

الدُّخْرِ  
لِيَتَفَقَّهُوا

# الدُّخْرِيُّ الْفَاخِرُ

فِي

تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ

تَأَلَّفَ

حُجَّةُ الْإِسْلَامِ وَالْمُسْتَوْدِعُ الْبَاحِ الشَّيْخُ أَبُو إِسْمَاعِيلَ الْبَيْهَقِيُّ

تَحْقِيقٌ وَنَشْرٌ: مَرْكَزُ فِقْهِ الْأُسْتَاذِ الْأَعْظَمِ

# الذخر الفاخر



تعارض الأصل والظاهر

تأليف

إبراهيم البهشتي الدامغاني

إعداد ونشر: مركز فقه الائمة الاطهار

بهشتی دامغانی، ابراهیم، ۱۳۳۱ -

الذخر الفاخر فی تعارض الأصل والظاهر / تألیف ابراهیم بهشتی دامغانی -

قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، بخش پژوهش، ۱۴۲۷ ه.ق. = ۱۳۸۵ ه.ش.

۲۹۶ ص.

ISBN: 964-7709-48-X

۳۰۰۰۰ ریال

فهرست نویسی / اساس اطلاعات فنی.

کتابنامه: ص ۲۷۲ - ۲۸۹؛ هم چنین به صورت زیر نویس.

چاپ اول.

۱. اصول فقه شیعه - قرن ۱۴، الف، مرکز فقهی ائمه اطهار (عج)، بخش پژوهش، ب. عنوان.

ج. عنوان: تعارض الأصل والظاهر.

۱۳۸۵ ۱۳ ۹ پ / ۱۵۹/۸ BP



## الذخر الفاخر فی تعارض الأصل والظاهر

تألیف: ..... ابراهیم بهشتی دامغانی

الناشر: ..... مرکز فقه الأئمة الأطهار (عج)

صفء العروف: ..... مرکز فقه الأئمة الأطهار (عج)

الطبعة: ..... الاولى - ۱۴۲۷ ه.ق.

المطبعة: ..... اعتماد، قم

الكمية: ..... ۱۰۰۰ نسخة

السعر: ..... ۳۰۰۰ تومان

حقون الطبع محفوظة

ISBN: 964-7709-48-X

شابك: X-48-964-7709-964

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مرکز تحقیقات کتب و پژوهش‌های اسلامی

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أَلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِنَا وَنَبِيِّنَا أَبِي الْقَاسِمِ مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ الْمُعْصُومِينَ وَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى أَعْدَائِهِمْ أَجْمَعِينَ. وبعد لا يخفى على ذوي الهمم البالغة والخبير بالأصول الظاهرة والعالم بالظواهر المعبرة أنَّ علم الفقه بعد أن كان مبتنياً على القواعد الفقهية والضوابط الثمينة الكلية فلا يمكن الإحاطة عليه إلا بعد الوقوف التام على تلك القواعد والقدرة على تطبيقها على مصاديقها ومواردها.

والمسلم عند الجميع أنَّه لا يتحقق ملكة الاستنباط على الفروع والجزئيات من دون القدرة على استنباط القواعد الفقهية، ومن أجل هذا صار البحث عن القواعد الفقهية من أهم المباحث الرائجة في الحوزات المقدسة وقد ألف حولها تأليفات عميقة دقيقة وكان بيالي من قديم الأيام حين التحصيل والتدريس، أنَّ التحقيق العميق حول هذه القواعد لا يسع للمحقق إلا بعد الاطلاع على موارد تطبيقاتها والتدبر في أنَّ الفقهاء هل استندوا إليها في جميع أبواب الفقه أو في موارد خاصة وربما تكون القاعدة بظاهرها عامة مطلقة مع أنَّ الفقهاء قد حدّدوا حجيتها بموارد خاصة ولم يتجاوزوا عن موارد معينة لأجل قرائن خاصة، هذا من جانب

ومن جانب آخر أن الاطلاع على موارد التطبيق ربما يوجب تقييداً في مدلولها أو توسعة في مفهومها، فمثلاً حينما نتبعنا موارد التطبيق في قاعدة الحرج نواجه هذا السؤال، أنها هل تجري بالنسبة إلى جميع التكاليف اللزومية واجبة كانت أو محرمة أم لا، بل تجري بالنسبة إلى الواجبات فقط؟ وهل تدلّ على نفي الحرج بالنسبة إلى الأحكام التكليفية فقط أو الأعمّ منها ومن الأحكام الوضعية، فبعد الوقوف على موارد الاستدلال نصل إلى نتيجة معيّنة واضحة. نعم لانعتقد بأنّ هذا الأمر هو الطريق الوحيد لفهم مدلول هذه القواعد بل نقول بأنّ هذا يوجب قرب الذهن إلى واقعها، وبالجمله لا بدّ من فهم الموارد والجزئيات والمصاديق التي قد طبّقت القاعدة عليها حتّى نطمئنّ بكيفيّة دلالتها ودائرة إفادتها فلا مناص من تحقيق جميع المصاديق بالنسبة إلى جميع القواعد.

ومن القواعد المهمة التي لها أثر بالغ كبير في جميع أبواب الفقه قاعدة تعارض الأصل والظاهر وأنّه هل يتقدّم الظاهر على الأصل في جميع الموارد أو العكس أو التفصيل بين الموارد ونحن نرى أن الفقهاء في بعض الموارد يقدّمون الأصل على الظاهر وفي موارد أخرى ذهبوا إلى عكس هذا، فلا بدّ من التحقيق في مصاديقها لكي نعلم الضابطة الأساسيّة المهمة في هذه القاعدة.

وقد أسّسنا في مركز الفقه الأئمّة الأطهار عليه السلام الذي هو اليوم من أبرز المراكز التحقيقيّة والتعليميّة والتخصّصيّة حول الفقه والأصول والعلوم المرتبطة بهما، لجنة خاصّة لأجل هذا الأمر العظيم والكتاب الذي بين أيديكم من ثمرات جهود العالم الفاضل حجة الإسلام والمسلمين الشيخ إبراهيم البهشتي الدامغاني «دامت إفاضاته» حول الفروع التي تمسّك الفقهاء فيها بهذه القاعدة فنأمل أن ينفع المحقّقين ونشكره على هذا الجهد العلمي كما أنّي أشكر ممّن صاحبه ورافقه لتكميل هذا البحث وأيضاً من راجع الكتاب وتنبّه إلى نكات لازمة كما أنّ اللازم التقدير

من مدير المركز سماحة العلامة حجة الإسلام والمسلمين الشيخ محمدرضا الفاضل  
القاساني نسئل الله تبارك وتعالى أن يوفقنا لتكميل هذا وأن يديم في توفيقاتنا  
لخدمة الدين والعلم والفضلاء والمؤمنين وأن تكون أعمالنا مرضياً لمولانا  
وصاحبنا حجة بن الحسن العسكري «عجل الله تعالى فرجه الشريف».

مركز فقه الأئمة الأطهار عليهم السلام

محمّد جواد الفاضل اللنكراني

رمضان المبارك ١٤٢٧ هـ ق



مركز تحقيقات كليات علوم ديني



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### المقدمة

الحمد لله على ما أنعم، والشكر على ما ألهم، والصلاة والسلام على سيد العرب والعجم محمد المبعوث إلى كافة الأمم، وعلى آله الذين نطق بمدحهم الكتاب والقلم، سيما بقيّة الله الأعظم السيّد المؤمل، والإمام المنتظر، والعدل المشتهر الحجة بن الحسن العسكري عجل الله تعالى فرجه الشريف.

وبعد:

فقد جرت عادة المؤلفين على أن يقدّموا لمصنّفاتهم مقدّمة تشتمل على أمور تختصّ بنفس الموضوع الذي جرى عليه الكتاب، حيث يحاول الكاتب أن ينبّه على كلّ ما يرفع الالتباس ويزيح الحجاب كما يدخل القارئ إلى الموضوع، وهو على بصيرة من أمره، وقد اقتفينا أثرهم بعد جهد المستطاع، فسطرنا هذه المقدّمة وذكرنا أموراً نحسب أنّها وافية بالغرض، والموفق الله جلّ جلاله.

### الأمر الأوّل: بيان فضيلة العلم

إعلم أنّه كفى في فضيلة العلم قوله تعالى في سورة العلق - وهي أوّل ما نزل على

نبيّنا صلوات الله عليه وعلى آله في قول أكثر المفسرين <sup>(١)</sup> - «اقْرَأْ بِسْمِ رَبِّكَ الَّذِي  
خَلَقَ \* خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ \* اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ \* الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ \* عَلَّمَ  
الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ» <sup>(٢)</sup>.

حيث افتتح كلامه المجيد بذكر نعمة الإيجاد، وأتبعه بذكر نعمة العلم، فلو كان  
بعد نعمة الإيجاد نعمة أعلى من العلم لكانت أجدر بالذكر.

وقد قيل في وجه التناسب بين الآي - المذكورة في صدر هذه السورة، المشتغل  
بعضها على خلق الإنسان من علق، وبعضها على تعليمه ما لم يعلم - : أنه تعالى ذكر  
أول حال الإنسان؛ أعني كونه علقه، وهي بمكان من الخساسة، وآخر حاله وهو  
صيورته عالماً، وذلك كمال الرفع والجلالة. فكانه سبحانه قال: كنت في أول  
أمرك في تلك المنزلة الدنيئة الخسيسة، ثم صرت في آخره إلى هذه الدرجة الشريفة  
النفيسة <sup>(٣)</sup>.

### الأمر الثاني: ينبغي للعالم أن يعمل بعلمه

يجب على العالم العمل، كما يجب على غيره، لكنّه في حقّ العالم أكد، فروى  
حفص بن غياث، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من تعلّم العلم، وعمل به، وعلم الله،  
دُعي في ملكوت السموات عظيماً، فقليل: تعلّم الله، وعمل الله، وعلم الله <sup>(٤)</sup>.  
وفي رواية أخرى عن سليم بن قيس الهلالي قال: سمعت أمير المؤمنين عليه السلام  
يحدث عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال في كلام له: العلماء رجلان: رجل عالم آخذ بعلمه فهذا

(١) التبيان ١٠: ٣٧٨، مجمع البيان ١٠: ٣٥٥.

(٢) سورة العلق: ١-٥.

(٣) معالم الدين وملاذ المجتهدين ١: ٦٤.

(٤) الكافي ١: ٣٥ باب ثواب العالم والمتعلّم ح ٦.

ناج؛ وعالم تارك لعلمه فهذا هالك، وأن أهل النار ليتأذون من ريح العالم التارك لعلمه، وأن أشد أهل النار ندامة وحسرة رجل دعا عبداً إلى الله فاستجاب له وقبل منه فأطاع الله فأدخله الله الجنة، وأدخل الداعي النار بتركه علمه واتّباعه الهوى وطول الأمل. أما اتّباع الهوى فيصدّ عن الحق، وطول الأمل ينسي الآخرة<sup>(١)</sup>.

### الأمر الثالث: ثمرة البحث

بحث تعارض الأصل والظاهر من الموضوعات التي تعمّ به البلوى ويحتاج إليه في موارد كثيرة من الطهارة إلى الحدود والقصاص، خصوصاً في مقام الدعوى، وبعبارة أخرى: هذا البحث له بابان؛ باب في غير الدعوى والإنكار؛ وباب آخر في الدعوى والإنكار.

فأما الثاني: ففي تمييز المدّعي على المدّعى عليه؛ إذ من جملة القواعد المقررة في الشرع توجّه البيّنة على المدّعي واليمين على المنكر في مقام الدعوى. ويدلّ على هذه القاعدة - مضافاً إلى الإجماع - النبوي المشهور: «البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه»<sup>(٢)</sup> الغني عن ملاحظة سنده بعد تلقّي العامة والخاصّة له بالقبول<sup>(٣)</sup>.

قد اختلفت كلمات فقهاءنا الأعلام في هذا المقام أشدّ الاختلاف:

١ - المدّعي هو الذي لو ترك الخصومة يترك، والمنكر هو الذي

(١) الكافي ١: ٤٤ باب استعمال العلم ح ١.

(٢) الكافي ٤: ١٢٧ ح ١، تهذيب الأحكام ٦: ٢٢٩ ح ٥٥٣، وسائل الشيعة ١٨: ١٧٠، كتاب القضاء، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

(٣) العناوين ٢: ٥٨٨، درر الحكم شرح مجلة الأحكام ١: ٦٦ مادة ٧٦.

لا يترك لو ترك.

٢- المدعي هو من يخالف قوله الأصل، والمنكر هو من يوافق قوله الأصل.

٣- المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمنكر من يوافق.

٤- المدعي من يدعي أمراً خفياً مطلقاً، والمنكر من لم يكن في قوله خفاء.

فالمشهور كما قيل الأول<sup>(١)</sup>.

ثم إن تلك التعاريف تنطبق غالباً على مورد واحد متصادقة عليه، مثلاً لو ادعى زيد على شخص بدين من غير أهل بلاده، ولم نعرف له علاقة به ولا صلة معه، فأنكر الآخر، فزيد هو المدعي على جميع التقادير المتقدمة، والشخص منكر على كل تقدير، وقد تتنافر في موارد؛ مثلاً لو ادعت الزوجة التي تسكن مع زوجها مع يساره وصلاحه أنه لا ينفق عليها، فهي مدعية على الأول والثالث، ومنكرة على الثاني والرابع.

والتحقيق المهم هنا ليس ترجيح إحدى هذه الضوابط على سائرهما، وإنما المهم شيء أدق وأحق بالبحث؛ وهو أن هذين اللفظين أعني المدعي والمنكر ليس للشارع فيهما اصطلاح خاص، ولا له فيهما حقيقة شرعية حتى نبحث عن ذلك المعنى المجعول، وإنما المراد به المعنى العرفي، ولا بحث من كون المدعي من كان يسمى به عرفاً، وهذا الاختلاف في تحديد العرف<sup>(٢)</sup>.

قال شيخنا الفقيه الفاضل اللكراني في المدعي والمنكر: ينبغي أن يعلم: أولاً: أن الشارع الأقدس لا يكون له بالإضافة إليهما اصطلاح خاص بصورة الحقيقة الشرعية أو المجاز الشرعي؛ لعدم كون معناه مستحدثاً بوجه، بل

(١) شرائع الإسلام ٤: ١٠٦، الروضة البهية ٣: ٧٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٠٨، العناوين ٢: ٥٩٩.

(٢) تحرير المجلة ٤: ٩٢-٩٤ مادة ١٦٣٤، بلغة الفقيه ٣: ٣٧٥-٣٧٦.

استعماله إنما يكون كاستعمال الغير.

وثانياً: أن المراد من التعاريف بيان الموارد والمصاديق، وإلا فاللفظان لا إشكال ولا شبهة فيها من حيث المادة والهيئة، ولا اختلاف فيها من حيث اللغة، وليس كلفظ «الصعيد» المذكور في آية (١) التيمم، المردّد بين خصوص التراب الخاص أو مطلق وجه الأرض؛ لاختلاف اللغة في ذلك.

وثالثاً: أولوية الإيكال إلى العرف، كسائر الموضوعات العرفية التي لا يكون فيها اصطلاح خاص ولو مجازاً.

ورابعاً: أن الملاك في ذلك طرح الدعوى ومصبتها، وقد عرفت في بعض المسائل السابقة أن من عنده الودعة وقد أدّاها، لو ادّعى أداء الأمانة وردّها يكون مدّعياً، ولو قال: بأنه ليس شيء بعنوان الأمانة لزيد موجوداً عنده يصير منكراً، فتدبر (٢).

إذن، الذي فهمناه من العرف أن بناء العرف على اعتبار نوع خفاء في مفهوم الدعوى، ولذلك يحتاج إلى الإثبات، وإلا فالشيء الذي لا خفاء فيه لا يحتاج إلى إثبات، بل هو مجبول في الطباع ما لم يمنع منه مانع، ولا ريب أن الخفاء لا يكون إلا لمخالفته لأصل أو ظاهر. نعم، إذا كان الملاك لحاظ الأصل أو الظاهر فيشكل الأمر في صورة تعارضهما (٣).

وهنا تظهر ثمة بحث تعارض الأصل والظاهر في باب دعاوى؛ لأنه إذا كان قوله مخالفاً للأصل والظاهر فلا كلام في كونه مدّعياً، وإذا كان قوله مخالفاً للأصل وموافقاً للظاهر، فهذا مدّعي إن قدّمنا الأصل على الظاهر في

(١) النساء: ٤٣.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب القضاء والشهادات: ٧٦-٧٧.

(٣) العناوين ٢: ٥٩٧-٥٩٨.

مقام التعارض، والذي يكون قوله موافقاً للظاهر هو المدعى عليه، وإن قدمنا الظاهر على الأصل فهذا مدعى عليه، والذي يكون قوله موافقاً للأصل هو المدعى.

ولتوضيح ذلك نذكر أمثلة:

١- إذا ادّعت الزوجة بعد طول بقائها مع الزوج ويساره، أنه لم يوصلها النفقة الواجبة، وادّعى هو الإنفاق، فوجهان: والزوج مدعى بناءً على أن المدعى من يخالف قوله الأصل والزوجة المدعى عليه؛ لأن الأصل معها ويقدم قولها يمينها. وأما بناءً على كون المدعى من يخالف قوله الظاهر فهي مدعية؛ لأن قولها يخالف للظاهر والعادة، وشاهد الحال من أنه أنفق عليها، والزوج المدعى عليه؛ لأن الظاهر معه ويقدم قوله مع يمينه<sup>(١)</sup>.

٢- متى خلا الرجل بامرأته خلوة تامة، ثم اختلفا في الدخول فادّعت الواقعة، فأنكره، ففي تقديم قول أحدهما وجهان بل قولان: فقال غدة من<sup>(٢)</sup> الأعظم: القول قول الرجل مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الواقعة، فهو منكر والمرأة مدعية؛ لأن قولها موافق للأصل على تعريف.

وقال بعض آخر<sup>(٣)</sup>: إن القول قولها عملاً بشاهد حال الصحيح في خلوته بالمحلاتل مع عدم الموانع، فهي منكرة والزوج مدعى وقوله يخالف للظاهر على تعريف آخر.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٤، تحرير الأحكام ٤: ٤٩، فقه الإمام جعفر الصادق ٦: ١٢٥، وسيلة النجاة ٢: ٢٧٦،

تحرير الوسيلة ٢: ٢٨٤، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٥٩٩.

(٢) المبسوط ٤: ٣١٨، شرائع الإسلام ٢: ٣٣٣، الجامع للشرائع: ٤٣٩، مختلف الشيعة ٧: ١٥٧، المحدائق

الناصرة ٢٤: ٥٨٤، جواهر الكلام ٣١: ١٤١، تفصيل الشريعة كتاب النكاح: ٥١٦.

(٣) النهاية: ٤٧١، المهذب ٢: ٢٠٤، اللمعة الدمشقية: ١١٧، كشف اللثام ١: ٨٦، كتاب القضاء للمحقق الرشتي

٣- إذا تنازع البائع والمشتري في عيب المتاع بعد القبض، فقال المشتري: هذا العيب كان عند البائع فلي خيار العيب وردّه، وأنكر البائع، وشاهد الحال - الذي يفيد الظن لا القطع - مع المشتري، ففي تقديم قول البائع أو المشتري ونجهان، بل قولان:

أحدهما: تقديم قول البائع مع اليمين<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: تقديم قول المشتري مع يمينه<sup>(٢)</sup>.

٤- إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج: أسلمنا معاً، فنحن على نكاحنا، وقالت الزوجة: بل على التعاقب، فلا نكاح، فوجهان:

أحدهما: القول قول الزوج؛ لأن الأصل معه، والأصل بقاء الزوجية وعدم الانفساخ بالإسلام حتى يتحقق الموجب؛ وهو بتحقيق الإسلام متعاقباً، والأصل عدمه؛

والثاني: القول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها؛ إذ وقوع إسلامها معاً في آن واحد نادر، والظاهر عدم المقارنة<sup>(٣)</sup>.

و أما الباب الأول: فهو باب في تمييز وظيفة شخصية أو نوعية في مقام العمل؛ سواء قلنا: إن باب الدعاوى مع هذا الباب متلازمان، أم لا؟ فن قال: بعدم التلازم يمكن أن يقال في باب الدعاوى: المدعي من يخالف قوله الظاهر ويقدم قول المنكر مع يمينه؛ لأن قوله موافق للظاهر، وفي تعارض الأصل والظاهر في تمييز وظيفة

(١) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ٢٨٨، جامع المقاصد ٤: ٣٥٥ مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٣٧، جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٣٢، قواعد الأحكام ١: ١٤٧، إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧.

(٣) تمهيد القواعد: ٣١٣، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١٥، كتاب القضاء للمحقق الرشتي ٢: ٩٤.

شخصية، بتقديم الأصل على الظاهر.

أو بالعكس بأن يقال في تعريف المدعي: المدعي من يخالف قوله الأصل ويقدم قول من يوافق الأصل وفي باب التعارض في غير الدعاوي بتقديم الظاهر على الأصل.

فأما من قال بالتلازم، وقال في تعريف المدعي: إنه من يخالف قوله الظاهر، وقدم قول من يوافق الظاهر على الأصل في الدعاوي، فيقدم الظاهر على الأصل في غير باب الدعاوي أيضاً أو بالعكس بأن قال: المدعي من يخالف قوله للأصل، وقدم قول من يوافق الأصل في الدعاوي، يقدم الأصل على الظاهر في غير باب الدعاوي.

ولتوضيح هذا الباب نذكر أمثلة أيضاً:

١- إذا خرج من بيت الخلاء من كان عادته الاستنجاء، ثم شك في أنه استنجى أم لا، فيه وجهان: إذ الظاهر غالباً أنه يستنجي، والأصل عدمه؛ فيتعارض الأصل والظاهر<sup>(١)</sup>.

٢- إذا وجد المني في الثوب المختص به ثم شك في كونه من جنابة سابقة تطهر لها، أو من جنابة حادثة، ففيه وجهان:

الوجه الأول: كونه سبباً شرعياً ظاهرياً للجنابة، فيجب عليه الغسل كما عليه المحقق الكركي ومشهور المتأخرين منه<sup>(٢)</sup>.

الوجه الثاني: أن الأصل الطهارة وعدم الخروج عن يقين الطهارة بمجرد

(١) التنقيح ٣: ٤٢٢-٤٢٣.

(٢) رسائل المحقق الكركي ١: ٨٩، نهاية الأحكام ١: ١٠١، كشف الالتباس ١: ١٨٧، الشرح الصغير في شرح المختصر النافع ١: ٢٩.

الشك، كما عليه الشيخ الأنصاري والإمام الخميني والفاضل اللنكراني<sup>(١)</sup>.  
 ٣- إذا شك في الطهارة بعد البول والحدث من كان عادته الطهارة والوضوء بعده، فقيه وجهان: إذ الظاهر غالباً أنه مع الوضوء، واستصحاب الحدث عدمه، فيجب عليه الوضوء.

٤- إذا كان معه إناءان، فوقع في واحد منها نجاسة فاشتبه الملاقى يجب عليه أن يجتنب منها، وإذا أخبره عدل بأن النجس أحدهما، ففي وجوب القبول منه أو عدمه وجهان: الأصل يقتضي عدمه، والظاهر يقتضي القبول.

٥- وما يوجد في المسجد الحرام أو بعض المساجد أو المشاهد المشرفة من النعال في طول الزمان ومالكها مجهول، فقيه وجهان: من ظاهر الحال أنهم أعرضوا عنها وأنها كالتالف، فيجوز أخذها وتملكها وتمليكها؛ ومن أن الأصل عدم إعراضهم عنها.

٦- لا إشكال في إجراء أحكام الشهيد على من وجد فيه أثر القتل من المسلمين في المعركة، أمّا من لم يوجد فيه ذلك ففيه قولان:

الأول: أنه كذلك عملاً بظاهر الحال؛ لعدم انحصار القتل بما ظهر أثره، كما عن الشيخ والمحقق والعلامة<sup>(٢)</sup>.

الثاني: عدم الإلحاق، لأصالة وجوب تغسيل الأموات مع الشك في تحقق الشرط هنا، كما عن ابن الجنيّد وصاحب الحقائق والجواهر<sup>(٣)</sup>.

(١) كتاب الطهارة للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣١-٥٣٤، تحرير الوسيلة ١: ٣٣ مسألة ٢، تفصيل الشريعة، كتاب الطهارة - غسل الجنابة - التيمم - المطهرات: ٣٣-٣٥.

(٢) المبسوط ١: ١٨٢، الخلاف ١: ٧١١-٧١٢، شرائع الإسلام ١: ٣٧، إرشاد الأذهان ١: ٢٣٢، مختلف الشيعة ١: ٢٤١.

(٣) الحقائق الناضرة ٣: ٤١٨، جواهر الكلام ٤: ٩٣.

## الأمر الرابع: أهمية الموضوع

لا يخفى على المتصّل في البحوث الفقهيّة أنّ هذا البحث ممّا له دور كبير في الفقه الإسلامي؛ يعرف ذلك كلّ من مارس النشاطات الفقهيّة وزاولها برهنةً من الزمن. كما أنّه من الأبحاث التي أصبحت مشاراً للخلاف بين الفقهاء حتّى أنّ الفقيه الواحد قد يتعرّض لمسألة فيفتي فيها بتقديم الظاهر على الأصل، ويفتي على خلاف ذلك في نفس المسألة عندما يطرحها في موضع آخر. يقول الشيخ في نفقات المبسوط - في مسألة توافق الزوجين على المهر واختلافهما بعد تسليم نفسها في قبض المهر - القول قولها عند بعضهم، وقال بعضهم: القول قول الزوج؛ لأنّ الظاهر يشهد له؛ فإنّ العرف أنّها ما سلّمت نفسها حتّى قبضت المهر، وبهذا تشهد روايات أصحابنا<sup>(١)</sup>. ويقول في نفقات الخلاف أيضاً: إنّ القول قول الزوج وعليها البيّنة... دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً فإنّ العادة جارية بأنّها لا تمكّن من الدخول إلّا بعد أن تستوفي المهر، فإذا ادّعت خلاف العرف والعادة فعليها البيّنة<sup>(٢)</sup>. لكنّه خالف ما هاهنا في صداق المبسوط والخلاف<sup>(٣)</sup>.

حيث قال في الخلاف: إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فقال الزوج: قد أقبضتك المهر، وقالت: ما قبضته، فالقول قولها؛ سواء كان قبل الزفاف أو بعده، قبل الدخول بها أو بعده... دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً قول النبي ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعي عليه»<sup>(٤)</sup>. والزوج قد اعترف بالمهر وادّعى

(١) المبسوط ٦: ١٦.

(٢) الخلاف ٥: ١١٦.

(٣) المبسوط ٤: ٣٠١.

(٤) الكافي ٧: ٤١٥ ح ٢، من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٠ ح ٥٢.

أنه قد أقبض، فعليه البيّنة، وإلا فعليها اليمين<sup>(١)</sup>.  
وكيف كان؛ فإنّ هذه المسألة من تعارض الأصل والظاهر.  
وهو رحمه الله تعالى وإن لم يصرّح بذلك، لكنّه بالفعل قدّم أصالة عدم  
الإقباض في كتاب النفقات، والعادة والعرف في كتاب الصلاة.  
وهكذا العلامة<sup>(٢)</sup>، حيث أفتى في التذكرة في من وجد في المعركة ميتاً وليس به  
أثر القتل، فهو بحكم الشهيد فلا يغسل ولا يكفّن<sup>(٣)</sup>.  
وقال في المنتهى: إنه ليس بشهيد<sup>(٤)</sup>.

### الأمر الخامس: تاريخ البحث ونشأته في الفقه

يعود تاريخ بحث تعارض الأصل والظاهر إلى زمن الفقهاء المتقدمين؛ فإنّهم  
وإن لم يتعرّضوا له في كتبهم بهذا العنوان الخاص، غير أنّهم اعتمدوا عليه في أحكام  
كثيرة من موارد التعارض. أمثال ابن الجنيد والشيخ ومن تأخّر عنه، كالمحقق الحلي  
والعلامة.

إلا أنّ أوّل من طرح الموضوع بهذه الصياغة وعنونه بهذا العنوان هو الشهيد  
الأوّل<sup>(٥)</sup> (م ٧٨٦هـ).

لكنّ البحث - كما ذكرنا - يعود إلى المتقدمين؛ إذ نجد بذرة هذه الثمرة إنّما كانت  
مطروحة على السننهم ومتداولة في مصنفاتهم.  
ولا بأس بذكر أنموذج من تعرّضهم لذلك خلال كلماتهم لتزداد بصيرة في  
الأمر، وسوف تلاحظ الكثير من مثل هذه الشواهد في كتابنا هذا.

(١) الخلاف ٤: ٣٨٥-٣٨٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٤١.

(٣) منتهى المطلب ٧: ١٨٦-١٨٧.

يقول الفقهاء في الشهيد:

أنه لو مات الشهيد في المعركة لا يغسل ولا يكفن، بل يصلّي عليه عند علمائنا<sup>(١)</sup>؛ لأن النبي ﷺ هكذا فعل وأمر بدفن شهداء أحد من غير تغسيل ولا كفن، وقال: «زملوهم بدمائهم»<sup>(٢)</sup>.

وإنما وقع الخلاف في مَنْ وجد في المعركة ميّت وليس به أثر قتل. فعن الشيخ في المبسوط والخلاف، والمحقق في المعتمد، والعلامة في التذكرة حكمه حكم الشهيد أيضاً<sup>(٣)</sup>؛ لأنّ ظاهر الحال أنه شهيد، وأنّ القتل يحصل بما له أثر وبما ليس له أثر، فالحكم لظاهر الحال<sup>(٤)</sup>.

وعن ابن الجنيد: أنه غير شهيد. وتبعه العلامة في المنتهى وصاحب الجواهر<sup>(٥)</sup>. وقال صاحب الحقائق: إن مذهب ابن الجنيد هو الأوفق بالقواعد الشرعية<sup>(٦)</sup>؛ لأنّ الشهيد من وجد به أثر فعل من عدوه الذي كان به خروج نفسه ظلماً، ومن لم يوجد به أثر ذلك شك في شرط سقوط الغسل وهو القتل<sup>(٧)</sup>؛ لجواز موته إلى غير القتل، فلا يثبت المعلول<sup>(٨)</sup>.

وعن ظاهر الشهيدين في الذكرى والروض: التوقف، حيث اقتصرنا

(١) المبسوط ١: ١٨١، شرائع الإسلام ١: ٣٧، تذكرة الفقهاء ١: ٤١، نهاية الأحكام ١: ٢٣٥، ذكرى الشيعة ١: ٣٢.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٤: ١١ باب «المسلمون يقتلهم المشركون في المعترك فلا يغسل القتلى ولا يصلّي عليهم»، سنن النسائي ٤: ٧٨ باب ثواب من صلى على جنازة.

(٣) المبسوط ١: ١٨٢، الخلاف ١: ٧١١ المسألة ٥١٧، المعتمد ١: ٣١٢، تذكرة الفقهاء ١: ٤١.

(٤) الخلاف ١: ٧١٢.

(٥) مختلف الشيعة ١: ٢٤١، منتهى المطلب ٧: ١٨٧، جواهر الكلام ٤: ٩٣.

(٦) الحقائق الناضرة ٣: ٤١٩.

(٧) لقول الصادق عليه السلام: «إغسل كلّ الموتى إلّا من قتل بين الصّفيين» الكافي ٣: ٢١٣ ح ٧، تهذيب الأحكام ١: ٣٣٠ ح ٩٦٧، وسائل الشيعة ٢: ٦٩٨ باب ١٤ من أبواب غسل الميت ح ٣.

(٨) مختلف الشيعة ١: ٢٤١.

على نقل الخلاف<sup>(١)</sup>.

والحاصل: أننا لم نجد من أفرد البحث عن هذا الموضوع في رسالة أو مصنف خاص؛ سواء على صعيد الفقه العامي أو الشيعي. وإنما طرح خلال الأبحاث الفقهية استطراداً وحيثما مسّت الحاجة إليه. وأكثر من تعرّض إليه من علمائنا الشهيد الثاني في تمهيد القواعد، والميرزا القمي في جامع الشتات.

ومن العامة: الندوي في القواعد الفقهية، والسلمي في قواعد الأحكام، والزركشي في المنتور، وابن رجب في قواعد الفقه الإسلامي. وأخيراً:

حيث من الله جلّ جلاله علينا بإنجاز هذا العقد الفريد الموسوم (بالذخر الفاخر في تعارض الأصل والظاهر) المشتمل على ثلاثة فصول:  
الفصل الأول: مفردات الموضوع وموارد استعمالها.  
الفصل الثاني: اعتبار الأصول والظواهر.  
الفصل الثالث: تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء.

لا يسعني إلا أن أتقدّم بالشكر الوافي والثناء الجميل إلى سماحة المرجع الديني الكبير الشيخ الفاضل اللنكراني دام ظلّه العالي الذي أمر بتأسيس مركز فقه الأئمة الأطهار ونجمله العلامة الفقيه الحجة الشيخ محمد جواد الفاضل، والمدير للمركز الفقهي حجة الاسلام والمسلمين الشيخ محمدرضا الفاضل القاساني، حيث حقوا من بداية الأمر وألحوا عليّ لإكمال هذا العمل العلمي المجهد وإخراجه إلى عالم النور.

فقد ساعدني ووازرني بإخراج هذا الكتاب إلى منصّة الظهور عدّة من الفضلاء والمحقّقين، منهم:

حجج الإسلام محمّد تقي الشهيدي، ومحمّد القائني، ورضا المختاري، والشيخ حسين الوائلي، والدكتور جليل القنواقي في المشاورة، وحجج الإسلام الشيخ عباد الله السرشار الطهراني الميانجي، وخير الله محمّدي في المقابلة والمراجعة النهائية، وحجّة الإسلام السيّد محمّد حسن الموسوي الآباداني في تهذيب و تقويم النصّ، فأشكرهم جزيل الشكر، وأسأل الله تعالى لي ولهم التوفيق لمرضاته، والحصول على جواز الدخول في جنّاته مع مرافقة الأنبياء الأبرار والأئمّة الأطهار عليهم السلام والصلحاء والأخيار.

ورجائي من العلماء الأفاضل أن يمتنوا عليّ بما ينقدح في أذهانهم من نقد واعتراض أو أطروحة تؤدّي إلى تطوير هذا العمل وتنتهي إلى تكميله.

ذلك لأنّه يعدّ الخطوة الأولى في هذه الأبحاث، فلا ندعي خلوه من عيب أو خلل أو عثرة من قلم أو زلل، والعصمة لأهلها صلوات الله تعالى عليهم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

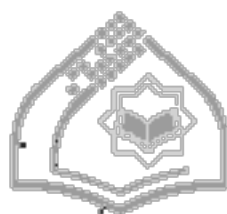
إبراهيم البهشتي الدامغاني

٧ جمادى الثاني ١٤٢٧ هـ

# الفصل الأول

في مفردات الموضوع وموارد استعمالها

مركز تنمية كليات العلوم  
وفيه: ثلاثة مباحث



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## المبحث الأول:

### في معنى التعارض والأصل والظاهر

وينبغي هنا قبل ورود في البحث التنبيه على أمور:

#### أ - معنى التعارض

التعارض في اللغة: المقابلة، ومنه «عارضت الكتاب بالكتاب»: أي قابلته به، ومنه اعتراضات الفقهاء الواردة على القياس وغيره من الأدلة؛ لأنها تمنع من التمسك بالدليل، وتعارض البيّنات؛ لأن كلّ واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها<sup>(١)</sup>.

#### ب - الفرق بين التعارض والتزاحم

كلّ من التعارض والتزاحم له مقام مستقلّ عن الآخر ويفرده عنه، وذلك:

١ - لأنّ التنافي بينهما إن كان يرجع إلى التنافي في مرحلة الجعل والتشريع بحيث لا يمكن جعل كلا الحكمين فهو التعارض - كالتنافي بين الوجوب والحرمه - فإنّه يستحيل جعل كلا الحكمين من المولى لتضادهما.

(١) النهاية لابن الأثير ٣: ٢١٢، المصباح المنير: ٤٠٤.

وإن كان يرجع إلى التنافي في عالم الامتثال ومرحلة فعلية الحكمين، فهو التزاحم؛ بأن يكون جعل كلا الحكمين في نفسه وينحو القضية الحقيقية ممكناً للمولى، فلا تنافي بينهما حينئذ في عالم الجعل، وإنما التنافي بينهما في مرحلة فعليتهما باعتبار عدم إمكان امتثالهما معاً، وعجز المكلف وعدم قدرته على الإتيان بمتعلقيهما. كوجوب إنقاذ هذا الفريق ووجوب إنقاذ ذاك، الثابتين بدليليهما في زمان واحد.

٢- وأن تقديم أحد المتعارضين لا يوجب زوال موضوع الآخر؛ فإن تقديم لا تكرم النحلة لا يوجب خروج النحوي عن موضوع أكرم العالم، بخلاف تقديم أحد المتزاحمين؛ فإن صرف القدرة في إنقاذ زيد يوجب خروج إنقاذ عمرو عن موضوع الوجوب الفعلي، أعني: الفعل المقدور<sup>(١)</sup>.

٣- أن التخيير والترجيح في المتزاحمين عقلي، وفي المتعارضين شرعي.

٤- أن الترجيح في المتعارضين بقوة السند والدلالة، وفي المتزاحمين بأمور آخر. وتفصيل البحث في محله.

وحيث إن الأصل أحد طرفي البحث فلا بد من تعريفه وبيانه.

### ج - ضوابط التعارض

قد ذكروا له عدة ضوابط تعارضنا لما هو الأهم منها:

الأول: ما ذكره الشيخ الأنصاري حكاية عن رأي المشهور قال: التعارض عندهم عبارة عن: «تنافي مدلولي الدليلين على وجه التناقض أو التضاد»<sup>(٢)</sup>.

(١) فرائد الأصول ٤: ٧٠٤، أجود التقريرات ١: ٢٧٠، مستقى الأصول ٧: ٣٠٤-٣٠٥، مصباح الأصول

٣٥٤: ٣

(٢) فرائد الأصول ٢: ٨٧٥.

الثاني: ما عن المحقق الخراساني، حيث عدل عما اختاره المشهور قائلاً: بل هو «تتافي الدليلين أو الأدلة بحسب الدلالة ومقام الإثبات على وجه التناقض أو التضاد»<sup>(١)</sup>؛ فإن كلاً يريد إثبات ما ينفيه الآخر.

مبرراً هذا العدول بمحاولة إخراج موارد الجمع العرفي عن نطاق التعريف؛ إذ التتافي بين المدلولين ثابت في موارد الجمع العرفي أيضاً، فيشمل تعريف المشهور بينما لا يشمل تعريف الآخر؛ لعدم التتافي بحسب الدلالة مع وجود الجمع العرفي<sup>(٢)</sup>.

الثالث: ما عن المحقق العراقي عليه الرحمة، حيث يظهر من كلامه أن التعارض تتافي الدليلين وتماثهما لا باعتبار دلالتها، بل باعتبار مدلولها، فالتتافي أولاً وبالذات بين المدلولين أنفسهما، وينسب إلى الدليلين بالمساحة لما هناك من المناسبة بين الدليل والمدلول ولا تتافي بين الدليلين في مرحلة الدلالة حقيقة؛ لأن كلاً منهما يفيد الظن النوعي<sup>(٣)</sup>.

ويرجح الرأي الثاني على أخويه بأن المفهوم من لفظ التعارض عرفاً هو المدافعة الحاصلة بين شيئين أو أشياء على شيء واحد، بحيث تكون غاية كل منهما الحصول على ذلك الشيء، كما قال به بعض<sup>(٤)</sup>، ويؤيده المعنى اللغوي. وبه قالت العامة<sup>(٥)</sup>.

فرجع التعارض في الحقيقة إلى التكاذب بين الدليلين في ناحية ما؛ أي أن كلاً

(١) كفاية الأصول ٢: ٥٥١.

(٢) تعارض الأدلة الشرعية تقريراً لأبحاث السيد محمد باقر الصدر: ١٣-١٤.

(٣) مقالات الأصول ٢: ٤٥٥.

(٤) منتقى الأصول ٧: ٢٧٩-٢٨١.

(٥) الموسوعة الفقهية ١٢: ١٨٤، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ٢: ١٥٤-١٥٥.

منها يكذب الآخر، ولا يجتمعان على الصدق<sup>(١)</sup>. وتفصيل البحث في الأصول، فليراجع.

### د - معنى الأصل

الأصل لغة: أسفل كل شيء، وأساس الحائط أضله، وأصل كل شيء ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للولد<sup>(٢)</sup>.

وهو في اصطلاح الفقهاء يطلق على معان:

أحدها: الدليل، كما يقال: الأصل في هذه المسألة: الكتاب والسنة.

ثانيها: الراجع، كقولهم: الأصل في الإطلاق الحقيقة؛ بمعنى أنه إذا خلى الكلام ونفسه من غير قرينة صارفة؛ فإن المخاطب يحمله على المعنى الحقيقي؛ لأنه الراجع المتبادر، ومنه قولهم أيضاً: الأصل في الماء عدم النجاسة<sup>(٣)</sup>.

ثالثها: القاعدة، كقولهم: الأصل في البيع: اللزوم، والأصل في تصرفات المسلم: الصحة، والأصل في الأشياء: الطهارة، والأصل في الأشياء: الإباحة، والأصل في الفاعل: الرفع، وفي المفعول به: النصب؛ أي القاعدة، وقول الرضا عليه السلام: «علينا إلقاء الأصول وعليكم التفريع»<sup>(٤)</sup>.

رابعها: الاستصحاب؛ أي استصحاب الحالة السابقة التي كان عليه الشيء

(١) أصول الفقه للمظفر ٢: ٢١٠.

(٢) المصباح المنير ١: ١٦، لسان العرب ١: ١٥٥ مادة «أصل».

(٣) الدرر النجفية ١: ١٥٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٨: ٤١ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥٢، بحار الأنوار ٢: ٢٤٥ ح ٥٣، الدرر النجفية

١٥٦: ١-١٥٧.

قبل حال الاختلاف ومحل النزاع، ومنه قولهم: تعارض الأصل والظاهر<sup>(١)</sup>.  
خامسها: أن الأصل: هو الشيء المعتمد المعتمد شرعاً، سواء كان راجعاً إلى  
النفي، كأصل البراءة، واستصحاب الغم وأصالة الغم؛ أو راجعاً إلى الإثبات،  
كاستصحاب الوجود وأصالة بقاء شغل الذمة، وأصالة الصحة في العقود  
والإيقاعات، وأصالة الصحة في الأعيان والموضوعات الخارجية، وأصالة  
الطهارة، وأصالة الحل وغير ذلك<sup>(٢)</sup>.

#### هـ- معنى الظاهر

قال أهل اللغة: الظاهر من كل شيء خلاف البطن، والجمع: أظهر  
وظهور، مثل: فلس وأفلس وفلوس. والظهور: الظفر بالشيء والاطلاع عليه،  
وأظهرنا الله على الأمر: أطلع، يقال: ظهر على الشيء إذا غلبه وعلاه، وقوله  
عز وجل: ﴿فَأَصْبَحُوا ظَاهِرِينَ﴾<sup>(٣)</sup> أي غالبين عالين، وظهر الحمل: تبين  
وجوده<sup>(٤)</sup>.

أما في الاصطلاح، فيستفاد من كلمات الفقهاء أعلى الله مقامهم أن الظاهر في  
كلامهم يطلق على معان:  
أحدها: المراد منه ظواهر الأدلة<sup>(٥)</sup> المشهورة الشرعية، والأمارات المنصوصة

(١) تمهيد القواعد: ٣٢، الحقائق الناضرة ١: ٤١-٤٢، الدور النجفية ١: ١٥٦.

(٢) العناوين ٢: ٥٩٧، كتاب القضاء لعبير حبيب الله الرشتي ٢: ٩٣ تحليل الكلام في شرح قضاء شرائع  
الإسلام: ٥١٨، ما وراء الفقه ٩: ١٧.

(٣) سورة الصف: ١٤.

(٤) المصباح المنير ٢: ٣٨٧، لسان العرب ٨: ٢٧٣-٢٧٩، القاموس المحيط ٢: ٨٤ مادة ظهر.

(٥) فهو اللفظ الدال على أحد احتمالاته دلالة راجحة، ولا ينفي معها الاحتمال، وفي مقابلته التأول، فهو  
اللفظ الذي يراد بها المعنى المرجوح من احتمالاته، هامش التنقيح الرائع ١: ٦.

من الكتاب والسنة في الأحكام، والبيّنة واليد في الموضوعات<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى: المراد من الظاهر ما قام الدليل على اعتباره، كالبيّنة في الموضوعات، والكتاب والسنة في الأحكام<sup>(٢)</sup>.

ثانيها: قد يطلق الظاهر على ما يستفاد من العرف والعادة والشيوع والغلبة وظاهر الحال أو القرائن والأحوال وغيرها<sup>(٣)</sup>.

ثالثها: قد يطلق الظاهر على الظواهر النوعية: أعمّ من أن يكون الظاهر معتبراً أو غير معتبر شرعاً، والمعتبر منها أعمّ من الأصول الأولية والقواعد الشرعية كاليد.

وقال عدّة من الأصحاب: هذا المعنى من الظاهر هو مراد من عرف المدعي بأنّه الذي يكون قوله خلاف الظاهر، والمنكر بأنّه الذي يكون قوله موافق للظاهر<sup>(٤)</sup>.

رابعها: قد يطلق الظاهر على الظهور الشخصي باعتبار فرد خاص قد انضمت إليه أمارات مختلفة، من القرائن الحالية، أو المقالية بحسب المقامات، كعدالة المدعي أو وثاقته<sup>(٥)</sup>.

خامسها: قد يطلق الظاهر على ما كان ظاهراً بأصل شرعي أو عقلي، وبعبارة أخرى، الظاهر ما كان هو المعتمد لو لم يكن مقام الدعوى، فيرجع هذا إلى الأصل بذلك المعنى<sup>(٦)</sup>.

(١) القواعد والقوائد ١: ١٤٠-١٤١، جامع الشتات ٢: ٣٨٤، الموسوعة الفقهية ١٢: ١٩٤.

(٢) العناوين ٢: ٥٩٧.

(٣) تمهيد القواعد ١: ٣٠١، العناوين ٢: ٥٩٧، الدرر النجفية ١: ١٥٦، ماواه الفقه ٩: ١٧-١٨.

تحليل الكلام: ٥١٨.

(٤) كتاب القضاء للمحقق الرشتي ٢: ٩٤-٩٥، كتاب القضاء للأشتياني: ٣٣٣.

(٥) كتاب القضاء للأشتياني: ٣٣٣.

(٦) العناوين ٢: ٥٩٨.

## و - معنى الغلبة

والمراد بالغلبة: ما يفيد الظن<sup>(١)</sup>، وأنَّ المناط فيه حصول الظنِّ في الشخص الخاصِّ بملاحظة حصول الحكم في أغلب الأشخاص<sup>(٢)</sup>. ويستفاد من كلام المحقق القمي أنَّ المراد بالغلبة: حصول الظنِّ بوقوع سبب الحكم المخالف للأصل، وذلك الظنُّ يحصل بسبب كون الغالب في أفعالهم ومعاملاتهم أو معاملات غالب الناس<sup>(٣)</sup>.

## ز - معنى العادة والعرف وأقسامه

## العادة في اللغة

أما العادة في اللغة، فهي مأخوذة من العود، أو المعاودة؛ بمعنى التكرار. قال الفيومي: والعادة معروفة، والجمع عاد وعادات وعوائد، سميت بذلك؛ لأنَّ صاحبها يعاودها؛ أي يرجع إليها مرَّة بعد أخرى<sup>(٤)</sup>. قال الراغب: والعادة اسم لتكرير الفعل والانفعال حتَّى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية<sup>(٥)</sup>.

## العرف في اللغة

قال الفيومي: أمرت بالعرف؛ أي المعروف؛ وهو الخير والرفق والإحسان. ومنه قولهم: من كان آمراً بالمعروف، فليأمر بالمعروف؛ أي من أمر بالخير فليأمر برفق وقد يحتاج إليه<sup>(٦)</sup>.

(١) القواعد الفقهية للندوي: ١٥٢، المتثور في القواعد: ١: ٣٢٩.

(٢) جامع الشتات: ٢: ٣٩٦.

(٣) جامع الشتات: ٢: ٣٨٤.

(٤) المصباح المنير: ٤٣٦.

(٥) المفردات: ٣٥٢.

(٦) المصباح المنير: ٤٠٤.

قال الراغب: العرف: المعروف، والمعروف إسم لكلّ فعل يعرف بالعقل أو الشرع حسنه، ومنه قوله تعالى: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» (١) (٢).

### العرف والعادة في الاصطلاح

قال كثير من فقهاء العامة في تعريف العرف والعادة: إنَّ العادة عبارة عما يستقرّ في النفوس من الأمور المتكرّرة المعقولة عند الطباع السليمة (٣). وفي بعض الكلمات (٤): «المقبولة» بدلاً عن المعقولة.

ثم قالوا: والعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصداق وإن اختلفا من حيث المفهوم، فما يصدق عليه أنه عادة يصدق عليه أنه عرف (٥).

وفي هذا التعريف إشكالات: منها: كونه معقولاً أو مقبولاً عند الطباع السليمة؛ فإنها تقتضي أولاً: كون العرف والعادة أمراً ثابتاً؛ لأنها من الأمور القارّة والثابتة، وليس الأمر كذلك؛ لأن كلّ عرف ليس بثابت.

وثانياً: أن العرف يتفاوت باختلاف الأزمان والأمكنة، ولازم ذلك أن تختلف العقول والطباع السليمة باختلاف العرف.

(١) الأعراف: ١٩٩.

(٢) المفردات: ٣٣١-٣٣٢.

(٣) رسائل لابن عابدين ٢: ١١٢، شرح المجلة لسليم بن رستم بار اللباني ١: ٣٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٩٣.

(٤) شرح المجلة لمدير قاضي ١: ٩٥، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر أفندي الحنفي ١: ٤٠، المادة ٣٦، الأشباه والنظائر: ٧٩ «القاعدة السادسة».

(٥) رسائل لابن عابدين ٢: ١١٢، شرح المجلة لمدير قاضي ١: ٩٥، وسليم بن رستم بار ١: ٣٤، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١: ٤٠.

وثالثاً: بعض العرف فاسد، فهل يصدقها العقول والطبائع السليمة؟  
ورابعاً: إذا كان التكرّر ناشئاً عن علاقة عقلية - وهي التي يحكم فيها العقل بهذا التكرّر - لم يكن من قبيل العادة، بل من قبيل التلازم والارتباط العقلي في الوجودين بين العلة والمعلول، وذلك كتكرّر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أن المؤثر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرّك الخاتم بحركة الإصبع، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي.

وخامساً: لم تكن العادة والعرف من حيث المصادق واحداً في جميع الموارد، كما سيجيء، إن شاء الله أن نسبتهما عموم مطلق. وحيث إن هذا التعريف لم يكن جامعاً للأفراد ومائعاً للأغيار، عدل بعضهم وقال: العرف ما اعتاده جمهور الناس وألقوه من فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره<sup>(١)</sup>.

ففي هذا التعريف أيضاً إشكال، حيث لم يكن جامعاً للأفراد ولا شاملاً للعرف الخاص؛ لأن موضوعه مخصوص ببلد، أو مكان، أو فئة من الناس من أرباب الأعمال أو الصنائع، أو العلوم دون سواهم، ولم يكن ما اعتاده جمهور الناس. والذي يسهل الأمر إن هذه التعاريف شرح الإسمية وليست تعاريفاً واقعية حقيقية، فالأولى أن يقال في تعريفه: العرف ما جرت عليه عادة الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك في بيعهم وشرائهم وإجارهم، وسائر معاملاتهم، بحيث يسوغ للمتكلّم إذا أراد معنى أن يطلق اللفظ، ويترك القيود اتكالاً على فهم العرف، مثلاً إذا قال اللبناني: اشتريت هذا بليرة، فهم منها الليرة اللبنانية بدون الوصف<sup>(٢)</sup>.

(١) مقدّمة للحاوي الكبير: ١٠٢.

(٢) تحرير أصول فقه المظفر: ١٩٣، فقه الإمام جعفر الصادق: ٦: ١٢٢.

## الفرق بين العرف والإجماع

قد يقع لدى بعض الناس نوع اشتباه أو تداخل بين مفهوم العرف والإجماع، وهذه فروق ظاهرة بينهما توضح تباينها:

١- إن الإجماع لا ينعقد إلا باتفاق الأمة، أو مجتهديها أو مجتهد المذهب المعين على اختلاف في المباني، ولكن عنصر الاتفاق مأخوذ فيه، بينما لا يؤخذ في العرف هذا العنصر، بل يكفي فيه سلوك الأكثرية، ويشترك في هذا السلوك المجتهدون وغيرهم بما فيهم العامة والخاصة<sup>(١)</sup>.

٢- إن العرف لا يتكون، ولا يتأقّق تحكيمه إلا إذا تكرّر فعله، حتّى يستقرّ في النفوس، وتطمئنّ إليه القلوب، ويقع التواطؤ عليه والعمل به. أمّا الإجماع، فيتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على أمر، دون حاجة إلى تكراره.

٣- إن الحكم الذي يستند إلى الإجماع كالحكم الذي يستند إلى النص لا مجال لتغييره وتبديله، وهو أيضاً حجة على من يأتي بعد عصر المجمعين. أمّا الحكم المستند للعرف، فيتغيّر بتغيّر العرف، ولا يكون ملزماً إلا لمن تعارفوا عليه<sup>(٢)</sup>.

## النسبة بين العرف والعادة

إنّ العادة جنس أعمّ من العرف، تحته أنواع، وأنّ العرف نوع من العادة؛ لأنّ العادة تشمل العادة الفرديّة، كمن كان عادته الطهارة والوضوء بعد الحدث وشكّ في طهارته، وكعادته في نومه وأكله ونوع ما كوله وحديثه وكثير من أفعاله، والعادة المشتركة، والعادة الناشئة عن عامل طبيعي، كإسراع بلوغ الأشخاص في

(١) تحرير أصول فقه المظفر: ١٩٣.

(٢) العرف ١: ١٢٢-١٢٣.

الأقاليم الحارة، وبطنه في الأقاليم الباردة، فمثل هذا لا يسمى عرفاً، بل يسمى عادةً، وعادة جمهور قوم؛ وهي العرف، فإذا لم يكن الأمر المعتاد ناشئاً بين أكثر القوم لا يتكوّن به عرف معتبر، بل يكون من قبيل العادة الفردية أو العادة المشتركة، فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق<sup>(١)</sup>. ومما ذكرنا ظهر الإشكال على ما قيل: إن النسبة بينها عموم من وجه<sup>(٢)</sup>.

### تقسيمات للعرف:

#### التقسيم الأول

ينقسم العرف من حيث موضوعه ومتعلّقه إلى نوعين: عرف لفظي، وعرف عملي.

#### ١ - العرف اللفظي

فأما العرف اللفظي أو القولي؛ فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين تختلف عن مداليلها اللغوية، بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية، وذلك كاستعمال لفظ «الدرهم» بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها، حتّى الورق النقدي اليوم، مع أنّ الدرهم في الأصل نقد فضّي مسكوك بوزن معين وقيمة محدّدة. وكاستعمال لفظ الدابة في البغل والفرس، مع أنّها في الأصل كلّ حيوان في الأرض، مميّزاً كان أو غير مميّز، وكإطلاق العراقيين لفظة الولد على خصوص الذكر، بينما يطلق في اللغة على الأعمّ من الذكر والأنثى. وإن كلّ متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف إلى المعاني المقصودة

(١) المدخل الفقهي العام ٢: ٨٣٨-٨٤٣.

(٢) الفقه ١٠٠: ١٧٨.

حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة، ذلك لأن العرف الطارئ قد نقل تلك الألفاظ إلى معانٍ أخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ، في مقابل الحقيقة اللغوية، ولذا قال الفقهاء: الحقيقة تترك بدلالة العادة، فيحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه، وقد يختلف فيه بلد عن آخر، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب<sup>(١)</sup>. قال الشهيد الثاني: لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك، بدون الآدمي والسماء والشمس والجبل، فإن هذه التسمية فيها هجرت حتى صارت مجازاً، لو حلف لا يستكلم، فقرأ أو سبّح، ففي الحنث وجهان مرتبان، والأولى العدم<sup>(٢)</sup>.

## ٢ - العرف العملي

أما العرف العملي: فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال أو المعاملات المدنية، كتعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف أو الثلثين، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق، واعتيادهم أن يجهز الأب ابنته في العرس، وتعارف الناس البيع بالتعاطي في كثير من الأشياء من غير صيغة لفظية، وكاعتياد قوم أكل طعام خاص لو أوصى رجل بالصدقة بالطعام، وما إلى ذلك من العادات<sup>(٣)</sup>.

(١) رسائل لابن عابدين ٢: ١١٤ - ١١٥، المدخل الفقهي العام ٢: ٨٤٤ - ٨٥٦، درر الأحكام شرح مجلة

الأحكام ١: ٤٠ المادة ٣٦، المصباح المنير ١: ٢٢٧ و ٢٢٣، قواعد الفقه الإسلامي للقاضي عبد الوهاب: ٢١٧ -

٢١٨، القواعد والفوائد ١: ١٥٠، تحرير أصول فقه المظفر: ١٩٤، فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام ٦: ١٢٢.

(٢) تمهيد القواعد: ٢١١ - ٢١٢.

(٣) القواعد والفوائد ١: ١٥٠، تحرير أصول فقه المظفر: ١٩٣، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١: ٤١ المادة

٣٦، المدخل الفقهي العام ٢: ٨٥٨ - ٨٥٩، مقدمة للحاوي الكبيرة: ١٠٢، قواعد الفقه الإسلامي: ٢١٨.

قال الشهيد: لو استأجر أجيراً يعمل له مدةً معينة، حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان، دون غيره بغير خلاف، ولو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة؛ وهو الثمر، دون ما لا يؤكل عادة، كالورق والخشب وإن جاز أكله، لو حلف أن لا يأكل الرؤوس؛ فإنه ينصرف إلى الغالب من رؤوس النعم، وفي رؤوس الطير والجراد والسمك وجهان، أجودهما عدم الدخول لو حلف لا يأكل اللحم، ففي الحنث بلحم السمك الوجهان<sup>(١)</sup>.

## التقسيم الثاني

ينقسم العرف أيضاً - لفظياً كان، أو عملياً - باعتبار من يصدر عنه، وشيوعه وخصوصه إلى نوعين: عرف عام، وعرف خاص.

مركزية كويتية

### ١ - العرف العام

أما العرف العام: فهو الذي يتعارفه في جميع أهل البلاد في زمن من الأزمنة في أمر من الأمور، فهو يسمى بحقيقة عرفية؛ كتعارفهم الاستصناع ودخول الحمامات من غير تقدير أجر معين ولا مدة المكث فيها.

قال بعض العامة: والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا، والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس. مثال ذلك: إذا حلف شخص قائلاً: «والله لا أضع قدمي في دار فلان» يحنث؛ سواء دخل تلك الدار ماشياً أو راكباً. أما لو وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها لا يحنث؛ لأن وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول، وإن كان معنى ذلك في اللغة

«لا أضع رجلي»<sup>(١)</sup>.

أقول: هذا وإن كان من العرف العام ولكن لا يختصّ بالعرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا.

## ٢ - العرف الخاص

وأما العرف الخاص: فهو الذي يتعارفه أهل بلد معين، أو طائفة معينة من الناس من أرباب الأعمال أو الصنائع أو العلوم دون سواهم، كتعارف أهل العراق إطلاق لفظ الدابة على الفرس، وكعرف التجار فيما يعدّ عيباً ينقص الثمن في البضاعة المباعة أو لا يعدّ عيباً<sup>(٢)</sup>.

وأضاف بعضهم إلى هذين القسمين قسماً آخر، فهو يسمى بالحقيقة الشرعية أو العرفية الشرعية؛ وهو عبارة عن الاصطلاحات الشرعية، كالصلاة والزكاة والحج، فباستعمالها في المعنى الشرعي أهل معناها اللغوي، فتحمل هذه الألفاظ على معناها الشرعي الذي استعمله الشارع<sup>(٣)</sup>.

## التقسيم الثالث

والعرف باعتبار موافقته للشرعية أو مصادمته لها ينقسم إلى عرف صحيح وعرف فاسد، [غير صحيح] فالعرف الصحيح هو الذي لا يخالف نصّاً؛ والعرف الفاسد هو الذي يخالف نصّاً، والعرف الفاسد لا يلتفت إليه<sup>(٤)</sup>.

(١) درر الحکام شرح مجلة الأحكام ١: ٤٠ - ٤١.

(٢) مقدمة المحاوي الكبير: ١٠٢، رسائل لابن عابدين ٢: ١١٢، درر الحکام شرح مجلة الأحكام ١: ٤٠ - ٤١.

شرح المجلة لسليم بن رستم باز اللبناني ١: ٣٥، كتاب المكاسب ٤: ٢٣١، قواعد الفقه الإسلامي: ٢١٨.

(٣) المكاسب: ١٩٣ طبع قديم، درر الحکام شرح مجلة الأحكام ١: ٤٠ - ٤١.

(٤) رد المختار على الدر المختار ١: ٣٥.

## المبحث الثاني:

### المراد من الأصل وموارد استعماله

قد مرّ<sup>(١)</sup> للأصل خمس معانٍ في مصطلحهم، فأتيها يترجّح في المقام وتعضده كلمات الأعلام؟

نقول: ربّما تشيعر العبارة السابقة لبعض الأعلام كالشهيد الثاني وصاحب الحقائق وبعض العامة<sup>(٢)</sup> أن المراد من الأصل في تعارض الأصل والظاهر هو الاستصحاب، كما مثّلوا في المعنى الرابع المذكور آنفاً، ولكننا إذا تتبعنا كلمات الفقهاء في سائر الموارد كالشهيد وصاحب الحقائق، يظهر أن المراد من الأصل عندهم هاهنا: هو المعنى الخامس، كما قال به بعض الأعلام<sup>(٣)</sup>.

قال المراغي: إن الظاهر من الأصل حينئذٍ هو الشيء المعتمد المعتمد شرعاً، سواء كان راجعاً إلى النفي، كأصل البراءة واستصحاب العدم، وأصل العدم بناءً على كونها قاعدة؛ أو راجعاً إلى الإثبات، كاستصحاب الوجود، وأصل بقاء شغل

(١) صفحہ ۲۵-۲۶.

(٢) تمهيد القواعد: ۳۲، الحقائق الناضرة ۱: ۴۱-۴۲، الموسوعة الفقهية ۱۲: ۱۹۴.

(٣) العناوين ۲: ۵۹۷، مستند الشيعة ۱۷: ۱۳۹-۱۴۰، تحليل الكلام: ۵۱۸-۵۱۹.

الذمة، وأصالة الصحة في العقود والإيقاعات، وأصالة الصحة في الأعيان الخارجية، وأصالة الطهارة ونظائر ذلك؛ فإن هذه كلها أصول يُعدّ مَنْ خالفها مدّعياً<sup>(١)</sup>. ولما كان تنقيح الموضوع في البحث أمراً مهماً، ينبغي التتبع في كلمات الأعيان والفقهاء من الخاصة والعامة، حتى تظهر صحة المختار فيما هو محل النزاع.

### ألف - الاستصحاب

من تتبّع كلمات الفقهاء يرى أنّ من موارد استعمال الأصل الاستصحاب، وأنهم استعملوا الأصل - في تعارض الأصل والظاهر - في الاستصحاب الأعم من الوجودي والعدمي، كالعلامة<sup>(٢)</sup> والشهيد<sup>(٣)</sup> وفخر المحققين<sup>(٤)</sup> والبحراني<sup>(٥)</sup> والمقدس الأردبيلي<sup>(٦)</sup> والسيد بن بحر العلوم<sup>(٧)</sup> والسبزواري<sup>(٨)</sup> وغيرهم. قال الشهيد الأول: ولو أقرّ المحتمل للبلوغ أو باع أو نكح أو طلق ثم ادّعى الصبيّ قيل: ولا يمين عليه، ولو كان التداعي بعد البلوغ، ففي تقديم قوله عملاً بالأصل، أو قول الآخر عملاً بالظاهر من الصحة وجهان<sup>(٩)</sup>. قال الشهيد الثاني: ولو أوصى بحمل وأشار إلى معين، اشترط كونه موجوداً

(١) العناوين ٢: ٥٩٧.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٢.

(٣) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ١٢٧، درس ٢٢٢، مسالك الأفهام ٦: ١٩٠-١٩٢.

(٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٢-٤٣.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٤: ٥٨٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١٤-١١٥.

(٧) بلغة الفقيه ٣: ١٤٦-١٤٧.

(٨) مهذب الأحكام ٢٥: ١٨٦.

(٩) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ١٢٧، درس ٢٢٢.

حال الوصية، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوصية علم أنه كان موجوداً؛ فإن ولدته لأكثر من أقصى مدة الحمل من حين الوصية، علم أنه لم يكن موجوداً. ولو ولدته فيما بين أقصى مدة الحمل وأقله، أمكن وجوده حال الوصية وعدمه. وإن كانت الأمة خالية من الفراش؛ بأن فارقها الواطئ المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده، عملاً بالظاهر وأصالة عدم وطء غيره؛ وإن كانت الأمة فراشاً بحيث يمكن تجددّه بعد الوصية لم يحكم بصحتها؛ لأصالة عدم تقدّمه حالها.

وما يقال - من أن الظاهر الغالب إنما هو الولادة لتسعة أشهر تقريباً، فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً وإن كان لها فراش - يندفع بأن الحكم السابق مرتّب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض إلا فيما شذّ، وبالجملّة؛ فالمسألة حينئذٍ من باب تعارض الأصل والظاهر <sup>(١)</sup>.

قال المقدس الأردبيلي: إذا أسلم - الزوجان - قبل الدخول، فالزوج يدّعي بقاء الزوجية لوقوع الإسلام معاً، والزوجة تدّعي عدم بقاء الزوجية للتعاقب، فقول الزوج موافق للأصل؛ لأن الأصل بقاء الزوجية، وعدم سبق إسلام أحدهما على إسلام الآخر، وقول الزوجة موافق للظاهر، فإن الظاهر المتعارف التعاقب وعدم المقارنة، فهنا يتعارض الأصل والظاهر، والظاهر تقديم الأصل هنا؛ لأنّ النكاح كان متحققاً يقيناً، ولا يرتفع إلا بمثله <sup>(٢)</sup>.

وهكذا في كلمات العامّة؛ فإنهم جعلوا الاستصحاب هو الأصل المعارض للظاهر.

(١) مسالك الأفهام ٦: ١٩٠-١٩١.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١٤-١١٥.

قال الزركشي: والمراد بالأصل القاعدة المستمرة أو الاستصحاب<sup>(١)</sup>.  
وقال بعض آخر: الشيء الذي لا يتيقن نجاسته، ولكن الغالب في مثله  
النجاسة، يستصحب طهارته، أم يؤخذ بنجاسته، قولان:  
أحدهما: يستصحب طهارته تمسكاً بالأصل المتيقن إلى أن يزول بيقين بعده،  
كما في الأحداث.

والثاني: يؤخذ عملاً بالظن المستفاد من الغلبة، بخلاف الأحداث؛ فإن  
عروضها أكثر، فحققت الأمر فيها بطرح الظن كالشك، ويشهد هذان القولان لقولي  
تعارض الأصل والظاهر<sup>(٢)</sup>.

وقال بعض آخر: وقد يتعارض أصل وظاهر، ولذلك أمثلة... المثال الرابع:  
إذا اختلف الزوجان في النفقة مع اجتماعهما وتلازمهما ومشاهدة ما ينقله الزوج إلى  
مسكنهما من الأطعمة والأشربة، فالشافعي يجعل القول قول المرأة؛ لأن الأصل  
عدم قبضها، ومالك يجعل القول قول الزوج؛ لأنه الغالب في العادة، وقوله ظاهر<sup>(٣)</sup>.  
إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين، وادّعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل  
قوله؛ لأن الظاهر يكذبه، وإن كان الأصل عدم علمه بذلك<sup>(٤)</sup>.

## ب - البراءة

ومن موارد استعمال الأصل - في تعارض الأصل والظاهر - البراءة. قال  
العلامة: لو أحال زيد على عمرو بكراً بمال فأداه عمرو بعد قبول الثلاثة الحوالة

(١) المشهور في القواعد ١: ٣١١.

(٢) العزيز شرح الوجيز ١: ٧٤.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ٢: ٤٦.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٤ قاعدة ١٥٩.

إلى بكر، ثم جاء عمرو يطالب زيداً بما أدّاه بحوالته إلى بكر، فادّعى زيد أنه إنما أحال بماله عليه وأنكر عمرو ذلك وأنه احتال ولا شيء أزيد عليه، كان القول قول عمرو لأصالة براءة ذمته، ويحتمل أن يقال إن قلنا بصحة الحوالة على من لا مال عليه كان القول قول المحال عليه قطعاً<sup>(١)</sup>.

قال الشهيدان: ولو أدّى المحال عليه فطلب الرجوع بما أدّاه على المحيل لإنكاره الدين، وزعمه أن الحوالة على البريء، بناءً على جواز الحوالة عليه، وادّعى الدين المحيل، تعارض الأصل - وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل - والظاهر، - وهو كونه مشغول الذمة - إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمة المحال عليه لما أحيل عليه، والأول - وهو الأصل - أرجح من الثاني، حيث يتعارضان غالباً<sup>(٢)</sup>. وقال المحقق الأردبيلي: فإن الظاهر تقديم قول المحال عليه مطلقاً؛ لأنه أدّى ما على المحيل بإذنه فيرجع إليه<sup>(٣)</sup>.

وفي قواعد الشهيد: لو تنازع الزوجان بعد ردّتهما في وقت الإسلام - فهنا يتعارض الأصل والظاهر - فالظاهر ترجيح قول الزوجة، فتجب النفقة، ويحتمل ترجيح دعوى الزوج؛ لأصالة البراءة من النفقة بعد الردة، وأصالة عدم تقدّم الإسلام، والظاهر بقاء ما كان على ما كان<sup>(٤)</sup>.

وهكذا يستعمل الأصل - في تعارض الأصل والظاهر - في البراءة لدى العامة. قال بعض العامة: فصل في بيان تعارض الأصل والظاهر... ولذلك أمثلة... المثال الخامس: ما إذا ادّعى الجاني شلل عضو المجنيّ عليه، وادّعى

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ١٠٧.

(٢) الروضة البهية ٤: ١٤٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٦١.

(٤) القواعد والفوائد ١: ١٣٨، القاعدة الثالثة.

المجني عليه سلامته، فقولان:

أحدهما: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته.

والثاني: القول قول المجني عليه؛ لأن الظاهر الغالب من أعضاء الناس السلامة، وكذلك إذا اختلف الجاني والمجني عليه في وجود عضو من أعضاء المجني عليه؛ فإن الظاهر وجوده للغلبة، والأصل براءة ذمة الجاني في ذمة ذلك العضو المختلف فيه ومن قصاصه<sup>(١)</sup>.

وقال بعض آخر:

إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بيّنة ففيه روايتان:

إحدهما: القول قول الزوج؛ لأنه منكر وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرّره.

والثانية: القول قول مدعي مهر المثل؛ لأن الظاهر معه<sup>(٢)</sup>.

### ج - الاشتغال

قد يستعمل الأصل - في بحث تعارض الأصل والظاهر - في الاشتغال، وإليك نماذج منها:

الأول: قال بعض فقهاء الخاصة والعامة:

لو صلى ثم رأى على ثوبه أو بدنه نجاسة غير معفو عنها، وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها، وأمكن الأمران، فالصلاة صحيحة؛ لأن الظاهر صحة أعمال المكلفين وجريانها على الكمال، وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة وبقائها في

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأناس ٢: ٤٦.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٣٣.

الذمة حتى يتيقن صحتها<sup>(١)</sup>.

الثاني: إذا شك بعد الفراغ من الطهارة أو الصلاة وغيرها من العبادات في ترك ركن منها، فإنه لا يلتفت إلى الشك، وإن كان الأصل عدم الإتيان به، وعدم براءة الذمة من التكليف به، لكن الظاهر من أفعال المكلفين بالعبادات أن تقع على الوجه المأمور به؛ فإن العبد إذا أراد أن يعمل عملاً لا يترك شيئاً في محله، فيرجح هذا الظاهر على الأصل<sup>(٢)</sup>.

الثالث: لو توافق الزوجان على المهر، واختلفا بعد الزفاف في قبض الصداق، فقالت الزوجة: لم أقبض، وقال الزوج: قد قبضت، إن كانت العادة جارية بأنها لا تمكّن من الدخول إلا بعد أن تستوفي المهر كالعادة القديمة، تعارض بين استصحاب اشتغال الذمة والظاهر، وإن لم يكن العادة جارية في تقديم المهر على الزفاف، فالقول قول الزوجة<sup>(٣)</sup>.

## د - أصالة الحل

قد يستعمل الأصل - في تعارض الأصل والظاهر - في فقه العامة والخاصة في أصالة الحل أيضاً.

منها: في وجوب اجتناب معاملة الظالمين ومن لا يتوقى المحارم والسفلة: - وهو الذي لا يبالي ما قال ولا ما قيل له - ومن يضرب بالطنبور، ومن

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٥-٣٠٦، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٦٩ القاعدة ١٥٩.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٤-٣٠٥، العناوين ١: ١٥٧-١٥٨، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٨.

(٣) الخلاف كتاب الصداق ٥: ١١٦، المبسوط ٤: ٣٠١، قواعد الأحكام ٢: ٤٤، القواعد والفوائد ١: ١٥٢،

جواهر الكلام ٣١: ١٣٢-١٣٤، كتاب النكاح للشيخ الأنصاري: ٢٨٢، مهذب الأحكام ٢٥: ١٨٢، عقد

الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ٢: ١٢٤، بداية المجتهد ٢: ٣١، رسائل لابن عابدين ٢: ١٢٦.

لم يسره الإحسان ولا تسوؤه الإساءة، ومن ادعى الأمانة وليس لها بأهل، بحيث يظنّ تحريم ما بيده، وجهان:

أحدهما: عدم وجوب الاجتناب لأصالة الحلّ، ولا يلتفت إلى القرائن الظاهرة. ويحمل الروايات الواردة على الكراهة<sup>(١)</sup>.

ثانيهما: وجوب الاجتناب للقرائن الظاهرة والروايات<sup>(٢)</sup> الواردة، كما قال به الصدوق<sup>(٣)</sup>، فيتعارض الظاهر والأصل.

### هـ- أصالة الطهارة

ومن جملة موارد استعمال الأصل - في تعارض الأصل والظاهر - أصالة الطهارة.

قالوا: قد يعارض الأصل والظاهر، وصوره كثيرة كغسالة الحنّام، وثياب مدمن الخمر وشبهه، وطين الطريق، وأواني المشركين وما بأيديهم، وطهارة ما تناله أيدي الناس على اختلاف فرقهم وتباين آرائهم في الطهارة والنجاسة<sup>(٤)</sup>.

غسالة الحنّام نجسة مع العلم بملاقاة النجاسة، وطهارة مع العلم بالخلو عنها، ثم إنه مع الشك في ملاقات النجاسة، فهل يحكم بالطهارة، أو النجاسة؟ فمع غضن النظر عن الأخبار يقع التعارض بين الظاهر والأصل؛ إذ الظاهر أنها نجسة، والأصل الطهارة<sup>(٥)</sup>.

(١) قواعد الأحكام ١: ١١٩-١٢٠، جامع المقاصد ٤: ١٠-١١، تمهيد القواعد: ٣٠٤.

(٢) و (٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٠٠، ح ٣٨٨-٣٩٢.

(٤) القواعد والفوائد ١: ١٣٨، رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧.

(٥) القواعد والفوائد ١: ١٣٨، الاقطاب الفقهية على مذهب الإمامية: ٤٥، رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧.

المعتبر ١: ٩٢، منتهى المطلب ١: ١٤٦، تمهيد القواعد: ٣٠٣، الحلائق الناضرة ١: ١٣٥، كتاب الطهارة

للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣٦-٥٣٤.

إذا وجد كلباً خارجاً من بيت فيه إناء مكشوف، ووجد على فم الكلب أثر مباشرته، ففي الحكم بنجاسة الإناء وجهان: الأصل هو الطهارة، والظاهر على خلافه. والعمل على الأصل<sup>(١)</sup>.

إذا ظن النجاسة في الثوب، ثم صلى قبل طهارته في صحة صلاته وعدمها وجهان، بل قولان:

الأول: الظاهر فساد صلاته لغلبة الظن، كما قال به أبو الصلاح الحلبي<sup>(٢)</sup>.  
الثاني: صحة صلاته وعدم نجاسة المحل بالظن، فالثوب على أصل الطهارة كما قال به ابن إدريس<sup>(٣)</sup>، وهو الحق.

وكذلك في فقه العامة يستعمل الأصل - في تعارض الأصل والظاهر - في أصالة الطهارة.

قال بعض:

فصل في بيان تعارض الأصل والظاهر، ولذلك أمثلة:

أحدهما: طين الشارع في البلدان في نجاسته قولان:

أحدهما: أنه نجس لغلبة النجاسة عليه؛ والثاني: أنه طاهر؛ لأن الأصل طهارته.

المثال الثاني: الصلاة في ثياب من يغلب عليه النجاسة بمخامرة النجاسة من المسلمين والمشركون قولان: أحدهما: لا يجوز لغلبة النجاسة عليها، والثاني: يجوز؛ لأن الأصل الطهارة<sup>(٤)</sup>.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٣.

(٢) الكافي في الفقه: ١٤٠.

(٣) السرائر ١: ١٧٩-١٨٠.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢: ٤٦، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٣ القاعدة ١٥٩.

المثال الثالث: لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء، وشك هل ولغ فيه أم لا؟ وكان فيه رطباً، ففي نجاسة الماء وطهارته وجهان:

أحدهما: نجس؛ لأن الظاهر ولو غه، والثاني: طاهر لأصالة الطهارة<sup>(١)</sup>.

المثال الرابع: إذا دخل بيت الخلاء وجلس للاستراحة، وشك هل خرج منه شيء أو لا؟ قال محمد بن الشيباني: «كان محدثاً عملاً بالغالب»؛ وقال غيره: «مطهر للأصل إذا كانت الحالة السابقة الطهارة»<sup>(٢)</sup>.

المثال الخامس: لو اغتسلت من الجناع بعدما قضت شهوتها، ثم خرج منها مني بعد الغسل؛ فإنه يجب عليها إعادة الغسل؛ لأن الخارج منيها، أو منيها ومني الرجل؛ لأن الظاهر اختلاطه، مع أن الأصل عدم ذلك<sup>(٣)</sup>.

## و- أصالة الصحة

وقد يستعمل الأصل في كلمات الفقهاء - في بحث تعارض الأصل والظاهر - في أصالة الصحة في العقد.

منها: لو كان الغالب في معاملات شخص الفساد، فلو صدرت منه معاملة نشك في الصحة والفساد فيها، الغلبة الشخصية تقتضي فساد المعاملة، وهذا مشرب القوم (أهل السنة)، وأصالة الصحة المستندة إلى وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح تقتضي الصحة<sup>(٤)</sup>.

ومنها: إذا بقي من الم محبوب بقيّة يمكنه الوطء بها سقط خيارها، فإن ادّعت عدم

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٢ القاعدة ١٥٩.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٤٩.

(٣) المثلث للقواعد ١: ٣١٦.

(٤) تحرير المجلة ١: ٣٣.

إمكانه وأنكر احتمال تقديم قوله عملاً باصالة سلامة العقد، وتقديم قولها عملاً بالظاهر؛ إذ الظاهر عجز المقطوع ذكره...<sup>(١)</sup>.

وجاء أيضاً بهذا المعنى في كلمات العامة، فمن ذلك ما يلي، قالوا: اختلاف المتعاقدين في الصحة والفساد، القول قول مدعي الصحة على الأظهر؛ لأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة، وإن كان الأصل عدمها<sup>(٢)</sup>.

وإذا ادعى البائع أنه كان صبيّاً أو غير ذلك وأنكر المشتري، فالقول قول المشتري ومدعي الصحة؛ لأن الظاهر وقوع العقد على وجه الصحة دون الفساد، وإن كان الأصل عدم البلوغ والإذن<sup>(٣)</sup>.

فيستفاد من هذه الكلمات من العامة والخاصة أن مراد الفقهاء من الأصل في بحث تعارض الأصل والظاهر هو المعنى الخامس لا خصوص الاستصحاب.

مركز تحقيق التراث  
مكتبة التراث

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٠.

(٢، ٤) المشور في القواعد ١: ٣١٧، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٠ قاعدة ١٥٩، الأشياء والنظائر في الفروع: ٤٨-٤٩، الموسوعة الفقهية ١٢: ١٩٥.



مرکز تحقیقات رایانه‌ای و علوم رایانه‌ای

## المبحث الثالث:

### المراد من الظاهر وموارد استعماله

إنَّ الظَّاهر إن كان ممَّا قام الدليل على اعتباره فهو خارج عن محلِّ البحث؛ لأجل عدم الريب في تقدِّمه على الأصل ولزوم اتِّباعه، كالبيئَة في الموضوعات والكتاب والسنة في الأحكام<sup>(١)</sup>، وسوق المسلمين، وقاعدتي الفراغ والتجاوز، وقاعدة اليد المثبتة للملكية الشخص للمال الذي تحت يده وسلطته، كما لو كان شخص ساكنا في دار وكان مقتضى القاعدة اليد كونه مالِكها، ثم ادَّعى شخص آخر أنَّه هو المالك لا الساكن، فيكون هذا القول على خلاف قاعدة اليد الدالة على ملكية الساكن.

بل المراد هنا بالظاهر هو المستفاد من العرف والعادة والشيوع والقرائن من ظاهر الحال، وشاهد الحال، والظنَّ العادي والحاصل من الغلبة<sup>(٢)</sup>، وأخبار الثقة في الموضوعات، والتأسيس وغيرها، فهنا مطلبان:

(١) العناوين ٢: ٥٩٧.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠١، العناوين ٢: ٥٩٧، الدرر النجفية ١: ١٥٦، ما وراء الفقه ٩: ١٧-١٨، تحليل الكلام:

## المطلب الأول:

## خروج الأمارات من محل النزاع

قد مضى آنفاً أنه إن قام الدليل على اعتبار الظاهر، فلا ريب في تقدّمه على الأصل. وخروجه عن محل النزاع. ولصحة ما ذكرنا نذكر كلمات الفقهاء:

قال الشهيد الأول: موضع الخلاف في تعارض الأصل والظاهر ليس عاماً؛ إذ الإجماع على تقديم الأصل على الظاهر في صورة دعوى بيع أو شراء، أو دين، أو غصب، وإن كان المدعى في غاية العدالة مع فقد العصمة، وكان المدعى عليه معهوداً بالتغلب والظلم.

كما أجمعوا على تقديم الظاهر على الأصل في البيّنة الشاهدة بالحق؛ فإن الظاهر الغالب صدقها وإن كان الأصل براءة ذمّة المشهود عليه، ولهذا نظائر<sup>(١)</sup>.

وقال أيضاً: ولا يلتفت الشاك بعد الفراغ من العبادة، مع أن الأصل عدم الفعل<sup>(٢)</sup>.

ثم قال: اليد تقبل للشدة والضعف؛ إذ هي عبارة عن القرب والاتصال، فكلما زاد تأكدت اليد، فأبلغها ما قبض بيده، ثم ما عليه من الثياب والمنطقة والنعل، ثم البساط المبسط تحته، أو الدابة تحته، ثم تحت حمله، ثم ما هو سائقها أو قائدها، ثم الدار التي هو ساكنها؛ إذ هي دون الدابة؛ لاستيلائه في الدابة على جميعها، ثم الملك الذي يتصرف فيه<sup>(٣)</sup>.

قال الشهيد الثاني: إذا تعارض الأصل والظاهر، فإن كان الظاهر حجةً يجب

(١) القواعد والفرائد ١: ١٤٠.

(٢) المصدر ١: ١٣٧.

(٣) المصدر ٢: ١٩٠-١٩١.

قبولها شرعاً، كالشهادة والرواية والأخبار، فهو مقدّم على الأصل بغير إشكال، كتقديم شهادة العدلين بشغل ذمّة المدّعى عليه. وشهادتها ببراءة ذمّة من علم اشتغال ذمّته بدين ونحوه. وشهادتها بدخول الليل للصائم، وطلوع الفجر له، ورؤية الهلال للصوم والفطر، والنجاسة، والطهارة.

وتقديم إخبار ذي اليد بطهارة ما بيده بعد العلم بنجاسته، أو بالعكس، وإن لم يكن عدلاً. وقبول قول الأمانة ونحوهم بمن يقبل قوله في تلف ما أوّمن عليه من مالٍ وغيره. وقبول قول المعتدّة في انقضاء عدّتها بالأقراء، ولو في شهر واحد؛ سواء كانت عاداتها منتظمة بما يخالف ذلك أم لا؛ وأخبارها بإبتداء الحيض بها وانقطاعه عنها بعد العلم بخلافه مالم يعلم كذبها، ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

ثمّ قال: إذا شكّ بعد الفراغ من الطهارة أو الصلاة أو غيرها من العبادات في فعل من أفعالها، بحيث يترتب عليه حكم؛ فإنّه لا يلتفت إلى الشكّ وإن كان الأصل عدم الإتيان به، وعدم براءة الذمّة من التكليف به، لكنّ الظاهر من أفعال المكلفين بالعبادات أن تقع على الوجه المأمور به، فيرجّح هذا الظاهر على الأصل. وهو المروي عندنا صحيحاً عن الصادق عليه السلام، أنّه قال لزراعة بن أعين: «إذا خرجت من شيء ثمّ دخلت في غيره فشكّك ليس بشيء»<sup>(٢)</sup>.

وكذا لو شكّ في فعل من أفعال الصلاة بعد الانتقال منه إلى غيره وإن كان فيها؛ لأنّ الظاهر فعله في محلّه، مع أنّ الأصل عدمه، وليس كذلك الطهارة، والفارق النص<sup>(٣)</sup>، وإلاّ لأمكن القول باتّحاد الحكم<sup>(٤)</sup>.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٠-٣٠٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٢: ٣٥٢ ح ١٤٥٩، وسائل الشيعة ٥: ٣٣٦، باب ٢٣، من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام ١: ١٠٠ ح ٢٦١، وسائل الشيعة ١: ٣٣٠ باب ٤٢ من أبواب الوضوء ح ١.

(٤) تمهيد القواعد: ٣٠٤-٣٠٥.

ثم قال: وإن لم يكن كذلك، بل كان مستند بالعرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارةً يعمل بالأصل، ولا يلتفت إلى الظاهر وهو الأغلب، وتارةً يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى هذا الأصل<sup>(١)</sup>.

قال القمي: أما فيما كان الظاهر من الأدلة المشهورة الشرعية والأمارات المنصوبة من قبل الشارع كالخبر والشهادة والإقرار ونحو ذلك، فلا إشكال فيه - أي تقديمه - ثم قال: تقديم الظاهر على الأصل في الشرع في غاية الكثرة، كاليد اللاحقة للملك السابق، والحكم بحلية الحقوق والجلود في أيدي المسلمين، والحكم بصحة معاملتهم وتناكحهم وتوارثهم، وعدم اعتبار الشك بعد الوضوء وبعد الصلاة وبعد خروج الوقت إلى غير ذلك<sup>(٢)</sup>.

فيستفاد من هذه الكلمات لو كان الظاهر مما قام الدليل على اعتباره، فهو مفروغ عنه في تقديمه على الأصل، بل لا إشكال ولا نزاع. فما قال المحقق الرشتي «فالظاهر أن المراد بالظاهر أعم من الأصول الأولية والقواعد الشرعية والظواهر الغير المعبرة»<sup>(٣)</sup>. والمحقق الآشتياني: «والمراد بالظاهر أعم من أن يكون معتبراً شرعاً أو غير معتبر شرعاً»<sup>(٤)</sup>، والفاضل اللنكراني: «والظاهر أن المراد بالظاهر هو الظاهر المعبر، والظاهر غير المعبر لا عبرة به أصلاً»<sup>(٥)</sup>، فبعد جداً في تعارض الأصل والظاهر؛ لأنه لا يبقى للأصل موضوع مع وجود الظاهر المعبر.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠١.

(٢) جامع الشتات ٢: ٣٨٤.

(٣) كتاب القضاء ٢: ٩٤.

(٤) كتاب القضاء: ٣٣٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب القضاء والشهادات: ٧٦.

## المطلب الثاني:

## استعمال الظاهر في موضع الخلاف

قلنا فيما تقدم: إنَّ المراد من الظاهر - في تعارض الأصل والظاهر - ما يستفاد من العرف والعادة والغلبة وظاهر الحال وشاهده وغير ذلك. والشاهد على ذلك ما في كلمات الأصحاب من أنَّه يستعمل لفظ «الظاهر» في أخذ هذه المعاني.

## أ - العرف والعادة

ومن موارد استعمال الظاهر في كلمات الفقهاء - في تعارض الأصل والظاهر - العادة والعرف، وفيها موارد:

منها: قالوا: إذا اختلف الزوجان - بعد أن سلَّمت نفسها إليه - في قبض المهر، فقال الزوج: قد أقبضتك المهر، وقالت: ما قبضته، وكان العادة قبض الصداق قبل الزفاف، ففي كون القول قول الزوج، أو الزوجة وجهان، بل قولان؛ فإنَّ الأصل يقتضي عدم القبض؛ والعرف والعادة تقتضي عدم الدخول إلا بعد أن تستوفي المهر، فيتعارض الأصل والظاهر<sup>(١)</sup>.

ومنها: إذا ادَّعت الزوجة - بعد طول بقائها مع الزوج ويساره - أنَّه لم يوصلها النفقة الواجبة، فقد قال الأصحاب: القول قولها؛ لأنَّ الأصل معها، مع أنَّ العادة والظاهر لا يحتمل ذلك، ولو قيل بترجيح الظاهر كان وجهاً في المسألة

(١) المبسوط ١٦: ٦، الخلاف ١١٦: ٥ وج ٤: ٣٨٥، قواعد الأحكام ٢: ٤٤، مختلف الشريعة ٧: ٣٢٢،

كشف اللثام ٧: ٤٨٢ تفصيل الشريعة كتاب النكاح: ٤٥٢، ومن أهل السنة: عقد الجواهر الثمينة ٢: ١٢٤،

بداية المجتهد ٢: ٣١، رسائل لابن عابدين ٢: ١٢٦.

ليس بذلك البعيد<sup>(١)</sup>.

ومنها: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء، أو ثوب، أو أرض، أو بدن، وشك في زوالها؛ فإنه يُبنى على الأصل، وإن دلّ الظاهر على خلافه، كما لو وجد الثوب نظيفاً بيد من عادته التطهير إذا نظف، ونحوه<sup>(٢)</sup>.

ومنها: إذا ادّعت المطلقة البائن قبل ظهور الحمل أنها حامل، وكانت دعواها مستندة إلى وجود الأمارات الظنية التي يستدل بها عند النسوان في العرف والعادة، ففي قبول قولها ووجوب الإنفاق على زوجها قولان: الظاهر قبول قولها. وبه قال المحقق وصاحب الجواهر والسيد اليزدي والاصفهاني<sup>(٣)</sup>. والأصل عدم الحمل الذي هو الشرط في وجوب الإنفاق؛ لأن وجوب الإنفاق على الزوجة انقطع بالطلاق البائن، ووجوبه عليها مشروط بالحمل، كما ذهب إليه الشهيد والإمام الخميني والفاضل اللكراني<sup>(٤)</sup>.

وعلى ذلك جرت كلمات أبناء العامة واستعملوا الظاهر في العرف والعادة، وإليك نماذج منها:

١- إذا باع البائع شيئاً وسكت المتعاقدان عن بيان حمل البضاعة المباعة إلى المشتري، واختلف البائع والمشتري في حملها، وفي كون القول قول البائع، أو المشتري وجهان؛ فإن الأصل أن تكون حمولة المبيع على المشتري، والعرف اعتبر حمولته على البائع؛ فإن الفقهاء يقدمون العرف على الأصل<sup>(٥)</sup>.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٤.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٥١، جواهر الكلام ٣١: ٣٥٧-٣٥٨، العروة الوثقى ٦: ١٧٦-١٧٧، وسيلة النجاة ٢: ٢٧٤.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٧٤، تحرير الوسيلة ٢: ٢٨١، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٥٨٤.

(٥) المدخل الفقهي العام ٢: ٨٦٥-٨٦٦.

٢- سكوت الفتاة البكر عن استئذان وليها لها في تزويجها من رجل معين وبهر معين إذناً، وعدمه وجهان، الأصل عدم الإذن؛ والظاهر والعرف والعادة إذناً، والظاهر مقدّم على الأصل<sup>(١)</sup>.

٣- لو ادّعت الزوجة التسمية في الصداق، وكانت العادة النوعية التسمية، فأنكر الزوج أصل التسمية، ففيه يتعارض الأصل والظاهر؛ لأن الأصل عدم التسمية، والظاهر والعادة التسمية<sup>(٢)</sup>.

### ب - الغلبة

قد يستعمل الظاهر في كلمات الأصحاب - في تعارض الأصل والظاهر - في الغلبة، ولذلك أمثلة:

منها: طين الطريق إذا غلب على الظن نجاسته، فإن الظاهر يشهد بها، كما ذهب العلامة في النهاية إلى العمل بالظن الغالب هنا عملاً بالظاهر<sup>(٣)</sup>؛ والأصل يقتضي الطهارة كما عليه المشهور<sup>(٤)</sup>، وهو الحق.

ومنها: لو وجد الجلد في يد مستحل الميتة بالدبغ، ولم يخبر بأنه مذكي أو ميتة، بل يسكت، ففي حل الصلاة فيه وعدمه وجهان: أحدهما: حلّها وحمله على الأغلب من التذكية، ثانيهما: عدم الحل؛ لأن الأصل عدم التذكية<sup>(٥)</sup>.

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٢، المدخل الفقهي العام ٢: ٨٦٤-٨٦٥.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢: ١٢٤.

(٣) نهاية الأحكام ١: ٢٤٧ و ٢٥٣.

(٤) منتهى المطلب ٣: ٢٩٢، القواعد والفوائد ١: ١٣٨، رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧، تمهيد القواعد: ٣١٠.

(٥) ذكرى الشيعة ٣: ٢٩، الحقائق الناضرة ٧: ٥٣.

ومنها: في الصلاة في البيع والكنائس قولان: أحدهما: عدم الكراهة كما قال به المفيد والشيخ والعلامة<sup>(١)</sup>؛ لأن الأصل عدم التكليف وانتفاء الكراهة، ثانيهما: الكراهة كما قال به ابن البراج وسلار وابن إدريس<sup>(٢)</sup>؛ لعدم انفكاكهما عن النجاسة غالباً.

ومنها: إذا خرج من بيت الخلاء من كان عادته الاستنجاء ثم شك في أنه استنجى أم لا، فيه وجهان؛ إذ الظاهر غالباً أنه استنجاء؛ والأصل عدم الاستنجاء، فيتعارض الأصل والظاهر، فيقدم بعضهم الأصل<sup>(٣)</sup>، وبعضهم الظاهر<sup>(٤)</sup>.

ومنها: لو غاب شخص وانقطعت أخباره، ولم يعلم حياته وموته، وقد تجاوز التسعين من عمره، فهل نحكم بموته بحكم الغلبة؟ حيث إن الغالب على البشر لا يعمرون أكثر من تسعين، كما هو مشرب القوم (أهل السنة)، أو نحكم بحياته، لاستصحاب حياته حتى يحصل اليقين والقطع بموته؟ كما قال به بعض الفقهاء<sup>(٥)</sup>، وهو الحق.

ومنها: لو شك بعد الارتقاس في وصول الماء إلى عضو من الأعضاء وجزء من الأجزاء، ففي وجوب الالتفات إليه وعدمه وجهان، وجه عدم الالتفات أن الظاهر

(١) المقنعة: ١٥١، النهاية: ١٠٠، مختلف الشيعة ٢: ١٢٤.

(٢) المهذب ١: ٧٥-٧٦، المراسم: ٦٥، السرائر: ٢٧٠.

(٣) التنقيح في شرح العروة الوثقى ٣: ٤٢٢-٤٢٣، كما عن الإمام الخميني والميلاني والنجفي والخونساري والرفيعي والكلبائكاني والشاهرودي في حاشية العروة الوثقى ١: ١٧٤ ذيل مسألة ٥ من أحكام الاستنجاء، الناشر: المكتبة العلمية الإسلامية، والفاضل الشكراني كما في تعليقاته على العروة الوثقى ١: ١١٧.

(٤) العروة الوثقى ١: ٣٣٥ مسألة ٥.

(٥) تحرير المجلة ١: ٣٣.

والغالب وصول الماء إلى جميع الأجزاء والأعضاء مع الارتماس وعدم الحائل؛ ووجه الالتفات أن الحدث متيقن والرافع مشكوك فيه، والأصل عدم الوصول، فهنا تعارض الأصل والظاهر<sup>(١)</sup>. إلى غير ذلك من الموارد التي استعمل فيها الظاهر بمعنى الغلبة.

كما يشاهد ذلك في غرضون كتب العامة، حيث استخدموا نفس المصطلح في المعنى أيضاً.

قال بعض العامة: فصل في بيان تعارض الأصل والظاهر... ولذلك أمثلة: أحدهما: طين الشارع في البلدان، في نجاسته قولان: أحدهما: أنه نجس لغلبة النجاسة عليه، والثاني: أنه طاهر؛ لأن الأصل طهارته. ثانيها: المقبرة القديمة المشكوك في نبشها في تحريم الصلاة فيها قولان: أحدهما: التحريم؛ لأن الغالب على القبور النبش؛ والثاني: يجوز؛ لأن الأصل الطهارة.

ثالثها: في الصلاة في ثياب من يغلب عليه النجاسة بمخامرة النجاسة من المسلمين والمشركون قولان: أحدهما: لا يجوز؛ لغلبة النجاسة عليها؛ والثاني: يجوز؛ لأن الأصل الطهارة.

رابعها: إذا اختلف الزوجان في النفقة مع اجتماعهما وتلازمهما ومشاهدة ما ينقله الزوج إلى مسكنهما من الأطعمة والأشربة، فالشافعي يجعل القول قول المرأة؛ لأن الأصل عدم قبضها كسائر الديون؛ ومالك يجعل القول قول الزوج؛ لأنه الغالب في العادة، وقوله ظاهر...<sup>(٢)</sup>.

خامسها: في جواز الفطر في الصيام بغلبة الظن غروب الشمس وعدمه

(١) إيضاح القوائد ١: ٤٣.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢: ٤٦.

وجهان: من أن الوقت عليه أمارات تعرف بها، فاكتفي فيها بالظن الغالب، وهو ظاهر المذهب. ومن أن الأصل عدم غروبه<sup>(١)</sup>.

سادسها: ما إذا ادعى الجاني بشلل عضو المجني عليه، وادعى المجني عليه سلامته، فقولان: أحدهما: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته؛ والثاني: القول قول المجني عليه؛ لأن الظاهر الغالب من أعضاء الناس السلامة<sup>(٢)</sup>.

سابعها: لو اغتسلت من الجماع بعدما قضت شهوتها ثم خرج منها مني بعد الغسل؛ فإنه يجب عليها إعادة الغسل؛ لأن الخارج منيها، أو منيها ومني الرجل؛ لأن الظاهر - والغالب على ظنه - اختلاطه، مع أن الأصل عدم ذلك<sup>(٣)</sup>.

وكيف كان، فقد استعمل الظاهر - في تعارض الأصل والظاهر - في الغلبة، حتى قال بعضهم: الظاهر والغلبة بمعنى واحد، ونص عبارته ما يلي: تعارض الأصل والظاهر. أعلم أن الأصحاب تارة يعبرون عنهما بالأصل والظاهر، وتارة بالأصل والغالب، وكأنهما بمعنى واحد<sup>(٤)</sup>.

### ج - القرائن

وقد يطلق الظاهر في كلمات الأعلام - في بحث تعارض الأصل والظاهر - على القرائن، وله أمثلة كثيرة:

الأول: المجلد المطروح في بلاد الإسلام إذا ظهرت عليه قرائن التذكية، كما لو كان جلدًا لبعض كتبنا التي لا تتداولها أيدي الكفار عادة، فالأصل يقتضي عدم

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٠، القاعدة ١٥٩.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام ٤٦: ٢.

(٣) المشهور في القواعد ٣١٦: ١.

(٤) المصدر ٣١١: ١.

تذكيته، والظاهر يقتضيها؛ ففي تقديم أيهما وجهان<sup>(١)</sup>؛ الأقوى تقديم الظاهر؛ لما قلنا في سوق المسلمين. فالعبرة بغلبة المسلمين في البلاد، فلا دخل لما يسمّى سوقاً في العرف.

المثال الثاني: إذا وجد كلباً خارجاً من بيت فيه إناء مكشوف من لبن، ووجد على فم الكلب أثر اللبن، وفي الحكم بنجاسته وعدمه وجهان: من أن الأصل عدم نجاسته؛ ومن كون الظاهر النجاسة<sup>(٢)</sup>.

المثال الثالث: في قبول قول الصبي المميز في الهدية وفتح الباب وجهان: من أن الأصل عدم قبوله؛ لأنه محجور في الأفعال والأقوال؛ والظاهر والقرائن الموجود قبوله، كما قال به الشهيد<sup>(٣)</sup>.

المثال الرابع: إذا ادّعى من نشأ في دار الإسلام من المسلمين الجهل بتحريم الزنا والخمر وجوب الصلاة ونحو ذلك، في سماع قوله وعدمه وجهان: أحدهما: لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه، وهو الحق. ثانيهما: سماع قوله؛ لأن الأصل عدم علمه بذلك<sup>(٤)</sup>. فهنا من موارد تعارض الأصل والظاهر، والمراد بالظاهر هنا شاهد الحال.

المثال الخامس: لو سمع المصلي يلحن في صلاته، أو يترك آية أو كلمة، وكان المصلي من أهل المعرفة بالقراءة، بحيث يظهر أنه ما فعل ذلك إلا سهواً، ففي وجوب تنبيهه عليه وعدمه وجهان: منشأهما تعارض الأصل والظاهر من أضالة عدم معرفته بذلك على الوجه المجزي، فيجب تعليمه؛ ودلالة ظاهر حاله على كونه

(١) ذكرى الشيعة ٣: ٢٨، تمهيد القواعد: ٣١١، الحقائق الناضرة ٧: ٥٣.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٣.

(٣) القواعد والفوائد ١: ٢٢٢.

(٤) تمهيد الفوائد: ٣٠٧.

قد ترك ذلك سهواً، والحال أنه غير مبطل للصلاة، فلا يجب<sup>(١)</sup>.

المثال السادس: إذا اختلف الزوجان بعد التحكين في الإنفاق؛ فقالت: لم ينفق عليّ، وادّعى هو الإنفاق، احتمل تقديم قولها عملاً بالأصل، وتقديم قوله عملاً بالظاهر من شاهد الحال من أنه أنفق عليها في مدة تسليمها نفسها<sup>(٢)</sup>.

المثال السابع: ما لو اختلف البائع والمشتري في نقصان المبيع، وكان المشتري قد حضر الكيل أو الوزن، فهل يقدم قول البائع، أو المشتري وجهان: الوجه الأول: تقديم قول البائع؛ لشهادة الظاهر له؛ من أن المشتري إذا حضر لاستيفاء حقه محتاط لنفسه، الوجه الثاني تقديم قول المشتري، لأن الأصل عدم قبض الجميع<sup>(٣)</sup>.

المثال الثامن: كل موجود في المعركة ميتاً، وفيه أثر القتل فهو شهيد لا يغسل ولا يكفن، وإنما وقع الخلاف في من وجد كذلك خالياً من أثر القتل، فنسب إلى المشهور بكونه شهيداً أيضاً عملاً بالظاهر، ولأن القتل لا يستلزم ظهور الأثر؛ وقيل: يغسل ويكفن للشك في الشرط وأصالته وجوب غسل الأموات، نسب هذا إلى ابن الجنيّد<sup>(٤)</sup>، وتبعه صاحب الجواهر<sup>(٥)</sup>، وهو أوفق بالقواعد الشرعية عند المحدث البحراني<sup>(٦)</sup>. والمراد بالظاهر أي ظاهر الحال كما

(١) تمهيد القواعد: ٣١٠.

(٢) تحرير الأحكام ٤٩: ٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٢، مسالك الأفهام ٣: ٢٥٢، جواهر الكلام ٢٣: ١٧٧، الحقائق الناضرة ١٩: ١٨٤.

١٨٥، جامع الشتات ٢: ٣٨٤.

(٤) مختلف الشيعة ١: ٢٤١.

(٥) جواهر الكلام ٤: ٩٣.

(٦) الحقائق الناضرة ٣: ٤١٨-٤١٩.

قال به الشيخ<sup>(١)</sup>.

قال بعض أهل السنة: «إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بيّنة، ففيه روايتان:

إحدهما: القول قول الزوج؛ لأنه منكر وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرّر به.

والثانية: القول قول مدّعي مهر المثل؛ لأن الظاهر معه.

ثم قال: إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج: أسلمنا معاً فتنحن على نكاحنا، وقالت الزوجة: بل على التعاقب فلا نكاح، وجهان: أحدهما: القول قول الزوج؛ لأن الأصل معه، والثاني: القول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها؛ إذ وقوع الإسلام معاً في آن واحد نادر، والظاهر خلافه<sup>(٢)</sup>.

وقال في موضع آخر: فهل القول قول مدّعي التقارن فلا يفسخ النكاح، أو مدّعي التعاقب لأن الظاهر معه؟ على وجهين يرجعان إلى تعارض الأصل والظاهر<sup>(٣)</sup>.

لو رُئي شخص خارجاً من دار وهو مرتبك وفي يده سكين ملوث بـنـالـدم، ووجد في الدار شخص ذبيح يضطرب، ففيه وجهان: الأصل عدم كون الخارج قاتلاً؛ الثاني: القرينة القطعية كافية لكون الخارج هو القاتل<sup>(٤)</sup>.

إذا اختلف الزوجان في بعض أمتعة البيت أنّها ملك الرجل أو المرأة، ولا بيّنة لأحدهما، يترجّح قول الرجل بيمينه فيما يستعمله الرجال عادةً، كالسيف وثياب

(١) الخلاف ١: ٧١٢، المسألة ٥١٧.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٣٣-٣٣٤.

(٣) المصدر: ٢٣٢.

(٤) المدخل الفقهي العام ٢: ٩١٩.

الرجل، فيحكم له به مبدئياً، ويترجح كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء، كثيابين وأدواتهن، وذلك بقرينة عادة الاستعمال وعرفه، وإن كان من المحتمل أن يملك كل منهما ما هو في العادة من حوائج الآخر، وهذا حكم القضاء مع اليمين حتى تقوم بيّنة على إثبات خلافه<sup>(١)</sup>.

إذا شك في طلوع الفجر في رمضان؛ فإنه يباح له الأكل حتى يتيقن طلوعه، ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً إلى إخبار ثقة بالطلوع<sup>(٢)</sup>.

وآخر ما استقرأنه في مختلف الأبواب الفقهية من موارد استعمالهم الظاهر في المعاني التي مرّ الإيعاز إليها؛ هو التأسيس والحقيقة والسبب الشرعي، ولعلّ الباحث المتتبع يجد أكثر مما ظهرنا عليه.

مركزية كبرى في مصر

## د - التأسيس والحقيقة

قالوا: لو ادّعت امرأة على رجل أنه تزوّجها في يوم معين بمهر مستمى، وشهد به شاهدان؛ ثمّ ادّعت عليه أنه تزوّجها في يوم آخر معين بمهر معين، وشهد به شاهدان، ثمّ اختلفا، فادّعت المرأة أن كلاً منها عقد شرعي، وادّعى الزوج التكرار المحض، إمّا على وجه الاحتياط في تصحيحه، لإشهاده، أو مجرداً، فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها<sup>(٣)</sup>. عملاً بالحقيقة الشرعية؛ فإن العقد حقيقة شرعية في السبب المبيح للبضع، فاستعماله في الإيجاب والقبول المجردين عن الأثر

(١) المصدر ٩٢٠-٩٢١.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٦٩، القاعدة ١٥٩.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩١، شرائع الإسلام ٢: ٣٣٤، تمهيد القواعد: ٣٠٧، قواعد الأحكام ٢: ٤٤، مسالك الأفهام

٨: ٢٠٤، جامع الشتات ٢: ٣٨٤-٣٨٥.

بجاز بحسب الصورة، كتسمية الصورة المنقوشة على الجدار فرساً<sup>(١)</sup>. أو لأنّ معها الأصل والظاهر؛ فإنّ الأصل والظاهر التأسيس والحقيقة في لفظ العقد وفي صيغته، ولا عقد على المكرّر حقيقة، ولا الصيغة المكرّرة بمعنى الإنشاء المعتبر في العقود<sup>(٢)</sup>. قالوا: لو أقام شاهدين أنّه باعه هذا الثوب يوم الخميس بألف، وشاهدين أنّه باعه يوم الجمعة منه بألف أو بألفين، فقال المشتري هو عقد واحد كرّناه، وقال البائع: بل عقدان، فالقول قول البائع؛ لأنّ الظاهر معه، ويحتمل تقديم منكر التعدّد؛ لأصالة براءة الذمّة من الثاني<sup>(٣)</sup>.

قال الشهيد: لو قال: له على ألف درهم ودرهم ودرهم، وأطلق؛ فإنّ الثالث يمكن كونه معطوفاً على الثاني، ويمكن كونه تأكيداً؛ لاتّحاد لفظها مقترناً بالواو؛ لكنّ الظاهر العطف، والأصل يقتضي براءة الذمّة بما زاد على الدرهمين<sup>(٤)</sup>.

والمراد بالظاهر هاهنا: التأسيس.

قال بعض العامة: إذا قال لمَدْخُولِهَا أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية والثالثة تأكيداً ولا استثنافاً وإيقاعاً، بل أطلق النية، ففي وقوع الطلاق ثلاثاً وعدمه وجهان: الظاهر أنّه يقع ثلاثاً؛ لأنّه موضوع للإيقاع كاللفظ الأوّل، ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى. والأصل أنّه لا يلزمه أكثر من واحدة لأنّه المتيقّن<sup>(٥)</sup>.

(١) غاية المراد في شرح نكت الإرشاد ٣: ١٣٩.

(٢) كشف اللثام ٧: ٤٨٣.

(٣) المبسوط ٤: ٢٩١، تمهيد القواعد: ٣٠٧.

(٤) تمهيد القواعد: ٣٠٩.

(٥) المتشور في القواعد ١: ٣٢٠، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٥.

## هـ- إخبار العدل الواحد

قد يراد من الظاهر - في تعارض الأصل والظاهر - إخبار العدل الواحد، ولنذكر أمثلة، منها:

لو ادّعت المطلقة بآئناً قبل ظهور الحمل أنها حامل وشهدت لها الثقة الخبيرة من القوابل، ففي قبول قولها ووجوب الإنفاق على زوجها وجهان: الظاهر قبول قولها، وبه قال الإمام الخميني والفاضل اللنكراني<sup>(١)</sup>.

والأصل عدمه حتى ظهر بها حمل، كما ذهب به الشيخ الطوسي<sup>(٢)</sup>. ومنها: في جواز الاعتماد على أذان المؤذن الثقة العارف بالوقت المترصد له، قولان:

الأول: جواز الاعتماد، وبه قال عدة من الفقهاء في تعليقات العروة الوثقى؛ كالسيد أبو الحسن الاصفهاني، والشيخ عبد الكريم الحائري، والسيد محمد الفيروز آبادي، والسيد محسن الحكيم، وميرزا عبد الهادي الشيرازي، والسيد محمد رضا الكلبيكاني، والشيخ محمد رضا آل ياسين، والسيد أحمد الخوانساري، والشيخ محمد حسين الكاشف الغطاء، والفاضل اللنكراني، ونسب الشهيد<sup>(٣)</sup> ذلك إلى المحقق<sup>(٤)</sup> وبعض الأصحاب<sup>(٥)</sup>.

الثاني: في جواز الاعتماد إشكال، وبه قال السيد اليزدي والميرزا حسين النسائي، والشيخ آقا ضياء الدين عراق، والسيد حسين البروجردي

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٢٨١، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب النكاح: ٥٨٤.

(٢) المبسوط ٦: ٢٦.

(٣) تمهيد القواعد: ٣٠٢.

(٤) المعتمد في شرح المختصر ٢: ٦٣.

(٥) نقله عن أبي العباس في الموجز، في مفتاح الكرامة ٢: ٤٤.

والإمام الخميني عليه السلام <sup>(١)</sup>.

ومنها: إن فقد طريق العلم بالوقت ونحوه، وأخبره العدل العارف بالوقت، ففي جواز الاعتماد على شهادته وجهان:

أحدهما: جواز الاعتماد، وبه قال المحقق <sup>(٢)</sup> وبعض المحشّين على العروة، كالسيد الخوئي والفيروزآبادي وكاشف الغطاء.

ثانيهما: عدم جواز الاعتماد، وذهب إليه صاحب الذخيرة والجواهر <sup>(٣)</sup> والفاضل اللنكراني <sup>(٤)</sup> وكثير من المحشّين على العروة <sup>(٥)</sup>.

ومنها: في ثبوت نجاسة الماء بالعدل الواحد قولان: أحدهما: عدم ثبوت النجاسة بقوله: لأن الماء على أصل الطهارة ما لم يعلم ملاقة شيء من النجاسات له، وبه قال الشيخ <sup>(٦)</sup> وابن البراج وعدة من المحشّين للعروة.

ثانيهما: ثبوت النجاسة، وبه قال العلامة <sup>(٧)</sup> وبعض الفقهاء؛ كالسيد الخوئي والفيروزآبادي <sup>(٨)</sup> والشهيد السيد محمد باقر الصدر <sup>(٩)</sup>.

ومنها: إذا وكل الزوجان وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز

(١) العروة الوثقى ٢: ٢٧٦ مسألة ١ في أحكام الأوقات.

(٢) المعتبر في شرح المختصر ٢: ٦٣.

(٣) جواهر الكلام ٧: ٢٦٨-٢٦٩.

(٤) العروة الوثقى مع تعليقات للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني، ١: ٣٧٨.

(٥) العروة الوثقى ٢: ٢٧٧ مسألة ١ في أحكام الأوقات.

(٦) المبسوط ١: ٨، جواهر الفقه ٩: مسألة ٧.

(٧) تذكرة الفقهاء ١: ١٠.

(٨) العروة الوثقى ١: ٩٦ مسألة ٦ من ماء البئر.

(٩) بحوث في شرح العروة الوثقى ٢: ١١٢.

لها المقاربة بعد مضي ذلك الزمان إلا إذا حصل لها العلم بإيقاعه .  
وفي كفاية أخبار العدل الواحد بإيقاعه قولان:  
أحدهما: عدم القبول؛ لأن الأصل عدم وقوعه، وبه قال كثير من الفقهاء؛  
كالسيد اليزدي وغيره من المحشين للعروة.  
ثانيهما: القبول، وبه قال السيد الخوئي والفيروزآبادي<sup>(١)</sup>.



مركز تحقيقات كليات علوم ديني

(١) العروة الوثقى ٥: ٦٢٢ مسألة ٩ من المسائل المتفرقة من كتاب النكاح.

## الفصل الثاني

في اعتبار الأصول والظواهر

مركز تحقيق التراث  
وفيه: ثلاثة مباحث



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## تمهيد

لَمَّا كَانَ الْبَحْثُ فِي تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ أَرَدْنَا أَنْ نَبْحَثَ عَنْ حُجَّةِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ قَبْلَ الْوُلُوجِ فِي صُلْبِ الْمَوْضُوعِ حَتَّى تَنْقَدِحَ كِبَرِي الْقِيَاسِ، فَإِذَا ثَبَتَتْ حُجَّةُ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ نَبْحَثُ عِنْدَئِذٍ عَنِ التَّعَارُضِ، فَإِنْ لَمْ تَثْبُتْ حُجَّتُهُمَا مَعًا أَوْ ثَبَتَتْ حُجَّةٌ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ، انْتَفَى مَوْضُوعُ التَّعَارُضِ مِنْ رَأْسٍ؛ إِذَا التَّعَارُضُ إِنَّمَا يَقَعُ بَيْنَ الْحُجَّتَيْنِ، فَلَا يَعْمَلُ التَّعَارُضُ بَيْنَ الْحُجَّةِ وَالْلاَحِجَّةِ. كَمَا هُوَ وَاضِحٌ بَيِّنٌ.



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## المبحث الأول:

### في اعتبار الأصول

إن المقصود من الأصول العملية، هو الوظائف المقررة للشاك الذي ليس له طريق معتبر إلى الواقع. وإن شئت قلت: ما ينتهي إليه المجتهد بعد الفحص والياس عن الظفر بالدليل الاجتهادي.

وسميت بالأصول لأنه بمعنى ما يبتني عليه الشيء، والأحكام الظاهرية في ظرف الشك مبتنية عليها، ولا منافاة لكون الأمانة أصلاً أيضاً بهذا المعنى؛ إذ لا يعتبر في وجه التسمية الاطراد والانعكاس.

ويمكن أن يقال: إن الإطلاق من باب التشبيه بالأصول الأولية التي يبتني عليها الأحكام الأولية كالطهارة الذاتية والحلية؛ فإن الأصل الأولي في الأشياء هو الطهارة، والحلية في غير اللحوم، فأطلق الأصل أيضاً على الحكم المضروب في حالة الشك؛ لشباهته بالحكم المضروب لها بما هي هي؛ لاشتراكهما في أنها المرجع عند فقدان الدليل الحاكم على خلافهما<sup>(١)</sup>.

(١) المحصول في علم الأصول ٣: ٣٢٧-٣٢٨.

وكيف كان، ففيه مطالب:

### أ - اعتبار الاستصحاب

إن المستصحب إما أن يكون أمراً وجودياً، كوجوب الشيء، أو طهارة الشيء، أو رطوبة ثوب؛ وإما أن يكون عديمياً، كعدم اشتغال الذمة بتكليف شرعي، أو عدم نقل اللفظ من معناه، وعدم موت زيد، ورطوبة الثوب، وحدوث الموجب للوضوء أو الغسل.

وعلى كلا التقديرين؛ فإما أن يكون حكماً شرعياً؛ وإما أن يكون موضوعاً خارجياً؛ كاستصحاب الكربة والرطوبة، وعلى الأول؛ فإما أن يكون حكماً كلياً؛ كالطهارة المستصحية بعد خروج المذي، والنجاسة المستصحية بعد زوال تغير المتغير بنفسه؛ وإما أن يكون حكماً جزئياً؛ كطهارة هذا الثوب ونجاسته.

وعلى الثاني؛ فتارة؛ يعلم مقدار استعداد بقائه في الزمان، ويشك في حدوث زمني أو جب رفع الموضوع وإعدامه عن صفحة الوجود في أثناء استعداده للبقاء، كما إذا احتمل طرؤ المرض أو قتل أو تخريب أو نحو ذلك من الأسباب الموجبة لرفع الموضوعات الخارجية، وهذا يكون من الشك في الرفع؛ وأخرى؛ لا يعلم استعداد بقائه للوجود في عمود الزمان، كما لو شك في أن البق يعيش ثلاثة أيام أو أربعة، وهذا يكون من الشك في المقتضى.

وعلى كلا التقديرين؛ فإما أن يكون من الأحكام التكميلية، وإما أن يكون من الأحكام الوضعية، كالشك في السببية والجزئية والشرطية والممانعة والصحة

والفساد ونحو ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد وقع الخلاف في حجّية الاستصحاب في كلّ واحد من هذه الأقسام، والأقوى حجّية الاستصحاب في جميع الأقسام المزبورة إلّا في المقتضى. ويدلّ على ذلك أدلّة:

منها: الأخبار، ومن جملة الروايات صحيحة زرارة، ولا يضرّ إضمارها بعدما كان الراوي - زرارة - الذي لا يروي إلّا عن الإمام عليه السلام<sup>(٢)</sup>، قال: قلت له: الرجل ينام وهو على وضوء، أتوجب الخفقة والخفقتان عليه الوضوء؟ فقال: يا زرارة قد تنام العين ولا ينام القلب والأذن، فإذا نامت العين والأذن والقلب فقد وجب الوضوء، قلت: فإن حرك إلى جنبه شيء ولم يعلم به؟ قال: لا، حتّى يستيقن أنّه قد نام، حتّى يجيء من ذلك أمر بين، وإلّا فإنه على يقين من وضوئه، ولا تنقض اليقين أبداً بالشك، ولكن ينقضه بيقين آخر<sup>(٣)</sup>.

وبعد إهمال تقييد اليقين بالوضوء، وجعل العلة نفس اليقين، وكون اللّام في اليقين للجنس لا للعهد، يكون قوله عليه السلام: «ولا تنقض اليقين أبداً بالشك» بمنزلة الكبرى الكلية التي تنطبق على صغرياتها.

ومنها: الصغرى المزبورة في باب الوضوء؛ فإنه على يقين من وضوءه، ولا تختصّ بالموضوعات؛ لأنّ إضافة اليقين إلى الوضوء ليس لبيان تقييد اليقين بالوضوء، بل لمجرد بيان أحد مصاديق ما يتعلّق به اليقين، واختار هذا المصداق بالذكر لكونه مورد السؤال، لا لخصوصيّة فيه، فتكون النتيجة هي عدم جواز نقض مطلق اليقين بالشك؛ سواء تعلّق اليقين بالوضوء أو بغيره من الأحكام

(١) فرائد الأصول ٢: ٦٥٣، فوائد الأصول ٤: ٣١٩-٣٢٠ و ٣٢٧.

(٢) فوائد الأصول ٤: ٣٣٤.

(٣) تهذيب الأحكام ١: ٨٠ ح ١١، وسائل الشيعة ١: ١٧٤ باب ١ من أبواب نواقض الوضوء ح ١.

والموضوعات، وأما عدم حجتيته في الشك في المقتضى بالمعنى المتقدم، فلعدم صدق النقض عليه، فلا يعمه قوله عليه السلام: «لا تنقض اليقين بالشك»<sup>(١)</sup>.  
ومنها: أي بما يدل على حجتيه الاستصحاب ولو في الجملة بناء العقلاء وسيرتهم والطريقة العرفية على الأخذ بالحالة السابقة، وعدم الاعتناء بالشك في ارتفاعها، ولم يردع عنها الشارع<sup>(٢)</sup>.

### ب - اعتبار البراءة

تجري البراءة لمطلق الشك في التكليف؛ سواء كان من الشبهات الوجوبية أو التحريمية، وعلى كلا التقديرين إما أن يكون منشأ الشك فقدان النص أو إجماله أو تعارض النصين أو الأمور الخارجية، كما في الشبهات الموضوعية.  
ثم اعلم أن ملاك جريان البراءة في جميع الأقسام واحد، وهو عدم وصول التكليف إلى المكلف، وعمدة أدلة القول بالبراءة من الآية الشريفة قوله تعالى: «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا»<sup>(٣)</sup>، وحديث الرفع<sup>(٤)</sup> وغيرهما شامل لجميع الأقسام، كما عليه الشيخ الأنصاري وغيره.

وإنما النزاع المعروف بين الأصوليين والأخباريين في مسألة البراءة إنما هو في الصغرى، وفي تمامية البيان ووجود المنجز من قبل المولى وعدمه، وأما الكبرى - وهي عدم كون العبد مستحقاً للعقاب على مخالفة التكليف مع عدم وصوله إلى المكلف - فهي مسلمة عند الجميع، ولم يقع فيه نزاع بين الأصوليين

(١) فرائد الأصول ٢: ٦٧١، فوائد الأصول ٤: ٣٣٤.

(٢) فوائد الأصول ٤: ٣٣٢.

(٣) سورة الإسراء: ١٥.

(٤) الخصال: ٤١٧، باب التسعة ح ٩.

والأخباريين<sup>(١)</sup>. نعم، قال الشهيد الصدر: فإن معنى المولوية إنما هو ثبوت حق الطاعة، وحق الطاعة قد يفرض ثبوته في الأحكام المقطوعة والمشكوكة لو لم يثبت عندنا الترخيص من قبله ورضاه بفوات التكاليف الواقعية في ظرف الشك، وعلى هذا يكون العقاب عقاباً على حقه وليس العقاب على الحق قبيحاً<sup>(٢)</sup>.

وأما عند الشك في المكلف به فيما اشتبه الواجب بغيره من جهة عدم النص أو إجماله، أو من جهة اشتباه الموضوع، فالأقوى وجوب الاحتياط كما عليه الشيخ الأنصاري<sup>(٣)</sup>.

### ج - اعتبار أصالة الحل

ومن القواعد المشهورة قاعدة الحل، ومعناها: أن كل شيء من الموضوعات الخارجية كان مشتبهاً بين الحلال والحرام يُحمل على الحلال. وعليه: إذا شك في شيء من الأطعمة والأشربة والألبسة بأنه محلل أو محرم يبني على الحلية وأصالة الإباحة بمقتضى القاعدة..

واستدل على اعتبار القاعدة بجملة من الأخبار:

فمنها: صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «كل شيء فيه حلال وحرام فهو لك حلال أبداً حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه»<sup>(٤)</sup>.  
فإن قوله عليه السلام: «فيه حلال وحرام» ظاهر في الانقسام الفعلي؛ بمعنى أن يكون

(١) فرائد الأصول ٢: ١٧، فما بعد، فرائد الأصول ٤: ١٤٩ - ١٥١، مصباح الأصول ٢: ٢٥٢ - ٢٥٤، المحصول في علم الأصول ٣: ٣٩١.

(٢) مباحث الأصول ٣: ٦٢ - ٦٣.

(٣) فرائد الأصول ٢: ٢٩٩ من التراث.

(٤) الكافي ٥: ٣١٣ ح ٣٩، وسائل الشيعة ١٢: ٥٩ باب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

قسم منه حلالاً وقسم منه حراماً، كالمائع المشكوك في كونه خللاً أو خمراً، فالوظيفة عند الشك في الحلّة والحرمه هو الحمل على الحلّة وأصالة الإباحة، مادام لم يتعين الموضوع بالعلم الوجداني.

ومنها: غير ذلك، كرواية مسعدة بن صدقة<sup>(١)</sup> وعبدالله بن سليمان<sup>(٢)</sup> ومعاوية ابن عمار<sup>(٣)</sup>، فيستفاد منها أن الأشياء الخارجيّة كلّها على الإباحة حتّى تظهر حرمتها بالعلم الوجداني، أو تقوم بها البيّنة أو الحجّة الشرعيّة<sup>(٤)</sup>.

#### د - اعتبار أصالة الطهارة

ومن القواعد المشهورة أيضاً قاعدة الطهارة التي يثبّت بها الأصحاب في باب الطهارة، وحاصلها الحكم بطهارة كلّ شيء لم يعلم بنجاسته، وأن الأصل في الأشياء الطهارة.

وهذا الحكم ممّا لا خلاف فيه في الشبهات الموضوعيّة والخارجيّة، وأمّا في الشبهات الحكميّة ففيه قولان<sup>(٥)</sup>. يدلّ على ذلك روايات:

١ - موثقة عمار، عن الصادق عليه السلام قال: «كلّ شيء نظيف حتّى تعلم أنّه قذر، فإذا علمت فقد قذر، وما لم تعلم فليس عليك»<sup>(٦)</sup>.

(١) الكافي ٥: ٣١٣ ح ٤٠، وسائل الشيعة ١٢: ٦٠ باب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

(٢) الكافي ٦: ٣٤٢ باب ٨٩ ح ١، وسائل الشيعة ١٧: ٩٠ باب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٧: ٩٢ باب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحة ح ٧.

(٤) مصباح الفقاهة ٢: ٢٧٢-٢٧٨، المحصول في علم الأصول ٣: ٣٧٩-٣٨١.

(٥) الحدائق الناضرة ١: ١٣٤، القواعد الفقهيّة لمكارم الشيرازي ٢: ٤١٧، التنقيح ٢: ١٥٨.

(٦) تهذيب الأحكام ١: ٢٨٥ ح ٨٣٢، وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٤.

- ٢ - ما أرسله الصدوق في المقنع: «كل شيء طاهر حتى تعلم أنه قدر»<sup>(١)</sup>.
- ٣ - ما رواه حفص بن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: «ما أبالي أبول أصابني أو ماء إذا لم أعلم»<sup>(٢)</sup>.
- ٤ - وغير ذلك من الروايات<sup>(٣)</sup>. ولكن العدة في ذلك هو موثقة عمار؛ فإنه عليه السلام في مقام جعل الطهارة في موضوع لم يعلم نجاسته<sup>(٤)</sup>.
- إذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كانت الشبهة موضوعية؛ كأن يشك في كون شيء طاهراً أو نجساً، فإن علم بالحالة السابقة فلا شك في أنه يؤخذ بها بمقتضى الاستصحاب؛ لأنه أصل موضوعي حاكم على قاعدة الطهارة، وإن لم يكن له حالة سابقة فيحكم بطهارتها بمقتضى قاعدة الطهارة، فيجوز استعمالها في كل ما يشترط فيه الطهارة.

### هـ - اعتبار أصالة الصحة

قد يطلق الصحيح في مقابل القبيح، فعنى أصالة الصحة هو الحمل على الحسن المباح في مقابل الحمل على القبيح المحرم، وأصالة الصحة بهذا المعنى مستفادة من الآيات والروايات، أما الآيات، فكقوله تعالى: «اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ»<sup>(٥)</sup>.

وأما الروايات، كقول أمير المؤمنين عليه السلام: «ضع أمر أخيك على أحسنه حتى

(١) مستدرک الوسائل ٢: ٥٨٣ باب ٣٠ من أبواب النجاسات ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٢٥٤ ح ٧٣٥، وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٥.

(٣) يراجع وسائل الشيعة ١: ١٠٠-١٠١ باب ١ من أبواب الماء المطلق ح ٤، ٥، ٩.

(٤) درر الفوائد ٢: ٥٣٢.

(٥) الحجرات: ١٢.

يأتيك ما يغلبك منه، ولا تظن بكلمة خرجت من أخيك سوءاً وأنت تجد لها في الخير محملاً»<sup>(١)</sup>.

وأصالة الصحة بهذا المعنى مختصة بعمل المؤمن، فلا تجري في حق غير المؤمن من سائر فرق المسلمين فضلاً عن الكافرين، وليست محلاً للكلام؛ لعدم ترتب أثر عملي عليها؛ فإنه لو دار الأمر بين كون الكلام المسموع من مؤمن سلاماً أو شتماً لا يترتب على الحمل على الصحيح وجوب رد السلام.

وقد يطلق الصحيح في مقابل الفاسد؛ فعنى أصالة الصحة هو ترتيب الأثر على العمل الصادر من الغير، لا العمل الصادر من نفسه؛ فإنه إذا شك في عمل نفسه تجري في حقه قاعدة الفراغ ويحكم بصحة عمله.

وهذا هو محل الكلام، ولا اختصاص لأصالة الصحة بهذا المعنى بعمل المؤمن، بل جارية في حق جميع المسلمين، بل الكافرين أيضاً في بعض الموارد، كما في بعض المعاملات الصادرة منهم<sup>(٢)</sup>.

وأصالة الصحة بهذا المعنى من القواعد المشهورة بين كثير من الفقهاء، وأن المتمسكين بهذه القاعدة يستندون فيها إلى الإجماع القولي والعملي، أما القولي فهو مستفاد من تتبع فتاوى الفقهاء في موارد كثيرة في كل الأعصار والأمصار<sup>(٣)</sup>. وأما العملي، وهو دعوى السيرة القطعية من جميع المسلمين المتدينين على ترتيب آثار الصحة على أعمال الناس من العبادات والمعاملات والعقود والإيقاعات، ولذا لا يقدم أحد على تزويج امرأة لاحتمال كون العقد الواقع بينها وبين زوجها باطلاً،

(١) الكافي ٢: ٣٦٢ ح ٣، وسائل الشيعة ٨: ٦١٤ باب ١٦١ من أبواب أحكام العشرة ص ٣.

(٢) مصباح الأصول ٣: ٣٢٢-٣٢٣، فرائد الأصول ٤: ٦٥٣.

(٣) عوائد الأئمام: ٢٢٢، فرائد الأصول ٣: ٣٥٠، العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٧٩ - ١٨٠ مسألة ١٣.

وهذه السيرة متصلة بزمان المعصوم عليه السلام ولم يردع عنها<sup>(١)</sup>.

بل الظاهر أن بناء العقلاء على ذلك من دون اختصاص بالمسلمين ويستكشف رضا الشارع بضميمة عدم الردع<sup>(٢)</sup>.

ففي كل مورد جرت السيرة فيه على الحمل على الصحة فلا محالة تكون أصالة الصحة جارية ومقدمة على الاستصحاب، إذ تحقق السيرة على الحمل على الصحة كالنص المخصص لدليل الاستصحاب<sup>(٣)</sup>.

نعم، يستفاد من بعض كلمات المحقق الثاني<sup>(٤)</sup> ونقل عن العلامة أن أصالة الصحة إنما تجري في العقود بعد استكمال العقد للأركان، فلو اختلف الضامن والمضمون له، فقال الضامن: ضمنيت وأنا ضئي، يُقدّم قول الضامن؛ لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ، ولا يجري أصالة الصحة للمضمون له؛ فإن الأصل عدم السبب الناقل.

أما إذا حصل الاتفاق على حصول جميع الأمور المعتبرة في العقد - من حصول الإيجاب والقبول من الكاملين وجريانها على العوضين الاعتبارين - ووقع الاختلاف في شرط مفسد، فالقول قول مدعي الصحة بيمينه؛ لأنه الموافق للأصل، والأصل في فعل المسلم الصحة. ولكن الأقوى هو التعميم كما عليه الشيخ الأنصاري<sup>(٥)</sup> والسيد الخوئي<sup>(٦)</sup>.

(١) فرائد الأصول ٣: ٣٥٠، مصباح الأصول ٣: ٣٢٤.

(٢) إفاضة العوائد ٢: ٣١٨.

(٣) مصباح الأصول ٣: ٣٣٩-٣٣٨.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣١٥-٣١٦، فرائد الأصول ٣: ٣٥٨-٣٥٧.

(٥) فرائد الأصول ٣: ٣٦٠.

(٦) مصباح الأصول ٣: ٣٢٤.



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## المبحث الثاني:

### في حجّة الظواهر

ينبغي أيضاً أن نبحث عن حجّة الظواهر قبل الولوج في صلب البحث - عن تعارض الأصل والظاهر - كما تنقدح كبرى القياس .  
أقول: لا يخفى أنّ حجّة الظواهر بما تسالم عليه العقلاء في محاوراتهم ، واستقرّ بناؤهم على العمل بها في جميع أمورهم ، وحيث إنّ الشارع لم يخترع في محاوراته طريقاً خاصاً ، بل كان يتكلّم بلسان قومه فهي ممضاة عنده أيضاً ، فهي من الأصول المسلّمة بلا حاجة إلى البحث عنها ، ولا فرق بين ظواهر الكتاب والأخبار<sup>(١)</sup> .

فأمّا ظواهر السنّة ، فلا إشكال لأحد في العمل بها ؛ لأنّ طريقة محاورات المعصومين عليهم السلام لم تكن طريقة مستحدثة غير طريقة سائر الناس العقلاء في محاوراتهم .

وأما ظواهر الكتاب وإن منع الأخباريون من العمل بها لشبهة أنّ فهم القرآن يختصّ بمن نزل عليه ، إلّا أنّنا نغني ذلك ؛ لأنّ اختصاص الله والراسخين في العلم

(١) مصباح الأصول ٢: ١١٧-١١٨ ، دروس في علم الأصول ، الحلقة الثانية ، القسم الأول : ٢٦٥ ، نهاية الدراية في شرح الكفاية ٣: ١٨٠ ، نهاية الأفكار ٣: ٩٠ ، سیری کامل در اصول فقه ١٠: ٢١٦ .

بتأويله غير مناف لفهم غيرهم بعض آياته مما ظهر وتجلّى معناها .  
وأخبار الأمر بالتمسك بالقرآن كأخبار الثقلين ، وبأخبار عرض المتعارضات  
على الكتاب وأمثال ذلك<sup>(١)</sup> مما توجب الاطمئنان بجواز الأخذ بظواهر الآيات  
الواضحة التي لا غموض في معناها ، وفي مؤدّاها بعد الفحص عن شارحها مما ورد  
عنهم<sup>(٢)</sup> .

وكيف كان ، ففي هذا المبحث مطالب عديدة نستوضح من خلالها قواعد  
سديدة :

### أ - حجّة خبر العدل والثقة في الموضوعات

هل خبر الواحد العادل والثقة حجّة في الموضوعات ، كما أنّه حجّة في باب  
الروايات التي مفادها نقل الأحكام عن الإمام<sup>(٣)</sup> أو لا ؟  
ذهب جماعة إلى الأوّل<sup>(٤)</sup> ، واستدلّوا عليه بأمرين : سيرة العقلاء وبنائهم  
أوّلاً ، وبالأخبار ثانياً .

أمّا السيرة : فموجودة بين العقلاء حتّى قال بها من يقول بعدم حجّة الخبر  
الواحد العادل في الموضوعات الخارجيّة ، كالبحروردی<sup>(٥)</sup> والفاضل اللنكراني<sup>(٦)</sup> .  
قال السيّد الخوئي : فإنّ سيرة العقلاء قد استقرّت على العمل بخبر الشقة في

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ٢٤ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٧ ، بحار الأنوار ٢ : ١٧٥ إلى ١٧٦ ح ١٥ - ١٨ و  
ص ٢٤٤ ح ٤٩ - ٥٢ .

(٢) أصول الاستنباط : ١٨٩ - ١٩٠ .

(٣) جواهر الكلام ٦ : ١٧١ ، مصباح الأصول ٢ : ١٩٦ ، دروس في فقه الشيعة ٢ : ٦٠ ، بحوث في شرح العروة  
الوقتية ٢ : ١٠٢ .

(٤) القواعد الفقهيّة للبحروردی ٣ : ٢٩ .

(٥) القواعد الفقهيّة ١ : ٤٧٧ .

جميع أمورهم في الموضوعات والأحكام ولم يردع عنها الشارع؛ فإنه لو ردع عن العمل بخبر الثقة لو ضل إلينا، كما وصل منعه عن العمل بالقياس، مع أن العامل بالقياس أقل من العامل بخبر الثقة بكثير، وقد بلغت الروايات المانعة عن العمل بالقياس إلى خمسمائة رواية تقريباً، ولم تصل في المنع عن العمل بخبر الثقة رواية واحدة، فيستكشف من ذلك كشفاً قطعياً أن الشارع قد أمضى سيرة العقلاء في العمل بخبر الثقة<sup>(١)</sup>. وبمثله قال السيد الصدر<sup>(٢)</sup>.

أما الأخبار، فمنها: صحيحة حريز قال: كانت لإسماعيل بن أبي عبد الله عليه السلام دنانير وأراد رجل من قريش أن يخرج إلى اليمن، فقال إسماعيل: يا أبت إن فلاناً يريد الخروج إلى اليمن وعندي كذا وكذا دينار أفترى أن أدفعها إليه يبتاع لي بها بضاعة من اليمن؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: يا بني أما بلغك أنه يشرب الخمر؟ فقال إسماعيل: هكذا يقول الناس، فقال: يا بني لا تفعل، فعصى إسماعيل أباه ودفع إليه دنانيره، فاستهلكها ولم يأت به شيء منها - إلى أن قال: - وقال عليه السلام له: مه يا بني، فلا والله ما لك على الله [هذا] حجة، ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك، وقد بلغك أنه يشرب الخمر فأثمنتته، فقال إسماعيل: يا أبت إنني لم أره يشرب الخمر، إنما سمعت الناس يقولون، فقال: يا بني إن الله - عز وجل - يقول في كتابه: ﴿يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>(٣)</sup> يقول: يصدق الله ويصدق للمؤمنين، فإذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم<sup>(٤)</sup>.

ومقتضاها حجية أخبار الرجل الواحد ولو في غير أخبار الأحكام، بتقريب

(١) مصباح الأصول ٢: ١٩٦.

(٢) بحوث في شرح العروة الوثقى ٢: ٩٠-٩١.

(٣) التوبة: ٦١.

(٤) الكافي ٥: ٢٩٩ ح ١، امرأة العقول ١٩: ٤٠٩ ح ١، وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٠ باب ٦ من كتاب الودعة ح ١.

أن ذيل الرواية «فإذا شهد عندك المؤمنون فصدّقهم» يدل على مطلوبة تصديق شهادة المؤمنين وترتيب الأثر على أخبارهم؛ فإن المؤمنين عام استغراقي، فتتحل إلى قضايا متعددة حسب عدد أفراد المؤمنين كسائر العمومات، فيكون مفاد هذه الجملة تصديق شهادة كل مؤمن، فالمؤمن بما أنه مؤمن إذا شهد بشيء يرتب الأثر على شهادته، وهو معنى وجوب قبول خبر الواحد العادل أو الثقة<sup>(١)</sup>.

ومنها: غير ذلك، كصحيحة<sup>(٢)</sup> هشام في إبلاغ عزل الوكيل بثقة، وموثقة سماعة<sup>(٣)</sup>، وقول رسول الله ﷺ في الأذان: «المؤذنون أمناء المؤمنين على صلواتهم وصومهم ولحومهم ودمائهم»<sup>(٤)</sup>. وغير ذلك من الروايات في انقضاء العدة ومعرفة القبلة وغيرها. يستفاد منها تنزيل خبر الثقة منزلة العلم، كما قال به بعض أصحابنا<sup>(٥)</sup>. وحينئذ فيستثنى منها الشهادة والتنازع جمعاً بينها وبين رواية السكوني<sup>(٦)</sup>، حيث اعتبر اثنين في الشهادة.

وذهب المشهور إلى عدم حجّية خبر الواحد في الموضوعات، كما نقل<sup>(٧)</sup> ذلك عن المبسوط والخلاف والموجز وشرحه والتذكرة والذكرى والإيضاح وجامع المقاصد، والسرائر والمهذب والمعتبر والكفاية ومفتاح الكرامة والعوائد والقواعد الفقهية<sup>(٨)</sup> وغيرها<sup>(٩)</sup>.

(١) عوائد الأيام: ٨١٣، القواعد الفقهية للبحروردی ٣: ٣٢، وللفاضل اللكراني ١: ٤٧٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٩ - ٥٠ ح ١٧٠، وسائل الشيعة ١٣: ٢٨٦، باب ٢ من كتاب الوكالة ح ١.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦١ ح ١٨٤٥، وسائل الشيعة ١٤: ٢٢٦، باب ٢٣ من أبواب عقد النكاح ح ٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه ١: ١٩٠ ح ٩٠٥.

(٥) جواهر الكلام ٦: ١٧١.

(٦) تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٦ ح ٧٩٠، وسائل الشيعة ١٨: ٢٧١، باب ٢٦ من أبواب الشهادات ح ٥.

(٧) مفتاح الكرامة ٢: ٤٤، جواهر الكلام ٦: ١٧١.

(٨) السرائر ١: ٨٦، المهذب ١: ٣٠، جواهر الفقه ٩، المعتبر ٢: ٦٣، كفاية الأحكام ١١٢، مفتاح الكرامة

وأجابوا عن السيرة والروايات بأن موثقة مسعدة بن صدقة، عن الصادق عليه السلام رادعة عنها نظراً إلى أن ذيلها وهو «والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة»<sup>(١٠)</sup>. فعنى الرواية: أن جميع الموضوعات الخارجيّة على المحليّة إلى أن تعرف بالعلم الوجداني أو بالبيّنة حرمتها.

فإن نفس دلالتها على اعتبار البيّنة مرجعها إلى عدم اعتبار خبر الواحد العادل، فضلاً عن الثقة المجردة؛ فإن البيّنة إنما تغاير خبر الثقة في أمرين: أحدهما: التعدّد والآخر: العدالة، ولو كان خبر الواحد الثقة مثل البيّنة معتبراً في الموضوعات الخارجيّة، لكان ذكر البيّنة خصوصاً في مقام إفادة حكم كلي لغواً. فنفس دلالة الموثقة على حجّة البيّنة تصلح رادعة عن السيرة وممانعة عن إعمالها في الشريعة المطهرة.

وعليه: فالموارد التي قام الدليل فيها على حجّة خبر الواحد الثقة لا يمكن أن يتعدّى منها إلى غيرها من الموضوعات الخارجيّة<sup>(١١)</sup>.

وفيه: أن رواية مسعدة بن صدقة مع ما في سندها ودلالتها - من كون مسعدة عامياً مختلفاً في وثاقته، ومن احتمال كون البيّنة فيها بمعنى الحجّة وما به البيان - إنما لم تذكر الخبر في قبال العلم والبيّنة لأجل خصوصيّة في موردّها، وهي: أن المحليّة في مفروضها كانت مستندة إلى قاعدة اليد في مسألة الثوب، ومن الواضح عدم اعتبار

→ ٢: ٤٤، عوائد الأيام: ٨٢٣، القواعد الفقهيّة للبحروردی ٣: ٣٦، وللفاضل اللكراني ١: ٤٧٩.

(٩) غنائم الأيام ١: ٤٨٠.

(١٠) الكافي ٥: ٣١٤ ح ٤٠، تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٦ ح ٩٨٩، وسائل الشيعة ١٢: ٦٠ باب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

(١١) عوائد الأيام: ٨١٩-٨٢٣، القواعد الفقهيّة للفاضل اللكراني ١: ٤٧٨-٧٧٩.

خبر الواحد مع وجود اليد، فكأنه عليه السلام كان بصدد بيان ما يعتبر في جميع الموارد على الإطلاق، وخبر الواحد ليس بيان في جميع الموارد، خصوصاً في باب القضاء. فحينئذ لم يثبت رادعية الرواية من السيرة، مع كون المسألة من المسائل المبتلى بها، فلوردة الشارع لشاع وذاع كرد القياس<sup>(١)</sup>.

مع أن الرواية الواحدة لا تكفي لإثبات الردع؛ لأن مستوى الردع يجب أن يتناسب مع درجة قوة السيرة وترسخها، ومثل هذه السيرة على العمل بخبر الثقة لو كان الشارع قاصداً ردعها لأصدر بيانات عديدة، ولو صلتنا نصوص عديدة كما حدث بالنسبة للقياس، ولما اكتفى بإطلاق خبر من هذا القبيل. مع أن عدم الردع قبل الإمام الصادق عليه السلام في صدر الإسلام محرز؛ لعدم نقل ما يدل على الردع، ويكشف ذلك عن الإمضاء حدوثاً، فإذا أوجب خبر مسعدة الشك في نسخ ذلك الإمضاء جرى استصحاب الإمضاء<sup>(٢)</sup>.

## ب - حجّة الغلبة

فهل هي حجة أم لا؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: أنه حجة، ويمكن أن يستدل على حجّة الغلبة ومطلق الظن بابتناء أكثر الأحكام والشرعيات على الظن، وقبح ترجيح المرجوح على الراجح، كما هو المحكي عن أبي الصلاح<sup>(٣)</sup> ودعت الضرورة للعمل بالظن لتعذر العلم أو الظن الخاص في أكثر الصور، ولا يكفي امتثال ما علم من التكاليف أو ظن بالظن الخاص وإهمال الباقي، فثبت عليه الأحكام لندرة خطئه وغلبة إصابته، والغالب

(١) دروس في فقه الشيعة ٢: ٥٧ - ٦٠ وج ٣: ٢٦٧.

(٢) بحوث في شرح العروة الوثقى ٢: ٨٦ - ٨٧.

(٣) تمهيد القواعد: ٣١٠، نهاية الأحكام ١: ٢٤٧ و ٢٥٣.

لا يترك للنار<sup>(١)</sup>. وبجمله من الأخبار التي يستظهر منها الاكتفاء بالظن والغلبة، كالأخبار الناهية عن الصلاة في الثوب المشتري من النصراني<sup>(٢)</sup>، أو الذي أعاره<sup>(٣)</sup> ممن يشرب الخمر حتى يغسله؛ إذ ليس ذلك إلا من جهة أنه مظنة النجاسة؛ لأنه في معرض ملاقة بدن الكافر، أو شارب الخمر مع الرطوبة غالباً.

قال المحقق القمي: والاختلاف في تقديم الظاهر على الأصل إنما يصح إذا كان الظاهر أيضاً مما يجوز الاعتماد به شرعاً، وإلا فلا معنى لمعارضته الدليل الشرعي بغير الدليل الشرعي... فلا بد من تحقيق معنى الظاهر... والذي يحصل من تتبع في الفقه أن القاعدة فيه ما حصل الظن بوجود السبب للحكم الشرعي في الخارج فيحصل الظن بمحصل المسبب، وذلك الظن إما يحصل بسبب كون فعل المسلم محمولاً على الصحة؛ يعني ليس بمعضية، أو كون الغالب في أفعالهم ومعاملاتهم، أو معاملات غالب الناس وإن لم يكونوا مسلمين هو ذلك، أو غلبة الظن من جهة القرائن... ولا يخفى على من تتبع الفقه أن جعلهم الغلبة معياراً في الظهور وتقديم ذلك على الأصل فوق حد الإحصاء... ثم قال: إن الظاهر من الشريعة والفتوى اعتبار الغلبة<sup>(٤)</sup>.

(١) الذخيرة ١: ١٧٧، القواعد الفقهية للندوي: ٣٥٩.

(٢) كصحيحة علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام - في حديث - قال: سألته عن رجل اشترى ثوباً من السوق للبس لا يدري لمن كان، هل تصلح الصلاة فيه؟ قال: إن كان اشتراه من مسلم فليصل فيه؛ وإن اشتراه من نصراني فلا يصل فيه حتى يغسله.

تهذيب الأحكام ١: ٢٦٣ ح ٧٦٦، وسائل الشيعة ٢: ١٠٧١ باب ٥٠ من أبواب النجاسات ح ١.

(٣) كصحيحة عبدالله بن سنان قال: سأل أبي أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعير ثوبه لمن يعلم أنه يأكل الحبري الجري خ. ل. ويشرب الخمر فيرده أيسلي فيه قبل أن يغسله؟ قال: لا يصلي فيه حتى يغسله.

تهذيب الأحكام ٢: ٣٦١ ح ١٤٩٤، وسائل الشيعة ٢: ١٠٩٥ باب ٧٤ من أبواب النجاسات ح ٢.

(٤) جامع الشتات ٢: ٢٨٤.

وقال في موضع آخر: ثم إن الاعتماد على الغلبة وإن كان ممّا يجوز أن يعتمد عليه على التحقيق خلافاً لبعض من لم يتأمل تأملاً تاماً في حقيقته...<sup>(١)</sup>.

فإن الفقهاء يقدّمون الغلبة على الأصل في بعض الموارد، كالعلامة في بعض كتبه، منها: مسألة طين الطريق إذا غلب على الظن نجاسته، فإن الظاهر يشهد بها، والأصل يقتضي الطهارة، والمشهور الحكم بطهارته<sup>(٢)</sup>، لكن ذهب العلامة في النهاية إلى العمل بالظن الغالب هنا عملاً بالظاهر<sup>(٣)</sup>.

وفيه: أما دعوى ابتناء الشرعيات على الظن، فإن كان مرادهم بذلك أنه لا يعتبر خصوص العلم في الشرعيات، فهو وإن كان صحيحاً، إلا أنه لا تترتب عليه حجّة مطلق الظن، ولو كان من غير طريق معتبر لا في الأحكام ولا في الموضوعات؛ وإن كان مرادهم حجّة مطلق الظن في الشرعيات فمنوع جداً؛ لعدم قيام دليل على ذلك.

نعم، لو تمّ دليل الانسداد كان الظن حجّة مطلقاً، إلا أنه يتمّ في خصوص الأحكام الشرعية دون الموضوعات الخارجية، كالطهارة والنجاسة وغيرها. ومنه يعلم الجواب عما ذكر من قبح ترجيح المرجوح؛ إذ لا قبح فيه إذا كان لحجّة معتبرة من أصل أو أمانة، بل هو من ترجيح الراجح<sup>(٤)</sup>. وأما الأخبار المذكورة، فهي معارضة في خصوص موردها بأقوى منها دلالة وأكثر عدداً، كصححة عبدالله بن سنان قال: سأل أبي أبا عبدالله عليه السلام وأنا حاضر

(١) جامع الشتات ٢: ٣٩٦.

(٢) القواعد والفوائد ١: ١٢٨، رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧، تذكرة الفقهاء ١: ١٠، منتهى المطلب ٣: ٢٩٢.

(٣) تمهيد القواعد: ٣١٠، نهاية الإحكام ١: ٢٥٣.

(٤) دروس في فقه الشيعة ٢: ٥٠-٥٢.

إني أعير الذمي ثوبي وأنا أعلم أنه يشرب الخمر ويأكل لحم الخنزير فيردّه عليّ، فاغسله قبل أن أصلي فيه؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: صلّ فيه ولا تغسله من أجل ذلك؛ فإنك أعرتّه إياه وهو طاهر، ولم تستيقن أنه نجسه، فلا بأس أن تصلي فيه حتى تستيقن أنه نجسه<sup>(١)</sup>.

ورواية معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثياب السابريّة يعملها المجوس وهم أخبات (أجناب خ.ل) وهم يشربون الخمر، ونساؤهم على تلك الحال، ألبسها ولا أغسلها وأصلي فيها؟ قال: نعم، قال معاوية: فقطعت له قيصاً وخطته، وفتلت له إزاراً ورداء من السابريّ، ثم بعثت بها إليه في يوم جمعة حين ارتفع النهار، فكانه عرف ما أريد فخرج بها إلى الجمعة<sup>(٢)</sup>، ونحوها<sup>(٣)</sup> غيرها<sup>(٤)</sup>. ويستفاد من كلمات العامة أن الغلبة عندهم حجة كما في تحرير المجلة، المادة ٤٢

«العبرة للغالب الشائع لا للنادر»

قال بعض الشارحين في شرح هذه المادة: لكن الشائع هنا ليس من جهة أنه عُرِفَ تعامل عليه الناس وائتلفوه، بل قواعد كلية اتخذها الفقهاء مظاناً في أنها علّة للحكم، ولم يعتبروا تخلفها في بعض الأحيان لكونه نادراً<sup>(٥)</sup>.

وتفرّع على هذه المادة بعض آخر وقال: إن الحكم بموت المفقود لم يورث تسعين سنة من عمره مستندة على الشائع الغالب بين الناس من أن الإنسان لا يعيش أكثر من تسعين عاماً، على أن البعض قد يعيش أكثر من ذلك، إلا أنه نادر والنادر

(١) تهذيب الأحكام ٢: ٣٦١ ح ١٤٩٥، وسائل الشيعة ٢: ١٠٩٥ باب ٧٤ من أبواب النجاسات ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ١٠٩٣ باب ٧٣ من أبواب النجاسات ح ١.

(٣، ٤) وسائل الشيعة ٢: ح ٢، ٣، ٥، ٧، ٩، وص باب ٧٤ من أبواب النجاسات ح ٣، جواهر الكلام ٦:

١٦٩-١٧٠، رياض المسائل ١: ٥٤١-٥٤٢، دروس في فقه الشيعة ٢: ٥١.

(٥) شرح المجلة للحمص ١: ٩٩.

لا حكم له، بل يحكم بموته على العرف الشائع وتقسّم أمواله بين ورثته<sup>(١)</sup>.  
ويتفرّع أيضاً، لو كان الغالب في معاملات شخص الفساد، فلو صدرت منه  
معاملة نشك فيها حملناها على الفساد وإن كان قاعدة حمل فعل المسلم تقتضي  
حملة على الصحيح، ولكن الغلبة الشخصية حاکمة على الغلبة النوعية<sup>(٢)</sup>.

ونقل عن ابن فرحون تحت عنوان «تنبيه» وينزل منزلة التحقيق الظنّ  
الغالب؛ لأنّ الإنسان لو وجد وثيقة في تركة مورثه، أو وجد ذلك بخطّه، أو بخطّ  
من يثق به، أو أخبره عدل بحق، فالمنقول يجوز الدعوى بمثل هذا، والحلف  
بمجرّده. وهذه الأسباب لا تفيد إلا الظنّ دون التحقيق، لكن غالب الأحكام  
والشهادات إنما تبني على الظنّ وتنزل منزلة التحقيق<sup>(٣)</sup>.

والجواب أنّه لا أثر للغلبة إلا حيث تكون قرينة وتعدّ من الظواهر التي  
لا ريب في حجّيتها لبناء العقلاء من مقتضى كونه منسوبة  
وأما الغلبة في المثال الثاني فلا أثر لها، بل المرجع في مثله أصالة الصحة  
المستندة إلى وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح مطلقاً. وفي المثال الأوّل  
المرجع إلى الاستصحاب حياته حتّى يحصل اليقين والقطع بموته، أمّا لو لم يحصل  
اليقين فلا معوّل على الغلبة<sup>(٤)</sup>.

الوجه الثاني: عدم حجّية ظاهر المزبور، وبه قال عدّة من الأعلام<sup>(٥)</sup>.

(١) درر الحکام شرح مجلة الأحكام ١: ٤٥.

(٢) تحرير المجلة ١: ٣٣.

(٣) القواعد الفقهية للندوي: ٣٤٥.

(٤) تحرير المجلة ١: ٣٣.

(٥) جواهر الفقه: ٩، رسائل المحقّق الكرکي ٢: ٢٣٨، كشف اللثام ١: ٥٨٨ ط جديد، جواهر الكلام ٤٣:

٢٢، حوائد الأيّام: ٣٨٠-٣٨٢، حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٣، إرشاد الطالب إلى التعليق على

المكاسب ٤: ١٩، تحرير المجلة ١: ٣٣.

ويمكن أن يستدلّ عليه بصحيحة زرارة قال: قلت: فإن ظننت أنه قد أصابه (١) ولم أتيقن ذلك، فنظرت فلم أر شيئاً ثم صليت فرأيت فيه؟ قال: تغسله ولا تعيد الصلاة، قلت: لم ذلك؟ قال: لأنك كنت على يقين من طهارتك ثم شككت، فليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك أبداً... (٢).

حيث إنه عليه السلام فرض صورة الظن والغلبة كالشك، وحكم بعدم اعتبار الظن والشك، مع أن أغلب صور المسألة في صحيحة عبدالله بن سنان ورواية معاوية بن عمار وغيرهما، وحصول المظنة القويّة القريبة من العلم في العرف والعادة التي هي قد تكون أقوى من الظنون التي استندوا إليها، وأنه عليه السلام حكم بعدم البأس، بل في بعض الروايات التصريح بعدم اعتبار الظن كصحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا احتلم الرجل فأصاب ثوبه مني فليغسل الذي أصابه، فإن ظن أنه أصابه مني ولم يستيقن ولم ير مكانه فلينضحه بالماء» (٣)، بل في بعض ذمّ العمل بالظن، كما في رواية المفضل بن عمر قال: سمعت الصادق عليه السلام يقول: من شك أو ظن وأقام على أحدهما فقد خبط خطمه، إن حجة الله هي الحجة الواضحة (٤).

مضافاً إلى أن الأصل الابتدائي والقاعدة الأولية في الظن عدم حجّيته؛ لقوله تعالى: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً» (٥)، فالخروج عن الأصل الابتدائي يحتاج إلى دليل، ولم أجد على حجّية الغلبة دليلاً حتى ينهض لمعارضة الأصل، ويمكن أن يقال: إن الصحيحة المذكورة لزارة موردها باب الطهارة والنجاسة

(١) أي ظننت دم رعاف أصاب ثوبي.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٤٢٢ ح ١٣٣٥، وسائل الشيعة ٢: ١٠٦١ باب ٤١ من أبواب النجاسات ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢: ١٠٢٢ باب ١٦ من أبواب النجاسات ح ٤.

(٤) الكافي ٢: ٣٩٧ ح ٨، وسائل الشيعة ١٨: ٢٥ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٨.

(٥) يونس: ٣٦.

ولا إطلاق لها. ومع فرض إطلاق مدلولها عدم اعتبار الظنّ دون الغلبة، فإنّ الغلبة عبارة عن الغلبة في الوجود دون الغلبة في الاحتمال، فالغلبة حيث تكون قرينة وتعدّ من الظواهر تكون حجة لبناء العقلاء.

### ج - حجّة القرائن

وقبل الخوض في ذلك نذكر مقدّمة، وهي:  
أنّ المكلف إذا التفت إلى حكم شرعيّ، غامّاً أن يحصل له القطع، أو الظنّ، أو الشكّ، وعلى الأوّل يعمل بعلمه وقطعه، ولا شكّ في وجوب متابعتها، ولزوم العمل بما أدّى إليه قطعه؛ لأنّه بنفسه وذاته طريق إلى الواقع، وبالجملّة إنّ القطع إمّا أن يتعلّق بموضوع خارجيّ، وإمّا أن يتعلّق بحكم شرعيّ، فإن تعلّق بموضوع خارجي لا يفرق فيه بين خصوصيّاته من حيث القاطع والمقطوع به وأسباب القطع من أيّ سبب كان، وإن تعلّق بحكم شرعيّ فيمكن أن يكون بالنسبة إلى حكم آخر موضوعاً، كما أنّه يمكن أن يكون موضوعاً بالنسبة إلى نفس ذلك الحكم.

وعلى الثاني: إن قام الدليل المعتبر على اعتباره كالبينة واليد والسوق وغيرها فهو ملحق بالقطع، وإلاّ فملحق بالشكّ.

وعلى الثالث: يرجع إلى الأصول العملية من الاستصحاب والبراءة والاشتغال والتخيير<sup>(١)</sup>.

وبعد هذه المقدّمة نقول: إنّ ظاهر الحال وشاهده من القرائن<sup>(٢)</sup>، فإن حصل منها علم فهو معتبر؛ لأنّ اعتبار العلم ذاتيّ، وليست طريقيّته قابلة لجعل الجاعل

(١) فرائد الأصول ١: ٥-٧.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٥٥.

والشارع إثباتاً ونفيّاً، وهو مورد اتفاق العقلاء بما فيهم الفقهاء، كما سنشير إليه في كلام المخالفين لحجية ظاهر الحال.

ويشعر بذلك قصة يوسف عليه السلام، فبدأت امرأة العزيز تشكو يوسف إليه وتسأله أن يجازيه، فذكرت أنه أراد بها سوءً وعليه أن يسجنه أو يعذبه عذاباً أليماً ﴿قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءاً إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(١)</sup>، حكى الله تعالى عن يوسف أنه قال للملك في مقابلة بهتها وكذبها عليه هي راودتني عن نفسي وأنا بريء الساحة ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ وإن كان قميصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿فَلَمَّا رَأَى قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾<sup>(٢)</sup> وقد أشار هذا الشاهد والصبي الذي في المهد من أهلها فقال: أيها الملك أنظر إلى قميص يوسف فإن كان مقدوداً من قدامه فهو الذي راودها، وإن كان مقدوداً من خلفه فهي التي راودته.

فلما سمع الملك كلام الصبي وما اقتضه فجيء بالقميص فنظر إليه فلما رآه مقدوداً من خلفه علم من ظواهر الحال وشواهد أنه صادق، وقضى ليوسف عليه السلام عن امرأته وقال لها: إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم، وقال ليوسف: أعرض عن هذا ولا يسمعه منك أحد واكتمه.

هذا كله فيما إذا أفادت العلم، وأمّا إذا لم يحصل منها علم، بل حصل منها ظن فهذا محل البحث والكلام، وفي حجية ذلك وعدمها أقوال:

القول الأول: عدم اعتبارها.

(١) يوسف: ٢٥.

(٢) يوسف: ٢٦-٢٨.

القول الثاني: اعتبارها.

القول الثالث: التفصيل.

القول الرابع: التوقف.

أما القول الأول: فيستفاد من كلمات جملة من الأعظم بأنه إن حصل من القرينة وظاهر الحال وشاهده علم، فله اعتبار، وإن لم يحصل منها إلا الظن فليست بمعتبرة.

قال الشهيد - في مسألة اختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب قبل القبض أو بعده -: ثم تنازعا في سبق العيب حلف البائع، ولو كان هناك قرينة تشهد للمشتري وأفاده القطع فلا يمين<sup>(١)</sup>.

قال المحقق الثاني بعد نقل كلام الشهيد من الدروس: وما أحسنه، إذ القرائن المثمرة للظن - الذي لم يثبت من قبل الشارع اعتباره - يبعد المصير إليها، وقد يستفاد من الحكم شهادة الحال إذا أفادت القطع بثبوت سبق العيب، التعويل على ما أثمر القطع واليقين في كل موضع، كالشياخ إذا بلغ مرتبة التواتر وأثمر اليقين<sup>(٢)</sup>.

وعن الشهيد الثاني في حاشية الإرشاد في ذيل عبارة العلامة - ولو ادّعى البائع البراءة فالقول قول المشتري مع اليمين وعدم البيّنة، وقول البائع في عدم سبق العيب مع عدم البيّنة وشهادة الحال<sup>(٣)</sup> - قال: «المراد بشهادة الحال نحو زيادة الاصبع واندمال الجرح مع قصر زمان البيع بحيث لا يحتمل تأخره، ويعتبر كونها مفيدة للقطع، وحينئذٍ يقدم قول المشتري بغير يمين، ولو شهد الحال للبائع فكذلك

(١) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ٢٨٩.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٥٥.

(٣) إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧.

كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع فلا يمين عليه أيضاً»<sup>(١)</sup>.

وهذا المضمون قال الحلي<sup>(٢)</sup> والأردبيلي<sup>(٣)</sup> وصاحب الجواهر<sup>(٤)</sup> وصاحب  
الرياض في شرح الصغير<sup>(٥)</sup>، وغيرهم<sup>(٦)</sup>.

قال بعض المعاصرين رحمه الله تعالى: إذا كان العيب موجوداً بالفعل، وظاهراً  
للعيان، وقال المشتري: حدث هذا العيب عند البائع. وقال البائع: بل حدث عند  
المشتري، فمن المدّعي، ومن المنكر؟ ولا بدّ أن ينظر، فإن شهدت الحال شهادة تفيد  
القطع والجزم بأنّ العيب قديم، ولا يمكن أن يحدث عند المشتري، كمن اشترى  
داراً، ثمّ تبين أنها قائمة على غير أساسها المعتاد، إن كان كذلك تردّ دعوى البائع،  
ويحكم للمشتري بحق الخيار من غير يمين.

وإن شهدت الحال شهادة قطعية بأنّ العيب حادث وابن يومه، ولا يمكن بحال  
أن يكون حادثاً قبل القبض، كالجرح في الدابة الذي لا يزال طرياً، إن كان كذلك  
يزد قول المشتري من غير أن يحلف البائع، لأنّ اليمين إنما تحتاج إليها مع عدم العلم  
بالواقع، والواقع هنا معلوم فلا داعي لليمين، وإن كان من العيوب التي يمكن  
حدوثها عند البائع وعند المشتري، أي قبل القبض وبعده، فالقول قول البائع مع  
يمينه إذا لم يكن للمشتري بيّنة، لأنّ الأصل سلامة العين من العيوب، حتّى يثبت  
العكس، ولم يثبت العيب قبل القبض<sup>(٧)</sup>.

(١) حاشية الإرشاد المطبوع مع غاية المراد ٢: ١١٠.

(٢) الجامع للشرائع: ٢٦٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٣٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٦.

(٥) الشرح الصغير ٢: ٦٨.

(٦) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٨٠.

(٧) فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام ٣: ٢٢٤.

وقال كاشف الغطاء: فإن القرينة إذا أفادت العلم واليقين فهي الحجة، وإلا فلا أثر لها<sup>(١)</sup>.

وكيف كان، فيستفاد من كلامهم: أن القرائن المفيدة للظن لم يثبت اعتبارها من قبل الشارع فيكون الاعتماد عليها بلا مستند شرعي. وأما القول الثاني: اعتبارها، سواء كان ظاهر الحال وشاهده مفيداً للقطع أو الظن المتأخّر له، ويستفاد ذلك من إطلاق كلمات عدّة من الأعلام، كالشيخ والمحقق والعلامة والشهيد في بعض كتبهم، كما فهم ذلك صاحب الجواهر<sup>(٢)</sup> من كلامهم.

قال الشيخ: إذا وجد ميت في المعركة وليس به أثر قتل فحكمه حكم الشهيد، وبه قال الشافعي<sup>(٣)</sup>، وقال أبو حنيفة: إن لم يكن به أثر غسل وصلى عليه، وإن كان به أثر فإن خرج من عينيه أو أذنيه لم يغسل ويصلى عليه، وإن خرج من أنفه أو قبله أو دبره غسل وصلى عليه<sup>(٤)</sup>.

دليلنا: أن ظاهر الحال أنه شهيد؛ لأن القتل يحصل بما له أثر وبما ليس له أثر فالحكم لظاهر الحال<sup>(٥)</sup>.

قال المحقق: إذا قال المشتري هذا العيب كان عند البائع فلي ردّه، وأنكر البائع، فالقول قول البائع مع يمينه ما لم يكن هناك قرينة حال تشهد لأحدهما<sup>(٦)</sup>. قال العلامة - في المسألة السالفة -: ويقدم قول البائع مع اليمين وعدم البيّنة

(١) تحرير المجلة ٤: ١٤٢.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٦.

(٣) الأم ١: ٢٦٨، المجموع ٥: ٢١٦.

(٤) الهداية ١: ١٠١، المبسوط للسرخسي ٢: ٥١.

(٥) الخلاف ١: ٧١١-٧١٢، المبسوط ١: ١٨٢.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٣٢، المختصر النافع: ١٥٥.

وعدم شهادة الحال لو ادّعى المشتري سبق العيب<sup>(١)</sup>.

وبمثلها قال الشهيد في غاية المراد<sup>(٢)</sup> والسبزواري في الكفاية<sup>(٣)</sup>.

وربما يمكن أن يستدل لهذا القول، بموارد مختلفة في الفقه الإسلامي في أبواب متفرقة حيث يقدم ظاهر الحال وشاهده على الأصل، وهو دليل على اعتباره، إذ لو لم يكن ظاهر الحال معتبراً لما قدم على الأصل، ولنذكر بعضها:

أ - قالوا: إذا قبض المشتري المبيع ثم ادّعى نقصانه، فإن لم يحضر كيـله ولا وزنه، بل اشتراه بخبر البائع مثلاً، فالقول قول المشتري فيما وصل إليه مع يمينه قولاً واحداً، إذا لم يكن للبائع بيّنة، وإن كان حضر، فالقول قول البائع مع يمينه، والبيّنة على المشتري<sup>(٤)</sup>. وفي كون القول قول البائع ادّعى بعضهم: «عدم وجدان الخلاف فيه»<sup>(٥)</sup>. وقال بعض آخر: «عند علمائنا»<sup>(٦)</sup>.

قال عدّة من الفقهاء: إنّما كان القول قول البائع في الثانية مع أن الأصل عدم وصول حقّ المشتري إليه في الصورتين، عملاً بظاهر الحال، من أن صاحب الحقّ إذا حضر استيفاء حقّه يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقّه، فيكون هذا الظاهر مرجّحاً لقول البائع ومقوّياً لجانبه ومعارضاً للأصل<sup>(٧)</sup>.

قال الشهيد: غيبة المسلم بعد نجاسته أو نجاسته ما يصحبه من الثياب ونحوها،

(١) قواعد الأحكام ١: ١٤٧، إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧.

(٢) غاية المراد ٢: ١٤٤.

(٣) كفاية الأحكام: ٩٤.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٣٢، إرشاد الأذهان ١: ٣٨٣، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ٢١٣، كفاية

الأحكام: ٩٦، جواهر الكلام ٢٣: ١٧٥-١٧٧.

(٥) رياض المسائل ٥: ١٥٧.

(٦) مفتاح الكرامة ٤: ٧٢٣.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٤٠٦-٤٠٧، مسالك الأفهام ٣: ٢٥٢، مفتاح الكرامة ٤: ٧٢٣، التنقيح الرائع ٢: ١٩.

فإنه يحكم بظهوره إذا مضى زمان يمكنه فيه الطهارة، عملاً بظاهر حال المسلم، أنه يتنزه عن النجاسة في ظاهر مذهب الأصحاب. ومن التعليل يظهر اشتراط علمه بها واعتقاده بنجاستها<sup>(١)</sup>.

ويمكن الجواب عن ذلك أولاً: بأن تقديم ظاهر الحال على الأصل في هذا المورد لأجل الإجماع وهذا إنما يستفاد منه اعتبار ظاهر الحال في الجملة لا بالجملة، ولا يمكن إلغاء خصوصية المورد.

وثانياً: لعل تقديم قول البائع لأصالة الضمّة في دفع المسلم وقبضه، إذ الفرض أنه قبض على أنه تمام الحق، كما قال به بعض<sup>(٢)</sup>.

وثالثاً: توقف بعضهم في تقديم قول البائع<sup>(٣)</sup>، بل قال الأردبيلي: يقدم قول المشتري في هذا المورد أيضاً، بأن الأصل عدم وصول حقه إليه وهو مقدم على الظاهر مع الحضور أيضاً<sup>(٤)</sup>.

ب - أفق جماعة<sup>(٥)</sup> من الفقهاء بأنه متى خلا الرجل بامرأته خلوة تامة، ثم اختلفا في الدخول، فادّعت الواقعة، فأنكره، فإن القول قولها عملاً بظاهر الحال من حال الصحيح في خلوته بالحلال مع عدم الموانع وحصول الدواعي.

ومنهم الشيخ، حيث قال: ومتى خلا الرجل بامرأته، فأرخصى الستر، ثم طلقها وجب عليه المهر على ظاهر الحال، وكان على الحاكم أن يحكم بذلك، وإن لم يكن قد دخل بها، إلا أنه لا يحل للمرأة أن تأخذ أكثر من نصف المهر.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٨.

(٢) جامع المدارك: ٣: ٢٠٠.

(٣) المحقق الناصري: ٢٩: ١٨٤ - ١٨٥.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ٨: ٥٣٣.

(٥) المهذب: ٢: ٢٠٤، للمعة: ١١٧، كشف اللثام: ٨٦: ٢، كفاية الأحكام: ١٨١، القضاء للمحقق الرشتي: ١: ٣٢٤.

ما لم يدخل بها<sup>(١)</sup>.

ويدلّ على ذلك روايات يستفاد منها أنّ الخلوة التامة بين الزوج والزوجة يلحق بالدخول.

منها: ما روي عن السجّاد عليه السلام في سند صحيح، قال: «إذا أغلق باباً وأرخصى سترأً وجب المهر والعدة»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: ما رواه إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام أنّه كان يقول: «من أجاف من الرجال على أهله باباً أو أرخصى سترأً فقد وجب عليه الصداق»<sup>(٣)</sup>. ومثله رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام<sup>(٤)</sup>.

أقول: إنّ ظاهر الحال في هذه الأخبار يقدر على الأصل فلولاً حجّيته لما قدّم على الأصل، مع أنّه لا يستفاد من هذا الظاهر والخلوة التامة القطع بالدخول، بل يحصل الظنّ بالدخول كما استفاد ذلك ابن أبي عمير والعلامة. فقد نقل الكليني ذلك عن ابن أبي عمير، حيث قال: «وإنما معنى ذلك أنّ الوالي إنّما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب وأرخصى الستر وجب المهر، وإنما هذا عليها إذا علمت أنّه لم يمسّها، فليس لها فيما بينها وبين الله إلّا نصف المهر»<sup>(٥)</sup>.

قال العلامة: واعلم أنّ التحقيق في هذا الباب أن نقول: إنّما يجب كمال المهر بالدخول لا بإرخاء الستر والخلوة، لكن لما كانت الخلوة مظنة له بحيث لا ينقل

(١) النهاية: ٤٧١.

(٢) الكافي ٦: ١١١ ح ٧، وسائل الشيعة ١٥: ٦٧ باب ٥٥ من أبواب المهور ح ٢.

(٣) الاستبصار ٣: ٣١٣ ح ٨٢٢، وسائل الشيعة ١٥: ٦٧ باب ٥٥ من أبواب المهور ح ٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٤ ح ١٨٦٣، الاستبصار ٣: ٣١٢ ح ٨٢١، وسائل الشيعة ١٥: ٦٧ باب ٥٥ من أبواب

المهور ح ٣.

(٥) الكافي ٦: ١١١ ح ٧.

عنه غالباً وجب أن لا ينفك عن إيجاب كمال المهر المستند إلى الدخول غالباً، فمدّعيه حيثئذ يدّعي الظاهر، ومنكره يدّعي خلافه، فيحكم للمدّعي به مع اليمين؛ قضاء للظاهر، أمّا مع تصديق المرأة بعدمه فلا يجب الكمال قطعاً<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن يجاب أولاً: بأن هذه الروايات مع قصور سند أكثرها معارضة بمثلها كرواية يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج»<sup>(٢)</sup>. ورواية حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل»<sup>(٣)</sup>. ورواية أخرى عن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فأدخلت عليه فأغلق الباب وأرخت الستر وقبّل ولمس من غير أن يكون وصل إليها، ثمّ طلقها على تلك الحال، قال: «ليس عليه إلا نصف المهر»<sup>(٤)</sup>. وغير ذلك من الروايات.

فهنا تتعارض الروايات، والأشبه العمل بالروايات الأخيرة؛ لكونها أشبه بالأصل وأصحّ سنداً<sup>(٥)</sup>، ومطابقة لنص القرآن «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ»<sup>(٦)</sup> فإنّ المراد بالمس هنا الجماع؛ للإجماع على أنّ مطلق المس غير موجب للجميع، وهو الأشهر بين الفقهاء<sup>(٧)</sup>، بل المشهور<sup>(٨)</sup>، وأفقي بذلك كثير من الفقهاء<sup>(٩)</sup>، بل لعلة إجماع بين

(١) مختلف الشيعة ٧: ١٥٩.

(٢ و ٤) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٤ ح ١٨٥٩، ١٨٦١، الاستبصار ٣: ٣١٢ ح ٨١٧ و ٨١٩، وسائل الشيعة ١٥: ٦٥.

٦٦ باب ٥٤ من أبواب المهر ح ٦ و ٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٦٨ باب ٥٥ من أبواب المهور ح ٥.

(٥) كشف الرموز ٢: ١٨٨.

(٦) البقرة: ٢٣٧.

(٧) الروضة البهية ٥: ٣٧٨، تمهيد القواعد: ٣١٣، رياض المسائل ٧: ١٦٣.

(٨) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٩٤.

المتأخرين منهم كما في الجواهر<sup>(٩)</sup>.

وثانياً: مع احتمال حملها على التقيّة كما حملها صاحب الوسائل<sup>(١١)</sup> وغيره من الفقهاء، فروى العامة عن عمر وسائر الخلفاء: من أرخى ستراً وأغلق باباً فقد وجب عليه المهر. وأفق به أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وكثير من العامة. قال ابن قدامة في المغني: «إن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقرّ عليه مهرها، ووجبت عليها العدة وإن لم يوطأ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر، وبه قال علي بن الحسين، وعروة وعطاء والزهري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وهو قديم قول الشافعي، قال شريح والشعبي وطاووس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقرّ إلا بالوطء، وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروي نحو ذلك عن أحمد. ثم قال: ولنا إجماع الصحابة، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة ابن أوفى قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون: أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً لقد وجب المهر ووجبت العدة<sup>(١٢)</sup>.

فيقوى الظنّ بخروجها مخرج التقيّة، فيبقى الظهور المزبور بلا مستند شرعي صالح لقطع الأصول الموافقة لدعوى عدم الوقاع.

(٩) المبسوط ٤: ٣١٨، شرائع الإسلام ٢: ٣٣٣، المختصر النافع: ٢١٦، الحقائق الناضرة ٢٤: ٥٨٤، جواهر الكلام ٣١: ١٤١، نهاية المرام ١: ٤٠٩-٤١٠، فقه القضاء: ٥٦٥، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤٧-٤٤٦.

(١٠) جواهر الكلام ٣١: ١٤٢.

(١١) وسائل الشيعة ١٥: ٦٧، باب ٥٥ من أبواب المهور ذيل الحديث ٢، جواهر الكلام ٣١: ١٤٢، العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٩٤.

(١٢) المغني ٨: ٦١-٦٢.

وثالثاً: مع أنه لو عملنا بهذه الروايات، وفرضنا حجيتها، إن غاية ما يثبت بها حجية ظاهر الحال في خصوص موردها، ولا يمكن تنقيح المناط وجريانها في سائر الموارد، حتى يستفاد منها حجية ظاهر الحال وشاهده في جميع الموارد.

ج - قال المشهور من الفقهاء: لو ادعى رجل زوجية امرأة، وادّعت أختها أنها الزوجة، وأقاما البيّنة قدّمت بيّنة الزوج إن لم يدخل بالمدّعية، وإن دخل بها قدّمت بيّنة المدّعية؛ لأنّ ظاهر دخول الرجل بها كونها زوجته، وإن كان الأصل عدم زوجية المدّعية<sup>(١)</sup>. فلو لا حجية الظاهر لما قدّم على الأصل.

ويدلّ على القول المشهور رواية الزهري، عن عليّ بن الحسين عليه السلام في رجل ادّعى على امرأة أنه تزوّجها بوليّ وشهود، وأنكرت المرأة ذلك، فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البيّنة أنه تزوّجها بوليّ وشهود ولم يوقّتا وقتاً، فكتب: «إن البيّنة بيّنة الرجل ولا تقبل بيّنة المرأة؛ لأنّ الزوج قد استحق بضع هذه المرأة، وتريد أختها فساد النكاح، فلا تصدّق ولا تقبل بيّنتها إلا بوقت قبل وقتها، أو بدخول بها<sup>(٢)</sup>».

وضعفها<sup>(٣)</sup> منجبر بالشهرة، بل دعوى عدم الخلاف والإجماع<sup>(٤)</sup>. وقال بعض الفقهاء: لا يختص الحكم بموردها، ثمّ قال: لو ادّعى زوجية امرأة، وادّعت أختها زوجيته، فلم تكن لها بيّنة ودخل بها، فالقول قولها لتصديقه إياها بفعله<sup>(٥)</sup>.

(١) المختصر النافع: ١٩٦، تمهيد القواعد: ٣٠٧، الروضة البهية ١٢٧: ١٢٨، التنقيح الرائع ٣: ١٣-١٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٢٢٥-٢٢٦ باب ٢٢ من أبواب عقد النكاح ح ١.

(٣) إذ لم يستدل بها محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، والأوزاعي، وعيسى بن يونس، ولم يوثقوا. جامع الرواة ٢: ٢٠١، ٤٣٩، و ١: ٦٥٥.

(٤) كفاية الأحكام: ١٥٥، مستند الشيعة ٢: ٤٨٨.

(٥) التنقيح الرائع ٣: ١٤.

وفيه: أولاً: يحتمل أن الحكم مخصوص بمورد الرواية، ولذا قال بعض: إن الحكم مخصوص بموردها ولا يتعدى إلى غيره، حتى إذا كانت المدعية على الرجل بنتها أو أمها؛ لمنع ترجيح الظاهر على الأصل بإطلاقه<sup>(١)</sup>. وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

وثانياً: أن ظاهر الحال من المرجحات مسألة، وكونه حجة مستقلة مسألة أخرى، وفي هذه المسألة ظاهر الحال من المرجحات لا أنه حجة.

د - إذا وجد صبي في بئر لقوم وكانوا متهمين على أهله، فعليهم الدية، وإن كانوا مأمونين فلا شيء عليهم، والقتيل إذا وُجد في قرية ولم يعرف من قتله فديته على أهلها، فإن وجد بين القريتين فالدية على أهل الأقرب إليه منها، فإن كان وسطاً فالدية نصفان، وحكم القبيلة والمحلة والدرب والدار حكم القرية<sup>(٢)</sup>. فهنا أيضاً قدّم ظاهر الحال على الأصل من غير أن يفرّق بين أن يحصل منه العلم أو الظن.

ويمكن أن يُجاب عنه: بأنّ تقديم ظاهر الحال في هذا المورد للنص الخاص كما سأل سماعة أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يوجد قتيلاً في قرية أو بين قريتين، قال: «يقاس بينهما فأيتها كانت إليه أقرب ضمنّت<sup>(٣)</sup>». وغير ذلك من الروايات<sup>(٤)</sup>. وكيف كان فإننا لم نجد دليلاً يدلّ على اعتبار ظاهر الحال وشاهده بالجملة. نعم، يستفاد حجّيته في الجملة في موارد مخصوصة.

القول الثالث: إن حصل من ظاهر الحال الظن المتأخّم للعلم والظن الغالب فله

(١) الروضة البهية ٥: ١٢٨، مستند الشيعة ٢: ٤٨٨.

(٢) غنية النزوع: ٤١٤.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٤: ٧٤ ح ٢٢٤.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ٧٢-٧٣ ح ٢٢١ و ٢٢٣.

اعتبار في الجملة وإلا فلا، ويستفاد هذا من كلمات بعض الأعلام كالعلامة<sup>(١)</sup> والشهيدين والمحقق الثاني والفاضل اللنكراني في بعض كتبهم.

قال الشهيد الأول: يجوز الاعتماد على القرائن في مواضع، وهذه مأخوذة من إفادة الخبر المحتف بالقرائن للعلم، إتمام مجرد القرائن أو بها وبالأخبار، ولكن معظم هذه المواضع فيها ظن غالب لا غير، كالقبول من المميز في الهدية، وفتح الباب، واللوث، وجواز أكل الضيف بتقديم الطعام من غير إذن، والتصرف في الهدية من غير لفظ، والشهادة بالإعسار عند صبره على الجوع، والعري في الخلوة وشبهه<sup>(٢)</sup>.

وقال الشهيد الثاني: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء، أو ثوب، أو أرض، أو بدن، وشك في زوالها، فإنه يبني على الأصل، وإن دل الظاهر على خلافه، كما لو وجد الثوب نظيفاً بيد من عادته التطهير إذا نظف ونحوه، إلا أن يتفق مع ذلك خبر محتف بالقرائن الكثيرة الموجب للعلم، أو الظن المتأخم له فيقوى العمل به، وفي الاكتفاء بالقرائن منفكة عن الخبر وجه، من حيث إن العبرة في إفادة الخبر المحفوف بالقرائن العلم بالقرائن لا به<sup>(٣)</sup>.

وقال المحقق الكركي في تحديد الشيعاء: اختلفت عبارة الأصحاب في تحديد الشيعاء، فقيل: هو عبارة عن إخبار جماعة يتأخم قولهم العلم، أي يقاربه، فعلى هذا يعتبر حصول ظن قوي يقرب من العلم.

وقيل: هو إخبار جماعة يحصل بإخبارهم العلم، فعلى هذا يكون هو التواتر. والأصح في المذهب الأول: لأن الظن القوي البالغ مبلغاً يقرب من العلم ليس

(١) مختلف الشيعة ٧: ١٥٩.

(٢) القواعد والقوائد ١: ٢٢٢ قاعدة ٦٦.

(٣) تمهيد القواعد: ٣٠٣.

أدون من الظنّ الحاصل بشهادة العدلين إن لم يكن أقوى .  
والظاهر من كلام الفقهاء أنّه أدون من شهادة العدلين ، مع أنّ الحاصل بها  
ظنّ<sup>(١)</sup> .

وللمحقق الفاضل النكراني تفصيل آخر وإليك نصّه حرفياً قال : فالظاهر أنّه  
لا بدّ من التفصيل بين الظنّ القوي البالغ مرتبة الاطمئنان - الذي يعبر عنه بالعلم  
العادي العقلائي ، ويكون احتمال خلافه موهوناً عند العقلاء في الغاية ، بحيث  
لا يكون مورداً لاعتنائهم بوجه ، ولذا يعبر عنه بالاطمئنان الذي معناه خلوّ  
الذهن عن الاضطراب ، الناشئ من التردد وحصول الطمأنينة والسكون له - وبين  
غيره من الظنون بالقول بحجّة القسم الأول ، فإنّه حجة عقلانية ، والنكته فيه أنّ  
«العلم» في مثل قوله ﷺ : «كلّ شيء طاهر حتّى تعلم أنّه قدر» لا بدّ وأن يؤخذ من  
العرف ، كسائر العناوين والموضوعات المأخوذة في لسان الأدلّة ، والاطمئنان الذي  
يكون احتمال خلافه موهوماً عند العقلاء ، بحيث لا يعتنون به يكون علماً عندهم ،  
وإن لم يكن بعلم عندهم ، فما ظنّ نجاسته بالظنّ القوي البالغ مرتبة الاطمئنان لنجس  
بمقتضى قوله ﷺ : فإذا علمت فقد قدر؛ لأنّه من المعلوم نجاسته عرفاً<sup>(٢)</sup> .

#### القول الرابع : التوقّف

يستفاد من كلام العلامة في بعض كتبه التوقّف ، حيث قال : إذا اختلف  
الزوجان بعد التمكن في الإنفاق ، فقالت : لم ينفق عليّ ، وادّعى هو الإنفاق ، احتمل  
تقديم قولها مع اليقين عملاً بالأصل ، وتقديم قوله عملاً بالظاهر من شاهد الحال ،  
من أنّه أنفق عليها في مدّة تسليمها نفسها<sup>(٣)</sup> .

(١) رسائل المحقّق الكركي ٢ : ١٩٧ .

(٢) تفصيل الشريعة ، كتاب الطهارة ، النجاسات و احكامها : ٣٩١ ، مسألة ٣ .

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٤٩ .

### د - حجّة العرف والعادة

لا نزاع بين العلماء في أنّ العرف إذا كان مخالفاً لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات، لا يلتفت إليه ولا يعتدّ به، بل يجب إلغاؤه كتعارف الناس شرب الخمر، والتعامل بالربا، ولعب الميسر، ولبس الحرير والذهب، وكاسترقاق المدين الذي كان متعارفاً في جاهلية العرب وعند الرومانيين، ونكاح الشغار - وهو أن يتفق شخصان فيزوج كل منهما الآخر قريبته، فتكون هي كمهر للأخرى - وهو متعارف في بلاد الشام وغيرها، وغير ذلك من الأمور التي حرّمها الشريعة؛ لما يترتب عليها من المفساد الديني والاجتماعية الثابتة، التي لا تتغير بتغير الظروف والعادات<sup>(١)</sup>.

وأما إذا كان العرف لا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية، ولا قاعدة من قواعده الأساسية من كلّ وجه، ولم يكن مخالفاً لنصّ أو شرط لأحد المتعاقدين، ففيه بحث من حيث حجّيته وعدمها؛ فقال قوم من أهل السنّة بحجّيته، واستدلّوا على ذلك بقاعدة معروفة عندهم «العادة محكمة» يعني أنّ العادة عامّة كانت أو خاصّة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي، وهي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم، وهي مأخوذة من الحديث القائل «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، فينبغي أن يبحث في سند هذا الحديث ودلالته.

### «سند الحديث»

(١) رسائل ابن عابدين ٢: ١١٤، مقدّمة للحاوي الكبير: ١٠٣، المدخل الفقهي العام ٢: ٨٧٤-٨٨٨، ردّ

أما من حيث السند، فما رواه أحمد بن حنبل قال: حدثنا عبدالله، حدثني أبي، حدثنا أبو بكر، حدثنا عاصم، عن زرّ بن حبيش، عن عبدالله بن مسعود قال: إن الله نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد ﷺ خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد، بعد قلب محمد ﷺ، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيّه، يقاتلون في دينه، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه سيئاً فهو عند الله سيئ<sup>(١)</sup>.  
والحديث وإن كان روي بطرق متعدّدة، إلا أن الصحيح أنه موقوف على ابن مسعود.

وقال بعض العامة: الحديث موقوف عن عبدالله بن مسعود، أخرجه أحمد في مسنده، ويزاز في باب الإجماع في الكبير، والحاكم في كتاب معرفة الصحابة<sup>(٢)</sup> باب فضائل أبي بكر<sup>(٣)</sup>.

وقد نقل السيوطي وابن نجيم عن العلائي: ولم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنما هو من قول عبدالله بن مسعود موقوفاً عليه، أخرجه أحمد في مسنده<sup>(٤)</sup>. فالحديث من حيث السند ضعيف، بل ليس بحديث.

(١) مسند أحمد ١٦: ٢ ح ٣٦٠٠.

(ز) مسند أحمد ١٦: ٢ ح ٣٦٠٠.

(٢) المستدرک علی الصحیحین ٣: ٨٣ ح ٤٤٦٥.

(٣) هامش روضة الناظر وجنة المناظر: ٣٨٤.

(٤) الأشباه والنظائر في القروع: ٦٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٧٩.

## «دلالة الحديث»

هذا الحديث الذي ربما يتمسك به لذلك على فرض صحته، لا يدل على حجية العادة واعتبارها دليلاً شرعياً لإثبات حكم شرعي، وليس كل حسن عند الناس حسناً واقعاً أو شرعاً، وإن حسن العمل به مداراة ومجاملة مع أبناء جنسه أو أبناء وطنه، والعادة التي هي عبارة عن تكرار العمل عند طائفة أو أمة من العقلاء ليس لها أي علاقة بالشرع لتكون دليلاً على حكم من أحكامه، وإن لم يكن فيه نص.

فلو كان أكل لحم الأرنب أو شرب النبيذ مثلاً لم يرد فيه نص وكان عادة طائفة من المسلمين كأهل البادية مثلاً على أكله، فهل يمكن أن نستدل بعاداتهم على حليته؟

نعم، يمكن أن تكون العادة قرينة ينصرف إليها الإطلاق في مقام المعاملات والاستعمالات، فيحمل عليها كلام المتعاقدين لتعيين الموضوع لا الحكم، مثلاً لو كان من عادة بلد، أن الحمال يحمل المتاع إلى باب الدار، فاستؤجر حمال فلاحق للمستأجر بمطالبتة بإدخال المتاع إلى داخل الدار، ولو انعكس الأمر كان له المطالبة، وإن لم يشترط ذلك في العقد، فالعادة قرينة تقوم مقام اللفظ في تعيين المراد.

ولعل إلى هذا يرجع أيضاً قضية العرف العام والعرف الخاص، وأن كلام المتكلم يحمل على عرفه العام أو العرف الخاص. قال بعض الفقهاء: فالعادة عند الإمامية لا يعتبر بها، ولا تصلح لإثبات حكم شرعي<sup>(١)</sup>. ويستفاد من بعض الأحاديث أن كل أصل لم يوجد له مستند ولا دليل من كلامهم لا يجوز

الاعتماد عليه، ولا الركون إليه :

منها: في الصحيح عن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنما علينا أن نلقي إليكم الأصول، وعليكم أن تفرّعوا»<sup>(١)</sup>. ومثله ما رواه البرنطي<sup>(٢)</sup> عن الرضا عليه السلام.

ولا يخفى ما في الخبرين المذكورين من حيث تقديم الظرف المؤذن بمحصر ذلك فيهم عليهم السلام، فكأنه قال: تأصيل الأصول الشرعية للأحكام علينا، لا عليكم، وإنما عليكم التفريع عليها<sup>(٣)</sup>. نعم، إذا جرت عادة العرف على شيء في عهد الشارع وزمنه، وحصل ذلك بمرأى منه ومسمع، ومع هذا لم ينعكس ولم يردع عنه مع قدرته وعدم المانع له عن النهي والردع، كان هذا إمضاء من الشارع؛ لأنه قد التقى مع العرف في هذا المورد بالذات، ولا يكون هذا عملاً بالعرف، بل أخذاً بالسنة التي تشمل قول الشارع وفعله وتقريره<sup>(٤)</sup>.

وسيرة المتشرعة وسيرة العقلاء من هذا القبيل، لا يمكن الاعتماد عليها مع قطع النظر عن كونها ممضاة للشارع<sup>(٥)</sup>.

واعلم أن بعض أهل السنة استدلل أيضاً على اعتبار العرف بقوله سبحانه وتعالى: «خُذِ الْعُقُوفَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ»<sup>(٦)</sup>. والعرف هو العادة، وحيث إن الله تعالى أمر نبيه عليه السلام أن يأمر بالعرف، فهذا الأمر دليل على اعتبار العرف عنده تعالى<sup>(٧)</sup>.

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥١ و ٥٢، بحار الأنوار ٢: ٢٤٥ ح ٥٣، ٥٤، السرائر لابن ادریس ٥٧٥: ٣.

(٢) العبدائق الناضرة ١: ١٣٣، وسائل الشيعة ١٨: ٤١.

(٣) فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام ٦: ١٢٣، منابع اجتهاد: ٣٩٧، تحرير أصول فقه المظفر: ١٩٤.

(٤) مصباح الفقاهة ٢: ١٥٨.

(٥) الأعراف: ١٩٩.

(٦) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ٣: ٢٧٦، المواهب السنية المطبوع في هامش أشباه النظائر في

وقال بعض آخر: وفي قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ إشارة صريحة إلى اعتبار العرف في الأحكام الشرعية، واحترام العادة في التعامل، ما لم يعارضها نص صريح من القرآن أو الحديث<sup>(١)</sup>.

وفي تفسير المنار في قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾: والأمر به في هذه السورة - الأعراف - المكينة التي نزلت في أصول الدين وكلليات التشريع تثبت لنا أن العرف أو المعروف أحد هذه الأركان للآداب الدينية والتشريع الإسلامي، وهو مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة وما تتواطأ عليه من الأمور النافعة في مصالحها.

الأمر بالعرف وهو ما تعارفه الناس من الخير وفسروه بالمعروف، وأن المعروف في هذه الآيات ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ... إلخ﴾<sup>(٢)</sup>. - هو المعهود بين الناس في المعاملات والعادات، ومن المعلوم بالضرورة أنه يختلف باختلاف الشعوب والبيوت والبلاد والأوقات، فتحديده وتعيينه باجتهاد بعض الفقهاء بدون مراعاة عرف الناس مخالف لنص كتاب الله تعالى<sup>(٣)</sup>.

وفيه: أن العرف في الآية بمعنى المعروف من السنن والسير الجميلة الجارية، وحسن في العقل، أو الشرع فعله، ولم يكن منكراً ولا قبيحاً عند العقلاء، كما

→ الفروع: ١٢٢، العرف ١: ١٨٠-١٨٣.

(١) الجدول في إعراب القرآن ٩: ١٥٨.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

(٣) تفسير المنار ٩: ٥٣٤، ٥٣٦.

قال به كثير من المفسرين من العامة والخاصة<sup>(١)</sup>.

فقتضى قوله تعالى: «وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ» أن يأمر بكل معروف، وأن لا يكون نفس الأمر بالمعروف على وجه منكر، لا أن يكون العرف بمعنى العادة. وقوله تعالى: «وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» أي المتعارف من حالها<sup>(٢)</sup>.

مع أنه سيجيء إن شاء الله أن المرجع - في الموضوعات والمصاديق الخارجية التي لم يرد لها تحديد في الشرع، وليست لها حقيقة شرعية - هو العرف ومنها النفقة واللباس.

ويمكن أن يستدل على حجية العرف والعادة أيضاً بعدة من الروايات: منها: صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتني هل يقضي ابن أبي ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه؟ فقلت له: بلغني أنه قضى في متاع الرجل والمرأة إذا مات أحدهما، فادّعاه ورثة الحي وورثة الميت، أو طلقها، فادّعاه الرجل وادّعته المرأة بأربع قضايا، فقال: وما ذاك؟ قلت: أما أولهنّ: فقضى فيه بقول إبراهيم النخعي، كان يجعل متاع المرأة الذي لا يصلح للرجل للمرأة، ومتاع الرجل الذي لا يكون للمرأة للرجل، وما كان للرجال والنساء بينها نصفين، ثم بلغني أنه قال: إنها مدّعيان جميعاً، فالذي بأيديهما جميعاً يدّعيان جميعاً بينهما نصفان، ثم قال: الرجل صاحب البيت، والمرأة الداخلة عليه، وهي المدّعية؛ فالمتاع كله للرجل، إلا متاع النساء الذي لا يكون للرجال فهو للمرأة.

(١) جامع البيان في تفسير القرآن ٩: ١٠٦، الجامع لأحكام القرآن ٧: ٣٤٦، الجواهر الحسان ٢: ٧١، مجمع

البيان ٤: ٣٨٠-٣٨١، المفردات: ٣٣١-٣٣٢، الميزان ٨: ٣٨٠.

(٢) الميزان ٢: ٢٤٠.

ثم قضى بقضاء بعد ذلك، لولا أنني شهدته لم أروه عنه، ماتت امرأة منا ولها زوج وتركت متاعاً، فرفعته إليه، فقال: اكتبوا المتاع، فلما قرأه قال للزوج: هذا يكون للرجال والمرأة فقد جعلناه للمرأة إلا الميزان، فإنه من متاع الرجل فهو لك. فقال ﷺ لي: فعلی أي شيء هو اليوم؟ فقلت: رجع - إلى أن قال بقول إبراهيم النخعي: - أن جعل البيت للرجل، ثم سألته ﷺ عن ذلك، فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذي أخبرني: أنك شهدته وإن كان قد رجع عنه، فقلت: يكون المتاع للمرأة؟ فقال: رأيت إن أقامت بيته إلى كم تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتها - يعني: الجبلين، ونحن يومئذ بمكة - لأخبروك أن الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها، فهي التي جاءت به، وهذا المدعي فإن زعم أنه أحدث فيه شيئاً فليأت عليه البيّنة<sup>(١)</sup>.

يستفاد من هذه الصحيحة أن العادة إن كانت جارية على زف المرأة مع المتاع من مالها إلى بيت الرجل بحيث لو سئل الناس عن حكم الواقعة لأخبروا بموجبها، حكم بمقتضى تلك العادة، وتجعل تلك ظهوراً متبوعاً شرعاً، في صورة التنازع حاكماً على الأصل، بل اليد أيضاً، إذ لو خلى وطبعه حكم بها للرجل إذا كان مالكا للدار، لأن مالكا الدار مع ما فيها داخل تحت يده.

فإذا كانت العادة على زف المرأة مع المتاع خرجنا بها عن حكم اليد تقدماً للظهور على اليد. ومن هنا يظهر أن الحكم كذلك في جميع الموارد؛ لأنه في قوة المنصوص العلة لا مطلق الظهور الناشئ من استقرار مطلق العادة<sup>(٢)</sup>.

وأن السيد اليزدي قال - في تنازع الزوجين في متاع البيت مع بقاء الزوجية،

(١) الكافي ٧: ١٣١ ح ١، تهذيب الأحكام ٦: ٢٩٨ ح ٨٣١، وسائل الشيعة ١٧: ٥٢٣ - ٥٢٤ باب ٨ من أبواب ميراث الأرواح ح ١.

(٢) كتاب القضاء للمحقق الرشتي ٢: ٢٩٩ - ٣٠٠.

أو بعد زوالها، أو تنازع وارثاتها، أو وارث أحدهما مع الآخر - في المسألة أقوال، وذكر خمسة أقوال، وقال: الثاني: إن الجميع للمرأة إلا ما أقام الرجل عليه البيّنة، واستدل بهذه الصحيحة<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ عليه: أن غاية ما يثبت بها حجة العرف والعادة في موردها على أن هناك روايات أخرى معارضة لهذه الصحيحة - كما سنذكرها - ثم إن العرف لو كان من الأعراف القديمة المتصلة بعصر الأئمة عليهم السلام ولم يثبت منهم ردع له فهو من السنة ولا بأس بالإخذ به.

وأما الروايات المعارضة: فعن رفاعة النخاس، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما، قال: وإذا طلق الرجل المرأة فادّعت أن المتاع لها وادّعى الرجل أن المتاع له كان له ما للرجال، ولها ما يكون للنساء، وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما. ومثله ما عن يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله عليه السلام<sup>(٢)</sup>.

فمنها: صحيحة أخرى لعبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل والمرأة يهلكان جميعاً، فيأتي ورثة المرأة فيدّعون على ورثة الرجل الصداق؟ فقال: وقد هلك وقسّم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شيء، قلت: فإن كانت المرأة حيّة فجاءت بعد موت زوجها تدّعي صداقها؟ فقال: لا شيء لها وقد أقامت معه مقرّة حتى هلك زوجها، فقلت: فإن ماتت وهو حيّ فجاء ورثتها يطالبونه بصداقها؟ قال: وقد أقامت حتى ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال: لا شيء لهم، قلت: فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها؟ قال: وقد أقامت لا تطلبه حتى طلقها؟ لا شيء لها. قلت: فمتى حدّ ذلك الذي إذا طلبته لم يكن لها؟

(١) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٤١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٥٢٥ باب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ٣ و ٤.

قال: إذا أهديت إليه ودخلت بيته وطلبت بعد ذلك فلا شيء لها، إنه كثير لها أن يستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل ولا كثير<sup>(١)</sup>.

ومنها: رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدعي عليه مهرها، قال: إذا دخل عليها فقد هدم العاجل<sup>(٢)</sup>. يستفاد من هذين الروايتين أن العادة كانت جارية قديماً على عدم التمكين إلا بعد استيفاء المهر - فهذه العادة حجة ما كانت متبعة في بلد<sup>(٣)</sup> إذ لو لم تكن حجة لما قدم عليه السلام قول الزوج وورثته على قول الزوجة وورثتها، مع أن الأصل عدم أداء الصداق، واستصحاب اشتغال ذمة الزوج.

ولذا قال جماعة من أصحابنا: إذا كانت العادة جارية مستمرة في المدينة بقبض المهر كله قبل الدخول، واختلف الزوجان بعد تسليم نفسها في قبض المهر، كان القول قول الزوج وعليها البينة<sup>(٤)</sup>.

قال الشيخ: فإذا اختلفا - أي الزوجان في تسليم المهر والنفقة - فالقول قولها فيها عند بعضهم، وقال بعضهم: القول قول الزوج لأن الظاهر يشهد له، فإن العرف أنها ما سلمت نفسها حتى قبضت المهر، وبهذا تشهد روايات أصحابنا<sup>(٥)</sup>.

قال الشهيد: يجوز تغير الأحكام بتغير العادات، كما في النقود المتعاصرة<sup>(٦)</sup>.

(١) الكافي ٥: ٣٨٨ ح ٢، وسائل الشريعة ١٥: ١٥ باب ٨ من أبواب المهور ح ٨.

(٢) الكافي ٥: ٣٨٥ ح ٢، تهذيب الأحكام ٧: ٣٦٠ ح ١٤٦٢، وسائل الشريعة ١٥: ١٤ باب ٨ من أبواب المهور ح ٦.

(٣) كشف اللثام ٢: ٩٣، جواهر الكلام ٣١: ١٣٣، وسائل الشريعة ١٥: ١٦ باب ٨ من أبواب المهور ح ٦ و ٨.

(٤) الخلاف كتاب النفقات ٥: ١١٦ القواعد والفوائد ١: ١٥٢، الروضة البهية ٥: ٣٧٦، كشف اللثام ٢: ٩٣،

جواهر الكلام ٣١: ١٣٣، ١٣٩، الفقه ٦٧: ٢٠٠، تحرير الرسيطة ٢: ٣٠١ مسألة ١٨.

(٥) المبسوط ٦: ١٦، وسائل الشريعة ١٥: ١٥ باب ٨ من أبواب المهور ح ٧.

(٦) التعاور: التناول.

والأوزان المتداولة ونفقات الزوجات والأقارب، فأنها تستبَع عادة ذلك الزمان الذي وقعت فيه، ومنه الاختلاف بعد الدخول في قبض الصداق، فالمرويّ تقديم قول الزوج، عملاً بما كان عليه السلف من تقديم المهر على الدخول، ومنه إذا قدّم شيئاً قبل الدخول كان مهراً إذا لم يسمَّ غيره تبعاً لتلك العادة، فالآن ينبغي تقديم قول الزوجة، واحتساب ذلك من مهر المثل<sup>(١)</sup>. وهذا حسن مع عدم وجود هذا الظاهر. وأنّ العرف مرجع في الموضوعات كما سيأتي.

ومنها: الروايات الدالة على أنّ سكوت الفتيات الباكرات رضی عن استئذان وليّها لها في تزويجها، وعن الصادق عليه السلام: «فإن سكنت فهو إقرارها»<sup>(٢)</sup>.

ومن طرق العامة عن عائشة قالت: سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها رسول الله ﷺ: نعم تستأمر، قالت عائشة فإنّها تستحي فتسكت، قال رسول الله ﷺ: ذاك إذنها إذا سكنت<sup>(٣)</sup>. وفي رواية أخرى قال رسول الله ﷺ: «والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»<sup>(٤)</sup>، وفي نقل آخر: «والبكر رضاها صمتها»<sup>(٥)</sup>.

كيفية الاستدلال بها: فإنّ العادة والعرف قاضية بكون السكوت هنا رضاً، إذ حياء المرأة البكر يمنعها عن النطق<sup>(٦)</sup>، فهو يدلّ على حجية العادة والعرف في الجملة، أي في مورد النصّ.

وأفتى كثير من الفقهاء على أنّ البكر سكوتها رضاها، كابن أبي عقيل

(١) القواعد والفوائد ١: ١٥١-١٥٢.

(٢) الكافي ٥: ٣٩٥ ح ٣، من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٥١ ح ١١٩٦، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٦ ح ١٥٥٠.

(٣ و ٤) السنن الكبرى ٧: ١٢٢-١٢٣.

(٥) سنن ابن ماجه ١: ٦٠٢ ح ١٨٧٢.

(٦) مختلف الشيعة ٧: ١٢٩.

والشيخ<sup>(١)</sup> وابني حمزة<sup>(٢)</sup> والبراج<sup>(٣)</sup> والعلامة<sup>(٤)</sup> وغيرهم.

والجواب عن هذه الروايات: أن هذه الأعراف لو كانت قديمة متصلة بزمن المعصوم عليه الصلاة والسلام من دون ردع منه لها - مع عدم مانع يمنعه من ذلك - فهي حجة باعتبار إمضاءها من قبل الشارع المقدس، فتكون من السنة المقررة من ناحيته صلوات الله تعالى عليه، كما ذهب إليه العلامة<sup>(٥)</sup>، ولا يمكن استفادة حجية مطلق العرف والعادة منها ولو كانت مستحدثة غير متصلة بزمن المعصوم عليه السلام. مع أن الكلام في حجية مطلق العادة والعرف لا خصوص المتصلة بعصرهم عليهم السلام والمضية عندهم.

هذا، مع أن سكوت الفتيات الباكرات رضى عن استئذان وليها لها من باب تشخيص الموضوع، الذي مرجعه إلى العرف. ويستدل على حجية العرف والعادة أيضاً بأنه يستفاد منها الظن، وأن العمل بالظن واجب كالعلم<sup>(٦)</sup>.

قال العلامة: إنه - أبي الصلاح الحلبي - احتج بأن العمل بالظن واجب كالعلم، فإن جزئيات الأحكام الشرعية أكثرها ظنية، وأن العمل بالمرجوح مع قيام الراجح باطل<sup>(٧)</sup>.

ولا شك أنه يحصل من الظاهر والعرف والعادة الظن، والظن كالعلم، فالعلم

(١) النهاية: ٤٦٤، المبسوط: ٤، ١٦٢، ١٨٣، الخلاف: ٤، ٢٥٥.

(٢) الوسيلة: ٣٠٠.

(٣) المهذب: ٢، ١٩٤.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ١٢٨.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٣٢٢.

(٦) الكافي في الفقه: ١٤٠.

(٧) مختلف الشيعة ١: ٣٢٢.

مقدم على الأصل، فكذا الظنّ مقدّم عليه.

ونقل عن الحلبي أنّ المراد من العلم في موثقة عمار، عن الصادق عليه السلام: «كلّ شيء نظيف حتّى تعلم أنّه قدر، فإذا علمت فقد قدر»<sup>(١)</sup> أعمّ من اليقين والظنّ مطلقاً مستنداً إلى سبب شرعي أم لا<sup>(٢)</sup>. وقال العلامة في اختلاف الزوجين في قدر المهر: وليس يبعد من الصواب تقديم من يدّعي مهر المثل، فإن ادّعى النقصان وادّعت الزيادة تحالفاً ورد إليه<sup>(٣)</sup>.

وفيه أولاً: الإشكال حقيقة في اعتبار هذا الظنّ الذي يستفاد من العرف والعادة<sup>(٤)</sup>؛ لأنّ العمل بمطلق الظنّ ليس بمطّرد، بل المعتبر الظنّ المخصوص الذي أقامه الشارع مقام العلم، ولم يثبت أنّ هذا الظنّ من القسم المعتبر<sup>(٥)</sup>.  
وثانياً: أنّ الأصل الابتدائي والقاعدة الأولية في الظنّ عدم حجّيته مطلقاً، ولا يجوز أن يعوّل عليه في إثبات الواقع لقوله تعالى: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً»<sup>(٦)</sup>.

وثالثاً: ما بلغنا من ذمّ العمل بالظنّ والنهي عن التدبّر به؛ من الأخبار القطعية والآيات الشريفة الجليلة كقوله تعالى: «إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ»<sup>(٧)</sup>.

وقول الصادق عليه السلام في رواية مفضل بن عمر، حيث قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام

(١) تهذيب الأحكام ١: ٢٨٥ ح ٨٣٢، وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٤.

(٢) الحقائق الناضرة ١: ١٣٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

(٤) كشف اللثام ١: ٥٨٨، طبع جديد.

(٥) جامع المقاصد ١: ٢٣٨، رسائل المحقّق الكركي ٢: ٢٣٨.

(٦) يونس: ٣٦.

(٧) الأنعام: ١١٦.

يقول: «من شك أو ظن وأقام على أحدهما فقد حبط عمله، إن حجة الله هي الحجة الواضحة»<sup>(١)</sup>.

وقال رسول الله ﷺ: «إياكم والظن، فإن الظن أكذب الكذب»<sup>(٢)</sup>.  
والخروج عن القاعدة الأولية يحتاج إلى دليل، وأن الخارج هو ظنون مخصوصة<sup>(٣)</sup>.

ورابعاً: أن المراد من العلم في موثقة عمار هو اليقين أو الظن القائم مقام العلم، جمعاً بين الأخبار الدالة على حجية البينة وصحيفة زرارة قال...: قلت: فإن ظننت أنه قد أصابه<sup>(٤)</sup> ولم أتقن ذلك، فنظرت فلم أر شيئاً ثم صليت فرأيت فيه، قال: تغسله ولا تعيد الصلاة، قلت: لم ذاك؟ قال: لأنك كنت على يقين من طهارتك، ثم شككت فليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك أبداً...<sup>(٥)</sup>.  
حيث إنه عليه السلام فرض صورة الظن كالشك وحكم بعدم اعتبار الظن، وجعل الشك والظن في مقابل اليقين.

(١) الكافي ٢: ٣٩٧ ح ٨، وسائل الشيعة ١٨: ٢٥، باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٣٨، باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٤٢.

(٣) عوائد الأيام: ٣٨٠-٣٨٢.

(٤) أي ظننت دم رعا ف أصاب ثوبي.

(٥) تهذيب الأحكام ١: ٤٢٢ ح ١٣٣٥، وسائل الشيعة ٢: ١٠٦١ باب ٤١ من أبواب النجاسات ح ١.

## المبحث الثالث:

### مرجعية العرف في الموضوعات والمفاهيم

وفيه مطالب:



#### أ - مرجعية العرف في الموضوعات

الموضوع الذي تعلّق به الحكم من الشارع ابتداءً أو بواسطة أخذ المكلفين له عنواناً في معاملاتهم، قد يكون هذا محدوداً من أصل الشرع مضبوطاً وتعبدياً وله حقيقة شرعية، وقد يكون غير محدود ولا مضبوط.

وأما ما كان محدوداً وتعبدياً في الشرع؛ سواء كان محدوداً بالزمان كالرضاع، وسنّ البلوغ، وسنّ اليأس، وأقلّ الحيض وأكثره، وأقلّ الطهر وأكثر النفاس، أو المسافة كالقصر ونحو ذلك.

أو بالوزن، كالكرّ بالأرطال، والدينار في كفارة وطء الحائض، ومدّ الصدقات في مواضع، ونصاب النقدين والغلات ونحوها.

أو بالمساحة، كالكرّ، ويعدّ البالوعة بالأذرع، وحدود أعضاء الوضوء والتميم، وبعد الرجل عن المرأة بعشرة أذرع في الصلاة، ومسافة القصر ونحو ذلك.

أو بالعدد، كنُصب الشاة والإبل والبقر، وأعداد الرضعات، وأعداد الطواف والسعي وغير ذلك، أو بغير ذلك من التحديد بالهيئة ونحوه، كتحديد الركوع ببلوغ أطراف الأصابع إلى الركبة ونظائرها.

فهي مأخوذة على سبيل التحقيق والمداقة لا يتسامح فيه، ولا يجري طريق أهل العرف به<sup>(١)</sup>.

وأما ما لم يرد تحديد في الشرع، وليس له حقيقة شرعية في الموضوعات، فالمرجع في تحديد هذه الموضوعات موكل إلى العرف، كما في معنى الغسل، والعصر، وما لا ينقل في التطهير بالشمس، ومعنى الدفن، والصعيد، والعورة في وجه، والفعل الكثير، والجهر والإخفات، وكثير الشك والسهو، وسوم الأنعام، والإطعام، ومنافاة المروءة، ومعنى الفورية في الخيارات والشفعة، وفي صدق الجار في الوصية، وفي معنى الإحياء، والعيب والعين، وحرز السارق، والوطن، والغناء، وآلة اللهو، والغصب، والمدعي والمدعى عليه، والمكيل والموزون، والمأكول والملبوس، والضرر وغير ذلك مما لا تحصى.

فإذا قال الشارع: الوطن كذا، أو الغناء كذا، أو آلة اللهو كذا، فإنه يرجع في تحديد هذه الموضوعات إلى العرف؛ لانصراف اللفظ إلى ما يستعمل في العرف به، فهل الوطن يحتاج إلى قصد الإقامة الدائمة، أو يكفي فيه قصد إقامة خمس سنوات مثلاً؟ وهل الغناء يلزم أن يكون مطرباً، أو أعم منه فيما كان له ترجيع؟ وهل آلة اللهو تشمل بعض الآلات الحديثة، أو خاصة بمثل القانون والزمارة وما أشبهها، وإذا أوصى بتجهيزه بعد الموت وما يتبع ذلك فاللزام مراجعة الوصي للعرف في

(١) القواعد والفرائد ١: ١٥٢، العناوين ١: ١٩٣.

شؤون الميت من الغسل والكفن والدفن والإطعام وجعل الفاتحة وغيرها<sup>(١)</sup>.  
ثم العرف الذين ذكرنا أنهم هم المرجع في حدود الموضوعات والأحكام  
والارتكازات، إذا اختلفوا كان معنى ذلك عدم وجود العرف، فالمرجع الأصول  
العملية<sup>(٢)</sup>.

نعم، إذا كان هناك عرف في زمان الرسول ﷺ والأئمة ﷺ، وعرف آخر في  
زماننا فالمعيار عرفهم ﷺ لا عرفنا؛ لأنهم المخاطبون، ففهمهم هو الحجة وعليه  
المشهور، وإذا قال الشارع: لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن، فما ثبت أنه مكيل  
أو موزون في عصر النبي ﷺ بني عليه حكم الربا. وإن لم يكن مكيل أو موزون في  
عرفنا<sup>(٣)</sup> وإن قال بعضهم، فالمعيار والمدار فيها تعارف كل زمان بل كل بلد<sup>(٤)</sup>.

### ب - مرجعية العرف في المفاهيم

لا إشكال في أن المرجع في مفاهيم الألفاظ ومداليلها إنما هو العرف العام، سواء  
وافق عرف اللغة أو خالفه، ولا عبرة بالبلغة إذا كان العرف العام على خلافها، فإن  
الألفاظ تنصرف إلى مفاهيمها العرفية بحسب ما ارتكز في أذهان أهل المحاورات.  
فعند تعارض العرف واللغة في مفهوم اللفظ، يحمل على المفهوم العرفي، سواء  
كان أعم من المفهوم اللغوي، أو أخص منه؛ فلا بد من الرجوع إلى العرف في  
تشخيص مفهوم الحنطة والزبيب والعنب والخطب والكرّ والفرسخ ونحو ذلك من

(١) العناوين ١: ٢٢٠، جواهر الكلام ٧: ٣٨، وج ٤٠: ١٠٧ و ٣٧١، فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام ٣: ٢١٤.

الفقه ١٠٠: ١٧٦، تحرير أصول الفقه للمظفر: ١٩٤، رد المختار على الدر المختار ٧: ٤٠٩.

(٢) تحرير المجلة ١: ٣٢، الفقه ١٠٠: ١٨٦.

(٣) المكاسب: ١٩٢-١٩٣ طبع قديم، جواهر الكلام ٢٣: ٣٦٢-٣٦٣.

(٤) مصباح الفقاهة ٥: ٣٤١، والمحكي عن أبي يوسف من أصحاب الرأي. رد المختار على الدر المختار ٧:

الموضوعات الخارجية؛ لسيرة العقلاء وطريقتهم، والشارع لم يحدث طريقة جديدة، بل هو سيرة المتشريعة أيضاً، فتفيد رأي الشارع بالاستصحاب، ولا يحتاج إلى الاستصحاب القهقري حتى يقال بأنه ليس بحجة.

مثلاً لو قال: لا رضاع بعد فطام، فهل «لا رضاع» يفيد الحكم الوضعي أو التكليفي أو كليهما، فإن المرجع إلى العرف<sup>(١)</sup>.

قال بعض العامة: وكل ما لم ينضبط شرعاً ولا وضعاً لغوياً فللعرف رجوعه انجلي وذلك كالحرز في السرقة فيرجع فيه إلى العرف وكالمسافة بين الإمام والمأموم وكالتعريف في اللقطة<sup>(٢)</sup>.



### ج - شرائط مرجعية العرف

إن الاعتبار الشرعي للعرف مشروط بشرائط، يجب توافرها في العرف كي يكون مرجعاً في مثل هذه الموارد، وتلك الشرائط تتلخص في أربع نقاط:

١- أن يكون العرف مطّرداً أو غالباً.

٢- أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها، وهذا احتراز عن العرف الحادث، فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي، ويحمل معاني الكلام على العرف القائم حين صدور هذه التصرفات. فإذا تغير العرف بعد ذلك في مفاهيم الألفاظ فلا عبرة للعرف الطارئ، والنص الشرعي يحمل على المعنى العرفي الأول عند صدوره، وكذلك في العرف العملي.

٣- أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه من المتكلم والمتعاقدين.

٤- أن لا يعارض العرف نص شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٣: ١٤٤، و ١١٥: ١٢، فوائد الأصول ٤: ٥٧٤، الفقه ١٠٠: ١٧٦.

(٢) المعارج السنية: ١٣٢-١٣٣، الفوائد الجنية ١: ٣١٠.

والآل لم يكن عندئذ للعرف اعتبار؛ لأن نص الشارع مقدم على العرف، كاسترقاق المدين الذي كان متعارفاً في جاهلية العرب وعند الرومانيين، فجاء الإسلام بمنعه وأوجب النظر للمدين المعسر بنص القرآن ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(١)</sup> ونكاح الشغار: - وهو أن يتفق شخصان فيزوج كل منهما الآخر قريبته، فتكون هي كمهر للأخرى - وهو متعارف بين أهل البر في البلاد الشامية وغيرها، والإسلام نهى عنه؛ فإنه أوجب في النكاح مهراً للمرأة تملكه هي<sup>(٢)</sup>.

### د - تخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف

لا نزاع بين الفقهاء من العامة والخاصة أن العرف إذا كان مخالفاً لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة، التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات لا يلتفت إليه ولا يعتد به، بل يجب إلغاؤه كتعارف الناس شرب الخمر والتعامل بالربا واللعب بالميسر ولبس الحرير والذهب، وكاسترقاق المدين الذي كان متعارفاً في جاهلية العرب وعند الرومانيين، ونكاح الشغار: وهو أن يتفق شخصان فيزوج كل منهما قريبة الآخر، فتكون هي كمهر للأخرى، وهو متعارف في بلاد الشام وغير الشام، وغير ذلك من الأمور التي حرّمها الشريعة؛ لما يترتب عليها من المفساد الدينية والاجتماعية الثابتة التي لا تتغير بتغير الظروف والعادات.

وأما إذا كان العرف لا يخالف دليلاً من الأدلة الشرعية، ولا قاعدة من قواعده الأساسية من كل وجه، بأن ورد الدليل عاماً، والعرف القائم عند ورود النص العام مخالفه في بعض أفرادها؛ فإن العرف معتبر إن كان عاماً ومخصص للعام إذا كان من

(١) البقرة: ٢٨٠.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢: ٨٧٣-٨٨٨.

الأعراف العامة التي تصل إلى عصر المعصومين عليه السلام لتصبح سنة بالإقرار. ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على ذلك عقد الاستصناع، فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عندك<sup>(١)</sup>، ورخص في السلم، فهذا النص العام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون المبيع فيها موجوداً في ملك البائع سوى السلم، فعقد الاستصناع يشمله عموم النص المانع، ولكن الاستصناع عقد قد تعارفه جميع الناس في كل البلاد للعرف الجازي فيه، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام، فكأتما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استثنى السلم صراحة، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم<sup>(٢)</sup>. قال الشهيد الثاني: تخصيص العموم بالعرف جائز، وكذا بالعادة وشاهد الحال.

أما الأول، فله صورتان: *مركزية كبرى مدعى*

إحداهما: أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفرادها، حتى صار حقيقة عرفية، فهذا يخص به العموم بغير خلاف، كما لو حلف أن لا يأكل شواءاً، اختصت يمينه باللحم المشوي، دون البيض وغيره مما يشوى. وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتد، لا يتناول إلا ما يسمّى في العرف كذلك، دون الآدمي والسماء والشمس والجبل، فإن هذه التسمية فيها هجرت حتى صارت مجازاً.

(١) وسائل الشريعة ١: ٣٧٤ باب ٧ من أبواب أحكام العقود ٢.

(٢) تحرير المجلة ١: ٣٣-٣٤، تحرير أصول الفقه: ١٩٤، فقه الإمام جعفر الصادق ٦: ١٢٣، رسائل ابن عابدين ٢: ١١٤، حاشية رذ المختار ٧: ٤٠٩، مقدمة للحاوي الكبير: ١٠٣، المدخل الفقهي العام ٢: ٨٧٤-٨٨٨ و٨٩٥-٨٩٨.

الصورة الثانية: أن لا يكون كذلك، وهو نوعان:

الأول: ما لا يطلق عليه الاسم العام إلا مقيداً به، ولا يفرد بحال، فهذا لا يدخل في العموم بغير إشكال، كخيار شنبر وتمر هندي، لا يدخلان في مطلق التمر والخيار، كما لا يدخل ماء الورد في الماء المطلق.

والثاني: ما يطلق عليه الاسم العام، لكن الأكثر أن لا يذكر معه إلا بنقيد أو قرينة، ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيها، وفيه وجهان، ويستفزع عليهما مسائل:

منها: لو حلف أن لا يأكل الرؤوس، فإنه ينصرف إلى الغالب من رؤوس النعم، وفي رؤوس الطير والجراد والسمك وجهان: أجودهما عدم الدخول... ومنها: لو حلف أن لا يتكلم، فقرأ أو سبّح، ففي الحنث وجهان مرتبان، والأولى العدم.

وأما تخصيصه بالعادة: فيتحرر بمسائل:

منها: لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان، دون غيره بغير خلاف.

ومنها: لو حلف أن لا يأكل من هذه الشجرة، اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة، وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة؛ كالورق والخشب وإن جاز أكله.

وأما تخصيصه بشاهد الحال: فيظهر بمسائل، منها: فيما لو أذن مالك العقار المغصوب في الصلاة فيه على العموم أو مطلقاً، فإن الغاصب لا يدخل لشهادة الحال بأن المالك إنما يريد الانتقام من الغاصب والمواخذه، لا الإذن له. وقد نص أصحاب على عدم دخوله في إطلاق الإذن وعمومه.

ومنها: ما لو أوصى أو وقف على الفقراء، فإنه ينصرف إلى فقراء ملّة الموصي

والواقف، لا جميع الفقراء، وإن كان جمعاً معرفاً مفيداً للعموم، والمخصص أيضاً شاهد الحال، الدال على عدم إرادة فقراء غير ملته<sup>(١)</sup>.  
هذا تمام الكلام في حجية العرف والعادة، وقد حان الآن أن ندخل في صلب الموضوع الذي عقدنا له الباب الثالث.



مركز تحقیق کتاب و اسناد

## الفصل الثالث

في تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء

مركز بحوث الدراسات والبحوث  
وفيه: ثلاثة مباحث



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## المبحث الأول:

### محل النزاع في تعارض الأصل والظاهر

إنّ الظاهر إن كان ممّا قام الدليل على اعتباره فإنّه لا ريب في تقدّمه على الأصل ولزوم اتباعه كالبيّنة في الموضوعات - عند أكثر أصحابنا، بل إجماع أصحابنا عدا ابن البرّاج<sup>(١)</sup> - والكتاب والسنة في الأحكام، وهكذا إن قام الدليل الخاص على تقديم الأصل، فهو أيضاً يقدّم على الظاهر<sup>(٢)</sup>، والشاهد على ذلك كلام الشهيد في ذلك، حيث قال: موضع الخلاف في تعارض الأصل والظاهر ليس عاماً، إذ الإجماع على تقديم الأصل على الظاهر؛ في صورة دعوى بيع أو شراء أو دين أو غصب، وإن كان المدّعي في غاية العدالة مع فقد العصمة، وكان المدّعى عليه معهوداً بالتغلّب والظلم، كما أجمعوا على تقديم الظاهر على الأصل في البيّنة الشاهدة بالحق، فإنّ الظاهر الغالب صدقها، وإن كان الأصل براءة ذمّة المشهود عليه ولهذا نظائر<sup>(٣)</sup>.

منها: شهادة العدلين بشغل ذمّة المدّعى عليه.

(١) المهذب ١: ٣٠، جواهر الفقه: ٩.

(٢) جامع الشتات ٢: ٣٨٤، الأقطاف الفقهية: ٤٥، العناوين ٢: ٥٩٧.

(٣) القواعد والفرائد ١: ١٤٠ - ١٤١.

ومنها: شهادتها ببراءة ذمّة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه.

ومنها: شهادتها بدخول الليل للصائم، وطلوع الفجر له، ورؤية الهلال للصوم والفطر، والتجاسة، والطهارة، ودخول وقت الصلاة، حيث يجوز التقليد، إن قدّمناهما على تقليد الواحد، كما هو الظاهر، ونحو ذلك.

ومنها: إخبار الواحد ذي اليد بطهارة ما بيده بعد العلم بنجاسته أو بالعكس، وإن لم يكن عدلاً.

ومنها: إخباره بعزل الموكل الوكيل، فإنه كاف وحده، كما دلت عليه صحيحة هشام بن سالم<sup>(١)</sup>.

ومنها: إخباره بدخول وقت الصلاة والفطر للمعذور، كالأعمى، والمحبوس، ومن لا يعلم الوقت، ولا يقدر على التعلم، إتماً مطلقاً، أو مع تعذر خبر العدلين كما مر.

ومنها: إخباره إذا كان مؤذناً بدخول الوقت بالأذان للمعذور، كما مر قطعاً، ولغيره أيضاً على قول المحقق<sup>(٢)</sup> وبعض الأصحاب<sup>(٣)</sup> استناداً إلى قوله ﷺ: «المؤذنون أمناء المؤمنين على صلواتهم وصومهم...»<sup>(٤)</sup>.

ومنها: إخباره بكون «الجدى» من المستقبل على الجهة الموجبة للقبلة، ونحوه من العلامات، وإخباره بوصول الظل إلى محل مخصوص يعلم المخبر بأنه يوجب دخول الوقت على قول بعض الأصحاب، وإن لم يجز تقليده في نفس دخول الوقت.

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٩-٥٠ ح ١٧٠، تهذيب الأحكام ٦: ٢١٣ ح ٥٠٣.

(٢) المعتمد في شرح المختصر ٢: ٦٣.

(٣) نقله عن الموجز لأبي العباس في مفتاح الكرامة ٢: ٤٤.

(٤) من لا يحضره الفقيه ١: ١٩٠ ح ٩٠٥، وسائل الشيعة ٤: ٦١٩ باب ٣ من أبواب الأذان والإقامة ح ٧.

ومنها: قبول قول الأمانة، ونحوهم، ممن يقبل قوله في تلف ما أؤتمن عليه من مال وغيره.

ومنها: قبول قول المعتدة في انقضاء عدتها بالإقراء، ولو في شهر واحد، سواء كانت عاداتها منتظمة بما يخالف ذلك أم لا؛ وإخبارها بابتداء الحيض بها وانقطاعه عنها بعد العلم بخلافه ما لم يعلم كذبها، ونحو ذلك، وهو كثير جداً.

ومنها: إدعاء المطلقة ثلاثاً التحليل في وقت إمكانه مطلقاً، أو مع كونها ثقة على رواية<sup>(١)</sup>، أو إصابة المحلل وإن أنكرها على الأقوى<sup>(٢)</sup>.

فيستفاد من هذا الكلام أن محل الاختلاف ليس مطلق الظواهر والأصول، ويستفاد من كلام الجمهور أيضاً: أن محل الاختلاف في الظواهر والأصول ليس عاماً، ولنذكر مسائل يقدم الظاهر على الأصل، ومسائل آخر يقدم الأصل على الظاهر، فإذا ذكر أقوال الفقهاء في المسألة.

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٣٤، ح ١٠٥، وسائل الشيعة ١٥: ٣٧٠ باب ١١ من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠١-٣٠٣.



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## المبحث الثاني:

### أقوال الفقهاء في تعارض الأصل والظاهر



فإنهم اختلفوا على أقوال:

- ١- تقديم الظاهر على الأصل.
- ٢- تقديم الأصل على الظاهر.
- ٣- تقديم أصالة الطهارة على الظاهر.
- ٤- التفصيل.
- ٥- التوقف في المسألة.

### القول الأول: تقديم الظاهر على الأصل

يستفاد ذلك من كلام أبي الصلاح الحلبي، حيث قال: إذا ظنَّ النجاسة في الثوب ثمَّ صلى ناسياً فسدَّت صلاته كالعلم<sup>(١)</sup>.  
قال العلامة: إنه احتجَّ بأنَّ العمل بالظنِّ واجب كالعلم، فإنَّ جزئيات الأحكام الشرعيَّة أكثرها ظنَّية، وأنَّ العمل بالمرجوح

(١) الكافي في الفقه: ١٤٠.

مع قيام الراجح باطل<sup>(١)</sup>.

ولاشك أنه يحصل من الظاهر الظن، والظن كالعلم، فالعلم مقدّم على الأصل فكذا الظن مقدّم عليه.

والمنقول فيه: أن المراد من العلم في موثقة عمار، عن الصادق عليه السلام كل شيء نظيف حتى تعلم أنه قدر فإذا علمت فقد قدر... إلخ<sup>(٢)</sup> أعم من اليقين والظن مطلقاً مستند إلى سبب شرعي أم لا<sup>(٣)</sup>.

ويلاحظ عليه: بمنع الكبرى - كما سنبيته إن شاء الله تعالى - وأن العمل بالمرجوح قبيح بعد ثبوت الدليل الراجح، ومطلق الظن ليس بدليل<sup>(٤)</sup>.

وأن المحقق القمي في أصل الدليل وحجية العمل بالظن موافق لأبي الصلاح، ولكن في تقديم الظاهر على الأصل أو العكس قائل بالتفصيل، وخينئذ فنقل كلامه مع طوله لا يخلو من فائدة.

قال: إن القول بأن الأصل مطلقاً مقدّم على الظاهر لا يزهان عليه، بل فيه تفصيل: أمّا فيما كان الظاهر من الأدلة المشهورة الشرعية والأمارات المنصوبة من قبل الشارع، كالخبر والشهادة والإقرار ونحو ذلك فلا إشكال فيه؛ أي في تقديمه على الأصل.

وأما فيما يستفاد من القرائن من العرف والعادة والشيوع والغلبة وغيرها، ففي بعض المواقع أيضاً وقع الاتفاق عليه، واختلف في كثير منها، وتقديمه على الأصل في الشرع في غاية الكثرة، كاليد اللاحقة للملك السابق، والحكم بحلية اللحوق،

(١) مختلف الشيعة ١: ٣٢٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤، باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٤.

(٣) الحلائق الناضرة ١: ١٣٧.

(٤) غنائم الأيام ١: ٤٧٩.

والجلود في أيدي المسلمين، والحكم بصحة معاملاتهم وتناكحهم وتوارثهم، وعدم اعتبار الشك بعد الوضوء، وبعد الصلاة، وبعد خروج الوقت إلى غير مما لا يحصى، وإن كان تقديم الأصل على الظاهر أيضاً في غاية الكثرة، سيما في أبواب الطهارة والنجاسة والأحداث.

والحق أن كل ذلك مما ثبت عليه الدليل بالخصوص في الموارد في تقديم كل منها على الآخر، ولذلك اختلفوا في بعضها، كفسالة الحسام، والجلود في أيدي المخالفين وغيرهما؛ لتعارض أدلة الطرفين بالخصوص، فلنفرض الكلام فيما يعارض الأصل والظاهر، ولم يكن دليل خاص على تقديم أحدهما من حيث خصوصية المادة على الآخر - إلى أن قال -:

فحينئذ نقول: الإشكال والاختلاف في تقديم الظاهر على الأصل إنما يصح إذا كان الظاهر أيضاً مما يجوز الاعتماد به شرعاً، وإلا فلا معنى لمعارضة الدليل الشرعي بغير الدليل الشرعي، وينبغي أن يعلم أن تقديم الظاهر على الأصل من غير اعتضاده بدليل شرعي، كالفروض المتقدمة موجود في الفقه، والظاهر أنه أيضاً اتفاق في الجملة، فلا بد من تحقيق معنى الظاهر ليكون قاعدة كلية يمكن متابعة مقتضاها حين تعارضها مع الأصل.

والذي يحصل من التتبع في الفقه أن القاعدة فيه ما حصل الظن بوجود السبب للحكم الشرعي في الخارج، فيحصل الظن بحصول المسبب، وذلك الظن إما يحصل بسبب كون فعل المسلم محمولاً على الصحة؛ يعني ليس بعصية، أو كون الغالب في أفعالهم ومعاملاتهم أو معاملات غالب الناس وإن لم يكونوا مسلمين هو ذلك، أو غلبة الظن من جهة القرائن...

ولا يخفى على من تتبع الفقه أن جعلهم الغلبة معياراً في الظهور وتقديم ذلك على الأصل فوق حد الإحصاء، ويظهر من تتبع الأخبار وكلام الأصحاب أن

المعيار فيه حصول الظن بوقوع سبب الحكم المخالف للأصل، فتتبع ولاحظ الأخبار الواردة في مسألة تداعي الزوجين في متاع البيت. ومسألة غسالة الحمام، وحكمهم بسلزوم الصلاة على ميت وجد في دار الإسلام؛ لأن الغالب فيها الإسلام، وكذا استحباب التسليم على مجهول الحال فيها، ورد السلام على طريقة الإسلام وغير ذلك.

ثم قال: إن الظاهر من الشريعة والفتوى اعتبار الغلبة... وبالجملية تقديم الظن الحاصل من الغلبة على الأصل فوق حد الإحصاء، وليس ذلك لخصوص الإجماع فيما قدموه ولا دليل خاص، كما يظهر من اختلافاتهم في الموارد، بل إما من جهة حصول الظن بسبب الحكم المخالف لمقتضى الأصل، أو لخصوص أنه ظن حاصل من الغلبة... والمراد باليقين - لا تنقض اليقين بالشك في الاستصحاب - الذي ينقض به الشك لا بد أن يكون ما هو أعم من الظن المعلوم الحجية، كما لا يخفى على من له أدنى ارتباط بالفقه الخ<sup>(١)</sup>.

ومثله ما نقل عن شيخنا البهائي في كتاب «الحبل المتين»، حيث قال - بعد أن صرح أولاً بأن ما ذكره من أن اليقين لا يرتفع بالشك يرجع إلى استصحاب الحال إلى أن يعلم الزوال، فإن العاقل إذا التفت إلى ما حصل بيقين ولم يعلم ولم يظن طرؤ ما يزيله حصل له الظن ببقائه -

ما صورته: «ثم لا يخفى أن الظن الحاصل بالاستصحاب فيمن تيقن الطهارة وشك في الحدث لا يبقى على نهج واحد، بل يضعف بطول المدة شيئاً فشيئاً، بل قد يزول الرجحان ويتساوى الطرفان، بل ربما يصير الطرف الراجح مرجوحاً، كما إذا توضأ عند الصبح مثلاً وذهل عن التحفظ، ثم شك عند الغروب في صدور

الحديث منه ، ولم يكن من عاداته البقاء على الطهارة إلى ذلك الوقت ، والحاصل أنّ المدار على الظنّ ، فما دام باقياً فالعمل عليه وإن ضعف<sup>(١)</sup> .  
ونقل صاحب الحقائق عن العلامة في المنتهى : أنّ من ظنّ الحدث وتيقن الطهارة لا يلتفت ؛ لأنّ الظنّ إنّما يعتبر مع اعتبار الشارع له ؛ ولأنّ في ذلك رجوعاً عن المتيقن إلى المظنون ، وقال بعده : « انتهى ، وفيه نظر لا يخفى على المتأمل فيما تلوناه »<sup>(٢)</sup> .

### نقد وإشكال

إنّ ظاهر قضية الاستدراك في صحيحة زرارة « ولكن ينقضه بيقين آخر »<sup>(٣)</sup> يوجب عدم اعتبار الظنّ ، بل مساوقته للشكّ ، وهو المفهوم من جملة الأخبار الواردة في عدم معارضة الشكّ باليقين ، كما مضى في حجية الاستصحاب .  
مع أنّ قول الصادق عليه السلام : « الماء كلّ طاهر حتّى تعلم أنّه قذر »<sup>(٤)</sup> أو « كلّ شيء نظيف حتّى تعلم أنّه قذر فإذا علمت فقد قذر ، وما لم تعلم فليس عليك »<sup>(٥)</sup> تدفعه ، خصوصاً في الموضوعات ، كما مضى في قاعدة الطهارة ، وتتبع موارد الأحكام الشرعيّة الدالّة على ذلك في عدم غسل الرجل إذا خرج من الحمام ، وطهارة منسوجات الكفار وملبوساتهم وأوانيهم وما أعير لهم ، والتوضأ من فضل وضوء

(١) الخبل المتين : ١٦٢-١٦٤ .

(٢) الحقائق الناضرة ٢ : ٣٩٩ ، متهم المطلب ١ : ٢٣٤ .

(٣) تهذيب الأحكام ١ : ٨٠ ح ١١ ، وفي وسائل الشيعة ١ : ١٧٤ باب ١ من أبواب نواقض الوضوء ح ١ : « إنّما ينقضه بيقين آخر » .

(٤) وسائل الشيعة ١ : ١٠٦ باب ٤ من أبواب الماء المطلق ح ٢ .

(٥) تهذيب الأحكام ١ : ٢٨٥ ح ٨٣٢ .

المسلمين وغيرها، مع عمل السلف من غير تكبر، ولزوم العسر والحرج<sup>(١)</sup>.  
وسنذكره إن شاء الله تعالى بزيد من البيان في ذلك.  
ويستفاد من كلام المحقق الثاني: أن الأكثر على ترجيح الظاهر، حيث قال - في  
اختلاف الزوجين بعد الدخول في تقديم إسلامها وعدمه -: فإن الأصل بقاء  
النكاح وعدم تجدد المفسد.

والظاهر عدم التقارن؛ لأن اتفاق ذلك عزيز نادر... والبحث في ترجيح أيهما  
على الآخر أصل معروف بين الفقهاء تبنى عليه من المسائل ما لا يكاد يتناهى،  
وسياتي إن شاء الله تعالى في باب القضاء ما له مزيد بحث، والأكثر على ترجيح  
الظاهر.

وقد يحتج له بأن الظاهر ناقل فيقدم على الأصل؛ لأنه مقرر، وبأن صاحب  
اليد مقدم وهو من قبيل الظاهر، فاعتباره يشعر بقوة جانب الظاهر في نظر  
الشارع.

وربما احتج على ترجيح الأصل بأنهما لو اختلفا في السابق إلى الإسلام قبل  
الدخول قدم قول المرأة في بقاء المهر؛ عملاً بأصالة بقائه.  
وجوابه ظاهر، فإن أصالة بقاء المهر لا يعارضها ظاهر، بخلاف ما هنا، فعلى  
هذا ترجيح الظاهر أقوى<sup>(٢)</sup>.

### مؤيدات هذا القول

ومما يؤيد هذا القول تقديم الظاهر على الأصل في كثير من الموارد في الفقه  
الإسلامي في الأبواب المختلفة من الطهارة والنجاسة والعبادات والعقود وغيرها،

(١) غنائم الأيتام ١: ٤٧٩ - ٤٨٠.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ٤٧٩.

ولنذكر بعضها:

### أ - باب الطهارة والنجاسة:

فمنها: إذا بال وخرج البول بعد البول وقبل الاستبراء في كونه بولاً أو عدمه وجهان: الوجه الأول عدم كونه بولاً للأصل؛ الوجه الثاني كونه بولاً للظاهر، ورجّح الشارع فيه الظاهر على الأصل وحكم بكونه بولاً<sup>(١)</sup>.

ومنها: أن المستحاضة المعتادة ترجع إلى عاداتها، وإن لم يكن لها عادة فإلى تمييزها، وإن لم يكن لها عادة ولا تمييز رجعت إلى نساءها، ثم إلى الروايات، على ما فصل في محلّه؛ لأن الظاهر مساواتها هن، وكون ما هو بصفة الحيض حيضاً بشرائطه الباقية، مع أن الأصل عدم انقضاء حيضها حينئذٍ، حيث قد علم ابتداءه، وعدم ابتدائه، وبقاء التكليف بالعبادة حيث لا يعلم<sup>(٢)</sup>.

ومنها: البول الخارج من الفرج إذا لم يستبرئ، فإنه يحكم بنجاسته، وإن كان الأصل فيما عدا النجاسات العشرة الطهارة؛ لشهادة الظاهرة بأنه من البول، إن كان السابق بولاً، ومن المني إن كان منياً<sup>(٣)</sup>. وإن بال بعد الغسل أو استبرأ بعد البول وخرج بعد ذلك شيء فليس ينقض غسله ولا وضوءه، ولكنّه من الحبائل جمعاً بين الصحيحين لمحمد بن مسلم عن الباقر<sup>(٤)</sup>.

ومنها: غيبة المسلم بعد نجاسته، أو نجاسة ما يصحبه من الثياب ونحوها، إذا

(١) كتاب الطهارة للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣٣.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٦.

(٣) تمهيد القواعد: ٣٠٨.

(٤) وسائل الشيعة ١: ٢٠٠ باب ١٣ من أبواب نواقض الوضوء ح ٥ وص ٢٢٥ باب ١١ من أبواب أحكام الخلوة ح ٢.

علم بها واعتقد نجاستها؛ فإنه يحكم بطهره إذا مضى زمان يمكنه فيه الطهارة، عملاً بظاهر حال المسلم، أنه يتنزه عن النجاسة في ظاهر مذهب الأصحاب<sup>(١)</sup> وإن كان الأصل نجاسته، إلا مع العلم ببقاء النجاسة.

### ب - باب العبادات

فمنها: لو صلى ثم رأى على ثوبه أو بدنه نجاسة غير معفو عنها، وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها، وأمكن الأمران؟ فالصلاة صحيحة وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة عليها، وبقاءها في الذمة حتى يتيقن صحتها، لكن حكموا بالصحة؛ لأن الظاهر صحة أعمال المكلفين وجريانها على الكمال<sup>(٢)</sup>.

ومنها: إذا ظن دخول الوقت، ولا طريق إلى العلم، لغيم وحبس ونحوهما، فيجوز البناء على الظاهر والأمارات المفيدة للظن من الدخول وإن كان الأصل عدمه<sup>(٣)</sup>؛ لما روى أبو عبدالله الفراء، عن الصادق عليه السلام قال: قال له رجل من أصحابنا: ربما اشتبه الوقت علينا في يوم الغيم؟ فقال: تعرف هذه الطيور التي عندكم بالعراق يقال لها الديكة؟ قلت: نعم، قال: إذا ارتفعت أصواتها وتجاوبت فقد زالت الشمس أو قال: فصله<sup>(٤)</sup>. وبهذا المضمون رواية أخرى<sup>(٥)</sup>.

ومنها: ما لو اختلف البائع والمشتري في نقصان المبيع، وكان المشتري قد حضر الكيل أو الوزن، فإن القول قول البائع كما ذكره؛ لشهادة الظاهر له من

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٨، كشف الأسرار في شرح الاستبصار ٢: ٢٠٠-٢٠١.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٥ و ٣٠٦.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٧٤، جامع المقاصد ٢: ٢٩، العروة الوثقى مع تعليقات للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ١: ٣٧٧.

(٤ و ٥) الكافي ٣: ٢٨٧ ح ٢ و ٥، من لا يحضره الفقيه ١: ١٤٣-١٤٤ ح ٦٦٨ و ٦٦٩، تهذيب الأحكام ٢: ٢٥٥ ح ١٠١٠ و ١٠١١.

أن المشتري إذا حضر الاعتبار يحتاط لنفسه وإن كان الأصل عدم قبض الجميع، ولو لم يحضر قدّم قوله؛ عملاً بالأصل<sup>(١)</sup>.

ويمكن ردّ هذا الفرع إلى تعارض الأصلين مع شهادة الظاهر لأحدهما، بأن يقال: إن المشتري عند قبضه للحق وقبل دعواه الاختبار كان يعترف بوصول حقه إليه وقبضه إياه كتملاً؛ فإذا ادّعى بعد ذلك النقصان كان مدّعيّاً لما يخالف الأصل، إذ الأصل براءة ذمّة البائع من حقه بعد قبضه، ويخالف الظاهر أيضاً كما قلناه، ولا يرد مثله لو لم يحضر الاعتبار؛ لأنه حينئذ لا يكون معترفاً بوصول حقه إليه؛ لعدم اطلاعه عليه، وإنما اعتمد على قول غيره<sup>(٢)</sup>.

ومنها: إذا شك الإمام بين الثلاث والأربع مع حفظ المأموم أنّه قرأ أربع ركعات، لا اعتبار ولا اعتناء بشك الإمام، مع أن الأصل عدم قراءة الأربع؛ لقاعدة مشهورة: «أنه لا شك للإمام مع حفظ المأموم» وشموها للمأموم مطلقاً؛ عادلاً كان أم غير عادل، رجلاً كان أو امرأة، بالغاً كان أو صبيّاً إذا كان مميّزاً، خصوصاً إذا قلنا بشرعيّة عباداته، إذ لا شك أن قول الصادق عليه السلام في مرسلته يونس: «ليس على الإمام سهو إذا حفظ عليه من خلفه سهو به بإيقان منهم» له إطلاق في حدّ نفسه يشمل الأقسام الثلاث أي: الفاسق والصبي والمرأة؛ لأنّ عنوان «من خلفه» عنوان عام ينطبق على الأصناف الثلاث نحو انطباقه على ما يقابل هذه الأصناف. وأنّ العمل بهذه الرواية متفق عليه بين الأصحاب ولم يخالف أحد منهم، كما قال به بعض الأعاضم<sup>(٣)</sup>.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٢، مسالك الأفهام ٣: ٢٥٢، الحقائق الناضرة ١٩: ١٨٤-١٨٥، جواهر الكلام ٢٣:

١٧٧، جامع المقاصد ٤: ٤٠٦-٤٠٧، مفتاح الكرامة ٤: ٧٢٣، التقيح الرائع ٢: ٦٩.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٨.

(٣) القواعد الفقهيّة للبيجنوردي ٢: ٢٣٩.

ومنها: شك الصائم في النية بعد الزوال، فإنه لا يلتفت وإن كان الأصل عدمها؛ عملاً بالظاهر السابق من عدم إخلاله بالواجب، ولو كان قبل الزوال وجب الاستئناف.

وهذا الفرع في معنى الشك في أفعال الصلاة بعد تجاوز محله، فإن محل النية ما قبل الزوال في الجملة.

ويحتمل على السابق: الاكتفاء في عدم الالتفات بالشك فيها بعد الفجر مطلقاً؛ لقوات محلها الاختياري، لكن لما أمكن استدراكها في الجملة وجب على الشاك فيها قبل الزوال التجديد؛ عملاً بالأصل مع سهولة الحال<sup>(١)</sup>.

ومنها: ما لو شك في دخول الليل للصائم، حيث لا طريق إلى العلم، فيجوز البناء على الظاهر والإفطار وإن كان الأصل عدمه.

ومنها: إذا ادعى المالك في أداء الخمس والزكاة ونحو ذلك من العبادات المالية، فظاهر الأصحاب سماع قول المالك في الأداء، مع أن الأصل عدم أدائها<sup>(٢)</sup>، فيقدم الظاهر على الأصل.

### ج - باب العقود

فمنها: امرأة المفقود تتزوج بعد البحث عنه أربع سنين على ما فصل؛ لأن الظاهر حينئذ موته وإن كان الأصل بقاءه.

وهل تثبت له أحكام الموتي مطلقاً أم للزوجة خاصة؟ ظاهر الأصحاب والأخبار الثاني، حتى ورد الأمر بأن الحاكم يطلقها بعد المدة، ثم تعتد بعده.

ووجه الأول: هو الأمر باعتدادها عدة الوفاة، فلو كان الحكم للطلاق

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٥.

(٢) العناوين ٢: ٦١٥-٦١٦.

لاعتدت عدته، وجاز كون الطلاق احتياطاً للفروج.

وأما قسمة ماله، فظاهر الأكثر توقفه على مضي مدة لا يعيش مثله إليها عادة، مع ما فيه من الخلاف المشهور، المستند إلى اختلاف الروايات في التحديد<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو ادّعت امرأة على رجل أنه تزوّجها في يوم معين بمهر مستقّى، وشهد به شاهدان؛ ثم ادّعت عليه أنه تزوّجها في يوم آخر معين بمهر معين، وشهد به شاهدان، ثم اختلفا، فقالت المرأة: هما نكاحان، فلي المهران، وقال الزوج: بل نكاح واحد تكرر عقده، فالقول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها<sup>(٢)</sup>.

ومنها: ما لو ادّعى زوجية امرأة، وادّعت أختها زوجيته، وأقاما بيّنة، مع انضمام الدخول إلى بيّنتها، وهي المسألة المشهورة، فالرواية والفتوى على تقديم قولها؛ لشهادة الظاهر لها وهو الدخول. وإن كان الأصل عدم زوجية المدّعية، فيقدّم الظاهر على الأصل<sup>(٣)</sup>.

ومنها: في سكوت الفتيات الأكار رضى عن استئذان وليها لها في تزويجها من رجل معين وبمهر معين وعدمه وجهان: الأصل عدم الرضا، والظاهر والعرف والعادة رضى، والظاهر مقدّم على الأصل، فإنّ العادة قاضية بكون السكوت هنا رضى، إذ حياء المرأة البكر يمنعها عن النطق<sup>(٤)</sup>. وأنّ النقل عن النبي ﷺ «والبكر رضاها صفتها»<sup>(٥)</sup> مشهور، وعن الصادق عليه السلام: «فإن سكنت فهو إقرارها»<sup>(٦)</sup>.

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٦-٣٠٧.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٣٠٤، تمهيد القواعد: ٣٠٧.

(٣) تمهيد القواعد: ٣٠٧، الروضة البهية ٥: ١٢٧-١٢٩، مستند الشيعة ٢: ٤٨٨.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ١٢٨-١٢٩، النهاية: ٤٦٤، المبسوط ٤: ١٦٢، ١٨٣، الخلاف ٤: ٢٥٥، الوسيلة: ٣٠٠، المهذب ٢: ١٩٤.

(٥) سنن ابن ماجه ١: ٦٠٢ ح ١٨٧٢.

(٦) الكافي ٥: ٣٩٥ ح ٣، من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٥١ ح ١١٩٦، تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٦ ح ١٥٥٠.

ومنها: لو اختلف الرجلان عن متاع في أيديهما في الوديعة والرهن؛ يقول أحدهما: استودعته، والآخر يقول: هو رهن بكذا وكذا، الظاهر كونه رهناً، والأصل عدم كونه رهناً، فتعارض الأصل والظاهر، وغلب الظاهر على الأصل<sup>(١)</sup>؛ لما روى الحسن بن محبوب - في الموثق - عن عباد بن صهيب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يدي رجلين، أحدهما يقول: استودعته والآخر يقول: رهن، قال: فقال: «القول قول الذي يقول: إنه رهن عندي إلا أن يأتي الذي ادعى أنه قد أودعه بشهود»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: في جواز الاعتماد على خبر الصبي المميز في الهدية وفتح الباب وجهان: من أن الأصل عدم جوازه؛ لأنه محجور في الأفعال والأقوال، ومن أن الظاهر والقرائن الموجودة المفيدة للظن جوازه، ولكنهم يقدمون الظاهر على الأصل<sup>(٣)</sup>.

ومنها: إذا شك المصلي في عدد الركعات، أو في فعل من الأفعال وغلب ظنه على فعله، فإنه يبني على وقوعه؛ عملاً بالظاهر وإن كان الأصل عدم فعله<sup>(٤)</sup>. وفي صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: إن كنت لاتدري ثلاثاً صليت أم أربعاً ولم يذهب وهمك إلى شيء فسلم، ثم صل ركعتين وأنت جالس تقرأ فيها

(١) روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه ٧: ٣٦٥ و ٣٧٣.

(٢) الكافي ٥: ٢٣٩ ح ٤.

(٣) القواعد والفوائد ١: ٢٢٢، جامع المقاصد ٥: ١٨٠، المحقائق الناضرة ٢٠: ٣٤٤، مجمع الفائدة ٩: ١٨٣.

(٤) تمهيد القواعد: ٣٠٨-٣٠٩، جواهر الكلام ١٢: ٣٦٢، العروة الوثقى مع تعليقات للشيخ الفقيه الفاضل

اللكراني ١: ٦٢٤.

بأتم الكتاب، وإن ذهب وهمك إلى الثلاث فقم فصل الركعة الرابعة... إلخ<sup>(١)</sup>.  
الوهم هو الظن لعدم غيره هنا بالإتفاق<sup>(٢)</sup>. فيستفاد من المفهوم أنه ذهب  
وهمك على شيء، ولو كان ذلك الشيء أكثر ومخالفاً للأصل فابن على الأكثر،  
فيقدم الظاهر على الأصل.

وأما كثير السهو؛ فإنه وإن حكم بالوقوع المخالف للأصل، إلا أنه لا ظاهر معه  
يشهد له، وإنما مستند حكمه النص العام برفع الحرج وإرادة اليسر،  
أو الخاص به في الصلاة<sup>(٣)</sup>، قال الإمام الخميني: الظن في عدد الركعات مطلقاً حتى  
فيما تعلق بالركعتين الأولتين من الرباعية أو بالثنائية والثلاثية،  
كاليقين فضلاً عما تعلق بالآخرتين من الرباعية فيجب العمل بمقتضاه ولو كان  
مسبوقاً بالشك، فلو شك أولاً ثم ظن بعد ذلك فيما كان شاكاً فيه كان العمل على  
الآخر<sup>(٤)</sup>.

#### د - باب القضاء والحدود والقصاص

فمنها: لو ادعى ما لا يد لأحد عليه فهو أولى؛ بمعنى أنه يحكم له ويقرّ  
عليه بظاهر الشرع، ولا يطالب بالبيّنة ولا باليمين، ولا يمنع من التصرف فيه، ثم  
يجوز الأخذ منه والتصرف فيه بإذنه، والدليل على ذلك هو حمل أفعال وأقوال  
المسلمين على الصحة ما لم يظهر خلافه؛ للظاهر، مع أن الأصل عدم كونه له<sup>(٥)</sup>.

(١) وسائل الشيعة ٥: ٣٢١ باب ١٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة ح ٥.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٣: ١٢٧، جواهر الكلام ١٢: ٣٦٣.

(٣) تمهيد القواعد: ٣٠٩.

(٤) تحرير الوسيلة ١: ١٨٩.

(٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٤٣، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١١.

ورواية منصور بن حازم، عن الصادق عليه السلام قال: قلت: عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضاً: ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، وقال واحد منهم: هو لي، فلمن هو؟ قال: للذي ادّعاه<sup>(١)</sup>.

ومنها: إذا ادّعى من نشأ في دار الإسلام من المسلمين الجاهل بتحريم الزنا والخمر ووجوب الصلاة ونحو ذلك، فإنه لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه، وإن كان الأصل عدم علمه بذلك، ومثله من يدّعي ما يشهد الظاهر بخلافه، كالجاهل بالخيار وعدمه<sup>(٢)</sup>.

ومنها: لو رمى رجل زوجته المحصنة وادّعى المشاهدة، إن كان له بيّنة على ما قذفها به فلا لعان ولا حدّ، وإن لم يكن له بيّنة يتعلّق بالقذف وجوب الحدّ على الزوج، ويقام عليه بعد المطالبة.

نعم، شرع له الشارع التخلّص عن الحدّ باللعان، لتعذر البيّنة هنا غالباً، فاكتفى فيه بقول الزوج؛ ليصون نفسه عن هذه الوصمة العظيمة؛ ولأنّ العادة أنّ الرجل ينفي عن زوجته الفواحش مهما أمكن، فحيث أقدم على رميها بالفاحشة مع إيمانه أيضاً قدّمه الشرع، ويشبّه باللعان على الزوجة حدّ الزنا، مع أنّ الأصل عدمه كما أشار بذلك الشهيد<sup>(٣)</sup>. أي ومع لعانها يترتب سقوط الحدّ عنها أيضاً.

ومنها: دعوى الدم لتأييده باللوث<sup>(٤)</sup>، ولو وجد متشخّطاً بدمه وعنده

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٢٠٠ باب ١٧ من أبواب كيفية الحكم ح ١.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٧.

(٣) القواعد والفوائد ٢: ١٨٨.

(٤) اللوث: أمانة يغلب معها الظنّ بصدق المدّعي كالشاهد ولو واحداً، وكذا لو وجد متشخّطاً بدمه وعنده ذو سلاح عليه الدم، أو في دار قوم، أو في محلّة منفردة عن البلد لا يدخلها غير أهلها، أو في صفّ مقابل للمخصم بعد المراماة، شرائع الإسلام ٤: ٢٢٢.

ذو سلاح عليه الدم فهو لوث<sup>(١)</sup>، فلو ادّعى وليّ المقتول أنّه قتله فسلورثة المقتول القسامة بالقتل، وهي في العمد خمسون يمينا، فإن كان له قوم حلف كلّ واحد يمينا إن كانوا عدد القسامة، وإن نقصوا عنه كُزّرت عليهم الأيمان حتى يكملوا القسامة، وبعد القسامة يثبت القصاص - مخالفاً للأصل؛ لأن الأصل عدم كونه قاتلاً - ويدلّ على ذلك إجماع الطائفة والأخبار، كما نقل صاحب الجواهر الإجماع عن الخلاف والغنية<sup>(٢)</sup>.

### هـ - الأبواب المختلفة الأخرى

فمنها: لو قال: له عليّ ألف درهم ودرهم ودرهم، وأطلق، فإنّ الثالث يمكن كونه معطوفاً على الثاني، ويمكن كونه تأكيداً؛ لاتّحاد لفظها مقترناً بالواو؛ لكن الظاهر العطف، والأصل يقتضي براءة الذمة ممّا زاد على الدرهمين. وقد رجّحوا هنا الظاهر على الأصل، وحكموا بلزوم الثلاثة، لكن لو قال: أردت التأكيد، قبل، ولزمه درهمان، فرجّحوا هنا الأصل على الظاهر؛ رجوعاً إلى نيّته التي لا تعلم إلّا منه<sup>(٣)</sup>.

ومنّها: في جواز أكل الضيف بتقديم الطعام من غير إذن وجهان: الأصل عدم الجواز، والظاهر وشاهد الحال الجواز، ويقدمون الظاهر على الأصل<sup>(٤)</sup>. ومنها: إذا اختلف المالك والغاصب في تلف المغصوب، ففي تقديم قول الغاصب أو المالك وجهان: الوجه الأوّل تقديم قول المالك؛ لأن الأصل عدم تلفه. الوجه

(١) القواعد والفوائد ٢: ١٨٨.

(٢) جواهر الكلام ٤٢: ٢٢٧، الخلاف ٥: ٣٠٣، الغنية ٤٤٠-٤٤١.

(٣) تمهيد القواعد: ٣٠٩.

(٤) القواعد والفوائد ١: ٢٢٢.

الثاني تقديم قول الغاصب؛ لأنه لو لم يقبل لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه، إذ قد يصدق ولا بيّنة له، ولكن لا خلاف بينهم في تقديم الظاهر على الأصل<sup>(١)</sup>.

### القول الثاني: تقديم الأصل على الظاهر

أما القول الثاني وهو تقديم الأصل على الظاهر فيستفاد ذلك من كلمات عدّة من الأعلام، كالشهيدين في بعض كلماتهم، وصاحب مفتاح الكرامة (السيد العاملي) وصاحب الرياض والسيد المجاهد وصاحب العناوين والراقي والشيخ الأنصاري وصاحب الجواهر وصاحب بلغة الفقيه السيد بحر العلوم، وميرزا محمد تنكابني، ومحمد حسين آل كاشف الغطاء، والسيد اليزدي صاحب العروة، وشيخنا الأستاذ التبريزي.

قال الشهيد في اللمعة: «ولو أدّى المحال عليه وطلب الرجوع لإنكار الدين وادّعاه المحيل، تعارض الأصل والظاهر، والأول أرجح فيخلف ويرجع، سواء كان بلفظ الحوالة أو الضمان»<sup>(٢)</sup>.

وقال الشهيد الثاني في ذيل هذا الكلام: والأول وهو الأصل أرجح من الثاني حيث يتعارضان غالباً، وإنما يتخلف في مواضع نادرة فيحلف المحال عليه على أنه بريء من دين المحيل، ويرجع عليه بما غرم<sup>(٣)</sup>.

وقال أيضاً: ولو اختلفا في القدر قدّم قول الزوج؛ لأصالة البراءة من الزائد على ما يعترف به. واحتمل العلامة في القواعد<sup>(٤)</sup> تقديم قول من يدّعي مهر المثل؛

(١) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٠، تحرير الأحكام ٢: ١٤٤، مسالك الأفهام ١٢: ٢٥٤، جواهر الكلام ٣٧: ٢٣٥.

(٢) اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية: ٨٤.

(٣) الروضة البهية ٤: ١٤٦.

(٤) فواحد الأحكام ٢: ٤٤.

عملاً بالظاهر من عدم العقد على ما دونه، وأنه الأصل في عوض الوطء المجرد عنه كالشبهة. وفيه: أن الأصل مقدّم على الظاهر عند التعارض إلا فيما ندر، وإنما يكون عوضاً عن وطء مجرد عن العقد، أو في مواضع خاصة، انتهى<sup>(١)</sup>.

ثم قال في موضع آخر: ولو أوصى بحمل وإشارة إلى معين، اشترط كونه موجوداً حال الوصية، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوصية علم أنه كان موجوداً؛ فإن ولدته لأكثر من أقصى مدة الحمل من حين الوصية علم أنه لم يكن موجوداً.

ولو ولدته فيما بين أقصى مدة الحمل وأقله، أمكن وجوده حال الوصية وعدمه.

وإن كانت الأمة خالية عن الفراش، بأن فارقها الواطئ المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده؛ عملاً بالظاهر وأصالة عدم وطء غيره، وإن كانت الأمة فراشاً بحيث يمكن تجددّه بعد الوصية لم يحكم بصحتها؛ لأصالة عدم تقدمه حالتها.

وما يقال - من أن الظاهر الغالب إنما هو الولادة لتسعة أشهر تقريباً، فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً وإن كان لها فراش - يتدفع بأن الحكم السابق مرتّب على الأصل المقدّم على الظاهر عند التعارض إلا فيما شذّ<sup>(٢)</sup>.

قال السيّد العاملي: «ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال، فنادى شغل ذمته قدّم قول المحال عليه مع يمينه؛ عملاً بأصل البراءة، ولا تعارض له إلا الظاهر، إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه، والأصل مقدّم على الظاهر،

(١) الروضة البهية ١: ٣٧٥-٣٧٦.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ١٩٠-١٩١.

ورأى يتخلف في مواضع نادرة»<sup>(١)</sup>.

قال صاحب الرياض في وصية الحمل : ويشترط في الصحة زيادة على ما في العبارة : العلم بوجوده حال الوصية ، ويتحقق بوضعه لدون ستة أشهر منذ حين الوصية ، فيعلم بذلك كونه موجوداً حالها ، أو بأقصى مدة الحمل فما دون إذا لم يكن هناك زوج ولا مولود ، ولا يصح مع وجود أحدهما ، لعدم العلم بوجوده عندها وأصالة عدمه ؛ لا يمكن تجددّه بعدها .

وقيام الاحتمال - مع عدمها بإمكان الشبهة والزنا - مندفع بندرة الأول ، وأصالة عدم إقدام المسلم على الثاني كغيره من المحرمات .

ويشكل هذا لو كانت كافرة ، حيث تصح الوصية لحملها ، وربما قيل على تقدير وجود الفراش باستحقاقه مع تولده بين الغائتين : الدنيا والعليا ؛ عملاً بالعادة الغالبة من الوضع لاتصالها أو ما قاربها ، ومرجعه إلى ترجيح الظاهر على الأصل ، وهو خلاف الأصل<sup>(٢)</sup>.

وقال الميرزا محمد التينكايني : قد يقع التعارض بين الأصل والظاهر ، والأصحاب قد يقدّمون الظاهر على الأصل ، وقد يقدّمون الأصل في أغلب المواضع على الظاهر ، ومقتضى القاعدة تقديم الأصل على الظاهر ؛ لأن الظاهر يفيد الظن ، والأصل عدم حجية الظن سيما في الموضوعات الصرفة<sup>(٣)</sup>.

قال المراغي : «في قاعدة الشك بعد الفراغ والتجاوز» أن الأصل في هذه القاعدة أمور :

أحدها : ما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام :

(١) مفتاح الكرامة ٥ : ٤١٢.

(٢) رياض المسائل ٦ : ٢٣٦.

(٣) تأسيسات در قواعد فقهية ٤٨.

رجل شك في الأذان وقد دخل في الإقامة، قال: يمضي، قلت: رجل شك في الأذان والإقامة وقد كبر؟ قال: يمضي، 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 شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء<sup>(١)</sup>.

ثم قال: وسادسها: دلالة ظاهر حال المسلم، فإن العبد إذا أراد أن يعمل عملاً لا يترك شيئاً في محله.

ودعوى أنه لعله يسهو عن ذلك وإنما لا يتركه عمداً، مدفوعة بأن الظاهر والأصل يقضيان بعدم السهو، ومع عدمه فالظاهر عدم الترك.

فالظاهر وإن كان لا يعارض الأصل - كما قرّر في محله - لكنه بعد الاعتضاد بالنصوص وبتعليل الروايات - كما عرفت - يقوم حجة؛ لأنه كشف عن اتباع هذا الظاهر الخاص، فيكون ممّا دلّ الدليل على اعتباره حجة شرعية، فيقدّم على الأصل، لا من الظواهر الخالية عن الدليل المبحوث عنه في مسألة تقدّم الظاهر على الأصل<sup>(٢)</sup>.

وقال في موضع آخر: إنما المراد هنا بالظاهر ما لم يقدّم دليل على اعتباره، كالظن العادي والحاصل من الغلبة ونحو ذلك، فالأصل مقدّم؛ لأن الشيء الذي لا يعتمد عليه بنفسه لو خلى من دون معارض كيف يعتمد عليه في مقام المعارضة والدعوى<sup>(٣)</sup>.

(١) تهذيب الأحكام ٢: ٣٥٢ ح ١٤٥٩.

(٢) العناوين ١: ١٥٧-١٥٨.

(٣) العناوين ٢: ٥٩٧ و ٦٠٠.

وقال المحقق الثاني: ولم يثبت أن هذا الظن من القسم المعتبر<sup>(١)</sup>.

قال الشيخ الأنصاري في قاعدة الفراغ والتجاوز: إن المراد بمحلّ الفعل المشكوك في وجوده هو الموضع الذي لو أتي به فيه لم يلزم منه اختلال في الترتيب المقرر.

وبعبارة أخرى: محلّ الشيء هي مرتبته المقررة بحكم العقل، أو بوضع الشارع، أو غيره ولو كان نفس المكلف؛ من جهة اعتياده بإتيان ذلك المشكوك في ذلك المحلّ.

فحلّ تكبيرة الإحرام قبل الشروع في الاستعاذة لأجل القراءة بحكم الشارع... ومحلّ غسل الجانِب الأيسر أو بعضه في غسل الجنابة لمن اعتاد الموالاة فيه قبل تخلّل فصل يخلّ بما اعتاده من الموالاة.

هذا كله بما لا إشكال فيه، إلا الأخير فإنه ربما يتخيل (خ ل يحتمل) انصراف إطلاق الأخبار إلى غيره.

مع أن فتح هذا الباب بالنسبة إلى العادة يوجب مخالفة إطلاقات كثيرة، فمن اعتاد الصلاة في أوّل وقتها أو مع الجماعة، فشكّ في فعلها بعد ذلك، فلا يجب عليه الفعل. وكذا من اعتاد فعل شيء بعد الفراغ من الصلاة، فرأى نفسه فيه، وشكّ في فعل الصلاة، وكذا من اعتاد الوضوء بعد الحدث بلا فصل يعتدّ به، أو قبل دخول الوقت للتهيؤ، فشكّ بعد ذلك في الوضوء. إلى غير ذلك من الفروع التي يبعد التزام الفقيه بها.

نعم، ذكر جماعة من الأصحاب مسألة معتاد الموالاة في غسل الجنابة إذا شكّ في الجزء الأخير، كالعلامة وولده والشهيدان والمحقق الثاني<sup>(٢)</sup>

(١) رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧-٢٣٨.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٢، إيضاح الفوائد ١: ٤٢، جامع المقاصد ١: ٢٣٧-٢٣٨.

وغيرهم قدّس الله أسرارهم<sup>(١)</sup>.

واستدلّ فخر الدين على مختاره في المسألة: بأنّ خرق العادة على خلاف الأصل<sup>(٢)</sup>. ولكن لا يحضرني كلام منهم في غير هذا المقام، فلا بدّ من التتبّع والتأمّل.

والذي يقرب في نفسي عاجلاً هو الالتفات إلى الشكّ، وإن كان الظاهر من قوله<sup>(٣)</sup>: «هو حين يتوضّأ أذكر منه حين يشكّ»<sup>(٤)</sup>، أنّ هذه القاعدة من باب تقديم الظاهر على الأصل، فهو دائر مدار الظهور النوعي ولو كان من العادة. لكن العمل بعموم ما يستفاد من الرواية أيضاً مشكل، فتأمّل. والأحوط ما ذكرنا<sup>(٥)</sup>.

ويستفاد من كلام صاحب الجواهر أنّه أيضاً يقدّم الأصل على الظاهر، حيث قال: لا دليل على اعتبار الظهور ورجحانه على الأصل أولاً، ومنع حجّيته بحيث يعارض الأصل ثانياً<sup>(٦)</sup>.

وقال في موضع آخر: والظاهر إذا لم يكن غلبه دليل شرعي لا يعارض الأصل، كما هو واضح<sup>(٧)</sup>.

وقال أيضاً: المتّجه العمل بالأصل على كلّ حال؛ لعدم ثبوت حجّية الظواهر المزبورة<sup>(٨)</sup>.

واتّبعه في عدم حجّية الظاهر المزبور السيّد محمد كاظم الطباطبائي صاحب

(١) كشف اللثام ١: ٧٧، جواهر الكلام ٢: ٣٦٢-٣٦٣.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٣.

(٣) وسائل الشيعة ١: ٣٣٢ باب ٤٢ من أبواب الوضوء ح ٧.

(٤) فرائد الأصول ٢: ٨٣٦-٨٣٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٣: ١٧٧.

(٦) جواهر الكلام ٣١: ١٤٢.

(٧) جواهر الكلام ٤٣: ٢٢.

العروة وشيخنا الأستاذ التبريزي<sup>(١)</sup>.

وقال السيد بحر العلوم: إن الظاهر لا يلتفت إليه في مقابل الأصل<sup>(٢)</sup>.

وقال الميرزا محمد التنكابني: قد يقع التعارض بين الأصل والظاهر، وقد يقدمون الأصل في أغلب الموارد على الظاهر، ومقتضى القاعدة تقديم الأصل على الظاهر؛ لأن الظاهر يفيد الظن، والأصل عدم حجية الظن سيما في الموضوعات الصرفة<sup>(٣)</sup>.

وقال التراقي: فالعمل بالأصل - ولو مع وجود الظن على خلافة لمن لم يثبت عنده حجتيه هذا الظن - إجماعي، ثم قال: إن العمل بالأصل في غير المعلومات قبل هذا الظن عين سيرة العلماء، وهكذا بعد الظن<sup>(٤)</sup>.

وقال محمد حسين آل كاشف الغطاء: والعادة عند الإمامية لا يعتبر بها، ولا تصلح لإثبات حكم شرعي<sup>(٥)</sup>.

وممن قدم الأصل على الظاهر السيد المجاهد صاحب المناهل، حيث قال في نزاع المحيل والمحال عليه: لو أجال عليه، فقبل الحوالة وأدّى، ثم رجع على المحيل بما أدّاه مدّعياً براءة ذمته من مال المحيل، وادّعى المحيل اشتغال ذمته، وأنه إنما أحال عليه من حيث كونه مشغول الذمة بماله، فالقول قول المحال عليه على المختار من صحة الحوالة على البري؛ من أن الأصل براءة ذمة المحال عليه من الدين الذي ادّعاه المحيل عليه، فيرجع على المحيل بما أدّاه.

(١) حاشية العكاسب للسيد ٢: ٣، إرشاد الطالب إلى تعليق العكاسب ٤: ١٩.

(٢) بلغة الفقيه ٣: ١٤٧.

(٣) تأسيسات در قواعد فقه (مباني في القواعد الفقهية): ٤٨.

(٤) عوائد الأيام: ٣٨٢-٣٨٣.

(٥) تحرير النجعة ١: ٣١.

قد يقال: الأصل المذكور معارض بالظاهر؛ من أنه لو لا اشتغال ذمة الحال عليه لما أحيل عليه.

وفيه نظر: أما أولاً: فللمنع من ظهور ذلك، فإن الحوالة تقع عادة على مشغول الذمة وبريتها، ولم يثبت أغلبية الأول، وأما ثانياً: فلأن الأصل أولوية الأصل من الظاهر حيث يقع التعارض بينهما، كما صرح به في اللمعة<sup>(١)</sup>، والروضة هنا، وخروج بعض الموارد لدليل لا يقدح في حجية الأصل، وإلا لسقط جميع الأصول الشرعية فتأمل<sup>(٢)</sup>.

### مؤيدات هذا القول

ويؤيد هذا القول بتقديم الأصل في موارد كثيرة، التي عمل فيها بالأصل في الأبواب المختلفة، خصوصاً في باب الطهارة، ولم يلتفت إلى القرائن الظاهرة، وله صور كثيرة:

#### أ - باب الطهارة

فمنها: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء، أو ثوب، أو أرض، أو بدن، وشك في زوالها، فإنه يبنى على الأصل وإن دل الظاهر على خلافه، كما لو وجد الثوب نظيفاً بيد من عادته التطهير إذا نظف ونحوه، إلا أن يتفق مع ذلك خير محتف بالقرائن الكثيرة، الموجبة للعلم، أو الظن المتأخم له، فيقوى العمل به.

ومنها: ثياب من لا يتوقى النجاسة من الأطفال، والقصابين، ومذموني الخمر، والكفار، فإن الظاهر نجاستها، والأصل يقتضي طهارتها، وقد رجح الأصحاب

(١) الروضة البهية ٤: ١٤٦-١٤٧، وج ٥: ٣٧٥-٣٧٦.

(٢) المناهل: ١٥٨.

هنا الأصل على الظاهر.

ومنها: إذا وجد كلباً خارجاً من بيت فيه إناء مكشوف، ومعه أثر مباشرته له برطوبة، فإنه يعمل بالأصل وهو الطهارة وعدم مباشرته وإن كان الظاهر خلافه، حتى لو كان الإناء فيه مثل اللبن مما يظهر على العضو، ووجد على فم الكلب أثره، لم يحكم بالنجاسة، على ما صرح به جمع من الأصحاب.

ومنها: حكمهم بطهارة ثياب مدمني الخمر وسور الحائض المتهمة، وطهارة أواني المشركين وما بأيديهم، وطهارة ما تناله أيدي الناس على اختلاف فرقهم وتباين آرائهم في الطهارات والنجاسات، وطهارة ما لا يكاد ينفك من النجاسات، كحافات البئر والحبل، وحافات العين وغيرها؛ لأصالة الطهارة، ويقدمون الأصل على الظاهر وإن كان الظاهر يقتضي النجاسة<sup>(١)</sup>.

فعن زكريّا بن إبراهيم قال: كنت نصرانياً فأسلمت فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن أهل بيتي على دين النصرانية فأكون معهم في بيت واحد وأكل من آنياتهم؟ فقال لي عليه السلام: أياً تكون لحم الخنزير؟ قلت: لا، قال: لا بأس<sup>(٢)</sup>.

ومنها: لو ألقى ثوب مغسول من المني على محل نظيف، ثم شك في زوال نجاسته فيحكم بنجاسته، ولكن في طهارة المحل ونجاسته وجهان: الظاهر أنه نجس؛ والأصل طهارته، ولكنهم يقدمون الأصل على الظاهر<sup>(٣)</sup>.

ومنها: إذا خرج من الرجل بلل وظن أنه مني، فني وجوب الغسل عليه وعدمه وجهان: الظاهر يقتضي الوجوب، والأصل يقتضي عدمه. ولكن العمل

(١) رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧، كشف الأسرار في شرح الاستبصار ٢: ٢٠٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ١٠٩٢ باب ٧٢ من أبواب النجاسات ح ١.

(٣) جامع الشتات ٢: ٣٨٥.

على الأصل<sup>(١)</sup>.

ومنها: ان رعى الرجل فامتخط فصار ذلك الدم قطعاً صغاراً فأصاب إناءه، ولم يعلم أنه أصاب الماء الذي في إنائه، ففي جواز الوضوء أو الشرب منه وجهان: ظاهر الحال يقتضي وصوله إلى الماء أيضاً، كما عن الشيخ<sup>(٢)</sup>، والأصل يقتضي عدم وصوله إليه<sup>(٣)</sup>، كما في الخبر<sup>(٤)</sup>.

## ب - باب الصيام

فمنها: إذا شك في طلوع الفجر في شهر رمضان، فإنه يباح له الأكل حتى يستيقن الطلوع؛ لأن الأصل عدم الطلوع وإن ظن خلافه بالقرائن المحتملة لظهور خلافه.

ومنها: البناء على تمام الشهر، لو لم يتمكن من رؤية الهلال لغيم ونحوه، حيث لا قائل بالرجوع إلى غيره من الأمارات؛ وإلا كان من باب الخلاف في ترجيح أيها، كما لو غمّت الشهور.

## ج - باب العقود

فمنها: معاملة الظالمين، ومن لا يتوقى المحارم، بحيث يظن تحريم ما بيده، فإن الأصل الحل وإن كرهت معاملتهم<sup>(٥)</sup>.

(١) كفاية الأحكام: ٣.

(٢) الاستبصار ١: ٢٣ ح ١٢.

(٣) كشف الأسرار في شرح الاستبصار ٢: ٢٠٠-٢٠١.

(٤) الاستبصار ١: ٢٣ ح ١٢.

(٥) قواعد الأحكام ١: ١٢٠، تمهيد القواعد: ٣٠٤، جامع المقاصد ٤: ١٠-١١.

ومنها: إذا ادعى مدّع - فهو في غاية العدالة والورع مع فقد العصمة - بيعاً أو شراءً أو ديناً أو غصباً، وكان المدّعي عليه معهوداً بالتغلب والظلم، فالإجماع قائم على تقديم الأصل على الظاهر<sup>(١)</sup>.

#### د - باب القضاء

فمنها: كلّما كان النزاع في الأقلّ والأكثر في باب العقود - كاختلاف البائع والمشتري في قدر العوضين، والزوجين في مقدار المهر، والمالك والأجير في مقدار الأجرة - يقدّم قول منكر الزيادة مع يمينه<sup>(٢)</sup>، ولو كان قول مدّعي الزيادة موافقاً للظاهر ولثمن المثل أو مهر المثل أو أجرة المثل.

وفي رواية صحيحة، عن أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوّج امرأة فلم يدخل بها فادّعت أنّ صداقها مائة دينار، وذكر الزوج أنّ صداقها خمسون ديناراً، وليس لها بيّنة على ذلك، قال: القول قول الزوج مع يمينه<sup>(٣)</sup>.

ومنها: إذا ادّعت الزوجة - بعد طول بقائها مع الزوج ويساره - أنّه لم يوصلها النفقة الواجبة، فقد قال الأصحاب: القول قولها؛ لأنّ الأصل معها، مع أنّ العادة والظاهر لا يحتمل ذلك.

ولو قيل بترجيح الظاهر كان وجهاً في المسألة ليس ذلك ببعيد، إلّا أنّ القائل به غير معلوم، لكن بعضهم أشار إليه في تعريف المدّعي والمنكر، حيث إنّ معها الأصل، ومعه الظاهر، فهو مدّعي على الأوّل، وهي على الثاني. وكذا على القول

(١) القواعد والفوائد ١: ١٤٠-١٤١، الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية: ٤٥.

(٢) المغنولين ٢: ٦٠٨.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ٢٨ باب ١٨ من أبواب المهور ح ١.

بأنه يخلّى وسكوته، أو يترك لو ترك<sup>(١)</sup>.

### القول الثالث: تقديم أصالة الطهارة على الظاهر

ولو سلّمنا عدم تقديم الأصل على الظاهر، لكنّا نقول في تقديمه على الظاهر في باب الطهارة والنجاسة والأحداث، إلّا ما قام الدليل على خلافه، كما يستفاد ذلك من كلمات جملة من الأعلام وظاهر الأدلة، بل يستفاد من إطلاق كلام ابن الجنيد<sup>(٢)</sup>، وصرح ابن البرّاج أنّه يقدّم أصالة الطهارة على البيّنة. ولكن إنّنا لا نقول به، لأنّ الحكم بشهادة الشاهدين معلوم من للشرع، كما قال به الشيخ والعلامة<sup>(٣)</sup>. ولذا قالوا بوجوب ردّ الماء على البائع إذا كان مبيعاً، وشهد عدلان بنجاسته، فلو لم يقبل العدلان لم يجب رده<sup>(٤)</sup>.

ولنذكر كلمات الفقهاء في ذلك:

سئل ابن البرّاج: إذا كان الماء في موضع، وقصد المكثف إلى الطهارة منه، فأخبره إنسان بأنّه نجس، هل يجوز له استعماله في ذلك، أو قبول قول الغير المخبر له بنجاسته، أو لا يجوز ذلك؟ الجواب: يجوز له استعماله، ولا يلزمه قبول قول المخبر له بنجاسته؛ لأنّ المعلوم كون الماء على أصل الطهارة، إلّا أن يعلم أنّ فيه نجاسة، ويقول هذا المخبر لا يحصل العلم، ولا دليل أيضاً يفضي إلى العلم بقبول قوله<sup>(٥)</sup>. وقال في موضع آخر: وإذا وجد ماء فأعلمه غيره بأنّه نجس لم يلزمه القبول

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٤.

(٢) كشف الالتباس ١: ١١٧.

(٣) المبسوط ١: ٩، مختلف الشيعة ١: ٨٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ١: ٤.

(٥) جواهر الفقه: ٩ مسألة ٨.

منه، وجاز له استعماله؛ لأنّ الماء على أصل الطهارة ما لم يعلم ملاقة شيء من النجاسات له<sup>(١)</sup>.

وسئل عنه: إذا كان معه إناءان يعلم طهارتهما، فشهد شاهدان بأنّ أحدهما نجس أو جميعهما، هل يجب عليه قبول قولهما في ذلك، أو لا؟ قال في الجواب: لا يجب عليه قبول قولهما؛ لأنّ المعلوم كون الماء على أصل الطهارة، إلّا أن يعلم أنّ فيه نجاسة، وبقول هذين المخبرين لا يحصل العلم<sup>(٢)</sup>.

وسئل عنه أيضاً: إذا كان معه إناءان ظاهران فشهد شاهدان: بأنّ النجاسة وقعت في واحد منهما بعينه، وشهد آخران: بأنّ النجاسة وقعت في الآخر، هل يلزمه قبول قولهما فيما شهدا به، أو لا؟ الجواب: لا يلزمه قبول شهادتهما فيما شهدا به؛ لأنّ الماء عنده على أصل الطهارة على ما قدّمناه<sup>(٣)</sup>.

قال فخر المحققين في مسألة الغسل الارتقاسي: لو شك بعد الارتقاس في وصول الماء إلى جزء من الأجزاء وعدمه، فهنا تعارض الأصل والظاهر؛ إذ الظاهر والغالب يقتضي وصول الماء، والأصل عدمه، والأصحّ تقديم الأصل<sup>(٤)</sup>.

قال الشهيد الثاني: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء، أو ثوب، أو أرض، أو بدن، وشك في زوالها، فإنّه يبني على الأصل، وإن دلّ الظاهر على خلافه، كما لو وجد الثوب نظيفاً بيد من عادته التطهير إذا نظف ونحوه؛ إلّا أن يتفق مع ذلك خبر محتفّ بالقرائن الكثيرة الموجبة للعلم، أو الظنّ المتأخّم له، فيقوى العمل به. ثمّ قال: وثياب من لا يتوقّى النجاسة من الأطفال، والقصابين، ومدمني

(١) المذهب ١: ٣٠.

(٢) جواهر الفقه: ٩.

(٣) جواهر الفقه: ٩.

(٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٣.

الخمر، والكفار، فإنَّ الظاهر نجاستها، والأصل يقتضي طهارتها؛ وقد رجَّح الأصحاب هنا الأصل على الظاهر.

ثمَّ قال: إذا وجد كلباً خارجاً من بيت فيه إناء مكشوف، ومعه أثر مباشرته له برطوبة، فإنه يعمل بالأصل، وهو الطهارة، وعدم مباشرته، وإن كان الظاهر خلافه، حتَّى لو كان الإناء فيه مثل اللبن ممَّا يظهر على العضو، ووجد على فم الكلب أثره لم يحكم بالنجاسة، على ما صرَّح به جمع من الأصحاب<sup>(١)</sup>.

ومثله قال المحقِّق الكركي<sup>(٢)</sup>.

فإنَّه عليه السلام: قدَّم الأصل في باب الطهارة على الظاهر، ونسب ذلك إلى الأصحاب. وممَّا يدلُّ على ذلك موثقة عمَّار الساباطي، عن الصادق عليه السلام: «كُلُّ شَيْءٍ نَظِيفٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ قَذِرٌ، فَإِذَا عَلِمْتَ فَقَدْ قَذِرَ، وَمَا لَمْ تَعْلَمْ فَلَيْسَ عَلَيْكَ»<sup>(٣)</sup>.

ورواية حفص بن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: ما أبالي أبوُلُّ أصابني أو ماء إذا لم أعلم<sup>(٤)</sup>.

وصحيحة زرارة، عن الباقر عليه السلام قال: قلت له: أصاب ثوبي دم رعاف أو غيره أو شيء من مني، فعلمت أثره إلى أن أصيب له من الماء، فأصببت وحضرت الصلاة ونسيت أن بثوبي شيئاً وصلَّيت، ثمَّ إنِّي ذكرت بعد ذلك، قال: تعيد الصلاة وتغسله، قلت: فإنِّي لم أكن رأيت موضعه وعلمت أنَّه أصابه فطلبتَه فلم أقدر عليه، فلما صلَّيت وجدته، قال: تغسله وتعيد، قلت: فإن ظننت أنَّه قد أصابه ولم أتيقن ذلك، فنظرت فلم أر شيئاً، ثمَّ صلَّيت فرأيت فيه، قال: تغسله ولا تعيد

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٣-٣٠٤.

(٢) رسائل المحقِّق الكركي ٢: ٢٣٧.

(٣) تهذيب الأحكام ١: ٢٨٥ ح ٨٣٢، وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٥.

الصلاة، قلت: لم ذلك؟ قال: لأنك كنت على يقين من طهارتك، ثم شككت فليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك أبداً<sup>(١)</sup>.

ويستفاد من التعليل «لأنك كنت...»، وعدم الإعادة في صورة الظن، وجملة الاستدراك «وإنما تنقضه بيقين آخر» في صحيحة<sup>(٢)</sup> أخرى لزراعة أن الظن في حكم الشك، إذن إن كنت على يقين من طهارتك، ثم شككت، فليس ينبغي لك أن تنقض اليقين بالشك أبداً.

ومثله في الأخبار غير عزيز يقف عليه المتتبع.

وادعى المحدث البحراني الإجماع على ذلك، وقال: لو شك في الطهارة مع تيقن الحدث أو تيقنهما مع الشك فيه بنى على يقينه في الموضعين، إجماعاً نصاً وفتوى. واستثنوا صورة واحدة من هذه القاعدة؛ وهو: ما إذا بال ولم يستبرئ، ثم خرج بلل مشتببه، فإنهم صرحوا بتوجب الوضوء في الصورة المذكورة بلا خلاف<sup>(٣)</sup>، كما عن ابن إدريس دعوى عدم الخلاف عليه<sup>(٤)</sup>.

قال الشيخ الأعظم: إن الخروج عن القاعدة المجمع عليها من عدم الخروج عن يقين الطهارة بمجرد الشك مشكل<sup>(٥)</sup>. فيستفاد من كلمات الفقهاء وظاهر الأدلة<sup>(٦)</sup> أن أصالة الطهارة مقدم على الظاهر.

ويستفاد من كلمات بعض العامة أيضاً أنهم يقدّمون الأصل

(١) تهذيب الأحكام ١: ٤٢١-٤٢٢ ح ١٣٣٥، وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٣ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ١ وص ١٠٦٣ باب ٤٢ ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١: ١٧٥ باب ١ من أبواب نواقض الوضوء ح ١.

(٣) الحقائق الناضرة ٢: ٣٩٦.

(٤) السرائر ١: ١٢٢.

(٥) كتاب الطهارة للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣٤.

(٦) وسائل الشيعة ٢: ١٠٩٣-١٠٩٥ باب ٧٣ و ٧٤ من أبواب النجاسات.

## في باب الأحداث.

قال الرافعي: الشيء الذي لا يتيقن نجاسته، ولكن الغالب في مثله النجاسة، يستصحب طهارته، أم يؤخذ بنجاسته قولان: أحدهما: يستصحب طهارته تمسكاً بالأصل المتيقن إلى أن يزول بيقين بعده، كما في الإحداث. والثاني: يؤخذ [بنجاسته] عملاً بالظن المستفاد من الغلبة بخلاف الإحداث، فإن عروضها أكثر فحققت الأمر فيها بطرح الظن كالشك، ويشهد هذان القولان لقولي تعارض الأصل والظاهر<sup>(١)</sup>.

وبعضهم أيضاً يقدمون الأصل في باب الطهارة والنجاسة والحديث. قال ابن رجب: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فإنه يبنى على الأصل إلى أن تيقن زواله، ولا يكتفي في ذلك بغلبة الظن ولا غيره، وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فإنه يبنى على الأصل<sup>(٢)</sup>.

## القول الرابع: التفصيل في المسألة

ويستفاد من كلام المحقق الرشتي أنه لو كان الظهور قوياً وتكون العادة جارية على مقتضاه عند العقلاء وأهل المداقة، بحيث لو سألوا عن حكم الواقعة لأخبروا بموجبها، ولم تكن عن تخمين وجزاف ومسامحة عند الناس يقدم على الأصل؛ لأنه في قوة المنصوص العلة. وأما لو كان الظهور ناشئاً من استقرار مطلق العادة قديناً بمساحاتهم وتوسعاتهم حتى إذا سألوا العقلاء وأهل المداقة لسكتوا ولم يخبروا بشيء، فاللزام المداقة في معرفة كون إخبارهم عن تحقيق أو تسامح.

(١) العزيز في شرح الوجيز ١: ٧٤.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٦٩ قاعدة ١٥٩.

قال: إذا تداعى الزوجان متاع البيت ففيه أقوال ذكرها في المسالك، منشأها اختلاف الأخبار والاعتبار:

أحدها: ما عن المبسوط<sup>(١)</sup>: من العمل بمقتضى القاعدة، فيحكم لمن له البيّنة، ومع عدمها فيد كلّ منهما على النصف، من غير فرق بين ما يصلح لخصوص الرجال أو لخصوص المرأة أو لهما، إلا أن يخصّ اليد بأحدهما، كثياب البدن وما يجري مجراها في الاختصاص بأحدهما.

وثانيها: الفرق بين ما يصلح للرجال خاصّة، فيحكم بها لهم، وكذا ما يصلح للمرأة؛ وبين ما يصلح لهما فيعمل فيه بمقتضى القاعدة كما ذكر. وهذا محكي عن الشيخ أيضاً في الخلاف<sup>(٢)</sup>، وهو الذي نسبته في الشرائع إلى الأشهر في الروايات والأظهر بين الأصحاب<sup>(٣)</sup>.

وثالثها: أنها للمرأة ويطالب الرجل بالبيّنة، وهذا مصرّح به في غير واحدة من الروايات، معللاً بأنّه لو سئل من بين لابتها - أي بين جبلي منى - لأخبروك أنّ الجهاز والمتاع يُهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت الرجل، فيعطى التي جاءت به<sup>(٤)</sup>.

والعمل بهذه الرواية يقضي بالتفصيل بين البلدان والأقاليم، والعمل في كلّ بلد بموجب ما جرت عليه عادته، فقد يكون كما أخبر به الإمام عليه السلام من كون الجهاز والمتاع من المرأة، وقد يكون بالعكس.

(١) المبسوط ٨: ٢٥٧.

(٢) الخلاف ٦: ٣٥٢.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ١١٩ - ١٢٠.

(٤) الكافي ٧: ١٣١ ح ١، تهذيب الأحكام ٦: ٢٩٧ ح ٨٢٩، وسائل الشيعة ١٧: ٥٢٣ - ٥٢٤ باب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ١.

ومحصل التفصيل الذي يظهر من الرواية: أن العادة إن كانت جارية على زف المرأة مع المتاع من مالها إلى بيت الرجل حكم بمقتضى تلك العادة، وتجعل تلك ظهوراً متبوعاً شرعاً في صورة التنازع حاكماً على الأصل، بل اليد أيضاً، إذ لو خلى وطبعه حكم بها للرجل إذا كان مالكا للدار؛ لأن مالكا للدار مع ما فيها داخل تحت يده، فإذا كانت العادة على زف المرأة مع المتاع خرجنا بها عن حكم اليد؛ تقديماً للظهور على اليد.

ومن هنا يظهر أن الحكم كذلك في جميع موارد تعارض الأصل والظاهر؛ لأنه في قوة المنصوص العلة، فكانه عليه السلام قال: إن ظاهر الحال مع المرأة فيقدم قولها. لكن العمل به مشكل؛ لأن بناء الأصحاب إيقاف تقديم الظاهر على ورود الدليل عليه، حتى أنهم حصروا مواضع تقديمه على غيره من الأصول والطرق المعتبرة.

لكن لو كان الظهور مثل الظهور الذي حكم الإمام عليه السلام باعتباره في هذه الروايات لم يكن التعويل عليه مطلقاً بعيداً، وميزانه أن تكون العادة جارية على مقتضاه، بحيث لو سئل الناس عن حكم الواقعة لأخبروا بموجبها، كما هو صريح كلامه عليه السلام، لا مطلق الظهور الناشئ من استقرار مطلق العادة.

ثم إن أخبار الناس بموجبها قد ينشأ بمسامحاتهم وتوسعاتهم وجزافاتهم في الأقوال والأخبار، فيخبرون بموجبها عن تخمين وجزاف من غير تحقيق، حتى إذا سئل عقلاؤهم وأهل مداقتهم لسكتوا، أو لم يخبروا بشيء. وحينئذ فاللزام المداقة في معرفة كون أخبارهم عن تحقيق أو تسامح<sup>(١)</sup>.

وبمثل هذا اعتقد ابن أبي جمهور، حيث قال: وقد يتعارض الأصل والظاهر، وفي

ترجيح أحدهما وجهان: أقربهما مراعاة القوة والضعف في أيّهما<sup>(١)</sup>.

### مؤيدات هذا القول

ويؤيد هذا التفصيل، تقديم الظاهر على الأصل في موارد كثيرة، وهكذا تقديم الأصل على الظاهر، كما تقدّم في ذيل القولين الأولين، بل الفاحص يجد الموارد الكثيرة من تعارض الأصل والظاهر في الفقه الإسلامي، كما يشرف على خلاف الفقهاء في تلك الموارد، بل ربما يجد الخلاف في كلام فقيه واحد حيث تقدّم الأصل في مورد والظاهر في آخر، ولعلّ منشأ هذا الاختلاف يرجع إلى قوّة الظهور وضعفه. ويجدر بنا أن نشير إلى جملة من الموارد التي اختلف فيها الفقهاء في هذا الموضوع كما يلاحظها القارئ في زادها بصيرة.

مركزية كبرى

### أ - باب الطهارة

١ - غسالة الحَمَام، وهو الماء المنفصل عن المغتسلين فيه، الذي لا يبلغ الكثرة حال الملاقاة. والمشهور بين الأصحاب الحكم بنجاسته؛ عملاً بالظاهر، من باب مباشرة أكثر الناس له بنجاسة<sup>(٢)</sup>. ومستنده مع ذلك رواية مرسلّة ضعيفة السند عن الصادق والكاظم عليهما السلام<sup>(٣)</sup>.

وقيل: يرجّح الأصل؛ لقوّته<sup>(٤)</sup>، مع معارضة تلك الرواية بأخرى مرسلّة

(١) الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية: ٤٥.

(٢) السرائر ١: ٩٠، المعتمد ١: ٩٢، المختصر النافع ١: ٢٩، إرشاد الأذهان ١: ٢٣٨، مفتاح الكرامة ١: ٩٧، القواعد والفوائد ١: ١٣٧، رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧.

(٣) الكافي ٣: ٢٢ باب ماء الحمام ح ١، تهذيب الأحكام ١: ٣٧٣ ح ١١٤٣، وسائل الشيعة ١: ١٥٨-١٥٩، باب ١١ من أبواب الماء المضاف ح ١ و ٤.

(٤) منتهى المطلب ١: ١٤٦-١٤٧.

- مثلها عن الكاظم عليه السلام بنى البأس عما يصيب الثوب منها<sup>(١)</sup>. وهذا هو الظاهر<sup>(٢)</sup>.
- ٢ - طين الطريق إذا غلب على الظن نجاسته، فإن الظاهر يشهد بها، والأصل يقتضي الطهارة، والمشهور المحكم بطهارته وهو الأقوى<sup>(٣)</sup>. لكن ذهب العلامة في النهاية<sup>(٤)</sup> إلى العمل بالظن الغالب هنا؛ عملاً بالظاهر<sup>(٥)</sup>.
- ٣ - إذا خرج من بيت الخلاء من كان عادته الاستنجاء، ثم شك في أنه استنجى أم لا، فيه وجهان: إذا الظاهر غالباً أنه يستنجي والأصل عدمه، فيتعارض الأصل والظاهر، وقال بعضهم: يقدم الأصل وهو الأقوى.
- ٤ - قال بعض الفقهاء: ثم إنه لا إشكال عند الأصحاب على الظاهر في إجراء أحكام الشهيد على كل من وجد فيه أثر القتل من المسلمين، أما من لم يوجد فيه ذلك فمن الشيخ وتبعه الفاضلان<sup>(٦)</sup> أنه كذلك عملاً بظاهر الحال؛ لعدم انحصار القتل بما ظهر أثره، وعن ابن الجنييد عدمه، ولعله لأصالة وجوب تغسيل الأموات مع الشك في تحقق الشرط هنا، وهو لا يخلو من قوة، فتأمل<sup>(٧)</sup>.
- ٥ - إذا أعار المسلم ثوبه لذمي يشرب الخمر ويأكل لحم الخنزير، ثم رده عليه، فهو جاهل بأن مثل هذا الثوب الذي هو مظنة النجاسة، هل هو مما يجب

(١) الكافي ٣: ٢٣، باب ماء الحنثام ح ٤، من لا يحضره الفقيه ١: ١٠ ح ١٧.

(٢) تمهيد القواعد: ٣٠٩ - ٣١٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ١: ١٠، متبني المطلب ٣: ٢٩٢، القواعد والفوائد ١: ١٣٨، رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٧.

(٤) نهاية الأحكام ١: ٣٨٦.

(٥) تمهيد القواعد: ٣١٠.

(٦) مسالك الأفهام ٤: ٢٢٠، التنقيح في شرح عروة الوثقى ٣: ٤٢٢ - ٤٢٣.

(٧) المبسوط ١: ١٨٢، الخلاف ١: ٧١١ - ٧١٢، شرائع الإسلام ١: ٣٧، مختلف الشيعة ١: ٢٤١، إرشاد الأذهان ١: ٢٣٢.

(٨) الحقائق الناضرة ٣: ٤١٨، جواهر الكلام ٤: ٩٣.

التنزه عنه في الصلاة وغيرها مما يشترط فيه الطهارة، أو لا<sup>(١)</sup>؟ فيقع التعارض بين الظاهر بأنه نجس، وبين أصالة الطهارة، فيقدم الأصل على الظاهر إن قلنا: إن المراد من العلم في موثقة غمار، عن الصادق عليه السلام: «كل شيء نظيف حتى تعلم أنه قذر، فإذا علمت فقد قذر»<sup>(٢)</sup> القطع واليقين، كما هو منقول عن ابني البراج وإدريس<sup>(٣)</sup>. فيقدم الظاهر على الأصل إن قلنا: إن المراد من العلم أعم من اليقين والظن مطلقاً مستند إلى سبب شرعي أم لا، كما هو منقول عن أبي الصلاح<sup>(٤)</sup>. والحق مع القول الأول.

٦- إذا وجد المني في الثوب المختص به ثم شك في كون المني له أو لغيره، أو أن هذا المني المعلوم كونه منه من جنابة سابقة تطهر لها، أو من جنابة حادثة، ففيه وجهان: الوجه الأول: كونه سبباً شرعياً ظاهرياً للجنابة، فيجب عليه الغسل، كما عليه المحقق الكركي ومشهور المتأخرين منه<sup>(٥)</sup>. الوجه الثاني: أن الأصل الطهارة، وعدم الخروج عن يقين الطهارة بمجرد الشك، كما عليه الشيخ الأنصاري والفاضل اللنكراني<sup>(٦)</sup>.

٧- لو شك بعد الغسل الارتقاسي في وصول الماء إلى عضو من الأعضاء وجزء من الأجزاء، ففي وجوب الالتفات إليه وعدمه وجهان: وجه عدم الالتفات أن

(١) الحقائق الناضرة ١: ١٣٥.

(٢) وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٤ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ٤.

(٣) المهذب ١: ٣٠، السرائر ١: ١٧٩-١٨٠.

(٤) الكافي في الفقه: ١٤٠، الحقائق الناضرة ١: ١٣٧.

(٥) رسائل المحقق الكركي ١: ٨٩، نهاية الأحكام ١: ١٠١، كشف الالتباس ١: ٢٨٧، الشرح الصغير في

شرح المختصر النافع ١: ٢٩.

(٦) كتاب الطهارة للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣١-٥٣٤، تفصيل الشريعة، كتاب الطهارة، غسل الجنابة - التيمم -

المطهرات: ٢٩-٣٥.

الظاهر والغالب وصول الماء إلى جميع الأجزاء والأعضاء مع الارتماس وعدم الحائل. ووجه الالتفات أن الحدث متيقن والرافع مشكوك فيه والأصل عدمه، فهنا تعارض الأصل والظاهر، وتوقف العلامة في القواعد<sup>(١)</sup>، وقدم ابنه - في الإيضاح في شرح القواعد - الأصل<sup>(٢)</sup>.

٨- إذا كان معه إناءان، وفي أحدهما نجاسة لا يعلمه بعينه، يجب الاجتناب عن كليهما، وإن أخبره عدل أن النجس واحد بعينه، هل يجوز له استعماله، أم لا؟ وجهان: من أن الأصل لا يجوز؛ لأن المعلوم نجاسة أحدهما لا بعينه، فيستصحب، كما قال به بعض<sup>(٣)</sup>، ومن أن الظاهر وغلبة الظن الجواز.

٩- إذا كان الماء في موضع وقصد المكلف إلى الطهارة منه، فأخبره إنسان بأنه نجس، في جواز استعماله في ذلك، أو قبول قول الغير المخبر له بنجاسته وجهان: بمن أصالة الطهارة في الماء فيجوز، كما قال به بعض<sup>(٤)</sup>، ومن أن الظاهر يحصل الظن بقوله فلا يجوز.

١٠- إذا كان الماء مستعملاً في الطهارة من الجنابة - يعني الماء القليل المنفصل عن أعضاء الطهارة - وفي جواز استعماله بعد ذلك في الطهارة وجهان، اختلف أصحابنا فيه من أن الظاهر المخالطة للنجاسة وللشك في حصول الطهارة، كما قال به قوم<sup>(٥)</sup>، ومن أن الأصل جوازه كما قال به قوم آخرون<sup>(٦)</sup>.

(١) قواعد الأحكام ١: ١٢.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٣.

(٣) جواهر الفقه ٩.

(٤) جواهر الفقه ٩.

(٥) المقنعة: ٦٤، المبسوط ١: ١١، الخلاف كتاب الطهارة ١: ١٧٢-١٧٣ مسألة ١٢٦ الوسيلة: ٧٤، شرائع

الإسلام ١: ١٦، جواهر الفقه ٨.

(٦) الناصريات: ٧٧ مسألة ٦، قواعد الأحكام ١: ٥، جامع المقاصد ١: ١٢٧، تحرير الوسيلة ١: ١٣، تفصيل

١١ - إذا شك في الطهارة بعد البول والحديث من كان عادته الطهارة والوضوء بعد الحدث فقيه وجهان؛ إذ الظاهر غالباً أنه مع الوضوء، والأصل وهو استصحاب الحدث عدمه، فيتعارض الأصل والظاهر، ولكن الأقوى تقديم الأصل<sup>(١)</sup>.

١٢ - عني عن الدم في الثوب والبدن عما نقص عن سعة الدرهم لصحيحة عبدالله بن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام<sup>(٢)</sup>، وفي طرد الحكم فيما خالطه مائع آخر بالعفو عما دونه وجهان؛ الوجه الأول عدم الاطراد؛ لأنه نجس ليس بدمه فوجب إزالته بالأصل السالم عن المعارض، كما قال به العلامة في المنتهى<sup>(٣)</sup> والشهيد في البيان<sup>(٤)</sup> و امام الخميني في تحرير الوسيلة<sup>(٥)</sup> والفاضل اللنكراني في تفصيل الشريعة<sup>(٦)</sup>.

الوجه الثاني: الاطراد وعدم وجوب إزالته، لأن النجاسة من الدم فكان الحكم له وهو ظاهر، وعللوه بأن المتنجس بشيء، أضعف حكماً منه، وإذا ثبت العفو في القوي فالضعيف أولى بأن يثبت فيه، ولا أقل من مساواة هذا المتنجس لما تنجس به، فيثبت في الفرع ما يثبت في الأصل<sup>(٧)</sup>.

→ الشريعة، كتاب الطهارة، المباح: ١٩٩ مسألة ٢٣.

(١) فرائد الأصول ٢: ٨٣١.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٢٥٥ ح ٧٤٠.

(٣) منتهى المطلب ٣: ٢٥٦.

(٤) البيان: ٤١.

(٥) تحرير الوسيلة ١: ١١٢.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب الطهارة، النجاسات واحكامها: ٤٦٣.

(٧) ذكرى الشيعة ١: ١٣٨، معالم الدين وملاذ المجتهدين ٢: ٦٠٩.

## ب - باب الصلاة وغيرها من العبادات

١ - لو سمع مصلياً يلحن في صلاته، أو يترك آية، أو كلمة، وكان المصلّي من أهل المعرفة بالقراءة، بحيث يظهر أنّه ما فعل ذلك إلا سهواً، ففي وجوب تنبيهه عليه وجهان: من أصالة عدم معرفته بذلك على الوجه المجزي فيجب تعليمه، ودلالة ظاهر حاله على كونه قد ترك ذلك سهواً، والحال أنّه غير مبطل للصلاة، فلا يجب، كما لا يجب تنبيهه على السهو وإن استحب معتضداً بأصالة البراءة من وجوب تنبيهه، وهذا هو الأظهر.

\* ولو احتمل في حقّه الجهل بذلك وجب تعليمه؛ لتطابق الأصل والظاهر، أو عدم معارضة غير الأصل له، فيعمل عليه مع احتمال عدم الوجوب أيضاً؛ نظراً إلى الاحتمال مع أصالة البراءة<sup>(١)</sup>.

٢ - في كراهة الصلاة في البيع والكنائس قولان: القول الأوّل: عدم الكراهة، كما قال به المفيد والشيخ والعلامة والشيخ الأنصاري<sup>(٢)</sup>؛ لأن الأصل عدم التكليف وانتفاء الكراهة. والقول الثاني: الكراهة، كما قال به ابن البرّاج وسلار وابن إدريس<sup>(٣)</sup>؛ لعدم انفكاكهما عن النجاسة غالباً.

٣ - إذا ظنّ النجاسة في الثوب ثمّ صلى، فهل يفسد صلاته أم لا؟ فالظاهر فسدت صلاته، كما قال به أبو الصلاح الحلبي: بأنّ العمل بالظنّ واجب كالعلم، فإنّ جزئيات الأحكام الشرعيّة أكثرها ظنيّة<sup>(٤)</sup>.

والأصل براءة الذمّة وعدم نجاسة المحلّ بالظنّ، فالثوب على أصل الطهارة

(١) تمهيد القواعد: ٣١٠-٣١١.

(٢) المقنعة: ١٥١، النهاية: ١٠٠، مختلف الشيعة ٢: ١٢٤، كتاب الصلاة ١: ٢٠٦.

(٣) المهذب ١: ٧٥-٧٦، المراسم: ٦٥، السرائر ١: ٢٧٠.

(٤) الكافي في الفقه: ١٤٠.

وليس لغلبة الظن هنا حكم، كما قال ابن إدريس<sup>(١)</sup>، وقال العلامة: ونحن في ذلك من المتوقفين<sup>(٢)</sup>.

والحق مع ابن إدريس؛ لما في صحيحة زرارة، عن أبي جعفر<sup>(٣)</sup> قال: قلت: أصاب ثوبي دم رعاف أو غيره... فإن ظننت أنه قد أصابه ولم أتيقن ذلك، فنظرت فلم أر شيئاً، ثم صليت فرأيت فيه، قال: تغسله ولا تعيد الصلاة...<sup>(٤)</sup>.

٤ - لو شك في إسلام إمام الجمعة وعدمه، ففي انعقاد الجمعة وعدمه قولان، قال العلامة: لم تتعقد الجمعة؛ لأن ظهور العدالة شرط وهو منتفٍ مع الشك<sup>(٥)</sup>. وقال بعض العامة: تصح؛ عملاً بالظاهر من أنه لا يتقدم للإمامة إلا مسلم<sup>(٥)</sup>.

٥ - من اعتاد الصلاة في أول وقتها، فشك بعد ذلك في فعلها، فهل يجب عليه إتيانها؟ فيه وجهان: الظاهر والعادة إتيانها في أول وقتها، والأصل عدم إتيانها فيجب عليه إتيانها، والأصل مقدم عند بعض وهو الأقوى<sup>(٦)</sup>.

٦ - من اعتاد فعل شيء بعد الفراغ من الصلاة، فرأى نفسه فيه، وشك بعد ذلك في فعل الصلاة، فهل يجب عليه إتيانها؟ فيه وجهان: الظاهر والعادة إتيانها، والأصل عدم إتيانها وهو الصحيح<sup>(٧)</sup>.

٧ - لو قارب المسافر بلده، وتعتمد ترك الدخول إليها للترخص، ولبت في قرى متقاربة، مدة في خروجه عن صدق اسم المسافر عليه وعدمه وجهان: الوجه الأول: أن ظاهر النظر يقتضي عدم الترخص؛ لعدم صدق المسافر عليه

(١) السرائر ١: ١٧٩ - ١٨٠.

(٢) مختلف الشيعة ١: ٣٢٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢: ١٠٥٣ باب ٣٧ من أبواب النجاسات ح ١.

(٤) تذكرة الفقهاء ٤: ٢٤.

(٥) المغني والشرح الكبير ٢: ٣٤.

(٦ و ٤) فرائد الأصول ٢: ٨٣١.

عرفاً، أو الشك فيه. الوجه الثاني: نشك في كونه مسافراً فيستصحب<sup>(١)</sup>.

٨- وفي قصر الصلاة أو إتمامها للقاطن بنفسه، أو بعياله في مكان واحد لا ملك له فيه سنين متعددة لا بقصد الوطنية وجهان: الوجه الأول: الإتمام؛ لعدم صدق المسافر عليه عرفاً، واندراجه في الحاضر بديهة لوروده إلى موضع رحله ومقر أهله ومحل أنسه، وهو بحكم الوطن. الوجه الثاني: القصر؛ لأنه لا منزل ولا وطن له فيقتصر للأصل<sup>(٢)</sup>.

٩- لا ريب في توقف القصر على العلم ببلوغ المقصد مسافة ولو بالشياخ المفيد للنفس الاطمئنان الذي يجري مجرى اليقين الخالص. وفي احتمال الاكتفاء به وبالعديل الواحد وإن لم يفد ذلك، بل كان مفاده الظن القوي وجهان: من أنه مناط العمل في كثير من العبادات، ومن أصالة عدمه<sup>(٣)</sup>.

١٠- وما يوجد في المسجد الحرام أو بعض المساجد أو المشاهد المشرفة من النعال في طول الزمان ومالكها مجهول، ففيه وجهان: من ظاهر الحال أنهم أعرضوا عنها وأنها كالتالف، فيجوز أخذها وتملكها، ومن أن الأصل عدم إعراضهم عنها. ١١- إذا حدث له التردد في التوطن في المكان - بعدما اتخذها وطناً - سواء كان وطنه الأصلي ومسقط رأسه، أو المستجد وهو المكان الذي اتخذته مسكناً ومقرأ له دائماً - من إعراض عملي، ففي بقاء الحكم وجهان: من أن الأصل البقاء. وظاهر الحال عدم البقاء بعد الإعراض<sup>(٤)</sup>.

(١) ذكرى الشيعة ٤: ٣١٢، جواهر الكلام ١٤: ٢٠٢.

(٢) جواهر الكلام ١٤: ٢٠٢.

(٣) ذكرى الشيعة ٤: ٣١٢-٣١٣، جواهر الكلام ١٤: ٢٠٤، العروة الوثقى ٣: ٤١٧ مسألة ٤.

(٤) العروة الوثقى ٣: ٤٧٢ مسألة ١ من أحكام الوطن، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ١: ٢٦٠ مسألة ٤٣٦،

العروة الوثقى مع تعليقات للشيخ الفقيه الفاضل للكراني ١: ٧٠٧.

١٢ - قال العلامة في القواعد: ولو حفر كافر أرضاً فوصل إلى معدن، ثم فتحها المسلمون، ففي صيرورته غنيمة أو للمسلمين إشكال<sup>(١)</sup>.  
وقال في التذكرة والتحرير<sup>(٢)</sup>: إنه لا يكون غنيمة، بل يكون على أصل الإباحة؛ لأنه لا يعلم هل قصد الجاهل التملك فيغنم، أو لا فيبقى على أصل الإباحة؟

قال المحقق الثاني: وهو ضعيف؛ لأن الذي لا يكون إلا للتملك بحسب الغالب كاف في حصول الملك، ولا يعتبر العلم بنية التملك وإن شرطناها عملاً بالظاهر، وإلا لكان الحافر للمعدن إلى أن يبلغه لا يختص به؛ لعدم العلم بكونه نوى التملك، فلا يمنع من إرادة الأخذ، وهو باطل، والظاهر أنه غنيمة<sup>(٣)</sup>.

١٣ - لو ادعى الرجل الضعيف الفقر، وكان له أصل مال وادعى تلفه، فإن عرف صدقه أو كذبه عومل بما عرف منه، وإن جهل الأمران، ففي جواز إعطائه من مال الزكاة وعدمه وجهان: الوجه الأول: لا يجوز؛ لأصالة بقاء المال. والوجه الثاني يجوز؛ لظاهر الحال.

١٤ - يعلم الشهر برؤية الهلال، ولو غمت الشهور، ففيل: يعمل في كل شهر بالأصل وهو التمام، فيعد كل ما اشتبه ثلاثين<sup>(٤)</sup>.

وقيل: يرجع إلى العدد، وهو عدد خمسة أيام من هلال السنة الماضية، وليصوم يوم الخامس، كما لو أهل في الماضي يوم الأحد، فيكون أول شهر رمضان الثاني

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٢٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٠٤، تحرير الأحكام ٢: ١٣٢.

(٣) جامع المقاصد ٧: ٥٠-٥١.

(٤) شرائع الإسلام ١: ٢٠٠.

يوم الخميس، وبه رواية عمران الزعفراني عن الصادق عليه السلام<sup>(١)</sup>. أو عدَّ شهر تاماً وشهر ناقصاً؛ عملاً بالظاهر وموافقتها للعادات من نقصان بعض الشهر وتمام بعض<sup>(٢)</sup>.

١٥ - لو ترك الحاج طواف النساء متعمداً وجب عليه الرجوع إلى مكة والإتيان به لتحلّ له النساء، فإن تعذر استناب، فإذا طاف له النائب حلّت له النساء إذا علم بذلك، كما صرح به ابن إدريس<sup>(٣)</sup>.

ولو واعده في وقت بعينه، فهل تحلّ له النساء أم لا؟ فيه وجهان، إذ يتعارض الأصل والظاهر، فقال بعضهم: حلّهن؛ عملاً بالظاهر<sup>(٤)</sup>، وقال بعض آخر بعدم الجواز حتّى يعلم إتيان النائب<sup>(٥)</sup>.

١٦ - إذا بنى الرجل في أرضه مدرسة علميّة ومضى عليها سنوات، والطلاب يشتغلون فيها للدرس والبحث، ثم توفّي ولم يبق له كتاب يدلّ على أنّها موقوفة، وادّعى الورثة أنّها ملك شخصي له ونحن وارثوه، ونحبّ أن نخربها ونبني عليها بناءً حديثاً، ففي قبول ادّعائهم وعدمه وجهان: من أن الأصل عدم وقفيتها فيرث وهو الأقوى. ومن أن ظاهر الحال كونها موقوفة فلا يرث.

١٧ - إذا علم بتعلّق الزكاة بماله، وبعد مضيّ السنة أو السنتين، وبعد التصرف في النصاب بإتلاف ونحوه شكّ في أنّه أخرجها فيه على وفق عاداته المستقرّة بإخراج الزكاة عند وجوبه والتصرف في النصاب بعد ذلك، أو سنّها عنها؟ فيه وجهان، بل

(١) الكافي ٤: ٨٢ ح ١، تهذيب الأحكام ٤: ٤٩٧.

(٢) المبسوط ١: ٢٦٨، قواعد الأحكام ١: ٦٩، جامع المقاصد ٣: ٩٣، تمهيد القواعد: ٣٦١.

(٣) السرائر ١: ٦٠٤.

(٤) الدروس الشرعية في فقه الإماميّة ١: ٤٥٨ درس ١١٥.

(٥) السرائر ١: ٦٠٤، جامع المقاصد ٣: ٢٥٩.

قولان:

أحدهما: وجوب الإخراج؛ للاستصحاب، وعليه جمع من محشي العروة كالخائري والحكيم والخونساري والكلبي يگاني والجواهري.  
 الثاني: عدم الوجوب؛ لظاهر الحال والعادة، وعليه جمع آخر من المحشيين كالنائيني والاصفهاني والبروجردی<sup>(١)</sup> والفاضل اللكراني<sup>(٢)</sup>.  
 قال البروجردی: نعم لو كانت عاداته إخراجها أول حلولها مثلاً، وشك في أنه أخرجها فيه أو سها عنها لم يبعد الحكم بالمضي على إشكال فيه. وتبعه الفاضل اللكراني.

## ج - باب العقود

١ - لو اختلف المتعاقدان ببيع وغيره في بعض شرائط صحته، كما لو ادعى البائع أنه كان صبيّاً أو غير مأذون له أو غير ذلك، وأنكر المشتري، فالقول قول المشتري على الأقوى؛ عملاً بظاهر حال المسلم من إيقاعه على وجه الصحة، وإن كان الأصل عدم اجتماع الشرائط، وكذا القول في الإيقاعات. ويمكن رده إلى تعارض الأصلين<sup>(٣)</sup>.

٢ - إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج: أسلمنا معاً، فنحن على نكاحنا، وقالت الزوجة: بل على التعاقب، فلا نكاح، فوجهان:  
 أحدهما: القول قول الزوج؛ لأن الأصل بقاء الزوجية وعدم الانفساخ بالإسلام حتى يتحقق الموجب، وهو يتحقق الإسلام متعاقباً والأصل عدمه؛

(١) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٤: ١٦٣.

(٢) العروة الوثقى مع تعليقات المرجع الديني الفاضل اللكراني ٢: ١٤٧.

(٣) القواعد والفوائد ١: ١٣٨-١٣٩، تمهيد القواعد: ٣١٢، جامع الشتات ٢: ٣٨٤.

لأصالة عدم تقدّم كلّ منهما، فيلزم الاقتران، كما قال به بعض الأعاضم كال مقدس الأردبيلي.

والثاني: القول قول الزوجة؛ لأنّ الظاهر معها، إذ وقوع إسلامها معاً في آن واحد نادر؛ والظاهر خلافه<sup>(١)</sup>.

٣- لو اختلف الزوجان في قدر المهر مع اتّفاقهما على التسمية، وما يدّعي الزوج أقلّ من مهر المثل، وما تدّعي الزوجة موافق لمهر المثل، فالأصل عدم الزيادة، والظاهر مهر المثل، فيتعارض الأصل مع الظاهر، واحتمل العبّامة في القواعد<sup>(٢)</sup> تقديم قول من يدّعي مهر المثل؛ عملاً بالظاهر من عدم العقد على ما دونه، وأنّه الأصل في عوض الوطء المجرد عنه كالشبهة، وقال الشهيدان: إنّ الأصل مقدّم على الظاهر<sup>(٣)</sup>.

٤- اختلاف الزوجين في أصل المهر، ولا يثبت، فإنّ الأصل يقتضي براءة ذمّته ممّا زاد عمّا يعترف به، والظاهر يشهد لها بمهر المثل<sup>(٤)</sup>. وفي ترجيح أيّهما خلاف، فالمشهور تقدّم قول الزوج<sup>(٥)</sup>.

وقال بعضهم: الأقوى عندي التفصيل، فإن كان النزاع قبل الدخول فالقول قوله؛ لأصالة عدم التسمية وبراءة ذمّته، وإن كان بعده يعارض ما ذكر، مع أصالة ثبوت عوض للبضع المحترم، وأنّ عدم التسمية يوجب مهر المثل مع الدخول، والأصل عدم سقوطه، والظاهر يشهد به أيضاً، فيرجّح قولها في مهر المثل

(١) تمهيد القواعد: ٣١٣، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١١٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

(٣) الروضة البهية ٥: ٣٧٥-٣٧٦.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٢٩١-٢٩٢.

(٥) المختصر النافع: ٢١٦، نهاية المرام ١: ٤٠٩-٤١٠، اللمعة الدمشقية: ١١٧، الروضة البهية ٥: ٣٧٧.

بيمينها<sup>(١)</sup>. ويمكن ردّ هذه المسألة إلى تعارض الأصلين مع شهادة الظاهر لأحدهما<sup>(٢)</sup>.

٥ - لو ادّعى زوجية امرأة، وادّعت أختها عليه الزوجية، ولم يكن لها بيّنة مع دخوله بالمدّعية، يمكن أن يقال هنا تعارض الأصل والظاهر؛ لأنّ الدخول ظاهر في الزوجية، والأصل عدم الزوجية فيرجّح بعضهم<sup>(٣)</sup> الأصل، وبعضهم الظاهر<sup>(٤)</sup>.  
٦ - إذا بقي من الم محبوب بقيّة يمكنه الوطء بها سقط خيارها، فإن ادّعت عدم إمكانه، وأنكر، احتمل تقديم قوله؛ عملاً بأصالة سلامة العقد، وتقديم قولها؛ عملاً بالظاهر، إذ الظاهر عجز المقطوع ذكره... ولأنّ أصل السلامة زال، والرجوع إلى اعتباره بالصغر والكبر لا إليهما<sup>(٥)</sup>.

٧ - لا شك أنّ الرضاع في نشر الحرمة كالنسب، وقال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»<sup>(٦)</sup> وهنا بحث، وهو: هل يكتفى بالحمل في نشر الحرمة باللبن، أو يعتبر فيه الولادة؟ وجهان، بل قولان، نسب ثانيهما إلى الأكثر، وبناءً على الاكتفاء بالحمل إذا طلق الرجل زوجته، أو مات عنها ولها منه لبن وتزوّجت بآخر وحملت منه مع استمرار اللبن وعدم حدوث زيادة فيه، فهو منسوب إلى الفعل الأوّل للأصل، حيث لم يعلم تجدد ناقل عنه، ولو حدثت فيه زيادة يمكن استنادها إلى الحمل، فهل هو للفعل الأوّل أو للفعلين؟

(١) تمهيد القواعد: ٣١٢، الروضة البهية ٥: ٣٧٥-٣٧٦، قواعد الأحكام ٢: ٤٤، جامع الشتات ٢: ٣٨٤.

(٢) رياض المسائل ٧: ١٧٩-١٨٠، تحرير الوسيلة ٢: ٢٦٨، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤٧-٤٥٠.

(٣) تمهيد القواعد: ٣١٢.

(٤) الروضة البهية ٥: ١٢٧-١٢٩، رياض المسائل ٦: ٣٤٧، اللعة المشقية: ١١٠.

(٥) التنقيح الرائع ٣: ١٤.

(٦) تحرير الأحكام ٢: ٣٠.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٢٨٠ باب ١ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ١.

الأصل كونه للأول، والظاهر أنه لها، فيتعارض الأصل والظاهر، ونقل الشهيد عن الشافعي في أحد قوليه إنه قال: إن زاد بعد أربعين يوماً من الحمل الثاني فهو لها؛ عملاً بالظاهر، من أن الزيادة لسبب الحمل الثاني، فيكون اللبن للزوجين. ثم قال الشهيد: وهذا قول موجه على القول بالاكْتفاء بالحمل وإن كان العمل على الأول<sup>(١)</sup>.

وقال بعض آخر: إن الظاهر لا يلتفت إليه في مقابل الأصل حتى على القول بالاكْتفاء بالحمل<sup>(٢)</sup>.

٨- إذا اختلف الزوجان في الإنفاق، فقالت: لم ينفق عليّ، وادّعى هو الإنفاق، فإن كان قبل التمكن فلا فائدة إذ لا يجب لها شيء، وإن كان بعده وكانت تحت قبضه احتمل تقديم قولها؛ عملاً بالأصل، وتقديم قوله؛ عملاً بالظاهر من شاهد الحال من أنه أنفق عليها في مدة تسليمها نفسها، ولا فرق بين أن يكون الزوج حاضراً أو غائباً<sup>(٣)</sup>.

قال الشيخ في الخلاف: إذا اختلفا بعد تسليم نفسها في قبض المهر أو النفقة، فالذي رواه أصحابنا: إن القول قول الزوج، وعليها البيّنة<sup>(٤)</sup>، وقال في موضع آخر: القول قولها مع اليمين في الصداق<sup>(٥)</sup>، وهو اختيار ابن إدريس<sup>(٦)</sup>. وقال العلامة وهو المعتمد، لأنها منكراً، فعليها اليمين مع عدم البيّنة<sup>(٧)</sup>.

(١) مسالك الأفهام ٧: ٢١١، الأم ٥: ٣٣، المغني ٩: ٢٠٩.

(٢) بلغة الفقيه ٣: ١٤٦-١٤٧.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٤٩، فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام ٦: ١٢٥، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٥٩٩.

(٤) الخلاف كتاب النفقات ٥: ١١٦، مسألة ١٢.

(٥) الخلاف ٤: ٣٨٥، مسألة ٢٧.

(٦) السرائر ٢: ٦٥٥-٦٥٦.

(٧) مختلف الشيعة ٧: ١٩٠.

٩ - لو توافق الزوجان على المهر واختلفا في قبض الصداق، فقال الزوج: قد أقبضتك المهر، وقالت: ما قبضته، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون قبل الزفاف أو بعده، فإن كان قبل الزفاف وقبل تسليم نفسها إليه فالقول قولها؛ لأن الأصل أنها ما قبضت، هذا بلا خلاف. وإن كان الخلاف بعد أن أسلمت وحصلت في منزله وتحت قبضه، وكانت العادة جارية بأنها لا تمكّن من الدخول إلا بعد أن تستوفي المهر كالعادة القديمة.

فهنا تعارض بين الأصل والظاهر، فالقول قولها عند بعضهم<sup>(١)</sup>؛ لأصالة عدمه، واستصحاب اشتغال ذمته.

وقال بعضهم<sup>(٢)</sup>: القول قول الزوج؛ لأن الظاهر يشهد له، وأنها تدّعي خلاف الظاهر وخلاف العادات. والمروي تقديم قول الزوج<sup>(٣)</sup>. وإن لم يكن العادة جارية في تقديم المهر على الزفاف فالقول قول الزوجة<sup>(٤)</sup>.

١٠ - لو غاب شخص وانقطعت أخباره ولم يعلم حياته وموته، وقد تجاوز التسعين من عمره، فهل نحكم بموته بحكم الغلبة، حيث إن الغالب على البشر لا يعثرون أكثر من تسعين، كما هو مشرب القوم (أهل السنة)، أو نحكم بحياته بحكم استصحاب حياته حتى يحصل اليقين والقطع بموته؟ أمّا لو لم يحصل اليقين

(١) الخلاف، كتاب النفقات ٥: ١١٦، المبسوط ٤: ٣٠١، شرائع الإسلام ٢: ٣٣٣، قواعد الأحكام ٢: ٤٤، مختلف الشيعة ٧: ٣٢١-٣٢٢، إيضاح الفوائد ٣: ٢٤٢، الروضة البهية ٥: ٣٧٨، كتاب النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠: ٢٨٢، مناهج المتقين: ٣٧٥، مهذب الأحكام ٢٥: ١٨١، تحرير الوسيلة ٢: ٢٦٩، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٢.

(٢) المبسوط، كتاب النفقات ٦: ١٦، الخلاف كتاب الصداق ٤: ٣٨٥، القواعد والفوائد ١: ١٥٢، كشف اللثام ٩٣: ٢، جواهر الكلام ٣١: ١٣٣ و ١٣٩، الفقه ٦٧: ٢٠٠.

(٣) وسائل الشيعة ١٥: ١٥ باب ٨ من أبواب المهور ح ٨ و ٦.

(٤) القواعد والفوائد ١: ١٥٢.

فلا معول على الغلبة، كما قال به بعض<sup>(١)</sup>.

١١ - من ركب البحر في مركب معلوم إلى البصرة مثلاً، ثمَّ عرض غرق في البحر، ويعلم بالشياع أو القرائن بأن تلقى إلى بعض السواحل بعض ألواح المركب وآلاته، أو بعض الفرقى، ويسلم البعض ويفقد البعض، والذي يقتضيه الظاهر حصول الهلاك، والذي يقتضيه الأصل الحياة.

فهل يرجح ظاهره مع قوة أمارته، أو الأصل مع ضعف أمارته؟ وجهان: أحدهما: يقدم الأصل، فإنها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم أجّلها أربع سنين للبحث عنه، وبه قال أصحابنا ظاهره عدم الفرق بين شهدت القرائن بموت أو غيره<sup>(٢)</sup>، كما في صحيحة بريد بن معاوية قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ قال: ما سكنت عنه وصبرت بخلي عنها فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين...<sup>(٣)</sup>، والثاني يقدم الظاهر.

١٢ - إذا اختلف الزوجان في أصل المهر بعد الدخول؛ بأن ادّعت الزوجة عليه المهر، فقال: لا مهر لك عندي، من غير أن يتعرّضا المقدار أو التسمية وعدمها، ففي تقديم قول الزوج أو الزوجة وجهان؛ الأصل يقتضي تقديم قول الزوج؛ لبراءة ذمته من المهر، وهو اختيار المحقق والشهيد<sup>(٤)</sup>، والظاهر والعرف يقتضي تقديم قول الزوجة؛ لأن طبع الدخول والاستمتاع يقتضي العوض، فالاستمتاع وادّعاء عدم الاستحقاق لا يجتمعان في نظر العرف، وهو اختيار العلامة في الإرشاد<sup>(٥)</sup>.

(١) تحرير المجلة ١: ٢٣.

(٢) رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٦-٢٣٨.

(٣) الكافي ٦: ١٤٧ باب المفقود ح ٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٣، الروضة البهية ٥: ٢٧٧.

(٥) إرشاد الأذهان ٢: ١٦.

والتحرير<sup>(١)</sup> والقواعد<sup>(٢)</sup> والمحقق السبزواري<sup>(٣)</sup>، وغيرهم<sup>(٤)</sup>.

١٣- إذا اتفق الزوجان على وقوع عقد نكاح بينهما في وقتين، واختلفا في كون الثاني تأسيساً أو تأكيداً، فيقال الزوج: كان تكراراً على وجه الاحتياط في تصحيحه، أو لقصد اشتهاره، وادّعت المرأة: أن كلاً منهما عقد شرعي مستقل لا تكرر، ومفهوم كلامها حصول فرقة بينهما بسبب من الأسباب، ثم عقد عليها، قال البعض<sup>(٥)</sup>: القول قول الزوجة؛ لأن الأصل من العقد أنه إذا وقع صحيحاً، ويمكن أن يقال: إن القول قول الزوج؛ للقرائن سابقاً ولاحقاً على التزويج سرّاً، وبآخِر جهراً، ولو كان هذا رائجاً في موضع النزاع تكون قرينة مفيدة للاطمئنان<sup>(٦)</sup>.

١٤- إذا ادّعى الزوج الرجوع في الطلاق، وأنكرت الزوجة، فإن كان النزاع بعد انقضاء العدة فلا إشكال في تقديم قولها مع عدم البيّنة، وإن كان في أثناء العدة قبل انقضائها، فيحتمل تقديم قولها أيضاً؛ لأنها منكرة - وقوله موافق لأصل عدم رجوعه - وهو مدّع فعلية البيّنة، وعليها اليمين، ويحتمل تقديم قوله؛ لأن أمر الرجوع بيده، فهو وإن كان مدّعياً إلا أنه حيث يقدر على إنشاء الرجوع يصح إقراره به<sup>(٧)</sup>، وهو ظاهر.

(١) تحرير الأحكام ٢: ٣٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٤.

(٣) كفاية الأحكام: ١٨٥.

(٤) جامع الشتات ٢: ٣٨٥، نظام النكاح ٢: ٢٨٠، تحرير الوسيطة ٢: ٢٦٩، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤٩-٤٥٠.

(٥) المبسوط ٤: ٢٩١، مسالك الأفهام ٨: ٣٠٤.

(٦) نظام النكاح ٢: ٢٨٧.

(٧) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٩٥ مسألة ٥.

١٥ - لو كان الغالب في معاملات شخص الفساد، فلو صدرت منه معاملة نشك في الصحة والفساد فيها، الغلبة الشخصية تقتضي فساد المعاملة، وهذا مشرب القوم، وحمل فعل المسلم يقتضي حمله على الصحة. قال البعض: والمرجع في مثله أصالة الصحة المستندة إلى وجوب حمل فعل المسلم على الصحيح مطلقاً<sup>(١)</sup>.

١٦ - لو اتفق الراهن والمرتهن على الإذن في قبض الرهن، واختلفا في وقوع القبض، تعارض الأصل والظاهر، ويمكن ترجيح صاحب اليد<sup>(٢)</sup>.

١٧ - هل يعتبر في صيغ العقود عدم اللحن من حيث الهيئة والإعراب بناءً على اشتراط العربية؟ وجهان: من أن دليل اعتبار العربية هو لزوم الاختصار على المتيقن من أسباب النقل، والأصل عدم النقل، فإن قال بدل يعتك: يعتك بفتح الباء لم يصح، كما قال به البعض<sup>(٣)</sup>؛ ومن أن الظاهر الصحة لعدم معنى الصحيح عرفاً إلا البيع، كما حكي عن فخر المحققين<sup>(٤)</sup>.

١٨ - هل يعتبر - بناءً على اشتراط العربية في صيغ العقود - كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى الإيجاب والقبول وجميع مشتقاتهما؛ بأن يكون فارقاً بين معنى «بعث» و«أبيع» و«أنا بائع» أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ وجهان: الظاهر هو الأول؛ لأنّ عربيّة الكلام، ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد المتكلم منه المعنى الذي وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّه تكلم وأدّى المطلب على طبق لسان العرب، إلّا إذا ميّز بين معنى «بعث» و«أبيع»

(١) تحرير المجلة ١: ٣٣.

(٢) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ٢٨٦ درس ٢٧٥.

(٣) المكاسب ٣: ١٣٥ من التراث.

(٤) مفتاح الكرامة ٤: ١٦٣، المكاسب ٣: ١٣٦.

و«أوجدت البيع» وغيرها<sup>(١)</sup>. والأصل عدم اعتباره.

١٩ - إذا قال: أحلتك عليه، فقبض. فقال المحيل: قصدت الوكالة، وقال المحتال: إنما أحلتني بما عليك، فالأصل يقتضي براءة ذمة المحيل من حق عليه للمحتال، والظاهر مع المحتال؛ لأن ظاهر لفظ الحوالة إرادة معناها، لا معنى الوكالة، وإن جاز إطلاقها عليها، من حيث إن الوكالة من العقود الجائزة، يكفي فيها ما دل على الإذن فيما وكل فيه، ولفظ الحوالة صالح له. وقد اختلف في تقديم قول أيهما، والمشهور تقديم قول المحيل، لأنه أعرف بقصده.

٢٠ - لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع بما أداه على المحيل لإنكاره (المحال عليه) الدين، وزعمه أن الحوالة على البري بناءً على جواز الحوالة عليه، وادّعاه (الدين) المحيل، تعارض الأصل - وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل - والظاهر؛ وهو كونه مشغول الذمة، إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه، والأول - وهو الأصل - أرجح من الثاني، حيث يتعارضان غالباً فيحلف المحال عليه على أنه بري من دين المحيل، ويرجع عليه بما غرم<sup>(٢)</sup>.

٢١ - لو أوصى بمحمل، فجاءت به لأقل من ستة أشهر، صحّت الوصية به. ولو كان لعشرة أشهر من حين الوصية لم تصح، وإن جاءت لمدة بين الستة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج، حكم به للموصى له، وإن كان لها زوج أو مولى، فالمسألة حينئذٍ من باب تعارض الأصل والظاهر، إذ الظاهر الغالب إنما هو الولادة لتسعة أشهر تقريباً، فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً، والأصل عدم كونه

(١) المكاسب ٣: ١٣٧ من التراث.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ١١٣، تذكرة الفقهاء ٢: ١٠٧، الروضة البهية ٤: ١٤٦-١٤٧، المناهل ١٥٧: ١٥٨،

جواهر الكلام ٣٦: ١٧٢-١٧٣.

موجوداً، فيتعارض بين الأصل والظاهر. فيقدم بعضهم الأصل<sup>(١)</sup> وبعضهم الظاهر<sup>(٢)</sup>.  
 ٢٢- لو طلب من شخص أن يعمل له عملاً فعمل، فإن كان العمل ممّا له أجره  
 بالعادة ولم يقصد العامل التبرّع بعمله، وكان ممن عاداته أن يستأجر لذلك، كالغسّال  
 والقصار، فله أجره مثل عمله؛ لأصالة احترام عمل المسلم الذي لم يظهر من فاعله  
 التبرّع<sup>(٣)</sup>.

أمّا لو طلب من شخص أن يعمل له عملاً فعمل، ولكن لم يعهد نوعاً أخذ  
 الأجر عليه، ولم تتحقق عادة على ذلك، بل كانت العادة جارية على إيجاده مجاناً  
 بعنوان الوديعة وبقصد الإحسان، ولم يكن العامل ممن كان عاداته أن يستأجر  
 لذلك - كحفظ متاع الغير أو عمل المرأة في البيت - ولم يكن أيضاً متبرّعاً في عمله،  
 بل ادّعى أنّه لم يكن متبرّعاً، فهل يستحق أجره مثل عمله أم لا؟  
 قولان: القول الأول: يستحق لو كان العمل مستقوماً عرفاً، وهو لصاحب  
 الجواهر<sup>(٤)</sup> والشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني. القول الثاني: عدم استحقاق الأجر  
 وهو للمحقق والعلامة والمحقق الثاني<sup>(٥)</sup>.

قال شيخنا الفقيه الفاضل اللنكراني: وحينئذ لا بدّ من ملاحظة أن جريان  
 العادة هل يكتفي في عدم الالتفات إلى دعوى مدّعي الأجر في مقام الإثبات، بعدما  
 كان مستحقاً لها ثبوتاً، إذا كان قصده على خلاف العادة، ولم يتحقق منه التبرّع

(١) المنسوط ٤: ١٢، قواعد الأحكام ١: ٢٩٨، شرائع الإسلام ٢: ٢٤٩ - ٢٥٠، إيضاح الفوائد ٢: ٤٨١،

مسالك الأفهام ٦: ١٩٠ - ١٩٢، جامع المقاصد ١٠: ٤٣، الروضة ٥: ٢٥، رياض المسائل ٦: ٢٣٦.

(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٣٩٦.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٢٢٩، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٧.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨، قواعد الأحكام ١: ٢٣٥، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، جامع المقاصد ٧: ٢٨٢.

والإحسان واقعاً، كما هو مختار الشرائع<sup>(١)</sup>، أو أنه حيث يكون قول العامل موافقاً للأصل، حيث أن الأصل عدم قصد التبرّع والإحسان، ولا تعارضه أصالة عدم قصد العوض؛ لأن الاستحقاق لا يتوقف على قصد العوض، بل عدم قصد التبرّع كاف في ثبوت الاستحقاق، يكون قوله متقدماً وملفتاً إليه، كما ربما يحتمل؟

وجهان مبنيان على أن قرينة العادة هل توجب ظهور حال العامل في اقترانه بقصد التبرّع، حتى يكون ذاك الظهور حاكماً على الأصل، ويكون قوله مخالفاً للظاهر لا يلتفت إليه، أو أنها لا تبلغ تلك المرتبة الموجبة للظهور، فتصل النوبة إلى الأصل، ويكون قوله موافقاً له، ملتفتاً إليه؟

فبني قول الشرائع هو الوجه الأول، ومبني الاحتمال الثاني هو الوجه الثاني، وهو الأظهر فتدبر<sup>(٢)</sup>.

مركز تحقيق التراث  
بمكتبة جامعة القاهرة

#### د - باب القضاء والحدود

١ - إذا تزوج رجل امرأة، ثم سكنا بيتاً لأب الزوجة سنوات، ولم يذكر أنه مجّاناً أو إجارة، ثم اختلف الزوجان، فرجع أب الزوجة إلى الزوج بالإجارة، فادّعى الزوج مجّاناً، ففي تقديم قول أحدهما وجهان: احتمل تصديق قول الزوج بيمينه؛ لاتفاقهما على إباحة المنفعة، والأصل براءة الذمة عن ضمان الأجرة، وتصديق المالك بيمينه؛ لأن مقتضى الأصل في اليد الضمان فيحلف على نفي المجّانية ويثبت له الأقل من أجرة المثل والمدعى<sup>(٣)</sup>. والظاهر هو الثاني؛ لقاعدة احترام مال

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة ذيل المسألة ٣٦.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٩٣ - ١٩٤، إيضاح الفوائد ٢: ١٣٣ - ١٣٤.

المسلم وهي المنفعة التي استوفاهما، وهو المشهور<sup>(١)</sup>.

٢ - إذا تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المستأجرة أو غيرها كالديكان والخان والبستان، فإن كان منقولاً، كالأثاث والآلات فهو للمستأجر مع يمينه للظاهر والأصل، أما الظاهر هو جريان العادة بخلو الدار المستأجرة من الأقمشة؛ أما الأصل هو تأخر حدوثه. فلا كلام حينئذ.

وإن كان من غير المنقول، كالباب المثبت لإحدى القباب أو للسطح أو لبيت الخلاء، وكذا الميزاب والمسمار المثبت في الجدار والسلم المثبت ونحو ذلك، ففي كونه للمالك أو للمستأجر وجهان، بل قولان: الوجه الأول هو للمؤجر مع يمينه؛ لأن يده عليه<sup>(٢)</sup>؛ ولظاهر الحال.

الوجه الثاني هو للمستأجر مع يمينه؛ لأن للمستأجر يداً فعلية على الدار وجميع ما فيها، ومن الظاهر أن اليد الفعلية أقوى من اليد المالكية؛ ولأن الأصل تأخر حدوثه<sup>(٣)</sup>.

٣ - إذا تنازع الزوجان في متاع البيت مع بقاء الزوجية أو بعد زوالها، أو تنازع وراثتهما أو وارث أحدهما مع الآخر؛ سواء كان البيت لهما أو لأحدهما أو للغير، فإن كانت هناك بيّنة لأحدهما فلا إشكال، فيقضى له، وإلا ففي المسألة أقوال: الأول: أن ما يصلح للرجال للرجال، وما يصلح للنساء للنساء، وما يصلح لهما يقسم بينهما بعد التحالف أو النكول، وهو المحكي عن النهاية والخلاف، واختاره ابني إدريس وحمزة والمحقق<sup>(٤)</sup>، ولعله المشهور<sup>(٥)</sup> وفي السرائر<sup>(٦)</sup> والخلاف<sup>(٧)</sup>

(١) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٧٣ - ١٧٤ مسألة ٨ و ١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٣، إيضاح الفوائد ٤: ٣٨١، مفتاح الكرامة ١٠: ٢٣٦، كشف اللثام ٢: ٣٥٦.

(٣) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٦٤ مسألة ٢.

(٤) النهاية: ٣٥١، الخلاف: ٦: ٣٥٢، السرائر ٢: ١٩٤، الوسيلة: ٢٢٧، المختصر النافع: ٢٨٥.

الإجماع عليه، وتدل عليه رواية رُفاعة النخاس، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا طلق الرجل امرأته وفي بيتها متاع فادّعت أن المتاع لها، وادّعى الرجل أن المتاع له، كان له ما للرجال ولها ما للنساء، وما يكون للرجال والنساء قسّم بينهما<sup>(٨)</sup>. وغيرها من الروايات<sup>(٩)</sup>.

ولأن الظاهر أن من صلح له شيء فهو له، وأما ما يصلح لها فيدها عليه فيقسم بينهما؛ لعدم المرجح. قال السيّد اليزدي: وهو الأقوى<sup>(١٠)</sup>.

الثاني: أن الجميع للمرأة، إلا ما أقام الرجل عليه البيّنة، وهو المحكي عن الاستبصار<sup>(١١)</sup> والكافي<sup>(١٢)</sup> للكليني، وعن شرح المفاتيح مستنداً إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: المتاع متاع المرأة إلا أن يقيم الرجل البيّنة، قد علم من بين لا بيتها - يعني بين جبلي منى - إن المرأة تزف إلى بيت زوجها بمتاع - ونحن يومئذ بمنى -<sup>(١٣)</sup>

الثالث: أن ما يصلح للرجل له، وما يصلح لها أو للنساء لها، نسب إلى الصدوق في الفقيه<sup>(١٤)</sup>. ومستندة صحيحة عبد الرحمن المذكورة وغيرها. الرابع: الرجوع في ذلك إلى العرف العام أو الخاص في الاختصاص بأحدهما،

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب القضاء والشهادات: ٢٩٠ و ٢٩٥.

(٦) السرائر، ٢: ١٩٤.

(٧) الخلاف، ٦: ٣٥٤.

(٨) تهذيب الأحكام، ٦: ٢٩٤ ح ٨١٨، من لا يحضره الفقيه ٣: ٦٥ ح ٢١٥.

(٩) الاستبصار، ٣: ٦٧ ح ١٥١.

(١٠) العروة الوثقى - ملحقات - ٣: ١٤٣ مسألة ١٥.

(١١) الاستبصار، ٣: ٦٨ ذ ١٥٣.

(١٢) الكافي، ٧: ١٣١ ح ١.

(١٣) تهذيب الأحكام، ٦: ٢٩٧ ح ٨٢٩.

(١٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ٦٥ ح ٢١٦.

فإن وجد عمل به، وإن فقد أو اضطرب كان بينهما نصفين، كما عن المختلف وتبعه الشهيدان<sup>(١)</sup> وجماعة من المتأخرين؛ لأن عادة الشرع في باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة إلى ذلك، وبه يحصل الجمع بين الأخبار مع موافقة الأصول وهو الأقوى.

ويؤيده استشهاد الإمام عليه السلام بالعرف، حيث قال - في الحديث المتقدم - «قد علم من بين لابتها».

الخامس: أنها فيه سواء مطلقاً من غير فرق بين المختصات والمشاركات، فيحلف كل منهما حينئذ لصاحبه، كما في سائر الدعاوى، وقال به القواعد والإرشاد والإيضاح والتنقيح<sup>(٢)</sup>.

٤ - إذا دُعِيَ الخياط في دار غيره إلى الخياطة، فتنازعا في الإبرة والمقص في يده، ففي كون الحكم في ذلك للخياط، أو صاحب الدار وجهان: من قضاء العادة بأن الخياط يستصحب ذلك معه إذا دعي إلى الخياطة في غير منزله فهما له، كما قال به العلامة وفخر المحققين والفاضل الهندي والسيد العاملي<sup>(٣)</sup>. ومن أن الأصل عدم كونها له فهو لصاحب الدار.

٥ - قال الشيخ والعلامة: إذا تنازع رجلان جداراً متصلاً ببناء أحدهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد البناء، كما لو كان لأحدهما عقد أزج<sup>(٤)</sup>، أو بناء قبة، أو كان متصلاً ببناء ملكه في سمكة<sup>(٥)</sup> وحده وعلوه، وبناءه يخالف بناء جاره، قدم قوله مع

(١) مختلف الشيعة ٨: ٤٠٩، الروضة البهية ٣: ١٠٥-١٠٦، كفاية الأحكام: ٢٧٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٣، إرشاد الأذهان ٢: ١٥١، إيضاح الفوائد ٤: ٣٨٠-٣٨١، التنقيح الرائع ٤: ٢٧٧-٢٧٨.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٢٢٣، إيضاح الفوائد ٤: ٣٨١، كشف اللثام ٢: ٣٥٦، مفتاح الكرامة ١٠: ٢٣٦-٢٣٧.

(٤) الأزج: بيت بيني طولاً. لسان العرب ٢: ٢٠٨.

(٥) السمك: السقف، وقيل: هو من أعلى البيت إلى أسفله. لسان العرب ١٠: ٤٤٤.

- اليمين، وعلى خصمه البيّنة؛ لأنّ الظاهر أنّه له<sup>(١)</sup>. وإن كان الأصل عدم كونه له.
- ٦- إذا اختلفا في صحّة معاملة واقعة بينهما وفسادها، فادّعى أحدهما الفساد بدعوى عدم أهليّة أحدهما، كأن قال: بعثك وأنا صبيّ، أو وأنت صبيّ وأنكر الآخر، أو ادّعى عدم صلاحية أحد العوضين للعوضيّة، كما إذا قال بعثك خمرأ، أو بخمر، وقال الآخر: بل خلأ أو بخل، فالمشهور تقديم قول مدّعي الصحّة؛ لحمل فعل المسلم على الصحّة<sup>(٢)</sup>، واحتمل العلامة<sup>(٣)</sup> تقديم قول مخالف الصحّة؛ لأصالة البقاء، واستشكل السبزواري على القول المشهور<sup>(٤)</sup>.
- ٧- إذا تنازع البائع والمشتري في عيب المتاع بعد القبض، قال المشتري: هذا العيب كان عند البائع فلي ردّه، وأنكر البائع، وشاهد الحال الذي يفيد الظنّ لا القطع مع المشتري، ففي تقديم قول البائع أو المشتري وجهان، بل قولان:
- أحدهما: تقديم قول البائع مع اليمين، وبه قال الشهيدان<sup>(٥)</sup>، والمحقّق الثاني<sup>(٦)</sup> والمقدّس الأردبيلي<sup>(٧)</sup> وصاحب الجواهر<sup>(٨)</sup>.
- ثانيهما: تقديم قول المشتري مع اليمين، ويستفاد هذا القول من إطلاق كلام المحقّق<sup>(٩)</sup> والعلامة<sup>(١٠)</sup>.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٥-٢٩٦، مختلف الشيعة ٦: ١٨٧-١٨٨.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٤٥١-٤٥٢، جامع الشتات ٢: ٣٨٤، العروة الوثقى - ملحقات ٣: ١٧٩ مسألة ١٣.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٥٥.

(٤) كفاية الأحكام: ٩٧.

(٥) الدروس الشرعيّة في فقه الإماميّة ٣: ٢٨٨، حاشية الإرشاد المطبوع مع غاية المراد في شرح نكت الإرشاد ٢: ١١٠.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٣٥٥.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٣٧.

(٨) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٦.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٣٢.

٨ - لو قذف مجهول النسب وادّعى رقبه، وأنكر المَقذوف، فهل يحدّ؟ فيه قولان؛ لأنّ الأصل عدم لزوم الحدّ، والأغلب على الناس الحرّية، فكانت أظهر. ويمكن ردّه إلى تعارض الأصلين، بناءً على أنّ الأصل في الناس الحرّية، ويكون الظاهر عاضداً له. وقال بعضهم: هذا هو الأقوى، ولكن يعزّر القاذف مطلقاً<sup>(١١)</sup>.

٩ - لو أقرّ بما يوجب الرجم، ثمّ أنكر، سقط الرجم عنه للنص<sup>(١٢)</sup>. أمّا لو أقرّ بحدّ مما يوجب القتل، كالزنا بذات المحرم أو كرهاً، ففي سقوط القتل وعدمه قولان؛ من تشارك القتل والرجم في المقتضى وهو الإنكار؛ لما بني على التخفيف<sup>(١٣)</sup>، ومن عدم النصّ عليه وبطلان القياس بالرجم؛ للاستصحاب بقاء وجوب تنفيذ الحدّ بعد الإقرار عند الشكّ في زواله، وهو الأقوى<sup>(١٤)</sup>.

١٠ - وفي قبول دعوى الصبيّ الحربيّ الذي ظاهره البلوغ بالنبات؛ الاستنبات بالعلاج، ولم يكن عن بلوغ ليلحق بالذراري في عدم القتل وجهان؛ لأنّ النبات ظاهر في البلوغ اعتبره الشارع أمانة عليه، فهو مقدّم على الأصل فيه، فهو مدعٍ لمخالفة قوله له؛ ولأنّ الأصل عدم الإنبات، وأنّ النبات الذي هو أمانة على البلوغ إنّما هو النبات بنفسه لا مطلقاً، وحيث احتمل كونه غيره أوجب دعواه الشبهة الدارئة للقتل، فيقدّم الأصل<sup>(١٥)</sup>.

١١ - لو أتت بولد أقلّ من ستّة أشهر أو لسنة، ففي إلحاقه وجهان؛ لأصالة

(١٠) قواعد الأحكام ١: ١٤٧، إرشاد الأذهان ١: ٣٧٧.

(١١) تمهيد القواعد: ٣١٦، القواعد والفوائد ١: ١٣٨.

(١٢) وسائل الشريعة ١٨: ٣١٩ - ٣٢٠ باب ١٢ من أبواب مقدّمات الحدود ح ١ و ٢.

(١٣) الوسيلة: ٤١٠، رياض المسائل ١٠: ٢٧، جواهر الكلام ٤١: ٢٩٢، تفصيل الشريعة، كتاب الحدود: ١٠٨.

(١٤) الروضة البهية ٩: ١٣٨ - ١٣٩.

(١٥) بلغة الفقيه ٣: ٣٨١.

عدم الزنا والوطء بالشبهة، كما قال به الشهيد<sup>(١)</sup>، ولظاهر الحال.

## هـ - أبواب متفرقة

١ - لو وجد الجلد في يد مستحل الميتة بالدبغ، ففيه صور ثلاث:

الأولى: أن يخبر بأنه ميتة فيجتنب؛ لاعتضاده بالأصل من عدم الزكاة.

الثانية: أن يخبر بأنه مذكى، فالأقرب القبول؛ لأنه الأغلب، ولكونه ذا يد

عليه، فيقبل قوله فيه، كما يقبل في تطهير الثوب النجس.

الثالثة: أن يسكت، ففي الحمل على الأغلب من التذكية، أو على الأصل من

عدمها وجهان: فالأصل يقتضي عدم تذكيته، والظاهر يقتضيها، والمشهور

الأول<sup>(٢)</sup> وقال بعض الأعلام: والأصح الثاني<sup>(٣)</sup>.

٢ - ما لو ادعى اللقطة مدّع، وعرفها بأوصاف تخفى على غير مالكيها غالباً،

وغلب على ظن اللاقط أنه صادق، فالظاهر يقتضيه. والأصل يقتضي عدمه، وفي

تقديم أيهما قولان، أشهرهما جواز دفعها إليه حينئذٍ وإن لم يجب<sup>(٤)</sup>، ومنعه

ابن إدريس؛ للأصل<sup>(٥)</sup>.

٣ - لو أقرّ لحمل، فولد لأقصى الحمل فما دون إلى ستة أشهر، وكانت المرأة

خالية من زوج أو مولى، فإنّ الظاهر وجوده حال الإقرار، والأصل يقتضي

عدمه. وقد اختلف الأصحاب وغيرهم في تقديم أيهما على الآخر، والمشهور تقديم

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٧٣.

(٢) ذكرى الشيعة ٣: ٢٩، تمهيد القواعد: ٣١١.

(٣) الحقائق الناضرة ٧: ٥٣.

(٤) تمهيد القواعد: ٣١٤.

(٥) السرائر ٢: ١١١.

## الظاهر.

٤- لو قال المقر: له عليّ شيء أو حق، وفسّرهما برّد السلام، والعيادة، وتسميت العاطس، فإنّ الأصل يقتضي براءة ذمّته من غير ذلك، والظاهر يشهد بخلافه؛ لأنّ مثل ذلك لا يعدّ حقّاً وشيئاً في معرض الإقرار، والعرف يأباه.

وقد اختلف في تقديم أيّهما، وقال بعضهم<sup>(١)</sup>: يقدّم الثاني؛ لما ذكر؛ ولأنّ المتبادر منه الحقّ الذي يثبت في الذمّة بقريضة «عليّ» وهذه الأشياء لا تثبت في الذمّة.

وما روي عن رسول الله ﷺ «للمسلم على أخيه ثلاثون حقّاً... يسمّت عطسته... ويردّ سلامه»<sup>(٢)</sup> مع تسليم سنده، لا يقتضي استقراره في الذمّة.

وفرق بعضهم: بين الشيء والحقّ، فقبل تفسيره بهذه الأمور في الثاني دون الأوّل؛ نظراً إلى ظاهر الخبر. *مركزية كبرى في أصول الفقه*

٥- لو أقرّ المحتمل للبلوغ أو باع أو نكح أو طلق، ثمّ ادّعى الصبيّ قيل: لا يمين عليه، ولو كان التداعي بعد البلوغ، ففي تقديم قوله عملاً بالأصل، أو قول الآخر عملاً بالظاهر من الصحة وجهان<sup>(٣)</sup>.

٦- إذا شكّ في عدالة شخص، وكانت حالته السابقة الفسق، ولكنّ حسن ظاهره، ففي قبول شهادته وجواز الاقتداء به وجهان: من استصحاب فسقه فلا تقبل شهادته. ومن ظاهر الحال في أنّ حسن الظاهر يوجب الظنّ وطريق للعدالة، فإنّ الظنّ بالعدالة كافٍ في الحكم بكون الشخص عادلاً، كما قال به عدّة

(١) تمهيد القواعد: ٣١٣-٣١٤.

(٢) وسائل الشريعة ٨: ٥٥٠ باب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة ح ٢٤.

(٣) الدروس الشرعية ٣: ١٢٧ درس ٢٢٢.

من الأعلام<sup>(١)</sup>.

٧ - متى خلا الرجل بامرأته خلوة تامة، ثم اختلفا في الدخول، فادّعت الواقعة، فأنكره، ففي تقديم قول أحدهما وجهان: فقال قوم<sup>(٢)</sup>: القول قول الرجل، عملاً بالأصل؛ لأن الأصل العدم حتى يثبت خلافه، ونسب الشهيد الثاني هذا القول إلى الأشهر<sup>(٣)</sup>.

وقال بعض آخر<sup>(٤)</sup>: إن القول قولها؛ عملاً بالظاهر من حال الصحيح في خلوته بالحلال مع عدم الموانع وحصول الذواعي، وتؤيده الأخبار<sup>(٥)</sup>: بأن إرخاء الستر يوجب المهر.

وبالجملة: فرجع الكلام هنا إلى تعارض الأصل والظاهر، فمن عمل بظاهر الأخبار فقد رجّح البناء على الظاهر، ويكون الحكم هنا عنده تقديم قول المرأة يمينها، وأما مع عدم العمل بها فالظاهر هو ترجيح الأصل، وبه صرح في المسالك، فقال: لكن الأقوى تقديم الأصل؛ لأن وجود القدرة والداعي وانتفاء الصارف مظنون لا معلوم، ومعها لا بدّ لفعل القادر من ترجيح، والأصل عدمه<sup>(٦)</sup>.

(١) جامع الشتات ٢: ٣٨٤، رسائل فقهية للشيخ الأنصاري: ٤١.

(٢) المبسوط ٤: ٣١٨، مختلف الشيعية ٧: ١٥٥-١٥٧، الجامع للشرائع: ٤٣٩، شرائع الإسلام ٢: ٣٣٣، المختصر النافع: ٢١٦، كشف الرموز ٢: ١٨٧-١٨٨، الروضة البهية ٥: ٣٧٨، رياض المسائل ٧: ١٦٣-١٦٤، الحقائق الناضرة ٢٤: ٥٨٤، جواهر الكلام ٣١: ١٤١، نهاية المرام ١: ٤٠٩-٤١٠، العروة الوثقى - ملحقات ٣: ١٩٣، فقه القضاء: ٥٦٥، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤٦-٤٤٧.

(٣) تمهيد القواعد: ٣١٣، الروضة البهية ٥: ٣٧٨.

(٤) النهاية: ٤٧١، المهذب ٢: ٢٠٤، اللمعة الدمشقية: ١١٧، كشف اللثام ٢: ٨٦، كتاب القضاء للمحقق الرشتني ١: ٣٢٤، والمحكي عن ابن أبي عمير في الكافي ٦: ١١١ ذيل حديث ٧، كفاية الأحكام: ١٨١.

(٥) الكافي ٦: ١١١ ح ٨، ٧.

(٦) مسالك الألفهام ٨: ٣٠٣.

٨- لو حاسب وكيل المحاكم أمناء المعزول، فأدعى واحد منهم أنه أخذ شيئاً أجره قدرها له المعزول، لم يقبل وإن صدّقه المعزول، لكن هل يقبل قوله في قدر أجره المثل؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه مدّع، والأصل عدم استحقاقه.

والثاني: نعم؛ لأنّ الظاهر أنّه لا يعمل مجتأناً، وقد فأت منافع، فلا بدّ من عوض<sup>(١)</sup>.

### القول الخامس: التوقف في المسألة

ومن الأقوال في المسألة التوقف، ويستفاد ذلك من كلمات بعض الأعلام، كالشهيدين في بعض كلماتهم وفخر المحققين والعلامة والفاضل الهندي.

قال الشهيد في القواعد: قد يعارض الأصل الظاهر، ففي ترجيح أحدهما وجهان<sup>(٢)</sup>. ثم ذكر صوراً وفي بعضها قدّم الظاهر، وفي بعض آخر قدّم الأصل.

قال في الدروس: ولو أقرّ المحتمل للبلوغ، أو باع، أو نكح، أو طلق، ثم ادّعى الصبي، قيل: ولا يمين عليه، ولو كان التداعي بعد البلوغ، ففي تقديم قوله عملاً بالأصل، أو قول الآخر عملاً بالظاهر من الصنعة وجهان<sup>(٣)</sup>.

قال فخر المحققين: ومع تعارض الظاهر والأصل، قيل: يرجّح الظاهر، وقيل: الأصل<sup>(٤)</sup>.

قال الشهيد الثاني: إذا تعارض الأصل والظاهر، فإن كان الظاهر حجة يجب

(١) تمهيد القواعد: ٣١٥-٣١٦.

(٢) القواعد والقوائد ١: ١٣٧-١٤٠.

(٣) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ١٢٧ درس ٢٢٢.

(٤) إيضاح القوائد ١: ٤٣.

قبولها شرعاً، كالشهادة والرواية والأخبار فهو مقدّم على الأصل بغير إشكال، وإن لم يكن كذلك، بل كان مستنده العرف، أو العادة الغالبة، أو القرائن، أو غلبة الظن ونحو ذلك، فتارةً يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر وهو الأغلب، وتارةً يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى هذا الأصل، وتارةً يخرج في المسألة خلاف<sup>(١)</sup>.

قال العلامة والفاضل الهندي: ولو قالت: أسلمنا معاً فالتكاح باق، وقال: بل أسلمت قبلي، أو أسلمت قبلك إذا انقضت العدة على كفرك، أو لم تكن مدخولاً بها قدم قوله؛ لندرة التقارن في الإسلام على إشكال من تعارض الأصل والظاهر<sup>(٢)</sup>. فإن الأصل بقاء النكاح وعدم تجدد المفسد، والظاهر عدم التقارن؛ لأن اتفاق ذلك عزيز نادر، فيقدم قول نافية.



مركز تحقيقات كليات علوم دينية

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٠-٣٠١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤، كشف اللثام ٧: ٢٥٨.

## رأي الجمهور في تعارض الأصل والظاهر

اختلفت العامة أيضاً في تقديم الظاهر على الأصل أو العكس، فيقدمون الظاهر على الأصل في بعض الموارد، وبالعكس في موارد أخرى، وقالوا في الضابط: إن الضابط أنه إن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعاً، كالشهادة والرواية والإخبار واليد، فهو مقدم على الأصل قطعاً، وإن لم يكن كذلك، بل كان سببه العرف، أو القرائن، أو غلبة الظن فهذه يتفاوت أمرها:

فتارة: يعمل بالأصل، وأخرى: يعمل بالظاهر، وثالثة: تردّد في الراجح في مسائل القولين (١).

قال ابن رجب الحنبلي (م ٧٩٥ ق) إذا تعارض الأصل والظاهر فإن كان الظاهر حجة يجب قبولها كالشهادة والرواية والأخبار، فهو مقدم على الأصل بغير خلاف، وإن لم يكن كذلك، بل كان مستنده العرف، أو العادة الغالبة، أو القرائن، أو غلبة الظن ونحو ذلك، فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل

(١) المنشور في الفوائد للزركشي ١: ٣١٥.

بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل، وتارة يخرج في المسألة خلاف<sup>(١)</sup>.

قال الزركشي في تعارض الأصل والظاهر: فيه قولان، فلجريان القولين شروط:

أحدها: أن لا تطرد العادة بمخالفة الأصل، فإن أطردت عادة بذلك، كاستعمال السرجين (خ. ل. السرقيين) في أواني الفخار قدّمت على الأصل قطعاً، فيحكم بالنجاسة، قاله الماوردي، ومثله الهارب في الحمام لا طراد العادة بالبول فيه.

ثانيها: أن تكثر أسباب الظاهر، فإن ندرت لم ينظر إليه قطعاً، ولهذا اتفق الأصحاب على أنه إذا تيقن الطهارة، وغلب على ظنه الحدث كان له الأخذ بالوضوء ولم يجروا فيه القولين<sup>(٢)</sup>.

ثالثها: أن لا يكون مع أحدهما ما يعتضد به، فإن كان، فالعمل بالترجيح متعين.

فالصواب في الضابط: أنه عند تعارضهما يجب النظر في الترجيح، كما في تعارض الدليلين، فإذا اجتمع في جانب أصلان، أو أصل وظاهر، وفي جانب آخر أصل، أو ظاهر فقط، لا تعارض؛ لأن شرطه التساوي، ولا تساوي، ولكن يعمل بالراجح، فإن تردّد في الراجح فهي مسائل القولين<sup>(٣)</sup>.

## أ - موارد تقديم الظاهر على الأصل عند العمامة

١ - البيّنة: اتفق الناس على تقديم الغالب، وإلغاء الأصل في البيّنة إذا شهدت، فإن الغالب صدقها، والأصل براءة ذمّة المشهود عليه، وألغى الأصل هنا إجماعاً.

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٢٧ القاعدة ١٥٩.

(٢) المثلث في القواعد ١: ٣١٢-٢١٤.

(٣) المصدر ١: ٣١٢-٣١٣.

٢ - اليد في الدعوى، فإن الأصل عدم الملك، والظاهر من اليد الملك، وهو ثابت بالإجماع<sup>(١)</sup>.

٣ - إخبار الثقة بدخول الوقت<sup>(٢)</sup>.

٤ - إخبار الثقة بنجاسة الماء، إذا كان فقيهاً موافقاً يقدّم على أصل طهارة الماء قطعاً، وكذا إن لم يكن فقيهاً موافقاً، ولكن عين تلك النجاسة.

٥ - قبول قول المرأة في حيضها، وانقضاء عدتها بالإقرار ولو في مدة أقل ما يمكن<sup>(٣)</sup>.

٦ - إذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها، فإنه لا يلتفت إلى الشك وإن كان الأصل عدم الإتيان به وعدم براءة الذمة، لكن الظاهر من أفعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال، فيرجّح هذا الظاهر على الأصل، ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره، ومثله ما لو قرأ الفاتحة، ثم شك بعد الفراغ منها في حرف أو كلمة فلا أثر له<sup>(٤)</sup>.

٧ - وقال بعض آخر: إذا باع البائع شيئاً وسكت المتعاقدان عن بيان حمل البضاعة المبعة إلى المشتري، فهنا تعارض الأصل والظاهر؛ فإن الأصل أن تكون حمولة المبيع على المشتري، والعرف اعتبر حمولته على البائع، فإن الفقهاء يقدّمون العرف على الأصل<sup>(٥)</sup>.

(١) الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق ٤: ١٦٥، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٦-٤٧.

(٢) الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٦٨، القاعدة ١٥٩ لابن رجب الحنبلي، الموسوعة الفقهية ١٢: ١٩٤.

(٣) المشور في القواعد ١: ٣١٥، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ٣٦٩، القاعدة ١٥٩، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٨-٤٩، الموسوعة الفقهية ١٢: ١٩٤-١٩٥.

(٥) المدخل الفقهي العام ٢: ٨٦٥-٨٦٦.

٨ - سكوت الفتيات الأكار عن استئذان وليها لها في تزويجها من رجل معين بغير معين إذناً، وعدمه وجهان: الأصل عدم الإذن. والظاهر والعرف والعادة، إذناً، والظاهر مقدّم على الأصل، وأن النبي ﷺ قال: إذنها صماتها<sup>(١)</sup>. وفي رواية أخرى: رضاها صمّتها<sup>(٢)</sup>.

٩ - لو رُؤي شخص خارجاً من دار وهو مرتبك وفي يده سكين ملوث بالدم، ووجد في الدار شخص ذبيح يضطرب، فإن الأصل عدم كون الخارج قاتلاً، والقرينة القطعية كافية لكون الخارج هو القاتل<sup>(٣)</sup>.

١٠ - إذا اختلف الزوجان في بعض أمتعة البيت أنها ملك الرجل أو المرأة، ولا بيّنة لأحدهما، يترجّح قول الرجل بيمينه فيما يستعمله الرجال عادة، كالسيف وثياب الرجال، فيحكم له به مبدئياً، ويترجّح كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء، كثيابهنّ وأدواتهنّ، وذلك بقرينة عادة الاستعمال وعرفه وإن كان من المحتمل أن يملك كلّ منهما ما هو في العادة من حوائج الآخر. وهذا حكم القضاء مع اليمين حتّى تقوم بيّنة على إثبات خلافه<sup>(٤)</sup>.

١١ - لو صلى، ثم رأى عليه نجاسة، وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها؟ وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة؛ لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة، وبقاؤها في الذمة حتّى يتيقن صحتها<sup>(٥)</sup>.

(١) المدخل الفقهي العام: ٨٩٢، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٢، السنن الكبرى ١٠: ٣١٠ ح ١٣٩٥٨.

(٢) صحيح البخاري ٦: ١٦٤ ح ٥١٣٧.

(٣) درر المحكمات شرح مجلة الأحكام ١٢-١٦: ٤٣٢ ذيل مادة ١٧٤١، المدخل الفقهي العام ٢: ٩١٩.

(٤) المدخل الفقهي العام ٢: ٩٢٠-٩٢١.

(٥) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٦٩ قاعدة ١٥٩.

١٢ - إذا اختلف المتبايعان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد، كما إذا ادّعى البائع أنه كان صبيّاً، أو غير ذلك، وأنكر المشتري، فالقول قول المشتري ومدّعي الصحة؛ لأنّ الظاهر وقوع العقد على وجه الصحة دون الفساد وإن كان الأصل عدم البلوغ والإذن<sup>(١)</sup>.

١٣ - إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة؛ فإنّه تصحّ صلاته، ولا يشترط أن يتيقّن دخوله في ظاهر المذهب (الحنبلي) وإن كان الأصل عدم دخول الوقت. وهكذا الفطر في الصيام يجوز بغلبة ظنّ غروب الشمس في ظاهر المذهب (الحنبلي)؛ لأنّ الوقت عليه أمارات تعرف بها، فاكتفى فيها بالظنّ الغالب وإن كان الأصل عدم غروبه.

١٤ - أنّ المستحاضة المعتادة ترجع إلى عاداتها، وإن لم تكن لها عادة فإلى تمييزها، وإن لم يكن لها عادة وتميّز رجعت إلى غالب عادات النساء، وهي ستّ أو سبع على الصحيح؛ لأنّ الظاهر مساواتها هنّ وإن كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذٍ.

١٥ - لو وجد في دار الكفر ميّت مجهول الدين، فإن لم يكن عليه علامة الإسلام لا يصلّي عليه ولا يدفن، وإن كان عليه علامات الإسلام صلّي عليه؛ ترجيحاً للظاهر على الأصل هاهنا، إذ الأصل في دار الكفر، الكفر.

١٦ - إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين وادّعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله؛ لأنّ الظاهر يكذبه وإن كان الأصل عدم علمه بذلك<sup>(٢)</sup>.

١٧ - ومن تقديم الظاهر على الأصل قبول قول الأمانة ونحوهم ممّن يقبل قوله

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٠ قاعدة ١٥٩، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٨-٤٩.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٠-٣٧٤ قاعدة ١٥٩.

في تلف المال، أو ثمن عليه من مال، أو غيره، إذ لا معنى للأمانة إلا انتفاء الضمان، ومن لوازمه قبول قوله في التلف<sup>(١)</sup>.

١٨ - إذا أطردت عادة استعمال السرجين (خ ل السرقيين) في أواني الفخار، قدّم هذا الظاهر على الأصل، فيحكم بنجاسته، ومثله الهارب في الحميم لا طراد العادة بالبول فيه<sup>(٢)</sup>.

١٩ - القسم، يقبل في الدعوى قول الطالب والمدعي؛ لترجيحه باللوث<sup>(٣)</sup>.

٢٠ - إذا جومعت المرأة غير نائمة ولا منكزهة وهي بالغ، فقضت شهوتها، ثم اغتسلت، ثم خرج منها مني الرجل، فالظاهر خروج منيها معه، والأصل عدم ذلك. والأصح أنه يجب غسلها؛ ترجيحاً لإعمال الظاهر<sup>(٤)</sup>.

### ب - موارد تقديم الأصل على الظاهر عند العامة

مسائل يعمل فيها بالأصل بلا خلاف:

منها: لو ظنّ حدثاً، أو طلاقاً، أو عتقاً، أو صلى ثلاثاً أو أربعاً، فإنه يعمل فيها بالأصل بلا خلاف، وهو البناء على الطهارة وعدم الطلاق والعتق والركعة الرابعة. وضابطه أن يعارض الأصل احتمال مجرد<sup>(٥)</sup>.

قال البعض: إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء، أو ثوب، أو أرض، أو بدن، وشكّ في زوالها، فإنه يبنى على الأصل إلى أن تيقن زواله، ولا يكتفي في ذلك بغلبة

(١) المصدر: ٣٦٨ قاعدة ١٥٩ وص ٦٢ قاعدة ٤٤.

(٢) المتنور في القواعد ١: ٣١٢.

(٣) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ٤: ١٦٥ للقرافي.

(٤) كتاب القواعد للحصني ١: ٢٨٧.

(٥) الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٦-٤٧، المتنور في القواعد ١: ٣١٣ و٣٢٢.

الظن ولا غيره، وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها؛ فإنه يبنى على الأصل، وكذلك في النكاح والطلاق وغيرها.

إذا شك في طلوع الفجر في رمضان؛ فإنه يباح له الأكل حتى تيقن طلوعه، نص عليه أحمد، ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً إلى أخبار ثقة بالطلوع<sup>(١)</sup>.

لو توضأ من بئر فيها دون قلتين، ثم صلى، ثم جاء فوجد في البئر فأرة، فإنه لا يعيد الصلاة؛ لاحتمال وقوعها بعد الوضوء<sup>(٢)</sup>.

ومنها: المتبايعان تمضي عليهما مدة يغلب على الظن عدم تلازمهما، ثم ادعى أحدهما التفريق، وأنكره الآخر، فالمصدق المنكر؛ استصحاباً للأصل في تلازمهما. ومنها: إذا ادعت الرجعية امتداد الظهر مدة طويلة، وعدم انقضاء العدة فتصدق؛ لأن الأصل بقاء العدة وتجب نفقتها، وربما كان ذلك على خلاف الظاهر<sup>(٣)</sup>.

ومنها: لو صلى ورأى بعد الصلاة في ثوبه نجاسة، احتمل وقوعها بعد سلامه من الصلاة لم يعد، ولو وجد في ثوبه منياً، ولم يدر متى حصل له، قالوا: يعيد الصلاة من آخر نومة نامها في ذلك الثوب.

ومنها: لو شك في صلاة يوم من الأيام الماضية، هل صلاها أم لا؟ وكانت عادته مواظبة الصلاة إن كان مع بُعد الزمان لم يعد؛ لأن الإنسان لا يقدر على ضبط ما وقع منه في الماضي، وإن كان مع قرب الزمان، كمن شك في آخر الأسبوع في

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٦٩ قاعدة ١٥٩.

(٢) المثلث في القواعد ١: ٣٢٥.

(٣) المصدر ١: ٣٢٥-٣٢٦.

صلاة يوم من أوله وجبت الإعادة<sup>(١)</sup>:

ومنها: أجمعت الأمة على اعتبار الأصل، وإلغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه، فالقول قول المدعى عليه وإن كان فاجراً شقيماً، وكان الطالب أصح الناس وأتقاهم الله تعالى، ومن الغالب عليه أن لا يدعى إلا ما له، فهذا الغالب ملغى إجماعاً<sup>(٢)</sup>.

ما يصنعه المسلمون الذين لا يصلون، ولا يستنجون بالماء ولا يتحرزون من النجاسات من الأطعمة الغالب نجاستها، والنادر سلامتها، فالغنى الشارع حكم الغالب، وجوز أكلها توسعة ورحمة على العباد.

ما ينسجه المسلمون المتقدم ذكرهم الغالب عليه النجاسة، وقد أثبت الشرع حكم النادر، وألغى حكم الغالب، وجوز الصلاة فيه لطفاً بالعباد<sup>(٣)</sup>. فذكروا موارد كثيرة، ويكون ذلك غالباً عند تقادم الظاهر والأصل وتساويهما.

منها: المقبرة القديمة المشكوك في نبشها في تحريم الصلاة فيها قولان: أحدهما: التحريم؛ لأن الغالب على القبور النبش، والثاني: يجوز؛ لأن الأصل الطهارة. ومنها: في الصلاة في ثياب من يغلب عليه النجاسة بمخامرة النجاسة من المسلمين والمشركون، قولان: أحدهما: لا يجوز؛ لغلبة النجاسة عليها. والثاني: يجوز؛ لأن الأصل الطهارة.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في النفقة، مع اجتماعهما وتلازمهما ومشاهدة ما ينقله الزوج إلى مسكنهما من الأطعمة والأشربة، فالشافعي يجعل القول قول

(١) المصدر ١: ٣٢٦.

(٢) الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ٤: ١٦٥ و ٢٤٤.

(٣) المصدر ٤: ٢٤٢-٢٤٣.

المرأة؛ لأن الأصل عدم قبضها، كسائر الديون، ومالك يجعل القول قول الزوج؛ لأنه الغالب في العادة، وقوله ظاهر.

ومنها: ما إذا ادعى الجاني شلل عضو المجني عليه، وادعى المجني عليه سلامته فقولان: أحدهما: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته. والثاني: القول قول المجني عليه؛ لأن الظاهر الغالب من أعضاء الناس السلامة.

وكذلك إذا اختلف الجاني والمجني عليه في وجود عضو من أعضاء المجني عليه، فإن الظاهر وجوده للغلبة، والأصل براءة ذمة الجاني في ذمة ذلك العضو المختلف فيه، ومن قصاصه.

ومنها: طين الشوارع في البلدان في نجاسته قولان: أحدهما: أنه نجس؛ لغلبة النجاسة عليه، والثاني: أنه طاهر؛ لأن الأصل طهارته، نص عليه أحمد في مواضع، ترجيحاً للأصل وهو الطهارة في الأعيان كلها، وفي رواية له ثانية: أنه نجس ترجيحاً للظاهر<sup>(١)</sup>.

ومنها: الشيء والنعال الذي لا يتيقن نجاسته، ولكن الغالب في مثله النجاسة يستصحب طهارته أم يؤخذ بنجاسته، قولان: أحدهما: يستصحب طهارته تمسكاً بالأصل المتيقن إلى أن يزول ييقين بعده، كما في الأحداث. ثانيهما: يؤخذ [بنجاسته] عملاً بالظن المستفاد من الغلبة بخلاف الأحداث، فإن عروضها أكثر، مخفف الأمر فيها بطرح الظن، كالشك.

ويشهد هذان القولان لقولي تعارض الأصل والظاهر، وللمسألة نظائر كثيرة.

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٤: ٤٦١، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب: ٣٦٩-٣٧٣ قاعدة ١٥٩، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ٤: ٢٤١، الموسوعة الفقهية ١٢: ١٩٤-١٩٥.

منها: ثياب مدمني الخمر وأوانيهم وثياب القصّابين والصبيان الذين لا احتراز لهم عن النجاسات...<sup>(١)</sup>.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق، فقالت الزوجة لم أقبض، وقال الزوج قد قبضت، فقال الجمهور: القول قول المرأة، الشافعي<sup>(٢)</sup> والثوري وأحمد وأبو ثور. وقال مالك وابن عابدين: القول قولها قبل الدخول، والقول قوله بعد الدخول، وقال بعض أصحابه: إنما قال ذلك مالك؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً، والقول بأن القول قولها أبداً أحسن؛ لأنها مدّعى عليها<sup>(٣)</sup>.

ومنها: إذا تنحّج الإمام وظهر منه حرقان، فهل يلزم المأموم المفارقة إعمالاً للظاهر الغالب المقتضي لبطلان الصلاة؛ أو لأن الأصل بقاء صلاته، ولعله معذور في التنحّج فلا يزال الأصل، إلا بيقين؟ قولان: أصحّها الثاني.

ومنها: لو امتشط المحرم فانتسلت من لحيته شعرات ففيه وجهان: أصحّها عدم الفدية لأنّ النتف لم يتحقّق، والأصل براءة الذمّة. والثاني يجب؛ لأنّ المشط سبب ظاهر فيضاف إليه، كإضافة الإجهاض إلى الضرب<sup>(٤)</sup>.

ومنها: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر، فقال الزوج: ألف، وقالت المرأة: ألفان، ومهر المثل ألفان، ففي قول أبي حنيفة ومحمد يحكم مهر مثلها؛ لأنّ الظاهر موافق لقولها. وفي قول أبو يوسف وابن أبي ليلى القول قول الزوج؛ لأنّه منكّر

(١) العزيز في شرح الوجيز ١: ٧٤، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧-٤٨، الفروق أو أنوار البروق في أنواره الفروق ٤: ٢٤١-٢٤٢.

(٢) الأم ٥: ٧٧-٧٨.

(٣) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ٢: ١٢٤، المدخل الفقهي العام ٢: ٩١٤-٩١٥، بداية المجتهد ٢: ٣١.

(٤) الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧، المتثور في القواعد ١: ٣١٧.

وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرّر به<sup>(١)</sup>.  
ومنها: في كراهة استعمال ثياب الكفار وأوانيهم للصلاة بدون الغسل وجهان:  
قيل: الإباحة ترجيحاً للأصل؛ وهو الطهارة، والثانية: الكراهية؛ لخشية إصابة  
النجاسة لها إذ هو الظاهر<sup>(٢)</sup>.  
ومنها: إذا شك المصلي المنفرد في عدد الركعات، وفيه وجهان: أحدهما: أنه  
يبنى على الأقل وهو المتيقن؛ لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها، وثانيهما:  
يبنى على غالب ظنه للحديث الوارد في ذلك<sup>(٣)</sup>.  
ومنها: إذا شك في عدد الطواف، وفيه روايتان: إحداها يرجع إلى الأصل  
وهو المتيقن؛ وثانيهما: يرجع إلى غالب ظنه، كالصلاة<sup>(٤)</sup>.  
ومنها: إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج أسلمنا معاً، فنحن على  
نكاحنا. وقالت الزوجة: بل على التعاقب فلا نكاح، فوجهان: أحدهما: القول  
قول الزوج؛ لأن الأصل معه؛ والثاني: القول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها، إذ  
وقوع الإسلام معاً في آن واحد نادر، والظاهر خلافه<sup>(٥)</sup>.  
ومنها: لو وجد في دار الإسلام ميت مجهول الدين، فإن لم يكن عليه علامة  
الإسلام ولا الكفر، أو تعارض فيه علامة الإسلام والكفر صلى عليه، نص عليه،  
فإن كان عليه الكفر خاصة فقولان: أحدهما: يصلى عليه، إذ الأصل في دار

(١) المبسوط للسرخسي ٥: ٦٦، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢: ١٣١، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٤ قاعدة ١٥٩.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب: ٣٧٣ قاعدة ١٥٩.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٣٢٤، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٣ قاعدة ١٥٩، المشور في القواعد ١: ٣١٣.

(٤ و ٥) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٤ قاعدة ١٥٩، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧.

الإسلام الإسلام. وثانيهما: أنه لا يصلى عليه ويدفن، فهذا قول أحمد؛ لأن الظاهر في هذا الكفر<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء، وشك هل ولغ فيه أم لا؟ وكان فيه رطباً، ففي نجاسة الماء وطهارته وجهان: أحدهما: نجس؛ لأن الظاهر ولو غد. والثاني: طاهر؛ لأصالة الطهارة<sup>(٢)</sup>.

ومنها: إذا دخل بيت الخلاء وجلس للاستراحة، وشك هل خرج منه شيء أو لا؟ قال محمد بن شيان: كان محدثاً عملاً بالغالب، وقال غيره: مطهر إذا كان حاله السابقة الطهارة، للأصل.

ومنها: قال محمد: من تيقن الحدث وجلس للوضوء ومعه ماء، ثم شك هل توضأ أم لا؟ كان متوضئاً عملاً بالغالب، وقال غيره: إنه محدث؛ للأصل<sup>(٣)</sup>.

ومنها: لو ادّعت الزوجة التسمية في الصداق، وكانت العادة النوعية التسمية، فأنكر الزوج أصل التسمية، ففيه يتعارض الأصل والظاهر؛ لأن الأصل عدم التسمية، والظاهر والعادة التسمية.

قال البعض: لو ادّعت الزوجة التسمية في الصداق فأنكر الزوج، فالقول قوله، إلا أن تكون العادة خلاف قوله<sup>(٤)</sup>.

ومنها: إذا فتح الصبي باباً، وأخبر بإذن أهل الدار في الدخول، أو أوصل هديّة وأخبر عن إهداء مهديها، وضعت إلى ذلك قرائن تحصل العلم بذلك، جاز الدخول وقبول الهدية، وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا بمجرد قوله، وإن لم ينضم

(١) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٤.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٢، قاعدة ١٥٩، الأشياء والنظائر في الفروع: ٤٧، المشهور في

القواعد ١: ٣٢٤.

(٤) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ٢: ١٢٤.

نظر، إن كان غير مأمون القول لم يجز اعتماد قوله بلا خلاف، وإلا فطريقان، أصبحها: جواز الاعتماد؛ لحصول الظن بصدقه في العادة، ولانطباق المسلمين على فعل ذلك في جميع الأعصار من غير إنكار<sup>(١)</sup>. والثاني: عدم جواز الاعتماد؛ للأصل. ومنها: لو جرت خلوة بين الزوجين، وادّعت الإصابة وأنكر الزوج، ففي تقديم قول الزوج أو الزوجة قولان: أحدهما: تقديم قول الزوج؛ لأن الأصل عدمها، ثانيها: تصديق مدّعيها؛ لأن الظاهر من الخلوة الإصابة غالباً<sup>(٢)</sup>.

ومنها: إذا اختلف الزوجان قبل الدخول في قبض معجل الصداق، فإن استقرت العادة صير إليها، وإن لم يكن فالقول قولها<sup>(٣)</sup>.

ومنها: إذا جومعت، فقضت شهوتها، ثم اغتسلت، ثم خرج منها مني الرجل، ففي وجوب الغسل وعدمه وجهان، فالأصح وجوب إعادة الغسل؛ لأن الظاهر خروج منيها معه، والثاني: لا؛ لأن الأصل عدم خروجه.

ومنها: قال المالك: أجرتك الدابة، وقال الراكب: بل أعرتني، في قول يصدق الراكب؛ لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة، والأصح تصديق المالك إذا مضت مدة لمثلها أجرة، والدابة باقية؛ لأن الظاهر يقتضي الاعتماد على قوله في الإذن، فكذلك صفته<sup>(٤)</sup>.

ومنها: رأى حيواناً يبول في ماء، ثم جاء فوجده متغيراً، لكنه بعد التغير احتمل أن يكون بالمكث وإن يكون بذلك البول، ففي نجاسته وجهان: الوجه الأول: إحالته على البول المتيقن، وهو الأصح، والثاني: إحالته على حلول المكث.

(١) المجموع شرح المهدب ٩: ١٤٩.

(٢) الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧، المغني ٨: ٦١-٦٢.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٢: ١٢٤.

(٤) الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٩، كتاب القواعد للحصني ١: ٢٨٧.

ومنها: لو وكل بتزويج ابنته، ثم مات الموكل ولم يعلم هل مات قبل العقد، أو بعده؟ فيه قولان: القول الأول: الأصل عدم النكاح. والقول الثاني: الظاهر بقاء الحياة، والأصح أن العقد صحيح.

ومنها: إذا رأت المرأة الدم لوقت يجوز أن يكون حيضاً أمسكت عما تمسك عنه الحائض؛ لأن الظاهر أنه حيض، وقيل: لا يجب الإمساك عملاً بالأصل، بل تصلي مع رؤية الدم، فإن انقطع لدون يوم وليلة أجزأها ما صلت، وإن دام تركت؛ لأنه يجوز أن يكون دم حيض وإن يكون دم فساد، فلا يجوز ترك الصلاة بالشك، واقتضى كلام الماوردي: أن الخلاف مخصوص بالمبتدأة، وأن المعتادة تترك بمجرد رؤية الدم قطعاً؛ وهو ظاهر، والظاهر أنه وجه مفصل.

ومنها: لو غلب على ظنه دخول وقت الصلاة صحت صلاته، ولا يشترط تيقن دخوله، ولا الصبر إلى أن يتيقن دخوله على الأصح، وكذلك في الاجتهاد في الأواني والفطر والصيام.

ومنها: النوم غير (ممكن) مقعدته ناقض للوضوء؛ لأنه مظنة خروج الحدث وإن كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو اختلفا في شرط يفسد العقد فقولان: أحدهما: أن القول قول مدعيه؛ لأن الأصل عدم لزوم الثمن، وبقاء ملك البائع، وعدم العقد الصحيح. والثاني: أن القول قول مدعي الصحة عملاً بالظاهر، وأن الظاهر في العقود الصحة وعدم الشرط المذكور، وهو الصحيح.

ومنها: لو اختلفا بعد البيع في رؤية المبيع، فأنكرها المشتري وأثبتها البائع، فقال بعضهم: القول قول البائع، والظاهر صحة العقد؛ لأن المشتري له أهلية

(١) المشهور في القواعد ١: ٣١٨-٣١٩.

الشراء وقد أقدم عليه؛ وقال الآخر: القول قول المشتري؛ لأن الأصل عدم الرؤية.

ومنها: أنه لو قد بطن امرأة ميتة، فوصل السيف إلى ولد في جوفها فانقطع، فهل تجب الغرة؟<sup>(١)</sup> قال بعض: نعم؛ لأن الأصل بقاء حياته. والأصح عدم وجوب الغرة؛ لأن الظاهر هلاكه بموت الأم.

ومنها: لو ألقاه في ماء أو نار فمات، قال الملقى: كان يمكنه الخروج. وقال الولي: لم يمكنه. فأيهما يصدقان؟ فيه قولان؛ ويقال وجهان؛ أحدهما: يصدق الملقى؛ لأن الأصل براءة ذمته، والثاني: تصديق الولي؛ لأن الظاهر أنه لو تمكن لخرج.

ومنها: إذا قذف مجهولاً وادّعى رقبته وأنكر المقدوف، فقولان: أصحهما أن القول قول القاذف؛ لأن الأصل براءة ذمته، والثاني: قول المقدوف؛ لأن الظاهر الحرية، فإنها الغالب في الناس.

ومنها: إذا ارتدت المنكوحة بعد الدخول، ثم قالت في مدة العدة: أسلمت في وقت كذا، فلي النفقة، وأنكر الزوج، فقولان: أحدهما: أن القول قول الزوج؛ لأن الأصل عدم الرجوع إلى الإسلام، وعدم وجوب النفقة، والثاني: قول الزوج؛ لأن الظاهر يقتضي الرجوع إليها في وقت الإسلام.

ومنها: لو اختلفا بعد التفريق، فقال أحدهما: فسخت البيع قبل التفريق، وأنكر الآخر، فالأصح أن القول قوله؛ لأن الأصل عدم الفسخ. وقال بعض: القول قول مدّعي الفسخ؛ لأنه أعلم بتصرفه، فالظاهر الرجوع إليه.

ومنها: الدّم الذي تراه الحامل هل هو حيض؟ قولان: قال بعض: إنه

(١) الغرة هنا: عبد أو أمة.

دم حيض وهو الأصح؛ لأن الأمر متردد بين كونه دم علة<sup>(١)</sup> أو دم جبلة، والأصل السلامة. وقال بعض آخر: إنه دم علة؛ لأن الغالب في الحامل عدم الحيض<sup>(٢)</sup>. ومنها: إذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق، ولم يقصد بالثانية والثالثة تأكيداً، ولا استثناءً، بل أطلق النية، ففيه قولان:

القول الأول: تطلق ثلاثاً؛ لأنه موضوع للإيقاع، كاللفظ الأول، ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى، وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر.

القول الثاني: أنه لا يلزمه أكثر من واحدة؛ لأن الأصل المتيقن عدم ذلك<sup>(٣)</sup>. إلى غير ذلك من الأمثلة.



مركز تحقيقات كليات علوم الدين

(١) دم علة أي مرض. دم جبلة أي طبيعية وحيض.

(٢) كتاب القواعد للحصني ١: ٢٨٨-٢٩٦، الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧-٤٩.

(٣) المتثور في القواعد ١: ٣٢٠، القواعد في الفقه الإسلامي: ٣٧٥.

## رأي المختار في تعارض الأصل والظاهر

أقول: إنَّ الظاهر إن كان ممّا قام الدليل على اعتباره، فإنّه لا ريب في تقدّمه على الأصل ولزوم اتباعه، كالبيّنة، والإقرار في الموضوعات، والسنة في الأحكام، وعليه الفقهاء من الخاصة<sup>(١)</sup> والعامة<sup>(٢)</sup>، وهذا الظاهر مقدّم على الأصل؛ لأنّ الشكّ أخذ في موضوع الأصل، ولو أحرز بقاء الموضوع، أو ارتفاعه فلا شك، من غير فرق بين الإحراز الوجداني الحاصل من العلم، وبين الإحراز التعبدي الحاصل من الطرق والأمارات.

وإن كان الظاهر يستفاد من العرف والعادة، أو الشيوخ والغلبة، أو ظاهر الحال، أو القرائن، ودلّ الدليل من الإجماع والرواية على تقديمه على الأصل فلا كلام ولا بحث، واتفق الفقهاء على تقدّمه على الأصل كما سنذكر إن شاء الله في موارد الأمانات وغيرها، فإن لم يكن في البين إجماع أو دليل، ولكن حصل العلم من الظاهر والعادة ويبني عليها وهي حجة تقدّم على الأصل أيضاً، كما صرح

(١) تمهيد القواعد: ٣٠٠-٣٠١ قاعدة ٩٩، العناوين ٥٩٧: ٢، جامع الشتات ٢: ٣٨٤.

(٢) الأشباه والنظائر في الفروع: ٤٧، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب: ٣٢٧ قاعدة ١٥٩، المشور في

القواعد ١: ٣٦٥، الموسوعة الفقهية ١٢: ١٩٤.

بذلك عدة من الأعلام<sup>(١)</sup>.

وإن لم يحصل العلم، وحصل الظن من الظهور، وكان الظاهر عرف الأعصار والأمصا، وكان من أعراف العامة والعادة القديمة التي تتصل بعصر المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين فهو أيضاً مقدّم على الأصل<sup>(٢)</sup>.

ويكون هذا إمضاءً من الشارع؛ لأنه قد التقى مع العرف في هذا المورد بالذات، وعليه لا يكون هذا عملاً بالعرف، بل أخذاً بالسنة التي تشمل قول الشارع، وفعله، وتقريره، وسيرة المتشرعة، وسيرة العقلاء من هذا القبيل، وأما لو فرضنا عدم إمضاء الشارع لها، فلا عبرة بها ولا يمكن الاعتماد عليها مع قطع النظر عن كونها ممضاة للشارع<sup>(٣)</sup>.

فإن حصل الظن من الظاهر كالفلحة وغير ذلك، فإن الظاهر لا يعارض الأصل، ولا يلتفت إليه في مقابل الأصل<sup>(٤)</sup>؛ لعدم ثبوت حجّة الظاهر المزبور<sup>(٥)</sup>. وإذا لم تثبت حجّيته، فلا معنى للتعارض بين أصل ثبتت حجّيته، وبين ظاهر لم تثبت حجّيته.

والإشكال حقيقة في اعتبار هذا الظن الذي يستفاد من الظاهر<sup>(٦)</sup>؛ لأن العمل

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٣، مجمع الفائدة والبرهان ١: ١٢١، جامع المقاصد ١: ٢٣٨.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٣٢٢، القواعد والفوائد ١: ٢٢٢، كشف اللثام ٢: ٩٣.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٣٢٢، تحرير أصول الفقه: ١٩٤، فقه الإمام جعفر الصادق ٦: ١٢٣، منابع اجتهاد: ٣٩٧.

(٤) العناوين ١: ١٥٨، وج ٢: ٦٠٠، بلغة الفقيه ٣: ١٤٧.

(٥) رسائل المحقق الكركي ٢: ٢٣٨، جواهر الكلام ٣٤: ٢٢، حاشية المكاسب للسيد اليزدي ٢: ٣، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب ٤: ١٩.

(٦) كشف اللثام ١: ٥٨٨ الطبع الجديد.

بمطلق الظن ليس بمطرد، بل المعتبر: الظن الذي أقامه الشارع مقام العلم<sup>(١)</sup>. ولا خلاف بين علمائنا في أن الأصل الابتدائي، والقاعدة الأولية في الظن عدم حجتيته مطلقاً، ولا يجوز أن يعول عليه في إثبات الواقع لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾<sup>(٢)</sup>.

وقد ذمَّ الله [تعالى] من يتبع الظن بما هو ظن، فقال: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ﴾<sup>(٣)</sup>، «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ»<sup>(٤)</sup>. ولكن لو ثبت أن الشارع قد جعل ظناً خاصاً، من سبب مخصوص، طريقاً لأحكامه، واعتبره أمانة، وجوز الأخذ بذلك السبب، فإن هذا الظن يخرج عن مقتضى تلك القاعدة الأولية، إذ لا يكون خرساً وتخميناً. وخروجه من القاعدة يكون تخصيصاً بالنسبة إلى آية النهي عن اتباع الظن<sup>(٥)</sup>. فالخروج عن الأصل الابتدائي والقاعدة الأولية يحتاج إلى دليل، ولم أجد على حجتي هذه الظواهر، كالعادة والعرف والغلبة ونحوها دليلاً حتى يعارض مع الأصل.

ولو فرضنا أن أنفسنا واقفة عند الله سبحانه في يوم المحشر، ثم نسئل أنكم لم عملتم بأصل البراءة، وما حكتم باشتغال الذمة؟ فنجيب: بأننا بذلنا جهدنا، وسعينا غاية السعي، ولم يحصل لنا العلم باشتغال ذمتنا وإن حصل لنا الظن.

كما سعينا وبذلنا جهدنا فلم يحصل لنا العلم بوجوب العمل بهذا الظن، وكونه دليلاً وحجة لنا، وكنا عالمين في حقك أنك لا تكلف بما لا يعلم، ولا بشيء لم تنصب

(١) جامع المقاصد ١: ٢٣٨.

(٢) يونس: ٣٦.

(٣) الأنعام: ١١٦.

(٤) الإسراء: ٣٦.

(٥) قوانين الأصول: ٤٤٠ و ٤٥٢، عوائد الأيتام: ٣٥٦-٣٥٨، تحرير أصول الفقه: ١٤٢.

عليه دليلاً، ومنه العمل بالظنون. هذا، مضافاً إلى ما وصل إلينا من كتابك الكريم، والأخبار المنسوبة إلى حججك - صلوات الله عليهم أجمعين - من ذم العمل بالظن، والنهي عن التدوين بما لا يعلم، فلهذا عملنا بالأصل.

فن الأخبار الدائمة على العمل بالظن: ما رواه المفضل بن عير: سمعت الصادق عليه السلام يقول: من شك أو ظن فأقام على أحدهما فقد حبط عمله، إن حجة الله هي الحجة الواضحة<sup>(١)</sup>.

وأما لو قال لك: أيها الرجل لم أتبع ظنك، وجعلت ديني تابعاً لظنك من دون حجة وبرهان؟ مع أنني لم أكلف بمتابعة نبي، أو إمام، إلا مع معجزة، أو كرامة وبراهين ساطعة، وأنت أتبع ظنك بلا حجة وسبب، مع احتمال كونه مخالفاً لديني، ومع كثرة الإشارات في كلامي على ذمه، فما جوابك له سبحانه؟  
فإن قلت: أجيب بأنني أتيت وعملت بكل ما ظننت أنه مطلوبك، وتركت كل ما ظننت أنه مبغوضك، وهذا كان ديني، ولا شك أنه تقبح المؤاخذه حينئذ.

قلنا: فإن قال لك: كيف لم يحصل لك من الآيات الكثيرة في كتابي، والأخبار المتعددة في كلام حججي - صلوات الله عليهم أجمعين - ومن تصرّح جماعة بالإجماع على حرمة العمل بالظن، أو بغير العلم، ظنّ بعدم جواز متابعة الظن، وحصل لك ظنّ بحكمي من إلحاق الشيء بالأغلب، أو فتوى واحد مع عدم ظهور الخلاف، أو إجماع منقول واحد وغير ذلك؟

ألا ترى أن من لا يقول بحجية الإجماع المنقول أو الشهرة، لو وجد أحدهما في مورد يعمل بالأصل، فالعمل بالأصل - ولو مع وجود الظن على خلافه لمن لم يثبت

(١) الكافي ٢: ٣٩٧ ح ٨، وسائل الشيعة ١٨: ٢٥ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٨.

عنده حجية هذا الظن - إجماعي<sup>(١)</sup>. ولايضاح المطلب وتأيد كلامنا نذكر سؤالاً وجواباً سئل عنه المحقق الثاني رحمته.

### كلام المحقق الثاني

سئل: من ركب البحر في مركب معلوم إلى البصرة مثلاً، ثم يعرض غرق في البحر، ويعلم بالشياع أو القرائن بأن تلقى إلى بعض السواحل بعض ألواح المركب وآلاته، أو بعض الفرقى، ويسلم البعض ويفقد البعض، والذي يقتضيه الظاهر حصول الهلاك، والذي يقتضيه الأصل الحياة، فهل يرجح الظاهر مع قوة أمارته؟ أو الأصل مع ضعف أمارته؟ فما يقول به مولانا من أحد القولين، وما يفتي به بما تقويه؛ مستدلاً معللاً بما يزيل الشك ويذهب الريب.

فأجاب: إن ما أشار إليه من أن الظاهر دليل، وحقه إذا عضدته المرجحات والشواهد، وضعف الأصل حداً أن يرجح، وما نقله عن المحققين من علماء الأصول في ذلك؛ هو كلام صحيح لا شك فيه، لكن لا بد من تمهيد مقدمة، هي: إن العمل بالظاهر في الحقيقة رجوع إلى قرائن الأحوال، وما أستفيد من العادات المتكررة، فينبغي لذلك أن يكون بينه وبين جنس الحكم الذي يطلب جعله دليلاً عليه ملائمة، فلو ندر ثبوته معه لم نعول عليه.

مثلاً لما لم يعتبر الشارع الظاهر بالنسبة إلى النجاسات في غالب الأحوال، حكم بطهارة ثياب مدمني الخمر، وسؤر الحائض المتهمة، وطهارة أواني المشركين وما بأيديهم، وطين الطريق، واستحباب إزالته بعد ثلاثة أيام من انقطاع المطر، والحكم بنجاسة البئر بالجيفة حين الوجدان لا قبله، وطهارة ما تناله أيدي الناس

على اختلاف فرقهم، وتباين آرائهم في الطهارات والنجاسات، وطهارة ما لا يكاد ينفك من النجاسات، كحافات البئر والرشا وحافات العين، وغير ذلك من الأمور التي تقتضي الظاهر، بل يكاد يحصل اليقين عادة بعدم انفكاكها من النجاسة.

وإنما اعتبره في بعض المواضع على سبيل الندرة، كفسالة الحمام على القول بنجاستها على ما فيه من الكلام، لم يلتفت إليه في المواضع الجلية، وإنما متمسك [به] حتى أننا لو وجدنا حيواناً غير مأكول اللحم قد بال في ماء كثير، ووجدناه متغيراً ولم تقطع بإسناد التغير إلى هذه النجاسة، لا نحكم بالنجاسة، ولا نلتفت إلى الظاهر، بل يستصحب أصل الطهارة.

وكذا لو وجدنا كلباً خارجاً من مكان فيه إناء، وهو يضطرب، ورشاش الماء حوله، لا نحكم بالنجاسة، ولا نلتفت إلى الظاهر، ولا تنجسه، أن يقول قائل: إن الظاهر أرجح فلم تركم العمل بالأرجح؟ لا تأنجيب: إن عدم الملازمة أخل بالأرجحية، ولا شك أن يشترط في التمسك بالظاهر خلو الموضوع؛ الذي جعله متمسكاً فيه عريض قاطع الدلالة على الحكم، أو ظاهر فيها، فإن وجد لم يلتفت إلى الظاهر أصلاً.

إذا تقرر هذا فينبغي أن يعلم أن الأمر في الفروج عند الشارع مبني على الاحتياط التام، فليس حيث وجد الظاهر وجب ترجيحه والتمسك به، لاسيما الطلاق.

وأقوال أصحابنا المتقدمين والمتأخرين في زوجة المفقود إذا انقطع خبره - فإنها إذا رفعت أمرها إلى المحاكم أجلها أربع سنين للبحث عنه - ظاهره عدم الفرق بين من شهدت القرائن بموت، أو غيره، ويكون إجماعاً، بل الرواية الواردة في ذلك: وهي رواية بريد بن معاوية العجلي في الصحيح عن الصادق عليه السلام،

وقد سأله عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ قال: «ما سكنت عنه وصبرت يخلى عنها، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين...»<sup>(١)</sup>.

الرواية دالة بعمومها على عدم الفرق في الحكم المذكور بين وجود الظاهر الدال على موته وعدمه؛ لأنه ترك الاستفصال في حكاية الحال على الاحتمال، فإنما حكاها السائل: وهو فقدان الزوج وطلب الحكم فيه يحتمل هذا الفرد، فإذا أجاب ولم يستفصل كان ذلك دليل العموم.

فإن قيل: فإن في الرواية: «أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته» فقد علم الموت بالقرائن.

قلنا: ما ذكر في السؤال إنما يفيد الظن القوي.

فإن قيل: الظن مناط الشرعيّات.

قلنا: ليس هو كل ظن، بل هو ظن مخصوص، ولم يثبت أن هذا الظن من القسم المعتبر، خصوصاً وقد عني في الحديث بالعلم، والمتبادر العلم عن موجب قطعي... فكيف كان عدم ثبوت الموت بمثل هذا القدر من القرائن<sup>(٢)</sup>، انتهى كلامه رفع مقامه.

إذن لم يثبت دليل على حجّة الظاهر من العادة والغلبة وغيرها حتى يعمل به، ويقدمه في مقام التعارض على الأصل.

وأما الأصل قام الدليل على حجّيته، وثبت حجّيته، كما مرّ، بل أمرنا في بعض الروايات أن تفرّعنا عليها:

منها: ما روى هشام بن سالم صحيحاً عن الصادق عليه السلام قال: إنما علينا أن نلقي

(١) الكافي ٦: ١٤٨ باب المفقود ح ٢.

(٢) رسائل المحقق الكرّكي ٢: ٢٣٦-٢٣٨.

إليكم الأصول وعليكم أن تفرّعوا<sup>(١)</sup>.

ومنها: ما رواه البزنطي، عن الرضا عليه السلام قال: علينا إلقاء الأصول وعليكم التفريع<sup>(٢)</sup>.

قال الشيخ الحر العاملي: هذان الخبران تضمنتا جواز التفريع على الأصول المسموعة منهم، والقواعد الكلية المأخوذة عنهم عليهم السلام لا على غيرها. وبهذا المضمون قال المحقق الثاني<sup>(٣)</sup> والمحدث البحراني<sup>(٤)</sup>.



(١) وسائل الشيعة ١٨: ٤١ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥١، بحار الأنوار ٢: ٢٤٥ ح ٥٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤١ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥٢.

(٣) رسائل المحقق الكركي ٣: ٤٩.

(٤) الحقائق الناضرة ١: ١٣٣-١٣٤.



مرکز تحقیقات کتب و پژوهش‌های اسلامی

## المبحث الثالث:

### تقديم الظاهر على الأصل في اللوث والأمانات

أقول: موارد اللوث والأمانات وإن كانا خارجين من موضوع تعارض الأصل والظاهر، لأن الإجماع والدليل قائم على تقديم قول الأمين في الأمانات، والمدعي في موارد اللوث بالقسامة، وقلنا فيما سبق: إن قام الدليل على تقديم أحدهما فلا كلام ولا مجال للبحث، ولكن لما كان ذكرهما مفيداً للفائدة، أو يمكن أن يقال بإلغاء الخصوصية فيهما، ذكرناهما. وكيف كان فقيه مطلبان:

### المطلب الأول:

#### تقديم الظاهر على الأصل في اللوث

ومن موارد تقديم الظاهر على الأصل دعوى الدم في موارد اللوث بالقسامة<sup>(١)</sup>. إذا ادعى الرجل دماً على قوم، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون معه ما يدل على صدق ما يدّعيه، أو لا يكون، فإن لم يكن معه ذلك فالقول قول المدعي عليه مع يمينه، وإن حلف برئ، وإن لم يحلف رددنا اليمين على المدعي

فيحلف ويستحق ما ادّعاه، وإن كان معه ما يدلّ على دعواه: إمّا أن تكون البيّنة فتثبت دعواه بها، كما في الروايات<sup>(١)</sup>، وإمّا أن تكون في موارد اللوث فتثبت دعواه بالقسامة<sup>(٢)</sup> وإن كان الأصل براءة ذمّة المدّعي عليه من القتل. ولا قسامة مع ارتفاع التهمة واللوث، وهو أمانة يغلب معها ظنّ الحاكم على صدق المدّعي فيما يدّعيه، كالشاهد الواحد، أو الشاهدين مع عدم استجماع الشرائط، أو كما وجدّا المدّعي عليه عند المقتول، ومعه سلاح عليه الدم، أو في دار قوم، أو في محلة منفردة عن البلد لا يدخلها غير أهلها، أو في صفّ مقابل للخصم بعد المراماة، فلوث فالظاهر أنّهم قتلوه<sup>(٣)</sup>.

فيحلف المدّعي، ومن يعرف من أقاربه على أن فلاناً قتله، خمسين يميناً كلّ واحد يميناً واحدة على تقدير كونهم عارفين، وإلاّ يقسم الموجودون العارفون،

(١) وسائل الشيعة ١٩: ١١٤-١١٥ باب ٩ من أبواب دعوى القتل ح ٦٣.

(٢) قال الفيومي: القسامة بالفتح، الأيمان تُقسم على أولياء القتل إذا ادّعوا الدم، يقال قتل فلان (بالقسامة) إذا اجتمعت جماعة من أولياء القتل فادّعوا على رجل أنّه قتل صاحبهم ومعهم دليل دون البيّنة فحلفوا خمسين يميناً أنّ المدّعي عليه قتل صاحبهم فهؤلاء الذين يقسمون على دعواهم يستقون «قسامة»، المصباح المنير: ٥٠٣. قال الجوهري: القسامة هي الأيمان، تقسم على الأولياء في الدم. الصّحاح ٢: ١٤٨٢. قال ابن الأثير: القسامة: اليمين، كالقسم. النهاية ٤: ٦٢.

وعلى التقديرين فهي اسم أقيم مقام المصدر، يقال: أقسم إقساماً وقسامة وهي الاسم، كما يقال: أكرم إكراماً وكرامة. ولا اختصاص لها بأيمان الدماء لغة، لكن الفقهاء خصّوها بها. مسالك الأفهام ١٥: ١٩٧. ١٩٨، تفصيل الشريعة كتاب القصاص: ١٧١. وأما القسامة في اصطلاح الفقهاء فهي اسم للأيمان المقررة عندهم لمدّعي الدم وأقاربه، مثل أن يوجد قتل في موضع لا يعرف من قتله من حصن أو قرية ونحوهما ويدّعي الولي على واحد أو جماعة يعرفون أنّه من قتله، ويظهر المدّعي ما يظنّ به الحاكم صدقه. مجمع الفائدة والبرهان ١٤: ١٨٠.

(٣) المبسوط ٧: ٢١٢، الخلاف ٥: ٣١٠ مسألة ٨، شرائع الإسلام ٤: ٢٢٢، إرشاد الأذهان ٢: ٢١٨، القواعد والفوائد ١: ٢٢٢، مسالك الأفهام ١٥: ١٩٦، جواهر الكلام ٤٢: ٢٣٢، تحرير الوسيلة ٢: ٤٧٥، تفصيل الشريعة كتاب القصاص: ١٧٢.

الخمسین بالتكرار على البعض، أو الكل.  
ولو لم يحلف هؤلاء خلف المدعى عليه وأقاربه، إنه بريء من قتل من يدعى  
قتله عليه ممن يعرفون ذلك، مثل أقارب المدعى<sup>(١)</sup>.  
ولا فرق بين كون القوم ممن يرث القصاص والدية وكانوا هم المدعين، أو غير  
وارثين، أو بالتفريق<sup>(٢)</sup>.

ودليل ثبوت الدعوى في موارد اللوث بالقسامة إجماع الفرقة وأخبارهم كما  
في الخلاف والغنية<sup>(٣)</sup>. بل عليه إجماع المسلمين إلا من شذ<sup>(٤)</sup>.  
والأصل فيه ما روي: أنَّ عبدالله بن سهل ومحيصة بن مسعود خرجا إلى خيبر  
فتفرقا لحاجتهما، فقتل عبدالله، فقال محيصة لليهود: أنتم قتلتموه. فقالوا: ما  
قتلناه..

فانطلق هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن بن سهل أخ المقتول إلى  
رسول الله ﷺ، فذكروا له قتل عبدالله بن سهل، فقال: تحلفون خمسين يمينا،  
وتستحقون دم صاحبكم.

فقالوا: يا رسول الله: لم نشهد ولم نحضر.  
فقال رسول الله ﷺ: فتحلف لكم اليهود، فقالوا: كيف نقبل الأيمان من قوم  
كفار؟ فوداه النبي ﷺ من عنده، فبعث إليهم بائة ناقة، فقال سهل: لقد ركضتني  
منهم ناقة حمراء<sup>(٥)</sup>.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٤: ١٨٠.

(٢) مسالك الأفهام ١٥: ٢٠٦.

(٣) الخلاف ٥: ٣٠٣ مسألة ١، الغنية: ٤٤١.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٤: ١٨٠.

(٥) السنن الكبرى ٨: ١١٧، المستوط ٧: ٢١٢، مسالك الأفهام ١٥: ١٩٨.

والأخبار من طرق الخاصة كثيرة، مثل:

صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن القسامة كيف كانت؟ فقال: هي حق، وهي مكتوبة عندنا، ولولا ذلك لقتل الناس بعضهم بعضاً، ثم لم يكن شيء، وإنما القسامة نجاة للناس <sup>(١)</sup>.

وصحيحة زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن القسامة فقال: هي حق، إن رجلاً من الأنصار وجد قتيلاً في قليب من قلوب اليهود فأتوا رسول الله صلى الله عليه وآله فقالوا: يا رسول الله إنا وجدنا رجلاً ممّاً قتيلاً في قليب من قلوب اليهود، فقال: اتوني بشاهدين من غيركم، قالوا: يا رسول الله ما لنا شاهدان من غيرنا، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وآله: فليقسم خمسون رجلاً منكم على رجل ندفعه إليكم، قالوا: يا رسول الله كيف نقسم على ما لم نر؟

قال: فيقسم اليهود، قالوا: يا رسول الله كيف نرضى وما فيهم من الشرك أعظم، فودّاه رسول الله صلى الله عليه وآله، قال زرارة: قال أبو عبدالله عليه السلام: إنما جعلت القسامة احتياطاً لدماء الناس كي ما إذا أراد الفاسق أن يقتل رجلاً، أو يقتل رجلاً حيث لا يراه أحد خاف ذلك فامتنع من القتل <sup>(٢)</sup>.

إلى غير ذلك من الروايات، كرواية أبي بصير، وحنان بن سدير، وصحيحة عبدالله بن سنان، وسليمان بن خالد <sup>(٣)</sup>، وبريد بن معاوية <sup>(٤)</sup>.

ثم اعلم أن القسامة مخالفة لغيرها من الأيمان في الدعاوى بأمر، منها: كون

(١) الكافي ٧: ٣٥٦، وسائل الشيعة ١٩: ١١٤ باب ٩ من أبواب دعوى القتل ح ٢.

(٢) الكافي ٧: ٣٥٧ ح ٥، وسائل الشيعة ١٩: ١١٧ باب ١٠ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ٣.

(٣) الكافي ٧: ٣٥٦-٣٥٨ ح ٢ و ٣ و ٤ و ٧ و ٨، وسائل الشيعة ١٩: ١١٧-١١٨ باب ١٠ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ١ و ٢ و ٤ و ٥.

(٤) الكافي ٧: ٣٥٧ ح ٤، وسائل الشيعة ١٩: ١١٤ باب ٩ من أبواب دعوى القتل وما يثبت به ح ٣.

اليمين ابتداءً على المدعى. وتعدّد الأيمان فيها. وجواز حلف الإنسان لإثبات حق غيره. ولنفي الدعوى عن غيره. وعدم سقوط الدعوى بنكول من توجه إليه اليمين، إجماعاً، بل تردّ اليمين على غيره. فلا يصار إليها إلا فيما وجد شرائطها<sup>(١)</sup>.

وأما الجمهور فإنهم أيضاً قالوا: بتقديم الظاهر على الأصل في موارد اللوث - وهو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه يغلب على الظن أنه قتله - كأن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلا رجل معه سيف، أو سكّين ملطّخ بالدم، ولا يوجد غيره ممّن يغلب على الظن أنه قتله، فادّعى أولياء المقتول على واحد أنه قتله، يستحلف الأولياء خمسين يميناً، فإذا حلفوا يقتصر من المدعى عليه إذا كان الدعوى عمداً، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبريء، وبهذا قال أحمد ومالك والشافعي<sup>(٢)</sup>.

لحديث سهل بن أبي حثمة قال: وجد عبد الله بن سهل قتيلاً في قليب من قليب خيبر، فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعمّاه حويصة ومحيصة، فذهب عبد الرحمن يتكلّم عند النبي ﷺ، فقال النبي ﷺ: «الكُبر الكُبر» فتكلّم أحد عمّيه الكبير منها، إمّا حويصة وإمّا محيصة، فقال: يا رسول الله إنا وجدنا عبد الله قتيلاً في قليب من قليب خيبر، فذكر يهود وعداوتهم وشترهم، قال: «أفتبرئكم يهود بخمسين يميناً يحلفون أنهم لم يقتلوه»، قالوا: وكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون، قال: «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»، قالوا: وكيف نقسم على ما لم نره، قال: فودّاه رسول الله ﷺ من عنده<sup>(٣)</sup>.

(١) مسالك الأفهام ١٥: ١٩٩، مجمع الفائدة والبرهان ١٤: ١٨٤.

(٢) المغني ١٠: ١٨، روضة الطالبين ٨: ٣٣٩-٣٥٤.

(٣) صحيح البخاري ٧: ١٣٨ ح ٦١٤٢-٦١٤٣، سنن أبي داود ٤: ٤٢٦ ح ٤٥٢٠، السنن الكبرى ٨: ١١٩.

وقال الحنفية: وجوب القسامة على المدعى عليهم، لا على المدعي، فإذا حلفوا يعرفون الدية<sup>(١)</sup>.

لما روى عن ابن عباس أنه قال: وُجدَ رجل من الأنصار قتيلاً في دالية ناس من اليهود، فبعث رسول الله ﷺ إليهم، فأخذ منهم خمسين رجلاً من خيارهم فاستحلفهم بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلاً، وجعل عليهم الدية، فقالوا: لقد قضى بما قضى فينا نبيتنا موسى عليه السلام<sup>(٢)</sup>.

### المطلب الثاني:

#### تقديم الظاهر على الأصل في الأمانات

ومن موارد تقديم الظاهر على الأصل: قبول قول الأمانة ممن يقبل قوله في تلف ما أؤتمن عليه من مال وغيره<sup>(٣)</sup>، مثلاً إذا ادعى المستودع تلف الوديعة، أو حدوث العيب فيها، وأنكر مالك الوديعة التلف، أو حدوث العيب فيها، فالقول قول المستودع مع يمين، من دون حاجة إلى البيّنة، مع أن الأصل عدم التلف وعدم حدوث العيب فيها<sup>(٤)</sup>.

أو اختلف الموكل والوكيل في التلف، فادعى الوكيل تلف المال - الذي سلّمه الموكل إليه - أو تلف الثمن الذي قبضه، فكذبه الموكل، قدّم قول الوكيل مع اليمين؛ لأنه أمين، مع أن الأصل عدم تلفه<sup>(٥)</sup>.

(١) البدائع والصنائع ٦: ٣٥٢-٣٥٣.

(٢) السنن الكبرى ٨: ١٢٣.

(٣) القواعد والفوائد ٢: ١٨٨، تمهيد القواعد ٣: ٣٠٣، العناوين ٢: ٦١٢.

(٤) المذهب لابن البراج ١: ٤٢٢-٤٢٥، نضد القواعد الفقهية: ٤٩٧-٤٩٨.

(٥) المبسوط ٢: ٣٧٢، قواعد الأحكام ١: ٢٦١.

وهنا جهات من البحث: الأولى: معنى الأمين. الثانية: تقسيم الأمانة، الثالثة: تنقيح الكبرى؛ وهي عدم استتباع اليد الأمانة للضمان، الرابعة: تنقيح صغريات الباب؛ وهي ثبوت الأمانة وتشخيص حقيقتها.

## الفرع الأول:

### معنى الأمين

الأمين في اللغة: مؤتمن القوم؛ وهو الذي يتقون إليه ويتخذونه أميناً حافظاً. يقال: أُوْتِمِنَ الرجل فهو مُؤْتَمَنٌ<sup>(١)</sup>. وفي اصطلاح الفقهاء: هو أن يكون مال الغير في يده بتسليط من المالك، أو بإذن من الله من غير خيانة له بالنسبة إلى ذلك المال، آتياً بما يلزم عليه الإتيان به، تاركاً لما يجب عليه الاجتناب عنه، يوجب تلفه أو نقصاً فيه.

فالأمين: هو الموثوق به عرفاً في إعطاء ماله له، بحيث يكون عنده محفوظاً إلى أن يرده إلى صاحبه، ولذلك كانوا في الجاهلية يخاطبون نبيّاً ﷺ بالأمين قبل بعثته، ويودعون عنده الودائع.

وهذا الإعطاء قد يكون لمصلحة المالك، وقد يكون لمصلحة الآخذ، فالأول كالوديعة وما يشبهها، والثاني كالعارية.

فعدم التعدي والتفريط مأخوذان في حقيقة الأمين، فإذا صدر عنه التعدي أو التفريط فهو خائن، وليس بأمين، فإنها ضدان<sup>(٢)</sup>.

(١) النهاية لابن الأثير ١: ٧١.

(٢) القواعد الفقهية للبحروردی ٢: ٧-٨.

## الفرع الثاني:

## اقسام الأمانة

ثم إنَّ الأمانة قد تكون من قبل المالك ، فتسمَّى «الأمانة المالكية» وقد تكون من الشرع ، فتسمَّى «الأمانة الشرعية».

## ١- الأمانة المالكية

أما الأمانة المالكية : فهي عبارة عما كان بإذن المالك وتسليطه في إثبات اليد عليه . فورد الأمانة المالكية جميع المعاملات التي تصدر من المالك ، أو وكيله الواقعة على ماله ، بدون نقل عين ماله إلى من يعطي ماله بيده ؛ سواء كان من جهة تمليك منفعة له ، ويعطى العين له لاستيفاء تلك المنفعة ، كباب الإجارة ، أو تمليك الانتفاع مجتأناً كباب العارية ، أو يعطيه للحفاظ من دون تمليك منفعة أو الانتفاع به كباب الوديعة .

أو يعطى بالوثيقة على ماله برضاه بصاحب الدين كباب الرهانة ، أو يعطيه لأن يعامل معه بحصة من الربح كباب المضاربة ، أو لأن يزرع فيه بحصة من المحاصل كباب المزارعة ، أو لأن يسقيه بحصة من الثمرة كباب المساقاة ، أو يعطي ماله لأن يحمل من مكان إلى مكان بأجرة ، كالحمالين والمكَّارين .

أو يعطي المستأجر العين إلى الأجير ليعمل فيها من خياطة ، أو قصارة ، أو صياغة في باب الأجير ، أو جعل المالك الموصي في حياته ولياً ووصياً ، فيكون الوصي مأذوناً من قبل الموصي .

أو أرسل رجل ماله إلى شخص في باب الأمانة ، أو كان متولياً على المال من قبل مالكة ، أو من كان بمنزلة المالك ، كمتولي الوقف والناظر فيه في باب الوقف ، أو

كان ممن عليه الحق إذا امتنع صاحبه من قبضه ، ولم يمكن الوصول إلى الحاكم ، كباب الدين ، أو كان دليلاً والمال عنده في باب المعاملات .  
 أو كان شريكاً والمال عنده ، أو عند شريكه أو في يد كل واحد من الشريكين في باب الشركة ، أو يعطي ماله لكونه وكيله في أنواع المعاملات من بيع ، أو صلح ، أو اجارة ، أو الأخذ بالشفعة ، أو رهن ، أو أداء دين ، أو إعطاء قرض ، أو مضاربة ، أو مزارعة ، أو مساقاة ، أو في شراء حاجة من أمور معاشه ، أو في شراء ممتلك أو دار أو بستان ، ففي جميع هذه الموارد ، سواء صدرت المعاملة من نفسه ، أو من وكيله يكون المال عند ذي اليد أمانة مالكية ، ولا يوجب تلفه الضمان ، إلا مع التعدي والتفريط .



## ٢ - الأمانة الشرعية

فهي عبارة عما كان ذلك بإذن من الشارع في إثبات اليد عليه من دون اطلاع المالك ، وموردها كالمعاملات التي تقع على أموال الغيب والقصر ، بدون أن يكون فيها نقل العين ، وذلك كجميع ما ذكرنا في الأمانة المالكية كباب الإجارة ، والعارية ، والوديعة ، والرهانة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والوصاية ، والشركة ، والوكالة وغير ذلك .

وكيد الأولياء على أموال المولى عليهم - من حاكم ، أو وصي ، أو أب ، أو جد ، أو أمين لأحدهم - فإنه استثنان من الشرع ، فلو أجر الحاكم الشرعي ، أو من يكون وكيلاً ، أو وصياً ، أو مأذوناً من قبله أموال الغيب والقصر ، أو أودع عند أمين ، أو أعار فيها إذا كان فيها مصلحة للغيب أو القصر ، أو أعطى أموالهم للحمالين أو المكارين ، أو سائر التصرفات التي يطول المقام بذكرها فتلف ذلك المال في يد المأذون من قبلهم ، فلا يكون من وقع في يده التلف ضامناً ؛ لأنه أمين .

وكيد صاحب المال الذي تعلق به الخمس، أو الزكاة إلى حصول المستحق ووجدان الفقير وإمكان الإيصال بهم عرفاً، أو المال الذي أنقذه من الغرق، أو المحرق، أو السيل، أو أطارته الريح، أو أخذه من يد السارق بدون اطلاع المالك، بقصد حفظه وإيصاله إلى مالكه، واليد على مجهول المالك.

وكذلك الأمر في اللقطة، فإن الواجد والملتقط ليس ضامناً لو تلف ما وجده في يده، ما دام مشغولاً بالتعريف؛ لأنه مأذون في أن يكون هذا المال الذي وجده عنده إلى أن يتم التعريف سنة كاملة، أو يحصل اليأس من معرفة صاحبه فيتصدق به عن قبل صاحبه، بعد حصول شرائط التصديق من وجود الفقير ومعرفته<sup>(١)</sup>.



مركز البحوث الإسلامية

### انقسام الأمانة المالكية

تنقسم الأمانة المالكية إلى قسمين:

الأمانة بالمعنى الأخص.

والأمانة بالمعنى الأعم.

أما الأمانة بالمعنى الأخص: فإن الطرفين يتعهدان على أن يكون المال أمانة

عنده، كالوديعة التي حقيقتها الاستنابة في الحفظ، ومقتضى العقد عدم الضمان.

وأما الأمانة بالمعنى الأعم: وهو التأمين بالتسليط على ماله برضاه، لأجل

مصلحة له، كما في باب الإجارة، أو لأجل مصلحة ذلك الغير كباب العارية، أو

لأجل مصلحتها كباب المضاربة، والمزارعة، والمساقاة وغيرها. وفي هذا القسم

أيضاً لا توجب الضمان، ولكن لا يكون الضمان على خلاف مقتضى العقد.

(١) نضد القواعد الفقهية: ٣٨٤، العناوين ٢: ٤٨٢، القواعد الفقهية للبحرودي ٢: ٩-١٦، و٦: ٢٨٩.

والفرق بينهما أن الأمانة بالمعنى الأخص أن يقال بعدم جواز شرط الضمان فيه؛ لأنه خلاف مقتضى العقد، بل وخلاف الكتاب لقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾<sup>(١)</sup>. ولا شك في أن الودعي محسن، وأي سبيل أعظم من الضمان بدون تعدد وتفريط، مضافاً إلى ما ورد من عدم ضمان صاحب الوديعة بدون التفريط، كصحيحة الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»<sup>(٢)</sup>.

وأما الأمانة بالمعنى الأعم لا يكون شرط الضمان على خلاف مقتضى الضمان، وإذا شرط الضمان فنفس الشرط موجب له<sup>(٣)</sup>. وقال المشهور من العامة: إن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي، ووجب الرد على الفور، وأما الأمانة الغير محضة لا تفسخ بالتعدي، بل تزول أمانته ويصير ضامناً<sup>(٤)</sup>.

### الفرع الثالث:

#### عدم ضمان الأمين

وأما تنقيح الكبرى - وهي عدم ضمان الأمين - فالظاهر أنه لا ينبغي المناقشة فيها، فإنها (أي عدم ضمان الأمين) من القواعد الفقهية المشهورة، بل المجمع عليها، إذ لم ينقل من أحد الخلاف، ولا حاجة في إثباتها إلى إقامة الدليل، بل يكفي عدم ثبوت الدليل على الضمان؛ لأن مجرد عدم ثبوت الضمان كاف في عدمه، كما هو

(١) سورة التوبة: ٩٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٧ باب ٤ من أحكام الوديعة ح ١.

(٣) القواعد الفقهية للجنوري ٧: ٧١-٧٢، تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٣٧٧.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي: ٦٤ القاعدة الخامسة والأربعون.

الشأن في سائر الموارد التي يشك فيها في ثبوت حكم تكليفي، أو وضعي مترتب عليه حكم تكليفي<sup>(١)</sup>. وكيف كان ولتذكر مدارك القاعدة وبيان خروجها من قاعدة اليد:

## ١ - مدارك القاعدة

وهي أمور:

الأول: عدم وجود السبب لضمانه، وذلك من جهة أن سبب الضمان الواقعي - أي المثل أو القيمة في غير الضمان المعاوضي والعقدي - أمور كلها ليس فيما إذا تلف مال الغير في يد الأمين بدون تعد ولا تفريط؛ لأن أحد أسباب الضمان الواقعي هو الإلتلاف لقاعدة «من ألتف مال الغير فهو له ضامن» والمفروض في المقام هو التلف لا الإلتلاف.

والسبب الثاني: هو اليد، وأن اليد التي تكون موجبة للضمان إما هي اليد المعنونة بعنوان العارية كما قيل، ومعلوم أن يد الأمين ليست يدأ عارية، وإما هي يد غير المأذونة من قبل المالك، أو من قبل الله تعالى، كما هو الصحيح، وأيضاً معلوم أن يد الأمين إما مأذونة من قبل المالك، أو من قبل الله تعالى.

والسبب الثالث: التفرير، ولا شك في أنه لا تفرير من طرف الأمين للمالك بالنسبة إلى المال الذي في يده، ولو كان فهو ضامن، ولا يضرّ بعموم هذه القاعدة، وأجني عن المقام<sup>(٢)</sup>.

الثاني: يظهر من الروايات الكثيرة الواردة في الموارد المختلفة من الإقتصار

(١) بلغة الفقيه ٣: ٣٧٧، القواعد الفقهية للفاضل للنكراني ١: ٢٧، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه:

٢١٧، القواعد الفقهية للتدوي: ٦٠.

(٢) القواعد الفقهية للبهجوردي ٢: ٩-١٠.

على المحكم بكون الرجل أميناً أو مؤتمناً، الظاهر في مفروغية استتباع الأمانة لنفي الضمان<sup>(١)</sup>، كصحيحة الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: «صاحب الوديعة والبضاعة<sup>(٢)</sup> مؤتمنان»<sup>(٣)</sup>.

وأيضاً عنه، عن الصادق عليه السلام عن رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه، قال: «هو مؤتمن»<sup>(٤)</sup>. بناءً على أن يكون العمل المستأجر عليه هو الحفظ. وفي رواية أخرى عنه عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، وقال: إنما هو أمين<sup>(٥)</sup>.

الثالث: من وجوه عدم ضمان الأمين هو الأخبار:

منها: ما عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «ليس على المؤتمن ضمان»<sup>(٦)</sup>.

ومثله ما في السنن الكبرى للبيهقي<sup>(٧)</sup>.

ومنها: ما في مرسل أبان بن عثمان قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»<sup>(٨)</sup>.

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «...إذا كان أميناً

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٣٧٧.

(٢) البضاعة بالكسر قطعة من المال تعدّ للتجارة، المصباح المنير ١: ٥١.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٧ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ١.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٨ ح ٩٥٢، وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٢ باب ٢٩ من أبواب الإجارة ح ٣.

(٥) الكافي ٥: ٢٤٤ ح ٨، وسائل الشيعة ١٣: ٢٧٠ باب ٢٨ من أبواب الإجارة ح ١.

(٦) مستدرک الوسائل ١٤: ١٦ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ٤.

(٧) السنن الكبرى ٦: ٢٨٩ باب لا ضمان على مؤتمن.

(٨) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٧ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ٥.

فلا غرم عليه»<sup>(١)</sup>.

ومنها: الخبر المعروف: «ليس على الأمين إلا اليمين»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: رواية عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رسول الله ﷺ قال:

لا ضمان على مؤتمن<sup>(٣)</sup>.

فإن الرواية الأولى عن مولانا أمير المؤمنين ﷺ واضحة الدلالة، بل يمكن أن يقال: إنها نص على عدم ضمان الأمين، وكذلك رواية أبان بن عثمان وصحيفة محمد بن مسلم، حيث إنه ﷺ نفي الغرم عنه؛ لكونه أميناً، فيستفاد العموم من هذا التعليق لكل أمين، سواء كان أميناً من طرف المالك، أو من قبل الشرع.

وأما الخبر المعروف الجاري على الألسنة إذا ثبت وجوده قد لالته واضحة؛ لأن المراد من نفي غير اليمين هو الضمان<sup>(٤)</sup>.

الرابع: الروايات التي دلت على وجوب تصديق الأمين، والنهي عن اتهامه:

منها: عن مسعدة بن صدقة، عن الصادق ﷺ قال: ليس لك أن تأتمن من

خائنك، ولا تتهم من اتئمت<sup>(٥)</sup>.

ومنها: موثقة مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه ﷺ أن

رسول الله ﷺ قال: «ليس لك أن تتهم من قد اتئمتته...»<sup>(٦)</sup>.

دلت هاتان الروايتان بإطلاقهما على أن الأمين إذا أخبر من أحوال الأمانة

(١) الكافي ٥: ٢٤٠ ح ٤.

(٢) لم تقف على مصدره.

(٣) السنن الكبرى ٦: ٢٨٩ باب لا ضمان على مؤتمن، سنن الدارقطني ٣: ٣٦ ح ٢٩٣٨.

(٤) القواعد الفقهية للبحروردی ٢: ١١.

(٥ و ٢) وسائل الشريعة ١٣: ٢٢٩ باب ٤ من أبواب الرديعة ح ٩-١٠.

تكون الوظيفة الشرعية هو التصديق، ولا يجوز لأحد اتهام الأمين وتكذيبه<sup>(١)</sup>.  
وعدّ بعض العامة هذه القاعدة «الأمين يصدّق ما أمكن» من القواعد  
الفقهية<sup>(٢)</sup>.

قال السيوطي: قاعدة: كلّ أمين من مرتين، ووكيل، وشريك، ومقارض،  
ووليّ محجور، وملتقط لم يملك، وملتقط لقيط، ومستأجر وأجير وغيرهم  
يصدّق باليمين في التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سبباً، أو ذكر سبباً خفياً،  
فإن ذكر سبباً ظاهراً غير معروف فلا بدّ من إثباته، أو عرف عمومه لم يحتج إلى  
يمين، أو عرف دون عمومه صدّق بيمينه<sup>(٣)</sup>.

الخامس: السيرة العملية المستمرة المتصلة بعهد المعصومين عليهم السلام على قبول  
قول الأمين فيما أوّتمن عليه<sup>(٤)</sup>.

السادس: أنّ الأمين المأذون من قبل المالك، أو من قبل الشارع لنفع المالك  
محسن إليه، وقال تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾<sup>(٥)</sup>. وحيث إنّ كلمة  
«سبيل» في الآية الشريفة نكرة واقعة في سياق النفي المفيد، فكلّ سبيل منفي  
بالنسبة إلى المحسنين، ولا شك أنّ كون الضمان على عهدة الأمين سبيل، فبعد الفراغ  
عن كونه محسناً يكون الضمان منفيّاً عنه.

ولكن هذا الوجه لا يجري في جميع الأمناء والمأذونين، ففي مثل العارية  
وإن كان المستعير مأذوناً من قبل المالك، ولكن لا يعدّ محسناً إلى المالك، بل تصرّفه

(١) القواعد للمصطفوي: ٨٧-٨٨.

(٢) القواعد الفقهية للتدوي: ١٤٦.

(٣) الأنشاء والنظائر في الفروع: ٢٧٩.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٣: ١٤٧، مباني العروة الوثقى كتاب المزارعة: ٣٩٢.

(٥) التوبة: ٩١.

في مال المالك لأجل مصلحة نفسه لا المالك<sup>(١)</sup>.

## ٢ - خروج اليد الأمانى من قاعدة اليد

واعلم: أن القاعدة الأولية كون المقبوض باليد مضموناً مطلقاً خرج منها باب الأمانات فإنها غير مضمونة، لكن القدر المتيقن من خروج الأمانة عن الضمان هي حالة بقاء الأمين على أمانته، آتياً بما يلزم عليه الإتيان به، تاركاً لما يجب عليه الاجتناب عنه في خصوص هذه الأمانة.

أما مع خروج الأمين عن هذا الحد، وصدور التعدي أو التفريط منه بالنسبة إلى ذلك المال، سقط عن حد الأمانة، وعن قاعدة تصديق الأمين، ودخل في مورد قاعدة الإتلاف، ومن أ تلف مال الغير فهو له ضامن، وقاعدة اليد.

فعدم التعدي والتفريط مأخوذة في حقيقة الأمين، والاستثناء في الطاعة مستدرك؛ لأنه إذا صدر عنه التعدي أو التفريط فهو خائن وليس بأمين؛ لأن الأمانة مقابلة للخيانة، ولا ريب أن التعدي والتفريط خيانة، فإذا خرج عنه فهو داخل في عموم دليل الضمان على القاعدة<sup>(٢)</sup>.

ويدل على الضمان - سوى القواعد العامة - روايات خاصة في أبواب متفرقة، منها: ما عن الحلبي في رواية قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفقت الدابة، قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن؛ لأنه لم يستوثق منها<sup>(٣)</sup>. فهذه الرواية تدل على الضمان في صورتي التعدي والتفريط معاً.

(١) القواعد الفقهية للبحروردى ٢: ٤-٧.

(٢) العناوين ٢: ٤٤٦-٤٤٧، القواعد الفقهية للبحروردى ٢: ١٣.

(٣) الكافي ٥: ٢٩٠ ح ٣.

## خاتمة في صفريات باب الأمانة

البحث في هذا الفصل في تنقيح صفريات الباب، وهي ثبوت الأمانة وتشخيص حقيقتها، وإنما يستفاد تحققها مما ورد في الأبواب المتفرقة من الوديعة، والعارية، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، والوكالة، والأجير، والمستأجر، واللقطة، والبضاعة، والدلال، ومالك الزكاة والخمس، والرهانة، والشركة وغير ذلك.

ونحن نذكر أولاً في كل باب بعض كلمات الفقهاء من الخاصة والعامة، ثم نذكر ثانياً الدليل على كون الباب من موارد الأمانة من الأدلة الخاصة، أو العامة.

## أ: المودع

الوديعة: وهي عبارة عن إيداع ماله أو شيء آخر عند شخص لوثوقه به؛ لكي يسترده فيما بعد.

قالوا: والمودع مؤتمن على الوديعة، وقوله مقبول فيها، فإن ضاعت الوديعة لم يلزمه شيء، إلا أن يكون قد فرط في حفظها أو تعدى فيها، فإن ادعى المودع التلف - سواء أسنده إلى سبب أو لا - وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق، أو خفياً كالسرقة ونحوها - وأنكر المالك، كان القول قول المودع مع يمينه من غير بيّنة وإن كان مدّعياً ومخالفاً للأصل؛ لأنه أمين في كل حال، وتكليف الأمانة بالبيّنة في دعوى التلف ينجرّ إلى فتور رغبة الناس عن قبول الوداع<sup>(١)</sup>. بل عن الصدوق

(١) المهذب لابن البراج ١: ٤٢٢-٤٢٥، الكافي في الفقه: ٢٣١، جواهر الفقه: ١٠٣، شرائع الإسلام: ٢.

١٦٧، مختلف الشيعة ٦: ٣١، الحقائق الناضرة ٢١: ٤٥٥، العناوين ٢: ٦١٢، جواهر الكلام ٢٧: ١٤٧ -

١٤٨، كفاية الأحكام: ١٣٤، المناهل: ١٣٣.

والشيخ وابن حمزة<sup>(١)</sup> : أنه لا يمين عليه مطلقاً - سواء كان من مواضع التهمة أم لا - للمرسل في المقنع عن الصادق عليه السلام : عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال : نعم ، ولا يمين عليه<sup>(٢)</sup> .

ويدل على الصغرى وأن الوديعة أمانة صحيحة الحلبي ، عن الصادق عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان<sup>(٣)</sup> . وغير ذلك من الروايات .

أما الجمهور فقال بعضهم : والوديعة أمانة في يد المودع ، فإن تلفت الوديعة من غير تفريط من المودع فليس عليه فيها ضمان ، وهو قول أكثر الفقهاء ، وروي ذلك عن أبي بكر ، وعلي ، وابن مسعود ، وأصحاب الرأي ، وشريح ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد .

لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن رسول الله ﷺ قال : «من استودع وديعة فلا ضمان عليه»<sup>(٤)</sup> ، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيديه ؛ ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان ، فلو ضمن من غير عدوان زهد الناس في قبولها ، فيؤدى إلى قطع المعروف .

ثم قال : إذا أودع رجل رجلاً وديعة ، وطالب المودع برد الوديعة ، وادعى المستودع تلفها في يده ولم يذكر سبباً ، أو ذكر سبباً خفياً كالسرقة ، فالقول قول المستودع مع يمينه أنها هلكت ، وهو بالإجماع ؛ لأنه ائتمنه على ماله ، فليصدق ، ولا يلزم بيان السبب ؛ لأنه خفي ، ويتعذر إقامة البيّنة عليه ، فيقبل قوله مع يمينه ، وإذا ذكر المستودع سبباً ظاهراً ، كوقوع الحريق ، أو غارة ، أو سيل ، لم يقبل قوله

(١) المقنع : ٣٨٦ ، النهاية : ٤٣٦ ، الوسيلة : ٢٧٥ .

(٢) المقنع : ٣٨٦ ، وسائل الشيعة ١٣ : ٢٢٨ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ٧ .

(٣) وسائل الشيعة ١٣ : ٢٢٧ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ١ .

(٤) السنن الكبرى ٦ : ٢٨٩ ، باب لا ضمان على مؤتمن .

حتى يقيم البيّنة على حدوث هذه المتلفات؛ لأنّ الأصل أن لا نهب ولا حريق<sup>(١)</sup>.

### ب: المستعير

لا خلاف بين الأصحاب في أنّ العارية أمانة في يد المستعير لا تستعقب الضمان، وعليه كلّ عارية تلفت عند المستعير بغير تفريط ولا عدوان فلا ضمان عليه، إلّا إذا اشترط الضمان، أو كان المعار من الذهب والفضة<sup>(٢)</sup>. وبذلك تكاثرت الأخبار:

منها: ما في صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال: إذا كان أميناً فلا غرم عليه<sup>(٣)</sup>.

ومنها: صحيحة عبدالله بن سنان قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العارية؟ فقال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً<sup>(٤)</sup>.

ومنها: ما في صحيحة الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن<sup>(٥)</sup>. إلى غير ذلك من الروايات<sup>(٦)</sup>. فإذا اختلف المعير والمستعير وأدعى المستعير تلف العارية بلا تعدّ ولا تفريط،

(١) المذهب في فقه الشافعي ١: ٣٥٩ و ٣٦٢، المجموع شرح المذهب ١٤: ٣٤٩ - ٣٥٠ و ٣٨٥.

(٢) المقنع للصدوق: ٣٨٦، المبسوط ٣: ٤٩، شرائع الإسلام ٢: ١٧٤، القواعد والفوائد ٢: ٢٧٢، إيضاح

الفوائد ٢: ١٢٩، الحقائق الناضرة ٢١: ٥٠٤، جواهر الكلام ٢٧: ١٦٣، مغايب الشرائع ٣: ١٦٨، نضد

القواعد الفقهية: ٣٨٥.

(٣) الكافي ٥: ٢٤٠ ح ٤.

(٤) المصدر ح ٥.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ١٨٢ ح ٧٩٨.

(٦) الكافي ٥: ٢٣٩ باب ضمان العارية والوديعة، تهذيب الأحكام ٧: ١٨٢ باب العارية، وسائل الشريعة ١٣:

٢٣٥ باب ١ من أبواب العارية.

وأنكر المالك، فالقول قول المستعير بيمينه عند المشهور، وإن كان مدّعياً ومخالفاً للأصل؛ لأنه أمين فيقبل قوله على من ائتمنه<sup>(١)</sup>.

أما الجمهور فاختلفوا في كون العارية مضمونة أو أمانة، على أقوال: القول الأول: من قالت: إنها في الأصل تعتبر أمانة في يد المستعير غير مضمونة ما لم يتعدّ فيها المستعير، إلا أن يشترط ضمانها فيجب؛ لقول النبي ﷺ لصفوان «بل عارية مضمونة»<sup>(٢)</sup>؛ وهو قول أبي حنيفة وقتادة والعنبري.

القول الثاني: العارية مضمونة وإن لم يتعدّ فيها المستعير، وقامت البيّنة على تلفها، وهو قول الشافعي وأحد قولي مالك وقول الحنابلة.

القول الثالث: العارية مضمونة فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بيّنة، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه، ولا فيما قامت البيّنة على تلفه، وهو مذهب مالك في المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه<sup>(٣)</sup>.

وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك، وذلك أنه ورد في الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة مؤداة»<sup>(٤)</sup>. وفي بعضها «بل عارية مؤداة»<sup>(٥)</sup>. وروي عنه قال: «ليس على المستعير ضمان» فنرجع وأخذ بها أسقط الضمان عنه، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان، ومن ذهب مذهب الجمع حمل هذا الضمان على ما يغاب عليه، والحديث الآخر على

(١) المقنع: ٣٨٦، الكافي في الفقه: ٣٢٩، قواعد الأحكام ١: ١٩٤، إيضاح الفوائد ٢: ١٣٤، جامع المقاصد ٦: ٩٣، الحقائق الناضرة ٢١: ٥٢٤، فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام ٤: ٢١٧، المناهل: ١٣٣.

(٢) السنن الكبرى ٦: ٨٩ باب أن العارية مضمونة.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢: ٣١٢، المغني ٥: ٣٥٤-٣٥٦، المدخل الفقهي العام ٢: ٨٦٢، المجموع ١٥: ١٧.

(٤) السنن الكبرى ٦: ٨٩ باب العارية المضمونة.

(٥) السنن الكبرى ٦: ٨٨ باب العارية مؤداة.

ما لا يغاب عليه<sup>(١)</sup>.

### ج: المرتهن

الرهنينة وثيقة لدين المرتهن<sup>(٢)</sup>. والرهن أمانة في يد المرتهن، والمرتهن أمين لا يضمنه لو تلف عنده، إلا بالتفريط أو التعدي، وهو المشهور، بل ادعى الشيخ وغيره<sup>(٣)</sup> الإجماع عليه، ومتى تلف الرهن كان للمرتهن أن يرجع على الراهن بدينه - سواء كان دينه أكثر من قيمة الرهن أو أقل منه، وسواء كان هلاكه بأمر ظاهر مثل الفرق والحرق والنهب، أو أمر خفي مثل التلصص والسرقة والحفية أو الضياع -؛ لأنه أمانة، فإن اتهم المرتهن كان القول قوله مع يمينه<sup>(٤)</sup>. ويدل عليه جملة من الأخبار:

منها: ما رواه إسماعيل بن مسلم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليه السلام قال: قال علي عليه السلام في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن: هو بكذا وكذا، وقال المرتهن: هو بأكثر: إنه يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن؛ لأنه أمين<sup>(٥)</sup>. ومنها: صحيحة الحلبي في الرجل يرهن عند الرجل رهناً فيصيبه شيء، أو يضيع، قال: يرجع بماله عليه<sup>(٦)</sup>. وغير ذلك من الروايات<sup>(٧)</sup>. ويحمل روايات

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢: ٣١٢.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٧٥، قواعد الأحكام ١: ١٥٨.

(٣) المبسوط ٢: ٢٤٦، الخلاف ٣: ٢٤٥، مفاتيح الشرائع ٣: ١٣٩.

(٤) المقنع: ٢٨٦، المبسوط ٢: ٢٤٦-٢٤٧، شرائع الإسلام ٢: ٨٠، إرشاد الأذهان ١: ٣٩٣، الدروس ٣: ٤٠٥.

درس ٢٨١، إيضاح الفوائد ٢: ٤٥، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥٧، الحقائق النضرية ٢٠: ٢٣٤، جواهر

الكلام ٢٥: ١٧٧، القواعد الفقهية للبهنجوري ٦: ٣٣، تحرير الوسيلة، كتاب الرهن، مسألة ٢٨.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٧ ح ٨٩٥، وسائل الشيعة ١٣: ١٣٨ باب ١٧ من أبواب الرهن ح ٤.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ١٧٠ ح ٧٥٧، ومثله في من لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٨ ح ٩٠٠ عن الصادق عليه السلام، ووسائل

المخالف ما إذا فرط المرتهن وقصّر وتلف في يده، كما حمله الشيخ وغيره<sup>(٨)</sup>.  
 أمّا الجمهور فإنهم اختلفوا في كون المرهون أمانة في يد المرتهن؛ فقال قوم:  
 الرهن أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعدّد منه فلا شيء عليه، ولا يسقط بهلاكه  
 شيء من دينه، وإن اختلف الراهن والمرتهن في التفريط وعدمه، فالقول قول  
 المرتهن مع يمينه وعدم الضمان عليه، فإن كان تلفه بتعدّد أو تفريط في حفظه ضمنه.  
 يروى ذلك عن علي عليه السلام، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وعطاء والزهري  
 والأوزاعي وابن المنذر وجمهور أهل الحديث. احتجّوا بحديث سعيد بن المسيّب،  
 عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا يخلق الرهن، الرهن لصاحبه الذي رهنه، له  
 غنمه وعليه غرمه»<sup>(٩)</sup> أي له غلّته وخراجه، وعليه افتكاكه ومصيبته منه. ولخبر:  
 الرهن من رهنه وله غنمه وعليه غرمه<sup>(١٠)</sup>، هذا هو القول الأوّل.

القول الثاني: الرهن من المرتهن ومصيبته منه، وأن المرهون يهلك مضموناً  
 بالدين، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين؛ لأنّه روي عن  
 النبي ﷺ أنّه قال: «الرهن بما فيه»<sup>(١١)</sup>.

القول الثالث: وفرّق قوم بين ما لا يغاب عليه، مثل الحيوان والعقار ممّا  
 لا يخفى هلاكه، وبين ما يغاب عليه من العروض، فقالوا: هو مؤتمن فيما لا يغاب  
 عليه، وضامن فيما يغاب عليه، إلّا إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه، من غير

→ الشيعة ١٣: ١٢٦ باب ٥ من أبواب الرهن ح ٥.

(٧) الكافي ٥: ٢٣٤ باب الرهن، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٥ باب الرهن، تهذيب الأحكام ٧: ١٦٨ باب  
 الرهن، وسائل الشيعة ١٣: ١٢٥ باب ٥ من أبواب الرهن.

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ١٧١ ذح ٧٦١، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥٩، جواهر الكلام ٢٥: ١٧٦.

(٩) السنن الكبرى كتاب الرهن ٦: ٣٩.

(١٠) المصدر: ٣٩.

(١١) المصدر: ٤٠.

تضييع ولا تفريط فإنه لا يضمن، وممن قال بهذا القول مالك<sup>(١)</sup>.

### د: الوكيل

قالوا: الوكيل أمين لا يضمن ما تلف في يده من الموكل، إلا مع التعدي أو التفريط، ويده يد أمانة في حق الموكل فلا يضمن. وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه، ولا يضمنه بتأخير، إلا مع الطلب وإمكان الدفع.

إذا اختلف الموكل والوكيل في التلف، فادّعى الوكيل تلف المال الذي سلّمه الموكل إليه ليتصرّف فيه، وأنكر الموكل تلفه، أو ادّعى تلف الثمن الذي قبضه بعدما أقرّ له الموكل بالقبض، غير أنه أنكر التلف، فالقول قول الوكيل في ذلك؛ لأنه أمين، خلافاً للقاعدة، حيث تقتضي كون الإثبات على الوكيل، إلا أننا قد خرجنا عنها؛ لوجود الدليل على تقديم قول الوكيل؛ للسيرة العملية الفعلية المتصلة بعهد المعصومين<sup>(٢)</sup>.

حيث جرى بناء العقلاء من المتشريعة وغيرهم على قبول قول الوكيل فيما هو وكيل فيه<sup>(٣)</sup>، قد ادّعى في الإمانة ما يتعذر إقامة البينة عليه، فكان القول قوله؛ ولا فرق بين السبب الظاهر والخبّي، ويلوح من كلامهم: أنه لا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام<sup>(٤)</sup>.

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢: ٢٧٧، المغني وشرح الكبير ٤: ٤١٠، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج

٤: ٢٨١، بدائع الصنائع ٥: ٢٢٤.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب المزارعة: ٣٩١-٣٩٢ مسألة ٢٨.

(٣) المبسوط ٢: ٣٧٢، جواهر الفقه: ٧٧-٧٨ مسألة ٢٨٧، شرائع الإسلام ٢: ٢٠٣ و ٢٠٥، تذكرة الفقهاء ٢:

١٣٧، قواعد الأحكام ١: ٢٦١، إرشاد الأذهان ١: ٤١٨ و ٤٢٠، جامع المقاصد ٨: ٣١٨ و ٢٦١، الحقائق

وكذا إذا ادّعى على وكيله أنه طالبه برّد المال الذي له في يده، فامتنع من الرّد مع الإمكان فهو ضامن، فأنكر الوكيل ذلك، وقال: ما طالبتني برّده، فلا ضمان عليّ، كان القول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنّه ادّعت عليه الخيانة والأصل أمانته<sup>(١)</sup>.  
أمّا الجمهور فقالوا: الوكيل أمين، ويده يد أمانة على المال الذي في يده، وإذا اختلف الوكيل والموكل في التلف فيقول الوكيل تلف مالك في يدي، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذّبه الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه؛ لأنّه أمين، وهذا ممّا يتعذر إقامة البيّنة عليه، فلا يكلف ذلك كالمودع، وقال الشافعي والقاضي: إلّا أن يدّعي التلف بأمر ظاهر، كالحريق وشبهه، فعليه إقامة البيّنة على وجود هذا الأمر<sup>(٢)</sup>.



مرکز تحقیق و پژوهش حقوق اسلامی

هـ: الرسول

والرسول أمين، والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة في حكم الوديعة، كالمال الذي قبضه الوكيل من جهة الوكالة، فإذا تلف بلا تعدّد ولا تقصير فلا يلزم الضمان.

مثلاً: لو أرسل أحد خادمه للصيرفي لإحضار ما يريد الصيرفي أن يقرضه إتياء من النبقود، فقال الصيرفي: أعطيته إتياء، وقال الخادم: أخذته أيضاً وأعطيته لمولاي، يصدّق الخادم في حقّ براءة نفسه؛ لأنّه أمين، ويقبل قوله في

→ الناضرة ٢٢: ٨٣، جواهر الكلام ٢٧: ٤٣١، العناوين ٢: ٤٨٢، ملحقات العروة الوثقى ٢: ١٤٦ و ١٥٢.

١٥٣، فقه الإمام جعفر الصادق ٤: ٢٥٢، تحرير الوسيلة ٢: ٤٨ مسألة ٣٦ و ٣٩.

(١) المبسوط ٢: ٣٧٦.

(٢) المذهب ١: ٣٥٨، بداية المجتهد ٢: ٣٠٢، المغني ٥: ٢٢١، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٥: ٤٨، درر

الحكام شرح مجلة الأحكام ١١: ٥٨٢-٥٨٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٩٥.

حق نفسه، وإذا وقع التلف في يد الرسول بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه شيء<sup>(١)</sup>، وأن قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»<sup>(٢)</sup> ربما يقال باختصاصه باليد المعنونة بعنوان العادية، أو باليد غير المأذونة من قبل المالك، أو من قبل الله، ومعلوم أن يد الرسول ليست بيد عادية ولا غير مأذونة، فلا تشمله قوله ﷺ: «على اليد...»

وعلى فرض شموله، والدليل على التخصيص الروايات المتكثرة<sup>(٣)</sup>، الواردة في عدم ضمان الأمين، ومقتضى تعليق الحكم بعدم الغرامة في الجواب على كون الرجل أميناً ثبوت الحكم في جميع موارد ثبوت الأمانة ولو في غير مورد السؤال<sup>(٤)</sup>. وصحيفة زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعث إليه أخ له زكاته ليقسمها فضاغت، فقال: «ليس على الرسول ولا على المؤدي ضمان»<sup>(٥)</sup>. وقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾<sup>(٦)</sup> له معنى عام شامل لكل ما يكون بضرر المحسن وموجباً لمؤاخذته والأخذ به، سواء كان عقاباً في الآخر، أو أمراً ضرورياً عليه في الدين، كضمانه وتغريمه وتعزيزه<sup>(٧)</sup>.

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٨٦: ١١ مادة ١٤٦٣، تحرير المجلة ٤: ١٨، القواعد الفقهية بين الإصابة والتوجيه: ٢٥٧.

(٢) مستدرک الوسائل ١٧: ٨٨ باب ١ من أبواب الغصب ح ٤، السنن الكبرى كتاب الغصب ٦: ٩٥، باب رد المغصوب إذا كان باقياً.

(٣) الكافي ٥: ٢٤٠ ح ٤، وسائل الشيعية ١٣: ٢٢٨ باب ٤ من كتاب الوديعة ح ٥، مستدرک الوسائل ١٤: ١٦ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ٤، السنن الكبرى ٦: ٢٨٩ باب لا ضمان على مؤتمن، سنن الدارقطني ٣: ٣٦ ح ٢٩٣٨.

(٤) القواعد الفقهية للفاضل اللكراني ١: ٢٨-٢٩.

(٥) وسائل الشيعية ٦: ١٩٨ باب ٣٩ من أبواب المستحقين للزكاة ح ٢.

(٦) التوبة: ٩٢.

(٧) القواعد الفقهية للبحروردی ٤: ٨، وللفاضل اللكراني ١: ٢٨٣.

## و: الدّلال

والدّلال أمين لا يضمن ما تلف في يده، إلّا مع الإفراط أو التفريط، وقوله مقبول في التلف، ولعلّ ذلك مجمع عليه، مع أنّ الأصل عدم التلف<sup>(١)</sup>.

وفي رواية عليّ بن محمّد القاساني قال: كتبت إليه يعني أبا الحسن الثالث عليه السلام وأنا بالمدينة سنة إحدى وثلاثين ومائتين: جعلت فداك رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً أو غير ذلك، فاشتراه منه أو قطع عليه الطريق، من مال من ذهب المتاع، من مال الأمر أو من مال المأمور؟ فكتب سلام الله عليه: من مال الأمر<sup>(٢)</sup>.

أمّا الجمهور فقال بعضهم: ويد الوكيل يد أمانة، فإن تعدّى ضمن، كسائر الأمناء، كلبس الدّالّين للأمتعة التي تدفع إليهم، وركوب الدوابّ أيضاً التي تدفع إليهم لبيعها ما لم يأذن في ذلك أو تجري به العادة، ويعلم الدافع بجريان العادة بذلك فلا يكون تعدّياً لكن يكون عارية، فإن تلف بالاستعمال المأذون فيه حقيقة أو حكماً بأن جرت به العادة على ما مرّ فلا ضمان<sup>(٣)</sup>.

## ز: الشريك

كلّ واحد من الشريكين أمين، يده يد أمانة على ما تحت يده، كالمستودع والوكيل لا يضمن ما تلف في يده، إلّا بتعدّ أو تفريط، يقبل قوله في الخسران والتلف مع اليمين، كالمستودع إذا ادّعى التلف، سواء أسند التلف إلى سبب ظاهر

(١) إرشاد الأذهان ١: ٣٨٤، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد ٢: ١٤٨، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٥٤٠، المناوين ٢: ٤٨٢ عنوان ٦٥.

(٢) الكافي ٥: ٣١٤ ح ٤٤، تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٥ ح ٩٨٥، وسائل الشيعة ١٢: ٣٩٣ باب ١٩ من أبواب أحكام العقود ح ١.

(٣) حاشية نور الدين شبر أملي لكتاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مع هامشها ٥: ٤٨.

كالهرق والغرق، أو خفي كالسرقة؛ لأنه أمين ووكيل.

نعم، لو تعدى المتصرف ما حد له ضمن؛ لقاعدة اليد وغيرها.

إذا كان مال الشركة في يد أحد الشركاء، وادعى التلف، فالقول قوله يمينه؛

لأنه أمين، وليس على الأمين إلا اليمين<sup>(١)</sup>.

أما الجمهور فقالوا: والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه، فيتصرف بلا ضرر، ثم إن يد كل واحد من الشريكين يد أمانة كالمودع والوكيل، مع أن الشريك يملك أمراً زائداً لا يملكه المودع وهو التصرف، وأتت ادعى خيانة صاحبه فعليه البيّنة، وأتت زعم أن المال قد تلف فهو أمين وعليه اليمين، ولا يضمن إلا مع التعدي؛ لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يده وبه قال الجمهور، فقال الشافعي: فإن ادعى الهالك، فإن كان سبب ظاهر لم يقبل حتى يقيم البيّنة عليه، وإن كان السبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بيّنة<sup>(٢)</sup>.

### ح: العامل في المضاربة

لا خلاف ولا إشكال في أن المضارب أمين، فلا يضمن حينئذ ما يتلف إلا عن تفريط أو خيانة، وقول المقارض مقبول في التلف؛ لأنه أمين وذو يد على المال بإذن المالك، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر

(١) المبسوط ٤: ٣٧٢، جواهر الفقه: ٧٥، شرائع الإسلام ٢: ١٣١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٥، إرشاد الأذهان ١:

٤٢٣، غاية المراد في شرح نكتة الإرشاد ٢: ٣٥١، جامع المقاصد ٨: ٢٧، مجمع الفائدة والبرهان ١٠:

٢٠٢، جواهر الكلام ٢٦: ٣٠٦-٣٠٨، العناوين ٢: ٦١٢، المناهل ١٨٩.

(٢) المهذب ١: ٣٤٧، المجموع شرح المهذب ١٤: ٣٣١-٣٣٢، بدائع الصنائع ٥: ٩٦ و ١٠٦، بداية المجتهد

ونهاية المقتصد ٢: ٢٥٥، المغني ٥: ١٢٩.

يمكن إقامة البيّنة عليه أو خفيّ.

فإذا اختلف المالك والعامل، فادّعى عامل المضاربة التلف، وأنكر المالك التلف فالقول قول المضارب، أو ادّعى العامل الخسارة في رأس المال، وأنكر المالك فالقول قول العامل المضارب؛ لأنّه أمين ما في يده كالوكيل<sup>(١)</sup>. فلا يضمن على ما يستفاد من جملة من النصوص الواردة في الضمان، بل والنصوص الواردة في خصوص المضاربة، حيث علّقه الضمان على المخالفة والتعدي، فيكون مفهومها عدم ضمان العامل عند تلف مال المضاربة، من غير تعدّد أو تفريط<sup>(٢)</sup>.

أمّا الجمهور فقالوا: إنّ العامل في مال المضاربة والقراض مؤتمن؛ لأنّه متصرّف في مال غيره بإذنه لا يختصّ بنفعه، فكان أميناً كالوكيل، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن؛ لأنّه نائب عن ربّ المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط، كالمودع.

وإن اختلف العامل وربّ المال في تلف المال، فادّعاه العامل وأنكر ربّ المال، فالقول قول العامل؛ لأنّه أمين. وللشافعي فيه قول بالتفصيل فقد مضى في الشركة<sup>(٣)</sup>.

### ط: العامل في البضاعة

من دفع مالا إلى غيره للتجارة تارة؛ على أن يكون الربح بينهما وهي مضاربة. وأخرى؛ على أن يكون تمامه للعامل، وهذا داخل في عنوان القرض إن كان بقصد.

(١) المقنعة: ٦٣٣، المبسوط ٣: ١٧٤، شرائع الإسلام ٢: ١٤٢، قواعد الأحكام ١: ٢٥١، تذكرة الفقهاء ٢:

٢٤٥، إرشاد الأذهان ١: ٤٣٥، غاية المراد في شرح نكت الإرشاد وحاشية الإرشاد ٢: ٣٦٢، جامع

المقاصد ٨: ١٦٤ و ١٦٥، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٥٠، الحقائق الناضرة: ٢١: ٢٤٠، جواهر الكلام

٢٦: ٣٧٨-٣٧٩، مفاتيح الشرائع ٣: ٩٤، العروة الوثقى ٥: ٢٣٨ مسألة ٥١.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب المضاربة: ١٦٩-١٧٧.

(٣) المغني ٥: ١٩٦، المهذب ١: ٣٨٨-٣٨٩، المجموع شرح المهذب ١٥: ٢٦٧، بداية المجتهد ٢: ٢٣٦.

وثالثة: على أن يكون تمامه للمالك، ويسمى عندهم بإسم البضاعة، ورابعة: لا يشترط أن شيئاً، وعلى هذا أيضاً يكون تمام الربح للمالك، فهو داخل في عنوان البضاعة وعليها يستحق العامل أجره المثل لعمله، إلا أن يشترط عدمه، أو يكون العامل قاصداً للتبرع<sup>(١)</sup>.

قال بعض الأعلام: العامل أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن تفريط أو تعدي، وقوله مقبول في التلف؛ لأمانته، سواء في المضاربة كما في النصوص<sup>(٢)</sup>، أو البضاعة كما في الخبر<sup>(٣)</sup>. وهي رواية محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ قال: «ليس عليه غرام بعد أن يكون الرجل أميناً»<sup>(٤)</sup>، وصحيفة الحلبي، عن الصادق عليه السلام قال: «صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان»<sup>(٥)</sup>.

قال بعض المالكية: سبيل البضاعة سبيل الوديعة لا ضمان على قابضها، إلا أن يتعدى أو يخالف ما أمر به فيضمن، والمبضع معه وكيل، فيقد مضى في باب الوكالة من حكمها ما يغني عن ذكره في هذا الباب<sup>(٦)</sup>.

## ي: العامل في المزارعة

قالوا: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة

- (١) التنقيح الرائع ٢: ٢١٣، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٢٢٦، جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦، العروة الوثقى ٥: ١٤٦، مباني العروة الوثقى، كتاب المضاربة: ١٢-١٣.
- (٢) الكافي ٥: ٢٤٠ ح ٤، التهذيب ٧: ١٨٤ ح ٨١٢، وسائل الشريعة ١٣: ١٨٥ باب ٣ من أبواب المضاربة ح ٣.
- (٣) رسائل المحقق الكركي ٣: ٩٣، التنقيح الرائع ٤: ٢٧٣، مقتايع الشرائع ٣: ٩٤.
- (٤) وسائل الشريعة ١٣: ١٨٥ باب ٣ من أحكام المضاربة ح ٣.
- (٥) وسائل الشريعة ١٣: ٢٢٧ باب ٤ من أبواب الوديعة ح ١.
- (٦) الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٠٥.

من بعض الشروط، أو ادعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضرّ بالزرع، وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه، فالقول قوله؛ لأنه مؤتمن في عمله. وكذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ المحاصل بعد ظهوره وأنكر<sup>(١)</sup>.

خلافاً للقاعدة حيث تقتضي كون الإثبات على العامل، والقول قول المالك؛ لمطابقة قوله للأصل، إذ الأصل عدم فعل الشرط، وعدم فعل تمام ما يلزم العامل الذي هو معنى التقصير، إلا أننا قد خرجنا عنها؛ لوجود الدليل على تقديم قول العامل، لأنه مؤتمن في عمله، وعدم مطالبته بالإثبات ما لم يثبت خلافه؛ وللسيرة العملية المتصلة بعهد المعصومين عليهم السلام على قبول قول الأمين فيما أوتمن عليه<sup>(٢)</sup>.

أما الجمهور فإنهم اختلفوا في جواز المزارعة وعدمه، فقال البعض: وهي جائزة<sup>(٣)</sup>. وقال بعض آخر: لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه، فأما إذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها نظرت، فإن كان النخل كثيراً، أو البياض قليلاً جاز أن تساقيه على النخل وتزارعه على الأرض؛ لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله: من كانت له أرض فليزرعها، ولا يكرها بثلت ولا بربع ولا بطعام مسمى<sup>(٤)</sup>.

قال الماوردي: المزارعة على ضربين: ضرب: أجمع الفقهاء على فسادِه. وضرب: اختلفوا فيه. فأما الضرب الذي أجمعوا على فسادِه، فهو أن تكون حصّة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصّة صاحبه، مثل أن يقول: قد زارعتك على هذه الأرض على أن ما نبت من الماذيانات كان لي، وما نبت على

(١) العروة الوثقى ٥: ٣٤٤، العناوين ٢: ٤٨٢.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٣: ١٤٧، مباني العروة الوثقى كتاب المزارعة: ٣٩٢.

(٣) المغني ٥: ٥٨١، المجموع شرح المذهب ١٥: ٣٠٢.

(٤) المذهب ١: ٣٩٣-٣٩٤، الحاوي الكبير ٩: ١٦٩-١٧٠.

السواقي والجداول كان لك .

وأما الضرب الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها، والبذر منها أو من أحدهما بحسب شرطهما، على أن ما أخرج تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف، أو ثلث، أو ربع، فهذه هي المخابرة والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنها باطلة، وهو مذهب الشافعي، ومالك، وأبو حنيفة .

ثانيها: إنها جائزة، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب عليه السلام، وعمار بن

ياسر، وعبد الله بن مسعود ...

ثالثها: أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز، وإن شرطه على الزارع

جاز، وهو مذهب أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه <sup>(١)</sup>.

مركزية كويتية

يا: العامل في المساقاة

والعامل أمين فيقبل قوله في التلف وعدم الخيانة، وعدم التفريط مع اليمين، ولو ادّعى المالك على العامل سرقة، أو اتلافاً، أو خيانة، أو ادّعى عليه أن التلف كان بتفريطه، قدّم قول العامل؛ لأنه أمين ونائب المالك في حفظ ماله، كعامل القراض <sup>(٢)</sup>.

أما الجمهور فقالوا: والعامل أمين والقول قوله فيما يدّعي من هلاك، وما يدّعي عليه من خيانة؛ لأنّ ربّ المال اتّتمنه بدفع مال إليه فهو كالمضارب، فإن ادّعى

(١) الحاوي الكبير ٩: ٢٨٧-٢٨٨.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤١، إرشاد الأذهان ١: ٤٣٠، جامع المقاصد ٧: ٣٨٥، الحقائق الناضرة ٢١: ٣٨٣.

مستمك العروة الوثقى ١٣: ٢٢٩، مباني العروة الوثقى، كتاب المساقاة: ٨٠، الغناوين ٢: ٤٨٢، العروة

الوثقى مع تعليقات للشيخ الفقيه الفاضل اللكراني ٢: ٦٣٣.

رب المال على العامل الخيانة أو السرقة في الثمار، فإن دعواه لا تقبل حتى يبين فيها ما كان العامل، ويحزر الدعوى، فإذا حرّرها وأنكر العامل، فالقول قول العامل مع يمينه<sup>(١)</sup>.

### يب: العامل على الزكاة

ومن الأصناف المستحقين للزكاة: العاملون عليها، بنص الكتاب ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا...﴾<sup>(٢)</sup>.  
وهم عمال الصدقات؛ أي الساعون في تحصيلها وتحصيلها بأخذ وكتابة وحساب وحفظ ونحو ذلك، وعلى الإمام أن يبعث الساعي في كل عام إلى أرباب الأموال لجباية الصدقات، والساعي أمين إذا تلفت الزكاة في يده بغير تفريط لم يضمن إجماعاً؛ لأن قبضه أمانة<sup>(٣)</sup>.  
ويدل على كونه أميناً قول أمير المؤمنين عليه السلام في صحيحة بريد بن معاوية الطويلة، الواردة في آداب المصدق: «وكن حافظاً لما ائتمنتك عليه... فإذا قبضته فلا توكل به إلا ناصحاً شقيقاً أميناً حفيظاً...»<sup>(٤)</sup>.

### يج: العامل في الجمالة

الجمالة لغة: مال يجعل على عمل، وشرعاً: صيغة دالة على الإذن في عمل.

(١) المغني ٥: ٥٧٤، المهذب ١: ٣٩٣، المجموع شرح المهذب ١٥: ٢٩٥.

(٢) التوبة: ٦٠.

(٣) المبسوط ١: ٢٤٤، تذكرة الفقهاء ١: ٢٣٦، مدارك الأحكام ٥: ٢٠٨ و ٢١١، مصباح الفقيه: ٩٤ للهمداني.

(٤) الكافي ٣: ٥٣١-٥٣٢ ح ١، تهذيب الأحكام ٤: ٩٦ ح ٢٧٤، وسائل الشيعة ٦: ٨٨ باب ١٤ من أبواب زكاة

الانعام ح ١.

بعوض، مثل من خاط هذا الثوب فله كذا.

قال الشهيد: العامل أمين وخبر السكوني وغياث، عن علي عليه السلام يدل عليه (١).  
قال العلامة: الأقوى أن يد العامل على ما يحصل في يده إلى أن يرده يد أمانة،  
ولم أقف فيه على شيء، لكن النظر يقتضي ذلك؛ لأصالة البراءة... ويد العامل  
كيد الوكيل (٢).

فروى السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه في رجل  
أخذ عبداً أبقاً، فكان معه، ثم هرب منه، قال: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما سلبه  
ثيابه، ولا شيئاً مما كان عليه، ولا باعه، ولا داهن في إرساله، فإن حلف برأ من  
الضمان (٣).

فروى غياث بن إبراهيم، عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال في رجل  
أخذ أبقاً فأبق منه: ليس عليه شيء (٤).  
أما الجمهور فقال بعضهم: يد العامل على ما يقع في يده إلى أن يرده يد أمانة،  
فإن خلاه بتفريط ضمن؛ لتقصيره (٥).

يد: الأجير

قد يكون محل الإجارة عمل عامل؛ وقد يكون منفعة عين.  
أما الأول: يكون الأجير أجيراً خاصاً؛ وهو الذي يستأجره مدة معينة  
لا يجوز له العمل لغير المستأجر، إلا بإذنه؛ وقد يكون مشتركاً، وهو الذي يستأجر

(١) الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣: ١٠٠ درس ٢١٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٨٩.

(٣ و ٣) وسائل الشيعة ١٦: ٥٣-٥٤ باب ٤٩ من أبواب العتق ١ و ٣.

(٥) مغني المحتاج ٢: ٤٣٥.

بعمل مجرد عن المدة.

أما الأجير المشترك، فقد نسب إلى المشهور: في أن العين التي تدفع إلى الأجير ليعمل فيها كالخياط، أو القصار، أو الصائغ، أو الملاح، أو المكاري، أو القصاب، أو الجمال، أو الحائك، أو الطباخ، أو الخباز ونحوها، أمانة عنده، فلو تلفت تحت يده من غير تفريط أو تعدّ لا ضمان عليه.

كما أنه لا خلاف ولا إشكال في ضمانه مع التعدي أو التفريط، مثل أن يكون ثوباً فاستعمله، أو بتسليم العين إلى غيره بغير إذنه، أو أفسده بالصبغ، أو القسارة، أو الخياطة، أو ذبح القصاب الحيوان على غير الوجه الشرعي.

وإنما الكلام فيما إذا لم يعلم الحال فادّعى العامل التلف من غير تعدّ، وأنكر المالك إما أصل التلف، أو الاستناد إلى عدم التعدي، فوقع بينها التنازع والترافع، قدّم قول العامل مع اليمين، وهو خيرة النهاية في أول كلامه، والخلاف والمبسوط والمراسم والكافي في الفقه والمهذب والوسيلة والسرائر والشرائع والجواهر والعروة ومستندها وتحرير الوسيلة<sup>(١)</sup>.

ونسب صاحب الجواهر إلى التذكرة والتحرير والقواعد والإرشاد والمختلف والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والرياض، بل عن السرائر إلى أكثر المحصلين، وأنه الأظهر في المذهب وعليه العمل، بل عن ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه، بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقة وأخبارهم<sup>(٢)</sup>.

(١) النهاية: ٤٤٧، الخلاف ٣: ٥٠١، المبسوط ٣: ٢٤١، المراسم: ١٩٦، الكافي في الفقه: ٣٤٧، المهذب ١:

٤٨٩-٤٩٠، الوسيلة: ٢٦٧، السرائر ٢: ٤٧٠، شرائع الإسلام ٢: ١٨٢ و ١٨٩، جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٢-

٣٤٤، العروة الوثقى ٥: ١٢١ كتاب الإجارة مسألة ٥ من مسائل التنازع، مستند العروة الوثقى كتاب

الإجارة: ٤٢٩-٤٣٠، تحرير الوسيلة، كتاب الإجارة ١: ٥٣٦ المسألة ٣٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٢.

لو كنّا نحن والروايات العامة ولم ترد في المقام رواية خاصة لم يكن شك في أنّ المكلف بالإثبات إنّما هو المالك، إذ دلّت جملة من الروايات؛ بأنّه مؤتمن ولا ضمان على الأمين، كما في رواية خالد بن الحجاج (الحجاج) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص فقال: إن كان مأموناً فلا تضمنه<sup>(١)</sup>. وقال في رواية أخرى: إن كان مأموناً فليس عليه شيء<sup>(٢)</sup>. وغير ذلك، ويدلّ عليه مضافاً إلى ذلك صحيحة معاوية بن عمار، عن الصادق عليه السلام قال: سألت عن الصباغ والقصار؟ قال: ليس يضمنان<sup>(٣)</sup>. وخبر بكر بن حبيب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أعطيت جبة إلى القصار فذهبت بزعمه قال: إن اتهمته فاستحلفه، وإن لم تتهمه فليس عليه شيء<sup>(٤)</sup>. وخبر آخر عنه أيضاً<sup>(٥)</sup>. إلى غير ذلك من الروايات.

نعم، هنا أخبار مخالفة لهذه الأحاديث المذكورة، وأفقي المفيد والسيد المرتضى<sup>(٦)</sup> على طبقها، وحكما بضمان القصار والخياط والصباغ وأشباهم من الصنائع.

ولكن حمل أخبار المخالف على التفريط والتعدي، وعلى ما إذا أفسدوا بأيديهم، بل في بعضها إيماء إلى ذلك، وحينئذ تكون خارجة عما نحن فيه<sup>(٧)</sup>. أو يحمل على التقية<sup>(٨)</sup>.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٧ ح ٩٤٧ وص ٢١٨ ح ٩٥١.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٧ ح ٩٤٧ وص ٢١٨ ح ٩٥١.

(٣-٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٠-٢٢١ ح ٩٦٤ و ٩٦٦ و ٩٦٧.

(٦) المقنعة: ٦٤٣، الانتصار: ٢٢٥.

(٧) مختلف الشيعة ٦: ١٢١.

(٨) جواهر الكلام ٢٧: ٣٤٤.

أما الأجير الخاص للعمل؛ الذي استأجر فيه وتلف العين عنده من غير تفريط وتعد لم يضمنه بلا إشكال ولا خلاف، وهو موضع وفاق منّا؛ للأصل بعد فرض أن إثبات يده بحق<sup>(١)</sup>. وتدلل عليه روايات:

منها: صحيحة ابن مسكان، عن الصادق عليه السلام في الحمال يكسر الذي حمل أو يهريقه، قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن<sup>(٢)</sup>.

أما الجمهور؛ فإنهم قالوا: الإجراء نوعان: أجير مشترك، وأجير منفرد، فالأجير المنفرد يكون عمله في يد المستأجر، أو لمن استأجره لعمل كرجل أحضر صانعاً إلى منزله ليخيط له ثوباً؛ أما الأجير المشترك: فهو الأجير الذي يستقل بعمله في حانوته، ويكون عمله لعدد من المستأجرين، كالقصار الذي يقصر لكل مستأجر. اختلف الفقهاء في ضمان أجير المشترك وعدمه على أقوال:

القول الأول: الصنائع كلهم ضامنون ما جنوا وما لم يجنوا، قالوا: وكان عمر يضمن من الصنائع ما كان يعمل بيده، وهو مذهب كثير من التابعين وقتادة وشريح وإبراهيم ومكحول وابن أبي ليلى والشافعي في أحد قولييه وأشهب.

القول الثاني: ولا ضمان على صانع أصلاً إلا ما ثبت أنه تعدى فيه أو أضاعه، والقول في كل ذلك قوله مع يمينه، وهو مذهب الظاهرية، وأبو حنيفة، والشافعي في أحد قولييه وزفر وأبي ثور وأحمد وإسحاق والمزني وأبي سليمان وابن شبرمة وعطاء.

(١) المبسوط ٣: ٢٤١-٢٤٣، شرائع الإسلام ٢: ١٨٨، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٥، منهاج الصالحين ٢: ٩٠ مسألة ٤١٩.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٦ ح ٩٤٤.

القول الثالث: يضمن الأجير المشترك وهو العام؛ وهو ما يستأجر على الأعمال، ولا يضمن الخاص؛ وهو الذي استؤجر لمدة، وهو قول أبي يوسف ومحمد ابن الحسن الشيباني.

القول الرابع: يضمن الصانع ما غاب عليه إلا أن يقيم بيّنة أنه تلف من غير فعله فلا يضمن، ولا يضمن ما ظهر أصلاً، إلا أن تقوم عليه بيّنة بأنه تعدّي، وهو قول مالك بن أنس.

وأما الأجير الخاص - الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها - لا يضمن عند الجمهور إلا ما ثبت أنه تعدّي. واستثنى مالك حامل الطعام والطحّان، وقال شريح ومكحول بال ضمان<sup>(١)</sup>.

به: المستأجر

مركز توثيق التراث الحضاري

أما الثاني: وهو ما يكون محل الإجارة منفعة عين؛ قال أصحابنا: إن العين المستأجرة أمانة مالكية في يد المستأجر في مدة الإجارة لا يضمن، إلا بالتعدّي، أو التفريط بترك ما يجب عليه فعله مثل حفظها، وسقيها، وعلفها، وغير ذلك على سبيل جري العادة، أو بفعل ما لا يجوز له، مثل أن يحملها أكثر مما استأجر له، أو تجاوز عن المسافة المشترطة ونحوها<sup>(٢)</sup>.

(١) المذهب ١: ٤٠٨، المجموع شرح المذهب ١٥: ٤٢٦-٤٢٩، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢: ٢٣١-٢٣٢، المغني ٦: ١١٨ و ١٢٠، المحلى بالآثار ٧: ٢٨-٣١ مسألة ١٣٢٥، موسوعة الفقه الإسلامي ٢: ٣٠٠ و ٣٠٩.

(٢) المبسوط ٣: ٢٤٤، المذهب ١: ٤٧٩، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٨، العناوين ٢: ٦١٢، القواعد الفقهية ٧: ٧٠-٧١، تحرير الوسيلة، كتاب الإجارة مسألة ٣٩، منهاج الصالحين ٢: ٩٠ مسألة ٤١٨، تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٣٨٠.

والمستأجر أمين وليس يده يد ضمان وغصب ليضمن بكل تلف، وعلى كل حال إذا تلف العين عنده لا يضمن؛ للأصل؛ ولأنه متصرف بإذن المالك؛ وللروايات:

منها: صحيحة محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام في حديث: «ولا يغرم الرجل إذا استأجر الدابة ما لم يكرهها أو يبيغها غائلة»<sup>(١)</sup>.  
أما الجمهور فقالوا: يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة اتفاقاً بين المذاهب، ما دام لم يتجاوز حقه في الانتفاع بها بمقتضى العقد، وما شرط فيه ولم يخرج في انتفاعه عن المعروف بالعرف، وعلى ذلك إذا تلفت العين في يده في هذه الحال بلا تعدٍ ولا تقصير في المحافظة عليها فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى أو قصر في المحافظة عليها؛ فإنه يكون ضامناً<sup>(٢)</sup>.

مركزية كويتية

يو: الولي

الولي كالأب والجدة له والوصي والحاكم وأمينه، ووكيل أحدهم. قالوا: الولاية في مال الطفل والمجنون للأب والجدة للأب، فإن لم يكونا فلولوصي، فإن لم يكن فللحاكم بلا خلاف في شيء من ذلك<sup>(٣)</sup>.

لو اختلف الولي، كالأب والجدة والحاكم وأمينه، مع الطفل عند بلوغه ورشده، فادعى الولي تلف المال، أو تلف الثمن الذي قبضه، أو ادعى الإنفاق

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨١ باب ٣٢ من أبواب الإجارة ح ١.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي ٢: ٢٧٦، المغني ٦: ١١٧، المهذب ١: ٤٠٨، المجموع شرح المهذب ٤٢٠: ١٥.

(٣) المبسوط ٢: ٣٧٢، شرائع الإسلام ٢: ١٠٢-١٠٣، قواعد الأحكام ١: ١٦٨، جامع المقاصد ٥: ١٨٧، جواهر الكلام ٢٦: ١٠١-١٠٣.

بالمعروف على الصبي أو ماله، والبيع للمصلحة، والقرض لها، والتلف من غير تفريط، وكذبه عند بلوغه ورشده، قدّم قول الولي؛ لأنّه أمين شرعي قبض المال لمصلحة غيره.

وربما كان صادقاً في دعواه، وتعدّر عليه إقامة البيّنة فأفضى الحال إلى الغرم الموجب لامتناع الناس من الدخول في الأمانات مع شدّة الحاجة إليها<sup>(١)</sup>.  
أمّا الجمهور فإنّهم اتّفقوا في ولاية الأب والوصي والحاكم على الصبي، واختلفوا في ولاية الجدّ عليه، فقال الشافعيّة والحنفيّة بولاية الجدّ على الصبي، وقال الحنابلة والمالكيّة بعدم ولايته عليه. فكيف كان قالوا: إذا بلغ الصبي أو الصبيّة وزال الحجر عنهما، فادّعى الولي الإنفاق عليه أو تلف ماله فالقول قوله؛ لأنّه أمين عليه فقبل قوله، كالمودع<sup>(٢)</sup>.

مركزية كويت - طبع

### يز: الوصي

لا شك في أنّ الوصي أمين والمال الذي في يده أمانة، فلو تلف في يده لا يضمن، إلّا بتفريط أو تعدّ، ويقبل قول الوصي في الإنفاق بالمعروف والمأمور به شرعاً الخالي من الإسراف، فإذا اختلف الوصي والطفل بعد كماله في قدر الإنفاق، فادّعى الوصي الإنفاق عليه وأنكره اليتيم، قدّم قول الوصي مع عيّنه فيما لا يتضمّن إسرافاً، عملاً بالظاهر؛ لأنّه أمين، ويستعدّر إقامة البيّنة على كلّ ما ينقّضه

(١) المبسوط ٢: ١٦٣، شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥، جواهر الفقه ٧٨، قواعد الأحكام ٢: ١٦٩ و ٢٦١، إيضاح

الفرائد ٢: ٥٤، جامع المقاصد ٨: ٣١٨، العناوين ٢: ٤٨٢، وسيلة النجاة ٢: ١٠١، تحرير الوسيلة ٢: ١٣.

(٢) المهذّب ١: ٣٢٨ - ٣٣٠، المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢١، البناية في شرح الهداية ١٠: ٢٠٧، عقد

الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠، شرح الزرقاني ٣: ٢٩٧ - ٢٩٩، رد المحتار على الدر المختار ٩: ٢٥٥، الكافي في

فقه الجنيلي ٢: ١٠٧.

من قليل وكثير<sup>(١)</sup>.

وأمانيته: إمّا أمانة شرعية مأذونة من قبل الله؛ باعتبار أن المجعول من قبل المحاكم مجعول من قبل الله كسائر الأولياء، وإمّا أمانة مالكية، والمالك الميّت جعله ولياً حين كونه مالكاً، فيكون الوصي مأذوناً من قبل المالك الموصي، وعلى كلا التقديرين لا ضمان ما لم يفرض، ولم يغير الوصية عن وجهها. نعم، وردت روايات في ضمان الوصي<sup>(٢)</sup>، ولكن كلها فيما إذا غير الوصي الوصية عن وجهها<sup>(٣)</sup>.

أمّا الجمهور فقالوا: والوصي أمين فلا ضمان على الوصي فيما نزل به من الآفات من غير سببه، فإذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في النفقة، فقال الوصي: أنفقت عليك، وقال الصبي: لم تنفق عليّ، فالقول قول الوصي؛ لأنه أمين. فإن اختلفا في قدر النفقة، فقال الوصي: أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار؛ وقال الصبي: بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله؛ لأنه أمين، وإلا فعليه الضمان؛ لأنه فرض في الزيادة<sup>(٤)</sup>.

## يح: المتولي

والمراد به من ينظر في شؤون المال الموقوف، من حفظه عن الخراب، وعمارة

(١) المبسوط ٢: ٣٧٢، شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥، قواعد الأحكام ١: ٣٦١، جامع المقاصد ٨: ٣١٧، جواهر الفقه ٧٧ مسألة ٢٨٥، جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٣، العناوين ٢: ٤٨٢، تحرير الوسيلة ٢: ٩٢ و ٩٤ مسألة ٤٨ و ٥٨، تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٩ و ١٩٩.

(٢) وسائل الشريعة ١٣: ٤١٩، باب أن الوصي إذا كانت في حق فغيرها فهو ضامن.

(٣) القواعد الفقهية للبحروردی ٦: ٣٥٤.

(٤) المهذب ١: ٤٦٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ٥٤٩، الإنصاف ٥: ٣٠٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٣٣، المجموع ١٢: ٤٣٧.

ما انهدم منه، وإجارته وتحصيل مال الإجارة نقداً وجنساً، وجمع غلته وتقسيمه على الموقوف عليهم، وإيضال حق كل واحد منهم إليهم، وغير ذلك مما هو وظيفة المتولي عند العرف. إذا تلف عين الموقوفة، أو منافعها، أو مال الإجارة عند المتولي بدون تعدد ولا تفريط لا ضمان على المتولي؛ لأنه أمين؛ ولأن قاعدة «على اليد» إنما هي في اليد غير المأذونة، واليد المأذونة خارجة عن مفادها إما تخصيصاً، أو تخصصاً، وحيث إن يد المتولي مأذونة فلا ضمان، إلا بالتعدي والتفريط؛ لخروجها بهما عن كونها أمانياً<sup>(١)</sup>.

أما الجمهور، فقال بعضهم: إذا أجز الواقف، أو قيمه، أو وصيته، أو أمينه ثم قال: قبضت الغلة فضاعت، أو فرققتها على الموقوف عليهم، وأنكروا، فالقول له مع يمينه... إلا أن يدعى أمراً يكذبه الظاهر، فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة، فلا يصدق<sup>(٢)</sup>.

### يط: يد المالك على الخمس والزكاة

يد المالك على الخمس والزكاة أمانة شرعية، فلو تلف الزكاة بعد الوجوب وعدم إمكان أدائه إلى المصارف الشرعية لم يضمن، أما لو تلفت بعد الوجوب وإمكان الأداء ضمن وإن لم يفرط في التلف، فعن التذكرة: أن عليه علمائنا أجمع؛ لأن الإهمال مع التمكن تفريط يوجب الضمان عند التلف مطلقاً<sup>(٣)</sup>.

(١) القواعد الفقهية للبحروردی ٧: ٧٠-٧١.

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٦: ٦٧٠.

(٣) جواهر الفقه: ٣٠، شرائع الإسلام ١: ١٦٥، تذكرة الفقهاء ١: ٢١١، ٢٢٥، البيان للشهيد: ٢٠٠، كتاب الزكاة للشيخ الأنصاري: ٦٧، بلغة الفقيه ٣: ٣٧٩، مدارك الأحكام ٥: ٤٣، مصباح الفقيه: ٣٣، تفصيل الشريعة، كتاب الخمس: ٢٧٣.

وفي رواية صحيحة عن محمد بن مسلم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل بعث بركة ماله لتقسم ، فضاغت هل عليه ضمانها حتى تقسم ؟ فقال : إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها إليه فهو لها ضامن حتى يدفعها ، وإن لم يجد لها من يدفعها إليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان ؛ لأنها قد خرجت من يده <sup>(١)</sup>.

أما الجمهور فقال بعضهم : فإذا وقع النزاع بين الساعي ورب المال ، وذلك كأن يدعي صاحب المال أنه يادر بالزكاة في أثناء الحول ، أو أنه دفع الزكاة لساع آخر ، أو أنه أبدل النصاب في أثناء الحول لثلاً تتعلق به الزكاة ، أو يكلف بأدائها ، واتهمه الساعي في دعواه ، يقدم قول رب المال مع اليمين <sup>(٢)</sup>.



### ك : الملتقط

قالوا : اللقطة في مدة التعريف وقبل الحول أمانة شرعية ، فإن اللاقط مأذون من قبل الله في حفظ ذلك المال وإيصاله إلى المالك ، فإن جاء صاحبها وهي على حالها أخذها ؛ فإن كانت ناقصة أخذها ناقصة ، وإن كانت زائدة أخذها مع الزيادة ، فإن كانت تالفة فهي من ضمان صاحبها ، فلا يضمنها الملتقط إلا مع التغدي أو التفريط ، ويصدق في عدم التفريط مع اليمين . وكذا بعد تمام الحول إن اختار بقاءها عنده أمانة للمالكها ، وإن اختار الملكية فقد ضمنها ، فإن جاء صاحبها قبل أن يتصرف فيها بعد اختياره كان أحق بها ، وإن كان بعد التصرف كان له المثل ، أو القيمة <sup>(٣)</sup>.

(١) وسائل الشريعة ٦ : ١٩٨ باب ٣٩ من أبواب المستحقين للزكاة ح ١.

(٢) الوسيط في المذهب للفرالي ٧ : ٤٢٦.

(٣) المبسوط ٢ : ٣٧٢ وج ٣ : ٣٢٣ ، قواعد الأحكام ١ : ١٩٤ ، الدروس الشرعية في فقه الإمامية ٣ : ٧٧ درس

أما الجمهور فقالوا: إنَّ اللقطة في الحبول أمانة في يد الملتقط، إن تلفت بغير تفريط أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة، والقول قوله في تلفها دون يمين، إلا أن يتهم، وإن أتلّفها الملتقط أو تلفت بتفريط ضمنها، وإن تلفت بعد الحول وحكموا بملكها بماضي حول التعريف ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها إلا عند داود، سواء فرط في حفظها أو لم يفرط.

وأما من قال لا تملكه اللقطة بحال، أو قال لا يملكها حتى يتملكها لم يضمه إياها حتى يتملكها، وحكمها قبل تملكه إياها حكمها قبل مضي حول التعريف<sup>(١)</sup>.

### كا: المحسن

إنَّ الفعل الذي صدر من المحسن لا يوجب الضمان وإن كان ذلك الفعل في حدّ نفسه سبباً وموجباً للضمان، مثلاً لو كان حيواناً جائعاً صاحبه غائب، وليس هناك من يعلفه، فأخذه وعلفه فصار سبباً لتلفه من باب الاتفاق فلا ضمان على المحسن، أو أدخله في اصطبله لحفظه عن البرد أو السبع، ثم وقع عليه البناء وتلف فليس عليه سبيل؛ لأنه محسن.

أو إذا رأى مال الغير في معرض التلف، كما إذا ذهب به السيل، أو أطارته الريح، فأخذه بقصد حفظه وإيصاله إلى مالكه؛ ليتمكن من التصرف فيه والاستفادة منه، فحفظه في محلّ معدّ للحفظ عرفاً، ولكنه على خلاف الانتظار سرق، أو خرب السقف مثلاً فتلف المال، فالحكم بضمانه في هذه الصورة، وأخذ المثل، أو القيمة منه قبيل عند العقل والشرع.

→ ٢١٤، إيضاح الفوائد ٢: ١٥٢، العناوين ٢: ٤٨٢، تحرير الوسيطة كتاب اللقطة ٢: ٢٣٠، مسألة ٢٥، القواعد

الفقهية للجنوري ٦: ٣٥٤ وج ٧: ٧٦، وللغاضل للكراني ١: ٢٨، نضد القواعد الفقهية: ٣٨٤.

(١). المغني ٦: ٣٣٩-٣٤٠، المهذب ١: ٤٣١، بداية المجتهد ٢: ٣٠٧.

إذ من جملة القواعد الفقهية المشهورة قاعدة الإحسان، ومن جملة مدرك هذه القاعدة قوله - تعالى -: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾<sup>(١)</sup>. والآية وإن كانت واردة في مورد قعود العاجزين عن الجهاد، ولكن العبرة بعموم الآية من حيث المفاد لفظاً، ولا اعتبار بخصوصية المورد...

فنقول: أمّا كلمة «المحسنين» فهو جمع معرّف باللام يفيد العموم، وأمّا «الإحسان» هو صدور الجميل من قول، أو فعل بالنسبة إلى غيره، وذلك قد يكون لجلب المنفعة لذلك الذي يريد الإحسان إليه، وقد يكون لدفع المضرة عنه، فكلاهما إحسان.

فمن الأول: ما إذا كان الإحسان باعتبار جلب المنفعة، فواردها كثيرة: منها: الأفعال الكثيرة التي تصدر من الأولياء لإيصال النفع إلى المولّين عليهم، فاتفق ترتّب الضرر على تلك الأفعال، فلا ضمان لهم؛ لأنهم محسنون في تلك الأفعال إليهم، مثلاً لو تصرف الحاكم في مال المولّى عليه لإيصال النفع إليه، كما أنّه اشتغل في قناة له بالحفر والاصلاح لازدياد الماء، فصار سبباً لانهدام القناة فلا ضمان عليه.

أو حبس الجذّ طعام الصغير ومتاعه ولم يبعه إلتباس زيادة الثمن، فيزل السعر أو فسد الطعام والمتاع، فلا ضمان عليه؛ لأنّه محسن في تأخير البيع. ومن الثاني: فيما إذا كان الإحسان باعتبار دفع المضرة، كما لو رأى اشتعال النار في لباسه، بحيث لا طريق إلى حفظ نفس ذلك الشخص عن الاحتراق، إلّا بتمزيق ألبسته فزقها، فحيث إنّّه محسن إليه في هذا الفعل فلا يضمن، وهكذا... والسبيل المنفي حيث إنّّه نكرة واقعة في سياق النفي يفيد العموم، ونفي كلّ

ما يصدق عليه أنه سبيل عن كل من هو محسن؛ سواء كان عقاباً في الآخرة، أو أمراً ضرورياً عليه في الدنيا، كضمانه، وتفريعه، وتغريبه<sup>(١)</sup>.  
وتكون العين في يد من وضع يده عليها حسبة أمانة شرعية، وحصول الإذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليها حسبة، وحينئذ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعية في عدم الضمان<sup>(٢)</sup>.

### تقديم الظاهر على الأصل بتنقيح المناط

لقائل أن يقول: يصح سرية الحكم بتقديم الظاهر على الأصل؛ من باب الأمانات واللوث في سائر أبواب تعارض الأصل والظاهر - من غير الموارد التي دلّ الدليل على تقديم الأصل على الظاهر - بتنقيح المناط، وعدم خصوصية الموردين؛ لاشتراكهم بالأمانات واللوث في الظهور والعلة والجامع.  
أقول: وقبل الجواب في ذلك، نذكر مقدمة ترتبط بالجواب؛ وهي: القياس في الاصطلاح عبارة عن تعذية الحكم من موضوع إلى موضوع آخر؛ بسبب مشاركته ومماثلته له في علة ذلك الحكم، فيطلق على الموضوع الأول الأصل والمقيس عليه، وعلى الثاني الفرع والمقيس، وعلى الجهة التي بها يحكم بتعذية الحكم الملاك المشترك والجامع.

ثم إن العلة المشتركة إن كانت مظنونة ظناً يطلق عليه القياس المستنبط علة؛ كما إذا ورد الخمر حرام، وحصل لنا الظن بأن العلة في حرمتها هي الإسكار

(١) القواعد الفقهية للجنوري ٤: ١٠-١٨، وللفاضل النكراني ١: ٢٨٣.

(٢) نضد القواعد: ٤٩٨، جواهر الكلام ٣٨: ٢٣٠، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي: ٢٢٠.

الموجود في النبيذ والعصير مثلاً، يكون تعدية حكم الحرمة من الخمر إلى النبيذ والعصير من قبيل هذا القياس الباطل عندنا.

وإن كانت معلومة، فتارة: مصرحاً بها في الكلام من إجماع، أو كتاب، أو سنة فهو القياس المنصوص علته، مثل ما إذا ورد لا تشرب الخمر؛ لأنه مسكر، أو ورد لا تبع الحنطة بالحنطة مع التفاضل؛ لأنها مكيل، يكون تعدية الحكم من الخمر إلى النبيذ المسكر، أو من الحنطة إلى العدس قياساً منصوص العلة صحيحاً عندنا على المشهور<sup>(١)</sup>.

بل قد يقال: إنه ليس بقياس في الاصطلاح<sup>(٢)</sup>. بل من باب تفريع الفروع على الأصول الثابتة عنهم<sup>(٣)</sup>، كما في صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «إنما علينا أن نلقي إليكم الأصول وعليكم أن تفرعوا»<sup>(٤)</sup>.

وأخرى: لم يصرح في الكلام، ولكنها معلومة عند المستدل، فحينئذ جريان حكم المقيس عليه في المقيس كان من باب تنقيح المناط القطعي<sup>(٥)</sup>.

فلنرجع بالجواب: ونقول: إن المقيس عليه في مبحثنا هي الأمانات واللوث، والمقيس هي سائر موارد تعارض الأصل والظاهر، والعلة لثبوت الحكم في المقيس عليه منصوبة بالنص والإجماع في اللوث حفظاً لدماء المسلمين، كما في بعض الروايات<sup>(٦)</sup>، وفي الأمانات هو الأمين بما هو أمين<sup>(٧)</sup> - من غير أن تكون العلة

(١) اصطلاحات الأصول: ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) قوانين الأصول ٢: ٨٣.

(٣) كاشفة الحال عن أحوال الاستدلال: ١١١.

(٤) السرائر ٣: ٥٧٥، وسائل الشيعة ١٨: ٤١ باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٥١.

(٥) قوانين الأصول ٢: ٨٥.

(٦) الكافي ٧: ٣٦٠ باب القسامة.

ظهوراً حتى يسري الحكم من الأصل إلى الفرع، ومن المقيس عليه إلى المقيس. وعلى التنزل وفرض أن لا تكون العلة منصوطة، فمن أين علمت أن العلة في تقديم قول الأمين في الأمانات والمدعي في اللوث هي الظهور، إذ كما يمكن أن تكون العلة هي الظهور، يمكن أن تكون العلة هي الأمانة وغيرها من المحتملات؟ وإذا تنزلنا، فأكثر ما يحصل منه الظن، و﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾<sup>(٨)</sup>، إذ لا يعرف ملاك وتعليل الحكم في المقيس عليه والأصل إلا من طريق السماع من مبلغ الأحكام<sup>(٩)</sup>؛ لأنه أمر توقيفي.

نعم، نفس وجود الملاك في ذاته مع قطع النظر عن كونه ملاكاً وعلة فقد يعرف من طريق الحس ونحوه بالوجدان كالإسكار، ولكن لا ربط لذلك بمعرفة كونه هو الملاك في التحريم، فإنه ليس من الوجدانيات.

وعلى هذا فلا تحصل الملازمة بين حكم الأصل وحكم الفرع؛ لاحتمال أن يكون الحكم في الأصل معللاً عند الله بعلة أخرى غير ما ظنه القاييس، أو احتمال أن هناك وصفاً آخر ينضم إلى ما ظنه المستدل علة؛ بأن يكون المجموع منها هو العلة للحكم، أو احتمال أن يكون القائس قد أضاف شيئاً أجنبيّاً إلى العلة الحقيقية، لم يكن له دخل في الحكم في المقيس عليه، أو غير ذلك من الاحتمالات، وكل هذه الاحتمالات لا بد من دفعها ليحصل لنا العلم بالنتيجة، ولا يدفعها إلا الأدلة السمعية الواردة عن الشارع<sup>(٩)</sup>، فإذاً يكون جريان الحكم من الأصل على الفرع من باب قياس مستنبط العلة، فهو باطل.

(٧) الكافي ٥: ٢٤٠ ح ٤-٥.

(٨) يونس: ٣٦.

(٩) أصول الفقه ٢: ١٨٧-١٨٩.

إن قيل: من الممكن تحصيل العلم بالعلّة والملاك بطريق برهان السبر والتقسيم؛ وهو عبارة عن عدّ جميع الاحتمالات والأوصاف الممكنة بالاستقراء، ثمّ يقام الدليل القاطع بسلب العلّة عن كلّ واحد واحد حتّى ينحصر الأمر والعلّة في المدّعي، فيسري الحكم من الأصل إلى الفرع بتنقيح المناط، مثلاً حرمة الربا في البرّ إمّا أن تكون معلّلة بالطعم، أو بالقوت، أو بالكيل، والكلّ باطل ما عدا الكيل فيتعيّن التعليل به.

قلنا: نعم تحصيل العلم بهذا البرهان في العقليّات كثير، لكنّها في الشرعيّات لا يكاد يوجد، إذ من شرط برهان السبر والتقسيم ليكون برهاناً حقيقياً، أن تحصر الاحتمالات حصراً عقليّاً من طريق القسمة الثنائيّة التي تردّد بين النفي والإثبات، ولكن ما يذكر من الاحتمالات في تعليل الحكم الشرعي لا تعدّ كما مضى، وإذا كان الأمر كذلك فكُلّ ما يفرضه من الاحتمالات يجوز أن يكون وراءها احتمالات لم يتصوّرها القائس أصلاً.

وعلى كلّ حال فلا يمكن أن يستنتج من مثل السبر والتقسيم هنا أكثر من الاحتمال أو الظنّ، فلم ينقح العلّة في المقيس عليه حتّى يسري الحكم في المقيس<sup>(١)</sup>. مع أن الحكم في المقيس عليه على خلاف القاعدة؛ فإن مقتضى القاعدة البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر، فخرج عن القاعدة بالدليل في باب الأمانات واللوث، فيبقى الباقي تحت القاعدة.

فتحصّل ممّا ذكرنا أن حكم تقديم الظاهر على الأصل مختصّ بباب الأمانات واللوث وسائر الموارد التي دلّ الدليل الخاصّ على تقديمه، وباقي الموارد تجري

(١) قوانين الأصول ٢: ٨٥-٨٦، أصول الفقه ٢: ١٨٩-١٩٠.

الأقوال الماضية فيها.

هذا ما تيسر لنا تحرير في المقام، واستقراؤه واستقصاؤه من كلمات الأعلام في فترة من الأيام ومدة من الأعوام، مع ما أضفنا عليه مما لم تسطره الأقلام، ولم تلتفت إليه الأفهام، والحمد لله الملك العلام.

إبراهيم البهشتي الدامغاني



مركز تحقیق کتاب و تاریخ و اسناد

## فهرس المصادر

١- القرآن الكريم.

(١)

٢- إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، للعلامة الحلبي أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الأسدي، (٧٢٦هـ) الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ.

٣- إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، للشيخ جواد التبريزي، الناشر: مؤسسة إسماعيليان - بقم المشرفة - الطبعة الثالثة ١٤١٦هـ.

٤- أجود التقريرات، للسيد أبي القاسم الموسوي الخوئي، (١٤١٢هـ).

٥- الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي (م ٤٦٠هـ)، الناشر: دار الأضواء - بيروت - الطبعة الثانية ١٤١٣هـ.

٦- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، للشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (م ٩٧٠هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٩هـ.

٧- الأشباه والنظائر في الفروع، لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (م ٩١١هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة ١٤١٥هـ.

٨- إصلاحات الأصول، للشيخ ميرزا علي المشكيني، الناشر: دفتر نشر الهادي - قم - الطبعة السادسة ١٣٧٤هـ.

٩- أصول الاستنباط، للسيد علي النقي الحيدري، الناشر: منشورات مكتبة المفيد - بقم المشرفة - الطبعة

الثانية ١٣٧٩ هـ.

١٠- أصول الفقه، للشيخ محمد رضا المظفر، (م ١٣٨٣) هـ، الناشر: انتشارات المعارف الإسلامية - طهران - الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ.

١١- إفاضة العوائد تعليق على درر الفوائد، للسيد محمدرضا الكليايگاني، (م ١٤١١) هـ، الناشر: دار القرآن الكريم - بم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.

١٢- الأقطاب الفقهية على مذهب الإمامية، لمحمد بن علي بن إبراهيم الإحسائي المعروف بابن أبي جمهور، (م ٩٠١) هـ، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - بم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.

١٣- الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي، (م ٢٠٤) هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى.

١٤- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي السعدي الحنبلي، (م ٨٨٥) هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.

١٥- إيضاح الفوائد في شرح القواعد، لفخر المحققين الشيخ أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، (م ٧٧١) هـ، الطبعة الأولى ١٣٨٨ - بم المشرقة -

## (ب)

١٦- بحار الأنوار، للعلامة محمد باقر المجلسي، (م ١١١١) هـ، الناشر: مؤسسة الوفاء - بيروت - الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ.

١٧- بحوث في شرح العروة الوثقى، للشهيد محمد باقر الصدر، المستشهد ١٤٠٠ هـ، الناشر: مجمع الشهيد آية الله الصدر العلمي - بم المشرقة - الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ.

١٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، (م ٥٩٥) هـ، الناشر: منشورات الرضي - بم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.

١٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، (م ٥٨٧) هـ، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

٢٠- بلغة الفقيه، للسيد محمد آل بحر العلوم، (م ١٣٢٦) هـ، الناشر: مكتبة الصادق - طهران، الطبعة الرابعة ١٤٠٣ هـ.

٢١- البناية في شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد القيتني الحنفي الشهير بناصرا لإسلام، (م ٨٥٥) هـ،

الناشر: دارالفكر - بيروت - الطبعة الثانية، ١٤١١ هـ.

٢٢ - البيان، للشهيد الأول شمس الدين محمد بن جمال الدين مكّي العاملي المستشهد ٧٨٦ هـ، الناشر: مجمع الذخائر الإسلامية - بقم المشرقة - الطبعة الأولى، ١٤١٢ هـ.

### ( ت )

٢٣ - تأسيسات در قواعد فقهي، لميرزا محمد التتكاني (م ١٣٠٢ هـ)، الناشر: دار العلم بهسباني، الطبعة الأولى ١٣٨٢.

٢٤ - تحرير الأحكام، للعلامة الحلّي الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر الحلّي (م ٧٢٦ هـ)، الناشر: مؤسسة طوس - مشهد - الطبعة الحجرية.

٢٥ - تحرير أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر (م ١٣٨٣). تحقيق: علي رضا أميني - السيد محمدرضا آيتي، الناشر: سمت و مؤسسة طه، الطبعة الأولى ١٣٧٧ هـ ش.

٢٦ - تحرير المجلّة، لمحمد حسين كاشف الغطاء (م ١٣٧٣ هـ)، الناشر: مكتبة النجاح - طهران - ومكتبة الفيروزآبادي - بقم المشرقة.

٢٧ - تحرير الوسيلة، للإمام الخميني روح الله الموسوي (م سنة ١٤٠٩ هـ)، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرقة - الطبعة السادسة ١٤١٧ هـ.

٢٨ - تحليل الكلام في شرح قضاء شرائع الإسلام، للشيخ راضي النجفي التبريزي، الناشر: انتشارات دار النشر - بقم المشرقة - الطبعة الأولى.

٢٩ - تذكرة الفقهاء، للعلامة الحلّي الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلّي (م ٧٢٦ هـ)، الناشر: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية - بقم المشرقة - الطبعة الحجرية.

٣٠ - تعارض الأدلة الشرعية، تقريراً لأبحاث الشهيد السيد محمد باقر الصدر، المستشهد ١٤٠٠ هـ، للسيد محمود الهاشمي. الناشر: المكتبة الإسلامية الكبرى، الطبعة الثانية ١٣٩٦ هـ.

٣١ - تفسير المنار، للسيد محمد رشيد رضا، الناشر: دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثانية.

٣٢ - تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، للشيخ محمد الفاضل اللنكراني، الناشر: المؤلف - بقم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ.

٣٣ - تمهيد الفوائد، للشهيد الثاني زين الدين بن علي العاملي، المستشهد ٩٦٥ هـ، الناشر: مكتب الاعلام الإسلامي - بقم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.

- ٣٤- التنقيح الرائع لمختصر الشرائع ، لجمال الدين مقداد بن عبدالله السيوري ، (م ٨٢٦ هـ ، تحقيق السيد عبد اللطيف الحسني الكوه كمرى ، الناشر : مكتبة آية الله العظمى المرعشي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٠٤ هـ .
- ٣٥- التنقيح في شرح العروة الوثقى ، تزييراً لأبحاث السيد أبي القاسم الخوئي ، لميرزا علي الفروي التبريزي المستشهد ١٤١٩ هـ ، الناشر : مؤسسة آل البيت - بقم المشرفة - الطبعة الثانية .
- ٣٦- تهذيب الأحكام في شرح المقنعة لشيخ الطائفة ، أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، (م ٤٦٠ هـ ، الناشر : دار صعب ، دار التعارف - بيروت - .

### ( ج )

- ٣٧- جامع البيان في تفسير القرآن ، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، (م ٣١٠ هـ ، الناشر : دار المعرفة - بيروت - الطبعة الرابعة ١٤٠٠ هـ .
- ٣٨- جامع الرواة ، لمحمد بن علي الأردبيلي الفروي الحائري ، (م ١١٠١ هـ ، الناشر : مكتبة المصطفوي - بقم المشرفة - .
- ٣٩- جامع الشتات ، لميرزا أبي القاسم بن الحسن الجيلاني القمي ، (م ١٢٣١ هـ ، الناشر : شركة الرضوان - طهران ، الطبعة الحجرية .
- ٤٠- الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، (م ٦٧١ هـ ، الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - .
- ٤١- الجامع للشرائع ، ليحيى بن سعيد الحلبي ، (م ٦٩٠ هـ ، الناشر : مؤسسة سيد الشهداء العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ .
- ٤٢- جامع المدارك في شرح المختصر النافع ، للسيد أحمد الخوانساري ، (م ١٤٠٤ هـ ، الناشر : مؤسسة إسماعيليان ، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ .
- ٤٣- جامع المقاصد في شرح القواعد ، للمحقق الثاني علي بن الحسين الكركي ، (م ٩٤٠ هـ ، الناشر : مؤسسة آل البيت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .
- ٤٤- الجدول في إعراب القرآن وصرفه وبيانه مع فوائد نحوية هامة ، لمحمود صافي ، الناشر : دار الرشيد ، دمشق - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .
- ٤٥- الجواهر الحسان في تفسير القرآن ، لعبد الرحمن بن مخلوف الثعالبي ، (م ٨٠٢ هـ ، الناشر : المكتبة

المصرية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

٤٦ - جواهر الفقه ، للقاخي عبد العزيز بن البراج الطرابلسي ، (م ٤٨١) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.

٤٧ - جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، للشيخ محمد حسن النجفي ، (م ١٢٦٦) هـ ، الناشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة السابعة .

### ( ح )

٤٨ - حاشية الإرشاد ، للشهيد الثاني زين الدين بن علي العاملي (المستشهد ٩٦٥) هـ المطبوع في هامش غاية المراد ، الناشر : مركز الأبحاث والدراسات الاسلامية - قم - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.

٤٩ - حاشية المكاسب ، للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، (م ١٢٣٧) هـ ، الناشر : دار المعارف الإسلامية - طهران - مؤسسة دار العلم - بقم المشرقة - الطبعة الحجرية ١٣٧٨ هـ.

٥٠ - الحاوي الكبير ، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، (م ٤٥٠) هـ ، الناشر : دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.

٥١ - الحبل المتين ، للشيخ بهاء الدين محمد بن الحسين بن عبد الصمد الحارثي العاملي (م ١٠٣٠ - ١٠٣١) هـ ، الناشر : مجمع البحوث الاسلامية لطبعة الاولى ١٤٢٤ هـ.

٥٢ - الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة ، للمحدث الشيخ يوسف البحراني ، (م ١١٨٦) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرقة - .

### ( خ )

٥٣ - الخصال ، للشيخ الصدوق ، أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي ، (م ٣٨١) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرقة - الطبعة الخامسة ١٤١٦ هـ.

٥٤ - الخلاف ، لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، (م ٤٦٠) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرقة - الطبعة الخامسة ، ١٤١٨ هـ.

### ( د )

٥٥ - الدور النجفية ، للمحدث الشيخ يوسف البحراني (م ١١٨٦) هـ ، الناشر : شركة دار المصطفى لاحياء

التراث، - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ.

٥٦ - درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، لملي حيدر وزير العدلية في الدولة العثمانية، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١١ هـ.

٥٧ - درر القوائد، للشيخ عبدالكريم الحائري اليزدي، (م ١٣٥٥ هـ)، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الخامسة، ١٤٠٨ هـ.

٥٨ - الدروس الشرعية في فقه الإمامية، للشهيد الأول شمس الدين محمد بن مكّي العاملي، المستشهد ٧٨٦ هـ، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ.

٥٩ - دروس في علم الأصول، للشهيد السيّد محمد باقر الصدر المستشهد ١٤٠٠ هـ، الناشر: مجمع الشهيد آية الله الصدر العلمي، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ.

٦٠ - دروس في فقه الشيعة، تقريراً لأبحاث السيّد أبي القاسم الخوئي للسيّد محمد مهدي الموسوي الخلخالي، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.

مركز تحقيق كتب التراث  
(د)

٦١ - الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - في فقه المالكي - (م ٦٨٤ هـ)، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٩٤ م.

٦٢ - ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، للشهيد الأول محمد بن جمال الدين مكّي العاملي، المستشهد ٧٨٦ هـ، الناشر: مؤسسة آل البيت لإحياء التراث - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.

(ر)

٦٣ - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب أبي حنيفة، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، (م ١٢٥٢ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.

٦٤ - رسائل، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، (م ١٢٥٢ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي إعادة طبعه.

٦٥ - رسائل فقهية، للشيخ مرتضى الأنصاري، (م ١٢٨١ هـ)، الناشر: المكتبة الفقهية، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.

٦٦ - رسائل المحقق الكركي، للمحقق الثاني علي بن الحسين الكركي، (م ٩٤٠ هـ)، الناشر: مكتبة آية الله

العظمى المرعشي النجفي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.

٦٧ - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، للشهيد الثاني زين الدين بن علي العاملي ، المستشهد ٩٦٥ هـ ، الناشر : دار العلم - بيروت .

٦٨ - روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان ، للشهيد الثاني زين الدين علي العاملي ، الناشر : مؤسسة آل البيت (عليه السلام) .

٦٩ - روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه ، للمولى محمد تقي المجلسي ، (م ١٠٧٠) هـ ، الناشر : بنیاد فرهنگ إسلامي ، الطبعة الثانية ١٤٠٦ هـ .

٧٠ - روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب أحمد بن حنبل ، للموفق أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي (م ٦٢٠) هـ ، الناشر : مكتبة المعارف - الرياض ، الطبعة الثالثة ١٤١٠ هـ .

٧١ - رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل ، للسيد علي الطباطبائي ، (م ١٢٣١) هـ ، الناشر : دار الهادي - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ .

مركز تحقيق التراث  
(س)

٧٢ - السرائر ، للشيخ أبي جعفر محمد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلبي ، (م ٥٩٨) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الرابعة ١٤١٧ هـ .

٧٣ - سنن ابن ماجه ، لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، (م ٢٧٥) هـ ، تحقيق : محمد نصار ، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ .

٧٤ - السنن الكبرى ، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، (م ٤٥٨) هـ ، الناشر : دار صادر - بيروت - الطبعة الأولى ١٣٤٤ هـ .

٧٥ - سنن النسائي ، لأحمد بن شعيب النسائي (م ٣٠٣) هـ ، الناشر : دار الجيل بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ .

(ش)

٧٦ - شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، للمحقق الحلبي أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي (م ٦٧٦) هـ ، الناشر : مطبعة الآداب في النجف الأشرف ، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ .

- ٧٧- شرح الرسائل، للشيخ مصطفى اعتمادى، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام، بقم المشرفة.
- ٧٨- شرح الزرقاني على مختصر خليل، لعبد الباقي الزرقاني، م ١١٢٢ هـ، الناشر: دار الفكر - بيروت.
- ٧٩- الشرح الصغير في شرح المختصر النافع، للسيد علي الطباطبائي الحائري، (م ١٢٣١ هـ)، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.
- ٨٠- شرح المجلة، لسليم رستم باز اللبناني من أعضاء شورى الدولة العثمانية سابقاً، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الثالثة ١٣٠٥ هـ.
- ٨١- شرح المجلة، لمنير قاضي، الناشر: وزارة المعارف العراقية، الطبعة الأولى ١٩٤٩ م.
- ٨٢- شرح المجلة، لمفتي حمص، الناشر: مطبعة السلامة، بحمص ١٣٥٦ هـ.

### (ص)

- ٨٣- صحيح البخاري، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبة البخاري الجعفي، (م ٢٥٦ هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.
- ٨٤- صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيشابوري، (م ٢٦١ هـ)، بشرح أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، (م ٦٧٢ هـ)، الناشر: دار الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

### (ع)

- ٨٥- العرف، لعادل بن عبد القادر بن محمد بن علي قوته، الناشر: المكتبة المكيّة، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.
- ٨٦- العروة الوثقى مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام، للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي (م ١٣٣٧ هـ) الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ.
- ٨٧- العروة الوثقى - ملحقات - للسيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي، (م ١٣٣٧ هـ)، الناشر: مطبعة الحيدري - طهران - الطبعة سنة ١٣٧٧ هـ.
- ٨٨- العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير، لأبي القاسم عبد الكريم ابن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، (م ٦٢٣ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.
- ٨٩- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، لجلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس، (م ٦١٦ هـ)، الناشر: دار القرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ٩٠- العناوين، للسيد مير عبد الفتاح الحسيني المراغي، (م ١٢٥٠ هـ)، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

٩١ - حوائد الأيام ، لأحمد بن محمد مهدي الزاقي ، ١٢٤٥ هـ ، الناشر : مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الإسلامي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

### ( غ )

٩٢ - غاية المراد في شرح نكت الإرشاد ، للشهيد الأول محمد بن مكّي العاملي المستشهد ٧٨٦ هـ ، الناشر : مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية - بقم المشرفة ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.

٩٣ - غنائم الأيام في مسائل الحلال والحرام ، لپرزاء أبي القاسم القمي ، (م ١٢٢١) هـ ، الناشر : مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الإسلامي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

٩٤ - غنية النزوع ، للسيد حمزة بن علي بن زهرة الحلبي (م ٥٨٥) هـ ، الناشر : مؤسسة الإمام الصادق - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.



### ( ف )

٩٥ - فرائد الأصول ، للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري ، (م ١٢٨١) هـ ، الناشر : انتشارات دهاقاني - إسماعيليان - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٣٧٥ هـ.

٩٦ - الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي ، (م ٧٢٣) هـ ، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.

٩٧ - الفقه ، للسيد محمد الحسيني الشيرازي (م ١٤٢٢) هـ ، الناشر : دار القرآن الكريم - بقم المشرفة -.

٩٨ - فقه الإمام جعفر الصادق ، لمحمد جواد مغنية ، الناشر : دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثانية ١٩٧٧ م.

٩٩ - فقه القضاء ، للسيد عبد الكريم الموسوي الأردبيلي ، الناشر : منشورات مكتبة أمير المؤمنين عليه السلام ، الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.

١٠٠ - فوائد الأصول ، تقريراً لأبحاث الميرزا النائيني ، (م ١٣٥٥) هـ ، للشيخ محمد علي الكاظمي الخراساني (م ١٣٦٥) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة السادسة ١٤١٧ هـ.

(ق)

- ١٠١- القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، (م ٨١٧ هـ)، الناشر: دار الجيل - بيروت.
- ١٠٢- القواعد، مائة قاعدة فقهية معني ومذكراً ومورداً، للسيد محمد كاظم المصطفوي، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الثالثة ١٤١٧ هـ.
- ١٠٣- قواعد الأحكام، للعلامة الحلبي الحسن بن يوسف بن علي بن المطهر، (م ٧٢٦ هـ)، الناشر: منشورات الرضي - بقم المشرفة - الطبعة الحجرية.
- ١٠٤- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي بكر محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، (م ٦٦٠ هـ)، الناشر: دار المعرفة - بيروت.
- ١٠٥- قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الاشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، (م في القرن الخامس هـ)، تأليف: الدكتور محمد الروكي، الناشر: دار القلم - دمشق، مجمع الفقه الإسلامي - جدة، الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.
- ١٠٦- القواعد الفقهية، للسيد محمد حسن البجنوردي، (م ١٣٩٦ هـ)، تحقيق: مهدي المهريزي - محمد حسين الدرايقي، الناشر: نشر الهادي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٩ هـ.
- ١٠٧- القواعد الفقهية، للشيخ محمد الفاضل اللنكراني، الناشر: مهر - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ.
- ١٠٨- القواعد الفقهية، للشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الناشر: مدرسة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام - بقم المشرفة - الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ.
- ١٠٩- القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، الناشر: دار القلم - دمشق، الطبعة الرابعة ١٤١٨ هـ.
- ١١٠- القواعد الفقهية بين الإصاغة والتوجيه، محمد بكر إسماعيل، الناشر: دار المنار، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.
- ١١١- القواعد في الفقه الإسلامي، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، (م ٧٩٥ هـ)، الناشر: دار الجيل - بيروت.
- ١١٢- القواعد والفوائد في الفقه والأصول والعريضة، للشهيد الأول أبي عبد الله محمد بن مكّي العاملي، المستشهد ٧٨٦ هـ، تحقيق: الدكتور السيد عبد الهادي الحكيم، الناشر: منشورات مكتبة المفيد - بقم المشرفة.
- ١١٣- قوانين الأصول، لميرزا أبي القاسم القمي، (م ١٢٣١ هـ)، الناشر: انتشارات علمية إسلامية - طهران.

الطبعة الحجرية.

( ك )

- ١١٤- كاشفة الحال عن أحوال الاستدلال، للشيخ محمد بن أبي جمهور الإحسائي (م أوائل القرن العاشر) هـ،  
الناشر: مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر - بيروت -.
- ١١٥- الكافي، لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني، (م ٣٢٩) هـ، تحقيق: الشيخ محمد جواد الفقيه، الناشر:  
دار الاضواء - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.
- ١١٦- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر القنري  
القرطبي، (م ٤٦٣) هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت -.
- ١١٧- الكافي في الفقه، لأبي الصلاح الحلبي، (م ٤٤٧) هـ، تحقيق: رضا استادي، الناشر: منشورات مكتبة  
الإمام أمير المؤمنين عليه السلام - اصفهان - الطبعة ١٤٠٣ هـ.
- ١١٨- كتاب الصلاة، للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري، (م ١٢٨١) هـ، الناشر: الأمانة العامة للمؤتمر العالمي  
بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ١١٩- كتاب الطهارة، للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري، (م ١٢٨١) هـ، الناشر: الأمانة العامة للمؤتمر العالمي  
بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.
- ١٢٠- كتاب القضاء، لميرزا حبيب الله الرشتي، (م ١٣١٢) هـ، تحقيق: السيد أحمد الحسيني، الناشر: منشورات  
دار القرآن الكريم - بقم المشرفة -.
- ١٢١- كتاب القضاء، لميرزا محمد حسن الأشعري، (م ١٣١٩) هـ، الناشر: منشورات دار الهجرة - بقم  
المشرفة - الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ.
- ١٢٢- كتاب القواعد، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بقرّ الدين الحيشني (م ٨٢٩) هـ، الناشر:  
مكتبة الرشد - الرياض - شركة الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.
- ١٢٣- كشف الالتباس عن موجز أبي العباس، للشيخ مفلح بن الحسن الصميري، (م حدود سنة ٩٠٠) هـ،  
الناشر: مؤسسة صاحب الأمر (عج) - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.
- ١٢٤- كشف الرموز في شرح المختصر النافع، للمحقق الآبي زين الدين أبي علي الحسن بن أبي طالب بن  
أبي الجعد اليوسني، (م ٦٧٢) هـ، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرّسين - بقم المشرفة -  
الطبعة الثالثة ١٤١٧ هـ.

- ١٢٥- كشف اللثام، لبهاء الدين محمد بن الحسن بن محمد الإصفهاني المعروف بالفاضل الهندي، (م ١١٣٧) هـ،  
الناشر: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي بقم المقدسة، الطبعة الحجرية ١٤٠٥ هـ.  
١٢٦- كفاية الأحكام، للمولى محمد باقر بن محمد مؤمن السبزواري، (م ١٠٩٠) هـ، الطبعة الحجرية.  
١٢٧- كفاية الأصول، للشيخ محمد كاظم الخراساني، (م ١٣٢٩) هـ، الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة  
لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الأولى، الرابعة ١٤١٨ هـ.

### (ل)

- ١٢٨- لسان العرب، لابن منظور، (م ٧١١) هـ، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الأولى  
١٤٠٨ هـ.  
١٢٩- اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، للشهيد الأول محمد بن جمال الدين مكّي العاملي، المستشهد  
٧٨٦ هـ، الناشر: مركز بحوث الحج والعمرة - طهران - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.  
١٣٠- ما وراء الفقه، للسيد محمد الصدر، الناشر: دار الأضواء، الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ.

### مركز بحوث الحج والعمرة (م)

- ١٣١- مباني العروة الوثقى، تقريراً لأبحاث السيد أبي القاسم الخوئي (م ١٤١٢)، لمحمد تقي الخوئي، الناشر:  
لطني، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ.  
١٣٢- المبسوط، لشمس الدين السرخسي، (م ٤٩٠) هـ، الناشر: دار المعرفة - بيروت - الطبعة الأولى  
١٤٠٩ هـ.  
١٣٣- المبسوط في فقه الإمامية، لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، (م ٤٦٠) هـ،  
عنيت بنشره المكتبة الرضوية لإحياء الآثار الجعفرية - طهران - الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ.  
١٣٤- مجمع البيان في تفسير القرآن، للشيخ أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي، (م ٥٤٨) هـ، الناشر: دار  
الفكر - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.  
١٣٥- مجمع الفائدة والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، للمولى أحمد المقدس الأردبيلي، (م ٩٩٣) هـ،  
الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرفة - الطبعة الثانية ١٤١٦ هـ.  
١٣٦- المجموع شرح المذهب، لأبي زكريا يحيى الدين بن شرف النووي، (م ٦٧٦) هـ، الناشر: دار الفكر -  
بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.

- ١٣٧- المحصول في علم الأصول، تقريراً لأبحاث الشيخ جعفر السبحاني، للسيد محمود الجلالى المازندراني، الناشر: مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام للتحقيق والتأليف - بقم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.
- ١٣٨- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، (م ٤٥٦ هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٣٩- المختصر النافع في فقه الإمامية، للمحقق الحلي أبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي (م ٦٧٦ هـ)، الناشر: منشورات المكتبة الأهلية - بغداد - الطبعة الثانية ١٣٨٣ هـ.
- ١٤٠- مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، للعلامة الحلي الحسن بن يوسف بن مطهر، (م ٧٢٦ هـ)، الناشر: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية - بقم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.
- ١٤١- مدارك الأحكام في شرح شرائع الإسلام، للسيد محمد بن علي الموسوي العاملي، (م ١٠٠٩ هـ)، الناشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - مشهد المقدسة - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.
- ١٤٢- المدخل الفقهي العام، لمصطفى أحمد الزرقاء، الطبعة التاسعة، دمشق -.
- ١٤٣- المراسم العلوية في الأحكام النبوية، للشيخ أبي يعلى حمزة بن عبد العزيز الديلمي، (م ٤٤٨ هـ)، الناشر: دار الحق - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ.
- ١٤٤- مسائل الناصريات، للسيد علي بن الحسين بن موسى الشريف المرتضى، (م ٤٣٦ هـ)، الناشر: رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية - طهران - الطبعة ١٤١٧ هـ.
- ١٤٥- مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، للشهيد الثاني زين الدين بن علي العاملي المستشهد ٩٦٥ هـ، الناشر: مؤسسة المعارف الإسلامية - بقم المشرقة - الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.
- ١٤٦- مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، لميرزا حسين التوري الطبرسي، (م ١٣٢٠ هـ)، الناشر: مؤسسة آل البيت عليه السلام - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٤٧- مستمسك العروة الوثقى، للسيد محسن الطباطبائي الحكيم، (م ١٣٩٠ هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - الطبعة الرابعة ١٣٩١ هـ.
- ١٤٨- مستند الشيعة في أحكام الشريعة، للمولى أحمد بن المولى محمد مهدي العراقي، (م ١٢٤٥ هـ)، الناشر: منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - قم المقدسة، الطبعة الحجرية ١٤٠٥ هـ.
- ١٤٩- مستند العروة الوثقى، تقريراً لأبحاث السيد أبي القاسم الموسوي الخوئي، للشيخ مرتضى البروجردي، المستشهد ١٤١٩ هـ.

- ١٥٠- المستند، لأحمد بن حنبل، (م ٢٤١) هـ، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية ١٤١٤ هـ.
- ١٥١- مصباح الأصول، تقرير لأبحاث السيد أبي القاسم الموسوي الخوئي رحمته، للسيد محمد سرور الواعظ الحسيني البغدادي رحمته، الناشر: مكتبة الداوري - قم - الطبعة السادسة ١٤٢٠ هـ.
- ١٥٢- مصباح الفقاهة في المعاملات، تقرير لأبحاث السيد أبي القاسم الموسوي الخوئي رحمته، لميرزا محمد علي التوحيد رحمته التبريزي، الناشر: مؤسسة أنصاريان - بقم المشرفة - الطبعة الرابعة ١٤١٧ هـ.
- ١٥٣- مصباح الفقيه، للحاج آقا رضا الممداني الغروي (م ١٣٢٢) هـ، الناشر: مكتبة المصطفوي - بقم المشرفة -
- ١٥٤- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، (م ٧٧٠) هـ، الناشر: مؤسسة دار الهجرة في إيران، الطبعة الأولى ١٤٠٥ هـ.
- ١٥٥- معالم الدين وملاذ المجتهدين، للشيخ حسن بن زين الدين العاملي، (م ١٠١١) هـ، الناشر: مؤسسة الفقه للطباعة والنشر، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ.
- ١٥٦- المعتبر في شرح المختصر، للمحقق الحلبي نجم الدين أبي القاسم جعفر بن الحسن، (م ٦٧٦) هـ، الناشر: مؤسسة سيد الشهداء - بقم المشرفة -
- ١٥٧- المغني، لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (م ٦٢٠) هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت -
- ١٥٨- مفاتيح الشرائع، للمولى محمد محسن الفيض الكاشاني، (م ١٠١٩) هـ، الناشر: مجمع الذخائر الإسلامية - بقم المشرفة - الطبعة سنة ١٤١٠ هـ.
- ١٥٩- مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، للسيد محمد جواد الحسيني العاملي، (م ١٢٢٦) هـ، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت -
- ١٦٠- المفردات في غريب القرآن، لأبي القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، (م ٥٠٢) هـ، الناشر: المكتبة المرتضوية - طهران -
- ١٦١- مقالات الأصول، للشيخ ضياء الدين العراقي، (م ١٣٦١) هـ، التحقيق: الشيخ مجتبي المهرودي - السيد منذر الحكيم، الناشر: مجمع الفكر الإسلامي - بقم المشرفة -
- ١٦٢- المقدمة، الحاوي الكبير، تحقيق و تعليق للشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة سنة ١٤١٤ هـ.
- ١٦٣- المقنع، لأبي جعفر الصدوق، محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي، (م ٣٨١) هـ، الناشر: مؤسسة

الإمام المهادي عليه السلام - بقم المشرقة - الطبعة سنة ١٤١٥ هـ.

١٦٤ - المقنعة ، لأبي عبدالله محمد بن الحسن بن النعمان العكبري البغدادي الملقب بالشيخ المفيد ، (م ٤١٣) هـ.

الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين - بقم المشرقة - الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ.

١٦٥ - المكاسب ، للشيخ الأعظم مرتضى الأنصاري ، (م ١٢٨١) هـ. الناشر : الأمانة العامة للمؤتمر العالمي

بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري ، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ.

١٦٦ - منابع اجتهاد ، للشيخ محمد إبراهيم الجنائي ، الناشر : انتشارات كسان طهران - الطبعة الأولى

١٣٧٠ هـ.

١٦٧ - المناهل ، للسيد المجاهد محمد الطباطبائي عليه السلام ، (م ١٢٤٢) هـ. الناشر : مؤسسة آل البيت عليه السلام - بقم

المشرقة - الطبعة الحجرية .

١٦٨ - منتقى الأصول ، تقريراً لأبحاث السيد محمد الحسيني الروحاني عليه السلام ، للشهيد السيد عبد الصاحب

الحكيم عليه السلام ، الطبعة الأولى ١٤١٣ هـ.

١٦٩ - منتهى المطلب ، للعلامة جمال الدين أبي منصور الحسن بن يوسف بن علي المظهر الحلي عليه السلام ، (م ٧٦٢) هـ.

الناشر : مجمع البحوث الإسلامية ، الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ.

١٧٠ - المتنور في القواعد ، للزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي ، (م ٧٩٤) هـ. حققه : الدكتور تيسير

فائق أحمد محمود ، الطبعة الثانية ١٩٩٣ م.

١٧١ - من لا يحضره الفقيه ، لأبي جعفر الصدوق محمد بن علي بن الحسين بن بابويه القمي ، (م ٣٨١) هـ.

الناشر : دار الكتب الإسلامية ، الطبعة الخامسة ١٤١٠ هـ.

١٧٢ - منهاج الصالحين ، للسيد أبي القاسم الموسوي الخفزي ، (م ١٤١٢) هـ. الناشر : مدينة العلم - قم - الطبعة

الثامنة والعشرون ١٤١٠ هـ.

١٧٣ - موسوعة الفقه الإسلامي ، المعروفة بموسوعة جمال عبد الناصر الفقهية ، الناشر : جمهورية مصر

العربية وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، الطبعة ١٤١٠ هـ.

١٧٤ - المواهب السنية ، لعبد الله بن سليمان الجرهمي الشافعي ، المطبوع في هامش الأشباه والنظائر في

الفروع ، الناشر : دار الفكر - بيروت .

١٧٥ - الموسوعة الفقهية ، لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة الكويت ، الناشر : وزارة الأوقاف

والشؤون الإسلامية - الكويت - الطبعة الرابعة ١٤١٤ هـ.

١٧٦ - المهذب ، للقاضي عبد العزيز ابن البراج ، (م ٤٨١) هـ. الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي لجامعة

- المدرسين - بقلم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ.
- ١٧٧ - مهذب الأحكام في بيان الجلال والحرام ، للسيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، (م ١٤١٤) هـ ،  
الناشر : المؤلف ، الطبعة الرابعة ١٤١٣ هـ .
- ١٧٨ - المهذب في فقه الشافعي ، للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي ابن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ،  
(م ٤٧٦) هـ ، الناشر : دار الفكر - بيروت .
- ١٧٩ - الميزان في تفسير القرآن ، للعلامة السيد محمد حسين الطباطبائي ، (م ١٤٠٢) هـ ، الناشر : مؤسسة  
إسماعيليان بقلم المشرفة .
- ١٨٠ - نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية ، لمقداد بن عبد الله السيوري الحلبي ، (م ٨٢٦) هـ ، الناشر :  
منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - بقلم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ .
- ١٨١ - نظام النكاح في الشريعة الإسلامية الفراء ، للشيخ جعفر السبحاني ، الناشر : مؤسسة الإمام  
الصادق عليه السلام - بقلم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ .
- ١٨٢ - نهاية الإحكام في معرفة الأحكام ، للعلامة الحلبي الحسن بن يوسف ابن علي المظهر الحلبي ، (م ٧٣٦) هـ ،  
الناشر : دار الأضواء - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ .
- ١٨٣ - نهاية الأفكار في مباحث الألفاظ ، تقرر أبحاث أغا ضياء الدين العراقي ، (م ١٣٦١) هـ ، للشيخ محمد تقي  
البروجردي النجفي ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقلم المشرفة .
- ١٨٤ - نهاية الدراية في شرح الكفاية ، للشيخ محمد حسين الإصفهاني ، (م ١٣٦١) هـ ، الناشر : مؤسسة آل  
البيت عليه السلام لإحياء التراث بقلم المشرفة .
- ١٨٥ - النهاية في غريب الحديث والأثر ، لمجد الدين المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، (م ٦٠٦) هـ ،  
الناشر : دار الفكر - بيروت .
- ١٨٦ - النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، لشيخ الطائفة أبي جعفر محمد ابن الحسن ابن علي الطوسي ،  
(م ٤٦٠) هـ ، الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى ١٣٩٠ هـ .
- ١٨٧ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ، لشمس الدين محمد بن أبي  
عباس الشهير بالشافعي الصغير ، (م ١٠٠٤) هـ ، الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة ١٤١٤ هـ .
- ١٨٨ - نهاية المرام في تجميع مجمع الفائدة والبرهان ، للسيد محمد بن علي الموسوي العاملي صاحب  
المدارك ، (م ١٠٠٩) هـ ، الناشر : مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقلم المقدسة ، الطبعة  
الأولى ١٤١٣ هـ .

- ١٨٩- وسائل الشيعة ، للشيخ محمد بن الحسن الحرّ العاملي ، (م ١٢٠٤ هـ، الناشر: منشورات المكتبة الإسلامية - طهران - الطبعة سنة ١٣٨١ هـ.
- ١٩٠- الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ، للدكتور وهبة الزحيلي ، الناشر: منشورات جامعة دمشق ، الطبعة السادسة ١٤١٦ هـ.
- ١٩١- الوسيلة إلى نيل الفضيلة ، لمعاد الدين أبي جعفر محمد بن علي الطوسي المعروف بابن حمزة ، (م ٥٧٠ هـ، التحقيق: الشيخ محمد الحسون ، الناشر: مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي - بقم المشرفة - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ.
- ١٩٢- الوسيط في المذهب ، لمحمد بن محمد بن محمد الفزالي ، (م ٥٠٥ هـ، الناشر: دار السلام - القاهرة - الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ.
- ١٩٣- وسيلة النجاة ، للسيد أبي الحسن الإصبهاني (م ١٣٦٥ هـ الطبعة الأولى، ١٣٨٥ هـ.
- ١٩٤- الهداية شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل (م ٥٩٣ هـ، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ.



مركز تحفة كوتب وعلوم اسلامی



مرکز تحقیقات کتابخانه و اسناد ملی

## فهرس الموضوعات

|    |                                                 |
|----|-------------------------------------------------|
| ٩  | المقدمة .....                                   |
| ٩  | الأمر الأول: بيان فضيلة العلم .....             |
| ١٠ | الأمر الثاني: ينبغي للعالم أن يعمل بعلمه .....  |
| ١١ | الأمر الثالث: ثمرة البحث .....                  |
| ١٨ | الأمر الرابع: أهمية الموضوع .....               |
| ١٩ | الأمر الخامس: تاريخ البحث ونشأته في الفقه ..... |

## الفصل الأول في مفردات الموضوع وموارد استعمالها

|    |                                      |
|----|--------------------------------------|
| ٢٣ | وفيه: ثلاثة مباحث .....              |
| ٢٥ | المبحث الأول: .....                  |
| ٢٥ | في معنى التعارض والأصل والظاهر ..... |
| ٢٥ | أ- معنى التعارض .....                |
| ٢٥ | ب- الفرق بين التعارض والتزاحم .....  |
| ٢٦ | ج- ضوابط التعارض .....               |
| ٢٨ | د- معنى الأصل .....                  |
| ٢٩ | هـ- معنى الظاهر .....                |
| ٣١ | و- معنى الغلبة .....                 |

|    |                                  |
|----|----------------------------------|
| ٣١ | ز- معنى العادة والعرف وأقسامه    |
| ٣١ | العرف في اللغة                   |
| ٣٢ | العرف والعادة في الاصطلاح        |
| ٣٤ | الفرق بين العرف والإجماع         |
| ٣٤ | النسبة بين العرف والعادة         |
| ٣٥ | تقسيمات للعرف:                   |
| ٣٥ | التقسيم الأول                    |
| ٣٥ | ١- العرف اللفظي                  |
| ٣٦ | ٢- العرف العملي                  |
| ٣٧ | التقسيم الثاني                   |
| ٣٧ | ١- العرف العام                   |
| ٣٨ | ٢- العرف الخاص                   |
| ٣٨ | التقسيم الثالث                   |
| ٣٩ | المبحث الثاني:                   |
| ٣٩ | المراد من الأصل وموارد استعماله  |
| ٤٠ | ألف- الاستصحاب                   |
| ٤٢ | ب- البراءة                       |
| ٤٤ | ج- الاشتغال                      |
| ٤٥ | د- أصالة الحل                    |
| ٤٦ | هـ- أصالة الطهارة                |
| ٤٨ | و- أصالة الصحة                   |
| ٥١ | المبحث الثالث:                   |
| ٥١ | المراد من الظاهر وموارد استعماله |
| ٥٢ | المطلب الأول:                    |
| ٥٢ | خروج الأمارات من محل النزاع      |
| ٥٥ | المطلب الثاني:                   |
| ٥٥ | استعمال الظاهر في موضع الخلاف    |

|    |                             |
|----|-----------------------------|
| ٥٥ | أ- العرف والعادة.....       |
| ٥٧ | ب- الغلبة.....              |
| ٦٠ | ج- القرائن.....             |
| ٦٤ | د- التأسيس والحقيقة.....    |
| ٦٦ | هـ- إخبار العدل الواحد..... |

### الفصل الثاني في اعتبار الأصول والظواهر

|     |                                            |
|-----|--------------------------------------------|
| ٦٩  | وفيه: ثلاثة مباحث.....                     |
| ٧١  | تمهيد.....                                 |
| ٧٣  | المبحث الأول:.....                         |
| ٧٣  | في اعتبار الأصول.....                      |
| ٧٤  | أ- اعتبار الاستصحاب.....                   |
| ٧٦  | ب- اعتبار البراءة.....                     |
| ٧٧  | ج- اعتبار أصالة الحل.....                  |
| ٧٨  | د- اعتبار أصالة الطهارة.....               |
| ٧٩  | هـ- اعتبار أصالة الصحة.....                |
| ٨٣  | المبحث الثاني:.....                        |
| ٨٣  | في حجبة الظواهر.....                       |
| ٨٤  | أ- حجبة خبر العدل والثقة في الموضوعات..... |
| ٨٨  | ب- حجبة الغلبة.....                        |
| ٩٤  | ج- حجبة القرائن.....                       |
| ١٠٨ | د- حجبة العرف والعادة.....                 |
| ١٠٩ | «سند الحديث».....                          |
| ١١٠ | «دلالة الحديث».....                        |
| ١٢١ | المبحث الثالث:.....                        |
| ١٢١ | مرجعية العرف في الموضوعات والمفاهيم.....   |
| ١٢١ | أ- مرجعية العرف في الموضوعات.....          |

- ب - مرجعية العرف في المفاهيم ..... ١٢٣  
ج - شرائط مرجعية العرف ..... ١٢٤  
د - تخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف ..... ١٢٥

### الفصل الثالث في تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء

- وفيه: ثلاثة مباحث ..... ١٢٩  
المبحث الأول: ..... ١٣١  
محل النزاع في تعارض الأصل والظاهر ..... ١٣١  
المبحث الثاني: ..... ١٣٥  
أقوال الفقهاء في تعارض الأصل والظاهر ..... ١٣٥  
القول الأول: تقديم الظاهر على الأصل ..... ١٣٥  
نقد وإشكال ..... ١٣٩  
مؤيدات هذا القول ..... ١٤٠  
أ - باب الطهارة والنجاسة ..... ١٤١  
ب - باب العبادات ..... ١٤٢  
ج - باب العقود ..... ١٤٤  
د - باب القضاء والحدود والقصاص ..... ١٤٧  
هـ - الأبواب المختلفة الأخرى ..... ١٤٩  
القول الثاني: تقديم الأصل على الظاهر ..... ١٥٠  
مؤيدات هذا القول ..... ١٥٧  
أ - باب الطهارة ..... ١٥٧  
ب - باب الصيام ..... ١٥٩  
ج - باب العقود ..... ١٥٩  
د - باب القضاء ..... ١٦٠  
القول الثالث: تقديم أصالة الطهارة على الظاهر ..... ١٦١  
القول الرابع: التفصيل في المسألة ..... ١٦٥  
مؤيدات هذا القول ..... ١٦٨

|     |                                                  |
|-----|--------------------------------------------------|
| ١٦٨ | أ- باب الطهارة .....                             |
| ١٧٣ | ب- باب الصلاة وغيرها من العبادات .....           |
| ١٧٨ | ج- باب العقود .....                              |
| ١٨٨ | د- باب القضاء والحدود .....                      |
| ١٩٤ | هـ- أبواب متفرقة .....                           |
| ١٩٧ | القول الخامس: التوقف في المسألة .....            |
| ١٩٩ | رأي الجمهور في تعارض الأصل والظاهر .....         |
| ٢٠٠ | أ- موارد تقديم الظاهر على الأصل عند العامة ..... |
| ٢٠٤ | ب- موارد تقديم الأصل على الظاهر عند العامة ..... |
| ٢١٥ | رأي المختار في تعارض الأصل والظاهر .....         |
| ٢١٩ | كلام المحقق الثاني .....                         |
| ٢٢٤ | المبحث الثالث: .....                             |
| ٢٢٤ | تقديم الظاهر على الأصل في اللوث والأمانات .....  |
| ٢٢٤ | المطلب الأول: .....                              |
| ٢٢٤ | تقديم الظاهر على الأصل في اللوث .....            |
| ٢٢٩ | المطلب الثاني: .....                             |
| ٢٢٩ | تقديم الظاهر على الأصل في الأمانات .....         |
| ٢٣٠ | الفرع الأول: .....                               |
| ٢٣٠ | معنى الأمين .....                                |
| ٢٣١ | الفرع الثاني: .....                              |
| ٢٣١ | اقسام الأمانة .....                              |
| ٢٣١ | ١- الأمانة المالكية .....                        |
| ٢٣٢ | ٢- الأمانة الشرعية .....                         |
| ٢٣٣ | انقسام الأمانة المالكية .....                    |
| ٢٣٤ | الفرع الثالث: .....                              |
| ٢٣٤ | عدم ضمان الأمين .....                            |
| ٢٣٥ | ١- مدارك القاعدة .....                           |

|     |                                      |
|-----|--------------------------------------|
| ٢٣٩ | ٢- خروج اليد الأمانى من قاعدة اليد   |
| ٢٤٠ | خاتمة في صفريات باب الأمانة          |
| ٢٤٠ | أ: المودع                            |
| ٢٤٢ | ب: المستعير                          |
| ٢٤٤ | ج: المرتين                           |
| ٢٤٦ | د: الوكيل                            |
| ٢٤٧ | هـ: الرسول                           |
| ٢٤٩ | و: الدلال                            |
| ٢٤٩ | ز: الشريك                            |
| ٢٥٠ | ح: العامل في المضاربة                |
| ٢٥١ | ط: العامل في البضاعة                 |
| ٢٥٢ | ي: العامل في المزارعة                |
| ٢٥٤ | يا: العامل في المساقاة               |
| ٢٥٥ | يب: العامل على الزكاة                |
| ٢٥٥ | يج: العامل في الجعالة                |
| ٢٥٦ | يد: الأجير                           |
| ٢٦٠ | يه: المستأجر                         |
| ٢٦١ | يو: الولي                            |
| ٢٦٢ | يز: الوصي                            |
| ٢٦٣ | يح: المتولي                          |
| ٢٦٤ | يط: يد المالك على الخمس والزكاة      |
| ٢٦٥ | ك: الملتقط                           |
| ٢٦٦ | كا: المحسن                           |
| ٢٦٨ | تقديم الظاهر على الأصل بتنقيح المناط |
| ٢٧٣ | فهرس المصادر                         |
| ٢٩٠ | فهرس الموضوعات                       |