر الأصحاب ذلك. بل يمكن أن يقال: إن النص والفتوى لا يدلان على انحصار العلامة، نظرا إلى أن غير النوم والانتباه من العلامات فيها أمانة التعدد كثيرة - كما مثلناه - وأما أمانة الوحدة فلا غالبا، مثلا (2) تطابقهما في القيام والقيود والأرادة لا يدل على اتحادهما، لجواز كونهما متواطئين على هذا المعنى اختيارا، أو كون طبيعتهما بشدة المجاورة وتقارب القوى متوافقتين، وكذلك الذكر والنسيان والذكاوة والغباوة، فإن تطابق الاثنين في الفهم والمرتبة (3) في أمور خاصة شائع الوقوع وإن تميزا بأمور آخر. بخلاف النوم والانتباه، فإنه دائر مع الوحدة والتعدد وجودا وعدما وإن كان فيه أيضا نظر، إذ انتباه اثنين في آن واحد سيما مع تقارب الحواس وتناسب الطبيعة خصوصا بالصياح - كما في الرواية - لا تلازم بينه وبين الوحدة، وليس ذلك إلا كما مثلناه. وبالجملة: لم أجد للجمود على النص وجهها يعتمد عليه. نعم، هو أحد العلائم في ذلك. الثاني: أن المراد بالانتباه والنوم - بناء على الاقتصار عليه - هل خصوص ما عبر به في النص، أو هو مثال؟ فلو فرضنا أنه أخذ أحدهما النوم وبقي الآخر مستيقظا، فعلى ما في النص لا يكون هذا علامة، بل يعتبر نومهما جميعا، فيعتبر بالانتباه. بخلاف ما لو قلنا: إن المراد: النوم في أحدهما دون الآخر كيف كان،

(1) إشارة إلى ما هو المروي عن علي عليه السلام الذي تقدم أنفا بلفظ (أنه ولد على عهده مولود...).
(2) في (ن، ف): مثل. (3) في (ن): والرتبة .

[58]

فلا يفترق الحال بين الابتداء والاستدامة. ويمكن أن يقال بالجمود على النص، لأن الانتباه في أحدهما أقوى دلالة على التعدد، لأن عود الروح إلى الشخص الواحد بعد اجتماعه (1) لا يكون إلا بسرياته إلى الأجزاء كافة، بخلاف نوم أحدهما دون الآخر، لأن عروض النوم إنما هو باستيلاء البخار على الحواس، ويمكن استيلاؤه على أحدهما أسبق من الآخر، فإننا نرى أنه يمكن أن تنام إحدى العينين دون الأخرى وأن ينام البصر دون السمع، وذلك لتفاوت الحواس قوة وضعفا، فلعل في البدنين أو الرأسين أيضا تفاوتا مثل هذا التفاوت. ولما لم يمكن غالبا انتباه إحدى الحواس دون الأخرى (2) فعدم انفكاك البدنين أو الرأسين في ذلك أولى. وهو المتجه مع احتمال اعتبار الغالب وكون الأمانة مبنية على الظن، وهو موجود في المقامين. والظاهر أن خصوص (الصياح) لا مدخلية له، بل لو انتبه أحدهما بالدفع (3) بآلة صغيرة لكان كذلك، بل دلالة الانتباه فيهما به (4) على الوحدة أزيد من الصياح. نعم، انتباه أحدهما دون الآخر في الصياح أشد دلالة على التعدد. ومن بعض ما قررنا ظهر ما في كلام الأمام ولي الملك العلام، من اعتبار ما لا يناله فهم آحاد الأنام، مع ما فيه من دقائق آخر، يظهر بعد التأمل. ومن ما مر يظهر أنه لو تعارض سبق النوم إلى أحدهما مع الانتباه دفعة يقوم الأشكال: من أن الانتباه منصوص، ومن أن دلالة على الوحدة أضعف من دلالة النوم على التعدد اعتبارا، مضافا إلى أن ظاهر النص ذكر هذا علامة للتعدد، لا عدمه علامة للاتحاد وإن ذكر في النص، لكنه مسوق لبيان غيره .

(1) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف: انتباهه. (2) في غير (م): أحد الحواس دون الآخر. (3) كذا في النسخ، ولعله مصحف: بالدق. (4) في هامش (م): بها، خ .

[59]

الثالث: أن العلامة المنصوصة هنا وعلائم الخنثى هل يعتبر فيها التكرار (1) مرارا بحيث يعلم كون المعتاد ذلك حتى يحكم به، أولا بل يعتبر دفعة واحدة فأيهما تحقق قضى به وإن تخلف بعد ذلك، أو يفترق الحال بين أمارات الخنثى فيعتبر التكرار (2) دون المقام فيعتبر الواحدة (3) أيضا؟ احتمالات لم ينص على شيء منها الأصحاب. وجه الأول: بعد اعتبار المرة الواحدة، نظرا إلى أن الأمانة للكشف لا تعيد صرف، والمرة الواحدة غير كاشفة، لأن هذه الأمور عادات قابلة للتخلف، فربما تكون هذه الدفعة مما تخلفت عن العادة، مضافا إلى أن المرة الثانية إذا حصلت بعكس المرة الأولى لم يبق وثوق بالأولى أصلا، لاستحالة الترجيح من غير مرجح، ومجرد السبق غير كاف، مع أن ظاهر النصوص الإطلاق بحسب الأزمان، مثل قوله: (فأيهما يبول، أو يسبق، أو ينبعث) أو (إذا انتبه أحدهما (فمتى ما حصل أحدهما في أي زمان كان يشمل النص كما شمله في الأول، فيتعارض الامارتان. ووجه الثاني: أن ظاهر الأخبار الإطلاق، وهو يصدق بالواحدة فيحكم (4) بها، فإن عارضه بعد ذلك وضع آخر فلا عبرة به بعد الحكم، لأن الموضوع ليس مشتبه بعد ذلك حتى يلاحظ أمانة أخرى متعارضة [أولا] (5) بل على تقدير التخالف يصير بمنزلة رجل يخرج بوله من ثقب آخر لافقة، أو امرأة كذلك. ووجه الثالث: أن موثقة هشام في الخنثى (1) عبر (2) في العلائم بصيغة المستقبل الدالة على التجدد والاستمرار، ورواية الباب عبر (3) بالماضي الدال على كفاية الوقوع مرة، مضافا إلى أن رواية الخنثى عبر (1) بموضوع عام ودل (2) على

(1) و (2) في (ن، ف): التكرار. (3) في (ن، ف): الواحد. (4) في (ف، م): ويحكم (5). لم يرد في (ن). (2). تقدمت في ص: 50. (2 و 8) كذا في النسخ، والمناسب: عبرت (2 و 10) كذا، والمناسب: عبرت... دلت .

حكم كلي يمكن فيه اعتبار الدوام والاستمرار في الأمانة، بخلاف المقام، فإنه قضاؤه عليه السلام في مولود خاص في ميراثه. مع أن دلالة الانتباه على الوحدة والتعدد أقوى بحيث يبعد اختلافه، بخلاف البول ونحوه، كما لا يخفى. والذي يقوى في النظر الوجه الأخير، بل هو الأوفق بالنص والفتوى أيضا، فتدبر. فائدتان: أولاها: أنه على القول باعتبار الاستمرار، فهل يكفي فيه المرتان أو الثلاث، أو يعتبر ما يصدق به العادة؟ والذي يترجح في النظر كفاية المرتين، لوجود معنى التجدد المستفاد من النص فيه، واستقراء موارد الشرع من اعتبارهم في العادة المرتين، ونصوص الحيض الحاكمة بالعادة بهما، فليكن هنا كذلك. ثم على تقدير تحقق العادة والحكم، فإن انقلبت بعد ذلك العادة وتكررت في خلافه، فهل يعمل بالثانية - كعادة الحيض - فيدور الذكورية والانوثية مدار العادة في خروج البول مثلا، أو لا، بل ينتقل بعد ذلك إلى الأمانة التي بعدها، لتعارض الأولى وسقوطها عن الاعتبار، فإن لم يكن وراءها علامة فهو المشكل الذي يقضي فيه كل على مذهبه، أو لا ينتقض الحكم بالانقلاب مطلقا، استصحابا لما ثبت والشك في كون التغيير رافعا له أم لا، ولأطلاق النص في الحكم بذلك الشامل لما لو تجدد ما يغيره؟ وجوه. والذي يقوى في النظر القاصر الوجه الأوسط، إذ لا إطلاق في النص بحيث يشمل هذا الفرض، والحكم مراعى بعدم انكشاف الخلاف، فلا وجه للاستصحاب، فتأمل جدا. وثانيتها: أن على القول بالمرة فهل العبرة بها كيف اتفق، أو لا، بل ما يتفق بعد

حكم الحاكم الشرعي؟ وجهان، ولا يخفى قوة الثاني، إذ العبرة بالمرة مخالفة (1) لظاهر النص والاعتبار في الجملة. ولو سلم دلالة النص فالمتيقن ما حصل منه بعد حكمه، وأما ما وجد سابقا ولو عند نفس المكلف فلا عبرة به. والمسألة محل إشكال، والبحث فيه لا يسعنا المجال. الرابع: أن اعتبار هذه العلامة لا كلام فيه في الميراث. وأما الأحكام الأخرى: فهل هي تابعة للميراث في ذلك [مطلقا] (2) [لعدم الفرق ولأنه أمانة كاشفة عن الواقع لا تعبدية صرفة فمتى ما علم في الواقع الوحدة أو التعدد فيتبع، أو ليست بتابعة نظرا إلى أن النص إنما ثبت فيه، ولعل الفرق هناك موجود، وكونه كاشفا عن الواقع مطلقا غير معلوم؟ وجهان. والتحقيق: أن الأمانة كاشفة مطلقا كما هو ظاهر النص. ومع ذلك لا يستلزم إجراء أحكام الوحدة والتعدد عليه في سائر الأبواب، نظرا إلى أن الأحكام المتعلقة على الوحدة والتعدد قد تنصرف إلى الفرد الشائع المتبادر، وقد لا تنصرف، فالنظر في كل واحد من المباحث لا بد منه. قال العلامة رحمه الله في القواعد بعد عبارته السابقة: وكذا التفصيل في الشهادة، أما التكليف فاثنتان مطلقا، وفي النكاح واحد وإن كان اثنتى، ولا قصاص على أحدهما وإن تعدد مطلقا. ولو تشاركا ففي الرد مع الانتباه لا دفعة إشكال، ودفعة أشكل (3). وفي المسالك: وحكمها ورد في الأثر، وينبغي مثله في الشهادة والحب لو، كان [له] (1) أختا. أما في العبادة فاثنتان مطلقا، فيجب عليه غسل أعضائه كلها ومسحها، ولو لم يتوضأ أحدهما ففي صحة صلاة الآخر نظر، ويمكن هنا اعتبار الأيقاظ [أيضا] (2)، فمن لا ينتبه لتنبه الآخر لا يعتبر طهارته في صحة صلاة الآخر

(1) في (ن، ف): مخالف. (2) الزيادة من (ف). (3) القواعد 2: 187. (1) أثبتناها من المصدر. (2) أثبتناها من المصدر.

للحكم بتعددتهما. وفي النكاح هما واحد من حيث الذكورة والانوثة. أما من حيث العقد، فالظاهر توقفه على رضاها معا، وكذا يقع الأشكال في الطلاق. وفي العقود - كالبيع - هما اثنتان. وفي الجنابة [هما] (3) اثنتان لا يقتص من أحدهما

بجناية الآخر، ولو اشتركا في الجناية اقتصر منهما. وهل يحسبان بواحد أو باثنين حيث تكون الجناية في غير المشترك؟ وجهان، ولو كانت جنايتهما في المشترك وهو ما تحت الحق - اكتفي بواحدة (4). إذا عرفت هذا فالكلام في جهات الأولى: أنه لا يقوم من هو كذلك مقام اثنين في تراوح البئر وإن قيل بتعدده، إذ المتبادر غير ذلك، ولمعلومية مدخلية القوة فيه، وضعف هذين باشتراك ما تحت الحق واضح. وينزع من البئر لو وقع فيه ومات نزع الاثنين، نظرا إلى أن الواحد الذي فيه سيعون دلوا لا يشمل إطلاقه ذلك. فإن قلت: التعدد أيضا لا يصدق عليه. قلت: بعد التعارض يقضي الاستصحاب ببقاء النجاسة إلى اليقين بالمزيل. قيل: فأين يعلم اليقين بالمزيل؟ قلنا: ينفي ما زاد على مقدار الاثنين بالأولوية. مع احتمال إلحاقه بما لا نص فيه إن أوجبنا فيه نزع الجميع، وأما على الثلاثين أو الأربعين فلا، إذ لا ينقص عن الواحد قطعا. وفي الوضوء يعتبر غسل جميع الأعضاء إن حكمنا بالوحدة - كالعضو المشتبه في غيره - مقدمة للواجب، فإن لم يمكنه سقط بحسب التعذر كغيره، ويبطل وضوؤه بالحدث. وهل يبطل بنوم أحدهما أو إغمائه أو جنونه بناء على أن هذه ليست أمانة

(3) أثبتناها من المصدر. (4) المسالك 2: 342 .

[63]

التعدد، أو لا؟ وجهان، مقتضى الاستصحاب الثاني حتى يحصل اليقين بالنقص. وإن قلنا بالتعدد مع الأمانة، فالأقوى أنه يكفي في وضوء كل منهما غسل أعضاء نفسه المختصة أو المشتركة، لشمول أدلة الوضوء، وعدم حصول الاشتباه حتى يجب مقدمة (1) ولا يضره بقاء الحدث في أحدهما في صلاة الآخر، لأصالة عدم المانعية، وليس ذلك إلا كركوب المحدث على المتطهر في الصلاة، فتبصر. ولو تطهرا معا فينتقض طهارتهما بالحدث الحاصل من العضو المشترك كالبول، لشمول أدلة النقض لهما. بخلاف الحدث المختص، كنوم أحدهما دون الآخر، فإنه ينقض طهارة النائم خاصة. وعلى هذا، فلا يجوز للمحدث منهما الصلاة، ولا الطواف الواجب، ولا مس كتابة القرآن [بعضه المختص] (2) ويجوز كل ذلك للمتطهر، ولا يضره اتصال غيره به. وفي العضو المشترك نظر، فيحتمل جواز المس به مطلقا لأنه متطهر من جهة، ويحتمل المنع لأنه محدث من جهة أخرى، ويحتمل لحوق كل حكمه، فإن مس به المحدث عصي دون المتطهر، ولا يزر واحد منهما وزر الآخر لو وقع قهرا، ولو تراضيا على المس فالمحدث عاص. وهل لكل منهما منع الآخر عن المس كالمشتركين في الملك، أم لا لتسلط كل منهما بتمام العضو لا على الأشاعة، أو للمتطهر منع المحدث للنهي عن المنكر دون العكس، أو بالعكس، لأن للمحدث الحذر عن مماسة عضوه المصحف، ولو مس المحدث فإنما عصي على نفسه؟ والأجود الوجه الثالث، إذ لا ضرر على المحدث حتى يمنع عنه. ولو شك أحدهما في الوضوء أو شئ من أفعال الغسل أو الصلاة فعلا أو ركعة أو في أفعال الحج، أو غير ذلك - كالاستبراء ونحوه - وحفظ الآخر. فإن قلنا بالوحدة، فهل يجري حكم الشك أو الذكر؟ وجهان، والأقرب أن مع

(1) في (ف، م): مقدمته. (2) من (م).

[64]

بقاء الشك مع مخالفة الآخر يعمل بمقتضى الشك، لصدق أدلته الواردة على غيرها إن لم يلزم منه الأبطال، وإلا فالعمل على من يذكر لأصالة الصحة. ولو استلزم كل منهما البطلان - كشك أحدهما بين الواحدة والاثنين وعلم الآخر بزيادة ركعة عن الفريضة - فلا كلام. وإن كان الشك مصححا دون الذكر، فالترجيح للصحة. ويحتمل في صورة صحتهما معا تقديم قول الذاكر لو وافق الأصل، كذكر أحدهما كون الركعة اثنتين. وشك الآخر بينهما وبين الثلاث (1). ويحتمل تقديمه مطلقا ما لم يبطل، لأصالة البراءة عن أحكام الشك، وانصراف أدلته إلى غير ما عارضه ذكر. وإن قلنا بالتعدد، فلكل حكم

نفسه إذا لم يتعارض بزيادة أو نقصان مبطلين، والوجه واضح. وإن تعارض - كالشاك بين الاثنين والثلاث الباني على الثلاث ومن يتقن أنه إثبات، فيتعارضان في قيام الرابعة للثاني - ففي بطلانهما معا لعدم الترجيح، أو لزوم أحدهما إطاعة الآخر كفاية حذرا عن الأبطال فإن تنازعا فالقرعة، وجهان. الأقوى الثاني. وإن أمكن إطاعة أحدهما بحيث لا يلزم الأبطال لصلاته وجبت على الأجود كالصبر بمقدار تشهد أو سلام. وحكم الغسل والتيمم - طهارة ونقضا - مثل الوضوء، مع احتمال وجوب غسل الكل في الغسل وإن قلنا بالتعدد، ولكنه وجه ضعيف. وسطح اتصال البدنين معفو للتعذر على الأصح. ولو اختلفا في الدم المستمر في المضطربة في الرجوع إلى الروايات، فمع الاتحاد يلزمهما الوفاق على معين ولو بحكم الحاكم أو القرعة، ومع التعذر فلكل حكمه، كما في الوضوء. وكما لا يضر حدث أحدهما لا يضر وجود الخبث أيضا في ثوب الآخر

(1) العبارة في (م) هكذا: كون الركعة ثانية وشك الآخر بين الاثنين والثلاث .

[65]

المختص، وكذا عدم الستر لو كانا انثنى مع التعدد. ومع الاتحاد فللمطيع قهر العاصي في وجه، ويسقط مطلقا في وجه آخر، ومع التعذر على الأول. ويجب عليهما معا النية والقراءة والأذكار والأفعال في الصلاة لو صليا دفعة واحدة إن كانا متعددين. ولو صلى واحد منهما فيأتي بما يجب عليه وإن لم يصل الآخر. وإن كانا متحدين فالواجب صلاة واحدة، لكن يجب في أفعال الصلاة المتعلقة بالأعضاء استعمال أعضائهما معا مقدمة للواجب، للشك في الأصلي والزائد. ولو امتنع أحدهما سقط إن لم نجعله علامة التعدد. وأما في الأقوال - من قراءة وذكر - فهل يجب قراءتهما معا كالأفعال صرفا للأدلة إلى (1) الأصلي وهنا مشتببه فيجب مقدماته، أو يكتفى بالواحد لصدق القراءة وحصول الامتثال؟ وجهان. أقواهما (2) (الثاني على إشكال، لاستلزامه تعدد السور والقرآن المبطل للعبادة - كما قرر في محله - بخلاف الأفعال، فإن سجودهما يعد سجودا واحدا وإن تعدد الأعضاء، فنأمل. ولا يحسبان اثنين في انعقاد الجمعة والعديدان وإن تعددا، لانصراف الخمسة إلى المنفصل. مع احتمال الانعقاد، لعموم وجوب الجمعة، خرج ما لم يستجمع الخمسة ولو في حق واحد بالدليل وبقي الباقي. وعلى الاتحاد فعدم الانعقاد واضح ولو سافر أحدهما قاصدا للمسافة دون الآخر، ففي كفاية قصد أحدهما في القصر مطلقا للقصد في أحدهما والتبعية في الآخر، أو عدمها مطلقا لأن مثل هذا لا يعد تبعية وقصد أحدهما مع عدم قصد الآخر غير نافع، أو كفايته على القول بالاتحاد لأنه مسافر، دون التعدد فلكل حكمه والتبعية ضعيفة، وجوه. أوسطها الأخير ..

(1) في (ن): على. (2) في (ف): أقر بهما .

[66]

ويجئ نظيره في ناوي الأقامة، وإتمام الناوي هنا أوضح، ومثله ناوي المعصية. ولا يجوز ائتمام أحدهما بالآخر مع الاتحاد. وأما مع التعدد ففي جوازه لأن (الاثنان جماعة) (1) وعدمه لعدم دخولهما في الإطلاق ولزوم تقدم الأمام - وهنا غير معقول - وجهان. والحق أنا لو قلنا بجواز صلاتهما دفعة واحدة فلا بأس بالائتمام، والتقدم مع العذر ساقط. نعم، يجئ شبهة في أنهما لو صليا دفعة فاستناد القيام والقعود ووضع الرجلين في السجود إلى أحدهما ليس أولى من الآخر، والمتبادر من الأدلة الاستقلال وهنا مشتركان، واجتماع علتين على معلول واحد ممتنع، والتشريك موجب لعدم الامتثال. قلت: لا مانع من ذلك، لصدق استناد القيام والقعود عليهما عرفا مستقلا وإن كان في الواقع لهما مدخلية، لكن كونهما بحيث لو لم يكن كل منهما لقام الآخر وقعد كاف في ذلك. وسيجئ تحقيقه - إن شاء الله تعالى - في بحث

الأسباب. ومن هنا تبين: أن مع عجز أحدهما وقدرة الآخر فإن رضي الشريك بالاستناد إليه في القيام ونحوه صحت صلاته ووجب صلاة المختار، وإن لم يرض صلى معذورا. ومع الاتحاد، لو صام أحدهما صوما واجبا عليه مضيقا - كرمضان - يكره الآخر على الأطاعة إن خالف وأمكنه ذلك. ولو أراد الصوم المندوب أو نذرا جديدا افتقر إلى رضا الآخر، لأنه إضرار. ولو لم يطع الآخر في الواجب فمع اختلاف المعدة يصوم عملا بالميسور، ومع اتحادها ففيه الأشكال. والحق أن المطيع يصوم وينوي، ولا يضره أكل الآخر وشربه وإن تقوى به

(1) الوسائل 5: 380، الباب 4 من أبواب صلاة الجماعة، ح 4 .

[67]

كالمكره على الإفطار. والأقوى أنه لا يجب عليه قضاء أيضا، للامتنان وعدم الفوات. وأما مع التعدد فلكل حكمه في الوجوب والكفارة وغير ذلك، لكن مع اتحاد المعدة يجئ الأشكال، ويندفع بما مر. وليس لأحدهما التبرع بالصوم أو العبادة الشاقة أو الحركة الغير محتاج إليها إلا مع إذن الآخر، للزوم الضرر. ولكل منهما السعي في حوائجه (1) وأموره على قدر حاله، وليس للآخر ممانعته في ذلك. ولو تعارضا فالأقوى لزوم المهياة كالعبد المشترك، فيصرف (2) يوما في حاجة أحدهما ويوما في الآخر مثلا. ولو منع أحدهما الآخر عصي، والحق عدم الضمان، لأن منافع الحر لا تدخل تحت اليد فلا يضمن بالفوات. ولو أكره أحدهما الآخر على الإفطار مع اتحاد المعدة فقد أبطل صوم نفسه على الأصح. ولو تضرر أحدهما بالصوم لمرض ونحوه أفطر ويصوم الآخر وإن اتحد المعدة. ولو كان صومه يضر صاحبه في مرضه بشدة ونحوه ففي السقوط مطلقا لأنه إضرار، والعدم مطلقا لأنه واجب وجهان، والسقوط أقوى سيما مع أن ضرر الشريك يعود إليه - أيضا - مطلقا غالبا وإن تخلف في بعض الصور كوجع عين ونحوه. ولو حجا مع التعدد عن استطاعة أو نذر أو نية أو مندوب أو ملفق يحتسب الأفعال المشتركة لكل منهما، ويأتي كل منهما بالمختص فيلبس ثلثة أثواب للأحرام لاشتراك الواحدة، ويلبى كل منهما ويطوف ويسعى. وخلل كل منهما مع عدم رضا الآخر لازم على نفسه وإن كان بعضو مشترك كالجماع. نعم، في جواز نية كل منهما عن واحد نظر، منشأه عدم الاستقلال، وعدم أولوية استناد الطواف والوقوف ونحوهما إلى أحدهما دون الآخر. والأقوى

(1) في (ن) زيادة: وأمواله. (2) في (ف): فينصرف .

[68]

الجواز لأن كلا منهما آت بالأفعال عرفا، وليس هذا إلا كركوب اثنين على دابة في الطواف قاصدين له، ونحوه في غيره، فتبصر. وكذا لو كان أحدهما أصالة والآخر نيابة. وأما مع الحكم بالاتحاد فلا يجوز النيابة عن اثنين ولا الملفق، وإنما هو حج واحد، وتجب مباشرة جميع الأعضاء مقدمة، كما مر في الصلاة. وأما العبادات المالية - من زكاة أو خمس أو صدقة أو كفارة - فعلى فرض الاتحاد فلا إشكال، وأما مع التعدد فلكل حكمه. ولو ادعى أحدهما على الآخر مالا فمع التعدد يسمع ويقضى بينهما كغيرهما، ومع الاتحاد لا يعقل، لأنهما كالجزئين. نعم، لو ادعى أحدهما على الآخر غصب حق أو إيذاء أو ظلما (1) في أكل وشرب سماع دعواه مع الأثبات ويتوجه التعزير، أو اليمين (2). الثانية: أنهما لو اتحدا بالأمانة فحكمهما في الشهادة حكم الواحد، سواء كان شهادة إثبات أو شهادة صحة كما في الطلاق عملا بالمتيقن وبمقتضى الأمانة. وأما مع التعدد: ففي قيامهما مقام الاثنين نظر، من كونهما كذلك، ومن أصالة عدم تحقق الشرط أو السبب إلا في المتيقن وهو المنفصل. والأقوى قيامهما مقامهما وفاقا للفاضل (3) وثاني الشهيدين (4) سيما على القول بحجية خبر الواحد مطلقا، ولم يثبت في الشهادة (1) تعدد أزيد من ذلك. وأما في ما عدا النكاح من العقود: فإن قلنا

بالتعدد فلا ريب أن لكل حكمه، عقدا ماليا كان: - كالوقف والبيع والصلح والأجارة
والجعالة والهبة والعارية - أو بدنيا - كوكالة ومزارعة ومساقاة ووديعة وكفالة ونحوها -
فلو كان المال من طرف

(1) في النسخ: أو إيذاء أو ظلم. وهو سهو. (2) في (م): واليمين. (4) القواعد (4). 187. 2: مسالك الأفهام
2: 342. (1) في (ف، م): بالشهادة

[69]

ذي الحقوين خاصة فلا إشكال، لأنه مسلط على ماله، ولا مدخل لشريكه في ذلك. ولو كان العمل من جانبه - ككونه أجيرا أو وكيلًا أو عاملا، ونحو ذلك من العقود العملية - فهنا وجوه: أحدها: عدم جواز مباشرة أحدهما ذلك، لأنه شريك لا يمتضى تصرفه إلا بإذن الآخر، كالدابة بين مالكين، فلا يؤجر (2) أحدهما إلا بإذن الآخر. وثانيها: الجواز، لأنه مسلط على نفسه، غايته تسلط الآخر أيضا على ذلك، فله إعماله في ذلك، وللشريك اجرة مثل حصته جمعا بين الحقين، وعدم إمكان قسمته إلا كذلك. ثالثها: لزوم المهايأة كالعبد المشترك، فيقتسمان للأزمان (3) ولو بحكم الحاكم، فكل مسلط في حصته أن يعمل ما يشاء وعلى الآخر تبعيته. ولا ريب في قوة الوجه الأخير. ولو تقبل كل منهما عملا لا ينافي الآخر فلا كلام في الجواز. ولو صارا أجيرين لشخص واحد برضاهما فالأجرة بينهما سواء، وهل يعد هذا من شركة الأبدان فيبطل، أو لا فيصح؟ الأقوى البطلان إلا مع توزيع العمل وتقبل كل حصته لنفسه، وأما في الايقاعات المالية - كالفسخ والشفعة والعق والوصية في وجه والتدبير والأذن والأجارة - يلتزم كل بحكم نفسه وماله، كالشخصين الممتازين. وإن قلنا بالاتحاد، فهل يكفي رضا واحد (1) منهما في عقد أو إيقاع مما ذكر سابقا لدخوله تحت الأدلة، أو لا بل يعتبر رضاها معا؟ الأجود الثاني، لأن كلا منهما كالعضو والمال واحد لهما .

(1) في (ف، م): فلا يوجرها. (3) كذا في (م) وفي هامشه: فيقسمان الأزمان، خ. وفي (ن): فيقسمان للأزمان. (1) في (ن): كل واحد .

[70]

ويحتمل وجه ثالث، وهو: أنه وإن كان المال واحدا والمالك واحدا وهما كالجزيين [لكن حيث إن الجزئين] (2) هنا ليسا كاليدين في الإنسان، بل هما مستقلان في إحداث عقد أو إيقاع، فيكون نسبة المال الواحد إليهما بالأشاعة كما بين الشريكين، فيمتضى تصرف كل منهما في نصف المال وإن لم يكن قابلا للقسمة ابتداء. وهذا في مثل الوصية والتدبير لا إشكال فيه، لأنه يرجع إلى انتقال ما عدا ثلث النصف إلى الوارث. وأما في المعاملات في الحياة، فاللازم منه انتقال حصة من ملكه أو انتقال حصة آخر إلى ملكه كما في الشفعة والفسخ بعد تراضيهما مثلا في البيع، فيلزم كون ذلك مختصا له دون شريكه ثمنا أو منمنا، وذلك لا وجه له لاستلزامه التعدد، والفرض الاتحاد، ولو عاد ذلك إلى الأشاعة فصار معناه المضي من دون رضا الآخر فليمتض في الكل. والذي يرجح (3) في النظر جريان أحكام التعدد مطلقا، لشمول أدلة العقود والايقاعات لكل منهما، ويكون لكل في ذلك مال نفسه، وإعطاؤهما في الميراث حصة الواحد لا يدل على عدم تملك كل منهما شيئا على إشكال. الثالثة: أنهما في عقد النكاح - ذكرا كان أو أنثى - حكمه حكم سائر العقود من اعتبار تراضيهما معا، ولو قلنا هناك بالتجزئة مطلقا أو التعدد [مطلقا] (1) فهنا لا نقول به، لعدم انفكاك الشخصين، واعتبار رضا أحدهما دون الآخر تحكم، فيعتبر رضاها سواء اتحدا في الأرث أو تعددا، فلو كان ذكرا متحدا فلا إشكال، ولو كان أنثى وكان في الأرث واحدا يجري عليه في النكاح أيضا حكم الواحد في عدد الزوجات، وفي القسمة وغير ذلك وإن تعدد في الأرث .

[71]

فهنا كلام من وجوه: أحدها: هل يصح عقدها لعموم دليل النكاح، أو لا لأنه جمع بين الاختين؟ وجهان، وقد صرح الفاضل بأنهما في النكاح واحد وإن كان انثى (1) وكذا في المسالك (2) - كما عرفت - وهو كلام منظور فيه جدا. اللهم إلا أن يقال: إن عموم أدلة النكاح قضى بالجواز، والمتبادر من قوله تعالى: وأن تجمعوا بين الاختين (3) غير هذا الفرض، فيدخل تحت العموم. أو يقال: إن منشأ عدم جواز الجمع بين الاختين ليس إلا من جهة كونه منشأ للتشاجر والتنازع وقطع الرحم، وهذا لا يكون إلا مع تعدد الفرج، فإذا كان الفرج واحدا فلا تنازع. وفيهما نظر. أما الأول: فلأنه كما لا يعلم دخوله في الجمع بين الاختين لا يعلم دخوله في (ما وراء ذلك) (4) والأصل في النكاح بعد الشك في العموم التحريم. وأما الثاني: فلمنع كون العلة ذلك، ولو سلم فالتشاجر موجود أيضا، إذ ليس ذلك لمحض الوطئ، بل لعل لسائر المقدمات والميل ونحوها أيضا مدخل (5) في ذلك، والتفكيك فيها هنا ممكن، فعدم الجواز أولى، بل أقوى. وثانيها: أنه هل يجري عليه (1) في القسمة وعدد الزوجات حكم الواحدة (2) إن قلنا بجواز نكاحه، لاتحاد الفرج - وهو العمدة في ذلك - أو لا، بل هو قائم مقام

(1) القواعد 2: 187. (2) المسالك 2: 342. (3) النساء: 23. (4) قوله تعالى: واحل لكم ما وراء ذلكم النساء: 24. (5) في (ن): مدخلا. (2) كذا في النسخ، والمناسب تأنيث الضمائر هنا كما في الوجه الأول، والتذكير أيضا صحيح باعتبار رجوع الضمائر إلى (من له بدنان). (2) في (ن): الواحد.

[72]

الاثنين، فلا يجوز غيره سوى الاثنين، لظاهر التعدد وشمول الدليل؟ ظاهر كلام من جوز النكاح وقال: إنه واحد كون حكمه أيضا كذلك، وإلا لزم التفكيك المستغرب. ففي مسألة الاختين الالتزام بالاتحاد وفي القسمة والعدد بالتعدد - كالأثر - تحكم بحث، كما أن إجراء حكم الواحدة في حياة الزوج والاثنين في إرثه بعد موته أيضا مستبعد جدا. فكلام الفاضل والشهيد الثاني هنا لا أعرف مستنده. وثالثها: مع كون الذكر (3) متعددا في الميراث ينبغي عدم جواز تزوجه، لعدم إمكان إباحة زوجين لامرأة واحدة. ودعوى: أن ذلك للزوم اختلاط الأنساب - كما في النصوص - ومع اتحاد الفرج لا يلزم ذلك، مدفوعة بمنع كونه علة، بل هو حكمة، وإلا للزم جواز نكاح رجلين ليائسة في آن واحد ولا يقول به أحد، وغيره من النقوض كثيرة (4). ويمنع عدم لزوم الاختلاط هنا، لأنه إذا ولد هنا ولد يكون له أبوان، والفرض أن لكل منهما أموال أو حقوق، ويلزم من ذلك الهرج والمرج في الأمور، مع أن لازم التعدد إذا ماتت زوجته أن يورث ميراث رجلين، وهذا غير معقول سيما مع كثرة الورثة والعول. ويتخرج من ذلك مسائل لا تنحل، مع ما فيه من التفكيك بين الحياة والموت وفيه بعد، فيكون المنع في الذكر أيضا أقوى. ويمكن دفع ذلك كله بأنه وإن لزم ذلك في المقامين، لكن منع هذه النفس من النكاح شئ لا يرضى به الشارع، ومستلزم للعسر والجرح الوكيد المؤدي إلى التلف، إذ اجتماع شهوة شخصين في عضو واحد موجب للتلف السريع لو لم يكن له مدفع، ولا ضرر في الإسلام وهو شريعة سمحة (1). وشمول دليل المانعية لمثله ضعيف، والله أولى بالعذر، فلا وجه لمنعه من ذلك، وهو الأوفق بقاعدة الشريعة

(1) في (ف): مع كون الحكم. (4) في هامش (م): الكثيرة، خ ل. (1) في (ن): سمحة سهلة.

[73]

ونوع المذهب وإن لم يساعده دليل خاص. والوطئ بالملك كالعقد في هذه الأمور، فتدبر: الرابعة: أن بعد التزويج لو أراد الذكر الطلاق فمع الاتحاد في الزوجية يلزم الاتحاد فيه أيضا، لكن ينبغي أن يباط برضاها كالعقد، فلا يكتفى بطلاق أحدهما. ومثله الكلام في الفسخ بالعيوب من جانبه. ويمكن فرضه لو كان ذو الحقوين انشئ، لعدم اختصاص الفسخ بالذكر. ويشكل بأنهما إن كانا في الواقع واحدا، فمتى طلق أحدهما أو فسخ ينبغي أن يؤثر، لصدق الاسم، ولا وجه لترجيح رأي الميقي على الفاسخ. وإن كانا متعددين فمتى ما فسخ أحدهما حرم على الزوجة أو الزوج، فلا يجوز استعمال الآلة المشتركة في الوطئ لتلفقه من زنا وحلال. وغاية ما دل الدليل على مخالف القاعدة في صورة تراضيهما ويقائهما على النكاح، دون اختلافهما ابتداء أو استدامة. اللهم إلا أن يقال: إذا حكم الشرع بالصحة في النكاح واحدا كان أو متعددا من جهة ما من، فيشك في زواله بطلاق أحدهما في الذكر أو بفسخه مطلقا، فيستصحب الحكم إلى أن يثبت المزيل بتراضيهما. وهو متجه .

وهل يحكم باتحادهما أيضا في أسباب التحريم - كالرضاع ونحوه من أسباب التحريم - وإن تعددا في الأثر، إلحاقا بالنكاح؟ فيحرم عليه من رضعت أحدهما وتوابعها - من امهات وبنات وأخوات - وإن تعددت المعدة، وكذا يحرم عليها من رضع مع إحداها، أو أرضعته إحداها ولو مع استقلال الثدي، نظرا إلى حصول شد العظم والابتناء في العضو المشترك في الأول وفي الوسط، واستلزام تحريمه على إحداها الحرمة على الأخرى لاتحاد الفرج، أو لا؟ بل لا يحرم إلا برضاها أو إرضاعها معا، للشك واستصحاب الحل .

[74]

ومقتضى كلامهم الاتحاد مطلقا. ويلزم نفقتهما معا على زوجها، سواء اتحدا في الميراث أم تعددا، قضاء لحق الزوجية وإن جعلناها في حكم الواحدة، لأن نفقتهما معا نفقة الواحدة. ولو كان زوجا فمع اتحاده فالنفقة في ماله، ومع التعدد فالنصف في مال أحدهما والنصف الآخر في مال الآخر وإن كانا زوجا واحدا، وكذا المهر. ولو نشزت إحداها بكلام خشن ونحوه ففي سقوط النفقة مطلقا وجهان. والأقوى عدم السقوط سيما مع التعدد في الميراث، لأن النفقة للزوجية، والآخرى لا تقصير لها ولا تسلط لها على رفيقها. وهل تسقط نفقة الناشز مطلقا، أو لا كذلك؟ وجهان. والأقوى أنه فيما لا يضر بالآخر - كاللباس ونحوه - يسقط، وفيما يضر به كقلة الغذاء أو عدمه من أصله فلا، لأنه إضرار بالآخر. ولو ارتد أحدهما فلا يقتل ولا يحبس ولا يضرب، لأنه إضرار بالآخر، ذكرًا كان أو أنثى، متحدا أو متعددا. وهل يفسخ به النكاح ويحرم الزوجة لأنه متى حرم (1) بأحدهما حرمت بالآخر، وهو مقتضى الوحدة في النكاح في كلامهم، أو لا؟ وجهان: يرد على الأول: أنه إذا كان متحدا في النكاح فترجيح المرتد على المسلم ترجيح بلا مرجح، فلم لم يحكم بجانب المسلم؟ مع أن الأصل مع الشك البقاء. ويرد على الثاني: أنه إذا لم يفسخ مع ارتداد النصف ينبغي حرمانه من الأثر ونحوه، فإذا ماتت الزوجة فينبغي إعطاء نصف إرث الزوج، وهو ينافي الاتحاد - كما قررناه في تجزئة الأموال في المعاملات - وإن أعطيت النصف لهما معا لزم أخذ المرتد الأثر مع وجود المسلم، مضافا إلى عدم داع - حينئذ - إلى تنصيفه .

(1) كذا في النسخ، والظاهر: حرمت .

[75]

ويحكم بنجاسة الحصة المرتدة مطلقا، ولا يقدر في عبادات الآخر، كما لا يقدر (1) حدثه ولا خبئه مع التعدد. ومع الاتحاد له الأجبار على الأزالة. فإن امتنع اختيارا كما في الخبث العرضي، أو شرعا كما في المرتد عن فطرة - على المشهور - فلا يضر، لأنه معذور. ولو كانا زوجة في كفرهما (2) لكافر فأسلما إنفسخ النكاح، وكذلك لو أسلم أحدهما، لقاعدة (نفي السبيل) كما نقررها - إن شاء الله تعالى - إذ السبيل على أحدهما سبيل على الآخر. والبدن تابع لأشرف الطرفين تغليا للأسلام. ولو كان ذكرا كافرا فأسلما فالنكاح باق، ولو أسلم أحدهما فكذلك. ولو أسلم الزوج (3) حينئذ

فالأقوى انفساخ النكاح، لكفر الآخر المانع من السبيل، كما في العكس. ولو ولد له ولد فحق النفقة والولاية مشتركة بينهما، فإن اتحدا فلا كلام. ولا يكفي في التصرف في مال الطفل أو بدنه بنكاح ونحوه رضا الواحد، وقد مر تحقيقه في باب العقود مع كلام فيه. وإن تعددا فالأقوى أن النفقة - كالزوجة - في مال كل من الطرفين بالنصف، والولاية مشتركة. وهل هما حينئذ ارتباطي كما لو أوصى باثنين بشرط الاجتماع، أو لا، بل هما حينئذ كالآب والجد يمضى تصرف كل منهما، ومع التعارض فالسابق وإلا فيبطل؟ وجهان. ومقتضى ما قلنا في باب العقود - من كون كل منهما في المتعدد مستقلا في ماله - أن يكون في مال المولى عليه كذلك، وظاهر الوحدة في باب النكاح الوحدة في لوازمه أيضا، كما قرر في القسمة والنشوز والنفقة وغيرها. وهذا أصح، فولايتهما ولاية واحدة مرتبطة .

(1) في هامش (ف)، م: لا ينفق، خ ل. (2) في (ن): ولو كان زوجة في كفرها. (3) كذا في (ف)، م، وفي (ن): ولو أسلم الزوجة، والصواب: ولو أسلمت الزوجة .

[76]

ولو كان انثى فحق حضانة الولد كالولاية في طرف الأب، ولكل منهما إسقاط الحق بناء على أن الحضانة ليست إجبارية، كما هو التحقيق ومقتضى القاعدة الآتية في الحقوق إن شاء الله تعالى. ولو امتنع أحدهما فهل للآخر أن يحضنه أو لا؟ وجهان، منشأهما أنه عمل يتبرع به وقد قدمنا أنه لا يجوز إلا مع رضاهما لنفي الضرر، وأنه حق جعله الله تعالى له (والأذن في الشيء إذن في لوازمه) (والأصح الجواز مع المهايأة والعدم بدونها. وأما مع عدم كافل غيرهما فالواجب على كل كفاية وعلى المجموع المركب عينا حضانة الولد، ولكل منهما إرضاع الطفل باجرة (1) وتبرعا مع تغاير الثدي. ولا يجوز اجرة واحدة على الاثنين، لأنه شركة أبدان - وقد مر نظيره - ومع الاتحاد فالاجرة الواحدة، ويعتبر (2) رضاهما معا، كباب العقود. ولا يقع الطلاق ولا الظهار ولا الأيلاء على أحدهما، للشك في السبب للفراق، ولأنهما كالجزء في البدن، والمعتبر تعلق هذه الايقاعات على المرأة تامة. ودعوى: أن قولهما (3) لأحدهما: (أنت طالق) أو (علي كظهر امي) أو (لا وطئتك والله) مستلزم للمجموع المركب لاتحاد الفرج، مدفوعة، إذ ليس هذا على التحقيق إلا كقول الرجل مشيرا إلى صدر امرأته: (والله لا وطئتك) وليس له موضع وطئ إلا بالمجموع المركب، وإن كان بينهما فرق من جهة احتمال استناد البطلان هنا بعدم كون العضو قابلا للتخاطب بخلاف المقام، إذ كل منهما قابل لذلك. والحق أن الاتحاد في النكاح كما يقضي برضاهما فوقوع سبب الفراق لا بد أن يقع بكل منهما، قضية للاتحاد. وأما في اللعان: فإن كان بقذف أو نفي ولد فالظاهر كفاية الواحدة منهما،

(1) في (ن): بالاجرة. (2) في (ن): فيعتبر. (3) في هامش (م): قوله، خ. وهذا هو الصواب .

[77]

لاتحاد الفرج، فقذف أحدهما (1) قذف للآخر، ونفي الولد عن نفسه نسبة لهما إلى مجامعة الغير. مع احتمال أن يقال: إن قذف أحدهما لا يستلزم الآخر لاحتمال الأكره في حقه، وأما نفي الولد فيتعلق بهما معا. ومتى ما ثبت اللعان - إما بقذفهما معا أو نفي الولد - فالأقوى عدم البيونة إلا مع الأتيان بالشهادات من كل منهما عملا بالأصل، ولأنهما مع التعدد كل منهما مستقل في الأسباب، وجواز النكاح أمر آخر، ومع الاتحاد فالأصلي مشتبه، فينبغي الأتيان مقدمة. ولو أبى أحدهما (2) عن اللعان فلا حد ولا تعزير، لأنه إضرار بالآخر، ولا تحريم. وكذا لو كان أحدهما صماء أو خرساء لا يقع عليها (3) اللعان، فلا يقع التحريم وإن كان متعددا، قضية للوحدة في باب النكاح وتمسكا بالأصل، وكذا لو قذف أحدهما فلا لعان، لعدم إفادته التحريم، وإن لاعنا فغير مثمر. ولو لاعن أحدهما وطلق الآخر لا يحرم، بل هي زوجة (4) وكذا لو ظاهر أحدهما (1) وآلى عن (2) الآخر، لأن كلا منهما جزء سبب لم يجعل الشارع

مجموعهما سببا في التحريم، وتحريم كل منهما فرع التحقق بالمجموع. وكذا لو كان زوجا فظاهر أحدهما أو قذف أو آلى، فلا يترتب عليه حكم كما في الطلاق، والوجه قد تقدم فيه. ولو اتفقا على أحد الثلاثة تحقق السبب، متحدان أو متعددا، فإن لاعت كل منهما بآنت الزوجة، وإلا فلا حد أيضا. ولو رجع أحدهما إلى الكفارة دون الآخر في الظهار أو في الأيلاء، فمع

(1) كذا في النسخ، والمناسب: إحداهما، وكذا فيما يأتي في هذه الفقرة. (2) كذا في النسخ، والمناسب: ولو آبت إحداهما، وكذا فيما يأتي من الأفعال والصفات والضمائر، إلى قوله: وكذا لو كان زوجا... (3) في (ن): عليهما. (4) في (ن): (زوجته). (2) في (م): إحداهما. (2) كلمة (عن) زائدة، وإن وردت في النسخ.

[78]

الحكم بالاتحاد يشكل، من جهة أنهما لا يجبران على الفئة بعينه (3) ولا على الطلاق بخصوصه حتى يجبرا على ذلك، بل يجب عليهما أحد الأمرين، فإن اختار أحدهما الطلاق والآخر الفئة اشكل الأمر. والحق أن هذا الأجبار لما كان لدفع ضرر الزوجة، ولما لم يمكن (4) جمعهما والضرر يندفع بأحدهما اجبر على واحد لا بعينه، وهنا لا يندفع الضرر بالواحد لا بعينه، لأن رجوع أحدهما وطلاق الآخر كلاهما غير مؤثرين - كما قرر - في تحليل ولا في تحريم، فيجبران على اختيار أحدهما مع الاتفاق دفعا لضرر الزوجة. وكذا الحكم مع التعدد أيضا، لأن الحكم في توابع النكاح على الوحدة. الخامسة: أنه لو التقط أحدهما شيئا أو أحيا أرضا أو حاز [شيئا] (5) مشتركا أو قبل هبة أو وديعة أو غصب شيئا أو أتلّف شيئا من مال الناس: فعلى التعدد: يلزمه حكمه على التعدد على الأقوى: من تعريف وتملك أو استئمان أو ضمان أو غير ذلك من أحكامه، ولا ربط لشئ من ذلك كله على الآخر، لدخول ما ذكر كله في باب الأموال التي قد قررنا استقلال كل من المتعديين في ذلك. وظاهر الخبر في الميراث - حيث حكم له بميراث اثنين - يدل على استقلال كل منهما بخصته. وأما مع الاتحاد: ففي التملك بالعقد أو الاستئمان به - كالهبة والوديعة - لا يتحقق إلا برضاها معا على كلام سبق، وأما في مثل الأحياء والحيازة فيقوم وجهان :

(3) كذا، والمناسب: بعينها. (4) كذا في نسخة بدل (م) وفي أصل النسخ: لم يكن (5) الزيادة من (ف).

[79]

من أنه داخل في عموم (من أحيي أرضا) (1) و (حاز) (2) فينبغي التملك وإن كان بعد ذلك يشتركان في المالية. ومن أن التملك منوط بالنية - على الوجه الأقوى في محله، سيما في الفعل المحتمل - ونية أحدهما غير مغن عن الآخر. والذي يفوى في النظر تحقق التملك قضاء لحق السبب، إذ المثبت قد تحقق، ومنع الآخر ليس سببا حتى يعارض، على إشكال من أصالة عدم التملك، لكنه يندفع بأن الحق عدم جواز منع أحدهما صاحبه من مصالحه إلا إذا كان مضرا على الآخر، فإذا لم يجز فلا تأثير له في عدم، لأنه فعل محظور. وأما اللفظة: فالأصح أنه لا تثبت الأحكام إلا مع رضاها، لاحتياجها إلى حفظ وتعريف وغير ذلك من نفقة ونحوه (3) على بعض الوجوه، وضمنان مع التملك لو ظهر المالك على وجه قوي، وهذه كلها تتبع الرضا، ولا يدخل شئ من ذلك على الأنسان قهرا، فيد أحدهما مع عدم رضا الآخر كلا يد في ذلك كله. نعم، لو كان التقاطا مملكا - كما دون الدرهم أو المدفون في أرض لا مالك له وليس عليه أثر إسلام - فالأصح كونه كالحيازة في التملك، ومنع الآخر لا ينفع في ذلك. وأما الغصب والأتلاف، فيحتمل فيه وجوه: (1) أحدها: تعلق الضمان بتمامه، إذ الحكم الوضعي لا يدور مدار الرضا والعلم، فمتى تحقق الاستيلاء والأتلاف ولو بعضو من أعضاء المكلف ضمنه. وثانيها: عدمه مطلقا، لأن الفرض أنهما واحد ومالهما واحد، ولا يتحقق الغصب للمجموع المركب إلا برضا الكل هنا عرفا، وكذا نسبة الأتلاف، فمتى

(2) إشارة إلى قوله صلى الله عليه وآله: (من أحيى أرضاً مواتاً فهي له) الوسائل 327: 17، الباب 1 من أبواب إحياء الموات ح 5. (2) إشارة إلى قاعدة (من حاز ملك). (3) كذا، والمناسب: نحوها. (1) في (ن): وجوه ثلاثة .

[80]

تحقق الشك في حصول السبب قضى الأصل بالبراءة. وثالثها: الحكم بضممان النصف، نظراً إلى أن هذا اليد والضرر مع اتحاد الموضوع ينزل (2) منزلة نصف اليد ونصف الأتلاف، لا، بل يدا على النصف وإتلافاً للنصف، فينبغي التقسيط دفعاً للضررين معاً. وبشكل هذا بأن دفع النصف لا يعقل من مال الغاصب، فلا بد من كونه من المال المشترك، فيرجع إلى دفع مال غير الغاصب بدل الغاصب، فإذا جاز ذلك فلم لا يدفع جميع العوض؟ ويندفع بأن هذا وإن كان كذلك، لكنه ارتكاب لأقل الضررين في الطرفين. ودعوى: أنه ينبغي ضمان الكل، لغصب أحدهما وعدم منع الآخر، فيكون بمنزلة صاحب الكلب العقور والدابة الشاردة، فإذا أتلف شيئاً ضمن صاحبه إذا لم يمسكه، مدفوعة بالفرق من وجهين: أحدهما: ضعف المباشرة هناك دون الفرض. وثانيهما: إمكان المنع هنا (1) وفي المقام قد لا يمكنه منع صاحبه. ومن هنا يتخرج وجه رابع وهو الضمان لو علم الآخر به ولم يمنع، فكأنه أدخل الضرر على نفسه مع قدرته على دفعه وإن لم يرض به في قلبه، دون ما لو لم يطلع أو اطلع ولم يقدر فلا ضمان مطلقاً، أو في النصف على الوجهين. والحكم محل إشكال، والأخير أقرب الوجوه جداً. ولو اصطاد صيدا فسمى أحدهما دون الآخر، فعلى التعدد بباط الحكم بتسمية الرامي أو المرسل للكلب، وأما على الاتحاد ففيه وجوه: أحدها: الأباحة مطلقاً، لدخوله في (ما ذكر اسم الله عليه) والفرض اتحاد الصياد. وثانيها: المنع مطلقاً، لأن مع الاتحاد يكون من باب اشتباه العضو الأصلي،

(2) كذا، والمناسب: ينزلان. (2) كذا، والصواب: هناك .

[81]

ويعتبر في التسمية كونه بالأصلي، كما في أذكار الصلاة، فيجب - مقدمة لتحقق السبب - الذكر بهما شرطاً. وثالثها: اعتبار تسمية المرسل والرامي كما في المتعدد، تنزيلاً للمتعدد منزلة. والأوسط أوفق بالقاعدة، والأخير أقرب إلى الاعتبار. ولو امتنع الآخر من التسمية - حيث اعتبرنا الكل - ففي سقوطه أو حرمة الصيد وجهان. والذي يقوى الأول، لسقوط مقدمة العلم مع التعذر - على ما يستفاد من موارد الشرع - وإن كان في الحكم الوضعي محل نظر، ولأن هذا ليس بأقل من صورة النسيان التي يحل فيه الصيد بلا كلام. ويجئ هذا الكلام بعينه لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً، فمع التعدد يعتبر الرامي ونحوه، ومع الاتحاد تجئ الوجوه السابقة. والتحرير أوفق بالقاعدة اتباعاً لأخس المقدمتين. وهذا الكلام بحذافيره آت في الذبيحة مع كون اليد الذابحة غير مشتركة، وأما مع كون اليد مشتركة فمع التعدد أيضاً إشكال، للشك في صدق أنه ذبيحة المسلم، ومع الوحدة أشكل. والحق في صورة التعدد الحل، لاستناد الفعل إلى المسلم لو كان هو القاصد والذابح، واشتراك العضو غير قاذح، وإن هو إلا كالسكين الذي يذبح به المسلم تارة والكافر أخرى. وأما مع الوحدة: فالمجموع المركب ليس بمسلم ولا كافر، والأصل في الذبيحة التحريم حتى يصدق أنه ذبح المسلم (1) وهو محل شك فيحرم. السادسة: قد مر أنهما في الميراث واحد مع انتباههما دفعة، وإلا فمتعدد، والمراد بالميراث: ميراثه من أبيه أو أمه أو أحد أقاربه من إخوة أو عمومة أو خؤولة، لأطلاق النص في ذلك كله، فيكون بمنزلة أخوين أو عمين ونحو ذلك .

(1) في هامش (م): أنها ذبيحة المسلم .

وأما ميراث الزوجية: فهل هو أيضا كذلك لأطلاق الرواية في الميراث، أو لا لأن الحكم بوحده في النكاح قاض بوحده في الأثر الناشئ منه أيضا، ولأنه لو كان كذلك فينبغي أخذه جميع المال لو كان زوجا بلا ولد لأنه حصة الزوجين، فيلزم حرمان الورثة الآخرين - وقريب منه لو كانت زوجة -؟ وجهان. ويمكن دفع الثاني بأن الحكم بالوحدة - كما مر - ليس إلا للحذر عن لزوم اجتماع الزوجين والجمع بين الاختين، ففرضناه واحدا في ذلك لما مر من التعليل، فراجع. وأما في غيره من الأحكام فلا وجه لفرضه واحدا، فإن (2) المرجع الأدلة، كما قررنا لك في قسمة أو نشوز أو طلاق ونحوه، أو نفقة أو ولاية أو حضنة. نعم، يتجه ورود أخذ الميراث كله، ونحو ذلك. قلت: لا يضر ذلك، غايته كونه كمسألة العول. فإن قلت: لا يمكن جعله من باب العول، إذ في باب العول يأخذ الزوجان سهامهما ويدخل النقص على بعض الباقيين في مذهبنا، كما رواه ابن عباس (1) وهنا في الزوجة يمكن ذلك، لعدم استيعاب حصة الاثنين المال مطلقا، غايته كونهما بمنزلة زوج، فيكون كالعول في بعض الموارد. وأما في الزوج: فيمكن ذلك أيضا مع الولد، لأن التعدد غايته يقضي بالنصف، وأما بدونه فيأخذ المال كله ويبقى الباقيون، وهذا لا وجه له. قلت أولا: إن كان الزوج يزاحم الورثة مطلقا فلا ضير في ذلك، فإن كان حصته البعض أخذ البعض، وإن كان حصته الكل فالكل، ولا مانع منه. وثانيا نقول: إن المزاحمة في الفرائض تقتضي دخول النقص على جميع الورثة بالنسبة إلى السهام - كما زعمه العامة - وهو الموافق لقاعدة التنازع، قام

(2) في مصححة (ن): وإنما المرجع. (1) الوسائل 17: 426، الباب 7 من أبواب موجبات الأثر، ح 6.

النص والأجماع على دخول النقص على البعض دون الآخر في مسألة العول إذا لم يستوعب حصة واحد منهم كل المال. وأما إذا استوعب فلا دليل على التفاوت، فالمرجع القاعدة، وهو دخول النقص على الجميع بالنسبة، وبذلك يندفع الأشكال. ولا دليل على اعتبار الوحدة في ذلك، سيما بعد دعوى شمول دليل الميراث للمقام وإن كان محل تأمل، إذ الظاهر ميراثه من أقاربه، لا من نكاحه. وأما ميراثه من أولاده وفروعه: فهل يأخذ ميراث الأبوين والأمين ذكرا أو أنثى، أو لا، بل يأخذ ميراث الواحد كصورة الاتحاد؟ والكلام في ذلك كالكلام في ميراث الزوجية، بل هنا يتوجه القول بالتعدد للقاعدة، أو لأطلاق النص، ولا يرد عليه العول مطلقا، ولا دعوى أن الوحدة في النكاح وحدة في لوازمه، إذ قد يقال: إن الأبوة والامومة ليس (2) من لواحق النكاح وإن حصل بعده لا بدونه، إذ ليس كل مترتب على شيء لاحقا له. والنسب غير السبب، سيما في باب الميراث، حيث عدوهم قسمين. والحجب لو كانا (1) أخا يتبع الميراث - كما نص عليه ثاني الشهيدين (2) - لصدق الأخوة مع التعدد، لقيام العلة التي ذكروها في الحجب، وإحتمال انصراف الأخوة إلى المتعارف ضعيف. ولو كانا متعددين في الميراث فكون أحدهما ممنوعا من الأثر لكفر أو قتل لا يقضي بمنع الآخر، لتغاير الاستحقاق والمال. وأما مع الوحدة: ففي الاكتفاء بوجود المانع في أحدهما مطلقا، أو الحكم بالأثر لتحقيق المقتضي والمانع المشكوك غير قاض، أو يحكم بانتصاف الميراث - على التقريب الذي تقدم في الضمان - وجوه. والذي يقوى في النظر الوجه الأوسط، لأن أدلة الأثر عامة، ولم يعلم من تقييد الموانع إلا الكفر التام وكون المجموع قاتلا، وأما مع التبعض الموجب للشك في الصدق فالمرجع العموم.

(2) كذا في النسخ، والمناسب: ليستا. (1) في (ف، م): لو كان. (2) المسالك 2: 342.

السابعة: أنه لو أتى أحد منهما بما يوجب الحد كالزنا واللواط وشرب الخمر، أو التعزير كما في وطئ البهيمة وأمثاله، فالكلام في ضمان المال الذي يترتب على المعاصي والعقوبات - كغرامة قيمة البهيمة، وتلف المال المسروق، ونحو ذلك مما ذكره في باب الحدود - يعلم حكمه مما مر في الغصب والأتلاف من الاشتراك مع الرضا، والوجه السابقة مع العدم. وأما العقوبات: فإن صدر ذلك عن رضاها معا فلا كلام في ترتيب التعزير والعقوبة والحد كغيره، لأنهما إما متحد فيلزم حكمه، أو متعدد فكذلك. ولا يتوجه أن كلا منهما ليس بمستقل في المعصية، فلا وجه للعقوبة. لأننا نقول: قد مر نظيره ويأتي في محله: أن المناط في ذلك الصدق، ويصدق هنا أنهما زنيا أو سرقا عرفا، ولا ربط لمسألة العلتين بالمقام. وثانيا: كما اشتركا في الفعل يشتركان في العقوبة بنحو ذلك، لاتحاد الجثة، وهذا عين العدل والمروءة، فلا محذور. ولا فرق بعد ذلك بين صدور الفاحشة من أحدهما حيث يمكن كالاستمراء والسرقة في وجه، أو منهما معا كالزنا ونحوه، لأن التراضي والتواطئ مع اتحاد الجثة يوجب استناد الفعل إليهما معا. مع احتمال أن يقال: في صورة صدور الفعل من الواحد ولو مع رضا الآخر فالمتجه ترتب العقوبة على تلك اليد الجانبية. ومجرد رضا صاحبه ما لم يكن معينا لا يكفي في النسبة، غايته أنه فعل حراما بترك النهي عن المنكر، فيلحق هذا بصورة عدم رضا أحدهما أصلا في كون العقوبة على الآخر، وهذا أشبه بالقاعدة. ومتى ما ترتب العقوبة عليهما، فإن كان قتلا بسيف أو برجم فلا كلام في قتلتهما معا، وإن كان جلدا أو جزا أو تعزيرا - كيف كان - أو قطعاً كما في السرقة، فإن كان كل منهما يتألم بضرب أي عضو كان فلا وجه لاحتمال تعدد الجلد والتعزير وإن كانا متعددين، لصدق جلدتهما بجلد واحد وكذا التعزير. وإن لم يكن كذلك، ففي لزوم الضرب في العضو المشترك حذرا من الزيادة، أو التكرار على

غير المشترك أداء على كل واحد حقه، أو التخيير، ووجه. والوسط أنسب بباب الحدود وأوفق بالحكمة إن لم يخف منه حدوث تلف لأحدهما حتى يتضرر الآخر به (1). لكن الاقتصار على العضو المشترك مع تألمهما به بالسوية أجود. ولو لم يتألم به أحدهما أو تألم أقل من صاحبه جلد على العضو المختص. وأما القطع: فمع اتحاد الجارحة لا كلام. ولو تعدد، ففي لزوم قطع يد كل منهما مطلقا، أو الاقتصار على اليد الواحدة، وجهان. والأقوى مع الاتحاد في الأثر قطع الواحدة عملا بالمتيقن، وهي الجانبية إن علمت واتحدت، ومع (2) التخيير إن تعددت أو جهلت، وللقرعة في المقامين أو مع الجهل وجه قوي. وأما مع التعدد، فإن كان كل منهما باشر الأخر عن الحرز بالشرائط قطع اليمينان معا، ولو لم يكن لأحدهما يمين فاليسار. وأما لو سرق بعد ذلك أيضا لا يقطع رجله، لأنه مشترك. وأما في الجز: فمع التعدد ورضا الكل بالعمل يجرز رأسهما، ومع عدم رضا الواحد يجرز رأس الآخر. وأما مع الاتحاد، ففي جواز جزهما معا مقدمة للواجب، أو التخيير، أو سقوط الحد للشبهة، أو القول بالقرعة، وجه. ولا ريب أن هذا مع تراضيهما، وإلا يقتصر على من رضي بالعمل. وأما في القصاص: فلو قتلتهما عمدا أحد، فمع الاتحاد يقوم وجهان: الاقتصار على قتل الجاني لعموم (النفس بالنفس) ويحتمل لزوم رد دية الآخر أيضا، لأنه زائد وهو الأصح. ومع التعدد فلا كلام في قتله بأحدهما ورد دية الآخر على الوارث. ولو قتلا أحدا واشتركا في قتله فلولي الدم قتلتهما معا مع رد دية الزائد - كالمشتركين في القتل - على التعدد، ومطلقا على الأصح .

(1) به: (ليس في م). (2) كذا في النسخ، والظاهر زيادة (مع).

ولو قتله أحدهما ففيه الدية دون القصاص، لعدم إمكان أخذ المماثل، ولكونه ضرا على الآخر، وهذا مع التعدد لا كلام فيه. وأما مع الوحدة: فيحتمل جواز قتلتهما، لأنه نفس واحدة، داخل (1) تحت العموم، غايته دفع دية الزائد. وهو ضعيف، ولو جنى أحد على عضوهما المشترك: فهما مشتركان في حق القصاص والدية، كما أنهما

مشاركين في العضو. ولو عفى أحدهما لم يسقط حق الآخر مع التعدد. وأما مع الاتحاد، فيحتمل عدم جواز العفو إلا مع التراخي، ويحتمل تنصيف العفو كالتعدد، ويحتمل العفو بكليه، لأن أحدهما كاف عن المجموع، وقد تقدم نظيره مرارا. ولو جنى على عضو المختص: فإن تألم به كل منهما فالشركة دية وقصاصا على نحو ما مر. لكن مع الاتحاد لا إشكال في ذلك، سواء أخذنا دية أو اقتضا منه. ومع التعدد فلو تفاوت نسبة الألم بالنسبة إليهما ففي تساويهما في الدية، أو قسمتهما له بالنسبة إلى الألم وجهان. والثاني أقوى. ولو عفى أحدهما يحتمل هنا قويا سقوطه مع إسقاط صاحب العضو المجني عليه زيادة على الوجوه السابقة، فتدبر. ولو جنى معا على عضو أحد: فإن كان فيما يساوي المشترك اقتص من عضوهما المشترك على الأصح مع تألم كليهما، وبدونه يرد غير المتألم الدية على المتألم بنسبته. ولو كان فيما يحدّي المختص تخير الولي بين القصاص منهما مع رد دية الواحدة، وبين القصاص عن أحدهما مع رد دية الآخر عليه حصته. هذا مع تعددهما. وأما مع الاتحاد فحكم المشترك، وفي المختص يحتمل عدم جواز القصاص منهما، لأنه نفس واحدة.

(1) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: واحد داخل.

[87]

ولو جنى أحدهما: فإن أمكن الاقتصاص بما لا يضر الآخر - كقطع يد ونحوه - ثبت القصاص مع التعدد، ومع الاتحاد أيضا في وجه قوي. وأما في المضر لأقصاص مع التعدد قطعا، بل الدية في ماله. وأما مع الاتحاد فيحتمل الثبوت، والأقوى المنع أيضا. وفي كون الدية بالتمام أو بالنصف كما مر في ثمن المغصوب (1). (الثامنة: أن ما ذكرناه حكم ذي الحقوق من حيث هو كذلك، وقد يكون ذو الحقوق ممسوحا ليس فيه الفرجان، والمنتج فيه أيضا القرعة، كما مر. لكن مع تعددهما في الانتباه يحتمل استعمال قرعة واحدة، فيحكم بالذكورة أو الانوثة فيهما معا. ويحتمل استعمال القرعة لكل منهما، فقد يكون أحدهما ذكرا والآخر أنثى، وهذا هو الأقوى. فإن أخرجتهما القرعة ذكرا أو أنثىين فلا كلام، وصار حكمهما ما فصلناه. وإن أخرجت أحدهما ذكرا والآخر أنثى، فهما أخ واخت تجري عليهما أحكام الذكورة والانوثة كل برأسه، وحيث إنهما ممسوحان - كما هو الفرض - فلا إشكال هنا، لعدم جواز النكاح. وقد يكون خنثى له ما للرجال وما للنساء، فمع الاتحاد في الانتباه - كما في الرواية (1) - يكون واحدا خنثى، ويجري عليه ما سلف من أحكامه في العلام أول ما مع ما مر من تعارضاتها. ويزيد هنا وجود العلام للذكورة في أحدهما والانوثة في الأخرى، فعلى ما اخترناه من كون الامارات وصفية (2) لا تعبدية، فالمدار قوة الرجحان في نظر الحاكم، فإنه وإن كان مقتضى الانتباه دفعة هو الوحدة، لكن قد يوجد اللحية في أحدهما دون الآخر، ولذا (3) لو تعاضدت بغيرها من أمارات الذكورة والآخرى

(1) راجع ص: 78. (1) انظر الوسائل 17: 581، الباب 5 من أبواب ميراث الخنثى وما أشبهه. (2) كذا في أكثر النسخ، وفي (ف): وضعية. (3) في (م): وكذا.

[88]

بأمارات الانوثة، فيرجح في النظر كونهما اثنتين، ما للرجال لأحدهما وما للنساء للآخر، ولا منافاة في ذلك. أو يكون الفرجان لكل منهما كسائر العضو المشترك إذا لم تساعده الامارات على الامتياز أو ساعدته أيضا، ولا منافاة في وجود عضو زائد لكل منهما. وإذا حكمنا بكونهما اثنتين، فهل نقول به أيضا في باب الميراث ونطرح الرواية، أو لا؟ وجهان. والأقوى مع قوة الامارات الأولى، والرواية لا تشمل المقام. ومع التعدد بالانتباه أيضا فلا إشكال في التعدد لكن الأشكال في كونهما معا خنثى حتى يجري عليهما أحكامه في ميراث أو دية أو غير ذلك من المباحث، أو واحد منهما ذكر والآخر أنثى، والأصح أن مع وجود أمارات الذكورية في واحد والانوثة في أخرى (1) يحكم على كل واحد بمقتضاه، سيما مع بول أحدهما من آلة الرجولية والآخر من الانثى،

فيكونان واضحين. وأما مع عدم وجود أمارات مميزة أو مع تعارضها فهنا إشكال، والحق أن يقال: إن مع البول من أحد الفرجين، أو مع السبق، أو مع تأخر الانقطاع يحكم على كليهما معا بالذكورية لو كان من آله، وعلى كليهما بالانوثية لو كان من آلتها، ومع عدم تحقق ذلك فعلى المختار من إعطاء نصف النصيبين يعطى كل منهما نصيب الخنثى، ويكون كل منهما في سائر الأحكام كالخنثى، على ما فصل. وعلى ما اختاره الجماعة من عد الأضلاع فإن تساويا معا فهما اثنيان، وإن تفاوتتا فهما ذكران، وإن تلفقا فهما ملفقان. وعلى فرض كونهما واضحين بأحد القسمين فلهما النكاح على القانون السابق، ولو كان ملفقين أو خنثيين فلا نكاح عليهما مطلقا. وكما يجوز كون الزوج ذا حقوين فيجوز كون الزوجة أيضا كما قررناه. فعلى

(1) كذا في النسخ، والمناسب: آخر .

[89]

ما أسلفناه من كونهما متعددين في الميراث مطلقا يتركب هنا صور عديدة، وفروض عجيبة غريبة. التاسعة: في فرض أمثلة مختلفة من ذي الحقوين في الميراث من النكاح أو من الأولاد، لا (2) من الآباء والأقرباء، إذ لا إشكال، فهنا أمثلة: أحدها: إذا ماتت الزوجة عن زوج ذي حقوين وبنيتين فعلى ما مر للزوج نصف المال لأنه ربعان، وللبنتين الثلثان، فالفريضة من ستة يدخل النقص على البنيتين. ولو كان بدل البنيتين اختان فللزوج كل المال لأنه نصفان، فإن أعطياه ذلك فلا إشكال، وإن بنينا على العول فللاختين الثلثان، فنقصت السهام ثلثين، يدخلان على الزوج والاختين أخماسا، ثلاثة أخماس على الزوج وخمسان للاختين، فالفريضة من ثلاثين، للزوج ثمانية عشر تنقص عن حصته بثلث وخمس ثلث، وللاختين اثنا عشر ينقص عن حصتهما أربعة أخماس ثلث. وثانيها: (1) ماتت الزوجة عن زوج ذي حقوين متعددين وأبوين، فلزوجها الكل وللام الثلث، والأب لما كان يرث مع الولد بالفرض وبدونه بالقرابة فيحتمل سقوطه هنا، لعدم وجود المال، فيكون وجوده كعدمه. ويحتمل جعل ما يصل إليه بالقرابة لو لم يتعدد الزوج - وهو السدس الباقي بعد ثلث الام - بمنزلة الفرض، فينحل إلى كل وثلث وسدس، فيكون النقص نصفًا يدخل على الثلاثة بنسبتهم أتساعا، ستة على الزوج وواحد على الأب واثنان على الام، فالفريضة من أربع وخمسين، فللزوج ستة وأربعون وللام اثنا عشر وللأب ستة. ولو أسقطنا الأب فالفريضة من إثني عشر، فللزوج تسعة وللام ثلاثة. وثالثها: مات الولد عن أب ذي حقوين، وام ذات حقوين وزوج، فللزوج النصف وللأبوين الثلثان، والأبوان إما ساقطان - بتقريب ما مر - أولهما السدسان، فالنقص على الأول سدس يدخل على الزوج والامين أسباعا: أربعة للامين

(2) لا: ساقطة من (ف، م). (1) في هامش (م) زيادة: إذا، خ .

[90]

وثلاثة للزوج، والفريضة عن اثنيين وأربعين، للزوج ثمانية عشر، وللأبوين أربعة (2) وعشرون. وعلى الثاني فالنقص نصف يدخل على الخمسة أتساعا، اثنان على الأبوين وأربعة على الامين وثلاثة على الزوج، والفريضة من أربع وخمسين، للزوج ثمانية عشر، وللأبوين أربعة (3) وعشرون، وللأبوين اثنا عشر. رابعها: مات الابن عن أب وام وزوجة كلهم ذو حقوين، فللزوج النصف، وللأبوين الثلثان، وللأبوين السدسان، أو هما ساقطان، والقسمة كما سبق. ولو ماتت البنت عن أبوين وزوج كلهم ذو حقوين، فللزوج الكل، وللام الثلثان، وللأب السدسان في وجه، والناقص الكل، ينقسم على الستة بجزء من اثني عشر جزءا، والفريضة من اثنيين وسبعين، فللزوج ستة وثلاثون، وللأب اثنا عشر، وللام أربعة وعشرون. وهذه اصول الصور، وعليك بتخريج كل فرض يرد عليك على هذا القانون .

[91]

(العنوان الثالث) (في أصالة تأخر الحادث)

[92]

عنوان [3] قد تقرر في الاصول: أن أصالة تأخر الحادث حجة، لكن الأصحاب لم يتمسكوا بها في صورة ترتب شئ على تقدم أحد الأمرين وتأخر الآخر لو علم تاريخ أحدهما وجهل تاريخ الآخر، ولم يحكموا بتأخر مجهول التاريخ حتى يثبت مقتضاه في كل مقام، وقد اشكل هذا الأمر على جماعة من المتفقهة، حتى زعموا أن أصحابنا لا يقولون بحجية أصالة التأخر مطلقا، أو يقولون به ولم يلتفتوا في بعض المقامات وغفلوا عنه. والحق أن أصالة التأخر - على ما يظهر من كلماتهم - حجة عندهم، وفرعوا عليه فروعا كثيرة، وغفلتهم عن ذلك أيضا (1) في مسألة مجهول التاريخ مستبعدة جدا، بل محال عادة، ونسبتها (2) إليهم غفلة عظيمة [لكن عدم تمسكهم بها في المسألة المزبورة] (3) وإنما هو لسر دقيق لا يناله إلا من ورد مشربهم، ولا يعرفه إلا من عرف مذاقهم .

(1)أيضا: ليس في (م). (2) في (م): ونسبة الغفلة. (3) الزيادة من (م) مع إسقاط (الواو) قبل إنما .

[93]

فلنقدم أولا أمثلة متفرقة في أبواب الفقه في هذا الباب، ثم نشرع في النقض والأبرام. منها: ما ذكره في من شك في المتأخر من الطهارة أو الحدث مع تيقنهما (1) وحكموا في ذلك بلزوم الطهارة تحقيقا للشرطية، ولم يفصلوا في صور المسألة بين كونهما مجهولي التاريخ، أو كون تاريخ الطهارة معلوما دون الحدث، أو بالعكس، مع أن في الصورة الأخيرة ينبغي الحكم بالطهارة، لأصالة التأخر، فلا معنى للزوم طهارة جديدة. ومنها: في مسألة الشك في كون وجود الحاجب في حالة الغسل والوضوء أو بعدهما، فمن وجد حاجبا بعد الوضوء والغسل ولا يدري أن الحاجب سابق أو الغسل فحكموا بالصحة بعد الفراغ، مع أن من صورها كون وضع الحاجب معلوم التاريخ والغسل مجهولا، فالأصل تأخر الغسل فيكون حاجبا. وحكموا بلزوم الأيصال لو شك في الأثناء، مع أن في صورة العلم بزمان الغسل والشك في زمان وصول الحاجب الأصل تأخره. ومنها: لو ذكر فوات صلاتين ولم يذكر الترتيب حكم المشهور بالسقوط، مع أن من صورته: كونه عالما بفوات صلاة الصبح في أول الشهر ولا يدري أن صلاة الظهر فاتت قبله أو بعده، فمقتضاه لزوم تقديم الصبح على الظهر، لأصالة تأخر الفوت. ومنها: لو تلف جزء من النصاب وشك في كون تلفه قبل حلول الحول أو بعده، فالحكم فيه البراءة، للشك في حصول الشرط، مع أن من صورته: العلم بتاريخ الحول والشك في تاريخ التلف، فمقتضى أصالة التأخر لزوم الزكاة. ومنها: لو تيقن فوات صلاة لا يدري أنه في سفر أو حضر فالحكم الجمع بين القصر والأتمام لقاعدة الشغل، مع أنه لو علم تاريخ السفر ولم يعلم الفوات

(1)في (ف، م): تيقنها .

الأصل تأخره عن السفر. أو علم تاريخ الفوات يوم الجمعة وشك في كون السفر فيه أو في السبت، الأصل تأخر السفر. ومنها: لو أبطل اعتكافه المندوب بمبطل، وشك في وقوع المبطل بعد مضي يومين فيجب قضاؤه، أو قبله فلا يجب، والأصل براءة الذمة، مع أن من صورته: كون الأبطال مجهول التاريخ والاعتكاف معلومه، فالأصل وقوعه بعد اليومين. ومنها: لو تلف مال الاستطاعة وشك في تلفه قبل مضي زمن الأتيان فلا قضاء، أو بعد استقرار الوجوب فيجب القضاء، فالأصل براءة الذمة مع وجود الأصل المزبور لو علم تاريخ الاستطاعة وشك في زمن التلف. ومنها: لو عتق العبد المتلبس بالحج وشك في كونه قبل أحد الموقفين فيجزئ عن حجة الإسلام، أو بعدهما فلا يجزئ، والحكم عدم الأجزاء ولو في صورة العلم بتاريخ العتق والشك في تاريخ الوقوف. ومنها: لو شك في موت الحاج بعد الأحرام ودخول الحرم حتى يجزئ عن الاستنابة مع استقرار الحج في ذمته، أو قبله فيجب الاستنابة، والحكم الوجوب، لأصالة عدم المسقط ولو في صورة العلم بتاريخ دخول الحرم والشك في تاريخ الموت، مع أن الأصل تأخره، وكذا موت النائب في ذلك بالنظر إلى براءة المنوب واستحقاقه الاجرة. ومنها: الشك في علوق أم الولد قبل الارتهان أو بعده، أو قبل الأفلاس أو بعده، والأصل عدم جواز البيع وإن علم تاريخ الرهن ولم يعلم تاريخ العلوق. ومنها: لو علم حدوث عيب في المبيع ولم يعلم كونه قبل البيع أو القبض حتى يكون مضمونا على البائع موجبا للخيار، أو بعدهما حتى لا يكون موجبا للخيار، فظاهر للأصحاب وصريح جمع الحكم بلزوم العقد على الإطلاق، مع أن من صورته: العلم بتاريخ العيب والجهل بتاريخ البيع أو القبض، ولو أخرناه بالأصل لثبت الخيار .

ومنها: تنازع المأذونين في شراء كل منهما صاحبه في الأسبق، فإنهم حكموا بمسح الطريق أو بالقرعة، ولم يفصلوا بين العلم بالتاريخ والجهل مع جريانه في صورتين من صورته. ومنها: في صورة النزاع في تحقق القبض في الصرف والسلم قبل التفريق أو بعده، فالأصل الصحة - كما نص عليه الفاضل والمحقق الثاني (1) - وإن كان من صورته: العلم بتاريخ التفريق دون القبض الموجب للبطلان إن أخرناه. ومنها: النزاع في تقدم الفسخ على انقضاء زمن الخيار أو تأخره عنه، فالأصل اللزوم ولو في صورة العلم بتاريخ الفسخ دون الخيار. ومنها: ما لو ادعى أحد الشريكين على الآخر أنه اشترى بعده فله الشفعة عليه وأنكره الآخر، فإن الحلف هنا على المنكر، مع أن من صورته: العلم بتاريخ شراء المدعي دون المدعى عليه، فيكون قول المدعي موافقا لأصل التأخر. ومنها: حكم الأصحاب في صورة العلم بكون الوصايا مرتبة لكن جهل السابق بالقرعة، مع أن من صورته: العلم بتاريخ أحدهما والجهل بالآخر، فالأصل تأخره فيترتب. ومنها: ما ذكره الأصحاب في بطلان عقد الوكيلين أو الوليين أو الملققين مع التعارض وعدم العلم بالسابق على الإطلاق، مع أنه لو كان تاريخ أحدهما معلوما والآخر مجهولا لكان ينبغي بطلان مجهول التاريخ. ومنها: ما حكم به العلامة رحمه الله وغيره: من أنه لو شك في وقوع الرضاع في الحولين أو بعده بأن الأصل بقاء الحل وعدم نشر الحرمة (2) مع أن من صورته: العلم بتاريخ الرضاع دون الولادة فالأصل بقاء الحولين، فينشر الحرمة. ومنها: في تنازع الزوجين في كون العيب حادثا بعد العقد أو قبله .

(1) الفوائد 1: 138، جامع المقاصد 4: 247، (2) الفوائد 2: 11 .

ومنها: في تنازعهما في وقوع الرجعة في العدة أو بعدها. ومنها: الشك في وقوع الوطئ في الظهار المؤقت قبل خروج الوقت فيجب الكفارة، أو بعده فلا، والأصل البراءة وإن علم تاريخ الوطئ دون المدة. ومنها: حكم الأصحاب في صورة موت المتوارثين، مع اشتباه تقدم أحدهما أو المتقدم منهما بعدم الأثر إلا في الغرقى

ونحوه، مع أن الأصل تأخر ما جهل تاريخه، فيرث لو علم الآخر. ومنها: في دعوى ورثة العاقلة موته قبل حلول الدية فلا عقل وإنكار ولي الدم، والأصل البراءة وإن علم تاريخ الموت وجهل تاريخ الأجل. إذا عرفت هذه الموارد، فنقول: الحق عدم العبرة بأصالة التأخر في مثل هذه المقامات. وعلمه العلامة والمحقق الثاني بأن أصالة التأخر هنا - مثلا في البيع - معارض بأصالة عدم تقدم العيب، فإنه - أيضا - أمر حادث، والأصل عدمه (1). فإن قلت: لا نقول بتقدم العيب عن زمانه، بل لما كان زمانه معلوما غير قابل للتغيير وزمان البيع مجهولا فتأخر البيع يلزمه (2) تقدم العيب، فليس هذا حادثا آخر حتى ينفى بالأصل. قلنا: هنا أمور أربعة: [1] وقوع العيب مثلا يوم الخميس. [2] [ووقوع البيع متأخرا، بمعنى كونه في زمان علمنا وقوعه، لاقبله - وهو يوم الجمعة - ومقتضاه: أنه المتيقن من تحقق البيع، لا قبله. [3] وكون العيب مقدما على البيع. [4] وكون البيع مؤخرا عنه، فإنهما صفتان وجوديتان لا تثبتان إلا بدليل. وليس معنى تأخر البيع تأخره عن العيب، بل تأخره في نفسه .

(1) لم نقف عليه في كتب العلامة ولا في جامع المقاصد. (2) في (ف، م): يلزم .

[97]

وتوضيحه: أن لفظ (التأخر) موجب للاشتباه في هذا المقام، وله معنيان : أحدهما: المعنى الإضافي النسبي المحتاج إلى شئ مقدم حتى يتأخر هذا عنه . وثانيهما: التأخر بمعنى عدم وجود هذا الحادث إلا في زمان علمنا بوجوده، ومفاده: إجراء آثار الوجود عليه من أن الثبوت لا قبله، وهذا المعنى لا يستلزم حصول التأخر بالمعنى الإضافي الذي يقابله التقدم حتى يثبت من تأخره تقدم العيب، بل يكون معناه: أن العيب حادث يوم الخميس، والبيع يجري أحكامه من يوم الجمعة، ولا يلزم من ذلك وصف التأخر والتقدم الذي هو المدار في ثبوت الخيار. قيل: أصالة عدم التقدم فرع الشك في التقدم، فإذا جاء أصل التأخر يكون التقدم ثابتا بدليل. قلنا: أولا إنا نقول: إن أصالة التأخر فرع الشك، فإذا جاء أصالة عدم التقدم فلا تأخر، وهو معنى التعارض، فتقديم الأول على الثاني ترجيح بلا مرجح. وثانيا نقول: قد ذكرنا أن التأخر بهذا المعنى لا يفيد التقدم ولو ظنا حتى نقبله، بل يفيد وجود الحادث في هذا الزمان. وثالثا نقول: لو فرضنا حصول الظن (1) من هذا الأصل على تقدم العيب لا نسلم حجية هذا الظن في لوازم (2) (الموضوع المستصحب لعدم، إذ الموضوع لا بد فيه من العلم حتى يلحق حكمه، أو أصل منقح للموضوع نفسه لا بتوسط ملازمة خارجية، إذ الملازمات الوجودية للأصول غير معتبرة، ويعبرون عنه بـ) (الأصل المثبت). نعم، هنا إشكال قوي، وهو: أن أصالة عدم التأخر إنما تجري إذا شك في حدوث حادث مسبوق بعدم، أما لو علم وجود حادث في الخارج ولم يعلم أنه أي

(1) في (ن): ظن. (2) في (ن): لازم .

[98]

شئ فلا يمكن نفي شئ من الأفراد المحتملة بأصالة عدم، إذ الأصل في أحدهما معارض بالأصل في الآخر، ولا يمكن العمل بهما معا، لأنه ترك للقطعي، فينساقطان. فهنا أيضا نقول: أصالة عدم التقدم لا يجري، لأن العيب والبيع متى ما وجدا في الخارج، فكما أن تقدمه مشكوك، فتأخره واقتراحه أيضا مشكوكان، والواقع أحد الثلاثة، فكما أن الأصل عدم التقدم، الأصل عدم التأخر وعدم الاقتراح، لأن كلا منهما حادث، فيكون هذا شكا في تعيين الحادث لا في الحدوث، فبعد تعارض الأصول كلها تتساقط، فيبقى أصالة التأخر سليما عن المعارض. فدعوى أنه يعارضه أصالة عدم التقدم في العيب ساقطة. وإشكال آخر، وهو: أن تقدم العيب من توابع تأخر البيع، وقد تقرر أن الأصول الجارية في التوابع لا تعارض الأصول الجارية في المتبوعات، مثلا: إذا شك رجل في أنه هل هو مديون لزيد ألفا من دينار أو لا؟ فلا ريب أن الأصل

براءة ذمته من ذلك وإن لزم منه بعد ذلك وجوب الحج عليه، لتحقيق الاستطاعة الشرعية. ولا يمكن أن يقال: الأصل عدم الوجوب في الحج وبراءة الذمة منه، فيلزم أن يكون مديونا لزيد. فلزوم التقدم على التأخر لا يقضي بمعارضة أصالة عدم التقدم لأصالة التأخر، لأنه متفرع عليه. والجواب عن الأول: أن الواقع لا يخلو من أحد أمور ثلاثة: إما تقدم أو اقتران أو تأخر بين هذين الأمرين كما تقرر، وهذه الاحتمالات كما تجئ في العيب تجئ في البيع، لأن الثلاثة كلها من الإضافات، وكما أن شيئا من ذلك لا يمكن نفيه بالأصل للتعارض لا يمكن إثباته أيضا، وذلك واضح، وهذا الكلام مشترك بين الحادتين. فقولكم: إن الأصل تأخر الحادث البيعي ما معناه؟ إن كان المراد بالتأخر

[99]

أحد الأمور الثلاثة - وهو الهيئة المقتضية لتحقيق وصف التقدم في العيب - فأى دليل على إثبات هذا المعنى؟ وإن هو إلا إثبات أحد الأمور (1) المشكوكة بالخصوصية المعلومة بالنوع بالأصل، وهذا مما لا يرتكبه أحد، بل تضحك منه الثكلى! فمتى ما لم يمكن نفي أحد الثلاثة بالأصل - على ما قررت - فإثبات أحدها به بالاولوية، وهذه الأمور الثلاثة متكافئة متضاربة متساوية النسبة إلى الحادتين. وهذا من أقوى الشواهد على أن أصالة تأخر الحادث ليس معناه التأخر الذي في قبالة التقدم، لأنه إثبات لأحدى الصفتين بالأصل، بل المراد بهذا التأخر: وجوده في الآن المتيقن، لا في الآن المشكوك وليس في ذلك تقدم وتأخر بذلك المعنى مطلقا. فكلام المحقق الثاني وغيره من الأساطين: (أنه يعارضه أصالة عدم التقدم) يريدون به: أن التقدم صفة وجودية لا نعلم تحققها بالأصل عدمها، وليس أصالة التأخر مستلزما له، ولا دالا عليه. والمفروض: أن الحكم منوط بالتأخر المقابل للتقدم، لا بمعنى الوجود في الآن المتيقن، إذ هو لا يفيد شيئا ما لم يثبت تقدم العيب عليه، وهو غير ثابت، وليس غرضهم نفيه بالأصل، بل الغرض الأصل عدم تحققها إلا بمثبت وهو شرط للحكم، والشك في ثبوته بعد تعارض الأصول كاف. فتأمل بعين الأنصاف تجد الحق من دون اعتساف. والجواب عن الثاني: أنه قياس مع الفارق، وعدم معارضة الأصول التابعة لمتبوعاتها مسلم، والمثال مقبول، لكن المقام ليس من ذلك، لأن التقدم والتأخر في مرتبة واحدة كالسواد والبياض، ونفي أحدهما مثبت للآخر - مثلا - وبالعكس، وليس إجراء الأصل في أحدهما أصليا حتى لا يكافئه الآخر.

(1) في (م) زيادة: الثلاثة. ويلوح أنها مشطوبة.

[100]

فإن قلت: إن الأمرين ضدان وبينهما واسطة وهو الاقتران، وإذا كان كذلك فإثبات أحدهما ينفي الآخر، ولكن نفي أحدهما لا يثبت الآخر، فإذا ثبت أصالة التأخر ثبت التقدم في ذلك الجانب وانتفى تقدم الأول واقتترانه، لاستحالة اجتماع الضدين. بخلاف أصالة عدم تقدم العيب، فإنه لا يثبت تأخره ولا اقتترانه، بل يتردد بين الاحتمالين، والمرتبة الواحدة إنما هي لو كان الأصل في كل منهما مثبتا للآخر، والفرض أن أصالة عدم التقدم لا يثبت تأخرا ولا اقتترانا. قلت: الغرض من تكافؤ الأصلين كون أحدهما نافيا للآخر، ومن المعلوم: أن أصالة التأخر في هذا مثبت لتقدم ذلك، وأصالة عدم تقدم ذلك ناف لتأخر هذا، فالأصلان متكافئان متناقضان، فجعل أحدهما تابعا للآخر تحكم. هذا ما يتعلق بالمعارضة والنقض تبعا لهؤلاء الأساطين. وأما تمام التحقيق الذي ينكشف به غطاء أبصار أهل النظر والاعتبار أن يقال: إن الأصل الشرعي أو العقلي المعتبر فائدته في مثل المقام إدراج محل البحث تحت مقدمة صغرى ينضم إليها كبرى كلية من الشرع، فينتج المطلوب. فالغرض من استصحاب نجاسة الشيء - مثلا - إثبات أن هذا الشيء نجس، حتى يقال: إن كل نجس لا يصح فيه الصلاة، ولا يجوز أكله، وهو منجس لملاقية، وهكذا... وحيث إن الموضوع الثابت بالأصل يكون شرعيا تعديلا لا واقعا حقيقيا، فكل حكم ترتب على هذا الموضوع في الشرع يتفرع عليه، ولكن الحكم المتفرع قسمان: أحدهما: أن يترتب على هذا الموضوع من دون

توسط أمر خارجي وواسطة أخرى، كأحكام النجاسة المتقدمة. وثانيهما: ما يترتب عليه بواسطة خارجية، وهذا أيضا قسمان: أحدهما: ما يكون تلك الواسطة - أيضا - لازما شرعيا لذلك الموضوع الثابت

[101]

بالأصل، مثلا: استصحاب بقاء الزوجية في محل الشك يجعل المشكوك فيه زوجة، ويلزم على هذا وجوب الأنفاق عليه شرعا، ويلزم الوجوب إجبار الزوج لو امتنع من أدائه، ورجوع الزوجة عليه لو استقرضت بالمعروف، وهكذا في سلسلة الأحكام المترتبة بعضها على بعض. وثانيهما: ما يكون تلك الواسطة لازما عقليا لذلك الموضوع، مثلا: إذا قال الشارع: (من أثلف شيئا ضمنه) فألقيت نارا في دار شخص وتدرى أن تلك الجمرات إذا بقيت أحرق قطعاً، ولكنك تشك في بقائها وانطفائها، فمقتضى الأصل بقاء الجمرات، ويلزمه الأتلاف ويلزمه الضمان. وكذلك لو قال: إذا اجتمعت مع أجنبية في دار فكفر صاعاً من طعام) وكانت الأجنبية في دار ولا تدري هل هي فيها أو خرجت؟ فدخلت فيها، فالأصل بقاء الأجنبية فيها، ويلزمه الاجتماع، فتجب الكفارة. وكذا إذا قال لامرأة: (إذا سمع صوتك أجنبي فأطعمني مسكينا) وكان أجنبي قاعدا وراء الجدار لا تدري هل هو قاعد (1) أو لا؟ فصاحت (2) بحيث لو كان هناك لسمع، فمقتضى الأصل بقاءه، ويلزمه سماعه، ويلزمه لزوم الأ طعام، ونحو ذلك من اللوازم. فنقول: لا كلام في ترتب ما لا واسطة له على الموضوع الثابت بالأصل، وكذا ماله واسطة شرعية، إذ ترتب أحكام كثيرة على الأصول مترتبة بعضها على بعض مما لا يخفى على من له ذرية. وأما ماله واسطة عقلية فلا يثبت بالأصل، والسر فيه: أن الحكم حينئذ يتعلق بأمرين: أحدهما: الموضوع الثابت بالأصل، كبقاء الجمرات والأجنبية والأجنبي في الأمثلة المذكورة .

(2) في (ن): لا تدري أنه قاعد كذلك. (2) في (ف) زيادة: بشئ .

[102]

وثانيهما: ذلك اللازم، وهو الأتلاف والاجتماع والسماع. ولما كان اللازم العقلي لا يترتب إلا على الموضوع الواقعي، إذ من المعلوم أن السماع لا يتحقق إلا مع وجود ذلك الشخص وراء الجدار في الواقع، لا بالاستصحاب التعدي، وكذا الأتلاف فرع وجود النار واقعا لا استصحابا شرعيا، فإذا كان كذلك فالأصل لا يثبت ذلك اللازم العقلي، والحكم المعلق به يبقى مشكوكا مع الشك في وجود السبب، فلا يؤثر. وبعبارة أخرى: الموضوع الظني التعدي لا يلزمه الصفات النفس الأمرية حتى يترتب عليه الأحكام الموقوفة على تلك الصفات، وما نحن فيه من هذا القبيل، إذ الخيار حكم مترتب على تأخر البيع، لكن لا تأخره في نفسه بمعنى كونه في أن اليقين، بل بمعنى تأخره عن العيب، وتأخره عن العيب وإن ثبت بالأصل، لكن لا يترتب عليه حكم إلا إذا ثبت سبق العيب، لأن كون البيع في أن متأخر لا يوجب خيارا بالبدية (1) بل مع انضمام تقدم عيب، وهو لازم عقلي له لا شرعي، فلو لم يكن البيع في الواقع مؤخرا لا يكون العيب في الواقع مقدما، ومتى لم يثبت التقدم الواقعي المعلق عليه الحكم، فلا خيار في البين. نعم، لو ترتب حكم على تأخر البيع نفسه كإنقضاء خيار الحيوان - مثلا - أو خيار الشرط أو أجل السلم ونحو ذلك، فيترتب عليه، لأن نفس الحكم بكون البيع في يوم الخميس مستلزم لبقاء خيار الحيوان إلى يوم السبت، بخلاف خيار العيب، لتوقفه مع ذلك على تقدم العيب على البيع في نفس الأمر، لا على يوم الخميس المتيقن. وهذا هو السر في إعراضهم عن أصالة التأخر في مثل المقام. وهنا كلام، وهو: أن الموضوع إذا حصل الظن به بالأدلة المتلقاة من الشارع المعبرة عنده - كالاستصحاب مثلا - فإذا شككنا في الخمر المعلوم خمريته

(1) في (ن): بالبداهة .

بالأمس المشكوك الان حصل لنا الظن بأنه باق على خمريته بالأصل، وكما يلزمه اللوازم الشرعية من حرمة ونجاسة ونحوهما، فكذلك يحصل منه الظن بالأسكار الذي هو من صفات الخمر الواقعي، وإذن الشارع في الشيء يكون إذنا في لوازمه، ومنه الأسكار. ومعنى قول الشارع: (احكم بأنه خمر) أن كل حكم يترتب على الخمر الواقعي يترتب على هذا، سواء كان ابتداء أو بواسطة ولو بتوسط أمر عقلي. نعم، لا يحكم بالأسكار الواقعي في صورة ترتب حكم على حقيقة المسكر، من جهة أن الحكم تابع للاسم، والاسم لا ينقح (1) بالأصل، لكن لو تعلق على إسكار هذا الخمر المشكوك حكم شرعي لا حق له بتوسطه (2) نحكم بعد استصحابه بلحوق ذلك الحكم أيضا به، ولا بأس بذلك، وفيما نحن فيه متى ما اعتبر الشارع أصالة تأخر المجهول ترتب جميع أحكام التأخر (3) عليه مطلقا. ولا ريب أن من أحكام تأخر البيع الخيار ولو بعد توسط استلزامه تقدم العيب، وتقدم العيب وإن كان لازما عقليا، لكن الأذن في ملزومه إذن فيه، بمعنى أن الأحكام المترتبة على الملزوم تثبت مطابقة من الأصل، والأحكام المترتبة على التابع واللازم تثبت التزاما، ومنه الخيار، ولا بأس بذلك. وهنا كلام آخر، وهو: أنه على فرض تسليم أن اللازم العقلي لا يترتب على الموضوع الظني بل يترتب على الأمر الواقعي القطعي، نقول: إن ملزوم التقدم هنا أمر قطعي لا ظني، وينبغي بتحقيق ملزومه تحققه، ومنشأ الاشتباه: تخيل أن التقدم في العيب من لوازم البيع المتأخر المظنون، وليس كذلك، بل هنا قسمان من اللوازم: أحدهما: لوازم الاستصحاب .

(1) في (ن): لا يتضح. (2) في (ن، ف) زيادة: لكذا. (3) في (ف): (المتأخر).

وثانيهما: لوازم المستصحب. ولا ريب أن الثاني ظني، لكن الاستصحاب ليس بظني، إذ لا ريب أن أصالة تأخر البيع استصحاب للعدم قطعا. نعم، المستصحب ظني لثبوته بطريق ظني، وتقدم العيب في مثالنا هذا من لوازم الاستصحاب، لا من لوازم المستصحب، فينبغي القطع به بعد تحقق الاستصحاب، وليس ذلك من قبيل الأسكار، لأن الأسكار ليس من لوازم استصحاب خمريته، بل من لوازم نفس الخمر المستصحب، فلا تذهل. وهذان الكلامان مع جودة مساقهما ودقة مقامهما وصدورهما عن الفاضل المعاصر، بل الاستاذ الماهر: جناب الاخوند ملا محمد علي التبريزي - أيده الله تعالى بتوفيقه - عند قراءتنا على جناب شيخنا وإمامنا الأجل الأوقر والنحرير الأكبر: جناب الشيخ موسى بن الشيخ جعفر قدس سره (1) - غير تامين في النظر المتهم القاصر. أما الأول: فلأن معنى كون الأذن في الشيء إذنا في لوازمه - كما يأتي تحقيقه إن شاء الله في أحكام الأيقاع - أن الشارع إذا أذن في شيء فقال: (لك أن تؤخر صلاة الظهرين إلى المغرب) - مثلا - والمفروض أن أجزاء الوقت تختلف باعتبار قدرة المكلف وعجزه وسفره وحضره، والتأخير معناه: جواز إيقاعهما في أي وقت كان، ويلزمه من ذلك كون كل وقت على مقتضاه، وكذلك الكلام في نظائره. والضابط: أن الأذن في موضوع إذن من الشرع في لوازمه من الجهة المأذون فيها، بمعنى أن يكون اللازم لازما لتلك الجهة التي تعلق بها الأذن وإن تعلق بموضوعات خارجية أخرى، ولا يمكن فرض ذلك الشيء المأذون فيه بدون ذلك اللازم، كما أن الأذن في إجارة العين المستأجرة إذن في قبضها، إذ التسليط على المنفعة يلزمه التسليط على العين ولا ينفك عنه .

(1) في (ن): قدس الله لطيفه .

ثم إن الأذن في اللازم تابع للأذن في الملزوم، فلو كان قطعياً فهو قطعي، ولو كان تعديداً فهو تعديدي، وهكذا... ولا يمكن مع كون الملزوم فرضياً كون اللازم واقعياً. إذا عرفت هذا نقول: إن الشارع إذا أذن في جعل الشيء المشكوك في وقوعه من أن اليقين والحكم بعدمه قبله، فالذي يترتب على ذلك أن نماء الوقت المشكوك مال البائع، وخيار الحيوان ثلاثة أيام بعد اليقين، ونحو ذلك، لأن هذه لوازم لنفس وجود البيع، ولا معنى لكون البيع من هذا الزمان إلا ترتب هذه الأحكام، ولو فرض انفكاك هذه عنه، فأى فائدة في تأخيرها؟ وذلك واضح. وأما تقدم العيب على البيع فليس من لوازم ذلك، إذ معنى تقدم العيب: كون هذا سابقاً عليه في أصل الوجود والتحقق، وليس معنى أصالة التأخر: كون البيع موجوداً حادثاً في هذا الزمان، بل الحكم بحدوثه في هذا الزمان بمعنى أن الشارع قال: (أنت احكم بأن حدوثه من هذا الزمان) لا أنه حادث في هذا الزمان، وتقدم العيب من لوازم الثاني دون الأول، إذ لنا أن نحكم بالأول عملاً بقول الشارع في عدم نقض اليقين، ولا نقول بتقدم الآخر، إذ لا ندري به. وبعبارة أخرى: ليس معنى الأصل: كون الشيء حادثاً في هذا الزمان، ولو كان كذلك لقبلناه وإن كان ظنياً، كما أنه لو أقام المشتري بينة على أن البيع وقع بعد ذلك العيب حكماً بالخيار، لأن ذلك إثبات للواقع ولو بطريق ظني بل مشكوك، وليس معنى الأصل هذا وإن قام مقام البينة في إثبات حكم كلي وقام مقام العلم في كل مقام، لكن معنى ذلك: البناء على أنه من حين اليقين، ولا يلزمه التقدم للآخر، لكن يلزمه لوازمه (1) الشرعية، إذ هو معنى المنزلة. فإن قلت: إذا رخصك الشارع في البناء على هذا معناه: أنك إذا علمت وقوع العيب قبل هذا الوقت فاحكم بتقدمه .

(1) في (ن، ف): اللوازم .

[106]

قلت: من الواضح أن الحكم بتقدم ذلك ليس لازماً للبناء على هذا بوجه وإن علمنا وقوع العيب قبله. فإن قلت: لو لم يكن التقدم لازماً لهذا فالبناء على التقدم لازم قطعاً، فالأذن في البناء على تأخر هذا إذن في البناء على تقدم ذلك، فكل حكم ترتب على التأخر أو على التقدم أو [على] (1) المجموع المركب يترتب على ذلك. قلت: ليس كذلك، إذ جعل الشارع شيئاً مشكوكاً في موضع اليقين ينصرف إلى ترتب أحكامه على نفسه، لا كون جميع الأوضاع والمقادير الخارجية - أيضاً - لازماً له، فإن التقدم والتأخر وسائر الأوضاع الوجودية لا يبتنى على فرض الموضوع، وليس معنى قول الشارع: (افرض هذا الشيء كذا) إلا أن أحكامه جارية عليه، لا أن الأوضاع التي لو وجد في الخارج لترتب عليه افرضها موجودة، ولو لحق ذلك الوضع - أيضاً - حكم فاحكم بذلك أيضاً، مثلاً: إذا علم وقوع زيد في أرض كان بحراً سابقاً، وكل من وقع عليه (2) مات، ونشك الآن في بقاء البحر وعدمه، فالأصل بقاءه، يعني فرضه باقياً في أحكامه، ويلزم من ذلك فرض زيد ميتاً، لأنه لازم وجود البحر، فيكون الأحكام تترتب عليه من إرث ونحوه، وهو خلاف البدهة. لا يقال: إن الأصل هنا معارض بقاء زيد، لأن غرضنا التمثيل للأرشاد إلى المدعى، وإلا فنفرض أحداً نذر أنه إذا وقع زيد في البحر الغلاني أن يتصدق بدينهم، فإذا وصل زيد إلى ذلك المكان يقينا نشك (3) في بقاء البحر وعدمه، فالأصل بقاء البحر، فيكون زيد واقفاً فيه، فيلزم التصديق. ولا يعارضه أصالة عدم وقوعه في البحر، لأنه يدفعه أصالة عدم وقوعه في البر، وهو واقع في أحدهما لا محالة

(1) لم يرد في (م) وشطب عليه في (ن). (2) في (م): فيه، خ. (3) كذا في النسخ، والمناسب: فشك .

[107]

والحاصل: أن فرض شيء موجوداً في لسان الشرع معناه: ترتب أحكامه عليه، لا لحوق الأوضاع الخارجية وأحكام الأوضاع، بل ذلك يحتاج إلى دليل آخر، وذلك واضح،

مضافا إلى أن البناء على التأخر مستلزم للأحكام، إذ هو معناه، ودليل الخيار قال: إنه لو تقدم العيب ففيه خيار، وهو ينصرف إلى الواقع، ولا يلزم من لزوم البناء عليه من البناء على التأخر لحقوق الحكم المنوط بالواقع عليه، لكون اللزوم من قبيل المهملات، بخلاف ما لو دل دليل ابتداء على جعله بمنزلة المتقدم. فإن قلت: إن التأخر والتقدم ليسا أمرين مختلفين متلازمين حتى تقول: إن فرض أحدهما شرعا لا يستلزم فرض الآخر، بل هما شئ واحد، لأن تأخر البيع عبارة عن هذا الوضع الحادث من الوجوديين الكذائيين، وهو بعينه معنى تقدم العيب، ومعناهما الخارجي شئ واحد يختلف تسميته (1) باختلاف منتسبيه كقولك: أب زيد وابن عمرو) وكلاهما يراد به بكر، فإذا قال الشارع: (افرض أب زيد موجودا) فمعناه فرض وجود ابن عمرو، وذلك واضح. قلت: لنا عن ذلك جوابان: أحدهما: أن الحكم تابع للعنوان، وعنوان (أب زيد) غير عنوان (ابن عمرو) فلو فرضنا أن وجود أب زيد وابن عمرو يترتب عليه حكمان: أحدهما: من حيث الأبوة - وهو كون زيد مثلا واجب النفقة عليه غير يتيم ولا فقير، وكون أمواله مالا له، وكذا زوجته - وثانيهما: من حيث البنوة لعمرو - وهو كون ميراث عمرو بينه وبين إخوته - فإذا قال الشارع: (افرض وجود ابن عمرو) معناه: الشركة في الميراث، وإذا قال: (افرض وجود أب زيد) معناه: عدم كونه يتيما، ودليل ذلك العرف. فقول الشارع: (الأصل تأخر البيع) يقتضي أحكام التأخر، لا أحكام تقدم العيب، وإن كان الأمران في الواقع شيئا واحدا، وهو الوضع المعهود، مع أن كونهما في الواقع شيئا واحدا ممنوع، وبيان ذلك ليس هنا محله .

(1) في (م): نسبته .

[108]

وثانيهما: أنا كما نمنع التقدم في العيب نمنع التأخر في البيع أيضا، لأننا قررنا سابقا أن التأخر له معنيان: أحدهما: الإضافي المحتاج إلى مقدم. وثانيهما: نفس وجود الشئ في آن لاحق من دون إضافة إلى شئ. وأصالة التأخر معناه: الثاني، دون الأول، فينحل المعنى إلى أن البيع موجود في آن لاحق لا سابق، ولا يفيد هذا تأخرا حتى يلزمه تقدم، فيرد الاعتراض. نعم، إذا وجد شئ في آن لاحق ووجد آخر في آن سابق، فأحدهما مقدم والآخر مؤخر وجودا خارجيا، وليس شئ منهما ثابتا من دليل حتى يستلزم الآخر، بل هما لازمان لوجود الشئيين على الفرض المعهود ومنزعا من ذلك، وهذا لا يثمر شيئا. ومن هنا يتضح فساد ذلك الكلام بحذافيره، إذ نفى وجود الشئ في آن معين كما قضى به الاستصحاب ليس ملازما لتأخر ولا لتقدم، بل هما صفتان خارجتان (1) فقد يكون هناك شئ مقدم فيكون هذا مؤخرا عنه بعد وجوده كذلك، وقد لا يكون هناك شئ أصلا فلا يكون تقدم ولا تأخر. ففي مثالنا هذا لو لم يكن في الواقع عيب لم يلزم من فرض وجود البيع في الآن المتيقن لا تقدم ولا تأخر، وإنما هو وجود في آن لاحق، ومعنى اللوازم للشئ عدم انفكاكه (2) في الوجود عن ذلك الشئ كما مثلناه في الأجرة وفي الصلاة، إذ لا يعقل وجود الصلاة في شئ من أجزاء الوقت الموسع إلا لعذر أو اختيار أو سفر أو حضر، وانفكاكه عن ذلك كله غير معقول، بخلاف وجود البيع، فإنه يجوز انفكاكه عن تقدم وتأخر واقتران. وحاصل الكلام في دفع ما ذكره ذلك العلام (3) أن هنا ليس شئ مرخص من

(1) في (ن) خارجيتان. (2) في هامش (م) انفكاكها، خ ل. (3) المقصود به هو الاخوند ملا محمد علي التبريزي المتقدم ذكره في 104 .

[109]

الشرع يلزمه شئ آخر حتى يقال: إن (الأذن في الشئ إذن في لوازمه) إذ فرض البيع في الآن المتأخر غير ملازم للتأخر ولا للتقدم الذي (1) علق عليهما الخيار، بخلاف خيار الحيوان ونحوه، فإن وجود ماهية البيع في أي زمان كان ملازم لذلك. والذي دعاه إلى هذا الكلام تخيل أن التأخر معناه: ما يستلزم التقدم، وليس كذلك،

بل على ما قررنا لا يستلزم تأخر نفسه أيضا، أو تخيل أن اللوازم يراد بها لواحق الموجودات الخارجية ولو في بعض الصور، وهو كما ترى! وصدور هذا الكلام عن مثله بعيد جدا، غريب حقيقة! لكن المقام مزلة للأقدام إلا من وفقه الله للاستناد إلى عماد، والتنبيه إلى ما في رتمه (2) الاستناد (3) وأما الثاني (4): فنقول: دعوى كون تقدم العيب على البيع من لوازم الاستصحاب واضح الفساد بعد ما تلونا عليك من التحقيق، والذي ينبغي أن يقال في فذلكة الكلام: إن الاستصحاب معناه: وجود البيع في الآن المتأخر، ولوازمه ما ذكرناه من الفروع السابقة، ولا يلزم من ذلك تقدم الأمر الآخر، إلا على فرض كون معنى الاستصحاب تأخيره عن ذلك، حتى يلزم التقدم التأخير الذي هو الاستصحاب. وهذا لا ينبغي أن يتفوه به من له تدرب في الفن، لما أسلفنا عليك مرارا: أن أصالة التأخر ليس بالمعنى الإضافي، بل بمعنى الوجود في هذا الآن دون ما سبقه، ومعنى استصحاب عدم الوجود إلى أن يعلم ارتفاعه [بوجود] (5) (وأي هذا من تأخير شيء [عن شيء] (6) حتى يلزمه التقديم؟! بل قد عرفت أن هذا التقدم ليس من لوازم المستصحب أيضا، فضلا عن الاستصحاب، لأن المستصحب

(1) كذا في النسخ، والصواب: اللذين. (3) الرمة: قطعة من جبل بال، ويقال: أعطاه برمته: أي بجملته. (3) كذا في (م)، والعبارة في (ن) هكذا: إلا من وفقه الله لاستناد إلى عماد والتنبيه إلى ما في رمية الاستناد. وفي (ف) للاستناد إلى عماد والتنبيه إلى ما في رمية الاستناد. (4) أي الكلام الثاني للاخوند ملا محمد علي التبريزي، راجع ص: 103. (5) ليس في (ن). (6) ليس في (م).

[110]

هو العدم، وعدم وجود هذا البيع في ذلك الآن غير ملازم للنسبة الإضافية التابعة لوجود الطرفين بأقسامها كما عرفت. ومن ذلك كله ظهر - بعون الله تعالى وحسن تأييده - أن ما أعرض عنه أصحابنا - المسددون من صاحب الشريعة - من الاستناد إلى هذه القاعدة - الضعيفة البنيان الموهونة الأركان - حقيق بأن يعرض عنه أهل التحقيق. ولا يلتفت إلى ما صدر من بعض من يترأى أنهم أهل التدقيق، إذ أصحابنا أدق من ذلك وأحق بالاطلاع على ما هنالك، وأين المدقق من المحقق! والثريا من يد المتناول! وهنا كلام آخر وهو: أن الأصوليين ذكروا أن الأمر بالشئ يوجب بطلان ضده) إما للنهي، أو لعدم الأمر واستحالة الأمر بالضدين، ولا ريب أن ضدية الأكل للصلاة ليس عقليا واقعيًا، وإنما هو شرعي، وامتناع الأمر بالضدين أو اجتماعهما عقلي لازم ترتب على موضوع شرعي. فلو لم يجز ترتب اللوازم العقلية على الموضوعات الثابتة بالشرع، فلنقال أن يقول: لا يلزم من كونه ضدا شرعيا (1) عدم اجتماعهما وعدم جواز الأمر بهما، لأنه من لوازم الضدين الواقعيين، وهنا ليس كذلك، فإذا لم يثبت هذا اللازم لا يلزم البطلان المستند إلى ذلك، مع أنهم سلموا من هذه الجهة، وناقشوا من جهة أخرى، وعلى ما قررت لزوم فساد هذا الكلام من أصله، من دون حاجة إلى ما ذكره في دفعه من الوجوه. ولنا في دفع هذا الكلام وجوه: أحدها: ما ظهر من طي كلماتنا السابقة أن في مقامنا هذا ليس لازم عقلي حتى يترتب على ما ثبت من الشرع، وكلماتنا الأولية إنما كان (2) على سبيل المماثلة، إذ اللازم العقلي - علي ما تخيله - تقدم العيب اللازم لتأخر البيع، وقد قررنا أن التأخر بهذا المعنى الثابت بالأصل لا يلزمه تقدم ولا تأخر ولا اقتران

(1) في (ن): شرعا. (2) كذا في النسخ، والمناسب: كانت .

[111]

حتى ينزع في أن اللازم العقلي هل يثبت بالأصل أو لا؟ فالكلام ساقط من أصله. وثانيها: أن قياس مسألة الضد إلى محل البحث قياس مع الفارق، لأن الضد هناك واقعي. وبيانه: أن الشارع لم يقل: (أيها الناس جعلت الصلاة والأكل ضدین (بل بين أن طبيعة الصلاة التي وضع اللفظ بإزائها ماهية كذائية لا تجامع الأكل، فكون

الصلاة هكذا مستلزم للضدية في الواقع، وليس الضدية شيئاً يجعله الشارع، بل الضد معجول الشارع، لا الضدية، وذلك نظير الأضداد الخارجية بعينها، مثلاً: خلق الله سبحانه الماء طبيعة لا تجتمع مع النار في الخارج، فلك أن تقول: إن الضدية جعلية، إذ لو لم يجعل الله الماء هكذا لم يكن ضداً، وهنا أيضاً كذلك. وأي فرق بين ضدية القيام والقعود والصلاة والنوم؟ وما يتخيل أن الشارع لو قال: إن الصلاة تجتمع مع النوم لم يجوز المحال. قلت في جوابه: إن هذا إخراج عن الماهية، لا جمع بين الضدين، فلو أخرج الله الماء عن المائية أيضاً يجتمع مع النار، ولا بأس به، وهذا كلام في النظر الأولي. وثالثها: (1) من يقول: إن امتناع الاجتماع أو استحالة الأمر بالضدين الشرعيين - على فرض تسليمه - عقلي؟ بل هو أيضاً شرعي، إذ معنى الضدية شرعاً عدم الاجتماع شرعاً، لا عقلاً، وعدم الاجتماع العقلي لازم للضدية العقلية، فلم يترتب الحكم على لازم عقلي، وما يترتب في بعض العبارات أن الاستحالة في الاجتماع عقلي (2) وإن كان الضد شرعياً ليس معناه وإن كان الضدية شرعية، بل هو إشارة إلى ما ذكرناه في الوجه الثاني من أن الضد الشرعي ماهية شرعية معجولة على هذا النحو الذي يبين الأكل، فالضدية أيضاً عقلي، بل ليس معنى الضدية إلا استحالة الاجتماع، فكيف تكون الضدية شرعية وعدم الاجتماع

(1) في (ف، م) زيادة: ان. (2) كذا، والمناسب: عقلية، وهكذا فيما سيأتي .

[112]

عقلياً؟! وال ضد غير الضدية، فلا تذهل. وأما حجية أصالة التأخر في نفسه فواضح، بمعنى: أنه إذا كان وجود الشيء في آن سابق له حكم ووجوده في آن لاحق له حكم فالأصل عدمه في السابق، ولا يترتب عليه الأحكام في ذلك الزمان، وأمثلة ذلك منتشرة في أبواب الفقه لا يحتاج إلى تنبيه. ويعلم مما قرناه في البحث جريانه في مقامات متعددة، فراجع (1) وتبصر .

(1) في (ف، م): فارجع .

[113]

(العنوان الرابع) (في العدول والانقلاب والكشف والنقل)

[114]

عنوان [4] في العدول والانقلاب والكشف والنقل: لا كلام في كون الشرائط المقارنة للعمل مؤثرة في تحقق الشيء وانتفائه ولزومه وجوازه ولواحقه وأحكامه، لكن قد (1) يكون وجود المقارنات معلوماً، فيتضح الحال من أول الأمر، وقد يكون غير معلوم، فيترقب إلى أن يحصل العلم بوجود الشرط في ذلك الوقت وعدمه، ويتوقف عليه الشيء توقف انكشاف، بمعنى أنه في الواقع إما ذلك الشرط موجود حال العمل أو ليس بموجود، فإما وقع أو لم يقع (2) ولكن المكلف لا يدري به، مثل من طلق زوجته أو باع ذابته أو أوصى بشيء من ماله لا يدري بأن شيئاً من ذلك موجود في حال العقد أو لا، فيتوقف انكشاف الأمر إلى العلم، وليس في مثل هذه الفروض توقف واقعي، بل في الواقع وقع على ما هو عليه. وكذا لو أبرأ ذمة شخص ولا يدري بكون الحق في ذمته، أو طلق بحضور شخصين لا يدري عدالتهما قاصداً للطلاق بزعم عدم اشتراط العدالة، فإنهما في

(1) في (ن، ف): فقد، بدون (لكن). (2) العبارة في (م) هكذا: إما ذلك الشرط موجود حال العمل والمشروط حاصل، أو ليس بموجود فالمشروط غير حاصل، ولكن ...

[115]

الواقع إما عادلان أم لا، ونحو ذلك غيره، وليس شئ من ذلك محل البحث . وإنما البحث في أن الفعل متى ما وقع على وجه من الوجوه من نوع أو صنف في ذاته أو في أوصافه فهل هو قابل للانقلاب إلى شئ آخر مما يغيره في ذلك أو لا، بل الذي وقع على وجه لا يتغير عن وصفه بعد مضيهِ؟ فنقول: لا ريب أن مقتضى القاعدة عدم جواز انقلاب ما مضى، لأن الشئ إنما يتحقق بوجود المقتضي وفقد الموانع، وهو المعبر عنه بـ (العلة التامة). فإذا وجدت العلة التامة لمعلول معين يوجد في الخارج على مقتضاها، ولا يمكن أن يكون لذلك الشئ المعلول شرط متوقع، أو حادث متأخر يوجب تغييره عما وقع، لأن ذلك موجب لتأثير المعلوم في الموجود وتغير ما وقع، وهو مستحيل عقلا، وذلك من الواضحات التي لا تحتاج إلى إقامة دليل. فإذا وقع عبادة في وجه من وجوهها أو معاملته على كيفية من الكيفيات - مؤثرة أو غير مؤثرة لازمة أو جائزة - فلا يمكن بعد ذلك تبدله من أول الأمر. لا يقال: إن عموم ما دل على أن العمل بالنية (1) يقضي بأن العمل يتبدل بانقلاب النية كيف كان. لأننا نقول: غاية ما دلت عليه هذه الأدلة كون العمل تابعاً لها، والظاهر منه العمل التام، لا الأبعاض، فليس كل جزء من العمل إذا تبدل فيه النية ينقلب عما و عليه في ضمن الكل، سلمنا ذلك، لكن لا يلزم من ذلك كون النية اللاحقة مغيرة للعمل السابق، بل إنما تؤثر في ما بعدها من العمل كلاً أو بعضاً، إذ النية اللاحقة قد (2) تعارضها النية السابقة، فكما أن العمل تابع لللاحقة فكذلك تابع للسابقة أيضاً، فترجيح الثانية تحكم، غايته تبعية كل جزء منه لما صاحبه من النية، وهكذا الكلام في سائر الموانع اللاحقة، أو الشروط المتأخرة الموجبة لتغير العمل

(1) مثل قوله صلى الله عليه وآله: (إنما الأعمال بالنيات) الوسائل 1: 34، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات، ح 7. (2) قد: ليس في (ف، م).

[116]

الماضي عن مقتضاه، فإن غاية تأثيرها إنما هو من حين وقوعها، لا فيما قبلها من الكيفية. لكن قد ورد في الشرع موارد قد انخرمت فيها هذه القاعدة، بمعنى أن ظاهرها انقلاب ما مضى بما سيأتي بجعل الشارع، وتأثير الأمر المتأخر في المتقدم. وفي ذلك مباحث: فلنورد أولاً تلك الموارد، ثم نتكلم فيها على مقتضى القواعد، حتى يجعل قانوناً كلياً في هذا الباب يهتدي به أهل البصيرة وأولوا الألباب (1). منها: أيام الاستظهار في الحيض، فإنهم حكموا بأنه لو تجاوز الدم العشرة كشف عن أنه استحاضة، وإذا لم يتجاوز فهو حيض. ومن الواضح أن الدم الموجود إن كان حيضاً فلا ينقلب بالتجاوز، وإن لم يكن منه فلا يكون منه بالانقطاع. وليس هذا مثل الأمثلة التي ذكرناها سابقاً، إذ هذا يتوقف على شئ متأخر ممكن الحصول والعدم بخلاف ما سبق، فإن ذلك مقارن له وجوداً أو عدماً، ولكنه غير معلوم للمكلف. ومنها: صوم المستحاضة بالكبرى بناءً على احتياجها بالأغسال الليلية أيضاً، فإن الصوم متى تم فلا ربط له بغسل الليل، مع أن مقتضى احتياجها: أنها لو اغتسلت في الليلة الآتية صح الصوم وإن تركت بطل (2). (ومنها: في نية القصر والأتمام في محل التخيير، فإنهم يقولون: إذا نوى أحدهما وعدل في الأثناء وبنى على الآخر بني الأمر على الثاني، ويعود القصر تاماً، وبالعكس .

(1) في (ن): على البصيرة وأولوا الألباب. (2) العبارة في (ن) هكذا: (مع مقتضى أنها لو اغتسلت في الليلة الآتية صحت الصوم وإن تركت بطلت) ونحوها عبارة (ف).

ومنها: في التخيير بين الزائد والناقص، فإن من يجوزه يقول: إذا أتى بالأقل فهو امتثال، وإذا ألحقه (1) الزائد عاد المجموع امتثالا. ومنها: في العدول من الفرض أو النفل والأداء أو القضاء (2) إلى الآخر ولو مع الترامي والدور، فإن ذلك موجب لانتقال العبادة الواقعة من نوع إلى نوع وانقلابه إليه. ومنها: في عدول من زوجه في صلاة الجمعة عن إدراك ركعة إلى الظهر، فإنه ينقلب بذلك. ومنها: في خروج ناوي الإقامة عن محلها قبل الصلاة تامة، فإنه يقلب (3) الإقامة كلا إقامة، فلو فاتت عنه (4) صلاة في أثنائها يقضيها قصرا، وإن كان يؤديها قبل الخروج تماما (5). ومنها: أنه يتعلق الزكاة على الغلات بالانعقاد، ولكن (6) يستقر بصدق الاسم، فلو تلف قبله فلا زكاة، وعلى الأنعام بهلال الثاني عشر، مع أنه لو انخرم الشرط قبل تمامه لم تجب. ومنها: لو أدى الضيف زكاة الفطرة، فإن لحقه إذن المضيف مضى، وإلا فلا. ومنها: لو كمل الناقص لصغر أو رق أو جنون قبل أحد الموقفين عاد حجة الإسلام وأجزأت. ومنها: أنه لو قصر المال الموصى به لحج أو عتق ونحوه عنه عاد كالأرث. ومنها: أن المفرد إذا عدل إلى حج التمتع انقلب. ومنها: أنه إذا لحق إذن الأب في نذر الولد يمضي

(1) في (ن، ف): لحقه. (2) في (ن، ف): في العدول كل من الفرض والنفل والأداء والقضاء. (3) في (م): يصير. (4) في (م): فاتته. (5) العبارة في (ن، ف): هكذا: وإن كان لو صلى في وقته كان يصله تاما. (6) في (ن) ولكنه .

ومنها: إذا وقع عقد يشترط فيه القبض - كالوقف والصرف والسلم - فإذا لم يلحقه بطل، وإلا صح. ومنها: إذن ولي الأمر في فضوليات العقود وقهرياته (1) (كما في المكره. ومنها: في إخراج ما هو مجهول واقعا - مثل الطلاق والعتق - بالقرعة، فإنه يعود معتقا ومطلقة من حين الصيغة. ومنها: الصدقة بما جهل مالكة - كالصائغ لما تخلف عنده من تراب الصياغة (2) أو المديون مع اليأس من صاحبه - بشرط الضمان، فإنه يتصدق عن المالك، وإذا ظهر وأخذ العوض يعود للمتصدق، وإلا فيمضي. ومنها: في اختيار المشتري الأرض في باب الصرف لو كان المبيع معيبا بعد التفرق، فإنه يقضى ببطلان ما قابله من النقد في المعاملة. ومنها: قبول الوصية، فإنه موجب لوقوع ما مضى صحيحا، بخلاف ما لو رد. ومنها: في الرواية - في باب الرضاع من لبن ولد الزنا - أنه إذا جعل مولى الجارية الذي فجر بالمرأة في حل يطيب لينها (3). ومنها: في إجازة الورثة الوصية فيما زاد عن الثلث. ومنها: أنه لو أدى من أعتق نصيبه من العبد قيمة حصة شريكه كان العبد منعقا من زمن الصيغة. ومنها: أنه يرد دية المرأة إلى النصف بعد بلوغها إلى ثلث الدية ولو تدريجا في وجه. ومنها: أن المرتد إذا لم يتب بانت زوجه من حين ارتداده، وإن تاب فهو باق. ومنها: أنه بعد إسلام الزوجة، لو أسلم الزوج في العدة فالنكاح باق، وإلا فبانت من حين إسلامها وغير ذلك .

(1) في هامش (م): قهرياتها خ ل. (2) في (ن): لما تخلف عنده من الصنعة، وفي (ف): من الصيغة. (3) الوسائل 15: 184، الباب 75 من أبواب أحكام الأولاد، ح 2 .

إذا عرفت هذا، فنقول: إذا ورد الدليل على مثل هذه الأشياء، فالوجه المحتملة القابلة للانطباق على القواعد أمور: أحدها: القول بالنقل بمعنى الانقلاب من حينه، فإذا لحقه الشيء اللاحق جزءا كان أو شرطا أو وصفا أو معينا اختياريا للمكلف أو اضطراريا - كما في الأمثلة السابقة - يتبدل العمل الواقع - تكليفيا أو غيره - إلى ما يقتضيه الأمر اللاحق من حين لحوقه، بمعنى: أن ما مضى باق على حاله على ما كان سابقا، ويتغير الأمر فيما سيأتي، فيكون الشيء مركبا من طرفين متغايرين في الحكم. وثانيها: القول بالكشف، بمعنى: أنه إذا لحق هذا الشيء اللاحق

للعمل كشف عن كونه في الواقع مؤثرا لهذا التأثير الجديد من أول الأمر، ولكن المكلف ما كان يعرف هذا المعنى إلى أن اتضح له الأمر بعد اللحوق والعدم. وثالثها: واسطة بين الأمرين قابل لأن تسميه نقلا وقابل لأن تسميه كشفاً، وهو انقلاب الموضوع وتجدد التأثير من حين اللحوق، لكنه من أول الأمر. وتوضيحه: أن الأمر اللاحق مؤثر في الآثار والأحكام، وليس مجرد أمانة، وهو من هذه الجهة كالنقل، ولكن ليس تأثيره من زمان وقوع نفسه، بل من زمان وقوع أول العمل. مثلاً: في مثل الوصية إذا لحقها القبول من الموصي له بعد الموت، فمعنى كونه ناقلاً: انتقال الملك إلى الموصي له من زمان قبوله. وأما ما بين زمن وقوع الصيغة وزمن القبول فهو باق في مال الموصي أو في حكم ماله والنماء تابع. ومعنى كونه كاشفاً: أن قبول الموصي له ليس له تأثير في الانتقال والعدم من زمانه، وإنما هو أمانة يعلم بها صحة الوصية وفسادها، فإذا لحقها القبول تبين صحتها وانتقال المال إليه من حين موت الموصي، والنماء المتخلل بين زمن الموت وزمن القبول مال الموصي له. وأما المعنى الثالث: فهو كشف في الثمرة ونقل في الاعتبار والدليل، لأن مقتضاه: أن قبل وقوع القبول ليس المال مال الموصي له، لا واقعاً ولا

[120]

ظاهراً، وإنما هو في حكم مال الميت، ونماؤه كذلك ولكن (1) إذا لحق القبول ينتقل، لكن لا من حينه، بل من حين الموت، بمعنى: أن الشارع يقول: إذا قبلت الوصية في هذا الزمان يصير المال الموصى به ملكاً لك من زمان الموت، ولا بعد في ذلك، لا بحسب الدليل ولا بحسب الاعتبار، كما سينكشف لك، ولما كان هذا التقسيم إنما هو لتحصيل الثمرة وهذا القسم ثمرته ثمرة القسم الثاني سماه بعض مشائخنا (الكشف بالمعنى الثاني) وجعل الكشف له معنيين. ولك أن تسميه (النقل بالمعنى الثاني) وإن وافق الكشف، بل هو في تأدية العبارة بالنقل أولى من الكشف، كما قرر. نعم، في الثمرة كالكشف. ولك أن تسميه وجهاً ثالثاً مغايراً للوجهين واسطة بينهما، بل هو الموافق للتحقيق أيضاً، إذ لا يلزم أن يكون ثمرته ثمرة الكشف مطلقاً، بل لعل أن يخرج له ثمرات تغاير الكشف بذلك المعنى، فعده قسماً برأسه حينئذ أوجه. والمتبع الآن في تحقيق هذه الوجوه الدليل، ولا ريب أن الدليل الخاص في الموارد الدال على هذا التغيير والانقلاب إن كان فيه دلالة على أحد هذه الوجوه الثلاثة فلا كلام في اتباعه. وأما في محل الشك - كما في الغالب بل في الكل على ما تحقق - فيحتمل القول بالنقل، نظراً إلى أن ما وقع من العمل ومضى لا دليل على انقلابه، بمعنى: أن أيام الاستظهار - مثلاً - له حكم في الشريعة، إما طهر أو حيض، فإذا فعل المكلف العمل على مقتضى ذلك مضى، وتجاوز الدم صيره استحاضة من زمانه، لأنه المتيقن من الدليل. نعم، إذا دل الدليل على أن هذا بيدك من الأول فذاك كلام آخر. ومثل ذلك في صوم المستحاضة، فإذا حكم بصحته لا يؤثر ترك غسل الليلة الآتية إلا فيما بعدها، وإلا فيما قبلها (1) فقد مضى. وكذلك في مسائل العدول في قصر وإتمام، أو صلاة، أو حج، أو غير ذلك

(1) لكن: ليس في (م). (1) كذا، ولعل الأصل: وأما ما قبلها .

[121]

مما مثلنا، فإن المتيقن من دليل العدول كونه من حين تغير النية، فما مضى مضى على نفلية أو قضائيتها (2) أو غير ذلك، وكذا في الأفراد والتمتع، وما يأتي يتبدل، فيكون العبادة ملفقة من الأمرين، وكذا في انتقال حجة الناقص بأحد الأمور إلى حجة الإسلام، وكذا في خروج ناوي الإقامة، فإن الظاهر انتقاضه من حين الخروج، فما فات من الصلاة فات على تماميتها فيقضي كذلك. ومثل ذلك في لحوق إذن من يعتبر إذنه في الضيف، وزنا الجارية، وصوم الولد، وفضوليات العقد وقهرياته، والوصية بما زاد عن الثلث، فإن ما وقع على نحو صحة أو فساد فهو باق على وضعه الأول، غايته التأثير بعد ذلك. ومثل ذلك في أداء المعتق قيمة الشقص، والقرعة المخرجة للمجهول، والأسلام المبيقي للزوجية، والتوبة في المرتد كذلك، وعدم رضى المالك

بصدقة ما جهل مالكة، فإن المتيقن في ذلك كله كون التأثير من حين الوقوع والحصول فيما بعد ذلك لا فيما قبله، ونحو ذلك القبض فيما يشترط ذلك في صحة، فينبغي الانتقال من حينه. ولأن (3) هذا الأمر اللاحق من إذن أو قبول أو أداء أو فعل مغير إما شرط لوقوع هذا الأمر كذلك، أو جزء للسبب، فإذا كان كذلك فلا يعقل تقدم تأثيره و (4) أثره على نفسه، لأن تقدم المشروط على الشرط محال، وكذا تقدم المعلوم على العلة، إذ ليس معنى المشروط والمعلوم إلا ما توقف وجودهما عليهما، فلو تقدم شيء منهما على وجودهما فلم يتحقق هناك توقف، إذ الوجود كشف عن وجود تمام العلة، وهذا ينافي الفرض من الشرطية أو (1) (السببية).

(2) في (ف، م): نغلية أو قضائية. (3) تعليل ثان لقوله في ما تقدم: فيحتمل القول بالنقل. (4) في (ن): ولو أثره. (1) في (ن): والسببية.

[122]

ولأن (2) الكشف يقتضي حصول شيء قهرا على المكلف، مع أن مثل ذلك في الأسباب الاختيارية غير معهود من الشريعة. فإننا لو قلنا مثلا: إن القبول في الوصية كاشف أو الأذن في العقد الفضولي أو الأكره كاشف يكون معناه: دخول الثمن إن كان بائعا ودخول المثل إن كان مشتريا - وكذا الموصى به - في ملكه من دون اختياره، فإن الفرض أن كلامه الآن كاشف عن وقوعه في ذلك الوقت، فصار الدخول في ملكه في الواقع في ذلك الوقت قهرا عليه. ويجري هذا الكلام في عدول العبادات بنية أو بعروض كمال، وفي مضي الايقاعات والصدقات محسوبا على نفس المكلف، فإنه يلزم في ذلك كله وقوع شيء منه من دون أن ينويه أو يريده، بل مع أنه نوى خلافه، فيلزم أن يكون في الواقع ما هو مشروط بنية أو بغير ذلك من المكلف يقع عليه، ويتحقق وإن لم يطلع عليه إلا بعد الانكشاف. ولأن (3) حصول هذه الأشياء المؤثرة في عبادة أو معاملة ليست في الحقيقة إلا كالقبول في العقود، سيما قبول الوصية، فإنه عين ذلك ومن جملتها. فلو قلنا في ذلك كله بالكشف فلم لا نقول في قبول العقد كذلك؟ بمعنى أن نقول: إن الانتقال حصل في الواقع من زمن الأيجاب، وكذلك ما هو بمنزلة الانتقال من إباحة أو نية أو تعلق حق، أو غير ذلك من مقتضيات العقود، ويكون القبول من الطرف الآخر كاشفا عن سبق حصول الأثر المطلوب، مع أنهم أطبقوا على أن الأثر لا يتحقق إلا من أن القبول، حتى أنه لو تعارض عقدان من ولي أو وكيل أو أصيل أو نحو ذلك حكموا بالبطلان مع الاقتران وصحة السابق مع عدمه، وجعلوا معنى السابق والاقتران تساوي الحرف الأخير من القبولين في الوجود، وجعلوا الوجه في ذلك أن العقد هو المؤثر وتماهيته إنما هو بالقبول، فمتى ما لم

(2) تعليل ثالث لاحتمال القول بالنقل. (3) التعليل الرابع لاحتمال القول بالنقل.

[123]

يتم لم يتحقق الأثر. قلت: فليكن في الوصية كذلك، وفي الأجازة كذلك، وفي القبض كذلك، وفي سائر الفروض المغيرة كذلك، فإن معنى الشرطية: توقف المشروط عليه، وأي فرق بين السبب والشرط في الوجود، وإنما الفرق بينهما في الاستلزام وعدمه لو خفي وطبعه. أما (1) في أن وجود الشيء لا يكون إلا بعد ذلك كله فالشرط والجزء سواء، بل ينحل كل منهما إلى الآخر، فعلى القائل بالكشف إبداء الفرق في ذلك. ولأنه (2) على القول بالكشف في بعض الصور يلزم المحال شرعا، بل عقلا في وجه، وهو ما لو باع أو أجر أو صالح أو فعل غير ذلك من الفضوليات في ملك الغير، ثم ملكه قبل إجازة المالك، ثم أجاز، فإن القول ببطلان هذا العقد بعد قضاء العمومات بصحته بعيد عن الصواب، وصدور الأجازة من العاقد ليس بأنقص من إجازة المالك، بل هذا أولى، بل يحتمل الصحة هنا من دون إجازة لاتحاد العاقد حينئذ مع المالك. ومثله ما لو أجر نفسه عبدا فصار حرا وأجاز، وكذا لو اشترى له مصحف أو مسلم وهو كافر فضولا فأسلم وأجاز، وكذا لو تاب المرتد أو أسلم الزوج الوثني أو الكتابي في العدة بعد

إسلام الزوجة. ووجه لزوم المحال في ذلك كله: أنه بعد الأجازة والأسلام والتوبة لو جعلنا ذلك كاشفا عن سبق ملك الفضولي حال العقد في العقود المفروضة وإجارة العبد وسبق بقاء الزوجية واتصالها، يلزم اجتماع المالين وما في حكمهما في مملوك واحد، أو ما في حكمه في الأولين في آن واحد، لأن الان الذي ملك الفضولي المبيع أو ملك العبد منفعة نفسه بالعتق إنما هو من الانات الواقعة بين ا لعقد الفضولي والأجازة، والمفروض أن الأجازة كاشفة عن تملك الطرف الآخر في

(1) في (ف): وأما، وهكذا في (م) أيضا، إلا أن فيه شطب على الواو. (2) التعليل الخامس لاحتمال القول بالنقل.

[124]

العقد الفضولي من مشتر أو مستأجر من حين العقد، فيلزم كون المشتري والفضولي كليهما مالكين للمبيع في الان المتخلل بين تملك الفضولي وإجازته، وكون المستأجر والعبد مالكين للمنفعة في الان الواقع بين الانعتاق والأجازة، وهذا عين المحال. ويلزم كون الكافر في حال كفره مالكا للمسلم والمصحف في الأوسطين، لأن المفروض أن إجازته كشفت عن سبق ملكه من أن العقد، وهو في ذلك الوقت كافر. ويلزم في الأخيرين (1) كون المسلمة زوجة للكافر في حال كفره، مع أنه مناف لاشتراط الكفاءة ابتداء واستدامة، ومناف لقاعدة (نفي السيل) كما نقررهما في محلها إن شاء الله تعالى، إذ التوبة والأسلام يكشفان عن بقاء الزوجية في أن الكفر والارتداد أيضا، فتبصر. ولأنه (2) على القول بالكشف يلزم المخالفة لعموم ما دل على أن (لكل امرئ ما نوى) (3) ونحو ذلك في جمع من الموارد المذكورة، كما في مقامات عدول الصلاة على اختلافها، وفي مقامات عدول الحج بنية صرفة أو مع اعتبار عروض شئ آخر، وفي عتق السراية وصوم المستحاضة، فإن مقتضى أدلة النية وقوع ما نوى أولا من أول الأمر وحصول ما قصده من نوع أو وصف أو مقدار، فإذا جعلنا عروض العارض كاشفا عن وقوعه عن (4) أول الأمر لزم حصول خلاف ما نوى في الواقع، وهو المخالفة التي ذكرناها. ولأنه (1) على القول بالكشف يلزم تعليق المنجز على الممكن المحتمل وهو باطل. بيان ذلك: أن العقد أو الأيقاع أو العبادة متى وقعت على وجه، فعلى الكشف يلزم وقوعه في الواقع على نحو واحد ثابت غير قابل للتغير والتبدل من صحة أو فساد أو عموم أو خصوص أو زيادة أو نقص وغيرها، وما يأتي بعد ذلك أمانة

(1) في (ن): الأخير. (2) التعليل السادس لاحتمال القول بالنقل. (3) راجع الوسائل 1: 34، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات. (4) عن: ليس في (م). (5) هذا هو التعليل السابع لاحتمال القول بالنقل.

[125]

كاشفة عما ثبت في اللوح المحفوظ، مثلا مثل إخبار مخبر عن وقوع حادثة ونحوه، وهذا لا يجتمع مع قولهم: إن لحق ذلك اللاحق - كالأجازة مثلا - كشف عن صحته وإن لم يلحق كشف عن بطلانه، لأن كل شئ لم يوجد بعد في الخارج فهو قابل للوجود والعدم، ويمحو الله ما يشاء ويثبت. وليس شئ مما لم يقع لازم الوقوع على الله تعالى، أو على غيره من الفاعل المختار مع اختياره، فيجوز له أن يوقعه ويجوز أن لا يوقعه، فهو في هذا الحال متساوي الاحتمالين. فإذا كان العقد - مثلا - يتوقف صحة وفسادا على هذا ينبغي أن يكون العقد أيضا متزلزلا في الواقع، محتملا للصحة والفساد، والمضي والعدم، ونحو ذلك غيره من الأمثلة التي ذكرناها، إذ الموقوف على الممكن ممكن، فكيف يعقل أن يقال: إن العقد من حين وقوعه مضى على حالة واحدة معينة لا نعرفه إلا بحال الأجازة؟ مع أن الأجازة قابلة للأمرين غير لازمة في أحد طرفيها حتى في علم الله تعالى، فإن علم الله تعالى لا يقبل الممكن واجبا، وإلا لزم الجبر الذي ذكره الأشاعرة. ولا يمكن قياس ذلك على سائر الكواشف، فإن الواقع فيها لا يدور مدار كاشفه، فإن الأخبار عن موت زيد كاشف عنه، وهو لو كان

في الواقع ميتا لا يفترق الحال بين أن يوجد الكاشف أو لا يوجد، وبين أن يجئ الكاشف على طبقه أو خلافه، وكذا لو لم يكن ميتا. فتسمية ذلك كاشفا إنما هو مغالطة صرفة، ولا يجتمع القول بتوقف وقوع الصحة والبطلان في أول الأمر على لحوق الأذن القابل للاحتمالين وعدمه مع القول بوقوع أحدهما في العقد من أول الأمر، وإن هذا إلا تناقض صرف. ويحتمل القول بالكشف - بذلك المعنى الذي قررناه أولا - لأن الظاهر من الأمر الحادث في كل الفروض إنما هو تغييره من أول الأمر، فيدل على كون ذلك في الواقع كذلك. بيانه: أن ما دل على توقف صوم المستحاضة على الغسل وحيضية أيام

[126]

الاستظهار بالتجاوز معناه: أنه لو وقع كذلك فهو في الواقع كذلك. وكذا في مسائل العدول في صلاة أو حج، فإن معناه: كون هذه الصلاة - مثلا - طهرا لا جمعة، والحج تمتعا لا إفرادا، وليس معناه: أن يكون بعد ذلك تمتعا وقبله إفرادا. ومثله في طريان الكمال على أحد الناقصين، وكذلك في الصلاة، إذ من المعلوم: أن الملقق من القسمين غير مشروع، ولذلك لا ينوي في العدول كون ما بعده كذلك، بل ينوي كون أصل العمل من جنس ما عدل إليه. وكذلك في إذن من يعتبر إذنه وإجازة من يعتبر إجازته، فإن معنى الأذن: إمضاء ما وقع على طريق وقوعه. ولا ريب أن الصوم أو أداء الفطرة بإذن المضيف أو العقد بإذن المجيز ثمرتها (1) حصول الثواب والملك من آن الفعل، والمجيز لا يزيد شيئا على ذلك غير الرخصة فيما أراد وقوعه، ونحو ذلك في أداء السراية والقرعة، فإن غرضه من ذلك ليس عتقا جديدا ولا طلاقا جديدا، بل إبداء المعتقد والمطلقة وبيان مورد مضي ذلك الأنشاء. وكذا في قبول الوصية، فإن معناه: قبول ما أوجده الموجب، والذي ذكره ذلك كون هذا الشيء - مثلا - ملكا للموصى له بعد موتي لا بعد سنة من موتي مثلا. ونحوه ما دل على بطلان الأقامة بالخروج قبل صلاة تامة، إذ لو لم يكن معناه الكشف فلا وجه للبطلان، بل يكون صورة الأتيان بالصلاة وعدمه متساوية في ذلك. وقس على ذلك غيره، كالقبض وأخذ المالك عوض الصدقة، فإنه رد لثوابه من أصله. ولأن (1) أغلب هذه الأسباب من باب الأنشاء الغير القابل للتعليق، واللازم ترتب أثرها عليها من حينها، لأنه إما عقد أو إيقاع ومنه النية .

(1) في (ن، ف): ثمرتهما. (1) التعليق الثاني لاحتمال القول بالكشف

[127]

وأما خطاب أمر تعلق (2) بالمكلف، فالشئ الذي يوجد في الخارج امتثال لذلك الخطاب من أول الأمر، ولا وجه لتأخره إلى مضي زمان، وكذلك الغرض من الصيغة إحداث الأثر من حين صدورها، لا بعد مضي زمان، فلو كان الأثر لا يترتب عليه إلا بعد لحوق ذلك الأمر لكان هذا تعليقا في الأنشاء وترديدا في النية، والتعليق من جملة المبطلات، كما يقرر في مقامه. واللازم على القول بالنقل التعليق في ذلك كله، لأن قوله: (بعت) - مثلا - إن لم يكن انتقالا من حينه يكون معناه: أحدثت النقل في أن الأجازة أو في أن القبض أو نحو ذلك، وهو شئ قابل للوقوع والعدم، فيكون معنى ذلك: إن وقع ذلك يتحقق النقل، وإلا فلا. فإن قلت: ليس هذا التعليق من قصد العاقد وإنما هذا من جعل الشارع، فإن العاقد وإن قصد النقل دفعة من حينه، وكذلك مباشر (3) الأيقاع، لكن الشارع متى أوقفه على شرط متأخر فيكون التأثير منوطا به من الشرع، لا تعليقا. قلت: متى ما لم يكن الانتقال من حينه سواء كان من القصد (4) أو الشارع يكون بظاهره (5) منافيا لظاهر معنى الأنشاء، بخلاف ما لو قلنا بالوقوع من حينه وجعلنا ما اعتبر شرطا كاشفا. ولأن (1) الأدلة الدالة على هذه الأسباب - كعموم (أوفوا بالعقود) وعتق رقبة والطلاق والصدقات والصوم والزكاة - كلها قاضية بكون المطلوب بالأوامر حاصلًا بأول الأتيان به، وكذلك كون نفس العقد والأيقاع سببا تاما في حصول (2) (الأثر من ملك أو استحقاق أو فك أو ثواب، ويكون ترتب ذلك كله عليه بمجرد من دون الافتقار إلى شئ، فلو لم نجعله كاشفا لكان المؤثر الأمران معا، وهو

(2) في (ف): متعلق. (3) في (ن، ف): مباشرة. (4) أي: قصد العاقد. (5) في (ف، م): ظاهرة. (1) التعليل الثالث لاحتمال القول بالكشف. (2) في (ن) زيادة: هذا .

[128]

خلاف ظاهر الأدلة، وحيث لم يقم دليل قوي على اعتبار الأمر اللاحق بهذه المثابة، فلا وجه لارتكابها (3). وكيفي اعتباره كاشفا في الأخذ بما دل على كونه مؤثرا و (4) مغيرا من النص والفتوى، إذ لم يدل على اعتباره (5) أزيد من ذلك. وستعرف لهذا الكلام مزيد تحقيق. ولأنه (6) لو قلنا بالنقل دون الكشف لزم تأثير الشئ الموجود في المعدوم، لأن العقد أو الأيقاع أو العمل الذي مضى قد انعدم في زمان لحوق هذا الأمر المتأخر المتنازع فيه من إجازة ونحوها، وإذا كان كذلك فيكون هذا الموجود اللاحق يؤثر في ذلك السبب المعدوم تأثيرا يوجب نفاذ سببته وحصول مقتضاه، وهذا محال. لا يقال: هذا غير مؤثر في السبب المعدوم وإنما هو مؤثر في مقتضاه، ومقتضاه عند تمام السبب ولحوق اللواحق موجود. لأننا نقول: المفروض كون هذا مما يتوقف عليه تأثير ذلك المؤثر، فينبغي وجود ذلك المؤثر عند حصول شرط تأثيره، فإذا انعدم بلا تأثير أثر فلا ينفذ بعد ذلك وجود الموقوف عليه في إحداث تأثير في ذلك الشئ المعدوم. ولأن (1) الأدلة الخاصة المتفرقة في خصوصيات هذه الأبواب قضت بالكشف. منها: حديث عروة البارقي في شراء النشاة، فإن قوله صلى الله عليه وآله: (بارك الله لك في صفقة يمينك) (2) (ظاهر في إمضاء النبي صلى الله عليه وآله معامله عروة من ذلك الوقت الذي عامل، حيث عبر بصفقة اليمين، ولا ريب في حصوله حال البيع والشراء .

(3) أي: ارتكاب خلاف ظاهر الأدلة، فالمناسب تذكير الضمير. (4) في (ف): أو. (5) في (ف): اعتبار. (6) التعليل الرابع لاحتمال القول بالكشف (1) التعليل الخامس. (2) مستدرک الوسائل 13: 245، الباب 18 من أبواب عقد البيع وشروطه ..

[129]

ومنها: ما نقله بعض مشائخنا من خبر الوليدة (3) حيث لم يرجع السيد عليه بعد الأمضاء والأجازة بشئ من اجرة خدمة أو غيرها، وهو دال على أن الإجازة كاشفة عن الانتقال من حين العقد، وللمزم (4) أن يكون لمالك المملوك اجرة الخدمة على ذمة المشتري في الزمن المتخلل بين العقد والإجازة. ومنها: صحيحة أبي عبيدة الحذاء في باب النكاح، قال: سألت - أي الباقر عليه السلام - عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما، وهما غير مدركين؟ فقال: النكاح جائز، وأيهما أدرك كان له الخيار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكون قد أدركا ورضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك إن هو رضي. قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثرته؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث... الحديث (5). (والمراد بالوليين: هما العرفيان لا الشرعيان، بقريئة ذكر التراضي بعد ذلك، وبقريئة ما في ذيلها من السؤال عن تزويج الأب، قال: يمضي ذلك، ولا أقل من كونه أعم فيشمل ما كان فضوليا (1) والمفروض: أن الرواية حكمت بأن بعد إجازة أحدهما وموته لو بلغ الآخر وأجاز صح وورث، ولا يتحقق هذا إلا على القول بالكشف، لأن على القول بالنقل يلزم تحقق التزويج في وقت الإجازة، مع أن أحد الطرفين فيه ميت، وذلك غير معقول. ومنها: ما قرر في الوصية: من أن القبول لو لم يكن كاشفا لزم بقاء المال بعد موت الموصي بلا مالك، لأن الميت بموته خرج عن أهلية الملكية، إذ الميت لا

(3) مستدرک الوسائل 13: 230، الباب 3 من أبواب عقد البيع وشروطه. (4) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف؛ ولا لزم. (5) الوسائل 17: 527، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج، ح 1، مع اختلاف. (1) في (ف)، (م) زيادة: شرعا .

[130]

يملك، والوارث يتوقف ملكه على عدم الوصية، لقوله تعالى: من بعد وصية
توصون بها أو دين (2) وأما الموصى له فهو أيضا غير مالك على القول بالنقل حتى
يقبل، ولا مالك غير الثلاثة، ولا ريب أن هذا غير معقول. بخلاف ما لو قلنا بالكشف،
فإن القبول كاشف عن ملكه من حين موت الموصي، وعدمه كاشف عن سبق ملك
الوارث. وإذا ثبت هذا في هذه المقامات فيلحق بها غيرها أيضا، لتماثلها مدعي
ودليلا. ولا ريب أن هذه الوجوه من الطرفين مدخولة. أما الأول من الأول (3): (فلأن
مقتضى الأصل وإن كان ذلك كما ذكرته، لكن بعد دلالة العمومات والأدلة الخاصة على
خلافه فلا بد من العدول عنه، سيما مع أن المشهور - بل كاد أن يكون إجماعا - القول
بالكشف، ولم ينقل النقل إلا عن نادر لا يلتفت إليه. وأما الثاني منه: فلأن لا نسلم أن
الأمر اللاحق من باب جزء السبب، بل السبب ما مضى وتحقق في الخارج. وأما
الشرطية، فنقول: دليل الشرطية إما النص أو الإجماع. أما الروايات وعمومات الأدلة:
فلم نجد فيها - مع تشتملها وتفرقها في الأبواب - ما يدل على شرطية (1) بهذا
المعنى، بل أكثرها دلت على شرطية (2) (بمعنى الكشف، كما ذكرنا لك نبذة منها،
وعليك بمراجعة الموارد التي لا نطيل الكلام بذكرها. وأما الفتوى: فلا ريب أن المتيقن
من الشرطية في كلامهم إنما هو كونه كاشفا، وأما التوقف بهذا المعنى فلا .

(2) النساء: 12. (3) أي التعليل الأول من التعليقات المتقدمة لاحتمال القول بالنقل، وهكذا إلى قوله: وأما
السابع، راجع ص: 119 - 123. (2 و 4) في (ن): (شرطية .

[131]

قيل: الشرط - على ما قرره في الأصول - ما يتوقف وجود الشيء عليه، ولا
يتحقق بدونه، وفي هذه الموارد أطلقوا الشرط على هذه الأمور اللاحقة، فينبغي أن
يكون مرادهم ما اصطاحوا عليه. قلنا أولا: إن الأصحاب - مع تصريحهم بالشرطية في
الأذن والأجازة والنية وقبول الوصية والقبض ونحو ذلك - نصوا في ذلك كله على
الكشف غالبا، ويظهر من مطاوي كلامهم ذلك في الكل، وإرجاع لفظ الشرط على
(3) هذا المعنى أسهل من إرجاع هذه التصريحات إلى خلافه، بل هذا غير ممكن
أصلا. وثانيا نقول: لا يلزم من كونه شرطا عدم جواز تقدم المشروط عليه، لجواز كون
شرطيته على هذا النحو، بمعنى أنه لو لم يكن القبض - مثلا - بعد العقد فالعقد
باطل، ولو كان القبض هناك فالعقد صحيح من أوله، وهذا أيضا نوع توقف، ولا مانع منه
بعد مساعدة الأدلة والفتوى. قال المحقق الثاني في قبول الوصية: إن مدخلية القبول
في حصول الملك منفية بالأصل، واعتباره فيه يكفي فيه كونه كاشفا، فليس الملك
الثابت في الحال معلقا بشرط مستقبل، بل انكشاف الحال عندنا هو الشرط (1)
انتهى (2). وحاصل الجواب: أن بعد قضاء الأدلة بتمامية السبب لا نسلم اشتراط ذلك
الأمر المبحوث عنه بأزيد من كونه كاشفا عن ذلك. وأما كونه ناقلا حتى يتوقف الملك
والتأثير عليه فلا. وأما الثالث: فنقول: إن ورود شيء على المكلف قهرا إذا دل عليه
الدليل لا مانع منه، كما في الأرث ونحوه. وثانيا: نمنع كون الكشف مستلزما للقهر، بل
نقول دخول ذلك في ملكه، أو كون عمله الصادر منه نوعا خاصا في علم الله إنما هو
باعتبار ما يعلمه من لحوق

(3) كذا، والمناسب: إلى. (2) في المصدر: هو المشروط. (2) جامع المقاصد 10، 27 :

رضاه، ففي الحقيقة وقع هذا الأمر عليه برضاه وإن لحق، ولا مانع من أن يقول الشارع: (إذا رضيت اليوم يكون ذلك لك من أمس) فدخله برضاه في الواقع. وثالثاً: أن المجيز يرضى اليوم يكون ذلك الداخل في ملكه من زمان السبب داخلاً ولا يمتنع منه، وعد مثل ذلك من الدخول القهري ممنوع، وكذلك في نية العدول، فإنه برضاه يقرب ما عمله إلى عمل آخر، وهذا كاشف عن سبق كونه كذلك. وأما الرابع: فلأننا نقول: إن القبول داخل في ماهية العقد المجعول سبباً، ومقتضاه: عدم تحقق المعلول بدونه على مقتضى القاعدة، بخلاف الأذن والأجازة والقبض والعدول وتامم الأجل ونحو ذلك ليس جزءاً من السبب، إذ مقتضى الأدلة عدم مدخلية ذلك في المتقضى، وبقي ما دل على اشتراطه من نص أو فتوى، وقد مر أن دلالة على أن ما ذكرناه منتف، وهذا هو الفارق بينها وبين قبول العقود، وكفى به فارقاً. وأما قبول الوصية فالفرق فيه صحة الوصية في جملة من الموارد من دون قبول الكاشفة من كونه إيقاعاً لا يؤخذ في مفهومها القبول، ولو ثبت اعتباره فيكون كالقبض في غيره، مضافاً إلى ما ذكرناه أن كونه ناقلاً يقضي بالملك بلا مالك، فأي فرق أزيد من ذلك؟! وأما الخامس: فنقول: من قال بالكشف لا يصح مثل هذا البيع المستلزم لاجتماع المالكين فيه، أو يخصص الكشف بغير مثل هذه الصورة. أو نقول في حل هذه الصورة: بأن تملك البائع فضولاً لهذا المبيع مع بقاء العقد الفضولي على حاله غير ممكن، لأن المالك إن كان نقل ذلك إليه باطلاعه على العقد الفضولي كان هذا فسخاً له، وإن لم يكن باطلاعه فنقول: إن قبول العاقد وتملكه كاشف عن عدم رضاه بذلك العقد الذي عقده، إذ لو كان راضياً لكان هذا ملك المشتري فكيف يملكه؟ فإذا كشف عن عدم رضاه فلا يثمر بعد ذلك الأجازة. لا يقال: إنه لا معنى لقولك: إن تملكه كاشف عن عدم رضاه، لأن عدم رضاه

قبل تملكه لا تأثير له، والمفروض أن بعد تملكه أجاز، فيكون تملكه هذا في الحقيقة مقدمة للأجازة. لأننا نقول: ليس كذلك، إذ لا مانع من أن نقول: يحصل التملك وعدم الرضا في آن واحد، وهو أن تمامية السبب الناقل، فهو في ذلك الوقت متملك، وتملكه هذا هنا بالنظر إلى عقد الفضولي منع [له] (1) إذ لو كان عقد الفضولي نافذاً لم أن يملكه هذا في هذا الآن، فالأحيان بنقيض الشيء عدم الرضا بذلك قهراً، ولا ينفع بعد ذلك إجازته، فتأمل جداً. أو نقول: إن دليل الأجازة إنما هو في المالك عند العقد، وقد فات ذلك، والعقد بلا إجازة لا يصح، فيلزم بطلان هذا العقد بفوات شرطه. أو نقول - بعد فرض إمكانه وصحته -: ليس هذا بأزيد من حصول الملك والعقد بعقد واحد كما في: (أعتق عبدك عني) مع أنهما متناقضان، والتقدم الاعتباري لا يرفع التناقض، والتقدم الزماني غير معلوم، بل معلوم العدم، إذ ليس هنا إلا صيغة (1) العتق، وهو (2) المملك والمخرج، وليس سبق الملك أولى من سبق الخروج، ولا أقل من اتحادهما زماناً. فنقول هنا أيضاً: إن إجازة المالك العاقد في الفرض معناه: سبق ملك المشتري من زمان العقد الفضولي إلى (3) زمان الأجازة على قاعدة الكشف، غايته تملك العاقد الفضولي له في هذا البين بجزء من الزمان مصحح للأجازة، أو ليس هناك جزء من الزمان، وإنما يعتبر تقدم ملك الفضولي على المشتري في نفس الأمر في أن التملك بالذات كتقدم العلة على معلوله (4) تقدماً ذاتياً وإن اتحداً في الزمان، ولا مانع من ذلك أصلاً، وما ارتكبه في غير الباب أعظم من ذلك .

(1) لم يرد إلا في (م). (2) في (ن، ف): صفة العتق. (2) كذا في النسخ، والمناسب: وهي. (3) في (ف) بدل (إلى): لا. (4) كذا، والصواب: معلولها .

لا يقال: هذا شئ مخالف للأصل لا يرتكب إلا بدليل، وقد دل ذلك في (أعتق عبدك عني) دون المقام. لأننا نقول هنا أيضاً: متى ما تعارض أدلة صحة هذه المعاملة مع أدلة امتناع اجتماع المالكين - والمفروض قضاء الأدلة بالكشف - جمعنا بذلك مثل

ما هنالك بعينه، مضافا إلى أنا نقول: إن لزوم المحال هنا على الكشف معارض بلزوم المحال في قبول الوصية على القول بالنقل، فما هو جوابكم هناك هو (5) جوابنا هنا، بل ما ذكرناه أولى. وأما في تملك الكافر للمسلم أو المصحف: فنقول: إن هذا العقد باطل، لأن العقد عليهما من قبل الكافر أيضا باطل من أصله، فلا يرد علينا به نقض. وثانيا: نقول: المتبادر من (نفي السبيل) هو كون الكافر مسلطا على ذلك، وما لم يصدر منه إجازة لا يعد مسلطا عرفا، وكون الإجازة كاشفة لا يصح الصدق العرفي، ولا ريب أن قبل الإجازة لا (سبيل) في العرف، وهو المتبع. فإن قلنا بصحة ذلك أيضا وبالكشف لا يرد علينا محذور. وأما في الإسلام والارتداد: فنجيب بأن رجوع المرتد كما كشف عن سبق بقاء الزوجية كشف عن بقاء الإسلام أيضا في وجه. وثانيا نقول: لو لم يكن الإسلام باقيا لا نسلم شمول أدلة منع الكافر والكفاءة لمثل هذا الفرض، ويمثل ذلك نقول في إسلام الكافر بعد زواجه، مع أنا نقول: لو كان الإسلام أو التوبة ناقلين لعهدهما فقهاؤنا من الأسباب، مع أنه خلاف ظاهرهم جميعا. وأما في السادس فنقول: لا يلزم من ذلك مخالفة لأدلة النية، بل هو عين الموافقة، لأن النية - حقيقة - هو ما استقر عليه اعتقاد العامل، لا ما خطر بباله خطور، فمع العدول لم يكن ذلك نية حقيقة، بل النية إنما هو الثاني، وقد وقع في

(5) في (ن، ف): فهذا جوابنا هنا .

[135]

الواقع العمل على مقتضاه، فلا تذهل. وأما السابع: فلأن هذا ليس تعليقا للمنجز على المعلق. وتنقيحه: أن الممكن وإن كان لا يخرج شئ عن إمكانه، لكن الأماكن أيضا لا ينافي وقوعه على أحد الاحتمالين، مثلا: إذا رأينا شيئا وقع في الخارج فهو قبل وقوعه كما أنه كان ممكنا بالذات، فبعد وقوعه أيضا ممكن بالذات، ووقع على طريق إمكانه، ولم يخرج عن الأماكن إلى الوجوب. وأما الوجوب بالعرض فهذا لا دخل له في ذلك، لأن قبل الوقوع أيضا واجب بعدم العرض، لعدم تحقق العلة التامة، فصار الحاصل: أن الشئ الممكن أحد احتماليه موجود ومتحقق لا محالة في كل زمان، مع أنه باق على إمكانه الذاتي، متبدل بين حالتي الوجوب والامتناع العرضيين، والذي يحتاج إليه التنجيز في الخارج كون الشئ موجودا في الخارج ولو على إمكان [أني] (1) لا كون الشئ واجب الوجود. فنقول: إذا عقد الفضولي العقد - مثلا - فلا يخلو (2) الواقع بعد ذلك من وقوع الإجازة أو عدمها، وكونه في نظرنا وفي الواقع ذا احتمالين بالذات لا ينافي وقوع أحد طرفيه في الواقع، لما قررنا أن كل ممكن بالذات دائر في كل آن بين وجوب وامتناع، فإن كان في علم الله أن الإجازة تقع بعد ذلك يكفي هذا في كون الصحة منجزة، إذ التنجيز معناه الوقوع، لا لزوم الوقوع بحيث يستحيل خلافه، وهذا (3) (خطأ فاحش)، فإن علم الله على كل شئ علم منجز، وحكمه بما يأتي حكم غير قابل للتغير، مع أنه لم يخرج شئ مما يأتي من إمكانه إلى مرتبة الوجوب الذي يستحيل عليه عدم .

(1) كذا في (ف)، وفي (ن): الذاتي، لكن شطب عليها، ولم يرد شئ منهما في (م) (2). (في ن، ف) زيادة: في، لكن شطب عليها في الأول. (3) كذا في النسخ، ولعله في الأصل: فهذا .

[136]

وحله على الأجمال - كما قرر في جواب الأشاعرة - أن تنجز العلم يقتضي كون المعلوم واقعا في الخارج، ووقوعه في الخارج قابل لوقوعه على مقتضى إمكانه الذي لا يخلو من أحد أمرين، أو على كونه قهريا جبريا لا بد من صدوره ولا اختيار فيه، فإذا كان أعم فيكفي في ذلك الاحتمال الأول. فنقول: كون وقوعه في علم الله كاف في تنجيز (4) هذا العقد وإن كان بالذات محتملا، وتتمام الكلام موكول إلى محله. وأما الأول من الثاني (5): فلأن كون الإجازة ونحوها من الامارات لأمضاء ما وقع مسلم، لكنه وقع البحث في إمضائه من هذا الوقت أو من أول الأمر، وهذا عين البحث، ثم إن

كونه من ذلك الوقت أيضا لا يدل على كونه في الواقع كذلك قبل الأذن والأجازة والقبض والقرعة ونحو ذلك، غايته إرادته وقوع هذا الأمر من أول السبب الان، إذ المجيز يقول: أجزت أن يكون هذا الأمر كذلك، وظاهره وقوعه بعده - وكذلك الكلام في نظائره - ولا يقول: أجزت أنه كان في الواقع وأنا كنت لم أطلع عليه، وإن هذا إلا مجازفة! فالتمسك بظاهر لفظ الأجازة ونحوه غير واضح المأخذ. وأما الثاني منه: فإن كون الأسباب لإنشاءات غير قاض بحصول الأثر من حين ذلك الإنشاء، بل معناه: الأحداث من حينه، وليس كلما قصد وقع، لأمكان ارتباط تأثيره على شئ آخر، فإن الأيجاب في قولك: (بعت - مثلا - إنشاء قطعا، وليس معناه: بعت بعد قبولك، بل الان، مع أن تأثيره يتوقف على أن القبول، فإذا دل الدليل على شرطية القبض ونحوه صار كذلك .

(4) في هامش (ب): تنجز، ص. (5) أي التعليل الأول من التعليلات المتقدمة لاحتمال القول بالكشف، وهكذا إلى قوله: وأما الخامس، راجع ص: 124 - 127 .

[137]

فإن قلت: لم يدل هنا دليل عليه. قلنا: عاد الكلام إلى دلالة الدليل، لا إلى الانشائية. وأما الثالث: فلأننا لا نمنع من كون ذلك أسبابا تامة على تحقق الآثار، وتختلف أثر المقتضي لوجود مانع غير مستغرب، فيكون المعنى: أنه يجب الوفاء بالعقد، فيفيد الملك بشرط رضا المالك. ولا ريب أن الذي يفهم من ذلك: أن الوفاء بعد الشرط، لا قبله، وهو دليل تأثير العقد في الملك. ودعوى: أن معنى العقد: الملك من حينه، فالوفاء به إبداء الملك من حين العقد، لا من حين الأذن، مدفوعة أولا: بأن هذا على قواعد سائر العلل، فإن تخلف الشرط مانع، ولا ريب أن ورود النار على القطن - مثلا - مقتض للأحراق، لكن بشرط عدم حيلولة الرطوبة الزائدة، فإذا مضى زمان وجفت الرطوبة أحرقت النار حينئذ، لا قبله، مع أنا لا نقول: إن المحرق ليس هو النار بل هو مع عدم الرطوبة. وهنا كذلك متى ما أثر العقد من حين الأجازة صار الوفاء بنفس العقد، لا بشئ آخر، لكن بعد ارتفاع مانعه. وهكذا نقول في كل ما مر من الموارد. وأما الرابع: فلأننا نمنع كون تأثير هذا الأمر المتأخر في السبب المتقدم، فإن زوال المانع لا يؤثر في المقتضي شيئا، وإنما يؤثر في المعلول، لأنه جزء علته التامة. وأما الخامس: فإن حديث عروة البارقي لم يدل على سبق الصحة في الواقع، وأن قول النبي [صلى الله عليه وآله] كاشف عنه، كما لا يخفى على المنصف. نعم، دل على مضي البيع من أول أمره بإجازته الان - كما قررناه في الأجازة - وهو لا يفيد الكشف بهذا المعنى. وخبر الوليدة قضية في واقعة، فلعله عفى عن ذلك، أو لم يكن هناك شئ قابل للأجرة، مع أن هذا أعم من الكشف بهذا المعنى، فلعله إمضاء لما مضى من حين الرضا، لا أنه كان في الواقع فالكشف .

[138]

وأما رواية تزويج الصبيين فهو أيضا قابل للاحتمالين في معنى الكشف، مضافا إلى أنه يمكن أن يقال على القول بالنقل أيضا: لا مانع من صحته، إذ موت أحد المتعاقدين قبل تمامية الشرط لا نسلم في كونه قادحا، والمسلم من ذلك إنما هو في الأجزاء، لا في الشرائط، فيإجازته يمضي العقد ويكون زوجته عند الأجازة. والفرض أنه ميت فينتقل ميراثه إليه، ولا مانع من ذلك مطلقا. وأما الوصية: فنمنع انتفاء الملك عن الميت، فجاز أن يبقى على ملكه، كما جاز أن يتجدد له الملك لو مات قتلا وجب (1) الدية، فإنها تدخل في ملكه، ويؤدى منها ديونه ووصاياه، وكما لو نصب شبكة حيا فوقع فيها صيد بعد موته، وكما لو كان على الميت دين فإنما يجب صرفه في الدين، فالدين من التركة باق على ملكه، وكذا ما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه. ولا مانع أيضا من انتقالها إلى الورثة قبل القبول، بدعوى أن الوصية قبله (1) غير متحققة، لعدم تماميتها إلا بإيجاب وقبول. والاية (2) في قوة أن يقال: (بعد وصية مقبولة) لأنه ظاهر الإطلاق وعدم زوالها عن ملكهم إلا بالقبول لتحقيق الوصية - حينئذ - فينتقل. وإن كان يمكن المناقشة في الأول: بأن الملك للميت غير معقول، ولا بد من انتقاله

عنه بموته بظاهر الأدلة، وتعلق الدين والوصايا بالدية غير مستلزم لكونها مملوكا (3) للميت. بل نقول: إنها مملوكة للورثة كسائر أمواله بعد موته، لكن لما كان السبب في ذلك الميت ينبغي أن يخرج ما تعلق عليه من حقوق ونحوها، وليس ذلك إلا

(1) كذا في النسخ، ولعله في الأصل: أوجب. (1) في (ف، م) قبل. (2) قوله تعالى: من بعد وصية يوصون بها أو دين النساء: 12. (3) كذا في النسخ، والمناسب: مملوكة.

[139]

كتعلق حق المرتهن على الرهن (4) ونحو ذلك، فإن الملك بتمامه ملك الوارث وإن تعلق به حقوق أشخاص آخر بسبب من المورث، ومثل ذلك في مؤن (5) التجهيز. ولذا، لو فقد الميت أو تلف لعارض أو بذل كفته بأذن بقي الأصل للوارث، وليس هذا عودا إلى الملك، إذ لا سبب له، وإنما هو سبق ملك مع تعلق حق، فإذا سقط بقي الملك. ونقول: إن الصيد يملكه الوارث ابتداء لقيامه مقام المورث وكونه بمنزلة أنه نصبها. ويمكن دفعها: بأن هذه كلها تمحلات، والذي نريده إنما هو على حسب الطواهر، وظاهر هذه الأمور عدم خروج هذه الأشياء عن الملك للميت. والمناقشة في الثاني أيضا: بأن ذلك مستلزم لتلقي الموصى له المال من الورثة، وهو خلاف الواقع، إذ الوصية معناه (1): الانتقال إليه من الموصي. ويمكن الدفع: بأن ذلك لا مانع منه، إذ الوارث مالك غير مستقر (2) مراعى بعدم القبول، فإذا حصل القبول انتقل، مضافا إلى أن الثبوت في هذه المقامات بأدلة خاصة لا يستلزم الثبوت في غيرها، مع كون الكشف مخالفا للأصل - على حسب ما قررناه - ومن هنا تبين وجه ثالث، وهو القول بتحقيق ما وقع في نفس الأمر أولا مراعى غير مستقر في جميع هذه الموارد، ويستقر بلحوق هذا الأمر المتأخر. وليس هذا محض القول بالنقل، إذ معناه: الحدوث في الآن اللاحق بسبب ما لحق، ولا قولاً بالكشف، إذ مقتضاه عدم مدخلية اللاحق في ذلك، بل هو أمانة لحصول العلم به.

(4) في (ن، ف): الراهن. (5) في (ن): مؤنة. (1) كذا في النسخ، والصواب: معناها. (2) في (ف، م): غير مستقل.

[140]

وهذا الوجه يقتضي كون ذلك الأمر الحادث لاحقا مؤثرا، لكن لا (3) في الأحداث، بل في استقراره، بمعنى: أنه لو لم تلحق زال ذلك الذي وقع في الواقع متزلزلا. ويرد على هذا الوجه ما يرد على القول بالكشف من النقوض والايرادات غالبا، ويزيد عليه بعدم انطباقه على بعض الموارد، كما لا يخفى على من تنبه لما ذكرناه سابقا ونذكره لاحقا، ولا يحتاج التنبيه إلى الأطالة، وإنما الغرض من ذلك إبداء الوجوه حتى يتسرى (1) بذلك إلى ما ينبغي فيه ذلك. فعليك بتطبيق هذا الوجه على الموارد السابقة، وملاحظته مع ما يرد عليك من الأبحاث. وإذا عرفت ضعف هذه الوجوه وانتشار هذه الكلمات - مع ما في كل من هذه النقوض من الايرادات التي لا تخفى بعد الأحاطة بما ذكرناه - فنقول: الذي يقتضيه النظر الثاقب اختيار الكشف بالمعنى الثاني - كما عرفت - لأن ذلك هو الذي ينطبق عليه هذه الوجوه المذكورة في الكشف والنقل معا، ولا يرد عليه شيء من تلك الايرادات. (2) وأما توضيح هذا المدعى، فنقول: قد أسلفنا سابقا أن معنى الكشف الثاني عدم تحقق الأمر المقلوب إليه من لزوم أو فك أو ملك أو نحو ذلك إلا من أن لحوق ذلك الأمر اللاحق، لا ما قبله، فإن قبل تحققه ليس في الواقع شيء موجود من ذلك، وإنما يحصل بلحوق هذا الأمر، لكن الأثر ليس من زمن لحوق اللاحق، وإنما هو من أول تحقق الموضوع. مثلا نقول: غسل المستحاضة في الليل مؤثر في صحة الصوم السابق، وعدمه

(1) لفظة (لا) لم ترد في (ف، م). (2) في (ف، م): تيسري - بتقديم التاء - وما أثبتناه من ظاهر (ن) وعلى أي حال: الكلمة لا تخلو عن إبهام. (3) في (ن، ف) (زيادة: عليه).

[141]

مؤثر في بطلانه، بمعنى: أن الواقع قبل أن الغسل وعدمه ليس صحة ولا بطلانا، لكن إذا اغتسلت أثرت في صحتها من حين وقوع الصوم. وكذلك قبل تجاوز الدم عن العشرة لم يكن في الواقع في أيام الاستظهار لا حيضية ولا طهرية، بل إذا تجاوز صيرها طهرا من الأول، وإذا انقطع صيرها حيضا كذلك. وفي عدول العبادات في صلاة أو حج كما أو كيفا، أو انقلاب الحج إلى الإسلامي بطريان كمال من عقل أو تحرير أو بلوغ لم يكن قبل وقوع العدول والكمال في الواقع شئ من لزوم المعدول إليه وعدمه، بل كان على حسب ما وقع من النية، فإذا لحق الأمر اللاحق أثر في الانقلاب من أول الأمر، لا من حينه، ولا أنه كان في الواقع منقلبا، وهذا كشف عنه. وفي خروج المسافر النواوي للأقامة قبل الصلاة تامة نقول: كانت صلاته الفائنة على مقتضى الأقامة، لكن هذا الخروج أثر في ذلك وجعلها قصرا من أول أمرها وزمان فواتها. وكذلك في فضوليات العقود، فإن الواقع لم يكن ملكا قبل تحقق الأجازة، ولحوقها أثرت في الملك من زمان العقد، بمعنى: أن الشارع قال: إذا وقع عقد يوم الخميس وإجازته يوم الجمعة، هذا المجموع المركب له تأثير لا يتحقق في الواقع إلا بالجزء الأخير، وهو يوم الجمعة قضاء لحق المدخلية، لكن يوم الجمعة يتحقق التأثير في كون المشتري مالكا من يوم الخميس، ويجري عليه هذه الأحكام. وكذلك في إذن من يعتبر إذنه في نذر أو عبادة أو صدقة، كمنع صاحب المال بعد الصدقة بمجهول المالك - كما مثلناه - فإنه حين أخذه عوض ماله من المصدق يؤثر في كون تلك الصدقة له، لا للمالك من زمان وقوع الصدقة، لا أنه يكشف عن وقوعه سابقا، ولا يرد إليه إلا حتى يكون ما يترتب على (1) الصدقة إلى الآن للمالك وبعد ذلك للمصدق .

(1) في النسخ: إلى، والصواب ما أثبتناه .

[142]

وكذلك في القبض المعتبر في العقود، فإن لحوق القبض يؤثر في تملك المشتري من حين العقد - كما قررناه في الأجازة - وتمام الحول في الزكاة يؤثر في الوجوب في الحادي عشر، وعدم تماميته يؤثر في السقوط من أول الأمر. والقرعة في المجهول تؤثر بعد وقوعها في العتق والطلاق من حين الصيغة. والحاصل: يرجع هذا الوجه إلى ترتيب آثار الكشف من دون أن يكون ذلك في الواقع قبل وقوع هذا الأمر اللاحق. ولا ينبغي تألم الفطن الذكي مما أطننا الكلام في تطبيق الأمثلة، فإن عموم النفع شئ (1) مطلوب، وتنقيح العبارة (2) مقدور لكل أحد، سيما مع كون المسألة من المزالق. وهذا الذي نذكره وجها جديدا قل من تنبه لذلك، بل لم يسبقني إلى تنقيحه سابق فيما أجده، ولعلمهم أجل من التعرض لمثل ذلك. وبيان انطباق الأدلة على هذا الوجه الوجه أن نقول: أما ما ذكره أهل النقل من التمسك بالأصل إلى أن المتيقن، فقد عرفت أنا أيضا نلتزم بذلك، ولا نقول بحدوث شئ في الواقع قبل ورود هذا المؤثر. وأما ما ذكره من الجزئية والشرطية المانعة من تقدم المعلول على العلة والمشروط على الشرط، فنقول: نحن ملتزمون بذلك، ولا نقول بوقوع تأثير إلا بعد حصول تمام السبب والشرط. وأما أن الأثر - مثلا - ملكية أربعة أيام أو خمسة أيام أو انتقال ذلك من يوم الجمعة أو من يوم الخميس فلا يستلزم تقدم الأثر، ولا مانع من أن يقول الشارع: (هذا الأمر في هذا اليوم سبب لحصول ملكية هذه الأرض لك من زمن آدم إلى يومك هذا) بمعنى ترتب آثار ما لو كان كذلك من زمان آدم. نعم، قول الشارع: ب) أن المسبب يتقدم على سببه في الوجود، والمشروط

(2) في (ن، ف): بشئ. (2) في هامش (م) زيادة: غير .

يتقدم على شرطه) - كما يلزم هذا على ظاهر كلام أهل الكشف - شئ بعيد، ولذا أولنا الشرط في مقام الجواب ولم التزم (3) بأنه لا مانع منه بعد (4) جعل الشارع، إذ جعله هذا يكشف عن أنه ليس بشرط، لا أنه شرط جعله هكذا، فتبصر. وليس ما نقوله مبتنيا على شئ من ذلك، وإنما هو أخذ بظاهر الشرطية على ما قرره في الأصول. نعم، نحن نتوسع في المشروط ونجعل زمانه قبل زمان وقوع شرطه وبعد ذلك، ولا يلزم من ذلك تقدم التأثير على المؤثر فتأمل جدا. وأما ما ذكره (1) من لزوم دخول شئ على المكلف قهرا من دون أن يريده وينويه بل ينوي خلافا - كما فصلناه في جميع موارد - فأنت بعد ذلك تقدر على جوابه: بأن قبل إرادة المكلف واختياره لم يقع عليه شئ، وإنما يقع ذلك بعد اختياره، فإن الشارع كما قال: (إذا عقدت الان يكون ملكا لك فأنت مختار) (2) قال: إن أجزت الان يكون ملكا لك من أمس، وهذا أثر أنا جعلته لهذه الأجازة، إن شئت فأجز حتى يقع الأثر، وإن شئت فلا تجز. وأما ما ذكره في عدم التفرقة بينه وبين قبول العقود (3) فنقول: لا فرق في ذلك من وجه وإن حصل الافتراق من آخر، وجه الاجتماع: أنه كما لا يقع الأثر قبل القبول لا يقع في هذه الموارد أيضا قبل ورود الجزء المتمم، كما قررناه في الشرطية. نعم، لما دل الدليل في هذه المواضع على ثبوت الأثر من ذلك الوقت وإن حصل التأثير الان - كما سيمر عليك وجه دلالة الأدلة - جمعنا بين الشرطية وبين الأدلة بسبق زمان الأثر وإن تأخر التأثير، مع أن لنا أن نقول: إن قبول العقود أيضا كاشف بهذا المعنى، بتقريب: أن قبول الأيجاب إمضاء لمقتضاه، ومقتضاه التملك

(4) كذا في النسخ، والذي يقتضيه السياق: والتزمنا، كما يظهر أيضا بالمراجعة إلى ص: 131. (4) في (ف) زيادة: حصول. (1) في (م): ما ذكره. (2) في (ن): تختار. (3) في (ن): العقد.

من حين صدوره، لا من حين تمام القبول. فحينئذ نقول: القبول شرط في ذلك بهذا المعنى، فلا يتحقق ملك قبله، لا واقعا ولا ظاهرا، لكن متى ما جاء القبول يؤثر في الملك من زمن الأيجاب. وهذا شئ غير مستغرب وإن لم يتكلم به متكلم صريحا قبلي، بل ظاهر كلام الكل وصريح ثاني المحققين والشهيد (1) كون أول زمان الملك أن تمام القبول، وهذا منهم ينبىء عن إجماعهم على ذلك، وهم أهل للاتباع، والفكر القاصر منهم لا يطاع، لكن ما ذكرته من الوجه أوفق بالموارد وموجب لانطباق الوصية - أيضا - على قاعدة العقود من دون حاجة إلى تكلف. ويأتي لذلك مزيد تحقيق إن شاء الله تعالى. وأما لزوم المحال في اجتماع المالين، ووجود السبيل على مذهب الكشف فنقول: على كلامنا يكون إجازة الفضولي المالك أخيرا مملكا للمشتري من زمن الأجازة في زمان سابق، وليس هذا من اجتماع المالين في شئ، لأن هذا لازم في جميع الصور. وتوضيحه: أنا لو قلنا بذلك فإذا باع الفضولي مال المالك فهو باق على ملك مالكة في الواقع، فإذا أجاز أثر في خروج الملك عن الملكية من حين العقد، بمعنى ترتب الأحكام كما هو وظيفة الشرع. وهنا أيضا نقول كذلك، فإذا عقد فضولا فهو في ملك المالك، ثم إذا ملك الفضولي فهو في ملك الفضولي كأصل المالك، فإذا أجاز أثر في خروج المال من زمان العقد الفضولي في لحوق الحكم. وتوسط مالين في هذا الزمان لا دخل له فيما نقول، بل يجوز توسط ألف مالك، ويرجع كلامنا إلى أن يقول الشارع - المالك على الإطلاق) -: إذا عملت هذا العمل اليوم أجعل لك هذا المال من زمان آدم مع أنه تكرر إليه الأيدي ما لا يحصى، ومفاده: أن كل من انتفع بهذا الملك

(1) انظر جامع المقاصد 10: 23، المسالك 6: 119.

يؤدي اليك منافعه، وليس معنى الملك إلا هذا. وأما (السبيل) فنقول: توبة المرتد تؤثر في أن توبته من زمان رده، وكذا إسلام الكافر يؤثر حين إسلامه في الملك من زمن العقد، والزوجية من زمن الإسلام للزوجة، فتبصر بعين البصرة. وأما مخالفة أدلة النية على القول بالكشف فلا يلزم على ما قلنا، لأن ما نوى أولا فقد وقع، وما نوى أخيرا من الانقلاب من رأس فقد أثر من حين وقوعه في أول العمل. وأما تعليق المنجز على المعلق، فاندفاعه واضح، إذ لم نقل بتنجز شيء في الواقع، بل ليس فيه شيء حتى يقع ذلك الأمر المحتمل مثل ما يقوله أهل النقل، فإذا وقع حصل الأثر من أول زمان السبب، كما قررناه في الشرط. وأما ما ذكره أهل الكشف من كون ظواهر هذه الأمور اللاحقة - من إذن أو إجازة أو عدول أو قبض أو قرعة - إمضاء ما وقع سابقا، فنقول: هذا مسلم عندنا أيضا، لكنه إمضاء لما وقع سابقا في الواقع، أو إيقاع لذلك المطلوب الآن من ذلك الزمان. ولا ريب أن معنى الإجازة: الرخصة في الوقوع من ذلك الوقت، فينبغي أن يقع من ذلك الوقت بعد الرخصة، لا أن هذا كان في الواقع وأنا كنت لم أطلع عليه، وكذلك غيره من الكواشف. وأما ما ذكره من أن تأخر التأثير إلى زمان لحوق ذلك الشرط موجب للتعليق منافي للانشائية، فنقول: ما تقولون في إيجاب العقد وقبوله على ما ذهبت إليه من حصول الأثر من حين القبول؟ ثم نقول: هذا مقتضى الجمع بين التأثير من حين الأنشاء (1) والشرطية، مع أن هذا ليس تعليقا، إحداث للأسباب جزءا فجزءا (2) ولم يجعل الشارع كل واحد من هذه الأجزاء سببا تاما، فإذا تم حصل الأثر من حين أول السبب .

(1) في (ن، ف): الانشائية. (2) في (م، ف): جزء فجزء .

وأما عمومات العقد والأيقاع فمنطبقة على ما قلنا، فإن الوفاء بذلك ليس معناه إلا إجراء حكم الملك - مثلا - من حين وقوع العقد، ونحن نفعله كذلك، غايته بعد حصول شرطه الثابت بالدليل. نعم، ينافي قول أهل النقل المقتصرين في (1) الانتقال من حين الشرط، بل قد ذكرنا أن هذا لا ينافي كلامهم أيضا، إذ تأثير المقتضي بعد زوال المانع لا يعد هذا نقضا في اقتضائه وشركته غيره معه كما أوضحناه في المثال، فراجع. وأما تأثير الموجود في المعدوم فقد قررنا أنه لا يرد على مذهب النقل أيضا في وجه. وأما على المختار فنقول: لم تؤثر الإجازة في العقد - مثلا - وإنما أثر المجموع المركب في حصول هذا الأثر من زمان وقوع العقد، ولا مجذور في ذلك. وأما الأدلة الخاصة في الكشف - كحديث عروة وخبر الوليدة وصحيفة أبي عبيدة (2) وما مر في باب الوصية (3) فشئ من ذلك لا ينافي الكشف بالمعنى المختار، بل هو أوضح ارتباطا بحديث عروة وخبر الوليدة، وكذا الصحيح في تزويج الصبيين (4) فإن غاية ما دل عليه كون الميراث للمجيز الحي منهما، وما ذكرناه لا يابى عن ذلك، بل هو عينه، فإن إجازته تؤثر في حصول الزوجية من زمان العقد، ولازمه التوريث. وأما باب الوصية ففيه خفاء، فإن على ما نقول إذا قبل الموصى له ينتقل إليه من حين الموت، فيلزم أن يكون في هذا الزمان بلا مالك، إذ الميت غير مالك، والوارث كذلك. فنقول: إن ذلك لا مانع منه، فإن الذي يستحيل كون الملك بغير مالك بحيث لا يعود منافعه إلى أحد وهو محال، إذ الملك معناه: عود المنفعة منه إلى مالكة، فعدم

(1) كذا في النسخ، والمناسب: على. (3) تقدمت الإشارة إلى مصادر تلك الأحاديث في ص: 127 - 128. (3) مر في الصفحة: 128. (4) يعني: صحيفة أبي عبيدة .

المالك مناقض لمفهوم الملك، وأما كون مالكة مراعى بشرط مترقب فإذا حصل صار ملكا لواحد من ذلك الوقت الأول، وإذا لم يحصل صار لآخر أيضا من الأول،

كمسألتنا هذه، إذ بالقبول يكون ملكا للموصى له من حين الموت، وبالعدم للوارث كذلك (1). وثانياً: نقول بانتقاله إلى الوارث كمالك المبيع في الفضولي، ويقائه عنده مراعى، فإذا قبل أثر في الملك من حين الموت، وبهذا يجتمع الأدلة ويقضى حق الشرطية ويندفع اعتراضهم - كما ذكر ثاني المحققين (2) - باستلزامه تلقي الموصى له المال من الوارث، وهو خلاف الواقع، إذ على ما ذكرنا يكون التلقي من زمن الموت، فيكون من الميت، إذ من اتصل تملكه إلى زمن موت الموصي فهو أخذ للمال منه حقيقة، والوارث وإن ملك لكن انسلخ عنه آثار الملك من أول زمان تملكه، فليس مالكا حقيقة، والتلقي (3) منه فرع جريان آثار الملك عليه في زمان ما، والمفروض عدمه. فتدبر بعين البصيرة والأنصاف تجد أن هذا المذهب المختار أخذ بمجامع الكلام، ومتحمل لاندفاع المشكلات وحل الإشكالات بحذافيرها، بحيث لا يبقى بعده كلام إلا لمتعسف و (4) متكلف أو معاند مكابر أو قاصر في النظر غير ماهر. نعم، بقي علينا بقية، وهو: أن ما اخترناه خلاف ظاهر الأصحاب، الذين لا يسع مثلي مخالفة أمثالهم، بل من (5) هو أدون منهم بمراتب، بل لا يعد كلمتي في جنب كلامهم قطرة من بحر، فإن (كلمة الله هي العليا). فنقول - مستعينا بقوة الله، ومستمدنا من بركة أنفاسهم الزكية وعقولهم النقية القدسية، سائلا من الله فتح باب (6) وإلهاما إلى الصواب -: إنه لا يخفى على من

(1) الظاهر سقوط جواب (أما)، مثل: فلا مانع منه. (2) جامع المقاصد 10: 27 (3) في (ن)، (ف): والمتلقى. (4) في (ف): أو. (5) من: ليس في (ن). (6) في مصححة (ن): فتح الباب.

عرف طريقتهم، واطلع على نيتهم أن غاية مقصودهم في تحرير هذه المباحث إنما هو تفريع الفروع وتنقيح الثمرات، ولا يلتفتون غالبا إلى مثل هذه المدافعة، التي تحتاج إلى استفرغ وسع في تتبع المطان واستقصاء الأدلة واستيفاء ما يرد وما يندفع وغير ذلك، وهم المصيبون في فتاويهم وفي آرائهم وإن لم يذهب أذهانهم في بيان الطريق كل مذهب اشتغالا بما هو أهم. ولما كان ثمرة ما اخترناه من القول في المسائل الفقهية ثمرة الكشف فلذلك لم يحتاجوا إلى إيراد ذلك. بل أقول: إن الذي ينافي ما اخترناه في كلامهم ليس إلا لفظ (الكشف) الدال على كون الأثر في الواقع قبل الأجازة. لكن نقول: لما كان إطلاق هذه العبارة في قبيل النقل الموجب لحصول الملك من حين الأجازة وكانوا يريدون الملك من حين العقد - وكذلك في باب الوصية - عبروا عن ذلك بلفظ (الكشف) تفهيمًا لهذا المعنى في قبيل النقل، لأن كون الأثر من زمن سابق يوجب كون هذا الشرط بمنزلة الكاشف، فغرضهم منه نفي النقل. وأما أن ترتب الثمرة على هذا هل هو من زمن وقوع الأجازة، أو كان حاصلًا في الواقع فكشف هذا عنه؟ فليس موجودا في كلامهم. ويؤيد ذلك أنهم جعلوا الثمرة في ذلك النماء. وعبارات الأصحاب في هذا الباب لما كانت بمرأى من الطلاب ومسمع منهم فضلا عن المتتبع الفقيه لم نحتج إلى نقل كلامهم، بل تقتصر على تنقيح مرامهم. فيقول: إن قولهم: (وهل الأجازة كاشفة أو ناقلة؟ قولان، وتظهر الفائدة في النماء) لا يدل على مزيد من إرادتهم من الكشف لحوق حكم الملك من زمان العقد، لكن هذا هل هو بتأثير الأجازة أو كان في الواقع والأجازة كشفت عنه بمعنى الأمانة؟ لا يستفاد من كلامهم صريحا ولا ظاهرا إلا من لفظ (الكشف) في الجملة. ويدفعه أمران: أحدهما: إطباقهم على شرطية رضا المالك وبطلان العقد بدونه، وكذلك في

شرطية القبض ونحو ذلك. ولا ريب أن معنى الشرطية توقف التأثير، وهو لا ينطبق على الكشف بالمعنى الأول مطلقا، بل يحتاج إلى إخراج كلامهم عن طاهره بالمرّة. ولا ريب أن حمل الكشف على هذا المعنى في كلامهم سيما بقرينة مقابلة النقل وقرينة الثمرة أولى من حمل الشرط على الكاشف الذي لا يرتبط به بوجه، لا لفظا ولا معنى إلا بتكلفات. وثانيهما: أن كون الأجازة بحيث يصح العقد بحصولها ويبطل بعدمها لا ينطبق على معنى الكشف الموجود في سائر الكواشف. وقد مر بيانه في

أدلة القول بالنقل، إذ المتبادر من الكاشف ما لا مدخلية له في الوجود والعدم للمكشوف عنه، فإذا وجد الكاشف أو لم يوجد ينبغي أن يكون الواقع على ما هو عليه. ولم يعهد جعل وجود شيء كاشفاً عن شيء وعدمه كاشفاً عن عدمه، إذ لو جعل كذلك - كما في مثل دلوك الشمس ونحوه - فهو بالسبب والشرط أشبه، ولا يطلق حقيقة عليه الكاشف، بل يعد من الشرائط أو الأسباب، كما لا يخفى على من تتبع كلمات الأصحاب في أبواب الفقه بالنظر إلى الشرائط التي ذكروها، إذ يمكن أن يقال: إن ذلك كله كواشف وأمارات، لا شرائط بهذا المعنى كما في الأجازة. فإن قلت: هم يصرحون بأن علل الشرع معارف لا مؤثرات. قلت: هذا لا يقتضي ما قلنا ذلك من الكشف، فإن الأصحاب يقولون: إن العلة معرف، ومع ذلك يسمون العقد سبباً للملك، والطلاق سبباً لفك الزوجية (1) ولا يسمون هذه الأشياء كواشفاً عن الواقع، مع أن وجودها موجب لوجود المعلول وعدمها موجب لعدمه، ونحو ذلك الأجازة بعينه (2). نعم، تسميتهم له كاشفاً دون سائر الشرائط والاسباب من جهة ما ذكرناه من كون أثره في زمان سابق على نفسه بحكم الشرع، بمعنى: إيجاده من حين وقوعه أثراً في زمان سابق عليه، فيكون مشابهاً للامارات التي يوجد مداليلها قبل أنفسها، كما أنه مشابه للاسباب والشرائط من جهة كون ذلك الأثر الذي يوجد في

(1) في (ن، ف): الزوجة. (2) كذا في النسخ، والمناسب: بعينها .

[150]

زمان سابق بتأثيره. هذا ما يؤدي إليه النظر القاصر، والاعتماد على فهم الأذكاء المنصفين لا المتعسفين، وعلى تقدير عدم كون ما ذكرنا راجحاً في كلامهم بما ذكرناه من القرائن الواضحة المنار اللائحة الآثار، نقول: فلا أقل من الأجمال في كلامهم، بحيث لم يعلم أن مرادهم من الكشف أي الاحتمالين. نعم، علم أن المراد منه: شيء يقابل النقل من حين الأجازة ونحوها، فيوجب ترتب الأثر من حال العقد، وأما أن ذلك على أي الوجهين فلم يعلم من كلامهم، ولم يتبين منهم ما ينبئ عن حقيقة مرامهم. ونحن بحمد الله أوضحنا السبيل، وأتممنا الحجة بالبرهان والدليل، ولا ريب أنهم إلى الصواب أقرب منهم إلى الخطأ، بل هم عين الصواب، وقدوة أهل البصيرة والاداب. وحيث إن الكلام التام الغالب على ما أدى إليه فكري القاصر هو ما حققنا لك، فاللازم علي حمل كلامهم على ذلك، بل هو الظاهر من ملاحظة أطراف كلمتهم، وإن وقع في ذلك خلل فآلتمتهم نظري الفاتر، وأولئك مبرؤون مما أقول. هذان الله وجميع الطالبين إلى سبيل الرشاد، فإنه ولي التوفيق والسداد. ويتفرع على الكشف والنقل ثمرات منتشرة في أبواب العقود والايقاعات - سيما في البيع والوصية - لا نطيل الكلام بذكرها، فإن صاحب الملكة القوية بعد الاهتداء إلى الموارد لا يعجز عن استخراج الفروع .

[151]

(العنوان الخامس) (في قاعدة الشك بعد الفراغ والتجاوز)

[152]

عنوان [5] الشك في وجود الشيء المسبوق بالعدم يوجب البناء على عدمه -على ما تقرر في علم الاصول - ويلزمه لزوم الأتيان لو كان مأموراً به، ويلزمه عدم تحقق الآثار لو كان شرطاً أو سبباً أو جزء سبب لحكم آخر. وكذا الشك (1) في زوال المانع المعلوم الوجود في زمان يوجب الحكم ببقائه، عملاً بالاستصحاب الثابت بالعقل والنقل. لكن لنا بعد ذلك قاعدة شرعية مستفادة من النصوص، وأردة على ذلك المذكور في المقامين، ونعبر (2) عنها بـ (قاعدة الشك بعد الفراغ، والشك بعد التجاوز). وتنقيح البحث يقتضي رسم مقدمات: الاولى: أن الشيء المشكوك فيه، إما

عمل مستقل يشك في أن المكلف أوقعه على ما هو عليه في وقته ومحلّه الذي ينبغي أن يؤتى به أو لم يأت به، سواء كان من قبيل الموقتات حقيقة، كما إذا شك (3) بعد خروج وقت الصلاة نفلاً أو فرضاً يومية أو غيرها - من الكسوف والعيدين وسائر أصناف الصلاة - أو في الصوم

(1) في (ن) زيادة: لو كان. (2) في (ف)، م: يعبر. (3) في (م) زيادة: في الصلاة .

[153]

الموقت بالأصل أو بالعارض، أو في عبادة تعلق بها النذر ونحوه في وقت خاص في إتيانها وعدم إتيانها. أو غير الموقتات، كما إذا شك في فعل الحج، أو أداء الزكاة ونحوه (1) من الحقوق المالية، أو في إيقاع شئ من العقود والايقاعات الموجبة للآثار. أو في صدور شئ من الأفعال التي جعلت (2) في الشرع سبباً، كالتقاط وإحياء واصطياد وذباحة وإقرار وغصب وإتلاف وجناية، وشئ من موجبات قصاص أو حد أو تعزير. أو في إيقاع الحدود والتعزيرات. أو جزء (3) لعمل مأمور به، كأجزاء الصلاة والحج والعمرة والوضوء والغسل والتيمم، وأيام الصوم المجموع المركب، كرمضان والعشرة المنذورة وصيام الكفارة، وأجزاء العقود من الأيجاب والقبول والايقاعات كما في لعان ونحوه، وأجزاء مقادير الحدود والتعزيرات. أو شرط للعمل اللاحق له الأحكام، كشرائط الوضوء والغسل والتيمم، وشرائط اللباس والمكان وتطهير الأواني والثياب والأبدان في استنجاء ونحوه، ونفس هذه الأشياء، فإنها أيضاً شرائط لغيرها كالوقت والقبلة، وشرائط العقود والايقاعات، وشرائط الحقوق المالية، وشرائط الأسباب من جماع أو دم أو مطلق حدث أو إحياء أو ذباحة أو غصب أو إقرار، أو شئ من موجبات الحد والتعزير والدية والقصاص. وهكذا في أجزاء الأجزاء، والشرائط والأسباب. وفي شرائط الشرائط والأجزاء والأسباب، وفي أسباب الأسباب والشرائط والأجزاء مما يتعلق به شك في الحصول والعدم والوجود والعدم، سواء كان وجوده وحصوله من الاختيارات، أو من الاضطراريات التي لا دخل للمكلف فيها، فتدبر في الموارد حتى تكون على بصيرة .

(1) كذا في النسخ، والمناسب: نحوها. (2) في النسخ: جعل. (3) معطوف على قوله: إما عمل مستقل ...

[154]

الثانية: أن الشك في ذلك الشئ قد يكون مع بقاء وقته في الموقت ومحلّه فيما هو بحكمه، بمعنى: أنه لم يخرج عن ذلك الشئ ولم يشتغل بشغل آخر، بل هو بعد في مقامه، كالشك في الصلاة في وقته، وفي الوضوء وعدمه كذلك، وفي أداء سائر العبادات، والأتيان بالاسباب كافة كما عددنا كذلك، وفي جزء من أجزاء العبادات، أو شرط من شرائطها قبل الفراغ منه وقبل الانتقال إلى جزء آخر أو شرط آخر. وقد يكون بعد الفراغ من ذلك الجزء والشرط وقبل الشروع في آخر، وقد يكون بعد الشروع في شئ آخر. ثم ذلك الشئ الآخر أقسام: منها: ما يكون مترتباً على الشئ الأول ترتباً (1) شرعياً، كأجزاء الوضوء والغسل الترتيبي والتيمم، ومسحات الاستبراء، وأجزاء غسلات الولوع المحتاج إلى تراب ونحوه، وأجزاء الصلاة والأذان والأقامة، وأجزاء القراءة والأذكار، وأفعال العمرة والحج وأجزاء أفعالهما المترتبة بعضها على بعض، والعبادات المترتبة بنذر وعهد ويمين، وترتب النوافل على الفرائض وبالعكس، وترتب أجزاء العقود وشرائطها كقبض ونحوه، وترتب سائر ما ورد من أوراد وأذكار وأدعية وتعقيبات متفرقة بعضها إلى بعض (2) فإن كل ذلك ترتيب شرعي لا بد من إتمام أحدهما والخروج إلى الآخر. ومنها: ما كان مرتباً ترتيباً عقلياً، كعدد الغسلات في طهارة حديثة أو خبيثة، وعدد الركعات والأشواط في الطواف والسعي، ونحو ذلك مما لا يمكن اجتماع اثنين منه في آن واحد في المكلف، ولا يمكن التقديم والتأخير، إذ كل ما قدمت فهو الأول، وما أخرت فهو الثاني .

(1) في (ن، م): ترتيبا. (2) كذا في النسخ، ولعلها في الأصل: مترتبة بعضها على بعض .

[155]

ومنها: ما يكون ترتيبا عاديا، كما إذا جرت عادة المكلف - مثلا - أولا بالصلاة، ثم بعده إلى التعقيب بكذا، ثم بكذا - وإن لم يرد كذلك من الشرع - ثم إلى تلاوة قرآن، ثم إلى زيارة، ثم إلى مباحة، ثم إلى الأكل، ثم إلى النوم، ثم إلى كتابة، ثم إلى مصير إلى السوق، ثم إلى تخلي (1) ثم إلى استبراء، ثم إلى استنجاء. وهكذا من العادات للمكلفين من دون ترتب شرعي ولا عقلي. وهذا يختلف بحسب اختلاف زمان ومكان وشخص. ومنها: ما يكون ترتيبا اتفاقيا من دون عادة، كما إذا اتفق أنه - مثلا - بعد الأتيان بالوضوء قام يمشي، أو بعد الغسل استلقى، أو بعد ما فرغ من ذبح الشاة - مثلا - قام يأكل، ونحو ذلك من الأفعال التي تعرض بحسب الحاجة أو التشهي. ثم قد يكون ما دخل فيه فعلا تاما له اسم خاص، وقد يكون جزءا أو مقدمة. الثالثة: أن الشك بعد التجاوز قد يكون ابتدائيا، بمعنى: أنه لم يكن في أن الفعل شاكاً، وبعد ذلك عرض له الشك، وبحكمه ما لو شك بعد ذلك ولم يعلم أن شكه كان في وقت الفعل أو لا، إذ الأصل تأخر الشك. وقد يكون شكاً مستمرا من الأثناء إلى ما بعد الفراغ والتجاوز. وقد يكون شكاً ابتدائياً، لكنه عرض له الشك في الأثناء أيضاً فزال، ثم بعد الفراغ عاد . وهذا قد يكون من سنخ الشك الأول، كما لو شك في أثناء الصلاة أنه تشهد أم لا فزال شكه وبنى على الفعل، ثم بعد التجاوز عن المحل أيضاً شك في أنه تشهد أم لا. وقد يكون غير مماثل، كما إذا شك في الأثناء في التشهد وبعد الفراغ شك في السجدة. والمماثل أيضاً أقسام :

(1) كذا، والصواب: تخل، أو التخلي .

[156]

تارة يكون عود الشك بسبب زوال ما أزال الشك وظهور وهنه، مثلا بعد الشك في الركعة وجد أمانة دالة على أنها ثلاث - من خاتم أو حصى ونحو ذلك - ثم بعد الفراغ تبين أن الأمانة ليست أمانة وإنما تخيلها كذلك، فعاد الشك، وكان هذا عين الشك الأول. وتارة لا يكون بزوال مزيل الشك، بل يحدث الشك بسبب آخر غير ما أحدث الشك في الأثناء. وتارة يعود الشك من دون علم من المكلف بأن السبب شيء آخر، أو زوال ما أزال الشك في الأثناء. ثم الشك اللاحق الابتدائي قد يكون سببه أيضاً عارضا ابتداء، وقد يكون مسببا من سبب سابق على العمل، أو أثناءي بحيث يدري أنه لو اطلع على هذا السبب في ذلك الوقت لكان شك، لكنه لم يطلع عليه ومضى على يقين، مثل: أنه رأى بعد الوضوء في يده شيئا يشك في أن الماء وصل إلى ما تحته أم لا، لكنه في أثناء الوضوء كان بانيا على أنه يصل وتيقن الوصول من دون التفات إلى ما هو سبب الشك بعد الفراغ، فإذا فرغ التفات إلى شيء لو كان قد التفات إليه في أثناء الوضوء أيضا لشك في الوصول والعدم. والمتحصل من ذلك أقسام: الشك الابتدائي بعد الفراغ أو التجاوز، من سبب حادث. والشك الابتدائي، من سبب سابق. والشك المستمر من الأثناء إلى الفراغ. والشك العائد بعد الفراغ بعد زواله في الأثناء، غير مجانس. والشك العائد مجانسا بسبب زوال المزيل (1) .

(1) هذا القسم لم يرد في (ن) .

[157]

والشك المجانس (1) العائد بسبب آخر. والشك المجانس العائد الذي لا يعلم وجهه. وهذه الشكوك: يعقل بعضها في أصل العمل، وقد يكون في جزئه، وقد يكون في شرطه، وقد يكون في مانعه. وكل ذلك قد يكون بعد الفراغ قبل الشروع في آخر، وقد يكون بعد الشروع في شئ مترتب عقلا وقد يكون في شئ مترتب شرعا، وقد يكون في شئ مترتب عادة، وقد يكون جزءا أو مقدمة. ومجموع الصور ترتقي إلى أربعمائة وزيادة. الرابعة: أن الأصل في هذه القاعدة أمور: أحدها: ما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل شك في الأذان وقد دخل في الأقامة، قال: يمضي [قلت: رجل شك في الأذان والأقامة وقد كبر، قال: يمضي] (2)، قلت: رجل شك في التكبير وقد قرأ، قال: يمضي، قلت: شك في القراءة وقد ركع، قال: يمضي، قلت: شك في الركوع وقد سجد، قال: يمضي على صلاته، ثم قال: يا زرارة إذا خرجت من شئ ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشئ (3). وثانيها: ما رواه الشيخ، عن إسماعيل بن جابر - في الحسن بن محمد بن عيسى الأشعري - قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إن شك في الركوع بعد ما سجد فليمض، وإن شك في السجود بعد ما قام فليمض، كل شئ شك فيه مما قد جاوزه ودخل في غيره فليمض عليه (4). وثالثها: ما رواه الشيخ رحمه الله في الصحيح عن ابن بكير - الثقة الذي أجمعت

(1) المجانس: ليس في (ن). (2) أنبتاه من المصدر. (3) التهذيب 2: 352 / 1459 (4). التهذيب 2: 153 / 602.

[158]

العصاة على تصحيح ما يصح عنه - عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: كلما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو (1). ورابعها: ما رواه الكليني بسند صحيح على الأصح - حسن إبراهيم بن هاشم في المشهور - ورواه الشيخ عنه بإسنادين، عن زرارة وأبي بصير - في الصحيح - قالوا: قلنا له: الرجل يشك كثيرا في صلاته حتى لا يدري كم صلى ولا ما بقي عليه؟ قال: يعيد، قلنا: فإنه يكثر عليه ذلك كلما أعاده (2) شك؟ قال: يمضي في شكه، ثم قال: لا تعودوا الخبيث من أنفسكم نقض الصلاة فتطمعوه، فإن الشيطان خبيث معتاد لما عود، فليمض أحدكم في الوهم ولا يكثر نقض الصلاة، فإنه إذا فعل ذلك مرات لم يعد إليه الشك، قال زرارة: ثم قال: إنما يريد الخبيث أن يطاع، فإذا عصي لم يعد إلى أحدكم (3). وخامسها: التعليل في بعض الروايات الناهية عن الاعتناء بالشك بأنه [حين الفعل] (4) في تلك الحالة أذكر (5). وسادسها: دلالة ظاهر حال المسلم، فإن العبد إذا أراد أن يعمل عملا لا يترك شيئا في محله. ودعوى: أنه لعله يسهو عن ذلك وإنما لا يتركه عمدا، مدفوعة بأن الظاهر والأصل يقضيان بعدم السهو، ومع عدمه فالظاهر عدم الترك. والظاهر وإن كان لا يعارض الأصل - كما قرر في محله - لكنه بعد الاعتراض بالنصوص وتعليل الروايات - كما عرفت - يقوم حجة، لأنه كشف عن اتباع هذا الظاهر الخاص، فيكون مما دل الدليل على اعتباره حجة شرعية، فيقدم على الأصل، لا من الظواهر الخالية عن الدليل المبحوث عنه في مسألة تقدم الظاهر على الأصل .

(1) التهذيب 2: 344 / 1426. (2) في التهذيب: أعاد، وفي الكافي: عاد. (3) (الكافي 3: 358 / 2، التهذيب 2: 188 / 747. (5) لم يرد في (م). (5) الوسائل 3311: الباب 42 من أبواب الوضوء، ح 7.

[159]

وسابعها: الاستقراء في أحوال العامل، فإننا نرى غالبا أنه إذا أراد إيجاد شئ مترتب بعضه على بعض يوجده (1) على حسب ما هو عليه غالبا، والخلل والترك في جنب ذلك نادر جدا، فإذا شك في الترك والعدم فيرجع إلى الشك في كون هذا العمل من الأفراد الغالبة أو النادرة، ولا ريب أن الألتحاق بالغالب أولى. وثامنها: أصالة الصحة

في فعل المسلم المدلول عليه بالأجماع والنصوص - كما يقرر في محله - وهو عام لفعل نفس الإنسان وغيره. ودعوى اختصاصه بالغير ممنوعة. قيل: هذا لا يستلزم عدم الالتفات، إذ غايته البناء على الصحة، وقد يكون مع الترك أيضا صحيحا غير موجب لشئ، أو موجبا لقضاء أو سجدة سهو أو كفارة ونحو ذلك. قلنا: نتمسك بالأصل في صورة ما إذا كان الشك في شئ لو لم يبين فيه على الصحة لبطل، كالشك في ترك ركن أو في إحداث مانع أو بقاءه ونحو ذلك، ونتممه في بقية الصور بالأجماع المركب أو بعدم القول بالفصل، فتأمل فيما أسلفناه سابقا من عدم حجته (2) بضميمة الأصل. والجواب: أن ذلك الأصل: الاعتباري العملي العقلي، وأما الأصل الشرعي بمعنى القاعدة المنصوصة فلا بأس بحجته، وليس مقام بيانه. إذا عرفت هذه المقدمات، فنقول: لا ريب في شمول هذه الأدلة للشك الابتدائي من دون سبب سابق في أجزاء العمل بعد الفراغ من جزء ودخول في جزء آخر مرتب شرعا مستقل في الاسم، بمعنى الشك في إتيانه وعدمه، لأنه المتبادر من (التجاوز) و (المضي) و (الدخول في الغير) سيما بقرينة مورد الروايات في أجزاء الصلاة، كما عرفت .

(1) في (ن، ف) مترتبة بعضها على بعض يوجد. (2) لم ندر بماذا يرجع الضمير؟ ولعل مراده مما أسلفه، ما أفاده في مدخل العنوان، فراجع .

[160]

ونظيره الشك في أعضاء الغسل وأفعال الحج المعدود (1) كل منها فعلا في باب الحج - كالذبح والرمي والطواف والسعي - وغير ذلك من المعاملات بدلالة الوجوه الثلاثة الأخيرة، وبعموم (الشئ) في الروايات، وبعموم التعليل بعدم تعويد الخبيث، وبعموم كونه في تلك الحالة أذكر. ودعوى: انصراف عموم (الشئ) في الرواية (2) إلى خصوص أجزاء الصلاة دون غيرها من العبادات وغيرها بقرينة سابقة، مدفوعة بما قرر في الأصول من أن المورد لا يخصص. ودعوى: أن هذا ليس من باب التخصيص بالمورد، بل المتبادر من هذه العبارة بعد ذلك الرجوع إلى نحو مضي (3) فيكون من باب العموم العرفي، مدفوعة - أيضا - بأن ذلك غير جار في موثقة ابن بكير (4) المسوقة للقاعدة، وفي سابقها أيضا بقرينة الموثقة، وبإشارة نفس الروايات إلى علة الحكم وهي: التجاوز والدخول في الغير، لا أنه لخصوص الصلاة. كما أن احتمال اقتصار التعليل بتعويد الخبيث أو بزيادة الذكر إلى موردهما من كثير الشك ونحو ذلك، مدفوع بأن الرواية ظاهرة في العبرة بالظاهر، مشيرة إلى القاعدة التي يحكم بها الاعتبار والطريقة، والاقتصار على المحل خلاف ظاهرها، فيحتاج إلى دليل. وأما الفرض السابق (5) مع كون ذلك الغير المدخول فيه غير مستقل بالاسم، كالشك في القراءة حين الهوي، وفي الركوع حين الهوي إلى السجود، وفي التشهد

(1) في غير (م): المعدة. (2) رواية إسماعيل بن جابر المتقدمة في ص: 156. (3) كذا في النسخ، والعبارة غير واضحة المراد. (4) تقدمت في ص: 156. (5) يعني الشك الابتدائي من دون سبب سابق في أجزاء العمل بعد الفراغ من جزء ودخول في جزء آخر مرتب شرعا .

[161]

أو السجدة حين النهوض إلى القيام - وقس على ذلك جميع ما مثلنا لك من عبادة أو معاملة، فإن التكرار غير محتاج إليه بعد ما مر - فظاهر الوجوه الثلاثة الأخيرة كونه كذلك، وكذلك ظاهر التعليلين، والذي يقوى شمول ظاهر الموثقة أيضا له، لأنه يصدق (المضي) بالنظر إلى المشكوك وإن لم يكن ذلك الفعل المدخول فيه مسمى باسم مستقل في تلك العبادة أو المعاملة. ودعوى: أن الموثقة على سياق ما تقدمها من الروايتين، وليس المراد بالمضي مطلقه، بل بعد الدخول إلى عمل لأنه المتبادر، مدفوعة: أولا: بأن (المضي) عبارة عن الفراغ عن ذلك الشئ المشكوك، وليس في معناه (الدخول إلى عمل مستقل في الاسم) وكون المتبادر منه ذلك ممنوع. وثانيا: بمنع كون ما قبله قرينة عليه، إذ الذي يمكن أن يقال هنا: إنها (1) لا

يشملان ذلك، والظاهر وحدة السياق، أو أن مفهومهما يدل على أن ما لم يدخل في شيء غيره فالشك شيء، وهما يعارضان منطوق الموثقة. قلنا في دفعه: إن الموثقة بعد تسليم دلالاته (2) على الأعم لا يعارضها المفهومان، بل تقدم عليهما. وقد وقع نظير ذلك في مواضع، وسيأتي توضيحه. وثالثا نقول: إن الحق أن الروايتين السابقتين - أيضا - تشملان المقام، إذ ليس فيهما سوى ذكر الدخول في الغير، ولا ريب أن (الغير) من الأسماء المتوعدة في الأيهام يشمل كل شيء، سيما بقرينة عموم (الشيء) إذ الظاهر أن المراد بالغير: غير الشيء المشكوك فيه، وكل ما صدق فيه اسم (الشيء) يصدق على ما عداه أنه غيره، سواء كان من أفعال ذلك العمل، أو من مقدمات أفعاله، أو من أجزاء أفعاله. ودعوى: أن ظاهرهما في أفعال الصلاة - ولا ريب أن زرارة عد الأذان

(1) يعني صحيحة زرارة ورواية إسماعيل بن جابر المتقدمين في ص 156. (2) كذا، والمناسب: دلالتها .

[162]

والأقامة والتكبير والقراءة والركوع والسجود ولم يعد بين ذلك أجزاء الأقامة وأجزاء القراءة والهوي ونحو ذلك، وكذلك الخبر الآخر، وهذا يكشف عن كون المراد: الدخول في الجزء المستقل - مدفوعة بأن أجزاء الأذان بالنسبة إلى نفسها والأقامة كذلك بمنزلة أجزاء الصلاة، فلو شك في الشهادتين بعد الدخول في الهيئات فقد دخل في غيره، وهو جزء مستقل، مع أنه لم يعده زرارة. وثانيا: أن عد زرارة ليس من جهة الحصر، بل ذكر الغالب الوقوع دون النادر. وثالثا: أن عموم الخبر لا يخصه مورده. ورابعا: أن الخبرين أشارا إلى العلة، وهو التجاوز ولا ريب في صدقه بذلك أيضا، فإن من نهض إلى القيام يصدق أنه تجاوز عن التشهد أو عن السجود، وقس على ذلك غيره في كل باب. قيل: ظاهر قوله: (ثم دخلت في غيره) يدل على التراخي، ولا ينطبق إلا على عدم مدخلية المقدمات المتوسطة بين الأفعال في هذا الحكم، وإلا لكان الخروج عن شيء دخولا في آخر، ولا يحتاج إلى عطف. قلت: يرد الموثقة (1) وعطف الحسن (2) بالواو المفيد للجمع بلا تراخ، بل بلا تعقيب من اللفظ. وثالثا: أن هذا اعتبار لغوي لا يستفاد من العرف في هذا المقام، مع أنه دقة حكمية، مع أنه لو كان كذلك لما شمل ما لا مقدمة بينهما كالشك في التكبير بعد الشروع في القراءة، مع أنه داخل في أصل الرواية، ولكان ينبغي إرادة التعدي إلى الفعل الثالث تحقيقا لمعنى الفصل والتراخي. قيل: دلت صحيحة عبد الرحمان (3) على العود إلى السجود لو شك في ذلك

(2) أي موثقة ابن بكير المتقدمة في ص: 156. (2) يعني خبر إسماعيل بن جابر - الحسن بن محمد بن عيسى الأشعري - المتقدم في ص 156. (3) الوسائل 4: 972، الباب 15 من أبواب السجود، ح 6 .

[163]

ولما يستكمل القيام، وهذا ينافي ما ذكرت من كفاية مطلق التجاوز. قلت: قد دل غيرها أيضا في مقامات آخر على العكس، فتتبع أحكام الخلل. وثانيا: العام يخص. وثالثا: لم يعمل بها فيما وجدته سوى الشهيد (1)، فلنا أن نمنعها ونركن إلى القاعدة، أو نحملها إلى كونه قاعدة في مكانه. والحاصل: أن منع شمول هذه الأدلة إلى الدخول في فعل آخر لا يعد من أجزاء العبادة مستقلا مكابرة. ونزاع جمع من المتأخرين في فروع ذلك في غير محله، ولا نمنع خروج بعضها بدليل. قيل: مفهوم الرواية - أنه شك في القراءة وقد ركع، ونحوه - أن ذلك قبل الدخول في الجزء الآخر ليس كذلك. قلت أولا: أنه لا مفهوم له، وإنما هو سؤال عن فرض خاص، وبيان لمورد خاص. وثانيا: أنه في كلام السائل، ولا يعتبر مفهوم كلامه في قبال عموم الجواب. وأما الفرض السابق (2) مع كون الجزء مرتبا عقلا أو عادة، أو كون الشك استمراريا أو عائدا بأقسامه (3) فغير متصور، إذ الفرض في إثباته وعدمه وكونه جزءا، ولا يكون جزء شيء إلا بالشرع في محل البحث. وكذا الشك بعد الفراغ وعدم الدخول في آخر، إذ لا

يعقل معه الشك في الأتيان وعدمه. وأما الشك في شرط من شرائط العمل، بمعنى أنه حصل شرطه أم لا، أو في بقاء مانع حالته أم لا، سواء كان العمل مستقلا أو شرطا لآخر أو جزءا له: فإن كان بعد الدخول في جزء أو شرط أو عمل آخر مرتب شرعا مع كونه

(1)البیان: 149، الروضة 1: 698. (2) يعني الشك الابتدائي.... راجع ص: 159، الهامش (5). (3) راجع ص: 154 (المقدمة الثالثة).

[164]

ابتدائيا - كالشك مثلا في ذكر السجود أو وضع الأعضاء على الأرض أو وجود حائل في الجبهة حالته بعد الدخول في التشهد، أو في شرط أو مانع في صلاة الظهر بعد شروعه في العصر، أو شرط أو مانع في الطواف بعد شروعه في صلاته أو في السعي، أو في شرط أو مانع في إيقاع أو عقد بعد ترتيب آثاره الشرعية عليه من قبض أو رهن أو ضمان، أو نحو ذلك - فالأقوى الدخول في الوجوه الخمسة الأخيرة، وكذا في الروايات الثلاثة (1)، إذ الشك في شيء أعم من الشك في الأتيان والعدم، أو الشك في شيء من شرائطه وموانعه الموجبة للشك في صحته وفساده. واحتمال الانصراف إلى الفرض الأول ممنوع أشد المنع، بل هو مكابرة صرفة. وإن كان بعد الدخول في مقدمة جزء أو شرط أو عمل آخر مترتب شرعا فالكلام هنا الكلام فيما سبق في الأجزاء، والمختار المختار. وإن كان الترتب عقليا، كالشك في جزء أو شرط من الركعة الأولى أو الشوط الأول أو نحو ذلك بعد الدخول في الآخر أو في مقدماته كالنهوض في الصلاة والاستلام في الطواف ونحو ذلك - وكذا في وجود مانع - فيحتمل القول بالدخول تحت الأدلة، لعموم التعليين (2) (والوجوه الأخيرة، وعموم لفظ (الشيء) و (الغير) ولأنه داخل في (ما مضى) وصدق عليه (التجاوز) وهو الأقوى. ويحتمل القول بعدم الدخول اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، وهو المرتب الشرعي. وضعفه واضح، بل كل عقلي مرتب في نظر الشرع أيضا. وإن كان الترتب عاديا، كالشك في شرط أو مانع من الصلاة في أن التعقيب، أو في شرط التعقيب الأول في حال الدخول في الثاني، سواء كان بعد الدخول في العمل أو في مقدماته التي جرت عادته بإتيانها بعد العمل الأول، وفس على ذلك غيره من المباحث .

(1)راجع ص: 156. (2) أي التعليل بتعويد الخبيث، والتعليل بالاذكورية، راجع ص. 156 :

[165]

والأشكال هنا في الدخول أشد من الأول. والذي يقوى - أيضا - الدخول تحت الدليل، والوجه ما مر. وإن كان الترتب اتفاقيا، كالشرط والجزء للطواف أو للسعي، أو للذبح في الهدي أو في غيره، أو في الصلاة، أو في الأحرام، أو في أداء ماليات، أو غير ذلك من الأعمال بعد دخوله في شغل آخر اتفق في ذلك الوقت، كالأكل أو الكتابة أو نحو ذلك. وهذا في الأشكال أزيد من الأول. والذي أراه عموم الأدلة. والتفكيك بهذه الاعتبارات ناش عن وسواس في النظر - أعاذنا الله منه - بتخيل أن هذا احتياط في الدين، مع أن الحكم كلا طرفيه محتاج إلى دليل معتمد وحصول الاطمئنان في ذلك، فتبصر. ولو كان الشك ناشئا عن سبب سابق لم يتنبه عليه - كمن وجد حاجبا في يده بعد الغسل أو الوضوء، أو دما في ثوبه بعد الصلاة يشك في كونه قدر العفو، أو رطوبة خارجة منه قبل الصلاة لو التفت إليها سابقا لشك في صحة العبادة، سواء دخل في عمل مستقل أو مقدماته، مرتب شرعا أو عقلا أو عادة أو اتفاقا، فإن ذلك كله لا يتفاوت على ما أسلفناه - فهنا وجهان: أحدهما: القول بعدم الالتفات نظرا إلى أن هذا شك بعد الفراغ، إذ فعلية الشك حدث بعده، ولا عبرة بأنه كان سابقا بالقوة وأنه لو التفت لشك، إذ المدار في النصوص صدق فعلية الشك، والفرض طريانه بعد ذلك. وثانيهما: القول بأنه شك قبل العمل أو في الأثناء، فيجب البناء على أصالة عدم حصول العمل في الخارج عبادة كما مثل. وكذا لو كان عقدا أو إيقاعا أو ذبحا أو صيدا أو

غير ذلك، فإن الشك الحاصل بعد العمل مع كونه من سبب سابق معناه: الشك المتقدم، وكأنه من أول الأمر غير متيقن حصول (1) العمل في الخارج مع

(1) في هامش (م): لحصول، خ ل .

[166]

الشك في فقد شرط أو وجود مانع، ولأن المتبادر من الروايات الشك الابتدائي الذي تأخر سببه أيضا، بقربة التعليل بتعويد الخبيث الذي يوسوس في الإنسان، وظهور غيره أيضا بكون الوقوع من (1) يقين وطريان الشك بعد المضي، وظاهره عدم تقدم السبب. والمسألة في غاية الأشكال! والذي يترجح في النظر القاصر عموم الأدلة، لأن هذا أيضا من تعويد الشيطان، ولأنه داخل في الشك بعد التجاوز، إذ الظاهر منه حدوث الشك لا عروض سببه، فيشمل ما لو كان السبب سابقا أخذًا بظاهر النص المعتبر. ولم أقف في هذا الفرض على كلام من المصنفين، ولا من المشايخ المقارئين لعصرنا. ولو كان الشك مستديما من أن الفعل - كمن ذبح أو طاف أو سعى أو صلى أو عقد أو قرأ أو ركع أو غسل جانبه أو عضوه في الطهارة، أو فعل غير ذلك مما هو سبب أو شرط لأمر دنيوي أو اخروي شاكا في أثائه في تمامية أجزائه وشرائطه وفي زوال موانعه، واستمر مع ذلك إلى أن فرغ أو دخل في غيره المستقل أو المقدمي شرعا أو عقلا أو عادة أو اتفاقا - فالظاهر عدم دخول هذا القسم في أدلة الشك بعد الفراغ، لوجهين: أحدهما: أن المتبادر من النصوص الشك الحادث لا المستمر، لأن الظاهر من الموثقة (2) كون الشك بعد المضي، ومن الحسن (3) كونه بعد التجاوز، وفي الصحيح (4) كذلك. وثانيهما: أن مع عروض الشك في الأثناء يتعلق به الحكم ببطلان أو نحوه من أحكام، ولا يزول هذا الحكم إلا بدليل، لقضية الاستصحاب. لا يقال: إن قلنا بعدم بقاء الأكوان فهذا الشك شك حادث بعد الفراغ لا قبله، لأن ذلك قد انعدم .

(1) في (ن: عن). (4، 3، 4) راجع ص: 157 .

[167]

لأننا نقول: المسألة العرفية لا تدور مدار الدقائق الحكمية، ولا ريب في عدم عد هذا شكا حادثا بعده. قيل: إطلاق الصحيح: (يا زارة إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء) (1) يشمل ما لو بقي ذلك الشك من الأول، أو عرض بعد الدخول والخروج. قلت: أما أولا: فلا إطلاق فيه بعد ملاحظة مورده وسياقه، ولا يحتاج هذا إلى دليل. وثانيا: أن مفهومه دل على أن الشك قبل الخروج شيء يترتب عليه حكم، وتسمية هذا الشك شكا بعد (2) الخروج ليس بأولى من تسميته شكا قبل الدخول والخروج، غايته تعارض الأمرين، فيرجع إلى الأصل الأولي. فإن قلت: لا تعارض هنا، فإننا نقول: قبل الخروج شك له حكم، وبعده ينقلب لإطلاق الدليل. قلنا: هذا تهافت في القول، إذ لا معنى بعد ذلك لترتب الحكم عليه، إذ لا بد من انقلابه، مع أن هذا مخالف للأجماع، بل الضرورة. ولو كان الشك عائدا بعد الزوال بواسطة زوال مزيله وظهور خطئه في عده أمارة بعد الفراغ والدخول في الغير - بأقسامه السابقة التي قربنا عدم الفرق بينها من هذه الجهة - فهنا وجهان: أحدهما: إدراج هذا تحت الشك الأثنائي، فلا يدخل تحت القاعدة، لأن الرجل - مثلا - إذا شك في أثناء وضوءه أو غسله في وجود حاجب في وجهه أو في أثناء طوافه في كون ثوبه ساترا للعودة - مثلا - أم لا، وزال شكه بتخيل أنه رفع الحاجب بالمسح بيده، وأن الثوب ساتر لوجود آخر تحته، فلما فرغ أو دخل في غيره شك أيضا في الحجب والستر من جهة تيقن عدم المسح باليد أو عدم

[168]

كونه مزيلا أو شك في شئ منهما، أو تيقن عدم وجود سائر آخر تحته أو شك مع ذلك في تحقق الستر لكونهما رقيقين، ونحو ذلك في الشرائط والموانع في عبادة أو معاملة، فهو في الحقيقة عود لذلك الشك الواقع قبل العمل أو في أثائه، وليس هذا شكاً جديداً حتى يدخل تحت دليل الشك بعد الفراغ. وثانيهما: أن يقال: إن الشك الواقع قبل العمل أو في أثائه قد زال قطعاً، لعدم اجتماع المتناقضين، وما حدث بعد ذلك شك آخر لتحقيق العلم بينهما، ومجرد كون السبب ما أوجب الشك في الأثناء وإنما عرض هناك مانع عن بقاء الشك وارتفع المانع المتخيل هنا لا يوجب دخوله تحت الشك المستمر اللاحق له الأحكام، كما مر. والمسألة أشكل مما مر من تقدم السبب وتأخر الشك، لأن ذلك منحصر في الفعلية بعد الفراغ، بخلاف المقام، فإن الشك حصل بالفعل في الأثناء أيضاً كما حصل بعد الفراغ ولم يستمر متصلاً حتى نقول بوحدته. والذي يقوى في النظر دخوله في دليل الشك بعد الفراغ. وكون سببه ذلك السبب وغاية الفرق وجود المانع وعدمه فإذا عاد كما كان بعينه، ممنوع الدلالة على الاتحاد، وهو في الحقيقة متعدد. ودعوى: أن إطلاق النص لا يشمل مثل ذلك مدفوعة بالشمول، بل نقول: إن إطلاق الصحيح كاد أن يشمل الشك المستمر - كما ذكرناه - لولا الأجماع والتعارض بينه وبين الأدلة الآخر، لكن المسألة عظيمة الأشكال. ولو كان الشك عائداً غير مجانس فلا كلام في دخوله تحت القاعدة. وكذا لو عاد مجانساً بسبب آخر، فإن هذا ليس في الأشكال مثل ما عاد بزوال المزيل، لأن تعدد السبب والزمان يوجب تعددهما وإن اتحد المتعلق. وإن أمكن أن يقال: هذا شك - مثلاً - في الحجب أو في تحقق الستر في الأثناء وبعد الفراغ، غايته أن السبب كان شيئاً فزال، ثم التفت إلى سبب آخر فعاد،

[169]

لكن إشكاله ضعيف، ودخوله تحت القاعدة قوي. وكذا لو عاد ولم (1) يعلم أنه لعود السبب أو لطريان سبب آخر، فإنما متى ما أدرجنا الأقسام تحت القاعدة فالمشكوك لا يخلو منها. نعم، لو قلنا: بأن العائد بسبب زوال المزيل غير داخل تحت القاعدة يجئ البحث هنا في الدخول والعدم من جهة تردده بين فردين متخالفين. والتحقيق: دخول المشكوك تحت القاعدة، للعموم، خرج منه ما علم كونه بسبب زوال المزيل الموجب للعلم باتحادهما المدخل له تحت الشك المستمر، وبقي المشكوك فيه. ولو كان الشك في الجزء أو المانع أو الشرط ابتدائياً أو عائداً بأقسامه - دون المستمر لما بينا خروجه - في عبادة أو معاملة أو إيقاع أو ذبح أو صيد ونحوها (2) بعد الفراغ من دون دخول في شئ آخر مطلقاً، ففيه وجهان: أحدهما: منع دخوله تحت القاعدة لوجه: أحدها: تقييد سؤال الصحيح والحسن (3) بالدخول في الغير. وثانيها: تقييد الصحيح والحسن في الحكم والجواب بكون الشك بعد التجاوز أو الخروج والدخول في الغير، فلا يشمل غير الفرضين. وثالثها: دلالة مفهومها (4) بأنه لو لم يكن تجاوز ودخول فالشك شئ، يعني يترتب عليه الأحكام. وثانيهما: إدخاله تحت القاعدة، لدلالة الظاهر والاستقراء وأصالة الصحة وتعليل الخبرين وظاهر الموثقة - العامة المؤسسة للقاعدة - عليه، إذ فيها: (كلمة)

(1) في (ن): ولا. (2) في (ف، م): نحوه. (3) يعني صحيح زرارة وخبر إسماعيل بن جابر - الحسن بن محمد بن عيسى الأشعري - المتقدمين في ص: 156. (4) في (م): مفهومهما. والصواب ما أثبتناه وإن كان خلاف ظاهر العبارة، لأن المفهوم المذكور مختص بصحبة زرارة .

[170]

شككت فيه مما قد مضى فامضه (1) ولا ريب أن العمل بعد الفراغ منه وإن لم يدخل في شئ آخر فقد مضى. ودعوى: أنه لا يصدق (المضى) إلا بالدخول بشئ (2) (آخر، لا يساعده العرف وينكره الوجدان. قيل: غايته أنه مطلق يتقيد بما في الخبرين من القيد، لأن السيد إذا قال لعبده: (إذا رأيت رجلا فسلم عليه، وإذا رأيت رجلا عالما فسلم عليه) يفهم منه التقيد وأن الحكم في الرجل العالم. قلت: ما سمعته من حمل المطلق على المقيد في الأصول لفهم العرف إنما هو بعد العلم باتحاد التكليف، فإن العرف يفهم التقيد، لا حمل الخصوصية على الفضيلة ونحوه. وأما لو كان هناك خطابان قابلان لكونهما مكلفا بهما فلا وجه للتقيد. ويأتي - إن شاء الله - تحقيقه في باب عدم التداخل في الأسباب، فلعل الشارع يكتفي في سقوط حكم الشك بالمضى مطلقا ومع الدخول في غيره، وفهم التقيد في هذا المقام لا مأخذ له. قيل: إطلاق (ما مضى) وارد مورد الغالب من الدخول في شئ آخر، فلا يدل على ما إذا لم يدخل. قلت: إن اكتفيت في (شئ آخر) بمجرد السكون والسكوت والحالة الخارجة عن العمل مطلقا، فنعم الوفاق! وهو الذي نريده من (ما مضى) وغرضنا من عدم الدخول في شئ آخر عدم الدخول في فعل وجودي غير ذلك يعد مستقلا في النظر بالنسبة إلى ما مضى عرفا. وإن أردت من (الغير) المعنى الثاني، فلا نسلم أن الغالب ذلك، فإن الغالب بعد الخروج من العمل عدم الدخول في ما يقابلها عرفا، ولنوضح في مثال، مثلا: إذا فرغ من صلاة أو طواف أو سعي أو ذبح أو صيد أو وضوء أو غسل أو تيمم * (هامش) (1) راجع ص: 158. (2) في نسخة بدل (م): في شئ .

[171]

فليس الغالب بعد ذلك الشروع في أكل أو شرب أو جماع أو كتابة أو قراءة أو زيارة، أو نحو ذلك مما يعد أفعالا آخر. نعم، يكون بعد ذلك قعود وقيام وسكوت، ونحو ذلك من الأمور المستمرة من حال العمل إلى ما بعده، أو الحادثة بعده بطرياقه موضع العمل السابق بعد ارتفاعه قهرا. ولو سلم الغلبة في الجملة فليس مما يوجب تشكيكا في الإطلاق أو وهنا فيه. قيل: يعارض إطلاقه مفهوم الصحيح والحسن الحاكم بأنه لو لم يدخل في غيره فالشك شئ. قلت أولا: لا مفهوم لذلك كما أشرنا، ولو سلم له مفهوم فيطرح (1) في قبال المنطوق، كما في مسألة تحديد الكر والمسافة للقصر وتحريم الرضاع ونحوه مما فيه تحديد بنوعين يحصل بينهما تفاوت، فإنه يعمل بالمناطيق ويخصص مفهوم كل بمنطوق الآخر، وهنا أيضا كذلك، فإن مفهوم الصحيح له فردان: أحدهما: ما لم يمض ولم يدخل في شئ آخر، والآخر ما مضى ولكن لم يدخل، خرج الثاني بالموثقة وبقي الأول تحت المفهوم. وهذا الكلام كما يتم في الشك في الجزء أو الشرط أو المانع للعمل المستقل بعد الفراغ عنه، كذلك يشمل (2) الشك في أجزاء الأجزاء وشرائطها وموانعها. فلو شك في جزء من القراءة أو مانع أو فوات شرط مع الفراغ وإن لم يركع، وكذا في التشهد وإن لم يركع، ونحو ذلك من أجزاء العبادات والمعاملات لو شك في شرطها أو مانعها بعد الفراغ من الجزء وإن لم يدخل في الجزء الآخر (3) لأنه شك فيما مضى. وأما سؤال زارة في الصحيح من هذه الأجزاء بعد الدخول في الغير إنما هو،

(1) في النسخ: فيظهر ح، والصواب ما أثبتناه علما بالتصحيح. (2) في (ن): لم يشمل، وهو سهو. (3) الظاهر سقوط جواب (فلو شك...) مثل: لا يلتفت إليه (*).

[172]

سؤال عن الشك في أصل الأتيان وعدمه، لا في اختلال جزء منه أو شرط. قيل: ظاهر العبارة مطلقة، لأنه قال: (شك في الركوع وقد سجد، وفي القراءة وقد ركع) وهو أعم من كونه في أصل القراءة أو في شرطها، فيتقيد كلاهما بالركوع. قلت: إطلاق الموثق قضى بعدم الالتفات، ودلالة الصحيح لو كان فهو مفهوم. مع أنا نقول: هذا التقيد يدل على أن فرض زارة الشك في أصل الفعل، إذ لما كان الشك في أصل الفعل قبل الشروع في آخر غير معقول، لأنه إذا شك أنه قرأ مع أنه لم يركع لم يكن هذا شكاً بعد المضى والفراغ، إذ الفراغ فرع العلم بأصل القراءة. (1) نعم، بعد

الدخول في آخر يقع الشك في ذلك، وأما الشك في الجزء والشرط والمانع فيتحقق في القراءة، سواء عرض له الشك في أن الفراغ وإن لم يركع أو بعد الركوع، فلا تذهل. وهنا كلام، وهو: أن الصحيح قال: (إذا خرجت من شئ ثم دخلت في شئ آخر) وظاهره العلم بالخروج والدخول، وهذا لا يعقل في الشك في أصل الفعل، فإن من شك بعد الركوع في أنه قرأ أو لم يقرأ فمن أين يعلم أنه خرج من القراءة ودخل في الركوع؟ فانحصر هذا الخبر والحسن، بل الموثق أيضا - إذ ما لم يعرف أصل الأيقاع لم يعرف ما مضى حتى يَمْضِيه - في الشك في الجزء من حيث هو جزء، بمعنى: أنه بعد الخروج من العمل التام أو الجزء أو الشرط - كالصلاة والقراءة والوضوء - يشك في جزء شئ من هذه الأشياء أو شرط من شرائطه أو مانع من موانعه، لا أنه يشك أنه قرأ أو لم يقرأ أو تَوَضَّأ أو لم يتوضَّأ. قلنا: الظاهر من (المضي) و (التجاوز) مضي المحل وتجاوز مقام الشئ الذي ينبغي أن يؤتى به، لا مضي نفسه حقيقة. وعلى هذا جرت كلمة الفقهاء في باب الخلل .

(1) العبارة لا تخلو عن قصور .

[173]

وهذا يدل على وجود ما يفيد هذا المعنى عندهم من هذه النصوص، فإن من دخل في الصلاة وشك أنه تَوَضَّأ أو لم يتوضَّأ أو ذبح شاة وشك أنه سَمِيَ أو لم يسم شك فيما مضى ولو باعتبار ارتباطه بهذا الشئ الذي هو فيه، فيكون بمعنى فوات مقامه. ومثل ذلك من شك في أنه قرأ أو ركع أو سجد أو تشهد أم لا بعد الانتقال إلى جزء، فإنه يعد شكاً فيما مضى عرفاً وإن لم يدرك أن الشئ المشكوك فيه مضى أم لا. مع أن بقية الروايات التي وردت في العود والأتيان مع بقاء المحل كلها عبرت بهذه العبارة: (رجل شك في القراءة ولم يركع؟ قال: يقرأ) مثلاً، و (رجل شك في السجدة قبل أن يقوم؟ قال: يسجد) وظاهر هذه العبائر الشك في أصل الفعل والعدم، لا في تخلف شرط من القراءة أو وجود مانع أو خلل في جزء، إذ لا تعاد السجدة والركوع ونحوه مع العلم بالخلل في ذكر ونحوه، فضلاً عن الشك، فيدل على أن المراد في هذين - الصحيح والحسن - أيضا الشك في أصل الفعل الذي يعتبر فيه الدخول بالغير حتى يصدق (المضي) و (الفراغ) إذ قبله لا يصدق، إذ (المضي) لا يصدق عرفاً إلا بإتيان نفس الشئ حتى يَمْضِي، وهو مشكوك في الفرض، أو بمضي محله، وكلاهما حينئذ منتفیان (1). وأما الشك في شرط الجزء أو جزئه أو مانعه في صلاة أو غيرها من عبادة ومعاملة، فلا يلتفت إليه بعد الفراغ وإن لم يدخل في جزء آخر، لعموم الموثقة وشمول (المضي). نعم، بقي الأشكال في شئ، وهو: الشك في الأتيان بأصل الواجبات وعدمه، لا في خلل في ذلك، بمعنى: الشك في العمل المستقل الذي لا ارتباط له بآخر بجزئية أو شرطية أو نحو ذلك، فإنه لو كان له ارتباط فقد ذكرنا أنه مع التجاوز والمضي الذي يتحقق بالدخول في شئ يترتب عليه لا يلتفت إلى الشك في أصل

(1) في (ن): منفيان .

[174]

الفعل أيضا كالشك في الخلل، وبه يتفرع عدم الالتفات إلى الشك في أصل الوضوء والغسل في أثناء الصلاة أو الطواف ونحو ذلك من الشك في الأتيان بالشرائط في أثناء المشروط المنفصل المتعقب، لا المقارن، لعدم صدق (التجاوز) فيه. وكذا الشك في أصل الأتيان بأحد الأجزاء المترتبة بعد دخول في آخر، لأنه فوات محل. وأما العمل المستقل من حيث هو كذلك، كما لو شك أنه صلى أم لا، أو حج أو كفر أو صام أو أدى الزكاة والخمس أو طلق أو نكح أو نظير ذلك، فنقول: إن هنا صوراً تارة: يكون العمل المشكوك فيه من الموقتات، كاليومية وصوم رمضان. وتارة: يكون من الفوريات،

كالحج وأداء الزكاة وأداء الدين ونحو ذلك. وتارة: من الواجبات الموسعة المطلقة ما دام العمر. وتارة: من المباحات التي متى ما أراد المكلف إيجادها بوجده كالعقد والأيقاع ونحوه. وهذا أيضا قسيمان: قسم يترتب عليه آثار شرعية ويشك بعد تلبسه بالآثار، وقسم قبل تلبسه. أما الموقت: فإن كان الشك في إتيانه مع بقاء وقته فليس داخلا تحت القاعدة، والأصل عدم الأتيان، لأنه غير ماض، لا لغوات محله إذ محله وقته، ولا للأتيان به إذ المفروض عدم العلم به. وإن كان بعد خروج وقته - كمن شك بعد رمضان أني صمت أم لا؟ أو بعد طلوع الشمس أني صليت الصبح أم لا؟ - فلا يلتفت، عملا بعموم الموثقة (1) لأنه داخل في (ما مضى) والوجه واضح. وفي إلحاق الموقتات العادية بالشرعية - كما لو جرت عادته بالاستبراء بعد البول بلا فصل فبعد (2) التجاوز شك - نظر. ولا أستبعد إلحاق، للتعليل، لكنه مشكل .

(1) موثقة ابن بكير المتقدمة في ص: 157. (2) في (ن): وبعد .

[175]

وأما الفوريات: فمع بقاء زمن الفور لا كلام في عدم الدخول. وأما مع الفوات - كمن شك بعد مضي سنين من عام الاستطاعة أنه حج أم لا؟ أو بعد أيام من مطالبة الديان أني أديت ديني أم لا؟ - ففي تنزيل ذلك منزلة الموقت وعدمه وجهان. والأقوى أنه لا ينزل منزلته، ولا يصدق عليه (الفوات) إذ الفورية قابلة للتجدد أنا فأنا، كما قرر في محله. وأما الموسعة المطلقة: فعدم دخوله في القاعدة واضح، كمن شك في أداء صلاة الزلزلة، أو قضاء صلاة فائنة على القول بالمواسعة - كما هو الأقوى - . وأما المباحات من العقود والإيقاعات: فإن كانت متلبسة بآثارها - كما لو كانت الزوجة في حبالته (1) والمأكل في بيته يأكل منه ونحو ذلك وشك في أنه عقد عليها أو اشتراه أو لا؟ بل هي غير معقودة، والمال مال الغير - الحق في ذلك إدخاله تحت القاعدة، لأنه بعد لهذا الأثر الشرعي مما قد مضى، فلو لم يلتفت لكان فعله صحيحا، وإلا فينبغي كونه فاعلا لما هو خلاف الحق في الواقع. والتعليلات والنصوص آتية في ذلك. وأما بدون آثار - كما لو (2) أتى به في معرض البيع أو الزواج ولم يحدث فيه حدثا وشك في العقد وعدمه - فالأصل عدمه، لعدم صدق (المضي) و (الفوات). هذا تمام الكلام في ضبط الأقسام وتنقيح القاعدة حسب ما ساعدنا المجال على الاستعجال، ولم يخرج عن هذه القاعدة سوى باب الوضوء في الأجزاء إذا شك في الأثناء - وفي الشرائط أيضا في وجه - لصحيفة [ابن] أبي يعفور (3) .

(1) في (ف، م): حباله. (2) لو: ليس في (ن، ف). (3) كذا في النسخ، والصواب: لصحيفة زرارة، فإن ما رواه ابن أبي يعفور - في الموثق - موافق للقاعدة على وجه، انظر الوسائل 1: 330، الباب 42 من أبواب الوضوء، ح 1 و 2 .

[177]

(العنوان السادس) (في تبعية الأحكام للأسماء) (والأشارة إلى المراد من بقاء الموضوع) في الاستصحاب)

[178]

عنوان [6] من الضوابط اللازمة المراعاة في أبواب الفقه: أن الأحكام تتبع الأسماء. وذكر الفقهاء في المطهرات: أن الاستحالة من المطهرات. وذكر الأصوليون: أن الاستصحاب يشترط فيه بقاء الموضوع. وقد اختلط هذه المباحث على طائفة من المتأخرين، ونحن وإن لم نكن في صدد ذلك، لكن نذكر كلمات مختصرة هنا مقدمة على ما نريده من الأشارة إليه من الضوابط. فنقول: معنى قولنا: (إن الأحكام تابعة

للأسماء) أن الأدلة الدالة على بيان الأحكام لما كانت لفظية - أو أثلة إلى اللفظ لا محالة - فلا بد من التعبير عن موضوع ذلك الحكم بلفظ من الألفاظ، فإذا عبر عن ذلك بلفظ: فتارة: نعلم أن لخصوص هذا اللفظ مدخلية (1) (في هذا الحكم، لا بمعنى أن غيره لا يثبت فيه هذا الحكم، بل أن هذا الشيء متى ما تغير اسمه المخصوص (2) لم يثبت فيه هذا الحكم. وتارة: نعلم أن هذا الاسم لا خصوصية له في أصل الحكم، وإنما الحكم لأمر

(1) في (ن، ف): خصوصية هذا اللفظ له مدخلية. (2) العبارة في (ن، ف): بل هذا الشيء متى ما تغير اسم هذا .

[179]

كلي وهذا فرد من أفرادها، عبر به: إما لأنه موضع الحاجة، أو لأنه غالب الأفراد، أو لمعلومية بيان حكم غيره، أو نحو ذلك. وتارة: نشك في مدخلية الخصوصية وعدمها. ولنوضح ذلك كله في مثال حتى يتضح الأمر، مثلاً: إذا قال الشارع: (البول نجس والكلب نجس) علمنا أن هذه النجاسة لهذا الاسم، فلو أزيل عن هذين الجسمين هذان الاسمان - ككون البول ماء بالاستهلاك أو كون الكلب ملحا أو ترابا - فلا نجاسة في ذلك. وأما في قوله: (الناصي نجس واليهودي نجس والنصراني نجس والمجوسي (1) نجس) علمنا من خارج أن الكافر نجس وهذه كلها من أفرادها، فلا مدخلية لخصوص اليهودية في ذلك. فلو انقلب اليهودي نصرانياً أو صار كافراً آخر لا اسم له في عناوين الأخبار لقلنا بأنه أيضاً نجس. وكذا لو قال: إن الثوب إذا لاقى نجساً أو القطن إذا لاقاه أو الطين إذا لاقاه كان نجساً (علمنا أن هذه الأسماء لا مدخل لها في ذلك، وإنما الميزان: كونه جسماً لاقى نجاسة، وإن ورد في الروايات بأسماء خاصة على حسب الحاجات. وفي قول الشارع: الماء إذا كان كراً لا ينجس بالملاقاة) نشك في أنه إذا انجمد (2) فصار ثلجاً هل هو كذلك أم لا؟ من جهة أنا لا ندري أن الحكم للفظ (الماء) أو لهذا العين الخاص كيف كان، وكذا في عصير العنب وعصير الزبيب ونحو ذلك. فنقول: ما علمنا فيه عنوان الحكم من خارج عاماً أو خاصاً فهو المتبع، إذ يصير حينئذ الاسم المعلق عليه الحكم ذلك الذي فهمناه - وإن عبر في غير مقام بأخص منه - وبزوال ذلك الاسم يزول الحكم المتعلق به من جهة هذا الاسم وإن لحق من جهة أخرى، فإن الخمر المنقلب خلا يطهر من هذه الحيثية وإن لحقه

(1) في (ن، ف): المجوس. (2) في (ن): تجمد .

[180]

نجاسة مع (1) ملاقة نجس ونحوه. وما شككنا فيه فاللزام اتباع ذلك الاسم الذي عبر به في دليل الحكم. وعلى الأقسام الثلاثة فالحكم صار تابعاً للاسم، لا أسامي الموجودات والأعيان الخارجة مطلقاً، بل الاسم الذي علمنا من خارج أو تعبداً من ظاهر اللفظ أنه موضوع الحكم. إذا عرفت هذا فاعلم: أن ما صرنا إليه من طهارة النجاسات والمتنجسات أيضاً بإحالة النار رماداً أو دخاناً ليس لقاعدة (2) تبعية الحكم للاسم وإن جاء في بعض أفرادها، ولا لعدم حجية الاستصحاب مع زوال الاسم مطلقاً حتى يرجع إلى قاعدة الطهارة وإن كان متجهاً في بعض الفروض، بل إنما هو لأدلة تعبدية قامت على مطهرية النار، فراجع ما حققناه في مطهرات (الحياض المتربة) - شرحنا على المختصر النافع - حتى تقف على تنقيح المقام بمالا مزيد عليه، وهو الظاهر أيضاً من أصحابنا. ولهذا تسرى بعضهم إلى الفحم والخزف والاجر والجص ونحو ذلك، بل تسرى الشيخ رحمه الله إلى خبز العجين النجس. (3) وهذا كله مما دل على مطهرية النار، ولا ربط له بمسألة الاسم والاستصحاب والاستحالة. نعم، مطهرية الاستحالة مأخوذة من هذه القاعدة، ومدارها على تغير الاسم الذي هو عنوان الحكم، سواء علم من قرائن خارجية أو أخذ تعبداً من النص. وقد ورد رواية في الخمر أيضاً (4) مشيراً إلى هذه القاعدة، ومنبهاً على العبرة بالخروج

(1) في (م) تطهر ممن هاه الحثية وإن لحقها نجاه من... (2) في (ن، ف) بقاعدة (3). قال الشيخ في النهاية في باب المياه: (فإن استعمل شئ من هذه المياه النجسة في عجين يعجن به ويخبز لم يكن بيته بأس بياكل ذلك الخبز، لأن النار قد طهرته) لكنه في باب الأطعمة أفين بعدم جواز أكل ذلك الخبز، انظر النهاية 8: (4). 590 الوسائل 17: 297، الباب 31 من أبواب الأشربة المحرمة، ح 5.

[181]

عن اسم الخمر، وتخيل جماعة ترتب فروع مطهريّة النار على الخروج عن الاسم أو قعهم في اضطراب، ولم يتمكنوا من التخلص. والحق معهم، فإنه كيف يصير النجس أو المتنجس رمادا فيطهر؟ مع أنه في الثاني موضوع الحكم (الجسم الملاقي للنجاسة) والرماد جسم كذلك. وإن أريد من ذلك زوال اسم الخشب فما بال الخبز والخزف ونحو ذلك؟ وإن أريد انسلاخ الحقيقة فالضابط فيه أي شئ؟ فإن أريد الآثار والصفات فلم لا يطهر اللبن بصيرورته جبنا ونحو ذلك، والعصير المتنجس بصيرورته دبسا؟ والحل: أن مسألة النار للدليل. نعم، باب الاستحالة على هذه القاعدة، وميزانه انقلاب الاسم الذي هو العنوان في الحكم، وهذا شئ لا يتخلف في مورد حتى يحتاج إلى تعب في ضبطه. وأما الاستصحاب: فنزاع من صرح بعدم العبرة بالاسم فيه تمسكا بأن القطن النجس إذا صار غزلا أو ثوبا أو غير ذلك أو صار العجين خبزا أو الحنطة دقيقا فلا ريب في جريان الاستصحاب، لعموم المقتضي وعدم المانع، ومن صرح باعتبار الاسم فيه، ولذا لا يستصحب (1) نجاسة الكلب بعد الملحية والعذرة بعد الترابية - كالفاضل المعاصر المحقق المدقق الملا أحمد التراقي في عوائده (2) - لفظي (3)، إذ الظاهر من كلام (4) من لم يعتبر الاسم يريد به الأسماء الخاصة التي لا يدور الحكم مدارها - كما نبه عليه ما ذكره من الأمثلة - ومن اعتبر الاسم يريد عنوان الحكم المعلوم من تتبع الأدلة، ولا ينبغي أن يكون مثل ذلك مطرحا بين الفضلاء، إذ بقاء الموضوع في الاستصحاب شرط قطعاً

(1) كذا في (م) وفي سائر النسخ: لا تستصحب. (3) عوائد الأيام: 207. (3) هذا خبر لقوله: فنزاع. (4) من كلام: لم يرد في (ف) ..

[182]

وليس المراد بالموضوع إلا ما هو عنوان الحكم الذي ذكرناه في كون الأحكام تابعة للاسم، فليس الاسم شرطا في الاستصحاب بالمعنى الذي ليس بشرط في قاعدة لحوق الحكم، وشرط فيه بالمعنى الذي يشترط فيه، فيكون اشتراط بقاء الموضوع فرعاً من فروع كون الحكم تابعا للاسم بالمعنى الذي ذكر. والمراد بموضوع الاستصحاب أيضا ذلك الاسم، والعبارة الجامعة للاسم والموضوع ما نقول في أبواب الفقه: (إن الأحكام تتبع عناوينها) وإن شئت توضيح هذا المدعى فارجع إلى باب النكاح والرضاع، ومستثنيت العلامة عن قاعدة الرضاع (1) وما ذكره في حلها من تأخر عنه، فتدبر وتبصر. وحيث انجر بنا الكلام إلى باب الألفاظ، فنذكر - بعون الله - هنا قواعد كلية مشتركة في أبواب الفقه (2) يعم نفعها لأهل هذا الفن وطالبيه. فنقول: الموضوع الذي تعلق به الحكم من الشارع ابتداء أو بواسطة أخذ المكلفين له عنوانا في معاملاتهم، إما أن يكون مشتركا مع غيره في شرط أو جزء، أو لا. وعلى التقديرين: قد يكون هذا محدودا من أصل الشرع مضبوطا، وقد يكون غير محدود. وعلى الثاني: قد يكون ما ينبغي أن يرجع إليه في فهمه من العرف والعادة أو اللغويين غير مختلف في ذلك، وقد يكون فيه اختلاف، فيحتاج هنا إلى تحرير أربع ضوابط. الضابطة الأولى: إذا كان الموضوع الذي تعلق به الحكم في الشريعة - تكليفا أو وضعيا - مشتركا بينه وبين موضوع آخر مغاير له في الحكم، سواء كان هذا الموضوع من الأفعال الصادرة عن المكلفين أو من الأعيان الخارجية، أو ما هو بمنزلة الأعيان

[183]

وبعبارة أخرى: الموضوع الخارجي - فهنا يتخيل صور عديدة: أحدها: أن يكون لهذا المشترك ظاهر ينصرف إطلاقه وخلوه عما يغيره إليه، وهو أحد الفردين. وثانيها: أن لا يكون له لنفسه ظاهر كذلك، بل يحتاج تعيينه إلى معين من خارج. والأول أيضا قسمان: أحدهما: أن يكون ذلك الظاهر قابلا للانصراف بمجرد النية والقصد، بحيث إن أهل العرف مع اطلاعهم على هذا القصد يقولون: إنه كذا، ويطلقون عليه عنوان ما خالف ظاهره حقيقة. وثانيهما: أن يكون انصرافه بضميمة شيء خارجي يلحقه بالقسم الآخر وإن لم يكن هناك قصد ونية. وهذا أيضا قسمان: أحدهما: أن يكون المعين الخارجي بحيث لا تعارضه النية، بمعنى أنه لو كان قصد خلافه أيضا لم يؤثر، بل يصرفه ذلك المميز إلى ما يقتضيه. وثانيهما: أن يكون المعين لا يعارض النية، بمعنى: أنهما لو تعارضا يتبع الصدق العرفي النية دون المميز الخارجي. والذي لا ظاهر له أيضا أقسام. أحدها: أن يكتفي بتعيينه بالنية، وليس هنا مميز آخر. وثانيها: أن له مميز آخر ولا تنفع فيه النية بدونه. وثالثها: أن يمكن تميزه بالنية وبالمعين الخارجي - أيضا - أيا ما كان. ورابعها: أن لا يتميز إلا باجتماعهما معا، وبدونه مجمل. والثالث أقسام: أحدها: أنه إذا تعارض القصد مع المميز الخارجي غلب النية .

[184]

وثانيها: أنه مع التعارض يغلب المميز الخارجي. وثالثها: أنهما يتكافئان ويبقى الفعل بعد ذلك مشتركا. فهذه اصول الأقسام المتصورة في المقام. والذي ينبغي أولا ذكر جملة من الموارد حتى يتنبه بذكرها إلى (1) تطبيق الصور والأحكام الآتية: منها: الأعمال المأمور بها من وضوء أو غسل أو تيمم أو تطهير أو نزع بئر أو صلاة أو حج أو شيء من أفعالهما، أو جهاد أو عقد أو إيقاع أو حد أو تعزير - والحاصل: جملة الأعمال الصادرة من المكلف الذي تعلق به الحكم التكليفي أو الوضعي - فإنها غالبا مشتركة بين المأمور به وغيره، إما بنوعه أو بوصفه أو بكمه أو بكيفه، فالذي يريد أن تترتب عليه الآثار من ثواب أو أمر دنيوي فلا بد حينئذ من إتيان السبب المجعول بحيث يصدق عليه ذلك الخطاب الجاعل للحكم. وبعبارة أخرى: يندرج تحت العنوان المأخوذ في الشرع، ويحیی في ذلك الأقسام المذكورة، فعليك بالتأمل في تطبيقها حسب ما وافقها من الموارد. ومنها: - مثلا - كتابة القرآن، واسم الله والانباء ونحو ذلك الذي يحرم على الجنب والمحدث مسه، فإن في الكتابة - مثلا - أشياء مشتركة بين القرآن وغيره، فلا بد في تعلق الحكم به من مميز. ومنها: سور العزائم التي يحرم قراءتها على الجنب والحائض، فإن كلماتها مشتركة بينها وبين غيرها. ومنها: البسملة التي هي آية - مثلا - من سورة، فهي مشتركة، فإذا وجبت سورة في الصلاة فهل يجب تعيين البسملة أم لا؟ ثم إنه يتعين بأي شيء؟ ومنها: أواني الفضة والذهب يحرم عملها واستعمالها، فإن من يعمل شيئا من ذلك له أن يغيره فيجعله كرة أو قنديلا ونحو ذلك، وهل يكون تعيينه بإتمامه

(1) كذا في النسخ، والصواب: على .

[185]

ومميزاته، أو بالقصد، أو بهما على ما فصل؟ ومنها: آلات اللهو والقمار وهياكل العبادة التي يجب كسرها وإتلافها، ويحرم عملها واقتنائها واستعمالها وبيعها ونحو ذلك، والكلام فيه كأواني الذهب. ومنها: الصور المجسمة التي يحرم عملها، ويجب إتلافها على وجه غير بعيد، فإنها أيضا في أول أمرها مشتركة يحیی فيها الكلام

السابق. ومنها: التزين بالحناء والخاتم في الأحرام، فإنه في ذاته مشترك بين الزينة والسنة. ومنها: التكبير والتلبية القابلة لكونهما للأحرام وعدمه، وكان هذا داخلا في عموم ما ذكرناه أولا، لكن ذكرناهما بالخصوص لتعلق بعض المباحث بهما. ومثله التسليم المخرج للصلاة. ومنها: الوطن الذي تعلق به الأحكام الشرعية في السفر والاستطاعة ونحو ذلك. ومنها: سفر المعصية والطاعة المنوط بهما الترخص وعدمه، وكذا الحرمة وعدمها. ومنها: كلب الماشية والزرع والصيد الذي تعلق (1) به الأحكام الممتازة عن سائر الكلاب في المعاوضة والاقتناء والتربية. ومنها: الأعانة على الأثم والظلم. ومنها: تعظيم شعائر الله أو الأهانة، فإن الأفعال مع شدة اشتراكها يشكل تميز هذه الموضوعات. ومنها: التدليس المحرم في المعاملات والأنكحة وغيرها. ومنها: الالتقاط والأحياء والحيارة القابلة للتملك وعدمه، وكذا الاصطياد. وقس على ذلك نظائرها الواردة في أبواب الفقه من كل فعل أو عين و (2) نحوه

(1) في (ن): يتعلق. (2) في (ن) أو نحوه .

[186]

قابل للاحتمالين المختلفي الحكم. فنقول: إذا (1) كان لذلك الفعل أو العين ظاهر ينصرف إليه إطلاقه بحيث لا يصرفه عنه صارف أصلا ورأسا - كإحراق جسد امرء مسلم، أو إلقاء النجاسات على الضرائح والمساجد المعداد عرفا من الأهانة، والكتابة في ديوان الظالمين والرأي لهم في أمورهم بحيث يعد عرفا معينا على ظلم - فلا كلام في تعلق الحكم، وهذه المرتبة في الحقيقة خارجة عن المشتركات وإن كان الفعل أو العين في ذاته مشتركا قابلا لغيره أيضا. وقس على ذلك كل مرتبة من المشتركات السابقة لو وصلت إلى هذه المرتبة وإن كان له ظاهر في نفسه. لكن لو كان صارف يصرفه من خارج أو من نية فذلك أيضا يتعلق به الحكم بمقتضى ظاهره، ولا يحتاج إلى مشخص، بل يحتاج إلى عدم وجود مغير. وعلى هذا يتفرع الأتيان بكل مأمور به عند صدور الخطاب به وإن لم ينو به شيء خاص، وكذلك أجزاء كل عبادة وشرائطها من صلاة وحج ووضوء وغسل وتيمم واعتكاف وصيام رمضان، فإن كل جزء من أجزاء هذه العبادات وإن كان قابلا لأمور كثيرة ولكن النية الأجمالية المتعلقة بالمجموع المركب في أول الأمر توجب ظهور كل جزء وشرط في محله في كونه من هذه العبادة (2) وإن لم ينو الجزء، فلا يحتاج في الركوع وفي الطواف ونحو ذلك وحركات السعي وغيره نية خصوص الانحناءات والحركات. وبهذا يتفرع بطلان العبادات بزيادة الأركان وإن لم ينو - مثلا - كونه ركوعا، لأن هذه الهيئة في الصلاة ظاهرة في الركوع. ومثل ذلك في وجود الظاهر كون العادة للرجل قراءة سورة التوحيد، فإن إطلاق البسملة ينصرف إليه، وكذا كون الرجل كاتباً للقرآن في عادته، فكل حرف

(1) في مصححة (ن): إن كان. (2) في (م): العبادات .

[187]

كتب في الورق المعد له وإن ذهل عن القصد فهو قرآن، وكذا المعتاد لعلم آلة اللهو والقمار وعمل الصور المجسمة وهياكل العبادة، أو للسفر على قتل أو نهب للمسلمين، أو للكسب بحياسة أو اصطياد أو إحياء، أو المعتاد على تكبيرة واحدة في صلاته، فإن العادة تصير الشيء المشترك مما له ظاهر وهو ما وافق العادة، ولا يحتاج بعد ذلك إلى انضمام مميز خارجي محقق للاسم أو نية، فإن بمجرد الشروع ولو عاريا عن القصد يصدق الاسم ويلحق أحكامه. ومثل ذلك الاستيجار على عمل أو نذر ذلك، وأمثال ذلك مما يكون موجبا للانصراف. ونحو ذلك مسح شيء من شعائر العبادة - كالترية الحسينية أو الضريح أو جدار المسجد أو نظائر ذلك مثلا - بذكره، أو جعل شيء من ذلك في مقعده، فإنه ظاهر في الأهانة إلا أن يصرفه صارف. وكذلك عمل شيء من الآلات المحرمة بحيث يصدق عليها أسماؤها لو خلي وطبعه، فإنه ظاهر في ذلك

محرم، إلا أن يعارضه شئ آخر. ولو عارض هذا الظاهر الحاصل من نية إجمالية أو عادة أو عقد أو صدق صورة عرفية - كما فصلناه - نية مغيرة لذلك فهو المتبع، كمن قصد في صلاته الانحناء لقتل حية أو عقرب، أو قصد المعتاد للعمل خلاف عادته من أول الأمر في جميع الأمثلة المذكورة، أو نوى فيما يصدق بظاهره الاسم شيئا آخر، - كقصد الشفاء من التربة ومسح الضريح بذلك - أو قصد تسوية تلك الآلة شيئا آخر وإن كان في أثناء العمل يكون كذلك، فإن عمل القنديل يتركب من عمل آئيتين، وكذلك الكرة - وقس عليه سائر الآلات - فلو كان قصد العامل مخالفا لذلك فلا بأس. وكذا الوارد في بلد آخر لو قصد به الاستيطان على الدوام، إذ العرف بعد الاطلاع على قصده لا يسمونه بذلك الاسم حقيقة، لا أن العرف يسمونه بذلك ومع

[188]

ذلك فلا بأس به، لأننا قدمنا في القسم الأول أن ما يعد إهانة عرفا مطلقا - مثلا - حرام، ولا ينفع فيه تغيير القصد اتباعا لمدلول الدليل وعنوان الحكم. وكذا لو حصل مميز فهري يوجب الخروج عن هذا الظاهر، كمن اشتغل بما يكون صورته جزء عبادة، لكنه غيره بالحق شئ آخر به. وكذا لو أتبع البسملة بسورة أخرى، فإن لحوق السورة يجعل البسملة من نفسها صدقا عرفيا، ولا يحتاج إلى أن ينوي البسملة من سورة القدر، ونحو ذلك وصل المشترك من القرآن بما يختص به، فإن المجموع المركب يعود قرآنا يلحقه أحكامه. ووصل الآلات المحرمة بما يخرجها عن اسمها، وكذا تخريب شئ من المساجد أو المشاهد إذا افترن بأمارات التعمير وإن لم ينو به شئ من ذلك، والبقاء في بلد آخر بحيث صدق الاستيطان ولو عاريا عن النية، أو ألحق بالكلب ماشية ونحوها، أو تصرف في المحيى والمحاز تصرفا ظاهرا في الملك، فإن ذلك كله كاف (1) في لحوق الأحكام. ولو تعارض النية والمميز الخارجي - كمن نوى البسملة لسورة وقرأ غيرها، أو قصد عدم الاستيطان لكن طالت المدة، أو قصد تسوية شئ من الآلات المحرمة فاتصل بما أخرجه عن الاسم، أو قصد غيرها فصار بعد تمامه يطلق عليه الاسم، أو نوى عدم الملك وتصرف ما يدل على التملك، أو قصد بأفعاله رفع الظلم لكن وقع ما يوجب إعانة على الظلم ونحو ذلك، أو نوى في المشترك عدم القرآنية فكملاها بما يوجب صدق القرآن - فالذي يقتضيه النظر: أن في الأعيان الخارجية كالآلات والكلاب، ونحوها (2) كالكتابة والقراءة بالنسبة إلى الأحكام الوضعية أو التكليفية المتعلقة بها يغلب جانب المميز الخارجي، وفي نفس الأفعال يغلب النية، فتدبر .

(1) في (ن، ف)؛ كافية. (2) في (ن، ف)؛ ونحوهما .

[189]

وأما ما لا ظاهر له بذاته، أو بسبب شئ مما مر - كما هو الغالب في الأفعال المشتركة - فلا ريب في اعتبار النية في ذلك إذا لم يكن له مميز خارجي، إذ لا يتحقق الموضوع إلا بذلك. وكثير من الأمثلة التي ذكرناها وأغلب أبواب الأحكام التكليفية يدور مدار هذا، إذ الغالب عدم وجود مميز خارجي للأفعال، فتدبر. وإن كان له مميز خارجي أيضا، كتصرف المحيي كيفية تدل على تملكه كإحداث بناء ونحوه مما يعلم من ملاحظة ما ذكرته في ما له ظاهر - إذ الظاهر الذي فرضناه إنما هو لأمور عارضية من عادة ونحوها، وإلا فما ذكر في هذه الموارد كلها داخلة فيما لا ظاهر له - فالظاهر كفاية المميز أيضا في لحوق الأحكام الشرعية، ولا حاجة في ذلك إلى النية لصدق الاسم الموجب للحكم تكليفيا أو وضعيا. والكلام في صورة اجتماعهما متطابقين واضح لوجود المعين ظاهرا وباطنا. وأما مع التعارض فيظهر حكمه مما مر، فتدبر في الموارد حتى يتضح لك حقيقة الأمر. الضابطة الثانية: الذي ورد له تحديد في الشرع فهو أقسام: منها: ما حدد بالزمان، كيوم التراوح، والرضاع، ومسافة القصر، وسن البلوغ، وسن اليأس، وأقل الحيض وأكثره، وأقل الطهر، وأكثر النفاس، وثلاثة أيام لمشتبه الموت، وعشرة الأقامة، وثلاثين التردد، وحول الزكاة، وثلاثة الرباط أو أربعينه، واستبراء الأمة خمسة وأربعون يوما، وثلاثة خيار الحيوان والتصرية ومهله

الشفيع وخيار التأخير، وسنة العنين وتعريف اللقطة، وأقل الحمل، وأوقات العدة، ومدة تربص الأيلاء، وأحوال الدية، ونحو ذلك الأجل التي تجعل للديون أو للسلم أو لخيار الشرط، أو غير ذلك من الأجل التي تصدر بجعل المكلفين برخصة الشارع لهم في ذلك .

[190]

ومنها: ما حدد بالوزن، كالكر بالأرطال، وصاع الغسل، ومد الوضوء، والدينار في كفارة وطئ الحائض، ودراهم الكافور، ومد الصدقات في مواضع، ونصاب النقدين والغلات، وصاع الفطرة وبعض كفارات الحج، وبعض خصال الدية كالدرهم والدينار (1) ومنها: ما حدد بالمساحة، كالكر، وبعد البالوعة بالأذرع، ومساحة أعضاء الوضوء والتميم، وأوقات الصلاة والنوافل بالمثل والمثلين والأقدام، وبعد الرجل والمرأة بعشرة أذرع في الصلاة، ومسافة القصر، ومسافة حضور مكة والخروج عنها بالنسبة إلى الحج، وتباعد رامي الجمرة، وفراسخ التلقي، وحدود الحريم .ومنها: ما حدد بالعدد، كدلاء البئر، ونصب الشاة والأبل والبقر، وبعض الكفارات، وبعض خصال الدية كالأبل والحلة، وأعداد الرضعة، وأعداد الطواف والسعي، وغير ذلك. وتارة يكون بغير ذلك من التحديد بالهيئة ونحوه، كتحديد الركوع ببلوغ أطراف الأصابع إلى الركبة، ونظائره. وهنا مباحث: الأول: أن السر في هذه التحديدات - كما قررناه في مقامات خاصة في شرحنا على النافع المسمى بـ (الحياض المترعة) - ليس لخصوصية في هذه المقادير بأنفسها غالباً، بمعنى: أن الكر مثلاً عنوان لكثرة الماء وقوته في عدم الانفعال، والسنة في التعريف من جهة شدة الاهتمام بالوصول إلى المالك، وفي العنين من جهة احتمال القدرة على الجماع في أحد الفصول، والمسافة في القصر لحصول المشقة، والحريم في العامر لأجل عدم الضرر بصاحبه، ونظير ذلك يجيء في أغلب هذه التحديدات .

(1) في (ن، ف): كالدراهم والدينار .

[191]

وليس غرضنا من هذا الكلام: أن التحديد غير تعدي بل المدار على حصول العلة، بل المقصود: أن المصالح الواقعية - على ما يفهم من تتبع الموارد - ليست مقصورة على الحد الخاص، بل شئ (1) يمكن حصولها بالأقل وبالأكثر، كما لا يخفى على المنصف. ومعلوم للفقهاء: أن غرض الشارع أولاً وبالذات أيضاً (2) هذه التحديدات، بل إلغاء الخصوصية وقصر الحكم على الضوابط العامة. ويرشد إلى ذلك تعليل النصوص والفتاوى أيضاً في هذه المقامات بملائمات ومناسبات، أتت بها في النصوص بسياق العلة وفي الفتاوى بطريق الحكمة. وسر جعلهم له حكمة - مع استدلالهم به وظهوره من النص من باب التعليل - لما عرفوا من طريقة الشارع عدم إحالة الأحكام على مثل هذه الأمور الغير المنضبطة. وقد خالف في هذه التحديدات جماعة من الأصحاب في بعض مقامات الباب، رجوعاً إلى (3) ما هو المعلوم من القاعدة والتعليل وطرحاً للخصوصية، حتى اجتراً الكاشاني في باب الكر، حيث جعل الميزان في الانفعال التغير والعدم - كما استفيد من النص والأجماع - وجعل الكرية كاشفة عن التغير وعدم التغير (4) فيكون قول الشارع: (لا ينجسه شئ) أي: لا يغيره. وإن شئت تفصيل كلامه فراجع ما كتبناه في المياه. وجعل الفاضل العلامة باب الحريم مبنية على عدم الأضرار (5) وألغى خصوصية الأذرع المحدودة في الشرع (6) المفتى بها عند فقهاءنا. ونظير ذلك قاله بعضهم في البئر والبالوعة وفي سنة التعريف، حيث جعل الميزان اليأس من المالك. ولا ريب أنه يمكن إبداء مثل هذا الاعتبار المناسب

(1) كذا في النسخ، والمناسب: أشياء. (2) في (ن) زيادة: ليس، لكن شطب عليها (3) في (ن): على. (4) مفاتيح الشرائع 1: 83 (مفتاح - 93). (5) القائل بذلك هو ابن الجنيدي، واستجوده العلامة في المختلف 208: 6. (6) في (ن) زيادة: و .

في هذه التحديدات، سيما فيما وردت العلة في ذلك، كمسألة العدة والاستبراء ونظائرها فتدبر. ولا ريب أن هذه العلة على ما يتجه في النظر القاصر هو الباعث على هذه الأحكام، ومع ذلك لا نقول بمقالة مثل العلامة في الحريم والكاشاني في الكر ونظائرها في غيرهما، بل نتعبد بالتحديدات وفاقا للأعيان، نظرا إلى أننا علمنا من الشارع أنه لما رأى أن المكلفين بحسب اختلاف الأمزجة والنفوس يدور أمرهم في الأحكام غالبا بين إفراط وتفریط - والذي يعتدل قواه ويستوي أركانه في ذلك قليل لا تناط الأحكام بمثلهم - جعل الشارع هذه الحدود حسما لمادة التشاجر والتنازع وحفظا للنفوس عن طرفي الوسواس والمسامحة. فإن الشارع - مثلا - لو أنط حريم البئر بعدم الضرر، فواحد يقول: هذا مضر، والآخر يقول: هذا غير مضر، ويصير التنازع، وواحد يكون محتاطا في دينه لا يمكنه إحداث عمارة من وسوسة نفسه بأن ذلك لعله ضرر. ولو أنط غسل الوجه بالعرف فأهل الوسواس (1) كانوا يدخلون آذانهم ونصفا من رؤوسهم ومع ذلك لا يطمنون به، وأهل المسامحة يقتصرون على العينين والأنف والخدين. فدعت الحكمة إلى أن الشارع يلاحظ أحوال الغالب من الأمزجة والنفوس والأبدان والأراضي، وغير ذلك مما علق عليه الحكم، ويجعل للموضوع حدا محدودا وإن كان السبب النفس الأمري للحكم قد يوجد بأقل منه، وقد لا يوجد بذلك الحد، بل يحتاج إلى الأزبد، لكنه ألغاه الشارع لعدم الانضباط، ولاحظ الغالب وحدده بذلك كي لا يتجاوز المعتقدون ولا يقصر فيه المتسامحون، فصار هذا تعبدا في قاعدة، كما يوجد في أبواب الفقه قاعدة في تعبد صرف تطرد ولا يعلم وجهها، والمقام معلوم الوجه واضح القاعدة، اخذ فيه التعبد بالعرض .

(1) في غير (م): فأهل المحتاج، ولا يبعد أن يكون مصحف: أهل الاحتياط .

فتدبر في هذا الكلام تحل لك الاشكالات في أغلب المقامات، منها: درهم الدية ودينارها مع التفاوت الفاحش في زماننا، مع أن المعلوم ملاحظة الشارع كل عشرة بواحدة، وتندفع به شبهة المتأخرين في كثير من موارد التحديدات، والله الهادي. الثاني: أن هذه التحديدات أغلبها بل كلها تحقيق في تقريب أو بالعكس، فإن المراد واحد، والأول أنسب بالتعبير كما يظهر من ملاحظة معانيه. والمراد: أن هذه الحدود مأخوذة على سبيل التحقيق والمداققة، فلو نقص ما حدد بالزمان مثلا - كما في الأمثلة السابقة - بساعة مثلا - فضلا عن يوم، فضلا عن أيام - لم يتعلق به الحكم اتباعا لظاهر التحديدات المحمولة على الواقعية الحقيقية. وكذا لو نقص المحدود بالمساحة بإصبع مثلا، فضلا عن شبر، فضلا عن ذراع، فضلا عن ميل. وكذلك لو نقص المحدود بالوزن بمثقال فضلا عن مد، فضلا عن رطل، فضلا عن صاع. ومثله لو نقص ما حدد بالعدد بنصف أو ثلث، فضلا عن الواحد التام. فإن قلت: لم يؤخذ هذا التحديد إلا من ظاهر اللفظ، ولا ريب أن قوله عليه السلام: ألف ومائتا رطل (أو ثمانية فراسخ) أو (عشرون يوما) أو (سبعون دلو) - ونحو ذلك - يتسامح فيه في العرف بمثل هذه النقائص التي مثلت، فينبغي احتساب الكسور القليلة التي يتسامح فيها العرف تاما، كالساعة من اليوم، واليوم من الشهر (1) (والاسبوع بل الشهر من سنة أو سنتين (2) والأصبع من ذراع أو شبر أو أشبار، والذراع والأذرع من الميل، والميل من الفراسخ، والمد من صاع، والواحد من ألف، ونحو ذلك. وأخذ هذه كلها بالدقة والتحقيق لا دليل على ذلك في شئ مما مر بعد فهم العرف واستعمالهم كذلك .

(2) في (ن): الشهور. (2) في (م): سنين .

قلت أولاً: إن هذا الكلام يتم فيما له أسماء خاصة من المقادير المتدرجة (1) كالأصبع والشبر والذراع والميل والفرسخ واليوم والشهر والسنة والمد والرتل والصاع، ونحو ذلك. وأما ما كانت المراتب بإضافة العدد إلى ذلك المقدار حتى يتزايد، كقولك: عشرون شبرا أو أربعة آلاف ذراع أو أربعة وعشرون إصبعا أو عشرة أمداد أو ألف ومائتا رطل أو خمسون يوما ونحو ذلك، فلا، لأننا نرى العرف لا يطلقون على ما نقص من الأذرع واحد أنه أربعة آلاف وإن أطلقوا عليه الميل، وكذا لو نقص إصبع واحد لا يقال: أربعة وعشرون وإن قيل عليه: الذراع. فدعوى هذا الكلام في المكسورات على إطلاقه في غير محله، إذ طائفة من هذه التحديدات وردت في الشرع من القسم الثاني دون الأول، بل الغالب ذلك، وإذا لم يجر هذا الكلام في نحوه فالباقي يلحق به بعدم القول بالفصل. فإن قلت: إلحاق الموضوع بعدم القول بالفرق لا وجه له. قلت: غرضي أنه لو لم تثبت حقيقة الموضوع من أحد الطرفين ففي الحكم يتمسك بعدم القول بالفرق. فإن قلت: معلوم أن هذا في طرف الملحق به لعدم إمكان المسامحة وعدم جريان طريق أهل العرف به، وفي طرف الملحق معلوم خلافه. قلت: هذا غير قادح في الحكم بالألحاق ما لم يثبت في الثاني الأعمية. وثانياً نقول: لا ريب أن المعنى اللغوي في هذه الألفاظ إنما هو ما يوافق المقدار بالتحقق (2) - كما هو المصرح به في كلام اللغويين، بل الظاهر إطباقهم على ذلك - وهذه التوسعة في العرف إما من باب المجاز أو النقل أو الاشتراك لفظاً، إذ الاشتراك المعنوي في اللغة معلوم الانتفاء، بل لا يكاد يناع فيه منازع، وثبوته

(1) في (ن): المقدر به، وفي (ف): المقدرة به. (2) كذا في النسخ، والظاهر: بالتحقيق .

في العرف داخل تحت النقل، إذ يكون من باب نقل اسم الفرد إلى الكلي. ولا ريب أن المجاز - لو قطعنا النظر عن الامارات - أولى من الأخيرين كما قرر في محله. وثالثاً نقول: إن الظاهر المجازية، لأصالة عدم النقل والوضع الجديد، وصحة السلب في العرف عن الناقص، وتبادر التام منه، وعدم اطراد إطلاقه على الناقص في كل مقام - وفيه كلام - وشئ من ذلك لا يخفى على المتدبر، فإذا ثبت المجازية فالأصل في الاستعمال الحقيقة حتى يظهر خلافه. فإن قلت: هذا مجاز شائع وفي ترجيح الحقيقة عليه كلام مشهور واختلاف عظيم. قلت: وصوله إلى هذا الحد ممنوع، ثم مكافئته للحقيقة حتى يتوقف مع عدم القرينة غير مسلمة، فضلاً عن ترجيحه عليها، بل الحق تقديم الحقيقة، والكلام موكل إلى محله. ورابعاً نقول: إن الشارع إذا علق الحكم على شئ محدود فندرى يقينا دخول ما يساوي الحد تحقيقاً تحت الدليل، فيتربط عليه أحكامه. وأما الناقص فلا أقل من الشك في دخوله، فالمرجع القاعدة أو الأصل بحسب مقامه، نظير التشكيك في المطلقات، بل هو منها. وخامساً: قد قررنا أن سر هذه التحديدات إنما هو الخلاص عن الوسواس، ولا ريب أن انطباقه على التحقيق في أصل المقدار حاسم لهذه المادة، بخلاف الابتداء على التسامحات العرفية، فلا تذهل. وهذا نظير ما قلناه في القراءة بالنسبة إلى هذه التغييرات التي في السنة عوام العرب وخواصهم، إذ الترادف ونحو ذلك مقطوع بعدم. وأما المراد من أنه تحقيق في تقريب: أن غالب ما يعلم منه هذه المقادير مختلفة، كالأصبع والشبر والذراع والأيام ونحو ذلك، إذ لا يمكن عادة اتفاق الأشبار أو الأصابع أو الأذرع أو الأيام، وكذا أفراد ما اعتبر بالعدد كالأنعام

والرضعات والدلاء، ونحو ذلك الأوزان بالنظر إلى اختلاف الأحوال واختلاف كيفية الاستعمال والاستعمال وإن كان التفاوت قليلاً، والكيل مما لا يخفى تفاوته على أحد. ولا ينفع في ذلك اعتبار مستوي الخلقة أو نظيره في غير ذلك، لتفاوت أفراد ذلك أيضاً عرضاً عريضاً لا يدخل تحت ضابطة، ولا يقف على رابطة، فإن كون الأبل والبقر ونحو

ذلك وكذلك رضة الطفل متوسطة في الصغر والكبر والزيادة والنقصان من المجالات العادية بل العقلية، لتفاوت أفراد النوع لا محالة، فهي من هذه الجهة تقرب، ومن الجهة الأولى تحقيق، ولذلك سميناه تحقيقاً في تقرب ولم نسمه بالعكس. وهذا أيضاً من المؤيدات القوية على أن هذه التحديدات تعبد في قاعدة، وليس المدار على الحكم والعلل التي لا تندرج تحت فرد خاص، بل يمكن وجوده فيما هو أقل وأنقص، فلذا اعتبر الشارع التحديد في جهة حسماً لمادة الاختلاف بما ذكر، ولم يعتبر في جهة أخرى إرشاداً إلى كون ذلك ليس لخصوصية خاصة، بل شئ يوجد في أفراد متقاربة وإن تفاوتت. واختار الشارع التحديد في ذلك والتقريب هنا، لعسر ضبط الثاني، فإن ضبط الكر بالأشبار أسهل من ضبط نفس الشبر مع اختلاف أفرادها، مضافاً إلى أن ضبط الأسافل يستلزم ضبط جميع الأعالي لتلفقها منه (1) ولا يمكن (2) العكس إلا بتكلف بارد في بعض المقامات، بخلاف الفرق بنحو ما وقع من الحكيم على الإطلاق، فتدبر. الثالث: في تحديد مفاهيم هذه الألفاظ المستعملة في التحديدات على ما ثبت عندي بالنقل أو بالأمانة، فنقول: أما اليوم: فيطلق على معان ثلاثة :

(2) كذا في النسخ، والمناسب: منها. (2) في (ف، م): فلا يمكن .

[197]

أحدها: من طلوع الشمس من الافق الحسي، بمعنى كون مركزها فوق الافق، أو خروج القرص تاماً - والأول أظهر - إلى غروبها فيه على أحد الاحتمالين، والثاني أقرب. وبعبارة أخرى: لا يدخل فيه الليل، ولا ما بين الطلوعين للفجر، ولأله وللشمس، وإن كان في هذا المقام بعد ذلك صور واحتمالات، لكنه كلام آخر. وثانيها: إطلاقه على ذلك المتقدم مع إضافة ما بين طلوع الفجر الصادق وطلوع الشمس إلى ذلك. وثالثها: إطلاقه على مجموع اليوم واللييلة من الطلوع إلى الطلوع. ولم أقف على من احتمل الوجه الرابع، وهو كونه من طلوع الفجر الكاذب إلى الغروب، مع أن ما بين الطلوعين عند أهل التنجيم هو من الفجر الكاذب كما صرحوا به، وإنما الكلام في الحقيقة من بين هذه المعاني. والحق أن المعنى الثالث مجاز، لأنه خلاف المتبادر، ويصح السلب عن المجموع المركب، وقريبة التقابل بين اليوم واللييلة في العرف واللغة. ومجرد الاستعمال لو ثبت فهو لا يفيد الحقيقة، مع أنه غير ثابت، إذ الظاهر أنه تخيل من دخول اللييلة في بعض استعمالات العرف من باب اللزوم أو بالقرينة. والحق أن الاستعمال في مثل ذلك أيضاً في النهار، وأما دخول اللييلة فيعلم من خارج، ولم يعهد من كتب أهل اللغة غير ما ذكر من الاستعمال. وأما المعنيتان الأولان: فالحق أن الثاني حقيقة في العرف واللغة، لأنه متبادر منه، ولا يصح سلبه عنه، ونص أهل اللغة أيضاً على ذلك، ومقابلة اللييلة المطلقة على ما بين غروب الشمس وطلوع الفجر. نعم، الكلام في المعنى الأول هل هو حقيقة أم لا؟ وجهان، بل قولان. والذي أراه أنه حقيقة فيه أيضاً، لعدم صحة السلب على الإطلاق، ولكنه هل هو على الاشتراك لفظاً أو معنى؟ احتمالان، والذي يقوى هو الثاني، فالوضع للقدر المشترك بين الأمرين .

[198]

ولكن استقراء موارد الشرع قضى بكون المراد باليوم: المعنى الثاني، كما يظهر بالتتبع، حتى اشتهر في ألسنتهم: اليوم الشرعي. ولا يخفى عليك أن هذا في غير ما كان هناك قرينة على الخلاف كالاستيجار على عمل، فإن يوم الأجير من طلوع الشمس، بل لو انكسر منه أيضاً في الجملة فلا بأس، نظراً إلى أن الإطلاق - كما يأتي - ينصرف إلى المعتاد، وهو فيه كذلك. وقد يكون يجتمع فيه الجهتان كيوم التراوح، فإن الشرعية تقضي بكونه يوم الصوم، وتعلقه بالعمل يقتضي (1) (بكونه يوم الأجير، وقوبنا فيه جانب الشرع تغليب للتعب وعملًا بالمتيقن بعد جريان استصحاب النجاسة. وأما اليوم واللييلة: فلا خفاء في معناه. وأما الشهر: فاستعمالاته ثلاثة: أحدها: الشهر الشمسي، وهو مدة مسير الشمس في أحد البروج الاثني عشر، فقد يكون ثلاثين، وقد يزيد واحد، وقد يزيد إثنان. وهذا الإطلاق مجاز غير متبادر عن

إطلاقه، ويصح سلبه عنه، وليس لهذا المعنى في اللغة والعرف أثر، وإنما هو اصطلاح من أهل التنجيم. وثانيها: إطلاقه على ثلاثين يوما، وهو المسمى بالشهر العددي. وثالثها: إطلاقه على ما بين الهلالين، وافق ثلاثين أو نقص واحد. والكلام في أنه هل هو حقيقة فيهما أو في أحدهما دون الآخر؟ وعلى الأول هل هو على الاشتراك لفظا أو معنى؟ الذي أراه الاشتراك معنى على سبيل التشكيك، دفعا للمجاز والاشتراك، وتبادر القدر المشترك، وعدم صحة السلب عنهما. لكن الفرد المتبادر منه هو الهلالي، فيحمل إطلاقه عليه ما لم تكن هناك قرينة على العددي أو الأعم. وسيأتي في باب اللوازم والأحكام ما ينقح هذا المطلب .

(1) كذا في النسخ، والظاهر: يقضي .

[199]

والسنة والعام والحول بمعنى واحد، وإن كان لكل منها مناسبة في الاشتقاق (1) ولا حاجة لنا في ذكرها، وشأن الفقيه تتبع ما قضى به العرف. نعم، السنة في اللغة: من أول يوم عدده إلى مثله. وقيل: إن (العام) لا يكون إلا شتاء وصيفا، فيكون أخص من السنة، ولا فائدة في ذلك، لأنه مهجور في العرف على الظاهر. والمراد بالثلاثة ما عرفت في معنى السنة. نعم، الكلام في أن مثل ذلك اليوم في أي شيء؟ هل هو بالنسبة إلى الشهور؟ بمعنى: أنه من العاشر لشعبان إلى العاشر منه، أو بالنسبة إلى الفصول؟ بمعنى: أن العاشر لفصل الربيع إلى العاشر منه وإن تغير بحسب الشهر، فالأول هو السنة الهلالية، والثاني هو السنة الشمسية. وأما احتمال كون السنة عددية بمعنى: كونه ثلاثمائة وستين يوما لا زائدا ولا ناقصا (2)، فهو قضية الشهر العددي إذا ثبت أن السنة إثنا عشر شهرا، وتعريف السنة بهذه العبارة لم أجد في اللغة. نعم، هو معروف عند الناس، فبناء على أن الشهر يطلق على معان ثلاثة تكون السنة كذلك، إذ هو إثنا عشر شهرا بأي معنى فرض، فيكون هناك أيضا سنة عددية. وهل هو (3) حقيقة في الكل على الاشتراك، أو التشكيك، أو في بعضها دون الآخر؟ وجه. والذي أراه أن العددية بخصوصها ليست حقيقة، بل إطلاقه عليها لوجود الهلالي في ضمنها. وأما الأولان: فهو حقيقة فيهما على التشكيك، والمتبادر الهلالي، لغلبة

(1) في (ن): للاشتقاق، لا حاجة... (2) في (ف، م): لا أزيد ولا ناقصا وفي هامش (م): أنقص، خ ل. (3) تذكير الضمير باعتبار رجوعه إلى العام أو الحول .

[200]

الاستعمال، فينبغي حمل ما خلا عن القرينة - في النصوص أو في المعاملات والشروط - عليه. ولزوم الزكاة بحلول الثاني عشر وإن لم يتم ليس لتغير معنى في الحول، بل إنما هو حكم ثبت بالدليل الخاص، ولا يخلو من مناسبة أيضا لاشتقاقه، فتأمل. والكر - على ما حققناه في الفروع - ألف ومائتا رطل بالعراقي وزنا، وإثنان وأربعون شبرا وسبعة أثمان شبر بالمساحة. والمراد ببلوغ تكسيره إلى ذلك اشتماله على ثلاثة وأربعين مجسما مائيا يحيط به ست مربعات متساوية الأضلاع كل منها شبر إلا ثمن واحد منها. ثم إن كل بعد إما صحيح أو كسر أو ملفق منهما، فلاحتمالات سبعة وعشرون، فمع الكسر في الكل لا يبلغ الكر. ومع الصحة مطلقا يضرب أحدهما في الثاني، والحاصل في الثالث، فإن نقص عما ذكر فليس بكر. ومع اشتمال الطرفين على الصحيح والكسر تضرب مجنس أحدهما في مجنس الآخر، ومخرج أحد الكسرين في مخرج الآخر، وتنسب الحاصل من الأقل إلى الثاني، وإن لم يكن أقل فبالقسمة يتم العمل (1). ومع صحة أحدهما فقط وكسر الآخر كذلك تضرب الصحيح في صورة الكسر، وتنسب الحاصل إلى مخرجه أو تقسمه، كما مر. ومع التلفيق في أحدهما والصحة في مقابله تضرب مجنس الأول على الثاني، وتتممه بنسبة أو قسمة (2). ومع الكسر تضرب المجنس منه في صورته والمخرجين أحدهما في الآخر

(1) كذا في النسخ، والظاهر حصول السقوط أو التصحيف في العبارة، كما يظهر بالمراجعة إلى عبارة الشيخ البهائي قدس سره في الحبل المتين. (2) في (ن)، ف: (وتتمه بنسبته أو قسمته).

[201]

فتقسم أو تنسب بين الحاصلين والخارج هو المطلوب في البين، فتدبر في هذا الضابط. وإن شئت تفصيلا في الكلام في طريقة الضبط والمحاسبة فعليك بالمراجعة إلى ما كتبه شيخنا بهاء الدين محمد العاملي في كتاب (الحبل المتين) (1) فإن فيه ما لا مزيد عليه. والرطل - بالكسر والفتح -: معيار يوزن به، وهو بالعراقي مائة وثلاثون درهما، هي أحد وتسعون مثقالا شرعيا، وثمانية وستون مثقالا صيرفيا وربع مثقال، فالكر أحد وثمانون ألفا وتسعمائة بالصيرفي. وبالمن التبريزي ستمائة مثقال، يكون مائة وستة وثلاثين منا ونصف من. والمدني رطل ونصف بالعراقي، مائة وخمسة وتسعون درهما. والمكي رطلان بالعراقي. والذي افتهمناه من استقراء موارد الفقه: أن الرطل حيث يطلق في الأخبار يراد به العراقي - فعليك بالتتابع - فليحمل عليه ما لم تقم قرينة على خلافه. ويؤيد ذلك الخبر: في الشن الذي ينبذ فيه التمر للشرب والوضوء، وكم قدر الماء؟ قال: ما بين الأربعين إلى الثمانين إلى فوق ذلك، قلت: بأي الأبطال؟ قال: بأبطال مكيا العراق (2)، فتأمل. والصاع: تسعة أبطال بالعراقي، وستة بالمدني، وأربعة ونصف بالمكي، فيكون ألفا ومائة وسبعين درهما، كل عشرة بسبع مثاقيل شرعية، وخمسة وربع مثقال صيرفي. لكن في مكاتبه جعفر بن إبراهيم إلى أبي الحسن عليه السلام: وأخبرني أنه - يعني الصاع - يكون بالوزن ألفا ومائتين (3) وسبعين وزنة (4) أي: مرة بالوزن، يعني :

(1) الحبل المتين: 109. (2) الوسائل 1: 147، الباب 2 من أبواب الماء المضاف، ذيل الحديث 2. (3) كذا في النسخ والأصل في هذا: الطريحي رحمه الله في مجمع البحرين 4: 362، لكن الذي ورد (4) الوسائل 6: 236، الباب 7 من أبواب زكاة الفطرة ح 1.

[202]

درهما. والمد - بالضم والتشديد -: ربع الصاع، لأنه أربعة أمداد. وما في الخبر: (أن صاع النبي صلى الله عليه وآله كان خمسة أمداد) (1) محمول على شيء مختص به، وإلا فالصاع المعروف في زمانه أربعة أمداد على ما ثبت بالنقل المعتبر (2). والدينار: واحد الدينارين، وأصله دينار - بالتشديد - فابدل، ومعناه: مثقال من ذهب. وليس المراد في الفقه من المثقال إلا الشرعي وهو عشرون قيراطا، والقيراط ثلاث حبات من شعير، كل حبة عبارة عن ثلاث حبات من الأرز، فيكون بالشعيرات ستون حبة، وبالأرز مائة وثمانون حبة. ونص ابن الأثير: أن الدينار على هذا الحساب يكون الذهب الصنمي (3) وهو المسمى بـ (باجاقلو) (4) (على الظاهر. وهو بالاعتبار الصحيح ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي. والدرهم: عشرة منه بسبع مثاقيل شرعية، وهو المضروب (5) من الفضة، وهو ستة دوانيق توازي نصف مثقال وخمسة، وثمانية وأربعين (6) حبة شعيرا، فتدبر. فقل: إن في الجاهلية كان الدرهم مختلفا خفافا وهي (الطبرية) وبعضها ثقالا كل درهم ثمانية دوانيق، وكانت تسمى (العبدية) والبغلية: نسبة إلى (رأس البغل)

(1) الوسائل 1: 338، الباب 50 من أبواب الوضوء، ح 3 و 4. (2) لم نقف عليه، إلا أن الطريحي رحمه الله بعد نقل الحديث المذكور قال: ولعله كمخصوصا، وإلا فالمشهور: أن الصاع الذي كان في عهده صلى الله عليه وآله أربعة أمداد، انظر مجمع البحرين 4: 362. (3) لم نعثر عليه في النهاية. (4) باج اقلي، باجقلو، باجقلى: قسمي مسكوك طلاى تركان عثمانى (لغت نامه دهخدا 9: 169). (5) في (ن): (للمضروب). (6) في (ن): ثمانية وأربعون.

ملك من الملوك، فجمع الخفيف والثقيل وجعلا درهمين متساويين، كل درهم ستة دنانيق (1). وقيل: إن عمر فعل ذلك حيث طلب جباية الخراج بالوزن الثقيل، فصعب على الرعية (2). والشبر - بالكسر -: مسافة ما بين طرفي الخنصر والأبهام بالتفريح المعتاد. ويراد في التقديرات شبر مستوي الخلقة وإن تفاوتت أفراده أيضا، وقد مر تحقيقه. والذراع: من المرفق إلى أطراف الأصابع وهو ست قبضات، كل قبضة أربع أصابع، كل إصبع سبع شعيرات متلاصقات بالسطح الأكبر في المشهور المنصور - وقيل: ست - عرض كل شعيرة سبع شعيرات من شعر البرذون. والقدم: في باب الوقت يراد به: سبع قامة الشاخص، والمثل والمثلان تمامها وضعفها، واخذ ذلك من قدم الإنسان، فإن قامته سبعة أقدام بقدم نفسه في مستوى الخلقة. والمراد ببلوغ الظل ذلك - على ما حققناه في أوقات الحياض المترعة في الشرح (3) - بلوغ الظل الحادث بعد الزوال، سواء كان بعد انعدام أو بعد غاية قصر الى ذلك، لا مجموع الموجود والحادث. والميل: ثلث الفرسخ، أربعة آلاف ذراع على الأصح. وقريب منه تحديده في كلام العرب بقدر مد البصر - كما في المغرب - إذ لو فرض ذلك في أرض خالية عن تلال ووهاد من دون تسطيح عارضي يقارب ذلك جدا. وليس المراد بمد البصر رؤية الشبح، إذ قد يكون ذلك أزيد من أربعة فراسخ، بل ظهور الجسم على الحس بصورته النوعية. وعلى هذا فالفرسخ ثلاثة أميال، إثنا عشر ألف ذراع، أو قدر مد البصر ثلاث مرات .

(1) مجمع البحرين 6: 61. (2) المصدر السابق. (3) في (ن): في الشرع .

الرابع: قد تقدم سابقا أن المكسور والناقص لا يعتد به في الشرعيات، لأنه تحقيق من هذه الجهة. لكن الكلام في أن المنكسر من يوم أو شهر أو سنة هل يكون ملفى في الحكم، فيراد القدر المعتبر من الأيام الصباح؟ أو لا، بل يعتبر التلفيق في جميع ما عدناه من الأحكام المتعلقة بالزمان من أيام الخيار والعدة والاستبراء وأيام الدم والطهر ونظائرها؟ وجهان: ومنشأ المسألة أن يقال: هل اليوم - مثلا - حقيقة في الملفق من الاثنين؟ وكذا الشهر والسنة في وجه، إلا أن الكلام في الأخيرين ضعيف من جهة كون الشهر - على ما قرر - حقيقة في ثلاثين يوما، والسنة في عود مثل كل يوم عدده، ولا يدوران مدار هلال أو سير شمس أو نحو ذلك حتى يلزم فيهما الانكسار والتلفيق بالنسبة إلى أنفسهما . نعم، يدخلهما الكسر باعتبار اليوم، فإن انكساره كسر لهما، فالكلام فيهما الكلام فيه. نعم، لو قلنا: بأن الشهر عبارة عما بين الهلالين يجئ فيه هذا الكلام، كما أنه لو قلنا في السنة باعتبار خصوصية - كما مر الإشارة إليه في العام - جاء فيه أيضا هذا الكلام. ونحوه لو اعتبر الشهر أو السنة ملفقا مع تخلل الفصل بين الشقين، ويجئ لذلك توضيح في اللوازم. والحاصل: هل إطلاق هذه الألفاظ على الملفق من الشقين - على فرض إمكان التلفيق - حقيقة أو مجاز؟ فعلى الأول فهل هو على التواطىء أو التشكيك؟ وجوه ثلاثة. فعلى التواطىء لا كلام في اعتبار التلفيق في جميع ذلك. وعلى الآخرين (1) لا دليل عليه، وهو على المجازية واضحة (2) وعلى التشكيك من جهة انصراف

(1) في (ن، ف) الآخرين. (2) كذا في النسخ، والمناسب: واضح .

الألفاظ إلى الفرد المتبادر، كما لا يخفى. والذي أراه: أن مقتضى الامارات وطريقة العرف المجازية، فمقتضى القاعدة اللفظية الافرادية عدم التلفيق، فيسقط المنكسر ويحسب من اليوم التام، ونظيره في الشهر والسنة على فرض ذلك. ولكن

الكلام في الهيئات التركيبية المتولدة من إضافة الأفعال وجمع الأيام والشهور ونحو ذلك، ويحى فيه البحث عن قريب. وعلى تقدير ثبوت التلفيق بحقيقة في وجه أو قرينة على الأصح، فهل المراد بالتلفيق: اعتبار مقدار ما مضى من اليوم المنكسر من اليوم الآخر، أو اعتبار بقاء الزمان من اليوم الآخر كمقدار بقائه من المنكسر، أو ملاحظة مقدار نسبته إلى اليوم الآخر كنسبة ذلك المقدار إلى اليوم المنكسر؟ وجوه ثلاثة. وتظهر الثمرة في نقصان الأيام وزيادتها. ففي ثلاثة أيام لخيار الحيوان - مثلا - لو فرضنا وقوع البيع بعد أربع ساعات من طلوع الشمس في يوم مقداره اثنا عشر ساعة - كليته - فيكون اليوم الثاني إثني عشر ودقيقتين، واليوم الثالث إثني عشر وأربع دقائق، والرابع إثني عشر وست دقائق. فعلى الوجه الأول: ينبغي بقاء الخيار في اليوم الرابع إلى مضي أربع ساعات من النهار وإن بقي إلى الليل (1) ثمانية وست دقائق. وعلى الوجه الثاني: يبقى (3) الخيار إلى أربع ساعات وست دقائق ليكون الباقي ثمانية (4) كيوم البيع. وعلى الوجه الثالث: يبقى الخيار إلى أربع ساعات ودقيقتين، إذ الذي مضى من يوم البيع أربع ساعات، وهو ثلث بالنسبة إلى اثني عشر، فيعتبر ثلث اليوم

(2) في (م): لليل، وفي (ن): الليلة. (2) كذا في (ن)، وفي (ف)، (م): ثمانية وستة، والصواب: ثمان ساعات وست دقائق. (3) في (ف): ينبغي بقاء الخيار. (4) (أي: ثمان ساعات).

[206]

الرابع وهو أربع [ساعات] (1) ودقيقتان. ونظير ذلك لو كان نقص اليوم ست دقائق، فعلى الأول: إلى أربعة، وعلى الثاني: إلى أربعة إلا ست دقائق، وعلى الثالث: إلى أربعة إلا دقيقتين. وقس على ذلك سائر الفروض في الأيام المختلفة، وتلفيق النهار من الليل أو بالعكس فيما يحتاج إلى ذلك. والذي يساعده العرف اعتبار الوجه الثالث، إذ لا يفهمون من قول القائل: (بقيت ثلاثة أيام في البلد الفلاني) مع انكسار أحدها، أو قول القائل: (خذ من اليوم الاتي بمقدار المنكسر من هذا اليوم) إلا التوزيع بالأشاعة وملاحظة النسبة. ويقولون مثلا: من نصف هذا اليوم إلى نصف ذلك اليوم، أو من ثلثه إلى ثلثه. وليس لأحد أن يقول لو بقي في بلد من نصف نهار إلى نصف نهار: (إنني ما بقيت يوما ملفقا تاما) لأنه على تقدير نقص اليوم الثاني صار هذا ينقص بدقيقة، أو (إنني بقيت يوما ودقيقة) على تقدير الزيادة، بل يعد هذا يوما ملفقا تاما. والسر فيه: أن إلحاق شقي اليوم باليوم الزائد حتى ينقص، أو إلحاقه باليوم الناقص فيزيد لا دليل عليه، بل لا يفهم من معنى التلفيق إلا ظهور مركب يابن الطرفين من وجه ويناسبهما من آخر، كتركب (2) المز من الحلو والحامض. فالיום الملفق لا ينقص عن أطولهما ويزيد عن أقصرهما، فتدبر فإنه كلام ليس عليه غبار. الخامس: فيما يلزم هذه الحدود ويلحقها. قد عرفت مما مضى أن اليوم حقيقة في النهار، وليس الليل داخلا في معناه إلا في وجه ضعيف جدا. فلو قال الشارع: ثلاثة أيام كذا - مثلا - أو خمسة وأربعون يوما للاستبراء، فمعناه: اعتبار النهار دون الليالي. لكن اللازم من هذا التركيب دخول الليالي المتوسطة في ذلك، دون الليلة الأولى والأخيرة، فإن المتبادر من قوله: (خيار

(1) الزيادة من هامش (م). (2) في (ف)، (م): كتركيب.

[207]

الحيوان ثلاثة أيام للمشتري) دخول الليلتين الواقعتين بعد الأول والثاني ذلك في الحكم، وهذا من لوازم التركيب. ولا يتخيل متخيل أن الخيار في اليوم دون الليلة، ونحو ذلك في ناوي الإقامة، فإن المتبادر من قوله: (إلا أن ينوي عشرة أيام) دخول تسع ليال فيها، وليس المعنى: إقامة أيامها وإن سافر بلياليها. ومن يقول: بأن الليلة داخلة في اللفظ يحى فيه وجوه ثلاثة: أحدها: إدخاله الليلة السابقة أيضا في ذلك حتى يتم ثلاث ليال. وثانيها: إدخال الليلة اللاحقة لآخر اليوم، لعين ما مر. وثالثها:

إدخال السابقة إن قلنا بأن الليل مقدم على النهار عملاً بالعرف، وإدخال اللاحقة إن قلنا بالعكس عملاً بالشرع، كما حقق في محله. ويحتمل أيضاً التخيير، لعدم الترجيح. ويحتمل إدخال السابقة إن اتفق ابتداء الشئ المحدود من الليل، واللاحقة إن ابتداء من النهار. ويحتمل أيضاً سقوط الليلة الواحدة في الثاني. ويحتمل على هذا القول التلفيق في الليل - على ما قررناه في النهار - لو اتفق البداة في وسط الليل. وللبحث في هذا المقام مجال واسع، والعمدة في النظر التنبيه على الضوابط، وللتفصيل مقام آخر. وقد يلزم التركيب أيضاً دخول الليالي بعدد الأيام، لا من حاق اللفظ - كما ذكرناه - بل من الوجود الخارجي، كما لو اتفق البيع أو نية الإقامة أو التولد أو الموت أو الطلاق - أو نحو ذلك - في أول الليل، فإنه يدخل الليلة الأولى أيضاً في عداد الأيام، لتوقف مضي الأيام المعبرة حينئذ إلى وجود الليالي في الخارج، وهو منشأ الالتزام. وكما لو اتفق أحد هذه الأمور في وسط النهار، وقلنا بالتلفيق

[208]

فإنه يكون الليالي بعدد الأيام، لكنه يكون الليالي تامة والأيام ملفقة. وقد يدخل نصف الليل، أو أزيد أو أنقص لو وقع شئ من ذلك في الأثناء. ولذلك اعتبر جماعة من الأصحاب في هذه التحديدات الليالي المتوسطة ولم يلتفتوا إلى غيرها، لما عرفت من دخولها في أصل مدلول الخطاب، لعدم الانفكاك عن الماهية، ودخول ما ذكر هنا في بعض المصاديق للزومه للوجود الخارجي في بعض الأحيان. وليس غرضهم من تخصيص الدخول بالمتوسطات إخراج ما عداها عن الحكم وإن فرض كما فرضناه، فلا تذهل. وقد عرفت أيضاً أن إطلاق الشهر يحمل على الهلالي، لكن لو وقع ما حدد بالشهور - من أجل مبيع أو عدة أو شرط أو نحو ذلك - في أثناء الشهر فللاصحاب في ذلك وجه ثلاثة. والسر في ذلك: القطع بعدم احتساب الناقص كاملاً، وعدم سقوط هذا الناقص من الاعتبار مطلقاً حتى يحتسب بعده شهوراً هلالية تامة، إما بقرينة المقام أو كون القاعدة التلفيق، فلا بد (1) من ضم هذا الناقص إلى ما بعده. فمن زعم أن هذا قرينة على عدم إرادة الشهور الهلالية أصلاً، لعدم إمكان وجودها من حين وقوع الواقعة في أثناء الشهر، والمعتبر أن إطلاق اللفظ اعتبر كلها عديدة ولم يعتبر الهلالي. ومن زعم أن المتبادر الهلالي إلا أن تقوم قرينة على غيره، سواء جعلنا ذلك مجازاً أو فرداً غير متبادر، وادعى الاقتصار في الخروج عن القاعدة إلى المتيقن ادعى أن الشهور الهلالية التامة الآتية (2) لا دليل على اعتبارها عديدة. نعم، هذا المنكسر بعد الدليل على عدم سقوطه بل لزوم انضمامه، عرفنا أنه لا يمكن كونه هلالياً حملناه على معنى آخر، واعتبرنا فيه التلفيق، كما هو طريقة

(1) في (ن، ف): فلا من، وهكذا في أصل (م) أيضاً، إلا أنه صحح بما أثبتناه. (2) الآتية: ليست في (ف)، ووردت في هامش (م) نسخة.

[209]

المشهور، لكن لهم هنا طريقين. أحدهما: تتميم الشهر الناقص من الآخر بمقدار ما مضى منه، فيمكن أن يكون ثلاثين لو هل الهلال الأول بعده، وأن يكون تسعة وعشرين لو نقص بيوم من آخره. ولعل الوجه في ذلك تبادر هذا الفرض من الإطلاق، فإن قول القائل في اليوم الثاني عشر من رجب وقت طلوع الشمس: (أجرتك هذه الدار من يومنا هذا إلى ستة أشهر) لا يفهم منه إلا إلى الثاني عشر من المحرم وقت طلوع الشمس وإن كان شهر رجب ناقصاً بيوم. وثانيهما: تكميل الناقص ثلاثين، ففي هذا الفرض يجعل اليوم الثاني عشر أيضاً في مدة الأجرة لو كان شهر رجب ناقصاً، كما اختاره أساطين أصحابنا. والوجه في ذلك - بعد العلم باحتساب الناقص - الخروج عن ظاهر اللفظ في ذلك الشهر خاصة بحمله على العددي، فإنه إما معنى مجازي أو فرد غير متبادر - كما اخترناه - فمع القرينة على عدم إرادة الهلالي لعدم إمكانه في المنكسر يحمل على العددي، وهو ثلاثون. أما إتمام الناقص بمقدار ما مضى، فقد يكون تسعة وعشرين، مع أنه ليس شهراً هلالياً ولا عددياً، ولا ريب أنه إما مجاز أو أبعد المجازين، ولا يسمى في العرف تسعة وعشرون يوماً شهراً مطلقاً.

وهذا الذي ذكر قوي متين لو لم يعارضه التبادر العرفي في المعاني التركيبية في باب التلفيق، فإنه قد يستفاد من المركب معنى لا ينطبق على قواعد المفردات، كما ذكرناه في جواب ابن جني (1) حيث زعم أن أغلب اللغة مجازات. فنقول: بعد ما قررنا من كون التلفيق على خلاف القاعدة بالنظر إلى اللفظ المفرد هل هناك ضابط كلي من قرينة خارجية على إرادة الملفق من هذه التراكيب؟ مثلا: قول الشارع في التراوح أو الرضاع أو مسافة القصر: ينزحون

(1) لم يذكره فيما سبق من هذا الكتاب، ولعله قدس سره أفاده في مؤلف آخر من مؤلفاته .

[210]

يوما أو ترضع يوما أو مسيرة يوم، وكذلك قوله: أقل الحيض والانتظار لمشتبه الموت والرباط وخيار الحيوان والتصرية والتأخير ومهلة الشفيع في إحضار الثمن ثلاثة أيام - ونظير ذلك لو فرض زيادة المدة - وقوله: يعرف اللقطة حولا، أو ينزح عشرون دلو، أو في خمس من الأبل شاة، أو الدية مائة بعير، هل يشمل النزع أو الرضاع أو مسيرة نصف يوم، أو اليومين التامين مع نصف يومين (1) في الثلاثة، أو التعريف نصف سنة مع انفصالهما، أو كفاية أربعين نصفًا من دلو، أو لزوم الشاة في عشرة من الأبل مشتركة بين إثنين، أو كفاية إعطاء النصف المشاع من مائتي بعير؟ - ونحو ذلك فيما تعلق بشئ من ذلك ونحوه نذر وشبهه - أو لا يشمل مطلقا؟ أو يدور مدار القرائن الخاصة؟ والذي يظهر بعد التأمل عدم وجود ما يدل على دخول الملفق على الإطلاق. نعم، لو دل قرينة على عدم خروج المنكسر عن الحكم وعدم زيادة على ذلك - كما هو الظاهر في الحيض والطهر وخيار الحيوان ومهلة الشفيع ونصاب الأنعام بعد التأمل التام - فلا بأس بالدخول، وإلا ففي ما عدا ذلك فالأصل عدم ترتب الآثار بعد عدم الدخول تحت اللفظ. وعليك بملاحظة أدلة المقامات في التحديد حتى يظهر لك جليلة الحال، فإن هذا مقام استعجال، ليس لي في البسط مجال. الضابطة الثالثة: ما لم يرد له تحديد في الشرع - سواء كان أصل التعبير من الشارع، أو من المكلفين في معاملاتهم من عقد أو إيقاع - قسما: أحدهما: ما اعتبر فيه الاعتياد من الشرع، أو لتحقيق عنوان الحكم الذي صدر من الشارع .

(1) في (م): نصف يوم .

[211]

وثانيهما: ما ليس فيه خصوص الاعتياد. أما الأول: فمنه دلو البئر، ومخرج الأحداث، وتحقيق العادة للحيض والنفاس، والمأكول والملبوس في سجود الصلاة، والكيل والوزن في المعاوضات ونحوها، وتوابع متعلقات العقود، كالتوابع للمبيع والعين المستأجرة، ونقود المعاملة والمرض والبول في الفراش والأباق في كونهما (1) عيبا، وفي كون الشئ مكيلا وموزونا في تحقق الربا، ولزوم الاعتياد (2) (بذلك في صحة المعاملة وانصراف إطلاق اللفظ إليه، وفيه بحثان: أحدهما: في أن الاعتياد - بعد اعتباره في معنى اللفظ، أو في لحوق الحكم لانصراف الدليل إليه، أو قيام القرينة عليه - بأي شئ يحصل؟ فنقول: لا بحث في أن العادة ليست لها حقيقة في الشرع غير ما هو معناه لغة وعرفا، لأصالة عدم النقل، ولم يدعه أحد أيضا. وما ورد في باب الحيض من التحديد - كما سنذكره - لا يدل أولا على نقل معنى اللفظ، بل إنما هو تحديد لما يلحقه أحكام العادة من الأقراء وإن لم يطلق عليه اسم العادة حقيقة. وبعبارة أخرى نقول: إن تحديد الشارع هناك ليس لتحقيق معنى اللفظ وصدقه بمجرد حصول ذلك الحد، بل لما كان حكم المعتادة الرجوع إلى عادتها، وكانت العادة أمرا عرفيا لا تنبسط - سيما مع أن المكلف هناك النساء اللاتي ليس لهن إدراك الماهيات الخفية بالرجوع إلى العرف، كيف وقد اضطرب في مثل ذلك أجلة العلماء المتفحصين! وكان التكليف منوطا بأمهات العبادات: من صلاة وصوم وقراءة ودخول مسجد ونظائر

ذلك، مضافا إلى حقوق آخر - أراد الشارع إعطاء ضابط في ذلك للتسهيل، على مقتضى ما قرره في سر التحديدات في الشرع (3). والحاصل: إن حقيقة الاعتقاد كاشفة عن كون ما زاد على العادة حيزا (1) لا

(1) في (ن): كونها. (2) في أكثر النسخ: الاعتبار. (3) راجع ص: 188 - 190. (4) كذا في النسخ، والظاهر: استحاضة .

[212]

العادة التي جعلت بالشرع، واعتبار ذلك من الشارع تعبد في قاعدة، كما أسسناه سابقا (1). وثانيا نقول: إن هذا تحديد لأيام الأقراء وأيام الحيض، ولفظ (العادة) اصطلاح لم يستعمل إلا نادرا، ولم يسق اللفظ لبيان ماهية العادة. وثالثا نقول: إن كون ذلك معنى العادة في الحيض لا يدل على كونه بهذا المعنى في كل مكان، وكونه كاشفا عن الحقيقة ممنوع. ورابعا نقول: على فرض تسليم هذا المعنى يفيد أن لفظ (العادة) متى ما أطلق في الشرع يراد به: المتكرر مرة، ولا ينفع ذلك فيما جاء فيه اعتبار العادة من إطلاق الألفاظ وانصرافها، فإنه ينصرف إلى المعتاد العرفي، دون ما جعله الشرع عادة. فإذا لم يكن كذلك فنقول: لا كلام في عدم تحقق العادة بالمرّة الواحدة، لأن المتبادر خلافه، ويصح سلبه عنه. ويرده مادة اللفظ لاعتبار معنى العود في اشتقاقه. وأما المرتان، فظاهر جماعة من أصحابنا - منهم شيخنا الشهيد رحمه الله في قواعده في عيب البول في الفراش (2) - الحصول به، لأنه عود فيدخل تحت العادة، إذ هو بمعنى ما يعود ويتكرر. ولما دل في باب الحيض أنه لو رأت الدم أياما معلومة مرة، فإذا جاء الدم بعد ذلك عدة أيام سواء قتل أيامها (3) وليس هذا إلا لتحقيق معنى العادة، إذ في النصوص بيان من لها عادة وأيام معلومة بتلك العبارة - فلا تذهل - وخصوصية الحيض في هذا المعنى غير ثابتة. ولأن العرف يطلق العادة بعد المرتين. والذي أراه عدم الصدق عرفا بمجرد المرتين. وكون الحيض كذلك لا يدل،

(1) راجع ص: 194. (2) القواعد والفوائد 1: 149. (3) انظر الوسائل 2: 545، الباب 7 من أبواب الحيض .

[213]

والفرق ما ذكرناه في صدر البحث. وكون اشتقاقه من العود لا يدل على كون كل عود عادة لجواز اعتبار الملكة والاستعداد في مفهومها. نعم، يدل على عدم صدقه بدون العود، وبه يرد مذهب من قال بأنها تتحقق بالواحدة في الحيض (1). وأما الثلاث، فهو ظاهر الأكثر في تحقق العادة، وهو محتمل لأمرين: أحدهما: كون الثالثة كاشفة عن تحقق العادة بالثانية. وثانيهما: كونها ناقلة من زمان تحققها. والفرق بين الأول والمرتين: أن بمجرد تحقق المرتين لا يحكم بحصول العادة على الكشف، بمعنى: أنه يشترط في صدق العادة بالثانية لحوق الثالثة، وليس للثالثة مدخلة، بل التقيد داخل وإن كان القيد خارجا. وبعبارة أخرى: تعقب الثالثة للثانية (2) شرط في صدق العادة بالثانية. واقتراح الثاني عنه لا يحتاج إلى بيان. والذي أراه الصدق العرفي في الثالثة على طريق النقل، وبمجرد الثانية لا أظن صدق العادة، إلا أن ظاهر جمع من فقهاءنا الاكتفاء بها. وثانيهما: أن المدار حصول العادة في كل زمان ومكان، أو في مكان واحد في زمن واحد. وعلى الثاني هل يسري الحكم بذلك إلى الكل، أو يتحقق في مورد خاص؟ وعلى التقادير هل يدور الحكم مدار الاعتقاد وجودا وعدما، - فبالحصول يحصل وبالعدم ينعدم - أو يدور مداره وجودا خاصة؟ بمعنى: أنه متى ما تحقق تعلق الحكم ولا يزول بالزوال. وتنقيح البحث: أن العادة بنفسها لو جعلت في كلام الشارع موضوعا لحكم كما في الحيض والنفاس والتوابع في العقود وفي عقود المعاملة وعيبية المرض

(1) هو قول بعض العامة، انظر الخلاف 1: 239، المسألة 206. (2) في (ن): ثالثة لثانية .

والبول والأباق وانصراف الكيل والوزن إلى المعتاد ونظائر ذلك - ومرادنا بكونها مناطا لحكم: كونها باعثا على البناء على هذا الحكم وكونها علة في ذلك - فإن تحققها صار سببا للرجوع عليها من أيام الدم، وللحقوق مفتاح الدار والبناء والأغلاق في بيعها، وثياب المملوك في بيعه، ولحقوق القتب والزماد ونحو ذلك في إجارة البغل، وفي انصراف إطلاق النقد أو البيع به، أو التوكيل في معاملة إلى الغالب، وفي صدق العيب بهذه الأسباب - إذ الواحدة (1) لا تعد عيبا - وفي انصراف المن أو القفيز أو نحو ذلك إلى المعتاد، وفي لزوم نفقة المضارب، وكيفية عمل العامل في المساقاة ونحوه (2) وحفظ الودائع. وبعبارة أخرى: نريد كون العادة سببا لجعل حكم أو صرف لفظ إلي معنى، فهناك يدور الحكم مدار الاعتقاد في زمانه ومكانه ونوعه وجنسه، فكل امرأة تتبع عادة نفسها، وإن تغيرت فالحكم للملاحقة. وكل لفظ من الألفاظ المذكورة وتابع من التوابع يتبع بلد الإطلاق للفظ وإيقاع المعاملة في ذلك، وكلما تغيرت العادة في شيء من ذلك تغير. ومن طريق تحرير المسألة علم الوجه في ذلك، إذ لا ريب في زوال المعلول بزوال سببه من هذه الحثية، ووجود سبب آخر لا دخل له في محل البحث. وفي قواعد الشهيد أن: (في اعتبار العرف الخاص تردد، كاعتقاد قوم قطع الثمرة قبل الانتهاء) (3). وليس في محله بعد العادة. ولو كان اعتبار الاعتقاد في موضوع للحكم بمعنى تعلق الخطاب من الشارع بلفظ وانصرف ذلك اللفظ إلى المعتاد، لا لأن العادة سبب في ذلك الحكم، بل العلة لا نعلمها، أو نعلم أنها غير العادة، لكن تعلق بموضوع شائع معتاد - كقول الشارع: لا تسجدوا على مأكول وعلى ملبوس، أو في نقطة الزوجة (1) والاقارب والمملوك :

(1) في (ن، ف): الوحدة. (2) كذا، والمناسب: ونحوها. (3) القواعد والفوائد 1 (4). 149: في (ف، م): الزوجية .

أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون، ويحرم الربا في المكيل والموزون، ويجب نزع عشر دلاء عن البئر، وينقض الوضوء ما خرج من المخرجين، وغير ذلك مما علق الشارع عليه الحكم وانصرف إلى المعتاد، ونحوه مسألة مستوى الخلقة المأخوذة من الاطلاقات وانصراف التحديدات إليه - فهنا وجوه: أحدها: ملاحظة المعتاد في زمان الشارع (1) في جميع ما ذكر، نظرا إلى أن عنوان الحكم هو ذلك، ومجرد اعتبار وصف معه قابل للتغير والتبدل بحسب الأزمان والاوقات لا يوجب تقييد الموضوع بالوصف، فكما أن الدينار والدرهم والرطل ونظائر ذلك من الذوات التي لم يؤخذ معها وصف يراد بها ما في زمن الشارع - وكذلك الأوزان - ولا يعتمد على ما في هذا الزمان، فكذلك في الملبوس والمكيل والمخرج ونحو ذلك مما اعتبر بلفظ الوصف، فيعم الحكم في ذلك الموضوع لكل زمان ومكان وإن تبدل الوصف أو لم يكن في ذلك وصف في مكان أصلا. ولا عبرة بما يتجدد فيه الوصف في زمان آخر، أو كان فيه الوصف في مكان آخر. وثانيها: الفرق بين الذوات والموصوفات بأن اعتبار الوصف يشعر بكون ذلك علة في ذلك الحكم في الجملة، فكل ما كان هذا الوصف معتادا فيه ولو في بعض الأمكنة فهو داخل تحت اللفظ سواء كان في زمن الشرع أو غيره، لأن عنوان الحكم إنما هو المشتق والمشتق يصدق على كل فرد وجد منه في الخارج وصار من الأفراد الغالبة، إذ ليس معناه إلا ما تلبس بهذا الوصف في الغالب المعتاد. والفرض تحقق القيد معا، وكلما زال أحد الأمرين أو انتفى - بأن يكون موصوفا غير غالب، أو غالبا غير موصوف - ينتفي الحكم في ذلك، لانتفاء الاسم والعنوان، ومجرد كونه كذلك في زمن الشارع أو مكانه لا يقضي بالعموم. وثالثها: اعتبار ما وجد من الأفراد في زمان الشارع وإن تغير بعد ذلك

(1) في (م) زيادة: ومكانه .

أوصافهم، أخذنا بالحكم باعتبار الذات وكون الوصف موردا لا قيذا. واعتبار غير ذلك من الأفراد أيضا إذا تحقق فيها الوصف ما دام فيه الوصف، للعلية المستفادة من تعليق الحكم عليه، جعل (1) الوصف مثبتا في غير ما في زمن الشارع، لا نافيا لما في زمنه إذا تغير وصفه، جمعا بين الموردية في الوصف والعلية، وتعميم الحكم لكل الأمكنة. ورابعها: عموم الحكم في المكان دون الزمان، بمعنى: أن المعتاد في زمن الشرع في أي مقام كان يجري حكمه بالنسبة إلى الجميع، لعموم اللفظ لكل ما تحقق فيه الوصف والاعتقاد، وشمول الحكم لكافة المكلفين بالخطاب أو بقاعدة الاشتراك. وأما الزمان فلا، بمعنى: أنه ما حصل فيه الوصف في الأزمنة المتأخرة في مكان خاص أو عام لا يلحقه الحكم عموما ولا خصوصا. نعم، ما ثبت في زمان الشارع لحقه الحكم فيه ما دام الوصف باقيا - ولو في مكان - في كل الأمكنة. وخامسها: عموم الحكم في الزمان، بمعنى: أن كل زمان تجدد فيه الوصف فهو داخل تحت الحكم، لعموم العلة، ولا يعم غير مكان اعتياده. فقول الشارع: (لا تسجد على ملبوس ولا مأكول) معناه: كل ما وجد شئ متصف بأحدهما في أي زمان كان حكمه المنع عن السجود بالنظر إلى المكان الذي حصل فيه الوصف والاعتقاد دون غيره، فيكون كل مكلفا بعبادة نفسه وجودا وعدما. وسادسها: عموم الحكم لكل زمان وكل مكان، مع عدم دوران الحكم مدار الوصف عدما فكل ما تحقق فيه الوصف في أي زمان [وأي مكان] (2) لحقه الحكم

(1) كذا في النسخ، والصواب - ظاهرا - : بجعل. (2) لم يرد في (ن).

وعم المكلفين في الأزمنة وإن زال الوصف بعد ذلك، إثباتا للحكم في ذلك باستنباط العلية في الأثبات فيعم كل زمان، وبقاعدة الاشتراك فيعم كل مكان، وإبقاء له بعد زوال الوصف بالاستصحاب، لعدم ثبوت العلية في العدم. والظاهر من كلمة الأصحاب: اعتبار الوجه الخامس في النفقات، واعتبار الوجه الثاني في السجدة على المأكول والملبوس، واعتبار الوجه الثالث في الربا في المكيل والموزون. ويظهر من بعضهم وجوه آخر في ذلك. والذي ينبغي تأسيس الضابط في ذلك، وخروج بعض الأفراد بدليل خاص غير قاذح. فنقول: أما الذوات - كالدلو واليد والرجل والحنطة ونحو ذلك - فالأقوى اتباع المعتاد الغالب في ذلك بحسب كل زمان ومكان بحسب أهله. واحتمال لزوم النزع بدلو معتاد في زمن الخطاب، وغسل الأعضاء أو المساحة بشبر أو ذراع معتاد في زمن الخطاب - فلا ينفع ما اعتيد في هذا الزمان لو ثبت القصر أو الصغر عن ذلك - بعيد جدا. وليس ذلك لعدم الانصراف إلى المتعارف، بل لأن التكليف بالذات المتعارف، فيكون كل مكلفا على حسب متعارف زمانه ومكانه. ولا يتخيل متخيل: أنه على هذا يلزم مثله في الأبطال والموازنين والدرهم (1) ونحو ذلك، لأن كلامنا في الكلبي المتعارف الأفراد، لا في اللفظ المختلف المعاني، فإن اشتراك اللفظ أو نقله من معنى إلى آخر لا يوجب إجزاء المعنى الآخر عما أراده الشارع. وبالجمله: الكلام في الذوات بمعنى أسماء الأجناس التي لها أفراد متعارفة في الأزمنة وإن كان المتعارف من أفراد الحنطة والأبل - مثلا - في زمان غير ما هو المتعارف في زمان آخر. ويدل على هذا المعنى طريقة أهل العرف وأصحابنا

(1) في (ن، ف): والدرهم .

في أبواب الفقه، حيث داروا مدار التعارف في الذوات، ولم يذكر أحد كونه فردا متعارفا في زمن الشارع. فإن قلت: هذا البناء مفهم اتكال على عدم تغير الأفراد المتعارفة الشائعة في الذوات، ولو ثبت التغير لاعتبروا المعتاد في زمن الشارع. قلت: مع أن ذلك لا يمكن في مثل دلو البئر ونظائره خلاف ظاهر كلامهم، بل ظاهرهم كفاية المتعارف (1) اليوم، والسر تعلق التكليف بالطبائع في ضمن الفرد المتعارف وقد حصل، وتعارف زمن الشارع لا دخل له في ذلك. وأما ما اعتبر فيه الأوصاف التي تختلف بحسب الزمان والمكان، فالحق فيه عموم الحكم لأهل كل مكان بعد صدق الموضوع، فمجرد كون الشيء مأكولا أو ملبوسا أو مكيلا وموزونا معتادا في أحد الأمكنة يوجب صدق هذه الأسماء عليه (2) ما لم يصرفه صارف إلى اعتبار أشخاص مخصوصة أو بلدان كذلك، فإذا صدق هذه الألفاظ تعلق الحكم على كافة المكلفين بقاعدة الاشتراك في التكليف، إلا إذا دل دليل من خارج على التخصيص. وأما بحسب الزمان، فلا كلام في دخول ما وجد فيه الوصف في زمان الخطاب ولو في مكان ما دام باقيا على هذا الوصف، ولا كلام في خروج ما تجدد اتصافه بعد زمن الشارع بعد (3) زوال الوصف عنه، لأن المعتبر إما الذات المدلول عليها بكتاب الشارع وليس إلا المعتاد في زمانه بذلك الوصف، وإما عليه الوصف المستفاد من خطابه والمفروض أنه قد زال، فلا وجه لدخول هذا الفرض في الحكم من حيث الدليل. نعم، لو قلنا بدخوله تحت الدليل ما دام الوصف تجئ شبهة الاستصحاب بعد زوال الوصف. والتحقيق عدم جريانه، لما قررنا من اشتراط بقاء الموضوع،

(1) في (ن، م): التعارف. (2) في النسخ: إليه. وهو سهو. (3) في (م): وبعد .

وحيث إن ثبوت الحكم للعلة فيكون عنوان الحكم المشتق، لا الذات إذا اتصف . لا يقال: الماء المتغير بعد زوال تغيره يستصحب نجاسته لاحتمال كون الوصف علة محدثة والمبقية غيره، فكذا فيما تجدد فيه الوصف الموجب للحكم بعد زوال الوصف . لأننا نقول: فرق بين كون الموضوع (الماء إذا تغير) وبين كونه (المتغير) وعلى الثاني لا يجري فيه الاستصحاب، كما لا يجري في المشترك إذا أسلم. وفرق بين كون الاسم المأخوذ للحكم الذات إذا اتصف بصفة وبين كونه الموصوف المشتق، فلا تذهل. فإذا كان موضوع الحكم (الحنطة إذا كانت مكيلة) يستصحب حكمها إذا خرجت عن المكيلية، وإذا كان الموضوع (المكيل) لا يستصحب الحكم المتعلق به بعد زوال الوصف، إذ لا موضوع، والحنطة لا دخل له (1) في الحكم بالمرة. فيبقى البحث في المتصف في زمن الشارع إذا زال عنه الوصف في الأزمنة المتأخرة، وفي المتجدد فيه الوصف في زمان متأخر ما دام الوصف مع عدم اتصافه في زمن الشارع، ففي دخولهما تحت الحكم أو خروجهما أو دخول الأول دون الثاني أو بالعكس، وجوه، يعلم وجوهها مما سبق. والذي يترجح في النظر القاصر الوجه الأخير، للعلية المستفادة من الوصف، ودخول الأول فرع كون الذات موضوع الحكم ولو بهذا العنوان، وهو خلاف ظاهر اللفظ. وفتوى الأصحاب إن كان إجماعا فهو المعتمد، وإن كان هناك دليل آخر فهو المتبع. وإن جعلنا فتواهم قرينة على إرادة ذلك - كما نتكل عليه في غالب الموارد - خلافا للمتأخرين المعارضين عن كلمة أصحابنا المتبحرين - فالأشكال مرتفع، وإلا فلا دليل على شيء من ذلك .

(1) كذا، والمناسب: لها .

وأما الثاني: فهو ما لم يؤخذ فيه خصوص العادة ولا التحديد، بل معناه موكول إلى العرف، كما في معنى الغسل والعصر وما لا ينقل في التطهير بالشمس وثوب الكفن والكسوة، ومعنى الدفن والصعيد والعورة في وجه والفعل الكثير والجهر

والاخفات وكثير الشك والسهو والسفر وسوم الأنعام والأطعام ومنافيات المروة وبدو الصلاح، ومعنى القبض وضبط الأوصاف بحيث يرتفع الجهالة في كل شيء بحسبه، ومعنى الفورية في الخيارات والشفعة، وفي صدق الجار في الوصية، وفي معنى الأحياء والعيب وحرز السارق، ونظائر ذلك مما لا يحصى. والمرجع في ذلك كله العرف، لانصراف اللفظ إلى ما يسمى في العرف به، وتقدمه على المعنى اللغوي إذا تعارض. والدليل في ذلك: كون الرسالة بلسان القوم. وإلى ذلك يدور كلمة الأصوليين في باب الأوامر والنواهي والمفاهيم والمناطق والأجمال والبيان والعموم والخصوص والأطلاق والتقييد، إذ ليس في هذه المسائل شيء معتمد سوى ما يستفاد من العرف، وإن أطال جماعة في تحرير الوجوه والأدلة والاعتراضات والشبهات. الضابطة الرابعة: إذا كان المرجع في تحقيق معنى اللفظ إلى كلمة أهل اللغة، بمعنى: المتتبعين للاستعمالات الملاحظة للمقامات الذين صنّفوا في ضبط المعاني تصانيف كثيرة، فإن اتحد مفاد كلامهم في معنى اللفظ فلا إشكال في ذلك، وإن اختلفت كلماتهم - كما اتفق ذلك في مثل الكعب والصعيد والطهور، ومعنى السحر والغناء والكهانة ونحوها، ومعنى السلاح، وفي إطلاق اسم الأنساب إلى المراتب اللاحقة، وفي صدق النسبة من طرف الام، ونظائر ذلك - فنقول: إن للاختلاف صوراً كثيرة: أحدها: أن يكون التفاوت بالأقل والأكثر المستقل، بمعنى: أن أحدهما ذكر

[221]

معنى واحداً، والآخر ذكر هذا المعنى مع معنى آخر. وثانيها: التفاوت بالقلة والكثرة في المصداق الراجع إلى التباين في المفهوم، كتفسير أحدهما (اليَد) بما دون الكتف، والآخر بما دون المرفق. وتفسير (الجمع) بالاثنتين، أو الثلاثة. وثالثها: تخالف التفسيرين بالتباين، كتفسير أحدهما اللفظ لمعنى، وذكر الآخر معنى آخر مباين له. ورابعها: التفاوت بالعموم والخصوص مطلقاً، كتفسير أحدهما (الصعيد) بوجه الأرض، والآخر بالتراب. وخامسها: التفاوت بالعموم والخصوص من وجه، كذكر أحدهما في (الغناء) أنه مد الصوت مع الطرب، والآخر مد الصوت مع الترجيع. وقد يجتمع الأقسام، والحكم يعلم من ذلك. ومع ذلك كله: فإما أن يصرح كل منهما بنفي الآخر، أو نفي ما عدا ما ذكره في كتابه، أو سكت عن ذلك، وعلى تقديره: فإما أن يطلع على ما ذكره غيره ولم يلتفت إليه، أو لم يطلع. فنقول: إن كان التفاوت بالقلة والكثرة بالاستقلال، فالمعنى المتفق عليه ثابت. وأما الآخر، فإن كان الساكت نفاه فهو التعارض الآتية أحكامه، وإن سكت عنه مع اطلاعه عليه فيحتمل القول بأن هذا بمنزلة النفي، إذ لو كان حقاً لذكره بعد اطلاعه، فالسكوت بيان لعدم كونه بهذا المعنى. ويحتمل أن يقال: إنه كما لم يطلع، فإن فيه أيضاً وجهين: أحدهما: أن يقال: بأن عدم الذكر دال على العدم، من جهة أن بناء أهل اللغة على حصر المعاني والاستعمالات ونفي ما عداها، لا مجرد إثبات ما علم عنده وإن كان هناك معانٍ أخرى، إذ السكوت في مقام البيان يفيد الحصر. وثانيهما: أن يقال: إن ذلك يفيد الحصر فيما أطلع عليه، فعدم الذكر يدل على

[222]

أنه لم يقف عليه في استعمال العرب، ولا ينافيه اطلاع غيره على غيره. والحق هو الوجه الثاني، إذ عدم الذكر أعم من النفي، لجواز كونه لعدم وقوفه عليه أو عدم ثبوته عنده والعام لا يدل على الخاص، فإذا لم يدل على ذلك فالمثبت في هاتين صورتين سليم عن المعارض، فيقبل. وإن كان بدخول الأقل في الأكثر، فهل يؤخذ هنا الأقل لأنه متيقن من المعنيين، أو لا؟ وجهان، والوجه: الثاني، إذ ليس هنا بين المعنيين متيقن في المفهوم الذي هو ميزان الوضع، وليس هذا إلا كالتباين حقيقة. وإن كان بالتباين، فمع نفي كل منهما الآخر يقع التعارض، ويأتي حكمه. وبدونه - مع اطلاع أو بدونه - فالأقوى ثبوت المعنيين معاً، لما قرر (1) أن السكوت غير ناف، فكل منهما مخبر بلا معارض. وإن كان بالعموم مطلقاً، فربما يتوهم كون هذا التعارض مثل الأخبار، فيحمل المطلق على المقيد، فلو قال أحدهما: (إن الغناء هو مد الصوت) وقال الآخر: (مد الصوت مع الترجيع) وقال ثالث: (مع الطرب أيضاً) نقول: إن الغناء عبارة عن مد الصوت مع الترجيع المطرب. وهذا توهم فاسد. أما أولاً: فلأن الأطلاق والتقييد فرع كون المطلق غير ناف للمقيد، ولقائل أن يقول: إن الأطلاق في مقام التعريف غير الأطلاق في مقام الحكم، فمن قال: إنه مد الصوت (2) هو ذلك لا غير، فهذا أيضاً مقيد

بالعدم، فكيف يجعل هذا مطلقاً؟ لا يقال: إنك ذكرت أن السكوت غير دال على النفي، فلعله لم يطلع عليه. قلت: هذا في المعنيين حق، وأما المعنى الواحد فالظاهر كون ما ذكره تمام المعنى .

(1) في (ف): لما قررنا. (2) كذا في النسخ والظاهر سقوط كلمة، والأصل: فمن قال: إنه مد الصوت، معناه: هو ذلك لا غير .

[223]

فإن قلت: تفسير أهل اللغة بالأعم كثير غالب، فيكون التفسير قرينة على إرادة الأخص منه. قلت: التفسير بالأخص أيضاً كثير، فيكون ذكر الأعم في القول الآخر قرينة على إرادة الأعم، فترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح. وأما ثانياً: فلأن مبنى التقييد فهم العرف، وذلك إنما هو في كلام الشخص الواحد، أو ما هو في حكم الواحد ككلام الله ورسوله وامنائه، لاطلاع كل منهم بما اطلع عليه الآخر وبينه بأي نحو كان، والغرض أن الحكم في الواقع واحد والمراد متحد. وأما تقييد كلام المصنفين بعضهم ببعض فهذا من الأوهام العجيبة! بل إننا نمنع من تقييد كلام المصنف الواحد في مقامين بعضه ببعض، بل نجعله عدولاً عن المعنى الأول. وأما ثالثاً: فلأن مبنى التقييد العلم باتحاد التكليف، ومع إمكان كونهما تكليفيين فلا وجه للتقييد. فنقول هنا: إن احتمال الوضع للمطلق والمقيد قائم، بل ظاهر كلام الناقلين (1) ذلك، فحمل إطلاق أحدهما على الآخر خال عن وجه، مع ما في هذا الكلام من الضعف من وجوه آخر أيضاً. فإذا لم يجز التقييد فيكونان معنيين متكافئين كصورة التباين، فإن كان أحدهما نفى الآخر فهو تعارض، وإلا فمقتضى ما قررناه الأخذ بهما معاً، لأنهما ناقلان عن الوضع، ولا معارض بشئ منهما. وإن كان بالعموم من وجه: فقد يقال بالأخذ بمادة الاجتماع، ومرجعه تقييد كل من الكلامين بالآخر، فيلزم من ذلك - مثلاً - اعتبار الطرب والترجيح كليهما في معنى الغناء في المثال المتقدم. والوجه فيه أيضاً نظير ما مر في الإطلاق والتقييد من جهة واحدة: من أصالة عدم الاشتراك، وكون المقيد المتيقن، وشيوع التفسير بالأعم في كلامهم .

(1) في (ن) زيادة: هو .

[224]

والجواب بعينه ما مر من اندفاع الأصل بظاهر النقل، وعدم وجود المتيقن في عالم المفهوم الذي هو مرجع التعاريف، والمتيقن في الوجود لا دخل له في التحديد - نعم ثمرته في التكاليف - وكما أنهم يفسرون بالأعم يفسرون بالأخص أيضاً، والتقييد مع احتمال التعدد وظهوره وكونه في كلام أشخاص متعددين وظهور كلام كل منهما في نفي الآخر - على وجه قررناه - لا وجه له. فيكون هذا كصورة التباين في تحقق التعارض مع النفي لكل منهما الآخر، واقتضاء القاعدة اعتبار المعنيين معاً بدونه (1) على حسب ما قررناه في نظيره. وأما صورة التعارض الذي ذكرناه في هذه الفروض، أو غير ما ذكرناه أيضاً - بناء على انحلال اختلاف اللغويين مطلقاً على التعارض بدعوى كون عدم الذكر دالاً على إرادة العدم، سيما مع اطلاعه على ما ذكره غيره وسكوته عنه في وجه تقدم - ففيه وجه: أحدها: تقديم المثبت على النافي، فأخذ ما أثبتته كل منهما، وعدم الالتفات إلى نفيه، فينحل المعنى إلى الاشتراك في صورة التعارض - في الصور الخمسة - ووجه تقديمه عليه: إما لعدم قبول الشهادة على النفي، كما في باب الدعاوي والحكومات. وإما من جهة انحلاله على قوله: (لا أدري) وإن قال: (أدري) فإنه بعد الدقة ينحل إلى عدم العلم - فتدبر - فلا يعارض كلام المثبت، إذ عدم علمه لا ينافي علم غيره. وإما من جهة عدم مقاومة قوله مع قول المثبت في حصول الظن، إذ احتمال خطأ المثبت بعيد جداً، واحتمال عدم اطلاع (2) النافي قريب من العقل والعادة، فالظن بالاثبات أزيد من النفي. وإما من جهة أن كلام النافي مقرر للأصل فيكون كالمنكر، وكلام المثبت

مخرج عنه فيكون كالمؤسس المدعي، ولا ريب أن كلام المثبت في الحجية كالبينة، ولا ريب أن بينة المدعي مقدمة في صورة التعارض، فلا تذهل. وثانيها: أخذ القدر المشترك بين المعنيين إن كان بينهما قدر مشترك، نفيًا لكل من الخصوصيتين بإنكار الآخر وأخذًا للقدر المشترك المتيقن من كلاميهما، وإن لم يكن هناك قدر مشترك فيقدم قول المثبت. وثالثها: العمل على التراجع المذكورة في باب الأخبار والبيئات. فمنها: التعدد، فيقدم المتعدد على الواحد، والأكثر على الأقل. ومنها: الضبط، فيقدم الأضبط على غيره. ومنها: العدالة والوثوق، فإن الأوثق يقدم على غيره. ومنها: العلم وكثرة التتبع، فيقدم الأعلم على غيره. ومنها: الشهرة، فيقدم ما هو المشهور بين أهل اللغة. ونحو ذلك من الامارات الموجبة للتراجع. ومع فقد التراجع فالتوقف ورمي اللفظ بالأجمال، لعدم وضوح معناه. والتحقيق أن يقال: إن الحق - كما قررناه في علم الأصول - أن الرجوع إلى كلمة أهل اللغة في الموضوع المستنبط ليس من باب التعبد المحض كالبينة، بل حجة كلامهم إنما هو للكشف عن الواقع وحصول الظن منهم بذلك، وحيث إن باب العلم لنا في هذه الموضوعات المشتبهة منسد غالبًا فلا بأس بالعمل بالظن، وإنكار جماعة من المقاربيين لعصرنا ذلك - بناءً على انفتاح باب العلم في الموضوع المستنبط - غير مسموع، إذ ليس هنا كلام يوجب لنا القطع في شئ من ذلك. نعم، يمكن القول بأن سد باب العلم فرع عدم إمكان الاستكشاف بالعرف بالامارات (1) المجعولة الكاشفة عن الحقيقة والمجاز، وهو ممكن إلا في نادر من

الألفاظ، ويمكن الرجوع في المشتبهات إلى البراءة من دون لزوم خروج عن الدين، أو الاحتياط من دون لزوم عسر وجرح. والجواب عن ذلك - على حسب ما قررناه في الأصول وفي مقامات من الفقه - أن نفس اللفظ من حيث هو وإن لم ينسد فيه باب العلم، لكن الأحكام قد انسدت فيه الباب غالبًا، كما هو مسلم المنكر هنا. فكون الظن بالحكم من الدليل حجة في الحكم كاف في إثبات حجة الظن باللفظ، لا من حيث نفسها، بل لأنه مؤد إلى الظن بالحكم، مثلاً: اختلاف اللغويين في معنى الصعيد يوجب الشك في جواز التيمم بالحجر والرمل، فإذا حصل الظن بأن معنى الصعيد: هو مطلق وجه الأرض حصل الظن بجواز التيمم بهما من هذا الدليل، فيتبع. وهذا القدر كاف في المرام، إذ شأن الفقيه المبالغة في فهم الألفاظ للثمرات الحكمية الفقهية. ونظير هذا الكلام نذكره في الموضوع الصرف مع اشتباه العرف بالنظر إلى ظن المقلد على إشكال قوي، وإلى حكم الحاكم في وجه قوي. وتامم الكلام في باب الولايات، فانتظر. فعلى هذا، فالمتبع ظن الفقيه، سواء كان بالتراجع المذكورة، أو بموافقة الأصل أو بمخالفته - على الوجهين - أو بمسألة الأثبات والنفي والوجه المذكورة فيه، أو قرائن خاصة أخرى: ومنها: فتوى الأصحاب على طبق أحد المعاني على الوجه الأقوى، فإنهم أربط بمعاني الألفاظ وفهم الدليل من غيرهم وإن كان في كمال دقة النظر لقاعدة التأييد واللفظ المقرر في مسألة الأجماع. وأما مع عدم حصول الظن بأحد المعاني، فالذي أراه: عدم التعبد بشئ من التراجع وإن قلنا به في الأخبار والبيئات لنص أو إجماع، إذ لا دليل على جريانها هنا، وليس ورودها في مطلق الخبر حتى يندرج المقام تحتها. ولا وجه

لتقديم قول المثبت أيضا تعبدا. والوجوه الماضية لا تصلح لأثبات التعبد في ذلك. نعم، لو حصل الظن فهو المتبع. ولم نقف على دليل متين يفيد حجية قول أهل اللغة تعبدا، وليس في الباب إلا انحصار الطريق - مثلا - في كلامهم، وقد عرفت أنه ليس كذلك، لأن العرف ينقح أغلب الموضوعات بقوة الامارات. وفي مقام الانحصار أيضا لم يقم دليل قطعي على التعبد بمعنى اللفظ ولو مع هذا الاشتباه حتى يلتجأ (1) إلى كلامهم تعبدا اضطرارا. وإجماع الأصحاب ووافقهم على العمل بكلامهم خلفا وسلفا لم يثبت في غير صورة حصول الظن، ونحن نقول بذلك. وأخذ القدر المشترك طرح للكلامين معا، ترده الوجوه الماضية في مسألة التقييد وزيادة. فالمعتمد بعد ذلك الرجوع إلى الأصل الحكمي بحسب مقاماته من اشتغال أو براءة، بتقريب: أن المتيقن من التكليف أو المسقط هذا المعلوم من أهل اللغة. وأما المشكوك بالتعارض فلا شئ لنا يثبت الموضوع حتى نقبله، وليس فيه أصل منقح، ففي مقام الحكم يرجع إلى الأصل. ومن ذلك حكمنا في الغناء باعتبار مد الصوت مع الترجيع والطرب، مع اختلاف كلمة اللغويين بإطلاق وتقييد - مطلقا، أو من وجه - وبالتباين في بعض الفروض، ورجعنا (2) في غير الفرد الملخص من كلامهم إلى أصالة البراءة من التحريم، لا من قاعدة التقييد والأطلاق، إذ قد أبطلناها فيما عرفت بما لا مزيد عليه. هذا ما اقتضاه الحال في بسط المقال، على سبيل التشوش والاستعجال .

(1) في (ن): نلتجأ. (2) في (ف، م): فرجعنا .

(العنوان السابع) (في أصالة عدم تداخل الأسباب)

عنوان [7] الحق - وفاقا لأعيان الأصحاب - أن الأصل عدم تداخل الأسباب . وتنقيح البحث يحتاج (1) إلى مقدمات: الأولى: أن المراد بتداخل الأسباب: اشتراكها في التأثير في مسبب واحد، بمعنى: أن كل سبب - مثلا - كان يؤثر في حكم لموضوع، فيجتمع الكل على موضوع واحد وحكم واحد، مثلا: أسباب الوضوء - من نوم وبول وريح - كان كل منها مؤثرا في وجوب الوضوء، ومقتضاها على فرض عدم تداخلها وضوءات ثلاث، ومعنى تداخلها: اجتماعها في وضوء واحد، بمعنى: كون هذا الوضوء الواحد مقتضى كل واحد من الأسباب. وهذه العبارة نظير إطلاق التداخل في الأشياء الآخر كتداخل الأجسام في حيز واحد، وغير ذلك. ولا حاجة بتأويله إلى أن المراد عدم تداخل المسببات اللازم لعدم تداخل الأسباب، لأنه ارتكاب لخلاف ظاهر من دون بيان. ولا ينفع في ذلك كون العدول عن المسبب إلى السبب لأفادة دليل الحكم، بمعنى: إرادتهم الإشارة إلى

(1) في (ف، م): محتاج .

أن المسبب لا يتداخل لأن السبب لا يتداخل، بل الموافق لطريقة الفن لمن عرف مذاق أهله كون المراد نفس السبب، إذ هذا الأصل جار مجرى الأصول العقلية التي هي من الأدلة للأحكام الشرعية. فينبغي أن يقال: إن من القواعد الثابتة: أن الأصل عدم تداخل الأسباب، ففي مسألة تكرار الكفارة بتكرار الوطئ - مثلا - في

الحيز يتمسك بالأصل وأصالة عدم تداخل المسبب عين المسألة الفرعية وحقيقتها . وطريقة الأصحاب تأسيس الضوابط الفقهية على نهج الأدلة، كما لا يخفى على من لاحظها. والتداخل حيث يثبت - كما في الأغسال والوضوء - محتمل لأمور: أحدها: أن يكون الأتيان بالأمور به بصورته من دون التفات إلى السبب امتثالا للأمر (1) مغنيا عن الجميع، فيكون تداخلا قهريا وإن نوى المكلف حصول البعض دون الآخر. وثانيها: الصورة بحالها، لكن بشرط عدم نية الأخراج عن الفعل، فلو نوى عدم البعض ينتفي، وما نواه أو سكت عنه يدخل في ذلك. وثالثها: أن يدور مدار النية، فما نواه يدخل، وما لم ينوه يخرج. والرابع: أن يكون معناه، أن الأتيان بأحد المسببات يسقط الباقي، لا أنه يمثل بالجميع في ذلك الواحد، وله صور: أحدها: أن ينوي واحدا معينا، فيسقط الباقي. وثانيها: أن ينوي واحدا لا بعينه، ويسقط غيره. وثالثها: أن ينوي الامتثال للأمر من دون ملاحظة السبب، فيحتسب في نفس الأمر بواحد ويسقط الباقي، ولا يمكن في هذا الغرض قصد الأزيد من الواحد، إذ

(1) في (ف، م): للأوامر .

[232]

الغرض عدم الامتثال إلا بواحد، فيلغوا النية. الثانية: أنه لا ريب أن للشارع أن يصرح بأحد هذه الصور الستة، ولا مانع في شئ من ذلك. أما الثلاثة الأخيرة فلا إشكال فيها. وأما الأول الثلاث (1) فالأشكال فيها من جهة أن كون الشئ الواحد ثلاثة أشياء محال، والغرض أن كل سبب قاض بلزوم مسبب مستقل، فالواجب على المكلف وضوءات ثلاث، والواحد لا يكون ثلاثا بالبدئية. وحله أن يقال: إن الشارع يقول: (هذا الواحد منزل منزلة الثلاث في ترتب الآثار كافة) (فيجوز إعطاء ما نذر للمتوضئ عن ريح أو بول أو نوم لهذا المتوضئ، وكذلك المنذور لمن اغتسل عن جنابة أو حيض أو لجمعة (2) يعطى لهذه المرأة المغتسلة غسلا واحدا، لأنه (3) امتثل الجميع واغتسل عن الكل. وإذا لم يكن تصريح الشارع بذلك، بل إنما صرح بأن الواحد كاف، أو مجز، أو لا تأت بالمتعدد، أو أتت بالواحد - ونحو ذلك - فالظاهر منه أي (4) هذه الصور؟ فنقول: لو كان هذه الأسباب مما يشترط قصدها عند الاتحاد، كأسباب الغسل، فإنه لو انفرد الجنابة لا بد للمكلف أن يقصدها، ولا ينفع مجرد الغسل على الإطلاق وإن لم يكن في ذمته غير غسل الجنابة، وكأسباب الحقوق من زكاة أو خمس - أو نحو ذلك - فإن تعيين كون المال المعطى من أي الأقسام لازم على المكلف، فيكون معنى قول الشارع: (الواحد مجز) اعتبار (5) النية جزما، فلا موقع هنا لأطلاق العمل، سواء جعلناه امتثالا للكل، أو إسقاطا للبعض - كما في الوجه الأول والآخر - نظرا إلى أن الواحد مشروعيته على النية، فإذا أتيت به بلا نية فليس واحدا من المسببات، بل هو شئ أجنبي، أو جزء الواحد .

(1) كذا في النسخ. (2) في (ن، م): أو جمعة. (3) كذا، والمناسب: لأنها امتثلت الجميع واغتسلت. (4) في عدا (م): فهل الظاهر منه أي... (5) في (ن): (الواحد يجزي) باعتبار .

[233]

وكذلك نية الواحد المردد، فإنه أيضا خارج عن الاحاد، فتدبر، فإنه كلام تام في المقام، ومعيار ليس عليه غبار. لكنه هل الظاهر الأسقاط فيلزم نية الواحد المعين، أو الامتثال للمتعدد حتى ينوي الكل؟ والذي يقوى في النظر القاصر أنه إسقاط، إذ الغرض أن السبب سبب، ورخصة الشارع في الاكتفاء بالواحد لا يفهم منها إلا قيام الواحد مقام المتعدد، نظير الواجب الكفائي في المكلف والتخييري في المكلف به، على ما نراه من الوجوب على الكل وفي الكل، غاية الفرق كون السقوط في المقام رخصة. ولا ينافي ذلك قولنا: بأن الغسل الواحد يجزئ في أصل السنة عن أغسال، إذ نظيره إجزاء (الحمد لله) قبل التشهد عن أذكار كثيرة، وهو منها، بمعنى تأدي أصل السنة بذلك، فمن قال ذلك كمن قال الكل في الثمرة، لا أن كلمة (الحمد لله) اجتمع

فيه أذكار كثيرة وأدعية شتى. فإذا كان الظاهر الأسقاط فمقتضى القاعدة نية الواحدة لتغني عن غيرها ويسقط ما عداها، إلا مع قيام دليل على خلاف ذلك من إجماع ونحوه. ولو فهم من رواية زرارة مثلاً) يجزئها غسل واحد لجمعتها وحبيضا وعيدها (1) ونحو ذلك - اعتبار قصد ذلك كله، فهو تعبد، والكلام فيما لم يقدّم دليل على ذلك. ولو كان مما لا يشترط قصدتها مع الاتحاد - كأسباب الوضوء - فقول الشارع مع الاجتماع: (اكتف بالواحد) (معناه: الأتيان بصورة العمل المأمور به مرة واحدة، وذلك يسقط المرات الآخر. ومما ذكرنا تبين: أن مسألة النية للسبب وعدمه ليس لها مدخلية في باب التداخل، بل ما ينوي مع الانفراد ينوي مع الاجتماع، وما لا ينوي هناك لا ينوي

(1) الوسائل 1: 525، الباب 43 من أبواب الجنابة ح 1، لفظ الخبر هكذا: وكذلك المرأة يجزئها غسل واحد لجنابتها وإحرامها وجمعتها، وغسلها من حيضها وعيدها .

[234]

هنا أيضا، إنما البحث في أن الواحد فيما فيه النية واحد مسقط حتى ينوي الواحد، أو ثلاثة حكما وتداخل الأفعال والغسلات لا يوجب تداخل النيات، وقد ذكرنا أن الظاهر الأسقاط. نعم، هنا كلام وهو: أن المتيقن من كفاية غسل واحد أو صلاة واحدة فيما يعتبر في أحادها النية كفاية العمل الواحد عن الأعمال الآخر، وأما كفاية نيته عن النيات الآخر فلا. وتوضيحه: أن على تقدير عدم التداخل كان المكلف مأمورا بإتيان ثلاثة أغسال بثلاث نيات، ودليل التداخل غاية ما اقتضى أن غسل البدن ثلاث مرات لا يجب، بل يكفي مرة واحدة. وأما أن نية الجمعة تسقط نية التوبة فمن أين يعلم ذلك؟ فمقتضى الأسقاط أيضا اعتبار النيات، لأن الفعل الواحد مسقط عن الباقي دون النية، فيكون مثل تداخل الأغسال مثل الرأسين في بدن واحد، فإن روح كل منهما حل في البدن الواحد. فهذه النيات اللازمة كان حقها تواردها على أفعال متعددة هي كالفوالب للروح، فاجتزأ الشارع بقالب واحد لهذه الأرواح. فالأسقاط أيضا في الأفعال لا في النيات، فما كان يجب فيه النية لو انفرد يجب نيات الكل مع الاجتماع، إلا إذا دل دليل آخر على إسقاط النية أيضا. لكن يمكن دفعه: بأن الغسل الواحد ليس اسما لغسل البدن، بل له مع نيته (1)، لأن الغسل عبادة، فإذا قال الشارع: (يجزئ غسل عن أغسال) يكون معناه: غسل البدن بنية يجزئ عن غسلات نيات، وهو الأسقاط للكل، فتدبر، فإنه محل نظر. فقد علم من ذلك أن المراد: صورة التداخل بمعنى ترتب الآثار، لا حقيقة التداخل، وأن عدم التداخل بقاء كل سبب على مقتضاه وعدم كون واحد مسقطا لغيره .

(1) في (ن، ف): نية .

[235]

الثالثة: أن مسألة التداخل كثيرة الدوران منتشرة الفروع، لا بد من الإشارة إلى مواردها وضبط أقسامها وتنقيح محل النزاع منها، فنقول: من مواردها: أسباب نزح البئر، وغسل الحدث والخبث، وأسباب الوضوء والغسل، وتعلق نذر ونحوه بأحد الواجبات - كنذر الحج - وتسبيحات الجبر للقصر والتعقيب، وأسباب الكفارات في الصوم والحج والاعتكاف والنذر والظهار ونظائرها، ورواتب النوافل مع المطلقات، ومطلقات السنة مع خصوصيات شهر رمضان ونظير ذلك، وجنابة الأطراف والنفوس، وجلدات الحدود، وضمان الاتلافات، والمستحبات المطلقة في كل يوم أو شهر أو سنة مع ما قيد منها بيوم خاص ونحوه، وأسباب سجود السهو وركعات الاحتياط، وأسباب صلاة الايات، وسلام التحية والصلاة، ومسألة أرش البكارة في الأمة والمهر، وغسل اليد من البول والغائط والريح للوضوء. فنقول: لا كلام في عدم التداخل في صورة طريان السبب الآخر بعد حصول مسبب الأول، كمن وطئ حائضا فكفر ووطئ أخرى، أو توضأ من بول ثم نام، فإنه يجب الكفارة والوضوء بلا كلام، ونحو ذلك لو اغتسلت عن حيض فاجنبت. والوجه في ذلك: أن مبنى القائلين بالتداخل - كما يأتي - حصول الامتثال بالواحد من

الخطابين، وهو فرع تأخره عنهما، ولا يعقل تقدم مسبب على سبب، فيبقى الأمر الثاني من دون امتثال. ويظهر من كلام الفاضل المعاصر النراقي في عوائده وجود الخلاف أيضا في هذا الفرض، قال: ويظهر من كلام بعضهم في مسألة الوطئ في الحيض عدم التكرر مع المسبوقية أيضا، وهو فاسد جدا (1) هي (2). والظاهر أن ذلك ليس من جهة التداخل، بل من جهة عدم دلالة دليل على الثانية .

(2) عوائد الأيام: 107، العائدة: 31. وليست في آخر كلامه كلمة (جدا). (2) كذا في النسخ، والظاهر أنها علامة اختصارية لـ (انتهى) وفي هامش (م) زيادة: هذا، خ .

[236]

وتوضيحه: أن مسألة التداخل وعدمه إنما هو بعد دلالة دليل على لزوم الفعل، ثم بعد ذلك نقول: هل هما يحصلان بواحد، أم يحتاج إلى متعدد في الامتثال؟ مثلا: إذا قال الشارع: (من بال فليتوضأ) فهنا مسألتان. إحداهما: أنه متى ما تكرر البول أيضا يجب الوضوء، أو أنه في مرة واحدة يجب، وفي الثانية لا يدل على وجوبه. وثانيتهما: أنه على فرض دلالة على الوجوب هل يتأدى الوجوبان بوضوء واحد أو لا بد من وضوءين؟ ومسألة التداخل هي الثانية، والاولى مسألة تكرر المشروط بتكرر الشرط. فمن قال بأن من وطئ الحائض وكفر ثم وطئ لا تجب الكفارة، لا لأن الكفارة السابقة مجزئة عن هذا الوطئ أيضا كما لو كانت لاحقة لهما، بل لأن دليل الكفارة إنما يقتضي وجوب الكفارة لأول فرد من الطبيعة المجعولة سببا. وأما الفرد الثاني فلا وجوب فيه، سواء قدم أو آخر، ومقتضاه: أن الكفارة إذا وقعت بعد المرتين فهي للاولى، والثانية لا كفارة فيها (1) (أصلا، لا أن قول الشارع منزل منزلة خطابين: إذا وطئت أولا فكفر، وإذا وطئت ثانيا فكفر، وحصلان (2) بالكفارة المتوسطة بينهما، فإنه كلام لا يتفوه به متفوه من أصحابنا المؤيدين المسددين! والفرق بين المقامين في غاية الوضوح . والحاصل: أن باب التداخل فرع فهم تعدد الخطاب والامتثال لهما بواحد. وأما لو كان هنا خطاب مجمل لا يعلم منه اللزوم في تحقق السبب مرة ثانية كقوله: (من استطاع فليحج) وقامت القرينة على أن هذا الظاهر (3) غير مراد وشك في أن الاستطاعة الثانية أيضا توجب حجا أم لا؟ فنقول: متى ما حج الرجل بين

(1) في (م): فهي للأول، والثاني لا كفارة فيه. (2) في (م): تحصلان. (3) لا يخفى عدم ملائمة هذه العبارة مع قوله في أول الفقرة: وأما لو كان هنا خطاب مجمل ...

[237]

الاستطاعتين لا يجب عليه الحج في الثانية، لا للتداخل، بل لعدم العلم بسببيتها مطلقا، فليس هنا أسباب حتى تتداخل. ونظير ذلك من يقول بعدم تكرر الكفارة بتكرر الأفطار في رمضان، فإن معناه: عدم دلالة الدليل على أن مطلق الأفطار سبب. ويجئ لذلك توضيح بعد ذلك - إن شاء الله تعالى - . وكذا في صورة كون المسببات مختلفة بالنوع، كقوله: (من جامع فليغتسل، ومن وطئ في الحيض فليتصدق بدينار) ضرورة عدم حصول أحد الأمرين بالآخر، والفرض أن كلا منهما أمر موجب للزوم تحصيل الامتثال. وكذا لو كان المطلوب مع وحدته النوعية معتبرا فيه صفتان متناقضتان فيدا في الخطابين أو في المطلوبين، كقول الشارع: (صل ركعتين وجوبا، وصل ركعتين ندبا) فإن كون الصفتين متناقضتين لا تجتمعان في مورد واحد يمنع من التداخل، وهذا أوضح في المثالية لكون القيد للخطاب. ولا يقال: إن مجرد تغاير الخطابين لا يمنع من التداخل لو لم يعتبر في أصل الصلاة الوصفان. لأننا نقول: إن الطلب الوجوبي يحتاج إلى امتثال، ولا يحصل إلا بركعتين هما واجبتان في الواقع، والندبي لا يمثل به إلا بركعتين مندوبتين، والوصفان لا يجتمعان، فالوصف في الخطاب يسري إلى المطلوب. ولو قيدهما بالأداء والقضاء كان مأخوذا في المطلوب، إذ الطلب لا يتصف بهما، وإنما البحث في غيرها من الصور الاتية. الرابعة: أن سبب الحكم المتنازع فيه: قد يكون أمر الشارع ابتداء من دون مدخلة شئ آخر من الخارج أو من

نفس المكلف مأخوذ في الخطاب، مع عدم تغاير في الخطابين في وجه من الوجوه، كقوله: (صم يوما، صم يوما) مع عدم قرينة على التأكيد .

[238]

وقد يكون كذلك مع تغاير في الإطلاق والتقييد، كقوله: (تصدق، تصدق بدينار). وقد يكون مع تغاير في وصفين قابلين للاجتماع في فرد واحد، كقوله: (اغسل للزيارة، اغسل للتوبة) أو (صل ركعتين للتحية، صل ركعتين للاستخارة). (وقد يكون متغايرا في الزيادة والنقيصة، كقوله: (أطعم عشرة مساكين، أطعم ستين مسكينا). وقد يكون مستندا إلى سبب من المكلف حتى في التعدد، كقوله: (من أفطر فليعتق رقبة) فأفطر مرتين، أو (من بال فليتوضأ) أو (من اصطاد كذا فعليه دم شاة) فكرر السبب، أو إلى سببين فعلهما المكلف، كقوله: (من ظاهر فليعتق رقبة، ومن أفطر فليعتق رقبة) ففعلهما المكلف، أو إلى سبب من الخارج كقوله: (من ولد له ولد فليذبح شاة، ومن تمرض فليذبح شاة) فحصل له الأمران. وقد يكون أحدهما مستندا إلى سبب من الخارج أو من نفسه، والآخر ابتدائيا. ويجئ في هذه الأقسام أيضا اتحاد الكيفية وتغايرها بإطلاق وتقييد، وبوصفين قابلين للاجتماع، وبالقلة والكثرة، ويتشعب من ذلك صور كثيرة لا يخفى على النبيه استخراجها بعد ما ذكرناه. ولا يتوهم مما قرر في الأصول من حمل المطلق على المقيد: أنه لا وجه في صورة التقييد لعدم التداخل، لأن هذا غفلة عن موضوع البحثين، فإن الكلام في الأصول بعد فرض العلم باتحاد التكليف والبحث في وجوب المقيد أو حمله على الاستحباب، ونحو ذلك. وأما المقام فمع عدم العلم بالاتحاد في التكليف، فيحتمل كفاية الواحد، ويحتمل كون التكليف بالمقيد على حدة وبالمطلق كذلك، فيجب صوم يوم على الإطلاق ويوم الخميس بخصوصه، فتدبر وتبصر. وهذه الصور المذكورة كلها قابلة لنزاع التداخل والعدم ما لم يقم دليل من

[239]

الخارج أو قرينة في اللفظ على أحد الأمرين، فإن ذلك أيضا خارج عن محل البحث. الخامسة: قال الفاضل المعاصر المدقق الملا أحمد النراقي في عوائده: لا شك أن الأسباب الشرعية علل للأحكام المتعلقة بأفعال المكلف، لا لنفس أفعاله، فوطؤ الحائض علة لوجوب التصديق والبول علة لوجوب الوضوء، لا للتصدق والوضوء . وتعدد الأسباب الشرعية لو اقتضى تعدد مسبباتها لاقتضى تعلق وجوبين بتصدق الدينار والوضوء! والكلام إنما هو في وجوب تعدد التصديق والوضوء، لا تعدد الوجوب، ولا تلازم بينهما، لأمكان تعلق فردين من حكم بفعل واحد من جهتين متغايرتين كوطئ الأجنبية الحائضة، وشرب الخمر والزنا في نهار رمضان، ووجوب قتل زيد المرتد القاتل لغيره عمدا، وهكذا. وعلى هذا، فأصالة عدم تداخلها لو ثبت لا يستلزم أصالة عدم التداخل بالمعنى المتنازع المراد، والكلام في إثبات تعدد الفعل دون تعدد الحكم، وأحدهما غير الآخر (1). وهذا الكلام من ذلك العلامة يدل على غفلة أساطين الأصحاب المستدلين لهذا الأصل بالوجوه الآتية عن هذا الوجه الذي ذكره، وعدم التفاتهم إلى أن ما ذكره من الأدلة لا يؤدي إلى المطلوب بشئ، إذ غاية مفاد أدلتهم الآتية اقتضاء كل سبب مسببا برأسه، وإذا كان المسبب الحكم دون الفعل، فلا نفع في هذا الاستدلال وإتعايب البال. فنقول - مستعينا بقوة الله، ومستندا من بركات أنفاسهم الزكية -: إن اجتماع الحكمين المتجانسين في موضوع واحد محال، بمعنى: أن يكون طبيعة الصلاة - مثلا - يتحقق فيه وجوبان في نفسها (1) من دون مراعاة جهة أخرى غير ممكن، كيف! واجتماع الأمثال لا شبهة في بطلانه وعدم إمكانه .

(1) عوائد الأيام: 101، العائدة: 31. (1) كذا في النسخ، والمناسب: يتحقق فيها وجوبان في نفسها .

[240]

وما ذكر في نذر الواجبات - مع أنه محل كلام معروف - ليس معناه: تعلق النذر بطبيعة واجبة قابلة للحصول في أفراد متعددة، فيجب بالأصالة وبالنذر، ويحصل الامتثال في فرد واحد، فإن من نذر صلاة أو حجا فهو أيضا داخل في محل نزاعنا في باب التداخل. وفتوى الأصحاب - كما لا يخفى على من لا حظها - وجوب حج غير حجة الإسلام وصلاة غير الفرائض الأصلية، فيرجع أيضا إلى نظير تعدد الخطاب المبحوث عنه في المقام ويكون من إحدى الصور المتقدمة. بل معناه: نذر حجة الإسلام - مثلا - وصلاة الظهر كذلك، وصوم رمضان مثلهما، فإن بناء على صحة النذر عملا بالعمومات الدالة عليه - كما هو خيرة جماعة (2) - ففائدته الكفارة في صورة المخالفة، دون إحداث وجوب في العبادة، فإن حقيقة الوجوب في العمل كونه مطلوبا ممنوعا من تركه، وهذا غير قابل للتعدد، وليس إلا كالبياض في الجسم، وعدم تعدد المأتي به في النذر لعدم إمكانه، إذ ليس حجة الإسلام على هذا المكلف إلا واحدة، فلو أتى بها مرة ثانية فقد أتى بغير المنذور، ونحو ذلك صلاة الظهر. ومن هنا نقول: إن نذر الواجب يرجع إلى الالتزام بالكفارة لو خالف، لا الالتزام بالفعل، لأنه حاصل قبل النذر. وما ذكره (3) في قتل المرتد القاتل لا ربط له بالمقام، إذ نحن لا نمنع من وجود كليين متعلقين للحكم بينهما عموم من وجه في فرد واحد، ولا ريب أن قتل المرتد - مثلا - واجب، وقتل القاتل - مثلا - لو فرضنا واجب، وهما موضوعان مستقلان للحكمين وجدا في ضمن هذا الفرد. وأي مانع من ذلك؟ والكلام في تعلق وجوبين بموضوع واحد. وأما في المتعدد المجتمع، فنحن لا نمنع من وجود متناقضين أيضا -

(2) هذا هو مذهب أكثر المتأخرين، خلافا للمرتضى والشيخ وأبي الصلاح وابن إدريس، انظر الجواهر 35: 441. (3) أي: المحقق النراقي في كلامه المتقدم.

كالوجوب والتحريم - عقلا، ونحو ذلك ما ذكره من المثاليين الآخرين، فإن وطئ الحائض موضوع ووطئ الأجنبية موضوع آخر، وكذا الزنا وشرب الخمر موضوع وإفطار شهر رمضان موضوع آخر، بينهما عموم من وجه. فلم يتحقق حكمان متجانسان في موضوع واحد. ولا فرق بين المتجانسين والمتناقضين من الأحكام في عدم الاجتماع في موضوع واحد. إذا عرفت هذا، فمتى سلم كون كل من السببين قاضيا بوجوب المأمور به ولم يكن أحدهما تأكيدا للآخر فلا بد من إرادة إتيانه في الخارج مرتين، إذ تعدد الوجوب يقتضي تعدد الأيجاد في الخارج، ولا يمكن وجود واحد محلا لوجوبين، إذ الماهية غير قابلة والخصوصية كذلك، وكون أحدهما للماهية والآخر للخصوصية تهافت في القول ومخالف لظاهر الدليل والفرض، فلا بد من وجودين حتى يصدق الوجوبان بهذا الاعتبار، إذ الطلب للماهية ينحل إلى إرادة وجودها في الخارج، فيتعدد الطلب يتعدد الوجود لا محالة. مضافا إلى أن تداخل المسبب بين السببين - الذي هو خارج عن محل البحث ولا كلام فيه في عدم التداخل - ليس الوجه فيه إلا تعدد الأمر وتعدد الوجوب، لأن مدخلية شئ آخر غير معلوم، بل معلوم العدم، فإذا وجب بالسبب الأول فمعناه: لزوم وجوده في الخارج، فإذا وجد وحصل السبب الثاني ليس معناه أيضا إلا لزوم وجوده، والمفروض أنه وجد في الخارج، فتعدد الوجود أي شئ يقتضيه؟ فإن قلت: السبب يقتضي الوجود بعده وهنا وجد قبله، بخلاف ما لو اجتمع السببان، فإن المسبب يوجد بعدهما مرة واحدة. قلت: كلام جيد! لكن الفرض أن تعدد الوجود للفعل لم ينشأ إلا من نفس تعدد الطلب بعد التأمل الجيد، لا لتأخر السبب الثاني عن المسبب، وليس هذا الأتيان به ثانيا في نظر أهل العرف إلا لتعدد الطلب، لا للتأخر والتقدم، وهذا

موجود في صورة التأخر أيضا، وليس ما ذكر من الفرق إلا مداقة لا يفهمه أهل اللسان، كما لا يخفى. وحاصل الكلام: أن تعلق وجوبين بماهية واحدة ليس معناه إلا لزوم تعدد إيجادها، ولا معنى له غير ذلك، فالتلازم في المقامين (1) واضح. ولذا ترى الأصحاب يذكرون أسباب الوضوء والغسل ونحو ذلك، ولا يلتفتون إلى أنه سبب لوجوبه

لا لوجوده. إذا عرفت هذا فاعلم: أن المراد بأصالة عدم التداخل قاعدة مستنبطة من أدلة الأسباب ومن فتوى الأصحاب، وإلا فلا ريب أن الأصل الأولي قبل ورود الخطاب عدم تعلق وجوبين وبراءة ذمة المكلف من الأتيان مرتين، وبعد ورود الخطاب أيضا مع قطع النظر عنه كذلك، إذ ليس الأسباب الشرعية إلا معارف، بمعنى: كونها عللا للوجود الذهني، وذلك قابل لتعدد المسببات واتحادها، والأصل عدم لزوم مؤثر حقيقي واقعي حتى يوجب التعدد. والامارتان لا تقتضيان إلا الواحد متيقنا، فينفي الزائد بالأصل، وبهذا جمد (2) القائلون بالتداخل، وزاد بعضهم: أن في بعض الصور كقوله: (من وطئ حائضا فليتصدق بدينار (لا يكون الواطئ الثاني خارجا عن السبب الأول، إذ الوطئ شئ صادق على القليل والكثير، وماهيته القابلة للوجود في ضمن ألف فرد موجبة لدينار، فمن أين يجئ التعدد؟ وقس على ذلك نظائره. فنقول: أما قبل ورود الخطاب فذلك خارج عن محل البحث، إذ ليس هناك أسباب حتى تتداخل أولا. وأما بعد الخطاب فتعدد المسبب إن كان حقيقة (1) - كالصوم والحج - فذلك قد تقدم عدم البحث فيه. وأما فيما تباير بالاعتبار والنسبة - كصلاة تحية وحاجة ودينار ووطئ ونذر ونحو ذلك - فلا ريب أن فيها ما

(1) في (ن) ونسخة بدل (ف، م): في المقام. (2) في (ف): عمل. (1) في (ن): (حقيقية، والصواب: حقيقيا).

[243]

لم يتداخل بالاتفاق. فنقول: عدم تداخله لأي سبب؟ هل هو لدليل خاص جاء على أن هذين لا يجتمعان؟ والفرض عدمه، بل ليس موجودا في أبواب الفقه، وليس عدم التداخل إلا من جهة أن كل مسبب مضاف إلى سببه فيمتنع بعد ذلك تداخلهما. وهذا الوجه موجود في جميع صور النزاع. وبتقرير آخر: الأسباب الشرعية وإن كانت معارف لكنها كاشفة عن علل حقيقية واقعية، وظاهر كل سبب شرعي كشفه عن مؤثر حقيقي، ومجرد احتمال كونهما أمانة للواحدة لا يدفع الظاهر، وهو الحجة، فأصالة عدم المؤثر الحقيقي لا وجه له بعد كشف الظاهر عنه. فإن قلت: على ما ذكرت من العلل الحقيقية يمتنع التداخل، مع أنه وقع في مقامات. قلت: ليس الكشف عن علة واقعية منجزا غير قابل للتأويل، بل هو مقتضى الظاهر، فمتى جاء الدليل على أنه يتداخل علمنا كون الامارات كاشفة عن مصلحة واحدة تفوت بحصول الواحدة، فلا يبقى هناك علة. وهذا معنى قولنا: إن الأصل عدم التداخل حتى يثبت بدليل. فإن قلت: متى ما جاز الكشف عن علة واحدة فكيف تدعي الكشف عن علتين؟ قلت: لا ريب أن كل خطاب يصدر من الشرع لا بد له من علة واقعية، فكونهما معا كاشفين عن علة واحدة خلاف الظاهر قطعا، وهذا معنى المقتضي في كل مقام. فإن قلت: تجدد النسبة إلى دليل آخر لا نعلم كونه مقتضيا للتعدد، بل لعله شئ آخر لا نعلمه، وإثبات العلة بالمناسبة لا نقول به. قلت: هذا إثبات للعلة بالانحصار من الخارج، بمعنى: أنا نجد في مقامات

[244]

عدم التداخل ليس المنشأ إلا اختلاف النسبة وكون كل كاشفا عن مصلحة أخرى، ونرى أنه موجود في جميع صور البحث. على أن الظاهر إذا اقتضى تعدد العلة - كما هو واضح لمن تدبر - فلا وجه لهذا الكلام. مضافا إلى أن الأدلة الدالة على التداخل دالة على أن الظاهر من الأسباب عدمه (1) من جهات: أحدها: أنه عبر في رواية زرارة: بأنه (إذا اجتمع لله عليك حقوق أجزاء عنها غسل واحد) (2) ونحو ذلك من العبارات. وظاهر جمع (الحقوق) أن مقتضى الأسباب كون ذلك متعددا، لأن ظاهر كونه حقا عليه وجوبه عليه. فعلم من ذلك: أن الأنواع المتداخلة كل منها حق ثابت في ذمة المكلف، والمفروض أنه ليس على ذلك دليل من الشارع سوى الأوامر والاسباب، وليس ذلك من كون العبارة أولا بيانا للأثبات ثم الأسقاط، بمعنى: أن الشارع يقول: إذا تعدد عندك الأسباب فأنت لا تدري هل الحق واحد أو عليك حقوق؟ وأنا ابين لك أنه حينئذ يصير عليك حقوق، لكن أنا أكتفي منك بالواحد، بل المراد: أنني

لو لم أقل بالاجتزاء بالواحد لكنت بانيا على التعدد، لما فهمته من أدلة الأسباب، لكن ابين لك عدم كونها على ظاهرها كما تخيلت، بل الواحد مجز. على أنا نقول: لو كان هذا مثبثا للتعدد ثم مسقطا لكفانا أيضا، إذ ظاهر النص سقوط التعدد الثابت، فما لم يقم دليل على سقوطه في مقامات آخر الأصل عدم الأجزاء. وثانيها: أن ظاهر لفظ (الأجزاء) في أدلة التداخل قاض بأنه لولا هذا الدليل لكان المسبب متعددا .

(1) أي: عدم التداخل. (2) لفظ الحديث - على نقل الشيخ -: (فإذا اجتمعت لله عليك حقوق أجزأها عنك غسل واحد) التهذيب 1: 107 / 279، ورواه الكليني في الكافي (3: 41) بدون لفظ (لله).

[245]

وثالثها: أن ورود هذه النصوص في مقام التأكيد للأصل الأول - وهو أصالة عدم تعدد المسبب مع عدم ورود دليل على خلافها - مما يكاد يقطع بخلافه، ولا يدعي ذلك إلا مكابر، لوضوح أن هذا ليس كأدلة أصل البراءة، ومن الواضح ورودها في مقام ظن التعدد ولزوم الأتيان بمسببات كثيرة. وهذا الظن لم ينشأ عند من نظر بعين الأنصاف إلا من ظواهر أدلة الأسباب، وليس إلا قوله: (اغتسل للجنابة، اغتسل للزيارة) فإذا كان الظاهر ذلك فعدم ورود دليل من الشارع على التداخل في غير باب الأغسال ونحوه يدل على أن الظاهر متبع، وإلا لزم الأغراء بالجهل وتأخير البيان. وما في العوائد: من عدم دلالة (الأجزاء) على ذلك، غايته دلالته على جواز التعدد، لا على أصالته، ونحن نقول بجواز التعدد، بل أفضليته (1) كما ترى غير ناهض في الجواب، إذ لا شبهة في أن (الأجزاء) إذا نسب إلى العدد كقولك: (يجزئ واحد) معناه: أن هناك تعددا مطلوبا بنحو ما طلب الواحد، لكن هذا يدل على سقوطه بذلك. وما فيه أيضا: من منع دلالة رواية زرارة بأنها لا نقول بالتداخل في كل مورد، بل نقول: إن الأصل ذلك، وكمن من موارد لم يتداخل فيها الأسباب الشرعية، فكيف جاز أن يقول: حق واحد (2)؟ أيضا في غاية الوهن، إذ في مقام يثبت (3) فيه التداخل إذا عبر المعصوم بلفظ (الحقوق) فما ظنك بموارد الشك التي هي محل الثمرة لهذا الأصل! وبالجملة: إنكار (دلالة قوله): إذا اجتمع عليك حقوق أجزأك عنها واحد (1) على كون كل من الأسباب موجبا لحق برأسه من حيث إنه سبب لا ينبغي أن يصدر ممن نظر بعين الأنصاف، وإلا فلا يخلو كل ظاهر من طريق مناقشة لأهل الاعتساف .

(1) عوائد الأيام: 107، العائدة: 31. (3) عوائد الأيام: 107، العائدة: 31 (3). في ظاهر (ن): ثبت. (1) راجع ص: 241 .

[246]

ثم قال: وأما ورود النقل بالتداخل فإنما هو لأجل سؤال الراوي، مع أنه خلط في النزاع، إذ لا نزاع في حصول الامتثال بالتعدد، ولا خفاء لأحد فيه حتى يحتاج إلى السؤال، وإنما الخفاء في الواحد، فهو المحتاج إلى البيان، وأين ذلك من الأصل (2)؟ ولا يخفى على أهل البصيرة، أن صدور مثل هذا الكلام من ذلك المحقق النحرير من الغرابة بمقام! [ولا يخلو من حط نفسه على مدافعة (3) (أساطين أهل الفن عن مثل ذلك [(4) فإنه إقرار بأصالة عدم التداخل من دون التفات. وتوضيحه بحيث يكون تأسيسا جديدا لهذا الأصل وقلعا لمادة الشبهة: أن حصول الامتثال بالتعدد هل هو لكون ذلك مأمورا به، أو من جهة أن الواجب واحد، ويأتي المكلف بالثاني من عند نفسه؟ لا ريب أن وحدة المأمور به كما هو مقتضى القاعدة - على ما زعمه - يمنع من قصد الامتثال بالثانية، لأنه يكون بدعة وإتيانا بما لم يؤمر به بقصد أنه مأمور به، فمعرفة الكل بالتعدد وعدم الخفاء فيه لأحد عين الفهم من الدليل عدم التداخل لو خلى ونفسه. والذي يمكن أن يقال: إنه يجوز أن يكون الامتثال بالتعدد من باب الاحتياط، بمعنى: أن المكلفين بعد ورود السببين يشكون في وجوب التعدد وعدمه، ولكن يعلمون قطعا أن المتعدد مجز ويشكون في أجزاء الواحد، فلا يكون التعدد من حيث هو مأمور به حتى يلزم به التشريع، بل للاحتياط الذي يكفي فيه الاحتمال، ومن

هنا احتاجوا إلى السؤال. قلت أولاً: إن هذا الكلام مبني على أن طريقة الناس في مقام الشك في التكليف كانوا يبنون على الاحتياط ويحتاجون في العمل بالبراءة إلى السؤال بخصوصه. وهذا بعيد عن طريقة العوام، فضلاً عن أصحاب الأئمة عليهم السلام فضلاً عن

(2) عوائد الأيام: 107. (3) في (ف): مداقة. (4) ما بين المعقوفتين لم يرد في (م).

[247]

مثل زرارة! وثانياً نقول: هل في الموارد التي هي محل النزاع بيننا (1) مثل زرارة كان بانيا فيه على الاتحاد والتداخل، أو على عدمه، أو كان شاكاً؟ فعلى الأوسط: يثبت المدعى، إذ ليس إلا للقاعدة. وعلى الأخير: فلم لم يسأل عن ذلك ولم يتعلم الحكم؟ ومن البعيد تكرر نظر أصحاب الأئمة عليهم السلام الفقهاء سيما مثل زرارة الذي بقي إليه أساس الشريعة وعدم التفاته إلى مثل هذا المقام (2) سيما مع كثرة دوران المسألة وفروعها في الفقه. وعلى الأول: فما باله سأل عن هذا المورد الخاص؟ مع أنه على سياق نظائره، ولم يكن طريقة أمثاله السؤال عن الخصوصيات بعد فهم الضابط، مضافاً إلى أن بناء أصحاب الأئمة عليهم السلام لو كان على التداخل فكيف صار اتفاق فقهاء الأجلاء المقاربيين لأعصار الصحابة والتابعين - كما حكاها العلامة الطباطبائي (3) - على عدم التداخل؟ وقطعوا بذلك وأرسلوه إرسال المسلمين، ولم يخرجوا عنه إلا بدليل واضح، بل في مقام ورد به النص الصحيح - كباب الأغسال - أعرض عنه جماعة وأنكروا التداخل، فضلاً عما لم يرد فيه دليل، ولم نجد منهم أحداً يطالب بالدليل في عدم التداخل، فلو كان خلاف القاعدة لاحتيج في ذلك إلى دليل دون من قال بالتداخل. وهذا الأطباق والاتفاق كما أنه حجة برأسه في إثبات المدعى كاشف عن طريقة أصحاب الأئمة عليهم السلام وبنائهم على عدم التداخل واحتياجهم في كفاية الواحد إلى الدليل.

(1) في (ن، ف) زيادة: هل. (2) وردت العبارة في (م) مختصراً، هكذا: ومن البعيد عدم التفات مثل زرارة إلى مثل هذا المقام. (3) الظاهر هو السيد بحر العلوم قدس سره، قال المحقق النراقي: ذكره بعض سادة مشائخنا في بعض فوائده، عوائد الأيام: 105، العائدة: 31.

[248]

وثالثاً نقول: لا يخفى على من راجع وجدانه أن عدم الخفاء في أجزاء المتعدد ليس من جهة الاحتياط، بل لأنه ورد به الأمر وإن كان الواحد قد يكون مسقطاً عنه، فإننا لو رجعنا الآن إلى عوام المتشعبة المقلدين في تداخل الأغسال وسألنا عنهم في ذلك (1) لأجابوا بأن التعدد من جهة أن الشارع يأمر بكل واحد من الأغسال لكنه جعل الواحد مقام الكل تسهيلاً وتفضلاً، لا أن تعدد الأوامر لا يقتضي إلا غسلاً واحداً حتى يثبت التعدد، فإن هذا كلام من مال بدقة نظره وكثرة غوره عن طريقة العادة والعرف. بل لا أظن أحداً ينكر مطلوبة الكل لو أتى بالتعدد، ويأتي لذلك مزيد توضيح. والمناقشة في الاتفاق المدعى - بأن أدلة الأسباب مختلفة، وليست محصورة في نوع، فمنها: ما يظهر منه التعدد، ومنها: ما يظهر منه الاتحاد، ومنها: ما لا يظهر منه شئ منهما. ومع ذلك فالأدلة الخاصة من إجماع أو نص على التداخل وعدمه واردة في كثير من الموارد، فإن أريد اتفاق جماعة منهم أو جميعهم على عدم التداخل في بعض الموارد فهو مسلم لكنه لا يفيد، إذ لعله لاقتضاء دليله التعدد أو لورود دليل خارج عليه. وإن أريد اتفاق الكل في جميع الموارد فهو ممنوع، وكلام جميع القدماء خال عن ذكر هذا الأصل وإن عملوا بمقتضاه في بعض الموارد لإجماع أو دليل آخر، وكفى بذلك شاهداً طرحهم النصوص والظواهر ومصيرهم إلى عدم التداخل في بعض الموارد ولو كان منشأه مجرد الأصل لم يقدم على الظواهر (1) - ناشئة (2) عن عدم التأمل في أطراف الكلام وعدم التنبيه لدقيقة المقام. فإن غرض مدعي الإجماع - الذي لم يسمح بمثله الزمان - ليس دعوى

(1) في (م): وسألناهم عن ذلك. (2) في (ن): على الظاهر. (2) في عدا (م) ناش، والصواب ما أثبتناه، فإنه خير لقوله قبل أسطر: والمناقشة في الاتفاق المدعى

[249]

تمسك الأصحاب بأصالة عدم التداخل، إذ لا ريب أن أمثال هذه العبارات اصطلاحات نشأت من الطبقة المتوسطة، وليس ادعاء مصيرهم إلى مقتضاها في جميع الموارد حتى يمنع، بل غرضه أنا نرى فتوى الأصحاب من باب الطهارة إلى باب الديات على عدم التداخل، ومن قال بالتداخل يطالبونه بالدليل، ولا يطالبونه ممن بنى على عدم التداخل. ثم إن البناء على عدم التداخل أيضا ليس مقصورا على مورد نص خاص، إذ نجد ذلك فيما لم يرد فيه دليل سوى دليل السبب، ونجد أدلة الأسباب غالبا على نسق واحد قابل للتداخل والعدم. والذي بعد التأمل يظهر أن إجماعهم على عدم التداخل - الذي جعله المورد دليلا خارجيا وقريبة - إنما نشأ من دليل الأسباب، لأننا نراهم لا يستندون في ذلك إلى شئ سوى الدليل الدال على السببية، ولا ينكر ذلك عليهم من خالفهم، بل يدعي رواية أو دليلا آخر على التداخل. ووجود الأدلة الخاصة في بعض المقامات لا يضر في فهم بنائهم على القاعدة، إذ أغلب القواعد منصوطة في بعض جزئياتها، ومدفوعة بدليل أقوى في بعض مواردنا. ومن لا خبرة له بالفتوى ولا تسلط له على عبائر الأصحاب ولا تتبع له في مقامات الباب كيف يسعه الاقتحام على منع ما ادعاه ذلك التحرير، مع طول ذراعه وسعة باعه! وما ذكره من الاستشهاد بخروجهم عن ظاهر النص فإنه كاشف عن أن المعتمد ليس الأصل، واضح الفساد، إذ معنى الأصل قاعدة مستنبطة من الطواهر. ولا بعد في طرح أحد الطواهر لما هو أقوى منه وأمتن. وليس هذا الأصل من الاصول العملية التعليقية التي لا تجري في مورد الدليل، بل إنما مثله مثل قواعد الضمان ونحوه الذي ترك الأصحاب لأجلها نصوصا خاصة في أبواب الفقه

[250]

وخلدوا إلى القاعدة لقوتها وكثرة العمل بها في مواردنا ووضوح عمل الأصحاب بها، وبعد خروج المورد الخاص (1) عنها. ولا يخفى ذلك على من له أدنى درية (2) في متون الفقه وكلمات المتأخرين، فضلا عن كتب الاستدلال للأساطين، فإن طرح النصوص الصحيحة غير عزيز في قبال القاعدة، سيما مع عمل شيخ الطائفة وأتباعه بها حتى سمي شيخنا الشهيد الثاني - في مقامات متعددة - من رد هذه الأخبار وأخذ بالقاعدة (المستنبطين) (3) في قبال من عمل بالرواية، مشعرا بأنهم ليسوا من أهل الاستنباط. والمعلوم من كلامه أن الاستنباط: المشي على القواعد (4) المعلومات من المذهب. وهو معيار ليس عليه غبار، وما نحن فيه من حملتها. ولعل المورد تخيل من لفظ (الأصل) ما يذكرونه في الاصول من أن المراد بالأصل: ما يرجع إليه عند عدم الدليل كالبراءة والأباحة. وقد عرفت ضعف ما تخيله، ووهن ما ارتكبه. على أنا نقول: إن من الموارد التي ترك بعضهم فيه النص الصحيح وخلد إلى القاعدة - كما ذكره مدعي الأجماع مؤيدا على كون القاعدة مرعية مسلمة - باب الأغسال. فنقول: أي دليل دل هنا على عدم التداخل حتى تركوا لأجله النص كما زعمه المورد؟ فإن كان إجماعا فلا ريب أن المشهور على التداخل، فكيف بالأجماع على عدمه! وإن كان نصا فقد عرفت أن النصوص دلت على التداخل. وإن كان أدلة الأسباب فلا يخفى عليك أن هذه الأدلة هي ما ذكرنا في أمثلة محل النزاع. فإن كان صراحة هذه الأدلة في التعدد تعارض النص الصحيح المعتضد بفتوى الأكثر والأصل الأولي - على ما زعمه المخالف - فما بال نظائر ذلك لا تقبل فيها

(1) في (ن): مورد الخاص. (2) في (ن): درية. (3) (4) في (ن): القاعدة .

هذه الدلالة؟ فلم فيما عدا ذلك لم يكن الظاهر التعدد مع أنه لم يعارضه نص ولا فتوى؟ وملخص الكلام: أن صدور هذا الأيراد والبحث من مثل ذلك العلام مبني على مجرد فتح باب المناقشة وخروج عن طريقة أهل النظر والسداد. ولا يخفى على أصحاب النظر عدم الوثوق بل عدم الالتفات إلى مثل هذه الشبهات في قبال ما ظهر من الوجوه على كون المعمول به والمعمول عليه عدم التداخل فيما لا دليل على خلافه، مضافا إلى أنه غير خفي على المتتبع الماهر أن المدار في أبواب الفقه كافة على تعدد المسببات بتعدد الأسباب غالبا، وليس ما تخلف فيه ذلك في جنبه إلا أقل قليل مستند (1) إلى خصوص دلالة الدليل، ومع ذلك ليس مما اتفق الفتوى فيه، بل قد اختلف فيه الفتاوى اختلافا. قال العلامة الطباطبائي: ولذا ترى أن أسباب الصلاة والزكاة والصوم والحج والأيمان والنذور والديات والحدود وغيرها على كثرتها كثيرا ما تجتمع مع توافق مسبباتها في الجنس والكيفية والوقت، وهي مع هذا متعددة متغايرة، كالصلاة المتوافقة [من فائتة وحاضرة، والفوائت المتعددة من الفرائض والنوافل الراتية وغير الراتية المؤقتة (1)] (2) (وغيرها، وكصلاة الفجر مع الطواف، والزلزلة مع الكسوف، والعيد مع الاستسقاء، وكذا أنواع الصيام من القضاء والكفارة وأفرادهما المتكثرة، وأقسام الزكاة مثل زكاة المال والفطرة وأفرادهما الكثيرة، والديون المستقرة في الذمة بأسباب مختلفة كالبيع والصلح والأجرة [والقرض] (3) وغير ذلك من صور اجتماع الأسباب مع توافق المسببات مما لا يمكن حصره [وضبطه] (5) فإن البناء في جميعها على التعدد بحيث لا يحتمل فيه (6) التداخل

(1) في (ف، م): مستندا. (2) في محكي المصدر: الموافقة. (2) ما بين المعقوفتين ورد في (م) فقط. (3) و (5) من (م). (5) كذا في النسخ، والمناسب: فيها، كما في محكي المصدر.

والاكْتفاء بالواحد عن المتعدد، كصلاة (6) واحدة من ألف صلاة، وصوم يوم عن ألف يوم، أو دفع دينار بدلا عن قنطار، ولو أن أحدا حاول ذلك لكان مخالفا لقانون الشريعة، خارجا عن الدين والملة. ولا ندعي أن الأسباب كلها بهذه المثابة، فإنها تختلف جلأ وخفاء، ولكن الفحص والاستقراء وتتبع الجزئيات التي لا تحصى يكشف عن استناد (7) الأمر في ذلك كله على شئ جامع مطرد في الجميع، وليس إلا أصالة عدم التداخل. وهذا من قبيل الاستدلال بالنصوص المتفرقة الواردة في جزئيات المسائل على ثبوت ما اجتمعت عليه من المطالب الكلية. وذلك ليس من الظن والقياس (8) في شئ (9). هذا تمام كلامه، رفع في الخلد مقامه، نقلناه بطوله حتى يتنبه الفطن على رمية الاستناد (1) ويعرف مجامع الكلام المفضي إلى المراد. قال الفاضل المعاصر في عوانده: أنه يرد عليه المعارضة بثبوت التداخل وبنائهم عليه في كثير من الأبواب، بحيث يمكن دعوى مساواتها لما بني فيه على العدم، كأبواب الوضوء والغسل والتطهير من الأخباث، والأيمان والنذور - كمن حلف ألف مرة على فعل واحد أو ترك أمر واحد، أو نذره - والحدود - كمن شرب قبل الحد مرات، أو قذف كذلك أو زنى - فظاهر (2) أنه لا يفيد الاستقراء في مثل ذلك شيئا، وعلى فرض التسليم لا يكون ذلك إلا من باب إلحاق الشئ بالأعم الأغلب، وهو ليس إلا من الظن الغير الثابت حجته. ألا ترى أن بعد ثبوت أصل الطهارة الأولي في الأشياء (3) لو حكم الشارع

(6) في (م): كالاكتفاء بصلاة. (7) في (م): ابتداء. (9) في (م): وليس ذلك من الظن ولا القياس. (9) لم نقف على مصدره، وقد نقله بتمامه المحقق النراقي في عوائد الأيام: (105) عن بعض فوائد بعض سادة مشائخه، والظاهر أنه السيد بحر العلوم قدس سره. (1) في غير (م): استناد. (2) في (م): فظهر. (3) في المصدر: للأشياء، وهو الأصح.

بنجاسة أكثر الأشياء بحيث لم يبق محل الشك إلا قليل لا يحكم بنجاسته؟ وبالجمله: ليس ذلك - لو سلمت الغلبة - إلا من الظنون التي لم يثبت حجته، وهذا ظاهر جدا (4). أقول أولا: إن هذه المواضع التي عدتها للتدخل كما ترى ليس جزءا من ألف جزء من مواقع عدم التدخل، فكيف يدعي منع الغلبة، فضلا عن دعوى المساواة؟ بل في فروع هذه المذكورات ما لا يخص من مقامات تعدد المسببات، كما لا يخفى على من راجع. وثانيا: أن باب الأغسال محل خلاف معروف، وباب الحدود لا يخفى على الفقيه ما فيه من المسامحة تفضلا من الله تعالى، وباب الأيمان والنذور مبني على أن من حلف ألف مرة فهو التزام بذلك الشيء، فإذا خالف فهو مخالفة واحدة، والكفارة للمخالفة، لا لليمين، ولهذا لو حلف فخالف ثم حلف فخالف تكررت، وذلك واضح لاسترة فيه. وثالثا: أن القائلين بالتدخل في هذه المقامات نراهم يتمسكون في باب الوضوء بأن الحدث لا يتبعض فإذا ارتفع واحد ارتفع الكل، ويتمسكون بالأجماع والضرورة، وفي باب الأغسال بالنص، وفي الحدود على الأجماع والنص. ولو كان هذا على طبق القاعدة فلم لم يتمسكوا بأن الأصل عدم التعدد؟ مع أنه لا نرى للحد مدخلية، فإذا كان الأسباب تتدخل فلم لا تتدخل في قذف جماعة؟ ولم اختص التدخل بقذف واحد مرات قبل الحد ولم يتدخل في قذف أشخاص متعددين قبل الحد؟ وبالجمله: إنكار الغلبة المتعد بها (1) بحيث لا يلاحظ في جنبه الباقي مما لا ينبغي صدوره عن محصل. وأما إنكار الحجية، فهو أيضا ممن عرف طريقة فقهاءنا لا ينبغي صدوره، لأن

(4) عوائد الأيام: 106، العائدة: 31. (1) في (ف، م) زيادة: بل .

[254]

تأسيس القواعد المتداولة على ألسنتهم - كما يمر عليك في العناوين الاتية إن شاء الله تعالى - غالبا مبني على تتبع المقامات الخاصة التي قام بها (2) (الدليل والتسري منها إلى غيرها. بل لا يعد رجل فقيها حتى يعرف مظان الفقه ويتبع أبوابه، ويطلع على نوع المذهب، ويلاحظ ما لم يرد فيه دليل أو ورد دليل ضعيف، مع ما عرفه من طريق الشرع في مواقع آخر، حتى يكون على بصيرة من أمره. ولا يكفي في الفقه تأسيس مسائل الأصول، والغور في البحث عن الأدلة الخاصة التي وردت في كل مسألة مسألة من تعارض وترجيح، والكلام في الرد والطرح والحقيقة والمجاز وتعارض الأحوال، فإن هذا شيء يناله أول من بلغ إلى حد معرفة الدليل والمدلول وشم رائحة ملكة الاجتهاد في الجملة. وثانيا نقول: إن الاستقراء إن قلنا بحجته من باب حجية الظن المطلق، فلا كلام فيه. وإن قلنا بحجته لما عرفناه من طريقة أصحابنا من الألقاق في أمثال هذه الموارد، فلا بحث. وإن قلنا بحجته من جهة الأخبار الخاصة التي وردت ودلت على اعتبار الغلبة، فلا كلام أيضا. وإن قلنا بحجته من جريان طريقة العقلاء بذلك - كما قلناه في حجية الاستصحاب - وما ورد من الأدلة الاخر مقرر لذلك، فلا بحث أيضا. وعلى تقدير التنزل عن ذلك كله نقول: لا ينبغي التوحش من لفظ (الاستقراء) ولا بد من ملاحظة المراد منه، فإن كان المراد: مجرد إلحاق الشيء بالأغلب ابتداء، فذلك مورد البحث. ولنا أن نقول: إنه داخل في ظنون الألفاظ، بمعنى: أن الشارع إذا خاطب بأدلة

(2) في (ن): قام فيها .

[255]

الأسباب في ألف مقام وعرفنا منه إرادة التعدد، فذلك يفيد الظن بالمراد في محل الشك أيضا، فيكون كالقرينة، لا أن الغلبة حجة في الألقاق، بل هي قرينة على الأرادة من اللفظ، ونظير ذلك في العرف كثير. وتمام التحقيق في ذلك موكل إلى علم الاصول، والغرض هنا مجرد الإشارة إلى الوجوه للتنبيه. وبالجمله: فما ذكرناه من

الوجه كافية في تميم هذا الأصل. وهنا وجه آخر. أحدها: ما اشير إليه في ضمن المباحث السابقة من أن المتبادر اختصاص كل سبب بمسببه، وهو مقتضى للتعدد، إذ المفهوم من قوله: (إذا تكلمت في الصلاة ناسيا فاسجد سجدتي السهو (وجوب السجود لخصوص التكلم، ومن قوله: (إذا شككت بين الأربع والخمس فاسجد (وجوب سجود آخر للشك غير الأول. وكذا (من تعمد الأكل في نهار رمضان فليكفر) (و) من وطئ فيه فليكفر) ولا يتفاوت الوقوع في صلاة واحدة أو متعددة، أو في يوم واحد أو أيام متعددة قبل التكفير، أو بعده في ظاهر هذه الأدلة. وقس على ذلك النظائر في سائر الأبواب. ويؤيد هذا التبادر ويشهد له طريقة الأصحاب كما أشرنا إليه سابقا. ولا يخفى هذا التبادر على من راجع محاورات أهل العرف. ولا يقدح في ذلك كون بعض الأدلة غير لفظي كإجماع ونحوه، لأنه أيضا ينتهي غالبا إلى لفظ، وإن لم ينته إلى ذلك فهو يرجع إلى الشك في أنه سبب أم لا، وقد ذكرنا سابقا أن نزاع التداخل فيما دل دليل ظاهر على السببية. كما أنه لا يرد ما قيل: إن انتشار أدلة الأسباب يمنع من دعوى التبادر في الجميع، لأنها مختلفة غاية الاختلاف. لأنا نقول: ليس غرضنا دعوى التبادر من كل دليل لم نجده ولم نعرفه، فإن هذا رجم بالغيب لا يرتكبه أحد، بل غرضنا من ذلك: أن دليل السبب لو خلي

[256]

ونفسه - بمعنى أن يقال: هذا يوجب كذا وذاك يوجب كذا، أو افعل كذا وافعل كذا - من دون ملاحظة أمور خارجية يقضي بذلك. نعم، لو دل قرينة في مقام خاص على خلافه، فلا نتحاشى عن ذلك. وثانيها: أن قضية السببية اختصاص مسببه به، بمعنى: أن يؤتي بمسببه لأجل أنه مسبب من ذلك السبب، وصدق الامتثال عرفا إنما هو بتعيين ما يأتي به لأجله، فإن غسل الجنابة لا يكفي في الامتثال به قصد التوبة، ولا إطلاق النية، فمقتضى وجوب الامتثال لزوم تعيين قصد السبب، فإذا وجب ذلك فلا وجه بعد ذلك للتداخل، إذ هو مبني على إطلاق القصد، أو قيام ما عين مقام غيره، وقد عرفت بطلانهما. ويرد عليه أمران: أحدهما: أنه لا يلزم من السببية قصد خصوصية السبب، بل اللازم قصد كونه مأمورا به وقصد الأتيان لامتنال الأمر تحصيلًا للقرينة اللازمة. فدعوى: لزوم قصد كل مسبب من جهة السبب الفلاني، ممنوعة أشد المنع. وثانيهما: أنه على تقدير تسليم لزوم القصد والنية كذلك فلا يلزم منه عدم التداخل، لجواز قصد ألف سبب في مسبب واحد، كقوله: (أنوي هذا الغسل للجمعة والعيد والزيارة والجنابة والتوبة) ونحو ذلك، و (اعطي هذا الدينار كفارة لوطئ وزكاة وعوض نذر ودين) ونحو ذلك، وعلى هذا الفرض أيضا يصدق الأتيان بالمسبب لأجل ذلك السبب. والجواب عن الأول: أنه لا ريب في كون المشترك لا ينصرف إلى أحد المحتملات إلا بمعين - وقد حققناه في الضابطة الأولى من ضوابط ما يتعلق بالألفاظ، فراجع (1) - والمعين: إما الأمر الخارجي أو النية على سبيل منع الخلو، فحيث لا معين في الخارج لا بد من النية .

(1) راجع ص: 180 .

[257]

وليس المراد بالمعين الخارجي الواقعي وإن لم يلتفت إليه المكلف - كما تخيله بعضهم - فإن من عليه غسل جنابة لا غيره من الأغسال إذا اغتسل وأطلق في القصد لم يمثل وإن كان ما في الذمة معينا، لأن المكلف لا بد أن يعلم بالتعيين ولو بالإشارة إلى معين خارجي، كنية ما في الذمة عند عدم العلم به في وجه، والمفروض: أن الأفعال التي هي محل البحث في التداخل إنما هي مشتركة بين الأمور المتداخلة، فلا يحصل الامتنال عرفا إلا بالتعيين، ولا يتعين إلا بالإضافة إلى سببه، بمعنى: أن يلتفت المكلف إلى أن هذا الدينار مال كفارة، لا مال زكاة، وقصد القرية هو اللازم دون ما عداه - كما ذكره المورد - لكن التقرب ينوي بالمأمور به، والفرض أن المأمور به غسل الجنابة لا مطلق الغسل، وصلاة التوبة لا مطلق الصلاة، وقصد السبب ليس شيئا زائدا على تعيين المأمور به، وهو لازم قطعاً. والجواب عن

الثاني: أن بعد لزوم تعيين المأمور به من بين احتمالاته التي فيه التداخل لو ثبت كيف ينوي ألف سبب في مسبب واحد؟ إذ ليس نية السبب للتعبد اللازم - كما قررناه - حتى يقال: لنا أن ننوي عشرة في واحد، إذ اللازم التعيين، ومعنى التعيين: كون هذا المأتي به ذاك الذي أمر به - مثلا - . فإن قلت: هذا مسلم، ولكن نقول: ينوي ذاك السبب وهذا السبب فيتين، ولا يبقى مشتركاً، لتعيينه للأسباب المنوية دون ما لم ينو. قلت: ما ندري ما المراد بتعيينه لثلاثة أسباب؟ إن كان معناه: كون الواحد ثلاثة فالمكلف أتى بكل من الثلاثة وامتثل، فقد أسلفنا سابقاً أن هذا الاحتمال في التداخل ضعيف، والواحد لا يكون ثلاثة، والقصد لا يكفي، وكونه بمنزلة تعبد - كما ذكرناه سابقاً - فرع ورود الدليل الخاص، والفرض عدمه. وإن كان المراد: أنه واحد مسقط للباقي، فلا ريب أن الواحد المأمور به معين، ليس مطلقاً ولا مردداً بين الأفراد - كما أشرنا إلى وجهه سابقاً - فلا بد من قصد الواحد المعين حتى

[258]

يسقط الباقي، فلا وجه لقصد الثلاثة مثلاً. ودعوى: كون أحدها بعينه مقصوداً والباقي تابعاً حتى يتداخل، ترجيح بلا مرجح. فإن قلت: نحن لا نقول بتعدد ذلك حتى يلزم كون الواحد ثلاثة، بل نقول: إن الخطابات الثلاثة - مثلاً - أوجبت ماهية الصدقة بدينار، فإعطاء الواحد موجب لحصول الماهية في الخارج، غاية ما أفاده الدليل أن إعطاء الدينار على الإطلاق لا يمكن، للزوم قصد التعيين، فالتزمنا بلزوم قصد الأسباب الثلاثة حذراً من الإطلاق الموجب للاشتراك بين المأمور به وغيره ومن لزوم الترجيح بلا مرجح لو قصدنا أحد الأسباب خاصة، والمفروض كون هذا الدينار محصلاً للماهية الموجبة لحصول الامتثال عن الكل، وأين هذا مما تقول (1)؟ قلت: لهذا (2) الكلام وجه متين، لكنه خروج عن مورد المقام، إذ كلامنا في أن بعد لزوم تعيين المأمور به لا بد من استناد كل مسبب إلى سببه الخاص، دون غيره، ودون المجموع - بالتقرير السابق - وكلامك هذا يدل على أن ليس هنا ثلاثة أشياء مأمور بها، حتى يلزم تعيين كل منها، فيلزم استناد كل من الثلاثة إلى السبب الخاص. فنقول: لا كلام في أنه لو لم يبين المكلف على التداخل وأتى بكل من الثلاثة على انفراده لقد أتى بالمأمور به - وقد تقدم تأسيس ذلك سابقاً (3) - وهذا مسلم بين الفريقين. فلو كان المأمور به الماهية المطلقة تنحل الخطابات إلى تأكيد للحكم الأول، كتعلق ألف أمر بماهية الصلاة. ولا يخفى على من له أدنى درية (4) أنه لو أتى المكلف بالماهية المأمور بها بألف أمر مؤكد بعضها ببعض مرة واحدة فقد امتثل، ولو

(1) في غير (م): نقول. (2) في غير (م): هذا. (3) راجع ص: 245. (4) في (ن): (دربة).

[259]

أتى ثانية بقصد الامتثال فقد شرع وأتى بما لم يؤمر به. فلو كان غسل الجنابة والحيض والنفاس وغير ذلك من الموارد التي يبحث فيها عن التداخل كذلك لكان الأتيان بالمتعدد غير جائز، وكان داخلاً في التشريع المحرم. وقد مر البحث في هذا النقض والأبرام بحذاقيره. وبالجمل: تعدد المأمور به مما لا يمكن إنكاره، وكون التعيين شرطاً في الامتثال - على ما قرر - لا كلام فيه، ولازم هذين الأمرين إضافة كل مسبب إلى سببه حتى يتعين، فلا يمكن إدخال غيره معه، بل يلزمه إما كون المتعدد واحداً وهو محال، أو الترجيح بلا مرجح وهو كذلك. نعم، إذا قال الشارع: هذا الواحد المعين يكفي عن أربعة، أو واحد على الإطلاق كذلك، أو إذا نوبت الثلاثة فهي حاصلة، فهذه كلها تعبدات نطالب فيها بالدليل، ولو خيلنا ونفس الأسباب والمسببات لكان الأمر على حسب ما قررنا. هذا ما يقتضيه النظر القاصر، والله العالم بالخفيات والسرائر. وثالثها (1): أن السببين إذا وجداً، فإما لا يثبت بهما مسبب، أو يثبت بهما مسبب واحد، أو مسببان. وبطلان الأول واضح، لأنه ترك لدليل السببية من دون داع وعلّة. والثاني كذلك، لأن المسبب الواحد إما لواحد منهما معين، أو لغير معين، أولهما على الاشتراك. والأول تحكم وطرح لدليل سببية الآخر، والثاني موجب لترك سببية أحدهما لا على التعيين من دون جهة، والثالث ترك لسببية كل منهما، إذ مقتضاهما (2)

الاستقلال، وهذا إثبات السببية للمجموع المركب، وهو غيرهما معا، فلم يبق إلا الوجه الثالث، وهو المطلوب. ورابعها: أن السببين إذا تعاقبا، فلا شبهة في أن السبب الأول موجب

(1) أي: ثالث الوجوه المشار إليها (في ص: 252) بقوله: وهنا وجوه آخر. (2) في (ن): مقتضاها .

[260]

للمسبب، والثاني إما أن يوجب شيئا أم لا. والثاني واضح الفساد، لتساوي الأمرين في السببية، فكيف يوجب أحدهما المسبب دون الآخر؟ ولعدم الفرق بين التقدم والتأخر في ظاهر الدليل، ولا ريب أن هذا اللاحق لو كان وقع سابقا لثبت به المسبب، فتعين أن الثاني أيضا مثبت. فنقول: إن كان ما يثبت (3) به غير ما ثبت بالأول فهو المطلوب، وإن كان عينه لزم تقدم المسبب على السبب وهو محال . وبعبارة أخرى: السبب المتعاقب مثبت للمسبب، لعموم دليل السببية، ولا بد من كون الثابت به غير الأول، وإلا لزم تقدم الأثر على المؤثر، ولا وجه لذلك. وأورد الفاضل المعاصر هنا إيرادات: أحدها: أن هذا الدليل أخص من المدعى، لاختصاصه بما لو دل دليل السببية على تجدد المسبب وحدوثه بحدوث السبب، كقوله: البول يوجب الوضوء، والنوم يوجب الوضوء) وأما مثل قوله: (من بال فليتوضأ فلا، لأن ورود الأوامر المتعددة على شئ واحد جائز، كورود أزيد من ألف أمر بالصلاة والزكاة ونحوهما. وثانيها: أنه على تقدير تسليم إثبات السبب الآخر غير ما أثبت الأول، فإنما يثبت الحكم دون تعدد الفعل، فيرجع الكلام إلى أن الغسل الواحد للجنازة والحيز تعلق به وجوبان، لا أنه يجب تعدد الغسل، وأحدهما غير الآخر من دون تلازم. وثالثها: أن إرادة المسبب المغائر للأول توجب استعمال ألفاظ المسببات في حقيقته ومجازه أو في حقيقته في استعمال واحد، ضرورة إرادة الماهية و (1) مطلق الفرد - على اختلاف القولين - عند عدم تعددها، وذلك غير جائز. فإذا قال

(3) في (ن): ثبت. (1) في المصدر: أو .

[261]

الشارع: (البول يوجب الوضوء والنوم موجب للوضوء) فالمراد بالوضوء عند انفراد كل من السببين إما الماهية أو مطلق الفرد، فلو أريد عند اجتماعهما الفرد المغائر للأول لكان لفظ (الوضوء) مستعملا في معنيين، وهو غير جائز. ورابعها: أنه على القول المشهور من وضع الألفاظ المطلقة للماهية يكون عند التعدد مستعملا في الفرد قطعا، ضرورة عدم تعدد في الماهية، وهو مجاز معارض لتخصيص عموم السبب، والتخصيص إما مقدم على المجاز - كما هو المشهور - أو مكافئ له - كما هو الحق - وعلى التقديرين لا يعلم عموم ما دل على السببية بحيث يشمل المورد، فلا دافع لأصل التداخل الأولي (1). وهذه الوجوه كلها في النظر القاصر ساقطة. أما الأول: فلأن قوله: (من بال فليتوضأ) لا شبهة في دلالة على أن المسبب ينبغي حدوثه بعد حدوث هذا السبب، ولا يفهم أحد من ذلك احتمال كفاية الوضوء السابق على البول عن هذا الخطاب وإن كان انتزاع معنى لفظ من لفظ آخر لا يفيد اشتراكهما في سائر مقتضيات اللفظية، لكن مقامنا لا يحتاج إلى إثبات قضية كلية. بل نقول: إن المثالين اللذين ذكرهما لا يفترقان في الدلالة على حدوث المسبب بعد السبب، كيف! وظاهر اللفظ الشرطية المستلزمة لتقدم حصول الشرط على مشروطه، وكيف يعقل وجوب وضوء حصل قبل البول بعد البول؟ فتبصر. وبالجمله: الفرق بين الموارد في ذلك لا يرتكبه من هو متهم في فهمه مشوب في فكره، فضلا عن الناقد المتفحص (2) أو أهل اللسان المحض. وأما الثاني: فلما قررنا في المقدمات: أن ورود الحكمين المتماثلين من جهة واحدة محال، ومن جهتين متغايرتين موجب لتعدد موضوع الحكم

بحسب (هامش) * (1) عوائد الأيام 103: ،: العائدة: 31. (2) في (ن) ونسخة بدل (ف)،
(م) المتمحض .

[262]

الماهية وإن وجد (3) في ضمن فرد واحد، وهذا لا ربط له بمقامنا (4) فراجع ما ذكرنا هناك، فإن فيه كفاية، ويحيى له زيادة توضيح عن قريب. وأما الثالث: فلأننا لا نقول بإرادة المسبب المغائر للأول حتى يلزم ذلك، فقول الشارع: (البول موجب للوضوء) يريد كون البول باعثاً لوجوب ماهية الوضوء، سواء وقع البول مجتمعاً مع النوم أو منفرداً عنه. والنوم أيضاً موجب لماهية الوضوء في الحالتين، والتغاير من لوازم الوجود الخارجي للوضوء، لا أن الشارع أراد الماهية لو انفرد السبب والفرد المغائر لو اجتمعاً. وتوضيح ذلك بحيث لا يؤدي إلى إخلال ولا إلى ملال: أن تعلق الأحكام بالطبائع - كما قرر في علم الأصول - لا ينافي التعدد في المقام، إذ معنى قولك: (اغتسل) ليس إرادة طبيعة الغسل المقررة في ظرف نفس الأمر، لأنها شئ محبوب فيه مصلحة كامنة، وقبل تعلق الخطاب أيضاً محبوب كما بعد الخطاب، والمحبوبة هي الداعية إلى الطلب، والطلب لوجودها، لا لذاتها. وبعبارة أخرى: قولك: (اضرب) طلب لوجود الضرب، لا لنفسه، ومراد الأمر من قوله: (اضرب) أريد منك إيجاد الضرب، وهو معنى تعلق الطلب بالماهية، وهو الفارق بين المحبوبة وبين الوجوب. ولذا نقول: إن الوجوب طلب الفعل والمنع من الترك. والمراد بالفعل إيجاد المأمور به، لا نفس المأمور، لأن الفعل يضاف إليه، فيقال: الصلاة يثاب فاعلها. والترك إبقاء الشئ على عدمه السابق مع قدرة على إيجاده. فإذا كان معنى تعلق الطلب بالماهية ذلك، فنقول: قول الشارع: (البول موجب للوضوء) معناه: أن هذا سبب لوجوب الوضوء، ووجوب الوضوء عبارة عن إرادة الأمر وجوده في الخارج حتماً. فإذا تكرر الخطاب والسبب تكرر الوجوب، فيتكرر الوجود وينحل إلى قوله :

(4) في هامش (م): وجداً خ ل. (4) في (ن) زيادة: هذا .

[263]

أريد وجود الوضوء حتماً وأريد وجود الوضوء حتماً، ولم يرد من لفظ (الوضوء) إلا الماهية، لكن الطلب للماهية معناه: إرادة وجوده، ووجود الكلّي مشخّصه في الخارج، وتعدد المشخصات لا ينافي وحدة الكلّي الطبيعي. فكما أن الحكيم على الإطلاق - جل شأنه وعز اسمه - قادر على تشخيص الكلّي الواحد بمعنى إيجاده في الخارج ألف مرة، ليكون ألف وجود وألف فرد للإنسان - مثلاً - جعل هذه القدرة للمكلف بالنسبة إلى أفعاله الاختيارية. فإذا قال له: (صل) معناه: أريد منك تشخيص هذه الطبيعة وإيجادها، وإذا قال مرة أخرى: (صل) فليس معناه أيضاً إلا إرادة التشخيص والأيجاد لتلك الماهية، فإذا صلى المكلف صلاة فقد امتثل الأمر بالتشخيص والأيجاد، وإذا صلى أخرى فكذلك. وتغاير الشخصين في الخارج لا يوجب إرادة الأمر من قوله: (صل) في الثاني فرداً من الطبيعة غير ما وجد في الأول، إذ لا نقول بأن المطلوب الفرد، بل نقول: إن المطلوب الماهية، لكن معنى طلبها إرادة إيجادها أي جعلها في ضمن تشخيص حتى يتحصل من ذلك فرد، لا إرادة الفرد. وتامام الكلام في علم الأصول. وبالجملّة: لا تفاوت بين قول الأمر: (صل) فصلى المكلف مرة، وقوله بعد ذلك: (صل) فصلى أخرى، وبين قوله: (صل، صل) فصلى مرتين للخطابين بالنظر إلى معنى لفظ (صل). فنقول: لو أمر بعد امتثال الأمر الأول فهل يريد به الطبيعة، أو يريد به الفرد المغائر للأول؟ فإن أراد الطبيعة فتعلق أمرين بالطبيعة مع تعدد الامتثال لا مانع منه، سواء فرضه دفعة أو مع التعاقب. وإن أريد الفرد المغائر فنقول: تارة يتعاقب السبب الثاني، وتارة لا يتعاقب، فينبغي أن يريد من الأمر الأول: الطبيعة والفرد في استعمال واحد، وهو ما ذكرته من المحذور .

ونحن نقول: أراد به الطبيعة، وتعدد الطلبات يوجب تعدد الإيجادات، لا كون المراد باللفظ الفرد. ولا ريب أن زيدا وجود للإنسان، وكذلك عمرو وبكر وخالد، بمعنى: أن هذه كلها مشخصات وتحصلات له، فإذا كان الكلّي قابلاً لآلف وجود فهو قابل لتعلق ألف طلب، إذ هو يتقدر بقدر إمكان الوجود. وليس في ذلك ارتكاب مجاز، لأن هذا معنى الطلب للماهية، لا نفس اللفظ الموضوع بإزائه، فلا تذهل. مع أنا نقول: مجرد كون اجتماع السببين في مقام خاص قرينة على إرادة الفرد المغائر - مثلاً - لا يستلزم الاستعمال في الفرد، بل يكون هذا من باب القرائن المفهومة في سائر الكليات (1) فإن تفهيم فرد من الكلّي من الخارج غير استعماله فيه. ولذا يقولون: بأن استعمال الكلّي في الفرد لو لم يرد الخصوصية من اللفظ ليس بمجاز. فنقول: هنا كذلك. وأما على ما قررناه في معنى طلب الماهية، فالاندفاع واضح. وأما الرابع: فالجواب عنه عدم لزوم المجاز في ذلك حتى يفتح فيه باب تعارض الأحوال بالوجهين المذكورين في الثالث، مع النقض بورود مثله في صورة تخلل المسبب بين السببين، فإن الفرق من هذه الجهة منتف، فتدبر جدا. مضافاً إلى أنا نقول: قاعدة تعارض الأحوال ليس شأن البحث في مسألة خاصة الرجوع إليها والانجماد عليها، بل لا بد من ملاحظة خصوص المقام أيضاً، فلعل المقام فيه خصوصية مانعة عن ذلك، ومجرد أولوية التخصيص أو تساويه مع المجاز لا يوجب اعتراضاً في المقام الخاص. فنقول: من الواضح الجلي أن قول الشارع: (إذا بليت فتوضاً، وإذا نمت،

(1) في (م): الكلمات .

فتوضاً) يفهم منه إرادته لكل منهما وضوء آخر، ولو فرضنا أن هذا إرادة للفرد من اللفظ ومجاز، لكنه لا يتخيل أحد من أهل العرف هنا (2) أن الوضوء مطلق الطبيعة وهي غير قابلة للتعدد، فلا بد أن يراد: فتوضاً للنوم في غير صورة اجتماعه مع البول، وللبول في غير صورة اجتماعه مع النوم، فإن هذا تخصيص بعيد عن أذهان أهل اللسان بمراتب! ولا يفهم أحد من قوله: (إذا وطئت الحائض فدينار، وإذا ملكت أربعين فدينار) إلا كون كل منهما باعناً لدينار آخر، إن شئت سميته حقيقة وإن شئت سميته مجازاً، تقدمه على التخصيص أو تؤخره عنه. هذا ما أدى إليه النظر القاصر ووصل إليه الفكر الفاتر، مع تشويش البال وضيق المجال .

(1) في (ن، ف): هناك .

(العنوان الثامن) (في بيان ما اشتهر في السنة الفقهاء: من أن علل الشرع معارف)

عنوان [8] قد اشتهر في ألسنتهم: أن علل الشرع معارف، لا علل حقيقية . والمراد بالعلة الحقيقية: ما يكون علة للوجود الخارجي، ولا يكون إلا واحدة . واجتماع العلتين المستقلتين على معلول واحد محال، لأن الاجتماع إن كان على إيجاد المعلول الواحد لزم من تأثير كل (1) منهما إما إيجاد الموجود لو وجد المعلول بأحدهما، وإما عدم كونهما علة تامة لو وجد بهما، والأول محال بديهة، والثاني خلاف

الفرض. وإن كان الاجتماع في الوجود الخارجي بمعنى: وجود شيئين يمكن استناد المعلول إلى كل منهما وهما علتان مستقلتان تامتان، فاللازم تخلف المعلول عن العلة التامة لو كان مستندا إلى أحدهما، وعن كلتا علتين لو كان مستندا إلى كليهما. فاجتماع علتين تامتين في الخارج مع وحدة المعلول محال، ولا بد لكل منهما من معلول برأسه. وأما المعرفة: فمعناه: ما كان علة للوجود الذهني .

(1) في (ف) زيادة: واحد .

[269]

واجتماع المعارف الكثيرة لموجود ذهني واحد جائز، إذ لا دليل على امتناعه. فإن قلت: ليس الوجود في الذهن إلا كالوجود في الخارج، فإن كان مستندا إلى معرف واحد فيلزم عدم كون الآخر معرّفاً، وحقيقة المعرفة ينحل إلى أنه علة تامة في التعريف، فإذا حصل ولم يغد الوجود الذهني فقد تخلف عن معلوله. وإن كان مستندا إلى كليهما لزم عدم كون شيء منهما معرّفاً مستقلاً، أو تخلف معلولهما عنهما معاً، وكلاهما باطلان. وكما أن إيجاد الموجود الخارجي في الخارج محال، فكذلك إيجاد الموجود الذهني في الذهن محال، لأنه تعريف للمعروف، وكل ذلك مشترك في لزوم تحصيل الحاصل. وبالجمله: الفرق بين (العلة) و (المعرفة) (غير واضح). قال الفاضل المعاصر في عوائده في ضمن كلام له: فرق بين الموجود الخارجي والذهني، حيث إنه لا يمكن صيرورة الشئيين (1) في الخارج شيئاً واحداً، بخلاف الموجود الذهني، فإنه يصير ألف موجود ذهني موجوداً واحداً، بمعنى: تطابق موجود واحد في الذهن لألف موجود خارجي، فإن الذهن ينتزع من كل من ألف موجود صورة ذهنية كلها منطبقة على موجود ذهني واحد، كالسواد المنتزع من جميع أفراد، ولذا ترى أنه يبطل دليل واحد مما استدل عليه بأدلة كثيرة، ولا يبطل المدلول، بل هو بعينه باق على ما كان، فيستفاد من كل معرف موجود ذهني ويتطابق جميع تلك الموجودات ويتحد في الذهن. وهذا هو المراد من اجتماع المعارف على أمر واحد، وظاهر أن هذا أمر جائز (2). أقول: ظاهر الأيراد أن المعرفة إذا كان علة للوجود الذهني فمتى ما تحقق

(1) في غير (م): المسبيين. (2) عوائد الأيام: 100، العائدة: 31 .

[270]

أحد المعارف حصل الوجود في الذهن، فالمعرفة الثاني إما أن يفيد وجوداً في الذهن غير الأول، أو يفيد ما أفاد الأول، أو لا يفيد شيئاً. والأخير مخالف لقاعدة العلية، والأوسط تحصيل للحاصل، والأول مخالف للوجدان، إذ نحن بعد ما علمنا شيئاً بالدليل لا يفيدنا الدليل الثاني شيئاً جديداً. ويمكن دفع هذا الكلام - مع قطع النظر عن كلام الفاضل المعاصر وأمثاله - بوجهين: أحدهما: أن يقال: معنى المعرفة: الأمانة، ولم يؤخذ في مفهومه حصول معرفة منه بالفعل، وإنما مثله مثل الدليل، فإنه ما يمكن (1) أن يتوصل بالنظر الصحيح فيه إلى المطلوب، ولا يلزم في كونه موصلاً عدم وجود موصل غيره، بل المراد كونه بحيث من تنبه له يوصله إلى المراد. والمعرفة أيضاً معناه: كون الشيء أمانة موصلة لمن لم يكن عنده موصل غير ذلك. فعند الاجتماع نقول: كلاهما معرفان [بهذا المعنى (2)] بمعنى: أنه لو ارتفع أحدهما كفى الآخر، لا أن هذه المعرفة قد حصلت منهما معاً أو من كل منهما. وهذا هو المتعارف في معنى المعرفة والكاشف والدليل، ونحو ذلك. ونظير هذا المعنى يتعقل في علتين الحقيقيتين، بمعنى أن يقال: مع اجتماعهما يكون المعلول مستندا إلى أحدهما، ومع ذلك فالآخر أيضاً علة، بمعنى: أنه لو لم يكن هناك العلة الأخرى لكان هذا كافياً في وجود هذا الشيء. لكن هذا خروج عن معنى العلية، فإن العلة ما لا يتخلف عنه معلوله، وبعد فرضه كذلك يسمى علة، فإذا وجد إحدى علتين ووجد المعلول فالعلة

الأخرى حينئذ لا تسمى علة. وبالجملية: يرجع هذا الكلام إلى أن المعرف يراد به: ما لو لم يكن هناك غيره لأثر تأثيرا بالفعل في التعريف. وبهذا المعنى يمكن اجتماع اثنين وإن كانت المعرفة حاصلة من أحدهما. ولو ظهر بطلان أحدهما أو حصل الذهول عنه قام

(1) في (ف): لا يمكن. (2) لم يرد في (م).

[271]

الأخر مقامه، كما هو المشاهد في تعدد الأدلة. وثانيهما: أن نقول: يراد بالمعرف ما كان علة تامة للمعرفة مؤثرا في حصولها بالفعل، لكن لما كان الوجود الخارجي للشئ لا يكون إلا واحدا - لأن الشئ في ظرف الخارج ليس له وجودات متعددة، بل هو إما موجود فيه أو معدوم، بخلاف الوجود الذهني، فإن الوجود فيه متعدد بتعدد الأذهان وأهل المعرفة - فيمكن أن يقال: إن اجتماع المعارف للشئ الواحد معناه: أن الشئ يمكن أن يكون له أمارات يهتدي بكل منها واحد من طالبي المعرفة، فيكون كل من المعارف علة تامة للتعريف، وإن كان لو اجتمع المعارف في شئ واحد بالنظر إلى شخص واحد لا يفيد اللاحق حينئذ شيئا جديدا، لأنه تعريف للمعروف. وأما الوجود الخارجي فليس له أفراد متعددة وصور متغيرة ممكنة الانفكاك حتى يتعدد العلة الحقيقية للشئ ويكون الشئ في كل من وجوداته مستندا إلى شئ من ذلك، فتدبر. وأما الجواب المذكور، فتوضيحه: أنا نقول بأن المعرف علة تامة للوجود الذهني، ولا نقول بكون كل من المعارف بالنظر إلى شخص آخر، بل نقول بالنظر إلى شخص واحد يحصل من اجتماع المعارف معرفات كثيرة وصور ذهنية عديدة. وبعبارة أخرى: كما أن العلة التامة إذا تعددت تعدد معلولها في الخارج فكذلك المعرف إذا تعدد تعدد الصور في الذهن بعداد المعارف، لكن الاجتماع في المعرف معناه: أن الصور المتعددة الحاصلة من المعارف تنطبق على صورة وحدانية يتوارد عليه المعارف كافة. وبتقرير آخر: أن الوجود الخارجي لا يكون إلا للأشخاص الجزئية، وانطبق اثنين منها على موجود واحد محال، لتباين الجزئيين، بخلاف الوجود الذهني، فإنه يلاحظ - مثلا - فيه الخصوصيات ويحصل بكل أمانة صورة خاصة في

[272]

الذهن، لكن نتحصل من ذلك كله صورة كلية تنطبق عليه هذه الصور الذهنية، كما في مثال السواد، فإن مشاهدة كل واحد من أفراد السواد توجب حصول صورة خاصة في الذهن معلول لتلك الأمانة، ومع ذلك ينطبق هذه المختلفات على ماهية السواد المتصورة في الذهن. وحيث إن للكلية أيضا وجودا ذهنيًا كالخصوصيات، فالموجودات المتعددة في الذهن كالخصوصيات تنطبق على موجود واحد كلي، وذلك واضح. ويرد عليه أمران: أحدهما: أن الخصوصيات وإن كان يحصل من كل منها (1) صورة ذهنية مغايرة وتنطبق على الكلية، لكن لا تعد هذه الجزئيات معرفة للكلية، لأننا نقول: إن زيدا من حيث هو زيد ليس معرفا للإنسان، والسواد الموجود في جسم خاص بنحو خاص ليس معرفا لماهية السواد، بل الخصوصية لا مدخل لها للتعريف، والمعرف حقيقة ذلك الشئ الوجداني القدر المشترك الذي يحصل بتوسطه الصورة في الذهن، كالجزئيات بعينها. فكما أن الخصوصية المحسوسة موجبة لحصول صورتها في الذهن، فكذلك القدر المشترك الموجود في الخارج المدرك بالنظر. وثانيهما: أن المراد من انطباق ألف موجود ذهني على شئ واحد، إن كان مع قطع النظر عن الخصوصية، فلا اختصاص لذلك بالموجود الذهني، بل الموجود الخارجي كذلك، فإن بناء على وجود الكلية الطبيعي في الخارج بوجود الفرد أو في ضمنه - على اختلاف التعبير، أو القول - يكون في الخارج موجودان وإن اتحد الوجود، ولا ريب أن الأفراد للكلية الواحد مختلفة كثيرة والطبيعة الموجودة واحدة، فالخارج أيضا كالذهن في ذلك، ولا ريب أن الأفراد الموجودة في الخارج مع قطع النظر عن خصوصياتها منطبقة على طبيعة موجودة في الخارج .

[273]

وإن كان المراد مع ملاحظة الخصوصية، فلا يمكن انطباق ألف على واحد في الذهن أيضا كالخارج، إذ الأفراد المتصورة في الذهن متميزة متباينة لا يعقل اجتماعها في واحد. ونجيب عن الأول: بأنه يكفي في كون الخصوصية معرفة كونها متضمنة للكلية وأمرة له، إذ لا ريب أن مجرد ملاحظة الفرد يؤدي إلى تصور الفرد الملحوظ، وحصوله في الذهن مستلزم لحصول، إذ ليس تصور زيد إلا الإنسان المتميز بكذا وكذا، وهذا معنى الأمانة والمعرف، كما ذكرنا: من أن المراد به ما كان علة للوجود في الذهن. لا يقال: إن تصور الفرد غير مستلزم لتصور الكلية بكيته، نعم، ينتزع الكلية بعد ملاحظة أفراد كثيرة. لأننا نقول: ليس المراد من حصول الطبيعة في الذهن حصولها في الذهن بقيد أنه كلي، إذ قيد الكلية مبين للجزئية، بل المراد أن حصول الفرد معرف للطبيعة المطلقة، لا للكلية من حيث هو كلي، وبينهما فرق واضح. ونجيب عن الثاني: بأن الأمر كما تقول، لكن ليس المراد بالانطباق ما فهمت وأن هذا يمكن في الخارج وفي الذهن، بل المراد أن الخصوصيات المتصورة يمكن انسلاخها وزوالها عن الذهن مع بقاء الطبيعة، فإن من رأى ألف فرد من السواد له تجريد ذلك كله عن الخصوصية، بحيث لا يبقى في الذهن صورة غير الطبيعة الواحدة، لا أن الخصوصيات ملحوظة والطبيعة معقولة، لكن نرى أنها بعد قطع النظر عن خصوصياتها يرجع إلى ذلك، بل المراد انتفاء ذلك بالمرّة مع بقاء الطبيعة في الذهن، فتكون الخصوصيات مفيدة للحصول في الذهن بعددها، مع أول الأمر إلى زوال الخصوصيات وبقاء الطبيعة التي هي المعرف الواحد. وهذا غير ممكن في الخارج، إذ زوال الخصوصيات وانسلاخها مع وجود الطبيعة غير ممكن، وهو المراد بالانطباق المزبور .

[274]

وفي المقام أنظار وأبحاث تتخرج مما ذكرناه نقضا وحلا، لا تطيل الكلام بذكرها اشتغالا بالأهم. فنقول: لا ريب أن الأحكام الشرعية أيضا ناشئة عن علل حقيقية. ويحتمل أن يكون ما نص عليه الشارع من العلل عللا حقيقيا. ويحتمل كونها كاشفة عن علل واقعية. وعلى الثاني يحتمل تعدد الكواشف مع كون العلة في الواقع واحدة، ويحتمل التعدد في العلة أيضا. لكن إطباقهم على أن علل الشرع معارف لا بد له من مستند. وليس في النظر القاصر ما يصلح مستندا لذلك، إلا ما وجدوه في بعض الموارد من ورود أسباب متعددة على مسبب واحد، كما مر في بحث التداخل. ولو كانت عللا حقيقية لاستحال ذلك عقلا - كما قررناه - ومن هنا جعلوا عدم التداخل أصلا يخرج عنه بدليل، وأنت خبير بأن هذا بمجرد لا يكفي في إثبات كونه معرفا. إذ لقائل أن يقول: ظاهر كل سبب استقلاله بمسببه، ومقتضاه العلية الحقيقية، وإذا قام دليل على التداخل يكشف عن اتحاد العلة الحقيقية، لا أنه يوجب اجتماع العلتين، إذ القاعدة العقلية غير قابلة للتخصيص، فينحل إلى الأخراج عن الموضوع، والتداخل يكشف عن عدم العلية. وغاية ما يمكن أن يقال: عدم وضوح الفرق بين ما ثبت فيه التداخل وعدمه، بل الظاهر أن الكل من واد واحد. وثبوت التداخل في البعض ينبئ عن كون ذلك كله معرفا، لا علة حقيقية. والحاصل: أن ما يعتمد عليه في البناء على أن هذه الأسباب معارف غير موجود في النظر، سوى إطباقهم المستفاد من كلماتهم (1) وثبوت التداخل في

(1) العبارة في غير (م) هكذا: سوى ما يستفاد من كلماتهم من إطباقهم على ذلك .

[275]

بعض الأسباب وعدم وضوح الفرق بينه وبين غيره. نعم، يمكن أن يقال: إن هذه الأسباب إن لم يعلم كونها معارف فلم يعلم كونها عللا حقيقية، لاحتمال كونها كواشف، والدليل الدال على عدم جواز الاجتماع دل على عدمه في العلل الحقيقية، وأما في الشرعيات فهي مشكوكة، وإذا شك في جواز اجتماعها وعدمه فلا ريب أن القاعدة الجواز حتى يثبت كونها عللا حقيقية. وبهذا الاعتبار يمكن المصير إلى أنها معارف، فتدبر. إذا عرفت هذا فهنا بحثان: أحدهما: أن السببين الواردين على مسبب كلي قابل لتعدد الوجود في أفرادها هل يقتضي التعدد في المسبب، أو يتحقق الصدق والامتثال بالواحد؟ وهذا هو نزاع التداخل المتقدم في العنوان السابق. والأصل الأولي فيه بناء على المعرفة كفاية الواحد، لكن بمعونة ما ذكرناه من الأدلة يثبت عدم التداخل. وثانيهما: هل يجوز جمع سببين منها على مسبب شخصي واحد غير قابل للتعدد، أم لا؟ فبناء على المعرفة يكون الأصل الجواز، وكما ورد ذلك في الأسباب القهرية - كموجبات الوضوء والغسل - فكذا في الاختيارات، فللمكلف أن يجمع بين خمس نواقل من العقود - كالبيع والصلح والهبة، ونحو ذلك - في تملك واحد، لأنها معارف لا مانع من اجتماعها، وعلى ذلك يترتب في الفقه فروع كثيرة لا يخفى على الفقيه الماهر. وورود عقود أو إيقاعات على الشيء الواحد لا بأس به بناء على ذلك، وكذلك المركب من عقد وإيقاع ومن عقد وحكم ونظائر ذلك، إلا فيما دل دليل على المنع، كما سنذكر بعد ذلك. لكن نقول: إذا اجتمع الأسباب على مسبب واحد، فلا يخلو: إما أن يكون مقتضاها واحدا من جميع الوجوه، سواء كان الاتحاد بأصل

[276]

الشرع، كالصلح والهبة المعوضة - مثلا - فإنهما في جهة لزوم العقد وترتب الأحكام سواء، أو كان الاتحاد بالشرط ونحوه، كالبيع والصلح، فإن مقتضى البيع ثبوت خيار المجلس والحيوان وحق الشفعة ونحو ذلك، دون الصلح، فلو اشترطا سقوط الخيار والشفعة سقطت بأحد الأسباب صار كالصلح. وإما أن يكون مقتضاها - مثلا - متباينين مختلفين كل الاختلاف، كالوقف والبيع، فإن أحدهما يقتضي الخروج عن الملك مطلقا، والآخر قاض بكونه مملوكا. وإما أن يكون بين السببين عموما مطلقا بالنظر إلى المقتضي، بأن يكون لأحدهما حكم زائد دون الآخر، كالبيع والصلح بالنسبة إلى خيار المجلس والشفعة، والبيعين مع شرط الخيار في أحدهما دون الآخر (1). وإما أن يكون بينهما عموم من وجه باشتمال كل منهما على ما لم يشتمل عليه الآخر، كالبيعين مع اشتراط الخيار في أحدهما، واشتراط درهم - مثلا - في آخر. وإما أن يكون بينهما تناف في بعض الأحكام دون بعض. وتنقيح البحث أن يقال: إنه إذا لم يقع تناف بين المقتضيات مطلقا وأمكن الجمع كما لو باع شخص ووكيله لشخص ووكيله مع اتحاد الأركان واللواحق فلا وجه للبطلان، لجواز اجتماع الأسباب بالذات وعدم وجود تناف بالعرض، وهذا مما لا إشكال فيه. ومع التنافي - بمعنى: عدم إمكان الجمع - كبيع المالك لزيد ووكيله لعمره مع التفارن، أو بيع كل من الوكيلين لواحد مغاير للآخر، فلا إشكال [فيه] (2) في البطلان، لعدم الأمكان، وكذا في مثل الوقف والبيع ونظائرها. ومع العموم مطلقا - كما في صلح أحد الوليين وبيع الآخر في خيار المجلس

(1) العبارة في غير (م) هكذا: مع الشرط في أحدهما خيارا دون الآخر. (2) (من) ن.

[277]

والشفعة، أو شرط أحدهما خيارا دون الآخر - فيقوم هنا وجوه: أحدها: تقديم جانب الصلح، نظرا إلى أنه ينحل ما ذكر في البيع إلى أنه عقد ناقص غير ممكن للمشتري تمكينا تاما، لجواز أخذ البائع منه بالخيار والشفيع بالشفعة، فالبيع بالنسبة إلى تمكين المشتري سبب ضعيف، والصلح سبب قوي يعمل عمله، بمعنى: أنهما يشتركان في التملك، ويزيد الصلح في نفي الخيار وإسقاط الشفعة، فيؤثر كل منهما أثرا مستقلا. وثانيها: تقديمه أيضا وإن سلم أن البيع مثبت للأمرين، بمعنى: أنه ليس ذلك لنقص في سببية البيع وعدم كونه قاطعا للسلطنة، بل لأنه حكم لحقه وصار

سببا في ثبوت ذلك، وإن كان بحسب أصله كالصلح في التمكين، فيرجع ذلك إلى تعارض مقتضاهما، بمعنى: أن البيع يثبت ما ينفيه الصلح، ومع التعارض يقدم الصلح، إما لموافقة الأصل، أو لتساقطهما والرجوع إلى الأصل. وثالثها: تقديم البيع نظرا إلى أنهما مشتركان في إفادة النقل وال لزوم بحسب الأصل، لكن البيع مثبت لحكم آخر من خيار ونحوه، والمثبت يعمل بمقتضاه، وليس في الصلح نفي لذلك حتى يتعارض. فإن قلت: مقتضى الصلح للزوم وعدم تسلط الشفيع، فكيف تقول بعدم التعارض؟ قلت: ليس عدم الخيار وعدم تسلط الشفيع من مقتضيات الصلح، وإنما هو من لوازم الأصل الأولي، ولا دخل في الصلح في ذلك، بل هو مقرر له، وأدلة الشفعة والخيار واردة عليه. فإن قلت: دليل الخيار والشفعة واردة على الأصل في البيع دون الصلح، والفرض أنهما قد اجتمعا في موضوع واحد، وكما أن أدلة الخيار تثبته فالصلح ينفيه. قلت: بعد اتحاد مورد العقدين وصدق أن هذا مبيع جاء دليل الخيار والشفعة في هذا المبيع الخاص، وكون هذا مصالحا عليه ليس فيه خيار ولا شفعة لا ينفي ما،

[278]

ثبت من حيث إنه مبيع. وبعبارة أخرى: ينحل التعارض إلى مثبت وساكنت تجئ فيه قضية الأصل، وهذا ليس تعارضا حقيقة. ورابعها: تقديم البيع أيضا ولو سلمنا التعارض، نظرا إلى أنه مثبت، وهو مقدم على النافي. ولا يتوهم أن الصلح أيضا مثبت للدوام والبقاء، إذ يعد الخيار والشفعة شيئا جديدا في العرف، دون اللزوم. وفي صورة العموم من وجه يجئ في كل من مادتي الافتراق ما ذكرناه في العموم المطلق من الوجوه والتخريجات، ولازمها (1) نفي مقتضى كل منهما، أو إثبات كل منهما، وقد عرفت المثال في ذلك، فتبصر جدا. وإن شئت تفصيل الأسباب في الاجتماع، فنقول: السبب إما قول أو فعل أو عقد أو إيقاع أو حكم. والمجتمعان إما متجانسان أو ملفقان، مع اتحاد الأركان - من عاقد ونحوه، وضمن ونحوه - أو مع الاختلاف في جنس أو قدر أو وصف. ومع الاتحاد في الأحكام واللواحق - من لزوم وجواز وخيار وقبض ولحوق توابع عرفية وأجل وشروط وكيفيات هذه الأشياء المذكورة - أو مع اختلاف في شئ من ذلك، ولا مانع في شئ من ذلك إلا حصول التنافي. نعم، يقع البحث في بعض الصور في أنه تناف أم لا. قال العلامة - في بيع القواعد في ذكر الأولياء -: ولو باعا - أي الوكيلان أو الوليان مثلا - (2) على شخص ووكيله [أو على وكيله دفعة] (3) فإن اتفق الثمن جنسا [وقدرًا] (4) صح، وإلا فالأقرب البطلان. ولو اختلف الخيار فالأقرب

(1) في (ن): ولازمهما. (3) التوضيح من المؤلف قدس سره. والصواب: أي الوكيلين أو الوليين. (3 و 4) أضفناهما من المصدر.

[279]

مساواته، لاختلاف الثمن، إلا أن يجعلاه مشتركا بينهما (1). وهذه العبارة انموذج لمن عرف الفقه ونال المشرب في تنقيح هذا المبحث. قال شيخنا المحقق الثاني علي بن [الحسين بن] عبد العال الكركي في وجه صحة الأول: لأنه لا مانع من الصحة إلا كونهما سببين تامين في انتقال الملك، ولا امتناع في اجتماعهما، لأن الأسباب الشرعية معارف للأحكام. وفي بطلان الثاني: وجه القرب امتناع الجمع بين العقدين، ولا ترجيح فيبطلان، وهو الأصح. وفي اختلاف الخيار: وجه القرب أن الخيار نوع ارتفاق، فإن كان للمشتري كان بمنزلة النقصان في الثمن، أو للبائع فهو بمنزلة الزيادة منه (2). ويحتمل عدم المساواة، لأنه لا يعد مالا، فلا يختلف به العوضان. انتهى (3). ومن صور الاشتباه: اختلاف العقدين نوعا مع اتحاد أثرهما إلا في بعض التوابع، كالخلع والطلاق بعوض، ونحوهما مما أسلفنا. واختلافهما لزوما وجوازا، كالأجارة والجمالة. واختلاف الشرط أو الأجل أو الثمن أو الخيار كما فقط. ويظهر وجه الاشتباه والأشكال في ذلك بمعونة ما مر من الوجوه. وأما مع الاختلاف في المشتري أو في جنس الثمن أو وصفه أو نحو ذلك - بحيث لا يكون هناك قدر جامع، ولا يمكن جمع الحكمين معا - فهو تناف قطعا. وفيما ذكرناه كفاية لمن له ارتباط بالفن وأهله.

ويتخرج من ذلك أبحاث شريفة ونكت لطيفة لا نطيل بذكرها. فمقتضى القاعدة جواز جمع السببين، إلا مع وجود ما يدل على المنع. ومنها: ما اشتهر في لسانهم من: (أن التفصيل في الأسباب قاطع للشركة) تمسكوا به في بطلان عقد الأمة باشتراء الزوج لها، وفي بطلان عقدها أيضا باشتراء بعضها، إذ البضع لا يتبعض .

(1) القواعد 1: 125. (2) كذا في النسخ، والصواب: فيه، كما في المصدر. (3) جامع المقاصد 4: 88 - 89 .

[280]

والذي أراه: أن عدم التبعض ليس من انقطاع الشركة بالتفصيل وعدم الاجتماع، بل لعدم شمول الأدلة، إذ إباحة البضع إما للملك أو بالعقد، وكلاهما منتف في الملفق منهما، ولم يدل دليل على جواز العقد على نصف المرأة. وما اشتهر في كلامهم: (أن البضع لا يتبعض) مأخوذ مما ذكرناه من عدم شمول الأدلة، لا من الدليل على عدم جواز الاجتماع. نعم، في شراء الأمة المزوجة بأجمعها يجئ هذا البحث المذكور، ومقتضى القاعدة - كما قررت - جواز اجتماع السببين، فلا مانع (1) من الاستباحة بعقد وملك. لكن التفصيل في قوله تعالى: إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم (2) قطع الاشتراك ومنع (3) الاجتماع. فمدرك البطلان هنا فهم الأصحاب من هذه العبارة منع الجمع أيضا، كمنع الخلو. وليس لقولهم: (التفصيل قاطع للشركة) مأخذ غير ظاهر اللفظ في النظر القاصر. ويمكن المناقشة: يكون المتيقن من الإلية منع الخلو، بل ظهورها بقرينة قوله تعالى: فمن ابتغى وراء ذلك (4) في منع الخلو، لكن فهم الأصحاب وإجماعهم مع ما اشتهر في كلمة المنطقيين من: (أن الأصل في المنفصلة أن تكون حقيقية) مما يعين إرادة منع الجمع أيضا، فيكون وإردا على تلك القاعدة. ونحو ذلك لو وقع نظيره في الأسباب الأخر، ولهذا عبر عنه الأصحاب بعبارة عامة، فتدبر وتبصر .

(1) في (ف، م): ولا مانع. (2) المؤمنون: 6. (3) في (ن): فمنع. (4) المؤمنون 7 .

[281]

(العنوان التاسع) (في قاعدة العسر والجرح)

[282]

عنوان [9] من جملة الاصول المتلقاة عن الشارع: نفي العسر والجرح والمشقة في الدين. قال الله تعالى: ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا (1). وقال عز شأنه: وما جعل عليكم في الدين من حرج (2). وقال عز اسمه: ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج (3). وقال سبحانه: يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (4). والنصوص في الاستدلال بهذه الآيات في المقامات كثيرة جدا. ففي صحيحة زارة في بيان آية التيمم: فلما وضع الوضوء عمن لم يجد الماء أثبت بعض الغسل مسحا، لأنه قال: بوجهكم ثم وصل بها وأيديكم ثم لأنه يعلق من ذلك الصعيد بعض الكف ولا يعلق ببعضها، ثم قال: ما يريد الله

(1) البقرة: 286. (2) الحج: 78. (3) المائدة: 6. (4) البقرة: 185 .

ليجعل عليكم [في الدين] (1) من حرج والحرج: الضيق (2). وفي صحيحة الفضيل في الرجل الجنب يغتسل فينضح من الماء في الأثناء، فقال: لا بأس، وذكر الآية (3). وفي موثقة أبي بصير في الغدير من المطر يبول فيه الصبي والداية وتروث: إن الدين ليس بمضيق، فإن الله - عزوجل - يقول: ما جعل عليكم في الدين من حرج (4). وفي رواية عبد الأعلى في من وضع ياصبعه مرارة في الوضوء: يعرف هذا وأشباهه من كتاب الله، قال الله تعالى: ما جعل عليكم في الدين من حرج وفي حسنة محمد بن الميسر في الماء القليل في الطريق يريد الجنب أن يغتسل منه ويداه قذرتان، قال: يتوضأ ويغتسل، وتلا الآية (5). ونظائر هذه الأخبار كثيرة. وفي رواية حمزة بن طيار: وما امروا إلا بدون وسعهم (6) وكل شئ أمر الناس به فهم يسعون له، وكل شئ لا يسعون له فهو موضوع عنهم (7). وفي صحيحة البيهقي - بعد بيان عدم لزوم السؤال عن تذكاة ما يشتري من السوق من الفراء -: أن أبا جعفر عليه السلام كان يقول: إن الخوارج ضيقوا على أنفسهم

(2) الزيادة موجودة في متن الكافي أيضا، وليست في الآية المباركة. (2) الكافي 4 / 30 : 3 ، والوسائل 2 : 980. الباب 13 من أبواب التيمم، ح 1. (3) الوسائل 1531 : الباب 9 من أبواب الماء المضاف، ح 1. (4) الوسائل 1 : 120، الباب 9 من أبواب الماء المطلق، ح 14. (4) الوسائل 1 : 327، الباب 39 من أبواب الوضوء، ح (5) 5. الوسائل 1 : 113، الباب 8 من أبواب الماء المطلق، ح 5. (6) في المصدر: سعتهم. (7) الكافي 1 : 164، باب حجج الله على خلقه، ح 4 .

بجهالة (1)، وإن الدين أوسع من ذلك (2). وفي رواية الاحتجاج - الطويلة - في عد ما رفع الله عن هذه الأمة: رفع الخطأ والنسيان وقبول الصلاة في أي مكان، وكون الماء والأرض طهورا، وكون القربان في بطون الفقراء والمساكين وعدم انفكاكه من ثواب اخروي إن قبل وعن رفع عقوبة دينوية إن لم يقبل، وكون الصلوات في أطراف الليل والنهار، وكونها في خمس أوقات، لا في خمسين كما في الامم السالفة، وكون الحسنات بعشرة، وستر الذنوب وفي الامم السالفة كانت تكتب على أبوابهم، وقبول التوبة بلا عقوبة وفي الامم السالفة كان يحرم عليهم بعد التوبة أحب الطعام إليهم (3). وهذه كلها من الاضرار التي حملت على الامم السالفة دون هذه الأمة. إذا عرفت هذه الجملة، فنقول: لا كلام في امتناع التكليف بما لا يطاق. ويدل عليه قوله تعالى: لا يكلف الله نفسا إلا وسعها (4) (والوسع: هو الطاقة، نص عليه جماعة من أهل اللغة (5). وقوله تعالى: ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به (6). وقوله تعالى في رواية الاحتجاج: وذلك حكمي في جميع الامم أن لا اكلف خلقا فوق طاقتهم (7). ورواية المعلى عن الصادق عليه السلام: إنا والله لا ندخلكم إلا فيما يسعكم (8). والتقريب ما مر في الآية .

(2) في المصدر: بجهالتهم. (2) الوسائل 2 : 1071، الباب 50 من أبواب النجاسات، ح 3. (3) الاحتجاج للطبرسي 1 : 221. (4) البقرة: 286. (5) في القاموس (3) : 93 (الوسع - مثله -: الجدة والطاقة. وفي الصحاح (3) : 1298):وسع والسعة: الجدة والطاقة. (6) البقرة: 286. (7) الاحتجاج للطبرسي 1 : 222. (8) الوسائل 18 : 78، الباب 9 من أبواب صفات القاضي، ح 8 .

وصحيحة هشام: الله أكرم من أن يكلف الناس ما لا يطيقون (1). وقوله عليه السلام: (هذا دين الله الذي أنا عليه وأبائي) عند قول حمزة: إن الله لم يكلف العباد ما لا يستطيعون ولم يكلفهم إلا ما [يستطيعون، و] (2) يطيقون (3). (والرواية النبوية في التسعة المرفوعة عن هذه الأمة، منها: ما لا يطيقون (4). (ويدل عليه أيضا العقل القاطع، فإن قبح ذلك مما لا ينكره العقلاء من حيث هم كذلك. وإجماع علمائنا وأكثر المخالفين لنا. ولا كلام أيضا في جواز التكليف بما دون العسر - بمعنى: السعة

واليسر والسهولة - بل وقوعه، وقد نطق الكتاب والسنة بوقوع ذلك، كما عرفت. وإنما البحث في الواسطة بينهما، بمعنى: كونه مما يطاق وفوق اليسر والسهولة. وقد ورد التعبير عن هذه المرتبة في النصوص بلفظ: الضيق، والأصر، والجر، والعسر. وفسر (الأصر) في كلمات أهل اللغة بالضيق والحبس والثقل. وفسر (الجر) أيضا بالضيق. وفسر (العسر) بالصعوبة والشدة. وهذه كلها متقاربة مفهوما ومصداقا. ويظهر من البعض أن لهذه (5) الواسطة أيضا مرتبتين: مرتبة العسر، ومرتبة الجر، وهي أشد من الأولى. والحاصل: أن كلامنا في أن مرتبة العسر والجر هل هو منفي في هذه (الشريعة ك) (ما لا يطاق) أو واقع ك) (ما دون العسر)؟ فعلى الأول: يكون العسر والجر أيضا من القواعد غير القابلة للتخصيص، ولا يكون من باب الأصل. وعلى الثاني: يكون قابلا لورود دليل عليه يخصه .

(1)الكافي 1: 160، باب الجبر والقدر، ح 14. (3) لم يرد في المصدر. (3) (الكافي 1: 162، باب الاستطاعة، ح 4. (4) الخصال 2: 417، باب التسعة، ح 9. (5) (في غير (م): كون هذه .

[286]

فنقول: هل مقتضى العقل انتفاؤهما أم لا؟ يمكن أن يقال: إن قضية العقل السليم عدم وقوعهما في التكليف، نظرا إلى أن المتفق عليه عند أصحابنا وجوب اللطف على الله سبحانه، ومعناه: التقرب من الطاعة والتباعد عن المعصية التي هي المهلكة العظمى. ولا ريب أن التكليف البالغ حد الجر يبعد عن الطاعة ويكون باعنا إلى كثرة المخالفة، والله سبحانه أرحم بعباده من أن يفتنهم بما يوقعهم في العذاب غالبا. وكما أن التكليف بما لا يطاق ممتنع عليه تعالى، للزوم القبح والخروج عن العدل، فكذلك التكليف بالجر، فإنه مناف للطف والرحمة. والمنافشة فيه: بمنع كون اللطف بهذا المعنى، ساقطة، إذ ليس المدار على لفظ (اللطف) بل المدار على ما ذكرناه من المعنى، وهو واجب عقلا بالتقريب المتقدم. كما أن منع عموم الوجوب في اللطف لا موقع له بعد ما قررناه من الدليل هنا بالخصوص. نعم، قد يقال: إن الواجب هو اللطف الواقعي، لا ما نتخيل أنه لطف، ولعل التكليف الواصل إلى حد الجر لطف واقعا ونحن لا نعرفه. وهذا الكلام من الغرابة بمقامه إذ لا يزمه سد باب حكم العقل، والمفروض أنا جعلنا الموضوع موضوعا موجبا لكثرة المخالفة والهلكة، ومن البديهي أن هذا شيء غير قابل للخلاف. ولا ندعي في مقام خاص أنه منه أو من غيره، بل نقول: إن الجر الذي هو عبارة عن هذا الأمر الموجب لهذا الهلاك العظيم هل هو جائز على الرب الرؤوف الرحيم أم لا؟ ومن البديهي أن ذلك بهذا الفرض غير جائز، لقضية اللطف. ودعوى: أن الجر غير موجب لكثرة المخالفة ينافيها الوجدان والعيان. قال في العوائد: قد يترتب على أمر صعب وضيق سهولة وسعة كثيرة دائمة أعلى وأرفع من هذا الصعب، ومقتضى اللطف التكليف بالصعب الأدنى للوصول

[287]

إلى السعة الأعلى، كما أن الأب الرؤوف يضيق على ولده بحبسه في المكتب ومنعه عن الأغذية المرغوبة له، لراحته عند الكبر، بل يحتجمه ويقطع أعضائه لدفع الأمراض (1). قلت: هذا الكلام من ذلك العلام - تبعا لبعض من سبقه - خروج عن محل البحث، وقياس مع الفارق. وبيان ذلك: أنه فرق بين الأمور القهرية والاختيارية، فإننا لا نأبى أن يسلط الله على الإنسان المكلف بلايا شديدة صعبة - من مرض، وكسر عظام، والسقوط من جدار، وإهانة ظالم، ولدغ حية - يكون ذلك كله كفارة لما صدر منه من الذنوب، أو باعنا لارتفاع درجته في الآخرة كما في المعصومين، فإن ذلك كله واقع في المكلفين، ونطق به الأخبار، وهذا الذي يقاس بضرب التأديب والاحتجام ونحو ذلك. وأما لو كان الأمر الصعب اختياريا، مثلا بأن يأمر المولى عبده أو الأب ولده بأمور شاقة وكلفه بارتكابه (2) باختياره، وهدده بالعقوبة على المخالفة، ووعدده بالثواب على الطاعة - وكان ذلك الأمر مما لا يتحمل عادة ويشق عليه جدا - فلا ريب أن ذلك مخالف لطريقة العقلاء، ويبعد ذلك من المولى والأب مشوبا بالعرض النفساني، ويبعد هذا خارجا عن اللطف والابتلاء، بل لا يفعل هذا الفعل إلا من كان يريد العقوبة

ويجعل هذا وسيلة إليه، كما نرى وقوع أمثال ذلك من الامراء والسلاطين، فإنهم إذا أرادوا عقوبة أحد من خدامهم ومن تحت يدهم ويطلبون وسيلة لذلك يأمرونه بامور شاقة لا يتحمل مثله لمثلها غالبا وعادة، فيخالف فيأخذونه بذلك. والله سبحانه أجل من ذلك! بل العاقل الذي يريد تربية الطفل والمملوك ونحو ذلك يمرنه بامور سهلة، حتى لا يكون داعيا إلى المخالفة في أول الأمر، إلى أن

(1)عوائد الأيام: 65، العائدة: 19. (2) كذا، والمناسب: بارتكابها .

[288]

يحصل له من الوسع ما يقدر على ارتكاب ما فوقه من دون ضيق، ثم يأمره بما فوقه، وهكذا. والحاصل: لا نشك في أن التكليف بالامور الصعاب الشداد التي لا تتحمل غالبا لمن يريد التربية والتكميل وليس مشوبا بغرض نفساني وتشبه اقتراحي غير مستحسن عند العقل، والامور القهرية لا مدخل لها في ذلك، سيما مع انحصار العلاج فيه، مع ما فيه من كلام آخر ستسمعه بعد ذلك إن شاء الله تعالى. ثم قال: وأما إيجاب ذلك كثرة المخالفة فهو غير مناف للطف، فإنه نقص من جانب المكلف، ولو أوجب ذلك عدم التكليف لزم أن يكون مقتضى اللطف عدم التكليف، لأيجابه المخالفة، ولا فرق فيما بين الكثرة والقلة، مع أنا نرى كثرة المخالفة بحيث تجاوزت عن الحد، ولم يوجبها إلا أصل التكليف (1). قلت: في حل هذا الكلام: أن الفرق بين المقامين في غاية الوضوح، وهذا ناش من عدم التأمل في طريقة العقلاء وأرباب اللطف. فإننا نقول: نقص المكلف إذا كان داعيا إلى المخالفة لا يفترق الحال فيه بين السهل والصعب، وقد نرى أن النفس المطيعة تتحمل من المشاق ما لا تتناهى، والعاصية لا تتحمل - أصلا - أسهل التكاليف وتأبى عن الأطاعة، وتلك مسألة أخرى. ولا شبهة أن التكليف بما فيه مضيق يكون داعيا إلى المخالفة، أو يكون سببا لتهور النفس، والذي نمنعه صدور شئ من صاحب اللطف يكون له مدخلة في المخالفة. وما ذكره من: أنه موجب لارتفاع التكليف، في غير محله، إذ موضوع الأطاعة والمخالفة لا يتحقق إلا بخطاب، ولا يتحقق إعطاء كل أحد ما استحقه بمقتضى اختياره إلا بالتكليف، فهو من مقدمات وجود أحد الأمرين، بخلاف

(1)عوائد الأيام: 65، العائدة: 19 .

[289]

التكليف بالحرَج والضيق، فإنه من دواعي المخالفة وأسبابها، ومحال على الحكيم صدور شئ مفض إلى العصيان منه. وإن شئت توضيح ذلك، فانظر إلى طريقة العقلاء في مقام التربية، فإن الأرشاد إلى الحسن والقيح والأمر والنهي من لوازم التربية، ولا يتحقق بدونهما (1) مع أنه لو أمر أمر بأمر مستعصب أو نهى عن شئ يعسر اجتنابه للامور جدا فخالف لكان العقلاء يذمون الأمر، ويقولون: إن هذا ليس مقتضى اللطف، بل اللائق أن تأمره بما لا يشكل عليه، ولا تأمره بما يوجب خذلانه. وبالجمل: فرق بين كون الداعي مجرد نقص النفس والتمرد عن الأطاعة - أعاذنا الله منه - وبين كون ما يصدر عن الأمر له مدخلة في ذلك، لا في تحقق موضوعه، بل في صدوره عن المكلف. ولهذا، لو اعتذر العبد المخالف - حينئذ - عند الناس بأن التكليف - مثلا - بكذا وكذا بهذه المشقة هل هو طريقة المولى؟ وكيف أتحمّل أنا هذه المشقة؟ وكيف السبيل في ذلك غير المخالفة؟ يقلبه العقلاء ويخطئون المولى، وذلك واضح. ويدل على ذلك أيضا ما نطقت به كلمة أصحابنا في الاستدلال بأن العسر والحرَج منفي، ولا يشير أحد منهم إلى جواز التخصيص بقوله: (إلا ما خرج بالدليل) مع أن طريقتهم في العمومات الجارية مجرى القاعدة يذكرون مثل ذلك، ولم أجد إلى الآن في كلامهم يذكرون هذا الدليل في مقام ويقولون: (خرج ما خرج بالدليل وبقي الباقي) بل ظاهريهم أن ما ثبت ليس من هذا الباب، وإنما نشأ ذلك من بعض

المتأخرين بعد ما عجزوا عن حل بعض ما يرد عليهم، كما يأتي بعد ذلك. مضافا إلى قوله عليه السلام: (دين محمد حنيف) (2) (وقوله صلى الله عليه وآله: (بعثت بالحنيفية السهلة السمحة) (3)).

(1) كذا، والمناسب: ولا تتحقق بدونها. (2) الوسائل 3: 285، الباب 23 من أبواب لباس المصلي، ح 1. (3) أمالي الطوسي 2: 141، عوالي اللآلي 1: 381 / 3، وفيهما: (بعثت بالحنيفية السمحة) نعم =

[290]

وليس المراد منه أن في هذا الدين أشياء سهلة وأشياء صعبة بالغة حد الحرج، فإن (الدين) إن كان اسما لكل فرد من التكليف قضى يكون كل منها سهلة، وإن كان اسما للمجموع المركب يقتضي ذلك أيضا، لأن وجود الحرج في الدين يجعل المجموع المركب صعبة (1) إذ انضمام التكليف السهلة إلى الشديدة لا يوجب سهولة الشديدة، بل يزيد ذلك شدة ويكون ثقلا فوق ثقل، لا كتركيب الماء الحار المغلي بالبارد حتى يعتدل، فإن ذلك ليس من هذا الباب. وقد علم من ذلك: أن وجود ما يصدق عليه الحرج والعسر في هذا الدين مناف للروايتين المشهورتين، بل لم ينكر ذلك أحد. فإن قلت: لعل المراد: كونها سهلة بالنسبة إلى ما فوقها من الصعوبة، فإن مراتب الشدة متفاوتة. قلت: يكفينا في نفي الحرج والعسر، فإن إطلاق (السهل) ينفي ما قابله، وظاهره: أن ما يعد حرجا وعسرا غير موجود في الدين وإن كان فيه أيضا مشقة وشدة ببعض مراتبها، فتدبر. مع أن ما ذكر من الآيات والروايات في نفي الحرج والعسر لا يخفى على من لاحظها بعين البصيرة أنها ليست مسوقة على سياق ما ورد من العمومات الآخر التي تتخصص بالدليل. فإنه لو قال قائل: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر، إلا فيما ثبت من الشرع) وكذا قوله: (ما يريد الله ليجعل عليكم في الدين من حرج إلا فيما جعله في بعض الأحكام) لكان هذا مما يشتمن من النفس، ويفهم منه التناقض، وليس ذلك إلا مثل قوله تعالى: وما الله يريد ظلما للعباد (2) وما ربك بظلام

=في نهاية ابن الأثير (مادة - حنف) زيادة: السهلة. (1) في (ف، م): صعبا. (2) (غافر: 31 .

[291]

للعبيد (1) وما كان الله ليظلمهم (2). وليس ما تخيل من كونه من باب العسر والحرج إلا كما يتخيل (3) من كونه من باب الظلم في أشياء لا يدركه عقول الأكثر، ولا ينال سره إلا البالغون مرتبة الاطمئنان والعقل الكامل. ولا يلزم من مجرد ورود النقض - الذي لا يقدر على حله النظر - إخراج الظواهر المقاربة للقطع بل القطعية عن معناها وارتكاب مثل هذا التكلف الذي لا يخفى على المنصف غرابته، والمصير إلى أن ما ثبت مما ظاهره الحرج ليس من ذلك الباب، بل هو كاشف عن الخروج عن الموضوع وإن كنا لم نعرف وجهه أوضح من ذلك، مع أننا نبين الوجه في ذلك إن شاء الله تعالى. والذي أوجب الاضطراب في هذا الباب أمران: أحدهما: أنا نرى التكليف الشاقة والأحكام الصعبة واردة في الشرع، وأهل العرف يعدونه عسرا وحرجا وضيقا، كالصوم في اليوم الحار الطويل، والحج، والجهاد، ولزوم الثبات في مقابلة الكفار، وحرمة الفرار، والتوضؤ بالماء البارد الشتاء وفي السفر، ومجاهدة النفس، والسعي في طلب العلم في البلاد البعيدة، وعدم الخوف من لومة لائم في بيان أحكام الله وإجراء حدوده، والجهاد في سبيله، ونظائر ذلك. وثانيهما: أن الشارع لم يرض في بعض الأمور الجزئية والتكاليف السهلة بالارتكاب، وورد في النصوص الاستدلال في نفيها بأدلة العسر والحرج، فكيف يكون أمثال ما مر في الأخبار عسرا وحرجا، ولا يكون ما ثبت من الأمور المتقدمة - التي هي أصعب منها بمراتب - عسرا وحرجا؟ ومن هذين الأمرين تولد الأشكال من وجهين :

[292]

أحدهما: وجود العسر والجرح في الشرع، مع أنه نفاه ما سبق من الأدلة .
 وثانيهما: عدم إمكان الجمع بين كون هذه الجزئيات السهلة من باب العسر وعدم كون تلك التكاليف الشديدة من ذلك الباب. قال الفاضل المعاصر في عوائده: الأمر في قاعدة العسر والجرح كما في سائر العمومات المخصصة في الكتاب الكريم والأخبار الواردة في الشرع القويم، وأدلة العسر والجرح يدل على انتفائهما كلية، لأنهما لفظان مطلقان وأقنعان موقع النفي، فيفيدان العموم، وقد ورد في الشرع بعض التكاليف الشاقة، ولا يلزم من ورودها إشكال في المقام، كما لا يرد بعد قوله تعالى: واحل لكم ما وراء ذلكم (1) إشكال في تحريم كثير مما وراءه، ولا بعد قوله: قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما إلى آخره (2) تحريم أشياء كثيرة، بل فكما يخصص بأدلة تحريم غيره عموم ذلك فكذا هنا، فإن تخصيص العمومات بمخصصات كثيرة ليس بعزير، بل هو أمر في أدلة الأحكام شائع، فغاية الأمر كون أدلة نفي العسر والجرح عموميات يجب العمل بها فيما لم يظهر لها مخصص، وبعد ظهوره بعمل بقاعدة التخصيص، فلا يرد عليه شئ من الاشكاليين. ولعل لذلك لم يتعرض الأكثر لذكر الأشكال، إذ لا إشكال في التخصيص، ولا يلزم تخصيص الأكثر أيضا، فإن الأمور العسرة الصعبة غير متناهية والتكاليف محصورة متناهية، وأكثرها مما ليس فيه صعوبة ولا مشقة. وقال في الجواب عن الثاني: أما عدم رضا الله [سبحانه] بأدنى مشقة في بعض الأمور، ورضاه بما هو أصعب منه كثيرا في بعض، فلا يعلم أن عدم رضاه بالأول لكونه صعبا وعسرا، بل لعله لأمر آخر، ولو علم أنه لذلك فلا منافاة بين عدم رضاه بمشقة ورضاه بمشقة آخر لمصلحة خفية عنا. وأما احتجاج الأئمة [الأطياب] لنفي التكليف في بعض الأمور بانتفاء العسر والجرح، فهو كاحتجاجهم

(1) النساء: 24. (2) الأنعام: 145 .

[293]

بحلية بعض الأشياء بقوله تعالى: قل لا أجد فيما أوحى إلي إلى آخره، ومرجه إلى الاحتجاج بالعموم وعدم وجود المخصص. ومن ذلك يظهر أيضا الوجه في احتجاج الفقهاء بانتفاء بعض الأحكام الجزئية بنفي العسر والجرح، ولا يلتفتون إليه في أحكام آخر أصعب منه وأشد. ثم قال: الوظيفة في الفحص عن المعارض والترجيح وعدمه في هذه العمومات كغيرها من دون فرق. والوظيفة في تحقيق معنى العسر والجرح العرف (1) ويختلفان باختلاف الزمان والمكان والشخص والأحوال وغير ذلك. وكل ما دخل تحتها وصدق عليه اسمهما فهو منفى حتى يثبت بالدليل. ولا يرد أن معنى العسر والجرح غير منضبط - بل مجمل - لا ينفع في الاستدلال. (2) هذا كلامه - زيد إكرامه - بحذف الزوائد وتنقيح الفوائد. وقد عرفت مما قررنا: أن كون هذه الأدلة من باب الأصل مستبعد جدا، وظواهرها تأبى عن ذلك، وهما (3) بالمعنى المتقدم ينفيهما العقل أيضا بملاحظة ما بيناه، مضافا إلى أن الظاهر من احتجاجات الأئمة عليهم السلام نفي ذلك الشئ الخاص مثلا لأنه حرج - فراجع الأخبار حتى تعرف هذا المعنى - لا لأنه داخل تحت العموم ولم يقم دليل على خلافه. بل الظاهر من الايات الشريفة: أن هذا الدين المركب من هذه التكاليف التي يدعى كونها حرجا وضيقا لا حرج فيه. وتوضيحه: أن (الدين) اسم لمجموع ما ورد من الأحكام والتكاليف، ولو كان بعض منها حرجا فكيف يقول سبحانه وتعالى: وما جعل عليكم في الدين من حرج (4) مع أنه جعله في التكاليف كثيرا؟ وبالجمله: هذا التوجيه ينافيه ظواهر الأدلة، فتبصر. سيما أن قوله تعالى: من

(1) أي: الرجوع إلى العرف. (2) عوائد الأيام: 63 - 65، العائدة: 19. (3) أي: العسر والجرح. (4) الحج: 78 .

كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر (1) ظاهر، بل صريح في أن الصوم على الصحيح الحاضر ليس بعسر، بل العسر وجوبه على المريض والمسافر، فكيف يقال: إن الصوم في اليوم الحار الطويل عسر مع أن كتاب الله ناطق بخلافه؟! ونظير ذلك من ملاحظة الآيات الأخر أيضاً، فتدبر. وقال الفاضل المحقق القمي: والذي يقتضيه النظر - بعد القطع بأن التكاليف الشاقة والمضار الكثيرة وإرادة في الشريعة - أن المراد بنفي العسر والضرر والحرج نفي ما هو زائد على ما هو لازم لطبائع التكاليف الثابتة بالنسبة إلى طاقة أوساط الناس، المبرئين عن المرض والعذر الذي هو معيار التكاليف، بل هي منتفية من الأصل إلا فيما ثبت ويقدر ما ثبت، والحاصل: أنا نقول: إن الله سبحانه لا يريد بعباده العسر والحرج، إلا من جهة التكاليف الثابتة بحسب أحوال متعارف الأوساط، وهم: الأغلبون، والباقي منفي، سواء لم يثبت أصله أصلاً أو ثبت، ولكن على نهج لا يستلزم هذه الزيادة (2). وهذا الكلام قابل لاحتمالين: أحدهما: أن يكون المراد: أن عمومات العسر والحرج كسائر العمومات تخصص بما يرجح عليها من الأدلة بعد إعمال قواعد الترجيح، فيكون المراد: أن الله لا يريد الحرّج إلا ما أرادته وأثبتته من التكاليف التي علم من الدليل، الراجح على دليل النفي. وثانيهما: أن هذه العمومات تعليلية مقيدة في حد ذاتها بعدم الثبوت من الشرع، بمعنى: أنه كل ما لم يثبت من الشرع فهو عسر منفي، فيكون مؤكداً لأدلة أصل البراءة وجارياً مجراها، ولا يعارض الدليل الوارد على الثبوت، لأنه مقيد بعدم ورود وارد .

(1)البقرة: 185. (2) قوانين الاصول 2: 49 - 50 .

ويرد على الأول ما أوردناه على ما في العوائد، فإنه مأخوذ من ذلك نقضاً وحلاً. وعلى الثاني أن هذا مخالف لما نرى من طريقة الفقهاء من تمسكهم بهذه العمومات في مقابل الدليل، ولا يجعلونها جارية مجرى أصل البراءة، مع أنه لا ينفذ حينئذ في شيء، إذ كل تكليف مشكوك منفي، سواء كان عسراً أو حرّجاً أو غيرهما .والذي يقتضيه النظر في بعض أجزاء كلامه أن يكون مراده: عدم كون ما هو ثابت في التكاليف عسراً وحرّجاً، بمعنى: أن التكليف لا بد أن يكون فيه مشقة وكلفة، لكن المقدار الموجود في هذه التكاليف بالنظر إلى متعارف الأوساط ليس بعسر ولا حرّج. وفي هذا المعنى قال العلامة الطباطبائي: وأما ما ورد في هذه الشريعة من التكاليف الشديدة - كالحج والجهاد والزكاة بالنسبة إلى بعض الناس، والدية على العاقلة ونحوها - فليس شيء منها من الحرّج في شيء، فإن العادة قاضية بوقوع مثلها، والناس يرتكبون مثل ذلك من دون تكليف ومن دون عوض - كالمحارب للحمية أو بعوض يسير - كما إذا أعطي على ذلك إجرة، فإننا نرى أن كثيراً يفعلون ذلك بشيء يسير. وبالجمل: فما جرت العادة بالأتیان بمثله والمسامحة [فيه] (1) وإن كان عظيماً في نفسه - كبذل النفس والمال [الكثير] (2) - فليس ذلك من الحرّج في شيء. نعم، تعذيب النفس وتحريم المباحات والمنع عن جميع المشتبهات (3) أو نوع منها على الدوام حرّج وضيق، ومثله منتف في الشرع (4). هذا كلامه رفع في الخلد مقامه .

(1) (من المصدر. (2) من المصدر. (3) كذا في النسخ، والظاهر: المشتبهات. (4) (نقله بتمامه السيد المجاهد قدس سره في مفاتيح الاصول (536) عن (السيد الاستاد) والظاهر أنه (بحر العلوم) قدس الله روحه .

ونزيد ذلك توضيحاً، ونقول - دفعاً لما تخيل بعضهم من المناقشة في هذا الكلام -: إنا نرى بالعيان أن المولى إذا أمر عبده بالحضور في خدمته كل يوم ثلاث مرات - مثلاً - وأمره بالأعطاء إلى الفقراء عشراً مما أعطاه مولاه، وأمره - مثلاً - مدة قليلة بالامساك عن اللذائذ في كل سنة، وأمره في مدة عمره مرة بالذهاب إلى بلد بعيد لقضاء حوائج لمولاه في تلك البلاد مع إعداد أسباب سفره وإعطائه إياه ما يحتاج إليه في طريقه على حسب شأنه وحاله، وجعل له في كل ما يحتاج إليه من مقتضيات نفسه - من أكل وشرب ولبس ونكاح، ونحوه - من أصل ماله ما يرفع حاجته، بل زاده سعة في ذلك، ومنعه عن التعرض لأموال الناس والخيانة في أعراضهم وأنفسهم، وأغناه بعطائه عن التعرض لذلك كله، وأمره بالمعاشرة مع العبيد المعروف بحيث لا يترتب عليه الفساد، وأمره بدفع من كان عدواً له ولمولاه مع إمكانه، لا يعد هذا عسراً وحرماً بالنسبة إلى ذلك العبد، وكيف يكون ذلك حرماً مع أن هذه الطريقة طريقة أحسن الناس نفساً ورتبة وعليه عادة الناس خلفاً وسلفاً بالنسبة إلى أحبائهم وعشائرتهم؟ وكيف يعد إتيان مثل هذه الأشياء حرماً إذا أمر به الحكيم على الإطلاق، ولا يعد حرماً بالنسبة إلى الخلق المحتاج بعضهم لبعض؟ وإنا نرى أن المقدسين المتعبدين بهذا الشرع يباشرون هذه التكاليف ويزيدون عليه من المندوبات إلى ما شاء الله، ومع ذلك هم في قيامهم وقعودهم ومعاشرتهم مع الناس وتزينهم بما أحل الله لهم من الطيبات على أحسن حال وأكمل رفاهة. ولو كان هذا من الضيق والحر لعم سائر الناس، فإن الضيق معنى معروف عرفاً، مضافاً إلى أن عوام أهل الشريعة قد رسخ في أذهانهم أن هذه الشريعة أسهل ما يكون من الأعمال بحيث لو فعل هذه الخدمات كلها عيد لمولاه - بل صديق لصديقه - ما يعد في نظرهم مثل هذه الأشياء خدمة وإظهار إخلاص، فكيف في

[297]

عبادة الرب الكريم؟! ونحن نمثل لك فروعا متفرعة على نفي الحرج والعسر، حتى يتضح عندك الفرق بين المقامين. منها: عدم نجاسة البئر بالملاقاة، والعفو عن دم الجرح والقرح الذي لا يرقى، وعن ما دون البغلي وثوب المربية للصبي، وعن نجاسة ما لا يتم الصلاة به، ومطهرة الأرض، وطهارة آلات البئر - مثلاً - كالعصير (1) ورخصة المبطون ومن بحكمه، وعدم لزوم الاحتياط والاجتناب عن الشبهة الغير المحصورة، وطهارة المخالفين وحل ذبيحتهم، وعدم لزوم الصيغة في كل معاملة، وصحة بيع الصبي فيما جرت به العادة، وعدم لزوم التحرز عما ينفصل من البدن من الأجزاء الصغار، وعدم انفعال العالي، والرخصة لكثير الشك، وجواز التيمم للمتضرر بالماء، وطهارة ماء الاستنجاء وعرق الجنب من الحرام، وعدم لزوم الخمس في الهبات والميراث والزكاة في المعلوفة، وعدم لزوم الترتيب في القضاء، وعدم لزوم العلم بصحة أفعال الناس، وقبول قول الودعي في الرد، وعدم اعتبار الشك بعد الفراغ، ومشروعية القرعة، وجواز الوكالات والنيابات، وإباحة ما يغلب عليه الحاجة، وجواز أخذ الأجرة على الصنائع، وحل النظر إلى المحارم، وشرع التقية، وعدم لزوم الكيل والوزن في النقود في وجه، وشرعية التوبة، والقصر في السفر، وعدم لزوم قضاء الصلاة على الحائض، وإباحة الإفطار للحامل والمرضع والشيخين (2) وذي العطاش، والعفو عن اختبار ما يعسر اختياره في البيع، وشرعية الخيارات والطلاق والرجعة، وشرعية الكفارات والديات، وإباحة المحظورات عند الضرورات، والرخصة في الأكل عن البيوت المخصوصة وفي الأنهار المملوكة والأراضي المتسعة وللزوجة في مال زوجها، وفي قطع الصلاة لأمور، وعدم

(1) أي: أواني العصير إذا ذهب ثلثاه - على القول بالنجاسة - (2) أي: الشيخ والشيخة .

[298]

بطلان عبادة من عليه دين، وثبوت بعض الحقوق بالشياع، وكفاية الواحدة في الوصية، وعدم لزوم التوكيل على الأخرس، ومشروعية المعاملة على الغسل في الحمام وعلى الرضاع، مع خروجهما عن قاعدة الأجارة، ونظائر ذلك. وهذه الفروع

قسمان: منها: ما أثبتناه وحكمنا به من أدلة العسر والجر، ولو مع وجود معارض لها من العمومات الآخر أو دليل خاص، لكن حيث علمنا تحقق العسر والجر فيها نفيناه وحكمنا بالرخصة في ذلك كله. ومنها: ما ثبت من الأدلة الآخر من إجماع أو ضرورة أو نص، أو نحو ذلك على طبق قاعدة العسر والجر. وفي ذلك أيضا نقول: إن هذا من دليل العسر والجر وإن قيل: إن بعد ثبوت ذلك من الشرع لا فائدة في بيان أنه للعسر والجر أو لغبر ذلك، لكن أنا إذا عرفنا تحقق الجرح بذلك نفيه ولو لم يكن هناك دليل خاص. وأيضا (1) أغلب النصوص الخاصة إنما هو عن الأئمة الأطهار، ولا ريب أنهم يحكمون على وفق كتاب الله الذي فيه تبيان كل شيء، ولعل ذلك كله حكموا به من جهة نفي الجرح، فيكون الفائدة من هذا الكلام أن الجرح مطلقا منفي. والحاصل: أنه لا يخفى على الفقيه النبيه أن هذه الأشياء لو لم يثبت فيها الرخص لكان ضيقا على الناس في معادهم ومعاشهم. وليس مثل الجهاد ونحو ذلك من هذا الباب. وتوضيح ذلك: أن العسر والضيق غالبا يصير بزيادة الكم ولو في تكليف سهل، مثلا: لو أمره الأمر بقراءة القرآن ثلاثة أيام متوالية ولو في مكان راحة عد هذا ضيقا، ولو لم يرخس في الاعتكاف للخروج عن المسجد لحاجة أو لغضاضة (2) أو نحو ذلك عد ضيقا .

(1) في غير (ن): دليل خاص أيضا، وأغلب... (2) كذا؟ .

[299]

والحاصل: الفرق بين ما ذكرناه من موارد العسر والجر وبين هذه التكاليف الثابتة واضح جدا. فالحق أن ما ورد في الشرع من التكاليف ليس مما يعد عسرا وجرعا عرفا، وكفاك في هذا المعنى ملاحظة الآيات في هذا الباب. نعم، بقي علينا الأشكال الثاني، وهو: استدلال الأئمة [عليهم السلام] في بعض الأمور الجزئية بنفي الجرح، وهو العمدة في هذا المقام. فنقول أولا: إن هذه الاستدلالات غالبا في قبال العامة، والمقصود إسكاتهم بظاهر الكتاب. وثانيا: أن أغلب موارد الاستدلال يعد في العرف جرعا، ولو لم يكن فيه نص خاص لكننا نفيه أيضا بالعموم. ودعوى: أنها أسهل من إيجاب الزكاة والحج، ممنوعة، بمعنى: أنا لا ننكر صعوبة مثل الجهاد، لكن المدار على صدق الضيق والجر، دون الصعوبة وزيادة مرتبة العمل ومقداره، ولا بعد في عدم عد الناس وجوب الجهاد - مثلا - ضيقا وجرعا، لوقوعه كثيرا بين الناس بدواعيهم النفسانية، وعدهم نجاسة ماء الاستنجاء جرعا من جهة كثرة وقوعه وقلة المياه، سيما في مكة والحجاز وأمثالهما، فإن الالتزام بتطهير كل ما يصيبه شيء من ذلك يعد جرعا. وبالجمل: لا يدور العسر والجر مدار شدة التكليف وعظم شأنه وعلو مقامه في الأقطار (1)، بل قد يتخلف عن ذلك كثيرا، ومدارهما غالبا على زيادة الكم، وغلبة الوقوع، وعموم البلوى، وندرة المناس والعلاج وإن كان شيئا لا يعد تكليفا في نظر العقلاء والمكلفين، فتدبر في أطراف الكلام تغز في إبداء الفرق بحظ وافر، فإن المقام لا يخلو من دقة وإن استوحش منه الناظر ابتداء، ولكن الفقيه يدور مدار صدق اللفظ وتصديق أهل العرف واللسان .

(1) في هامش (م): الأنظار، خ ل .

[300]

وثالثا نقول: لا يلزم من الاستدلال بنفي الجرح كون ذلك الشيء جرعا بخصوصه، بل لعله لانضمامه إلى التكاليف الآخر، بمعنى: أن الأمام - صلوات الله عليه - يريد أن الله سبحانه كلف بتكاليف معلومة مبينة (1) سهلة ليست على حد العسر والجر، وهذه الجزئيات - أيضا - لو لم يرخس فيها لزم من انضمام ذلك إلى تلك التكاليف الجرح. ولنوضح ذلك في مثال: فإن المولى إذا أمر عبده - مثلا - بتصعيد مائة من من طعام إلى السطح من درج عال جدا، فلا عسر في ذلك. نعم، لو أضاف إلى ذلك: أن تضع رجلك عند الصعود كذا وعند النزول كذا، وإذا صار بك ألم - مثلا - لا تقعد

للاستراحة - ونحو ذلك - عد حرجا وإن كان هذه في جنب أصل التكليف بمنزلة العدم. ونظيره في الشرعيات (2) أن الصلاة لا حرج فيها، ولكن جعل الثقل على القدمين بالسوية موجب للحرج. وبالجمله: المراد: أن بعد ما علمتم من التكليف التي تعرفون أنه ليس بحرج فلا تثبتوا هذه الامور الجزئية أيضا، فإنه لو أثبتت هذه الامور أيضا لانجر إلى الحرج، والمفروض: أن الله لا يريد، فعليك بالتدبر في أطراف الكلام تجده وإفيا في حل إشكال المقام، بعون الله الملك العلام. وربما قيل في رفع الأشكال: إن العسر والحرج في الامور يختلف باختلاف العوارض الخارجية، فقد يكون شئ عسرا وحرجا، ويصير باعتبار أمر خارجي سهلا وسعة، ومن الامور الموجبة لسهولة كل عسر وسعة كل مضيق مقابلته بالعوض الكثير والأجر الجزيل، ولا شك أن كل ما كلف به الله سبحانه يقابله ما لا يحصى من الأجر. وعلى هذا، فلا يكون شئ من التكليف عسرا وحرجا، وما لم يرض أحد فيه (3) بأدنى مشقة يكون من الامور التي لا يقابلها أجر ولا يستحق

(1) في (ن): بينة. (2) في (ن): في الشرعية. (3) في المصدر: وما لم يرضى الله سبحانه فيه .

[301]

فاعلها عوض وثواب، وما كلف به من الامور الشاقة ظاهرا فقد ارتفعت مشقتها بما وعد لها من الأجر الجميل والثواب الجزيل (1). وهذا الكلام مؤيد لما ذكرناه، ولكنه محل نظر من وجهين: أحدهما: أنه لا نسلم ارتفاع الحرج بالجزاء الوافر مطلقا، ولا ريب أمر المولى لعبده بأن لا ينام في الليل أبدا ولا يفطر في النهار كذلك، يعد هذا حرجا وإن جعل في مقابلته من الأجر ما لا يعد ولا يحصى. نعم، لا ننكر أن له أيضا مدخلة في بعض الفروض، فينحل الكلام إلى: أن تكاليف الشرع ليس في الحرج كالمثال المذكور، بل ليس حرجا أصلا، ولو تخيل فيه المشقة الموجبة للضيق يرفعه ملاحظة النعيم الدائم، فإنه رافع لموضوع العسر والحرج بالنسبة إلى هذه التكاليف الثابتة، وهذا كلام جيد. وثانيهما: أنه ينبغي أن لا يعارض دليل العسر والحرج لشئ (2) إذ كلما ثبت فيقال: لا حرج فيه للثواب، وما لم يثبت فينفي بالحرج، لكنه لا فائدة فيه، إذ المشكوك فيه منفي بالأصل، ولا يحتاج إلى أدلة العسر، وأورده المعاصر المحقق في عوائده (3). وأنت خبير بأنه غير وارد، إذ في موارد العسر والحرج - كما عرفت في الفروع المتقدمة - ما لا ينفع في ارتفاعه الأجر والثواب مع ورود عموم أو قاعدة بإثباته، فإننا ننفي مثله بقاعدة الحرج، فإن أدلة الاجتناب عن النجس في العبادة وفي الأكل والشرب - المنصرفة إلى الواقع - يقضي بالاجتناب عن الشبهة الغير المحصورة، ولا يمكننا أن نقول: مقابلة الأجر والثواب يرفع هذا الحرج الذي في الاجتناب عنه، فننفيه بقاعدة الحرج. والحاصل: بعد التأمل فيما وجهنا به كلامه في دفع الأيراد الأول يسقط هذا الكلام بعد التأمل التام .

(1) ذكره المحقق النراقي قدس سره في عوائد الأيام: 63، العائدة: 19. (2) في محتمل (ن): بشئ. (3) عوائد الأيام: 63، العائدة: 19 .

[303]

(العنوان العاشر) (في قاعدة نفي الضرر والضرار)

[304]

عنوان [10] من جملة الاصول المتلفاة من الشريعة (قاعدة الضرر والضرار) وهو من القواعد الكثيرة الدوران العامة النفع، وبيتنى عليه كثير من الفروع في الفقه،

إلا أن الأجمال المخل إنما هو في معناه وفي كيفية دلالاته، ولهم في ذلك كلمات كثيرة، والذي ينبغي البحث في ذلك تنقيح المراد منه بحسب ما يستنبط من كلمة الأصحاب، لأنها المعيار في أمثال الباب. فلا بد أولاً من ذكر المقامات التي استندوا فيها إلى (قاعدة نفي الضرر) حتى يتضح من مجموعها ما ينبغي أن يقال في ضبط المعنى والمراد وتحرير الاستدلال، ليكون جامعاً بين النص والفتوى. فنقول: من جملة موارد القاعدة ما مر في مسألة العسر والجر، فإن كل ما فيه عسر وجرح فهو داخل في معنى الضرر - وصرحوا بذلك في طائفة من الموارد - إلا أن العسر ونحوه إنما يتحقق غالباً في حيثية الحكم التكليفي، والضرر أعم منه ومن الوضعي .

[305]

ويندرج تحته: لزوم دية المتتريس (1) المقتول على المجاهدين، وسقوط النهي عن المنكر وإقامة الحدود مع عدم الأمن، وعدم الأجبار على القسمة مع تحقق الضرر، وعدم لزوم أداء الشهادة كذلك، وحرمة السحر والغش والتدليس، ومشروعية التقاص، وجواز بيع أم الولد في مواقع، والتسعير على المحتكر إن أجحف، وحرمة الاحتكار مع حاجة الناس، وتفريق الأم عن الولد، وجواز قلع البائع زرع المشتري بعد المدة، وتخير المسلم في الفسخ مع انقطاع المسلم فيه عند الحلول، وتخير المراهج عند الكذب والخديعة، وفي خيار التأخير وما يفسد ليومه والرؤية والغبن، وعدم سقوط خيار الغبن بالخروج عن الملك، وخيار العيب والتدليس والتصرية والشركة وتعذر التسليم وتبعض الصفقة، وحلول الديون بموت المدين، وبيع ما يتسارع إليه الفساد من الرهن، وخيار الغبن في الصلح، وعدم جواز شراء المضارب من ينعق على المالك، وعدم لزوم دفع الغاصب على الودعي، وجواز دفع الوديعة إلى الحاكم أو الثقة عند الضرورة، وعدم جواز الرجوع في مثل عارية اللوح في السفينة، وتخير المالك مع زراعة ما هو أشد ضرراً من المأذون فيه، وفسخ المشتري مع ظهور العين مسلوب المنفعة، والخيار في الأجارة لو عم العذر عقلاً أو شرعاً، ومهلة الشفيع لو تضرر المشتري، وعدم تبعض الأخذ بالشفعة، وعدم بطلانها بالفسخ بعيب ونحوه، وعدم لزوم الوصاية ما لم يقبل، وتخير المولى عليه لو زوجه الولي بغير الكفو أو بذات العيب، وجواز تزويج الأمة مع العنت، وخيار الزوجة مع فقر الزوج، وحرمة الدخول في السوم والخطبة بعد إجابة الغير، وفسخ النكاح بالعيوب ابتداءً واستدامة في أحد الزوجين، وترك القسمة بأقل من ليلة أو بأكثر، وسقوط قسمة المجنونة، وعدم جواز العزل على أزيد مما وصل منه إليها، وسماع دعوى المقر المواطاة، وعدم

(1) في غير (م): التريس. جواز إحياء مشعر العبادة، وحرمة التطويل أو المانع في المشتريات -

[306]

كالمساجد والمشاهد والطرق والأسواق، ونحو ذلك - وعدم جواز القصاص في الطرف مع التعرير (1) بالنفس، وشرعية أصل القصاص والديات وكثير من جزئيات فروعهما، فتدبر. وبعد التأمل في ذلك كله يظهر: أن أصحابنا فاهمين عدم الضرر بما يشمل ذلك كله (2). وتنقيح هذا المطلب من جملة المشكلات، فانتظر. والمستند في هذه القاعدة الأخبار المتواترة على نفي الضرر والضرار، كما ادعاه فخر المحققين في كتاب الرهن (3) على ما حكى عنه (4). ففي (5) الصحيح: من أضر بشئ من طريق المسلمين فهو ضامن له (6). وفي الصحيح الآخر: من أضر بطريق المسلمين شيئاً فهو ضامن (7). وفي الخبر: كل شئ يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (8). وفي رواية عقبة في باب الشفعة: لا ضرر ولا إضرار (9) في الإسلام. (10) وفي خبر هارون فيمن شرك في بيع اشتراه غيره بعشرة بدرهمين للرأس والجلد، قال عليه السلام: إن أرادهما فليس له ذلك، هذا الضرر، وحقه الخمس (1). 1.

الموجود في باب الشفعة المروى عن عقبة بن خالد: لا ضرر ولا ضرار انظر الوسائل 319: 17، الباب 5 من أبواب الشفعة: ح 1. نعم، رواه الصدوق مرسلا في باب ميراث أهل الملل باللفظ المذكور، انظر الفقيه 4: 334، ح 5718. (11) الوسائل 13: 49 الباب 22 من أبواب بيع الحيوان ح 1.

[307]

وفي حكاية سمرة بن جندب روايات كثيرة: منها: ما رواه ثقة الأسلام والشيخ في الكافي والتهذيب في الموثق لابن بكير، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار، وكان منزل الأنصاري بباب البستان، وكان يمر به إلى نخلته ولا يستأذن، فكلمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء، فأبى سمرة، فلما تأبى جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فشكا إليه فأخبره الخبر، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وآله وخبر أبي ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله، فأبى أن يبيعه، فقال: لك بها عذق لعذقك في الجنة، فأبى أن يقبل، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه، فإنه لا ضرر ولا ضرار (1). وقد روي في كتب الفروع للعلامة وغيره بلفظ (لا ضرر ولا ضرار في الأسلام) (2). إذا عرفت هذا فالبحث في أمور: أحدها: قال في المجمع - بعد ذكر رواية الشفعة - يقال: ضره ضرارا، وأضر به إضرارا، الثلاثي متعد والرابعي متعد بالياء، أي: لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه. والضرار: فعال من الضر، أي: لا يجازيه على إضراره بإدخال الضر عليه. والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه. وقيل: الضرر ما تضر به صاحبه وتنتفع أنت به، والضرار بأن تضره من غير أن تنتفع أنت به. وقيل: هما بمعنى، والتكرار للتأكيد. وفي بعض النسخ (ولا إضرار) ولعله غلط (3).

(1) الكافي 5: 292، باب الضرار، ح 2. التهذيب 7: 146 باب بيع الماء و... ح 36 (2). التذكرة 1: 522 مسألة خيار الغن: وقد رواه الشيخ أيضا معزياد 2 في الأسلام في الخلاف 3: 440 ذيل المسألة 14 من كتاب الشفعة. (3) مجمع البحرين، 373: 3.

[308]

وفي القاموس: ضره وبه وأضره وضاره مضارة وضاررا (1). وعن الصحاح: الضر خلاف النفع، وضر وضار بمعنى، والاسم الضر (2). وعن النهاية (3) تمام ما نقلناه عن المجمع. وقيل: الضر الاسم، والأضرار المصدر، فالنفي لهما معا (4). (وثانيها: أن الأمور المتعلقة بالمكلف أشياء: منها: ما هو ماله من أعيان أو منافع. ومنها: ما هو حقه من استحقاق انتفاع أو فسخ أو إلزام أو مطالبة أو أخذ أو أولوية أو نحو ذلك. ومنها: ما هو من قبيل النفس والبدن. ومنها: ما هو من قبيل العرض. وعلى التقادير كلها: إما ذلك كله موجود بالفعل، أو بالقوة، بمعنى: أن من شأنها الحصول لو لم يكن هناك طرو مانع، فهل يتحقق معنى الضر في ذلك كله أو لا؟ فنقول: لا ريب في صدق الضر بالماليات، فإن حدوث نقص مالي في العرف يعد ضررا لصاحبه، وكون شخص سببا لذلك يعد إضرارا، لكنه فيما كان بالفعل. وأما ما هو بالقوة - كثمرة البستان ونماء سائر الأملاك ومنافعها المتجددة على التدرج - فهو كذلك، فإن طريان ما يوجب عدم حصول هذه المنافع مع كون الشأن حصولها عادة يعد ضررا، والتسبب له إضرارا. وأما الحقوق: فما لم يتحقق شيء من ذلك لا يعد حقا عرفا وشرعا، ولا يعد منع شيء منها منعا للحق ولا إضرارا. وأما بعد تحققها فيعد ذلك إضرارا فيه. فلو

(1) القاموس 2: 75. (2) الصحاح 2: 719. (3) النهاية 3: 81. (4) أورده المحقق القمي بلفظ (الضرر هو الأسم والضرار المصدر...) ولم يسم قائله أيضا، انظر القوانين 2: 53.

[309]

سبق أحد - مثلا - إلى مكان مشترك فدفعه غيره فقد أضره في حقه. وأما مثل المشاهد والمشاعر التي قد ذكرنا في الموارد أن الممانعة فيها بإحياء أو إطالة أو نحو ذلك إضرار، فلا يتوهم أنه حق لم يتعلق بعد فكيف يعد ذلك ضررا؟ إذ الحق أن تعلق حق المسلمين - مثلا - بعرفة ومنى ومشاهد الزيارة ونحوها متحقق بالفعل، فإن ذلك كله معدود من مصالحهم، ولا يلزم حضورهم في ذلك الوقت، فلو خربها شخص أو عمرها بما يمنع الغرض المقصود فقد غصب [على] (1) المسلمين حقوقهم وأضرهم. ونحو ذلك إجابة الخطبة والدخول في السوم، فإن بمجرد المقابلة تعلق حق للسابق وإن لم يتحقق بعد [فإن] (2) من دفعه عن ذلك فقد أضره. وأما البدن: فلا ريب في كون ما يوجب منقصة في عينه ومنفعته أو هيئته المتعارفة ضرا وإضرارا، سواء كان بجرح أو قطع أو إحداث مرض أو ازدياده أو بطؤ برئه، وكذا ما يوجب حدوث ألم فيه منافع للطبيعة. وأما العرض: فضابطه ما هو داخل في احترام المكلف، ليكون هتكه موجبا لذلته وإنكساره بين الناس، فمن تعدى على زوجته أو تطلع على عورته أو دخل على عياله أو ما يتعلق به من المحارم والنساء أو اغتابه أو اتهمه أو طعن عليه في وجهه أو أظهر شيئا مما لا يرضى بظهوره، فهو هتك للعرض، إضرار في الحقيقة، ومثل ذلك يعد ضررا. ودعوى: انصراف (الضرر) إلى المال والبدن أو عدم شموله لمثل ذلك، ممنوع، بل الحق أن ذلك كله ضرر وإضرار، ويجئ توضيحه، ويدل عليه رواية سمرة - كما مرت - (3). ومثل ذلك فعل شيء يوجب الاستخفاف والمهانة ولو بترك بعض التعارفات العادية التي ليس من شأنها أن يترك بالنسبة إليه، فإن ذلك كله داخل في الأضرار بالعرض وإسقاط الاحترام .

(1) و(2) لم يردا في (م). (3) راجع ص: 307 .

[310]

وأنت - بعد التأمل فيما ذكرناه من الموارد - تعرف أن شيئا منها ليس بخارج عن هذه الأقسام التي ذكرناها تفصيلا. وثالثها: أن بعد ملاحظة ما حررناه يظهر أنه فرق واضح بين (منع النفع) و (الضرر) فإنهما متضادان لا متناقضان، وليس كل ما ليس ينفع ضررا، فقد يكون شيء ليس بنفع ولا ضرر. ففي الأمور المذكورة لو لم يكن شيء منها بالفعل ولا بالقوة القريبة لكنه قابل للحصول لو منع عنه مانع فإنما هو مانع عن النفع لا ضار. مثلا: لو كان لشخص أرض يريد عمارتها وإحياءها فمنعه مانع عن ذلك لا يعد مثل ذلك ضررا في المال، إذ لم يكن هناك مال حتى ينقص. نعم، من جهة أنه منعه عما له التسلط عليه فهو مفوت حق تسلطه، وهو كلام آخر. وأما لو كان له ملك معمور فمنعه مانع عن محافظته حتى خرب فهو ضار له في ماله. ولو كان لشخص متاع يريد أن يبيعه بأعلى قيمة فمنعه عن ذلك حتى نقصت القيمة لم يضره في المال، فإن ماله موجود، والنفع الحاصل من البيع لم يكن مالا حتى يلزم الضرر. إذا عرفت هذا فاعلم: أن الضرر والأضرار والضرار كلها مشتركة في إفادة معنى نفي الضرر ولو كان في الأخيرين معنى زائد نبيه عليه، فالروايات كلها دالة على نفي ما يعد ضررا في الإسلام، وظاهر لفظ الرواية: نفي ماهية الضرر والضرار في الدين أصلا ورأسا، لكون (لا) موضوعا لنفي الطبيعة، والخير هنا (موجود) كما في نظائره، وحاصل المعنى بعد نفي ماهيتهما في الدين ينحل إلى: أن ما يسمى بهما في العرف ليس من الدين، بل هو شيء غير موجود فيه وخارج عنه. فلو فرض حكم يتحقق فيه الضرر على أحد فينبغي بمقتضى الرواية القول بأن هذا ليس من دين الإسلام الذي شرعه الشارع، وإلا لزم انخراط القضية الكلية،

[311]

ولازمه: أن التدين بهذا الدين يستلزم جريان الأحكام من الشارع وصدور الأفعال من المكلفين بحيث لا يتحقق فيه ما يعد ضررا. وما يقال: إن حمل الخبر على هذا المعنى موجب للكذب لوقوع الضرر والضرار، مدفوع بأن هذا لازم لو لم يقيد بقيد (في الإسلام) إذ بدونه يكون المعنى: نفيهما في الخارج مع أنه واقع وهو مستلزم للكذب، لكنه بعد التقييد يرجع النفي إلى أنهما منتفیان في الدين كالعسر والحرج، ولا يلزم

من ذلك كذب. لكن الأشكال وارد على ما ليس فيه قيد) في الإسلام) كما في بعض الأخبار، بل أكثرها، فلا بد: إما من تقييدها بذلك، أو دعوى أن المعلوم من الخارج: أن الشارع يريد بيان صفات الإسلام وكيفية الدين، فينزل كلامه علي نفيهما فيه لا مطلقا. والحق: أن سياق الروايات يرشد إلى إرادة النهي من ذلك، وأن المراد: تحريم الضرر والضرار والمنع عنهما، وذلك: إما بحمل (لا) على معنى النهي، وإما بتقدير كلمة (مشروع) و (مجاز) و (مباح) ونحو ذلك في خبره مع بقاءه على نفيه، وعلى التقديرين يفيد المنع والتحريم. وهذا هو الأنسب بملاحظة كون الشارع في مقام الحكم من حيث هو كذلك، لا في مقام ما يوجد في الدين وما لا يوجد، وإن كان كل من المعنيين مستلزما للآخر، إذ عدم كونه من الدين أيضا معناه: منعه فيه، ومنعه فيه مستلزم لخروجه عنه. مضافا إلى أن قولنا: (الضرر والضرار غير موجود في الدين) معنى يحتاج تنقيحه إلى تكلفات، فإن الضرر مثلا نقص المال أو ما يوجب نقصه، وذلك ليس من الدين بديهية، إذ الدين عبارة عن الأحكام، لا عن الموضوعات، فيحتاج حينئذ إلى جعل المعنى: أن الحكم الذي فيه ضرر وإضرار ليس من الدين لا أنفسهما (1)

(1) في " ن " لا نفسهما .

[312]

وهذا تأويل غير متبادر وإن بالغ فيه بعض المعاصرين (1). نعم، هنا كلام وهو: أنه لو كان بمعنى المنع والتحريم اختص بإضرار المكلفين لأنفسهم أو لغيرهم، ولا يشمل ما كان ضررا من الله تبارك وتعالى، مع أن الفقهاء - كما عرفت في الموارد - نفوا كثيرا من التكليف إذا كان موجبا لضرر في نفس أو مال، ولا وجه لكون ذلك حراما على الله تعالى. ولو قلنا: إن المراد: عدم وجوده في الدين لثم الاستدلال في ذلك أيضا. قلت: الظاهر من سياق الخبر: أن عدم تجويز ذلك ليس محض التعبد الشرعي، بل إنما هو شيء يمنع منه العقل أيضا، ومناف للحكمة كذلك، فكما هو قبيح غير مجوز بالنسبة إلى المكلفين، فكذا الحكيم على الإطلاق، فإنه أيضا لا يصدر منه مثل ذلك، فيصير المعنى: أن الضرر والضرار غير مجوز، بل هو قبيح، ويكون القضية مسوقة مساق قاعدة عقلية. ومن هنا يتجه أن نستدل على هذه القاعدة - مضافا إلى النصوص - بدلالة العقل أيضا، فإن الضرر (2) والأضرار مناف للطف والعدل علي ما يفهم من معناه، ومثل ذلك غير مجوز عقلا أيضا، بتقريب ما أسلفناه في مسألة العسر والرجح. ويرد في هذا الباب الأشكال السابق في العسر والرجح: من أن الظاهر من النصوص عدم ورود ضرر في الإسلام، مع أننا نرى وجوب الجهاد والزكاة والخمس وغير ذلك من التكليف الموجبة لنقص المال والعرض وتلف النفوس ونحو ذلك، فلا وجه لنفي الضرر مطلقا. ومن أننا نرى في النصوص استدلال على نفي الجزئيات بحديث (لا ضرار) مع وجود ما هو أعظم من ذلك في الشرع .

(1) المحقق النراقي - ظاهرا - انظر عوائد الأيام: 18 - 19، البحث الثالث. (2) (في ن): الضرار .

[313]

قال الفاضل القمي: معناه: أنه تعالى لا يرضى بإضرار بعض عباده بعضا، ولا يفعل ما يضر العباد به، ويجوز لمن يتضرر دفع الضرر عن نفسه، فالمراد بنفي الضرر: نفي ما هو زائد على ما هو لازم لطبائع التكليفات الثابتة بالنسبة إلى طاقة أوساط الناس البرئتين عن المرض والعذر الذي هو معيار مطلق التكليف، بل هي منتفية من الأصل، إلا فيما ثبت ويقدر ما سبق، ولا يريد الله الضرر إلا من جهة التكليف الثابتة بحسب أحوال متعارف الأوساط (1). ويرد على ظاهر كلامه - كما مر في مسألة العسر -: أن قاعدة الضرر لا تعارض دليلا، إذ يكون على كلامه مقيدا بالضرر الذي لم يثبت من الشرع، فكلما دل عليه دليل في الجملة فلا ينفيه قاعدة الضرر، مع أن الفقهاء كثيرا ما ينفون ما عليه دليل - من عموم ونحوه - بقاعدة الضرر، لكن الظاهر أن

مراده رحمه الله ليس ذلك، بل الظاهر أن غرضه: أن الضرر منفي، وهو أيضا كأحد العمومات، فما دل على خلافه لا بد فيه من ملاحظة التراخي وقواعد الألفاظ، ونحو ذلك من قواعد التعارض. ثم بعد ملاحظة الدليل وقوته لو ثبت شيء يوجب فلا مانع منه، لا أن قاعدة الضرر مقيد بعدم دليل مطلقا، كأصل البراءة ونحوه. ثم لا يخفى: أن مجرد النقص في المال والبدن ونحوه لا يعد ضرا مطلقا، بل إذا لم يكن بإزائه ما يجبره ويدفعه. فإن إعطاء شخص من ماله عشرة دراهم لشخص لأجل تحصيل خمسة عشر أو عشرة مع تعلقي غرض بذلك لا يعد ضرا، وكذلك الفصد والحجامة وقلع الضرس ونحو ذلك لدفع ما هو أشد من ذلك لا يعد ضرا، ولا يعد شيء من ذلك لو صدر من شخص آخر بالنسبة إلى شخص إضرارا، بل لو كان في مقابله ما يساويه فليس بنفع ولا ضرر، ولو كان ما هو أهم منه وأعلى فهو يعد نفعاً. فقد يقابل ضرر مالي بنفع بدني أو ديني أو عرضي وبالعكس، وقد

(1) هذا مضمون ما قاله المحقق القمي قدس سره، لا نص عبارته، انظر القوانين 2، 50 :

[314]

يقابل كل بمثله. وبالجمله: ماله جابر مقصود للعقلاء في امور معاشهم ومعادهم لا يعد ضرا وإن كان نقصا في أحد المذكورات. فعلى هذا: ما ورد في الشرع من التكاليف بعد وجود النفع الاخر في الجميع بل النفع الدنيوي من دفع بلية وحفظ مال وزيادة نعمة - كما هو مقتضى الايات والأخبار في الزكاة والصدقة ونظائر ذلك - لا يعد ضرا حقيقة، وذلك واضح، بل هذا في الحقيقة نفع، لأن ما يصل إلى المكلف بذلك من الخير أضعاف ما أصابه من النقص ظاهرا. وما ورد من مثل القصاص ونحوه، فإنما هو جبر لما وقع من الضرر، وكذلك الدية ونحوه على ما قرره الشارع الحكيم. وكل ما فيه تحمل لمنقصة فمقابل بمثوبة لا يخفى على من اعتقد بوجد الحق الغير المكذوب. فلا ينتقض بورود ما هو ضرر في الشريعة. ولا يلزم من ذلك عدم إمكان معارضة دليل بقاعدة الضرر، لأنه كاشف عن نفع دنيوي أو اخروي، فلا وجه لنفيه بقاعدة الضرر، إذ الأصل عدم تحقق ذلك، والمفروض أن كونه ضرا في الظاهر مقطوع ومقابلته بالنفع محتمل، فما لم يقدّم دليل قوي محكم دال على ثبوته حتى يعلم كونه في الواقع مقابلا لنفع، فينفيه قاعدة الضرر. فإذا تعارض - مثلا - دليل دال على ثبوت ضرر مع دليل نفيه بالعموم من وجه، فلا يعلم من ذلك تخصيص أحد الدليلين بالآخر حتى يعلم أنه ليس من الضرر، فلا بد من دليل راجح مخصص لذلك حتى نعرف أنه خارج عن هذا الموضوع، فتدبر جدا. وتوضيحه: أن الدليل المثبت على قسمين: قسم هو دال على نفس الضرر - كالزكاة والحج ونحوهما - ولا ريب أن بعد دلالة الدليل على ذلك نعرف أنه ليس بضرر .

[315]

وقسم ليس كذلك، فإن عموم دليل الحج والتوضؤ يشمل ما لو كان فيه ضرر بدني (1) ونحو ذلك، ولا يمكن أن يقال: إنه ليس بضرر، إذ ما ثبت من الدليل العوض على الوضوء والحج، لا على المضار الآخر الموجود في ضمنهما، ووجود المقابل للطبيعة لا يرفع الضرر في اللواحق. وقس على ذلك ما يرد عليك من نظائر ما دفعناه بقاعدة الضرر. فتلخص من ذلك: أن هذه القاعدة أيضا كقاعدة العسر والجر مما لا يقبل التخصيص، وكل ما هو ظاهر في خلافه - بمعنى: أنه يتخيل كونه ضرا - فهو من باب التخصيص والاختصاص والخروج عن الموضوع. والعجب من صاحب العوائد أنه اعترف هنا بذلك حيث جعل الأجر الاخرى رافعا للضرر، وذهب في مسألة العسر والجر إلى وجود التخصيص وكونه كسائر العمومات (2) لما ورد عليه من الأشكال الذي مضى في بحثه، وعلى ما قررناه فهما من باب واحد. وأما توهم: أنه من باب الاصول التعليقية التي لا تعارض دليلا بل كلما هو حجة تقدم على هذه القاعدة فهو تغريط بين مناف لظواهر النصوص، بل صريحها، ومناف لما هو المقطوع من (3) (الأصحاب من نفي الأدلة بالقاعدة. ومحصل البحث: أن كل ما يعد ضرا في العرف في مال - عينا أو منفعة - أو حق أو بدن أو عرض غير جائز أو غير واقع في الدين، ولا فرق

في ذلك بين نفس المالك وذي الحق وغيره، فكما لا يجوز إضرار غيره لا يجوز إضرار نفسه أيضا في شئ من ذلك. وهل هو من الامور الاختيارية القابلة للأسقاط؟ بمعنى: أن الشارع منعه

(1) في (ن): زيادة: مثلا. (2) انظر العوائد: 23، العائدة: 4، وص: 63، العائدة: 19. (3) في (ن): بين الأصحاب .

[316]

لاحترام ذي الحق، فإذا رخصه في ذلك فلا بأس، أم لا، بل هو حكم منجز من الشارع لا ينفذ فيه الرضا؟ مقتضى ما ذكرناه من عدم جواز إضرار الرجل لنفسه أيضا الثاني، لأنه إذا لم يجز له أن يضر (1) نفسه فليس له أن يرخص غيره أيضا في ذلك، فإذا لم يكن له ذلك لم يكن برخصته اعتبار، والرخص لا تناط بالمعاصي. ولا فرق أيضا في عدم الجواز بين الضرر الكثير واليسير بعد صدق اسم الضرر، لدخولهما تحت العموم، إذ هما (2) نكرتان واقعتان في حيز النفي، فيفيدان العموم في عدم الجواز أو في عدم الوجود - على الاحتمالين في معنى الحديث - . وأما ما لا يعد ضررا عرفا، كما كان نقصا في شئ من الامور المذكورة بمقدار لا يعتد به، كحبة من صبرة وسنبلة من مزرعة، أو تعب قليل في البدن، أو ما كان بإزائه نفع (3) يقوم مقامه، أو يزيد عليه، كالضيافة أو بعض التحف والهدايا والحجامة والفصد - ونظائر ذلك مما له داع يعتد به - فذلك جائز غير منفي ولا منهي في نفس المكلف وفي غيره، للأصل من دون دليل على خلافه. وهذا البحث كله في (4) مدلول اللفظ وتحريم القاعدة بحسب ما يستفاد من العبارة. والمهم النظر في فقه القاعدة، بمعنى: أن ما أثبت بها الفقهاء في الموارد التي عرفتها من أحكام مخالفة للضوابط بمعونة هذه القاعدة من الأحكام الوضعية، هل هي مما يستفاد من الرواية أو لا؟ وهذا الذي ينبغي البحث فيه للفقهاء. فنقول: إن هنا مقامات: المقام الأول: في أن بعد ثبوت نفي الضرر أو النهي عنه لو ثبت ضرر وحصل من بعض المكلفين لبعض في عقد أو إيقاع أو غصب أو تصرف أو تدليس أو نحو

(1) في (ن): أن يضر. (2) أي: الضرر والضرار. (3) في غير (م): بإزائه مقابله من نفع. (4) في غير (م): هذا كله بحث إلى .

[317]

ذلك فما المناص عن ذلك؟ وما الذي يستفاد من الشرع في رفعه كلية أو بحسب المقامات؟ وهذا الذي ينبغي علينا في الفروع، وإلا فمجرد الحكم التكليفي لا ينبغي أن يبحث عنه، وهذا مما قد خفي على جماعة من فحول المتأخرين، لانقطاعهم عن مشرب أساطين الأصحاب بما استحسناه وتخيّلوه من الطريقة في الباب. قال الفاضل المعاصر في عوائده: نفي الضرر والضرار إنما يصلح دليلا لنفي الحكم إذا كان موجبا للضرر، وأما إثبات حكم وتعيينه فلا، بل التعيين محتاج إلى دليل آخر، ومن هذا يظهر فساد ما ارتكبه بعضهم من الحكم بضمان الضار والمكلف بحديث نفي الضرر، فإن عدم كون ما ارتكبه شرعيا لا يدل على الضمان ولا على الجبران مطلقا، كما قيل. نعم، لو قيل: إن معنى الخبر: (لا ضرر بلا جبران) دل على تحقق الجبران، وهو أيضا لا يثبت ضمان الضار، لأماكن الجبران من بيت المال أو في الآخرة أو في الدنيا من جانب الله سبحانه بأن يفعل ما ينتفع من استضر به بقدر ما استضر أو أزيد. نعم، إذا كان حكم بحيث يكون لولاه لحصل الضرر - أي كان عدمه موجبا للضرر مطلقا - وانحصر انتفاء الضرر بثبوت الحكم الفلاني، يحكم بثبوته بدليل نفي الضرر، ولكن الثبوت حينئذ ليس بنفي الضرر خاصة، بل به وبالانحصار بذلك (1). وهذا الكلام من ذلك الكلام من الغرابة بمقام! ولعله مبني على عدم التأمل التام. وإذا أردت التحقيق فاستمع لما يتلى عليك [مما ينجلي في النظر، مع قصوره وتقصيره، فنقول:] (2). ما يقابله، فإذا حصل لا يعد ضررا .

(1) عوائد الأيام: 20، العائدة: 4. (2) ما بين المعقوفتين لم يرد في (م). (3) (الزيادة من م. (4) في عدا م في أرائه .

[318]

لا يقال: إن النقص في المال أو في الحق أو البدن إذا حصل صدق الضرر، وحصول المقابل بعد ذلك لا يرفعه. لأننا نقول: بعد ما كان صدقه منوطا بعدم المقابل يبقى مراعى، فإن علم بعد ذلك وجود ما يقابله ويسد مسده كشف عن أنه لا ضرر من أصله. وغاية ما يمكن أن يقال: إنه كان ضررا واندفع، وهذا لا بأس به، إذ لا يفترق الحال بين ارتفاعه أو عدم صدقه من أصله، فكلما وقع من قبل الله أو نفس المكلف أو من أجنبي ما يعد ضررا ظاهرا، فمقتضى النفي أو النهي أن يكون له في الواقع ما يرفع ضررته ويسلب هذا الاسم عنه، بمعنى الكشف - كما هو الأقوى في النظر - أو النقل - كما قد يقال أيضا - إذ لو لم يكن له ما يوجب رفعه لزم من ذلك وقوعه وجوازه، والفرض انتفاؤه. وإذا ثبت لزوم الرفع، فينبغي الكلام في تشخيص الرفع له، فنقول: هو (1) من نشأ منه الضرر، لا غيره، ولنا على ذلك وجوه: أحدها: حكم العقل بذلك، إذ بعد ما علمنا أن هذا شئ قبيح، فمتى ما صدر من شخص وكان قابلا لرفع قبحه ولم ينجز بالفعل، يحكم العقل القاطع بلزوم رفع هذا العمل القبيح على فاعله، وليس حفيقة قبيحا قبل الدفع (2) - على ما أراه من الكشف - بل المراد: أنه لو لم يرفع ذلك وأبقاه على هذا الوضع لعد هذا قبيحا. فلو كان هذه المنقصة في مال أو بدن من الله تبارك وتعالى، فمقتضى الحكمة أن يرفعه بما يوجب سد محله وسلب اسمه، بل اللائق عليه أن يزيد من فضله، كما أخبر به في كتابه: ومن أوفى بعهده من الله (3). ولو كان نفس المكلف، فلا مدفع له، إذ كل ما حصل المكلف من النفع لا يقابل

(1) العبارة في غير (م) هكذا: فإذا ثبت لزوم ما يرفع ذلك، فنقول: لا بد من تعيين من يجب عليه الرفع، فنقول: لا بد أن يكون الرفع من نشأ.... (2) كذا في النسخ، والصواب: الرفع. (3) التوبة: 111 .

[319]

ما أضر به نفسه، لأن النفع الحاصل عوض ما أتعب به نفسه في تحصيله أو كان يستحقه، ولو لم يكن قد أضر بنفسه فلا يكون عوضا للمضرة، فتدبر، فإنه لا يخلو من دقة. ولو كان من أجنبي لزمه الرفع أيضا، كما في الحق تعالى. وثانيها: أن النصوص بناء على كونها بمعنى النهي - كما هو الظاهر - قضت بأنه يحرم الأضرار، والمفروض أن ما صدر من المنقصة لا يعد إضرارا بنفسه، إذ لو عاد كما كان ابتداء لا يصدق عليه أنه ضرر، فعلم أن ذلك من جهة بقاءه على تلك الحالة، وهو في قدرة من نشأ منه ذلك، ومقتضى النواهي تحريم إبقائه على ذلك الوضع، لأنه الأضرار، ولازمه وجوب رفع هذا الضرر على المضر بنفسه ما لم يسده شخص آخر تبرعا - مثلا - . فإن قلت: لازم كلامك: أنه لو خرب واحد بيت آخر ثم بناه جديدا مثل الأول لا يعد هذا إضرارا. قلت: إن عني بالنسبة إلى العين فهو كذلك، بل هو نفع، إذ الجديد المماثل من سائر الجهات أولى من العتيق، وإن عني بالنظر إلى أمور آخر فلا، إذ المنفعة الفائتة في الآن المتخلل فائتة لا تستدرك. وبالجمل: لا يخفى على أهل النظر أن إعادة المنقصة على نحو لا يفوت على صاحب الحق منه شئ رافع للضرر، بل لا يعد هذا ضررا أصلا حتى يرتفع، وما ترى من إطلاقه في ذلك إنما هو باعتبار فوات بعض الأوصاف والخصوصيات التي لا تستدرك. فإن قلت: فرفع الضرر غير ممكن، إذ إعادة المعدوم في أنه ممتنعة، وفوات منفعة أو خصوصية لا بد منه، فلا وجه للخطاب بالرفع بعد الوقوع وكونه مسمى بالضرر، عالج أم لا. قلت: الضرر شئ يصدق على القليل والكثير، وكما يختلف بالجنس والنوع

[320]

فكذا يختلف بالكم والكيف، والنهي شامل للجميع. فأنت إذا قدرت على دفع ضرر العين وجب عليك، ولا يسقط بتعذر دفع ضرر الوصف أو المنفعة، فلا تذهل. [فإني غير متمكن من بسط المقال لمكان الاستعجال] (1) وثالثها: أن المتبادر من هذه النصوص - سواء جعلناها نفياً أو نهياً - لزوم رفع الضرر على من أضر، فإذا نرى أن الموالي إذا خاطبوا عبيدهم أو الحكام إذا كتبوا على منصوبهم ورعيته مثل هذه العبارة لا يفهمون منه إلا لزوم رفعه على من صار سبباً له، وهذا هو المنشأ أيضاً في حكم الأصحاب بذلك في الموارد المذكورة. مع أن في جميع تلك الموارد يمكن أن يقال لهم: إن نفي الضرر لا يدل إلا على عدم هذا الحكم، وأما إثبات ما تجعلونه حكماً في المقامات فلا دلالة فيه، بل فهم الأصحاب حقيقة قريبة أخرى على هذا المعنى لو لم يتم دعوى التبادر، فكيف مع ثبوته! كما لا يخفى على من لاحظ العرف وطريقة أصحاب الرئاسة والسياسة. ورابعها: دلالة صحيحة الكناهي الحاكمة بضمان من أضر بشئ من طريق المسلمين، ونحو ذلك رواية الحلبي، وقد تقدمتا (2) فإن صريحهما وقوع الضمان - الذي هو الجابر - على المضر. وأما البحث في شمولهما لما هو في رتبة التسبب أو المباشرة خاصة فذلك كلام آخر. وكذا في رواية سمرة (3)، فإنه دفع ضرر عرض الأنصاري بقلع نخلة سمرة. وفي هذه النصوص دلالة على أن هذا الضمان والضرر الواقع (4) ثانياً من جهة كون الأضرار منه أولاً، فيعم جميع الموارد. وخامسها: أن ما هو ضرر، إما أن يقع من الحق الواجب - تبارك وتعالى - من

(1) ما بين المعقوفتين لا يوجد في (م). (2) تقدمتا في ص: 301. (3) تقدمت في ص: 302. (4) في (ن)، ف) زيادة: مثلاً.

[321]

تكليف ونحوه، فلا ريب أنه لا يرتفع إلا منه تعالى أيضاً بإعطاء نعمة أو دفع نقمة دينويتين أو أخرويتين، وهذا مما لا ثمرة فيه مع وضوح حكمه. وإن كان من نفس المكلف فلا جابر ولا رافع له أيضاً، لأنه كلما يحدث ما يجبره فهو مما كان يستحقه بعمله، فيكون شيئاً آخر لا جابراً للأول. وإن كان من غيره من غير النوع الإنساني فهو من الآفة السماوية المحسوبة على الله - تبارك وتعالى - كما جرت عادته بالابتلاء بالبلية تلفت المال وغيره بأفات جرى بها قضاؤه الذي لا راد له. وإن كان من أفراد النوع الإنساني فلا يخلو الرافع لهذا الضرر من أمور: إما أن يكون نفس المكلف، أو الحق تبارك وتعالى، أو بيت المال، أو نفس من أوجب الضرر، أو غيره من أحاد المكلفين. أما الأول، فقد عرفت أنه لا يمكن كونه رافعاً لضرر نفسه فضلاً عن ضرر غيره. وأما الواجب تعالى، فلا ريب أن دفعه هذا الضرر بأمر ديني أو دنيوي أو أخروي مشكوك لا نعرفه إلا بدليل واضح، والمفروض أنه لا بد من ارتفاع هذا الضرر بمقتضى الأدلة، ورفع يحتاج إلى أمر قطعي، ومجرد الاحتمال غير كاف فيه، كما قررناه في نفس التكاليف، فإنه لو شككنا في ثبوت تكليف من الله تعالى ندفعه بنفي الضرر، ولا نكتفي بمجرد احتمال كونه مدفوعاً باجرة ومثوبة من الله تعالى حتى يثبت حجة لذلك، فدفعه بالقاعدة، وهنا أولى بذلك، إذ مجرد احتمال اندفاع ما أوصله زيد لعمره من الضرر بنعمة من الله تبارك وتعالى لا يكفي في الحكم الشرعي، بل لا بد من طريق مثبت يسكن النفس إليه ويستقر القاعدة به. وأما مثل قولهم: (لكل كبد حراء أجر) (1) لا دلالة فيه على ذلك، على أن (2)

(1) رواه في البحار (74: 370) مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم. (2) في (ن)، ف) لا دلالة فيه بذلك وثانياً ..

[322]

حرارة الكبد غير ضرر المال والبدن، وانجبار ضرر حرارة الكبد والألم الواصل للمكلف بمجرد التضرر لا يرفع ضرر المال، ونظائر ذلك مما دل على الأجر للصابرين في البلاء كثيرة، لكنها كلها دالة على وصول الثواب للألم القلبي. وأما تلف المال فهو ضرر

آخر، فتدبر. وأما غير المضر - من سائر المكلفين - لو بنينا على اندفاع الضرر منه لزم حدوث الضرر من وجه آخر، إذ جبر هذا الضرر لا يصير إلا بتلف مال أو نحوه من الجابر، فهو ضرر محتاج إلى جابر آخر، فيلزم التسلسل من ذلك أو الدور، وهو مما لا ينفع في ارتفاع الضرر، فتدبر، فإنه تحقيق وإف بالمرام. وأما بيت المال، فإن كان بيت مال الأمام فيلزم منه الضرر على الأمام، وهو من جملة المكلفين وسيدهم، ولزوم الضرر عليه من أفحش أفراد الضرر. وإن كان بيت مال المسلمين، فهو ضرر على المسلمين كافة، ولا يرضى به القاصر، فضلا عن الفقيه الماهر! فانحصر الطريق في رفع هذا الضرر إلى نفس من أحدثه لا غيره، وهو المدعى. وليس هذا إثبات الانحصار من دليل خارج، كما تخيله الفاضل المعاصر (1)، بل إنما هو فهم للمدعى من نفس أدلة نفي الضرر لمن رزقه الله الفهم المستقيم وأرشده إلى النهج القويم. ففتوى الأصحاب بضمان الضار والمكلف وغير ذلك في جميع موارد الضرر أو أكثرها - كما عرفت - موافق لنفس قاعدة الضرر كما أوضحنا لك. وهذا هو مقتضى فهم فقه القاعدة لمن كان من أهلها، ومجرد التخيلات الناشئة عن عدم التدبر في أطراف الكلام لا ينبغي أن يصغى إليها في المقام. المقام الثاني: أنه بعد ما وجب رفع الضرر على نفس المضر بمعنى: لزوم ارتفاعه بشئ يرجع إليه - إذ بعد التقابل والتساقط لا يعد هذا ضررا على شئ

(1) انظر عوائد الأيام: 20، العائدة: 4، البحث السادس .

[323]

منهما كما لا يخفى على المتأمل، إذ من سرق أو غصب أو أتلف عشرة دراهم من مال شخص ثم دفع عوضه من ماله لا يعد هذا ضررا بالنسبة إلى الدافع، ويرتفع به ضرر المتضرر أولا - يقع البحث في أنه لو كان لدفع الضرر طرق متعددة. وأنت إذا راجعت ما أحصينا لك من موارد القاعدة تجد أن طائفة كثيرة من الأحكام منعنا ثبوتها في الشرع، لاستلزامها الضرر، وهو منفي، وهذا مما لا كلام فيه. وطائفة أخرى بعد ثبوت ما هو ضرر - مثلا - من أحاد المكلفين في الموضوعات حكمنا بلزوم رفع الضرر حتى يرتفع، لظاهر القاعدة. وهذا القسم له أقسام: قسم ينحصر طريقه في واحد، بمعنى: أنه لا يمكن ارتفاع هذا الضرر إلا بهذا الطريق كفسخ نكاح العنين، فإن الضرر الوارد على الزوجة من الحرمان عن لذة الوقاع ومصادمة مقتضى الطبيعة وانقطاع النسل والأولاد لا يندفع إلا برفع يد الزوج عنها (1). ونظائر ذلك أيضا في الفروع السابقة كثيرة، فراجع. وقسم لا ينحصر طريقه في واحد، لكن الشارع عين له طريقا، كما في ضمان الجراحات بالدية، وضمان العيب بالأرش، والمال بالمثل والقيمة - لو قلنا باستفادته من دليل الضمان، كما يأتي في محله - وإلا فهو داخل في القسم الأول، لانحصار الطريق عرفا فيهما، وهذا أيضا لا إشكال فيه، إذ بعد تعيين الشارع كيفية رفع الضرر فلا بحث لنا في ذلك. ولو أردنا الكلام في أسرار ما اختاره الشارع ودقائقه - فمع أنه خارج عن وظيفة الفقه من حيث هو كذلك - يحتاج إلى بسط لا مجال لنا فيه. وقسم لم يعين من الشارع طريق فيه، ولكن الفقهاء حكموا فيه بالطريق، ولا

(1) في غير (م): لا يندفع إلا برفع الزوج يده عنه، كما أغره وأضره. دليل لهم غير القاعدة، ومن هذا القبيل أغلب الخيارات في الماليات والأنكحة

[324]

وغيرها، كما عددنا لك مواردنا. ولم يرق دليل خاص على تعيين اندفاع الضرر بالخيار إلا في غبن بيع التلقي والعيب - في وجه ضعيف - وبعض عيوب النكاح، مع أن الفقهاء - كما ذكرنا لك الموارد - عينوا في كل مقام اندفاعه بالخيار، فإن ارتفاع ضرر الغبن والتصرية ونحو ذلك كما يمكن بالخيار يمكن ببذل ما به التفاوت من خارج، أو بإرجاعه من الثمن، فلا وجه لتعين الخيار، مع أن أغلب الخيارات الماضية - بل كلها - يمكن أن يجعل لها ما يقوم مقامها في رفع الضرر. فنقول: لو كان حكمهم بالخيار

في هذه المقامات من دليل خارج - من إجماع أو عمل برواية واردة في بعض الأفراد وإلحاق غيره به بإلغاء الفارق وتنقيح المناط أو اتحاد الطريق - فلا بحث، لكن الظاهر أنهم يثبتون هذا من نفس قاعدة الضرر، لا مع انضمام أمر خارج. والذي أراه: أنهم يلاحظون اندفاع الضرر الواقع مهما أمكن بحيث لا يلزم منه ضرر آخر في مال أو غيره، إذ لو لزم ذلك لم ينفذ ذلك في رفع الضرر، لثبوته من وجه آخر، ويلاحظون إمضاء ما وقع في الجملة مهما أمكن ولا يبادرون إلى الأبطال. فلو فرض الغبن - مثلاً - فيمكن الاندفاع بالانفساخ القهري، لكنه منافي لبقاء العقد، ولا داعي إلى رفعه بالمرة. ويمكن ارتفاعه ببذل مقدار الغبن من المال أو من الثمن - مثلاً - خاصة، لكنه ضرر وارد على الغابن من جهة أنه غاية ما أضر المالك بأنه أخذ ماله بما هو أقل من قيمته كثيراً حتى ينتفع به، ويمكن رفع ذلك بأن المالك يسترجع ماله، فدفع المال الآخر لا داعي له، لأنه أيضاً ضرر جديد لا علة له، وإرجاع شيء من الثمن منافي لما وقع من المعاوضة الصحيحة. فإذا دار الأمر بين التزام دفع مال أو إبطال معاوضة أو ارتكاب ما ينافي مقتضاها من الملك أو رفع حكم من أحكام العقد، فلا ريب أن الأخير أولى وأقدم، لأن ما عده أشد بالنسبة إليه، والضرورة تتقدر بقدرها، والضرر إذا اندفع بمجرد

[325]

التخير (1) من دون إبطال ولا ارتكاب منافي من خارج فيتعين، مضافاً إلى أنا ندعي أن نفس قاعدة الضرر تدل على لزوم رفعه على المضر، وينصرف إلى ما هو المتعارف في رفع مثل هذا الضرر عند المسلمين. ولا ريب أن العقد أو الأيقاع من العهود التي يعهدها الإنسان لنفسه بنفسه، وطريقة الناس: أنه إذا صار بين اثنين منهم معاودة في أي شيء كان، فإذا تضرر أحدهما وكان الآخر حكيماً عادلاً يقول: يا أخي هذا ليس بلأزم أنا ما أريد الضرر عليك إن شئت فافعل وإن شئت فلا تفعل، لا أنه أدفع عوض هذا لك من خارج - مع أنه منة على الآخر أيضاً، فيكون ضرراً آخر - ولا أنه يبطل يقيناً، إذ لا داعي إليه، وبعد هذا الانصراف فلا يرد عليهم في ذلك بحث ونقض. المقام الثالث: إذا دار الأمر بين ضررين: أحدهما أخف وأقل من الآخر كما أو كيفاً، فاللازم ارتكاب الأخف، لنفس قاعدة الضرر والضرار. وقال الفاضل المعاصر في طي كلام له: وما قيل بتعيين أخف الضررين تمسكاً بقاعدة الضرر، ساقط، لعدم الدلالة والمشاركة في النفي (2) [انتهى] (3). ولكنه ينبغي أن يقال: إن الضرر من الألفاظ التي يطلق على القليل والكثير، بمعنى: أن الضرر العظيم يطلق على كل حصة موجودة في ضمنه أنه ضرر، فما دل على نفي الضرر كما ينفي الأفراد المتباينة المتميزة، فكذلك الأفراد المتداخلة، ولنمثل لك مثلاً حتى يتضح الأمر بعون الله سبحانه. فنقول: إذا قال الشارع: (إن الخمر حرام) والفرض أن القطرة خمر واليمن منه خمر والقرية منه خمر، ومقتضى صدق الاسم على كل من الأبعاض حرمة كل جزء بالذات، لا باعتبار وجودها في ضمن الكل، لتساوي الكل والجزء في صدق الطبيعة المرادة من اللفظ المتواطئ فعلى هذا لو وضع مقدار من الخمر في ظرف

(1) في (ن): التخير. (3) عوائد الأيام: 21، العائدة: 4، البحث السابع. (3) (الزيادة من م).

[326]

وضعه في آخر فهذان فردان من الخمر، لكنهما متضمنان لأفراد متداخلة، بمعنى: أن كلا منهما لو وزع على أجزاء صغار توزيعاً غير سالب للاسم لكان كل منها خمرًا يصدق عليه اللفظ ويلحقه الحرمة، فإذا دار الأمر بين ارتكاب الأقل والأكثر واضطر المكلّف إلى أحدهما لا بعينه فلا نشك في لزوم تعيين الأقل، وليس هذا من إجماع قائم عليه بالخصوص ولا نص دال على الفرض كذلك، بل إنما هو من نفس دليل التحريم المستلزم لارتكاب الأقل، وليس لأحد أن يقول: كلاهما خمران والتحريم مشترك. وهذا الذي ذكرناه وإن كان يتخيل له (1) مناقشات، لكنها بعد النظر الدقيق والفحص الحقيق مندفة. ففيمّا نحن فيه نقول: متى ما جاز ارتكاب الضرر لعذر - مثلاً - ودار الأمر بين الأقل والأكثر، فما الذي أباح لك المقدار الذي هو التفاوت إذ لا داعي إلى ذلك ولا ضرورة؟ ولعله توهم أن إتلاف فرس وحمار كل منهما محرمان منفيان،

وهما شيئان متمايزان، وكون أحدهما زائداً في المقدار لا يوجب أولوية دخوله في النفي، بل كل منهما منفي، ومتى ما جاز فأحدهما لا بعينه جائز، والترجيح يكون الفرس زائداً لا دخل له. وتنقيح دفعه: (2) أن الكلام ليس في الأموال وما في حكمها بعناوينها وبأساميها حتى يتساوى الصدق على الكل. وفرق بين قول القائل: (لا تتلف لزيد حيواناً ولا بساطاً) وبين قوله: (لا تضره) (3) إذ على الأول لو اضطررنا إلى واحد من الفرس والحصار أو إلى إحراق بساط كبير أو صغير لا نفرق بين المقيمين بمحض هذا النهي، نظراً إلى تساويهما في المنع ولو لم يكن دليل

(1) في (م): فيه. (2) في (م) ويتضح رفعه. (3) في (ن): لا تضره.

[327]

خارجي لم يكن فرق بين إتلاف الأكثر والأقل، إذ في ما جعل عنواناً للحكم - كلفظ الحيوان أو البساط - كلاهما متساويان. وأما لو قال: (لا تضره) فليس كذلك، لأن الاسم حينئذ لا مدخل له، بل الموضوع المنهي عنه الضرر، وهو شيء سار في جميع أجزاء هذه الأفراد، وصادق على نقص كل جزء مالي من هذين الأمرين، بخلاف لفظ (الحيوان) و (البساط) فإن لفظهما لا يصدق على أجزائهما كما أو كيفاً، ومقتضى ذلك المنع عن كل جزء جزء من المجموع المركب في الفرس والحصار، فإذا جاز أحدهما لضرورة لا يجوز ارتكاب الأزيد لعدم ضرورة. فإن قلت: هذان في الحقيقة متباينان، لكون كل منهما متعلقاً بشيء آخر، فلا دخل لذلك بمسألة الأقل والأكثر. قلت: هذا اشتباه في موضوع، فإن الموضوع هو (الضرر) ولا كلام في خصوصي الفردين، وهذان الفردين من الجهة التي نهى عنهما بها - وهي جهة الضرر - أقل وأكثر وإن كانا نوعين مختلفين. وأظهر في الاختلاف أكل ثمرة وقتل بقرة، لكن الضرر الذي نهى عنه وجوده فيهما بطريق الأقل والأكثر، فالمقدار الزائد عن الأقل مع كون الجنس - بمعنى أصل الضرر - واحداً ارتكاب لضرر من دون داع إليه، وهو منفي بالنصوص المذكورة، وهذا الكلام إن شاء الله واضح عند من تدبر. المقام الرابع: في تعارض الضربين بمعنى: دوران الأمر بين فعل شيء موجب للضرر على الغير وتركه الموجب للضرر على نفس المباشر. ومنشأ الأشكال هنا تعارض قاعدة الضرر والضرار مع عموم ما دل على تسلط الناس على أملاكهم وأموالهم (1) ونظائر ذلك من عمومات الرخصة (2).

(1) عوالي اللئالي 1: 222، ح 99. (2) مثل قوله عليه السلام: "إن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حياً..." انظر الوسائل 13 =

[328]

وينبغي في المقام ذكر جملة من كلمات أساطين الأصحاب ليكون عنواناً في الباب فتتضح (1) المسألة مع عموم البلوى بها. قال المحقق في الشرائع - بعد ذكر مقادير حريم العامر -: وكل ذلك إنما يثبت له حريم إذا ابتكر في الموات، أما ما تعمد (2) في الأملاك المعمورة، فلا (3). وقال العلامة في القواعد - بعد ذكر الحريم -: هذا في الموات، ولا حريم في الأملاك، لتعارضها، ولكل واحد أن يتصرف في ملكه كيف شاء، وإن تضرر صاحبه فلا ضمان، فلو جعل ملكه بيت حداد أو قصار أو حمام - على خلاف العادة - فلا منع (4). وقال في التحرير: للمالك التصرف وإن استضر الجار (5). وقال الشهيد رحمه الله في الدروس: ولا حريم في الأملاك لتعارضها، فلكل أن يتصرف في ملكه بما جرت العادة به، وإن تضرر صاحبه فلا ضمان، كتعميق أساس حائطه وبئرهِ وبالوَعته، والأيجاد (6) في منزله دكان حداد أو صغار أو دباغ (7). وقال المحقق الثاني - في شرح عبارة القواعد بعد قوله: (فلا ضمان): لأن الناس مسلطون على أموالهم (8). وبعد قوله: (فلا منع) قال في التذكرة: هذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يلبق بما يقصده، فإن فعل ما يغلب على الظن أنه يؤدي إلى خلل في حيطان

381 = الباب 17 من أحكام الوصايا. (1) العبارة في غير (م) هكذا: والذي ينبغي أن يقال في هذا المقام يحتاج إلى ذكر جملة من كلمات أساطين الأصحاب حتى يكون عنوانا في الباب حتى تتضح.... (2) في المصدر: ما يعمل. (3) الشرائع 3: 273، كتاب إحياء الموات. (4) القواعد 1: 220، إحياء الموات. (5) التحرير 2: 131، كتاب إحياء الموات. (6) كذا في النسخ، والأصح: واتخاذ منزله، كما في المصدر (7). الدروس 3: 60، كتاب إحياء الموات. (8) جامع المقاصد 7: 26، إحياء الموات .

[329]

جاره ففي منعه تردد. فلو دق دقا عنيفا حدث به نقصان في جدران جاره، أو حبس الماء بحيث انتشرت منه الندوة إليها، أو حصل ذلك من الحمام، ففي الضمان تردد (1). وقال الشهيد الثاني في الروضة: أما الأملاك المتلاصقة، فلا حريم لأحدهما (2) على جاره، لتعارضها، فإن كل واحد منها حريم بالنسبة إلى جاره، ولا أولوية، لأن من الممكن شروعهما في الأحياء دفعة، فلم يكن لواحد على آخر حريم (3). وقال في المسالك: أما إذا كانت الأرض محفوفة بالأملاك فلا حريم لها، لأن الأملاك متعارضة، وليس جعل موضع حريما لدار أو غيرها أولى من جعله حريما للآخرى، ولكل واحد من الملاك التصرف في ملكه كيف شاء، فله أن يحفر بئرا في ملكه وإن كان لجاره بئر قريبة منها وإن نقص ماء الأولى، والفرق: أن الحفر في الموات ابتداء تملك، فلا يمكن إذا تضرر الغير، بل يقدم السابق بالتملك، وفي الأملاك كل واحد يتصرف في ملكه، فلا يمنع منه، حتى لو حفر في ملكه بئر بالوعة وقاربها بئر الجار لم يمنع منه ولا ضمان عليه بسببه، ولكنه يكون قد فعل مكروها. ومثله لو أعد داره المحفوفة بالمساكن حماما أو خانا أو طاحونة، أو حانوتة (4) حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة، لأنه مالك له التصرف في ملكه كيف شاء. نعم، له منع ما يضر بحائطه من البئر والشجر ولو ببروز أصلها إليه والضرب (5) المؤدي إلى ضرر الحائط، ونحو ذلك (6). وقال المحقق السبزواري في الكفاية: المعروف من مذهب الأصحاب: أن لأن

(1) جامع المقاصد 7: 26. (2) في المصدر: لأحدها. (3) الروضة البهية 7: 165، كتاب إحياء الموات. (4) في المصدر زيادة: في جنب العطارين. (6) في ن: (والضرر). (6) المسالك 2: 290، كتاب إحياء الموات .

[330]

حريم في الأملاك - وساق مضمون عبارة الدروس والمسالك - ثم قال: ويشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضررا فاحشا، نظرا إلى ما تضمن الأخبار المذكورة من نفي الضرر والأضرار، وهو الحديث المعمول به بين الخاصة والعامة المستفيض بينهم، خصوصا ما تضمن الأخبار المذكورة من نفي الأضرار الواقع في ملك المضار (1). هذا جملة من عباراتهم في كتاب إحياء الموات، ولهم كلام يرتبط بمقامنا وينحل المقام بملاحظته في كتاب الغصب. فلنذكر جملة من عبارات أساطين الأصحاب في ذلك. قال في الشرائع: ولو أرسل في ملكه ماء فأغرق مال غيره أو أجد فيه نارا فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختيارا مع علمه أو غلبة ظنه أن ذلك موجب للتعدي إلى الأضرار (2). ومثل ذلك بعينه قال في القواعد (3). وفي الدروس في ذكر أسباب الضمان: أو تجاوز قدر الحاجة من الماء أو النار، أو علم التعدي إلى مال الغير (4). وقال المحقق الثاني في جامع المقاصد: لما كان الناس مسلطين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بملكه كيف شاء، فإن دعت الحاجة إلى إرسال ماء أو إضرار نار في ملكه جاز فعله وإن غلب على الظن التعدي إلى الأضرار بالغير. نعم، مع غلبة الظن بالتعدي إن تجاوز قدر الحاجة ضمن، لأنه سبب في التلف لصدق تعريفه عليه، إذا المباشر ضعيف، فحينئذ إنما يتحقق الضمان بالشرطين لا بأحدهما (1).

(1) كفاية الأحكام: 241، كتاب إحياء الموات. (2) الشرائع 3: 237، كتاب الغصب (3). القواعد 1: 202، كتاب الغصب. (4) الدروس 3: 107، كتاب الغصب .

وفي المسالك ما معناه: أن مع عدم تجاوز الحاجة وعدم علم التعدي وظنه (1) (لا ضمان اتفاقا، لعموم التسلط على ماله، ولأنه لم يفرط، وسببية الأتلاف ضعيفة بالأذن الشرعي. ومع التجاوز وعلم التعدي أو ظنه فلا شبهة في الضمان للتفريط والسببية. وإن انتفى أحد الأمرين دون الآخر، ففيه قول للمحقق والعلامة في القواعد والأرشاد بعدم الضمان، لأنه مأذون شرعا، ولا يعد مع عدم التجاوز أو مع عدم العلم أو الظن تفريطا، ولأصالة البراءة. وقول للعلامة في التحرير والشهيد في الدروس: بال ضمان، للسببية. ثم قال: ويرجح هذا القول في بعض أفرادها، وهو ما لو علم التعدي فتركه اختيارا وإن كان فعله بقدر حاجته، لأن ترك قطعه مع علم التعدي إلى الغير وقدرته على قطعه تعد محض. نعم، مع عدم العلم ولا الظن قد يشكل الضمان على تقدير تجاوز الحاجة، لأن فعله مأذون فيه على التقديرين ولا تفريط حينئذ (2). إذا عرفت هذا، فنقول: تصرف المالك في ملكه إما أن يكون لحاجة أو بدونها، والحاجة أيضا قسمان: إما جلب نفع أو دفع ضرر. وعلى التقادير: إما أن يكون الضرر الواقع على الجار من هذا الفعل ضررا عينيا كما إذا حفر بئرا يوجب سقوط جدار الجار ونحو ذلك، أو ضررا حكما كما إذا على جداره وبنى فوقه غرفة تمنع عن إشراق الشمس والقمر على دار الجار، ويصير سببا لاحتباس الهواء فيها، وذلك مما يوجب نقضا في قيمتها ومنافعها. وعلى التقادير: إما أن يكون هذا الضرر يستند إلى نفس فعل المتصرف في ملكه - كما إذا حفر بئرا أو بالوعة بحيث يكون مجرد الحفر موجبا للضرر وسقوط جدار الجار، أو أرسل ماء، أو أجاج نارا بحيث يكون هذا الضرر ناشئا من نفس هذا الفعل - وإما أن يكون ناشئا من شئ آخر ترتب على ذلك، فإنه متى ما جعل داره حماما أو بالوعة فيمرور الأيام واجتماع المياه والأمطار يوجب الضرر على

(1) في (ن): أو ظنه. (2) المسالك 2: 257، كتاب الغصب .

الجار بنشر الرطوبة وتخریب البنیان، أو إذا غرس أشجارا - مثلا - إذا كبرت بعد سنين تمنع الشمس والقمر، ويسري عروقها إلى الجدار لا بالفعل. وعلى الصور كلها: إما أن يكون هذا الفعل مما يعلم المتصرف أنه مضر للغير، أو يظن ذلك، أو غافل عن ذلك. وعلى هذا الفرض أيضا: إما أن يكون في العادة يعد مضرًا وإن لم يتنبه لذلك المتصرف، أو لا يعد كذلك. فهذه أصول الصور. والتحقيق أن يقال: إن الكلام هنا في مقامين: أحدهما: من جهة الحكم التكليفي، وهو الجواز والعدم. فنقول: ظاهر عموم ما دل على التصرف في المال الجواز مطلقا، من دون فرق بين هذه الصور كلها، وعموم (من أئلف شيئا ضمنه) (1) ونحو ذلك لا دلالة فيه على التحريم. والذي يدل على المنع: عمومات الظلم، وعدم جواز التصرف في مال الغير إلا برضاه أو بطيب نفسه (2). ولا ريب أن هذه الصور إنما هو في صورة لا يصدق عليه (التصرف في مال الغير) وإنما الرجل متصرف في ملك نفسه، ولكنه يلزم من ذلك ضرر على جاره، وبعد ملاحظة الأمثلة والفتاوى يظهر ذلك غاية الظهور، فأدلة التصرف في مال الغير لا دخل لها في المقام. نعم، بقي هنا النهي عن الأضرار، ولا يتخيل أنه مختص بعدم كون الضرر ناشئا من التصرف في ملك نفسه ولا ينصرف إلى هذه الصورة، لعموم أدلة الضرر كما عرفت، ولأن رواية سمرة (3) - التي هي العمدة في الباب - واردة في خصوص

بغير إذنه الوسائل 17: 309 الباب 1 من أبواب العصب ح 4. (3) تقدمت في ص، 307 .

ما كان الضرر ناشئاً من تصرف سمره في ملكه، وهو عذقه في حائط الأنصاري -كما أشار إليه صاحب الكفاية في عبارتها المتقدمة (1) - وتخصيص مورد العام غير جائز. ولكن لقائل أن يقول: ليس الضرر هنا لتصرف سمره في ملكه، بل إنما هو لتعديه ودخوله من دون إخبار واستئذان، وهذا مما لا دخل له في التصرف في الملك، فلو كان الضرر ناشئاً عن تصرفه في ملكه فلا نسلم شمول أدلة الضرر لذلك. ومجمل الكلام: أن النهي عن الضرر ينصرف إلى غير صورة كونه ناشئاً عن تصرفه، في ملكه، فدعوى صراحة بعض النصوص غير مسموعة، ومع ذلك كله فالعموم كاف في الشمول، ودعوى الانصراف في غير محلها. وإن لم يكن ناصة في ذلك أيضاً فمقتضاها عدم جواز التصرف فيما يضر بالغير، والتعارض بينه وبين عموم التسلط عموم من وجه، والمتجه تقديم جانب التحريم، لما يظهر من الفتاوى ترجيحه، ودلالة استقراء موارد الشرع بذلك، ولأنه: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال) (2) ولأن قاعدة الضرر سارية مسرى العقليات الغير القابلة للتخصيص - فلا تذهل - وقد أوضحنا سبيله سابقاً، فراجع. نعم، بقي البحث في أن الصور المذكورة أيها داخله في عمومات الضرر وأيها خارجة؟ وحيث إن البحث في الحكم التكليفي، فكلما لم يكن المتصرف عالماً بأنه مضر فلا تحريم عليه، لأن التكليف فرع العلم، وما كان عالماً به فهو حرام. وأما الظن المعتقد به بالأضرار فهل يلحق بالعلم أو بعده؟ وجهان، والأقوى إلحاقه بالعلم، لأن مدار أمثال هذه الأمور على الظن غالباً، والعلم القطعي بأن وقد يقال: إن الأصل عدم الأضرار، وإذا تعارض الأصل والظاهر يقدم ذلك يكون مضراً نادراً جداً.

(1) تقدمت في ص: 324. (2) عوالي اللئالي 3: 466، ح 17.

[334]

الأصل إلا في مواضع شاذة، ومقتضاه الحكم بالجواز ما لم يعلم. ولكن الأول أوفق بالفتاوى وسليقة الفقهاء. ولو ادعينا جريان السيرة على الاجتناب عما يظن فيه الضرر على الغير ظناً يعتد به لم يكن بعيداً. هذا كله مع قطع النظر عن تضرر نفسه ونحو ذلك. وعلى تقدير العلم والظن، فما كان الضرر فيه مستنداً إلى شيء يحدث بعد ذلك ولم يكن بالفعل وكان حكماً أيضاً - كغرس أشجار مانعة عن الشمس ونحوه أو سارية عروقتها إلى الجدار بعد سنين - فلا يعد هذا إضراراً قطعاً بحسب العرف، ولا يكون هذا حراماً أيضاً. وأما ما كان عينياً - كما لو جعل بيته حماماً أو حفر بالوعة يضر بعد مضي مدة - فالذي يستفاد من العرف أن هذا أيضاً لا يعد إضراراً، فإن الميزان في الأضرار استناده إلى المتصرف، وأما مثل ذلك فلا يستند إليه - وأمثلة الفقهاء أيضاً شاهدة على ما قلناه - بل هذا ضرر يحدث بأمور آخر ليست حاصلة من فعل المتصرف. وعليك بالتدبر. وأما ما كان من ذلك بالفعل بحيث يستند إلى نفس الفعل - كالضرب المضرب بالجدار، والحفر كذلك، وتعلية البناء المانع عن الشمس والقمر والهواء - فالعينية داخله تحت الضرر والأضرار المحرم بلا كلام. وأما الحكمية ففيه وجهان، والذي يقوى في النظر: أنه أيضاً داخل في الأضرار، لصدقه عليه عرفاً، وسيرة الناس في ذلك شاهدة. وهذه الصور الداخلة تحت الأضرار مع العلم أو الظن لا كلام في تحريمها إذا لم يكن للمالك حاجة [في ذلك] (1) أو كان وتعدى عن قدر حاجته (2) فإن الزائد * عنها يرجع إلى عدم الحاجة في الحقيقة. (هامش) * (2) لا يوجد في (م). (2) في (م): عن قدرها.

[335]

وأما مقدار الحاجة: فإن كانت الحاجة دفع ضرر، فلا كلام في الجواز، لا لأنه ليس إضراراً، بل لأن منشأ التحريم تقديم قاعدة الضرر على عمومات التسلط، وكما أن الأضرار بالغير حرام فكذا الأضرار على نفسه، فإذا دار الأمر بين إضرار نفسه وغيره - اللازم أحدهما على تقدير الفعل والترك - يبقى عموم جواز التصرف سليماً عن المعارض. وأما لو كانت الحاجة جلب نفع ففيه وجهان: من أن عدم النفع يعد ضرراً في الجملة، وتعارض أدلة التسلط مع الضرر، فيبقى عموم دليل الانتفاع سالماً عن

المعارض. ومن أن كونه ضررا ممنوع فلا يعارض ضرر الغير، وعموم الانتفاع ليس إلا أدلة التسلط، ونفي الضرر مقدم عليها - كما مر - والأقوى فيه أيضا المنع. هذا هو (1) الكلام وبالنظر إلى الحكم التكميلي. والمقام الثاني: في حيثة الضمان، وهو الحكم الوضعي. لا ريب أن أسباب الضمان المستفادة من أدلة الضرر المطلقة - على ما قررناه - أو من خصوص الخبرين الناصين على أن (من أضر بشئ من طريق المسلمين فهو ضامن) (2) أو من عموم (من أتلّف شيئا ضمنه) - ونحو ذلك - غير مقيد بالعلم وبالجهل وبالظن وعدمه، فلا مدخل لاعتبار العلم ونحو ذلك فيه، بل إنما الميزان حصول السبب بحيث يشمل الدليل ويصدق الأضرار والأتلّاف، والعلم والجهل إنما يعتبران للأثم وعدمه، وهذا شئ غير خفي. ولا يخفى على من مارس الفقه أيضا أن إذن الشارع وعدمه غير ملازم للضمان وعدمه، فقد يتحقق الضمان ولو كان مأذونا من الشارع غير آثم، وقد لا يضمن مع كونه آثما غير مأذون، والمدار على حصول ما جعل سببا للضمان. إذا عرفت هذا فنقول: متى ما صدق الأتلّاف والأضرار بحفر بئر أو بالوعة أو

(1) في (م): هذا تمام الكلام. (2) تقدما في ص: 301 .

[336]

إرسال ماء أو تأجيج نار أو نظائر ذلك بحيث صار مستندا إلى فعل المكلف وقيل: (إنه أضره وأتلّفه) فهو ضامن بمقتضى الأدلة، وهذا لا يتحقق إلا في الأضرار بالفعل، لا فيما يتحقق بعد مدة بواسطة غلبة الماء في البالوعة أو البئر، أو تعدي عروق الشجر أو نمائه واستعلائه ونحو ذلك، كما مثلناه. وبعبارة أخرى: لا يصدق الأضرار والأتلّاف إلا مع صدور ذلك عن فعله بلا واسطة: كضرب مضر على الجدار في (1) حفر البئر القريب منه، أو مع واسطة غير سالية لاسم الأتلّاف، كإرسال الماء وتأجيج النار بحيث يعد عادة إتلافا لمال الجار وداره. ويتقرير آخر: المناط في ذلك: كون الشئ الصادر من المكلف من الأمور المعدة للأتلّاف والأضرار لو خلي وطبعه عرفا وعادة، لا مثل جعل البيت حماما أو دكان حداد، أو حفر البئر أو البالوعة، أو غرس الأشجار، أو تأجيج النار وإرسال الماء الذي لا يعد في نظر العرف من ذلك، فإن ذلك كله ليس من الأسباب المعدة للأتلّاف وإن علم قطعا أنه بعد تحققه ينشأ من ذلك ضرر. ولهذا عبر الفاضلان والشهيد (2) بقولهم: (وإن تضرر صاحبه) أو (وإن استضر الجار) (3) ولم يعبروا بقولهم: (وإن أضر جاره) فتدبر (4). بل وأوضح من ذلك: لو أوقد في بيته أو في سطحه نارا لا يعد ذلك إضرارا عرفا ولم يكن قاصدا بذلك إتلاف مال الجار، لكنه علم أن هذه النار لو بقيت كذلك لطيرها (5) الهواء إلى متاع الجار فلم يطفه حتى أخذها الهواء كم يكن ضامنا

(1) في نسخة بدل (م): و. (2) في (ن): الشهيدان. (4) تقدمت عبائرهم في ص 323، فراجع. (4) العبارة في (م) هكذا: (إذا لم يريدوا بقولهم: (وإن استضر جاره) (الضرر الفعلي، لما عرفت، بل....) والسبب في ذلك - كما ذكره في الهامش - أن العبارة في نسخة الأصل كانت زائدة في الصحافي، فصححه المصحح من حدسه. والصواب ما أثبتناه من (ن).

[337]

لأنه ليس مستندا إليه عرفا، ولا يعد ذلك إضرارا وإتلافا منه. نعم، لو كان قاصدا ذلك فهو إتلاف فيضمن، وما لم يصدق الأتلّاف فلا ضمان، علم أو ظن أو شك، زاد عن قدر الحاجة أو نقص، إذ لا مدخل لشئ من ذلك في باب الضمان، كما قررناه. وليس كل فعل محرم موجبا للضمان، ولا كل فعل جائز مأذون شرعا غير مستعقب للضمان، فإن موارد التخلف كثيرة. هذا ما تقتضيه الأصول والقواعد في هذا الباب. فلو كان ما ذكره في باب الغصب - من كون التجاوز عن الحاجة وعلم التعدي أو ظنه أو أحدهما فقط موجبا للضمان - تعديا مجمعا عليه، فلا بحث لنا فيه. وقد يشعر بذلك عبارة الدروس، حيث عدها بعد ذكر الأتلّاف والغصب ونحو ذلك من أسباب الضمان، فراجع

(1). وإن كان على القاعدة - كما هو الظاهر من كلامهم وتعليلاتهم - فالمتجه اعتبار إدراجه تحت صدق الأتلاف والأضرار. وعلى ذلك ينزل اختلاف تعبيراتهم في اعتبار العلم والظن، والحاجة وعدمها، وعلو الهواء في النار ونحو ذلك، فينزل كل ذلك على المثال ويتحرى الصدق العرفي. ومع الشك أو عدم الصدق يحكم بأصالة البراءة. وأما البحث في جزئيات تعليقاتهم - سيما ما في عبارة المسالك (2) ونحوها - فلا ينفع بعد ما نقحناه في شئ. هكذا ينبغي أن يفهم المقام، ولاحظ عبارة التذكرة المنقولة سابقا (3) وتبصر. وحيث بنينا في الضمان على صدق الأتلاف، لا نفرق بين الحاجة وعدمها، جلب نفع أو دفع ضرر، حتى لو أضر وأتلف مال الغير لدفع ضرر نفسه - كمن ضرب في حفر البئر ضربا خرب جدار الجار - ضمن ولزمه سد ما أضره به وإن

(1)الدروس 3: 107. (2) راجع ص: 326. (3) تقدم نقل عبارتها عن جامع المقاصد في ص: 323 .

[338]

كان حفر البئر 4 لدفع ضرر عن نفسه، عملا بعموم أدلة الضمان. ولليبحث في شقوق المسألة وفروعها مجال واسع، وفي تطبيق عبائر أساطين الأصحاب على هذا المرام ينبغي التأمل التام، وقد نبهنا على ما يدل عليه، فإننا لم نخرج في ذلك عن طريقتهم، ولا خالفناهم في منهجهم، وفيما ذكرنا كفاية لمن أعطى النظر حقه. ونحن خرجنا في المقام عن وضع الرسالة، لكثرة الخلط في المقام وعموم البلوى به في الأعصار والأمصار، والله الموفق Z Z .

[339]

(العنوان الحادي عشر) (في قاعدة القرعة دليلا وموردا)

[340]

عنوان [11] من جملة الاصول المتلقاة من الشريعة: إعمال القرعة في الامور المشككة. وتحقيق الكلام في معنى (المشكل) المراد هنا وضبط موارده وتنقيح كلمة الأصحاب - بحيث ينطبق على ضابطة ويقف على رابطة - من المشكلات. فالذي ينبغي هنا البحث عن جميع ذلك، مضافا إلى أحكام لاحقة لنفس القرعة موضوعا وحكما. فنقول: لا كلام في مشروعية القرعة في الجملة، ويدل على ذلك ضروب من الأدلة نشير إليها على سبيل الأجمال: أحدها: قوله تعالى في أحوال يونس النبي - على نبينا وعليه السلام -: فساهم فكان من المدحضين (1). وقد ورد في الأخبار الاحتجاج من (2) الأئمة على شرعية القرعة بهذه الآية (3) ومن هنا يضعف المناقشة في الدلالة بحذافيرها. والمراد بالمساهمة: المقارنة، والمراد بكونه من المدحضين: صيرورته

(2)الضافات: 141. (2) في (ن): عن. (3) مثل مرسل الفقيه، الاتي عن قريب، وموثقة ابن مسكان ومرسلة ثعلبية بن ميمون، الا تيتان في ص: 339 - 340 .

[341]

معلوما بالقرعة ممتازا عن غيره. وأصل الدحض: الزلق، والأدحاض: الأزالة والأبطال. وأصل المعنى: صار من المقروعين المغلوبين المقهورين، كما في المجمع

(1) وصورة الواقعة كما في الخبر: أنه عليه السلام لما وعد قومه بالعذاب خرج من بينهم قبل أن يأمره الله - عزوجل - به، فركب في السفينة، فوقفت السفينة، فقالوا: هنا عبد أبى من مولاه، فأقرعوا، فخرجت القرعة على يونس! فرمى بنفسه في الماء فالتقمه الحوت (2). وثانيها: الأخبار القريبة من التواتر، بل هي على حد التواتر. منها: رواية محمد بن حكيم - المروي (3) في الفقيه والتهذيب - عن الكاظم عليه السلام: كل مجهول فيه القرعة، قلت له: إن القرعة تخطئ وتصيب، فقال ل: كل ما حكم الله به فليس بمخطئ (4). ومنها: المرسل - في الفقيه -: ما تقارع قوم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج لهم (5) المحق. وقال: أي قضية أعدل من القرعة إذا فوض الأمر إلى الله! وذكر الآية (6). ومنها: مرسلة داود بن أبي يزيد - في الكافي والتهذيب - في تعارض البينتين في امرأة واعتدالهما: يقرع بين الشهود، فمن خرج سهمه فهو المحق وهو أولى بهاء (7)

(1) مجمع البحرين 4: 205. (2) انظر البحار 14: 379، باب قصص يونس وأبيه متى (3). كذا في النسخ، والمناسبات: المروية. (4) الفقيه 3: 92، باب الحكم بالقرعة، ح 3389، التهذيب 6: 240، باب البينتين يتقابلان... ح 24. (5) في المصدر: سهم المحق. (6) الفقيه 3: 92، ح 3390 - 3391. (7) الكافي 7: 420 ح 2 التهذيب 6: 235 ح 10.

[342]

ومنها: رواية زرارة - المذكورة فيهما - في تعارض البينتين في مقدار الوديعة الخاصة، عن الباقر عليه السلام أنه قال: أقرع بينهم (2). ومنها: موثقة سماعة - المروية في الفقيه والتهذيبين - في تعارض البينتين في الدابة وفيها: أن علياً أقرع بينهما بسهمين (3). ومنها: رواية ابن سنان في التهذيبين مثله (4). ومنها: صحيحة الحلبي - في التهذيبين - في البينتين أيضاً: يقرع بينهما، فأيهما قرع فعليه اليمين، وهو أولى بالقضاء (5). وصحيحة داود بن سرحان مثله (6). وصحيحة البصري - في الكتب الأربعة - كان علي عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهم على أيهم يصير اليمين. قال: وكان يقول: (اللهم رب السموات السبع، أيهم كان الحق له فأده إليه) ثم يجعل الحق للذي يصير عليه [اليمين] إذا حلف (7). ومنها: صحيحة ابن مسلم - في التهذيب والفقيه - عن الباقر عليه السلام في الرجل يوصي بعق ثلث ممالئكه: كان علي عليه السلام يسهم بينهم (8). ورواية أبي حمزة في رجل أوصى إلى ولده بعق غلام له وتورث الآخر مثل نصيب الولد مع عدم امتيازهما: أن الصادق عليه السلام أقرع بينهما وحكم بما أخرجته (8)

(1) الكافي 7: 420، ح 2، التهذيب 6: 235، ح 10. (2) الكافي 7: 420، ح 1، التهذيب 6: 235، ح 9. (3) الفقيه 3: 93 ح 3393، التهذيب 6: 334، ح 7، الاستبصار 3: 40، ح 7. (4) التهذيب 6: 236، ح 13، الاستبصار 3: 41 ح 12. (5) التهذيب 6: 235، ح 8، الاستبصار 3: 40، ح 8، وفيهما: وهو أولى بالحق. (6) التهذيب 6: 233، ح 3، الاستبصار 3: 39، ح 3. (7) الكافي 7: 419، ح 3، الفقيه 94: 3، ح 3397، التهذيب 6: 233، ح 2، الاستبصار 3: 39، ح 2. (8) الفقيه 943: 2، ح 3396، التهذيب 6: 240، ح 21. (8) التهذيب 9: 171 باب الاقرار في المرض ح 46.

[343]

ومنها: رواية الحسين بن المختار - المروي (2) في الكافي والفقيه والتهذيب قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لأبي حنيفة: يا أبا حنيفة، ما تقول في بيت سقط على قوم وبقي منهم صبيان: أحدهما حر والآخر مملوك لصاحبه فلم يعرف الحر من المملوك؟ فقال أبو حنيفة: يعتق نصف هذا ونصف ذاك ويقسم المال بينهما، فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليس كذلك، ولكنه يقرع بينهما، فمن أصابته القرعة فهو والحر، ويعتق هذا ويجعل مولى له (3). ومنها: صحيحة حرز - المروية في التهذيب (4) - عن أحدهما عليهما السلام. وصحيحة حماد بن عيسى - المروية في الكافي (5) - كذلك. ومرسلة حرز - المروية في التهذيب - عن أبي جعفر عليه السلام في قضاء علي

باليمن في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقي منهم صبيان :أحدهما مملوك والآخر حر، فأسهم بينهما، فخرج السهم على أحدهما، فجعل المال له وأعتق الآخر (6). ومنها: موثقة محمد بن مسلم - المروية في التهذيب - عن أحدهما عليهما السلام قال: قلت له: أمة وحررة سقط عليهما البيت وقد ولدتا، فماتت الامان وبقي الابنان كيف يورثان؟ قال: فقال: يسهم عليهما ثلاث ولاء - يعني ثلاث مرات - فأيهما أصابه السهم ورث [من] الآخر (7). ومنها: روايته المروية في التهذيب كذلك (1). ومنها: رواية العباس بن هلال - المروية في التهذيب - عن الرضا عليه السلام في

(1) التهذيب 9: 171، باب الأقرار في المرض، ح 46. (2) كذا في النسخ، والمناسب: المروية. (3) الكافي 7: 138، باب ميراث الغرقى، ح 7، الفقيه 3084: ، باب ميراث الغرقى، ح 5660، التهذيب 9: 361، باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم، ح 10. (4) التهذيب 9: 362، ح 12. (5) الكافي 7: 137، ح 4. (6) التهذيب 6: 239، باب البنيتين يتقابلان... ح 18. (7) التهذيب 9: 362، باب ميراث الغرقى والمهدوم عليهم، ح 11. (7) المصدر 363 ح 17.

[344]

سؤال محمد بن علي عليهما السلام عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة عما يقضيان به إذا فقد الكتاب والسنة، وقولهما: نجتهد رأينا، فقال عليه السلام: رأيكما أنتما! فما تقو لان في امرأة وجارية كانتا ترضعان صبيين في بيت فسقط عليهما، فماتتا وسلم الصبيان؟ فقالا: القافة [قال: القافة] (2) تلحقهما بهما (3) قال: فأخبرنا (4) قال: لا. قال ابن داود مولى له: جعلت فداك! بلغني أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: (ما من قوم فوضوا أمرهم إلى الله - عزوجل - وألقوا سهامهم إلا خرج السهم الأصوب) فسكت (5). قيل: القافة: جمع القائف، وهو الذي يحكم في النسب بالقافة (6). واللغة تشهد بذلك (7). وصحيفة الفضيل بن يسار - المروية في الكافي والتهذيب - وروايته المروية في التهذيب والفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام في مولود ليس له ما للرجال وما للنساء، قال: يفرع الإمام أو المقرع، يكتب على سهم (عبد الله) وعلى سهم (أمة الله) ثم يقول الإمام أو المقرع: (اللهم أنت الله لا إله إلا أنت، عالم الغيب والشهادة، أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، فبين لنا أمر هذا المولود، كيف يورث ما فرضت له في الكتاب) ثم يطرح السهمان في سهام مبهم، ثم تجال السهام على ما خرج ورث عليه (8). ومنها: مرسله ثعلبة - المروية في الكافي والتهذيب - عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن مولود ليس بذكر ولا أنثى ليس له إلا دبر كيف يورث قال؟

(1) المصدر: 363، ح 17. (4) لم يرد في (ن، ف). (4) كذا في النسخ، لكن في التهذيب والوسائل: القافة يتجه من لهما. (4) كذا في (م) والمصدر، وفي (ن) قال: قد خبرنا، وفي (ف): قد خبرنا، وفي نسخة أخرى: قد ضربنا. (5) التهذيب 363: 9، ح 18. (6) في (م) زيادة: قلت. (7) انظر مجمع البحرين 5: 110 - قوف (8) الكافي 7: 158، ح 2، التهذيب 9: 356، باب ميراث الخنثى و... ح 7. الفقيه 329: 4، باب ميراث الخنثى، ح 5705، التهذيب 6: 239، باب البنيتين يتقابلان... ح 19.

[345]

يجلس الإمام ويجلس عنده ناس من المسلمين، فيدعون الله، وتجال السهام عليه أي ميراث يورثه، أميراث الذكر أو ميراث الانثى؟ فأى ذلك خرج عليه ورثه. ثم قال: وأي قضية أعدل من قضية تجال عليه؟ وذكر الآية - قال: وما من أمر يختلف فيه إثنان إلا وله أصل في كتاب الله، ولكن لا تبلغه عقول الرجال (1). ومنها: موثقة ابن مسكان - المروية في التهذيب - مثل المرسله، إلى آخر الآية (2). (ورواية إسحاق في التهذيب مثل ذلك (3) ورواية السكوني في الكافي كذلك (4). ومنها: صحيفة الحلبي - في التهذيب - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا وقع العبد والحر والمشارك بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد اقرع بينهم، وكان الولد للذي يخرج سهمه (5). وصحيفة محمد بن مسلم والحلي في الكافي مثل ذلك (6). ومنها: ما في صحيفة أبي بصير - المروية في كتب الأخبار - أنه لما أخبر علي عليه السلام بعد قدومه من

اليمن بأنه أسهم بين قوم اليمن بأنه أسهم بين قوم ادعوا ولدا وطئوا أمة في ط طهر واحد، قال النبي صلى الله عليه وآله: ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله - عزوجل - إلا خرج سهم المحق (7). (ومثله مرسلة عاصم، المروية في التهذيبين (8)). ومنها: صحيحة معاوية بن عمار - المروية في الفقيه والتهذيب - عن أبي

(1) الكافي 7: 158، ح 3، التهذيب 9: 357، ح 9. (3) التهذيب 9: 357، ح 10. (3) التهذيب 9: 356، ح 8. (4) لم نقف في الكافي على رواية للسكوني كذلك، بل رواه عن (إسحاق الفزاري) - مثل التهذيب، إلا أن فيه (المرادي) بدل (الفزاري) - (انظر الكافي 7: 157، ح 1. (6) التهذيب 6: 240، باب البيئتين يتقابلان... ح (6). 26. الكافي 5: 490. (7) الفقيه 3: 94، باب الحكم بالقرعة، ح 3399. (8) التهذيب 6: 238، ح 16، الاستبصار 3: 369، باب القوم يتبايعون الجارية.. ح 6، رواه مسندا .

[346]

عبد الله عليه السلام قال: إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعا أقرع الوالي بينهم، فمن قرع كان الولد ولده (1). ومنها: صحيحة سليمان بن خالد - المروية في التهذيب - عن أبي عبد الله عليه السلام قبل أن يظهر الأسلام - فأقرع بينهم وجعل الولد لمن قرع، وجعل عليه ثلثي الدية للآخرين، فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجذه. قال: وما أعلم فيها شيئا إلا ما قضى علي عليه السلام (2). ومنها: صحيحة الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم، وكان الولد للذي قضته القرعة (3). ومنها: رواية سيابة وإبراهيم بن عمر - في التهذيب - في رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث ثلاثة، قال: يقرع بينهم، فمن أصابته القرعة اعتق. قال: والقرعة سنة (4). وصحيحة الحلبي فيمن قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث سبعة جميعا، قال: يقرع بينهم، ويعتق الذي خرج سهمه (5). ورواية [محمد بن] مروان - في التهذيب والكافي - عن أبي عبد الله (6) قال: إن أبا جعفر عليه السلام مات وترك ستين غلاما وأعتق ثلثهم، فأقرعت بينهم، فأعتقت عشرين (7).

(1) الفقيه 3: 92، ح 3392، التهذيب 8: 169، باب لحوق الأولاد بالآباء، ح 14 (2). التهذيب 8: 169، ح 15. (3) التهذيب 9: 348، باب ميراث ابن الملاعة، ح 33، وفيه: للذي نصيبه القرعة. (4) التهذيب 6: 239، باب البيئتين يتقابلان... ح 20. (5) الفقيه 3: 94، باب الحكم بالقرعة، ح 3395. (6) في المصدرين: عن الشيخ. (7) الكافي 7: 18، باب من أوصى بعتق... ح 11، التهذيب 6: 240، باب البيئتين يتقابلان... ح 22، باختلاف في بعض الألفاظ .

[347]

ومنها: روايته أيضا، عنه عليه السلام مثله (1). ونحوهما رواية أخرى في التهذيب (2). ومنها: صحيحة محمد بن عيسى - في التهذيب - عن الرجل نظر إلى راع نزا على شاة؟ قال: إن عرفها ذبحها وأحرقها، وإن لم يعرفها قسمها نصفين أبدا حتى يقع السهم بها فتذبح وتحرق وقد نجت سائرهما (3). ومنها: رواية يونس - المروية في الكافي - في رجل قال لماليكه: أيكم علمني آية من كتاب الله فهو حر، وعلمه واحد منهم، ثم مات المولى ولم يدر أيهم الذي علمه الآية، هل يستخرج بالقرعة؟ قال: نعم، ولا يجوز أن يستخرجه أحد إلا للأمام، فإن له كلاما وقت القرعة (4) ودعاء لا يعلمه سواه ولا يقتدر عليه غيره (5). ومنها: مرسلة حماد - المروية في التهذيب - عن أحدهما عليهما السلام قال: القرعة لا تكون إلا للأمام (6). ومنها: ما روي أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد في مرض موته ولا مال له غيره، فلما رفعت القضية إلى رسول الله صلى الله عليه وآله قسمهم بالتعديل وأقرع بينهم، وأعتق اثنين بالقرعة (7). وروي: أن النبي صلى الله عليه وآله أقرع بالكتابة على الرقاع (8).

(2) انظر الفقيه 4: 215، باب الوصية بالعتق... ح 5503. (2) لعل مراده ما رواه في التهذيب 6: 240، ح 21. (3) التهذيب 9: 43، باب الصيد والزكاة، ح 182. (4) (في المصدر: فان له كلام وقت القرعة يقوله. (5) الكافي 6: 197، كتاب العتق والتدبير، ح 14. (6) التهذيب 6: 240، باب البيئتين يتقابلان... ح 23. (7) نقله السيد ابن طاووس قدس سره عن حلية أبي نعيم، انظر الأمان: 83. (8) لم نعثر عليها، وقد نقلها المحقق النراقي قدس سره ولم يذكر مأخذها، انظر عوا ند الأيام: 226 .

[348]

وروي أيضا: أنه أقرع في بعض الغنائم بالبعرة (1) وأنه أقرع مرة أخرى بالنوى (2). ومنها: صحيحة جميل - في التهذيب - قال: قال الطيار لزرارة: ما تقول في المساهمة أليس حقا؟ فقال زرارة: بل هي حق، فقال الطيار: أليس قد ورد (3) أنه يخرج سهم المحق؟ قال: بلى، قال: فقال: فقال زرارة: إنما جاء الحديث بأنه (ليس قوم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى ثم أقرعوا إلا خرج سهم المحق) فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب، فقال الطيار: رأييت إن كانا جميعا مدعين ادعيا ما ليس لهما من أين يخرج سهم أحدهما؟ فقال زرارة: إذا كان كذلك جعل (4) سهم مبيع، فإن كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيع (5). ومنها: رواية أبي بصير - المروية في الكافي والتهذيب - في قضية شاب خرج أبوه مع جماعة، ثم جاؤا وشهدوا بموته - في جملة قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - واختلف الفتى والقوم في مقدار المال، فأخذ علي عليه السلام خاتمه وخواتيم من عنده، ثم قال: أجيلو بهذه السهام، فأيكم أخرج خاتمي فهو صادق في دعواه، لأنه سهم الله، وسهم الله لا يخيب (6). ومنها: رواية أصبغ بن نباتة - المروية في الكافي في قضية الشاب - وهي مثل السابقة (7). وثاليتها الاجماعات المنقولة على مشروعيتها (8) في الجملة .

(1) و (2) لم نعثر عليهما، وقد نقلهما المحقق النراقي ولم يذكر مأخذهما، انظر عوائد الأيام: 226. (3) في المصدر: روى. (4) في المصدر: إذا كان ذلك جعل معه... (5) التهذيب 6: 238، باب البيئتين يتقابلان... ح 15. (6) الكافي 3717:، كتاب الديات باب النوادر، ح 8، التهذيب 6: 316، باب الزيادات في القضايا والأحكام، ح 82. (7) الكافي 7: 373، ح 9. (8) في النسخ مشروعيتها والمناسب ما أثبتناه كما في نسخة بدل م

[349]

وعن الخلاف: الأجماع - ظاهرا - على أن كل أمر مجهول فيه القرعة. وقال في مسألة تقديم الأسبق ورودا من المدعين - كما حكى عنه -: إن القرعة مذهبا في كل أمر مجهول (3). وفي قواعد شيخنا الشهيد قدس سره: ثبت عندنا قولهم: كل أمر مجهول فيه القرعة (4). وهو ظاهر في الأجماع. وعن بعض المتأخرين إسناد (أن القرعة في كل أمر مجهول) إلى رواية أصحابنا (5). ورابعها: الأجماع المحصل من تتبع الفتاوى، بحيث لا يبقى فيه شك للفقهاء في كون العمل بالقرعة من الاصول الشرعية في المجهولات في الجملة، بل مطلقا. ولنذكر الموارد التي عملوا فيها بالقرعة باتفاق منهم أو خلاف، حتى ينكشف (6) الأمر غاية الانكشاف. فنقول: عمل بها الأصحاب في أئمة الجماعة مع عدم المرجح، وفي اشتباه القبلة عند ابن طاووس (7) وفي قصور المال عن الحجتين - الأسلامية والنذرية - وفي إخراج الواحد من المحرمين للحج نيابة، وفي اختلاف الموتى في الجهاد، وفي تراحم الطلبة عند المدرس والمستفتي أو المترافعين إلى المجتهد مع عدم السابق، وفي القسمة، وفي التزامهم على مباح أو مشترك - كمعدن ورباط - مع

(1) في النسخ: مشروعيتها، والمناسب ما أثبتناه، كما في نسخة بدل (م). (2) (المبسوط 8: 306، كتاب دعاوى والبيئات. (3) الخلاف 3: 319، آداب القضاء، المسألة 32. (4) القواعد والفوائد 2: 183، القاعدة 213. (5) نقله المحقق النراقي قدس سره عن بعض متأخري المتأخرين ولم يصرح باسمه أيضا، انظر عوائد الأيام: 227. (6) في (ن، ف): يتضح. (7) الأمان من أخطار الأسفار والأزمان 81: 81.

عدم قبوله القسمة، وفي المأذونين في شراء كل منهما صاحبه، وفي صورة تساوي بينتي الخارجين، وفي تلف واحد من دراهم أحدهما لواحد والباقي للآخر وديعة، وفي تنازع صاحب العلو والسفل في السقف المتوسط وفي الخزانة تحت الدرج، وفي بينتي المتزاعين إذا تعارضتا في المدة والحصة، وفي الوصية بالمشارك باللفظي، وبالثلث من العبيد أو العدد المبهمة، وفي الوصية بما لا يسعه الثلث مع العلم بالترتيب والشك في السابق أو مع الشك في السبق والاقتران، وفي ابتداء قسمة الزوجات، وفي حق الحضانة، وفي عوز النفقة على المنفق عليهم، وفي إخراج المطلقة، وفي إخراج المشتبه مطلقاً أو إذا مات ولم يعين، وفي إخراج المنذور عتقه بقوله: (أول ما تلده) فولدت جماعة، وفي إخراج مقدار الثلث مع تعدد المدبر، وفي المتداعيين في الالتقاط أو في بنوة اللقيط، أو في الأقرار، وفي تساوي البينتين في اللقطة، وفي اشتباه موطوء الإنسان، وفي تعدد السيف والمصحف في الحبة، وفي ميراث الخامسة مع المشتبه بالمطلقة، وفي ميراث الخنثى في قول ومن ليس له فرج على الأشهر، وغير ذلك مما يطلع عليه المتتبع. ولا يبقى مع ذلك شك في كونها متفقا عليه في الجملة، وإنما البحث في عموم حجيتها وضبط موردتها. فنقول: الذي يدل على حجيتها بعنوان العموم في كل مجهول الأجماع المنقول عن الشيخ في الخلاف (1) وعن الشهيد في القواعد (2) ورواية ابن حكيم السابقة الدالة على أن القرعة لكل مجهول (3) ومرسلة الفقيه: (ما تقارع قوم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق) (1) ومثله رواية ابن هلال السابقة (2) وصحيحة

(2) الخلاف 3: 356، كتاب دعاوي والبيئات، المسألة 10. (2) القواعد والفوائد 183: 2، القاعدة 213. (3) تقدمت في ص: 336. (4) تقدمت في ص 341. (5) تقدمت في ص 343.

أبي بصير (3) ومرسلة عاصم (4) وجواب زرارة للطيار في صحيحة جميل (5). فإن ظاهر ذلك كله: أن كل مقام فرض فيه اختلاف في شئ إذا اقرع فيه فعلى الله أن يبين فيه الواقع ويحكم بالعدل، إذ لا يكون اختلاف بين اثنين إلا ويكون هناك مبطل ومحق لا محالة وإن كان خارجاً عن هذين الاثنين، والغرض وجود المحق والمبطل في الجملة لا في خصوص المتنازعين. فإذا تحقق وجودهما، فمقتضى الرواية: كون القرعة مبنية لذلك ومميزة بين الحق والباطل بجعل الحكيم على الإطلاق، وكل ما هو كذلك فهو حجة. ويدل على ذلك ما ينقلونه بطرق العامة: (أن القرعة لكل أمر مشتبه) (6) كما في رواية، أو (لكل أمر مشكل) كما في أخرى (7). (ويكفي في إثبات حجية هذه العمومات تلقي الأصحاب لها بالقبول، وتمسكهم بها في هذه الموارد التي عدناها لك وإن كان كثيراً منها غير خال عن النص الخاص. لكن الظاهر من تعليقاتهم كون هذه العمومات مظنونة الصدور بل مقطوعاً بها في الجملة من الشارع، وهذا يكفي في حجيتها وإن ضعف السند بحسب رجاله أو إرساله. ويدل على عموم حجيتها لكل مشتبه: أنه لو لم يكن القرعة فيه حجة لم يكن غيرها أيضاً حجة قطعاً، إذ الفرض أن الواقعة مشككة، ومعنى الأشكال: عدم وجود مخرج شرعي وسبيل لذلك - كما نوضح ذلك إن شاء الله تعالى - واللازم من ذلك تعطيل الحكم في موارد الاشتباه التي تعمل فيها بالقرعة، وهو مستلزم للهرج والمرج الواضحين المنافيين لحكمة الشارع، فلا بد في ذلك من سبيل واضح،

(2) تقدمت في ص: 336. (2) تقدمت في ص: 338. (5) تقدمت في ص: 340. (5) تقدمت في ص: 340. (5) تقدمت في ص: 340. (6) لم نظفر عليه، والظاهر عدم ورود عنوان المشتبه في روايات الخاصة والعامة. (7) لم نظفر عليه أيضاً، إلا أن البخاري عبر به في عنوان بابها، قال: (القرعة في المشكلات) انظر صحيح البخاري 3: 237.

وليس إلا القرعة. مضافا إلى أن استقراء موارد النصوص المذكورة سابقا وغيرها - مما يقف عليها المتتبع - يرشد إلى أن الوجه في ذلك كله لزوم الأشكال وعدم وجود مخلص في ذلك، وأنه العلة في إعمال القرعة، وأنه لولاها لزم تعطيل الأحكام فيما لا يمكن فيه التعطيل. ولذلك قدم في الروايات كل ما يمكن أن يكون طريقا لبيان الحكم - كما في الخنثى ونظائره - فالقرعة إنما هي بعد انسداد طريق الأمر المجهول وعروض الأشكال والاشتباه، وبعد ذلك لا يتفاوت الأمر بين المنصوص وغيره، إلحاقا للمشكوك بالغالب، أو ادعاءا لتنقيح المناط بينه وبين ما ورد فيه النص. والحاصل: أن المسألة لا إشكال فيها في نظر الفقيه، وإنما الغرض تخريج الوجه حتى لا يتخيل كونها من دون ضابطة. وإذا عرفت عموم حجيتها في كل أمر مشتبه فلا بد من بيان المراد من ذلك حتى يجعل معيارا في المقام، ثم بعد ذلك نعود إلى ما ذكرناه من خروج بعض الموارد عنها وعدم كونها على عمومها. ونبين: أنه هل هو تخصيص للقاعدة أو اختصاص من أول الأمر؟ فنقول - وبالله التوفيق -: إن المراد من (المشكل) و (المشتبه) و (المجهول) واحد، وهو كونه كذلك من حيث هو كذلك، بمعنى: كون الشيء مشتبه لا سبيل إلى رفع ذلك بطريق معتبر شرعا حتى يكون مخرجا للحكم في تلك الواقعة، فمتى كان له سبيل مثبت لم يكن ذلك من الأشكال والاشتباه في شيء، بل هو معلوم بالمآل وإن كان مشكلا ابتداء، وهذا هو مقتضى النصوص ومؤدى النظر السليم. فنقول: المشتبهات التي لها مدخل في الحكم الشرعي أمور: أحدها: شبهة الحكم الشرعي، بمعنى: أن يكون شيء لم يعلم من الشريعة حكمه، لأعواز النصوص بالعموم والخصوص من كتاب أو سنة، ولم يكن مما

[353]

يستقل به العقل ولا مما انعقد عليه الأجماع، ولا فرق في ذلك بين كون الحكم الشرعي تكليفيا أو وضعيا من سببية أو جزئية أو مانعية أو نحو ذلك. وثانيها: شبهة الموضوع المستنبط من اللغة والعرف، بمعنى: أن يقع لفظ في كلام من يعتبر قوله في الحكم الشرعي ابتداء - كالكتاب والسنة - أو بواسطة إمضاء الشرع - كما يصدر عن المكلفين في معاملاتهم، وغير ذلك - بحيث يصير الحكم منوطا بمعرفة معنى ذلك اللفظ، كما في الوصية والأقرار والعقود ومتعلقاتها. وبالجمله: شبهة حاصلة في معنى اللفظ لغة أو عرفا أو اصطلاحا، حتى يحمل كلام قائله عليه ويتضح المراد من ذلك ويلحقه حكمه. وثالثها: شبهة الموضوع الصرف، بمعنى: أن بعد ثبوت الحكم من الشارع للعناوين العامة المعلومة بمفاهيمها ومعانيها وقع الاشتباه في أن هذا الفرد الموجود المشخص في الخارج هل هو من أفراد ذلك الكلي أم غيره؟ بحيث لو اتضح اندراجة تحت أحدهما لاتضح الحكم من دون حاجة إلى أمر آخر. ولكل من هذه الصور المفروضة في الاشتباه صور عديدة ليست مناطا في هذا المقام، وإنما الغرض الإشارة إلى ذلك تنقيحا لمورد الدليل. إذا عرفت ذلك فنقول: لا ريب أن شبهة الحكم ليست داخلية تحت (المشكل) المذكور في رواية القرعة، إذ لا إشكال في الأحكام الشرعية بعد ملاحظة أدلتها والاصول المقررة المعتبرة في مقام الشبهات، فإنها رافعة لذلك. فلو كان شيء مشتبه حكمه، فلا ريب أنه إما داخل في عنوان أصالة الأباحة، أو البراءة، أو الاستصحاب، أو أصالة العدم، أو غير ذلك، أو قاعدة الاحتياط على مذهب من يعمل به على الإطلاق أو في مقامات خاصة. وكذلك الأحكام الوضعية، فإنها أيضا منقحة بعد ملاحظة أصالة الفساد، أو أصالة العدم، أو قاعدة الاشتغال، أو نحو ذلك، فإننا لم نجد - بعون الله تعالى - شيئا

[354]

يشتبّه فيه نفس الحكم الشرعي ولا مخرج له من الشرع معتبر حتى يعتمد عليه - وذلك واضح - فلا وجه لأعمال القرعة في ذلك، لأنه ليس بمشكل، فلا تذهل. ومن هنا قال الشهيد في القواعد: ولا يستعمل في الفتاوى والأحكام المشتبهة إجماعا (1). والسر فيه ما ذكرناه، وليس ذلك تخصيصا لقاعدة القرعة، بل إنما هو اختصاص وعدم شمول من أصله. لا يقال: أي فرق بين أدلة أصل البراءة المعلقة للحكم بالبراءة على كون الشيء مجهولا أو مما لا يعلم أو مما لا دليل عليه، وبين أدلة القرعة، بل الحق أنهما من واحد، فكأنه قال: (كل مجهول يبنى فيه على البراءة) (و كل مجهول يعمل فيه بالقرعة) فتقديم دليل البراءة على القرعة حتى يكون ذلك

رافعا للأشكال مخرجا للفرض من موضوع مسألة القرعة خال عن الوجه. لأننا نقول: إن هذا الكلام من دفع من وجوه: أحدها: أنه على فرض تسليم كون الحكم معلقا على (المجهول) في المقامين أن أدلة البراءة أخص مطلقا من أدلة القرعة، لعمومها للموضوع والحكم وما هو مورد للبراءة وغيره، ومقتضاه تقديم الخاص على العام، فيصير المعنى: كل مشكل فيه القرعة إلا ما يجري فيه البراءة. ولو فرض ورود هذا الأشكال على دليل القرعة بالنسبة إلى الأدلة والاصول الآخر أيضا - كالاستصحاب وأصالة العدم والاحتياط ونحو ذلك - فيجاب أيضا بذلك، لأن كلا من هذه الاصول المعمولة في موارد الشك والشبهة أخص من عموم دليل القرعة، فلا تذهل. وثانيها: أن الحكم في دليل أصل البراءة لم يعلق على (المشكل) و (المجهول) و (المشتبه) بل إنما علق بما لم يرد فيه أمر ولا نهى أو بما لا يعلمون ونحو ذلك، وهذا غير معنى الأشكال، فنقول في مورد من موارد شبهة الحكم أنه

(1) القواعد والفوائد 2: 23 .

[355]

يصدق عليه أنه مما لم يرد فيه أمر ولا نهى أو مما لا يعلم، فيجري فيه الأصل ويخرج عن الأشكال، فلا وجه للقرعة، وفرق واضح بين كون الحكم معلقا على (المشكل) أو على (كونه مما لا يعلم) ونحو ذلك، وذلك واضح عند من له درية (1) (في فهم العناوين وتبعية الأحكام للأسماء والموضوعات. وثالثها: أن الظاهر من قوله: (كل أمر مشتبه) (2): إرادة الموضوع دون الحكم، فلا يشمل الشبهة في نفس الحكم الشرعي وإن كان لفظ (الأمر) أعم، إلا أن في انصرافه في ذلك المقام إليه تأملا ظاهرا، فتأمل. ورابعها: أن غاية ما يقال: ورود طريقتين في بيان الحكم المشتبه، ولا ريب أن العمل بالبراءة أوفق بالشرعية السهلة السمحة. ولو فرض في العمل بالأصل لزوم تكليف - كما يتفق في الاستصحاب وقاعدة الشغل - فنقول: قيام الأجماع على ذلك - كما ذكرناه - يرحح كون الطريق الأصل، لا القرعة، وبالجمله: فالمقام أوضح من أن يحتاج إلى النقض والأبرام، فالاشتغال بالأهم أولى. وأما شبهة الموضوع المستنبط، بمعنى: الأجمال في مؤدى اللفظ، فهو أيضا ليس داخلا تحت (الأمر المشتبه) الذي هو مورد القرعة، لأن لمعرفتها طرقا مقررمة من الرجوع إلى العرف أو اللغة وإلى الامارات، وفي مقام التعارض إلى القرعة فنحن أيضا كذلك جريا في ذلك على طريقة لسان القوم في معرفة معاني الالفاظ ولا يبقى فيه بعد ملاحظة الاصول المعمولة في مباحث الالفاظ

(1) في محتمل (م): درية. (2) تقدم منا عدم وروده في لسان دليل، راجع ص: 346 .

[356]

المتلقاة من طريقة أهل اللسان مشتبه حتى نحتاج فيه إلى إعمال القرعة، ولو فرض فيه أيضا إجمال مطلق لا يمكن كشفه بأحد من الطرق فالمرجع فيه أيضا الاصول الحكمية الجارية بالنسبة إلى الأحكام المتعلقة بها: من اشتغال أو براءة أو استصحاب أو غير ذلك، وقد حققنا ذلك في ضابطة من ضوابط تبعية الأحكام للأسماء، فراجع (1) وتدير. وأما شبهة الموضوع الصرف: فلا ريب أنه يتصور لها صور: أحدها: ما يكون من مجاري أصل من الاصول الشرعية من: أصالة الأباحة أو البراءة أو الاستصحاب أو نحو ذلك - كما ذكره الاصوليون في مباحث أصل البراءة وغيرها، ودلت عليه الروايات في ذلك الباب - فلا كلام في خروجه أيضا عن (الأمر المشتبه) نظير ما قررناه في شبهة الحكم الشرعي. ومن ذلك يظهر عدم جريان الحكم بالقرعة في الشبهة المحصورة، لبناء الحكم فيها على قاعدة الاشتغال على ما نختاره، أو على البراءة كما عليه آخرون، وكذلك في غير المحصورة للبناء فيه على البراءة [مطلقا] (2). ولا يرد علينا نقض في هذا المقام من حيث الفتوى والنص غالبا، إذ الموارد التي ذكرناها

ليس فيها حكم بالقرعة في كلمة الأصحاب ولا في الأخبار في موضع يجري فيه الأصل. والذي يرد علينا في ذلك شئ من جهة النص أو الفتوى هو (3) صحيحة محمد ابن عيسى في التهذيب - المتقدمة (1) - حيث دلت على إعمال القرعة في شاة موطوءة مشتبهاة في قطع، فإن مقتضى القواعد أن يقال: إن كانت القطيع غير محصورة عادة عدم التجنب مطلقا - كما في نظائره - وإن كانت محصورة يجب الاجتناب - كما في سائر الشبه المحصورة - فما معنى القرعة؟

(1) راجع ص: راجع العنوان 6، الضابطة 4 ص: 218 - 225. (2) لم يرد في (م). (3) (في ن): وهو. (4) تقدمت في ص 347.

[357]

قلت: أولا نقول: إن هذه الرواية محمولة على القطيع الغير المحصور عادة فتنزل على الاستحباب وطيب النفس ودفع النفرة. وثانيا: على فرض الانحصار هذه الرواية أخص من قاعدة الاشتغال وأدلة اجتناب الشبهة المحصورة، فيعمل بها في هذا المورد الخاص، ولا يلزم من ذلك اطراذه في سائر المقامات. وثالثا نقول: يمكن دعوى الفرق بين هذه الشبهة المحصورة وغيرها بأن الاحتراز عن القطيع بمجرد العلم بكون واحدة منها (2) موطوءة مستلزم لتضييع المال وموجب للمشقة، وهذا الوجه في الحقيقة بيان لحكمة النص، فلا يلزم من ذلك إعمال القرعة في كل ما هو كذلك. ومن هنا يعلم: أن القول بالقرعة في الشبهة في الموضوع والحلال المختلط بالحرام - كما حكى عن بعض الأصوليين (3) - قول مرغوب عنه جدا، إذ لا دليل على إعمال ذلك بعد قيام الأدلة على لزوم الاجتناب. فإن قلت: قد ذكرت أن ما لم يكن له طريق شرعي فهو داخل تحت (المشكل) والفرض أن الموضوع المشتبه بنفسه لا سبيل إلى معرفته، فينبغي فيه إعمال القرعة، فمتى عملت فيه ذلك تعين الحرام، فخرج عن مجرى قاعدة الشغل ونحوها. قلت: هذا اشتباه في معرفة محل البحث، فإن كلامنا الآن في المشتبه الذي لا إشكال في ذاته، ولا داعي إلى تميزه غير معرفة الحكم، ولذا عبرنا في أصل العنوان بكونه من مجاري الأصول، ولا ريب حينئذ أن الموضوع بنفسه ليس

(1) تقدمت في ص: 342. (2) منها: ليست في (ن، ف). (3) لم نقف عليه في الأصوليين، إلا أن المحقق القمي قدس سره بعد أن عدها قولاً في المسألة، نقل عن العلامة المجلسي قدس سره كلاماً - في أربعين - يدل على ميله إليه وأنه مختار بعض الأصحاب، راجع القوانين 2: 27.

[358]

لمعرفته حاجة حتى يدخل في عموم (المشكل) وإنما المقصود معرفة حكمه لامتنال التكليف، وهو منقح بالأصل المعتمد، فلا وجه لأعمال القرعة أصلا. نعم، لو اتفق أن الحاجة دعت إلى معرفة نفس الموضوع بحيث لا يمكن اندفاعها إلا بمعرفتها فنحن نقول في ذلك بإعمال القرعة، ولنوضح ذلك في المثال السابق. فنقول: حكم الشاة الموطوءة - مثلا - لزوم الاجتناب، وكذا المشتبه به إذا كان محصورا، فلا إشكال من هذه الحيثية. نعم، لو نذر أحد الصدقة بإحدى هاتين الشاتين أو كان إحدهما مال الغير فدعى (1) الحاجة إلى تعيين الموطوءة منهما حتى يلزم بقيمتها (2) على قاعدة الضمان ولا يمكن التخلص إلا بالمعرفة، فنقول: يمكن حينئذ إجراء القرعة. وكذا لو اشتبهت أجنبية باخت الرجل، فلا إشكال من حيث الحكم، فلا يجوز عليه نكاح واحدة (3) منهما. ولو مات الرجل والوارث الاخت اعلم القرعة حتى يتميز. وما ذكرناه تنظير حتى يعرف أن المراد من الأشكال في الموضوع أي شئ، والفقهاء بعد التنبيه يقدر على استخراج الفروع وتميز (4) (المقامات. وثانيها: ما لم يكن مجرى أصل من الأصول العملية، لكنه قام الدليل فيه على الأخذ بأحد الطرفين أو الأطراف، كما ورد في تراجيح (1) أئمة الجماعة، وتقديم السابق في المرافعة أو الاستفتاء، أو في المزاحمة على المباح، وفي تراجيح (2) البيئات، وتقديم قول ذي اليد، والعمل ببيئة

الخارج، وما ورد في تفسير (الشئ) و (الجزء) ونحوهما في الوصية - فإنها وإن لم يكن فيها إشكال من جهة إطلاق

(2) في هامش (م): فدعت، خ ل. (2) في غير (م): تعيين الموطوء حتى يلزم بقيمته (3). في غير (م): نكاح شئ منهما. (4) كذا في النسخ، والصواب: تمييز. (5) و (3) في م ترجيح .

[359]

اللفظ، لكن يجئ الأشكال لو علم قصد الموصي بها أمراً معيناً عنده مشتبته عندنا، فإن هذه الصورة أيضاً داخلية تحت النص والفتوى - وفي أمارات الخنثى ونحوه، والعمل بالأقرار وغيره من المثبتات شرعاً، ولا يخفى انتشارها في أبواب الفقه لمن له أدنى تتبع وممارسة. وهذا القسم أيضاً خارج عن مورد القرعة، إذ مع وجود الدليل على الأخذ بأحد الجوانب يخرج الموضوع عن حيز الأشكال ويدخل في الواضحات. ووجه تقديم ذلك كله على القرعة كون أدلتها أخص من دليل القرعة مطلقاً، فتقدم عليه (3) على القاعدة، وغير ذلك من الوجوه الأخر - التي ذكرناها في وجه تقديم البراءة على القرعة في شبهة الحكم، وغيرها من الأصول - (4) آتية في هذه المقامات لا تطيل بها، وإنما (5) الغرض التنبيه للفقهاء النبيه، وثالثها: ما لم يكن فيه دليل قائم على ذلك حتى يتضح به الأمر، سواء لم يرد في أصل الشرع فيه ترجيح وبيان، أو ورد من الشرع علائم وأمارات ومثبتات، ولكن فقدت في الواقعة الخاصة، والمفروض تعلق الغرض بهذا الموضوع (6) المبحوث عنه بحيث يلزم من عدم امتياز اختلال النظام والهرج والمرج، وينجر بقاءه في الجهالة إلى تعطيل الأحكام وإثارة الفتنة والفساد المطلوب حسم مادتها في الشريعة، بل ليس المقصود منها في نحو المقام إلا ذلك. فهذا هو (الأمر المشكل) (الذي يتبع فيه القرعة ويعمل بها حتى يتبين الحق ويدحض الباطل ويصل كل ذي حق (1) إلى حقه على ما في علم الله تبارك وتعالى. وجعل هذه الطريقة لطف عظيم حاسم لمادة الجدل والنزاع من أصله، إذ لا يرد في ذلك شئ، ولا يمكن أن يتكلم فيه متكلم، لاستلزام الرد في هذا المقام

(1) و (3) في (م): ترجيح. (3) في هامش (م): عليها، ل. (4) في (م) زيادة: فانه (5). في (م): إذ الغرض. (6) في (ف)، م: زيادة: و. (5) في النسخ كل ذو حق وهو سهو .

[360]

المحادة مع الملك العلام، وهو مخرج لفاعله عن ربة الأسلام. وأنت إذا تأملت في موارد النصوص السابقة وفي مقامات عمل أصحابنا - قدس الله أنفاسهم الزكية - ترى أن عملهم في مثل المقام على نحو ما حررناه لك (2) وكذلك موارد النصوص. ومن ذلك كله ظهر [لك] (3) أن دليل القرعة مما لم يرد عليه تخصيص في مقام من المقامات، وما توهمه بعض القاصرين! من خروج هذه الموارد التي ذكرناها عن عموم دليل القرعة بإجماع أو نحوه ناش عن عدم التأمل في أطراف المقام، فإن ذلك كله خارج عن (الأمر المشكل) وعلى ما ذكرناه فليس أمر مشكل إلا وفيه القرعة، وكل ما فيه مخرج شرعي فهو خارج عن (المشكل). وبقي هنا كلام: وهو أن الأمر المشتبته قسمان: أحدهما: ما كان مشتبهاً ظاهراً وواقعاً كما في إمام (4) (الجماعة) - إذ لم يدل دليل على استحقاق أحد منهما (5) في الواقع حتى يكون الاشتباه ظاهراً - وقصور المال عن الحجتين، وتعدد المحرمين نيابة عن واحد، وفي المتزاحمين في مباح أو مشترك أو عند مدرس أو حاكم، وفي الوصية بثلاث العبيد بالعتق أو العدد المبهم، وفي قسمة الزوجات وعوز النفقة على المنفق عليهم، وتعدد السيف والمصحف في الجبوة، ونظائر ذلك. وثانيهما: ما كان مشتبهاً ظاهراً معيناً واقعاً، كما في اختلاط الموتى في الجهاد، والمأذونين في شراء كل منهما صاحبه، وفي تعارض البينتين للخارجين، وفي تلف درهم من الوديعتين، وفي الوصية بما لا يسعه الثلث مع العلم بالسبق دون السابق، وفي إخراج المطلقة أو المنذور عتقه في بعض الصور، وفي

(1) في النسخ: (كل ذو حق) وهو سهو. (2) العبارة في غير (م) هكذا: ترى أن عملهم إنما هو في مثل المقام حررناه لك. (3) من (م). (4) في (م): أئمة الجماعة. (5) في (م): منها.

[361]

المتداعيين في بنوة لقيط أو التقاطه، وفي الخنثى والممسوح بناء على عدم كونهما طبيعة ثالثة - وقد مر فيها تمام البحث في عنوان المكلف المشتبه - ونظائر ذلك. ومن هذا الباب: الوصية بالمشترك اللفظي مع عدم القرينة. وعد ذلك من المشتبه واقعا وظاهرا - كما اتفق لشيخنا الشهيد الثاني قدس سره (1) - خال عن لوجه، وقياسه بالمتواطئ بملاحظة اعتبار صدق الطبيعة في الكل واللفظ في المشترك قياس مع الفارق، إذ استعمال المشترك في أكثر من معنى لا يجوز، و [كذا (2)] في الواحد من المعاني لا بعينه [لا يجوز أيضا] (3) فيعلم إرادة الموصي منه واحدا معينا من المعاني، لأصالة صحة استعماله، إلا أن المراد مشتبه، لفقد القرينة، والموصى به ما أراده الموصي من اللفظ، لا مطلق ما يصدق عليه اللفظ. فلو لم نقل بجريان القرعة في القسم الأول أيضا لا إشكال في جريان القرعة في المشترك في الوصية، فلا تذهل. فنقول: قد يوجد في كلام بعض الأصحاب وغالبا في كلام شيخنا الشهيد الثاني - كما لا يخفى على من لاحظ (4) - أن المراد بالمشتبه والمشكل في دليل القرعة ما كان معينا واقعا مجهولا ظاهرا، لا ما كان مشتبه فيهما. وبهذا أورد على فتاوى الأصحاب في أغلب المقامات، وإن ترد فيه أيضا في بعض الموارد، وأظنه في (1) مسألة من نذر عتق أول ما تلده الجارية فولدت جماعة [وليس من كتبه شيء عندي حتى أعين موضعه] (2) وقال (3) (فيه: إن دليل القرعة عام لكل مشتبه، ولم يقم دليل على تخصيصه بالمشتبه الظاهري المعلوم واقعا (4)). وكيف كان، فنقول: من خص القرعة بالقسم الثاني إن ادعى أن المشتبه ظاهرا وواقعا لإشكال فيه حتى نحتاج فيه إلى القرعة - كما في إطلاق الكل

(1) الروضة البهية 5: 39. (2) من (م). (3) لم يرد في (م). (4) لاحظ المصدر السابق: 39، 45. (5) في م وطني أنه مسألة.. (6) ما بين المعقوفين لم يرد في م. (7) في م فقال. (8) الروضة البهية 6: 292

[362]

المتواطئ - فيعمل بالتخيير. فنقول: ليس الفرض محصورا في ذلك، فإن الموارد التي مثلناها سابقا أغلبها يرد فيه الأشكال، فلاحظ. ولو فرض ارتفاع الأشكال بطريق معتمد فنحن أيضا نقول به، فلا وجه للقول بأن المشتبه قسمان، فإن ظاهره تخصيص دليل القرعة، وعلى هذا الوجه يصير معناه خروج القسم الأول عن الموضوع، مضافا إلى أن البناء على التخيير لو صح لجرى في القسم الثاني أيضا، والوجه الدال على تقديم القرعة على التخيير في هذا القسم دال عليه في ذلك أيضا. وإن ادعى انصراف (المشكل) إلى ما كان معينا واقعا فنمنع الانصراف، إذ بعد دوران الأمر بين الأمرين وعدم مناص في البين لا شبهة في أنه مشكل وإن كان مجهولا واقعا أيضا. إلا أن يقال: ما لم يعلم التعيين في الواقع لا يلزمنا معرفة ذلك حتى نقع في الأشكال. وهذا عود إلى الوجه الأول، وقد عرفت جوابه وعدم إمكانه في صورة التنازع والتداعي. فإن تخلية (5) ذلك المدعى به على حاله مثير للفساد العظيم الذي بنى الشرع على سده (1) فلاحظ. وإن ادعى ورود دليل دال على التخصيص نطالبه بذلك المخصص، وإن (2) تتبعنا في الموارد لم نجد شاهدا يشهد على ذلك. نعم، لو تم الوجه الذي خرجناه أولا يصير لكلامهم مخرج، لكنه ساقط بعد التأمل في أطراف الكلام، سيما بعد ما قررناه وبيننا لك (3) المعنى المراد من (المشكل) فإن بعد فرض كونه مشكلا لا وجه للخروج عن طريق القرعة، إذ الفرض عدم تحقق سبيل غيرها. مضافا إلى أن في مورد النصوص الخاصة ما هو مشتبه ظاهرا وواقعا، كما في

(1)م ترك ذلك. (1) في (م): على رفعه. (2) في (م): على أنا مع تتبعنا الموارد. (3) في (ن، ف) زيادة: من .

[363]

صحيحة ابن مسلم في الوصية بعثت ثلث الممالك (4). ورواية سيابة وإبراهيم بن عمر فيمن قال: أول مملوك أملكه فهو حر، فورث ثلاثة (5). ونحوه صحيحة الحلبي (6). وإن أمكن المناقشة في الأول بأنه على الاستحباب، إذ لا إشكال في الثلث، لأنه متواط قاض بالتخيير. فإن قلت: ظاهر ما ورد في الأخبار أنه: (ما من قوم فوضوا أمرهم إلى الله ثم أقرعوا إلا خرج سهم المحق) (7) كون ذلك معينا في الواقع، إذ لا يصدق المحق إلا بذلك. قلت أولا: إن المحق من اختاره الله لذلك وجعل الحق له، وذلك يوجد في المشتبه واقعا، كما في المتزاحمين في مباح ونظائره، ويكون معنى المحق هنا: أوليته في الواقع على هذا الأمر، والكاشف عن هذه الأولوية خروج القرعة واستحالة الترجيح بلا مرجح على الله تعالى - كاستحالة ترجيح المرجوح - فيكون تزامم الآخر أو توقعه ذلك باطلا، وهذا كاف في المقام. وثانيا: إن هذا ليس دالا على أن كل مورد القرعة كذلك حتى يكون مخصصا، بل معناه: أن ما هو كذلك يعلم بالقرعة، ولا يلزم من ذلك عدم إعمالها في غير ذلك، فيبقى عموم ما دل على العمل بها في كل مشتبه سليما عن المعارض. ومن هنا ظهر: أن القرعة كما تكون كاشفة تكون مثبتة. ويحتملها رواية ابن حكيم، حيث قال: إن القرعة تخطئ وتصيب؟ فقال عليه السلام: كل ما حكم الله به فليس بمخطئ. (1) والمراد على الكشف أن (ما حكم الله به مبین للواقع قطعا ولا يكون مخالفا للواقع) وعلى الأثبات يكون معناه (ما حكم الله به فهو الصواب) فيكون جعلاً

(4)تقدمت في ص: 337. (5) تقدمت في ص: 341. (6) تقدمت في ص: 341. (7) راجع ص (5) 340. راجع ص 341 .

[364]

للحكم ابتداء، فالفرض أن القرعة ليس بمخطئ، بل إما كاشف عن الواقع لو كان أحدهما معينا في الواقع، أو مثبت ابتداء، لو لم يكن كذلك، وكلاهما متبع. نعم، هل يستفاد منه أن في صورة تعيين الواقع لو أخرجت القرعة خلافه يتبع فيكون كالجعل الابتدائي، أولا، بل الظاهر أن القرعة في هذا المقام لا تخرج إلا الواقع؟ وجهان، والظاهر من قرينة السؤال: الثاني، لأن غرض السائل من الأصابة والخطأ إبراز الواقع وعدمه، لا أنه لو فرض حكم الله بخلاف ما كان معينا قبل القرعة في الواقع لكان هذا خطأ، فيكون قوله عليه السلام: (ليس بمخطئ) أنه لا يقع كذلك، بل لا يخرج إلا نفس الواقع. مع احتمال أن يقال: إن المراد في الجواب تنبيه السائل على أن إصابة الواقع والعدم لا دخل له في الخطأ والصواب، بل الميزان في الصواب والخطأ حكم الله، فكل ما حكم به الله تعالى هو الصواب، ولا دخل لكون شئ معينا في نظرنا في ذلك، فتأمل (1) وبصير الحاصل: أن حكم الله يكشف عن تعيين خلافه. وهل القرعة وظيفة الأمام خاصة، أو تعم كل أحد؟ وجهان: مقتضى إطلاق رواية ابن حكيم: الثاني (2) وكذلك ظاهر ما في المرسل (3). وما في كلام ابن داود عن علي عليه السلام (4) وما في صحيحة أبي بصير عن النبي صلى الله عليه وآله (5) ومرسلة عاصم (6) وفي كلام زرارة للطيار: (ما من قوم فوضوا أمرهم إلى الله ثم أقرعوا إلا خرج سهم المحق) (7) عموم جواز الأقراع لكل أحد. ودعوى: أن رواية ابن حكيم مسوقة لأصل شرعية القرعة، وهذه الروايات لبيان إصابتها الواقع ولا ينافي كون المقارنة عند الأمام وينظره، مدفوعة بأن ظاهر النصوص - كما لا يخفى على من لاحظها - يابى عن ذلك .

(1)فتأمل: ورد في (م) في آخر الفقرة. (3 و 3) تقدمتا في ص: 336. (4) تقدم في ص: 339 ضمن رواية العباس بن هلال. (6) تقدمت في ص: 340. (6) تقدمت في ص: 340 (7) تقدم في ص: 343 .

وما في الروايات من نقل فعل الأئمة عليهم السلام في المقارعة أيضا دال على جوازها لكل أحد، إذ ليس المقصود من نقل ذلك إلا المتابعة والفعل كما فعله، وإن أمكن أن يقال: إن غايته إعمال القرعة في نظائر تلك الواقعة وإن اعتبر كونه (8) عند الإمام. ويدل على ذلك صريح صحيحة الفضيل بن يسار في الممسوح، قال في أوله: يقرع الإمام أو المقرع - إلى أن قال - ثم يقول الإمام أو المقرع: (اللهم أنت... الخ) (9). وهذا ظاهر في عدم الاختصاص بالإمام. لا يقال: إن المراد ليس الاختصاص بإمام الأصل بالخصوص، بل لا كلام في كونه وظ النائب عموما أو خصوصا في حضور أو غيبة، فلعل المراد بـ (المقرع) من كان مأذونا له في ذلك، فلا يدل على عموم الجواز، وإطلاق المفرد المحلى باللام غير قاض بالعموم إن لم ينزل على العهد وإن لم يكن هناك معهود شخصي، إذ يكفي في ذلك المعهود النوعي. ويدل على ذلك أيضا صحيحة محمد بن عيسى في الشاة الموطوءة (1) فإن ظاهرها بل صريحها أن المقرع غير الإمام. ويمكن الجواب عنها بأن القرعة هنا مندوبة، وقد مر الكلام على هذه الرواية، وأن الطريق غير منحصر فيها في القرعة، فلا يرد النقض بها على حكم القاعدة حيث تتعين. والذي يقوى في النظر القاصر بعد ملاحظة الروايات اختصاص أمر القرعة بالوالي، فإن كان يمكن الرجوع فيه إلى إمام الأصل اختص به، لأنه مورد أكثر الأخبار، وأنها وإن لم تدل على الاختصاص لكنها لا تدل على العموم [أيضا] (2) فيقتصر على المتيقن .

(8) في (م) زيادة: كونها، خ ل. (9) تقدمت في ص: 339. (3) تقدمت في ص: 7. (4) (من م).

ولما في مرسلة ثعلبة في الممسوح، قال: (يجلس الإمام ويجلس عنده ناس) وفي موثقة ابن مسكان وروايته إسحاق والسكوني كذلك (3). وما في صحيحة معاوية بن عمار، قال: أفرع الوالي بينهم (4). وما في صريح رواية يونس: ولا يجوز أن يستخرجه أحد إلا الإمام، فإن له كلاما وقت القرعة ودعاء لا يعلمه سواه، ولا يقتدر عليه غيره (5). وما في صريح مرسلة حماد: القرعة لا تكون إلا للإمام (1). مضافا إلى أن إطلاق ما مر من الروايات موهون بما مر، مسوق لبيان المشروعية ونحوه، ولو فرض فيه إطلاق تقيده هذه الروايات، وفيها الصحيح والموثق وغيره. ودعوى: أن الصحيح غير صريح الدلالة والموثقة أيضا غير ناف لغير الوالي والروايات الصريحة خالية عن الجابر - إذ لم يعهد من الأصحاب اشتراط القرعة بالإمام حتى ينجر - مدفوعة: أولا: بأن هذه النصوص وإن لم تكن صالحة للتقييد، لكنها كافية في إفادة التشكيك والوهن في الإطلاق، والأصل الأولي كاف في المنع عن غير المتيقن. وثانيا: أن دلالة الصحيحة والموثقة على التقييد والاختصاص ليس بأضعف من تلك الاطلاقات في التعميم. وثالثا: أن هذه الروايات مروية في الكافي والتهذيب، معللة بما علل، معمول بها في أصل الحكم - فراجعها - وهذا القدر كاف في الظن بالصدور، وهو المعتمد في العمل، وتحقيق ذلك موكل إلى محله. مضافا إلى أن القرعة في هذه المقامات مثبتة للموضوع، مستلزمة لترتب

(3) تقدمت الروايات المذكورة في ص: 340. (4) تقدمت في ص: 340. (5) تقدمت في ص: 342. (4) تقدمت في ص 347 .

أحكام مخالفة للأصل، والأصل عدم لحقوها إلا بالمتيقن، مع أن الغالب في المثبتات - كالبينة واليمين ونحو ذلك من الشياع ونحوه - عند الحاكم، فكذلك القرعة.

وبالجملة: من أعطى النظر حقه في هذا المقام لا يشك في الاختصاص. والذي أراه: أن الظاهر من الأصحاب أيضا ذلك، إذ لم يعهد منهم تعميم القرعة. نعم، كلامهم أيضا غير مقيد بخصوص الوالي في الموارد التي نقلناها عنهم. ومن هنا قد يتوهم الأطلاق، لكنه غير دال على ذلك، إذ الغالب في تلك الموارد المذكورة كونها عند الحاكم، إذ الغالب أنها في باب النزاع والتداعي، ولا يحتاج في ذلك إلى تقييدهم بكونه عند الأمام. وبالجملة: التأمل في النص والفتوى يقضي بالاختصاص. وللحاكم الشرعي ذلك مع غيبة الأمام، لعموم أدلة القرعة، ولفظ (الوالي) ولفظ (المقرع) في صحيحة فضيل (1) لأنه المتيقن من ذلك، ولعموم أدلة نيابته ووكالته، وللأجماع المحصل على ذلك، ولاستلزام عدم جوازها من الحاكم التعطيل في زمن الغيبة، وهو مناف لأصل الغرض من مشروعيتها. وبقي الكلام في جواز التوكيل، وتغذر الحاكم مقتضى عمومات الوكالة وجواز التوكيل في كثير مما هو من وظائف الحاكم جواز التوكيل في القرعة أيضا، إلا فيما دل الدليل على الاختصاص، كما لو كان مرتبطا بنفس الحكومة. واحتمال: أن الوكالة فيما لم يتعلق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين وهنا قد ثبت أنه وظيفة الأمام ونائبه - كالقضاء - فلا وجه للوكالة، مدفوع بأن غاية ما ثبت اختصاص الحاكم وعدم جواز استقلال غيره، أما عدم جواز التوكيل

(1) تقدمت في ص: 342 .

[368]

فلا، ولا أقل من الشك في تعلق الغرض بالخصوصية وعدمه، فعموم أدلة الوكالة يجري في المقام، لأصالة عدم اعتبار الخصوصية. مضافا إلى أن عدم جواز التوكيل يوجب العسر والجر، لأنه أيضا من الأمور العامة البلوى، وما هو كذلك يجوز فيه التوكيل. وتقيح ذلك في باب الوكالة، ولو تغذر الحاكم ووكيله خصوصا وعموما فالنظر في القرعة لعدول * (المسلمين، لعموم والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (1) وما في الخبر: (إن قام رجل ثقة فأسهمه (2) بينهم فلا بأس) - وسيأتي ولاية العدول إن شاء الله في باب الولايات - ولدخوله تحت الأعانة على البر وباب الحسبة، ولاستلزام عدم جوازه حينئذ التعطيل، مع أن مشروعية القرعة لأجله. وبقي البحث في أمرين: أحدهما: في لزوم القرعة وجوازها وفيه مقامان: أولهما: أن القرعة هل هي عزيمة لا يجوز تركها، أو هي رخصة؟ لا ريب أن مورد القرعة - على ما قررناه - ما لم يكن هناك طريق شرعي وكان من المشكلات، فما كان فيه مخرج فليس فيه عزيمة، ولو ورد في النص أيضا فالظاهر الاستحباب، حذرا من الترجيح الاقتراحي. فما في رواية [محمد ابن] مروان من فعل أبي عبد الله عليه السلام في عتق أبي جعفر عليه السلام ثلث عبيده (3) محمول على كون الثلث معيناً واقعا فعرض الاشتباه، وذلك مما لا مخرج له ظاهراً فيجب القرعة. وأملو كان من المشكلات فالأقوى لزوم القرعة وأنها عزيمة، لظاهر أغلب ما مر من النصوص، فإنها قريبة من الصراحة في لزوم إعمال القرعة، مع أن التوصل إلى الواقع في إجراء الأحكام لازم مقدمة للآتيان بالمأمور به، فاللازم العمل بها، إذ الفرض أنها غير مخطئة بنص الأخبار وكاشفة عن الواقع أو مثبتة لما أراد الله ثبوته، فعدم إعمالها (1) يعد تقصيرا في حكم الله، ومثله إثم قطعاً، مضافاً إلى أن مع تركها يلزم أحد الأمرين: إما ترك الحكم والأفتاء ولازمه الهرج والمرج والتعطيل، وهو من أفبح الفساد، ومستلزم لتلف الأموال والنفوس وضياع الحقوق. وإما التهجم على أحد الاحتمالين تشبهاً، وهو قول بما لم يعلم ولا قام عليه دليل، وهو - مع قبحة العقلي الناشئ من الترجيح من دون مرجح أو ترجيح المرجوح والفساد المترتب عليه من لزوم التهمة على الحاكم وإثارة الفتنة، لأنه قضاء بغير حجة وبينة - داخل تحت النواهي في الكتاب والسنة، فلا مناص عن لزوم العمل بها (2). مع أن التخيير ونحو ذلك لا يجري في بعض المقامات، لتغذر الحاكم حتى يتخير، وتخير المتنازعين إثارة فتنة بعد فتنة، وذلك لمن تدبر واضح جداً. هامش) * (1) التوبة: 71. (2) في الكافي والفتية والتهذيب والوسائل: فاسمهم ذلك) إلا أن في هامش الوسائل (ط - آل البيت): في نسخة: (فاسمهم) وفي أخرى: (فاسمهم) انظر الوسائل 26: 70، الباب 4 من أبواب موجبات الأثر، ح 1 (3). راجع ص: 352

محمول على الندب، إذ الثلث كلي متواط متساوي الصديق على الأفراد (4) ومقتضاه التخيير - كما في نظائره من الوصايا والمنجزات - وإن أفتى به جماعة من الأصحاب أيضا في المقام (5) لكن وجوبه محل نظر، والوجه واضح. أو

(4) في (ن، ف): للأفراد. (5) منهم ابن إدريس في السرائر 3: 212، والمحقق في الشرائع 2: 252، والعلامة في القواعد 1: 303، وإن استحسن الثاني التخيير أيضا واحتمله الثالث. (3) في غير م أنه غير مخطئ وأنه كاشف.. أو مثبت.. فعدم إعماله. (4) في غير م به .

وثانيهما: أن بعد إعمال القرعة هل يجب العمل بها، فلا ينفسخ بعد ذلك إلا مع العلم بالمخالفة للواقع - بمعنى: انكشافه بعد ذلك بقطعي آخر لو اتفق مثل ذلك - أو لا يجب، بل يجوز ترك العمل بها؟ وهذا المقام يتضح مما قرنا سابقا. فنقول: إن لم يكن أصل الأعمال لازما - كما في ثلث العبيد ونظائره - فإذا عمل فيه بالقرعة فالأصل بقاء التخيير وعدم التعيين، مع احتمال أن يقال: إن بعد تفويض الأمر إلى الله دل النص على خروج سهم المحق، فتغيره حينئذ إبطال للحق. ويمكن دفعه: بأن كون الخارج محقا في هذا المقام لا ينافي كون غيره محقا، لأنه من أفراد الكلي المتواطئ، مع أن شموله لمقام لا يلزم فيه أصل الأعمال مشكل. ودعوى: أن المخالفة حينئذ نقض لعهد الله وهو حرام، إذ الفرض أن القارع يفوض أمره إليه تعالى ويجعله الحكم في ذلك، وحكم الله لا ينقض. ولا ريب أن في مثل هذا المقام يكره كراهة شديدة، وفي التحريم نظر. وأما فيما يجب إعمالها: فظاهر النصوص المتقدمة كافة لزوم ترتيب الآثار عليها بعد إعمالها، وهي الحجة، مع أن ظاهر أصحابنا الأجماع عليه، نعم في قسمة الرد اعتبروا رضى المتقاسمين بعد القرعة - وهي (1) مسألة أخرى - ولأن وجوب الأعمال ليس إلا للزوم ترتيب الآثار، وإلا فلا وجه للزومه أصلا، مضافا إلى أنه لو لم يؤخذ بمقتضاها، فإما أن يترك الواقعة بلا حكم فيلزم التعطيل المحرم، أو يؤخذ بخلاف ما أخرجه القرعة فيلزم ترجيح المرجوح، أو تعاد القرعة مرة ثانية فيعود (2) الكلام السابق. وترجيح العمل بالثاني على العمل بالأول فاسد جدا،

(2) في غير (م) هو. (2) العبارة في غير (م): هكذا: فإما أن يترك الواقعة بلا حكم لزم التعطيل المحرم، وإن اخذ بخلاف ما أخرجه القرعة لزم ترجيح المرجوح، وإن أعيدت القرعة مرة ثانية عاد ...

فتعين العمل عليه بعد إعماله. [وفي الروايات السابقة (1) الدلالة على لزوم للعمل بعد الاعمال ما يكفيها عن مؤونة الاستدلال وإكثار القيل ل والقال [(2) ..]. 2 (2). (3) (ن الروايات فو [عن مؤونة الاستدلال وإكثار القيل والقال [4). (4).]

العبارة في غير (م): هكذا: فإما أن يترك الواقعة بلا حكم لزم التعطيل المحرم، وإن اخذ بخلاف ما أخرجه القرعة لزم ترجيح المرجوح، وإن أعيدت القرعة مرة ثانية عاد... وثانيهما: في بيان كيفية القرعة والذي يقتضيه النظر أن يقال: لا ريب في أن المراد بها في عرف المتشعبة العمل المعهود المتعارف الذي يمتاز به الحقوق ويكشف به عن الواقع، أو يتعين أحد الأمور، وكل ما يحصل به هذا الأمر يصدق عليه أنه قرعة، فيشمله الاطلاقات ويجتزئ به، والأصل عدم شرطية شئ آخر. ولا إجمال في معناه حتى نلتزم بالأخذ بالمتيقن في صور الشك، كما في العبادة المجملة في وجه. وقد ورد في الكتاب العزيز بإلقاء الأقلام (1). وورد في النصوص بالكتابة على السهم (2) وبالأوتيم من الشركاء أو من الحاكم وغيره (3) وبالكتاب على الرقاع (4) وبالنوى (5) وغير ذلك. ومن تتبع كلمة (6) الأصحاب في الموارد التي عدناها في القرعة يطلع على تفاصيل كيفيتها. ولنذكر جملة من أحكامها التي تضمنتها (7) النصوص .

(3) في (ف): في الدلالة. (4) ما بين المعقوفتين لم يرد في (م). (3) قوله تعالى: وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم آل عمران: 44. (3) كما ورد في رواية الفضيل المتقدمة في ص: 339. (3) كما ورد في رواية أبي بصير - في قضية شاب خرج أبوه مع جماعة - المتقدمة في ص: 343. (5) كما ورد في رواية عمرو بن أبي المقدام، انظر الوسائل 18: 191، الباب 13 من أبواب كيفية الحكم، ح (5). 19. لم نظفر عليه، قال المحقق النراقي: (ومنها: ما روي أيضا أنه صلى الله عليه وآله أقرع في بعض الغنائم بالبرقة وأنه أقرع مرة أخرى بالنوى) لكنه أيضا لم يذكر مأخذها، انظر عوائد الأبا م: 226. (6) في (م): كلمات. (7) في غير (م): ونذكر من أحكامها جملة مما تضمنته .

[372]

فنقول: إن الظاهر اعتبار تفويض الأمر إلى الله تعالى في صحة القرعة بمعنى: أن يوطن المتقارعون أنفسهم على تسليم ما أمر به الله وإطاعته حتى ينكشف لهم الحق، فلو اتفق ذلك منه تجربة أو من دون التفات إلى الله تعالى بطلب البيان فلا عبرة بذلك. ويدل على ذلك قيد التفويض (8) المأخوذ في الروايات، وصرح ببعض ذلك زرارة في جواب طيار، كما عرفت (1). والظاهر وجوب هذا التوكل والتفويض على أهل المقارعة عند تعيين القرعة مقدمة للواجب، فإن امتنعوا عن ذلك أجبروا على إعمالها. ويكفي كاشفا (2) عن التفويض إخبارهم عن أنفسهم بذلك. ولا يسمع بعد القرعة دعوى أحدهم أنه كان قصدي (3) التجربة، عملا بإطلاق النص والفتوى، واستصحابا للحكم السابق. نعم، لو لم يكن هناك مدع آخر فهو أبصر بنيتة، فله أن يقرع مرة ثانية وثالثة، ويجب عليه فيما بينه وبين الله اختيار الواقع. والظاهر اشتراط الدعاء أيضا، لما في رواية يونس: من (أن له كلاما وقت القرعة ودعاء) (4) وظاهره الشرطية. ولو قلنا بالأجمال في معنى القرعة يجئ الشرطية على القاعدة في وجه. ولصحيفة الفضيل في الممسوح المشتملة على الدعاء المخصوص (5) الظاهرة في بيان أصل الكيفية، والظاهر منه الجزئية أو الشرطية - كما هو الظاهر - والظاهر (6) عدم القول بالفرق بعد ثبوت الوجوب .

(1) في ن يدل على ذلك القيد في الفتوى وفي ف ويدل على ذلك القيد في النصوص (2) .راجع ص 348.
(2) في (م): ويكفي في الكشف. (3) في (م): قصده. (4) تقدمت في ص: 342. (5) تقدمت في ص: 339. (6) وردت العبارة في (م) مختصرا، هكذا: والظاهر منه الشرطية، كما أن الظاهر ...

[373]

ولصحيفة البصري في تعارض البيتين المشتملة على استمرار علي عليه السلام بالفرق بينه وبين غيره. والأجود عدم اعتبار الدعاء المخصوص، لاختلاف النصوص وبعد التخيير، بل الظاهر الدعاء بما يناسب مورد القرعة، ولو اقتصر على ما في صحيفة الفضيل إلى قوله: (يختلفون) (1) ثم يطلب من الله بيان الواقع في ذلك المورد، وما في صحيفة البصري - لو كان التنازع في الحقوق - لكان أحوط. ويستحب حضور جماعة من المسلمين، لما في رواية ثعلبة (2). ويستحب دعاؤهم وطلبهم من الله تعالى إظهار الواقع، للمرسل السابقة (3). ولا يختص دعاؤهم بلفظ، للأطلاق. ويعتبر في القرعة انحصار الأمر - واقعا، أو بحسب حكم الشرع - في أصحاب السهام، حتى يعمل بالقرعة ويخرج ما هو الواقع، فمتى احتمل احتمال خارج عن أرباب الدعوى فلا بد من جعل (4) سهم لذاك المحتمل الخارج القابل للحكم عليه شرعا. وقد دل على ذلك كلام زرارة في جواب الطيار (5) مع وضوح وجهه في حد ذاته. وفي استحباب استقبال القبلة وجه قوي، خصوصا لو أدرجناه تحت (تفويض الأمر إلى الله) أو أثبتناه من عموم استحباب الاستقبال عند الدعاء، والدعاء مندوب هنا بالخصوص، فكذا الاستقبال .

(6) راجع ص: 337. (1) راجع ص: 339. (2) تقدمت في ص: 339 ففيها: (يجلس الأمام ويجلس عنده ناس من المسلمين، فيدعون الله...). (3) أي: مرسله ثعلبة. (4) في (م): حمل. (5) ففيه: (فقال زرارة: إذا كان ذلك جعل معه سهم مبيع، فإن كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيع) راجع ص: 343 .

ومن ذلك يعلم وجه اشتراط الطهارة أو استحبابها بعد ثبوت الدعاء، وكذا في رجحان كونها في مكان مشرف، كمسجد ومشهد ونحو ذلك، وزمان كذلك، كيوم الجمعة والأعياد. وهل يشترط فيه قصد التقرب بناء على أنه مأمور به، والأصل فيه أن يكون عبادة - كما سيحقق - ولظاهر الأمر بالتفويض إلى الله، ولما يظهر من استحباب الدعاء ونحو ذلك من الأمور من عظم شأنها وكثرة الاعتناء بها - وهو مما يؤيد كونه عبادة - أولا، عملا بالأطلاق وصدق الاسم بدون النية، وكونها من الأسباب التي جعلت للأثبات فلا يشترط فيها قصد التقرب؟ وجهان، لا يبعد اعتبار قصد التقرب استحبابا فيه بالخصوص وإن لم نأخذه شرطا في صحته، ولو قيل بالشرطية أيضا لم يكن بعيدا. وظاهر صحيحة الفضيل (1) اشتراط طرح السهمين المقصودين في سهام مبهمة وإحالة السهام. ولكن ظاهر الأصحاب في المقامات عدم اعتبار ذلك، بل يكتفون بكتابة نفس السهمين أو السهام المقصودة، فإما يقتصر ذلك على مورده من الممسوح أو يحمل (2) على النذب، ولكل وجه، وإن كان الثاني أوجه جدا. والمتعارف عند الفقهاء: الأقراع بالكتابة على الرقاع. والاقتصار عليه أجود. ولهم في ذلك طريقتان معروفان ذكرهما في باب القسمة: من إخراج اسم الشركاء على السهام، أو اسم السهام على أسماء الشركاء، ومن أراد التفصيل فليقف على ذلك في محله. وفي اعتبار جعل الرقاع في سائر من شمع أو طين - كما ادعى أنه المشهور من (3) طريقة الفقهاء في المسالك (4) - لأنه الأضبط وأعرق في الجهالة الخالصة

(1) تقدمت في ص: 339. (2) العبارة في (ن، ف) هكذا: فإما الاقتصار في ذلك على مورده من الممسوح، أو الحمل... (4) في (ن، ف) في طريقة الفقهاء. (4) المسالك 384: 2، كتاب القضاء.

عن الريبة، أو عدمه عملا بالأطلاق وخلو أغلب الأخبار عنه، وجهان، أقربهما الثاني. هذا هو الكلام فيما يمكن جعله بعنوان الضابط في الباب، وإلا فالكلام في تفاصيل الجزئيات لا يقف على حد، فعليك بالتتبع التام في كل مقام، وما ذكرناه في المبحث [فيه] (1) خلاصة من كلامهم، وسبيل إلى الوصول بغاية مرامهم. هذا تمام الكلام في المشتركات العامة. وبالله التوفيق z z z

(1) لم يرد في م

عناوين ما يتعلق بالعبادات (العنوان الثاني عشر) (تأسيس أصالة التعبدية في المأمور به)

أصالة التعبدية في المأمور به عنوان [21] الأصل في كل مأمور به أن يكون عبادة مفتقرة إلى قصد التقرب، صادرة عن مباشر بعينه، غير ساقطة بفعل غيره، نظرا إلى أن تعلق الوجوب يقتضي لزوم الامتثال والخروج عن العهدة حذرا من العقاب، فمتى ما أتى به بنفسه مع قصد التقرب إلى المولى حصل الجزم بالبراءة عن التكليف، بخلاف ما لو أتى به بدون قصد التقرب، أو أتى به شخص آخر، فيقع الشك في سقوط الواجب عن الذمة وعدمه، والاستصحاب يقضي بالبقاء إلى أن يعلم المخرج. مضافا إلى أن المتبادر من اللفظ في العرف أيضا ذلك، فإن ظاهر قوله (اغسل) لزوم صدور

الغسل عن المخاطب، لأنه المأمور بالأتيان به، فيكون قيداً، ومنه يعلم المباشرة. ونرى أن أهل العرف يذمون من أتى بغير قصد أمر المولى، بل لا يفهمون من الخطاب بالفعل إلا الأتيان امتثالاً للأمر. لا يقال: إن الغالب في العرف عدم قبح صدور المأمور به عن غير المخاطب وعدم وجود ذم في ذلك، فكيف تدعي اقتضاء العرف المباشرة؟ لأننا نقول: لا يخفى على من لاحظ بعين البصيرة أن ذلك للقارئ الخاصة في المقامات وغلبة كون المأمور به في العرف توصلياً يقصد حصوله في الخارج كيف

[379]

كان، وبهذا الاعتبار لا يجعلون خصوص المخاطب قيداً، بل يجعلونه مورداً، ولو اتفق مقام لم تقم قرينة على الإرادة مطلقاً، فلا ريب أنهم يحكمون من ظاهر الخطاب بالمباشرة. ولا ينافي ما ذكرناه ما ذكره الفقهاء في باب الأجرة ونحوها: من جواز إعطاء الأجير العمل لغيره [من متعلقاته وتبعته] (1) ما لم يشترط المباشرة، إذ لعل ذلك من جهة جريان العادة في الأعمال، والاطلاقات على ذلك (2) كما حققنا ذلك في باب الأجرة. ولو فرض عمل لم يجر له عادة بإعطائه على (3) غير الأجير وكان مورداً للشك في الجواز والعدم فلا نسلم فتواهم بجواز التسليم إلى الغير، للأطلاق، وذلك واضح. نعم، رجع الشيخ الوحيد الاستاذ (4) - (دام ظله - أن المباشرة مورد لا قيد، ومقتضاه عدم لزومها ما لم يدل عليها دليل من خارج، واللائق إعطاء التأمل حقه حتى يتضح الأمر، فإن الجرأة على مخالفته دونها خطر القتادا! ويؤيد ما ذكرناه اقتضاء اللغة ذلك أيضاً، فإن ملاحظة مفردات الأمر بصيغته من هيئة ومادة قاضية باعتبار المباشرة. وما يتوهم من أعميته (5) (من اعتبار قصد التقرب يندفع بأن ظاهره في اللغة استحقاق تاركه العقاب، والاتى بالمأمور به لا على قصد الأمانة وإن لم يكن تاركاً حقيقة، لكن يعد تاركاً حكماً، ويذمه العقلاء باعتبار فهم العقل أن الذم في الترك الحقيقي لعدم الأمانة فكذلك في الترك الحكمي، والقاعدة الشرعية أيضاً على كون المأمور به عبادة مؤسسة (6) - مضافاً إلى الأصل اللفظي

(1) لم يرد في (م). (2) في (م): والاطلاقات تحمل عليه. (3) على: ليس في (م) (4). (لم يتعين لنا المراد منه، فإن أكبر أسانيذه وأكثر من تلمذ عليه هما الفقيهان المحققان: الشيخ موسى والشيخ علي، ابنا الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس الله أسرارهم. (5) في (م): وتوهم أعميته. (6) العبارة في (م) هكذا: والقاعدة الشرعية أيضاً تقضي بذلك.

[380]

والعقلي - ولها وجوه (1): منها: قوله تعالى: وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين (2). وجه الدلالة: أن الآية دلت على أن المكلفين ما أمروا بشئ من الأشياء - على ما هو مقتضى حذف المتعلق، فإنه من أسباب العموم - إلا لأجل العبادة مع الأخلاص، فحصر غاية الأوامر كلها على العبادة مع الأخلاص في الدين، أي: في القصد، فإنه المتبادر في المقام، فحصل من [هذه] (3) الآية كبرى كلية يندرج تحتها كل ما هو مشكوك في كونه عبادة، وهو المدعى. ودعوى: أن الضمير في (أمروا) مجمل لم يتعين المراد منه، وهو حقيقة في الثلاثة وما فوق، ولم يعلم شموله لأي طائفة من المكلفين، مدفوعة برجوع الضمير إلى أهل الكتاب، كما يظهر من صدر الآية. كما أن المناقشة بأن ثبوته في المشركين وأهل الكتاب لا يقتضي ثبوته عندنا، مدفوعة بوجوه (4): أحدها: أن الأصل عدم النسخ، ومجرد العلم بالأجمالي بوجود المنسوخات لا يوجب عدم جريان الأصل في ذلك، إذ ما لم يثبت النسخ في الحكم الخاص فالأصل عدمه، ولم نعلم وجود المنسوخ إجمالاً بين المشكوكات حتى يصير الشك في الحادث فيعارض بمثله، والمناقشات في هذه المقدمات واضحة الرد لا يعتنى بها. وثانيها: الاستصحاب، لا بمعنى استصحاب كلي الحكم حتى لا يثبت العموم، ولا في خصوص المشكوك حتى يمنع بمنع وجوده في الشرائع السابقة، ولا في كل شئ وكل خطاب حتى يجاب بالقطع بوجود ما ليس بتعدي في شريعتهم، بل المراد: استصحاب لزوم العمل بالقاعدة المستفادة من الآية، بمعنى: أن الآية لما أفادت أن كل أوامرهم للتعبد مع علمنا بوجود التوصليات عندهم وإرادة

[381]

التخصيص من (1) ذلك بعيد جدا، فيفهم من الآية إرادة كون الضابط عندهم ذلك، بمعنى: أن أهل الكتاب كانوا يأنين (2) على حمل كل أمر ورد عليهم على التعبد وجوبا، والأصل بقاء حكم هذه القاعدة، وعدم ارتفاعها [إلا] (3) بما يدل على خلافها. وثالثها: أن مع قطع النظر عن ذلك كله نقول: إن العرف لا يفهم من ذكر هذه الآية الشريفة إلا كون شريعتنا مثل شريعتهم في ذلك، وليس المقصود منها الأخبار عن طريقة أهل الكتاب، كما هو واضح (4). ورابعها: أن قوله تعالى بعد ذلك: وذلك دين القيمة يدل على إرادته استمرار هذه الطريقة ولزوم الأخذ بها، والبناء على التعبد في الأوامر، وهو الحجة، فاندفع الأيراد من أصله. وقد يقال: إنه لو كان المراد بالآية منع الأغراض في الأوامر سوى التعبد والأخلاص (5) لكان هذا موافقا لمذهب الأشاعرة المنكرين للحسن والقبح عقلا (المثبتين لهما شرعا) (6) لاستلزامها كون التعبد والأخلاص تابعا للأوامر غاية لها، مع أن الحق أن الأوامر تابعة للحسن الذاتي وليست لمحض التعبد. وهذا الكلام فاسد، لكون (7) مساق الآية الانحصار في التعبد والأخلاص في مقابلة الشرك والكفر، بمعنى: أن الأمر تعلق لأجل العبادة مع التوحيد دون الشرك، لا لأنه تعلق لمحض التعبد لا للحسن الداعي إليه، مضافا إلى أن غاية ما يستفاد من ذلك أن الأوامر للتعبد، وذلك لا يستلزم كون التعبد لمحض الأمر، لأن من

(1) في عدا (م): عن ذلك. (2) في (م): أن بناء أهل الكتاب على... (3) من (م) (4). (العبارة في غير (م) هكذا: وليس المقصود من نزول هذه الآية والأخبار عن طريقة أهل الكتاب في هذا المقام عرفا إلا إرادة كون شريعتنا مثلهم في ذلك، وذلك واضح. (5) والأخلاص: ليس في (م). (6) ما بين القوسين لم يرد في (م). (7) في (م): وفيه: أن مساق الآية ...

[382]

الجائز كون التعبد بذلك المأمور به لحسن فيه ذاتي موجب للتعبد به، وتعلق به الأمر أيضا لغاية التعبد، فانحصار الأوامر في التعبدات لا يدل على عدم الصفات الكامنة الداعية لصدور الأوامر في الأفعال، ولا يمنع كون التعبد بالعمل للحسن الذي كشف عنه الأمر، أو علم قبل صدوره أيضا، فلا تذهل. ولا يعارض الآية خصوص الأوامر الدالة على الخصوصيات - كاغسل وامسح، ونحو ذلك - من جهة أنها أعم من كونها عبادة، فيلزم من ذلك تقديم مقتضى هذه الأوامر الخاصة في الأعمية عن العبادة على عموم الآية في إثبات الاختصاص، لما قررناه من أنه ليس خصوص الأوامر أعم من التعبد، بل بتقريب ما ذكرناه ظهر أنها أيضا تفيد التعبدية لغة وعرفا. ولو سلم الأعمية فلا ريب في ورود عموم الآية عليها عرفا وتقييدها لذلك كله، إذ لا ريب أن المولى إذا أمر عبده بألف أمر مطلق بحسب الزمان - مثلا - قاض بالجواز في أي زمان كان، ثم بعد ذلك قال: (كل ما أمرتك به بهذه الأوامر إنما هو يوم الجمعة) فلا ريب في تقديم هذا العام على تلك الخصوصيات المقيدة للأطلاق، فتدبر. وأورد على الآية الشريفة: بأن جعل اللام للغاية حتى يفيد انحصار الأمر في التعبد غير ممكن، لأن قوله تعالى: وقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة معطوف على كلمة (يعبدوا) فيلزم أن يكون معناه: (ما امروا إلا للعبادة، ولأقامة الصلاة ولإيتاء الزكاة) وهما داخلان في العبادة، فلا وجه للعطف، مع أنه يلزم كون الأوامر محصورة لأقامة الصلاة والزكاة، وجعلهما غاية لكافة الأوامر غير معقول، فلا بد من صرفه عن ظاهره وجعل (اللام) (بمعنى) (الباء) وإرادة أنهم ما امروا إلا بأن يعبدوا الله وقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة، فتخرج الآية عن الدلالة. وهو مدفوع بأن [ذكر بعض أفراد المعطوف عليه وبعبارة أخرى] (1) عطف

[383]

الخاص على العام لمزيد الخصوصية والاهتمام، لا مانع منه، وذكر هذه الثلاثة في مقام الغاية لا يستلزم الانحصار بكل واحد حتى لا يكون له معنى، بل الظاهر الحصر على المجموع، فيصير المعنى: أن الأوامر غايتها هذه الثلاثة، وحيث إن الأخيرين داخلان في التعبد، فينحصر الغاية فيه بالمآل وإن تعدد لفظاً. من ركز أم بجور اضياً) ءابلا (ى نعم) م لالا (ل ع ج ن أ ع م) 1 [] كلذو [المحذور، إذ الأمر بالعبادة يشمل الصلاة والزكاة، فلا وجه لذكرهما، مضافاً إلي أن ذلك أيضاً مثبت للمدعى، إذ معناه: أن المأمور به ثلاثة وكلها تعبدات، فليس مأمور به غير العبادة، مع أنه لا بد أن يراد بالعبادة المأمور بها الأعمال التي يتعبد بها، وإلا فالأمر بالعبادة من دون ما يتعبد به غير معقول، ولا يمكن أن يكون ذلك الصلاة والزكاة، لظاهر المغايرة، فيصير المعنى: ليس المأمور به إلا أمور يتعبد بها والصلاة والزكاة، وهو عين المدعى، إذ [ليس (2)] المقصود عدم كون المأمور به توصلياً - وهو مفاد هذا الحصر - إلا ما خرج بالدليل. وأورد أيضاً: بأن الحصر إنما هو في الأخلاص وعدم الشرك، لا في جهة التعبدية والتوصيلية، بمعنى: أن المراد لم يتعلق بهم أمر إلا للعبادة مع الأخلاص دون الشرك، لا أنه لم يتعلق أمر توصلي. ويندفع: بأنه لو كان هناك أمر توصلي فلازمه جواز الأتيان به ولو من دون إخلاص، إذ المقصود الحصول كيف كان، والمفروض أن الآية نفت ذلك وحصرت الأمر في طلب الأخلاص، وهو مناف لوجود الأمر التوصلي بظاهره. نعم، قد يقال: إن القطع بوجود التوصليات بالأجماع والضرورة يمنع العمل بظاهر الآية، فإما [أن يلتزم بـ] (3) أن الحصر ليس بمطلق، أو [أنه] (4) مخصص بغير التوصليات، وكلاهما لا يمكن المصير [إليه] (1) لأن مساق الآية الحصر

[384]

المطلق، ولا يمكن جعل ذلك إضافياً، وإخراج التوصليات تخصيصاً للأكثر مستهجن، فلا بد من حمل كلمة (ليعبدوا) على التعبد بالمعنى الأعم، أي: سواء كان بلا واسطة أو معها، فالتوصليات أيضاً داخله فيه، فتخرج حينئذ عن الدلالة. والجواب عن ذلك: بمنع كون ذلك تخصيصاً، وإنما هو تقييد يجوز (1) وإن كان الخارج أكثر من الداخل، مضافاً إلى أن حمل (يعبدوا) على هذا المعنى مناف لسياق الآية منافاة واضحة، بعيد عن الفهم غاية البعد، منافر لقوله تعالى: مخلصين له الدين كل المنافرة، فحمل ذلك على معناه وإخراج التوصليات بالتقييد أو كون التخصيص هنا مبنياً على الأنواع دون الأفراد والتعبدية نوعاً (2) ليس بأقل من التوصلي - مع أنه الظاهر من الآية بحسب السياق - أولى وألحق، وفي البحث مجال واسع. ومنها: قوله تعالى: أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم (3) بتقريب: أن الطاعة إتيان للمأمور به على قصد الطاعة والانقياد، وذلك واجب بمنطوق الآية فكل أمر صدر من الشارع يجب فيه الطاعة بمعنى الأخلاص، وهو المدعى. ودعوى: أن الطاعة معناها الأتيان بالمأمور به في الجملة، لا الأتيان به على وجه الأخلاص - كما ترى - يابأها (4) العرف والذوق السليم، كما أن القول بأن الطاعة: الأتيان به على وجهه إن تعبدية فتعبدية وإن توصلياً فتوصلياً، ساقط جداً، نظراً إلى أن المراد ليس التمسك بهيئة الأمر في إثبات ذلك حتى يقال: إنه معلق على معلومية حال الأمر، بل الاستدلال إنما هو بمادة (الطاعة) وهي مثبتة للتعبد بظاهرها، بمعنى: أن الأمر وإن كان أعم، لكن قوله: (يجب الطاعة) يفيد

قصد الامتثال، فالبحت في الحقيقة في أن مادة (الأطاعة) هل هي الأتيان بالأخلاص (1) أو الأعم؟ لا ريب أن الظاهر منها الأول، فيكون الأمر بالطاعة على هذا الفرض مثبتا لوجوب قصد الأخلاص، فلا وجه للترديد بالتعبد والتوصل، وهذا نظير ما سيأتي - إن شاء الله - في عناوين المعاملات في أصالة اللزوم أن أوفوا بالعقود (2) معناه: العمل بمقتضاها، إن لازما فلازما وإن جائزا فجائزا (3) كما ذكره العلامة رحمه الله في أحد وجهيه (4) أو المراد: العمل بمقتضاها دائما، فيفيد اللزوم. وسنحقق (5) أن مادة الوفاء معناه الأبقاء (6) فإذا أمر بها (7) فقد أمر باللزوم، أي: إبقاءه على حاله وعدم فسخه، وكذلك فيما نحن فيه متى ما كان معنى الطاعة: الانقياد والتعبد بفهم العرف فالأمر بها (8) أمر بالأخلاص في كل أمر، وهو المدعى. وخروج النواهي عن ذلك غير قاذح لو سلم حصول الامتثال بمجرد الترك لقيام الدليل عليه، ولا يلزم خروج الأكثر، لقلة النواهي في جنب الأوامر جدا. ولو حمل (أطيعوا) على خلاف ظاهره لا يلزم حمله على القدر المشترك بين التعبد والتوصل - أي: الأتيان مطلقا - لوجود المجاز القريب، وهو التصرف في الهيئة وإرادة قصد التقرب من المادة أعم من الوجوب والندب، فيكون الأول في الأوامر والثاني في النواهي. والحاصل: لا دليل على ارتكاب خلاف الظاهر هنا أبدا. كما أن معارضة الأوامر الخاصة مع عمومها أيضا ممنوعة، لأنها أيضا ظاهرة في التعبد، ومع تسليم الأعمية فعموم الآية وارد عليها كما مر نظيره

(1) في (م): على وجه الأخلاص. (2) المائدة: 1. (4) في (ف، م): إن لازما فلازم وإن جائزا فجائز. (4) المختلف 6: 255 (أوائل السبق والرمية). (7) يأتي تحقيقه في العنوان 29. (7) في (م): مادة الوفاء تفصي بالأبقاء. (7) في (م): به. (8) كذا في (م) وفي سائر النسخ: به .

وتحقيقه في الآية السابقة. نعم، يمكن أن يقال: إن هذا على فرض التمامية يثبت وجوب قصد التقرب مستقلا لا شرطا، والمدعى: إثبات كون المأمور به مفتقرا إلى قصد التقرب. ويندفع: بأنه متى ما ثبت الوجوب ثبت الشرطية بعدم القول بالفصل. وما ينقل عن المرتضى (1) غير محقق أو غير قاذح. ومنها: الأخبار، نجو (2) لا عمل إلا بنية) و (لكل امرئ ما نوى) و (إنما الأعمال بالنيات) (3). (بتقريب: أن نفي العمل من دون نية التقرب نفي للصحة، فلا يترتب عليه الأثر من سقوط الأمر، وهو معنى الشرطية، وبذلك يثبت أنه عبادة. ولو حمل على نفي الذات فيدل على المدعى من دون إشكال، وكذا لو حمل على نفي الثواب ونفي ارتفاع العقاب. نعم، يرد على إرادة نفي الذات: أن العمل ليس له معنى شرعي، وقد نرى أن العمل يتحقق من دون نية الأخلاص، فلا وجه لنفي الذات. وإن أريد من (النية) (القصد والشعور، فمع أنه ليس وظيفة الشارع يتم في الفاعل المختار، وليس الغرض تنقيح وجوه الرواية. ودعوى الأجمال - كما صدر عن بعضهم - ساقطة جدا، إذ نفي الصحة أقرب المجازات، بل يمكن دعوى: أنه لا ينساق إلى الذهن من هذه التراكيب إلا ذلك، ومجرد الاستعمال في بعض المقامات في نفي الكمال غير قاذح. وما يقال: إن الأعمال التوصلية تصح من دون قصد التقرب، واللازم من ذلك

(1) إشارة إلى ما ذكره في الانتصار: 17 من أن معنى: قولنا: (إن الصلاة المقصودة بها الرياء غير مقبولة) هو سقوط الثواب، لا وجوب إعدادتها. (2) في غير (م): ك - لا عمل... (3) انظر الوسائل 1: 33، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات .

لزوم تخصيص الأكثر وهو قبيح، فلا بد إما من الحمل على نفي الثواب، أو نفي الكمال، أو إرادة العبادة من العمل، فلا ينفع في مقام الاستدلال. فقد عرفت الجواب عن ذلك فيما مر، من (1) أن نوع العبادة ليس بأقل من نوع التوصل، مضافاً إلى أن مثل هذا التخصيص غير مستهجن، والحمل على تلك المجازات أبعد من ذلك بعد التأمل التام. وهذا المقدار من التنقيح كاف في التمسك بالرواية، على أنا نقول: طريقة الفقهاء خلفاً وسلفاً الاستدلال في العبادات على اشتراط النية بهذه الروايات، لا للدلالة راجحة هلمعون إف، بل نعملاً اذهى لعة - لاد اهنوك ن ع(3 (فشكت) 2 [] كلتو [كما أنه جابر للسند، وتحقيقه ليس من وظائف المقام، والأشارة إليه إجمالاً: أن عملهم إما يجعل كاشفاً عن وجود قرينة مفهمة أو معينة أو نحو ذلك، وإما لأن المناط في فهم الخطابات على الظنون وعمل الأصحاب [تمسكاً به في فتاويهم] (4) من أقوى الأمور المحصلة للظن بالموضوع المستنبط ومعنى التركيب، وتنقيح البحث يحتاج إلى إطناب، والكلام فيه في الأصول. ومثل هذه الشبهة لا يعتنى بها في مقابلة ما ذكر، فتدبر. وقد اتضح من ذلك اشتراط النية في كل مأمور به، إلا أن يعلم الخلاف z z .

z

(1) كذا في (د)، وفي سائر النسخ: مع أن. (3) الزيادة من (م). (3) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: يكشف. (4) لا يوجد في (م).

[389]

(العنوان الثالث عشر) (في النية وما يتعلق بها من المباحث العامة)

[390]

عنوان [13] إذا ثبت أن كل عبادة مشروطة بالنية، فلها مباحث سارية في أبواب العبادات، قد بسطنا الكلام فيه (1) في شرحنا على النافع المسمى بـ) الحياض المترعة) في نيات الطهارات والصلاة، وندرج هنا المباحث المشتركة في الكل، ليجعل قانوناً كلياً، كسائر مباحث الكتاب، ومن أراد البحث عن الخصوصيات فليرجع إلى كلمة الأصحاب على ما يقتضيه كل باب. فنقول: إن هنا مباحث عديدة: أحدها: أن النية ليس المراد بها (2) قصد الفعل، إذ لا يصدر من المختار عمل إلا بقصد وشعور إلى الفعل، بل المراد من النية المأمور بها المعنوية في العمل إنما هو قصد الأخلاص والعبودية والتقرب، لكن البحث في أن ذلك هو الداعي أو الأخطار بالبال؟ بمعنى: أن العبادة يعتبر فيها أن يتخيل المكلف في ذهنه (أنني أفعل هذا الفعل - مثلاً - تقرباً إلى الله تعالى) ويتصور هذا الأمر، أو لا يحتاج إلى هذا التصور الذهني، بل كون الداعي إلى ذلك قصد التقرب كاف في ذلك، وهذا هو النزاع المعروف في كلامهم، وعبارات قدماء الأصحاب وتفريعاتهم - من المقارنة

(1) كذا، والمناسب: فيها. (2) في النسخ: به .

[391]

والاستدامة الحكمية ونحو ذلك - كلها مبنية على الأخطار بالبال. لكن جماعة من المتأخرين ممن قاربنا بانين (1) على كفاية الداعي. وهو المنتج. فنقول: إن الوجدان والعيان (2) يحكم بعدم صدور الفعل عن الفاعل المختار إلا بداع يوجب قصده الميل إلى العمل، وهو الغاية التي يفعل لأجلها، ولا يلزم خطورها بالبال في كل حال، لغلبة الواردات القلبية وكثرة الشؤون النفسية [كما عليه المدار، وهو المشاهد في الأفعال والأطوار] (3). ومن المعلوم: أن نية العبادة المأمور بها هو جعل المكلف ذلك الداعي

إطاعة المولى وحصول القرب والزلفى، وليس إلا كغيره من الدواعي وإن كان حصوله أشكل الأمور في العبادات، لكونه خلاف مقتضى النفس المغمورة في العادات. ولكن الأخطار بالقلب حال الشروع أو في الجميع غير مستلزم لحصوله، ولا كاشف عن وصوله (4). كما أن إخطار غيره بالبال ولو في جميع الأحوال لا يقدر في ثبوته. والوجه فيه: أن منبع الدواعي إنما هو الاذنان للقلب السامع بإحداهما دعوة الله إلى دار النعيم الموجب لصدور الأطاعة لتلك الغاية، وبالأخرى دعوة الشيطان إلى الجحيم الباعث على الأتيان لغير وجه الرحمان، وهما أمران سريان، كما يشهد به الخبر المعروف: (إن الرياء أخفى من ديبب النملة) (5) وخفاؤها يستلزم خفاء مقابلها أيضا، وذلك لوجود الألواح الخيالية المنتقشة فيها

(1) كذا، والصواب: بانون، والعبارة في (م) هكذا: لكن بناء جماعة من متأخري المتأخرين على كفاية الداعي. (2) والعيان: ليس في (م). (3) لم يرد في (م) (4). (في (م): وجوده. (5) لم نقف عليه في رواياتنا، نعم ورد عن أبي محمد عليه السلام: (الشرك في الناس أخفى من ديبب النمل على المسح الأسود في الليلة المظلمة) وورد عن الصادق عليه السلام: (إن كل رياء شرك) انظر البحار 29872، ج 31 وص 302، ح 45، وبمضمونهما روايات كثيرة.

[392]

صور المدركات الحسية والمنتزعات الذهنية تحت عالم القلب الشاغلة عن حقيقتها وبروز المستكن فيها، فبعروض التسويل والتدليس فيها بين الجنودين يخفى على الإنسان ما هو الكامن في نقطة القلب. فتارة يتخيل التقرب إلى الله بالخيال والحواس، وأخرى لشدة الخلط ينجر إلى الوسواس، وثالثة يتوهم الصدور من غير شعور، وإنما الناقد البصير والمجاهد الخبير يطلع على الوفاء والخلف بالاطراد والتخلف بمزاولة الأعمال ومراقبة الأحوال بحسب الخلوة والحضور والأزمنة والأمكنة. فإن أدرك عن نفسه الأخلاص فنعم المفر والمناص، ولا يضره عدم الشعور به عند الشروع فيه، لكمونه في القلب كالروح في الجسد، وهو المراد من التلبس بالنية الحاصل بارتفاع دواعي الجهل عن نظر الفؤاد والتفاتة إلى الصدق والسداد. وقد علم أن الداعي أمر واقعي، وليس مجرد الخيال والأخطار بالبال، بل الحق امتناع ذلك بعد الشروع في الأقوال والأفعال، لعدم صدورها إلا عن تصور وشعور وإدراك وحضور، كالعبد المشتغل على السؤال والجواب القائم مقام الخطاب بين يدي المولى بأنواع الخوف والرجاء، حيث لا يلتفت إلى الغاية المقصودة أصلا وإن كان بعد مراجعة القلب يعرف الداعي إليه والغرض منه، وذلك الأمر يحتجب بصور الأعمال والأقوال المخطرة بالبال التفاتا إلى لوح الخيال، وينكشف بعروض المنافيات وتبدل الأوقات، وهذا لو وجد دام حقيقة (1) - كالروح في البدن - ولو عند الذهول أو خطور غيره بعد الدخول ما لم ينشأ المنافي من الطرف المقابل، ولا يفرق حينئذ بين المخطر والذاهل، وهكذا الكلام في كل عمل مع غايته المقصودة في بدايته، وعليه طريقة العباد في أمر المعاش والمعاد. وليس مصب الأدلة في النية إلا هذه الطريقة، لصدق الامتثال بقصد الأفعال لداع معين وإن لم يخطر بالبال.

(1) في (ن): حقيقته.

[393]

وهذه المسألة في تحقيق معنى الداعي والنية قد اشتبهت على كثير من الناظرين في المقام، لكثرة تشوش العبائر والتعبيرات في بيان المدعي، وبعبارة واضحة: الداعي (1) عبارة عن كون القوة العاقلة المدركة التي تلاحظ الأغراض وتبعث البدن على الأتيان بمقدماتها وأسبابها بانية على غرض التقرب والزلفى في إتيان العبادات، لا على غرض آخر. والأخطار بالبال عبارة عن استحضر هذا العلم أيضا في القلب حتى يحصل العلم بهذا العلم عند العمل، ولم يعلم من أدلة النية اعتبار ذلك، لأنه خلاف ما جرت عليه عادة الناس في أعمالهم، فإنما لم نجد أحدا عند اشتراء اللحم لأهله أن

يتصور في ذهنه (أنني أشتري هذا اللحم ليعالي ليأكلوه ويسلموا من ألم الجوع ويبرأ ذمتي من وجوب الأنفاق) مع أنه معلوم أنه لو سئل عن الداعي إلى شراء اللحم لأجاب أن السبب هذا، لا شيء آخر، فتدبر جدا. وثانيها: أنه لا يلزم التلفظ بالنية في شيء من المقامات، لعدم دليل على وجوبه، وقد عرفت أن أدلة النية غير دالة على ذلك. وما ورد في باب الحج من التلفظ عند المناسك، كقوله: (اللهم إني أحرمت) (2) ونحوه، وذكره الفقهاء في كتبهم الفقهية (3) فإما هو لازم خارجي دل عليه الدليل، أو مستحب كما هو الظاهر، وهو أمر زائد على حقيقة النية المبحوث عنها. ومن هنا يعلم: أن التلفظ بها في سائر العبادات ما لم يرقم عليه دليل موجب للتشريع لو أتى به بقصد الاستحباب، وبدونه فهو لاغ (4).

(1) هذه الفقرة من أولها إلى هنا وردت في (م) كما يلي: وقد اشتبه على كثير تحقيق معنى الداعي، لاضطراب العبائر في بيانه، والعبارة الواضحة فيه: هي أنه عبارة... (2) لم ننف عليه في الأحاديث بالتلفظ المذكور، نعم وردت روايات كثيرة بلفظ (اللهم إني أريد...) انظر الوسائل 9: 22، الباب 16 من أبواب الأحرام، والباب 17 منها. (3) التذكرة 1: 298، الدروس 1: 307، المسالك 2: 126. (4) في (م): لغو.

[394]

وأما الأخطار بالبال: فقد عرفت أنه قد اعتبره جماعة من القدماء، فإن أرادوا أن معنى النية ذلك فقد عرفت أن التحقيق خلافه، وإن أرادوا لزومه تعبدا - وهو شيء زائد على الداعي المعتبر - فلعل الوجه: أن الداعي لما كان أمرا خفيا لا يتميز غالبا - وإنما ينقحه أصحاب الأذهان السليمة والمجاهدات - فاللازم اعتبار أمر واضح يبتني عليه الحكم ويتصف العمل بالصحة والفساد معه، وهو الأخطار بالبال، فيكون معنى كلامهم: أن مع كون الداعي التقرب لا بد من تصويره أيضا حتى يسلم عن الشوائب ويتضح عن غيره، لا أن مجرد الأخطار نية وإن لم يكن المخطر بالبال هو الداعي، إذ القول به مناف لأدلة النية. وهذا وجه جيد. مع أنه يمكن أيضا أن يقال: إن ما ورد في باب الحج وغيره من الروايات في كيفية القصد والشروع في العبادة أيضا يرشد إلى استحضار الداعي عند العمل، مضافا إلى أنه العمدة المميز (1) بين العبادة وغيرها، فالاهتمام بشأنها أزيد من غيرها، مضافا إلى الأجماع المحكي عن المنتهى في الصلاة (2) ورواية العلل: (في وقت رفع اليدين في التكبيرات إحضار النية وإقبال القلب على ما قال وقصد) (3) ولا ريب أن ملاحظة هذه الوجوه مع فتوى أساطين الأصحاب مما يؤيد اعتبار الأخطار تعبدا، وهو أحوط إن لم يكن أولى، بل أقوى (4). وثالثها: أن على القول بالداعي: لا ريب أن استدামته حقيقة (5) والعمل متلبس به من ابتدائه إلى آخره إلا أن يتبدل الداعي بداع آخر، كعروض قصد الرياء ونحوه، وذلك كلام آخر، والغرض (6) أن الداعي موجود دائما حقيقة، ولا يمكن صدور الفعل من دون داع، لأنه أحد أجزاء العلة التامة، وبانتفاؤه ينتفي المعلول، فهو مستديم حقيقة، مقارن لأول جزء من العمل ووسطه وآخره.

(1) في (م): العمدة في التمييز. (2) المنتهى 1: 266. (3) علل الشرائع: 264، ب182، ح 9. (4) في (م): وهو أحوط إن لم يكن أقوى. (5) كذا، ولعلها في الأصل: حقيقة. (6) في (ف)، (م) والغرض.

[395]

وأما على القول بالأخطار واعتباره: فقضية الأصل فيه أيضا اعتبار دوامه واستمراره، لاعتبار تلبس العمل به، والعمل اسم للمجموع، لكنهم لما رأوا أن ذلك غير ممكن في جميع الأطوار، لضرورة الذهول في البين - إذ ما جعل لرجل في جوفه من قلبين (1) - لم يوجبوا ذلك دائما، واعتبروا المقارنة لأول جزء من أجزاء العمل، إذ المتقدم عليه يكون عزما، والمتأخر عنه موجب لخلو بعض الأجزاء عنه حقيقة وحكما، مع أن الظاهر من أدله النية اعتبارها ابتداء والتلبس بها حال الفعل، واعتبروا الاستمرار الحكمي إلى الفراغ. والمراد به - كما عن جماعة - (2) عدم نية ما ينافيها، وفسره الشهيد في الذكرى بالعزم على مقتضاها (3) (بمعنى: أن كلما يلتفت إليه يعزم على ذلك القصد

الأول إتيانا بالميسور. والفرق بينه وبين الاستدامة الفعلية واضح، فلا وجه للرد بأنه التزام بالحقيقة، والثمرة تظهر في حال الذهول عنه. وحيث إن الأخطار - على ما ذكرناه - مستند إلى الوجوه الماضية، وهي لا تقتضي أزيد من اعتباره في أول العمل، فيقتصر عليه، ونفسر الاستدامة بعدم قصد المنافى، كما عليه الأكثر، وهذا هو الأوفق بالقواعد. وحيث إن عدم لزوم استمرار الأخطار للعسر والحر، فلذلك لا نعتبره في الأذكار والأعمال المترتبة والتعقيبات ونحو ذلك، وبكفي فيها الداعي والخطور في أولها، ولا يحتاج في أول كل ذكر وتعقيب الأخطار بالبال. قال الشهيد في القواعد: وتجزئ نية أعمال متصلة في أولها، ولا يحتاج إلى

(1) كما قال الحكيم في كتابه الكريم: ما جعل الله لرجل من قلوبين في جوفه الأحزاب: 4. (2) منهم الشيخ في المبسوط 1: 19، والمحقق في المعتمد 1: 139، والعلامة في التذكرة 1: 141، والشهيد الثاني في المسالك 1: 34. (3) الذكرى 81.

[396]

تجديد نية [لأفرادها] (1) وإن كان كل واحد منها مباحا لصاحبه، كالتعقيب (2) والسيرة قاضية بذلك. وقد جعل جماعة من المتأخرين أمثال هذه الأشياء ردا على المتقدمين القائمين بالأخطار، والمخلص عنه واضح. ورابعها: أن بعد اعتبار معنى الأخلاص لا ريب في أن قصد الرياء - بمعنى: أن يكون المقصود منه التقرب إلى غير الله تبارك وتعالى للتوصل إلى الأغراض النفسانية - مناف له مبطل للعبادة، لانتفاء شرطها. وحكي عن المرتضى رحمه الله إسقاط الثواب بالرياء، ولم يوجب الأعادة (3) وهو شاذ، وتام الكلام في الفروع. وأما غير الرياء فالغايات متعددة: 1 - (4) التعبد لله تعالى خالصا عن جميع الشوائب والصفات. و 2 - قصد قربه (5) تعالى والارتباط بالحضرة القدسية، ومعناه باللسان الواضح: تعرية النفس عن النقائص والأدناس، وإرادة ترقيقها إلى مدارج مراتب التجرد والتخلص عن التعلقات المعنوية، ولا طريق لذلك إلا الثبات في إطاعة الحضرة الأحدية، وإلى هذا المقام يشير الإمام بالحق علي أمير المؤمنين عليه السلام: (وخلق الإنسان ذاته نفسا ناطقة إن زكاها بالعلم والعمل فقد شابته أوائل جواهر عللها (6) وإذا اعتدل مزاجها وفارقت الأضداد فقد شارك بها السبع الشداد) (7). وهذا هو المعنى الذي يقصده أرباب المجاهدة. و 3 - كونه تعالى أهلا للعبادة. قال الشهيد في القواعد: وهو أكمل مراتب الأخلاص، وإليه أشار عليه السلام بقوله: (ما عبدتك طمعا في جنتك، ولا خوفا من

(2) من المصدر. (2) القواعد والفوائد 1: 116، الفائدة: 24. (3) الانتصار (4) 17. في (د): أحدها... وثانيها... الخ. (5) في (م) زيادة: إليه. (6) في المصدر: جواهر أوائل عللها. (7) المناقب لابن شهر آشوب 2: 49.

[397]

نارك، ولكن وجدتك أهلا للعبادة فعبدتك) (1). و 4 - كون العبد أهلا للخدمة. وهو قريب من الثالث. و 5 - لمالكه تعالى، أو لمملوكية نفسه. وهما يقربان مما مر. و 6 - للحياء منه تعالى. وهو غرض مقصود، وفي الخبر: (استحيوا من الله حق الحياء) (2). (عبد الله فكأنك تراه، فإن لم تكن تراه فإنه يراك). (3) (وعن علي عليه السلام رضى الله عنه عليهما السلام رحمهم الله (في جواب دُعْبِ الْيَمَانِي: (أنا لا أعبد من لا أراه) (4). وهذا مرتبة أهل اليقين. و 7 - لمحبتة تعالى، فإن المحب يعبد محبوبه، ولا محبوب إلا الله تبارك وتعالى، لأن كل كمال فيه ومنه. وهذا مرتبة المشتاقين. و 8 - لطلب رضاه تعالى الموجب للنجاة في الدين والدنيا. وهذه مرتبة المخلصين. و 9 - لشكر نعمته (5) واستجلابا للمزيد وطلبا لعلو المرتبة وحذرا من تسافلها الموجب لانسلاخ النعم. وهذه مرتبة الصالحين والمصلحين (6). و 10 - فعلها تعظيما ومهابة وانقيادا وإجابة. وهذه مرتبة الخاشعين. و 11 - فعلها طلبا لعفوه تعالى، واعتذارا عما وقع من التفريط في جنبه تعالى. وهذه مرتبة الراغبين والتائبين. و 12 - ملاحظة الفوز

بالثواب والخلاص عن العقاب. وهذه مرتبة الاجراء والناقصين في الرتبة والأدنيين في الهمة. وهذه الغايات لا بأس بقصدها .

(1) القواعد والفوائد 1: 77، الفائدة: 2. (3) الكافي 2: 68، باب الخوف والرجاء، ح 2، وفيه: يا إسحاق خف الله كأنك تراه... (4) توحيد الصدوق: 308، الباب 43، ح 2، ولفظ الحديث: ويلك يا ذئلب! ما كنت أعبد ربا لم أره. (5) في (ف، م): لشكر نعمة. (6) والمصلحين: ليس في (م)، وفي (ف): الصادقين والمصلحين .

[398]

وحكي عن ابن طاووس البطلان بقصد الأخير (1). وقال الشهيد في القواعد: وأما غاية الثواب والعقاب فقد قطع الأصحاب بكون العبادة فاسدة بقصدهما (2). (ولعله لمنافاته التعظيم، وكونه معاوضة والعبادة غير ذلك، وللدعاء السابق في الغاية الثالثة (3). ويدفعه لزوم العسر الشديد والخرج الوكيد المنفيين آية ورواية، وظواهر ما دل على الوعد والوعيد المستفاد منه جعلهما غاية، وما دل على الدعاء رغبا ورهبا وخوفا وطمعا، وصدق الامتثال عرفا، ولا ريب أن التخلص عن هذه الأغراض عزيز الوجود بل لا يناله إلا الاحاد في (4) العباد. ولعل مراد الشهيد رحمه الله قصدهما من دون قصد تقرب إلى الله، بل يكون (5) الغرض محض ترتب الثواب، والتخلص عن (6) المهلكة من دون انبعاث في النفس إلى العبادة والقرب، ولا ريب أنه كذلك، فإن مرادنا بالصحة قصد التقرب ليترب عليه هذان الأمران، بمعنى: أنه يريد التقرب إلى الله تعالى للجنة والنار لا لأمر آخر، وأما قصد حصول الجنة واندفاع العقاب بهذا العمل من دون إرادة التقرب إلى الله فذلك مفسد جزما. وخامسها: في أحكام الضمان والمنافيات الطارئة في الأثناء. لو ضم مملوكا في النية إلى المالك الأصلي متعدد كان أو واحدا، فإما أن يجعل المجموع المركب غاية وداعيا إلى العمل، أو يجعل الخالق أصليا والمخلوق تبعا، أو بالعكس، أو يجعل كلا منهما علة مستقلة .

(1) حكاه عنه الشهيد الثاني في الروض: 27، والسيد السند في المدارك 1: 187 (2). القواعد والفوائد 1: 77، الفائدة: 2. (3) يعني دعاء أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام: ما عبدتك طمعا في جنتك... (4) في (م): من. (5) في (ف، م): يكون. (6) في (ف، م): من .

[399]

فعلى الأول: يبطل العبادة، لعدم الأخلاص، وللانحصار في ابتغاء وجه رب العزة، ولصدق نواهي الرياء عليه، وسلب (كونه لله) عنه. وعلى الثاني: فالذي يقوى في النظر الصحة، لأن العلة التامة التقرب إلى الخالق، وبه يتحقق العمل مع وجود أجزائها الآخر، ويصدق عليه الأخلاص، ولا يصدق عليه الرياء، والمتبادر من الحصر بابتغاء وجه الله كونه السبب المستقل، ولا ينافيه التوابع. وعلى الثالث: يبطل أيضا، والوجه يتضح من القسم الأول. وعلى الرابع: إشكال، من إتيان الفعل للخالق لو فرض عدم غيره أيضا، ومن تدافعهما وتساقطهما لفقد الأولوية، فكأنه بلا نية، وفوات الانحصار المذكور في الآية الشريفة. والأقوى البطلان. وملاحظة النار والجنة مع التقرب أيضا ينقسم بالاقسام (1) ويحى في الأحكام السابقة، وقد أشرنا إلى ذلك في الغايات. ولو نوى اللوازم (2) للعمل - كالتبرد ونحوه في الوضوء من تنظيف وغيره - ففي القواعد فيه وجهان: من أن نيته كعدمه، للزومه للعمل لا محالة، ولأنه يحصل فيه معنى الأخلاص (3). والحق انقسام ذلك أيضا إلى الأقسام السابقة، والكلام الكلام. ومن هذا الباب ضم ملازمة الغريم إلى القرية في الطواف والسعي والوقوف ونحو ذلك. ولا يضر مجرد حصول المسرة عند حضور الناس في أثناء عمله، كما لا يضر خطور بعض الأمور بالقلب بطريق الوسواس وحديث النفس، وفي النصوص

(1) في (م): ينقسم إلى الأقسام المزبورة. (2) في (ن): اللازم. (3) القواعد والفوائد 1: 79، الفائدة: 3 .

دلالة على ذلك (1). ولو ضم ما ليس بلازم وليس بمناف - كقصد الكون في الدار مع الصلاة، وقصد الخروج إلى 2 السوق مع القرية في الوضوء ونحو ذلك - فإن قصد مشروعية العبادة لهذا الشيء المنوي فقد شرع وأبطل، وإن قصد ذلك من نيته فيمكن القول بالبطلان بمجرد الاشتغال بما لا يحتاج إليه. والأقوى ملاحظة ما مر من الأقسام والأحكام، فإن ضابط مسألة الضمائم ما ذكرناه. وأما المنافي: فلو نوى عملاً مقطوعاً - كنصف وضوء أو صلاة ونحو ذلك - بطل، لعدم النية إلى المأمور به، ولا ينفع بعد ذلك إتمامه. ولو نوى القطع في الابتداء، بمعنى: أنه نوى العبادة ونوى أنه يقطعها ولا يأتي بها، فكذلك في البطلان، ويؤول إلى نية المقطوع، وكذا لو نوى القاطع ابتداءً، كما لو نوى في أول الوضوء أو الصلاة أن (2) يحدث في أثائهما، والوجه واضح مما مر. ولو نوى شيئاً من ذلك بعد الفراغ من العمل، فلا يبطل قولاً واحداً. ولو نوى في أثناء العمل الخروج عنه، فعن جماعة البطلان، وعن آخرين العدم (3). وكذا لو نوى أنه سيخرج فمن المتأخرين من أبطل به، ومن السابقين من لم يبطل، ومنهم من تردد. ولو شك في أنه يخرج أم لا، فتردد بعضهم، وأبطل آخرون، وصححه ثالث. ومنهم من فرق في هذه الفروع بين كون النية جزءاً أو شرطاً، والعبادة اسماً للصحيح أو الأعم، فأبطل على الأول منهما دون الثاني.

(1) انظر الوسائل 1: 44، الباب 8 من أبواب مقدمة العبادات، الحديث 6، وص 55، الباب 15 منها، ح 1 و 2.
(2) في النسخ: أو. وهو سهو. (3) إن أردت تفصيل الأقوال ومعرفة قائلها في هذا الفرع والفروع الآتية انظر مفتاح الكرامة 2: 330 - 328.

وفي نية القاطع - كالحديث والتكلم في الصلاة - قول بالبطلان، وقول بالعدم، وقول بالتفصيل بين القواطع. ولو نوى أنه خارج عن العبادة، فأبطله في المختلف (1) ووافقه آخرون. وتعليق الخروج بأمر متيقن الوجود كنية الخروج - على ما نصوا عليه - والتردد فيه كالتردد فيه. ولو علق على محال، نصوا على عدم البطلان. ولو علق على ممكن، فقول بالبطلان، وقول بالصحة، وقول بأنه إن حصل بطل، وإلا فلا، وقول بأنه لو علق على مستبعد الوقوع صح وفي المساوي أو الراجح يبطل. هذا (2) صور المنافيات، وليس غرضنا من نقل هذه الأقوال تنقيح هذه المباحث، فإننا قد استوفينا الكلام فيه في الفروع، خصوصاً في نية الصلاة، من أرادها فليرجع إلى شرحنا على النافع، والغرض هنا بيان الضابط. فنقول: إن النية إذا جعلناها الداعي علة غائية لا يعقل العمل بدونها. نعم، لا يلزم كون ذلك التقرب، فقد ينقلب الداعي ويتبدل ويستمر العمل على حاله، للزوم غاية ما في وجوده. والمستفاد من أدلة النية كون الداعي التقرب إلى آخره، فكما أنه متى تبدل بغيره - كالرباء - بطل، لعدم وجود ما اعتبره الشارع غاية، فكذا لو ارتفع أصل الداعي لا يعقل العمل ولا يمكن الاستمرار عليه، فما دام المكلف مستمراً على العمل فالداعي موجود، سواء عزم [على] (3) الخروج، أو [على] (4) أنه خارج، أو تردد، أو قصد المنافي من حينه، أو بعده، أو علق على ممكن أو محال أو موجود، إذ استمراره على القراءة أو الغسل - مثلاً - كاشف عن بقاء الداعي، وهذه

(1) المختلف 2: 139. (2) كذا في النسخ، والمناسب: هذه. (4، 4) الزيادة من م.

كلها تصورات لا تزيل العلة ولا تقدح في الامتثال. ودعوى: أن المتبادر من أدلة النية ما لم يكن ذلك فيها، ممنوعة، إذ الظاهر منها بقاؤها، وقد علمت أنه باق قطعاً ولم يتبدل

- كما هو المفروض - ولم ينقطع جزما، لدلالة الأثر على مؤثره. فالاستدامة الحقيقية موجودة في الداعي، وما عداه تخيلات، ولا يحتاج إلى استصحاب ونحو ذلك، أو القول بأن الاستدامة غير معتبرة. ولو عرض أحد هذه المناهيات بحيث رفع الداعي ووقف عن العمل، فإن كان من الأعمال المعتبرة فيها الاتصال والموالة والهيئة المجموعة فمتى فانت بطل، وإن لم يكن من ذلك القبيل فمتى ما عاد الداعي المقصود - أي التقرب - واشتغل بالعمل صح من دون كلام. ودعوى: أن الجزء السابق قد انقطع عن اللاحق فبطل فلا ينفذ لحق اللاحق، إنما تسلم لو كان هناك الفصل مبطلا، ولو لم يكن مما اعتبر فيه الاتصال فلم يبطل حتى ينقطع. فلو غسل رأسه في الغسل ونوى بعد ذلك أني لا أغتسل بعد ذلك، ثم بعد مدة طويلة عرض له الداعي وخوف الله فقام يغسل يمينه وشماله، صح على ما حققناه (1) وكذلك في الوضوء قبل فوت الموالة، وفي الصلاة قبل طول الفصل المخل بالهيئة، ونظائر ذلك في أعمال الحج واضحة جدا. وأما على القول بالأخطار: فالظاهر أن هذه الفروع والأقوال كلها مبنية عليه، وقد عرفت أنا لو اعتبرناه - كما قويناه - إنما نعتبره في أول العمل، ولا نعتبر أزيد من ذلك، لما مر من الوجوه الدالة عليه، ولا نعتبر عدم العزم على المناهية أو العزم على البقاء، ونحو ذلك. فعندنا أيضا لا يبطل بهذه الفروض، إلا بارتفاع الداعي الموجب لتعطيل العمل

(1) في غير (م) زيادة: (من دون).

[403]

بفصل مخل، أو انقلاب الداعي من التقرب إلى غيره. وهذا هو الضابط في هذا الباب، وإلا فكلمة الأصحاب مما لا يكاد يلتئم في هذا المقام، فعليك بالتأمل التام. ولو نوى جزءا من أجزاء العمل لغيره أو خارجا عن العمل وقصده عبثا أو لأمر خارج فهو خارج عن العبادة، لعدم كون داعيه التقرب، فإن كان العمل مما يبطل بمثل ذلك الفاصل بطل، وإلا أتى بذلك الجزء مرة ثانية لأصل العمل. ومن هنا يعلم: أن من قصد الرياء بجزء من أجزاء عبادته بطل ذلك الجزء ويعيده مرة أخرى بالأخلاص، ويصح عمله، فتدبر فإن المقام من مزالق الأقدام للأعلام. وسادسها: أنه يعتبر في النية تعيين المنوي بمشخصاته ومميزاته: من جنسه ونوعه وصفه وشخصه. وتوضيحه: أنه لو كان ذلك العمل الصادر من المكلف قابلا في الواقع لاحتمالات، مثل كونه أداء أو قضاء، مندوبا أو واجبا، أصالة أو نيابة، ظهرا أو عصرا، ونحوها من الأمور المحتملة - ويجري هذا الاحتمال في كثير من العبادات بل كلها - فإنها قابلة للصدور على وجوه كثيرة وأنواع وأصناف وأشخاص، فإذا كان كذلك فلا بد من توجه القصد للمكلف إلى أحد هذه الأمور بعينه بحيث يتعين ولا يمكن صرفه إلى شئ آخر، فلو لم يعين كذلك بطل، سواء أطلق أو قصد المردد بين المحتملات. والوجه في ذلك: أن بعد حصوله لا يحسب على الاثنين جزما، لأنه واحد، ولا على واحد بعينه، لأنه ترجيح من دون مرجح، ولا على واحد مردد، لأن المردد ليس مأمورا به، وإنما المكلف به الخصوصيات والعنوانات التي تعلق بها التكليف. وليس غرضي من الخصوصيات الأشخاص، بل خصوص ما تعلق به الخطابات، وإنما البحث فيما يحصل به التعيين.

[404]

فنقول: قد يحصل التعيين بخلو ذهن المكلف عن الاحتمال الآخر بسهو أو جهل ولا يخطر بباله إلا صورة واحدة فيأتي بها، وبالتفات إلى ذهنه إلى أحد الاحتمالين في الاتيان مع حضورهما في الذهن. وربما يتخيل أن التعيين (1) شرعا كاف وإن لم يعين المكلف، بمعنى: أنه ينصرف إلى الواقع وإن لم يعينه. وهو بعيد، لأن المكلف يحتمل أن يريد خلاف ما هو المعين في الواقع عمدا عسيانا، مثلا: له أن ينوي في شهر رمضان (أن صومي في هذا اليوم لا أريده لشهر 2) (رمضان، بل أريده صوم نذر، أو صوم آخر، أو صوم نيابة عن آخر) عمدا عسيانا، فإذا احتمل هذا الاحتمال، فمتى ما أهمل بالقصد لم يعلم الامتثال، فلا بد من التفات ذهنه إلى ما هو على ذمته عند الشارع، وهذا هو المراد من التعيين. ومثل ذلك صورة تردد الفاتنة بين صلوات، فلا يكفي فيه الإطلاق، بل يجب التفات الذهن على ما في ذمته في الواقع. والتعيين

بالمعنى الذي ذكرناه ضابطة قصد ما امر به بالخصوص، لا المردد بين أمور مأمور بها. وهذا التعيين قد يتوقف على قصد وجوب أو نذب، وقد يتوقف على أداء وقضاء، وقد يتوقف على اعتبار زمان أو مكان، أو سبب من أسبابه - على اختلاف أنواعها وأقسامها - وقد يحصل من دون ملاحظة شئ من ذلك، كمن أقدم في أول الظهر على الصلاة الواجبة الظهرية التامة الأدائية الواجبة عليه أصالة، مع خلو ذهنه (3) عن سائر الصلوات كافة فريضة أو نافلة، ومع خلو ذهنه عن ملاحظة وصف الظهرية والوجوب والادائية والأصلية والتمامية (4) ونظائر ذلك، بل ليس في ذهنه إلا الصلاة المعهود فعلها في ذلك، فقام وكبر لذلك. وليس في هذه النية جهالة في المنوي بوجه، مع أن شيئا من الصفات غير ملحوظ في

(1) في (ن، ف): التعيين. (2) في (م): لا إريده صوم رمضان. (3) في (م): ذمته (4). في (م): التامية .

[405]

الذهن إلا كونه مأمورا به، وعليك مقايضة سائر العبادات بذلك. وسابعها: في لزوم قصد الصفات الخارجية، كالوجوب والندب والأداء والقضاء والقصر والأتمام والاصالية والنيابة والجماعة والانفراد وكون سببها الأمر الغلاني، ونحو ذلك يجئ في جميع أصناف العبادات، ولا يختص بالصلاة. فنقول: إن توقف تعيين المأمور به في نظر المكلف على أحد هذه الأمور - بحيث ما لم يقصده لم يتشخص المأتي به على كونه امتثالا لأحد الخطابات - فلا كلام في وجوب القصد، وهو مسألة التعيين، ودليله قد تقدم. وأما لو لم يكن التعيين موقوفا على شئ من ذلك فلا دليل على لزوم قصد شئ من ذلك، إذ اللازم إتيان المأمور به بقصد التقرب. وأما عد صفات المأمور به ولو أحققها فلا دخل لها في ذلك، ولا ربط لها في امتثال الأمر، ومجرد كونه في الواقع متصفا بهذه الصفات لا يوجب قصد ذلك كله. ولو قيل: إن التعيين لا يحصل إلا بذلك. قلنا: فرض كلامنا فيما يتعين بدونه، مع أنا نقول: إنكار التعيين بدون تصور هذه الصفات مناف للوجدان، إذ التفات الذهن إلى شئ معين في الواقع من دون ملاحظة أوصافه - وإن كان لو التفت إليها لعلمها وتخليها - غير عزيز بل هو الغالب في الأفعال وخطابات العرف وقصود المكلفين في أمور معاشهم ومعادهم، فمن اعتبر قصد الوجه والأداء والقضاء ونظائر ذلك تفريعا على مسألة التعيين فلا يطرد كلامه في جميع الفروض، وقس عليه سائر الصفات. نعم، ظاهر كلام المتقدمين اعتبار قصد الوجوب والندب تعبدا ونحن نمعنه، سيما مع ورود الخطابات بالطلب من دون تعيين الوجه المستلزم على تقدير اعتباره تأخير البيان عن وقت الحاجة، وعسر تميز الواجب والمندوب في أغلب الأوامر، بل ربما يقال: إن اعتبار الوصفين مناف لغاية العبودية الكاملة، مع

[406]

أن صدر الإسلام كان تمييز (1) الواجب والمندوب على المكلفين مما لا يستطاع، بل في بالي أن في بعض الروايات دلالة على أن اللائق إتيان المأمور به من دون فحص عن كونه واجبا أو مندوبا، ولم نجد في أدلة المعتبرين لقصد الوجه ما يعتمد عليه، وإذا لم يجب ذلك فالصفات الآخر بالاولوية. فلو نوى إحدى الصفات في مقام الآخر (2) جهلا أو سهوا أو نسيانا أو عمدا فلا يضر بعد تعيين المأمور به، بمعنى: عدم جعل شئ من ذلك قيذا ومشخصا، بل بنويه على أنه مورد، ويقصد أن ما هو المعين في نظري متصف بذلك، فمتى ما خالف الواقع يلغو، وليس ذلك إلا كالمسجد والبيت وغير ذلك من الأمور الخارجية لو نوى كون عبادته على إحدى الصفات الخارجية وهو عالم بخلافها أو جاهل. ومن هنا يعلم عدم لزوم تغيير (3) النية من إحدى هذه الصفات إلى الأخرى لو فرض انقلاب الواقع، كالصبي يبلغ في أثناء عمله المجزي عن الواجب. وكذا لا يجب قصد الوجوب والندب الغائيين، ووجه الوجوب والندب: من اللطف، أو ترك المفسدة، أو الشكر، أو مجرد الأمر - على الاختلاف في ذلك - فإن ذلك كله لا دليل عليه. وثانها: أن الأمر المعتبر في العبادة إما شرط وإما جزء، وقد اختلف في النية. فقيل: إنها جزء (4) لأطلاق كلام الفقهاء بأنه ركن، ومعنى الركن: الجزء العمدة. ودعوى: إرادة ما يبطل العمل بفواته، مدفوعة بأن ذلك مناف لقاعدة النقل، ولأن ذلك

موجود في سائر الشرائط، ولعد الأصحاب لها في أفعال الصلاة، ولالتزام الصلاة منها (5) كسائر أجزائها، ولاعتبار شرائط الصلاة من القبلة والقيام

(1) في غير (ف): تميز. (2) كذا، والمناسب: الأخرى. (3) في (ن، م): تغير. (4) نفى عنه البعد الشهيد في الذكرى: 176، وجزم به ابن فهد في الموجز (الرسائل العشر): 73، قال: (وهي جزء نسميه الشرط) ونسبه في المدارك (3: 308) إلى ظاهر الشرائط. (5) في غير (م): عنها .

[407]

والطهارة فيها، فكذا في غير الصلاة من سائر العبادات، والغرض التمثيل .وقيل: إنها شرط (1) لأنها سابقة على العبادة، والجزء يكون داخلا، وقد كشف عن هذا المعنى تحديد أول الصلاة بالتكبير في النص (2) فغيرها كذلك، ولأن جزئيتها تقضي بافتقارها إلى نية أخرى فيتسلسل، ولأنها تتعلق بالعبادة، وتعلق الشيء بنفسه (3) غير معقول. ويمكن أن يقال: إن عدها من الأركان والأفعال (4) لكونها أشد اتصالا بالعبادة وإن كانت خارجة في الحقيقة، والتنام العبادة منها (5) (ممنوع، واعتبار الشرائط فيها غير ملازم للجزئية. كما أنه قد يقال: لا نسلم كون النية سابقة، بل هي أول الأجزاء، والخبر (6) محمول على الأجزاء البدنية الظاهرية، ولا نسلم لزوم النية لكل جزء، أو نقول: إن نية النية نفسها، وتعلق الجزء بالكل لا بأس به، لكفاية المغايرة الاعتبارية، أو نقول بتعلقها بما عدا نفسها، ولكن أدلة النية ظاهرة في خروجها عن العمل. والذي يقتضيه النظر أن يقال: إنه جزء معنوي متصل من أول العمل إلى آخره، كالروح في البدن. فإن شئت قلت: شرط، لأنه خارج عن تركيب البدن، إلا أن بدونه لا يترتب عليه الآثار. وإن شئت قلت: جزء، لأن الأنسان عبارة عن المجموع، لا نفس الهيكل، فلا تذهل .وتاسعها: أن الأصل أن لا يجزئ نية أحد الأمرين عن الآخر، كما أن الأصل

(1) قاله المحقق في المعتبر 2: 149، والعلامة في المنتهى 1: 266، والشهيد الثاني في الروض: 255، والسيد السند في المدارك 3: 308. (2) الوسائل 4: 714، الباب 1 من أبواب تكبيرة الأحرام، ح 7، بلفظ: فإن مفتاح الصلاة التكبير. (3) في غير (م): بنفسها. (4) في غير (م): إن عدها للأركان ومن الأفعال. (5) في غير (م): عنها. (6) يعني الخير المشار إليه آنفا .

[408]

عدم إجزاء أحد الأعمال عن غيره، لأن كلا منهما مأمور به، والأصل عدم التداخل، وقد تقدم تحقيقه (1). وما ثبت في بعض المقامات فإنما هو بالدليل .والأصل عدم جواز العدول عن نية إلى أخرى، لأن الواقع لا ينقلب، وهو من المستحيلات، إلا إذا قام الدليل الشرعي على ذلك، فيقوم أجزاء ما مضى مقام أجزاء ما سيأتي تعبدا، وقد ثبت ذلك في الفقه في مقامات لا يخفى على من راجعها. والأصل أن تكون النية من نفس المكلف، ولا أثر لنية غيره، لأنه ظاهر أدلة النية، إلا فيما دل الدليل على خلافه، فلو كان عاجزا في وضوء أو غيره فوليه غيره ينوي العاجز دون المباشر، للقاعدة. وفي النية بعد ذلك كله مباحث شريفة وفروع لطيفة ونكات ودقائق، من أرادها فليرجع إلى كتب الفروع بحسب المقامات الخاصة. وقد أورد جملة منها شيخنا الشهيد في قواعده (2) تركناها لئلا يخرج عن وضع الكتاب الموضوع لتنقيح المشتركات خاصة z z .

z

(1) تقدم في العنوان السابع. (2) راجع القواعد والفوائد 1: 74 - 122، القاعدة الاولى .

[409]

(العنوان الرابع عشر) (الأصل في نافلة كل عبادة أن تكون في حكم فريضة)

[410]

عنوان [14] اشتهر في كلمة الشيخ الوحيد الاستاد - أطال الله بقاءه، وجعلنا من كل مكروه فداء (1) - أن الأصل في نافلة كل عبادة أن يكون (2) في حكم فريضة، ويتفرع على ذلك فروع كثيرة. وتنقيح القول في ذلك أن يقال: لا ريب أن الفقهاء لم يعنونوا للنافلة في كل عبادة عنوانا مستقلا، والشرائط والأجزاء التي ذكروها في أبواب العبادات كافة كلها للواجبات، لأنهم يقولون: يجب في الوضوء كذا، وفي الصلاة كذا، وفي الصوم والاعتكاف كذا، وفي الحج والعمرة كذا، ويحرم كذا، ونظائر ذلك. ولا يخفى على المتدرب الفقيه أن ما ذكره في سائر الأبواب لا ينطبق إلا على الفرائض باعتبار المجموع من حيث المجموع، ولا يمكن اعتبار ذلك في المندوبات، ومن ذلك يعلم أن مرادهم في هذه الأبواب ليس إلا الفرائض والواجبات، وهذا مما لا يخفى على من له الانس بالفقه وأهله. فنحتاج في تنقيح

(2) ليس المقصود منه الوحيد البهبهاني قدس سره المتوفى 1205، فإن المؤلف رحمه الله تلمذ على الفقيهين المحققين: الشيخ موسى والشيخ علي، تجلي الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس الله أسرارهم. (2) كذا في النسخ، والمناسب: أن تكون .

[411]

مندوبات العبادات جزءا وشرطا (1) وأحكاما وغير ذلك إلى تحقيق الضابط. وتحرير البحث أن يقال: إن الحكم المتعلق بالعبادة إما أن يتعلق باسم الماهية الجامعة بين الوجوب والندب، إذ هما من الأوصاف الخارجة، لا المنوعة - كما مر تحقيقه في بحث النية - كان يقال: يعتبر أو يشترط أو يستحب أو يجب في الغسل أو الصلاة أو الطواف أو العمرة كذا - مثلا - فإن هذه الأسامي أسام لماهية هذه الأمور من دون اعتبار وصفي الوجوب والندب. أو يتعلق بالواجب والمندوب بعنوانهما، كأن يقال: يعتبر أو يجب أو يستحب في الصلاة الواجبة كذا، أو يعتبر في الطواف والعمرة المندوبة كذا. أو يتعلق بفرد من أفراد الواجب، كحجة الإسلام، وطواف العمرة، وصلاة الظهر، وصوم رمضان، ونحو ذلك. أو يتعلق بفرد من أفراد المندوب، كصلاة الوتر، وصوم يوم الغدير، وغسل الجمعة، وطواف الوداع، ونحو ذلك. فالبحت يقع بحسب الدليل في مقامات، ثم نبين ما هو الميزان في كلمة الأصحاب. الأول: ما إذا تعلق الحكم بالماهية من دون اعتبار صنف أو شخص، فمقتضى القاعدة اعتبار ذلك جزءا كان أو شرطا أو مانعا، أو أحكاما لاحقة عارضة في الواجب والمندوب معا حتى يثبت الفارق، ولنا على ذلك وجوه: أحدها: أن الألفاظ في العبادات موضوعة للطبائع المعرأة عن وصفي الوجوب والندب بمقتضى تصريح أهل الفن والامارات الكاشفة عن الحقيقة الشرعية أو المراد للشارع ولو مجازا. وظاهر تعلق الحكم بالطبيعة سريانه في سائر أفرادها، لأن الذاتي لا يتخلف عنه، وظاهر اللفظ كون ذلك الأمر من لوازم الماهية بمقتضى أصالة الحقيقة، ولا يخرج عن الظاهر إلا بدليل .

(1) في (ن): أو شرطا .

[412]

لا يقال: إن هذه الألفاظ موضوعة للطبيعة إلا بشرط فتكون القضية مهمة، ولازم ذلك كفاية وجود ذلك الحكم في فرد من الأفراد، ولا يلزم من ذلك الاطراد. لأننا نقول: ظاهر ورود الحكم على الماهية من دون قيد جريانه في جميع أفرادها، للتبادر العرفي، ولأن ظاهر الجزء والشرط ونحو ذلك للماهية انتفاؤها بدونهما، فلا يعقل وجود فرد يتحقق

في ضمنه الماهية من دون هذه الامور، مضافا إلى أن صرف الأحكام إلى فرد معين ترجيح من دون مرجح، والواحد المردد غير مجد، فالعموم متعين. فإن قلت: إن المتبادر من إطلاق ألفاظ العبادات الواجبات، فينصرف الإطلاق إليها [ويصير الأحكام مصيها ذلك، ولا يلزم من ذلك إلحاق المندوب به] (1). قلت أولا: إن إطلاق الأسماء على المندوبة ليس بنادر حتى يصير سببا للتشكيك، ولو تخيل هنا ندرة فإنما هو ندرة الوجود، لا ندرة الإطلاق. وثانيا: أن مثل هذا التشكيك غير مضر، إذ لا يكاد يسلم مطلق من مثل هذا التشكيك الابتدائي الذي يزول بعد التأمل. وثالثا: أن رجوع الأحكام إلى الواجب يوجب كونها أجزاء أو شرائط خارجة عن الماهية ملحقة بالفرد أو الصنف (2)، وظاهر الدليل كونها لاحقة لمسمى اللفظ من دون اعتبار قيد زائد. فإن قلت: بعد انصراف اللفظ إلى الواجب يصير الكلام بمنزلة أن يقال: الصلاة الواجبة، فيمكن أن يكون ذلك الحكم لخصوص الفرد، ويحتمل كونه لأصل الماهية، فالتسري إلى سائر الأفراد لا وجه له. قلت: فرق بين الانصراف والتقيد، فإن التقيد يوجب نفي الحكم عن

(1) ما بين المعقوفين لم يرد في (م). (2) في (ف، م): الوصف .

[413]

المخالف، بخلاف الانصراف، فإن غايته عدم تحقق العموم للجميع. فنقول: إذا ثبت في الواجب ثبت في المندوب، لظاهر التعبير باسم الماهية، فلو لم يكن حكما (1) للماهية من حيث هي لم يحسن تعليقه على القدر المشترك، فتدبر. مضافا إلى أنا نقول: إن كون النذب والوجوب خارجين عن الماهية يقتضي أن يكون الأحكام المتعلقة باسم الماهية غير مرتبط بصفة الوجوب، بل يكون حكما لأصل المفهوم فقط، ولو كان لهما مدخلة في أصل الأجزاء والشرائط والموانع لكانا منوعين للماهية الجنسية، ومن الواضح عدم كونه كذلك، وما يترائي من تخلف أحكام الواجبات في المندوبات فهو توسع في المندوب، بمعنى: أنه لو أتى به على طريق الواجب لصح، ولكنه رخص فيه كالقعود ونحوه في الصلاة للتوسعة، وهذا لا يعد من اختلاف النوع. وثانيها: أن من تتبع الأخبار يجد أن أهم الامور في نظر المكلفين والمعصومين إنما كان هو الواجبات، ولم يبحثوا عن المندوبات (2) (بسؤال ولا جواب غالبا، مع أن المفروض في كل عبادة أقل قليل بالنسبة إلى المندوب، وورد عن الشارع الخطاب بإتيان النوافل والمندوبات، فلو لم يكن ذلك مثل الواجب (3) لزم في جميع ذلك تأخير البيان عن وقت الحاجة. وثالثها: أن في بعض النصوص بيان التفرقة بين المندوب والواجب في سائر العبادات - كما يطلع عليه أهل التتبع - وهذا قرينة قوية على أن ما لم يرد فيه الدليل على بيان الافتراق فالحكم فيهما واحد، وذلك واضح. ورابعها: أن طريقة المسلمين في زماننا هذا وما قاربه: البناء على أن المندوب كالواجب، فإنهم إذا سمعوا من مجتهد أو عالم: أن الصلاة يعتبر فيها كذا

(1) في (ف، م): حكم. (2) في غير (م): عن المندوب. (3) في (م): فلو لم يكن تلك مثل الواجبات .

[414]

أو تبطل الصلاة بكذا، يبنون على جريان الحكم في المندوب أيضا إلى أن يثبت خلافه، وهذا كاشف عن استمرار السيرة على ذلك متصلا بزمان المعصوم، فتقرير المعصوم لهم على ذلك قاض باشتراكهما إلا فيما علم الخلاف. وخامسها: أن الغالب اتحاد حكم المندوب والواجب في الأحكام، فمتى ما شك في الموافقة والمخالفة فمقتضى الاستقراء إلحاق حكم المندوب بالفرض، إلحاقا بالأعم الأغلب. والثاني والثالث (1): ما إذا تعلق الحكم بالواجب أو المندوب، وهو على أقسام: منها: ما يذكر كل منهما في مقابلة الآخر بحيث يعلم منه الافتراق، كما لو قال: (يجب في المكتوبة السورة دون النافلة) أو (يجوز الجماعة فيها دون هذه) فلا كلام حينئذ في أنه لا يسري حكم أحدهما إلى الآخر، لأن التعدي مخالف للدليلين مفهومًا ومنطوقًا، وموجب للغوية

التفرقة والتفكيك بالمرة (2). ومنها: ما يذكر أحدهما خاصة بعنوان القيد، كما لو قال: (من شك في الفريضة بنى على الأقل) ونحو ذلك، فهل يتسرى إلى المندوب إلا أن يثبت خلافة أو لا؟ مقتضى ما قدمناه من ورود الخطابات مورد الأهم الأغلب حاجة للمكلفين - وهي الفرائض - أن يكون هذا القيد وارداً مورد الغالب، فلا عبرة بمفهومه النافي للحكم عن النافلة، فيجئ ما قدمناه من الأدلة الدالة على اتحاد الحكم في هذا المقام أيضاً كالسابق. ولو فرض لهذا القيد مفهوم أيضاً فلا يعارض ما ذكرنا من الوجوه السابقة الدالة على الموافقة في الحكم، فلو شك في موافقة النافلة ومخالفته يحكم بالموافقة، وهو الذي يقتضيه الضوابط. نعم، لو كان هناك مفهوم قوي دال على النفي عن غير المنطوق يرجع إلى

(1) أي: المقام الثاني والثالث، تقدم أولهما في ص: 404. (2) بالمرة: لم ترد في (م).

[415]

صورة التقابل السابق، وقد مر حكمه آنفاً. ومنها: ما يكون الوصفان مورداً، كما لو سئل عن أفعال الفريضة، فقال عليه السلام: (إنها التكبير والقراءة والركوع والسجود) ونحوها، أو سئل عن شك في الفريضة، قال: (يبني على الأقل) (أو عن الجماعة في المندوب، قال: (لا) أو نحو ذلك بحيث لم يكن التقييد بأحد الوصفين مأخوذاً في خطاب الشارع مجعولا عنواناً للحكم. والظاهر في المقام أيضاً الحكم باتحاد الحكم، للوجوه الماضية المتقدمة، من دون وجود معارض ظاهر، فلا تذهل. والرابع والخامس: تعلق الحكم بفرد من الواجب والمندوب، وله أيضاً صور: أحدها: أن يكون ذكر فرد في قبالة فرد آخر، كأن يقال: (الشك في الصبح والمغرب مبطل، دون الرباعيات) و (في صلاة الآيات كل ركعة خمس ركوعات، دون اليومية) و (في نافلة الوتر ينبغي الدعاء لأربعين مؤمناً في القنوت، دون الشفع). وفي هذه الصورة لا يتعدى الحكم إلى الأفراد الآخر من الواجب والمندوب، فضلاً عن التعدي من النذب إلى الفرض أو بالعكس، لأن ظاهر الاختصاص بهذا الحد ينبئ عن خصوصية في المقام، ولو كان الحكم عاماً لما كان للتخصيص معنى. وقد يقال: غاية ما في الباب عدم التعدي إلى الفرد المقابل المذكور، وأما إلى غيره من سائر أفراد نوعه أو إلى أفراد النوع الآخر فلا مانع من ذلك، وما مر من الأدلة قاضية به، فدعوى الاختصاص هنا عدول عما قررت سابقاً. قلت: هذا غفلة عن فهم الدليل، فإنه بعد ما ذكر من المقابلة بين الأفراد، فكما يمكن إلحاق الأفراد الآخر من نوعه أو من النوع الآخر إلى الفرد الأول، فكذلك يمكن إلحاقه إلى الفرد المقابل المغائر، فيتعارض قاعدة الألحاق في المقامين بالنسبة إلى الفردين، فلا يبقى بعد ذلك حجة في الألحاق، ولذلك صورة التقابل أخرجناها من جريان قاعدة الموافقة في الحكم، فتبصر.

[416]

إلا أن يقال: يفرق بين ما كان الحكم المذكور مخالفاً لقاعدة العبادة ثابتاً في فرد دون آخر، أو موافقاً لها، ففي الأول كما لو قيل: (الشفع لا قنوت فيه، دون الوتر) يلحق سائر الأفراد من نوع النذب أو الفرض بالوتر، لأن عدم القنوت مخالف للقاعدة، وفي الثاني يلحق بالفرد الأول، لأنه الموافق. قلت: ليس هذا من جهة أصالة الاتحاد، بل لعموم الدليل الدال على أحد الحكمين، خرج عنه ما خرج وبقي الباقي. وثانيها: تعلق الحكم بالفرد من باب القيد، كقوله عليه السلام: (الشك في المغرب مبطل) و (الاستغفار في الوتر مستحب) فهل يسري إلى سائر أفراد نوعه أو لا؟ وهل يتعدى إلى غير نوعه أم لا؟ الذي يظهر: أن مقتضى القاعدة الألحاق، للوجوه الماضية السابقة، وليس معارض سوى ذكر القيد الداخل في مفهوم اللقب الغير المعتبر على التحقيق إلا مع قيام قرينة، وهو خلاف الفرض، وعليه تقديرها فهو المتبع مطلقاً. والأصل الأولي - من أصالة عدم المانع أو الشرطية أو نحو ذلك - لا يعارض عموم القاعدة المستفادة من الاستقراء واتحاد الماهية [فتدبر] (1). وثالثها: تعلق الحكم بأحد الفردين مورداً، كقوله عليه السلام: (تبطل) في جواب (إنني شككت في صلاة المغرب بين الاثنين والثلاث) أو قوله عليه السلام: (يصح) في جواب من قال: (تركت

السورة في نافلة الصبح). والكلام هنا في التسري إلى سائر الأفراد كالثاني، بل هنا يجئ من دون إشكال متحقق في السابق. وعليك بملاحظة الفروض والأدلة في جميع العبادات واستخراج الحكم من ذلك. وحيث ألحقنا المندوب بالواجب، فالحاق أفراد الواجب وإضافة بعضها X،

(1) لم يرد في (د، م).

[417]

لبعض - كالأغسال وأفراد الحج وأنواعه ونظائر ذلك - كذلك، بل الأشكال فيه أقل، والصور المفروضة آتية فيه، والكلام الكلام. وأما كلمة الأصحاب: فكلما لم يصرحوا فيه بالمخالفة فالحكم في أفراد الواجب المندوب ونوعهما وأصنافهما سواء، يظهر دليله مما ذكرناه سابقا، ويتضح المرام بعد التأمل التام في كلامهم. فعليك بإعطاء النظر حقه، وللبحث مجال واسع، والعمدة التنبيه في الجملة، فإن النبيه يستغني بالأشارة عن ألف عبارة Z Z Z .

[419]

(العنوان الخامس عشر) (في بيان قاعدة التسامح)

[420]

عنوان [15] اشتهر في كلمة الأصحاب - سيما المتأخرين منهم - التسامح في دليل المستحبات والمكروهات، ويتفرع على هذه القاعدة كثير من الأحكام الشرعية في أبواب الفقه، إذ أغلب المندوبات والمكروهات ليس له دليل قوي، مع أن الفقهاء يفتون به. وظاهر لفظ (التسامح) هنا يدل على أن الأصحاب في دليل الوجوب والتحريم يأخذون بالمداقة، بمعنى: أنهم لا يعتمدون فيهما إلا على ما هو دليل شرعا - أي: ما قام الدليل على حجته - بخلاف غيرهما، فإنهم يعتمدون فيه على ما لم يقم دليل على حجته، كالخير الضعيف، وفتوى الفقيه الواحد، والشهرة المجردة عند من لا يرى حجيتها. وبعبارة أخرى: يدل (1) على اعتمادهم في المندوب ونحوه على ما لا يعتمد عليه في الواجب والحرام. وأورد على ذلك بظاهرة: أن الأحكام الشرعية توقيفية بلا شبهة، ولا فرق في ذلك بين الواجب والمندوب، فلا يجوز إثبات شئ منها إلا بحجة شرعية، فالدليل

(1) أي: لفظ (التسامح).

[421]

المثبت للحكم إن قام دليل على حجته فهو المتبع في الوجوب وفي الندب، وليس هذا مسامحة، وإن لم يقم دليل على اعتباره فلا يمكن الاعتماد عليه في شئ من الأحكام، لأنه اتباع بما لا يعلم وقول على الله بغير حجة، ولا وجه للاعتماد عليه في الاستحباب دون الوجوب. وهذا الكلام مؤاخذه على العبارة وغفلة عن مراد الأصحاب، وليس الغرض الاعتماد على ما لا يعتمد عليه، بل الظاهر أن الغرض: أن الدليل لا ينحصر في قسمين: إما أن يكون حجة في المقامين أو لا يكون في المقامين، بل يجوز كون قسم من أقسامه ما يعتمد عليه في الندب والكراهة دون الوجوب والحرمة،

لدليل دل على ذلك، بمعنى: قيام حجة عامة دالة - مثلا - على حجية الخبر الضعيف الذي لم يدل على حجيته شيء من أدلة حجية أخبار الاحاد مطلقا في خصوص المندوب والمكروه، وعدم قيام دليل على حجيته فيما عداهما، فالمتبع إذا الدليل. لا يقال: إنه على هذا لا يسمى تسامحا في دليل المستحب، بل هو أخذ بالحجة، نظير حجية خبر العدل في فروع الدين دون اصوله. لأننا نقول: تسمية ذلك بالتسامح بملاحظة أمرين: أحدهما: ملاحظة الوجوب والتحريم، فإنه إذا لم يكن شيء حجة فيهما وصار حجة في النذب ونحوه، فيكون هذا بعد اتحاد طبقة الأحكام الفرعية في أغلب المآخذ بمنزلة المسامحة، ويكون كأنهم اعتمدوا على ما لا ينبغي أن يعتمد عليه في الحكم الفرعي. وثانيهما: أن الدليل الدال على حجية الدليل الضعيف في المندوب ينبئ عن نوع مسامحة في الباب، فكأن الشارع لم يبين الأمر في الاداب والسنن على المداقة كالأحكام اللازمة، فتدبر. وبعبارة أخرى: لما كان الأصحاب يتتبعون (1) في العمل بالخبر عن أحوال

(1) في (م): يتفحصون .

[422]

راويه عدالة وضبطا، وعن سنده اتصالا وانقطاعا، وعن معارضاته بأي الأنحاء كانت - وذلك نوع مداقة في الأخذ بدليل الحكم - وتركوا هذا البحث والتفتيش في السنن، وعملوا فيها بالضعاف والمراسيل مع معارضات كثيرة، سمي هذا تسامحا في مقابل تلك المداقة وإن كان دل عندهم دليل على كفاية هذا المقدار من دون فحص، فالمسامحة في الدليل بالنسبة إلى غيره، لا في دليل الدليل. وتنقيح المسألة أن يقال: إن الشبهة في الحكم الشرعي الموجبة للرجوع على قاعدة المسامحة باعتبار الأحكام الشرعية وأدلتها يتصور على صور: أحدها: دوران الاحتمال بين الأباحة والوجوب. و 2 - بينها وبين التحريم. و 3 - بينها وبين النذب. و 4 - بينها وبين المكروه. و 5 - الاحتمال بين الوجوب والتحريم. و 6 - بينه وبين النذب. و 7 - بينه وبين المكروه. و 8 - بين التحريم والنذب. و 9 - بين التحريم والكراهة. و 10 - بين النذب والكراهة. وصور الشك الثلاثي ستة، والرباعي أربعة، والخماسية (1) واحدة. ومنشأ الشك: إما تعارض الدليلين أو الأدلة المعتبرة الدالة على هذه الأحكام، كدلالة الخبر الصحيح على إباحة شيء، والآخر على كراهته، والثالث على استحبابه، والرابع على وجوبه، والخامس على تحريمه، وصور الاثنين والثلاث والأربع بالقياس .

(1) كذا في النسخ، والمناسب: الخماسي .

[423]

أو من جهة دلالة الأصل على الأباحة، وقيام دليل غير معتمد على أحد الأربعة، كالخبر الضعيف. أو من فتوى الفقيه بأحد الأربعة، مع قضاء الأصل بالأباحة. ومع قيام دليل صالح على أحد الخمسة من دون معارض محكوم بحجيته، فهو خارج عن مسألة التسامح. ثم إن المراد من التحريم المذكور في الصور المحتملة يراد به احتمال التحريم من حيث خصوصية محل الشك، لا التحريم التشريعي، إذ احتماله آت في صور الشك كافة، إذ هو عبارة عن: إدخال ما دل الدليل على خروجه من الدين في الدين، سواء كان الدليل اجتهديا كاشفا عن الواقع أو تعليقيا ظاهريا كالاصول، فإن ما شك كونه من الدين فقضية الأصل عدم كونه منه. وبعبارة أخرى: كلما لم يثبت كونه من الدين فإدخاله في الدين تشريع محرم بالنص والأجماع، وهو في جميع صور الشك متحقق، إذ الشك في أحد الأحكام الأربعة يوجب نفيها بالأصل فيخرج عن الدين، فالأخذ بأحدها تشريع لو لم يكن دليل على جواز الأخذ مع الشك. وبالجملية: احتمال الحرمة التشريعية في موارد قاعدة التسامح كافة متحقق. فنقول: إن هنا مباحث: أحدها: دوران الأمر بين الأباحة والاستحباب، إما لتعارض الدليلين المعبرين، أو

الضعيفين، أو الأصل مع الضعيف، أو الأصل مع فتوى الفقيه، أو الضعيف مع فتوى الفقيه، والأقوى: الحكم بالاستحباب بصورها الخمسة لوجوه، أقواها الاحتياط العقلي. وتقريره: أنه لا ريب أن في هذه الصور نقطع بعدم الضرر في إتيان هذا المشكوك، لدورانه بين إباحة واستحباب، بخلاف تركه، فإنه محتمل لتفويت ما X ،

[424]

هو مطلوب في نفس الأمر، ولا ريب في ترجيح العقل هنا الأتيان، ولذا نرى: أن العبيد إذا احتملوا كون شئ مطلوباً للمولى وعلموا عدم ترتب ضرر ونقص على الأتيان به يقدمون عليه بهذا الاحتمال، ويستحقون المدح من العقلاء وإن لم يكن ذلك الشئ مطلوباً في نفس الأمر. فإذا ثبت الرجحان عند العقل فهو كاف في الحكم بالندب، غايته: أن ذلك ليس إثباتاً للاستحباب في خصوص المشكوك فيه من حيث الخصوصية، بل إثبات لرجحان فعله من جهة أنه محتمل المطلوبة الذي حكم العقل برجحان الأتيان بما هو كذلك. فإن قلت: إن العقل ما لم يقطع بعدم الضرر في الأتيان لا يحكم بالرجحان، واحتمال الضرر هنا قائم، وهو ضرر التشريع، لاحتمال أن [لا] (1) يكون في الواقع غير راجح، فإدخاله في المندوبات تشريع موجب للعقاب. قلت: لا يدور التشريع مدار الواقع، بل هو عبارة عن: إدخال ما حكم بخروجه عن الدين فيه، ولم يعلم خروج المشكوك عن الدين حتى يلزم التشريع. لا يقال: إن الأصل عدم الاستحباب، فهو خارج بالدليل، فإدخاله تشريع. فإننا نقول: الأصل حجة ما لم يقيم دليل مخرج عنه، فإذا حكم العقل بمجرد الشك في الإباحة والندب بالرجحان - كما أوضحناه - فلا وجه للعمل بالأصل، إذ العقل حجة شرعية - بمعنى: اعتباره شرعاً - فإذا لم يكن هنا من مجاري الأصل فلا وجه للتشريع. فإن قلت: إن هذا مستلزم للدور، إذ عدم كونه تشريعاً مضراً موقوف على حكم العقل بالرجحان، وحكم العقل بالرجحان موقوف على عدم كونه تشريعاً مضراً، إذ ما دام فيه احتمال الضرر لا يحكم العقل برجحانه. قلت: نمنع المقدمة الثانية، إذ مجرد عدم احتمال الضرر فيه بالخصوص

(1) الظاهر كونها زائدة، كما اشير إليها في (م).

[425]

واحتمال النفع يوجب حكم العقل برجحانه، فيكون رافعاً للتشريع وضرره، فتدبر، فإن المقام مزلة للأقدام. وكم من فقهاءنا المتأخرين منعوا [عن] (1) قاعدة التسامح في كثير من الفروع في العبادات لشبهة الجريمة، مع أنها ليست في تلك الموارد إلا تشريعية، ولم يلتفتوا إلى هذه الدقيقة، مع أن التشريع لو عارض قاعدة التسامح يلزم عدم إمكان الأخذ بها مطلقاً، إذ احتمال التشريع قائم في جميع مواردنا، وقد أوضحناه آنفاً فراجع. وثانيها (2): الاحتياط الشرعي. بتقريب: أن الأخبار الكثيرة الدالة على الأخذ بالحائطة للدين (3) والعمل بأوثق الاحتمالات (4) كلها دالة على رجحان الأتيان به في هذه الصورة، وظاهرها وإن كان الوجوب، لكنه منتف هنا قطعاً، للقطع بعدم الوجوب هنا، أو للقطع بعدم وجوب الاحتياط في ما هو محتمل للندب، مضافاً إلى أن مدلول أخبار الاحتياط: أن عند الشك يجب الأخذ بالاحتمال الأوثق، وفيما نحن فيه هو (5)، فيجب الأخذ بالندب، لا بمعنى وجوب إتيانه، فإنه مناف للنديبة، بل بمعنى: لزوم الحكم بأنه مندوب لا مباح، ولا غائلة فيه. وثالثها: الأجماع المنقول في كلام بعض الأصحاب والمعاصرين في العمل بقاعدة التسامح في الفرض المذكور، وهذه الأدلة شاملة للصور الخمسة .

(1) لم يرد في (م). (2) أي ثاني الوجوه للحكم بالاستحباب في مسألة دوران الأمر بين الإباحة والاستحباب. (3) راجع الوسائل 18: 122، 123، 127، الباب 12 من أبواب صفات القاضي، الأحاديث، 37، 41، 58. (4) لعل نظره إلى بعض ما ورد في علاج الخبرين المتعارضين، مثل مقبولة عمر بن حنظلة، راجع الوسائل 18: 75، الباب 9 من أبواب صفات القاضي، الحديث 1. (5) في هامش (م) زيادة: متحقق، خ ل .

ورابعها: أن الخبر الدال على الاستحباب معتبر، سواء عارضه الضعيف، أو المعتبر، أو الأصل. أما في تعارض المعتبرين: فلأن من جملة المرجحات المنصوصة: الأخذ بالمشتهر بين الأصحاب، ولا ريب أن المشهور في المقام العمل بالاستحباب، لا الأباحة. وفي الضعيفين أو الضعيف مع الأصل نقول: إن المنجبر بالشهرة حجة، لدخوله تحت الخبر المتبين في منطوق آية النبأ (1) ولا فرق بين تبين الخبر بالخصوص لأمور لاحقة له بشخصه، أو تبينه لخصوصيات لاحقة لنوعه أو جنسه، ولا ريب أن نوع الخبر الضعيف في مقام الاستحباب منجبر بالشهرة فيكون حجة. وخامسها: ما جاء في المعتبر من الأخبار: من سمع شيئاً من الثواب فصنعه كان له أجره وإن لم يكن على ما بلغه. وبمعناه: من بلغه شيء من الثواب على شيء من الخير فعمله كان له أجر ذلك وإن كان رسول الله صلى الله عليه وآله لم يقله (2). (وقيل: إن الأخبار بهذا المعنى بالغة حد التواتر أو قريب منه (3). ووجه الاستدلال بهذه الأخبار: أنها دلت على حصول الأجر والثواب بمجرد بلوغ الخبر وإن كان في الواقع غير واقع (4) فإذا تعارض الدليلان المعتبران أو الضعيفان ودل أحدهما على النذب صدق (بلوغ الخبر على الثواب) فيؤخذ به، ولا يبحث عن صحته وفساده، وكذلك في فتوى الفقيه والخبر الخالي عن المعارض. فإن قلت: لا يشمل هذه الأخبار سوى الخبر الخالي عن المعارض، فتعميمه للصور الخمسة لا وجه له.

(1) الحجرات: 6. (2) راجع الوسائل 1: 59 - 60، الباب 18 من أبواب العبادات (3). لم نظفر على قائله. (4) في (ن): وإن كان في الواقع غيره.

قلت: إخراج فتوى الفقيه عن الرواية خال عن الوجه، فإنه إذا ذكر الصدوق مثلاً في كتابه: أنه يستحب مثلاً كذا، فهذا إخبار، وتخصيصه بما كان عن الحسن لا دليل عليه، وكذا تخصيصه بما كان عن أمر مقطوع لا اجتهاد وطن، بل بعض الأخبار - كالخبرين الأولين (1) - ليس فيها ذكر لفظ (الخبر) وإنما هو سماع شيء من الثواب، أو بلوغ شيء من الثواب على شيء من الخير، وأي بلوغ وسماع أزيد من السماع من الفقيه الجامع لشرائط الفتوى! وأما المتعارضان، فنقول: غاية ما في الباب: أنهما متكافئان من حيث نفسيهما لا ترجيح لأحدهما على الآخر، ولكن الدال على الاستحباب يترجح بأخبار التسامح ويؤخذ به. ودعوى: أن الظاهر من الأخبار بلوغ بلا معارض فلا يشمل الفرض. قلت: إن كان المعارض نافياً لما أثبتته الدال على النذب ومثبتاً لخلافه - كشئ دال على الكراهة أو التحريم - فيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى، وإن لم يكن كذلك - كما دل على الأباحة كما هو الفرض - فنقول: لو لم يكن هناك خبر لكان مقتضى الأصل المعتبر أيضاً الأباحة، لأصالة عدم جعل النذب وعدم حصول الثواب، فإذا عمل بالخبر الضعيف في مقابلته لأدلة التسامح، فكذا يعمل به في مقابل ما دل على الأباحة. وبعبارة أخرى: لا يكون دليل الاستحباب هو الخبر المعارض بمثله، بل إنما هو موجب لحصول معنى البلوغ والسماع، فيثبت الاستحباب بظاهر هذه الأدلة. ولو استشكل في شمول هذه الأخبار لصورة المعارض كفانا دليل العقل وما بعده من الأدلة المتقدمة. ويرد على هذه الأخبار وجوه من الأبرار:

(1) لا يخفى أنه قدس سره اكتفى بذكر خبرين من الأخبار الواردة. وقوله: (بل بعض الأخبار ليس فيها ذكر لفظ الخبر) فيه أيضاً: أن جملة الأخبار ليس فيها لفظ (الخبر).

أحدها: أن غاية ما دلت عليه هذه الأخبار: أن من بلغه عمل قد دل على مشروعيته دليل وبلغ على ذلك العمل جزء وثواب، فمن أتى به ابتغاء ذلك أوتيته. وهذا لا يدل على المسامحة في مطلق ما بلغ أنه مستحب. والجواب عنه: بأن بلوغ الثواب على عمل لا يدل على كون العمل ثابتاً بدليل آخر، بل يشمل ما لو كان ذكر أصل العمل وثوابه في خبر واحد، ولا يقتضي أن يكون العمل ثابتاً أولاً في الشرع ثم يجيء خبر على أن له كذا ثواباً، لظاهر أعمية اللفظ ومنع انصرافه إلى ما ذكره بحيث يضر بالدلالة. وثانيها: إنها تختص بمستحب يكون له ذكر ثواب وجزاء ولو كان في دليل واحد، ولا يشمل ما دل على الرجحان من دون ذكر ثواب. قلت: يتم أولاً في سائر المندوبات بعدم القول بالفصل. وثانياً نقول: إن كلما بلغ أن العمل مستحب فقد بلغ أن له أجراً وثواباً، إذ كل عمل صالح داخل تحت الطاعة له ثواب، فبلوغ الاستحباب بلوغ للثواب التزاماً. فإن قلت: إنا نمنع شمول هذه الأخبار على الخبر الالتزامي، فإن الظاهر من البلوغ خلاف ذلك، سيما وفي الخبر الأول: من سمع شيئاً من الثواب. قلت: لا ريب أن خصوصية السماع غير معتبرة، فلو رآه مكتوباً في كتاب معتبر لكان ذلك كافياً، وإنما الغرض الوصول إلى العامل بطريق من الطرق العادية، ولا ريب أن بلوغ استحباب شئ يصدق عليه (بلوغ الأجر عليه) إذ لا نعقل من معنى النذب إلا ما يستحق فاعله الثواب والأجر، فتدبر. فإن قلت: ظاهر تنكير الثواب بلوغ ثواب معين عليه، وكذا ظاهر قوله: (كان له أجره). وبعبارة أخرى: المتبادر من الأدلة: بلوغ مقدار خاص من الثواب حتى يعمل العمل لأجله فيثاب به، وهذا لا يشمل ما دل على النذب، وإن دل على الثواب إجمالاً التزاماً، لكن ليس ثوابه معلوم المقدار، بل غاية إفادته أن هناك ثواباً.

[429]

قلت: وإن كان في العبارة ظهور ما في ذلك، لكن لا يبلغ مرتبة التشكيك المضر، فانه لو بلغ خبر (أنه من صلى على النبي صلى الله عليه وآله مرة فله أجر كثير - أو - عظيم) أو (لكل كبد حراء أجر) أو (من زار أهل القبور فهو مثاب مأجور) يصدق على ذلك كله (بلوغ شئ من الثواب على شئ من الخير) بلا شبهة، والتشكيك إنما هو في أول النظر، وهو غير قادح في الدلالة. وثالثها: إن هذه الأخبار تشمل بلوغ الثواب على الواجب وعلى ترك الحرام أيضاً، فلا وجه لتخصيص المسامحة بالمستحب والمكروه، بل يمكن أن يقال: إن الخبر بظاهره غير معمول به، فيحتمل تخصيص العموم بالمندوب والمكروه، ويحتمل تقييد البلوغ بالبلوغ بدليل معتمد، ويكون المراد: أن الثواب الموعود على عمل ثبت بحجة شرعية يصل إلى العامل وإن كان قد أخطأ في اجتهاده ولم يصب الحق، أو وإن كان ذلك الدليل الذي اعتقد أنه دليل شرعي غير دليل، ولو لم نرجح الاحتمال الثاني فلا أقل من الأجمال المسقط للاستدلال. والجواب، أولاً: بأن استعمال البلوغ في الخصوصية مجاز وإن كان من باب التقييد بمقيد منفصل، والتخصيص أولى من المجاز. وثانياً: بأن وجود لفظ (الخير) في الأخبار مما يرشد إلى عدم دخول الواجب والحرام فيه. وثالثاً: بأن ذكر الثواب والأجر مما يدل على ذلك، إذ ليس الواجبات مبنية على ذكر الثواب والأجر غالباً. ورابعاً: أن مصير المعظم في هذه الأخبار إلى تقديم التخصيص يرجح ذلك، مع أن ملاحظة مجموع الروايات مما يدل على أن هذا اختصاص لا تخصيص، فلا تذهل. ومما ذكر ظهر الجواب عن رابعها، وهو: أن الظاهر من (البلوغ) كونه بدليل معتمد شرعاً، وهذا لا يدل على المسامحة، بل يدل على أن المخطئ في الاجتهاد

[430]

مأجور ومثاب. والوجه: أن البلوغ أعم، وإرادة الخصوصية موجب للمجازية، ولا قرينة عليها. وخامسها: أن هذه الأخبار معارضة بما دل على المنع عن الأخذ بخبر الفاسق ونحو ذلك، وبين الدليلين عموم من وجه، فلو لم يقدم دليل المنع - لأنه ظاهر الكتاب - فلا أقل من التكافؤ وعدم الترجيح، والأصل عدم الحجية. والجواب، أولاً: بأن الشهرة مرجحة للأخبار. وثانياً: بأن الروايات أخص وأقل مورداً من الآية، فيكون بمنزلة الأخص مطلقاً. وثالثاً: أن الخبر الضعيف قد مر أن في مقام النذب يجبر (1) بالشهرة فيدخل تحت التبيين، فلا تعارض بين المقامين. ورابعاً: أن هذه الأخبار موجب للتبيين في أمر الخبر الضعيف وأدلة المنع مفيدة بعدم التبيين، وهذه الأخبار تدل على أن الخبر الضعيف في مقام الاستحباب مأمون من الضرر. وخامساً: أنه لو قال المولى لعبده: (خبر

الفاسيق لا تعمل به) ثم قال في مقام النذب: (الخبر حجة وإن كان خبر فاسق) - مثلا - يعمل بالثاني عرفا، والسر في ذلك: أن التصريح بقوله: (وإن لم يكن كما بلغه) يدل على جواز الأخذ في المندوب بما لا يجوز أخذه فيه، فيكون هذا أخص مطلقا مما دل على المنع، فتدبر جدا. وثانيها (2): دوران الأمر بين الأباحة والكراهة بصورها الخمسة المذكورة في القسم الأول. والوجه: العمل بالكراهة، لقاعدة المسامحة .

(1) في (ن): منجبر. (2) أي: ثاني المباحث، تقدم أولها في ص: 415 .

[431]

ويدل على ذلك الاحتياط العقلي، بمعنى: أنه لو علم الإنسان بعدم مصرة في الترك واحتمل وجودها في الأتيان به يحكم العقل برجحان الترك بلا شبهة. وكذلك الاحتياط الشرعي بالتقرير السابق في النذب والكلام ما مر. وكذلك محكي الأجماع، فإنه شامل للكراهة أيضا في كلام ناقله، معترض بما هو المعلوم من طريقة الأصحاب من عدم تفرقتهم بين الحكمين في هذا الباب. وكذلك الوجه الرابع بتأييد جانب الكراهة بالشهرة، أو بإدخال الخبر الدال عليه تحت الخبر المتبين فيه، على نحو ما مر. وأما الأخبار، فنقول: وإن كان ظاهرها مختصا بالمندوب بقريئة ذكر الخير والثواب ولفظ (العمل) المتبادر منه الفعل، لا الترك. لكن نقول: إن قلنا بأن ترك المكروه مستحب - كما هو أحد الوجهين فيه - فالخبر الدال على الكراهة يفيد استحباب الترك للتلازم، فيفيد الثواب على هذا الخبر أيضا بالتلازم، فيندرج تحت الأخبار ويحيز قاعدة التسامح. غايته: جريان ما مر من الأشكالات المتقدمة هنا، ويجاب بما تقدم، ويزيد هنا بأن اللازم كون لفظ (الخير) و (العمل) ونحو ذلك المذكور في الأخبار شاملين لما هو أعم من الصريح والضمني. والكلام هنا كالكلام في دلالة الاستحباب على الثواب، فتدبر. وإن لم نقل بأن ترك المكروه مستحب كما لا نقول بأن ترك المستحب مكروه، فإدخال هذا تحت لفظ (الخير) و (الثواب) و (العمل) مشكل جدا، إلا أن يقال: إن الخبر الدال على الكراهة - مثلا - يدل على أن تاركه من هذه الجهة مأجور ومثاب، لأنه ترك ما طلب تركه، والأطاعة ملازمة للثواب، والعمل أعم من الفعل والترك، ويصدق الخير بهذا المقدار، أو يقال: إن ضعف الدلالة أيضا ينجر بفتوى الأصحاب، والشهرة العظيمة قضت بالمسامحة في الكراهة. لكن قد يقال: لا نسلم كون مسامحتهم لهذه الروايات، بل لعله لما مر من الأدلة .

[432]

ويدل على المسامحة في الكراهة - مضافا إلى ما مر من الأدلة (1) - عدم القول بالفرق بينه وبين النذب، كما هو ظاهر لمن تتبع كلمة الفقهاء في مواردنا. وثالثها: دوران الأمر بين الأباحة والوجوب بصورها الخمسة المتقدمة في المقامين السابقين. وفي اقتضاء ذلك النذب لقاعدة المسامحة قولان: قول بعدم، لأن ظاهر الدليل الوجوب، لكنه لوجود المعارض أو لضعفه وعدم الاعتماد عليه رجعا إلى الأصل وتركنا العمل به، فلا وجه للقول بالنذب، لأنه أمر ثالث لا يقتضيه الأصل ولا يقتضيه الدليل. وأدلة المسامحة من الأخبار المتقدمة قد عرفت اختصاصها بالدليل الدال على النذب وإن كان ضعيفا، ولا يقتضي حمل الوجوب على النذب. وقول بثبوت النذب، نظرا إلى أن دليل المسامحة لا ينحصر في النصوص، وإنما الاحتياط عقلا أو شرعا يقتضي برجحان ما نحن فيه، بل ربما قيل بوجوب الاحتياط وإن لم يكن هنا قولاً معروفاً. ويمكن إدراج المقام تحت الأخبار أيضا، بأن يقال: بأن ما دل على وجوب الشيء المشكوك فيه دال على الثواب عليه، فمقتضى النصوص: أن من فعله لذلك أوتي الثواب وإن لم يكن في الواقع كذلك، ويثبت بذلك الاستحباب. فان قلت: الثواب المترتب على الواجب غير ما تعلق بالنذب، فإن أتى به على أنه مندوب يريد ثوابه فقد أتى بخلاف ما بلغه، وإن أتى بعنوان أنه واجب يريد ثوابه فهو خلاف المدعى، ومستلزم للمسامحة في الوجوب، وقد مر أنه مخالف للأجماع. قلت: لا نسلم لزوم نية الوجوب والاستحباب، بل هي غير لازمة، وإنما يأتي المكلف بهذا الأمر المشكوك قاصدا لما بلغ إليه من أن له ثوابا، ولكن لا يدري أنه) *

[433]

لو تركه فهل عليه عقاب أم لا؟ لضعف الدليل، فيرجع في ذلك إلى الأصل وهذا المقدار هو المستحب. فإن قلت: إذا نفي العقاب عن الترك بالأصل، فقد نفي الوجوب الذي هو مقتضى كون الجنس (1) لا بقاء له مع ذهاب الفصل، وبلوغ ثواب آخر لرجحان في غير جهة الوجوب غير متحقق، فإن أردت بلوغ ثواب في ضمن الوجوب فقد نفيت به بالأصل، وإن أردت ثوابا آخر فلم يبلغ. قلت: لا أريد إثبات الرجحان الناشئ عن دليل الوجوب حتى تقول: إن الفصل إذا زال زال الجنس، بل الغرض: إثبات رجحان من أدلة المسامحة، بمعنى: أن عدم العمل بدليل الوجوب والخلود إلى الأصل لضعف الدليل لا يخرج الشئ المشكوك من عنوان أنه مما بلغ على فعله ثواب، فإن عدم العمل غير صدق ذلك المفهوم، ولا تلازم بينهما، فإننا وإن نفينا الوجوب، لكن يصدق على هذا المشكوك أنه بلغ فيه ثواب، فيدل أخبار المسامحة على أن الأتيان به محصل للثواب وإن خالف الخبر الواقع، ولا نعني بالمندوب إلا ما حصل ثواب بفعله ولم يثبت عقاب على تركه، فتأمل في المقام فإنه مزلة للأقدام. ورابعها: دوران الأمر بين الأباحة والتحریم بصورها الخمسة. وفيه القولان، أقواهما: القول بالكراهة للمسامحة، والكلام فيه بعينه كالكلام في الثالث في تحرير الاستدلال والنقض والحل، وعليك بالتأمل التام وتطبيق المقام، فإنه لا يخلو عن نوع دقة وغموض. وخامسها: دوران الأمر بين الوجوب والتحریم بصورها الخمسة (2). وليس هذا من موارد التسامح، لتعارض الأدلة من الجانبين وعدم الترجيح في البين. ولا يمكن الحكم بالكراهة والندب معا، لقضية التضاد .

(1) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مقتضى، والجنس. (2) كذا في نسخة بدل (م) وفي النسخ: الخمس .

[434]

نعم، على مذهب من يرى: أن دفع المضرة أولى من جلب المنفعة ويجعل الحرام والمكروه مضرة والواجب والمندوب منفعة فإذا تعارضا لا يحكم بالتخير الصرف وإنما يرجح جانب المنع، فالمتجه أن يقول هنا بالكراهة ترجيحاً للترك على الفعل، وهو الذي ترجح في نظري القاصر، وإن أعرض عنه متأخر الأصوليين والاستاذ واستاذ الاستاذ بتقريب: أن ترك الواجب أيضا يرجع إلى الحرام وهو الضرر. قلنا: فرق بين الضرر الموجب للنقصان في استعداد المكلف عن أصل مقتضى الطبيعة الساذج - كما في فعل الحرام - وبين الضرر الناشئ عن فوات أمر زائد على مقتضاها كان لازما تحصيله ودعت الحاجة إليه احتياجا ضروريا، والفرق بين المقامين واضح، وتامم الكلام في الأصول، مع أن مقامنا هذا لا يتوقف على ذلك، إذ بعد ضعف الدليلين لا كلام لنا في الوجوب والتحریم، بل هما منفيان بالأصل. نعم، بقي عندنا بلوغ الثواب على الفعل في دليل الوجوب، وعلى الترك في دليل التحريم. والمسامحة تقضي بالندب نظرا إلى الأول، وفي الثاني تقضي بالكراهة بالتقرير السابق في الأباحة والوجوب. فنقول: الترجيح لجانب الكراهة، لأنه دفع مفسدة ذاتية في هذا العمل محتملة (1) والأتيان به تحصيل لمصلحة محتملة ندية لا ضرر في تركها، لا دينا ولا دنيا أبدا، وليس كمصلحة الوجوب التي يضر تركها للعقاب عليه، بخلاف المفسدة في الكراهة، فإنها وإن لم توجب العقاب لكنها موجبة لنقص في المكلف مانع عن ترقيه إلى معارج تقوى الله، ومن ارتكب الشبهات وقع في المحرمات (2). فالذي يقوى في النظر: القول بالكراهة، لقاعدة التسامح .

(1) في (د): محتمل. (2) كما ورد الحديث، انظر الوسائل 18: 114، الباب 12 من أبواب صفات القاضي، الحديث 9 .

ولو قلنا بلزوم الاحتياط لقلنا بتعين الترك، لكن لا نقول به كما زعمه الاخباريون. وسادسها: الدوران بين الوجوب والندب بالصور المتقدمة. ولا خفاء هنا في أن المسامحة قاضية بالندب، سواء قررت الدليل من دليل الوجوب كما في الأباحة والوجوب، أو من دليل الندب كما في الأباحة والندب، بل في صورة ما لو كان الدليلان معتبرين متعارضين يمكن أن يقال: إن ثبوت الرجحان إنما هو بالدليل المعتبر، لا للمسامحة، والأمر سهل. وسابعها: الدوران بين الوجوب والكراهة بصورها السابقة. والظاهر عدم الأشكال في عدم الحكم بالكراهة، لاحتمال الحرمة الأصلية في الترك، وإنما البحث في الحكم بالندب، وفيه قولان: أحدهما: ذلك، نظرا إلى دوران الأمر بين الترك المحتمل للعقاب والضرر والفعل المرجوح الذي لا عقاب فيه، ولا ريب أن العقل هنا يرجح الفعل على الترك، فقاعدة الاحتياط عقلا أو شرعا قاضية بالرجحان في الفعل، لكن إدراجه تحت الأخبار مشكل، لأن المشكوك مما بلغ ثواب على فعله وبلغ ثواب على تركه، ففي جهة الخبر لا ترجيح. نعم، الرجحان من جهة احتمال العقاب في الأول دون الثاني. ويمكن أن يقال في إدراجه تحت الأخبار: بأن الثواب على فعل الواجب أزيد من الثواب على ترك المكروه بلا شبهة، فالمقداران المتساويان في الجانبين يتعارضان ويتساقطان، ويبقى الثواب الزائد الذي بلغنا في الفعل خاليا عن المعارض، وهو يثبت الاستحباب بمدلول الأخبار المتقدمة، فتدبر جدا. وثانيهما: عدم ثبوت الندب، بتقريب: أن الوجوب بمعنى العقاب على الترك منفي بالأصل، ولازم ذلك بقاء الكراهة بلا معارض أصلا، فليحكم بالكراهة، أو الكراهة مع الاستحباب، فيدخل تحت محتمل الكراهة والندب، وقد قررت أن

جانب المفسدة أهم، فالحكم بالكراهة متجه. قلت: نفي الوجوب بالأصل لا يوجب ارتفاع احتمال العقاب عن نظر المكلف قطعا، فيعارض المفسدة اللازمة عن فعل محتمل الكراهة. فإن قلت: ليس غرضي إثبات الكراهة، وإنما الغرض نفي الندب، والوجه قد اتضح مما مر، بتقريب: أن الكراهة وإن ترجحت على الندب، لكن يعارضها احتمال الوجوب، فيتساقطان. قلت: حيث إن مفسدة الترك على احتمال الوجوب أقوى من مفسدة الفعل على احتمال الكراهة، فالعقل يرجح الأول، وذلك واضح في نظر المتدبر وإن كان في السبيل إليه نوع خفاء، لكننا أوضحنا بعون الله وحسن توفيقه. وثامنها: الدوران بين التحريم والندب. والترجيح فيه للكراهة، والكلام فيه بصورها الخمس (1) كالكلام في صورة الوجوب والكراهة، وعليك بتعميق النظر في تطبيق النقض والحل. وتاسعها: الدوران بين التحريم والكراهة بصورها. والكلام فيه كالكلام في الوجوب والندب بعينه، فلاحظ. وعاشرها: الدوران بين الندب والكراهة بصورها. وقد ظهر من تضعيف ما ذكرناه في الوجوب والتحريم وجود القولين فيه، وتعارض أخبار المسامحة. وعلى ما قررنا من ترجيح جانب المفسدة - خصوصا في مقام الندب والكراهة - يتضح لك البناء على الكراهة، لقضية الاحتياط العقلي. وأما صور الثلاثي والرباعي والخماسي بالصور المتقدمة الملفقة التي تزيد على المائة على الظاهر - بملاحظة الخمسة المذكورة في أول الأقسام في الثلاثي وأخيه بالتجانس والتخالف بتراكيبه المختلفة - يعلم حكمه مما ذكرناه في التراكيب الثنائية. والفقيه لا يخفى عليه ذلك بعد التنبيه.

(1) في هامش (م): الخمسة، خ ل .

تنبيهات: أحدها: أنه قد عرفت أن فتوى الفقيه أدرجناها تحت بلوغ الثواب في الأخبار، والبلوغ الالتزامي أدخلناه كالمطابق، والثواب الحاصل في الترك في المكروه والحرام

أدخلناه تحت الثواب على العمل مع الأشكال فيه في مقامين .وعلى هذا فيمكن في صور التعارض أن يقول أحد بتقديم الخبر على فتوى الفقيه، فلو دل الأول على النذب والثاني على الكراهة يقدم الأول، لأن دخوله تحت أخبار المسامحة واضح، دون الثاني. وبتقديم البلوغ المطابقي على الالتزامي والثواب على الفعل على الثواب على الترك. ويقع الأشكال في تعارض الجهتين، كما إذا دل الخبر بالكراهة وأفتى الفقيه بالنذب، فإن الأول وإن كان من الأفراد الظاهرة للبلوغ، لكنه ترك لا فعل، التزام وتأويل لا صريح، والثاني وإن كان من الأفراد الخفية للبلوغ، لكنه فرد ظاهر للعمل وظاهر في بلوغ الثواب، فيحتاج إلى الترجيح. ولكننا في الصور السابقة سكنا عن هذه الجهة بعد البناء على دخول الكل تحت قاعدة المسامحة. وثانيها: أن المسامحة هل تجري في صورة ضعف الدليل من حيث الدلالة، أو تختص بضعف السند؟ والظاهر: أن المدرك إن كان الأخبار فلا يجري المسامحة فيه، إذ ما لم يظهر الدلالة لا يصدق عليه أنه مما بلغ في فعله أو تركه ثواب، فلا يجيء المسامحة. وإن كان المنشأ الاحتياط العقلي فالشك كاف في ذلك، والوجه قد اتضح مما مر. وثالثها: أنك قد عرفت أن أخبار المسامحة يعارضها المنع عن العمل بخبر الفاسق، ولكننا قدمناها على دليل المنع، بتقريب: أنه أخص مطلقاً من عموم دليل المنع .

[438]

لكنه قد يتفق المنع عن قسم خاص من الخبر يكون بينه وبين دليل المسامحة عموم من وجه، كالمنع عن العمل بموافق العامة، فإن الرشد في خلافهم (1) (وكالمنع عن العمل بالشاذ النادر (2) فلو كان دليل المستحب من أحد القسمين، فهل يؤخذ به عملاً بالمسامحة أو يترك عملاً بالنهي؟ وجهان. والذي يقوى في النظر: أن المنع عن الشاذ والموافق للعامة إرشاد إلى كون الحق في خلافه، بخلاف المنع عن خبر الفاسق، فإنه إرشاد إلى عدم الوثوق به حتى يتبين، فترك العمل بموافق العامة والشاذ أجود، لكونهما كالقياس. ورابعها: هل يشترط في المسامحة كون ذلك العمل مشروعاً في أصله بعموم أو إطلاق في زمان أو مكان أو حال وجاء الخبر فيه - مثلاً - بخصوصية غير ثابتة، أو لا يشترط فيجوز إحداث عبادة جديدة بقاعدة المسامحة لو جاء بها خبر ضعيف؟ وجهان: ومقتضى إطلاق الأدلة: الثاني، والثمره بينهما قليلة جداً z z

(1) و(2) انظر الوسائل 18: 75، الباب 9 من أبواب صفات القاضي، الحديث الأول، و ...

[439]

(العنوان السادس عشر) (قاعدة بطلان العبادة بكل زيادة ونقصية)

[440]

عنوان [16] مقتضى القاعدة أن يكون كل زيادة ونقصية في العبادة مبطلاً لها، سواء كان في الطهارات أو الصلاة أو غيرها (1) من العبادات، ولا يفترق الحال بين القول بأن أساميها موضوعة للصحيحة، أو للأعم منها ومن الفاسدة .وتنقيح ذلك يتوقف على مقدمة، وهي: أن العبادات لا ريب في أن كلها مختصرة من قبل الشارع ولو بانضمام شروط وأجزاء إلى ما كانوا يعرفونها. وبعبارة أخرى: هذا المجموع المركب من حيث هو كذلك مما قد جعله الشارع ورتب عليه أحكاماً كثيرة دنيوية وأخروية، ولا ريب أن انضمام الأمور المتعددة بعضها إلى بعض على نسق وترتيب يلزمه هيئة خاصة قهرية، هي الجزء الصوري للمركب، ولا يمكن تحقق مركب من دون هيئة (2) وإنما البحث في أن هذه الهيئة أيضاً داخلية في الماهية المطلوبة، أو هي أمر قهري عارض للأجزاء المجعولة عند اجتماعها، وليست هي مطلوبة. فنقول: الظاهر كون الهيئة داخلية في العبادة، وليست عبارة عن مجرد الأجزاء

(1) في (م): في الطهارة أو الصلاة أو غيرهما. (2) كذا في (ن)، وفي (د): من دون هيئته، وفي (ف)، (م): دون هيئة .

[441]

المادية. والدليل على ذلك: تبادر المعنى من ألفاظ العبادات، وسلب الاسم عما تغير فيه الهيئة في بعض الأفراد، كالفعل الكثير في الصلاة. فصار معلوماً أن الهيئة مطلقاً غير خارجة عن الماهية، بل هي جزء صوري للمأمور به. مضافاً إلى أننا وجدنا في العبادات: أن الشارع جعل التقديم والتأخير ونحو ذلك منوعاً للعبادة، وجعل لكل قسم منهما أحكاماً برأسه، فكشف أن الهيئة لها مدخلية في الماهية. على أن الظاهر: أن الشارع في هذا التركيب جرى مجرى طريقة الحكمة المعروفة بين العقلاء، ولا ريب أن ما نراه من طريقة العقلاء في إحداث التراكيب المختلفة في أدوية ومعاجين وأبنية وآلات ونحو ذلك مدخلية الصور والهيئات في آثارها وثمراتها ومطلوبيتها، ومع اختلال تلك الهيئة لا يرتبون تلك الثمرات عليه. مع أن كل موجود خارجي مما خلقه الله تعالى نرى أن لهيئته مدخلا في التسمية، بل الأسماء دائرة مدار الهيئات والصور دون المواد، فمقتضى ذلك كون الهيئة داخلية في مسميات ألفاظ العبادة، ولازم ذلك عدم صدق اللفظ وعدم ترتب الثمرات بدونها، وهو معنى البطلان. فإن قلت: إنا لا ننكر دخول الهيئة في الجملة في الماهية بل ذلك من الواضحات، ولكنه لا يلزم منه أن كل زيادة ونقص مبطّل، لعدم تغير الهيئة بمطلق الزيادة والنقص. قلت: هذا غفلة من المدعى، وبيان ذلك: أن الكلام نارة في أن هيئة العبادة أي شيء هو؟ بمعنى: أنا لا ندري - مثلاً - أن القعود في أثناء الطواف مبطّل أم لا؟ ونحو ذلك، والكاشف عن ذلك أحد أمور :

[442]

إما الصدق عند المتسرعة فيثبت بذلك أن الهيئة أحد الأمرين، أو الأجماع، أو الأخبار الدالة على الحكم. وهذا هو مقام إثبات أصل الماهية والأجزاء والشرائط والهيئة بطرقها المقررة. والمقام الثاني: أن بعد ثبوت أن الهيئة ذلك - مثلاً، كما لو ثبت أن الزائد عن سورة واحدة ليس من الصلاة، أو السورة الواحدة لازمة فيها بالنص، ولكن لا ندري أن الزائد يبطل أو لا؟ ولا ندري أن نقصان السورة يبطل كالركوع أم لا؟ - مقتضى القاعدة: أن نقص كل شيء ثبت أنه داخل في الهيئة وزيادة كل شيء ثبت بالدليل الشرعي أنه ليس مما اعتبر في العبادة مبطل لها، والوجه في ذلك أمور: أحدها: ما مر من أن الهيئة بعد ثبوتها داخلية فيما اعتبرها الشارع عبادة. وصدق الاسم بدونها على مذهب من يقول بالأعم لا ينفذ في شيء، إذ الأعم ليس مأموراً به بعد قيام دليل على الخصوصية، ولا ريب أن النقص مغير للهيئة، لأن الجزء اللاحق للمتروك يلحق الجزء السابق عنه، وهو هيئة مغايرة، وكذلك في الزيادة، لأن تخلل الزائد مغير للهيئة المتلاحقين، فيغير هيئة المجموع المركب، وذلك واضح. وثانيها: قاعدة الاشتغال، المقررة على مذهب من يقول بكون الأسماء للصحيحة: بأن الشك في كون الزائد والناقص مانعاً يوجب الشك في صدق الاسم فلا يقع الامتنال، وعلى مذهب من يقول بالأعم: بأن المانع المشكوك وإن اندفع مانعته، بمعنى: أن الجزء الناقص - مثلاً - وإن نفينا كونه مبطلاً بأصالة عدم المانع، لكن مقتضى الارتباط النفس الأمري في أجزاء العبادات المركبة: أنه لو كان هذا الناقص مبطلاً وجزءاً مقوماً للعمل فالأجزاء الباقية أيضاً غير نافعة، لقضية الارتباط، فالبراءة والامتنال لا يحصل إلا بإتيان الناقص وترك الزائد حتى يحصل القطع بالامتنال بما علم ثبوت التكليف به .

[443]

وثالثها: أن مقامنا هذا غير مرتبط بأصالة الجزئية والشرطية والمانعية ونحو ذلك، إذ الفرض ليس أصل الجزئية في الناقص وعدمها في الزائد مشكوكاً، بل هما معلومان،

فإذا زاد أو نقص، فنقول: مع قطع النظر عن حكم العقل يحكم العرف بعدم كونه امتثالا للمأمور به، وهو معنى البطلان. ورابعها: الأجماع المحكي على هذه القاعدة في كلام جماعة من أفاضل المتأخرين (1). وخامسها: الأجماع المحصل من تتبع كلمات الأصحاب في العبادات، فإنهم بعد ثبوت الزيادة والنقيصة بينون على البطلان حتى يثبت دليل على عدم المانع. وسادسها: الصحيح المروي في كتاب الصلاة: (إذا استيقن أنه زاد في صلاته المكتوبة لم يعتد بها، واستقبل صلاته استقبالا إذا كان قد استيقن يقينا) (2) وهذه الرواية أخص من المدعى من وجهين: أحدهما: اشتماله على حكم الزيادة دون النقيصة. وثانيهما: اختصاصه بالصلاة. لكن الظاهر عدم الفرق بين الزيادة والنقيصة إن لم يكن النقيصة أولى بالبطلان وأقوى في عدم صدق الامتثال عرفا. ولا فرق بين الصلاة وغيرها، لكون الكل توقيفية مبنية على هيئة خاصة متلقاة من الشارع. والحاصل: الفرق بين الصلاة وغيرها في (3) هذه الجهة غير واضح، بل منتف.

(1) لم نظفر على حكاية الأجماع على القاعدة بكلا طرفيها، نعم في طرف النقيصة فقد نفى العلامة الخلاف عن بطلان الصلاة بإخلال شيء من واجباتها عمدا، شرطا كان أو جزءا أو تركا، نهاية الأحكام 1: 527. وقال السيد السند: قد أجمع الأصحاب وغيرهم على أن من أخل بشيء من شرائط الصلاة أو واجباتها عمدا بطلت صلاته، المدارك 4: 211. (2) الكافي 3: 354، باب من سهى في الأربع والخمس... 2 ح، وأورده في الوسائل 5: 332، الباب 19 من أبواب الخلل، ح 1، مع زيادة كلمة (ركعة) بعد: (زاد في صلاته المكتوبة). (3) في (م): من.

[445]

(العنوان السابع عشر) (قاعدة جواز البدار لاولي الأعدار) (وخروج باب التيمم عنها)

[446]

عنوان [17] لا ريب أن العبادات الموسعة في وقتها يتخير المكلف في إيقاع المأمور به في كل حصة قابلة للوقوع فيها إذا كان المكلف جامعا للشرائط، فاقدا للموانع، غير معذور بأحد الأعذار التي يوجب سقوط شرط أو جزء، أو نحو ذلك. وأما أصحاب الأعذار: فهل التخيير في حقهم كذلك فلهم الأتيان بالمأمور به في أن العذر بطريق المعذور وإن احتمل أو ظن أو علم زوال العذر في الآن الثاني من الوقت أو الأجزاء اللاحقة منه، أو التخيير غير ثابت في حقهم واللازم مراعاة التمكن والصبر إلى آخر أوقات الأماكن، أو يفصل بين راجي الزوال فلا تخير له وبين المأيوس عن زوال العذر فيتخير؟ أقوال للأصحاب: فأكثر القدماء على التخيير مطلقا (1) والمرتضى (2) وابن الجنيدي (3) وسلا (4)

(4) الظاهر أن القائل بالتخيير مطلقا من القدماء هو أبو جعفر بن بابويه، على ما نقله عنه العلامة في المختلف (1: 414) والجعفي في ظاهر كلامه، على ما نقله عنه وعن الصدوق الشهيد في الذكرى: 106، إلا أن كلام الصدوق في المقنع: 8 يعطي خلاف ما نسب إليه. (4) رسائل الشريف المرتضى (المجموعة الثالثة): 25. (4) هو قائل بالتفصيل على ما في المختلف 1: 414 - 415. (4) المراسم: 54.

[447]

على المنع مطلقا، وجماعة من فضلاء من تأخر عن الشهيد رحمه الله على التفصيل (1). والكلام في هذا الباب مضطرب أشد الاضطراب. ولنشر إلى جملة من مواقع المسألة توضيحا للمدعى. ومن جملتها: العذر عن إكمال الوضوء - كالجيرة ونحوها - وكذلك في الغسل بناء على الاكتفاء بما يمكن غسله، وكذلك العذر في تطهير الثياب، وكون الساتر على الشرائط والخلو عن الموانع (2)، أو العذر عن أصل الساتر، أو عذر المكان لعدم خلوه عن نجاسة، أو اشتباه القبلة بناء على التخيير، أو فقد الماء

حتى يتوضأ أو يغتسل، أو وجود العذر من استعماله أو الخوف عن تحصيله، أو وجود السلس والبطن اللذين (3) لا تخلو الصلاة - مثلاً - من طريان الحدث معهما، أو العجز عن القيام في الصلاة أو الاستقرار أو إتقان الأفعال أو الأذكار (4) وكذلك العذر في أفعال الحج والعمرة وشرائطهما. ولا يختص الكلام بالموسعات المؤقتة بالخصوصية، بل يعمها والموسعة ما دام العمر، كقضاء الصلاة على ما نختاره من الموسعة، والنيابات بإجارة أو تحمل عن ميت، ونظائر ذلك، فإن كل ذلك داخل في محل النزاع. فنقول: كل مكلف بخطاب موسع إذا حصل له عذر ينتقل به الفرض إلى غير ما هو لازم عند الاختيار، هل يلزمه الانتظار لزوال العذر حتى يأتي بالمأمور به الواقعي الاختياري، أو لا يلزمه ذلك بل هو مخير في أوقات زمان التوسعة فله

(1) منهم الشهيد نفسه في اللمعة: 26، والمحقق الثاني في جامع المقاصد (1: 500)؛ ناسبا له إلى أكثر المتأخرين، ونسبه الشهيد الثاني في الروضة (1: 459) إلى أشهر الأقوال بينهم، ونفى عنه الباس السيد في المدارك 2: 212، ثم القول بالتفصيل لا ينحصر على جماعة ممن تأخر عن الشهيد، كما هو ظاهر كلام المصنف قدس سره بل هو منقول عن ابن الجنيد وذو هب إليه العلامة في جملة من كتبه، واستجوده المحقق في المعتبر، انظر الحدائق 4: 356 - 357. (2) في (م): جامعاً للشرائط خالياً عن الموانع. (3) في غير (م): الذي. (4) في (ف، م): والأذكار.

[448]

الأتيان في كل زمان بمقتضى تكليفه في تلك الحالة، أو يفصل بين الرجاء والعدم؟ فالأكثر على التخيير إلا فيما خرج بدليل خاص، لأصالة عدم لزوم التأخير، وعدم تعين الأيقاع في آخر أوقات الأماكن، ولاستصحاب بقاء التخيير مع عدم دليل صالح على رفعه، ولأطلاقات الكتاب والسنة في أصل الواجبات الموسعة، كقوله تعالى: إذا قمتم إلى الصلوة فاغسلوا... فلم تجدوا ماء فتيمموا (1) وأقم الصلوة لدلوك الشمس إلى غسق الليل (2) و (من فاتته فريضة فليقضها كما فاتت (3) ونظائر ذلك من الخطابات الدالة على أن بمجرد دخول وقت المأمور به يكون المكلف مأموراً بالأتيان بالمأمور به أمراً تخييراً بالنسبة إلى أجزاء الوقت، أو بالنسبة إلى مدة العمر فيما وسع فيه كذلك، فمتى ما أتى بالمأمور به على حسب ما هو عليه في أي حالة كان من أجزاء زمن التوسيع فقد أتى بالمأمور به، والأمر الشرعي يقتضي الأجزاء، فلا إعادة عليه ولا قضاء، كما أنه لم يترك بذلك واجبا، ولأن التخيير في شئ والتوسيع فيه تخيير وتوسيع في لوازمه. وبيان ذلك: أن الشارع جعل لواجد الماء الوضوء مثلاً، ولفاقده التيمم، وللعاجز القعود، وللقادر القيام، ونظائر ذلك من الأعدار التي جعلت عناوين للأحكام الشرعية، في قبال المختار الخالي عن العذر مثل ذلك (4). ولا ريب أن المكلف قابل لطريان هذه العناوين المختلفة عليه، فتارة هو مريض، وتارة صحيح، ومرة مسافر، ومرة حاضر، ومرة عاجز، وأخرى قادر، ونحو ذلك، فيمكن انقلاب العناوين المجعولة موضوعاً للأحكام في المكلف في جمع الأحوال والأزمان.

(1) المائدة: 6. (2) الأسراء: 78. (3) الوسائل 5: 359، الباب 6 من أبواب قضاء الصلوات، ح 1، لفظ الحديث قال: قلت له: رجل فاتته صلاة من صلاة السفر فذكرها في الحضر؟ قال: يقضي ما فاتته كما فاتته... الحديث. (4) مثل ذلك: لم يرد في (م).

[449]

فإيجاب الشارع على النائم - مثلاً - قضاء صلاة الصبح - مثلاً - وتوسيعه ما دام العمر مع العلم منه بانقلاب أحوال المكلفين في مدة عمرهم عجزاً وقدرة وصحة ومرضا وغير ذلك يقتضي أن الشارع يرضى بالقضاء في أي وقت أراد المكلف قضاءها على مقتضى عنوان تلك الحالة، فلو أراد القضاء في حالة عجز صلى قاعداً، وفي حالة جبيرة توضأ وضوء الجبيرة، وفي حالة العجز عن تحصيل ساتر طاهر - أو نحو ذلك - صلى مع النجس، ومع عدم ذلك كله يصلي صلاة المختار. وبالجملية: التخيير في الأزمان مع العلم باختلاف المكلف في العنوان بحسب الأوان يقتضي التخيير في كيفية المأمور به اللاحقة له بحسب اختلاف الأحوال. وقس على ذلك الصلاة اليومية والنيابات،

وسائر الموسعات من: صلاة الايات، وأعمال الحج والعمرة، ونحو ذلك. ومن هنا نقول: إن العبرة في صلاة المسافر إذا حضر أو بالعكس بحالة الأداء، لا حالة الوجوب (1). ولأن تكليف ذوي الأعذار بالانتظار مما يوجب العسر الشديد والجرح الوكيد المنفيين آية ورواية، بل كاد أن يلحق في بعض أفرادها بتكليف ما لا يطاق، خصوصاً في الأوقات التي لا يعلم آخرها غالباً إلا بترصيد وكمال دقة، مع اختلاف أحوال الناس في السفر والحضر، وكثرة وقوع الأمراض والأعذار، كما هو المشاهد في الأعصار والأمصار، فلو لزم في جميع ذلك الانتظار لزم العسر الواضح، وقد تقدم في عناوين المشتركة ما يدل على انتفائه شرعاً (2). ولأن الالتزام في جميع ذلك كله بالتأخير مما يكاد يحصل الأجماع على خلافه، بل الظاهر - بل المقطوع - من ملاحظة فتاوي أصحابنا في الأبواب

(1) العبارة في (ن) هكذا: إن العبرة في صلاة المسافر إذا حضر أو بالعكس لا بحالة الأداء، لأن المعتبر حالة الوجوب. (2) تقدم في العنوان التاسع .

[450]

إجماعهم على عدم اللزوم في المعذور مطلقاً، فإذا جاز وثبت التخيير في بعض الأعذار فلا تعقل فرقا بينه وبين غيره، لاتحاد الدليل والوجه في التوسعة في الجميع. ولأننا نرى سيرة العلماء والعوام (1) في الأعصار والأمصار على أن أصحاب الأعذار لا ينظرون زوال عذرهم، بل يبادرون إلى الصلوات على ما هم عليه من جبرة ومرض وقعود وعدم استقرار ونحو ذلك، وهذا كاشف عن كون السلف كذلك، فيكشف عن طريقة أهل زمن الشارع، فيكشف عن تقريره ورضائه بذلك، لأنه بعد عموم بلواه ليس مما يخفى على صاحب الشريعة وخلفائه في المدة الطويلة. ولأن التأخير لو كان لازماً لاشتهر وتواتر في الأخبار والفتاوى، لعموم البلوى بالأعذار، وتوفر الدواعي إلى السؤال عنه ونقله، مع أنا لم نجد في النصوص - على كثرتها في باب الأعذار - ما يدل على ذلك، سوى أربع روايات أو خمس في باب التيمم (2) (مع وجود معارض لها أيضاً. وأفتى بالتأخير هناك (3) مطلقاً أو على التفصيل - مشهور الأصحاب. وقد قوينا في طهارة (الحياض) - شرحنا على النافع - لزوم التأخير في التيمم مطلقاً، للنصوص المنجبة المعتضدة بمؤيدات آخر، كما سنذكره عن قريب. وهذا الباب العظيم لا يكتفى فيه بمجرد هذه الروايات، ولم نجد من الفقهاء من يفتي بلزوم التأخير إلا المرتضى رحمه الله وسلاّر وابن الجنيد (4) (على ما نقل نهم، مع أن العيان غير النقل، ولم يحضرني عبائرهم وكتبهم حتى يعلم أنهم قائلون به

(1) كذا في نسخة بدل (م)، وفي النسخ: العلماء والأعوام. - (3) أوردها في الوسائل 2: 993 في الباب 22 من أبواب التيمم. (3) في (م): والتأخير هناك. (4) (راجع ص: 437 وقد ذكرنا هناك أن ابن الجنيد من القائلين بالتفصيل .

[451]

مطلقاً، أو مع التفصيل في جميع الموسعات، أو في خصوص الصلاة اليومية في جميع الأعذار، أو في أعذار خاصة. والحاصل: خلو النص والفتوى مع عموم البلوى يقضي بالتخيير وعدم لزوم ما زعمه هؤلاء الأساطين من الانتظار، والله العالم. ولأن إطلاق الأدلة الواردة في خصوص أصحاب الأعذار (كما لا يخفى على من لاحظها، ولو لا خوف الأطالة والخروج عن وضع الكتاب لنقلتها) (1) مثل ما في الجبائر والمسلسوس والمبطلون والعاجز عن القيام والقعود في الصلاة والمشى في الطواف - ونظائر ذلك - قاض بالتخيير والتوسيع للمعذور كالمختار من دون تفاوت، وليس في شئ منها الأمر بالتأخير وانتظار زوال العذر، بل ما اطلعنا عليه منها مطلقة، مثل قوله: (يغسل ما حوله ويمسح على الجبيرة) (2) أو (العاجز يصلّي قاعداً) (3) ونحو ذلك، فعليك بالتتابع التام حتى يتضح لك المقام. ولأن ما دل على أفضلية أول الوقت والاهتمام في عدم تأخير الفرائض على حد يكاد يبلغ تاركه حد العاصي. وعموم الأدلة الدالة على المسارعة

إلى المغفرة والاستباق إلى الخير (4) والذم واللوم الواردان في حق من يضيع الصلاة ويؤخرها إلى آخر الوقت (5) كلها مطلقة شاملة لذوي الأعذار وغيرها، ولا دليل يصلح لتقييد هذه الأدلة أو تخصيصها، ومجرد احتمال زوال العذر والأتيان بالصلاة أو غيرها من العبادة على الوجه الأكمل والواقعي الاختياري غير صالح للتقييد، لأن ذلك ترك للقطعي بالمحتمل، فإن حصول أجر أول الوقت متيقن وزوال العذر محتمل، والقطعي لا يترك بما لا يوثق بحصوله. ولأن في لزوم التأخير تغيرا بالواجب وتعريضا له معرض الفوات، لاحتمال

(1) ما بين القوسين لم يرد في (م). (2 و 3) أوردهما مثالا، لا نسا. (4) مثل قوله تعالى: وسارعوا إلى مغفرة من ربكم... آل عمران: 133، وقوله تعالى: فاستبقوا الخيرات المائدة: 48. (5) راجع الوسائل 3: 89 - 91، الباب 3 من أبواب الموافقات، ج 13، 17، 20.

[452]

طريان الموت أو السهو أو الغفلة، أو مانع آخر يمنع المكلف عن الأتيان به، ولاحتمال طريان عذر أزيد من هذا العذر، إذ يحتمل اشتداد المرض بحيث لا يتمكن من القعود، وعروض حادث لا يتمكن من السائر النجس أيضا، وقس على ذلك نظائره. فالبناء على لزوم الانتظار المحتمل لفوات الواجب عن أصله أو طريان نقصان أزيد مما هو موجود في أول الوقت بمجرد احتمال زوال العذر غير مانوس بطريقة الشرع، ومستبعد عن الاهتمام بحفظ الحدود المعلوم من أحوال صاحب الشريعة. ومن هنا يعلم: أن القول بلزوم التأخير في صورة لا يرجى زوال العذر بمكان من السقوط والضعف، وعليك بالتزام مشرب الفقهية والمشبي على ما هو المستفاد في نوع المذهب -، فإن الخصوصية لا تكاد تنضبط. ولأن المستفاد من طريقة الشارع - كما سنقرر لك إن شاء الله تعالى في العنوان الاتي - أن وقت العبادة في نظر الشارع أهم من سائر الشرائط والأجزاء، وكلها تسقط مع التعارض بينها وبين الوقت، فإذا صار الاهتمام على الوقت بهذه المثابة فمن المستبعد جدا إلزام الشارع بالتأخير إلى آخر الوقت بمجرد احتمال زوال العذر وحصول الشرط والجزء الناقص، سيما في الأعذار التي جعلت لها أبدال في الشرع [وليس مجرد نقص (1)]. والظاهر من الاهتمام بالوقت في نوعه: أن الاكتفاء ببديل الأجزاء والشرائط المتعذرة وإدراك أول الوقت أولى، ولا أقل من تساوي الأمرين الموجب للتخيير، فالقول بوجوب التأخير مع ندرة قائله مستبعد جدا. والذي يصلح حجة للقول بالتأخير أمران: أحدهما: أنه لا ريب أن التكليف أولا وبالذات إنما هو على الواقعي

(1) لم يرد في (م).

[453]

الاختياري، ولا ينتقل منه إلى بدله إلا مع تعذر الاختياري، ولما كان الواجب موسعا يصح إيقاعه في أي جزء من أجزاء زمن التوسيع كان، والمكلف قابل لأن يكون في هذه الأنات مختارا ومعذورا، فما لم يستوعب العذر جميع أجزاء الوقت فلا يصدق: أن الاختياري متعذر، حتى ينتقل منه إلى بدله. وذلك في العرف واضح، فلو قال المولى لعبده: (ائتني بماء النهر غدا في أي وقت من أوقات النهار شئت، وإن لم تجد ماء النهر فأت بماء البئر) ولا ريب أن هذا العبد إذا أصبح ولم يجد ماء النهر فأتى بماء البئر معتذرا بأن البديل متعذر لزمه العقلاء، معللين بأنه لم يتعين عليك الأتيان في هذا الوقت حتى تنتقل إلى بدله بالتعذر فيه، فلعلك تتمكن منه في أثناء النهار فتأتي به. وبالجمله: كما أن التكليف المتعلق بالكلي لا يسقط إلا بتعذر جميع أفراده - لأن مع القدرة على فرد واحد يكون الكلي مقدورا فلا وجه للسقوط - فكذلك الواجب الموسع، فإنه ينحل إلى التخيير في أجزاء الوقت، ويصير للمأمور به باعتبار وقوعه في أجزاء الوقت الموسع أفراد اعتبارية ينزل منزلة الأفراد للكلي الطبيعي، فلا يصدق التعذر إلا مع استيعاب العذر للزمان كله حتى لا يتمكن من الأفراد المفروضة مطلقا، ولا يعلم

هذا التعذر إلا بالصبر إلى آخر أوقات الأماكن، فإن بقي العذر أتى ببدله، وإن زال أتى بأصل المأمور به. وثانيهما: الروايات الواردة في باب التيمم الدالة على لزوم التأخير مثل قوله عليه السلام: (ليس للمتيمم أن يتيمم إلى أن يضيق الوقت) أو (عليه أن يطلب الماء ما دام في الوقت) (1) ونظائر ذلك، فإن النصوص في ذلك خمسة أو ستة: بين دالة بالطلب، وبين دالة على الصبر مطلقا (2) فإذا وجب في التيمم ذلك لزم في غيره

(1) أراد النقل بالمعنى فيهما، وإلا فلفظ الاحاديث الواردة في الباب ليس كما نقل، انظر الوسائل 2: 993، الباب 22 من أبواب التيمم. (2) انظر المصدر السابق.

[454]

أيضا بعدم وضوح الفرق بينه وبين غيره. والجواب عن الأول يظهر مما قرناه في تضعيف أدلة الأكثرين. وتوضيحه: أن هذا الكلام إنما ينفع لو لم يتعلق خطاب بالبدل، بمعنى: إن (1) تعلق الخطاب بالمأمور به موسعا فلا ريب في عدم سقوطه ما لم يستوعب العذر جميع الوقت، وأما إذا تعلق خطاب بالبدل فلا يخلو: إما أن يكون خطابا عقليا ناشئا من قبح تكليف ما لا يطاق، أو خطابا شرعيا. فإن كان خطابا عقليا فالظاهر جواز الأتيان بالبدل مع التعذر، لكن لا يفيد الأجزاء، فلو اتفق أنه ظهر زوال العذر مع بقاء الوقت وجب الأتيان بأصل المأمور به، وهذا معنى قولنا: إن الأمر العقلي لا يقتضي الأجزاء. وأما الخطاب الشرعي: فإن كان مقيدا بما دام بقاء العذر أو قضية مهمة لا يظهر منها سوى الأتيان بالبدل مع بقاء المعذورية - وبعبارة أخرى: ليس فيه إطلاق يشمل حالة زوال العذر - فهذا الأمر كالأمر العقلي في عدم اقتضائه الأجزاء. وإن كان فيه إطلاق يشمل صورة بقاء العذر وزواله، فظاهر هذا الأمر إفادة الأجزاء وإن زال العذر. وهذه الأوامر المفروضة في أصحاب الأعذار كلها أوامر شرعية مطلقة مفيدة للأجزاء، وبهذا سمينها أبدا للمأمور به، فإذا أتى المكلف في جزء من أجزاء الوقت بالبدل فظاهر الأمر الأجزاء، وهذا هو المراد من جواز التأخير والتقديم المعبر عنه بالتخيير. والفرق بين أفراد الكلي المخير فيه وأجزاء الواجب الموسع اجتماع أفراد الكلي في وقت واحد، فإذا تمكن المكلف من الأتيان بفرد منه فقد تمكن من الكلي، فلا يصدق التعذر، بخلاف الموسع، فإن بتعذر المأمور به في بعض أجزاء الوقت يصدق أنه متعذر في هذا الحال، فيجئ الخطاب بالبدل، ونظير ذلك في

(1) كذا في (د) وفي سائر النسخ: إنه .

[455]

الكلي الطبيعي الأفراد الممكنة في الآن المتأخر، فإن إمكان بعض الأفراد في الآن المتأخر لا يؤثر في وجود الكلي ومقدوريته، بل يصدق عليه أنه متعذر، فلا وجه لقياس المقام بالأماكن في بعض الأفراد بالزمن الأول. والجواب عن الثاني: أن التيمم خرج بالدليل، وقد أفتى به المشهور. فالحاق غيره به لا دليل عليه، والمناط غير منقح. والفرق: أن مدار مصيرنا على التخيير إطلاق الدليل الدال على البدلية - كما قرناه - وتوجه الخطاب من أول الوقت إن مختارا فمختارا وإن مضطرا فمضطرا، وليس الدليل في التيمم كذلك، فإن إطلاق قوله تعالى: فلم تجدوا ماء فتيمموا (1) قد تقيّد بالنصوص الدالة على أنه لا يتيمم (2) إلا عند الضيق، فيصير المعنى: إن لم تجدوا ماء في جميع الوقت حتى انتهى إلى آخر أوقات الأماكن عادة فاللازم التيمم، بخلاف سائر الأعذار، إذ ليس فيها ما يقيد الدليل، وإلا لقلنا به. مضافا إلى أنه يمكن الفرق أيضا اعتبارا: من أن غالب الاحتياج إلى التيمم إنما هو لفقد الماء، والأعذار الأخر قليلة الوقوع (3) مثل الخوف ونحوه، والغالب أن فاقد الماء إذا تفحص وانتظر يجد الماء، فلهذا سد الشارع هناك باب التعجيل، ولم يجعله منوطا بزعم المكلف أيضا على ما نختاره من عدم الفرق بين الرجاء وعدمه، نظرا إلى زوال العذر فيه في أغلب الأفراد، بخلاف سائر الأعذار، فإن الابتلاء بها غالب وزوالها في أوقات التوسيع نادر، فرخص في الأتيان

من أول الأمر حذرا من فوت الواجب من أصله، وهذا الذي ذكرناه حكمة مقربة للدليل،
وإلا فالمتبع النص، فتدبر. ومن هنا ظهر ضعف القول بالتفصيل، حتى في مسألة
التيهم - كما ذهب إليه جماعة من أفاضل من تأخر (1) - لأن الذي علّوه به: أن مع
عدم الرجاء يسقط عنه

(2) المائدة: 6. (2) في (م): لا تيمم. (3) في غير (د): قليل الوقوع .

[456]

التكليف الاختياري، للتعذر، بخلاف ما لو كان راجيا، فإنه لا يصدق التعذر حتى ينتقل
إلى البذل. وهذا إن دل عليه دليل خاص - كما يدعونه في التيمم جمعا بين الأخبار -
فلا كلام فيه بعد وجود المخرج عن القاعدة، وإلا فيحسب القواعد نقول: لا شبهة في
أن المراد من التعذر - كعدم وجود الماء، أو العجز عن القيام، أو نحو ذلك - إنما هو
التعذر الواقعي، فإما أن يصدق مع التعذر في وقت من أوقات التوسيع أن المأمور به
متعذر فلا معنى لعدم جواز الانتقال إلى بدله من أول الأمر، وإما أن لا يصدق حتى
يستوعب العذر الوقت فلا معنى للاكتفاء بعدم الرجاء، فإن زعم المكلف لا مدخل له
في صدق الدليل واقعا، فإن الاحتمال موجود، سلمنا جواز الأتيان بالبذل على حسب
ما يزعمه من التعذر، فإذا انكشف خلافه وزال العذر فأى دليل دل على إجزاء ما فعله
عن الأمر الواقعي الأولي؟ فإن كان دليل البدلية فقد اعترفوا بأن البذل فرع التعذر
الواقعي في جميع الوقت ولم يتحقق، فظهر أن البذل ليس ببذل، والأجزاء فرع جعل
الشارع له بدلا، فتدبر. نعم، لو كان المكلف يعلم قطعا حقيقيا - لو فرض حصوله - أو
علما عاديا يوثق به في العادات زوال العذر، فإن كان إزالته من الاختيارات - كذهابه
إلى مكان فيه الماء أو غسله الثوب النجس أو تعلمه ما لا يعلم من القراءة الواجبة
ونظائرها - فلا كلام في لزوم التأخير وتحصيل المقدمات، وهذا إجماع من أصحابنا. وأما
لو لم يكن الأزالة اختياريًا بل كان أمرا ليس في قدرة المكلف لكن يعلم زواله عادة إن
أمكن حصول العلم به كذلك - كالمسلوس والمبطون اللذين لهما فترات معتادة تسع
الصلاة والمريض الذي اعتيد له البرء والأفاقة في وقت يمكنه فيه الأتيان بالعمل
كالمختار - فهل يجب عليه التأخير أم لا؟ محل نظر. والفرق بين هذا وبين الأول: أن
عدم حصول المقدمات الاختيارية لا يعد

[457]

اضطرارا (1) ولا يعد مثل ذلك من ذوي الأعذار قطعا، وإلا لم يبق مختار مطلقا، بخلاف
الثاني، فإنه وإن كان يعلم الزوال بحسب عادته، لكنه مضطر الآن، داخل تحت أدلة
ذوي الأعذار، والعلم بالزوال لا دخل له في ذلك. والذي يقوى في النظر القاصر عدم
لزوم التأخير في كمن لا يعلم، لأطلاق الأدلة، ولأزم القول بلزوم التأخير عدم وجود
التكليف الاضطراري بالنسبة إليه، وهذا خلاف مقتضى الأدلة، مع أن العلم بالمستقبل
لا يكاد يتحقق، غايته الرجاء والوثوق، وقد عرفت حاله. هذا ما يتعلق بالكلام في نوع
المسألة وأساسها، والاستعجال يمنع من ذكر كلمة الفقهاء والأدلة الخاصة في
المقامات، وعليك بالتتبع في موارد الفروع حتى يتضح لك حقيقة الحال z z z .

(1) في (م): اضطراريا .

[459]

(العنوان الثامن عشر) (في تعارض أجزاء العبادة وشرائطها وكون الوقت مقدما على
غيره)

عنوان [18] إذا تعارض سقوط أحد الأجزاء و (1) الشرائط الاختيارية الأولية أو الاضطرارية مع الآخر، فالوقت مقدم على الكل، بمعنى: أن مراعاة الوقت لازم وإن سقط بعض الأجزاء أو الشرائط. وقد استفدنا هذه القاعدة من الأدلة الخاصة التي دلت في أصحاب الأعدار على الأتيان بالمقدور، وهي كثيرة لا تكاد تحصى. ولذلك لا يضر نقص الوضوء بجبيرة ونحوها، وسقوط المائبة، ووجود النجاسة، وسقوط السورة في الصلاة عند الضيق، واعتبار الشارع ركعة من الوقت وعدم رضاه بالتأخير، وسقوط الأركان في صلاة المطاردة، والقصر في صلاة الخوف، وسقوط الشرائط حيث تعذرت غالبا - كالاستقبال، والاستقرار، والساتر، وإباحة المكان، وشرائط ما يسجد عليه، ونحو ذلك - وسقوط القيام والانتقال إلى المراتب اللاحقة من إيماء ونحوه، بل ربما ينتهي إلى مجرد النية. وهذه كلها دالة على أن الشارع لا يرضى بفوات الوقت ويرضى بسقوط غيره من الشرائط والأجزاء، وإلا فكل معذور ينتهي إلى حالة اختيار غالبا، ولا أقل من

(1) في (ن): أو .

الاستنابة بعد موته أو في حياته، فرضا الشارع بنقصان العمل بهذه المثابة اهتمام بحق الوقت فكل عبادة موقته إذا دار الأمر بين فوات وقتها أو فوت بعض شرائطها وأجزائها فمقتضى القاعدة تقديم الوقت وإن نقص الشرط أو الجزء، إلا ما دل الدليل على سقوطه بتعذر شرط أو جزء (1) أو دل الدليل الخاص على لزوم الأتيان به في خارج وقته، وتركه في وقته. وليس غرضنا من الموقت الوقت الخاص، بل الموقت (2) ما دام العمر كذلك إذا انتهى إلى آخر وقت الأماكن بحسب زعم المكلف، فيأتي بالمقدور حتما. والمرتبة بعضها على بعض - كأفعال الحج والعمرة - وإن لم يعين لها أوقات خاصة في حكم الموقت، فما أمكن من الطواف وصلاته لازم الأتيان قبل الشروع فيما تعقبه من أعماله، وقس عليه سائر الأفعال. والغرض الإشارة إلى الضابط المستفاد من استقراء كلام الشارع وأحكامه المجعولة المتفرقة في أبواب الفقه. ومن هنا أوردنا على من لم يجوز التيمم لضيق الوقت مع وجود الماء معللا بأن التيمم ما يشرع مع وجود الماء وفوات الوقت لم يقدّم دليل على أنه مسوغ للتيمم - كالفاصل المحقق نجم الدين أبو القاسم بن سعيد قدس الله لطفه (3) ومن قال بمقالته من أفاضل من تأخر شكر الله مساعيهم (4) بأن فوات الوقت لو لم يكن مسوغا للتيمم فأى داع على شرعية التيمم؟ إذ المكلف إذا لم يجد ماء في الوقت أو حصل له من استعماله مانع فلا بد من حصول الماء له في وقت من الأوقات، وزوال العذر كذلك، فلم يرض الشارع بترك الصلاة والأتيان بها في خارج الوقت مع الطهارة المائية، وليس الداعي إلى جعل هذه الأبدال إلا إرادة الشارع وقوع

(1) في (ن): شرطه أو جزئه. (2) في غير (م): الموقته. (3) المعتبر 1: 366. (4) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد 1: 467، والفاصل في كشف اللثام 1: 142 واستظهره السيد السند في المدارك 2: 185 .

العبادة في الوقت. وكيف رضي الشارع بالقعود والاضطجاع وبمجرد التسبيحات في المطاردة ورضي بسقوط الأركان من دون بدل ولم يرض بالتيمم المجعول بدلا لأدراك الوقت؟ مع أن (التراب الطيب طهور المسلم عشر سنين) (1) كما في النص النبوي. وجملة من فحول المتأخرين - رفع الله درجاتهم - عجزوا عن تنقيح المسألة عن (2) مأخذها ولم يتفطنوا لهذه الدقيقة ولم يجدوا دليلا محكما يدل على جواز التيمم لضيق

الوقت ولم يعتبروا الشهرة، أقروا بعدم الدليل، فتردد بعضهم، وسلك آخرون مسلك المحقق، مع أن الحكم - بعون الله تعالى - واضح بعد إتقان القاعدة المقررة، فتبصر z .
z z

(1) سنن أبي داود 1: 91، ح 332، بلفظ (الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو إلى عشر سنين). (2) في (م): من .

[463]

(العنوان التاسع عشر) (في بيان قاعدة الميسور)

[464]

عنوان [19] من جملة القواعد المتلقاة من الشرع - الكثيرة الدوران المتشعبة الفروع - قاعدة الميسور ولزوم الأتيان بالمستطاع، ويتمسك بها في لزوم تخفيف النجاسة كما وكيفا - كالغسل مرة وإن لم يطهر - وفي غسلات الولوغ، ومنزوحات البئر، وتباعد البالوعة، وقيام غير التراب مقامه في التطهير (1) (ووضوء الأقطع، والجبرة، وفي أعداد غسلات الوضوء والمضمضة وغسل اليد، والمباشرة في جميع ما تعتبر فيه، وحكاية ما أمكن من الأذان والأتيان بسائر الدعوات المندوبة، وأعداد مسحات الاستبراء وخرطاته، وجلوس الحائض في مصلاها، ومندوبات الاحتضار والموت، والغسل بالقراح مع تعذر الخليط من صدر أو كافر، ومن وراء الثياب وقيام غير السائر مقامه، والواحد مقام الثلاثة في الكفن، وكفاية التكييرات في صلاة الميت، والممكن من التبريع للجنابة، وطلب الماء وإن لم يكن غلوة أو غلوتين، والمسح مقام الغسل، وظهر اليد موضع بطنها وإحدهما مقام الاثنتين، والممكن من النوافل، وسنن ما أمكن من العورة، ولزوم الصلاة عاريا، وما أمكن من البعد بين المرأة والرجل في الصلاة، وارتكاب أقل

(1) كذا في النسخ، والمناسب وقوع هذه الفقرة بعد فقرة: وفي غسلات الولوغ .

[465]

المحذورين ولو اعتبارا في تعارض المكروهين أو الحرامين، وقيام الاعتماد والقعود والاضطجاع والاستلقاء مقام القيام، وبعض القراءة والترجمة والملحون والذكر مقام الكل الصحيح، وفي المقدور من انحناء الركوع ونحوه من سائر الأجزاء والشرائط، وأداء المقدور من الحقوق الواجبة المالية كلها، والقيام في المعبر وحركة الرجلين لمن نذر المشي، وفي فرض (1) الكفارات على العدد، ولزوم الكف عن المفطرات وإن أفطر، ولزوم المقدور من الصيام والأطعام، وتقديم المعتكف أقل الطريقين ظلا، واستنابة العاجز عن الحج وكون النائب من الأقرب إلى بلده، وصرف المال القاصر عن الحج الموصى به في وجوه البر، ولزوم الأقرب إلى الميقات لو أمكن، وفي انتقال حكم العضو الأصلي (2) إلى الزائد، وتقدر الضرورة إلى ترك واجب أو فعل محرم بقدرها، وإحياء بعض الليلة، وتباعد الرامي، وصفات الجمار والهدي، وذبح هدي القران وإن لم يبلغ محله، وإمرار فاقد الشعر الموسى على رأسه، والمقدور من الأمر بمعروف أو النهي عن منكر، وإجراء الحدود والأحكام، ومراعاة الوكلاء والامناء والاولياء المصالح درجة بعد درجة، وذبح الواقع في البئر من دون شرائطه، ومسألة فوات الفور، وفوات القيد من زمان أو مكان أو وصف أو حالة ذاتي أو عرضي قابل للتبدل أم لا، ونظائر ذلك مما لا يخفى على المتتبع. وتنقيح المقام بحيث يرتفع عنه غشاوة الأبهام أن يقال: إن الأمور به قد لا يكون أمورا متعددة مستقلة غير مجتمعة تحت اسم واحد، كالصوم والصلاة ونحوهما. وقد يكون أمورا متعددة مندرجة تحت عنوان بحيث يكون كل منها

مأمورا به على طريقة العموم الاصولي، كأيام شهر رمضان والنوافل اليومية - على ما حققناه في محله

(1) كذا في (ن، م)، وفي (د، ف): فض. (2) في (ن، د): الأصل .

[466]

وقد يكون المأمور به مركبا من أجزاء يطلق على كل منها اسم الكل، كستر العورة وأداء الدين ونظيرهما مما يطلق على الجزء اسم الكل، كقراءة القرآن. وقد يكون مركبا من أجزاء خارجية تدريجية لا يطلق على كل منها اسم الكل مع ارتباط بعض منها ببعض بحيث لو اختل أحدها اختارا لاختل الباقي، كالصلاة والصوم وقراءة سورة خاصة والحج ونحو ذلك. وقد يكون المأمور به أمرا مقيدا خاصا، إما بحالة كالركوع والسجود ونحوه، أو بوصف كالمشي الذي هو عبارة عن الحركة من مكان إلى مكان - مثلا - بتحريك الرجلين وتوسطهما، أو بإضافة كماء الصدر وماء الكافور، ونظائر ذلك من قيود زمان أو مكان بحيث لو فات تلك الحالة أو الوصف أو الأضافة أو القيد لفات اسم المأمور به وإن بقي هناك بعض من مقدماته أو أجزائه. وقد يكون مركبا من أجزاء عقلية، كالأنواع المركبة من الأجناس والفصول. ثم قد يكون الباقي بعد فوات المتعذر بحيث يصدق عرفا وعادة أنه من أبعاض المجموع المركب ومن بقاياه والمقدور منه، وقد يكون أمرا خارجيا لا يصدق عليه ذلك في نظر العرف. ثم قد يكون هذا المأمور به مطلوبا بأمر تعديدي، وقد يكون مطلوبا بأمر توصلي - كما لو كان سببا لأمر أو شرطا أو رفع مانع ونحو ذلك - وقد يكون مطلوبا بالاعتبارين. فهنا مباحث ينبغي التأمل فيها حتى يتضح الأمر. فنقول: الأصل في هذه المسألة من طريق السنة روايات: أحدها : ما رواه في غوالي اللثالي عن النبي صلى الله عليه وآله ورواه الأصحاب في كتب الفروع، وهو قوله عليه السلام: إذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم (1). (وثانيها: ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام في الغوالي وغيره: الميسور لا يسقط

(1)عوالي اللثالي 4: 58، ح 206، بلفظ: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه بما استطعتم .

[467]

بالمعسور (1). وثالثها: عنه عليه السلام أيضا: ما لا يدرك كله لا يترك كله (2). إذا عرفت هذا، فاعلم: أنه لا إشكال في لزوم الأتيان بالمقدور في القسم الأول، إذ الواجبات أمور مستقلة غير مرتبطة، وتعذر أحدها يوجب سقوط الخطاب عنها، ومقتضى الاستصحاب بقاء الوجوب في المقدور، ولا شبهة في جريانه في هذا المقام عند من قال بحجته، مضافا إلى أن ذلك مقتضى إطلاق الخطاب، فإن الأوامر تدل على مطلوبة المأمور به سواء تعذر غيره أو أمكن، مع أن هذا القسم محل وفاق، بل محل ضرورة لا يشك فيه مشكك. ولكن الرواية الأولى غير شاملة له، إذ الظاهر من تنكير كلمة (شئ) وقرينة قوله: (منه) إرادة البعض من المأمور به الواحد المركب - كما سيفصل - والمقام ليس منه. فإن قلت: عموم ما دل على الأطاعة يشمل الكل، فيكون كل هذه الأمور بعضا من الأطاعة أو فردا منها، فيندرج تحت الرواية بذلك الوجه. قلت أولا: إن المراد من ملاحظة الأوامر الخاصة أنفسها، لا من حيث الأمر العام، وفرق بين المقامين. وثانيا: أن معنى الأطاعة: الأتيان بالمطلوب، فدخل ذلك الخاص تحت العام فرع كونه مأمورا به. وبعبارة أخرى: إذا تعذر أحد الأمور المطلوبة، فإن كان الباقي لازم الأتيان - إما لأصل أو إجماع أو إطلاق أو قاعدة جارية في الخصوصية - فيصير الأتيان بالبقية إطاعة جزءا أو فردا، فيأتي فيه عموم دليل الأطاعة وقاعدة الميسور أيضا

(1) عوالي اللالي 4: 58، ح 205، رواه عن النبي صلى الله عليه وآله، بلفظ: لا يترك الميسور بالمعسور.
(2) المصدر: ح 207، قال المحقق النراقي قدس سره بعد نقل الأحاديث: والأول مروى عن النبي صلى الله عليه وآله، والثانيان عن علي عليه السلام، انظر عوائد الأيام: 88.

[468]

بالنسبة إلى الأطاعة، فيمكن أن يقال: قد امرنا بالأطاعة، فيلزم الأتيان بالمستطاع منها. ولو لم يكن الباقي لازم الأتيان مشمولاً لأحد الأدلة المذكورة، فلا يكون الأتيان به إطاعة حتى تكون مأموراً بالأتيان بها لأنها مستطاعة، فإدراج المقام تحت الأتيان بالمستطاع من الأطاعة العامة فرع إدراج المقدور تحت الأوامر الخاصة أو إجراء قاعدة المستطاع فيها بالنسبة إلى تلك الأوامر حتى يصير إطاعة فيلحقه الأمر، وليس كذلك، مع ما فيه من أنظار آخر لا يهم ذكرها. ولكنه يشمل الرواية الثانية، إذ لم يعتبر فيها وحدة ولا تعدد، وإنما المراد به: أن تعذر شيء لا يكون سبباً لسقوط المقدور الممكن. وأما الثالثة: فقد يتوهم عدم شمولها أيضاً، باعتبار أن الظاهر من الكل المجموع المركب. وليس كذلك، بل هو أعم من المركب من الأجزاء باعتبار التركيب أو الموجود في الأفراد باعتبار ذلك. فقوله عليه السلام: (ما لا يدرك كله) أعم من أن يكون أموراً مختلفة الشخص كلها مأمور به، أو يكون ملحوظاً تركيبها بحيث يكون المجموع المركب مأموراً واحداً. وكلمة الموصول قابل للمعنيين، وقابل لأرادة الأعم من الأمرين، فالتخصيص بالمركب لا معنى له. والحاصل: أن ملاحظة مجموع الرواية يدل على دخول كلا الأمرين فيه. والكلام في القسم الثاني بعينه كالكلام في الأول، إذ كون الأمور المتعددة داخلية تحت عنوان واحد لا مدخل له في ذلك، والعام الأصولي في الحقيقة ينحل إلى خطابات متعددة، فيصير راجعاً إلى القسم الأول. ويزيد ذلك على الأول أنه يمكن إدخاله تحت الخبر الأول أيضاً (1) (مثلاً: يمكن أن يقال: إذا تعذر يوم من رمضان ولم يمكن صومه يصدق أن الباقي هو المستطاع من صوم شهر رمضان المأمور به، فالدخول تحت الاسم الواحد يدرجه في الخبر الأول أيضاً وإن كان

(1) يعني: قوله صلى الله عليه وآله: (إذا أمرتكم بشئ... المتقدم في ص: 456).

[469]

منحلاً إلى أمور متعددة. والقسم الثالث أيضاً يجب الأتيان بالمقدور منه من دون شبهة، ويحتمل فيه الأدلة الماضية في وجه. لكن الاستصحاب في جريانه من حيث إنه جزء إشكال، نظراً إلى أنه يمكن مضي فـه لوخذ ثيح نـ مرزجلا بوجو نـ اك نـ إـ بحصتسملا نـ؛ 1 [لـ اقـ نـ أـ] الكل - وبعبارة أخرى: الوجوب المقدمي - فلا وجه لاستصحابه، لأن بعد سقوط ذي المقدمة لا يبقى للمقدمة حكم من هذه الجهة، فليس ارتفاع حكم المقدمة مشكوكاً حتى يستصحب. وإن كان وجوبه في نفسه، فهو غير مسلم في نفسه حتى يستصحب. لكن الروايات يشملها، والاستقراء بالتقرير الاتي يقضي بها، مع أن المسألة لا تحتاج إلى إجراء قاعدة الميسور، بل الدليل الدال على وجوب الكل هنا (2) دال على أجزاءه، لاشتراكهما في الاسم. نعم، لو أريد إثبات اللزوم من حيث إنه بعض من المأمور به المركب لجاء فيه الكلام السابق، وإلا فلا حاجة في ذلك. وأما القسم الرابع: فالذي يقوى في النظر لزوم الأتيان بالمقدور من المأمور به على القاعدة، إلا ما خرج بالدليل، والوجه في ذلك أمور: أحدها: الاستصحاب، وقد عرفت المناقشة فيه. ودعوى: أن المستصحب عبارة عن المطلوبة الحتمية أعم من كونها مقدمة أو أصلية، مدفوعة بما مر. وثانيها: الاستقراء، فإنه لا يخفى على المتتبع في الفقه أن الغالب في أمثال هذا المقام لزوم الأتيان بالمقدور، لنص أو إجماع أو غير ذلك، ولا ريب أن المشكوك فيه يلحق بالغالب دون النادر. وقد يقال: إن الاستقراء غير ثابت، إذ لا نسلم كون الغالب في الأوامر لزوم الأتيان بالمستطاع والمقدور بعد تعذر الكل.

(1) من هامش (م). (2) في (د): فيها.

ويمكن دفع ذلك: بأنك إن أردت عدم الغلبة في هذا الصنف الخاص من المأمور به - وهو المركب الارتباطي - فعلى فرض تسليمه غير مضر، إذ لا شبهة في أن الغالب عدم سقوط المقدور بالمعسور في نوع الأوامر، كما فصلنا لك بأشخاصها وأنواعها، مع أن الغلبة الصنفية أيضا محققة، كما لا يخفى على من لاحظ أجزاء الصلاة وشرائطها وأعمال الحج ونظائرها. وربما يقال: إنه معارض بمثله، فإننا نرى أيضا سقوط الأبعاد بسقوط الكل في نحو باب الوضوء - مثلا - وفي الغسل ونظائر ذلك، فإما أنه يرجع إلى ما جعل بدلا، أو يسقط التكليف من أصله. وهو واضح الدفع بأن تحقق الاستقراء المعارض لما ذكرناه في غاية البعد، مع أنه لو تحقق له معارض في خصوص أحد الأصناف فيتساقطان، بمعنى: أنه لا يتحقق الغلبة من الجانبين حتى يلحق المشكوك بالغالب، لكن يبقى الغلبة في نوع الأوامر سليما عن معارض. والحاصل: الأشكال في تحقق هذه الغلبة موهون جدا. نعم، يقع الكلام في حجته، وهو غير مناسب للمقام، وتلقيحه في علم الأصول. وثالثها: الروايات السابقة (1). والطعن فيها من حيث السند أنه غير معتبر في نفسه ولا موجود في أصل معتبر، مدفوع بأن شهرة هذه الأخبار في كتب الفقهاء بل في السنة الناس من العوام والخواص مما تورث الظن القوي بصور هذه الأخبار ظنا أعلى من الخبر الصحيح بالاصطلاح المتأخر. ودعوى: أن الشهرة ليست إلا عند المتأخرين، مدفوعة باشتهار الكلمة عند القدماء أيضا، بل هذا الانتشار بين العوام والخواص مما يكشف عن كون ذلك في الأعصار السابقة كذلك، بل هذا مما يدل على نوع موافقة لحكم العقل، بمعنى: أن

(1) أي: الروايات الثلاث المتقدمة في ص: 456 - 457 .

ظاهر كلام أهل العرف والعقل أن هذه القضية إنما هو على مجرى عادة العقلاء بحيث أن من خالفها فقد خالف أفعال العقلاء، فيكون النصوص واردة مورد التأكيد لقضية العقل، وهذا أيضا يكون دليلا آخر على اعتبار هذه القاعدة. وبالجمله: الطعن في الرواية من حيث الانجبار ليس في محله، مضافا إلى حكاية جماعة شهرة هذه الروايات وكونها مفتى بها عند الأصحاب، مع أنا نرى في أبواب متفرقة في الفقه أفتى (1) الأصحاب في فروع هذه القاعدة، وليس لهم مستند في ذلك إلا هذه الأخبار، فيكون شهرة في الفتوى وإن لم تكن في الرواية، وهي تصلح جابرا، على ما حقق في محله. نعم، بقي الكلام في الدلالة: فنقول: ظاهر قوله: (أمرتكم) (2) (يراد به الطلب الوجوبي، فلا يشمل المندوب، فلو تعذره بعضه لم يستحب الأتيان بالبقية لهذه الرواية. لكن الظاهر عدم القول بالفرق بينهما، مضافا إلى أن المندوب يتسامح فيه بما لا يتسامح في غيره - كما قررناه - ويكفي فيه احتمال الطلب والاحتياط العقلي، فتدبر وراجع. فالظاهر: إرادة القدر المشترك من الأمر، أو إلحاق المندوب في الحكم. و (الشئ) مطلق متوغل في الأبهام يشمل كل مأمور به، وما نحن فيه منه، بل هو أظهر أفراد المأمور به، لأنه مركب من أجزاء ارتباطية يطلق عليها اسم الواحد. وكلمة (من) إما للتبعض، فمعناه: فأتوا ما استطعتم، ويراد به بعض المأمور به، والضمير يرجع إلى الشئ، فيصير الرواية بيانا لصورة تعذر البعض دون الكل، إذ لو تعذر الكل سقط بلا شبهة، ولو أمكن وجب للأمر، وأما صورة التبعض (3))

(1) في غير م أفتوا (2) في قوله صلى الله عليه وآله وسلم إذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم المتقدم في ص 466. (3) في د التبعض .

فجعل هذه الرواية قانوناً لبيانها. ويحتمل كون (من) بمعنى الباء، فيكون المراد: فأتوا بالشئ، ويكون كلمة (ما): إما زماً، أي: ما دام أنتم مستطيعون، أو بدلاً عن الشئ، أي: فأتوا بالشئ، أي: المقدور، والمتعلق محذوف، أي: المقدور منه، فيرجع هذا إلى المعنى الأول. ويحتمل أن يكون الموصولة مفعولاً و (من) (بيانية، فيصير المعنى: فأتوا بالمستطاع الذي هو ذلك الشئ المأمور به. ويحتمل كون (من) ابتدائية، فيكون المعنى: فأتوا بالمستطاع الكائن من ذلك المأمور به. ويحتمل كون الموصولة مفعولاً وكلمة (من) تبعية بدلاً عن الموصولة، والمراد: فأتوا بالمستطاع بعض الشئ المأمور به. ويجئ بعض احتمالات آخر بعيدة. ولا ريب أنه وإن كان في بادئ النظر يمكن أن يقال: إذا دار الأمر بين محتملات بعضها منطبقة على المقام وبعضها خارجة عنه، فلا وجه للتمسك بهذه الرواية. قلت: مع قطع النظر عن إعمال قواعد الأصول في تعارض الأحوال، لا ريب أن هذه الضوابط إنما مع عدم وجود فهم عرفي متيقن في البين، ومع وجوده فلا يضر مخالفة ألف قاعدة. فنقول أولاً: لا ريب أن حمل هذه الرواية على اشتراط القدرة في المأمور به - كما هو مقتضى المعنى الثاني والرابع وبعض الوجوه البعيدة - بعيد عن سياق هذه العبارة، إذ لو القي هذه اللفظة على عامي مخ غير مشوب ذهنه بشئ من كلمة الأصوليين والفقهاء لا يفهم منه غير أن المقدور من المأمور به لا بد من الأتيان به وإن تعذر إتيان المجموع المركب، وهذا المقدار من الفهم عرفاً يكفي، ومنكر ذلك

[473]

مكابر لوجدانه، ومخالفة قواعد الأصول غير قاذحة، إذ مجراها عند اشتباه العرف، والمقام ليس منه. وثانياً نقول: إن الحمل على اشتراط القدرة لازمه حمل كلمة (ما) على المصدرية وهو خلاف الأصل، وتأويل الفعل على المصدر وهو كذلك. (1) وثالثاً: أنه مستلزم لكون الخبر تأكيداً لما دل عليه العقل والنقل من اشتراط القدرة. ودعوى: أنه لعل هذا الخبر مقدم على غيره من النقل، مدفوعة بالظن القوي بتأخره عما دل عليه كتاب الله من ارتفاع تكليف ما لا يطاق (2). (كما أن دعوى: احتمال كون كل من هذه الخطابات لطائفة من المكلفين - إذ صدور كل منها في حضور كل منهم معلوم العدم - فلا يكون تأكيداً، مدفوعة بأن الغرض من التأكيد كون هذا الكلام بنوعه مفيداً فائدة ذلك، وظاهر الخبر أنه مفيد تأسيس حكم جديد، ولو كان المراد إفادة ما أفاده غيره لكان إعادة ما في كتاب الله والتعبير بعدم جواز تكليف ما لا يطاق أحسن، ولم يؤد بهذه العبارة الظاهرة في خلاف المراد، كما لا يخفى على المنصف. مع أن هذا لو لم نقل بأن قبح تكليف ما لا يطاق عقلي يعرفه كل أحد، ولو قلنا به - كما هو الظاهر - فيكون تأكيداً صرفاً، ويسقط هذه الكلمات من أصله. ولا يضرنا استعمال كلمة (الآتيان) من دون (باء) مع أنه يتعدى به، لأنه لازم على كل احتمال. وجعل كلمة (من) بمعنى (الباء) وارتكاب هذا المجاز البعيد عن ظاهر اللفظ ليس بأولى من إضمار الجار وكونه محذوفاً بقريئة المقام، ولا نسلم أولوية المجاز

(1) العبارة في (م) هكذا: لازمه حمل كلمة (ما) على المصدرية وتأويل الفعل بالمصدر، وهما على خلاف الأصل. (2) مثل قوله تعالى: لا يكلف الله نفساً إلا وسعها... البقرة: 286.

[474]

من الأضمار مطلقاً، سيما في المقام. وبالجمل: فهم العرف وذوق أهل اللسان في هذا المقام يكفي مؤونة النقص والحل في تتميم الدلالة، وتقييد الشئ بالمركب مع اقتضاء سياق الكلام ذلك لا بأس به، وأظن أنه لا يحتاج إلى التقييد بقولنا: إن تعذر الكل. بل لنا أن نقول: ظاهر الرواية: إذا أمرتكم بشئ فأتوا بالمقدور منه، إن كلا فكلًا وإن بعضاً فبعضاً، ولا يحتاج إلى حصر المدلول في التبعية، وخروج بعض الموارد بالدليل غير مانع من تأسيس القاعدة، إذ ما من عام إلا وقد خص، ومثله المطلق. وبالجمل: دلالة هذه الرواية عند المتأمل في غاية الوضوح. وأما الرواية الثانية (1): فغاية المناقشة في دلالتها: أن الظاهر كون الباء للسببية، ومعناه: أن الحكم الثابت للميسور لا يسقط بسقوط المعسور، وهو مسلم بشرط إثبات الحكم أولاً للميسور

حتى لا يسقط، والميسور إذا كان جزء الواجب فإن أريد عدم سقوط حكمه المقدمي التابع لوجوب الكل فلا ريب أنه قد زال بزوال وجوب الكل، وإن أريد عدم سقوط وجوبه في نفسه فهو غير مسلم حتى لا يسقط أو يسقط، فالمراد من الرواية: أنه لو ثبت حكم لمعسور وميسور فسقوط المعسور لا يضر بحكم الميسور، وهذا لا ربط له فيما نحن فيه. قلت: ظاهر الرواية إرادة الجنس من الميسور والمعسور، والمراد بالميسور: المقدور، وبالمعسور: المتعذر عقلا أو شرعا، فظاهر العبارة: أن كل ميسور سواء كان جزء عبادة أو عبادة مستقلة لا يسقط بسقوط المعسور. فنقول: أما المستقلة فيلزم الأتيان بها، ولا ربط له بالمتعذر. وأما الجزء فنقول: ظاهر الرواية أنه أيضا لا يسقط بسقوط الجزء الآخر، ويصير المعنى: أنه يصير مستقلا بعد أن كان منضمًا إلى غيره في الخطاب. وليس في الخبر ذكر حكم حتى

(1) وهي قوله عليه السلام: (الميسور لا يسقط بالمعسور) المتقدم في ص: 456 .

[475]

يقال: إن أريد الوجوب التبعي فسقط، وإن أريد الأصلي فلم يكن، بل ظاهر الخبر عدم سقوط ذلك المقدور، ومعناه في العرف: أنه كما لا بد من إتيانه حال إمكان الكل لا بد من إتيانه حال تعذر غيره، ولا التفات فيه إلى أن هذه اللابدية هل هي كانت لاستقلال أو تبعية؟ وهذا معنى في العرف واضح. فإذا قال الشارع: الجزء المقدور لا يسقط بسقوط الجزء المتعذر، لا يرد على كلامه بحث في أن مرادك بعدم سقوطه أي شئ؟ بل لا يفهم من هذه العبارة إلا جعل الجزء التابع في ضمن الكل مستقلا بعد تعذر غيره، فكأنه قال: إذا تعذر هذا الكل يقوم البعض مقامه، وهذا مما لا غبار عليه أبدا، فتبصر. وأما الرواية الثالثة (1): فغاية المناقشة فيها: أن كلمة (لا يترك) إخبار في موضع إنشاء، ولا نسلم دلالة على التحريم. أو يقال: لا نسلم كونها إنشاء، لم لا تكون إخبارا عن طريقة الناس لغرض لا نعرفه؟ وكلاهما من الضعف بمكان، لأن كونه إخبارا مخالف للظاهر ولمنصب الشارع، ومناف لما فهمه الأصحاب، مع أنه لو كان إخبارا لكان إخبارا عن طريقة العقلاء، وظاهره التزام العقلاء بذلك، وهو في نفسه كاشف عن لزومه، سيما مع اطلاع المعصوم عليه وتقريره على ما هو عليه، وبعد كونه إنشاء فاحتمال إرادة مطلق المرجوحية خلاف المتبادر منه. وقد قرر في الأصول: أن الجملة الخيرية المستعملة في الأنشاء يقوم إثباتها مقام الأمر ونفيها مقام النهي في العرف. ولزوم التخصيص في المستحبات غير قادح، مع إمكان إرادة عدم الترك بمعنى البناء على عدم استحبابه، وهو منهى عنه في المستحب أيضا، فلا يلزم هناك تخصيص. وقد قررنا فيما سبق أن كلمة (الكل) ليست مختصة بالمجموعي، ولا

(1) وهي قوله عليه السلام: (ما لا يدرك كله لا يترك كله) المتقدم في ص: 467 .

[476]

بالأفرادي، بل بعم الأمرين، ومن جملة أفراد موضوع النزاع. ووضح هذه الروايات وشهرتها وظهور المراد منها كفاها عما لا بد منه من (1) التعرض لتنقيح الدلالة ولكن قد أشرنا إلى بعض الوجوه توضيحا للمرام وتكثيرا للفائدة. وأما القسم الخامس: فالذي يقتضيه النظر في أطراف الكلام أن يقال: إن هذا المقام قابل لوجهين: أحدهما: القول بلزوم الأتيان بالمقدور من القيد والمقيد كيف كان عملا بظاهر الأدلة المذكورة السابقة، وإجراء ما مر في الرابع هنا بعينه. وثانيهما: القول بأن القيود قسمان: قسم منها بحيث يصير المركب منهما (2) بمنزلة المركب من الأجزاء العقلية، كيوم الخميس، وزيد بن عمرو - ونحو ذلك - بحيث لو فات القيد لا يعد ما بقي ميسورا من الأمور به ولا بعضا منه ولا مستطاعا منه، فيوم الجمعة ليس ميسورا من الخميس، وكذا زيد بن بكر بالنسبة إلى زيد بن عمرو، وفي هذا القسم يفوت المركب ويصير بمنزلة تعذر الكل، بل هو من ذلك الباب. وقسم منها ليس كذلك، بل هو كامور ملتئمة

خارجية، كماء السدر، فإن حقيقته عبارة عن مزج السدر بالماء، فكأنهما جزءان خارجيان وإن كانا بعد التركيب شيئا واحدا، ونظير ذلك الصلاة في اللباس الفلاني، أو القراءة في القرآن الفلاني، ونظائر ذلك من القيود التي لا تعد كالفصول بالنسبة إلى الأجناس في العرف، بحيث يصدق على المقدور أنه ميسور من المأمور به ومستطاع منه، لا أمر خارجي ممكن، وهذا القسم تجئ فيه القاعدة ويشمله الدليل، وهذا هو المتجه. ومن هنا عرض الأشكال في إمرار فاقد الشعر الموسيقى على رأسه، وتحريك

(1) في (م): وإن كفانا عن التعرض. (2) في (م): منها .

[477]

الرجلين في المعبر، للشك في أن هذا ميسور من الحلق ومستطاع من المشي، أو أن هذا أمر غير ذلك. ومن هنا تبين: أن القسم السادس لا يجري فيه قاعدة الميسور، إذ الحمار ليس مستطاعا من الفرس باعتبار الحيوان الموجود في ضمنه. والسر في ذلك: أن المركب من الأجزاء العقلية يغلب فيه تبعية الحكم للاسم، باعتبار أن أهل العرف لا يعتبرون الأجزاء التي في ضمن المركب، وفوات الجزء يعدونه فوات الكل، إذ لو بنينا على ذلك لم يتحقق فوات في المأمور به أبدا، إذ الممكنات كلها مشتركة في جنس من الأجناس أو عرض من الأعراض، فيمكن إذا تعذر الفرس إعطاء حجر لأنه جسم، وإذا تعذر الصلاة يقوم أكل الخبز مقامها لأنه فعل، ونحو ذلك مما يقطع بخلافه. وبالجمله: كل مقام صار التركيب عقليا أو كالعقلي يعد فوات القيد فوات الكل لفوات الاسم التابع للحكم (1) وليس مثل هذه الأجزاء في نظر أهل العرف أجزاء حتى يجئ فيه عموم الروايات وتجري فيه القاعدة، مضافا إلى أن المفهوم من هذه الروايات الأتيان بالمقدور والمستطاع نفسه من دون انضمام شئ خارج إليه، ولا ريب أن المركب العقلي ونظائره إذا فات عنه (2) القيد لا يمكن الأتيان بالبقية إلا في ضمن قيد آخر، وهو شئ لم يدل عليه الدليل. فإن قلت: إذا وجب الأتيان بالمقدور يجب الأتيان بالقيد الآخر مقدمة، وأي مانع من ذلك؟ قلت: ظاهر الروايات لزوم الأتيان بالمستطاع من هذا المأمور به، والجنس الموجود تحت نوع آخر ليس مستطاعا من النوع المتعذر، بل إنما هو طبيعة أخرى غير المأمور به. وبعبارة أخرى: انضمام هذا الجزء إلى القيد الآخر المقوم لنوع أو صنف آخر

(1) كذا، وفي التعبير ما لا يخفى. (2) في (م): منه .

[478]

يخرجه عن كونه مما يستطاع من المأمور به، ويلحقه بماهية أخرى سالية لأضافة الأولى، والروايات لا تشمل مثل ذلك، فتبصر، فإن في ذلك حل المشكل بما لا مزيد عليه. هذا هو الكلام في جهة الحكم التكليفي. وأما الحكم الوضعي - كالشرطية والسببية والمانعية ونحو ذلك - هل يجري فيه هذا الكلام أم لا؟ فنقول: لو كان الشرط شرطا لأمر تعدي يجب إتيانه فيجب إتيان الشرط مقدمة، فالظاهر مجئ الكلام في الشرط، إذ لا فرق حينئذ بين الجزء والشرط، فلا يسقط المقدور من الشرائط (1) بتعذر غيره، وكذا لا يسقط أبعاض الشرط إذا كانت مقدورة بتعذر البعض الآخر. وتقرير الاستدلال في هذا المقام يستفاد مما قرناه في رواية الميسور وغيرها فيما سبق. وكذا المانع لو كان مانعا عن أمر لازم واجب الأتيان، فرفع المقدور منه لازم. ومن هنا نقول بلزوم إزالة بعض النجاسة وإن كان الباقي أيضا مانعا من الصلاة، وبلزوم تخفيفها بالغسل مرة إن كان مما يطهر بالمرتين ونحو ذلك من الموانع. وكذا في إزالة فضلات غير مأكول اللحم، والذهب، والحبر عن (2) اللباس، وكذلك الكلام في السبب. والسر في إجراء هذه القاعدة في هذه الأمور كونها في الحقيقة راجعة إلى الأتيان بالمقدور من المأمور به، فإن إتيان ما هو المقدور من شرطه وسببه وإزالة مانعه إتيان له في

الحقيقة. وبهذا الدليل يثبت شرط (3) ما أمكن إثباته. وسببية المستطاع ومانع ما قدر على إزالته

(1) في (م): الشرط. (2) في (ف، م): من. (3) كذا في النسخ، والظاهر: شرطية .

[479]

وبعبارة أخرى: بعد تعذر الشرط والسبب ورفع المانع بأجمعها وإمكان البعض يقع الشك في كون هذا البعض شرطا أو سببا أو مانعا أم لا، وقاعدة الميسور تقضي بعدم سقوط الممكن من ذلك مع تعلق الخطاب بالمشروط والمسبب (1) وبعد ثبوت عدم السقوط يثبت الشرطية والمانعية والسببية للممكن المقذور ويقوم البعض مقام الكل بهذه القاعدة. وأما لو لم يكن المشروط والمسبب والممنوع - مثلا - مأمورا به - كأسباب المعاملات والضمانات وشرائط العقود وموانعها - فلا كلام في عدم جريان الرواية الأولى في المقام، وأما الرواية الثانية والثالثة فتشملها، بمعنى: أنه إذا تعذر بعض أجزاء شرائط الذباجة أو الاصطياذ أو العقد أو نحو ذلك أو وجد بعض موانعه بحيث لا يمكن - كالبعير الواقع في البئر التي لا يمكن الاستقبال فيها، ونظائر ذلك - فمقتضى الخبرين عدم جواز ترك البقية وعدم سقوط الممكن من السبب والشرط ورفع المانع، لكن هذا لا ينفع في كون ما بقي كافيا في الشرطية والسببية، بل يحتاج إلى دليل. نعم، بعد ما قام الدليل على أن الشئ الفلاني - مثلا - بعد التعذر في السبب الاختياري سبب، وشك في لزوم إثبات ما أمكن من شرائط السبب الاختياري وعدمه، فقاعدة الميسور قاضية باللزوم، إلا أن يكون في الدليل الثاني ما ينفيه. ومن هنا: أن الفقهاء بعد تعذر الأسباب والشرائط الاختيارية الابتدائية في المعاملات يحتاجون إلى دليل يدل على سببية شئ في الاضطراب، كإشارة الأخرس والعجمي مقام العربي، والعظم مقام الحديد في الذبح ونحو ذلك، وإذا شكوا في لزوم الأتيان بما يعتبر في السبب الاختياري هنا أيضا فيتمسكون بلزوم الأتيان بالمستطاع والمقدور من ذلك، فتبصر وتدبر حتى لا يختلط عليك الأمر .

(1) في هامش (م): والممنوع، خ ل .

[480]

ومن هنا علم: أنه لو علم فيه التعبدية والتوصلية جاء فيه للفاظان ولزم فيه الأتيان وإن لم يترتب عليه الأثر بعد زوال العذر وعروض الأمكان إلا بدليل متقن. هذا تمام المقال على حسب الاستعجال z z .

[481]

(العنوان العشرون) (في بيان أصالة الطهارة)

[482]

عنوان [20] من جملة الاصول المتلقاة عن الشرع: أصالة الطهارة، وحيث إن الطهارة تطلق في مقابل الحدث وفي مقابل الخبث - وإن كان في كونه حقيقة فيهما أو مجازا في الثانية خلاف معروف - فنقول: قد يقع الشك في الطهارة والحدث، وقد يقع الشك في الطهارة والنجاسة. وعلى التقديرين: إما أن يكون الشبهة في نفس الحكم، أو

في الموضوع الصرف والمصداق الخارجي الموجب للشك في حكمه، أو في الموضوع المستنبط، بمعنى: الشك في مفهوم اللفظ. وعلى التقادير الستة: فإما أن يكون بين المشتبهات علم إجمالي بالخلاف، أم لا. وعلى التقادير: إما أن يكون الشك ابتدائياً - أي: من دون سبق علم بأحد الطرفين - أو مسبقاً بالعلم بالطهارة، أو مسبقاً بالعلم بمقابلها من حدث أو خبث. فهذه ستة وثلاثون صورة حاصلة من ضرب الاثنين في الثلاثة، ثم المجتمع في الاثنين، ثم المجتمع في الثلاثة. ومن جملة أمثلة الشبهة الحديثة الحكمية: مس الذكر، ومس باطن الأكليل،

[483]

ووطئ الغلام والبهيمة، سواء فرضت هذه المشكوكات مع العلم الإجمالي بأن واحداً منها موجب للحدث أم لا، أو فرضت الشك ابتداءً، أو مع سبق طهارة، نظير التيمم الواجد للماء في أثناء الصلاة الغير المتمكن من استعماله، فإنه يشك في ارتفاع طهارته وطريان حكم الحدث عليه أم لا، وعكس ذلك التيمم في ضيق الوقت مع وجود الماء، فإنه محل شك في أنه رافع لحكم الحدث أم لا - على القولين المعروفين - وقد تقدم منا تحقيقه في تقدم الوقت على غيره (1). ومن أمثلة الشبهة في الموضوع المستنبط: الشك في صدق لفظ (المحتلم) على من خرج منه مذي أو مدي في النوم - كما يصدق على من خرج منه مني - وعدمه، سواء فرضته ابتداءً أو مسبقاً بطهارة أو بحدث. ومن أمثلة الشبهة الخبيثة الحكمية: الشك في نجاسة عصير العنب، وعرق الجنب من الحرام، ولعاب المسوخ. ومن أمثلة الموضوع الصرف: الشك في أن الخارج من الذكر هل هو مني أو غيره؟ ويحى فيه الصور السابقة. ومن الشبهة في الموضوع المستنبط: الشك في الفقاع، وسائر المسكرات المانعة، من جهة الشك في شمول لفظ (الخمر) لها. ومن الموضوع الصرف: الشك في البلل الخارج هل هو بول أم لا؟ أو في جلد مطروح هل هو ميتة أو مذكى؟ أو في فضلة أنها مما يؤكل لحمه أو مما لا يؤكل. ويمكن فرض الشك الابتدائي والمسبوق بقسميه، وفرض العلم الإجمالي وعدمه. (2) [فتبصر] وقد تمسكنا بهذا الأصل في فروع كثيرة. منها: في عدم اشتراط تساوي السطوح في الكر، وعدم اشتراط الامتزاز في التطهير، وفي طهارة البئر ما لم يتغير، وفي المتغير التقديري، وطهارة الملاقى

(1) راجع العنوان 18. (2) لم يرد في (ف، م).

[484]

للنجس من علو، والمشتبه من أفراد البول والغائط - وفي الدم إشكال سيأتي (1) وجهه - والحيوان الذي لا يلحقه اسم، وعصير غير العنب إذا غلى، والتمر والزبيب إذا غليا، والمسكر اليابس، وطهارة البواطن، وفي وطئ دبر الغلام والبهيمة لولا الأجماع المركب، وفي دخول المجبوب والخنثى، وفي طهارة المسوخ، وعرق الجنب والجلالة من الأبل، والمخالفين، والماء المستعمل في الحدث - وقيل به في الخبث - وفي ماء الاستنجاء، وغسالة الحمام، وسؤر ما لا يؤكل لحمه، وسؤر المسوخ والجلال وأكل الجيف، والملاقي لأحد المشتبهين، والثوب المعار للذمي، وطين الطريق، وخروج الأحداث عن غير المحل المعتاد أو المشتبه به، وفي اشتباه الخارج، وصورة الشك في خروجه عن المعتاد أو غيره، وفي حديثة مس باطن الدبر والأكليل والودي وأخويه، وواجدي المنى في الثوب المشترك، والمشتبه الخارج بعد الاجتهاد وإن لم يبل، وفي الدم الفاقد للأوصاف على قول، والمشتبه بالقرحة أو العذرة إذا لم يمكن اختباره في وجه، وفي دم الحامل والشاك في البلوغ، وفي غير المتوالي، وفي المبتدئة ما لم يمض ثلاثة، والولادة من دون دم، ومس الميت على قول ضعيف، وروث الطير وبول الرضيع في قول، وملاقي الميت ببيوسة، والأجزاء الصغار المنفصلة عن الحي، وقارة المسك، والبري (2) من الكلب والخنزير، والمجبرة، والمفوضة، وولد الزنا، وفي المتولد من الكافر والمسلم، والمجنون من ولد الكافر إذا بلغ عاقلاً فجئ، ونظائر ذلك. وهنا مقامان: أحدهما: في الشبهات الخبيثة وفيه أبحاث :

الأول: في شبهاتها الحكمية بصورها الست. والذي يقضي بأصالة الطهارة فيها بصورها أمور: أحدها: قاعدة الامتنان، وبيانه: أنه تعالى لما كرم بني آدم (1) (وجعله أشرف مخلوقاته وأعظمها خلق لانتفاعه ما في الأرض جميعا وأباحه (2) له، وقد حكم العقل بأن ما خلق لأجل الانتفاع لا بد من إباحته، وما لم يبح لا ينتفع به، وكذا يحكم بعد ذلك بأنه ينبغي أن يكون ذلك طاهرا أيضا، إذ لا انتفاع بالنجس، واحتياج الإنسان إليه (3) وعدم المناس عن استعماله (4) يقتضي الانتفاع المستلزم للأباحة والطهارة، وقد دل بهذا الامتنان آيات أخر (5) أيضا في مقامات متعددة، ومن أعظم الامتنان جعله طاهرا غير نجس (6). وقد يستشكل في صورتين: إحداهما: وجود العلم الأجمالي بين المشتبهات بالنجاسة، لمنافاته مع الحكم بالطهارة. وثانيتهما: صورة كون الشك (7) مسبوقا بالعلم بالنجاسة سابقا، فإن الاستصحاب يقضي ببقائها. ويندفع: بأن العلم الأجمالي لو اعتبر في الحكم لأدى إلى ارتفاع الامتنان، لوجود العلم الأجمالي بين المشتبهات غالبا، مع أن الامتنان ثابت بالعقل والنقل. وبأن الغرض ليس الحكم بالطهارة في موضع يجري فيه الاستصحاب لأنه مثبت (1) للنجاسة، كسائر الأدلة الواردة على القاعدة، بل جريانها إنما هو فيما

(1) قال تعالى: ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا الأسراء: 70. (2) في غير (م): (أباحها. (4 و 4) في غير (م): إليها... استعمالها. (5) مثل قوله تعالى: هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا... البقرة: 29، والآيات: 5 إلى 18 من سورة النحل. (6) في غير (م): جعلها طاهرة غير نجسة. (7) في (م): كون الشيء .

تعذر الاستصحاب لتغيير موضوع، أو معارضة بمثل، أو نحو ذلك، أو في بعض الصور الذي لا حجية للاستصحاب فيه على قول بعض - كالشك في المزبل، أو حكم الأجماع، أو الحكم الوضعي - أو مطلقا بناء على عدم حجية الاستصحاب مطلقا، كما زعمه بعض (2). وقد يناقش هنا بأمرين: أحدهما: أن قاعدة الامتنان لا تجري إلا في الأمور التي ينتفع بها غالبا، وأما ما كان قليل الانتفاع نادر الاستعمال فلا يجري فيه ذلك، فلم يثبت هنا قضية كلية. ويجب: بأن الأشياء المخلوقة ليس فيها ما يندر الانتفاع بها، بل كلها غالب الانتفاع، وليس بلازم عموم النفع لقاطبة أفراد الإنسان، بل كل منها غالب الانتفاع لطائفة من الإنسان في برهة من الزمان. وهذا كاف في إثبات الامتنان، وبأن ثبوتها في بعض الأفراد قاض بالثبوت في الجميع، لعدم القول بالفرق. وثانيتهما: أن الامتنان يقضي بأن الله تعالى ينبغي أن يجعل الحكم فيما ينتفع به طهارة، ولا يقضي بأن يكون الأصل ذلك، بل لعله لأدلة خاصة وردت فيما حكم بطهارته. ويجب: بأن الغرض عدم وجود الأدلة الخاصة في المشكوكات حتى يتمسك بها، وكون الأصل الطهارة هو مقتضى الامتنان. وثانيها: أصالة عدم النجاسة، وتقريره: أن النجاسة حكم شرعي لا بد أن يتلقى من الشارع، ولها أحكام - كوجوب الاجتناب، ووجوب الأزالة عن الثوب والبدن - والأصل عدم كل هذه الأشياء، فيثبت الطهارة، لأنهما ضدان لا ثالث لهما. فإن قلت: كما أن النجاسة حكم لا بد له من دليل، فكذلك الطهارة حكم

(1) في (م): الاستصحاب المثبت للنجاسة. (2) هو مذهب السيد المرتضى ومختار صاحب المعالم وعزاه إلى المعتز، انظر معالم الدين: 231، 235، وإن أردت تفصيل الأقوال في مسألة الاستصحاب، فراجع القوانين 2: 56 - 57، والفصول الغروية. 367 :

شرعي لا بد أن يتلقى من الشرع، فكما أن الأصل عدم النجاسة فيثبت الطهارة، الأصل عدم الطهارة فيثبت النجاسة. قلنا: إن التعارض فرع كون الأمرين وجوديين كل منهما يرتفع بالأصل، وأما إذا كان أحدهما وجوديا دون الآخر، فلا. وبيان ذلك: أن الطهارة والنجاسة مثل الحركة والسكون، فكما أن السكون عبارة عن عدم الحركة وعمّا لا (1) ينبغي أن يكون الشيء عليه أولا قبل طرو علة وسبب يخرجها عما هو عليه، والحركة شيء وجودي حادث يحتاج في وجوده إلى علة وسبب، فنقول: الأصل عدم الحركة فيثبت السكون، ولا يمكن القول بأن الأصل عدم السكون فيثبت الحركة، لأن السكون - كما ذكر - أمر عديمي، ولا معنى لقولنا: عدم العدم، فكذلك في الطهارة والنجاسة، فإن الطهارة لا يتصور في العقل لها معنى إلا عدم النجاسة، والنجاسة أمر وجودي حادث والأصل عدمه، فيثبت الطهارة، ولا يمكن إجراء أصالة العدم فيها، لأنها عديمي، ولا معنى لعدم العدم. وبعبارة أخرى: أن النجاسة الشرعية لا معنى لها سوى وجوب الاجتناب عن الصلاة معها، والأكل والشرب عن ملاقيها برطوبة، أو عن نفس النجس وإزالتها عن المسجد، ونظائر ذلك، ولا شك أن الأصل عدم ورود هذه الأحكام عليه. والطهارة في مقابل النجاسة، فمعناها عدم تعلق الأمر بالاجتناب شرعا، فإذا حكم الأصل بعدم النجاسة تثبت الطهارة، وغاية الأمر عدم ثبوت الطهارة بخصوصها بحكم الشرع، لكن عدم النجاسة يكفي فيما هو المطلوب. وبهذا التقرير يندفع ما يتوهم في المقام: أن غاية الأمر ثبوت عدم النجاسة بالأصل، فيشكل الأمر فيما شرط بالطهارة، فإنه لا بد حينئذ من العلم، على أننا نقول: لم يثبت شرطية الطهارة أزيد من هذا المعنى. وهذه القاعدة تجري في الصور الست أجمع، أما مع سبق الطهارة أو الشك

(1) كذا في النسخ، والظاهر زيادة (لا).

الابتدائي مع العلم الأجمالي وعدمه، فلا إشكال. وأما في صورة سبق النجاسة فيعارضها الاستصحاب، فيشكل إجراء القاعدة، وينبغي حينئذ أن يقال: مع حجية الاستصحاب واجتماع شرائطه - من بقاء الموضوع وغيره - يقدم على الأصل، لأنه بمنزلة الدليل الوارد المزيل لحكم الأصل، وأما مع اختلال شرائطه أو عدم حجته مطلقا أو في خصوص مقام مفروض، فالتمسك على القاعدة. الثالث (1): استصحاب طهارة الملاقى لهذا المشكوك، كما لو كان عندنا أمر معلوم الطهارة ولاقى هذا المشكوك برطوبة، فاستصحاب الطهارة السابقة يقضي بأن المشكوك ليس بنجس، إذ لو كان نجسا لنجس الملاقى بالملاقاة، مع أنه طاهر بالاستصحاب، ونفي اللازم نفي للملزم. فإن قلت: هذه الملازمة ممنوعة ولا نسلم أن نجاسة المشكوك تستلزم نجاسة الملاقى، فيحكم بطهارة الملاقى بالأصل ويبقى المشكوك على ما كان من الشك. قلت: قد انعقد الأجماع على أن كل نجس منجس وكل جسم لاقى نجسا برطوبة تنجس، فيمعونة هذا الأجماع يثبت الملازمة، وإحتمال إبقاء المشكوك على حاله مع طهارة الملاقى آت فيما لو كان في المشكوك أصل يعارض هذا الأصل وبدونه، فالاحتمال مدفوع والملازمة محكمة. وهذا الدليل - كالثاني - يجري في صورة الشك ابتداءً ومسبوقا بطهارة بلا إشكال. وأما في صورة سبق النجاسة فيتعارض استصحاب نجاسة المشكوك مع استصحاب طهارة الملاقى الحاكم بطهارة المشكوك بالتلازم، ويجئ في المقام احتمالات ثلاث: إعمال اللازم وطرح الملزوم، والعكس، والعمل بهما معا، وما عليه العمل في مثل هذه المقامات إنما هو العمل بالملزوم، لأنه استصحاب

(1) أي: الثالث من الأمور الدالة على أصالة الطهارة في الشبهات الحكمية. والمناسب للسياق: وثالثها، عطف على ما تقدم من قوله: وثانيها.

المزيل، فيطرح اللازم، لورود الدليل عليه، وإن خالف فيه بعض المدققين من المتأخرين (1)، والكلام في تحقيقه في الأصول. الرابع: أصالة الأباحة، وذلك أن الأجسام التي يتعلق به فعل المكلف على أقسام: منها: ما هو منفعة خالية عن أمانة المفسدة، وقد قرر في الأصول حكم العقل فيها بالأباحة، فإذا أجرينا فيه أصالة الأباحة فلازمها الطهارة، إذ لا شئ من النجس بمباح، وإذا ثبت الطهارة فيها يثبت في غير ما هو مجرى أصالة الأباحة بعدم القول بالفصل. لا يقال: يمكن منع الطهارة في غير ما هو مورد أصل الأباحة بالأصل، ويلحق المقام بعدم القول بالفصل. لأننا نقول: قد تقدم أن أصالة عدم الطهارة غير صحيحة، فلا وجه للقلب بذلك، مضافا إلى أن إلحاق مورد أصل الأباحة بغيره غير ممكن، للقطع بالأباحة فيه، ولازمها الطهارة، فكيف يجوز رفع أصالة الأباحة مع قطعيتها؟ وكيف يمكن تفكيك اللازم عن ملزومه الثابت قطعاً؟ فتدبر. الخامس: أصالة البراءة، إذ لا شك أن للنجاسة أحكاما تكليفية إلزامية تتعلق بها كوجوب إزالتها (2) عن المسجد والأواني، ووجوب الاجتناب عنه في بعض العبادات والأكل والشرب، وتحريم بيعه ونحو ذلك، بخلاف الطهارة، إذ ليس لها حكم لازم تكليفي، فإذا شك في الطهارة والنجاسة فالأصل براءة الذمة عن هذه التكاليف، فتنتفي النجاسة بانتفاء لازمها، وتثبت الطهارة بارتفاع ما هو بمنزلة نقيضها. فإن قلت: جريان أصل البراءة إنما هو فيما لم يثبت هناك تكليف مشروط

(1) لم نقف عليه. (2) كذا، والمناسب: إزالتها، ولعله باعتبار رجوعه إلى النجس .

بالطهارة - كالصلاة مثلا - إذ مع ثبوته لا بد من الاحتراز عن المشكوك للاشتغال بالعبادة المقتضية للقطع بالامتنال المستلزم للاجتناب. قلت أولا: إن حجية أصل البراءة (1) قد تثبت بالأخبار، وقد قررنا في الأصول ورودها على قاعدة الاشتغال، فالشك في المانعية وإن اقتضى عقلا الاحتراز عن المشكوك، لكن أخبار البراءة يدفع هذا التكليف ويرخص في المباشرة ويرفع المانعية، مضافا إلى أن تمامية المطلوب يمكن في مثل هذا الفرض بعدم القول بالفصل، على إشكال قد أشرنا إليه مرارا. وفي المقام كلام طويل أعرضنا عنه مخافة التطويل. السادس: الحصر العقلي، وهو أن يقال: إن الوجوه المتصورة في صورة الشك أمور ستة: إما الحكم بالطهارة، أو الحكم بالنجاسة، أو التخيير بين الأمرين، أو التوقف في البين، أو التنصيف بأن يحكم على النصف بالطهارة وعلى النصف الآخر بالنجاسة - كتعارض الأمرتين في باب الدعوى - أو القرعة، والخمسة الأخيرة باطلة، فثبت الأول. أما القرعة فليس مورد لها - كما حررناها - إلا الأمر المشكل، ومعناه: ما لا مناص عنه من شرع أو عقل، ومع وجود المناس هنا لا إشكال، مضافا إلى أن القرعة غير جارية في الأحكام إجماعا كما في بحثها، ولو عمل بها في الأحكام لما احتاج الناس في أمر دينهم إلى نبي ولا إلى وصي. والتنصيف ترجيح بلا مرجح. والتوقف في العمل لا معنى له، للزوم تعطيل الأمور، والمقصود التخلص عنه. والتخيير مخالف للأجماع، ومستلزم لكون الشئ الواحد نجسا وطاهرا بالنظر إلى أشخاص متعددة إذا اختار كل منهما خلاف الآخر، وهو بين الفساد. وأما البناء على النجاسة فمخالف للأصول ومخالف للأجماع القطعي، إذ لم يقل أحد بأن المشكوك يحكم بنجاسته .

(1) في (ن) زيادة: كما .

السابع: أنه لو كان البناء في المشكوك على النجاسة أو التوقف لاشتهر وتواتر، لعموم البلوى وشدة الحاجة، مع أنه قد انعكس الأمر. لا يقال: لا ملازمة هنا عقلية، لأننا

نقول: الملازمة العادية في الشرعيات معتبرة، ولا يزال أصحابنا يستدلون بنحو ذلك. الثامن: الاجماعات المنقولة عن العلماء واحدا بعد واحد، بحيث لا يشك المتتبع في كون أصالة الطهارة معتبرة عندهم. التاسع: سيرة الناس بأجمعهم، فإنهم لا يزالون يباشرون المشكوكات في الطهارة والنجاسة ولا يحتاطون عنها، وليس ذلك إلا لارتكاز (1) أن الأصل الطهارة حتى يعلم النجاسة. العاشر: الأجماع المحصل، فإنه لا يخفى على من راجع كلام الأصحاب في الفقه أنهم يستندون في المشكوكات إلى هذا الأصل من دون نكير. الحادي عشر: الاستقراء، فإننا قد تتبعنا وتفحصنا فوجدنا أن ما هو معلوم الطهارة من الأشياء أكثر مما هو معلوم النجاسة بمراتب، فلو شك في بعض الأشياء فالظن يلحقه بما هو الأعم الأغلب. الثاني عشر: لزوم العسر والحرج لو بني على النجاسة في المشكوكات، فإنها كثيرة، وهما منفيان في شرعنا بالأجماع والنصوص كتابا وسنة، وقد تقدم بيانه في بحثه (1). ولا يعارض هذه الأدلة في جميع صور الشك التي عرفت سابقا، إلا صورة سبق العلم بالنجاسة، فإن الاستصحاب يقضي ببقائها، وهو وارد على أصالة الطهارة، كما أشرنا. الثالث عشر: موثقة عمار الساباطي (وهي): كل شئ نظيف حتى تعلم أنه

(1) في (م): إلا لمعلومية .

[492]

قذر (2) وهذه الرواية دالة على أصالة الطهارة في كل شئ لم يعلم نجاسته. ولا وجه للقول بأنه بيان للحكم الواقعي، إذ ينافيه جعله مغيا بغاية ويدفعه كلمة (حتى). وما يقال: من أن الدلالة فرع كون (النظيف) و (القذر) حقيقة شرعية في المعنى المصطلح ولم يثبت، وبين معناهما لغة مع المعنى الشرعي عموم من وجه، لاجتماعهما في الطاهر النظيف والنجس الوسخ، واقتراحهما في الطاهر الوسخ أو النجس النظيف، فيحتمل إرادة المعنى اللغوي، بل هو الظاهر حيث لا قرينة على المجاز، فلا دلالة فيها على المطلوب. مدفوع أولا: بأنه لو كان المراد المعنى اللغوي لم يكن للعلم والجهل فيها مدخلية، ولا يصح أن يقال: نظيف حتى تعلم (3) (أنه وسخ. وثانيا: بأن بيان النظافة ومقابلها ليس وظيفة الشارع، لأنهما أمران محسوسان يعرفهما كل أحد، ومثل هذا الاحتمال مما لا يخطر ببال جاهل، فضلا عن فقيه! ومنع حجته بضعف السند مدفوع بحجية الموثقة عند المشهور، وبالانجبار بالشهرة والأجماع. وهنا شبه أوردوها في وجه الدلالة: منها: أن هذه الرواية محتملة - بل ظاهرة - فيما علم طهارته وشك في طريانه النجاسة عليه، فتدل على استصحاب الطهارة حتى يثبت النجاسة، فتكون من أدلة الاستصحاب، ولا يثبت بها القاعدة (1) كلية. ومنها: أنه يحتمل لأرادة الشبهة الموضوعية وأنت في مقام الاستدلال به على الشبهة الحكمية، والاحتمال مبطل للاستدلال .

(1) الوسائل 2: 1054، الباب 37 من أبواب النجاسات، ح 4. (2) في غير (ن): حتى يعلم. (3) في د للقاعدة .

[493]

ومنها: أن كلمة (كل) على مقتضى الحقيقة يفيد العموم، فيصير معناه الاستغراق في الأفراد الخارجية الجزئية، فلا تصلح إلا للشبهة الموضوعية، إذ الشبهة الحكمية لا تكون في الكلي دون الأفراد الخاصة. ومنها: أن المتبادر من العلم هو العلم القطعي، لا الظن الحاصل من الدليل، ولا يحصل القطع بالنجاسة إلا في الموضوع، إذ الأحكام مبنية على ما هو ظني سندا أو دلالة أو معا، فالحمل على الشبهة الحكمية غير صحيح. ومنها: أن ظاهر الرواية البناء على الطهارة مطلقا من دون فحص، ولو كان يشمل الشبهة الحكمية للزم التقييد بما بعد الفحص عن الدليل، مع أنه مطلق، ولو حمل على الموضوعية ل بقي على إطلاقه، وهو الأصل. ومنها: أن الحمل على الشبهة الحكمية مستلزم لكونها تأكيدا لأدلة البراءة، بخلاف الحمل على الشبهة في

الموضوع، ولا ريب أن الحمل على التأسيس أولى من التأكيد. ومنها: أن من عممها لشبهة الحكم قال بشمولها لشبهة الموضوع أيضا، إذ لا أقل من تساويهما لو لم يكن ظاهرا في الثاني، ولازم ذلك أن تكون كلمة (نظيف) مرادا بها ما هو من أفراد الطاهر وما هو طاهر بنفسه، ولفظ (قذر) (مرادا به ما هو من أفراد القذر أو هو قذر بنفسه، وكلمة (يعلم) مرادا بها حتى يعلم بالعلم القطعي في الشبهة الموضوعية وبالدليل الشرعي الظني في الشبهة الحكمية، وهو مستلزم لاستعمال هذه الألفاظ في المعنيين، وهو أمر مرغوب عنه عند المحققين. والجواب عن الأول بامور: أحدها: أن المتبادر منها الحكم بالطهارة في كل شئ مطلقا، والحمل على معلوم الطهارة خلاف الأصل والظاهر. وثانيها: أن كلمة (نظيف) - كنظائره - دال (1) على ثبوت الصفة، لا بقائها، كما

(1) في (د): دالة .

[494]

أن قولك: (ضارب) و (قائم) بمعنى ثبوت الضرب والقيام، لا بقائهما. وثالثها: أن ظاهر كلمة (قذر) كونه قذرا من أصله، لا كونه عرض له القذارة، ولو أريد ذلك ينبغي أن يقال: (حتى تعلم (2) أنه تقذر) أو (تنجس) ونحوهما. ورابعها: أنه موجب لكون الرواية تأكيدا لأدلة الاستصحاب، والتأسيس أولى منه. وخامسها: أن المتبادر من مجموع الخبر عند أهل العرف غيره - وهو المتبع - والاحتمال غير مضر، بل منتف. وعن الثاني: بأن احتمال الورود في شبهة الموضوع غير مضر، إذ غايته العموم والشمول - كما هو ظاهر اللفظ - وبذلك يثبت المطلوب، ونحن لا نقول باختصاصها بالحكمة. وعن الثالث: بأنه كما أن كلمة (كل) لاستغراق الأفراد والجزئيات وهي لا تكون إلا في الموضوعية، فكذلك كلمة (شئ) (شاملة للأفراد والأنواع، وكلمة (كل) إنما هو لاستغراق أفراد مدخوله كليا كان أو جزئيا، ولا ريب أنك إذا قلت: (كل نوع) يفيد استغراق الأنواع، لأنها أفراد النوع، فإذا كان الشئ شاملا للفرد وللكلي وكان كلمة (كل) مفيدة للاستغراق فيما شمله مدخوله، فيكون المعنى: كل مشكوك فردا أو نوعا - لشمول (الشئ) لهما - فهو طاهر حتى يعلم أنه نجس، فيشمل المقامين، وهو المطلوب. وعن الرابع: بأن الخروج عن المعنى الحقيقي لا مناص عنه، إذ البينة ونحو ذلك من الأسباب تثبت الموضوع أيضا، وليس تلك (1) بقطعي، فلا يكون المراد بالعلم إلا العلم الشرعي، فلا وجه لأخراج الشبهة الحكمية، إذ يحصل العلم الشرعي فيها أيضا. واحتمال إخراج ما لا يحصل العلم القطعي فيه من عموم (كل شئ) وإرادة

(1) في (م): دالة. (2) في (ن، د): حتى علم .

[495]

ما يتعلق به العلم القطعي منه وإبقاء العلم على معناه الحقيقي، مدفوع بأنا نقول أيضا بإخراج ما لا يحصل فيه القطع من الشبهات الحكمية عن كلمة (كل شئ) ونبقي العلم على معناه. ودعوى: أن هذا مستلزم لتخصيص الأكثر، مدفوعة بالمنع، لبقاء الشبهة الموضوعية والقطعية الحكمية تحت العام، وهي أكثر من الخارج بكثير، وأخصية الدليل حينئذ عن المدعى ينجر بعدم القول بالفرق بين الشبهات الحكمية، مضافا إلى أن الأخراج عن كلمة (كل شئ) غير معقول، إذ قبل حصول العلم بالنجاسة لا يعلم أنه من الأفراد التي يحصل فيها العلم حتى يحكم بالطهارة، أو لا حتى يحكم بالعدم، فنسقط الموثقة عن الحجية في موارد الشك مطلقا. وعن الخامس: بأن الفحص كما هو معتبر في الشبهة الحكمية كذلك معتبر في الموضوعية، غايته: أن الفحص في الأولى عن الأدلة الشرعية، وفي الثانية عن أهل العرف والخبرة، وما ترى في بعض المقامات من عدم الفحص - كالدم المشتبه أو البلل المشتبه في الثوب - فإنما هو لعدم الكاشف له من عرف ونحوه، مع لزوم العسر والجر، مضافا إلى أن

التقييد معارض بتخصيص كلمة (كل شئ) وكلاهما خلاف الأصل، فالتقييد أولى من التخصيص، فنعمم للموضوع والحكم، ونقيد في الثاني بالفحص. وعن السادس: بمنع أولوية التأسيس من (1) التأكيد مطلقا، مضافا إلى أن أدلة البراءة تشمل الموضوعية أيضا، فيصير على الحمل عليها أيضا تأكيدا، مضافا إلى أن مع تسليم عدم التأكيدية في الموضوعي لا نخص الرواية بالحكمي، بل نعممها للموضوعي أيضا على ظاهرها، فتفيد (2) المقامين، مع أن إثبات الطهارة معنى سوى البراءة وإن كان ملزوما لها، ومثل ذلك لا يعد تأكيدا. وعن السابع: بأننا لا نسلم كون كلمتي (نظيف) و (قدر) مستعملتين في

(1) في غير (م): ذلك .

[496]

معنيين، بل استعملنا (3) في معنى واحد، وهو كونه طاهرا ونجسا وكونه طاهرا أو نجسا بنفسه أو من أفراد الطاهر والنجس من حيثيات الحكم وقيوده، لا أنهما معنيان مستقلان. وأما كلمة (العلم) فاللازم فيها الاستعمال في الظن والعلم، لكنه مدفوع: أولا: بأنه لو أريد الشبهة في الموضوع (4) أيضا للزم ذلك، لأن الظن الحاصل من الحجة الشرعية معتبر في الموضوع أيضا، كما مر. وثانيا: بإمكان إرادة القدر المشترك بين العلم والظن المعتبر، على طريق عموم المجاز، ونظير ذلك شائع في الاستعمالات الشرعية. وهذه الرواية (5) لا شك في شمولها لما لم يكن بين المشتبهات علم إجمالي وكان الشك ابتداء أو مسبوقا بطهارة. وأما مع العلم الأجمالي أو سبق العلم بالنجاسة فيجئ الأشكال: من حيث إن الرواية مقيدة بعدم العلم بالنجاسة والفرض حصول العلم بين المشتبهات، ومن أن استصحاب النجاسة يفيد علما شرعيا فيعارض أصالة الطهارة. وبعبارة أخرى: بين أدلة الاستصحاب وبين هذه الرواية عموم من وجه، فكما يحتمل العمل بهذه الرواية، يحتمل العمل بالاستصحاب. ولكن نجيب عن الأول: بأن الظاهر من العلم هو العلم التفصيلي، لا الأجمالي، وهو منفي في المقام، مضافا إلى أن الضمير في كلمة (أنه قدر) راجع إلى خصوص المشكوك، فلا بد في ارتفاع الطهارة من العلم بالمشكوك بالخصوص، وهو غير حاصل. وفي الثاني قد يقال: إن الاستصحاب لا يعارض الدليل، ولذا ترى أن الأصحاب قالوا في الخيارات بالفورية، ولم يعملوا بالاستصحاب تمسكا بعموم

(3) في غير (م): استعملنا. (4) في (ف)، (م): بالموضوع. (5) يعني قوله عليه السلام: (كل شئ نظيف حتى تعلم أنه قدر) تقدمت في ص: 481 .

[497]

أوفوا بالعقود وإطلاقه في الأزمان، والاستصحاب لا يعارضه، فكذلك في المقام، فإن إطلاق الحكم بالطهارة في المشكوك فيه في الرواية لا يعارضها (1) (استصحاب النجاسة السابقة. ولكن الحق تقديم الاستصحاب، لأنه علم شرعي، والرواية مقيدة بعدم العلم. وليس ما نحن فيه من قبيل الخيار، لأن الدليل الاجتهادي الواقعي هناك دل على اللزوم مطلقا من دون تقييد، فلا يعارضه الاستصحاب، وما نحن فيه من الحكم الظاهري التعليقي، فتأمل. مضافا إلى أننا نقول: إن أدلة الاستصحاب لا مدخل لها هنا حتى يحكم بالتعارض بالعموم من وجه ويلتمس المرجحات، فإنها أدلة للاستصحاب، لا نفس الاستصحاب، والمعارض لأصالة الطهارة إنما هو الاستصحابات الخاصة في المقامات الخاصة، وبينها وبين هذه الرواية عموم مطلق، والاستصحاب أخص مطلقا، فينبغي تقديمه، فتأمل. على أن ظاهر الأصحاب الأجماع على تقديم الاستصحاب على هذا الأصل، فلا وجه للتوقف في ذلك. الرابع عشر: - من أدلة أصالة الطهارة - ثبوتها في الماء بقولهم: (كل ماء طاهر حتى يعلم أنه قدر) (1) وبالإجماع على هذا الأصل فيه، ويتم في سائر المشكوكات بعدم القول بالفرق. البحث الثاني: في شبهة الموضوع المستنبط وقد عرفت أن المراد به: الشبهة الناشئة عن عدم

العلم بمعنى اللفظ، كما إذا قال: (المني نجس) ولم نعلم أن معناه شامل للمذي أم لا، أو (الميتة نجس) ولم

(1) كذا، والمناسِب: لا يعارضه. (2) الوسائل 1: 99، الباب 1 من أبواب الماء المطلق، ح 2، بلفظ: كل ماء طاهر إلا ما علمت أنه قذر، وفي الحديث 5 من الباب: الماء كله طاهر حتى يعلم أنه قذر.

[498]

نعلم أنها تشمل ما لا نفس له سائلة أم لا، بحيث يكون معنى اللفظ لغة أو عرفاً مشتبهاً. ولا ريب أنه حينئذ يرجع إلى الشبهة الحكمية، إذ كما يكون الاشتباه في الحكم من جهة تعارض الأصول والأدلة وعدم الترجيح أو لعدم وجود دليل على أحد الجانبين، كذلك قد يكون للشك في شمول الدليل للمشكوك (2) - كما مثلناه - فإذا دخل في الشبهة الحكمية يجئ فيه ما أسلفناه من الأدلة في أصل مشتبه الحكم حرفاً بحرف، فعليك بالتأمل والأجراء. واحتمال أن يقال: إنه بعد ورود الدليل وإجمال اللفظ يصير المشكوك فيه من باب شبهة محصورة فلعله في الواقع نجس داخل تحت اللفظ، وفرق بينه وبين المشكوك من أصله، فلا يجري فيه الأصول. مدفوع بأن مقتضى الأصل عدم الفرق، إذ لم يثبت النجاسة ظاهراً، فيجري فيه الأدلة، فتدبر. البحث الثالث: في شبهة الموضوع الصرف كدوران اللحم الملقى بين الميتة والمذكي، والبول بين غير المأكول والمأكول، والفضلة كذلك. والأصل فيه أيضاً الطهارة، عملاً بالأصول والأدلة السابقة. وقد عرفت مصير جماعة إلى انحصار دلالة الموثقة (1) فيه (2) ومنعه بالنسبة إلى المقام الأول (3) فثبت الأصل هنا أولى من ثبوته في الحكمية، مع أن هنا

(1) في غير (م): على المشكوك. (2) يعني قوله عليه السلام: (كل شئ نظيف حتى تعلم أنه قذر) تقدمت في ص: 481. (2) تذكير الضمير باعتبار رجوعه إلى (البحث الثالث). (3) كذا، والمناسِب: البحث الأول.

[499]

أولوية من وجه آخر، وهو: أنه يحتمل مصير جماعة من الاخباريين في الشبهة الحكمية إلى الاحتياط، ولا احتمال هنا، للاتفاق من العلماء على البناء على الأصل في الموضوع، كما هو المشاهد من طريقتهم في الفقه والمعلوم من طريقة المسلمين في الأعصار والأمصار. فإن قلت: ما ذكرت من الأصول والاجماع ودليل العسر وغير ذلك كلها تجري في الشبهة الغير المحصورة، وأما الشبهة الموضوعية مع العلم الأجمالي بين المشتبهات المحصورة فلا يمكن ذلك، لأن الأصل في كل واحد منها معارض بالأصل في الآخر، ولا حرج في اجتنابه، والأدلة دلت على الاجتناب عن النجس الواقعي، وهو هنا موجود، فيترك الجميع مقدمة. قلنا: في الشبهة المحصورة كلام من وجهين: أحدهما: من جهة الطهارة والنجاسة، والآخرى (4) من جهة الحلية والحرمة والاستعمال. أما الثاني: فالكلام فيه موكول إلى البحث في أصل البراءة، وهو مقرر في الأصول. وأما الأول: فلاريب في البناء على الطهارة في كل فرد فرد، للأصول السابقة، ولهذا لو لاقى واحداً منها شئ لم يحكم بنجاسة الملاقى. نعم، إذا لاقى الجميع أو لاقى بجميع أجزائه شئ إذا كان الشبهة في جزء من مثل الثوب - مثلاً - علمنا بأن الملاقى تنجس. ويدل على ذلك الموثقة المذكورة سابقاً (1) ولا ريب أن المتبادر منه العلم التفصيلي، والضمير راجع إلى الشئ الخاص، لا بمعنى أنه: حتى يعلم وجود قذر بين الأشياء فيكون كلها نجسة، وذلك واضح.

(1) كذا في النسخ، والصواب: والآخر. (2) راجع ص 491

المقام الثاني: في الشك في الطهارة الحديثة وفيه أبحاث: الأول: في شبهة الحكم، كالشك في حديث المذي، والنعاس، ومس الفرج، ومس اللحم من الميت بلا عظم، ووطئ البهيمة، ووطئ الدبر من الغلام. والحق البناء فيه على أصالة الطهارة بصورة المذكورة في صدر المسألة. ولنا عليه وجه: أحدها: أصالة البراءة من الأحكام المتعلقة بالمحدث من لزوم الاجتناب عن أشياء والأتيان بأشياء من الوضوء والغسل، سواء قلنا بأنها واجبات نفسية أو غيرية، مقيدة بدخول الوقت أو مطلقة. أما على الأول فواضح، لأنه تكليف صرف ينفي بالأصل. وأما على الثاني، فإنه وإن كان قد يتخيل أن اشتغال الذمة بالغير يقتضي البراءة اليقينية ولا يمكن إلا بالأتيان بالطهارة، لكننا نقول: لا فرق عندنا في ذلك، إذ بعد دلالة الأصل على خلو الذمة من المحرمات على المحدث ونحوه، فلا فرق في أحكامه. وهذا الدليل يجري في صورة الستة كلها، سوى صورة السبق بالحديث، لتقدم الاستصحاب على البراءة، إلا إذا لم نقل بحجته أو فصلنا فيه - كما قيل - أو عارضه استصحاب آخر، أو منع من جريانه بتغيير موضوع ونحوه. الثاني: أصالة عدم الحدث، إذ من المعلوم أن الحدث هو الأمر المانع عن العبادة، والأصل عدم حصوله. فإن قلت: الأصل عدم الطهر أيضا. قلت: لا يقتضي الطهارة حكما وليس سببا للدخول حتى يمنع، وإنما هو عدم الحدث، نظير ما قررناه في الخبث حرفا بحرف .

الثالث: قولهم في تعريف الحدث: بأنه الحالة الحاصلة عند عروض أحد أسبابه، الدال على أن الحدث مسبب عن سبب، ولو لا أن الطهارة أصل لم يكن كذلك. لا يقال: (1) إن الطهارة أيضا مسبب عن سبب، كالوضوء والغسل. قلنا: إنهم ذكروا في نيتهما رفع الحدث، ومنه يعلم أنه رفع مانع، وإنما الطهارة شئ أصلي عرضه عارض فيرتفع، فيعود المكلف إلى ما كان عليه من عدم المانع. الرابع: الأجماع على عدم لزوم الغسل إلا بعد أسباب خاصة، ولا ريب أن الشخص قبل عروضها متطهر، فكذا الحدث الأصغر، غاية أن الإنسان عادة لا ينفك عن عروض أحد الأحداث الصغريات، فلو فرض تولد شخص وعدم صدور حدث أصغر عنه إلى أن يبلغ لم يجب في صلاته وضوء - كالغسل بلا جنابة - وهذا لا بعد فيه، فمتى لم يعلم كون الصادر حدثا حكمنا بأصالة الطهارة. وهذه الأدلة أيضا تشمل الصور، إلا في صورة سبق العلم بالحدث فيجئ الاستصحاب، إلا أن يمنعه مانع من معارض أو غيره. الخامس: الأدلة الدالة على كون الوضوء والغسل مقيدتين بأسباب خاصة، كالبول والجنابة ونحوهما، الدالة بمفهومها على عدم الوجوب بدون حصول هذه الأسباب، ومتى ما لم يجب ذلك علم أنه متطهر، فما لم يرد دليل فيه على كونه سببا لأحدهما لا يجب فيه ذلك، وهو الطهارة شرعا. السادس: إطلاق الأدلة الدالة على جواز الصلاة والأمر بدخول المساجد وقراءة القرآن وغير ذلك، غاية ما دل الدليل على المنع عن ذلك للمحدث حتى يتطهر، والمشكوك فيه داخل تحت الاطلاقات. السابع: أنا نفرض الشبهة الحكمية بعد طهارة متيقنة، فإذا ورد عليها فلا ريب أن الأصل بقاء الطهارة فلا ينتقض، للاستصحاب، وكل ما لم ينقض الطهارة

(1) في (م): فان قيل .

إذا عرض عليها فليس يحدث لو وقع ابتداء بعدم القول بالفرق. وبعبارة أخرى: ما لا يكون ناقضا لا يكون موجبا إجماعا. الثاني (1): في شبهة الموضوع المستنبت في الحدث، كما مثلناه في أول البحث. وقد مر في الخبثية أن هذه كالحكمية، فيجئ فيه الأدلة بتمامها، فلاحظ واحدا بعد واحد. الثالث: في الموضوع الصرف، وله صور: أحدها: مثل الشك في الشئ الخارج أنه مني أو مذي، والحق فيه العمل بالأصل، لما مر من

الأدلة السابقة، بل هنا بالاولوية. وثانيها: القطع بخروج مني والشك بين كونه من زيد أو عمرو، الحق جريان الأصل في كل منهما بما مر من الأدلة. وقاعدة المقدمة إنما هي عند اشتباه المكلف به، لا المكلف. ولهذا المقام فروع لطيفة حررتها في شرح النافع، من أرادها فليرجع إليه. وثالثها: تيقن الطهارة والحدث والشك في المتأخر. وفي جريان الأدلة هنا إشكال تام، كما لا يخفى. وفي جريان البراءة وجه غير وجهه بعد العلم بالشرطية وحصول السبب قطعاً وكون الشك في ارتفاعه، ولذا حكم معظم الأصحاب بلزوم التطهر عليه. وهنا قولان آخران، وتام التحقيق في الفقه .وبالله التوفيق Z Z Z .

(1) أي: البحث الثاني من المقام الثاني .

[503]

(العنوان الحادي والعشرون) (في أصالة النجاسة في الدم)

[504]

عنوان [21] لم يخرج عن الأصل السابق إلا النجاسات المشهورة إذا علمت بعناوينها، والمرجع في الشك فيها أيضاً إلى الأصل السابق. نعم، قد ادعى: أن الأصل في الدم النجاسة (1) وقواه بعض المتأخرين (2). فلو شك أن هذا الدم من الدماء الطاهرة أو النجسة فالأصل النجاسة، والوجه في ذلك أمور: أحدها: أن المحقق - في المعتبر - قال: كل دم نجس إلا دم غير ذي النفس بإجماع علمائنا (3) وهذه العبارة تدل بعمومها على كون المشكوك فيه داخلاً تحت مورد النجاسة، ولا يخرج منه إلا ما علم كونه من غير ذي النفس. فإن قلت: هذا الكلام إنما يتم لو قلنا بأن الألفاظ موضوعة للأمور المعلومة أو منصرف إليها، حتى يصير المعنى: حتى يعلم أنه من غير ذي النفس، وكلاهما

(2) نسبه العلامة الوحيد إلى بعض العلماء، وقال: وهو الظاهر من الشيخ وغيره، مصابيح الظلام (مخطوط): 434. (2) لم نقف عليه، إلا أن السيد العاملي قال: وقال الاستاذ الشريف: يبتني ذلك على أن الأصل في الدم الطهارة أو النجاسة؟ ثم مال إلى الثاني، مفتاح الكرامة 1: 138. (3) المعتبر 1: 420 .

[505]

خلاف التحقيق، فإذا كان المراد به نفس الأمر، فإن كان المخصص مجملاً سقط حجية العام، وإن كان مبيناً ومقيداً بالعلم - كما إذا قيل: إلا ما علم كونه من غير ذي النفس - يبقى العام حجة في المشكوك وإن لم يكن مقيداً به، كما في (أكرم بني تميم إلا الطوال) فمتى ما شككنا في فرد أنه طويل أم لا، لا يمكن التمسك بالعام، لأننا ندري أن الطويل في نفس الأمر خارج عنه، فلا نعلم دخوله تحت العام أيضاً، فكيف يتمسك بالعموم؟ قلت: في الفرض الأخير هو محل البحث وإن اختلفوا في ذلك، لكن يمكن التمسك بالعام في الشبهة في الموضوع، لأن دخوله تحت العام والمخصص مشكوك في نفس الأمر، فنعمل بالظاهر، للقطع بعدم خروجه عنهما، فنقول: إن شمول العام له ظاهراً مقطوعاً، لأنه من بني تميم قطعاً، ودخوله في المخصص غير معلوم، للشك في طوله، فنأخذ بالمتيقن. والحق أن العمل بالعام في مثل المقام محل نظر، إلا إذا ادعى فهم العرف على ذلك، وهو محل تأمل. مضافاً إلى أن ظاهر عبارة المعتبر كونها على سياق غيرها من عبارات الأصحاب، وليس مسوقاً لبيان المشكوك والمعلوم، وإنما الغرض بيان الحكم النفس الأمري للموضوع، فلا يعتمد على مثل هذا الأجماع. وثانيها: قوله عليه السلام بعد السؤال عن سؤر الباز والصقر والعقاب -: كل شئ من الطير يتوضأ من سؤره ويشرب (1) إلا أن ترى في منقاره دماً، فإن رأيت في منقاره

دما فلا تتوضأ منه ولا تشرب (2). وجه الدلالة: أن إطلاق المنع مع رؤية الدم في المنقار يدل على أصالة النجاسة، وإلا لكان ينبغي التقييد بما علم أنه دم نجس .

(1) في الوسائل: يتوضأ مما يشرب منه. (2) الوسائل 1: 166، الباب 4 من أبواب الأستار، ح 2 و 4 .

[506]

ويمكن الكلام فيه من وجوه: أحدها: أن الفرد الغالب والشائع هو الدم من ذي النفس، وما عداه نادر، فأطلاق ذلك ينصرف إلى الفرد المتبادر، على قاعدة المطلقات. وثانيها: أنه وارد في مقام بيان حكم آخر، وهو حكم سؤر الطيور، لا لبيان نجاسة كل دم حتى يدل على نجاسة كل دم مشكوك. وثالثها: أن الباز والصقر والعقاب - غالبا - لما كانوا يأكلون الحيوان الذي له نفس سائلة، فالدم الموجود في منقارها يعلم - غالبا - أنه دم ذي النفس، والأطلاق ينصرف إلى الغالب المعلوم، ولا يشمل ما هو المشكوك. وقد يجاب عن الأول: بمنع الغلبة، وبكونها غلبة وجود، والندرة الموجبة للتشكيك إنما هو ندرة الأطلاق دون الوجود، وبأن الحكمة قاضية هنا بالعموم، إذ ليس هنا فرد معهود، والفرد الغير المعين لا وجه لتعليق الحكم عليه، فينبغي أن يراد الطبيعة السارية في جميع الأفراد. وعن الثاني: بأنه وارد في بيان نجاسة الملاقي للدم من الماء القليل، وهو يستلزم كون الدم بما هو دم نجسا، إلا ما قام الدليل على خروجه. وعن الثالث: بأنه لو كانت الغلبة صارفة لكان ينبغي إرادة خصوص دم الجيفة، لأنه الغالب، فيكون مفهوم الرواية: أنه لو لم يكن دم جيفة يتوضأ منه ويشرب، ولا تدل الرواية على تنجسه بسائر الدماء السائلة غير الجيفة. والتمسك في التعميم إلى الأجماع أو دليل آخر خروج عن الفرض، إذ الكلام في الاستدلال بالرواية، ومتى ما تعدت إلى مطلق الدم السائل فقد أسقطت اعتبار الغلبة الصارفة، فلا دليل على تخصيصه بالوسائل، فينبغي التعميم. مضافا إلى أن لفظ الباز والصقر إنما هو في السؤال، والجواب إنما هو عن عموم الطيور، فلا وجه لجعل ذلك قرينة لذلك. الثالث: صحيحة ابن أبي يعفور: الرجل يكون في ثوبه نقط الدم لا يعلم به، ثم

[507]

يعلم فنسي أن يغسله فيصلي، ثم يذكر بعد ما صلى؟ قال: يغسله ولا يعيد صلاته، إلا أن يكون مقدار الدرهم مجتمعا، فيغسله ويعيد الصلاة (1). بتقريب: أن المفرد المحلى باللام يفيد تعريف الطبيعة، فيعم جميع أفراد الدم، خرج عنه ما علم كونه طاهرا، فبقي المشكوك داخلا فيه. واحتمال إرادة العهد فرع كون مدخوله النكرة الدالة (2) على الوحدة حتى يكون لتعريف الفرد، وهو خلاف الوضع والأصل، والوضع التركيبي في العهد غير ثابت. ودعوى: أن ظاهر ترك الاستفصال العموم فيشمل ما كان طاهرا أيضا فلا وجه للعموم فيحمل على العهد، مدفوعة بأن غايته التخصيص، فلا وجه لأخراج ما لم يدل عليه دليل. ودعوى الغلبة في النجس فينصرف إليه، ممنوعة، فتدبر. الرابع: صحيحة إسماعيل الجعفي: في الدم يكون في الثوب؟ إن كان أقل من قدر الدرهم لا يعيد الصلاة (3). والوجه ما تقدم في السابقة. الخامس: حسنة محمد بن مسلم: الدم يكون في الثوب علي وأنا في الصلاة؟ قال: إن رأيت عليك ثوب غيره، فاطرحه وصل (4). السادس: رواية أبي بصير: إن علم الدم في ثوبه قبل أن يصلي فنسي وصلى، فعليه الأعادة (5). السابع: رواية جميل: لا بأس بأن يصلي الرجل في ثوب وفيه الدم متفرقا... ما لم يكن مجتمعا قدر الدرهم (6).

(1) الوسائل 2: 1026، الباب 20 من أبواب النجاسات، ح 1. (2) في سوى (م): (الدال). (3) المصدر: ح 2. (4) المصدر: 1027، ح 6. (5) الوسائل 2: 1060، الباب 40 من أبواب النجاسات، ح 7. (6) الوسائل 2: 1026، الباب 20 من أبواب النجاسات، ح 4 .

والوجه في الجميع ما مر. الثامن: الاستقراء، إذ الغالب في الدم كونه من ذي النفس، سيما فيما يباشره المكلف، والظن يلحق المشكوك بالغالب. وبهذه الأدلة ينقطع أصالة الطهارة، إلا أن في الاعتماد على هذه الأدلة نظرا بينا، من جهة عدم وضوح الدلالة، كما لا يخفى على من لاحظها حق الملاحظة. مضافا إلى أن صاحب الحدائق ادعى الأجماع على طهارة المشكوك من الدم (1) وإن كان يمكن المناقشة باحتمال كونه من الأجماع على أصالة الطهارة، لا الأجماع الخاص، خصوصا مع ما في كلام جماعة من المحققين من تقوية أصالة النجاسة في الدم (2). (والمسألة محل إشكال، وقد قوينا في طهارة شرح النافع أصالة النجاسة، وهو الأوفق بالاحتياط وإن كان الفتوى به مشكلا z z z .

(1) الحدائق 5: 52. (2) راجع ص: 494، الهامش 2 .

(العنوان الثاني والعشرون) (في بيان قاعدة الأماكن في الحيض)

عنوان [22] من الاصول الواردة على أصالة الطهارة الحديثة (قاعدة الأماكن) في الحيض، فلو شك في كون الدم الخارج حيضا أو لا يعمل بقاعدة الأماكن ويحكم بالحيضية وإن كان الأصل الأولي الطهر. والكلام في هذه القاعدة يحتاج إلى بيان أمور: الأول: أن المراد بهذا المكان إنما هو الأماكن الشرعي، لا العقلي، فلا يجري فيما ثبت امتناعه شرعا وإن أمكن عقلا، فلا يجري في الدم المشكوك فيه في حالة الصغر، وكذا فيما بعد اليأس، وفي الحامل على القول بامتناعه فيه وإن كان الأقوى خلافه، وفيما زاد على أكثر الحيض ما لم يتخلل أقل الطهر، وكذا فيما فقد فيه التوالي، أو غيره من الشروط المعتبرة الثابتة شرعا، فإن كل ذلك مما دل الدليل الشرعي على أنه ليس بحيض، فيكون كالمعلوم عدم حيضته، كدم الجرح والقرح والعذرة وغير ذلك، والأدلة الآتية الدالة على الأماكن لا تشمل مثل ذلك. الثاني: أن مجرى قاعدة الأماكن إنما هو في الأفراد من الدم القابلة لكونه حيضا وغير حيض باعتبار نفسه، لا باعتبار حال المرأة، وبعبارة أخرى: فيما كان الشك ناشئا من نفس الدم، لا ناشئا عن حال المرأة وإن كان موجبا للشك في الدم أيضا .

وبتقرير ثالث: لا يجري فيما كان الشك بين الأماكن والامتناع بأن يكون أحد طرفي الشك موجبا لامتناع الحيضية، بل في ما كان الشك في الوجود والعدم، فلا يجري في الخنثى، فإن الدم فيه وإن أمكن أن يكون حيضا، لكنه باعتبار إمكان أن يكون امرأة لا رجلا، ففي الحقيقة يكون الشك في هذا الدم من جهتين: إحداهما الشك في كونه انثى وعدمه، وبعد كونه في الواقع انثى أيضا يشك (1) في كون هذا الدم حيضا وعدمه وإن كان يرجع المآل إلى الشك في أن الدم حيض أم لا. وكذلك فيما لو كان الانثى مشكوك البلوغ والعدم أو مشكوك اليأس والعدم، فإن للشك حينئذ (2) مرتبتان: إحداهما في قابلية المكلف للحيض وعدمه، وثانيتهما في كون الدم حيضا وعدمه. فإن اعتبرنا استصحاب الصغر واستصحاب عدم اليأس لحق الأول بالامتناع، إذ مع الصغر ولو شرعا يمتنع الحيض، ولحق الثاني بالممكن، لأن اليأس ما لم يثبت شرعا فهي غير يائسة، فتجري قاعدة الأماكن في الثاني، لزوال الشك في قابلية المكلف بالأصل، ولا تجري في الأول، لثبوت عدم الأهلية. ولو لم نعتبر الاستصحاب في جهة الحيض وإن اعتبرناه بالنسبة إلى الأحكام الآخر - نظرا إلى أن الحيض ممتنع

مع الصغر الواقعي وهو مشكوك، وممكن مع عدم اليأس واقعا وهو لم يثبت - صار هذا الشك واقعا بين الأمكان والامتناع، فلا تجري فيه قاعدة الأمكان على ما يقتضيه أدلتها. وهنا كلام بالنسبة إلى الدم المشكوك خروجه من الرحم أو من خارجه، من جهة أنه هل هو من أفراد الدم الممكن، أو دائر بين الأمكان والامتناع كالأمثلة السابقة؟

(1) في (ن، ف): ليشك. (2) في (م): فان الشك حينئذ لمرتبتان .

[512]

قوى بعض مشايخنا المعاصرين (1) عدم جريان القاعدة فيه، لأن إمكان الحيضية إنما هو في الدم الخارج من الرحم، وأما الخارج من غيره فهو ممتنع، فلو شك في خروجه من الرحم صار الشك بين الأمكان والامتناع. وهو غير بعيد بالنسبة إلى الاعتبار، لكن الأدلة الدالة على قاعدة الأمكان مطلقة تشمل مثل هذا الفرض، والمعتمد في ذلك إنما هو الدليل وإن كان هو أيضا مثل الأمثلة السابقة في ذلك، والذي يقوى في النظر جريان القاعدة فيه. وقد يسبق إلى بعض الأذهان: أن كل دم شك في كونه حيضا يدور أمره بين الأمكان والامتناع، إذ هو في الواقع لو لم يكن حيضا يمتنع كونه حيضا، فأى فرق بين هذا وبين الأمثلة السابقة؟ وهو ناش عن قصور النظر. وتوضيحه: أن نفس الأمكان إنما هو احتمال الشئ للطرفين، وما أمكن كونه حيضا معناه: أنه يحتمل كونه حيضا في الواقع وعدمه، فأحد طرفيه وجود والاخر نفي، والأول واجب والثاني ممتنع. بخلاف مثل الخنثى، فإن الشك فيه أولا في كونه امرأة وعدمه، فلو لم يكن في الواقع انثى فهو ممتنع، ولو كان انثى فهو ممكن، لا أنه حيض، فالشك في الحيض هنا في مرتبتين: إحداهما في إمكانه وامتناعه، وثانيتهما في كونه حيضا وعدمه، وذلك واضح عند النبيه. والثالث: أن مجرى قاعدة الأمكان ما لم يرد فيه نص على أمانة يعلم بها ذلك، فلو كان مورد الأمانة لم يعمل بقاعدة الأمكان، كما إذا اشتبه الدم بالعذرة، فإن الشارع جعل الميزان في معرفته التطوق وعدمه، أو اشتبه بالقرحة، فإن الميزان فيه إنما هو الجانب كما دل عليه الرواية (2) - على اختلاف في عبارتها - وعمل بها الأصحاب، إذ التعارض بين ما دل على الامارتين وبين أدلة الأمكان

(1) لم نقف عليه. (2) الوسائل 2: 560، الباب 16 من أبواب الحيض، ح 1 و 2 .

[513]

عموم وخصوص مطلق، ودليل الامارتين أخص منها، فيعمل به. نعم، يعتمد على الامارتين في مقدار ما شمله دليلهما، وفيما عدا ذلك أيضا يركن إلى القاعدة. وفي اعتبار العلم بوجود القرحة أو الجرح، ويحصل الافتراض للبكر، وكون الشك ابتدائيا أو عموميه للشك فيهما أيضا ولمستصحب الحيض أو القرحة، ولصورة العلم بالامتزاج أو التعاقب - وغير ذلك من الاحتمالات المتصورة - كلام طويل. وهنا فروع عميقة لطيفة وشحنا بها شرح النافع، من أرادها فليطلبها، فإن فيها ما لم يسبق إليها سابق. وبالجملة: فما شمله دليل الامارتين من صور المسألة يركن إليهما، وما خرج عنه في نظر الفقيه النبيه فالمرجع القاعدة، كما لو لم يمكن الاختيار بالامارتين من أصله، أو اختير فلم يتميز، كما لو خرج بعضه منغمسا وبعضه متطوقا، فتعارض المفهومين في الخبر يوجب الركون إلى القاعدة. وفي ما ذكرنا كفاية لمن له درية. وهنا كلام، وهو أن بعد ما ذكرنا من تقدم الأمانة على الأمكان قد يقال: إن الشارع جعل الأوصاف أمانة عند الاشتباه بالاستحاضة كما جعل الامارتين للقرحة والعذرة، فلا يبقى مورد للأمانة، ولذلك ذهب جماعة من مدققي المتأخرين (1) إلى اعتبار الأوصاف والتميز مطلقا ولم يجعله (2) مقصورا على المضطربة وترك العمل بالأمكان، لكثرة الأخبار المطلقة الدالة على اعتبار الأوصاف .

(1) لم نظفر على مصرح بما أفاده: من اعتبار الأوصاف والتميز مطلقا وترك العمل بالقاعدة بالجملة، نعم قال المحقق الثاني: لولا الأجماع لكان الحكم به مشكلا، من حيث ترك المعلوم ثبوته في الذمة تعويلا على مجرد الأماكن (جامع المقاصد 1: 288) وتبعه على ذلك صاحب المدارك، واستظهر أنه إنما يحكم بكونه حيضا إذا كان بصفة دم الحيض (المدارك 1: 324) وكذا المحقق الأردبيلي تأمل فيه على إطلاقه، انظر مجمع الفائدة 1: 146، 149. (2) كذا في النسخ، والمناسب: ولم يجعلوه .

[514]

والتحقيق أن يقال: أولا: إن ذلك غير مانع من القاعدة، لوجود مقام لا يمكن فيه التميز بالأوصاف، لتعارضها، أو وجودها في جميع الدم، أو فقدانها في الكل، أو عدم إمكان الملاحظة، ونحو ذلك. وثانيا: قد دل طائفة على كون الصفرة والكدر في أيام الحيض حيضا، كما يجئ ذكرها وبيان المراد منها على ما ذكره شيخ الطائفة (1). فأدلة الوصف غير باقية على حالها، مع أن في أدلة قاعدة الأماكن ما يمنع من اعتبار الأوصاف - كما سيمر عليك - فهي لا تعارض القاعدة. مضافا إلى أن التعارض بين أدلة الأوصاف وأدلة قاعدة الأماكن إنما هو بالعموم من وجه، لدلالة قاعدة الأماكن على الحيضية وإن لم يكن وصف، وأدلة الوصف على الحيضية وإن لم يكن إمكان، والترجيح مع القاعدة، لكثرة المرجحات من الفتوى والنص وقوة أدلتها، كما ستسمع. وقد يتخيل: أن ما خرج عن الأماكن قد دل الدليل على عدم حيضته، فهو خارج عن دليل الوصف بقاعدة التخصيص، فيؤول الأمر بعد ذلك إلى كون دليل الأوصاف أخص مطلقا، لجريان الأماكن فيما لا وصف فيه وعدم جريان الوصف فيما لا إمكان فيه. ولكن نقول: الميزان في التعارض إنما هو ملاحظة الدليلين في نفسيهما، لا بعد ورود التخصيص والتقييد على أحدهما، على أنا نقول: إن أدلة الأوصاف مثبتة لا نافية، إذ غاية ما ذكر فيها: أن دم الحيض حار عبيط يخرج بحرقة ولذع (2) ودلالته على عدم كون ما سواه حيضا إنما هو بالمفهوم الضعيف، وليس في الروايات - على ما في بالي مع كثرتها ما يدل على أن ما لم يكن كذلك فهو ليس

(1) يجئ في الدليل العاشر من أدلة القاعدة في ص: 509. (2) انظر الوسائل: 5372، الباب 3 من أبواب الحيض .

[515]

بحيض، فلا مانع من كون الوصف أمارة حيث وجد، والأماكن حجة أيضا فيما لو انتفى الوصف. ودعوى: أن صدور هذه الأوصاف في بيان الماهية فيدل على الحصر من تلك الجهة، مدفوعة بأن المعلوم كونها أغلبية، وإلا فقد يعلم كون الدم حيضا مع فوات الأوصاف، كما هو معلوم من حال النساء، فإن دم الحيض - على ما حققناه - ليس من الموضوعات المجملة، فإن النساء يعرفنه، مع أنه قد تتخلف الأوصاف في الأمزجة، فمن الواضح عدم كون ذلك هو المعيار الكلي. فالقول بأن المشكوك فيه يدور حكمه مدار وجود الأوصاف وعدمه - مع العلم بأن الأوصاف قد تتخلف - بعيد عن مذاق الفقه، سيما مع وجود الأدلة القوية على اعتبار قاعدة الأماكن. الرابع: في الأدلة الدالة على هذه القاعدة، وهي أمور: أحدها: الأجماع المنقول في المعتبر والمنتهى على كون ما بين الثلاثة والعشرة حيضا على الإطلاق (1) (فيشمل ما في العادة وخارجها أو الملقق منهما، وما اشتمل على الأوصاف أو على مخالفتها، بل في عبارة المحقق التعميم للواجد للصفة والفاقد لها. وهذا الأجماع وإن لم يكن عاما، لكن تعميمه بأحد وجهين: أحدهما: أن الظاهر من الحكم بالحيضية هنا إنما هو لكونه قابلا لأن يكون حيضا، ولا وجه له سوى ذلك، فكذلك فيما عدا الفرض من موارد الأماكن. وثانيهما: أن الفاضلين عللا بأنه دم يمكن أن يكون حيضا فيكون حيضا (2). وظاهر هذا التعليل انصاف نقل الأجماع على القاعدة، ولو كان محض تعبد في المقام لما كان لهذا التعليل بعد دعوى الأجماع موقع، فالتسري إلى سائر موارد الأماكن لا بأس به .

[516]

مضافا إلى إجماع الشيخ المحكي في الخلاف على اعتبار الأماكن (1) وإن خالف الوصف، ويأتي لذلك مزيد بيان فيما بعد. وثانيها: الشهرة المحكية في كلام الأصحاب على العمل بالقاعدة، وهي عاضدة للأجماع المحكي، ومرجحة للأخبار الدالة على هذه القاعدة، وهي محصلة، كما لا يخفى على من لاحظ عبائر الأصحاب. وثالثها: أصالة الحيضية في دم النساء، وتقرير هذا الأصل يتم بوجه: أحدها: الغلبة، إذ لا شبهة في أن الغالب في الدم الخارج من المرأة إنما هو الحيض، والاستحاضة وغيرها نادر بالنسبة إليه، فالمشكوك فيه يلحق (2) بالغالب. وثانيها: أنه دم طبيعي مخلوق بأصل الخلقة زائدا (3) على الدم المتكون في العروق، جعله الله تعالى لاستعداد الرحم ولغذاء الولد ما دام في الرحم، وبعد خروجه أيضا بصيرورته لبنا في ثدي أمه، وما عداه يحصل من عارض - من جرح أو قرح أو غير ذلك - وليس مجعولا ابتداء، فيراد بالأصالة: الطبيعية، وكل ما عداه فهو خلاف الطبيعة، وكون الدم الخارج طبيعيا أرجح في النظر من كونه على خلاف مقتضى الطبيعة. وثالثها: أنه لما كان ما عداه من الدماء يحصل لعللة حادثة، فمتى شك في ذلك فالأصل عدم حدوث هذه العلة، فينفي كونه غير الحيض بنفي علته بالأصل، فيصير حيضا لمكان الانحصار. لا يقال: إن مرجع هذا إلى الوجه الثاني، نظرا إلى كون المنطوق فيهما الطبيعة وعدمها، فلا وجه لعددهما وجهين في تأسيس الأصل. لأننا نقول: إن المراد من الوجه الأول ليس نفي العلة الحادثة، بل المراد بقاء الطبيعة على حالها، بمعنى: أن طبيعة المرأة لما علم كونها مما يتكون فيها الدم

(1)انظر الخلاف 1: 235، المسألة 201 و 243، المسألة 212. (2) في ن: (يلحقها). (3) في غير (ن): زائد .

[517]

ويخرج عنها، فالأصل بقاء هذه الطبيعة والاستعداد. فإن قلت: إن كون الدم غير الحيض لا ينفي استعداد المرأة للحيض واستعدادها لا يثبت كون الدم منه، فالدليل على هذا الوجه يصير أعم. قلت: كما أن الطبيعة تقتضي تكون الدم تقتضي خروجها (1) على مقتضى الطبع، فيكون خروج دم الحيض أيضا من مقتضيات الطبيعة، فإذا شك أن هذا الدم من مقتضيات الطبع أم لا تقتضي القاعدة كون الخروج بمقتضى الطبع، فتدبر جدا. ورابعها: (2) - أي الأدلة على القاعدة - ما دل من الروايات على أن الدم إذا تقدم على العادة فهو حيض وإن كان بوصف الاستحاضة، كما هو ظاهر إطلاق بعضها وصريح بعض آخر، مع ما فيها من التعليل بأن العادة قد تتقدم وقد تتأخر، وبأنه ربما يعجل الدم (3). ولو لم يكن الأماكن معتبرا في الحكم بالحيضية لم يكن للحكم بها وجه مع التقدم على العادة، سيما مع معارضة العادة الموجبة (4) للطن بعدم الحيضية، إذ مقتضاها كونها في العادة، لا في خارجها، مع أن في التعليل بالتعجيل دليل على أن احتمال تقدم الدم على العادة كاف في الحيضية، وهو المراد بقاعدة الأماكن، فتدبر. وخامسها: ما دل من الروايات الكثيرة على التحيض بمجرد رؤية الدم: منها: الخبر المعمول به عندهم: أي ساعة رأت الصائمة الدم تفتط (5). ومنها: قوله عليه السلام: إنما فطرها من الدم. (6) وهذه النصوص تدل على أن الدم الخارج مبني على أن يكون حيضا حتى يعلم

(1)كذا، والظاهر: خروجه. (2) في (م): ورابع الأدلة. (3) راجع الوسائل 5402: الباب 4 من أبواب الحيض، و 560، الباب 15 منها. (4) في غير (م): الموجب (5). الوسائل 7: 163، الباب 25 من أبواب من يصح منه الصوم، ح 4، بلفظ: أي ساعة رأت الدم فهي تفتط الصائمة إذا طمئت. (6) الوسائل 7: 162، الباب 25 من أبواب من يصح منه الصوم، ح 1 .

انتفاؤه باختلال الشرائط ونحوه، فلو لم يكن القاعدة في الحكم بالحیضة مع الأماكن، لكان ينبغي الاستمرار على العبادة حتى يعلم المبطل. وسادسها: الأخبار الدالة في ذات العادة على أنها إذا رأت الدم فيما بعد العادة تترك العبادة وتستظهر حتى ينكشف الخلاف بالتجاوز عن العشرة (1). وليس ذلك إلا لأماكن الحيضة، بل هذا يدل على قوة قاعدة الأماكن، إذ الظن الناشئ عن العادة يقضي بعدم كون ما بعدها حیضا، فألغى الشارع هذه الأمانة القوية في قبال الأماكن، فإذا يتسرى الحكم في غير ذات العادة في العمل بالأماكن بالاولوية، لأنه بلا معارض مناف، فتدبر. وسابعها: ما ورد في الموثق المشهور وغيره: أن الدم قبل العشرة من الحيضة الاولى (2). وليس إلا لمجرد العمل بالأماكن. ودعوى: أن ذلك دليل في ذلك تعبدا فيما بين العشرة، مدفوعة بأننا نفهم من ذلك أن ليس البناء في الدم على الطهر حتى يظهر كونه حیضا، فتأمل. وثامنها: روايات الأمانة في القرحة والعذرة (3) فإنها دلت على أن الدم المتطوق من العذرة والخارج من الجانب الأيسر أو الأيمن - على اختلاف في متن الرواية - دم قرحة، وما سواهما دم حیض، مع أنه لا ملازمة، قد لا يكون متطوقا ولا يكون حیضا، ولا يخرج من الجانب للقرحة، ولا يكون حیضا أيضا، فاكْتفاء الشارع في الحيضة بفقدان أمانة الخلاف دال على أن الأماكن كاف في الحيض من غير حاجة إلى أمانة دالة عليه. وتوسعها: الروايات الدالة في الحامل على أن الدم الخارج منها حیض تترك به العبادة، مع التعليل فيها بأن الحبل ربما قذفت بالدم (4) فإن ظاهرها الحكم

(1) راجع الوسائل 2: 556، الباب 13 من أبواب الحيض. (2) راجع الوسائل 2: 554، الباب 11 من أبواب الحيض، ح 3. (3) الوسائل 2: 535، الباب 2 من أبواب الحيض. و 560، الباب 16 منها. (4) راجع الوسائل 2: 576، الباب 30 من أبواب الحيض.

بالحيضة بالاحتمال، سيما مع الحمل الذي لا يتفق معه الحيض غالبا - بل ذهب طائفة من الأصحاب على أن الحيض لا يجتمع مع الحمل (1) وجعلوه كالصغر واليأس - فغيرها يعمل فيه بالأماكن بالاولوية القطعية. وعاشرها: ما دل من الروايات على أن الصفرة والكدر في أيام الحيض حیض (2). والمراد بأيام الحيض - كما فسره الشيخ في المبسوط (3) - أيام الأمكان، لا خصوص أيام العادة، ومع تفسيره بأيام الأمكان على الإطلاق ادعى الشيخ في الخلاف عليه الإجماع (4). (مضافا إلى أن روايات الوصف إنما وردت في مقامات خاصة، ومقتضى القاعدة الاقتصار فيها على موارد، فلو لم يعمل بقاعدة الأمكان لبقى أكثر المقامات خاليا عن البيان، والبناء على الطهارة حتى يعلم الحيضة مما يقطع (5) بفساده. بعد ملاحظة هذه الأدلة وفتاوى الأصحاب، فلا وجه بعد ذلك للمناقشة في الغلبة بأننا نمنع حجيتها، وبأنها معارضة بالظن الحاصل من فقد الصفة، فإن الغلبة في مثل المقام حجة، وعدم الصفة - كما قررناه - ليس أمانة للعدم، بل وجودها أمانة للوجود، بل قد عرفت ثبوت الحيضة بدون الوصف في أيام الأمكان أو في أيام العادة، مع ما هو معلوم من طريقة النساء أنهن قد يعرفن أنه حیض مع الخلو عن الوصف. كما لا عبرة بدعوى: أن إجماع الفاضلين (6) مختص بما بين العشرة وهو

(1) هو اختيار المفيد في المقنعة وأبي علي بن الجنيد - على ما نقله عنهما في المعتبر 1: 200، لكن لم نعثر عليه في المقنعة - وابن إدريس في السرائر 1 (3). 150. راجع الوسائل 2: 540، الباب 4 من أبواب الحيض. (3) المبسوط 1: 44 (4). انظر الخلاف 1: 235، المسألة 201. و 243، المسألة 212. (5) في (ن): نقطع (6) راجع ص: 505.

مسلم، والنصوص دالة عليه أيضا، مع أن المحقق - الذي هو ناقل الأجماع - منع من تحيض المبتدئة بمجرد رؤية الدم، ولم يقل عند فقد أمانة العذرة والقرحة بالحضية (1) إذ الغرض الاستفادة من التعليل ودعوى عدم الفرق بينها وبين غيرها، ولعل توقفه في المبتدئة لتعارض الأدلة، أو لوجود دليل على عدم التحيض راجح في نظره، كما قال بعدم اجتماع الحيض مع الحمل (2) للدليل، وهذا لا يمنع من اعتباره قاعدة الأماكن. والنظر في أخبار التقدم على العادة: بأن ظاهرها كون الدم واجدا للأوصاف، بدعوى أن لفظ (الدم) ظاهر في الأسود الحار العييط، وما سواه لا يشمل لفظ (الدم) (ساقط جدا، وظهور لفظ (الدم) في المعنى الأعم من واجد الصفة وفاقدها مما لا يمكن إنكاره. وورود أخبار التحيض في الصائمة في مقام بيان حكم آخر - وهو كون الحيض مفطرا للصوم - لا ينافي دلالته على اعتبار التحيض، إذ قوله: (أي ساعة رأت الدم تفتطر) (3) شامل لرؤية الدم المشكوك في الحيضية، مع أنه أمر بالأفطار، وليس إلا لأنه حيض شرعا. كما أن وجود المعارض لأخبار الاستظهار غير مناف لدلالته على الأماكن. وكون الموثقة في مورد الأجماع غير مناف للاستنهاض به على غيره. ودعوى: أن الغرض في صورة الاشتباه بالقرحة والعذرة في صورة الانحصار فإذا انتفى ذلك بفقد الأمانة تعيين الحيضية، مدفوعة بأنه خلاف ظاهر الأطلاق في الروايات. ومنع تفسير الشيخ الرواية بأيام الامكان ومنع دعواه الاجماع مما لا ينبغي

(1) انظر المعتبر 1: 199، 204. (2) لم يقل بذلك، بل قال: (فيه روايات) ولم يختر، انظر المعتبر 1: 200. (3) راجع ص: 517.

[521]

صدوره عن محصل، فإن فهم الشيخ ليس إلا من استنهاضه من النصوص والفتاوى، وأي شيء أوثق من ذلك؟ فالعمل بقاعدة الأماكن بعد دلالة هذه الأدلة القوية متعين، والمناقشة غير مسموعة. الخامس: في بيان جملة من المقامات المستثناة عن قاعدة الأماكن: منها: ما زاد على عادة المرأة أو عن عادة الأنساب والأقران أو على ما في الروايات مع تجاوزه عن العشرة مما نقص من (1) العشرة إلى كمالها، فإن قاعدة الأماكن تقضي بالحيضية، ولكن دل الدليل على الرجوع إلى المقادير المذكورة. ومنها: ما كان فاقدا للأوصاف إذا حصل الاشتباه بالاستحاضة، لقيام الدليل على اعتبار الوصف فيه. ومنها: الدم المستمر تمام الشهر، مع قلة الفواصل بين آحاده عن أقل الطهر، فيحكم فيه بالحيضة الواحدة في وجه وإن اقتضت القاعدة كون ما بعد أقل الطهر حيضا آخر. ومنها: ما زاد عن أقل الطهر من الدم الثاني بثلاثة متوالية فما زاد إلى العشرة مع نقص النقاء عن أقل الطهر الممكن إتمامه من الدماء، فإن القاعدة تقضي بالحيضية (2) ولكنه غير مفتى به لوجه آخر مذكورة في محلها. وتنقيح هذه المباحث يحتاج إلى بحث طويل، والغرض هنا تأسيس ما يكون بمنزلة القاعدة الكلية، وبهذه القاعدة يتخلص في باب الدماء عن فروع كثيرة غامضة، من أرادها فليلاحظها. فائدة: هي كالتممة لهذه القاعدة .

(1) في (ن، د): عن. (2) في النسخ: بالحيثية، والصواب ما أثبتناه، كما ورد في هامش (م) نسخة .

[522]

وهي: أنه بعد القطع بعدم الحيضية إذا شك في كون الدم استحاضة أو غيره من دم القرحة وغيرها، فالظاهر البناء على أنه استحاضة، وهذا أيضا كقاعدة الأماكن وارد على أصل الطهارة. والمدرک في ذلك: كون الاستحاضة طبيعيا بالنسبة إلى غيرها، لخروجه من عرق العادل وتكونه في أغلب الأمزجة، مضافا إلى غلبته بالنسبة إلى سائر الدماء، فمتى شك فيه يلحق بالغالب المعتاد. مع أن الأصل عدم حدوث علة أخرى من قرحة أو غيرها. مضافا إلى أن المستفاد من الروايات الماثورة في باب الدماء كونه أصلا بالنسبة إلى غيره، وكون الدم المعلوم عدم حيضته محكما بأنه استحاضة، من أرادها فليراجعها. وظاهر عبائر الأصحاب أيضا ذلك، فإنه إذا اختلف شرائط

الحيز يحكمون بأنه استحاضة، ولا يشك أحد في أنه لعله دم جرح فينبغي التمسك بأصل الطهارة، بل يتسالمون على الحكم بالاستحاضة. مع أن كون الحكم بالاستحاضة بعد العلم بعدم الحيضة مركوزا في الأذهان عند النساء وغيرهن أقوى دليل على هذه القاعدة، بل هو واضح عند من له أدنى تثبت. ولا غرابة في عدم التعرض لهذا الأصل في كلمة الفقهاء، والله العالم بحقائق الأحكام z z z .

[523]

(العنوان الثالث والعشرون) (في بيان حكم من أتى بالعبادة مخالفا للواقع)

[524]

عنوان [23] قد اعتبر في العبادات - كما لا يخفى على من لاحظها - أجزاء وشروط كثيرة قد يأتي العامل بها على ما هي عليها، وقد يأتي بها على خلاف ما هي عليها. وينتشر من ذلك فروع كثيرة تعرض لبعضها أصحاب، وتنقيح الضابط في ذلك حتى يرجع في الفروع إليه من أهم المطالب للفقهاء، وفروعها عمدة الفروع المشكلة العامة البلوى. فنقول: الاتي بالعبادة على كيفية مخصوصة تارة يقع الكلام بالنسبة إلى ملاحظتها من حيث الأحكام، وأخرى يبحث عنها بالنسبة إلى الموضوعات. فهنا مقامان: المقام الأول في حيثية الحكم لا ريب أن الاتي بالعبادة على هيئة خاصة: إما أن يأتي بها موافقا لحكم الله الواقعي في أجزائه وشرائطه ولواقعه مع اعتقاده بأنها موافقة لذلك .

[525]

وإما أن يأتي بها مخالفا للحكم الألهي مع اعتقاده المخالفة. وإما أن يأتي بها موافقا للحكم الواقعي غير معتقد بالموافقة. وإما أن يأتي بها مخالفا للواقع مع اعتقاده الموافقة. فهذه أقسام أربعة لا خامس لها، فلنبحث عن الأقسام بما يوضح المرام (1). القسم الأول: هو الاتي بها مطابقا للواقع مع اعتقاد المطابقة، وفيه صور: أولها: أن يكون الاعتقاد بالمطابقة على طريق العلم القطعي الوجداني الذي لا يحتمل فيه الخلاف عادة، إذ هو الميزان في الأحكام الشرعية وإليه ينصرف إطلاق لفظ (العلم) في الكتاب والسنة، وهذه العبادة صحيحة بمعنى: حصول الامتثال وترتب الثواب، وصحيحة بمعنى: كونه مسقطا للقضاء لو كان لتلك العبادة قضاء، لأنه أت بالعبادة على الوجه المأمور به، فيفيد الأجزاء، وهو إجماعي عند الأصحاب لا أعرف فيه خلافا. ولا يفترق الحال في هذا الفرض بين كون هذا العلم ناشئا عن اجتهاد مصطلح، أو تقليد موصل للعلم، أو لقرائن آخر، إذ ليس وراء العلم شيء، وأدلة التقليد والاجتهاد إنما هو مع عدم حصول العلم القطعي، كما يشهد به تقييد الروايات والآيات السؤال عن أهل الذكر والعلم بصورة عدم العلم (2) فلا تذهل. وثانيها: أن يكون الاعتقاد ناشئا عن اجتهاد ظني معتبر، بمعنى: قيام دليل على حجته، وهذا أيضا موجب لحصول الثواب وسقوط القضاء لو كان قضاء، إذ الفرض موافقة الواقع فيجزي. وغاية ما ثبت شرطية الاجتهاد أو التقليد مع عدم العلم وهو حاصل، فقد حصل المأمور به مطابقا للواقع بطريق مجعول من الشرع. وثالثها: أن يكون الاعتقاد عن تقليد معتبر جامع للشرائط المقررة من

(1) في (ف، م) المراد. (2) مثل قوله تعالى: ... فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون النحل: 43، الأنبياء: 7. وانظر الوسائل 18: 12، الباب 4 من أبواب صفات القاضي، ح 14 .

[526]

حيثية (1) المفتي والمستفتي والواسطة وغير ذلك. وحكم هذه الثانية، والدليل الدليل. ورابعها: حصول الاعتقاد الظني من غير طريق معتبر من اجتهاد أو تقليد، كما لو حصل الظن من متابعة الآباء والامهات، أو ملاحظة كلام المعلم، أو مشاهدة طريقة الناس، أو قراءة كتاب من كتب الفقه، ونظائر ذلك، كما هو الغالب في العوام (2) والنساء، بل في كثير من أصحاب المعرفة والبصيرة أيضا، فإنهم طائون بمطابقة أعمالهم للواقع من دون اجتهاد وتقليد معتبرين، وليس علما قطعيا أيضا، لأنهم يحتملون الخلاف كلما التفتوا إلى ذلك، كما نراهم يترددون ويحتملون الخلاف عند التشكيك، لكنهم لا يلتفتون إلى ذلك غالبا وتطمئن نفوسهم (3) بالمطابقة للواقع. وهذا مفيد للامتنال بمعنى حصول الثواب، لأنه آت بالمأمور به ناويا للتقرب، ولا عقاب أيضا عليه من جهة عدم تعبد بطريق مأمور به، إذ هو لم يلتفت إلى التكليف بالطريق - كما هو المفروض - والتكليف بما لا يطاق غير جائز عقلا ونقلا، والعقاب على ما لم يعلم من دون تقصير قبيح على مقتضى قواعد العدل، فاحتمال ثبوت العقاب عليه ساقط جدا. وأما الصحة بمعنى سقوط القضاء لو كان قضاء، ففيه قولان: ذهب جمع من الأصحاب إلى ثبوته، قيل: وهو ظاهر إطلاقهم بفساد عبادات الجاهل (4) يريدون به من ليس بمقلد ولا بمجتهد، ولا يفصلون بين المطابق للواقع وغيره، ولا بين المقصر وغيره، ولعل هذا بناء منهم على شرطية أحد الأمرين في الصحة بهذا المعنى. والذي يقوى في النظر القاصر: عدم شمول كلامهم لهذا القسم، والفرق بين

(1) في (ف): من حيث. (2) في غير (م): الأعوام. (3) في سوى (د): ويطمئن نفوسهم (4). انظر القوانين 2: 140.

[527]

مسألة الجاهل وبين قولهم: (لا بد من الاجتهاد أو التقليد) لأنهم يقولون: بأن الجاهل غير معذور، والظاهر من كلمة (المعذور) كون عمله مخالفا للواقع، فالبحت إنما هو في صورة المخالفة، لا في صورة الموافقة. فدعوى: شمول كلام القائلين بعدم معذورية الجاهل للجاهل الغير المقصر المطابق عمله للواقع مشكلة، بل ممنوعة (1). وكيف كان: فالمتبع الدليل، ولنا على صحة ذلك وجوه من الأدلة: أحدها: أنه آت بالمأمور به مطابقا للأمر الواقعي المتعلق به معتقدا مطابقتها وقاصدا للامتنال، فينبغي أن يكون مجزئا، والطريق إنما اعتبر للوصول إلى ما هو الواقع، وليس أمرا تعديا هو شرط للصحة، والأصل عدم شرطية ذلك للصحة، ولم يغم دليل على ذلك، والأجماع عليه ممنوع، بل معلوم العدم. وثانيها: أن الظاهر من طريقة العرف والعادة ذلك، فلو جعل المولى لعبده طريقا إلى معرفة أوامره ونواهيه فاعتقد العبد على صدور أمر منه من غير ذلك الطريق وأتى به وصادف الواقع، لا يحتاج بعد ذلك إلى الإتيان به ثانيا، والسر في ذلك: أنهم يفهمون كون الطريق للوصول، لا شرطا لصحة المأمور به، وهذا طريق لا ينكر، إلا أن يعلم كون الطريق شرطا. وثالثها: ادعاء الأولوية، إذ الشارع متى ما اعتبر طريق الاجتهاد والتقليد للذين لا يطمئن بهما النفس غالبا - وهو (2) محل للزلل والخطر - وجعلهما كافيين في الامتنال وإسقاط القضاء، فليجعل الوثوق الحاصل من ملاحظة الأمارات والقرائن الحاصلة من ملاحظة طريق المتشعبة كافيا بالأولوية، والفرض أنه وافق الواقع. ورابعها: الأخبار الكثيرة جدا المنتشرة في أبواب الفقه المشتملة على السؤال

(1) في (ن) زيادة: جدا. (2) أفراد الضمير لعله باعتبار رجوعه إلى الاجتهاد فقط.

[528]

عن إتيان العمل بكيفية اعتقدها السائل، فقال عليه السلام: (لا بأس بذلك) (مثل أن يقول: شككت في كذا ففعلت كذا، أو سهوت عن كذا فأتيت بكذا، أو كان في ثوبي كذا ففعلت كذا، فأجاب الأئمة عليهم السلام في أمثال ذلك بالصحة، حيث كان عمل السائل باعتقاده موافقا للواقع، ولو كان العمل بغير طريق تعدي باطلا وإن وافق الواقع

لما كان ينبغي هذا الجواب، وكان ينبغي أن يقول: أعد هذه الصلاة، ولكن بعد ذلك افعل كما فعلت. واحتمال كون السائلين عالمين بالحكم عن طريق معتبر مستبعد جداً، إذ الظاهر أنهم كانوا يعتقدون ذلك من القرائن ومما رأوا غيرهم من المتشرعين يعملون كذلك، وإلا فلا وجه لكونهم عالمين على طبق حجة شرعية ثم كانوا يكررون السؤال. وهذه الروايات وأمثالها كثيرة لا يخفى على من راجع أبواب الفقه. ومما يؤيد ذلك جواب الأئمة عليهم السلام إذا خالف عمله الواقع بالأعادة، فإنه كاشف عن كون عملهم على حسب معتقدهم لا عن حجة شرعية. وخامسها: ما هو المعلوم من ملاحظة الأخبار المذكورة ومن ملاحظة طريقة المسلمين كون بناء المسلمين خلفاً وسلفاً على ذلك، فلو كان مع ذلك يجب القضاء لانتشر من الأئمة عليهم السلام الأمر بذلك (1) ولاشتهر ذلك بين الأصحاب بل المسلمين قاطبة، لعموم البلوى، وقيل ما يتفق شخص يعمل باجتهاد أو تقليد من أول بلوغه، مع أنه لم نجد مما يدل على لزوم القضاء حينئذ عينا ولا أثراً. وسادسها: أن وجوب القضاء مع ذلك موجب للعسر والحرَج الشديدين المنفيين في الشرع بالنصوص القطعية وبالأجماع كذلك، وقد تقدم تحريره (2). وسابعها: أن ثبوت القضاء فرع صدق الفوات، ومن أتى به مطابقاً للأمر الواقعي فلا فوات حينئذ أصلاً

(1) في غير (م): الأمر على ذلك. (2) تقدم في العنوان التاسع .

وإذا بنينا في ذلك على الصحة، فنقول: إما أن يصدر منهم هذا العمل ولا يلتفتون إلى الطريق إلى حصول الموت، فالحكم ما ذكرناه: من سقوط القضاء والعقاب وحصول الامتنال والثواب. وإذا عرض عليهم الالتفات والتنبه وحدث لهم التزلزل في اعتبار الطريق، فيجب عليهم تحصيل الاجتهاد أو التقليد بالنسبة إلى الأعمال اللاحقة، لزوال الاطمئنان. وإنما الكلام في طريق معرفتهم لكيفية الأعمال السابقة أنها هل كانت مطابقة للواقع حتى يدخل في البحث السابق، أولاً حتى يدخل فيما سيأتي من حكم المخالف للواقع؟ فنقول: يعلم ذلك بالاجتهاد أو التقليد المعتبرين، أو العلم القطعي لو انفتح بابه، فهنا ثلاث صور: أحدها: (1) أنهم بعد ما يحصلون الطريق المعتبر من اجتهاد أو تقليد أو علم قطعي يجدون ما عملوا سابقاً مطابقاً لذلك، وهذا قد ظهر حكمه من عدم لزوم القضاء، وما ذكرناه سابقاً كان حكم المسألة بنفسها، وهذا التقسيم إنما هو بالنسبة إلى نفس العاملين. وثانيها: أنهم يجدونه - أعمالهم السابقة - مخالفاً (2) لما فهموه الآن من الطريق المعتبر، وهذا هو القسم الاتي الذي نذكر حكمه فيمن اعتقد المطابقة وكان مخالفاً للواقع. وثالثها: أنهم يشكون في أنه هل كان مطابقاً لهذا أم لا؟ والمراد بالشك هنا أعم من الظن، إذ هو معناه لغة وبعبارة أخرى: لا يعلمون الموافقة ولا المخالفة من جهة نسيانهم كيفية ما عملوا سابقاً بمضي الزمان .

(1) كذا في النسخ، والمناسب: إحداها... ثانيها... ثالثها. (2) في (م): يجدون أعمالهم السابقة مخالفة .

وهنا وجهان: أحدهما: الحكم بلزوم القضاء، لعدم تيقن البراءة مع وجود الخطاب، والمسقط إنما هو الموافقة للواقع ولم يعلم، فالأصل بقاء الأمر، فيجب الأتيان ثانياً، والمراد دليل القضاء لو كان قضاء. وثانيهما: العدم، لأن المفروض كونه آتياً في وقته معتقداً للمطابقة، ولم يحصل العلم الآن بالمخالفة، غايته الشك، فيدخل في عموم أدلة عدم العبرة بالشك بعد الفراغ، فلا يوجب هذا بطلاناً في العمل الواقع على وجه الصحة. ولظاهر المشهور القائلين بعدم المعذورية لو شمل كلامهم هذا الفرض وجوه: أحدها: أن التكليف باقية وسبيل (1) العلم إليها مسدود، ولا دليل على العمل بما عدا الاجتهاد أو التقليد، فما عداهما غير موجب للخروج عن عهدة التكليف. والجواب:

أن الكلام إن كان في التكليف بالأخذ بأحد الطريقين فهو في المقام غير معقول، إذ الفرض عدم العلم به وعدم خطوره بالبال، فلا وجه للتكليف. وإن كان البحث في الشرطية المستلزمة للبطلان بدونه، فنقول: لم يرق دليل على شرطيتهما، وإنما هما طريقان للوصول إلى المأمور به، فإذا حصل الواقع بدونهما فلا مانع من صحته، بل نقول فيمن تفتن لذلك ولم يأخذ بأحد الطريقين: ليس بطلان عبادته من جهة الشرطية، بل من جهة أنه لا يطمئن بكون ما أتى به مأمورا به، فلا يحصل منه قصد التقرب. وثانيها: قوله تعالى: ... فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون (2) وما ورد من الأخبار على الأمر بأخذ الأحكام من فقهاء الرواة والعلماء الزاهدين في دنياهم دون غيرهم (3).

(1) في (م): طريق. (2) الأنبياء: 7. (3) راجع الوسائل 18: 98، الباب 11 من أبواب صفات القاضي .

[531]

والجواب أولا: بأن هذه التكاليف لا تتعلق إلا بالعالم بصدورها، وأما الجاهل الصرف فهو غير مكلف بذلك، لأنه مما لم يعلم. وثانيا: نمنع شموله لمثل هذا الفرض، إذ المتبادر من العلم في أمثال هذه المقامات هو العلم العادي الذي تطمئن به النفس، ومن حصل له هذا الاطمئنان من أبيه أو من معلمه فلا ينصرف إليه هذه الأطلاقات، وبعد مثل ذلك عالما بأحكامه عرفا. وثالثا: غاية ما ثبت من ذلك وجوب الرجوع إلى المجتهد لغير المجتهد، وأما كون ذلك شرطا بحيث تبطل العبادة بدونه وإن فهم العامي حكم الله باعتقاده وأتى به على طبق الواقع، فلم يثبت من هذه الأدلة. وثالثها: ما دل على النهي عن الاتباع بما وراء العلم، مثل قوله تعالى: ولا تقف ما ليس لك به علم (1) ونحوه، فإنها ناهية عن غير العلم، وما نحن فيه منه، فيكون فاسدا. والجواب: بأن هذا التكليف لا يتعلق إلا على العالم به (2) ولو إجمالا، والحكم الوضعي - وهو الفساد - تابع للنهي، فيكون كمن أتى بالصلاة جاهلا بأن المكان غصبي، فيرتفع الحكم الوضعي بزوال متبوعه. وبأن كون هذا الفرض داخلا في الآية ممنوع، والوجه قد تقدم. ورابعها: ما ورد في الروايات من (3) أنه لا عمل إلا بالفقه والمعرفة وبالعلم وبإصابة السنة، ولا عمل إلا بدلالة ولي الله (4) ونظائر ذلك. وظاهر هذه إنما هو الشرطية ومقتضاها البطلان

(1) الأسراء: 36. (2) في (م): بالعالم به. (3) في سوي (م): على أنه. (4) انظر الوسائل 1: 33، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات، ح 3، وص: 90، الباب 29 منها، ح 2، والوسائل 18، الأبواب 4، 5، 6 من أبواب صفات القاضي .

[532]

والجواب: أن ما نحن فيه فقه ومعرفة وإصابة سنة، لأنه أخذ الأحكام عن طريقة المتشريعة المتلقاة عن صاحب الشريعة معتقدا كونه المأمور به، وهو في الواقع كذلك على ما هو الفرض، ومثل هذا لا يعد عملا بغير فقه. وبأن الظاهر من كون العمل بدلالة ولي الله وطاعته شرطية الأيمان وعدم كون الحكم مأخوذا من أهل القياس والاستحسان. ولو سلم كون المراد أخذه عن إرشاد ولي الله تعبدا، فنقول: لا ريب أن الأخذ مع الواسطة داخل في دلالة ولي الله وليس خارجا عنه، وليس ما في أيدي الناس من الأعمال إلا بإرشاد الولي، ولم يأخذ منهم المكلف المفروض إلا باعتقاد أنه ما بين ولي الله من التكاليف، فليس عمله إلا بدلالة ولي الله دون غيره، فلا وجه للبطلان. وبالجمله: الحكم ببطلان عبادات من لم يكن مجتهدا ولا مقلدا له مع عدم علمه والتفاتة باعتبار أحد الأمرين وزعمه لزوم تعلم أحكام الله واعتقاده أنها إنما هي ما في أيدي الصلحاء والمقدسين وأرباب التدوين فأخذ به معتقدا أن ذلك هو المأمور به وصادف الواقع، أو أخذ من المجتهد أيضا لا بعنوان أنه مجتهد، بل لأنه أيضا كسائر العلماء وأصحاب الاطلاع على الدين دونه خرب القتاد! وليس عليه دليل يعتمد عليه، بل ربما يدعى أنه طريقة الناس خلفا وسلفا، ولو لم يكن هذا مسقطا للقضاء لانتشر هذا الحكم أشد الانتشار، وقد اشتهر خلافه. وأما حصول الثواب على عمله ذلك وعدم

ترتب العقاب عليه فمما لا شبهة فيه. القسم الثاني: هو الاتي بالعبادة مخالفا للواقع معتقدا للمخالفة. ولا ريب أن هذه العبادة غير موجبة للثواب، لأنه غير مطيع عرفا وغير آت بالمأمور به على وجهه، وفات منه قصد التقرب، إذ مع علمه بالمخالفة لا يمكنه قصد التقرب. وموجب للعقاب أيضا من جهة تقصيره في تحصيل الحكم وتقاعده عن الجهاد في سبيل الله وإتيان أوامره. وغير مسقط للقضاء أيضا،

[533]

لغوات المأمور به عنه، فيشملة أدلة القضاء، أو بقاء الأمر الأول لو كان موسعا غير موقت أو مع بقاء الوقت، فلازمه الأتيان على نحو مطابق. ومرادنا بالمعتقد للمخالفة: من اعتقد أن هذا العمل غير مأمور به، سواء كان باجتهاد أو تقليد أو باعتقاد من الأمور الآخر، فإن كل ذلك سواء في ما مر. وهذه المسألة إن لم تكن من الضروريات فلا شك في كونها إجماعيا، إقامة الحجج اللفظية أو العقلية غير محتاج إليها. القسم الثالث: هو الاتي بالعبادة مخالفا للواقع معتقدا للمطابقة، وفيه صور: أحدها (1): أن يكون اعتقاده المطابقة علما قطعيا من إجماع أو غيره من أسباب العلم. وثانيها: أن يكون اعتقاده حاصلًا عن اجتهاد. وثالثها: أن يكون معتقدا للمطابقة بالتقليد. ورابعها: أن يكون الاعتقاد الطني من غير الطريقين، كاعتقاد أكثر العوام والنسوان (2) وهذه الأشخاص لو لم ينكشف لهم الواقع وبقي لهم اعتقاد المطابقة إلى حال الموت، فلا ريب في حصول الثواب وعدم العقاب، وإنما البحث في القضاء عنهم، ويعلم ذلك من بيان الحكم في صورة الإنكشاف. واحتمال ترتب العقاب على القسم الرابع بل القول به - كما نقله بعض المتأخرين (3) - إما مبني على منع الصغرى - وهو كون المكلف قاصرا غير ملتفت إلى لزوم الاجتهاد أو التقليد - وإما مبني على ثبوت العقاب على ما لم يعلم أيضا، والأول خلاف الفرض وخلاف الوجدان، والثاني خلاف طريقة العدل. وبالجمله: لا يهمننا البحث في جهة الثواب والعقاب، ولتفصيل الكلام فيه محل آخر .

(1) كذا في النسخ، والمناسب: إحداها.. ثانيها... (2) في (م): النساء. (3) (ظاهر كلام المحقق القمي قدس سره أنه قول المشهور، انظر القوانين 2: 140، 150 -

[534]

وأما (1) البحث في القضاء وعدمه، فهنا مباحث أربع: الأول: فيمن علم قطعا وعمل به وانكشف خلافه، أو زال العلم وحصل الشك، ففيه صور: إحداها: صورة طريان الشك في أنها كانت مطابقة أم لا. والحق في هذه الصورة عدم العبرة بهذا الشك، لأنه شك بعد الفراغ، وقد تقدم في العناوين السابقة أدلة دالة على عدم الالتفات إليه (2). هذا بالنسبة إلى ما مضى. وأما بالنسبة إلى ما يأتي، فيجب تحصيل الاطمئنان والاعتقاد المعتبر على (3) الصحة حتى يمكن قصد التقرب، وذلك واضح. ومع عدم الأمكان في تحصيل الاعتقاد من تقليد أو اجتهاد، ففي استصحاب حكم العلم السابق أو لزوم الاحتياط وجهان. وثانيها: حصول الظن بالمخالفة. والحق: أن هذا أيضا لا عبرة به، إما لأنه من أفراد الشك اللغوي فيندرج تحت أدلة الشك بعد الفراغ، فلا يلتفت إليه. وإما لأن الظن غير مانع عن الاحتمال، فاحتمال المطابقة باق، وقد كان في وقت العمل معتقدا للصحة قاطعا بها، ولا يعارض هذا الظن لذلك القطع وقت العمل، وتقدير هذا على ذلك ترجيح للظن على العلم، فإجراء حكم العلم بالنسبة إلى ما مضى أقوى من إجراء حكم هذا الظن، مضافا إلى أن هذا الظن وإن حصل من طريق معتبر - كالاجتهاد - غاية ما ثبت اعتباره بالنسبة إلى ما بعده من الأعمال، وأما بالنسبة إلى ما مضى مع صحته عند العمل فلا دليل عليه. مع أن العلم السابق حجة، ومقتضاه إجراء ما فعل على طبقه، ولم يعلم كونه مخالفا للواقع. وهذا الظن بالخلاف محتمل للخلاف، بخلاف ذلك العلم، بل احتمال الخطأ في هذا الظن أقوى منه في ذلك العلم، فلا وجه

لوجوب قضاء ما فات بتبدل الظن. وثالثتها: حصول القطع بالمخالفة، وفيه وجهان: أحدهما: لزوم القضاء، لانكشاف عدم الامتثال للأمر الواقعي، فهو إما باق فيجب الأتيان به، أو فائت فيجب القضاء للفوات. وثانيهما: أن أحد العلمين ليس بأولى من الآخر، والترجيح من غير مرجح غير جائز، وكما أن احتمال الجهل المركب أت في العلم الأول فكذلك العلم الثاني، ولعل الأول كان مطابقا للواقع والثاني مخالفا له (1). والأقوى: وجوب القضاء كما سبق (2) لما قررناه في محله من ثبوت التكليف بالأحكام وأفعاء، وجهل المكلف غير مسقط لذلك (3) واعتقاده بخلافه قائم مقامه ما دام هو كذلك، والأمر الاضطراري العقلي الناشئ من جهل المكلف لا يجزئ إلا على حسب مقداره، ولا يجزئ من الأمر الواقعي. وما في كلام بعض من تأخر (4): أنه لم يكن تكليفه إلا ما اعتقده وقد أتى به، ولم يكن مكلفا بالواقع، لقبح التكليف بما لا يطاق، فلا معنى لوجوب قضائه. مدفوع بأن التكليف بالواقع ليس مطلقا حتى يلزم التكليف بما لا يطاق، بل إنما هو مشروط بالعلم به، فما لم يكن علم لم يكن (5) هناك تكليف، فإذا حصل القطع بالواقع صار ما أتى به امتثالا للأمر الثانوي والحكم الاضطراري، وحصل الثواب بقدره، وانكشف كونه مكلفا بالواقع تكليفا معلقا بالعلم وقد حصل، فإن كان الوقت باقيا فهو ممكن فيأتي به، وإن كان خارجا فقد فات عنه ما هو المطلوب الواقعي فيجب القضاء .

(1) في عدا (م): مخالف له. (2) في سوى (ن): لما سبق. (3) في غير (م): عن ذلك (4). الظاهر أن المراد به المحقق القمي قدس سره، انظر القوانين 2: 151. (5) في (ن): لم يعلم .

ولتفصيل الكلام في إثبات التكليف بالواقع وعدم مانعية الجهل والاضطرار عنه محل آخر، والغرض الإشارة إلى المدرك إجمالا، فما أتى به عالما بأنه المأمور به شيء وما هو في الواقع شيء آخر، ولا مانع من اجتماعهما بأمرين. وأما القول بتساوي احتمال الخطأ في المقامين، فنقول: المفروض حصول القطع في نظر المكلف بخطأه في الأول، ولا يحتمل الخلاف بالنظر إلى الثاني، وإلا لم يكن علما في نظره، إذ احتمال الجهل المركب يمنع من كون الاعتقاد علما في خصوص الواقعة، والمعيار إنما هو نظر المكلف نفسه، ومجرد احتمال الخطأ في العلم والقطع مطلقا في نظرنا لا ينفع في ذلك. وبالجمله: فالمكلف القاطع بمخالفة عمله (1) السابق للواقع قاطع بفوت الواقع عنه، فيشمله عموم أدلة الفوات على حسب ما يزعمه، وهو الحجة، واحتمال خطائه في هذا القطع أيضا إنما هو في نظرنا لا في نظره، وهو لا مدخل له في تكليفه، إذ هو مكلف بالقضاء متى ما علم الفوت. فإن قلت: دليل القضاء إنما قضى بوجوبه مع الفوت الواقعي - كما هو ظاهر اللفظ - وهو غير ثابت، لاحتمال إصابة ما أتى به أولا الواقع، لتساوي العلمين بالنسبة إلى احتمال الخطأ. قلت: ليس الميزان في معرفة الفوت الواقعي نظر الفقيه والمفتي. وبعبارة أخرى: لا يشترط في الفتوى بالقضاء كون المفتي عالما بأن هذا المكلف فات عنه العمل واقعا، وإنما هو راجع إلى نفس المكلف، وهو في الفرض عالم بأنه فات عنه الواقع، فنحكم عليه بوجوب القضاء، لأنه يعلم الفوات، وإن كنا نحن إذا لاحظنا العلمين المتعاقبين على ذلك المكلف ليس احتمال الخطأ في الأول أولى من احتمالها في الثاني، وذلك واضح. مضافا إلى أن صدق دليل الفوات يغني عن ذلك كله، وهو معلوم من العرف،

(1) في (ن، د): علمه .

فإنهم لا يعدون جهل المكلف أو اعتقاده الخلاف مانعا من صدق الفوت بالنظر إلى المطلوب الواقعي، مع أنهم أيضا لا يقولون بالتكليف المنجز حال الجهل، لأنه مما لا يطاق. الثاني (1): في الظن الاجتهادي إذا زال عن المجتهد. وهو إن كان بطريق الشك، فحكمه كما مر من عدم العبرة به بالنسبة إلى ما مضى، وإن كان يجب تحصيل الاعتقاد بالنسبة إلى ما يأتي. وإن كان بطريق الظن الاجتهادي - وهو المسمى بالعدول عن الرأي - فهل يجب عليه قضاء ما سبق أم لا؟ وجهان: أحدهما: الوجوب، لأن الظن السابق كان حجة في الظاهر ما لم ينكشف خلافه، فإذا تبين أن الواقع خلافه حصل الاعتقاد بعدم الأتيان بالواقع، وما أتى به يجزئ على حسبه، فالواقع فائت - كما قررناه سابقا - فيجب القضاء. ولا وجه لنظير الكلام السابق هنا - من أنه لم يكن مكلفا بالواقع لأنه مما لا يطاق، وما كان مكلفا به فقد أتى به - إذ قد عرفت طريق دفعه مما أشرنا إليه. وثانيهما: العدم، لا لعدم التكليف بالواقع، بل لأن الظن السابق كان طريقا إليه، وقد عمل بمقتضاه، ولم ينكشف كونه على خلاف الواقع حتى يعلم صدق دليل الفوات، لأن الثاني أيضا ظن، وهو محتمل للخلاف، فيحتمل في حال الظن الثاني أيضا كون الظن الأول مطابقا للواقع، ولا يقطع بالفوات، والشارع أناط القضاء بالفوات النفس الأمري وطريقه العلم، وليس الظن بالفوات حجة في ذلك، فلا يعلم من ذلك أنه فائت حتى يجب القضاء، واحتمال الخطأ في الظن أت كالظن الأول. فإن قلت: نسبة الظنين الاجتهاديين المتعاقبين كالقطعيين، فكما حكمت في القطع بخلاف القطع بلزوم القضاء، فلم لم تحكم في الظن بخلاف الظن؟

(1) أي: المبحث الثاني من مباحث لزوم القضاء وعدمه .

قلت: الفرق أن طريان الظن لا يوجب القطع بخطأ الظن السابق حتى يعلم الفوات فيجب القضاء، بخلاف العلم بعد العلم، فإنه موجب للقطع بمخالفة الواقع، فتدبر. فإن قلت: ظن المجتهد أيضا بعد قيام الدليل على حجتيه قطع شرعا، فيكون كالقطعيين الوجدانيين. قلت: نعم، ولكن بالنسبة إلى لزوم العمل على طبقه، لا في جميع ماله تعلق بلفظ العلم، وقد عرفت: أن طريق معرفة الفوات الواقعي إنما هو العلم، وكون الظن الثاني بمنزلة العلم في لزوم العمل به بعد ذلك لا يوجب كون فوات الواقع فيما مضى مقطوعا، إذ الظن معتبر بالنسبة إلى ما بعده، ولا ربط له بما قبله، إذ هو أيضا كان كالثاني بظن معتبر، والعمل بالأمرين التعبديين لا مانع منه، بخلاف القطع، فإنه موجب للعلم بمخالفة أحدهما للواقع، فتبصر. مضافا إلى أن عدم لزوم القضاء بالعدول مما قد انعقد عليه الأجماع. وإن كان بطريق القطع - كما لو قطع بفساد ما ظنه سابقا بالاجتهاد لظهور إجماع أو وصول خبر متواتر أو محفوف بقرائن - فالأقوى لزوم القضاء، ويعلم حجته مما قررناه في تعاقب العلمين وحصول الظن بعد الظن، بل هنا أولى من تعاقب العلمين، لكونه في الأول ظنا محتملا للخلاف من حينه أيضا، وذلك واضح. الثالث: في الظن التقليدي. وزواله أيضا بالشك يعلم حكمه مما مر: أن الشك بعد وقوع العمل لا عبرة به، سيما وأن التقليد لا يدور مدار الظن بالواقع، بل هو تعبد لا ينافي الشك، إذ ليس الغرض (1) الشك في وقوع التقليد، بل المراد الشك في كون الفتوى مطابقا للواقع أولا. وإن كان بالظن، لا بمعنى الظن بطلان التقليد، بل بمعنى

(1) ظاهر (د، ف): الفرض .

المقلد فيه بقرينة من خارج أو بعدول المجتهد، فإن المقلد أيضا يتبعه في ذلك ويظن ببطلان ما مضى. والحكم فيه أيضا كعدول المجتهد، والحق عدم لزوم القضاء، والبيان يعلم مما مر. وإن كان بطريق القطع - كما لو بلغ مرتبة اجتهد وحصل له القطع بمخالفة ما فعل للواقع - فالأقرب لزوم القضاء كما في المجتهد، والكلام الكلام. الرابع: في الظن الخارج (1) عن الطريقين بعد التنبيه وانكشاف كون ما فعله مخالفا للواقع إما بالقطع أو بالظن الاجتهادي، كما لو بلغ مرتبة الاجتهاد أو بالتقليد لمجتهد، بمعنى: أنه بعد حصول أحد الطرق المعتبرة حصل العلم أو الظن المعتبر بمخالفة ما فعله للواقع. والحق: لزوم القضاء لجميع ما ذكرناه في العلم بعد العلم والعلم بعد الظن: من بقاء الأمر الواقعي وإجزاء ما فعله بحسبه، واندفاع لزوم تكليف ما لا يطاق مما ذكرناه، وصدق الفوات عرفا. نعم، قد يقال: إنه لو حصل العلم بالخلاف يتجه هذا الكلام - كما في نظائره السابقة - وأما لو حصل ظن اجتهادي أو تقليدي بالخلاف فلا وجه لوجوب القضاء، إذ لم يعلم مخالفة ما فعله للواقع، والشك غير نافع، والظن كالشك في ذلك، لاحتمال المخالفة فيهما معا، فيكون كالظن بعد الظن، وقد ذكرت فيه عدم لزوم القضاء. ولكن نقول: إن الواقع بالنسبة إلى غير المقلد والمجتهد إنما هو أحدهما، إذ هو في الواقع مكلف بما وافق رأي المجتهد، سواء كان نفسه أو غيره، فإذا علم مخالفته لرأي المجتهد فقد علم مخالفته للواقع، لأن الواقع بالنسبة إليه ذلك، إذ هو مكلف بموافقة رأي المجتهد، فمتى ما انكشف أنه لم يأت به فقد بقي ذلك الخطاب في ذمته .

(1) في عدا (ن): الخارجي .

[540]

وبعبارة أخرى: إن المجتهد والمقلد له واقع واقعي، وواقع اضطراري هو ما فهمه بالاجتهاد أو التقليد، وهو الذي نسميه بالظاهري العقلي، وليس هناك شئ، فإذا انكشف خلاف الواقعي الأولي ثبت ذلك الأمر في ذمته، فلزمه الأتيان. وأما الخارج عنهما فله أوامر ثلاث، أحدها: ما فهمه بمتابعة آرائه ونحوه، فيلزمه الأتيان به، مع أنه كان مكلفا بمطابقة رأي المجتهد، فإذا انكشف مخالفته للواقع - بمعنى رأي المجتهد - فقد بقي هذا الخطاب في ذمته لزم عليه الأتيان به، لأنه فريضة فاتت عنه. نعم، لو أتى بمقتضى التقليد والاجتهاد قضاء ثم انكشف أنه مخالف لأصل الواقع أيضا، لزمه القضاء ثانيا، والسر في كل ذلك: أن الميزان في لزوم القضاء وجود تكليف في الواقع على غير ما فعله بمقتضى اعتقاده، فإن ما فعله لا يجزئ إلا عما اعتقده مأمورا به، وأما الأمر الواقعي فيبقى بعد حصول العلم إلى أن يمثل به (1). ومن هنا يعلم: أن الاجتهاد أو التقليد وإن كان بالنسبة إلى ما فعله واقعيًا لكن الواقع الأولي الاختياري أيضا ثابت بالنسبة إليه، فلو وجد ما فعله مخالفا لرأي المجتهد وجب القضاء على مقتضى رأيه، فإذا أتى به كذلك يبقى مظنون المطابقة للواقع، فإذا انكشف خطأ المجتهد قطعًا وجب القضاء أيضا - كما ذكرناه في المقلد - فإن هذا العامي بعد العمل بقول المجتهد يصير كالمقلد، وقد مر حكمه. ومن ذلك ظهر: أنه لو وجد ما فعله أولا باعتقاده مطابقا للواقع قطعًا ووجد فتوى الفقيه مخالفا للواقع ليس عليه قضاء أصلا، لأن المعتبر إنما هو مطابقة أصل الواقع، ومطابقة رأي المجتهد قد اعتبرت من جهة أنه طريق الواقع، فإذا علم فلا حاجة إلى رأي المجتهد، وذلك واضح مما قررناه. القسم الرابع: هو الاتي مطابقا للواقع مع عدم اعتقاده المطابقة، كما لو كان

(1) في (ف، م): يمثل به .

[541]

شاكًا في أن السورة جزء أم لا، فأتى بها فطابقت الواقع، ونظائر ذلك. وبالجمله: كان غير معتقد بأن ما أتى به مطابق للواقع، فأتى به فصادف الواقع. وقد يقال: إن هذا

القسم غير معقول، لأنه متى لم يكن معتقدا بالمطابقة فلا يتعقل منه قصد التقرب، فلا يكون مطابقا قطعاً، لأنه يكون بدون نية التقرب. لكن يمكن أن يقال: إنه يحتمل أن يعتقد لزوم الأتيان بما لم يعتقد أنه مطابق للواقع، بمعنى: أنه مع كونه لا يدرى بمطابقته للأمر الواقعي اعتقد أنه لا بد من إتيانه كذلك فأتى بقصد التقرب. والحق: أن هذا الغرض لو تحقق يرجع إلى من اعتقد أن هذا مأمور به وإن كان شاكا في كونه واقعيًا أو ظانا بعدم كونه واقعيًا، فيكون قد أتى بالمأمور به على حسب اعتقاده، والتكليف بالواقع أيضا معلق بالعلم، فهذا مجز بحسبه، وبعد العلم بالواقع إن وجده مطابقا فقد أجزأ عنه أيضا ولا قضاء عليه، للأتيان بمقتضاه وعدم فوات شيء عنه. واحتمال أن يقال: إن الأتيان بالواقع لا بد أن يكون باعتقاد أنه واقع مأمور به وإن كان ظنيا، وأما إتيان شيء باعتقاد أنه مأمور به بنفسه وإن لم يكن واقعيًا أو مشكوكا في الواقعية، فكونه مجزيا عن الواقع على فرض المطابقة ممنوع. مدفوع بمنع شرطية اعتقاد الواقعية، وإنما اللازم الأتيان بالمأمور به على ما هو عليه في الواقع مع قصد التقرب، وهو حاصل، وأما كونه باعتقاد المطابقة أو غير ذلك فلم يقيم دليل على شرطيته، وليس ذلك إلا كالاتجاه والتقليد المجعولين طريقا إلى الواقع، فمتى صادفه العمل سقط اعتبارهما. ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من حكم الجاهل بين أن يكون جهلا ابتداء غير مسبوق بطريق معتبر، أو كان نسيانا، بأن كان مجتهدا أولا أو مقلدا ثم عرض له النسيان عن تلك الأحكام فزعم أن ما أتى به هو الحكم، أو خطئ في معرفة الحكم ابتداء أو غفله عما فهمه أولا، فإن ذلك كله داخل تحت الأقسام السابقة، فما

[542]

حكمنا بأنه صحيح مسقط للقضاء يجئ في هذه أيضا، وما حكمنا فيه بلزوم القضاء نحكم فيها أيضا كذلك [والكلام الكلام] (1). تنبيه: هذا الذي ذكرناه كله إنما هو بناء على ما قررناه من عدم تبعية الأحكام للعلم والجهل، بل كونها واقعية مشروطة بالعلم - كما عرفت - وقد يتفق في بعض الأحكام الشرعية دليل دال على كونها منوطة بالعلم، بمعنى: كون واقعها كذلك، كما قد اتفق في مسألة الجهر والأخفات، والقصر والأتام، ولهذا يقولون: بأن الجاهل فيهما معذور لو أتى بخلاف ما هو الواقع. ولعل السر في ذلك: قيام دليل وجوبهما إنما هو على العالم دون الجاهل، فالعلم والجهل فيهما نوعان للمكلف، كأصل السفر والحضر، ووجدان الماء وفقدانه، ونظائرهما من الأحوال الطارئة الموجبة لتغير الموضوع المغير للحكم، وليس في غيرهما العلم والجهل منوعا لأطلاق الأدلة. وليس معنى المعذورية فيهما: كون الواقع هو الوجوب على الجاهل أيضا لكنه سقط الأعادة والقضاء لطفا من الشارع وتخفيفا منه، وإن كان الفرق بين هذين مما لا ثمرة فيه (2) يعتد بها. وبالجمل: الأوفق بالقواعد كون واقعتهما كذلك، فمن كان جاهلا بالجهر لا يجب عليه واقعا، كالعاجز، فتبصر. وأنت بعد الأحاطة بالضابط الذي ذكرناه تقدر على استنباط الفروع في كل من أخل بشرط من العبادة، أو جزء منها، أو شرط جزء، أو جزء شرط، أو شرط شرط، أو جزء جزء، جاهلا بالحكم، أو ناسيا، أو مخطئا، أو غافلا، فتبين خلاقه

(1) لم يرد في (م) ولم يرد (الكلام) الثاني أيضا في سائر النسخ، إلا أنه استدرك في (ن). (2) فيه: لم ترد فيه (ف، م).

[543]

علما أو ظنا، أو شك في مطابقته، فلا حاجة إلى ذكر الأمثلة، فعليك بالتبعية. المقام الثاني في حيثية الموضوع فنقول: إما أن يأتي بالعبادة بشرائطها وأجزائها بحيث تكون الموضوعات المعتبرة فيها شرطا أو جزءا أو مانعا أو سببا مطابقة للواقع مفهومها ومصادقا مع اعتقاده بالمطابقة، فهذا لا كلام في صحته، للأتيان بالعبادة على ما هي عليه. ولو انتفى اعتقاد المطابقة - كالمتوضي بماء يشك في إطلاقه، أو المصلي في ثوب يشك في أنه من جنس ما يصلى فيه أم لا، ونظائر ذلك - فإن كان بحيث ينتفي منه قصد التقرب ولا يدرى بأنه مأمور به أم لا فعبادته فاسدة. ولو اجتمع معه نية التقرب، كمن زعم لزوم الأتيان بما هو كذلك، فهو يصير كمن اعتقد المطابقة، فإن

وافق الواقع فقد أجزأ عن المأمور به، لأنه أتى به على وجهه، وإن خالف الواقع فهذا صور: إذ المخالفة إما أن يكون خطأ، أو جهلا بالمعنى الأعم شاملا للنسيان والغفلة. وعلى التقديرين: إما في أصل العبادة أو في جزئها أو شرطها. وعلى التقديرين: إما أن يكون في مفهوم الموضوع، وإما أن يكون في مصداقه. أحدها (1): أن يكون الخطأ في موضوع أصل العبادة بحسب المفهوم، كما لو ظن أن الوضوء عبارة عن غسل تمام البدن، أو الصلاة عبارة عن إعطاء مد من الطعام، أو الحج عبارة عن الأمساك ثلاثة أيام - ونحو ذلك - فأتى به على حسب ما فهمه، أو كان ناذرا عبادة واعتقد أنه الصدقة فتبين أنه كان صوما. وفي هذا القسم إن ظهر خطأؤه والوقت باق فلا كلام في لزوم الاعادة، لأنه غير آت بالمأمور به، وما أتى به إنما هو توهم أمر، لا أمر حقيقة، ولا إجزاء فيه إلا

(1) كذا في النسخ، والمناسب: إحداها... ثانيها، وهكذا ...

[544]

بحسبه، بمعنى: ترتب الثواب عليه، فيبقى إطلاق أدلة تلك العبادات شاملا له، إذ معنى قوله: (حج) أو (توضأ) أو (تصدق) إتيان ما هو معناه واقعا، سواء أتيت بما اعتقدت أنه هو فلم يصادفه، أو لم تأت بشئ أصلا، وذلك واضح. وإحتمال أن المراد الأتيان بما علم المكلف كونه كذلك وقد أتى بما علمه، ساقط بأن اشتراط العلم في التكليف ليس معناه كونه قيذا للمأمور به، بل المأمور (1) هو الواقعي متى ما حصل العلم به، فإذا حصل وهو غير آت به لزم إتيانه. وإن تبين في خارج الوقت، فما لم يثبت من الشرع له قضاء لو فات، الأصل عدمه، لأنه بأمر جديد، ومتى ما ثبت له قضاء بالفوات يجب في هذا الفرض عليه القضاء، لأنه فات منه المأمور به الواقعي، وذلك واضح. وثانيها: الخطأ في مصداق العبادة، كما أنه كان يدري أن الغسل غسل البدن فغسل بعضا وظن أنه غسل كله، أو كان يعرف معنى صلاة العيد فأتى بصلاة جعفر وظن أنه صلى عيدا، ونحو ذلك من اعتقاد ما هو ليس من أفراد المأمور به فردا. وحكمه كما مر في الصورة الأولى، والبيان البيان. وثالثها ورابعها: الجهل أو النسيان أو الغفلة عن مفهوم العبادة أو عن مصداقها، فأتى شيئا آخر مكانها لغفلة عن أصل المراد أو فردية المأتي به عن المأمور به. وحكمهما كصورة الخطأ من دون فرق، والفرق بين الخطأ وغيره اعتبار اعتقاد المخالف في الخطأ دون الباقي. وخامسها: الخطأ في مفهوم الجزء، كمن ظن كون معنى السورة أعم من الآية، أو الركوع مطلق الانحناء، أو ظن أن معنى رمي الجمار أعم من الوضع، ونحو ذلك. فإن ظهر خطأؤه والوقت باق لزمه الأتيان، لأنه غير آت بالمأمور

(1) كذا، والظاهر: المأمور به .

[545]

به، وما أتى به غير مجز إلا عن أمره الثانوي دون الواقعي. وكذا لو ظهر خطأؤه بعد الوقت فيما ثبت له قضاء بالفوات، لأن العبادة الواقعية فاتت عنه فلزمه التدارك. ومثل ذلك الجهل والنسيان والغفلة. وسادسها: الخطأ في موضوع الجزء - بمعنى مصداقه - كمن اعتقد سورة القدر أنها فاتحة الكتاب، أو اعتقد أن الركوع قد تحقق بهذا الانحناء مع أنه كان يعرف حد انحناء الركوع فزعم حصوله، أو وقف بغير عرفات بزعم أنه وقوف في عرفات، أو قرأ واحدة من سور العزائم في الصلاة بزعم أنها ليست من العزائم، وأمثال ذلك. فالذي يقوى في النظر: عدم وجوب الأتيان ثانيا، لعدم تعدد الأمر، بل الأمر إنما هو واحد بالأتيان بالعبادة مع العلم بأنها مأمور بها، وقد أتى بها كذلك، وليس وراء هذا أمر. وهذا بخلاف الاشتباه في مفهوم الجزء - كما مر - لأن في ذلك قد اشتبه في فهم المراد وزعم المأمور به شيئا آخر فأتى به فيبقى أصل الأمر، فهناك أمر آخر وراء ما أتى به ولا يجزئ الثاني عن الأول، بخلاف المقام، فإن المأمور به واحد، وهو

الذي فهمه من الخطاب، لكن معرفة مصاديقه محول على نظر المكلف، فكل ما اعتقده أنه هو ذلك يأتي به، وهذا هو امتثال لهذا الأمر، إذ هو مقيد في موضوعاته الخارجية بالعلم، فيصير المعنى: أنت بكذا الذي علمت أنه كذا، وقد أثبت به، وليس أصل التكليف بالماهية المعلومة حتى يجئ هذا الكلام في شبهة المفهوم أيضا، فتدبر. ولا فرق بين ظهور الخطأ في الوقت أو في خارجه، إلا أن يقوم دليل في مورد خاص على ذلك، مع احتمال القول بلزوم الأتيان ثانيا مطلقا. وسابعها: الأتيان بغير مصداق الجزء غفلة أو نسيانا أو جهلا. ويجب حينئذ الأتيان ثانيا في الوقت أو خارجه، لبقاء الأمر وشمول إطلاقه،

[546]

وما أتى به ليس امتثالا لذلك الأمر، وإنما هو توهم خطاب، لعدم اعتقاده بذلك المصداق بالمأمورية. وثامنها: الخطأ في مفهوم الشرط، كالخطأ في معنى الغروب، أو العدالة في الجماعة، أو في معنى ستر العورة، أو في معنى الإطلاق والأضافة في الماء، أو في كيفية التطهير، ونظائر ذلك مما لا يحصى. فإن ظهر الخطأ في الوقت فالأقوى لزوم الأعادة، وفي الخارج الأقوى لزوم القضاء، لأن ذلك يرجع إلى معرفة معنى الخطاب ومعرفة شرطية شئ آخر غير ما فهمه أولا، فيكون الخطاب خطابين. وبعبارة أخرى: الخطأ في مفهوم الجزء والشرط يرجع إلى الخطأ في الحكم، وقد مر أن مع العلم بالخطأ يجب عليه الأعادة والقضاء، لأطلاق الخطاب الأول وتقييد (1) الثاني بما دام البقاء على هذا الاعتقاد، لأنه اضطراري عقلي. وتاسعها: النسيان عن مفهوم الشرط، أو الغفلة عنه، أو الجهل به. وحكمه كالخطأ، بل أولى. وعاشرها: الخطأ في مصداق الشرط، كمن زعم ارتفاع الحمرة فصلى، أو كون ثوبه غير حرير أو متطهرا طاهرا، أو كون مكانه مباحا أو طاهرا، أو كون وجهه إلى القبلة، ونظائر ذلك مما لا يحصى من الشبهة في مصداق الشرائط. والذي يترجح في ذلك أيضا في النظر: عدم لزوم الأتيان ثانيا، لعين ما ذكرناه في الخطأ في مصداق الجزء - فتدبر جدا - إلا أن يقوم دليل من خارج على الأعادة أو القضاء. وبالجمل: السرف في هذين المقامين في عدم اللزوم ثانيا عدم تعدد الأمر، بل كون الأمر واحدا متعلقا بماهية عرفها المكلف، ولكن حيث إن الشرائط والأجزاء ليس بيانها في موضوعها من الشارع وإنما معرفتها وظيفة المكلف،

(1) في (ن): تقييد .

[547]

والتكليف بما لا يطاق غير جائز، فيصير المعنى: أنت بهذا المأمور به الذي عرفت ماهيته وشرائطه وأجزائه على نحو تعتقد أنها حصلت في الخارج، والفرض: أن المكلف أتى بها كذلك وإن أخطأ في اعتقاد الحصول، وليس وراء هذا خطاب حتى لا يكون هذا مجزئا عن ذلك، فتبصر، فإن المقام لا يخلو عن إغلاق تام. ومن كثرة الاستعجال في التحرير ضاق علي المجال z z z .

[549]

(العنوان الرابع والعشرون) (في بيان حرمة إبطال العمل مطلقا)

[550]

عنوان [42] إبطال العمل حرام، إلا ما خرج بالدليل. والوجه في ذلك: عموم قوله تعالى: ولا تبطلوا أعمالكم (1) فإن الجمع المضاف مفيد للعموم عند عدم العهد، والنهي ظاهر في التحريم. لا يقال: إنها عامة شاملة لكل الأعمال مع أن أكثرها جائز الأبطال بالأجماع، فيلزم من ذلك تخصيص الأكثر، فلا بد من حمل النهي على الكراهة، أو إرادة أعمال معينة معهودة، أو كون المراد الأبطال بالشرك أو الرياء، ونحو ذلك. لأننا نقول: تخصيص الأكثر جائز، وارتكاب هذا المجاز أولى من غيره، مع أن غير العبادات وإن كان يصدق عليه أنه عمل، لكن المنساق من ظاهر الآية إرادة العبادات، فلا يعم غيرها تحصيلًا للعموم في مورد، كما لا يخفى. ولا نسلم كون أكثر العبادات جائز القطع، سيما إذا لوحظ العموم أفراديا لا أنواعيا، فإن أفراد الصلاة الواجبة والحج ونحو ذلك من العبادات التي لا يجوز قطعها كثيرة جدا، بل لو جعل العموم نوعيا أيضا، فإن أنواع ما لا يجوز قطعه أزيد من غيره .

(1) محمد: 33 .

[551]

وأكثر ما يتخيل جواز قطعه - كالأذكار والأدعية وقراءة القرآن والزيارات ونحو ذلك يتخيل من القطع في المستحبات - كالأذكار والأدعية وقراءة القرآن والزيارات ونحو ذلك - فنحجب عنها بأن المراد: عدم إبطال ما هو عمل واحد، فإن الأبطال إنما هو في الواحد، وهذه كلها نقول: إن أجزاءها ليست ارتباطية وإنما هي مستقلة، وإن كان المجموع المركب أيضا عبادة فليس ذلك قطعا وإنما هو إقتصار على بعض الأفراد، ولو فرض كون واحد منها ارتباطيا منعنا من قطعه وإبطاله إلا لعذر دل عليه الدليل. فإن قلت: قد ورد المنع عن الأبطال بالرياء والمنة والأذى وغير ذلك، فيكون قرينة على كون المراد هنا أيضا ذلك، لا محض الأبطال، فيحمل على الأبطال بالشرك والارتداد أو العجب ونحو ذلك. قلت: أما أولا: فإن الآية مطلقة، وورود القيد في مقام آخر لا يوجب تقييد (1) إطلاق المنع عن الأبطال هنا. وثانيا: أن هذا حمل للآية الشريفة على ما لا يقول به الأمامية، فإن الأحباط - بمعنى أن تكون المعصية، كالمن والأذى وغير ذلك، إذا لحقت على (2) العمل مبطله له - لا يقول به أصحابنا، إذ الأحباط له معان ثلاثة: أحدها: ما ذكرناه. وهو لا نقول به. وثانيها: طرح العمل الصالح في مقابل السيئة، بمعنى عدم احتسابها وكتابتها سنخا (3) فقد يكون الرجل له ألف حسنة وألف سيئة فيطرحان فيبقى بلا عمل مطلقا، أو يزيد أحدهما فيؤخذ الزائد، إن خيرا فخير وإن شرا فشر. وهذا أيضا لا نقول به، بل لا بد من مكافأة الأعمال، شرها بالعقاب وخيرها بالثواب، لا طرح

(1) في (د): تقييد. (2) على: ليست في (م). (3) كذا .

[552]

كل في قبال الآخر وفرضه بلا عمل بحيث لا يكون عليه ثواب ولا عقاب. وثالثها: حبط السيئات بالحسنات بمعنى العفو عنها، أو تبديلها حسنات، كما دل عليه الكتاب المجيد (1). وهو الذي نقول به. وأما العمل الصالح فلا حبط له على مقتضى قواعد الأمامية، ولتحقيق المقام محل آخر. فحمل الآية على الأحباط لا وجه له، وليس ذلك في الحقيقة إبطالا أيضا، وإلا للزم القضاء والأداء ثانيا في ماليات وغيرها بلحوق المنة أو الأذية أو الارتداد، مع أن أصحابنا مطبقون على خلافه، كما لا يخفى على من له اطلاع بالفقه. فإن قلت: إبطال العمل فرع تحققه والقطع في الأثناء ليس إبطالا وإنما هو لجزء العمل، فلا دلالة فيه على مطلوبك. قلت: إبطال العمل عرفا يصدق على ذلك، بل ليس معنى الأبطال إلا عدم الأتمام، مضافا إلى أن البطالان: عدم ترتب الثمرة، والفعل بعد تمامه على وجهه يترتب عليه الثمرة، وليس ذلك بعد في قدرة المكلف، وليس إبطال المكلف إلا منعه عن التمام حتى يلحقه الثمرة. وبالجمله: لا

شبهة في صدق الأبطال على القطع في الأثناء. ويمكن أن يستدل في هذا المقام بعموم ما دل على لزوم الوفاء بالعهد، كقوله تعالى: وأوفوا بعهدي أوف بعهدكم (2) بتقريب: أن نية العبادة عهد مع الله تعالى في إتقانها عرفا، فيشملة العموم، وحيث إن المعتمد في العهد إنما هو التأكد (3) فهو أخص من الوعد، ولذا لا نقول بوجوب الأتيان بكل خير منوي،

(1) قوله تعالى: إن الحسنات يذهبن السيئات هود: 114، وقوله تعالى: فأولئك يبدل سيئاتهم حسنات الفرقان: 70. (2) البقرة: 40. (3) في (د) ونسخة من (م): (التأكيد).

[553]

لكن بعد الشروع فيه يصير عهدا مؤكدا فتشملة الآية. وعموم ما دل على الذم على مخالفة الوعد والعهد، وأن من خالف عهده فهو منافق (1) مع ما دل على ذم النفاق وأهله، مثل قوله تعالى: والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه الآية (2) ونظائر ذلك، فتأمل. وفي دلالة آية الأبطال وتنقيحها كلمات تركناها اشتغالا بالأهم وانتكالا على وضوحها مما أشرنا إليه. وحيث بنينا على عدم جواز الأبطال بمقتضى القاعدة، فنقول: لا ريب أن الأعذار المسوغة لقطع الصلاة الواجبة - كما وردت في الروايات (3) من متابعة الغريم أو حفظ المال أو غير ذلك - مسوغة في سائر العبادات أيضا بالأولوية، لأن الصلاة أهم العبادات، فمتى جاز فيها جاز في غيرها. وما عداها من الأعذار لا دليل على كونها مسوغة. وكل ما شك من الأعمال في جواز قطعه لعدم وضوح دليل على جوازه غير جائز القطع والافساد، وكل عذر شك في كونه مسوغة فالأصل عدمه z z z .

(1) انظر سفينة البحار 2: 294 (عهد) و 668 (وعد). (2) الرعد: 25. (3) راجع الوسائل 4: 1271، الباب 21 من أبواب قواطع الصلاة.

[555]

(العنوان الخامس والعشرون) (حرمة الأهانة بالشعائر ورجحان تعظيمها)

[556]

عنوان [25] لا كلام في أن إهانة ما هو المحترم شرعا والاستخفاف به حرام، وقد دل على ذلك العقل، فإن العبد يستحق بالاستخفاف بما هو محترم عند مولاه الذم والعقاب، ويحكم عقله بأن ذلك مبعوض عند مولاه، وكذلك النقل مما دل على المنع من استخفاف المؤمن أو النبي أو القرآن أو نحو ذلك من الكتاب والسنة، وقد انعقد على ذلك الأجماع، بل يمكن دعوى الضرورة أيضا عليه، فإنه شيء يعرفه الصبيان والنساء فضلا عن العوام. وعلى هذا يتفرع فروع كثيرة: من حرمة تلويث المساجد والمشاهد المشرفة وقبور الأولياء والعلماء، وحرمة الاستهزاء بهم والتخفيف عليهم، وإلقاء النجاسة على القرآن أو القائه فيها، وكذلك التربة الحسينية، وأنواع المأكولات المحترمة، ونظائر ذلك كثيرة. والمدار في الأهانة على أمرين: أحدهما: الأعراض بالقلب وعدم الاعتناء به وصدور الفعل المنافي للتعظيم بذلك القصد، وهذا يسمى إهانة ويعد تخفيفا، سواء كان ذلك الفعل الصادر أو

[557]

الترك يعد إهانة بنفسه من دون حاجة إلى النية، كالأفعال الشنيعة جدا الغالبة الوقوع في مقام الأهانة كالإلقاء المصحف على النجاسة، أو إلقاء نجاسة على الضرائح والمساجد، فإن هذا الفعل يعد إهانة وإن لم يكن فاعله قاصدا للأهانة، لتمحضه في ذلك عرفا، أو يكون مشتركا قابلا لأن يكون إهانة أو غيرها أو تعظيما، كالاستدبار لصريح الأمام، أو مد الرجل إلى القرآن، فإنه يمكن كونه لعادة أو لغرض آخر أو استعجال، ويمكن كونه لأهانة، فإن النية لأهانة (1) (الأعراض يجعله إهانة كما هو قاعدة المشترك، أو يكون مما ظاهره التعظيم كالممدح، فإن ظاهره التعظيم، لكن النية للتخفيف يجعل ذلك استهزاء وتهكما محرما. وثانيهما: كون الفعل متمحضا في الأهانة بحيث لا يحتمل فيه غيرها عرفا وعادة - كما مثلنا به سابقا - فإنه وإن عري عن النية لكنه محرم، لأنه استخفاف وإهانة، وكذلك ما كان ظاهره الاستخفاف وإن احتل فيه شئ آخر، فإنه أيضا محرم ما لم يعلم فيه نية أخرى مخرجة له عن كونه إهانة. فإن الطواهر تصرف إلى غير طواهرها بالنية، فإن من مسح ظهره أو ألبسته مستديرا بالصريح للأمام ظاهر في الأهانة لو خلي ونفسها، ولكن لو قصد به الاستشفاء عن وجع خرج عن ذلك، بل يعد تعظيما، وكذلك وضع شئ من تربة الحسين عليه السلام في الدبر، فإنه إهانة بحسب الظاهر، لكن لو قصد به الشفاء لا يعد إهانة، ونظائر ذلك كثيرة. ومن هنا علم: أن النية تغير حكم الطواهر وتبدله عن مقتضاه، ولكن لو جرد عن نية تعظيم أو إهانة فالمتبع الظاهر، فيكون محرما. وإنما البحث في وجوب التعظيم وعدمه. فنقول: إن قلنا بأنه لا واسطة بين التعظيم والأهانة، بمعنى: أن ترك التعظيم إهانة، فيكون التعظيم واجبا لحرمة تركه، وبيانه بأن يقال: إن ما شأنه التعظيم،

(1) في (ن، ف): لأهانة والأعراض .

[558]

ترك ذلك بالنسبة إليه فيعد تخفيفا عرفا، إذ ليس الأهانة والتخفيف إلا تنزيل ذلك الشئ عن مرتبته، وعدم ملاحظة شأنه تنزيل له عن مرتبته، فإن المؤمن العارف شأنه إذا ورد مجلسا أن يقام له ويجعل له ما يناسبه من المكان، فإذا ترك ذلك له فهو إهانة بالنسبة إليه وتخفيف، فيكون محرما. والحق: أن ترك التعظيم أعم من الأهانة، إذ قد يكون بعض أفراد التعظيم لو ترك لا يعد إهانة وإن كان فعله تعظيما، فينبغي أن يقال: إن التعظيم قسمان: أحدهما: مراعاة مرتبة الشئ والسلوك معه على مقتضى شأنه ومرتبته عرفا وعادة أو شرعا، وترك هذا يسمى إهانة وهي محرمة. وثانيهما: مراعاته زائدا على ذلك، فإنه أمر مطلوب، فإنه لو جاء عالم فالقيام له وجعل مكان لائق له حفظ لمرتبته، وأما تقبيل يده والقعود عنده في غاية التأدب والكلام معه في غاية الحياء ومشايعته وقت الذهاب وإحضار بعض التعارفات له زيادة تعظيم لو ترك لا يسمى إهانة، فهذا القسم من التعظيم لا يمكن القول بوجوبه باستلزام تركه الأهانة، لما قد عرفت أنه لا يعد تركه إهانة، إلا أن يقوم دليل على وجوب التعظيم. وقد استدلل على ذلك بقوله تعالى: ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب (1). والكلام في كيفية دلالاته وما ذكر فيه اللغويون والمفسرون طويل لا حاجة إلى ذكره، ونذكر ما هو المحتاج إليه في ضمن الرد والبحث. فنقول: قد أورد على دلالاته بوجوه: أحدها: أن الظاهر مما ذكره أهل اللغة والتفسير أن الشعائر محتمة لمعان أربعة: أحدها: أن يراد علامات دين الله وطاعته عموما، فيشمل سائر المحترمات،

(1) الحج: 32 .

[559]

وهذا على كونه جمع الشعائر - وهو العلامة والأضافة إلى الله - يكتفى فيه (1) بأدنى مناسبة. وثانيها: أن يراد به البدن خاصة. وثالثها: أن يراد مناسك الحج وأعماله جميعا. ورابعها: أن يراد به مواضع مناسكه ومعالمه. والذي يمكن الاستدلال به على المدعى

إنما هو المعنى الأول، وهو أبعد المعاني، لأن الآية الشريفة إنما هي في مقام بيان البدن - كما هو الظاهر من صدرها، وكذلك ذيلها - فإنه قال بعد ذلك: لكم فيها منافع إلى أجل مسمى (2) والمراد منافع البدن - من لبن وركوب ونحو ذلك - إلى أن ينحدر. وكذلك قوله: ثم محلها إلى البيت العتيق (3) أي: محل الشعائر - المراد به البدن - هو الكعبة أو ما يليها من الأماكن، كمنى. مضافا إلى تصريح صاحب القاموس والصحاح وابن الأثير على أن الشعيرة: البدنة، والجمع: شعائر (4). وما عن ابن عباس: أن الشعائر: جمع شعيرة، وهي البدن إذا اشعرت وشق سنامها من الجانب الأيمن ليعلم أنها هدي، وتعظيمه طلب الأسمن والأعظم (5). وكذلك ذكره جماعة من المفسرين. مع ما في الروايات من تفسيرها بالبدن، والتعظيم بمراعاة السمن وعظم الجثة، والمنافع بالركوب من غير عنف واللبن (6). فالحمل على عموم معنى علامات دين الله مخالف للظاهر. والجواب عن ذلك: بأن المفسرين ذكروا أيضا معنى العلائم وإرادة تعظيم معالم دين الله في حج أو غيره، وذكروا كون (المنافع) حينئذ الأجر والثواب إلى

(1) في (د): فيها. (2 و 3) الحج: 33. (4) القاموس 2: 60، الصحاح 2: 698، وأما ابن الأثير فلم يصرح بذلك، انظر النهاية 2: 479. (5) أورده الطبرسي في مجمع البيان 7: 83. (6) راجع تفسير البرهان 3: 91.

[560]

القيامة وكون (البيت العتيق) الجنة أو البيت المعمور، أو يراد رب البيت العتيق على حذف مضاف، كما ذكر ذلك البيضاوي والطبرسي والكاشاني (1) وغيرهم، فهو الأمور لا تنافي ذلك. مضافا إلى أن قوله تعالى: والبدن جعلناها لكم من شعائر الله (2) دال على أن المراد بالشعائر: جميع المعالم، لا نفس البدن، لأن كلمة (من) ظاهرة في التبعية، مع أن ظاهر الآية مطلوبة التعظيم للشعائر من كل أحد، مع أنه جمع مضاف، ولا يراد من المحرم الواحد إلا بدنة واحدة غالبا، وهذا يدل على كون المراد جميع المعالم، لا خصوص البدن. وبعبارة أخرى: تكون هذه الآية بمنزلة كبرى كلية تثبت بها مطلوبة تعظيم البدن أيضا، فإذا انتفى احتمال الاختصاص بالبدن فلا وجه لتخصيصه بمناسك الحج أو محال أعماله، لكونهما أيضا مخالفين لصدر الآية وذيلها. فالحمل على العموم وكون الشعائر بمعنى العلامة أولى وأوفق معنى ولفظا، فتدبر. وبالجمله: لا إجمال في ظاهر الآية بحيث يسقطها عن الاستدلال عند التأمل الصحيح. ورواية عمار (3) الآتية أيضا لا دلالة فيها على أن المراد خصوص البدن من الشعائر، بل تدل على أنه منها، كما في الآية الأخرى. وثانيهما (4): أن الآية على فرض ثبوت العموم في الشعائر لا يثبت الوجوب،

(1) انظر تفسير البيضاوي (أنوار التنزيل) 2: 91 - 92، مجمع البيان 7: 8483 - ، الصافي 2: 123. (2) الحج: 36. (3) بل رواية (ابن عمار) كما ستأتي. (4) (أي: الوجه الثاني من وجوه الأيراد على دلالة الآية .

[561]

بل طاهرها أن تعظيمها من تقوى القلوب، وأين ذلك من الوجوب؟ والجواب عنه: بأن ذلك إذا علم أنه من التقوى فيمكن إثبات الوجوب بأحد أمرين: أحدهما: أن التقوى إنما هو الحذر عن أمر مخوف، فعلم من ذلك أن هناك شئ يخاف منه، فينبغي الحذر عنه بتعظيم الشعائر، وكل ما هو كذلك فهو واجب، إذ لا خوف في مخالفة (1) (المستحب حتى يحذر عنه، فكونه من التقوى والحذر أمانة العقاب على تركه. وثانيهما: أن هذه الآية نجعلها صغرى وثبتت وجوب التقوى بقول مطلق بالآيات الكثيرة الأمر بالتقوى، كقوله تعالى: وإياي فاتقون (2) وقوله تعالى: واتقوا الله إن كنتم مؤمنين (3) وغير ذلك مما لا يحصى. وبما دل على الذم بمخالفة التقوى والعتاب واللوم على غير المتقين في الآيات والروايات. فنقول: تعظيم الشعائر من التقوى للآية، وكل تقوى واجب للأطلاق في الأوامر، فتعظيم الشعائر واجب، وهو المطلوب. وثالثها: أنه على فرض إفادته الوجوب لا يفيد إلا وجوب مطلق التعظيم، لا جميع أفرادها، والذي ينفع في مقام الاستدلال إنما هو إثبات العموم. والجواب: أن ظاهر الآية كون التعظيم مطلقا من

تقوى القلوب، ففي كل فرد من أفرادها نقول: هو من التقوى بالآية، وكل تقوى واجب، فيفيد وجوبه، إلا في مقام دل الدليل على عدم وجوبه. وقد يستدل أيضا بما في الكافي عن ابن عمار، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا رميت الجمرة فاشتر هديك إن كان من البدن أو من البقر، وإلا فاجعل كبشا سميناً فحلاً، فإن لم تجد فموجوءاً من الضأن، فإن لم تجد فتيساً فحلاً، فإن لم تجد فما تيسر عليك، وعظم شعائر الله... الحديث (4). فإن ظاهر الأمر هو الوجوب .

(1) في (م): مقابلة، وفي هامشها: مخالفة، ل. (2) البقرة: 41. (3) المائدة (4) 57. الكافي 4: 491، باب ما يستحب من الهدى... ح 14. والوسائل 10: 97، الباب 8 من أبواب الذبح، ح 1 .

[562]

والحق أن يقال: إن التعظيم طيم الذي له مدخل في حفظ مرتبة ذلك الشيء المحترم وله ربط في احترامه فهو واجب وتركه محرم، وإليه ينصرف إطلاق التعظيم في الآية والرواية، وما زاد على ماهية التعظيم فليس بواجب، بل هو أمر راجح بالعقل والنقل. وهذا المقدار يكفي في استدلال الأصحاب في خصوص المساجد والمشاهد والتربة، وسائر شعائر العبادة، ومواقف الحج، واحترام المؤمن والقرآن، وكيفية الزيارات، وعدم جواز بيع المصحف والمسلم على الكافر أو رهنه عنده، وعدم جواز استئجار الكافر رقبة المسلم - أي: عينه - بخلاف ذمته، ونحو ذلك من الفروع المنتشرة. ولا يخفى على المتتبع الفقيه أن ما حكموا بوجوبه إنما هو ذلك القسم من التعظيم، وما حكموا بتحريمه إنما هو ترك ذلك القسم، وما زاد على ذلك من التعظيمات فجعلوها من المستحبات، كما لا يخفى على من راجع أحكام المسجد والكعبة، وكيفية الدخول والخروج فيهما وفي المساجد. وهذا هو تحقيق هذا المحل، وينتشر من هذه القاعدة فروع لا تحصى z z z .

[563]

العنوان السادس والعشرون (في أن الأعانة على الطاعة طاعة، والأعانة على الأثم إثم)

[564]

عنوان [26] الأعانة على الطاعة طاعة، لعموم قوله تعالى: وتعاونوا على البر والتقوى (1) ويتفرع على ذلك في المستحبات فروع كثيرة. ومن هنا يعلم أن كل عمل مستحب لشخص إذا توقف على شخص آخر، يستحب لذلك القبول، فأرسال الهدية إلى مؤمن أو بذل شيء إليه أو ضيافته (2) أو نحو ذلك مستحب، وقبوله أيضاً مستحب للأعانة. نعم، لو تعارض المستحبات من الجانبين يجئ الأشكال، كما أنه يستحب للمشتري أن يأخذ ناقصاً وللبائع أن يعطي زائداً، فعلى هذا إذا بنى البائع أن يعطي الزائد للرجحان يستحب للمشتري (3) قبوله للأعانة (4) ولو بنى المشتري أن يأخذ ناقصاً للاستحباب فيستحب للبائع أن يعطي ناقصاً للأعانة، فيتدافعان. فيحتمل تبعية الحكم للأبراز، فكل من أبرز العمل بتكليفه أولاً بلسان أو فعل سقط الاستحباب عن الآخر وبقي رجحان الأعانة. ويحتمل تساقط الاستحباب هنا من أصله، لأن رجحان الأعانة تابع لأصل

(1) المائدة: 2. (2) في غير (م): إضافته. (4) في غير (د): على المشتري. (4) في (ف)، (م): إعانة .

المستحب، فلا يوجب سقوط المستحب الأصلي، فلا إعانة هنا، والأصليان متدافعان لا يمكن الامتثال فيسقط، لكن هنا بالخصوص دل الدليل على تقديم قول من بيده الميزان (1). وكذلك لو تشاح الأئمة في الإمامة وكل منهم يريد الفوز بثواب الإمامة يستحب على الباقيين أيضا طلب الإمامة، للثواب، ويستحب الترك إعانة للآخر على الطاعة. وكذلك لو طلب أحد الإمامة (2) استحب لغيره المأمومية، لأنه إعانة على الطاعة، ولو طلب واحد المأمومية استحب للآخر الإمامة (3) للإعانة. ومقتضى القواعد: أن مع التعارض إن كان هناك ترجيح يقدم الراجح، وإن لم يكن فلا يمكن الجمع بين الاستحبابين، لعدم إمكان الامتثال، وتعيين أحدهما دون الآخر ترجيح من غير مرجح، فالأقوى السقوط مراعى بالأمكان. وتظهر الفائدة فيما إذا بنى أحدهما على ترك المستحب الأصلي عاد على الآخر حكم الاستحباب، وجاء على التارك رجحان الإعانة بشرط القصد والنية، وذلك واضح. والإعانة على الأثم والظلم حرام، لقوله تعالى: ولا تعاونوا على الأثم والعدوان (4) ودل عليه الأجماع، مضافا إلى العقل المستقل، فإن مبعوضة ذلك مما يدركها العقل ابتداء. وإنما البحث في معناه، فإن ارتباط أفعال المكلفين بعضهم ببعض مما لا يخفى، وتقوم ظلم الظالمين ومعصية العاصين إنما هو بأسباب وأمر لا تتحقق إلا بأفعال المكلفين، ولا وجه لعد كل ماله مدخلية في تحقق الظلم والأثم إعانة عليه، ولا يصدق في العرف أيضا عليه، وإلا للزم أن يكون الواجب تعالى

(1) انظر الوسائل 12: 291، الباب 7 من أبواب آداب التجارة، ج 3، 5. (2) و 3 (في غير (م): الإمامية. (4) المائدة: 2 .

معاونوا على الأثم والعدوان، فإن الآلات والأسباب كلها من الله تبارك وتعالى، وليس من العبد إلا العزم والقصد والعمل.. فليس إلا أن يقال: إن تهيئة الأسباب والآلات - كما هو شغل الصانعين - ليس إعانة على الظلم في حد ذاته، بل هو عمل مباح، والظالم هو مكلف بالترك، وليس صانع السيف أو باني الدار ومن خاط الثوب أو من عمل المداد أو من أتى بالقلم من بلاد بعيدة أو من باعه إليهم (1) (أو من أجر الدار أو الدابة لشارب الخمر أو من باع إليه (2) العنب أو أعطى الخشب لمن يعمل صنما - أو نظائر ذلك - إعانة في حد أنفسها، والضابط في ذلك أحد أمرين: أحدهما: القصد والنية، فكل من عمل أو باع أو أجر أو قام أو فعد أو صدر عنه فعل من الأفعال بقصد ترتب ظلم أو معصية عليه بحيث بنى نيته عليه سواء شرط ذلك بلسانه أم لا، يعد إعانة للأثم ولو كان بواسطة أو وسائط، وذلك أمر في العرف واضح. فمن بنى لنفسه دكانا بعنوان أنه لو احتاج إلى ذلك الخمارون يوجره إليهم حتى لا يكون سببا لتعطيل شغلهم، كان أصل بنائه إعانة للأثم وإن كان لا ينتهي إلى المعصية إلا بوسائط. وكذلك من صير نفسه خادما لسلطان بقصد أنه لو أمره بالظلم يفعل أو بقصد أن يصير سببا لشوكة سلطانه وكثرة سواده وقوة أمره، فقد أعان على الأثم وإن لم يصدر من الخادم فعل بعد ذلك. وثانيهما: قرب العمل من الإعانة وتمحضه لذلك بحيث يعد إعانة وإن لم يكن قاصدا، كما مر نظيره في التعظيم والأهانة. وليس كما توهمه بعضهم: أن الإعانة تابعة للقصد مطلقا. نعم، يعتبر ذلك في المشتركات

(1) و (2) كذا في النسخ، والصواب: باعه منهم، باع منه .

وقد يكون العمل بحيث يعد ذلك معاونة للظلم وإن لم يكن قاصدا لذلك، كما لو كان مثل الوزراء والعمال والجنود، فإن هذه الجماعة وإن لم يكونوا قاصدين من وزارتهم وجنديتهم الإعانة على المعاصي والظلم، لكن هذه الصنعة وهذه المناصب

تعد معاونة لقيام الشوكة بهم. وكذلك قد يكون ذهاب شخص إلى عاص أو ظالم يكون سببا لجراته وشوكته من جهة كون مسيره إليه سببا لبعض قوة له في عمله، فإن هذا المسير إذا كان بهذه المثابة يصير إعانة على المحرم وإن لم يكن بهذا القصد، ونحو ذلك المكاتبية إلى شخص كذلك، كما لا يخفى على المتأمل. وبالجملة: ليس الأمر منحصرا بالقصد، بل قد يكون نفس ذلك العمل يعد إعانة وإن لم يكن فاعله قاصدا لذلك. نعم، منه ما يكون ظاهرا في كونه إعانة، فلو عرض له قصد مغاير - كالتماس مظلوم أو نحو ذلك - يصرفه عن ظاهره. ومنه ما يكون متمحضا لا ينفذ فيه نية الخلاف، فتدبر. ثم إنه لا يفترق الحال في صورة قصد الأعانة على المعصية أن يكون هذا سببا مستقلا وداعيا إلى الفعل، أو يكون منضمًا إلى شيء آخر، كتحصيل مال أو حفظ أمر بحيث يكون كل منهما سببا مستقلا في ذلك، أو يكون المجموع المركب سببا في بحيث لو انتفى أحدهما لم يفعله، أو تكون الأعانة مقصودة بالذات والمال - مثلا - تابعا، أو بالعكس، فإن هذه كلها إعانة محرمة. وهل يشترط في تحريم ذلك ترتب المعصية المقصودة عليه، فلو نوى الأعانة وفعل فلم يترتب المعصية لعروض مانع عنه - كمن أعطى سيغا لقتل مظلوم فلم يقتله الظالم، أو أجر دارا للخمار بهذا القصد فلم يتمكن من جعله فيه - لا يعد هذا معصية؟ الحق عدم الاشتراط، فإنه محرم وإن لم يترتب عليه. لكنه هل تحريمه لأنه إعانة، أو تحريم آخر من جهة أن الأعانة على الأثم لا

[568]

يصدق إلا بحصوله؟ لا أستبعد صدق الأعانة على المحرم بمجرد قصد ذلك عرفا وإن لم يوجد في الخارج، فإن الأعانة عبارة عن تهيئة المقدمات للمحرم، وهي لا تستلزم حصوله وإن كان ظاهر بعض المدققين (1) عدم كونه إعانة، والله العالم. نعم، يشترط العلم أو الظن بحصول المعصية، إذ لا يتحقق القصد إلى الأعانة إلا بذلك. وفي صورة الشك أيضا لا يعد صدق الأعانة، فإن من أتى بسيف إلى السلطان ليقتل زيدا به معين على المحرم وإن كان شاكا في أنه يقتله أم لا. نعم، لا يعلم العدم فلا يكون ذلك إعانة، إذ ليس ذلك القصد في الحقيقة قصدا. ويشترط أيضا علمه أو ظنه أو احتماله بمدخلة عمله في الأثم المقصود، فلو عمل عملا قاصدا ترتب معصية عليه مع علمه بأنه لا مدخل له في ذلك - كمن كان خادما لسلطان بقصد أن يعينه على قتل أحد مع علمه بأن وجوده وخدمته السلطان ليقتل زيدا به معين على المحرم وإن كان شاكا في أنه يقتله أم لا. نعم، لا يعلم العدم فلا يكون ذلك إعانة، إذ ليس ذلك القصد في الحقيقة قصدا. ويشترط أيضا علمه أو ظنه أو احتماله بمدخلة عمله في الأثم المقصود، فلو عمل عملا قاصدا ترتب معصية عليه مع علمه بأنه لا مدخل له في ذلك - كمن كان خادما لسلطان بقصد أن يعينه على قتل أحد مع علمه بأن وجوده وخدمته لا مدخل له في قتل ذلك - لا يعد هذا العمل من الأعانة إذا توقفت على القصد، فإنها موقوفة على كون العمل له مدخلة في ذلك مع كون العامل محتملا في نظره ذلك، ولا يحتاج إلى حصول ظن أو علم به. ومما ذكرنا يظهر انطباق ما فرع عليه الأصحاب في كثير من الأبواب، كما أشرنا في ضمن الأمثلة إلى بعضها، فتدبر حتى لا يختلط عليك الأمر. وهذا تمام الكلام في عناوين المشتركات والعبادات. ويتلوه عناوين المعاملات والأحكام بعون الله الملك العلام .

(1) لم نقف عليه .

[569]

لا يخفى أن النسختين المطبوعتين من الكتاب كانتا مشتملتين على فهرس للموضوعات - في أولهما - وكانت المخطوطتان خاليتين من ذلك، ولعدم الجزم بأن ذاك الفهرس من وضع وتنظيم المؤلف قدس سره ووجود بعض المسامحات فيه، كانت المحاولة للوهلة الأولى أن نبذله فهرسا أكثر منه توسعة وأوفى منه بيانا للمطالب، لكن عند إمعان النظر في طليعته وخاتمته وجدنا بعض العبارات تدل على أنه بقلمه

الشريف، فأحببنا أن نورده بعينه وبتمامه في هذا الجزء، وأما الفهرس التفصيلي فسيكون في آخر الجزء الثاني إن شاء الله تعالى .

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الإلكترونية

العناوين الفقهية

الحسيني المراغي ج 2

[1]

العناوين تأليف الفقيه المحقق الاصولي المدقق السيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي المتوفى سنة 1250 هـ الجزء الثاني مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

[2]

العناوين (ج 2)

[3]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين (1).

(1) لم ترد الخطبة في المخطوطتين .

[5]

فصل في (1) عناوين المعاملات [العنوان السابع والعشرون] [في بيان أصالة الصحة في العقود] (هامش) * (1) لم يرد في المخطوطتين .

[6]

عنوان [27] قد تقرر: أن الأصل في المعاملات - كالعبادات - الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر شرعا، لأن ترتبه عليه أمر توقيفي يحتاج إلى ثبوته من الشرع، فما لم يثبت فالأصل عدمه. والظاهر: أن كون البناء على أصالة الفساد في كل ما شك في ورود دليل على صحته مجمع عليه فيما بينهم، وإنما البحث في أنه هل يثبت قاعدة كلية تدل على الصحة أم لا؟ فنقول: الشك في الصحة والفساد تارة يكون في نفس الحكم الشرعي، كالشك في صحة الصرف من دون قبض، والوقف بدون قصد القرية، ونحو ذلك، وإليه يرجع الشك في الموضوع المستنبط، لأنه راجع إلى معرفة مفاد الدليل، فيكون الشك في شمول اللفظ لذلك الفرد المشكوك مؤديا إلى الشك في حكمه، لا بمعنى كون الشك مسببا عنه، بل بمعنى بقاءه على ما كان سابقا قبل (1) قوله تعالى: وأحل الله البيع (2) وشككنا في أن البيع هل يعم ما وقع بلفظ (ملك) أو ما وقع بالمعاطاة، أم لا؟ ولازم ذلك بقاؤهما مشكوكي الحكم كما كانا قبل ورود الدليل،

[7]

لعدم وجود دليل واضح يدل على صحتها، فيرجعان إلى أصالة الفساد لو لم يثبت قاعدة أخرى. وبالجملية: الشبهة في الموضوع المستنيط راجع إلى الشك في الحكم. وتارة يكون في الموضوع الصرف، كما إذا وقعت معاملة في الخارج ونحن نعلم أنها لو وقعت على الطريق الفلاني لكان صحيحا شرعا، ولو وقعت على طريق آخر - مثلا - كانت فاسدة، ولكن لا ندري أنها وقعت بأي الطريقين، فهنا مقامان: المقام الأول (1) في شبهة الحكم والظاهر: البناء في المشكوك في العقود على الصحة - ويأتي الكلام في الأيقاعات - والوجه في ذلك يتخرج من أمور عديدة: الأول: أنه لا ريب أن المعاملات إنما هي أمور ضرورية للتعيش، وليس من مخترعات الشرع، بل لا ريب في أن المكلفين يحتاجون إلى نقل الأعيان بعوض أو بدونه، وكذلك المنافع بعوض أو بدونه. ويحتاجون إلى الشركة والاسترباح والاستئمان والنيابات والتناكح، ونحو ذلك، ويتولد من ذلك البيع والصلح والهبة والأجرة والعارية والوكالة والشركة والمضاربة والنكاح والمزارعة والمساقاة والجعالة، وغير ذلك من العقود. ولا يخفى على كل من له درية: أن هذه كلها من الأمور المتداولة بين الناس على اختلاف الأنواع والأشخاص، بل قد تداول بينهم ما ليس داخلا تحت هذه العقود المعنونة في الفقه، فإنهم يستعملونها (2) على حسب حاجاتهم، وبعضها يمكن

(1) في غير (م): أحدهما. ولا يخفى أن المؤلف قدس سره لم يبحث عن عدله - المقام الثاني - في هذا العنوان، وآخر البحث عنه إلى العنوان التالي، يجيء في ص: 31. (2) كذا، والمناسب: تذكير الضمير، لرجوعه إلى (ما) وهكذا فيما يأتي من الضمائر في هذه الفقرة.

[8]

تخريجها بحيث يدخل تحت أحد المذكورات، وبعضها مما لا يمكن. فيعلم من ذلك تداول هذه الأمور في زمن الشارع أيضا، فلو كان المشكوك فيه حراما وفاسدا لم يقرر الشارع لهم على ذلك، مع أن ظاهر اتصال هذا التداول إلى زمن الشرع كون الشارع قد قرره على ذلك، وتقريره دال على صحته وامضاء الشارع له، وهو معنى ترتب الأثر. الثاني: أن نقول: إن المشكوك فيه بعد ثبوت تداوله لو كان فاسدا لاشتبه وتواتر، لعموم البلوى وشدة الحاجة، والفرض أنه لم يشتبه ولم يظهر، فدل على عدم كونه فاسدا في نفس الأمر. فإن قلت: إنه لو كان صحيحا لاشتبه وتواتر، مع أنه لم يظهر، فعلم أنه فاسد. قلت: حيث إن هذا شيء متداول عند الناس، ومن المعلوم أنه لم يكن طريقتهم السؤال عن كل ما هو بأيديهم، سيما مع علم الشارع به، وكانوا يبنون فيما فعلوه على الموافقة للواقع حتى يظهر من الشارع المنع عنه وبيان عدم صحته، فالمحتاج إلى البيان إنما هو الفساد، فما لم يبين علم عدمه، وعدم المنع بيان لصحته. فإن قلت: إذا كان (1) مقتضى الأصل الأولي الفساد، فلعل سكوت الشارع من باب الاتكال على أن المكلفين يبنون على الفساد، لأنهم يعرفون ذلك بعقولهم، فتكون الصحة هي (2) المحتاج إلى البيان منه. قلت: هذا إذا لم يعلم الشارع بارتكاب المكلفين به، فإذا علم به علم أن بناءهم ليس على الفساد ما لم يظهر من الشرع (3) منع، فعدم ظهور منعه مع ذلك دليل على الأمضاء، وهو المطلوب. الثالث: أن عموم قوله عليه السلام في الرواية المشهورة: (الناس مسلطون على أموالهم) (4) يقتضي صحة العقود المتفرعة عليها في الجملة وإن لم يدل على ترتب

(1) في (ف)، (م): قد عرفت أن مقتضى الأصل. (2) في غير (م)، هو. (3) في (ف): (الشارع). (4) عوالي اللآلي 1: 222، ح 99.

تفاصيل الأحكام. وبيان ذلك: أن المولى إذا أعطى لعبيده كل واحد منهم شيئاً من الأمتعة والأموال ثم قال: (كل واحد منكم مسلط على ما أعطيته إياه) ولم يقيد التسلط بشئ دون شئ، يفهم أنه لو باعه أو ملكه غيره أو أجره أو شرك فيه - أو نحو ذلك - فكلها مقبولة عند المولى، فيصير المعنى في عموم تسلط الناس على أموالهم: أن كل ما يتصرفون فيه بحسب ما يريدون مقبول عند الشارع، بمعنى: أنه جعل لهم هذه التصرفات وأمضى لهم ذلك. واحتمال أن يراد: تسلطهم على أموالهم في الأكل والشرب واللبس والركوب - ونظائر ذلك من التصرفات والانتفاعات - لا يساعد عليه الإطلاق، إذ ليس هناك تشكيك حتى ينصرف إلى ما ذكر، ولا قرينة صارفة عن الإطلاق. ولأرب أن البيع ونحوه أيضاً من طرق الانتفاع بالمال والتصرف فيه، وقد سلطه (1) الشارع على ذلك على الإطلاق. ودعوى التسلط مع بقاء المال على ما ليته له، مدفوعة بأنه خلاف الظاهر. كما أنه لو قيل: بأن الظاهر من الرواية ورودها في بيان أصل التسلط في الجملة وليس وارداً في مقام بيان الأذن في التصرفات حتى يتمسك بإطلاقه، فالمراد منه: تسلطهم على ما لهم على نحو ما قرره الشارع من أنواع التصرفات وطرقها، فلا يكون عموم التسلط مثبته لصحة معاملة مشكوكة، بل معناه: أن كل طريق قرره للتعرفات وأمضيته في ترتب الآثار فالتناس مسلطون في أموالهم بالتصرف على تلك الطرق ولا حرج عليهم في ذلك. أجاب عنه: بأن انصراف التسلط على الطرق المقررة غير ظاهر من اللفظ، ولم يرق على ذلك قرينة، بل الظاهر عند التأمل كون مثل هذه العبارة إنشاءً لأمضاء تصرف المالك أي نحو أراد، فمقتضاه: أن كل نحو تصرفوا فيه فهو مقبول عندي وممضى، وليس معنى الصحة إلا ذلك .

(1) في (ن، د): سلط .

مضافاً إلى أن الفقهاء يستدلون به في كون الأسقاط موجبا للسقوط، وفي كون الأذن مبيحا للتصرف، ونحو ذلك من المقامات، بتقريب: أنه ماله والشارع سلطه عليه، فإذا أسقطه فلا كلام فيه، ونظير ذلك يذكره في الحقوق، والظاهر عدم الفرق. فنقول: إذا ملكه لغيره فهو (1) مسلط، وليس معنى تسلطه (2) إلا وقوع ما فعله عند الشارع، وتقييده بكونه على نحو قرره الشارع حتى يحتاج في ذلك إلى إثبات الصحة من خارج دعوى بلا بيان، والفهم العرفي بانصرافه غير ظاهر. فإذا ثبت القاعدة في المالية تثبت في غيره أيضاً بعدم القول بالفصل، فإن من قال بأصالة الصحة في بعض العقود قال به في الجميع، فتدبر. الرابع: قوله تعالى في سورة المائدة: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (3). وتحرير الدلالة على المدعى بأن يقال: إن الأيجاب والقبول الواقعيين بين المكلفين لأرب أنه داخل في العقود، لأن معناه الربط، والأيجاب والقبول ربط شئ بآخر، فيشمله ذلك. أو بأن (4) معناه: العهد أو العهد المؤكد، فيشمل الأيجابين أيضاً، لأنه عهد من المتعاقدين ومؤكد كذلك، لبناء العقود على الدوام والثبات - كما يقرر (5) في محلها - فيدخل تحت العموم، وظاهر الأمر وجوب الوفاء بكل ما هو عقد، وكل ما وجب الوفاء به من المكلفين فهو صحيح، إذ ليست الصحة إلا ترتب الأثر شرعاً، فإذا أمضى الشارع ما وقع بالوفاء به والعمل بمقتضاه فعلم كونه مؤثراً في ذلك .وبعبارة أخرى: لا نريد من الصحة إلا قبول أثره المقصود عند الشارع، وهو حاصل من الأمر بالوفاء وملخص كلام أهل اللغة والتفسير في هذه الآية الشريفة: أن صاحب الكشاف .

(2) في غير (م): فنقول هو. (2) في (م): السلطة. (3) المائدة: 1. (4) في (ن): (بيان معناه. (5) في (م): تقرر .

قال: إن العقد العهد الموثق، لشبهه بعقد الحبل ونحوه، وهي عقود الله التي عقدها على عباده وألزمها إياهم، وقيل: هي ما يعقدون بينهم من عقود الأمانات والمبايعات ونحوهما، والظاهر أنها عقود الله عليهم في دينه من تحليل حلاله وتحريم حرامه، وأنه كلام قدم مجملاً ثم عقب بالتفصيل، وهو قوله: احلت لكم (1). (وقال الطبرسي: إن العقد أوكد العهود، واختلف في هذه العهود على أقوال: أحدها: أنها عهود أهل الجاهلية بينهم على النصر والموازرة والمظاهرة. وثانيها: أنها عهود الله في حلاله وحرامه. وثالثها: العقود التي يتعاقد بها الناس بينهم ويعقدها المرء على نفسه، كعقد الأيمان. ورابعها: أمر أهل الكتاب بالوفاء بما أخذ به ميثاقهم بالعمل بما في التوراة والأنجيل في تصديق نبينا صلى الله عليه وآله وما جاء به من عند الله. وأقواها القول الثاني كما رواه ابن عباس، ويدخل فيه جميع الأقوال الآخر (2). وقال البيضاوي: ولعل المراد بالعقود ما يعم العقود التي عقد الله سبحانه وتعالى على عباده وألزمها إياهم من التكليف، وما يعتقدون بينهم من عقود الأمانات والمعاملات (3). ونقل عن الراغب: أن العقود (4) ثلاثة أضرب: عقد بين الله وبين عباده، وعقد بين المرء ونفسه، وعقد بينه وبين غيره من البشر (5). وظاهر الآية يقتضي كل عقد، سوى ما كان تركه واجباً

(1)الكشاف 1: 600 - 601. (2) مجمع البيان 3: 151. (3) تفسير البيضاوي (أنوار التنزيل) 1: 260. (4) في سوى (م): العقد. (5) لا يوجد ما نقل في ما دة (عقد (من مفردات الراغب، قال المحقق النراقي: وقال ا لراغب على ما نقل عنه :العقود... عوائد الأيام: 3 .

[12]

وفي الصافي عممه كذلك (1). والمقدس الأردبيلي في آيات الأحكام قال: يحتمل كون المراد العقود الشرعية الفقهية، ولعل المراد أعم من التكليف والعقود التي بين الناس وغيرها، كالأيمان (2). وفي الخبر في الصافي: أن رسول الله صلى الله عليه وآله عقد عليهم لعلي عليه السلام بالخلافة في عشرة مواطن، ثم أنزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين عليه السلام (3). والحاصل من ذلك: أن المراد هنا إما مطلق العهود، أو عهود أمير المؤمنين عليه السلام، أو عهود الجاهلية، أو عهود الله على عباده، وهي التكليف، أو العقود التي بين الناس، سواء خصصناها بالمتداولة، أو عممناها بالمختصرة، أو جميع ذلك. ولارب أن الآية الشريفة بظاهر الأمر بالوفاء تدل على الصحة فيما دخل تحت عموم العقود وإن بقي الأشكال في الجواز واللزوم، وسنذكر في عنوان آخر (4) إن شاء الله تعالى. فالمهم هنا: بيان ما يدخل تحت العموم حتى يثبت الصحة في المشكوك منه. فنقول: أما اختصاصها (5) بعهود أمير المؤمنين عليه السلام: فهو خلاف الظاهر، والخبر الواحد لا يكفي في الاختصاص على فرض تسليم الدلالة، مع أنه لادلالة فيه (6) غايته أنه مورد نزول الآية، والمورد لا يخصص العام من هذه الجهة وإن بقي فيه شبهة إرادة العهد، وسيجئ الكلام فيه. مضافاً إلى أن العهد لأمير المؤمنين عليه السلام إنما هو داخل في باطن الآية، كما يعلم ذلك من ملاحظة تفسير أكثر الآيات المذكور فيها (7) مثل العهد والأمانة

(1)تفسير الصافي 1: 417. (2) زبدة البيان: 462. (3) يأتي في العنوان 29. (4) يأتي في العنوان 29. (5) في غير (م): اختصاصه. (6) في سوى (م): (1) في غير (م): المذكورة فيها .

[13]

ونظائر ذلك، بل بعد التتبع يعلم أن غالب آيات القرآن مؤول إلى علي عليه السلام وأولاد الطاهرين، وهو لا ينافي الاستدلال بالطواهر. مع أنه يمكن أن يقال: إن الميثاق لأمير المؤمنين عليه السلام عبارة عن وجوب إطاعته وثبوت ولايته، وقبوله مستلزم للآتيان بالتكليف كملاً، لكون التخلف عنه تخلفاً عن إطاعته في ذلك الجزء المتخلف عنه. وبالجملة: لا قدح في الآية من هذه الجهة. وأما إرادة عهود الجاهلية:

فلم يَقم على تخصيصها (1) بها قرينة، ولم يذكره أكثر أهل اللغة والتفسير، مع بعده عن سياق الآية جدا ومخالفته لما رجحه أكثر أهل التفسير بل كلهم. وأما إرادة التكاليف خاصة: فهو أيضا تخصيص من دون مخصص، إذ في اللغة والعرف تعم تلك وغيرها، وقد عممها (2) جماعة من أهل التفسير واللغة. وكلام صاحب الكشاف وإن كان ظاهرا في اختصاصها (3) بها، لكنه غير مسموع، بلا شاهد (4) بل هو اجتهاد صرف معارض بكلام غيره (5) مع احتمال (6) إرادة ما يعم عقود الناس أيضا من الحلال والحرام، كما مر في كلام الطبرسي أنه رجح قول ابن عباس ثم (7) قال: ويدخل فيه جميع الأقوال الآخر (كما ذكرناه آنفا) (8) فالظاهر من ذلك حينئذ إرادة العقود والعهود والتكاليف كلها، أو الأول خاصة، أو مع الثاني. وعلى كل تقدير: فتعم عقود الناس، كما هو محل البحث. فكل ما يسمى عقدا لو شك في صحته وفساده - لفقد ما يحتمل كونه شرطا، أو وجود ما يحتمل كونه مانعا، أو للشك في كون شئ شرطا، أو كونه مانعا - يحكم بالصحة،

(1) في سوي (م): تخصيصه. (2) كذا في (م) والعبارة في غيرها هكذا: إذ اللغة والعرف يعم ذلك وغيره، وقد عممه... (3) في غير (م): اختصاصه. (4) في (م): إذ لا شاهد له. (5) في (م) زيادة: على أنه غير صريح فيه. (6) في (م): لاحتمال (8). في (م): فانه بعد أن رجح قول ابن عباس قال. (8) لم يرد في (م).

[14]

لدخوله تحت العموم. نعم، بقي هنا كلام، وهو أن المراد بالعقود بعد شموله لمحل البحث هل العقود المتعارفة في زمن الشارع، أو كل عقد مخترع أو متعارف؟ وتظهر الثمرة فيما لو أريد تشريع عقد جديد لثمرة مقصودة، فهل يمكن التمسك في صحته بالآية أو لا؟ (1). فعلى الأول: لا يمكن، لانصرافها إلى المتعارفة، فيحتاج في دخول المشكوك فيه في الآية إلى العلم بأنه من العقود المتعارفة، والفرص أنه مخترع. وعلى الثاني: نعم (2)، لصدق أنه عقد، فيدخل. رجح جماعة كون المراد المتعارفة، ولعل السر في ذلك: أن الجمع المحلي باللام وإن كان يفيد العموم بالوضع إلا أنه محتاج إلى عدم وجود قرينة العهد أو مجاز آخر، وهنا ليس كذلك، كما ذكرنا نظيره في الاستغراق العرفي، ومثلوا له بقولهم: جمع الأمير الصاغة. وتوضيحه: أنه لا ريب في كون العقود معروفة بين الناس على حسب ما يحتاجون إليه (3) في أمر معاشهم، فإذا كان متداولاً هذا التداول فلا ينصرف هذا الخطاب إلا إلى ما هو المتداول، فيكون الاستغراق عرفياً، بمعنى كونه منصرفاً إلى المعهود من العقود، فإذا ثبت كون عقد متعارفاً في ذلك الزمان وضح دخوله تحت العموم ينفي شرطية المشكوك فيه أو مانعيته بالأصل وبإطلاق الآية، لإدراك شك في الصحة والفساد من جهة الشك في كونه متعارفاً داخلاً تحت الآية أم لا. ويبقى الكلام حينئذ في معرفة المتعارف وغيره، فنقول: الميزان في ذلك (4) حصول التعارف الان وعدمه، فإنه كاشف عن الزمان السابق بأصالة التشابه وعدم التغير. (5)

(1) العبارة في (م) هكذا: وتظهر الثمرة في إمكان التمسك بالآية لصحة عقد جديد وعد مه. (2) في (م): يمكن. (3) في (م): إليها. (4) العبارة في (م) هكذا: والميزان في معرفة المتعارف وغيره حصول.... (5) في (ن): التغير.

[15]

ولا يبعد منع الانصراف إلى المتعارف، نظراً إلى أن العموم الاستغراقي إنما هو مفيد لعموم الأفراد - لا الأنواع - على مقتضى الوضع والعرف، وحمله على استغراق الأنواع مما لا شاهد له، فإذا اشتمل (1) الأفراد عموماً، فإما أن يراد منه الأفراد المتعارفة، أو مطلقاً. فعلى الثاني: يلزم العموم مطلقاً، وهو المطلوب. وعلى الأول: فاللازم عدم إمكان التمسك بها في الأفراد القليلة الوقوع من البيع والصلح وغير ذلك من الأنواع المتعارفة أيضاً، لأنها غير داخلية، فتنتفي ثمره الآية في الاستدلال، إذ لا يقع الشك الموجب للتمسك بها إلا في فرد له نوع ندرة. مضافاً إلى إطباق الأصحاب

على التمسك بها في الأفراد النادرة من الأنواع الغالبة، بل في الأفراد التي هي أشد ندرة بحيث لا يكاد يقع، وليس هذا إلا لعدم الانصراف إلى المتعارف. مع أنا نقول: إن عدم تعارف الوجود لا يضر في دلالة العام، لأنه يشمل النادر أيضا، وإنما ذلك يمنع في المطلق، مضافا إلى أن المانع غلبة الإطلاق، وأما غلبة الوجود إذا لم يكن في إطلاق اللفظ عليه شبهة فنمنع الانصراف. وما يقال: إنه لا منافاة بين التعميم في الأفراد للنادرة (2) وفي الأنواع إلى الغالبة. قلت: نعم، لا منافاة في ذلك، لكن الحمل يحتاج إلى دليل، إذ الحمل إما أن يكون للغلبة فلاوجه لأدخال الأفراد النادرة، بل ينبغي عدم إدخالها، لأن الفرد إنما هو مورد العموم، فلاوجه لأن يقال بخروج النوع النادر دون الفرد. وإن كان احتمال (3) إرادة العهد من العام فلاقرينة له سوى غلبة الوقوع، وهو مشترك بين النوع والفرد. والحاصل: لم أجد وجها في إخراج الأنواع النادرة دون الأفراد النادرة من

(1) في (م): شمل. (2) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: النادرة. (3) في هامش (م): (لاحتمال، ظ.

[16]

الأنواع الشائعة. واحتمال: أن يكون السبب وجود الأفراد النادرة مع شيوع النوع في الجملة، بخلاف النوع النادر الغير المتعارف، فإنه غير واقع أصلا مدفوع بمنع وجود جميع أفراد النوع الشائع التي يختلف باختلافها الحكم، ومنع عدم وجود النوع النادر. والقائلون بحمل الآية على المتعارفة يقولون بعدم شمولها للعقود الموجودة إذا لم تكن متعارفة بحيث يكشف عن تداولها في زمن الشرع، فلاوجه لاعتبار عدم الوجود أصلا. فلو عممنا الآية الشريفة لكل ما يسمى عقدا وقلنا بشموله لنادر الأنواع والأفراد - إلا إذا انجرت الندرة إلى حد يشك في كونه عقدا، فلا يشمل - لكان أوفق بظاهر الآية، وأوسع في الاستدلال. نعم، شمولها للأفراد الشائعة من الأنواع المتعارفة واضح، وللنادرة منها أيضا لإشكال فيه، وللأنواع النادرة محل خفاء. ولكن الظاهر العموم، فلا يفترق الحال بين الشك في النوع أو الفرد بعد العلم بتعارفه أم لا في إدراجه تحت الآية والحكم بالصحة بعد ثبوت كونه عقدا. ويمكن أن يقال: إن المتعارف عند الناس لما كان إطلاق العقد على البيع والأجارة والنكاح والمساواة ونحو ذلك، فكأنهم يعدون هذه الأنواع أفرادا للعقد، بل لا يسبق إلى النظر من قولك: (كل عقد) إلا البيع والصلح ونحوهما، دون هذا البيع وذلك (1) ونحو ذلك، فينصرف إلى الغالب في الأفراد الإضافية المركوزة في الأذهان، ويصير بمنزلة (أوفوا بالبيع والصلح) ويعم حينئذ كل فرد من الأنواع المتعارفة وإن كان نادرا، لتعلق الحكم بالطبيعة السارية في جميع أفرادها، والندرة لا تقدر في ذلك .

(1) في (م): دون هذا البيع وذلك وذلك .

[17]

وهذا الكلام له وجه تخريج، إلا أن الآية على المختار شاملة لكل عهد بظاهر لفظ العموم (1) وكلمة المفسرين، فينبغي (2) ارتكاب هذا الكلام في التكليف أيضا بوجوب الوفاء بالأنواع الشائعة - كالصلاة وحرمة الزنا - وإن كان في أفرادها (3) النادرة، دون الأنواع النادرة، وهو خلاف ظاهر الآية وظاهر أهل التفسير، بل ظاهرهم الأطباق على إرادة الحلال والحرام مطلقا، فكذلك في العقود، فتدبر. فلاوجه لرمي الآية الشريفة بالأحمال - كما يترأى من بعض المتفهمة - ولا حملها على الأنواع المتعارفة كما طفحت به كلمة طائفة من المدققين، والله العالم. وهنا إشكالات: أحدها: أنه لا ريب في خروج كثير من العهود عن الآية، لعدم لزوم الوفاء بها، سواء كان في الأحكام الألهمية، أو في العهود بين الناس، أو نحو ذلك، فاللازم على هذا إما ارتكاب تخصيص الأكثر، وهو غير جائز أو نادر. وإما حمل العموم على المعهود، وهو مخرج عن الدلالة على ما هو المراد من التمسك به في كل مشكوك، بل يختص إلى المتعارف

(4) فردا أو نوعا .والجواب عنه: أن المراد - كما ذكرناه - هو العموم الأفرادي، ولأرب أن أفراد العقود الصحيحة أكثر وجودا من أفراد الفاسدة، وكذا أفراد الواجب في التكليف أكثر وقوعا وترك الحرام شائع تحققا، فالعهود اللازمة الوفاء أكثر أفرادا من غيرها. مضافا إلى أن استهجان تخصيص الأكثر إنما هو مع عدم بقاء كثرة يعتد بها، وهنا ليس كذلك، حتى لو أريد الأنواع (5) لأن الأنواع اللازمة الوفاء أيضا كثيرة، فتدبر. وثانيها: أن الحمل على العموم إنما هو مع عدم وجود قرينة على خلافه أو

(1) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف (العقود). (2) في (ف، م): ينبغي. (3) في (م) أفراد. (4) كذا، والصواب: بالمتعارف. (5) في (م) زيادة: أيضا .

[18]

وجود شئ صالح لأن يكون قرينة، فإنهما يرفعان الظهور المعتبر في الحمل على الحقيقة، ولأرب أن سبق ذكر أفراد معهودة سابقا يوجب صرف العموم إليها، أو هو صالح للصرف، بمعنى أنه يحتمل كونه صارفا، كما لو قال المولى المالك لعشرين بيتا وعشرين ثوبا لعبده: (اغسل كل يوم الثوب الفلاني والفلاني) - مثلا - إلى خمسة، (واكنس البيت الفلاني والفلاني) إلى خمسة أيضا معينة من البيوت والثياب، ثم قال بعد مضي أيام في يوم: (اكنس البيوت، واغسل الثياب، واذهب إلى السوق) لأنصرف إلى ما هو المعهود من ذلك، لا إلى العموم. ولأرب أن سورة المائدة من أواخر السور المنزلة، ولاشك أن قبل نزولها قد علم من الشارع عهود وأحكام معلومة من الواجبات والمحرمات وصحة بعض العقود وبعض الأيقاعات، فهذا يوجب كون الخطاب منصرفا إلى ما سبق دون العموم. مضافا إلى كون قوله تعالى: أحلت لكم بهيمة الأنعام (1) تفسيرا للعقود، كما في كلام بعض أهل التفسير (2) (وهو مما يضعف الحمل على العموم. وهذا الأشكال (3) مع صدوره عن الفاضل المعاصر في عوائده (4) مما لا ينبغي أن يصغى إليه من وجوه: أما أولا: فلأن سورة المائدة إذا كانت آخر السور في قول، أو في أواخر (5) عهد النبي صلى الله عليه وآله فلا ريب في انتشار الأحكام وبيان الحلال والحرام في ذلك، فيحمل حينئذ على العموم، ولم يبق شئ من العهود حتى لا يدخل تحت الآية الشريفة. وثانيا: أن كون ما سلف قرينة لأرادة العهد لا يكفي فيه السبق فقط في الجملة

(1) المائدة: 1. (2) قاله الزمخشري في الكشاف، كما تقدم في ص: 11. (4) (العبارة في (م) هكذا: وهذا الأشكال قد صدر من الفاضل المعاصر في عوائده، وهو مما... (4) عوائد الأيام: 7، العائدة الأولى. (5) في (ف، م): آخر .

[19]

بل لابد من علم المخاطبين بذلك، ولانسلم ان المشافهين بخطاب (أوفوا بالعهود) الحاضرين في مجلس الوحي كانوا كلهم عالمين بما سبق من العهود، سيما على القول بشمول خطابات القرآن للغائبين أيضا وإن لم نقل بالمعدومين. ومجرد سبق الذكر بالنسبة إلى بعض لا يوجب صارفا بالنسبة إلى الكل، وتوجه الخطاب بالنسبة إلى الملتفت إلى القرينة وغيره (1) يكشف عن إرادة الحقيقة، كما أن توجه الخطاب المطلق إلى الواجد للشرط والفاقد يدل على عدم الشرطية. وثالثا: أن سبق الذكر لو سلم في الجميع لا يكفي أيضا إلا مع بقاءه في الذهن إلى حين الخطاب، وإلا فلا يكفي في كونه قرينة - كما هو واضح - وهو غير ثابت هنا، وإثبات مثل ذلك بالاستصحاب ونحوه كما ترى! ورابعا: أن استدلال الأصحاب إنما هو في العقود بين الناس، ولأرب في وجودها بين العهود السابقة المعهودة، ولا يحتاج إلى العموم، إذ ليس لأحد أن يقول: كان بعض من هذه العقود غير متعارفة إلى وقت نزول سورة المائدة، فلو أريد العهود السابقة المعهودة - سواء كان من الله تعالى أو من الناس - لدخل محل بحث الأصحاب فيه. وخامسا: أن المراد بسبق الذكر الموجب للعهد في ظاهر كلام المورد إنما هو بيان حكمه من الله تعالى، كاحل الله البيع (2) ونحوه،

ويحتمل بقاء بعض من العقود غير معلوم الحكم فعلم بعد سورة المائدة، فلا يشملها الآية. وهذا مناقض لكلامه، لأنه سلم إرادة العموم من الآية في التكاليف والأحكام الوضعية والعقود بين الناس ونحو ذلك. وهذا الأشكال ناظر إلى عدم كون العقود الفقهية داخلا في العهود، بل أحكامها الثابتة من الله تعالى - من الحلية والصحة ونحو ذلك - داخلة فيها، وهو خلاف الفرض

(1) في غير (م): على القرينة وعدمه. (2) البقرة: 275 .

[20]

وسادسا: أن احتمال العهد إنما هو مع مطابقة الحكم في السابق واللاحق، - كما في مثال البيت والثوب الذي ذكره - وأما مع اختلاف الحكم فلا نسلم الانصراف، كما لو قال: (يجوز لك غسل الأتواب الخمسة) ثم ذكر بعد ذلك (يجب غسل الأتواب) ونظير (1) ذلك، ولم يثبت عندنا سبق الحكم بالعقود الفقهية ونحو ذلك من التكاليف بالأمر بالوفاء حتى ينصرف هذا الأمر إليه، وإنما سبق كونه حلالا وحرما أو صحيحا وفاسدا ونحو ذلك، ووجوب الوفاء حكم جديد وإن كان مستلزما لبعض ما سبق، وهذا غير ما ذكره من المثال، وبينهما فرق. وسابعا: أن إرادة العهد من الآية بعد بيان الحكم سابقا يصير تأكيدا لما مضى من الأدلة على الأحكام، ويحتاج إلى ارتكاب التناسي وغير ذلك، ولاريب أن التأسيس أولى من التأكيد، وهذا مما يؤيد عدم الاختصاص بالعهود الألهية - كما أشعر به كلام المورد - إذ العهود الألهية يعرف لزومها وعدمها من دليلها المثبت للأحكام وجوبا وتحريما، ولايحتاج إلى قوله: (أوفوا بالعهود). وثامنا: أن ظاهر كلام أهل التفسير عدم إرادة العهد - كما ذكرناها آنفا - وهذا من عمدة القرائن على ذلك، فإنهم وإن اختلفوا في تفسيره ومعناه، لكنهم لم يختلفوا من حيثية إرادة ما سبق قبل سورة المائدة، أو الأعم. وتاسعا: أن إطباق الأصحاب على التمسك بها يكشف عن عموم الآية وعدم كون ما يتخيل كونه صارفا صارفا، فلاوجه للتمسك والانجماد بمجرد الاحتمال البارد. وما ذكره: من كون ما بعد الآية مضعفا لعمومه، إن اعتمد في ذلك على مقتضى العرف واللغة فأى قاعدة تدل على ذلك؟ إذ ذكر بعض أفراد العموم بعده لا يوجب انحصاره فيها، بل يدل على دخولها فيه جزما، كما لا يخفى على من لاحظ العرف. مضافا إلى أن ظاهر كلامه احتمال الحمل على ما سبق، بل ظهوره، فكيف يعقل انحصاره فيما ذكر بعده من الأحكام القليلة؟ وهذا مما يدل على ضعف الكلام

(1) في هامش (ن): نطائر، صح .

[21]

السابق، فإنه مخرج عن إرادة العهد بما سبق، لدلالة ذكر هذه الأحكام بعده على دخولها في العموم جزما، وإذا تعدينا عن المعهود إلى غير المعهود كشف عن عدم إرادة العهد، ولافارق بين أفراد غير المعهود، فتبصر. وإن استند في ذلك إلى كلام صاحب الكشاف (1) فهو غير مفيد للانحصار - فلاحظ - ثم معارض بكلام أهل التفسير المعممين للعقود، مع ما فيه من الأجوبة التي لانطيل الكلام بذكرها مع وضوح المدعى. ودفع دلالة الآية الكريمة الظاهرة بمثل هذه الاحتمالات الواهية مما لا ينبغي صدوره عن متفقه، فضلا عن فقيه! ولا يعد أمثال ذلك دقة في الفهم ولاغورا في المطلب، وإنما هو انحراف عن جادة الذوق السليم بعروض التخيلات التي لا تليق بشأن أصحاب الفنون، سيما مع إطباق أصحابنا الأعلام خلفا بعد سلف على التمسك بها من دون التفات إلى هذه المناقشات. ولاريب [في] (2) أن نظرهم ثاقب وتأملهم غالب. وثالثها (3): أنه لو حمل الآية الشريفة على العموم لزم الجمع فيها بين إرادة التأكيد والتأسيس، إذ لاريب في كون بعض أفراد العقود كان وجوب الوفاء به معلوما قبل نزول الآية، فيصير بالنسبة إلى ذلك البعض تأكيدا وبالنسبة إلى ما عداه

تأسيسا، وهو غير جائز، إذ ما دل على عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى يدل على عدم جواز هذا أيضا، فلا بد إما من الحمل على التأكيد أو التأسيس فلامعوم. وحمله على باب التناسي أيضا خلاف الأصل - كالتخصيص - فالترجيح يحتاج إلى دليل. وأنت خبير بأن هذا أوهن من سابقه، إذ ما دل على المنع في المشترك إما عدم ثبوت الاستعمال وهو فيما نحن فيه ثابت ولا يمكن إنكاره ظاهرا، وإما لزوم التناقض لو أدخلنا (الوحدة) وهو هنا غير موجود، وليس كون شئ تأكيدا

(1) وهو كون قوله تعالى: أحلت لكم تفسيراً للعقود، راجع ص... (2) لم يرد في (ن، د). (3) أي: ثالث الأشكال على دلالة الآية .

[22]

وتأسيسا منجلا إلى معينين حتى يمنع منه، ولم نجد مانعا من ذلك، فعلى المستدل البيان، ووقوعه عند أهل العرف كاف في صحته، ولا يصغى إلى قيام الدليل بعدم جوازه. مع أنا نقول: نحمله على التأكيد بقربة ما مر من كلامه: من سبق أكثر الأحكام، وتدعي دخول محل بحث الأصحاب تحته، للعلم بغلبة وقوع العقود وعدم إمكان تأخير حكمه إلى آخر أيام النبي صلى الله عليه وآله حتى يعلم بسورة المائدة، فيصير المشكوك فيه داخلا تحت الدليل مرتين. أو نقول: غاية الأمر الأجمال في كونه تأكيدا أو تأسيسا ابتداء، فنقول: هذا لا يضر في إثبات صحة العقود المشكوك، لأننا نقول: إن كان (1) هذا المشكوك فيه مما علم وجوب الوفاء به قبل هذه الآية فهو صحيح، وإن كان لم يعلم قبل ذلك فهو داخل في الآية، لأنها تأسيس على الظاهر، وهو أولى من التأكيد، فيكون المشكوك فيه معلوم الصحة، إما بالآية أو قبلها، وهو المطلوب. مضافا إلى أن الحمل على التناسي يترجح بظاهر كلام أهل اللغة والتفسير وبفتاوى الأصحاب، وكمال (2) بعد الحمل على غير ما علم أو ما علم خاصة، كما لا يخفى على الفطن. ورابعها: أن العقد هو العهد الموثق، فعلى فرض العموم يدل على صحة كل عهد موثق، والعقد الفقهي ما لم يثبت صحته ولزومه فهو غير موثق، واللازم من ذلك حينئذ الدور، لتوقف إثبات الصحة شرعا بالآية على ثبوت الاستيثاق في العقد المشكوك، وتوقف ثبوته على ثبوت الصحة واللزوم الشرعي، إذ ما عداه غير موثق. ولو سلم حصول التوثيق بالعرف أيضا من دون حاجة إلى شرع نقول أيضا: هذا لا ينفذ في مقام الاستدلال، إذ المقصود إثبات صحة كل عقد معروف أو غيره،

(1) العبارة في (م) هكذا: وهذا لا يضر... إذ لو كان... (2) كذا في النسخ .

[23]

وليس في شئ من ذلك استيثاق. ومجرد بناء المتعاقدين على عدم الفسخ لا يجعل ذلك موثقا، لأن ذلك إنما هو معنى أصل العهد، فإن المراد به العزم على الأتيان دون الفسخ، فما لم يثبت استيثاق لا يدخل في الآية، وأنى للمستدل باثباته؟ والجواب أولا: بأن من فسر العقد بالعهد المؤكد صرح بدخول عقود الناس فيه، وهو كاشف عن إرادته من التوثيق معنى هو موجود فيها، وإلا لم يصح بدخولها (1). (وثانيا: أنه معارض بذكر أهل التفسير وكثير من أهل اللغة دخول البيع ونظائر ذلك تحت العقد، من دون إشارة إلى كون الدخول من جهة لزومه الموجب للتوثيق. وثالثا: بأن تصريح أهل التفسير على العموم بقربة على عدم إرادة التوثيق بما ذكر. ورابعا: بأنه قد ذكر في الأخبار إطلاق العقد على هذه العقود المعروفة غالبا (2) وهو كاشف عن دخولها تحت العقود في الآية، من دون حاجة إلى اعتبار معنى التوثيق، أو كفاية ما هو المعبر في العقد في حصوله، فلا تذهل. وخامسا: بأن العهد لما كان يتحقق من جانب واحد فيكون حصوله من الجانبين وثوقا عرفا، إذ لا ريب أن ما هو من الطرفين أوثق مما هو من الواحد، وهو موجود في العقود كلها. وإلى هذا المعنى يشير قول بعض أهل اللغة: إن العهد يصير من جانب، والعقد لا يكون إلا بين اثنين (3). وسادسا:

بأن التوثيق ليس إلا التأكيد والمبالغة، ولأريب أن حقيقة العهد ليس إلا الالتزام، وهو يوجد بعقد القلب من دون حاجة إلى شئ آخر، والعقود الفقهية

(1) في نسخة من (م): بدخوله. (2) لم نظفر عليه، إلا في بعض الأخبار الواردة في النكاح والطلاق، مثل ما رواه في الوسائل 14: 395، الباب 48 من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح 1، و 15: 421، الباب 10 من أبواب العدد، ح 2، (3) معجم الفروق اللغوية: 366، مجمع البحرين 3: 103 .

[24]

يزاد فيها الألفاظ، بل الصيغ الخاصة الجامعة لصراحة الدلالة وغيرها مما اعتبر فيها، وإن هذا إلا توثيق للعهد الصادق بمجرد النية بلاشبهة. فالمناقشة في كون العقود الفقهية عقدا لغة موهون جدا، سيما مع إطلاق بعض أهل اللغة كونه بمعنى العهد، أو الربط بين الشئيين (1)، فتدبر. وخامسها (2): أن العقد إذا صار بمعنى العهد، فنقول: للعهد معان كثيرة: منها: الوصية والأمر واليمين وغير ذلك، وما نحن بصدد إثباته ليس داخلا في شئ من ذلك، ولو سلم أن يكون للعهد معنى يشمل المبحوث عنه، فإن إرادته منه في الآية غير معلوم، فيمكن أن يراد الوصايا الإلهية الموثقة أو التكاليف اللازمة، أو يراد مطلق الوصايا، أو يراد الأوامر والأيمان والضمانات. وأنت خير بأن هذا الكلام من الوهن بمكان. أما أولا: فلأن تفسير أهل اللغة (العقد) بمعنى (العهد) لا يجعله قابلا لهذه الشقوق، إذ هذا الكلام إنما هو فيما لو أطلق لفظ (العهد) وبينهما فرق عميق. وأما ثانيا: فلأن المفسرين له بمعنى العهد أدخلوا فيه العقود الفقهية - كما ذكر في عبارة أهل اللغة وعبارت أهل التفسير - فلاوجه للرمي بالأجمال. وثالثا: أن عد هذه الأمور معاني للعهد ممنوع، إذ كلها مندرج تحت معنى عام هو المسمى بالعهد. وليس مشتركا لفظيا حتى يقع الأجمال، ولا يخفى كونه مشتركا معنويا على من له ربط بطريقة أهل اللغة والعرف وانس بضوابط أهل الاشتقاق. فاللائق إرادة كل ما هو عهد والزام والتزام وتوطئة وتمهيد، وهو شامل لسائر ما ذكره، كما يشمل كل العقود. هذا مع ما في كلام أهل التفسير كلمات (3) الأصحاب من الشهادة على دخول العقود الفقهية في الآية المرجح لهذا الاحتمال المخرج عن الأجمال. وسادسها: أن العقد - على ما علم من اللغة - هو الجمع بين الشئيين بحيث

(1) انظر مجمع البحرين 3: 103. (2) أي: خامس الأشكالات على دلالة الآية. (3) (في ف، م): كلمة .

[25]

يعسر الانفصال، فإذا كان هو المعنى الحقيقي فيكون المراد في الآية معناه المجازي، فيتسع دائرة الكلام ومجال الجدل في الآية، كما لا يخفى. وفيه: أن العقد في كلامهم إنما هو العهد - كما عرفت - أو مطلق الربط بحيث يشمل المحسوس وغيره. ولو فرض اختصاصه بما ذكره، فنقول: لأريب أن الآية لا يراد بها أن الأشياء التي جمعت بينها وأوصلتم بعضها ببعض لا تفصلوا بينها، إذ هذا لا ربط له بمنصب الشرع، وليس مراد الله: أن من وصل حبلا بحبل أو بعيرا بحمار أو خشبا بجدار يحرم أن يفصل بينهما، فليس إلا أن يراد به أقرب المجازات، وليس إلا ارتباط المعاملات والشروط - ونحو ذلك - وما قبله العباد من الالتزام بالتكاليف الإلهية والروابط المجعولة بين الصانع وبين مخلوقاته، وهو شامل لمحل البحث، ويؤيده إطباق كلمة المفسرين على هذا المعنى في الجملة. فلا مجال للتكلم في الآية بما يوجب نقضا (1) في الدلالة والله أعلم (2). الخامس (3): عموم ما دل من الروايات على أن المؤمنين أو المسلمين عند شروطهم (4) - كما سيذكر إن شاء الله تعالى في بحث الشروط - بتقريب دلالتها على أن كل شرط لازم، والشرط عبارة عن الالتزام، وهو مفيد للصحة فيما هو كذلك، والعقود كلها فيها (5) إلزام والتزام، لأنها نوع عهد، كما قرر. أو يراد من الشرط الربط وتعليق شئ بشئ - كما يأتي ذكره إن شاء الله تعالى - فيشمل العقود أيضا، لأنها ربط وتعليق لأحد الطرفين، وحيث ثبت إمضاء الشارع لكل (6) شرط فيشمل محل

البحث .وخروج ما خرج بالدليل لا يقدح في كون العام حجة في الباقي، ويجئ في المقام زيادة توضيح .

(1) في (ن): نقصانا، وفي (د): نقضا. (2) في (م): والله العالم. (3) أي: الأمر الخامس من الامور الدالة على أصالة الصحة في العقود. (4) راجع الوسائل 35312: الباب 6 من أبواب الخيار، ح 1، و 5، وعوالي اللالائي 1: 218، ح 84. (5) في (ف، م): فيه. (6) في (ن، د): كل .

[27]

[العنوان الثامن والعشرون] [في بيان أصالة الصحة في الأيقاعات]

[28]

عنوان [28] هل في الأيقاعات أيضا أصل يدل على الصحة فيما شك في حكمه من جهة شرط أو مانع، أو شككنا في مشروعية أصله أم لا؟ وقد يتمسك في ذلك بامور: أحدها: عموم (المؤمنون عند شروطهم) (1) لو أريد منه الأكرام والالتزام، ولاريب أن الأيقاعات - كالطلاق والظهار والعتق والأذن ونظائر ذلك - التزامات لمقتضياتها، فتدخل تحت العموم ويثبت كونها ممضاة (2) من الشارع. ويجئ هنا البحث السابق في الحمل على المتعارف وعدمه، ويجئ (3) الكلام السابق في التعميم للأفراد والأنواع، ويتمسك به، حتى في الشك في مشروعية إيقاع من الأيقاعات من أصله، كإخراج مال عن ملك مالكة بقوله: (أخرجته عن ملكي) ونظائر ذلك. لكن يمكن أن يقال: إن الظاهر من كون المؤمنين عند شروطهم الشروط الواقعة بينهم، فلا يشمل غير ما هو بين اثنين، والأيقاعات كلها أو أغلبها التزامات (4) بين المكلف وبين الله، لاشرط بينه وبين آخر .

(1)عوالي اللالائي 1: 218، ح 84، والوسائل 12: 353، الباب 6 من أبواب الخيار، ح 1 و 5 بلفظ: المسلمون.
(2) في غير (م): ممضى. (3) في (م): كما أنه يجئ. 1 (في غير (م): التزام .

[29]

ويمكن المنع بأن المراد: كل مؤمن لابد أن يقف عند شرطه ولا يتجاوزه، ولا دلالة فيها على الوقوع بين الاثنين، ولا انصراف أيضا، وبعد ما ثبت عدم المنع من جانب الشارع بل أمره بالوقوف عنده تثبت صحته، إلا ما دل الدليل على خروجه، فيخرج. والمنافشات مع أجوبتها مما لا يخفى، خصوصا بعد ما ذكرنا في العقود، وثانيها: عموم أوفوا بالعقود (1) لما مر أن المراد بالعقد هو العهد، وهو شامل للأيقاعات، بل بعضها دخوله مصرح به في كلام أهل اللغة والتفسير - كالنذر واليمين والعهد وغير ذلك - وبذلك يسقط اعتبار الوقوع فيما بين الاثنين في معنى العقد، لأطبق أهل اللغة والتفسير - كما عرفت - على دخول اليمين تحت العقد لغة وعرفا، أو دخوله في المراد من الآية الشريفة، ولا بدع (2) في دخول الأيقاعات كافة تحت العقد، سيما (3) بقربة ما ذكر، وبمعونة كلام الراغب (4) (وغيره من أهل اللغة. ودخول مثل (5) الشفعة والخلع ونظائرها أوضح من غيره. ولا مانع [منه] (6) سوى ما يستفاد من كلمات (7) الأصحاب من كون العقد عبارة عما يحتاج إلى الطرفين، وهو (8) كاشف عن فهمهم من الآية ذلك، وهو يصير موهنا للعموم في الآية إلى هذا الحد، ويؤيد كلام من اعتبر وقوعه بين اثنين، والجرأة على مخالفتهم من الامور المشككة، ولكن لو ادعي ذلك لم يكن بعيدا جدا (9). ولقد رأيت في كلام بعض من تأخر التنبيه على هذا التعميم، أظن (10) أنه السيد

(1)المائدة: 1. (2) في (م): ولابعد. (3) في (م): ولو. (4) المفردات: 341 (5). العبارة في (م): سيما مثل، ولم يرد فيها - في آخر الفقرة - (أوضح من غيره). (6) من (م). (7) في (ف، م): كلمة الأصحاب. (8) في (م): إذ هو. (9) العبارة في (م) هكذا: فيصير موهنا لعمومها، لكن مع ذلك ما ذكرناه لم يكن بعيدا. (10) في (م): وطني .

[30]

السند المعاصر السيد محمد باقر الرشتي أطال الله بقاءه (1) ولا بأس به (2). وثالثها: قوله عليه السلام: (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (3). (بتقريب: أن الرواية دلت على أن المحرم والمحلل هو الكلام لاغيره، والأيقاعات إنما هي من مقولة الألفاظ والكلام، فينبغي أن يكون محللا ومحرمًا، إلا إذا دل دليل على خلافه. ولكن لقائل أن يقول: إن مدلول الرواية: أن غير الكلام لا يحلل ولا يحرم، لأن كل كلام محلل ومحرم. ودعوى: أن الرواية أسندت الحكمين إلى جنس الكلام ونفى عن غيره ومقتضاه ثبوت هذا الحكم في كل فرد من أفراده بالعموم الجنسي، مدفوعة بأن ذلك فرع كون الكلام مسوقا لبيان حكم الكلام، وهنا ليس كذلك، بل هو مسوق لنفي الحكم عن غير الكلام، كما لا يخفى. ومن هنا يندفع احتمال عموم الحكمة، لابتناؤه على عدم الفائدة في الكلام لو لم يحمل على العموم، وهنا ليس كذلك، إذ ليس فائدة الرواية إثبات الحكم للكلام حتى يقال: إن الفرد المنتشر منه غير مفيد للفائدة والمعهود غير متحقق (4) فثبت العموم، بل فائدة الخبر نفي الحكم عن غيره وإن كان في طرف الأثبات مجملا بحسب الكلية والجزئية، فتدبر. وهذا كله بالنسبة إلى تأسيس القاعدة في نوع العقد والأيقاع، وإلا ف فيما دل على مشروعية العقود والأيقاعات المعنونة في الفقه من الأدلة الخاصة عموما أو إطلاقا كفاية في مقام الشك في جزء أو شرط أو مانع. نعم، لو أريد إحداث عقد أو إيقاع جديد غير منصوص بالخصوص فلا بد من تأسيس هذا الأصل بحيث لا ينحصر على الأنواع المتعارفة، حتى يثمر في هذا،

(1)صاحب مطالع الأنوار - في شرح الشرائع - ومؤلفات أخرى، المتوفى: 1260. (2) ولا بأس به: لم يرد في (م). (3) الوسائل 12: 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، ج 4. (4) في (ن، د): غير محقق .

[31]

المقام. وهذا الغرض مع إشكاله - وإن قويناه سابقا - قليل الثمرة. المقام الثاني في شبهة الموضوع: (1) من عقد أو إيقاع صادر في الخارج لا يعلم أنه من النوع الصحيح أو من النوع الفاسد مع العلم بالصحيح والفاسد من الأدلة، فهل يمكن أن يقال: إن الأصل هنا أيضا كونه صحيحا أم لا؟ وجهان: يحتمل أن يقال: إن عموم أوفوا بالعقود و (المؤمنون عند شروطهم) ونظائر ذلك مما دل على الصحة عام شامل لهذا الفرد قطعاً، ولم يخرج من ذلك قطعاً إلا ما علمنا فساداً، وما شك فيه فهو داخل تحت العموم، لعدم العلم بالخروج. ويحتمل أن يقال: إنا إذا علمنا بخروج نكاح الشغار - مثلاً - وعقد المغارسة وبيع الربوي (2) وبيع المجهول والطلاق بغير شاهدين - ونحو ذلك عن عموم العقود والشروط، ثم شككنا في الفرد الموجود في الخارج عن مكلف هل أوقفه مجهولاً أو معلوماً؟ فيرجع هذا إلى عدم العلم بأن هذا الفرد داخل في المخصص، أو داخل في العام، نظير قولنا: أكرم بني تميم إلا الطوال، وشككنا في زيد - مثلاً - من بني تميم أنه طويل أو قصير، فيرجع الشك إلى كونه تحت العام أو المخصص، وفيه للاصوليين قولان: قول بأنه داخل تحت العام - كما ذكر في الاحتمال الأول - ولهم على ذلك وجه: أحدها: أن الظاهر من أهل العرف إلحاق هذا الفرد بالعام، إذ لو قال قائل: (كل كل رمانة إلا ما هومن البستان الفلاني) فإذا وجد رمانة وشك في أنه من

(1)كذا في (م)، وفي سائر النسخ: وثانيهما. وقد تقدم عدله - المقام الأول - في العنوان السابق في ص: 7 فراجع. (2) في (ن، د): وعقد الربوي، والصواب: البيع الربوي .

ذلك البستان أو من غيره يأكله، ولا يفهمون من هذا الخطاب في هذا المقام إلا كونه مقيدا بالعلم وأن الخارج ما علم كونه من ذلك البستان لاما هو كذلك واقعا، وطريقة أهل العرف حجة، إذ ليس إلا من فهمهم من الخطاب ذلك. وثانيها: أن إخراج نوع خاص أو صنف خاص من ذلك العام يدل على كون ذلك الوصف المأخوذ في المخصص من الموانع. بعبارة أخرى: يعلم من ذلك أن الدخول تحت العام وكونه من أفراد مقتض لهذا الحكم، وإنما المانع هو هذا الوصف المأخوذ في العنوان، وإذا صار كذلك، فلو شك في كونه من ذلك البستان - مثلا - وعدمه في المثال السابق يصير الشك في وجود المانع مع العلم بالمقتضي، ولاريب أن الأصل عدم المانع فيثبت الحكم. واحتمال: أن كونه من غير ذلك البستان مقتض فالشك حينئذ موجب للشك في المقتضي، خلاف الظاهر من الأدخال والأخراج المفهومين من العموم والتخصيص ظاهرا، إذ ليس ظاهرهما عرفا إلا أن المقتضي عبارة عن كونه من أفراد العام، والمانع ليس إلا اتصافه بما اخذ في المخصص، فتدبر. وثالثها: أن العام أكثر أفرادا من المخصص، بمعنى أن الخارج غالبا بل مطلقا أقل من الداخل، فإذا شك في كون هذا الفرد من أحدهما فالظن يلحقه بالعام ترجيحاً لجانب الغلبة، وإن كان يرد عليه: أن هذا ليس ظنا حاصلا من الخطاب، فإن الظن يكون المشكوك من غير ذلك البستان للغلبة لا يوجب الظن بإرادته في العموم من حيث اللفظ وإن أوجب الظن بأنه من أفراد ما هو [من] (1) مظنون الإرادة، فتدبر. وبالجملة: الكلام هنا لا يخلو عن نوع دقة، والاعتماد على فهم الفطن اللبيب. ورابعها: أن الفرد المشتبه وإن كان يحتمل كونه من أفراد العام والمخصص في الحكم واقعا، واللفظان وإن كانا منصرفين إلى الواقع، لكن بعد طريان الاحتمال والأجمال في دخوله تحت أحدهما في الواقع يصير حكمه الواقعي مجهولا،

(1) لم يرد في (م).

فيرجع إلى الظاهر، ولاريب أنه في الظاهر دخوله تحت العام متيقن، لصدق لفظه عليه قطعا، وصدق المخصص عليه مشكوك، ولا يترك اليقين بالشك، فيحكم فيه بحكم العام عملا بالظاهر مع اشتباه الواقع، وهو المدعى. وقول (1) بأن الرجوع في ذلك الفرد المشتبه إلى الأصل، فإن كان حكم العام موافقا للأصل كقوله: :كلوا مما في الأرض جميعا إلا الخبيث) فشك في كون شئ من الخبيث وعدمه على طريق اشتباه الموضوع الصرف بعد معرفة مفهوم اللفظين وكان الأمر للأباحة، ألحقناه بالعام. وإن كان حكم الخاص موافقا للأصل كقوله: (اقتلوا المشركين سوى اليهود) فشك في واحد أنه من اليهود (2) أم لا، فالأصل البراءة عن وجوب القتل، أو الأصل حرمة قتل كل نفس سوى ما ثبت، وهذا غير معلوم الدخول تحت أحد الأمرين. وأما القول بأنه يدخل تحت المخصص مطلقا فلا قائل به على الظاهر، لأنه مخالف للأصل على الظاهر، وحيث يكون مطابقا له فليس دخوله تحته، بل تحت الأصل، بمعنى الألقاق حكما. والوجه فيه: أن اشتباه الموضوع مع العلم القطعي بعدم خلوه في الواقع عن أحد الأمرين لا يوجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ، إذ قد علم عدم إرادة ظاهره من العام فكيف يعمل بظاهره؟ ولا يمكن إدخاله تحته بمعونة أصالة عدم التخصيص، إذ ليس هذا لو اخرج عنه تخصيصا آخر، بل إنما هو فرد من أفراد ما خرج بنوعه، فليس هذا حادثا جديدا حتى ينفي بالأصل. وكثرة أفراد ما هو خارج بنوعه لا يوجب زيادة في التخصيص. وغلبة العام أو (3) أفراده غير موجب للظن بالموضوع الصرف في كونه مرادا من اللفظ حتى يندرج تحت ظواهر الألفاظ. وإقدام أهل العرف على إلحاقه بالعام في غير ما كان موافقا للأصل محل نظر، بل ممنوع، وإن شئت فلاحظه (4) فيما خالف الأصل حتى يتضح الأمر، فيكون

(1) معطوف على قوله: (قول بأنه داخل تحت العام) تقدم في ص: 31. (2) في (ف، م): أنه يهودي. (3) في غير (ن): وأفراده. (4) في (ن، د): فلاحظ.

[34]

الأقدام اتكالا على الأصل لافهما من الخطاب ذلك. ولانسلم كون المتبادر من الوصف المأخوذ في المخصص المانع حتى ينجل الشك إلى الشك في وجود المانع ويلزم منه التمسك بالمقتضى، بل الظاهر دخول نوع وخروج آخر، وليس كون وصف الخارج مانعا أولى من كون عدمه جزءا للمقتضى، فتدبر. هذا غاية الكلام في هذا المرام، والذي يترجح في النظر القاصر إنما هو الإدخال تحت العام للوجوه الماضية وإن كان خلاف ظاهر الأكثر، بل ربما يدعى (1) اتفاقهم على الثاني. ولكن يمكن دعوى الأجماع على كون طريقة الأصحاب وطريقة الشرع على كون المشكوك فيه داخلا في العام. فإذا فكلما شك في صحته وفساده من الأيقاعات والعقود من باب الموضوع الصرف فيحكم بالصحة حتى يظهر فساد، فيكون مقتضى الأصل الصحة، ويثمر في الدعوى وغير ذلك. وعلى هذا الوجه الذي قررناه لا يفترق الحال بين صدور تلك المعاملة من مسلم أو كافر لو لم نقل ببطلان معاملات الكافر سنخا - كما قد يتخيل - لأن الميزان على ما قررناه صدق العمومات، وهو آت في الجميع. وهنا أصل آخر: وهو حمل فعل المسلم وقوله على الصحة، فلو صدر منه عقد أو إيقاع وشككنا في أنه هل وقع على وجه صحيح أو فاسد فالأصل يقضي بالصحة وإن لم نقل بأصل الصحة في مطلق الموضوع الصرف، وهذا أصالة الصحة التي ينبهون عليها (2) (في مقام الدعوى وغيره أنه يقدم قول مدعي الصحة، ونحن في غنى عن ذلك، ولكنه مدلول عليه (3) بالأجماع والأخبار الكثيرة. ويأتي تأسيسها وذكر أدلتها ورفع الأشكال الوارد عليها في عناوين الكفر والأسلام إن شاء الله، فانتظر.

(1) في (ف، م): ادعى. (2) في (ف، م): عليه. (3) في (م): وإن دل عليه.

[35]

[العنوان التاسع والعشرون] [في بيان أصالة اللزوم في العقد والأيقاع]

[36]

عنوان [92] لاريب أن الأسباب في المعاملات - وهي العقود والأيقاعات - يمكن أن تكون لازمة بحيث لا يمكن رفع آثارها بعد تحققها مطلقا، بمعنى أن يكون شأنها من دون عروض عارض عدم جواز الفسخ والإبطال، وهو المسمى بـ (اللزوم). ويمكن أن تكون بذاتها قابلة للفسخ وإبطال الأثر وإن لم يكن هناك ما يوجب فسخا، بمعنى كون المعاملة بنفسها كذلك، وهو المعبر عنه بـ (الجواز). ولاريب أن واحدا منهما قد يصير معلوما شرعا، وقد يقع الشك في كون العقد جائزا أو لازما، فهل الأصل للزوم، أو الجواز، أو لأصل في البين؟ والحق أن الأصل في كل عقد وإيقاع عدم جواز رفع آثاره وفسخه إلا بدليل، وذلك لوجه: الأول: أن العقد أو الأيقاع إذا تحقق بوجوب ترتب أثر شرعي عليه: من حصول ملك لعين أو منفعة، أو انتفاع أو نيابة أو ولاية، أو فسخ لأثر عقد أو إيقاع، أو نحو ذلك. وبالجمله: لاريب أن الأسباب الشرعية بعد تحققها يترتب عليها آثارها، فإذا شك في اللزوم والجواز فلازمه الشك في أنه لو فسخ هذا السبب هل يبطل ذلك المسبب الثابت أم لا بل هو باق على حاله؟ ولا شك أن قضية الاستصحاب عدم

[37]

زوال الأثر من ملك أو نحوه إلا بمزيل شرعي، وهو معنى اللزوم، فالعقد بنفسه لا يكون قابلاً لرفع أثره بعد حكم الأصل الاستصحابي ببقائها، إلا أن يلحقه ما يوجب تلك الأهلية بنص من الشرع. لا يقال: إن الاستصحاب لا ينافي جواز العقد ولا ينافي إمكان الفسخ، إذ الاستصحاب عبارة عن بقاء ما كان على ما كان، وليس الجواز في العقد عبارة عن عدم بقاءه على ما كان، بل هو عبارة عن إمكان ارتفاعه، والأمكان غير ملازم للفعلية، بل هو أعم منها، فالاستصحاب غير مناف لجواز العقد بالمعنى المعروف، وإنما هو مناف لفعلية الفسخ، والكلام في إمكانه. لأننا نقول: ليس المراد بالجواز إلا الأمكان الشرعي بحيث لو أريد الفسخ ورفع الأثر لوقع، والفرض أن الاستصحاب يقضي بعدم نقض اليقين بوجود الأثر إلا بما يوجب اليقين بزواله، والفرض أنك شك في أن الفسخ والرفع هل هو رافع لهذا الأثر أم لا؟ فاللزام شرعاً الحكم بالبقاء وعدم الارتفاع، وهو شأن اللزوم من العقد، إذ لا نريد به إلا ما لو فسخته لم يفسخ شرعاً، والفرض أن المشكوك فيه لو فسخته لا يفسخ، للاستصحاب. وبعبارة أخرى: الاستصحاب مناف لأمكان الفسخ شرعاً، بمعنى أنه قاض بأنه لو فسخ لم يفسخ، وهو معنى الامتناع شرعاً المعبر عنه بـ (اللزوم) وذلك واضح. لا يقال: إذا علمنا أن السبب في هذا الأثر إنما هو ذلك العقد جزماً، وليس ذلك مجرد علة في الحدث حتى يستصحب بعد زواله لاحتمال العلة الميقية، بل من المعلوم هنا أن هذا السبب علة في الحدث بحيث لو ارتفع هذا لارتفع الأثر جزماً، والفرض أن السبب قد أسقطه الفسخ والرجوع، فلا وجه للاستصحاب. لأننا نقول: ليس الغرض الاستصحاب لاحتمال علة أخرى ميقية، بل المراد إبقاء الأثر للشك في زوال علته المحدثة والميقية، بمعنى أن بعد الفسخ نشك في زوال هذا السبب وعدمه، فنستصحب السبب ونستصحب الأحكام اللاحقة له معاً،

[38]

وذلك واضح. نعم، لو ثبت شرطية شئ أو مانعيته لعقد أو إيقاع - سواء تأخر أو تقدم عن المشروط - ثم فقد الشرط في زمانه المتوقع أو وجد المانع كذلك بعد وقوع العقد أو شك في وجود الشرط وعدمه، فلا يمكن استصحاب حكم هذا العقد، لسريان هذا الشك إلى ترتب الأثر من أصله وكونه سبباً وعدمه، وذلك غير محل الفرض، وهذا هو مسألة الشرط المتأخر. وبالجملية: مقتضى الاستصحاب لزوم العقد والإيقاع مطلقاً إلا مع دليل على خلافه. الثاني: ظاهر أن الصيغ المأخوذة في عقد أو إيقاع هو الدوام وعدم البطلان، بمعنى أن الظاهر من قولك: (بعت) أو (زوجتني طالق) كون المالك للمبيع أو للبضع مخرجاً له عن سلطنته على الدوام بحيث لو أراد إرجاعه لم يرجع، فإذا صار المعنى ذلك فيصير العقد إنشاءً للملكية الدائمة والارتفاع للزوجية دائماً، وجواز الفسخ مناف لهذا المعنى المأخوذ في الأنشاء، فيصير الحاصل: أن معنى اللزوم وعدم الانحلال مأخوذ في إطلاق تلك الصيغ بحيث تقضى عرفاً بكون المنشأ دائماً مطلقاً، كما في قولهم: إطلاق العقد يقضي بكون الثمن حالا وكونه من نقد البلد ونحو ذلك، فإطلاق كل إنشاء يوجب كونه دائماً، فالفسخ مناف لأصل الأنشاء، وهو معنى اللزوم، إلا أن يجئ دليل من تقييد (1) ونحوه - كالبيع بخيار - حتى يخرج عن ذلك. لا يقال: إن في الأجرة نظائرها تملك للمنفعة سنة، وأنت تدعي كون التملكيات على الدوام. لأننا نقول: قولنا: (سنة) في الأجرة ليس تحديداً للملك، بمعنى أن تملكي إلى سنة، بل هو تحديد للمنفعة المملوكة، فيصير المعنى أن منفعة سنة واحدة

(1) في (ن، د): تقييده .

[39]

ملكته دائماً، وذلك واضح، فلو أراد الفسخ بعد مضي سنة - مثلاً - وأراد الرجوع إلى أجرة المثل للمنفعة فهو غير مسلط على ذلك، لأنه ملكه هذه المنفعة دائماً بحيث لا يقدر على فسخه، فتدبر. وتحرير آخر: أن معنى الصيغ بإطلاقها إذا صار الدوام، فيصير الدال على صحة البيع وغيره من العقود دالاً على تأثيره كذلك،

ولا نحتاج إلى دليل آخر على اللزوم، بل مجرد ما دل على صحة العقود بعد كون معنى العقد والأيقاع بإطلاقهما قصد الأثر الدائم يدل على كونه لازما شرعا، لأن صحته قد ثبت على ما هو عليه، وليس إلا الدوام وعدم قابلية (1) الفسخ، فيصير كذلك شرعا. الثالث: أنه لو لم يكن في صيغ الأنشاءات دلالة على المعنى المدعى، فنقول: إن حال المتعاقدين يدل على إرادة اللزوم وعدم إمكان الفسخ. ولكن يمكن القول هنا بأنه ليس كذلك مطلقا، بل لابد على هذا من تتبع العقود وملاحظتها في العرف، فإن كان الناس بانين في إيقاعه على الدوام فالأصل فيه أن يكون لازما شرعا إلا ما خرج، وإن كانوا غير بانين على الدوام فلا يمكن التمسك بهذا الوجه، فتدبر. الرابع: عموم قوله تعالى: أوفوا بالعقود (2) فإن ذلك دل على أن كل عقد يجب الوفاء به، والمراد بالوفاء: العمل بمقتضاه، ومقتضى العقد إما تملك أو نحو ه، ومقتضى لزوم الوفاء البقاء على هذا الأثر وإبقاؤه وجوبا، فلا رخصة في إبطاله، وهو المدعى من اللزوم. والأشكال الوارد على دلالة الآية من جهة عموم العقود انصرافها إلى المتعارفة (3) وعدمه، واعتبار التوثيق وعدمه، وشمولها للأيقاع وعدمه - ونظائر ذلك - قد عرفت دفعه في العنوانين السابقين. وقد تلخص مما ذكرناه هناك: دلالة الآية على أن كل عقد وكل إيقاع متعارف

(1) في ظاهر (ن): عدم قابليته. (2) المائدة: 1. (3) في غير (م): انصرافه إلى المتعارف... وشموله.

[40]

أو غيره يجب الوفاء به بظاهر الامر، ومسألة التخصيص ونحوها قد عرفت دفعه. وإنما البحث في أن هذا يدل على اللزوم أم لا؟ إذ يحتمل أن يكون المراد: اللزوم. ويحتمل أن يكون المراد: لزوم العمل بمقتضاه إن جازا فجازا وإن لازما فلازما، بمعنى أن يتبع في ذلك العرف، فأى عقد بني في العرف على اللزوم بين الناس بحيث لا يرجعون المال ونحوه بعد وقوع العقد أو الأيقاع، فيحكم فيها (1) باللزوم، لأن مقتضاه ذلك، والعمل بمقتضاه واجب بظاهر الآية. وما بني في العرف على الجواز، بمعنى أن طريقة الناس فيه على الرد والدفع - كالعارية والوديعة - فيحكم فيه (2) بالجواز، لأنه مقتضاه، فيجب العمل به، وجعل الجائر واجبا ليس عملا بمقتضاه، بل هو إخراج للعقد عن مقتضاه. أو يتبع في ذلك الشرع بأن يراد: أن الوفاء بمقتضى العقد لازم، فإن علم من الشرع أنه من العقود اللازمة فيجب الوفاء به على لزمه، وإن علم أنه من الجائزة فيجب الوفاء على جوازه، والمراد بالوفاء حينئذ لزوم العمل بأحكامه وإجراء كل حكم يترتب على أحدهما شرعا عليه. ويحتمل أن يكون المراد من (الوفاء): الاعتقاد، بمعنى أنه يلزم عليكم اعتقاد لزوم اللازم وجواز الجائر، على بعد. والظاهر رجوعه إلى ما ذكرناه قبله، وهو البناء (3) على إجراء الأحكام، فإن الاعتقاد لادخل له في ذلك. وتظهر الثمرة في العقد الذي لم يظهر من الشرع ولا من العرف كونه مبنيا على اللزوم، فإنه يثبت لزمه من الآية (4) على الأول، دون الأخيرين. ولو كان ظاهرا من العرف لزمه يثبت على الأولين، دون الثالث. ولو كان ثابتا من الشرع أنه مبني على اللزوم يظهر لزمه على الأول والثالث

(1) العبارة في (م) هكذا: بحيث لا يرجعون فيه بعد وقوعه، فيحكم فيه باللزوم (2). في غير (م): فيها. (3) في (م): ما ذكرناه من البناء. (4) يعنى: قوله تعالى: أوفوا بالعقود المائدة: 1.

[41]

من الآية، ولا يثبت على الثاني من هذه الآية، وإن فرض ثبوت اللزوم بغيره. والذي يقتضيه النظر هو الأول (1) وليس الاستدلال من هيئة الأمر المفيد للوجوب، بل المدرك إنما هو مادة (الوفاء) فإن الوفاء على شئ البقاء على ما هو مؤداه أولا، ولأرب أن مؤدى العقد - مثلا - هو التملك أو نحوه، والوفاء بهذا المؤدى البقاء على هذا الأثر وإبقاؤه أو عدم إزالته، وهو معنى اللزوم. والظاهر: أن كونه لازما أو جائزا ليس إلا وجوب الأبقاء والوفاء وعدمه، لأن الوفاء واجب في الجائر واللازم. ومن تأمل في

دلالة لفظ (الوفاء) لا يجد ربيا فيما ذكرناه، ويكفي في قوة هذا المعنى ووضوحه فهم الأصحاب منها (2) ذلك واستدلوا لهم قديما وحديثا بها عليه. ولم يصدر هذا الاحتمال إلا من آية الله العلامة - أعلى الله مقامه - في بعض كتبه (3) مع أنه وافق الأصحاب في الاستدلال به في سائر كتبه. وغير خفي أن غرضه من ذكر هذا مجرد بيان ذكر ما يمكن أن يذكر، وذكره منجزا يقوم مقام الاحتمال، لأنه في فتاويه غالبا يستوفي الاحتمالات تقوية للنظر واستعمالا لقوة التخيير، فمجرد قوله: بأن الوفاء هو العمل بمقتضاه إن جائزا فجائزا وإن لازما فلازما (4) لا ينبغي أن يجعل موجبا للأجماع في الآية مع ما أوضحناه من السبيل، فتدبر. وبقي هنا كلام، وهو أن العقد قد يكون لازما من الطرفين، كالبيع والصلح والأجارة والضمان والحوالة. وقد يكون جائزا من الطرفين، كالوكالة والمضاربة والشركة والعارية والوديعة والجعالة ونحو ذلك. وقد يكون جائزا من طرف ولازما من آخر، كالرهن، فإنهم يقولون: إنه جائز من قبل المرتهن لازم من طرف

(1) أي: الاحتمال الأول. (2) في (ف، م) بدل (منها): هنا. (3) قاله في المختلف: 484 في جواب من استدلل بالآية على لزوم عقد السبق. (4) في (ن، د): إن جائزا فجائزا وإن لازما فلازم.

[42]

الراهن، والهبة، فإنه لازم من طرف المتهب وجائز من طرف الواهب في غير المعوض وذو الرحم والزوجين على الأصح، فهل اللازم من طرف دون آخر لازم أو جائز أو مركب؟ وجوه: قيل: بأنه مركب كما هو المشهور في الألسنة من أهل العلم (1) والوجه فيه: أنه وجد فيه الجواز واللزوم معا، فإنه باعتبار أحد طرفيه ممتنع (2) الفسخ، وباعتبار طرفه الآخر جائز، وهو معنى الواسطة. وقيل: بأن هذا جائز إذ التناقض بين الجائز واللازم واضح، ومعنى اللزوم يرجع إلى سلبية كلية، وهو عدم إمكان الفسخ مطلقا، ومعنى الجواز هو الإيجاب بمعنى إمكان الفسخ، ولا ريب أن الفسخ من أحد الطرفين فسخ من الآخر، لعدم معقولية التفكيك، فيصير هذا العقد قابلا للفسخ شرعا، وأما أن الفاسخ هو المتعاقدان أو أحدهما أو أجنبي، فلاربط له في كون العقد في ذاته لازما أو جائزا. ويؤيد هذا الوجه أنهم يجرون في صيغة الرهن والهبة أحكام الجائز من صحته بأي لفظ وقع حتى بالجملة الاسمية في الرهن، ولا يستعملون فيهما ما يداقونه في العقود اللازمة. ويؤيد عدم كونهما من الجائز عدم بطلانهما بموت أو جنون أو نحو ذلك مما يبطل العقد الجائز. وأما احتمال إلحاقهما باللازم فهو من المستبعد جدا، ويحتاج إلى جعل الجائز بمعنى إمكان فسخه من كل أحد أو (3) من المتعاقدين، واللازم ما ليس كذلك، وهو خلاف ظاهر. والتحقيق: أنه لو لوحظ الجواز واللزوم بالنظر إلى نفس العقد - كما هو الظاهر من التوصيف - فيلحقان بالجائز، لأنهما في نفسيهما جائزان قابلان للانفساخ، ولا دخل لتعدد الفاسخ ووحده في ذلك.

(1) في (ن): أهل العرف. (2) في (ن): يمتنع. (3) في (م): ومن.

[43]

ولو أريد الجواز واللزوم بمعنى الرخصة وعدمه في الفسخ بالنسبة إلى المكلفين فيمكن القول بالتلفيق، ولكنه يلزم على هذا أن يكون كل عقد كذلك، إذ غايته جواز الفسخ للمتعاقدين وليس لسائر الناس فسخه، فيكون لازما من وجه وجازا من وجه آخر. واحتمال أن المراد إنما هو الجواز والعدم بالنسبة إلى المتعاقدين - إذ لا ربط لغيرهما بذلك - بعيد مستلزم للتخصيص في عموم أوفوا بالعقود الدال على لزوم العقد. وبيان ذلك: أن عموم أوفوا بالعقود إنما دل على أن كل أحد من المكلفين لعموم الخطاب مأمورون بالوفاء بكل عقد عقد من أي شخص صدر، ومن المعلوم: أن صدور العقد الواحد من ألف أو جميع المكلفين محال، فيصير المعنى: كل أحد مكلف بالوفاء بكل عقد من أي منهم صدر، وتخصيص هذا بالمتعاقدين يحتاج إلى دليل، إذ لا إشعار في الآية على أن الوفاء لازم على المتعاقدين دون غيرهما، ومقتضى ذلك ثبوت لزوم

العقد بالنسبة إلى كل أحد، فلو كان جائزا في حق المتعاقدين غير جائز من غيرهما فينبغي أن يكون ملفقا خارجا بالدليل بالنسبة إلى خصوص المتعاقدين، ويبقى على لزومه بالنسبة إلى الغير، فلا وجه لعدده جائزا مطلقا. لا يقال: ليس المراد وجوب الوفاء على كل عقد (1) بل المراد منها (2) (وجوب وفاء كل أحد بعقده، فيصير التقدير: أوفوا بعقودكم، ويظهر منه في العرف التوزيع، بمعنى أن كل أحد يفي بما هو عقده، لا أن زيدا يفي بعقد عمرو ونحو ذلك، إذ وفاء الغير بعقد الغير غير معقول، إذ ليس بيده شيء حتى يفي بذلك، وليس الأمر إلا فرع الاختيار والتسلط، فتدبر. لأننا نقول: صرف الآية على هذا المعنى إن كان بدعوى الفهم العرفي فهو

(1) في (م): وجوب وفاء الكل بكل عقد. (2) منها: لم ترد في (م).

[44]

ممنوع، وإضمار المضاف إليه وإن كان يوجب فهم هذا المعنى في الظاهر لكن هو غير ثابت، وفرضه غير وجوده، وعموم اللفظ محكم، وليس ذلك من قبيل الرجال قوامون على النساء (1) بل إنما هو من قبيل (وأمرؤا بالمعروف وإنهوا عن المنكر). وإن كان من جهة عدم إمكان الوفاء من الغير فهو ممنوع، إذ يجب على كل أحد إجراء هذه الآثار على هذا العقد، بمعنى أنه ليس لأحد أن ينتزعه من يد المشتري، لأنه ملكه، ولا أن يعطيه البائع، لأنه خرج عنه، ويجب جعله ميراثا للمالك لو مات وصرفه في الديون، ونظائر ذلك مما يتعلق بكون الشيء مملوكا، فإن كل أحد مكلف بأن يجري على هذا المال أحكام ملكية المشتري، ولا بأس بذلك مطلقا، فلا تذهل. وهنا كلام آخر، وهو: أن العقد الجائر ما أمكن فسخه، واللازم مالا يمكن فسخه شرعا، وقد اتفق كلمة الأصحاب ظاهرا على أن الفسخ موجب لرجوع كل عوض إلى مالكة لو كان معاوضة، وبطلان الأثر المترتب عليه لو لم يكن كذلك، كالرجعة التي هي فسخ الطلاق، والفئة التي هي إبطال للأبلاء، والرجوع الذي هو إبطال للعارية والوديعة، ونحو ذلك. وبالجمل: معنى الفسخ رفع الأثر، ولازم ذلك رجوع العوضين في المعاوضة على ما كانا قبل المعاوضة، فإن بقي عيناها فبعينيهما، وإلا فعلى ما نبينه في عناوين الأحكام من كيفية الضمان، ولكنهم حكموا في باب القرض بأن العقد جائز ليس بلامر، وللمقرض المطالبة متى شاء، وذكروا أن المقرض يملك بالقرض (2) وله رد المثل والقيمة مع مطالبة المقرض وإن بقي العين وهما مما (3) يتناقضان. وهذا مما قد استشكل (4) على جماعة من فحول المتأخرين والمعاصرين، فلذلك ذهبوا إلى أن القرض عقد لازم، وخالفوا ظاهر كلمة الفقهاء في ذلك،

(1) النساء: 34. (2) في (ف، م): بالقبض. (3) مما: لم ترد في (م). (4) في (د): (مما قد اشكل).

[45]

وزعموا أن الحكمين يتنافيان، ولازم الجواز رجوع العوض بعينه، مع أنه ليس كذلك في القرض، وأنت خبير بأن القول يلزم القرض مما تشتمل منه النفس، فإن القرض الذي للمقرض مطالبته وللمقرض أدائه متى شاء كيف يعقل كونه عقدا لازما؟ وهذا مما هو مركز في أذهان المنتشرة ركوزا ظاهرا. والذي يخالفني في المقام في حل الأشكال وإن لم أجد من يساعدني عليه من كلام فقيه أو غيره أن يقال: إنه ليس عقد القرض - مثلا - إلا معاوضة، فإنه تملك للمال بإزاء عوض، لأمجانا، فإذا بذل المقرض أحد العوضين فله أن يطالب بالعوض الآخر كما في سائر المعاوضات، وليس لأحد أن يقول: إن مطالبة البائع الثمن ومطالبة المشتري المبيع فسخ للبيع، فإن ذلك إمضاء لمقتضاه، ومقتضى عقد القرض أن قبض المال يوجب ثبوت مثله أو قيمته في ذمة المقرض، وليس هذا إلا كالبيع بالمثل أو القيمة، فإذا طالب العوض فقد طالب المثل والقيمة، ولزم المقرض الدفع إتيانا بمقتضى المعاوضة، فليس هذا فسخا حتى يجب دفع العين، بل إنما هو طلب لما لزم بالمعاوضة، وهو مؤكد لبقاء العقد لافاسخ.

نعم، إذا قال المقرض: فسخت القرض - بمعنى الأبطال وعدم الأذن في التصرف - وكان العين باقيا فاللازم على المقرض دفع العين، لأنه أبطل الملك بإبطال سببه، فرجع إلى ملك المالك الأول وسقط عن ذمة المقرض العوض، كما أن المقرض لو قال: فسخت القرض لا يجوز له التصرف بعد ذلك بالعين الموجود، لبطان ما أوجب التمليك، وزوال الأذن بزواله - على ما هو التحقيق - . فالذي تلخص من ذلك: أن العقد الجائر ما كان قابلا للفسخ الموجب لرجوع كل عوض إلى مالكه وبطلان الآثار المترتبة عليه، وليس عقد القرض من اللازم على ما تخيله بعض المتأخرين، للأجماع على خلافه ظاهرا، ولا جائزا بهذا المعنى، إذ لا يكاد يظهر على ظاهر كلامهم فرق بين بقاءه وانفساخه، بل الحق: أن كلامهم في عدم وجوب دفع العين منزل على مطالبة المقرض العوض، لافسحه للعقد. هكذا ينبغي أن يحقق المقام، وله نظائر كثيرة .

[47]

(العنوان الثلاثون) (العقود تابعة للقصد)

[48]

عنوان [30] العقد تابع للقصد مطلقا، وهذه من القواعد المعروفة الكثيرة الفروع، والبحث في معناها تارة، وفي مدركها أخرى، فهنا مقامان: الأول: في بيان المراد منه وهو محتمل لأمرين، ليس بينهما منع جمع. أحدهما: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أنه لا يتحقق إلا بالقصد، كما ذكره الفقهاء رحمهم الله في شرائط العقود مع الشرائط الأخرى، بمعنى أنه لا عبرة بعقد الغافل والنائم والناسي والغالط والهازل والسكران الذي لا قصد له ونحو ذلك، فتكون القاعدة إشارة إلى شرطية كون العاقد قاصدا في مقامات العقود كلها، ويكون معنى التبعية: عدم تحققه بدونه، إذ لا وجود للتابع بدون متبوعه. وهل العكس كذلك؟ بمعنى أنه كلما تحقق القصد تحقق العقد أم لا، فنقول: له معنيان: أحدهما: أن جنس القصد مستلزم للعقد، وهو معلوم الانتفاء. وثانيهما: أن القصد في العقد إذا تعلق بشئ فهو متحقق لا محالة، بمعنى أن العقد يؤثر في ذلك المقصود ويوجب تحققه، ويصير المعنى: أن كل ما هو مقصود

[49]

في العقد فالعقد يتبعه، بمعنى أنه يتعلق به العقد (1) وينعقد. وهذا الوجه له تفصيل، نذكره بعيد هذا. وثانيهما: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أن العقد شئ يحتاج إلى موجب وقابل وعوض ومعوض، وبعد حصول هذه الأركان لكل عقد أثر خاص: من تمليك أو نحوه، وللأثر كفيات وإعتبارات: من فورية وتراخ ولزوم وجواز تنجيز وتعليق وإطلاق وتقييد واتصال وانفصال وأحكام ولوازم، وهو في هذه الأمور كلها تابع للقصد، بمعنى أنه لا يقع ما لم يقصد، وما هو المقصود يقع مطلقا. الثاني: (2) في بيان المدرك والبحث هنا في مقامات ثلاث: (3) أحدها: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أنه شرط في صحته، بل في ماهيته، بمعنى أن ما لا قصد فيه ليس بعقد، والمراد من القصد هنا: إرادة اللفظ والمعنى. فالعقد الذي لم يقصد لفظه - كما في النائم والساهي والغالط، وهو من يريد لفظا (4) فيذكر غيره، كما لو أراد كلمة (بعت) فقال: (وهبت) غلطا فإن (وهبت) غير مقصود، وكذا الغافل وهو الذي يصدر عنه اللفظ من دون التفات، والسكران الذي يتكلم بلا قصد إلى الألفاظ، بل يصدر عنه للعادة من دون شعور وإرادة للخصوصية، وكذا العقد الذي لم يقصد معناه كما في الهازل، فإنه قاصد لذكر لفظ (بعت) مثلا، لكنه غير قاصد لوقوع معناه بهذا اللفظ، وينحل هذا إلى عدم إرادة الأنشاء، أو إرادة الأنشاء الذي لا يترتب عليه المنشأ، وبالجمله غير قاصد لوقوع المسبب - فاسد (5)، بل ليس بعقد، وهذه قاعدة كلية سارية في العقود والأيقاعات كافة. والوجه في ذلك أمران :

(1) في (د): القصد. (2) في (ف، م): والثاني. (3) كذا، والظاهر: مقامات أربع، لما يأتي في ص 57: ورابعها، فلاحظ. (4) في عدا (م) زيادة: آخر. (5) هذا خبر لقوله: فالعقد الذي ...

[50]

أحدهما: إجماع الأصحاب على عدم ترتب الآثار على الخالي عن القصد، كما هو صريح كلامهم في طي أبواب الفقه بحيث لا يشك فيه مشكك. وثانيهما: أن مقتضى الأصل الأولي عدم ترتب الآثار المجعولة لهذه الأسباب شرعا إلا بدليل، ومن المعلوم أن أحكام العقود والأيقاعات وآثارها كلها مخالفة للأصل، فلا بد في ترتيب هذه الآثار من الاستناد إلى حجة شرعية، وليس إلا أدلة العقود عموما وخصوصا. ولا يخفى أن أدلة العقود العامة - كما ذكرناه في أصالة الصحة واللزوم - قد اعتبر فيها لفظ العقد والشرط ونحو ذلك، ولأرب أن العقد معناه: العهد أو الربط، وما لا قصد فيه لا يعد عهدا ولا يعد ربطا، لالغة ولا عرفا، وكذا الكلام في لفظ الشرط. وأما الأدلة الخاصة فقد اعتبر فيها لفظ البيع والأجارة والنكاح والطلاق والأقرار والعتق ونحو ذلك، ولأرب أن كل ذلك ينصرف إلى ما هو المقصود، واللفظ الخالي عن القصد لا يسمى بهذه الأسامي قط (1) فإذا لم تشمله الأدلة عموما وخصوصا فيبقى تحت الأصل الأولي، ولا ترتب عليه الثمرة وهو المراد. ويمكن أن يتمسك في هذا المقام بمثل قوله عليه السلام: (لاعمل إلا بنية) (2) و (إنما الأعمال بالنيات) (3) فإن ظاهر الروايتين: أن ماهية العمل من دون نية غير متحققة، فإما أن يحمل على معناه الحقيقي الظاهر وتكون الأعمال التي تتحقق (4) بغير قصد خارجة عن العموم، وإما أن يحمل على نفي الصحة لأنه أقرب المجازات، فيكون المراد عدم الصحة إلا بالنية، ولأرب أن عموم (الأعمال) إنما يشمل العقود والأيقاعات أيضا، فيدل على أنها لا تصح بدون القصد وهو المدعى، وحملهما

(1) في (ف): قطعا. (2) راجع الوسائل 1: 33، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات (3) راجع الوسائل 1: 33، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات. (4) في (ن، د): (تحقق). (5) إنما: لم يرد في (م).

[51]

على نفي الكمال أو رميهما بالأجمال - كما صدر عن بعضهم - لاوجه له، إذ الأول بعيد عن الحقيقة، والثاني فرع تعذر الحقيقة وعدم وجود المجاز القريب، وهما ليس كذلك. فإن قلت: إن المتبادر من النية المطلقة في الروايات ليس القصد، بل الظاهر منها قصد التقرب، ولذلك تمسك الفقهاء بها في اشتراط قصد التقرب في العبادات، ولا يمكن هذا الاستدلال إلا مع ظهور إرادة قصد التقرب، وليس الكلام في العبادات في اشتراط القصد المطلق، إذ هو مما لا ينفك عن الفاعل المختار كما نصوا عليه - وقد مر ذلك في عناوين العبادات (1) - فإذا لا دلالة في هذه الروايات على ما ذكرته. قلت: يمكن أن يقال (2): إن النية بمعنى القصد، وتخصيصه بقصد التقرب لادليل عليه، وثبوت الحقيقة الشرعية ممنوع، بل معلوم العدم، فالاستدلال هنا في محله. نعم، يرد الأشكال في الاستدلال بها على نية العبادات، ولسنا نحن بصدده. وثانيا يمكن أن يقال: إن المراد من النية هنا قصد جهة ذلك العمل، وبعبارة أخرى: أن القصد وإن كان معنى النية، لكنه بقرينة ذكر العمل بل الأعمال المفيد للعموم في الخبرين يفهم أن المراد بالنية قصد غاية العمل والجهة المقصودة منه، فيصير المعنى: لاعمل، أي: لا يكون عمل صحيحا إلا بنية ما هو المقصود منه، أي: جعل العمل لأجله، فيدل على أن صحة كل عمل مشروط بقصد غايته المجعولة له شرعا أو عقلا أو عادة، فعلى هذا فلا بد في العبادة من قصد التقرب، إذ الغاية التي شرعت لها العبادات هو التقرب، إما بأن نعلم ذلك، أو نشك في الغاية (3) والمتيقن هو التقرب اللازم للطلب - كما أسسناه في بحث كون المأمور به عبادة (4) - وفي المعاملة لابد من قصد النقل أو الفك أو نحو ذلك من الآثار والغايات التي شرعت المعاملة لأجلها .

[52]

فليس المراد من النية خصوص قصد التقرب ولا مطلق القصد، ومن العمل خصوص العبادة، بل الظاهر من العمل الأعم، ومن النية قصد الجهة المقصودة والعلة الغائية، فيكون تصور الأثر وإرادته من العمل شريطا في ترتب ذلك الأثر شرعا، وهو كاف في إثبات المدعى، فتأمل فإنه من مطارح الأفهام. فاعتبار القصد في المعاملات بهذا المعنى مما لا شبهة فيه. نعم، بقي الكلام (1) في أن هذا القصد في الأيقاع يعتبر في الموقع حال إيقاعه، وذلك واضح، وفي العقد أيضا، يعتبر في حال تكلم كل من الموجب والقابل بما هو من جانبه، ولكن هل يعتبر بقاء هذا القصد والشعور بهذا المعنى للفظ والمعنى في كل من المتعاقدين في كل من الأيجابين - بحيث لو قال البائع: (بعت) قاصدا فغفل أو نسي أو زال قصده بطور آخر، فقال القابل: (قبلت) لم يصح أولا، بل المعتبر كون كل منهما قاصدا فيما هو من جانبه؟ وجهان. والأقوى: اعتبار القصد مطلقا، لما ذكرناه من الأدلة، فإن المتبادر من أدلة العقود إنما هو ما كان المتعاقدان قاصدين في مجموع الأيجاب والقبول. مضافا إلى أن العقد هو المركب من الأيجاب والقبول، فلا بد من كونهما قاصدين في المجموع حتى يكون العقد منهما مع القصد. والتوزيع - يكون أحدهما قاصدا في الأيجاب والآخر في القبول، أو كليهما قاصدا في أحدهما، أو أحدهما قاصدا في أحدهما - خلاف الظاهر من النصوص والفتاوى. وبقي هنا إشكال (2)، وهو أن ظاهر ما ذكرناه اعتبار قصد اللفظ والمعنى، ولذلك أخرجنا الهازل، فيشكل الأمر في (3) صحة عقد المكره، مع أن الأصحاب في باب العقود أطبقوا على صحة عقود المكره لو لحقه الرضا وإن لم يقولوا بصحة الأيقاعات من المكره وإن رضي (4) بعد ذلك، بناء منهم على أن الأيقاع لا يكون

(1) في (ن): كلام. (2) في (م): ثم إن هاهنا إشكال. (3) في (م): وعليه متجه عدم صحة عقد المكره. (4) في (م): بصحة الأيقاعات منه حتى مع رضائه.

[53]

موقوفا على أمر متأخر، ويجئ تحقيقه في باب التعليق إن شاء الله تعالى . ولاريب أن المكره كالهازل قاصد للفظ دون المعنى، فكيف يصح عقد المكره بلحوق الرضا ولا يصح عقد الهازل وإن رضي بعد ذلك وأجاز؟ وهذا الأشكال مما ذكره شيخنا الشهيد الثاني قدس سره في شرحي الشرائع واللمعة (1) ولم يتخلص عنه. ولكن الأشكال غير وارد والجواب بين والأمر سهل، إلا أنه لما كان محتاجا إلى بيان معنى الأكراه وتحقيق أن المكره قاصد للفظ والمعنى معا لكنه فاقد للرضا، وهو غير قصد المعنى، بخلاف الهازل فإنه غير قاصد للمعنى، أخرنا بيانه إلى مسألة الأكراه والاختيار الاتي في الشرائط العامة إن شاء الله تعالى (2). وبالجمله: القصد للفظ والمعنى شرط في صحة العقود بالمعنى الأعم، بل في عقديته، وهذا أحد وجهي قولهم: العقود تابعة للقصد. وثانيها (3): أن العقد تابع للقصد في أركانه ولوازمه وأحكامه، بمعنى أنه ما لم يقصد شئ منها لم يقع. كما أن أصل العقد لا يتحقق إلا بقصد الأيجاب والقبول، ومعناهما كذلك لا يصح إلا بقصد متعلقه من العوض والمعوض والموجب والقابل، بمعنى أنه لا بد في العقد من قصد المبيع والثمن في البيع، والزوجين في النكاح - ونظائر ذلك - ومن قصد المخاطب بالخطاب، فلا يمكن قصد بيع مطلق بعوض مطلق وإن عين بعد ذلك. وكذا لا يصح لو قال: (بعت) ولم يقصد مخاطبا معينا هو القابل وإن قال بعد ذلك (أحد): (قبلت). كما لا يصح لو لم يقصد القابل بقوله ذلك الأيجاب الصادر من الرجل المعين، فلو سمع قائلا يقول: (بعت) فقال: (قبلت) لم يصح وإن صادف الواقع

(1) المسالك 3: 157، والروضة البهية 3: 227. (2) العبارة بعد قوله: (ولم يتخلص عنه) إلى آخر الفقرة في (م) كما يلي: ويندفع بأن المكره قاصد للفظ والمعنى معا، لكنه فاقد للرضا، وهو غير قصد المعنى، بخلاف الهازل فإنه غير ير قاصد للمعنى، وسيأتي تفصيل ذلك في عنوان الأكره والاختيار من عناوين الشرائط العامة إن شاء الله. (3) أي: ثاني المقامات، تقدم أولها في ص: 49.

[54]

وبعبارة أخرى: العقد له أركان، وهي: المتعاقدان والعوضان، وقد لا يكون عوض، وقد يكون. وبعبارة أخرى: كلما هو من ضروريات ذلك العقد أو الإيقاع من المحل ونحوه لأبد أن يكون مقصودا في حالته، وإلا لبطل. وأما الأحكام واللوازم: فإن كانت من مقتضيات ذات العقد ومفهومه - بمعنى عدم تحققه إلا بحصولها - فهي داخله في قصد المعنى والغاية الذي مر في المقام الأول. وإن كانت من الأحكام اللاحقة شرعا - كنفقة الزوجة ونحو ذلك - فسيأتي الكلام فيها. والوجه في اعتبار القصد بهذا المعنى - بمعنى انتفاء الصحة بدونه - ما مر من الوجوه السابقة من الأجماع والأصل الأولي. وعدم انصراف أدلة الصحة في عقد أو إيقاع عاما أو خاصا إلى ما لم يعين فيه الأركان، فيبقى تحت أصالة الفساد، بل يمكن أن يدعى في بعض صور المسألة عدم صدق العقيدة والعهدية أصلا. والأخبار الدالة على عدم وقوع شيء إلا بالقصد بالتقريب الذي ذكرناه، فإنك لو لم تقصد من قولك: (بعت) مشتريا معينا هو زيد - مثلا - ولا فرسا معينا بتعيين (1) معتبر كلياً أو جزئياً، ولا ثمنا معينا - من درهم أو دينار أو غيرهما - فلا ينفع بعد ذلك أن تعينه، لأنه شيء لم يقصد، فلا يتحقق بمقتضى الأخبار (2). فإن قلت: إنا لانقول: إنه يقع بلا قصد، بل نقول: إنه يقع بعد القصد وإن لم يعين عند العقد، فلا يكون بلا قصد. قلت: إن وقوع هذه (3) الآثار بعد العقد والقصد إنما هو للعقد، بمعنى أنه السبب في حصول ملك هذا المال - مثلا - لهذا المشتري (4) (والمفروض أن هذا لم يكن

(1) في (ن، د): يتعين، وفي (ف): لتعيين، والصواب ما أثبتناه. (2) من قوله: فإنك لو لم تقصد... إلى آخر الفقرة لم يرد في (م). (3) هذه: لم ترد في (م) (4). (العبارة في (م) هكذا: في حصول ملك المال المخصوص - مثلا - للمشتري المخصوص بالثمن المخصوص.

[55]

مقصودا في ذلك السبب، ومجرد القصد العاري عن السبب غير مملك، فلاوجه لحصوله، فتدبر. مضافا إلى متعلقات العقود إنما هي محال لآثارها، بمعنى أنها مورد للملك والطلاق والنكاح والعقود ونحو ذلك، ولأرب أن هذه الأمور تحتاج إلى محال مقررة في نفس الأمر على حسب ما هو المعتبر في المفهوم، فإن كان شيئا يتقوم بالكلي والعين فلا بد من تعيينه على طريق الكلية أو العينية، وإن كان مما لا يتقرر إلا بشخص - كالعقود والطلاق والنكاح على أحد الوجهين، وهو الأصح - فلا بد من تعيينه الشخصي حتى يتحقق الأثر فما لم يتعين هذه المحال في نظر المتعاقدين بحيث يكون قابلا لورود الآثار المطلوبة عليها لا يتحقق للأثر محل، فيستلزم الفساد، لتخلف الأثر عن المؤثر، وليس الفساد إلا ذلك، وتعيين المحل بعد فساد المؤثر غير مجد. وكذلك الكلام في المتعاقدين، فإنهما اللذان يعقدان ويتعاهدان ويربطان، فلو صدر من أحدهما الأيجاب بدون تعيين الآخر لم يتحقق هنا ربط من هذا الجانب، ولا عهد مع أحد، وتعين أحد بعد الصدور لا يجعل العهد السابق له، وذلك واضح جدا. وفي كلامنا السابق في خصوص تعيين المتعلق إفادات تنبه عليها بعد تأمل غامض وتبين أنه صادر عن طبيعة ماهرة في الفن ويندفع بالغور في أطراف ذلك الكلام إشكالات (1) مركوزة في أذهان القاصرين في جواز بيع الكلي وعدم جواز نكاحه وطلاقه - كما هو الأصح - ونظائر ذلك. وليس هذا من جهة عدم اشتراط قصد المتعلق، بل الحق أن قصد الأركان لازم في العقود كافة، وإنما البحث في أن متعلق كل عقد أي شيء حتى نعرف ما هو لازم القصد دون غيره؟ وأي سبب لعدم تعلق النكاح بالكلي دون البيع؟ وهذا كلام سنحققه لك إن شاء الله تعالى في ضبط متعلقات العقود.

[56]

وثالثها (1): أن العقد تابع للقصد في سائر الأحكام، بمعنى أنها لا تترتب إلا مع كونها مقصودة. فمن لم يقصد النفقة في النكاح لانفقة عليه، ومن لم يقصد ضمان الدرك في البيع فلا ضمان عليه، ومن لم يقصد خيار المجلس أو الشفعة أو خيار الحيوان أو توابع المبيع - كثياب الجارية ومفتاح الدار - أو المهر في مفوضة البضع أو لحوق الولد أو عدم جواز جمع الاختين أو نكاح الخامسة - أو نظائر ذلك من الأحكام غير المتناهية اللاحقة للعقود بعد تحقق أركانها وصحتها - لا يتعلق فيه هذه الأحكام بالنسبة إليه. وتبعية العقد للقصد بهذا المعنى لم يقدّم دليل على اعتباره، بل يردّه أمور: أحدها: الأجماع القطعي من الأصحاب على عدم اعتبار القصد في ذلك كله، كما لا يخفى على من راجع كلامهم. فإن قلت: كيف تدعي الأجماع على ذلك مع أن قولهم: (العقود تابعة للقصد) مطلق يشمل المقام؟ قلت: ليس كذلك، بل معنى كلامهم: (أن العقد تابع للقصد) بمعنى أن النكاح والبيع لا يصح إلا بقصد اللفظ والمعنى والأركان - على ما قررناه - إذ لفظ (العقد) اسم لمجموع الأيجاب والقبول المتقوم بهذه الأركان، والأثر اللازم له ما هو المقصود منه الداخل في معنى (2) الأيجابين - كما قررناه - وأما الأحكام اللاحقة للعقد بعد وجوده وفرض صحته فهي ليست داخلية تحت اسم العقد ولا مقدمة لتحقيقه، ولا وجه لكونها تابعة للقصد، فهذه العبارة منهم (3) دالة على اعتبار القصد في ماهية العقد وأركانه، دون أحكامه. وثانيها: قيام السيرة القطعية من المسلمين قديما وحديثا على عدم قصد الأحكام في العقود والأيقاعات، بل هي غير محصورة لا يكاد يطلع عليها فقيه،

(1) أي: ثالث المقامات. (2) في (ن، د): في معناه. (3) في (ف، م): عنهم .

[57]

فضلا عن عامي! فكيف يمكن القول بعدم جريان هذه الأحكام مع عدم القصد؟ وثالثها: إطلاق ما دل على ترتب هذه الأحكام لهذه العقود من دون تقييد بالعلم والقصد، ولأرباب أن اسم العقد واسم البيع والطلاق والعقود ونحو ذلك يتحقق بقصد الأركان، فاللازم شمول الأدلة الدالة على ترتب الأحكام على هذه الأسامي عموما وخصوصا لما نحن فيه، فلا وجه لهذه الشرطية. وبالجمله: لم يعرف من نص ولا فتوى اعتباره في ذلك، ولو عرض شبهة في ذلك من جهة هذه القاعدة المطلقة فإنما هو من قصور الفهم أو قلة التدبر، فإنه لا ربط لها بمسألة الأحكام واللوازم. ورابعها: أن يكون العقد تابعا للقصد، بمعنى أن يكون كل ما قصد من العقد فينبغي تأثير العقد فيه، وهذا لو اتفق في الأركان من العوضين أو الأيجابين أو المتعاقدين فلا شبهة فيه، فإن كل ما تعلق فيه القصد فهو مورد العقد دون ما عداه، ويلزمه التأثير مع اجتماع سائر الشرائط. وأما لو تعلق بأمور خارجية، فإن كان قصد ما يترتب على العقد بحكم الشرع من الآثار واللوازم الخارجية - كما مثلناه - فلا بحث في صحته وحصوله، لكن من حيث أصل الشرع، لامن حيث هذا القصد، بمعنى أنه لو لم يكن قاصدا أيضا لكان ذلك كذلك، وليس العقد فيه تابعا للقصد، بل بالعكس. وإن كان قصد ما لا يترتب على العقد لو خلى ونفسه فهل يتبعه العقد، بمعنى أنه يؤثر فيه باعتبار هذا القصد أولا؟ وفيه قسمان: أحدهما: أن يقصد عدم ترتب ما يترتب لو خلى ونفسه، كقصده عدم النفقة في النكاح الدائم، أو عدم الشفعة في محلها، أو نظائر ذلك. وبعبارة أخرى: أنه يقصد في المعاملة أو في الأيقاع عدم ترتب بعض أحكامه الشرعية التي لو لم يقصد عدمه لترتب جزما. وثانيهما: أن يقصد ترتب ما لا يترتب لو خلى بلا قصد، كقصد النفقة والأثر في المنقطع، وقصد خيار الفسخ في النكاح بغير أسبابه المعهودة، وقصد الخدمة في

العتق، وقصد الخروج من الأصل في الوصية، ونظائر ذلك. وكل من القسمين: قد يكون مع لفظ دال على ذلك القصد، بمعنى اعتبار هذا المقصود الخارجي شرطاً في ضمن العقد. وقد يكون من دون لفظ واقع في ضمن العقد، بل مع المقابلة قبل العقد وبناء المتعاقدين على ذلك. وقد يكون بالمقابلة بعد العقد مع وجود القصد حال العقد. وقد يكون مجرد قصد وتواطؤ، بحيث يعلم أحدهما بأن الآخر قاصد ذلك. وقد يكون مجرد قصد من دون علم من الآخر به ولا تواطؤ عليه. فهنا صور، ولا يخفى على الفطن العارف أن صورة جعله شرطاً في ضمن العقد أو قبله أو بعده وصورة العلم والتواطؤ كلها داخلية في باب الشروط التي نبث (1) عنها في اللوائح، ونبين هناك اعتبار اللفظ والعدم، والمقارنة أو التقدم أو العدم، وكفاية مجرد التواطؤ وعدمه، وتمام الكلام في ضبط الشروط الضمنية وما يلحقها. وليس ذلك كله من مسألة تبعية العقد للقصد وإن كان من فروعها، لكنه في الحقيقة لو قلنا بصيرورة هذه الأقسام شرطاً يصير في الحقيقة داخلاً في الأركان، لأنه في حكم العوضين وكالجزء منهما (2) فلا بد من تنقيح ما هو الصحيح منه والفاسد، فما صح منه يتقيد به العقد، وما فسد - لأحد الوجوه الآتية في فساد الشرط - يفسد به العقد، فانه (3) مستلزم لتعلق العقد بما لا يصح تعلقه به، وفوات الشرط كفوات الأركان. وإنما البحث في مجرد كون أحد هذه الأمور مقصوداً للعاقدين من دون شرطية وتواطؤ، فهل يكون هذا القصد ملغى ولا يترتب عليه تأثير العقد ولا يتقيد به، فما

(1) في (ن، د): يبحث. (2) في (ف، م): منها. (3) في (ف، م): لأنه .

ينبغي أن يترتب فهو يترتب (1) وإن قصد عدمه وما لا يترتب لا يترتب وإن قصد وجوده، أم لا بل يتبع العقد القصد؟ لا بمعنى أنه يقع ما قصد لا محالة، لأنه مخالف للأجماع، بل بمعنى أنه إن صادف القصد في الوجود والعدم شيئاً لم يمنع منه الشرع وليس مخالفاً للدين ولا يلزم منه محذور يؤثر فيه العقد، فيكون هذا تأثيراً ثانوياً للعقد باعتبار انضمام هذا القصد، وإن لم يصادف ذلك بل اتفق قصد ما دل الدليل على خلافه بحيث لم يبق للمكلف تسلط فيه بطل القصد، فيبطل العقد بتبعيته. وبعبارة أخرى: هل مجرد القصد من دون تواطؤ وذكر لفظ يقوم مقام الشرط ويوجب تقيد العقد به صحة وفساداً أم لا؟ يحتمل القول بالتبعية لأمور: أحدها: عموم ما دل على نفي الضرر، فإنه لو لم يتحقق ما قصده - سواء كان قصده وجود ما لولاه لم يوجد أو عدم ما لولاه لوجد - لتضرر بذلك، لأنه قد فعل هذا الفعل على أن يكون الأمر على ما قصده ولم يقدم على ما سوى ذلك، فالإلزامه بالحكم الذي قصد خلافه إضرار من دون سبب. وثانيها: أنه وإن لم يذكر ما قصده في ضمن العقد ولم يعلق الحكم عليه، لكن بنى على ذلك وفعل، فينحل على أنه لو لم يكن كذلك لم يفعل. فمن قصد عدم النفقة من النكاح أو قصد كون الزوجة خادمة وهو خال الذهن عن أنه لا يقع على ما قصده - بمعنى أنه لا يعلم بطلان قصده - يرجع الأمر فيه إلى أنه لو لم يكن كذلك لم يعقد، فيصير ذلك من خصوصيات الأركان وكيفياته، فيجئ قاعدة التبعية. وثالثها: أن عموم ما دل على لزوم الشروط شامل لذلك، فإنه في الحقيقة ينحل إلى شرط ضمنى وإن لم يلحظ بعنوان التعليق والربط. والحق أنه لاثمرة لهذا القصد، لأن أدلة الشروط (2) إنما يراد بها ما هو الالتزام المعهود بين المتعاقدين لو قلنا بأن الشرط بنفسه لازم - كما هو أحد الوجهين - ولو

(1) في (ن، د): مترتب. (2) في " ف، م ": الشرط .

قلنا بأن لزوم الشرط إنما هو بدخوله في العقد وانحلاله إلى الكيفية وصيرورته كالجزم من الأركان، فيدخل في الوفاء بالعقد، فلاريب أن هذا المقصود لم يذكر في العقد ولم يكن من كيفياته، وليس مجرد تخيل وقوع شئ أو انتفائه قيدا في المعاملة، إذ مجرد كونه داعيا بحيث لو لم يكن كذلك باعتقاده لم يفعل لا يصير قيدا حتى يكون داخلا في الكيفية، بل هو مورد باعتقاده الفاسد. وأما كون ذلك ضررا عليه، فمدفوع بأنه ضرر أقدم عليه بنفسه، لأنه لم ينشأ إلا بفعله لا بفعل الغير، وتقصيره في فهم الأحكام الشرعية إن لم يوجب زيادة الحرج والتكليف عليه فلا ينبغي ما هو لازم لطبيعة ما فعله من الأحكام. وهذا وجه واضح، وإلا للزم عدم ترتب الضمان ونظائر ذلك على من أوجد أسبابها باعتقاد عدم الترتب، فتدبر. مع أن إطلاق ما دل على ترتب ما يترتب وعدم ترتب ما لا يترتب شامل لصورة ما قصده أو لم يقصده أو قصد خلافة، وليس في الأدلة ما يعارضه، إذ ليس هذا داخلا تحت دليل شرط، ولا دليل ضرر، ولا دليل عقد. نعم، قد يقال: إنه يدل على ذلك عموم قوله عليه السلام: (لكل امرئ ما نوى) (1) فإن ظاهره: أن المرء إذا نوى شيئا فهو يحصل، والفرض أن العاقد قاصد - مثلا - عدم الخيار للمجلس، أو قاصد عدم نفقة الزوجة - أو نحو ذلك - فينبغي أن يحصل هذا له بمقتضى العموم، وخروج بعض الأشياء عن تحت العام بالدليل لا يقضي بعدم الحجية في الباقي، فلاوجه لأسقاط هذا القصد بالمرة والحاقه بالعدم. ولكن نقول: إن هذه الرواية تعارض ما دل على عدم ترتب هذه الأحكام وجودا وعدما على العقود سواء نوى أو لم ينو بالعموم من وجه - وذلك واضح - والترجيح مع الأدلة النافية، لكثرتها وقوتها وفتوى الأصحاب بها وكون خارج هذه الرواية أكثر من داخلها وانصرافها إلى غير العموم المدعى منها، ولو فرض عدم الترجيح فالمرجع الأصل، والأصل عدم تأثير هذا القصد. (هامش) * (1) الوسائل 1: 34، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات، ح 10.

[61]

مضافا إلى أن استقراء الفقه القطعي قد دل على عدم العبرة بمجرد النية من دون قيام لفظ أو فعل دال عليه، والفرض هنا عدمه، إذ العقد لا يدل عليه، وليس في المقام غيره، فتبصر جدا. ومن هنا علم: أنه لو تحقق المقابلة بعد العقد أيضا لم ينفذ في ذلك، إذ العقد مضى على إطلاقه وأثر، إلا على القول بأن الشرط بنفسه لازم لا حاجة إلى كونه في ضمن عقد، وكذلك ما كان فيه المقابلة قبل العقد، فإن القول السابق لا يلزم بنفسه ولا يقيد العقد اللاحق، لاحتمال الرجوع، ومع العلم بالبقاء يرجع إلى مجرد القصد الخالي عن الأمارة، فلا ينفذ من جهة العقدية لو لم يلزم من جهة الشرطية مستقلا. وأسوأ حالا منهما صورة العلم بالقصد ومجرد التواطؤ من دون مقابلة قبل العقد ولا بعده ولا في أثناءه، لأنه قصد صرف، ومجرد العلم بأنه معتقد غير قاذح، فتدبر. نعم، يجئ في هذه الصورة (1) البحث من جهة احتمال أنه شرط كالمذكور في ضمن العقد، فيبحث في صحته وفساده باعتبار ذلك، ويجئ الكلام في كونه قيدا للعقد مفسدا أولا. وأما لو قطع النظر عن كونه شرطا، فلاريب أن مجرد هذه القصود لا يتبعها العقود، لا بمعنى تأثيرها فيما تعلق القصد به وجودا وعدما، ولا بمعنى توقفها على صحته وفساده، فتبصر. مع أنا نقول: المراد من تبعية العقد للقصد كونه تابعا لما قصد منه، وهذه القصود والاعتقادات الخارجية التي توهمها المتعاقدان ليس (2) قصدا متعلقا بالعقد، بمعنى أن الفائل: (بعت) معتقدا عدم ضمان المبيع عليه قبل قبضه، أو قوله: (اشتريت) معتقدا عدم ثبوت الشفعة، لا يقصد من قوله: (بعت) عدم الضمان،

(1) في (ف، م): الصور. (2) كذا، والمناسب: ليست .

[62]

ولامن قوله: (اشتريت) أن لا يكون شفعة، بل يقصدان من العقد معناه المتعارف وتخيلا أن الحكم فيه كذلك، وهذا ليس قصدا متعلقا بالعقد حتى يتبعه وإن كان لو اعتقد خلافه لم يفعل. نعم، لا يجزئ هذا الكلام في صورة المقابلة قبل العقد أو في أثناءه، فإنهما يرجعان إلى الشرط، بمعنى كونهما قاصدين للعقد على

هذا النحو، فينبغي التقييد. والكلام فيه من حيث كونه مقيدا للعقد قد عرفته، وسيوضح حكمه في باب الشروط. فتلخص من ذلك: أن قصد الأحكام واللوازم المترتبة على العقد غير لازم، وعدم قصدها غير مضر، وقصد عدم ترتب ما يترتب أو ترتب ما لا يترتب غير نافع ولا مضر، وإنما اللازم قصد اللفظ والمعنى المقصود مع كفيته: من تنجيز أو تعليق، إطلاق أو تقييد، اتصال أو انفصال، فوري أو متراخ، لازم أو جائز - على كفيته المقررة - وقصد الأركان من المتعاقدين والعوضين وما يقوم مقامها، على حسب اختلاف العقود والأيقاعات. نعم، بقي هنا كلامان: أحدهما: أنه متى ما لم يقصد الكيفيات المقصودة حتى يقع على نحوها لا بد من ذكر ما يدل عليها أيضا، إذ قد تقرر أن القصد الخالي عن الأمانة لا عبرة به، وسنحققه في شرائط العقود إن شاء الله. أما لو قصد واحدا من الكيفيات ولم يأت بما يدل عليه - كما لو قصد التزلزل والجواز وأتى بلفظ مطلق، أو عكس فأتى بلفظ دال على التزلزل وقصد اللزوم - فهل القاعدة في هذا المقام البطلان لعدم الدال في الأول وعدم القصد في الثاني وكلاهما شرطان، أو الصحة فيهما اكتفاء بأحد الأمرين في أصل الكيفية بخلاف الأحكام الخارجية بتبعية اللفظ في المقامين أو بتبعية القصد في المقامين؟ وجوه. والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن القصد العاري عن اللفظ لا عبرة به، فإن كان قاصدا للنوع وقاصدا لوقوعه جائزا من هذا اللفظ مع أنه بظاهرة مفيد للزوم

[63]

فيلحقه حكم ظاهر اللفظ، ولا عبرة بالقصد كذلك، وما يعتبر من القصد إلى أصل المعاملة فقد حصل. وأما اللفظ العاري عن القصد فباطل ملغى لا أثر له، وليس إلا كقوله: (وهبت) وهو قاصد للبيع، إذ اللفظ المعتبر ما وافق المقصود لاشيئا آخر، فتدبر. وثانيهما: أن مقتضى شرطية قصد الأركان وقصد الغاية أن لا يحكم بالصحة إلا مع العلم بحصول القصد، إذ الشك في الشرط يوجب الشك في المشروع. فنقول: لا ريب أن العاقد لو أقر أنه كان قاصدا لما ذكره وعقده يثبت بذلك، لأن القصد شيء لا يعلم إلا من قبله - وسيجيئ في المثبتات (1) بيان الوجه فيه - وإن كان ذلك نافعا بالنسبة إليه، إذ ليس قبوله من حيث الأقرار به (2) بل من حيث (3) انحصار الطريق. ولو أنكر، بمعنى أنه ذكر في اللفظ شيئا وقال: لم أكن قاصدا معناه بل قاصدا شيئا آخر، أو لم أكن قاصدا بالمرة، فهل يحكم هنا بالفساد؟ لأصالة عدم قصد هذا المراد ولأنه شيء لا يعلم إلا من قبله فقوله فيه حجة ولأن الشك في حصول الشرط يوجب الشك في المشروع فيرجع إلى الفساد، أو يحكم بالصحة ولا يقبل إنكاره القصد؟ لأن الظاهر من حاله حين أقدم على المعاملة كونه قاصدا لمعناها، فإنكاره بعد ذلك غير مسموع، وقبول قوله فرع الشك في المقام، وفعله السابق بظاهرة حجة في وجود القصد - كما لو أقر بالقصد ثم أنكر - وأصالة عدم القصد مدفوع بتقدم هذا الظاهر عليه - كما يأتي في صحة فعل المسلم (4) - مضافا إلى الأجماع على أن الشارع جعل طواهر الألفاظ حجة كاشفة عن القصد (5) فيستدل بها عليه، ولا يسمع بعد ذلك إنكار القصد إلا مع قيام دليل يدل عليه، وهو المعتمد (6).

(1) كذا، والظاهر: السياسات، انظر العنوان: 79. (2) في (ف، م): الأقرارية (3). حيث: لم يرد في (ف، م). (4) يأتي في العنوان 94 (آخر العناوين). (5) في (ن): المقصود. (6) في (ف، م): المتعمد.

[64]

تنبيه: قد ذكر بعض الفقهاء - منهم المحقق الثاني (1) - أنه لو دفع المشتري عين مال لغيره ثمنا عن مبيع وقصد الشراء لنفسه، أو دفع البائع عين مبيع لغيره وقصد البيع وتملك الثمن لنفسه، أو عكس بأن دفع عين مال لنفسه (2) (واشتري لغيره مبيعا، فإنه تصير المعاوضة على مالكي العوضين دون ذلك الغير المقصود، فإن كان المالك مباشرا فبنفس العقد، وإن كان المباشرة غيره فبالإجازة. ومقتضى هذا الكلام عدم تبعية العقد للقصد حتى في الأركان، وذلك خلاف ما قررناه، فإن زيدا لو دفع دينارا هو عين ماله ليشتري لعمرو ثوبا فإنه يصير الثوب ملكا لزيد لا لعمرو، مع أن المقصود أن يكون الثوب لعمرو. وكذا لو دفع الغاصب المغصوب على أن يشتري شيئا

لنفسه فيصير المبيع لمالك المغصوب مع إجازته، لا للغاصب. وعلمه المحقق الثاني رحمه الله بأن قاعدة المعاوضة انتقل كل من العوضين إلى مالك العوض الآخر لا إلى غيره، وإلا لخرج عن كونه معاوضة. (3) فحينئذ نقول: لا ريب أن تبعية العقود للمقصود يقتضي أن يقع الملك لمن قصد في ضمن العقد، لأنه الركن الملحوظ وغيره ليس بمقصود، فلاوجه لتأثير العقد فيه، إذ لو قلنا: (بعت المال لزيد) لا يكون الملك لعمرو بالبدية، والقاعدة التي أشار إليها المحقق الثاني رحمه الله - من اقتضاء المعاوضة انتقال كل عوض إلى من انتقل منه العوض الآخر - يقتضي كون الملك لمالك العوض دون ما قصد، فيتعارضان، والمتجه حينئذ البطالان، لفوات شرط القصد بالنسبة إلى المالك، وفوات وجود العوض بالنسبة إلى المقصود، فالحكم بالصحة ووقوعه للمالك لاوجه له. لا يقال: إن صحة المعاملة للمالك إنما هو بحسب الظاهر وعدم سماع دعوى

(1) لم نعثر على فرض المسألة في جامع المقاصد، لافي بيع الفضولي ولا في كتاب الغصب. (2) في غير (ن) عين مال نفسه. (3) لم نقف عليه أيضا .

كونه قاصدا لشخص آخر، كما ذكرته سابقا. لأننا نقول: ليس الكلام في صورة التنازع، بل المراد بيان الحكم الواقعة، فنفرض أن المالك قال: إني أدفع هذا المال وأشتري لزيد، فباع البائع بهذا الوجه، فهل الملك صار للمالك أو لزيد؟ ظاهر كلام المحقق الثاني: أنه للمالك، سيما أن هذا الغرض ينعكس في بيع الغاصب وشرائه، فإن الثمن أو المثلن بعدما صار ملكا لغيره فإنه وإن قصد كون العوض الآخر له لا يترتب عليه الأثر، بل يصير لمالك العوض مع إجازته، لقاعدة المعاوضة. وبالجمله: ليس مسألتنا هذه من باب الحكم الظاهري، كما ذكره فيما لو ادعى المشتري: أنني كنت اشتريته لزيد فلم يررض، لا يسمع منه، أو ادعى الوكالة في الشراء فأنكره الموكل، فإن البيع يصير له ويستحق البائع الثمن ظاهرا. والحاصل: كلامنا فيما تباير المقصود في التملك مع مالك العوض وكان هذا مع علم من المتعاقدين، فظاهر كلام المحقق الشيخ علي رحمه الله وغيره وقوع المعاملة لمالك العوض بلا إجازة أو معها - كما في بيع الغاصب ونحوه - لقاعدة ذكرها، ومقتضى القصد وقوعه للمقصود دون غيره، ومع التعارض فينبغي البطالان، لتخلف أحد الشرطين في كل منهما، فما معنى الحكم بالصحة؟ والتخلص من هذا الأشكال بأحد وجوه: أحدها أن يقال: قاعدة التبعية للأصل إنما هي من باب الظواهر التي يمكن الخروج عنها بدليل كما في النكاح بمهر أو شرط فاسدين، فإن النكاح يصح والمهر والشرط يفسدان في بعض المقامات. فنقول هنا أيضا: ظاهر اتفاقهم على صحة بيع الغاصب وشرائه - إلا من زعم بطلان الفضولي - يدل على عدم اعتبار القصد هنا، ونظيره من دفع مبيعا ليكون الثمن لغيره، أو دفع ثمنه ليكون المبيع لغيره، إذ الفارق غير موجود. وثانيها أن يقال: ليس كلامهم في صحة بيع الغاصب وشرائه فيما لو كان مقصوده انتقال العوض الآخر شرعا إليه، بل في مقام يكون مقصوده انتقاله العرفي

إليه حتى يتصرف فيه وينتفع به. وبعبارة أخرى: بائع فرس الغير لا يريد بالمعاملة أن يكون الثمن ملكا له شرعا، لأنه لا يمكن ذلك، بل غرضه أن يدفع ويأخذ الثمن بالبيع وينتفع به وإن كان في الواقع يكون ملكا لمالك الفرس إن أجاز وللمشتري إن لم يجر، وكذلك دافع المبيع أو الثمن من نفسه حتى يكون الثمن لزيد أو المثلن له، لا يريد بذلك الانتقال إليه بالمعاملة، بل هو الداعي إلى هذه المعاملة، بمعنى أنه يريد أن يملك فيعطيه إياه، فليس قصده ملكية الغير من هذه المعاملة، بل من أمر آخر. وبالجمله نقول: إن هذه الصور ليس فيها قصد في المعاملة مغاير لما ينبغي أن يقع عليه، وإنما المنافي قصود خارجية لا عبرة بها في العقد مع تحقق أركانه. وثالثها أن يقال: إن القصد الذي يتبعه (1) (العقد ما كان له دال في ظاهر العقد من شرط أو نحوه، دون القصد الخالي عن اللفظ، ولا ريب أن قصد الغاصب كون العوض له لم يذكر

في العقد، وكذا قصد الدافع كون العوض للغير لم يذكر في اللفظ، بل إنما هو مجرد قصد من دون دال، فلاعبرة بهذا القصد. فإن قلت: لم لم يذكر في العقد ما يدل عليه؟ فإن قول الغاصب: (اشتريت) أو قول البائع له: (بعتك) يدل على أن الانتقال إليه، وهو المقصود من اللفظ، فإذا وقع خلافه لزم منافاة القصد. قلت: لا نسلم أن مجرد جعل المخاطب هو الغاصب يدل على قصد الانتقال إليه، فإن الوكيل يخاطب بقوله: (بعتك) مع أن الانتقال ليس إليه، ولذلك صرحوا في باب النكاح بلزوم تسمية الزوجين، ولا يخاطب الوكيل بـ) (أنكحتك) بخلاف الوكيل في البيع. وبالجمله: كون ظاهر العقد معه لا يدل على كونه مقصودا من الانتقال، لاحتمال الفضولية والغاصبية والوكيلية ونحو ذلك .

(1) في (ن، د): تبعه .

[67]

فإن قلت: فلازم كلامك أن تقول بالبطلان لو قال الغاصب: (بعتك) على أن يكون ثمنه ملكا لي) أو قال دافع المبيع من ماله: (بعتك) على أن يكون الثمن منتقلا إلى زيد). قلت: نعم، نقول بالبطلان حيث قصد ما هو خلاف قاعدة المعاوضة ونص عليه في ضمن العقد، لأنه حينئذ كالشرط الفاسد، بل هو من أفرادها، وليس في كلام المحقق الثاني وغيره ما يشمل هذه الصورة، فتدبر. ورابعها: أن نجيب في الغاصب بأحد الطرق السابقة، وأما في دافع ماله ثمن أو مئثنا نمنع عدم وقوع العوض للمقصود - كما زعمه المحقق الثاني - بل ندعي أنه ينتقل العوض الآخر إلى من قصده المالك دون من ملك العوض المقابل، فلا ينافي ما ذكرناه من قاعدة التبعية للقصد. وأما قاعدة المعاوضة - المشار إليها في كلامه - فيمكن التفصي عنها بأن مقامنا غير مناف لها، فإن قصد المالك دفع الثمن على أن يكون المبيع لزيد ينحل إلى أحد أمرين: إما على كون هذا الثمن قرضا لزيد فيملكه زيد، وإما هبة بالنسبة إليه فيملكه مجانا، غايته أن يكون المالك موجبا قابلا من طرفه، وينحل قوله: (اشتريت بهذا المال الفرس لزيد) إلى قوله: أقرضت، أو وهبت هذا المال لزيد فصار ملكا له وقبيلت من جانبه ثم اشتريت به فرسا له، فيصير من باب العقد الضمني في قولهم: (أعتق عبدك عني) ونظائر ذلك وإن كان مخالفا للقاعدة، فتدبر. وخامسها أن نقول: إن عقود المعاوضات ليس الركن فيها إلا العوضان والأيجابان والمتعاقدان، والمراد بالمتعاقدين: من صدر منه الأيجاب والقبول، سواء كانا مالكين أم وكيلين أو وليين أو فضوليين أو غاصبين أو ملفقين، والمعتبر قصدهما بالعقدية والتخاطب، مع قصد المعاوضة بالعوضين المعهودين في كل باب بسببية الأيجابين، وأما أن هذه المعاوضة ممن تصير؟ وأن مالك هذا العوض

[68]

من هو؟ وأن الانتقال إلى من يتحقق؟ فليس من أركان المعاوضة. وبعبارة أخرى: المراد بالمتعاقدين من صدر منه الأيجاب والقبول، لا مستحق العوضين، والعلم بمستحق العوضين غير شرط، فقصد خلافهما غير مضر، لأن من انتقل إليه أو عنه العوض لا يربط له بالمعاوضة، بل المدار على المتعاقدين والأيجابين والعوضين. هكذا ينبغي أن يحقق المقام، والله الهادي .

[69]

[العنوان الحادي والثلاثون] [انحلال العقد إلى عقود]

[70]

عنوان [31] من جملة القواعد المتداولة قولهم: العقد ينحل إلى عقود . والبحث هنا في أمور: أحدها: أن المراد من العقد هنا أعم من الأيقاع، فكما أن البيع والصلح والهبة والأجارة والوقف والوصية والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والرهن والقرض والنكاح ونحو ذلك ينحل إلى عقود، فكذلك الطلاق والظهار واللعان والأبلاء والأقرار والعتق، والشفعة بناء على أنها إيقاع، والأذن - في وجه قوي - تنحل إلى إيقاعات، على نحو ما يذكر في العقد كيفية ودليلا، كما سيفصل، وإن كان (العقد) في عبائهم ظاهرا فيما عدا الأيقاع، إلا أن الوجه في المسألة واحد. ولو استنهضنا على القاعدة بإجماع الأصحاب لأمكن المنع في الإيقاعات بعدم دخولها تحت هذه العبارة، فتدبر. وثانيها: أنه ليس المراد من انحلالها إلى العقود عدها عقودا متعددة قطعا، بحيث يعد من أتى ببيع واحد متعلق بأمور أو بامر مركب أو طلاق واحد متعلق بثلاث نسوة ممثلا لنزهره أن يبيع ثلاث بيوع أو يطلق ثلاث طلاقات، لأن الحكم فيه تابع للاسم .

[71]

والغرض من الانحلال إنما هو انحلال الحكم، فيكون العقد الواحد في حكم العقود المتعددة بالنظر إلى الأحكام اللاحقة. والمراد من الانحلال إلى العقود: انحلاله إلى عقود من جنسه لامن غيره. فالبيع بمنزلة بيوع، والطلاق بمنزلة طلاقات، وهكذا... ولا يخفى أن الانحلال لما كان إلى جنسه فلا بد أن يعتبر انحلاله في مورد، فلا يمكن حل البيع الناقل للعين إلى بيع وإجارة، وإن كانت المنافع تابعة للأعيان في الانتقال، لكنه ليس موردا لبيع المنفعة، ولابد حينئذ اعتبار الانحلال إلى حد يمكن وقوع عقد مستقل بالنسبة إليه، فيمكن انحلال البيع إلى بيوع بمقدار أجزاء المبيع القابلة للانفراد بالبيع، وانحلال الأجارة إلى إجازات بمقدار الأجزاء المفروضة في العين المستأجرة القابلة للأجارة المستقلة. ومن هنا علم: أنه لا ينحل طلاق امرأة واحدة أو الأبلاء والظهار منها أو نكاح امرأة واحدة إلى عقود وإيقاعات، لعدم إمكان نكاح نصف امرأة، وكذا طلاقه وما شابهه، فبطلان النكاح لو ظهر نصف الزوجة ملك النكاح لعدم إمكان الحل إلى عقدين، وكذا لو كان نصفها مملوكة للغير ولم يرص مالكها، فلا تنحل. وثالثها: أن المستند في هذه القاعدة أمور: الأول: ظهور إجماعهم على هذا الانحلال كما نشير إليه في فروع كثيرة، فإنهم يبنون على التبعيض ونحوه ويتمسكون بهذه القاعدة من غير نكير منهم كما لا يخفى على المتتبع، وهو الحجة. والثاني: الاستقرار، فإننا قد تتبعنا موارد العقود والإيقاعات فوجدنا انحلالها إلى عقود غالبا بإجماع أو نص، فكذا فيما لا دليل عليه. كما أننا وجدنا أنهم يقولون: لو تلف بعض المبيع أو ظهر مستحقا صح البيع في الباقي، وكذا لو كان بعضه مما لا يملك، كالخمر والخنزير. وكذلك في الأجارة. ولو عقد علي امرأتين فظهرت إحداها اخته صح في الأجنبية، ولو طلق أو ظاهر أو ألى عن امرأتين فظهرت إحداها فاقدة للشروط مضى الأيقاع في

[72]

الأخرى، وكذا لو أقر بأمرين وظهر فساده في أحدهما. ونظائر ذلك في المزارعة والشركة وغير ذلك من العقود كثيرة، فإنهم لا يقولون ببطلان العقد من رأسه بسبب فوات بعض أجزاء المتعلق، وفي بعض المقامات قد علم إجماعهم على ذلك، وفي مقامات أخرى دل النص عليه. ومقتضى هذا الاستقرار إلحاق ما عداها بهما ما لم يعلم (1) فيه الخلاف. الثالث: أن ظاهر هذه الأسباب الشرعية أنها أسباب للنقل أو الفك أو الحبس - أو نحو ذلك - في كل شيء جعله الشارع قابلا لتعلق ذلك السبب به وتحقق ذلك الأثر فيه، فكل عقد أو إيقاع تعلق بمورد من الموارد فيؤثر في ذلك المتعلق بجميع أجزائه القابلة لتعلق ذلك السبب كما يؤثر في المجموع المركب، فإذا كان كذلك فتختلف بعض هذه الأجزاء لتلف أو كونه فاقدا لشروط التأثير أو وجود مانع فيه لا يضر بالآخر. وبعبارة أخرى: الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية، فكلما وجد مورد قابلا للتأثير يؤثر، وإذا لم يكن قابلا لفقد شرط أو وجود مانع فلا يؤثر فيه ويصير بمنزلة العقود المتعددة التي لا يلزم من بطلان بعضها بطلان غيره. فإن قلت: ظاهر التعلق بالأمر المجموعي يمنع من الانحلال إلى العقود والإيقاعات. قلت: ما ندري أن هذا التعلق بهذه الأمور ارتباطي - بمعنى أن تعلق البيع والطلاق مثلا بهذا المتعدد موقوف

على صحة جزء جزء - أم لا؟ والأصل عدم الارتباط، ورخصة الشارع في إجراء صيغة واحدة لهذا المجموع وإجراء صيغ متعددة للأجزاء القابلة للانفراد يدل على عدم ارتباط بعضها ببعض. وبعبارة أخرى: لاربيب في جواز انفرد الأجزاء بالبيع والطلاق - كما هو المفروض - وجمعها في صيغة واحدة لا يوجب الارتباط، بل إنما يؤثر السبب في

(1) في (ن): ما عداها بهما فما لم يعلم، وفي (د): ما عداها بهما مما لا نعلم .

[73]

كل من الأمور القابلة للانفكاك دفعة واحدة، فلافرق في الاجتماع والانفراد سوى كفاية الصيغة الواحدة وعدمها، لارتباط الأجزاء بعضها ببعض. ولو فرض عدم كون بعضها قابلا للتأثير فلا يفترق الحال أيضا بين كونه منفردا أو مجتمعاً، لأنه غير قابل للمسبية فلا يتأثر. الرابع: أن معاوضة المجموع بالمجموع يقتضي كون الأجزاء أيضا متقابلة، بمعنى أن يكون كل جزء من أحدهما في مقابل جزء من الآخر نسبته إلى المجموع كنسبة الآخر إلى مجموع، وهذا أمر في العرف واضح، فتصير المعاوضة الواحدة المتعلقة بالمجموع في قوة معاوضات، بل معاوضات حقيقية لو لوحظ في العرف، ولازم ذلك ترتب الأحكام الشرعية اللاحقة على العقود المتعددة عليه. وهنا إشكال، وهو: أنه قد تقرر في العنوان السابق أن العقد يتبع القصد، فلو سلم مقابلة الأجزاء بالأجزاء وكون الأسباب مؤثرة حيثما وجد القابل لكن قد تقيّد ذلك بالقصد فلا تأثير ما لم يقصد، ولاربيب أن قصد مقابلة المجموع بالمجموع لا يستلزم قصد مقابلة الأجزاء بالأجزاء، ولذا نرى أن كثيرا من الناس لا يرضون بمعاملة الجزء بالجزء، بل يرضون بمعاملة الكل بالكل، فالقصد في العقد والأيقاع إنما تعلق بهذا المجموع دون كل جزء، فإذا فات بعض الأجزاء بتلف ونحوه فكيف يعقل صحة الباقي مع أنه غير مقصود؟ فكلما في هذا المقام بنا في قاعدة التبعية للقصد على إطلاقه، فلا بد إما من التفصيل، أو تخريج الجواب عن الأشكال. فنقول، يمكن أن يقال: أولا: إنا لا نسلم تعلق القصد بالمجموع المركب، بل ظاهر معاوضة الكل بالكل قصد مقابلة الأجزاء بالأجزاء، ومسألة التبعية والاستقلال لادخل لها فيما نحن فيه، إذ الكلام في أن معاوضة الأجزاء بالأجزاء مقصود أم لا. فنقول: ظاهر المقابلة - خصوصا بعد ملاحظة المالية وكون المقصود القيمة - قصد المعاوضة كيف كانت، وما يرى في بعض الصور أنه يرضى بالمجموع ولا يرضى بالأبعض فرد نادر محتاج إلى تعلق الغرض بخصوصية الهيئة دون

[74]

أصل المعاملة. وكذا الكلام في الأيقاع، فإن كلامنا أعم، فإن من طلق امرأتين بطلاق واحد وصادف كون إحداهما فاقدة للشرائط، فنقول: ظاهر طلاقهما كون كل منهما مقصودا في الفراق، لا أن المجموع المركب كذلك، وإن كان قد يصير غرضه طلاقهما معا بحيث لا يرضى بكون إحداهما مطلقة دون الأخرى، لكنه يحتاج إلى قصد زائد على قصد طلاق المرأتين، فتدبر. وبالجمل: قصد الارتباط شيء زائد لا ندري حصوله، والكلام فيما لم يصرح بذلك. فإن قلت: قصد الاستغراق أيضا كذلك. قلت: نحن لانحتاج في صحة بيع الأجزاء إلى قصد الاستغراق، بل يتحقق ذلك بقصد الاستغراق أيضا ويقصد الارتباط ويقصد المجموع خاليا عن الأمرين، فإن هذه القصد لا تنافي صحة البيع، وينتقل الأجزاء. نعم، الكلام في مانعية قوات بعض الأجزاء للبعض الآخر أو شرطية وجوده للآخر، وهو فرع جعل من الشارع ولم يحصل بل ورد خلافا، أو جعل من المتعاقدين والفرض عدم العلم به، لأننا قد ذكرنا أنه محتاج إلى قصد الارتباط والتعليق، وهو غير محقق. نعم، لو صرح بذلك وقال: بعتك هذه الدار بشرط ارتباط الأجزاء بحيث لو خرج بعضها مستحقا أو تلف بحيث انفسخ البيع أو ظهر بطلانه بنحو آخر لم أرض بيع الباقي) لكان الحكم كذلك، لأنه شرط مقيد، ولأمانع من اشتراط مثل ذلك، فتأمل جيدا. وثانيا: ما ذكر من تعلق القصد بالمجموع وعدم الرضا بالتبعيض لو سلم وجوده فليس قصدا من العقد، وإنما هو قصد خارجي وإن كان داعيا. وبعبارة أخرى: ليس المراد من قولك (1): (بعتك المال) أنني لأرضى (2)

[75]

بالتبعية، إذ هو معنى غير هذا المعنى، وذلك نظير ما إذا بنى البائع على أن البيع كل منهما فرسه بالآخر وتواطئ عليه، فقال أحدهما: بعثك فرسي بخمسة فقبل الآخر، ثم امتنع الآخر عن البيع، وهذا لا يضر بصحة البيع الأول وإن كان قاصدا أنه أيضا يبيع، لكن لم يكن من قوله: (بعث) قاصدا بشرط أن تباع. وثالثا: أنه لو سلم كون ذلك هو المقصود قد ذكرنا: أن المراد بالقصود هي القصود المدلول عليها بظاهر عبارة، لا القصد المحض، بمعنى أن اللفظ بلا قصد لا يكفي، لأن كل قصد بغير دال يمضى، وقد ذكرنا: أن التعلق بالمجموع في اللفظ ليس دالا على قصد عدم الانفكاك، بل هو لو لم يكن ظاهرا في قصد كل جزء - كما قررناه - فليس ظاهرا في قصد الارتباط قطعا، ولو صرح به في اللفظ دخل تحت الشرط، ونحن نلتزم بذلك حيث صرح كما مر، فلا تذهل (1). ورابعا: نفرض الكلام في صورة ما كان قاصدا للاستقراء وبحيث لا يكون هناك قصد منافع، فانه لا ريب في انحلاله حينئذ إلى العقود بمقتضى الأدلة السابقة، ولا يعارضه قاعدة القصد - وإن كان فيه كلام من جهة أخرى تأتي - فإذا تم انحلاله في هذه الصورة لوجود المقتضي وانتفاء المانع لزم الانحلال في غيره بعدم القول بالفرق، إذ كل من قال بالانحلال لم يفرق بين ما كان قاصدا للعموم أو لم يكن، فتبصر. الخامس: أنه لا ريب أن العقد مقتضى لانتقال هذا المتعلق بجميع أجزائه وليس له مانع، فإذا كشف عن عدم انتقال بعض الأجزاء لمانع يقع الشك في أن انضمام هذه الأجزاء شرط أو فقدان بعضها مانع؟ فنقول: الأصل عدم المانعية وعدم الشرطية، إذ ذلك إما من جعل الشارع ابتداء ولا دليل عليه بل الدليل على خلافه موجود، وإما من جعل المكلف المستلزم لأمضاء الشرع وهو أيضا فرع الاشتراط أو دلالة ظاهر اللفظ، وقد عرفت انتفاء الثاني وفرض عدم الأول .

[76]

فإن قلت: ليس هذا شكا في الشرطية والمانعية بل شك في اقتضاء المقتضي، بمعنى أنه بعد عدم التأثير في بعض الأجزاء نشك في أن هذا العقد موثر في الانتقال أم لا والأصل عدمه. قلت: لا ريب في أن هذا العقد داخل في عموم أوفوا بالعقود والوفاء به إمضاء المقتضيات كافة، فإذا جاء مانع من بعض المقتضيات فلا يوجب الشك في الآخر، لشمول العموم من دون معارض، فلا تذهل. وهنا إشكال، وهو: أنه لو انحل العقد إلى عقود يصير في المعاوضات معناه معاوضة كل جزء بنسبته من العوض الآخر، وهذا يستلزم جهالة المعوض والعوض، مع أن أغلب المعاوضات قد اعتبر فيها العلم في أعيان كانت أو منافع، فهذه القاعدة ينافيها اشتراط العلم. نعم، هذا في الأبقاعات - كالعتق والطلاق ونحوه - وفي العقود التي لا معاوضة فيها - كالهبه الخالية عنه والوقف والوصية ونظائر ذلك - غير وارد، لتعلق القصد هناك بالمجموع، وعدم صحة البعض غير مانع من الآخر، وليس هذا كمسألة عتق عبد من عبيدين أو طلاق امرأة من امرأتين، لعدم القصد هناك بالمعين أصلا، لكن في عتق العبيدين تعلق بكل واحد بعينه، وبطلان أحدهما لا يحدث جهالة في الآخر، وذلك واضح، ولكن في المعاوضات - كالبيع والأجارة - وما في حكمها - كالرهن ونحوه - إذا ظهر بطلان العقد في البعض ترجع المعاوضة إلى البقية من الطرفين بعد ملاحظة النسبة، وذلك لم يكن معلوما عند المعاوضة. والجواب: بأن الانحلال إذا صح في البعض صح في الباقي، لما أشرنا إليه من عدم الفارق. وثانيا: بأن مثل هذه الجهالة غير مانعة في البيع الذي هو أدق المعاوضات، فضلا عن غيره، لجواز المعاوضة على الأجزاء المشاعة ثمنا ومثمنا بعد معلومية المجموع .

ولأرب أن معنى انحلال بيع الدار إلى مائة (1) عقود: أن يكون نصفها بنصفها وثلاثها بثلاثها، وهكذا إلى ما لا نهاية له. ولأرب أن ذلك معلوم عند البيع بهذا العنوان، ولهذا لو بيع ابتداءً بهذا النحو لكان البيع صحيحاً، فكذا سائر المعاوضات. فإن قلت: هناك ليس نصف معين، وإنما هو كلي، وتعيينه باعتبار كلية (2) وفيما نحن فيه ليس كذلك، إذ لو بيع شاتان بخمسة فظهر إحداهما مستحقاً للغير وقوم بائنين والباقي بثلاثة، فلأرب أن الشاة الباقية لم تلاحظ بأنها شاة معينة، ولم يعلم كونها مبيعة (3) كذلك، وكون النصف والعشر ونحوهما ملحوظاً معلوماً لا ينفع في معلومية الأجزاء المعينة. قلت: هذا كلام متين، ولكن الجواب أمتن منه، لأننا نقول: إن تبعض (4) الصفقة الموجب للانحلال لا يختص بفوات أجزاء معينة، بل قد يصير بفوات الأجزاء المشاعة، كما لو خرج نصفه مشاعاً ملكاً للغير ولم يرض مالكه، ولأرب أن هناك لا يجري هذا الكلام لمعلومية ذلك من خارج، لما ذكرنا من وضوح كون النصف بالنصف. وأما لو كان بفوات جزء معين، فنقول: إنه لو قلنا فيه بأنه يقوم الباقي ويؤخذ قيمته لكان ذلك مجهولاً، لكن قد قلنا هناك أيضاً بملاحظة النسبة، ولأرب أن النسبة لا تلاحظ إلا بلحاظ قيمة الباقي إلى المجموع حتى يعلم أنه نصف أو ثلث أو ربع أو خمس أو نحو ذلك، فيرجع إلى الثمن بتلك النسبة، فيرجع المال هنا أيضاً إلى كون النصف بالنصف والعشر بالعشر. فإن قلت: هذا مسلم، ولكن كون النصف بالنصف لا يقتضي كون هذا النصف الباقي للمشتري، لاحتمال النصف الآخر، ولا يستلزم كون (5) الشاة الباقية لي

(1) في (م): بيع الدار بمائة إلى عقود. (2) كذا في النسخ، وفي هامش (م): (كليتة، خ ل. (3) في عدا (م): لم يلاحظ بأنه شاة معينة ولم يعلم كونه مبيعا (4) في (ن، د): تبعض. (5) في (ف، م) زيادة: هذا .

بنصف الثمن، لاحتمال الشاة التالية، إذ لا بد حينئذ من إجراء حكم ما لو اشترى النصف بالنصف. قلت: هذا اشتباه، إذ لو كان مشترياً لنصف واحد لكان الحكم كما تقول، لكن اشترى كل واحد من النصفين بإزاء النصفين من الثمن، فإذا تلف واحد فالباقي للمشتري أي نحو فرض، والمثال المطابق ما إذا قال: (بعت النصف بالنصف والنصف الآخر بالنصف الآخر) فيصير كل من النصفين - يعني مجموع الشاتين - للمشتري، فإذا تلف منه شيء كان الباقي للمشتري لا محالة، غايته: ضمان البائع للمعاوضة، فيسقط من الثمن بحسابه، هكذا ينبغي أن يحقق هذا المقام. وثالثاً: فعلى تسليم كون هذا جهالة لا نسلم كون هذه الجهالة مانعة لأولها إلى العلم، وقد جوز نظير ذلك في مقامات. وهنا كلام، وهو: أن الفقهاء ذكروا أن تبعض الصفقة في المعاوضات موجب للخيار حيث يرتفع بذلك ضرر، ولو كان العقد ينحل إلى عقود للزم من ذلك كون حكم كل من الأبعاض للزوم، لعموم دليله، ولأرب أن بطلان عقد لا يوجب الخيار في عقد آخر، فينبغي أن تكون الأجزاء كذلك. أقول: هذا من المؤيدات لانحلال العقد إلى عقود، وإلا للزم من بطلان العقد في البعض بطلانه في الكل، لأن العقد الواحد لا يجتمع فيه الصحة والفساد. فقد علم: أن الفقهاء بنوا على عدم الارتباط، وأما قولهم بالخيار فليس لذلك، بل من جهة أن البائع - مثلاً - أو المشتري أو نحو ذلك إذا أتى بالعوض المعين فتخيل الآخر أنه يحصل له بهذه المعاوضة، لدلالة ظاهر حال المعاوض عليه، لأنه يريد الدفع والتمكين، فإذا انكشف خلافه ظهر الغرور الموجب للضرر ويندفع بالخيار، لا لأن الرجل يقصد الارتباط وحصول تمام الأجزاء، وإلا للزم البطلان قهراً، لا الخيار، وفيما ذكرناه سابقاً كفاية، فراجع. ورابعها (1): أن الظاهر أن انحلال العقد إلى العقود في جميع الأحكام إلا ما دل

(1) أي: رابع الأمور المبحوث عنها في هذا العنوان، تقدم ثالثها في ص: 71 .

دليل على خلافه، ومقتضاه: أن كل عقد أو إيقاع متعلق بأمر مجموعي متى ما فقد شرط أو وجد مانع في البعض بطل ذلك وصح الباقي، فلو كان بعض المبيع غير مقدور على تسليمه أو غير مملوك أو العاقد بالنسبة إلى بعضه غير مالك ولأولي ولا مجاز فسد، دون الباقي، ولو تحقق الإجازة في بعض المبيع فضولا أو غيره من العقود الفضولية فينبغي الصحة في المجاز بالنسبة، وإن تأمل فيه بعض مشائخنا (1) ولعله لعدم عده إجازة. وبالجمله: فكلامنا من حيث القاعدة، وينبغي [أن يقال، خ ل] (2): إن ما يشترط بالقبض - كالهبة والوقف والسكنى وتوابعه والرهن والصرف والسلم - إذا حصل القبض في بعضه صح بالنسبة إلى المقبوض وإن بطل الباقي أو بقي مراعى لتوسع وقته، وكذلك ثبوت الخيار لو كان بعض المعقود عليه فيه خيار، كشرائه شيئين أحدهما حيوان، أو نكاح امرأتين في عقد أحدهما مجنونة أو بها قرن، ولزوم اعتناق الباقي لو كان ممن يعتنق على المتملك وإن بطل الباقي، وثبوت الشفعة فيما صح لو كان مشفوعا، فانه (3) كالمبيع المستقل، ونحو ذلك ضمان الأبعاض، لأن المبيع قبل القبض مضمون، ولحقوق مقتضيات العقد من تعجيل وتقايض ولواحقه من التوابع اللاحقة لكل شئ بحسبه، ومسائل التنازع في عوض أو معوض أو إطلاق أو اشتراط أو نحو ذلك، ومنها أيضا شرعية الأقالة، فإنها كما يجوز في تمام العقد يجوز في الأبعاض بالنسبة، لأنه بمنزلة عقود مستقلة يشرع فيها الأقالة. وأما عدم جريان الخيار في الأبعاض في غبن ونحوه، لأن دليل الخيار على خلاف القاعدة، ولم يثبت إلا في العقد من حيث هو مجموع واقع كذلك، ولو لم يكن مانع لقلنا بثبوته في الأبعاض، لكن لادليل عليه. وبالجمله: بعد ما ذكرنا الانحلال فاللازم إجراء حكم العقود المستقلة على الأبعاض ما لم يعارضه معارض .

(1) لم نقف عليه. (2) من هامش (م). (3) في (م): لأنه .

نعم، قد أفتى الشهيد (1) رحمه الله وغيره (2) بأنه لو أجل بعض الثمن في السلم بطل الكل، وعللوه بأن بطلان المؤجل لاشتراط التقايض وبطلان الحال لعدم معلومية التقسيط، إذ ما بإزاء الحال أزيد مما بإزاء المؤجل. قلت: الذي تقتضيه القاعدة الصحة في ذلك، لما قررناه، وهذه الجهالة غير قاذحة، وقد أفتى جماعة بالصحة أيضا (3) - على ما في بالي - فإن كان لهم دليل على البطلان قبلناه، وإلا فلا. وبملاحظة ما نبهنا عليه من الفروع يتنبه البصير على فروع لا تتناهى، وقد أشرنا إلى الأنواع إجمالا، وتفصيل الكلام يحتاج إلى مجال تام، ونحن من السرعة والعجالة بمقام وخامسها (4): أنه قد أشرنا أن انحلال العقد إلى عقود إنما هو بعد ملاحظة متعلقاتها، فإن البيع ينحل إلى العقود البيعية فيما تعلق به عقده وإن كانت المنافع أيضا تنتقل بالبيع تبعا، فلا يقال: إن البيع ينحل إلى بيع وإجارة. إذا عرفت هذا تعرف أن الانحلال يتوقف على معرفة متعلقات العقود، حتى يعرف أن أي شئ داخل وأي شئ خارج؟ ونحن نذكر - إن شاء الله - ضبط متعلقات العقود في اللواحق. ومن هنا وقع الخلاف في أن الأرض للعيب هل هو على القاعدة لأنه عوض ما فات من أحد العوضين، أم لا؟ وتنقيحه يحتاج إلى بيان أن الأوصاف داخله في الأعواض - عينا كانت (5) أو منفعة - أو ليست بدخلة فيهما (6) مطلقا، أو فرق بين

(1) أفتى به في الدروس 3: 256، إلا أنه احتمل الصحة أيضا. (2) مثل العلامة في القواعد 1: 136، والتذكرة 1: 557. (3) لم نقف على من أفتى بالصحة، نعم احتملها الشهيد في الدروس 3: 256، وقال الشهيد الثاني: (وربما قيل بالصحة) ولم يذكر قائله، انظر الروضة البهية 3: 417. (4) أي: خامس الأمور المبحوث عنها. (5) في غير (م): كان. (6) كذا، ولعل تنبيه الضمير باعتبار رجوعه إلى العوضين .

وصف الصحة وسائر الأوصاف والأول داخل دون الباقي؟ وجوه ثلاثة، وحيث إن المسألة من فروع ما يتعلق به العقود فنؤخر بيانها (1) إلى محله ونوضحه (2) (هناك إن شاء الله تعالى. فإن قلنا بدخول وصف الصحة في العوض صار الأرش على القاعدة يجري في كل معاوضة. وإن لم نقل بدخوله (3) - كما هو الأقوى - فلا يكون على القاعدة، دل عليها (4) الدليل في البيع، فيقتصر عليه أو يتسرى إلى غيره بتنقيح مناط ونحوه لا مطلقا، فانتظر لتنقيح المقام بعون الملك العلام. وينبغي أن نشير هنا إلى فائدة مهمة هي كاللتممة لهذا العنوان. وهي: أن التبعض للصفقة الذي يترتب عليه في أبواب الفقه أحكام كثيرة من خيار ونحوه وقد يجوز وقد لا يجوز - كما يستفاد من مباحث الشفعة وغيرها - فرع كون الصفقة واحدة حتى تبعض، إذ لو كانت العقود متعددة لا يقال ببطلان أحدها؛ إنه تبعضت الصفقة، فلا بد من بيان الضابط في وحدة الصفقة وتعددتها حتى تتفرع عليه مسألة التبعض وأحكامها. فنقول: لا ريب أن المعاوضة تشتمل على أركان ستة: العوضان، والمتعاقدان، والأيجابان، وكل منها (5) قابل للوحدة والتعدد، إذ يمكن تعدد الأيجاب ووحدة القبول وبالعكس، وكذا في غيرهما، وذلك واضح. فالمدار في وحدة الصفقة وتعددتها: إما على الموجب أو القابل، أو الأيجاب أو القبول، أو المعوض أو العوض، بمعنى أن يكون تعدده موجبا للتعدد ووحده موجبة للوحدة، وإنما عبرنا بهذه العبارات حتى يعم البيع وغيره .

(1) العبارة في غير (م) هكذا: من فروع بيان ما يتعلق به العقود فنؤخره إلى محله. (2) كذا في النسخ، والمناسب: نوضحها. (3) في غير (م): بدخولها. (4) في (د): عليه. (5) في (ن): منهما .

[82]

وأما على المركب من الاثنين (1) بصوره أو الثلاثة بصوره أو الأربعة أو الخمسة أو الستة، وتمايم الصور المحتملة من الاحادي والثنائي والثلاثي والرابعي والخماسي والسداسي (2) تنتهي إلى نيف وستين صورة، ولا بد من التأمل في أن المدار على أي شيء؟ فنقول: لا ريب أن تعدد الثمن يستلزم تعدد الصفقة، ولا يمكن فرض اتحادها مع تعدده، سواء كان المتعاقدان والأيجابان واحدا أو أكثر، إذ كل ثمن بعد فرض التعدد يقتضي معوضا منفردا يقابله بحيث لا يكون شيء من أحد الثمنين في إزاء ما في مقابل الآخر ولو على الأشاعة، والوحدة تقتضي كون العوض بإزاء تمام المعوض مشاعا، ولا يمكن مع الاتحاد اختصاص حصة من الثمن بحصة معينة من المثلث، بخلاف ما لو جعل الثمن متعددا، فإن تعدده يقتضي أن يكون ما بإزاء كل منهما ممتازا عن الآخر، وهو معنى تعدد الصفقة، ولا ينفع فرض اتحاد الأيجاب والقبول والمتعاقدين. وأما تعدد المثلث: فإن كان تعدده بالعدد - كدار وفرس وكتاب ونحو ذلك فهذا بمجرد لا يقتضي بتعدد الصفقة. وإن كان التعدد من حيث المثمنية بأن يكون كل منهما معوضا على حدة فلا يتحقق إلا بامتياز الثمن، فيرجع إلى تعدد الثمن، إذ لو قيل: (بعت دارا وكتابا بخمسة) فهو صفقة واحدة، ولو قال: (دارا بثلاثة وكتابا باثنين) فهما صفقتان وإن اتحد الأيجابان. وهذا الكلام يجري في الثمن أيضا، فإن تعدده بالعدد لا يقتضي بتعدد الصفقة، كما لو باع دارا وفرس وكتاب، وتعدده في المثمنية يقتضي امتياز المعوض، إذا الثمن لا يكون مستقلا بالمثمنية إلا بكون معوضه مستقلا. فيرجع مال الكلام إلى أن مالكي العوضين لا عبرة بتعددتهما واتحادهما، كما أن الأيجاب والقبول كذلك، بل إنما المدار على وحدة الثمن والمثلث من حيث إنهما ثمن ومثلث .

(1) في (ن، د): من اثنين. (2) في (ن، د) زيادة: حتى .

[83]

وبعبارة أخرى: إن لوحظ مقابلة واحدة بين العوضين بحيث يلزم من ذلك مقابلة كل جزء من أحدهما بجزء من الآخر على الأشاعة عينا ومفهوما فهذا يعد صفقة واحدة، وإن لوحظ مقابلتان بحيث يلزم عدم إمكان مقابلة تمام الأجزاء كذلك فهو تعدد للصفقة. وإنما عممنا الأشاعة على العين والمفهوم حذرا من قولنا: (بعت نصف الدار

بنصف المائة، والنصف الآخر بالنصف الآخر) فإنه تعدد للصفقة، مع أنه غير مانع عن احتمال مقابلة كل من العوضين لكل جزء من المعوضين بحسب العين الخارجي، لبقاء الأشاعة في الخارج، لكنه مانع عن المقابلة في المفهوم، فإن مفهوم النصف المجعول عوضا في الأول غير قابل لأن يكون في مقابل النصف المجعول معوضا في الثاني، فتأمل جيدا فإنه من مطارح الأفهام (1). ومن هنا تتنبه على الفرق بين دعوى النصف المشاع والنصف المعين من أحد شخصين ودعوى الكل من الآخر مع كونهما ذا يدين في المال، وإن تنظر في الفرق ثاني الشهيدان (2) وليس في محله. وأما وحدة المشتري والبائع والأيجاب والقبول فلا يدور مدارهما حكم، كما حققناه. نعم، هنا كلام للعلامة - أعلى الله مقامه - في بحث الشفعة، قال: لو باع الشريك حصة من بستان وحصة من دار - مثلا - للشفيع أخذهما معا وأخذ كل واحد (3). وربما يستفاد منه: أنه لا يلزم تبعض الصفقة للمشتري، لتعددتها بتعدد المثلثين. وقرره المحقق الثاني ولم يتعرض له برد في الحكم (4). ونقل في شرح القواعد عنه في التذكرة: أنه لو بيع دار مع طريق مشترك قابل للقسمة للشريك أخذ الطريق خاصة بالشفعة إن شاء، وإن شاء أخذ المجموع (5).

(1) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مطارح الأعلام. (2) الروضة البهية 3: 110 (3). لم نعثر عليه. (4) لم نعثر عليه أيضا. (5) جامع المقاصد 6: 350، التذكرة 1: 590.

[84]

وظاهر هذه العبارة أيضا أنه لم يقل هنا بلزوم تبعض الصفقة، وإلا فيرد عليه ما أورده المحقق الثاني: من أن المجموع إن لم يكن متعلق الشفعة فلاشفعة له فيما سوى الطريق فكيف يأخذ المجموع؟ وإن كان متعلقها فكيف يجوز له التبعض للصفقة (1)؟ والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن تعدد المبيع لا يوجب تبعض الصفقة، ولايجوز للشفيع أيضا تبعض الصفقة. وما ذكره في الفرض الأول من التخيير ليس لأنهما صفتان ولأن التبعض جائز، بل لأن هناك شفعتين، لتعدد السبب وهو الشركة، فبشركته في البستان له شفعة وبشركته في الدار له شفعة، فهما حقان متغايران يجوز أخذ واحد وإسقاط الآخر، كما يجوز أخذهما وإسقاطهما وإن كانت الصفقة واحدة، وعدم جواز التبعض إنما هو في الشفعة الواحدة، وقد أشار إلى ذلك المحقق الثاني في شرح القواعد (2). والظاهر أن ما ذكره في التذكرة أيضا ناظر إلى اعتبار تعدد الشفعة وإن رده المحقق الثاني بما ذكر، لكن في اعتبار التعدد فيه نوع خفاء. وبالجمله: الصابط في وحدة الصفقة وتعددتها ما ذكرناه، فتأمل جيدا .

(1) جامع المقاصد 6: 352. (2) لم نقف عليه .

[85]

[العنوان الثاني والثلاثون] [عدم ترتب حكم شرعي على مجرد النية والرضا والتمني في العقود والأيقاعات]

[86]

[23] لا عبرة في شئ من العقود والأيقاعات بالنية والرضا والتمني، بمعنى أنه لا يترتب عليه حكم شرعي يترتب على الصيغ، فلا يكون العبد حرا بالنية، ولا الزوجة مطلقة. ومرادنا في هذا المقام من (النية) هو القصد إلى الأيقاع أو (1) (الوقوع، و (الرضا) هو عدم كراهة النفس من وقوعه، (والتمني) هو طلب وقوع ذلك في الخارج، ولا خلاف لأحد فيما ذكرناه، وهو الحجة القاطعة، مضافا إلى أصالة عدم ترتب

الآثار إلا على ما جعله الشرع سببا. وأدلة العقود والأيقاعات لا تشمل ذلك، سواء كان من العمومات أو خصوص مادل على نحو البيع والطلاق وغيره. وما يتخيل: أن العهد الذي يترتب عليه الآثار - كما ذكر (2) في الفقه - يكفي فيه القصد، لأنه يسمى عهدا، فيدخل في عموم مادل على الوفاء بالعهود والذم على نقضه. مدفوع بأن مرادنا هنا بالقصد هو قصد وقوع العهد أو إيقاعه، وهو ليس عهدا

(1) في (ن، د): والوقوع. (2) في غير (م): ذكره .

[87]

جزما، سيما مع اعتبار الميثاق في الآية (1). ومجرد ترتب الثواب على قصد العبادات والعزم عليها - كما دل عليه قوله صلى الله عليه وآله: (نية المومن خير من عمله) (2) - لا يدل على كونه كذلك في المعاملات، والحمل على ذلك مجرد قياس، ولأمانع من كون العزم على عبادة عبادة تترتب عليه الثواب، ولا يكون العزم على عقد أو إيقاع عقدا أو إيقاعا يترتب عليه الآثار، بل الفرق بين المقامين مما لا يخفى على ذي بصيرة. وكما أنه لا عبرة بما ذكر، لا عبرة بالعقد القلبي أيضا، بمعنى إنشاء العقد والأيقاع (3) في القلب، لوجه: أحدها: أصالة عدم ترتب الآثار بسبب شرعي، وهو فرع الدليل، ولأريب أن ما دل على الصحة غير شامل له، كما نبينه. وثانيها: أن القصد وإنشاء المعاني في القلب وإن كان في الأيقاعات يمكن ترتب الأثر عليه حيث لا يحتاج إلى طرف آخر، لكن في العقود المحتاجة إلى الجانبين لا يكاد يعلم وجود العقد القلبي للمتعاقدين، بل هو غير ممكن، ولأريب أن إناطة الشارع الحكم بمثل هذا الأمر المخفي بعيد جدا. وثالثها: أن حقيقة السبب لو كان هو عقد القلب للزم العلم بحصول هذا السبب، وهو متعذر وإن كان يلزم ذلك لو كان ذلك شرطا للفظ أيضا، لكن الاهتمام في الشرع في أصل المقتضيات أقوى من التوابع، وهو أحد معاني قولنا: يغفر في الثواني مالا يغفر في الأوائل. ورابعها: أن المعلوم من الشرع أن جعل هذه المعاملات إنما هو لقطع التجاذب والتنازع، وهو لا يتحقق إلا بإناطته بشئ محسوس يعرفه كل أحد. وخامسها: الاتفاق على مشروعية العقود، ولا ريب أنه لو كان (4) عقد القلب

(1) البقرة: 27، الرعد: 20 و 25. (2) الوسائل 1: 35، الباب 6 من أبواب مقدمة العبادات، ح 3 و 15. (3) والأيقاع: ليس في (ن، د). (4) في غير (م): ولا ريب أن كون .

[88]

ناقلا ومؤثرا لكان مشروعيتها لغوا بالمرة. وسادسها: الخبر المشهور السابق (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (1) الدال على حصر السبب باللفظ، خرج ما خرج وبقي الباقي تحت النفي. والمناقشة سنداً مدفوعة بالانجبار، ومنع دلالة (إنما) على الحصر ليس في محله. والذي يمكن أن يتخيل وجهها لكفايته (2) أمور: الأول: عموم قوله عليه السلام: (لكل امرئ ما نوى) (3) ولا ريب أن من عقد بقلبه نكاحاً أو طلاقاً أو بيعاً فقد نوى حصول هذا الأثر بهذا القصد، فينبغي أن يحصل ذلك له شرعا، للرواية، وهو المدعى، غايته خروج القصد المتعلقة بالأمور الغير الشرعية، لعدم إمكان حمل الخبر على الأخبار، لاستلزامه الكذب، بل يراد به الأنشاء، ولا يكون إلا إنشاء للحكم، وهو المدعى. والجواب: أن الظاهر من هذا الخبر بقريته غيره من الأخبار من قوله: (لا عمل إلا بنية) (4) ونحو ذلك حصول ما نوى من عمل يأتي به أو قول يتكلم به، لا حصول ما نواه بمجرد، مع أن الظاهر منه أنه ما لم ينوه فلا يحصل له، كما هو قضية كون تقديم الخبر مفيدا للحصر، وليس في مقام بيان حصول المنوي مطلقا. مضافا إلى معارضته لقوله تعالى: ليس للأنسان إلا ما سعى (5) ولا ريب أن المتبادر من السعي هو العمل، فمجرد (6) المنوي لا ينبغي حصوله، إذ ليس مما سعي فيه، والترجيح مع الآية، مضافا إلى مصادمة الشهرة، بل الأجماع والأدلة المتقدمة. والثاني: أنه وإن لم يشمل العقد القلبي خصوص أدلة العقود، لكنه يشمل

(1)الوسائل: 12: 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، ح 4. (2) في غير (م): (بكفايته. (3) راجع الوسائل 1: 34، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات. (4) راجع المصدر السابق. (5) النجم: 39. (6) في (ن): بمجرد .

[89]

عموم أوفوا بالعقود (1) إذ العقد إن كان بمعنى العهد فالقلمي أيضا عهد، وإن كان بمعنى الربط فهو أيضا ربط. والجواب: أن العقد - كما مر - هو العهد المؤكد، وما لم يقترن النية بما يدل عليه لم يكن مؤكدا، مع إمكان منع تسميته عهدا، مضافا إلى كون ما ذكرناه من الأدلة موجبا للشك في دخوله تحت العموم، بل مخرجا عنه. وأما على تقدير انصراف العقد إلى المتعارف فالجواب واضح. والثالث: أن الألفاظ لاربي أنها (2) كاشفة عن المقصود ومبينة للمعاني، وليست معتبرة إلا من باب المقدمة، ففي الحقيقة ليس السبب إلا المعاني، والألفاظ لا دخل لها في السببية، فإذا علم حصول ما هو المؤثر حقيقة فلا حاجة إلى ما عداه. والجواب: أنا لا نسلم كون المؤثر (3) حقيقة هو القصد، والمسلم إنما هو كونه العمدة في التأثير والركن الأعظم، وهو غير مانع من انضمام جزء آخر إليه. وإن شئت مراعاة التنظير والتشبيه الذي يرشدك إلى هذا المعنى - حيث إن الاستدلال مبني على نحو من الاستحسان - فنقول معارضة له بمثله: إنا نرى أن الشارع في العبادات اعتبر مباشرة البدن بقول أو فعل ولم يكتف بمجرد القصد وعقد القلب إلا مع تعذر البدن، كالأخرس العاجز عن التكلم والمريض الذي لا يقدر إلا على محض الأخطار بالبال، وفيما عدا ذلك اعتبر انضمام القول والفعل بالنية (4) حتى في الاعتقادات وأصول الدين التي لا دخل لها بالعمل الظاهري لم يكتف بمجرد الاعتقاد القلمي، وإلا فهو حاصل لكل جاحد ومعاند، بل أراد ضم القول والفعل، فلا شبهة في أن الشارع لم يعتبر مجرد الأنشاء القلمي العاري عما يدل عليه من لفظ أو فعل علامة وسببا لشيء. ففي المعاملات ينبغي أن يكون الاهتمام أزيد، لا بابتنائها على المغالبة

(1)المائدة: 1. (2) في (م): أنه لاربي في أن الألفاظ. (3) في (ن)، د: (المؤكد. (4) في (م): إلى النية .

[90]

والتشاجر والتنازع، فينبغي أن لا يكتفي فيها إلا بشئ ظاهر لكل أحد، وهو اللفظ الكاشف عن القصد كما في سائر مطالب العقلاء، أو الفعل الدال عليه على تفصيل يذكر بعد ذلك. فإن قلت: إن هذا الكلام إنما يتم في العقود، وأما في الأيقاعات التي لا ترتبط بالغير ولا سيما في الأيقاع الذي هو بين الله وبين عبده - كالنذر والعهد واليمين - فإن الله تبارك وتعالى عالم بما تخفي الصدور، ولا يحتاج إلى لفظ دال، ولا إلى شئ آخر، فمجرد ما عقد قلبه على شئ يتحقق التأثير بذلك، بل ربما يمكن دعوى صدق لفظ النذر والعهد واليمين على مجرد العقد القلمي، فيشمله عموم قوله تعالى: وليوفوا نذورهم (1) وأفوا بعهدي (2) واحفظوا أيمانكم (3) ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان (4) ونحو ذلك، فلا وجه لاشتراط الدال عليه. ومن هنا ذهب شيخ الطائفة - على ما نقله جماعة عنه - إلى (5) انعقاد النذر بمجرد عقد القلب (6) ويحتمل إرادته من النذر المعنى الشامل للعهد واليمين، لأنهما في الحقيقة نوع نذر، كما أن النذر عهد، سيما مع ملاحظة ما استدلل به مما ذكرناه من علم الله تعالى بالسرائر، وعدم الحاجة إلى اللفظ إلا لكونه كاشفا ومن كلام الشيخ رحمه الله واستدلاله يمكن أن يقال بأنه يلتزم بانعقاد سائر العقود أيضا بالعقد القلمي إذا علم وإن كان نادرا، وكذا سائر الأيقاعات من عتق وتدبير ونحو ذلك، فإن مقتضى هذا الاستدلال: أنه متى ما علم تحقق السبب - وهو القصد - كفى، وهو في الأيقاع معلوم لمن أوقعه. قلت أولا: إن ظاهر هذا الكلام يدل على أن المعترض تخيل أنا اعتبرنا اللفظ كاشفا قلنا بأن السبب هو عقد القلب، وليس كذلك، بل قلنا: إن القصد لما كان شيئا مخفيا لا يطلع عليه غالبا ومبنى الشرع على قطع التشاجر فينبغي إناطة

[91]

الأحكام بأمر ظاهر لا خفي. ومن هنا يعلم: أنه لا فرق بين الأيقاع والعقد، إذ الظاهر أنهما من واد واحد، ومجرد علم الله تبارك وتعالى لا يكفي في كون السبب هو عقد القلب بعد دلالة ما مر من الأدلة على اعتبار اللفظ، مضافاً إلى أن الظاهر عدم القول بالفرق. والشيخ وإن خالف في مقام لكنه وافق في مقام آخر. وأما دعوى: صدق النذر والعهد على عقد القلب، فليست بمسلمة حقيقة وإن أطلق مجازاً، ولو سلم إطلاقه حقيقة نقول: إن الفرد الظاهر هو ما دل عليه دال من فعل أو قول، فينصرف إليه الدليل وإن كان عاماً. وبالجمله: فاتفاق الأصحاب على اشتراط الدال وكون المؤثر والسبب هو القول أو الفعل - على نحو سيذكر - وردهم للشيخ يدل على اعتباره، فلا حاجة إلى التطويل في ذلك .

[93]

[العنوان الثالث والثلاثون] [في بيان حكم المعاطاة في العقود والأيقاعات]

[94]

عنوان [33] قد قررنا: أن مجرد عقد القلب غير كاف، بل لا بد من دال عليه، والدال إما الفعل أو القول، والكلام إنما هو في الفعل. فنقول: الفعل الدال على المعاملة إما في حالة الاضطرار وعدم القدرة على الكلام - كما في الأخرس ونحوه - وإما في الاختيار (1). وعلى التقديرين: إما صريح الدلالة على المراد بحيث لا يبقى فيه شك عادة، وإما مظنون الدلالة، وإما مشكوك، فهنا أقسام: الأول: في الفعل الاختياري المظنون الدلالة - كما في الملامسة والمناذرة ورمي الحصا ونحو ذلك (2) أو الدفع القابل للهبة والبيع والعارية والأجرة ونحو ذلك (3) - مع حصول الظن بالمراد بالقرائن. والحق عدم الاكتفاء به، لوجه: أحدها: ظهور الاتفاق (4) المعلوم من تتبع كلماتهم في المقامات، حيث يشترطون اللفظ أو اللفظ أو الفعل الصريحين :

(1)في غير (م): المختار. (2) في (م): ونحوها. (3) في (م): وغيرها. (4) في (م) زيادة: عليه .

[95]

وثانيها: أن ذلك مناف لمشروعية الدوال واعتبارها، إذ الغرض منها - كما مر - قطع التجاذب والتنازع، ولا ريب أنه لا يرفع بالفعل الظني. وثالثها: أنه لا ريب في أن الأصل في كل معاملة الفساد إلا ما دل عليه الدليل، ولا ريب أن أدلة العقود والأيقاعات بأجمعها لا تنصرف إلا إلى ما هو المدلول عليه بشئ صريح الدلالة، بل لا يعد ما هو مظنون الدلالة بيعاً وصلاحاً وطلافاً ونحو ذلك، فيبقى تحت الأصل الأولي من الفساد، وذلك واضح. الثاني: في الفعل المشكوك، ولا ريب أن الوجوه الدالة على عدم كفاية المظنون تدل عليه، بل بالأولوية، ومقتضى الأصل عدم ترتب الآثار إلا بمؤثر، وليس المشكوك فيه منه (1) بل كل ما ذكرناه من الأدلة على اعتبار الدال على العقد القلبي يدل على عدم كفاية المشكوك، لأنه (2) ليس دالاً في الحقيقة، لأنه مجمل. الثالث: في الفعل الصريح الدال على المطلوب، ويعبرون عنه في الفقه بالمعاطاة، وهو قد يكون من جانب مع القول من آخر، وقد يكون من الجانبين (3) ويكون في عقود

المعاوضات وغيرها، ويكون في الأيقاعات، إذ المناء حصول الفعل الدال على النكاح والطلاق والعتق والأقرار أو البيع (4) والرهن ونحوه، فتذكر في الأقسام حتى تكون على بصيرة. والغرض من ذكر الأمثلة مراعاتها، ليعلم انطباق الدليل عليها. فنقول: إن البحث في المعاطاة يقع في مقامات: بالنظر إلى ملاحظتها في الأيقاعات والعقود المجانية والمعاوضة وغيرها. وبالنظر إلى ملاحظتها إفادتها الأياحة أو الملك لزوماً أو جوازاً. وبالنظر إلى وقوعها من أحد الجانبين أو منهما معاً. وبالنظر إلى كونها عقداً مستقلاً أو ملحقا بكل باب من العقود .

(1) في غير (م): منها. (2) في (م): إذ. (3) في (ن): جانبين. (4) في (م): (و) البيع .

[96]

المقام الأول في جريانها (1) في الأيقاعات والحق عدم كونها (2) سببا في الأيقاعات المعروفة: من الطلاق والظهار واللعان والأبلاء والعتق والأقرار، لوجوه: أحدها: اتفاق الأصحاب في ذلك كله (3) على اعتبار اللفظ الصريح، بل في بعضها على صيغ خاصة. وظاهرهم عدم الخلاف في كون ذلك شرطا وعدم إفادة الفعل في ذلك تأثيرا وإن كان منويا به الأيقاع، فإن إخراج المرأة - مثلا - عن البيت أو إطلاق العبد عن الخدمة لا يعد طلاقا وعتقا ولا يؤثر فيهما. وثانيها: أصالة عدم الترتب للأثر المقصود عليه، والأصل هو الفساد، واستصحاب بقاء المرأة على الحلية والعبد - مثلا - على المملوكية. وبعبارة أخرى: استصحاب ما كان قبل هذا الفعل سواء كان عدم وجود الأثر الجديد أو بقاء الحالة السابقة، فإن الاستصحاب حجة فيهما. ولم يدل هنا دليل على كون المعاطاة قاطعا للاستصحاب، إذ الأدلة الدالة على صحة هذه الأيقاعات إما النصوص الخاصة المتعلقة للحكم على اسم الطلاق والعتق ونحو ذلك (4) غيرهما، ولا ريب أن شيئا من ذلك لا يصدق على مجرد الفعل وإن قصد به ما يقصد من اللفظ. وإما ما ذكرناه من شمول أوفوا بالعقود (5) بناء على أعميته من الأيقاع والعقد المصطلح، ولا ريب أن الظاهر منه بعد شموله للأيقاع إنما هو القول أو العهد المؤكد، ولا يكون مؤكداً إلا بالقول. وأما عموم (المؤمنون عند شروطهم) (6) فنقول: إن الشرط إن كان بمعنى الربط فلا ربط له بالأيقاعات إلا على تكلف مخرج له عن الإطلاق والعموم، وإن

(1) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: جريانه، ولعله باعتبار رجوعه إلى الفعل. (2) في غير (م): كونه. (3) في (م): فيها، بدل (في ذلك كله). (4) نحو ذلك: لم يرد في (م). (5) المائدة: 1. (6) عوالي اللالي 2: 257 ح 7 .

[97]

كان بمعنى الالتزام فلا ريب أن الظاهر من الالتزام ما وقع بالقول، لا مجرد الفعل والنية. مضافا إلى أن الظاهر من الرواية هو الشرط الواقع بين المؤمنين بعضهم مع بعض، لا بينه وبين الله، ولا ريب أن الطلاق والعتق ونحوهما (1) ليس شرطا وأفعالا بين الزوج والزوجة والمولى والعبد. وبالجمله: فإدخال مجرد الفعل تحته مشكل، مع أنه يعارضها (2) عموم (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (3) (وبعد التعارض فإما أن يترجح عليه أو يتساقطان، والأصل الفساد، سيما مع (4) أن أدلة الشرط مقيدة بعدم مخالفة الكتاب والسنة، فبعد (5) دلالة الأجماع والرواية على عدم كون الفعل مؤثرا يكون هذا الالتزام مما خالف الكتاب والسنة في (6) كونه التزاما وإن لم يخالفه في كون الملتزم به مشروعاً. وثالثها: عموم الرواية المعروفة المذكورة سابقا (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) ولا ريب أن الأيقاعات لها أحكام تحريرية وتحليلية، وقد دل النص على أن المحلل والمحرم هو الكلام لا غيره مطلقا، ومجرد وجود التخصيص في بعض المقامات لا ينافي كونه حجة في الباقي، وإخراج الحصر عن ظاهره غير متجه، لأنه خلاف السياق ومناف لفهم العرف، والتخصيص أولى منه بمراتب. وليس الغرض من الرواية حصر المجموع المركب من التحليل والتحرير حتى يقال: إنه لا ينافي كون

الفعل محللا فقط أو محرما فقط، بل الظاهر أن المراد حصر كل منهما في الكلام، والمعنى (7): لا يحلل غير الكلام ولا يحرم غير الكلام .

(1) العبارة في (م) هكذا: ولا ريب أن كلا من الطلاق والعتق مثلا. (2) في (ن، د): يعارضهما. (3) الوسائل 12: 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، ح 4. (4) في (م): سيما وأن. (5) في سوى (م): بعد. (6) في (ن، د): وفى. (7) في (ن): أو المعنى .

[98]

مضافا إلى أن هذه الأيقاعات فيها تحليل وتحريم، وليس شئ منها تحليليا فقط أو تحريما فقط، فإذا كان الفعل كافيا لزم اجتماع الأمرين فيه، والتبعيض بترتيب آثار أحد الأمرين - إما التحليل أو التحريم - مناف للأجماع، بل للضرورة، ومثل ما مر في هذا الحكم النذر والعهد واليمين. نعم، إنما البحث في جملة من الأيقاعات التي هي تشبه العقود، كالوقف على الجهات العامة والوصية لها، وكالأذن الموجب لأباحة التصرف وسقوط الضمان، وغير ذلك من أحكامه، ومثله (1) الأجازة وبذل الزاد والراحلة الموجب لوجوب الحج على المبدول له، والأخذ بالشفعة بناء على أنه إيقاع، والتدبير بناء على أنه وصية لا عتق، كما عليه الأكثر. والحق عدم الجواز في التدبير، لما مر من الوجوه السابقة. نعم، في غيره مما ذكرنا يقوى في النظر كونه منشأ للأثر لوجهين: أحدهما: أنه يصدق البذل والأذن والوصية والوقف بالفعل المقصود به ذلك، كما نشاهد في العرف أن من بنى مسجدا يقال: إنه وقف الأمة (2)، ومن أتى بحصير ففرشه فيه أو أتى بقنديل أو بساط فوضعه في مشهد إمام أو مسجد أو نحو ذلك وكذلك لو أتى بالمال وأعطاه يقال: إنه بذله، ولو فعل فعلا دالا على الرخصة يقال: أذن فيه، فبعد صدق هذه الألفاظ (3) التي علق عليها الحكم يثبت الصحة وترتب الآثار. ونحو ذلك الأجازة، فإنه بمعنى الأذن، لكنه مصطلح في اللاحق دون السابق، فإن من باع مال غيره لشخص فجاء المالك فأخذ الثمن وسلم المبيع إلى المشتري يصدق أنه أجاز عرفا. وكذلك من جاء بالثمن وأعطاه إلى المشتري فأخذ المشفوع يقال: إنه أخذ

(1) في (ن، د): ومثل. (2) كذا في ظاهر (م) والكلمة غير واضحة في (ن، ف). (3) في (م): الأسماء .

[99]

بالشفعة إن جعلناها من الأيقاعات. ومثل ذلك الفسخ، فإنه كما يصدق بقوله : (فسخت) يصدق بإعطائه العوض وأخذه المعوض. وكذلك إسقاط الحقوق، فإنه كما يتحقق (1) بلفظ الأسقاط يتحقق (2) بالفعل الدال عليه. ويؤيده ما دل على أن التعريض للبيع مسقط للخيار. وبالجملة: الميزان في صحة هذه الأيقاعات بالفعل إنما هو صدق الأسامي التي علق عليها الحكم على هذه الأفعال، كما يصدق على الألفاظ، فيصير إطلاق الأدلة الدالة على ترتب الحكم عليها مخرجا عن الأصل ومخصصا لعموم الخبر الدال على أن غير الكلام لا يحلل ولا يحرم، فتدبر. وأما الأبراء، ففي صدقه بالفعل مشكل، والظاهر أنه لو صدر الفعل بحيث دل على الأسقاط كفى - كما في سائر الحقوق - وإن كان بقريضة سؤال وجواب، فتذكر. بل يمكن أن يقال: إنه متى ما حصل منه ما يدل على أنه أسقط حقه كيف كان يكتفى به. وثانيهما: أن سيرة المسلمين قديما وحديثا على كون الوقف (3) والأذن والأجازة والبذل والأخذ بالشفعة والفسخ والأسقاط بالأفعال كما يكون بالأقوال (4). ولا يمكن المبادرة إلى الحكم بالبطالان في ذلك كله، لأنه راجع إلى إفساد طريقة المسلمين كافة، ولا ريب أن هذه طريقة مستمرة (5) من قديم الزمان إلى زماننا هذا، لبعد احتمال تجددتها، فتكشف عن تقرير المعصوم الكاشف عن الحكم الألهي، وهو الحجة في السببية .

(2و2) في غير (م): يصير. (3) في (م): على الوقف. (4) في (م): كالأقوال، بدل: كما يكون بالأقوال. (5) العبارة في (م) هكذا: بالبطلان في تلك المواضع كلها، إذ فيه إفساد طريقة المسلمين كافة مع أنها مستمرة .

[100]

بل لنا أن نقول: لو لم يكن هذا كافيا في هذه المقامات لاشتبه وتواتر، لعموم البلوى وشدة الحاجة، مع أن الأمر بالعكس (1). فصار كفاية الفعل في هذه المقامات وعدم الحاجة إلى القول من الواضحات، وهو من الأدلة القوية على صحة الفعل في ذلك وترتب الأثر عليه. المقام الثاني في سببته (2) بالنسبة إلى العقود المجانية كالوقف الخاص والصدقة والعطية والسكنى والتحبيس والهبة الغير المعوضة والوديعة والعارية والشركة الاختيارية والوكالة بغير جعل والوصية للجهة الخاصة والوصاية والكفالة والضمان، ونحو ذلك. فنقول: لا ريب أن مقتضى أصالة عدم ترتب الأثر إلا بما جعله الشارع سببا عدم الترتب إلا بدليل يدل على كفاية الفعل في ذلك، وليس الدليل في هذا إلا أمران لا بد من ملاحظة دلالتهم بالنسبة إلى هذه الموارد، لعدم عموم يدل على الصحة مطلقا: أحدهما: جريان السيرة المستمرة التي هي العمدة في إثبات سببية المعاطاة. فنقول: لا ريب في جريانها بالصدقة بالفعل، وكذا العطية، بل لا يكاد يتحقق بالقول إلا نادرا، وكذلك الهبة، فإن وجود الهبة بالفعل والاقباض مما لا ينكر شيوعه بين المسلمين، وكذلك الوديعة والعارية والشركة، فإن الناس دائما يعيرون أموالهم ويودعونها ويتشاركون بمجرد وضع المال والبضاعة، ولا يحتاجون إلى شئ آخر من صيغة خاصة أو مطلقة. فتحقق الأثر بالفعل في هذه العقود مما لا ينبغي أن يشك (3) فيه .

(1) كذا في (م)، وفي (ف): مع أنه قد انعكس الأمر، وفي (ن، د): مع أنه قد يخفى الأمر. (2) كذا في النسخ، والمناسب: سببيتها، ولعله باعتبار رجوعه إلى الفعل. (3) في (ف): يشكك .

[101]

وأما الوقف والسكنى ونحوه: فربما يمنع [فيه] (1) السيرة على الاكتفاء بالفعل فيه (2)، إذ مجرد إقباض الدار - مثلا - لا يكتفى به في الوقفية عندهم. وكذلك في الأسكان، بل لابد فيه من صيغة خاصة، كما نرى من عاداتهم. وكذلك الأشكال في إثبات السيرة في الوصية والوصاية والكفالة والضمان، فإنها ليست (3) على حد ما ذكرناه من العقود. لكن الحق: أن الوصاية والوكالة تكونان (4) بالفعل بين الناس، بمعنى أنهم يوكلون أحدا في بيع شئ يعطائهم إياه مع جريان العادة بكون الأخذ معتادا لذلك - كما في الدلال ونظائره - أو مع قيام (5) أخرى عليه. وكذلك في الوصاية بتسليم المال المصروف للديون الخالقية أو المخلوقية، أو غير ذلك مما يريد التولية إليه، فالسيرة في ذلك أيضا لا تنكر. وأما الوقف والكفالة والضمان: فالظاهر أن عدم وجود السيرة فيها لعدم كون الفعل مفيدا ذلك المعنى، فإنه أمر لم تجر عليه عادة ولم تدل عليه قرينة، ولا يبعد أن المسلمين لا يمتنعون من وقوع شئ منها بالفعل إذا أمكن هناك الفعل (6) على نحو يدل على المدعى صريحا كما في غيرها، غاية عدم الوقوع، وهو لا يدل على عدم الجواز بعد فرض معلومية المناط. وثانيهما: صدق ما دل على هذه العقود وصحته (7) على الفعل كما يصدق على القول، ولا ريب أن الصدقة والعطية والهبة والوديعة والعارية والشركة والوكالة والوصاية تصدق بالأفعال أيضا في العرف، فإذا صدق عليه فما دل على صحة هذه العقود يشمل الفعل كما يشمل القول. ودعوى: أن هذه الألفاظ حقيقة في العقود والصيغ كما نطقت به كلمة

(1) لم يرد في (م). (2) في (م): فيها. (3) في سوى (م): فانه ليس. (4) كذا في (م) وفي سائر النسخ: تصير. (5) في (م) زياده: قرينة. (6) في (م): إذا كان الفعل. (7) كذا في النسخ، والمناسب: صحتها .

الأصحاب - حيث اشترطوا في أغلب ذلك الصيغ وكيفيتها - فكيف يدعى شمولها للفعل أيضا؟ غير مسموعة، فإن هذه الألفاظ لم يثبت لها حقائق شرعية - كما قرر في محله - وليس لها حقيقة جديدة عند المتشعبة أيضا، بل لو كان لها حقيقة جديدة (1) عند المتشعبة لا يقتضي حمل خطابات الشارع عليه بعد إمكان الحمل على المعنى اللغوي والعرفي، فعموم ما دل على صحة هذه العقود من الأدلة المشتمة على لفظ الهبة والصدقة والوديعة ونحو ذلك يدل على سببية الفعل أيضا كالقول. فإن قلت: هذا ينافي إجماع الأصحاب، فإنهم يذكرون في كتبهم الصيغ الخاصة أو مطلق الصيغة، ولو كان الفعل كافيا في ذلك لم يكن لذلك معنى. قلت: سيأتي تفصيل جواب هذا الاعتراض في كفاية الفعل في عقود المعاوضة، والغرض الإشارة إلى وجوه الكلام وتعميم العنوان المعروف في المعاوضة (2) لأمثال ذلك، والأجمال: أن الفقهاء حيث عقدوا الباب في العقود وذكروا هذه المباحث والصيغ في طي العقود، ولا ريب أن كون شئ من هذه المذكورات عقدا يتوقف على الصيغة القولية، وهذا لا ينافي إطلاق لفظ الوديعة والعارية على الفعل، فغرضهم من ذلك جعله عقدا حتى يدخل في طي العقود، وهو لا يفيد الانحصار في السبب. وثانيا: أنا نراهم يذكرون الصيغة في مقامات يقرون بكفاية الفعل فيه أيضا، كما في العارية، فإنه لا يشترط فيه (أعرتك) ولا غير ذلك، ونظائرها كثيرة. وثالثا نقول: إن غرضهم من (3) ذكر هذه العناوين وذكر الصيغ بيان الأحكام المتعلقة بها، ولا ريب أن للعقود أحكاما أخرى كما سيتضح لك إن شاء الله تعالى بعد ذلك، فجعلوا العنوان اخص حتى ينطبق على جميع أحكامه، وذلك لا ينافي ترتيب

(1) في (ن): حقيقة شرعية. (2) كذا في النسخ، والظاهر: بالمعاطاة. (3) في (ف)، (م): في. ترتيب

الأثر على غير الصيغ أيضا ودخوله في اسم الوكالة والشركة ونحو ذلك. ورابعا: لا يخفى على من تتبع كلماتهم (1) اكتفاؤهم بالفعل في القبول في كثير من هذه الموارد، مع أن العقد عبارة عن الربط اللفظي دون الفعلي، وكون أحد الطرفين قولاً لا يكفي في صدق العقدية عليه، مع أنهم يجرون عليه أحكام العقد في الأغلب، وليس ذلك إلا لدخوله تحت اسم الوديعة ونحوه المعلق عليه الحكم، فلا مانع من كونه في الأيجاب والقبول كذلك إذا شمل الاسم الموجب للحكم، فتدبر جدا. نعم، هنا كلام، وهو أن الدخول تحت الاسم وإن كان قاضيا بترتب الأحكام، لكنه مسلم في العقود المذكورة إذا لم يكن فيها تمليك، بل إباحة في التصرف ونحو ذلك، كما في الوديعة والعارية والشركة والوكالة، وأما في العقود المملكة - كالهبة والوقف الخاص والسكنى ونحوه والصدقة والعطية - فلا نسلم فيه ذلك، كيف! والأصحاب قد اشترطوا في التمليك القول بل القول الخاص، وذهبوا إلى أن المعاوضة إنما تفيد الإباحة في التصرف، لأنه رخصة من مالكة، وقد تقدم كفاية الفعل في مقام الأذن بالإجماع والسيرة، فيكون الفرق حاصلا بين العقود المملكة وغيرها، وهذا إما من جهة عدم وجود السيرة في العقود المملكة بالتمليك وعدم دخوله تحت الاسم الموجب للحقوق الأحكام - كما هو ظاهر الفقهاء - وإما أنه مع فرض تسليم الدخول تحت الاسم وجريان السيرة منع منه اتفاق الأصحاب على عدم كفاية المعاوضة في التمليك، فيكون مقيدا للأطلاقات بوجود الصيغة ومانعا عن حجية السيرة، لأن طريقة العوام لا تكون كاشفة بعد مخالفة حملة الشريعة. وتمام الكلام يأتي - إن شاء الله تعالى - مع توضيح جوابه في البحث عن كون المعاوضة مملكا أو مفيدا للإباحة، حيث إن الفرق بين عقود المعاوضة وغيرها غير محققة، بل لو ثبت كونه مملكا في المعاوضات لكان في غيرها بالأولية، فتدبر وانتظر.

(1) في (ف)، (م): كلامهم.

ونحو ذلك في كفاية المعاطاة عقد الرهن، فإنه يجئ فيه الكلام السابق في العقود المجانية حرفاً بحرف. المقام الثالث في كون الفعل سبباً في عقود المعاوضة وفيه بحثان: أحدهما: بالنسبة إلى النكاح الدائم والمنقطع. والحق فيهما عدم كون المعاطاة كافية لوجوه: أحدها: إجماع الأصحاب خلفاً وسلفاً على اشتراط الصيغة الخاصة فيه إيجاباً وقبولاً، ولم يعهد في ذلك عنهم مخالف، كما لا يخفى. وثانيها: جريان طريقة المسلمين على اعتبار العقد بحيث تعرف النساء والصبيان ذلك، فهذا في الحقيقة ضروري لا يحتاج إلى الاستدلال، بل كان هذا كذلك قبل شرعنا، فإنهم كانوا لا يتناكحون إلا بعقد صريح، كما هو الظاهر عند أرباب الأديان كافة. وثالثها: لزوم الهرج والمرج لو بني أمر النكاح على مجرد التراضي والتعاطي، نظراً إلى أن النكاح أمر مقصود للنسل والنسب، ومطلوب لاستقرار أمر المعاش والمعاد به (1) وذلك يناسب إناطته (2) بأمر ظاهر لازم. ورابعها: أن المعاطاة - سواء قلنا بأنها إباحة أو تملك - سيقرر في محله أنه جائز يمكن فيه التفاسخ، والنكاح لا فسخ فيه إلا بأحد أسباب خاصة إجماعاً. وخامسها: أصالة التحريم في الفروج، ولا ينتقل عنه بالإباحة إلا بدليل، والوجه في المعاطاة إما جريان السيرة عليه وهو (3) في المقام غير محقق بل المعلوم خلافه، وإما دخوله في إطلاقات النكاح، ولا ريب أن الفقهاء اتفقوا على

(2) به: ليس في (ن). (2) إناطته: ليست في (ن، د). (3) في (ن) زيادة: حكم.

أن النكاح حقيقة في العقد أو في الوطئ، والأكثر على أنه حقيقة في العقد فلا يشمل المعاطاة، ولو كان مشتركاً أيضاً لزم فيه الأجمال الموجب، لعدم تيقن الدخول تحته، بل لو سلم كونه حقيقة في الوطئ لا يعقل دخول المعاطاة، إذ الفرض (1) كون السبب مفيداً لإباحة الوطئ، المحرم بدون السبب، ولا وجه لكون الشيء المحرم سبباً لإباحة نفسه، وهذا (2) واضح لمن له أدنى مسكة، سيما بعد التنبيه عليه، فلا يراد من عمومات أدلة النكاح إلا العقد، والمعاطاة ليست منه. ولنا هنا كلام حاسم لمادة الاشكال، رافع للقليل والقال، وهو: أن ما ذكرناه من الأدلة على عدم المعاطاة في النكاح كلها يدور مدار أمرين: إما دعوى عدم دخول المعاطاة تحت الأدلة فيبقى (3) تحت أصالة الفساد، وإما لقيام الدليل المخرج له (4) عن تحت الأدلة لو كان عموم في الباب يشملها، منها: ما ذكرناه سابقاً، ومنها: أنه لو كان المعاطاة كافة في النكاح لم يتحقق الزنا إلا في صورتين: إحداهما صورة الاكراه. وثانيتهما: كون الفاعلين غير قاصدين الحلية بذلك الفعل، بل قاصدين لمخالفة الله، مع أن ضرورة المسلمين قضت بوقوع الزنا ولو مع التراضي والتعاطي بالعوض المعين أو بدونه، بل هو الفرد الشائع من الزنا، فكيف يعقل كون المعاطاة بمجرد مبيحا؟ والكلام الأتم أن يقال: لو سلم عموم دليل دال بظاهره على كفاية المعاطاة في التحليل في الفروج ولم يقر أيضاً دليل دال على إخراجها (5) عن القاعدة لكننا أيضاً نقطع بعدم كفايته (1). وبيان ذلك: أن المراد من السبب المحلل للتصرف أو المملك - على أحد القولين في المعاطاة - أن يكون السبب واقعاً قبل المسبب، فيفيد إباحته أو تملكه * ((هامش) * (1) كذا في ظاهر (د)، وفي سائر النسخ: الغرض. (2) في (ن، د): وهو. (3) كذا، والمناسب: فتبقى. (4) كذا، والمناسب: لها. (5) و (6) كذا، والمناسب: تأنيث الضميرين.

فإذا كان المعاطاة إنما هو السبب في ذلك، فنقول: لا ريب أن النكاح إنما هو تملك للانتفاع بالبضع، أو تملك للمنفعة على أحد الوجهين، ولا ريب أنه كما يحقق بعد ذلك أن المعاطاة لا تتحقق بقبض العوضين أو بقبض العوض المقصود من تلك المعاملة - كالمبيع في البيع والعين المستأجرة في الأجرة ونحو ذلك - فلا تتحقق المعاطاة في النكاح إلا بإعطائه المهر وقبض منفعة البضع، وبعد ذلك لا شيء هنا حتى

يفيد المعاطة إباحته أو تملكه، ولازم ذلك وقوع الوطئ أو الاستمتاع الأول محرماً، لأنه من دون سبب محلل، والمعاطة تحصل بعد ذلك فأين السبب المحلل للانتفاع بالبيع؟ لا يقال: فكيف تقول في سائر أنواع المعاطة في سائر المعاوضات فإن هناك أيضاً تتحقق المعاطة بعد الأخذ؟ لأننا نقول: إن هناك تعلقت المعاوضة بالأموال وهي قابلة للتسليط، فإن للمالك أن يقبض ماله لغيره، سواء كان هنا معاطة أم لا، فإذا قبضه فهو قبض سائغ لا مانع منه، ويتحقق بذلك الإباحة في التصرف بعد ذلك، أو التملك - على أحد الوجهين - بخلاف النكاح، فإنه ليس للمرأة تملك نفسها وتقبيض بضعها إلا بسبب محلل، فإذا توقف التقبيض على محلل كيف يكون بنفسه؟ ولا يمكن أن يقال: إن التقابض يوجب تحليل التصرفات اللاحقة، فإن الكلام في كون الوطئ حلالاً أو لا؟ وكيف يعقل كون الحرام محللاً لشيء، آخر؟ فإن قلت: ليس النكاح إلا كسائر عقود المنافع - كالأجرة ونحوه (1) - (إذ لا ريب أن المعاطة فيها لا تستلزم استيفاء المنفعة بتمامها، بل القبض للعين قبض للمنفعة، فليكن هنا أيضاً قبض الزوجة قبضاً للبيع، فيكون معاطة محللاً للانتفاع. قلت أولاً: إن قبض العين قبض المنفعة فيما لو كان العين من الأمور التي تدخل تحت اليد كالحيوان أو الدار (2) ونحو ذلك. وأما في ما لا يدخل تحت اليد - كما في الأجير - فليس قبض عينه قبضاً للمنفعة، ولذلك لا يجب إقباض الأجرة

(1) كذا، والمناسب: ونحوها. (2) في (ن): والدار .

[107]

إلا بعد إتمام العمل واستيفائه، بخلاف سائر الأعيان المستأجرة، فإن قبض العين فيها قام مقام قبض المنفعة في خصوص جهة التقابض بالدليل وإن لم يكن قبضاً حقيقة، ولذلك يترتب الضمان لو تلف على المؤجر، وفيما نحن فيه مثل الأجير، فإن الزوجة لا تدخل تحت اليد، مع أن المقام تملك انتفاع، لا تملك منفعة، وكونه كالأجرة محل منع. وثانياً نقول: الكلام في حليه قبض الزوجة أيضاً، فإن القبض عبارة عن التسليط، ولا يتحقق إلا بتمكين الزوجة ورفعها الموانع، وليس للزوجة ذلك إلا بمحلل شرعي، إذ لا ريب في تحريم التمكين أيضاً ما لم يقع هناك محلل. وبالجمله: فالمعاطة في النكاح مما لا يمكن فرضه، لأنها: إما تملك أو إباحة، وليس للزوجة إباحة نفسها ولا تملكها إلا بمحلل شرعي، فلو توقف التحليل أيضاً على التمكين والأباحة والتسليط لزم الدور. وهذا كلام لا يخفى علي من اطلع على الضوابط وورد مشرب الفقاهة، فلا يحتاج إلى منع دلالة العمومات أو إثبات دليل دال على إخراج المعاطة في النكاح عن تحتها (1) هكذا ينبغي أن يحقق المقام بحيث لا يبقى شبهة في المرام. وثانيهما (2) بالنسبة إلى سائر المعاوضات، كالبيع والصلح والأجرة والهبة المعوضة والمزارعة والمساقاة والمضاربة، ونحو ذلك. والحق فيها أيضاً كون المعاطة مفيدة للأثر، وهو الإباحة في التصرف أو التملك على الوجه الآخر، كما سيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى، والوجه في ذلك أمور: أحدها: فتوى الأصحاب - خلفاً وسلفاً - على أن المعاطة مفيدة للأثر في هذه العقود وإن لم يجر عليه أحكام العقود بتمامها، ولم يعهد في ذلك عنهم مخالف إلا نادر منهم كما سيذكر، والمخالف أيضاً وافقنا في مقامات آخر. وسيظهر لك ضعف ما تخيله وجهاً لعدم التأثير، فالاجماع على ذلك محصل في الجملة .

(1) في (م): عنها. (2) أي: ثاني الباحثين من بحثي المقام الثالث .

[108]

وثانيها: قيام سيرة المسلمين - قديماً وحديثاً - على ذلك، بحيث صار من جملة الضروريات يعرفه الصبيان والنساء، وهذه طريقة قديمة متصلة بزمان المعصومين [عليهم السلام] فتكشف عن تقرير صاحب الشريعة، لبعد عدم اطلاعهم على ذلك

مع انتشار المعاطاة في البلدان في مدة مائتي سنة، بل أزيد ولم يصدر في ذلك منع عن صاحب الشريعة، ولم يكن هذا مقام تقية، ولا شئ آخر يوجب عدم الردع، وهذه أمانة لا تنكر. وثالثها: أن الأدلة الواردة على حلية البيع والأجارة ونحوهما من العقود السابقة ربما يدعى شمولها للمعاطاة، فيندرج (1) تحت الأدلة الخاصة أيضا، ويفيد (2) الفائدة كالعقد اللفظي وإن افترق (3) في أحكام آخر بإجماع أو غيره من الأدلة، كما سيفصل إن شاء الله تعالى. وبالجملية: مشروعية المعاطاة في الجملة مما لا يمكن إنكاره. نعم، هنا كلام، وهو أن عمدة الأدلة في المعاطاة إنما هو السيرة، والقدر الثابت منها إنما هو في المحقرات دون الأمور الجليية، فكيف تدعى الشرعية على العموم؟ والجواب أولا: أنه لا قائل بالفرق بين أصحابنا وإن قال به بعض العامة (4) بل إجماع الأصحاب على أنه مثمر للثمر مطلقا، فلا وجه للتخصيص بالمحقر. وثانيا: نمنع اختصاص السيرة بالمحقرات، بل نقول: إن السيرة محققة في الأشياء الجليية - كبيع الحيوان وغير ذلك - ومجرد التزام الناس بإجراء العقد في بعض الأشياء - كالعقارات ونحوه - لا يقتضي عدم اعتبارهم بالمعاطاة، بل الظاهر أن الالتزام بالصيغة في ذلك إنما هو لفائدة اللزوم أو التملك (5) لو قلنا بأن المعاطاة لا تفيده، لا من جهة أن المعاطاة لا تتم في التصرف (6) أو التملك، فتدبر .

(1) و 2 و 3 كذا في النسخ، والمناسب: فتندرج، وتفيد، وإن افترقت. (4) راجع المجموع 9: 162. (5) في (ن): التملك. (6) في (م): لا تثمر جواز التصرف .

[109]

ولم يخالف في إفادة المعاطاة إباحة التصرف بقول مجمل - بمعنى كونه أعم من التملك والإباحة المصطلحة - سوى آية الله الفاضل العلامة أعلى الله مقامه في النهاية (1). واستدل على ذلك بوجهين: أحدهما: أن الإباحة في المعاطاة مقصودة في ضمن (2) التملك - كما عليه سيرة الناس - فإن المتعاطيين لا يريدان بذلك إلا التملك كما لا يخفى، فيكون التملك قيدا للإباحة، بمعنى أن المالك لا يرخص إلا بعنوان أن الأخذ مملك، فمتى ما صار قيدا فمقتضى القاعدة: أن انتفاء القيد يقضي بانتفاء المقيد، لأن الجنس لا بقاء له بدون الفصل، وليس التملك مجرد علة وموردا للإباحة حتى لا يضر عدم حصوله بالإباحة، وحيث إننا نقول: إن المعاطاة لا تفيد التملك بل تفيد الإباحة - كما عليه فتوى المشهور بل الكل إلا من ندر - فيكون الإباحة بعد عدم حصول التملك خاليا عن القصد، لتقيده به الموجب لزواله بانتفائه، فإذا لم يكن مقصودا كان أكلا للمال بالباطل، وهو منهى عنه بالنص والأجماع. وثانيهما: أن المعاطاة لو صحت لدخلت تحت أسماء العقود على حسب مواردها، إذ ليس عندنا معاملة جديدة غير ما ذكره الأصحاب، فإن الظاهر منهم انحصار المعاملات المشروعة فيما عنوانوه، فيكون الحصر إجماعيا، ولازم ذلك كون الخارج عن ذلك باطلا بالاتفاق، فلو صحت المعاطاة لزم اندراجها تحت هذه العقود بالاسم أو الحكم، بل الظاهر لزوم دخولها تحت الاسم، فإذا صار كذلك لزم كونها مملكة كسائر عقود الأبواب، واللازم باطل باتفاقنا، لأنه لا يفيد التملك، فلزم كونها من العقود الفاسدة، والفساد مستلزم لعدم جواز التصرف، كما أن في سائر البيوع الفاسدة لا يجوز التصرف بالاتفاق. والجواب عن الأول: أنا لا نسلم كون الملكية قيدا للرخصة، بل لو ثبت أن

(1) نهاية الأحكام 2: 449، ولا يخفى أن الاستدلال بالوجهين الاتيين لا يوجد في النهاية، والظاهر أنه تبرعي. (2) كلمة (ضمن): لم ترد في (ن)، د .

[110]

الناس في معاطاتهم يقصدون التملك، نقول: إنه مورد لا قيد، بمعنى أنهم يرخصون في التصرف في العوض مع كون العوض الآخر سليما لهم، ولا يتفاوت الحال عندهم بين كون ذلك على طريقة الملك أو الإباحة بعوض، كما أن ذلك يظهر من طريقته. مضافا إلى أن بعد فتوى المشهور بأنه لا يفيد الملك وسماع المسلمين

هذه الفتوى كيف يعقل كونهم قاصدين ما لا يقع شرعا؟ فإن ذلك في غاية البعد، ولو كان فيهم من يقصد الملك فلعله ممن يذهب إلى أن المعاطاة مفيدة للملك، لأن القول به أيضا غير نادر، فإذا لم يكن مقصودا أو كان مقصودا بالموردية فلا وجه لزوال الأباحة بعدم التملك. ولو فرض كونهم قاصدين للتملك أيضا نقول: إن بعد فرض أن مشروعية هذه المعاملة إنما هو لأفادة الأباحة دون التملك - كما هو المشهور - فيصير قصد التملك من القصد الزائدة على أصل المراد، وليس إلا كقصد الزوجة النفقة في النكاح المنقطع أو الأثر، أو نحو ذلك من الأمور الزائدة التي لم يجعل الشارع المعاملة مؤثرة فيها، وهذا القصد لو كان داعيا إلى إبطال العقود بعدم الترتب للقصد عليها (1) لزم من ذلك بطلان العقود لأكثر الناس، لأنهم من جهة عدم علمهم باللوازم يقصدون ما لا يترتب عليه شرعا، وقد مر تحقيق المحل في قاعدة تبعية العقود للقصد، فراجع (2). نعم، لو لم يكن لمشروعية المعاطاة دليل غير إدخالها في الأذن المفيد للأباحة لتوجه كلام العلامة على المشهور (3) لانتفاء الأذن هنا بسبب عدم تحقق القيد المأخوذ في القصد والرخصة، ولكن بعد قيام الدليل على أن هذه المعاملة مشروعة من سيرة أو إجماع وأنها مفيدة للأباحة فلا موقع لهذا الكلام. ولعل نظر الفاضل على أن ذلك لا يفيد الأباحة إلا من جهة الرخصة من

(1) في (ن، د): للمقصود عليه. (2) راجع العنوان: 30. (3) العبارة في غير (م): (يمكن توجه كلام العلامة إلى المشهور).

[111]

المالك كما في الأذن في سائر المقامات، والأذن هنا مقيد ينتفي بانتفاء قيده. والظاهر أن المشهور يدعون شرعية هذا المعاملة بالأدلة المتقدمة، ويقولون: إنها مفيدة للأباحة دون التملك، لا أن إباحتها من جهة الأذن، بمعنى أنه لا خصوصية للمعاطاة في ذلك. وبالجمل: وإن لم أجد لهذا المطلب في كلامهم شاهدا واضحا، لكن اللائح من كلام المشهور هو ذلك، فتدبر جدا ولا تبادر إلى الرد والأنكار، وبهذا يندفع كلام الفاضل ويرتفع الأشكال، ولا يحتاج إلى الوجوه السابقة في الجواب. وعن الثاني: بأننا لا نسلم دخولها تحت أدلة العقود حتي يلزم من ذلك إفادتها الملك، بل نقول: إنها معاملة مستقلة ليست داخلية في الأبواب الأخر، كما يراه جماعة من المتأخرين (1) وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى. فعلى القول بذلك ودعوى الحصر في الأبواب المذكورة - كما هو ظاهر كلام الفاضل (2) - إن أريد منها حصر العقود المملكة بغير مضر، إذ لا نجعل المعاطاة مملكة حتى ينتقض بذلك الحصر. وإن أريد حصر كلما يفيد إباحة التصرف ولو بالأباحة فلا نسلم الانحصار، كيف! مع أن الأصحاب حصروا (3) الأسباب في الأبواب المذكورة نصوا على أن المعاطاة تفيد الأباحة، وهو تصريح منهم على عدم انحصار ما يفيد (4) التصرف في العقود المعروفة، فلا تذهل. هذا كله بناء على عدم القول بأن المعاطاة الواقعة في عقود التملك تفيد الملك، كما يستفاد من ظاهر كلام المشهور. وإن قلنا بأنها تفيد التملك كما قواه

(1) حكى عن الشهيد الأول في الحواشي التصريح بأنها معاوضة مستقلة (الجواهر 226: 22) واحتملها الشهيد الثاني في المسالك 3: 151. (2) لا يوجد فيما أفاده في النهاية كلام ظاهر في الحصر راجع نهاية الأحكام 2: 449. ولعل نظر المؤلف إلى ثاني الوجهين اللذين استدل بهما لفتوى العلامة في النهاية، راجع ص: 109 (3). في (م): كيف وأن الأصحاب مع حصر الأسباب. (4) في غير (م): عدم الانحصار فيما يفيد.

[112]

بعض المعاصرين (1) والمقارئين لعصرنا (2) ممن تقدم (3) بل ربما ينزل كلام المشهور أيضا على ما لا ينافيه - كما سنحققه - فلا موقع للأيراد الثاني بالمرّة، ولعل الغرض هو الرد على المشهور القائلين بالأباحة، وقد عرفت المدفع بناء على أنه لا فقد تنفح من ذلك: أن المعاطاة تفيد الأباحة في غير العقود المملكة بلا كلام، لأنه لا يتوجه عليه إيراد الفاضل بوجهيه (4). وأما في المملكة فتفيد الأباحة في التصرف

أيضا بالأجماع من الأصحاب حتى من الفاضل، لأنه رجع عما أفتى به في النهاية (5) والوجه الواردة ردا عليه قد عرفت دفعها، وبالتأمل فيما ذكرنا تقدر على دفع الاعتراضات الآخر لو تخيل ورودها هنا. والظاهر من كلمة الأصحاب: أن الناقص من حيثية الصيغة ليس كالناقص من جهة سائر الشرائط، فلو سلم كونه مملكا فلا بحث، ولو فرض أنه غير مملك أيضا فنقول: لا يكون هذا كسائر العقود الفاسدة، بل هو يفيد الأباحة، كما نصوا عليه. المقام الرابع في أنه هل يفيد اللزوم لو وقع في مقام العقد اللازم من المملكات أو لا يفيد اللزوم؟ ذهب إلى الأول من قدامنا الشيخ الأجل المفيد (6) ومن المتأخرين المولى الورع المقدس الأردبيلي (7).

(1) لعل المراد به: المحقق التراقي قدس سره، انظر المستند 2: 361. (2) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: والمقاربن لنا. (3) راجع الحقائق 18: 350. (4) قد تقدم أن الاستدلال بالوجهين ليس من العلامة، راجع ص: 109، الهامش 1. (5) قال في التحرير (1: 164): والأقوى عندي أن المعاطاة غير لازم... ولا يحرم على كل واحد منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد. (6) المقنعة: 591. (7) مجمع الفائدة 8: 140 - 141.

[113]

وذهب إلى الثاني المشهور، بل لا يكاد يعرف مخالف في ذلك سواهما، بل الظاهر - كما حكاها بعضهم - (1) عدم مخالفة المفيد أيضا، وهو الأرجح في النقل، لعدم معروفة هذا النقل عن المفيد في كلام القدماء، ولو كان لبان. وبالجملة: فالمخالف الصريح إنما هو المقدس الأردبيلي، والذي يمكن أن يكون دليلا على ما ذهب إليه من كفاية التقابض مع التراضي في اللزوم أمور: أحدها: أن المعاطاة داخل تحت البيع والصلح والأجارة وغيرها من العقود بحيث يصدق عليه الاسم، ومتى ما دخل تحت الأسامي فما دل على لزوم هذه العقود يدل على لزومها من قبيل: (البيعان بالخيار) (2) وغيره. وثانيها: أنه يشملها عموم أوفوا بالعقود (3) (الدال على اللزوم، إما بكونه داخلا في اسم البيع ونحوه فتندرج تحت العقود، وإما لأن العقد عبارة عن العهد أو (4) الربط ولا ريب في كون المعاطاة داخلة فيها، فإذا كان كذلك فإخراجها يحتاج إلى دليل. وثالثها: الاستصحاب، فإنه بعد ما أفاد جواز التصرف والملك فيشك في أنه هل يرد العوضان بالفسخ أم لا؟ فالأصل بقاؤه كما كان، وهو معنى اللزوم. وقد تقدم تحقيق دلالة الاستصحاب على اللزوم في أصالة اللزوم، فراجع (5). ورابعها: جريان السيرة على أن بعد المعاطاة لا يرضون بالفسخ لو أراد أحد المتعاقدين الفسخ، وهو أمانة اللزوم، للكشف عن كونه في زمن الشرع كذلك، فكما أن السيرة أثبتت الشرعية تثبت اللزوم أيضا. وخامسها: تعلق قصد المتعاقدين والمتعاطيين على اللزوم والدوام، ولا ريب أن العقد يتبع القصد، ومقتضاه كون العقد لازما.

(1) الحاكمي هو الفاضل الابي قدس سره في كشف الرموز 1: 446. (2) الوسائل 34512: الباب 1 من أبواب الخيار، 1 و 2 و 3. (3) المائدة: 1. (4) في (ن): والربط. (5) راجع العنوان: 29 ص: 37.

[114]

وسادسها: أن هذه لو لم تفد اللزوم لزم من ذلك لزوم التكلف في إجراء الصيغ الخاصة في إفادة اللزوم، وهو مما فيه العسر الشديد والجرح الوكيد المنفيان بالآية والرواية (1) سيما على غير العربي [من الألسنة المتفرقة] (2) (وسابعها: أنه لو لم تكن هذه المعاطاة لازمة مع كثرة تداولها وانتشارها بين الناس لجاز لكل أحد أن يأخذ بالمعاطاة ويرد إلى صاحبه بعد ذلك، وهو موجب للهرج والمرج الذي ليس مبنى الشرع إلا لقطعه، فتدبر. وثامنها: أن المعاطاة لو لم تكن كافية في اللزوم للزم عدم خلو الأخبار عن تعليم صيغ العقود الملزمة، لأن مقصود الناس غالبا اللزوم، ومثل هذا الأمر مع عموم البلوى لا ينبغي أن يخفى، مع أنه لم ينقل في زمن الأئمة [عليهم السلام] كونهم يعلمون الناس كيفية إجراء الصيغ، ولم يرد في الروايات كذلك، وهو من أقوى الشواهد على أن المعاطاة كافية في اللزوم. وللقائلين بعدم اللزوم: أصالة

عدمه، والأجماع المنقول المستفيض، وفي عبائر جماعة منهم: دعوى الأجماع المحصل (3) لعدم مخالفة المفيد حقيقة (4) وعدم كون خلاف المقدس قادحا، ونهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الملامسة والمنايذة ورمي الحصة (5) مع اشتمالها على المعاطة، وليس إلا لنفي اللزوم. مضافا إلى أن المعاطة لو أفادت اللزوم لنافت مشروعية العقود ولزمت اللغوية فيها (6) وهذا في قوة التخطئة لجميع الأصحاب الذين ذكروا العقود ونصوا على عدم كفاية المعاطة، وليس لهذا الكلام مورد سوى نفي اللزوم لو قلنا بأنه يفيد الملك، وهذا مما يقطع بفساده .

(1) راجع الجزء الأول، العنوان: 9. (2) لم يرد في (م). (3) منهم ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): 524، وقال الشهيد الثاني: (كأن يكون إجماعا) (المسالك 3: 147، ومثله المحدث البحراني في الحدائق 18: 348. (4) في (م) لعدم معلومية خلاف المفيد. (5) الوسائل 12: 366، الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه، ح 13. (6) في (ن، ف): ولزوم اللغوية في ذلك .

[115]

والحق أن يقال: إن دخول المعاطة تحت أسامي العقود غير مقبول (1) عند المشهور، وإلا لأفادت الملك، ولا يقولون به، بل صريحهم عدم دخولها فيها، فالأدلة الدالة على لزوم البيع ونحوه لا تشملها. ولو سلم دخولها تحت الاسم أيضا فنقول: انصراف تلك الأدلة إلى العقد اللفظي يمنع من إفادتها لزوم المعاطة، وبذلك يظهر الجواب عن عموم أوفوا بالعقود بالأولوية، لانصرافها إلى العقد اللفظي جزما. ولو سلم دخولها تحتها أيضا فإجماع الأصحاب - محصلا ومنقولا - مع ما ذكرناه من المؤيد والشاهد يخصصها جزما، ولا أقل من إفادته الشك في شمول العمومات المانع عن التمسك بها. وأما الاستصحاب: فإن لم نقل بكونها مفيدة (2) للملك - كما هو ظاهر المشهور - فلا وجه لاستصحاب الأباحة، لأن ميزانها إذن المالك، فإذا فسخ فيرتفع الأذن والأباحة، ولو قيل بإفادتها (3) الملك أيضا يصير الكلام فيه كالعمومات، فينقطع بمعارضة الأجماع. ونمنع كون السيرة على عدم جواز الفسخ، بل ندعي أن السيرة على جواز الفسخ، فإننا نرى أن أحد المتعاطيين ما لم يتصرف في العوض إذا أراد أن يرده ليس لأحد أن يقول: إن هذا قد لزم وليس لك أن تفسخ، وهذا مما يدل على أن مبنى هذه المعاملة ليس على اللزوم. لا يقال: لعل هذا من جهة المسامحة في الأمور الجزئية، ولو كان في الأمور الكلية لا يرضون بالفسخ (4) والتراد. لأننا نقول: الظاهر من طريقتهم عدم كون ذلك لمحض المسامحة، إذ لو كان لذلك لم يرض بالتراد من لا مسامحة له، فإننا نرى أن بعض الناس له المداقة في كل جزئي جزئي وليس ممن يدعو نفسه إلى الأقالة والأحسان في معاملاته ومع ذلك

(1) في (ن): غير معقول. (2) في (ن، ف): بكونه مفيدا. (3) في (ن، ف): إفادته (4) في (م): لما جوزوا الفسخ .

[116]

في مقام المعاطة لا يمتنع من التراد (1). ومن ذلك يعلم بطلان دعوى قصد المتعاقدين للزوم إن أريد بقصد الدوام قصد اللزوم، وإن أريد قصد دوام الملك فهو مما لا يستلزم اللزوم، إذ معنى العقود كلها - لازما أو جائزا - قصد التأبید والدوام، وهو غير مانع من الفسخ، كما في البيع بخيار ونحوه. وأما لزوم العسر والجرح في إجراء الصيغ والتعبد بها وتعلمها. فنقول أولا: إن ذلك يلزم لو لم نقل بأن المعاطة مفيدة للأثر وجواز التصرف، وأما لو قلنا بذلك، غايته عدم إفادته اللزوم فلا يلزم من ذلك (2) عسر وجرح، لأن الناس لا يلتفتون غالبا إلى اللزوم، وإنما غرضهم جواز التصرف أو الملك، وهو حاصل بالمعاطة على أحد الوجهين، فلا حاجة إلى الصيغة. مع أننا لو سلمنا الحاجة إلى الصيغة نقول: لا يلزم الحرج في ذلك، إذ لعلنا نقول بكفاية مطلق اللفظ ولا نعتبر الصيغ الخاصة، مع إمكان منع العسر والجرح لو اشترط الصيغ الخاصة أيضا، فتدبر. ولا نسلم عدم ورود الأخبار في كيفية الصيغ، لورودها في النكاح والبيع والمزاعة وغير

ذلك (3) من العقود، كما لا يخفى على من تتبعها، بل الظاهر من تلك الأخبار: أن ذلك كان متعارفاً في زمن الأئمة عليهم السلام بحيث كانوا يسألون عن كيفية الصيغ (4) في المعاملات. مضافاً إلى أن نقول: لعل عدم ورود الأخبار في تعليم الصيغ إنما هو من جهة علم الناس في ذلك الزمان بها، لأن العقود ليست من الأمور المخترعة من الشارع، بل كان الناس يعرفونها ويعاملون معها، فلم تكن حاجة لبيان الصيغ والمبالغة في

(1) العبارة في (م) هكذا: مع أنا نرى من له مذاقة في كل جزئي وليس ممن يرغب إلى الأقالة والأحسان في معاملاته لا يمتنع من التردد في مقام المعاطاة. (2) العبارة في (م) هكذا: وأما لو قلنا بإفادتها لذلك وإن لم تكن على وجه اللزوم فلا يلزم منه. (3) في (م): وغيرها. (4) في (ف، م): الصيغة.

[117]

توضيحها وضبطها، مع أن ذلك كله في مقابلة الأجماع القطعي من الأصحاب على أن المعاطاة لا تفيد (1) اللزوم غير مسموع. نعم، قد تنتهي إلى اللزوم بالأسباب التي نذكرها عن قريب إن شاء الله. المقام الخامس في أن المعاطاة هل تفيد الملك أم لا، بل الإباحة في التصرف؟ ظاهر كلام المشهور - حيث إنهم صرحوا بعد ذكر الصيغة بأنه لا تكفي المعاطاة، بل يباح التصرف بها - عدم كونها مملكة، بل تفيد (2) إباحة صرفة. وذهب جماعة من المعاصرين - منهم الشيخ الأجل الأكبر الشيخ جعفر الغروي في شرح القواعد (3) - إلى أنها تفيد الملك، والمسألة من المعضلات. وللقائلين بعدم إفادتها الملك وجوه: أحدها: أن الأصل عدم حصول النقل والانتقال إلا بما دل الدليل على سببته، وهو العقد اللفظي، وأما المعاطاة فلا دليل على كونها ناقلة. وثانيها: ظهور اتفاق الأصحاب على أنها لا تفيد سوى الإباحة، كما نطقت به كلماتهم، بحيث يعرفها كل من راجعها، وهو من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى النقل والبيان. وثالثها: أنه لو كانت المعاطاة مملكة لزم كونها ملزمة أيضاً، لأنها تدخل تحت عمومات العقود وأنواعها، فيلزم إذا وقع في موضع العقد اللازم والتالي باطل لما مر من الأجماع على أنها غير ملزمة، فكذا المقدم. ورابعها: أن ما ورد من الأخبار الدالة في العقود على اعتبار الألفاظ، بل الكيفيات الخاصة (4) يدل على أنها ليست بمملكة، وإلا لزم كون الصيغ المذكورة

(1) في (ن، ف): على أنه لا يفيد. (2) تفيد: لم ترد في (ن، ف). (3) شرح القواعد (مخطوط) الورقة: 50. (4) مثل قوله عليه السلام: (إنما يحل الكلام ويحرم الكلام) الوسائل 12: 376، الباب 8 من أبواب =

[118]

لغوا لا حاجة إليها، وهو خلاف ظاهر الأدلة والفتاوى. واحتج بعض من ذهب إلى كونها مفيدة للملك من أساطين من تأخر (1) بوجه: الأول: أن المعاطاة داخلة تحت لفظ (البيع) و (الصلح) و (الأجارة) ونحوها من عقود التمليك، فينبغي كونها مملكة، للاتفاق على أن البيع مملك، ونحوه غيره، مضافاً إلى دلالة الأدلة الواردة في خصوصيات العقود على كونها مملكة. ومنع دخول المعاطاة تحت هذه الأدلة مما لا يمكن ارتكابه، لأن المعاطاة من الأفراد الشائعة الظاهرة، بل يمكن دعوى انصراف الأدلة إليها، فكيف يمكن منع شمولها لها؟ وما يقال: من أن البيع يطلق على مطلق التقابض القابل لأن يكون بيعاً أو صلحاً أو هبة، مع أن هذا ليس من باب الحقيقة، بل قد يطلق مع معلومية كونه صلحاً، فليكن المعاطاة كذلك، وهذا لا يدل على دخوله تحت البيع ونحوه حقيقة (2) مدفوع: أولاً: بأننا نمنع إطلاق البيع على ما هو المحتمل لهذه الأمور، بل لا يطلق البيع على التقابض إلا مع قصد البيعية، فإن من اطلع على أنهما (3) قصدا الهبة أو الصلح

أحكام العقود، ح 4، قوله عليه السلام: (لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين، وقل: اشتري منك هذا لكذا وكذا) الوسائل 12: 114، الباب 31 من أبواب ما يكتسب به، ح 2 و...، وعد منها أيضا ما ورد في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب، راجع الوسائل 12: 272، الباب 19 من أبواب عقد البيع وشروطه. (1) لم تتحققه جزما، ولعل المراد به الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره، انظر شرح القواعد (مخطوط) الورقة: 50. (2) العبارة في (م) بعد قوله: (أو هبة) هكذا: بل على المعلوم كونه صلحا، ومن البين الواضح أن ذلك الإطلاق ليس على وجه الحقيقة، فليكن إطلاقه على المعاطاة كذلك. (3) في (م): أن المتقاضيين .

[119]

لا يقول: إنه (1) باع والآخر اشترى قطعا. وما ترى أنه يطلق (2) البيع على التقاض الصنف من دون اطلاع بأنهما قاصدان للبيع، فإنما هو مبني على كون الأصل في ناقل الأعيان أن يكون بيعا، وفي ناقل المنافع أن يكون إجارة (3) (نظرا إلى الغالب في الوقوع، فإطلاق البيع والأجارة على المشكوك إنما هو لهذه القاعدة، فلا وجه لأنكار دخول المعاطاة تحت أسامي العقود. الثاني: أن قصد المتعاملين إنما هو التمليك، والمعاملة تابعة للقصد، فمتى ما كان المقصود ذلك فينبغي وقوعه، وإلا لزم عدم جواز التصرف أيضا، لأن الأباحة إنما هي للتمليك، ولو لم يكن هناك ملك لا تتحقق إباحة، فكيف يقال بجواز التصرف دون حصول الملك؟ وبعبارة أخرى: أن طريقة الناس في المعاطاة قصد التمليك، وهم معتقدون بحصول الملك بذلك، والدليل الدال على أصل مشروعية المعاطاة - وهو السيرة - إنما يدل على مشروعيتها على النحو المتعارف بين الناس، وهو كونها مفيدة (4) للملك، لبناء الناس عليه (5) فيكشف عن تقرير المعصوم بذلك. لا يقال: إنها كانت تفيد إباحة التصرف وهو الأمر المهم المقصود منها فلا مانع حينئذ من عدم الردع عنها (6). لأننا نقول: بعد اطلاع المعصوم على أنهم يعتقدون الملك وينبئون على ذلك،

(1) في (م): إن أحدهما. (2) في (م): وما يرى من إطلاق البيع. (3) العبارة في (م) هكذا: فإنما هو مبني على أصالة البيع في نقل الأعيان، والأجارة في نقل المنافع. (4) العبارة في (ن، ف) هكذا: فالأدلة الدالة على أصل المعاطاة وهو السيرة إنما تدل على مشروعيتها على النحو المتعارف بين الناس، وهو كونه مفيدا للملك. (5) لبناء الناس عليه: لم يرد في (م). (6) العبارة في (ن، ف) هكذا: ولا يمكن أن يقال: إنه لما كان يفيد إباحة التصرف وهو الأمر المهم المقصود، فلا مانع من عدم الردع، لأننا نقول ...

[120]

ولا ريب أن للملك أحكاما شرعية تترتب عليه، فلو لم تكن هذه المعاملة مفيدة للملك فلا بد من بيانه عليه السلام لهم ذلك. ولو اكتفى في عدم الردع بمجرد إفادة الأباحة لجرى نظير هذا الكلام في سائر العقود المملوكة أيضا، لاحتمال أن يقال فيها أيضا: بأنها تفيد الأباحة لا الملك، والتمسك في ذلك بالأجماع وغيره بعيد. وبالجمله: فلا وجه لهذا الأيراد بعد ثبوت قصدهم (1) (التمليك. نعم، لو نوقش بأنهم غير قاصدين للتملك لكان لذلك وجه - كما مررت إليه الإشارة - فينبغي الرجوع في ذلك إلى عامة الناس حتى يعرف الحال، والظاهر أنهم يقصدون الملك، كما لا يخفى على من تتبع. الثالث: أن طريقة المسلمين قديما وحديثا إجراء أحكام الأملاك على المقبوض بالمعاطاة، إذ لا ريب في كونه ميراثا بعد موت القابض، وموجبا للخمس والزكاة وسائر الحقوق بعد اجتماع شرائطها، ويتعلق به الوصية، ويحصل به استطاعة الحج، ولا يلتزمون في ذلك بالفحص عن العوض المقابل بأنه هل هو باق حتى يبقى المال على إباحته أو هو تالف في يد الآخر حتى يحصل التملك بالتلف؟ - كما هو أحد الوجوه - مع أنه لا ريب أن مقتضى الاستصحاب بقاء العوض الآخر على ما هو عليه من دون تغيير (2) (وتلف، وكذلك نرى جريان طريقتهم على التصرف فيه بما لا يصح إلا في الملك - كالبيع والوقف والعق والوطئ والتحليل - فلو لم يكن مجرد التقاض مع التراضي مفيدا للملك فأى وجه بعد ذلك؟ (3) وبعد استمرار الطريقة على ذلك، فاللازم على المشهور ارتكاب أحد أمور: أحدها: منع استقرار الطريقة على ذلك، وعدم تسليم إجراء أحكام الملك عليه، وهذا لا يسعهم بعد وضوح الأمر

[121]

وثانيها: القول بجواز هذه التصرفات بالتعبد الصرف، من دون ملاحظة تبعية المعاملة للقصد وعدم المنافاة في ثبوت الأباحة مع أنهم غير قاصدين لها، ولا مانع من جريان أحكام الملك من الحقوق والمعاوضات وغير ذلك على المباحات، سواء كان هناك علم بعدم التصرف في العوض الآخر أو شك في حصول التصرف. ولا ريب أن حصول ما لم يقصد وقصد ما لا يقع غير واقع في المعاملات، وخروج المعاطاة عنها بعيد غاية (1) مفتقر إلى الدليل، وجريان حكم الملك على المباح مخالف للقاعدة، وجميع ما دل في الأبواب المذكورة على اعتبار الملكية ومثل ذلك (2) لا يمكن الاقتحام عليه من دون مستند ظاهر. والقول: بأن احتمال التلف في العوض الآخر أو التصرف فيه كاف في ذلك لأنه موجب للملكية، مدفوع بأن الاحتمال غير كاف في الأثبات، مضافا إلى أن الاحتمال المذكور مدفوع باستصحاب عدم حصول التلف والتغيير (3) فيبقى العوضان على الأباحة بدليل الاستصحاب المعتضد باستصحاب الأباحة وعدم حصول الملك. وثالثها: القول بأن العقود الناقلة - كالبيع والوقف الخاص ونحو ذلك - تستتبع حصول الملك لصاحب اليد ضمنا، ثم ينتقل منه إلى المنقول إليه، فيقع التصرف بعد حصول الملك، إما بمعنى مقارنتهما في الزمان مع تقدم الملك على التصرف بالذات كتقدم العلة على المعلول، أو بمعنى حصول الملك قبل التصرف بزمان يسير، وأيا ما كان يكفي في حل الأشكال وعدم (4) لزوم جريان حكم الملك في المباح، وقد وقع نظير ذلك في مقامات من أبواب الفقه نشير إلى بعضها: منها: الوطئ في العدة الرجعية فإنه يتضمن الرجوع، بمعنى أنه يقع به الرجوع أولا ثم يتحقق الوطئ، إذ لو لم يتقدم الرجوع كان في حكم الأجنبية

(1) كذا، والصواب: غايته. (2) في (م): ونحوها. (3) في (ن): التغير. (4) في (ف، م): في عدم.

[122]

فلا يجوز وطؤها. ومنها: كون العتق مستتبعا للملك في قوله (1): (أعتق عبدك عني) فإن العتق لا يكون إلا في الملك، فيقول المالك: (أنت حر) ينتقل العبد إلى الأمر بالعتق فيكون ملكا له، ثم يعتق عنه. وحاصل هذا الكلام: جعل مثل ذلك قاعدة كلية تشمل المقامات كلها، فلا مانع من كون هذه التصرفات في المعاطاة متضمنة لحصول الملك، ثم بعد ذلك يقع الأثر في الملك، ولا يلزم من ذلك مجذور. وهو مدفوع بوجه: (2) منها: أن هذا الملك الضمني لو قلنا به فإنما هو شئ ثابت بالدليل في بعض المقامات فيقتصر عليه، ويحتاج في التسري إلى غيره إلى دليل، وهو غير متحقق، فالأصول حينئذ سليمة عن المعارض. ومنها: أن ذلك مستلزم لكون التصرف مملكا للعوضين والتصرف من جانب مملكا للعوض الآخر، وهذا غير معهود، مع أنه إن اقتصرنا على إفادته الملكية فيما يكون المقصود منه التملك لزم من ذلك المخالفة للسيرورة ولكلام الأصحاب، إذ لم يعتبر أحد في ذلك قصد التملك. وإن قلنا بأنه مفيد للملك مطلقا حتى لو لم ينو به التملك بل نوى عدمه فلا ريب أن الدخول في الملك قهرا غير معهود في الأحكام والحدود إلا في بعض المقامات التي ليس هذا منها. فإن قلت: إنا لو لم نقل بأنه مفيد للملك فلا إشكال في أنه مفيد للزوم كما يأتي بيانه، فعلى القول بأن المعاطاة بنفسها تفيد الملك يلزم الأشكال في إفادة التصرف للزوم، كما ذكرته في إفادة الملك من اختصاصه بقصد اللزوم وأعميته منه (3). قلت: يظهر من كلام الأصحاب في غير هذا الباب أن التصرف ملزم مطلقا

(1) في (ن): قولك. (2) في (ن، ف): من وجوه. (3) في (ن، ف): عنه.

-كما ذكره (1) في الخيارات وغيرها - ولأمانه منه. وقياس إفادة الملك على إفادة اللزوم - مع أنه قياس - مردود لا وجه له، لوجود الفارق، فإن الملك القهري غير معهود، بخلاف اللزوم، فإنه مفتى به في مقامات كثيرة. ومنها: استلزامه لكون تلف العوضين معينا للعوض المسمى من الطرفين ومن أحدهما معينا للجانبا الآخر، مع أن مقتضى قاعدة الأتلاف الحكم بالضمان بالمثل والقيمة لا لما وقع عليه التراضي. فإن قلت: إنهما بعد ما تراضيا على جعل العوضين ما هو المسمى من الجانبين فلا وجه للمثل والقيمة، لأنهما إن زادا على قيمة المسمى فقد أسقطه صاحبه بإقدامه على العوض المقابل، وإن نقصا عنه فقد أقدم المتلف على دفع ما هو أزيد، فلا يجوز له المراجعة على الزائد. قلت: لا نسلم كون مجرد التراضي على ذلك كافيا في تغيير حكم القاعدة، فإن من قال لأحد، (أتلف هذا المال الذي قيمته عشرون وعليك عشرة) فأتلفه المخاطب يلزمه العشرون بحكم الضمان، لأن المالك لم يأذن على الأتلاف مجانا، بل بعوض، ومتى ما تحقق الضمان فالقاعدة تقضي بأداء تمام القيمة، ولا عبرة بقول المالك: (وعليك عشرة) حتى يجعل ذلك مسقطا للعشرة. لا يقال: إنه كما (2) لو أذن بالأتلاف مجانا أسقط جميع العوض، فكذلك في قوله: (وعليك عشرة) أسقط نصف العوض، لأنه في الحقيقة إسقاط لما لم يجب، فإن قوله: (إذا أتلفت هذا يصير عليك عشرون وأنا أسقطت منه عشرة) لا ينفع في شيء، إذ الأسقاط فرع اشتغال الذمة، وليس هذا إلا كقول الزوجة: (أسقطت نفقتي شهرا) فإنه لا يسقط بذلك. فإن قلت: لم لا يكون قوله: (أتلف المال وعليك عشرة) بمنزلة قوله: (أتلف النصف مجانا والنصف مع العوض).

(1) في (م): ذكرناه. (2) في (ن، ف): ويقال كما أنه.

قلت: ظاهر قوله: (أتلفه وعليك عشرة) كون العشرة عوض الجميع وعدم رضاه بالمجانبة، غاية أنه رضي بالعوض الأقل ورضاه بذلك قبل حصول الضمان غير كاف، مع أنه لا معاملة هنا توجب الانتقال إلى الملك بالعوض المسمى - كما هو المفروض - فيبقى تحت قاعدة الضمان الحاكمة بتمام المثل أو القيمة. مضافا إلى أن هذا في صورة فرض الزيادة لا يكاد يتم، إذ لو قال: (أتلفه وعليك عشرون) مع أن قيمته عشرة فكيف يضمن العشرين؟ ومجرد قوله كذلك ورضا المتلف بذلك لا يجعل ذمته مشغولة به، بل يضمن ما تقتضيه قاعدة الأتلاف من المثل والقيمة (1). وبالجمله: مع كون الملك باقيا على ملك مالكة لا يكون الأتلاف إلا موجبا للمثل والقيمة دون ما سمي في مقام المعاطاة والأباحة. فإن قلت: فكيف صح ذلك قبل التلف؟ إذ كل من المتعاطيين يكتفي بما أخذه من العوض، فلم لا يكون بعد التلف كذلك؟ قلت: الفرق بينهما واضح، إذ العين ما لم تتلف فهي مباحة للقباض بإزاء عوض يتصرف فيه، فإذا صار كذلك فلا مانع منه، وأما بعد التلف فالمرجع إلى القواعد، وهي تقتضي اعتبار المثل والقيمة. مضافا إلى أن ذلك لو صح يختص بصورة الأقدام على الأتلاف، وأما لو وقع التلف بأفة سماوية فلا داعي في ذلك إلى الالتزام بالعوض المقابل، إذ لم يقدم على إتلافه بذلك العوض حتى يلتزم به، فتدبر. الرابع: (2) أن مقتضى مقالة المشهور حصول الملك بالتلف، مع أن التالف حال تلفه لا استقرار له حتى يتحقق الملك، وبعد حصول التلف غير موجود حتى يملك، والقول بأنه يحصل الملك قبل التلف ثم يتلف تقديم للمسبب على السبب وترجيح من دون مرجح. ولا ريب أن حصول الملك مع التعاطي - الذي هو معاملة على

(1) في (ن، ف): بل يضمن ما هو قاعدة المتلف مثلا أو قيمة. (2) أي: الوجه الرابع من وجوه الاستدلال على كون المعاطاة مفيدة للملك.

العوضين ومقصود به الملك - أولى من كونه حاصلًا بالتلف وأقرب، غايته أن جواز الفسخ والتراد إنما هو مع بقاء العينين، فمتى ما تحقق التلف من الجانبين أو من أحدهما يرتفع الجواز وينتهي إلى اللزوم، لكن الملك لا يتحقق إلا بناقل، والتلف ليس منه. الخامس: أن الأباحة لو تحققت في الأصل لا يستلزم تحققها في النماء، مع جريان سيرة الناس على إجراء حكم الأصل على النماء. واحتمال أن يقال: إن النماء يكون ملكًا مع كون الأصل غير مملوك لصاحب اليد - مع أن ذلك (1) خلاف ظاهر المشهور - مخالف للقواعد، ولا دليل عليه، كاحتمال كون حصول النماء مملوكًا لنفسه وللأصل، فإن هذا من الغرابة بمكان! إذا عرفت هذا فاعلم: أن أصالة عدم النقل والانتقال يمكن دفعها بما ذكرناه من الأدلة. وأما الاتفاق على الأباحة فمع منعه - لمصير المفيد (2) والأردبيلي (3) وطائفة من المتأخرين (4) على إفادته الملك - ثم تسليمه، يمكن إرادتهم من الأباحة الملك الغير اللازم، نظير ما أطلقوه في إباحة المناكح والمساكن للشريعة في باب الخمس، وحكي هذا الحمل والأرادة (5) عن المحقق الثاني (6). وحينئذ فلا إشكال في المقام. ويؤيد هذا الحمل: أنهم بعد ما يذكرون عدم كفاية المعاطاة وإفادتها إباحة التصرف أنها تلزم بحصول التصرف أو بالتلف، وهذا مما يدل على أنهم يريدون

(1) في (م): مع أنه. (2) المقنعة: 591. (3) مجمع الفائدة: 8: 140 - 141. (4) (منهم المحدث الكاشاني في المفاتيح 3: 48، والمحدث البحراني في الحقائق 35018:، ونفى عنه البعد بل اختاره المحقق السبزواري في الكفاية: 88، ولا يخفى أن المفيد والأردبيلي وهؤلاء الأعلام الذين أشار إليهم المؤلف قدس سره هم الفائلون بإفادة المعاطاة الملك اللازم، وإلا فالمحقق الثاني ذهب إلى إفادتها الملك المتزول ونسبه إلى كل من قال بالأباحة، كما تأتي الإشارة إليه. (6) والأرادة: لم ترد في (م). (6) جامع المقاصد: 58: 4.

بالأباحة مقابل اللزوم الذي هو وظيفة العقد - كالبيع ونحوه - لا ما يقابل الملك، ولو كان مرادهم من الأباحة مقابل الملك للزم أن يقولوا: (ويملك بكذا أو بكذا) مع أنهم لم يتعرضوا لحصول الملك بالمرة، مع أن المعاطاة هي الغالب بين الناس. ولا ريب أن الأحكام المترتبة على الملك مما لا يعد ولا يحصى، فكيف يغفلون عن هذا الأمر العام ويبينون مسألة اللزوم؟ واحتمال كون بنائهم على أن المقبوض بالمعاطاة لا يملك في حال إلى أن يتلف وينعدم، مخالف للضرورة ولقولهم: (يلزم بكذا) لاستلزامه عدم ترتب حكم الملك عليه في حال من الأحوال، وهذا مما يخرب (1) نظام العالم، فتبصر. وأما كون الملك مستلزما للزوم، فنقول: قام الأجماع على أنها لا تفيد (2) اللزوم، ومخالفة الأردبيلي فقط (3) غير قاذحة، ولولاه لقلنا باللزوم أيضا، ولا يلزم من ذلك لغوية العقود، إذ اعتبارها بصير لأفادة اللزوم، كما أن عادة الناس أيضا على ذلك، لأنهم كلما أرادوا انضباط الأمر بنوا على إجراء العقد. فالقول بإفادتها الملك مما لا مهرب عنه، حذرا عن لزوم المكابرة مع العيان، أو ارتكاب تكلفات خالية عن البيان. هذا هو مقتضى الأنصاف صحيح النظر (4)، وإن كان يمكن المناقشة في أدلة القول بالملكية أيضا بما لا يخفى على الفطن المتدرب، أعرضنا عن ذكرها وذكر أجوبتها مخافة التطويل، والغرض التنبيه على جهات الكلام للعارف الفقيه. المقام السادس في بيان ماهية المعاطاة التي اعتبرناها لا ريب أن المعاطاة لا تتحقق إلا مع قبض، فلو لم يكن هناك قبض أصلا

(1) في (م): يفسد. (2) في (ن، ف): أنه لا يفيد. (3) قد تقدمت آنفا نسبة القول باللزوم إلى المفيد وطائفة من المتأخرين أيضا. (4) في (م): النظر الصحيح.

-كما لو تراضيا بمعاوضة ما في يد أحدهما بما في يد الآخر من دون قبض - فلا يتحقق اسم المعاطاة ولا حكمها، ولا تشملها الأدلة، بل السيرة هنا على عدم اعتبارها. وإنما البحث في أنه يعتبر القبض الابتدائي ولا تكفي الاستدامة، أم تكفي

الاستدامة كالابتدائي؟ فلو كان مال زيد أمانة في يد عمرو ومال عمرو أمانة في يد زيد فتراضيا على المعاوضة فهل يجري مجرى المعاطة أم لا؟ مقتضى الأصل وظاهر لفظ (المعاطاة) عدم ترتب الآثار على ذلك والأدلة السابقة من سيرة وغيرها لا تشمل هذا الفرض، بل يمكن دعوى السيرة هنا على عدم الكفاية، ومجرد قيام استدامة القبض مقام الفعلية في سائر ما يشترط فيه القبض - كالصرف والسلف والرهن والوقف وغير ذلك على القول به كما هو الأقوى، لا يوجب قيامه مقامه هنا، لأن المدار هنا: إما على صدق اسم المعاطة للاجماع على اعتباره وكونه معقد الاجماع، وهو غير صادق عليه على الظاهر أو يشك في صدقه عليه، وإما على شمول الأدلة وهي غير شاملة للفرض. فعلى هذا فلا يكتفى باستدامة القبض، ولا بالقبض في الذمة من الجانبين وإن قلنا بجواز بيع الدين بالدين أو قلنا: إن المعاطة معاوضة مستقلة لا بأس فيها بكون العوضين دينين، لكنه لا يصح من جهة عدم صدق المعاطة وإن قلنا بأن الذمة قبض بل أقوى منه، لما عرفت من الوجه أنفا. ولا يكتفى أيضا بمجرد التخلية فيما لا ينقل، فإن ذلك لا يحقق اسم المعاطة وإن كانت كافية في قبض البيع بالنسيئة إلى أحكامه ولوازمه. وهل يشترط [حصول] (1) القبض الفعلي من الجانبين، أم يكفي حصوله من أحدهما مطلقا، أم يكفي حصول القبض من جانب المعوض دون العوض فيعتبر

(1) لم يرد في (ن).

في البيع قبض المبيع وفي الأجرة قبض العين المستأجرة ونحو ذلك؟ وجوه ثلاثة: مقتضى الأصل وظاهر لفظ (المعاطاة) اعتبار الجانبين، ويؤيده تفسير الأصحاب لها بأنها: إعطاء كل من المتعاملين ما في يده عوضا عما في الآخر. وحيث إن العمدة في إثبات شرعية هذه المعاملة هو السيرة، ولا ريب في جريانها في صورة قبض المعوض فقط أيضا، إذ حصول النسيئة في المعاطة أيضا مما لا يخفى انتشاره بين الناس، فلا مناص عن القول بأنه أيضا كقبض الجانبين، إذ لا يمكن الحكم بفساد ذلك كله وعدم ترتب الأحكام عليه، فتدبر. نعم، يبقى الأشكال في صورة قبض العوض خاصة، والظاهر عدم كونه من باب المعاطة، والعادة غير جارية بصدق اسم المعاملة عليه، بل الظاهر حينئذ بقاء العوض في يد البائع - مثلا - أمانة أو قرضا حتى تقع المعاملة بعد ذلك، ولا يضر ما ذكرناه سابقا من عدم كفاية القبض المستدام، لأن إسقاط ذلك إنما هو لو فرض في الجانبين، أما في جانب العوض فلا مانع منه، ويكفي حصول قبض المعوض مطلقا، مع احتمال القول بأن قبض العوض أيضا مع قصد المعاوضة كاف في المعاطة، ويكون ذلك نظير السلف، لكنه خلاف الغالب والمعتاد بلا ريب. المقام السابع في أن المعاطة هل هي ملحقة في كل باب بالعقد الذي هو أصل لها؟ فيكون في مقام البيع بيعا وفي مقام الأجرة إجارة وفي مقام الصلح صلحا وفي مقام الهبة هبة ونحو ذلك، أو هي معاملة مستقلة؟ مقتضى حصر الأصحاب أبواب المعاملات في الأمور المخصوصة وعدم ذكرهم للمعاطاة عنوانا آخر دخولها فيها، كما أن صدق لفظ (البيع) و (الأجرة) ونحو ذلك من ألفاظ المعاملات أيضا يقتضي كون المعاطة داخلية فيها. وما يقال: إن الفقهاء فسروا البيع ونحوه وصرحوا بأن المعاطة ليست منه،

كيف يمكن إدخالها تحت هذه الأسماء؟ مدفوع: أولا: بأن الغرض إدخالها تحتها بالصدق العرفي لأجراء الأحكام المتعلقة بهذه الأسامي عليها، ولا ريب أن المتبادر من هذه الأسامي أعم من العقد القولي والفعلي، بل المتبادر منها النقل والانتقال، وهو موجود (1) هنا. وثانيا نقول: لا ريب في عدم صحة [سلب] (2) [هذه الأسامي عن المعاطة. وثالثا نقول: إن تفسير الأصحاب إنما هو لعقود هذه المعاملات دون أنفسها، فما ذكره معنى عقد البيع دون البيع نفسه، مضافا إلى أن هذه الاستفادة من كلامهم بناء على قولهم بأنها تفيد الأباحة، وأما على ما ذكرناه من

التمليك ونزلنا كلامهم عليه يصير غرضهم من عدم كونها منها عدم إفادتها للزوم، لا خروجها عن الاسم، مضافاً إلى بعد كون هذه معاملة مستقلة جداً، مع أن أهل العرف البانين على المعاملة بالمعاطاة يعدونها من العقود المبوبة، ولا يجعلونها خارجة عنها. ومجرد تخلف بعض الأحكام - كعدم اعتبار ضبط الأجل في النسيئة منها (3) وعدم المدافاة في معلومية العوضين، وعدم ملاحظة بلوغ المتعاقدين، وعدم الالتزام بالتقايض في الصرف منها ونظير ذلك مما يختلف به أحكامها مع العقد اللفظي - لا يجعلها معاوضة (4) مستقلة، كما قيل (5). وحيث قلنا باندراجها (6) تحت اسمي العقود، فالظاهر جريان جميع الأحكام المذكورة في أبواب العقود من الشرائط في المتعاقدين أو العوضين، وغير ذلك من أحكام الخيارات والضمان والشروط ونحو ذلك من التوايع وغيرها آتية في المعاطاة. واحتمال تقسيم البيع ونحوه إلى القولي والفعلي وصرف الأدلة والشروط

(1) في (م): هما موجودان. (2) أثبتناه علماً بالسقط. (3) في (ن، ف): فيه. (4) في (ن) معاملة. (5) قاله الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدس سره انظر شرح القواعد (مخطوط) الورقة: 51. (6) في (ن، ف): باندراجها. ثم لا يخفى أن غالب الضمانات الراجعة إلى (المعاطاة) في هذا العنوان قد وردت في غير (م) بلفظ المذكور، والمناسب ما أثبتناه من (م).

[130]

والأحكام كلها إلى اللفظي والرجوع في الفعلي مطلقاً إلى الأصل والقاعدة، خلاف الظاهر إذ لو لم يكن الفعلي هو الفرد الشائع فلا أقل من التساوي، فلا وجه لصرف الأدلة إلى اللفظي. نعم، لو كان هناك حكم ثبت بإجماع الأصحاب ولم يكن هناك دليل لفظي يمكن التشكيك في إجراءاته في المعاطاة بأن الأصحاب حيث لم يدخلوا المعاطاة تحت العقود، والبيع والصلح ونحوهما في كلامهم ينصرف إلى العقد اللفظي، فإجماعهم على حكم في البيع لا يدل على كون المعاطاة كذلك، وأما سائر المقامات فالأحكام التي علقوها على لفظ (من باع) أو (من اشترى) أو نحو ذلك كلها آتية في المعاطاة. وهذا كلام موجه لو لم نقل بأن بناء الأصحاب إخراج المعاطاة عن اللزوم، وأما لو قلنا به - كما هو الظاهر - فلا يفترق الحال بين الحكم الثابت بالنص أو الأجماع، إلا مع تصريحهم اختصاصه بالعقد اللفظي، وإلا فمقتضى القاعدة هو العموم. وينشعب من هذا الكلام فروع لا تكاد تنتهي إلى حد، لا يعجز الفقيه البصير عن تخريج الكلام فيها (1) والمشني فيها على هذه القاعدة إلا مع دليل مخرج. وحيث إن وضع الكتاب ليس إلا للإشارة إلى الصواب أعرضنا عن الكلام فيها بحسب كل مقام (2) ومن أرادها فليرجع فيها (3) إلى ما كتبناه في الفروع. كما أن أسباب اللزوم في المعاطاة لها عرض عريض وشحن بها ما كتبناه في شرح النافع في هذا المقام. ولا ريب أن القاعدة في كل تصرف أو تغيير شك في كونه ملزماً أم لا هو البقاء على الجواز حتى يثبت اللزوم، والله العالم.

(1) العبارة في (م) هكذا: لكن الفقيه البصير لا يعجز عن تخريجها. (2) بحسب كل مقام: لم ترد في (م). (3) فيها: لم ترد في (م).

[131]

[العنوان الرابع والثلاثون] [إشارة الأخرس قائمة مقام اللفظ في جميع أبواب الفقه]

[132]

عنوان [43] لا يقوم ما عدا المعاطاة من سائر الأفعال مقام العقد اللفظي في حال الاختيار بلا كلام، للأصل والأجماع، حتى الكتابة والأشارة أيضا. نعم، يلزم من ذلك إباحة التصرف لو كان كاشفا عن الرضا، وكذا في حال الاضطرار أيضا مطلقا بالأصل والأجماع، إلا في الإشارة للأخرس أو لمطلق العاجز عن التكلم - كما سيأتي - فإنه قائم (1) مقام الألفاظ. وبعبارة أخرى: إشارة الأخرس قائمة مقام اللفظ في جميع أبواب الفقه، كما في قراءته وتلاوته وذكره في صلاته (2) (وفي غيرها، وتلييته وعقوده وإيقاعاته من إقرار أو طلاق أو غير ذلك. وبالجملية: كل مقام يعتبر فيه اللفظ يقوم في الأخرس الإشارة مقامه، والوجه في ذلك أمور: أحدها أن يقال: إن الأحكام غالبا تعلقت في الأسباب الشرعية لكل قوم بمقتضى لسانهم، بمعنى أن الألفاظ اعتبرت في بعض المقامات تعيدا - كما في الصلاة ونحوها - وفي بعض آخر للسببية أو الشرطية، ففي ما اعتبر [اللفظ] (3))

(1) كذا في النسخ، والمناسب: فإنها قائمة. (2) في (ف، م): صلواته. (3) لم يرد في (ن، ف).

[133]

تعيدا لا ريب في سقوطه عن الأخرس، لاستلزامه التكليف بما لا يطاق، فإما أن لا يلزم فيه شئ آخر، أو يجب الإشارة، وعلى التقديرين فالإشارة كافية، والغرض: إثبات كفايتها لا لزومها (1) ولزومها إنما هو بالنص (2) أو بقاعدة الميسور، وتحقيقه في الفروع. وفيما اعتبر سببا أو شرطا نقول: قد اعتبر فيه الشارع لسان كل قوم بحسبه، ولا ريب أن طريقة نطق الأخرس إنما هي ذلك، وإن لم يكن من مقولة الأصوات. فنقول: لأفراد الأخرس أيضا لسان خاص واصطلاح جديد. وثانيها: أن يقال: إن إطلاق (يقراً) و (يقر) أو (يبيع) أو (لا عن) أو (ظاهر) أو (طلق) أو نحو ذلك من الألفاظ الموضوعية لهذه الأسباب يصدق على إشارة الأخرس أيضا، إذ يصدق عرفاً بعد إشارته المفهومة للمراد أنه (طلق) - مثلاً - أو (قرأ) أو نحو ذلك [فمتى ما اندرج أدلة الوضع والتكليف فيكون] (3). لا يقال: (4) (إن الظاهر من هذه الألفاظ إطلاقها على الألفاظ دون الإشارة. قلت: إن هذا الكلام أما في مثل التكليف - كقوله: (يقول كذا) أو (يقراً كذا) أو نحو ذلك - له وجه، ولكن هنا أيضا نقول: لعل القول والقراءة والذكر ونحو ذلك (5) أعم من النطق باللسان لمن كان قادراً عليه والأشارة لمن كان عاجزاً عنه. وأما في الوضعيات فتمنع انصراف الأدلة إليه (6)، بل نقول: يصدق الطلاق والبيع

(1) لا يخفى أن غالب الضمائر العائدة إلى (الأشارة) في هذا العنوان قد وردت بلفظ المذكر في غير نسخة (م)، والمناسب ما أثبتناه من (م). (2) يعني: الأخبار الواردة في قراءة الأخرس وطلاقه. (3) ما بين المعقوفين لم يرد في (م)، وفي هامش (ف) تعليقا على العبارة: (هكذا وجدت في نسخة الأصل) وفي هامش (م) أيضا: (هكذا وجدت في نسخة الأصل، والعبارة صحيحة لا غبار عليها) لكن لم يتيسر لنا تعيين موضع التعليق فيها. (4) في (م): فإن قيل. (5) العبارة في (م) هكذا: قلت: إن سلمنا ذلك في مثل التكليف، كقوله: يقول كذا أو يقرأ كذا، أو نحو ذلك، ولم ندع أن القول والقراءة والذكر ونحوها أعم... (6) أي: إلى اللفظ. والعبارة في (م) هكذا: لكن في الوضعيات تمنع انصراف الأدلة عنها.

[134]

ونحوهما على إشارة الأخرس، فتندرج تحت العمومات. وثالثها: إجماع الأصحاب - خلفا وسلفا - على كفاية الإشارة من (1) الأخرس في هذه المقامات، كما يظهر ذلك من تتبع كلماتهم. ورابعها: الأجماعات المحكية حد الاستفاضة بل التواتر في هذا المقام. وخامسها: أنه لو لم تكن إشارته كافية للزم من ذلك العسر الشديد والجرح الوكيد، وهما منفيان في الدين بالنص والأجماع. وسادسها: ورود النص بكفاية الإشارة للأخرس في بعض المقامات كقراءة الصلاة (2) وغير ذلك (3) ويلحق ما عداه به، لعدم القول بالفرق قطعا. فلا شبهة في الأخرس من هذه الجهة، وإنما البحث في أمور: الأول: أن الإشارة هل يعتبر فيها الدلالة على المراد قطعا، أو يكفي فيها الظن المستند إلى الغالب المعتاد كما في الألفاظ؟ قيد جماعة من الفقهاء في بعض الأبواب بالقطع، كما قيده (4) الشهيد الثاني رحمه الله في الوصية قال: (وتكفي ا

لأشارة الدالة على المراد قطعاً (5)، وظاهر سياق كلامه كون (قطعاً) قيداً للدلالة - فراجع - ولازم ذلك عدم كفاية ما هو الظاهر في المدعى بالغلبة. وقيد آخرون بكون الإشارة منبئة عن القصد (6). وظاهره أعم من كونه بطريق القطع أو الظن. والحق أن يقال: إن الإشارة كاللفظ يكتفى فيها بما هو الظاهر في المعنى

(1) في (ن، ف): في الأخرس. (3) راجع الوسائل 4: 801، الباب 59 من أبواب القراءة في الصلاة، والوسائل 15: 299، الباب 19 من أبواب مقدمات الطلاق. (3) في (م): وغيرها. (4) في (م): منهم الشهيد الثاني. (5) الروضة البهية 5: 18. والأولى الاستشهاد بكلام الشهيد الأول في الدروس 2: 295، حيث قال: (ووصية الأخرس ومن عجز عن النطق بالإشارة المقطوع بها) وهذا كما ترى صريح في المطلوب، بخلاف كلام الشهيد الثاني، حيث إنه يحتمل فيه كون (قطعاً) قيداً للكفاية. (6) راجع النهاية للشيخ: 631، القواعد 1: 291، التنقيح الرائع 2: 364.

[135]

بمعونة العادة عند أهل الخرس، ولا يعتبر فيها القطع بالمراد، لأن الأدلة السابقة كما تشمل مفيد القطع تشمل مفيد الظن، ولاستلزام اشتراط إفادتها العلم العسر والحر، بل التعذر غالباً، كما لا يخفى على من تأمل. نعم، يختص هذا الكلام بمن هو من أهل الإشارة المعتادة كالأخرس أو نحوه مما طال العذر فيه، بحيث صار تكلمه بالإشارة كمقطوع اللسان، وأما من كان عروض العذر فيه نادراً - كاعتقال اللسان بالمرض ونحو ذلك بحيث لا يصير الشخص بذلك ممن عادته الكلام بالإشارة - فالأقوى اعتبار حصول القطع من إشارته بالقرائن، ولا يكفي الظن، لأن الاعتقاد على الإشارة يجعل الإشارات (1) بمنزلة الألفاظ الموضوعة فيصير الاستناد إليها كالاعتماد في الألفاظ على قانون الوضع، بخلاف غير المعتاد فإن إشارته ليس بامور خاصة على المراد كالوضع، بل إنما هو بالإشارة العامة القابلة لكل شيء، والظن غير كاف في مثله ما لم يحصل القطع، فتدبر. الثاني: أنه هل يعتبر في إشارة الأخرس أن يكون على طبق إشارة الأخرسين، بمعنى أن يكون استعماله الإشارة على نحو ما هو عند سائر أفراد الأخرس كاللفظ بالنسبة إلى سائر المتكلمين من أهل ذلك اللسان، أم لا يعتبر ذلك؟ وعلى الثاني: هل يعتبر كون تلك الإشارة معتادة عند نفسه ولو كانت مغايرة لإشارة سائر الأخرسين في هذا المقام - كما لو اخترع الأخرس لنفسه إشارة لكل مطلب واعتاد ذلك وإن لم يكن على طبق إشارات (2) سائر الأخرسين - أم لا يعتبر، بل يكفي مطلق إشارته المفهومة للمراد ظناً وإن لم تكن تلك الإشارة معتادة؟ الظاهر: أن كون إشارته معتادة للأفراد (3) الأخرس مما لا دليل على اعتباره، وقياسه على الألفاظ لا وجه له، لأن مبنى الألفاظ إنما هو على التعلم والتعليم، بخلاف الإشارات فإنها إلهامية له من الله - سبحانه وتعالى - على حسب ما يخطر

(1) في (ن): الإشارة. (2) في (ن): إشارة. (3) في (ن): لأفراد.

[136]

بإله من الكيفيات، ولا يمكن تطابق أخرسين في ذلك، فضلاً عن الكل، مع أن أدلة الإشارة مطلقة تعم المعتاد لكل وغيره. وأما كونها معتادة عند نفسه فالظاهر اعتباره، بمعنى أنه لا يوثق بإفادة المراد (1) مع كون إشارته بذلك الوضع معتادة له حتى يقوم مقام اللفظ، وأما غير المعتاد فلا عبرة به إلا مع حصول القطع بالمراد، لكن في مقام لم يكن للخصوصية مدخلية، كما في الأقرار والوصية ونحو ذلك. الثالث: أن الأخرس لو أتى في مقام عقد أو إيقاع بإشارة غير معتادة له على ذلك وقصد بها المعنى، فقد ذكرنا أن بالنسبة إلى الغير لا عبرة بها، وأما بينه وبين الله فهل يجب عليه أن يلتزم بذلك (2) لأطلاق ما دل على سببية الإشارة من النص والأجماع، أو لا يجب أن يلتزم به؟ (3) لانصرافها إلى الإشارة المعتادة، ولأن الإشارات (4) للأخرس كالألفاظ لصاحب النطق، فكما أنه لو تكلم الناطق بلفظ البيع وقصد الأجرة أو بلفظ الطلاق وقصد الظهار أو بلفظ مهمل وقصد أحد الأسباب لم يصح لمكان العبرة

بخصوصية الألفاظ، فكذلك الإشارة قد أعتبرت خصوصيتها. ومن ذلك يعلم: أنه يجيء في الإشارة ما في بحث الألفاظ: من الحقيقة والمجاز والكناية، والمحرف والملحون والغلط، والصريح والظاهر، ونحو ذلك، فكل ما نتعرض له في الأسباب القولية من الأحكام والشرائط كلها آتية في الإشارة. وعليك بتطبيق هذا البحث على ما سيأتي، وتنزيل الإشارة منزلة اللفظ، فإن هذا هو الضابط في المقام، ولقلة الفائدة لا نطيل الكلام. الرابع: أنه هل يشترط في الأخرس لوك اللسان في جميع المقامات، أم لا؟

(1) كذا، والظاهر سقوط كلمة (إلا) من هنا. (2 و 3) في (م): بها. (4) في (ن): (الإشارة).

[137]

ظاهر النص الوارد في كتاب الصلاة في القراءة (1) اعتباره. ويدل عليه أيضا قاعدة الميسور، فإن اللازم على الأخرس تحريك اللسان والتكلم بالألفاظ الخاصة، فإذا سقط الثاني للتعذر فيبقى الأول بحاله، ولا يفترق الحال بين التكليف والوضعيات في ذلك، ويجيء أيضا احتمال عدم القول بالفرق بين الصلاة وغيرها، مضافا إلى أن الأصل عدم تحقق الأثر إلا بسبب متيقن، والإشارة مع لوك اللسان متيقنة في التأثير دون ما عداها، فيبقى في حكم الأصل. ويمكن أن يقال: إن ظاهر الفتوى في العقود والأيقاعات كون إشارته كالقول، ولم يشترطوا لوك اللسان، وقاعدة الميسور إنما تأتي في المركبات الخارجية دون العقلية، وما نحن فيه من الثانية دون الأولى، وعدم القول بالفرق ممنوع، إذ ظاهر إطلاق الاءصحاب عدم اشتراطه في الأسباب وإن اشترطوه في الصلاة للنص. والذي يقوى في النظر: أن إشارة الاءخرس نازلة منزلة الكلام، ولا عبرة بلوك اللسان أصلا، نعم، قام الدليل عليه في الصلاة، وهو ليس من أجزاء الإشارة ولا من مقوماتها، بل هو تكليف آخر. نعم، لو كان المعتاد في الإشارة لوك اللسان بحيث أن الأخرس إذا أراد تفهيم معنى يلوك لسانه بحيث أنه لولاه لا يعتمد أنه أراد هذا المعنى، فلا بد من تحققه بخلاف ما لو لم يكن له مدخلية. وربما تبنى المسألة على أن إشارة الأخرس هل هي إشارة إلى الألفاظ أو إلى نفس المعنى؟ فعلى الأول يعتبر لوك اللسان، إذ غاية ما قام الدليل عليه هو قيام الإشارة مقام دلالة الصوت وتقطيع الحروف، وأما قيامها مقام حركات اللسان فلا. وعلى الثاني لا يعتبر، لأن السبب إنما هو المعنى، وقد اعتبر اللفظ للكشف

(1) الوسائل 4: 801 - 802، الباب 59 من أبواب القراءة في الصلاة، ح 1.

[138]

عنه، والإشارة (1) في الأخرس كاشفة عن ذلك، فلا ربط لتحريك اللسان، لأنه مقدمة للفظ، وحيث لا لفظ فلا وجه للتحريك، وذلك نظير تحريك الرجلين في السفينة لمن نذر المشي في الطريق. مع أنه لو لزم ذلك للزم إظهار الصوت أيضا، لأنه أيضا لا بدل له وهو مقدور. ومن هنا يمكن أن يقال بالفرق بين العبادات والمعاملات، إذ العبرة في العبادات بنفس الألفاظ تعيدا، إذ لا ريب في عدم جواز إفادة ذلك المعنى بلفظ آخر. وبالجملية: لخصوصية الألفاظ فيها مدخلية وإن كان المعنى أيضا مطلوبا في الجملة، أو كاللفظ في بعض المقامات. وأما المعاملات فالعبرة فيها بالمعاني، ولذلك لا يصح مع عدم العلم بمعنى اللفظ أو مع عدم قصد الأنشاء ونحو ذلك، والألفاظ قد أعتبرت فيها للكشف. فاللازم على الأخرس لوك اللسان في العبادة مع الإشارة، لنلا يصير أجنبيا عن عالم اللفظ بالمرة. وأما المعاملات: فيكفي فيها الإشارة الدالة على المدعى، لأن كشف الإشارة قائم مقام كشف اللفظ، ولا خصوصية للوك اللسان، وهذا الوجه عندي غير بعيد. الخامس: أنه يعتبر في الإشارة أن تكون (2) بالأصبع، أو يكفي كونها بأي الأعضاء كانت (3) من دون فرق، أو خصوص الأعضاء المعدة للإشارة؟ ظاهر النص في بحث الإشارة في القراءة وإنصاف المطلقات إلى الغالب من كونها بالأصبع وأصالة عدم تحقق الأثر في غيره اعتبار الأصبع. وظاهر كلام بعض

(1) العبارة في (ن، ف) كما يلي: فعلى الأول يعتبر لوك اللسان، وعلى الثاني لا يعتبر، والوجه فيه: أنه لو كان إشارة إلى اللفظ، فنقول: غاية ما قام الدليل على قيام الإشارة مقام دلالة الصوت وتقطيع الحروف، وأما قيامه مقام حركات اللسان، فلا. ولو كان المقصد المعنى، فنقول: إن المسبب إنما هو المعنى، وقد اعتبر اللفظ كاشفة عنه، ويكون الإشارة... (2) في (ن، ف): أن تصير. (3) في (ن، ف): كان.

[139]

الأصحاب (1) وعدم ظهور خصوصية في الأصبع عدم اشتراطه. والحق أن يقال: إن الأخرس الذي له عادة بالأشارة باليد أو بالأصبع أو بالأصابع أو باليدين أو بالحاجب أو بالعين أو بالشفيتين أو بالرأس أو بالرجل أو بالمركب من الاثنين أو الثلاثة أو الأربعة أو الخمسة أو الأزيد أو المجموع فالعبرة على معتاده كيف كان، ودلالة النص على الأصبع (2) إنما هو مبني على الغالب. وأما في الأخرس الذي لا عادة له - كالعرضي ونحو ذلك - فإن الحقناه بالأخرس فالظاهر فيه اعتبار الأصبع، لأنه الأصل في الإشارة والمتيقن في الدلالة. ويحتمل اعتبار خصوص السبابة، وإن لم تكن فغيرها مراعى للأقرب، وإن لم تكن فبالكف، ثم بالزند، ثم بالمرفق، ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: يلاحظ الأقرب إلى ما هو المعتاد في الإشارة، السادس: أنه هل يعتبر في الأخرس استحضر الألفاظ في باله على الترتيب أو المعاني أو كليهما، أو لا يعتبر شئ منهما؟ وتفصيل الكلام أن يقال: إن الأخرس إما أن يكون الأبيكم الأصم الذي لا يعرف الألفاظ ولا كيفيتها ولا ترتيبها ولا معانيها. وإما أن يكون ممن يعرف ترتيب المعاني ولا يعرف الألفاظ. وإما أن يكون ممن يعرف الألفاظ وترتيبها، كما لو كان قارئاً يسمع ويحفظ، لكن عرض له عارض فصار أخرس، ولكن لا يعرف معاني الألفاظ، لعدم اطلاعه بالعربية (3) أو بمعنى خصوص الألفاظ المقصودة.

(1) مثل المحقق في الشرائع 1: 81، والعلامة في القواعد 1: 273، والشهيد في الدروس 1: 173، وغيرهم ممن اكتفى في قراءة الأخرس بتحريك اللسان وعقد القلب بمعناها. (2) الوسائل 4: 801 - 802، الباب 59 من ابواب القراءة، ح 1. (3) في (ن، د): على العربية.

[140]

وإما أن يكون ممن يعرف الأمرين. وعلى التقادير: إما أن يكون البحث بالنسبة إلى ما اعتبر فيه اللفظ دون المعنى، كما في الأذكار والقراءة الواجبة، فإن العمدية في صحة العبادة فيها اللفظ، ولا عبرة بالعلم بالمعنى وعدمه ولا استحضاره وعدمه. أو بالنسبة إلى ما اعتبر فيه المعنى دون اللفظ الخاص، كالأقرار والوصية ونظائرها (1). وأما بالنسبة إلى مقام اعتبر فيه الأمران - كالطلاق والعق والنكاح ونحو ذلك (2) مما يعتبر فيه خصوص الألفاظ وقصد المعاني معا - فنقول: لا ريب في سقوط ذلك كله عمن لا يعرف ترتيب الألفاظ ولا المعاني، بل يعرف المدعى إجمالاً كالأبيكم الأصم الأصلي، فالمعتبر فيه: الإشارة إلى النتيجة المجملة مع القصد إليها وإن لم يستحضر الألفاظ ولا معانيها الخاصة، لعدم إمكان ذلك في حقه. وأما من يعرف المعاني المترتبة دون ألفاظها (3) فإن كان في مقام اعتبر فيه خصوص اللفظ - كالقراءة - فيحتمل فيه لزوم استحضر المعنى حتى يقوم مقام الألفاظ، ويحتمل عدم اللزوم، لقيام الإشارة مقام اللفظ وبعد عدم وجوب استحضر المعاني على صاحب اللسان ووجوبه على الأخرس، وهو المتجه. وأما في مقام اعتبر فيه المعاني والألفاظ، - كالطلاق ونحوه - فيحتمل فيه أيضاً عدم اللزوم، لأن المعاني المترتبة إنما اعتبرت من جهة خصوصية الألفاظ، وأما لو لم يعتبر هناك لفظ - لتعذره - فلا وجه لاعتبار استحضر معنى اللفظ ترتيباً، بل يكفي الإشارة وقصد الغاية. ويحتمل اللزوم، لعدم سقوط الميسور بالمعسور، ومنع الارتباط بينهما. وهذا هو الأقوى، فعلى هذا يقصد المعاني مرتباً في الذهن، ويشير إلى هذه المعاني المترتبة لتكون الإشارة كاللفظ، ولا يمكن إشارته إلى الألفاظ لفرض عدم معرفتها. وأما في مقام اعتبرت فيه المعاني ولا عبرة بخصوص لفظ، فالظاهر كفاية

[141]

قصد ذلك المعنى إجمالاً وإن لم يكن كقصد معنى الألفاظ على الترتيب، إذ العمدة هو المدعى. وأما من يعرف الألفاظ دون المعاني، ففي مقام اعتبار الألفاظ - كالقراءة - يحتمل لزوم استحضار الألفاظ ترتيباً في الذهن مع الإشارة. وهو الأصح الأقوى. ويحتمل الاكتفاء بالإشارة وإن لم يرتب في الذهن لو أمكن تصوير ذلك، إذ الظاهر أن الإشارة إلى اللفظ لا يعقل بدون تصويره، اللهم إلا أن يقال: يمكن القول بالإشارة إلى المعنى المعلوم إجمالاً، وهو بعيد. وفي مقام اعتبار المعنى لا عبرة بتصوره للألفاظ وإشارته، كما أنه لو تصور لفظ (لزيد علي ثلاثة دراهم) وأشار إليها ولم يعرف معناه، فلا شك في عدم الثمرة فيه، بل الميزان إشارته على أصل المعنى بحيث يفهم منه إرادة المدعى من الأقرار وإن لم تكن إشارته على طبق الألفاظ. وفي صورة اعتبار اللفظ والمعنى - كالطلاق - فاللزام عليه إحضار صيغة (أنت طالق) - مثلاً - بلفظها وإشارته إليها وإرادته معنى انقطاع علاقة النكاح وإن لم يدرك خصوص معنى (أنت طالق) بالترتيب المعهود. وأما من يعرفهما معاً، ففي مقام اعتبار اللفظ خاصة - كالقراءة - يستحضره، ولا يجب استحضار المعنى وإن عرفه، وفي صورة الاعتبار بالمعنى فالمعتبر قصد ذلك المعنى والإشارة المفهومة له وإن لم يقصد المعنى على ترتيب يحصل بتركيب الألفاظ، وفي صورة اعتبارهما معاً - كما في النكاح والطلاق - يستحضر اللفظ بالترتيب ومعناه على طبقه، ويشير إشارة مفهومة إلى المجموع بالمعتاد إن كان، وإلا فيما هو الأقرب إلى الصراحة. هكذا ينبغي أن يحقق المقام. السابع: أن الظاهر أن العاجز عن النطق لمرض في العضو أو اعتقال لسان أو قطع - أو غير ذلك من العوارض المستمرة بما يعتد به بحيث يوجب سلب قدرة النطق - كالأخرس في هذه الأحكام، إذ العلة المستفادة من كلام الشارع هو،

[142]

العجز، وظاهر الأصحاب أيضاً ذلك. ويمكن دعوى عدم الفارق، وتنقيح المناط، والتمسك بلزوم العسر والجر، وأصالة عدم وجوب التوكيل، ونحو ذلك. نعم، يبقى الأشكال في المكروه الممنوع عن التكلم خوفاً، ففي إلحاقه بالأخرس مطلقاً، أو عدمه كذلك، أو الفرق بين طول الزمان الموجب لتفويت الأغراض المقصودة له وبين قصره الموجب للزوال بسرعة بحيث لا يفوت من الغرض ما يعتد به، أو الفرق بين كون الأكره بحق أو بباطل - لو أمكن فرضه - وجوه. والأقوى: الألاحق (1).

(1) كذا في (ن، د)، لكن في (ف، م): والأقوى: عدم الألاحق .

[143]

[العنوان الخامس والثلاثون] [هل تعتبر العربية في صيغ العقود والایقاعات؟]

[144]

عنوان [35] هل يعتبر في العقود والایقاعات العربية، أو يقع لأهل كل لسان بلسانه، أو يصح لأهل كل لسان بكل لسان، أو يصح (1) بالملفك من اللغات أيضاً؟ ظاهر الأكثر اشتراط العربية، وقد نص على ذلك المحقق الثاني والشهيد الثاني (2) إلا فيما نصوا على صحته بكل لغة، كالأقرار والوصية ونحوهما. وقد يستفاد من جماعة من المتأخرين ومن مشايخنا المعاصرين الاكتفاء بكل لغة فيما عدا النكاح، بل جوزه

في النكاح أيضا بعض من قارب عصرنا (3) منهم: السيد الأجل الاستاذ (السيد محمد الطباطبائي) قدس سره (4). والظاهر: عدم الخلاف في جواز نحو الأقرار والوصية والوديعة والعارية والوكالة ونحو ذلك من العقود الجائزة بأي لغة كان، كما هو المصرح به في كلامهم، ويدل على ذلك سيرة الناس كافة، مضافا إلى صدق هذه الألفاظ أيضا (5) بالنسبة إلى ما وقع بغير العربية (6).

(1) في (ن) زيادة: لكل. (2) جامع المقاصد 4: 59 - 60، الروضة البهية 3: 225 (3) في غير (م): بعض من قاربنا. (4) لم يعنون المسألة في نكاح المناهل. (5) في (ن، د): نسا. (6) في (ن): القرينة.

[145]

وإنما البحث في العقود اللازمة وما شاكلها من الايقاعات، كالطلاق والعتق والظهار واللعان والأيلاء، ونظائر ذلك (1) وبالجملة: البحث في غير ما اجمع فيه على جوازه بكل لغة. احتج القائلون باشتراط العربية بوجه: أحدها: الأصل، والمراد: عدم حصول النقل والاثار الاخر المترتبة على الأيقاع أو العقود الغير المملكة إلا بما دل الدليل على سببته، والذي دل الدليل عليه هو ما وقع بالعربية، وما عداه لا دليل عليه. وثانيها: أن أدلة العقود عموما وخصوصا إنما تنصرف إلى ما هو المعتاد الشائع في زمن الخطاب، ولا ريب أن المتعارف في ذلك إنما كانت (2) الصيغ العربية، وهذا ليس إرجاعا لما عداها إلى الأصل، بل الغرض هو ظهور الانحصار، إذ لو كان غير العربي جائزا لبين في الشرع. وثالثها: لزوم التماسي بصاحب الشرع، إذ لا ريب في كون معاملاته إنما هي باللغة العربية، خرج عن ذلك ما خرج بالدليل وبقي الباقي. ويمكن التمسك أيضا بوجه آخر، وهو: أن ألفاظ العقود إنما نقلت عن معنى الأخبار (3) إلى معنى الأنشاء، فالذي استفيد من الشرع كون السبب هو اللفظ الموضوع لأنشاء المعاملة، ولا ريب أن في سائر اللغات لم يعهد كون معاني هذه الألفاظ - بمعنى ما يرادفها في المعنى - موضوعا للأنشاء، بل هو (4) باق على معنى الأخبار، وكون ما هو موضوع للأخبار سببا في مقام ما هو موضوع للأنشاء أول الكلام. ويمكن التمسك أيضا بظاهر اتفاق الأصحاب، فإنهم لم يذكروا في شيء من العقود والايقاعات - غير ما خرج بتصريحاتهم - سوى الصيغة العربية، وسكوتهم

(1) في (م): نظائرها. (2) في (م): إنما هي. (3) في غير (م): الاخبارية. (4) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: هي، والمناسب في العبارة: موضوعة للأنشاء، بل هي باقية.

[146]

في مقام البيان قاض بالحصر، ويلوح من ذلك إجماعهم على عدم الصحة بغيرها. مضافا إلى أن الشارع في باب العبادات كافة قد اعتبر الألفاظ العربية في القراءة والذكر والتلبية ونحو ذلك (1) من الأدعية، ولم يقل أحد بإجزاء ما يرادفها من الألسنة الاخر، مع أن الأجماع منقول على عدم جواز عقد النكاح بغير الصيغة العربية، ولا يكاد يظهر فرق بينه وبين غيره، بل الظاهر منهم أيضا عدم ترتب الأثر على اللعان والأيلاء والظهار والنذر والعهد واليمين إلا بما ذكره من الألفاظ العربية، وأي فرق بينها وبين غيرها؟ والقول بانعقاد اليمين ونحوها (2) بغير العربية مما لم أعثر على مصرح به، وهذا في الحقيقة يقرب من الاستقراء المفيد للقطع بالحكم. والمناقشة في التماسي من جهة كونه من الطبيعيات في هذا المقام، من كون لسان الشارع من لسان العرب (3) غير مسموعة، إذ غاية ما في الباب وقوع الشك في كون هذا من الشارع لأجل كون لسانه كذلك، أو من جهة كون مقتضى الشرع ذلك. ولا ريب أن الظاهر في مثل هذا المقام الحمل على كونه من حيثية الشرع مراعاة لمنصب الشارع فيما يرتبط بالأحكام، ولو كان ذلك جائزا لصدر منه ما يدل على مشروعية غيره، كما ورد في المقامات الاخر. لا يقال: لعل عدول أهل كل لسان من لسانه إلى غيره غير جائز، فلعله لم يعدل عن العربية لأجل ذلك. لأننا نقول: الظاهر قيام الأجماع المركب على جواز ذلك، إذ كل من جوز بكل لغة لم يخصص الجواز لأهل كل لغة

بلغته، بل جوز بكل لغة لكل أحد مع فهم المعنى. واحتج القائلون بالتعميم بامور: أحدها: صدق الاطلاقات الدالة على المعاملات أو الايقاعات على الواقع

(1) في (م): ونحوها. (2) في (ن، د): وغيره. (3) العبارة في (م) هكذا: ضرورة أن لسان الشارع أحد ألسنة العرب .

[147]

بأي لغة كانت، والأصل عدم الشرطية. وفيه: أن هذه الاطلاقات تنصرف إلى ما هو الشائع المعتاد، وهو إما العقد بالعربية أو المعاطاة، وأما العقد باللغات الآخر فغير شائع، بل نادر جدا. بل يمكن دعوى القول بأن أهل الألسنة من المسلمين لم يلتفتوا إلى الآن على وقوع الصيغة بلسانهم، إلا بعض قليل منهم اعتمادا على فتوى بعض المتأخرين بالصحة، بل طريقتهم المعاطاة أو إجراء الصيغة بالعربية إن أرادوا الاهتمام، وذلك واضح، فلا إطلاق حتى يتمسك بأصالة عدم التقييد. وثانيها: أن العقد بأي لسان اتفق فهو عقد، وكذلك الطلاق ونحو ذلك، فيشملة عموم ما دل على الوفاء بالعقود (1)، (والمؤمنون عند شروطهم) (2). (والجواب: يمنع شمول هذه العمومات إلا على ما هو المعروف المعهود بين الناس من الكيفية المقررة، بل يمكن الشك في كون الواقع باللغة العجمية ونحوها عقدا أم لا، إذ معناه: العهد المؤكد، والتأكيد إنما هو بما جرى عليه طريقة الشارع. وبالجمله: ندرة الوقوع والأطلاق كافية في ذلك، مضافا الى عدم صلاحية مثل هذه العمومات الضعيفة الدلالة على المقام، لما أسلفناه من الوجوه القوية الدلالة. وثالثها: عموم قوله عليه السلام: (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (3) فإنه دال على كون السبب المؤثر هو الكلام، وهو دال على الطبيعة، فاشتراط كونه عربيا خلاف الظاهر. وفيه: أن الظاهر منه عدم كون ما عداه محللا ومحرمًا: من القصد المحض والتمني واللامسة ونظائرها، لا أن كل كلام محلل ومحرم. وبعبارة أخرى: يراد به: حصر السببية في (4) الكلام دون غيره، وليس فيه

(1) المائدة: 1. (2) عوالي اللالي 3: 217، ح 77. (3) الوسائل 12: 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، ح 4. (4) في غير (م): إلى .

[148]

إطلاق من جهة كيفيات الكلام وشرائطه حتى يتمسك به، وذلك واضح. ورابعها: ما دل من الأدلة على أن (لكل قوم عقد) (1) ونحو ذلك، فإن الظاهر كونه لكل قوم بلسانهم. وفيه: أن ظاهره بيان مشروعيته لكل قوم، معنى: أن لكل طائفة من الناس عقودا على حسب ما يحتاجونه في أمكنتهم، لا أن كل عقد عقده قوم بأي لسان كان فهو صحيح. مضافا إلى أنه ورد أيضا (لكل قوم نكاح) (2) بل الظاهر عدم ثبوته إلا بهذه العبارة، وأما (لكل قوم عقد) فلم أقف عليه، ولازمه: جواز النكاح أيضا بأي لسان كان، مع أن ظاهر أصحابنا - إلا من شذ منهم - عدم جوازه إلا بالعربية. وخامسها: جريان سيرة الناس على الاكتفاء بكل لسان. وفيه: منع واضح، لأن بناءهم: إما على المعاطاة، أو على الصيغة العربية. وسادسها: لزوم العسر والحرَج في تعيين الأتيان بالصيغة العربية لكل أحد، مع انتشار الألسنة، وتناهي البلدان، ومشقة التعلم. وفيه: منع العسر بعد انفتاح باب المعاطاة، وليس غرض الناس غالبا إلا حصول الملك، وهو حاصل بالمعاطاة، أو غرضهم الأباحة بعوض الرجعة إلى الملك بالتصرف، وهو مع المعاطاة متحقق (3) مضافا إلى منع حصول العسر بتعلم ألفاظ الصيغ، فإنها كلمات قليلة يقدر عليها كل أحد، مع أن القادر بتعلم أفعال الصلاة والأذكار والعبادات قادر على العقد والأيقاع بلا إشكال، مضافا إلى أن تعلم الصيغ في جنب تعلم الأحكام كالقطرة في جنب البحر، مضافا إلى أن جواز التوكيل يرفع العسر والحرَج بالمرّة. وسابعها: أن العربية لو كانت شرطا لانتشر في الأخبار تعليم (4) الصيغ العربية

(1) الظاهر عدم ورود ذلك في لسان دليل، وسيأتي من المؤلف قدس سره عدم وقوفه عليه. (2) الوسائل 11: 60، الباب 26 من أبواب جهاد العدو، ج 2، و 14: 588، الباب 83 من أبواب نكاح العبيد والأماء، ج 2، (3) في (م): وهي مع المعاطاة متحققة. (4) في (ن): تعلم .

[149]

[على الناس] (1) وذ شتهر بين المسلمين ذلك. وفيه: أن في زمن الشارع كان أغلب المتشرعين عالما بالعربية والصيغ فلا حاجة إلى التعليم، مضافا إلى أن هذا الانتشار في العبادات دون المعاملات لوجهين: أحدهما: وجود البدل في المعاملات دون العبادات، وهو المعاطاة. وثانيهما: جواز التوكيل في المعاملات دون العبادات، فصار سبب المبالغة في ذلك دون المقام من جهة ذلك، وهذا (2) واضح لمن راجع طريقة الناس. ومن أطلق الجواز حتى في النكاح لاحظ هذه الأدلة، ومنع الأجماع المدعى على المنع فيه، وتسرى إلى ما هو اللازم الاحتياط من أمر الفروج، وجعل الباب مفتوحا لكل داخل (3). وأدلة القول باشتراط العربية أيضا وإن أمكن (4) المناقشة فيها: بأن استفادة الحصر ممنوعة. والأصل مندفع بما ذكر من أدلة التعميم. والتأسي إنما هو فيما علم وجهه، مع أن الكلام إنما هو في الصحة والبطان بغير العربي، لا في لزوم الأتيان بالعربي أو صحته، والترك لا يدل على عدم الجواز والصحة، بل دلالة إنما هو على عدم اللزوم بغير العربي. ومجرد عدم كون الألفاظ في غير العربي منقولة إلى الأنشاء غير قاذح، لمنع النقل في العربي أيضا، لتبادر الأخبار عنه مع الخلو عن القرينة، وكونه في مقام العقد قرينة على الأنشاء. ودعوى: صيرورتها حقائق في خصوص مقام العقد، بعيدة جدا. كما أن دعوى: كونها حقيقة في الأنشاء مطلقا ويفهم منها الأخبار في المقامات الآخر، أبعد، بل مقطوع العدم (5). ولو سلم النقل فإنما هو في الألفاظ المشتقة من موارد (6) العقود والأيقاعات،

(1) لم يرد في (م). (2) في (ن، د): وهو. (3) قوله: وجعل... الخ: لم يرد في (م). (4) كذا، والمناسب للسياق: يمكن، بدل (وإن أمكن). (5) في (م): مقطوعة العدم. (6) في (ف): مواد، وفي (ن): أيضا شطب على الرأى .

[150]

كلفظ (بعت) و (أنت طالق) ونحو ذلك، مع أن العقد العربي لا ينحصر في هذه الألفاظ، كما يأتي. ودعوى: كون كل ما هو موضوع للأنشاء صحيحا وكل ما ليس كذلك باطلا، مخالف للأجماع القطعي، ولو سلم ذلك أيضا فيصير هذا نزاعا في عدم وجود المرادف في الألسنة الآخر، لا منعا لجوازه لو وجد اللفظ الموضوع للأنشاء. مضافا إلى أن هذا البحث يصير قولاً بعدم الجواز من باب أنه مجاز، لا من جهة أنه غير عربي، وكلامنا في حيثية العربية وعدمها، لا في الحقيقة والمجاز. والاستقراء المفيد للقطع ممنوع، والمفيد للظن أيضا مشكل، إذ العبادات لا مدخل لها في هذا المقام، لأنها تعبدات محضة، بخلاف المعاملات، فإن العبرة فيها بالمعاني والألفاظ كواشف، ومجرد مسألة الطلاق أو اللعان أو اليمين ونحو ذلك لو ثبت فيها الاقتصار على العربية في ترتب آثارها لا يستلزم كون سائر العقود كذلك، سيما مع المعارضة بوجود طائفة منها جائزة بكل لغة، كما أشرنا إليه. وإجماع الأصحاب بعد وجود المخالف ممنوع، بل نسب إلى الأكثر الإطلاق الدال على الجواز بالعربية وغيرها. وبالجمل: مقتضى الاقتصار على المتيقن من العربية عدم ترتب الأحكام من اللزوم وغيره على ما وقع بغير العربية، وإن كان القول بالجواز بكل لغة غير بعيد بعد التأمل، إلا في النكاح الدائم، بل المنقطع أيضا، لشبهة الأجماع والسيرة والاحتياط في أمر الفروج. والظاهر أن بعد الجواز بكل لغة لا يختص لأهل لسان بلسانه، بل يجوز بكل لسان. وفي الملق من اللغتين وجه بعدم الجواز، لعدم التعارف، لكن بعد القول بصدق العقيدة والجواز بأي لغة كانت فالأقوى فيه أيضا الجواز .

[151]

عنوان [36] اختلفت كلمة الأصحاب في ضبط ألفاظ العقود اختلافا فاحشا . فمنهم: من اقتصر على لفظ واحد، ومن اقتصر على لفظين، ومن اقتصر على ألفاظ . ومنهم: من اعتبر خصوص ما يشتق من مواد أسامي العقود، ومنهم: من ذكر ما يفيد معناه أيضا، ومنهم: من اعتبر الحقائق، ومنهم: من تسرى إلى المجاز القريب، ومنهم: من اعتبر المجازات مطلقا، ومنهم: من اعتبر الصراحة كيف كان، ومنهم: من ذكر الافتقار إلى الأيجاب والقبول واطلق، ومنهم: من مثل بأمثلة، ومنهم: من ذكر الصيغة الخاصة أيضا، ومنهم: من ذكر الأيجاب والقبول، ثم قال: والصيغة الصريحة هذا، ولا يخفى كل ذلك على من راجع كلماتهم، أعرضنا عن النقل مخافة التطويل، ومجمل الكلام أن المحتملات هنا بحسب الوجهة الفقهية أمور: أحدها: الاقتصار على ما يشتق من مواد العقود خاصة، كبعت، وصالحت،

وآجرت، ووكلت، وأودعت، وأوصيت، وأنت طالق، ونحو ذلك غيرها، وثانيها : اعتبار كل ما يفيد هذا المعنى حقيقة، مثل (شريت) مع القرينة المعينة، بناء على اشتراكه بين البيع والشراء (1)، و (ملكيت العين) أو (المنفعة) على أحد الوجهين، وبالجمله كل لفظ يفيد ذلك المعنى (2) بالوضع، وثالثها: التسري إلى المجازات القريبة أيضا، ورابعها: اعتبار مطلق المجاز المفهم للمعنى، وخامسها: اعتبار الصراحة في الدلالة، سواء كان (3) حقيقة أو مجازا مأنوسا، وبعبارة أخرى (4): لفظ يكون فهم ذلك المعنى منه سريع الحصول: إما لأجل أصل وضعه، أو كثرة استعماله وتعارفه ولو مجازا، أو لقرب علاقته ومعناه، والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن الميزان هو صراحة اللفظ في إفادة المراد بجوهره أو بالقرائن، والوجه في ذلك أمور: الأول: ظهور إجماع الأصحاب على هذا المعنى بعد التأمل في كلماتهم على اختلافها، فإن الظاهر من اختلافهم بهذه المثابة أن خصوصية هذه الألفاظ ليس معيار الحكم، بل الميزان: عدم بقاء الاشتباه، ولذلك أن أغلبهم اقتصروا على الحقائق والمجازات القريبة المأنوسة، بل صرحوا في بعض المقامات بالتعميم بما شاكل ذلك، والظاهر أن اقتصار بعضهم على الصيغ المأخوذة من المواد أو (5) المخصوصة الآخر في الذكر مثال، ويرشد إليه ذكرهم كاف التشبيه (6) غالبا، مضافا إلى أن مثل العلامة والمحقق والشهيد ونظائرهم اختلفوا في كتبهم المشهورة في تعداد الصيغ، بل كل واحد منهم اختلف كلامه في كتبه. وحمل ذلك كله على تجدد الرأي والعدول وإرجاع اختلافاتهم إلى النفي والأثبات ودعوى الحصر بعيد غاية البعد .

(1) في غير (ن): الاشتراء. (2) في غير (م): يفيد معانيها. (3) في (م) زيادة: اللفظ. (4) في (م) زيادة: كل. (5) أو: لم ترد في (ن، د). (6) في (م): ذكرهم لها بكاف التشبيه .

الثاني: تعليل جماعة منهم جواز بعض الألفاظ بأنه صريح في هذا المعنى، وعدم جواز بعض ببعده عن إفادة المراد وعدم كونه مأنوسا، وذكر جماعة منهم - بعد ذكر الأيجاب والقبول - وصيغتها الصريحة كذا مثلا، الدال على أن المعيار الصراحة. الثالث: ما هو المعلوم من طريقة الشرع: أن المعيار في المعاملات ليس على خصوص الألفاظ، بل المدار فيها على المراد، والألفاظ قد اعتبرت كواشف، فلا وجه للاقتصار على ما يشتق من أصل المواد، ولا على خصوص الحقيقة، مع شذوذ القول بالاقتصار بهما - كما سنذكر - فينبغي أن يكون المدار على تفهيم المعنى، لكن حيث إن بناء الشرع غالبا إنما هو على قطع التشاجر والتنازع، والعقود ونحوها من الايقاعات

لما كانت مثار الفتن، فالحكمة تقتضي أن يكون المعيار في السببية على اللفظ المتعارف الواضح الدلالة، لا على ما كان فهمه يحتاج إلى تخريج بعيد. وبعبارة أخرى: تتبع الشرع قاض يكون العلام والأمارات في كل مقام مبنية على الأمور الواضحة، دون الخفية على الأفهام. الرابع: أن الأدلة الخاصة - مثل: (أحل الله البيع) (1) و (الصلح جائز) (2) ونحو ذلك (3) - تشمل كل ما وقع بلفظ صريح، دون ما عداه. أما الثاني: فلأنها إطلاقات تنصرف إلى المعهود المتعارف، وهو ما وقع بالصريح قطعاً وأما الأول (4) إذ ليس المراد من هذه الألفاظ خصوص لفظ (بعت) و (صالحت) مع اجتماعهما للشرائط، وإلا لم يمكن (5) التمسك في مقام الشك في شرطية شيء بهذه الإطلاقات بل المراد (6) منها ما يسمى بيعاً في العرف وصلحاً ومزارعة، ونحو

(1) البقرة: 275. (2) راجع الوسائل 13: 164، الباب 3 من أبواب أحكام الصلح (3) في (م): ونحوهما. (4) في (م): وأما الأول: فلأنه بعد معلومية أن ليس (5) ... في (م): ضرورة صحة التمسك. (6) في (م): بدل (بل المراد): يكون المقصود.

[155]

ذلك، ولا ريب في صدقها بما يقع بكل لفظ صريح. والخامس: أن عمومات العقود أيضاً إنما تنصرف إلى ما هو المتعارف بالنوع أو الشخص، ولا يراد به الجامع للشرائط حتى يوجب الأجمال المسقط للاستدلال، ولازم ذلك شمولها للعقود الصريحة مطلقاً، دون غيرها. لا يقال: إن المتبادر هو العقود المتعارفة في زمن الخطاب، والقدر المعلوم من ذلك ما هو المأخوذ من مواد الصيغ، وما عداها لم يعلم تعارفها في ذلك الوقت فكيف تتسرى (1) إلى كل متعارف صريح؟ لأننا نقول أولاً: الظاهر تشابه الزمانين، وكون لفظ متعارفاً في هذا الزمان في العقود دون ذلك الزمان بعيد. وثانياً نقول: إن المدار بمقتضى ما ذكرنا إنما هو على كونه متعارفاً، بمعنى: أنا فهمنا أن المعتبر في ألفاظ العقود الصراحة، وهي تتحقق في المتعارفة، فكل عقد متعارف صريح معتبر في زمان تعارفه، دون ما إذا هجر، والمهجور إذا تعارف في زمان صار صريحاً. وثالثاً: أن بعد ما عرفنا مصير الأصحاب إلى اعتبار الصريح يكشف (2) ذلك عن دخوله تحت العمومات والإطلاقات، وما عداه نشك في دخوله (3). ومن اقتصر على الحقائق تمسك بالأصل وعدم ثبوت ما عداه من الأدلة - وقد عرفت دفعه - و (4) بالأجماع الذي نقلوه على [عدم] (5) جواز العقد بالمجاز. ويندفع بمنعه أولاً، وباحتمال إرادة المجاز البعيد عنه ثانياً، وبمعارضته بالأجماع المحكي - بل المحصل - على جواز (ملكك) في البيع مع أنه مجاز. فإن قلت: إن (ملكك) حقيقة في البيع، لأنه مشترك معنوي أطلق على الفرد

(1) في (م): يتسرى. (2) في غير (م) يصير. (3) العبارة في (م) هكذا: وثالثاً: أن مصير الأصحاب إلى اعتبار الصريح - كما ذكرناه - يكشف عن دخول ذلك تحت العمومات والإطلاقات دون غيره. (4) و: لم يرد في (د). (5) لم يرد في غير (م).

[156]

مع الإرشاد إلى الخصوصية من الخارج، أو أن قيد الإطلاق يصرفه إلى البيع، أو مشترك لفظي بين مطلق التمليك والبيع، أو منقول عن الأول إلى الثاني، أو أنه وضع بالوضع الحرفي لهما، فلا مجاز. قلت: كونه حقيقة بالاشتراك لفظاً أو بالنقل أو بالوضع الحرفي واضح الفساد، مناف للامارات ونص أهل اللغة وأما كونه من باب إطلاق الكلّي على الفرد، فهو وإن كان يحتمل في بادئ النظر، إلا أنه فاسد بعد التأمل، إذ لا ريب أن المقصود منه في مقام العقد إنما هو إنشاء التمليك، ولا ريب أن التمليك الكلّي غير معتبر إلا في ضمن أحد الأنواع: من بيع أو صلح أو هبة أو نحو ذلك، وإنشاء التمليك الكلّي غير مشروع قطعاً، فلا بد من قصد إحدى الخصوصيات في الإنشاء، وهو مستلزم لأرادة البيع - مثلاً - من التمليك، وهو عين المجاز، فتدبر جيداً. واحتمال: أن أصالة البيعية تصرفه إلى البيع فلا يحتاج إلى قصد الخصوصية من اللفظ، واضح

الفساد، إذ الأصل لا يوجب انصراف اللفظ وصراحته، واللازم وقوع قصد الأنشاء على التملك الخاص فلا مناص عن المجازية. واحتج بعض من ذهب من المتأخرين (1) إلى كفاية أي لفظ كان، من دون اعتبار خصوصية فيه مطلقاً؛ بأصالة عدم الشرطية، وبعموم (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) (2) وبخلو الأخبار عن ذكر الصيغ المخصوصة بالعقود، ولو كان معتبراً فيه الخصوصية لاشتهر وتواتر، مع أنه لم يثبت بل انعكس الأمر، وبأن الأخبار الواردة في أبواب العقود منتشرة غاية الانتشار على اختلاف في الألفاظ

(1) لم نقف عليه بشخصه مع ما ذكره من الأدلة، نعم ذهب إلى كفاية مطلق اللفظ جماعة، منهم المحقق، على ما حكاه عنه تلميذه الفاضل الأبى في كشف الرموز 1 (446: 1) واختاره أيضاً، ومنهم بعض مشائخ الشهيد الثاني المعاصر له، على ما حكاه عنه في المسالك (3: 147). ومال إليه جملة من محققي متأخري المتأخرين، وبه جزم المحقق الأردبيلي، والمحقق الكاشاني والفاضل الخراساني، على ما حكاه عنهم المحدث البحراني في الحدائق (18: 350) ثم قال: وهو الظاهر عندي من أخبار العترة الأطهار التي عليها المدار في الأيراد والأصدار. (2) الوسائل 12: 376، الباب 8 من أبواب أحكام العقود، ح 376.

[157]

والكيفيات، وليس ذلك إلا من جهة كفاية كل ما يسمى لفظاً وعقداً. ولا ريب أن هذه الأدلة كلها (1) لا تثبت أزيد من اعتبار الألفاظ الصريحة، إذ ليس في الأخبار الواردة في الأبواب ما دل على الجواز (2) وليس فيه (3) صراحة إلا نادراً. مع أن في إزائها أيضاً بعض الأخبار الدالة على عدم الجواز ببعض الألفاظ (4) الكاشفة عن عدم كفاية كل لفظ، ولا يخفى ذلك على من لا حظ الروايات الواردة في أبواب العقود، وربما نشير إلى بعضها في البحث الآتي إن شاء الله تعالى. وخلو الأخبار عن الصيغ ممنوع، بل فيها ما يدل على أن الصيغ كانت معلومة عندهم (5) بحيث لو خرج واحد منها إلى غيرها لاحتاجوا إلى السؤال عن حكمها. وعموم تحليل الكلام وتحريمه ممنوع. والظاهر نفي الحكم عما عداه، لا إثباته لكل كلام. وقد تقدم البحث فيه (6). وليس في الأدلة عموم أو إطلاق يشمل كل لفظ حتى يتمسك في اشتراط الصراحة بالأصل. والذي يظن كونه داعياً إلى المصير إلى كفاية كل لفظ - مع عدم الدليل عليه ومخالفته لظاهر اتفاق الأئمة - أنهم لما رأوا ما يرد من الاعتراض على باب المعاطاة من جريان أحكام الملك على المقبوض بالمعاطاة، مع فتوى المشهور بأن التقايب بنفسه لا يملك بل يفيد الأباحة أرادوا التخلص عن ذلك بالقول بكون كل لفظ كافياً في التملك، وحيث إن المعاطاة لا تخلو من لفظ إلا نادراً، بل لا

(1) لم نتحقق المقصود من الأدلة المشار إليها، ولا يخفى ما في هذه الفقرة من عدم وضوح الارتباط. (2) كذا في النسخ، ولم يتضح لنا معناه. (3) كذا في النسخ (4) مثل ما ورد من النهي عن المنايذة والملازمة وبيع الحصة، انظر الوسائل 266: 12، الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه، ح 13. (5) ليت المصنف قدس سره عين ما يدل على ذلك من الأخبار! (6) تقدم في ص: 147.

[158]

، تخلو أصلاً، فيصير داخلاً تحت العقد المملك ويرتفع الأشكال من البين. ولكنه مما لا يسمن ولا يغني من جوع! أما أولاً، فلأن فتوى المشهور بالأباحة إنما هي (1) في المعاطاة المعروفة الغير الخالية عن اللفظ غالباً، فلا ينفع ذلك في وضع التناقض والأشكال لو أريد من ذلك رفع التناقض من كلامهم. وأما ثانياً: فلأنه لو قلنا أيضاً بأن كل لفظ مملك فإنما نقول به لو قصد النقل والانتقال باللفظ وجعل سبباً في المعاملة، ولا ريب أن اللفظ الصادر من الناس في المعاطاة لا يريدون به سوى المقابلة، وأما التملك فإنما يحصل بالفعل عندهم لو قصد التملك كما قلنا، أو الأباحة على ظاهر المشهور، وأما اللفظ فلا مدخلية له في شئ منهما، كما لا يخفى على المتأمل .

[العنوان السابع والثلاثون] [في اشتراط الماضوية في العقود وعدمه]

عنوان [37] اختلفوا في اعتبار الماضوية في العقود، أو كفاية الجملة الاسمية أيضا، أو المستقبل كذلك، أو صيغة الأمر أيضا، أو صحتها بالاستفهام ونحوه مع الجواب بنعم ونحوه - وكذلك في القبول - أو كفاية ما هو الصريح في المدعي بأي عبارة كانت، أو الدوران مدار الدليل الخاص فيما دخل أو خرج، على وجوه، بل أقوال. احتج من اعتبر الماضوية بامور: أحدها: أن الصراحة معتبرة بتقريب ما أسلفناه من الأدلة (1) وهي كما تعتبر في المادة تعتبر في الهيئة، ولا ريب أن الأمر بعيد عن مقاصد العقود جدا، والمستقبل محتمل لأن يراد به الاستفهام أو يراد به مجرد الوعد، فلا صراحة فيه في الوقوع والأنشاء والجملة الاسمية صريحة في الأخبار، فأنحصر في الماضي، لبعد ما عدا ذلك عن المدعى بكثير. وثانيها: أن الماضي دال بأصل الوضع على وقوع ذلك الفعل في الزمن الماضي، فيصير الوقوع في آن التملك الذي هو المقصود بالعقد أقرب إلى مدلوله اللغوي، فإن قلنا بأنه منقول عن معناه الأخباري فلا كلام فيه، وإن قلنا بالمجازية

(1) راجع العنوان السابق .

فهو أقرب من غيره إلى قصد هذا المعنى المجازي جدا. وثالثها: أن أدله العقود بعمومها وإطلاقها لا تشمل غير ما هو المعهود بين الناس، ولا ريب في كون المعهود الماضي فقط دون ما عداه، فيصير الماضي مما ثبت سببته، وما عداه باق تحت الأصل. ورابعها: مصير أكثر الأصحاب إلى اعتبار الماضوية، بل الظاهر اتفاقهم على ذلك إلا فيما خرج بالدليل. وخامسها: حكاية الأجماع عن جماعة على عدم الجواز بغير الماضي من سائر الهيئات (1) المجبور بشهرة العمل، المعتضد بالأصل، مع تأييده بطريقة الاحتياط. واحتج من عمم بأن الصراحة هو المعيار، فأينما تحققت صحت، وتمثيل الأصحاب بالماضي غير دال على الانحصار، سيما مع تصريحهم في مقامات آخر بجواز الأمر والجملة الاسمية والمستقبل ونحو ذلك، ولا يفترق الحال في قصد الأنشاء بين هذه الهيئات بعد كونها مجازات، مضافا إلى إطلاق أدلة العقود وعموماتها، وإصالة عدم الشرطية إلا فيما ثبت، وليست الماضوية منها، مع أن العقود الجائزة قد نصوا على جوازها بأي هيئة كانت، ولا فارق بين العقود من هذه الجهة. وتفصيل البحث أن يقال: [أما] (2) العقود الجائزة - كالهبة والقرض والشركة والمضاربة والوديعة والعارية والوكالة - لا يشترط فيها الماضوية، ولا خصوصية هيئة أخرى، بل المدار فيها على إفادة المعنى كيف كان، وقد نص عليها الأصحاب (3) بل يكفي فيها الملفق من القول والفعل، ويكفي الفعل من الجانبين .

(1) منهم العلامة في التذكرة 1: 462، ولم نظفر على ادعاء الأجماع في غيرها، نعم ربما يظهر من كلام المحقق السبزواري أنه مما لا خلاف فيه، حيث قال: قالوا: ولا ينقد إلا بلفظ الماضي) ولم يحك خلافا عن أحد، انظر الكفاية: 88 (2). لم يرد في (ن، د). (3) نص بذلك الشهيد الثاني قدس سره في قرص الروضة البهية 4: 12 وهكذا المحدث البحراني في الحقائق 20: 109، والسيد الطباطبائي في الرياض 1: 576 .

ويدل على ذلك كله سيرة الناس، وإطلاق الأدلة في مشروعية ذلك كله يشمل هذه الصور كافة. وإنما البحث في العقود اللازمة التي لا تكفي في لزومها المعاطاة ولا كل لفظ، هل يعتبر في ذلك الماضوية أم لا؟ فنقول: قد ورد الاكتفاء في المزارعة بصيغة الأمر في النص (1)، وأفتى به الأكثر (2) وأفتى جماعة في المساقاة أيضا بذلك (3) مع عدم النص (4). وأفتى الأصحاب بجواز الجملة الاسمية في الرهن (5) وهو من العقود اللازمة من وجه وإن جازت من آخر، والقاعدة على ما زعموا تبعيته لأخس الطرفين وهو اللزوم، للأصل مع أنهم جوزوها فيه، ومجرد تعليلهم بجوازه من طرف المرتهن - الذي هو العمدة - لا يكفي في ذلك، إذ المدار على صدق أدلة الرهن وعدمها، ولم يرد دليل على الجواز في الجائز والعدم في اللازم حتى نتبع في ذلك صدق اللازم والجائز، ونلحق الملفق بأحد الطرفين بالترجيح. وأفتوا في القرض بالجواز بأي لفظ يؤدي المعنى من دون ظهور خلاف بينهم في ذلك، مع أنهم اختلفوا في كونه عقدا جائزا أو لازما، وإن قلنا بأنه جائز وحققناه في بحث أصالة اللزوم، فراجع (6). وجوزوا في الهبة بقوله: (هذا لك) (7) ونحوه، حتى الشهيد الثاني (8) الذي يرى

(1) الوسائل 13: 200، الباب 8 من أبواب المزارعة والمساقاة، ح 5. (2) منهم المحقق في الشرائع 2: 149، والعلامة في التحرير 1: 256 وغيره، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة 10: 96. (3) منهم العلامة في التذكرة 2: 343، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة 10: 122. (4) يمكن أن يكون مستندهم خبر يعقوب بن شعيب، انظر الوسائل 13: 202، الباب 9 من أبواب المزارعة والمساقاة، ح 2. (5) منهم العلامة في التذكرة 2: 12، والشهيد الثاني في المسالك 4: 8 (6). راجع العنوان 29. (7) منهم العلامة في القواعد 1: 274، والشهيد في الدروس (8) 285. 2: الروضة 3: 192.

شرطية الماضوية ويبالغ فيه، ورد النص في بحث المزارعة خلودا إلى القاعدة على ما اختاره، وقال: الخروج بهذا النص الضعيف عن قاعدة نظائره مشكل (1) مع أن الهبة قد تكون لازمة، كما في هبة ذي الرحم والزوجين، كما أفتى به هو (2) (ودل عليه صحيحة زرارة (3)). وقد نص في أول عقد الهبة - في الروضة (4) - بكفاية قوله: (هذا لك) من دون تفصيل بين كونه لازما أو جائزا. وورد في رواية سهل الساعدي في النكاح الجواز بصيغة الأمر (5) وافتى (6) به. وفي رواية في المتعة الجواز بلفظ المستقبل (7)، وقد أفتى بجوازه في مطلق النكاح أيضا جماعة (8). (وقد وردت أيضا روايات متفرقة في باب البيع وغيره، وقد جمعها صاحب الحقائق في أوائل البيع (9) على اختلاف فيها (10) بالجملة الاسمية والمضارع والأمر، وغير ذلك. فإما أن نقول بأن كل ذلك مطروح والمعتمد هو الماضي عملا بالمتيقن من الأدلة، والرجوع فيما سواه إلى أصالة عدم الصحة واللزوم. وإما أن نقول: إن هذه كلها ما ورد فيها دليل معتبر تقتصر على مورده ولا تنسرى إلى المقامات الأخر، وما ليس دليله معتبرا فهو غير مسموع في قبال

(1) راجع المسالك 5: 8، والروضة 4: 276 و 310. (2) الروضة 3: 195. (3) (الوسائل 13: 339، الباب 7 من أبواب أحكام الهبات، ح 1. (4) الروضة 3: 193 (5). عوالي اللالي 2: 263، ح 8، ورواه في الكافي (5: 380 ح 5) عن أبي جعفر عليه السلام. (6) ظاهر السياق ما أثبتناه - بصيغة الماضي المجهول - ويحتمل أن تكون بصيغة المعلوم يرجوع الضمير إلى الشهيد الثاني قدس سره راجع المسالك 7 (7). 91 - 90: بل ورد في روايات، راجع الوسائل 14: 466، الباب 18 من أبواب المتعة. (8) منهم المحقق في الشرائع 2: 273، والعلامة في القواعد (2: 4) على رأي، وقواه صاحب المدارك في نهاية المرام 1: 26. (9) الحقائق 18: 351. (10) (في (ف، م): فيه.

الأصل والقاعدة. وإما أن نقول بأن هذه كلها محمولة على المقابلة، ولا تدل على عدم كون عقد بعد ذلك، فلعل في هذه الوقائع صدر عقد أيضا، والمنقول في الروايات نفس المعاملة، ولا أقل من وقوع المعاطاة في أكثرها. وإما أن نقول بعدم

اعتبار هيئة خاصة، بل نقول: إن الميزان الصراحة كيف كانت (1). فهذه احتمالات أربع، أجودها الاحتمال الأخير، لبعد الحمل على المقابلة جدا، لظهور كل ذلك في كونه عقدا بنفسه، فراجعها. والطرح بعيد جدا، لانجبار بعضها بالعمل وكثرتها وانتشارها المقطوع صدور بعضها عن الأئمة عليهم السلام وبعد الاقتصار إلى محالها، لعدم ظهور تفرقة بين العقود من تلك (2) الجهة. ولتفصيل الكلام محل آخر. وفي اشتراط صحة الألفاظ وسلامتها عن التحريف واللحن وجهان: أقواهما الاشتراط مع الاختيار، وعدم جواز ما يفسد المعنى، لعدم انصراف الأدلة إليه وإن قصد المعاملة، وأصالة عدم النقل ونحو ذلك من الأدلة. وفي صورة عدم كونه مغيرا للمعنى ينبغي الحكم بالصحة، وإلا لبطل كلمات أهل اللسان كلهم، فإنهم يتكلمون بتحريف ولحن غالبا، مع أنه صحيح، واشتراط عدمهما في العبادات (3) (للدليل. وأما مع العذر فالواجب الأتيان بالمقدور، لعموم قاعدة الميسور (وللأجماع الظاهر من الأصحاب - وفي كلام بعضهم: أنه مشهور (4) - ولاستلزام التكليف بالتوكيل العسر والجرح الشديدتين. وسقوط العقد عنه بالمرة أيضا مخالف للأصل والقاعدة، فانحصر في لزوم اعتبار ما أمكن .

(1) في (ذ، م): كيف كان. (2) في غير (م): في ذلك الجهة. (3) في غير (ن): في العبادة. (4) لم نعتز عليه .

[165]

ولو اختلفت جهات الصحة والفساد واللحن والتغيير بحركة أو حرف إعرابي أو بنائي - في العربي كان ذلك أو في غيره من الألسنة - فهل اللازم اعتبار الأصح فالأصح في كل مرتبة من المراتب ملاحظة للأقرب فالأقرب؟ فما لا يقدر على تتميم حركاته أولى مما لا يقدر على تتميم حروفه، وما ينقص فيه حركة الأعراب أولى من حركة البناء، وكذا بالنسبة إلى الحرف الواحد والمتعدد والحركة الواحدة والمتعددة ونظائر ذلك (1) كل ذلك للأصل. وإذا تعارض الوجهان من الجانبين - كحرف من جانب وحركتين من جانب آخر - فالرجوع إلى المرجحات الآخر، أو التخيير بين هذه الصور، إذ بعد نقصان الكل لا يتفاوت الحال فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر. أو القول (2) بتقديم اللفظ الصريح على المدعى أي نحو كان؟ وجوه واحتمالات. ولا يبعد [أن يقال [(3): إن اللفظ الصريح لا بد من اعتباره، ولا عبرة بغير الصريح، لا في محرف ولا في صحيح. وإذا تعارض فيه جهات التحريف، فالأقرب الالتزام بما هو أقرب للصحة، وإن تعارضا فالتخيير، ولا يبعد القول بالتخيير أيضا من أول الأمر، حذرا من لزوم العسر والجرح .

(1) في (م): ونظائرها. (2) عطف على قوله: فهل اللازم اعتبار الأصح فالأصح (3) . من هامش (م).

[167]

[العنوان الثامن والثلاثون] [اشتراط الترتيب والتطابق في الأيجاب والقبول]

[168]

عنوان [38] في اشتراط الترتيب والتطابق، وفيه بحثان: الأول في الترتيب وهو عبارة عن تقديم الأيجاب على القبول. ذهب جماعة من الأصحاب إلى لزومه في العقود كافة (1) ولو انعكس لم تصح. وذهب الأكثرون إلى عدم لزومه (2) فيصح تقديم كل منهما على الآخر. وذهب بعضهم إلى التفصيل بين النكاح وغيره (3) (فيجوزه فيه دون غيره .

(1) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد 4: 60 و 12: 74، ولم نظفر على غيره ممن قال بلزوم تقديم الأيجاب مطلقاً، إلا أن العلامة في التذكرة صرح في البيع باشتراط تقديم الأيجاب على الأقوى، وفي النكاح بعد أن نقل عن أحمد - من العامة - المنع من تقديم القبول نفى عنه البأس، انظر التذكرة 1: 462 و 2: 583. منهم المحقق في الشرائع 2: 13 و 273، والعلامة في التحرير 1: 164 و 4: 2، والشهيد في اللمعة: 109 و 184. (3) منهم ابن حمزة، فإنه صرح في البيع بلزوم تقديم الأيجاب على القبول، وقال في النكاح: ويجوز تقديم القبول، راجع الوسيلة: 237، 291، ويستفاد التفصيل من كلام فخر المحققين أيضاً، انظر إيضاح الفوائد 1: 413، وفي شرح النافع - لصاحب المدارك - نسبة عدم اشتراط تقديم الأيجاب في النكاح إلى المشهور بين الأصحاب، نهاية المرام 1: 26.

[169]

وفصل بعضهم بين القبول بلفظ (قبلت) ونحوه وغيره (1) فجوز التقديم في الثاني دون الأول. احتج القائلون بالترتيب بأمور: أحدها: أصالة عدم النقل والانتقال إلا بما ثبت من الأدلة، وليس إلا ما قدم فيه الأيجاب. وثانيها: أن أدلة العقود كلها تنصرف إلى ما رتب (2) فيه القبول على الأيجاب، فالعكس ليس مشمولاً لأدلة العقود، فلا يصح، وقد تقدم ما يوجب كونه فارقاً بين الدليلين. وثالثها: أن القبول عبارة عن الانفعال، وهو مبني على كون فعل صادراً من آخر حتى يتحقق هناك انفعال، فلو قدم على الأيجاب لزم البناء على أمر لم يقع. واحتج من جوز التقديم على أنه قبول مقدم (3) بوجهين: أحدهما: مصير المعظم - بل الكل - على ذلك. وثانيهما: إطلاق أدلة العقود الشامل لصورتَي التقديم والتأخير، والأصل عدم التقييد. ويمكن أن يتمسك بدلالة النصوص في النكاح على تقديم القبول من جانب الزوج، ففي ما عداه بالأولوية، إذ الاحتياط في أمر الفروج أزيد (4) أو في ما عداه بعدم القائل بالفرق، استضعافاً لقول من فرق بينهما. ومن فصل بين النكاح وغيره اعتمد في النكاح على النص (5) الدال على

(1) انظر المسالك 3: 154، ومجمع الفائدة 8: 146. (2) في (ن، د): ترتب. (3) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: احتج من جوز التقديم بالتقديم. (4) في (م): أشد (5). راجع الوسائل 14: 194، الباب 1 من أبواب عقد النكاح، وص 466، الباب 18 من أبواب المتعة.

[170]

التقديم (1) وفي غيره بالأصل، ومنع الأجماع المركب، ومنع الأولوية أيضاً بأن الإيجاب في النكاح إنما هو في طرف المرأة وهي تستحيي غالباً فناسب تقديم القبول، فلعل السر مراعاة الحياء، وهو غير موجود في الأبواب الأخر. ومن فرق في أفراد القبول بين (قبلت) ونحوه وبين غيره - ك (تزوجت) و (إشتريت) و (إبتعت) ونحو ذلك (2) - بأن كلمة (القبول) وما بمعناه صريحة في البناء على أمر سابق، فاستعمالها فيما لم يقع بعد مستبعد راجع إلى استعمال المجاز البعيد، بل ولو ابقى معناه على ما هو عليه لزم إرادة المحال - وذلك واضح - فأمره دائر بين إرادة المحال أو المجاز البعيد المفرط في البعد، وكلاهما مما لا يصح، فلا يجوز تقديمه. وأما ما عداه (3) فلا صراحة فيه في هذا المآل (4)، فلو ابقى على معناه صار كالإيجاب، ولو صرف عن معناه - أيضاً - إلى القبول لم يكن بعيداً عن معناه، فتدبر جداً. والتحقيق يقتضي رسم الكلام في بيان أمرين: أحدهما: في معنى الأيجاب والقبول، وتفرقتهما. فنقول: كما أن لفظ (الأيجاب) لا مدخل للتسمية فكذلك لفظ (القبول) بمعنى: أنا لم نجد عقداً يقال فيه: (أوجبت) ومع ذلك يسمون مثل (بعت) إيجاباً، فكذلك القبول ينبغي أن لا يدور مدار لفظ (قبلت) بل قد يكون ب: (نعم) و (بلى) و (تزوجت) و (اشتريت) ونحو ذلك من الألفاظ الأخر، فالميزان في معرفة الأيجاب والقبول أي شيء؟ فنقول: يدور الفرق بينهما بين أشياء: [1] أما أن يكون الفرق بينهما بالتقدم والتأخر (6) (بمعنى: أن كل جزء من جزئي العقد تقدم على الآخر في الوجود الخارجي فهو يسمى إيجاباً بأي عبارة كانت

(1) في (ف، م): التقدم. (2) في (م): ونحوها. (3) يعني: ما عدا (قبلت). (4) في هذا المآل: لم يرد في (م). (5) في (ن، ذ): بالتقديم والتأخير.

[171]

وما تأخر في الوجود الخارجي يسمى قبولاً بأي نحو وعبرة كان. [2] وأما أن يكون الفرق بينهما بكون ما يصدر من الجانب الذي هو العمدة في هذه المعاملة إيجاباً، وما يصدر من الجانب الآخر قبولاً، سواء تقدم أو تأخر بلفظ (القبول) أو غيره، فما يصدر من البائع إيجاب وإن قال: (قبلت الاشتراء) وما يصدر من المشتري فهو قبول وإن قال: (ابتعت المال). وكون الموجب هو العمدة: إما أن يكون من جهة كون العوض الذي هو موضوع العقد من جانبه - كالمرأة في النكاح، والعين في البيع، والمنفعة في الأجرة، ونظائر ذلك (1) من الوقف والصدقة والهبة والسكنى والقرض والرهن والضمان ونحوها - أو من جهة كون المتعاقدين قاصدين لكونه العمدة، كما في الشركة مع البذل من الجانبين، أو المسابقة مع البذل من الجانبين، ونحوه (2). وبالجمل: كل من هو العمدة في هذا العقد (3) (يسمى موجباً والآخر قابلاً، ولا عبرة بالتقدم والتأخر ولا الألفاظ في ذلك. [3] وأما أن يكون الفق بينهما بأمر معنوي، وهو أن يقال: أن الإيجاب عبارة عن الابتداء بإحداث أثر بحيث يكون هو المقتضي في الحصول وهو الذي يستند إليه الفعل، والقبول عبارة عن الانفعال الذي هو بمنزلة رفع المانع عن ذلك المقتضي، فلو قال الزوج - مثلاً -: (تزوجتك) فقالت المرأة: (قبلت) أو (رضيت) أو (زوجتك نفسي) فالأول الإيجاب وإن صدر عن الزوج، لأنه الذي أحدث الأثر وأوجد المقتضي في المعنى، وما وقع (4) من طرف المرأة هو رفع المانع والانفعال لذلك الفعل، وهذا مع كون الرجل قاصداً لإنشاء الزوجية لنفسه، أي: جعل نفسه زوجاً والمرأة زوجة. ولو قالت المرأة أولاً: (زوجتك نفسي) منشئة لكون نفسها زوجة والرجل زوجاً، فهي موجبة، والرجل قابل لو قصد الانفعال من ذلك الفعل وإن قدم

(1) في (م): نظائرها. (2) كذا، والمناسب: نحوهما. (3) في (ف، م): القصد. (4) في غير (م): صار. ولعله في الأصل: صدر.

[172]

قوله: (تزوجت). وبعبارة أخرى: لو قال الزوج: (تزوجت) وهو يريد الانفعال من ذلك التزويج [الذي] (1) تحدثه المرأة بعد ذلك فهو قبول وإن تقدم، وإن أراد إحداث النكاح فهو موجب، والمرأة أيضاً تعلم بالقياس. ونحوه لو قال المشتري: (ابتعت) أو (اشتريت) قاصداً لنقل الثمن من جانبه إلى البائع ونقل المبيع إليه فهو موجب، ولو أراد قبول ما يحدثه البائع بعد ذلك من البيع - بمعنى: أنني ملتزم بما تنشؤه (2) بعد ذلك من التملك والتملك وليست (3) من ذلك - فهو قبول وإن تقدم. ومن هنا يعلم وجه التسمية بالقبول، لأنه متمحض في إرادة الانفعال، وغير قابل لإرادة الأحداث والتأثير، وبالإيجاب (4) لأنه صريح في إرادة الفعل. ومن ذلك ظهر أنه لا يمكن النزاع في لفظ (قبلت) أنه يقدم أو يؤخر، إذ لا يمكن استعماله في معنى الأيجاد والأحداث، لأنه مجاز بعيد، بل غلط، فهو متى ما وقع فلا بد من تأخره وهو متمحض في القبولية. وثانيهما (5): أن النزاع لا يعقل وقوعه على الفرق الأول بين الإيجاب والقبول، إذ لو بنينا على أن كل ما تأخر فهو القبول فكيف يعقل تقدمه؟ وإن بنينا على الفرق الأخير فكذلك، إذ بعد فرض أن القبول عبارة عن الانفعال ينحل إلى أن إنشاء القبول موقوف على كون الإيجاب منشأ قبله، وقبول الفعل الذي لم يقع بعد مستلزم لتقدم الانفعال على الفعل وهو محال، فلو كان القبول على حقيقته، لا يمكن تقدمه، وتصير (6) الألفاظ الآخر التي تقع موقع لفظ (قبلت) ونحوه إذا أريد منها حقيقة القبول كلفظ القبول الذي لا يعقل معناه إلا بعد

(1) من هامش (م). بمانع (3) في (م): أنه ملتزم بما ينشؤه. (3) في (م): ليس (4). أي: وجه التسمية بالإيجاب. (5) أي: ثاني الأمرين، تقدم أولهما في ص: 170 (6). العبارة في (م) هكذا: فلا يمكن تقدم القبول وهو باق على حقيقته، بل الألفاظ إلا ...

[173]

وقوع مقبول، فالمانع حينئذ يصير عقليا. لا يقال: أي مانع من إنشاء قبول ما يقع بعده؟ سواء كان بلفظ القبول أو بغيره، فيقصد المتكلم كونه راضيا وملتزما بما سيقع من مضمون الإيجاب. لأنا نقول: إن أراد من ذلك إنشاء الالتزام والرضا فهو أيضا إيجاب وإحداث لشيء، وهو خارج عن حقيقة القبول. وإن أريد به حقيقة القبول فلا يتحقق إلا بعد المقبول - والفرض: أن الأنشاء لا يتخلف عن المنشأ - فتقدم القبول بهذا المعنى: إما مستلزم لخروجه عن القبولية بل هو إنشاء لأذن (1) وهو خارج عما نحن فيه، وإما لتخلف وجود القبول عن وجود المقبول، وإما لتخلف الأنشاء عن المنشأ، وكل ذلك باطل، وسيأتي تحقيق ذلك في باب التعليق في العقود إن شاء الله تعالى. وبالجمله فحقيقة القبول مع كونه قبولا (2) يمتنع تقدمه على المقبول، ولذلك نص الشهيد الثاني في جواز تقدم القبول على الإيجاب في مقامات عديدة: أن هذا القبول حينئذ يكون في معنى الإيجاب (3). فانحصر النزاع فيما هو بصورة القبول في العقد، سواء كان عده قبولا من جهة كون لفظه كذلك - كلفظ (ابتعت) ونحوه - أو كونه من الطرف الغير المقصود في العقود، فلفظ (اشتريت) (4) من المشتري قبول، ومن البائع إيجاب، لأنه العمد، ونحو ذلك غيره. ولا ريب حينئذ في جواز تقدمه، لأنه يصير كالإيجاب، بل هو إيجاب حقيقة وإن كان لفظه فيه معنى القبول، لأن كلا من المتعاقدين متساويان في إحداث الأثر، فكل من بدأ بالأحداث قاصدا ذلك صح، سواء سميته (5) قبولا أو إيجابا لأن القبول بهذا المعنى إيجاب، وعموم أدلة العقود يشملها.

(1) في (ن): إنشاء الأذن. (2) العبارة في (م) هكذا: وبالجمله فالقبول مع كونه قبولا على وجه الحقيقة يمتنع... (3) راجع المسالك 3: 154، وج 7: 95، والروضة (4) 110. 5: في سوى (ن): شريت. (5) في (م): سمي.

[174]

ولا تشكيك في الأطلاقات بحيث يوجب خروج ذلك عنها (1). ولا يلزم البناء على أمر لم يقع، إذ ليس هذا بناء، بل هو ابتداء، ولا مانع من استعمال لفظ هو في صورة القبول في الإيجاب وقصد إحداث الأثر. نعم، لما كان لفظ (القبول) مما هو صريح في هذا المعنى غير قابل لصرفه إلى المعنى الإيجابي منعنا عنه لمانع لفظي، لا لمانع عقلي، إذ لو أمكن إرادة الإيجاب منه لغة وعرفا لم يكن من تقديمه أيضا مانع. ولو أريد من لفظ (ابتعت) وغيره ما هو حقيقة معنى القبول فهو أيضا غير جائز التقدم، لامتناع إنشاء هذا المعنى قبل وجود مقبولة، فنأمل جدا. واحتمال: أن الفائلين بالجواز يريدون ذلك مع كون القبول على حقيقته والمنكرون ينكرونه - مع كونه مخالفا لتصريحهم بأنه إذا تقدم يصير في معنى الإيجاب - مستبعد عنهم (2) جدا. وتفصيل الكلام أزيد من ذلك مما لا يناسب المقام وإن كانت المسألة مما يليق بها التفصيل.

(1) في غير (م): عن تحته. (2) في (م): منهم.

[175]

[البحث] الثابت في التطابق والمراد أحد أمور، أو المجموع (1): الأول: اتصال القبول بالإيجاب، وعدم تخلل الفاصل بينهما. والفاصل: إما الرد والأبطال، كما إذا قال: (أنكحتك) أو (بعثك) - مثلا - فقال: (ما أريد) أو (ما أرضى) ثم قال: (قبلت). وإما الكلام

الأجنبي، كما إذا قال بعد (بعثك): (فلان جاء) أو (فلان مات) سواء كان صدوره من الموجب أو من القابل. وإما الكلام المتعلق بالعقد، كالشرط المأخوذ في ضمن العقد، أو ذكر المبيع والتمن أو وصفهما، أو ذكر المشتري ونحو ذلك. وإما السكوت من الجانبين. وهذه الثلاثة الأخيرة: إما أن يكون الفصل فيه (2) طويلا بحيث يخرج عرفا عن الاتصال ويصير أجزاء (3) العقد أجنبيا عن الآخر، أو يكون فصلا لا يعتد به عرفا ولا يخرج به العقد عن الاتصال والتعارف، فهنا مباحث: أحدها: في تخلل الرد بين الأيجاب والقبول، [والحق: أنه مبطل للأيجاب] (4)

(1) في (م): مجموعها. (2) في (د) ونسخة من (ن): فيها. (3) في (م): جزء. (4) لم يرد في (ن)، د.

[176]

فلا ينفذ القبول بعده، لوجوه: منها: أن الأصل في كل عقد الفساد، خرج ما دل عليه الدليل والفرض ليس منه، نظرا إلى: المتبادر من عموم أدلة العقود وإطلاقها عدم تخلل الرد، فلا يشمل الفرض (1). ومنها أن هذا الفرض لا يسمى عقدا ولا بيعا ولا صلحا، وبعبارة أخرى: ألفاظ العقود أجناسا وأنواعا لا تشمل مثل ذلك، إذ المراد بها العهد والربط والنقل والانتقال، ومع تخلل الرد لا يكون هذا ربطا ولا عهدا، والقبول بعد ذلك فرع بقاء الأيجاب السابق وهو قد زال بالرد. فإن قلت: نشك في بطلانه بالرد والأصل بقاء صحته، بمعنى أهليته للتأثير إذا لحقه القبول. قلت: الظاهر أن الأهلية فيه إنما هو بتوقع لحوق القبول، فإذا جاء الرد تبين أنه لا أهلية، فلا وجه للاستصحاب. فإن قلت: زوال الأهلية أو انكشاف عدمها بالرد ممنوع، بل نقول (2) بعد ثبوت الأهلية أولا للصحة بلحوق القبول لا وجه لارتفاعها إلا بعدم القبول بالمرة، والفرض أن القبول قد لحق، فيبقى إلى أن القبول. قلت: إن أردت ثبوت الأهلية للصحة بلحوق القبول من دون تخلل رد فهو مسلم، لكنه زال بتخلل الرد. وإن أردت ثبوت الأهلية للصحة ولو تأخر القبول عن الرد فهي غير ثابتة أولا حتى تستصحب، فتدبر جدا. وبالجمله: الشك اللاحق هنا موجب للشك في أول الأمر. ومنها: إجماع الأصحاب المحصل من كلامهم في أبواب العقود بشرطية (3)

(1) العبارة في (م) هكذا: أن الأصل في كل عقد الفساد، إلا ما دل الدليل على صحته، ولا دليل يشمل المقام ولو من عموم أو إطلاق، نظرا إلى أن المتبادر من عموم أدلة العقود وإطلاقها عدم تخلل الرد. (2) في (م): بدل (بل نقول): إذ (3). في (م): من شرطية. والأصح: على شرطية.

[177]

عدم تخلل الرد - كما لا يخفى على من راجعها - مع الإجماع المحكي المستفيض على ذلك. ومنها: ما أطبقوا عليه في عقد الفضولي في كل مقام (1): أن من له السلطان والأجازة متى ما رد أو لا بطل العقد، ولا ينفذه الأجازة بعد ذلك مع تمامية الأيجاب والقبول، فكيف بمجرد الأيجاب وحده! فاللازم بطلانه بالأولوية. ومنها: أن ما دل على شرطية الرضا والقصد في العقد مثل قوله: (تجارة عن تراض) (2) (ونحو ذلك من النصوص قد دل على شرطيته للعقد بمجموعه، فمتى ما تخلل الرد في الأثناء فأت شرط الرضا في أثناء العقد، مع أن ظاهر الدليل شرطيته في مجموع العقد. ودعوى: أنه يكفي في ذلك صدور الأيجاب والقبول عن الرضا، مدفوعة بأنه خلاف ظاهر الأدلة والفتوى. تنبيه: لا فرق في إبطال الرد للعقد بين صدوره عن نفس الموجب قبل القبول بأن قال: (ما أرضى) أو (ندمت) أو (بطلت) ونحو ذلك (3) (وبين صدوره عن القابل أو هما معا، فلا ينفذ بعد ذلك تراصيهما على القبول. ولا فرق أيضا بين العقود الجائزة واللازمة، لاتحاد الدليل في ذلك كله، فكلما تخلل الرد بين الأيجاب والقبول بطل العقد. نعم، لهم كلام في الوصية، فإن المشهور ذهبوا على أن الموصى له لو رد الوصية في حياة الموصي فله أن يقبل بعد وفاته (4) وهذا ينافي ما ذكرناه من

(1) في (م) زيادة: من. (2) إشارة إلى قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض النساء: 29. (3) في (م): ونحوهما. وهذا بملاحظة عدم ورود (أو بطلت) فيها. (4) كما في المبسوط 4: 33، والشرائع 2: 243، والقواعد 1: 290، ونسبه في الدروس (296: 2) إلى المشهور.

[178]

القاعدة منافاة ظاهرة. فنقول: لا شك أن الرد لو صدر من الموصي فلا ينفذ القبول والتراضي، اللهم إلا أن يجعل وصية جديدة، فهو على القاعدة. وأما الموصي له، فنقول: هل عدم تأثير الرد هنا خرج بنص أو إجماع، أو أنه جار على القاعدة؟ أو عدم تأثيره ممنوع، فندعي بطلان الوصية بالرد في حال الحياة - كما أن بالرد بعد وفاة الموصي قبل القبول تبطل إجماعاً - وجوه ثلاثة: ومقتضى التحقيق أن يقال: إن النص لم نقف فيه على ما يدل على ذلك، وأما الإجماع فهو غير محقق أيضاً (1) بل ظاهر كلام الشهيد الثاني في الروضة أنه يختار البطلان بالرد، وظاهره (2) أيضاً عدم الإجماع حيث نسب الحكم إلى المشهور (3). وأما القاعدة: فيمكن تقريرها بأن يقال: إن إبطال الرد للأيجاب إنما هو في موضع لو وقع القبول لكفى، وحيث إن قبول الوصية يعتبر فيما بعد وفاة الموصي على المشهور، ولا عبرة بالقبول في حال الحياة، فكان حال حياة الموصي لا عبرة بالرد أيضاً كما لا عبرة بالقبول، بل لا يسمى هذا رداً في الحقيقة. وبشكل: بأن من اعتبر القبول في الحياة أيضاً أفتى بعدم إبطال الرد في الحياة - كالشهيد في اللمعة (4) - فلو كانت المسألة مبنية على اعتبار القبول وتبعية الرد له لكان ينبغي أن لا يقول به. وثانياً: أنه لا ملازمة بين عدم اعتبار القبول وعدم إبطال الرد، إذ لنا أن نقول: إن في حياة الموصي لا عبرة بالقبول - للوجوه المذكورة في محله - ولكن نقول: إن أهلية الأيجاب تزول بتخلل الرد على ما ذكرناه من الأدلة. وما يقال: (5) إنه لعل عدم رجوع الموصي وإن رد الموصي له يصير بمنزلة وصية جديدة ولا عبرة فيها بخصوص لفظ (6) مدفوع بأن بعد بطلان الأيجاب لم

(1) العبارة في (م) هكذا: والتحقيق أنا لم نقف على نص يدل على ذلك، ولا على إجماع محقق. (2) في (م): كما أن ظاهره. (3) الروضة 5: 15 - 16. (4) اللمعة (5) 176. في (م) زيادة: من. (6) في (ف): لفظه.

[179]

يبقى إلا السكوت، وهو لا يكون وصية جديدة، وإلا لزم ذلك في العقود الآخر أيضاً، وعدم رجوع الموصي إنما ينفذ مع بقاء الأيجاب لا مع بطلانه بسبب. وبالجمل: إن قام إجماع (1) على عدم إبطال الرد هنا فهو الحجة، وإلا فمقتضى القاعدة البطلان لو اعتبرنا القبول في الحياة. ولو لم نعتبر في الحياة ففيه وجهان، ولعل الوجه فيه أيضاً البطلان لو لا ظهور إطباق الأصحاب، فراجع. تتميم: كما أن الرد يبطل بتخلله بين الأيجاب والقبول أو في أثناء الأيجاب أو في أثناء القبول، كذلك يبطل بتخلله بين العقد والقبض أيضاً في كل عقد يشترط فيه القبض، كالوقف والسكنى والتحبس والهبة والصرف والسلم، والرهن - على قول - والقرض والصدقة، والوجه فيه: عدم حصول التمليك ما لم يتحقق القبض، فالرجل (2) (مسلط على ماله، فله أن لا يقبض ويبطل، كما أن للآخر أن يمتنع من القبض، لعدم لزومه عليه. وعموم أوفوا بالعقود (3) إنما دل على الوفاء بمقتضياته، وليس القبض منها، بل هو شرط، بمعنى أنه ما لم يتحقق لم يصح، لا أن كل من أتى بعقد يشترط فيه القبض يجب عليه القبض والأقباض، وذلك واضح. فمتى ما رد ولم يرخص بطل العقد السابق، لانتفاء التراضي قبل حصول الملك، ولا ينفذ القبض بعده. وبالجمل: الكلام في الشرط كالكلام في الجزء، وهذه قاعدة نفيسة. والظاهر أن إبطال الرد بتخلله بين العقد والقبض - حيث يشترط - محل إجماع بين الأصحاب، ولذلك فرعوا بطلان الوصية مع الرد بعد القبول وقبل القبض على شرطيته في الوصية، وظاهره: أنه على فرض الشرطية لا كلام في البطلان. وثانيها (4): تخلل الكلام الأجنبي وما في حكمه من الشرط الفاسد ونحوه.

[180]

فنقول: إما أن يكون قصد من تكلم به الأعراض عن الأيجاب أو لا، فإن كان الأول فهو يرجع إلى الرد بالالتزام، إذ لا فرق في الرد بين أن يكون بالفعل أو بالقول بالمطابقة أو غيرها من الدلالات، والميزان زوال الرضا مع وجود ما يدل عليه، ووجود الدال هو المعتبر في الكشف عن البواطن شرعا، كما قررناه في تبعية العقد للقصد (1). وإن لم يقصد الأعراض، فإن كان بحيث يوجب الفصل العرفي وينقطع به اتصال العقد فيبطل أيضا، لعدم شمول أدلة العقود لمثله، ولظاهر اتفاق الأصحاب على ذلك. وإن لم يكن مما يضر بصدق العقد عرفا، ففيه وجهان: من الشك في المانعية، ومن شمول العمومات. والأقوى الصحة. وهذا هو الكلام من حيثية الفصل، وأما إبطال الشرط الفاسد ونحوه من حيثية الشرطية والتعليق وتقييد (2) القصد فتلك مسألة أخرى. وينبغي أن يعلم: أن الاتصال بهذا المعنى إنما يشترط في العقود اللازمة من دون شبهة، وكذا ما في حكمها كالرهن، لأنه لازم من طرف. وأما مثل الشركة والمضاربة والوديعة والعارية والوكالة والجهالة والوصية فلا يضر فيه تخلص الكلام الأجنبي مع عدم الأعراض والرد، وذلك للأجماع عليه، والسيرة، وعدم الفتح في شمول أدلته لمثل ذلك. وثالثها: تخلص ما هو من لواحق العقد، كقوله: بعثك الشيء الفلاني بالمبلغ الفلاني بشرط كذا أو (3) بشرط الخيار ونحو ذلك. وهذا غير قاذح في الصحة، لا في العقود الجائزة، ولا في اللازمة، لشمول العمومات، وأصالة عدم المانعية، وظاهر إجماع الأصحاب. نعم، لو طال الكلام بحيث خرج عن العقدية عرفا، ففيه إشكال. والأقرب البطلان، لزوال الاسم الموجب لزوال الحكم .

(1) تقدم تقريره في العنوان 30 ص: 62. (2) في (ف، م): تقييد. (3) في غير (ن، و) .

[181]

ورابعها: تخلص السكوت، وهو في العقد الجائر لا بأس به، لما مر من الأدلة في تخلص الكلام الأجنبي، بل عدم البطلان هنا بالأولوية. وأما العقد اللازم فالحق فيه البطلان بتخلص السكوت الخارج عن معتاد العقود، لظاهر اتفاق الأصحاب على فورية القبول فيها فورية عرفية، وللأصل، وعدم شمول دليل العقود بأنواعها وأجناسها على العقد الواقع (1) في أثناؤه، إما بكون ذلك خارجا عن اسم العقد، إذ لا يكون حينئذ ربط (2) بين الأيجابين، فيصير كل منهما كالكلام المستقل. وإما من جهة عدم انصراف الدليل إليه وعدم شموله له، وعلى التقديرين يبقى (3) (تحت أصالة الفساد. الثاني من معاني التطابق (4): ورود القبول على ما ورد عليه الأيجاب كلا وبعضا بحيث لا يكون بينهما فرق من هذه الجهة، فيلزم اتحاد العوض والمعوض والشرط والزمان والمكان، وسائر القيود المأخوذة في العقد في الأيجاب. فلو قال: بعث أو آجرت أو صالحت الدار - مثلا - بعشرة بشرط الخيار إلى يومين وتأخير الثمن والعوض إلى سنة، فقال: قبلت نصفه بعشرة أو كله بخمسة أو هي مع الدابة بعشرة أو بخمسة أو بشرط عدم الخيار أو كونه إلى يوم أو إلى ثلاثة أو بشرط فورية العوض أو تأخيره إلى شهر - أو غير ذلك من التغيرات - بطل. وكذا لو قال: وهبتك بكذا، فيقول (5) قبلت بلا عوض، أو (6) أنكحتك بشرط أن لا تخرجها من البلد، فقال: قبلت بلا شرط أو لا بشرط، أو قال: وكلتكم في البيع اليوم أو في البلد الفلاني أو بالقيمة الفلانية، فقال: قبلت الوكالة في بيع غدا أو إجارة اليوم أو في البلد الآخر أو بالقيمة الأخرى أزيد من الأول أو أنقص، بطل، وكذلك غيره من العقود

(1) كذا في ما عدا (م)، وفيه: للعقد المتخلص بذلك. (2) في (ن، د): ربطا. (3) في غير (م): فيبقى. (4) أولها: اتصال القبول بالأيجاب، تقدم في ص: 175. (5) في غير (م): فيكون. (6) في (ن، د): و .

وبالجملة: كل عوض ومعوض وزمان ومكان وشرط ونوع ووصف وإطلاق وتقييد وتعميم وتخصيص وجهة ووضع معتبر في الأيجاب، فلا بد من ورود القبول عليه، وإلا لبطل، ولا يفترق الحال في ذلك أيضا بين العقد اللازم والجائز، ووجه البطلان - مع عدم صدق العقديّة (1) وقاعدة التبعية للقصد وإجماع الأصحاب على ذلك - عدم شمول الأدلة لمثل ذلك بأجناسها وأنواعها، وعدم تحقق التراضي بالشئ الواحد، وذلك واضح. الثالث (2): تطابق الأيجابين في الهيئة أيضا، بمعنى: أنه وإن لم يكن اختلاف في قيد أو عوض أو نحو ذلك، لكنه لا بد أن يكون ورود القبول على المعاوضة كهيئة ما ورد عليها الأيجاب. فلو قال: بعث الدار بعشرة، فقال قبلت النصف بالنصف والنصف الآخر بالنصف الآخر، أو قال بعثك الفرس والسيف بعشرين، فقال: قبلت الفرس بعشرة والسيف بعشرة أو الفرس بخمسة والسيف بخمسة عشر، أو قال: أجزتك الدار والدابة في سنة بخمسين، فقال: قبلت الدار بالثلث والدابة بالثلثين أو قبلتهما في ستة أشهر بخمسة وعشرين وفي ستة أخرى بخمسة وعشرين، ونظائر ذلك كقوله: وكلتك في بيع الفرس والعبد بثمانين، فقال: قبلت الوكالة في الفرس بعشرين وفي العبد بستين - إلى غير ذلك من الفروض المختلفة بحسب الصورة (3) من جهة التفكيك العائد (4) من حيث المجموع إلى المجموع - بطل [العقد في جميع ذلك] (5) من دون فرق بين التفكيك بالأجزاء المشاعة في الطرفين أو بالمعين فيهما أو بالمشاع من جانب والمعين في آخر، فإن ذلك كله موجب للبطلان، من دون فرق في ذلك بين العقد الجائز واللازم. والوجه في ذلك: عدم ورود القبول على الأيجاب، فيلزم من ذلك عدم

(1) في (م): العقد به. (2) من معاني التطابق. (3) في (ن، د): الصور. (4) في غير (م): العائدة. (5) من (م).

اندارجه تحت عموم العقود وأنواعها، وظهور كلام الأصحاب في اعتبار ورود القبول على الأيجاب بهيئته لا بطور آخر. فإن قلت: مقتضى انحلال العقد إلى العقود كون كل من أجزاء المبيع - مثلا - مبيعا كل جزء من أجزاء الثمن مقابل (1) له، فللمشتري أن يقبل البعض ويرد الباقي، كالعقود المستقلة. قلت: قد تقدم تحقيق ذلك في قاعدة انحلال العقد على العقود (2) ومجمل البحث: أن للهيئة الاجتماعية مدخلية في تعلق القصد، فلا يلزم من قصد الموجب المجموع المركب قصده لكل جزء بانفراده حتى يصير كالعقد المستقل، سيما مع كون التعدد له أحكام وآثار - كالشفعة والخيار وغير ذلك - وفي مثل الوكالة ونحوها من الأمثلة السابقة فالتفاوت واضح. وليس هذا مجرد اختلاف بالصورة، بل لهذا الاختلاف الصوري أحكام حقيقية تترتب عليها، وهي لا تستفاد من إيجاب المجموع من حيث هو مجموع، مضافا إلى أن هذا لو تم لصح في صورة التبعض على الأشاعة، وأما لو تبعض في القبول بطريق التعيين فذلك غير مقصود. وله أحكام لا تتناهى (3) لا تخفى على من له درية (4) في الفن في الجملة، فضلا عن الفقيه الماهر، فتدبر.

(1) في (م): مقابلا. (2) راجع العنوان: 31. (3) في (م) زيادة: و. (4) في (ف): درية.

[العنوان التاسع والثلاثون] [شرائط العقد من حيث كونه لفظا ومن حيث كونه خطابا]

عنوان [39] من جملة الشرائط المعتبرة في العقود: هي الشرائط باعتبار كونها لفظاً وكونها خطاباً، كما أن لها شرائط باعتبار كونها عقداً. وتوضيح ذلك: أن للعقد جهات ثلاث: أحدها: ملاحظته باعتبار أنه لفظ من الألفاظ، ولا ريب أن اللفظ إنما يعتبر في كل مقام - سواء كان مقام عقد أو غيره - بشروط. منها: صدوره من الألفاظ بقصد، فلو تكلم ساهياً أو ناسياً لا عبرة به، وقد قدمنا ذلك في تبعية العقود للقصد (1). وكذلك يعتبر صدوره بقصد ذلك اللفظ بعينه، فلا عبرة بلفظ الغلط، بمعنى كونه قاصداً لغيره فصدر من لسانه غير ما هو مقصوده تبعاً، وقد مر ذلك أيضاً. ومنها أيضاً: صدور اللفظ مع قصد المعنى، فلا عبرة بلفظ الهازل وقد مر كذلك (2). ومنها: قصده المعنى المقصود، وهو الأنشاء وإيقاع الأثر بذلك اللفظ، فلو قصد الأخبار أو معنى آخر لم يقع، وسيأتي تحقيق ذلك في شرطية التنجيز وكون التعليق مبطلاً.

(1) تقدم في العنوان 30. (2) في (م): وكذلك قد مر.

وثانيها: ملاحظته باعتبار كونه خطاباً من الخطابات، يعني كلاماً متوجهاً إلى الغير، فيعتبر في ذلك تعيين المتكلم والمخاطب والأسماع والاستماع والسماع، بمعنى: أنه لو قال واحد من الجالسين في مجلس لمخاطب معين: (بعتك الشئ الفلاني بكذا) أو (وكلتك) - ونحو ذلك - ولم يعرف المخاطب ذلك المتكلم - إما من جهة كونه أعمى، أو من جهة عدم التفاته إلى المتكلم، فلم يدر أن القائل من هو - فقال: (قبلت) بطل. وكذا لو انعكس فقال المتكلم المعين: (بعتك) غير موجه كلامه إلى شخص معين، فقال واحد منهم: (قبلت) أو قال: (بعت أحدكم) فبادر واحد منهم بالقبول، أو قال: (بعت) من دون خطاب، فقال واحد: (قبلت) بطل. أو قال لزيد: (بعتك) فقال عمرو: (قبلت) بطل أيضاً. وكذا لو قال لزيد: (بعتك) ولم يسمع زيد لكن علم بعد ذلك بصدور الأيجاب من خارج فقال: (قبلت) أو لم يقصد المتكلم الأسماع فكذلك. وبالجمله: تعين (1) الموجب والقابل قبل العقد وتوجه الكلام إليه وسماعه لذلك واستماعه له شرط في العقود كافة، عدا ما نستثنيه عن قريب. ولم يتعرض جماعة من الفقهاء - بل كلهم - لذلك اتكالا على أن هذه ليست من شرائط العقد من حيث إنه عقد، بل من شرائط التخاطب والألفاظ. نعم، يظهر اعتبارهم ذلك مما ذكره في الجعالة: ولا يشترط تعيين العامل، ولا سماعه للأيجاب الصادر من الجاعل، فيصح أن يقول: (من رد عبدي فله كذا) فلا عبرة بالتعيين، ويجوز أن يفعل واحد العمل بعد اطلاعه على صدور هذا الجعل وإن لم يسمع به عند صدوره، بل جماعة احتملوا، بل أفتوا (2) بأنه لو لم يطلع على صدور الجعل أيضاً لو أتى بالعمل غير قاصد للتبرع أو ناوياً للعوض وصادف

(1) في (ن): تعيين. (2) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد 2: 162، والشهيد في الدروس 3: 98، والمحقق الثاني في صورة عدم علم العامل بأن العمل بدون الجعل تبرع، جامع المقاصد 6: 190.

صدور الجعل في نفس الأمر كفى في استحقاق الجعل. وظاهر كلامهم هذا في الجعالة أن هذا من مختصات باب الجعالة، فالتعيين للمتكلم والمخاطب والسماع والأسماع في سائر العقود شرط اتفاقاً من الأصحاب، ظاهراً من (1) ذكرهم ذلك في الجعالة مقتصرين عليه، لدلالته على اعتباره في سائر العقود، وهو كذلك، وقد قررنا أن الدليل على ذلك - مضافاً إلى إطباق الأصحاب على ذلك - اقتضاء قواعد التخاطب ذلك، فلا يحتاج إلى ذكر ذلك في الشرائط. مضافاً إلى أن العقود أمور عادية ليست

مَجْعُولَةٌ مِنَ الشَّرْعِ - كَمَا قَرَّرْنَاهُ مَرَارًا - وَلَيْسَ مِنَ الشَّارِعِ إِلَّا الْأَمْضَاءُ وَالتَّقْرِيرُ وَزِيَادَةُ بَعْضِ الشَّرَائِطِ وَنَحْوِ ذَلِكَ، وَلَا رَيْبَ أَنَّ الْمُتَعَارِفَ بَيْنَ النَّاسِ فِي الْعُقُودِ كُلِّهَا تَعْيِينَ ذَلِكَ كُلِّهِ وَالسَّمَاعُ وَغَيْرُ ذَلِكَ (فَالْأَدْلَةُ الدَّالَّةُ عَلَى الْعُقُودِ إِنَّمَا تَنْصَرِفُ إِلَى أَوْضَاعِهَا الْمَعْهُودَةِ فِي الْعَرَفِ، وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ، بَلْ يُمْكِنُ دَعْوَى عَدَمِ صَدْقِ الْعَقْدِ لِمِثْلِ ذَلِكَ، إِذْ لَيْسَ الْعَقْدُ إِلَّا الْمَعَاهِدَةُ، وَهِيَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا بِمَعْيَنِ مَعَ السَّمَاعِ وَالِاسْتِمَاعِ، فَلَا تَذْهَلُ. وَبِالْجُمْلَةِ: فَلَا كَلَامَ فِي ذَلِكَ حَتَّى فِي الْعُقُودِ الَّتِي يَتَأَخَّرُ فِيهَا الْقَبُولُ - كَالْوَكَالَةِ وَالْوَدِيعَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ (3) - فَإِنَّهُ لَا رَيْبَ فِي اعْتِبَارِ كَوْنِ الْمُتَكَلِّمِ مَعِينًا عِنْدَ الْقَابِلِ وَقَاصِدًا لِلْقَابِلِ الْمَعْيَنِ، وَسَمَاعِ الْقَابِلِ لِذَلِكَ الْأَيَّابِ وَلَوْ بِوَسَائِطٍ وَبِالنَّقْلِ، فَلَا يَنَافِي كَوْنَ الْغَائِبِ يُوَكِّلُ وَيُوصِي لَهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الْقَاعِدَةِ. نَعَمْ، لَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْعُقُودِ اللَّازِمَةِ مِنْ جِهَةِ الْإِنْفِصَالِ وَالتَّرَاخِي. وَالحَاصِلُ: فِي الْوَصِيَّةِ أَيْضًا لَوْ قِيلَ لَوَاحِدٌ: (أَوْصِي لَكَ بِكَذَا) وَلَمْ يَعْرِفِ الْمُوصِي، فَقَالَ: (قَبِلْتُ) فَفِي صَحْتِهِ نَظَرٌ، بَلِ الْقَاعِدَةُ تَقْتَضِي بِالْبَطْلَانِ، إِلَّا فِي الْجِهَاتِ الْعَامَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ الَّذِي لَا عِبْرَةَ فِيهِ بِالْقَبُولِ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِشَخْصٍ مَجْهُولٍ فِي الظَّاهِرِ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ. نَعَمْ، لَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ أَوْ لِفَقِيرٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ أَوْ لِمَنْ دَخَلَ الدَّارَ، فَهَذَا فِي الْحَقِيقَةِ رَجُوعٌ إِلَى تَعْيِينِ

(1) في سِوَى (م): عَن. (2) فِي (م): وَغَيْرِهِ. (3) فِي (م): نَحْوُهَا .

الْكَلْبِي، وَلَا بَأْسَ بِهِ، لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِي ضَمَنِ الْفَرْدِ وَيُقْبَلُ. وَلَوْ اتَّفَقَ فِي بَعْضِ هَذِهِ الْعُقُودِ شَيْءٌ خَرَجَ عَنْ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ بِإِجْمَاعٍ وَنَحْوِهِ فَيَصِيرُ كَالْجَعَالَةِ فِي هَذَا الْحُكْمِ، حَيْثُ لَمْ يَشْتَرَطْ فِيهِ مَعْلُومِيَّةُ الْعَامِلِ وَلَا السَّمَاعُ وَنَحْوِ ذَلِكَ، كَمَا قَرَّرْنَاهُ وَهُوَ مُصْرَحٌ بِهِ فِي كَلَامِهِمْ. وَهَذِهِ قَاعِدَةٌ نَفِيسَةٌ بَرَهَنَ عَلَيْهَا (1) بِالْأَصُولِ وَالْقَوَاعِدِ وَظَاهَرَ اتَّفَاقِ الْأَصْحَابِ، وَقَضَاءِ الْأَدْلَةِ الْآخِرِ أَيْضًا بِهِ، تَظْهَرُ ثَمَرَتُهَا فِي فُرُوعٍ كَثِيرَةٍ، وَالِاسْتِعْجَالُ يَمْنَعُنَا عَنْ بَسْطِ الْمَقَالِ. نَعَمْ، هُنَا كَلَامٌ، وَهُوَ: أَنَا قَدْ أَشْرْنَا أَنَّ تَعْيِينَ الْمُتَكَلِّمِ وَالْمَخَاطَبِ وَالْأَسْمَاعِ مِنْ شَرَائِطِ التَّخَاطُبِ، مَعَ أَنَّ التَّخَاطُبَ يُمْكِنُ مَعَ عَدَمِ مَعْلُومِيَّةِ الْمَخَاطَبِ بَعِينِهِ، كَمَا فِي قَوْلِ الْقَائِلِ: (لِيَفْعَلْ أَحَدُكُمْ كَذَا) مِثْلًا، نَظِيرُ الْوَاجِبَاتِ الْكِفَائِيَّةِ، وَكَذَلِكَ يُمْكِنُ لِأَحَدِ الْإِسْتِمَاعِ لِكَلَامٍ مِنْ يَتَكَلَّمُ مَعَهُ أَنَّهُ لَا يَعْرِفُهُ. وَالحَقُّ أَنَّ [يُقَالُ] (2): أَمَّا فِي الْأَخْبَارَاتِ فِي الْمَجَالِسِ فَلَا رَيْبَ فِي كَوْنِ الْمَخَاطَبِ هُوَ الشَّخْصُ الْمَعْيَنِ أَوْ الْكَلْبِ، وَكَذَلِكَ فِي الْأَوَامِرِ وَإِنْ عُلِقَ بِوَاحِدٍ لَا بَعِينَهُ، لَكِنْ الْحَقُّ: أَنَّ الطَّلِبَ عَلَى وَاحِدٍ (3) لَا بَعِينَهُ، بَلْ يَتَعَلَّقُ بِالْكَلْبِ، فَالْمَخَاطَبُ هُوَ الْجَمِيعُ، لَكِنْ إِتْيَانُ الْوَاحِدِ يَسْقُطُ عَنِ الْبَاقِي، فَالْوَاحِدُ إِنَّمَا هُوَ الْمُثْمَرُ الْمَعْتَبَرُ فِي السَّقُوطِ، لَا فِي أَصْلِ التَّخَاطُبِ. وَقَصْدُ الْجَمِيعِ فِي مَقَامِ الْمَعَامَلَةِ وَإِنْشَاءِ الْعَقْدِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ، إِذْ لَوْ أَرِيدَ تَعَلُّقُ الْأَنْشَاءِ عَلَى الْجَمِيعِ فَلَزِمَهُ الْإِشْتِرَاكُ، أَوْ الْإِسْتِقْلَالُ مَعَ التَّوْزِيعِ أَوْ بِدُونِهِ، مَعَ أَنَّ الْفَرَضَ، أَنَّ الْقَابِلَ وَاحِدٌ وَالْعَقْدُ مَعَهُ، وَهُوَ لَمْ يَكُنْ مَخَاطَبًا بَعِينَهُ، فَلَمْ يَكُنِ النُّقْلُ مَقْصُودًا إِلَيْهِ. وَلَوْ قُصِدَ كُلُّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ فَهُوَ مُوجِبٌ لِاسْتِقْرَارِ الْمَلِكِ الْوَاحِدِ لِلْمُتَعَدِّدِ، وَهُوَ غَيْرُ مَعْقُولٍ أَوَّلًا، وَغَيْرُ مَقْصُودٍ ثَانِيًا .

(1) فِي (م): مَبْرَهَنَ عَلَيْهَا. (2) مِنْ (م). (3) فِي (م): لَوَاحِدٍ. وَالظَّاهِرُ سَقُوطُ شَيْءٍ عَنِ الْعِبَارَةِ، وَلَعَلَّهَا فِي الْأَصْلِ: أَنَّ الطَّلِبَ لَا يَتَعَلَّقُ عَلَى وَاحِدٍ لَا بَعِينَهُ .

وَإِنْ أَرِيدَ الْوَاحِدَ لَا بَعِينَهُ فَالْكَلْبِي لَا يَكُونُ مَالِكًا إِلَّا فِي مِثْلِ مَصَارِفِ الزَّكَاةِ وَنَحْوِهَا عَلَى أَحَدِ الْوُجُوهِ، فَلَا يَدُ مِنْ قَصْدِ الْمَعْيَنِ بِالْخُصُوصِ، وَلَيْسَ غَرَضُنَا بِالْمَعْيَنِ هُوَ خُصُوصُ الْفَرْدِ، بَلْ غَرَضُنَا التَّعْيِينَ (1) عَلَى نَحْوِ لَا يَكُونُ فِيهِ اشْتِبَاهٌ بَغَيْرِهِ وَيَكُونُ قَابِلًا لِمَوْضُوعِ الْعَقْدِ. فَلَوْ وَكَلَّ كُلُّ مَنْ هُوَ لَا بِسَ لِلْعَبَاءِ - مِثْلًا - جَازٌ، لِأَنَّهُ مَعْيِنٌ غَيْرُ مُشْتَبِهٍ، وَمَوْضُوعُ الْوَكَالَةِ شَيْءٌ قَابِلٌ لِلتَّحَقُّقِ فِي الْأَشْخَاصِ الْمُتَعَدِّدِينَ، بِخِلَافِ بَيْعِ الْكِتَابِ الْوَاحِدِ، فَإِنَّهُ غَيْرُ قَابِلٍ لِلنُّقْلِ إِلَّا إِلَى وَاحِدٍ أَوْ مُتَعَدِّدٍ بِالتَّشْرِيكِ. وَأَمَّا سَمَاعُ الْأَخْبَارِ مِنَ الْمَخْبِرِ الَّذِي لَا يَعْرِفُ فَهُوَ مِنْ جِهَةِ عَدَمِ تَعَلُّقِ غَرَضِ السَّمَاعِ فِي ذَلِكَ غَيْرِ سَمَاعِ كَلَامِهِ، بِخِلَافِ الْعَقْدِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهِ لِلْمَخَاطَبِ أَيْضًا الْعَقْدَ وَالْعَهْدَ مَعَهُ، وَهُوَ فَرْعٌ

تعيينه. ومن هنا ظهر لهذا الشرط وجهان آخران: أحدهما: لزوم الغرر، لاختلاف الأغراض بتعدد الأشخاص واختلافهم، فلا بد من التعيين كما نشترطه في العوضين. وثانيهما: عدم قابلية العقود للعهد مع الشخص (2) الغير المعين من جهة مقتضياتها، كالعقود المملوكة الغير القابلة للتملك إلى شخص لا بعينه في الطرفين، أو إلى أشخاص متعددين في الملك الواحد، فلا تذهل. ولعل جواز ذلك في الجعالة من جهة كون المقصود حصول ذلك العمل من أي شخص كان، ولا عبرة لخصوصية الشخص. وبالجمله: مقتضى انصراف الأدلة وظاهر الأصحاب اعتبار هذه الشرائط، إلا ما خرج بنص أو إجماع. وبقي في شرائط العقود مثل البلوغ والعقل والرشد والاختيار والأسلام في بعض المقامات والعدالة في بعضها أيضا نذكرها في عناوين الشرائط العامة - إن شاء الله تعالى - إذ لا اختصاص لها بالعقود والأيقاعات .

(1) في (ن، ف): التعيين. (2) في (م): المشخص .

[191]

[العنوان الأربعون] [شرطية التنجيز في العقود والأيقاعات]

[192]

[40] في شرطية التنجيز في العقود والأيقاعات. وتحقق القول فيه يتوقف على بيان أمور: أحدها: أن مفاد العقود والأيقاعات من تملك أو فك أو تسليط - أو نحو ذلك (1) - قد يكون معلقا في نفسه على بعض أشياء بحيث لا يتحقق المعنى بدونه، كشرطية الوجود، فإن تملك الشيء - مثلا - عينا كان أو منفعة موقوف على وجود تلك العين أو المنفعة في الخارج على حسب وجوده (2) المقرر، بمعنى وجود العين في زمان تعلق الغرض في العقد بوجودها، والمنفعة في زمان قصد فيه الانتفاع، فانه لو لم يكن كذلك لم تتحقق ماهية العقد والأيقاع، فلو قال: بعث أو صالحت أو وهبت أو وقفت الدار أو الدابة - مثلا - ولم تكونا [موجودين (3)] في الخارج بطل، بل لا يتحقق له معنى. وكذا في عقود المنافع - كالأجرة والمزارعة والمساقاة ونحو ذلك (4) إذ لو كانت المنفعة غير متحققة - بمعنى عدم وجود تلك العين التي يقصد منها تلك المنفعة - لم يكن للعقد معنى، ونحوه في النكاح، فلو قال: (أنكحتك بنتي) ولا بنت

(1) في (م): نحوها. (2) كذا، والمناسب: وجودها. (3) لم يرد في (ن)، والمناسب: موجودتين. (4) في (م): نحوها .

[193]

له من أصله أو كانت ولكن كانت ميتا في حال النكاح، فلا عقد. ونحوه في الطلاق، فلو قال: (امراتي طالق) مع أنه قد ماتت امرأته قبل الطلاق فلا طلاق ونحوه سائر الايقاعات من عتق ونحوه. وكذا يبطل العقد بارتفاع العين المقصود منها المنفعة في الأثناء، فلو قال: (أجرتك نفسي اليوم) ومات في أثناء اليوم بطل العقد فيما بقي. فعلم من ذلك: أن كل عقد وإيقاع معلق تحققه على وجود العين أو المنفعة الوارد عليهما العقد ابتداء أو بواسطة التعلق، كما في الوكالة لو وكله في بيع فرسه وقد تلف قبل الوكالة، وكذا الأيقاع. فنقول: لا فرق في هذا المقام بين أن يوقع العقد والأيقاع منجزا، فيقول مثلا: (زوجتي طالق) أو يعلقه على شرط الوجود ويقول: (إن كانت موجودة) فإن الطلاق معلق على وجود المرأة في نفس الأمر، سواء علقه المطلق عليه أم لا. والظاهر: أن التنجيز بهذا المعنى ليس شرطا في شئ من المعاملات، لأنه غير مناف لمقتضاه لو علق، بل هو بيان للواقع، فلو أريد من اعتبار

التنجز أنه لا يعلق على ذلك فهو باطل قطعاً، ولو أريد تجريد الصيغة عن ذلك في اللفظ وإن كان معلقاً معنى فلا دليل عليه، بل هذا مؤكد لما هو قضية المعاملة. اللهم إلا أن يقال: يعتبر العلم بوجود ما هو متعلق العقد بواسطة أو بدونها، فما لم يعلم لم يصح عليه عقد ولا إيقاع. وهو في غاية الظهور من الوهن، للقطع بجواز توكيل الغائب، أو توكيل الحاضر في أمر غائب، وطلاق المرأة الغائبة، ونكاح الولي الصغير من الغائبين (1) ونحو ذلك. نعم، يمكن أن يقال: إن هذه كلها مقطوعة الوجود (2) شرعاً، لقضاء الاستصحاب في ذلك كله بالبقاء، فهذا في الحقيقة موجود، فيصير التنجز للعلم بالوجود شرعاً، وهذا المقدار كاف في التنجز وإن لم يحصل القطع الوجداني. ولذلك يفرق بين مستصحب الوجود ومستصحب العدم، فإنه لو كان لشخص

(1) في (ف، م): الصغيرين الغائبين. (2) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مقطوع الوجود.

[194]

بنت صغيرة لا يعلم أنها قد ماتت أم لا يجوز أن يزوجه لشخص، وأما لو لم يكن له بنت لكن يحتمل أنه قد ولدت له بنت قبل هذا بعد غيبته عن زوجته الحامل فلا يجوز أن يعقد عقد النكاح، ويبطل عقده وإن صادف وجود البنت في الخارج، وكذلك لو طلق امرأته التي يحتمل تزويج وكيله له إياها بعد غيبته عن وكيله فإنه لا يقع الطلاق وإن صادف التزويج في نفس الأمر، ونحو ذلك في المعاملات المالية أصالة أو تبعاً، فإن كل مستصحب الوجود يصح فيه العقد إن صادف الواقع، وكل مستصحب العدم يبطل وإن صادف وجوده في الواقع. لكن لمانع أن يمنع ذلك ويقول لا فرق بين مستصحب الوجود والعدم في عدم حصول القطع بالوجود والترديد بين الوجود والعدم، والتنجز عبارة عن إيقاع هذه المعاملة على كل حال، مع أنه في الواقع لا يتحقق على فرض العدم، فينحل الكلام إلى قصد الوقوع على تقدير الوجود، فإن كان هذا يعد تنجزاً بمعنى كونه مقصود الوقوع على أحد التقديرين - كما يذكره الفقهاء في بعض المقامات - فليكن في المقامين كذلك، وإن كان هذا تعليقا لكن هذا التعليق غير قاذح - لأن التعليق عبارة عن جعل العاقد الأثر معلقاً على شيء آخر لا كون الأثر معلقاً في نفسه على ذلك فإنه تعلق لا تعليق - فليكن في المقامين كذلك. فدعوى: أن مستصحب الوجود منجز ومستصحب العدم معلق، لا وجه لها، ولم يقدّم دليل على اعتبار وجود متعلق العقد مطلقاً حتى نقول: إن المستصحب موجود فيدخل تحت الدليل دون غيره، بل في بيع الثمار ونحوه دلالة على جواز بيع مستصحب العدم، إذ ليس المبيع هو نفس الموجود، وكذا التوكيل في بيع فرس سيشتريه أو دار سيملكها، مع أن جماعة قالوا بصحته (1) وهو الأصح، وأوضح منه التوكيل في شراء عبد وعتقه، وشراء دار ووقفه. وبالجمله: لو قام دليل كلي على اعتبار الوجود في متعلقات العقود ابتداءً أو

(1) لم نظفر على القائل بالصحة، بل استظهر المحقق الثاني اتفاقنا على شرطية كون متعلق الوكالة مملوكاً للموكل، ونسب الخلاف إلى الشافعية، راجع جامع المقاصد 8: 207، وإن شئت مزيد تحقيق في المسألة انظر مفتاح الكرامة 7: 552.

[195]

مع الواسطة - كما ذكرناه - فيمكن إدراج مستصحب الوجود تحته ومستصحب العدم يكون خارجاً عنه، وتصير مسألة التنجز عبارة عن قصد وقوع الأثر على الإطلاق، لكن هذا الدليل لم يثبت، فكلاهما في جواز تعلق العقد سواء بعد شمول عمومات العقود وعدم وجود مانع آخر من غير ونحوه من المبطلات. فمتى ما صار كذلك لم يبق عندنا إلا فوات التنجز، فنقول: لا فرق فيهما في عدم حصول الأثر إن لم يصادف الواقع والوجود، فهو في ذاته معلق، والتصريح بذلك في اللفظ لا نعرف وجهاً لمانعيته أو شرطية تركه، بل هو بيان للواقع، فلا ينبغي اشتراط عدمه. ولو قلنا بأن ذلك معناه تنجز (1) على أحد التقديرين - كما في النية وغيرها - وهو كاف في ذلك، فيرتفع

الأشكال بالمرّة. والمسألة من المعضلات (2) وربما نيسط الكلام فيها في المبطلات إن شاء الله. ومن هنا يظهر: أن تعليق الوصية بالموت وتعليق التدبير به كذلك أيضا ليس من منافيات التنجيز في شيء، لأن ذلك تحقيق لمفهوم الوصية والتدبير، إذ ليس معنى الوصية التملك المطلق، بل التملك الخاص، وكذلك الوصاية. وليس معنى التدبير العتق، بل الوصية بالعتق - كما أفتى به الأكثر (3) - لا عتقا معلقا بشرط أو بصفة - كما يراه بعضهم (4) - فإن ذلك باطل. وثانيها: أنه قد يتوقف صحة العقد والأيقاع شرعا علي بعض أشياء، كما أن صحة الطلاق مشروطة بعدم كونها حائضا أو في طهر المواقعة أو بسماع العدلين،

(1) في (ن): التنجيز. (2) في (ن، د): المفصلات. (3) أفتى به المحقق في المختصر النافع: 230، ومال إليه الشهيد الثاني بعد أن نسبته إلى الأشهر، انظر المسالك 2: 137. (4) كذا عرفه ابن إدريس وأعتبر فيه نية التقرب، وفرع عليها عدم جواز تدبير الكافر، راجع السرائر 3: 30، وهو ظاهر عبارة المحقق في الشرائع، حيث قال: (التدبير هو عتق للعبد بعد وفاة المولى) الشرائع 3: 117.

[196]

وبيع الأمة مشروط بعدم كونها أم الولد، وبيع العصير الموجود في الحب (1) - مثلا - موقوف على عدم صيرورته خمرا، والتوكيل في عمل مشروط بعدم كونه مشروطا بالمباشرة، والأخذ بالشفعة موقوف على القدرة على الثمن، والبيع موقوف على القدرة على التسليم، والمزارعة موقوفة على وجود الماء، والنكاح موقوف على عدم كونها في عدة أو ذات بعل، ولا يخفى شرائط الصحة على من لاحظ الفقه إجمالا فضلا عن التفصيل. فعلى هذا فقد يكون وجود هذه الشرائط معلوما فلا إشكال في التنجيز، ومرة يكون معلوم العدم (2) فلا إشكال في البطلان، ومرة (3) يكون مشكوكا. فنقول: لا ريب أن هذه الشرائط - كما قرر في محله - ليست شرائط علمية - بمعنى اشتراط معلوميتها حين العقد والأيقاع - بل هي شرائط واقعية، فإن اتفق وجودها في نفس الأمر صحت المعاملة، وإن اتفق عدمها بطلت، فمرة يوقع العقد أو الأيقاع مطلقا، فيقول (4): (أنت طالق) أو (زارعتك) أو (بعثك هذا العصير في الحب) ومرة (5) يعلقهما (6) بشرائط الصحة، فيقول: (أنت طالق إن كنت طاهرة) و (زارعتك إن كان الماء موجودا) و (بعثك هذا إن لم ينقلب خمرا) وغير ذلك (7) (كقوله: أنكحتك إن لم تكن المرأة في عدة، وبعبارة أخرى: في كل مقام شك في وجود شرط من شرائط الصحة مرة تقع المعاملة مطلقة، ثم يلاحظ الواقع، فإن صادف وجود الشرط وفقد المانع ولو بدليل شرعي - من أصل أو غيره - فيحكم بالصحة، وإلا فالبطلان. ومرة [أخرى] (8) يعلق بوجود ذلك الشرك أو فقد ذلك المانع، فينحل أما إلى بيان الواقع كما في شرط الماهية، وإما إلى التنجيز على أحد التقديرين، نظير ما ذكرناه في

(1) في (م): الدن. (2) في غير (م): معلومة العدم. (3) في (م): وأخرى. (4) في (ن، د): فيقال. (5) في (م): في الدن، وأخرى. (6) في سوى (م): يعلقها. (7) في (م): وغيرها.

[197]

الأمر الأول. ويجئ هنا أيضا الكلام في أنه قد يكون الشرط والمانع مستصحب الوجود، وقد يكون مستصحب العدم، فلو كان الأصل على طبق الصحة من وجود الشرط وفقد المانع فهو يكون في حكم مقطوع الوجود فيتحقق التنجيز، ولو كان الأصل على خلافه - كاستصحاب فقد شرط أو وجود مانع - فذلك بمنزلة المعلوم البطلان فلا وجه لايقاع المعاملة. ويمكن أن يقال: إن مجرد الأصل لا يوجب التنجيز، بل يكون معنى المعاملة أيضا قصد إيقاع الأثر على تقدير مصادفة الشرط وفقد المانع، وهو في صورتين متحقق وإن لم يكن هذا تعليقا، بل هو تعلق كما ذكرناه، ففي المقامين لا بأس به أيضا، مع أنه لا يكون الأصل على طبق أحد الأمرين، إما لعدم العلم بالحالة السابقة أو للتعارض أو نحو ذلك، والتزام البطلان ما لم يعلم وجود الشرط وفقد المانع حين المعاملة، ولا يكفي انكشافها بعد ذلك مما لا يحوم حوله فقيه، بل من له أدنى

دربة. فمقتضى القاعدة أن يقال: إن هذه المعاملة معلقة في الواقع في صحتها على ذلك الشيء، ولا يكون ذكره في اللفظ أيضا إلا بيانا للواقع، بمعنى كون الجزم والتنجيز على الأيقاع على ذلك التقدير، ولا يكون هذا منافيا للتنجيز في شيء، فذكره في اللفظ وعدمه سواء، إذ على تقدير ذكره في اللفظ أيضا ليس قيда على قصد المعامل، بل هو قيد للمتعلق، بمعنى أنه أوقعت (1) الأثر على ذلك التقدير، وهذا مما لا بأس به. وثالثها: أن ما يعلق عليه المعاملة ما عدا ما يعتبر في صحتها أو ماهيتها - وبعبارة أخرى: ما يعلق عليه المعامل وإن لم يكن له مدخلية في التحقق ولا الصحة - أقسام، باعتبار كونه شرطا أو صفة بطريق الالتزام أو التعليق والعلم بوجوده وعدمه وكونه في الحال أو الاستقبال، أو من الأمور المتعلقة الممكنة في

(1) كذا .

[198]

أحد طرفي المعاملة من العوضين أو المتعاضدين أو ما هو بمنزلةهما في مثل الطلاق والعتيق ونحوهما (1)، أو من الأمور الخارجية. فهنا مباحث: الأول: في الشرط الاختياري المأخوذ في ضمن العقود الجائزة أو اللازمة المدلول عليه بعموم (المؤمنون عند شروطهم) (2) وهذا القسم - كما سيفصل في بحث اللواحق - ليس مضرا بالتنجيز، وليس من التعليق المضر في شيء. وليس الوجه فيه ما تخيله بعضهم أن المراد من قولنا: (بشرط كذا) أو (واشترط عليك كذا) ونحو ذلك (3) هو الالتزام والالتزام، فإن الشرط في اللغة بهذا المعنى، فتكون هذه المعاملة بمنزلة معاملتين: بيع وشرط، وليس من التعليق في شيء، بل هنا أيضا يراد بالشرط: التعليق، لكن التعليق ليس بالنسبة إلى الأنشاء والصيغة، بل تعليق لمتعلق العقد وربط بين مورد العقد وبين الشيء المشروط، أو بيان وصف للأنشاء (4) (والمعاملة، كما في شرط الخيار ونحوه. وبالجمللة: كلامنا في التنجيز والتعليق بالنسبة إلى نفس الأنشاء، دون الربط والتعليق في الموضوع، فإنه جائز لا يضر بالعقد، وسيأتي في اللواحق لذلك مزيد تحقيق وتوضيح بما لا مزيد عليه. الثاني: التعليق الواقع في المتعلقات الراجعة إلى كفايات الموضوع المأخوذ في العقد، كما في قولك: (وكلتلك في بيع الفرس إن اشتراه زيد) أو (إن كان بالقيمة الفلانية) أو (إن جاء الحاج) وهذا الذي يذكره الفقهاء ويقولون: إنه ليس تعليقا للعقد بل هو قيد للتصرف، والمراد: أنه لا يقول: إن التوكيل معلق بكذا، بل وكلتلك الآن في العمل الواقع في الوقت الفلاني أو بالوضع الفلاني، فيصير هذه (5) قيودا للتصرف، إن تحققت نفذ، وإلا فلا، بل يكون فضوليا .

(1) في غير (م): نحوه. (2) عوالي اللالي 3: 217، ح 77. (3) في (م): نحوها (4). في (ن، د): الأنشاء. (5) في غير (م): هذا .

[199]

ومن هذا الباب الوصية إن مات في سفر كذا أو في سنة كذا، وليس معناها: أن الآن لا ينشئ الوصية، بل غرضه أنه ينشئ التملك في الموت الكذائي، فإن صادق فقد وقع في محله، وإلا فلا وصية، وكذلك الوصاية إن مات الوصي أو عجز عن الوصية، ونحو ذلك شرط الاشتراك والانفراد والانضمام على بعض الفروض، فإن كل ذلك تسليط على التصرف بالفعل من حيث الوصاية في الفرض المذكور، وليس من التعليق في الأنشاء. وكذا مثل قوله: (من رد عيدي فله كذا إن جاء به يوم الجمعة) فإنه قيد للعمل المجعول له. وبالجمللة الفقيه يكفي في ذلك أدنى تنبيه، ولا يحتاج إلى استيفاء الأمثلة، فكل مقام رجع الشرط والتعليق إلى قيد في متعلق موضوع العقد فهو خارج عن المسألة وغير مضر في التنجيز. الثالث: التعليق الراجع إلى أوصاف الموضوع، كالعين في العقود المملكة لها، كقوله: صالحت أو بعثت أو وهبت لك هذه الحنطة إن كانت حمراء، والمنفعة - مثلا - في العقود المملكة أو المتعلقة بها، كقوله: وقفت أو حبست أو أسكنتك أو أجرتك أو زارعتك هذه الأرض إن كان فيها بئر أو نهر، أو نحو ذلك

(1). والتعليق الراجع إلى الأمور الخارجية، كالتعليق على طلوع الشمس أو قدوم الحاج أو نحو ذلك (2). (ومن قبيل الأول: أنت طالق إن كنت بنت فلان، أو زوجتك إن كنت ابن زيد ونحو ذلك (3). وهذه الأمور المأخوذة شرطا في العقد قد تكون بلفظ الشرط، وقد تكون بأدوات الشرط مثل (إن) و (إذا) ونحوهما، وعلى التقديرين فقد يكون أمرا متعلقا بالماضي، وقد يكون أمرا متعلقا بالحال، وقد يكون أمرا متعلقا بالمستقبل

(1) في (م): نحوهما. (2) في (م): غيرهما. (3) في (م): نحوهما .

[200]

وكل من ذلك: إما أن يكون معلوم الوقوع، أو يكون معلوم العدم، أو يكون مظهر الوجود، أو مظهر العدم، أو مشكوكا في وجوده وعدمه، فهذه أقسام التعليق. وقد جرى اصطلاح الفقهاء بتسمية الأمر المستقبل المقطوع المترتب (1) (صفة، كقوله: (إن طلعت الشمس) والأمر المستقبل المشكوك في وجوده وعدمه - أعم من الظن والشك الاصطلاحيين - شرطا، كقوله: إن جاء زيد أو قدم الحاج. ولا بد من الكلام على هذه الأقسام نفيا وإثباتا، توضيحا للمسألة، ودفع بعض الشبهات الواردة على المطلب في بعضها. أحدها: التعليق بوصف للموضوع أو بأمر خارج اعتبر في زمن الماضي بلفظ الشرط مع العلم بحصوله، كقوله: (أنكحتك بشرط كونك قد حججت) أو (بشرط كون الحاج جاثين أمس) مع العلم بأنه حج أو الحاج جاؤا. وهذا أيضا مما لا يضر في صحة التنجيز والعقد، لأن المعلق على شئ حاصل لاتوقف في حصوله، فهو بعد علمه بوقوع الشرط قاصد لتنجيز العقد، وليس هذا إلا تعليقا صوريا، فالعقد قد وقع والأنشاء قد صدر منه جزما وبنا من دون توقف، ومجرد الاشتراط اللفظي غير مانع منه غايته: اللغوية، ومثل ذلك لا ينافي عقدية العقد. الثاني: هو الفرض السابق مع كونه بأدوات الشرط، كقولك: (إن كنت حججت) أو (إن جاء الحاج أمس) والظاهر أيضا أن هذا كأول، لعدم التعليق معنا وتحقق القصد (2) المنجز، ولا منافاة بين ذكر هذا اللفظ وصحة العقد. نعم، قد يتوهم: أن أدوات الشرط لصراحتها في إفادة معنى التعليق ليست كلفظ (بشرط) لأنه قابل للسببية والتعليل بخلاف الأدوات، فيصير لهذا اللفظ صراحة على خلاف ما هو المقصود، وقد اعتبر في دوال العقود الصراحة في المدعى وهو الأنشاء الفعلي للمعنى المقصود. لكنه مدفوع بأن أصل الأيجاب والقبول صريحان في المدعى، وهذا إن

(1) كذا في النسخ، والظاهر أن الصواب: المقطوع الترتب. (2) في (د): العقد .

[201]

كان (1) تعليقا في المعنى لنافي الأنشاء وورد عليه ما ذكره في إبطال التعليق. لكن هذا مجرد عبارة لا يوجب عدم إرادة معنى الانشاء البتة، غايته منافاة الصورة، وهو مرتفع بالعلم بالوقوع الذي يجعلها تنجزا في المعنى، ولا يلزم أن يكون كل لفظ مذكور في أثناء العقد صريحا في معناه حقيقة في المدعى، بل العمدة في ذلك (2) أصل الإيجابين. ودعوى: أن هذا التعليق الصوري يخرج الإيجابين عن صراحتهما، في محل المنع بعد العلم بوقوع الشرط. لا يقال: إطلاق الأصحاب البطلان بالتعليق يشمل المقام. لأننا نقول: الظاهر من أمثلتهم ومن استدلالاتهم إرادة خصوص المستقبل، سلمنا، لكن كلامهم في صورة [التعليق] (3) (في المعنى، وهو لا يجتمع مع العلم بالوقوع. والثالث: هو الفرض الأول مع العلم بعدم الوقوع. والرابع: هو الفرض الثاني مع العلم بعدم الوقوع كقولك: (بعتك إن جاء زيد أمس) مع علمك بأنه لم يحن، أو (بشرط موت عمرو أمس) مع العلم بأنه لم يموت، وهذان القسمان باطلان في أي عقد أو إيقاع فرض، فلو قال: (أنت طالق إن كنت خرجت من البيت أمس) مع العلم بأنها لم تخرج [لكان باطلا] (4). والوجه في البطلان: الأجماع، وعدم قصد

الأنشاء حينئذ قطعاً، ومنافاته لوضع العقد والأيقاع، وليس هذا إلا نظير الوعد والوعد، بل لا يصدق (5) عليه اسم عقد وإيقاع أصلاً، وهذا - أيضاً - ليس من محل البحث في شئ. والخامس والسادس والسابع والثامن والتاسع والعاشر: هو فرض التعليق على أمر فيما مضى بأداة الشرط أو بلفظه مع الظن بالوجود، أو بالعدم، أو الشك

(1) في (ن): إذا كان. (2) في سوى (م) زيادة: إلى. (3) من هامش (م). (4) من هامش (م). (5) في غير (م): بل يصدق.

[202]

في الوجود والعدم كقوله: (أنكحتك إن مات أبي أمس) أو (بشروط موت أبي أمس) (مع الشك فيه، أو الظن بأحد الطرفين. وينبغي أن يعلم: أن مرادنا من (العلم) هو العلم العادي الذي يحصل به الاطمئنان ويرتفع به التزلزل، لا العلم البرهاني الذي لا يحتمل فيه الخلاف عقلاً. ومرادنا بـ (الظن) ما يحتمل فيه الخلاف احتمالاً واضحاً يعنني به العقلاء، فلا يجمع هذا الظن مع الاطمئنان في حال، فيصير حكمه حكم الشك، فلذا جعلنا الكل في محل واحد. ولك أن تفرض العلم بمعنى: القطع الذي لا يحتمل فيه الخلاف أصلاً، والظن: ما يحتمل فيه وإن كان بعيداً لا يلتفت، لكن لا يكون حكمه إذا حكم الشك، فينبغي التفصيل في أفراد الظن، إن كان مما يوثق به ولا يتزلزل فيه النفس ولا يلتفت إلى احتمال الخلاف فهو كالعلم في حصول التنجيز ولا يضر بالعقد في شئ، وإن لم يكن كذلك فهو كالشك، فتدبر. وبالجملة: هذه الصور التي ذكرناها هي مما هو مورد كلام الفقهاء في مسألة التنجيز والتعليق، وما نذكره من الأدلة على شرطية التنجيز وممانعية خلافه شامل لهذه الصور. والأربعة الأخر: هو التعليق على أمر في الموضوع أو في الخارج مقارن للعقد مع العلم بوجوده أو مع العلم بعدمه، بلفظ الشرط أو بالادوات، كقولك: (بعتك إن كانت الحنطة حمراء) أو (بشروط كونها حمراء) أو (أنكحتك إن كنت ابن فلان) أو (إن كانت الشمس طالعة الآن) أو بشرط ذلك، مع العلم بأن ذلك الأمر المعلق عليه حاصل، أو مع العلم بأنه ليس بحاصل. والكلام في هذه الصور كالكلام في الماضي بعينه، فإن مع العلم بالحصول يصح العقد، ولا يعد هذا تعليقا، بل ينحل إلى بيان واقع وبيان صفة، ومجرد التعليق اللفظي قد بينا أنه لا ينافي التنجيز المشتراط، وقد عرفت ورود الأشكال في الأدوات والجواب فيما سبق.

[203]

ومع العلم بعدم الحصول لا كلام في البطلان، لأن هذا لا يكون إنشاء وإيقاعاً للأثر، ومجرد إرجاع الشرط إلى الوصف لا ينفع في كون ذلك صحيحاً، إذ ليس غرضه (بعتك الحنطة الحمراء) حتى يقال: إنه غاية ما في الباب فوات الوصف وهو لا يستلزم البطلان، بل غرضه: أن هذه الحنطة إن كانت حمراء فقد بعتك إياها، والفرض: أنه يعلم ليست بحمراء، فلم يوقع العقد والتمليك أصلاً، لأنه أوقعه على تقدير غير موجود وهو لا يقع ولا يؤثر، وذلك واضح. والستة الأخر: التعليق على أمر مقارن بالشرط أو بأدواته، مع الشك أو الظن بالوجود أو بعدم، كقولك: (أنت طالق إن كنت عدواً (1) لي) أو (إن كان أبوك عدواً لي) مع عدم العلم بالحصول والعدم. وهذه أيضاً من الصور المبطلّة - كالستة السابقة - لو أردنا من الظن ما يقابل العلم العادي، وما نذكره من الأدلة أيضاً في الشرطية آتية (2) هنا أيضاً. والقسمان الأخران أيضاً: التعليق على أمر في المستقبل بالاداة أو بالشرط مع القطع بعدم وقوعه، كما لو قال: (أنت طالق إن جمعت بين النقيضين) أو (بعتك الفرس إن طلعت الشمس من المغرب غداً) أو (إن طار زيد في السماء) أو بشرط أحد هذه الأمور. ولا ريب في بطلانه، لعدم القصد، وعدم صدق العقد والأيقاع، ولزوم تخلف المعلول عن علته من جهتين لو صح، مضافاً إلى الأجماع على ذلك، بل المسألة واضحة. والقسمان الأخران: هما السابقان مع العلم بأنه يقع، كقوله: (بعتك إن طلعت الشمس غداً) أو (بشرط أن تطلع كذلك) فهل هذا صحيح لأن هذا ليس تعليقا لأنه عالم بالوقوع فيصير جازماً بالإنشاء، أو هذا أيضاً باطل؟ والحق أن هذا أيضاً من صور فوات التنجيز [الذي] (3) نذكر الأدلة على بطلانه.

(1) في (ن): عدوة. و (العدو) للواحد والجمع والذكر والانثى، وقد يثنى ويجمع ويؤنث. (2) في (م): آت. (3) من هامش (م).

[204]

والسنة الاخر: التعليق على أمر خارج أو ملحوظ في الموضوع المستقبل بالشرط أو بأدواته مع الشك في أنه يحصل أم لا، أو مع الظن بحصوله أو بعدمه. وهذه السنة أيضا لا تخفى أمثلتها بعد ملاحظة ما سبق، وهي من الصور التي اقيم الدليل على بطلانها في العقد والأيقاع. فالتنجيز الذي هو شرط في المعاملات عبارة: عن عدم كونه معلقا بأمر في الماضي أو في الحال مع عدم العلم بوقوعه أو بعدمه، أو في المستقبل مع عدم العام بعدمه، بشرط عدم كون ذلك الأمر من شرائط الماهية - بمعنى عدم تحقق ماهية العقد والأيقاع بدونها - ومن شرائط الصحة شرعا، ومن الامور الراجعة إلى متعلقات موضوع العقد والأيقاع، وعرضنا من هذه القيود: أن بعض هذه الصور الخارجة بالقيود صحيح بلا كلام، وليس من فوات التنجيز في شئ وإن كان في اللفظ مشروطا، وبعضها باطل بلا كلام، لعدم تحقق القصد واسم العقد، ولا حاجة إلى إبطالها (1) بفوات التنجيز وإن كان التنجيز أيضا فائتا فيه، فانحصر البحث فيما ضبطناه من الصور تفصيلا سابقا، وإجمالا آنفا. فنقول: إن الوجه في اشتراط التنجيز بالمعنى الذي ذكرناه امور: أحدها: الأجماع المحصل من كلمة الأصحاب قديما وحديثا بحيث لا يكاد يعرف منهم مخالف في هذا الباب. وما قد يتفق في كلامهم من التصحيح مع التعليق، فهو إما من شرائط الماهية، أو الصحة، أو من التعليق في متعلقات موضوع العقد دون نفسه، وقد بينا خروجها عن البحث وإن كان تميز هذه الصور يحتاج إلى فقيه نبيه (2) فإن جماعة من المتفهمة قد اشتبه عليهم الأمر في هذا الباب. وقد نقل على ذلك إجماع الأصحاب أيضا جماعة (3) فالاجماع محصلا

(1) في (م): إبطاله. (2) في (م): إلى إمعان النظر. (3) منهم العلامة في التذكرة 2: 114 (في باب الوكالة) وفخر المحققين في شرح الإرشاد على ما نقله عنه في مفتاح الكرامة 7: 526، والمحقق الثاني في جامع المقاصد 8: 180 (في باب الوكالة) والشهيد الثاني في تمهيد القواعد: 533، والمسالك 5: 357.

[205]

ومنقولاً دال عليه وحجة فيه. وثانيها: أنه مناف لوضع العقود والايقاعات، فإن أدلة العقود بأنواعها وأصنافها تنصرف إلى ما هو وضع العقد عند الناس كافة، ولا ريب أن التعليق بهذا المعنى مفوت لما هو طريقة العقد والأيقاع عرفا فلا تشمل ذلك، فيبطل بالأصل. وثالثها: ما علل به جماعة: من أن العقود إنما يراد بها معني الأنشاء، سواء قلنا بأنها حقيقة في هذا المعنى أو مجاز، وكذلك في الأيقاع ولا ريب أن الأنشاء عبارة عن إحداث ذلك الأثر المقصود - بمعنى كون تلك اللفظة علة تامة في حصوله - فمتى ما علق على شئ آخر، إما أن يقع ذلك الأثر من دون حصول المعلق عليه فيصير منافيا لما قصد في العقد، وإما أن يقع بعد تحققه، فيلزم من ذلك تخلف المعلول عن علته التامة. فإن قلت: إن بعد (1) (التقييد لا يكون علة تامة، بل يكون هو مع ذلك القيد علة تامة. قلت: هذا مناف للأدلة، فإن مقتضاها إنما هو كون الصيغة سببا تاما في ذلك. فإن قلت: لا مانع من كون الشروط والتعليقات قيда لزمان التأثير - كما ذكرت نظيره في الوصية والتدبير - فنقول: أما على كون المعلق عليه في الماضي أو الحال مع عدم العلم بحصوله يصير معناه: أني جازم وعازم بالتمليك - مثلا - على ذلك التقدير لا على التقدير الآخر، وأما على فرض كونه في المستقبل فمعناه: إنشاء التمليك - مثلا - من ذلك الوقت، فإذا قلت: (بعت إن جاء زيد) يكون معناه: أني الآن أوجدت التمليك الحاصل وقت مجئ زيد، وهذا لا يكون قيда في الأنشاء، بل يكون قيда في المنشأ، ولا مانع عن ذلك. قلت: هذا ينافي ماهية العقود، فإن البيع هو التمليك الفعلي لا الشائي (2)، وكذا غيره من العقود والايقاعات، فإن ألفاظها موضوعة للمعاني الكائنة بالفعل،

(1) في (ف) زيادة: حصول. (2) في (ن): الفعلي الأنشائي، وفي (د): الفعلي لا الأنشائي .

[206]

فإنشأؤها عبارة عن إحداث ذلك الأثر بالفعل، وأما بالقوة فهو ليس بيعا وصالحا ونحوهما (1). ولا ينتقض بمثل عقد الفضولي ونحوه، إذ ليس غرضنا من التملك هو ما جعله الشارع مملكا صحيحا، بل غرضنا المفهوم العرفي الذي يتحقق في ضمن البيع الفاسد، فالمراد: قصد (2) هذا الأثر من نفس المتعاقدين بالفعل، سواء كان هذا ممضى عند الشارع أم لا. وتامم الكلام في هذا المقام إنما يأتي في بيان الموانع والمبطلات، ونذكر هنا (3) - إن شاء الله تعالى - التعليق، ونذكر أن منشأ كونه مبطلا هل هو أمر شرعي أو أمر لفظي أو أمر عقلي؟ ونذكر في ذلك البحث تحرير المسألة بما لا مزيد عليه نقضا وحلا. وبالجمله: كون التنجيز شرطا وفواته مبطلا مما قد انعقد عليه الأجماع .

(1) في (ن، د): ونحوه. (2) في (م) زيادة: أن. (3) في (ف، م): منها، والعبارة في (م) هكذا: ونذكر أن منها التعليق وأن منشأ كونه مبطلا هل هو أمر شرعي أو أمر لفظي أو أمر عقلي؟ ونحذر المسألة

[207]

عناوين اللواحق في عقد أو إيقاع [العنوان الحادي والاربعون] [تحقيق الضابط في متعلقات العقود]

[208]

عنوان [41] في بيان الضابط في متعلقات العقود والايقاعات. لاريب أن متعلق العقود إما عين، أو منفعة، أو حق، أو انتفاع. فالعين تتحقق في البيع والصدقة والهبة والقرض والرهن والصلح والشركة والوصية. والمنفعة تتحقق في الوقف والسكنى والتحبس والصلح والمضاربة والوديعة والغارية والمزارعة والمساقاة والأجرة والوكالة والجعالة والسبق والرماية والوصاية. ويتحقق الحق في (1) الصلح والضمان والحوالة والكفالة في وجهه. ويتحقق الانتفاع في النكاح الدائم والمنقطع، فإن العقد فيه ليس مملكا للمنفعة، بل للانتفاع. وقد يكون هذه الأشياء في عقد معاوضة أو في عقد مجاني، وقد يكون العوض من جنسه وقد يكون من مغايره، فالصور من ملاحظة كل من الأربعة عوضا ومعوضا بانفراده واجتماعه مع مجانسه أو مغايره كثيرة، بعضها ممتنع الوقوع - بمعنى أنه ليس (2) عقد قابل لذلك كله - وبعضها يوجد في عقد دون

(1) في غير (م): الحق والصلح. (2) في (م): بمعنى أن ليس هناك عقد .

[209]

آخر، وأعم العقود هو الصلح، فإنه ليس عقد (1) أشمل منه وأكثر موردا (2) منه. ولا بد من بيان الضابط الأجمالي أولا في ذلك حتى يجعل معيارا في كل باب ويلاحظ (3) بالنسبة إليه. فنقول: قد تقدم مرارا، أن العقود ليست من المخترعات الشرعية، بل إنما هي أمور مجعولة مقررة عند العقلاء على نحو ما يحتاجون إليه في أمر معاشهم ونظام امورهم، وهذا كله كان موجودا في زمن صاحب الشريعة، لكنه

قرر طائفة من ذلك ومنع عن طائفة أخرى، وقيد بعضها وأطلق أخرى، فالمعيار حينئذ بعد ذلك في ضبط المتعلقات والموارد إنما هو ما جرت عليه طريقة الناس في كل باب، إلا ما دل الدليل على إخراجه. وما خرج عن القانون العرفي فهو ليس بمشمول للأدلة، فيحتاج في صحته إلى دليل خاص، ولذلك جعل الأصحاب - رضوان الله تعالى عليهم - في كل باب ضابطا بحسب ما وجدوه متعارفا بين الناس في ذلك النوع. فمن العقود: ما هو لتمليك الانتفاع - كالنكاح - ومنها: ما هو للتسليط على التصرف، ومنها: ما هو لتمليك عين، ومنها: ما هو يتعلق بالمنافع، ومنها: ما يتعلق بالحقوق، ومنها: ما يتعلق بالاثنيين أو الثلاثة. ثم قد يكون المتعلق شيئا موجودا في الخارج معيناً، وقد يكون [موجوداً] (4) في الخارج كلياً مشاعاً، وقد يكون معدوماً معيناً، وقد يكون معدوماً كلياً ونحو ذلك من التقسيمات، فلا بد في الضبط من رسم مباحث. الأول: كل عقد فيه جهة مالية لا يصح أن يكون متعلقاً بما لا مالية له. والمراد بالمال أخص من الملك، إذ المملوك كل ما كان للإنسان تسلط عليه شرعاً في التصرفات، والمال عبارة عما له قيمة في العادة، فحبة الحنطة وقشر الجوز ونحو ذلك من الأشياء الحقيمة وإن كانت مملوكة لمالكها لا يجوز غصبها وإتلافها إلا

(1) في (م): لا عقد. (2) في (ن، د): موارد. (3) في (ف، م): يلاحظه. (4) لم يرد في (ن، د).

[210]

بالأذن، لكن لا مالية لها، فلا يجوز وقوع مثل ذلك في عقود المعاوضات كالبيع والصلح والنكاح ونحو ذلك. وبالجمل: كل شيء لا مالية له لا يكون عوضاً في المعاوضات، وأما وقوعه في العقود المجانية - كالهبة والعطية ونحو ذلك - فربما قيل بأنه يصير واقعاً في هذه العقود ما لا يقع في باب المعاوضة. وليس ببعيد، إذ التمليك المطلق يتعلق بحبة الحنطة كما يقع الغصب فيه ونحو ذلك، وإن كان في شمول أدلة الهبة ونحوها لمثله نظر ظاهر. الثاني: أن عقود الأعمال - كالأجارة والوكالة ونحوها - إنما تدور مدار كون العمل مقصوداً للعقلاء، وليس كل عمل يتعلق به هذه العقود، فما يعبث به الجهال من الأعمال الغير المقصودة للعقلاء - كالذهاب إلى الأماكن الخطرة ورفع صخرة ونحو ذلك - لا تتعلق به المعاملات، لعدم وجود نفع يعتد به، ولهذا لو فرض في هذه الأفعال ما يخرجها عن اللغو ولو بالعارض يصير (1) كباب السبق والرماية الذي رخص الشارع فيه لمصلحة نظام الجهاد، مع أنه في الحقيقة نوع من القمار. الثالث: أن العقد المتعلق بما في الذمة - كالرهن والضمان والحوالة - لا بد من تعلقه (2) بشئ ثابت في الذمة حين العقد، بخلاف ما يتعلق بالذمة بعد ذلك بسبب - كدية العاقلة قبل حلول النجم، أو نفقة الزوجة، أو نظائر ذلك - فإنه مما لم يتعلق بعد بالذمة، فلا وجه لتعلق العقد بها، لأنها معدومة صرفة. وأما التفصيل، فنقول: لا كلام في أن البيع لا يتعلق إلا بالأعيان، ولذا يقولون: أن البيع ناقل الأعيان، فلا يقع المبيع منفعة ولا حقاً ولا انتفاعاً. وأما الثمن فلا يكون أيضاً حقاً، لأن البيع من عقود الأموال، والحق ليس مالا في نفسه وإن تعلق بالمال في بعض الأفراد، ولا يكون انتفاعاً أيضاً بالاولوية، لأنه من عقود التمليك، ولا ملك حقيقة في الانتفاع، بل هو نوع تسلط .

(1) في (م): لصارت. (2) في غير (م) تعلقها .

[211]

نعم، الكلام في أن الثمن هل يكون منفعة أم لا؟ ظاهر إطلاق الأصحاب العوض في البيع وعموم أدلته جواز كون المنفعة ثمناً، ولم نقف على من منع منه صريحاً . نعم، نسب المنع الشيخ الأكبر (الشيخ جعفر الغروي) في شرح القواعد إلى بعض الأعيان (1) - وكأنه من معاصريه - ونحن لم نقف على منع لفقها (2) في ذلك، فكل عين لها مالية قابل لأن يكون مبيعاً، إلا ما أخرجه الدليل بحسب طريقتين أوصاف

مانعة، وسيبضح الموانع والمبطلات في بحثها إن شاء الله تعالى. وكذا كل عين مالي أو منفعة مقصودة لها مالية يقبل أن يكون ثمنًا، إلا إذا منع عنه مانع. ولا بحث أيضا في أن الوجود بالفعل غير معتبر، بل كما تتحقق المعاوضة بالوجود كذلك تتحقق بالمعدوم، وهو الكلي الثابت في الذمة باعتبار وجود أفراد (3) بحيث يمكن تحصيله (4) في ضمن الأفراد. نعم، هنا كلام معروف جار في البيع وسائر عقود المعاوضة في الأعيان والمنافع، وهو: أن الملكية عرض من الأعراض المعروفة، ولا ريب أن العرض لا يتحقق إلا بمحل موجود فكيف يعقل تعلق الملك بالمنفعة المعدومة أو بالعين المعدومة؟ ولا ريب أن عقود التمليكات كلها موضوعة لحصول الملك، وهو لا يتحقق إلا مع وجود موضوع، فيكون مقتضى القاعدة اشتراط كل ما يكون فيه تمليك من العقود بوجود المتعلق، ويكون ما عداه خارجا بالدليل، وهذا أصل ينفع في أكثر الموارد، فلا يجوز أن يكون العوض ولا المعوض كليا، ولا فردا مرددا، ولا شيئا معينًا معدوما، وما ورد في الشرع من هذا الباب فقد أخرجه الدليل. ويبقى البحث في أن الملك إذا امتنع تعلقه بمعدوم، فكيف يجوز الشارع؟

(1) شرح القواعد (مخطوط) الورقة: 48. (2) العبارة في غير (م) هكذا: وإلا لم نقف لمنع من فقهاءنا. (3) و (4) في غير (م): أفرادها... تحصيلها.

[212]

ف قيل: إن المنفعة - مثلا - موجودة بوجود العين، والثمار - مثلا - موجودة بوجود الأشجار، والكليات موجودة بوجود ما يفرض من أفرادها، وهذا المقدار يكفي في تعلق الملكية (1). وهذا الكلام ساقط، إذ المنفعة لا توجد إلا بوجود أجزائها جميعا في الخارج، وكذا الثمار، ووجود الشجرة ليس وجودا للثمرة كما لا يخفى، وكذلك في الكلي: فإن أريد منه الموجود في ضمن هذه الأفراد فيرجع إلى الفرد المشاع، وإن أريد نفس الكلي - ولو كان وجوده مثلا بعد ذلك ولو في ضمن أفراد - فهذا ليس إلا بيع معدوم، ومجرد تعيين الماهية وتقررهما في نفس الأمر ليس موجبا للوجود، غايته: الخروج عن الجهالة، وليس كلامنا في ذلك. وقيل: إن المراد: تمليك القابلية والاستعداد في هذه الأمور المعدومة، والقابلية موجودة في العين، أي: في مثل الدار والشجرة ونحو ذلك. وهذا مع منافاتها للأدلة وللكلام لأصحاب وكون قصد المتعاقدين خلافا مما لا يصغى إليه. وقيل: إن المراد من التمليك: التعليق، بمعنى: أنه إذا وجد ذلك يكون ملكا، وبعبارة أخرى: العقود المملكة إنما دلت على النقل على النحو الذي هو للمالك، فالمنفعة والنماء والكلي المعدوم، كما أنه ليس ملكا للمالك الناقل بالفعل فذلك للمنقول إليه، بل يراد به نقل الملك الكذائي، ومعنى كونه تمليكا إحداث هذا الوضع الذي للمالك - وهو كون الشيء بحيث إذا حصل كان ملكا له - للمشتري والمستأجر، يعني يجعله بحيث إذا وجد ذلك النماء والمنفعة يكون ملكا لك، وهذا (2) ليس من تعلق العرض بالمعدوم. وهذا أيضا مناف لظاهر الأدلة وقصد المتعاقدين ولكلام الأصحاب، بل الظاهر أنه يملك الآن الشيء المعدوم ويجري عليه جميع آثار الملك.

(1) لم نظفر على قائله، وهكذا الأقوال الآتية. (2) في (م): هو.

[213]

ويمكن أن يقال: إن هذا ليس ملكا حقيقة، بل هو ملك حكمي رتب الشارع [الاثر] (1) على ذلك، وهو الجعل والاعتبار لا يقتضى الوجود في التاريخ بل إنما يلزم ذلك في الملكية العرفية الحقيقية، فيكون تنزيلا للمعدوم منزلة الموجود وترتبا لحكم الملك عليه تعبدا. وعلى كل حال: فالأصل في كل ما جعل متعلقا في العقود أن يكون موجودا، خرج ما دل الدليل عليه - من السلم ونحوه - عن القاعدة وبقي ما عداه. وحكم الصدقة والعطية والهبة والقرض حكم البيع في اعتبار كون المتعلق عينا ماليا لا منفعة ولا عينا غير متمولة (2) لأنه خلاف وضع هذه العقود، وخلاف ما هو المستفاد

من أدلتها (3). وأما الوقف والسكنى والتحبس والعارية والأجرة فالضابط في متعلقاتها: كل عين يصح الانتفاع منها مع بقائها (4) إذ المقصود في ذلك كله هو المنفعة، وهي لا تستوفى إلا شيئاً فشيئاً، فما لم يكن الشيء قابلاً للانتفاع به من دون تلف للعين (5) لا يمكن فرض هذه العقود فيه، فلا يصح تعلق هذه العقود بمثل المطبوعات وسائر المأكولات التي لا انتفاع بها مع بقاء عينها، وهذا هو مقتضى القاعدة، وقد خرج عنها أشياء نذكرها في ذيل البحث. وحكم عوض الأجرة حكم ثمن المبيع في كفاية كل ما هو عوض متمول. والرهن لا يتعلق إلا بما يمكن استيفاء الدين منه، لأنه في الحقيقة وثيقة للدين فلا يكون إلا مالا، لأن غيره غير قابل للاستيفاء، ولا يكون منفعة لفواتها شيئاً فشيئاً وعدم اجتماع أجزائها، وعدم إمكان القبض الحقيقي فيها إلا بعد إتلافها، والرهن مبنى على البقاء، وفي اشتراط كونها (6) (مما فيه الدوام وعدم سرعة الفساد وجهان مذكوران في كتب الفروع، والذي تقتضيه القاعدة التي أجملناها،

(1) من (م). (2) في سوى (م): غير متمول. (3) في (ن): الأدلة، وفي (د): أدلتها (4). (في غير (م): يصح الانتفاع منه مع بقاء عينه. (5) في (ن): العين. (6) أي: العين المرهونة.

[214]

أولا عدم الجواز إلا بعد دليل خاص، فتدبر. والمضاربة: المعاملة على العمل المتعلق بمال التجارة بحصة من الربح والمزارعة: معاملة على الأرض بحصة من النماء والمساقاة تتعلق على الأصول الثابتة بحصة من الثمرة وما في حكمها، مع كون الأصول باقية. والوصية تتعلق بالمال عينا كان أو منفعة، لعموم دليلها وكون وضعها في العرف كذلك. وبالجمله: العمدة للفقهاء ملاحظة نوع المعاملة ووضعها المعهود في العرف المدلول عليه بالأدلة والاطلاقات، وكل ما هو مناف لوضعها فهو مما لا يمكن تعلقها به. وهذا تفصيل ما أجملناه في أول العنوان، ولكن النبيه بعد ملاحظة هذه القاعدة يقدر على استخراج الفروع التي ذكرها الفقهاء في متعلقات العقود، وحكموا في بعضها بالصحة وفي بعضها بالعدم واستشكلوا في البعض الآخر، وكلها مبنية على معرفة ماهية المعاملة من العرف أو من عموم الدليل. ولا يخفى أن ذلك كله إنما هو بحسب أصل المورد في الجملة وقد يكون لهذه الموارد قيود باعتبار الشرائط من قبض ونحوه، والموانع من الغرر والجهالة ونحو ذلك توجب خروج بعض الأفراد، وذلك يتضح بعد ملاحظة ما نذكره من القواعد الآتية، وكلامنا الآن إنما هو في جهة المقتضي، فتدبر. نعم، هنا مباحث شريفة وقواعد متقنة متعلقة بضبط موارد العقود في بعضها (2) لمكان الأشكال والأجمال نشير إليها حتى يصير تتميماً لهذا المقام. قاعدة: قد مر أن البيع مورده العين، ولا ريب أن العين تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم، فهل المعاوضة على ذات العين المبيعة بحيث لا مدخل في الصفات في العوض، أو على المجموع المركب من الذات (هامش) * (1) أي: العين المرهونة. (2) كذا في النسخ، والظاهر حصول تقديم وتأخير في العبارة، ولعلها في الأصل: ولمكان الأشكال والأجمال في بعضها نشير إليها

[215]

والوصف؟ وبعبارة أخرى: هل الأوصاف تقابل بالاعواض أم لا؟ ولا يختص الكلام بالبيع، بل يعم سائر المعاوضات العينية وغيرها، حتى أن المنفعة أيضاً قد تلاحظ بذاتها - كالسكنى والركوب ونحو ذلك - وقد تلاحظ بالنسبة إلى أوصاف المنفعة - كالأعبار التي بها تزيد الرغبة على المنفعة وتنقص - فيصير النزاع في أن كل معوض من عين أو منفعة في العقد هل المقابل بالعوض أصله ومادته، أم هو مع أوصافه؟ وهنا بحثان: أحدهما: بالنسبة إلى سائر الصفات غير وصف الصحة. وثانيهما: بالنسبة إلى وصف الصحة. فنقول في الأول: لا ريب أن الصفات مما يوجب زيادة في القيمة ونقصاً فيها، فإن الحنطة - مثلاً - إذا كانت حمراء لها قيمة، وإذا كانت صفراء فلها قيمة أخرى، وفس على ذلك غيرها من الأعيان الآخر، فانها تتفاوت قيمتها بملاحظة كونها في مكان دون آخر، أو في زمان دون آخر، وفي الأعيان المعمولة

بالنسبة إلى كون عاملها الشخص الفلاني أو غيره. فكون الأوصاف مما تختلف بها القيم مما لا شبهة فيه، ومن هنا يعتبر في التخلص عن الغرر والجهالة ذكر الأوصاف التي تتفاوت بها الرغبات - كما نذكرها في مسألة الغرر - وإذا خرج المعوض على خلاف الوصف يتسلط العاقد على الفسخ - كما ذكره في خيار الوصف - اعتمادا على أدلة نفي الضرر، كما نبهنا عليه في تلك القاعدة. لكن الظاهر من الأصحاب الاتفاق على أن الأوصاف بأنفسها غير مقابلة بالعوض بحيث يكون قسط من الثمن بإزائها، بل المعوض عبارة عن جوهر الشئ ومادته، وأما اعتباراته وأوصافه فهي موجبة لزيادة القيمة ونقصانها، لا أنها أيضا جزء من المعوض، ولذلك نصوا على أن فوات الأوصاف لا يوجب التبعض في الصفقة، بل يوجب الخيار نظرا إلى لزوم الضرر، لكنه لم يفت من المعوض جزء حتى يسقط من العوض شئ في مقابله، ومجرد اختلاف القيمة

[216]

باختلافها لا يوجب كونها جزءا من العوض، فلا تذهل. والمراد بالأوصاف التي نذكرها هنا ليست أوصاف النوع المميزة بين الأنواع (1) بحيث يختلف باختلافها الماهيات - كما في الحنطة والشعير والبقر والغنم - فإنها داخلية في الماهية ملحوظة في صدق الاسم، وبفواتها يختلف الجنس ويوجب بطلان المعاملة، وبالجمله: الكلام في أوصاف الأصناف، دون أوصاف الأنواع التي يعبر عنها بالفصول المنوعة. فإن قيل: إن المبيع إذا كان - مثلا - هي الحنطة الحمراء ثم بانت على خلاف الوصف، فلا ريب أن الوصف وإن لم يكن ذاتيا للحنطة لكن بعد اعتبار قيديته في المبيع يصير جزءا صوريا من المبيع كالنوع، فإما أن يكون فواتها مبطلا للمعاملة كما [لو] (2) خرج من غير الجنس، وإما أن يكون موجبا لتبعض الصفقة، إذ العوض إنما بذل في مقابل هذا المجموع المركب. قلنا: اعتبار ذلك قيذا في المبيع لا يقتضي كونه جزءا من المعوض، فإن من المعلوم أن المعوض عبارة عن الحنطة وكون الوصف المأخوذ فيه نظير الشرط، والوجه فيه احتمال انفكاك الوصف عنه، وهذا ميزانه العرف، فإذا لم يكن في نظر أهل العرف جزءا للمبيع فلا يكون شئ من العوض في مقابله، والقيود الاعتبارية في المفاهيم وإن كانت كالأجزاء [منها] (3) في المفهوم لكنها لا يقع عليها المعاملة، فإن قولنا: (بعت الحنطة الحمراء) معناه: بعت الحنطة الموصوفة، لا بعت الحنطة والوصف، فتدبر. وبالجمله: في المعاوضات كلها - من البيع والصلح والمزارة والمساقاة والأجارة وغير ذلك - لا عبرة بالأوصاف (4) في مقابلة العوض بمعنى: أنه لا يسقط من العوض شئ في مقابل فوات الوصف، بل: إما أن يقبل كذلك أو يترك،

(1) في (م): المميّزة له من الأنواع الأخر. (2) من (م). (3) من (م). (4) وردت العبارة في (م) مختصرا، هكذا: وبالجمله لا عبرة في المعاوضات كلها بالأوصاف .

[217]

وكما لا ينقص بفواته شئ لا يزيد بزيادته أيضا شئ آخر. ومن هنا أيضا نقول : لو دفع إلى القابل ما هو على وصف أحسن وأعلى مما ذكر في المعاملة وجب القبول وإن لم يكن هذا عين ذلك الوصف المشروط، لأن الوصف ليس معوضا حتى تبطل المعاوضة بتغيره، واعتباره إنما هو لعدم الضرر، ومتى ما دفع إليه الدافع ما هو أعلى فلا ضرر، والعين المبعة قد وجدت فوجب القبول. وثانيهما (1): في وصف الصحة. لا ريب أن الصحة في الأعيان الخارجية هي الأصل، والفساد على خلافه: إما لأن الغالب في المخلوقات الصحة فالمشكوك فيه يلحق بها، وإما لأن خلقه الله تعالى إنما هي على نهج مقتضى الطبيعة، ولا ريب أن الصحة عبارة عن كون الشئ على ما هو مجرى الخلقة الأصلية، والعيب شئ (2) يطرأ على الشئ بالعارض، والأصل عدم عروض ذلك العارض المخرج للشئ عما هو مقتضى خلقته وعادته، ولذلك أن سائر الأوصاف لابد من ذكرها في المعاملة، لاختلاف الرغبات، بخلاف وصف الصحة، فإن عدم ذكرها غير مانع لأقدام الناس على المعاملة بانبا (3) على كون الشئ صحيحا على طبق الأصل، فكان عدم ذكره بمنزلة ذكره (4) ولهذا لو فات وصف الصحة وظهر معيبا تخير العاقد أيضا وإن لم يقيد في العقد، لأن الصحة بعد قيام هذا الأصل تصير

كالشرط الضمني، وفواته يوجب الخيار. إذا عرفت هذا، فنقول: قد علم من ذلك (5):
أن الصحة عبارة عن كون الشيء

(1) أي: ثاني الباحثين، تقدم أولهما في ص: 215. (2) شئ: لم يرد في (م). (3) في (م): بناءا منها. (4) في (م): (فكان عدم ذكر الصحة بمنزلة ذكرها). (5) في (م): فقد علم مما ذكرنا. والجملة التي قبلها - إذا عرفت... - وردت بعد قوله: كما ورد في الرواية.

[218]

على الخلقة الأصلية، ولازمه ترتب الثمرات المقصودة من ذلك النوع أو الصنف عليه، والعيب عبارة عن الخروج عن الخلقة الأصلية بزيادة أو نقص، كما ورد في الرواية (1). فنقول: هل وصف الصحة في المعاوضات جزء من المعوض أو كالجزء؟ بمعنى: أنه مقابل بالعوض بحيث لو فات الصحة يلزم من ذلك سقوط جزء من العوض بإزائه (2) أم لا؟ تخيل بعضهم أنه جزء، وذلك لوجه: أحدها: أن الصحة من الأوصاف الداخلية، بمعنى: أنها عبارة عن كون الشيء على مقتضى خلقته، فهي بمنزلة الفصول المتنوعة الداخلة تحت الاسم. وفيه: أن الأسامي لا ريب في وضعها للأعم من الصحيح والفساد، لعدم صحة السلب (3) وتبادر القدر المشترك، وسبق الصحيح إلى الذهن إنما هو لانصراف الإطلاق، كما لا يخفى، فالاسم [لما هو (4)] أعم من كونه صحيحا وفسادا. وعلى فرض كونه منوعا أيضا لا يلزم انقسام العوض بالنسبة إليه، إذ لو كان منوعا للزم بطلان المعاوضة لو خرج معيبا، لأنه من غير الجنس بناءا على هذا التقرير، مع أنه ليس كذلك. وثانيها: أن الصحة من الأوصاف التي يتزايد بها القيمة، فلو لم يكن شئ من العوض في مقابلها لما كان زيادة القيمة بسببها ونقصانها بفواتها. وفيه: أن هذا لو كان سببا لكونها جزءا من المعوض مقابلا بالعوض للزم ذلك في سائر الأوصاف أيضا، إذ الأوصاف كلها تختلف بها القيم وتتفاوت بها الرغبات، مع أن الأجماع قام فيها على عدم كونها مقابلة (5) بالعوض. ودعوى: أن ذلك لعله خرج بالدليل وإلا كان مقتضى القاعدة تبعض العوض،

(1) الوسائل 12: 410، الباب 1 من أبواب أحكام العيوب. (2) في غير (م): المعوض في إزائه. (3) في غير (م): لعدم الصحة للسلب. (4) من (م). (5) في غير (م): مقابلا.

[219]

ليست بأولى من القول بأن زيادة القيمة ونقصانها بسببها أعم من كونها مقابلة بالعوض. فالقاعدة عدم التبعض إلا فيما ثبت بالدليل، ولم يثبت، مع أن العرف شاهد على ما قلنا. وثالثها: أن الأجماع قام على أن المبيع إذا خرج معيبا فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين الأرش، وهو تفاوت ما بين القيمتين من الثمن، وهذا ليس إلا تبعضا للصفقة، كما أنه إذا تلف بعض المبيع أو ظهر مستحقا تبعضت، بمعنى: أن المشتري له الخيار بين أخذ الباقي بالنسبة من الثمن وبين فسخ الكل، وليس الأرش إلا عبارة أخرى عن ذلك، فصار المعلوم (1) أن وصف الصحة يعد (2) في مقابل العوض، ولذلك لم يعتبر [في (3)] التفاوت في باقي الأوصاف، بخلاف وصف الصحة، مضافا إلى جريان بعض أحكام الجزئية (4) فيه في باب الصرف وغيره، كما ذكره الفقهاء، ولا يخفى [ذلك] (5) على من راجع. وفيه: أن قيام الأجماع على ذلك في البيع لا يجعلها كاشفا عن كونها مقابلة بعوض، بل هو حكم ثبت بالدليل، وأيضا لو كان الأرش على القاعدة - بمعنى كونه استرجاعا لجزء من الثمن بإزاء (6) جزء من المبيع - للزم كون الأرش من الثمن بعينه، مع أن الفقهاء بنوا (7) على أن الأرش إنما يعتبر من النقد الغالب فهو يدل على أن ذلك غرامة جديدة لا ربط لها بالمعاملة دفعا لضرر المشتري. وبالجملة: كما أن جريان هذه الأمور لا يدل على عدم الجزئية، فما ذكرته من الأرش أيضا لا يدل على الجزئية والمقابلة (8) بعوض. والمدار في ذلك على

(1) في (م): فعلم. (2) في (م): يكون. (3) من (م). (4) في غير (م): بعض الأحكام للجزئية. (5) من (م). (6) في غير (م): في إزاء. (7) في (م): بناء الفقهاء. (8) العبارة في (م) هكذا: وبالجمل: إن لم تكن في هذه الأمور دلالة على عدم الجزئية فكذلك ما ذكر سابقا، فإنه ليس فيه ما يدل على الجزئية وكونه مقابلة بعوض .

[220]

العرف، ولا ريب (1) أن المقصود في المعاملة ليس إلا الماهية، والصحة مقصودة من الخارج توجب زيادة القيمة وشدة الرغبة، فإذا خرجت معيبة فلا ريب في وجود المبيع بتمام أجزائه، وهذا وصف مقصود قد فات، وبالجمل: لا أعرف (2) (لجعل الأرض على القاعدة وجها يعتمد عليه. والحق: أن وصف الصحة أيضا كسائر الأوصاف، وثبوت حكم الأرض في البيع إنما هو بالدليل، فإن تعدينا إلى سائر المعاوضات - كالصلح والأجارة ونحوهما - فإنما هو بالمنطوق المنقح، أو بشئ آخر. كما أنا قد تعدينا من المثلن إلى الثمن للأجماع على اتحاد حكمهما. ولو لم يكن هناك دليل معتمد فيقتصر على محل الدليل في ثبوت الأرض، وغاية ما يثبت في المقامات الآخر الخيار - كخيار الوصف - ويختص الأرض بالبيع. ويخطر بالبال هنا كلام في تطبيق الأرض على القاعدة - ولعله من إفادات شيخنا (الشيخ موسى) ابن الشيخ جعفر الغروي (3) عند قرائتنا عليه في خيار العيب - وهو أن المقرر عندنا: أن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، ولا فرق بين تلف الكل وتلف البعض، فلو تلف البعض سقط بحسابه من الثمن، فلو اختار الأبقاء فقد رجع في الحقيقة إلى عوض الجزء التالف وهو ما يخصه من الثمن بالنسبة، وإلا لزم (4) الجمع بين العوض والمعوض، فالأرض في الحقيقة ضمان التالف، غايته في هذا المقام يسمى بالأرض، وفي مقام آخر بالمثل والقيمة، وفي مقام باجرة المثل، والمعنى في الجميع: ضمان التالف. وهذا الكلام لا أرى له نفعاً فيما أردناه من تطبيق الأرض على القاعدة حتى يتسرى إلى سائر العقود، [و] (5) يجعل الصحة من موارد العقد ومن متعلقاته في كل

(1) العبارة في (م) هكذا: فالمدار في ذلك حينئذ على العرف ومن المعلوم لديهم (2). العبارة في (م) هكذا: فإذا خرج المبيع مثلاً معيباً يحكمون بوجوده بتمام أجزائه أن الفأنت وصفه المقصود، والحاصل لا أرى... (3) في (ف، م): شيخنا موسى بن جعفر الغروي. (4) في (ف، م): للزم. (5) لم يرد في (ن، د).

[221]

معاوضة، بل في كل عقد. أما أولاً: فلأن هذه القاعدة وهو الضمان قبل القبض إنما هو مختص (1) بالبيع وما يلحقه حكمه من العقود بإجماع ونحوه - كالأجارة - ولم يدل دليل عام على أن كل عوض ومعوض في معاوضة فهو مضمون على صاحب اليد ولو كان بإذن المالك الجديد ما لم يحصل القبض، وذلك واضح، فلو سلم هذا المطلب أيضاً لم ينفع في التسري إلى الأبواب الآخر في إثبات حكم الأرض وجعل الصحة كالجزء. وأما ثانياً: فلأن هذا متى ما دخل تحت باب الأتلاف فلا معنى لكون ذلك مختصاً بالعيب، إذ كل وصف وكل جزء إذا تصرف فيه البائع أو غيره أو أتلفه يضمن ذلك للمشتري، وكذلك في سائر المعاوضات، وهذا ليس إثباتاً للأرض على حكم المعاوضة، بل هو [بعبارة أخرى يصير] (2) أن المال قد صار مال المشتري متى ما لم يفسخ، وحيث إن البائع أتلّف منه شيئاً فهو ضامن له، وهذا يجيء لو غير البائع تركيب المبيع أو غيره إلى صفة أخرى أدنى قيمة منه، فهو أيضاً ضامن، ولم يكن للعيب في ذلك مدخلة، ولم يكن ثبوت الأرض على قاعدة المعاوضة. وأما ثالثاً: فلأن الضمان إنما هو مع الأتلاف، وأما مع التلف السماوي فلا معنى لتغريم البائع، فإن قلت: إنه من جهة أنه مضمون عليه كيف كان، رجع إلى قاعدة ضمان المبيع، لا إلى قاعدة الأتلاف، وقد ذكرنا أنه يختص بالبيع، فكيف يتسرى إلى غيره إلا بدليل؟ مضافاً إلى أن ضمان المبيع على البائع إنما هو على حسب ما كان حال البيع، فغاية ما ذكرت تفيد (3) انطباق الأرض على القاعدة إذا كانت العيوب حادثة بين العقد والقبض، وأما لو كان العيب موجوداً فيه قبل العقد فلا ربط لذلك في ضمان

(1) في (م): هذه القاعدة - أي الضمان قبل القبض - مختصة. (2) لم يرد في (م) (3). (في غير (ن): يفيد .

[222]

البائع للمبيع، لأن المبيع قد صار مبيعاً على حالة كونه معيماً، ولم ينقص من ذلك شيء ولم يتلف من ذاته ولا من صفته شيء في يده حتى يكون ضامناً له. فلو لم يثبت حكم الأرض مطلقاً من الدليل فلا تنفع قاعدة ضمان المبيع في ذلك، بل يكون حكمه كسائر الأوصاف التي أقدم عليها المشتري وانكشف خلافها، ولا ريب أن ذلك ليس إطلافاً من البائع للوصف، وإلا للزمك أن تقول بغرامة الأوصاف - كما لو غير البائع الوصف بعد البيع وقبل القبض بل إنما هو خروج للمبيع على غير الوصف ولازمه خيار الرد دفعا للضرر، وأين ذلك من تطبيق الأرض على القاعدة؟ وبالجمله: من له نظر ثاقب في الفن لا يغفل عن ملاحظة الجهات بأجمعها في تميم المدعى، ولم أجد شيئاً يركن إليه في جعل الصحة في حكم الجزء حتى ينطبق باب الأرض على القاعدة كما زعمه (1) طائفة. وليس كلام شيخنا المذكور (2) على الظاهر إلا في خصوص انطباق الأرض على القاعدة في بعض الصور وفي خصوص البيع، وإلا فهو (3) أجل عن الاعتماد على أمثال هذه الكلمات الموهونة في النظر، وإلا فاللازم علي العود على النظر ثم العود حتى يتضح الأمر، والله الهادي. قاعدة: لا ريب أن مورد الصلح يكون منفعة وحقا كما يكون عيناً، وقد نص على ذلك الأصحاب في كتاب الصلح، ولا يكاد يظهر بينهم في ذلك خلاف، وقد ذكروا: أن الصلح يقوم مقام البيع والهبة والأجارة والعارية والأبراء. نعم، لهم كلام في أنه يختص بصورة سبق النزاع أم لا؟ وقد أطبق أصحابنا على التعميم .

(1) في (ن، د): يزعمه. (2) يعني: الشيخ موسى ابن كاشف الغطاء قدس سرهما المتقدم ذكره في ص: 220. (3) في (م): وإلا فهو لا يتم كما عرفت، والله الهادي. (والاختصار من مصححها، كما لا يخفى .)

[223]

ولهم كلام أيضاً في كونه فرعاً للعقود المذكورة - بمعنى كون الصلح في الحقيقة عبارة عما يقوم مقامه من العقد، غايته اختلاف العبارة، ولازمه جريان جميع أحكام المنوب عنه عليه، كما نسبوه إلى شيخ الطائفة (1) وفرعوا عليه في أبواب الفقه تفرعات كثيرة لا تخفى على المتتبع - أو كونه أصلاً برأسه، كما ذهب إليه المشهور بل لا يكاد يظهر في ذلك خلاف بعد الشيخ، لعموم أدلته، وأصالة عدم جريان حكم غيره فيه، وعدم دخوله تحت أسامي تلك العقود. وهنا كلام آخر مسكوت عنه في كلام الأصحاب، وهو أن العين المصالح عنها والمنفعة لا إشكال فيهما، من جهة أن ذلك قد تنقح في كتاب البيع والأجارة المنافع والأعيان القابلة للمعاوضة (2). وأما الحق: فلم يتبين مراد الأصحاب من ذلك، ولم يعلم أن مرادهم جواز الصلح على كل حق إلا ما قام قاطع (3) على عدم الجواز فيه أو جواز الصلح على الحق في الجملة، بمعنى كون مورد أعم من العين والمنفعة، وليس غرضهم بيان أن أي حق يصير مورداً للصلح، وأي حق لا يصير. وبالجمله (4): نقول: لا ريب أن من الأعيان والمنافع والحقوق ما هو قابل لأن يكون (5) مورداً للعقود الأخر غير الصلح، وما هو غير قابل لشيء منها، وما هو مشكوك فيه، فما هو قابل للبيع والأجارة والأبراء من الأعيان والمنافع والحقوق فلا كلام في أن الصلح أيضاً يتعلق به، لعموم (الصلح جائز بين المسلمين، إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً) (6) والظاهر أن هذا مما لا بحث فيه، وإنما الكلام في

(1) صرح بذلك في المبسوط 2: 288. (2) كذا وردت هذه الفقرة في غير (م) ولا يخفى ما فيها، ولذا غيرها واختصرها مصحح (م) بما يلي: ثم إنه لا إشكال في جواز الصلح على المنافع والأعيان القابلة للمعاوضة. (3) في (م): دليل. (4) من قوله: بمعنى كون مورد... إلى هنا لم يرد في (م)، مع تبديل (نقول) بـ (فنقول) (5) في غير (م): (ما هي قابلة لأن تكون) وهكذا فيما يأتي في هذه الفقرة (6). الوسائل 13: 164، الباب 3 من أبواب أحكام الصلح، ح 2، وفيه: إلا صلحاً أحل حراماً ...

الأشياء التي لا تقع موردا للعقود الآخر، ولا كلام فيها أيضا في خصوص أعمية الصلح في الجملة، بمعنى: أن من الأعيان والمنافع ما هو غير قابل للبيع والأجارة، وهو قابل للصلح، لكن لا ريب أن ذلك ليس فيما هو مطلق نظرا من ملاحظة أصل القابلية، بل ذلك بحسب العوارض، كالمجهول ونحوه. وبعبارة أخرى: أعمية الصلح في الأعيان والمنافع عنهما إنما هي في اختلاف الصفات، لا أن شيئا غير قابل للبيع بالذات قد يكون قابلا للصلح، وقد أشرنا سابقا في الضابط (1): (أن عقود المعاوضات كلها مبنية على اعتبار عوض مالي له قيمة مع وجود النفع المحلل المقصود عند العقلاء، كما أشار إلى هذا الضابط المحقق الثاني في شرح القواعد في كتاب البيع (2) ويوافقه التتبع. والصلح من عقود المعاوضات، كما نص عليه المحقق الثاني (3) حتى أن قيامه مقام الأبراء أيضا لا يكون إلا بصورة معاوضة، كقولك: صالحتك عن عشرة بخمسة. وأما في الحقوق: فهل هو أيضا كذلك - بمعنى: أن كل حق ثبت جواز إسقاطه والأبراء عنه يجوز كونه موردا للصلح - أو لا، بل يجوز أن يكون من الحقوق ما لا يسقط بالأسقاط، ولكن يمكن الصلح عليه ويلزم؟ وتفصيل الكلام: أن الحقوق، منها: ما علم بالأجماع والضرورة أنه غير قابل للسقوط، لا بصلح ولا بغيره، كحق استمتاع الزوج عن الزوجة، فإنه لا يسقط بإسقاطه، وكذا لو صالح عنه، بل له الاستمتاع متى شاء. وكذا حتى السبق في باب الرماية، فإنه إذا أصاب أحدهما أزيد من الآخر ولم يتم النضال فلا يجوز الصلح على إسقاط الزائد - كما نص عليه في الروضة (4) - لمنافاته لمشروعية المعاملة، أو للأجماع .

(1) في (ن): الضابطة. (2) جامع المقاصد: كتاب البيع الفصل الثالث في العوضين ج 4 ص 90. (3) جامع المقاصد 5: 411. (4) بل نص بذلك في اللمعة، وقرره في الروضة 4: 434 .

ومنها: ما علم قبوله للأسقاط بلا عوض، أو بصلح، كالحقوق المالية، من حق خيار، أو حق شفعة، أو حق قصاص، أو حق رهانة - أو نحو ذلك - فإنها قابلة للأسقاط، وقد نص على ذلك الفقهاء في أبواب الفقه، كما لا يخفى على الممارس . ومنها: ما هو مشكوك السقوط والعدم، أو معلوم عدم السقوط بالأسقاط المجاني، ومشكوك السقوط بالصلح، وله موارد في النظر الآن ويظهر أكثرها بعد التأمل، ونشير إلى ما هو في النظر حتى يكون عنوانا للبحث (1). أحدها: الصلح على مثل حق الأبوة. وثانيها: الصلح على حق الحضنة. وثالثها: الصلح على حق الولاية لو كان الولي اثنين - كالأب والجد - إذا صالح أحدهما حق الآخر بشئ. ورابعها: صلح حق القسمة للزوجات، وكذا حتى المضاجعة والموافقة، ولعل المسألة مفروضة في كتب الفروع (2). وخامسها: الصلح على حق رجوع الزوج، فيما إذا طلق رجعا بأن تصالحه (3) الزوجة عن ذلك بشئ حتى لا يبقى له بعد ذلك رجوع. وسادسها: الصلح على الحقوق الثابتة في العقود الجائزة كحق الفسخ في نحو الشركة والمضاربة ونحوها (4) وحق العزل في الوكالة، وحق المطالبة في القرض والوديعة والعارية - ونظائر ذلك - فهل يجوز الصلح على شئ من ذلك حتى يلزم ويسقط الحق أم لا؟ وسابعها: الصلح على مثل حق السبق في إمامة الجماعة، أو في المسجد، أو نحو ذلك. وثامنها: الصلح على حق التولية الذي يجعل في مثل الوقف ونحوه .

(1) وردت العبارة في (م): مختصرا، هكذا: وله موارد نشير إليها حتى تكون عنوانا للبحث. (2) قوله: ولعل المسألة... لم يرد في (م). (3) في غير (م): (بصالح). (4) في (م): في الشركة والمضاربة ونحوهما .

وتأسعها: الصلح على حق النفقات في مثل الأبوين ونحوه. وعاشرها: الصلح على حق الفسخ في النكاح بسبب أحد العيوب. والحاصل: الغرض من هذا البحث أن الصلح هل هو صحيح في كل حق على مقتضى القاعدة إلا ما أخرجه الدليل - سواء كان من الحقوق المعلوم جواز إسقاطها (1) مجاناً أو المعلوم عدم جواز إسقاطها (2) كذلك أو شك في جواز إسقاطه (3) وعدمه - أم لا، بل لا يصح الصلح إلا على ما يصح الأبراء عنه والأسقاط؟ وينبغي أن يعلم: أن هذه المسألة ليست هي المسألة الفرعية المعهودة في كتب القوم، لأنها مبنية على أن حكم الصلح في الخيار ونحوه هل هو حكم العقود الخمسة (4) أم لا؟ وهذه المسألة مبنية على أن مورد الصلح هل هو عبارة عما يمكن أن يكون مورداً لأحد الأمور الخمسة - من إسقاط أو عارية أو نحو ذلك - أم مورده أعم من ذلك؟ فيمكن صحة الصلح على شيء ليس قابلاً لشيء من المعاملات الخمسة، وهذا الفرق لا يكاد يشتبه على من له خبرة بمذاق الفن. إذا عرفت محل البحث، فنقول: المسألة ذات وجهين، بل ذات قولين: ظاهر بعض عبائر الفقهاء كون الأصل في كل ما شك فيه جواز الصلح، ولذلك ينصون في المقامات التي لا يقبل الصلح عليه (5) - وهو ظاهر بعض المعاصرين (6) أيضاً - بل قد تداول الصلح على حق الرجعة وعلى حق الفسخ في العقود الجائزة في بلاد العجم على ما نقلوا عنهم (7) وهو لا ينشأ إلا من فتوى من يعتمدون عليه من العلماء. وظاهر طائفة من المعاصرين ومن قاربنا (8) من السلف - منهم الشيخ الفقيه

(1) و(2) في (ف، م): إسقاطه. (3) كذا في النسخ، والمناسب: إسقاطها. (4) المراد من (العقود الخمسة) هو البيع والأجرة والعارية والهبة والأبراء. (5) في (م): لا يصح الصلح عليها. (6) لم نقف عليه. (7) العبارة في (م) هكذا: في جملة من الأمصار على ما حكى. (8) في (م): قاربهم.

المحقق (موسى بن جعفر الغروي) قدس الله تعالى سرهما، حيث نص عليه في الدرس عند قراءتنا عليه - عدم جواز الصلح إلا على ما يقبل الأسقاط وبعبارة أخرى: ليس الصلح مشرعاً، بل إنما هو ملزم، ويريدون من هذه العبارة عدم جواز الصلح على حق لم يثبت جواز إسقاطه بغيره. ومنشأ الخلاف: أن عموم ما دل على أن الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً (1) هل يشمل مثل ذلك أم لا؟ فيمكن أن يقال: إن الصلح أمر عرفي، وهو قطع النزاع، أو إسقاط المطالبات، أو تملك ما يقصد تملكه في الأعيان والمنافع، وليس له حقيقة جديدة توجب الأجمال، ولا ريب أن المفرد المحلي باللام إما موضوع للطبيعة - كما عليه المحققون - والأحكام تتعلق بالطبائع على المختار، فيكون حكم الجواز ثابتاً على الطبيعة المستلزمة لسريانه إلى الأفراد كافة، سيما مع حذف المتعلق القاضي بالعموم في أغلب المقامات. وإما أنه ليس موضوعاً لها، أو لا يجوز تعلق الأحكام بالطبائع، فإما (2) أن يراد منه جميع الأفراد فهو المطلوب، أو الفرد المعين ولا قرينة عليه، أو الفرد المنتشر وهو مستقبح في كلام الحكيم في مقام البيان، لعدم الفائدة، فلا إشكال في إفادته العموم. والمراد بالجواز: إما الحكم التكليفي بمعنى الأباحة، فيكون مفيداً للصحة، إذ لا شيء من العقد الفاسد بمباح. وإما الحكم الوضعي بمعنى الصحة والمضي فلا كلام في دلالة على المدعى. وليس في اللفظ ما يفيد تقييده ببعض الأفراد أو الأحوال، والأصل عدم التخصيص. لا يقال: قد خرج منه بعض الأفراد جزماً، لأننا نقول، خروج البعض غير قادح في الحجية في الباقي، وليس فيما بين المشكوكات في الدخول والخروج علم

(1) الوسائل 13: 164، الباب 3 من أبواب أحكام الصلح، ح 2. (2) في (م): وحينئذ إما .

إجمالي بخروج البعض حتى يسري إجماله إلى العام، مع أن ذلك ينافي احتجاج العلماء بهذا العموم في كل مقام. وأما التخصيص بـ (ما أحل حراماً أو حرم

حلالاً) ففي معناه إجمال، وتفصيل نذكره (1) مشروحا ومبسوطا في مبحث الشروط، إذ هما من هذه الحيثية سواء، ولا دخل له فيما نحن بصده. فنقول: كل مقام شك في جواز الصلح عليه وعدمه نتمسك بعموم جواز الصلح، إلا ما أخرجه الدليل. فإن قيل: الظاهر من ذلك بيان مشروعية الصلح في الجملة، فلا عموم فيه ولا إطلاق. قلت أولا: إن هذا ينافي استدلال الفقهاء به في موارد الشك في شرط أو مانع، ولا فرق بين الأفراد والأحوال. وثانيا: أن وجود الاستثناء في الرواية دليل العموم وأنه هو المراد، فيصير المعنى: أن كل ما هو غير المستثنى فهو جائز. وثالثا: أن هذا يرد على سائر عمومات أبواب الفقه من قبيل (أحل الله البيع) ونحو ذلك، مع أنه لم يشك فيه مشكك في إفادته العموم، ولا ريب في التمسك بها (2) في موارد الشك. فإن قلت: إن الظاهر منه (3) جواز الأصلح ورفع الشقاق، ولا دخل له فيما أردته من العموم. قلت: هذا رجوع عن عقدية الصلح، ومصير إلى ما ذهب إليه العامة من اختصاص الصلح بمقام النزاع. فإن قلت: نقول: إنه عقد بلفظ (صالحت) لكنه على حسب ما يجوز في غيره من العقود، بمعنى: أنه يتعلق بكل ما يتعلق به العقود: من أعيان أو منافع أو حقوق

(1) في (م): إجمال، وسنذكر تفصيله. (2) في (م): به. (3) يعني قوله صلى الله عليه وآله: الصلح جائز بين المسلمين ...

[229]

ولا يلزم من ذلك التعميم إلى ما (1) لم يثبت المعاملة فيه بغير الصلح. قلت: هذا في الحقيقة إرجاع إلى قول الشيخ بالفرعية (2) من جهة وإن لم يكن عين ذلك القول، بل هو أحد الاحتمالات في كلام الشيخ، فإن في بيان مراده لنا كلاما طويلا ليس هذا موضع ذكره، ويحتاج الإرجاع إلى ذلك إلى وجود مخصص ومقيد، مع أن ذلك يجيء في (أحل الله البيع) إذ لقائل أن يقول: ينصرف إلى ما يجوز فيه الهبة مثلا، والهبة تنصرف إلى ما يجوز فيه البيع، والأجارة تنصرف إلى ما يجوز فيه العارية والجعالة وبالعكس. وبالجملة: صرف العمومات إلى ما ثبت قيام نظائره من العقود مقامه محل إشكال محتاج إلى الدليل، مع أنا نتمسك في الصلح على المجهول أو على ما لا يقدر على تسليمه - أو نحو ذلك من الأمور التي لا يقع عليها بيع وغيره - بعموم (الصلح جائز) فلو بني على الانصراف إلى موارد البيع والأجارة والأبراء ونحوها لما كان لهذا الاستدلال موقع أصلا. فإن قلت: إنا لا نريد صرفه إلى خصوصيات ما يصح فيه العقود الآخر، بل إلى نوع ذلك - كما ذكر في تحرير محل النزاع - بمعنى: أن كل ما هو قابل بنوعه وبذاته لتعلق أحد العقود الخمسة عليه فهو قابل لوقوع الصلح عليه، مع قطع النظر عن أحواله من جهالة أو معلومية ونحوهما، ولا ملازمة بين المقامين. قلت: نعم، ولكن الصرف إلى ذلك أيضا مفتقر إلى دليل يدل على ذلك، ولم نجد ما يقتضي ذلك، والعموم شامل. ويمكن أن يقال: لا ريب في انصراف الأدلة في أجناسها وأنواعها إلى المتعارف، خصوصا في المطلقات، وأن الصلح من باب المطلق لا العام، فينصرف إلى ما هو المتعارف بين الناس في زمن الخطاب ولا شبهة في أن الصلح على * (الأعيان والمنافع والحقوق القابلة للأسقاط المجاني - كالماليات ونحوها - هامش) * (1) في (م): لما. (2) تقدمت الإشارة إلى موضع كلامه في ذيل ص: 223، الهامش 1.

[230]

متعارف شائع، كما يكشف عنه العرف اليوم، ويدل عليه ملاحظة السير والتواريخ، فإنها تشتمل على وقوع الصلح في الأزمنة السابقة على الحقوق المذكورة. وأما ما هو غير قابل للأسقاط فليس الصلح عليه متعارفا جزما، بل ما شك في إمكان إسقاطه وعدمه فلا يشمل الأدلة، ولا يمكن التسري من جواز الصلح ومشروعيته في الأفراد الشائعة إلى غيرها، لوجود القدر المتيقن (1). نعم، يبقى الكلام (2) في أن كل ما شك في أنه قابل للأسقاط بالأبراء ونحوه، هل الأصل أن يكون قابلا للأسقاط أم لا؟ والذي يقتضيه النظر أن الأصل عدم السقوط، لأصالة البقاء ما لم يدل دليل على السقوط. نعم، يمكن تحصيل الأجماع على أن الناس مسلطون

على حقوقهم في الأسقاط، والتمسك بعموم ما دل على التجاوز والعفو، وهو مقام آخر. وبالجمل: الاقتصار في الصلح على ما يقبل الأسقاط أشبه وإن كان التعميم لا يخلو من وجه معتمد، ومن ذلك الباب: الصلح على اليمين في المنازعات لأسقاط أو دفع أو أخذ بصورها المتشعبة كما تداوله بعض المتفقهة، والله العالم. قاعدة: قد عرفت أن مورد الأجرة إنما هو المنافع ولا تعلق لها بالأعيان، فلا ينبغي للمستأجر أن يتصرف في عين المال المستأجر في شئ، ولا ينبغي أن يتلف عين في الأجرة بذلك، وقد وقع الأشكال في موارد: منها: الاستئجار للرضاع، فإن المرأة المستأجرة للرضاع لا ريب أنه يتلف بذلك اللبن منها، بل هو المقصود بالأجرة، وهذا مخالف لما هو وضع الأجرة من تعلق الغرض فيها بالمنافع دون الأعيان. ومنها: الاستحمام في الحمام، فإنه يتلف فيه الماء كثيرا، بل العمدة في ذلك هو الماء، فكيف يكون ذلك من باب الأجرة؟

(1) في النسخ: العقد المتيقن، وما أثبتناه من هامش (ن). (2) في (ن، د): كلام.

[231]

ومنها: ما ذكره الشهيد الثاني في كتاب الزكاة من الروضة من استئجار الأرض للرعي (1) وذكر أنه من باب السوم دون العلف، فلا يفقد به شرط وجوب الزكاة . ومنها: استئجار البئر للسقي فإنه يستفاد صحته من بعض العيائن، مع أنه لا ينطبق على مقتضى الأجرة، ونظائر ذلك مما لا يخفى على المتتبع. والوجوه المتخيلة في أمثال ذلك أمور: أحدها: أن يكون كل ذلك معاملة مستقلة غير داخلية في عنوان الأجرة قد ثبت صحتها بالأجماع أو السيرة المستمرة الكاشفة عن تقرير المعصوم، وليس من هذا الباب (2) حتى يورد به الأشكال على المقام. وثانيها: أن يكون من باب الأجرة لكنها خرجت عن القاعدة بالدليل، وسر مشروعية أمثال ذلك - وإن كانت على خلاف القاعدة - توفر الدواعي ومسييس الحاجة ولزوم العسر والجرح لو لم يكن ذلك مشروعا. وثالثها: أن يقال: إن الأجرة موضوعة لتمليك المنافع، والمنفعة أمر عرفي لا ضابط لها شرعا حتى تختص بما يقابل العين، ويكون معناها: مجرد الأمر الحكمي الانتزاعي كالسكنى والركوب، بل منفعة كل شئ إنما هو بحسبه، والمدار على ما يعد في العرف منفعة، ولا ريب أن اللبن منفعة للمرضة كالخدمة والحضانة، والماء منفعة للبئر والحمام، والعلف منفعة للأرض، ونحو ذلك، وإن كانت كل من هذه المنافع أعيانا لو لوحظت بأنفسها، لكن باعتبار نسبتها إلى موضوعاتها تعد منافع في العرف، فلم يخرج عن قاعدة الأجرة، بل هي باقية على وضعها من كونها ناقلة للمنفعة دون العين والمراد بالعين: ما قصد بذاته واستقل في اللحاظ، ولا ريب في هذه الفروض [أن] (3) ليس العين المستأجرة إلا البئر والحمام والمرضة والأرض، وهي باقية على حالها لم يتلف منها شئ، والتالف إنما هو

(1) الروضة 2: 22. (2) أي: من باب الأجرة. (3) من (ن).

[232]

، منافعها عرفا، فلا مخالفة فيها للقاعدة أصلا. ومجمل (1) الكلام أن المنفعة لا تكال بمكيال منضبط، بل تدور مدار العرف. فإن قلت: لاريب أن الثمرة بالنسبة إلى البستان أيضا تعد منفعة، والصوف والحليب بل السخال أيضا تعد منافع للغنم، فينبغي أن يجوز استئجار الغنم لذلك، مع أنه لا يجوز. قلت: بعد تسليم عدم الجواز أن العرف يفرق بين ما ذكرت وبين ما نحن فيه، إذ الثمرة لها وجود مستقل ومالية مستقلة، فإن الميزان في ذلك هو العرف، ولا ريب أن ماء البئر والحمام لا يعد ملكا على حدة، بخلاف ثمرة البستان ونحوها. وبالجمل: فلا مانع من إرجاع المنفعة إلى العرف، وجعل كل ذلك من باب المنافع التي تتعلق بها الأجرة. ورابعها: أن يقال: إن المنفعة المقصودة في هذه المقامات إنما هي المنفعة المصطلحة عند الفقهاء: من الخدمة

في المزرعة، والاستقاء في البئر، ودوران الأغنام في الأرض والدخول والخروج، والكون في الحمام، وليس المقصود في ذلك الأعيان، بل هذه الأعيان كلها توابع - كما سنذكرها في توابع متعلقات العقود - فإن التوابع لا عبرة بها، كما البئر في إجارة الدار للسكنى، فإن الدار المستأجرة للسكنى لا يراد منها إلا هذه المنفعة، لكن يستعمل الماء من باب التبعية، كما أن الكشف (2) في الاستئجار للتلقيح والمداد للكتابة ونحو ذلك، فيجعل جميع الأعيان التابعة في هذا المقام من قبيل التوابع اللاحقة. والتحقيق: أن جعل هذه المعاملات من باب العقد المستقل غير ظاهر وإن أمكن، خصوصاً الرضاع، فإن الفقهاء ذكروه في باب الأجرة. وصحة استئجار البئر للاستقاء والأرض للرعي ممنوع وإن ذكره الشهيد الثاني (3) وإن أمكن أن يقال بصحته عقداً مستقلاً للسيرة، لكن ذكر الرضاع في الكتاب بطريق الأجرة

(1) في (ف)، (م) زيادة: هذا. (2) الكشف: ما يلحق به النخل. (3) ذكره في كتاب الزكاة من الروضة، كما تقدم في ص 231.

[233]

يدل على كون الاسترضاع من باب الأجرة، وكذلك في روايات الاسترضاع (1) فإنها كلها عبرت بلفظ الأجرة، فلا وجه لجعلها عقداً مستقلاً، وكذا البئر للاستقاء والأرض للرعي فإنهما أيضاً يسميان في العرف واللغة إجارة. وتسمية المتعة أيضاً (2) إجارة (3) لا تنافي، لأنه أيضاً إجارة بالمعنى الأعم وإن جعل لها الشارع أحكاماً خاصة، أو نقول: ثبت مجازية الإطلاق هنا بالدليل، ولا يلزم من ذلك مجازية إطلاقها على الرضاع. وأما جعل هذه الأعيان من التوابع والمقدمات فلا وجه [له] أيضاً، لأن التوابع ليست أموراً جعلية اعتبارية، بمعنى: أن كلما فرضته تابعاً يصير تابعاً، بل المراد بها ما هو تابع داخل في الإطلاق عرفاً - كما سنحققه في بحثه - واللبن ليس من توابع المزرعة والخدمة، ولا العلف من توابع الأرض، سيما أن التابع يعتبر فيه مع كون ذاته تابعاً للغير عدم كونه مقصوداً بالذات وكون المقصود ما سواه، وهنا ليس كذلك، إذ ليس المقصود من الحمام إلا الماء، ومن المزرعة إلا اللبن كما لا يخفى، فكيف يمكن جعل هذا تابعاً؟ مع أن ذلك مستلزم لجواز استئجار الشاة للحلب ونحو ذلك مع أنه خلاف الأجماع، وليس المنشأ إلا ذهاب العين. وأما جعلها من باب الأجرة بتعميم المنفعة إلى كل ما يعد في العرف منفعة، فضعيف. أولاً: بإطابق الأصحاب على أن المنفعة المقصودة في الأجرة هي المنفعة الحكيمة دون كل ما يعد نماءً ومنفعة بالمعنى الأعم. وثانياً: بأن صحة الأجرة على كل منفعة بهذا المعنى تستلزم صحة الاستئجار للأرض لجمع علفها، والبستان لثمرته، والغنم ونحوه لحلبه أو لصوفه، أو نحو ذلك، فإن كل ذلك يعد منفعة في العرف، فتصير دائرة الأجرة أوسع من ذلك كله

(1) الوسائل 15: 189، الباب 80 من أبواب أحكام الأولاد، ح 1 و 2. (3) أيضاً: لم ترد في (ن). (3) راجع الوسائل 14: 446، الباب 4 من أبواب المتعة، ح 2 و 4 و 14.

[234]

مع أنه خلاف الضرورة، فكيف يعقل التعميم كذلك؟ ولو لم يعم (1) فأى فارق في هذه المقامات؟ وأقرب الوجوه في ذلك: جعل مثل الرضاع خارجاً عن قاعدة الأجرة بنص الكتاب والسنة والأجماع، وكذا الحمام، للسيرة القطعية على ذلك، والسر في مشروعيتها (2) كذلك لزوم العسر والجرح لو لم يشرع ذلك، وما عدا ذلك (3) مما يتخيل كونه من هذا الباب - كاستئجار الحيوان لحلبه أو لصوفه أو نحو ذلك - فكلها باطلة، ونظير ذلك من المعاملات الفاسدة بين الناس مما لا يتناهى. وليس السيرة عامة حتى نقول بثبوت صحته بالسيرة - كما في الحمام - بل أصحاب التدين المتشرعين يتجنبون عن ذلك. فالحكم فيما لا دليل يعتد به على مشروعيتها بالبطلان وفيما عليه دليل بالصحة - سواء جعلته من باب الأجرة أو معاملة مستقلة - أوفق في النظر القاصر، وإن كان الفقيه لا يعجز عن تخريج الوجوه المصححة. قاعدة: لا ريب أن

مورد الوكالة ما تصح النيابة فيه - كما نص عليه المعظم - وكل ما لا تصح النيابة فيه لا تصح الوكالة فيه. وقرر المحقق الثاني والشهيد الثاني تبعاً للعلامة والشهيد (4): أن كل ما لم يتعلق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين جاز فيه التوكيل، وكل ما يتعلق الغرض بصدوره من مباشر بعينه لا يجوز فيه التوكيل. وهنا أمور علم كونها من قبيل القسم الأول، كالبيع والحوالة والضمان

(1) في (م): لم يعمم. (2) في غير (م): مشروعيتها. (3) العبارة في (م) هكذا: لزوم العسر والجرح لو لم تصح، وما عداهما... (4) انظر القواعد 1: 254، جامع المقاصد 8: 215، اللعة وشرحها (الروضة) 4: 372، لكن الشهيد الثاني قال: ولا قاعدة له لا تنخرم.

[235]

والشركة والقراض والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والرهن وقبض الثمن والوكالة والعارية والأخذ بالشفعة والأبراء والوديعة وقسمة الصدقات واستيفاء القصاص والحدود وقبض الديات وإثبات حدود الأدميين وعقد السبق والرمي والعنق والكتابة والتدبير والدعوى وإثبات الحجة والحقوق والخصومة - سواء رضي الخصم أو لم يرض - وسائر العقود، وأنواع الفسخ من (1) وقف وهبة وحبس وعمري والرقبي والوصية من الجانبين، وفعل ما يتعلق به الوصية ما لم يمنع مانع. وأمور علم كونها من قبيل القسم الثاني، كالطهارة والصلاة الواجبة مادام الحياة، والصوم والاعتكاف كذلك، والحج الواجب مع القدرة، والنذر واليمين والعهد، والمعاصي من سرقة وغصب وقتل - فإن أحكامها تتعلق بالمباشر دون الموكل -، والقسم بين الزوجات والظهار واللعان والعدة، ونحو ذلك إثبات حدود الله تعالى. ومنها: أمور لم يعلم كونها من أي الجانبين: كالتوكيل في السلام أو في جوابه، وفي الجهاد والواجبات الكفائية، وفي إثبات اليد على المباحات: من اصطيد أو احتشاش أو حيازة أو غير ذلك، وفي الالتقاط والشهادة على احتمال، وفي القضاء على بعض الصور، والتوكيل على الأقرار مطلقاً، وفي النوافل والمستحبات من الأدعية وغيرها من الزيارات، وفي أداء الزكاة والخمس والكفارات ونحوها في وجهه. فنقول: هل الأصل في كل مقام شك في جواز النيابة وعدمه جوازها ويترتب عليه الوكالة وما بمعناها من جعالة وإجارة ونحو ذلك، أم الأصل في ذلك عدم الجواز حتى يثبت بالدليل؟ ولم يعهد من الفقهاء في ذلك الباب كلام، فإنهم ذكروا بعض ما تجوز فيه النيابة وبعض ما لا يجوز فيه تلك (2) ثم أحالوا معرفة ذلك إلى

(1) لا يخفى عدم ارتباط ما بعد (من) بما قبلها. (2) في غير (م): ذلك .

[236]

التبعية والاستقراء والدليل التفصيلي، وربما يفهم من ذلك أنه لا يرجح أحد الجانبين ما لم يكن هناك دليل يدل على أحدهما، ولو كان هناك ضابط لبينوه، سيما مع ما نراه من التردد في بعض المقامات من جهة ترددهم في كون هذا الأمر مما يشترط فيه المباشرة، أم لا، ولا يذكرون أن الأصل والقاعدة مع أحد الجانبين. ويمكن أن يقال: إن الأصل عدم الجواز، لوجه: أحدها: أصالة عدم ترتب الأثر الشرعي عليه في عبادة أو معاملة أو عقد أو إيقاع، فإن ذلك المشكوك لو صدر من المباشر قطع بدخوله تحت الأدلة وترتب (1) عليه الآثار المجعولة في الدنيا أو في الآخرة، بخلاف ما لو فعل غيره، فإن ذلك مشكوك فيه، والأصل عدم الترتب. وثانيها: استصحاب بقاء شغل الذمة، أو بقاء الأمر المتعلق بذلك الفعل على ما كان عليه سابقاً، وهو بمنزلة ما ذكرناه من أصالة عدم ترتب الأثر. وثالثها: أن الوكالة من العقود المعروفة، والأصل الأولي فيه الفساد حتى يثبت بالدليل، ولم يقم على صحته دليل في سوى ما علم جواز النيابة فيه، فما لم يعلم ذلك لا دليل على صحته، فيبقى تحت أصالة الفساد. ورابعها: أن الظاهر من فتاوى الأصحاب إنما هو الأجماع على عدم الجواز إلا فيما كان هناك دليل، ولذلك يحتاجون في إثبات الجواز إلى دليل، ومن هنا ذكروا موارد الجواز

وعللوها بتعليلات موجبة للصحة، وظاهر ذلك أن ما لم يثبت الجواز فهم بانون في ذلك على العدم (2). وخامسها: أن الظاهر من الأوامر الشرعية - كما ذكرناه في العبادات - هو المباشرة بمقتضى اللغة والعرف، فيكون ذلك قيّداً، وما لم يعمل مباشرة لم يتحقق به الامتثال في المطلوبات الشرعية، واجبة كانت أو مستحبة، عينية أو كفائية .

(1) في (ن): تترتب. (2) من قوله: وظاهر ذلك... إلى هنا لم يرد في (م).

[237]

وبعبارة أخرى: كل ما هو مطلوب شرعاً مأمور به يكون مقتضى القاعدة فيه اشتراط المباشرة وعدم جواز النيابة والوكالة إلا فيما دل عليه الدليل، كما دل فيما ذكرناه من الموارد، وفي أكثر العبادات عن الميت (1) كما هو المتعارف عند الناس. ويمكن القول بأصالة الجواز، لوجه: أحدها: أن الوكالة عقد من العقود وكل ما شك في صحته وفساده فيرجع فيه إلى ما قرناه سابقاً من أصالة الصحة. لا يقال: إن ذلك إنما هو فيما اشتبه الحكم في العقد مع العلم بالموضوع، لا فيما اشتبه الموضوع، وما نحن فيه من اشتباه الموضوع، لأن ما لا تجوز فيه النيابة لا تجوز فيه الوكالة إجماعاً، وما تجوز فيه النيابة تجوز فيه الوكالة بلا كلام، وهذا مصرح به في كلام الفقهاء، حيث ذكروا أنه يشترط في الوكالة أن يكون المورد مما تجوز فيه النيابة، وموارد الاشتباه الذي هو محل بحثنا إنما هو من شبهة الموضوع، لأننا لا نعلم أنه مما يقبل النيابة حتى تجوز فيه الوكالة، أو مما لا يقبل فلا تجوز، ولا ريب أن الأصل في شبهة الموضوع ليس هو الصحة، لأنه قد خرج عن عموم (أوفوا بالعقود) خصوص الوكالة فيما (2) لا يقبل النيابة، ولا ندري أن ما نحن فيه داخل في المستثنى أو المستثنى منه، فكيف يتمسك في ذلك أيضاً بالعموم؟ ومن هنا يعلم: أن وجود دليل عام في خصوص باب الوكالة أيضاً لا ينفع في أصالة الجواز، فضلاً عن عموم (أوفوا بالعقود) لأنه لو فرض دليل دل على أن الوكالة جائزة بين المسلمين - كما في الصلح - نقول: لا ريب في خروج ما لا يقبل النيابة عنه، فيصير المشكوك فيه من باب الشبهة في الموضوع، فلا يمكن التمسك بالعام في هذا المقام، فتدبر. لأننا نقول أولاً: قد بينا أن الأصل في شبهة الموضوع أيضاً الصحة كما ذكرناه سابقاً، فراجع. وثانياً نقول: إنا لا نسلم خروج ما لا يقبل النيابة عن أدلة الوكالة بل

(1) في غير (م): في الميت. (2) العبارة في غير (م) هكذا: في خصوص الوكالة ما لا يقبل ...

[238]

كل ما خرج عن دليل الوكالة صار مما لا يقبل النيابة. نعم، لو ورد مخصص بلفظ (ما لا يقبل النيابة) لكان موجهاً للأجمال، لكنه ليس كذلك، ولو كان مثل ذلك مما يضر بالتمسك بالعمومات في مورد الشك لم يصح التمسك بعام مطلقاً، فإن كل شئ - أو كل ماء - طاهر مخصص بالنجس النفس الأمري قطعاً، فكل ما شك فيه فيصير مما شك في دخوله تحت العام أو المخصص. والجواب كما ذكرناه: من أن ما خرج هو النجس، لا أن (1) النجس قد خرج، وكذلك في العمومات الآخر، فتدبر. لا يقال: إن أصالة صحة العقد لا توجب فراغ الذمة فيما (2) كان المكلف مأموراً بالأتيان. لأننا نقول: ليس معنى صحة الوكالة إلا تأثير عمل الوكيل ما (3) أثر فيه عمل الموكل، فيكون عمله قائماً مقام عمله في الأثر، واللازم ترتب آثار الدين والدنيا عليه، وإلا فلا معنى لصحة الوكالة. وثانيها: أن النائب إن كان في باب المعاملات وما لا يشترط فيه نية التقرب، فلا شك في أن العمل متى ما وقع يصير مشمولاً لما دل عليه من أدلة أحكام الوضع، فيكون بيعاً وصلحاً أو غسلاً أو نظائر ذلك (4) من الأفعال، فيلزم ترتب آثارها عليه. وإن كان في عبادة، فلا ريب أن النائب والوكيل متى ما نوى كون العمل للمنوب عنه والموكل بمقتضى عموم (5) لكل امرئ ما نوى (5) حصول هذا المقصود لازم،

فيكون العمل للموكل ويترتب عليه الآثار المترتبة عليه، ولا يفترق صدوره من الموكل أو من الوكيل. وإلى هذا المعنى يرجع ما يقال: إن المباشرة مورد في الطلبات لا قيد، وقد ذكرناها في أصالة التعبدية، فراجع ثمة (6).

(1) في (ن): لأن. وعلى أي حال العبارة لا تخلو عن قصور. (2) في (ن، د): فيما لو كان. (3) كذا في النسخ، والظاهر: فيما. (4) في (م): ونظائرها. (5) الوسائل 34: 1، الباب 5 من أبواب مقدمة العبادات، ح 10. (6) راجع الجزء الأول، العنوان 12.

[239]

وثالثها: الاستقراء، وهو أنا بعد ما تتبعنا وجدنا أن الغالب في الأفعال جواز الاستنباط والوكالة، كما علم ذلك مما ذكرناه من الموارد، فمتى ما شك في كون الفرد المبحوث عنه مما يجوز فيه ذلك أو لا يجوز فالظن يلحقه بالغالب من الجواز. ولكن الظاهر من كلام الأصحاب الاتفاق على أن ما شك فيه لا يحكم بجواز النيابة والوكالة، لأصالة عدم ترتب الأثر، وهو مقتضى ما قررناه سابقا: من أن الأصل في الأوامر المباشرة وهي قيد لا مورد، خلافا للبعض، وقد قام الأجماع على أن ما لا تجوز فيه النيابة لا تجوز فيه الوكالة فتصير هذه العبارة - التي هي مورد الأجماع - بمنزلة الخبر المخصص لعموم (أوفوا بالعقود) إن قلنا بدلالته على مثل هذا المقام، وإن لم ترد هذه العبارة في نص. ولو كان في أدلة الوكالة دليل عام أيضا ينصرف إلى ما تجوز فيه النيابة أو يتخصص بالأجماع المذكور والاستقراء بنفسه - بعد البناء على هذا الأجماع - لا ينفع في شيء، مع أن الغلبة المعتد بها بحيث يندر مقابلها غير معلومة. فالصير إلى عدم الجواز إلا فيما علم جواز النيابة فيه أشبه. ويبقى الكلام في بيان أن ذلك في أي مقام ثبت وفي أي مقام لم يثبت، وهو كلام آخر.

[241]

[العنوان الثاني والاربعون] [في توابع العقود] [وبيان المراد منها]

[242]

عنوان [42] في توابع العقود: ومجمل الكلام فيه: أن كل عقد له تعلق بما هو موافق لموضوعه الثابت له ذلك عرفا و (1) عادة أو شرعا، وهو الذي يقصد في المعاملة ولا يكون ما عداه مرادا بالذات. ولكن قد يكون لمتعلقات العقود أمور يتبعها (2) في نظر العرف، بحيث إن إطلاق اللفظ في المتعلق أو إطلاق المعاملة يقتضي انضمام ذلك التابع في العرف. وقد يكون التبعية ثابتة بحكم الشرع، بمعنى: أن الشارع يحكم بلزوم إلحاق شيء على المقصود وإن لم يكن ذلك الملحق مقصودا، وهذه الأمور نسميها بالتوابع. فالذي يكون تابعا شرعا يحتاج في إثبات ذلك إلى وجود دليل شرعي معتبر على التبعية، كما ذكره الفقهاء فيما لو أوصى بإعطاء صندوقه لزيد أعطي بما فيه، أو بإعطاء سفينة له أعطي بما فيها، نظرا إلى ما ورد في الرواية (3) فبعضهم عمل بها على الإطلاق، وبعضهم قيدها بعدم القرينة على الخلاف، وبعضهم لم يعمل بها منعاً

(1) في (ف): أو. (2) كذا، والمناسب: تتبعها. (3) راجع الوسائل 13: 452، الباب 58 و 59 من أبواب أحكام الوصايا.

[243]

للتبعية وطرحا للرواية واعتمد على وجود القرينة على الدخول حيث تحققت (1) (وكما (2) في دخول الطلع الذي لم يؤثر في بيع النخل بالنص. والتابع العرفي يحتاج إلى دلالة العرف على التبعية، فإن كان المتعاقدان من أهل العرف العام فيدخل ما هو تابع عرفا، وإن كان من أهل اصطلاح خاص فيدخل ما هو تابع في اصطلاحهم. ويحيى في ذلك مسألة تعارض العرفين والعرف واللغة، وتحقيقه بقول مجمل ما يحكم القاعدة بأنه المراد، أو الأقرب إليه. وقد ذكر الفقهاء لذلك أمثلة في بحث التوابع، كمفتاح الدار وأساس الحائط والغلق والسلم المثبت والأوتاد ومزارع القرية ومرافقها وثياب العبد والأمة، وهذه المذكورات لعله تجئ في سائر العقود الناقلة للأعيان: من هبة وصلح وإصداق وعوض وإجارة ونحو ذلك، إذ الميزان دخول هذه الأمور تحت اللفظ عرفا وإن ذكرها الفقهاء في باب البيع، وذكروا في باب الإجارة مثل القتب والزماء والحزام والسرج والبرذعة [ورفع الأحمال (3)] والمحمل والمداد في الكتابة وكش التلقيح وخيوط الخياطة والصبغ في الصباغة ونظير ذلك. وأنت بعد التأمل في ذلك تقدر على ملاحظة التوابع في جميع ما يمكن جريانها فيه: من عقود الأعيان والمنافع، عوضا كان أو معوضا، أو بدون المعاوضة، فإن المدار على دخول ذلك تحت إطلاق اللفظ في عرف التخاطب مطلقا. وإذا عرفت معنى التابع لا تبقى لك شبهة في إتباع ذلك التابع والحكم لدخوله (4) تحت مفاد الأدلة في الأبواب كلها، وهو المتبع. وخلاف الفقهاء في دخول بعض وعدم آخر ليس نزاعا في حكم شرعي

(1) إن أردت تفصيل الكلام في المسألة وتسمية قائل كل من تلك الأقوال راجع مفتاح الكرامة 9: 541.
(2) عطف على قوله فيما تقدم: كما ذكره الفقهاء فيما لو أوصى.... (3) ما جعلناه من المعقوفين لم نتحقق معناه، وأسقطه مصحح (م). (4) كذا، ولعله مصحف: بدخوله.

[244]

ابتداء، بل هو بحث في شمول اللفظ عرفا وعدمه، كما اختلفوا في أصل اجزاء المبيع (1) ومقوماته أيضا من جهة الخلاف في معاني الألفاظ. والظاهر: أن اختلاف كلامهم في هذا الباب لا ينزل على البحث في الحكم، وإنما هو نزاع في الموضوع، ويمكن حملة على اختلاف العرف بحسب كل مكان وزمان، فلا نزاع. وهنا أمور: أحدها: أن التوابع لا يشترط فيها ما هو شرط في أصل متعلقات العقود، فيجوز أن يكون (2) التابع في الإجارة عينا، كماء البئر في إجارة الدار، والعلف في إجارة الأرض للرعي في وجه مر إليه الإشارة (3) ويجوز أن يكون التابع مجهولا مع كون أصل العقد يشترط في عوضه المعلوماتية، وقس على ذلك سائر الشرائط، وإلى هذا المعنى ينزل قولهم: (يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل) على أحد الوجوه. وثانيها: أن التوابع إذا وجدت تبعت، وإذا لم توجد لم يجب إيجادها والأتيان بها، فلو لم يكن للدار مفتاح لم يجب على البائع أو المؤجر تسوية المفتاح، وكذا لو لم يكن للدابة سرج أو لجام في الإجارة ونحو ذلك. وكذا لو تلف شيء من التوابع قبل القبض لا يوجب تبعض صفقة، لأنها غير مقابلة بالاعواض، ولا يوجب الخيار أيضا، إذ لم يكن ذلك مقصودا حتى يلزم بفواته الضرر. وثالثها: أنه قد ذكرنا أن التوابع ما يتبعه في نظر أهل العرف، فلا يكون ذلك بقصد المتعاقدين، فلو جعل شيئا متبوعا وآخر تابعا بالقصد لا يصح ما لم يتحقق التبعية في الخارج، فلو باع شيئا من الحنطة - مثلا - مكيلا أو موزونا بثمن وجعل مقدارا آخر مجهول الوزن والكيل تابعا لم يصح، لأن كلا منهما مستقل في

(1) في (ب، د): إجراء البيع. (2) في غير (م): أن يجوز. (3) قد مرت الإشارة إليه في العنوان السابق، ص: 232.

[245]

المقصودية، وليس أحدهما تابعا للآخر، والقصد لا ينفع في ذلك. وذكر الشهيد الثاني في الروضة في باب البيع في شرط المعلوماتية: أن بيع اللبن في الضرع غير جائز وإن ضم إليه شيئا معلوما، وعلمه بأن ضم المعلوم إلى المجهول يصير المعلوم

مجهولا، ثم قال: وبالف الشيخ فجوز ضميمة ما في الضرر إلى ما يتجدد مدة معلومة - إلى أن قال -: وفصل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم وكون المجهول تابعا، والبطلان مع العكس وتساويهما في القصد، وهو حسن، وكذا القول في كل مجهول ضم إلى معلوم (1) انتهى. وأنت خير بأن جعل القصد هو الميزان في الأصلية والتبعية بعيد عن طريقة الفقه وعن الأدلة، والأقوى ما ذكرناه من: أن قصد التبعية لا يجعل الشئ تابعا، بل لابد من شرع أو عرف عام أو خاص. ولا يخفى عليك أن مسألة بيع الأبق مع الضميمة - أو إجارتها أيضا على قول - ليس من باب التبعية - كما قد يتخيل - بمعنى: أن يجعل المقصود الضميمة والأبق تابعا ولهذا لا يعتبر فيه القدرة على التسليم، وإلا للزم جواز ذلك في كل مبيع لا يقدر على تسليمه. ودعوى: أنه مع قصد التبعية يجوز في كل مقام، غير مسموعة، بل ساقطة جدا، بل هو (2) لدلالة النص. ومن العجب! أن الشهيد الثاني ذكر ذلك في باب العلم والجهل (3) ولم يذكر في سائر الشرائط، مع أنه على كلامه: يجوز جعل الوقف تابعا للطلق، وما لا منفعة فيه تابعا لذی المنفعة، وغير المقدور تابعا للمقدور، وما حرم بيعه تابعا لما لا يحرم، فلم اكتفى بخصوص مسألة المعلوم والمجهول؟ وليس ذلك إلا لأدائه إلى مخالفة الضرورة والوجدان. فالمدار في التايح هو ما ذكرناه من الميزان، ويجري عليه أحكامه التي ذكرناها من دون إشكال .

(1)الروضة 3: 282. (2) يعني: جواز بيع العبد الأبق مع الضميمة. (3) يعني :معلومية المبيع ومجهوليته .

[247]

[العنوان الثالث والاربعون] [في ضبط مقتضيات العقود ذاتا وإطلاقا]

[248]

عنوان [43] في بيان مقتضيات العقود: اعلم أن للعقد مقتضيات باعتبار ذاته، وله مقتضيات باعتبار إطلاقه، ويترتب على ذلك في الفقه فروع كثيرة نبه عليها الأصحاب في كل باب، ويترتب على ذلك أيضا بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد، كما ذكره الأصحاب، ويأتي (1) تنقيحه في باب الشروط إن شاء الله تعالى .والمراد بمقتضيات ذات العقد: ما تتحقق ماهية العقد وصحته بها، وبانتفائها تفوت الماهية، سواء كان ذلك من الأركان الداخلية، أو من اللوازم والآثار الخارجية. والمرجع في معرفة هذه الأشياء العرف في بعض المقامات بل أكثرها، والشرع في بعضها، من جهة أن المدار في المعاملات على ما هو طريقة الناس غالبا، ولم يصدر من الشارع في هذا الباب سوى جعل شروط وبيان موانع. فما هي المعاملات تقتضي في الخارج أجزاء وآثارا لو لم تتحقق تلك المقومات واللوازم لارتفع الاسم ولم توجد الماهية في العرف والعادة وهذا

(1)في (ن): سيأتي .

[249]

يرجع إلى ملاحظة مفاهيم العقود، فإن الوقف - مثلا - تمليك المنفعة أو تسهيلها مع حبس العين، وهذا مفهومه العرفي الذي يفوت لو لم يكن هناك عين أو منفعة، أو لم تكن العين مما من شأنه البقاء، أو كان ذلك كله ولم يتحقق التمليك أو لم يتحقق التحبيس، أو جعل موقتا أو منقطعاً، فإن كل ذلك مما يخالف مقتضى ذات عقد الوقف ويشاركه في الأغلب السكنى والتحبس. ويشترك البيع والأجارة والصلح والجعالة والسبق والرماية في اقتضاء ذاتها المعاوضة، فلو كان بدون العوض أو بدون

التمليك - على فرض تحقق المقصود - لم يتحقق اسم المعاملة. ومثل ذلك: كون المضاربة المعاملة (1) بحصة من الربح، والمزارعة معاملة على الأرض بحصة من النماء، والمساقاة معاملة على الأصول بحصة من الثمرة، فإن كل ما يقتضيه ماهية العقد وتحقق اسمه يسمى (مقتضيات الذات) كما ذكرناه. ومنها: الاستمتاع في النكاح، والنفقة في الدائم منه في وجه. ومن هذه الأمثلة قد عرفت (2) كون مقتضى الذات شرعياً بمعنى كونه مجعولاً للشرع وإن لم يحكم به العرف، وعرفياً بمعنى حكم العرف به وإن لحقه الشرع، كالتسليط على التصرف في التمليكات، فإنه من اللوازم التي تكشف انتفاؤها عن انتفاء الملك ما لم يمنع مانع. ولا ريب في اعتبار هذا النوع من المقتضيات، لعدم شمول الأدلة بدونها، وفي بطلان (3) اشتراط ما خالفها - كما نذكر في بحث الشرط - لعدم العبرة بالشرط مع عدم تحقق المشروط فيوجب صحته بطلانه، وذلك واضح. والمراد بمقتضيات الإطلاق: كل ما يقتضيه العقد بحسب إطلاقه، بمعنى عدم ذكر ما يقيد بوصف أو وقت أو مكان أو نحو ذلك، سواء كان من جهة العرف الخاص أو العام أو اللغة. والميزان: ما ينصرف إليه لفظ المعاملة، أو يحكم بأنه

(1) في (م): معاملة. (2) في (م) زيادة: أن. (3) عطف على قوله: في اعتبار.

[250]

المقصود منها ما لم ينكشف خلافه، وهذا أيضا ينكشف بتتبع العرف غالباً، وقلماً يتفق أن يكون تعديداً. وقد ذكر الفقهاء من هذه القاعدة العرفية فروعا نشير إليها إجمالاً: منها: مسألة انصراف إطلاق الوقف والوصية على جماعة إلى (1) التسوية بينهم وإن اختلفوا بالذكورية والانوثية. ومنها: اقتضاء إطلاق الوصية لدفع مال إلى أحد جواز تصرفه فيه كيف شاء. ومنها: انصراف إطلاق العقود إلى الدوام في مثل الوقف والسكنى والعارية ونحو ذلك. ومنها: انصراف إطلاق السكنى إلى كون سكنائه بنفسه ومن جرت عادته به. ومنها: اقتضاء إطلاق المعاوضة بصلح أو إجارة أو بيع - أو نحو ذلك - كون العوض والمعوض حاليين، لأنه مقتضى العادة، وأدلة لزوم الرد إلى المالك، ومقتضى حال المتعاقدين في هذا الفرض. ومنها: اقتضاء الإطلاق في العوض كونه من النقد الغالب حيث لا يحتاج إلى التعيين. ومنها: انصراف إطلاق الكيل والوزن إلى المعتاد عند المتعاقدين، أو عند أهل البلد. ومنها: انصراف إطلاق نحو القرض وغيره من المعاوضات إلى المطالبة أو التسليم في بلد العقد، على تفصيل طويل في ذلك مذكور في باب السلم. ومنها: اقتضاء إطلاق الرهن تسلط المرتهن في الاستيفاء من دون مدخلة شئ آخر. ومنها: اقتضاء إطلاق المضاربة إنفاق العامل كمال نفقته من المال، و (2) انصراف إطلاق الوديعة إلى لزوم الحفظ على المتعارف، بمعنى لزوم جعل كل

(1) في غير (م): على. (2) في هامش (م) زيادة: منها، خ ل.

[251]

شئ في مكانه اللائق. ومنها: اقتضاء إطلاق المزارعة جواز زرع ما شاء العامل. ومنها: اقتضاء إطلاق المساقاة لزوم كل عمد (1) متجدد في السنة على العامل مع ما يقتضيه من المقدمات. ومنها: اقتضاء إطلاق الإجارة جواز عمل الأجير بنفسه أو بغيره، وجواز تسليمه العين المستأجرة إلى غيره في وجه، وتملكه المنفعة لشخص آخر. ومنها: اقتضاء إطلاق الوكالة التصرف في البيع بثمن المثل فما زاد، والشراء بثمن المثل وما دون. ومنها: اقتضاء إطلاق عقد الرمي المحاطة في قول، والمبادرة على قول آخر. ومنها: إقتضاء إطلاق عقود المعاوضات - وإن كان نكاحاً - توقف القبض من جانب على القبض من آخر، فلكل منهما الامتناع عن التقدم، لأن ذلك وظيفة المعاوضة، والمخالف شاذ، فإن امتنعا تقابضا، وإن امتنعا أو أحدهما أجبرهما الحاكم على التقابض. وغير ذلك مما يطلع عليه الممارس (2) كثير. والمدار

في ذلك كله اقتضاء العقد في العرف ذلك، بمعنى: أن مفاده عند الناس ما ذكرناه، فتكون هذه الأمور على فرض الإطلاق بمنزلة المصريح به، وهذه تسمى: مقتضيات إطلاق العقد. والدليل على اعتبار هذه الأمور إنما هو ما دل على الأمر بالوفاء بالعقود، فإن الوفاء بها العمل بمؤداها، ومؤداها موكول إلى العرف، فإذا كان في العرف يفيد هذه المعاني فيجب الوفاء بها بحكم الآية (3) وغيرها من الأدلة. كما أن مقتضيات الذات مما دل (4) عليها ألفاظ العقود من لفظ (البيع) ونحوه، فإنها لو تخلفت انتفت الماهية .

(1) كذا في النسخ، وفي هامش (م): عمل، خ ل. (2) في (م) زيادة: وهو. (3) قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود، المائدة: 1. (4) كذا في النسخ، والمناسب للسياق: مادل .

[252]

والفرق بين هذه المقتضيات: أن ما يقتضيه الماهية مستحيل الانفكاك والتخلف، حتى لو صرح بخلافها بطريق شرط أو غيره لا ينفع في شيء، لأن ذلك مخرج للعقد عن موضوعه، ولا عبرة بالتابع بعد بطلان متبوعه، وسيوضح ذلك في بحث الشروط. وما يقتضيه الإطلاق قابل للتغيير بشرط أو قيد أو نحو ذلك، والوجه فيه: أن العلة في اعتبارها دلالة العقد عليها بإطلاقه، فإذا قيد دل على خلافه، ويلزم الوفاء بمقتضى القيد، لما مر من الدليل، ولا يلزم من ذلك محذور أيضا، لأن الفرض أن هذه الأمور ليست مقومة، بل العقد قابل لها ولغيرها، فبالقيود لا يخرج العقد عن موضوعه، ولا يضر ذلك في الاندراج تحت الأدلة. ومن هنا يظهر لك السبيل في كلام الفقهاء في معرفة مآخذ الفروع التي ذكروها في مقتضيات العقود، والفروع التي ذكروها على طريق التقييد، كتقييد الموصي أو الواقف بالتفاوت بين الموصي لهم والموقوف عليهم، وتقييد الموصي للمال بجهة معينة، وتقييد الأذن والرخصة بأوقات مخصوصة، وشرط الأجل في العوض والمعوض أو (1) أحدهما، وتعيين الأعواض من غير النقد الغالب، والكيل والوزن على غير معتاد البلد أو غير معتاد الصنف، أو تقييد الراهن الاستيفاء بوكالة شخص أو بنظارة آخر ونحو ذلك، أو تقييد التسليم أو المطالبة في الدين ونحوه بغير بلد العقد، أو اشتراط كون نفقة العامل على نفسه أو التبعض، أو تقييد حفظ الوديعة بمكان غير معتاد سواء كان أحفظ أو أدنى أو مساويا، وتعيين الزرع في جنس أو نوع أو صنف أو شخص أو وصف، وتعيين كون بعض الأعمال على مالك البستان في المساقاة، أو بعض مقدماته من النواضح والدوالي عليه، وإشتراط مباشرة الأجير بنفسه، أو استيفاء المستأجر العمل بنفسه، أو تقييد الوكالة بكيفية أو بزمان أو بمكان، أو اشتراط تقدم أحد المتعاضين في الأقباض على الآخر ونحوه،

(1) في (م) زيادة: في .

[253]

ذلك، أو تقييد كونه وصيا بزمان أو مكان أو جهة انفراد أو اجتماع أو استقلال في البعض دون الآخر، أو في زمان دون آخر، وغير ذلك من الفروع التي لا تتناهى [ذكروها في كلامهم] (1). ومرجع ذلك كله إلى اقتضاء الإطلاق شيئا والتقييد شيئا آخر، واستلزام الوفاء بالعقد العمل بذلك كله، فعليك بالتبوع والتأمل. ويبقى في بعض المقامات الأشكال في أن هذا الحكم من مقتضيات الإطلاق أو من مقتضيات الذات؟ ومن جهة ذلك يصير الأشكال في صحة التقييد والشرط بخلافه وعدمها، وسنشير إلى موارد وأحكامها في باب الشروط إن شاء الله تعالى، فارتقب .

(1) لم يرد في (م) .

[العنوان الرابع والاربعون] [في بيان معنى القبض وأقسامه وأحكامه]

عنوان [44] في القبض وموارده وأحكامه، وفيه مباحث: الأول: أن القبض قد يتعلق بالعين، وقد يتعلق بالمنفعة، وقد يكون العين شخصيا، وقد يكون كليا - كالقبض لما في الذمة - ويكون العين منقولا وغير منقول، وقد يكون القبض ابتدائيا، وقد يكون بطريق الاستدامة. ويختلف باعتبار هذه الأقسام كيفية القبض وصدق مفهومه، كما يختلف أحكامه أيضا بذلك. وهو قد يكون شرطا في صحة عقد - بمعنى كونه جزءا من المؤثر - فلا يترتب الأثر بدونه، وقد يكون شرطا في تعيين الكلي، وقد يكون سببا للضمان، وقد يكون سببا لارتفاعه، وقد يكون موجبا لأحكام آخر، فلا بد من تنقيح القول في هذه المباحث حتى يكون هو المعيار في المقامات كلها. الثاني: أن القبض شرط في صحة كثير من العقود. منها: الوقف، فإنه لا يترتب عليه الأثر إلا به - ولم ينقلوا في ذلك خلافا عن سوى الحلبي (1) - لما دل من الروايات (2) على شرطيته وعدم حصول الملك بدونه .

(1) قد عده السيد المجاهد قدس سره من القائلين بأن القبض شرط للزوم لا الصحة. نقل عبارة الكافي، ثم نقل وجه دلالتها عن بعض الأجلة، انظر الكافي 325، : المناهل: 471. (2) انظر الوسائل 13: 297، الباب 4 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

نعم، هنا صورة، وهي: كون الواقف هو المتولي وكون الوقف على جهة عامة - كالمدارس ونحوها - ففي كون القبض هنا أيضا شرطا وعدمه بحث، منشؤه عموم ما دل على اشتراط القبض من الأدلة والفتوى، وعدم انصراف ذلك كله إلى هذا الغرض، وتتمام البحث في الفروع. ومنها: الصدقة، فإنها أيضا لا تصح بدون القبض وإن وقع الأيجاب والقبول بإجماع الأصحاب. ومنها: الهبة، سواء كانت معوضة أو بدونها، في مقام اللزوم أو الجواز، والمسألة مما لا بحث فيه. ومنها: العمرى والرقي في المسكون أو غيره، فإن الحكم فيهما في ذلك كالوقف. ومنها: التحسيس، وهو من لواحق الوقف. ومنها: الصرف، فإنه يشترط في صحته التقابض في المجلس المعتبر شرعا بإجماع الأصحاب. ومنها: السلف، فإنه مشروط بقبض الثمن خاصة في المجلس المصطلح بلا خلاف أجده. ومنها: القرض، فإنه لا كلام في توقف حصول الملك فيه بالقبض، وإن قيل باعتبار التصرف مضافا إلى ذلك. ومنها: الرهن، فإنه لا يتم إلا بقبض المرهون للآية الشريفة (1) والرواية المعروفة، عن محمد بن قيس، عن الباقر عليه السلام: (لا رهن إلا مقبوضا) (2)، وضعفها منجبر بشهرة العمل بين الأصحاب وبظاهر الكتاب. ولا وجه للمناقشة: بأنه دال بمفهوم الوصف وهو ضعيف لا عبرة به وسياق الآية يدل على كونه للأرشاد، فإن ذلك غير مضر بعد الظهور المعتضد بالفتوى وبناء

(1) قوله تعالى: وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فلهان مقبوضة، البقرة (2). 283. الوسائل 13: 123، الباب 3 من أبواب أحكام الرهن، ح 1 .

الشرع على اعتبار ما يقطع الغرر والخصومات، ولا يحصل هنا إلا بشرطية القبض. فتلخص من ذلك: أن القبض شرط في صحة تسعة من العقود، بل عشرة وفي حكمها (1) القبض الفعلي القائم مقام الأيجاب والقبول في نحو المعاطاة، أو في قبول مثل العارية والوديعة والوكالة ونحو ذلك، فإنه أيضا مما تبطل بفواته هذه العقود، غايته أنه هنا يصير جزءا من العقد، وفي العقود السابقة شرطا لتأثيره، وقد بينا في بحث العقد الفعلي ما يمكن أن يقع الفعل فيه مقام القول، فراجع. (2) الثالث: أن القبض يقع معينا للكلية الثابتة في الذمة في نحو الكفارات والنذور والديون الحاصلة من قرض أو عقد معاوضة أو إتلاف أو غير ذلك من أسباب اشتغال الذمة. ويصير معينا للأموال المشاعة في مثل دفع عين الزكاة والخمس - على القول بتعلقها بالعين - وفي سائر الأموال المشاعة بعد قبض صاحب الحصة لها، كالأرطال من ثمرة البستان والقفيز من الصبرة. ويصير موجبا لبراءة الذمة متى ما قبض المستحق للأخذ وصاحب السلطنة على المال. ويصير موجبا لانتقال الضمان إلى القابض في عقود المغابنة من قبيل البيع والأجرة، فإن المبيع والمنفعة مضمونان على البائع والمؤجر وإن كانا في ملك المشتري والمستأجر ما لم يقبضا، وبالقبض ينتقل منهما إليهما، ونقرر مدرك هذه القاعدة إن شاء الله تعالى في أسباب الضمان. ويكون القبض موجبا للضمان إذا تعلق بمال الغير من دون إذن مسقط له، لأنه إثبات يد داخل تحت الروايات. ويصير سببا للملك في مثل الحياة للمباحات: من اصطيد واحتشاش، ونحو ذلك. الرابع: أن القبض إذا كان مقدمة لواجب - كأداء الحقوق اللازمة والأموال

(1) أي: الصور المذكورة. (2) راجع العنوان 33 .

[259]

المغصوبة أو المأذونة بعد طلب المالك، ونحو ذلك - يجب بلا شبهة، وإذا كان مقدمة لمباح - كما في الحياة ونحوها - فيكون مباحا، وإذا كان متعلقا بمال الغير على غير وجه شرعي يكون حراما، وإنما البحث في القبض الذي تقتضيه العقود، فإن ظاهر كلامهم أن إطلاق العقد يقتضي التقابض، وقد أشرنا إلى ذلك في مقتضيات العقود. فنقول: لا ريب أن العقد المملك وما شاكلة - كالرهن - يقتضي القبض في الجملة حالا أو مؤجلا لو قيد بالأجل، ولا يختص اقتضاء العقد ذلك بصورة الإطلاق. نعم، إطلاقه يقتضي الفورية. ولكن ينبغي [أن يعلم] (1) أن اقتضاء العقد للقبض ليس عبارة عن وجوب القبض، بل المراد: أن العقد يقتضيه، أعم من كونه مصححا له، أو من آثاره اللازمة له شرعا. وتوضيحه: أن العقود التي تصير سببا للملك من دون حاجة إلى القبض لا بد فيها من القبض، لأن المال متى ما صار ملكا لغيره وجب الدفع إلى مالكه، لعدم جواز وضع اليد ابتداء واستدامة على مال الغير إلا بإذنه. ولا يمكن أن يقال: إن هذا لا يجب إلا بالمطالبة. لأننا نقول: إن ذلك لو كان المال في اليد بإذن المالك أولا حتى يصير (2) من الامانات المالكية، أما لو لم يكن هناك إذن سابق - كما هو الفرض، فإن المال قد انتقل بالعقد ولم يرخص المالك الجديد بالبقاء في يد الأول - فلا بد من الدفع. نعم، لو عرض عليه فرخص في البقاء فلا يجب الدفع بعده إلا عند المطالبة. وأما العقود التي لا تتم إلا بالقبض - كالرهن ونحوه من العقود العشرة السابقة - فلا يجب فيها القبض، لأن الوجه السابق لا ينسحب فيه، لأن الملك لم يحصل، والقبض ليس وجوبه بنفس العقد حتى يجب بذلك، بل هو من باب دفع الملك إلى

(1) لم يرد في غير (م). (2) في (م): حتى يكون .

[260]

مالكه وقولهم: (إنه من مقتضيات العقد) أعم من ذلك، فلا عبرة بما سرى إلى بعض الأذهان: من وجوب القبض هنا، لأنه من مقتضيات العقد فيجب الوفاء بها، فتدبر جدا. وبقي الكلام في أن القبض من أحد الجانبين إذا وجب بعد الملك لا يتوقف على

القبض من الجانب الآخر - بمعنى: أنه يجب (1) على أحدهما القبض مع امتناع الآخر - فإن عصيان أحدهما لا يرخص الآخر (2) في المعصية، مع أنهم حكموا بالتوقف، وفي بالي: أن المولى المقدس الأردبيلي منع ذلك، وحكم بوجوب الأقباض وإن عصى الآخر وامتنع (3). ولعله نظر إلى إطلاق الأمر وأصاله عدم الاشتراط. ويمكن القول بأن الظاهر من أدلة المعاوضات كون القبض بإزاء القبض، كما أن الملك بإزاء الملك، ولذلك شواهد كثيرة في أحكام خيار التأخير وغيره، ولا إطلاق في الأدلة يقضي بلزوم الأقباض كيف كان. ويحتمل أن يكون من باب جواز ضبط (4) مال الغير وعدم دفعه إياه حتى يدفع هو أيضا ما عنده في أي مقام كان، فإن هذا أيضا له وجه. ويمكن الاستدلال عليه بمثل قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (5) ومقتضاه جواز منعه من ماله حتى يدفع مالك عنده، لكن لم أقف في كلمة الأصحاب على شيء يفيد هذه القضية الكلية. وبالجملة: فتوقف وجوب القبض من كل جانب على القبض من الآخر من المسلمات في المعاوضات، هذا مع كون العوضين حالين، أو متوافقين في الأجل [كما يصير في الصلح ونحوه] (5) أما مع كون أحدهما حالا والآخر مؤجلا فاللازم

(1) العبارة في غير (م) هكذا: فلم يتوقف على القبض من الجانب الآخر في الوجوب، بمعنى أنه لا يجب...
(2) في غير (م): للآخر. (3) مجمع الفائدة 8 (4) 504. في غير (م): حفظ. (5) البقرة: 194. (6) لم يرد في (م).

[261]

على جانب الحلول القبض، ولكن لو عصى وامتنع إلى أن حل الأجل من الجانب الآخر فهل يتوقف الوجوب بعد ذلك على (1) قبض العوض الآخر لأن كليهما صارا حالين، أو لا لأن التقابض الذي كان مقتضى المعاوضة قد ارتفع بالتقييد، وليس بعد ذلك دليل على منع حق الآخر بعصيانته؟ لا يبعد أن يقال بلزوم الأقباض، ولا يتوقف على القبض من الآخر، لارتفاع اقتضاء العقد بالتأجيل، ولا مقتضى للتوقف غيره. نعم، لو قلنا بأن التقابض للقاعدة التي ذكرناها كلية من الاعتداء بمثل ما اعتدى ينبغي التوقف حينئذ أيضا وإن عصى الممتنع أولا قبل الحلول، ولعل حكم الفقهاء بعدم جواز امتناع الزوجة عن التمكين وتسليم نفسها للزوج إذا كان الصداق مؤجلا وإن عصت ولم تمكن إلى أن حل الأجل - مع أنه كان لها الامتناع لو كان الصداق حالا ابتداء - يرشد إلى الأول، وعدم الالتفات إلى ما ذكرناه من عموم الآية، فتبصر. الخامس: أن القبض لم يثبت له حقيقة شرعية، بل هو باق على معناه اللغوي والعرفي، فكل مقام ذكر فيه لفظ (القبض) في كتاب أو سنة أو مورد إجماع فالظاهر الرجوع فيه إلى العرف ما لم تكن هناك قرينة صارفة، والشك يلحقها بالعدم. ولا ريب أن القبض في العرف المطابق للغة: الأخذ باليد، ولذلك لو حلف ليقبض أو لا يقبض يحث بقبض اليد في الثاني ويمتنع به في الأول لا بما عداه، وكون القبض في هذا المعنى مما لا شبهة فيه. نعم، قد ورد في الكتاب والسنة اشتراط القبض أو سببته في المقامات المشار إليها سابقا، مع أنها أعم مما يكون قابلا للأخذ باليد وغير قابل له، فلا يمكن حمل القبض مع هذا التعميم على معناه الحقيقي، ولا ريب في بعد حمله

(1) في النسخ: إلى .

[262]

على الحقيقي والمجازي، بأن يراد اعتبار القبض باليد فيما يمكن فيه ذلك، والمعنى القريب منه في التسلط فيما لا يمكن فيه، بل الظاهر إرادة عموم المجاز، وهو مطلق اليد المعتبر في الدلالة على الملكية، بمعنى الاستيلاء عرفا والاستقلال، سواء قبضه بيده أو حطه (1) بجيبه أو كفه، أو لبسه أو ركبه، أو قعد عليه، أو جعله في بيته، أو تسلط عليه بغير ما ذكر بحيث يعد متسلطا عليه كل من رآه، وإلى ذلك يرجع كلام محققي الأصحاب أن القبض في المنقول: نقله، وفي غيره: التخلية

والتمكن التام، وإن كان في أداء هذه العبارة لما ذكرناه نوع خفاء، سيما في الأول، لكن غرضهم في ذلك واضح. وهنا أقوال آخر أيضاً، وليس ذلك اختلافاً في المعنى العرفي، بل الغرض بيان ما هو المعتبر شرعاً بحسب المقامات، ولكل واحد منها وجوه وجيهة لا حاجة لنا في ذكرها. ومما ذكرنا ظهر: أن مصير المتأخرين إلى أن القبض هو التخلية مطلقاً - لأن إرادة النقل في مقام والتخلية في آخر موجبة لأرادة مجازين، وإرادة المجاز الواحد الجاري في كل مقام أولى [أو (2) لأن القبض لما وقع الأجمال في معناه فيؤخذ فيه بما هو المتيقن في الشرطية وهو التخلية وما عداه ينفي بالأصل - ليس على ما ينبغي، مع ما فيه من أبحاث آخر. السادس: أن القبض بهذا المعنى لا ريب أنه يصدق في الأعيان الخارجية بالتسلط والاستيلاء في كل شئ بحسبه إذا كان ابتداءً، بمعنى تحقق ماهيته بذلك مع عدم كون الشئ مقبوضاً قبل ذلك. وأما القبض بالاستدامة - كما لو كان المال بيد المشتري أو بيد المرتهن أو نحو ذلك - ففي قيامه مقام القبض الابتدائي وترتب الأحكام عليه وعدمه وجهان، بل قولان، منشأهما: أن القبض الذي اعتبر مناطاً لتعلق الأحكام - من صحة عقد أو ضمان أو غير ذلك - إنما يتبادر منه القبض

(1) في (م): وضعه. (2) من (م).

[263]

الابتدائي، وأما كونه بالاستدامة وكونه على حالة المقبوضة فإما لا يعد قبضاً حقيقة، أو لا ينصرف إليه الإطلاق، فيشك في ترتب الآثار (1) عليه، والأصل عدم ترتب الآثار (2) عليه. وأن (3) المعلوم من اعتبار القبض إنما هو الوصول إلى يد من اعتبر قبضه وكونه في سلطنته حذراً من لزوم المشاجرة والمنازعة، بمعنى: أنه ندرى أن العلة لاعتبار القبض حصول هذا التسلط له، والدفع والأخذ إنما هو مقدمة لحصول هذا المعنى، فإذا حصل فلا وجه لاعتبار الأخذ والدفع الصوريين، أو يقال إن القبض ليس إلا كون هذا المال في يد القابض وسلطنته ولا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة. وربما تبنى المسألة على بقاء الأكوان وعدمه، فعلى الأول لم يتحقق هنا قبض، إذ ليس هذا إلا ما حصل سابقاً من القبض. وعلى الثاني فكل أن قبض جديد فيندرج تحت الأدلة وإن انصرفت إلى القبض الجديد. والحق: أن المسألة عرفية لا يبتني (4) على بقاء الأكوان وعدمه، إذ (5) على القول بانصراف القبض إلى الابتدائي لا يشمل المبحوث عنه، سواء قلنا ببقاء الكون أو لم نقل، وعلى القول بكون القبض أعم من الابتدائي والاستدامة، فيشمل المقام من دون حاجة إلى اعتبار تجدد الأكوان. والحق أن القبض الاستدامتي إذا كان بإذن ممن له الأقباض يكفي في ترتب الأحكام عليه، إما لأنه قبض حقيقة - كما قيل (6) - وإما لأن العلة منقحة وهي هنا موجودة، وإما لأن الكون لا بقاء له، وإما لأن الأدلة الدالة على اعتبار القبض الابتدائي بانصراف الإطلاق، وبعبارة أخرى: أدلة القبض على اختلاف أنواعها وأصنافها: من إجماع أو كتاب أو سنة في أي باب وردت - سواء كان في شرط صحة أو لزوم أو ضمان أو غير ذلك - لا يشمل صورة ما إذا كان المال المعتبر فيه

(1) و (2) في (ن، د): الأثر. (3) منشأ الوجه الثاني. (4) في (ن): لا يبتني. (5) في (سوى م): أو على القول. (6) قاله المحقق الأردبيلي قدس سره في مجمع الفائدة 8: 513.

[264]

القبض مقبوضة في يد من يعتبر قبضه، فإن لزوم القبض الابتدائي في مثل هذا المقام ممنوع، ولا دليل يدل على اعتباره هنا، وأدلة القبض تنصرف إلى صورة عدم كون المال مقبوضاً، فتبصر. وقد يرشد إلى هذا المعنى كلام من اعتبر كون الوقف في يد المتولي مع كون الموقوف عليه صغاراً (1) أو جهة - كما نقل عن بعض الفقهاء (2) - ولعله لعدم انصراف أدلة القبض إلى مثل هذا المقام، ونظير ذلك في المقامات المعتبر فيها القبض كثير. ومن هنا ظهر: أن القبض بالاستدامة لا يحتاج إلى صدور إذن

جديد، ولا إلى مضي زمان يقع فيه القبض، نظرا إلى أن القبض الجديد كان يحتاج إلى الأمرين. [لا يقال] (3) ومتى ما سقط الاخذ والدفع لعدم الفائدة فلا وجه لسقوط اعتبار [الزمان والأذن، إذ لا مسقط لهما. لأننا نقول: ليس الأذن ولا مضي الزمان إلا لتحقيق ماهية القبض والاستيلاء المعتبر في المقام، فإذا كان أصل القبض حاصلا فلا وجه لاعتبار المقدمة بعد حصول ذي المقدمة، خصوصا على ما وجهناه: من أن القبض لا نسلم شرطيته في مثل المقام حتى يحتاج إلى حصول مقدماته في الخارج، وقاعدة (الميسور) لا دخل لها بما نحن فيه، إذ لم يكن هنا أمور متعددة ولا أمر واحد مركب، بل كان هنا مقدمة وذو مقدمة، فإذا حصل الثاني على بعض الوجوه أو لم يعتبر من أصله - كما هو مقتضى الوجه الأخير - فلا ريب في سقوط المقدمات، فتأمل. ومن هنا ظهر أيضا وجه فساد اعتبار الزمان دون الأذن أو بالعكس، فإن شيئا منهما لا يشترط حصوله، كالتفصيل بين ما كان القبض أولا بإذن المالك فلا يحتاج إلى إذن، وما كان بغير إذن - كالغاصب - فإنه يحتاج إلى إذن، إذ الفرض فيما كان مقبوضا بطريق شرعي يوجب اليد عليه شرعا لا مجرد كون المال في يده، ولذلك

(2) في (م): صغيرا. (2) انظر الشرائع 2: 217، التحرير 1: 285، الدروس 2: 266 (3). أثبتناه من هامش (م).

[265]

عبر الفقهاء هنا بأنه هل يحتاج إلى إذن جديد؟ فإن تجديد الأذن لا يعقل إلا مع وجود الأذن السابق. وبالجمل: التفصيل في ذلك لا ربط له باعتبار القبض المستدام وعدمه ومسألة بقاء اعتبار الأذن والزمان وعدمه، فإن من اعتبر الأذن هنا ليس لعدم كون المال بيده مأذونا في قبضه، بل لأن القبض الجديد مركب من أمور ثلاثة، فإذا فات أحدها لزم اعتبار الباقي، وأما أصل اعتبار الأذن في تحقق القبض الشرعي فهو كلام آخر. السابغ: أن الظاهر من كلمة الأصحاب: أن ما في الذمة مقبوض، وقد نصوا على ذلك في باب الحقوق المالية، وفي باب الصدقات، وفي باب الصرف والسلم، وهبة ما في الذمة على القول بصحتها، ولأرب أن القبض لو سلمنا صدقه على القبض بالاستدامة لا نسلم صدقه على ما في الذمة، لصحة السلب وتبادر غيره ونص أهل اللغة بخلافه، ولا شبهة في عدم كونه معنا حقيقيا للقبض، فالمراد من كونه مقبوضا: جريان أحكام القبض عليه في هذه المقامات، والوجه في ذلك أحد أمور: أحدها: ورود النص بذلك في كتاب الزكاة، فإنه قد ورد في احتساب الدين على الحي وعلى (1) الميت زكاة (2) فإنه يصير بذلك زكاة ويتعين، وليس إلا لكون ما في ذمته (3) كمقبوضه، فيلحق به ما عداه لعدم القول بالفرق، أو لأن الزكاة أصل لسائر الحقوق المالية الألفية فيتسرى إليها، ويحى بعد ذلك عدم القول بالفرق في الباقي. وثانيها: أن المعلوم من أدلة القبض اعتبار كون المال في تسلط القابض، ولا شك في كون ما في الذمة في تسلط صاحب الذمة، بل هو أولى من العين المقبوضة

(2) على: لم ترد في (ف، م). (2) الوسائل 6: 205، الباب 46 من أبواب المستحقين للزكاة. (3) في (ن): ما في الذمة.

[266]

وأشد في الاستيلاء والسلطنة، فيكون في حكم القبض الظاهري الفعلي بالاولوية. وثالثها: ظهور إجماع الأصحاب على إلحاق الحكمي، وليس مقصورا على خصوص مورد الأجماع، بل الظاهر منهم البناء على ذلك على طريق القاعدة، بمعنى: أن المستفاد منهم: الأجماع على أن ما في الذمة كالمقبوض في سائر الأحكام إلا ما خرج بالدليل. ورابعها: أن يقال: إن الأدلة الدالة على اعتبار القبض لا نسلم شمولها لصورة كون الشيء في ذمة من يعتبر قبضه، بل المنساق منها إلى الذهن صورة كون الشيء عينا أو كليا في ذمة غير القابض حتى يعتبر إقباضه، وأما لو كان في ذمة القابض فالأدلة لا تنهض على اشتراط القبض في هذه الصورة، وهو غير بعيد، ولعله

السر في عدم اعتبار الأصحاب القبض الصوري في مثل (1) هذا المقام. الثامن: أن القبض - سواء كان ابتدائياً أو بطريق الاستدامة، إسمياً كان أو حكماً - يعتبر فيه إذن من يعتبر إذنه في الأقباض: من مالك أو وكيل أو ولي أو وصي أو حاكم في مقام الأجير للمتنع عن الأقباض، أو عدم وجود الولي. وبالجملية: يعتبر فيه الأذن ممن له السلطان على المال كيف كان. وقد أجمع الأصحاب على اعتبار ذلك في صحة القبض وترتب آثاره عليه وإن كان القبض في نفسه أعم من ذلك، ولعل الظاهر من اعتبار القبض أيضاً ذلك، فإن المتبادر من قوله [تعالى]: [فرهان مقبوضة (2) كونها مقبوضة بإقباض الراهن ومن قام مقامه، لا بدون إذنه، والأجماع كاف في المقام، مضافاً إلى الأدلة الخاصة الدالة في كتاب الوقف وغيره على اشتراط الأذن (3). مع أنا نقول: إن القبض بدون الأذن غير مشروع، فيكون منهياً عنه، والرخص لا تناط بالمعاصي، وسيأتي تحقيق أن النهي في المعاملة قاض بالفساد شرعاً وإن

(1) لم يرد (مثل) في ف، م. (2) البقرة: 283. (3) ذكر السيد المجاهد قدس سره لاعتبار إذن الواقف في تحقق القبض وجوهاً أربعة، راجع المناهل: 485.

[267]

لم يدل عليه حقيقة لغة، والقبض من جملة أفراد المعاملة. وهل القبض بالأذن الشرعي من دون إذن المالك قائم مقام إذن المالك في ترتب الأحكام أم لا؟ الظاهر ذلك، لأن كل من قبض مالا بإذن شرعي فهو ولي ذلك المال وهو صاحب السلطنة عليه. لكن يشكل الاكتفاء بذلك بدون إذن المالك، فإن من عنده مال لأحد بطريق الأمانة الشرعية - كتوب أطارته الريح - ثم أراد المالك هبة ذلك المال له وهو لا يدري بكونه في يده وهو في الواقع في يده بإذن شرعي فوهبه وهو مقبوض فالظاهر عدم الاكتفاء به حينئذ، بل لابد من إذن المالك، لكن يبقى البحث في أن هبته مع علمه بأنه في يده إذن في الأقباض أو يحتاج إلى إذن صريح؟ وبالجملية: القبض بدون إذن المالك ومن بحكمه غير معتبر في شئ من المقامات، إلا فيما دل الدليل عليه، كتسلم المشتري المبيع بغير تسليم من البائع وإطلاعه، فإنه موجب لدخوله في ضمانه. وبقي البحث في أنه لو كان القبض بطريق الاستدامة أو بكونه في الذمة، فهل مجرد الهبة أو البيع أو نحو ذلك مع علم المالك بكونه مقبوضاً عنده أو كلياً في ذمته يكفي في حصول الأذن وإن كان القبض السابق على العقد بطريق الغصب، أم لا يكفي مطلقاً، بل يحتاج إلى إذن بالفعل، أو يفصل بين كون القبض السابق بالأذن فيستصحب السابق وإن لم يدل العقد الجديد على الأذن فيتحقق القبض بإذن مستصحب فيكفي، وبين كونه مقبوضاً بدون الأذن فيعتبر الأذن الجديد، لعدم وجود إذن سابق حتى يستصحب، وعدم دلالة العقد على الأذن في القبض، إذ رضا المالك بالعقد غير مستلزم لرضاه بالقبض، بل ربما يتفق أنه يرضى بالعقد ولا يرضى بالقبض؟ فإن قلت: لا ريب أن حين العقد إذا رضي به فقد رضي بالقبض ما لم يعرض بعد ذلك امتناعاً وندامة، فإن بعد ذلك يعرض عدم الرضا وينكشف بامتناعه عن القبض، وفيما نحن فيه لما كان المال بيد القابض ورضي المالك بهبته أو رهنه أو

[268]

وقفه فقد رضي في هذا الحين بقبضه أيضاً، فلما تحقق العقد تحقق القبض أيضاً - بلا تأمل - جامعاً للشرائط وإن كان قبل ذلك مغصوباً. قلت: لا ملازمة بين الرضا بالعقد وعدم الرضا بالقبض، خصوصاً فيما كان القبض شرطاً للملك، إذ قد يجعل العقد وصلة إلى غرض من الأغراض مع عدم رضاه بالقبض، فاعتبار الأذن ما لم يكن مستصحباً أقوى. هذا مجمل الكلام في هذا المقام بحيث ينطبق على الموارد ويوضح المرام والله الهادي. التاسع: أن القبض في المنفعة لا يتحقق إلا بالاستيفاء، فما استوفى فهو مقبوض، وما لم يستوف فهو ليس بمقبوض، إما لأن القبض الحقيقي - وهو الأخذ باليد - يتفاوت بحسب المقامات ويكون في كل شئ بحسبه، وأخذ المنفعة استيفاءً. وإما لأن المعنى القريب إلى المعنى الحقيقي في المنفعة إنما هو هذا المعنى المذكور، وذلك واضح عرفاً. ولكن هنا إشكال وهو: أن الفقهاء ذكروا

في باب الأجرة وغيرها مما يملك به المنفعة - من صلح أو ثمن مبيع أو صداق أو نحو ذلك - أن قبض العين قبض للمنفعة، وفرعوا على ذلك لزوم دفع العوض الآخر بقبض العين من جانب المنفعة، وظاهرهم كون ذلك على قاعدة التقابض الذي ذكرناه من عدم لزوم قبض أحد العوضين إلا بقبض الآخر، مع أن قبض العين ليس قبضا لمنفعتها، بل إنما هو شئ يحصل به قبضها بعد ذلك بالاستيفاء، فهو من مقدمات قبضها على بعض الوجوه، فكيف عدوا ذلك قبضا للمنفعة؟ سيما مع أنهم في مسأله الضمان لو تلفت المنفعة كلا أو بعضا ذكروا: أنه مضمون على المؤجر، لأنه تلف قبل القبض. فإن كان قبض العين قبضا للمنفعة، فكيف يكون الضمان بعد ذلك لتلف أو عيب أو نحو ذلك على المؤجر؟ وليس إلا كالتلف للمبيع أو التعيب له بعد قبضه، وهما مضمونان على المشتري إذا لم يكن هناك خيار للمشتري. وإن لم يكن هذا قبضا للمنفعة، فكيف يجب إقباض الأجرة بقبض العين؟ مع

[269]

أن القاعدة تقضي بعدم لزوم الأقباض إلا بقبض الآخر، كما قررناه. ويؤكد الأشكال مصيرهم في باب إجارة الأعمال (1) إلى عدم لزوم تسليم الأجرة إلى العامل إلا بإتمامه العمل وإن ملكها بالعقد، نظرا إلى عدم لزوم قبض أحد العوضين قبل الآخر، وأي فارق بين الإجارة على الأعمال والإجارة على الأعيان، مثل الدابة والدار؟ وبالجمله: هذان الكلامان مما لا ينطبقان على المدعى. والذي يقتضيه النظر الصحيح أن يقال: إن القبض في المنفعة لا يتحقق إلا بالاستيفاء، وقبض العين لا يعد قبضا للمنفعة، وكلامهم في باب الأجير وضمان النافع قبل الاستيفاء ونحو ذلك جار على القاعدة، لكن حكمهم في بحث التقابض بلزوم الدفع للأجرة بمجرد قبض العين المستأجرة، لأنه لا يمكن القبض للمنفعة والاستيفاء غالبا دفعة، لأن المنفعة توجد تدريجا، ولا يمكن وجودها دفعة، فحكموا بأن قبض العين قائم مقام قبض المنفعة في ذلك، دفعا للعسر والجر، ودفعا للغر والضرر عن مالك المنفعة، فإنه لو صبر إلى حين استيفاء المنفعة بتمامها لزمه الضرر. وبالجمله: مسألة التقابض خارجة عن القاعدة في المنفعة بالأجماع، وما ذكرناه هو المقرب للدليل. ويمكن أن يقال: إن توقف قبض أحد العوضين على الآخر ليس إلا لجريان قانون المعاوضة في العادة على ذلك - كما أشرنا إليه سابقا - وطريقة إجارة الأعيان إنما هي على قبض العين وإقباض الأجرة وهو المدار في الفتوى، فتصير المسألتان كلاهما على القاعدة، فتدبر .

(1) في غير (م): الأجرة إلى الأعمال .

[271]

[العنوان الخامس والاربعون] [في تحقيق معنى الشرط، وبيان حكم الشروط في ضمن العقود]

[272]

عنوان [45] في حكم الشروط في ضمن العقود وتميز السائغ منها من غيره . اعلم: أن لفظ (الشرط) يطلق على معان: فعند الأصوليين يراد منه: ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجوده، وهو بهذا الاعتبار حكم وضعي يسند إلى شئ دائما. وعند النحاة: ما يدخله أداة الشرط، ويفيد معنى السببية غالبا. وفي اللغة: ما يلزم به الغير أو يلتزم به، فيكون معنى قولك: (شرطت عليه كذا (أي: ألزمته به. واقتصر على هذا المعنى بعضهم، ولم يذكر معنى التعليق والربط، مع أن معنى الربط هو المعنى الذي يتبادر منه، وإطلاق النحاة الشرط على ما دخله الأداة أيضا من جهة تحقق معنى الربط فيه، كما أن تسميتهم لأداة الشرط به لأفادتها معنى الربط، وكذلك إطلاق الأصوليين الشرط على ما ذكر مأخوذ من هذا المعنى. وأما معنى

الألزام والالتزام الذي ذكره بعض المدققين (1) وجعله المعنى الحقيقي فلم نقف على مأخذ له، وليس بمتبادر من اللفظ، ولا يساعده كلام أهل اللغة أيضا، فإن المذكور في كلامهم أيضا الألزام والالتزام في بيع ونحوه .

(1) لعل المراد به المحقق النراقي قدس سره، انظر عوائد الأيام: 42، العائدة 15.

[273]

وبالجملة: لو كان بمعنى الألزام أيضا ليس إلزاما مطلقا، بل إلزام مرتبط بشئ. وبعبارة أخرى: الزام يحصل بواسطة ربطه بلازم آخر، وما لم يكن فيه ربط بالمرء فلا يطلق عليه لفظ (الشرط) بل يصح سلبه عنه، ولا يطلق عند العرف (شرطت عليك أو عليه كذا) إلا بعد وقوع فعل ومعاملة بين المتشارطين يكون الشرط مرتبطا به، كما لا يخفى على من تتبع طريقة العرف (1) وأهل اللسان. ومطلق الألزام والالتزام لا يطلق عليه الشرط، بل هو العهد أو التعاقد ونحو ذلك. وأما الشرط في ضمن العقد: فمن زعم أن الشرط معناه: الألزام أو العدم عند العدم - كما ذكره أهل الأصول - احتمل كونه مأخوذا من كل منهما، وقال: إن قلنا بأن الشرط لو امتنع المشتري من وفائه يجبر عليه فيكون أخذ الشرط هنا من معنى الألزام. وإن قلنا: إنه يتسلط الشارط على الفسخ فهو مأخوذ من معنى العدم عند العدم. ولا يتوهم أنه حينئذ على هذا المعنى يلزم انتفاء العقد عند انتفاء الشرط كما هو مقتضى الشرطية، لأن ذلك لو كان شرطا لأصل العقد وليس كذلك، لأنه لو كان شرطا له لزم التعليق وهو مفسد إجماعا، بل هو شرط للاستمرار، فإذا انتفى الشرط انتفى الاستمرار. وهذا المعنى هو الذي أفاده المعاصر المدقق النراقي في عوائده (2). وهذا الكلام مما لا يخفى على المتدرب في الفن كونه أجنبيا عن الفقه، لأن الشرط لو كان بمعنى العدم عند العدم فلا يفرق الحال بين كونه شرطا لأصل العقد أو لاستمراره، إذ كما أن التعليق مبطل في أصل العقد مبطل في دوامه أيضا، إذ قصد الدوام لازم في العقود كما بيناه في أصالة اللزوم. ولا فرق بين قوله: (إن جاء زيد بعثك) بمعنى عدم إيقاع البيع لو انتفى الشرط، وبين قوله: (بعثك في الجملة ودوامه مشروط بمجئ زيد) بل لابد من إنشاء البيع والتمليك الدائم منجزا، وطريان البطلان أو الفسخ شئ آخر لا يمكن تقييده في القصد من أول الأمر، إذ

(1) في (ن): العرب. (2) عوائد الأيام: 42، العائدة 15.

[274]

لا شبهة في البطلان لو علق الدوام من أول الأمر على شئ متزلزل الحصول . مضافا إلى أن الشرط لو كان للاستمرار للزم من ذلك ارتفاع الاستمرار باستمرار (1) الشرط، فلا وجه لثبوت الخيار فإنه غير الاستمرار، فينبغي أن يقول: هذا شرط للزوم، ولا ريب في فساده، إذ اللزوم حكم شرعي منوط بجعل الشرع، وليس في يد المتعاقدين أن يجعلوا شيئا شرطا للزوم، فلا يمكن أن يكون معنى قوله: (وشرطت كذا) أنني علقت لزوم العقد عليه، وبالجملة: فهذا الكلام مما لا يخفى سقوطه عند من له قوة النظر والتحقيق: أن الشرط في العقد إنما هو بمعنى الربط وإحداث العلاقة بين العقد وما شرط، وهو المعنى اللغوي للشرط، ولا يطلق الشرط على الألزام المستقل الذي لا ربط له بشئ آخر. والمراد من قولهم: (بعثك وشرطت عليك كذا) أنني أنشأت البيع والتمليك، وربطته بالأمر الفلاني، أي: جعلتهما مرتبطا في الأنشاء والاحداث: بمعنى إرادة وقوعهما معا مرتبطا، فيصير الشرط كأجزاء العوض والمعوض، فمن قال: (بعثك السيف والفرس) يريد وقوع التملك فيهما معا، بمعنى تعلق الغرض بالمجموع المركب من حيث هو كذلك، ومثله الشرط، والغرض ارتباط الشرط والمشروط في المقصودية والأنشاء، لا أن ذلك تعليق لأصل العقد بمعنى (أنني بعث إن كان كذلك) ولا تعليق للدوام بمعنى (أنني بعث ولكن إن وقع هذا الشرط فدائما،

وإلا فلا) ولا بمعنى (أنى بعث ولكن لا أرضى باللزم إلا بذلك الشرط) فإن كل ذلك غير صحيح، إذ الأولان مبطلان، والآخر لا دخل له بالمتعاقدين، وإنما المقصود: ما ذكرناه، ولا يخفى ظهور هذا المعنى عند من راجع وجدانه. وليس فوات الشرط إلا كتبعض الصفة، وإنما الفرق بالدخول في الماهية والأركان والخروج والتبعية، وإلا فكل منهما بمعنى واحد، والغرض تعلق الأنشاء بالمجموع المركب على نحو الارتباط الحاصل في الهيئة التركيبية، فينحل إلى

(1) كذا، والظاهر: بارتفاع .

[275]

تركب المقصود، وهذا المعنى هو الذي يقتضيه النظر الصحيح. إذا عرفت هذا فنقول: أصل العقود قد ثبت صحتها بما دل عليها من عموم وجوب (1) الوفاء، وكذا لزومها على حسب ما قررناه. وأما الشروط: فلا ريب أنها خارجة عن اسم العقد، وإنما هو أمر لاحق يربطه العاقد بالعقد ويقصدهما معا على نحو التركيب، فيحتاج في إثبات صحة هذا الربط ولزومه إلى دليل، والوجه في ذلك أمور: أحدها: ظهور الأجماع من الأصحاب على صحة الشرط في ضمن العقد، إلا فيما نذكره من الشروط الأربعة الباطلة، فإنهم في سائر المقامات يحكمون بصحة الشروط ولزومها من دون نكير منهم في ذلك، كما لا يخفى على من راجع كلامهم. وثانيها: الاجماع المحكية على ذلك حد الا ستفاضة. وثالثها: ما ذكرناه في إثبات صحة العقود من: أن المعاملات ليست مبنية على التعبد والاختراع، وإنما هي أمور مجعولة عند العقلاء على نحو يتم به النظام والشارع قرره على ذلك، فكل معاملة شائعة بين الناس يحكم بصحتها لكشفه عن تقرير الشارع إلا ما ورد المنع عنه. فنقول: لو كان ورد من الشرع منع عن أخذ الشروط في ضمن العقود بهذا العنوان لاشتبه وتواتر كسائر المعاملات الفاسدة، لعموم البلوى وشدة الحاجة، مع أنه قد انعكس الأمر، وهذا يكشف عن رضا الشارع به، وهو المدعى. ورابعها: أن ما دل على لزوم الوفاء بالعقود يدل على صحة الشرط الواقع في ضمن العقد. إما لأن ذلك كالجزم من العقد والقيود منه، فإذا وقع الارتباط بينه وبين العقد في قصد المتعاقدين فالوفاء بالعقد يقتضي الوفاء به، لأنه من كفيات العقد، ولا فرق بين ما اعتبر في الأركان أو لوحظ من الخارج، بل هذا في الحقيقة يرجع إلى صفة في أركان العقد، فيكون المبيع الفرس المرتبط بكذا والتمن السيف المرتبط

(1) في سوى (م): عموم دليل الوفاء .

[276]

بكذا، فلا بد من الوفاء بالشرط حتى يحصل الوفاء بالعقد. وإما لأن الشرط بنفسه عهد من العهود وقد دلت الآية على لزوم الوفاء بالعهود (1) ولا يضرب الانصراف إلى المتعارف هنا، لأن الشرط في ضمن العقد من العهود المتعارفة الشائعة، فكما يشمل العقد الأصلي يشمل الشرط، ولا يحتاج إلى إثبات كون الوفاء بالعقد مستلزما للوفاء بالشرط، فتدبر. وقد مر بيان أن المراد بالعقود العهود (2) وخامسها: ما ورد من النصوص الكثيرة الدالة على الوفاء بالشرط. [ففي أربع روايات] (3) منها صحيحتان وموثقتان: [عن أبي عبد الله عليه السلام] قال: المسلمون إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز (4) وفي الموثق: أن عليا عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما (5). وفي رواية: المسلمون عند شروطهم إلا من عصى الله (6). وهذه الروايات دالة على صحة الشرط ولزومه، ووجه الدلالة: إن المتبادر من (المسلمون عند شروطهم): الوقوف عند الشرط، وظاهره تحتم ذلك وعدم جواز المخالفة. ولا يمكن أن يحمل

الكلام على الأخبار، لأنه مدفوع بامور: منها: أن ذلك مستلزم للكذب، إذ رب مؤمن ومسلم لا يقف عند شرطه .

(1) الأسراء: 34. (2) راجع العنوان: 27، ص: 10. (3) لم يرد في (م). (4) الوسائل 12: 353، الباب 6 من أبواب الخيار، ح 2. (5) الوسائل 12: 354، الباب 6 من أبواب الخيار، ح 5. (6) مستدرک الوسائل 13: 300، الباب 5 من أبواب الخيار، ح 3، بلفظ (إلا شرطا فيه معصية) أقول: المصنف قدس سره لم يستوف الروايات الواردة في الباب، واكتفى بذكر صحيحة وموثقة ورواية مرسلة، وقد استقصاها المحقق النراقي قدس سره في عوائده، راجع عوائد الأيام: 42، العائدة 15.

[277]

ودعوى: أن ذلك بيان للمؤمن والمسلم، فإن من لا يقف عند شرطه فليس بمسلم ولا مؤمن، فهي مع بعدها عن سياق النصوص ومذاق الشرع ومخالفتها للأدلة القاطعة غير مضرة بالاستدلال، فإن الأمام عليه السلام إذا حكم بأن من لا يقف على شرطه خرج عن الاسلام والأيمان كشف عن وجوب الوقوف بمقتضى الذم والتهديد .ومنها: فهم الأصحاب ذلك خلفا وسلفا، وذلك كاشف عن كونه معناه، أو وجود قرينة دالة. ومنها: استثناء (من عصى الله) فإنه دال على أن من لم يقف عصي. ومنها: استدلال الأمام بذلك في لزوم الوفاء بشرط المرأة، فإنه لو كان إخبارا لم يكن دليلا على ذلك. وهذان الأخيران كما يدلان على الانشائية يدلان على الوجوب أيضا لا الرجحان، مضافا إلى أن المتبادر منه الوجوب، وأن أقرب المعاني إلى الجملة الخبرية المنصرفة إلى الانشاء إفادة الوجوب، لقربه إلى معنى الوقوع، فتدبر. مضافا إلى أن مادل - من الموثق وغيره - على لزوم الوفاء بالشرط في المقامات الخاصة يثبت المدعى بعدم القول بالفصل. فتبوت أصالة الصحة في الشروط - إلا فيما دل الدليل على بطلانه - مما لا بحث فيه. لا يقال: لعل المراد بهذه الشروط ما ألزمه أو التزمه بسبب من الأسباب الملزمة، فلا يدل على أن نفس الشرط أيضا من الملزمات. لآنا نقول: إن الظاهر من الوقوف عند الشرط (2) كل ما حصل به الربط والألزام، والتقييد بما دل عليه دليل من الشرع خلاف الظاهر، مع أن ذلك يصير تأكيدا حينئذ، لأن بعد ثبوت الملزم الشرعي لا شبهة في وجوب الوقوف، فلا يحتاج إلى البيان بقوله: (المسلمون عند شروطهم) فظهر أن المراد: تأسيس قاعدة

(1) (في ف، م): لم يقف. (2) (في د): الشروط .

[278]

في صحة كل ما يصدق عليه أنه شرط. مضافا إلى أن في الروايات قد استثنى منها (ما خالف كتاب الله تعالى) و (ما أحل حراما) ونحوه، ولو كان المراد (ب) الشروط ما دل عليه دليل من الشرع فكيف يعقل كونه مخالفا لكتاب الله أو محللا للحرام أو محرما للحلال؟ فلا تذهل. مضافا إلى أن الأمام عليه السلام استدلل على لزوم الوفاء بالشرط للمرأة (1) بقوله: (المسلمين (2) عند شروطهم (فلو كان المراد بالشرط ما ثبت (3) لزومه وصحته من دليل شرعي فكيف يجعل هذا دليلا لصحة شرط المرأة؟ فتدبر. قال المدقق النراقي في عوائده: فإن قيل: فيجب الوفاء بكل ما تعهد به فلم خصوه بما في ضمن العقد؟ قلت: لتعلقه بباب المكاسب، وإلا فالجميع كذلك (4). وهذا مبني على أصله الفاسد من كون الشرط بمعنى: مطلق الألزام حتى تكون الأخبار دالة على أن كل إلزام والتزام يجب الوفاء به، وقد عرفت أن الشرط بمعنى (الربط) (5) ولا يطلق على التعهد المستقل أنه شرط، بل لا يقولون: (فلان شرط على فلان كذا) إلا إذا كان مرتبطا بعمل أو بإجارة أو بقرض أو نحو ذلك، كما لا يخفى، فحينئذ لا تدل عمومات الشروط إلا على الوقوف في الشرط الواقع في ضمن معاملة ونحو ذلك، وليس تخصيص الوفاء بذلك من جهة التعلق بالمكاسب، ولا من جهة ورود تخصيص، بل الظاهر أنهم لم يفهموا من دليل الشروط إلا ذلك. فما يقال: (إن مقتضى العمومات وجوب الوفاء بالشرط حتى لو لم يكن عقد) لا وجه له بعد ما ذكرناه، ولذلك

أن الأصحاب مع ورود الروايات في باب النكاح على أن الشرط الواقع بعد العقد لابد من الوفاء به (6) لم يلتفتوا إليه، بل إما

(1) في (ن، د): بشرط المرأة. (3) في (م): فإن المسلمين. (3) في (ن): ما يثبت (4). عوائد الأيام: 44، العائدة 15. (5) راجع ص: 274. (6) راجع الوسائل 46814: الباب 19 من أبواب المتعة.

[279]

حملوه على الوقوع بين الأيجاب والقبول، وإما طرحوه (1) في مقابل القاعدة، وهي: أصالة عدم اللزوم إلا في ضمن العقد، وأعرضوا عن النص الخاص مع عدم المعارض، ولو كان العموم قاضيا بالصحة والخصوص مؤكدا له لم يكن للعدول عن ذلك وجه بالمرّة. ويؤيد عدم العموم ما ورد من النصوص الدالة على أن كل شرط قبل عقد النكاح لا يلتفت إليه ولا يجب الوفاء به (2) وقام الأجماع على ذلك. ولو كان العمومات دالة على الصحة لاستشكلوا في ذلك مع اختلاف النصوص الخاصة. ومما يدل على عدم العموم إجماع الأصحاب - على الظاهر - على أن ما تقدم على العقد وما تأخر عنه غير لازم، وليس ذلك إلا لعدم فهمهم من الأدلة العموم، ومنع هذا الأجماع لا يصدر إلا ممن ليس له انس بالفن، كما لا يخفى، ولو كان الدليل عاما للزمهم القول بأن كل وعد يجب الوفاء به ومخالفته معصية، مع أن المعهود من مذهب الأصحاب عدم اللزوم، بل لعله وصل إلى حد الضرورة، وعليه طريقة المسلمين في الأعصار والأمصار. وبالجملّة: هذا الاحتمال مبني على كون الشرط بمعنى مطلق الألتزام والالتزام، وقد عرفت بطلانه. إذا عرفت هذا فهنا أبحاث: الأول في الشرط المأخوذ في ضمن العقد الجائز ولا ريب أن الشرط حينئذ لا يكون لازما، لأن الوجه في لزوم الشرط إن كان

(1) العبارة لا تخلو عن تسامح، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: ولذلك لم يلتفت الأصحاب إلى الروايات الواردة في باب النكاح الدالة على أن الشرط الواقع بعد العقد لابد من الوفاء به، بل حملوها على الواقع بين الأيجاب والقبول، أو طرحوها... (2) راجع الوسائل 14: 468، الباب 19 من أبواب المتعة.

[280]

عموم دليل العقود فلا ريب أن العقد الجائز خارج عنه بالدليل، فلا يشمل المقام. وإن كان شمول أوفوا بالعقود لنفس الشرط الواقع في ضمن العقد، فنقول حينئذ مقتضاه الوفاء به على ما هو عليه، ولا ريب أن معنى الشرط حينئذ ربط [الشئ] (1) الشرط بالعقد الجائز، ومقتضاه: أن العقد لو ارتفع يرتفع الشرط، بمعنى أنهما منشآن على طريق واحد، فإذا تسلط المتعاقدان على فسخ العقد فالشرط في ضمنه، ولو استقل الشرط بالبقاء خرج من معنى الشرط والربط. ومن هنا يظهر الجواب عن عمومات الشروط، فإن مؤداها أيضا الوفاء بالشرط ومفهومه الربط، فإذا تسلط العاقد على فسخ أصل العقد فكذا ما يرتبط به كما نبينه (2) في العكس: من أنه متى لم يجب الوفاء بالشرط لعذر فلا يجب الوفاء بالعقد - كما سيأتي تحقيقه - وهو ثمرة الارتباط. فإذا لم يلزم الشرط في ضمن العقد الجائز فيصير فائدته التقييد في التصرف، فإن الشركة والمضاربة والوديعة والعارية ونحو ذلك إذا شرطت (3) بشئ معناه، عدم جواز تصرف العامل والمستعير، والوكيل ونحوه (4) إلا بذلك الشرط، فيصير الربط بين مدلول أصل العقد والشرط، فإما أن يحصل معا أو لم يحصل معا، وذلك واضح. والوجه: أن العاقد مسلط في ماله وما هو بمنزلته، فكما أن له التسليط مطلقا فله التسليط المرتبط بشئ خاص لو انتفى لا يتحقق التسليط، لا بمعنى البطلان بالتعليق، بل لفوات المتعلق، فإن من وكل بشرط أن يفعل الوكيل كذا يريد كون مورد الوكالة هذه الحالة، فإذا فات الشرط فقد ارتفعت الوكالة بفوات متعلقها (5) أنه وقع أصل التوكيل معلقا، فتدبر.

(1) الزيادة من (م)، والظاهر أن كلمة (الشرط) مصحفة هذه. (2) في (ن): ينيه (3). في (ن، د): اشترطت، وفي (م): اشترطت لشيئ. (4) في (م): نحوهما. (5) في (غير م): متعلقه.

[281]

الثاني في الشرط المأخوذ في ضمن العقد اللازم مع إمكان الأتيان به وأما صورة التعذر فيأتي البحث فيه. ولا كلام في صحة الشرط لما مر من الأدلة، وإنما البحث في الثمرة، وللأصحاب هنا أقوال: أحدها: أن الشرط يجب الوفاء به كأصل العقد، ويجبر الممتنع عنه عليه كما في أصل العوضين. والظاهر أن ذلك هو مذهب الأكثر، بل المشهور، وحكي على ذلك الأجماع عن ابن زهرة في الغنية (1) وابن إدريس في السرائر (2) وهما الحجة في ذلك، مع اعتقادهما بفتوى الأكثر، مضافا إلى عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، وخصوص الموثق (3) مع عدم القول بالفرق من هذه الجهة، وعموم أوفوا بالعقود الدال على وجوب الوفاء بالعقد المقيد بالشرط المرتبط به، المستلزم للوفاء بالشرط، مضافا إلى دلالة على لزوم نفس الشروط بالتقرير السابق (4). فإن وفى به المشتراط فلا بحث، وإلا فيجبره الحاكم، لأنه ولي الممتنع. نعم، لو تراضيا على الفسخ فلا بحث. وبالجمله: حكمه حكم أصل العوضين من هذه الجهة، والشبهة المتخيلة مدفوعة جدا. وثانيها: أن الشرط يجب الوفاء به، ومع الامتناع من المشتراط يتخير الشارط بين الأجبار والفسخ. ولعل الوجه فيه: أن فوات الشرط يوجب الضرر على صاحبه، وجبره إما بإجباره على الأداء، وإما بفسخ العقد المشروط فيه، وحيث لا دليل على تعيين

(1) الغنية (الجوامع الفقهية): 524. (2) السرائر 2: 326. (3) يعني موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة في ص: 276. (4) سبق تقريره في ص ...

[282]

أحدهما يتخير في ذلك. ولا يخفى ضعفه، لأنه إن كان له الأجبار على أخذ حقه فلا وجه لفسخ العقد المحكوم شرعا بلزومه، إذ لا معارض له الآن، فإما أن لا يلتزم بجواز الأجبار، وإما أن لا يقول بجواز الفسخ، لأنه بعد إمكان الأجبار عقلا وشرعا فهو فوت على نفسه الشرط، مضافا إلى ما دل على لزوم الوفاء الموجب للأجبار لو امتنع. ومن هنا يظهر: أنه لو أمكن للشارط أخذ الشرط من دون توسط دفع المشتراط فله ذلك، كما لو تسلط المشتري على المبيع، فإن له أخذه وإن لم يرض البائع في غير ما يشترط في صحته القبض، فلو لم يأخذ فليس له فسخ العقد، لأنه فوته على نفسه مادام باقيا على إمكانه. وثالثها: ما حكى عن الدروس: من أن فوات الشرط - بمعنى: امتناع المشتراط عن الأداء - يوجب الخيار لا الأجبار. (1) إذ ليس فائدة الشرط إلا جعل العقد عرضة للزوال، فيصير معنى الشرط: أنه إذا لم يحصل فله الفسخ. وهذا مناف لما دل على وجوب الوفاء بالشرط مما مر، وقاعدة إجبار الممتنع، ومرجعه إلى منع لزوم الوفاء بالشرط وإفادة الشرط التعليق بهذا المعنى. وقد عرفت أنه خال عن الوجه، والغرض من الاشتراط: إيجاب العقد والشرط معا على سبيل الربط فيكون كالجزء، والعقد محكوم بلزومه، والشارط مسلط على المطالبة بالشرط مادام ممكنا بمقتضى ما أوجبه في ضمن العقد، فلا يلائم القول بالخيار مع القول بوجوب الوفاء، مع أنه يقول بوجوب الوفاء فلا وجه للخيار. واحتمال: أن وجوب الوفاء تكليف على المشتراط لا حق للشارط فيه حتى يطالبه، بعيد عن باب المعاملة، ومن المعلوم: أن وجوب الوفاء عليه لحق الشارط، فإنه لو عفى عنه لم يجب، فمتى ما صار حقا له يجئ عموم التسلط على المطالبة في الحقوق، والعقد لا دخل له في ذلك حتى يتزلزل مع إمكان الاستيفاء. ورابعها: عدم وجوب الوفاء، وإنما فائدته التسلط على الخيار، وهذا الوجه

(1) الدروس 3: 214، وفيه: فإن أخل به فللمشتراط الفسخ، وهل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر.

من السابق، ولكنه مناف لظاهر ما قدمناه من الأدلة، ويتم هذا الوجه لو كان الشرط تعليقاً للزوم العقد، وهو ليس في يد المتعاقدين حتى يجعله كذلك على ما بيناه. والمراد من الشرط: إلزام ما شرط مرتبطاً بأصل العوض المأخوذ في العقد اللازم بواسطته دون مجرد التعليق، سواء جعلته للعقد أو لدوامه أو للزومه، كما بيناه. وخامسها: الفرق بين الشروط التي يكفي العقد في تحققها كشرط الوكالة في الرهن ونحوه، فإنه لازم لا يجوز الأخلاص به، لأنه واقع بوقوع العقد وليس شيئاً مترقياً أو متوقفاً يعلق (1) عليه العقد حتى يوجب التزلزل، وبين ما لا يكفي فيه ذلك كشرط العتق، فإنه شئ لا يكفي في حصوله عقد البيع مثلاً، بل يحتاج وقوعه إلى صيغة أخرى بعد ذلك، وهو شئ ممكن الحصول والعدم، والعقد قد علق عليه، والمعلق على الممكن ممكن. وهذا التفصيل نسبه الشهيد الثاني إلى الشهيد (2) (وهو أيضاً مبني على اعتبار معنى التعليق في الشرط بالمعنى المتقدم، وقد عرفت أن الشرط ليس إلا كنفس المعاوضة في الأنشاء والألزام، وتسميته شرطاً باعتبار كونه أمراً خارجاً مرتبطاً، فحكمه حكم أصل المعاوضة في الألزام والأجبار. الثالث في تعذر الشرط وقد حكم الأصحاب فيه بالخيار، والظاهر أنه إجماعي، وهو الذي يعبرون عنه بـ (خيار الاشتراط) بمعنى أنه خيار ناش عن اشتراط شئ إذا فات على مشترطه. و (خيار الشرط) من (3) الخيار الحاصل من شرطه، بمعنى اشتراط الخيار في العقد، فيكون خيار الشرط معناه: ما يحصل من شرط الخيار. ولو كان التسمية بالعكس - بمعنى كون خيار الشرط خيار فوات الشرط،

(1) في (ن، د): يتعلق. (2) الروضة 3: 507. (3) في (ن، د): عن .

وخيار الاشتراط اشتراط الخيار - لكان له أيضاً وجه. وبالجمله: فوات الشرط يوجب الخيار، وعللوه بأمور: أحدها: أن ثبوت ذلك إنما هو مقتضى الشرط، فإن معناه أنه لو انتفى فلا عقد. وأورد عليه الفاضل المعاصر النراقي: إن الشرط هنا لغوي، بمعنى الألزام - على ما يراه من معنى الشرط - ولا ربط لذلك بالخيار في العقد عند انتفائه، نعم. يتم هذا لو كان الشرط أصولياً، بمعنى الانتفاء عند الانتفاء (1). قلت: لعل معنى كلامهم: أن مقتضى الشرط هو الربط، فالألزام والإيجاب وقع على أمرين مع الارتباط، فإذا فات أحدهما فقد دخل الضرر فيتسلط على الخيار دفعا له، وليس هذا كتبعض الصفقة حتى يقسط العوض، لأن الشرط ليس جزءاً وإن كان له قسط من الثمن، وإنما هو كالوصف، وقد حققنا سابقاً - في ضبط موارد العقود - أن الأوصاف لا تقابل بالأعواض وإن تفاوتت بها القيم (2). (وقولهم: (قسط من الثمن) معناه: أن له دخلاً في ذلك، لا أنه مقابل بالعوض، وقد قررنا سابقاً أن الضرر موجب للخيار، ونبرهن على ذلك في مبطلات العقود إن شاء الله تعالى. وظاهر كلامه (3): أن الشرط لو كان أصولياً لزم هذا الكلام على ما فهمه. وأنت خبير بأن العاقد إذا شرط: فإذا لم يرد به الانتفاء عند الانتفاء لأصل العقد فلا وجه للخيار ولازمه البطلان، وإن كان لدوامه فكذلك، لارتفاع المشروط بارتفاع شرطه، وإن كان للزومه فلا وجه لقول العاقد: (شرطت في لزوم العقد) فإن ذلك حكم وضعي توقيفي، فلا وجه لاحتمال أن الشرط أصولي ينتفي بانتفائه. وثانيها: أن التراضي حصل معه، فإذا تعذر يرجع إليه. وأورد عليه النراقي: أن ظاهر المتعاقدين النقل والألزام، وأما الالتفات إلى العدم عند العدم فالأصل عدمه. ولا يعتبر احتمال عدم التراضي في أمثاله، وإلا لزم ذلك في أكثر العقود التي غفل عن لوازمها أكثر الناس، بحيث أنه لو علم بها لم يرض. وأصالة عدم الرضا إلا بالشرط مدفوعة بظاهر لفظهما، فالأصل عدم الخيار

(1) عوائد الأيام: 45، العائدة 15. (2) راجع العنوان: 41، ص: 215. (3) أي: المحقق النراقي قدس سره .

حتى يثبت (1). قلت: لعل مراد كلامهم: (أن التراضي وقع مع الشرط) أنهما أوقعا العقد على هذا النحو، فإذا تعذر ذلك فلا بد من مدفع لفوات هذا المقصود، وليس إلا الخيار. وليس في كلامهم الالتفات إلى العدم عند العدم حتى يمنع أو ينفي بالأصل. ولا يحتاج إلى احتمال عدم التراضي، بل المدعى: أنه من المعلوم أنهما قاصدان لهذا المركب وقد فات، ولا ريب أن احتمال أنهما راضيان بالعقد كيف كان مقطوع العدم. وأي فرق بين فوات المركب من العقد والشرط وفوات العقد على المركب بفوات بعض أجزائه؟ وليس في ظاهر لفظهما الرضا بالعقد كيف كان حتى يتمسك به في عدم الخيار، إذ ظاهر العقد الرضا بالمجموع المركب، وأين الظاهر الدال على الرضا كيف كان؟ وبالجمل: بعد الأجماع على الخيار وكونه على قاعدة خيار فوات الوصف فالأمر سهل، وهذه الكلمات مما لا يلتفت إليها. الرابع أن الشرط - كأصل العقد - يعتبر فيه دال صريح فلا عبرة فيه بالنية ولا بالتواطئ مع عدم الذكر حال العقد، وحيث إنه مرتبط بالعقد لا بد من وقوعه بحيث لا يتم العقد قبله، ولا يقع الشرط قبل العقد، لأن كلا منهما مستلزم للاستقلال، وهو خلاف موضوع الشرط على ما حققناه فما تقدم على العقد وما تأخر عنه لا عبرة به، لفوات الارتباط وإن كان مقصودا حال العقد، إذ القصد الخالي عن الدلالة لا عبرة به. وما ورد في الشرط المتأخر في عقد النكاح قد عرفت جوابه (2)، وقد مر تحقيق الأقسام في قاعدة تبعية العقود للمقصود (3)، والحكم يتضح مما أشرنا إليه، والعمدة ملاحظة الارتباط وأن القصد من دون دال لا عبرة به، فتدبر وتبصر .

(1) عوائد الأيام: 45، العائدة 15. (2) راجع ص: 278. (3) راجع العنوان: 30 .

[العنوان السادس والاربعون] [في بيان الشروط الأربعة الفاسدة]

عنوان [46] في الشروط الخارجة عن القاعدة بنص أو قاعدة، وهي أربعة أقسام: الأول: ما يؤدي إلى جهالة في أحد العوضين. والمراد منه: أن الشرط لما كان مرتبطا بالعقد فيكون بمنزلة وصف مأخوذ في أحد العوضين من جهة المعاوضة، وحكمه بمنزلة أصل العوضين، فكما أن العوض لو كان مجهول الوصف يبطل المعاملة للزوم الغرر، فكذلك الشرط إذا تجهل بنفسه أو شرط على نحو يوجب تزلزلا وترددا في العوض قابلا للنقص والزيادة يبطل، لأن ذلك راجع إلى أصل العوض. ولا فرق في الجهالة بين كونها في أصل المفهوم أو العين وبين كونها في المجموع المركب المقصود ولو باعتبار الاعتبار والمقصود القاصد، ولكن هذا الشرط يكون باطلا حيث كان ذلك العقد مما لا يقبل الجهالة، لأن إبطال هذا الشرط للعقد وكونه باعثا لتخلف شرطه (1) صار سببا لبطلانه، فيدور مدار ذلك، فإن كان العقد مما يداق فيه - كالبيع والأجرة ونحو ذلك - يبطل فيه اشتراط ما يؤدي إلى الجهالة. وإن كان مما يتحمل الجهالة - كالصلح مثلا - فلا بأس فيه بذلك. ولكن ذلك يتبع مقدار التحمل، فإن كان يتحمل الجهالة الأتلة إلى العلم كما

(1) في (ن، د): شرط .

في الصلح - على ما نختاره - فكذا في الشرط فيجوز اشتراط ما يوجب جهالة كذلك. وإن كان يتحمل الجهالة مطلقا فيجوز اشتراط ما يوجب الجهالة كيف كان. ومن هذا الباب بطلان كثير من الشروط التي حكموا فيها بالبطلان، لا حاجة إلى ذكرها، وفرض ذلك في سائر الأبواب مما لا يخفى على المتدرب، ومن هنا ظهر وجه بطلان هذا النوع من الشرط، وذلك واضح. الثاني: هو الشرط المخالف لمقتضى العقد. وهذا الشرط يحتاج معرفته إلى معرفة مقتضيات العقود، وقد حققناها في العناوين السابقة (1) فينبغي الرجوع إليها حتى يتضح الأمر. ومجمل المقال: أن مقتضى العقد: إما مقتضى ذاته، بمعنى: أن ماهيته لا تتحقق إلا بذلك، كالتمليك في العقود المملكة للعين أو المنفعة أو الانتفاع، فإن فواته موجب لانتفاء العقد، وكالهيئات المعتمدة في العقود مثل كون الربح والنماء مشتركا بالأشاعة بين العامل والمالك في المضاربة والمزارعة والمساقاة، وكون السبق في المسابقة للسابق ونحو ذلك، فإن هذه أمور لو انتفت لم يكن العقد على ما شرع في الأصل، وهذه الأمور لو شرط ما ينافيها بطل. والوجه في ذلك: أن الشرط يتبع في الصحة للعقد، فإذا لم يترتب على العقد ما هو مقوم لماهيته فلا عقد حتى يرتبط به الشرط، فلا يكون حينئذ للشرط موقع. وكذا لو شرط ما يخرج العقد عن هيئته، فإن الأمر حينئذ يدور بين أمرين: إما كون العقد على الهيئة المشروطة، وإما بطلان الشرط وصحة العقد وانصرافه إلى ما هو المقرر من قاعدته في الشرع، فعلى الأول لزم البطلان في العقد ابتداء، لخروجه عن موضوعه الذي دل عموم أدلة العقود أو خصوصها على صحته، فيبقى تحت أصالة الفساد الأولية فيبطل، لعدم دليل على صحته بهذه الهيئة، فيبطل الشرط أيضا، لأنه مرتبط بالعدم، فيصير وجود الشرط وصحته حينئذ مبطلا لنفسه، وما يستلزم صحته بطلانه فهو باطل. وعلى الثاني فيبطل الشرط أولا،

(1) راجع العنوان: 43 .

[290]

ويجئ البحث السابق في العقد، وعلى كل حال: فالشرط باطل. مضافا إلى أن ما دل من الأدلة على اعتبار الآثار الخاصة لهذه العقود والهيئات الخاصة لها يقتضي ثبوتها وعدم جواز تخلفها، سواء شرط عدمها أم لا، وأدلة الشروط قاضية بنفوذها سواء كانت في ذلك أم [في] (1) غيرها، فيتعارضان بالعموم من وجه، والترجيح لدليل العقود، إما للكثرة أو لأصالة العقد، وعلى فرض عدم الترجيح فأصالة الفساد في هذا الشرط كافية بعد تساقط الدليلين. ويمكن إدراج هذا القسم من الشرط - بل القسم السابق أيضا - في عنوان (الشرط المخالف للكتاب والسنة) باعتبار أن الشرط المقتضي لتغير هيئة العقد أو لعدم ترتب آثاره اللازمة عليه أو لجهالة العوض المشروط فيه العلم شرعا يكون مخالفا لما دل من الأدلة على اعتبار ذلك كله من الكتاب والسنة. ولكن المتبادر من مخالفة الكتاب والسنة ما كان الشرط مخالفا لما ثبت منهما بالخصوص، لا ما يؤول إلى المخالفة بالملازمة وملاحظة الأمور البعيدة والعناوين الكلية، نظير موافقة الكتاب ومخالفته المعتمد في ترجيح الأخبار، فتدبر. وأما الأمور المترتبة على العقد التي ليس لها مدخلية في قوامه بحيث لو لم يكن هنا كذلك لكان العقد على موضوعه داخلا تحت الأدلة - كعدم الأثر والنفقة في المتعة وخيار المجلس في البيع ونحو ذلك - فلا مانع من اشتراط ما ينافيها عملا بعموم دليل الشرط، ولا مانع من ذلك، وهي التي نسميها بمقتضيات الأطلاق، وقد مر تفصيل المقتضيات في بحثها (2). ومعرفة الشرط المنافي لها والموافق إنما يعرف بعد الأحاطة بها، والتتبع في مظان العقود وما ذكره الفقهاء في كل باب من الشروط. الثالث: هو الشرط المخالف للكتاب والسنة. ويدل على فساده: إجماع الأصحاب حيث استثنوا ذلك من جواز الشرط حيث تعرضوا له، ونصوص الباب حيث اشتملت على أن المسلمين عند شروطهم

(1) من (م). (2) راجع العنوان: 43 .

إلا ما خالف الكتاب والسنة (1) وهي روايات متعددة معمول بها معول عليها، فلا بحث في بطلان ما خالف الكتاب والسنة من الشروط. الرابع: ما كان محرماً لحلال أو محللاً لحرام، فإنه أيضاً باطل بإجماع الأصحاب، حيث استثنوا هذا القسم أيضاً بهذه العبارة، ودل على استثنائه أيضاً النص الموثق السابق لأن فيه: (إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) (2) فهذا في البطلان كالسابق من دون إشكال. وإنما البحث في بيان المراد من هاتين العبارتين، نظراً إلى أن المخالفة للكتاب والسنة: إن كان المراد به: منافاته لما دل على ذلك من عموم الكتاب والسنة وإطلاقاتهما، فيلزم على هذا أن يكون كل شرط مخالف للكتاب والسنة، فإن من شرط في البيع أن يعطيه ديناراً زائداً على الثمن فقد خالف عموم الكتاب والسنة الدالين على عدم وجوب ذلك، وكذلك من شرط عليه عتق المبيع أو بيعه لزيد أو شرط خياراً في البيع - ونحو ذلك - فقد شرط ما يخالف ما دل من الكتاب أو السنة على عدم لزوم العتق والبيع ولزوم العقد، فأين الشرط الغير المخالف لهما؟ ولازم ذلك هو الاستثناء المستغرق الموجب للبطلان. وإن كان المراد من المخالفة: مخالفة الأحكام المنجزة في الكتاب والسنة التي لا يصح فيها اشتراط خلافها، فيكون المعنى: إلا ما خالف ما دل من الكتاب والسنة على حكم غير قابل لاشتراط خلافه، ولازمه أن كل مقام لا ندري أن هذا مما يمكن اشتراطه أو لا يمكن لا يجوز لنا التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) (3) لأن عموم الشروط إنما هو في مقام لم يكن إطلاق الكتاب والسنة قاضياً بعدم جواز شرط خلافه، ونحن لا نعلم ذلك إلا بعد العلم بصحة اشتراط

(1) راجع الوسائل 12: 352، الباب 6 من أبواب الخيار، والمعيار في نطاق هذه الروايات هو موافقة الكتاب ومخالفته، ولم نقف فيها التصريح بالسنة، فراجع (2). راجع العنوان السابق، ص: 276. (3) الوسائل 15: 30، الباب 20 من أبواب المهور، ج 4.

خلافه، والغرض أنه أيضاً يتوقف على شمول هذه العمومات، فيلزم الدور، وإن علم من خارج جواز اشتراط خلافه أو عدم جوازه فلا بحث فيه، ولازم هذا الكلام سقوط هذه العمومات من الحجية بالمرة، فتدبر. مضافاً إلى أن المعيار في معرفة المنجز من حكم الكتاب والسنة وما يجوز فيه اشتراط الخيار غير موجود، فإن ظاهر ما اقتضاه الكتاب تسلط الناس على مالهم وبراءة ذمتهم من التكليف، ولزوم العقود ونحو ذلك، ومن أين يعلم أن هذا مقيد بما إذا لم يشترط خلافه أو مطلق قابل للتقييد أو غير قابل؟ وغاية ما في الباب: تعارض عمومات مع ما دل من الكتاب والسنة على الحكم بالعموم من وجه، وكما يمكن تقديم جانب الكتاب يمكن ترجيح جانب الشروط. فإن قلت: هذا لا يكون منشأ للأشكال، فإن الأدلة الدالة على الأحكام مطلقات، وعمومات الشروط مقيدة بعدم المخالفة للكتاب والسنة، فأين مقام وقع التعارض يسقط دليل الشرط، لأنه من موارد المخالفة، فلا يقع حينئذ إشكال حتى يتوقف. قلت: هذا يدير الكلام السابق من أن كل شرط حينئذ مخالف للكتاب والسنة (1) بعموم أو خصوص، ولازم ذلك سقوط عمومات الشروط من أصلها: (2) فإما أن يرمى بالأجمال الموجب لسقوط الاستدلال، وإما أن يحمل على معنى يرفع هذا المقال. قال المحقق المعاصر في عوائده: والمراد من مخالفته: أن يثبت حكم في كتاب أو سنة (3) وهو يشترط ضده طلبية أو وضعية، كما أنه قد ثبت أن المرأة أمرها ليس بيدها فيشترط خلافه، والطلاق بيد الزوج فيشترط كونه بيدها، أو يشترط عدم تسلطه على ماله، أو يشترط أن يكون الخمر [حلالاً والماء] (4)

(1) في غير (ن): لكتاب وسنة. (2) من أصلها: لم يرد في (م). (3) كذا، والأولى التعبير بـ (الكتاب والسنة) كما في العوائد. (4) من مصححة (م).

حراما. وأما اشتراط عدم التصرف فليس من هذا الباب، لأنه لم يثبت منهما التصرف بل جوازه، والمخالف عدم الجواز لا عدم التصرف. فإن قلت: اشتراطه يوجب عدم جوازه. قلت: الشرط لا يقتضي ذلك، بل إلزام الشارع بالشرط يقتضيه. فإن قلت: قوله: (إلا شرط خالف) ليس بمعنى المشروط بل بمعنى الألزام وفي ما نحن فيه كذلك. قلت: التزام عدم التصرف لا ينافي جوازه ما لم يكن له ملزم، وكذلك شرط فعل ما ثبت (1) حرمة وترك ما ثبت وجوبه ليس مخالفا للكتاب والسنة إلا أنه يتعارض أدلتها مع أدلة الشرط (2). وفي هذا الكلام بحث من وجوه: أحدها: أن تفسير المخالفة بثبوت حكم بهما فيشترط ضده، إن أريد بذلك ثبوت الحكم بهما على نحو لا يمكن اشتراط خلافه، يعني: علم أن الشرط لا يغيره - كما هو ظاهر الأمثلة من الطلاق ونحوه - فذلك يوجب عدم جواز التمسك بعموم الشروط في مقام، إذ المعنى حينئذ صحة الشرط فيما ليس كذلك في نفس الأمر، فما لم يعلم جواز الشرط لا يمكن الاشتراط، ومعه فلا نفع للعمومات. واحتمال إرادة إخراج ما علم مخالفته للكتاب والسنة، فالمشكوك فيه يصح اشتراطه وإن دل على خلافه ظاهر كتاب أو سنة لاحتمال تقيدهما (3) بعدم اشتراط الخلاف بعيد عن ظاهر الدليل، مضافا إلى كمال بعد فهم الحكم المنجز من الكتاب والسنة بحيث لا يقبل التقييد باشتراط الخلاف، فإنه لا يكاد يتحقق، لتوقفه على التصريح، فإن الإطلاق ونحو ذلك لا يفيد هذا المعنى. وإن أريد ثبوت الحكم في ظاهر (4) الكتاب والسنة وإن كانت قابلة للتقييد بإخراج ما خالف مثل ذلك استثناء مستغرق.

(1) في (ن) زيادة: معرفة. (2) عوائد الأيام: 47، العائدة 15. (3) في (ن)، د: (تقيدهما. (4) في (ن)، د: طواهر.

وثانيها: أن اشتراط كون الخمر حلالا والماء حراما - ونحو ذلك - لا دخل له في الشروط في ضمن العقود، فإن ذلك مبني على غرض المتعاقدين، وتغير الأحكام، لا غرض للمتعاقدين، وفهم اشتراط تغير الأحكام من قوله: (إلا ما خالف الكتاب والسنة) في غاية البعد. وسيجئ لهذا الكلام تتميم بعيد ذلك. وثالثها: أن ظاهر كلامه أن المراد من المخالفة هو المخالفة بالمطابقة دون ما يخالفهما بالتلازم ونحو ذلك، ولا ريب أن اشتراط عدم التصرف في المال أيضا مخالف للكتاب والسنة، فإن مقتضاهما تصرف المالك في ملكه. وقوله: إن عدم التصرف غير مناف. قلت: (1) (فيه إن عدم تصرفه بطريق اللزوم مناف لذلك، والمقصود بالشرط إلزام عدم التصرف لعدم التصرف ولو اختيارا. ولا وجه لقوله: فإن إلزام الشارع يقتضيه، لأن كل حكم ثابت بالشرط إنما يقتضيه إلزام الشرع (2)، وإلا فالشرط لا يثبت حكما، فلو قال: بشرط أن لا يطأ الزوجة أو لا يتسرى عليها - أو نحو ذلك - لكان الحكم المنافي هنا أيضا لالزام الشرع، فإن ما ثبت من الشرع هو جواز الوطئ والتسري، وعدمهما لا ينافي جوازهما، مع أنهم عدوهما من الشرط المخالف للكتاب والسنة. ورابعها: أن إخراج شرط ترك الواجب أو فعل المحرم من مخالف الكتاب والسنة بديهي الفساد، لأن الواجب والمحرم إن كان دليلهما اقتضى الوجوب والحرمة مطلقا بحيث لا يمكن اشتراط خلافة - بمعنى عدم تبدل الحكم به - فيصير الشرط مخالفا للكتاب والسنة - مثل الطلاق - قطعاً، وإن لم يكن كذلك فيتعارض الدليلان كما ذكره، لكن الغرض: أن دليل الشرط مقيد بعدم مخالفتها، فكيف يعقل التعارض؟ فأينما وقع التعارض ابتداءً ظهر بطلان الشرط، لأنه داخل في مخالف الكتاب. نعم، لو كان عموم الأمر والنهي أيضا مقيدا بما إذا لم يشترط في البيع خلافه لزم التكافؤ بين المتخالفين، والغرض أنه ليس كذلك،

(1) لم يرد (قلت) في (م). (2) لا يخفى ما في العبارة من قصورها عن تأدية المراد.

فكيف يمكن أن يقال بتعارض دليل الشرط مع إطلاق الكتاب والسنة القاضيين بالوجوب والتحريم؟ وعلى فرض الأمكان فقد يتفق فيهما أيضا ما ثبت عدم جواز تبدله بالشرط، فلم لا يكون داخلا في مخالف الكتاب؟ فتبصر. والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن المتبادر من مخالفة الكتاب والسنة: مخالفة ما ثبت منهما بالخصوص على نحو نعلم أن الحكم كذلك من دون تعلقه واشتراطه بشئ آخر، وهذه العبارة ليست إلا كقوله: (أطع أباك إلا فيما خالف الشرع) أو قول الرجل لصديقه: (إني أطيعك وأسمع قولك إلا فيما خالف أمر الله) فإن معناه: أن أمر الأب أو المولى أو الصديق مثلا أيضا من الملزمات، سواء كان بإلزام الشرع أو بالتزام المكلف بنفسه، ويكون المراد: أن مع قطع النظر عن أمر الامر ونهيه يلاحظ الشرع، فإن كان للشارع أمر ونهي وجعل في هذه الواقعة فالمتبع ذلك، وإن كان الشارع رخص في ذلك أو سكت ولم يحكم بأحد الطرفين فالمتبع في ذلك أمرك، فكذا في الشرط، فإن مقتضى الدليل أن الشرط أيضا من الملزمات لأحد الطرفين، إما الفعل أو الترك، فإن كان هناك للشارع حكم بأحد الطرفين إلزاما فلا عبرة بالشرط لو خالفه (1) (كتعارض إطاعة المولى والأب مع إطاعة الشارع، وإن لم يكن كذلك فالمتبع الشرط، وهذا واضح لا إشكال فيه. فنقول: أما الأحكام الشرعية وضعية أو تكليفية لو اشترط تغييرها عما هي عليها - كاشتراط حرمة الماء، أو حل شرب [خمر] (2) أو عدم ضمان الغاصب، أو عدم كون البيع مملكا ونحو ذلك - فلا ريب في بطلانه، ولا يحتاج إلى إدراجه في مخالفة الكتاب والسنة، بل ليس معنى المخالفة مثل ذلك، إذ الأحكام ليست في قدرة المكلفين، وشرط أمر غير مقدور باطل، إذ الشرط يجب الوفاء به كالعقد، ولا يشمل دليل الشرط مثل ذلك حتى يحتاج إلى الاستثناء، وهذا مما لا يتفوه به أجنبى عن الفن فضلا عن فقيه (3). وأي معنى لقولك: (بعثك وشرطت أن لا تكون

(1) في (ن، د): لو خالف. (2) من (م). (3) في (ن، د): الفقيه .

الصلاة واجبة أو الجنابة عمدا غير موجب للقصاص)؟ إذ المقصود من الشروط الوفاء، وهذا غير مقدور حتى يؤتى به (1) وكون المراد بمخالفة الكتاب ذلك كلام تضحك منه الثكلى! وحيث إن الشرط إنما هو في الامور المقدورة فيرجع المال إلى اشتراط الفعل أو الترك، لا تغير نفس الحكم، فإذا صار كذلك فنقول: شرط الفعل بوجوب إلزامه، وشرط الترك بوجوب لزوم الترك، فإن كان الفعل المشروط حراما - كشرب الخمر ونكاح الخامسة - فالشرط مخالف للسنة أو الكتاب، وكذلك لو كان الترك المشروط ممنوعا منه، كشرط أن لا تصلي أو لا تصوم أو لا تطأ زوجتك الدائمة سنة، ونحو ذلك. وأما لو كان الفعل والترك مما رخص فيه - كطلاق الزوجة وبيع الدار وأكل الرمان والعودة يوم الجمعة في الدار والمسير إلى مكان، ونحو ذلك مما لا أمر فيه للشارع ولا نهى - فيجوز اشتراط فعله وتركه من دون إشكال، وليس داخلا في مخالف (2) الكتاب والسنة. وقولنا: إن اشتراط عدم التسري ونحو ذلك مما خالف السنة، إنما هو للنص الخاص. وبالجمل فحاصل المراد: أن كل شرط لو قطع النظر عن لزوم الشرط ولوحظ الشرع لم يرد فيه ما يدل على الألزام فيه بفعل أو ترك فلا مانع من اشتراطه، كما لا مانع من اشتراط ما يوافق الشرع في لزوم الفعل أو الترك، فيكون كالنذر على فعل الواجب أو ترك الحرام فيصح، لما حققناه في بحث الأسباب أن علل الشرع معارف لا مانع من اجتماعها (3) فتدبر وتبصر. ومثل اشتراط عدم التصرف في المال ونحو ذلك ليس من جهة المخالفة للكتاب والسنة، بل إنما هو لمخالفة مقتضى العقد لو شرط في عقد التمليك عدم التصرف فيما يملك به، أو لمانع آخر، يأتي التنبيه عليه في آخر العنوان. ونظير هذا الكلام أت فيما أحل حراما أو حرم حلالا، بتقريب: أن كل شرط

(1) في (ف، م): يوفى به. (2) في (م): مخالفة. (3) راجع العنوان: 8 .

ملزم لأحد الطرفين، ولازم ذلك كون كل شرط محرماً لحلال أو محلاً لحرام، ولازمه الاستثناء المستغرق، فلا بد من بيان هذه العبارة على نحو ينطبق على المدعى. ومثل ذلك، الخبر الوارد في الصلح: (أن الصلح جائز بين المسلمين، إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً) (1) وكلاهما من باب واحد، وهذا ما وعدناك في بحث موارد العقود في ضبط مورد الصلح. والفاضل المدقق النراقي أبدع هنا أيضاً - نظير ما أشار إليه في ضمن أمثلة المخالف للكتاب والسنة - من أن فاعل (أحل) و (حرم) هو الشرط، وهذا إنما يتم مع اشتراطه حرمة حلال أو حلية حرام، لا مع اشتراط عدم فعل حلال. فلو قال: (بعتك بشرط حرمة التصرف في المبيع أو حلية النظر إلى وجه زوجته) يكون من هذا الباب، بخلاف ما لو قال: (شرطت عدم التصرف) (نعم، لو أجاز الشارع هذا الشرط فأجابه الوفاء به يحرم الحلال. وبعبارة أخرى: أن نفس الشرط يحل ويحرم، لا أن إيجاب الشارع ذلك الشرط يحل ويحرم، لأنه محتاج إلى التقدير في الرواية، ومناقض لما استشهد به الإمام عليه السلام في موثقة منصور على عدم حلية الطلاق والتزويج (2) بل يلزم كون الإطلاق لغواً، وينحصر مورد الخبر في اشتراط الواجبات واجتناب المحرمات، فالحكم بوجود ذلك بل تعليقه بالوصف المشعر بالعلية لغو جداً. فإن قيل: إذا اشترط عدم الفعل فيجعله حراماً عليه. قلنا: ليس المراد مجرد طلب الترك، بل جعله حراماً واقعياً حتى يكون المشروط حرمة الفعل في نفس الأمر شرعاً. فإن قيل: الشرط مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلاً ولا تحريماً. قلنا: إن أريد حصولهما واقعاً فكذلك، وإن أريد بحكم الشرط فليس كذلك، بل حكم الشرط ذلك،

(1) الوسائل 13: 164، الباب 3 من أبواب أحكام الصلح، ج 2. (2) الوسائل 3015: الباب 20 من أبواب المهور، ج 4.

فالشروط كالنذر في التعلق بالمباح والمحظور (1). هذا مجمل ما أفاده وأنت خبير بأن أدلة الشروط - كما أشرنا إليه (2) - لا تدل على الشروط الغير المقدورة، ومن المعلوم: أن تغير الأحكام ليس في قدرة المتشارطين، ولا معنى لقوله: (بعت بشرط أن يكون الخمر حلالاً) فإن ذلك شيء لا يحتمل دخوله تحت الأدلة حتى يحتاج إلى استثنائه. وبالجمله: بطلان مثل هذا الشرط مما لا خفاء فيه، ولكن ليس معنى قولنا (3): (ما أحل حراماً أو حرم حلالاً) ذلك، لأنه خلاف المتبادر قطعاً. ودعوى: أن ما عدا ذلك يوجب التقدير ممنوع، فإنه لو شرط ترك فعل واجب أو فعل شيء محرم فلا ريب أن الشرط أوجب تحليل الحرام، بل هو حلل حراماً. ومن العجب! أنه ذكر في شرط ترك الواجب أو المباح أو شرط فعل الحرام أن الشرط - حينئذ لا يكون محلاً ومحرمًا، بل إيجاب الشارع الوفاء يوجب ذلك فلا يسند (4) ذلك إلى الشرط وقال في آخر العبارة فيما فرضه من شرط كون الخمر حلالاً - بعد ما أورد على نفسه أن الشرط لا يوجب شيئاً ما لم يوجبه الشارع :- إنك إن أردت ذلك واقعاً فكذلك، وإن أردت بحكم الشرط فليس كذلك (5). فنقول: إن شرط شرب الخمر كذلك، فإنك إن أردت أن يكون ذلك حلالاً واقعاً فلا يقتضي الشرط ذلك، وإن أردت أن حكم الشرط ذلك فهو كذلك، لأن الشرط معناه إلزامه بالشرب، وهو تحليل للحرام عليه مع عدم رضا الشارع به، فالفرق بين المقامين وإن كان يتخيل في بادئ النظر، لكنه في الحقيقة لا يعد فرقاً، مضافاً إلى أن المتبادر من هذه العبارة: ما ذكر من مثال شرب الخمر، لا كون الخمر حلالاً. بل نقول: إن معنى العبارة: أن يكون الشرط والألزام محلاً للحرام الواقعي، لا

(1) عوائد الأيام: 48، العائدة 15. (2) في (م): إليها. (3) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف: قوله: إلا... (4) في (م): فلا يستند. (5) عوائد الأيام: 49.

أن يبدل الحكم بالحرمة على الحكم بالحلية. وبعبارة أخرى: أن الظاهر من ذلك: أن تحليل الحرام عبارة عن تحليله مع بقاءه على حرمة (1) واقعا وظاهرا، وتحريم الحلال عبارة عن تحريمه مع كونه حلالا كذلك، وليس معناه إلا الألبام بالفعل في الأول وبالترك في الثاني. وأما تغيير الحكم بأن يجعل الحرام حلالا في أصل الواقع وبالعكس فلا يسمى تحليلًا للحرام، بل هو تبديل حكم الحرمة بالحل، وهذا المعنى الذي ذكرناه واضح عند العرف. وبالجملية: كون المراد من هذه العبارة ما ذكره مما يقطع بخلافه بالنظر إلى العرف. وقيل: إن هذه العبارة مجملة (2) ولازم هذا الكلام أن عمومات الشروط أيضا ساقطة عن الحجية، لأنها مخصصة بالمجمل على هذا الفرض، فلا بد في إثبات صحة كل شرط إلى دليل خاص من نص أو إجماع. وقيل: إن المراد بالحلال والحرام هنا: ما كان كذلك بأصل الشرع لا بتوسط العقد (3) بمعنى: أن حلية الشيء قد تكون بعد حصول العقد، كحلية التصرف والانتفاع ونحو ذلك في المبيع ونحوه، وكذلك الحرمة، كعدم جواز فسخ العقد وعدم جواز استرجاع العوض ونحو ذلك. وقد يكون الحل والحرمة في شيء ثابتا على وجه لا دخل له بالعقد، كحلية الماء وحرمة الخمر ونظائر ذلك. فإن كان من قبيل الأول فجاز تحريم الحلال وتحليل الحرام فيه، وإن كان من قبيل الثاني فليس ذلك فيه بجائز. ولعل نظره إلى أن الحل والحرمة الحاصلين (1) بالعقد بعد لم يحصلوا فلو وقع العقد خاليا عن الشرط أوجب هذا الحل والحرمة، وأما لو وقع مقيدا بالشرط

(1) في (ن): الحرمة. (2) نقله المحقق النراقي قدس سره في العوائد: 47 ولم يسم قائله. (3) نقله المحقق النراقي قدس سره في العوائد: 42 ولم يعين قائله. (4) في (ن، د): الحاصلتين .

[300]

فليس فيه تحليل لحرام ولا تحريم لحلال، لأن الحكم يقع حينئذ من أول الأمر على الحل أو الحرمة، ولا يكون هناك شيء محرم يحل بالشرط، بل يصير هو حلالا ابتداء. نعم، لو لم يكن هناك شرط والعقد وقع على إطلاقه لكان حراما، وهو لا ينفذ في ذلك، وكذلك في تحريم الحلال، فإن من شرط في إجارة الدار (1) مثلا أن لا يسكنها غيره لم يحرم حلالا، لأن حلية إسكان الغير إنما هي (2) فرع وجود الإجارة مطلقا غير مقيدة بالشرط، والفرض أنها وقعت مقيدة من الأصل، فوقع الأسكان غير مأذون فيه حتى يحرم بالشرط، فتدبر. بخلاف ما لا ربط له بالعقد، فإن الحلال حينئذ حلال لا ربط له بالعقد، وكذا الحرام، فاشتراط ترك الأول وفعل الثاني موجب للتحليل والتحريم المبطلين للشرط، فتأمل. وهذا الكلام لا غبار عليه من هذه الجهة، وليس بهذا المعنى تقييدا للدليل كما زعمه [الفاضل المعاصر] النراقي (3)، بل هذا تقييد (4)، إذ ليس هذا إلا عبارة عن تحقيق كون الشيء حلالا وحراما، وهو في الشرط المرتبط بالعقد لا يتحقق إلا به، فاشتراط خلافه ليس اشتراطا لخلاف ما هو ثابت من الحكم، بل إنما [هو] (5) دفع (6) (لثبوت ما يقتضيه الإطلاق. وأورد (7) عليه أيضا بأن ذلك موجب للتفرقة بين اشتراط سكنى الدار المبيعة للبائع وبين اشتراط سكنى دار غيرها للمشتري لها (8) فينبغي جواز الأول لأنه أحل حراما بالعقد، دون الثاني لأنه أحل ما هو حرام بأصل الشرع. ويمكن القول بأن تحريم الثاني إنما هو بدون الأذن وأما معه فلا، والشرط حينئذ محصل للأذن فلا يكون محللا لحرام، بل ملزما لما هو حلال مع الأذن بدون الشرط، وسيأتي لذلك مزيد توضيح في مقام التحقيق للمدعى .

(1) في غير (م): في الإجارة. (2) في غير (م): هو. (3) عوائد الأيام: 48. (4) كذا في النسخ: والصواب: تقييد. (5) من (م). (6) في (ن، د): وقع. (7) أي: النراقي قدس سره، انظر العوائد: 48. (8) في (ن، ف): له .

[301]

وقيل: إن المراد (-) ما أحل حراما أو حرم حلالا ما كان تأسيسا لقاعدة كلية، كما أن الحل والحرمة في الشرع متعلقان بالماهية (1) فالشرط المحرم للحلال شرط

حرمة أكل خبز - مثلا - ونحوه، وشرط جعل اختيار الطلاق والجماع بيد الزوجة، وقد قال الله تعالى: الرجال قوامون على النساء (2). وعلى قياس ذلك الشرط المحلل للحرام، وفيما لو اشترطت أن لا يتزوج عليها فلانة أو لا يتسرى بفلانة إشكال (3). ولعل نظره إلى أنه ليس تأسيسا كلياً، وإنما هو إخراج فرد عن تحت القاعدة الكلية، فلا تشمل الرواية مثل ذلك. وهذا القول أيضا راجع إلى ما ذكره الفاضل المعاصر النراقي في وجه يظهر بعد التأمل في أطراف كلاميهما (4). (ولا ريب أن دعوى ظهور ذلك من العبارة ساقطة، و [لفظ] (5) (حلالا وحراما) (وقع في الرواية على طريق التنكير، وهو يشمل الكلي والجزئي أيضا، وتخصيص الخبر بأحدهما لا وجه له، والعمدة في المقام تحقيق المرام على نحو ينطبق على المدعى ويكون مستفادا من الرواية، لا مجرد التخريج العقلي والاحتمال وإن بعد. فنقول: لا ريب أن (تحليل الحرام وتحريم الحلال) ليس المتبادر منه (6) تغيير الأحكام الإلهية - كما زعمه المعاصر النراقي وجعله الظاهر من الرواية كما بيناه - بل المراد منه (7) المنع عما هو حلال شرعا والألزام بما هو محرم شرعا، ولا شبهة أن ما كان حرمة وحليته منوطا (8) بحصول العقد بعد لم يتحقق، فاشتراط المنع عما لو كان العقد مطلقا لاقتضى جوازه أو الرخصة فيما لو كان العقد مطلقا لاقتضى المنع عنه ليس من هذا الباب كما بيناه في كلام القائل السابق، وهو من

(1) في (ن، د): بالماهيات. (2) النساء: 34. (3) نقله المحقق النراقي قدس سره ولم يسم قائله، انظر العوائد: 48. (4) في (د، م): كلامهما. (5) من (م). (6) في (م): منهما. (7) في (م): منهما. (8) في (م): منوطة، والمناسب: منوطتان .

[302]

هذه الجهة تام ليس عليه غبار، فتدبر. وأما ما هو محلل ومحرم بأصل الشرع، فنقول: إذا شرط المنع من الأول والألزام بالثاني، فمرة يكون الرخصة في فعل المحلل معلومة بحيث لا يقبل المنع بأمر آخر - كالصلاة الواجبة ونحو ذلك - وكذا المنع عن فعل المحرم - كشرب الخمر - وهذا القسم لا بحث في دخوله تحت الرواية، وعدم جواز مثل هذا الشرط. ومرة يكون الرخصة والمنع مطلقيين لا يعلم أنهما هل قابلان للتقييد بأمر آخر ملزم أم لا؟ فحينئذ يتعارض ما دل من الشرط على إلزامه أو منعه وما دل من الشرع على تحريمه أو جوازه. مثلا: إذا قال: بعثتك وشرطت عليك أن تعتق عبدك) نقول: عدم العتق كان حلالا له بأصل الشرع، والشرط قد حرمة عليه، ولو قال: (بعثتك وشرطت أن يكون سكنى دارك لي سنة) فقد حلل لنفسه ما كان حراما عليه، ونظائر ذلك أيضا مما يحرم ويحلل من أحد الجانبين فعلا وتركيا ما لم يكن كذلك علي هذا القياس، وهذا الذي أوقع الأشكال. وحله: أن عدم العتق كان حلالا عليه مطلقا أو بشرط عدم وجود ملزم للعتق، فإن كان من الأول فلا بحث لنا فيه - وقد ذكرنا أن بعد معلومية ذلك فلا بحث في بطلان الشرط - وإن كان من الثاني فنعلم أن وجود ملزم للعتق ممكن شرعا، وعدم العتق ليس حلالا مطلقا بل في بعض الصور. فنقول: لا ريب أن مع قطع النظر عن الاستثناء يقضي دليل الشرط بلزوم العتق جاءنا (1) عدم جواز اشتراط ما يحرم الحلال، فنقول: لا نسلم كون عدم العتق بعد الاشتراط حلالا حتى يكون الشرط محرما له. وبعبارة أخرى: احتمال كون الشرط ملزما وعدمه يوجب الشك في أن الترك للعتق حلال أم لا؟ لأن ذلك من تغاير الموضوع، ومتى ما لم يعلم ثبوت الحل والحرمة على الموضوع بقول مطلق لا يكون تخلف ذلك تحريما للحلال أو عكسه، فالمسلم إنما هو حلية عدم العتق

(1) في (م) بدل (جاءنا): ولا يتناقضه .

[303]

ما لم يكن هناك ملزم، فإذا جاء دليل الشرط وكان ملزما فقد خرج الحلال عن موضوعه الذي كان فيه حلالا وتبدل إلى موضوع آخر، فلم يكن الحلال حراما بهذا

الشرط أبداً. وكذلك نقول: إن حرمة سكنى الدار التي للغير لي (1) ليست على إطلاقها، بل حيث لا يكون هناك أمر محلل من إذن ونحوه وأخذ الشرط ذلك مع قبول الآخر يخرج ذلك عن كونه سكنى دار الغير بدون إذنه. وبعبارة أخرى: يبدل الموضوع المحرم إلى موضوع محلل بأصل الشرع ويلزمه، لا أنه يحلل الحرام، فإن الحرام والحلال لا يتبدلان بذلك. وبالجملية: عمدة الأشكال أن كل شرط محلل لما هو حرام بدونه ومحرم لما هو حلال بدونه، فكيف يمكن استثناء القسمين؟ والحل: أن المراد منهما كون الشرط محللاً لما هو حرام، بمعنى اقتضائه الرخصة فيما منعه الشارع، ومحرمًا لحلال، بمعنى اقتضائه المنع عما (2) رخص فيه الشرع، وهذا لا يكون إلا مع بقاء موضوع الحكمين بحاله، كالحلال المطلق الذي لا يمكن تحريمه بوجه، والحرام كذلك. وأما الأمور التي لها حلية وحرمة قابلتين (3) (للزوال بتغير وصف أو حالة أو نحو ذلك، فلو جاء شئ حلل الحرام أو حرم الحلال - بمعنى تغييره له من حالته السابقة إلى حالة أخرى مغايرة لها في الحكم - فإن ذلك لا يعد تحليلًا للحرام، بل هو تحليل للحلال، كإتلاف سائر الموضوعات الخارجية، إذ لا شبهة أن مال الغير ينقلب من الحرمة إلى الحل بإذن المالك، كإتلاف الخمر خلا، فتبصر. فيصير الحاصل: أن الشرط الممنوع منه ما كان مرخصاً لحرام لا يمكن تقلبيه حلالاً بهذا الشرط ونحوه، وما كان مانعاً عن حلال لا يمكن المنع عنه بملازم من الملزمات، وهذه العبارة لو أطلقت في العرف لكان معناها ذلك، فإن الرجل إذا قال

(1) كلمة (لي) لم ترد في (م). (2) في (ن، د): مما. (3) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: قابلة، والمناسب: قابلتان.

[304]

لصديقه: (أطيعك في كل أمر ما لم تحلل علي حراماً ولم تحرم علي حلالاً) لا يستفاد منه إلا ما كان حلالاً وحراماً لا يمكن التخلف والتجاوز عنهما (1). ولو أمره الصديق بأكل خبز خاص أو نهاه عن شرب ماء بالخصوص لم يكن منافياً لكلام ذلك [القائل] (2) أصلاً. وأما مثل عدم جواز اشتراط عدم التسري أو عدم التزويج عليها، فليس بطلانه بمجرد ما دل على عدم جواز تحريم الحلال، إذ لنا أن نقول: لا نسلم حلية التسري والتزويج بقول مطلق، بل ما لم يكن هناك ملزم بالترك، ولكن الدليل دل (3) على عدم جواز مثل ذلك وعدم مشروعية إلزام ترك ذلك. والحاصل: أن موارد النصوص شاهدة على أن المراد بالتحريم والتحليل: عبارة عن ورود الحكم بعد الشرط على ما كان يرد عليه مخالفه قبل الشرط من دون لزوم تغير موضوع وتبدل ممكن شرعاً وإن كان كل شرط مغيراً للموضوع في الجملة في كل مقام، لكن غرضي كون ذلك تغييراً قابلاً لتغيير الحكم، كما أوضحناه. تنبيه: للشروط مباحث متعلقة بها كأصل العقد، والكلام فيها طويل الذيل، ولكن الأنسب أن نشير إليها إجمالاً حتى يتنبه بذلك الفطن المتدرب، ولتفصيل الكلام محل آخر. أحدها: أن الشرط لابد أن يكون من الأمور المقدورة - كما أشرنا إليه سابقاً - لعدم إمكان الوفاء بغير المقدور مع أن الشرط يجب الوفاء به، فاشتراط الأمر الواقع في الماضي ونحو ذلك غير جائز (4). وثانيها: أن الشرط ليس تعليقاً للعقد، ولا لدوامه، ولا للزومه، وإنما هو إلزام

(1) في غير (م): عنه. (2) من (م). (3) في (ن): دال. (4) في (ف، م): غير جاز.

[305]

آخر مرتبط بالعقد كما ذكرناه، فلا يفترق الحال بين ذكره بلفظ الشرط أو بأدواته مع قصد عدم التعليق. لكن الأصحاب يظهر منهم عدم الجواز بالأداة واعتبار كونه بلفظ الشرط. ولعل ذلك لصراحة الأداة في التعليق مع أنه غير مقصود، ومطابقة الدال للمدلول معتبرة في العقود، والشرط يرجع إلى كيفية في العقد. وثالثها: أن الشرط يمكن أن يكون من باب الالتزامات الشرعية - كالنذر ونحوه - فيصح اشتراط كل ما يمكن إلزامه، حتى الواجبات بناءً على جواز تعلق النذر بها. وتظهر الثمرة في الترك، فإنه

موجب للعقاب وموجب لتزلزل العقد، كما أن في النذر موجب للكفارة. وكذلك المباحات التي لا نفع للمشتراط فيها، كالبيع بشرط أن ينام أو يأكل ونحو ذلك مما لا فائدة فيه لمن شرط. وكذلك التروك: كالبيع بشرط أن لا يضرب زيدا أو لا يعطي عمروا. وبالجملة: يصح حينئذ اشتراط كل مقدور، عينا كان أو فعلا، مباحا أو راجحا، وجوديا أو عدميا، فيه نفع للشارط أم لا [قابلا للملك أم لا] (1) قابلا للملك أم لا، قابلا للمعاوضة أم لا. ويمكن أن يكون الشرط من باب التملك - كالعقود - وله قسط من الثمن، فيشتراط كونه مقدورا مملوكا قابلا للتملك إن كان في عقد تملك، قابلا للمعاوضة إن كان في عقد معاوضة، ومنه يلزم كونه وجوديا فيه نفع للشارط، إذ الأعدام لا تملك ولا تملك، وتروك الشخص غير قابلة للمعاوضة، بل ليست مملوكة وإن قلنا: إنها مقدورة للمكلف باعتبار قدرته على رفع استثمارها. ظاهر بعض الأصحاب أنه من باب الألزام، والذي يعطيه كلمة الأصحاب في الأبواب كونه كالتملكيات، ورجحه شيخنا الأجل: الشيخ موسى رحمه الله ابن الشيخ جعفر الغروي عند قراءتنا عليه في خيار الاشتراط على ما في بالي، فليتدبر. ورابعها: أن بعد البناء على أنه من باب التملك يصير الشرط في كل عقد تابعا

(1) لم يرد في (ن).

[306]

له في شرائط الصحة، ويكون حكمه حكم العوضين في المقدورية والمعلومية ونحو ذلك. وخامسها: أن حكم الشرط كالصلح فيما ذكرنا في ضبط موارد العقود: من أن كل شئ يجوز الصلح عليه واشتراطه، أو نقول: إن الشرط والصلح ملزم (1) لما أمكن إثباته وإسقاطه بدونهما، وقد تقدم ذلك، فراجع (2). وسادسها: أنه قد ذكرنا أن من جملة الشروط الباطلة: هو الشرط المنافي لمقتضى العقد، على نحو ما بيناه . وقد ذكر بعضهم: أن اشتراط عدم تصرف المشتري وما في حكمه في العقود المملوكة مناف لمقتضى العقد، إذ الملكية قاضية بالتسلط، والشرط مانع عنه. وكذلك اشتراط عدم تصرف خاص من التصرفات، كاشتراط أن لا يبيع أو لا يهب أو لا يعطي زيدا أو لا يؤجره ونحو ذلك، فإن اشتراط عدم تصرف خاص كالمنع من مطلق التصرف في المنافاة لمقتضى العقد. بخلاف اشتراط الأتيان بأحد التصرفات الخاصة، فإنه غير مناف بل مؤكد للسلطنة، فكما أن قوله: (بعت بشرط أن تتصرف فيه أي نحو شئت) مؤكد لما هو مقتضى العقد والتمليك، فكذلك لو قال: (بعتك بشرط أن تعتق أو تهب، أو بشرط أن تؤجره لزيد) ونحو ذلك، فإنه أيضا مؤكد لسلطنة المشتري ونحوه وإن كان مستلزما للمنع عن سائر التصرفات غير التصرف المشروط. وقد قوى هذا الكلام شيخنا: الشيخ موسى ابن الشيخ جعفر الغروي عند قراءتنا عليه، وكذلك غيره من مشايخنا المعاصرين. وفي ذلك إشكال واضح، وهو: أنه لا ريب أن منافاة مقتضى العقد ليس أمرا لفظيا حتى يختلف باختلاف التعبيرات، بل هو أمر لبي معنوي، والمراد به: كون الشرط بحيث يلزم منه خلاف ما يقتضيه العقد، فكما أن اشتراط عدم البيع مناف لمقتضى العقد ومانع من التسلط اللازم للملك، فكذلك اشتراط العتق، فإنه مانع من

(1) كذا، والمناسب: ملزمان. (2) راجع العنوان: 41، القاعدة الثانية .

[307]

سائر التصرفات غير العتق، فالشرط مناف للتمليك الموجب للتسلط كيف شاء، بل هذا أولى بالمنافاة، لنفيه كثيرا من التصرفات، فعد الأول مما ينافي مقتضى العقد دون الثاني خال عن الوجه، فإما أن يقال بأن نفي التصرف الخاص غير مناف سواء كان بالمطابقة أو بالالتزام بخلاف نفي التصرف مطلقا، أو يقال: نفي الخاص كالعام سواء كان بالمطابقة أو بالالتزام. وبالجملة: لا وجه للفرق بينهما يركن إليه، بل يمكن أن

يقال: إن اشتراط عدم البيع معناه تعيين سائر التصرفات، كما أن اشتراط البيع معناه نفي غيره. والذي يمكن أن يقال في تصحيح الفرق: إن منافاة مقتضى العقد مبطل حيث كان نفس الشرط كذلك كاشتراط عدم البيع، فإن مقتضى العقد تسلطه على البيع والشرط ينفيه، والتابع لا يعارض المتبوع. بخلاف ما لو لم يكن الشرط بنفسه كذلك، فإن اشتراط البيع مثلاً إلزام له على المشتري، ومدلول الشرط لو خلي وطبعه مؤكداً للسلطنة، إذ بدونه فالبيع جائز ومعه متحتم، وهذا بنفسه غير مناف للملك، وكون لازم ذلك عدم جواز غيره من التصرفات غير قادح، لأنه بمنزلة ما إذا اختار المشتري بنفسه البيع، فإنه مانع عن غيره، إذ لا يجتمع معه سائر التصرفات الأخرى. وبعبارة أخرى: الألزام بالبيع واشتراطه لا يقتضي المنع عن سائر التصرفات، وإنما المانع عدم إمكان الاجتماع، بتقريب: أنه لو فرض أن من التصرفات ما يمكن اجتماعه مع البيع لم يكن ذلك مانعاً منه كما لو باعه وشرط أن يؤجره فإنه غير مانع عن بيعه ووقفه ونحو ذلك، فنفس الشرط ليس مانعاً عن التصرفات، وإنما هو مقتضى لأتيان تصرف خاص، وهو مؤكداً للسلطنة، وتعذر سائر التصرفات لعدم إمكان اجتماعه مع التصرف المشروط لا يقضي بكون الشرط مانعاً منه، فالمتبع في المنافاة وعدمها إنما هو مفهوم الشرط، لا لوازمه المترتبة عليه في الخارج. وبعبارة أخرى: المعتبر في المنافاة مدلول الشرط ولو التزماً، لا لوازمه في تحققه في الخارج، والوصول إلى حقيقة هذا الفرق يحتاج إلى غور تام.

[309]

عناوين المبطلات للعقود ابتداءً أو استدامة [العنوان السابع والاربعون] [قاعدة الغرر]

[310]

عنوان [47] من جملة المبطلات: الغرر، وقد تمسك بذلك الفقهاء في بطلان جملة من العقود: فقد تمسك به (1) المحقق الثاني في بيع النصف من الصبرة المجهولة المقدار (2)، والظاهر منه أن الصاع والقفيز منه ليس فيه غرر. وتمسك به (3) فخر المحققين في بيع ما يراد طعمه إذا لم يعتبر ويختبر، وحكى ذلك عن ابن البراج وأبي الصلاح، وسلاّر أيضاً (4). والشهيد الثاني استدلل به في بيع البعير الشارد والفرس الغائر (5) واعتمد عليه الصدوق في بطلان بيع الملامسة والمنايذة ورمي الحصة (6). وابن إدريس في بيع الحليب مع ما في الضرع (7). (وعن خلاف الشيخ التمسك به في بيع

(1) في (م): منهم المحقق الثاني. (2) جامع المقاصد 4: 105. (3) في (م): ومنهم فخر المحققين. (4) لم يتمسك به الفخر، بل نقل احتجاج القائلين بعدم صحة بيع المطعوم قبل الاختبار به، واختار نفسه الصحة مثل والده العلامة، ولم يحك أيضاً عن ابن البراج، انظر إيضاح الفوائد 1: 426. (5) المسالك 3: 172. في الطبعة الحديثة منه: (الفرس الغائر) - بالعين المهملة - وهو الصواب ظاهراً. (6) معاني الأخبار: 278. (7) السرائر 2: 322.

[311]

أحد العبدین (1). وعن تذكرة العلامة في باب القدرة على التسليم والعلم بالعوضين (2). وبالجمله: يدور على هذه القاعدة بطلان كثير من العقود، كما لا يخفى على المتتبع. ومما مثلنا به (3) يتنبه الفقيه على نظائره. ويتضح من هذه القاعدة اشتراط العلم بوجود العوضين والوثوق به، ولذا اشتراطوا في السلم أن يكون المبيع عام الوجود في رأس الأجل حتى يوثق بوجوده، واشتراطوا عدم كون العوض مما أشرف على التلف والهلاك، لعدم الاعتماد على وجوده، ونظائر ذلك. وكذا اشتراط القدرة على التسليم أو التسلم في وجه قوي، بمعنى لزوم كون العوضين مما يمكن عادة حصوله لجانب (4) الطالب، سواء كان بتسليم المالك الأول له إياه أو بتسليمه

بنفسه وإن ورد على (5) هذا الشرط روايات أيضا كما (6) على [عدم] (7) جواز بيع ما ليس عنده (8) لكن لا حاجة إليها بعد تمامية القاعدة. وكذا اشتراط العلم بالعوضين قدرا وجنسا ووضعاً، كما ذكره وبعبارة أخرى: العلم بما تختلف به الراغبات وتفاوت به القيم. فإن هذه الشروط الثلاثة العامة البلوى الكثيرة الدوران مأخوذة من قاعدة إبطال الغرر، وفروع ذلك مما لا يخفى على المتتبع، لا حاجة إلى أن نشير إليها (9) وإنما نشير إلى مباحث نافعة في هذا المقام. أحدها: أن كون الغرر مبطلاً للعقود قد اخذ من باب البيع، وبيانه: أنه قد قام

(1) الخلاف 2: 95 (كتاب السلم، المسألة 38). (2) التذكرة 1: 466، 467. (3) في (م): ومما حكى به. (4) في (ف، م): للجانب. دل (5) في (م): في. (6) في (م): نحو ما. (7) من (م) وهامش (ن). (8) انظر الوسائل 12: 374 و 375، الباب 7 و 8 من أبواب أحكام العقود. (9) في (م): بدل هذه العبارة: فلا نطيل بذكرها الكلام.

[312]

الأجماع على أن بيع الغرر فاسد، ونقل هذا الأجماع حد الاستفاضة، ونقل (1) عن الشهيد في شرحه للأرشاد أن بطلان بيع الغرر ضروري (2). وقد دل على ذلك الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه وآله في قواعد الشهيد (3) ومجمع الطريحي (4) وحكى رواية أيضا في الانتصار (5). والسرائر (6). والتذكرة (7). والأيضاح (8). والصاح (9). والنهاية الأثرية (10). ومختصر الحاجبي (11) وغير ذلك أيضا. وبالجمل: شهرة الخبر في السنة الفقهاء تغني عن تتبع سنده، وهو قوله عليه السلام: (نهى النبي عن بيع الغرر) (12)، فبطلان بيع الغرر مما لا كلام فيه. وأما سائر العقود: فالتمسك في بطلانها بالغرر على أحد أمرين: أحدهما: أن الغرر في هذه الرواية يشعر إلى أن ذلك هو العلة في البطلان، ولا خصوصية للبيع في ذلك، وبعبارة أخرى: يعلم من الرواية: أن منع النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر إنما هو للغرر، لا لأنه بيع غرر، فإذا كانت العلة الغرر (13) فاللزم كون كل ما اشتمل عليه من العقود مثل البيع إلا فيما دل الدليل على جوازه - كما في الصلح على المجهول (14) ونحوه - وفهم العلية من هذه الرواية غير بعيد. ويؤيده استدلال الفقهاء في سائر العقود اللازمة - بل في بعض العقود الجائزة أيضا - بذلك في البطلان، مع عدم ورود دليل خاص به، وليس إلا لفهمهم العلية من هذه الرواية.

(1) في (م): ونقل هذا الأجماع مستفيض، وحكي... (2) غاية المراد: (مخطوط). (3) (القواعد والفوائد 2: 61، القاعدة 164. (4) مجمع البحرين 3: 423. (5) الانتصار: 209. (6) السرائر 2: 322. (7) التذكرة 1: 485. (8) إيضاح الفوائد (9) 426. 1: الصاح 2: 768. (10) النهاية لابن الأثير 3: 355. (11) حكاه عنه المحقق النراقي في العوائد: 29، العائدة 8. (12) الوسائل 12: 330، الباب 40 من أبواب آداب التجارة، ح 3، عوالي اللآلي 2: 248، ح 17. (13) في (م): فإذا كان الغرر هو العلة. (14) راجع الوسائل 13: 165، الباب 5 من أبواب أحكام الصلح.

[313]

والشبهة في عدم العلية المستفادة من الرواية أو عدم حجيتها ضعيفة. وثانيهما: ما روي عن العلامة رحمه الله في المختلف أنه ذكر الرواية بقوله: نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر (1) ولم يذكر لفظ (البيع) فيكون المنع عن الغرر عاما، فيعم سائر العقود، وإن كان يحتمل السقوط أو المسامحة في النقل وكون الرواية واحدة. لكن الأصل خلاف ذلك. وبهذا المقدار يمكن التمسك به في سائر العقود، مع الجبر بفتوى الأصحاب، كما ذكرناه. مضافا إلى أنه يمكن أن يقال: إن المدار في صحة العقود - كما ذكرناه في أصالة الصحة (2) - ليس إلا شمول العمومات لها، ويمكن القول بأن العمومات والاطلاقات كلها منصبة على ما هو المتعارف بين الناس، ولا ريب أن الغرر مما لا يقدم عليه العقلاء، وليس من المعاملات المتعارفة، فلا تنصرف إليه الأدلة، فيكون باقيا تحت أصالة الفساد الأولى ولا يكون له دليل صحة حتى نحتاج في الأخراج إلى تأسيس قاعدة الغرر بالنص والأجماع. مضافا إلى أن الظاهر من طريقة

الشرع: أن بناءه على قطع التشاجر والتجاذب بين الناس، ولا ريب أن الغرر مما يوجب التشاجر، فطريقة الحكمة قاضية بسد هذا الباب حسماً لمادة النزاع، ونظائر ذلك كثيرة. وسيرة المسلمين في الأعصار والامصار عن التجنب عما فيه الخطر والغرر كاشفة عن ذلك، بل هي دليل برأسه وحجة بانفراده (3). فالذي تلخص من ذلك: أن الغرر مفسد في المعاملات كلها ما لم يكن هناك دليل مصحح خاص، وهذا النوع خارج عن عمومات الصحة بطريق التخصيص أو بطريق التخصص. وثانيها (4): إنه قد حكى عن الأزهري: أن بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا

(1)المختلف 5: 245. (2) راجع العنوان: 27. (3) في (م): بانفرادها (4) أي: ثاني المباحث، تقدم أولها في ص: 311.

[314]

ثقة (1). وفي القاموس: غره غرا وغرورا وغرة - بالكسر - فهو مغرور وغرير : خدعه وأطمعه بالباطل فاعتر، والاسم: الغرر (2). وحكى عن ابن السكيت: أن غره يفره بمعنى: أخدعه (3). وعن النهاية الأثرية: بيع الغرر ما كان له ظاهر يفر المشتري، وباطن مجهول (4) وعن الصحاح: رجل غر وغرير: أي غير مجرب، والغرة : الغفلة، والغار: الغافل، واغتر بالشئ: أي خدع به، والغرر: الخطر (5). والمحصل من هذه العبائر: أن ما فيه الخطر داخل في معاملة الغرر، والخطر: عبارة عن احتمال الضرر المجتنب عنه عند العقلاء، لا الاحتمال الضعيف الذي لا يبالى به (6) الناس. وهذا الاحتمال: إما ينشأ من عدم الاعتماد والاطمئنان بوجود المال ونحوه، وإما ينشأ من عدم الوثوق بإمكان التسليم أو التسلم والقبض أو الأقباض وإن كان معلوم الوجود، وإما ينشأ من عدم الاعتماد بقابليته للمعاوضة بهذا العوض لجهالة قدره أو جنسه أو وصفه ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: الخطر عبارة عن عدم وثوق المتعاقدين أو أحدهما بأن ما يحصل له هل هو قابل لهذه المعاوضة أم لا؟ أو الشئ القابل هل يحصل أم لا؟ ولا مانع من الاجتماع، إذ قد يكون الشك في وجوده، ثم في إمكان قبضه، ثم في أهليته لهذا العوض المبذول في نظر البازل بحيث يقدم عليه. ومما ذكرنا ظهر: أن الغرر لا يتحقق بعد وجود العوض وإمكان قبضه ومعلومية مقداره وإن كان قليلاً ما لم يؤد إلى السفه بالمعنى السابق، إذ الخطر بمعنى الاحتمال، ولا احتمال هنا، فإن البازل مع علمه بنقصان المقابل يبذل العوض، ولا غرر في ذلك. هامش) * (1) تهذيب اللغة 16 (القسم الساقط بين الجزئين: السابع والثامن): 83. (2) قاموس اللغة 2: 100 - 101. (3) لم نقف على مأخذها، نعم في الصحاح: ابن السكيت: الغرور: الشيطان ومنه قوله تعالى: ولا يغرنكم بالله الغرور. (4) النهاية 3: 355. (5) الصحاح 2: 768 (6) في غير (م): عنه .

[315]

نعم، يجئ الأشكال من جهة أن الغرر متى ما كان احتمال الضرر المجتنب عنه والشارع نهى عن ذلك لأنه محتمل للضرر، ولازم ذلك كون المعاملة التي قطع فيها بالضرر مع علم المتعاقدين أيضاً فاسدة منهيها عنها مع أنهم لا يقولون (1) به، فإما أن المعاملة الغررية صحيحة لو أقدم عليها المتعاقدان كيف كانت (2) - كما لو رضي بالمجهول أي شئ فرض، أو رضي بما لا يقدر على تسليمه، أو بما لا يوثق بوجوده - وإما أن المعاملة المقطوع فيها بتفاوت العوضين والضرر فيها (3) مع علم المتعاقدين به أيضاً فاسدة كما في الغررية، مع أن البناء على بطلان الأول دون الثاني. ووجه الدفع أن يقال: إن مع العلم بوجود الضرر والتفاوت إذا أقدم عليه المتعاقدان فقد أقدم على ضرر نفسه وأسقط احترام ما له، فيكون الزائد بمنزلة الهبة ولا مانع منه، ويشمله عموم أدلة البيع، إلا أن يؤدي إلى السفه - كما قررناه - فيبطل. وأما في صورة الجهالة أو عدم الوثوق بالوجود أو القبض فليس كذلك، لأنه لم يقدم على فرض عدم الوجود وعدم القبض، بل قد أقدم على أنه يقبضه، لكنه غير واثق بحصوله، وهو بيع الخطر. ولو فرض إقدام شخص على ذلك بأن يقول: (إنني أبذل هذا (4) الثمن بإزاء هذا المال سواء كان زائداً أو ناقصاً ممكن القبض أم لا) فهو فرد نادر (5) لا يدور مداره الحكم

الشرعي، بل الميزان في الضوابط الشرعية إنما هو بناء الأغلب، ولا ريب أن الناس لو أقدموا على بيع مجهول أو ما لا يوثق بقبضه أيضا قاصدون للحصول، فحكم الشارع بأن قصد مثل هذا الشيء غير ممضي، بخلاف ما لو كان معلوم الزيادة والنقص، فإنه ليس فيه احتمال الأقدام على ما لا ضرر فيه، بل معلوم أن المال ليس بإزائه ما يقابله ويساويه .

(1) في غير (م): مع أنكم لا تقولون به. (2) في غير (م): كيف كان. (3) لم ترد فيها في (ن، د). (4) لم يرد (هذا) في (ف، م). (5) في (ن، د) زيادة: و .

[316]

وبالجملة: فرق بين كون الأفراد الغالبة مما لا يقدم فيه (1) إلا على الحصول وعدم ضرر وبين ما لا يقدم فيه إلا على الضرر، فإن الناس مسلطون على أموالهم، فإن بني على هبة ماله أو المعاوضة بما هو معلوم النقصان الفاحش فلا بحث، لأنه مقدم على بذل ماله على كل حال، بخلاف صور الغرر فإن الأقدام فيها (2) غالبا على الحصول وإن كان غير موثوق به، فتدبر جدا. ومن هنا علم: أن الغرر متى ما تحقق لزم منه البطلان، ولا ينفع في ذلك إقدام المتعاقدين، تعديا بحكم الشرع المجعول لسد الباب وقطع التجاذب والتنازع الحاصلين من دعوى المشتري - مثلا - الأقدام على أنه يحصل ودعوى البائع أنك أقدمت (3) عليه كيف كان، ومطالبة المشتري الأقباض، ودعوى البائع إقدامه على ما لا يمكن فيه ذلك فيسقط. ونظير ذلك (4). ولا بعد في عدم تجويز الشارع ذلك وإن رضي المتعاقدان، إذ هو غير عادم النظر، فإن الأسراف ممنوع منه وإن رضي المالك، مضافا إلى أن الفرق بين الباب وبين مثل الهبة ونحوها واضح مما ذكرناه، فلا إشكال. وثالثها: أن الشهيد رحمه الله قال في القواعد: إن الغرر عبارة عن جهل الحصول، وأما المجهول فمعلوم الحصول مجهول الصفة، وبينهما عموم من وجه (5). وظاهر كلامه: أن ما لا يوثق بحصوله ووجوده يصير (6) من باب الغرر، وأما ما علم وجوده في الجملة - بمعنى كونه موجودا خارجيا معينا في الواقع غير معين عند المتعاقدين أو أحدهما، أو كليا موصوفا بما لا يرتفع (7) به الغرر، بل يبقى تحته أفراد متفاوتة في القيمة والرغبة متفاوتا معتدا به مع عموم وجود أفرادها، فإن

(1) في (م) بدل فيه: على. (2) في (م): عليها. (3) في (م): أنه أقدم. (4) لم يرد (فيسقط) في (م)، وفيه بدل (ونظير ذلك): وأمثالهما. (5) القواعد والفوائد 137: 2، القاعدة 199. (6) في (م): يكون. (7) في (ف، م): لا يرفع .

[317]

كلا منهما معلوم الحصول لكنه مجهول الصفة - فليس هذا من باب الغرر، بل هو جهالة، فيصير (1) باب بيع المجهول مندرجا تحت عنوان آخر، ويثبت بطلانه باشتراط العلم المجمع عليه في عقود المغابنة، ويبقى تحت دليل الغرر ما لا يوثق بوجوده وحصوله، ولكنه أيضا قسمان، أحدهما: ما لا يوثق بوجوده في الخارج، كالمبالغة في وصف المبيع في السلم ونحوه بما يؤدي إلى عزة الوجود بحيث لا يوثق بوجوده في الخارج. وثانيهما: ما يعلم وجوده ووصفه، ولكن لا يوثق بإمكان قبضه عادة، كالطير في الهواء مع عدم اعتياد العود، والسماك في الماء، كما مثلوا به في باب القدرة على التسليم. فإن كان مراد الشهيد رحمه الله من قوله: ما جهل حصوله الجهل بأصل الوجود فيشمل (2) القسم الأول دون الثاني، لأنه معلوم الوجود كالقسم الثالث الذي عبر عنه بالمجهول، فيكون الغرر منحصرًا في أحد الأقسام الثلاثة. وإن كان مراده جهل الحصول في يد المشتري ونحوه، فيعم الأمرين، لأن الجهل بحصوله في اليد أعم من كون ذلك بسبب الجهل بأصل الوجود أو بسبب العلم بالوجود والجهل بإمكان القبض، فيصير الخارج عن الغرر هو المجهول بحسب الأوصاف فقط. وعلى كل حال، فظاهر كلامه عدم عموم الغرر للصورة كلها، وليس كذلك، بل الظاهر من العرف واللغة أن الغرر يعم الجميع، وكل ما فيه جهالة ففيه غرر وخطر على الظاهر، ولا وجه

لدعوى العموم من وجه. نعم، على ما ذكره من الوجه يصير (3) المجهول المعلوم الحصول خارجا عن الغرر، والمعلوم المجهول الحصول خارجا عن المجهول، والمجهول المجهول الحصول مورد اجتماع الأمرين. وقد سبقنا إلى هذا الاعتراض في الجملة بعض المدققين (4) ولكن الأشكال

(1) في (م): فعلى ذلك يكون باب... (2) في (ن، د): فيشملة. (3) في (م): يكون (4). المراد به - ظاهرا - هو المحقق التراقي قدس سره، انظر العوائد: 33.

[318]

في أن الشهيد رحمه الله ذكر بعد ذلك: أن الغرر قد يكون بماله دخل ظاهر في العوضين وهو ممتنع إجماعا، وقد يكون بما يتسامح - كاس الجدار واشتراط الحمل - وهو معفو إجماعا، وقد يكون بينهما، وهو محل الخلاف، كالجزاف في مال الأجرة والمضاربة (1). وظاهر كلامه هذا: أن هذه الثلاثة من أفراد الغرر، مع أن الجزاف في مال الأجرة ومال المضاربة عبارة عن عدم العلم بالمقدار، وهو عبارة عن المجهولية، وقد ذكر أن الغرر عبارة عن الجهل بالحصول لا الجهل بالصفة، فكيف عد من أفراد الغرر ما هو من المجهول؟ فبين كلاميه تدافع واضح لو كان المراد ما ذكرناه. وبعد التأمل يظهر: أن مراد الشهيد رحمه الله من عد المجهول خارجا عن الغرر ليس بالمعنى الذي ذكرناه، بل الظاهر أنه يريد اعتبار الحيثيات، بمعنى: أن الغرر لما كان عبارة عن الخطر فيكون معناه عبارة عن الأقدام على شيء لا يعلم منه حصول المقصود، إذ الخطر معناه حصول النقص والضرر وعدم تمامية المطلوب، والمجهول عبارة عما لا يعلم كما أو كيف أو معا، ولا ريب أن الجهل بهذا المعنى مغاير للغرر مباين له، ولكن بينهما عموم وخصوص من وجه بحسب المورد، فالمجهولية شيء والغرر شيء آخر، غاية ما في الباب: أنه قد يجتمع في الشيء غرر مع جهالة، وأما بيان مادة يتحقق فيها الجهالة ولا يتحقق فيها الغرر حتى يثبت به العموم من وجه بحسب المورد فربما يمثل له بما لو اشترى - مثلا - شيئا مجهولا بأخس الاحتمالات في المالية - بمعنى أن يبذل في مقابله ما لا يمكن النقصان عنه في المالية - فإنه لا غرر هنا، إذ لا يحتمل هنا عدم حصول ما يقابل العوض، إذ كل ما كان فهو يقابل العوض المبذول، والجهالة في المقام موجودة. وما مثل به الشهيد رحمه الله من مال المضاربة من موارد اجتماع الغرر والجهالة. ولا مانع منه، إذ إطلاق الغرر عليه من جهة كونه مجهول الحصول بالمقدار المقصود، بمعنى: أن كل مجهول في المعاملة لا يعلم كونه بمقدار هو مقصود للعائد،

(1) القواعد والفوائد 2: 138، القاعدة 199.

[319]

فهو باعتبار المقصود مجهول الحصول وإن كان معلوم الحصول في الجملة، وبعد حمل الكلام في جهل الحصول على هذا المعنى اتضح (1) اندراج المجهول تحته، إلا في نحو المثال المتقدم. ولكن الظاهر: أن الغرر عبارة عن احتمال الزيادة والنقصان اللذين لا يتسامح بهما (2) عادة، من دون فرق بين أن يحصل الوثوق بحصول ما يقابل العوض أم لا، فإن الفرس المجهول (3) في أوصافه إذا علم أنه يساوي مائة درهم على أي نحو فرض، فعلى ما ذكرناه من المثال السابق لا غرر في ذلك إذا اشترى بمائة، للقطع بحصول ما يقابل الثمن كيف كان، فلا يصدق هنا الجهل بالحصول. لكن الظاهر دخوله تحت دليل الغرر باعتبار عدم الوثوق بحصول ما يحتمل في نظر المشتري، ولا دخل لمساواة الثمن في ذلك، إذ لا يكون غرض المشتري حصول ما يوازي الثمن في العادة، بل المقصود غالبا الاسترباح والأخذ بما يساوي الأزيد من الثمن، فمتى ما كان مجهولا فيحتمل المشتري فيه الزيادة ويطلبها على مجرى العادة، فالأقدام على المجهول مع كون المطلوب ذلك غالبا إقدام على ما لا يوثق بحصوله بالنظر إلى المقصود، وهو معنى الخطر والغرر، فكل ما هو مجهول داخل

تحت دليل الغرر وإن حصل العلم بحصول ما يوازي العوض المبذول، فتدبر. ولا نحتاج في إبطال معاملة المجهول إلى دليل آخر من إجماع أو نص. ورابعها: أنه حكى عن الشيخ رحمه الله أن بيع صبرة بصيرة مجهولة إن ظهر مصادفة الواقع والتماثل فهو جائز (4) وظاهر كلامه يقتضي أن الغرر عبارة عن الخطر الواقعي، بمعنى لزوم النقصان والزيادة عما أقدم عليه في نفس الأمر، فلو ظهر موافقة المقصود وعدم الخطر فلا بأس به

(1) في (م): يتضح. (2) في غير (م): الذي لا يتسامح به. (3) في (م): المجهولة، وقد أُنْتُ مصحح (م) في هذه الفقرة جميع ما هو عائد إلى (الفر س) من الضمير والصفة والفعل، ولم نعلم وجهه. (4) المبسوط 2: 119.

[320]

هذا (1) لو أريد من كلامه هذا المثالية حتى يطرد الحكم في جميع المقامات، أما لو أراد ذلك في خصوص المثال المفروض لدليل دل على ذلك في نظره - من نص ونحوه - فلا بحث على فرض وجود الدليل (2) ولم نقف على ما يفيد جواز ذلك بالخصوص. وأما قاعدة الغرر فالظاهر أن المراد بها كون المعاملة بحسب الظاهر عند المعاملة خطراً، ومصادفة الواقع لا دخل لها في ارتفاع الغرر، فلا يفترق الحال في البطلان بين ما ظهر موافقته للواقع من مساواة العوضين وعدمها. وخامسها: أن الغرر والخطر بعد ما عرفت معناه أمر عرفي يختلف بحسب الموارد، ولذلك اكتفى الفقهاء في المعلوماتية بالمشاهدة مرة، وبالكيل والوزن أخرى، فإن طرق الاختبار والامتحان تختلف بحسب المقامات، والتفاوت أيضاً يختلف في الأعيان، فقد يكون مما يتسامح في شئ دون شئ، وذلك واضح. وليس الغرر كالسفاهة الذي يرتفع بتعلق غرض آخر به، لأن موضوع السفاهة يتبدل بتبدل الأغراض، والغرر متى ما تحقق فلا ينفع في الصحة انضمام المصلحة، فلو رأى العاقد في بيع ما لا يقدر على تسليمه (3) أو شرائه مصلحة لنفسه لا يرتفع الغرر بذلك، بل هو محكوم (4) بالبطلان، لشمول الدليل وصدق الغرر. وكما يرتفع الغرر في مسألة المعلوماتية بما جرت به العادة من طرق الاختبار والامتحان، فكذلك يرتفع في مسألة القدرة على التسليم، وفي مسألة معرفة الوجود بما جرت به عادة الناس، فما وثق في العادة بوجوده وبإمكان تسليمه لا غرر فيه، والميزان في ذلك مجاري العادات، ولا ضابط له في الشرع إلا ذلك. ولا يعتبر القطع بالوجود والقطع بإمكان القبض، كما أن الشك في ذلك غير كاف، لعدم الوثوق، فتدبر. ومن هنا علم: أن بيع الغاصب والمكره ونحو ذلك لا يعد غرراً، لأن إمكان التسليم عرفي ولا دخل للمالك في ذلك، وترقب (5) الأجازة لا يعد خطراً

(1) في غير (م): وهذا. (2) في (م) زيادة: لكن. (3) في (ف، م): تسليمه. (4) في (ن، د) زيادة: عليه. (6) في (ن، د): وترتب... كترتب.

[321]

كترقب (1) الرضا في المكروه وإن توهم ذلك بعضهم في المقامين. وبالجمله : الضابط في القدرة على التسليم والعلم بالوجود وبالمقدار هو العرف، ولا مدخل للشرع في ذلك، ومتى ما تحقق ذلك عرفاً فقد ارتفع الغرر والخطر، فالحكم بالبطلان لا وجه له. وسادسها: أنه قد ظهر مما ذكر: أن المعاملة على الكلي لا تعد غرراً، والمعاملة على أحد الشئيين أو الأشياء غرر. وبيان ذلك: أن الكلي أمر موجود على نحو وجود الكلي لا بكليته، بمعنى: أن الشخص له وجود بوجود الأشخاص، والكلي له وجود بوجود الكليات وإن كان كيفية الوجود في كل منهما على نحو مغاير للآخر، ووجود كل شئ بحسبه، فلا يفترق الحال بين المعاملة على الشخص والكلي من حيثية كون كل منهما موثقاً بوجوده. ومسألة عدم وجود الكلي الطبيعي لا دخل لها (2) في المقام، إذ اعتبار الوجود في المبيع - مثلاً - إنما هو لحصول المقصود منه وعدم ضياع الثمن على باذله، والكلي بهذا المعنى موجود، إذ أهل العرف يعدون وجود

الفرد وجود الكلي، ولا يقصدون من المعاملة على الكلي إلا تحصيله في ضمن الفرد، ولا يلتفتون إلى أنه حقيقة موجود أم لا، وهذا المقدار كاف في رفع الغرر. وكذلك في باب القدرة على التسليم، فإن الكلي مقدور على تسليمه بهذا المعنى، بمعنى إعطاء الفرد مقدمة له، وهذا هو مقصودهم في الأقباض وإن قيل بأن الكلي الطبيعي غير موجود. وبعبارة أخرى لا يريدون من المعاملة على الكلي إلا تسليم أحد أفراده مقدمة له، وهو ممكن. وكذلك في باب المعلوماتية، فإن الكلي في عالم كليته إذا وصف بأوصاف مميزة إلى أن ينتهي إلى حد لا يقع الاختلاف في أفرادها بما تختلف به الراغبات وتتفاوت به القيم عد معلوما، ويرتفع بذلك الغرر، ولا نحتاج في إثبات المعاملة

(1) في (ن، د): وترتب... كترتب. (2) في غير (م): له .

[322]

على الكلي إلى (1) التمسك بإجماع أو نص، بل هو جار على القاعدة. وأما الشبهة في أن المعاملة قاضية بالتملك، والملكية صفة لا تقوم إلا بمحل موجود، والكلي لا يعقل وجوده بما هو كذلك. فوجه دفعها: أن الملكية أيضا كسائر الأحكام الشرعية تحتاج إلى موضوع في نفس الأمر، ولا تحتاج إلى الوجود الخارجي، فإن قولنا: (لحم الغنم حلال) حكم شرعي يتعلق بالموضوع النفس الأمري وإن لم يكن الغنم موجودا في الخارج، وينحل في المعنى إلى أن هذا الحكم ثابت له في الخارج على تقدير وجوده في الخارج، كما أنه ثابت له في نفس الأمر على تقدير ثبوته في نفس الأمر. وبالجمل: فلا مانع من تعلق المعاملة بالكلي من حيثية الغرر أو من حيثية الملك لو لم يمنع مانع آخر، كالكلي الغير الموجود، أو غير المقدور على تسليمه كسمك موصوف في البحر، أو غير معين ككلي مجهول أو موصوف بما لا يرفع الغرر، فإن ذلك كله ليس من جهة الكلية، وإنما هي أمور تفرض في الفرد والشخص كما تفرض في الكلي. وأما الفرد المردد: فإن كان في القيميات - كعبد من عبيد وشاة من قطيع - فلا بحث في تحقق الغرر فيه، لتفاوت الفردين بما لا يتسامح به فيتحقق الجهالة ولازمها الغرر، ولذلك نصوا على عدم جوازه. وأما في المثليات - كصاع من صاعين من الحنطة ممتازين مع اتحاد الأوصاف نوعا وصفا - فالظاهر من الأصحاب أيضا عدم جوازه. قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: لو قال: (بعثك صاعا من هذه) وهو صاعان صح، ولو فرقهما وقال: (بعثك أحدهما) لم يصح. والفرق أن المبيع في الثانية واحد غير معين فهو غرر، وفي الأولى كلي غير متشخص ويتميز (2) بنفسه،

(1) في غير (م): على. (2) كذا في النسخ، والصواب: (ولا متميز) كما في المصدر .

[323]

ولو قسم الأرباع وباع أحدها لم يصح، ولو باعه قبل القسمة صح (1). وهنا إشكالان: أحدهما: أن الغرر قد ذكرنا أنه عبارة عن الخطر، وهو لا يتحقق إلا بعدم الوثوق بالوجود أو بالتسليم أو بعدم الوثوق بحصول المقصود للجهالة، وفي بيع الفرد المردد من المثليات مع اتحاد الأوصاف - كما فرضه المحقق الثاني - ليس شئ من ذلك موجودا لأنه أمر موجود في الخارج مقدور على تسليمه معلوم الأوصاف بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلا وجه لتسمية ذلك غررا. وثانيهما: أن الفرق بين أحد الأرباع المقسومة وبين الربع من المجموع المركب غير واضح، لأن كلا منهما كلي (2) قابل للمعاملة مضبوط بالأوصاف، فما الوجه في جواز الثاني دون الأول؟ ويمكن أن يقال: إن الأمر الدائر من الأمرين ليس كليا ثابتا في نفس الأمر كسائر الكليات المتأصلة الموجودة في ضمن الأفراد حتى يتعلق به (3) المعاملة، بل هو أمر اعتباري صرف لا ثبوت له في نفس الأمر ولا وجود له في الخارج، فلا يتعلق به (4) التملك، فإن أريد من الكلي في أحد الأمرين مفهوم أحدهما فهو غير قابل، وإن أريد الكلي

المتأصل الموجود في ضمنهما - كالحنطة الموصوفة بالأوصاف المفروضة مثلا - فذلك يقتضي عدم الانحصار بذينك الفردين، بل مقتضاه جواز الأعطاء من أي فرد كان. فإن قلت: فلم جاز ذلك في ربع المجموع؟ فإن المراد به أيضا كلي من هذه الحنطة لا يجوز الدفع من غيرها بمقدار الربع (5) وإن كان بتلك الأوصاف، فكذلك فيما نحن فيه نقول: المراد هو الكلي الحاصل في ضمن هذه الحنطة لا غيرها

(1) جامع المقاصد 4: 103، والمؤلف قدس سره قد غير العبارة، وخلط أيضا بين المتن والشرح. (2) كلي: لم يرد في (ن، د). (3 و 4) في غير (م): بها. (5) في غير (م): من غيره بمقدار ربه.

[324]

قلت: لو كان المراد كلي الحنطة الموصوفة لجاز أخذ نصف من هذا الفرد ونصف من ذلك الفرد حتى يصير صاعا من هذين الصاعين، مع أنه في الفرض غير مراد فإن صاعا من صاعين مقسومين لا يمكن إلا بدفع ذلك أو هذا، ولو لم يكن لخصوصية المقسومين مدخلية وكان المراد صاعا من هذا المجموع جاز أخذ بعض من هذا وبعض من ذلك، فيرجع (1) إلى بيع الكلي دون الفرد المردد، وهو غير الفرض. والفرق بين الكلي المتأصل في الوجود والكلي الاعتباري: أن الأول متحقق في الخارج ثابت في نفس الأمر وإن لم يلاحظه ملاحظ ولم يعتبره معتبر، بخلاف الفرضي، فإنه يدور مدار الاعتبار للمعتبر، فتدبر. وبالجمل: أحد الأمرين ليس كليا مقرا حتى يتعلق به التملك، والكلي المتأصل الحاصل في ضمنهما غير مراد - كما قرناه - فيرجع الحاصل إلى مدخلية الفرد في ذلك، بمعنى: كون المطلوب إحدى الخصوصيتين، ولا ريب أن المعاملة حينئذ لا تقع (2) على شئ معين يحصل تملكه من حين المعاملة، لأن مفهوم (أحدهما) غير قابل للملك، لعدم تأصله، والكلي المتأصل غير مقصود، والخصوصية مرددة، فلم يحصل للمشتري ملك شئ بهذه المعاملة، مع أن الأنشاء لا بد من تأثيره من حين العقد، ولا يحتاج في جواز المعاملة على الكليات دون الفرد المردد إلى فارق من نص أو إجماع، بل كلاهما جاريان على القاعدة. وهذا هو الوجه في عدم الجواز في الفرد المردد في أي باب كان، حتى في العقود التي لا بأس فيها بالغرر والجهالة كالصلح، فإنه يجوز على المجهول ولا يجوز على الفرد المردد بلا كلام، ولو كان ذلك للجهالة لجاز في الصلح. وبالجمل: هذا الوجه في عدم جواز المعاملة على الفرد المردد - مثليا كان أو قيميا - جار في جميع الأبواب، ويرجع ذلك إلى فرع من فروع ضبط متعلقات

(1) في (ف، م): فرجع. (2) في (م): لم تقع.

[325]

العقود - وقد أشرنا إلى ذلك في بحث المتعلقات (1) - وإن كان يمكن أن يقال: إن كون ذلك من باب الغرر لا يستلزم جوازه في الصلح، إذ الغرر منهى عنه مطلقا، خرج في الصلح الغرر والجهالة التي تؤول إلى العلم بمعنى: المعلوم واقعا المجهول ظاهرا، وأما الجهالة التي لا تؤول إلى العلم - كالفرد المردد الذي لا واقع له معين - فهو غير جائز في الصلح أيضا. وبعبارة أخرى: عدم جوازه في الصلح لا يدل على أن العلة في بطلانه ليس كونه غريبا، إذ لعل ذلك للغرر وهذا الغرر غير جائز في الصلح أيضا، وهذا كلام موجه. ولكن البحث في بيان كيفية الغرر في ذلك، وقد مر أن في القيمي لا كلام في كونه غررا لاختلاف القيم وأما في المثلي: فنقول أيضا كذلك، لأنه بعد ما أثبتنا أن الكلي المتأصل غير ملحوظ حتى يتعين بكليته ومفهوما (أحدهما) غير قابل للتمليك، فيرجع الفرض إلى الخصوصية وهي وإن فرضت تماثلة لا يتفاوت بالمالية، لكن تخير (2) البائع - مثلا - في دفع أي منهما شاء خطر على المشتري، لأنه لا يدري أن أيهما حصل له في إزاء عوضه، وليس غرضه الكلي حتى لا يلتفت إلى الفرد ويقول: إن أيهما حصل لا بأس به لأنني أطلب منه الكلي، بل غرضه الخصوصية، ولا يدري ما حصل له منهما، فهو اقدام على أمر غير معين، مضافا إلى أن

مدخلية الخصوصية تؤدي إلى اختلاف الرغبة، فإن الأغراض لا تنضبط، ولا ينحصر الغرض في مراعاة المالية، فقد يؤدي غرض البائع إلى دفع أحدهما ويؤدي غرض المشتري إلى أخذ الآخر، ولا يرد هذا البحث في الكلّي، إذ المشتري بإقدامه على الكلّي بنفسه قطع النظر عن الخصوصية، بخلاف المقام. وبالجملّة: الفرق بين المقام وبين الكلّي في المثلي بحيث يوجب صدق الغرر والخطر هنا دون بيع الكلّي خفي يحتاج إلى تأمل تام .

(1) لم نقف على موضع الإشارة في البحث المذكور، راجع العنوان: 41. (2) كذا في (د)، وفي (ن): بتخيير، وفي (ف)، م): تخيير .

[326]

والانصاف: أن الغرر صادق والفارق فارق، ولذا علل المحقق الثاني الغرر بتعلق الغرض في الفرد (1). وأما بناء على ما ذكرناه في الوجه الأول فدفع الأشكال واضح. وسابعها: أن الأصحاب مع بنائهم على عدم جواز المعاملة على الفرد المردد في سائر الأبواب - إما للغرر كما في عبارة كثير منهم، وإما لما ذكرناه من الوجه: من اعتبار كون المحل قابلاً لتعلق الملك ونحوه كلياً كان أو جزئياً والمفهوم الاعتباري غير قابل لذلك - ذكروا في بحث الأجرة جواز الاستئجار باجرتين على تقديرين، كنقل المتاع المعين في يوم الجمعة بدرهم ونقله في يوم الخميس بدرهمين، وخياطة الثوب رومياً بدرهمين وخياطته فارسياً بدرهم، فإن كان ذلك لاجتماع منهم على الجواز هنا بالخصوص فلا بحث مع أنه غير ثابت وإن كان لنص في الباب كما نقلوه فلا بحث أيضاً، مع أن النص المعتبر غير دال والدال غير معتبر، وكلاهما غير قابلين لتخصيص القاعدة، كما أورده الشهيد الثاني رحمه الله وقال: أنه لا فرق بين المقام وبين البيع بثمانين إلى أجلين، فكما حكموا ببطالان ذلك فليحكموا بالبطالان هنا أيضاً (2) وبالجملّة ليس هنا دليل يدل على الجواز حتى نخرج (3) به عن القاعدة. وهذا البحث وارد عليهم لو جعلنا معاملة الفرد المردد فاسدة من جهة كونها غرراً كما نقلناه عنهم، فإن المقام أيضاً داخل تحت الغرر، ولا فرق بينه وبين البيع بثمانين إلى أجلين، وكذا لو جعلنا البطلان من جهة عدم قابلية الفرد المردد للتمليك، فإن المقام أيضاً منه، فالفرق غير واضح. والذي يختلج بالبال هنا أن يقال: إن البيع بثمانين إلى أجلين غير جائز من جهة أن المبيع الواحد لا يمكن أن يكون له ثمانان، فليس الغرض البيع بكل من

(1) راجع ص: 223. (2) الروضة 4: 334، المسالك 5: 182، والعبارة منقولة بالمعنى. (3) في (ن)، د): يخرج .

[327]

الثمانين، وإلا لزم على المشتري دفعهما معا مع أنه ليس كذلك، وليس الغرض واحداً معيناً، فلزم فيه الغرر، لعدم العلم بما يحصل في إزاء المبيع وهو الخطر، وليس ذلك إلا كالبيع بعشرة دراهم أو دينار، ويحتمل فيه أيضاً الوجه السابق: من أن التمليك يحتاج إلى محل معين كلياً أو جزئياً، وهو هنا منتف، فلم يؤثر العقد في تمليك شيء، أصلاً، ولازمه البطلان. ولكن في الأجرة ليس كذلك، فإنهما عملتان مستقلتان جعل بإزائهما اجرتان، وكلاهما مورد للأجرة. فنقول: أن الغرض (1) (الاستئجار بكل من العاملين بكل من الاجرتين فيكون (2) إجارتين مستقلتين، وليس هنا فرد مردد حتى لا يكون قابلاً للأجرة، إذ المقصود: كل منهما، لا أحدهما، ولا يلزم غرراً أيضاً، إذ المعلوم من ذلك تمليك كلتا المنفعتين بكلتا الاجرتين، غاية ما في الباب: أن باتيان أحد العاملين تبطل الأجرة على الآخر لفوات المحل، لعدم إمكان خياطتين لثوب واحد، ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: قصد كل منهما وإن فات أحدهما بعد إتيان الآخر لفوات المحل. ولا يرد هذا البحث في بيع شيئين بثمانين كما لو قال: (بعتك الفرس بدرهم أو السيف بدينار) فإنه غير جائز، لأنه إن قصد كلا منهما فلا بد من وقوعهما وحصولهما لعدم منع الجمع، فلا بد من إرادة أحدهما، ولازمه البطلان. وبالجملّة: فوات أحدهما في الأجرة ليس من قصد المتعاقدين، بل للتعذر الخارجي بحيث لو فرض الأتيان بكلا

العملين لاستحق الاجرتين بمقتضى الأجرة، لكن ذلك في الخارج غير ممكن، لا أن الأجرة تعلقت بواحد لا بعينه. وهذا وجه مليح وإن لم يتعرض له أحد من الأصحاب فيما أعلم، والله العالم بالحقائق. وهنا أبحاث آخر أعرضنا عنها اشتغالا بالأهم، واتكالا على تنبه الفقيه المتدرب في الفن، فتدبر .

(1) في (ن): الغرض. (2) في (ن، د): فتكون .

[329]

[العنوان الثامن والاربعون] [في أن التعليق من المبطلات في العقود والایقاعات]

[330]

عنوان [48] من جملة المبطلات للمعاملات ابتداء - عقدا كانت أو إيقاعا - التعليق، ولا ريب في كونه مبطلا، وقد اتضح ذلك مما ذكرناه في بحث اشتراط التنجيز (1) وإنما البحث في أن إبطال التعليق هل هو لمانع عقلي أو شرعي؟ والمسألة تحتاج إلى رسم مقدمات: الأولى: أن الأنشاء بمعنى الأحداث والأيجاد، والمراد به علة تكون واسطة بين الفاعل المختار وآثاره، سواء كان [الفعل (2)] من أفعاله القلبية أو الخارجية. وتوضيحه: أن القيام هيئة للشخص مخصوصة، فإذا أراد أن يوجد مقتضى حركته تكون علة لوجود القيام وهي المسماة بالأيجاد والأنشاء، فإذا جعل يتحرك يقال: (إنه يوجد وينشؤه) فإذا حصل القيام يقال: أنشأه وأوجده) وما لم يحصل يقال: (لم ينشئ) وإن أوجد بعض العلة، وكذا في الأفعال القلبية، فإن العزم على شئ، لا يحصل إلا بانبعاث النفس إليه به يعزم وبه يتحقق العزم، فيقال: (عزم) نظير (قام). الثانية: أن في كل لفظ (3) يتكلم به المتكلم - كاضرب أو زيد قائم - امورا

(1) راجع العنوان: 40. (2) من (م). (3) في (م): كلام .

[331]

عديدة: أحدها: اللفظ. وثانيها: معناه الذي وضع الواضع اللفظ بإزائه. وثالثها: دلالة التي هي أثر من آثاره، وهو جلبه للمعنى من طرف نفس الأمر إلى ذهن المخاطب. ورابعها: نفس الصورة المجلوبة التي هي أثر جلب اللفظ الموضوع عند العالم بالوضع. ولا ريب أن المتكلم ينشئ بحركة لسانه ويحدث اللفظ، ويتبعه الدلالة والصورة الحاصلة في ذهن المخاطب تبع المعلول لعلته التامة، فإنشاء اللفظ والدلالة والمعنى مشترك بين الأخبار والأنشاء، وإنما الفرق بين (اضرب) (و) (زيد قام) - حيث يقولون: أن الأول إنشاء والثاني اخبار - في الأمر الثاني، وهو الذي وضع الواضع هيئة (اضرب) وتركيب الجملة بإزائه، ووجه الفرق: أن معنى الأول: الطلب القائم بنفس المتكلم، ومعنى الثاني: النسبة الثبوتية بين زيد والقيام في الخارج، وحيث إن معنى الأول يحدث (1) به سمي إنشاء، ومعنى الثاني يوجد لا به سمي إخبارا، لأنه حكاية عن موجود، لا أنه إيجاد وإحداث. وكذلك في صيغ العقود، فإن معنى كونه إنشاء كونه موجدا لمعناه وهو النقل والتملك وإذا كان إخبارا كان حاكيا عن وجود نقل سابق أو لا حق (2). الثالثة: أن الطلب بمقتضى فهم العرف وطريقة اللسان هو فعل قلبي أو (3) ظاهري ينشأ من الميل ليؤدي إلى المطلوب، فمجرد كون الشئ محبوبا عند أحد لا يستلزم طلبه له، فإن التمني والترجي والاستفهام والنداء والأمر والنهي كلها أمور زائدة على المحبة والكراهة (4) وهما داعيان إلى طلب الفعل أو الترك بالتفات قلب أو

قول أو إشارة أو غير ذلك، ومعنى الأمر ليس ماهية الطلب، لكون الدال هيئة موضوعة بالوضع العام لخصوصيات الطلبات (5) فمعنى الأمر: الطلب الخاص،

(1) في (ن، د): الحديث به. (2) حيث كانت العبارة غير خالية عن مسامحات أدبية، غيرها مصحح (م) بما يلي: فإن معنى كونها إنشاء أنها موجدة لمعانيها، وإذا كانت إخبارا كانت حاكية عن وجودها سابقا أو لاحقا. (3) في (ف، م) بدل (أو): (و). (4) في غير (م): العداوة. (5) في (م): للخصوصيات، بحذف (الطلبات).

[332]

لا مفهوم الطلب، وكذلك النقل [والتملك] (1) الذي هو معنى (بعت) إنما هو النقل العرفي، وهو خلع علامة المتكلم عن المال وجعلها للمشتري، وهو معقول قبل الشرع وبعده، ويلزمه الانتقال بحيث يمتنع انفكاكه في الوجود عنه، وهو ظاهر، غايته: أن الشارع قد يمضي هذا المعنى من حينه، كقولك: (بعت الفرس بدينار) فيقول المشتري: (قبلت) حيث يكونان وليين، وقد لا يمضي مطلقا كما في بيع المجهول (2) وقد يمضيه بعد زمان كما في الصرف، فإنه [يمضي] (3) بعد القبض، وحيث إن الأنشاء فيه معنى الهيئة يرجع أيضا إلى خصوصيات النقل العرفي، لا مفهومه. الرابعة: أن [كلا من] (4) الوجوب والاستحباب الحاصلين من الأمر ليس عين الطلب، وإنما هو صفة للمطلوب من حيث كونه مطلوبا، وظرف حصوله إنما هو ظرف حصول المطلوب، لترتبه على الطلب وصحة سلبه عنه، ولخلفه (5) عنه في الواجب من دون طلب (فتأمل) والطلب من دون وجوب، وكونه مدلولاً التزاميا دون الطلب، فإذا كان المطلوب في ظرف اليوم فوجوبه فيه، وإن كان في الغد فوجوبه أيضا في الغد، وكذلك المملوكية في العقد صفة للعوضين، وظرف وجوده إنما هو ظرف وجود موضوعه، فالمنفعة المنفصلة عن العقد مملوكة في ظرفها، وإن حصل السلطنة الآن، فالمستأجر مسلط ومالك في ظرف وجوده، والمنفعة مملوكة ومسلط عليها في ظرفها، فتدبر. إذا تمهدت هذه المقدمات. فنقول: الأنشاء بنفسه لا يقبل التعليق، لما عرفت أنه الأيجاد، ومعنى تعلقه بشئ مترقب: عدمه عند عدمه، فمضى ما علق فلا إنشاء مطلقا، وحيث وجد فلا

(1) لم يرد في (م). (2) جاءت العبارة في (م) مختصرا، هكذا: غايته أن الشارع قد لا يمضيه لفقد ما اعتبر فيه، وقد يمضيه من حينه... (3) من (م). (4) من (م). (5) في (ن، د): وتخلفه.

[333]

تعليق أصلا، وحيث قد تقرر أنه علة للمنشأ لا يتخلف وجوده عن وجوده، فحيث لا منشأ فلا إنشاء، كما هو الواضح عند الوجدان والمعلوم من معناه عرفا ولغة، وقد ثبت أيضا بالاتفاق أن معنى الأمر - مثلا - وصيغ العقود هو الأنشاء، وقد مر أن تسميته بذلك باعتبار حصول معناه به، ظهر أنه لا بد من حصول الطلب عند قولك: (اضرب) والنقل والملكية عند قولك: (بعت) عرفا، وإلا لزم إما عدم الأنشاء، أو تخلف المعلول عن العلة التامة، والأول خلاف الفرض، والثاني ممتنع عقلا بعد فرض كونه علة. وما يقال: إنه لا ريب في صحة قولنا: (أكرم زيدا إن جاءك) فكيف علق الطلب على المجيء؟ وهم، لأن الطلب لاريب في حصوله عند الخطاب، وإنما المجيء قيد للمطلوب وظرف له وهو الأكرام، فالطلب مطلق والمطلوب مقيد، مثل قولك: (أريد منك مجيئك غدا) فالطالب طالب الآن والمطلوب مفروض غدا لأنه ظرفه، والمخاطب مطلوب منه الآن مجيئه غدا، كما هو ظاهر العرف. قيل: يلزم عدم الفرق بين (أكرم إن جاءك) و (أكرم وقت مجيئه إياك). قلنا: كذلك بحسب المعنى، والفرق صوري، وكلاهما يراد به الأكرام المقيد، لا تقييد الإرادة، ولو فهم منه الثاني كان بمنزلة الخبر عن إرادته ذلك الوقت، وضرورة اللسان قاضية بالفرق. قيل: المفهوم عرفا من المثال تعليق التكليف لا المكلف به، وهو الحجة. قلنا: إن أردت من التكليف الطلب فهو ممنوع جدا، إذ لا يقال في العرف: إنه ليس بطالب لأكرام وقت المجيء، بل يقال: إنه طالب له، وإن أردت الوجوب فهو مسلم ولا نزاع فيه، لأنه صفة للمطلوب يتقيد بتقيده، كما قررناه من

أنه في المثال يحصل طلب وطالب ومطلوب منه حالا لمطلوب في زمانه، كما أن في الأجرة المفروضة يحصل تسليط وتسلط بالفعل لمنفعة في ظرف وجودها. قيل: يلزمه سقوط التكليف عند عدم وجود الشرط، مع أن الوجدان قاض بأنه عدم ثبوت لا سقوط.

[334]

قلنا: إن أريد الطلب فهو ساقط، وإن أريد الوجوب فهو غير ثابت، كما قررناه آنفا. قيل: إن أردت إنشاء الطلب الفعلي فممنوع جدا، وإن أردت اللابشرط أو التعليقي فلا يجدي، والأمر حقيقة في إنشاء التكليف اللابشرط، وينصرف إلى الفعل بقرينة الإطلاق وإلى الثاني بقرينة التقييد، والقسمان لا ينفكان عن إنشائهما، لاستحالة تخلف المعلول عن العلة، لكن التكليف الفعلي ينفك عن المعلق، لأنه ليس إنشاء له وعلة، بل علة ناقصة، فحيث وجد الشرط صار سببا تاما وحصل الطلب بالفعل، نظير الملك في باب الصرف، فإن العقد هنا إنشاء الملكية معلقة (لأنه علة تامة لها دون الفعلية، فإذا تحقق القبض صار الملكية فعلية لوجود علتها التامة بالإنشاء السابق والشرط اللاحق، فكذلك في الطلب حرفا بحرف. وبالجمل: فهنا إنشاءان ومنشأان معلولان لهما على التوزيع، وليس تخلف المنشأ الفعلي عن إنشاء المعلق تخلف المعلول عن علته التامة. قلنا أولا: إنه لا وجه لمنع الطلب الفعلي، مع أن ظاهر العرف حصوله لما قررناه، وإنما الثاني هو الوجوب لتبعيته لظرف موضوعه. وثانيا: أن الطلب المعلق على المعدوم معدوم قطعا، فلا معنى لإنشائه، إذ إعدام العدم ممتنع، والأيجاد من غير وجود لا يعقل، غايته: يصير هناك أهلية للطلب كما هو ظاهر، وهو كان ثابتا قبل قولك: (اضرب). وليس مرادهم من إنشاء الطلب إحداث الماهية (2) جزما. فعدم وجود الطلب يسري إلى عدم الأنشاء وهو خلاف الغرض، أو الأحداث المعلق وهو كذلك، إذ هو ليس بإنشاء كما قررناه. والتنظير بمسألة الصرف فاسد، لأن المنشأ هنا النقل العرفي وهو من حين العقد، غايته: إمضاء الشارع بعد القبض، فليس هنا منشأ معلق، بل المعلق الملك

(1) في (م): فإن العقد فيه إنشاء ملكية معلقة. (2) في (ف، م): إحداث أهليته.

[335]

الشرعي، وهو غير المعنى. قيل: الملك العرفي أيضا ينقسم إلى منجز ومعلق، والفرق بينهما كالطلب التنجيزي والتعليقي، فإذا قيل: (بعتك بشرط أن تعطيني الكتاب) فهنا: لفظ، وملكية معلقة، وإنشاء هذه المعلقة، وملكية فعلية، وإنشاء هذه الفعلية. فالثلاثة الأولى مقارنة (1) في الوجود، وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة، والآخران (2) عند حصول إعطاء الكتاب، بمعنى: أن الأنشاء السابق كاف في فعليته عند حصول الشرط، فيلزمه فعلية الملك، لا أن الأنشاء السابق علة تامة، وإلا لزم التخلف، بل هو بضميمة حصول الشرط، فثبت أن ذلك ممكن عقلا، وكفى في إثباته وقوعه في الصرف والسلم، إذ الشارع لا يجعل الممتنع ممكنا. قلنا: لا يقبل الملك العرفي بعد إنشائه التعليق، لأن الأنشاء هو الأحداث - كما مر - فإما هو إيجاد للملكية فلزم وجودها قطعا، وإلا فليس ذلك إنشاء للملكية، بل هو شيء آخر وهو خلاف الغرض، ونفس الأنشاء غير قابل للشأنية (3) إذ هو حينئذ لا إنشاء كما قرر، والكلام في حصول المنشأ الفعلي المتأخر بالإنشاء المتقدم، وحصول الأهلية به غير الغرض، وباب الصرف قد عرفت أنه لم يجعل أثر الأنشاء متأخرا عنه حتى يلزم جعل الممتنع ممكنا، وإنما الأثر - وهو النقل العرفي - حاصل من حين الأنشاء، لكن الشارع أمضاه من زمان القبض والزمه (4)، ولا دخل له في المقام. ومع ذلك كله نقول: إن قابل التعليق لو كان إنما هو كلي الطلب، كما في (اطلب) منجزا، و (5) (اطلب إن جاء زيد) على سبيل الوعد، ومدلول الهيئة إنما هو الطلب الخاص الحاصل باللفظ (6) فكيف يعقل فيه التعليق؟ إذ الموجود لا يعلق

(1) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: مقارن. والمناسب: مقارنات. (2) في غير (م): (والاخران. (3) كذا في ظاهر (م)، وفي سائر النسخ: للثانية. (4) في عدا (م): (ألزم. (5) في (ف، م) بدل (و): أو. (6) باللفظ: لم يرد في (ن، د).

[336]

بشيء قطعاً، حتى بطرف وجوده. قيل: يلزم امتناع التعليق في معنى صيغ العقود لو سلم أن الملك هنا بمنزلة الطلب في الأمر، وليس كذلك، بل هو التملك والملك بمنزلة الأكرام المتأخر، فإنشاء التملك الآن، وحصول الملك بعد سنة مثلاً أو عند مجئ زيد. قلنا: هذا اشتباه، فإن إنشاء التملك إيجاد له بالفعل، والمالكية التي هي عبارة عن ثبوت صفة الملك معلول للتملك، فلو تخلف عنه تخلف المعلول عن علته، إذ لا يعقل التسليط بالفعل من دون حصول التسليط، لأن الانفعال ممتنع الانفكاك عن الفعل، ومجرد إتيان فعل للتملك مع عدم الأثر لا يقال: إنه تملك. وكذا الحال في جميع المصادر، كما قررناه في المقدمة الأولى. قيل: فيلزم أن يكون المملوكة أيضاً بالفعل، مع أن موضوعها في المنفعة المنفصلة معدومة. وكيف يوجد العرض بدون الموضوع؟ قلنا أولاً: لا يلزمنا ذلك، وإنما هو نظير الوجوب المتحقق في ظرف وجود المأمور به، فبالسليط الآن يحصل تسلط كذلك على شيء متأخر مسلط عليه في ظرف وجوده. وثانياً: يرد هذا قبل النقل، فلا ريب أن المؤجر مالك ومسلط عليه في ظرف وجوده على المنفعة، وكذا البائع للثمار مسلط عليها ومسلط عليها في ظرف وجودها، فتأمل. فظهر: أن امتناع التعليق في العقود على الشرط المتأخر عقلي بعد ثبوت كونها إنشاءات. وأما التعليق في متعلق المنشأ - كالضرب (1) وثمره السنة الآتية أو منفعتها - فلا بأس به على ما قررناه، وهو واقع عقلاً وشرعاً وعادة. والحاصل: أن الأنشاء القلبي كالفعل الظاهري، فكما يمتنع نقل كتاب من مكان إلى مكان اليوم غداً فكذلك يمتنع نقل ملك من مالك إلى آخر اليوم غداً، وإن أريد الأهلية فهو خارج عن البحث.

(1) في (د): كالصرف، وعلى كلا اللفظين لا يستقيم المعنى.

[337]

وأما التعليق بالشرط المقارن مع عدم العلم بوجوده، كقولك: (بعتك الحنطة إن كانت حمراء) أو (وكلتك في بيعها إن كانت حمراء) فهل هذا أيضاً ممتنع عقلاً فلا بد في بيان جواز ما جاز فيه ذلك إلى تخريج، أو هو جائز، وليس كالتعليق على الشرط المتأخر، فلا بد في بيان عدم جوازه حيث ثبت من دليل؟ ومنشأ البحث: ما يظهر من أصحاب البطلان في مثال البيع والصحة في مثال الوكالة، بل حكى عن العلامة الأجماع على بطلان الأول وصحة الثاني (1). فنقول: الذي يقتضيه النظر أن التعليق على الشرط المقارن غير ممتنع في حد ذاته في الانشاءات وإن امتنع في بعض المواضع بالعرض كما نبينه (2) إذ غاية ما يمكن أن يقال: إن الأنشاء قد علم أن معناه الأيجاد، ويمتنع تخلف الوجود عنه، فإذا قال: (بعتك) يلزمه حصول الملك والتملك، ومتى علق بكونه حمراء (3) مع الجهل بالصفة فيحتمل وجودها حتى يتحقق الملك ويحتمل العدم فلا يحصل، مع أن الأنشاء حاصل جزماً، والمنشأ حينئذ محتمل قطعاً، وإن هو إلا تخلف المعلول عن العلة. قلت: أولاً: نجيب بالنقض بالوكالة، فإن إنشاء الوكالة علة تامة لحصولها ومتى جهل كون العبد الموكل في بيعه مثلاً في البلد حيث شرط ذلك يحتمل تحقق المنشأ وهو الوكالة، لكونه على أحد التقديرين، وإن هذا إلا التخلف مع الأجماع على صحته، والعقل لو ثبت لا يخصص. قيل: فرق بين الانشاءات، فإن بعضها ليس علة تامة مطلقاً، بل يعلق على أحد التقديرين كما في قولك: (نعم الرجل زيد إن ركب أمس) فإنه إنشاء للمدح على ذلك التقدير والوكالة من هذا القبيل. قلت: هذا تحكم صرف، إذ البيع ليس إلا تسليط المشتري على المبيع، كما أن الوكالة كذلك إن كانت مطلقة، غايته: الفرق بالأصلية والنيابة، وهو لا يصلح فارقاً

(1) كذا! وقد صرح العلامة بأنه لا يصح عقد الوكالة معلقا بشرط أو وصف، ونسب البطلان إلى علمائنا، انظر التذكرة 2: 114. ولعل العلامة قال ذلك في مورد التعليق على الشرط المقارن فقط. (2) في (ن): كما ينبه. (3) في (م): ومتى علق بحمراء .

[338]

فإذا جاز التسليط على التصرف بعنوان الوكالة على أحد التقديرين فلم لا يجوز التسليط بعنوان الملكية على أحد التقديرين؟ وهكذا الكلام في (نعم الرجل) وليس الوكالة في (وكلت) إلا كالتملك في (ملكيت) أو كالملك (1) وأنت معترف بأنه حصل الوكالة جزما لكنه على أحد الاحتمالين، فلنا أن نقول: الملكية حاصلة لكنه على أحد الفرضين. قيل: مثل النذر والعهد واليمين مثلا إذا علق فمعناه يرجع إلى إخبار ما - كباب نعم - فإن معنى النذر: الوعد بشرط، وهو إخبار. قلنا: قد تقرر أن الأنشاء ما يحصل معناه به، ولا ريب أن الالتزام في النذر بقولك: (لله علي كذا) لا بالعلم بالشرط ككون المولود ابنا، فإن العلم به لا يؤثر في الالتزام، وإنما السبب التام هو الصيغة، لكنه على تقديره لا مطلقا. وثانيا (2): بالحل، وهو بيان مقدمة، هي: أن في البحث السابق - وهو التعليق بالمتأخر - شيئين: أحدهما: تردد الشرط بين الوقوع والعدم، فيردد الملك بين الوجود والعدم. وثانيهما: أنه على تقدير وجود الشرط يكون الملك من حين حصول الشرط لا من حال العقد، فإن موضوع البحث هناك كان في إيجاد الملكية بعد سنة بالأنشاء الحال، وليس منشأ الامتناع الوجه الأول، وإنما هو الثاني بشهادة أنه لو قطعنا بأن الشرط سيقع لا يكون صحيحا أيضا، لتأخر المعلول عن العلة، وهو العقد الموضوع لإيجاد الملك اتفاقا، ولو لم يكن كذلك لما حكمنا بالامتناع بمجرد التردد، إذ العقل لا يمنع منه كما في الشرط المقارن المجهول. وتوضيحه: أن الشرط حينئذ ينحل إلى الوصف، ويقصد بقوله: (بعتك هذه الحنطة إن كانت حمراء) نقل هذه الحنطة الحمراء، ومن المعلوم: أن العقد إنشاء للمقصود، وعلة تامة لنقل متعلقه، فإذا قال: (بعتك الفرس) لا ينتقل الحمار بداهة، ولا يلزم تخلف معلول عن علة أصلا، فإذا كان المقصود من العبارة ذلك، فإن كان

(1) كذا في النسخ. (2) أي ثانيا نجيب بالحل، تقدم أوله بقوله: نجيب بالنقض .

[339]

في الواقع حمراء فقد ورد العلة على معلوله (1) ومضى (2) من غير تخلف، وإن لم يكن كذلك لم يكن هنا علة، بل يكون مثل قولك: (بعتك) مكان (انكحتك) أو (بعتك الفرس) مكان (بعتك البقر)، فكما أن تخلف ذلك عن هذا لا يمتنع - إذ ليس معلولا له فليس العلة علة بالنسبة إليه - فكذلك بيع الحنطة إن كانت حمراء علة لانتقال الحنطة الحمراء، فإذا انتفى الموضوع انتفى العلية، ولا يلزم التخلف، وإذا وجد وجد بالعلة، غاية أنك لا تعلم بأن العلة والمعلول تحققا جزما أو بطلا جزما، فهنا أمور ثلاثة: تحققهما في الواقع وهو ممكن، وبطلانهما في الواقع وهو ممكن، وجهلك بالواقع وهو ممكن أيضا بل واقع، فالممتنع العقلي هنا أي شيء؟ قيل: إن النقل معني نفساني، فإذا لم يعلم أنه يقع أم لا يقع، فكيف يجعله النفس؟ قلت: لا ريب أن النفس ينقل المقصود جزما وهو الحنطة الموجودة الحمراء، فإذا علم خلافه سقط العلية، فإن النقل ليس إلا التسليط، وهو مسلط له على هذه الحنطة الحمراء جزما، كما أن التوكيل تسليط على المال جزما لو كان كذا، وليس ظهور خلافه إلا الكشف عن عدم (3) العلية بالنسبة إلى ما هو الموجود، لا تخلف المعلول عن علته. قيل: فلم لا تقول (4) في البحث السابق كذلك؟ فإن (بعتك إن جاء زيد) علة للنقل الموجود حالة المجئ، لا أن العقد لأنه المقصود (5) والمفروض - كما اعترفت (6) به - وقوع صيغ العقود على المقصود، فعدمه الآن ليس من تخلف المعلول، بل لعدم العلية. قلنا: فرق بين المقامين، لأنه قد ثبت علية الصيغة لأنشاء معناه (7) وهو النقل

(1) كذا، والظاهر أن المناسب: وردت العلة على معلولها. (2) الظاهر، فاعله: العقد. (3) كلمة (عدم) لم ترد في (ف، م). (4) في (ن، د): لا نقول. (5) كذا في النسخ، والعبارة لا تخلو من قصور. (6) في (ن، د): اعترف. (7) الظاهر تذكير الضمير باعتبار رجوعه إلى البيع .

[340]

وقيد المجئ ليس من معناه، فقد يؤتى به وقد لا يؤتى، فثبت أن معناه نفس النقل، وهو معلول للصيغة، للاتفاق على أنها لانشائه، فتخلفه عنه تخلف المعلول، بخلاف المنقول فإنه محتمل لوجوده (1) والصيغة وضعت لأحداث النقل الفعلي لما قصد نقله للتبعية القصد إجماعاً، وحيث انتفى، المقصود انتفى الانشاء بفوت المنشأ، ولا تخلف، كما أنه لو وجد أثر من حينه بلا فصل، بخلاف البحث السابق، فإنه لو لم نقل بما مر لزم القول ببقاء الانشاء والعلة وتأخر المعلول وهو النقل، وإن هذا إلا عين المحال. ونظير ما نحن فيه شبح تريد ضربه بسيف ولا تدري أنه إنسان أو شجر، فإذا ضربت رأسه بالسيف القاطع فقد أثبت بعلة القتل على تقدير كونه إنساناً، مع أنه لو انكشف أنه شجر لم يلزم التخلف، لعدم تحقق فرض العلية، فأنت قاتل لو كان إنساناً جزماً، ومجرد الجهل بالواقع لا يوجب عدم إمكان صدور العلة التامة من الفاعل المختار، وقد اعترف الخصم بكون النقل النفساني كالأفعال الخارجية لا يجوز تأخر أثره عنه، ونرى بالعيان صدور العلة من الفاعل المختار مع الشك في أنه موردها أم لا، نظراً إلى كونه جازماً بالتأثير على أحد التقديرين، وإن هذا إلا كما نحن فيه. وربما يتوهم أن الانشاء جزم بالنقل فمتى ما تردد بين احتمالين: أحدهما قابل للنقل والآخر غير قابل يمتنع الانشاء والجزم، وما يترأى من وقوعه في الوكالة والنذر فمن جهة أنهما ليسا على حد سائر الانشاءات، لرجوعهما إلى نوع وعد وإخبار. ولكن نقول: قد بينا أنه لا يلزم من القول بالامتناع في البحث السابق القول به هنا، لأن المناط لم يكن تردد الحصول، بل من جهة تأخر المعلول، وهو هنا منتف، لأنه على أحد التقديرين أثر ومؤثر متقاربان، وعلى الآخر لا أثر ولا مؤثر بمعونة ما قررنا: أن الانشاء علة لما قصد نقله لا مطلقاً، والفرض انتفاؤه، فما ألزماً به

(1) في (ن، د): لوجه .

[341]

الخصم من أنه يلزمك من القول به هناك القول به هنا فاسد جداً. فبقي الكلام فيما ذكره وجهها للامتناع، وهو عدم حصول الجزم مع احتمال فقد المقصود، وقد سبق فيه بعض الكلام. فنقول: نفرض المسألة في صيغة البيع الاحتياطي والنكاح الاحتياطي وهكذا... مع أنه لم يقل أحد بامتناعه، فإذا جرت الصيغة أولاً ثم شك في صحته فلا ريب أن الشك لا يستلزم فساده، بل يحتمل كونه في الواقع صحيحاً مملوكاً للمشتري، وكذا في النكاح، مع أن الأصل وقوعه صحيحاً بعد الفراغ، للقاعدة السابقة في محلها (1) فإذا أريد إجراء الصيغة ثانياً احتياطاً فمعناه: أنه جازم للنقل لو لم ينقل بالعقد السابق، لاستحالة تحصيل الحاصل. فإما أن تقول: بأنه لا جزم على النقل والانشاء - فمع أنك كبرت الوجدان - يرد عليك: أنه كيف يكون احتياطاً؟ لأنه باطل حينئذ. وإن قلت: بأنه إخبار كما في النذر، قلنا: هذا بيع فإذا كان إخباراً كان الكل كذلك، فأي فرق بين الصيغة الأولى والثانية؟ وإن قلت: إنه غير معقول خالفت ضرورة أهل العقول، ومن قال بعدم جوازه - لو كان - لم يقل من جهة الامتناع العقلي، بل من جهة الشرع. وإما أن تقول: بأنه جزم فقد أصبت الحق وثبت المدعى. وكذلك في الطلاق مع الشك في بقاء الزوجة (2) مع أنه لا كلام في صحته فضلاً عن تعقله (3). فإن قلت: هذا بالاستصحاب. قلت: لو حصل الظن بالموت أيضاً يصح. فإن قلت: لا يضر، لأن الحجية بطريق التعبد لا من باب الوصف، وهو الظن، قلت: الجزم على الانشاء أمر نفساني واقعي لا يناط تحققه بالشرع، والاستصحاب وإن أفاد الظن لا يرفع الاحتمال، والنفس متردد (4) محتمل للوجود والعدم، فإن كان الجزم معه غير معقول فالشرع لا يجعله ممكناً .

[342]

فظهر أن الشرط المقارن لا مانع من التعليق به إذا أمكن التعليق في المقام، ولا منافاة فيه نوعا، وإنما البحث في أن فساد قولك: (بعثك الحنطة إن كانت حمراء) هل هو من جهة دليل تعيدي ومانع شرعي، أم لا؟ فنقول: الظاهر أن التعليق فيه ممتنع عقلا وإن جاز في الوكالة، وبعبارة أخرى نقول: التعليق بالشرط المقارن غير مناف للإنشاء كالمأخر وإن كان يمتنع لوجه آخر، وبيان امتناعه هنا يتحقق ببيان أمور: أحدها: أن التعليق توقف شئ على شئ، وذات الأمور الخارجية والنفس الأمرية ولو معدومة لا يعلق بشئ، وإنما المعلق وجوده (1) لا نفس الماهية، وليس في ذلك فرق بين الأعيان والمنافع والأعمال الاختيارية والاضطرابية. وبالجمله: كل ماهية معقولة يمتنع توقفها بنفسها على شئ، بل وجودها، وإذا كان موجودا فلا يقبل التعليق حينئذ أصلا، إذ الموجود ما حصل وجوده، والحاصل لا يعلق، وتوقف الاستمرار على شئ آخر غير ما نحن فيه. وثانيها: أن الفعل الصادر عن الفاعل ما لم يصدر عنه قابل للتعليق والتنجز، وبهذا الاعتبار يتعلق به الأحكام الوضعية والتكليفية، كما يجوز للمولى أن يقول لعبده: (أطلب منك بيع هذا الشئ) يصح أن يقول: (أطلب منك بيعه في اليوم الفلاني) ومتى ما صدر عن الفاعل فغير قابل للتعليق مطلقا، والمراد بكون اليوم قيما للبيع: كون وجوده المطلوب في ذلك اليوم، فإن الماهية بنفسها لا تعلق . وثالثها: أن أسماء الأفعال - كالقيام والضرب والتملك - المعبر عنها بالمصادر لا تطلق إلا بعد وجود الماهية الموضوع لها في الخارج بوجود المقتضي ورفع الموانع، فلو أتى زيد بشئ مقتض لحصول الضرب فحجب عنه مانع لا يقال: (ضرب) (وكذا نظائره، فإنها اسم (2) للأفعال، لا للملكات والاستعدادات، سواء كانت صرف قابلية كالضرب قبل وجود المقتضي سنخا، أو استعدادا قريبا كما لو وجد

(1)كذا في النسخ، والمناسب: لا تعلق بشئ وإنما المعلق وجودها. (2) كذا، والظاهر: أسماء .

[343]

المقتضي ولم يرتفع المانع، فإن له حينئذ أهلية للوجود أشد من الأول بحيث لو ارتفع المانع لحصل، فكما أنه لو كان بيد شخص نار فحرك يده ولم يلقها إلى البساط لا يقال: أحرقه، وكذا لو ألقاها ولم تقع عليه، وكذا لو وقعت عليه ولكنه مبلول بالغيث بحيث يمنع من تأثير النار لا يقال: هذا إحراق، ولا أنه أحرقه فتوهم إطلاق هذه الألفاظ على إراداتها أو على مقتضياتها - بالكسر - فاسد جدا واشتباه مطلقا. ورابعها: أنه قد يوجد لفظ وضع لمعنى الاستعداد والقابلية كهذين (1) اللفظين، أو لقابلية مخصوصة كأسماء الملكات الخاصة من الصناعات ونحوها، ومثله كون العبد مدبرا - أي: مستعدا للعتق - بعد الوفاة، ووجود هذه الملكات إنما هو بنحو وجودها الخاص، وهو الأهلية، وإيجادها إنما هو إيجاد الأهلية، ولا تطلق ألفاظها أيضا إلا على معناها (2) بعد وجودها، وإن كان ملكة، فإن الصياغة لا تطلق إلا على القوة الراسخة الحاصلة، لا على الواسطة بين حصولها وعدمها، كوجود المقتضي مع المانع. ولفظ (الأهلية) يطلق على الأهلية الحاصلة، لا على أهلية الأهلية. وخامسها: أن إيجاد الأفعال إن كان متعديا يكون بنفسه، فإن إيجاد الضرب هو الضرب لاعتبار معنى الأيجاد في مفهومها، فإن القتل إيجاد شئ يزهد الروح، والذبح، إيجاد شئ يوجب فري الأوداج، ومجموع الأيجاد والموجد هو القتل والذبح. وإن كانت لازمة يكون بأمر وراء مفاهيمها، فإن القيام ليس إلا الهيئة المخصوصة، وليس في معناه الأيجاد، وإيجادها حركة توجب حصولها في الخارج تحقق القيام، وقس عليه في نظائره. وسادسها: أن الإنشاء قد ذكر أنه الأيجاد، فلو تعلق بالأفعال اللازمة فقلت: (أنشأت القيام) معناه: تحرك حركة تترتب عليها هذه الهيئة، ولو لم تترتب هذه الهيئة على تلك الحركة لا يسمى إنشاء قيام، لأن الإنشاء المعين أيضا من المتعديات التي لا يتحقق مفهومها إلا بحصول أثرها المقصود، كما مر في الأحراق. ولو تعلق بالأفعال المتعدية فأنشأها نفس حصولها في الخارج، فإ إنشاء

[344]

البيع بحصوله، وإنشاء التمليك بحصوله، والوجه ما مر. وكذلك تعلقه بالنسبة إلى الأمور الشأنية، فمعناه: إحداث الشأنية بحيث يحصل به الأهلية. وتعلقه بالأمر الفعلي: إحداث الفعل، وذلك كما مر في اللازم والمتعدي. إذا عرفت هذا، فنقول: ينبغي على هذا ملاحظة الصيغ الموضوعة للأنشاء طلبية وغيرها، إذ بعد ما علم أن الصيغة موضوعة للأنشاء فيمتنع تخلف مدلوله عنه، ولا يقبل بنفسه التعليق، فلا بد أن يلاحظ أن المراد من معانيها الأمور الشأنية أو الفعلية، فيحكم على كل بمقتضى ما قرر في المقدمات. وكذا لا بد أن يلاحظ متعلقات المنشآت أنها أعيان أو منافع أو أفعال حتى يعلم أنها تقبل التعليق أم لا. فنقول: إن معنى صيغة البيع وكذا الصلح وكذا الهبة وكذا الأجرة - ونحوها من العقود النافذة لعين أو منفعة - هو إنشاء النقل، فيمتنع انفكاك النقل عنه بحسب معناه، كما قررناه. فلو قال: بعتك أو صالحتك أو وهبتك الحنطة إن كانت حمراء أو أجزتك هذا العبد سنة إن كانت منفعة خياطة وهو لا يعلم بالأمرين، فإما أن يعود هذا التعليق على نفس النقل الذي هو المنشأ فهو ضروري الاستحالة، لأن النقل وجد بقولك: (بعت) عرفا، لأن إنشاءه بوجوده كما في الضرب، فالنقل حصل وحصل الجزم به. وإن عاد إلى الحنطة، فنقول: قد قررنا أن الماهية بنفسها لا تعلق، ووجودها أيضا بعد حصوله كذلك، والمفروض أن الحنطة موجودة إما حمراء أو غيرها في الواقع، وعلى التقديرين يستحيل تقييد الحنطة الموجودة بوصفها وتعليقها به، والأجماع على بطلانها من جهة ذلك. فإن قلت: فلم لا يستحيل التعليق بالعين في قولك: (أئتني بهذا الماء، إن كان باردا)، إذ هو تقييد للماء لا للأمر؟ قلت: هنا أشياء ثلاثة: الطلب (1) الذي أنشأته (2) وهو موجود يمتنع تعليقه،

[345]

والماء وهو كذلك، وإتيان المخاطب الذي هو المطلوب، والقييد إنما هو له وهو بعد لم يوجد، وهو قابل للتعليق، فحاصل المعنى: طلب بالفعل لأتيان المخاطب المعلق ببرودة هذا الماء، وقس عليه كل الطلبات والواجبات المشروطة بالشرط المقارن أو المتأخر، وليس في شيء تعليق في المنشأ ولا في الشيء الموجود، وإنما هو في فعل المخاطب الذي لم يحصل حين الطلب، وكذلك الكلام في (أجزتك المنفعة إن كانت خياطة) مثل البيع، إذ ليس هنا إلا شيان: المنشأ وهو نقل المنفعة الغير القابل للتعليق، والمنفعة كذلك، وليس شيء ثالث قابل له، فيمتنع هذا التعليق. فإن قلت: فما تقول في البيع الاحتياطي والنكاح والطلاق؟ إذ ليس هنا شيء كذلك. قلت: لا ريب أن معنى البيع والطلاق يحصل بذلك عرفا وهو النقل والخلع، لأنه كيفية نفسية ومعنى عرفي، واحتمال الانتقال بالعقد السابق غير مضر في تحقيقه، إذ هو يتحقق (1) مع عدم المتعلق أيضا، فإذا باع شخصا معدوما فقال: (لي فرس في البيت أبيك إياه) فقال: (بعت) (2) وقال الآخر: (قبلت) فعلم بعد ذلك عدمه يصدق النقل العرفي النفساني، ولهذا يقال: إنه باع الفرس ثم علم أن الفرس غير موجود، غايته: أنه لا يترتب عليه أثر على ذلك التقدير، لا أنه لا يحصل (3) المعنى العرفي أصلا. وبالجمل: يتعقل هذا المعنى (4) في المعدوم فضلا عن المشكوك، فتأمل. ولو قصد بقوله: (طالق) قيد الوجود أو قال: (هي طالق إن كانت موجودة) فلا يمكن كونه للطلاق الذي أنشأه المطلق، لأنه أمر نفساني يوجد بقوله: (هي طالق) ولا يمكن أن يعلق بشيء. نعم، هو قيد لترتب الأثر في الواقع، ولا يفترق الحال بين ذكره وعدمه، بل ذكره مبطل موهم لخلاف (5) (المدعى .

(1) في (ن، د): متحقق. (2) في (ن، د): بعثك. (3) في (م، ن): لم يحصل. 4 (العبارة في (ف، م): يتعلق هذا في المعدوم. (5) في (ن، د): بخلاف .

[346]

فإن قلت: فما تقول في الوكالة؟ قلت: نظير الأوامر، لأن فيه أيضا ثلاثة أشياء: التسليط، والتسلط، وهما حاصلان غير قابلين للتعليق، والتصرف الذي هو متعلق التسليط، وهو بعد لم يحصل، فيمكن تقييده وتعليقه، ويكون المراد: وكلتك، أي: سلطتك على التصرف في الحنطة إن كانت حمراء، فهو قيد للتصرف: كالأكرام في أكرم زيدا إن جاءك. ولذا قال الشهيد رحمه الله في اللمعة: ولو جعله قيذا للتصرف صح (1) مع اشتراطه التنجيز في الوكالة. فإن قلت: ما تقول في النذر والتدبير والظهار والأيلاء والمكاتبة واللعان؟ فإنها تصح بالشرط والتعليق، ويتأخر الأثر أو يقوم الاحتمال، مع أن القول بالصحة في بعضها إجماعي، وفي بعضها قول بها معروف، كما نص عليه في اللمعتين (2). قلت: قد سبق منا في المقدمات: أن الأنشاء يمتنع تخلف المنشأ عنه، لكن المنشأ له أقسام. فنقول: النذر إنشاء التزام بإتيان شيء أو إعطاء شيء، فالمنشأ - وهو الالتزام - قطعي الحصول بالأنشاء غير معلق، وإنما المعلق هو الأمر الثالث وهو الملتزم به. وكذلك اليمين، فإن فيهما (3) شيئا ثالثا هو متعلق المنشأ غير موجود قابل للتعليق. وكذلك التدبير ليس معناه إنشاء العتق حتى يقال: أنه كيف يتأخر إلى ما بعد الوفاة؟ بل هو إنشاء الأهلية، وهو كون العبد مستحقا للعتق بعدها، إذ هو معنى المنشأ في صيغة التدبير، وهو حاصل من حين العقد ولا تعليق، إلا ترى أن العتق

(1) اللمعة: 166 (اوائل كتاب الوكالة). (2) في نسبة التنصيص بذلك إلى اللمعتين في الموارد المذكورة تأمل، خصوصا في مسألة اللعان، مع أنه لا ربط لها بمسألة التعليق في الأنشاء أصلا انظر اللمعة وشرحها (الروضة البهية) 39 3: كتاب النذر. وج 6: 320 كتاب التدبير، و 128 كتاب الظهار، و 155 كتاب الأيلاء، و 347 كتاب المكاتبة، و 203 كتاب اللعان. (3) كذا، والظاهر: (فيها) (لرجوع الضمير إلى اليمين فقط .

[347]

بنفسه لا يعلق إجماعا؟ فإنه فك ملك كالوقف في بعض الوجوه، وهو كالعقود الناقلة، وليس فيها شيء ثالث قابل للتعليق، ولا نفس معناه أمر شأني حتى يؤخر، بل هو كسائر الأفعال معنى فعلي لا بد من تحققه في إنشائه كما مر في المقدمات . وكذا الأيلاء: إنشاء الحلف، والتعليق في متعلقه من فعل أو ترك غير موجود قابل للتعليق. وكذا المكاتبة: إيجاد الأهلية، وهي حاصلة غير معلقة، وإنما المعلق الفك، وهو غير المنشأ بالعقد. وكذا اللعان: دعاء على اللعنة، وهي معلقة على الصدق والكذب، لأصل الطلب. فتلخص من ذلك: بيان معرفة ما هو قابل للتعليق وما هو غير قابل، ومعرفة ما ينبغي أن يعلق عليه وما لا ينبغي، واتضح أن عدم الجواز في أي مقام كان إنما هو لعدم الأماكن، وليس لخصوص دليل تعبدية. وفي المقام مباحث متعلقة بالكلمات السابقة أعرضنا عنها مخافة الأطناب، والغرض من ذلك كله: إبداء ما يتخيل من طرق الكلام في الباب، والنبية لا يخفى عليه شيء بعد التنبيه .

[349]

[العنوان التاسع والاربعون] قاعدة نفي السبيل]

[350]

عنوان [49] من جملة المبطلات للعقود: قاعدة نفي السبيل للكافر على المسلم، وهذه القاعدة كثيرة الفروع، ولا تنحصر في إبطال بعض العقود، بل لها فروع آخر تترتب عليها. والبحث هنا يقع في أمور: أحدها: الإشارة إلى ما يترتب على هذه القاعدة من الفروع المذكورة في أبواب الفقه حتى يكون الباحث على بصيرة. منها: عدم ثبوت الولاية للكافر، حيث ترجع الولاية على مسلم والتحكم عليه، فلا عبرة بإذنه في أحكام الأموات، لأنه لا ولاية له، ولا أولوية له في الميراث. وعدم ثبوت حق له في ذمة المسلم من جانب الله تعالى - من زكاة أو خمس أو كفارة أو نحو ذلك من الحقوق - ما لم يصدر سبب الضمان من نفس المكلف من استدانة أو وصية أو وقف أو نحو ذلك، وهذا سر اشتراط الإسلام في المستحقين. وعدم اشتراط صحة نذر الولد ونحوه من العهد واليمين على إذن الوالد الكافر في وجهه، وكذا كل من يشترط إذنه في عبادة - كالزواج ونحوه - وفي المالية مسألة أخرى. وعدم لزوم إطاعة الكافر في مقامات لو كان مسلماً لوجب. وعدم نفوذ قضاء الكافر وإن جمع سائر الشرائط .

[351]

وعدم جواز توليه (1) للوقف المتعلق بالمسلمين. وعدم جواز تملكه للمسلم بشراء أو صلح وهبة وإصدق، أو نحو ذلك من دفع عوض دين أو ضمان. وبعبارة أخرى : كل سبب اختياري ناقل للملك إلى الكافر، فإنه غير صحيح. كما أنه لو ملك بسبب قهري - كالأرث لو قلنا به - أو كان المملوك كافراً عند كافر فأسلم المملوك يباع على مالكة قهراً ولا يقر يده عليه. وعدم جواز إعارة المسلم للكافر ورهنه عنده ولا إيداعه له في وجه ميني (2) على أن الاستئابة في الحفظ سبيل. وعدم جواز حوالة الكافر على المسلم في وجه وإن ضعف. وعدم ولايته على صغير أو مجنون أو سفيه في نكاح أو مال. وعدم جواز استئجاره للمسلم في عينه وإن جاز في ذمته. وعدم جواز إجارة العبد المسلم له. وعدم جواز وكالته على مسلم لكافر أو مسلم. وعدم جواز وكالته في بيع عبد مسلم مرهون أو غيره. وعدم ثبوت شفعة له إذا كان المشتري مسلماً وإن كان البائع كافراً. وعدم جواز وصايته على مال مسلم أو مولى عليه محكوم بإسلامه ولو بالاشتراك. وعدم جواز نكاحه للمسلمة ابتداءً وكذا استدامة، فإن بإسلامها يبطل النكاح لو لم يسلم الزوج في العدة. وعدم العبرة بالتقاطه إذا كان اللقيط محكوماً بإسلامه بأحد الطرق المذكورة في محلها. وفي عدم استحقاقه الأرث مع الوارث المسلم وعدم جواز القصاص من المسلم بالكافر من هذا الباب إشكال. وغير ذلك من المواضع التي لم نذكرها يتنبه عليها المتدرب في الفن بمعوته ما ذكرناه .

(1) في (م): توليته. (2) في (ف، م): يبنى .

[352]

ومن ذلك ظهر: أن قاعدة نفي السبيل من مبطلات العقود في بعض فروعها وإن كان لها فروع آخر، وبهذا الاعتبار أدرجناها في المبطلات. وثانيها: بيان ما يمكن أن يكون مستنداً لهذه القاعدة، والوجه في ذلك أمور: أحدها: الأجماع المحصل القطعي الحاصل من تتبع كلمة الأصحاب في المقامات التي ذكرناها في الباب، فإنهم متسالمون (1) على عدم وجود السبيل للكافر على المسلم ويرسلونه إرسال المسلمين من دون نكير، وهذا كاشف عن رضا الشرع بذلك وحكمه به. وثانيها : الاجماع المنقولة حد الاستفاضة، بل التواتر من الأصحاب - كما لا يخفى على المتتبع - المؤيدة بالشهرة العظيمة البالغة (2) حد الضرورة. وثالثها: الاعتبار العقلي، فإن شرف الإسلام قاض بأن لا يكون صاحبه مقهوراً تحت يد الكافر ما لم ينشأ السبب من نفسه، فإنه حينئذ أسقط احترام نفسه. وهذا وإن لم يكن في حد ذاته دليلاً، لكنه مؤيد قوي مستند إلى فحوى ما ورد في الشرع. ورابعها: ما دل من الأدلة الخاصة في بعض الموارد، كباب النكاح، فإن النصوص قضت بعدم جواز تزويج المؤمنة للكافر (3). وغير ذلك مما دل على اشتراط الإساءة في الولي على المسلم، فإن المستفاد منها: أن العلة في ذلك كله عدم رضا الشارع بتسلط الكافر على المسلم فيتسرى

إلى سائر المقامات بتنقيح المناط، أو بالعلة المنصوصة المستفادة من كلام الشرع وإن كان من حيثية تعليق الحكم على الوصف. وأظن ورود التعليق صريحا في روايات النكاح، فينبغي الرجوع إليها. (4) وخامسها: الخبر المشهور في السنة الفقهاء المتلقى بالقبول بحيث يغني عن

(1) في (ن): يتسلمون، وفي هامشها: يتسلمون، خ. (2) في (ف، م) زيادة: إلى (3). الأخبار الواردة لا تختص بعدم جواز تزويج المؤمنة بالكافر، بل أكثرها في عدم جواز تزويج المسلم للكافرة، انظر الوسائل 14: 410 أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه. (4) راجعناها ولم نقف على التعليق المذكور.

[353]

ملاحظة سنده، وهو قوله صلى الله عليه وآله (1): (الأسلام يعلو ولا يعلى عليه) (2) فإنه من الكلمات الجارية مجرى القاعدة، ك(لاضرر ولا ضرار) ونحوه، فلا وجه للبحث في سنده، وإنما الكلام في الدلالة. فإن قلنا: إن دلالة على نفي السبيل مما يكشف عنها فهم الفقهاء - لأنهم يستدلون به في هذه المقامات من دون نكير، وهو من أعظم القرائن على معرفة المراد - فلا بحث، إذ مقتضاه كون المراد من الخبر: عدم تسلط الكافر على المسلم. وإن بنينا على تتميم الدلالة على قواعد الألفاظ، فنقول: إن الخبر دل على أن الأسلام يعلو على غيره، لأن المتعلق محذوف، فإما أن يراد مطلق الغير، سواء كان كفرا أو واسطة بين الكفر والأسلام لو قلنا بالواسطة، أو يراد به الكفر بخصوصه بقريضة المقابلة، فيكون المراد، الأسلام يعلو على الكفر والكفر لا يعلو عليه وقوله: (ولا يعلى عليه) (تأكيد لبعض ما استفيد من العبارة الأولى، فإن المستفاد من الأولى أنه يعلو، وهو ناف لعلو الكفر وناف لمساواته أيضا، فإن علو الأسلام قاض بانحطاط الكفر، والجزء الثاني ناف لعلو غيره عليه أو لعلو الكفر عليه - على الوجهين - وهو أحد جزئي العبارة الأولى، وورود التأكيد لأحد الجزئين لا يدل على أن المراد بالعبارة الأولى أيضا ذلك حتى يقال إن الرواية إنما قضت بأن الأسلام لا يعلو عليه غيره، ولم تدل على عدم المساواة. وبالجمل: دل الخبر بجزئيه على عدم علو الكفر، وجزئه الأول على عدم مساواة الكفر معه، فلم يبق إلا علو الأسلام. فنقول: إن كان المراد بالعلو: علو الشرف والرتبة لأنه سبيل للنجاة دون سائر الأديان، فلا ريب أن هذا خلاف ظاهر لفظ (العلو) فإن المتبادر منه العلو الحسي، أو ما يقرب منه الاستيلاء والتسلط، مضافا إلى أنه ينبغي على هذا أن يقال: (الأسلام عال) ولا ينبغي أن يقول: (يعلو) مع أن ذلك في الحقيقة يصير بيانا لما

(1) في (ن، د): عليه السلام. (2) الوسائل 17: 376، الباب 1 من أبواب موانع الأثر، ح 11.

[354]

هو أوضح (1) الأمور عند المسلمين، فإن من البديهي أن دين الله أشرف من الأديان الباطلة، مع منافرتة للتأكيد بقوله: (ولا يعلى عليه). وإن كان المراد: الأخبار عن أن الأسلام تزيد شوكته وقوته بحيث يعلو على سائر الأديان بكثرة المتدينين والأعوان، فلا ريب أن الأخبار عن هذا المعنى ليس مما هو وظيفة للشارع من حيث هو كذلك، مع أن نرى علو سائر الأديان وكثرة الكفر والشرك، ومقهورية المسلمين. واحتمال إرادة أنه يعلو في أواخر الأزمنة بحيث يضمحل الكفر، والأخبار (2) عن هذا المعنى مما لا ريب في بعده من الخبر عند الأنصاف، سيما مع التأكيد بقوله: (ولا يعلى عليه) فإن الظاهر من إثبات العلو للأسلام في المستقبل وإن كان أعم من كونه عاليا دائما أو في زمان من الأزمنة المستقبلية، لكن نفي علو غيره في المستقبل مع حذف المتعلق والزمان ظاهر في النفي دائما، يعني: أن الأسلام لا يعلو عليه غيره في زمان من الأزمنة المستقبلية كما هو قاعدة الألفاظ. فالفقرة الأولى مجملة في إثبات العلو من هذه الجهة والمتيقن منه بعض الأزمنة، لكنه غير ناف للعلو في الجميع، والفقرة الثانية دالة على عدم علو غيره مطلقا، فإن المتبادر من قولنا: (لا يضرب زيد) (نفي ضربه بالمرة، لا في وقت دون وقت. والسر فيه: أن المصدر في ضمن

الفعل نكرة، فإذا دخل عليه أداة النفي أقتضى العموم المستلزم لنفي جميع أفرادها، ونفي جميع أفراد العلو في الزمن المستقبل قاض بعدم علو غيره عليه في وقت أصلا، وهذا مدلول لا معارض له في الفقرة الأولى، غاية الأمر دوران الأمر بين علو الأسلام في بعض الأوقات ومساواته مع الكفر في بعض آخر، أو علوه دائما، لأن العبارة الثانية نفت العلو عن غيره، وهو أعم من المساواة وعلو الأسلام، والأولى أثبتت العلو للأسلام في الجملة، فيدور الأمر بين احتمالين ذكرناهما، فلو لم نقل بأن العبارة الأولى قرينة على أن المراد من عدم علو غيره علوه دائما بقرينة المقابلة وعدم ملحوظية المساواة في المقام بالمرة - كما

(1) العبارة في (م) هكذا: في الحقيقة بيان لأوضح الامور. (2) كذا في النسخ والمناسب: فالأخبار .

[355]

هو الواضح عند من تدبر - فلا أقل من المساواة في بعض وعلو الأسلام في آخر، فالخير دل على الأخبار عن عدم علو الكفر على الأسلام في وقت من الأوقات، ولازمه الكذب، لأننا نرى في زماننا هذا وما قبله قوة الكفار ومقهورية المسلمين. فلا وجه لحمل هذا الخبر على الأخبار بعد ما ذكرناه من وجه الدلالة. كما لا وجه لحمله على علو الشرف بالقرائن التي ذكرناها، فانحصر الطريق في حمل الخبر على الأنشاء المطابق لمنصب الشارع وجعله لبيان الحكم وإرادته أن الأسلام حكمه العلو وتسلط على غيره، وليس لغيره التسلط عليه، ولا ريب أن علو الأسلام عبارة عن علو المسلمين، فيكون المراد: أن المسلم يتسلط على الكافر والكافر لا يتسلط عليه في الشرع، بمعنى: أن الحكم الشرعي ذلك. ومن هنا يظهر لمن تدبر: أن الفقرة الثانية ليست تأكيدا صرفا، لأن الأولى لم تدل على الدوام، والثانية دلت على ذلك، ويكون السبب في هذا التعبير: أن المسلمين يتسلطون على الكفار في الشرع، لكن لا كلية، بل على حسب ما قرر من قواعد الشرع، ولكن الكفار لا يتسلطون على المسلم في شيء من المقامات أصلا بحكم الشرع. هكذا ينبغي أن يحقق المقام، وإن خلع في بالك احتمالات آخر رافعة للأشكال الذي أوردناه على الرواية على المعنى الأخباري فلسنا غافلين عن ذلك (1) لكن أعرضنا عنها لوضوح المرام، وقرب ما ذكرناه إلى الفهم من بين تلك الاحتمالات وسلامتها عن التفكيك والتخريج، وإنطبقه على المدعي أشد انطباق كما بيناه، فتدبر جدا، وإنما الأشكال في تخريج وجه الدلالة في أول الأمر، والصرف عن علو غيره علوه دائما بقرينة المقابلة وعدم ملحوظية المساواة في المقام بالمرة - الظاهر، وقد أوضحنا لك سبيله (2) وأسسنا بنيانه. وهنا بحثان: أحدهما: أن يقال: إنه يحتمل أن يكون المراد بالرواية: أن الأسلام يعلو في الحجة والبرهان، بمعنى: أن أهل الملل لو أرادوا إبطال دين الأسلام بالحجج والبراهين يعلو عليهم المسلمون في إقامة الحجة وإثبات الأسلام ولا يعلو عليهم

(1) في (م): عن تلك. (2) في (م): يدل (سبيله): بيانه .

[356]

غيرهم في ذلك. وهذا مما لا يرد عليه شيء مما سبق، فلو لم يكن هذا الاحتمال أظهر فلا أقل من المساواة، وإذا جاء المساوي من الاحتمال بطل الاستدلال ورمي بالأجماع. والجواب: أن الظاهر من (العلو) التسلط والغلبة بالحجة دفع (1)) للخصم، وليس تسلطا عليه، فالحمل عليه خلاف ظاهر (العلو) مع أن علو الأسلام بالحجة إنما هو أمر دائم وليس في بعض، دون بعض، مع أن إثبات العلو له لا يدل على الدوام وإن كان نفي علو غيره دالا على عدم العلو دائما، فلا يستفاد من الرواية صريحا علو الأسلام دائما، مع أن الحجة قائمة عليه دائما، فلا تنطبق العبارة على المدعي، بخلاف ما لو حملناه على المعنى السابق من نفي التسلط الشرعي، فإنه ينطبق على المدعي بكلا جزئيه، وهو عدم تسلط الكافر دائما وتسلط المسلم في

بعض الأوقات علي حسب حكم الشرع، فتدبر. وثانيهما: أن ظاهر الخبر عدم تسلط الكافر مطلقا، مع أنه قد يتسلط بقرض أو ضمان أو نحو ذلك من المطالبات، فلا بد من الأخراج عن الظاهر، وطرق الأخراج مختلفة متعددة، فيجئ الأجمال. والجواب أولا: أن التخصيص أولى من سائر المجازات مطلقا، سيما مع قلة الخارج وكثرة الداخل، فلا بأس بنفي تسلط الكافر إلا فيما أخرجه الدليل. وثانيا نقول: أن الخبر لا يحتاج إلى تخصيص، بل لا يشمل هذه الفروض حتى يحتاج إلى ذلك، فإن المتبادر من قولنا: (الأسلام يعلو ولا يعلى عليه) يعني: بأصل الشرع، بمعنى: أن الشارع لم يسلط الكافر على المسلم ابتداء، وأما إذا فعل المسلم فعلا سلطه على نفسه فلا دخل لذلك بالأسلام وعلوه، وإنما هو أمر خارجي، ويجئ لهذا الكلام توضيح في دلالة الآية. (2) وسادسها: - أي الأدلة على القاعدة - ما أسلفناه في عناوين العبادات مما علو غيره علوه دائما بقرينة المقابلة وعدم ملحوظية المساواة في المقام بالمرة - ما دل على وجوب التعظيم للشعائر وحرمة الأهانة من العقل والنقل، فإن الشارع

(1) في (م): رفع. والعبارة على أي من اللفظين مختلة. (2) في (م): توضيح، فانتظر .

[357]

متى ما حرم على الناس إهانة الشعائر - ومنها المؤمن - فكيف يرضى بتسلط الكافر عليه؟ مع أن فيه من الأهانة ما لا يخفى، وهذا كما يدل على عدم مجعولية حكم يوجب تسلط الكافر على المؤمن - بالتقرير الذي ذكرناه - يدل على عدم جواز إتيان المكلفين بعمل يوجب إهانة المؤمن وتسلط الكافر عليه بنحو أولى وأوضح (1) فأي معاملة تستلزم ذلك فهو غير صحيح، لأنه إهانة محرمة. وسابعها: قوله تعالى: لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (2) وجه الدلالة: أن الله تعالى نفى جعل السبيل لهم عليهم (3) على سبيل العموم، وبين أنه لم يجعل لهم سبيلا عليهم، فكل ما يكون سبيلا لتسلط الكافر على المسلم من الأمور السابقة فهو غير مجعول لله، وكل ما هو غير مجعول له فهو باطل، إذ ليس الصحيح إلا ما أمضاه ورضي به، وحيث إن السبيل عام يعم أنواع التسلطات التي ذكرناها في بيان الموارد، كما لا يخفى. وهنا إشكالات: أحدها: أن الآية بعد ملاحظة ما قبلها وما بعدها يعلم منها: أنه ليس في مقام بيان الحكم الشرعي، بل هو بيان لحكم آخر وهو: الامتنان وبيان شرف الأيمان. والجواب: أن العموم لا يصرف عن ظاهره بهذا الأمور، والفرض نفي السبيل من الشارع كيف كان، ومنه الأحكام الشرعية، فدل على أن الحكم الموجب للسبيل غير مجعول من الشرع. وثانيها: أنه قد ورد في تفسير الآية: أن المراد نفي سبيل الحجة (4) فيكون المعنى: أن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيل حجة، بل يثبت الدين ويظهر الحق بحيث لا يبقى لكافر حجة بعد ذلك. وهذا لا دخل له لما أردته. والجواب أولا: أن السبيل المنفي عام شامل للحجة وغيرها، والخبر لم يدل على الانحصار فنقول بدخوله في العموم، غايته: أن ذلك هو المورد وهو لا

(1) العبارة في (م) هكذا: وتسليط الكافر عليه بطريق أولى. (2) النساء: 141 (3) في غير (م): له عليه. وهكذا في الجملة التالية. (4) أورده المولى القاساني في تفسيره الصافي ذيل الآية الكريمة عن عيون أخبار الرضا عليه السلام .

[358]

يخصص، مع أن في تخصيص الكتاب بخبر الواحد ألف كلام، مضافا إلى أن هذا التخصيص موجب لخروج الأكثر وهو مستهجن، وجعله قرينة للمجاز بأن يراد من السبيل (الحجة) خلاف الظاهر جدا، مع أن الخبر لم يدل عليه فحمل الخبر على بيان أحد أفراد (1) أجود، كما هو الغالب في أخبار التفاسير. مضافا إلى أنا نقول: إن الكافر لو كان مالكا للمسلم ونحو ذلك من طرق السبيل التي (2) نفيها بالقاعدة لكان ذلك أيضا من أعظم الحجج للكافر على المسلم، فإن حجة الملك والولاية من أعظمها، فالخبر الدال على نفي الحجة دال على ذلك أيضا، فلا تذهل. وثالثها: أن الكافرين

والمؤمنين في الآية جمعان محليان باللام مفيدان للعموم، فيكون ذالا على أنه تعالى لم يجعل سبيلا لكل فرد من أفراد الكافر على كل فرد من أفراد المسلم، فيفيد سلب العموم لا عموم السلب، ولا ينافي جعل السبيل لكل فرد من الكافر على بعض أفراد المسلم، أو لبعض أفراد الكافر على كل فرد من المسلم، أو لبعض منه على بعض منه، وهذا لا يثبت المدعى. والجواب: أن الظاهر من الآية بقريئة المقابلة والتعليق على الوصف: إرادة الجنس المفرد، فإنه من معاني الجمع المحلي باللام، فيكون المعنى: لن يجعل الله سبيلا للكافر على مؤمن، وهذا هو الظاهر من الآية. مع أنه متى ما ثبت عدم السبيل لبعض على كل، أو لكل على بعض، أو لبعض على بعض، فيثبت العموم، لعموم ما دل على الاشتراك في التكليف والأحكام، إذ الآية ليست نافية للعموم وإن لم تكن مثبتة أيضا، والكافر والمؤمن جعل عنوانا في (3) هذا الحكم، والحكم الثابت على بعض أفراد العنوان - كالمسافر والحاضر والمريض ونحو ذلك من عناوين الأحكام - يعم سائر أفرادها ما لم يدل على التخصيص دليل شرعي - بمقتضى ما قررناه في أول الكتاب من قاعدة الاشتراك - أو يعم الباقيين بعدم القول بالفصل. ورابعها: أنا نرى تسلط الكفار على المسلمين في قتل ونهب وغير ذلك من

(1) في غير (م): أفرادها. (2) في سوى (م): الذي. (3) في (م) بدل (جعل عنوانا): عنوان .

[359]

الطرق والسبل، فلا بد من إرادة سبيل الحجة، وإلا لزم الكذب على هذا الكلام الممتنع على الواجب تعالى. والجواب: أن ما نفاه الآية هو السبيل المجعول من جانب الله تعالى وهذه كلها سبل الشيطان، والمراد: أن الطريق الحق الذي جعله الله تعالى للكافر على المسلم غير موجود (1)، والطرق الباطلة لا دخل لها في المقام. وخامسها: أن (المؤمن) أخص من (المسلم) إذ المراد من الأيمان: إما الأسلام المستقر الراسخ، أو الاعتقاد بالولاية أيضا، كما يدل على ذلك قوله تعالى: قل لم تؤمنوا ولكن قولوا أسلمنا ولما يدخل الأيمان في قلوبكم (2) فلا يدل على عدم السبيل على مطلق المسلم. والجواب: أن الأيمان ليس (3) الأنقياد والأطاعة، وهو حاصل (4) مع الأسلام، وكلاهما بمعنى واحد، وحيث يتغايران فإنما هو بالقريئة، والحمل على المعنى العرفي واللغوي لازم، والمعنى المصطلح لم يثبت في خطابات القرآن حتى ينصرف إليه. مع أن فيما مر من عموم دليل الأسلام شهادة على العموم، مضافا على عدم القول بالفرق. وهنا إشكالات وأبحاث لا حاجة لنا في ذكرها (5) يعتد بها. تنبيهان: أحدهما: أنه لا فرق في هذا الحكم بين أفراد الكفار وأنواع الكفر، ولا فرق بين من انتحل الأسلام وغيره، فإن كل [من هو] (6) محكوم بكفره فالحكم فيه ذلك، لعموم الآية (7) وضعف الشبهة في عدم شمول العموم لمن انتحل الأسلام، ولظاهر إطلاق الاصحاب في فتاويهم ومعاهد إجماعهم

(1) كذا في النسخ، وفي التعبير ما لا يخفى من المسامحة. (2) الحجرات: 14. (3) في (م) زيادة: (إلا). وهي من اشتباه مصححها في فهم العبارة. (4) في (م): (وهما حاصلان) وهذا أيضا من اشتباهات المصحح. (5) في (م) زيادة: (إذ لا). (6) (من (م)). (7) في " ف، م ": الهيئية .

[360]

وثانيهما: أن حكم المخالفين ليس حكم الكفار بالعنوان الكلي، وإن كان في نكاح المؤمنة للمنافق لهم كلام، لكنه من جهة النصوص الخاصة (1) لأنهم داخلون في اسم المسلم، خارجون عن عموم الكافر في ظاهر اللفظ، والباطن لا مدخل له . وما دل من الروايات على كفرهم (2) محمول على كونهم في حكم الكافر في الآخرة، دون الدنيا، لمنافاة إجراء حكم الكافر عليهم التقية، ولزوم العسر والجرح [والنصوص الدالة على جواز معاشرتهم والاكل معهم وغير ذلك] (3) وبالجملة: للمسألة محل آخر، واشتراط الأيمان في المقامات الكثيرة ليس من باب عموم نفي السبيل، بل هو من باب آخر. وأما من يقول بكفرهم من الأصحاب فيأتي على مذهبه (4) دخول

المنافقين في هذا الحكم أيضا (5)، والله العالم. وهنا بحث، وهو أن [كلا من (6) المؤمن والكافر لا يشمل غير البالغين (7)، فلا تنفي الآية سبيل الكافر على صغير لمسلم أو نحوه. والجواب: أولا: بأن ما دل على التبعية يجعلها في حكم المسلم، ومن جملته: عدم السبيل. وثانيا: بأن عدم دخول الأطفال في صورة الجمع ممنوع، فإنه إذا قيل: (الكافرون) أو (المؤمنون) يعم أطفالهم عرفا. وثالثا نقول: إن ثبوت السبيل على أطفال المسلمين سبيل على نفس المسلمين، فإن الأولاد أهم من المال، فكما لا سبيل له على مال المسلم فكذا على أولاده وتوابعه .

(1) راجع الوسائل 14: 434، الباب 13 من أبواب ما يحرم بالكفر ونحوه. (2) قد جمع هذه الروايات المحدث البحراني قدس سره في الحقائق 5: 181، فراجع. (3) مابين المعقوفتين لم يرد في غير (ن). (4) في غير (م): مذهبه. (5) كذا، ولم تعلم الوجه في فساد الالتزام بتلك الملازمة. (6) من (م). (7) في (م): غير البالغ .

[361]

[العنوان الخمسون] [في بيان أن الشرط الفاسد مفسد للعقد]

[362]

عنوان [50] من جملة المبطلات للعقود: اشتراط الشرط الفاسد فيها، فإنه مفسد للعقد. والشرط الفاسد: هو المنافى لمقتضى العقد، أو (1) المؤدي إلى جهالة العوضين، أو المخالف للكتاب والسنة، أو شرط حرم حلالا أو أحل حراما، وقد مر بيان هذه الأقسام في بحث الشروط ووجه دفع الأشكال عن معانيها وتحقيق مورها. وما عدا ذلك فهو سائغ. والغرض هنا: بيان أن العقد متى اشترط فيه شرط فاسد، فهل يبطل العقد بفساد الشرط أو يفسد الشرط فقط دون العقد؟ والمحكي عن أكثر الأصحاب بطلان العقد أيضا، وذهب بعضهم إلى بطلان الشرط خاصة (2). والحق ما ذهب إليه الأكثر، نظرا إلى أن المقرر في العناوين السابقة: أن العقد تابع للقصد بالتحقيق الذي مضى في محله (3) ولا ريب أن الشرط المأخوذ في ضمن العقد بمنزلة الجزء من العوضين وقيد به العوضان وتعلق القصد بالمقيد، وقد

(1) كذا في (د)، وفي (ف، م): والمؤدي، وفي (ن): المؤدي - بدون الواو -. (2) منهم الشيخ في المبسوط وابن الجنيذ وابن البراج، على ما حكى عنهم العلامة في المختلف 5: 298. (3) راجع العنوان: 30 .

[363]

مر في بحث الشروط: أن المراد بالشرط الواقع في ضمن العقد ربط المعاملة به، لا التزام خارجي لنفسه، فمتى تحقق الربط وفسد الشرط فما وقع عليه القصد من المركب لم يقع، والمطلق لم يتعلق به القصد فلا وجه لوقوعه. وليس العقد دالا على وقوع المعاملة وإن انتفى الشرط، بل هو دال على عدمه بدونه، فالتمسك بعموم أوفوا بالعقود لا ينفع في بقاء الصحة، لأن هذا العقد المخصوص كان مقتضيا للأثر بهذا القيد، ومقتضاه عدمه عند عدم القيد، فيمكن دعوى: أن عموم أوفوا بالعقود (1) و (المؤمنون عند شروطهم) (2) يدل على البطلان، لا الصحة بأحد الاعتبارات، فتدبر. ولو فرض أن العقد بظاهره اقتضى الوقوع بدون الشرط أيضا نقول: لا وجه لبقاء الصحة، لعدم القصد على ذلك. ولو كان قاصدا للوقوع بدون الشرط أيضا لا يصح، لعدم الدال حينئذ عليه، والقصد الخالي عن الدال قد مر أنه لا عبرة به، واللفظ بعد التقييد بالشرط دال على الربط، فتدبر. وقد تمسك بهذه القاعدة كثير من الفقهاء في كثير من الأبواب، كشرط عدم إشاعة الحصة في المزارعة أو في المساقاة أو في المضاربة، أو شرط عدم تزويج عليها في النكاح، أو شرط عدم التصرف في المبيع،

ونظائر ذلك، وكلها مبنية على إبطال الشرط الفاسد للعقد، وقد عرفت الوجه في ذلك. والشرط الفاسد لا يخلو من أحد الأقسام الأربعة، فكل مقام حكم الفقهاء بطلان شرط في العقود لابد من إرجاعه إلى أحد الأمور الأربعة حتى يوجب البطلان في نفسه (3) في العقد، لما ذكرناه. وقد مر الوجه في وجه فساد هذه الأربعة في نفسها مستوفى، فراجع (4).

(1)المائدة: 1. (2) الوسائل 15: 30، الباب 20 من أبواب المهور، ح 4. (3) في ن: نفسها. وفي (ف، م) بعد هذه الكلمة زيادة: و. (4) راجع العنوان: 46.

[364]

وهذه القاعدة قد تنخرم في بعض المقامات لدليل خاص من الشرع، كما ورد في النكاح في بعض المقامات: أن الشرط يبطل والعقد لا يبطل (1)، وأفتى به بعض الأصحاب (2). وبالجملة: كل ما حكمنا بفساد الشرط لأحد الأمور الأربعة حكمنا بفساد العقد، إلا بدليل دل عليه. ويمكن الاستدلال على البطلان - مضافاً إلى ما مر - بأن بطلان الشرط يوجب جهالة في أحد العوضين، لأن له قسطاً من العوض، ولازمه البطلان، ومن ثم لا يجري في النكاح، لأنه ليس معاوضة صرفة، فتدبر .

(1)راجع الوسائل 15: 46، الباب 38 من أبواب المهور، والباب 39 منه، ح 3. (2) (منهم ابن إدريس في السرائر 2: 575 .

[365]

[العنوان الحادي والخمسون] [في بطلان المعاملة السفهية، وبيان المراد منها]

[366]

عنوان [51] من جملة ما ينبغي أن يجعل قاعدة كلية مخرجة عن قاعدة أصالة الصحة المتقدمة قاضية بالبطلان ابتداءً: كون المعاملة سفهية. وقد أشار إلى هذه القاعدة الشهيد رحمه الله في اللمعة، قال: (ولا حجر في زيادة الثمن ونقصانه ما لم يؤد إلى السفه) (1) وهذه العبارة دالة على أن السفهية من جملة المبطلات الابتدائية. والبحث هنا يقع في مقامات، باعتبار بيان موضوع السفهية، ومواردها، والوجه الدال على بطلان المعاملة بها. الأول: في بيان معنى كون المعاملة سفهية. فنقول: لا ريب أن السفه في المعاملات أو في مطلق العقد ليس عبارة عن كون المتعاقدين سفيهين أو أحدهما سفيهاً، بل المراد كون المعاملة من شأنها أن تصدر من سفيه، وحيث إن المسألة تتفرع على بيان أصل معنى (السفه) (المقابل للرشد، يتوقف معرفتها على ما نبينه في الشرائط العامة إن شاء الله، ولكن حيث إن السفه عبارة عن نقصان العقل المخرج أفعال صاحبه عن طريقة العقلاء وما عليه عادة أغلب الناس - وإن كان توضيح هذا المطلب يحتاج إلى بسط - فتكون المعاملة السفهية عبارة عن نوع لا يصدر عن غالب الناس، ولا يقع عند العقلاء

(1)اللمعة: 131، الفصل العاشر من كتاب المتاجر .

عادة بحيث لو صدر عن واحد منهم يعلم أن هذا على خلاف طريقة العقلاء . وربما يستفاد من بعض العبارات: أن المعاملة السفهية ما دل على سفه فاعله، فتكون السفهية عبارة عن كون فاعله سفيها، ويكون وجه الامتياز بين المقام وبين عموم أدلة اعتبار الرشد في الماليات: أن المتعاقدين مرة يعلم سفههما أو سفه أحدهما قبل المعاملة بطرق الاختبار، ثم تصدر عنهما المعاملة، فهذه معاملة سفيه تتوقف على إجازة الولي على المشهور المنصور. ومرة يعلم سفههما بنفس المعاملة، بمعنى: أن بصور مثل هذه المعاملة يعلم كونهما سفيهين وإن لم يكونا سفيهين قبل ذلك، فلا يرد عليه: أن هذه المعاملة لو كانت معاملة سفيه انكشف سفه بهذه المعاملة، فلا وجه للتقييد في زيادة الثمن ونقصانه بعدم أدائه إلى السفه، فإن اشتراط الرشد من الأمور الواضحة المذكورة في أول الشرائط، فينبغي أن يقال: إلا أن يكون المتعاقدان أو أحدهما سفيها ووجه الدفع ما ذكرناه من الفرق بين كون السفه معلوما قبل المعاملة أو بنفس المعاملة. ولكن هذا الكلام مختل النظام، لوجه واضحة: أحدها: أن معاملة السفيه لا تقع باطلة، بل يمكن أن تكون صحيحة بإذن الولي، لأن عبارة السفيه ليست [كعبارة] (1) المجنون والطفل، ولهذا يجوز أن يكون وكيلاً عن الغير، نعم، هو محجور عن التصرف في ماله، فإذا أذن الولي في تصرف خاص يكون كالوكيل عن الغير أو الفضولي مع الإجازة، ولا مانع من صحته. بخلاف المقام، فإن المعاملة السفهية باطلة بالمرّة من أصلها، وليس له وجه صحة مطلقاً، فإدراج المقام تحت معاملة السفيه لا وجه له. وثانيها: أن السفه والرشد كسائر الصفات المتقابلة من الموضوعات الخارجية التي تعلم بأماراتها المعتادة، ولا ريب أن الرجل البصير بالأمور الناقد في جميع ماله وما عليه لا يعد سفيها قطعاً، مع أنه يمكن صدور هذه المعاملة عنه اقتراحاً،

(1) من (م. م.).

بمعنى: أنه يشتهي نفسه أن يبيع ما يسوي ألفاً بعشرة دراهم من دون تعلق غرض به، ولا ريب أن صدور هذه المعاملة بنفسها لا يصير الرجل سفيها، لأن السفه نقصان العقل كما ذكرناه، وهذا لا يدل على نقصان العقل. نعم، لو تكرر منه مثل هذا العمل وعلم أنه غير مصلح لماله بل مضيع له عد سفيها، ولكن ذلك غير الفرض، فبين (معاملة السفيه) و (المعاملة السفهية) عموم من وجه، فتجتمعان في صورة كون العاقد سفيها مع كون معاملته أيضاً مما لا تصدر عن العقلاء كبيع ما يسوي بألف بعشر واحد (1)، ويفترق الأول فيما لو فعل السفيه (2) معاملة جارية على طريقة العقلاء كبيع المال بثمن المثل وزيادة، ويفترق الثاني في صورة كون المباشر رشيداً في العرف والعادة له ملكة إصلاح المال وضبطه وصرفه في الوجوه الثلاثة له مع صدور معاملة عنه غير جارية على مقتضى الرشد بل جارية على عادة السفهاء، فإن فعل الغير العاقل يجوز صدوره عن العاقل فضلاً عن ناقص العقل. وبالجمل: المعاملة السفهية المبحوث عنها على هذا التحرير ما كان شأنها الصدور من سفيه لا من تام العقل. وثالثها: أن مجرد صدور مثل هذا العقد لو كان قاضياً بسفاهة فاعله للزم بعد ذلك حجره (3) عن التصرفات المالية - كما هو قاعدة السفهاء - مع أن الرجل بمحض صدور ذلك لا يحجر عليه بلا كلام، بل الميزان في ثبوت السفه إنما هو انكشاف عدم وجود ملكة الإصلاح فيه، وأنى له الانكشاف بذلك؟ ورابعها: أن العمدة في إثبات أحكام السفيه من الحجر وغيره إنما هو النصوص الكتابية وغيرها الدالة على عدم إتياء الأموال للسفهاء وعدم نفاذ معاملاتهم، ولا ريب أن هذه الأدلة لا تشمل مثل هذا الرجل بمجرد هذا الفعل حتى تدخل معاملته في معاملة السفيه. واحتمال: أنه في حالة صدور هذا العقد عنه سفيه وقبله وبعده رشيد - لأن

(1) في (م): ألفاً بعشر. (2) في (م): لو وقع من السفيه. (3) في (ف، م): للزم من ذلك حجره بعد ذلك .

صدور مثل هذا العقد الخارج عن طريقة العقلاء في تلك الحالة يكشف عن زوال العقل التام عنه في تلك الحالة - في كمال البعد. أما أولاً: فلأن نقصان العقل وتماحه في آن واحد مما هو خارج عن المعتاد، بل هو من المحالات عادة. وأما ثانياً: فلأن المفروض عدم تغيير (1) فيه يوجب نقصان عقله وتماحه، بل هو على حاله الأول. وأما ثالثاً: فلأن الغرض إذا تعلق بصدور فعل من الأنسان غير ملائم لفعل العقلاء فلا يخرج الأنسان عن كونه عاقلاً، لأننا نرى أن الناس يتعمدون الأتيان بأفعال المجانين، بل أفعال البهائم، ومع ذلك هم عقلاء ممتازون بالعقل، فكذا في ما نحن فيه، وليس تعلق غرض ما مخرجاً عن السفهية، إذ لا ريب أن صدور الفعل من دون ملاحظة غاية ممتنع عن الفاعل المختار، بل المخرج عن السفهية ملاحظة غاية معتد بها عند العقلاء، أما ملاحظة غاية لا يعتنى بها فلا يخرج الفعل عن السفهية، فيمكن ملاحظة غاية غير معتد بها وصدور الفعل لأجلها تعمداً في ذلك، وهذا غير قاذح في العقل والرشد، فتدبر. وبالجملة: فالمسألة واضحة، فحاصل المراد من المعاملة السفهية: كونه على نحو لا يعتد به العقلاء وينبغي صدوره عن السفهاء (2). الثاني: (3) أن السفهية وإن فرض (4) في كلام الشهيد رحمه الله وغيره في البيع، لكنه لا

(1) في (م): تغير. (2) العبارة لا تخلو عن مسامحات، فلذا غيرها مصحح (م) بما يلي: كونها على نحو لا يعتد به العقلاء وشأنها أن تصدر من السفهاء. (3) أي: المقام الثاني من المقامات الثلاثة، تقدم أولها في ص: 366. (4) من هنا إلى آخر العنوان كما ترى العبارة لا تخلو عن مسامحات أدبية، وقد غيرها مصحح (م) تغييراً فاحشاً، ولا حاجة إليه بعد وضوح المراد، ونحن رجحنا إثبات ما في أصول النسخ إلا ما كان غلطاً بيناً نشأ من سهو القلم أو من اشتباه النسخ. وفي العناوين الأتية أيضاً نهج هذا المنهج تحفظاً - بحسب الأماكن - لما جرى على قلم المؤلف قدس سره وتحرز أعملاً لا طائل تحته، ولا نشير أيضاً إلى الاختلافات بين نسخة (م) وسائر النسخ إلا فيما لا بد منها .

يختص به، بل يعم سائر المعاولات: من إجارة وصلاح ونكاح ومساواة وجعالة ومزارعة ومساواة ومضاربة ونحو ذلك، بل يعم غير ما فيه المعاوضة أيضاً كالوكالة ونحوها، والوجه فيه: أنك قد عرفت أن الميزان في كون العقد سفهياً صدوره على نحو لا يعتد به عند الناس، وهذا معقول في سائر العقود، بل هذا جار في الشروط أيضاً، فإن الشرط قد يكون سفهياً، وتوضيح ذلك بالأمثلة في الجملة أن يقال: مثلاً لو زاد في عوض الإجارة وغيرها من المعاولات ما لا يقدم عليه إلا سفهياً أو نقص كذلك فيصير كالبيع، أو جعل أحد العوضين مما لا ينتفع به عقلاً أو شرعاً كبيع الحشار والديدان (1) والمزارعة على أرض لا ماء لها بالمرة ولو بالغيث في العادة، أو على أرض لا يتمكن من زرعها، أو زارعه على أن يزرع فيه شيئاً من الحبوب لا يؤكل، أو جعل عوض الجعالة ما لا نفع فيه، أو جعل العوض لما لا نفع فيه كرفع صخرة أو ذهاب إلى أرض مظلم أو نحو ذلك، وكالمضاربة بشرط أن يشتري بزائد ويبيع بناقص ونظائر ذلك، ونحوه الرهن الذي اشترط الراهن لنفسه الخيار في فك الرهن وفسخ العقد وأن لم يؤد المال، والوكالة على أمر جزئي كأخذ حبة حنطة أو حفظها ونحو ذلك. وبالجملة: قد قدمنا في ضبط موارد العقود أن المعتبر في أغلب المعاملات إنما هو ما عليه طريقة أغلب الناس وعادة أكثر العقلاء، وما خرج عن ذلك فمما لا يعتد به عندهم، ويندرج تحت أفعال السفهاء بحسب الشأن، وهذه تعد معاملة سفهية في أي عقد من العقود اتفقت، وفي أي باب كانت، ويندرج في هذا المقام فروع كثيرة حكم فيها الأصحاب بالفساد، وليس شئ منها فاسداً إلا لأجل كونه معاملة سفهية. ومما أشرنا إليه في الأمثلة تنبيه على استخراج الفروع المسطورة في كلمة الأصحاب وتنقل إلى استنباط ما أغفلوه .

(1) في (ن، د) بدل (الديدان): الدالي. ولا يخفى ما في أصل المثال، لأن الكلام في غير البيع .

الثالث: (1): أن الوجه في بطلان هذه المعاملة: أن عمدة العماد في إثبات الصحة الرافعة لأصالة الفساد إنما هو جريان المعاملات في زمن الشارع على هذا المنوال وعدم تعرضه في ذلك بالقدح والبطلان، فيكون تقريراً منه في ذلك - كما بيناه - ولا ريب أن تقريره لا يكون إلا بما هو معتاد أغلب الناس، وهولاً يكون سفهية، ولو فرض أن في ذلك الزمان كان يصدر منهم أيضاً معاملات غير مقصودة للعقلاء - كما هو المتعارف بين الجهال والأراذل في زماننا أيضاً - فلا نسلم اطلاع المعصوم عليها في ذلك الوقت، وليس صدور الفعل عادة كافياً في التقرير، بل المعتبر صدور الفعل بمردئ منه ومسمع، ولا ريب أن أمثال هذه الأمور لا يؤتى بها في حضور المعصوم عليه السلام ولو فرض الاطلاع عليها فنمنع التمكن في ذلك الوقت عن الردع، ولو سلم ذلك كله فنمنع عدم الردع. وإطابق الأصحاب على البطلان - مع أنه حجة برأسه في هذا المقام - كاشف عن صدور الردع والمنع عن ذلك كله. مضافاً إلى أن عموم قوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (2) شامل لذلك، لأن الباطل في العرف ليس إلا ما لا نفع فيه، والأطلاق منزل على العرف، ولا يراد منه الباطل شرعاً، للزوم الدور، فتأمل، ولأن إثبات البطلان شرعاً إنما يتحقق بهذه الآية في غير المستثنى، فكيف يعقل إرادة الباطل شرعاً مع أن البطلان ليس له حقيقة شرعية جزماً حتى يحمل عليها اللفظ؟ ويكشف عن ذلك تمسك الأصحاب به في إبطال أكثر المعاملات الفاسدة، ولو أريد منه الباطل شرعاً فلا وجه للتمسك به، مع أن استثناء (تجارة عن تراض) يدل على أن ما عدا ذلك محكوم ببطلانه ودخل تحت أكل المال بالباطل، وما نحن فيه ليس من باب (تجارة عن تراض). فإن قلت: إن البحث في صورة المعاوضة، فيكون داخلاً تحت (تجارة عن تراض) فهذا يدل على صحته، لا فساد. قلت: أما أولاً: إن التجارة يراد بها ما هو وصلة إلى تحصيل المال، ولا ريب

(1) أي: المقام الثالث. (2) النساء: 29 .

[372]

أن المعاملة إذا كانت سفهية، فإما أن يكون طرفاه أو أحدهما مما لا يعد مالا كالحشرات ونحوها، أو مما يعد مالا لكنه لا فائدة فيه، بل هو محض تضییع للمال، وعلى التقديرين فهو خارج عن اسم التجارة. ولو سلم شمول لفظ (التجارة) على مطلق المعاوضة أي نحو كانت بحسب الوضع اللغوي، نقول: إن لفظ (التجارة) هنا ليس عاماً حتى يندرج فيه مطلق الأفراد، بل هو مطلق ينصرف إلى الأفراد الشائعة المعتادة، ولا ريب أن السفهية خارجة عن المعتاد الغالب فلا تدخل تحت المستثنى، فتبقى تحت عموم الأكل بالباطل، ولازمه الفساد. وأما عموم أوفوا بالعقود و (المؤمنون عند شروطهم) ونحو ذلك من العمومات، كاحل الله البيع و (الصلح جائز) وغير ذلك من الأدلة المطلقة في أبواب الفقه التي يتمسك بها في إثبات الصحة فغير شامل للمقام، نظراً إلى انصرافها أيضاً إلى المتعارف الشائع وما عليه طريقة الناس، وما لا يقصد للعقلاء غير مندرج تحت ذلك، مضافاً إلى أن المعلوم من طريق الشرع المنع عما لا يعتد به ديناً ودنياً، وما نحن فيه من ذلك القبيل. ومما يؤيد المقام بل يكون حجة في الباب: أدلة حجب السفهية عن التصرف المالي، إذ ليس الحجر عليه إلا من جهة صدور مثل هذه المعاملة عنه غالباً، وهو مما لا يرضى الشارع به، وهو من أقوى الامارات على أن هذه المعاملة غير مرضي عنها عند الشارع وغير ممضاة في نظره. فإن قلت: إن المعاملة السفهية تكون نافعة في أحد طرفيها وإن لم يكن فيها نفع بالنسبة إلى الجانب الآخر كما علم ذلك من الأمثلة، فبالنسبة إلى أحد الجانبين تدخل تحت أدلة التجارة والعقود ويتم في الجانب الآخر أيضاً بعدم إمكان التفكيك. قلت أولاً: إن خروجه عن الأدلة قد مر أنه لأجل عدم التعارف وكون أحد الجانبين ينتفع به لا يجعله متعارفاً .

[373]

وثانياً نقول: إننا ثبت البطلان بالنسبة إلى الجانب الغير المنتفع، وثبت البطلان في الجانب الآخر بعدم التفكيك، مع أن الدخول تحت دليل التجارة بمجرد ذلك

محل نظر، لأن التجارة ما قصد فيه الانتفاع من الجانبين، وما نحن فيه ليس من هذا الباب على كل حال. تنبيهان: أحدهما: أن السفهية تختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة والأجناس والاعواض وغير ذلك، مثلاً شراء الماء على الشط من دون مانع عن تناول الماء عقلاً وعرفاً سفه وفي الفلاة ليس كذلك، وإعطاء الأجرة على شئ يستظل به في الشتاء مع البرد الشديد الموجه إلى الشمس سفه، واستئجار الدابة للركوب في السفينة كذلك. والحاصل: للخصوصيات مدخلية في المقام وإن كان بعض أنواع المعاملة كما مثلنا بها سفها على كل حال، لكن لا ينحصر في ذلك، بل المعاملات المعتادة نوعاً قد تكون سفها في خصوص زمان أو مكان، أو بالنسبة إلى شخص خاص، فتدبر. وثانيهما: أن المعاملة السفهية نوعاً - كإعطاء كرور (1) بدرهم - قد تخرج عن السفهية إذا تعلق بها غرض صحيح هو من مقاصد العقلاء، ولا بد من كون الغرض بحيث لا يحصل بدونها، وليس مطلق الغرض المعتد به مخرجاً عن السفهية. وكلام الشهيد الثاني رحمه الله في الباب حيث قال: (ويرتفع السفه بتعلق غرض صحيح) (2) منزل على ذلك، بل يمكن دعوى: أن الغرض معناه: ما لا يحصل في نظر الفاعل إلا به، وما أمكن حصوله بدونها أو بأقل منه لا يعد غرضاً لذلك، ويوضحه ما مثل به بقوله: (كالصبر بدين حال ونحوه) (3) فتبصر.

(1) لغة... عند الأبرانيين بمعنى: خمسمائة ألف راجع (فرهنگ معین) ج 3 ص (2). 2959. الروضة 3: 521.
(3) نفس المصدر.

[375]

[العنوان الثاني والخمسون] [تعلق النهي بأركان المعاملة مبطل لها]

[376]

عنوان [52] من جملة المبطلات للمعاملة: تعلق نهى الشارع بها. وقد تمسك بذلك كثير من الأصحاب في كثير من المقامات، والمسألة محررة في الأصول، لكن البحث في الأصول من جهة دلالة النهي على الفساد وعدمها، وما نحن فيه أعم من ذلك، والغرض: إثبات أن المعاملة المنهي عنها فاسدة، سواء كان ذلك من دلالة النهي على الفساد أو من جهة قرينة أخرى، أو قاعدة شرعية، كما نقررهما في تحرير الأدلة. والمشهور بين الأصوليين: أن النهي لا يدل على الفساد في المعاملات، وذهب المرتضى وجماعة إلى أن النهي يدل عليه (1) وظاهر جمع من فقهاءنا: التفصيل بين النهي المتعلق بأركان المعاملة وبين غيره، فيدل الأول على الفساد دون الثاني، وهنا مذاهب آخر لا حاجة لنا إلى ذكرها، وقد نبه على ذلك التفصيل المحقق الثاني رحمه الله في حاشية القواعد، حيث ذكر جملة من المعاملات المحرمة في أول المكاسب - إلى أن قال -: وهذه المعاملات كلها فاسدة، لرجوع النهي إما إلى

(1) كذا في النسخ، والسيد المرتضى قدس سره قال: إن النهي من حيث اللغة وعرفاً أهله لا يقتضي فساداً ولا صحة وإنما تعلم في متعلقه الفساد بدليل منفصل (الذريعة إلى أصول الشريعة 1: 180) ولذا زاد مصحح (م) كلمة (لا) قبل (يدل) (غفلة عن أنها لا تلائم السياق).

[377]

أحد العوضين، أو أحد المتعاقدين (1). وهذا التعليل يشير إلى هذا التفصيل وإن كان العبارة أعم. وبالجمل: الظاهر من تتبع طريقة الفقهاء: حكمهم بالفساد بتعلق (2) النهي إلى أحد الأركان كيف كان. وقد يمنعون أيضاً الفساد في بعض المقامات تمسكاً بأن النهي في المعاملات لا يدل على الفساد. ثم إن النهي قد يتعلق بالمعاملة لنفسها، وقد يتعلق لجزئها، وقد يتعلق لوصفها اللازم، وقد يتعلق

لوصفها المفارق، وقد يتعلق لأمر خارج، والمسألة مبسطة في كتب الاصول لا غرض لنا في ذكرها، والعمدة بيان الوجه في الفساد في المحل المقصود. فنقول لفظ (النهي) بنفسه من دون ملاحظة أمر خارجي لا يدل على فساد المعاملة بأي نحو تعلق، لا بالمطابقة ولا بالتضمن، والوجه واضح، ولا بالالتزام، لعدم اللزوم، ومدلول النهي إنما هو التحريم في المنهي عنه والعقاب على فعله، وترتب الأثر لا دخل له في ذلك، لجواز ترتيبه على أمر نهى عنه أيضا كما في صورة النهي لأمر خارج، كالبيع وقت النداء فإنه حرام موجب للعقاب بالنهي، ومع ذلك ذهب المشهور - بل الكل - على عدم فساد البيع بذلك. وبالجملة: لا ملازمة بين التحريم والفساد، فلا دلالة، لأنها فرع اللزوم. نعم، نقول: بأن النهي متى ما تعلق بصير المعاملة (3) فاسدة إذا كان النهي متعلقا بأحد الأركان لوجه: الأول: مصير معظم الأصحاب عليه، بل لم يزل الفقهاء كافة يستدلون في أبواب الفقه بالنهي على الفساد كما ذكره المرتضى رحمه الله (4) وهو واضح لمن تتبع، ولا نقول بأنه دال (5) على الفساد شرعا كما ادعاه المرتضى (6) حتى يستلزم النقل

(1) جامع المقاصد 4: 17. (2) في (ن): حيث يتعلق. (3) في (م): متى ما تعلق بالمعاملة تكون فاسدة. (4) الذريعة إلى أصول الشريعة 1: 184. (5) في (ن)، د: (دل). (6) الذريعة إلى أصول الشريعة 1: 180.

[378]

مدلول النهي، بل الظاهر أنه على معناه اللغوي والعرفي، لكن هذا التمسك [والاجماع] (1) كاشف إما عن وجود قرينة عندهم على ذلك، أو وجود دليل دال على كون المنهي عنه فاسدا، فيكون النهي أمانة محققة للموضوع، ويحى الفساد من نفس القاعدة المقررة. وقد وجدنا الفقهاء في صورة تعلق النهي بالأركان متسالمين على هذا المعنى وإن منعوا في صورة تعلق النهي لأمر خارج، فعليك بالتبعية. الثاني: الأجماع الذي نقله المرتضى رحمه الله وغيره على ذلك - كما هو مذكور في علم الاصول - وجعله حجة على الدلالة شرعا، مع اعتضاده بفتوى كثير من الأصحاب متقدما عليه ومتأخرا عنه. الثالث: الاستقراء، فإننا قد وجدنا كثيرا من المعاملات المنهي عنها لركنها فاسدة، بحيث علم فساده من إجماع أو شئ آخر بحيث لم يبق لنا بحث في فساده، فإذا صار الغالب فيها ذلك يحمل المشكوك فيه على الغالب من الفساد وإن لم يدل فيه شئ على فساده. الرابع: ما ورد في الرواية في نكاح العبد بغير إذن سيده أنه يصح لأنه ما عصى الله بل عصى سيده (2) وهذا التعليل يدل على أن العقد لو كان فيه معصية الله لكان فاسدا. لا يقال: إن معصية السيد أيضا معصية الله تعالى، فينبغي على هذا أيضا أن يكون فاسدا. لأننا نقول: إن الظاهر من الرواية: أن معصية الله ابتداء مبطل (3) (بمعنى: أنه لو كان العقد محرما بأصل الشرع لوقع فاسدا، بخلاف ما لو كان التحريم لأمر خارج، فإنه غير مبطل، وهذا يدل على التفصيل الذي أشرنا إليه: من أن التحريم إن كان

(1) لم يرد في (م). (2) الوسائل 14: 523، الباب 24 من أبواب نكاح العبد والأماء، ح 1 و 2. (3) في غير (م): مبطل.

[379]

ناشئا عن أصل المعاملة - بمعنى كون سببه أحد أركان العقد - لزمه الفساد وإن كان من أمر خارج فلا، ونكاح العبد بغير إذن سيده ليس فيه تحريم من جهة نفس العقد ولا من أجزائه وأركانه، وإنما هو لمخالفة المولى. فإن قلت: إن هذه الرواية تدل على كون العقد المنذور تركه أيضا باطلا كما لو حلف أن لا يبيع أو نذر ونحو ذلك، لأن العقد حينئذ معصية الله. قلت: ليس كذلك، بل الظاهر من الرواية كون نفس العقد معصية لله لو خلى ونفسه من دون انضمام أمر خارج إليه، وليس النذر والعهد بالنسبة إلى العقد إلا كإذن المولى في العبد، وإن كان المنع في النذر عن الله تعالى، لكن بواسطة إلزام العبد نفسه به، كما أن منع الشارع عن عقد العبد بواسطة منع سيده.

وبالجملة: ظاهر الخبر: أن كون العقد بنفسه معصية لله يوجب بطلانه. والمناقشة في سند الرواية أو في حجيتها في المقام خالية عن الوجه، لأن سندها معتبر وحجيتها في المقام لا ريب فيها، إذ ليس الغرض إلا تأسيس قاعدة شرعية في أن المعاملة المنهي عنها فاسدة، وليست المسألة اصولية، لأننا لا نتكلم في دلالة النهي على الفساد، بل نجعله أمارة محققة للموضوع، فتدبر. ولا يعارضه ظهور النواهي في الأعمية عن البطلان والعدم، لعدم التنافي. نعم، لو ادعينا دلالة الرواية على أن النهي يقضي بالفساد للزم هذا المحذور. ولو سلم المنافاة والمعارضة، فنقول: ورود الخبر على مدلول النواهي ورجحانه عليها (1) واضح، وليس إلا كما لو قال المولى لعبده: (كل ما نهيتك عنه لو فعلته كان فاسداً، بلا ثمرة) بعد صدور نواه كثيرة عنه، وقد مر نظير هذا الكلام في تأسيس أصالة التعبد في الأوامر، فراجع (2) (وفي الخبر أبحاث كثيرة موكولة إلى ما حرر في الأصول، وهذا المقدار كاف فيما نحن بصدده بعد وضوح المرام. الخامس: أن النهي وإن لم يدل على الفساد بالوضع، ولكن تعلق المنع بأحد الأركان يقتضي كون المراد به الفساد، فيكون بمنزلة القرينة، نظراً إلى أن الأمر أو

(1) في (م): عليه. (2) راجع ج 1، العنوان: 12 .

[380]

النهي المتعلق بشئ ينساق منه إلى الذهن جهته المقصودة بالذات، ولا ريب أن المقصود الذاتي في المعاملات ترتب الآثار عليها، وأما الأباحة والتحريم فهما من التكاليف التي لا ربط لها بالمعاملة من حيث هي كذلك، فإذا تعلق النهي بها يدل على عدم وجود ما هو المقصود من المعاملة فيه، وهو ترتب الأثر، لا عدم الثواب أو وجود العقاب. وبالجملة: تعلق نهى الشارع على شئ يدل على أن الآثار المطلوبة منه من حيث هو كذلك غير مترتبة عليه وهو الفساد، ولا فرق في ذلك بين العبادة والمعاملة. وما يقال: إنه على هذا لا يختص بصورة التعلق بالأركان، بل يعم المنهي عنه كيف كان، مدفوع بوجود الفرق، إذ لو كان التعلق بأحد الأركان فيكون المعاملة منهيها عنها. وأما لو كان لغير ذلك كان المنهي عنه أمراً خارجياً، وإن وجد في ضمن المعاملة فلا يصير الحيثية المذكورة آتية فيه، بل يلاحظ فيه حيثية أخرى، فلا تذهل. السادس: أن وظيفة الشرع إنما هو الإرشاد إلى ما هو المصلحة والمفسدة، كأوامر الطبيب في وجهه، وهما يلاحظان من جهات شتى، وظاهر النهي كون الشئ ذا مفسدة مطلقاً، ومنها عدم ترتب الآثار، وإن أمكن أن يقال: يكفي في ذلك وجود المفسدة الكامنة الموجبة للعقاب وإن لم يكن المفسدة هو عدم ترتب الأثر. لكن يمكن القول بأن الشئ الذي فيه مفسدة ذاتية توجب العقاب لا يجوز على الشارع الحكيم إمضاء آثاره ولوازمه المقصودة منه، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي. وفيه نظر، إلا أنه [فيه] (1) نوع تأييد، ولعله إلى ما ذكرنا بنظر قول من قال: إن المنهي عنه لو كان صحيحاً لزم من صحته حكمة تدل عليها الصحة ومن تحريمه حكمة يدل عليها النهي، وهما إما متساويان أو أحدهما يزيد على الآخر، فيلزم ارتفاعهما على الأول أو الصحة، إذ بعد التساقط يبقى أصالة الأباحة كسائر

(1) من (م).)

[381]

المعاملات وعلى الثاني يلزم ارتفاع الناقص بصورتيه (1). والمقصود: أن الصحة وترتب الأثر كاشف عن مصلحة فيه والتحريم كاشف عن مفسدة، فإما أن يتكافأ فيلزم الصحة، وإما أن يختلفا فاللزام عدم الصحة لو رجحت المفسدة وعدم التحريم لو رجحت المصلحة. وهذا كلام جيد جداً وإن زيفه كثير من الأصوليين. وما يقال: إن هذا لا يدل على الفساد - إذ غايته دوران الأمر بين بقاء الصحة أو التحريم، ولعل التحريم مرتفع - خطأ محض، إذ لو فرض ارتفاع التحريم خرج عن محل البحث، إذ الفرض كونها

معاملة منهي عنها، ومتى ثبت التحريم لزم البطلان، لعدم إمكان الاجتماع. وهنا كلام في النقض والحل موكول إلى ما حرر في الأصول في بحث النهي في العبادات واجتماع الأمر والنهي. السابع: ما ورد في الروايات عن الأئمة عليهم السلام في بيان بطلان بعض المعاملات من التمسك بالنهي (2) (كما في (حرم الربا) و (نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر) ونظائر ذلك مما لا يخفى على المتتبع، فإن ظاهر هذه الأخبار أن المنهي عنه فاسد، وذلك واضح. والثامن: ما ذكره بعضهم: من أن النهي متى ما دل على التحريم خصص ما دل على صحة العقود من قبيل: أحل الله البيع و (الصلح جائز) وأوفوا بالعقود) و (النكاح من سنتي) ونحو ذلك، للتعارض بينهما بالعموم والخصوص المطلقين، فيخرج المنهي عنه عن عموم أدلة الجواز والأباحة. والصحة وإن كانت من الأحكام الوضعية، لكنها تابعة في هذه الأدلة للحكم التكليفي، بمعنى: أن الصحة قد استفيدت من أدلة الأباحة ولزوم الوفاء، فمتى ما زال الحل بالنهي فلا

(1) ذكره المحقق القمي قدس سره في عداد أدلة القائلين بدلالة النهي على الفساد شرعا، وأجاب عنه، راجع القوانين 1: 161، وهكذا صاحب الفصول قدس سره، انظر الفصول: 142. (2) لم نعتز في الروايات على تمسك الأئمة عليهم السلام في بطلان بعض المعاملات بما ذكره، وهو قدس سره أعلم بما قال .

[382]

وجه لبقاء الصحة، وذلك نظير تبعية المفهوم للمنطوق، إذ لو جاء ما يعارض المنطوق وأسقطه عن الاعتبار فلا يلتفت بعد ذلك إلى المفهوم. وبالجمله: المنهي عنه بخروجه عن أدلة الصحة يرجع إلى أصله الفساد الأولية، ولذلك نقول: إن المنهي عنه فاسد، لا أن النهي يدل على الفساد. وما يقال: إن هذا الكلام ينتج فيما لو كان دليل الصحة منحصرا في العمومات التكليفية، وأما العمومات الوضعية: كقوله: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) (1) ونحو ذلك فلا يتخصص بالنهي، وبكفي ذلك في إثبات الصحة مع عدم المناقاة بينها وبين التحريم - فتدبر - مدفوع بأن الأدلة الوضعية مع عدم وجودها في كثير من الأبواب وأخصيتها من المدعى لو كانت إنما هي مسوقة لبيان حكم آخر، ولا دلالة فيها على إثبات الصحة حتى يتمسك بها في مقابل النهي. وبالجمله المعاملة المنهي عنها لركنها فاسدة بما مر من الوجوه، وعليه طريقة الأصحاب في كل باب .

(1) الوسائل 12: 346، الباب 1 من أبواب الخيار، ح 3 .

[383]

[العنوان الثالث والخمسون] [الأقالة وما يتعلق بها من المباحث]

[384]

عنوان [53] من جملة المبطلات استدامة: الأقالة، وهي (1) عبارة عن فسخ المتعاقدين للعقد بتراضيهما على ذلك، والبحث فيها يقع من جهات: أحدها: (2) في أنها فسخ، أو بيع، أو عقد جديد مطلقا، أو مع التفصيل بين لفظ (أقلت) و (فسخت)؟ والمعتمد: أنها فسخ مطلقا. وثانيها: أنها في حق المتعاقدين والشفيع فسخ أو في حق الأول دون الثاني، أو بالعكس؟ والحق أنها فسخ مطلقا. وثالثها: أنه إذا تحقق الأقالة فهل العوضان يضمنان بالمثل مطلقا، أو بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي في صورة التلف، وأما مع الوجود فلا بأس. ورابعها: في حكم الزيادة الحاصلة في العينين بطريق النماء متصلا أو منفصلا أو (3) بطريق إحداث أحد المتعاقدين، وفي حكم النقصان الطارئ عليهما بفعل

(1) لا يخفى أن الضمائر الراجعة إلى (الأقالة) في هذا العنوان وردت في اصول النسخ غالبا بلفظ المذكور، وقد أنثها مصحح (م)، ونحن اقتفينا إثره في هذا الأمر، وأما فيما غير ه من بعض العبارات والألفاظ راعينا ما ورد في سائر النسخ - وإن كان في بعض العبارات ما لا يخفى - ولم نشر إلى الاختلافات لكثرتها وعدم الفائدة فيها. (2) كذا، والمناسب: إحداها. وهكذا في الأعداد الآتية. (3) في (ف، م) بدل (أو): و .

[385]

الله تعالى أو المتعاقدين أو الاجنبي، وهذا هو الحكم المشترك بينه وبين سائر الفواسخ. وخامسها: أن الأقالة يعتبر فيها الأيجاب والقبول، أو يعتبر فيها اللفظ من الجانبين كيف كان، أو يكفي فسخ الواحد مع رضا الآخر به أو التماسه قبله؟ وسادسها: أن الأقالة هل تجري في أبعاض العقود عليه كالمجموع أم لا؟ وسابعها: أن الأقالة هل هي جارية في العقود كافة سوى مثل النكاح الذي أخرجه الأجماع، أو مختصة بالبيع؟ وثامنها: أن الأقالة على تقدير التعميم أو التخصيص هل هي على القاعدة، أو شئ أثبتته الدليل، وإلا فهي منافية لأدلة العقود؟ وتفصيل الكلام في كثير من ذلك موكول إلى كتب الفروع، وإن أجمل فيه الأصحاب في تفصيل الباب. وملخص المطلب: أن كونها فسخا مطلقا إنما هو من جهة صدق الفسخ وعدم صدق شئ من العقود عليها وكون قصد المتعاقدين من ذلك رفع أثر المقتضي الأول، لا إحداث مقتض جديد، ولا فرق في هذا المعنى بين الألفاظ ولا بين الأشخاص. وأما الضمان فهو على القواعد الآتية في محلها في الأحكام، ومثله: أحكام الزيادة والنقصان فإنها على القواعد العامة لا دخل لها بباب الأقالة، وإنما اللائق بالبحث لنا بالنسبة إلى موضوع الكتاب: الكلام في الجهات الباقية، فهنا أبحاث: الأول: في بيان مقتضى القاعدة. فنقول: لا ريب أن الأصل الأولي بعد ثبوت العقد وترتب الأثر بقاؤه على هذه الحالة ولزوم الوفاء به، ولا يرتفع هذا الحكم إلا بمزيل شرعي قام عليه الدليل، وليس مجرد تراضي المتعاقدين على الفسخ وتفاسخهما مزيلا قهرا، كما أنه لا يكون مزيلا في النكاح، فلا بد في إثبات البطلان بالأقالة ورجوع كل عوض إلى مالكة عن دليل معتبر، فهي على خلاف القاعدة. وما يقال: إن العقد إنما هو للمتعاقدين ولا دخل لأحد في ذلك، والحق

[386]

منحصر فيهما، وكل أحد مسلط على حقه فإذا جاز كل منهما عن حقه فلا يعارضهما أحد في ذلك. مدفوع: بأن كون الحق لهما لا يقتضي تسلطهما على رفع السبب الشرعي إلا بشئ جعله الشارع رافعا كما في النكاح، فإنه لا ريب أن الحق للزوجين لا يعارضهما فيه معارض، ومع ذلك لو تقايلا وتفاسخا لا ينفعهما في إبطال أثر النكاح، فلا بد من إثبات كون الفسخ والتراضي مزيلا لهذا الأثر، وهو على خلاف القاعدة. ويمكن أن يقال: إن العمدة في أدلة لزوم العقد وعدم ارتفاعه بالفسخ، إنما هو عموم أوفوا بالعقود فإنه دال على اللزوم الذي لا يرتفع بفسخهما أو أحدهما، ولا ريب أن الظاهر من هذه الآية بعد كون الارتباط مأخوذا في مفهوم العقد كون لزوم الوفاء من أحد الجانبين مرتبطا بالآخر كما ذكرناه في باب التقايض مع الامتناع، فإذا جاء الارتباط نقول: إذا بنينا (1) على عدم الوفاء فلا يجب على أحد منهما الوفاء، لأن الوجوب على البائع فرع وفاء المشتري وبالعكس، فإذا بنى البائع على الفسخ لا يجب الوفاء على المشتري، وإذا بنى المشتري على الفسخ لا يجب الوفاء على البائع، فإذا تراضيا على الفسخ لا يجب الوفاء على أحد منهما، فلا وجه لبقاء اللزوم فتصير الأقالة فاسخة في العقود كلها إلا ما أخرجه الدليل. أو نقول: إن الظاهر من عموم أوفوا بالعقود أن لزوم الوفاء على أحدهما إنما هو لحق الآخر. وبعبارة أخرى: الظاهر أن هذا الأمر توصلي والغرض منه عدم ضياع حق المتعاقدين فإنهما مع تراضيهما على العقد لكل منهما جهة مقصودة منه يريد حصولها، ولا وجه لتضييع ذلك، ولذلك أمر الشارع بالعمل بمتقاضه حتى لا يضيع حق أحد منهما، ولكنه بعد تراضيهما على التقايل والتفاسخ فقد رفع اليد كل منهما عن حقه، والناس مسلطون على حقوقهم، فلا وجه لبقاء اللزوم. وبعبارة أخرى :

[387]

المتبادر من أدلة اللزوم كونه لأجل مصلحة المتعاقدين لا للتعبد المحض، فبعد تراضيهما لا مانع من الفسخ. الثاني: في جريانها في سائر العقود، أو اختصاصها بالبيع. ومنشأ البحث: أن الأقالة على خلاف القاعدة وقد دل عليها النص والأجماع في البيع، فيبقى سائر العقود على القاعدة، والخبر المروي في هذا الباب قول الصادق عليه السلام: (أيما عبد مسلم أقال مسلما في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة) (1) وهذا الخبر مختص بالمسلم والبيع. ولكن الحق جريانها في مطلق العقود إلا ما أخرجه الدليل، أما بناء على كونها على القاعدة - كما ذكرناه - فلا بحث في التعميم، وهذا الخبر أيضا يكون مؤكدا في بعض الموارد. وأما لو قلنا بأنها على خلاف القاعدة - كما حررناه - فنقول أيضا بالتعميم، نظرا إلى أن الرواية دلت على أن الأقالة إنما هي في يد المتعاقدين وفي اختيارهما. وبعبارة أخرى: الخبر مشعر بل دال على أن اللزوم ليس إلا لحق المتعاقدين، وإذا أرادا التفاسخ فلا مانع من جهة الشارع، ولهذا نسب الأقالة إلى العاقد وذكر له الاجر الاخرى، ولو كان هذا شيئا مجعولا من الشرع في مورد خاص لما ناسب هذا التعبير. وبعبارة ثالثة: جعل الصادق عليه السلام العلة في ترتب الثواب الاخرى رفع اليد عن الحق والأقالة، وهو يعم الأبواب كلها، وذكر البيع بالخصوص لا يدل على التخصيص، بل ذكره إما باعتبار كون الغالب ذلك، أو لأن لفظ (الأقالة) يطلق في البيع دون غيره، ولعل الأول أوجه، لأنه العقد المبني على المغالبة والمدافاة، وعليه المدار في المعايير والمكاسب غالبا. ويشعر بما ذكرناه تعليل معظم الأصحاب - كالعلامة والمحقق الثاني والشهيد رحمهم الله - في باب التقايل في العقد بأنه معاوضة

(1) الوسائل 12: 286، الباب 3 من أبواب آداب التجارة، ج 2 .

[388]

محضة فتجري فيه الأقالة (1) وظاهرهم أنه متى ما لم يكن فيه جهة تعبدية - كالنكاح الذي دل عليه الدليل - فلا مانع من الأقالة، وهو يرشد إلى أن المناطق منقح بين البيع وغيره من المعاوضات، حتى في مثل الشفعة أيضا، وإن كان في جريانها في مثل الضمان نظر فإن ذمة الضامن متى ما أشتغلت فيشكل الحكم بانتقال الحق من ذمته إلى ذمة المضمون عنه إلا بضمان جديد، وكون الأقالة فيه أيضا موجبا لذلك محل نظر، لكن في باب المعاوضات العينية أو غيرها فالمناطق منقح. ويمكن التمسك بظهور الأجماع أيضا على ذلك، فإن الأصحاب في كل عقد لازم سوى ما خرج ذكروا: أنه يبطل بالتقايل، ولم يستندوا في ذلك إلى دليل خاص أو عام، وظاهرهم أن القاعدة الأولية (2) أو المؤسسة من دلالة الرواية قاضية بجواز التقايل وبطلان العقد به فيما لم يثبت فيه جهة تعبد، فتدبر. وسيرة المسلمين قديما وحديثا على الأقالة والفسخ مع التراضي في سائر العقود كاشفة عن ذلك. الثالث: أن الأقالة كما تجري في تمام العقد تجري في البعض أيضا، فيصير البطلان بالنسبة إلى ما وقع فيه التقايل وتصير المسألة نظير البطلان في بعض العقد من أول الأمر، كما في بيع ما يملك وما لا يملك - نحو شاة والخنزير، والخل والخمر - فكما أن فقد الشرط لبعض المبيع يكون مبطلا للعقد بالنسبة إليه ابتداء فكذلك طريان المانع قد يكون مبطلا بالنسبة إلى البعض دون الباقي. والوجه في ذلك: أن العقد - كما قررناه سابقا - ينحل إلى عقود، فكل جزء من أجزاء العقد عقد برأسه، والمراد بأجزاء العقد: أبعاض المتعلق القابل لتعلق ذلك العقد عليه - كما

(1) لم نعثر على موضع تعرضهم لمسألة تعميم الأقالة في سائر العقود أو اختصاصها بالبيع، فضلا عن التعليل المذكور، نعم قد عنوانوا الأقالة في خاتمة كتاب البيع وذكرنا بعض أحكامها، انظر الدروس 3: 244، جامع المقاصد 4: 454، الروضة 3 (2). 546. في (ن، د): الأولى .

بيناه في محله - ومع الانحلال يجيء باب الأقالة، وليس غرضنا من ذلك أن، أبعاض البيع بيع حتى يشمل قوله: (من أقال مسلما في بيع) بل الغرض أنه كما تسرينا من البيع إلى سائر المعاوضات نتسري من الكل إلى الأبعاض، إذ العلة ليست إلا تسلط المتعاقدين على الفسخ، ومتى ما كان العقد قابلا للتفكيك وصحة البعض وبطلان الباقي فالمقتضي لجواز الأقالة موجود والمانع مفقود. والقول بأن بطلان البعض دون الباقي مختص بصورة كون البعض مما لا يملك ونظائره، وجريانه في الأقالة ممنوع، والدليل دل على الجواز في البيع والظاهر منه المجموع، كلام قشري، إذ بعد ما جاز في العقد بقاء البعض دون الآخر وثبت التسلط على الفسخ للمتعاقدين، فأى محذور في ذلك؟ ولا خصوصية لمسألة الشاة والخنزير في ذلك، بل الظاهر أن السر كون العقد قابلا للتبعض، كما أوضحناه في مسألة الانحلال إلى العقود (1). بل لنا أن نقول: إن الأقالة في الأبعاض يصدق عليها أنها إقالة في بيع، لأن كلمة (في) للطرفية الحكمية هنا، والأقالة في البعض إقالة في الكل. ومتى ما ثبت في أبعاض المبيع ثبت في أبعاض سائر العقود بعدم القول بالفصل، ولعله يشير إلى ما ذكرناه عبارة المسالك: وإطلاق الازن في الأقالة يشمل الكل والبعض (2)، فتدبر. مضافا إلى إجماع الأصحاب على جواز التبعض. ومنع بعض العامة في السلم متمسكا بأنه يصير سلما وبيعا (3) - وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عنه - (4) مبني على كون الأقالة بيعا، ولا نقول به مع ما فيه من أبحاث آخر. الرابع: قال الشهيد الثاني رحمه الله: وصيغتها: أن يقول كل منهما: (تقايلا) أو (تفاسخنا) أو يقول أحدهما: (أقلتك) فيقبل الآخر، ولا يكفي التماس أحدهما

(1) راجع العنوان: 31. (2) المسالك 3: 437. (3) منهم ابن حزم في المحلى 1159: ، المسألة 1623، لكنه تمسك بنهي النبي صلى الله عليه وآله على هوسمى عن بيع ما لم يقبض وعن بيع المجهول، لانه غرر. (4) الوسائل 12: 266، الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه، ح 12.

عن قبوله (1). وظاهر كلامه: أن الصيغة معتبرة في ذلك ولا يكفي فيه (2) الفعل. والذي يقتضيه النظر الصحيح أنهما لو تقابضا مع قصدهما الفسخ ودلالة المقام عليه من مقابلة ونحوها كفى (3) في الفسخ، إذ المعتبر صدق الأقالة عرفا وهي تصدق بذلك كما لا يخفى على من راجع العرف. ومن هنا ظهر أنه لو قال أحدهما: (أقلتك) وقيل الآخر قبولا فعليا دالا على الرضا كفى بالاولوية. ولو قال أحدهما: (أقلني) فقال الآخر: (أقلتك) فظاهر كلامه عدم الاكتفاء به، بل لابد من قبول الأمر بعد ذلك، ولا ريب أنه لو قبله بالفعل - كالقبض - يصدق عليه الأقالة، فيصير داخلا تحت الأدلة. وأما لو اكتفى بالأمر السابق وسكت بعد قول الآخر: (أقلتك) ولم يحصل هناك تقابض ففي كون ذلك إقالة نظر، من أصالة بقاء حكم العقد، ومن أن الأقالة تصدق عرفا عليه بحسب الظاهر، ولا ريب أن الثاني في غاية القوة، خصوصا بعد ما ورد في باب النكاح في الرواية من قوله: (زوجتك) بعد قوله: (زوجني) (4) ونظائره. وبالجمله: الميزان صدق الأقالة والتفاسخ عرفا، ولا يشترط العربية والماضوية، ونحو ذلك مما يشترط في العقود.

(1) المسالك 3: 436. (2) العبارة في (م): معتبرة فيها ولا يكفي الفعل. (3) في (ن، د): لكفى. (4) انظر الوسائل 14: 194، الباب 1 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

[العنوان الرابع والخمسون] [الفسخ وذكر أسبابه وبيان الضابط في ذلك]

عنوان [54] من جملة المبطلات استدامة: الفسخ بأصل جواز العقد - كما في العقود الجائزة - أو بسبب من الأسباب المسلطة على الفسخ. وبعد ثبوت جواز الفسخ لا كلام في أنه مبطل، وإنما البحث هنا في أمرين: أحدهما: في ذكر الأسباب التي ذكرها الفقهاء للفسخ في العقود اللازمة. وثانيهما: في بيان الضابط في ذلك والوجه في كون هذه الأسباب موجبة لجواز الفسخ، مع أن أصل العقد مبني على اللزوم. فنقول: قد ذكر الفقهاء من أسباب الفسخ: المجلس في البيع، وكون أحد العوضين حيوانا إلى ثلاثة أيام، وشرط الخيار لأحد المتعاقدين أو لهما أو لأجنبي، وأمر من شرط له المؤامرة في بيع كان أو غيره، وتأخير أحد العوضين عن ثلاثة أيام (وبمنزلة غصب أحد العوضين مع فوت المنفعة وعدم سرعة العود) وخيار ما يفسد ليومه، والغبن في البيع وسائر المعاوضات، والعيب الموجود قبل العقد أو المتجدد قبل القبض في البيع والأجارة ونحوهما (ومنه امتزاج اللقطات في بيع الخضر لأن الشركة عيب) والتدليس بنحو تحمير الوجه ووصل الشعر (ومنه التصرية في بيع الأنعام والكذب في رأس المال والخلط (1) في العوض

(1) في (ن، ف): الخليط .

كشوب اللبن بالماء، والحنطة بالتراب ونحوه) وفوات الشرط على المتشترط، وتبعض الصفقة في متاع واحد أو متعدد - وإن دخل الأول تحت الشركة المعدودة من العيوب أيضا - وفلس المشتري مع بقاء الثمن في ذمته ووجود العين، وظهور إعياب الضامن بعد الضمان (وكذا الحوالة والكفالة في وجه) وزرع عامل المزارعة ما هو أشد ضررا مما عين في العقد، وانقطاع الماء في أثناء مدة المزارعة، وعروض العذر الشرعي أو العقلي للأجير، أو طرو مانع من استيفاء المنفعة عام للكل أو خاص بالمؤجر، والجنون والخصا، والجب والغبن والجذام والبرص والرض - على خلاف في البعض - في الزوج، والجنون والجذام والبرص والعمى والأقعاد والقرن والعفل والرتق والعرج وكونها زانية أو محدودة بالزنا - على إشكال في الثلاثة الأخيرة - في الزوجة، وظهور الزوجة أمة أو مبيعة مع إقدامه على أنها حرة، وظهور الزوج عبدا أو مبعضا مع إقدامها على أنه حر، وظهورها ثيبا مع إقدامه وشرطه أنها بكر، وعجز المكاتب عن أداء مال الكتابة، وغير ذلك مما يطلع عليه المتتبع. ولكن جملة من هذه الخيارات منصوصة، وكثير منها غير منصوصة بالخصوص، فمثل خيار المجلس دل عليه الأجماع، والخبر المعروف: (البيعان بالخيار ما لم يفترا) (و خيار الحيوان ثلاثة أيام للمشتري) كما في النص (1) وشرط الخيار ثابت بعموم المؤمنين عند شروطهم (2) وخيار التدليس بقوله: (من وجد عين ماله فهو أحق به (3) وخيار عيوب النكاح بقوله: (إنما يرد النكاح من الجنون والجذام والبرص والعفل) (4) ونحو ذلك .

(1) الوسائل 12: 346، الباب 1 من أبواب الخيار، ح 3 و 5. (2) الوسائل 35312: ، الباب 6 من أبواب الخيار، ح 1 و 2 بلفظ (المسلمون عند شروطهم) وقد ورد بلفظ (المؤمنون عند شروطهم) في الوسائل 15: 30، الباب 20 من أبواب المهور، ح (3). 4. عوالي اللالي 2: 256، ح 2، وفيه: أحق بها. (4) الوسائل 14: 594، الباب 1 من أبواب العيوب والتدليس، ح 6 و 10 .

ولكن العمدة في فتح هذا الباب وإثبات الخيار في هذه المقامات الكثيرة - مع أن العقد لازم بالأصل - إنما هو عموم ما دل على نفي الضرر والضرار، كما حققناه في بحثه (1). وبيان ذلك: أن عموم أدلة اللزوم من قبيل أوفوا بالعقود ونحوه دل على لزوم

الوفاء مطلقاً، سواء كان هناك ضرر أم لا، وأدلة نفي الضرر والضرار دلت على أن الحكم الذي ينشأ منه الضرر والضرار منفي في الشرع، كما أن الضرر الواقع من العباد بعضهم إلى بعض منهى، سواء كان من جهة لزوم العقد أو من جهة أخرى، فالتعارض بينهما بالعموم والخصوص من وجه، ومورد الاجتماع ما إذا لزم الضرر والضرار من لزوم العقد، فأدلة الضرر تنفي الضرر وأدلة اللزوم تثبت اللزوم المستلزم للضرر، فيقدم قاعدة نفي الضرر هنا لوجه: أحدها: أن الأضرار محرم والوفاء بالعقد واجب، فيصير هذا من باب اجتماع الحلال والحرام (2) مع عدم إمكان الجمع، ولا ريب أن في هذه الصورة يحكم العقل بتقديم جانب النهي، لأن دفع المفسدة أولى من جلب المنفعة. فإن قلت: كما أن فعل الحرام مفسدة فكذلك ترك الواجب، فلا وجه لجعل الثاني جلباً (3) للمنفعة، بل هو أيضاً مفسدة لا بد من دفعها فيتعارضان. قلت: المفسدة اللازمة في ترك الواجب تبعية، وفي فعل الحرام (4) أصلية، والثاني يقدم على الأول. بل نقول: ليس غرضنا من المفسدة العقاب، بل المراد بالمفسدة ما هو كامن في ماهية الحرام موجب لتعلق حكم التحريم، فالواجب والحرام بالنسبة إلى العقاب سواء، وأما بالنسبة إلى المفسدة الكامنة والتأثير الذاتي فما في الواجب نفع لا يجوز تركه وما في الحرام ضرر يجب دفعه، ودفع المضرة أولى من جلب

(1) تقدم تحقيقه في ج 1، العنوان: 10 ص: 324. (2) في غير (م): اجتماع الحلال بالحرام. (3) في غير (م): دفعاً. (4) في (ف، م): المحرم.

[395]

المنفعة (1) ومن اعترض على هذه القاعدة غفل عن هذه الدقيقة، فتأمل حتى يتضح الأمر. وثانيها: أن الأصحاب في مقام تعارض الواجب والحرام وعدم إمكان القول بهما بنوا على تقديم جانب التحريم كما ذكروا في مسألة اجتماع الأمر والنهي، وكل من قال بعدم جواز اجتماعهما قدم النهي. وثالثها: ما ورد في الخبر أنه: (ما اجتمع الحرام والحلال إلا وغلب الحرام الحلال) (2) ومقتضاه: أن جانب التحريم يقوى على مقابله، والمراد بمقابلة ما يعم الوجوب، بقربة ذكر الحلال في مقابل الحرام. ورابعها: مصير الأكثر، بل الكل هنا على تقديم جانب الضرر، كما لا يخفى على المتتبع. وخامسها: ما قررناه في مبحث نفي الضرر: أن هذه القاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص، وما ذكرناه من وقوع بعض أفراد الضرر قد أجبن عنه بما لا مزيد عليه، فراجع ما حققنا في ذلك البحث (3). وبالجملة: تقديم أدلة نفي الضرر على دليل لزوم العقد مما لا بحث فيه، وهذه الخيارات - إلا ما شذ منها - داخلة تحت دليل الضرر، كما يظهر بعد التأمل، ولا حاجة فيها إلى أدلة خاصة وإن وردت في بعضها، فتدبر. نعم، هنا إشكال، وهو أن أدلة نفي الضرر تدل على أنه منفي في الشرع، فلا وجه لتعيين الخيار لذلك، إذ غاية ما أفاده الدليل من لزوم طريق يرتفع به الضرر، وأما أن ذلك هو الخيار، فلا دلالة فيها على ذلك (4) وقد أشرنا إلى هذا الكلام في بحث الضرر فراجع، فمثل الغبن أو العيب الذي أثبتوا به الخيار يمكن دفع الضرر فيه (5) بدفع ما به التفاوت أيضاً من صاحب المال، أو من بيت المال، أو نحو ذلك.

(1) في مصححة (ن): النفع. (2) عوالي اللالي 3: 466، ح 17. (3) راجع ج 1، العنوان: 10، ص: 312. (4) في غير (م): لذلك. (5) في "م": اللذين أثبتوا بهما... فيهما.

[396]

ويندفع بأن اندفاع الضرر وإن كان له طرق متعددة، لكنه بأي نحو فرض يلزم منه ضرر آخر سوى الخيار، وتفصيله قد مر في بحث الضرر فلا نعيده، وعليك بالتدبر. مضافاً إلى أن الأدلة تنصرف إلى ما هو المعتاد عند الناس في دفع ذلك الضرر حيث لم يعين الشارع له طريقاً معيناً، ولا ريب أن طريقة الناس في المعاملات إذا فعل واحد منهم خدعة أو تدليسا أضر بهما الآخر إذا أرادوا دفع ذلك يقولون: (خذ مالك وأعطني مالي) وأما (أنك ادفع ما به التفاوت) ونحو ذلك فهذه أمور مستلزمة (1) لتكلفت كثيرة

وأحكام مخالفة للأصل من جهات، سيما أن الضرر الناشئ من المعاملة إنما يرتفع لو خلى وطبعه بارتفاعها، ولا يلزم البطلان، لعدم الحاجة في رفع (2) الضرر إليه، بل يكفي في ذلك الخيار، فتدبر. وهنا إشكال آخر، وهو أنا لو بنينا على إثبات الخيار بمجرد الضرر لزم من ذلك فتح باب عظيم، إذ ليس هناك معاملة، إلا ويتحقق فيها ضرر على أحد المتعاقدين غالباً، إذ جهات لزوم الضرر مما لا تنضبط كما لا يخفى، فكيف يعقل القول بأن أدلة نفي الضرر تثبت الخيار؟ ويندفع بأن الضرر الموجب للخيار يعتبر فيه أمور ثلاثة: أحدها: أن يكون مما لا يتسامح به عادة ولا يتحمل في طريقة الناس مثله، وهذا القيد قد استفيد من إطلاق لفظ (الضرر) فإنه ينصرف إلى ما يعتد به، بل يمكن أن يقال: إن ما يتسامح به في العادة لا يعد ضرراً أصلاً. وثانيها: أن يكون الضرر ناشئاً عن المعاملة وعن المتعاقدين، لا عن سبب سماوي، ولا عن أجنبي، وبعبارة أخرى: يشترط أن يكون الضرر ناشئاً عن حيثة المتعاقدين في جهة العوضين، فلا يرد أن انقطاع الماء في المزارعة موجب للخيار، مع أنه ليس من جانب المتعاقدين. ووجه الدفع: أن انقطاع الماء يوجب كون الأرض المعامل عليها مما لا ينتفع بها، فأعطائها في مقابل العمل على

(1) في العبارة ما لا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: وأما إلزام دفع ما به التفاوت ونحوه فهو مستلزم. (2) في (ن، د): دفع.

[397]

العامل مع كون عمله مما يتقوم ومطالبة العمل منه إضرار عليه من المالك، فتدبر جداً. وهذا أيضاً مستفاد من أن الضرر الذي يجب رفعه على أحد من المكلفين ما كان لزومه من جهته، لا من جهة شخص آخر أو شئ آخر، إذ (لا تزر وازرة وزر أخرى) فالضرر اللازم الاندفاع بالخيار الذي يوجب نقصاً على الجانب الآخر ما كان ناشئاً من جهته. وثالثها: أن لا يكون الضرر مما أقدم عليه المتضرر بنفسه، إذ لو كان هذا الضرر بإقدامه عليه - كما لو اشترى مع علمه بالعيب أو الغبن أو نحو ذلك - فقد أسقط احترام ماله، والجانب الآخر أيضاً وإن كان سبباً للضرر، لكن المباشر أقوى منه، والمقدم على ضرر نفسه لا حق له على غيره. ومتى ما تحقق الضرر بهذه الشرائط فنقول بثبوت الخيار ما لم يدل دليل على ارتفاعه بطريق آخر، ولا يلزم من ذلك محذور أصلاً، فتدبر.

[399]

[العنوان الخامس والخمسون] [تعذر الوفاء بالعقد مبطل له]

[400]

عنوان [55] من جملة المبطلات استدامة. تعذر الوفاء بالعقد، وهذا يتحقق بتلف العوض المعين، عينا كان أو منفعة أو حقا من أي الجانبين كان. ومن هذا الباب ما ذكره الفقهاء في أبواب العقود: أن تلف المنفعة في السكنى والتحييس والأجارة والعارية والصلح لو كان على منفعة يوجب البطلان مع التعين، وكذا تلف الثمن المعين المبيع المعين قبل القبض، وقس على ذلك سائر العقود. ونحوه فوات متعلق الوكالة، كموت العبد الموكل في بيعه أو انعاقه، وموت الدابة المشروطة في عقد المسابقة كون السبق عليها، أو تلف الآلة المعينة في الرماية، والضابط في ذلك كله: تعذر الوفاء بالعقد. ووجه البطلان بذلك: أن الصحة تستلزم العمل بمقتضاها، فلو عمل بمقتضى العقد في غير ما تعلق به فهو عمل بخلاف مقتضاه، مع أن الغرض العمل بمقتضى العقد، ولو أريد العمل بمقتضاه في متعلقه فالغرض تلفه أو ما في حكمه بحيث لا يمكن الوفاء به، فالتكليف بذلك تكليف بما لا يطاق، وهو منفي، ونفي اللازم قاض بنفي الملزوم فيبطل، وهذا في غير باب المعاوضات أو المعاوضات التي لا سبيل فيها

إلى القول بالضمان والغرامة - كالمزارعة والمساقاة - واضح. وأما في مثل البيع والأجارة والصلح فيمكن أن يقال: لا مانع من القول بأن

[401]

العوض أو المعوض المعين إذا تلف فنقول ببقاء العقد على لزومه، ونقول بلزوم المثل والقيمة على قاعدة الضمان، كما لو كان مال شخص في يد أحد مبنية على الضمان فتلف، إذ لا ريب في وجوب دفع المثل والقيمة فهنا كذلك، فلا وجه للبطلان كما في صورة ما إذا كان التلف من البائع مثلاً أو المؤجر أو من قبل أجنبي، فإنهم ذكروا: أن [كلا من] (1) المشتري والمستأجر يتخير بين الفسخ - لفوات عين ماله والضرر - وبين الرجوع بالمثل والقيمة على المتلف، فلم لا يجوز ذلك فيما لو كان بأفة سماوية لتساوي الصور في أصل الضمان وكون التلف من مال البائع والمؤجر؟ بل احتتمل الشهيد الثاني رحمه الله في إجارة الروضة الرجوع إلى المؤجر باجرة المثل لو تلفت المنفعة قبل القبض متمسكا بقاعدة الضمان (2) (كما له الرجوع على الغاصب وعلى المؤجر إذا أتلّفها بنفسه، مضافاً إلى أنه لا فرق في الضمان بين الكل والابعض والجزء والوصف. فكما لو تعيب العين أو المنفعة في يد المؤجر أو البائع فللمشتري والمستأجر الرجوع عليه بالأرث، سواء كان التعيب بفعل الله أو بفعله أو بفعل أجنبي، فكذا في ضمان الكل والبعض فما الفرق بين صورة الأتلاف والتلف؟ وما الفرق بين الأوصاف وأصل العوض (3) كلا أو بعضاً حيث حكموا في تلفه بالبطلان؟ وهذا الأشكال وارد على من ادعى كون المسائل المفروضة على القاعدة. وأما لو قيل بأن في صورة التلف الحكم بالبطلان إنما هو لدليل خاص من إجماع أو نص وإلا كان مقتضى القاعدة الصحة والضمان، أو أن الضمان في غير هذه الصورة ثبت (4) بالدليل وإلا كان مقتضى القاعدة البطلان، لا يرد هذا الأشكال بوجه. والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن أدلة الوفاء بالعقد قاضية بلزوم إبقاء العقد على مقتضاه من الملك والتملك وإجراء الأحكام اللاحقة عليه، ففي صورة كون

(1) من (م). (2) الروضة 4: 352. (3) في (ن): العوضين. (4) في (ن): يثبت .

[402]

التلف بفعل البائع - مثلاً - أو بفعل أجنبي: فلا مانع من بقاء العقد على مقتضاه، نظراً إلى أن العين التالفة كانت ملكاً للمشتري في يد البائع وقد أتلّفها متلف يلزمه الغرامة والضمان، فيبقى العقد على مقتضاه من الملكية، ويرجع المشتري على عوض ماله المتلف بحيث يوجب الضمان، غايته: لما كان للعين خصوصية وقد فانت ولا يمكن استدراكها جبر هذا الضرر بالخيار، فإن شاء فسخ واسترجع الثمن إن كان دفعه، وإن شاء رضي بالبقاء على ملكه ويرجع على متلفه بمثله (1) أو قيمته. وأما في صورة كون التلف بأفة سماوية: فالذي يجب على البائع دفعه بأصل العقد إنما هو عين المبيع وقد تلفت ولا وجه للتكليف بما لا يطاق، وأما المثل والقيمة فلا وجه لدفعهما فيبطل العقد. وبعبارة أخرى: المبيع في يد البائع قبل القبض مضمون عليه بالنص والإجماع وإن كان بإذن المشتري بحيث لم تكن يده يد عادية بل يد مأذون فيها، ولكن هذه القاعدة إنما دلت على ضمان العين دون غير. وبعبارة أخرى: المبيع مضمون على البائع - بمعنى: أن تلفه من ماله كما لو لم يبع - وليس في ذلك تغريم بشئ زائد. وهناك سبب آخر للضمان، وهو الأتلاف الموجب للمثل والقيمة، لما دل على أنه (من أتلّف مال مسلم فهو له ضامن) (2) ففي صورة الأتلاف هنا اجتماع سببان للضمان: قاعدة ضمان المبيع التي دل عليها النص وانعقد عليها الإجماع، وقاعدة الأتلاف التي قضت بها أدلة العقل والنقل، فالمشتري بالخيار: بين قطع النظر عن قاعدة الأتلاف والرجوع إلى ضمان أصل المبيع وهو الفسخ، لأن ضمانه إنما هو بعينه - بمعنى كونه من مال بائعه - فيلزمه البطلان ورجوع الثمن، وليس وراء ذلك شئ، ولذلك صرح من قال بأن المبيع قبل القبض

(1) في (ن): ويرجع على مثله. (2) لا توجد هذه العبارة في كتب الاحاديث، بل هي قاعدة مصطادة من بعض الايات والروايات الواردة في موارد خاصة .

[403]

مضمون على البائع بأن معناه: كون تلفه من ماله، لا بمعنى: إلزامه بالمثل والقيمة، ولو لا الأجماع على الضمان بهذا المعنى لم يكن له وجه، لأنه مال المشتري في يد غيره مع إذنه، فينبغي كونه كسائر الامانات المالكية في عدم الضمان، مع أنه يضمن للنص والأجماع، لكن بالمعنى السابق. وبين قطع النظر عن ذلك والرجوع إلى قاعدة الأتلاف ومطالبة المتلف بالمثل والقيمة، بائعا كان أو غيره. بخلاف صورة التلف السماوي، فإن فيه لا وجه للضمان سوى قاعدة البيع، وقد قررنا أن ضمانه عبارة عن كون التلف من مال بائعه كما دل عليه النص (1) ولا وجه للضمان المثل والقيمة حتى يكون للمشتري تسلط عليه، وليس عنده إلا دليل الوفاء بالعقد، وهو دال على ذلك في خصوص ما تعلق به العقد وقد امتنع بتلف المال، ولا تكليف إلا مع القدرة، ولا دلالة في دليل الوفاء على دفع المثل والقيمة أبداً، وذلك واضح. ومما قررناه ظهر: أن التلف السماوي في يد البائع أيضاً ليس على إطلاقه موجبا للبطلان، بل إنما هو في صورة عدم وجود سبب آخر للضمان غير قاعدة البيع، فلو فرض أن البائع غصب المبيع ومنعه عن ملكه عدواناً فصارت يده عادية ضامنة للعين أو المثل والقيمة كسائر الغصاب فحينئذ لو تلفت العين في يد البائع بأفة سماوية فالمشتري بالخيار أيضاً: بين فسخ العقد واسترجاع الثمن، وبين مطالبة الغاصب بالمثل والقيمة. وملخص الكلام: أن تعذر الوفاء بالعقد عبارة عن فوات ما تعلق به العقد بعينه، ومتى ما حصل ذلك ولم يكن هناك سبيل آخر يقوم مقامه بسبب شرعي لزمه البطلان، لانحصار الأمر في ذلك، وعدم جريان دليل الصحة في هذا الفرض، وهو كصورة التلف بأفة سماوية مع عدم كون يد البائع يد عدوان، كما قررناه. ولو كان هناك سبيل آخر لصاحب المال المتضرر بتلفه فيتخير بين الطريقتين، فإن شاء أخذ

(1) عوالي اللالي 3: 212، ح 59 .

[404]

بقاعدة ضمان المبيع وبنى على كون التلف من مال بائعه واسترجع (1) عوضه، وإن شاء بنى على الأخذ بقاعدة أخرى موجبة للضمان - كالأتلاف من بائع أو أجنبي أو غصب حيث تكون اليد المتصرفية عادية - فيأخذ المثل والقيمة، وي طرح جهة الوفاء هنا، لأغماض المشتري عن ذلك، فتدبر في المقام فإنه من مطارح الافهام. وأما الحكم بالأرث في صورة التعيب وإن كان من قبل الله فلا يرد نقضا على ما نحن فيه، لأننا إن قلنا بأن الأرث على القاعدة - بمعنى: أنه جزء من الثمن يسترجع في مقابل جزء من المبيع فائت - فلا بحث، لأنه ينطبق على ما ذكرناه هنا، إذ كما أن تعذر الوفاء بالكل مبطل للكل فكذا تعذر الوفاء بالجزء مبطل للجزء، فيسترجع ما بإزائه من الثمن. وإن قلنا بأنه ليس على القاعدة، بل هو من (2) ضمان الوصف والوصف غير مقابل بالعوض، ولا فرق بين وصف الصحة وغيره، بل (3) (إنما هو شيء قضى به النص والأجماع - إذ لا سبب له غيرهما، إذ الفرض أن التعيب لم يقع من البائع حتى يضمنه بقاعدة الأتلاف أو أدلة الضرر، وليس مقابلاً بعوض حقيقة حتى يتبعض بفواته، فليس إلا أنه شيء تعدي - فلا بحث أيضاً، لأنه خرج بالدليل، وبقي ما نحن فيه على القاعدة من لزوم البطلان، وقد مر تحقيق القول في انطباق الأرث على القاعدة وعدمه في ضبط متعلقات العقود بما لا مزيد عليه، فراجع (4). وللمسألة فروع منتشرة تتنبه عليها بالتتبع في كلمة الأصحاب، وبالله التوفيق .

(1) في غير (ن): يسترجع. (2) كلمة (من) لم ترد في (ف، م) والأولى في العبارة: لكونه من ضمان الوصف. (3) في (ف، م): بدل (بل): و. (4) راجع العنوان: 41 .

[العنوان السادس والخمسون] [الموت والجنون والأغماء من مبطلات العقود
الجائزة]

عنوان [56] من جملة مبطلات استدامة: الموت والجنون والأغماء - سواء طال زمانهما أم قصر - لكن البطلان بها إنما هو في العقود الجائزة دون اللازمة. وجعل الشهيد الثاني رحمه الله البطلان بها من أحكام العقود الجائزة. قال المحقق في الشرائع في باب الوديعة: وهي عقد جائز من طرفيه يبطل بموت كل واحد منهما (1). وقال في المسالك: لا خلاف في كون الوديعة من العقود الجائزة فتبطل بما تبطل به من فسخها وخروج كل منهما عن أهلية التكليف بموت أو جنون أو إغماء. (2) وقال في المضاربة في المسالك: لما كان هذا العقد من العقود الجائزة يبطل بما يبطل به من موت كل منهما وحنونه وأغمائه (3). وقال في الوكالة: وتبطل الوكالة بالموت والجنون والأغماء من كل واحد منهما هذا موضع وفاق، ولأن من أحكام العقود الجائزة ذلك (4). وبالجملة: من تتبع كلمة الأصحاب [علم] (5) أن العقد الجائز يبطل بأحد

(1) الشرائع 2: 163. (2) المسالك 5: 84. (3) المسالك 4: 353. (4) المسالك 5 (5) 247. من هامش (م.).

الامور الثلاثة من أي الطرفين كان. وأما العقد اللازم - كالبيع والصلح والأجارة والحوالة والضمان والكفالة والصلح والمساابقة والمزارعة والمساقاة ونحو ذلك - فلا تبطل بالثلاثة وإن كان يبطل بالموت في بعضها لا من جهة الموت، بل من جهة تعذر الوفاء وغير ذلك. وبالجملة: الكلام هنا في أن هذه الامور الثلاثة لو لم تكن هناك حيثية أخرى لا تبطل العقد اللازم. نعم، لو كان هناك جهة أخرى كما في صورة اشتراط المباشرة على الأجير وعلى العامل في المزارعة والمساقاة والمساابقة فيبطل العقد بموت العامل خاصة، كما نصوا عليه في كتب الفروع، وذلك لتعذر الوفاء بالعقد على ما هو عليه. ووجه عدم البطلان واضح: من استصحاب بقاء حكم العقد، وإطلاق ما دل على الصحة الشامل لصورة الموت والجنون والأغماء أيضا. ودعوى: أن أدلة الصحة امور تكليفية - كأوفوا بالعقود ونحوه - وهي غير آتية مع الخروج عن أهلية التكليف، مدفوعة: بأن المقصود إثبات الصحة، ولا تلازم بين الحكم التكليفي والوضعي، فكما تثبت الصحة بمجرد العقد، كذلك يبقى بعد ذلك أيضا صحيحا ما لم يتحقق هناك مبطل متيقن، والموت والجنون ونحوه (1) لم يثبت كونها مبطله (2) لعدم الدليل عليه. وأما العقد المركب من الجواز واللزم - كالرهن - فهو أيضا في حكم العقد اللازم، لاستصحاب حكم العقد وعدم مدخلية الجنون في ذلك. وأما الهبة: فهي إن كانت لازمة - كهبة ذي الرحم والزوجين والهبة المعوضة - فهي كغيرها من العقود اللازمة، والوجه ما مر. وأما لو كانت مركبة - كغيرها من الهبات التي للواهب الرجوع فيها ما لم يتلف العين عقلا أو شرعا، أو ما لم يتصرف أيضا على قول معروف - فهي ملحقة باللازم أيضا (3) في عدم البطلان بالموت

(1) في (م): نحو هما. (2) في غير (م): كونه مبطلا. (3) كلمة (أيضا) لم ترد في ن، د.

والجنون والأغماء، بل هي بالموت تصير لازمة، والوجه في ذلك كله واضح مما مر. وقد دل على عدم البطلان بالموت ونحوه في بعض هذه العقود أدلة خاصة كما في الأجرة وغيرها، فيمكن التمسك في ذلك بعدم القول بالفصل أيضا، مضافا إلى القاعدة. وأما العقود الجائزة - كالوديعة والعارية والشركة والمضاربة والوكالة والسكنى المطلقة والقرض في قول معروف، والوصية - فظاهر كلام معظم (1) الأصحاب حيث جعلوا البطلان بها من أحكام العقود الجائزة بطلان تلك كلها (2) بأحد الثلاثة وإن تركوا ذكره في بعض الأبواب، وأكثرهم ذكره (3) (في الوديعة والمضاربة والوكالة، لكن التعليل قاض بالعموم، وقد مر ما يرشدك إليه. والوجه في المسألة إن كان هو الأجماع، فهو في الثلاثة المذكورة من العقود محقق ومنقول في كلامهم، والشركة كالمضاربة أو كالوديعة، والوكالة كالوكالة بعوض، والسكنى كالعارية بل فرد منها، - سيما على القول بأنها تمليك - وهما كالوديعة فتصير هذه العقود السبعة موردا للأجماع، والظاهر أنه كذلك، وإرسال الشهيد الثاني رحمه الله وغيره المسألة إرسال المسلمات دال على ذلك، ودعوى عدم القول بالفصل بعد تحقق الأجماع في بعضها أيضا موجهة، كدعوى الأجماع البسيط على الجميع. وأما القرض: فعلى القول بأنه عقد لازم لا بحث فيه، وعلى القول بالجواز نقول: هو أيضا كذلك يبطل بموت المقرض ويجنونه وإغمائه، وكذلك في جانب المقرض لدخوله تحت التعليل وعدم القول بالفصل، وسيجئ تفصيل الكلام في تحقيق حكم البطلان في تحرير القاعدة. وأما الوصية: فهي لا تبطل بموت الموصي، نظرا إلى أن وقت تحققها إنما هو ما بعد الموت، فحصول موته بمنزلة شرط تحقق الوصية. وأما موت الموصي له

(1)معظم: لم يرد في (ن). (2) في غير (م): ذلك كله. (3) في غير (م): ذكروها .

[409]

ففي بطلانها به وعدمه أقوال، ومقتضى ما ذكرناه البطلان مع حياة الموصي أو وفاته مع عدم تحقق القبول، وورد في النص انتقال حق القبول إلى الوارث (1) (وعمل به جماعة، وحمله آخرون على عدم إرادة الموصي الخصوصية، يعني: خصوص الموصي له، وجمعوا بذلك بين الأخبار. وبالجمله: لو قيل بعدم بطلانها وإنما هو للدليل، وهو غير قادح فيما أردناه. وأما الجنون والأغماء: فيعد الانتهاء إلى اللزوم - من تحقق القبول وموت الموصي - غير قادحين (2). ومع عدمه - كما في حياة الموصي وإن قبل الموصي له أو بعد وفاته ما لم يقبل فاتفق جنون أحدهما أو إغمائه في الأول أو الموصي له في الثاني - ففي البطلان وجهان، والظاهر البطلان بجنون الموصي أو إغمائه لما نحرره من القاعدة - على إشكال يأتي - وإن اشكل دعوى الأجماع. وأما الموصي له فلا، سواء كان في حياة الموصي أو بعد وفاته، لعدم قضاء الدليل به من اجماع أو نص، ولا اقتضاء قاعدة لذلك، ولعل هذه الأحكام من جهة عدم كون الوصية عقدا جائزا وإنما هي عقد لازم وإن كان للمتعاقدين فيه الفسخ في بعض الأزمنة كخيار المجلس في البيع. وبطلانها بجنون الموصي أو إغمائه ليس من حيثية كونها عقدا جائزا، بل من جهة طريان الحجر المبطل للتصرف، مع أن منع البطلان بهما أيضا ممكن، لعدم وجه دال عليه وطريان الحجر لا يمنع من صحة ما مضى من التصرف. وبالجمله: فحكم الوصية خارج عما نحن فيه. وإن كان منشأ البطلان القاعدة (3) فلا بد من التأمل فيها. فنقول: يمكن تحرير القاعدة هنا بما أشار إليه الأصحاب: من أن البطلان من جهة خروج أحد المتعاقدين عن أهلية التكليف والتصرف. والظاهر أنه ليس المراد من ذلك: أن بخروجهما عن أهلية التكليف لا يشمل خطاب أوفوا

(1)الوسائل 13: 409، الباب 30 من أبواب أحكام الوصايا، ح 1 و 2 و 3. (2) في غير (م): غير قادح. (3) عطف على قوله: والوجه في المسألة إن كان هو الأجماع، راجع ص: 408 .

[410]

بالعقود ذلك فيبطل من هذه الجهة، لأن الأدلة الوضعية الدالة على صحة هذه العقود موجودة، وهي لا تنقيد بشرائط التكليف، ولأن الحكم التكليفي متى ما تعلق في أول الأمر به فالحقه الحكم الوضعي فيستصحب كما في العقود اللازمة. بل المراد: أن الخروج عن أهلية التكليف يخرج عن أهلية التصرف في المال للحجر عليه وثبوت الولاية عليه، فلا يمضي ما بنى عليه من التصرفات استدامة، كما لا يمضي لو تصرف ابتداء. وتوضيحه: أن تسليط المالك مثلا الأجنبي على ماله أو حقه في الوديعة والمضاربة والوكالة والجعالة والعارية والسكنى والشركة إنما هو لثبوت ولايته في ماله وجواز تصرفه كيف شاء، فمتى مات انتقل إلى الوارث فلا يمضي أمره بعد ذلك، فيصير البقاء بعد ذلك لو أراد الوارث بعقد جديد، لبطان العقد الأول بارتفاع تسلط الميت، وكذا لو جن أو اغمى عليه، لأنسلاخ الولاية عنه بهما وكونه مولى عليه كماله، فالاختيار يكون بيد الولي، إن شاء أمضى بعقد جديد وإن شاء لم يفعل. وأما البطلان بموت العامل: فهو واضح، نظرا إلى أن الفرض تعلق العقد به، فإذا مات فات المحل، فلا وجه لبقاء العقد، وهذا فرع من فروع تعذر الوفاء. وأما جنونه وإغمائه: فلأن العامل بحصولهما يخرج عن أهلية التصرف فتثبت الولاية عليه وبقاء هذه العقود يحتاج بل يقتضي أهلية التصرف، إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة في ذلك، فيرتفع الأثر في زمان الجنون والأغماء، وعوده بعد ذلك يحتاج إلى وجود مقتضى جديد، وليس بموجود، وهو معنى البطلان. ولا يمكن أن يقال: إن بعد جنون المالك أو إغمائه يتصرف العامل أيضا لوجود الولي، لأن الأذن الحاصل من المالك يعتبر مع كون أهلية التصرف له، ومتى زالت لا عبرة بإذنه، لعدم علمه بالمصالح في ذلك الوقت، وقوة احتمال عدم رضاه بالتصرف لو كان في ذلك الوقت عاقلا رشيدا، وإذن الولي لم يحصل، فالصحة لا وجه لها .

[411]

كما أنه لا يمكن أن يقال: إن جنون العامل وإغمائه لا يوجبان (1) البطلان، إذ لا مانع من جواز تصرفه بعد زوال المانع، لوجود المقتضي وهو العقد. لأننا نقول: إن العقد قد اقتضى كون هذا الرجل العامل - مثلا - جائز التصرف مادام له أهلية التصرف، بمعنى: أن العقد إنما كان تعلقه على البالغ العاقل المكلف، فإذا زال الوصف خرج عن كونه متعلق العقد كالميت، وعوده إلى صفات الكمال بعد بطلان العقد لا ينفع ذلك في شئ (2) وتوضيح المسألة يحتاج إلى بسط في الكلام وتنقيح في المقام، وفي الحقيقة تؤول المسألة إلى فرع من فروع التعليق التي ذكرنا أنه من المبطلات. وبيان ذلك: أن تسليط شخص ممن له أهلية التسليط وولايته على مال ونحوه يتصور على وجه ثلاثة: أحدها: طريق الأذن الذي (3) (يحصل بإنشاء الولي في ضمن أحد العقود أو الإقاعات، بمعنى: أنه يستند المتصرف بهذا الأذن في تصرفه إلى الولي الأصلي ويكون تصرفه قائما مقام تصرفه ونياية عنه، فيكون في الحقيقة يده يد الولي الأصلي، وليس له استقلال في وجه من الوجوه. ومن لوازم هذا الفرض أنه يعزل بعزله ويانعزله وطريان مانع من التصرف له أو للولي المسلط له على ذلك. ويسمى هذا القسم (نيابة) لكونه فرع المنوب عنه، تابعا له في الأمضاء والعدم. وثانيها: طريق حدوث (4) الولاية لذلك المتصرف بجعل ولي الأمر، بمعنى: أن تصرفه مستند إلى جعله، وليس له شئ من التصرف لا في الواقع ولا في الظاهر إلا بجعله، فبإنشائه يكون الثاني أهلا للتصرف، لكن بالولاية لا بالنيابة، فيكون تصريح الولي الأصلي موجبا لحدوث ولايته وأماره له، فيتسلط على التصرف وإن كان الولي الأصلي خارجا عن أهلية التصرف، ولا يكون في ذلك تابعا لأصله. وثالثها: طريق بيان الحكم، بأن يبين المنشئ للتسليط حكم الشرع في ذلك

(1) في غير (م): لا يوجب. (2) في غير (م): لا ينفع في ذلك شئ. (3) في غير (م): الأذن والرخصة التي. (4) في (ف، م) زيادة: حصول .

[412]

حتى ينكشف الواقع، فالحكم في الواقع ثابت لذلك الموضوع الذي جعل مسلطا على المال ونحوه، لكنه لا يعلم إلا ببيان من الشرع، وهو لا يكون إلا من الشارع ومن قام مقامه في بيان الأحكام الشرعية، ولا ربط لذلك الحكم بالبيان، بمعنى: أن النصب والأنشاء ليس محدثا للحكم وعلة له، بل الحكم في الواقع ثابت لوجود المصلحة الكامنة والشارع مبين له. إذا عرفت هذه الوجهة، فنقول: المصلطون (1) على المال ونحوه على ما استفيد من استقراء موارد الشرع أشخاص محصورة يعبر عنها بالاولياء، وهم النبي صلى الله عليه وآله و خاصة، ووكيل الحاكم، والوصي المنسوب من المالك أو الولي الخاص أو العام، والمالك، والأب والجد ووكيلهما، والمقاص، والمأذون في التصرف ممن له أهلية الأذن والولاية، سواء كان [الأذن] (2) بطريق الأباحة أو بطريق عقد من شركة ومضاربة ووديعة وجعالة وعارية ونحو ذلك. وهذه الأشخاص بعضها من قبيل الوجه الأول، كالوكيل والمأذون مطلقا فيهما. وبعضها من قبيل الوجه الثاني، كالوصي في المال أو في الصغار والمجانين ونحو ذلك، سواء كان نصبه من الأب أو الجد أو من وصي أحدهما - حيث يجوز [له] (3) ذلك - أو من الحاكم. وبعضها من قبيل الوجه الثالث، كالمالك والأب والجد والنبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام بالنسبة إلى الولاية العامة وبعضها محل بحث وإشكال، كالحاكم المنسوب من الإمام خاصا أو عاما، وتحقيق ذلك كله يأتي إن شاء الله في بحث الولايات والسياسات. ومن ذلك يظهر: أن عروض الجنون والأغماء للوصي أو الحاكم لا يوجب انعزاله كالمالك والأب والجد، بناء على أن ذلك كله من باب الولاية أو بيان الحكم التابع لصدق الموضوع، فبالخروج عن الأهلية بالجنون ونحوه يخرج عن

(1) في غير (م): المصلط. (2) من (م). (3) لم يرد في (ف) وشطب عليه في (ن).

[413]

الولاية وبالعود إليه تعود الولاية، لوجود الاسم المستلزم للحكم. وكذلك المأذون المطلق كأن يقول المالك: (كلما كنت بالغاً عاقلاً فأنت مأذون في التصرف في مالي) فإنه بالخروج عن العقل يخرج عن الأذن وبالدخول في الصفة يلحقه الأذن بمقتضى العموم السابق في الأذن، لانحلاله إلى إذن مطلق متعدد. بخلاف الأذن الحاصل في ضمن الوكالة ونحوها من العقود السابقة، فإن العقد بطريان الجنون والأغماء يبطل، لقاعدة فوات الشرط، ولا عموم في الأذن حتى يشمل ما بعد العود. فإن قلت: نفرض الوكالة والشركة ونحوهما من العقود أيضا عاما بأن يقول: (كلما كنت كذلك فأنت شريكي) أو (وكيلي) أو نحو ذلك. قلت: لا بد في إنشاء العقد من التنجيز كما بيناه في الشرائط، فلا بد [في عقد الوكالة مثلا] (1) من كون المخاطب وكيلاً من حين العقد، وهذه الوكالات الحاصلة بتخلل الجنون والأغماء إن كانت وكالة (2) واحدة فقد بطلت بعروض المانع، والفرض عدم صدور إنشاء جديد، ولا وجه بعد ذلك للوكالة (3). وإن كانت وكالات متعددة يلزم التعليق في الثانية لتنجز الوكالة الأولى وتعليق الوكالة الثانية بما بعد الجنون، فيصير بمنزلة قوله: (أنت وكيلي متى ما صرت عاقلاً بعد جنونك) وهو التعليق المبطل، لعدم تحقق الوكالة الآن [وكذا الكلام في غيرها من العقود السابقة] (4) (فتدبر، فإن هذا مما سنج للخاطر، ولا يكاد يسبقني إليه سابق بهذا الحل والنقض وراجع ما حققنا لك في بحث شرطية التنجيز (5) وما ذكرناه في بحث إبطال التعليق (6) وبالتدبر فيما ذكرناه يفتح لك باب يفتح [منه] (7) ألف باب، وبالله العصمة والتوفيق.

(1) من (م). (2) في غير (م) زيادة: وشركة. (3) في غير (م): زيادة: والشركة (4). مابين المعقوفتين من (م). (5) راجع العنوان: 40. (6) راجع العنوان: 48 (7). من (م).

[415]

عناوين الضمان وأسبابه ومسقطاته وأحكامه اللاحقة له [العنوان السابع والخمسون] [قاعدة الضمان باليد]

عنوان [57] من جملة ما جعل في الشرع سببا للضمان: اليد. والأصل في ذلك: الخبر النبوي المنجبر بالشهرة، المتلقى بالقبول عند العامة والخاصة بحيث يغني عن ملاحظة سنده وصحته، بل هو ملحق بالقطعيات في الصدور، وهو قوله صلى الله عليه وآله: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (1). وقد تمسك بهذه القاعدة الأصحاب في كثير من مسائل الأبواب. ومن تتبع كلماتهم يظهر إجماعهم على كون اليد موجبا للضمان، إلا فيما دل الدليل على خلافه. وإنما البحث في معنى الرواية وتوضيح مفادها بحيث ينطبق على موارد الاستدلال، ومنها ظهور المالك، بعد الصدقة أو إخراج الخمس في المجهول أو المخلوط، وتلف شئ مما اخذ مقاصة قبل التملك، وضمان المقبوض بالسوم، وضمان الصانع ما تلف بيده ونحو ذلك من المقامات الظاهرة. وقد رماه بعض المتأخرين بالأجمال (2) وزعم أنه لا دلالة فيه على الضمان.

(1) مستدرک الوسائل 17: 88، الباب 1 من أبواب الغصب، ح 4، نقلا عن تفسير أبي الفتوح الرازي وعوالي اللالي. (2) قد رماه بالأجمال المحقق النراقي في عوائد الأيام: 109 - 110، العائدة: 33، إلا أنه من معاصري المؤلف، ويبعد إرادته من لفظ (بعض المتأخرين).

فنقول: لا ريب أن كلمة (على اليد) في موضع الخبر المقدم لقوله: (ما أخذت) ومتعلق (1) الخبر نحو قولنا: (ثابت) و (لازم) في هذا المقام - كما هو القاعدة في التقدير في أمثال المقام - فأصل المعنى: أن ما أخذه اليد ثابت عليها، وقوله: (حتى تؤدي) بيان للغاية، أي: هذا الثبوت إنما هو إلى حين الأداء، فإذا أدت ارتفع ما ثبت عليها (2)، فلو حمل هذه الرواية على المعنى الأخباري - وهو كون ما أخذه ثابتا عليها حتى تدفع - لكان ذلك توضيحا للواضح أولا، وهو ليس من وظائف الشرع، بل هو مستهجن جدا، وكان مستلزما للكذب أيضا، لأن ما على اليد قد يرتفع بغير الأداء، كالتلف أو الوضع في مكان آخر، فلا بد من حملها على معنى إنشائي يكون بيانا لحكم شرعي، فيدور الأمر حينئذ بين إرادة الحكم التكليفي - بمعنى: أن ما أخذه اليد فعقابه عليها، أو حفظه واجب عليها، أو رده واجب عليها - أو الحكم الوضعي، بمعنى: أن ضمانه وغرامته (3) عليها حتى تؤدي. فنقول: إن إرادة وجوب الرد بعيدة عن سياق العبارة جدا، إذ إرادة الرد (ما أخذت) مستلزما للمجاز بغير علاقة ورابطة، أو إضرار لأمر بعيد بلا قرينة ولا دلالة، ومع ذلك كله فينفره قوله: (حتى تؤدي) لأن التنافر في قولنا: (يجب رده حتى يرد) واضح لا ستره فيه. وأما إرادة وجوب الحفظ: فهي أيضا بعيدة عن المدعى، نظرا إلى أن إرادة الحفظ (ع) ما أخذت) مجاز من دون علاقة وقرينة، والأضرار مخالف للقاعدة، سيما مع وجود المجاز، فإن المجاز أولى منه، وسنبين ما هو الظاهر من الرواية. مضافا إلى أن كلمة (حتى تؤدي) لا تلائم إرادة وجوب الحفظ، إذ الظاهر من الدفع والأداء، التخلص عن الغرامة والضمان، لا التخلص عن الحكم التكليفي الصرف

(1) لم ترد (متعلق) في (ف، م) (2) لا يخفى أن الضمان الرجعة إلى (اليد) وردت في أصول النسخ غالبا بلفظ المذكر، أثبتناها مطابقا لنسخة (م). (3) (في ن) زيادة: وعهده.

ومن ذلك ظهر بعد إرادة العقاب والمؤاخذه، لما مر من الوجه وعدم إمكان إرادته مجازا وبعد الأضرار، مضافا إلى أنه لو أريد من الخبر: الأخذ بطريق العدوان والمعصية، فيكون عقابه عليها وإن أدت، فلا وجه لكونه مغيا بغاية، مع أن [في] (1) الرواية جعل الاداء غاية. وإن أريد الاخذ أعم من كونه مباحا أو معصية فلا وجه للعقاب

عليه (2) على الإطلاق أولاً، ثم لا وجه لكونه مغياً بغاية. فاتضح من ذلك كله: أن إرادة (ضمان ما أخذت) أظهر من الرواية (3) سواء جعلته بطريق الأضمار فيكون المعنى: (على اليد ضمان ما أخذته) أو بطريق المجاز بمعنى كون المراد من الموصولة (ما يضمن) لكمال المناسبة بينه وبين الأصل المأخوذ، لأنه إما عينه أو مثله أو قيمته - كما سنذكر ذلك مفصلاً - وكل ذلك قائم مقام (ما أخذت) مع أن هذا المعنى هو المتبادر عند إطلاق هذه اللفظة بحيث لا يخطر غيره بالبال حتى يحتاج في ترجيح المقام إلى ملاحظة باب تعارض الأحوال. مضافاً إلى فهم الأصحاب - قديماً وحديثاً - ذلك واستدلالهم به على الضمان، وهو إما كاشف عن كون المعنى العرفي ذلك - كما أوضحناه - أو كاشف عن وجود قرينة لم تصل إلينا كانت موجودة عندهم، وعلى التقديرين فهو (4) معين للمراد من الخبر رافع للأجمال، مع أنا في غنى عن ذلك كله بمعونة ما بيناه من الظهور العرفي. وهنا مباحث: أحدها: أنه لا ريب في أن المراد هنا من (اليد) ليس الجارحة، بل المراد بها حصول التسلط والاستيلاء عرفاً بحيث يصدق في العرف: أن هذا في يد فلان، وقد عبر بهذه العبارة لكون التسلط غالباً باليد، وهذا معنى شائع في العرف. وبعبارة

(1) من (م). (2) في (م): عليها. (3) العبارة في (م): أن الأطهر في الرواية إرادة ضمان ما أخذت. (4) يعني: فهم الأصحاب.

[419]

أخرى: بين قبض الجارحة وبين التسلط عموم من وجه، إذ قد يكون الإنسان مسلطاً على شيء ولا يكون مقبوضاً بيده، كالتسلط على العقارات والحيوانات ونحو ذلك. وقد يكون مقبوضاً بيده ولا يكون له استيلاء عليه كما لو كان في يده مع كون المالك قاهراً قادراً بحيث يضمحل ذلك في جنبه ولا يتمكن من التصرف فيه بوجه، ولا يعد متسلطاً عليه أصلاً. وقد يجتمع الأمران، وذلك واضح. فنقول: أما صورة كون القابض غير مسلط: فلا بحث في خروجه (1) عن اليد، لأن المتبادر منه (2) أنه كناية عن التسلط، ولو كان على معناه الأصلي أيضاً لكان المتبادر منه القبض باليد على نحو له إقتدار عليه، سيما بعد ملاحظة قوله: (ما أخذت) فإن له ظهوراً في الاستيلاء، حتى أن جماعة ادعوا ظهوره في الغصب والعدوان - كما سيأتي - مضافاً إلى ضم قوله: (حتى تؤدي) فإن الظاهر منه كون اليد قادرة على المنع والدفع، ولا يكون ذلك إلا بالاستيلاء، ومن هنا ذكروا عدم الضمان فيما لو قبض بيده ثوباً لبسه صاحبه - ونظائر ذلك - فإنه ليس داخلاً تحت دليل اليد. وأما مادة الاجتماع: فلا ريب في دخوله (3) تحت الرواية، فإن ذلك شيء في اليد مع الاستيلاء عليه. وأما ما تحقق فيه الاستيلاء بدون قبض الجارحة: فدخوله تحت الخبر إنما هو بظهور عدم إرادة خصوص اليد في المقام، فإنه لو كان قابضاً برجله أو بغمه أو بألة أخرى لكان الحكم كذلك، ويبعد الركون في ذلك كله إلى الأجماع الخالي عن مستند لفظي، مضافاً إلى كفاية فهم العرف هنا المثالية، وفهم الأصحاب كذلك، ومتى ما لم يرد خصوص المعنى الحقيقي للقطع به فلا معين لغيره من الخصوصيات، بل المعنى الشائع المتعارف في المجاز في اليد هو التسلط - كما

(1) كذا، والمناسب: خروجها. (2) الضمير راجع إلى (اليد) فالمناسب تأنيته، وهكذا بعض الضمائر الآتية. (3) كذا، والمناسب: دخولها.

[420]

أشرنا إليه - فيكون هو المراد في المقام، ولذلك ترى أن الأصحاب يتعبدون (1) في تنقيح موارد الضمان صدق الاستيلاء وإن لم يكن بقبض جارحة، فيعدون النقل في المنقول إثبات يد عليه، وكذا الجلوس على الفراش، والركوب للدابة، والدخول في العقار مع إزعاج المالك. ولا يعدون دخول الضعيف على القوي إثبات يد وإن قصده، ولو زاحم المالك في داره يعدونه ذا يد على النصف - ويأتي توضيح ذلك - ويعدون سوق

الدابة أو المد بمقودها يدا عليها مع عدم المعارض، ومثل ذلك الحمل مع اليد على الحامل. فتلخص من ذلك: أن المراد باليد: حصول الاستيلاء عرفاً، سواء كان مقبوضاً بالجراحة أم لا، واليد كناية عن المستولي. ثم إن إطلاق النص يدل على ثبوت الحكم لكل من استولى، سواء كانت يده ابتدائية أو مرتبة على يد سابقة، ومن هنا حكم الأصحاب على ضمان الأيدي المتعاقبة في المغصوب، وكلامنا أعم من الغصب، فيكون ظاهر (أن كل مستول عليه الضمان حتى يؤدي) أي أنواع الاستيلاء كان، إلا ما نخرجه بإحدى القواعد الآتية في مسقطات الضمان. فقد يكون السلسلة كلها أيدي ضمان، وقد ينقطع أولها، وقد ينقطع وسطها، وقد ينقطع آخرها، وينتشر من ذلك فروع لا حاجة إلى ذكرها، لكن يقع الأشكال في إدراج هذا الفرض تحت الرواية من جهة كون ضمان اليد موجبا للزوم الأداء بمعنى عدم فراغها إلا به، فكيف يعقل في الشيء [المال] (2) إذا تعاقبت عليه الأيدي؟ لأننا إن قلنا بأنه يلزم أن يؤدي كل منهم ما أخذ عينا أو مثلاً أو قيمة لزم مخالفة الأجماع، لاجتماع الأموال الكثيرة في مقابل شيء واحد. وإن قلنا بواحد منهم فيلزم الترجيح بلا مرجح. وبالجمله: كون الضمان مغنياً بالأداء يوجب خروج هذا الفرض عن دليل اليد، وإن كان اليد شاملة لذلك. فإن قلنا بأن الضامن هو الواحد لا بعينه ويتعين بتعيين المالك خرجنا عن قاعدة اليد، فإن مقتضاها كون كل منهم ضامناً، مضافاً إلى أن للمالك الصلح على،

(1) في (د) ومحمّل (ن): يتتبعون. (2) لم يرد في (د)، وفي (م): المالي .

[421]

[ما في (1) ذمة أي واحد منهم شاء، أو إبرأؤه أو بيعه، أو نحو ذلك، وذلك لا يجتمع مع الواحد لا بعينه، إلا أن يقال: بأن ذلك كله يقوم مقام تعيين ذلك الواحد الغير المعين، ويلزمه فراغ ذمة الباقيين، ويحيى على هذا الفرض مباحث لا حاجة إلى ذكرها. وإن قلنا: إن الضامن من تلف المال في يده خرجنا عن قاعدة اليد أيضاً، ويلزم منه عدم جواز تضمين الباقيين، ويعارضه إجماع الأصحاب المستند إلى قاعدة اليد من دون أن يكون إجماعاً من خارج. وإن قلنا بأنه لا ضامن هنا لتعارض الأيدي وعدم إمكان الجمع بينها للزوم تكرار العوض، وعدم إمكان التعيين للزوم الترجيح من غير مرجح، لزم فوات المال على ماله مع وجود سبب الضمان المتكرر المتعدد، مضافاً إلى معارضته الأجماع. والذي ينبغي أن يقال هنا: إن الحكم بظاهر دليل اليد ضمان كل واحد منهم، ولا ينافيه كون الأداء غاية، لأننا نبين بعد ذلك في معنى (الأداء) أنه أعم من المباشرة، وأن المراد منه: الوصول إلى صاحب الحق بأي نحو كان حتى الأبراء، فنقول: إذا أدى أحدهم فقد أدى عن الباقيين، لأنه حق واحد، فإذا أدى سقط الضمان كما لو تبرع الأجنبي، فيصير ذلك من باب الواجب التخيري في التكليف على ما يراه الأمامية من وجوب الكل والسقوط بفعل أحدها، ولا مانع من ذلك عقلاً. فلا يتوهم أن الواجب التخيري طلب يمكن تعلقه بأمور متعددة يسقط بفعل أحدها، بخلاف المقام، فإن الحق الواحد لا يعقل تعلقه بالذمم المتعددة، وليس ذلك على سبيل التبعيض والتجزئة حتى يمكن. لأننا نقول: لا بأس بأن نلتزم بتعدد الحق في الذمم بظاهر دليل اليد، فإن كلا منهم مشغول الذمة على المالك (1) بالحق، فإذا أدى أحدهم جعل الله ذلك مسقطاً

(1) من (م). (2) في (م): مشغول الذمة للمالك .

[422]

عن الباقيين. وبالجمله: كون ذلك مغنياً بالأداء وامتناع تعلق الحق الواحد بالذمم المتعددة لا يمنع من دخول الفرض تحت الأدلة. وهل يعم الدليل (1) اليد المركبة؟ الظاهر ذلك، وببانه: أن اشتراك اثنين في التسلط على مال واحد يكون قسمين: أحدهما: أن يكون كل منهما مسلطاً على النصف مستقلاً به، وذلك هو بحث

الأشاعة، فلكل منهما يد بسيطة على النصف، وسيأتي تحقيق ذلك في البحث الآتي في بيان المأخوذ باليد. وثانيهما: أن لا يستولي أحد منهما على جزء من المال بالمرة، بل يكون استيلاء كل منهما مرتبطاً بالآخر، بمعنى: أن كلا منهما لو لم يكن لم يكن للآخر استيلاء بالمرة، لا على كل ولا على بعض، فيكون استيلاء كل منهما بانضمام الآخر، فيكون المجموع المركب مستولياً على المجموع المركب من دون استيلاء بعض (2) على بعض، وهذا هو اليد المركبة. ولا يفترق الحال في هذه الصورة والصورة الأولى في كون كل منهما ضامناً للنصف، أما في الأولى فواضح، نظراً إلى صدق عموم دليل اليد وهو الاستيلاء، وهو حاصل لكل واحد منهما في النصف. نعم، الأشكال في إدخال الثانية تحت الدليل، نظراً إلى أن يد كل منهما عارضي خال عن الاستقلال، وإنما المستقل هو المجموع المركب، فلا يصدق على أحد منهما الاستيلاء وإثبات اليد حتى يحكم بالضمان، فإذا لم يدخل شئ منهما تحت الدليل فكيف يحكم بالضمان؟ والوجه أن يقال: إن المدار في الضمان لما كان هو الاستيلاء - كما ذكرنا أنه الظاهر من النص - فيكون الضمان على كل من استولى، وهنا لما كان المجموع المركب هو المستولي فيكون الضمان على المجموع المركب فينقسم على أبعاضه، وحيث إن كلا منهما قابل للضمان ولا ترجيح فيوزع عليهما، فيصير كل منهما ضامناً للنصف، غاية ما في الباب: كون الضمان هنا على كل واحد في ضمن

(1) في غير (م) زيادة: على. (2) في (ف، م): لبعض .

[423]

المجموع المركب، وفي الصورة السابقة بالاستقلال، وهذا مما لا يصلح فارقاً . وبالجمله: لاشبهة في دخول هذا الفرض تحت الدليل عرفاً. نعم، يبقى الأشكال في شموله لليد المنضمة. والمراد باليد المنضمة: هي اليد المجتمعة مع يد المالك، لا بمعنى استيلائه على النصف حتى يكون ضامناً له، بل بمعنى تركبه مع يد المالك كصورة ما ذكرناه سابقاً، بحيث يكون المجموع المركب مسلطاً على المال، بمعنى: أن المالك لو ارتفع لم يكن للغاصب التسلط ولو ارتفع الغاصب لم يكن للمالك تسلط، فيكون المركب منها مسلطاً على المجموع، فهل تكون يد الخارج هنا داخلة في دليل اليد حتى يحكم له بضمان النصف أو لا تكون داخلة فلا ضمان؟ وهذا من أشكال مسائل صور اليد، وهذا الذي يمكن جعله ثمرة بين صورتَي الاشتراك في اليد الذي ذكرناه سابقاً، إذ يمكن أن يقال: إن اليد المركبة ليس كل واحد منهما داخلاً تحت دليل اليد، وإنما الداخل هو المجموع المركب. فإذا كان المركب كله يد ضمان فيثبت الحكم على الأبعاض بالتبع كما أوضحناه. وإذا كان بعضه يد ضمان وبعضه ليس كذلك كالمثال المفروض - ونظيره تركيب يد الوكيل مع الأجنبي أو المستعير معه ونحو ذلك، وبعبارة أخرى: كل ما تركيب يد ضمان مع يد غير ضامنة - فيجئ فيه الأشكال في الحكم بضمان يد الخارج الأجنبي، وبعبارة أخرى: اليد التي شأنها الضمان لو استقلت، نظراً إلى أن اليد الأجنبية ليست مسلطة على المال كلا ولا بعضاً حتى نحكم عليه بالضمان وندخلها تحت الدليل، والمجموع المركب أيضاً ليس يد ضمان حتى يبعث على أجزائه بالتبع، لأننا نبين بعد ذلك أن المراد في الخبر من (اليد) غير يد المالك، فمقتضى الأصل هنا عدم الضمان بعد عدم شمول الدليل. ولا يتوهم: أنه يلزم من عدم الضمان هنا عدم الضمان في المركبة من الضامنين أيضاً، إذ الفرق بينهما واضح بما ذكرناه، فإن دخول المجموع المركب تحت الدليل يوجب الضمان على أبعاضه، وهنا لا يمكن إدراج المجموع المركب تحته .

[424]

ويمكن أن يقال: لا ريب في صدق اليد على المركبة، وهذا من جملة أفرادها، فيكون هذا المجموع المركب ضامناً، ولازمه التبعض على أجزائه، غاية ما في الباب: عدم الضمان على المالك أو الأمين أو نحو ذلك، وارتفاع الضمان عن الجزء بدليل لا يوجب ارتفاع الضمان عن المركب، وليس المانع ابتداءً إلا كالمسقط استدامة، كما لو أبرأ المالك أحد المركبين في الفرض السابق. وبعبارة أخرى: الذي أخرج المقام عن

عموم دليل اليد من قاعدة الملك أو الأمانة أو الأذن - أو نحو ذلك - إنما أخرج أحد الجزئين، وبقي الجزء الآخر تحت الدليل. ولا يتوهم أن الثبوت على الجزء بتبعية الثبوت على الكل، فإذا لم يكن الكل ضامناً فلاوجه لضمان الجزء. لأننا نقول: المركب في المقام وإن كان من باب الكل المجموعي بالنسبة إلى المال المضمون، بمعنى: أن المجموع ضامن للمجموع، لا أن كل واحد ضامن للمجموع، لعدم شمول الدليل لكل واحد منهما، لكنه بالنسبة إلى الضامن من باب الكلّي الأفرادي والعام الأصولي، بمعنى كون كل منهما ضامناً لما وقع عليه بعد التوزيع، وليس كأجزاء المكلف الواحد، فإذا كان كذلك فلا بد من ملاحظة المخصص هل أخرج هذا القسم من اليد من عموم الدليل أو أخرج أحد جزئيه من الضمان؟ فنقول: لا ريب أنه من قبيل القسم الثاني، فإن الفرض داخل بظاهره في عموم دليل اليد، ومتى دخل توجه الضمان على المجموع المركب، وهذا لا مانع منه من هذه الجهة، وبعد التوزيع وانتهاء الفرض إلى العام الأصولي فهو قابل للتخصيص لا ارتباط بينهما، فأخراج أحد الجزئين بعد ملاحظة كونه فرداً بعد التوزيع لا يضر ببقاء الضمان على الآخر. هذا، ولكن المسألة في غاية الأشكال ونهاية الأعضاء، فليتأمل فيها حتى يتضح الأمر. فلا فرق حينئذ بالنظر إلى الدليل بين اليد الابتدائية واليد المترتبة واليد

[425]

المستقلة واليد المركبة واليد المنضمة، فإن كل ذلك داخل تحت دليل الضمان بمقتضى ما ذكرناه، وإن كان في ذلك كلام من جهات ذكرناها ومن جهات تركناها (1) طلباً للأهم واختصاراً في المقال. واليد التابعة كالأصلية في ذلك، كيد الوكيل للغاصب، وأمين الحاكم في المال مع كونه في الواقع مغصوباً. ولا يتوهم: أن يد الوكيل يد الموكّل فلا يعد في العرف يداً، ويد الأمين يد الحاكم، فإن ذلك غير مانع من صدق الاستيلاء والتسلط عرفاً، فإن الوكيل مسلط على المال، وكون يده يد الموكّل معناه: إجراء أحكام يد الموكّل عليه في التصرفات، لا أنه ليس يداً، فلا يتوهم أن المالك لا رجوع له على الوكيل، بل على الموكّل لأنه صاحب اليد، فلا فرق في اليد المترتبة على يد سابقة أن تكون تابعة له أو مستقلة كالأول، كالمشتري والمستعير ونحو ذلك. هذا تمام الكلام في معنى (اليد) وهنا مباحث تركناها مخافة التطويل. وثانيها (2): أن المراد بالموصولة - أي الشئ المأخوذ - ما كان مملوكاً، نظراً إلى أن الظاهر من الخبر هو الضمان كما بيناه، ولا ضمان في غير المملوك بمجرد اليد، ولأنه جعل غاية الضمان هو الأداء، والأداء هو الدفع إلى من يجب الدفع إليه كالمالك ونحوه، والشئ الغير المملوك لا تادية فيه، لعدم وجود المؤدى إليه، فخروجه عن الرواية واضح. ولا فرق في غير المملوك بين أن يكون غير قابل للتملك من أصله - كالحر وخمر المسلم وخنزيره وغير ذلك، فإن ذلك كله لا يضمن باليد - أو كان قابلاً ولكن لم يجر عليه ملك أحد كالمباحات، فإنه لا ضمان في أخذه. وعلل جماعة من الأصحاب في الحر بأنه لا يدخل تحت اليد (3).

(1) كذا، ولعل الصواب في العبارة: وإن كان في ذلك كلام من جهات، تركناه (2) ... يعني: ثاني المباحث، تقدم أولها في ص: 418. (3) جامع المقاصد 6: 222، الروضة 7: 28، المسالك 2: 256 (ط - الحجرية).

[426]

فإن كان مرادهم من ذلك: أنه لا يدخل تحت اليد شرعاً فهو كذلك، لكن المراد في الخبر بمقتضى القواعد هو الاستيلاء العرفي، ولا مدخل للشرع في ذلك، مضافاً إلى أنه لو أريد اليد الشرعي لزم عدم ضمان الغاصب، لأنه لا يد له شرعاً على المال، وللزم ضمان من له يد على المال شرعاً كالأولياء، وهذا عكس المدعى. وبالجملّة: لا شبهة في أن المراد باليد هنا: اليد العرفي. وإن كان مرادهم: أنه لا يدخل تحت اليد عرفاً فهو ممنوع، إذ الحرية والرقية أمران اعتباريان لا مدخل لهما في الصدق العرفي، فإن كل من تسلط على إنسان بحيث يتصرف فيه كيف يشاء يقال: إنه مستول عليه وهو في يده، سواء كان حراً أو عبداً. ولو أريد أن الإنسان من جهة استقلاله في الأمور والأرادات والتصرفات فلا يدخل تحت اليد، فالعبد كذلك. وبالجملّة: لا فرق في اليد

العرفي بين المملوك والحر. فالأنسب أن يقال في عدم ضمانه: إنه غير داخل تحت دليل الضمان، من جهة أن المتبادر منه المملوك، سيما بقربنة قوله: (حتى تؤدي) ونحو ذلك، فلا يشمل ما لا يقبل الملك، كالحر والخمر للمسلم. وأما خمر الكافر المسالم: فهي محترمة مملوكة له على المختار داخله (1) تحت عموم الخبر. وتقيد بعضهم له بالمستتر، إما لأن الأجهار يخرجها عن ملكه فيكون كالمسلم، وإما لأنه يسقط احترامها وإن كانت ملكا، فلا ضمان كمال الحربي، وهذا هو الأقوى. وبالجملة: عدم الضمان فيها - وفي مال الحربي - إنما هو لدليل من خارج، وإلا فهي داخله في عموم خبر (اليد) لأنها ملك حتى في الحربي. ولا يعتبر كونه متمولا له قيمة، لعموم الموصولة، ولزوم تأدية غير المتمول أيضا إلى صاحبه، كحبة الحنطة. ولا ينافيه عدم لزوم دفع القيمة في صورة التلف، إذ

(1) الصفات والضمان الرجعة إلى (الخمر) وردت في غير (م) بلفظ المذكور.

[427]

هو (1) على فرض كونه ذا قيمة، وهو (2) أيضا داخل في النص كماله قيمة في لزوم التأدية، لأمكانها فيه وعدم المانع. ودعوى: كون المتبادر ما كان له قيمة ممنوعة، بل اللفظ عام. وكما يكون عينا (3) معينا يكون مشاعا وكلها أيضا، لعموم اللفظ، فمن تسلط على نصف دار بالأشاعة - كمن دخل على المالك وأزعجه - يعد ذايد على النصف، وكذا الشريك، فإنه ذايد على النصف [الذي] (4) للشريك الآخر لو تصرف فيه. ودعوى: أن الاستيلاء لا يتحقق إلا على الشيء المعين ممنوعة، بل هو أمر عرفي، وهو متحقق في المشاع كالمعين. ولا ينافيه قوله: (حتى تؤدي) بتقريب: أن تأدية الكلبي والمشاع لا يمكن، لعدم المنافاة وجواز التخلية والتأدية إلى صاحبه كما في العقود المتعلقة على المشاع. وكما يكون عينا يكون منفعة، فإنها أيضا تدخل تحت اليد بدخول العين تحت اليد، لأنه طريق الاستيلاء عليها عرفا. نعم، هنا بحثان: أحدهما: أن منافع الحر - بناء على ما ذكره من عدم دخوله تحت اليد - لا تكون داخله تحت اليد إذ اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين. وأما بناء على ما ذكرناه: من أن الحر يدخل تحت اليد عرفا لكنه خارج عن النص بقربنة (حتى تؤدي) الدالة على كون ذلك مملوكا، فيشكل الحكم في المنافع للحر، فإنها لو استوفيت فلا بحث في ضمانها، لدخولها تحت اليد حينئذ، وإن شئت قلت: للأتلاف، فإن كلامنا الآن في الضمان باليد وإن تلف المأخوذ بأمر آخر. وأما إذا لم تستوف ولكن فاتت بسبب الممانعة من ذي اليد وتسلطه، فإن مقتضى ما ذكرناه أنها داخله تحت اليد بواسطة العين، غايته: أن العين غير داخله في الرواية لأنها

(1) الظاهر رجوع الضمير إلى: لزوم دفع القيمة. (2) الظاهر رجوع الضمير إلى: غير المتمول. (3) في (م): شيئا. (4) من (م).

[428]

غير مملوكة، وأما المنفعة فينبغي دخولها، لأنها مملوكة، مع أن الأصحاب لا يقولون بضمان منافع الحر الفائتة بالغصب تحت يده. فإن قلنا: إن منفعه أيضا ليست مملوكة فلا يشملها (1) الخبر، يلزمنا النقص بالاستئجار عليه (2) والصلح ونحو ذلك، فإنها لو لم تكن مملوكة متمولة فكيف تقع في عقد المعاوضة؟ وإن قلنا: إن خروج العين من تحت الخبر يوجب خروج المنافع أيضا، يرد علينا: أنهما شيئان داخلان تحت اليد عرفا، وعدم ضمان أحدهما وخروجه بالدليل أو بالتخصص لا يوجب خروج الآخر. وإن قلنا بأن منفعه لا تدخل تحت اليد ما لم تستوف - لأن يد الحر أقدم من يد الغاصب بالنسبة إلى منفعه، وليست المنافع إلا كتياب الحر التي قد لبسها، فإن حبس الحر بثيابه لا يوجب ضمان ثيابه، لأنها تحت يد الحر عرفا لا تحت يد الغاصب، بل المنافع أولى، لأنها أمور حكمية وليست أعيانا خارجية - يرد علينا: أن هذا في العبد كذلك، فإن تسلط العبد على منافعها التي هي أمور حكمية أزيد من تسلط الغاصب، فكيف

تقول: إن منافع العبد تضمن بالفوات؟ وليس اليد شرعياً حتى تقول: إن العبد لا يد له، فإن المدار على التسلط. وإن قلنا: إن المتبادر من عموم (ما أخذت) غير مثل منفعة الحر الكائنة تحت يده من دون استيفاء فإن مثل ذلك لا يدخل تحت الدليل، يرد النقض بمنافع الوقف العام، فإنها أيضاً تضمن بالفوات تحت يد الغاصب، وأي فرق بين الحر والوقف العام؟ إلا أن يقال: بأن الفرق عرفي والعرف يعد ذلك داخلاً تحت الدليل دون المقام. وبالجمله: عدم ضمان منافع الحر بعد إمكان دخوله تحت اليد عرفاً مشكلاً، إلا أن يقال: إن اليد أمر عرفي، وبعد ما فرض كون الشخص حراً لا يقولون - أهل العرف :- إن فلاناً ذو يد على فلان، وإن كان في غاية التسلط، فلا يصدق اليد، لا

(1و2) في (م): فلا يشملها... عليها. وما أثبتناه من اصول النسخ أيضاً صحيح .

[429]

على عينه ولا على منفعته، وفرق بينه وبين المملوك، فتدبر. ويمكن تميم ما ذكرناه من الوجوه في عدم ضمان المنافع وإن قلنا بدخول الحر تحت اليد وإن أوردنا على كل واحد منها ما أوردناه، فتبصر. وثانيهما: أنه لا ريب في إمكان اجتماع المنافع المتعددة في العين الواحدة، تفاوتت في القيمة أو تساوت، ولا ريب أن بدخول العين تحت اليد يدخل كل منها تحت اليد فيلزم ضمان الكل، وليس كذلك. وبالجمله: هل عموم (ما أخذت) يشمل جميع هذه المنافع أو يشمل ما هو أعلاها قيمة لتدخل الباقيات فيه، أو يشمل كل ما أمكن اجتماعها في الاستيفاء؟ لا ريب أن الظاهر من الخبر شموله للكل. نعم، المنافع التي لا يمكن اجتماعها في الوجود لا تدخل تحت الخبر مجتمعاً، لأن الدخول تحت اليد إنما هو مع وجودها في العين، لا مع الفرض والتقدير، والموجود من المنافع في العين في حال الاستيلاء ما أمكن اجتماعها كلا (1) واحد الأمرين من المنفعتين اللتين لا تجتمعان، فكل ما أمكن وجوده دخل تحت اليد وكل ما تنافى مع الآخر فأحدهما داخل تحت اليد، فإن تساوى في العوض فلا بحث، وإن تفاوتت يجئ الوجهان في تخيير الضامن أو الغاصب، وهذا هو مقتضى القاعدة الحاصلة من الرواية. وكما يكون المأخوذ منفعة يكون أيضاً حقاً من الحقوق التي من شأنها العوض والتأدية بقرينة ذيل الرواية، كحق التحجير وحق السبق على المشتركات من مثل المسجد والسوق والخان وغير ذلك من الحقوق، فإنه أيضاً يدخل تحت اليد، لأنه يتحقق عليه الاستيلاء عرفاً. نعم، هنا إشكال يأتي في إدخال المنافع والحقوق تحت الرواية، وهو أن قوله: (ما أخذت) الظاهر منه بعد ذكر الأخذ كونه عيناً خارجياً أو كلياً مشاعاً، وأما مثل المنفعة والحق فلا يقال فيهما: إنه (أخذت) وهذا يدل على عدم إرادتهما من الرواية، مضافاً إلى أن الظاهر من قوله (حتى تؤدي) كون المال المأخوذ قابلاً

(1) كذ في (ف، م)، وفي (ن، د): كل. وعلى كلا اللفظين لا تستقيم العبارة .

[430]

للأداء إلى صاحبه، ولا ريب أن المنفعة بنفسها غير قابلة للأداء إلى صاحبها، وكذا الحق، فلا وجه لادخالهما تحت الخبر. ووجه الدفع: أن المراد بالأخذ ليس القبض باليد كما بيناه، والاستيلاء يحصل فيهما عرفاً، والتأدية لا تنافي دخولهما، لأن تأدية كل شئ بحسبه، ويقال في العرف لدفع المثل أو القيمة: إنه تأدية للمال إلى صاحبه، وسيأتي توضيح ذلك. وثالثها: (1) أن المراد من الأخذ، - كما ذكرناه - هو الاستيلاء، ولا دخل للجراحة في ذلك، وزعم بعضهم: أن المتبادر من الأخذ هو الأخذ على طريق التسلط والقهر والعدوان، فلا يشمل غير هذا الفرض. وهو مستبعد جداً، ولا ريب في كون لفظه أعم من ذلك، فيعم سائر أنواع الأخذ ما لم يرد دليل مخصص، ولا فرق فيما أخذت بين أصل الأعيان والمنافع وبين أعضائها وبين أوصافها، فإن كلها داخلة تحت اليد مضمونة على المستولي. ومن ذلك تنجح أغلب الموارد المحكومة فيه بالضمان وإن

كان بعضها بأسباب آخر يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى بعد ذلك. وانتشار فروع مسألة اليد على حد لا يحتاج إلى ذكرها والتنبيه عليها، وإنما المحتاج ما خرج من القاعدة بقاعدة أخرى، كما سيأتي إن شاء الله تعالى (2). ورابعها: أن مقتضى الإطلاق في الرواية أن اليد موجبة للضمان، من دون فرق بين كون صاحب اليد عالما بالحكم أو جاهلا، ومن دون فرق بين كونه عالما بالموضوع - ككونه مغصوبا، أو مال عمرو، أو مقبوضا ببيع فاسد مثلا - أو جاهلا به، كمن زعم أنه ماله أو أنه وكيل عليه ونحو ذلك. وهو كذلك، فإنه لا فرق في الضمان من هذه الجهة ما لم يدل دليل رافع مما نذكر بعد ذلك. ولا فرق أيضا بين كون المال المأخوذ باقيا أو مستحيلا أو ممزوجا أو مغيرا،

(1) أي: ثالث المباحث، تقدم أولها في ص: 418، وثانيها في ص: 425. (2) غير مصحح (م) هذه الفقرة بما يلي: وفروع مسألة اليد كثيرة لا حاجة لنا بذكرها، فإن المقصود تأسيس قاعدتها .

[431]

أو تالفا كلا أو بعضا أو وصفا، أو معيوباً، كل ذلك بفعل الله تعالى، أو بفعل ذي اليد، أو بفعل أجنبي، فإنه يتعلق بالضمان بصاحب اليد في الصور كلها، وإن كان له أيضا رجوع على المثل أو الغار - أو نحو ذلك - في بعض الصور، فإن ذلك كله مقام آخر، والكلام في كون اليد موجبا للضمان كيف كان. وخامسها: أنه زعم بعضهم (1) أن الخبر لا يدل إلا على ضمان العين مع بقائها، وأما على ضمان المثل والقيمة مع تلفها فلا، نظرا إلى أن ظاهر كلمة (ما أخذت) إنما هو الشيء المأخوذ بنفسه، ومفعول تؤدي محذوف راجع إلى ما أخذت، فيكون مضمون الرواية: ضمان العين حتى تؤدي إلى صاحبها، ولا دلالة فيها على شيء من المثل والقيمة لو تلفت، بل لا دلالة فيها على صورة التلف بشيء، مضافا إلى أن دفع المثل والقيمة ليس أداء لما أخذت فكيف يدخل تحت الرواية؟ وهذا الكلام مختل النظام وإن صدر من المعاصر النراقي (2)، لأنه بعيد عن مذاق الفقه والعرف، لأننا إذا بنينا في فهم الخبر على ملاحظة، صرف العرف من دون التفات إلى قوانين الشرع وقرائن كلام الشارع لدل على ذلك، فضلا عن ملاحظة القرينة، نظرا إلى أن المراد بالضمان عند الناس وعند أهل العرف ليس إلا هذا المعنى، إذ ليس للضمان معنى جديد في الشرع، فإن أهل العرف مع قطع النظر عن الشرع إذا أرادوا تضمين مال شخص لشخص لا يريدون إلا أنه يرد عينه مع وجودها ويدفع بدلها - وهو ما يقوم مقامها - مع تلفها أو تعذر ردها ونحو ذلك، وهذا شيء واضح لا ستره فيه. بل نقول: لا يفهم من الضمان إلا دفع المثل والقيمة عند التعذر، وهو المعبر عنه بتحمل الغرامة، إذ لا يكاد يعقل لضمان العين معنى محصل، فإن دفع عين المال إلى مالكة لا يعد ضمانا ولا غرامة. إذا عرفت هذا، فنقول: إن الخبر دل على أن ضمان ما أخذته اليد ثابت عليه، ولو كان معناه: أن عينه يجب أن يدفعه إلى المالك، لم يكن لذلك محصل، وينافيه

(1) المراد به المحقق النراقي قدس سره كما سيأتي التصريح به. (2) عوائد الأيام: 109 - 110، العائدة 33 .

[432]

ظاهر العبارة، إذ وجوب الدفع إلى المالك لا يعبر عنه بهذه العبارة، بل ينبغي أن يقال: (يجب دفع أموال الناس إلى ملاكها) وأين هذا من قوله: (على اليد ما أخذت؟) فإنه ظاهر بل صريح في إرادة الغرامة، وليس المعنى إلا لزوم دفع ما قام مقامه إذا لم يمكن، وهذا المعنى مما لا يشك فيه مشكك بعد ملاحظة فهم العرف، حتى من لم يتشعر بشرعنا أيضا. ولو لوحظ ما هو المعهود من الشرع أيضا في التغريم للغصاب وغير ذلك من أبواب الفقه يحصل القطع بأن المراد من الغرامة الثابتة على اليد في هذه الرواية عبارة عن دفع المثل والقيمة عند التعذر، فكيف يعقل إنكار عدم استفادة هذا المدعى من الخبر؟ كيف! ولو بنينا في فهم الأدلة على ما هو المذكور فيه صريحا لم يتم لنا من الفقه إلا عشر معشار ما هو بإيدينا، وهو أجنبي عن طريقة السلف والخلف مقطوع بفساده. وبالجمله نحن ندعي: أن ظاهر هذا الخبر

الضمان والغرامة بلا شبهة، ومعناه عرفاً: دفع ما يخرج به عن عهدة المال وينتفي به الضرر، وهو إما بدفع عين المال، أو ما هو أقرب إليه لو تعذر، ولأرب أن في المثلي لا يحصل الخروج عن العهدة إلا بدفع المثل عرفاً، لأنه الأقرب إلى الأصل ذاتاً وأوصافاً وقيمة، وفي القيمي لا بد من دفع القيمة، دفعا لضرر المالية مع تعذر العين وما وافقه في الصفات. هذا تمام الكلام في تأسيس قاعدة (على اليد) ودلالاتها على الضمان عينا ومثلاً أو قيمة. وأما البحث في بيان المراد من بقاء العين والتلف وكيفية التأدية وبيان معنى المثلي والقيمي وضبط كيفية التقويم فسيجيئ إن شاء الله بعد ذكر أسباب الضمان ومسقطاته .

[433]

[العنوان الثامن والخمسون] [قاعدة الضمان بالأتلاف]

[434]

عنوان [58] من جملة أسباب الضمان: الأتلاف، فإن من أتلف شيئاً ضمنه كما دل عليه الخبر (1). ولا يحتاج في إثبات كون الأتلاف موجبا للضمان إلى ذكر الأدلة، وكفى ما دل من الضرورة والأجماع والنصوص الكثيرة على كون مال المسلم وعمله وعرضه ودمه محترماً مصوناً لا يجوز الاقتحام عليه والأضرار فيه دليلاً على ذلك، مضافاً إلى عموم أدلة (نفي الضرر) (2) ونحو ذلك، ولذلك استدل به الأصحاب في إتلاف الحقوق المالية المجعولة من الشرع - كالزكوات والاحماس والأعيان التي تعلق بها النذر ونحوه - والأموال المملوكة للناس بأحد أسباب الملك، ومنافع أموالهم، ونماء أملاكهم، واستيفاء أعمالهم، أو منافع البضع للنساء الحرائر والأماء، وإتلاف النفوس أو الأطراف لحر أو عبد، أو الجراحات، أو نحو ذلك من التعيب (3) في الأموال والأبدان، وإزالة الأوصاف المنقومة، وإتلاف الرقيق بالانعتاق بسرارية أو تمثيل، وغير ذلك، كلها بقاعدة الأتلاف. والمنشأ ما دل

(1) الوسائل 8: 599، الباب 152 من أبواب أحكام العشرة، ح 9 و 12. والمستدرک 136: 9، الباب 138 من أبواب أحكام العشرة، ح 1. (2) تقدم ذكر أدلته في ح 1، العنوان: 10. (3) في (ن): التعيب .

[435]

من الأدلة على احترام ذلك كله للمسلم أو المسالم الذي أقره الشارع على دينه، إلا في مقامات دل الدليل على خلافه (1). وإنما البحث في موضوع الأتلاف بحيث يتنقح به معناه وينطبق على موارده. وذكر الأصحاب: أن الأتلاف قد يكون بالمشارة، وقد يكون بالتسبيب. والمراد بالمشارة: إيجاد علة التلف، كالقتل والأكل والأحراق. والتسبيب: إيجاد ما يحصل عنده التلف، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة، كحافر البئر، وفتح رأس الطرف، والمكره - بالكسر - على الأتلاف، ونحو ذلك. وقالوا: إن المباشر والسبب لو اجتمعا فالضمان على المباشر، إلا في صورة الأكراه في غير النفوس، فإن الضمان فيها على المكره بالكسر، لضعف المباشر. وذكر بعضهم - كالشَّهيد على ما يظهر من عبارته في اللمعة (2) - الغرور أيضاً، وظاهره أن الضمان يصير على الغار دون المغرور. وفيه كلام يأتي. هذا محصل كلامهم في مسألة الأتلاف، وعليه يدور مدارهم في جميع مباحث الإتلافات التي ذكرناها سابقاً. والذي ينبغي أن يقال: أنه لا عبرة بكون المتلف مباشراً أو سبباً أو نحو ذلك، فإنهما لا يختصان بمرتبة، بل قد يكون سبباً وسبب سبب، وقد يتراعى السلسلة وتتباعد. ولما كان منشأ الضمان إنما هو الأتلاف - على ما يظهر من النص والفتوى - فالمدار على صدق المتلف عرفاً، وتحديداهم بالمباشر والسبب ونحو ذلك إنما هو لضبط ما يصدق عليه العرف، وإلا لم يدل دليل على المباشرة والتسبيب وتقدم أحدهما على الآخر عند الأجتماع، فينبغي أن يجعل المعيار الصدق العرفي،

فربما يصدق على المباشر دون السبب، وربما يصدق عليهما معا، وربما يصدق على السبب دون المباشر، وقس على ذلك ترامي سلسلة (3) الأسباب والمباشرين. وما ذكروه من الأمثلة في هذا المقام - كما نشير إليها - ليس لبيان حكم

(1) في (ن، د): خلافها. (2) اللمة: 235 (كتاب الغصب). (3) كذا في نسخة بدل (م)، وفي النسخ: مسألة.

[436]

مختص بالواقعة، وليس خلافهم في هذه الصور والفروض لدليل دلهم على الحكم كما في سائر المسائل الخلافية، بل إنما البحث في صدق الأتلاف وعدمه، ولذلك يطلقه بعضهم ويقيده الآخر وبالعكس. وإذا عرفت أن المدار على ذلك، فلنذكر أمثلة لتوضيح الباب مما ذكروه في بحث الأموال، وفي بحث النفوس، فنقول: لو دفع غيره في بئر حفرها ثالث، فالضمان على الدافع في كلامهم. والوجه صدق أنه متلف دون الأول. وإذا أزال وكاء طرف فسال ما فيه بحيث كان يسيل بمجرد الدفع ضمن، أو حركه على نحو يقع به فكذلك. ولو فتح رأس زق فتقاطر ما فيه حتى وقع أو ذاب بالشمس فسال ففي كلام بعضهم: فيه إشكال (1) والمنشأ الشك في صدق الأتلاف، وكذا في صورة ما إذا سقط بأمر عارض - كهبوب ريح أو زلزلة، أو نحو ذلك - بعد الفتح فإنه يشك في صدق الأتلاف في المسألة. ولو ألقى صيا أو حيوانا عاجزا في مسبعة، فقتله السبع ضمن. ولو غصب شاة فمات ولدها جوعا، أو حبس المالك عن ضبط الدابة أو الماشية أو نحو ذلك فاتفق تلف المال، قال بعضهم: لا يضمن (2) نظرا إلى ظاهر الفرض من عدم استناد الأتلاف إليه. وقيده بعضهم بما إذا لم يكن التلف من هذه الجهة بحيث يسند إلى فعله (3). وأنت بعد التأمل في هذه المسائل التي أوردوها تتنبه على أن المدار على الصدق العرفي، فلا تطيل الكلام بذكر الأمثلة. ولا خصوصية للمباشرة ولا للتسبيب. وهذا هو السر في جعلهم الضمان على المكروه - بالكسر - نظرا إلى أن المباشر هنا ضعف بالأكراه فصار يستند الفعل والأتلاف إلى المكروه - بالكسر - ففي الحقيقة هو الذي أتلفه، فليس هذا مخالفا للقاعدة، بل لا وجه لجعلهم المباشر

(1) كما في التحرير 2: 138، والقواعد 1: 201. (2) قاله العلامة في التحرير (137: 2) في الفرض الثاني، واستشكل في الفرض الأول. (3) انظر المسالك 2: 257 ط - الحجرية.

[437]

مقدما إلا الصدق، وهو هنا منتف. وأما الغرور: فالذي يظهر: أن الأتلاف يستند إلى المغرور فهو ضامن، غايته: أن الغار أيضا ضامن يرجع إليه المغرور بقاعدة أخرى تذكر بعد ذلك، ولا يخرج الشخص بكونه مغرورا عن كونه متلفا عرفا. والظاهر من كلام الشهيد الثاني: أن المكروه - بالفتح - أيضا يستند إليه الأتلاف ويصير ضامنا، غايته: أنه يرجع إلى المكروه - بالكسر - بقاعدة أخرى (1) وليس كذلك، بل المرضي المختار عند المشهور: أن الضمان على المكروه - بالكسر - ولعله لفهمهم من العرف أن المكروه - بالفتح - يكون كالالة للمكروه، وهو كذلك. ولا شبهة في كون الأكراه إذا كان بالغا حدا يسلب معه الشعور والاختيار يرفع الضمان عن المكروه - بالفتح -. نعم، لو لم يكن كذلك بل كان خوفا معتبرا في تحقق معناه - على ما نحققه أن شاء الله في الشرائط العامة - فيشكل عدم صدق الأتلاف عليه، فإما أن يقال بأنه لا يصدق عليه عرفا، فالقاعدة تقضي بضممان الأمر، وخروج باب الأكراه على قتل النفس بالأجماع وعلى الجرح والطرف - في قول - لا ينافي، لأنه خارج بالدليل، وإما أن يقال بصدق الأتلاف والمسائلتان (2) على القاعدة. وأما في الأموال فقد دل الدليل على ضمان المكروه - بالكسر - دون المكروه. وهو بعيد، إذ لا دليل على ارتفاع الضمان عن المكروه - بالفتح - بعد صدق الأتلاف عليه، ولا أستبعد عدم الصدق مع الأكراه كما يراه المشهور. ومن جملة فروعهم في باب الأتلاف: إرسال الماء أو تأجيج النار في ملك المالك فيسري

إلى ملك الغير، و (3) حيث إن المعيار هو الأتلاف، فلذلك (4) اختلفوا في الضمان بإطلاق وتقييد ونحوه، وقد أشيعنا الكلام في هذا الفرع بالخصوص في ضمن قاعدة الضرر والضرار، فراجع (5)، وتدير .

(1) انظر الروضة 7: 33. (2) يعني: مسألتي الأكره على قتل النفس، والأكره على الجرح والطرف. (3) و: لم ترد في (ن، د). (4) في (ن): ولذلك. (5) راجع ج 1، العنوان: 10، ص: 336 .

[438]

ولا يختص الأتلاف أيضا بالأعيان، بل يجئ في المنافع، فإن إتلاف منافع الأبدان والأعيان المملوكة بتفويت أو باستيفاء داخل في باب الأتلاف، وكذا تفويت منافع البضع بمعنى استيفائه، فإنه لا يضمن (1) بمحض الفوات - والوجه سيذكر - فإنه نظير منافع الحر، وقد ذكرنا أنه لا يدخل تحت اليد بالمعنى الذي ذكرناه، فإذا استوفيت منفعه فهي مضمونة، إن شئت قلت: لليد، وإن شئت قلت: للأتلاف، فإن استيفاء المنفعة كأكل الطعام. وأما مع عدم الاستيفاء فهو داخل في الأتلاف لو حبسه، لأنه تفويت. ولا ريب في ضمانه (2) في منفعة العبد ونحوه من الحيوانات المملوكة. وأما منفعة الحر ففيها الكلام السابق في ضمان اليد، بأن نقول: هنا لم يتحقق إتلاف، لأن منفعه تحت يده، وهو أولى وأقرب إلى منفعة (3) من غيره، وقد فأت المنافع لنفسها (4). أو نقول: إن أدلة الأتلاف لا تنصرف إلى مثل ذلك ونحوه. ويقوى الأشكال لو كانت منفعته زمان الحبس مملوكة لغير الغاصب بإجارة ونحوها، فإنه يقوى جدا تسلط المستأجر على الغاصب في ضمان عوض المنفعة مع كون الأجير باذلا نفسه في تلك الحالة، لأنه أتل منفعته وملكه. ولو كان أجيرا لنفس الغاصب في ذلك الزمان المعين الذي حبسه فيه، فقد ذكروا: أن ضمان المنافع على الغاصب إذا كان المحبوس باذلا نفسه للعمل (5) (ولعله لصدق (الأتلاف) على نفس الغاصب، فكأنه أتل مال نفسه، ويلزم على ذلك الضمان عليه في الصورة السابقة، ولم أجد لهذا الفرق في كلامهم وجها يركن إليه وإن كان الوجه المتخيل ظاهرا في النظر. وبالجمله: إتلاف منافع الحر بالغصب لو كانت مملوكة للغير بإجارة ونحوها فلا أستبعد ضمانها مع تعين الزمان. وأما لو لم تكن مملوكة لغير الحر نفسه ففيه الكلام السابق، وينبغي التأمل فيه، فتدير .

(1) في (م): استيفائها إذ لا تضمن... فانها. (2) في (م): الضمان. (3) كذا في النسخ، والظاهر: منفعته. (4) كذا، والظاهر: لنفسه. (5) منهم ابن فهد الحلبي في المهذب البارع 4: 250، والمحقق الكركي في جامع المقاصد 6: 222، والشهيد الثاني في الروضة 7: 29 .

[439]

[العنوان التاسع والخمسون] قاعدة الضمان بالغرور]

[440]

عنوان [59] من جملة أسباب الضمان: الغرور. فكل من غر صاحبه بشئ فهو ضامن لما غرمه المغرور، كمن أقدم طعام غير إلى ثالث فأكله، أو باع مال الغير بعنوان أنه ماله فتضرر بذلك المشتري في ثمن أو نماء، أو أعار مال الغير، أو نحو ذلك (1) من أقسام الضرر، ولهذا الفرض أمثلة كثيرة منتشرة في أبواب الفقه. ومن هذا الباب: ضمان العاقد الفضولي في المعاملات كافة بعد تغريم الآخر. وتضمنين الشهود في الرجوع عن الشهادة للزوج الثاني يمكن إدراجه في هذا الباب، وكذلك تضمنين مدعي الوكالة في النكاح لنصف المهر - كما في الخبر - (2) وتضمنين المدلس في النكاح والبيع ونحو ذلك - كما لو ظهرت أمة أو بنت أمة أو ثيبة - والكاذب في رأس المال لو قلنا بعدم الفسخ. ومن هذا الباب: دفع مال المالك إليه لا باعتبار أنه ماله، فزعم أنه

عطية - ونحو ذلك - فأتلفه، فإن الدافع ضامن أيضا، ورجوع المولى على عبده المعتقد لو أخذ منه المال المقرض بغير إذنه مع الغرور لو رجع المالك إلى المولى. وبالجملة: كل غرامة وردت على جاهل بالواقع منشؤها شخص آخر بحيث

(1) في (ن، د): غير ذلك. (2) الوسائل 14: 228، الباب 26 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح 1 .

[441]

كان تد ليسه سببا لذلك فهو ضامن لها وإن لم يكن الغار أثبت يده على ذلك المال ونحوه، ولم يصدق عليه عنوان كونه متلفا. ومن هنا علم: أن المغرور يعتبر فيه الجهل بالواقع حتى يكون مغرورا. وأما الغار: فلو كان عالما بالواقع وقصد التدليس والتغريب وحصل غرور المغرور بواسطته بحيث كان ذلك علة في اعتقاده وإقدامه فلا بحث في كونه غارا. وأما لو كان عالما عامدا ولكن لم يؤثر ذلك في علم المغرور واعتقاده بأن كان معتقدا ذلك المعنى سواء غره ذلك أم لا - كمن دفع مال غيره إلى ثالث بعنوان أنه مال الدافع وكان الاخذ معتقدا ذلك من خارج بحيث لم يؤثر فيه تدليس الغار - ففي كون ذلك غارا وجهان: من كون قصده ذلك، ومن جهة أن الاخذ قد أخطأ وتغرر من قبل نفسه فلا يكون مغرورا من قبل غيره. ويحتمل قويا الفرق بين ما إذا كان فعل الغار بحيث لو لم يكن المغرور معتقدا ذلك لأثر ذلك في تغريبه، وبين ما إذا لم يكن كذلك فيصدق، وهذا الفرق غير بعيد للصدق العرفي. وأما لو كان عالما ولم يكن قاصدا للتغريب لكنه أثر فعله في الغرور، فالظاهر صدق الغار عليه. وأما لو كان جاهلا بالواقع - كمن اعتقد أنه مال نفسه فيذله لغيره فتبين أنه مال الغير - فهل يصدق عليه الغار أم لا؟ احتمالان، ومثله ما لو زعم أنه مأذون في الدفع، أو اعتقد أنه وكيل - ونحو ذلك من الطرق الرافعة للضمان باعتقاده - فبان خطأه. والذي يقوى في النظر حينئذ : أن ذلك أيضا يعد غرورا، فإن فعله قد غر الاخذ الثاني أو المتلف وإن كان هو أيضا غير عالم بالواقعة، وتغرره بنفسه لا ينافي كونه غارا لغيره وإن كان في الصدق حينئذ نوع خفاء. ومتى ما تحقق الغرور بهذا المعنى تعلق ضمان ما اغترمه المغرور عليه (1)، فله أن يطالبه به، وإن كان المغرور هو المتلف ما لم يكن تسليطه على إتلافه بالضمان، فإنه لو دفعه على طريق مضمون - كبيع ونحوه - فيتحقق الضمان على المغرور

(1) العبارة في (م): تعلق به ضمان ما اغترمه المغرور .

[442]

أيضا من وجه (1) وإن كان الغار أيضا ضامنا، كما لا يخفى على من لاحظ الفروع المندرجة تحت هذا العنوان. والوجه في ضمان الغار أمور: الأول: ما يظهر من كلمة الأصحاب: أن الغار سبب في الأتلاف، والمغرور مباشر ضعيف، والمباشر متى ما ضعف يصير الضمان على السبب. ولكن هذا الوجه محل نظر من وجهين: أحدهما: أن هذا لو تم لزم عدم تحقق الضمان على المغرور أصلا، لعدم كونه متلفا ومتصرفا في الحقيقة - كما ذكره في بحث الأكره، وقد أشرنا إليه سابقا - مع أنهم يقولون: إن المغرور يضمن ويرجع بما اغترمه على الغار، وهذا ينافي ضعف المباشرة. وبعبارة أخرى: لو كان السبب هو الأتلاف فسبب الضمان هنا شئ واحد، فإن كان على الغار فلا وجه لضمان المغرور، وإن كان على المغرور فلا وجه للرجوع على الغار، وإن كانا مشتركين فلا بد من التبعيض كما نشير إليه في صورة التركيب، فتعدد الضمان مع وحدة السبب لا وجه له. وثانيهما: أن ضعف المباشر الموجب لضمان السبب إنما هو فيما إذا كان المباشر كالالة - كالصبي الغير المميز، والمجنون، والحيوان، والمكره (بالفتح) الخالي عن الاختيار، ونحو ذلك - حتى يصدق الأتلاف على السبب، والمغرور بالغ عاقل شاعر مختار قاصد، فكيف يعقل جعله كالالة؟ فلا بد من إثبات سبب آخر غير الأتلاف يوجب ضمان الغار. الثاني: ما تقدم ذكره من (قاعدة الضرر والضرار) فإنهما

منفيان في الشرع، ولا ريب أن الغار يغروره قد أضر المغرور، وقد دل الشرع على عدم الأضرار، وقد أسسنا سابقا: أن ظاهر نفي الضرر: أن من أوجب الضرر فهو ضامن له لا بد أن يرفع الضرر، كما دل عليه الخبر (من أضر بطريق المسلمين فهو ضامن) (2)، ولا يكون

(1) العبارة في (م) هكذا: استقر الضمان على المغرور. (2) الوسائل 19: 181، الباب 9 من أبواب موجبات الضمان، ح 2.

[443]

الرفع للضرر إلا بضمنان ما اغترمه المغرور، وهو المدعى، وقد مر بيان دلالة الخبر على هذا المدعى في بحث نفي الضرر، فراجع (1). الثالث: ما اشتهر بينهم من الخبر المعروف وهو: (أن المغرور يرجع إلى من غره) (2) وإن لم نقف على ذلك في كتب الأخبار، لكن الظاهر من سياق كلامهم، أنه مروي، وحيث إن مضمونه مجمع عليه فلا يحتاج إلى ملاحظة سند ونحوه. الرابع: الأجماع المحصل من تتبع كلامهم في مقامات الغرور، حيث يحكمون برجع المغرور على الغار، فضلا عن الاجتماعات المحكية، بل يمكن تميم المرام بحكم العقل أيضا، فضلا عن الأدلة السمعية. تنبيهان: أحدهما: أن ظاهر كلام الفقهاء، أنه لو اجتمع سلسلة فيها: ذو يد ومتلف وغار، فقرار الضمان على المتلف، لا مطلق ذي اليد، لأنهم ذكروا ترتب الأيدي ونحو ذلك، وذكروا: أن الضمان يستقر على من استقر التلف بيده، وذكروا في مسألة الغرور أيضا: أنه يستقر الضمان على الغار. فنقول: إذا ترتب الأيدي على مال مضمون، فلا ريب في كون كل منهم ضامنين (3) سواء في ذلك المتلف والغار والمغرور وغيره (4) فإذا رجع المالك على من لم يتلف بيده فله أن يرجع إلى من تلف بيده أو إلى اليد اللاحقة كيف كان (5) لم يكن مغرورا منه، فإن كان مغرورا فليس له الرجوع عليه، لأنه لو كان المالك رجع على المغرور لكان هو يرجع على الغار وإن كان المغرور متلفا. ولو رجع المالك على ذي يد مسبوق بغار ملحق بمتلف، فله الخيار في

(1) راجع ج 1، العنوان: 10. (2) حكى عن المحقق الثاني في حاشية الأرشاد: أنه نسب ذلك إلى النبي الأكرم صلى الله عليه وآله، راجع الجواهر ج 37 ذيل الصفحة (3) 145: لا يخفى ما في العبارة، ولذا غيرها مصحح (م) ب: كل منها ضامنا. (4) (في م): غيرها. والمناسب: غيرهم. ما (5) (في م): كانت.

[444]

الرجوع إلى الغار أو إلى المتلف، لأن كلا منهما بالنسبة إلى الرجوع سواء بعد تحقق السبب ما لم يكن هو غارا للمتلف. ولو رجع على الغار فلا رجوع له على المتلف باعتبار أنه غار للثاني، فلا رجوع له عليه فقد انقطع السلسلة. ويحتمل رجوعه على المتلف، لأنه بدفعه القيمة كأنه صار مالكا للمال التالف وقد أتلفه المتلف ولم يكن مغرورا من قبل أحد، فإن الأول غر الثاني دون الثالث. وإن رجع على المتلف فلا رجوع له على الغار، إذ الغار ليس غارا له، بل غار لذی اليد الواقع في الوسط، مع احتمال كون غروره للأول غرورا للأخير. وبالجمله: فمما ذكرنا تنبيه على استخراج صور المختلطات وتطبيقها على القاعدة. وثانيهما: أنه كما يتركب اليد الموجبة للضمان - كما مثلناه - فكذلك يتركب الأتلاف والغرور أيضا، فلو اشتركا في إتلاف شئ مباشرة (كضاربي رجل بالسيف فمات بهما) أو تسييبا (كحافري البئر) اشتركا في الضمان، لصدق الأتلاف على المجموع المركب، فيتوزع، غايته: أن في قتل النفس للاشتراك أحكاما خاصة منصوصة، وبالجمله: غرضنا: إثبات الاشتراك في الضمان على أي نحو كان. ونحو ذلك: الغرور، كما إذا شهدا على مال بأنه ماله فأخذه وأتلفه ثم بان أنه ملك للغير، وبالجمله: يتركب التغرير فيما إذا كان فعل كل منهما جزء سبب في الغرور، ويشتركان حينئذ في الضمان. ويمكن فرض الاجتماع على أن يكون فعل كل منهما علة تامة في الأتلاف أو في الغرور، كما لو فرض صدور السبب من كل منهما دفعة

بحيث لو لم يكن أحدهما لكفى الآخر، فيكون كل منهما علة مستقلة بهذا المعنى، ولازم ذلك أيضا الاشتراك في الضمان .

[445]

[العنوان الستون] [قاعدة الضمان بالتعدي والتفريط]

[446]

عنوان [60] من جملة أسباب الضمان: التعدي والتفريط، ذكره (1) الفقهاء في الامانات المالكية والشرعية كلها كما يطلع عليها المتتبع، وحيث إن كل ما يسمى عندهم أمانة غير مضمونة على القابض في حد ذاتها (2) لما سيأتي من أن الاستئمان من مسقطات الضمان، فلا تكون الأمانة مضمونة، بمحض كونها مقبوضة باليد. نعم، إذا حصل التعدي والتفريط فتصير مضمونة كسائر ما استولى عليه اليد على القاعدة، وبهذا الاعتبار يعدان سببين للضمان، ومنشأ ذلك: أن القاعدة الأولية كون المقبوض باليد مضمونا مطلقا كما قررناه. نعم، خرج منها باب الامانات - على ما يأتي تفصيل المراد منها - فإنها غير مضمونة، لكن القدر المتيقن من خروج الأمانة عن الضمان هو حالة بقاء الأمين على أمانته، أتيا بما يلزم عليه الأتيان به، تاركا لما يجب عليه الاجتناب عنه في خصوص هذه الأمانة. وأما مع خروج الأمين عن هذا الحد فيخرج عن هذا الحكم ويصير مضمونا عليه بقاعدة اليد. وبعبارة أخرى: خروج الأمانة عن قاعدة اليد تخصيص في الأحوال لا في الأفراد، فإن الأمانة غير مضمونة ما دامت كذلك، فإذا خرجت عن ذلك بالتعدي

(1) في (م): ذكرهما. (2) في (م): غير مضمون على القابض في حد ذاته .

[447]

والتفريط فقد دخلت تحت عموم اليد، بمعنى: أن هذه الحالة أو هذا الفرد كان داخلا تحتها غير خارج عنها. ومنشأ كون التعدي والتفريط مخرجا عن الأمانة ودليل إسقاط الضمان أنه سيأتي في محله: أن عدم ضمان الأمانة: إما من جهة النصوص الدالة على عدم ثبوت شيء على الأمين، وإما من جهة قاعدة الأذن من المالك ومن قام مقامه أو من الله - تبارك وتعالى - في الامانات الشرعية بناء على أن الأذن لا يستعقب الضمان - على تفصيل يأتي في محله - وإما من جهة إجماع الأصحاب على عدم الضمان على الأمين، وإما من جهة قاعدة نفي الضرر، وإما من جهة لزوم العسر والحرر وسد باب المعاملات والودائع لو لم يكن الحكم كذلك. وهذه الأمور كلها منتفية بعد التعدي والتفريط، لخروج الأمين بذلك عن صدق الأمين عرفا كما لا يخفى، لأن الأمانة مقابلة للخيانة، ولا ريب أن التعدي والتفريط خيانة، فإذا خرج عنه فهو داخل في عموم دليل الضمان. وأما الأذن: فلا ريب في كونه مقيدا بعدم صدور مثل ذلك عنه، سواء كان من جانب المالك ونحوه أو الشرع، حتى أن الأذن المطلق أيضا لا ينصرف إلى صورة التعدي والتفريط. وأما التصريح بعدم الضمان وإن تعدى، فهو رخصة في الأنلاف، وهو خارج عن فرض الاستئمان. وأما الأجماع: فهو في صورة التفريط أو التعدي غير محقق، بل الحق أن إجماع الأصحاب على تحقق الضمان بأحدهما - كما ذكره في الوديعة والعارية والمضاربة والأجرة والوكالة والوصية واللقطة وعامل الجعالة والمساقاة والمزارعة والشركة وغير ذلك - محقق عند من تدبر. وأما مسألة نفي الضرر: فلا تأتي في المقام، لأن الأمين قد فتح باب الضرر على نفسه بالتعدي والتفريط، مع أن تضرره بالغرامة معارض بتضرر المالك بتلف ماله، فعموم اليد سليم عن المعارض. ومثل ذلك نقول في العسر والحرر، فإن الأمين غير ضامن إلا إذا خرج عن

الأمانة، وهذا لا يوجب انسداد باب الاستئمان أصلا. فتلخص من ذلك: أن الضمان بأحد الأمرين: من جهة الأجماع عليه ومن جهة رجوعه بذلك إلى قاعدة اليد وخروجه بذلك عن باب الامانات. ويدل على كونهما موجبين (1) للضمان النصوص الخاصة أيضا، كصححة أبي ولاد (2) وغيرها. وإنما البحث في موضوع التعدي والتفريط، إذ الأصحاب ليس لهم في هذا الباب كلام منقح. والظاهر: أن (التعدي) عبارة عن فعل ما يجب تركه، كركوب الدابة أزيد من المسافة المستأجر عليها، أو السير بها على خلاف المعتاد، أو جعل ما لم يشترط في العقد على الدابة، أو ضربها، أو نحو ذلك. و (التفريط) عبارة عن ترك ما يجب فعله، كترك سقي الدابة وعلفها، أو عدم حفظها في المكان اللائق لها، ونحو ذلك في كل شئ مؤتمن [عليه (3)] بحسبه. وقد يطلق عندهم التعدي على ما يعم التفريط، ويكون المراد منه: التجاوز عما ينبغي القيام به، سواء كان فعلا لما يترك أو تركا لما يفعل. وقد يطلق التفريط على ما يعم التعدي، ويكون المراد به التقصير في حق المالك، سواء كان بترك ما يجب أو بفعل ما يحرم، والأمر في ذلك سهل. نعم، هنا أمور لابد من التنبيه عليها: الأول: أن المعتبر في التعدي والتفريط هل هو صدورهما عنه قاصدا لذلك فلو صدر منه سهوا أو نسيانا أو في حالة النوم والسكر ونحو ذلك لا يصير ضامنا، أو هو أعم من القصد والعدم فكل ما لا ينبغي أن يفعل أو يترك إذا فعله أو تركه قاصدا أم لا فهو ضامن؟ ظاهر لفظ التعدي والتفريط يشعر باعتبار القصد، ولأن غير القاصد معذور فكيف يترتب عليه الضمان؟ ولكن ينبغي أن يقال: إن ظاهر كلام الأصحاب، مطلق، ولا خصوصية

(1) في غير (م): موجبا. (2) الوسائل 13: 255، الباب 17 من أبواب أحكام الأجرة، ج 1. (3) من (م).

لفظتين، إذ لم يدل دليل بهذا العنوان، إلا أنه مورد الاجماع، والعمدة أن عموم دليل الضمان محكم، غاية ما خرجنا عنه في حالة البقاء على الأمانة، وأما بعد وقوع تصرف غير مرضي فلا يعلم دخوله تحت أدلة الأمانة، فالمرجع قاعدة الضمان، مضافا أن من صور المسألة صورة (1) استناد التلف إلى ذلك التعدي أو التفريط، فيندرج حينئذ تحت دليل الأتلاف الذي لا شك في عدم مدخلية القصد فيه، فإن المتلف ضامن وإن كان نائما أو ناسيا أو نحو ذلك، وإذا ثبت في هذه الصورة يثبت (2) في باقي صور التلف بعد التعدي - كما نذكرها مفصلا - بعدم القول بالفصل. ولا يقال: إن قبل وقوع هذا الفعل لم يكن مضمونا على القابض، وبعد صدور مثل ذلك بلا قصد نشك في عروض الضمان وعدمه [و] (3) الأصل بقاء الحكم السابق على حاله، فإذا تم هذا في هذه الصورة يتم في ما فرضته أيضا بعدم القول بالفصل. لأننا نقول أولا: إن جريان الاستصحاب فرع بقاء الموضوع الذي أخذ عنوانا في أصل الحكم - كما ذكرناه في بحث تبعية الأحكام للأسماء - (4) وهنا قد تعلق حكم عدم الضمان بالأمين والأمانة، وبعد وقوع مثل هذا الفعل نشك في كون هذا أمينا حتى نستصحب حكمه. ولم يتعلق الحكم على هذا المال ولا على الشخص حتى يستصحب ببقائهما الحكم، وذلك واضح. وثانيا: أن بعد فرض صحة الاستصحاب نقول: لا يعارض إطلاقات أدلة الضمان وعموماته، نظير تعارض استصحاب الخيار مع عموم لزوم العقود، حيث ذهب الأكثر فيه إلى الفورية تقديمًا لجانب الإطلاق - وقد مر الكلام فيه سابقا - (5) فالمعارض لدليل الضمان أدلة الأمانة، ولا يعارض الاستصحاب دليل الضمان.

(1) في غير (م): صور. (2) في (د): يضمن، وفي (ف)، (م): ثبت. (3) من (م). (4) راجع ج 1، العنوان: 6. (5) راجع العنوان: 29، ص: 37.

وثالثاً: أنه لو سلم ذلك فلا يمكن إلحاق صورة التلف بالتعدي - للأجماع على الضمان فيه - حتى يتم لك القول باشتراط القصد في ذلك، فمتى ثبت في تلك الصورة بالدليل الاجتهادي وبالإجماع فيلحقه باقي الصور، مع أنه لو أمكن الإلحاق أيضاً لكنا نقول بترجيح جانب الضمان لقوة الضميمة (1) والاستناد إلى دليل اجتهادي، فتدبر. الثاني: أنه هل يعتبر كونه عالماً بأن هذا تعد أو تفريط، أو يعم الحكم ما لو كان عالماً بالموضوع أو جاهلاً، بل ما لو كان معتقداً للخلاف أيضاً - كما لو زعم ما فعله لازم الفعل فبان لازم الترك، أو ما تركه لازم الترك فبان لازم الفعل -؟ الظاهر التعميم، لعين ما ذكرناه من الوجوه السابقة، فإن السبب من الأحكام الوضعية التي لا يفترق الحال فيها بين العلم والجهل، بل متى ما قلنا بعدم اعتبار القصد فلا وجه لاعتبار العلم بالموضوع. وأما العلم بالحكم - بمعنى كون هذا التعدي أو التفريط موجبا للضمان - فغير معتبر قطعاً، إذ العلم أو الجهل بالأحكام اللاحقة للموضوعات لا يؤثر في صدق ألفاظ الموضوعات عليها، ومتى ما علق الحكم على لفظ يترتب بعد صدقه، سواء علم الحكم أو جهل، مضافاً إلى أن المعيار في المقام على ما ذكرنا: عموم (اليد) وهو غير مشروط بشئ من ذلك. الثالث: أنه لا يعتبر العلم بأنه مال الغير، فلو زعم أنه مال نفسه أو مأذون فيه في التصرف كيف كان فبان خطأه فقد تحقق التعدي والتفريط وتعلق الضمان كيف كان، وعلى ما ذكرنا يكون معنى كلام الأصحاب: (فعل ما يجب تركه وترك ما يجب فعله) إرادة الواقع، بمعنى: أنه لو لم يكن هناك سهو ولا نسيان ولا جهل ولا خطأ ولا غير ذلك من الأعذار لكان ذلك واجباً، لا الوجوب بالفعل، وإلا للزم الاقتصار على صورة الوجوب الشرعي وانحصر الضمان فيما إذا فعل ما هو حرام

(1) كذا، ولم نتحقق المراد منها .

شرعاً، وهو لا يتحقق [إلا] (1) بإجماع شروط التكليف وارتفاع الأعذار المسوغة كمالاً، فتدبر. الرابع: أن بعد تحقق التعدي والتفريط، فإما أن يتحقق التلف بنفس ذلك التعدي ونحوه، أو بأفة سماوية، أو بفعل أجنبي، أو بفعل نفس المتعدي، أو بفعل المالك. أما الأخير: فيجئ بعد ذلك أنه في حكم الأداء إلى المالك. وأما الأربعة الآخر: فالظاهر أن الضمان في كلها يتعلق بصاحب اليد وإن كان له أيضاً رجوع على المتلف في إحدى الصور إذا لم يكن غاراً له، والوجه في ذلك ما ذكرناه: من عموم دليل (اليد) والخروج عن باب الأمانة، فيصير مضموناً عليه بأي نحو تلف، غايته: أنه إذا كان المتلف هو ذو اليد ترتب عليه الضمان بوجهين: لليد وللأتلاف، وفي باقي الصور لليد خاصة، وذلك واضح. ولو قيل: إن دليل اليد قد تخصص بدليل الأمانات المملوكة، نقول: إن شمول دليل الأمانة بعد وقوع فعل غير مرضي ممنوع، ودليل الضمان عام لا شبهة فيه، وإذن المالك لم يحصل إلا مع البقاء على نحو الأمانة، فتبصر .

(1) من (م) .

[العنوان الحادي والستون] قاعدة الضمان بالتلف قبل القبض]

عنوان [61] من جملة أسباب الضمان: التلف قبل القبض. وأصل هذه القاعدة إنما هو في البيع، وهو الخبر المشهور: (أن المبيع إذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) (1) وانهقد على ذلك الأجماع أيضا كما نص عليه (2). وتوقف بعضهم (3) في تسري هذا الحكم إلى الثمن بمعنى كونه مضمونا على المشتري قبل الأقباض للبائع. ومن ذلك أيضا يحصل الأشكال في التسري إلى سائر المعاوضات، كالصلح والأجرة والهبة المعوضة، وعمل المزارعة والمساقاة، وأجرة المسابقة والرمابة، ومهر النكاح، ومال الكتابة، وعوض الخلع أو الطلاق بعوض - على ما يراه بعضهم (4) من صحته - كما هو الظاهر، وبعبارة أخرى: كل عوض تلف قبل القبض في المعاوضات فهو من مال صاحب اليد وغرامته عليه لا من المالك، فإن

(1) عوالي اللالي 3: 212، ح 59، بلفظ (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه). (2) السرائر: 2: 278، التذكرة 1: 473، كشف الرموز 1: 460، جامع المقاصد 4: 308. (3) انظر الرياض 1: 528. (4) نسيه المحدث البحراني إلى الشهيد الثاني - قدس سرهما - وقال: لم يسبق إليه غيره سابق ولا لحقه فيه لا حق من أصحابنا - رضوان الله عليهم - انظر الحدائق 25: 568.

[455]

هذه الكلية لا دليل عليها إلا ما دل من النص والأجماع في البيع في خصوص المبيع. وليس البحث فيما إذا كان التلف بإتلاف صاحب اليد، لأنه حينئذ ضامن بقاعدة الأتلاف قطعا، ولا فيما إذا كان التلف بإتلاف المالك له وإن لم يقبض، فإنه في حكم القبض - كما نذكره في باب التأدية إن شاء الله تعالى - ولا فيما إذا كان ذو اليد معاندا غاصبا مانعا من الدفع إلى صاحبه مع وجوبه عليه، وإلا لكان ضامنا بأدلة الغصب والعدوان قطعا. بل إنما البحث فيما إذا تلف بأفة سماوية، أو بإتلاف أجنبي مع عدم لزوم الدفع والقبض على صاحب اليد، إما لأذن مالكة في البقاء والتأخير من دون أن يجعله وكيفا في القبض حتى يحصل القبض، وإما لأمسাকে المال حتى يحصل التقايب من الجانبين - على ما حققناه؛ من عدم لزوم القبض قبل إقباض الآخر فيما يمكن فيه التقايب على المعنى الذي فصلناه بحسب تفاوت المقامات في العين والمنفعة في باب القبض، فراجع (1) - فإنه ليس في هذا الفرض من أسباب الضمان السابقة شئ، وإنما الضمان هنا مبني على تأسيس قاعدة (التلف قبل القبض). وحيث إن المدرك خفي في المقام اقتصر بعضهم على خصوص المبيع (2) للنص والأجماع ولم يتعد إلى غيره وحكم بكون التلف في غيره - حتى في الثمن - من مال المالك، فإن كان التلف بأفة سماوية فقد تلف من ماله كما لو كان في يده، وإن كان التلف بإتلاف أجنبي فله الرجوع على المتلف، ولا دخل في ذلك لصاحب اليد. ولكن لا يخفى أن الأصحاب التزموا بضمان صاحب اليد في منفعة الأجرة،

(1) راجع العنوان: 44، ص: 260. (2) لم نعثر على من حكم بالاقتصار جزما، نعم استشكل في التعميم صاحب الرياض قدس سره على فرض عدم تمامية الوفاق المدعى في كلام بعض الأصحاب، انظر الرياض 1: 528.

[456]

بل الإجرة قبل القبض، فضلا عن الثمن، سواء كان التلف ب كله أو ببعضه، أو بوصف من أوصافه بتعيب ونحوه، وبعد التأمل يظهر: أنهم يقولون في سائر المعاوضات بذلك. والذي يقتضيه النظر الصحيح: كون الضمان على صاحب اليد لا على المالك في المعاوضات كلها وإن لم ينص عليه الأصحاب إلا في بعض المقامات، والسر فيه: أن القبض والأقباض بعد تحقق المعاوضة والتملك واجب على المتعاقدين في مقابل العوض الآخر - على ما حققناه في باب القبض (1) - بمعنى: أنه لا يجب دفع أحد العوضين إلا بدفع الآخر بإزائه وهنا إشكالات دفعناها في باب القبض. فإذا كان كذلك (2) فإن لم يكن الآخر دفعه ودفع الدافع ثم تلف من ذلك الجانب ولم يمكن (3) الأقباض فهو مكلف بالأقباض حتى يتصرف ما قبضه من ذلك الجانب، وحيث تعذر

بالتلف ففات الشرط فلا يمكنه التصرف فيما أخذه، فيجب أن يدفعه إلى مالكة الأول قضاء لحق المعاوضة بعد إتقان ما قدمناه من المقدمة، وإن كان لك كلام في ذلك فراجع ما كتبناه في باب القبض تفز بحظ وافر. وليس معنى الضمان في هذا المقام إلا كون تلف هذا المال من مال صاحب اليد دون مالكة، وحيث كان عوضا عما أخذه ففات العوض فليرجع المعوض إلى مالكة الأول، وهذا معنى: كون ضمانه على ذي اليد، وهذا مما لا إشكال فيه. وهنا كلمات وأبحاث متفرعة على خصوص المقامات أعرضنا عنها بعد إتقان ما أردناه من القضية الكلية، فعليك بالتتبع التام في أطراف الكلام .

(1) راجع العنوان: 44، ص... (2) العبارة من هنا إلى آخر الفقرة لا تخلو عن اندماج، فلذا غيرها مصحح (م) بعبارة أخرى لا حاجة بذكرها بعد وضوح المراد (3) . في (ن): ولم يكن .

[457]

[العنوان الثاني والستون] [قاعدة ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

[458]

عنوان [62] من جملة أسباب الضمان: القبض بالعقد الفاسد. وقد نص على ذلك الأصحاب في باب البيع، ولكنهم يذكرون في سائر المقامات: أن (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وما ذكرناه في العنوان أعم من هذه القاعدة، فإن كلامنا هو: الضمان في كل ما قبض بعقد فاسد، سواء كان صحيحه مبنيا على الضمان أم لا . لكنهم يقولون: (كل ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) وهذا يدل على عدم ضمان ما قبض بعقد فاسد لا ضمان في صحيحه، فيكون هذا واردا على قاعدتنا هذه مسقطا للضمان. ونذكر - إن شاء الله - قضية العكس في مسقطات الضمان مع ما يصلح أن يكون مدركا له، نظرا إلى أن ما نذكره هنا من الوجه على الضمان وجوه، بعضها يعم العقود كلها، وبعضها يختص بما بني على الضمان، فإن كان المعتمد في الضمان هو الدليل العام فلا بد من بيان قضية العكس حتى يكون واردا عليها، وإن كان المعتمد الدليل الخاص بعقود الضمان فلا يكون بينهما تدافع. ثم إن العقد الفاسد قد يكون من جهة العقد واللفظ بأن لا يكون جامع الشرائط. وقد يكون فساده من فوات شرط المتعاقدين، أو من فوات شرط العوضين، أو من فوات أصل العوض - كالبيع بلا ثمن والأجارة من دون اجرة،

[459]

ونحو ذلك - وقد يكون المتعاقدان عالمين بالفساد، وقد يكونان جاهلين، وقد يكون أحدهما عالما والآخر جاهلا. وظاهر إطلاقهم الضمان في العقد الفاسد مطلقا. والوجه في الضمان فيما كان صحيحه مبنيا على الضمان - كالبيع والصلح والهبة المعوضة والمزارعة والمساقاة والرجالة والوكالة بعوض والمساابقة والنكاح، ومثله الخلع والطلاق بعوض - أمور: أحدها: أن كلا من المتعاقدين قد أقدم في العقد على الضمان - إذ ليس الفرض في العقود المجانية - فيثبت ما أقدم عليه. ولا يمكن أن يقال: إن إقدامهما إنما هو على تقدير الصحة، فكيف يقال بضمانيهما على تقدير الفساد مع جهلهما بأنه فاسد؟ فلا يكون الأقدام على الإطلاق. لأننا نقول: إنهما لما علما الضمان في صورة الفساد بقيمة المثل وأجرة المثل (1) ومهر المثل، كان قبضهما إقداما على الضمان وإن بنيا على الصحة. ولو سلم عدم إقدامهما على الضمان على تقدير الفساد، فإما أنهما قاصدان الضمان بالمسمى مطلقا، وإما أنهما ساكتان عن صورة الفساد بحيث لم يخطر ببالهما ذلك، فيكون أصل الأقدام على الضمان على كل حال، وليس غرضنا الآن إثبات كون الضمان بالمسمى أو بغيره. كما لا يمكن أن يقال: إن في صورة العلم بالفساد فقد أقدم كل منهما على إتلاف ماله - وسيأتي في المسقطات أن الأقدام من جملتها - ولا فرق بين المقام وبين دافع الثمن

إلى البائع الفضولي مع العلم بفضوليته، فإنه لا يرجع عليه لو لم يجر المالك (2) مع تلف الثمن، وليس إلا لأقدمه، فهنا يصير بالاولوية، لأن الأقدام هناك إنما هو بتوقع الأجرة، وهنا معلوم الفساد كما هو المفروض. لأننا نقول: إن الدفع مع البناء على المعاوضة ولو صورة بطريق التشريع ليس

(1) لم يرد (واجرة المثل) في (ن، د). (2) في غير (م): المؤلف .

[460]

إتلافا للمال، وقياسه على باب الفضولي - لو سلم عدم الرجوع فيه - فاسد، لأنه دافع لماله إلى من ليس العوض الآخر له (1)، فيعلم أن صاحب المال يأخذه منه. بخلاف المقام، فإنه دافع ماله بإزاء مال الآخر، وإن كان بمعاوضة فاسدة فهو واثق بحصول العوض له كيف كان. وثانيها: الأجماع المحصل من تتبع كلام الأصحاب في هذه الأبواب، حيث يحكمون في كل موضع يفسد فيه عقد المعاوضة بثمن المثل وإجرة المثل ومهر المثل كما لا يخفى، مع حكاية الأجماع على ذلك في كلامهم نقلًا مستفيضا، بل متواترا على اختلاف في المورد في الجملة. وثالثها: الخبر السابق في قاعدة اليد، فإن هذا المقام فرع من فروعه. وغاية ما يمكن هنا أن يقال: إن الفرض كون هذا المال مقبوضا بإذن المالك فلا وجه لكونه مضمونا، لما سيأتي بعد ذلك من كون الأذن من مسقطات الضمان. ويمكن أن يقال: أن الأذن إنما حصل في ضمن العقد مقيدا، وهو يزول بزوال القيد، وسيأتي توضيح ذلك. ورابعها: القاعدة المشار إليها من: أن (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وهذه القاعدة في الجملة دالة على الضمان على ما يظهر من معناه، وهو المدعى. نعم، يبقى الأشكال في كونه مفيدا لضمان المسمى أو إجرة المثل وقيمة المثل، وهو كلام آخر، ويأتي في ذيل المسألة الإشارة إلى احتمالات هذه العبارة وبيان المراد منها. وهنا إشكالات بعضها عامة وبعضها خاصة: أحدها: أنه لم لا يكون العقد الفاسد - إذا كان من حيث لفظه - قائما مقام المعاوضة ويحصل به الملك؟ لما مر بيانه (2) ويكون التلف من مال صاحب اليد لا

(1) العبارة في غير (م) هكذا: على ما ليس العوض الآخر منه. (2) في (م): على ما مر بيانها .

[461]

دخل له بالمالك (1) الأول، فلا وجه للحكم بالضمان. وكذا لو كان الفساد من جهة هي لا تضر بالمعاوضة، كعدم ذكر أجل النسبنة ونحو ذلك في وجه. والدفع: أن اللفظ لم يكن مؤثرا على ما هو المفروض، وكونه معاوضة إنما هو في صورة قصد (2) النقل والانتقال بالتعاطي، والفرض أنهما قصدا باللفظ، فما قصد تأثيره لم يؤثر، وما لم يقصد تأثيره لا يكون مؤثرا، وهو المدعى. وثانيها: أن من جملة صور المسألة: ما لو كان الدافع عالما بالفساد والقباض جاهلا، ولا وجه في هذه الصورة لتضمن القابض، نظرا إلى أنه مغرور من قبل الدافع، وقد مر أن المغرور يرجع على الغار، فلا وجه للرجوع بالعكس. والجواب: أن التعليم غير واجب، وذلك ليس تغريبا من الدافع، بل هو تقصير من قبل الاخذ في تعلم الأحكام، فهو قد تغرر بنفسه، بخلاف الغرور في الموضوعات، فإنه غرور، وهنا قد اغتر من تقصيره. وثالثها: أن الدفع لما كان بإذن المالك فينبغي دخوله تحت الامانات المخرجة عن الضمان. ودفعه: بأن عدم كون الفرض من الامانات الشرعية واضح، إذ هي مشروطة بعدم اطلاع المالك وإذن الشارع، وكلاهما منتفیان. وأما الأمانة المالكية: فهي فرع الأقباض على طريق الاستئمان أو الأحسان، وهما منتفیان، والأذن قد تقيد بالمعاوضة وهي قد فسدت، فيرتفع الأذن. ودعوى: أن الأذن هنا ينحل إلى إذنين: إذن على تقدير المعاوضة وإذن في التصرف كيف كان، بنافيها الوجدان حتى في صورة العلم بالفساد أيضا، فإن الأذن هناك أيضا مقيد ببقاء المعاوضة الصورية، فإذا بني الأمر على المراجعة فكل منهما يرجع إلى صاحبه من دون فرق. نعم، هنا كلام في كون الضمان بالمسمى أو بالقيمة

في كل شئ بحسبه، وهو كلام آخر يأتي إن شاء الله تعالى في كيفية الضمان،
فارتقب

(1) في غير (م): للمالك (2) في غير (م): المقصود .

[462]

ورابعها: أن من جملة صور المسألة: ما لو كان الفساد من عدم العوض، كما لو قال: أجرتك، أو زارعتك، أو بعثك، أو صالحتك، أو نحو ذلك من عقود المعاوضة بلا عوض، فإنه لا وجه حينئذ بالضمان، لأنه صريح في الدفع المجاني والرخصة في الأتلاف، وكذا إذا ذكر عوضا لا مالية له - كالحشرات - فإنه أيضا كذلك، فكيف تقولون بالضمان؟ والجواب: أن فيما إذا كان قد ذكر العوض الغير القابل، فوجه الضمان واضح، نظرا إلى أن الدفع بإزاء (1) هذا العوض وإن لم يصلح عوضا، مكان الدفع على طريق ضمان في نظره، لا على سبيل المجان حتى لو كان عالما بعدم قابلية العوضية أيضا، إذ دعوى عدم تعقل تقييد (2) الدفع بالعوض مع العلم بالفساد ممنوعة، بل ليس ذلك إلا كالتشريع في العبادات مع العلم بعدم الأمر، فيدفعه على أن يكون هذا معاوضة وإن علم بأنه لا يصير شرعا. وأما إذا لم يذكر العوض ففيه الكلام من وجهين: أحدهما: بعد العلم بقصده، وهو إما بإرادة الدفع المجاني وهو خارج عن محل البحث والعبارة لاغية، وإما بإرادة الدفع على أن يكون هذا بيعة أو إجارة أو مزارعة مثلا، لكنه بلا عوض، وحينئذ نقول: إنه لم يرخص على التلف مجانا مطلقا، بل على تقدير كون ذلك إجارة مثلا، والغرض أنه لا يتحقق، فالأتلاف غير جائز. وثانيهما: أن مع عدم العلم بقصده هل المستفاد من العبارة أي شئ؟ فإن ظاهر (أجرتك) - مثلا - يقتضي العوض، وظاهر (بلا إجرة) يقتضي كونه قصد العارية فيتعارضان، وهو خارج عن محل البحث. هذا هو الكلام في عقود المعاوضة. وأما ما عداها - كالهبة بلا عوض والوقف والسكنى والتحييس والعارية

(1) في غير (م): في إزاء. (2) في (ف، م): تقييد .

[463]

والوديعة والشركة والمضاربة (بالنسبة إلى رأس المال والربح) والوكالة والوصاية ونحو ذلك - فما قبض بشئ منها وكان العقد فاسدا، فينبغي ضمان المقبوض أيضا، لعموم ما دل على ضمان اليد وكون إذن المالك على فرض صحة العقد، وأما على فرض البطلان فلا إذن كما ذكرناه. وبالجمله: الوجه المذكور فيما قبض بالعقد الفاسد في المعاوضات يجئ في المجانيات أيضا لو لم يكن أمر آخر يخرجها (1) عن الضمان، ولكنها قد خرجت بقولهم: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) (ويجئ الوجه في ذلك في مسقطات الضمان. تنبيه: في الإشارة إلى احتمالات هذه القاعدة وبيان المراد منها تتميما للمبحث وتعميما للنفع، والاحتمالات فيها أمور: أحدها: أن يراد: أن كل عقد يتحقق فيه الضمان لو كان صحيحا بالعوض يضمن فيه لو كان فاسدا إذا تلف، فيختص الأصل وهو قولنا: (كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) بعقود المعاوضات، وعكسه وهو (مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) يشمل الامانات، كالوديعة، ورأس مال المضاربة، والعين المستأجرة - دون (2) منفعتها - والعقود المجانية: كالهبة بلا عوض، فإن كل ذلك غير مضمون في الفاسد كما في الصحيح بلا فرق. الثاني: أن يراد منه: أن كل عقد يحصل الغرامة والخسارة في صحيحه لأحد - بمعنى: أنه يتلف من ماله - يحصل الخسارة في فاسده أيضا عليه، وما لا يحصل في صحيحه كذلك لا يحصل في فاسده أيضا، فيشمل الأصل العقود المجانية كما يشمل المعاوضات، فإن المال الموهوب كما يتلف من المتهد في الصحيح فكذلك في الفاسد، ويختص العكس بالامانات التي لا خسارة فيها صحيحا وفاسدا .

[464]

فالمقدمة الاولى (1) على المعنى الأول أخص منها على المعنى الثاني، والمقدمة الثانية في الثاني أخص منها في الأول، الثالث: أن يراد منه بيان مقدار الضمان جنسا وقدرًا في الفاسد كالصحيح، بمعنى: أن المال الذي يضمن في الصحيح يضمن في الفاسد بما يضمن به في الصحيح، بمعنى المسمى، لا عوض المثل . الرابع: أن يكون لبيان ضمان العهدة إذا انكشف المبيع ونحوه مستحقا للغير، ويكون معناه: أن كل عقد يضمن ويتعهد بمتعلقه في الصحيح إذا ظهر ملكا للغير، ففي فاسده أيضا كذلك، بمعنى: أن غرامة كونه مال الغير يتحملها الدافع وما ليس في صحيحه كذلك فليس في فاسده أيضا. الخامس: أن يراد بذلك خصوص الثمن الذي يضمن في الصحيح فكذا في الفاسد. والسادس: أن يراد به خصوص المثل، لا غيره . والسابع: أن يراد به الأبعاض من العوض والمعوض، بمعنى: أن الأبعاض كما أنها مضمونة في الصحيح مضمونة في الفاسد، كأبعاض المبيع والثمن في البيع، وأبعاض المنفعة والأجرة في الأجرة. وأما الأبعاض التي لا تضمن بالصحيح - كأبعاض عمل الجعالة وعمل السبق والرماية - فلا تضمن بالفاسد أيضا. والثامن: أن يكون بمعنى: المهر، فكل مهر يضمن لو كان العقد صحيحا فكذلك في الفاسد، وما لا يضمن بالصحيح لا يضمن بالفاسد. والاحتمالات الأربعة الأخيرة بعيدة عما يفهم من العبارة عرفا، وتخصيص وتقييد من دون مقيد ومخصص، ومناف لما يظهر من استدلالاتهم بها في مقامات آخر غير الأربعة المذكورة، مضافا إلى أن المحقق الثاني يظهر من كلامه: أن المراد بالموصولة هو العقد، فإنه قال: (كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده،

[465]

وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) (1) فلا وجه للحمل على المعاني الاخر، مع أن الحمل على أحد الأربعة الأخيرة يوجب تهافتا في تركيب القاعدة لا يخفى على من تأملها. والحمل على المعنى الرابع أيضا غير صحيح، لظهور استدلالهم بها في غيره، وبعده عن ظاهر العبارة، ولكون القاعدة مجمعا عليها عندهم، مع اختلاف فتواهم في ضمان العهدة. والمعنى الثالث وإن كان يلائم لو عبر بالموصول لا بلفظ (العقد) من وجه، لكنه لا يلائم من وجه آخر، لأنه يبقى ضمير صحيحه وفاسده خاليا عن المرجع، كما يلزم هذا البحث في الاحتمالات السابقة أيضا، وارجاعه إلى العقد المعلوم من السياق خال من الوجه، ويدفعه أيضا مخالفته لأطباقهم على الضمان بمهر المثل وأجرة المثل وقيمة المثل، لا بالمسمى، فلا تجتمع فتواهم بذلك مع إطباقهم على القاعدة لو كانت بهذا المعنى. فدار الأمر بين الاحتمالين الأولين، ويتعين الأول بقرينه من ظاهر العبارة، وظهور لفظ (الضمان) في الدفع للعوض، لا مجرد كون ذلك تالفا من ماله، وهو لا يكون إلا في المعاوضات. واستدلالاتهم أيضا تنبئ عن المعنى الأول، فلا بد من الرجوع [إليه] (2). قيل: ينبغي تقييد هذه القاعدة بامور: منها: أن الضمان في الفاسد مشروط بالقبض، بخلاف الصحيح. وفيه: أن القاعدة مسوقة لبيان أصل الضمان، ولا دلالة فيها على شرائطه وكيفيةاته حتى تقييد، مضافا إلى عدم الفرق بين ما قبل القبض وما بعده، فإن الضمان قبل القبض على المالك الأول سواء كان في صحيح أو فاسد، وبعد القبض على القابض سواء كان في صحيح أو فاسد، فهذا الكلام ناشئ عن عدم التأمل. وإن بنيت على أن ما تحقق قبل القبض من التلف لا يسمى ضمانا، ففي الصحيح

والفاسد كذلك، فيكون داخلا تحت قولنا: لا يضمن بفاسده كما لا يضمن بصحيحه. ومنها: أن المعاوضة بين الناقص كالمجنون والصغير وبين الكامل غير موجبة للضمان على الناقص مع أنه فاسد، ولو كان صحيحا لكان هنا ضمان. والوجه ما يأتي في مسقطات الضمان أن الأقدام مسقط له، والظاهر أن المراد بيان النوع، لا خصوصيات الأفراد حتى يحتاج إلى التقييد، مضافا إلى أن كلامهم لو حمل على عمومهم أيضا يكون معناه: ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لو كان على ذلك الفرض صحيحا، بمعنى عدم تغير الموضوع، وهنا لا يمكن فيه على هذا الفرض الصحة. أو نقول: إن قولهم في عكس القضية أعم من كون السالبة بانتفاء الموضوع أو المحمول، وهنا نقول: هذا شيء لا ضمان في صحيحه لأنه لا صحيح له، فلا ضمان في فاسده من هذه الجهة وإن كان في طرف الكامل فيه الضمان. ومنها: إخراج نصف المهر الذي يضمن قبل الدخول في العقد الصحيح، فإنه لا يضمن في العقد الفاسد، فلا يصدق قولهم: كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. ومنها: إخراج عقد المكاتب، فإنه يضمن بصحيحها ولا يضمن بفاسدها، فلا وجه للتعميم .

[العنوان الثالث والستون] [في بيان سائر أسباب الضمان]

عنوان [63] في سائر أسباب الضمان، وهي أمور: أحدها: الضمان الحاصل بأصل الشرع على المكلفين، بمعنى التكاليف المالية، سواء كانت مشروطة بقصد القرية أم لا. ومن هذا الباب: زكاة الأبدان، وزكاة الأموال شرائطها المقررة في الشرع والاحتماس، وما يلتزمه الإنسان بنذر أو عهد أو يمين، وما يغرمه بسبب الامور الصادرة عنه من الكفارات المالية على انتشار أفرادها، ككفارة الحج وكفارات، الصوم والوطئ والقتل والظهار والأبلاء وغير ذلك، ومن هذا الباب نفقات الأولاد والاباء والأزواج، والمماليك في وجه، وضمان العاقلة للدية ونحو ذلك، فإن هذه ضمانات حاصلة بكتاب الشرع ابتداء، أو بعد عروض سبب من المكلف نفسه. وثانيها: الضمان الحاصل بأحد أسباب المعاوضة إذا جعلت في الذمة من بيع أو صلح أو إجارة أو جعالة أو قرض أو مسابقة أو نكاح أو نحو ذلك من العقود، فإنها تصير سببا لاشتغال الذمة بمقتضاها على حسب ما جعل في ضمن العقد، وذلك واضح. وثالثها: الضمان الحاصل بنفس عقد الضمان - أي التعهد - وهو أقسام ثلاثة .

الأول: ضمان المال الثابت في ذمة الغير، وهو الذي عقدوا عليه في الفقه بابا وذكروا له شرائط وأحكاما معينة، ومن الشرائط المعتبرة فيه: كون ذمة المضمون عنه مشغولة عند الضمان، لأن حقيقته عبارة عن انتقال المال من ذمة إلى ذمة، وهو فرع الوجود في الذمة الاولى، ولذلك ذكروا: أن ضمان مال الجعالة قبل تمام الأجل والدية على العاقلة قبل حلول النجم ونحو ذلك غير صحيح، وذلك واضح. الثاني: التعهد بالمال بواسطة التعهد بالنفس كما في الكفالة، فإن العقد ابتداء إنما هو على التعهد ببدن المكفول، ولكنه يلزمه تعهد المال لو لم يسلم المكفول - كما ذكره في باب الكفالة - وهذا الضمان أيضا ضمان مال بواسطة التعهد بالنفس. وإن شئت قلت: رجوع المكفول له على الكفيل بالمال داخل في ضمان الأتلاف، نظرا إلى أن الكفيل بكفالته وتخليته سبيل المكفول قد أُلِفَ مال المكفول له، فإن سلم المكفول فيأخذ ماله منه، وإن لم يسلم يرجع على المتلف، فيصير تحت قاعدة الأتلاف. الثالث: التعهد بأمر خارج عنهما، وهو الذي يعبرون عنه بـ (ضمان ما لم يجب) وهو غير جائز، بمعنى لا يلزم

بشيء، ولضمان ما لم يجب صور: منها: أن يقول لواحد: إن فلانا إذا جنى شيئا أو غصب مالا أو أتلف أو نحو ذلك فأنا ضامن له، مع أنه لم يفعل شيئا من ذلك في هذا الوقت، فيعلق (1) (الضمان على الحصول، ويكون معناه: كل غرامة تتعلق بذمة فلان فأنا ضامن لها. وهذا الضمان لا كلام في بطلانه، للأصل وظاهر الأجماع، وعدم وجود دليل دال على صحته. ومن هذا الباب ما ذكره في الفقه: من عدم صحة ضمان عهدة الثمن لو انفسخ البيع، وضمان درك ما يحدثه [المشتري] (2) من بناء أو غرس لو ظهرت العين المباعة مستحقة للغير، وضمان عهدة الأرض لو ظهر المال معيبا، فإن ذلك كله ضمان لشيء لم يثبت في ذمة المضمون عنه عند الضمان. ونحوه ضمان مال الجعالة، وعوض السبق والرماية، ودية أرش الجناية قبل

(1) في (ن، د): فيعلق. (2) من (م).

[470]

استقرارها، وكذلك ضمان الأجنبي عوض الخلع، سواء كان بإذن الزوجة أو بالتبرع قبل وقوع الخلع الموجب لاشتغال ذمة الزوجة. ومنها: أن يقول لواحد: يدفع مالك إلى فلان وعلي ضمانه، أو أتلفه، أو اعمل لفلان العمل الفلاني وعلي ضمانه، ونحو ذلك، وبعبارة أخرى: يأمر غيره بدفع أو إتلاف أو عمل لا يعود عليه شيء من ذلك، وقد ورد من هذا القسم في الخبر في قول أحد الجالسين في السفينة لآخر: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه - حيث يكون المقام مقام خوف من الغرق على النفوس - أن القائل يضمن. وأفتى بمضمونه الأصحاب (1) وجعلوه خارجا عن الباب بالنص. ولا ريب أن الأمر بعمل له اجرة عادة لغيره مع التصريح بأن علي ضمانه أيضا يصير داخلا تحت الجعالة ويلزمه الضمان، لأنها من عقود المعاوضة، ولا يشترط كون الجاعل هو المالك كما ذكره في محله. فيبقى الكلام في صورة الأمر إلى الدفع إلى الغير، أو الأتلاف في غير الصورة المنصوصة. وظاهر كلامهم عدم تحقق الضمان بذلك، لأن الدافع أو المتلف قد أقدم على إتلاف ماله، ولم يكن هناك ذمة مشغولة حتى يضمن عنها، ومجرد قول (2): (علي ضمانه) لا يثبت الضمان، إذ لم يرق دليل على سببته، والوفاء بمطلق الوعد غير لازم. ولا يقال: لم لا يكون العوض في مقابل الدفع والأتلاف؟ فيكون كالجعالة بل داخلا فيها. لأننا نقول أولا: إن المقصود ضمان المال المدفوع أو المتلف، ولو كان جعالة

(1) لم نقف في المسألة على خبر، وما وقفنا عليه من فتوى الأصحاب هو ما حكاه العلامة في التحرير عن الشيخ بقوله: وقد نص الشيخ على لزوم من قال: (ألق متاعك في البحر وعلي ضمان قيمته) ويكون ذلك بدل ماله، ويكون غرضه التخفيف من السفينة وتخليص النفوس (التحرير 1: 221) لكننا لم نعثر عليه في كتب الشيخ، ويظهر من العبارة عدم ورود خبر في هذه. (2) في غير (م): حتى اضمن عنها ومجرد قول: وعلي ...

[471]

لكان الضمان للعمل، وهو الدفع والأتلاف، وليس البحث فيه. وثانيا: إن الجعالة لا تكون إلا لعمل مقصود محلل، ولا غرض صحيح يتعلق بإتلاف الغير ماله أو دفعه إلى غير القابل، ولو فرض تعلق غرض بذلك فلا مانع من كونه جعالة، لكن الضمان يرجع إلى اجرة المثل لهذا العمل، لا إلى المال المتلف، فتدبر. ولا يمكن التمسك في ضمانه بالغرور، بتقريب: أن القائل قد غره بالتزامه بالعوض، لأن الغرور إنما يكون في الموضوع، وهنا قد اغتر الدافع لنفسه مع عدم كونه في الشرع كذلك، لتقصيره في تعلم الحكم، مع أنه غير آت في صورة علم الدافع أو المتلف أيضا بأنه شرعا غير مضمون على القائل، والبحث أعم من صورة العلم والجهل. وأما ضمان المدفوع إليه وإن كان يقتضيه قاعدة (اليد) لكنه ساقط بالأقدام، كما يأتي في بحثه إن شاء الله. ومنها: أن يأمر بالدفع أو الأتلاف فيما يعود إلى القائل - كأمره بأداء دينه، أو إعطاء نفقة زوجته أو دابته، أو تعمير داره، أو نحو ذلك - مع تصريحه بأن الضمان عليه. وقد نص

الأصحاب في الدين والضمان بأن الأذن في الضمان وأداء الدين يوجب الرجوع على الأذن وإن لم يصرح بأنه يدفعه ويضمنه. والظاهر أن في هذه المقامات كلها يضمن، نظرا إلى قاعدة (اليد) فإن كل مال صرف في مصارفه بإذنه فقد دخل في يده، وقد أقدم الباذل إلى العوض، كما أن المبدول إليه أيضا قد أقدم على ضمانه، فدخل تحت يده من دون تبرع، فمقتضي القاعدة الضمان، وهذه الأمور في الحقيقة ترجع إلى أمرين: أحدهما كون الدافع أو المتلف وكلاهما عن القائل في الاقتراض، ووكيلا (1) عنه في الصرف إلى مصارفه، فيصير بمنزلة عقدين، فتدبر. وهنا أبحاث لا حاجة إلى ذكرها. وهنا صورة وهي ما لو أمر غيره بدفع أو باتلاف أو بعمل في أي الأقسام السابقة كان من دون تصريح بالضمان على نفسه فهل يحكم بذلك على الضمان أم لا؟ ولا بحث في أنه في الصورة التي لو صرح بالضمان لم يكن ضامنا، ففي ما لو

(1) كذا، والمناسب للسياق: وثانيهما كونه وكيلا .

[472]

لم يكن مصرحا (1) بالضمان لا يضمن بالاولوية. وأما لو كان صورة لو صرح بالضمان كان ضامنا، فهل بمجرد الأمر يضمن؟ وجهان: من (2) احترام مال المسلم وعمله، ومن أصالة البراءة مع عدم التزامه بالضمان. والحق: أنه إن كان هناك قرينة من عادة أو غيرها دالة على الضمان فيثبت مع عدم قصد الدافع أو العامل التبرع. وأما لو لم يكن هناك ما يقتضي ذلك فلا ضمان وإن قصد الدافع الضمان، لأصالة البراءة، فتدبر، فإن المقام مما ينبغي أن ييسط فيه الكلام، ولكن الاستعجال قد ضيق علينا المجال .

(1) في (ف، م): ففي ما لو لم يصرح. (2) في غير (م) بدل (من): منشأه .

[473]

[مسقطات الضمان] [العنوان الرابع والستون] [قاعدة الاحسان]

[474]

عنوان [64] من جملة المسقطات للضمان: قاعدة الأحسان. والأصل فيها: قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل (1) بتقريب (2): أن (السبيل) نكرة واقعة في سياق النفي فيفيد العموم، وكلمة (على) دالة على الضرر، والجمع المحلي باللام مفيد للعموم الاستغراقي، فيكون المعنى: أن كل سبيل يوجب ضررا على فرد من أفراد المحسنين فهو منفي. ولا يتخيل: أن هذا يقتضي نفي العموم، لا عموم النفي، بتقريب: أن (السبيل) عام و (المحسنين) عام، فالأبحاث يقتضي ثبوت كل سبيل على فرض عمومته على كل محسن، والنفي يفيد عدم كونه كذلك، ولا يلزم من ذلك انتفاء كل سبيل عن كل محسن، نظرا إلى [أن] (3) المتبادر من الآية نفي جميع أفراد السبيل عن جميع أفراد المحسنين، وليس هذا من باب: ليس كل حيوان إنسانا. فإن قلت: إذا كان المحسنون بمعنى: كل محسن، فيصير التقدير: لا سبيل على كل محسن، وهو لا ينافي ثبوت السبيل على بعضه. قلت: ليس كل ما هو في تقدير شئ يفيد فائدته، فإن الفهم يتفاوت بذلك،

(1) التوبة: 91. (2) في (ف، م): بتقرير. (3) من (م).

والذي يفيد هذه الفائدة المستفادة من الآية قولك: ليس على فرد من أفراد المحسنين سبيل حتى يتحقق العموم في (السبيل) وفي (المحسن) لا قولك: ليس على كل محسن سبيل. وبالجمله: لا بحث في كون الظاهر من الآية عموم السلب، ولو فرض عدم دلالة على الكلية لأمكن تتميم الاستدلال أيضا بأن تعليق الحكم على وصف الأحسان يشعر بأنه العلة في ذلك، بل الظاهر أنه العلة في المقام، فيطرد الحكم في كل محسن على ما نراه من حجية العلة المستنبطة من كلام الشارع وإن لم يكن بالتصريح (1) وإن خالف فيه بعضهم، مضافا إلى أن عدم وجود فرد معهود في البين وعدم الفائدة في ترتيب الحكم على فرد غير معلوم يعين الحكم على جميع الأفراد، أو على الطبيعة السارية فيها، وعلى التقديرين فهو مثبت للمطلوب. مع أن هذه الآية الكريمة قد سبقت مساق حكم العقل، فإنه قاض بعدم السبيل على المحسن، وقد أشار إلى هذا المعنى قوله تعالى: هل جزاء الأحسان إلا الأحسان (2) فإن ظاهره امتناع السبيل على ضرر المحسن، بل ينبغي أن يكون جزاء عمله الأحسان إليه، فلا يكون قابلا للاختصاص بفرد، دون آخر. فإذا دلت الآية على نفي السبيل عليه عموما، فدل (3) على عدم الضمان والغرامة عليه، لأنه في قوة الكبرى الكلية، بأن نقول: ثبوت الضمان على المحسن سبيل عليه، والسبيل عليه منفي في الشرع كلية، فينتج: أن الضمان منفي عن (4) المحسن. ولا يمكن أن يقال: لعل المراد: سبيل الآخرة لا الدنيا، أو سبيل الاحتجاج والألزام. لأننا نقول: ظاهر الآية عام لا وجه لتخصيصه، مع أن فتح باب الضمان فتح لباب الألزام والاحتجاج جزما، والآية نافية للجميع .

(1) ما أفاده قدس سره بظاهرة لا يلائم ما عليه الأصحاب، انظر المعالم: 226، والوافية: 237، ومفاتيح الأصول: 672. (2) الرحمن: 60. (3) أي: نفي السبيل (4) كذا في (د)، وفي سائر النسخ: على .

لا يقال: إن غاية ما يستفاد من الآية: عدم جعل سبيل على المحسنين من جانب الشرع ابتداء، وأما لو فتح المحسن السبيل على نفسه بإتلاف أو وضع يد أو نحو ذلك فأي مانع من الضمان؟ نظير ما مر ذكره في نفي سبيل الكافر على المسلم. لأننا نقول: فرق بين المقامين، فإن الآية هناك قد دلت على أن الله لم يجعل سبيلا لكافر على مسلم، وهنا قد دلت على عدم السبيل من أصله، فالمحسن لا سبيل عليه مطلقا. ولا يمكن حمل الآية على الأخبار، لبعده عن طريقة الشرع، واستلزامه الكذب في غالب الموارد، بل الظاهر منها إرادة إنشاء الحكم الوضعي، وهو عدم ثبوت الغرامة والضمان عليه، وهو المدعى. ولما كان نفي السبيل معلقا على وصف الأحسان، فالمستفاد منه عدم ثبوت السبيل في محل الأحسان ومن حيثيته، بخلاف الحيثيات الأخرى، فيكون المراد: أن في محل الأحسان لا ضمان على المحسن، وإن كان الضمان عليه من جهات أخرى، ولا بد من البحث في تنقيح معنى (الأحسان) حيث إنه المدار في ذلك. فنقول: هل الأحسان أعم من جلب المنفعة ودفع المضرّة، أو يختص بالاولى دون الثانية، أو بالعكس؟ لا شبهة في أن إيصال نفع إلى غير يسمى إحسانا للتبادر وعدم صحة السلب ونص أهل اللسان. وأما دفع المضرّة فالظاهر فيه أيضا ذلك وإن كان لفظ (الأحسان) يؤمّي إلى نوع من الأيجاد ومنع المضرّة ليس فيه ذلك، ولكن الظاهر أنه لا يصح سلبه، والقدر المشترك متبادر منه. فلو قلنا بالأعم يلزم (1) عدم الضمان فيمن أثبت يدا على مال غيره لدفع مضرّة عنه، أو جلب نفع إليه، كأخذ المال من يد السارق، أو المنقذ من الغرق، أو المخلص من الحرق، وأخذ المال للاسترباح أو الاستئجار - ونحو ذلك - حتى

(1) في غير (م): فيلزم .

يحصل النفع للمالك، أو نقل متاعه إلى مكان آخر لبيع بالثمن الأوفى، أو آخذ الدواب إلى المرعى، ونحو ذلك. وإن قلنا بالاختصاص فيختص بأحد القسمين دون الآخر. ويخطر بالبال أن الشيخ الوحيد الاستاذ في أثناء الدرس صرح في أثناء الكلام، أن (قاعدة الأحسان) تختص بصورة دفع المصرة ولا تشمل صورة جلب المنفعة. وهذا لا ينطبق على قاعدة اللفظ، نظرا إلى أن لفظ (الأحسان) يصدق على إيصال النفع أوضح من صدقه على دفع المصرة، فلا وجه للتخصيص بالثاني، ولا أقل من التساوي. والظاهر أنه ليس ذلك من جهة عدم شمول اللفظ، بل من جهة (1) (استقراء الموارد، فإن المواضع التي ذكرناها للأحسان بمعنى جلب النفع كلها محل نظر في ارتفاع الضمان، بل الظاهر أن الفتوى فيها بالضمان - كما لا يخفى - فإنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا بد إما من ذكر دليل يخص قاعدة الأحسان، والظاهر أنه منتف، إذ لم نجد دليلا واردا على قاعدة الأحسان، بل الظاهر أنه كالدليل العقلي غير قابل للتخصيص. وإما من دعوى: أنه غير داخل في الأحسان بالمرة، وهي مشكلة (2) إذ دعوى: أن جلب المنفعة غير داخل في الأحسان دونها خرط القتاد! ويمكن أن يقال: إن كون وضع اليد على مال الغير إحسانا إنما يكون إحسانا في صورة دفع المصرة، وأما في صورة جلب المنفعة فليس إثبات اليد جلب نفع، بل إيصال النفع إنما هو بشئ آخر، فيتعلق الضمان بإثبات اليد، ولا ينفع بعد ذلك الأحسان المتأخر، وفيه نظر. وهل الأحسان يدور مدار القصد أو الواقع أو هما معا؟ فلو زعم أن سقي الدابة دفع للضرر عنه وصادف كونه في الواقع كذلك صار إحسانا قطعاً، وأما لو لم يكن ذلك في الواقع دفع ضرر فهل يكون ذلك إحسانا أم لا؟ وجهان .

(1) في (ن، د) زيادة: عدم. (2) في غير (م): وهو مشكل .

والظاهر أن مصادفة الواقع شرط، ومجرد الاعتقاد بأنه إحسان غير كاف، بل لا بد من كونه في الواقع دافعا للضرر، لأنه المتبادر من لفظ (الأحسان). ولو زعم أنه ليس دفع ضرر واتفق أنه في الواقع في ذلك الوقت كذلك فهل يسمى ذلك إحسانا أم لا؟ فيه وجهان. والذي يقتضيه النظر: اعتبار القصد أيضا في صدق لفظ (الأحسان) ومجرد كونه في الواقع دفع ضرر لا يكفي في صدق اللفظ كما يقضي به العرف، فمتى ما كان قصده الأحسان واتفق أنه صادف الواقع وكان في (1) دفع مصرة فهو داخل في الآية موجب لعدم الضمان، وفي جلب المنفعة يجئ الكلام السابق. والظاهر أن بعد تحقق موضوع الأحسان لا يفترق الحال بين إمكان إعلام المالك وعدمه، فلا يضمن من أثبت اليد لدفع المصرة وإن أمكن إعلام المالك، فتبصر. ثم بعد تحقق الأحسان إن اتفق التلف بفعل المحسن - بمعنى عدم مصادفة فعله المصلحة الواقعية - فيجئ الضمان من جهة الكشف عن عدم الأحسان. وإن اتفق التلف بأفة سماوية أو بإتلاف سبب آخر فلا ضمان على المحسن وإن كان بيده، ما لم يقصر في الدفع أو الأيصال إلى صاحبه، أو إعلامه بالأخذ، فتدبر. وهنا إشكال، وهو: أنهم ذكروا في باب اللقطة ونحوها من سائر الامانات الشرعية - كالدين المجهول صاحبه، والقراضة في دكان الصائغ مع جهل أربابها (2) ونحو ذلك من الصنائع -: أن صاحب اليد يتصدق به عن المالك، وعللوا جوازه بأنه إحسان محض إلى المالك، ومع ذلك حكموا بأنه لو ظهر مالكة فهو ضامن، وهذا لا يجتمع مع كون الأحسان مسقطا للضمان. والدفع: أن حكمهم بالضمان هناك من جهة كون التصديق إحسانا بشرط الضمان - بمعنى: أن تحقق الأحسان هناك معلق على الضمان - لأنه إن ظهر صاحبه فهو ضامن يعطيه، وإن لم يظهر فقد وصل إليه الصدقة، فبالمجموع المركب

(1) في هامش (م): فيه - ل. (2) في غير (م): أربابه .

صار هذا إحسانا، وأما بدون الضمان فلا إحسان، إذ لا يمكن أخذ مال الناس والتصدق به عنهم لأنه إحسان إليهم، لأن الأحسان أمر عرفي وهو غير صادق في المقام. نعم، لو كان مع الضمان مع عدم إمكان الوصول إلى المالك فلا شبهة في أنه إحسان. والظاهر من تتبع كلمات الأصحاب أيضا إجماعهم على أن المحسن لا يضمن - كما هو مدلول الآية (1) - وقد أشرنا أن العقل أيضا يدل على ذلك. ويندرج تحت هذه القاعدة: ارتفاع الضمان عن حاكم الشرع، وعن عدول المؤمنين، وعن سائر الأولياء والامناء، لأنهم محسنون، مع قطع النظر عن الأذن لهم في ذلك .

(1) قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل التوبة: 91 .

[481]

[العنوان الخامس والستون] [قاعدة عدم ضمان الأمين]

[482]

عنوان [65] من جملة أسباب إسقاط الضمان: قاعدة الاستئمان. فإن الأمين ليس بضامن لما تلف في يده ما دام باقيا على أمانته، خاليا من (1) التعدي والتفريط، ومن هذا الباب: عدم ضمان الودعي ومن عليه الحق إذا امتنع صاحبه من قبضه ولم يمكن الوصول إلى الحاكم، وعدم ضمان الدلال، والمرتهن، والشريك، وعامل المضاربة، والمستعير، وعامل المزارعة والمساقاة، والمستأجر القابض للعين المستأجرة، والوكيل لما في يده من مال الموكل، والملتقط لما التقطه مع الشرائط. والأمانة قسمان: مالكي وشرعي، والأمانة المالكية عبارة عما كان بإذن المالك وتسليطه في إثبات اليد عليه، والشرعي ما كان ذلك بإذن من الشارع (2) (في إثبات اليد عليه بدون اطلاع المالك، كالالتقاط، ويد الأولياء على أموال المولى عليهم - من حاكم أو وصي أو أب أوجد أو أمين لأحدهم - فإنه استئمان من الشرع، ويد المالك على الزكاة والخمس ما لم يتعد أو لم يفرط في الأداء، واليد على مجهول المالك، ومثل الثوب الذي أطارته الرياح والمال المأخوذ من يد سارق أو غاصب بدون اطلاع المالك .

(1) في (م، د): عن. (2) في (ن، د): بإذن الشارع .

[483]

والظاهر من كلام الفقهاء، أن الضابط في الاستئمان: وجود الأذن من الشارع أو المالك في وضع اليد أو التصرف، فإن كل مقام تحقق فيه ذلك فهو داخل في باب الامانات غير مستعقب للضمان، وهذا مشكل من جهات: منها: أنهم حكموا بضمان المقبوض بالسوم على قاعدة (على اليد ما أخذت) مع أنه مقبوض بإذن المالك . ومنها: أنهم ذكروا: أن المال المقبوض بالعقد الفاسد مضمون - كما ذكرناه سابقا - مع أنه مقبوض بإذن مالكه. ومنها: أن المال التالف قبل الأقباض في عقود المعاوضات مضمون على صاحب اليد وإن كان باقيا في يده بإذن المالك. ومنها: أن الغاصب إذا أذن له المالك في البقاء في يده ولم يصرح بأنه وكيل في القبض من جانبه بقي مضمونا عليه، ومجرد الأذن في البقاء لا يرفع الضمان وإن رفع إثم (1) الغصب والعدوان. ومنها: أن في باب مجهول المالك صاحب اليد مأذون في الصدقة، مع أنه ضامن. وبالجمله: دعوى: أن كل إذن من المالك أو الشارع والتصرف موجب لعدم الضمان لا وجه لها (2). ومنها: أن أكل المال في المخمصة مأذون في الأخذ، مع أنه ضامن. ومنها: أن [كلا من (3) الصائغ والطبيب ونحو ذلك مأذون في التصرف في المال، مع أنه ضامن لما تلف في يده عندهم. ونحوه الملاح والمكاري والأجير وغير ذلك، فمجرد كون الأذن

مسقطاً للضمان كما ترى! والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن الاستئمان عبارة عن إذن المالك أو الشارع

(1) في "م" اسم. (2) والاولى جعل هذه الفقرة بعد استيفاء الاشكالات. (3) (من م).

[484]

في قبض المال أو التصرف فيه لمصلحة المالك، لا لمصلحة القابض نفسه، ولا للمركب منهما، بل المعتبر هو كون [هذا] (1) القبض للمالك، إما لدفع ضرر عنه، أو حصول نفع له، مع كونه مأذوناً من المالك أو من الشرع، فهو أخص من الأذن مطلقاً، وليس كل مأذون أميناً كما أوضحناه. فنقول: في مثل الأمثلة التي ذكرناها: من الودعي والمرتهن والمستأجر والوكيل ونحو ذلك - التي (2) حكم فيها الأصحاب بأنهم أمناء لا يضمنون إلا بالتعدي أو التفريط - ليس القبض إلا لمصلحة المالك، ومن جهة ذلك سمي أميناً (3). وأما فيما ذكرناه أخيراً من الأمثلة فليس كذلك، ويحتاج تنقيح البحث في هذا المقام إلى بسط في الكلام. فنقول: إن الصانع والطبيب والأجير ونحو ذلك إنما يقبض المال لمصلحة نفسه وهي طلب الأجرة، والمالك إنما يدفعه إياه طلباً للأصلاح دون الأفساد، فليس للأمانة الصرفة، وكذلك من تصرف في مجهول المالك فحفظه لمصلحة المالك ولكن الصدقة أو التملك من دون الضمان لا مصلحة فيه للمالك، ومثله القابض بالسوم فإنه وإن كان فيه رخصة للمالك، لكن عمدة القبض إنما هي لملاحظة مصلحة نفسه حتى يسلم عن الغبن والخطأ. والمال المقبوض بالعقد الفاسد لا شبهة في كونه لمصلحة القابض، لأنه بإزاء العوض الفائن منه، وكذلك ما بقي في يد المالك قبل الأقباض، فإنه لانتظار الأقباض من الجانب الآخر أو لمصلحة غيره، ولذلك لو وكله المالك في قبضه فصار أميناً للمالك لا يضمن. وأوضح من ذلك إذن المالك للغاصب في البقاء، فإنه لرفع الضيق والمعصية والفورية عن الغاصب، لا لمصلحة المالك. نعم، لو وكله في القبض من جانبه كان كذلك وارتفع الضمان. وبالجمله: الاستئمان عبارة عن كون هذا الأذن والأقباض لمصلحة المالك، وأنت إذا تأملت في مقامات الأمانة وجدت كلها كذلك، فعدم ضمان الأمين ليس

(1) لم يرد في (ن، د). (2) في غير (م): الذي. (3) كذا في اصول النسخ، والصواب: سموا امناء، كما في نسخة (م).

[485]

من جهة الأذن، إذ هو أعم من ذلك - كما سيأتي تنقيحه إن شاء الله تعالى بعد ذلك - فالأمانة مسألة والأذن مسألة أخرى، ويختلف الكلام بالحيثيات. نعم، يعتبر الأذن في معنى الأمانة، إما من جانب المالك، أو من جانب الشرع، هكذا ينبغي أن يحقق المقام. وإذا عرفت موضوع الاستئمان، فنقول: الوجه في عدم ضمان الأمين أمور: أحدها: الخبر المعروف من أنه (ليس علي الأمين إلا اليمين) (1) (فإنه ناف لسائر الضمانات بعموم المستثنى منه المقدر، فأخذ الغرامة منه لما تلف بيده منافع لمدلول الخبر. وثانيها: إجماع الأصحاب قديماً وحديثاً على ذلك، فإنهم يتمسكون في الموارد التي أشرنا إليها وغيرها في عدم الضمان بأنه أمين من دون نكير على ذلك، فيعلم من ذلك إطباقهم على أن الأمين ليس عليه ضمان، وهو الحجة. وثالثها: الاجماع المحكية على ذلك حد الاستفاضة، بل التواتر - على اختلاف الموارد والمقامات -، ورابعها: أن الأمين بعد كونه قابضاً للمال لمصلحة المالك فقط - على ما بيناه من معنى الاستئمان - يكون داخلاً في جملة المحسنين، وقد مر أن الأحسان يسقط الضمان في العنوان السابق بنص الكتاب (2) وإجماع الكتاب (3). وخامسها: أن ضمان الامناء يوجب انسداد باب الاستئمان، فيلزم من ذلك العسر والجرع العظيم المنفيان بالاية والرواية (4) لاحتياج الناس إلى تقابض الأموال لمصلحة الملاك، فلو كان هذا مضموناً عليهم لامتنعوا عن القبض حذراً من الضرر، ويلزمه التعطيل الموجب للجرع .

(1) لم ننف على مأخذ. (2) وهو قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل التوبة (3). 91. جمع (الكاتب) بمعنى (العالم)، وقد أسقط مصحح (م) هذه العبارة. (4) (راجع ج 1، العنوان: 9، ص: 282 - 283 .

[486]

وسادسها: أن الضمان على الامناء يوجب الأضرار عليهم بلا سبب في ذلك، مع أنه منفي في الشرع. اللهم إلا أن يقال: إنه بقبضه ذلك قد أقدم على ضرر نفسه، فهو قد تضرر بفعل نفسه، لا بإضرار الغير. وهذا لا يتم فيما كان مكلفاً بوضع اليد من قبل الشارع، فتأمل. وسابعها: أن الأذن على هذا النحو - بمعنى كونه لمصلحة المالك - من المالك أو من الشارع يدل على كون (1) الضمان على القابض لو تلف فيكون كالأذن الذي صرح فيه بعدم الضمان، إذا القرينة تقوم مقام التصريح، وسيأتي أن الأذن الذي دل معه الدليل على عدم الضمان مسقط له، وفيما نحن فيه كذلك. ولا يخفى: أن الاستئمان رافع لضمان اليد، أما لو أتلفه فهو ضامن، وكذا لو تعدى أو فرط، أما لو تلف بيده من دون بنائه على الأتلاف أو أتلفه أجنبي فلا ضمان عليه، وذلك واضح .

(1) كذا، والصواب: عدم كون الضمان .

[487]

[العنوان السادس والستون] [قاعدة الأقدام]

[488]

عنوان [66] من جملة المسقطات للضمان: هو الأقدام، بمعنى: أن المالك إذا أقدم على إسقاط احترام ماله وبنى على عدم العوضيّة سقط ضمانه. ومنشأ كونه مسقطاً للضمان: أن السبب للضمان إنما هو احترام ماله وهو قد أسقطه بنفسه. وما دل من الخبر على أنه لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه (1) فإذا أقدم على عدم الضمان فقد طابت نفسه في تصرف الغير به بلا عوض، فلا وجه للضمان. وما دل من الروايات الكثيرة على جواز الأباحة والعطية والتبرع بالأعمال والأموال من دون غرامة على المتبرع إليه، ولا فارق بين ما ورد فيه النص وغيره. وما ورد في أدلة الضرر والضرار من أمر النبي صلى الله عليه وآله بقلع النخلة (2) من دون ضمان، نظراً إلى أن صاحبه أسقط احترامه وأقدم على ضرر نفسه. ومن ذلك يظهر: أن الضمان إنما هو لرفع ضرر المالك المنفي في الشرع، فإذا أقدم المالك على ضرر نفسه بنفسه فلا وجه للضمان، مضافاً إلى ما يظهر من إجماع الأصحاب على ذلك، حيث يستدلون في نفي الضمان بأن المالك قد أقدم عليه [في مواضع عديدة] (3):

(1) عوالي اللالي 1: 222، ج 98. (2) الوسائل 17: 340، الباب 12 من أبواب إحياء الموات، ج 1. (3) من (م).

[489]

منها: في مسألة عدم جواز رجوع المشتري من البائع الفضولي بتمنه مع علمه بالفضولية في صورة التلف، فإنهم نقلوا الإجماع فيه على عدم تضمين الفضولي، وعللوه بأن المشتري قد أقدم على ذلك. ومنها: في إقدام المشتري مع

العلم بإباق العبد ونحو ذلك من سائر العيوب، فإنه لا ضمان على البائع، لأن المشتري أسقطه بإقدامه. ومنها: في صورة معاوضة الكامل مع الناقص - كالمجنون والصغير - فإن دافع ماله للناقص قد أقدم على إتلاف ماله، فلا ضمان على القابض، ولا يختص بالمعاوضة، بل لو أودع عنده أو أعاره أو نحو ذلك، وإن كان هناك يجتمع سببان لعدم الضمان. ومنها: في صورة ما رجع المعير عن الأعاره في أرض لدفن أو بناء عليه أو غرس أو نحو ذلك، فإنه لا ضمان على المعير في هذه الغرامات، لأن من بنى أمره على شيء مستعار قد أقدم على إتلاف ماله وضرر نفسه. ولا يصدق هنا الغرور، لأن الغرور إنما يتحقق في الموضوعات، والمستعير قد اغتر بتقصيره في تعلم الحكم الشرعي، وقد أقدم على تضرر نفسه، وفي المسألة خلاف معروف. ومنها: في ارتداد الزوجة قبل الدخول، فإنه إقدام على إبطال مهرها واسقاطه. ومنها: إسلامها، فإنه أيضا إقدام منها على سقوط مهرها مع عدم بقاء علقه النكاح بإسلام الزوج قبل انقضاء العدة. ومنها: في نشوز الزوجة، فإنه إقدام على إسقاط نفقتها ولا احترام حينئذ لها. ومنها: إسلام الذمي المقرض للخمر لمثله، فإنه إقدام على سقوط قرضه، وليس كذلك في الخنزير. ومنها: تلف مال الغاصب بدفع المغصوب إلى مالكة من اجرة أو تخريب بنیان أو نحو ذلك، فإن ذلك قد أقدم عليه الغاصب بعمله (1) فإن الغصب التزام بذلك كله شرعا .

(1) في (ن، د): يعلمه .

[490]

ومنها: عدم ضمان مال الغاصب المصروف في المغصوب - كالنفقة وغيرها - وإن زاد به المغصوب زيادة متصلة ووصل إلى يد المالك، لأقدامه على إتلاف مال نفسه. وكذا كل باع وعاد وظالم وسارق وغاصب - ونحو ذلك - بالنسبة إلى ما يترتب إلى أعمالهم من الغرامات وإتلافات النفوس والأطراف كلها إنما هو بإقدامهم على ذلك بأعمالهم الشنيعة، وإلا فدم المسلم وماله وعمله وعرضه محترم ما لم يسقط احترامه. ومن هذا الباب: عدم ضمان الأموال التي يعرض عنها صاحبها، فإن مسألة الأعراض معروفة عندهم يذكرونها في كتاب الصيد، والكلام في ذلك طويل يحتاج إلى عقد باب وتأسيس كتاب. وبالجملية: فهو أيضا داخل في الأقدام، فإن المالك بإعراضه قد أقدم على عدم العوض (1) وصار مباحا لكل من أخذ، وفي خروجه عن ملكه بذلك قولان معروفان. وأنت إذا تتبععت كلمة الأصحاب تطلع على موارد كثيرة لقاعدة الأقدام غير ما أشرنا إليها على الاستعجال. وبقي الكلام في قولهم: (ما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسده) وقد بينا المراد منه في بحث القبض بالعقد الفاسد، ووعدناك سابقا ذكر وجه عدم الضمان في هذا الباب. فنقول: العقد الذي لا يضمن بصحيحة: إن كان من الامانات - كالوديعة - فيمكن أن يقال: إن في فاسده أيضا كذلك، فإن القبض لمصلحة المالك، فيجئ فيه الوجه السابق في عدم الضمان، ولا فرق بين الصحيح والفاسد في ذلك. ولكن هذا الكلام لا يجري في الكل، فإن الهبة والوقف والسكنى والتحبيس والعارية والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوكالة - ونحو ذلك - لا يمكن أن

(1) في (ن، د): المعوض .

[491]

يقال: إن كل مقبوض بذلك إنما هو لمصلحة المالك صرفا وإن كان في بعضها كذلك. وكذلك يشكل القول بأن عدم ضمان المستأجر العين المستأجرة في العقد الفاسد أيضا من جهة أنه لمصلحة المالك، وإن كان له وجه أشرنا إليه (1). (وبالجملية: تتميم هذه القاعدة بقاعدة الأمانة مشكل إذ بينهما عموم من وجه، لعدم إمكان جعل الهبة أمانة. وإن قلنا: إن عدم الضمان إنما هو من جهة إذن المالك، فيرد عليه بحثان:

أحدهما ما أشرنا إليه سابقاً: أن مجرد الأذن لا يسقط الضمان كما نقحناه وبيناه. وثانيهما: أن الأذن قد تقيد حينئذ بصحة العقد - كما ذكرناه في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد - نظراً إلى أن الأذن حصل - مثلاً - في ضمن الهبة، فإذا فسدت فقد ارتفعت الخصوصية، ولازمه ارتفاع الكلي، إذ لا بقاء للمقيد بدون قيده. وبالجملية: الكلام في غير عقود المعاوضة كعقود العوض من هذه الجهة، فلا يمكن القول بأن الأذن هنا مطلق، وهناك مقيد. ومن ذلك يظهر الجواب لو قيل: إنه إذن في التلف بلا عوض فلا وجه للضمان، لأننا نقول: قد أذن على ذلك التقدير - أي تقدير الصحة - ولم يعلم الأذن على تقدير الفساد. فإن قلت: مع العلم بالفساد فلا بحث في عدم الضمان، لأنه إذن على كل حال. قلت: هنا أيضاً يجرى ما سبق من الكلام في عقود المعاوضة، فإنه يمكن أن يقال بتقيد (2) (الأذن بكون ذلك - مثلاً - هبة أو وقفاً وإن علم بفساده (3)). لكن لا مانع من قصده ذلك تشريعاً كما في العبادات، فيكون الأذن على تقدير وقوع هذا المشرع، فلا يعم صورة عدم وقوعه، فتدبر جداً فإنه محل تأمل .

(1) لم نقف على موضع الإشارة، راجع العنوان: 62. (2) في (ن): بتقييد. (3) كذا في (ن، ف)، والمناسب: بفسادهما، لكن مصحح (م) أسقط (أو وقفاً) وأنت الضمير .

[492]

وإن قلنا: إن ذلك من باب قاعدة الأقدام لاشكل أيضاً بأن الأقدام إنما هو على فرض صحة العقد، وأما على فرض البطلان فلا. اللهم إلا أن يقال: إنه لا مدخل للصحة والبطلان، والمالك على كل حال بنى على أنه لو تلف في يد القابض لا ضمان عليه وليس له تسلط عليه ورضي بذلك، وهذا المقدار يكفي في سقوط الضمان. ويمكن أن يقال: إن العمدة في هذا الجزء من القاعدة - وهو (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) - إنما هو الأجماع وأن أمكن إدراجه تحت الأقدام أيضاً في وجه وتحت الأذن أيضاً في وجه آخر. وفي المقام أبحاث تركناها اشتغالا بالأهم، واعتماداً على فهم الفقيه النبيه المتدرب في فنه .

[493]

[العنوان السابع والستون] [قاعدة: الأسلام يجب ما قبله]

[494]

عنوان [67] من جملة المسقطات للضمان: قاعدة جب الأسلام ما قبله. والأصل في ذلك الخبر المعروف المشهور المتلقي بالقبول، المروي عند العامة والخاصة عن النبي صلى الله عليه وآله وهو قوله: (الأسلام يجب ما قبله) (1). وروى في البحار - في ذكر قضايا أمير المؤمنين عليه السلام - أنه جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال: إني طلق أمراًتي في الشرك تطليقة وفي الأسلام تطليقتين، فما ترى؟ فسكت عمر، فقال له الرجل: ما تقول؟ قال: كما أنت حتى يجرى علي بن أبي طالب! فجاء علي عليه السلام فقال: قص عليه قصتك، فقص عليه القصة، فقال علي عليه السلام: (هدم الأسلام ما كان قبله، هي عندك على واحدة) (2). إذا عرفت هذا فالكلام في هذا المقام يقع في مقامين: أحدهما: بالنسبة إلى كون الأسلام يجب ويهدم ما قبله بالنسبة إلى الضمانات التي هي محل البحث. وثانيهما: بالنسبة إلى هدمه سائر الأسباب الشرعية كما استفيد من خبر البحار. المقام الأول: بالنسبة إلى الضمان فنقول: قد عرفت مما ذكرناه في أسباب الضمان: أنه قد يكون باليد، وقد

(1) عوالي اللالي 2: 54، ح 145. (2) بحار الأنوار 40: 230، ذيل ح 9 .

يكون بالأتلاف، وقد يكون بالتعدي والتفريط وقد يكون بالتعهد بمال أو نفس، وقد يكون بخطاب شرعي، وقد يكون بغرور، وقد يكون بعقد، وقد يكون بقبض في العقد الفاسد، وقد يكون بتلف قبل القبض، وهذه الضمانات كلها تندرج تحت أقسام ثلاثة : أحدها: ما كان حقا لله من دون مدخلية حق مخلوق فيه، كالعبادات الصرفة و (1) بعض أفراد الماليات، كالعتق في كفارة ونحوه، ونذر الوقف مسجدا ونحوه، ونظائر ذلك، وإن كان في هذه الأمثلة نوع مناقشة. وثانيها: ما كان حقا للمخلوقين، كضمان الأتلاف والجنایات والديون ونحو ذلك. وثالثها: ما كان مركبا من الأمرين، كالزكوات والاحماس والنذور وأغلب الكفارات. وعلى التقادير الثلاثة: فإما أن يكون السبب الموجب لاشتغال الذمة في دين الإسلام موجبا لاشتغال الذمة في الكفر أيضا، بمعنى: أنه شئ يعلم الكفار من دينهم أنه مضمون عليهم سواء كانوا ذميين أو حربيين. أو ليس كذلك، بمعنى: أن معتقدهم في دينهم عدم الضمان، وإن كان في شرع الإسلام موجبا للضمان، فالأقسام ستة. إذا عرفت هذا فنقول: ظاهر الأصحاب: أن الحقوق المختصة بالمخلوقين سواء كانت بضمان يد أو إتلاف أو جناية - ونحو ذلك من الطرق - لا تسقط عن الكافر بإسلامه، وأما الحقوق الإلهية وإن كان لها تعلق بالمخلوقين أيضا فتسقط عنه بالإسلام. ولم نجد في كلامهم التفصيل بين ما كان في دينهم موجبا للضمان أم لا في المقامين. وبالجمله: فهذه القاعدة في كلامهم في غاية الأجمال، ولم يتعرضوا لها إلا في فروع خاصة في أبواب الفقه، وأغلبها في العبادات، فلا بد من تنقيح القول في ذلك

(1) في (ن) زيادة: في .

على حسب الدليل، فهنا أبحاث ستة: أحدها: في حقوق الله المختصة به مع عدم اعتقادهم به (1) في دينهم، والظاهر أن الإسلام يجبها مطلقا، للخبر ولظاهر الأجماع، فلا يجب عليه قضاء العبادات البدنية وأداء المالية التي تعلق بذمته من عتق ونحوه بحيث لا مدخل للمخلوقين فيه، وهذا القسم واضح الدخول تحت الخبر. وثانيها: حقوق الله أيضا مع اعتقادهم باشتغال الذمة بها في كفرهم، كما لو كان في دينهم أن قتل الخطأ يجب فيه عتق رقبة مثلا - ونحو ذلك - ثم أسلم، فهل الإسلام يجب ذلك أيضا أم لا؟ وجهان: من إطلاق الخبر، ومن جهة أن الظاهر من الخبر: أن الإسلام يجب ما قبله مما لو كان مسلما لاشتغل ذمته، وبعبارة أخرى: الظاهر: أن الإسلام يجب ما يلزم الإنسان من حيثية الإسلام، فإذا أسلم الكافر فالشئ الذي اشتغلت ذمته به على طريقة الإسلام من حيثية دين الإسلام يسقط عنه، لا ما اشتغل ذمته بسبب آخر. ويمكن الجواب: بأن المقام أيضا كذلك، فإن اشتغاله بعتق رقبة - مثلا - في المثال المذكور إن لوحظ على مقتضى دين الكفر فلا اشتغال في الواقع، لأن الدين منسوخ، أو باطل من أصله غير مجعول من الشارع، ومجرد الاعتقاد لا يوجب الضمان، فلا ضمان من جهة غير الإسلام. وإن لو حظ ضمانه من جهة الإسلام - لأنه مكلف بالفروع - فهو يسقط بالإسلام، للخبر. وثالثها: الحقوق المشتركة بين الله وبين المخلوقين - كالزكاة والخمس ونحو ذلك - مع عدم اعتقادهم به (2) في دينهم، والحكم في هذا الفرض الأول، وظاهر الخبر يشمل، لأن ثبوت ذلك كله من جهة دين الإسلام وكلام الأصحاب: إن الحقوق المخلوقية لا تسقط (3) لا يريدون به العبادات المالية، فإنهم صرحوا بسقوطها عن الكافر بالإسلام .

(1) و (2) كذا، والظاهر: بها. (3) في (ن، د): تسقط .

ورابعها: الحقوق المشتركة مع اعتقادهم به (1) كما لو كان معتقداً أن من نذر شيئاً لفقير يجب دفعه إليه ولم يدفع، ففي سقوطه الوجهان السابقان في القسم الثاني، ويحى في الأشكال الذي سبق ذكره، ويندفع بما قررناه هناك، فتدبر . وخامسها: حقوق المخلوقين الصرفة مع اعتقادهم به (2) في دينهم - كالديون وضمان المغصوب، ونحو ذلك - والظاهر من الأصحاب عدم السقوط، بل دخول هذا الفرض تحت قولهم بعدم سقوط حقوق المخلوقين متيقن. ولعل الوجه في ذلك: أن الرواية لا ينصرف إطلاقها إلى هذا الفرض، فإن المتبادر منه العبادات. وهو غير بعيد. مع احتمال ما ذكرناه من الوجه: من أن اشتغال الذمة بهذه الأسباب ليس من حيثية الأسلام، فإن مقتضى الأديان كلها ذلك، والظاهر من الخبر: أن الشئ الذي ثبت في دين الأسلام ولم يأت به الكافر - لأن الكفر مانع منه، أو موجب لعدم الاعتقاد به - فالأسلام يجب ذلك، لا أن كل ضمان في حالة الكفر يسقط بالأسلام وإن كان معتقداً ذلك ولم يكن الكفر مانعاً من أدائه. ولا يمكن أن يقال: إن هنا أيضاً يمكن أن يقال: إن دينهم إما منسوخ أو باطل من أصله، فهذه الضمانات ليست من جهة دينهم، بل من جهة دين الأسلام في الواقع، فينبغي أن تسقط. لأننا نقول: هذه الغرامات من جهة قضاء ضرورة العقل بها، وإلا لما استقام النظام، ولا دخل لحيثية الدين في ذلك، والشرع في هذه الأمور مقرر لما حكم به العقلاء وجرى به طريقتهم، والخبر يدل على سقوط ما كان للدين مدخلة في ذلك. ولا يرد هذا الاعتراض على ما ذكرناه في القسم الثاني والرابع من كون الدين الذي لهم منسوخاً فلا ثبوت ولا ضمان إلا في دين الأسلام، نظراً إلى أن الفرضين السابقين إنما هما من العبادات التي لا تتعقل إلا بملاحظة الدين وخطاب الشارع .

(1) و(2) كذا، والظاهر: بها .

[498]

بخلاف المقام، فإنه معاملة صرفة تقتضيه ضرورة العقل إبقاء للنظام، فعدم دخول ذلك تحت الخبر لا يقضي بعدم دخول ذنبك القسمين، فتدبر. وسادسها: حقوق المخلوقين مع عدم اعتقادهم به (1) في دينهم، كما لو لم يعتقدوا أن قتل العمد فيه القصاص، أو كون الدية على العاقلة - مثلاً - فأسلم أحد العقلاء بعد استقرار الدية في ذمته، فهل يسقط عنه ذلك في الأسلام أم لا؟ مقتضى عموم الخبر السقوط، وظاهر إطلاق الأصحاب (أن حق (2) المخلوق لا يسقط) عدم السقوط. ولا يحى هنا الوجه المتقدم في القسم الخامس: من عدم كون ذلك من جهة الأسلام والدين فلا يسقط، لأن ما لا دخل للدين فيه يعرفه أهل الأديان جميعاً، وكون الدية على العاقلة شئ قضى به الشرع، وإلا فلم يكن مقتضى العقل ذلك، فليس إلا من جهة الدين، والفرض إن الكافر كان لا يعتقد ذلك، فلا وجه لعدم السقوط. والقوي (3) عندي في هذا الفرض أيضاً السقوط، لأطلاق الخبر، وكلام الأصحاب لا يعلم منه الشمول لهذا الفرض أيضاً، بل الظاهر منه الفرض الخامس، فتدبر. المقام الثاني: في جب الأسلام ما قبله من سائر الأسباب كأسباب الوضوء والغسل، وأسباب الغسل - بالفتح - وأسباب تحريم النكاح: من رضاع، أو ماهرة، أو وطئ في عدة أو لذات بعل، أو لواط بالنسبة إلى أم الموطوء وبنته واخته، وظهار وإبلاء، وتطبيقات موجبة للتحريم المؤبد، أو التحريم حتى تنكح زوجاً غيره. وأسباب الحدود الشرعية، كالزنا واللواط وشرب الخمر والقذف ونحو ذلك. وأسباب التعزير من المعاصي التي لا مقدر لها. وهكذا البحث في شرائط التكاليف الحاصلة في زمن الكفر، كإنقضاء حول الزكاة ونحو

(1) كذا، والظاهر: بها. (2) في (ن، د): حقوق. (3) في (ن): والقول، وفي (م): ويقوى .

[499]

ذلك في حال الكفر مع إسلامه قبل تعلق الوجوب، ولو أسلم بعد تعلق الوجوب فلا بحث في السقوط. وبالجملية: سائر الأسباب التي لا تعلق لها بالأموال ولا بالعبادات الصرفة، وكذلك شرائط التكليف بقول مطلق وأسبابها كذلك إذا حصل في حالة الكفر وأسلم قبل تعلق الوجوب في الأخيرين ومطلقاً في الأول، فهل الإسلام يسقط الشرط عن التأثير، والسبب كذلك؟ فيرجع إلى الأصل المتبع في ذلك المقام، كأصل الطهارة بالنسبة إلى أسباب الحدث والخبث، وأصالة بقاء الحل بالنسبة إلى أسباب تحريم النكاح، وأصالة البراءة عن الحدود، وأصالة عدم التكليف في زكاة أو خمس أو حج، أو نحو ذلك مما قد اجتمع شرائط وجوبها حال الكفر ولكن لم يتعلق الخطاب بعد، فلا بد في الوجوب من استثناء الشرائط من حول ونصاب ونحو ذلك. وبالجملية: يعتبر في هذه الأسباب والشرائط كلها حصولها في حالة الإسلام أم ليس كذلك، بل جب الإسلام ما قبله إنما هو بالنسبة إلى التكليف الثابتة في حال الكفر من أصل الشرع مالية أو غيرهما، وأما الأحكام الوضعية فلا يجب الإسلام ذلك ولا يسقطها. والمحتملات هنا أمور: أحدها: القول بأنه يجب ذلك كله أيضاً، لأطلاق أو عموم (يجب ما قبله). ولا يحتاج إلى جبر السند هنا بالشهرة حتى يقال: لم يعلم من فتوى الأصحاب ذلك، لأن الظاهر كون الخبر من المسلمات في الصدور، ومضى كان الصدور مسلماً فلا نحتاج في خصوصيات المدلول إلى الانجبار. مضافاً إلى أن السبب في ذلك هو اللطف من الشارع والترغيب إلى الإسلام وهو موجود في المقام أيضاً، مع أن الشارع متى ما بنى على إسقاط حقوق الفقراء والسادة وسائر المخلوقين بعد ثبوتها وتحققها في الذمة فليسقط سائر الشرائط والأسباب بالاولوية، لأنها إما ليست حقوقاً مخلوقة كما في الأسباب، وإما مخلوقة قبل تعلقها كما في شرائط

[500]

الوجوب، وكلاهما أولى بالسقوط من حق المخلوق الثابت في الذمة. مضافاً إلى أن رواية البحار (1) دلت على أن التطبيقات الثلاث التي هي سبب في التحريم إذا وقعت بعضها في حال الكفر وبعضها في حال الإسلام، فيسقط ما كان في حال الكفر ويصير المدار ما وقع في حال الإسلام، ولذا قال عليه السلام: (هي عندك على واحدة) لأنه كان طلق في الإسلام تطليقتين فبقيت الواحدة، ولا عبرة بالطلقة الواقعة (2) في أثناء الكفر، فتدبر. وإذا ثبت الجب هنا بالنص ثبت في سائر الأسباب والشرائط بعدم القول بالفرق، مع أن قوله عليه السلام: (فإن الإسلام هدم ما قبله) في قوة قضية كلية شاملة للجميع، ولا حاجة إلى التمسك بعدم القول بالفصل، فإن المورد لا يخص العام. وثانيها: القول بعدم الجب مطلقاً، فإن الخبر المشهور - وهو جب الإسلام ما قبله - لم يعلم العمل به في هذه المقامات، وليس فيه عموم بحيث يشمل هذه كلها، والمتيقن منه ما ذكرناه في المقام الأول، وليس هذه المقامات إلا كحقوق الناس الصرفة في عدم السقوط، ورواية البحار ضعيفة غير مجبورة، ولم يعهد من الأصحاب الفتوى بها، ولو عمل بها لاقتصر على موردتها من الواقعة الخاصة ولا يتعدى إلى غيرها، ويرجع إلى مقتضى الأدلة من استصحاب الحكم الثابت في حالة الكفر، لأنهم مكلفون بالفروع على ما يراه الأمامية، ويأتي البحث فيه إن شاء الله. وثالثها: التفصيل، وله صور: الأول: الفرق بين ما ورد فيه خبر البحار وغيره، فيجب في الأول دون الثاني. والثاني: الفرق بين الحدود والتعزيرات ونحو ذلك وبين أسباب الحل والحرمة والوضوء والغسل، فيجب في الأول دون الثاني. والثالث: الفرق بين الشرائط والأسباب، فيجب في الثاني، لأنه شئ ثبت قبل الإسلام فيدخل تحت الخبر، بخلاف شرائط الوجوب - على ما مثلناه - فإن الخطاب فيه بعد الإسلام، فلم يكن قبل الإسلام شئ حتى يجبه، ولذلك أفتى

(1) تقدمت في ص: 494. (2) في (ن، د): الواحدة .

[501]

الأصحاب بأن الكافر إذا أسلم قبل حلول الحول بدقيقة - مثلاً - وجبت عليه الزكاة، لتعلق الخطاب عليه وهو مسلم فلا يجب في الشرائط. والرابع: الفرق بين

أسباب التكليف وأسباب الوضع فيجب في الأول كسبب الغسل ونحوه، ولا يجب في الثاني كسبب حرمة النكاح. والخامس: الفرق بين السبب التام في حالة الكفر، كالجنباء والحيض والحدث الأصغر والرضاع الكامل والزنا واللواط - ونحو ذلك - من حيث كونهما سببين لتحريم النكاح أو غير ذلك من الأحكام سوى الحد، وبين السبب الناقص الذي حصل بعضه في حال الكفر وبعضه في حال الإسلام، كانقسام الطلقات في خبر البحار والرضعات لو فرض إكمال النصاب في حالة الكفر والإسلام معاً، فنقول: إن الإسلام يهدم الثاني عملاً برواية البحار والحاقي لما عداه به مما هو نظير له، دون الأول، لأجمال الخبر العام أو عدم انصرافه إليه، وورود خبر البحار في السبب الناقص، وإشعار لفظ (الهدم) بذلك. والمسألة في غاية الأشكال تحتاج إلى تتبع كلمات الأصحاب وسعة المجال، وإن كان القول بالجب في ذلك كله غير بعيد، سيما في الحدود ونحوها. وبقي الكلام في أمور هي كالتمتع للمسألة: أحدها: أن المخالف هل هو كالكافر (1) في هذا الحكم؟ بمعنى: أن الاستبصار فيه أيضاً يجب ما قبله، أم ليس كذلك بل لابد من إتيان ما يجب إتيانه في حالة إيمانه؟ ولم يتعرض الأصحاب للمسألة، وإنما ذكروها في بعض المقامات، وظاهر كلامهم في المخالف يدور بين أمور: أحدها: السقوط لو كان المخالف أتى بالتكليف على ما هي عليه في مذهبه بحيث لم يقصر فيه باعتقاده، كما ذكره في الصلاة (2).

(1) في (ن، د): كافر. (2) منهم الشهيد في الذكرى: 135، والشهيد الثاني في الروض: 356، والارديلي في مجمع الفائدة (3: 211) ناسياً له إلى ما هو المشهور بين الأصحاب.

[502]

وثانيها: السقوط لو أتى به موافقاً لمذهبنا في الأركان وإن خالف مذهبه، لا ما أتى مخالفًا لمذهبنا وإن وافق مذهبه، وقد ذكر بعضهم ذلك في الحج (1). (وثالثها: ملاحظة الأمرين، بمعنى: أنه يسقط إن وافق مذهبنا ومذهبهم، كالزكاة مع شرائطها إذا أعطاها للمؤمن الفقير. وبعبارة أخرى: وضعها في موضعها، وإلا فلا يسقط. ويحتمل السقوط مطلقاً إلحاقاً بالكافر أو (2) إدخالاً تحت أفراد الكفر، على ما يراه بعض من تقدم (3) وبعض من تأخر (4). ويحتمل عدم السقوط مطلقاً، لشرطية الأيمان المانع عن حصول الأمثال في حال المخالفة واستصحاب التكليف المانع عن السقوط بالإيمان. ويحتمل سقوط ما لم يكن معتقداً به في حال خلافه إلحاقاً بالكافر، وفهماً للعلة، وعدم سقوط ما كان يعتقده لما دل من الألفاظ بمعتقده. ويحتمل سقوط ما أتى به على معتقده مطلقاً. ويحتمل سقوط ما لم يعتقده أصلاً، وما اعتقده وأتى به على نحو ما اعتقد. والروايات الخاصة واردة في باب الزكاة (5) وغيرها (6) فإن كان في المقام دليل خاص فهو المتبع، وإلا فمقتضى القاعدة عدم السقوط، وإن كان إلحاقه بالكافر أيضاً له وجه. والظاهر أن الأصحاب يقولون به في غير الزكاة، أو في غير الخمس أيضاً. ولعل الكافر أشرف من المخالف في وجهه، فلا ينبغي إلحاقه به في هذا الحكم الدال على اللطف بالنسبة إلى الكافر، لعدم الملازمة. وثانيها: أن الكافر المنتحل للإسلام - كالخوارج والغلاة والنواصب والمجسمة ونحو ذلك - إذا رجع إلى الإسلام، فظاهر إطلاق الأصحاب أنه أيضاً كالكتابي

(1) منهم المحقق في المعتمد 2: 765، والعلامة في المنتهى 2: 860، والشهيد في الدروس 1: 315. (2) في (ن، د): بدل (أو): و. (3 و 4) راجع الحدائق 5: 175 و (5) 163: 14 راجع الوسائل 6: 148، الباب 3 من أبواب المستحقين للزكاة. (6) راجع الوسائل 1: 97، الباب 31 من أبواب مقدمة العبادات.

[503]

والوثني في هذا الحكم. وهو مشكل، لأن المتبادر من الخبر إنما هو الإسلام المسيوق بكفر صرف لا تدين بالإسلام فيه. ويمكن إلحاق هذا القسم بالمخالف، سيما بالنواصب، فإنهم من جملتهم، غايته: أن تغريطهم أدخلهم في الكفار. وبالجمله: فحكم هذا القسم من الكافر محل تردد وتأمل. وثالثها: أن الكافر إذا أسلم

والمخالف إذا استبصر وهو في أثناء عبادة، كما لو فرض أن المخالف توطأ وشرع في الصلاة وأمن في أثائه، ونحوه غيره من العبادات - ويفرض في الكافر أيضا في الصوم فإنه لو أسلم في نهار رمضان وهو لم يأت بشئ من المفطرات أصلا - فعلى القول بالجب في المخالف أيضا فهل يجب هنا أيضا - بمعنى: أن هذه العبادة ساقطة عنه بالمرة - أو يجب ما مضى منه دون ما بقي فيأتي على طريق الإيمان والأسلام فيما بقي، أو لا يجب مطلقا فلا بد من الأتيان بهذا العمل من رأس أداء أو قضاء، لأنه لم يكن قبل الأسلام والإيمان بتمامه؟ وجوه واحتمالات، والأوفق بالدليل هو الأوسط. ورابعها: أن الواجبات الموسعة إذا أسلم الكافر وقد مضى من وقتها بمقدار أدائها جامعة للشرائط خالية عن الموانع وهو لم يكن أتى بها، فهل يسقط منه هذا التكليف، أم لا يسقط؟ وجهان: من تعلق الخطاب به قبل الأسلام فيكون داخلا في عموم الخير، ومن استمرار الخطاب في آتات الوقت الموسع واستصحاب اشتغال الذمة والشك في شمول الدليل لهذا الغرض. وبشكل الثاني بأن هذا تكليف واحد فمتى سقط بالنسبة إلى الجزء الأول فقد سقط بالنسبة إلى الباقي، إذ لا تعدد فيه. واحتمال كون الأسلام كاشفا عن عدم سقوط هذا التكليف عنه أول الدعوى. والأقوى: السقوط، سيما بعد ملاحظة أن الواجبات الموسعة مادام العمر - كصلاة الزلزلة وقضاء الصلوات اليومية ونظائر ذلك من العبادات والنذور - فإنه لا ريب في سقوطها بالأسلام حتى لو لم يبق من وقتها مقدار الأداء، فإن الكافر إذا أسلم في شهر شوال فلا ريب في عدم وجوب قضاء رمضان عليه، وأي فرق بين الواجب الموسع مادام العمر وبين غيره؟ سيما بعد ملاحظة أن قضاء رمضان موسع بحسب الرخصة إلى رمضان الاتي وإن كان موسعا بحسب الأجزاء مادام العمر، فتدبر .

[505]

[العنوان الثامن والستون] قاعدة الأذن]

[506]

عنوان [68] من جملة مسقطات الضمان: الأذن ممن له السلطان على المال من الشارع - كالمالك والوكيل والوصي والولي والأمين ونحو ذلك - أو إذن الشارع في التصرف وإن لم يحصل من أحد منهم ذلك. والأذن: عبارة عن رخصة المالك ومن يحكمه في التصرف وإثبات اليد وهو قد يكون قبل التصرف وهو المسمى بالأذن، وقد يكون بعد ذلك ويسمى بالأجازة. وكل منهما: قد يكون صريحا، وهو ما دل عليه اللفظ بالمطابقة، كقوله: (تصرف في مالي ما شئت) أو (كل من طعامي) أو (اجلس في داري). ولم يذكروا من أقسام الصريح التضمن، مع أنه ليس من الأقسام الآخر، بل هو داخل في الصريح كما إذا أذن في التصرف في مجموع أمور كل منها جزء منه، فإن الأجزاء مأذون فيها بالتضمن حينئذ. اللهم إلا أن يقال: إن كون الأجزاء مدلولا تضمينا للمجموع المركب لا يستلزم دلالة لفظ (تصرف) أو (افعل) أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الأذن عليه بالتضمن، إذ الأذن على المجموع المركب ليس مركبا من إذن الأبعاد. نعم، المأذون فيه مركب من أبعاضه، لا الأذن، ونظير ذلك ما قلناه في أن دلالة الأمر بالواجب على وجوب أجزائه بالالتزام دون

[507]

التضمن وإن كان الواجب مركبا من أجزائه، لكن وجوبه ليس مركبا من وجوبات أجزائه، فاللفظ الدال على الأذن في المركب ليس دالا على الأذن في الأجزاء بالتضمن، كما أن اللفظ الدال على وجوب المركب ليس دالا على وجوب أجزائه تضمنا. لكن يبقى شئ، وهو أن خروج ذلك عن التضمن يوجب إدراجه في الالتزام، وقد ذكروا أن الالتزام عبارة عن إذن الفحوى، فيكون هذا الغرض داخلا تحت الفحوى، مع أنه ليس داخلا فيه. والذي أراه: أن مرادهم من الأذن الصريح: مادل عليه منطوق اللفظ، وبعبارة أخرى: ما كان اللفظ دالا عليه في مرتبة التكلم والنطق، لا بعد ملاحظة شئ آخر بحيث يسند (1) إليه الأذن بالقول، يعني: يصح أن يقال: إن فلانا أذن بقوله وتلفظ

بالأذن، سواء كان هذا من المطابقة أو التضمن، فإن المدلول التضمني داخل في الصريح. وليس مرادنا من الصراحة هنا صراحة الدلالة، وإلا لكان الالتزام أيضا قد يكون صريحا، بل المراد من الصراحة: كون المدلول مستفادا من اللفظ بمقتضى أوضاعه الافرازية لا شيئا مفهوما مستفادا من ملاحظة التركيب، فيشمل المطابقة والتضمن دون الالتزام. وقد يكون بالفحوى (2) وهو الأذن المستفاد من اللفظ، لكن بدلالة الالتزام العقلي أو العرفي أو العادي، وبالجملية: بحيث يفهم المأذون من ذلك الرخصة، ومثلوا له بالضيافة، فإن الرخصة في ذلك تدل على الرخصة في الصلاة في بيت المضيف بالالتزام، ونظائر ذلك. وقد يكون بشاهد الحال، والمراد به: القرينة الحالية الدالة على الرضا بالتصرف - كالصداقة والقرابة ونظائر ذلك - وبعبارة أخرى: رابطة توجب ملاحظتها الاطلاع على رضاء المالك به وعدم منعه عنه .

(1) في (ف، م): يستند. (2) عطف على قوله في الصفحة السابقة: وكل منهما قد يكون صريحا .

[508]

ولا يخفى أن الأذن الصريح والفحوى - على ما ذكره بعضهم من اختصاصها (1) - بدلالة اللفظ - لا يشملان (2) ما وقع بالأشارة أو بالكتابة، فإنهما ليستامن أفراد اللفظ، فينبغي على ذلك دخولهما تحت شاهد الحال، مع أن تعريفهم لا يشمل ذلك. والظاهر أنهما داخلان تحت الصريح والفحوى، بمعنى: أنهما قائمان مقام اللفظ، فإن كان دلالتهما على الأذن بأصل المدلول والمنطوق - بمعنى ملاحظة الوضع الأولي الافرازي - فهما داخلان في الصريح، وإلا فهما داخلان في الفحوى، وشاهد الحال غير ذلك في الصورتين. ولا فرق في دخولهما تحت الأذن بين قدرة المشير أو الكاتب على التلفظ، أو عجزه عنه لخرس، أو اعتقال لسان أو نحو ذلك. وعلى التقادير كلها: فتارة يلاحظ الأذن بالنسبة إلى الحكم التكليفي - وهو الحل والحرمة - بمعنى كون الأذن سببا للحل، وتارة يلاحظ بالنسبة إلى الحكم الوضعي، وهو ارتفاع الضمان. وعلى التقادير كلها: فمرة يكون الأذن من هذه الأسباب مظنونا، ومرة يكون مقطوعا بالعلم العادي الذي عليه المدار في الأحكام. وعلى التقادير كلها: فمرة يصادف العلم أو الظن الواقع - بمعنى كون الواقع كما اعتقده المتصرف - أو لا يصادف الواقع، فالأقسام ستة وخمسون، والبحث في مقامين: المقام الأول: بالنسبة إلى الحكم التكليفي، فنقول: أما الأذن اللاحق للتصرف - المسمى بالأجازة - فلا ثمرة له في حكم الحلية، فإن المكلف في حال التصرف متى ما لم يكن مأذونا من المالك فقد أتى بالمحرم، والرضا المتعقب لا ينفذ في ذلك، ولا فرق بين كون الأجازة بقول أو إشارة أو كتابة، مظنونة أو مقطوعة (3) أو غير ذلك من الأقسام، وبعبارة أخرى: الأذن اللاحق لا يرفع التحريم السابق .

(1) في غير (م): اختصاصه. (2) في غير (م): لا يشمل. (3) في غير (م): مظنون أو مقطوع .

[509]

لا يقال: كما أن الأجازة بالنسبة إلى الحكم الوضعي قد تكون كاشفة وقد تكون ناقلة - كما مر تحقيقه في مباحث الكشف والنقل، ويحى في هذا البحث أيضا - فذلك في الحكم التكليفي قد تكون كاشفة وقد تكون ناقلة، بمعنى أن المجيز في التصرف مرة يقول: (إني كنت راضيا بما فعلت في مالي قبل ذلك) ومرة يقول: (الآن رضيت بما فعلت) فعلى الأول يكون كاشفا عن إباحة التصرف السابق، وعلى الثاني يحى وجهان: من احتمال أن يقال: إن رضا المالك شرط في إباحة التصرف، ولم يعلم من ذلك أن كونه مقارنا شرط أم لا، والأصل عدم الشرطية بعد دلالة الدليل على أن الرضا موجب للإباحة، فيكون تصرفه من أول الأمر يبقى مراعى، فإن لحقه الأذن كشف عن الأباحة، وإن لم يلحقه كشف عن التحريم. ومن جهة (1) أن رضا المالك شرط مقارن، والأصل عدم جواز التصرف إلا في هذه الحالة، فلا يكون ذلك كاشفا عن حلية

التصرفات السابقة، بل يوجب الحل في اللاحق إن شمله الأذن. وبالجملية: كفى في الكشف وجود فرض واحد، وهو قوله: (إنني كنت راضيا بما فعلت حين فعلت) فلم تقول بأن الأجازة اللاحقة لا ترفع الحرمة من الفعل السابق ولو بالكشف؟ مع أن الدليل في هذا الباب هو قوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) (2) وطيب النفس هو الرضا، والظاهر منه الواقع، فمتى كان راضيا في الواقع فقد حل، ويكشف عنه إخباره وإجازته بعد ذلك. لأننا نقول: أما في صورة إخباره عن رضاه في ذلك الوقت فإنه وإن كان يثبت بذلك طيب نفسه ويكون داخلا في الخبر، لكن العلم أيضا شرط في ذلك، فإن لحم الغنم - مثلا - حلال، ولكنك إذا لم تدري بأنه لحم غنم بل دار الأمر بين كونه لحم غنم أو خنزير فلا يجوز أكله حتى تعرف الواقع، أو يدل دليل على جواز أكل المشتبه أيضا، كما ورد في بعض الموارد (3) وأنت متى ما لم تدري بأن المالك راض بهذا

(1) عطف على قوله: من احتمال. (2) عوالي اللآلي 1: 222، ح 98. (3) مثل ما ورد في الجين، راجع الوسائل 17: 90، الباب 61 من أبواب الأطعمة المباحة.

[510]

التصرف حتى يجوز لك ذلك أو ليس براض حتى لا يجوز فالمرجع القاعدة، وهي عدم جواز التصرف في أموال الناس المدلول عليها بالعقل والنقل، فمتى ما تصرفت فقد فعلت حراما، والواقع لا ينقلب، وبعبارة أخرى: الحرام حرامان: التصرف في مال الغير بدون رضاه، وهو في صورة كونه في الواقع راضيا منتف والتصرف فيما لم يعلم فيه الرضا والعدم فإنه أيضا حرام بالقاعدة حتى يثبت كونه من أفراد المحلل - فتأمل - وهذا التحريم ثابت على كل حال. هذا إذا كان المدار في الحل والحرمة على الرضا الواقعي كما هو ظاهر قوله: (إلا بطيب نفسه)، ولو قلنا: بأن المدار هو الاطلاع والعلم بالرضا - كما يستفاد من الروايات الأخر المانعة عن التصرف بدون الأذن (1) - فيصير حراما على كل حال، والرضا الواقعي لا ثمرة فيه، كما أن العلم بالواقع بعد الاقتحام على المعصية لا ثمرة فيه. وأما في صورة ما لو قال: (الان رضيت) ولم يخبر عن رضاه في حال التصرف فالأمر أوضح. أما على التقرير السابق: فقد عرفت أن الرضا الواقعي المقارن غير كاف في الحلية ما لم تطلع عليه، وأما الرضا المتأخر مع عدم علمك عليه الآن فبالاولوية، فكيف يمكن جعل الرضا المتأخر كاشفا عن عدم الحرمة في السابق؟ هذا على تقدير تسليم أنه لا فرق في الرضا بين المقارن واللاحق في كونه موجبا للإباحة، مع أننا لا نسلم ذلك، بل ندعي أن المتبادر من قوله: (إلا بطيب نفسه) (أو غير ذلك من الأدلة الدالة على اعتبار الرضا كلها كون طيب النفس مقارنا للتصرف، لا الأعم من المقارن واللاحق (2)). فتلخص من ذلك كله: أن الأذن المتأخر سواء كان بطريق الاخبار أو الأنشاء لا مدخل له في الحكم التكليفي بأقسامه المتعددة المشار إليها. وأما الأذن السابق: فما كان مقطوعا به مع مصادفة القطع للواقع، لا كلام في

(1) الوسائل 16: 402، الباب 63 من أبواب الأطعمة والأشربة، ح 3، والوسائل 1513: ، الباب 8 من أبواب بيع الثمار، ح 7. (2) في غير (م): اللحوق.

[511]

أنه موجب للحلية وارتفاع التحريم، لأن الظاهر من الأدلة اعتبار الرضا في الواقع وهو حاصل، وطريقه العلم القطعي وهو موجود، والتكليف بغير ذلك تكليف بما لا يطاق. وحينئذ لا فرق بين كونه من كتابة، أو إشارة أو لفظ صريح أو دال بالفحوى أو من شاهد الحال، فإن بعد احرار القيد لا بحث في دخوله تحت الأدلة. وأما الظن بذلك مع مصادفته الواقع، فإن كان من لفظ - سواء كان صريحا أو بالفحوى - فهو كاف أيضا، لدخوله تحت مادل على كفاية الأذن، فإن ذلك يسمى إذنا، بل لدخوله تحت أدلة طيب النفس أيضا، لوجود طيب النفس في الواقع وكون الظن اللفظي كاشفا

عنه، وهو حجة بسيرة الناس، فإن الأمر القلبي لا ينكشف إلا بما أقر صاحبه بلسانه، ويدل على ذلك استقراء الفقه، فإنه قاض بحجية الألفاظ في الكشف عما في القلب. وإن كان بإشارة أو كتابة مع عدم القدرة على اللفظ، فالظاهر الكفاية، لحجيتهما في حال العجز عن اللفظ وإن كانت (1) الإشارة أولى من الكتابة، مع احتمال عدم حجية الإشارة والكتابة إلا في صورة القطع. وأما مع القدرة على اللفظ فالأشكال هنا أقوى، لعدم قيامهما مقام اللفظ مع إمكانه في سائر الأسباب والعقود والایقاعات، فيشكل الاكتفاء بهما حينئذ. اللهم إلا أن يقال: إن الأدلة دلت على اعتبار الأذن، والإشارة والكتابة تعدان من الأذن (2) وإن حصل الظن، فتدبر، فإن اعتبار حصول القطع العادي بهما ليس ببعيد. وإن كان الظن من شاهد الحال، فهل هو أيضا معتبر كظن اللفظ والإشارة في وجه، أم ليس بمعتبر؟ إذ الأصل أن الظن ليس بحجة، وظن شاهد الحال لم يقدّم دليل على اعتباره، وجريان عادة الناس عليه غير معلوم، ولا يعد الظن بشاهد الحال إذنا أيضا حتى يدخل تحت دليل الأذن، فمقتضى القاعدة: بقاء التحريم وإن كان ظواهر بعض عبائر الأصحاب في بحث المكان للصلاة وغيره يدل على أن

(1) في هامش (م) زيادة: في الكفاية - خ. (2) في غير (م): تعد إذنا .

[512]

ظن شاهد الحال أيضا كاف في إباحة التصرف (1) ولكن جماعة منهم نصوا على اعتبار القطع (2) وهو الأوفق بالأصل. وأما ما لم يصادف الواقع (3) فإن كان قطعاً بالرضا فلا ريب أن صاحبه معذور لا عقاب عليه، لامتناع التكليف بما لا يطاق. وإن كان ظنا قام الدليل على حجيته - كظن اللفظ والإشارة في قول - فهو كالقطع. وأما ظن شاهد الحال فإذا لم يكن معتبراً مع مصادفة الواقع فحيث لم يصادف الواقع فيالأولوية، فتدبر. ومن ذلك كله ظهر: أن المدار في ارتفاع التحريم الدليل المعتبر الدال على طيب النفس، سواء صادف الواقع أم لا. وأما لو كان هناك لفظ، أو إشارة ونحوها (4) دالان بحسب الوضع على الرخصة والرضا مع القطع بأنه غير راض في قلبه، فإن كان هذا عن إكراه - بمعنى: أنه علم أن كلامه هذا ناش عن إكراه بذلك - فلا يجوز التصرف قطعاً، لعدم تحقق طيب النفس، وعدم صدق الأذن على ذلك أيضا. وإن كان عن حياة ونحو ذلك - كما هو الغالب الوقوع بين الناس - فالحق أن ذلك إذن ورضاء، والقطع بأن ذلك لحياة - بحيث لو خلي وطبعه ما رضي - غير مضر، لأن دليل الرضا أعم من كون الرضا للناس أو للرباء أو للحياة أو لله تبارك وتعالى أو لقصد جلب نفع أو نحو ذلك. نعم، صورة الأذن الصوري مع القطع بعدم الرضا وكونه مكرها لا يجوز فيها التصرف، فتدبر. المقام الثاني: في الحكم الوضعي - وهو رفع الضمان - فنقول: أما الأذن اللاحق للتصرف، فقد يكون صريحا في الأبراء، بمعنى: أنه يقول: (أذنت لك فيما فعلت من التصرف، وتجاوزت عنك) ونحو ذلك. وقد يكون إذنا أعم من الأبراء

(1) مثل عبارة المحقق في الشرائع 1: 71، والشهيد في الدروس 1: 152، والشهيد الثاني في المسالك 1: 171. (2) منهم السيد السند في المدارك 3: 216. (3) عطف على قوله في ص: 510. وأما الأذن السابق فما كان مقطوعاً به مع مصادفة القطع للواقع. (4) كذا في (ن)، وفي (د)، ف) نحوهما .

[513]

وعدمه، ولا يفترق الحال في القسمين بين كون ذلك بطريق إخبار أو إنشاء . وكذلك الأذن السابق قد يكون مشتملاً على نفي الضمان، وقد لا يكون مشتملاً عليه . والأذن الغير المشتمل على نفي الضمان قد يكون إذنا مطلقاً، وقد يكون إذنا مجملاً. إذا عرفت هذا، فاعلم: أنا قد ذكرنا في بحث الاستئمان أن الأذن بنفسه لا يرفع الضمان، نظراً إلى أن ماهيته الرخصة في التصرف وهي أعم من كونه مع ضمان أو بدونه، وأنت إذا تتبععت الموارد تجد أن الأذن كثيراً ما قد يتحقق مع وجود الضمان، كما في المقبوض بالسوم، والمقبوض بالعقد الفاسد، والتالف قبل القبض في المعاوضات، والمال المغصوب المأذون في بقائه، ومجهول المالك إذا تصدق به، والمال المأكول في

المخمصة، والمال التالف في يد الصانع والطبيب والمكاري والملاح والأجير، ونحو ذلك، وكذا المال الذي يبذله الزوج قبل النكاح لزوجه ويعطيه لأبيها وامها، وغير ذلك من اللباس والمطعم والنقد إذا تلف، فإنه مقبوض بإذن الزوج لرجاء تمامية النكاح، ويسمونه العجم (1) (شير بها) (والترك يسمونه) (باشلوق) فإنه مضمون على قابضه مع تحقق الأذن، فدعوى: أن الأذن يقول مطلق مسقط للضمان ساقطة. فنقول: الأذن إذا كان مقيدا بعدم الضمان فلا بحث في كونه مسقطا للضمان، لمكان التصريح بعدم، وهذا مورد الأجماع والمتيقن من الأدلة، وكلامنا الآن من جهة التصريح بعدم الضمان، وليس الكلام في الجهة التي حصل الأذن منها من لفظ أو إشارة، فإنه مقام آخر يأتي البحث فيه. ولا فرق بين الأذن اللاحق والسابق في ذلك، أما اللاحق فإنه في الحقيقة يكون إبراء، لأنه لا ينحصر في لفظ، بل يقع بكل ما دل على إسقاط الحق. وأما السابق ففيه إشكال قد يتخيل: وهو أنه قد تقرر عندهم: أن إسقاط ما لم يجب لا ينفع كما أن ضمان ما لم

(1) المراد به: الفرس، لا مطلق غير العرب .

[514]

يجب لا يضر، ولذا ذكروا: أن الزوجة إذا أسقطت نفقتها لا تسقط، لأنها تتجدد وتجب يوما فيوما، وليست بثابتة في ذمة الزوج حتى تكون قابلة للأسقاط، وكذا إبراء ذمة العاقلة قبل حلول النجم، فإذا كان كذلك فنقول: تصريح المالك بعدم الضمان عليه إسقاط لما لم يجب، لأن الضمان إنما يتحقق بعد التصرف أو الأتلاف، فلا ينفع الأسقاط قبله. ودفعه: بأن هذا ليس إسقاطا للضمان عن الذمة حتى لا ينفع قبل الثبوت، بل لما كان الضمان إنما يترتب على الأتلاف واليد - ونحو ذلك - إذا لم يكن ذلك عن رضا المالك، للأدلة الدالة على حلية مال الغير برضاء نفسه، بمعنى كون المال الذي أباحه صاحبه كملك المتصرف في عدم الغرامة عليه، فهذا الأذن محقق لموضوع الأباحة حتى لا يتحقق الضمان، لا أنه إسقاط على فرض ثبوته، فتدبر. ومنشأ كون الأذن المقيد بعدم الضمان مسقطا له مع قطع النظر عن الأدلة اللفظية والأجماع: أن من المعلوم أن الضمان إنما هو لاحترام مال المسلم وعمله، فإذا بذل برضاه فقد أسقط احترام ماله بنفسه، فلا وجه للضمان. وأما الأذن المقيد بالضمان فلا بحث في أنه يرفع التحريم، ولكن يبقى الضمان على حاله، لعموم أدلته، وعدم رافع له، وعدم الملازمة بين الحلية وعدم الضمان. وأما الأذن العاري عن قيد الضمان وعدمه فهو الذي ينبغي أن يبحث فيه. فنقول: هل الأذن المجرد الخالي عن الأمرين يقتضي سقوط الضمان؟ فتصير الأمثلة التي ذكرناها من أنها مضمونة مع وجود الأذن: إما خارجة عن القاعدة بدليل آخر، أو يدعى أن الأذن فيها ليس مجردا، بل مقيد بالضمان وإن كان القيد مستفادا من القرينة الحالية. أو الأذن المجرد عن القيد لا يرفع الضمان؟ وما ذكر من الأمثلة على القاعدة، وما سقط فيه الضمان - كالضيافة ونحو ذلك - فإنما هو بدلالة القرينة على عدم الضمان، والمسألة مما تعارض فيها الاحتمالان وتكافأ باعتبار ملاحظة الأمثلة والموارد .

[515]

والذي يقتضيه النظر الصحيح: أنه لا ريب في عموم أدلة الضمان، والشك في كون الأذن العاري عن القيد موجبا لسقوطه يوجب الرجوع إلى أصالة الضمان، ولم يقدّم دليل على أن الأذن بهذا المعنى مسقط، لا من إجماع ولا من نص، والأمثلة السابقة على القاعدة. نعم، لو كان الأذن مطلقا - بمعنى: أنه يستفاد من سياقه عدم الضمان وإن لم يصرح به - فلا بحث في السقوط، والأذن المطلق في الحقيقة يرجع إلى التقيد (1) بشاهد الحال أو بقرينة أخرى، ويكون معناه: أنك مأذون في التصرف سواء أتيت بعوضه أم لا. فحاصل الأقسام أربعة، إذ الأذن الخالي عن القيد إما مطلق يستفاد منه التعميم، أو مجمل، والأول ملحق بصورة التصريح بعدم الضمان، والثاني ملحق بصورة ذكر الضمان، وذلك واضح، وأنت خير بأن المثمر في حيثة الضمان إنما هو ما ذكرناه. نعم، بقي البحث في أن الأذن الصادر من الأسباب

المذكورة أي منها يكون مطلقا ويكون مقيدا ويكون مجعلا، فنقول: أما الأذن اللفظي فهو يكون مقيدا بأحد الطرفين، ويكون مطلقا، كقوله: (تصرف ما شئت) ويكون مجعلا أيضا في بعض الصور. والأذن بالإشارة كالقول في هذه الصور، وكذا الكتابة. وشاهد الحال تابع للقربنة الحالية ودلالاتها، والغالب فيه الأحمال الموجب للضمان وإن رفع التحريم، فتدبر. هذا كله مع عدم التعارض، وقد يكون تعارض بين الأذن وغيره بأقسامه من الصريح وغيره، ولنذكر من صورته ما تعرضوا له: الأولى: تعارض الصريح مع الصريح، كما إذا قال: (كل من هو صديقي فهو مأذون في دخول داري) وقال لزيد الصديق: (لا تدخل). قال المعاصر النراقي: إن كان الأذن يعلم بصدقة زيد فيقدم المنع، للتخصيص .

(1) في (م): التقيد .

[516]

وإن لم يعلم بذلك، فإن علم أن نهيه لزعم عدم الصداقة يقدم الأذن، لانتفاء علة المنع في الواقع فينتفي المعلوم، ولتعاضد الأذن هنا بشاهد الحال، وتقيد النهي - حينئذ - بعدم الصداقة. وإن لم يعلم سبب النهي فالحكم كذلك أيضا، لأن علة النهي - لكونه حادثا - إما زعم عدم الصداقة في الواقع أو غيره، فعلى الأول لا نهى كما مر، وعلى الثاني فالنهي متحقق، وحيث لم يعلم السبب فحصل الشك في المنع، فعموم الأذن باق على حاله. لا يقال: تحقق النهي معلوم، والرفع لا دليل عليه. لأننا نقول: المعلوم: صدور لفظ النهي، وأما التعلق بزيد فلا، ولا إطلاق فيه أيضا، لأن زعم عدم الصداقة مانع من إرادة الإطلاق، أو حالة مقترنة صالحة للتقييد. وإن لم يعلم زيد بعلمه بالصداقة أو عدمها فالأصل عدم علمه، فيكون كما لو لم يعلم الصداقة، ومن هنا يعلم صورة عموم النهي وخصوص الأذن (1). أقول: صور تعارض الصريح مع مثله أربعة: أحدها: تعارض التساوي، كقوله: (ادخل في داري، ولا تدخل) أو (صديقي يدخل، صديقي لا يدخل) ولا ريب في كون المتأخر - حينئذ - ناسخا للسابق، سواء كان الأذن متقدما والمنع متأخرا أو بالعكس. وثانيها: تعارض العموم المطلق مع كون النهي أخص - كما مر مثاله - ولا ريب أن الأذن متى ما ورد على عمومته ثم ورد المنع، فيحتمل كون الثاني من باب النسخ، بمعنى كون الأذن ثابتا في الواقع للكل ثم بعد ذلك منع زيد عن ذلك. ويحتمل كونه تخصيصا كاشفا عن عدم إرادة زيد في الأول وإرادة ما عداه من العام، وتظهر ثمرة الاحتمالين في الدخول المتخلل بين صدور الأذن والمنع بالنسبة إلى الحكم الوضعي لو بني على الأذن والمنع الواقعي من دون اشتراط الاطلاع. وإثبات التخصيص بهذا المعنى يحتاج إلى فهم العرف كذلك، وهو في الاستثناء ونحوه مسلم، وفيما عدا ذلك - سيما مع تخلل (2) الفصل الطويل - ممنوع .

(1) عوائد الأيام: 13، العائدة 3. والعبارة منقولة بالمعنى. (2) في (ن)، د: (عدم تخلل) .

[517]

وأما بالنسبة إلى ما بعد صدور الخاص، فإن علم بأنه يعتقد صداقة زيد فلا بحث في اعتبار النهي للكشف عن حالة في نظره مانعة عن ذلك، كما مر. وإن علم أنه يعتقد عدم الصداقة وعلم كون نهيه لهذا الاعتقاد فيؤول الأمر إلى معرفة علة الأذن والمنع في نظره، فيقطع حينئذ برضاه مع كون زيد في الواقع صديقا، ويتقيد نهيه بعدم الصداقة. ولو لم يكن (1) كون النهي لهذا الاعتقاد، فظاهر كلام الفاضل المعاصر بقاء الأذن، نظرا إلى الشك في تعلق النهي باحتمال كونه بزعم عدم الصداقة، فيرجع إلى عموم الأذن (2). وفيه نظر من وجهين: أحدهما: أن النهي إذا لم يعلم سببه فظاهره يفيد الإطلاق، أي: سواء كان صديقا أم لا، ومجرد زعمه عدم الصداقة لا يمنع من إطلاق اللفظ، إذ لو كان ذلك مانعا لكان احتمالاه أيضا كافيا، ومن هنا يفتح باب الأحمال في الألفاظ، إذ كل إطلاق في كلام شخص قابل لأن ينزل على اعتقاده، سواء علم أو شك، ومدار فهم الألفاظ إنما هو على ظواهرها. وثانيهما: أنه على فرض

تسليم ذلك نقول: كما أن اعتقاد عدم صداقة زيد يوجب الشك في تعلق النهي، فكذلك يوجب الشك في إرادته من عموم الأذن، لاحتمال (3) كون تعميمه في الأذن لكل صديق باعتبار زعمه أن زيدا خارج عنهم، بحيث لو كان اعتقد صداقته لم يعمم الأذن، والفرض: أنه لم يعلم كون الصداقة وعدمها علة في الأذن والمنع (4) وإنما هو مورد للحكم، فمتى ما شك في أصل الأذن فينبغي المنع على مقتضى الأصل وإن لم يعلم النهي، فتدبر. وإن علم إنه لا يعتقد الصداقة ولا عدمها فلا بحث في كون النهي موجبا للمنع، لعدم وجود ما يخرج النهي عن الإطلاق. وفي كلام الفاضل المعاصر ما يدل على كونه كصورة العلم بأنه يعتقد عدم الصداقة ولكن لم يعلم كون النهي لذلك، فإن العلم بعدم الصداقة أعم من كون النهي لذلك .

(1) كذا في النسخ، والظاهر: (ولو لم يعلم). (2) راجع العوائد: 13. (3) في (ف، م): لأجمال. (4) لم ترد (و) في (ن، د).

[518]

وإن جهل حال الأذن علما وجهلا بالصداقة وعدمها، فجعله (1) كصورة عدم علمه بالصداقة للأصل، وحيث إنه جعل هذه الصورة قسمين: أحدهما: العلم بنهيه لزعم عدم الصداقة، وعدم العلم بسبب نهيه، فظاهر العبارة يقضي بجريان الصورتين في المشبه أيضا. مع أن العلم بكون نهيه لزعم عدم الصداقة لا يجامع الشك في كونه معتقدا بالصداقة أو عدمها مع أنه الفرض، فيصير التشبيه بالنسبة إلى القسم الثاني وهو الجهل بالسبب (2) الذي حكم بالرجوع إلى الأذن، وقد عرفت بطلان ذلك، سواء كان في الواقع غير معتقد للأميرين أو معتقدا لعدم الصداقة ولم يعلم سبب النهي، فإن في كلا الفرضين الحق المنع على ما قررناه. فصورة الشك إن دار أمره بين هاتين الصورتين - بمعنى: أنا نقطع بأن الأذن لا يعلم بالصداقة، بل إما معتقد لخلافها أو خال عن الأمرين - فالحكم فيها المنع، لعدم خروجه عن الاحتمالين، والمختار في كل منهما المنع. ولو قطعنا بأنه غير خال عن الاعتقاد ودار الأمر بين الاعتقادين فيصير سببا للشك في سبب المنع، وقد عرفت أن المختار فيه العمل بالنهي أيضا. وإن علم أنه غير معتقد للخلاف، بل إما معتقد للصداقة أو خال عن الأمرين فالعمل فيه على النهي أيضا، والوجه واضح مما مر. وإن دار الأمر بين الصور الثلاثة فالحكم فيه المنع أيضا، لتعارض الاحتمالات وسلامة الإطلاق، مضافا إلى الوجه المتقدم. فالحاق صور (3) الشك بقول مطلق على صورة عدم العلم بالصداقة، مع كون صورة من صور الشك صورة القطع بأنه لا يعتقد الخلاف - بل إما معتقد للصداقة أو خال عن الأمرين ولا شبهة في كون المعتمد حينئذ النهي - كما ترى! فتدبر. وثالثها: كون التعارض بالعموم المطلق مع كون الأذن أخص، ويجئ الكلام فيه أيضا من حيث النسخ والتخصيص، ومن حيث التقديم والتأخير، والكلام فيه الكلام في الصورة السابقة حذو النعل بالنعل. ولازم كلام الفاضل المعاصر المخالفة

(1) أي: المحقق النراقي قدس سره، راجع العوائد: 13. (2) لم ترد (بالسبب) في (ن، د). (3) في غير (م): صورة .

[519]

هنا أيضا (1) نظير الصور السابقة، فتدبر جدا. ورابعها: تعارض العموم من وجه، كما لو قال: (العالم يدخل في داري، وعدوي لا يدخل) فاتفق عالم هو عدو له، والمعتمد حينئذ الرجوع إلى المرجحات، مثل شاهد الحال فإنه يؤيد المنع، ويأتي على مذهب من يقدم النهي في كل تعارض العامين من وجه أن يقدمه هنا أيضا، للوجوه التي ذكرها في اجتماع الأمر والنهي، وعلى فرض عدم المرجح فتعارض الاحتمالين وتساوقهما يوجب المنع، لخلو المقام عن الأذن، فالمرجع: أصالة عدم جواز التصرف، ويلحقه الضمان. وقد يفرض التعارض من وجه بحيث يظهر منه رجحان الأذن، كما لو قال: (عدوي لا يدخل) ثم قال لطائفة مخصوصين: (ادخلوا أنتم) مع علمه بأن فيهم

عدوا وصديقا، فالتعارض بالعموم من وجه، لكن المرجح الصراحة وقلة المورد. ولو قال: (صديقي يدخل) ثم قال: أنتم (لا تدخلوا) مع علمه بأن فيهم عدوا وصديقا ترجح جانب النهي في مورد التعارض، لما مر من الوجه. ولو لم يعلم أنه يعلم أن فيهم عدوا وصديقا، فيجئ فيه الصور السابقة في العموم المطلق، مع زيادة احتمال كونه من وجه أو مطلقا، وأنت بعد ما ذكرنا تقدر على استخراج الحكم من ذلك بعد التأمل الجيد. الثانية (2): تعارض الصريح والفحوى، كقولك: (كن ضيفي في داري إلى غد) الدال بالفحوى على جواز صلاة الشخص، مع قوله: (لا يصل عدوي في داري) مع كونه في الواقع عدوا. وقد يكون المنع خاصا والفحوى عاما، كقوله لطائفة: (كونوا ضيفا لي إلى غد في داري) مع قوله لواحد منهم: (لا تصل في داري). وقد يكونان بالعموم من وجه، كقوله: (كونوا ضيفي) مع كون بعضهم عدوا والآخر صديقا، وقوله: (لا يصل عدوي في داري). ويجئ هنا البحث السابق في الصريحين بحذافيره .

(1) في (ن، د) زيادة: في. (2) أي: الصورة الثانية من الصور التي تعرضوا لها، تقدم أولها في ص: 515 .

[520]

الثالثة: تعارض الصريح مع شاهد الحال، كما لو أذن لزيد العدو مع علم زيد بأنه لا يرضى بدخول عدوه، أو منع عمرو الصديق مع علمه بأنه راض بدخول صديقه. وقد يتعارضان بالعموم من وجه، كشهادة الحال بالأذن للصديق، ومنعه عن جماعة فيهم صديق وعدو. وتجيئ مسألة اعتقاده (1) العداوة أو الصداقة أو خلوه عن الاعتقاد أو شك المخاطب في ذلك بصورة، فتدبر جدا، والحكم يتضح بعد ذلك. ولو فرض شهادة الحال بخصوص زيد العدو مع منعه من دخول عدوه، فإن كان شهادة الحال أعم من كونه عدوا أو صديقا - كما لو وقع حال قاض بالأذن له على كل حال - فيقدم على المنع وإن كان بينهما حينئذ عموم من وجه، لأعمية العدو أفرادا وأعمية مدلول شاهد الحال أحوالا، فإنه أعم من كونه صديقا أو عدوا، ووجه التقدم الصراحة وأخصية المورد، وكون الميزان في العموم عموم الموضوع دون المحمول، فتدبر. وإن كان شهادته على فرض الصداقة فالمنع سليم عن المعارض. وإن كان مجملا فيقدم المنع، لعدم العلم بالمعارض مع شمول المنع قطعا، فنأمل. الرابعة: تعارض الفحوى مع مثله، ويتصور فيه أيضا الصور السابقة في الصريح بأجمعها، والحكم ما مر هناك. والخامسة: تعارض الفحوى مع شاهد الحال، وهو كتعارض الصريح مع الحال من دون فرق في الأقسام والأحكام. السادسة: تعارض شاهدي الحال، وحيث إن ذلك يقتضي كون حالة موجبة للأذن وحالة موجبة للمنع، فيكون المجموع من الأمرين أيضا حالا آخر، فإن كان مقتضاه الأذن - كما لو فهم التعميم من الحالة المرخصة - فهو المعول، وإن كان مقتضاه المنع فهو المتبع، وإن لم يعلم أحد الأمرين فالأصل عدم الأذن. وفي المقام أبحاث شريفة أعرضنا عنها مخافة التطويل واعتمادا على فهم الفطن، إذ ملاحظة ما أشرنا إليه في طي البحث يعين على استخراج ما عداه، والله الهادي .

(1) في (ن، د): اعتقاد .

[521]

(العنوان التاسع والستون) ضابطة المثلي والقيمي)

[522]

[عنوان [69] في ضبط معنى المثلي والقيمي، حيث إن التأدية تبتني على معرفتهما (1) حتى يتخلص عن الضمان، على ما ذكرناه في قاعدة اليد (2). قد

اختلف فيه عبائر الفقهاء اختلافا كثيرا، والذي وجدت في كلماتهم في الباب تعريفات: أحدها: ما نسب إلي الأكثر في لسان بعضهم (3) وإلى المشهور بين الأصحاب في المسالك (4) وهو: أن المثلي ما تساوت قيمة أجزائه، وفسروه: بما تساوى قيمة أجزاء النوع الواحد منه، كالحبوب والأدهان، فإن المقدار من النوع الواحد منه يساوى مثله في القيمة، ونصفه يساوى نصف قيمته، وهكذا.... وهذا التعريف مخدوش، فإن الأجزاء لا انضباط لها، إذ الظاهر أنه أريد بها كل ما يتركب الشيء منه، فيلزم عدم كون الحبوب والأدهان مثليا أيضا، لأنها تتركب من القشور والالباب، ولا ريب في اختلاف القشر مع اللب في القيمة، فكيف يقال

(1) في (ن، د): معرفتها. (2) في العبارة ما لا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: إذ التأدية التي بها يتخلص عن الضمان مبتنية على معرفتهما، فنقول: قد اختلف... (3) لم نقف عليه. (4) المسالك 2: 259 ط - الحجرية.

[523]

بتساوي أجزائهما في القيمة؟ ونحو ذلك التمر، فإنه مركب من اللحم (1) والنوى، ولا ريب في اختلاف قيمتهما، وعلى هذا القياس جميع ما يقال: إنه مثلي، فإنه مركب من أجزاء لو فصلت عليها لتفاوتت في القيمة قطعا. وربما يقال في دفعه: أن المراد بالأجزاء هنا: هي الأجزاء التي يطلق عليها اسم الجملة، لا مطلق الأجزاء، وما اعترضت علينا من الأبراد فإنما هو في ما لا يبقى فيه الاسم، وهو غير الفرض. واعترض على ذلك أيضا: بأن اللازم من ذلك عدم كون الدراهم والدنانير مثلية، لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن، وفي الاستدارة والاعوجاج، وفي وضوح السكة وخفائها، وذلك مما يؤثر في القيمة. وفي أصل الجواب والاعتراض وأصل التعريف نظر. أما في التعريف: فلأن المثليات لا ريب في أن كل فرد من أفرادها متساوية في القيمة، لا أن كل جزء من أجزائها متساوية في القيمة، فلا وجه للقول بتساوي الأجزاء إلا على فرض إطلاق اللفظ على أفراد كثيرة مجتمعة منه تفرض فردا واحدا حتى تكون الأفراد الموجودة في ضمنه أبعاضا له. وإن قيل: (إن التعبير بالأجزاء ليس للنظر إلى الفرد المركب، بل إنما هو ليشمل الفرد المركب والبسيط معا، فإنه لو انقسم كل فرد من أفراد المثلي نصفين لتساوت في القيمة أيضا ولا ينحصر في تساوي الأفراد) لكان هذا وجهها جيدا في سر التعبير بالأجزاء، لكن يرد الاعتراض على التعريف من وجه، وعلى ما مر من الدفع أيضا، أما على التعريف، فلأنه يرد عليه ما أورد عليه أولا من مسألة القشر واللباب والنوى واللحم، فإنهما ليسا بمتساويين في القيمة، مع أنه من أجزاء الفرد الواحد، وأنت بنيت على التساوي مطلقا. وأما على الدفع بأن المراد بالأجزاء ما يطلق عليه الاسم، فبأن لازم ذلك عدم جريان مسألة الجزئية في كل مثلي، إذ ليس كل مثلي إذا وزع فرد منه يصدق على أجزائه اسمه، فإن الدرهم، إذا قسم لا يطلق

(1) في (د): اللحم.

[524]

على نصفه أنه درهم، بل لا يطلق على نصف الحنطة ونحو ذلك، فإرادة الأجزاء التي يطلق عليها الاسم توجب انحصار المراد في الفرد، ولا يناسب التعبير حينئذ بالأجزاء، فتدبر. وأما في الاعتراض على الدفع: فبأن اختلاف السكة والوزن ونحو ذلك إن كان مما يتفاوت به القيمة، فيصير من باب اختلاف النوع كسائر الصفات في المثليات، وهذا لا ينافي كون النوع الواحد منه مثليا، وإن لم يتفاوت به القيمة - كما هو الغالب - فلا بحث ولا اعتراض. وأما في الجواب والدفع: فبأن تفسير الأجزاء بما يطلق عليه اسم الجملة لا ينفع في دفع الاعتراض، إذ يمكن تقسيم التمر والنوى بحيث يجعل في النوى مقدارا من اللحم (1) لا يوجب خروجه عن اسم التمر، ولا ريب في كون كل منهما تمرا من أجزاء نوع واحد مع اختلاف الجزئين في القيمة، فتدبر.

وثانيها: ما عرفه الشهيد رحمه الله به في الدروس: من أنه ما تساوى أجزاؤه ومنفعته وتقارب صفاته (2). ويرد النقض على هذا بالثوب ونحوه، فإنه متقارب المنفعة والصفات والأجزاء، بل متساويها في النوع الواحد، مع أنه يعد قيميا، لا مثليا. وهذا الاعتراض يرد على التعريف الأول، فإن قيمة أجزائه في النوع الواحد متساوية أيضا. ويمكن دفعه بمنع تساوي قيمة أجزائه ولو في النوع الواحد، فإننا نرى أهل العرف يداقون في القطعة الواحدة بين طرفيها، ولو فرض التساوي في فرد فهو لا يوجب كونه مثليا، إذ المدار على الوجود الغالب، وإلا فالتساوي في القيمة والمنفعة يمكن في كل جنس، ومن هنا يمكن دفعه عن تعريف الدروس أيضا، فتدبر. وثالثها: ما حكى عن شرح الأرشاد للشهيد: أنه ما يتساوى أجزاؤه في

(1) في (ن، د): اللحمة. (2) الدروس 3: 113 (كتاب الغصب).

[525]

الحقيقة النوعية (1). فإن كان المراد منه ما كان اسم القليل والكثير منه واحدا لأنه التساوي في الحقيقة الموجب لأطلاق الاسم، فلاريب في انتقاضه بكثير من القيميات: كالأرض، فإن القليل والكثير منها في الاسم سواء، والأقمشة، فإن قليلها وكثيرها يتفقان (2) في الاسم غالبا. وإن أريد أن الحقيقة النوعية هي منشأ المنفعة والقيمة والصفة، فالتساوي فيها يوجب التساوي في هذه الأمور فيرجع إلى التعريف الثاني. ولعل الأخير أوضح في الإرادة وإن جزم بعضهم بكون مرجعه إلى المعنى الأول، فتأمل (3). ورابعها: أن المثلي ما يقدر بالكيل والوزن، كما نسب إلى بعضهم (4). وينتقض بالمعاجين بأنّها مثلية، ولاتباع بالكيل والوزن، بل بالحب ونحوه، وبالخطب فإنه مثلي وإن كان لا يباع بهما في بعض البلاد، كذا قيل. ويمكن القول بأن المعجون يباع بالوزن، وبيعه كذلك من جهة أنه مغن عن الوزن فلا يضر بمثليته، ونحو ذلك نقول في الخطب، مع احتمال منع كون الخطب مثليا. لكن ينتقض بأنه يباع غالبا بالكيل والوزن فيدخل في التعريف. ويمكن القول: بأن المعجون أيضا قيمي ويباع بالكيل أو الوزن، فيدخل في التعريف. وخامسها: أنه ما يكال أو يوزن مع جواز السلم فيه. وسادسها: أنه ما يكال أو يوزن، ويجوز بيع بعضها ببعض لتشابه الأصلين في قصد التقابل. واعتراض على التعاريف الثلاثة بالأشياء التي يجوز فيها بيع بعضها ببعض ويجوز السلم فيه مع كونها مكيلا أو موزونا، كالقاقم (1) وغيره، وربما منعوا ذلك فيه.

(1) غاية المراد: كتاب الغصب (مخطوط) الورقة: 71. (2) في غير (م): يتفق. (3) (لم يرد الأمر بالتأمل في ن، د). (4) حكاه المحقق الثاني قدس سره عن الشافعي وأبي حنيفة وأحمد، جامع المقاصد 6: 244 (كتاب الغصب). (1) في (ن، د): كالقاقم.

[526]

وسابعها: ما تساوت أجزاؤها وجزئياتها. ويرد على هذا التعريف: أنه إن كان المراد من الأجزاء ما يطلق عليه الاسم، فعاد إلى الأفراد فلا وجه لذكر الأجزاء. وإن كان المراد أجزاء الفرد - كنصف الحنطة والدرهم، ونحو ذلك - فيرد عليه ما مر من الاعتراض بالفشر واللب ونحوه، فإنه من أجزاء الفرد الواحد مع عدم تساوي القيمة. ويمكن أن يقال بملاحظة الحيثية بأن يقال: إن الأجزاء لها جهات، فمن الجهة التي هي متساوية في القيمة فهي مثلية، ومن الجهة الأخرى قيميّة، فالحنطة لو اعتبرت أجزاؤها بالفشر واللب فهي قيميّة، ولو لوحظت أجزاؤها بنصف الحنطة وربعها ونحو ذلك فهي مثلية - فتأمل - فيصير الأحكام في المثلية والقيمية تابعة لكيفية الضمان. وثامنها: أن المثلي ما إذا جمع بعد التفريق أو فرق بعد الاجتماع عاد الأول بغير علاج. ويرد على هذا الفرض أيضا بعض ما يرد على التعاريف السابقة. والتحقيق أن يقال: إن المثلي والقيمي تحديدهما موكول إلى العرف، فإن أهل العرف يعدون بعض الأشياء مما لا تفاوت بين أفرادها ولا يداقون في أخذ فرد دون فرد وينسبون كل من فرق بين أفرادها إلى السفاهة والبلاهة لاهتمامه فيما لا يلتفت إليه عند العقلاء، ويعدون بعض

الأشياء مما يصير فيها التفاوت وإن تشابهت في الصورة ولم يتميز في الحس في بادئ النظر، بل عند الأغلب، لكن يعرفون أن الممارسين في هذا الشئ أو هذه الصنعة (1) يعرفون أن فيه جيذا وردينا وإن كان لا يطلع عليه كل ناظر، بل الغالب يتخيّلون التساوي، ولذلك لا يعتنون من لم يتفحص عن ذلك، ويخرجونه عن رتبة الرشد وكمال العقل، وهذان الأمران مما يقال لهما المثلي والقيمي، وما ذكره الأصحاب كلها إشارة إلى ما هو في الواقع كذلك، وليس ذلك اختلافاً منهم في الحكم، بل إنما (2) غرضهم تحديد العرف،

(1) في غير (م): الصفة. (2) في (ن، د) زيادة: هو .

[527]

وليس العموم والخصوص في تعاريفهم إلا كما يقع في التعاريف اللفظية من أهل اللغة، والمراد عندهم واحد بحسب الظاهر. ثم إنه لو علم كون الشئ مثليا فلا بحث فيه، ولو علم كونه قيميا فلا بحث فيه أيضا. ولو شك في فرض أنه قيمي أو مثلي بحيث لم يتنقح (1) ذلك في العرف أيضا لاختلاف أهله في ذلك، فهل يبنى فيه على المثلية أو على القيمية؟ ربما يقال بالبناء على أنه مثلي، لأصالة عدم تفاوت القيم والرغبات، ولأن الميزان في اعتبار المثل إنما هو كونه أقرب إلى المال المضمون بحيث يعد تأديته تأدية لأصل المال، ومتى ما كان الشئ يشك في أن فيه تفاوتاً أم لا صار أقرب إلى المال المضمون من القيمة قطعا، فلا وجه للعدول إلى القيمة، فهو وإن لم يثبت كونه مثليا في الاسم لكنه مثلي في الحكم، فتدبر. وربما يقال: إنه قيمي، لأصالة عدم تساوي الرغبات، ولكون الغالب في الشئيين الاختلاف، فالمشكوك (2) يلحق به، ولأن القيمة دفع لما يقابل المضمون في المالية قطعا، بخلاف المثلي، لاحتمال النقيصة (3) فلا يحصل اليقين بالبراءة. لا يقال: أن مع دفع القيمة أيضا لا يحصل اليقين، لاحتمال كونه مثليا موجبا للدفع من هذا العين، فيفوت الخصوصية على صاحبها. لأننا نقول: غاية ما في الباب تعارض احتمال فوات خصوصية العين مع احتمال فوات المالية، ولا ريب أن الثاني أهم، إذ الغالب في المالية إنما هي جهة المالية، والخصوصية مع حصول المالية لا يعتنون بها، بخلاف العكس، فمراعاة جهة المالية توجب ترجيح دفع القيمة، لأنه أقرب إلى البراءة. وربما يقال: إنه لا ترجيح في المقام بعد كون الشك في الحادث وتعارض الاحتمالين من الجانبين، فيرجع إلى الصلح حينئذ، كالعلم باشتغال الذمة بأمر مجهول لا سبيل إلى بيانه. ويحتمل تخيير الضامن بين الاحتمالين، ويحتمل تخيير

(1) في (ن، د): لم يتضح. (2) في (ن، د) زيادة: به. (3) في (ف، م): النقيصة .

[528]

المضمون له، ويحتمل وجوب أكثرهما قيمة لقاعدة الاشتغال، ويحتمل وجوب أقلهما قيمة ترجيحاً للبراءة. والحق أن يقال: إن خصوص لفظ (المثلي) و (القيمي) (لم يعلق عليهما الحكم في كلام الشارع، وإنما هو اصطلاح، والمتبع الدليل، ولا ريب أن الدليل إنما دل على وجوب تأدية المال إلى صاحبه، ولا ريب في كون التأدية مع بقاء العين هو دفع العين، وأما مع التلف ففي المثلي يعد دفع مثله دفعا لذلك التالف، وفي القيمي لا يعد دفع مثله في الفردية دفعا لذلك، للتفاوت، فيدفع القيمة، لأن القيمة حينئذ أقرب إلى التالف من دفع ما هو من نوعه. ومع الشك في كونه من هذا أو من ذلك فلا ريب أن دفع مثله حينئذ أقرب من دفع قيمته، فليدفع ما هو مثله بحيث لا يكون تفاوت بينهما في المالية وإن كان أصل النوع لا يعلم كونه مثليا. فتدبر حتى لا يختلط عليك الأمر .

(العنوان السبعون) (الضابط في تعيين القيمة اللازمة الدفع)

عنوان [70] في تعيين القيمة اللازمة (1) الدفع إذا وجب دفع القيمة .
 ووجوبها يصير على وجهين: أحدهما: وجوب قيمة أصل المال المضمون حيث يكون
 قيميا. وثانيهما: قيمة مثله إذا تعذر المثل، فإنه يرجع حينئذ إلى قيمة المثل، لا قيمة
 المال المضمون [نظرا إلى أن تلف أصل المال أوجب ضمان المثل الثابت في الذمة،
 فإذا تعذر ذلك عاد بالقيمة لهذا المال المضمون] (2) في الذمة، لأنه المضمون الآن
 دون أصل المال. والغرض من تعيين القيمة: أنه لا ريب في اختلاف الحالات على المال
 التالف الموجبة لزيادة القيمة والنقصان بحسب الأيام والأزمان وتختلف الاحتمالات
 بالنسبة إلى أسباب الضمان، فتزيد في بعضها وتنقص في أخرى، وكذلك في ضمان
 المثل المعوز (3) بقيمته، فإن فيه احتمالات أيضا، فلا بد من تعيين القيمة المضمونة
 شرعا على ما تقتضيه الأدلة. وهذا البحث كما يحى في قيمة الأعيان المضمونة،
 وكذلك في قيمة النماءات، وفي قيمة المنافع والأعمال، وكذلك في قيمة أبعاض
 الأعيان، وأبعاض المنافع المذكورة في باب تبعض

(1) في (ن، د) زيادة: في. (2) ما بين المعقوفتين لم يرد في (ن، د). (3) في (ن، د): المعوض .

الصفة، وكذلك في قيمة الأوصاف المضمونة - كأرشف العيوب ونقص الصفات
 المطلوبة - فإنها أيضا مضمونة بالقيمة. وبالجمل: كل مال مضمون بالقيمة، سواء كان
 عينا أو منفعة، أو بعضا من أحدهما، أو وصفا لأحد منهما، أو نماء للأعيان، لا بد فيه من
 تعيين القيمة التي تضمن من القيم المختلفة بحسب الأزمان والأمكنة والأحوال، فهنا
 أبحاث ثلاثة: أحدها: في تعيين القيمة بحسب الأحوال الطارئة على المال المضمون
 الموجبة لزيادة القيمة بزيادة في العين، كما لو كان المال المغصوب - مثلا - أو
 المقبوض بالعقد الفاسد قيمته عشرة لضعفه، ثم صار قيمته يوم التلف - مثلا -
 عشرين لسمنه أو لطوله، أو نحو ذلك. وكذلك المنافع، فإنها قد تكون عند وضع اليد
 عليها قيمتها خمسة فحدث في العين صفة كمال أوجب زيادة قيمة في المنفعة.
 وكذلك في الأرض، فإن العيب قد يتفاوت بزيادة ونقصه ويختلف باختلافها قيمة التفاوت
 المسمى بالأرشف، وعلى هذا القياس. والذي يقتضيه النظر في هذا الفرض: ضمان
 أعلى القيم في أي حالة كانت، سواء كان الأعلى آخر قيمة له بحيث تعقبه التلف، أو
 أول قيمة كما إذا نقصت العين بعد الغصب إلى أن تلفت، أو نقصت قيمة العيب إلى أن
 ارتفع. أو أوسط القيم، كما إذا كان ناقصا فزاد ثم نقص ثم تلف، بحسب (1) اختلاف
 العين بالزيادة والنقصان، لا بمحض السوق، نظرا إلى أن كل حالة من هذه الحالات
 مضمونة على صاحب اليد، لأنها (2) فأتت تحت يده فيشمل عموم (على اليد) هذا
 النماء كما يشمل الأصل، وكذا يشمل دليل الأتلاف لكل ما أتلفه من أصل أو نماء،
 ولذلك لو أرجع العين إلى صاحبها بغير تلف لكنه مع نقص فيها بهزال أو تعيب - أو نحو
 ذلك - ضمن النقص، والوجه في ذلك كله واضح. ومن هنا علم: أنه إذا ترتبت الأيدي
 على مغصوب أو مطلق مال مضمون له حالات متفاوتة بزيادة ونقصه توجب اختلاف
 القيمة ضمن كل منهم الحالة التي

(1) كذا في (ذ)، وفي سائر النسخ: بسبب. (2) في (ن، د): لا لأنها .

كانت تحت يده دون ما كان تحت يد الآخر، فيشتركون في ضمان القدر الجامع، بمعنى تخير المالك في الرجوع إلى أي منهم شاء، ويمتاز صاحب اليد على الزيادة بضمان الزيادة، فإن كان واحداً فبالاختصاص، وإن كانوا متعددين - كثلاثة من ستة كانت العين زائدة في أيديهم فنقصت في الباقيين - فبالاشتراك بالمعنى المذكور في الأصل. وإلى هذا المعنى أشار الشهيد الثاني رحمه الله في مقامات عديدة يبحث فيها عن أداء المال المضمون - كباب الغصب، والاروش المالية، واروش الجنائيات، وضمان المقبوض بالعقد الفاسد، وباب الفضولي، والعقد المنفسخ بعيب ونحوه - بعد ذكر بحث الأصحاب في ضمان أعلى القيم أو الأسفل، أو غير ذلك من الاحتمالات الآتية في البحث الثاني. هذا إذا كان التفاوت بحسب السوق، أما لو كان بسبب اختلاف في العين فيضمن الأعلى، فتدبر. وثانيها: في تعيين القيمة بحسب الأزمان بالنسبة إلى السوق، من دون مدخلة لزيادة العين ونقصها فيه، والمحتملات في ذلك أمور: الأول: ضمان قيمته يوم الغصب، ويحتمل نظيره في سائر الأسباب في يوم وضع اليد، كما في المقبوض بالبيع الفاسد، ومنه المقبوض بالفضولي، وقس على ذلك غيره. قيل: ذهب إليه الشيخ رحمه الله في موضع من المبسوط (1) ونسبه المحقق إلى الأكثر (2). ولعل وجهه: أن ذلك يوم تعلق ضمان المال، لأنه السبب، فينبغي أن يلاحظ قيمة ذلك الوقت. وفيه: أن مجرد كونه سبب الضمان لا يستلزم اعتبار قيمة ذلك الوقت، بل المراد بالضمان لزوم قيمته إذا تلف في ذلك الوقت، وإذا لم يتلف فهو مكلف برد العين، فلا وجه لاعتبار قيمته حينئذ .

(1) قاله المحقق الكركي في جامع المقاصد 6: 246، ولم نقف عليه في المبسوط (2). الشرائع 3: 240 .

الثاني: الضمان بالقيمة يوم التلف، وهو مذهب ابن البراج (1) والعلامة في المختلف (2) ونسبه في الدروس إلى الأكثر (3). والوجه فيه: أن العين مادامت باقية فهو مكلف بدفع العين، ولا يضمن بالقيمة إلا إذا تلفت، فذلك اليوم تتعلق القيمة بالذمة، فينبغي اعتبارها في ذلك اليوم. كما أنه لو فرض نقص القيمة مع بقاء العين لا يحكم على الغاصب بدفع الزيادة، لأن العين باقية على حالها، وفوات قيمة السوق غير مضمون. الثالث: ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى يوم التلف، وهو منقول عن الشيخ رحمه الله في النهاية والخلاف وموضع من المبسوط (4) واختاره ابن إدريس (واستحسنه المحقق في الشرائع (6)). والوجه فيه: أن المال مضمون عليه في جميع حالاته التي من جملتها حالة أعلى القيم، ولو تلف فيها لزم ضمانه فكذا بعده، ولأن الاعتبار العقلي يقتضي ذلك، لأن الغاصب في أول زمان الغصب مكلف بإيصال المغصوب إلى المالك، فإذا لم يفعل كان عليه أن يجبر النقصان الذي حصل للمالك بسببه، وجبر ذلك النقصان: إما برد العين في زمان آخر، أو قيمتها في الزمان الأول عند تعذر ذلك، وكذلك الغاصب مكلف في الزمان الثاني بإيصال العين إلى المالك، وإذا لم يفعل كان عليه جبر النقصان كما مر، وهكذا في الزمان الثالث والرابع، فإذا فرض زيادة القيمة في بعض هذه الأيام كان عليه ردها إلى المالك عند تعذر العين. وفيه: أن كون جميع الحالات مضمونة معناه لزوم قيمته لو تلف في تلك الحالة، وإلا لزم على ذلك لزوم رد تفاوت القيمة مضافاً إلى العين، ونقصان قيمته حين الرد عن بعض القيم السابقة، والحكم بخلافه مجمع عليه عند الأصحاب على الظاهر .

(1) المهذب 1: 437. (3) المختلف: 455 (ط - الحجرية). (3) الدروس 3: 113. 5 (5) (الخلاف 3: 403، المسألة 14، المبسوط 3: 72 و 103، ولم نعثر عليه في النهاية. (5) السرائر 2: 481. (6) الشرائع 3: 240 .

والرابع: لزوم أعلى القيم من حين الغضب إلى حين رد القيمة، وحكي عن المحقق في أحد قوليه (1). ولعله مبني على أن القيمي أيضا مضمون بمثله، فيبقى في ذمة الغاصب مثله بعد التلف إلى وقت الأداء، وحيث إن دفع المثل متعذر فيدفع القيمة حينئذ، فيصير بمنزلة بقاء العين إلى وقت الدفع وتلفه حينئذ، فيجئ الوجه السابق في اعتبار أعلى القيم هنا من حين الغضب إلى وقت الرد، وكأن وقت الرد حينئذ هو وقت التلف في الحقيقة. ولا يخفى ضعف ذلك من الوجه السابق في ضعف القول السابق: من أن كون القيمة أعلى في وقت لا يقتضي لزوم دفعها، بل اللازم دفعها لو تلفت العين في ذلك الوقت، مضافا إلى أنه لا وجه لبقاء مثل القيمي في الذمة، إذ لو كان له مثل لوجب دفع مثله، والمفروض أنه غير موجود، ولا وجه لضمان الممتنع، إذ معنى الضمان: لزوم الدفع وهو ممتنع محال. وأضعف من ذلك احتمال كون القيمي مضمونا بعينه إلى وقت الأداء، وهنالك (2) ينتقل إلى القيمة للتعذر، نظرا إلى امتناع ضمان الممتنع والتالف لا يمكن إعادته، فتدبر. والخامس: لزوم دفع قيمة وقت المطالبة، وهو مبني على الضمان بالمثل إلى ذلك الوقت، أو بالعين إلى ذلك الوقت حتى يصير ذلك الوقت وقت الانتقال إلى القيمة، ويجئ فيه ما ذكرناه في اعتبار قيمة يوم التلف، وقد عرفت ضعفهما في القول السابق المبني على أحدهما، على ما أشرنا إليه. والسادس: لزوم دفع أقل القيم من حين الغضب إلى وقت التلف. والسابع: لزوم أقل القيم من حين الغضب إلى وقت الأداء. والثامن: لزوم أقل القيم من حين التلف إلى وقت الأداء. والوجه في هذه الثلاثة الرجوع إلى أصالة البراءة مع الشك في اشتغال

(1) حكاه عنه الشهيد الأول، على ما نقله الشهيد الثاني في الروضة 7: 40. (2) (في ن، د): هناك .

[535]

الذمة بالزائد. والتاسع: التخيير، وله صور: أحدها: التخيير بين يوم الغضب والتلف. وثانيها: بين يوم الغضب والأداء. وثالثها: بين يوم التلف والأداء. ورابعها: التخيير بين الثلاثة. وخامسها: التخيير بين الأقل والأكثر في أي وقت اتفق، ومرجعه إلى لزوم ضمان الأقل. ومنشأ ذلك كله: العلم باشتغال الذمة بإحدى هذه القيم وعدم وجود الترجيح، وليس من النص في هذا الباب شيء سوى صحيحة أبي ولاد، وهي طويلة واردة في خصوص رجل اكرى بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا، فلما وصل إلى قرب قنطرة الكوفة توجه نحو النيل، وتوجه منه إلى بغداد، ورجع إلى الكوفة، وكان ذهابه ومجيئه خمسة عشر يوما، فأخبر أبا عبد الله عليه السلام بذلك، قال: له عليك مثل كرى البغل (1) ذاهبا من الكوفة إلى النيل، ومثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة. قال: قلت: جعلت فداك! فقد علفته بدرهم فلي عليه درهم (2)؟ قال: لا، لأنك غاصب. فقلت: رأيت لو عطب أو (3) نفق اليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة البغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر (4)؟ قال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه... الحديث (5). وفي هذا الخبر دلالة على جملة من أحكام الضمان التي حررناها في المباحث السابقة، منها: عدم احترام مال الغاصب، لأقدمه. ومنها: ضمان الأوصاف بالقيمة كالأصل. وفي قوله: (يلزمك قيمة البغل يوم خالفته) احتمالان: أحدهما: أن يكون المراد: يلزمك قيمة يوم المخالفة، فيكون دليلا على القول الأول من الأقوال

(1) في المصدر: بغل - بدون اللام - وهكذا في الفقرات اللاحقة. (3) في المصدر: قد علفته بدرهم فلي عليه علفه. (3) في المصدر: ونفق. (5) في المصدر: غمز (5). الوسائل 13: 255، الباب 17 من أبواب أحكام الأجرة، ح 1.

[536]

المتقدمة. وثانيهما: أن يكون المراد: أن لزوم القيمة والضمان في ذلك اليوم، وأما قيمة أي من الأيام فهو مسكوت عنه. والظاهر منه هو الأول عند الانصاف وإن

أعرض عنه الأكثر. وفي قوله: في صورة العيب: (يوم ترده إليه) (إشارة إلى أنه يقوم في ذلك اليوم صحيحا ومعيبا ويلزمك التفاوت، ولا دلالة فيه على تقدير القيمة بالنسبة إلى أي الأزمنة، إذ هناك أيضا يحى الوجه، إلا أنها ضعيفة، إذ تفاوت الصحيح والمعيب في كل وقت بالنسبة، إلا أن ما به التفاوت يتفاوت بزيادة القيمة ونقصانها، فإن التفاوت لو كان بمقدار الربع فلو كان القيمة عشرين كان خمسة، ولو كان أربعين كان عشرة. وبالجمله: ففيه أيضا يحى الكلام السابق. وأوفق الأقوال إلى القواعد ضمان قيمة يوم التلف - كما يظهر بعد التأمل - لولا ظهور هذه الصحيحة في خلافه في الجملة، إلا أنه لا يصادم الفتوى. و (1) إجراء هذه الأقوال والاحتمالات في سائر موارد الضمان - من الاروش في المالية وديات النفوس حيث لا مقدر فيها وفي سائر الاتلافات والنماءات والمنافع - يحتاج إلى تأمل تام. وهنا أبحاث شريفة تركناها اقتصارا على ما نبهنا عليه في مطاوي الكلام. وثالثها: (2) في تعيين القيمة بحسب المكان، وهذا البحث قد أغفله الأصحاب ولم يتعرضوا له في شئ من هذه الأبواب، مع الاختلاف الفاحش في القيمة بحسب الأمكنة كالأزمنة. فهل المراد قيمة مكان الغصب، أو قيمة مكان التلف، أو أعلى القيمتين، أو أسفل الأمرين (3) [أو قيمة مكان المطالبة] (4) أو قيمة مكان الأداء أي موضع كان،

(1) في النسخ زيادة (يحتاج) والظاهر أنها سهو. (2) أي: ثالث الأبحاث، تقدم ثانيها في ص: 532. (4) في (ن) بدل (أو أسفل الأمرين): أو أقلهما. (4) لم يرد في (ن)، د.

[537]

أو قيمة المكان الذي يجب الأداء فيه بمقتضى الشرع، أو تخير (1) الغاصب بين القيم، أو تخير (2) المالك أو غير ذلك؟ فالاحتمالات هنا أيضا آتية، وأنت بعد الأحاطة بما ذكرناه في بحث الزمان تقدر على استخراج الوجوه لهذه الاحتمالات، والكلام الكلام بعينه، فتدبر. لكن السبب في ترك الأصحاب هذا العنوان هل هو من جهة تبعيته للزمان؟ بمعنى: أن كل زمان اعتبر فالمكان مكانه أيضا، فمن اعتبر يوم الغصب اعتبر مكانه أيضا، ومن اعتبر يوم التلف اعتبر مكانه أيضا وهكذا. وهذا الاحتمال بعيد جدا، نظرا إلى بعد انفهام هذا المطلب مما ذكره في الزمان، وعدم تصريح منهم في ذلك، مضافا إلى أن مكان التلف قد لا يكون للشئ قيمة معتد به، مع أن مكان الغصب له قيمة كثيرة، فلا أظن القائل بيوم التلف يعتبر قيمة مكان التلف، مع أن في كلامهم ما يدل على وجوب رد المال المغصوب إلى المالك أي مكان شاء وأراد - كما نشير (3) إليه - إذ (4) لا أقل من وجوب رده إلى مكان الغصب حيث شاء المالك فهو واجب، فينبغي أن يلاحظ مكان الغصب [فلا يمكن انطباق مسألة المكان على الزمان، أو أن ذلك من جهة معلومية اعتبار مكان الغصب] فإن الغاصب مكلف برد عين المال إلى محل الغصب، وكذا قيمته إذا أراد المالك، لأنه بلد القبض والضمان، فينبغي التادية فيه، فيلاحظ قيمة ذلك المكان. والذي أراه: أن دفع القيمة بحسب المكان منوط بالمكان الذي يجب الدفع فيه، فإن قلنا: إن الاختيار بيد المالك فأي مكان اختاره في الرد فيعتبر قيمته. وإن قلنا: ليس كذلك بل المعتبر الرد في محل الغصب إلا أن يرضى المالك بما هو أقل منه مؤنة أو المساوي فالمدار (5) على مختار المالك، فيكون الميزان محل الغصب، وفي المقام كلام طويل يحتاج إلى بسط في المقال، ويمنع منه ما نحن عليه من الاستعجال .

(1) و (2) في (ن)، د: تخيير. (4) في (ن): اشير. (4) في (ف)، د بدل (إذ): أو، وفي (م): و. (5) لم ترد (فالمدار) في (ف)، والعبارة على فرضي وجودها وعدمها لا تخلو عن إشكال .

[539]

(العنوان الحادي والسبعون) (في بيان كيفية التقويم، والعلاج عند اختلاف المقومين)

عنوان [71] في ضبط كيفية التقويم وذكر ما هو المناص عند اختلاف المقومين على حسب الأجمال، وفيه بحثان: أحدهما: في بيان كيفية التقويم: وقد تعرض لذلك الأصحاب في كثير من الأبواب، كباب إخراج الزكاة، وباب الخمس، وباب تبعض الصفقة، وباب الاروش في العقود والجنايات، وفي باب الغصب، وفي باب إخراج الوصايا من الثلث، وتعرضوا في فروع باب المزارعة والمساقاة والشفعة والبيع والأجارة والمغارسة، وغير ذلك كثيرا، وفي الحقيقة مرجعها إلى مباحث خمس: الأول: قيمة الشئ المستقل والمال المتأصل الغير المرتبط بشئ آخر، كما في الأموال المتلوفة (1) أو المغصوبة، أو المضمونة غالبا. والثاني: تقويم البعض من المال المركب المعد (2) شيئا واحدا، سواء كان واحدا حقيقة فتلف بعصه، أو عرفا، أو بحسب حكم الشرع بورود عقد عليه من العقود، تبرعيا كان أو معاوضيا (1) وهو باب تبعض الصفقة في سائر أبواب العقود،

(1) كذا، والقياس: التالفة، أو: المتلفة. (2) كذا، والظاهر: المعدود. * (1) (في ن): متبرعة كانت أو معاوضة، وفي (ف، د): تبرعية كانت أو معاوضة.

كما عنونه الأصحاب. وهذا قسمان: مرة يكون أجزاء المركب لها مدخلية في زيادة القيمة، والهيئة التركيبية كذلك. ومرة ليس للهيئة مدخلية، وإنما قيمة المجموع مجموع قيم الأجزاء. ويختلف باختلافهما (1) التقويم. والثالث: كيفية تقويم الأوصاف الفائتة المضمونة، كالصحة والتعيب المذكور في باب الاروش في مال أو جناية. والرابع: تقويم النماءات المفروضة حصولها في هذه العين وإن لم توجد، كما إذا أردت معرفة أن ثمرة هذا البستان عشر سنين أي مقدار لها من القيمة، كما يحتاج إليها في باب الوصايا ونحو ذلك. والخامس: تقويم المنافع، كمنفعة العبد والداية عشر سنين، أو هذا العمل الخاص الصادر من الشخص في هذا المال، كما في صورة بطلان الأجارة الموجبة للرجوع إلى اجرة المثل ونحو ذلك. إذا عرفت أن التقويمات دائرة مدار هذه المباحث الخمس، فنقول: الضابط في تقويم المال المستقل: ملاحظته على ما هو عليه من جميع الجهات: من زمانه ومكانه ووضعه وجهته وإشاعته وانقسامه، وكونه في ملك الغير أو في ملك المالك، محتاجا إلى مؤنة في الحفظ والنقل أو غير محتاج، مستحقا للأتلاف - كما في العبد المرتد - أو غير مستحق، مستحقا للتعيب بقلع ونحوه مع الأرض أو بدونه، أو (2) مستحقا للبقاء في مال الغير - باجرة أو بدونها - موجب (لحصول المنافع أو غير موجب، صحيحا أو معيبا، سريع الفساد أو بطيئه، في معرض التلف أو في مكان محفوظ، أو نحو ذلك من الجهات التي تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم، فإنه يلاحظ ذلك كله ويقوم على مقتضاه كيف كان. وفي كلام الأصحاب في الأبواب المشار إليها إشارة إلى بعض ما ذكرناه، فراجع. وأما بعض المال عينا كان أو منفعة: فإن (4) لم يكن الهيئة التركيبية لها مدخلية

(1) (في ن، د): باختلافها. (3) (3) لم ترد (أو) في (ن). (3) في (م): موجبا، والصواب ما أثبتناه، من حيث كونه وصفا للبقاء، كما لا يخفى. (4) في غير (ن): فإذا.

في زيادة القيمة، فيرجع، حينئذ إلى قيمة الجزء التالف، فيصير هو كالمستقل في هذه الجهة. وإن كان للهيئة التركيبية مدخلية في القيمة - كمصراعي باب وفردتي الخف والنعل ونحو ذلك - فلا ريب أن فوات أحد الجزئين يوجب فوات قيمته وقيمة الهيئة التركيبية، لزوال الهيئة بزوال أحد طرفيها، ولا ريب في ضمان قيمة التالف

في حالة اجتماعه مع ضمان نقص الجزء الآخر الحاصل بسبب فوات الاجتماع، ولا فرق في ذلك بين كون الجزئين مضمونين، كما لو كانا مغصوبين أو مقبوضين بالعقد الفاسد - ومنه الفضولي بلا إجازة فتلف أحدهما في اليد الضامنة - وبين كون أحدهما مضمونا دون الآخر - كما لو غصب أحد الجزئين وأتلف، أو قبضهما بعقد فبان بالنسبة إلى أحدهما التالف فاسدا - نظرا إلى أن على الفرض (1) قد فات في يده أحد الجزئين وهيئة الاجتماع وهي مضمونة كالأعيان، وفي الثاني وإن لم يدخل الاجتماع تحت يده في صورة غصب الواحد لكنه بغصبه الواحد وإتلافه أتلف الهيئة الاجتماعية، فيضمن الجزء باليد أو بمباشرة الأتلاف، ويضمن هيئة الاجتماع بالتسبب في التالف (2). وإنما البحث في معرفة التقويم، فقول: يقومان جميعا، ثم يقوم أحدهما منفردا، فما به التفاوت بين قيمته وقيمة المجموع هو قيمة التالف. وهذا هو الضابط لباب تقويم الجزء مطلقا، ولكنه في صورة كون الهيئة لها مدخلية في زيادة القيمة لا يتم قطعا، إذ لو كان المصراعان مجتمعين بخمسة وكان واحد منهما بائنين علم من ذلك أن قيمة الآخر هي الثلاثة، وليس في الواقع كذلك. ولكن هذا الضابط ليس لأفادة بيان القيمة في الحقيقة، بل إنما هو لاستعلام قيمة الفات من الجزء والهيئة التركيبية، ولا ريب في كون هذا الطريق كافيا في ذلك، إذ ما به يتفاوت قيمة الواحد الباقي عن قيمة المجموع المركب هو قيمة ما تلف من جزء وهيئة، وذلك واضح .

(1) (أي: الفرض الأول، وهو صورة كون الجزئين مضمونين. (2) في (ف، م): التلف .

[543]

نعم، استشكل في هذا الضابط الشهيد الثاني رحمه الله في صورة ما إذا لم يكن الجزآن من مالك واحد (1). وهذا الأشكال لا يرد في باب الغصب ونحوه، لأن ملك كل واحد منهما مستقل بانفراده، وليس هنا هيئة تركيبية مملوكة تالفة مضمونة. نعم، يرد في مثل ما لو جمعهما الفضولي أو المالك لأحدهما الفضولي في الآخر في عقد واحد، فلم يجز أحدهما كما هو مورد بحثهم في هذا التقويم غالبا، فإنه من جهة وقوع العوض في مقابل المجموع المركب لا بد من ملاحظة التركيب، لأنه أيضا مضمون على العاقد الفضولي لفواته بفساد العقد. ووجه الأشكال: إن مالك كل منهما لا يستحق حصته إلا منفردا، فلا وجه لقيمتهم مجتمعين (2). وذكر (3) هنا طريقا آخر وهو: أنه يقوم كل منهما منفردا وينسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، لا إلى قيمة المجموع حتى يندرج فيها قيمة التركيب، وذلك واضح. ولا يخفى ما في كلام الشهيد الثاني رحمه الله هنا من الاختلال، نظرا إلى أن هذا البحث إن كان في صورة غصب ونحوه فقد عرفت أنه ليس هناك هيئة، ولا يحتاج إلى نسبة أحدهما إلى المجموع، بل يقوم مال كل من المالكين على انفراده، ويكون مضمونا على الغاصب إن كان تالفا بتلك القيمة، ولا يحتاج إلى جمع ولا إلى نسبة، وذلك واضح. وإن كان في مقام جمع بينهما بعقد ونحوه بحيث صارت المقصودة في العوض وإن لم تكن ملكا لمالكي الجزئين بل إنما هي شئ حصل من ضم المالكين وهو نماء لهما فكيف تقول بقيمتهم (4) منفردين؟ إذ بذل الثمن ليس في إزاء منفردين، بل في إزاء المجموع المركب، فإذا صار أحدهما غير مجاز وبطل فيه العقد، فيكون الثمن المبذول بإزاء ثلاثة أشياء حقيقة، وهي: الجزآن المنضمان والهيئة الاجتماعية، فلو رد الثمن على المشتري بقدر نسبة قيمة أحد

(1) المسالك 3: 162 (كتاب التجارة). (2) في غير (م): مجتمعاً. (3) أي الشهيد الثاني قدس سره، انظر المصدر المتقدم. (4) في (ن): بقيمتيهما .

[544]

الجزئين إلى قيمتهما منفردين وأبقي الباقي (1) في يد البائع - مثلا - لكان ذلك ظ لما على المشتري وإعطاء للبائع ما هو زائد على حقه، لأن البائع مالك لفردة قيمتها إثنان، وزيد - مثلا - مالك لآخرى قيمتها كذلك، وقيمة المجموع خمسة وقد

ضمهما (2) البائع ودفع المشتري الثمن - مثلا - ستة، فلو لوحظ قيمة الواحد الذي بطل فيه البيع - لعدم إجازة زيد - منسوبة إلى القيمتين لكان بالنصف، والتفاوت إنما هو النصف، فيلزم أن يرجع المشتري بثلاثة، مع أن الفأنت منه أربعة، لأنه لم يبق في يده إلا فردة قيمتها إثنان، ويلزم أن يبقى عند البائع ثلاثة، مع أن قيمة ماله اثنان، والثالث بإزاء هيئة هي ليست ملكا له وقد فانت على المشتري، فكيف يأخذ البائع عوضها؟ كما أن على ما ذكره القوم لو قوم المجموع بخمسة وأحدهما بائنين يكون التفاوت ثلاثة أخماس قيمة المجموع، فلو رجع بتلك النسبة للزم أن يرجع المشتري على البائع بثلاثة وثلاثة أخماس هي حصة التالف من الثمن، ويبقى عند البائع إثنان وخمسان، يكون أيضا ظلما على المشتري، لاستلزام فوات الهيئة التركيبية على المشتري عدم بقاء ماله من الثمن عند المشتري إلا بمقدار قيمة ماله وقد بقي حينئذ زائدا على ماله. وهذا البحث غير وارد على القوم، نظرا إلى أن ملاحظة قيمتهما مجتمعين (3) ثم ملاحظة ما في يد المشتري وهو مال البائع منفردا ورجوع المشتري على البائع بما به التفاوت بين مال البائع وقيمة المجموع يكون عدلا ليس فيه ظلم على أحد، فإن الخمسين اللذين بقيا في يد البائع حينئذ إنما هما حصة من زيادة الثمن الذي هو الستة على القيمة التي هي خمسة بواحد، فإن الواحد لو قسم أخماسا كان الاثنان بإزاء مال البائع، والاثنان بإزاء مال المالك الآخر، والواحد بإزاء الهيئة التركيبية، لأن قيمتها نصف قيمة واحد من الجزئين، وحيث فانت على المشتري

(1) في (ن، د): الآخر. (2) في (ن، د): جمعهما. (3) في غير (م): مجتمعا .

[545]

قيمتها ثلاثة فقد ارتجع من الثمن ثلاثة وثلاثة أخماس هي مقدار القيمة، ونسبته من زيادة الثمن، وبقي عند البائع قيمة ماله اثنان ونسبة الزيادة في الثمن وهي خمسان، فتدبر (1). وإلى هذا المعنى يرجع ما تخيله بعضهم (2) طريقا ثالثا، وهو قيمتهما مجتمعين، ثم تقويم مال البائع منفردا وإبقاء مقدار نسبة ماله إلى قيمة المجموع في يده وإرجاع التهمة إلى المشتري، فإن الظاهر أن مراد الأصحاب من تقويمهما أحدهما منفردا هو مال البائع بقرينة قولهم: (فياخذ من الثمن بتلك النسبة) فلا بحث على كلمة الأصحاب في حال من الأحوال على ما أوضحنا لك المقال بعون الله الملك المتعال. وأما كيفية التقويم في الأوصاف: فطريقه - كما نص عليه الأصحاب - وورد في صحيحة أبي ولاد (3): تقويم المال واجدا لذلك الوصف وفاقدا لذلك الوصف والرجوع بالتفاوت، لأنه قيمة الوصف الفائت، وهذا طريقة استعلامه. ثم إن كان الضمان في عقد معاوضة رجع من العوض بتلك النسبة، لتراضيهما على العوض المذكور وكون ذلك العوض قيمة الصحيح في نظرهم، ولو رجع إلى ما به التفاوت مطلقا لاتفق في بعض الصور الجمع بين العوض والمعووض، كما هو واضح. وإن لم يكن في عقد معاوضة: - كغصب وإتلاف بجناية ونحوه - فالرجوع على التفاوت كيف كان. وهذا الكلام جار في الأوصاف وفي الأجزاء أيضا، فإنهم في باب تبعض

(1) تدبرنا، لكن لم نتحقق الفرق بين الطريقتين - يكون أحدهما ظلما والآخر عدلا - بعد كون مالهما إلى امر واحد، كما اعترف به المؤلف قدس سره. (2) انظر الكفاية للسبزواري: 89 (كتاب التجارة). (3) تقدمت في ص: 535 .

[546]

الصفة يذكرون الرجوع إلى نسبة التفاوت من الثمن حذرا من لزوم الجمع بين العوض والمعووض في بعض الصور، وفي باب الغصب يحكمون في تلف الأجزاء بما به التفاوت مطلقا، ونحو ذلك كلامهم في أرش العيب في العقد، وفي أرش العيب والجناية في الغصب، فراجع. وأما كيفية تقويم النماءات: فإن كانت موجودة منفصلة فهي كالمستقل، وإن كانت موجودة متصلة فيقوم العين فاقدة لها وواحدة لها،

فالتفاوت قيمة النماء. وأما في المعدوم - كثمره البستان في السنين الآتية - فالذي تعرضوا له في باب الوصية: عبارة عن تقويم العين مسلوقة المنفعة في تلك السنين المعينة إذا أريد ذلك أو مؤبدا لو أريد ذلك، ومع منافعها، فالتفاوت قيمة المنافع والبناء. وأما التقويم في المنافع والأعمال: فإن كانت موجودة مستوفاة فالمرجع إلى ما هو المعتاد من اجرة المثل - على ما يشهد به المقومون أو يقتضية نظرهم - لو لم يكن له معتاد. وأما المعدومة - كمنفعة سنين معينة للدار أو العبد أو نحو ذلك - فيقوم (1) العين واجدة المنافع مرة ومسلوقة المنافع المقصودة أخرى، فالتفاوت هو قيمة المنفعة، فتدبر. وثانيهما: في ذكر اختلاف المقومين في قيم هذه الأمور: وقد عنونه الأصحاب في باب أرش العيب في البيع، وهو آت في كل مقام يحتاج إلى التقويم، والبحث في ذلك طويل الذيل، فنقتصر على ما هو المقصود. فنقول: إذا اختلف المقومون، فإما أن يكون بإخبارهم عن القيمة السوقية - لا بالأنشاء من أنفسهم - فذلك من باب تعارض البيّنات، ويحى فيه بحث ترجيح

(1) في (م): فتقويم .

[547]

الأعلم والأورع والأكثر - تعبداً، أو من باب الظن - ثم القرعة. وإن كان بإنشائهم - وهو المراد بالتقويم - فالمحتملات في الحكم هنا أمور: أحدها: التزام قيمة منتزعة من المجموع، وقد ورد على هذا المعنى رواية (1) في اختلاف المقومين في الهدى، أو اختلاف قيم الهدى - ولعله في الثاني على الظاهر - عند تعذر الهدى، فيتسرى إلى سائر المقامات أيضاً بعدم الفرق وتنقيح المناط وبعدم القائل بالفرق على الظاهر بين الأصحاب أو يقال: إن في صورة اختلاف القيم أو المقومين يعد القيمة المنتزعة قيمة للشئ عرفاً، فإن قال أحدهم: إنه بخمسة والثاني: إنه بعشرة، يعد سبعة ونصف قيمة له، وكذلك ثلث القيم الثلاث وربيع القيم الأربع، ونحو ذلك. ولعل الظاهر أيضاً ذلك، فالرجوع إلى القيمة المنتزعة ليس ببعيد في سائر المقامات. وثانيها: التخيير، لعدم الترجيح. وثالثها: لزوم الأعلى، مراعاة لاشتغال الذمه. ورابعها: لزوم الأقل مراعاة للبراءة الأصلية فيما لم يتيقن به الاشتغال، وغير ذلك من الاحتمالات: كالقرعة ونحوها، فتدبر. تنبيه: حيث إن في باب الأرض لابد من قيمتين: إحداها للصحيح، والأخرى للمعيب حتي يلاحظ ما به التفاوت والنسبة، فإذا تعددت القيم هناك يمكن الانتزاع بطريقتين: أحدهما: نسبة مجموع القيم الصحيحة إلى مجموع المعيبة وملاحظة التفاوت بينهما من الثمن بالنسبة. وثانيهما: نسبة كل من المعيبة إلى صحيحها وجمع النسب الحاصلة من الملاحظات وانتزاع نسبة من النسب، وبينهما تفاوت يسير في المقامات، فتدبر .

(1) لم نظفر عليها .

[549]

(العنوان الثاني والسبعون) (ضابط بقاء العين وتلفها، وبيان المراد من التأدية)

[550]

عنوان [72] في بيان التأدية ضبط المراد من بقاء العين وتلفها على الأجمال، لما فيه من التنبيه على مباحث شريفة وفروع لطيفة. فنقول: المال المضمون: إما أن يبقى في يد الضامن كما هو عليه في يد المالك من دون تغير ولا تبدل بزيادة ولا نقیصة. وإما أن يصير في يد الضامن تالفاً بحيث لم يبق منه أثر. وإما أن يصير مستحسلاً

من جنس إلى جنس مع بقاء أصل المادة. وإما أن يكون معيبا بجناية أو غيرها. وإما أن يكون فائت المنافع. وإما أن يكون ممزوجا بغيره. وإما أن يكون مستهلكا في غيره. وإما أن يكون صاحبة النماء (1) في يد الضامن باستحالة أو غيرها. وإما أن يكون تصرف فيه البائع على نحو لا يمكن رده إلا بمشقة، كوضعه في بناء أو جعل اللوح في سفينة أو نحو ذلك. وإما أن يكون خارجا عن يد الضامن بما لا يتمكن من إعادته، كما إذا غصب من يده غاصب آخر ودفنه في مكان ونسي الموضع ونحو ذلك. وهذه الصور المختلفة قد عنون فيها الأصحاب وتكلموا فيها ومن أراد التفصيل فليرجع إلى ما كتبوه وبعض ما كتبناه في التعليقات، ولنقتصر هنا على بيان فوائد: إحداها (2): أن عدم التمكن من الرد بغصب أو نسيان محل يعد في حكم التلف

(1) كذا في غير (م)، وفيها: بدل (صاحبة النماء): نمتى. (2) في غير (ف): أحدها .

[551]

في لزوم دفع القيمة، وهو الذي يعبر عنه بـ (ضمان الحيلولة) إذ الواجب التأدية، وليس الممكن هنا إلا القيمة، ولكن قد سبق منا أن القيمة إنما هي قيمة يوم التلف، كما عليه الأكثر. وهل هو آت في المقام أيضا؟ فتكون القيمة قيمة وقت غصب الغاصب من يد الضامن وقيمة وقت نسيان الموضع، أو ليس كذلك؟ لعدم كون هذا تلفا في الحقيقة، إذ العين باقية وهي في ملك المالك، ودفع القيمة حينئذ دفع للضرر وهي مراعاة (1) بعدم التمكن من أصل المال، فلو عاد العين فيرجع المالك عليها، فاللزام حينئذ لزوم قيمة وقت دفع القيمة، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة للحيلولة، ولا تلف في الحقيقة حتى يتعلق القيمة بالذمة. وثانيها (2): أن العين إذا كانت مستحيلة لا بنماء موجب لزيادة القيمة - كإنبات الحب وإفراخ البيض - بل بما يوجب النقص في القيمة - كما لو استحالت ملحاً أو نحو ذلك مما له قيمة في الجملة - ففيه احتمالات: أحدها: وجوب ردها إلى المالك مع أرش النقص إن كان هناك نقص، وإلا فمجردا عنه بناء على أن ذلك عين ماله بالاستصحاب. وثانيها: وجوب دفعها مع الأرش وإن لم يكن نقص، لأنه بدل عن الصورة النوعية النالفة عن المالك، ولم يبق إلا الصورة الجسمية، وأما الصورة الحادثة فهي ليست مالا للغاصب حتى يقابل بدفعها الصورة النوعية الفائتة فيسقط الأرش، بل هي نماء ملك المالك، بل لو فرض كونه من فعله وملكا له أيضا فلا إحترام له حتى يثبت بذلك عوض يقابل مال المالك، فتدبر. وثالثها: وجوب دفع المستحال إليه - كالملاح - من باب القيمة، ووجوب تكميله بالزائد من قيمة المستحيل، لأن الاستحالة تخرجه عن ملك المالك فيتملكه الغاصب بالحيازة، وأما وجوب دفعه قيمة، لما في ذلك من دفع ما هو أقرب إلى العين، ولأن للمالك تشبها به في الجملة .

(1) كذا في اصول النسخ، وفي (م): دفع للضرر مراعى بعدم.... (2) كذا في (م)، وفي سائر النسخ: ثانيهما، وهو سهو. والمناسب: وثانيها .

[552]

ورابعها: أنها تخرج عن ملك المالك ويملكها الضامن، ويجب عليه دفع المثل أو القيمة دون المستحال إليه، فيكون هذا بمنزلة التلف. وخامسها: وجوب دفع المثل أو القيمة، لكون ذلك تلفا، ولزوم دفع المستحال إليه أيضا لبقاء حق اختصاص للمالك به. وفي كل من الوجوه والحجج نظر ظاهر لانطيل الكلام بذكره: والغرض التنبيه، وفي التحقيق طول. وثالثها (1): أن الامتزاج في كلامهم موجب للشركة إذا لم يمكن التمييز ولم يكن المزج بالأردأ. والظاهر في مزج الجنسين المختلفين الرجوع إلى المثل أو القيمة حتى في مثل العسل والدبس وإن كان المغصوب الدبس. وإن كان الاختلاط سوريا مع التعيين في الواحد (2) والامتياز - كاشتباه الدراهم والطاقت والأواني - فالظاهر القرعة، فتدبر. ورابعها: أن التأدية إنما تحصل بنقل المال من حالته المضمونة إلى حالة أخرى ليس فيها ضمان، وهو إما بنقل المال عينا أو مثلا أو قيمة

إلى المالك، أو إلى وكيله، أو إلى وليه العام أو الخاص. وإما بإبراء المالك ومن له الأبراء الضامن عما في ذمته. وإما بأداء متبرع أو وكيله عنه. وإما بإتلاف المالك عين المال على نحو لو كان لغيره لكان عليه ضمان، لا بالغرور - كما لو أطعمه الغاصب إياه من دون علمه بأنه ماله - فإنه لا يرفع الضمان، لا لما علله الشهيد الثاني رحمه الله بأنه ليس تسليماً تاماً لضعفه بالغرور (3) بل هو تام، ولكن الغرور سبب آخر للضمان فكيف يكون مسقطاً؟ فتدبر. وبعبارة أخرى: إتلاف المالك لعين المال وصول إليه ما لم يكن مغروراً من الضامن، ولو كان مغروراً من غير الضامن لكفى أيضاً في براءة ذمة الضامن وإن اشتغل ذمة الغار. وكذا استيلاء المالك على المال بقوة بدون رضا الضامن أو دفعه، فإنه رافع للضمان. والوجه في ذلك كله: أما في تأدية الضامن إلى المالك، فهو داخل في مدلول

(1) كذا، والمناسب: وثالثتها. (2) كذا، والظاهر: في الواقع. (3) الروضة 7: 54 :

[553]

خبر (اليد) وهو المتبادر منه، لا كما زعمه المعاصر النراقي: أنه مجمل من هذه الجهة (1) بل لا ريب أن المتبادر: التأدية إلى المالك من الغاصب وذوي اليد. وأما تأدية وكيل الغاصب، فلأنه في حكمه بالدليل. وأما التأدية إلى وكيل المالك أو وليه أو نحو ذلك ممن قام مقامه، فلما دل على قيامه مقامه عموماً. وإما الأبراء، فلما دل من الأدلة على جوازه، غايته تعارض مفهوم (على اليد) مع منطوق دليل الأبراء، ويقدم المنطوق. وأداء المتبرع بعد قيام الدليل على جواز الوكالة كالوكيل في ذلك بالدليل. وإتلاف المالك موجب لرجوع الضامن إلى المالك لو رجع المالك إلى الضامن، لكون التلف بفعل المالك، وهو مستلزم للتهاتر والتساقط. واستيلاء المالك وصول إليه، لأنه تخلية قهرية من الضامن، والأجماع قام على عدم اشتراط الاختيار في أداء الحقوق بالنسبة إلى حصول البراءة وإن كان شرطاً بالنسبة إلى الثواب وغيره، والعمدة: ظهور (حتى تؤدي) في كون الغرض الوصول إلى المالك ومن يحكمه، وأما كونه باختيار الضامن فلا مدخلية له، ولنقتصر من الكلام هنا على هذا المقدار. نعم، هنا فرع، وهو أنه على تقدير ترتيب الأيدي الضامنة على مال واحد لو أبرأ المالك واحداً منهم فهل تبرأ ذمة الباقيين لأن الأبراء كالدفع، أو لا تبرأ؟ وتحقيقه يرجع إلى ما ذكرناه من الاحتمالات، فإن قلنا بأن الضامن الواحد لا بعينه جاء احتمال براءة الكل، بل لزومه على ذلك. وإن قلنا بأن الضامن من تلفت العين في يده فيصير البراءة بإبراءه دون إبراء غيره. وإن قلنا بأنه كل واحد منهم - كما هو المختار - فلا يكون إبراء أحدهم موجباً لبراءة الآخرين، لتعدد الحق في الذمم على ما حققناه، غاية ما قام الدليل على أن دفع الواحد يسقط عن الباقيين، ولم يبق دليل على الأبراء، وكون الأبراء في حكم الدفع مسلم بالنسبة إلى نفس المبرأ - بالفتح - لا في جميع الأحكام، فتدبر .

(1) عوائد الأيام: 110، العائدة 33 .

[555]

عناوين الولايات والسياسات وما يلحقها من بعض المباحث (العنوان الثالث والسبعون) (في ذكر الأولياء والمولى عليهم إجمالاً وبيان مراتبهم في الولاية)

[556]

عنوان [73] لا ريب أن الولاية على الناس إنما هي لله تبارك وتعالى في مالهم وأنفسهم، وللنبي صلى الله عليه وآله لقوله تعالى: النبي أولى بالمؤمنين من

أنفسهم (1) وللأئمة (2) عليهم السلام قدس سره رحمهم الله (2) لأن من كان النبي صلى الله عليه وآله مولاة فعلي عليه السلام مولاة بالنص المتواتر، ولا فرق بينه وبين سائر الأئمة بضرورة المذهب. ويدل على هذا المجموع قوله تعالى: إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا... (3) الآية. وأما بعدهم فلا ريب أن الأصل الأولي عدم ثبوت ولاية أحد من الناس على غيره لتساويهم في المخلوقية والمرتبة ما لم يدل دليل على ثبوت الولاية، ولأن الولاية تقتضي أحكاما توقيفية لا ريب في أن الأصل عدمها إلا بالدليل. وقد ورد الدليل كتابا وسنة وإجماعا على ولاية جملة من الناس على بعض منهم، وقد ذكره الفقهاء في البيع، وفي كتاب الحجر، وفي كتاب النكاح، وفي الطلاق، وغير ذلك من المباحث على حسب ما يقتضيه المقام، وفي بيان أحكام الأولياء وأقسامها ومواردها، والمباحث المتعلقة بها: من التعارض والترجيح واشتراط المصلحة في تصرفهم، أو عدم المفسدة، أو غير ذلك من المباحث المذكورة في

(2) في (ن، د): والأئمة. (3) المائدة: 55 .

[557]

كتب الفروع. وحيث إنها مبنية على أدلة خاصة في كل مقام وغرضنا في الباب ذكر ما يجعل قاعدة كلية في الفقه طوبى الكلام في ذلك، لكن نذكر هنا أمورا حتى توجب التنبيه (1) للباقي. أحدها: أن الولي على مال الغير أو على نفسه - على ما ظهر من استقرار الفقه وتتبع مقاماته - إنما هو الأب والجد للأب، وفي تعميمه لما كان من طرف أم الأب أيضا أو اختصاصه بما كان من طرف أب الأب نظر، منشأه: إطلاق النص والفتوى الظاهر في التعميم، وانصرافه إلى ما كان من طرف أب الأب عند إطلاقه دون أم الأب. ولا ولاية للام وإن علت مطلقا، لا في مال ولا في نفس في مقام من المقامات، ولا للأخ من حيث هو كذلك وإن وردت فيه رواية بالنكاح (2) لكنها محمولة على صورة كونه وصيا، لمعارضتها بما هو أقوى. ولا لغيره من الأقارب من حيث القرابة، للأصل وعدم الدليل. والوصي (3) للأب أو للجد - السابق - والزوج بالنسبة إلى زوجته، والموالي بالنسبة إلى ممالئهم، والحاكم الشرعي، وعدول المؤمنين، ووكيل الأب أو الجد أو الوصي أو المولى أو الحاكم أو الزوج، ووكيل الوكيل وهكذا... مع كون الوكيل مأذونا في التوكيل، ووصي الوصي على تقدير كونه مأذونا في التوصية، والمقاص للمال بشرائط التقاص. فأقسام الأولياء بحسب النوع تسعة، ولو أخرجنا الزوج - نظرا إلى كون البحث في ولاية المال وولاية النفس في النكاح ونحوه، ولا ولاية للزوج على زوجته كذلك من حيث هو زوج - تكون ثمانية، ولذلك لم يذكره الفقهاء في ذكر

(1) في (ن، د): التنبيه. (2) الوسائل 14: 211، الباب 7 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح 2. (3) عطف على: الأب والجد .

[558]

الأولياء في مقام من المقامات، فتدبر. ومرادهم من (الولي) في الفقه: ولاية المال والنفس، وهو خارج عن ذلك، ولو أريد ما يعم ولاية الأمانة ونحوها لاتسعت الدائرة ودخلت أشخاص آخر، كالام والضيف وصاحب المنزل ونحو ذلك، للزوم إطاعتهم في بعض الأمور، فتدبر. وثانيها: أن المولى عليهم - على ما يظهر من تتبع - الصغير، ذكرا أو أنثى، عاقلا أو مجنونا، رشيدا أو سفيها. والمجنون، مطبقا كان أو أدواريا، بالغاً أو صغيراً. والسفيه، بالغاً أو صغيراً، ذكراً أو أنثى. والغائب في بعض الأمور. والممتنع عن أداء الحق الذي عليه. والبكر وإن كانت بالغة رشيدة على قول. فالولاية للأب على الصغير في المال والنكاح، وعلي المجنون المتصل جنونه بالصغر ومطلقا على قول، والسفيه المتصل سففه بصغره أو مطلقا في قول. وولاية الجد تجتمع مع ولاية الأب في المولى عليه في النكاح، وكل من سبق منهما في العقد يمضي تصرفه ويبطل اللاحق، ومع التعارض يقدم عقد الجد هنا بالنص (1) والأجماع وإن كان [

مقتضى [(2) القاعدة البطلان، لعدم إمكان الجمع وعدم المرجح، وعلى هذه القاعدة تعارض الأولياء مطلقاً، حتى في تعارض الجد مع جد الأب، فإنه لا نص فيه، وإلحاقه بالقياس لا وجه له، فيبقى تحت القاعدة. وكذلك في المال (3) إلا أنه مع التعارض يبطلان. والوصي لا ولاية له إلا مع فقدهما، حتى لو كان وصياً لأحد الوليين الإجباريين على الولاية على الأطفال بطل مع وجود الآخر، لأنه ولي، والوصي فرع انتفائه (4). وكذا وصي الوصي لا يجتمع مع الولي الإجباري ومع الوصي، والوجه واضح .

(2) راجع الوسائل 14: 217، الباب 11 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد. (2) (من م). (3) عطف على: في النكاح. (4) في العبارة ما لا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) بما يلي: والوصي لا ولاية له على الأطفال إلا مع فقد الوليين الإجباريين، حتى أنه لو أوصاه أحدهما بطلت الوصية مع وجود الآخر، إذ ولاية الوصي موقوفة على انتفائهما معا .

[559]

والمولى يجتمع مع أب وجد، ولكن ولايتهما تسقط مع المولى وإن كانا حرين، لأن المملوك لا تسلط لأحد عليه غير مالكه. ووكيل كل واحد من الأولياء يجتمع معه، وهو تابع لمرتبة الموكل، فيجتمع مع ما يجتمع به الموكل، ولا يجتمع مع ما لا يجتمع معه. ولاية الحاكم لا تجتمع مع شئ من الأولياء السابقة، لأنه ولي من لا ولي له. وولاية العدول لا تجتمع مع الحاكم، ولا مع الأولياء الآخر على ما يجئ بيانه. وأمين الحاكم بحكم الحاكم. وولاية الوصي تابعة للتوصية وولاية الموصي. وفي التوصية على النكاح لمن (1) للموصي ولاية النكاح عليه أقوال معروفة. والمولى ولي لمملوكه في المال والنكاح وإن قلنا بأن المملوك يملك. والحاكم ولي من لا ولي له، وفي ولايته على من اتصل جنونه أو سفهه بالصغر قولان مع وجود الولي الإجباري أو وصيه، وبدونهما (2) فهو له بلا كلام (3) كمن تجدد جنونه أو سفهه بعد البلوغ والرشد والعقل. والعدول ولي على ما كان الحاكم وليا عليه مع وجوده، على تفصيل يأتي. والوكيل ولي على من لموكله عليه ولاية في مال كان أو في نكاح. وهنا مباحث شريفة متعلقة بالولايات أعرضنا عنها. وثالثها: أن تصرف الولي مشروط بالمصلحة بالأجماع وظواهر الأدلة، ولأن المتيقن من أدلة الولايات إنما هو ذلك، إذ الغرض الإصلاح في النفس والمال، والمولى عليه لنقصه عاجز عن ذلك، ولو كان الأفساد سائغاً لما احتج إلى ولاية. وفي كون الشرط علمية أو واقعية فيبطل التصرف مع انكشاف عدم المصلحة وإن اعتقدها عنده وجهان .

(1) في (ن، د): فيمن. (3) في غير (م): بدونه. (3) في (ن، د): بدون كلام .

[560]

إلا في المولى (1) فإن له التصرف كيف شاء، لأنه مسلط على ماله. وقيل في الأب والجد باشتراط عدم المفسدة وعدم اعتبار المصلحة (2) ويرشد إلى ذلك إطلاق أدلة ولايتهما، غايته خروج المفسدة بالدليل، ولا دليل على اعتبار المصلحة . ويدل على ذلك ما ورد من النص على جواز اقتراضه مال الطفل (3) وعلى جواز تقويم جاريته على نفسه (4) مع عدم مصلحة في ذلك، وظاهر الوفاق على جوازهما من دون مصلحة بشرط عدم المفسدة. ولكن كلام الأصحاب في اشتراط المصلحة في تصرف الولي مطلق. نعم، ذكر عدم اشتراطها في الإجباري الشهيد رحمه الله في قواعده (5) .

(1) استثناء عن قوله فيما تقدم: إن تصرف الولي مشروط بالمصلحة. (2) لم نظفر على قائله. (4) الوسائل 12: 192، الباب 76 من أبواب ما يكتسب به، ح 1. (4) راجع الوسائل 14: 543، الباب 40 من أبواب نكاح العبيد والأماء. (5) قد عنون الشهيد قدس سره هذه المسألة (في القاعدة: 133) وذكر الاحتمالين ولم يرجح شيئاً، ولم يفصل بين الولي الإجباري وغيره، راجع القواعد والفوائد 1: 352 .

(العنوان الرابع والسبعون) (ولاية الحاكم الشرعي)

عنوان [47] الأصل في كل شئ لا ولي له معين من الشرع أن يكون الحاكم وليا له، وهو المعبر عنه بعموم ولاية الحاكم الذي يشير إليه الفقهاء في كثير من المباحث، كما في وجوب دفع ما بقي من الزكاة في يد ابن السبيل بعد الوصول إلى بلده إليه، وفي وجوب دفع الزكاة ابتداء أو بعد الطلب إليه، وتخيره في أخذ خمس أرض الذمي أو منفعتها، وولايته في مال الأمام وميراث من لا وارث له، وفي توقف إخراج الودعي الحقوق على إذنه، وولايته في إجراء الحدود وفي القضاء بين الناس، وفي أداء دين الممتنع من ماله، وتوقف حلف الغريم على إذنه، وفي القبض في الوقف على الجهات العامة وفي نظارته لذلك، وتوقف التقاض من مال الغائب على إذنه ومن الحاضر في وجهه، وفي بيع الوقف حيث يجوز ولا ولي له، وفي قبض الثمن إذا امتنع البائع وقبضه عن كل ممتنع عن قبض حقه، وفي الدين المأبوس عن صاحبه، وبيع الرهن المتسارع إليه الفساد بإذنه، وتوليته (1) إجارة الرهن لو امتنع، وتعيين عدل يقبض الرهن لو لم يرضى، وتعيينه ما يباع به الرهن مع تعدد النقد، وفي باب الحجر على المفلس أو على السفية في قول، وفي قبض وديعة الغائب لو احتج إلى الأخذ، وفي إجبار الوصيين على الاجتماع

(1) في (ن، د): تولية .

الاستبدال بهما، وفي ضم المعين إلى الوصي العاجز، وفي عزل الخائن على القول بعدم انزاله بنفسه، وفي إقامة الوصي فيمن لا وصي له أو مات وصيه أو كان وانعزل، وفي تزويج المجنون والسفيه البالغين، وفي فرض المهر لمفوضة البضع، وضرب أجل العنين، وبعث الحكمين من أهل الزوجين، وإجبار الممتنع على أداء النفقة، وفي طلاق زوجة المفقود، وفي إجبار المظاهر على أحد الأمرين، وفي إجبار المولي كذلك، واحتياج إنفاق الملتقط على اللقيط على إذنه، ونحو ذلك من المقامات الأخر التي لا تخفى على من تتبع الفقه، فإنهم يقولون بهذه الأمور، ويتمسكون بعموم ما دل على ولاية الحاكم الشرعي. ولا ريب أن النائب الخاص الذي يصير في زمن الحضور كما يكون نائباً لجهة، خاصة - كالقضاء ونحوه - يكون لجهة عامة أيضاً، وذلك تابع لكيفية النصب والنيابة. وعلى هذا القياس في نائب زمن الغيبة، فإنه أيضاً يمكن كون ولايته بطريق العموم أو الخصوص، فلا بد من ملاحظة ما دل من الأدلة على ولاية الحاكم حتى يعلم أنه هل يقتضي العموم أو لا؟ فنقول: الأدلة الدالة على ولاية الحاكم الشرعي أقسام: أحدها: الأجماع المحصل، وربما يتخيل أنه أمر لبي لا عموم فيه حتى يتمسك به في محل الخلاف. وهو كذلك لو أردنا بالأجماع الأجماع القائم على الحكم الواقعي الغير القابل للخلاف والتخصيص. ولو أريد الأجماع على القاعدة - بمعنى كون الأجماع على أن كل مقام لا دليل فيه على ولاية غير الحاكم فالحاكم ولي له - فلا مانع من التمسك به في مقام الشك، فيكون كالأجماع على أصالة الطهارة ونحو ذلك، والفرق بين الأجماع على القاعدة والأجماع على الحكم واضح، فتدبر. وهذا الأجماع واضح لمن تتبع كلمة الأصحاب. وثانيها: منقول الأجماع في كلامهم على كون الحاكم ولياً فيما لا دليل فيه على ولاية غيره، ونقل الأجماع في كلامهم على هذا المعنى لعله مستفيض في كلامهم .

وثالثها: النصوص الواردة في هذا الباب: منها: ما ورد في الأخبار: من كون العلماء ورثة الأنبياء (1) وهذا المعنى ورد في روايات كثيرة، ولكن الكلام في دلالة (2) على المدعى بعد الأعماض عن سنده والوثوق فيه إلى شهرة الرواية بل الصحة في بعضها. فنقول: ظاهر قولهم: (فلان وارث فلان) أن كل ما عنده قد انتقل إليه وصار عنده، ولا ريب أن الأنبياء كان لهم الولاية على الرعية مطلقاً، إلا فيما كان حكم الله على عدمه، فينبغي ثبوت هذا المعنى في العلماء أيضاً، وهو المدعى. ويرد على هذا القسم من الأخبار إشكالات: أحدها: أن إضافة الأثر إلى الأنبياء تقتضي بكون (3) المراد من (العلماء) الأوصياء، لأنهم ورثة الأنبياء دون العلماء، إذ الظاهر من الأضافة كونه من دون واسطة، لا مع الواسطة، ولا ريب أن لكل نبي وصياً وهو وارثه، والعلماء في كل أمة لا يكونون إلا ورثة الأوصياء وورثة النبي مع الواسطة، فيدور الأمر بين حمل الوارثية على ما هو بالواسطة، وبين حمل (العلماء) على الأوصياء، ولا ريب أن التخصيص أولى من المجاز، غايته تساوي الاحتمال المسقط للاستدلال. بل الظاهر أن حمل (العلماء) على الأوصياء أوضح، سيما بعد ورود تفسيره بهم في بعض المقامات التي ذكر فيه اللفظ من كتاب (4) وسنة (5). وثانيها: أن المتبادر من كونهم ورثة الأنبياء كونهم وارثين في العلم ولا بحث في ذلك، إذ ليس العلم إلا في العلماء، ولا يتخيل حينئذ كون الخبر إفادة للبيدهي، إذ الغرض من ذلك بيان شرف العلم حتى لا يتخيل من فقر العلماء وعدم وجود

(1) الكافي 1: 32، باب صفة العلم... ح 2، وص 34 باب ثواب العالم والمتعلم، ح (2). 1. كذا في أصول النسخ، لكن مصحح (م) قد أنث الضمائر وغير العبارة بما لا حاجة إليه. (3) في (ن، د): يقتضي كون المراد. (5) انظر البحار 23: 188، باب أنهم عليهم السلام أهل علم القرآن. (5) مثل ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام: (الناس يقدون على ثلاثة: عالم ومتعلم وغناء، فنحن العلماء) البحار 1871: ح 1 و 194، ح 8.

المال عندهم حقارتهم، فأفاد أن العلم كان من صفات النبي وقد ورثه العالم، وكفى بذلك شرفاً له. وثالثها: أنه على فرض عدم تبادر ذلك كفى في التقييد ما ورد في تنمة الأخبار بأن الأنبياء لا يورثون ديناراً ولا درهماً، وإنما يورثون علماً (1) فإن الظاهر من ذلك إرادة العلم من الأثر، وحينئذ لا دلالة فيه على إثبات الولاية بوجه من الوجوه، فتدبر. ورابعها: أن المراد من الرواية لو كان كل فرد من أفراد العالم وارثاً لكل فرد من أفراد النبي للزم كون العلماء أزيد علماً وولاية من الأنبياء، وليس كذلك بل الظاهر التوزيع [بمعنى أن] (2) (علماء أمة كل نبي ورثة ذلك (3) النبي، فيكون علماء هذه الأمة ورثة نبينا (4) (صلى الله عليه وآله، ومقتضى كون الجماعة وارثاً من واحد كون كل منهم أخذاً بحصته من التركة، لا كل واحد أخذاً للكل، وإذا كان كذلك فينبغي كون الولاية منقسمة على العلماء، وأين ذلك من إثبات الولاية للكل على الكل؟ فتدبر. ويمكن (5) أن يقال: إن الظاهر من الخبر: العموم، ولا وجه لحمله على الأوصياء، بل يمكن أن يقال: إن الأوصياء داخل في عموم (العلماء) فتكون نسبة الوارثية إلى المجموع، ولا بحث في كون ذلك حقيقة، فلا يلزم مجاز حتى يرجح التخصيص عليه، مضافاً إلى أن ملاحظة صدر هذه الأخبار يدل على إرادة الأعم من هذا الخبر، بل يدل على إرادة غير الأوصياء من سائر العلماء، لأنها واردة في مقام مدحهم والثناء عليهم، فراجع. وأما انصراف إطلاق التوارث على العلم فممنوع، فكما أن النبي ولي على رعيته فكذلك ورثته، ولو سلم الانصراف أو أثبت خصوص إرادة العلم بقريئة ذيل الخبر لقلنا أيضاً بدالاتها على الولاية، من جهة أنه من المعلوم أن ولاية النبي على

(1) الكافي 1: 34، باب ثواب العالم والمتعلم، ذيل الحديث 1. (3) من (م). (3) (في غير (م): وارث لذلك. (4) في غير (م): وارثاً لنبينا. (5) في (ن): فيمكن.

الرعية ليست إلا من جهة علمه بالأحكام والشرائع، فكل من تلقى منه الأحكام وصار عالماً فهو ولي كذلك، فتأمل، فإن في تميم الجواب عن هذا البحث إشكالا جذا. وأما الأشكال من جهة كونهم وارثين متعددين فيتبع بعض عليهم ما كان عند النبي ولا يدل على المدعى، مدفوع بأن المتبادر كون كل منهم وارثاً لما عند النبي صلى الله عليه وآله من العلم والحكم دون تبعض ذلك. أو نقول: متى ما ثبت في البعض ثبت في الكل. وفيه نظر، لأن بعض المقامات قد دل الدليل على ولاية الحاكم فيه. أو نقول: عدم وجود الفرد المعهود وعدم إمكان إرادة الفرد الغير المعين وعدم وجود القرينة يوجب الحمل على الاستغراق إن لم يرد الأشكال بوجود القدر المتيقن المانع من ذلك. ومنها: ما ورد من أن العلماء امناء (1) أو امناء الرسل (2) كما في بعض آخ، أو حصون الأسلام (3) كما في قسم ثالث، بتقريب: أن كونه أميناً على الإطلاق أو أميناً للرسل ليس معناه إلا رجوع أمور الرعية إليهم، وهذا معنى الولاية، ومن ذلك يعلم معنى (الحصون). ويمكن أن يقال: إن الظاهر من كونهم امناء: كونهم امناء في الشريعة والعلم، بمعنى: أن ما جاء به من الأحكام فهو عند العلماء ينبغي أن يرجع إليهم، ولا دلالة فيه على ولايتهم في المقامات التي هي محل البحث، وكذلك كونهم (حصون الأسلام) (معناه: كونهم حفظة الدين بنشر أحكامه، وأي دخل له بالولاية؟ اللهم إلا أن يقال: إن كونهم حفظة للشرع وحصناً للأسلام لا يتم إلا بالولاية، وإلا لم يمكن لهم حفظ الأسلام. وله وجه بعد التأمل، فتدبر. ومنها: ما دل على أن العلماء خلفاء رسول الله صلى الله عليه وآله (1). والوجه في الدلالة: أن

(2) الكافي 1: 33، باب صفة العلم وفضله وفضل العلماء، ح 5. (2) عوالي اللالي 77: 4، ح 65، بلفظ (الفقهاء امناء الرسل). (3) الكافي 1: 38، باب فقد العلماء، ح 3 بلفظ (لأن المؤمنين الفقهاء حصون الأسلام). (1) الوسائل 18: 65، الباب 8 من أبواب صفات القاضي، ح 50، وص 66 ح 53.

إطلاق قولنا: (فلان خليفة فلان) أن ما له من التصرف فهو ثابت للخليفة، وذلك واضح عند أهل العرف ما لم يتقيد بقيد، فقولهم: (إن العالم خليفة النبي صلى الله عليه وآله) بإطلاقه يقضي بأن كل ما للنبي صلى الله عليه وآله من التسلط والولاية على الرعية فهو وللعالم ثابت، إلا ما دل الدليل على إخراجهم. ولكن تجئ فيه المناقشة السابقة من ظهور إرادة الأوصياء من (العلماء) لأنهم الخلفاء، والعلماء خلفاء الخلفاء. إلا أن يجاب بأن المراد من (العلماء) ما يعمر الأوصياء، ويصدق الخلفاء على المجموع من دون شبهة. ويبقى الأشكال في انصراف ذلك إلى الخلافة في العلم لا مطلقاً، وهو مع أنه يجاب بما تقدم بعيد في المقام، بل الظاهر الإطلاق. نعم، هنا بحث يرد على هذا الخبر وعلى ما سبق وعلى ما يجئ بعد هذا من الأخبار: أن مساقها إنما هو في مقام بيان فضل العلماء، وليس في مقام إثبات الولاية لهم على الناس، فلا وجه للتمسك بها في الباب. نعم، يضعف هذا الأشكال في قسمين من هذه الروايات: أحدهما: ما اشتمل على لفظ (الخلفاء). وثانيهما: ما اشتمل على أنهم (وكلاء) (1) وأما في سائر ما ذكرناه ونذكره فهذا البحث أت فيه مع ما في دفعه من الأشكال. ومنها: ما دل على أن العلماء كسائر الأنبياء (2) أو أنهم كسائر الأنبياء في بني إسرائيل (3) (بتقريب: أن النبي لا شبهة في ولايته كلية، ومقتضى التشبيه مع عدم تعيين وجه التشبه كونهم كالأنبياء في كل ما هو من صفات النبي إلا فيما خرج بالدليل، ومن جملة صفاتهم الولاية .

(1) لم نقف على رواية مشتملة على اللفظ المذكور. (2) المراد به ظاهراً ما ورد في نسخة من جامع الأخبار عنه صلى الله عليه وآله بلفظ (فاني أفتخر يوم القيامة بعلماء امتي، فأقول: علماء امتي كسائر الأنبياء قبلي) جامع الأخبار 45: . الفصل العشرون. (3) عوالي اللالي 4: 77، ح 67، بلفظ (علماء امتي كأنبياء بني إسرائيل)، وفي عوائد النراقي قدس سره عن الفقه الرضوي أنه عليه السلام قال: (منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل) عوائد الأيام: 186 .

ويجئ هنا - مضافا إلى كونه مسوقا لبيان الفضل - أن الحمل على العموم فرع عدم وجود الجهة الظاهرة في التشبيه، وإظهار هنا التشبيه في العلم، فتدبر . ومنها: ما دل على أن العلماء خير الخلق بعد أئمة الهدى (1) أو فضل العلماء على الناس كفضل رسول الله صلى الله عليه وآله على أذنانهم (2) أو أن فضلهم على سائر الناس كفضل الآخرة على الدنيا (3) أو أن فضلهم على سائر الناس كفضل الشمس على سائر الكواكب (4) أو أن الله تعالى فضلهم على جميع خلقه بعد النبيين (5). وهذه الروايات لا دلالة فيها على الولاية، نظرا إلى أنها مسوقة لبيان الفضل لا لبيان الولاية، ولا نسلم الملازمة بين الفضل والولاية، بمعنى كون كل فاضل وليا على مفضول، سيما إثبات الولاية العامة المطلقة التي نحن بصددتها. نعم، كون كل ولي فاضلا قضى به قبح ترجيح المرجوح أو المساوي، وأما كون كل فاضل وليا فلا دليل عليه، والأخبار لا دلالة فيها على أزيد من التفضيل، وهو غير المدعى، وليس بمستلزم له. مضافا إلى أن الخبر الأخير والخبر الثاني لا يمكن حملهما على العلماء، بل الظاهر أن المراد منهما: الأئمة، لأنهم خير جميع الخلق بعد النبيين، وفضلهم على الناس كفضل رسول الله صلى الله عليه وآله، دون سائر العلماء، فلو حمل عليهم لزم حمل هذا الكلام على المجاز والمبالغة والتخصيص في لفظ (جميع الخلق) كما أنه لو حمل على الأئمة لزم تخصيص العلماء أو إرادتهم منه مجازا، وأحدهما ليس بأولى من الآخر. إلا أن يقال في دفع الأشكال عن الأخير: بأنه لو أريد الأئمة فلا وجه لقوله: (بعد النبيين (لأن أئمتنا أفضل من أنبياء بني إسرائيل، كما ورد في الأخبار (1))

(1) الاحتجاج 2: 458 (احتجاجات الإمام الحسن العسكري عليه السلام). (2) مجمع البيان 9: 253، ذيل الآية 11 من سورة المجادلة. (3 و 4 و 5) البحار 2: 25، الباب 8 من كتاب العلم، ح 91. عن منية المريد، قال مقاتل بن سليمان: وجدت في الأنجيل: أن الله تعالى قال لعيسى عليه السلام... الخبر. (1) راجع البحار 26726:، باب تفضيلهم عليهم السلام على الأنبياء .

فلا بد من إرادة العلماء هنا. ولا يمكن أن يقال: إنه لو أريد العلماء لزم تفضيلهم على الأئمة عليهم السلام أيضا، إذ لم يستثنهم في الرواية. لأننا نقول: استثناء النبيين إثبات (1) لهم، لأنهم بعد خاتم الأنبياء وقبل سائر النبيين في المرتبة، والعلماء إذا كانوا بعد النبيين فكانوا بعد الأئمة أيضا، فتدبر. نعم ما دل على كون فضلهم كفضل رسول الله صلى الله عليه وآله يدل على إثبات الولاية بظاهر التشبيه إن لم يجئ فيه ما مر من الأشكال سابقا. ومنها: ما دل على أن العلماء حكام على الملوك، كما أن الملوك حكام على الناس (2) أو على أن العالم حجة الإمام على الناس (3) وأنهم كافلون لأيتام آل محمد صلى الله عليه وآله (4). وظاهر الخبر الأول إثبات ولاية الحكومة لهم على من هو حاكم على الناس (5)، وهذه العبارة تدل على كونهم حكاما على الناس بالاولوية، بل مثل هذه العبارة يساق في العرف لأفادة ذلك. ولكن كونهم حاكمين إنما يقتضي الولاية في القضاء والفتوى لو سلم ذلك، وهما لا بحث فيهما، وأما في غيرهما فلا يدل على ذلك. وكذلك كونه حجة على الناس يراد به ما يحتج به عليهم يوم القيامة بالأبلاغ والأنداز حتى لا يبقى عذر في التقصير، ولا يمكن الجواب بعدم العلم والأطلاع أو الحجة، بمعنى كون ما يقوله العلماء حقا يجب اتباعه كالإمام، وأين ذلك من ثبوت الولاية؟ وكونهم كافلين للإيتام من آل محمد صلى الله عليه وآله كناية عن تعليمهم الأحكام والشرائع الموجب

(1) في هامش (م): استثناء - خ ل. (3) مستدرک الوسائل 17: 316، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 17. (3) الوسائل 18: 101، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 9. (4) مستدرک الوسائل 17: 318، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 122. (5) في غير (م): حاكم للناس .

لتربيتهم في بواطنهم بعد انقطاعهم عن الأب الباطني. إلا أن يقال: إن ذلك دال على كون النبي والأمام بمنزلة الأب، وكون العالم بمنزلة وصي الأب، وهذا مثبت للولاية عليهم. ولا يخفى ما في هذه الأخبار الثلاثة من الظهور في الولاية، فتدبر. ومنها: مقبولة عمر بن حنظلة، ورواية أبي خديجة (1) الدالتين على كون من عرف أحكام الأئمة أو عرف شيئاً من قضايهم حاكماً أو قاضياً على الناس ويكون الرد عليه كالرد على الأمام، والرد على الأمام على حد الشرك بالله. وهذه الأخبار أيضاً لا تقتضي (2) الولاية إلا في الفتوى والقضاء، ولا تدل (3) على كونه ولياً مطلقاً له التصرف كيف شاء. نعم تدلان على اعتبار حكمهم وفتواهم كما استدل بهما الأصحاب، مع ما فيهما من البحث والأشكال. ومنها: ما دل على أن العلماء أولياء من لا ولي له، وأن مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء الامناء على الحلال والحرام كما ورد في الخبر الطويل (4). وهذا الخبر مع جبره بالفتوى وبالإجماع المنقول يكفي دليلاً على كون الحاكم ولياً في مقام ليس هناك من الشرع ولي بالخصوص، ويدل على كون جريان كل أمر من أمور المسلمين - من نكاحهم وعقودهم وإيقاعاتهم ومرافعاتهم وسائر أمورهم من الأخذ والدفع وغير ذلك، وكل حكم من أحكامهم - على أيدي العلماء خرج ما خرج بالدليل، وبقي الباقي تحت القاعدة المدلول عليها بالنص الموافق لعمل الأصحاب، فتدبر. هذا ما يمكن أن يجعل دليلاً في هذا الباب من النص والفتوى. وقال الشهيد رحمه الله في قواعده في الضابط في ولاية الحاكم: إن كل قضية وقع

(1) الوسائل 18: 99، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 1، وص 100، ح 6. (2) كذا في أصول النسخ، والمناسب: وهذان الخبران أيضاً لا يقتضيان. وقد غير مصحح (م) هذه العبارة من أصلها. (3) كذا، والمناسب: ولا تدلان. (4) تحف العقول 238:

[571]

النزاع فيها في إثبات شيء أو نفيه أو كفيته، وكل أمر فيه اختلاف بين العلماء كثبوت الشفاعة مع الكثرة، أو احتيج فيه إلى التقويم كالأرش وتقدير النفقات، أو إلى ضرب المدة، كالأيلاء والظهار، أو إلى الألغاء (1) كاللعان فهو إلى الحاكم، ومما يحتاج إليه أيضاً القصاص نفساً وطرفاً، والحدود والتعزيرات، وحفظ مال الغائب كالودائع واللقطات (2) انتهى كلامه رفع مقامه. وجعل الفاضل المدقق المعاصر في عوائده وظيفة الحاكم كلية في أمرين: أحدهما: أن كل ما كان للنبي أو الأمام فلهم ذلك، إلا ما دل الدليل على إخراجهم. وثانيهما: كل فعل متعلق بأمور العباد في دينهم أو دنياهم لا بد من الأتيان به ولا مفر منه إما عقلاً أو عادة، من جهة توقف أمر المعاش أو المعاد لواحد أو لجماعة عليه، وإناطة انتظام أمور الدين أو الدنيا به شرعاً، من جهة ورود أمر به أو إجماع، أو نفي ضرر أو ضرار، أو عسر أو حرج، أو فساد على مسلم، أو ورود الأذن فيه من الشارع أو دليل عليه، ولم يجعل وظيفة لمعين واحد أو جماعة، ولا لواحد لا بعينه، بل علم لا بدئته والأذن فيه ولم يعلم المأمور به والمأذون، فهو وظيفة الفقيه (3) انتهى كلامه رفع مقامه. وحاصل غرضه: ما علم من قواعد الشرع لابتداء الأتيان بشيء مع عدم معلومية الاتي به من الشرع، فينبغي أن يأتي به الحاكم. واستدل على الأمر الأول بالإجماع وقد قدمنا ذكره، وبما مر من الأخبار وقد عرفت قصور دلالتها على هذه الكلية، إلا فيما دل على الخلافة، ومثله الخبر الأخير وقد عرفت الأشكال. واستدل على الثاني بالإجماع أيضاً وقد عرفت، وبأن كل أمر كان على ما فرضناه لا بد أن ينصب الشارع له شخصاً، والمفروض أنه غير معلوم والفقيه صالح له، وما فيه من الجلالة كاف في كونه منصوباً، مع أن كل من فرض ولياً فالفقيه

(1) في (د) والمصدر: الألفاء. (2) القواعد والفوائد 1: 405، القاعدة 147. (3) عوائد الأيام: 187.

[572]

داخل فيه، وغيره مشكوك ينفي بالأصل. ويتطرق على ذلك أنه لا نسلم كون الشخص منصوباً له، إذ يمكن كونه من قبيل الواجبات الكفائية التي لا تعيين فيها، بل

هو من الواجبات الكفائية قطعاً، لأن سقوط هذا التكليف بفعل واحد من العلماء عن الباقيين ليس محل بحث، للأجماع عليه، فلم لا يكون واجباً كفائياً يخاطب به كل من علم وقدر عليه؟ ولا دخل في ذلك لحكام الشرع. ولو قيل في الجواب: إنا قائلون في الواجب الكفائي على تعلق الخطاب على كافة المكلفين إلا أنه يسقط بفعل البعض، فيكون هنا أيضاً قد تعلق الخطاب على سائر المكلفين ومنهم الحكام، والتعلق بالعلماء مقطوع به، ولكن نشك في كون إتيان الباقيين به مسقطاً عنهم وعدمه، والأصل عدم السقوط، فلا بد من مباشرتهم أو قيام دليل على السقوط بفعل، لورد (1) عليه أمران: أحدهما: أن الواجب الكفائي ما علم فيه انحصار الغرض في شيء، وليس سقوطه إلا لحصول الغرض والمصلحة الواقعية ولزوم اللغو في الإتيان بعد ذلك، فلو فرض أن ما فرضناه من الأمر مما لا بد منه لأمر معاد أو معاش فلا بد من إتيانه ليتم النظام، وكل من أتى به فقد حصل الغرض، ويلزمه السقوط، للعلم بزوال ما كان داعياً له على ما فرضناه بعد العلم القطعي بأن المراد ليس مباشرة كل أحد. وإن قلت: إنه لا يقدر على ذلك غير الحاكم. قلت: لا بد على هذا أولاً: من إضافة كونه غير مقدور لغير الحاكم أيضاً في الضابط. وثانياً: كل من لا يقدر لا يجب عليه، وهو لا ينافي الوجوب الكفائي على الكل، إذ هو أيضاً مشروط بالعلم والقدرة كالواجب العيني. وثالثاً: نمنع كونه غير مقدور إلا على الحاكم، فإن كل ما يقدر عليه الحاكم يقدر عليه عدول المسلمين، فتدبر. وثانيهما: أنه لو فرض عموم الخطاب للمكلفين فلا وجه للشك في السقوط

(1) جواب: (ولو قيل .)

[573]

بفعلهم، إذ لا شبهة في كون إتيان المكلف بالمأمور به موجباً للسقوط. وإن قلت: إن غير الحاكم ليس بمكلف. قلنا: إن الفرض عدم تعيين المكلف، فمن أين علمت كونه مكلفاً؟ فإن كان من عدم التعيين فذلك يوجب الكفائية الثابتة لكل أحد، وإن كان من قصد الشارع خصوص الحكام يلزم أولاً: خلاف الفرض، لأن كلامنا في مقام لم نعلم من كلف به مطلقاً وعلى هذا الفرض يصير المكلف معلوماً. وثانياً: لا ريب أن مقتضى القواعد عدم قصد خصوصية الحاكم. ولا يمكن المعارضة بأصالة عدم قصد التعميم، إذ التعميم يكفي فيه عدم قصد الخصوصية، ولا يحتاج إلى قصد التعميم حتى يعارض بذلك. وبعبارة أخرى: متى ما كان التكليف ثابتاً ولم يعلم المكلف فالظاهر تساوي الكل في ذلك، ولا يحتاج إلى دلالة على قصد التعميم. مع أن مقتضى أدلة الاشتراك بعد عدم التعيين عموم الحكم لكل مكلف، فلو فرض تعارض قصد التعميم مع قصد الخصوصية وتساقطهما تقوم أدلة الاشتراك في التكليف حجة على التعميم. ومن ذلك يندفع احتمال القول بأن الأجمال يوجب الأخذ بالمتيقن، لعدم الأجمال أولاً بعد معلومية الغرض وإمكان حصوله من أي مكلف كان. ولو فرض إجمال فهو وإن اقتضى الأخذ بالمتيقن - بمعنى لزوم مباشرة الحكام للشك في سقوط فعل غيرهم عنهم - لكن ما دل على الاشتراك في التكليف يوجب كونها كفائية على الجميع المستلزم للسقوط بفعل أي منهم كان. ولو قيل: إن مقتضى الفرض ثبوت هذا الإتيان على أحد من المكلفين، ولو لم يلزم من ذلك الوجوب على الحكام فلا أقل من الجواز، إذ هو أيضاً كسائر الناس وليس أقل منهم، وإذا ثبت الجواز ثبت الوجوب بالأجماع المركب. قلنا: إن أريد بذلك الأجماع الدال على الولاية، فلا وجه لتسميته بالأجماع المركب، لأنه بسيط. وإن أريد من ذلك: الملازمة بين الجواز والوجوب، قلنا: الظاهر الجواز له ولغيره، فكذا الوجوب، ومقتضاه الوجوب الكفائي وقد سلمناه.

[574]

وأين ذلك من إثبات الوجوب والتعيين على الحكام بالخصوص؟ فتدبر. مضافاً إلى أن مجرد صلاحية الفقيه للنصب لا تقتضي التعيين، وجلالته لا تفيد ذلك، إذ الجلالة قد توجب التعيين على غيره، إذ ليس جميع ما فرض أشد لياقة بالجليل من غيره، بل فيه ما هو بالعكس. وبالجمل: فالعمدة: الأجماع وما مر من الأخبار على ما

ذكرناه في بعضه، ولو لا ذلك لما اقتضى كون الشيء مما لا بد منه ثبوته على الفقيه، بل كان سبيله كسبيل الواجبات الكفائية. نعم، لو أريد إثبات جواز مباشرة الحكام أو وجوبها عليهم ولو كفاية - وبعبارة أخرى: عدم المنع عليهم في هذا التصرف - لأمكن إثباته على هذا الفرض، وهو ليس محل البحث، فتدبر. ويمكن التمسك في إثبات ولاية الحاكم بعموم (قاعدة الأحسان) السالفة (1). ولكنه لا يدل على الولاية أولا - بل يدل على عدم الضمان، لأن ذلك لمحض الأحسان - وعلى الانحصار ثانيا. ودعوى كون تصرف الحاكم إحسانا دون غيره تحكم. وبعموم قوله تعالى: والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (2) وهو أيضا غير دال على الانحصار. مضافا إلى أن الفرض: إثبات الولاية من جهة الحكومة، لا من جهة الأيمان والأحسان، وهما لا يدلان على المدعى. ومن ذلك ظهر: عدم إمكان التمسك بعموم أدلة الحسنة والمعونة على البر والتقوى أيضا، إذا العمدة هنا: إثبات الولاية للحكام من حيث هم كذلك، وهذه الأدلة تقضي باشتراك الغير معهم، مع أن المدعى نفيه. نعم، بقي في الأخبار إشكال وهو: أن أغلبها إنما هو بلفظ (العلماء) والظاهر منه اعتبار العلم في ذلك، وعلمائنا يدور مدارهم على الظنون، فلا وجه لأدراجهم

(1) تقدم البحث عنها في العنوان: 64. (2) التوبة: 71.

[575]

تحت الأخبار. ويمكن الجواب أولا: بأنه يكفي في إطلاق (العلماء) عليهم كونهم عالمين ببعض. وثانيا: بأن كل ظنونهم منتبهة إلى العلم. وثالثا: أن متى ما ثبت في العالم بالعلم الوجداني ثبت في المجتهد بالأجماع المركب. ورابعا: أنه لو لم يكن المراد به ما يعم المجتهدين لم يكن للأخبار مورد في مثل زماننا، مع أنه مسوق لبيان حكم هذا الزمان، إذ لا حاجة إليهم يعتد بها في زمن حضور الأمام عليه السلام، فتأمل جدا. وبقي هنا كلام، وهو أن الحاكم إذا عرض له جنون أو إغماء زالت عنه الولاية، وإذا عاد إلى الكمال عادت الولاية، مع أن أمينه لو عرض له جنون أو إغماء زالت ولايته، ولا تعود بالكمال، بل ينصب جديد، وكذلك النائب الخاص للأمام إذا زال عنه الجنون والأغماء لم تعد إليه الولاية إلا بنصب جديد من الأمام، فأى فرق بين المقامين؟ وربما يتوهم أن الفارق هنا هو العموم والخصوص، فإن الأمام عليه السلام إذا كان غرضه نصب كل من هو بشرائط الفتوى فيذكره بلفظ عام، كقوله: (من كان على هذه الصفة فهو وكيل وخليفتي) ولازم هذه العبارة أنه كلما اتصف بالصفة دخل تحت الوكالة، وكلما خرج عن الصفة خرج عن الوكالة، وإذا عاد إلى الوصف عاد أيضا، لشمول النصب والتوكيل. وإذا كان المراد نصب شخص، فيقول: (أنت وكيلي) وهو مستجمع للشرائط، فإذا عرض له الجنون انعزل، ولا وجه لعوده بعد ذلك إلا بتوكيل جديد، لأن اللفظ الأول لم يشمل المقام، ولو كان شموله بإطلاقه فقد بطل العقد ولم يبق له أثر. ولا يمكن أن يقال: إنه اقتضى وكالة هذا الشخص دائما خرج حالة الجنون بالدليل وبقي الباقي. لأننا نقول: دلالتة على توكيل هذا الشخص دائما فرع تعلقه بالشخص، وعروض المانع أخرجه عن أهلية التعلق، فإذا لم يتعلق بالشخص فبطل العقد

[576]

فبطل إطلاقه ودوامه. بخلاف اللفظ العام، فإنه لم يتعلق بهذا الشخص، بل تعلق بالموصوف بهذه الأوصاف أي شخص كان، وعروض المانع لهذا الشخص لا يقدح في قابلية الكل من حيث هو كلي، فالعقد (1) والتوكيل باق على حاله، وكلما عاد الفرد إلى الاتصاف بالكلية تعلق به الوكالة، من دون فرق بين الابتداء والاستدامة. ولكن يشكل بإمكان فرض نظير ذلك في النائب الخاص، فإن أحوال الفرد كالأفراد للكلية، فيمكن القول في التوكيل الخاص: (بأنك وكيلي كلما كنت عاقلا رشيدا) أو (أنت وكيلي إلا حالة الجنون والأغماء) فيكون نصبا للشخص الموصوف بالصفة، فكلما اتصف دخل تحت اللفظ، وكلما عرض المانع خرج، ولا مدخل للكلية والجزئي في ذلك، فينبغي صحة هذا الفرض [أيضا] (2) مع أنه إذا عرض الجنون للنائب الخاص لا يعود

إلا بالنصب، ولا ثمرة لقوله: (كلما صرت عاقلا فأنت وكيلتي) بل هذا باطل من أصله، كما نبينه. ولا يمكن الفرق بأن الكلي أمر قابل لاعتبار الصفات فيه وملاحظة الأفراد، بخلاف الفرد، فإنه لا يمكن جعله كلياً، فإما أن تكون الوكالة متعلقة بهذا الشخص أم لا. لأننا نقول: لم لا تكون الوكالة متعلقة بالمفهوم المركب من الشخص والصفة؟ وهو قابل للوجود والعدم، فكلما وجد تعلق، وكلما عدم زال، كما في النائب العام بعينه. مضافاً إلى أن قاعدة تعلق الوكالة بالكلي كقوله: (من ليس ثوباً أبيض فهو وكيلتي) أو (من كان عنده ألف درهم فهو وكيلتي) ليس التعلق بكل ما تجدد، بل الظاهر انحصار التعلق بكل من كان متصفاً بالصفة عند الأنشاء، فلا يكون من حصل بعد الأنشاء ألف درهم أو ليس ثوباً أبيض وكيلًا بالعقد السابق، فقوله: (كل من كان على وصف العلم فهو وكيلتي) اقتضى وكالة من هو عالم في ذلك الوقت،

(1) في (م) فكل من العقد. (2) لم يرد في (ن)، د.

[577]

ولا يسري إلى كل من حصل له العلم بعد ذلك. وسر ذلك كله: ما مضى منا في بحث إبطال التعليق للعقود (1) وفي بحث اشتراط التنجيز (2) وفي بحث بطلان العقود الجائزة بالموت والجنون والأغماء (3) أن العقد لا بد من تعلقه بشئ متصل بأن العقد قابل لتعلقه به - على اختلاف أحكام العقود في ذلك - والتوكيل يقتضي كون الوكيل بالغاً عاقلاً، فإذا كان كذلك حال العقد تعلق به، وإذا زال بطل، لعدم شمول التوكيل إلا حال العقل، وإذا عاد العقل لا تعود الوكالة، لبطان العقد السابق. وفرض العموم فيه بأنه (كلما صرت عاقلاً فأنت وكيلتي) ينحل إلى وكالة معلقة، وقد عرفت أن التعليق مبطل، وليس هذا إلا كقولك: (إن جاء زيد فأنت وكيلتي) قاصداً تحقق الوكالة في ذلك الوقت، لا التصرف، فإن تعليقه مع تنجيز التوكيل لا بأس به. ولا فرق في لزوم التعليق بين الخاص والعام، فلو عمم أيضاً لم يتعلق إلا بالمتصف حين العقد، وبصير بالنسبة إلى غير المتصف تعليقا، كما لو أريد به حالة عود العقل على هذا المتصف بعد عروض الجنون عليه صار تعليقا أيضاً، إذ معناه حينئذ: أيها العاقل إذا جئت ثم عقلت فأنت وكيلتي، وهو باطل بالضرورة، فالوكالة الأولى زالت بالمانع، والثانية غير صحيحة للتعليق. وإذا تأملت في أطراف هذا الكلام - الذي هو من مطارح الأعلام ومزالق الأفهام - عرفت أن الفرق ليس بذلك، ولكن قد أشرنا فيما سبق أيضاً - في بحث بطلان العقد الجائر بالجنون والأغماء - أن تفويض أمر إلى آخر بصير بأقسام ثلاثة: مرة: يكون من باب النيابة - كالتوكيل - ولازمه: العزل وعدم العود إلا بالنصب الجديد، وكونه تابعا للموكل معزولاً بعزله وبانعزاله وبموته وجنونه وإغمائه وإن بقي الوكيل عاقلاً.

(1) العنوان: 48. (3) العنوان: 40. (3) العنوان: 56.

[578]

ومرة: يكون من باب النصب، بمعنى كون التفويض موجبا للولاية - كالوصية - فإنه إحداث ولاية لا استنابة، ولذلك يبقى التصرف وإن خرج المستناب عن أهلية التصرف بالموت. ومرة: يكون بطريق بيان الحكم الشرعي، وهو: أن هذا الفرض من الموضوع حكمه الولاية، وهذا لا يتبع الأصل في البقاء والعدم، ولا يصير بالخروج عن الوصف معزولاً بالمرّة، بل كلما عاد عاد، كسائر الموضوعات إذا تبدلت ثم عادت، فإن الخمر إذا صارت خلا حلت، وإذا عادت خمرا حرمت، لدوران الحكم مدار الاسم. والظاهر أن ولاية الحاكم الشرعي من قبيل بيان الحكم، وجعل المعصوم كاشف، لا من قبيل التوكيل، ولا من قبيل النصب وإن كان قوله عليه السلام في الخبر: (إنني جعلته عليكم حاكماً) (1) يدل على النصب، والمقام مقام تأمل وتدبر. ويمكن القول بالتوكيل

والتمسك في عود الوكالة بالأجماع. وهو بعيد. وبالجمله: نصب الحاكم دائر مدار هذه الامور الثلاثة، وإن كان أظهرها ما ذكرناه .

(1)الوسائل 18: 99، الباب 11 من أبواب صفات القاضي، ح 1 .

[579]

(العنوان الخامس والسبعون) (ولاية عدول المؤمنين)

[580]

عنوان [75] إذا تعذر الأولياء أو فقدت حتى الحاكم، فهل الولاية للعدول مطلقا، أو ليس لهم مطلقا، أو فيما لا يمكن التأخير فيه لهم ولاية دون غيره؟ - ويرجع إلى الثاني في وجه - وجوه، بل أقوال، وهنا بحثان: أحدهما: في جواز تصرف العدول فيما هو وظيفة الحاكم لو كان موجودا، مع ضيق الوقت وعدم إمكان التفصي، كالصرف من مال اليتيم لنفقته بمقدار يعيش به، ونحو ذلك. وهذا مما لا كلام في جوازه على الظاهر للأصحاب، ويدل على هذا الجواز وجوه من الأدلة: الأول: أن هذا التصرف - مع عدم إمكان التأخير وعدم إمكان الوصول إلى الحاكم - داخل في باب الأحسان، إذ هو دفع مضرة لا مدفع لها إلا ذلك، وهو داخل في الأحسان من دون تشكيك، وكل إحسان جائز بالعقل والنقل، ولا ضمان عليه أيضا. والثاني: قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتتي هي أحسن (1) فإن ظاهر الاستثناء كون القرب إذا كان حسنا جائزا، وهنا كذلك. وليس الخطاب للحكام خاصة، بل ظاهرة العموم، وإذا ثبت ذلك في مال اليتيم ثبت في غيره بالاولوية وبعدم القول بالفصل .

(1)الأنعام: 152، والأسراء: 34 .

[581]

والثالث: قوله تعالى: وتعاونوا على البر والتقوى (1) وأقله الاستحباب، فضلا عن الجواز، والمفروض: أن فرضنا هذا داخل في الأمانة على البر من دون شبهة، وغير ذلك من أدلة الحسبة والمعروف، كلها دالة على ذلك. والرابع: خصوص الخبر في باب الوصية - في من مات ولم يعين وصيا - قال عليه السلام ما معناه: إن قام رجل ثقة فباشر ذلك، فلا بأس به (2) وإذا ثبت في هذا الباب فلا قائل بالفرق. ولا يرد الأشكال في أن ذلك إذن من الإمام عليه السلام والكلام فيما إذا لم يكن هنا حاكم، لأن الظاهر من الخبر كونه بيانا للحكم الشرعي، لا إذنا في واقعة خاصة، وله نظائر كثيرة، منها قوله: (من أحيى أرضا ميتة فهي له) (3) فإنه حكم، لا إذن في الأحياء، فتبصر. والخامس: ظهور إجماع الأصحاب على الجواز من دون نكير، كما يظهر بالتتابع. السادس: أن هذه الواقعة لا بحث في كون واحد مكلفا أو مرخصا في مباشرتها من الشارع، لما قرر أن الواقعة المحتاج إليها قد جعل الشارع ما هو المخلص والمناص قطعاً فيه (4) وحيث لا تعيين فيتخير الكل في ذلك كفاية، ومنهم عدول المؤمنين، ثم نقول: قد دل الشرع على عدم ولاية الكافر وعدم أمانة الفاسق مطلقا، فلا يجوز كونهم (5) مرخصين من الشرع في ذلك، فينحصر في عدول المؤمنين، وهذا مما لا كلام فيه. وثانيهما: في وجوب مباشرتهم في الصورة المذكورة. والحق ذلك، لظاهر إجماع الأصحاب على ذلك، ولظاهر آية المعاونة وإن خرج منها ما خرج، ولأن كل ما جاز وجب، وإلا لزم الحرج والمرج في النظام، سيما في أغلب البلاد الخالية عن وجود حاكم الشرع، فتدبر. وإذا عرفت هذا فنقول: هل للعدول ولاية إذا تعذر الحاكم مطلقا فلا يحتاج إلى فرض صورة اللابدية والاضطرار، أو لا؟

(1) المائدة: 2. (2) الوسائل 13: 474، الباب 88 من أبواب أحكام الوصايا، ج 2 (3). الوسائل 17: 327، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ج 5، وفيه: أرضا مواتا (4). كذا في اصول النسخ، لكن مصحح (م) أسقط كلمة (قطعا) وأنت الضمير. (5) في (م) كونهما .

[582]

قد يستدل عليه بعموم (نفي السبيل عن المحسنين) وهذا إحسان. وفيه: أن كونه إحسانا إنما يسلم فيما كان هناك مضرة لا تندفع إلا بذلك، وفي ذلك الفرض سلمنا جواز التصرف، وأما في صورة إمكان التأخير والتعطيل إلى أن يتمكن من حاكم الشرع فلا نسلم كون تصرفه إحسانا، إذ قد مر في قاعدة الأحسان: أن أخذ مال الناس بغير إذنهم والتصرف فيه للاسترباح ونحو ذلك لا يعد إحسانا، بل هو موجب للضمان مع التلف، وأموال الأيتام والغياب ونحوهم كذلك، ولو فرض صدق الأحسان فيشكل انصراف الأحسان إليه وشموله له، مضافا إلى ما يستفاد من اتفاق الأصحاب على عدم كون مثل ذلك في حكم الأحسان ولو فرض دخوله تحت اسمه، فتدبر. وقد يتمسك بعموم أدلة الحسبة والمعاونة على البر والتقوى، وهو قاصر من وجوه: أحدها: منع كون كل تصرف في مال المولى عليه معاونة على البر والتقوى، لعدم صدقها عرفا عليه. وثانيها: منع كون ذلك معاونة على البر مع التمكن من الحاكم ولو بالتأخير - كما هو الفرض - وإلا لزم جواز تصرف كل أحد في مال الغير باسترباح ونحوه لأنه معاونة على البر، مع أنه ليس كذلك، بل يدور مدار إذن المالك ومن بحكمه. وثالثها: أن الكلام في إثبات الولاية، والاية لا تثبتها، بل تفيد الجواز أو الاستحباب أو الوجوب من جهة كونه إعانة على البر، مضافا إلى عدم الشك في شمول هذا الخطاب للكافر والمسلم، والفاسق والعاقل، والمخالف والمؤمن، فيلزم جواز تصرف الفاسق أيضا، مع أنه مخالف للأجماع. فإن قلت: نتمسك في خروج الفاسق في هذا المقام بالأجماع والنص، وكذا من هو مثله، فيكون كل أحد مكلفا بالمعاونة على كل بر وتقوى، إلا الفاسق [ونحوه] (1) في أموال الغير. قلت: الظاهر أن قوله تعالى: وتعاونوا (2) مسوق لبيان حكم العقل، بمعنى: أن بعد كون الشيء برا وتقوى فالمعاونة مطلوبة، وهذا المعنى مما يحكم به العقل، وليس قابلا للتخصيص حتى يخرج الفاسق والكافر من هذا الحكم. والظاهر أن ذلك لعدم كون ذلك معاونة على البر، بل هو ولاية تحتاج إلى دليل يدل عليها .

(1) من (م). (2) المائدة: 2 .

[583]

مضافا إلى أن كلمة (البر) و (التقوى) في هذه الاية مفرد محلى باللام، ولا عموم فيه حتى يشمل المقام وإن فرض كونه من البر والتقوى، وغايته: إطلاق ينصرف إلى ما هو الشائع في إطلاق البر والتقوى عليه من المندوبات والأعمال الصالحة، وما نحن فيه ليس منه قطعا. ولو سلم كون البر والتقوى عامين، فنقول: المعاونة ليست عامة، بل هي أيضا مطلقة، وكل معاونة لا نسلم كونها مأمورا بها. وبالجمل: فالاستدلال بهذه الاية على ولاية العدول خال عن الوجه، ومثله ما بمعناه من أدلة الحسبة. نعم، بقي هنا شيان يمكن التمسك بهما: الأول: ما مر من خبر الوصية (1) فإن ظاهره كون ذلك بيانا لحكم شرعي، وهو جواز مباشرة العدول وتسلبهم على ذلك. ولو أورد عليه بظاهره، فإنه (2) قاض بالجواز وإن أمكن الرجوع إلى الحاكم، أجبنا عنه بأن المطلق يقيد، بمعنى: أنه يجوز تصرف الثقة مع عدم وجود الولي العام أو الخاص مع أن سياق الخبر دال على اعتبار عدم وجود ما هو المرجع في مثل ذلك التصرف، فيكون تقيدا لا تقييدا. ولو أورد (3) (بأنه لا عموم فيه، ولعله ينزل على صورة لزوم التصرف والاضطرار إليه لنفقة ونحوها بحيث لا يمكن التأخير إلى التمكن من الحاكم، فإن ذلك لا بحث في جواز التصرف فيه، كما مر ذكره. قلت: ظاهر الخبر في مطلق الوصية، ومن البعيد جدا كون كل واحد من التصرفات فيها فوريا لا يمكن تأخيرها إلى التمكن من الحاكم، فلا شبهة في وجود المضيق والموسع في مورد السؤال

عادة، وترك الاستفصال من المعصوم دال على التعميم، وهو جواز تصرف العادل مع عدم وجود من ينبغي أن يرجع إليه، سواء كان من الأمور التي لو اُخترت يمكن فيه الوصول إلى الولي - كالأمام ونحوه - أو من الأمور التي لا يجوز فيها التأخير. وبالجملة: تنزيله على ما لا يمكن التأخير فيه في كمال الصعوبة. ولو اُورد بأن الخبر وارد في الوصية مع عدم وجود الوصي، وهذا مما علم عدم إمكان التمكن من الولي، لأن الأمام في ذلك الوقت لم يكن مبسوط اليد،

(1) مر في ص: 581. (2) في (م): بأن ظاهره قاض. (3) في (م): فإن قلت .

[584]

وغيره لا ولاية له، وفي مثل هذا المقام الذي حصل اليأس من الوصول إلى الولي لعلنا نجوزه، وهو أعم من المدعى. أجيبنا أولاً: بأن الفرض: أن ظاهر الخبر هو بيان الحكم في وصية لا وصي لها، وليس قضية في تلك الواقعة حتى نقول بأن ذلك لعله حكم صورة اليأس، ولا ريب أن فرض الوصية بدون الوصي قابل لليأس عن الحاكم وقابل للصورة إمكان الوصول بتأخير التصرف، والحكم وارد على الصورتين، وهو المدعى. وإذا ثبت ذلك في باب الوصية ثبت في غيره بعدم القول بالفصل، فتدبر. الثاني: قوله تعالى: والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض (1) فإن ظاهر الآية دليل على ثبوت الولاية لبعض المؤمنين على بعض آخر، خرج ما لا يكون (2) مولى عليه - كالبالغ الرشيد الحاضر القادر مثلاً - بالدليل، وبقي ما يكون (3) مولى عليه تحت الدليل، وكذا خرج صورة وجود الولي الخاص أو العام المانع عن ولاية العدل من حيث هو عدل بالدليل وبقي الباقي. ويرد عليه: أن مقتضى الآية ولاية بعض على بعض، وهو محتمل لأرادة البعض المعين كالآب والجد والحاكم والوصي - ونحو ذلك - وإرادة أي بعض كان ليدل على ولاية العدل والمؤمن مطلقاً أي فرد كان، فمن أين إرادة البعض اللابعية حتى يثبت ولاية العدل. ويمكن الجواب: بأن ظاهر البعض التنكير، وإرادة البعض المعين في الواقع خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة، وهي في المقام منتفية. ويرد أيضاً: أن الظاهر من ذيل الآية الشريفة وهو قوله تعالى: يأمرن بالمعروف وينهون عن المنكر كون المراد ببعض هنا الحاكم، فإنه الذي له ولاية الأمر والنهي. ويجب: بأن الأمر والنهي واجب كفائي لا يختص بالحاكم، بل يجب على سائر الناس كفاية، والظاهر من الآية: أن الأمرين بالمعروف والنهي عن المنكر المقيمين الصلاة - وهم العدول - أولياء لمن ليس كذلك. ولا يقال: إنه حينئذ لا يثبت ولاية العدول على مال الغائب مثلاً، إذ يمكن

(1) التوبة: 71. (2 و 3) كذا، والمناسب: من لا يكون... من يكون .

[585]

كون الغائب أيضاً من العدول الأمرين والناهين. لأننا نقول أولاً: ليس في ظاهر الآية دلالة على كون العدولين أولياء على غير العدول، بل الظاهر كونهم أولياء، وحذف المتعلق بغير العموم، وليس هنا أمر ظاهر ينصرف إليه الإطلاق. ويرد أيضاً: أن الظاهر من الآية إثبات ولاية الأمر والنهي، ولانزع فيها، إذ قوله تعالى: يأمرن في قوة التفسير للولاية، والمراد إثبات ولاية الأموال والنفوس. ويمكن التمسك بإطلاق كونهم أولياء، ومنع كون ذلك تفسيراً، بل الظاهر كونه تعليلاً، وعلى تقدير كونه تفسيراً لا يلزم منه الانحصار فيه مع إمكان تكميمه بعدم القول بالفصل بعد ثبوت ولاية العدول على الأمر والنهي، سيما مع إمكان إدراج التعزيرات والحدود - ونحو ذلك - أيضاً في النهي عن المنكر، فإنه بعد ثبوت ولايتهم على ذلك يثبت في غيره بالاولوية، فضلاً عن عدم الفرق. لا يقال: إن الظاهر من المؤمنين هو المسلم العارف بالحق كما تدل عليه الآية الأخرى: والمنافقون والمنافقات (1) وهو شامل (2) للعادل والفاستق، فلا وجه لتخصيص العادل بالولاية. لأننا نقول: قام الأجماع والنص على أن الفاسق لا أمانة له،

فكيف يجعل وليا على مال الضعيف والسفيه والغائب - ونحو ذلك - فهو خارج بالدليل. لا يقال: إن هذا مستلزم لتخصيص الأكثر، فإن الفاسق أكثر من العادل، كما يدل عليه قوله تعالى: وأكثرهم فاسقون (3). مضافا إلى أن الواسطة بين الفاسق والعادل موجودة فهي أيضا خارجة عن العموم. ولو جعلنا (المؤمنين) شاملا للصبيان والسفهاء - ونحو ذلك - كان الخارج أكثر بمراتب، وهو قبيح، فلا بد من إرادة معنى آخر. لأننا نقول أولا: إن هذا ليس من باب التخصيص، بل قوله: المؤمنون بعضهم أولياء بعض في قوة التقسيم، فيكون تقسيما للمؤمنين قسمين: ولي، ومولى عليه، وهو كذلك ولا تعميم هنا ولا تخصيص. ولو كان الصبيان ونحوهم داخلين

(2) التوبة: 67. (2) لا يخفى ما في هذه الفقرة من بعض المسامحات، وقد غير مصحح (م) بعض الكلمات، ولا حاجة إليه بعد وضوح المراد. (3) التوبة: 8.

[586]

في الآية لكانوا تحت البعض المولى عليه، وخروج البعض الذي ليس بولي ولا مولى عليه غير قاذح، لكمال ندرة هذا الفرد. وليس غرضنا من الآية إثبات خصوص ولاية العدالة (1) بل الولاية مطلقا، فإن ثبت له (2) خصوصية اتبعت، وإلا بقي على إطلاق ولاية العدل (3). وثانيا: أن كون الخارج مما لا يعتنى بشأنه لسفه أو ضعف أو فسق - أو نحو ذلك - وكونه لا يعد في جنب العدول موجودا فضلا عن كونه أكثر، لا قبح في ذلك لو كان من باب التخصيص، وقبح تخصيص الأكثر إنما هو للاستهجان العرفي وهو تابع للمقامات والاعتبارات، كما لا يخفى على المتتبع. لا يقال: إنها مجملة في متعلق الولاية، ولم يبين فيها أن ولايتهم على المال أو على شئ آخر. لأننا نقول: المتبادر من إطلاق الولاية: ولي المال والنفس، فإذا قيل: (فلان ولي فلان) يستفاد منه أن أمره في ماله ونفسه بيده كما هو المتعارف، فتدبر. وبهذه الآية استدل الأصحاب على ولاية العدول في كل باب وتلقوه بالقبول، وهو أقوى جابر للدلالة مع قطع النظر عن التخريجات اللفظية والاحتمالات العرفية، فمقتضى ظاهر الآية - المؤيدة بخبر باب الوصية المعتضد بالفتوى - كون مقتضى القاعدة: أن كل ما كان الحاكم وليا فيه إذا فقد أو تعذر فالولاية للعدول. ولا يعتبر فيه التعدد، لأطلاق البعض في الآية الشامل للواحد، وصريح خبر الوصية، فإنه جعل الولاية للثقة، فما يوهمه بعض عبائر الأصحاب من اعتبار التعدد لتعبييرهم بلفظ (العدول) ليس مرادا جزما. ولو اقتصر في ولايتهم على صورة تعذر الحاكم وعدم إمكان تأخير التصرف إلى زمن التمكن من الحاكم أو أمينه حتى يكون مندرجا تحت أدلة الحسبة والمعونة - مضافا إلى ظاهر الآية والخبر - لكان أحوط في النظر وأقرب إلى التقوى. ولكن المختار: أن مع تعذر الحاكم فالأصل ولاية العادل في كل ما للحاكم عليه ولاية، إلا ما أخرجه الدليل، كالقضاء والأحلاف ونحو ذلك.

(2) كذا، والظاهر: (العدول) وأسقطها مصحح (م). (2) كذا، والظاهر: (لها) وأسقطها أيضا مصحح (م). (3) العبارة في (م) هكذا: (والا فلا يعدل عن إطلاق ولاية العدول) ولعل الصواب: (ولا يعدل

[587]

(العنوان السادس والسبعون) (قاعدة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر)

[588]

عنوان [67] من جملة القواعد المقررة في الشرع: توجه البينة على المدعي واليمين على المنكر في مقام الدعوى. ويدل على هذه القاعدة - مضافا إلى

إجماع الأصحاب - الخبر النبوي المشهور، الغني عن ملاحظة سنده بعد تلقي العامة والخاصة له بالقبول، وهو قوله صلى الله عليه وآله: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) (1). فالقاعدة بحسب الدليل واضحة، وإنما البحث في بيان المراد منها. فنقول: لا ريب أن الدعوى ما لم يتحقق لا يتحقق هناك مدع ومنكر، ومعرفتهما تتوقف على معرفة الدعوى، وظاهر الأصحاب اعتبار كون الدعوى ملزمة (2) جازمة، وفي اعتبار كونها معلومة لهم بحث، وكذا يعتبر كونها بحيث لو اعترف المنكر لكان للمدعي به نفع. وما لم يتحقق هذه الأمور فليس من مورد النص، ولا مما يلتفت إليه. فنقول: هل هذه القيود مأخوذة من لفظ (المدعي) أو من دليل خارج مقيد؟ وعلى الأول فهل هو حقيقة شرعية، أو اصطلاح للمتشرعة، أو معنى عرفي ولغوي

(1) عوالي اللآلي 2: 345، ح 11، وراجع الوسائل 18: 170، الباب 3 من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوي. (2) في (ف، م): ملتزمة.

[589]

لا نقل فيه؟ يحتمل أن يقال: إن لفظ (المدعي) قد صار عندهم حقيقة شرعية في هذا المعنى الخاص، بمعنى كونه جامعا للقيود الأربعة المذكورة مع ما يجئ من اعتبار مخالفة الأصل أو الظاهر، أو كونه أمرا خفيا، أو كونه يخلو وسكوته مع ذلك أيضا. وهذه الحقيقة قد ثبتت من استقراء الموارد الخاصة الواردة في الروايات، حيث بين في الشرع حكمها بتوجه البينة واليمين، فعرفوا من ذلك: أن المراد بالمدعي هو ذلك. ويحتمل كون ذلك حقيقة عند المتشرعة مع استعمال الشارع مجازا. ويحتمل بقاؤه على المعنى اللغوي والعرفي، لأصالة عدم النقل. والمعنى العرفي محتمل لما هو جامع لهذه القيود المذكورة فالمعنى الشرعي إنما هو على طبق العرف ولا يحتاج في إثبات ذلك كله إلى دليل خاص، ومحتمل لما هو أعم من ذلك لكنه ينصرف إلى ذلك انصراف إطلاق، ومحتمل للأعم مطلقا وإنما يثبت إرادة هذه القيود من دليل خارج من نص أو فتوى. والذي يقتضيه النظر الصحيح: أن لفظ (المدعي) كلفظ (المنكر) باق على معناه اللغوي [والعرفي] (1) وليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية، لأصالة عدم النقل، وعدم ظهور الوضع الجديد من كلمة الأصحاب، ولا من النص، مع بعد النقل في مثله مع ندرة استعماله، وإنما هذه القيود استفيدت من معناه العرفي حقيقة أو إطلاقا، أو من دليل خارج، والبحث هنا يقع في أمرين: أحدهما: بالنسبة إلى القيود الأربعة. فنقول: لا ريب في أن الدعوى والإنكار لا يتحققان (2) إلا بنفي وإثبات واردين على شئ واحد، فلو نفى كل منهما أو أثبت كل منهما فلا نزاع، ولو نفى أحدهما شيئا وأثبت الآخر شيئا آخر فلا بحث أيضا، إلا إذا رجع بالتلازم إلى شئ واحد هو محل النزاع، وكذا لو أثبت كل منهما شيئا آخر، أو نفى كل منهما

(1) لم يرد في (ن، د)، (2) في غير (م): لا يتحقق.

[590]

شيئا آخر، فإنه لا يتحقق نزاع إلا إذا رجع أحد الاثباتين إلى نفي معارض للآخر، أو أحد النفيين إلى إثبات معارض للآخر. وبالجملية: لا بد من نفي وإثبات واردين على شئ واحد ولو بالحجيات، ولذا (1) لو أثبت أحدهما عاما ونفى الآخر خاصا لا يتحقق الدعوى، كما لو قيل: (إني أطلب منك عشرة دراهم) فقال: (إني لست بأخذ منك قرضا) فإنه غير مناف للدعوى، إذ لعل الدراهم ضمان إتلاف أو ثمن مبيع، أو نحو ذلك. ولو أثبت أحدهما خاصا ونفى الآخر العام تحققت الدعوى، كما لو قال: (لي عليك عشرة من ثمن مبيع) فقال: (لست بمشغول الذمه لك) لأن نفي الأعم مستلزم لنفي الأخص أيضا فيرد النفي والاثبات على موضوع واحد. ولو كان بين المثبت والمنفي عموم من وجه - كما لو قال: (لي عليك مثقال من الذهب) فقال: (ليس علي شئ مسكوك) فإن الذهب أعم من المسكوك وغيره، كما أن المسكوك أعم من الذهب - لا يتحقق أيضا دعوى، لأن النفي يمكن وروده على شئ مغاير لما أثبتته

المدعي، إذ لعل مراد المدعي مما أثبتته الفرد الذي ليس مادة الاجتماع، فنفي ما هو أعم من وجه لا يستلزم نفي مثله. فتوجه النفي والأثبات على أمر واحد - ولو بالمآل - إنما هو من مقومات الدعوى عرفاً ولغة، ولا يتحقق دعوى وإنكار إلا بنفي وإثبات، وكل ما هو مغاير صورة فهو راجع إليهما معنى، فتبصر. وأما اعتبار كونه بحيث لو أثبتته المنكر أيضاً لكان هناك نفع للمدعي، فالظاهر أن هذا ليس من مقومات الدعوى، فإن كل من ادعى شيئاً يسمى (مدعي) ويسمى كلامه (دعوى) في العرف واللغة. فالنزاع إن وقع في مسألة علمية لا ريب في تسميتهما مدعياً ومنكراً مع عدم جريان الحكم فيه، ونحو ذلك، فلو قال قائل: (إن الحجر الفلاني وقع من المكان

(1) في (ن، د): وكذا .

[591]

الفلاني) وقال الآخر: (لم يقع) من دون غرض لهما فيه بحيث لو وقع لا ضرر على أحدهما ولا نفع وكذا لو لم يكن وقع، فهذا أيضاً يسمى مدعياً ومنكراً. فاعتبار هذا القيد: إما من جهة ورود هذه الرواية في مقام السياسات المدنية المجعولة لحسم النزاع المؤدي إلى تلف ما اهتم الشرع إلى غرضه، وهو المقاصد المعروفة من المال والنفس والعرض والعقل والنسب، ونحو ذلك. وأما مجرد النفي والأثبات التي لا ثمرة فيها (1) إلا محض العلم ولا يؤول إلى ضرر ونفع في شئ (2) من هذه الأمور، فليس محط نظر الشارع. وليس هناك أمر يوجب اختلال النظام وتشويش الأمور، بخلاف الدعوى المتعلقة بأحد هذه الأمور، فإن حسم مادتها من الضرورات التي لا محيص عنها، ولذلك بنوا على أن هذا القانون إنما هو في هذه الدعاوي لا في غيرها. وإما من جهة انصراف إطلاق لفظ (المدعي) إلى الدعوى الكذائي دون ما لا نفع فيه، لأن الغالب الوقوع بين العقلاء إنما هو الدعوى المشتملة على نفع كذلك، وغير ذلك ليس مما يجر إلى التجاذب والتشاح، وخطابات الشارع منصبة على قانون العرف والعادة وطريقة العقلاء فلا تشمل غير ذلك. وإما من جهة القرائن الخاصة في مقامات الاستشهاد بهذا النص على الحكم على كون المراد منه ذلك، لا مجرد النفي والأثبات كيف كان. وإما من جهة إجماع الأصحاب على عدم توجه اليمين والبيئة في غير مثل ذلك. وبالجمله: فاعتبار كون الدعوى مما يقصده العقلاء للتشاجر والتنازع مما لا بحث فيه، كما أن عدم دخوله في ماهية الدعوى بحيث لا يصدق بدونه كذلك على ما يظهر من العرف، ومن ذلك أن كلام الأصحاب في توجه اليمين على المنكر يدور مدار نفع المدعي لو اعترف، فعليك بالتتابع التام .

(2) في (م): للذين لا ثمرة فيهما. (2) في (ن، د) بدل (في شئ): ناشي .

[592]

وأما اعتبار كونها ملتزمة (1) فإنما هو فرع من فروع كونها مما فيه نفع للمدعي أو ضرر على المنكر ولو بالحيثية، إذ المراد بكونها ملتزمة غير قابلة للتفصي عنه، بحيث لو أقر المنكر به لا يكون له مخرج عنه، فلو لم يكن كذلك - كدعوى هبة غير مقبوضة أو وقف كذلك فأنكرهما المنكر - لا يتوجه اليمين، إذ لو اعترف بوقوع مثل ذلك لا نفع فيه للمدعي. ولو فرض كون الأقباض مسلماً ووقع البحث في العقد توجه الدعوى، كما لو فرض تعلق غرض آخر بوقوع صيغة الهبة لأمر آخر، كما لو شرط في عقد البيع إيقاع صيغة هبة لهذا المال. وإن لم يقبضه حيث كان هناك فائدة فادعى المشتري وقوعه ليلزم البيع وأنكره الآخر ليتسلط على فسخ البيع توجهت الدعوى. فما في كلام الشهيد الثاني رحمه الله: من اعتبار كون الدعوى ملتزمة (2) إن أريد به ما يؤول إلى ما ذكرناه من تحقق النفع وعدم التفصي على فرض الأقرار فهو جيد، ولا ينبغي ذكره بلفظ (الملتزمة). وإن أريد خصوص الالتزام فهو مع كونه أخص من المدعي لا ينطبق الأمثلة عليه إلا بتكلف، لاحتمال فرض الالتزام في ذلك أيضاً، إلا أن يتمسك

بالحيثية. وبالجمله: ليس الغرض المناقشة والأيراد، وإنما البحث لبيان المراد، واتضح أن هذا القيد ليس إلا داخلا فيما ذكرناه، فوجه اعتباره في مفهوم الدعوى غير واضح، واعتباره في سماعه متجه. وأما اعتبار كونها جازمة فلها معنيان: أحدهما: كون المدعي في اعتقاده قاطعا بما يقوله، لا طانا ولا شاكا ولا متوهما. وثانيهما: إبرازه في صورة المنجز (3) المجزوم به وإن كان في الواقع بظن أو شك أو توهم. فإن أريد منه المعنى الأول فلا دليل على اعتباره أولا، لصدق الدعوى على ما أبرز في صورة القطع وإن لم يكن مقطوعا به بل كان مقطوعا بخلافه، وعدم صحة

(1) كذا، والظاهر: ملزمة. وهكذا الكلام فيما يأتي من هذا اللفظ. (2) الروضة 78: 3، وفيها: ملزمة. (3) في (م) بدل (المنجز): الخبر.

[593]

سلبه، وتبادر الأعم منه، وعدم دليل صالح للتقيد، فكون المدعي قاطعا بما يقوله ليس بشرط في سماع الدعوى، بل الظن كذلك، بل الشك أيضا كذلك. وبالجمله: اعتقاد المدعي وعدمه نفيًا وإثباتًا لا دخل لهما في صدق الدعوى وتوجهها، فلا دليل على اعتباره. وإن أريد الأبراز بالجزم فله أيضا معنيان: مرة يراد تقبيده بقوله: (جزما وقطعا) كأن يقول: (لي عليك عشرة قطعا) ومرة يراد به الحكم بصورة البت، كقوله: (لي عليك عشرة) ولا ينافيه غير التصريح بالظن أو الشك، بمعنى: أن ما لم يصرح بأحدهما فظاهر الأخبار الجزم. والمعنى الأول لا دليل على اعتباره، لصدق الدعوى بدونه، وتبادر الأعم منه وعدم وجود مخصص، وقضاء سيرة الناس به. وأما المعنى الثاني، فظاهر بعض الأصحاب اعتباره (1) ولعل الوجه فيه: أن الدعوى لا تصدق إلا بذلك، أو لأنه ينصرف إطلاقها إليه، أو لأن الدعوى لا بد فيها من وجود مخلص شرعي، وهو: إما البينة، أو يمين المنكر، أو اليمين المردودة، ولعل المنكر يرد اليمين على المدعي، ولا يمكنه الحلف عليه بعد كونه طانا أو شاكا، ولا تسمى (الدعوى) إلا ما ترتبت عليه أحكامها، وهذا ليس كذلك. وأنكره آخرون، فقالوا بتوجه الدعوى وإن صرح بالظن أو الوهم (2) نظرا إلى أن الدعوى تصدق بدون ذلك أيضا، ولا وجه مخصص لعموم النص، فلا وجه للتقيد. والذي يترجح في النظر: أن الدعوى تصدق بالظن، لأنه اعتقاد وينحل إلى قول المدعي: (لي عليك كذا باعتقادي). وأما مجرد الاحتمال المساوي أو

(1) بل صرح جماعة باعتباره، منهم الحلبي في الكافي: 450، وابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): 563، والمحقق في الشرائع 4: 82، ونسبه السبزواري إلى المشهور، الكفاية: 266. (2) قواه فخر المحققين على ما في نسخة من الأيضاح) انظر إيضاح الفوائد 4: 328 وما ل إليه المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة 125: 12.

[594]

المرجوح ففي صدق الدعوى به نظر، لأن قول القائل: (إنني أطلبك شاكا) معناه: ما أدري ولا أعتقد أنك مطلوب أو ليس (1) بمطلوب، ومثل ذلك لا يسمى (دعوى) (عرفا، فضلا عن صورة كون الاحتمال مرجوحا في نظره. وظاهر كلام الشهيد الثاني وجود الوجه أو القول بسماع الدعوى مع الشك والوهم أيضا (2). ولا أرى لذلك وجهًا أصلا بعد عدم الصدق قطعا، ولا أظن أحدا يقول به. وفصل آخرون بين الأمور الخفية التي لا يطلع عليها بالقطع غالبا - كالقتل والسرقة - دون ما لا عسر في الاطلاع عليه، وهو الذي استوجهه الشهيد الثاني (3). ولعل ذلك ناظر إلى الرجوع في صدق الدعوى إلى العرف، ولا ريب أن في مثل هذه الأمور الخفية لا يحصل القطع، وطريقة الناس التنازع في ذلك بمجرد الظن والحدس. ويرد عليه: أن الأبراز في صورة القطع غير القطع الواقعي، وهو مما يعسر، والبحث في اعتبار الأبراز بصورة القطع وإن كان في الواقع طانا، فكون الشيء مما يعسر الاطلاع عليه لا يقضي بكون الدعوى تصدق على صورة الظن أيضا. وبالجمله: إن كانت الدعوى تتحقق بالظن ففي

كل مقام كذلك، ومجرد غلبة الاطلاع لا ينافي، إذ لعل في هذا الفرض لم يحصل للمدعي الاطلاع. وإن لم يتحقق بذلك - إما بالحقيقة أو بالانصراف - وقلنا: إن دليل الدعوى ينصرف إلى ما هو بصورة الجزم، فلا يسمع ما هو مع التصريح بالظن مطلقاً. ويمكن القول بأن خصوص الظن والقطع لا مدخل لهما، والميزان صدق الدعوى عرفاً، وهو يختلف بحسب المقامات، فالشئ الذي جرت العادة فيه بالاطلاع والعلم لو عبر فيه بالظن لا يسمى دعوى والشئ الذي يعسر الاطلاع عليه يعد دعوى وإن عبر بالظن. ولا يخفى ما فيه من التكلف، فتدبر .

(1) كذا، والظاهر: لست، (2) المسالك 2: 367 (ط - الحجرية)، (3) الروضة 3: 80 .

[595]

وعلى القول بصدق الدعوى مع الظن فالمتجه العموم، إذ لا دليل على اعتبار صورة الجزم إلا شبهة انصراف الإطلاق إلى ما هو بصورة الجزم، وهو ممنوع. مضافاً إلى إمكان عدم علم المدعي بدعواه قطعاً، سيما في الأمور الخفية، فعدم سماع هذه الدعوى يوجب بقاء التشاجر والتنازع. ولكن قد عرفت: أن هذا ليس لاعتبار صورة الجزم، بل لاعتبار الجزم الواقعي، وهو غير معتبر، ولا مانع من اعتبار صورة الجزم من هذه الجهة مع انصراف الإطلاق إليها والشك في دخول ما صرح فيه بالظن في اسم الدعوى، فاعتبار صورة الجزم في الحكم متجه وإن لم يعتبر في الاسم. ولو قام دليل على اعتبار المظنون في مثل القتل والسرقة فلا بحث لنا فيه، وإلا فمقتضى القاعدة اعتبار صورة الجزم أيضاً. فمقتضى القاعدة اعتبار صورة الجزم أيضاً. ولو قيل: إن اعتبار صورة الجزم ليس إلا لأمكان الحلف عليه لو رد المنكر اليمين، فهذا يقتضي كونه في الواقع مجزوماً به أيضاً. قلنا: ليس لأجل ذلك، غايته توقف الدعوى لو رد اليمين ولا بينة، ولا يلزم اطراد الطرق في جميع أفراد الدعوى، فكما يتعذر البينة يتعذر اليمين أيضاً لمانع، بل إنما هو للشك في شمول الإطلاق لما هو في غير صورة الجزم. وأما اعتبار كون الدعوى معلومة - بمعنى كون المدعى به معلوم الجنس والوصف والقدر ونحو ذلك بحيث لا يقع بعد ذلك اختلاف فيه - فيظهر من جماعة (1) منهم الشهيد رحمه الله في الدروس (2) معللاً بعدم الفائدة، فيرجع إلى ما ذكرناه في القيد الأول، ولعل غرضه: أن المنكر إذا اعترف بالمجهول فحكم عليه الحاكم

(2) منهم الشيخ في المبسوط 8: 156، وأبو الصلاح في الكافي: 445، وابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهية): 563، وابن حمزة في الوسيلة 216، وابن إدريس في السرائر 2: 177، والعلامة في التذكرة 2: 151. (2) الدروس 2: 84، وليس فيه التصريح بالتعليل المذكور .

[596]

أو جاء بالبينة عليه أو نحو ذلك فلا ثمرة فيه، لعدم إمكان دفع المجهول - كالمال والثوب والفرس ونحو ذلك - من دون تعيين. ومن هنا يظهر: أن غرضه من المعلوماتية: ما يمكن به التأدية، فلو كان معيناً في الواقع مجهولاً في الظاهر - كالحیوان الذي في الدار ولا يعرفه بوصفه ولا بقيمته ولا بشئ آخر - توجه الدعوى فيه، لعدم ورود هذا المحذور فيه، لأنه ممكن الثبوت والتأدية. وبعبارة أخرى: المجهول الذي يؤول إلى العلم، وبعبارة ثالثة: المعين في الواقع المبهم في الظاهر يتوجه فيه الدعوى، مع احتمال إرادة الشهيد رحمه الله عدم السماع حتى في مثله. وكيف كان: فلا ريب في صدق الدعوى على المجهول الكذائي وإمكان رفعه وتأديته وإثباته والاعتراف به ونحو ذلك، ولا مخصص لعموم الدليل، فالسماع متجه. وأما المجهول واقعاً وظاهراً - كتوب أو مال - فظاهر جماعة من المتأخرين سماعه أيضاً (1) لصدق الدعوى، وإمكان الحكم بالمجهول كما في الأقرار، ومجرد المجهولية لا يصلح مانعاً بعد شمول الأدلة، غايته: أنه بعد الثبوت لو ادعى المدعي على المدعى عليه العلم بالمقدار والوصف: فإذا أن يقربه فيحبس حتى يبين، وإما أن ينكر ويحلف فيتصالحان، وليس مما لا سبيل إلى استخلاصه شرعاً. ومطالبة المدعي بتحرير ما يدعيه نظراً

إلى أنه محتاج لابد من بيانه، بخلاف الأقرار فإنه لو طوبل بالبيان فربما يرجع ويبطل الحق، إنما يصلح فارقا لو أريد الاستدلال على المقام من باق الأقرار بأولوية أو بتنقيح مناط، أما بعد وجود الأدلة العامة هنا فلا بحث، والتمثيل بالأقرار دفع للاستبعاد، وإلا فالمتبع الدليل، ولا ريب في قوة القول بالسماع. مضافا إلى أن المدعي قد لا يكون له علم تفصيلي بما يدعيه، لنسيان أو غيره، فلو لم يسمع ذلك لزم منه سقوط أكثر الدعاوى، فتدبر. وثانيهما (2): أن بعد اعتبار هذه القيود في الدعوى يبقى الأشكال في اعتبار

(1) منهم العلامة في الإرشاد 2: 143، والقواعد 2: 208، وفخر المحققين في الأيضاح 4: 327، والشهيد الثاني في الروضة 3: 79. (2) أي: ثاني الأمرين، تقدم أولهما في ص: 589.

[597]

كونها مخالفة للظاهر أو الأصل، أو كونها أمرا خفيا مطلقا، أو كون تركها موجبا لانقطاع النزاع، وهذه التعاريف ذكرها الأصحاب في المدعي، لكن لما كان هذا التعريف له من جهة صدور الدعوى منه فالعمدة معرفة الدعوى، وكل من اتصف بها يسمى مدعيا. وليس الاختلاف في الدعوى بهذه الأمور نزاعا في الحكم أو في إثبات حقيقة جديدة، بل لا بحث في كون المدعي ما (1) كان يسمى به عرفا، وهذا الاختلاف في تحديد العرف، والذي فهمناه من العرف: أن بناء العرف على اعتبار نوع خفاء في مفهوم الدعوى، ولذلك يحتاج إلى الأثبات، وإلا فالشئ الذي لا خفاء فيه لا يحتاج إلى إثبات، بل هو مجبول للطباع ما لم يمنع منه مانع، ولا ريب أن الخفاء لا يكون إلا لمخالفته لأصل أو ظاهر. نعم، يشكل الأمر في صورة تعارضهما، ويأتي البحث فيها. ومرادهم من (الظاهر) و (الأصل) ليس بظاهر. وربما يقال: إن الظاهر إن كان مما قام دليل على اعتباره فهو خارج عن محل البحث، فإنه لا ريب في تقدمه على الأصل ولزوم إتباعه، كالبينة في الموضوعات والكتاب والسنة في الأحكام، وإنما المراد هنا بالظاهر ما لم يقم دليل على اعتباره كالظن العادي والحاصل من الغلبة ونحو ذلك، كما يتضح في ضمن الأمثلة. إذا عرفت مرادهم من (الظاهر)، فنقول: إن الظاهر من (الأصل) حينئذ هو الشئ المعتمد المعتمد شرعا، سواء كان راجعا إلى النفي، كاصل البراءة، واستصحاب العدم، وأصالة العدم بناء على كونها قاعدة. أو راجعا إلى الأثبات، كاستصحاب الوجود، وأصالة بقاء شغل الذمة، وأصالة الصحة في العقود. والأيقاعات، وأصالة الصحة في الأعيان الخارجية، وأصالة الطهارة ونظائر ذلك، فإن هذه كلها أصول يعد من خالفها مدعيا، وعلى ذلك يدور مدار الدعاوي بين الناس غالبا، ومدار الفروض المذكورة في أبواب الفقه من صور الدعاوي

(1) كذا، والظاهر: من كان .

[598]

والتنازعات، فيكون الأصل بمعنى الاستصحاب والقاعدة ونحو ذلك. ويمكن أن يراد من (الظاهر) أيضا ما كان ظاهرا بأصل شرعي أو عقلي. وبعبارة أخرى: (الظاهر) ما كان هو المعتمد لو لم يكن مقام الدعوى، فيرجع هذا إلى الأصل بذلك المعنى. ولو فسر المدعي بما (1) يدعي أمرا خفيا، فيمكن أن يراد بالخفاء الخفاء على حسب الشرع سواء كان كذلك عرفا أيضا أم لا، فيطبق مخالفة الأصل. وإن أريد به الخفاء عرفا سواء كان كذلك شرعا أيضا أم (2) يشمل مخالفة الظاهر بمعناه الأول ومخالفة الأصل أيضا في أغلب أفراده، إذ الغالب فيما هو خفي شرعا كونه خفيا عرفا أيضا، كما لا يخفى. والمراد من قولهم: (هو الذي لو ترك الخصومة يترك) وبعبارة أخرى: (هو الذي يخلو وسكوته) كون المدعي هو الذي ينشأ منه التنازع، فلو سكت فلا كلام لأحد عليه، سواء كان قوله موافقا لظاهر أو أصل، أو مخالفا لهما، وسواء كان فيه خفاء أو لم يكن، ولكنه في الغالب ينطبق على مخالفة الأصل والظاهر. وربما يورد عليه: أن زيدا إذا ادعى على عمرو بعشرة فأجابه عمرو بأنني أدبتها لك، فلا ريب أن في هذا

الفرض ليس المدعي زيد (3) وإنما المدعي عمرو، لأنه الذي يدعي خلاف الأصل، لأن الأصل عدم التأدية وبقاء اشتغال الذمة، وخلاف الظاهر أيضا لو قلنا بأنه أعم من المعتمد شرعا وغيره، أو ادعينا أن العادة جارية بعدم الدعوى بعد قبض المال، فالظاهر من طريقة الناس: أنه لم يؤد - لو اعتبرنا السيرة والغلبة في العدميات والتروك - مع أن عمرو لو ترك ما يترك، بل يطالب بال عشرة. نعم، لو ترك زيد يترك، وهو ليس بمدع في هذا الفرض. والحق: أن هذا النقص غير وارد، لأن هنا دعويين: اشتغال ذمة عمرو في الجملة الذي ادعاه زيد، فإذا أجابه عمرو بالتأدية فقد أقر باشتغال الذمة وثبت

(1) كذا، والمناسب: بمن. (2) كذا، والظاهر سقوط كلمة (لا). (3) في (ن)، د: (زيدا).

[599]

الدعوى ودفع هذا المال لزيد حتى تحصل البراءة، ولا (1) يكون هنا مطالبة جديدة، وهو الذي يدعيه عمرو وزيد لا يقبله، فالدعوى الأولى ارتفعت بالثبوت، وهناك كان زيد لو ترك ترك، وفي الدعوى الثانية عمرو لو ترك دعوى الدفع يترك من هذه الجهة، ولا كلام لزيد معه وإن طالبه بالحق المقر به، فيكون المراد: لو ترك يترك من هذه الجهة وإن كان يطالب بأمر آخر، كما هو قضية اعتبار الحيثيات. والظاهر أن أجود هذه التعاريف هو (مالو ترك ترك) وينطبق ما عداه من التعاريف عليه غالبا. وأما مخالفة الظاهر: فهو في كمال التشويش والاضطراب، إذ الظواهر العرفية والعادية لا ضابط لها، ولا خصوصية لبعضها عن الآخر، ولازم ذلك حينئذ سماع قول غني ادعى على فقير كان معه في المنزل أنه أعطاه كذا، وسماع قول الزوج على زوجته، وسماع قول العدل على الفاسق، ونحو ذلك من الظواهر. ومن هذا الباب: تفريع بعض العامة: عدم سماع دعوى خسيس أنه أقرض ملكا مالا، أو نكح ابنته، أو استأجره لسياسة دوابه، فإن منشأ عدم السماع هو مخالفته للظاهر بحسب العادة. وبالجملة: بناء مسألة المدعي على مخالفة الظاهر بهذا المعنى مما يبعد في النظر جدا، لأنه خلاف المتبادر من (المدعي) عند الأنصاف. ولأن من البعيد شرعا ابتناء هذا الأمر العظيم الذي عليه مدار نظام العالم وبقاء السياسات على أمر غير منضبط مختلف بحسب العادات والأحوال، مع أن بناء الشرع على الضبط في نظائر هذه الأمور كما يعلم من جعل اليد سببا للملك، والفراس سببا للحقوق الولد ونحو ذلك. ولأن المعلوم من الشرع أن بعد تكافؤ كلامي المدعي والمنكر من سائر الجهات لا وجه (2) لتقديم قول أحدهما ومطالبة الآخر بالبينة، إلا من جهة موافقته لما هو حجة مبني عليها شرعا، غايته: أن مقام الدعوى زاد عليه يمينا حتى يدفع

(1) كذا في النسخ، والظاهر: زيادة: لا. (2) في غير (م): فلا وجه.

[600]

معارضة قول المسلم المدعي، ولو بنينا على الظاهر بهذا المعنى لم يكن له وجه، لأن الشئ الذي لا يعتمد عليه بنفسه لو خلي من دون معارض كيف (1) يعتمد عليه في مقام المعارضة والدعوى؟ وذلك واضح. وما ورد من تقديم مدعي الظاهر في بعض المقامات لا يصلح موجبا لكون المدعي ما يدعي (2) خلافه، بل لعله لدليل تعبد، ولم يبلغ في الكثرة إلى حد يوجب إستقراء مفيدا للظن كاشفا عن مفهوم لفظ (المدعي) و (المنكر) حتى يعتمد عليه في ذلك، فلا وجه لاعتبار الظاهر بهذا المعنى بالمرة. ومخالفة الأصل يوافق قولنا: (من يخلو وسكوته) والمنكر في مقابل المدعي بأي معنى فسرناه، فتدبر. تنمة: ربما يحكم الأصحاب في مقام الدعوى بالتحالف وسقوط الدعوى، أو انفساخ العقد، أو نحو ذلك. ولا يتوهم أنه أيضا يحتاج إلى دليل آخر أو (3) مخالف للقاعدة، بل هو من فروع القاعدة السابقة، فإن الدعوى الواحدة قد تنحل إلى دعويين، فيكون كل من المدعي والمنكر مدعيا ومنكرا، ومقتضى القاعدة حينئذ توجه اليمين على كل منهما حتى يسقط دعوى الآخر بقاعدة: اليمين

على من أنكر. وبالجمله: ضابط مورد التحالف ما كان كل من الطرفين مدعيا ومنكرا - وسيجيئ الإشارة إلى مقاماتها - ومنشؤه: صدق (المنكر) على كل منهما فيتوجه (4) عليهم (5) اليمين .

(1) في غير (م): فكيف. (2) كذا، والمناسب: من يدعي. (3) في (ن) بدل (أو): و (5) في غير (م): فيجئ. (5) كذا، والمناسب: عليهما .

[601]

(العنوان السابع والسبعون) (مقتضى القاعدة عند اشتباه المدعي والمنكر، واشتباه مورد الدعوى والتداعي)

[602]

عنوان [77] لاريب أن في بعض صور الدعاوي يتضح كون أحدهما مدعيا والآخر منكرا، فيتجه الحكم باليمين على المنكر والبيئة على المدعي، ويتضح أيضا في بعض الصور أن هذه من باب التداعي وكون كل منهما مدعيا ومنكرا، فيحكم حينئذ بالتحالف، وقد يقع الشك بين هذين الفرضين. أما صور امتياز الأمرين فواضحة لمن راجع كلام الأصحاب، فإنهم ذكروا في كل واحد من العقود والأيقاعات والأحكام مسائل من التنازع تمرينا للاستخراج، وإلا فقاعدة الدعوى ما ذكرناه، وإنما الأشكال في إدراج الفروع تحت القاعدة. فبحثهم عن صور التنازع المفروضة: إما لخروجه عن القاعدة بنص أو إجماع، كما في صورة اختلاف المتبايعين في قدر الثمن، كما لو قال أحدهما: (إنه خمسة) وقال الآخر: (إنه عشرة) فإنه يحلف البائع مع قيام العين، للنص (1) المنجبر بالشهرة المعتضد بالأجماع (2) (المنقول، وإن كانت القاعدة تقضي بحلف

(1) الوسائل 12: 383، الباب 11 من أبواب أحكام العقود، ح 1. (2) ادعاه الشيخ في الخلاف 3: 147، المسألة 236 .

[603]

المشتري مطلقا كما ذهب إليه جماعة (1) طرحا للنص لضعفه. وإما للتنبيه على إدراج الفرع تحت القاعدة وما وقع في فهم ذلك من الخلاف بينهم، كما لا يخفى، وإلا فليس هذه المسائل امورا محتاجة إلى قاعدة غير ما قررناها، فعليك بالتأمل التام في تميز المدعي من المنكر، فإنه من مطارح الأفهام (2) سيما في بعض الفروع الخفية. ولنشر إلى بعض الصور حتي يصير تنبيها للباقي على نحو ضابط كلي، فهنا امور: أحدها: أنا قد أشرنا سابقا: أن المدعي من خالف قوله الأصل، والأصل: إما البراءة أو الاستصحاب أو قاعدة الشغل، وإما أصالة الصحة في العقود والأيقاعات، وإما أصالة الصحة المقابلة للعيب في الموضوعات الخارجية من عين أو منفعة، وإما أصالة العدم المطلق الأعم، وإما أصالة الملكية في اليد والنسب في الفراش. فدعوى كل شئ يوجب اشتغال ذمة شخص لم يعلم اشتغاله بذلك سابقا تحتاج إلى إثبات، ومن هذا الباب: دعوى مال في ذمته (3) أو كونه متلفا له (4) أو متعديا، أو مغرطا، أو غاصبا، أو جانبا، أو قابضا لماله قبض ضمان فتلف تحت يده، أو أتيا بشئ من العقود الموجبة لاشتغال الذمة بعوض. وبعبارة أخرى: لافرق بين دعوى كون الذمة مشغولة مع السكوت عن ذكر السبب، وبين ذكر السبب الموجب للشغل. وينبغي أن يعلم: أن في السبب لابد من ذكره على نحو يستلزم الشغل بحيث لا يكون له صورة أخرى محتملة لا توجب الشغل، وإلا لم يكن دعوى للشغل .

(1) قال الشهيد الثاني قدس سره: وهذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف، وذكره العلامة في القواعد إجمالاً ونقله في التذكرة عن بعض العامة وقواه، والذي يظهر أنه أقوى الأقوال إن لم يتعين العمل بالأول نظراً إلى الخبر أو الأجماع، غير أن فيهما ما قد عرفت، المسالك 3: 260. (2) في (ف، م): مطارح الأعلام. (4) كذا، والظاهر: في ذمة. (4) في (ف، م): بدل (له): لماله .

[604]

ومن هنا سرى الشبهة لبعض المتفقهة في صورة دعوى الزوجة المهر مع اتفاقهما على العقد والدخول وإنكار الزوج اشتغال ذمته. والمسألة لا تخص النكاح، بل كل عقد معاوضة إذا أقر به المتعاقدان وأنكر أحدهما وصول العوض إليه، كما لو قال البائع: هل بعثك هذا المال بعشرة؟ فقال: نعم بعثني بذلك، فقال: خذ مالك وأعطني العشرة، فقال: هذا مالي ولا حق لك علي، فإنهم توهّموا أن الأقرار بالعقد والدخول يوجب شغل الذمة قطعاً، فالنزاع يصير في حصول البراءة بعد الاشتغال، لا في أصل المشغولية، وفس على ذلك سائر العقود. ولكنه ليس كذلك، إذ مجرد العقد لا يوجب شغل الذمة، وكذا مع الدخول، لاحتمال كون العقد وقع على عين هي مقبوضة في يد الزوجة أو البائع، ولا يلزم حينئذ كون ذمته مشغولة. وكذا يجوز أن يكون العقد على مال ثابت في ذمة الزوجة أو البائع، فوفوق العقد أوجب سقوطه عن ذمتهما، ولم تشغل ذمة الزوج ولا المشتري. ومن ذلك ظهر لك: أن دعوى السبب لا بد أن يكون على نحو يوجب الشغل، فهذا في الحقيقة لا يكون دعوى، لأن الدخول والعقد على فرض اتفاقهما عليهما لا يثمر في شيء، فلا بد من دعوى اشتغال الذمة أو سبب يوجب الاشتغال. وكذا دعوى كل شيء يعارض الاستصحاب، كدعوى البراءة عن ذمة مشغولة، أو دعوى موت حي، أو انقضاء أجل ثابت بأصل الشرع أو مجعول معين من المكلفين، أو دعوى بلوغ، أو طريان جنون، أو عروض غفلة ونحوه (1) أو دعوى تلف مال موجود، أو نحو ذلك. وكذا دعوى كل شيء ينافي صحة العقود والأيقاعات فيما يتعلق بحق الغير، كدعوى فوات شرط من شروط المتعاقدين أو من شروط العوضين أو من شروط الأيجابين أو من شروط المعاوضة بنفسها، ودعوى ضم شرط مفسد إليه، ودعوى عدم لحوق ما هو شرط في الصحة كالقبض في بعض العقود، فإن بعد وقوع العقد

(1) كذا، والمناسب: ونحوها .

[605]

منهما وترتب الأثر عليه لا يسمع منهما بعد ذلك دعوى الفساد إلا بينة. وكذا دعوى وجود عيب في الأموال المعاوض عليها، أو المقبوضة بقبض ضمان، أو طريان العيب على نحو يوجب الضمان لغير المالك - كالحادث بين العقد والقبض في البيع والأجارة ونحوهما (1) - فإنها منافية لأصالة الصحة في الشيء. وكذا دعوى وجود شيء مسبوق بالعدم معارض بأصالته، كدعوى وجود عقد من العقود، أو قبض أو إذن، أو إتلاف، أو جناية، أو تصرف، أو تعد، أو اشتراط خيار، أو شرط آخر، وتعيين أجل، أو نحو ذلك، فإن من أنكر وجوده فعليه الإيمين ما لم يكن مدعيًا من جهة أخرى. وكذا دعوى ملكية ما في يد الغير، أو انتساب ما في فراش الغير، فإنهما منافيان لما مر من الأصل. وهذه الأمور التي ذكرناها يدور عليها مدار المسائل المفروضة في كتب الأصحاب أو من خارج (2). وثانيها (3): أن الدعوى إن تعلقت بشيء في الذمة أو بشيء في الخارج، فالأخر إما أن ينفي ذلك بالمرة، أو ينفي ذلك ويثبت شيئاً آخر، سواء كان المدعى به عوض عقد من العقود، أو اشتراط شرط، أو ذكر أجل، أو كيفية للقبض - ككونه رهناً أو وديعة أو مالا مقبوضاً (4) (قبض ضمان أو بغيره حيث تعلق به غرض كالمشروط قبضه في ضمن عقد - أو كان متعلق عقد، كالوكالة أو نحو ذلك. وبعبارة أخرى: الشيء المدعى به إما أن يكون الآخر ينفيه ويسكت، أو يثبت شيئاً آخر، فعلى الأول لا بحث في معرفة المدعي والمنكر، وعلى الثاني: فإما أن يكون ما أثبتته داخلاً تحت مانفاه بحيث لو ثبت مانفاه لثبت ذلك أيضاً

(1) في (ن، د): نحوها. (2) في (م بدل (أو من خارج): وغير المفروضة. (3) أي: ثاني الأمور، تقدم أولها في ص: 603. (4) في (ن، د) مال مقبوض.

[606]

وزيادة، فيكون من باب الأقل والأكثر، فيكون المنكر حينئذ من نفي الزائد، كما لو قال البائع: (إن المبيع من) وقال المشتري: (منان). وكذا لو اختلف الزوجان في المهر بخمسة، وعشرة من جنس واحد من وصف واحد، وقس على ذلك سائر الصور والفروض. وإن كان ما أثبتته غير داخل تحت مانفاه، إما لاختلاف جنس، كخمسة من حنطة مع عشرة من شعير، أو كدبس وعسل، أو كفرش وثوب. أو وصف كخمسة من حمراء مع عشرة من بيضاء، أو دار في كذا مع دار في غيره، أو فرس عربي مع خراساني (1) (ونحو ذلك، ففي هذا الفرض كل منهما مدع ومنكر غالباً. وقد يكون المثبتان أيضاً أحدهما مدعياً والآخر منكراً إذا وافق قول أحدهما لأصل من الأصول، لانحلاله في المعنى إلى نفي وإثبات، كدعوى الحلول والتأجيل في العقد، فإنه راجع إلى عدم التقييد ووجوده، ونحو ذلك. وثالثها: أنه على تقدير اشتباه المدعي والمنكر وعدم وضوحهما، لأرباب أن المخرج الشرعي إنما هو الصلح، لعدم طريق غيره. وفي استعمال القرعة أيضاً وجه بناء على عدم خلو أحدهما عن أحدهما. وأما على احتمال إمكان فرض لا يصدق على أحدهما المدعي ولا المنكر - كالخثي في الذكور والأنثى - فيمكن القرعة أيضاً بناء على تعميم دليله، وقد مر سابقاً (2). (ويحتمل توجه الحلف على كل منهما فيسقط كلامهما. وربما يتخيل: أن هذا مخالف للقواعد، لأصالة عدم ثبوت اليمين عليه ما لم يثبت أنه منكر أو لم يرد عليه اليمين، ولأصالة عدم ترتب الأحكام اللاحقة للتحالف على تحالفهما من فسخ أو انفساخ أو سقوط، أو نحو ذلك. ويمكن أن يقال: إن الصور الواقعية المحتملة حينئذ أربعة: فإن كلا منهما: إما

(1) بدلها مصحح (م): أو فرس نجدية مع خراسانية. (2) راجع العنوان 11، ج 1 ص 340.

[607]

مدع أو منكر [أو مدعي (1) ومنكر (2) أو أحدهما مدع والآخر منكر، أو ليس أحد منهما بمدع ولا منكر. أما الأخير ففاسد، لوضوح التشاجر وجر كل منهما النفع إلى نفسه. وكذا الأول، إذ لا يعقل كون كل منهما مدعياً إلا مع فرض كون الآخر غير راض بما ادعاه الأول فيكون ذلك منكراً، فكونهما مدعين بدون منكر منهما غير معقول، وكذا كون كل منهما منكراً بلا مدع، فانحصر الطريق في الواقع: إما بكون أحدهما مدعياً والآخر منكراً، أو بكونهما متداعيين، فعلى تقدير كونهما متداعيين فالتحالف في محله. وعلى الفرض الأول فنقول: لأرباب في ثبوت اليمين على أحدهما، ولكنه مشتبّه، فيحلفان معاً فتسقط الدعوى، فتأمل. لكنه على فرض وجود البيئة لأحدهما يشكل الأمر على القول بعدم سماع بينة المنكر، إذ لعله صاحب البيئة، وكذا في صورة التعارض. ويحتمل فيه كونه كالتحالف فتسقط الدعويان، ويعمل على القاعدة من قسمة أو انفساخ أو نحو ذلك، كما يظهر من موارد التحالف. ورابعها: أنه على فرض حصول الشك في أنه مورد التحالف أو مورد تعلق اليمين بأحدهما يمكن هناك صورتان: إحداهما: العلم بكون أحدهما مدعياً والآخر منكراً، لكن وقع الشبهة في العكس. وثانيتهما: عدم العلم بوجود مدع ومنكر [معين (3) أيضاً، فيتركب الشك من أصل معرفة المدعي والمنكر، ومن معرفة كون المدعي منكراً أيضاً والمنكر مدعياً وعدمه. أما في الصورة الأولى: فلأرباب في توجه اليمين على المنكر المعلوم كونه كذلك وإن شك في كونه مدعياً أيضاً. وأما توجه اليمين على المدعي المشكوك كونه منكراً فعلى خلاف القاعدة، فيقتصر فيه على الأول، ولا يتوجه اليمين على المدعي إلا بعد تنقيح كونه مصداقاً للمنكر، وما لم يثبت فلا يمين، وتسقط الدعوى

(2) كذا، والظاهر: مدع. (2 و 3) لم يرد في (ن، د).

بيمين واحدة. وهذا أغلب صور الشك كما لا يخفى على من راجع اختلاف الأصحاب في الحلف والتحالف في الدعاوي المفروضة في تنازع (1) العقود. وأما الصورة الثانية: فيعلم حكمها مما سبق. وخامسها: أنه في صورة الاختلاف في قدر العوضين كالثمن أو المثلن والأجرة والمنفعة أو المهر، أو الشرائط كالاختلاف في شرط أمر أو أمرين، أو الأجل في الزيادة والنقصان. وبعبارة أخرى: كلما كان النزاع في الأقل والأكثر في باب العقود - وهي غالب الفروض المذكورة في كلمة الأصحاب - قد ذكرنا: أن اليمين على منكر الزيادة، والوجه واضح. وربما قيل في أغلب ذلك بالتحالف مدعى: أن العقد شئ واحد معين وقد شك في وقوعه كذلك، وهكذا... فكل منهما يدعى ما ينكره الآخر، وليس هذا كدعوى مال في الذمة ابتداءً، فيصير كل منهما مخالفاً للأصل، فيتحالفان فيرتفع المعاوضة (2) إذا أمكنت، ويرجع إلى القاعدة في مثل النكاح، وإلى أجرة المثل في مثل الجعالة بعد العمل. وفصل الشهيد الثاني رحمه الله في النزاع في قدر الجعل في باب الجعالة بأنه إن كان الاختلاف في اللفظ بأن قال الجاعل: (إنني قلت: خمسين) وقال العامل: (قلت: مائة) فهذا موضع تحالف، لمخالفة كل من الكلامين للأصل وعدم مرجح. وإن كان النزاع في الاستحقاق كما لو قال: (أستحق عليك مائة) فقال: (لا، بل خمسين) (يحلف منكر الزيادة، لأصالة البراءة (1). وهذا التفصيل يجري في سائر العقود أيضاً، مع أنه لم يذكر ذلك في الثمن والمثلن وأجرة الأجرة ونحو ذلك، فيكون في الاختلاف في القدر وجوه ثلاثة: التحالف، وحلف منكر الزيادة، والتفصيل في صورتها في النزاع.

(1) في (د): تنابع. (2) كذا، ولعل الصواب: المعارضة. (1) انظر الروضة 4: 453452 - ، فإنه قدس سره في الصورة الأولى لم يجزم بالتحالف، بل نسبه إلى قائل، وقوى تقديم قول المالك .

والحق: أنه يحلف منكر الزيادة مطلقاً، حتى لو وقع النزاع في اللفظ أيضاً، فإن الأصل في اللفظ وإن كان معارضاً، ولكن الأصل الحكمي - وهو البراءة عن الزائد - سليم عن المعارض، وعلى ذلك يدور كلام الأصحاب في كل باب. تنبيه: مما ذكرنا ظهر: أن العمدة معرفة المدعي والمنكر، وهو من جملة المباحث الغامضة. وفيما ذكرناه كفاية لمن تدبر، لانطباقه على جميع الموارد عند من له نظر ثاقب، ومن هنا تنبّه على حل الأشكال المعروف في نزاع المشتري والشفيع في قدر الثمن، وفي نزاع الزوج والزوجة أو الزوجة وورثة الزوج في كون نكاحها دائماً أو منقطعاً. ومثله في المقامات التي ينزاع في إثبات الأحكام التي يقتضيها إطلاق العقود من تعجيل ونحوه، فإن البحث في أن أصالة عدم التقييد هل يثبت دوام النكاح وحلول الثمن مثلاً، أم لا بل هما من لوازم الإطلاق الواقعي. وأصالة العدم لا تثبت الإطلاق؟ والذي نختاره: هو إجراء أحكام الإطلاق، فيحكم في تنازع الزوجة بالدوام وإن كان بعض مشايخنا المعاصرين (1) يمنع من ذلك، فتدبر .

(1) في هامش (د): هو الشيخ المؤتمن شيخ محمد حسن الغروي نور الله مرقده. وفي هامش (ن): الشيخ محمد حسن. والظاهر المراد به صاحب الجواهر قدس سره .

(العنوان الثامن والسبعون) (كل من يسمع قوله فعلية اليمين مدعى كان أو منكراً)

عنوان [87] كل من يسمع قوله فعليه اليمين، منكرًا كان أو مدعيًا، كما في تصديق ذي اليد أحد المدعين، وقبول قول المرتهن في الأنفاق على الرهن، وقبول قول الراهن: (إني دفعت المال عن الحق المرهون به دون غيره)، أو (عن أحد الرهنيين دون الآخر)، وقبول دعوى الشريك شراء شئ لهما أو له، ودعوى الداعي الأنفاق على الوديعة، وقبول المستأجر في الأنفاق، وقبول الامناء في التلف، وقبول قول الوكيل في التصرف وفي ثمن المبيع والمتاع، ودعوى المشتري كثرة الثمن في الشفعة في أحد الوجهين، ودعوى الوارث بعد إجازته ما زاد عن الثلث أنه زعم القلة، وقبول دعوى الغاصب في التلف، ودعوى الملتقط في الأنفاق، فإن كل ذلك مما قدم فيه قول المدعي، ولكنه يمين عليه. وأما مقامات توجه اليمين على المنكر ففي الكثرة بحيث لاتعد ولا تحصى. وبالجملة: الذي يسمع قوله: إن كان منكرا فلا كلام في ثبوت اليمين عليه بعموم القاعدة السابقة، والأجماع، وخصوص ما ورد من النصوص في الباب (1). وإن كان مدعيًا: فإن كان سماع قوله بعد رد اليمين من المنكر أو من الحاكم بعد نكول المنكر، فلا بحث أيضا في ثبوت اليمين عليه، إذ لا يقدم قوله حينئذ إلا

(1) راجع العنوان: 76، ص: 588 .

بحلفه اليمين المردودة، ولو نكل سقط دعواه، إلا في مقامات لا يمكن فيها رد اليمين عليه، وهي خارجة عن البحث. وإن كان سماع قوله ابتداء من دون حاجة إلى رد اليمين أو النكول كما في المواضع التي أشرنا إليها وغير ذلك - كما يظهر بعد التتبع - فلا بد حينئذ من اليمين أيضا، إلا في مادل الدليل على نفيه فيه، والوجه في ذلك أمور: أحدها: ظهور الأجماع من الأصحاب على أن من قدم قوله فلا بد فيه من اليمين، بحيث يحتاج (1) في نفيه إلى دليل دون إثباته، كما لا يخفى على من راجع كلامهم. وليس هذا إجماعا في الموارد الخاصة حتى لا ينفع في مورد الشك، ولا إجماعا على الاستغراق حتى لا يقبل التخصيص بعد تحققه، بل هذا إجماع على القاعدة، بمعنى: أن البناء فيما لم يدل دليل على عدم اليمين فيه على ثبوته إجماعا، نظير أصالة الطهارة والبراءة، ونحو ذلك من القواعد المجمع عليها. وثانيها: ما حصل من الاستقراء والتتبع في هذا المقام في النصوص وكلام الأصحاب، فإن الغالب في من يقدم قوله اليمين، غلبة تكاد تبلغ حد الاستيعاب، ولم يخرج عن ذلك إلا مواضع نادرة جدا، بل هي أيضا ليست من باب الدعاوي والتنازعات في الحقيقة، ففي باب الدعوى لأظن ما خرج منه إلا في غاية الندرة، سواء كان ثبوت اليمين فيما ثبت بالنص كما هو في كثير من الموارد، أو بالأجماع كما في بعض، فمورد الشك الخالي عن نص وإجماع يلحق به بعد هذا الاستقراء المقارب للتمام، المفيد للظن المتأخم للعلم. وثالثها: أن سماع قول المنكر قد عرفت أنه بنص وإجماع محتاج إلى اليمين، مع أن كلامه إما موافق لأصل أو لظاهر، وخلافه مخالف لأصل أو لظاهر أولهما، فسماع قول المدعي لابد أن يتوقف على اليمين بالأولوية، لأن قوله أضعف من قول المنكر، فكيف يعقل سماع قوله بلا حجة أصلا مع أن قول الأقوى لا يسمع إلا بحجة؟

(1) في (ف، م): يحتاجون .

لا يقال: إن قول المدعي من جهة ضعفه لا يسمع إلا بحجة أقوى وهي البينة، ومضى مادل الدليل على عدم الحاجة إلى البينة فلا حاجة إلى اليمين أيضا. لأننا نقول: مع وجود البينة لا حاجة إلى اليمين لأنه الحجة الأقوى، وأما مع الدليل على عدم لزومها لا يلزم سقوط اليمين، إذ لا أقل من التساوي مع المنكر، ونفي الأشد لا

يستلزم نفي الأضعف. لا يقال: ظاهر التفصيل في البينة واليمين ينفي تعلق اليمين على المدعي، فإما أن قوله مسموع مع البينة، أو مسموع بلا حجة، وأما اليمين فلا. لأننا نقول: ظاهر التفصيل كذلك، لكنه في مقام التفصيل بمعنى وجود البينة أو يمين المنكر، فإن مع البينة لا عبرة بيمينه، كما لا عبرة بيمينه مع يمين المنكر أيضا، فمتى مادل الدليل على عدم اعتبار البينة في مقام فقد خرج عن التقابل وكون اليمين على المنكر، فلا بد من ثبوت اليمين على المدعي بالأولية من المنكر في صورة التقابل، كما عرفت. ورابعها: دعوى الأولوية من صورة إنضمام اليمين مع الشاهد الواحد في المدعي، فإن قوله إذا انضم إليه خبر العدل الواحد لا يسمع أيضا إلا بيمين كما في الماليات، فكيف يسمع هنا بلا بينة ولا يمين؟ ولأرب في إقتضاء الأولوية ثبوته مطلقا. وخامسها: دعوى تنقيح المناط والمساواة وعدم الفرق بين المنكر والمدعي في ذلك، فإذا ثبت في المنكر ففي المدعي كذلك، أو عدم الفرق بين الصور المشكوكة وبين الصور التي دل فيها النص أو (1) الأجماع على ثبوت اليمين، فتدبر. وسادسها: أن الظاهر من قوله: البينة على المدعي واليمين على من أنكر (2) أمران: أحدهما: تمييز الوظيفتين وكون كل منهما لواحد من الشخصين. وثانيهما: أنه

(1) في (ن، د) بدل (أو) و. (2) عوالي اللالي 2: 345، ح 11.

[615]

لا يسمع قول أحدهما بلا حجة. وبعبارة أخرى: مساق هذه العبارة يقضي بكون الاحتياج في الدعوى في تقديم قول أحدهما إلى حجة ومرجح من المسلمات والواضحات، وإنما البحث بقي في تعيين ذلك، فجعل الشارع الوظيفتين وعينهما. وأما أن أصل الحاجة إلى مرجح فهو مسلم، ونظير ذلك في العرف واضح، فإن في صورة اختلاف زيد وعمرو لو قال قائل: إن قول زيد لا يقبل إلا بتصديق بكر وقول عمرو لا يقبل إلا بتصديق خالد علم من هذه العبارة - مضافا إلى معرفة الضميتين - أن قول شئ (1) منهما لا يقبل بلا مرجح، فيصير النبوي المعروف ذا دلالتين، فيدل بسياقه على الحاجة إلى الحجة كيف كان وليست إلا البينة واليمين، فمتى مادل الدليل على نفي البينة فأنحصر الطريق في اليمين، وذلك واضح. وسابعها: أن مقتضى الاعتبار العقلي أيضا كونه كذلك، فإن المتداعيين من جهة كونهما - مثلا - مسلمين مؤمنين متساويين في العبودية في نظر الشارع لوجه لترجيح قول أحدهما من دون شئ يكون حجة وكاشفا عن الواقع رادعا عن الباطل، مع تساويهما من سائر الجهات، ولأرب أن بعد تساقط كلاميهما لا مرجح سوى اليمين، لنفي البينة بالدليل، ولا ثالث بالأجماع. ولو فرض ورود دليل مطلق في سماع قول المدعي بحيث يكون نافيا لليمين في الظاهر فلا بد من التأمل فيه، فإن كان إطلاقه مسوقا لبيان سماع القول بلا بينة فلا دلالة فيه على نفي اليمين، فيثبت اليمين بقاعدة أخرى، كما ذكره الأصحاب في مقامات كثيرة مع كون النص مطلقا، ومنعوا من لزوم تأخير البيان عن وقت الحاجة، غايته لزوم تأخيره عن وقت الخطاب، وإطلاقه لا ينافي ثبوت اليمين من قاعدة أخرى. نعم، لو كان صريحا في نفي اليمين أو مطلقا بحيث يدل على نفيه كنفي البينة، فلا نتجاشي حينئذ من سقوط اليمين، وظاهر الأصحاب في باب العبادات المالية - كالزكاة والخمس ونحو ذلك -

(1) كذا، والمناسب: أحد منهما.

[616]

سماع قول المالك في الأداء، وسماع قوله في اختلال الشرائط، وسماع قول الفقير في دعوى الفقر من دون بينة ويمين. ولعلمهم استندوا في ذلك إلى نص أو إجماع في هذه المقامات، وإلا فبدونهما فالحكم لا يخلو من إشكال وإغلاق، ولذلك منعه عليهم جماعة (1) وتوقف آخرون (2). وللمسألة مقام آخر z z z.

(2) لم نعتز على من صرح بالمنع من قبول قول مدعي الفقر إذا لم يعلم حاله، إلا أن الشيخ قدس سره قال (2) لم نعتز على من صرح بالتوقف أيضا، إلا أن صاحب المدارك قدس سره قال: والمسألة محل إشكال، انظر المدارك 5: 202 .

[617]

(العنوان التاسع والسبعون) (كل شئ لا يعلم إلا من قبل مدعيه يسمع قوله فيه)

[618]

عنوان [97] مقتضى القاعدة عدم سماع قول المدعي إلا بالبينة، ولكن هنا قاعدة أخرى، وهي: (أن كل شئ لا يعلم إلا من قبل المدعي يقبل قوله فيه)، وقد مر كثير من أمثلة هذا الباب في العنوان السابق الذي ذكرنا فيه موارد سماع قول المدعي مع اليمين، فإن أغلبها فيما لا يعلم إلا من قبله. ومن هذا الباب: قول مدعي أداء الزكاة والخمس ونحوهما، ومدعي اختلال شرائط الوجوب على أحد الوجهين. ومن هذا الباب أيضا: سماع قول الزوجة المستطبعة إلى الحج بحسب المال في دعوى عدم الخوف عليها وطنها السلامة مع دعوى الزوج الخوف عليها، فإن ذلك شئ لا يعلم إلا من قبل الزوجة نفسها، لأن الخوف أمر نفسي. ومن هذا الباب أيضا: سماع دعوى مجيز النكاح بعد موت الطرف الآخر في صغيرين أو كبيرين أو ملفقين: أنه ما دعاه إلى الأجازة الطمع في الميراث، كما ورد في النص (1). وكذلك دعوى إرادة الزوجة جنسا في فدية الخلع كما ذكره في بابه، وسماع قول المطلق في عدم القصد في الطلاق الرجعي، ويحى توضيح ذلك. وكذلك سماع قول النساء في الطهر والحيض، وفي العدة، ووجود البعل وعدمه. ودعوى الصغير الاحتلام، أو الأسير استعجال الشعر على

(1) راجع الوسائل 17: 527، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج .

[619]

العانة بالدواء حتى يسلم من القتل، ونظائر ذلك مما يطلع عليه المتتبع . والوجه في قبول قول المدعي هنا من دون بينة أمور: أحدها: ظهور الأجماع القطعي من الأصحاب على ذلك، فإنهم في هذه المقامات يحكمون بسماع قوله مع يمينه، بحيث يستفاد منهم كون ذلك من المسلمات المتفق عليها، لعدم النكير منهم في ذلك . وتعليقهم بأنه شئ لا يعلم إلا من قبله، يرشد إلى أن القاعدة مجمع عليها عندهم، كما ذكرناه في العنوان، فلا يرد البحث بعدم ثمرة الأجماع في مورد الشك، أو عدم إمكان التخصيص، كما ذكرناه في البحث السابق. وفتواهم بذلك مع تعليلهم به أقوى حجة على ذلك، فإنه مع كونه دليلا برأسه كاشف عن وجود دليل آخر كذلك. وثانيها: ما علل به في مثل دعوى الغاصب أو غيره - من أصحاب أيدي الضمان أو غيره (1) - التلف، فإنه يقبل قوله، للزوم تخليده الحبس لو لم يسمع قوله حيث لا يتمكن من الأثبات، ولعله في الواقع صادق. وهذا التعليل ينطبق على كثير من الموارد، ولا فرق بينها وبين غيرها، لعدم القول بالفصل أصلا . وثالثها: أن ظاهر قوانين الشرع كون كل شئ فيه مخرج من الشرع، وإلا فوجود شئ من التنازعات لا مخرج له شرعا ولا مخلص غير معلوم، كيف! والشرع مبني على قطع الخصومات وطي الحكومات، فإذا كان المدعى يدعي شيئا لا يمكن فيه الأثبات بالبينة، فإذا بنينا أنه لا يسمع قوله أيضا إلا أن يثبت وهو غير مخرج ولا مخرج غير ذلك لزم العجز عن قطع الخصومة وبقاء التشاجر، وينافيه وضع الشرع، وليس الدافع إلا سماع القول مع اليمين، كما لا يخفى على من تدبر، وإن احتمل غيره في بادئ النظر. ورابعها: ملاحظة الاستقراء والتتبع

في أغلب هذه الموارد، فإنه مورد نص أو إجماع غالبا، والمشكوك فيه يلحق بذلك أيضا .

(1) كذا، والظاهر كون (أو غيره) زائدا .

[620]

وخامسها: دعوى تنقيح المناط وعدم الفرق بين ما دل فيه النص على السماع كما في حسنة زرارة في باب كون الحيض والعدة للنساء متى ادعت صدقت (1)، وبين غيره، إذ نحن نعلم أنه أن العلة ليس إلا عدم إمكان الاطلاع حتى يمكن الأثبات بالبيئة، وهو موجود في غير مورد النص، والفارق ملغى. وسادسها: ما ورد صريحا في بعض روايات المسألة من التعليل بأنه لا يستطيع أن يشهد عليه - على ما رواه بعض مشايخنا المعاصرين (2) - وإن لم أعثر عليه في كتب الأخبار لقلّة التتبع، فإن هذا التعليل بمنزلة القضية الكلية في سماع قول المدعي في كل مقام لا يستطيع الأشهاد عليه، وهو الذي نعبر عنه بأنه (شئ لا يعلم إلا من قبله). ووجه عدول الأصحاب عن هذه العبارة بتلك العبارة (3) أن ليس عدم استطاعة المح عي هو الداعي إلى قبول قوله، لأنه ربما تكون البيئة غير موحدة من الأصل أو ميتة - (4) أو نحو ذلك - ولا يقبل فيه قوله، بل المراد: كون الدعوى مما لا يستطيع إقامة البيئة عليها أصلا في حد ذاتها، ولذلك عبروا بأنه شئ لا يعلم إلا من قبله، فكيف يطلع عليه غيره؟ فتدبر. وسابعها: أن سماع قول المنكر بيمينه ليس إلا من جهة كون دعواه راجعة إلى النفي في مقابل دعوى المدعي الأثبات، والنفي مما لا يمكن الأشهاد عليه إلا في مقام يرجع إلى الأثبات، فينبغي أن يكون المدعي أيضا إذا ادعى شيئا لا يمكن الأشهاد عليه يقبل قوله بيمينه، فتأمل. إذا عرفت هذا، فنقول: لاريب أن سماع قول المدعي فيما لا يمكن الأشهاد

(1) الوسائل 2: 596، الباب 47 من أبواب الحيض، ح 1. (2) في هامش (ن): الشيخ محمد حسن. والظاهر: أن المراد به صاحب الجواهر قدس سره، لكن لم نقف على الرواية في الجواهر، ولم نعثر عليها في كتب الأخبار أيضا. (3) كذا، والظاهر: عن تلك العبارة بهذه العبارة. (4) كذا في أصول النسخ، وغيرها مصحح (م) ب: أو ذهبت بعد .

[621]

عليه إنما هو في صورة عدم إظهار خلافه، فإن إقراره وظواهر كلامه حجة على نفسه، فلا يسمع بعد ذلك دعوى خلافه وإن لم يعلم إلا من قبله، وحيث يمكن استعلامه بإقراره أو بظاهر كلامه ذكر الأصحاب فيه اليمين، وإلا لم يتوجه دعوى المنكر خلافه حتى يحتاج إلى يمين، لأن الفرض أن المنكر لا يطلع عليه حتى يدعيه، ويشترط في توجه الدعوى كون الشئ مما يمكن كون المدعي عالما به. وكذا في صورته توجه اليمين على المنكر أيضا يشترط كون الدعوى مما يمكن الاطلاع عليه المدعي، ويكفي في ذلك إمكان استعلامه بإقرار المنكر مثلا، فلا يضر كونه مما لا سبيل إليه. وبهذا المعنى علل جماعة من الأصحاب في توجه اليمين (1) في كثير من الأبواب. فنقول: لو ظهر من إقرار المدعي أو من ظاهر كلامه ما ينافي ما ادعاه ثانيا لا يقبل قوله حينئذ، لأنه مكذب لنفسه وإن كان الشئ مما لا يعلم إلا من قبله، لأن ذلك علم من قبله في الحقيقة، ولذلك لا يسمع دعوى المقر أو البائع - أو غير ذلك من العقود والأيقاعات - عدم كونه قاصدا للمعنى بعد الوقوع، فإن ظاهر ما صدر منه من العقد والأيقاع كونه قاصدا، فدعوى خلافه غير مسموعة وإن كان هذا مما لا يستطيع الأشهاد عليه، فإن عدم القصد في القلب مما لا يطلع عليه غير المدعي ومع ذلك فهو غير مسموع، لمنافاته لظاهر ما صدر منه. وبالجمله: حيث إن ظواهر الألفاظ والأقارير حجة على القائل فلا يكون مما لا يعلم حتى يقبل قوله، بل يكون مما علم خلافه شرعا، فتدبر، فإن في ذلك فتح باب عظيم وحل إشكال عن المقام كذلك. وأما قولنا في الطلاق الرجعي لو ادعى الزوج عدم القصد أو عذرا آخر قبل خروج العدة

يسمع مع أن ظاهر صدور الصيغة منه خلافه، فلا إشكال فيه، لأن هذا ليس دعوى متعلقة بالغير، لجواز رجوعه على زوجته وإن كان في الواقع طلقها،

(1) لم نعثر على التعليل المذكور في كلماتهم .

[622]

فالأزوجة لا تقدر على المعارضة. وأما كون ذلك في الواقع طلاقاً ورجوعاً أو بدون ذلك، فيظهر ثمرته في الطلاق الثالث المحرم ونحوه، وهو تكليف متعلق بالزوج، وهو أبصر بنفسه ويعرف تكليفه. نعم، متى ما عارض حق الغير فلا يسمع، بل يؤخذ بالظاهر كما لو ادعى ذلك في الطلاق البائن أو في الرجعي بعد خروج العدة، فإنه لا يسمع إلا بتصديق الزوجة، فتدبر Z Z Z .

[623]

(العنوان الثمانون) (في ذكر قواعد مختصرة تتعلق بالقضاء)

[624]

عنوان [08] يذكر فيه قواعد مختصرة، أشار إلى بعضها الشهيد رحمه الله ونشير إلى ما هو الوجه فيها على سبيل الأجمال، حتى يعتمد عليها في مقاماتها . قاعدة [1] النكول ليس حجة على الناكل. للأصل. وعدم دلالة على المدعى، لجواز كون ترك اليمين للتعظيم، كما ورد من فعل الأئمة عليهم السلام كذلك تعظيماً لله تبارك وتعالى (1). وظاهر النص عدم ثبوت قول أحدهما إلا بالبينه أو اليمين (2). وما ورد في بعض الأخبار: من أن بالنكول يلزمه الحجة (3) قضية في واقعة لا يتسرى إليها (4) أو غير مسموعة في قبال ما هو أقوى منها. نعم، استثنى الشهيد رحمه الله مواضع وقال: يحكم فيها بالنكول (5).

(1) الوسائل 16: 117، الباب 2 من كتاب الأيمان، ح 1. (2) راجع الوسائل 16718: ، الباب 1 من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى. (4) الوسائل 18: 222، الباب 33 من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، ح 1. (4) كذا، والظاهر: لا يتسرى منها إلى غيرها. (5) القواعد والفوائد 1: 412، القاعدة: 152 .

[625]

كدعوى المالك تبديل النصاب أو إخراج الزكاة لو قلنا بأنه يسمع مع اليمين ونكل. والحق أنه ليس من هذا الباب. وكصورة كون المدعي غير المالك مع تعذره - كالقاضي، وناطر المسجد والوقف، والوصي، ونحو ذلك - مع نكول المدعى عليه . والوجه في ذلك: عدم وجود مخرج للدعوى إلا بيمين المنكر، أو القضاء عليه بنكوله، لعدم جواز يمين المدعي هنا، وقس على ذلك غيره. قاعدة [2] الحلف لأثبات مال الغير غير جائز. والوجه فيه: الأجماع. وعدم إمكان الاطلاع على أفعال الغير غالباً. ولأن الحلف إنما هو لحصول الوثوق بالواقع، ولا يوجب حلف الغير، لجواز عدم اطلاعه بما اطلع عليه أصل المدعي والمنكر، والعمدة في ذلك: علمهما وإقرارهما ولا ثمرة في ذلك ليمين الغير. ولأن مقتضى الأدلة كون اليمين والبينه على المدعي والمنكر، ولم يقر دليل على جواز النياحة والوكالة والولاية فيه، ومقتضى الأصل عدم ترتب الآثار إلا بعد ثبوت كون يمينه كيمين الأصل، ولا دليل عليه. ودعوى: صدق (المنكر) على

الوكيل والولي والوصي، فيتوجه عليه اليمين - كما أن (المدعي) يصدق عليهم، فيتوجه عليه (1) اليمين المردودة - مدفوعة بمنع ذلك، بل دعواه دعوى الأصل، وإنكاره كذلك، وكون دعواه وإنكاره نائبا مناب الأصل والمولى عليه لا يقتضي كون حلفه كذلك، فتدبر. وهاهنا صور اختلف فيها: كامتناع المفلس من الحلف مع وجود شاهد بدين له، أو (2) امتناع ورثة المديون عن الحلف مع وجود شاهد بدين للميت، فإنه يحتمل فيهما جواز حلف الغرماء مع الشاهد. أو لم يكن هناك شاهد ورد المدعى عليه اليمين أو نكل، فإنه

(1) كذا، والمناسب: عليهم. (2) في (ف، م) بدل (أو): و .

[626]

يمكن القول بالرد على الغريم. وصورة إحيال الراهن الجارية، ودعواه إذن المرتهن مع نكول المرتهن والراهن، فإنه يمكن إحلاف الأمة. وفي صورة الوصية لام ولد بعيد فوجد مقتولا بعد الوفاة وهناك لوث، فإنه لو نكل الورثة عن اليمين يحتمل إحلاف أم الولد، كما ذكره الشهيد رحمه الله في قواعده (1). (قاعدة [3] الحلف: إما على إثبات، كما في ضميمة الشاهد، واليمين المردودة من المنكر أو الحاكم مع النكول، ويمين المدعي فيما لا يعلم إلا من قبله. وإما على نفي، كيمين المنكر. وعلى التقديرين: فإما على فعل نفسه، أو على فعل غيره، فهذه أقسام أربعة. والحلف في الكل على البت والقطع، إلا في الحلف على نفي فعل الغير، فإنه على نفي العلم. والوجه في ذلك: أن المتبادر من الأدلة كون الحلف إثباتا ونفيا على نفس المدعي، كما أن البينة عليه فقلوه: (اليمين على من أنكر) يعني: على مضمون إنكاره، لا على عدم علمه بذلك، فكونه على البت إنما هو مقتضى الأدلة، مع أن الحلف على عدم العلم لا يعد عرفا حلفا على ذلك المدعى. وأما في صورة نفي فعل الغير، فحيث إن الحلف يعتبر فيه القطع ولو شرعا وهو لا يمكن غالبا حصوله في نفي فعل الغير - لعدم انحصاره، وعدم جريان أصالة عدم الفعل، لمعارضته بغيره بعد القطع بصور فعل منه - اكتفي على نفي العلم حذرا من الحلف على ما لا يعلم. ومن هنا ظهر: أن فعل الغير لا خصوصية له، فنقول: لابد من كون اليمين على البت إلا فيما لم يمكن الاطلاع عليه غالبا، ولذلك لو كان فعل الغير راجعا إلى نفسه بحيث يتمكن من الاطلاع لزمه الحلف على البت، كما لو ادعى عليه جنابة بهيمته (2) وأنكر، نظرا إلى أن البهيمية لا ذمة لها والتعلق بذمة المالك فرع التفريط،

(1) القواعد والفوائد 1: 423، القاعدة: 158. (2) في (ن، د): بهيمة .

[627]

فتصير الدعوى راجعة إلى ما يمكن الاطلاع عليه، فيعتبر القطع. ويمكن دعوى ذلك فيما لو ادعى جنابة عبده لو قلنا: بأن العبد لا ذمة له أيضا. قاعدة [4] كل ما لم يرد فيه حد من الشرع في المعاصي، ففيه التعزير. والوجه فيه: عموم ما دل على النهي عن المنكر والأمر بالمعروف، وما دل على الأعانة على البر والتقوى، ومن جملة أفراد: تعزير العاصي. ولا يكون مجرد سكوت الشارع عن بعض المعاصي وعدم وجود تحديد فيه دالا على العفو بدون ذلك. وتحديد موكول إلى نظر الحاكم، لأنه طريقة الأمر والنهي، فيعزى بما يرى أنه يؤثر. مضافا إلى ما مر من عموم دليل ولايته (1). قاعدة [5] فاعل الكبائر يقتل في الرابعة بالنص والأجماع مع تخلل الحد في الأول (2). وفي الثالثة قولان معروفان مبنيان على معرفة معنى الروايات، فراجع (3). والأحوط القتل في الرابعة، استصحابا لاحترام الدم، وإن كان في رواية يونس: أصحاب الكبائر كلها إذا اقيم عليهم الحد [مرتين] (4) قتلوا في الثالثة (5). قاعدة [6] كل ما لم يرد فيه دية في الشرع من الجنایات، ففيه الحكومة .

(1) مر في العنوان: 74. (2) كذا، ولم نتحقق معنى (في الأول) وفي رواية يونس الآتية: إذا أقيم عليهم الحد مرتين... (3) راجع الوسائل 18: 313، الباب 5 من أبواب مقدمات الحدود. (5) أثبتناه من المصدر. (5) الوسائل 18: 313، الباب 5 من أبواب مقدمات الحدود، ح 1.

[628]

والوجه: أن قاعدة الضمان تقضي بالقيمة، خرج ما ورد من الشرع النص على اعتبار قدر معين، وبقي الباقي تحت الدليل، فيقوم صحيحا ومعيبا بالجناية، ويؤخذ ما به التفاوت. وهذه القاعدة في العبد باقية على ذلك، فإن في إتلافه قيمته، وفي أطرافه بالنسبة. نعم، لو زادت قيمته عن دية الحر زدت إليها. قيل: إلا في الغاصب، فإنه يؤخذ بأشق الأحوال (1). وفي الحر انخرمت فيما له مقدر دون غيره، فيكون العبد أصلا للحر فيما لا مقدر له، كما أن الحر أصل في المقدرات. قاعدة [7] المملوك نصف الحر في الحدود كلها، لرواية يحيى بن أبي العلاء، عن الصادق عليه السلام: أن حد المملوك نصف حد الحر (2) ومقتضى عمومات الأدلة في الشارب والزاني والقاذف واللاطي ونحو ذلك - مضافا إلى نصوص خاصة - (3) المساواة في الحد. وفي رواية أبي بكر الحضرمي المساواة في حقوق المسلمين والتنصيف في حقوق الله (4) وذكر من الأول القذف، ومن الثاني الشرب والزنا، وهذا يمكن أن يكون جمعا للأخبار والأدلة المطلقة، ولكن الأصحاب لم يظهر بناءهم عليه. وقال الشهيد الثاني رحمه الله: إن رواية التنصيف أوضح، وأخبار المساواة أشهر، والأوفق بالأصل التنصيف (5).

(1) انظر إيضاح الفوائد 2: 171. (2) الوسائل 18: 473، الباب 6 من أبواب حد المسكر، ح 9. (3) الظاهر عدم ورود نص خاص دال على المساواة في مطلق الحدود، نعم ورد ذلك في حد القذف وحد المسكر، راجع الوسائل 18: 434، الباب 4 من أبواب حد القذف، وص 471، الباب 6 من أبواب حد المسكر. (4) المصدر السابق: 472، ح 7 (5). لم يصرح الشهيد الثاني إلا بالفقرة الوسطى، انظر الروضة 9: 176.

[629]

(العنوان الحادي والثمانون) قاعدة الأقرار)

[630]

عنوان [18] إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، كما ورد في النص النبوي (1) المنجبر بالفتوى والعمل، الغني عن اعتبار سنده بعد تلقي الأصحاب له بالقبول، بل العامة أيضا كذلك، بل ربما يدعى أن ذلك ضرورة الأديان والملل أيضا. والحجة (2) في هذه القاعدة أمور: أحدها: الأجماع المحصل على حجية الأقرار على المقر المستفاد من تتبع كلامهم. وثانيها: منقول الأجماع على هذه القاعدة في عبائهم فوق حد الاستفاضة. وثالثها: كون العاقلة (3) تحكم بذلك، كما يرشد إليه كون ذلك ضروري الملل، ولا جامع بينهم سوى العقل وإن كان في حكم العاقلة بذلك تردد. ورابعها: جريان السيرة المستمرة قديما وحديثا في كل عصر ومصر على ذلك، الكاشف عن كونه في زمن الشارع كذلك، ولولا إمضاؤه لذلك لم يبق كذلك،

(1) عوالي اللآلي 1: 223، ح 104. وفي الوسائل (16: 111، الباب 3 من أبواب الأقرار، ح 2): روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. (2) في غير (م): فتصير الحجة. (3) أي: القوة العاقلة. وبدلها مصحح (م) بالعقل.

ولاشتهر خلافه وتواتر، مع أنه قد انعكس الأمر. وخامسها: ما ورد من النصوص الخاصة في مقامات على اعتبار الأقرار كما في باب الحدود (1) وغيره، ولا قائل بالفرق بينها وبين غيرها، أو لا فارق بين المقامات. وسادسها: عموم الخبر السابق المشهور (2). وهو العمدة في استدلال الأصحاب به في كل باب. وليس ما ذكرناه من الأجماع - تحصيلًا أو نقلًا - وكذا السيرة من قبيل المجملات التي لا يتمسك بها في مورد الشك، إذ الأجماع على حجية الأقرار من حيث هو كذلك يقتضي حجته في كل ما يصدق عليه الأقرار، ولا يلزم كونه مجمعا عليه بالخصوص، فإن الأجماع على القاعدة ليس إلا كالخبر الصحيح في العموم، فلا يلزم قطعية أفراده، ولذلك يقبل التخصيص، ويتمسك به في مورد الشك. وأوضح من ذلك منقول الأجماع، فإنه في قوة الخبر، بل هو خبر في الحقيقة، والنصوص الخاصة بعد ضمنية عدم القول بالفصل تثبت حجية الأقرار من حيث هو إقرار، فلا ينحصر الدليل النافع في مورد الشك على (3) عموم الخبر. وقد مر نظير هذا الكلام في المقامات السابقة أيضا. وبالجمله: لا ريب أن الأقرار ليس له معنى جديد في الشرع يتصرف من الشارع أو المتشعبة، بل هو باق على معناه اللغوي والعرفي، وهو من (القرار) (بمعنى الثبوت، و (الأقرار) بمعنى الأثبات. وكلمة (على) هنا ظاهرة في الضرر. و (العقلاء) جمع محلى باللام مفيد للعموم بإجماع أهل العربية. والمراد بالجواز: إن كان معنى الأباحة، فيكون معناه: أن إثبات كل عاقل شيئا

(1) راجع الوسائل 18: 377، الباب 16 من أبواب حد الزنا. (2) يعني قوله صلى الله عليه وآله: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. (3) في (م): في .

يضر على نفسه جائز ليس بمحرم، والظاهر أن المراد ليس ذلك، وإلا لم يكن لأقرار العاقل على نفسه خصوصية، فإنه يجوز على غيره أيضا، مع أن الظاهر من الخبر الاختصاص، مع أنه لا يلائم موارد الاستدلال بهذا الخبر، كما لا يخفى. وإن أريد الأباحة لجاز إقرار المجنون أيضا، لأنه مباح، إلا أن يقال: المراد الجواز الشرعي لا العقلي، وفعل المجنون وقوله لا خطاب فيه من الشرع، بل هو كأفعال البهائم. والظاهر: أن الجواز هنا بمعنى المضي والنفوذ، وهو المتبادر من سياق العبارة وإن كان لفظ (الجواز) لو خلي ونفسه لا يدل على ذلك بالخصوص، مضافا إلى بعد إرادة معنى الأباحة هنا، نظرا إلى أن الأقرار إنما هو كسائر الأقوال التي بين في الشرع ما يحرم فيه (1) وما يحل، والأقرار أيضا من ذلك، فما وافق الواقع صحيح مباح، وما خالفه فهو حرام، مع أن إباحته إنما هي على طبق الأصل فيبانها يصير تأكيدا، بخلاف إرادة الحكم الوضعي فإنه يصير تأسيسا، وهو أولى من التأكيد. مع أن إقرار العاقل على نفسه ليس بمباح على الإطلاق، بل هو محرم فيما خالف الواقع، أو كان إضرارا على نفسه بما لا يجوز، أو كان إظهارا لما يجب عليه إخفاؤه، فالحمل على الأباحة مستلزم للتخصيص الكثير، بل تخصيص الأكثر، بخلاف ما لو حمل على معنى (النفوذ) فإنه لا تخصيص فيه أصلا. هذا كله، مع فهم الأصحاب الذي هو أقوى قرينة في الباب. وموارد ذكر هذه الرواية في لسان المعصومين والصحابة شاهدة على إرادة الحكم الوضعي، فيكون حاصل المعنى: أن ما أثبتته كل عاقل على نفسه فأثبتوه عليه، فهو نافذ عليه ماض في حقه. ولا يحتاج صرف الجملة عن ظاهرها بتقريب: أن رب شيء مقر به ليس بثابت في الواقع فلا وجه للحكم على الكل، لأن الظاهر من الخبر كون الأقرار نافذا في حقه، ونفوده عبارة عن البناء عليه وفرض كونه في الواقع كذلك، وهو لا

(1) كذا، والأصح: منه .

يقتضي كون الواقع كذلك، فإن الحكم يلزم اتباع البيئة - مثلا - لا يستلزم كون مدلولها مطابقا للواقع أيضا. والمتبادر من (النفوذ) النفوذ من (1) جهة كونه على نفسه، وإن لم يذكر المتعلق، لكنه ينصرف إلى ما سبق، فيصير: إقرار العاقل على نفسه نافذ على نفسه، لا على غيره ولا لنفع نفسه. ولو جعل قوله: (على أنفسهم) متعلقا بالجائز دون الأقرار، فيكون المعنى: إقرار العاقل مطلقا ماض في ضرر نفسه، فإن كان محض ضرر على نفسه فلا بحث، وإن كان فيه نفع وضرر مضى في ضرره دون نفعه، وإن كان نفع فقط لم يمتض أصلا، وإن كان ضرر له ولغيره مضى على نفسه دون الغير، وعلى هذا القياس. وهذا أوضح في إفادة المعنى من تعلق الجار بالأقرار، لأن معناه حينئذ يصير: الأقرار المضر بالنفس نافذ، وإنصرافه إلى الحيثية يحتاج إلى تأمل، بخلاف إقرار العاقل يمتضي على ضرر نفسه، فتدبره. وعلى كل حال: فهو مفيد للمراد. وليس المراد به الخبر، لأنه بعيد عن منصب الشارع، مع لزوم الكذب له لو بقي على إخباره، لأن إقرار العاقل على ضرر نفسه قد لا يمتضي فيه، بل المراد: بيان إنشاء الحكم، وكون الأقرار نافذا بحسب الشرع، فيتخرج من الخبر: أن إقرار كل عاقل على نفسه نافذ في ضرره حجة في أخذه به شرعا. ويبقى الكلام هنا في مباحث: أحدها: أن الأقرار لا يدور مدار اللفظ الصريح، ولا دلالة المطابقة، بل كل كلام دل على المدعي وعد في العرف إقرارا فهو حجة، سواء كان بإبداء الكلام أو بالتصديق بعد السؤال، أو بالجواب بما يستلزم قبول ما ذكر، كقوله: (أعطيتك) 1)

(1) في (ف، م): في. (1) كذا في اصول النسخ، وفي العبارة مالا يخفى، ولذا غيرها مصحح (م) ب: رددتها عليك =

[634]

بعد قوله: (لي عليك عشرة) فإن العطاء فرع كونه كما قال، ولذلك عقد الأصحاب هنا بابا لتمييز الأقرار عن غيره. وليس اختلافهم في ألفاظ الأقرار اختلافا في الحكم، ولا مستندا إلى دليل خاص، بل الظاهر أنه نزاع في كون ذلك إقرارا وعدمه. وقد أطال في ذكر الأمثلة جماعة من أصحابنا - كالعلامة (1) (وغيره - والميزان: صدق كونه إقرارا وإثباتا بدلالة معتبرة من اللفظ، مقصودة في الظاهر. وكلما شك في صدق الأقرار عليه فالأصل عدم ترتب الحكم عليه، ولا يحتاج بعد ذلك إلى تتبع الجزئيات، إذ كفيات الفهم وقرائن الكلام مما لا تنضبط. ولكن ينبغي أن يعلم: أن الميزان هو فهم المراد عرفا، وإن كان يلزم عرفي، لا فهم المراد بغير ما يفهمه العرف، فإنه ليس بحجة وإن كان لازما عقلا. ومن ذلك يتضح الحكم فيما وقع بينهم من النزاع في أن المدعى عليه - مثلا - لو قال: (إن شهد علي فلان فهو صادق) فهل يكون إقرارا؟ - كما زعمه بعضهم - نظرا إلى أن هذا الكلام مستلزم لثبوت الحق في الواقع عقلا، وإقراره بهذا الكلام إثبات للحق، لأنه مستحيل الانفكاك، إذ كلما لم يكن الحق ثابتا في ذمته لم يكن فلان صادقا على تقدير الشهادة، وهذه المقدمة قطعية وجدانية، فيعكس النقيض: كلما كان صادقا على تقدير الشهادة فالحق ثابت في ذمة المقر، والمقدم ثابت بإقراره، فكذا التالي. أو لا يكون إقرارا؟ لأن العرف لا يعدون هذا إقرارا بالاشتغال، بل يستعملونه غالبا في مقام التعليق على الامتناع، ويريدون به: أنه لا يشهد على ذلك أصلا. ومن ملاحظة ذلك يظهر لك: أن المدار ما يسمى في العرف إقرارا، وما نحن فيه ليس منه، واللزم العقلي غير نافع. وثانيها: أن الأقرار يكون بالأشارة المفهومة عند العجز عن الكلام، للصدق

= بعد قول القائل... (1) راجع القواعد 1: 276، وأكثر منه تمثيلا الشيخ قدس سره في المبسوط 3: 2 - 48.

[635]

عليها عرفا فتدخل تحت العموم ولما مر من دليل قيام إشارة الأخرس مقام الكلام مطلقا، ولا فرق بينه وبين غيره. وفي كونه بالكتابة مع القدرة على الكلام لا إشكال في عدم ترتب الحكم عليه، لعدم صدق الأقرار عليه وإن علم كونه قاصدا أو

شاهد كاتبا. وأما مع العجز فالظاهر أيضا عدمه، للأصل وعدم صدق الأقرار. نعم، الإشارة كالقول. وثالثها: أن الشئ المقر به قد يكون مالا، وقد يكون حقا، وقد يكون نسبيا. والمال قد يكون عينا في يده، وقد يكون كليا في ذمته. وكل ذلك داخل تحت عموم النص، لما فيه من حذف المتعلق، فإن إقرار العاقل على نفسه جائز في أي شئ كان، ولا فرق بين الأقرار بمال معلوم معين، أو مجهول، لعموم الدليل، ولأن المقر قد لا يعلم التفصيل، ويقر بالمجمل حتى يحصل البراءة بصلح ونحوه، ويرجع في تفسيره إليه، ويفسره (1) بما يمكن انطباقه على إقراره ويمكن إرادته منه، لا بما يعلم عدم انطباقه عليه، ومن هنا انتشرت الفروع في ذلك واختلفوا في الأمثلة، والضايط ما ذكرناه. ورابعها: أن الضرر على العاقل قد يكون من إنكاره، لا من إقراره، كما لو قيل: (إن هذا مالك) فقال: (ليس هذا مالي) أو (تستحق هذا الحق علي) فقال: (لا أستحقه عليك) ونحو ذلك. وبعبارة أخرى: قد يكون بلفظ النفي، كما يكون بطريق الأثبات، فهل هذا أيضا داخل في عموم الأقرار؟ أو لا، بل الأقرار ما كان إثباتا لأمر هو ضرر أو سبب للضرر؟ وأما النفي فلا يدخل تحت الأقرار، بل هذا يسمى إنكارا. أو نقول: إن النفي إذا وقع في مقابل إثبات - كما في المثال المفروض - يعد إنكارا لما أثبتته الآخر، ولو وقع مؤكدا لنفي آخر يسمى إقرارا، كما لو قيل: (أنت لا تستحق في هذا المال شيئا) قال: (لا أستحق) أو (ليس هذا لك) قال: (نعم)

(1) في (ن، د): تفسيره .

[636]

ليس لي) ونظائر ذلك. والثمرة تظهر فيما لو رجع من النفي إلى الأثبات، كما لو قال: (هذا ليس مالي) ثم رد وقال: (مالي) فهل يدفع إليه، أو لا لأنه إنكار بعد إقرار فلا يسمع؟ والنفي أيضا قسمان: مرة يكون لازما لشئ مثبت، ومرة يكون لازما لنفي، ومرة يكون ابتداء، كما لو قال المالك: (إنني ما بعثك) وقال المشتري: (بعتني بمائة) والفرض أن العين تالفة، فبعد يمين المالك يستحق القيمة، ولو فرض أنها خمسون فالمالك ناف للخمسين الزائد بنفيه البيع. ولو أنكره المشتري وقال البائع: (بعتته بمائة) فحلف المشتري وضمن القيمة وكانت مائة وخمسين، فالبائع قد نفى الخمسين الزائد بإثباته البيع بمائة. ولو قيل: إنك تستحق علي مائة) فقال: (لا استحق عليك شيئا) يصير النفي ابتداء، فلو فرض أن المشتري أو البائع رجع عن نفيه للزائد وقيل دعوى الآخر، فهل يعتبر ذلك، أم لا، بل هو إنكار بعد الأقرار فلا يسمع؟ ظاهر الأصحاب في هذه المقامات عدم الفرق بين النفي والأثبات. والأقرار عبارة عن تقرير شئ يضر على نفسه، سواء كان إثباتا أو نفيًا، وليس معنى الأقرار: الأثبات المصطلح حتى لا يشمل صورة النفي. وما يقال: إن بعد نفيه للعين أو للحق عن نفسه إذا رجع بعد ذلك وأراد الأخذ يأخذ، لأنه لم يخرج بالنفي عن ملكه - كما نص عليه أساطين الأصحاب في مقامات عديدة (1) - فليس من جهة عدم العبرة بالنفي، بل من جهة أن صاحب اليد أو الذمة إذا أقر لزيد بشئ وأنكره زيد وقال: (ليس مالي) والفرض أن ذا اليد أيضا غير مدع للملكية، فيبقى مجهول المالك، فإذا ادعاه من أنكره أولا بلا معارض يدفع إليه، لجواز الذكر بعد النسيان أو نحو ذلك. وما يقال في دعاوي أبواب العقود في العوض ونحوه: إنه يثبت أقل الأمرين

(1) لم نظفر على مقام من تلك المقامات .

[637]

-مثلا - ونحو ذلك، لأن الزائد منفي بإقراره أو بإقرار الآخر أو بهما معا - كما هو الغالب - فهو على فرض بقائهما على ذلك الوضع. فلو فرض: أن من أنكر الزائد ابتداء أو من جهة إثبات شئ آخر لو رجع وقال: (إنني أقول مثل ما تقول، فأعطني ما ذكرته أولا) لاستحق ذلك من دون بحث وشبهة كما لو قال العامل: (جعلت لي اجرة

خمسین) وأنكر الجاعل الجعل وحلف رجع إلى اجرة المثل حيث كان العمل بالأذن. فلو كانت اجرة المثل مائة فقد نفاه العامل من نفسه بدعواه الخمسين، فلا يستحق سوى الخمسين. ولو فرض: أن العامل رجع عما كان يذكره أولا وقال: أستحق عليك اجرة المثل وكنت كاذبا في كلامي الأول) فهل يلزم الجاعل بدفع تمام الاجرة على مقتضى إقراره مع ارتفاع المعارض، أو أن هذا كما أقر على نفسه [فذلك أيضا أقر على نفسه] (1) بالنفي، فليس له المطالبة وإن كان ذلك في الواقع مشغول الذمة؟ ظاهر الأصحاب: أن المقر على نفسه بالنفي يلزم بالنفي، ولو رجع عن إقراره السابق ليس له مطالبة ما نفاه وإن كان المقابل أيضا أقر له بذلك. نعم، في صورة العين الخارجية نصوا على أنه يأخذها، والوجه ما ذكرناه. وأما ما في الذمة فليس كذلك، بل يقولون: لا يطالبه وإن وجب على المقابل الأيصال بينه وبين الله تبارك وتعالى. ولو قيل: بأن كل إقرار على نفي حق أو نفي ملك أو نفي استحقاق مال إذا رجع صاحبه عنه مع كون المقابل مقرا له بالحق يستحق ذلك - لأنه مطالبة من دون معارض - كان وجهها، من دون فرق بين العين والدين. أما لو رجع النافي إلى الأثبات فرجع المثبت إلى النفي - كما لو قال: لك علي كذا) فقال: (ليس لي عليك) ثم جاء وقال: (أعطني ما لي عليك الذي أقررت به فإني مقر به) فقال الآخر: (ليس لك علي شيء) - فهل يؤخذ المقر المثبت بإقراره

(1) ما بين المعقوفتين لم يرد في (م).

[638]

السابق والنفي لا عبرة به بعد الرجوع عنه، أو بالعكس، فيؤخذ النافي بنفيه ولا يسمع بعد ذلك دعواه، أو يتعارض النفي والأثبات السابقان ويتساقطان ويصير هذا دعوى جديدة يرجع فيه إلى البينة واليمين ولا وجه للأقرار في ذلك؟ ربما يقال: إن الأقرار إذا عارضه نفي المقر له فهو ساقط، لأن عدم المعارض من شرائط النفوذ، نظرا إلى أن الجمع بينهما غير ممكن، والترجيح من دون مرجح قبيح فيتساقطان، مضافا إلى أن اشتغال الذمة المسبب عن الأقرار في الظاهر لو اقتضى وجوب دفع المال وإقراره بالنفي أوجب الامتناع عن الأخذ وعدم جواز الأخذ، لزم من ذلك التكليف بما لا يطاق، فلا وجه لحكم الأصحاب بالثبوت وعدم جواز المطالبة، هكذا أفاده بعض المعاصرين (1). ولكن ذلك محل للنظر من وجوه: أما أولا: فلما أشرنا إليه من الشبهة في كون النفي داخلا في الأقرار أم لا، سيما إذا كان في مقابله إثبات، ولا دليل على حجية الإنكار بنفسه حتى يلتزم (2) به صاحبه. وأما ثانيا: فلأنه لو فرض كونه كذلك فلا معارضة هنا، لجواز التزام كل منهما بحكم إقراره، أما المقر بالاشتغال فبالالتزام الدفع، وأما المنكر فبعدم المطالبة. وليس معنى عدم المطالبة عدم الأخذ كما توهمه الفاضل المعاصر (3) (حتى يلزم التكليف بما لا يطاق، بل عدم التسلط على الأخذ إذا لم يعطه، فيصير محصله: أن المقر على نفسه بالثبوت يجب عليه الدفع، فإذا دفع جاز للنافي أخذه، لأنه: إما يدري أنه ماله وإما لا يدري به، وعلى كل حال فهو جائز، فإنه إذا دفع إلي أحد مالا وقال: (هذا شيء أنت تطلبه مني وحق لك علي) جاز لي أخذه وإن لم أكن عالما بذلك بلا شبهة، وإذا لم يدفع وعصى لم يجز للثاني (4) إلزامه بالدفع وهو

(1) المراد به - ظاهرا - هو المحقق النراقي قدس سره، انظر عوائد الأيام: 172، العائدة: 48. (2) في (د): يلزم. (3) هو المحقق النراقي قدس سره المتقدم ذكره آنفا. (4) كذا، والمطنون أنه مصحف: للنافي.

[639]

المطالبة، وبينه وبين الأخذ إذا أراد الآخر الدفع بون بعيد، فأى تكليف بما لا يطاق يلزم من ذلك حتى يتعطل الأمر ويمتنع الجمع؟ وثالثا: يمكن القول بعدم كون النفي معارضا للأثبات، غايته: أنه لا يدري أن له حقا عليه والمقر بثبته، وهو لا ينافي عدم علم المقر له، فيمكن الحكم بوجوب الدفع وجواز المطالبة أيضا إذا رجع المنكر

عن إنكاره وقال: (أطلب منك ما أقررت به) كما في الرجوع على العين التي أنكرها. وبالجملة: يحتاج تنقيح هذه المسألة إلى بسط مقال وشرح حال، يمنعنا عنه الاستعجال. وخامسها: أن الأقرار في ضرر الغير لا عبرة به لو انفرد واستقل من دون مدخلة ضرر نفسه، وأما لو تركب من ضرر نفسه وضرر غيره: فمرة: يكون الفرض قابلاً للانفكاك، كما لو أقر أحد الشريكين في دار أن نصف هذه الدار لزيد، فيصير الضرر على نفسه دون شريكه ويفكك الحكم، فالشريك يأخذ نصفه تماماً، ويبقى النصف الآخر بين المقر والمقر له أثلاثاً أو بالتصيف، على الوجهين في محلها. وكذلك لو أقر ببيع حصته وحصّة شريكه، فإنه يمضي في حصة نفسه. ومرة لا يكون أصل الشئ الذي أقر به في ذاته قابلاً للانفكاك وإن كانت الآثار واللوازم قابلة للتفكيك، كالأقرار بأنني بعت لزيد فإنه لا ينفك عن كون شئ مشترك (1) في الواقع، وكالأقرار بالزوجة وبالبنوة - ونحو ذلك من الأمور الارتباطية الغير القابلة للتفكيك - وظاهر الأصحاب في ذلك أيضاً إجراء أحكام الزوجة والنسب ونحو ذلك على المقر دون المنكر، فيفككون أيضاً بحسب الأحكام. والوجه فيه: أن ترتب هذه الأحكام لا يدور مدار وجود الموضوع في الواقع، بل المعتبر الثبوت ولو شرعاً، فإن ما ثبت بالبينه كما لو علم في الواقع، مع احتمال كذب الشهود، فمتى ما جعل الشارع الأقرار سبباً لترتب الحكم على المقر كان

(1) في (ن، د): كون الشئ مشتركاً .

[640]

الموضوع في حقه بمنزلة الثابت واقعا، فتلزمه أحكامه. وكون الموضوع في الواقع مما لا يقبل التفكيك - فإما ثبوت الحكم عليهما معا، أو عدم ثبوته عليهما معا - إنما ينفذ لو كان الحكم تابعا للواقع، ولو كان بالتعبد فهو قابل للتفكيك، وظاهر الدليل كون الأقرار نافذاً على المقر تعبدًا. وربما يذكر لذلك وجه آخر، وهو أن الموضوع الواقعي ترتب أحكامه على من علم به ولا ترتب على من جهل، فإن من علم بأن فلانة زوجته ترتب عليه أحكامه (1) فلا يجوز له نكاح أمها واختها ونكاح الخامسة - إلى غير ذلك - وإن لم تكن في الواقع زوجة له، لأن العمل بالمعتقد واجب، ومن لم يعلم بأنها زوجته لا يترتب عليه أحكامه (2) (وإن كان في الواقع زوجته، لأن الأحكام مشروطة بالعلم في التكاليف (3)). فصار الحاصل: أن المدار على الاعتقاد، وافق الواقع أو خالف، فإذا كان كذلك فمن أقر بأن فلانة زوجته فقد أخبر عن اعتقاده بذلك وأنه علم به فترتب عليه أحكام العلم، ومن أنكر فهو غير عالم فلا حكم عليه، وهذا ليس حكم الموضوع الواقعي ولا حكم الأقرار تعبدًا بالشرع، بل إنما هو حكم الاعتقاد اللازم الاتباع المعلوم بإقراره. وهذا الوجه منظور فيه وإن اعتمد عليه بعض المعاصرين (4) لأن الحكم الناشئ عن الاعتقاد لا يلزم به في الشرع، بل يحول على الاعتقاد، والمفروض: أن في باب الأقرار يلزم المقر بما أقر به، ولو كان ذلك لاعتقاده لبين له التكليف على ما يعتقده، وهو أبصر بنفسه، مضافاً إلى أن الاعتقاد إذا دار الحكم مداره فينبغي أن المقر إذا رجع يقبل إنكاره، لأنه يكشف عن انقلاب اعتقاده الموجب لتغير الحكم. ولا يمكن منع ذلك، لأن الاعتقاد شئ لا يعلم إلا من قبله، فينبغي سماع دعواه فيه كيف كان، وهو شئ قابل للتبدل والتجدد، على أن الأخبار لو كان عن اعتقاده

(1) في (م): أحكام الزوجة. (2) في (م): أحكامها. (3) في (ن، د): بالتكاليف (4). المحقق النراقي قدس سره في العوائد: 173، العائدة: 48 .

[641]

فقال: (إنني اعتقد أن فلانة زوجتي) لكان في إجراء حكم الأقرار على ذلك إشكال، لأن المتبادر من أدلة الأقرار: أن يخبر المقر عن الواقع حتى يثبت الحكم للموضوع تعبدًا - بمعنى كون الموضوع المقر به كالواقعي في نظر الشرع - لا أنه يخبر

عن اعتقاده فيلزم بما يعتقده، فلو قال: (هذا كذلك (1) باعتقادي (لا نسلم كونه إقراراً، ولو قال: (هذا كذا) كان إقراراً، وإن كان الإنسان غالباً لا يقول إلا ما يعتقده، ولا يلزم فيه المطابقة للواقع. وعلى فرض كون الأخبار عن الاعتقاد إقراراً فليس ترتب الحكم من جهة كونه معتقداً ذلك، بل من جهة كون الأقرار مثبتاً شرعاً، سواء كان معتقداً أو لا. وتظهر الثمرة فيما لو أقر بما ليس بمعتقد به وعلمنا أنه ليس بمعتقد، ولكن لا ندري أنه كاذب أو صادق، كما لو قال: (إنني مديون لزيد عشرة) ونعلم أنه ليس بمعتقد ذلك، ولكن لا ندري أنه في الواقع مديون أو غير مديون - إذ عدم اعتقاد القائل لا يستلزم الكذب بالمعنى المشهور - فيقبل إقراره ويلزم به وإن علمنا أنه غير معتقد، عملاً بعموم إقرار العقلاء. ودعوى: أن الأقرار إنما ينصرف إلى ما كان معتقداً للمقر أيضاً ممنوع بعد صدق اللفظ على ذلك، مع أن كون المقر معتقداً لا يعلم إلا بكون هذا الكلام دالاً عليه، إذ لا كاشف عن الاعتقاد غير الألفاظ، والفرض أن قوله: (إنني مديون (يدل على الواقع بحسب الوضع، وليس دالاً على الاعتقاد، بل هو محتمل العدم كونه معتقداً. ومما ذكرنا ظهر: أنه لا موقع لما يقال: إن في مثل هذا الأقرار لا يمكن الحكم بثبوت الحق، لا في حق نفسه ولا في حق الغير، لتوقف ثبوت الحق على نفسه على ثبوت الحق على غيره، وهو ممتنع الحصول، والموقوف على الممتنع ممتنع، نظراً إلى أن ثبوت الحق على نفسه في الواقع يتوقف على ثبوت الحق على غيره لمكان الارتباط، وأما الثبوت بمحض التعبد على إشكال فيه كما أوضحناه. نعم،

(1) في (ن، د): هذا لك .

[642]

هنا كلام، وهو: أن المتبادر من عموم (إقرار العقلاء على أنفسهم): كون الأقرار على ضرر نفسه، وأما لو كان على الضرر عليه وعلى غيره فهو غير داخل تحت العموم، إما لأنه ليس فرداً من أفراد الأقرار على النفس من جهة كونه حقيقة في صورة الانحصار، وإما لأنه ليس من أفرادها الظاهرة وإن كان اللفظ أعم، وعلى كل فشمول العموم لمثله غير معلوم حتى يحتاج إلى التفكيك والجواب والاعتراض. بل نقول: إن الإقرار متى ما كان كذلك فهو غير مسموع، لعدم شمول الدليل. قلت: أما أولاً: فعلى احتمال كون كلمة (جائز) في الخبر متعلقاً للجار يصير المعنى: أن إقرار العقلاء على الأطلاق سواء كان على ضرر نفسه، أو لنفعه، أو لضرر غيره أو لنفعه، أو للمركب من الأمرين بصورة، أو الثلاثة كذلك، أو الأربعة - على ما هو ظاهر الأطلاق - جائز على ضرر نفسه، دون الجهات الأخر، وهذا يشمل هذا الفرد كما يشمل سائرته، فإن الأقرار ليس مقيداً بكونه على النفس، بل نفوذه إنما هو في تلك الجهة لا في غيرها، فقولنا: (إقرار العقلاء يمتضي على ضرر أنفسهم) ليس في عمومته (1) لمثل هذا الفرض شبهة. وأما على احتمال كون الجار متعلقاً بالأقرار يكون المعنى: إقرار العقلاء القاضي بضرر أنفسهم (2) ماض، سواء كان الضرر مختصاً بالنفس أو يعمها وغيرها، وليس في ذلك انصراف إلى الأول. وقوله: (جائز) (مبني على الحيثية السابقة، أي: ماض من جهة الضرر على النفس، فرجع إلى المعنى الأول. مضافاً إلى أن هذه العبارة لو أريد منها الحصر - وهو كون الأقرار على الضرر فقط للنفس لا للغير - لم تشمل ما لو أقر بضرر الغير وضرر نفسه أيضاً من دون ارتباط، أو نفع الغير، أو نفع نفسه، أو المركب من الاثنين مع ضرر نفسه، ونحو ذلك، مع أن عموم دليل الأقرار لمثل ذلك مما لا بحث فيه ولا شك يعتريه. وإذا لم يرد منها الحصر، فلا وجه لخروج ما اشتمل على الضررين مع الارتباط بينهما في الواقع ودخول ما عداه من الصور، فتدبر .

(1) في (م): شموله. (2) في (ف، م): نفسه .

[643]

وسادسها: أن الأقرار بالشئ إقرار بلوازمه على ما يظهر من كلمة الأصحاب . وللوازم قسمان: لوازم المدلول في الوجود، ولوازمه في الحكم. أما لوازم الوجود - بمعنى ما لا يتحقق المقر به إلا بتحقيقه - فكما ذكر من قولك: (رددت عليك) في جواب من قال: (إنني أطلبك عشرة) فإن الأقرار بالرد إقرار بالأخذ واشتغال الذمة، إذ لا معنى لتحقيق الرد بدون تحقق الأخذ، فإن الأقرار بالرد إقرار بما لا ينفك عنه في الوجود، وربما يسمى ذلك بـ: (لوازم الدلالة) (باعتبار أن الأقرار بالرد يلزمه الدلالة على الأخذ وإن لم يكن الأخذ مستلزما للرد، لكن ما ذكرناه أوجه، إذ كل ما هو من لوازم المقر به في الوجود يكون داخلا تحت الأقرار وإن لم يكن هناك دلالة عرفية في باب لوازم الوجود وإن كان في بعضها دلالة عرفية أيضا، وأما لوازمه في الحكم - بمعنى الأحكام الشرعية التي تترتب على الموضوع المقر به - فهي أيضا تثبت بسبب كون الموضوع ثابتا بالأقرار كما يثبت بالبينة وبغيرها، ومتى ما ثبت الموضوع ثبت أحكامه بمقتضى الشرع. ولا يلزم في ترتب هذه الأحكام على ذلك كون المقر عالما بالحكم أو قاصدا لذلك، والوجه واضح، لأن ترتب الأحكام ليس بالأقرار، بل بخطاب الشرع تكليفيا أو وضعيا، وإنما الأقرار مثبت للموضوع. نعم، الذي يتوهم فيه الأشكال صورة ما إذا كان الموضوع المقر به مشتركا بين اثنين على سبيل الارتباط مع إقرار أحدهما به دون الآخر - كما في الزوجية والنسب ونحو ذلك - فإن ظاهر الأصحاب حينئذ ترتب الأحكام أيضا على المقر دون المنكر. وذلك مشكل، نظرا إلى أن ترتب الحكم إن كان من جهة إقرار المقر وكونه قاصدا لاشتغال ذمته بهذه الأشياء أو ترتب الضرر عليه فهو غير لازم، لأن قوله: (فلانة زوجتي) لا يستلزم العلم بوجود المهر والنفقة وغير ذلك من الأحكام، فضلا عن قصدتها والأقرار بها، ونحوه قوله: (فلان عيدي) وغير ذلك. وإن كان من جهة أن الأقرار مثبت للموضوع والأحكام تلحقه بحكم الشرع فهو

[644]

فرع ثبوت الموضوع، والغرض أن الزوجية والنسب لم يثبتا بالأقرار فكيف يترتب عليهما الأحكام؟ ولو قيل: بأن ثبوت الموضوع أمر إضافي يختلف باختلاف الأشخاص فلعلة ثابت في حق المقر فيترتب عليه أحكامه، وليس ثابتا في حق المنكر. قلنا: إن ذلك بديهي البطلان، لعدم تعقل ثبوت الموضوع لأحد الطرفين دون الآخر، فإن الأقرار إن كان للموضوع فيثبت في حقهما معا، كالبينة ونحوها. مضافا إلى أن اللوازم والأحكام إنما تعلقت بالموضوع الواقعي من الزوجية والنسب ونحو ذلك، وهو لا يكون إلا من جهتين، ولا يكون مقامه في الظاهر إلا الثبوت من الطرفين، ولا نسلم ثبوت هذه اللوازم إلا فيما ثبت من الجانبين، فكيف يثبت بإقرار أحدهما أحكام الموضوع بالنسبة إليه؟ وهذا الأشكال مما أورده الفاضل المعاصر النراقي في عوائد (1). والذي يوجب التخلص عنه: أن الأقرار لا يثبت الموضوع، ولا يلزم في الأقرار بموضوع العلم بأحكامه ولا قصدتها، ولكن لا معنى لقولنا: (إقرار العاقل على نفسه جائز) إلا ترتب الأحكام على ما أقرب، بمعنى كون ما أقر به مفروضا في الواقع بالنسبة إلى الشرع، فإن من أقر بالزنا لا يثبت به الزنا عليه بمعنى تحقق الموضوع، لكن يفرض في حقه واقعا فيتبع (2) حكمه، وكذلك في النسب، فإن النسب لا يثبت إلا بعدلين، ولكن الأقرار يوجب فرضه واقعا للحكم، ولو لم يكن كذلك لم يكن لقوله: (إقرار العاقل على نفسه جائز) (معنى، فما فهمناه من هذه العبارة بحسب الفهم العرفي كاف في إثبات الأحكام وإن لم يثبت به الموضوع ولا قصدتها المقر، فتدبر. وأما دفعه بأن ظاهر كلام (1) (المقر علمه بالموضوع فيثبت عليه أحكامه من

(1) انظر عوائد الأيام: 173، العائدة: 48. (2) في (ف، م) فيتبع. والظاهر أن الصواب: فيتبعه. (1) في (ن)، د: كلمة المقر .

[645]

باب لزوم العمل بالمعتقد - كما أشرنا إليه سابقا - فهو غير خال من النظر على ما أشرنا سابقا، فراجع. وسابعها: أن ظاهر الأصحاب: أن ذكر ما ينافي الأقرار بعد تحققه غير مسموع. ووجهه: إطلاق الرواية (1) فإنه دال على النفوذ مطلقا، سواء

عقبه بما ينفيه - من إنكار وتأويل - أو لم يعقبه، فيكون الضابط: أن كلما تحقق مفهوم الأقرار عرفاً فلا يسمع ما ينفيه وما لم يتحقق فيسمع، لأنه مخرج للأقرار عن الأقرارية، لا أنه منافي للأقرار. وما وقع الخلاف بينهم في مسائل الاستثناء وبدل البعض والفصل والوصل وفي مثل قوله: (له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه) - ونحو ذلك - كلها مبنية على معرفة أن الأقرار يتحقق بالجزء الأول من الكلام فيكون ما بعده منافياً له، أو لا يتحقق إلا بانقطاع الكلام - بمعنى: أن عدم تعقبه بما ينفيه متصلاً مأخوذاً في مفهوم الأقرار، فما لم يصدق الانقطاع عرفاً لم يتحقق مفهوم الأقرار - أو أن ذلك يتفاوت بحسب المقامات وبحسب القيود؟ وحيث إن المسألة عرفية فالعمدة معرفة كون هذا الكلام في العرف كلاماً واحداً، أو كلامين ينافي آخرهما أولهما؟ فلا فائدة في إطالة البحث في ذلك. تنبيه: الأقرار إنما يتمسك به في مقام وجود من يدعي المقر به، وبعبارة أخرى: لا يكون الأقرار معارضاً مع فعل المقر ما لم يكن هناك من يعارضه ويعتمد على إقراره (2). فلو أقر واحد بأن هذا المال الذي في يدي ملك لزيد، أو قال: (ليس مالي) ثم قال: (وهبتك إياه) أو رجع عن إقراره وقال: (هذا ملكي) ولم يكن زيد يدعي هذا المال فالمدار على تصرف المقر وفعله، ولا يعارضه إقراره، وليس على

(1) يعني قوله صلى الله عليه وآله: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز). (2) في ن، د: الأقرار .

[646]

المتهم أن يتوقع الأجازة من المقر له. وهذا في صورة إمكان تجدد الملك للمقر واضح، لاحتمال كونه وقت الأقرار ملكاً لزيد ثم صار وقت التصرف ملكاً للمقر، وهذا لا مانع منه. وأما في صورة عدم إمكان التجدد، إما بحسب الزمان كما لو قال: (هذا مال زيد) ثم من دون تخلل فصل بحيث لا يمكن تجدد سبب ملك في ذلك الوقت وهبه لشخص سمع هذا الأقرار منه، وإما بحسب أصل الاستعداد كما لو أقر أن هذه الدار التي في يدي وقف على الفقراء أو وقف بقول مطلق ولم يذكر الموقوف عليه، أو قال: وقف لأولادي - ونحو ذلك - ثم باع تلك الدار، أو أوصى بها، أو تصرف فيه غير ذلك (1) مما لا يجوز في الوقف، من دون وجود معارض يدعي ذلك ويتمسك بالأقرار، فهنا ربما استشكل فيه، من جهة أن الأقرار قضى بأنه ليس في ملكه، ولا يمكن تجدد ملك له بحسب الفرض، فلا يصح ما تصرف فيه. والوجه فيه أيضاً: الحكم بصحة التصرف تقديماً لما هو صريح في الملكية على ما هو ظاهر في خلافه، فإن الأقرار ربما يكون مبنياً على أغراض وهو أعلم بنيته وقصده، وفعله محمول على الصحة كيف كان. نعم، مع وجود المعارض يقدم الأقرار ويحكم ببطلان تصرفاته. وعموم (إقرار العقلاء) لا يفيد أزيد من ذلك، فتدبر .

(1) كذا في أصول النسخ، وصححت العبارة في (م) هكذا: أن يتصرف فيها إلى غير ذلك .

[647]

(العنوان الثاني والثمانون) (عموم حجية البينة في الموضوعات)

[648]

عنوان [28] قال الشهيد رحمه الله في القواعد: البينة حجة شرعية (1). والمحتملات في البينة (2) أمور: أحدها: أن تكون حجيتها مقصورة على ما ورد فيه النص الخاص، كمقام الدعاوي والحكومات، على تفاصيل ذكرها الأصحاب في كتاب الشهادات، وذكرها في كل باب من الفقه ما يكون مثبتاً له بمقتضى الأدلة الخاصة . والوجه في ذلك: أن الموضوعات التي تعلقت بها الأحكام إنما يراد بها الأمور الواقعية -

كما هو مقتضى مدلولات الألفاظ - والطريق إلى الواقع هو العلم لما دل على اتباعه والنهي عن اتباع غيره، فما علم كونه في الواقع كذلك فيتعلق به الحكم وضعيا كان أو تكليفيا، وما علم عدمه فلا، وما شك فيه فالمرجع الأصل، سواء وافق الحكم المجهول أو خالف. وقيام البينة مقام العلم بقول مطلق لا دليل عليه، والقياس باطل، فيقتصر على ما ورد فيه النص أو قام عليه الأجماع، وأما موارد الشك فلا. وثانيها: القول بحجيتها في مقام لم يعتبر فيه العلم بدليل خاص، وبعبارة أخرى الأحكام الثابتة للموضوعات المطلقة لا يفترق الحال في ثبوتها بين كونها

(1) القواعد والفوائد 1: 416، القاعدة: 153. (2) في (م): قلت: المحتملات فيها أمور .

[649]

معلومة، أو ثابتة بالبينة. وأما الموضوعات التي قيدت بالعلم فلا عبرة فيها بالبينة، كالطهارة والنجاسة، فإن الشارع حكم بالطهارة في الموضوع المشتبه حتى يعلم أنه نجس، وفي الحرمة والحلية حكم بالحل حتى يعرف أو يعلم أنه حرام، وفي الشئ الذي علم وجوده حكم بيقائه إلى أن يعلم خلافه ويحصل اليقين - ونحو ذلك - فإن في هذه المقامات لا عبرة بالبينة، لأنه ليس يعلم، والدليل قد قيد في المقام باعتبار العلم. والوجه في ذلك: أن البينة لو فرض لها دليل عام على حجيتها لعارضه ما دل على اعتبار العلم في ذلك بالعموم والخصوص من وجه، فإن دليل البينة قاض باعتبارها سواء كان هناك اعتبار العلم أم لا، ومتى ما وقع التعارض، فإما أن يكون الترجيح لدليل اعتبار العلم لنصوصيته وموافقته للأصل والعمومات من الكتاب والسنة، أو يتكافئان ويتساويان فلا تثبت حجية البينة أيضا. وأما في مقام لم يعتبر فيه العلم بدليل خاص، فليس هناك ما يعارض دليل البينة إلا عموم ما دل على النهي عما وراء العلم من كتاب أو سنة، ودليل البينة أخص منه مطلقا، لعموم النواهي للموضوعات والأحكام، واختصاص البينة بالاولى. مضافا إلى عدم وجود دليل عام للبينة بحيث يشمل صورة اعتبار العلم بالخصوص أيضا. والمتيقن من فتاوى الأصحاب ومن الاستقراء أيضا، إنما هو صورة عدم اشتراط العلم بالخصوص فيقتصر عليها. فلا بد حينئذ في كل مقام من تتبع الدليل الدال على حكم ذلك الموضوع، فإن كان بلفظ مطلق منصرف إلى الواقع فتكون البينة حجة فيه، وإن كان مشروطا بالعلم فلا تكون حجة فيه. ولعل عدم اعتبار بعض المتأخرين (1) البينة في باب

(1) لعل المراد به المحدث الكاشاني - وهو من متأخري المتأخرين - حيث استظهر من الروايات عدم اعتبار ظن الملافة مطلقا، انظر مفاتيح الشرائع 1: 78. نعم حكى ذلك عن القاضي وظاهر عبارة الكاتب والشيخ، راجع الجواهر 6: 172. وقد أفتى بذلك صريحا =

[650]

النجاسة إنما هو من هذا الباب. وثالثها: القول بحجية البينة مطلقا إلا فيما دل الدليل على اعتبار الزائد. والمراد بالبينة: شهادة العدلين، وهذا هو الذي يظهر من كلمة الأصحاب في سائر الأبواب، وعليه مشايخنا المعاصرون. والوجه في عموم حجيتها إلا فيما خرج يمكن أن يكون أمورا: أحدها: الأجماع المحصل من كلمة الأصحاب على هذا المعنى من دون نكير منهم في ذلك، ويتحصل هذا الأجماع من كلامهم من جهات: منها: أنهم في كل موضوع من الموضوعات - كالطهارة والنجاسة، والأوقات، والقبلة، وكافة العقود والأيقاعات، وأسباب التحريم في النكاح من رضاع ونحوه، وأسباب الفسخ من عيب وغيره، وأسباب الضمان من إتلاف أو غصب أو جناية، ونحو ذلك إلى ما شاء الله تعالى، كلها - يحكمون بحجية البينة من دون إنكار ولا تردد، إلا من شذ منهم في مثل مسألة النجاسة والوقت، كما لا يخفى على المتتبع في كلامهم. ومنها: أن في مقامات ذكرهم للثبوت بالبينة يعللون بأنها حجة شرعية وأنها قائمة مقام العلم، ويترددون غالبا في قبول خبر العدل الواحد، وهذا التعليل منهم دال

على بنائهم على حجيتها، إلا فيما دل الدليل على خلافه. ومنها: أنه لا ريب في عدم كون أكثر هذه المقامات التي يعتمدون فيها على البيئة منصوفا بالخصوص، ومع ذلك يحكمون به من دون اعتراض أحد منهم في ذلك. وبالجمل: فظهور هذا الأجماع من كلامهم واضح لمن تدبر. وثانيها: منقول الأجماع على حجيتها مطلقا في لسان بعض الأصحاب، بل الظاهر أنه بالغ حد الاستفاضة، وجماعة من مشايخنا المعاصرين صرحوا بالأجماع على ذلك، وهو الحجة، مع أن إرسال الأصحاب هذه المسألة إرسال

=المحقق النراقي - المعاصر للمؤلف - قائلا: وفاقا للقاضي بل المفيد واختاره بعض المتأخرين وغير واحد من مشايخنا المعاصرين، راجع المستند 1: 42 (ط - الحجرية).

[651]

المسلمات وتعليقهم بعموم أدلة حجية البيئة قاض بذلك. وثالثها: الاستقراء، وهو يقرب من الاستقراء التام، فإن أبواب الفقه قد قام النص أو الأجماع على حجية البيئة في كثير منها، وليس موارد الشك في ضمنها إلا طائفة قليلة تلحق بالغالب، ويعرف ذلك بالتتابع، وكثرة الموارد تغني عن الحاجة إلى الإشارة إلى الموارد. ورابعها: أن الموضوعات لا ريب في كون أكثرها خفية على أكثر الناس، بمعنى: أن كل صنف من الناس وإن كان لهم تسلط في معرفة صنف من الموضوعات، لكن الغالب لا بصيرة له في الغالب، فلو علق تعلق الأحكام على العلم لزم تعطيل الأحكام غالبا ولزم الهرج والمرج، فلا بد من كون شيء معتبرا في الشرع يوجب الوثوق به في الموضوعات، ولا قائل بما هو أزيد من البيئة من شهادة أربعة أو خمسة أو نحو ذلك. نعم، بقي البحث في حجية العدل الواحد، ويأتي البحث فيه. وخامسها: أنه لو دار ثبوت هذه الموضوعات مدار حصول العلم لكل أحد، لزم العسر والجرح الشديدان المنفيان بالنص والأجماع، فكذا المقدم، فتثبت حجية البيئة بعدم القول بالفصل، لأن كل من اعتبر ما سوى العلم فقد اعتبر البيئة. وسادسها: ما رواه بعض المعتمدين من علمائنا ومعاصرينا من الخبر في هذا الباب، وهو قوله عليه السلام: (إذا شهد عندكم المؤمنون فاقبلوا) (1) والظاهر على ما في بالي أنه معتبر بحسب السند أيضا، وعلى فرض عدم اعتباره أيضا تجبره الشهرة العظيمة والأجماع المنقول وما مر من الوجوه السابقة. والكلام في الدلالة، والظاهر من الشهادة: هو الأخبار عن العلم بأمر متعلق

(1) لم نظفر عليه في الكتب الروائية، ولم نقف أيضا على من رواها أو استدل بها من العلماء المعاصرين للمؤلف وغير معاصريه قدس سرهم. ولعل الأصل في ذلك ما رواه الكليني قدس سره من قول الصادق عليه السلام لابنه إسماعيل في حديث: (إذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم) فرواه بعضهم باللفظ المذكور، نقلا بالمعنى. راجع الكافي 5: 299، الباب 154 من كتاب المعيشة، ح 1.

[652]

بالغير على الظاهر وما كان متعلقا بنفس الإنسان يسمى إقرارا بل الظاهر أن الأقرار على النفس أيضا إخبار عن علم ويسمى شهادة، كما يدل عليه قوله تعالى: كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم (1) وهذه الآية تدل على حجية الأقرار، وقد تمسك به بعضهم (2) أيضا وذكره في آيات الأحكام في باب الأقرار. والحاصل: أن مقتضى اللغة والعرف - كما يأتي مفصلا - أن الشهادة هي الأخبار عما اطلع عليه الشاهد وعلمه، وحذف المتعلق في الخبر علامة العموم، فيصير المعنى: إذا أخبركم المؤمنون عما اطلعوا عليه فاقبلوا في أي باب كان، وهو المدعى. ولو قيل: إن ظاهر الخبر قبول شهادة المؤمن مطلقا وأين ذلك من البيئة؟ قلنا: إن العدالة تثبت شرطيتها بالأجماع. ولو قيل: إن (المؤمنون) (3) جمع محلي باللام وظاهره الاستغراق، فيصير المعنى: إذا شهد عندكم كل فرد من أفراد المؤمن فاقبلوا، وهذا يصير في حد الضرورة والتواتر فلا بحث فيه. وإن أريد فيه التوزيع - بمعنى كون كل من المؤمنين شاهدا لواحد من المخاطبين في مقام من المقامات - فيدل على حجية الواحد أيضا، ويكون من جملة الأدلة الدالة على حجية خبر العدل الواحد، ويأتي الكلام

فيه وهو خارج عن البحث. قلنا: لا ريب أن إرادة التوزيع خلاف ظاهر سياق الخبر، والتوزيع غالبا إنما يصار إليه في مقام تقابل الاستغراقين، كقوله تعالى: الرجال قوامون على النساء (4) ونحو ذلك، وأما مثل هذا الخبر فلا توزيع فيه، لأن ضمير جمع الخطاب وما في معناه ليس من أدوات الاستغراق، بل هو تابع للمستعمل فيه بالعموم والخصوص، ولا ريب في عدم حضور كل مكلف عند الخطاب، وأدلة

(1) النساء: 135. (2) الفاضل المقداد في كنز العرفان 2: 87، والمحقق الأردبيلي في زبدة البيان: 467. (3) في (ن، د): المؤمنين. (4) النساء: 34.

[653]

الاشتراك في التكليف لا تثبت عموم اللفظ، والتوزيع مبني على الاستفادة من ظاهر الآية. فلا يقال: إن ثبوت حجته للمخاطبين يوجب اشتراط (1) الكل، فينحل إلى عموم في المخاطب حكما، لأن الاشتراك في التكليف فرع تنقيح الحكم من الخبر حتى يتسرى إلى الغير، لا إدخال الغير أولا ثم فهم الخبر، ولا ريب أن هذا الخبر من دون عموم في ضمير الخطاب لا يدل على التوزيع، ولا وجه لحمله عليه، فبقي الكلام في إرادة الاستغراق. فنقول: لو كان المراد: أن كل مؤمن إذا شهد عندك فاقبل، فلا نسلم كون ذلك مفيدا لقبول شهادة المجموع، بل الظاهر أنه يدل على قبول شهادة كل فرد، لأن قوله: (إذا شهد عندك كل مؤمن) بمنزلة قوله (2): (كل مؤمن إذا شهد عندك) فتدبر. ولو سلم دلالته على اعتبار شهادة الجميع، فنقول: إن ذلك غير مراد قطعا، لعدم إمكان شهادة الكل في شئ عادة، فإما أن ينزل على الجنس المفرد، فيدل على حجة الواحد أيضا. وإما أن يراد به جنس الجمع، فيكون دالا على حجة الثلاثة وما زاد. وإما أن ينزل على الاستغراق العرفي، فيكون دالا على حجة الشيع المعتمد به والاستفاضة والمتواتر (3) (ونحو ذلك. فعلى تقدير إرادة الاستغراق العرفي يسقط عن الحجة لو استلزم ذلك ثبوت التواتر. ولكن يمكن أن يقال: إن الاستغراق العرفي غير ملازم لحصول التواتر، وهما مفهومان بينهما عموم من وجه، فيدل على حجة الاستغراق وإن لم يبلغ حد التواتر، ويثبت بذلك حجة البيئة، لأن كل من قال بحجة ما سوى العلم اعتبر البيئة. وبعبارة أخرى: متى ما لم يعتبر التواتر فلا قائل باعتبار ما زاد على البيئة، ولو أريد به جنس الجمع فالدلالة على المدعى بضميمة عدم القول بالفصل واضحة، ولو أريد به التوزيع أو جنس المفرد دل على حجة البيئة أيضا من دون

(1) في (د): اشتراك. (2) في (ف، م): قولك. (3) في (ن): والتواتر.

[654]

بحث، غايته: دلالة على حجة الواحد أيضا، وهو لا يضر في المدعى. وعلى أي حال فلا بحث في عموم الخبر بحسب المورد. فعلى تقدير دلالة على حجة البيئة يثبت به عموم الحجة. وقد اعتمد على هذا الخبر طائفة من المعاصرين (1). ولكن في الدلالة ما ترى من النظر. وسابعا: ما دل من الآيات الشريفة على حجة العدلين في مقامات خاصة. منها: قوله تعالى: يحكم به ذوا عدل منكم (2). وقوله تعالى: واستشهدوا شهادتين من رجالكم (3). وقوله تعالى: شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم (4). وقوله تعالى: وأشهدوا ذوي عدل منكم (5). فإن هذه الآيات وما بمعناها دلت على قبول شهادة العدلين في القرض والوصية، وضمان المتلف في الأحرام (6) ومن الواضح عدم الفرق بين هذه الموارد وغيرها. بل ربما يدعى الأولوية، فإن حقوق الناس إذا ثبتت بالعدلين فالموضوعات التي لا دخل لها في حق الغير بالأولوية، ومقدار الغرامة في الأحرام إذا ثبت بالعدلين فسائر الضمانات المالية المتعلقة بالمخلوقين بالأولوية. بل ربما يدعى أن ظاهر هذه الآيات أن شهادة العدلين في نفسها حجة لا خصوصية لهذه الموارد، بل قوله تعالى: واستشهدوا شهادتين من رجالكم من والبعد خلاف الظاهر. ولا ريب أن الأمر

بالاستشهاد يقتضي كونه مقبولا عند الأخبار، وإلا فلا ثمرة في الاستشهاد. وثانها: ما دل من الايات الشريفة على وجوب تحمل الشهادة وأدائها

(1) راجع ص: 651، الهامش (1). (2) المائدة: 95. (3) البقرة: 282. (4) المائدة: 106. (5) الطلاق: 2. (6) كذا، والأولى إن يقال: وحزاء الصيد المقتول في الأحرام.

[655]

واقامتها، والذم على من كتمها مثل قوله تعالى: وأقيموا الشهادة لله (1) وكونوا قوامين بالقسط شهداء لله (2). وقوله تعالى: ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا (3). وقوله تعالى: ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه (4). وقوله تعالى: إن الذين يكتُمون ما أنزلنا من البينات والهدى... الآية (5). وقوله تعالى: ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده من الله (6). ووجه الدلالة: أن الشهادة لغة وعرفا بمعنى الأخبار عما يطلع عليه الإنسان كما تشهد به الأمانة (7) ومتى ما وجب إقامتها وتحملها وحرَمَ كتمانها علم أن إظهارها نافع ومؤثر ومقبول. واحتمال لزوم الأظهار حتى يصير قطعيا متواترا في كمال البعد، فإن الشهادة في العرف واضحة المعنى، وليس ثمرتها عندهم حصول القطع، بل إتمام الحجة وحصول الوثوق. كما أن احتمال تنزيلها على موضع ثبت من الشرع فيه قبول الشهادة والبيئة خلاف الظاهر، بل الظاهر من هذه الايات عموم حجية الشهادة، وهي تصدق على العدلين قطعا، وعلى الواحد أيضا بمقتضى العرف واللغة، إلا أن الأجماع قام على اعتبار التعدد في الشهادة. وتوسعها: ما دل من كون البيئة على المدعي (8) ولا ريب في صدق البيئة على العدلين، لأن البيئة ما به يتبين الشئ ويستكشف، والعدلان مما يحصل به البيان عرفا، فلا وجه لما يقال: إن هذه الرواية دلت على كون ما به البيان على المدعي، وأما أن ما به البيان أي شئ، فهو موكول إلى الشرع. بل ربما يمكن أن يقال: إن البيئة حقيقة في شهادة العدلين في زماننا وما قبله، بل قبل الشرع أيضا كانوا يطلقون البيئة على الشهادة، فيكون المعنى: إقامة الشهادة على المدعي، ولا ثمرة

(1) الطلاق: 2. (3) النساء: 135. (3) البقرة: 282. (4) البقرة: 283. (5) البقرة: 159. (6) البقرة: 140. (7) الأمانة: لم ترد في (ف) ولعلها زائدة في سائر النسخ، والأصل في العبارة: كما شهد به. (8) راجع الوسائل 18: 170، الباب 3 من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوي.

[656]

لذلك إلا السماع والقبول قطعا و (1) كل موضوع من الموضوعات، فمن زعم تحققها فهو مدع له (2) فيدخل في الخبر. ولو فرض انصراف الدعوى إلى ما هو المتعارف بين الناس، فنقول: يمكن تعلق شئ بأي موضوع فرض حتى (3) يكون داخلا في الدعوى المتعارف، ولا يخفى ذلك على المتدبر. ولو لم يمكن فرض الدعوى في بعضها فيمكن تميمه بعدم القول بالفصل. لا يقال: إن ذلك كله لو تم لأفاد ثبوت ذلك بالعدلين في مقام الدعوى، وأما مطلقا فلا. لأننا نقول أولا: إن ثبوته بالعدلين في مقام الدعوى يقتضي ثبوته بهما في غيره بالأولية. وثانيا: إن كل من قال بثبوت الموضوع بالعدلين قال به في المقامين، ولم يفرق بين الدعوى وغيرها. وعاشرها: ما ورد من الروايات في وجوب تحمل الشهادة وأدائها، والذم على كتمانها - كما دل عليه الايات (4) - وأكثرها واردة في التفسير، مذكورة في كتب الفروع، من أرادها فليرجع إليها (5) ولوضوح مداليلها ما تعرضنا لذكرها. وبالجمل: الظاهر البناء على عموم حجية شهادة العدلين إلا فيما خرج، وإن كان شئ من هذه الأدلة لا يخلو عن نظر، ولكن بعد تراكم هذه الأدلة وتسليم الأصحاب لها في كل باب فلا بأس (6) في الحكم بذلك. وفي هذه الايات والأخبار التي أوردناها كلام من جهات تركناها، لعدم نفع يعتد بها فيه (7). وأما حجية العدل الواحد ففي ما دل عليه الدليل بالخصوص - كعزل الوكيل

(1) كذا، وفي هامش (م) بدل (و): في. (2) كذا، والعبارة لا تخلو عن إشكال. (3) (لم ترد (حتى) في (ن)، د). (4) تقدم ذكرها في ص: 655. (5) راجع الوسائل 22518، الباب 1 من أبواب الشهادات، وص 227، الباب 2 منها. (6) في (ن): فلا بحث، وفي (م): لا بأس. (7) كذا في اصول النسخ، وفي العبارة مسامحة واضحة.

[657]

بخبر الواحد (1) ونحو ذلك - فلا بحث، كما (2) دل الدليل فيه على اعتبار التعدد. وأما في موارد الشك فربما يتردد فيه الأصحاب، كما اتفق ذلك من الشهيد الثاني رحمه الله غا حجية خبر الواحد. وحيث إن (3) العمدية عندي في قبول خبر الواحد في الأحكام الشرعية هو الأجماع والأخبار المتواترة معنى الدالة على ذلك - مع أدلة آخر - وكلها لاتعم الموضوعات. نعم، لو تم دلالة آية النبأ على ذلك فيمكن التمسك بها في عموم حجية خبر الواحد كظواهر آيات الشهادة أيضا، إلا أن الأولى محل إشكال، وآيات الشهادة مفيدة بالضميمة بنص أو إجماع، سواء جعلته من باب التخصيص أو من باب التخصص، فتدبر.

(2) انظر الوسائل 13: 286، الباب 2 من أبواب الوكالة، ح 1. (2) أي: مثل ما (2). لم نظفر عليه. (3) الأولى حذف (حيث إن) لتستقيم العبارة، كما أسقطهما مصحح (م).

[659]

عناوين الشرائط العامة للمباشرين في عبادة أو عقد أو إيقاع، كالبلوغ والعقل والرشد والأسلام والأيمان والعدالة والحرية والاختيار والقصد). العنوان الثالث والثمانون (عدم شرطية البلوغ في الأحكام الوضعية غير الناشئة عن اللفظ)

[660]

عنوان [83] لا شبهة في عدم شرطية البلوغ في جل الأحكام، فإن المواريث والديات والضمان في الغصب والأتلاف والالتقاط ونحو ذلك يجري على الصبي كالبالغ. والوجه فيه: عموم الأدلة، وعدم وجود المخصص، فإن قوله: (من أحبب أرضا ميتة فهي له) أو (من حاز شيئا من المباحات فقد ملكه) أو (على اليد ما أخذت) أو (من أثلف شيئا من مال أو نفس ضمنه) ونحو ذلك كلها عامة للصبي كالبالغ، من دون فرق، فلذا نقول: إنه يملك بالاحتطاب والاصطياد، ويضمن بسبب إتلاف أو جناية. ودعوى: أن هذه الأدلة إنما تنصرف إلى البالغين - لأنها أيضا مسوقة كسوق سائر التكاليف الغير المتعلقة بغير البالغين - ممنوعة، فإن اللفظ لا ريب في عمومه لغة وعرفا، مضافا إلى فهم العلية من هذه الأدلة الموجبة لإلغاء جهة المباشر، القاضية بثبوت الحكم في أي مورد كان. ولو قيل: إن الحكم الوضعي مستلزم لحكم تكليفي غالبا أو مطلقا، والحكم التكليفي من وجوب دفع أو من تحريم أخذ أو نحو ذلك لا يتعلق بالصبي - كما سيحقق - ونفي اللازم قاض بنفي الملزوم. قلنا: استلزام الوضعي للتكليف إن كان في الجملة - أعم من الإطلاق والتقييد -

[661]

فهو مسلم، فإن ضمان المتلف يقضي بوجوب الدفع إلى المالك مع المطالبة لكن مع اجتماع شرائط التكليف، وهذا لا مانع منه في الطفل، فإنه ضامن بالفعل يجب عليه دفعه إذا اجتمع فيه شرائط التكليف. وإن كان خصوص الحكم المطلق المنجز،

فاستلزام الحكم الوضعي للتكليف بهذا المعنى ممنوع كما أشرنا إليه. مضافا إلى أن عدم وجود الضمان في الصبي إلى حال البلوغ يوجب عدمه بعده أيضا، لبراءة ذمته في آن البلوغ، ولا سبب بعد ذلك، وكون الأتلاف حال الصبي سببا للضمان حال البلوغ خلاف ظاهر الدليل. وتظهر الثمرة في صحة الأبراء وغير ذلك مما لا يخفى. ومن هذا الباب سائر الأسباب، فإن أسباب الوضوء والغسل موجب في الصبي أيضا لهما عند تعلق التكليف، والوطئ - مثلا - سبب للتحريم في المصاهرة ولو أحققها في الصبي كالبالغ، وعلى هذا النحو غيره .

[663]

(العنوان الرابع والثمانون) (صحة عبادات الصبي المميز وعدمها)

[664]

عنوان [84] اختلفوا في شرطية البلوغ لشرعية العبادات وصحتها، بعد اتفاقهم على شرطية التمييز وشرطية البلوغ في الوجوب والتحريم - بمعنى عدم العقاب على الصبي في فعله وتركه - على أقوال: أحدها: أن هذه العبادات من الأطفال تمرينية صرفة، بمعنى عدم ترتب أجر وثواب من الله تعالى على عمل الصبي وإن كان لوليه ثواب التمرين لذلك. وثانيها: أن عباداته شرعية كالبالغين، ومعنى الشرعية: كونها مندوبة للصبي مطلوبة من الشارع (1) بحيث يستحق عليها الأجر والثواب الاخروي، سواء كان فعل واجب أو مندوب، أو ترك محرم أو مكروه. وبعبارة أخرى: خطاب الندب والكراهة متعلق بأفعاله (2) والواجب في حكم المندوب والحرام في حكم المكروه بعد رفع العقاب عنه وإن كان أمر الولي له بذلك تمرين (3) له على العمل، لأن كون ثواب التمرين للولي غير مناف لكون الفعل مما فيه ثواب للطفل. وثالثها: أن عبادات الصبي شرعية تمرينية، لا أنها شرعية أصلية، والمراد بذلك: أن إتيان الصبي لهذه الأفعال وتركه لهذه التروك مطلوب للشارع لا لأنفسها،

(1) كذا، والظاهر: مطلوبة للشارع. (2) في غير (م): متعلقة بأفعالها. (3) كذا، والظاهر: تمرينا .

[665]

بل لحصول التعود والتمرن على العمل بعد البلوغ. فصلاة الصبي فيها جهتان : جهة كونها صلاة، وهذه الجهة ملغاة في الصبي، لا فرق بين كونها صلاة أو قياما أو نوما أو نحو ذلك في عدم رجحان أصلي فيها بالنسبة إليه وعدم وجود أجر في ذلك من جهة الصلاتية. وجهة كونها تعودا على شئ يكون مطلوبا بعد البلوغ وإن كان لا غيا الان في حد ذاته، وهذه الجهة مطلوبة للشارع يثاب عليها. وبعبارة أخرى: التمرن مستحب دون الصلاة والصوم، فتدبر. والثمرة بين القول الأول والأخيرين تظهر في حصول الأجر للصبي وعدمه، فعلى الأول: لا أجر له، بخلاف الأخيرين. وبين الأخيرين تظهر في تعيين الأجر، فإن القول بالشرعية يقتضي حصول ثواب الصلاة والصوم بالنسبة إليه كالبالغ من دون فرق، والقول الثالث يستلزم حصول ثواب التمرن، لا الصلاة والصوم، لعدم كونهما راجحين للصبي، بل الراجح هو التمرن والاعتباد. وتظهر أيضا في نية العبادات الواجبة، فعلى التمرين ينوي الوجوب. وفي جواز نيابة الصبي عن ميت أو حي باجرة أو بدونها، فعلى القول بالتمرين الصرف واضح الفساد، لعدم كونه قابلا للنيابة وعدم وجود الفائدة الموجبة للصحة. وعلى القول بالشرعية فهي جائزة كالبالغ من دون فرق، فيكون نائباً ويكون منوبا عنه أيضا. وعلى القول الثالث لا يجوز أيضا، لأنه رجحان تمرن لا يكون قابلا للنيابة، لعدم إمكان حصول المراد إلا بالمباشرة وهي غير مورد الوكالة والنيابة، ولعدم وجود ثواب في أصل الفعل قابل للرجوع إلى شخص آخر حتى ينوي عنه، بل الأجر على نفس التمرن، وكونه للغير فرع

كونه منويا عن الغير، وهو غير ممكن، لمنافاة مفهومه لذلك. والمحكي عن مشهور الأصحاب القول بالشرعية (1) وعن بعض علمائنا القول

(1) حكاة المحدث البحراني في الحقائق: 13: 53 .

[666]

بالتمرين (1) وجماعة من المتأخرين منهم الشهيد الثاني رحمه الله (2) وجملة من المعاصرين القول بالشرعية التمرينية (3) وربما يظهر من بعضهم تنزيل كلام الأصحاب أيضا على ذلك (4) لا الشرعية بالمعنى الثاني (5) فتدبر. وأما الأدلة: فللقائلين بالتمرين: أصالة عدم ترتب الثواب إلا بالدليل، وهو منتف، وعدم شمول ما دل على الأحكام التكليفية - من الأوامر والنواهي - على (6) الصبي، لانصرافها إلى البالغين العاقلين. وتقييد (7) بعض الأحكام قطعا بالبلوغ - كالأجبات والمحرمات - من حيث كونها (8) واجبا ومحرمًا (9) ولا فرق بينهما وبين غيرهما في جهة العملية (10) والمطلوبية وإن كان هناك فرق في العقاب وعدمه. وحديث (رفع القلم عن الصبي والمجنون) (11) المعتمد عليه عند العامة والخاصة، وظاهر معناه: أن القلم الجاري على البالغين العاقلين فهو مرفوع عن غيرهما، ولاريب أن القلم أعم من الواجب والمندوب والمحرم والمكروه، بل المباح أيضا، فيصير المعنى: أن الحكم الجاري على البالغ العاقل لا يجري على الصبي والمجنون بقول مطلق، فلا يتحقق طلب لأفعاله ولو ندبا حتى يكون شرعيا. ولو كان عمومات أدلة الأحكام شاملة للصبي أيضا لتخصت بحديث رفع

(2) منهم العلامة في المختلف 3: 386. (2) ظاهر عبارة المتن: أن الشهيد الثاني قائل بالشرعية التمرينية، مع أنه قدس سره قال: والأصح أنه تمريني لا شرعي، راجع المسالك 2: 15. (3) لم نثر عليه في ما وصل إلينا من كتب معاصريه ومن قارب عصره قدس سرهم. (5) لم نقف عليه. (5) أي ثاني الأقوال المذكورة في أول العنوان. (6) كذا، والمناسب: للصبي. (7) في (ن، د): تقييد. (9) كذا في (ن، د)، وفي (ف، م): (كونهما) والصواب: (كونه) باعتبار رجوع الضمير إلى (يغض) (9). (أنتهما مصحح (م). (01) في (ن، د): العلمية. (11) الوسائل 1: 32، الباب 4 من أبواب مقدمة العبادات، ح 11 .

[667]

القلم، إذ التعارض بين العمومات وبين الخبر بالعموم والخصوص المطلق غالبا. ولو فرض بالعموم من وجه، كقوله: (من قرأ سورة الفاتحة فله كذا) فإنه شامل للصبي وغيره، وحديث (رفع القلم عن الصبي) شامل للفاتحة وغيرها من الأعمال، فنقول أيضا بتقديم حديث رفع القلم، لوروده على تلك العمومات عرفا، ولكون أخصيته باعتبار الموضوع وأعميته باعتبار المحمول، وحديث الفاتحة - مثلا - بالعكس، والعمدة في الأخصية هو الموضوع، فلا وجه بعد ذلك لترتب الثواب عليه. وكون الأولياء مأمورين بالتمرين لا يقضي بكون هذه الأفعال مطلوبة من الصبيان، بل ليس ذلك إلا كتعليم (الشاذي) (1) ونحوه، فالثواب للولي على تمرينه، لأنه عمل مأمور به، ولا جزاء لعمل الصبي مطلقا. والكلمة الجامعة بين القولين الأخيرين النافية لهذا القول أمور: أحدها: أن ما دل من العمومات على ترتب الثواب على الأفعال شامل للصبي كالبالغ - كما لا يخفى على من تتبع الآثار والأخبار والآيات - وانصرافها إلى البالغين ممنوع، بل ليس المقام إلا كباب الأسباب والضمانات، فكما أن ما دل فيها من الأدلة عام للصبي والبالغ، فكذا المقام من دون فرق، إلا إذا دل دليل على التخصيص. وثانيها: أن المستقلات العقلية - كحسن الأحسان ورد الوديعة ونحو ذلك - لا ريب في كون من امتثل بها مستحقا للثواب في نظر العقل، من دون فرق بين البالغ والصبي، والعقل لا يقبل التخصيص، والجزاء لا ينفك عن العمل الحسن عقلا ونقلا، فكيف يعقل القول بعدم ترتب الثواب على ذلك مع تسليم هذه المقدمات؟ ودعوى: عدم حكم العقل بحسن رد الوديعة أو الأحسان في الصبي، مما ينكره الوجدان وينفيه العيان، ولا فرق

بين ما يستقل به العقل وغيره. وثالثها: أن بعد حكم الشرع بمطلوبية الأفعال الواجبة والمندوبة علمنا بوجود

(1) لم نقف على معناه .

[668]

مصلحة أو مفسدة في فعله أو تركه يوجب المطلوبية - علي ما تقرر عندنا من تبعية الأحكام للمصالح - ولازم ذلك كونه مطلوبا من الصبيان أيضا، إذ لا تتخلف المصلحة الكامنة. نعم، للمباشر والحالات مدخلية في المصلحة تتغير بتغيرها (1) ولكن الكاشف عن ذلك الدليل، وحيث إن الطلب والثواب تعلق بماهية قراءة القرآن - مثلا - ولم يدل دليل إلا على خروج الجنب والحائض مثلا (2) في وجهه، يعلم من ذلك أن الصبي والبلوغ لا مدخلية له في المصلحة. ورابعها: أن قضية اللطف عدم خلو هذا العمل الصادر عن الصبي من الثواب، فإن من أتى بعمل حسن قاصدا به وجه الرب الكريم فحرمانه عن الجزاء والثواب مناف للطف وما دل من الكتاب والسنة على أنه تعالى يقدم ذراعا على من أقدم عليه شيئا (3) فتدبر. وخامسها: الاعتبار العقلي، فإن من البعيد الفرق بين ما قبل البلوغ بساعة وما بعده، فإن المراهق المقارب للبلوغ جدا لا ريب في أنه يمكن من الأخلاص والعبودية لله تعالى كما بعد البلوغ، بل في الحالة الأولى ربما يكون أشد من الحالة الثانية، فيبعد كونه مأجورا على الثانية دون الأولى. وسادسها: ما ورد من الأخبار على أن (لكل كبد حراء أجر) (4) فإنه عام للصبي والبالغ، بل مشير (5) إلى أن العلة إنما هي حرارة الكبد، ولا ريب في احتراق كبد الصبيان في بعض الأوقات والأفراد شوقا إلى الله تبارك وتعالى أزيد من كثير من البالغين. وسابعها: لزوم ترجيح المرجوح، فإننا لو فرضنا أن المراهق أتى بعبادة مشتملة على الاخلاص والشرائط والأجزاء وأتى غيره بهذا العمل، أو أتى به ذلك

(1) كذا، والظاهر: بتغيرهما. (2) في (ن) مكان (مثلا): به. (3) ورد ذلك في الحديث القدسي بلفظ (من تقرب إلي شيئا تقربت إليه ذراعا...) البحار 87: 190 (4) عوالي اللآلي 2: 260، ح 15. (5) في (ن، د): يشير .

[669]

أيضا بعد بلوغه غير مستجمع لتلك الصفات الكمالية، فجعل الثواب للثاني دون الأول ترجيح للمرجوح على الراجح. إلا أن يقال: إن الصبي لو كان معتقدا لحصول الثواب فهو خارج عن محل البحث والنزاع، إذ البحث في الحكم الواقعي وفي أنه هل هناك ثواب أم لا؟ وبعد عدم ثبوت خطاب الشارع له فلا ثمرة في جمع الشرائط والأجزاء، فتأمل. وثامنها: أنه قد ورد الأمر على الأولياء أن يأمرُوا الأطفال بالعبادة، كقوله صلى الله عليه وآله: (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع) (1). ولا ريب أن الأمر بالأمر أمر بالثالث على العمل عرفا، كما إذا قال زيد لعمر: قل لبكر أن يفعل كذا، فإنه أمر لبكر بذلك، بحيث لو أطلع بكر على كلام زيد من دون أمر عمرو بل من خارج لزمه الامتناع، ولو خالف لاستحق العقاب، وليس معناه: أن بكرا مأمور من عمرو، لا من زيد، وذلك في العرف واضح. ومثله قوله تعالى: وقل لعبادي يقولوا التي هي أحسن (2) فإن ذلك أمر للعباد من الله تعالى - والمسألة محررة في الأصول - ويكون (3) الصبيان أيضا مأمورين من الشارع بالعمل، ولازمه الثواب، وهو معنى الشرعية. وأما قياس العقاب على الثواب فليس في محله، إذ سبب رفع العقاب إنما هو اللطف والرحمة مع عدم كمال العقل في الصبي، وهو سبب في وجود الثواب لا في ارتفاعه وعدمه. وأما حديث (رفع القلم) فنقول (4): إنه لا يدل على نفي الثواب والمطلوبية مطلقا، بل الظاهر منه: إما نفي العقاب كما هو غالب استعماله في العرف، فإن أهل العرف إذا قالوا: (فلان مرفوع القلم) لا يريدون به إلا عدم المؤاخظة عنه في أفعاله وتركه. وإما عدم وجود جزاء على عمله المستحسن فلا دليل في (رفع)

[670]

القلم) على ذلك، فلا يعارض الأدلة السابقة. وإما المراد منه: نفي القلم الجاري على المكلفين حتى في المستحبات، ولا منافاة بين عدم كون الاستحباب بالمعنى الموجود في المكلفين وبين كونه مستحبا مستحقا للثواب من جهة التمرن، كما يراه أهل القول الثالث. وبالجمل: فحديث (رفع القلم) لا يدل على التمرن الصرف إلا مع فرض دلالة على ارتفاع الحكم مطلقا، وليس كذلك، ويرشد إلى هذا المعنى: عدم ارتفاع الأحكام الوضعية من حيث نفسها عن الصبيان كما ذكرناه. مع أن حديث (رفع القلم) عام، وليس إلا لانصرافه إلى المؤاخذه لا أصل الحكم، ورفع المؤاخذه رفع للوجوب والتحریم، دون سائر الأحكام. إذا عرفت هذا فبقي تحقيق الحق بين القولين الأخيرين، فنقول: قد ظهر مما ذكرنا: أن ترتب الثواب عقلا لا مانع منه، ولو كان هناك مانع لم يكن فرق بين استحباب التمرن واستحباب الصلاة، ومتى ما انفتح باب كون الشيء مطلوبا من الصبي بحيث يؤثر عليه جاز كون كل عمل كذلك، وذلك واضح. بل قد عرفت أن مقتضى قبح ترجيح المرجوح وقاعدة اللطف وكون الأجر لكل كبد حراء وجود الثواب أيضا، فضلا عن عدم المانع عقلا، ولكن أصحاب القول الثالث يدعون: أن الثواب في الجملة اللازم من اللطف ونحوه من الأدلة نقول به، وهو ثواب الاعتياد، وأما ثواب أصل العمل - كما في البالغ - فهو فرع الدليل، وليس إلا شمول العمومات وقاعدة الأمر بالأمر، والعمومات لو فرضنا عدم انصرافها إلى البالغين، والأمر بالأمر لو سلمنا عدم كونه منصرفا إلى التمرن الذي لا يدل إلا على مطلوبة التمرن دون أصل الأفعال، نقول: إن حديث (رفع القلم) قاض بارتفاع كل ما هو جار على البالغ من الصبي، ومنه مطلوبة أصل الأفعال. نعم، على الصبي يجري ما لا يجري على البالغ وهو رجحان التمرن، فإن ما في البالغ مطلوبة أصل الفعل وهو غير متحقق في الصبي، وما في الصبي رجحان تمرن ليس في البالغ، فحديث (رفع القلم) مخصص للعمومات وموجب لارتفاع قاعدة

[671]

الأمر بالأمر هنا، بمعنى إرادة التمرن لا الأمر، فيصير الحاصل: أن هناك ثواب تمرن، لا ثواب أصل العمل. وحيث رجعت المسألة إلى دلالة حديث (رفع القلم) فالأنصاف: أنه إما الظاهر منه رفع المؤاخذه فلا يدل على ارتفاع الأحكام مطلقا، وإما أنه منصرف إليه بحيث يشك في إرادة ارتفاع سائر الأحكام، فيبقى عموم ما دل على الأجر والجزاء سليما عن المعارض وما ذكرناه من الوجوه الآخر مؤيدا له. وهنا احتمال رابع لم أجد من قال به، وهو: أن أعمال الصبي شرعية فيها ثواب أصل العمل، ولكنه عائد إلى الولي دون الطفل. ويمكن الاستناد في ذلك إلى أمرين: الأول: أن الطفل من جهة عدم كمال عقله إنما يكون المحرك والداعي له إلى العمل تمرن الولي، وحيث إن المباشر ضعيف فيكون السبب هو العمدة ويكون العلة الأقوى الولي، ويكون الطفل كالالة، نظير ما ذكره في الجنایات، ونذكره في المعاملات من جواز كون الطفل كالالة وإن كان عاقلا قاصدا مختارا لكنه لضعفه كالالة، وإذا كان كذلك فالفعل يسند إلى الولي، فله جزاؤه: إن خيرا فخير وإن شرا فشر. والثاني: ما ورد في الخبر - في باب الحج - في حج الولي بالطفل المميز، فإنه قال: (إن الولي إذا فعل ذلك وتمم الاعمال كان له أجر حجة) 1 (والظاهر منه: أن الولي كأنه فعل حجا وهذا الفعل في الحقيقة فعله، فيكون للولي في كل مقام يأتي به الصبي بعمل ثواب ذلك العمل. ولكن قضية العقل وظواهر الكتاب والسنة كون جزاء كل عمل لمن باشره وفعله، فإن كان لمباشرة الطفل ثواب فيستحيل كونه لشخص آخر - إلا في النيابة ونحوها في وجه - وإن لم يكن ثواب رجحان التمرن، وذلك الثواب الحاصل للولي ليس ثواب فعل الصبي، بل إنما هو ثواب كونه داعيا إلى هذا العمل وممرا

[672]

عليه، وقد يكون ثوابه معادلا لثواب الصلاة والحج مثلا، كما يرشد إليه قوله عليه السلام: (الدال على الخير كفاعله) (1). هذا ما سنح بالبال في هذا المجال على الاستعجال. وكيف كان: فالقول بالشرعية بالمعنى الثاني عندي أقوى، والروايات الخاصة في الصوم والصلاة لا تنافيها، وأكثرها بلفظ الأمر. وهنا وجه خامس، وهو: كونه تمرينا في الواجبات شرعيا في المندوبات. أما في الثاني فلما مر من العموم، وأما الأول فلأن انتفاء الوجوب يوجب انتفاء الرجحان الذي في ضمنه، ولا دليل على الاستحباب، والكللي لا وجود له، فتأمل. ولا أعرف به قائلا .

(1) الفقيه 2: 55، باب فضل المعروف، ح 1682 .

[673]

(العنوان الخامس والثمانون) (البلوغ شرط في صحة العقود والأيقاعات)

[674]

عنوان [85] عبارة الصبي ملغاة في العقود والأيقاعات كافة، وبعبارة أخرى: البلوغ شرط مطلقا، سواء كان العقد والأيقاع لنفسه أو لغيره، ولا فرق (1) بين كونه محجورا عليه في المتعلق وعدمه، وبين كونه في مقام الاختبار والامتحان وعدمه، وبين كونه مأذونا من الولي وعدمه، وبين البالغ عشرا في الذكر وعدمه، على ما نراه من عدم كونه بلوغا، وعلى القول بكون البلوغ هو العشر فيصير النزاع في الموضوع دون الحكم من حيث هو، والوجه في ذلك أمور: أحدها: الأجماع المحصل من الأصحاب الظاهر بالتتابع في كلامهم، حيث إنهم يشترطون ذلك في جميع العقود والأيقاعات، وهو الحجة. ومخالفة من يذكر بعد ذلك من الأصحاب غير قاذحة في الأجماع. وجريان السيرة على معاملة الصبي لا ينافي الأجماع على بطلان عقده، للفرق بينه وبين المعاطاة، مع ما نذكر فيه من الوجوه الأخر. وثانيها: منقول الأجماع حد الاستفاضة - كما حكى عن ابن حمزة (2) والعلامة (3) (4) مع تأيده بشهرة محققة ومحكية، وبما يذكر بعد ذلك من الأدلة .

(1) في (ف، م): فلا فرق. (2) كذا في النسخ، والظاهر أنه مصحف (ابن زهرة) راجع الغنية (الجوامع الفقهية): 523. (4) التذكرة 2: 73. (4) في غير (م) زيادة: غيرهم .

[675]

وربما يناقش فيه بأن الفاضل مع نقله الأجماع قال: (والوجه عندي البطلان) (1) ولو كان هذا إجماعا لم يكن لقوله: (والوجه) وجه، ويمكن دفعه بأن كلامه يمكن كونه في قبال رواية ضعيفة أو في قبال فتوى العامة ونحو ذلك، فلا يدل على التردد. وثالثها: أن الأصل في العقود أولا هو الفساد، وكذا الأيقاع، وما ثبت من الأدلة صحته إنما هو في غير عقد الصبي، فإن العمومات لا تشملها، وسيأتي توضيحه. ورابعها: أن الصبي محجور عليه في التصرفات مسلوبة الأهلية، والعقد أيضا من جملة ذلك، وإن كان يرد عليه: أن محض العقد ليس بتصرف. وينتقض بالسفيه، فإنه محجور عليه مع أن عبارته ليست مسلوبة، فيصح بالتوكيل والاستئذان. وخامسها: أن صحة العقد

تستلزم ترتب الآثار والأحكام، واللوازم من الأمور الواجبة والمحرمة، وهذه الأحكام لا تثبت للصبي لرفع القلم عنه، ونفي اللوازم نفي للملزمات، وبشكل باحتمال القول بالصحة بإذن الولي أو إجازته مع كون المكلف بترتيب الأحكام هو الولي ولا محذور. وسادسها: الأخبار المستفيضة الدالة على عدم صحة معاملات الصبي وعقوده، المنجبر ضعف أسانيدها بما مر من الفتوى والعمل. منها: أن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحدود التامة، وأخذ لها بها. والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة، أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت قبل ذلك (2). (ومنها: الخبر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: وما أشده؟ قال: احتلامه (3)).

(1) التذكرة 2: 80. (2) الوسائل 13: 142، الباب 2 من أبواب أحكام الحجر، ح 1 (3). المصدر: ح 5.

[676]

ومنها: الخبر الآخر: إذا بلغ الغلام أشده جاز له كل شيء، إلا أن يكون ضعيفا أو سفيها (1). ووجه الاستدلال: أن جواز الأمر عبارة عن النفوذ والصحة، والشراء والبيع حقيقة في العقد والتمليك، وقد علق في هذه الأخبار على البلوغ، ومفاهيمها تدل على عدم الجواز والنفوذ قبل البلوغ، وهو المدعى. وقد يقال: إن المتبادر منها: كون الحجر والمنع من التصرف في ماله، وأما كونه عبارة مسلوية (2) ولو بالوكالة والأذن، فلا. ولكن الظاهر من الخبر كون الصغر مانعا عن صحة المعاملات، ولا مدخلية لماله أو غيره في ذلك، مضافا إلى عدم القول بالفرق بين ماله ومال غيره. ولو قيل: إن المتبادر من النصوص جواز الأمر على الاستقلال فلا يدل على عدم الصحة مع إذن الولي. قلنا: إن كان المراد من جواز أمره في البيع والشراء: نفاذه وصحته - كما ذكرناه - فنقول: هو أعم من إذن الولي وعدمه، وليس فيه انصراف إطلاق، خصوصا مع كون الغالب في معاملات الأطفال رضا الأولياء. وإن كان المراد من جواز الأمر: جواز أمر الولي له في البيع، فوجه الدلالة واضح، لأن مفهومه أن الولي لا يجوز له أن يرخصه في المعاملة ما لم يبلغ، وليس إلا لعدم أهليته، فتدبر. وأما اختصاصها باليتيم، فلا إشكال فيه، لعموم الخبر الأخير، وعدم القول بالفرق بين اليتيم وغيره، وظهور كون العلة الصغر لا اليتيم، ولا المجموع المركب، فتأمل. وليس في الباب خلاف إلا من الشيخ رحمه الله - ونسب إلى بعض أيضا - أن من بلغ عشرة يجوز بيعه ونحو ذلك من تصرفاته مع كونه عاقلا (3).

(1) لم نعثر عليه باللفظ المذكور، انظر ذيل الحديث السابق، ومستدرك الوسائل 87: 1، الباب 4 من أبواب مقدمة العبادات، ح 8. (2) كذا في أصول النسخ، وصححها مصحح (م) هكذا: (كون عبارته مسلوية). (3) قال السيد المجاهد قدس سره - في عداد الأقوال -: الثاني أنه يصح بيع البالغ عشر سنين =

[677]

فإن كان مستنده في ذلك المرسلة الدالة على جواز تصرف الصبي إذا بلغ عشرة كما روى (1) فهو ضعيف السند مخالف للشهرة، بل الأجماع كما ذكرناه، مخالف للأصول، ومع ذلك فلا دلالة فيه، لأن جواز التصرف غير جواز كل تصرف، خصوصا البيع. ولعلنا نقول ببعض التصرفات للنص، غايته: إطلاق لا ينصرف إلى مثل العقود والأيقاعات (2). مع إمكان حملها على الانثى فإنها في العشر بالغة، أو على مقارنة بلوغه العشر لبلوغه الحقيقي باحتلام ونحوه. ولو سلم كل ذلك، فنقول: الخبر يكون من جملة الأخبار الدالة على أن البلوغ يصير بالعشر ولا نقول به، وهو نزاع آخر. وإن كان المستند ما رواه الصدوق والكليني في الصحيح إلى صفوان، عن موسى بن بكر - وهو واقفي غير موثق - عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز في ماله ما أعتق، أو تصدق، أو أوصى على أحد في معروف فهو جائز) (3). وصحيحة جميل بن دراج، عن أحدهما عليهما السلام قال:

(يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم) (4). وما في صحيحة عبد الرحمان بن أبي عبد الله، وصحيحة أبي أيوب في الغلام ابن عشر

=رشيدا، وكذا شراؤه، وهو للمحكي عن الشيخ، المناهل: 286. وقال صاحب الجواهر في المسألة - بعد نسبة عدم الصحة إلى الأشهر بل المشهور - ما لفظه: بل لا أحد فيه خلافا عدا ما يحكي عن الشيخ، ولم نتحققه، بل صرح في المحكي عن المبسوط والخلاف بعدم صحة بيع الصبي وشراؤه، أذن له الولي أو لم يأذن، نعم قال في أولهما: (وروي أنه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جائز التصرف) وظهره عدم العمل بها، فصح حينئذ للفقهاء نفي الخلاف في المسألة على الإطلاق، الجواهر (1): 260: 22 يعني كما رواه الشيخ، راجع المبسوط 2: 163. (2) في (ف)، م (زيادة: كلها). (3) الكافي 7: 28، الفقيه 4: 197، الوسائل 13: 429، الباب 44 من أبواب أحكام الوصايا، ح 4، والفقرة الأخيرة من الرواية في الجميع هكذا: أوصى على حد معروف وحق فهو جائز. (4) التهذيب 9: 182، باب وصية الصبي والمجور عليه، ح 8.

[678]

سنين يوصي؟ قال: (إذا أصاب موضع الوصية جازت) (1). مع ما في رواية زرارة وموثقة محمد بن مسلم من التأييد لهما (2). ومرسلة ابن أبي عمير الدالة على جواز طلاق من بلغ عشر سنين (3). والرواية الضعيفة الدالة على جواز عتقه (4). (فنقول: إن كل ذلك من أدلة القول بحصول البلوغ في العشرة، ولا نقول به. ولو سلم فهذه الأخبار بعضها ضعيفة، مع عدم شهرة جابرة، والصحيح منها [مهجور (5)] معارض بما هو أقوى منه، مضافا إلى ما مر من الأدلة هنا. ومع ذلك كله فالقياس باطل، فلعلنا نقتصر على جواز الوصية والصدقة والطلاق، ولا نتسرى إلى الغير. وبالجمل: هذه الأخبار مع وجود المعارض القوي وعدم شهرة العمل بمضمونها لا يعتمد عليها. نعم، ذهب بعض المتأخرين - وأظن أنه المولى المقدس الأردبيلي - إلى جواز معاملات الصبي المميز مطلقا، وله على ذلك ضروب من الأدلة (6): الأول: ما دل على صحة العقود من العمومات أجناسا وأنواعا، فإن العقد والبيع والأجارة - ونحو ذلك - يصدق على عقد الصبي فيصح، وليس هنا ما يخرج عن العموم. والثاني: أن جوازه في الوصية والتدبير والصدقات - كما هو مقتضى الأخبار السابقة - مع كونها مجانية يقضي بجوازه في المعاوضات بطريق أولى.

(1) الوسائل 13: 429، الباب 44 من أبواب أحكام الوصايا، ح 3، 5، 6. (2) لم نتحقق ما أراده منهما. (4) الوسائل 15: 324، الباب 32 من أبواب مقدمات الطلاق وشراؤه، ح 2. (4) لم نعثر إلا على ما رواه أنفا عن الصدوق والكليني من رواية موسى بن بكر. (5) لم يرد في (ن، د). (6) راجع مجمع الفائدة والبرهان 8: 153152 - ، ولا يخفى أن بعض الأدلة المذكورة لا يوجد في صريح كلام المحقق الأردبيلي قدس سره، ومعلوم: أن المؤلف قدس سره لم يراجع كلامه، بدليل قوله: (وأظن أنه المولى المقدس الأردبيلي) فما ذكره من ضروب الأدلة بعضها حدسي وبعضها تبرعي.

[679]

والثالث: قوله تعالى: وابتلوا البنات حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم (1) فإنه أمر بامتحان الأيتام قبل البلوغ بالمعاملات، ولا يكون إلا بصحة معاملاتهم، ومنشؤه الاحتراز عن تأخير الدفع مع وجود الاستحقاق، فيكون الدفع عند البلوغ مع كون الابتداء قبله. والرابع: أنا نعلم: أن الجبر على الصبي في التصرفات إنما هو من جهة أنه يتلفه ولا يصلحه، ومتى ما علم أنه لا يتلف - كما نراه في كثير من الصبيان في زماننا، فإنهم أشد مداقة ومماكسة من البالغين - فلا ضرر فيه، ويرشد إلى هذه العلة الأمر بالدفع مع الرشيد، وليس معناه إلا ملكة الإصلاح للمال. والخامس: جريان السيرة على معاملة الصبيان في كل مصر وزمان ولو كان هذا باطلا لمنع منه في كل عصر. والجواب: بأن العمومات المسوقة مساق التكاليف ك (أوفوا بالعقود) (2) ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (3) ونحو ذلك لا تشمل الصبيان، لعدم صلاحيتهم للتكليف وخروجهم عن ذلك بما دل على شرعية البلوغ في التكليف. وهنا بحثان: أحدهما: أن هذه العمومات تدل على حكم تكليفي - كوجوب الوفاء ونحوه - وعلى حكم وضعي نعبر عنه بالصحة، وما دل من المخصص على خروج الصغار إنما دل على عدم الحكم التكليفي، وأما الحكم

الوضعي فهو باق على عمومته، فلا يلزم من ذلك عدم الصحة. وجوابه: أن الحكم الوضعي هنا تابع للحكم التكليفي، إذ لم نفهم الصحة إلا بوجوب الوفاء، ومتى خرج الصبي عن هذا الحكم فلا دليل على صحة معاملاته،

(1) النساء: 6. (2) المائدة: 1. (3) النساء: 29.

[680]

وهذا نظير ما نقول: إن المنطوق إذا خرج عن الحجية بمعارض ونحوه فلا عبرة بالمفهوم، فتدبر. وثانيهما: أنه نفرض صدور العقد من بالغ وصبي فنتمسك بالعموم من طرف البالغ ونثبت بذلك الصحة من جانب الصبي بعدم إمكان التكفيك، ثم نثبت صحة العقد الواقع بين الصغيرين أيضا بالأجماع المركب. أو نفرض صدور عقود مترتبة على عقد الصغير من البالغين الكاملين بعد وقوع العقد من الصغير فنتمسك في العقود المترتبة اللاحقة بعموم (أوفوا بالعقود) ونثبت بذلك عقد الصغير، لعدم إمكان الصحة اللاحقة بدونه. والجواب: بمنع شمولها للبالغ العاقد للصبي (1) أولا، وبأن الواجب الوفاء بالعقد وأما الوفاء بنفس الأيجاب أو بنفس القبول فلم يدل على ذلك دليل إلا في ضمن الوفاء بالعقد، فلو كان العقد واجب الوفاء فيكون الأيجاب أيضا كذلك وكذا القبول، وهنا لم يثبت لزوم الوفاء بالمجموع المركب، إذ لا معنى لوفاء أحد الطرفين بمجموع الأيجابين. ولو سلم ذلك، فنقول: الظاهر أن المتبادر من العموم هو الارتباط، بمعنى: أن الوفاء من جانب يتوقف على الوفاء من آخر، وليس تعديدا محضا - وقد مر تحقيق هذا المطلب في بحث أصالة الصحة، وفي بحث كون الأقالة على القاعدة - فمتى كان المدلول الارتباط وعلمنا عدم لزوم الوفاء على الصبي قطعا فلا يمكن القول بلزوم الوفاء على البالغ، فنقول: لا يجب الوفاء على الصبي بالأجماع على عدم تكليفه، فكذا البالغ، لعدم إمكان الفرق، ومن ذلك يظهر جواب باقي الأيراد، وهنا كلام يظهر بعد التأمل لا نطيل بذكره. وأما العمومات الوضعية: فإنها مسوقة لبيان حكم آخر، ولا عموم فيها حتى يشمل المقام، والظاهر انصرافها إلى الأفراد المتعارفة التي نشك في كون المقام منها، مضافا إلى أن العموم لو سلم فيخصص بما ذكرناه من النصوص والأجماع.

(1) كذا، والصواب: مع الصبي، كما في هامش (م).

[681]

مع أن تصحيح العقد يوجب التصرف في مال اليتيم لو أقبضه حال العقد وهو غير سائغ، أو لزوم الضرر الكثير غالبا لو التزم بالصبر إلى البلوغ - فتأمل - مع أن ظاهرا من قال بالتجوز عدم لزوم الصبر. وعن الأولوية: بأن المقيس عليه ممنوع أولا، والقياس باطل ثانيا، والأولوية المدعاة فاسدة جدا ثالثا، لوجود الفارق في البين من استتباع البيع أحكاما ليس للصبي محلها، بخلاف ذلك مع كون هذه الأمور المجانية معلومة الأتلاف قد أقدم فيه المالك على الأتلاف، وأما سائر المعاوضات فهي غير مبنية على البذل، بل مبنية على المغالبة والصبي ليس أهلا لها، فيؤول الأمر إلى خلو المال عن العوض دينا ودنيا، فتأمل. وعن الآية: بأنها أخص من المدعى لاختصاصها باليتامي. ولا يمكن التعميم بعدم القول بالفرق، لوجود القائل بالفرق - على ما حكى - ولأن المنطوق المنقح غير محقق. وبأنها ظاهرة في الابتلاء بعد البلوغ، أو محمولة على الاختبار بصور المعاملات مع كون حقيقتها من الولي، أو محمولة على الامتنان بغير أموالهم وإن أتلفوها، أو بالحيازة ونحوها، أو بالأباحة، أو بالسؤال والفحص والبحث، أو بما جاز لهم من الوصية ونحوها. أو تحمل على اختيار نفس البلوغ، بل هو الظاهر من خبر أبي الجارود الوارد في تفسير الآية: (فإذا انس منه الرشيد دفع إليه المال واشهد عليه، فإن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فليمتحن بريح إبطه أو نبت عانته، فإذا كان ذلك فقد بلغ، فيدفع إليه ماله) (1). ولو سلم كل ذلك فلا

يعارض ما ذكرناه من الأدلة. وعن العلة: يمنع ثبوت عليتها، إذ ليست منصوبة ولا قطعية، والمستنبطة ليست حجة عندنا. وعلى فرض كون العلة عدم الأتلاف، فمنع حصول الاطمئنان بعدم كونه متلفا ما لم يبلغ .

(1) تفسير القمي 1: 131، وفي نسبة الخبر إلى أبي الجارود تأمل، فراجع .

[682]

وعن الخامس: بأن ما قام عليه السيرة إما المحقرات مطلقا، أو المحقرات المتقاربة القيم الغير المحتملة للغرر، أو ما يعد الصبي فيه كالالة مع العلم أو الظن برضاء الولي ولو فقيها أو مطلق المتكفل، ونحن نسلم الصحة مع اجتماع هذه القيود ولكن لا يكون ذلك من باب العقود، بل يمكن كونه إباحة بعوض مع دلالة شاهد الحال، أو معاوضة مستقلة أو معاطاة، أو كون البالغ متوليا للمعاملة من الطرفين وكون الصغير كالالة ونحو ذلك، وهذا لا يدل على صحة معاملات الصبي وإيقاعاته. وهنا أبحاث تركناها اقتصارا على ما هو الأهم للمقصود (1).

(1) كذا في ظاهر (ف)، وفي (ن، د): المقصود، وقد أسقطها مصحح (م).

[683]

(العنوان السادس والثمانون) (ما يشترط فيه العقل وما لا يشترط)

[684]

عنوان [68] الجنون كالصغر (1) والعقل كالبلوغ ليس شرطا في الوضعيات، لما مر من عموم أدلتها من دون مخصص. ولو قيل بعدم تملك المجنون بالحيازة فإنما هو لو قيل باشتراط قصد التملك، وعلى القول بعدمه فيملك، وعدم تحقق القصد لا يوجب اختلاف حكم المجنون مع غيره، إذ هو على فرض الموضوع. وهو شرط في تحقق الأثم والعقاب بالنص والأجماع، وشرط في الصحة أيضا في العبادات وإن لم يكن البلوغ شرطا على ما ذكرناه، لعدم حصول القصد من المجنون حال جنونه، وقصد التقرب معتبر فيها. وأما المعاملات: فهي مشروطة بالعقل، لا يصح عقد المجنون حالته مطبقا كان أو ذا أدوار، ولا إيقاعه، للوجوه الماضية في اشتراط البلوغ، مضافا إلى عدم وجود مخالف هنا، مع ما مر من قاعدة تبعية العقد للقصد القاضية ببطلان ما لم يقصد، والمجنون لا قصد له، فتدبر .

(1) كذا، وفي العبارة ما لا يخفى .

[685]

(العنوان السابع والثمانون) (الرشد شرط في التصرفات المالية)

عنوان [78] ليس الرشد شرطاً في الوضعيات على نحو البلوغ والعقل، والوجه ما مر. ولا شرطاً في (1) التكاليف، بل السفه أيضاً داخل في عموم الخطابات من دون مخصص، لأنه بالغ عاقل ولا خلاف فيه. ولا شرطاً في صحة العبادات ولا المعاملات من حيث هو كذلك، لعموم الأدلة وفقد المعارض. نعم، هو شرط في التصرفات المالية، وهو ما يقال: إن السفه محجور عليه في المالية. وبعبارة أخرى: عبارته ليست ملغاة حتى لا يصح توكيله في العقد أيضاً، بل إنما هو محجور عليه في التصرف في الأمر المالي، لا مطلقاً. أما عدم اشتراطه في اعتبار اللفظ، فلأن عمومات العقود والأيقاعات أنواعاً وأجناساً شاملة لمعاملات السفه وألفاظه الصادرة عنه من حيث هو عقد، فلا مانع من صحته، لعدم المعارض، وسيجئ تفصيل في ذلك. أما كونه شرطاً في التصرف، فله ضروب من الأدلة: أحدها: الأجماع المحصل من كلام الأصحاب على كون السفه محجوراً عليه، كما ذكره في كتاب الحجر، ونصوا على اشتراط الرشد في التصرفات المالية في أبواب العقود، كبيع وقرض ورهن وإجارة ومزارة ومساقاة ومهر

(1) في (ن): شرط. وهكذا فيما سيأتي .

نكاح وعوض خلع، وغير ذلك من دون نكير في ذلك. وثانيها: منقول الأجماع حد الاستفاضة، بل التواتر المعتضد بالشهرة العظيمة. وثالثها: أن التصرف في المال إنما هو مستند إلى عموم (الناس مسلطون على أموالهم) (1) ونحو ذلك، ويمكن منع شمول ذلك للسفه، فإن المتبادر من (الناس) أشخاص مصلحون لأموالهم، فلا يشمل السفه. ورابعها: أنا نعلم أن عجز الصبي الغير البالغ والمجنون إنما هو لعدم كمال العقل الموجب لأصلاح المال، وهو موجود في السفه أيضاً، فإنه ناقص العقل، فينبغي أن يحجر عليه كما يحجر على الصبي والمجنون. وخامسها: أن من المعلوم من الشرع كونه لحفظ النفس والمال والنسب، ولا ريب أن تسليط السفه على ماله تضييع للمال، وهو خلاف ما جعل له الشرع، فينبغي الحجر عليه حفظاً له. وسادسها: طواهر الآيات الشريفة، كقوله تعالى: فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم (2) فإنه دل على عدم دفع المال مع عدم معلومية الرشد. واختصاصه باليتامى غير قاذح بعد عدم القول بالفصل ووروده مورد الغالب من كون مال اليتيم في يد غيره فيدفع إليه بعد رشده، بخلاف غير اليتيم. وحمل الرشد فيه على البلوغ خلاف ظاهر اللفظ وخلاف مقتضى سياق الآية، فإن البلوغ هو بلوغ النكاح، وهو مذكور في الآية قبل ذلك. وكقوله تعالى: ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً (3) وهذه الآية محتملة لمعنيين: أحدهما: أن يراد بـ (أموالكم) أموال السفهاء لا أموال الأولياء، وهو الذي نسب إلى أكثر المفسرين، نظراً إلى أنه لو لم يكن كذلك لزم وجوب إنفاق السفهاء

(1) عوالي اللآلي 1: 222، ح 99. (2) النساء: 6. (3) النساء: 5 .

على الأولياء (1) لأن ضمير (وارزقوهم) راجع إلى السفهاء ولا يقول به أحد، أو لا بد من التقدير بقولنا: (وارزقوهم إن كانوا ممن يجب نفقتهم) ولا يخفى ما فيه من التكلف. مضافاً إلى أن المراد من قول المعروف: أن يقال لهم: (إنكم إذا رشدتم وأصلحتكم مالكم ونحو ذلك أدفع إليكم مالكم) ونظيره مما يرغب في الرشد والأصلاح، وهذا يدل على كون الخطاب على الولي الذي بيده مال السفهاء، وأن المنع عن الدفع إنما هو في هذا المال. وإضافة الأموال إلى الأولياء حينئذ يكون لتصرفهم فيها

كالملاك وكونهم قوامين عليها، وهو كاف في الأضافة. قيل: ويكون إشارة إلى لزوم حفظه كحفظ مال أنفسهم. أو يراد من (أموالكم) جنس الأموال التي بها قيام الكل كما في قوله تعالى: ولا تقتلوا أنفسكم (2) إذ المراد به عدم قتل بعضهم بعضا، ويلتزم هذا المعنى كون الآية في سياق الكلام في خصوص أحكام الأيتام، والرشد، ومن بيده المال. وهذا المعنى صريح في كون السفية ممنوعا من التصرف في ماله إلى أن يرشد. وثانيهما: ما اشير إليه: من كون المراد أموال الأولياء فنهوا عن إعطاء ذلك للسفهاء، بل امروا بالانفاق والقول المعروف. وهذا أيضا يدل على عدم كون السفية أهلا لتسليطه على المال، وهو كاف في المدعى. أو يقال: إن حجره عن مال الغير المبدول له مجانا بحيث لا ضرر عليه في تلفه وإتلافه يدل على حجره في مال نفسه بالأولوية، فتدبر. وكقوله تعالى: فإن كان الذي عليه الحق سفيا أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل (3) فإنه أيضا دال على أن السفية مولى عليه، ولو لم يكن محجورا في التصرف فلا مانع من نفسه حتى يمل (4) وليه ويملي، فتدبر. وسابعها: ظواهر الروايات الدالة على كون السفية محجورا في التصرف

(1) كذا، والظاهر: إنفاق الأولياء على السفهاء. (2) النساء: 29. (3) البقرة (4) 282. في (ن، د): يمل.

[689]

المالي، منها: ما مر في أخبار البلوغ: (إذا بلغ الغلام أشده جاز له كل شيء، إلا أن يكون سفيا أو ضعيفا) (1) فإن هذا الخبر دال على عدم نفوذ تصرف السفية وهو معنى الحجر، والمراد بالجواز هنا: النفوذ والصحة دون الأباحة والرخصة، إذ هو غير مختص بالبلوغ. ومنها: موثقة عبد الله بن سنان قال: إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة [كتبت له الحسنات، و [(2) كتبت عليه السيئات، و [(3) إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة [أن يكون سفيا أو ضعيفا، فقال: وما السفية؟ فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه. قال: وما الضعيف؟ قال: الأبله (4). وغير ذلك من الروايات الدالة على الحجر على السفية. نعم، بقي البحث في تميز الشئ المالي عن غيره حتى يعلم موضع الحجر. فنقول: فيما كان ماليا صرفا - كالبيع والأجرة - فلا بحث. ومثله الصلح على المال، أو على الحق المالي، كالشفعة والخيار والهبة والعارية والوديعة والمزارعة والمساقاة والشركة والقراض والسكنى والوقف والضمان والحالة والقرض، والكفالة أيضا وإن لم يكن ماليا ابتداء، لكنه من جهة كونه مستلزما لأداء المال لو لم يتمكن من احضار المكفول أو لم يفعل فهو داخل في المالية بهذا الاعتبار، ويمكن هنا التفكيك والقول بصحة كفالته وعدم توجه ضمان المال عليه. وثمرته: إلزامه باحضار المكفول، كما في بعض الكفالات التي لا يعود إلى المال، ككفالة القاتل عمدا في القصاص. ومن ذلك ظهر: أن فيما كان هناك جهتان - مالية وغيرها - يبطل تصرفه في الأولى دون الثانية، كما في إقراره بالنسب الموجب للنفقة، فإن النفقة لا تثبت بذلك، لعدم قبول إقراره على المال، وأما في النسب فهو مقبول. وفيما ليس ماليا - كالطلاق والظهار واللعان والأيلاء والأقرار بما يوجب

(1) الوسائل 13: 431، الباب 44 من أبواب أحكام الوصايا، ح 11، مع اختلاف واقتصار. (3) من المصدر... (3) ليس في المصدر. (4) الوسائل 13: 430، الباب 44 من أبواب أحكام الوصايا، ح 8.

[690]

القصاص والعفو عما ليس بمال، كالقصاص - يمضي تصرفه. وكون حق القصاص مما يصلح عليه بمال لا يجعله ماليا حتى يمنع منه، بخلاف ما لو كان ماليا أولا كالخيار والشفعة فليس له عفوهما، كما ليس له ذلك في حق التحجير. وفي حق الاختصاص في المشتركات - كالمسجد والسوق والرباط - يجوز عفو، إذ ليس مالا. وفي وصيته وتدبيره خلاف معروف، ولا ريب في كونهما تصرفا ماليا داخلا في عموم الدليل على الظاهر. ومنشؤه: إما دليل خاص ولم نقف عليه - وصاحب الكفاية ذكر في وصية السفية أقوالا ثلاثة (1) ولم يذكر نسا فيه فيما عندي من النسخة - وإما أن

أدلة الحجر العامة هل هي عامة لمثل الوصية والتدبير - اللذين هما في الحقيقة من جملة التصرفات أو لا؟ لأنه موجب للتصرف بعد الموت. وإلا فهو باق في الحياة على حاله، فلا مانع من نفوذ تصرفه فيه. مضافا إلى أن الحجر إنما هو لتضييع المال ولا تضييع هنا. والحق: أن تصرفه هنا أيضا تصرف في الحياة ممنوع عنه إلا ما أذن فيه الولي - على القول بأن إذنه رافع للحجر - لعموم دليل الحجر، وكما أن إتلاف المال على نفسه موجب لحجره فكذلك إتلافه على وارثه أو في غير الوجوه اللائقة مطلقا. وكون ذلك بعد الوفاة غير نافع، إذ الغرض من الحجر صون المال عن التلف فيما لا يليق به، وهذا الوجه موجود في الوصية، إذ لو جوزناها مطلقا فقد يصرفه السفية في الوصية في موضع غير لائق، فتدبر. وكان من فصل بين وجوه البر والمعروف وغيره لاحظ هذه المعنى. وأما الاكتساب البدني - من احتطاب أو احتشاش أو كونه أجيرا للغير أو بطريق جعالة ونحوه - فلا حجر فيه، بل يملك المال ويحجر عليه بعد ذلك. ومما ذكرنا ظهر لك استنباط حكم السفية في كل باب ما لم يدل دليل خاص على خلافه .

(1) كفاية الأحكام: 145 .

[691]

وبقي هنا بحث: وهو: أن حجر السفية هل يزول بإذن الولي أو إجازته؟ بمعنى: أن الولي رضي (1) بتصرفاته قبل وقوعها أو بعدها، فهل تقع صحيحة كما في حجر العبد - على ما يجئ - فإن بعد إذن المولى لا مانع عنه، أو ليس كذلك، بل هو كحجر الصبي والمجنون الذي لا ينفع فيه إذن الولي؟ وقد أشار إلى هذين الاحتمالين الشهيد رحمه الله في القواعد وفرع عليهما البطلان والصحة مع إذن الولي (2). ومنشأ ذلك ملاحظة أدلة الحجر، فإن كان أدلة الحجر فيها عموم أو إطلاق بحيث تصير القاعدة الحجر مطلقا بحسب ظاهر الدليل، فتصير المسألة من باب الشك في أن الحجر هل يرتفع بإذن الولي أم لا؟ ولا ريب أن قضية الأصل بقاء الحجر وعدم ارتفاعه حيث لا دليل عليه. وإن كان أدلة الحجر مجملة من هذه الجهة فتصير القاعدة عدم الحجر، لعموم تسلط الناس على أموالهم. غاية ما دل عليه أدلة الحجر إنما هو في صورة عدم إذن الولي، وأما مع إذنه فلم يثبت الحجر، لأن الحجر يرتفع بالأذن، فيصير الأذن وعدمه من مشخصات موضوع الحجر. لا يقال: إنه على فرض عدم العموم في دليل الحجر أيضا نقول بالحجر، لأننا نفرض سفيتها غير مأذون فيكون محجورا، ثم نفرض طريان الأذن عليه فيصير شكا في زوال الحجر السابق وإن لم نعلم ثبوت حجر على هذا الفرض، ولا يمكن منع الاستصحاب هنا بتغير الموضوع، إذ لا شبهة في عدم كون الأذن مغيرا لموضوع السفية. كما أنه لا يمكن القول بأن الدليل قد قضى بعدم الحجر، لأن أدلة حجر السفية ولو اختصت بصورة عدم الأذن، لكنه انصراف إطلاق لو كان، لا أنه تقييد بشرط أو وصف أو غاية حتى يدل بعد الأذن على التسلط فينافي الاستصحاب، فتصير الحالة اللاحقة موجبة للشك في البقاء ويستصحب. وإذا ثبت

(1) كذا، والظاهر: إن رضي الولي. (2) لم نعتز عليه .

[692]

في الفرض، فيثبت في السفية المقارن سفهه للأذن بحيث لم يسبق له حالة خالية عن الأذن حتى يحجر عليه قطعاً بعدم القول بالفصل. لأننا نقول: إن بعد القول بعدم العموم في أدلة الحجر يصير بعد حصول الأذن التعارض بين الاستصحاب وبين عموم ما دل على تسلط الناس على أموالهم، وغير ذلك مما دل على صحة المعاملات والتصرفات. ولا ريب أن الاستصحاب لا يعارض الدليل وإن كان خاصا على ما يراه أكثر الأصحاب، وقد مر نظيره في مقامات، ومن هذا الباب فورية الخيارات القهرية. مضافا إلى أن هذا الكلام قابل للقلب، فنقول: في السفية المأذون من أول الأمر نشك

في شمول أدلة السفه لمثل ذلك، وعموم أدلة التسلط قاض بعدم الحجر بلا معارض، وإذا ثبت فيه ففي المأذون بعد حصول الحجر بعدم القول بالفرق. وبالجمله: فالمدار على ملاحظة عموم دليل السفه، ولا ريب أن ظواهر الايات والأخبار الدالة على حجر السفه مطلقه في المنع، بل ظاهرة في عدم جواز إذنه في المعاملة والتصرف، وهي العمدة في أدلة الحجر، فلا ريب أن الحكم بحجره ولو بعد الأذن أقوى. ولكن ينبغي: أن يعلم: أن غرضنا من الحجر بعد الأذن أيضا معناه: أن الولي إذا أذن له في التصرفات فأخذ المال بيده وبنى على التصرف كيف شاء فهو غير ماض، أما لو كان التصرف من الولي وهو كان مأذونا في إجراء العقد فلا مانع عنه. كما أنه لو تصرف مع إذن أو بدونه في أصل المال لم يقع العقد باطلا من أصله فيصير كالفضولي، لأن عبارته غير مسلوقة على ما أوضحناه، فيكون صحيحا بالأجازه وباطلا بعدمها، فتدبر .

[693]

(العنوان الثامن والثمانون) (ما يشترط فيه الحرية وما لا يشترط)

[694]

عنوان [88] ليس الحرية شرطا في العبادات البدنية - كالطهارة والصلاة والصوم والاعتكاف - وخروج الجهاد وصلاة الجمعة إنما هو بالدليل. ووجه عدم الشرطية: أن عموم ما دل على تكليف الناس والمؤمنين شامل للعبد كالحجر، والعبودية غير مانعة عن ذلك، ولم يدل دليل على التخصيص، وظاهر عبدا مملوكا لا يقدر على شئ (1) لا يشمل العبادات البدنية، كما يأتي توضيحه. وليس شرطا في الضمان والغرامة أيضا، بمعنى: أن كل ما هو سبب في الحر للضمان من يد أو تسبب أو إتلاف أو جناية - أو نحو ذلك - سبب في العبد أيضا وإن كان في كيفية الضمان كلام: في أنه يصير على المولى أو علي ذمته يتبع به بعد العتق، أو يتعلق بكسبه أو برقبته. وبالجمله: الكلام الآن في أن السبب أيضا فيه سبب للضمان، وليس كفعل البهائم مطلقا. والوجه في عدم الشرطية: أن ما دل على ضمان اليد والأتلاف والجناية في باب الغصب وباب الديات وباب إتلاف الأعيان والمنافع كلها يشمل العبد كما يعم الحر، من دون فرق، ولا دليل يدل على التقييد. وما يتخيل أن العبد لا يد له فكيف يدخل تحت دليل الضمان؟ فاسد، لأن اليد

(1) النحل: 75 .

[695]

الموجبة للضمان هو الاستيلاء العرفي دون الشرعي، وهو يحصل في العبد من دون شبهة، مضافا إلى أن عدم كون يد له معناه: كون يده يد مولاة، فهناك يد لا محالة، وأما يد العبد أو يد المولى ففيه البحث. وبالجمله: فلا بحث في كون العبد كالحر في ذلك. وأما العبادات المالية - كالزكاة والخمس والحج والصدقات - فلا تتعلق بالعبد، نظرا إلى أن العبد إما هو ليس مالكا - أي: لا يقدر على التملك - فلا يحصل شرط الوجوب في هذه العبادات، إذ لا تجب الزكاة إلا مع النصاب، وكذا الخمس لا يجب إلا بالملك، والحج لا يجب إلا بتملك ما به الاستطاعة، والكفارة ونحو ذلك فرع القدرة على الأداء والدفع، ومجرد حصول السبب لا يكفي في الوجوب، ومن ليس مالكا للمال غير متمكن من الكفارة المالية، فالخطاب به يصير تكليفا بما لا يطاق. وإما أن العبد ممنوع من التصرف وإن كان مالكا، ومن شرائط وجوب الزكاة ونحوه التمكن من التصرف، وفي غير ذلك لا يعقل الوجوب المطلق مع الحجر، ولو فرض الوجوب فلا بد من كونه مشروطا بإذن المولى، وعلى تقدير إذنه لا كلام فيه، والبحث في حصول التكليف الذي لا يحتاج إلى إذن المولى. وهنا إشكال، وهو: أنه أي فرق بين العبادات المالية وبين الضمان والغرامة؟ فإن كانت القدرة على الدفع شرطا بحيث ما لم يكن

هناك تمكن لم يكن وجوب ففي المقامين، وإن لم يكن شرطا ففي المقامين. والتحقيق أن يقال: إن العبادات المالية لها جهتان: جهة تكليف، وجهة ضمان. أما جهة التكليف فلا يتعلق به من دون تمكن، والوجه ما مر من لزوم تكليف ما لا يطاق. وأما الضمان فهو ثابت على تقدير تحقق السبب والشرائط، وحكمه حكم سائر الضمانات. وعدم تعلقي الزكاة والخمس والحج من جهة فوات شرط الوجوب، فهو ليس من باب اختلاف الأحكام. واشتراط الفقهاء الحرية - مثلا - في الزكاة ليس من جهة الحرية نفسها، بل من جهة عدم الملك، أو عدم التمكن من التصرف في العبد، وهذا لو كان في الحر أيضا لم تجب الزكاة.

[696]

فصار الحاصل: أنه لا فرق بين الحر والعبد في العبادات بقول مطلق مع اجتماع شرائطه، غايته: أن بعضها لا يتحقق شرطه في العبد، وهذا لا يعد من اختلاف الحكم، بل من اختلاف الموضوع والفرض. وأما الضمان فكذلك أيضا - سواء كان في عبادة أو غيرها - بعد تحقق السبب، فحكم العبد في الكفارات حكم الحر في تعلقيها به في الجملة، وعدم التمكن من الدفع ليس مانعا من ذلك كما في سائر الضمانات. وكذلك في مثل الخمس على القول بأنه يملك، وبالجملة: فالاختلاف لعدم الشرط لا لأصل الحكم. وأما احتمال عدم تعلقي المالية على العبد في عبادة ومعاملة لعدم إمكان الأداء، فلا وجه له أصلا. كما أن الفرق بين العبادات وسائر الغرامات أيضا بعدم تعلقي الأولى وتعلقي الثانية - بأن الخطاب إن كان تكليفيًا يتبعه خطاب وضع، فإذا فات شرط التكليف فلا وجه لبقاء الضمان، بخلاف ما إذا كان أصل الخطاب وضعيًا يتبعه تكليف، فإن الضمان يثبت وإن كان التكليف بعد ذلك يبقى موقوفًا على حصول شرطه - أيضا بعيد، لأنهما حكمان، وفوات أحدهما لا يستلزم فوات الآخر، مع أنا لا نسلم كون الضمان في مثل الكفارات ونحوها تابعًا للتكليف، وعلى فرض ذلك فنقول: إمكان تحقق شرط التكليف ولو بعد زمان يكفي في بقاء الحكم الوضعي، ولا يحتاج إلى اجتماع شرائط التكليف بالفعل، فتدبر. وأما العقود والأيقاعات: فلا ريب أن عبارة العبد فيها كالحر، بمعنى: أن العبد ليس كالصبي ولفظه معتبر لو اجتمع سائر الشرائط، وعمومات العقود شاملة له، والأجماع قاض به، وعموم (كون العبد لا يقدر على شيء) غير شامل لألفاظ العقود، بل هو منصرف إلى التصرفات لا نفس الألفاظ وإن كان (شيئ) نكرة واقعة في سياق النفي. وعدم اعتبار إقرار العبد في بعض المقامات لكونه ضررا على مولاه لا على نفسه، فلو كان وكيلًا لشخص في عقد أو إيقاع بحيث لا ينافي حق المولى صح، وكذا لو نافي بناء على أنه منهى عنه لأمر خارج، وهو غير مفسد. وأما التصرفات: فما لا مالية له ولا يستلزم تصرفا في مال المولى - كالطلاق

[697]

أي أنواعه كان، والنكاح مع قطع النظر عن المهر والنفقة، والظهار والأبلاء واللعان على الأصح - فيصح منه من دون حاجة إلى إذن المولى، لعدم المانع مع عموم الأدلة، مضافا إلى الأدلة الخاصة، وعموم لا يقدر على شيء غير آت هنا أيضا، إذ المتبادر منه ما كان مالا أو ماليا، فتبصر. وأما ما اقتضى التصرف في نفسه أو فيما في يده أو في مال المولى - سواء قلنا بأنه يملك أو لم نقل - فهو غير مسلط على ذلك بالاستقلال بالأجماع والنصوص من الكتاب والسنة. منها: قوله تعالى: ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء (1) فإنه تعالى وصف العبد بأنه مملوك لا يقدر على شيء، والمتبادر منه: إن التصرف والقدرة التي للملاك ليس للعبد وهو غير قادر على ذلك، وليس المراد القدرة عقلا، لأن العبد قادر عقلا، بل المراد: إما عدم القدرة في نظر الناس وبحسب العادة، فإن طريقة الناس - وإن كان قبل الشرع - أن العبد مسلوب الاختيار عن نفسه وعما في يده، يتصرف المولى فيه كيف شاء، وليس له أن يتصرف. وإما عدم القدرة شرعا. وعلى كل حال: فهو دال على أن حكم العبد ذلك، أما على الثاني فواضح، وأما على الأول فلأنه تقرير لما جرت عليه عادة العقلاء، وهو مثبت للحكم، وعموم الآية يشمل كل ما هو من باب تصرف الملاك، فإن ذلك ليس للمملوك. ولا حاجة إلى الإشارة إلى موارد الحجر فإنها واضحة غير محتاجة إلى البيان. نعم، هل له التصرف بعد إذن المولى، أو ليس له ذلك؟ ظاهر الأصحاب في سائر الأبواب أن مع إذن المولى يصح تصرفاته: من اقتراض وتجارة ووصاية، وغير ذلك

من اللواحق. ومنشأ المسألة: أن الآية هل تدل على سلب أهلية العبد عن التصرف كالمجنون والصبي بحيث لا ينفذ الأذن فيه، أو لا، بل يدل على ممنوعيته من

(1) النحل: 75 .

[698]

التصرف لأجل مولاه؟ وبعبارة أخرى: هل يدل على عدم المقتضي، أو وجود المانع؟ ظاهر الأصحاب الثاني، كما نصوا على الجواز مع الأذن في كثير من المقامات، كالوكالة والوصاية والقضاء وغير ذلك. وهو الذي يقوى عندي، وإن كان يتخيل أن ظاهر كلمة لا يقدر على شيء سلب مالكة، لا من جهة عدم قابلية ذاته. مضافا إلى أن أهليته للتصرف بعد العتق تدل أيضا على كون المانع تسلط الغير عليه، فتأمل. مع أن طريقة الناس - مع قطع النظر عن الآية الكريمة - كون عبيدهم غير نافذ في التصرف بدون إذنهم، وأما معه فلا مانع من ذلك، والآية لو لوحظت بالتأمل مسوقة لبيان عادة العقلاء وسيرة الناس وواردة في جهة التقرير لهذا المطلب، فينزل على ما هو المعتاد في الخارج، ولا ريب في ارتفاع الحجر عندهم بالأذن. مضافا إلى الأجماع، وورود الأدلة الخاصة المنتشرة في أبواب الفقه في خصوص العبد المأذون. مع أنه لو لم يكن العبد أهلا للتصرف حتى مع الأذن لانسد باب الانتفاع بالمماليك، إذ عمدته المعاملات، وإلا فنفس الخدمة ليس مما يطلب غالبا .

[699]

(العنوان التاسع والثمانون) (الوجوه المحتملة في كيفية ضمان المملوك)

[700]

عنوان [98] قد اختلفت كيفية الضمان في المملوك بحسب المقامات، وقد اختلف الفتوى في ذلك، بل النصوص الخاصة أيضا مختلفة في بعض المقامات، فلا بد من تأسيس قاعدة يرجع إليها عند عدم الدليل أو التعارض، والوجوه المحتملة أمور : أحدها: أن يكون في ذمة العبد يتبع به بعد العتق. وثانيها: أن يكون في كسبه . وثالثها: أن يكون في رقبته. ورابعها: أن يكون في مال المولى مطلقا، بمعنى : أنه يؤدي من أي شيء شاء، وعلى تقدير قصور الرقبة أو الكسب يجئ أيضا وجوه . وخامسها: أن يكون في ذمة المولى لا في ماله. ومقتضى القاعدة: أن كل مقام حصل الضمان بإذن المولى على نحو يصدق السبب بالنسبة إليه - كأمره في اقتراض، أو نكاح بمهر، أو شراء بثمن، أو استئجار باجرة ونحوه ذلك - فالضمان على المولى، لأنه صاحب اليد والعبد كالوكيل في ذلك، ولذلك حكم الأصحاب بذلك في كل ما هو كذلك. وما لا يصدق فيه على المولى أنه السبب أو كان في مقام يتعلق على المباشر كالقتل ونحوه، فكونه من مال المولى - سواء كان رقبة العبد أو كسبه أو غير ذلك - أو في ذمة المولى مخالف

[701]

للقاعدة، لعدم صدق الدليل، ولأن القاعدة أنه لا تزر وزارة وزر أخرى (1)) ومقتضى الأصل البراءة، فيتعلق بذمة العبد يتبع به بعد عتقه، كالكفارات التي يدفعها بعد ذلك أيضا، والمراد بذمته: كونه مطالبا بذلك عند تمكنه منه. وما دل الدليل على تعلقه برقبته ونحو ذلك في مثل أورش الجنابة ونحوه فهو خارج بالدليل، فتدبر .

[703]

(العنوان التسعون) (قاعدة رفع التكليف عن المكروه، وبيان ما استثنى منها)

[704]

عنوان [09] الاختيار المقابل للأكراه شرط في التكليف كافة، ولا تكليف على المكروه فيما أكره عليه، سواء كان فعل حرام أو ترك واجب، والمسألة مما لا بحث فيه ولا خلاف. نعم، استثنى من ذلك قتل النفس المحترمة، فإنه لا تقيّة في الدماء بالنص والأجماع. وألحق الشيخ الجرح أيضا (1). ولعله إدراجا له تحت الدماء المذكورة في النص والمشهور خلافاً، لأن المتبادر من الدم: القتل، والعموم لا يستوعب إلا ما يطلق عليه المفرد، ولما سيأتي من الوجه في ذلك. والسر في ذلك - بعد الأجماع ودلالة النصوص كتاباً وسنة على أنه لا إثم على المكروه، ولو أدرجناه تحت المضطر كما هو الظاهر اتضح كونه معذوراً، لما اشتهر: من أن الضرورات تبيح المحظورات، والعقل لا يقبل التخصيص - أنه لا ريب أن حفظ النفس في نظر الشارع أقوى وأولى من غيرها، ولذلك نرى أن

(1) لم نظفر في كتب الشيخ على المسألة بعينها، إلا أنه قال في مسألة: (إذا أكره الأمير غيره على قتل من لا يجب قتله، فقال: إن قتلته وإلا قتلتك، لم يحل له قتله بلا خلاف وإن خالف وقتل فإن القود على المباشر) وقال في مسألة أخرى: (الأطراف كالأنف، فكل نفسين جرى القصاص بينهما في الأنف جرى بينهما في الأطراف) انظر الخلاف 5: 166، 154 كتاب الجنائيات، المسألة 29، 13 .

[705]

المحرمات من قبيل شرب الخمر وأكل الميتة ونحوهما كلها تحل إذا كان المقام مقام الخوف على النفس، وكذا الواجبات من صلاة أو صوم ونحوهما تسقط بعد معارضة الخوف على النفس لمرض ونحوه. وهذا الاستقراء مع ما علم من طريقة الشرع اهتمامه بحفظ النفس يقضي بارتفاع كل عقوبة وإثم عن فعل حرام أو ترك واجب إذا عارضه الخوف على النفس، وذلك واضح، وهذا معنى قولنا: إن المكروه لا إثم عليه. وأما إذا كان الأكراه سالباً للقدرة على الشئ فلا بحث فيه، لانذاره حينئذ تحت قبح التكليف بما لا يطاق. ومن هنا ظهر سر عدم التقيّة في الدماء إذا علم (1) أن سبب التقيّة إرادة حفظ النفس، وحيث كان المقام مقام إتلاف النفس فلا وجه للتقيّة، لأن المحذور حاصل، ولا ترجيح لأحدى النفسين في نظر الشارع، فكما يجوز قتل النفس حفظاً للآخرى فكذلك يجوز العكس، ولا وجه للترجيح، مضافاً إلى أن القتل للاولى محقق، وللثانية محتمل إذ لعل المكروه - بالكسر - لا يفعل، فتدبر. وأما لو لم يكن الأكراه على حد الخوف على النفس فكذلك أيضاً في عدم الأثم، للأجماع، ولقوله تعالى: إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان (2) وقوله تعالى: ومن يكرهه فإن الله من بعد إكراهه غفور رحيم (3) وغير ذلك من الآيات، وقوله صلى الله عليه وآله: (رفع عن امتي تسعة...) وعد منها (ما استكروهوا عليه) (4) (والمراد: رفع المؤاخذه، لا رفع الحقيقة، لاستلزامه الكذب. وبالجملّة: فالدليل على كون الأكراه موجبا لرفع العقاب في فعل حرام أو ترك واجب واضح لا ستره فيه. وكفى بأخبار التقيّة من العامة (5) شاهدة ومؤيدة لذلك. وأما في الضمانات والغرامات بإتلاف أو جناية أو إثبات يد أو استيفاء منفعة

(1) في (ف، م): إذ علم مما مر أن... (2) النحل: 106. (3) النور: 33. (4) (الوسائل 5: 345، الباب 30 من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ج 2. (5) راجع الوسائل 11: 459، الباب 24 من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما .

[706]

أو انتفاع، فقد مر في بحث المباشر والسبب: أن الأكره رافع للضمان عن المكره - بالفتح - وموجب لكونه على المكره - بالكسر - (1) وليس ذلك كالغرور وإن كان كلام بعضهم - كعبارة الروضة (2) - يقضي بعدم الفرق. والوجه في ذلك: أن أسباب الضمان مع حصول الأكره لاتصدق على المكره - بالفتح - ولا يعد متلفاً، ولا مضراً، ولا صاحب يد ونحو ذلك، بل كل ذلك يصدق على المكره - بالكسر - . نعم هنا إشكال، وهو: أن السبب في عدم ضمان المكره - بالفتح - لو كان عدم صدق الأدلة بالنسبة إليه فلم تقولون بالضمان في قتل النفس؟ وإن لم يكن كذلك فلا وجه لعدم ضمان المكره - بالفتح - بعد صدق السبب. نعم، لو كان الأكره بحيث يسلب القصد ويكون المكره كالالة فهناك لا يصدق السبب ولا يصير ضمان عليه، وهو خارج عن محل البحث، بل عن الأكره أيضاً. وربما يقال: إن الوجه القول بكون القاعدة إنما هو ضمان المكره - بالفتح - خرج ما عدا الدم بالأجماع، أو نقول: لم يخرج بل في غيره أيضاً ضامن، ولكن يرجع إلى المكره - بالكسر - كالغرور، بالأجماع. والحق: أن الأكره موجب لعدم صدق السبب بالنسبة إلى المكره - بالفتح - ومصير المشهور إلى عدم ضمانه في محله على القاعدة. وفي باب الدم إما أنه يصدق أنه قاتل وإن كان مكرهاً كما هو الظاهر، وأما أنه قام النص والأجماع عليه إبطالا للترجيح وسدا للباب. ووجه صدق السبب هنا عليه: أن الأكره في العرف إنما يعتبر فيما كان المخوف منه أمراً أعظم مما أكره عليه - كما هو الغالب - فإن من أكره بدفع ألف حذراً من دفع واحد أو من أكره لدفع واحد حذراً من الوقوع في واحد آخر مثله لا يعد مكرهاً عرفاً وعادة، فهنا أيضاً نقول: كونك مكرهاً على قتل النفس لا يكون إلا مع كون ما تحذر منه أشد مما تقع عليه، والفرض: أن قتل نفسك ونفسه سواء في المحذورية. إلا أن يقال: إن المدار على نظر المكره - بالفتح - ولعل قتل نفسه أعظم في نظره من قتل شخص آخر، بل هو كذلك، لأن الإنسان يفر من

(1) راجع العنوان: 58، ص: 436. (2) انظر الروضة 7: 33، كتاب الغصب .

[707]

تلف نفسه وإن تلف غيره بذلك، وقد تقدم بعض الكلام في ضمان المكره، فراجع. (1) وقد اتفق الكلام في رفع هذا الإشكال مع شيخنا المحقق (الشيخ محمد حسن) (أيده الله تعالى) (2) فأجاب بعد كلام طويل (بأن الظاهر أن الفعل يسند إلى المكره - بالفتح - في كل مقام إلا في صورة سلب القصد، وباب الدم على القاعدة حينئذ. ولكن نجيب عن سائر المقامات بأن قوله صلى الله عليه وآله: (رفع ما استكرهوا عليه) يدل على رفع المؤاخذه والضمان أيضاً، فيقدم على أدلة الضمان، فيكون باب الدماء خارجاً بدليل خاص على عدم التقية فيه. وأوردت عليه بأن في الخطأ والنسيان أيضاً يلزم عدم الضمان، فأجاب بأن دليل الضمان نرجحه فيهما بالأجماع والشهرة، وتقدم العكس في الأكره للشهرة. هذا غاية مراده، أيده الله تعالى. ولكن أوردت عليه أولاً: بأن الظاهر من رفع (ما استكرهوا عليه) رفع المؤاخذه، فلا يدل على رفع الضمان، كما أن قوله: (لا تقية في الدم) (3) (معناه: إثبات الأثم، ولا دلالة فيه على الضمان، ولو سلم فسياق الخبر وذكر الخطأ ينافر (4) ذلك، والتفكيك في غاية البعد، مع أن ظاهر الأصحاب عدم استنادهم في رفع ضمان المكره إلى الرواية، فالإشكال غير منحل عند الأنصاف. وأما في الأسباب الفعلية للملك - كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والمعاطاة ونحو ذلك - فهل يشترط الاختيار فلا يكون المكره مالكا حينئذ بذلك مطلقاً، أو لا يشترط بل يكون مالكا به مطلقاً، أو يبقى مراعى فإن رضي بعد ذلك بما فعله ملكه وإلا فلا يملكه؟ وعلى هذا التقدير فيمكن كونه بطريق الكشف بمعنى كون الرضا كاشفاً عن تملكه بالحيازة، أو بطريق النقل فيملك من حين الرضا. وعلى فرض عدم الملك أصلاً أو إلى زمان حصول الرضا - كما هو قضية

(1) راجع العنوان: 58. (2) المراد به صاحب الجواهر قدس سره المتوفى سنة 1266 (3) الوسائل 11: 483، الباب 31 من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما، ح 1 و 2 (4) كذا، ولعله مصحف: ينافي .

[708]

القول بالنقل - فهل المال باق على الأباحة الأصلية، أو على ملك البائع، أو لا، بل يملكه المكره - بالكسر - لأنه في الحقيقة فاعل السبب والمكره - بالفتح - كالألة؟ وجوه واحتمالات لا تخفى وجوها على المتدرب في الفن، فلا حاجة إلى ذكرها، وأكثرها يعلم مما نذكرها في العقود. والعمدة في ذلك ملاحظة أدلة الأفعال. فعلى القول بأن قصد التملك معتبر في ذلك - كما يراه بعض الأصحاب (1) - قد يقال: إنه لا يملك، لعدم القصد. وسيأتي في بحث موضوع الإكراه أن المعتبر في الإكراه وجود القصد إلى المسبب وفوات الرضا، فلا يتفاوت الحال بين القول باشتراط قصد التملك وعدمه من هذه الجهة. فينبغي أن يقال: إن مثل قوله عليه السلام: (من حاز شيئا ملكه) (2) أو (من أحيى أرضا ميتة فهي له) (3) ونحو ذلك فهل هي دالة على كون هذا الفعل بالاختيار والرضا، أو أعم من ذلك؟ وهذا البحث آت في جميع الأفعال، فإن قولنا: (قام) هل معناه قام عن اختيار، أو أعم منه ومن الإكراه؟ والذي يقتضيه النظر أن يقال: إن الإكراه إن بلغ على حد سلب الإرادة، فذلك لا بحث فيه في عدم صدقه، وهو خارج عن النزاع. وأما ما عداه فالحق: أن أصل الفعل أعم من الاختيار والإكراه، لتبادر القدر المشترك، وعدم صحة السلب، ولكن ينصرف إلى الاختياري عند إطلاقه. فهذه الأدلة لا ريب أن المتبادر منها الاختياري، وكون ما صدر عن إكراه موجبا للملك يحتاج إلى دليل، والأصل قاض بالبقاء على إباحة الأصلية. وتملك المكره - بالكسر - له أيضا غير واضح، لعدم صدق السبب - من حيازة واصطياذ -

(1) منهم الشهيد قدس سره في الدروس 3: 61. (2) الظاهر عدم وروده باللفظ المذكور في روايات الخاصة والعامة، وإن كان ظاهر كلام المؤلف قدس سره أنه من أقوال المعصومين عليهم السلام، وظاهر كلام صاحب الجواهر قدس سره أيضا ذلك، راجع الجواهر 26: 291، كتاب الشركة. (3) الوسائل 17: 327، الباب 1 من أبواب إحياء الموات، ح 5 و 6 .

[709]

بالنسبة إليه بعد توسط رجل قاصد في البين، على إشكال في ذلك، سيما مع كون قصد المكره - بالكسر - الإكراه على الحيازة للمكره - بالفتح - لا لنفسه، فإنه لا يصدق عليه أنه حاز قطعا. نعم، لو أكره للحيازة لنفسه فلا يبعد صدق دليل الحيازة بالنسبة إليه، وكون المكره كالألة حينئذ. وبالجمله: فلا يملكه المكره - بالفتح - بمجرد حصول الحيازة. نعم، لو حصل له الرضا بعد ذلك فالظاهر حصول الملك له، لصدق الدليل، لأنه حيازة مع الرضا، كما سيأتي توضيح ذلك في العقود. وبالجمله: يصدق عليه: أنه حاز شيئا وأحيى أرضا، وقد كان المانع من الصدق عدم الرضا وقد حصل. وليس ذلك كقيام بعد العقود، حيث لا يصدق لو حصل الرضا بالقيام السابق بعد العقود أنه قام، لعدم كونه سببا لشيء، مع كونه زائلا بطريان ضده، ولو كان في أثناء قيامه عن إكراه رضي بالقيام يصدق أنه قام بقول مطلق، فتدبر. والظاهر أن الرضا يكشف عن الملك بالحيازة، لأنها السبب وهو شرط، فإذا حصل أثر السبب. وأما في الأيقاعات والعقود فالاختيار شرط في صحتها أيضا في الموقع والمتعاقدين، نظرا إلى أن المتبادر من أدلة الأيقاع والعقود أيضا أنواعا واجناسا ما حصل فيه التراضي، فلا يشمل ما كان عن إكراه، ولقوله تعالى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض (1) وهو صريح في أن ما لا رضاء فيه فهو أكل بالباطل، ولقوله عليه السلام: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه) (وغير ذلك مما دل على الأجازة في باب الفضولي، وعلى الاستئذان في غير ذلك. نعم، إنما البحث في أن مقارنة الرضا شرط، أو هو أعم من حصوله لا حقا ومقارنا، فلو لحق الرضا في صورة الإكراه صح أيضا. ظاهر الأصحاب: أن الأيقاعات - كالشفعة والطلاق والظهار واللعان والأيلاء والنذر والعهد واليمين والعقود والأقار، ونحو ذلك - لا يصير مراعى (3) بحصول

[710]

التراضي، بل متى ما وقع [شئ منها] (1) بإكراه بطل ولا ينفع الرضا به بعد ذلك، كما لا يصح فضوليا وإن لحقه الأجازة. فإن كان ذلك لاجتماع قام في ذلك فلا بحث فيه. وإن كان لنص خاص فكذلك. وإن كان على القاعدة، فيمكن البحث فيها بأن عمومات الأيقاعات كعمومات العقود إن كانت شاملة للمكره الذي تعقب فيه الرضا، فلا وجه لبطلان الأيقاع، فإن الطلاق أو العتق على سبيل الإكراه إذا لحقه الرضا فهو أيضا عتق وطلاق داخل في العموم فينبغي الصحة. وإن لم تكن شاملة فالوجه في المكره البطلان، سواء كان في عقد أو إيقاع، فلا وجه للفرق والتفصيل. نعم، فيما كان مشروطا بنية التقرب - كما في الوقف والعتق - فالوجه فيه البطلان إذا وقع مع الإكراه، لغوات الشرط، وهو مقارنة النية. وأما في ما عداه فلا وجه للبطلان في إيقاع والصحة في عقد، بل إما البطلان في الجميع أو الصحة في الجميع. وكيف كان؛ فالوجه في العقود أن لحوق الرضا كاف في الصحة، ولا يشترط مقارنة الاختيار، نظرا إلى أن عموم أدلة العقود شامل له وانصرافه إلى المتعارف أيضا غير قاذح، لأن بيع المكره وسائر معاملاته من الامور المتعارفة بحسب النوع، وتعارف الشخص غير معتبر، مع أن ظاهر الأصحاب ادراجهم لعقود المكره تحت الأدلة، وفهمهم في موضوعات الألفاظ يورث الظن بالمراد، مضافا إلى الأجماع المستظهر من كلمات جماعة من الأصحاب، بل اللائح من عبارة بعض. ولو قيل: بأنه لا فرق بين المكره وبين الصبي، فكما بطل ذلك فينبغي بطلان هذا أيضا. قلنا: إن المكره بالغ عاقل قاصد، غايته أنه فات الرضا منه، فمتى لحقه الرضا أثر العقد أثره من دون فرق بين المقام وبين الفضولي في هذه الجهة، وإن كان باب الفضولي قد ورد فيه نص أيضا (2) بل الظاهر أن ما دل على صحة الفضولي يدل

(1) من (م). (2) مثل رواية عروة البارقي، وصحيفة محمد بن قيس، راجع المستدرک 245: 13، الباب 18 =

[711]

على صحة المكره عليه بالأولوية، نظرا إلى أن رضا المالك متأخر في المقامين، ويزيد الفضولي في البعد عن الصحة بصور العقد فيه عن غير من له الولاية والسلطنة على المعقود عليه. وما يقال: إن ظاهر قوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض (1) يدل على اعتبار مقارنة الرضا، لأن كلمة المجاوزة دالة على كون التجارة ناشئة عن التراضي، فيكون صورة طريان التراضي بعد العقد داخلية في الأكل بالباطل، ويثبت في سائر العقود - لو لم يكن داخلا تحت التجارة - بعدم القول بالفصل. مدفوع: بأن التجارة ليس معناها العقد حتى يلزم اعتبار كون العقد صادرا بعد الرضا، بل معناها: التملك والتملك، فيدل على اعتبار كون الملك مع الرضا، وفي ما نحن فيه أيضا لا ملك بدون الرضا، ولذلك لو لم يرض كشف عن البطلان، ولو رضي صح وحصل الملك عن التراضي على القول بالنقل وعلى القول بالكشف بالمعنى الذي حققناه في أوائل الكتاب (2) وكذا على القول بالمعنى الآخر أيضا، فإن الملك الواقعي أيضا ناشئ عن هذا التراضي المعلوم عند الله حصوله. ولو قيل: إن العقود تابعة للقصد وهنا لا قصد فلا يصح. قلنا: ليس البحث في الإكراه السالب للقصد فإنه خارج عن الفرض، بل لا يعد إكراهه بعد الوصول إلى هذه المرتبة، بل الفرض أنه قاصد، ولكنه غير راض. وما يقال: إن هذا العقد كان قبل حصول الرضا فاسدا فيستصحب الفساد حتى يقوم دليل على الصحة. مدفوع: أولا بمنع الفساد، بل هو في الواقع إما صحيح أو فاسد، والرضا وعدمه يكشف عن ذلك، فليس هناك فساد في الواقع حتى يستصحب، فإن طريان الرضا كما يوجب الشك في الصحة حينئذ يوجب الشك في أول الأمر

[712]

أيضا، وهو ما يقوله الأصوليون: إن الاستصحاب مع الشك الساري إلى المستصحب ليس بحجة. مع أن الاستصحاب لو سلم يدفعه شمول عموم الأدلة. وهنا إشكال أورده الشهيد الثاني رحمه الله وهو: أن المكروه والهزل كلاهما قاصدان للفظ دون المدلول والمعنى، فلم يصح عقد المكروه بعد حصول الرضا، ويبطل عقد الهازل مطلقا؟ مع عدم الفرق بينهما (1). وهذا الإشكال من الوهن مما لا ينبغي صدوره من مثله، نظرا إلى أن الرضا والأكراه أمران مغايران لقصد اللفظ والمعنى، والهازل قاصد للفظ لا لأجل التمليك وترتب الأثر، فلا يصدق عليه أنه عقد أصلا، وقد مر تحقيق ذلك في باب تبعية العقد للقصد. وأما المكروه فهو قاصد للفظ وقاصد لمعنى التمليك والأثر، ولكنه فات عنه الرضا، ولا يخفى ذلك على من تأمل في الجملة، فإن من يبيع ماله لخوف قاصد للبيع وحصول المعاوضة قطعاً، لكنه لا عن رضاه، بل عن خوف وإكراه، وبصير في الحقيقة الأكراه داعيا إلى ذلك، لا أنه غير قاصد للتمليك، فما أورده من الأيراد - بعد الفرق بصدق العقد في المكروه عرفا دون الهازل ويكون المكروه قاصدا للمعاوضة وأثر العقد دون الهازل - غير وارد أصلا، فتدبر. وهذا ما وعدناك سابقا. ومن هنا يندفع ما أورده الشهيد الثاني رحمه الله تبعا للمحقق الثاني رحمه الله (2) الأيراد على الشهيد رحمه الله في تقييده الأكراه بعدم بلوغه إلى حد سلب القصد وسيجيئ وجه الأيراد وكيفية دفعه في موضوع الأكراه. وأما الأيقاعات: فقد أشرنا إلى أن خروج المكروه عن العموم فيها فلعله بالدليل، كما يظهر منهم. وهنا أبحاث آخر لا اهتمام بذكرها.

(1) المسالك 3: 157. من (2) راجع جامع المقاصد 4: 61، والمسالك 3: 156. (3) يجيء في أواخر العنوان: 93.

[713]

(العنوان الحادي والتسعون) (في أن الكفار والمخالفين مكلفون بالفروع)

[714]

عنوان [19] ليس الأسلام والأيمان شرطا في التكليف، بل الكفار والمخالفون مكلفون بالفروع كالمؤمنين، وفاقا للمشهور من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين، بل الظاهر من عبارة كثير من الأصحاب الأجماع على ذلك، بل كونه من ضروريات مذهب الإمامية، فإنهم يعبرون عنه بلفظ (عندنا) أو (عند علمائنا) ونحو ذلك. نعم، ربما يستفاد من بعض المحدثين من المتأخرين - كالقاساني والأمين الأسترابادي وصاحب الحقائق (1) على ما حكى (2) - خلاف ذلك، وفاقا لمن سبقهم على ذلك. والوجه في عدم الشرطية: ورود الخطابات على سبيل الإطلاق من دون اشتراطهما في الطلب، والأصل عدم التقييد، فالمقتضي موجود والمانع لا يصلح للمانعية، كما سنقرره. وعموم الآيات والأخبار في التكليف مثل قوله تعالى: ولله على الناس حج البيت (3) ويا أيها الناس اتقوا (4) وغير ذلك الشامل لكل بالغ عاقل. وما

(2) راجع الوافي 2: 82، باب معرفة الإمام والرد إليه، ذيل الحديث 3، الفوائد المدنية مدنية: 226، الحقائق 3: 39. (2) حكاة عنهم المحقق النراقي قدس سره في عوائد الأيام: 96، العائدة: 30. (4) آل عمران: 97. (4) النساء: 1، و...

ورد بلفظ خاص - كما هو الغالب في الأخبار - فيأتي في الكافر أيضا بعموم الاشتراك في التكليف الذي ذكرناه في أول الكتاب من الأجماع والنصوص الدالة على أن حكم الله في الأولين والآخرين سواء. وكون خصوص الفرض محل الخلاف لا ينافي الأجماع على القاعدة، كما مر في نظائره. وربما يستدل أيضا بأنه لولا التكليف بالفروع لزم تساوي قاتل النبي صلى الله عليه وآله و على الفروع كالأصول. ويجب: بأن عدم تساويهما لا يستلزم كونهما مكلفين بفروع شرع الإسلام، بل لعل ذلك إنما هو لقبه في شرع الكفر أيضا. ورد بأن ثبوت الإسلام ناسخ للشرائع السابقة، فلا دين غيره حتى يكون التفاوت لأجل مخالفة ذلك الدين دون الإسلام، حتى لا يكون مكلفا بالفروع في شرعنا. ولكن يمكن أن يقال: إن نزاع التكليف بالفروع إنما هو في الفروع الثابتة بالشرع ابتداء، وأما ما يستقل به العقل - كالظلم والقتل ونحو ذلك - فلا بحث في كون الكافر مؤاخذا به ومعاقبا عليه، وما ذكرته من المثال إنما هو من الثاني دون الأول. أو يقال: إن نسخ الإسلام للشرائع السابقة فيما استقل به العقل ممنوع، بل هو باق على حكم الشرائع السابقة، فيكون العقاب لقبه في شرعهم كشرعنا. ومجرد فرض كون العقاب إنما هو لمخالفة هذا الشرع دون السابق إنما ينفذ في إثبات كون شرعنا مطاعا من حيث هو كذلك، فما وافق الشرع السابق أيضا يؤخذ من حيث كونه من شرعنا، لا من حيث كونه من الشرع السابق، ولا من حيث الاجتماع، ولا ينفذ في مقامنا هذا، إذ الدليل قضى بالتفاوت بين القاتل والمعين، وأما أن ذلك لجهة شرعنا أم لا فلا يقضي به ذلك. وقد يقال في الاستدلال: بأنه لا ريب في كونهم مكلفين بالإيمان، وليس بالإيمان مجرد العقائد الحقة، بل هو عبارة عن العقائد والأعمال كما دل عليه طائفة

من الأخبار (1). ويمكن منعه بأن الإيمان ليس المواظبة على جميع الأحكام قطعا، والترجيح لبعض الأحكام لا وجه له، ولا ريب أن فاعل المحرمات وتارك الواجبات مع اعتقاده العقائد الحقة يسمى مؤمنا مسلما، فما ورد في الخبر يكون تعريفا للإيمان الكامل، كما في قوله [تعالى]: إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم إلا وفي الآيات ما يقضي أيضا بأنهم مكلفون بالفروع، كقوله تعالى حكاية عنهم: لم نك من المصلين ولم نك نطعم المسكين (2) وقوله تعالى: فلا صدق ولا صلى (3) كذا قيل (4). ويمكن أو يقال بأن قولهم: (لم نك من المصلين) ما يدل على كونهم مكلفين بالصلاة في كفرهم، بل لعل المراد: أنا لو آمنا وصرنا مكلفين بالصلاة وصلينا لنكونا، ولكن لم نك من المصلين لعدم كوننا من المسلمين. وكذا قوله [تعالى]: فلا صدق ولا صلى لا يدل على التكليف بالصلاة في حال عدم التصديق، بل مثل هذه العبارة يقال كثيرا في المرتب، فإنه إذا قيل لزيد: (أضف عمروا (5) وإذا أضفته فأعطه درهما) فإن الأتعاء وجوبه مشروط بالضيافة، بحيث لو لم يمكن الضيافة لا يجب الأتعاء، فإذا ترك زيد كليهما يقال: (لا أضف ولا أعطى) ولا يلزم وجوب كل منهما وجوبا مطلقا. واحتج من زعم الشرطية بأن التكاليف ممتنعة الحصول من الكافر حال كفره، إذ لا بحث في شرطية الإسلام في الصحة كما يأتي، والمشروط من دون شرط

(1) راجع الكافي 2: 33، باب أن الإيمان ميثوث لجوارح البدن كلها. 1 (الأنفال: 2، 2) المدثر: 43، 44. (4) القيامة: 31. (4) احتج بهما وبغيرهما من الآيات العلامة قدس سره في المنتهى 2: 188. (5) في غير (م): لعمرو.

ممتنع. وممتنعة بعد الإسلام أيضا، لما مر من قاعدة كون الإسلام مسقطا لما قبله (1) فإذا كان كذلك فلا يمكن صدور العمل من الكافر على وجه يوافق الأمر أصلا،

بل إما الشرط منتف وإما الأمر منتف، فلا معنى لقولنا: الكافر مكلف بالفروع، مع عدم جواز التكليف بما لا يطاق عندنا وعند أكثر العقلاء، ولو لم يكن ممتنعا على تقدير الإسلام فهو لغو قطعا، إذ طلب الفعل على تقدير لو أريد الأتيان به على ذلك الفرض لسقط الخطاب خال عن الفائدة بالمرة. وحله أن يقال: إن الكافر في حال كفره أيضا لا يمتنع منه العبادة، لأن (حال الكفر) معنى مغاير لقولنا: (بشرط الكفر) وعدم إرادته الإسلام الذي هو من إحدى المقدمات يوجب امتناعه بالاختيار، وهو غير مناف لمقدورية أصل الفعل بذاته، فالكافر في حال كفره قادر على إتيان الأمور به ولو بواسطة المقدمة المقدورة وهو الإسلام، والمقدور بالواسطة مقدور، كيف! ولو بنى المسألة على أن ما انتفى شرطه في الوجود الخارجي فالتكليف به ممتنع لم يكن للتكليف موقع بالمرة، إذ ما من شيء يؤمر به إلا وشرط من شرائط وجوده منتف في الخارج، وإلا لكان موجودا. والسقوط بعد الإسلام لا يوجب اللغوية والامتناع، لأننا نقول أولا: في الموسعات التي قد مضى من الوقت مقدار الأداء بشرائطه وهو كافر فأسلم مع بقاء الوقت، فقد مر في بحثه أن هذا محل إشكال، فنقول: إن هذا لم يسقط فيأتي به، وهو كان مكلفا به أيضا في أول الوقت، وليس كل تكليف ساقطا على فرض الإسلام في كل وقت. وثانيا: في التكاليف المالية الصرفة قد مر أن الإسلام لا يجبرها. وفي العبادات التي تسقط بالإسلام أيضا نقول: أما في الموسعات فلا بحث، لما أشرنا إليه، والتكليف فيها في محله. وأما المضيق أو خطاب القضاء بعد الفوات، فنقول: ليس المراد بالتكليف فيه طلب الفعل حقيقة، بل المراد: الأبتلاء والامتحان

(1) مرت في العنوان: 67،.

[718]

والغرض من توجيه الخطاب واسقاطه بالإسلام: إما الحث والترغيب عليه لكونه مقدمة وشرطا للتكاليف فينبغي أن لا يترك. وإما أنه لو لم يسلم ولم يأت به فيعاقب على الفروع أيضا لمخالفته لها كالاصول. وإما أنه لو أسلم بقصد الأتيان للتكاليف والامتنال يصير مثابا من جهتين: إحداهما من جهة الإسلام المأمور به مستقلا، وثانيتهما: من جهة كونه توطينا للفروع، وإن سقط عنه حينئذ ما مضى من التكليف، فلا تذهل. وما يقال: إنه لو وجب لوجب قضاؤه عليهم وليس كذلك، ممنوع بأن القضاء بالفرض الجديد على المختار، ولعل خطاب القضاء لا يشملهم، ولا ملازمة بين وجوب أصل الفعل وقضائه، ولو سلم الملازمة هنا نقول: مكلفون بالقضاء أيضا كسائر التكاليف وسقوطه عنهم بالإسلام لأحد الوجوه السابقة. وقد اعتمد من ذهب إلى عدم التكليف بما ورد في بعض الأخبار أن التكليف بعد الإسلام. منها: ما رواه بعض مشايخنا ووصفه بالصحة: من آمن بالله وبمحمد رسول الله صلى الله عليه وآله واتبعه وصدقه، فإن معرفة الإمام هنا (1) واجبة عليه، ومن لم يؤمن بالله ورسوله ولم يتبعه ولم يصدق ولم يعرف حقهما فكيف يجب عليه معرفة الإمام وهو لا يؤمن بالله ورسوله ويعرف حقهما؟ (2). وهذه الرواية لا دلالة فيها على المطلوب، لأن معرفة الإمام أولا ليس من الفروع المبحوث عنها وإن كان مما أمر بها النبي صلى الله عليه وآله. وثانيا: أن المراد لو كان ترتيبا في الطلب لزم كون معرفة الإمام بعد سائر الأفعال والفروع، لأن اتباع النبي صلى الله عليه وآله الأتيان بما أتى به وترك ما تركه، وليس كذلك، بل المراد منه الترتيب في المطلوب، بمعنى كون معرفة الله والرسول مطلوبة قبل معرفة الإمام، لا أن (4)

(1) في الكافي: منا. (2) حرف النفي لم ترد في الكافي. (3) الكافي 1: 180، باب معرفة الإمام والرد إليه، ح 3 (4) في (ن، د): لأن .

[719]

معرفة الإمام عليه السلام طلبها مشروط بحصول معرفتهما. مضافا إلى أن عموم الكتاب والسنة وفتوى الأصحاب - إلا من شذ منهم - وقاعدة الاشتراك في

التكاليف وغير ذلك من الأدلة يعارضة ويرجح عليه (1) من جهات. واعتمدوا أيضا بأصالة عدم التكليف وعدم دليل على ثبوته، ويلزوم تكليف ما لا يطاق لو كلفوا بالفروع، لأنهم جاهلون بهذه الأوامر والنواهي، وتكليف الجاهل قبيح. وبما ورد من تخصيص الأمر بطلب العلم للمسلم والمسلمة، كقوله صلى الله عليه وآله: (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة) (2) ولو كان الكافر أيضا مكلفا بالفروع لوجب عليه أيضا ذلك. وباختصاص الخطاب في ظواهر الآيات بالمؤمنين كقوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا فإن أغلب الخطابات كذلك، ولو فرض هناك عموم يشمل الكافر فلا بد من التقييد بالمؤمن لما ورد مقيدا أيضا. وبأنهم لو كانوا مكلفين بالفروع لكان النبي صلى الله عليه وآله يأمر كل من أسلم بـ الغسل، للعلم العادي بأنه جنب، مع أنه لم يكن يأمر بذلك. وهذه الوجوه كلها أوهن من بيت العنكبوت، لا حاجة إلى التعرض لأجوبتها، والدليل قد عرفته على إثبات التكاليف عليهم. والنزاع إنما هو فيما اطلعوا (3) على وجود تكليف فيه ولو بالأجمال وقصروا عن معرفته وتحصيله، فلا يلزم تكليف الجاهل والغافل، بل مجرد تكليفهم بالأسلام يكفي في علمهم إجمالا بأن هناك أحكاما لابد من معرفتهم لها على فرض الأسلام، و 7 هذا المقدار كاف في التكليف بالفروع، ولا يحتاج إلى العلم تفصيلا. وتخصيص الأمر بالمسلم والمسلمة لا يدل على عدم كون الكافر مكلفا، لأن مفهوم الوصف ليس بحجة، ويكفي في ذكر المسلم شرفه وكون طلب العلم بعد

(1) كذا، والمناسب: يعارضها ويرجح عليها، لرجوع الضمير إلى الرواية. (2) (الكافي 1: 30، باب فرض العلم ووجوب طلبه والحث عليه، ح 1 وذيل 5، وليس فيهما) ومسلمة) نعم هي موجودة فيما رواه في البحار 2: 32، كتاب العلم، ح 20. (3) (في ن، د): اطلعوا .

[720]

الأيمان بالأسلام لا قبله، مع أنه لا يقاوم ما مر من الأدلة على التعميم. ومثل ذلك نجيب في اختصاص الخطابات بالمؤمنين، مع أن في الخطابات ما يعم المؤمن والكافر، فلا وجه للتقييد، وذلك واضح، لعدم العلم بوحدة المكلف من خارج، فيجوز كون الفريقين مكلفين بذلك. وعدم أمر النبي صلى الله عليه وآله بالغسل ممنوع، بل الظاهر أن الاغتسال بعد الأسلام كان من الأمور المعتادة الواضحة، كما يكشف عنه طريقتنا في زماننا هذا، مضافا إلى كفاية الأوامر العامة في ذلك، فلا يحتاج إلى الأمر بالخصوص، فتدبر. ومما يدل على كونهم مكلفين بالفروع قوله تعالى في حم السجدة وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة الآية (1) وإن أمكن أن يقال فيه ما مر في نظائره، مضافا إلى ما ذكره في تفسير القمي، عن الصادق عليه السلام: أترى أن الله عزوجل طلب من المشركين زكاة أموالهم وهم يشركون به - وذكر الآية - قيل: جعلت فداك! فسره لي، فقال: ويل للمشركين الذين أشركوا بالأمام الأول وهم بالأئمة الآخرين كافرون، إنما دعا الله العباد إلى الأيمان، فإذا آمنوا بالله وبرسوله افترض عليهم الفرائض (2). (وبهذا الحديث استدلل القاساني في تفسيره على مذهبه (3)). ولا ريب أن ما ذكر تأويل للآية، والتعليل تقريبا كما في أكثر الآيات، فلا ينافي الظاهر. ولا يبعد أن يراد بالترتيب كون الواقع كذلك، لا أن من لم يؤمن لم يكلف. أو يراد كونه شرطا في حصول الامتنال وكون التكليف حقيقيا لا ابتلائيا. وأما العبادات: فالاسلام شرط في صحتها، وعليه إجماع الأصحاب فيما عدا الوقف والصدقة والعق على القول باشتراط نية القرية فيها، وعلى القول بعدم اشتراط القرية فيها تكون من المعاملات الصرفة التي يجئ البحث فيها. وعللوا عدم صحة عبادة الكافر بأن العبادة مشروطة بالنية، ونية القرية لأ

(1) فصلت: 6 و 7. (2) تفسير القمي 2: 262. (3) الصافي 2: 494 .

[721]

تتحقق من الكافر، وهذا في الكافر الجاحد للربوبية مطلقا واضح. وأما الكافر المقر بالله تعالى المنكر لصفة أو ضروري أو للنبوة فيعقل فيه القرية، بمعنى قصدها

(1)، وإن لم يحصل له الثواب، فلا يمشي (2) فيه هذا التعليل. ويمكن أن يقال: إن نية القربة لا تتحقق إلا باعتقاد كون هذه العبادة مأمورا بها من الله جزما، والكافر غير معتقد بالنبوة حتى يعتقد كون ذلك مأمورا به (3)، فلا يعقل قصد القربة منه. ونحو ذلك سائر أصناف الكفر، فإن مآلها إلى عدم الوثوق والاعتقاد بالشرع، وهو مانع من قصد التقرب، وقصد التقرب على فرض حقية الإسلام يؤول إلى التردد المانع من صحة العبادة، وعلى كل حال فيدل على شرطية الإسلام. مضافا إلى ما ذكر طائفة من الآيات كقوله تعالى: إنما يتقبل الله من المتقين (4) وأول التقوى الإسلام، وكل ما هو ليس بمقبول ليس بصحيح. وما يتخيل: أن القبول غير الصحة، فهو من البطلان بمكان، لأن الصحة عبارة عن موافقة الأمر، وكيف يعقل موافقته للأمر من دون ثواب؟ فإن الثواب لازم عقلا لذلك لا يمكن تخلفه في الحكمة. وقوله تعالى: وما منعهم أن تقبل منهم نفقاتهم إلا أنهم كفروا بالله وبرسوله (5) وغير ذلك من الآيات. مضافا إلى دلالة الآيات الكثيرة على كون الكفار معذبين بالنار خالدين فيها، ولو كانت عباداتهم صحيحة لزم وصول الأجر إليهم في الآخرة، وهو منفي في حقهم بالآيات المذكورة. مع ما في الأخبار الكثيرة من الدلالة على بطلان عبادات المخالف، فضلا عن الكافر، كما ورد من أنه: لا طاعة إلا بولاية ولي الله ودلالته إليه، وغير ذلك

(2) في غير (م) زيادة: ذلك. (2) في (م): فلا يأتي. (3) كذا في اصول النسخ، وفي (م): كونها مأمورا بها. (4) المائدة: 27. (5) التوبة: 54. (1) راجع الوسائل 1: 90، الباب 29 من أبواب مقدمة العبادات.

[722]

وبالجملة: فشرطية الإسلام والأيمان في صحة العبادة مما لا بحث فيها عند أصحابنا، فلا حاجة إلى ذكر الأدلة. وأما الوقف والصدقة والعتق: فبعض من اعتبر قصد القربة فيها منع من صحتها من الكافر، وجماعة منهم قالوا بصحتها، منهم الشهيد رحمه الله في اللمعة، فإنه مع اشتراطه القربة في العتق قال: والأقرب صحة العتق من الكافر (1). وخلافهم في هذه الثلاثة مع اتفاقهم على بطلان سائر العبادات منه: إما من جهة أن الدليل دل في هذه الأمور على اعتبار إرادة وجه الله تعالى وهي ممكنة من الكافر، كما في الخبر: أنه (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (2) وليس كذلك سائر العبادات، وقد علل بذلك الشهيد الثاني رحمه الله (3). وإما من جهة تركب هذه الثلاثة من جهة مالية وجهة عبادة، ويرجح من ذلك جانب المالية. وإما من جهة أن هذه كلها إخراج عن الملك، وملك الكافر أضعف من ملك المسلم، فهو أولى بالفك. وإما من جهة أن الكافر ليس بمالك في الحقيقة، وإنما هو صورة ملك لبقاء النظم، فإذا أخرجه ودفعه خرج عن ملكه وإن لم يترتب عليه الآثار من الثواب ونحوه. والتحقيق: أن هذه الثلاثة أيضا ليست صحيحة من جهة كونها عبادة، ولذلك لا ثواب فيه. نعم، هي صحيحة من جهة كونها معاملة وفك ملك، غاية ما هناك: أنه يرد أن هاتين الجهتين مرتبطتان لا تنفك إحداهما عن الأخرى، ولذلك لو لم ينو المسلم القربة لم يصح عتقه أصلا. ونجيب عن ذلك بأن الكافر أو المخالف يلزم بمعتقد، فإن اعتقاده فيه الصحة، وهذا المقدار يصير حجة عليه في الخروج عن الملك، ويدخل في عموم (ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم) (4) فتبصر.

(1) اللمعة: 223 (كتاب العتق). (2) الوسائل 16: 6، الباب 4 من أبواب كتاب العتق، ح 1. (3) البروضة 6: 243. (4) الوسائل 15: 321، الباب 30 من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح 5 و 6.

[723]

وأما الغرامات والضمانات فلا يشترط فيها الإسلام ولا الأيمان، لعموم ما دل على الضمان بأحد أسبابه، وأصالة اشتراك المكلفين في الأحكام، وهذا مما لا بحث فيه. نعم، مال الحربي ودمه [فئ] (1) للمسلم بالنص والأجماع. وأما العقود والأيقاعات: فمقتضى عمومات الأدلة صحتها من الكافر والمخالف والمؤمن، والأصل عدم الشرطية. كما أن الأسباب الفعلية - من حيازة وأحياء وموات ونحو ذلك - كذلك،

وحرمة ذبيحته إنما دل عليها الدليل. ولا مخصص لذلك إلا ما ذكرناه سابقا من قاعدة: (نفي السبيل للكافر على المسلم) (2) فإن كل ما هو داخل تحت القاعدة - كما أشرنا إليها في محلها - فينفرد بالصحة من المسلم، ولا يصح من الكافر، فراجع وتبصر .

(1) لم يرد في (ن، د)، (2) راجع العنوان: 49 .

[725]

(العنوان الثاني والتسعون) (في ضبط الموارد التي يشترط فيها العدالة)

[726]

عنوان [29] ليس العدالة شرطا، لا في تكليف ولا في ضمان وغرامة، ولا في صحة العبادات، ولا في العقود والأيقاعات من حيث هي كذلك، لعموم ما دل على التكليف والضمانات وصحة العقود والعبادات، من دون دليل دال على الاشتراط، فأصالة الإطلاق سليمة عن المعارض، معتمدة بالفتوى. وما يتراءى من الشيخ رحمه الله أنه اعتبر العدالة في التصرفات المالية (1) إدراجا للفاسق تحت السفه المحجور عليه فيصير اشتراط العدالة من جملة أجزاء اشتراط الرشد، فمع خروجه عن الغرض - إذ الكلام في اعتبار العدالة من حيث نفسها - يجرى ما فيه في البحث عن معنى الرشد والسفه. نعم، الظاهر من الأصحاب اشتراط العدالة في كل مقام يكون فعل شخص أو قوله مسقطا عن الغير، أو حجة عليه، أو كان مؤتمنا على مال الغير أو حقه من غير مالكة، فإن هذه المقامات قد اعتبروا فيها العدالة، وتدرج فيها عدالة الشاهد، والقاضي، والكاتب، والمترجم، وعامل الصدقة، والمقوم للمال، والمقسم، ونائب العبادات كلها عن حي أو ميت باستنابة نفس المنوب عنه أو باستنابة وكيله وغير

(1) الخلاف 3: 283، المسألة 3 .

[727]

ذلك، وأمين الحاكم على مال الأيتام والغائب والمجانين وعلى قبض الحقوق المالية، ومنصوبه في نظارة وقف أو في وصاية، والوصي على مال الأطفال والمجانين، ومفرق الحقوق المالية إذا دفع إليه المالك ولو كان وكيلًا، والودعي الذي يوضع عنده مال الغير عند حصول عذر للمستودع، والمستأجر من المستأجر إذا أراد قبض العين منه لو قلنا بعدم اشتراط إذن المالك - كما هو قضية صحيحة علي بن جعفر (1) - وعدالة إمام الجماعة، ونظائر ذلك، وبالجمل: فالضابط: إما كون قوله مسقطا عن الغير أو حجة عليه، أو كون فعله كذلك، أو كون يده مسيطرة على مال الغير من غير مالكة، فإن هذه المقامات يشترط فيها العدالة. والمنشأ في ذلك ما دل من الآية الشريفة على أن الفاسق يجب التبين عن خبره (2) فلا يسمع قوله ولا يكون حجة من حيث هو قوله، وحجته من جهة حصول العلم أو من جهة حصول الظن حيث يعتبر فيه الظن - كعدد الركعة والمرض المبيح للأفطار - كلام آخر. وما دل من النصوص على عدم كون الفاسق أهلا للأمانة (3). مضافا إلى ما ورد في مذمة الفساق بما يقضي بسقوط درجتهم، فضلا عن ائتمان الشارع لهم على مال أو نحو ذلك، وكيف ينهى الشارع عن الركون إلى الذين ظلموا (4). ثم يرخص في الاعتماد عليهم أو يعتمد عليهم في أموال الناس وما في حكمها؟ وكل فاسق ظالم ولو لنفسه؟ فتدبر. وعدم سماع قوله وعدم جواز الركون إليه يكفي في اشتراط العدالة في هذه المقامات الثلاث الجامع للفروع السابقة كلها، فتبصر. مضافا إلى ما ورد من الأدلة

[728]

الخاصة في كثير من هذه المقامات مع إشعاره باعتبار العدالة، لعدم سماع خبر الفاسق وعدم جواز الركون إليه الدال على تأسيس القاعدة، مع أن تتبع ما ورد فيه النص وقام عليه الأجماع يورث استقراء مفيدا لألحاق المشكوك فيه بالغالب. وبقي هنا كلام: وهو أن الوكيل في ما تجوز فيه الوكالة - كالعقود والأيقاعات، وتطهير الثوب، ونحو ذلك من قبض وإذن - لا يشترط عدالته، مع أن فعله وقوله مبني على الصحة مسقط عن الموكل، بمعنى: أن كل ما فعله فهو بمنزلة ما فعله الموكل، فينبغي اشتراط عدالته أيضا، إذ لعله يخبر عما هو ليس بواقع من بيع أو نكاح أو تطهير أو غير ذلك، وأي فرق بين هذه الأمور وبين الاستئابة لعبادة كالحج ونحوه حيث يشترط فيه العدالة؟ وعللوه بعدم سماع قوله في إتيانه بالعمل على وجه صحيح، فلا يعلم براءة الذمة، وإطلاع الغير على أفعاله غير ممكن، إذ من جملة الشرائط قصد القربة ولا يطلع عليها أحد. مع أن هذا الوجه يجري في المعاملات أيضا، فإن قوله غير مسموع، وإطلاع الغير غير ممكن، إذ من جملة شرائطها القصد، وهو مما لا يمكن الإطلاع عليه، فلعله كان غير قاصد. ودفع ذلك: إما بأن يقال: إن مقتضى القاعدة كان اشتراط العدالة، ولكن خرج باب الوكالة بالأجماع وإطلاق النصوص وكون فعل الوكيل منزلا منزلة فعل الموكل مطلقا. وإما بأن يقال: إن فعل الوكيل ثبت صحته في هذه الأمور بأصالة الصحة في فعل المسلم، أو بأصالة الصحة - المشار إليها في العناوين السابقة - ويكتفى بها للموكل أيضا. ولو قيل: إن هذا الكلام يجري في العبادات أيضا، فإن النائب إذا فعل فعلا فأصالة الصحة تقضي بكون ذلك جامعا للشرائط، فيكون كافيا للمنوب عنه ولا يحتاج إلى سماع خبره كما في الواجبات الكفائية، فإذا رأيت من يشتغل بغسل الميت تكتفي بذلك في السقوط عنك بأصالة الصحة وإن لم يكن عادلا، فلم

[729]

تشتري في نائب العبادات العدالة؟ قلنا: الفرق بين النيابة والواجب الكفائي واضح، فإن فاعل الواجب الكفائي أت به من جهة نفسه، ولا ريب أن عمل المسلم في حق نفسه محمول على الصحة، فإذا كان كذلك فيوجب عني السقوط، لأنه فعل صحيح. وأما النائب فهو أت للفعل عن المنوب عنه وليس هناك أصالة صحة فعل مسلم عن مسلم آخر - بمعنى ترتب الآثار عليه - إذ أدلة صحة فعل المسلم لا تعم ذلك، وسيأتي - إن شاء الله - البحث في ذلك. وأما الفرق بين العبادات والمعاملات: فبأن الذمة إذا اشتغلت فلا تفرغ إلا بيقين والمتيقن هو نيابة العدل، وأما في المعاملة فليس هناك اشتغال ذمة بشئ، بل هو إقدام على ما لو لا قول الوكيل لما أقدم عليه، ولو لم يثبت بقول الوكيل جوازه فلا يبقى علم بتحريمه أيضا، وهو كاف في جواز الارتكاب. وفيه نظر واضح. وإما بأن يقال (1): إن سماع قول الوكيل في المعاملات إنما هو من جهة كونه ذا يد على ما أخبر عنه، وقول ذي اليد مسموع ولو كان فاسقا. وهذا لا يطرد في الأشياء التي ليست مما يدخل تحت اليد كالنكاح والطلاق، فلا بد من القول بعدم سماع قول الوكيل في ذلك إلا بعد الثبوت. وأما من جهة (2) الفرق بين العبادات والمعاملات: بأن العبادات عمدتها النية وهي لا تعلم باطلا، فلا بد من اعتبار كون النائب عادلا ليحصل الوثوق به. والمعاملة وإن كان يعتبر فيها القصد وهو أيضا لا يعلم، لكن الشارع جعل ألفاظ العقود كاشفة عن القصد. ومن قال: (بعت) ثم ادعى (أنني ما كنت قاصدا) لا يسمع منه ذلك، لأن ظاهر كلامه مكذب له. بخلاف العبادات، إذ ليس فيها ما يدل على وقوعها مع نيته إلا

(1) عطف على قوله: (إما بأن يقال) المتقدم في ص: 728. (2) كذا، والظاهر (من جهة) زائدة.

أصالة الصحة، وأصالة الصحة لا تكون حجة على غير الفاعل. نعم، ظاهر العقد دال على القصد وحجة، وإلا فلم يمكن المعاملة أصلاً، لأن أحد المتعاقدين لا يدري بأن الآخر قاصد في الإيجاب أو القبول أم لا. ولا يخفى أن الفرق بين أدلة الوكالة وأدلة النيابة في العبادة - بأن الأولى مطلقة شاملة لتوكيل الفاسق أيضاً فلا مناص عن اتباع قوله فيما أخبر عنه من جهة الوكالة، والثانية مجتمعة دالة على جواز الاستئابة أو وجوبها، والمتيقن هو استئابة العدل - نظراً واضحاً وإشكالا لائحا، فإما الإطلاق في المقامين، أو الأجمال في المقامين .

(العنوان الثالث والتسعون) (في تنقيح بعض الموضوعات المأخوذة في لسان الأدلة، مثل: العقل والجنون والبلوغ والصغر، والأسلام والكفر، والعدالة والفسق، والحرية والرقية، والرشد والسفه، والاختيار والأكراه)

عنوان [39] العقل والجنون موضوعان معروفان. ولو شك في كون شخص مجنوناً أو عاقلاً فالأصل أن يكون عاقلاً، لأصالة عدم العيب، وكون الغالب ذلك. هذا إذا كان الشك ابتدائياً من دون علم بحالة سابقة، وأما بعد العلم بكونه عاقلاً فالاستصحاب أيضاً يعارض الأصل السابق. وأما بعد العلم بالجنون فالأصل بقاء الجنون ما لم يحصل العلم الشرعي بزواله وصحة العقل. وأما البلوغ والصغر: فهما وإن كانا عرفيين بالأصل، لكنهما صاراً شرعيين بالتحديد وفي بيانهما طول، وملخصه: أن في الذكر بلوغ خمس عشرة سنة تامة هلالية، أو خروج المنى كيف كان، أو إنبات الشعر الخشن على العانة يسمى بلوغاً. وفي الأنثى بلوغ تسع سنين تامة كذلك، والحيض والحمل علامتان لسبق البلوغ. ولو شك في حصوله فالأصل عدم البلوغ وبقاء الصغر. والكفر والأسلام أمران شرعيان، فمن أقر بالله وحده ونبوة محمد صلى الله عليه وآله و دون فرق بين من عرف وأنكر أو لم يعرف. نعم، لو وقع الشك في كونه كافراً أو مسلماً مع عدم إمكان الاستعلام - كما في

اللقيط مع عدم إمكان إلحاقه بدار الالتقاط، أو في غير ذلك، أو مع إمكان الاستعلام ولكن قبل العلم - فهل الأصل أن يكون كافراً، أو الأصل أن يكون مسلماً، أو لا أصل في أحد الطرفين فيتوقف إلى أن يعلم؟ وجوه لكل منها وجه. أما أصالة الكفر: فالوجه فيه (1) أن الأسلام أمر وجودي وهو الأقرار واعتقاد الأصول والضروريات، وبينه وبين الكفر تقابل العدم والملكية، فالكفر عبارة عن عدم ذلك عما من شأنه ذلك، فإذا شك في ثبوت أحدهما فلأرب أن الحادث الوجودي منفي بالأصل، وليس بعد ذلك إلا الكفر، إذ لا واسطة بين الكفر والأسلام. وهذا هو الذي يظهر من طريقة أصحابنا الأمامية، كما يظهر من تتبع كلماتهم في باب الجهاد واللقطة والميراث وفي باب الحدود والارتداد، فإن ظاهرهم في المشكوك فيه الكفر إلا بما يدل على إسلامه من إحدى الطرق الأربعة المعروفة: من الأقرار بالاستقلال، وتبعية السابي، وتبعية الأبوين بكونهما مسلمين عند إنعقاده أو إسلامهما بعده، وتبعية الدار كما في اللقيط ونحوه، وبالجملة: لا تبقى للمتتبع في كلامهم شبهة في أن الأصل الكفر حتى يثبت الأسلام. ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: فماذا بعد الحق إلا الضلال (2) ولو كان ما عدا الأسلام أعم من كونه كافراً لم يكن ضلالاً بقول مطلق. وأما أصالة الأسلام: فلم يعلم من الأصحاب البناء عليها، بل نسب إلى معاشر الأمامية البناء على أصالة الكفر (3) والذي يمكن أن يكون مستنداً لها (4) أمور: أحدها: قوله تعالى: فطرت الله التي

فطر الناس عليها (5) مع ما في تفسيره من: أنها فطرة الدين والأسلام والأيمان (6) فيكون مقتضاه: أن كل فرد من الناس فطرته فطرة إسلام ومن كفر فقد غير فطرته. وثانيها: قوله تعالى: فليغيرن خلق الله (1) في ذم الكفار، فإن ظاهره أن

(1) كذا، والمناسيب: فيها. (2) يونس: 32. (4) لم نقف عليه. (4) في (ن، د: فيه. (5) الروم: 30. (6) راجع توحيد الصدوق: 328، الباب 53. (1) النساء: 119.

[734]

خلق الله على الأسلام، ومن كفر فقد غير ما خلقه الله عليه. وثالثها: النبوي المشهور: (كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه) الحديث (1). ولا يخفى ما فيه من الصراحة في المدعى. وهذه الوجوه مخدوشة بأن ظاهرها كون كل مخلوق ومولود مولودا على فطرة الأسلام، ولازم ذلك أنه لو كبر وبلغ وأظهر الكفر عد مرتدا وإن لم يعلم حال أبويه، مع أنه لا تجري عليه أحكام المرتد قطعا، بل اللازم أن تجري عليه أحكام المرتد الفطري، لأنه مولود على الفطرة، وحينئذ فلا يبقى للمرتد الملي مصادق أصلا، إذ كل ما فرض فهو مرتد عن فطرة، وهذا مما يحكم الأجماع والنصوص بفساده. ويعلم من ذلك: أن هذه الرواية كالأية من المتشابهات لا ينبغي اتباعها في مقابل المحكمات، ولا نعقل كون أبويه مهودين ونحو ذلك، بل المولود مولود قابل للأمرين، إن شاء قبل الأسلام وإن شاء قبل الكفر. وأحكام الارتداد عن فطرة أو ملة أمور تعبدية حكم بها الشارع، لا أن من كان أبواه مسلمين فهو مسلم، ومن كان أبواه كافرين فهو كافر. والأعتماد على مثل هذه الدلالات في إثبات الأحكام الشرعية بعيد عن مذاق الفقه. وإن كان يمكن أن يقال: إن الرواية بظاهرها دلت على أصالة الأسلام، ولا ملازمة بينه وبين كون ذلك مرتدا أو مرتدا عن فطرة، لأن لنا أن نقول: إن الارتداد عبارة عن الخروج عن إسلام ثابت بالأقرار أو بالبينة ونحو ذلك، لا بمجرد الأصل، ولأمانع من ذلك. ولو سلمنا أن الأصل قاض بإسلامه فيحكم بارتداده إذا أظهر الكفر بمنع كون إرتداده عن فطرة، نظرا إلى أن من شرطه علوقه حال إسلام أحد أبويه، والأصل لا يثبت ذلك، مضافا إلى إستلزامه عدم وجود مصادق للارتداد

(1) عوالي اللالي 1: 35، ح 18، وراجع الكافي 2: 12 (باب فطرة الخلق على التوحيد) وتوحيد الصدوق: 328، الباب 53، والعلل: 376، الباب 104، ح 2.

[735]

الملي، فعلم أن المراد بأصالة الفطرة ما ذكرناه، لاكونه في حكم المسلم مطلقا. ولو قيل: كما أنك لا تحكم بارتداده عن فطرة لعدم علمك بشرطه فلا تحكم بالملية أيضا، لأن من شرطه العلوق مع كفر أبويه وهو غير معلوم، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر. قلت: لا أقول بأن المليية علم شرطه، بل نقول: إن الشك في ذلك يوجب نفي الأحكام المشكوكة بالأصل، وأحكام المرتد عن فطرة - من قتل وقسمة مال وزوال نكاح وغيرها - على خلاف الأصل، فتتفى حتى تثبت. وبالجملية: البناء على أصالة الأسلام للخبر المذكور لا يستلزم المحذور، ومع ذلك فضعفه الخالي عن الجابر (1) مع ما يظهر من الأصحاب خلافاه يمنع من العمل به. وأما نفي الأصل عن البين فلأن الكفر عبارة عن الأنكار واعتقاد الخلاف، فكل منهما أمران وجوديان منفيان (2) بالأصل، وليس شئ منهما موافقا له، فيكون هناك واسطة، كمن يبلغ نائما أو ذاهلا، أو لم يسمع صيت الحق والباطل أو كان مترددا في الترجيح - ونحو ذلك - فإن ذلك كله ليس بكافر ولا مسلم، وهذا القول هو المنسوب إلى المعتزلة. ولازم هذا القول: الرجوع في أحكام هؤلاء الوسائط إلى الأصل، فإن كان حكم الأسلام هو الأصل - كما في الطهارة مثلا - فيحكمون به فيهم، وإن كان حكم الكفر موافقا للأصل - كعدم حل ذبيحتهم - يحكمون بحكم الكفر كما هو القاعدة في الموضوع المشتبه، وهذا القول

مما لا يحوم أحد من أصحابنا حوله .فالحق - حينئذ - المصير الى أصالة الكفر، ومراعاة
علائم الأسلام الأربعة المشار إليها (3) فتدبر. وهنا كلام من جهات لا مجال في ذكره .

(1) لا يخفى أن الأخبار الواردة في المقام تبلغ حد الاستفاضة، ولا تنحصر بالنبوي المذكور، وقد أشرنا إلى
المصادر في ذيل الصفحة 734، الهامش (1). (2) كذا في اصول النسخ، وقد غيرها مصحح (م) هكذا: فكل
من الأسلام والكفر أمر وجودي منفي...، (3) راجع ص: 733 .

[736]

وأما الأيمان: فالحق أيضا عدمه، للأصل إلى أن يثبت وليس هنا ما يدل على
خلافه إلا على القول بكون المخالف كافرا. والكلام في العدالة والفسق نظير الكلام
في الأسلام والكفر، والبحث فيه طويل. والظاهر أن العدالة هي الملكة، وحسن
الظاهر كاشف عنها كما قضت به صحيحة ابن أبي يعفور (1) لا أن نفس حسن الظاهر
هو العدالة، ولا مجرد الأسلام مع عدم ظهور الفسق كما يراه شيخ الطائفة (2) حتى
يكون المشكوك فيه محكوما بعدالته بعد العلم بإسلامه. وقيل: إن الفسق أمر عديمي،
وهو عدم العدالة عما هو قابل لها، ولا واسطة بينهما، واعتبار الأصحاب ارتكاب الكبيرة
أو الأصرار على الصغيرة في الفسق إنما هو ليكون كاشفا عن عدم الملكة (3). وهو
بعيد. والحق كون تقابلهما تقابل التضاد وثبوت الواسطة. والمشكوك فيه غير ملحق
بشيئ منهما، ويرجع في حكمه إلى ما وافق الأصل من حكم العادل والفاسيق، نظير
ما أشرنا إليه في الكفر والأسلام على قول المعتزلة، فتدبر. وأما الحرية والرقية:
فالأصل في كل مقام شك فيهما الحكم بالحرية، إلا إذا ثبت الرق، لأن الملك أمر
حادث والأصل عدمه، وكفى في الحرية عدم كونه مملوكا، إذ ليس معنى الحرية إلا
ذلك، وليس أمرا وجوديا حتى ينفي بالأصل، فيرجع فيه أيضا في أحكامه إلى ما وافق
الأصل من أحكام الحر والرق. والظاهر أن أصالة الحرية مجمع عليها بين الأصحاب، لا
يخرج عنها إلا بإقرار أو بينة ونحوه (4) حتى أنه لو كان هناك يد عرفية فادعى صاحب
اليد الرقية وادعى الآخر حرية نفسه، فالظاهر تقديم قول من ادعى الحرية حتى يثبت

(1) الوسائل 18: 288، الباب 41 من أبواب الشهادات، ح 1. (2) الخلاف 6: 217، كتاب آداب القضاء المسألة
10. (3) لم نظفر على قائله. (4) كذا، والمناسب: نحوهما .

[737]

الآخر، واليد هنا لا عبرة بها، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فأصل اليد محل نزاع.
وبعبارة أخرى: نزاعهم في الحرية والرقية يرجع إلى النزاع في أن له يدا عليه أم لا،
فيقدم المنكر، ولذلك ذكر الأصحاب: أن الإنسان لا يملك إلا بالسبي مع الكفر الأصلي
أو بملك اصوله الموجب لمملوكية الأولاد، وإلا فهو بحسب الأصل حر. وأما الرشد
والسفه: فلا ريب أن المشكوك فيه من جهتهما يحكم عليه (1) (بالرشد، لأن السفه
عيب والأصل في الأعيان الخارجية الصحة، واستصحاب عدم الرشد باعتبار عدم كونه
رشيدا في أن الصغر غير آت، لأن السفه عبارة عن نقصان العقل، وهو غير عدم
الأدراك للصغر، كما أن عدم تمييز الطفل في الأمور بين الحسن والقبح (2) لا يعد
جنون. وبعبارة أخرى: عدم التمييز والاستقامة مرة يصير من عدم الاستعداد والقابلية،
بحيث لو بقي عليه ذلك وفهمه أيضا ليس فيه أهلية ذلك، وهذا هو الذي نسميه
بالجنون عند فساد العقل، وبالسفه عند نقصانه. ومرة يصير من جهة عدم سماع
الكيفية كما في الأطفال، أو من عدم المزاولة كما في الكبار أيضا في الأمور التي لم
يباشروها ولم يباشروا أهلها من الصنائع والحرف، وهذا لا يعد سفها ولا نقصا في
العقل، وذلك واضح، فعلم أن السفه نقص وعيب، والأصل عدمه. وقد كثر القيل والقال
في بيان معنى السفه، والحق: أنه أمر عرفي. وجعل الشيخ قدس سره الفاسق
سفيها لما ورد في الخبر (أن شارب الخمر سفيه) (3) ليس في محله، إذ هو لا يدل
على معنى اللفظ، أو يراد به من أسرف ماله في المحرم، أو يراد التشبيه، أو يراد

سفه عقل المعاد لاعقل التكليف والمعاش. ولنعم ما قال الشهيد الثاني رحمه الله:
إن الفاسق لو كان سفيها محجورا عليه لم يقيم للمسلمين سوق أصلا

(1) في (ن، د): فيه. (2) في (ف، م): القبيح. (3) المبسوط 2: 284، 285. 4 (4). (المسالك 4: 149، قال
قدس سره: وأعلم أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقيم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال .

[738]

وذلك واضح. والضابط في بيانه: أن الرشد أن يكون له ملكة نفسانية تقتضي
إصلاح المال وتمنع إفساده وصرفه في غير الوجه اللائقة بحال العقلاء، ومجرد
الأصلاح لا يكفي فيه. والسفه ما يقابله، بمعنى عدم تلك الملكة، والأفساد في بعض
الأحيان مع وجود الملكة لا يعد سفها. وطريق معرفته: الاختبار بما يلائمه، في الذكر
بحسبه، وفي الانثى بحسبها، وفي أولاد كل طائفة بما يلائمهم من الحرف والصنائع
والمعاملات والنفقات، كما فصلوه في كتب الفقه. وفي كلام بعضهم: أن صرف المال
في وجه البر لا يعد سفها وإن بلغ ما بلغ وخرج عن المعتاد لأمثاله، إذ لاسرف في
الخير (1). وفيه نظر، والظاهر أن الخروج عن الحالة اللائقة بحاله داخل في الأسراف
معدود من السفه وإن كان في وجه البر، وفي الكتاب والسنة ما يشهد بذلك (2) كما
لا يخفى على من تتبع فيهما وفي كلام الأصحاب. وأما الأكراه والاختيار: فهما أيضا
موضوعان عرفيان. والأصل في محل الشك عدم الأكراه، وما صدق عليه عرفا أنه إكراه
فيلحقه حكمه. فلو أجبره على البيع فأجر أو صالح أو أكرهه على البيع نقدا فأسلم، أو
أكرهه على البيع بخيار فألزم، أو أكرهه على شيء بشرط الإنفراد فضمه إلى شيء
آخر، أو أكرهه على شيء بشرط إنضمامه إلى شيء آخر فأفرده، لا يعد مكرها في
شيء من ذلك، لأن المدار في الأكراه على صدور ذلك الفعل المأتي به من دون الرضا،
وهذا لا يصير إلا بوقوعه على مقتضى إرادة المكره - بالكسر - ورضاه، فالمخالفة
قاضية بعدم مراعاة رضاء المكره - بالكسر - فلا بد من كونه عن رضا نفسه، كما هو

(1) نسبته الشهيد الثاني قدس سره إلى المشهور، المسالك 4: 152. (2) لعل مراده من الكتاب: قوله
تعالى: ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا الأسراء: 29. وأما
السنة: مثل ما رواه في الوسائل 26315، الباب 29 من أبواب النفقات، ح 3.

[739]

ظاهر الفعل. وليس في الصور التي فرضناها بين المكره عليه وبين المأتي به
عموم وخصوص حتى نقول بأنه أحد أفراد المكره عليه، بل بينهما تباين بالذات أو
بالقيد والخصوصية الاعتبارية. أما لو أكرهه على أحد الشيئين المتساويين - كإعطاء
أحد الدينارين - فدفع أحدهما معينا، فربما يتخيل أن ذلك لا يعد إكراها، لأن المكره -
بالكسر - ما أراد الخصوصية. وهو ليس كذلك، لأن مدار الأكراه على صدور الفعل من
دون رضاه، ولأرباب أن دفع هذا الدينار ليس لأنه دينار خاص، بل من جهة أنه أحد
الأمرين المطلوب منه إكراها، والخصوصية ملغاة في نظرهما معا، والطريق في إثبات
الكلية منحصر في الفرد، وأي منهما كان يجيء فيه هذا المحذور. وأما لو كانا متفاوتين
(1) فإن كان أحدهما أقل من الآخر بحيث يندرج تحته - كإعطاء دينار أو دينارين، وبيع
من أو منين - فهذا لا يعد إكراها على المنين عند الأنصاف، فلو أتى بالمن ففهم مكره،
لدخوله تحت فردي التخيير. وأما لو باع المنين فيحتمل أن يقال: إنه أيضا مكره عليه،
لأنه أحد الفردين. ويحتمل القول بأنه لإكراه فيه أصلا، إذ لم يتعين عليه ذلك، والمن
كان كافيا فيه، والعدول إلى المنين يكشف عن رضاه ورغبته في ذلك. ويحتمل
التفصيل بأنه مكره في من دون آخر، والوجه يعلم مما سبق، ولعل الأخير هو الأوسط.
ولو أكرهه على بيع شيء من ماله وكان هناك أشياء متفاوتة لا يندرج الأقل تحت
الأكثر، كفرس قيمته عشرة وسيف قيمته خمسة - ونحو ذلك - فإن باع الأقل فلا
شبهة في كونه إكراها، إلا على ما ذكر من احتمال عدم الأكراه في المخير. وإن باع

الأكثر فالظاهر أنه أيضا كذلك، لأنه شئ اكره على بيعه، ولا ترجيح للأفراد المندرجة تحته. ودعوى: أن الأكره كان يندفع ببيع الأقل فعدولك إلى الأكثر يكشف عن

(1) في (ن) متغاييرين .

[740]

الرضا، معارضة بأن الأكثر أيضا كان كافيا في امتثال الأمر، فعدولك إلى الأقل ناش عن رضاك (1). إلا أن يقال: إن الضرورة لما كانت تتقدر بقدرها فارتكاب الزائد كاشف عن عدم مدخلية الأكره. لكن هذا في الصورة السابقة متجه، وهنا ليس كذلك، لكون الفردين متباينين، والتخيير إنما هو إلى المكره - بالفتح - ولعله لا يرى بيع الأقل مصلحة لنفسه، لخصوصية دعت الحاجة بها إلى العين، فتدبر. ويحتمل الفرق هنا بحسب المقدار - كما ذكر في الاولى - على ضعف. ولو أكرهه على بيع شيئين على الإطلاق - أي: لم يشترط الانضمام - فباع أحدهما عد مكرها، لأنه أحد احتمالي المكره عليه. أو أكرهه على بيع شئ واحد لا بشرط الانفراد بل بلفظ مطلق، فباعه منضمًا إلى آخر عد إكراها في الجزء الأول، لأن ضمه إلى شئ آخر لا ينافي كونه مكرها عليه. وهنا صورة عامة البلوى ظاهرة الأشكال، وهو: أنه لو أكرهه على دراهم أو دينار - كما هو عادة الحكام والسلطين في التوجيهات - فباع شيئا من ماله لأجل دفع ذلك فهل يعد هذا إكراها في بيع ذلك، لأنه لم يبيع هذا المال إلا من جهة الخوف على نفسه من التلف لو لم يدفع الدينار، ولا يمكن إلا بالبيع ونحوه وهو إحدى الطرق المحصلة للدينار؟ أو لا يعد إكراها مطلقا، لأن الأكره أمر عرفي، ولا يصدق هنا أنه بيع المكره، والأكره على دفع الدينار لا يستلزم الأكره على البيع عرفا؟ أو يفصل بين صورة انحصار المقدمة في بيع ذلك مثلا، فيكون إكراها - إذ الأحبار على ذلك مع عدم إمكان الدفع إلا بالبيع لا معنى له إلا الأكره على البيع - وبين صورة عدم الانحصار فلا يكون إكراها؟ وجوه واحتمالات. والأقوى في النظر القاصر أنه ليس بإكره على البيع مطلقا. ولو اكره على أحد الشيئين تخييرا فباعهما معا، فإن باع تدريجا فلا بحث في

(1) في مصححة (ن): فعدوله... عن الرضا .

[741]

كون السابق هو ما تحقق المكره عليه في ضمنه، والثاني لا إكراه فيه. وإن باعهما دفعة، ففي كونه مكرها مطلقا وعدمه مطلقا وكونه مكرها في أحدهما دون الآخر وجوه، يظهر وجهها مما سبق. وعلى الأخير يحتمل القرعة في إخراج المكره عليه، ويحتمل تخيير المكره - بالفتح - في فسخ أحدهما. وربما يتفق صدور بعض المعاملات من الناس حياء عمن أرادها - كما هو طريقة الناس غالبا - والظاهر: أن الحياء ليس من باب الأكره وإن بلغ ما بلغ، لأن طلب رضا الملتمس من المقاصد المعتد بها، ولا يرضى الفاعل بذلك إلا لغرض وداع له فيه، وهذا غير معنى الأكره. وفي كلام بعضهم: أنه عد من الأكره (1) وليس بجيد جدا .

(1) لم نظفر عليه .

[743]

(العنوان الرابع والتسعون) (أصالة الصحة في فعل المسلم وقوله)

عنوان [49] أفعال المسلمين وأقوالهم محمولة على الصحة والصدق، وهذا المضمون نقل عليه الأجماع حد الاستفاضة، والظاهر أنه صار من الضروريات، حيث اشتهر في السنة العوام والنساء. وليس مما يحتاج إلى إقامة الحجة، وإنما البحث في المراد منها، لما صعب على بعض المتأخرين (1) ذلك واستشكل فيه، مع أنه من الضروريات على الظاهر. ومما يدل على ذلك - مضافا إلى الأجماع - أن الغالب في فعل المسلمين وأقوالهم الصحة بلا شبهة، وكلما شك فيه فيحمل على الغالب. وما ورد في بعض المقامات من النصوص الخاصة، كالأخبار الدالة على قبول (قول ذي اليد) في باب الطهارة والنجاسة (2) وفي باب التذكية (3). وما دل على أن كل ذي عمل مؤتمن (4) وظاهره أنه كلما يقول في ذلك فقول

(1) الظاهر أن المراد به: هو المحقق السبزواري في الكفاية: 76. (3) راجع الوسائل 2: 1069، الباب 47 من أبواب النجاسات، ح 3 و 4، والباب 50 منها. (3) راجع الوسائل 16: 294، الباب 29 من الصيد والذبايح، وراجع البحار 80: 82. (4) (لم نعتز على خبر بذلك المضمون، وقد عبر عنه المحقق النراقي قدس سره بـ) قاعدة كل ذي عمل مؤتمن في عمله (عوائد الأيام: 74، العنوان: 23).

مسموع في حقه ولا يفعل إلا ما هو مقتضى الأمانة. وليس المراد به الأخبار، وإلا لزم الكذب، بل المراد: بيان أن البناء ينبغي أن يكون على ذلك حتى يعلم خلافه، فيكون في مقام تأسيس القاعدة وبيان الحكم الشرعي. وما دل من الآيات والأخبار وغيرها من الأدلة على حجية خبر العدل أو مطلقا بعد التبين في الأحكام الشرعية كما عليه العمل الآن. وما ورد في قبول شهادة الرجل أو المرأة في بعض المقامات منفردا أو منضما (1) كما هو الغالب. وما مر من القاعدة المشار إليها سابقا: أن الشئ الذي لا يعلم إلا من قبله يسمع قوله فيه (2) وما ذكرنا فيه من النص الوارد في خصوص النساء وتصديقهن في أمر العدة والحيض ونحو ذلك، فإن هذه الموارد وإن كانت موارد خاصة لكنها تؤيد سماع القول والحمل على الصحة. ويدل عليه أيضا قوله تعالى: اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم (3) فإن ظاهره أن ظن السوء على المسلم إثم، وليس معناه إلا البناء في أفعاله وأقواله على الصحة. وما ورد من الروايات على أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يكذبه في كلامه (4). وما ورد من الروايات على الأمر بوضع أمر الأخ المسلم على أحسنه (5). وما دل على أن قول المسلم يجب قبوله (6). وما دل على أن اتهام المسلم والمؤمن حرام (7). وما دل على أن المؤمن وحده حجة يعمل بقوله (8). وما دل على تحريم

(1) انظر الوسائل 18: 192، الباب 14 من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى، والباب 15 منها. (2) راجع العنوان: 79. (3) الحجرات: 12. (5) الوسائل 8: 543، الباب 122 من أبواب أحكام العشرة، ح 4 و 10. (5) الوسائل 8: 614، الباب 161 من أبواب أحكام العشرة، ح 3. (6) لم نعتز عليه. (8) راجع الوسائل 8: 613، الباب 161 من أبواب أحكام العشرة. (8) ما ظفرنا عليه هو ما عن النبي صلى الله عليه وآله: (المؤمن وحده حجة والمؤمن وحده جماعة) الوسائل 5: 380، الباب 4 من أبواب صلاة الجماعة، ح 5.

إضرار السوء على الأخ المسلم (1). وما دل على أن ظن السوء واجب الترك (2). وما دل على أن التكذيب لا يجوز (3). قال المعاصر النراقي في عوائده: أن عدم ظن السوء وعدم التكذيب لا يفيد (4) المدعى، لأنه أعم من الحمل على الصحة، وما دل على التصديق مع ضعفه وعدم الجابر مطلق يتقيد بما دل على المقيد فلا يبقى فيه إطلاق، ونقل رواية موثقة فيها: أن شرط أداء حق الأخوة كونه (إذا عامل لم يظلم وإذا حدث لم يكذب وإذا وعد لم يخلف) (5) وقال: إن هذا الخبر يدل على شرطية ذلك

المستلزم انتفاؤه انتفاء وجوب أداء الحق. ونقل الصحيحة المشار إليها في بحث العدالة، وفيها: (أن يكون ساترا لجميع عيوبه، حتى يحرم على المسلمين تفتيش وراء ذلك من عثراته وعيوبه، ويجب عليهم تركيته وإظهار عدالته في الناس) (6) وقال: إن هذا يدل على أن هذا لو لم يكن كذلك لم تجب تركيته. ونقل رواية الثمالي الدالة على عدم العبرة بالمستحق للتهمة (7) وقال: ظاهره الفاسق أو المظنون في حقه ذلك. ونقل المرسل الدال على النهي عن مصاحبة الفاسق (8) وأشار إلى الأخبار الدالة على نفي الأيمان والأسلام أو التشيع عن بعض الفساق (9) بل من هو أعلى منه (10). ونقل

(1) الوسائل 8: 611، 159 من أبواب أحكام العشرة، ح 2. (2) الوسائل 8: 614، الباب 161 من أبواب أحكام العشرة، ذيل ح 3. (3) (4) كذا، والمناسب: لا يفيدان. (5) الوسائل 8: 597، الباب 152 من أبواب أحكام العشرة، ح 2. (6) (الوسائل 18: 288، الباب 41 من أبواب الشهادات، ح 1. (7) الوسائل 11: 137، الباب 3 من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، ح 1، قوله (عليه السلام): وحق الناصح... (8) الوسائل 8: 419، الباب 17 من أبواب أحكام العشرة، ح 1. (9) مثل ما ورد عنه (صلى الله عليه وآله): " لا يزني الزاني وهو مؤمن، ولا يسرق السارق وهو مؤمن " البحار 69: 63، ح 7 و 8. (10) مثل ما ورد عنه (صلى الله عليه وآله): " لا إيمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له " البحار 19871: 26، ح 26. وما ورد عن الكاظم (عليه السلام) في وصيته لهشام لا دين لمن لامرؤه له =

[747]

ما ورد في الخبر: أنه إذا كان الجور أغلب من الحق لا يحل لأحد أن يظن بأحد خيرا حتى يعرف ذلك منه (1). ثم قال: ولم يتحصل من ذلك كله إلا الجزئية. والأجماع على الكلية غير ثابت، للاختلاف في كثير من المقامات: كالشهادات، والروايات، والأخبار، وأقوال ذي اليد، والعمل في الطهارة والنجاسة، والمنازعات، والمطاعم، والمشارب، فيختلفون فيه ولا يتمسكون بالقاعدة إلا في قليل. ثم قال: والاستقراء معارض بمثله، والأخبار الخاصة في المقامات يعارضها أكثر منها في مقامات آخر فلا دليل على الكلية. هذا مجمل كلامه زيد في إكرامه. (2) ولا يخفى أن ظاهر الأصحاب كون حمل أفعال المسلمين على الصحة من الضرورات، ولو كان لذلك مخصص لنبهوا عليه، فلا بد من التأمل في المراد حتى يرتفع هذا الإشكال. فنقول: لو كان المراد من هذا الأصل: أن المسلم إذا فعل فعلا أو ذكر قولاً فينبغي أن يبنى على أنه هو الواقع فيكون فعله مبنياً للواقع حتى يعلم خلافه وكذلك قوله، فهذا المعنى قابل لوجهين: أحدهما: أنه يبنى على كونه الواقع بالنسبة إلى نفس الفاعل، بمعنى كون الواقع عنده ذلك، فيكون غير مخطئ في فعله ولا كاذب في قوله، فيبنى في كل ذلك على أنه ذكر وفعل ما هو الواقع عنده، سواء كان واقعا في الواقع أو خطأ أو نسيانا أو غير ذلك، فيكون حملا لرفع الأثم والمعصية عن المسلم، بمعنى: أن كل ما رأيت من المسلم فعلا أو قولاً فلا تبادر إلى قبحه وإلى تكذيبه، بل كل ما يمكن أن يكون له احتمال صحته فابن عليه، فإن كان للموضوع قيود وخصوصيات محتملة رافعة

البحار 1: 141، ح 30. وراجع الكافي 2: 226، باب المؤمن وعلاماته وصفاته، وص 242 باب قلة عدد المؤمنين. (1) الوسائل 13: 233، الباب 9 من أبواب أحكام الودعة، ح 2. (2) عوائد الأيام: 75 - 78، العلامة: 23.

[748]

للمعصية والأثم فاحمل على أحدها، وإلا فعلى الخطأ في الاعتقاد، مثلا: إذا رأيت أحدا يأكل في نهار شهر رمضان فيحتمل كونه مسافرا، وإلا فيحتمل كونه يخاف على نفسه من ضرر، وإلا فيحتمل كونه مكرها - وإن كانت امرأة يحتمل كونها حائضا - وإلا فيحتمل عدم كونه عالما بأن هذا شهر رمضان، لبعده عن البلد ونحو ذلك، وإلا فيحتمل أن لا يكون عالما بوجوب صوم شهر رمضان، كما لو كان جديدا للأسلام واحتمل ذلك منه، وإلا فيحتمل اعتقاده أن الأكل لا يفسد الصوم، أو أكل الفاكهة أو التمر مثلا، أو العلف الغير المعتاد ونحو ذلك، ويحتمل كونه ناسيا عن كونه صائما كما يتفق غالبا،

أو ناسيا عن كون هذا شهر رمضان فتخيل أنه صوم مندوب، أو قضاء يجوز إفطاره قبل الزوال ونحو ذلك، فإن هذه كلها احتمالات يدفع بها ظن السوء ويبني على الصحة. ويدل على هذا المعنى ما ذكره المجلسي رحمه الله في البحار في قضايا أمير المؤمنين عليه السلام أنه ورد عليه قوم يأكلون في نهار شهر رمضان، فسألهم عن السفر والمرض ونحو ذلك من الأعذار، فلما أقرروا بانتفاء الكل قام فحدهم (1). وهذا المعنى هو ظاهر قولنا: (يحمل فعل المسلم على الصحة (وهو الذي يتبادر منه إلى الأذهان ويدل عليه الآية (2)). وما دل على عدم التكذيب يكون معنى ذلك: أنه لا يبنى على كونه كاذبا عاصيا، وأما أنه يبنى على كون الكلام مطابقا للواقع حقا - بتقريب أن عدم التكذيب عبارة عن التصديق والقول بأن كلامك مطابق للواقع - فغير مستفاد من الخبر، بل لاريب أن الساكت والمتردد أيضا يقال له: إنه ما كذب الخبر، وإن كان لم يصدق أيضا. وإحتمال الخطأ في الخبر وعدم الوثوق به ليس تكذيبا لقائله عرفا، بل المتبادر من (التكذيب) نسبته إلى الكذب عن عمد الذي هو المعصية، لا مجرد مخالفته للواقع ولو كان عن خطأ أو نسيان. ويدل على هذا المعنى ما دل من

(1) البحار 40: 288، ح 64. (2) قوله تعالى: يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم الحجرات: 12.

[749]

الآيات والأخبار على مذمة الكذب وكون اللعنة على الكاذب، فتدبر جدا. وهو المراد أيضا من وضع أمر الأخ المسلم على أحسنه، لظهوره في الحمل على أجود المحتملات، لافرض كونه واقعا فلا بد من ترتيب كل أثر عليه، بل مجرد رفع العصيان عن الفاعل. وكذا ما دل على حرمة التهمة - وهو ظن السوء - فإن ما ظاهره الخلاف إذا وجب حمله على الصحيح فكيف بالظن من دون أمانة ظاهرة؟ وكذا المراد من عدم إضمار السوء. نعم، ما دل على وجوب العمل بقول المؤمن وأنه حجة لا يلائم هذا المعنى الذي ذكرناه، وإنما هو ملائم للمعنى الاتي، وسيأتي الكلام في اعتباره. وما ذكره (1) من المعارضات لا يرد شئ منها على هذا المعنى، لأن اشتراط أداء حق الاخوة بهذه الامور الثلاثة لا يدل على أن من كان على خلاف ذلك فلا يحرم فيه ظن السوء، بل لا يجب أداء حق الاخوة، وهو غير المراد. ولا دليل فيه على جميع الحقوق حتى نقول: إن ظن السوء منه، مضافا إلى أنه مشعر بالحيثية، فإنه إذا وعد وخالف وحدث وكذب، فلا وجه حينئذ لحمل قوله على الصدق بعد العلم بكذبه ومخالفته. ولا دلالة في الخبر (2) على أن من كذب في حديث أو خالف في وعد فلا بأس بظن السوء فيه ولا احترام له، وذلك واضح عند من تأمل، والظاهر من سياق الخبر غير ذلك قطعا. والصحيح في العدالة (3) إنما يدل على أن من لم يكن ساترا لجميع عيوبه لا يحرم على المسلمين التفتيش ولا يجب عليهم التزكية، والقيد إنما هو للمجموع المركب لالكل واحد، وليس يفيد أنه إذا أظهر بعض عيوبه حل للمسلمين التفتيش عن الباقي، وعدم وجوب التزكية لا يستلزم التفتيش وظن السوء، غايته: يكون مجهول الحال، أو يكون فاسقا بما أظهر من عيبه، لا أنه يسند إليه ما سواه أيضا،

(1) أي: الفاضل النراقي في كلامه المتقدم. (2) تقدم في ص: 746. (3) يعني صحيحة ابن أبي يعفور الواردة في بيان العدالة، الوسائل 18: 288، الباب 41 من أبواب الشهادات، ح 1.

[750]

وهذا لادخل له في الحمل على الصحة أبدا عند الأنصاف. وعدم العبرة بمستنحق التهمة يقضي بأن الإنسان إذا عرض نفسه للتهمة ولم يتق مواقعها فهو فاسق، لأن الاتقاء من مواقع التهمة أيضا من الواجبات التي من تركها يفسق بذلك، لا أنه يسند إليه ما لم يعلم منه، ولا منافاة بين كونه مخالفا للشرع في عدم الاتقاء عن موضع التهمة ولزوم عدم ظن السوء في حقه لغيره. وما دل على أن الفاسق ليس بمؤمن ولا مسلم لا يدل على عدم لزوم حمل فعله على الصحة، إذ لاريب في إرادة

الأيمان والأسلام الكامل، للقطع بجريان جميع أحكام الأسلام والأيمان على الفاسق. وما ورد من الايات في حصر المؤمن على أشخاص (1) لا تتفق إلا في أحاد العدول أيضا قاض بإرادة الكامل، بل ما ورد من الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام في ذكر صفات المؤمن (2) يقضي بعدم وجود مؤمن غير المعصوم، ومثل ذلك ليس مناط الاستنباط للفقهاء في المسائل، فتبصر. وما دل من الخبر على عدم الاعتماد إلا مع معرفة الصلاح والخير، فلا يدل على جواز ظن السوء، أو عدم الحمل على الصحة في المجهول الحال، بل غايته: أنك لا تعتمد ولا تجترئ على ذمه وظن السوء به بما رأيت منه ما خالف الشرع باعتقادك، إذ لعله معذور في ذلك. وما ذكره من اختلاف الأصحاب في هذا الباب في مقامات قد عرفت أن شيئا منها لا دخل لها على هذا المعنى الذي ذكرناه، إذ عدم المعصية (3) لا يستلزم كونه في الواقع كذلك .

(1) مثل قوله تعالى: إنما المؤمنون الذين إذا ذكر الله وجلت قلوبهم... الأنفال: 2. إلى غير ذلك من الايات.
(2) الكافي 2: 226، باب المؤمن وعلاماته وصفاته، ح 1. (3) كذا في النسخ، والصواب: عدم التمسك. وهذه إشارة إلى ما تقدم نقله عن المحقق النراقي قدس سره: من عدم ثبوت الأجماع على كلية القاعدة، راجع ص: 747 .

[751]

وثانيهما: أن يكون المراد: بناء كون قوله على وفق الواقع واقعا وفعله على طبق الشرع واقعا، ولازمه ترتيب جميع الآثار عليه في نظر الغير ما لم يعلم بعبية تعيدا. وهذا المعنى أيضا ظاهر من بعض أخبار المقام وأدلة الباب، كما أشرنا إليه. وما ذكره (1) من المعارضات أيضا بعد معونة ما أشرنا إليه لا يعارض ذلك إلا في بعض ما مر. ولكن هذا المعنى غير معهود من الأصحاب، إذ لم يجعل أحد منهم فعل المسلم بمجرد وقوله دليلا على الواقع، بمعنى: كون صدور ذلك من المسلم كافيا في الحكم فيما اشتبه حكمه في الشرع. نعم، لو كان هناك صورتان: إحداهما موافقة للشرع صحيحة، والأخرى مخالفة له فاسدة، وقد علم حكمهما من الشرع ولم يعلم أن هذا الفعل الصادر عن المسلم من أي الصورتين فينبى أنه في الواقع من أفراد الصورة الصحيحة دون الفاسدة. وبعبارة أخرى: إذا فعل المسلم فعلا - كمن ترك في الصلاة جزءا، أو احتقن بالمائع في شهر رمضان، أو ابتاع مالا بمال - فإن كان هذا الفرض من مشتبه الحكم شرعا ففعل المسلم لا يكون دليلا على صحته في الواقع والتمسك بسيرة الناس لكشفه عن تقرير المعصوم. وإن كان مما اشتبه موضوعه بعد العلم بوجود فرض صحة لهذا الفعل وفرض فساد فينبى على الصحة، وبمعناه الحل والحرمة. وهذا لامانع منه، والحكم بأن هذا من الفروض الصحيحة المحللة واقعا لا معارض له في شيء مما ذكره من النصوص، كما لا يخفى على من راجع. والأصحاب لم يعرضوا عن هذا المعنى إلا في باب التنازع والخلاف، وإلا ففي ما عدا ذلك عملوا به، وفي باب الشهادة دل الدليل على التعدد، أو أنهم لم يعملوا بكون القول كاشفا عن الواقع مطلقا، أو لأنهم فهموا من ذلك الخلو عن المعارض، وفي مقام التنازع يتعارض القولان ويتساقطان ويحتاج إلى شيء آخر .

(1) يعني: الفاضل النراقي قدس سره في كلامه المتقدم .

[753]

(فائدة) (حول قاعدة: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

[754]

فائدة نختم بها الكلام مما أفادنا شيخنا المحقق وإمامنا المدقق الشيخ علي بن جعفر الغروي - من الله علينا بطول بقائه، كما شرفنا بيمين لقائه عند قرائتنا عليه في النكاح - في قوله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (1). وهي: أنه لا ريب أن النسب له أحكام كثيرة منتشرة في أبواب الفقه، كتحرير النكاح، وعدم الربا بين الوالد والولد، وعدم القود من الوالد لولده، وعدم صحة نكاح موطوءة الأب على الابن، وكذا المنظورة والملموسة - على خلاف في محله - وكذا في العكس، وتحرير الزوجة بالتشبيه بظهر الام إلى أن يجئ بما يجب عليه، ولزوم إطاعة الوالدين في السفر والجهاد وغير ذلك، وتحرير العقوق والتأفيف، ونحو ذلك من تحرير تملك الأقارب للرجال والنساء على التفصيل المذكور في محله. فهل الظاهر من قوله: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) كون الرضاع كالنسب في جميع ذلك فيكون خروج ما خرج محتاجا إلى الدليل، أو الظاهر منه خصوص باب النكاح - كما ذكره الأصحاب - فلا يسري إلى سائر المقامات؟ الظاهر عدم التعميم فيه، كما يشعر به ذكر الأصحاب له في باب النكاح وعدم

(1) الوسائل 14: 280، الباب 1 من أبواب ما يحرم بالرضاع، ح 1، والأخبار بهذا المعنى مستفيضة .

[755]

إجرائهم أحكام النسب على الرضاع في غير باب. ولا يبعد أن يدعى عرفا أيضا أن هذه العبارة تنصرف إلى النكاح وإن كان اللفظ أعم من ذلك، خصوصا بعد ملاحظة ما في الروايات الواردة في تحرير النكاح المذكور فيه هذه العبارة، فإنها دالة على كون المراد منها خصوص حرمة النكاح، مضافا إلى استلزام الحمل على العموم لزوم تخصيص الأكثر. ثم بعد ذلك اعترض (1) على ذلك بأن الأصحاب أفتوا بحكم الرضاع كالنسب في باب العتق، فلا يملك من الرضاع مالا يملك من النسب - بمعنى عدم الاستقرار - ولم يخالف منهم إلا قليل، فما الوجه في ذلك؟ وعمدة الأشكال: أنهم اعتمدوا في ذلك على أدلة خاصة وروايات، منها: روايتان مذكورتان في تحرير تملك الأقارب الرضاعية، معللا بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (2). فلو أمكننا الجواب عن فتوى الأصحاب بأنه لعله من دليل خاص لادخل له بهذا العموم، ولو كان فيهم من تمسك بهذا العموم فإنما هو تأييد وإرشاد، لا استدلال واعتماد، فلا يمكننا الجواب عن الخبرين اللذين هما العمدة في الباب وفيهما علل بعموم الخبر، ولاريب أن استدلال الأمام لا يخلو عن دلالة على عموم القاعدة. ولقد رأيت الروايات في المختلف نقلها في باب الرضاع في أوائل النكاح (3) ولكن من جهة كون النسخة مغلوطة غير معتمد عليها تركت نقلها بمتنها. ثم أجاب عن ذلك: إما باحتمال كون هذا الاستدلال من الأمام عليه السلام تقريبا إلى الذهن مقصودا به التشبيه، لادخول المقام تحت العموم في الحقيقة، بل الغرض أن كما حرم في النكاح ما فيه الرضاع كالنسب فأى مانع من أن يكون في العتق كذلك؟ فالمراد به التشبيه، دفعا للاستبعاد، فلا يلزم دخول المورد تحته، فضلا عن التسري إلى

(1) بصيغة المعلوم، والمراد به هو استاذ المؤلف - قدس سرهما - المتقدم ذكره في أول البحث. (2) الوسائل 14: 307، الباب 17 من أبواب ما يحرم بالرضاع، (3) (المختلف: 521 .

[756]

مقامات اخر. وإما باحتمال أن يكون هذا حكمة لاعلة، والحكمة لا يلزم فيها الاطراد، فيكون ما نحن فيه داخلا في التحريم والعموم، ولا يلزم من ذلك كون ذلك هو العلة فيتسرى إلى الأبواب الاخر أيضا. وإما بأن يقال: إن الحديث الواحد ينحل إلى أحاديث متعددة، فيؤخذ بصدر الخبرين ويترك ما فيه من التعليل، لعدم مصادفة (1) فهم العرف له، وعدم جبره بالفتوى، وعدم العلم بالصدور، لا أن كلمة المعصوم ليست حجة في فهم الخطاب، فلا تغفل وتدبر. وقد خطر بالبال في ذلك المجال كلام في حل ذلك الأشكال وقلت: إنه يمكن أن يكون باب العتق والنكاح داخليين تحت العموم وما

عداهما خارجين، وليس الطريق منحصرًا في اختصاصه بالنكاح أو تعميمه للكل حتى يلزم المحذور. وبيانه بأن يقال: إن المراد بـ (ما يحرم) إنما هو الأعيان الخارجية، وهي الأقارب من النسب والرضاع، وتحريم الأعيان والأشخاص يرجع إلى الصفة الظاهرة في تلك الأعيان، ولأرباب أن ذلك في النساء: النكاح، وفي المماليك: الاستخدام والملك، فلو قيل: يحرم هذه الأعيان، يفهم منه: أنهم إن كانوا نساءً فيحرم نكاحهم، وإن كانوا مماليك فيحرم تملكهم واستخدامهم - على ما ذكره الأصوليون في باب المجمل والمبين في نظير المسألة - وأما تحريم زوجة الأب أو عدم القصاص أو عدم الربا أو عدم جواز السفر والجهاد - ونحو ذلك - فليس من الصفات القائمة بأعيان الأقارب وأشخاصها حتى يتعلق بها التحريم، وذلك واضح، ولذلك أن من الأصحاب في باب الظهار أيضًا من قال بالتحريم بالتشبيه على الاخت أو الام من الرضاة استدلالًا بهذا العموم (2) فإن ذلك أيضًا مما يتعلق بأبدان هذه الأشخاص وأعيانهم، لا بأمور خارجة متعلقة بهم تعلقًا بعيدًا .

(1) كذا، والظاهر: مصادقة. (2) منهم الشيخ في المبسوط 5: 149 - 150 .

[757]

فصار الحاصل: أن هذه القاعدة إنما هي في ما يتعلق بالأبدان في كل مقام بحسبه، فتدبر. وفي هذه القاعدة أبحاث من حيث الشرائط وغيرها ووجود التخصيص وعدمه، مذكورة في كتب الفروع لا حاجة إلى ذكرها. وليكن هذا آخر ما أردنا إيراده في هذه الأوراق. وقد وقع الفراغ من تصنيف هذه النسخة بيد مؤلفها المفتقر إلى رحمة الله، المتحسر على ما فرط في جنب مولاه عبد الفتاح بن علي المراغي الحسيني في عصر اليوم الثامن والعشرين من شهر رمضان المبارك، من سنة ست وأربعين بعد ألف ومائتين من الهجرة النبوية - على مهاجرها السلام والتحية - في أرض الغري مشهد أمير المؤمنين علي عليه السلام لافرق الله بيني وبينه في الدارين، ورزقني به ما تقر به العين. وحيث إن هذه الكتابة قد اتفقت مع قلة البضاعة وكثرة الأضاعة وضيق المجال واختلال البال، فالمرجو من الرب الكريم أن يبدل ما فيها من السيئات حسنات، ويجعله وسيلة إلى رفع الدرجات، إنه مقبل العثرات، راحم العبرات. ونلتمس من الأخوان الأصلاح على حسب الأماكن، والتأمل في أطراف الكلام حتى ينكشف اللثام .

(1) كذا، والظاهر: مصادقة. (2) منهم الشيخ في المبسوط 5: 149 - 150 .

[757]

فصار الحاصل: أن هذه القاعدة إنما هي في ما يتعلق بالأبدان في كل مقام بحسبه، فتدبر. وفي هذه القاعدة أبحاث من حيث الشرائط وغيرها ووجود التخصيص وعدمه، مذكورة في كتب الفروع لا حاجة إلى ذكرها. وليكن هذا آخر ما أردنا إيراده في هذه الأوراق. وقد وقع الفراغ من تصنيف هذه النسخة بيد مؤلفها المفتقر إلى رحمة الله، المتحسر على ما فرط في جنب مولاه عبد الفتاح بن علي المراغي الحسيني في عصر اليوم الثامن والعشرين من شهر رمضان المبارك، من سنة ست وأربعين بعد ألف ومائتين من الهجرة النبوية - على مهاجرها السلام والتحية - في أرض الغري مشهد أمير المؤمنين علي عليه السلام لافرق الله بيني وبينه في الدارين، ورزقني به ما تقر به العين. وحيث إن هذه الكتابة قد اتفقت مع قلة البضاعة وكثرة الأضاعة وضيق المجال واختلال البال، فالمرجو من الرب الكريم أن يبدل ما فيها من السيئات حسنات، ويجعله وسيلة إلى رفع الدرجات، إنه مقبل العثرات، راحم العبرات. ونلتمس من الأخوان الأصلاح على حسب الأماكن، والتأمل في أطراف الكلام حتى ينكشف اللثام. والحمد لله حق حمده على الأنعام والصلاة على محمد وآله سادات الأنام .

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الإلكترونية