



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمران
عليه السلام

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القواعد الفقهية (منتقى الاصول)

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

امير

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	القواعد الفقهية (منتقى الاصول)
١١	اشارة
١١	[الجزء الرابع]
١١	[أصالة عدم التذكية]
٢١	«التسامح فى أدلة السنن»
٢١	اشارة
٢٧	تنبيهات المسألة:
٢٧	التنبية الأول
٢٨	التنبية الثانى
٢٨	التنبية الثالث
٢٩	التنبية الرابع
٣٠	التنبية الخامس
٣٢	التنبية السادس
٣٣	[الجزء الخامس]
٣٣	«قاعدة الميسور»
٣٣	اشارة
٤٢	يبقى التنبية على أمرين:
٤٢	التنبية الأول: فى عموم القاعدة لتعذر الشرط أو الركن
٤٣	التنبية الثانى
٤٥	«قاعدة نفي الضرر»
٤٥	اشارة
٤٥	الاخبار التى تكفلت نفي الضرر بنحو العموم

- ٤٥ اشارة
- ٤٧ و اما ناحية المتن فالكلام فيها من جهات عديدة:
- ٤٧ الجهة الأولى
- ٤٩ الجهة الثانية
- ٤٩ الجهة الثالثة
- ٥٠ الجهة الرابعة
- ٥٣ الجهة الخامسة
- ٥٥ الجهة السادسة
- ٧٠ تنبيهات:
- ٧٠ التنبيه الأول
- ٧٥ التنبيه الثانى
- ٨١ التنبيه الثالث: فى شمول الحديث للأحكام العدمية، كما انه شامل للأحكام الوجودية
- ٨٤ التنبيه الرابع: فى كون المراد بالضرر هل الضرر الشخصى أو النوعى؟
- ٨٤ التنبيه الخامس: فى تعارض الضررين و ما يتناسب معه من فروع.
- ٩٤ حرمة الإضرار بالنفس
- ٩٤ اشارة
- ٩٤ أما الكلام فى المقام الأول
- ٩٥ المقام الثانى
- ٩٥ اشارة
- ٩٥ أما الحكم الترخيصى
- ٩٦ و أما الحكم الإلزامى
- ٩٦ [الجزء السابع]
- ٩٦ قاعدة اليد
- ٩٦ اشارة

- ٩٧ و إنما يقع المهم من الكلام فيها في جهات:
- ٩٧ الجهة الأولى: في حجية اليد على الملكية.
- ٩٧ اشارة
- ٩٧ أما السنة: فهي روايات أربع:
- ٩٧ الأولى: موثقة حفص بن غياث -
- ٩٨ الثانية:
- ٩٩ الثالثة: رواية حمزة بن حمران:
- ٩٩ الرابعة: موثقة يونس بن يعقوب:
- ١٠٠ و اما بناء العقلاء:
- ١٠١ الجهة الثانية: في أن اليد هل تكون أماره أو أصلا.
- ١٠٢ الجهة الثالثة: في ان اليد هل تكون حجة مطلقا
- ١٠٧ الجهة الرابعة:
- ١١٢ الجهة الخامسة: في ان اليد هل تكون حجة على الملكية مطلقا
- ١١٧ الجهة السادسة: في ان اليد كما تكون دليلا على ملكية العين
- ١١٩ الجهة السابعة: في جواز الشهادة على الملك استنادا إلى اليد.
- ١٢٥ الجهة الثامنة: في الأيدي المتعددة على العين الواحدة.
- ١٢٩ الجهة التاسعة: في الحجية اليد مع شك ذيها في الملكية.
- ١٣١ الجهة العاشرة: في حجية يد المسلم على التذكية.
- ١٣٣ الجهة الحادية عشرة: في أمارية يد الكافر على عدم التذكية
- ١٣٦ الجهة الثانية عشرة: في ان يد المسلم نفسها أو مع اقترانها بالتصرف
- ١٣٧ الجهة الثالثة عشرة: في أمارية اليد على غير الملكية من الاختصاصات كالزوجية و النسب.
- ١٣٧ الجهة الرابعة عشرة: «في قبول قول ذي اليد و إخباره بطهارة ما في يده أو نجاسته و نحوه مما يكون من شئون العين.
- ١٤٠ أصالة الصّحة
- ١٤٠ اشارة

- ١٤١ بالأدلة الأربعة:
- ١٤١ اما الكتاب: فقد استدل منه بآيات:
- ١٤١ الأولى:
- ١٤١ الثانية:
- ١٤٢ الثالثة:
- ١٤٢ اشارة
- ١٤٢ الأول: في اعتبار التجاوز عن المحل و تعيينه.
- ١٤٣ الثاني: في اعتبار الدخول في الغير و تعيينه.
- ١٤٥ و أما السنة: فروايات:
- ١٤٦ و أما الدليل العقلي:
- ١٤٦ و اما الإجماع:
- ١٤٦ فمقامات البحث في هذه المسألة متعددة
- ١٤٧ اشارة
- ١٤٧ المقام الأول: في ان المحمول عليه الفعل هل هو الصحة الواقعية أو الصحة عند الفاعل؟
- ١٤٨ المقام الثاني: في أصالة الصحة في العقود.
- ١٥٣ المقام الثالث: في اختلاف الصحة بحسب مواردها.
- ١٥٥ المقام الرابع: في وجوب إحراز عنوان موضوع الأثر.
- ١٥٩ المقام الخامس: فيما يثبت بأصالة الصحة من الآثار.
- ١٥٩ المقام السادس: في معارضة أصالة الصحة مع غيرها من الأصول.
- ١٦٢ قاعدة الفراغ و التجاوز
- ١٦٢ اشارة
- ١٦٢ و الكلام فيها في جهات:
- ١٦٢ الجهة الأولى: في أنها قاعدة أصولية أو قاعدة فقهية.
- ١٦٣ الجهة الثانية:

- الجهة الثالثة: في عموم قاعدة التجاوز لجميع صور الشك في الوجود ١٧١
- الجهة الرابعة: في عموم قاعدة التجاوز للشك في جزء الجزء ١٧٢
- الجهة الخامسة: في عموم قاعدة التجاوز للشك في الشرط في أثناء المشروط. ١٧٣
- الجهة السادسة: في عموم قاعدة الفراغ للإجزاء ١٧٧
- الجهة السابعة: في ان قاعدة الفراغ هل تعم ما إذا كان منشأ الشك في الصحة هو الشك في الشرط أو لا؟ ١٧٧
- الجهة الثامنة: فيما يعتبر في قاعدة التجاوز ١٧٨
- و الكلام في موضعين: ١٧٨
- إلحاق: ١٧٩
- تذنيب: [١] في الشك في الجزء الأخير من العمل ١٨٤
- تنبيه: ١٨٩
- الجهة التاسعة: في اعتبار الدخول في الغير في جريان قاعدة الفراغ. ١٩٠
- و الكلام في هذه الجهة في مقامين: ١٩٠
- المقام الأول: ١٩٠
- و المقام الثاني: ١٩٣
- الجهة العاشرة [١]: في تحقق جريان قاعدة الفراغ ١٩٥
- الجهة الحادية عشرة: في جريان قاعدة التجاوز في الطهارات الثلاث. ٢٠٠
- الجهة الثانية عشرة: ٢٠٥
- الجهة الثالثة عشرة: في جريان القاعدة مع الشك في الصحة مع كون صورة العمل محفوظة. ٢٠٨
- الجهة الرابعة عشرة: فيما إذا كان الشك في الصحة ناشئاً عن الشبهة الحكمية ٢٠٩
- الجهة الخامسة عشرة: هل يعتبر في جريان قاعدة الفراغ ان يكون الشك حادثاً بعد العمل أو لا ٢٠٩
- الجهة السادسة عشرة: ٢١٢
- الجهة السابعة عشرة: في كون القاعدة من الأصول أو الأمارات. ٢١٣
- الجهة الثامنة عشرة: في شمول القاعدة لصورة احتمال الإخلال العمدي. ٢١٥
- الجهة التاسعة عشرة: في نسبتها مع الاستصحاب. ٢١٦

٢١٦-----القرعة

٢١٨-----تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريبات الكمبيوترية

القواعد الفقهية (منتقى الاصول)

إشارة

نام كتاب: القواعد الفقهية (منتقى الاصول)

موضوع: قواعد فقهية

نويسنده: قمى، سيد محمد حسينى روحانى

تاريخ وفات مؤلف: ١٤١٨ هـ ق

زبان: عربى

قطع: وزيرى

تعداد جلد: ٣

ناشر: چاپخانه امير

تاريخ نشر: ١٤١٣ هـ ق

نوبت چاپ: اول

مكان چاپ: قم- ايران

مقرر: حكيم، شهيد، سيد عبد الصاحب بن سيد محسن طباطبايى

تاريخ وفات مقرر: ١٤٠٣ هـ ق

ملاحظات: قاعده تسامح در ج ٤ و ميسور و نفى ضرر در ج ٥ و قواعد يد و أصالة الصحة و فراغ و تجاوز و قرعۀ در ج ٧ چاپ شده است

[الجزء الرابع]

[أصالة عدم التذكية]

و ينبغي التنبيه على أمور:

التنبيه الأول:

أن أصل البراءة إنما يجرى فيما إذا لم يكن أصل موضوعى فى موردہ، لأن الأصل الجارى فى الموضوع يتقدم على الأصل الجارى فى الحكم بالحكومة أو بالورود- على الخلاف فى ذلك-، فان الأصل السببى متقدم على الأصل المسببى بلا كلام، و انما البحث فى وجه تقدمه و أنه بالحكومة أو بالورود أو غيرهما؟.

و قد حمل المحقق النائنى عبارة الشيخ «١» على إرادة كل أصل حاكم على أصل البراءة و لو كان جاريا فى الحكم كالأستصحاب المثبت للتكليف، لأنه يتقدم على البراءة بلا إشكال «٢».

و هذا المعنى و إن كان صحيحا فى نفسه، إلا ان حمل كلام الشيخ عليه بلا ملزم، لأنه خلاف الظاهر من كلامه، خصوصا و ان المثال الذى يدور البحث حوله فى المسألة، من قبيل ما إذا جرى الأصل فى موضوع الحكم المشكوك، و هو أصالة عدم التذكية. و على كل حال، فأصل المطلب بنحو الكلية معلوم لا كلام فيه.

إنما الكلام فى الفرع المذكور فى المسألة، و هو ما إذا شك فى حلية حيوان لأجل الشك فى التذكية، فهل تجرى أصالة عدم

التذكية، وحينئذ لا مجال لأصالة البراءة، أو لا تجرى؟. ولا بأس بتفصيل الحديث فيه لعدم التعرض إليه في غير هذا المحل من الأصول.

وقد ذكر: ان الشبهة تارة تكون حكيمية. و أخرى موضوعية.

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٢١٨ - الطبعة الأولى.

(٢) الكاظمي الشيخ محمد علي. فوائد الأصول ٣ - ٣٨٠ - طبعة مؤسسة النشر الإسلامي.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٤٩٥

و الشبهة الحكيمية تارة: تنشأ من الشك في قابلية الحيوان للتذكية، فيشك في حليته لذلك، كالحیوان المتولد من الغنم و الكلب و لم يلحق أحدهما في الاسم.

و أخرى يعلم بقابليته للتذكية، لكن يشك في حلية أكل لحمه ذاتا كالأرنب مثلا.

و الشبهة الموضوعية أيضا كذلك، فتارة يشك في حلية لحم الحيوان لأجل الشك في تحقق التذكية. و أخرى يشك فيها لأجل الشك في انه من لحم حيوان محلل الأكل كالغنم، أو محرمة كالفأر، مع العلم بتحقيق التذكية.

و لا يخفى ان البحث في جريان أصالة عدم التذكية في مورد الشك فيها من جهة الشبهة الحكيمية يتوقف على أمرين:

أحدهما: عدم وجود عموم أو إطلاق يدل على قبول كل حيوان للتذكية إلا ما خرج بالدليل. و إلا كان هذا العموم متكفلا لإثبات القابلية في مورد الشك، فلا مجال للأصل.

و الآخر: ان يفرض كون موضوع حرمة اللحم أمرا عدميا و هو غير المذكي، لا أمرا وجوديا و هو الميتة - بناء على انها أمر وجودي -.

و توضيح ذلك: ان الأقوال في هذا الباب ثلاثة:

فقول: بان موضوع الحرمة و النجاسة هو الميتة، و هي أمر وجودي لازم لعدم التذكية.

و قول: بان موضوع الحرمة و النجاسة أمر عدمي، و هو غير المذكي.

و قول: بالتفصيل بين حرمة الأكل، فموضوعها الأمر العدمي و النجاسة، فموضوعها الأمر الوجودي. و هو المنسوب إلى الشهيد، و لذا حكم بحرمة أكل الحيوان المتولد من حيوانين أحدهما محلل الأكل و الآخر محرمة و لم يلحق أحدهما بالاسم، و طهارته. فإذا كان

موضوع الحرمة هو الأمر الوجودي لم تنفع أصالة عدم التذكية - على تقدير جريانها - في إثبات الحرمة إلا بناء على الأصل المثبت.

فلا بد من فرض الموضوع غير المذكي كي تترتب الحرمة على أصل عدم التذكية

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٤٩٦

من ترتب الحكم على موضوعه.

و إذا تبين ذلك، فنعود إلى أصل الكلام و هو: انه هل تجرى أصالة عدم التذكية مع الشك في قابلية الحيوان للتذكية أو لا تجرى؟.

ذهب صاحب الكفاية إلى جريانها، و حكم بحرمة اللحم، لأن الحرمة تترتب على غير المذكي كما تترتب على الميتة «١».

و لتحقيق الحال فيما ذهب إليه (قدس سره) نقول: ان المحتملات المذكورة لمعنى التذكية ثلاثة:

الأول: انها عبارة عن المجموع المركب من الأفعال الخاصة - كبرى الأوداج بالحديد و البسملة - و من قابلية المحل، فتكون قابلية المحل مأخوذة في معنى التذكية بنحو الجزئية.

الثاني: انها عبارة عن مجرد الأفعال الخاصة، و لكن بقيد ورودها على المحل القابل، فالقابلية مأخوذة بنحو الشرطية و خارجة أن مفهوم التذكية.

الثالث: انها عبارة عن أمر بسيط وحداني يترتب على الأفعال الخاصة، نظير الطهارة بالنسبة إلى افعال الوضوء.

و لا يخفى انه بناء على الثالث يصح إجراء أصالة عدم التذكية عند الشك في تحققها، لأنها أمر حادث مسبق بالعدم، فيستصحب مع الشك في ارتفاعه بالوجود، سواء في ذلك موارد الشبهة الحكمية و الموضوعية.

و أما بناء على الأول، فمع الشك في ثبوت القابلية للحيوان، بشكل استصحاب عدمها، لأنه ليس لها حالة سابقة، بل الحيوان عند وجوده إما ان يكون له قابلية أو لا يكون.

(١) الخراسانيّ المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٤٨ - طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٤٩٧

و ليس وصف المجموع هو الموضوع له كي يستصحب عدمه مع الشك، بل الموضوع له هو ذوات الاجزاء، و التعبير بالمجموع طريقى.

و هكذا الحال بناء على الثانى.

و قد يلتزم بناء على هذين الوجهين بجريان أصالة عدم القابلية بنحو استصحاب العدم الأزلى.

و لكن جريانه يتوقف على مقدمتين:

الأولى: كون موضوع الحرمة هو الحيوان مع عدم التذكية، على ان يؤخذ عدم التذكية بنحو التركيب المعبر عنه بالعدم المحمولى، لا التوصيف المعبر عنه بالعدم النعتى، إذ قد تقدم أن أساس استصحاب العدم الأزلى هو أن يرد عام ثم يرد خاص فيخصص العام، و يستلزم ذلك تعنون العام بعنوان عدم الخاص بنحو التركيب، فيكون موضوع الحكم مركبا من العام و عدم الخاص، فإذا أحرز العام بإحراز عدم الخاص بالأصل ثبت الحكم، أما إذا أخذ بنحو التوصيف و كان الموضوع هو العام المتصف بعدم الخصوصية، فاستصحاب العدم الأزلى لا ينفع فى إثبات الحكم إلا بناء على الأصل المثبت.

الثانية: ان يلتزم فى محله بجريان الأصل الأزلى مطلقا، بلا تفصيل بين ما كان الوصف فى مرتبة نفس الذات فلا محرز فيه، و ما كان فى مرتبة الوجود و من عوارض الوجود فيجرى فيه، إذ مع الالتزام بهذا التفصيل - و هو الذى نختاره بناء على عدم إنكار استصحاب العدم الأزلى رأسا كما قربناه - لا مجال لجريان أصالة عدم القابلية، لأنها عن الأوصاف الذاتية و فى مرتبة نفس الذات. فأصالة عدم القابلية بنحو استصحاب العدم الأزلى انما تجرى بعد فرض هاتين المقدمتين. و كلاهما محل إشكال.

هذا بالنسبة إلى الشبهة الحكمية.

أما بالنسبة إلى الشبهة الموضوعية، فانما لا تجرى أصالة عدم التذكية

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٤٩٨

فيها - بناء على هذين الوجهين -.

إذا كان الشك من جهة الشك فى القابلية، كما إذا تردد أمر اللحم المطروح بين ان يكون لحم حيوان قابل للتذكية كالغنم، أو لحم حيوان غير قابل للتذكية كالكلب.

أما إذا كان الشك من جهة تحقق بعض الأفعال الخاصة، فلا إشكال فى جريان الأصل فى نفيها، لأنها أمور حادثه و الأصل عدم الحادث.

ثم إنه ينبغي إيقاع الكلام فى ان معنى التذكية أى هذه المعانى الثلاثة، و هل هى اسم للسبب أو للمسبب؟. فنقول:

أما المحتمل الأول، و هو كونها اسم للمجموع المركب من الأفعال الخاصة و القابلية، بحيث تكون القابلية جزء المعنى، فلا يمكن الالتزام به لوضوح ان التذكية من المعانى الحديثة القابلة للاشتقاق، فيشتق منها الفعل و الفاعل و المفعول و غير ذلك من أنحاء الاشتقاقات، و هذا لا يتلاءم مع وضعها للمجموع المركب، لأن القابلية ليست من المعانى الحديثة، بل هى من الجوامد غير القابلة

للاشتقاق كما لا يخفى.

و أما المعنى الثانى و هو كونها اسما للأفعال الخاصة فى المورد القابل، فلا يرد عليه ما ذكر، إذ الموضوع له هو الحصه الخاصة من الأفعال و هى معنى حدثى، نظير وضع البيع لتمليك عين ما، مع ان العين ليست من المعانى الحديثه.

لكن يرد عليه انه لا يتلاءم مع بعض استعمالات لفظ التذكية فى النصوص، و ذلك كاستعمالها بإضافتها و نسبتها إلى المورد المعلوم القابليه كالغنم. فيقال: «ذكَاه الذابح»، و فى مثله لا يمكن ان يراد منه المعنى المزبور، إذ معناها هو الذبح فى المورد القابل، و لا معنى لأن يراد: «اذبح فى المورد القابل الغنم»، لأن معنى:

«ذكَ الغنم» هو ذلك على هذا الوجه. و هو مما لا محصل له.

و أما المعنى الثالث و هو كونه امرا بسيطا مترتبا على الأفعال الخاصة. فقد

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٤٩٩

نفاه المحقق النائنى «١» بأنه خلاف ظاهر نسبة التذكية إلى الفاعلين فى قوله تعالى: **إِذَا مَا ذَكَّيْتُمْ** «٢».

و ما أفاده يبتنى على دعوى ظهور اسناد الفعل فى المباشرة خاصة لا الأعم من المباشرة و التسبيب.

و العمدة فى نفى المعنى الثالث هو: ان الأمر البسيط المفروض ترتبه على هذه الأفعال الخاصة إما ان يكون امرا واقعا تكوينيا أو يكون أمرا اعتباريا مجعولا.

أما الأول: فممنوع للجزم بعدم وجود أثر واقعى يختلف الحال فيه وجودا و عدما بقول باسم الله و عدمه، بحيث يكون قول باسم الله تأثير واقعى فيه.

و أما الثانى: فهو يقتضى فرض حكم وضعى متوسط بين الأفعال الخاصة و الحكم الوضعى بالطهارة و التكليفى بالحليه، و هو مما لا داعى إليه و لا نرى له أثرا مصححا فيكون لغوا.

و إذا ثبت عدم صحة الالتزام بكل هذه المعانى، فقد يلتزم بان التذكية عبارة عن نفس الأفعال الخاصة بلا ان يكون لقابليه المحل دخل فى المسمى لا بنحو الجزئية و لا الشرطية. نعم هى شرطه فى تأثير الأفعال فى ترتب حكم الحليه أو الطهارة. و إلى ذلك ذهب المحقق النائنى «٣».

و التحقيق: ان التذكية بمفهومها العرفى عبارة عما يساوق النزاهة و النظافة و الطهارة، و يمكننا ان نقول ان المراد بها فى موارد الاستعمالات الشرعية من النصوص و الكتاب هو المعنى العرفى لها فتكون التذكية هى الطهارة، لا أنها موضوع للحكم بالطهارة.

(١) الكاظمى الشيخ محمد على. فوائد الأصول ٣- ٣٨٠- طبعه مؤسسه النشر الإسلامى.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٣.

(٣) الكاظمى الشيخ محمد على. فوائد الأصول ٣- ٣٨٢- طبعه مؤسسه النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٠

و الوجه فى ذلك:

أولا: انه لا وجه لصرف اللفظ عما له من المعنى العرفى إلى معنى جديد مستحدث، فانه مما يحتاج إلى قرينه و دليل و هو مفقود فى المقام.

و ثانيا: انه لم نعثر- بعد الفحص فى النصوص- على مورد رتب الحكم بالطهارة فيه على التذكية، بحيث يظهر منه أن التذكية غير الطهارة. فهذا مما يشهد بان المراد بالتذكية هو الطهارة. و تكون الأفعال الخاصة دخيلة فى تحقق الطهارة بعد الموت، أو فقل دخيلة فى بقاء الطهارة إلى ما بعد الموت، لأن الحكم ببقاء الطهارة بيد الشارع و قد رتبته على الأفعال الخاصة.

و على هذا، فلو شك في قابلية الحيوان للتذكية فهو شك في طهارته بعد الموت بالأفعال الخاصة، و مقتضى الاستصحاب بقاء الطهارة، فيكون الأصل متكفلاً لإثبات التذكية لا لنفيها.

و بالجملة: الكلام السابق كله يبتنى على فرض التذكية أمراً غير الطهارة و الحلية، و لذا جعلت موضوعاً لهما، مع أن الواقع خلافه، إذ لم يرد ما يظهر منه ترتيب الطهارة على التذكية بحيث يفرض لها أثراً، فالتذكية بحسب ما نراه هي الطهارة لا غير، فيصح لنا أن نقول إنها اسم للمسبب لا للسبب، و هو الأفعال الخاصة، و إن أطلق عليها في بعض الأحيان لفظ التذكية، لكنه كإطلاق لفظ التطهير على الغسل، من باب إطلاق لفظ المسبب على السبب و هو كثير عرفاً.

نعم يبقى سؤال و هو: ان هذه الأفعال الخاصة يترتب عليها في بعض الحيوانات الحلية و الطهارة كالغنم، و في بعض آخر الطهارة فقط كالسباع، و في بعض ثالث يترتب عليها الحية دون الطهارة كالسمك، فانه ظاهر مطلقاً و لو بعد الموت، و انما يترتب على الأفعال الخاصة فيه الحلية، و اما طهارته فهي ثابتة أجريت الأفعال الخاصة أو لا، مع أنه قد عبر عن إخراجها من الماء حياً بالذكاة، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠١

فانه يكشف عن ان التذكية غير الطهارة، إذ هي متحققه و لو لم يتحقق إخراجها حياً من الماء.

و الجواب: أنه بعد ورود التعبير بالذكاة عن الطهارة كما ورد في مطهريه الشمس «١»، و ورود النص في خصوص السمك بان الله سبحانه قد ذكاه «٢»، أو أنه ذكّى «٣»، يسهل الحال في التعبير بالذكاة عن إخراجها حياً.

و ذلك لأن حلية الأكل في سائر الحيوانات تترتب على طهارته المرادة من التذكية. أما السمك فلا تترتب الحلية فيه على الطهارة، لأنه طاهر و لو كان ميتاً، و إنما تترتب الحلية فيه على أمر آخر و هو إخراجها من الماء حياً- مثلاً-

و عليه، نقول: بعد فرض التعبير عن الطهارة بالتذكية في خصوص السمك و في غيره، و بعد فرض أن أثر الطهارة في غير مورد السمك هو حلية الأكل لم يكن خلاف المتعارف أن يعبر عن موضوع الحلية في السمك بالتذكية من باب التنزيل و الحكومة، بل هو من المتداول عرفاً، فإذا كان من المتعارف أن تكون الأجرة على عمل ما ديناراً، فإذا لم يرد الأجير ان يأخذ الدينار و انما أراد شيئاً آخر، فقد يقول: أجرتي ان تكون أخلاقك حسنة- مثلاً-، أو غير ذلك.

و عليه، فالتعبير بالتذكية عن إخراج السمك من الماء حياً تعبير من باب التنزيل و الحكومة. و هو مما لا مانع منه عرفاً، و يحمل عليه الكلام قهراً للمناسبة المزبورة. فلاحظ.

و بالجملة: لا- نرى ما يصرف لفظ التذكية عن معناه العرفي، فلا محيص عن الالتزام بان المراد بها هو الطهارة و انها ليست شيئاً آخر غير الطهارة كما عليه القوم.

(١) وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب النجاسات.

(٢) مجمع البحرين: مادة ذكا.

(٣) وسائل الشيعة: ٢٦- ٣٦٠ باب ٣١.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٢

و أما قابلية المحل: فهي مما لا محصل له بحسب مقام الإثبات، فان الالتزام بوجود أمر غير الأفعال الخاصة و غير خصوصية الحيوان من كونه غنماً أو غيره يعبر عنه بقابلية المحل، بحيث يكون محلاً للنفي و الإثبات، مما لا وجه له أصلاً و لا موهم له من نص و غيره. فما الفرق بين اللحوم و بين سائر موضوعات التحريم أو الحلية المأخوذ فيها قيود خاصة، فلم لا يلتزم بمثل ذلك في مثل العنب إذا غلى الذي تترتب عليه الحرمة و نحوه. فليس لدينا سوى الذات الخاصة التي يترتب عليها الحكم التكليفي من حلية و حرمة بقيود خاصة معلومة من فري الأوداج و ذكر الله تعالى و الاستقبال. و بتعبير آخر الذي يلتزم به هو ان الموضوع للحلية و هو الذات مع أفعال خاصة

من الذبح أو النحر أو الفرى أو الإخراج من الماء حيا بقيود خاصة. أما قابلية المحل فهو، أمر وهمي لا دليل عليه ولا موهم له ولو ظنا، ففرض ثبوت وصف القابلية وإيقاع البحث في نفيه وإثباته بالأصل العملي، والكلام في صحة إجراء الأصل فيه، أمر لا نعرف وجهه ومدركه.

و إلى ما ذكرنا أشار المحقق الأصفهاني، ولكنه بيان يختلف عن البيان الذي ذكرناه، فلاحظ و تدبر «١».

و على أى حال، فقد عرفت المقصود بالتذكية و تحقيق حالها.

و بعد ذلك يقع الكلام- بناء على مسلك القوم من ترتيب أثرين على التذكية- كما إذا أخذت التذكية بمعنى الأفعال الخاصة من الذبح أو النحر- هما الحلية و الطهارة، و أثرين على عدمها و هما الحرمة و النجاسة- فى: أن موضوع الحرمة و النجاسة و موضوع الحلية و الطهارة هل هو أمر وجودى أو أمر عدمى أو التفكيك بين الحرمة و النجاسة، فيلتزم بترتب النجاسة على عنوان وجودى فقط

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٢١١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٣

و ترتب الحرمة على عنوان عدمى.

ثم بناء على أنه أمر عدمى، فأخذه يتصور على وجوه، من كونه بمفاد ليس التامة، أو بمفاد ليس الناقصة، أو بنحو عدم الملكة. و قد عرفت الأثر العملي لهذا البحث.

و على كل، فأساس الحديث فى ان موضوع النجاسة و الحرمة هل واحد أو أنه متعدد، فموضوع النجاسة أمر وجودى و موضوع الحرمة أمر عدمى؟.

قد يلتزم بأن موضوع النجاسة أمر وجودى، و هو عنوان الميتة فإنه عنوان لما مات حتف أنفه لا كل ميت، و لذا عطف عليه فى الآية الشريفة الموقوذة و المتردية و غيرهما «١»، و بما أنه لا- يمكن الالتزام بأن موضوع النجاسة خصوص ما مات حتف أنفه، يلتزم بأنه الميتة عبارة عن كل ما مات بغير سبب مصحح.

فان الميتة بلحاظ هيئتها الخاصة لا تساوق مطلق الميت، وإنما تساوق الميت المشوب بالاستقذار العرفى و الاشتمزاز النفسى، و هو كل ما مات بغير سبب يصح أكله و يرفع جهة الاستقذار فيه، على اختلاف مصاديق ذلك بلحاظ اختلاف الشرائع و العادات فيه.

و بالجملة: الذى يلتزم به القائل هو أن موضوع النجاسة هو الميتة، و هى تعبر عن أمر وجودى و هو زهاق الروح بغير سبب مصحح. و لم يرد فى النص أخذ غير المذكى أو نحوه من العناوين العدمية فى موضوع النجاسة، بل هى محمولة فى النصوص على عنوان الميتة. و يمكن المناقشة فيه:

أولاً: بان النجاسة لم تحمل فى النصوص على خصوص عنوان الميتة، بل كما حملت على عنوان الميتة حملت أيضا على عنوان الميت و عنوان ما مات

(١) سورة المائدة، الآية: ٣

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٤

و نحوهما. و من الواضح انه عنوان مطلق يشمل كل غير ذى روح، سواء كان زهاق روحه لنفسه أو بسبب مصحح أو غير مصحح، و مقتضاه نجاسة المذكى كغير المذكى، لكن قيام الدليل على تخصيصه بالمذكى و إخراجة عنه يستلزم تقييد موضوع الحكم بغير موارد التذكية، و لازم ذلك أخذ عدم التذكية فى موضوع النجاسة.

و ثانياً: ان مفهوم قوله عليه السلام فى النص: «إذا سميت و رميت فانتفع به» «١» هو حرمة الانتفاع- لأجل النجاسة، لأنه ظاهر محور

السؤال- مع عدم التسمية أو الرمي، و هو ظاهر في تعليق النجاسة على أمر عدمى رأسا، فلو لم نلتزم بان موضوع النجاسة مطلق الميته، بل خصوص الميته بالمعنى المزبور، كفانا في إثبات أخذ الأمر العدمي في موضوع النجاسة مفهوم النص المزبور. و عليه، فيثبت لدينا انه قد أخذ في موضوع النجاسة جهة عدمية، كعدم الذبح أو الرمي أو التسمية، أو غير ذلك من شرائط التذكية. و أما الحرمة، فقد رتب على أمر وجودي كالميته، كما رتب على أمر عدمي كما لم يذكر اسم الله عليه. فلا فرق بين النجاسة و الحرمة في الموضوع، بل هما مترتان على أمر وجودي في بعض الأدلة و على أمر عدمي في بعض آخر. هذا، و لكن نقول انه بناء على ان الميته عنوان وجودي، و هو ما زهقت روحه بغير سبب مصحح، و عدم رجوعه إلى امر عدمي، و هو غير المذكى، كى يكون الموضوع في الحكمين خصوص الأمر العدمي، بناء على ذلك المستلزم لتعدد موضوع الحرمة و النجاسة في لسان الدليل، و بعد فرض ملازمة العنوان الوجودي مع العنوان العدمي، لا بد من رفع اليد عن موضوعية أحد هذين

(١) وسائل الشيعة: ١٦- ٢٧٨- الحديث ٧ مضمونا.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٥

الموضوعين، إذ من المعلوم انه ليس لدينا إلا- حرمة و نجاسة واحدة، و ليس لدينا حرمتان إحداهما موضوعها الميته و الأخرى موضوعها غير المذكى، ففي مثل هذه الحال لا- يرى العرف الا- كون الموضوع الواقعي واحدا، و ان التعبير بالآخر لأجل ملازمته لموضوع الواقعي.

و عليه، فهل يرى في مثل ذلك ان الأصالة للأمر الوجودي و يكون الأمر العدمي تابعا، أو لا؟.

و لا يخفى انه لو لم نجزم بان العرف يقضى في مثل هذه الموارد بان الموضوع هو الأمر الوجودي، كفانا التشكيك فيه في نفى ترتب الأثر المطلوب، إذ على هذا لا- يمكننا إثبات الحرمة و لا النجاسة بأصالة عدم التذكية- في مورد تجرى في نفسها- إذ لا يعلم ان الحرمة و النجاسة من آثار عدم التذكية كى ترتبان على الأصل المزبور، بل يحتمل ان يكون الأصل من الأصول المثبتة، باعتبار ان موضوع الحرمة و النجاسة أمر وجودي لا يثبت بالأصل المزبور إلا بالملازمة.

ثم إنه لو ثبت أن الجهة العدمية دخيلة في موضوع الحرمة و النجاسة، فذلك يتصور على وجوه الإن المقسم الذي يلحظ بالنسبة إلى المذكى و غيره ..

إما ان يكون ذات الحيوان، فيكون الحيوان المذكى حلالا و الحيوان غير المذكى حراما.

و أما ان يكون المقسم ما زهقت روحه لا ذات الحيوان، و هو يتصور على وجهين:

أحدهما: أن يكون قيذا للموضوع و يكون الشرط هو التذكية و عدمها، فمثلا- يكون موضوع الحلية و هو ما زهقت روحه إن كان مستندا إلى التذكية، و موضوع الحرمة ما زهقت روحه ان لم يكن بسبب التذكية.

و الآخر: ان يؤخذ في الشرط بأن يكون موضوع الحلية هو الحيوان ان

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٦

زهقت روحه بالتذكية، و موضوع الحرمة هو الحيوان ان زهقت روحه بغير التذكية.

فالوجوه المتصورة ثبوتا ثلاثة.

و الثمرة الظاهرة في اختلاف الوجوه، هو انه على فرض أخذ المقسم هو الحيوان و كان الشرط هو التذكية و عدمها، فالحرمة مترتبة على الحيوان إن لم يذبح كما إذا لم يذبح. فمع الشك في تحقق الذبح أو غيره من الشرائط صح جريان أصالة عدم تحقق التذكية في الحيوان، لأنها مسبوقه بالعدم، و ترتب على ذلك ثبوت الحرمة.

و أما على فرض أخذ زهاق الروح في المقسم، فان أخذ في الشرط فالحال كذلك أيضا للشك في تحقق إزهاق الروح الخاص،

فيستصحب عدمه.

و أما إذا أخذ في الموضوع، فلا مجال لجريان الأصل، إذ المشكوك هو استناد زهاق الروح للتذكية، و هو مما لا حالة سابقة له كما لا يخفى، فلا يجرى أصل عدم التذكية.

و إذا عرفت أثر هذه الوجوه فيقع الكلام في اختيار أحدها بلحاظ مقام الإثبات.

و التحقيق هو ان زهاق الروح المسبب عن الأفعال الخاصة دخيل قطعاً في ثبوت الحكم، أما أصل الموت فلأنه من المعلوم من النص عدم حلية اللحم بمجرد ورود الذبح عليه قبل موته، بل انما يحل إذا مات. و اما اعتبار استناد الموت إلى الذبح و نحوه، فلان قوله عليه السلام: «ان سميت و رميت فانتفع به» و ان كان مطلقاً من هذه الجهة، إلا انه من المعلوم بالضرورة الفقهية انه يعتبر استناد الموت إلى الفعل الخاص من الرمي و الذبح و نحوهما، بحيث إذا استند إلى غيرها- كما لو خنقه بعد الذبح- لم ينفع في ثبوت الحلية و لو تحققت هذه الأفعال. اذن فيندفع الاحتمال الأول.

و يدور الأمر بين الاحتمالين الآخرين فلو لم نقل بظهور أخذ زهاق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٧

الروح في الموضوع و كون الشرط مجرد استناده إلى الذبح و عدمه، فلا أقل من التشكيك فيه، و هو يكفي في منع جريان أصالة عدم التذكية كما لا يخفى.

و الذي ينتج مما ذكرناه بمجموعه: أنه لا مجال لأصالة عدم التذكية في حال من الأحوال.

أما في الشبهة الحكمية، فلأن الشك لا يكون إلا في الحكم الشرعي من الحلية و الطهارة، و لا يتصور الشك في موضوعه، لأنه إذا فرضنا ان حيوانا معلوم الاسم أجرينا عليه الذبح بشرائطه المعتبرة، و شككنا في حلية أكل لحمه، فلا شك لدينا في الموضوع للعلم بخصوصية الحيوان و بإجراء التذكية عليه، فإذا كان هناك شك فهو شك في جعل الحلية له. و من الواضح أنه مجرى أصالة الحل، كما انه مجرى لاستصحاب الطهارة قبل الموت. فلا شك في الموضوع كى يجرى فيه الأصل الحاكم على أصالة الحل.

نعم بناء على أخذ القابلية و الشك فيها، أو كون التذكية معنى اعتبارياً مسبباً عن الأفعال الخاصة و موضوعاً للطهارة و الحلية و تحقق الشك فيها، كان للأصل الموضوعى مجال.

و لكن عرفت ان حديث القابلية لا أساس له، و ان فرض التذكية أمراً اعتبارياً مسبباً عن الأفعال الخاصة، و يكون موضوعاً للطهارة و الحلية مما لا دليل عليه بتاتا، بل لم يرد في النصوص أخذ التذكية في موضوع الطهارة أصلاً.

و على كل، فيتمحص الشك في موارد الشبهة الحكمية بالشك في الحكم الشرعي و لا شك في الموضوع أصلاً.

و أما في الشبهة الموضوعية، فالشك في الموضوع قد يتحقق، كما إذا شك في تحقق الذبح أو التسمية أو الاستقبال أو غيرها من شرائط الحلية.

إلا انه لا ينفع استصحاب عدمه في ترتيب الحرمة و الحكومة على أصالة الحل، لاحتمال كون الموضوع للحرمة أمراً وجودياً لا يثبت بالأصل إلا بالملازمة،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٨

من باب ان نفى أحد الضدين يلازم ثبوت الضد الآخر.

و على تقدير أنه عدمى، فقد عرفت أن موضوع الحلية ليس هو الحيوان مع ورود الأفعال الخاصة كالذبح عليه، بل هو الحيوان الميت مع استناد الموت إلى الذبح، و مقتضى ذلك ان يكون موضوع الحرمة هو الميت، بلا استناد الموت إلى السبب الشرعي، و هذا ثبوتاً يتصور على وجوه ثلاثة:

الأول: ان يكون الموضوع أمراً وجودياً كما إذا كانت الحرمة مرتبة على الميت المستند موته إلى سبب غير السبب الشرعي.

الثاني: ان يكون امرا عدما مأخوذا بنحو العدم النعتي، كما إذا كانت الحرمة مرتبة على الميت الذي لم يمت بسبب شرعي.
الثالث: ان يكون الموضوع عدما مأخوذا بنحو العدم المحمولي و بنحو التركيب، بان يكون المجموع المركب من الموت و عدم الذبح الشرعي موضوعا للحرمة.

و لا يخفى أن أصالة عدم الذبح الشرعي لا ينفع بناء على الأول، إذ الموضوع للحرمة جهة وجودية ملازمة لذلك.
كما لا ينفع على الثاني، إذ ليس للموت حالة سابقة كي يستصحب اتصافه بعدم استناده إلى السبب الشرعي، إذ هو حين تحقق لا يخلو إما ان يكون مستندا إلى سبب شرعي أو غير مستند.

نعم، ينفع الأصل من باب استصحاب العدم الأزلي بناء على الثالث لإحراز أحد الجزئين بالوجدان و هو الموت و الآخر بالأصل و هو عدم تحقق الذبح الشرعي.
هذا بملاحظة مقام الثبوت.

أما بملاحظة مقام الإثبات، فمع النزول عن كون الموضوع امرا وجوديا و الالتزام بأنه أمر عدمي، فظاهر الدليل الدال على أخذ القيد العدمي أنه مأخوذ

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٠٩

بنحو التوصيف و العدم النعتي كقوله تعالى: **وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ** «١».

و لو تنزل عن ذلك فلا أقل من التشكيك و عدم ثبوت أحد النحويين، و هو كاف في عدم جريان الأصل.

و دعوى: انه مع الشك و دوران الأمر بين أخذ العدم بنحو العدم النعتي و أخذه بنحو العدم المحمولي، فالأصل يعين الثاني.
مندفعة: بان المقصود بالأصل إما الأصل اللفظي و هو الإطلاق. و إما الأصل العملي.

أما الإطلاق بلحاظ ان أخذ خصوصية الاتصاف مؤنثة زائدة. ففيه: انه لا ينفي أخذ الاتصاف في موضوع الحكم. و ذلك لأنه بعد ان علم بدخالة الوصف مع الذات في ثبوت الحكم. و من الواضح أيضا انه مع تحقق الوصف واقعا يتحقق الاتصاف قهرا و لا- يمكن تخلفه عنه، فلا- معنى للإطلاق حينئذ، إذ مفاد الإطلاق هو ثبوت الحكم في مورد وجود الخصوصية المشكوكه و مورد عدمها، و تسوية الحكم لكلتا الحالتين، و هذا مما يعلم بعدمه هاهنا، للعلم بان الحكم لا يثبت إلا في مورد تحقق الاتصاف- و ان شك في دخالته- لأنه صفة لازمة للوصف المفروض كونه دخيلا، فلا معنى للتمسك بالإطلاق لنفي دخالة الاتصاف، كما هو الحال في مطلق الصفات اللازمة لموضوع الحكم، فانه يمتنع التمسك بالإطلاق لنفي دخالتها في الموضوع.

و أما الأصل العملي، فان أريد به التمسك بالبراءة في نفي دخالة خصوصية الاتصاف، لأنها مجهولة. ففيه: ان البراءة لا تجرى في تحديد الموضوع.

و انما تجرى في متعلقات الأحكام. و ان أريد به التمسك باستصحاب عدم ملاحظة

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٢١.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥١٠

خصوصية الاتصاف. فهو معارض باستصحاب عدم ملاحظة الوصف مع الذات بنحو التركيب، لأنها ملاحظة حادثه و الأصل عدمها.
و عليه، فلا طريق لدينا لإثبات أحد النحويين، و هو يستلزم التوقف في إجراء أصالة عدم التذكية.
و بذلك تعرف ان أصالة عدم التذكية مما لا أساس له.

نعم، ورد في النصوص «١» ما يدل على أن حلية الأكل مترتبة على اليقين و العلم بالتذكية، و انه مع الجهل لا يحل اللحم، و بذلك لا مجال لإجراء أصالة الحلّ في اللحم المشتبه بالشبهه الموضوعية، و إن لم تجر أصالة عدم التذكية.

إلا ان الذي تتكفله النصوص نفى الحلية مع الجهل لا نفى الطهارة، فلا مانع من التمسك بأصالة الطهارة في اللحم المشتبه وإن حرم أكله لأجل النص.

فلاحظ و تدبر جيدا.

هذا تمام الكلام في تحقيق الحال في أصالة عدم التذكية.

يبقى الكلام فيما أفاده صاحب الكفاية في صور الشبهة الحكمية. فقد ذكر (قدس سره): ان الشبهة تارة تكون حكمية. و أخرى موضوعية.

أما الشبهة الحكمية، فصور الشك فيها ثلاث:

الأولى: ان يشك في حلية اللحم لأجل الشك في قابليته للتذكية، و قد أجرى فيها أصالة عدم التذكية الراجع إلى أصالة عدم القابلية الحاكم على أصالة الحل في اللحم.

الثانية: ان يشك في حلية اللحم مع علمه بقبوله للتذكية، و قد أجرى هاهنا أصالة الإباحة كسائر ما شك في حليته و حرمة لعدم أصل موضوعي حاكم على أصالة الحل.

(١) وسائل الشيعة: ١٦- ٣٢٣- باب ١٣.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥١١

الثالثة: ان يشك في حلية اللحم للشك في زوال قابليته للتذكية بعروض عارض كالجلل إذا شك في مانعيته للتذكية، و قد فرض هذه الصورة مما يوجد أصل موضوعي حاكم على أصالة عدم التذكية.

ثم أجرى استصحاب حلية الحيوان بالفري شرائطه الثابتة قبل الجلل فيما بعد الجلل. و هو استصحاب للحكم التعليقي بهذا التصوير كما لا يخفى.

و بعد ان ذكر هذه الصور للشبهة الحكمية، عطف عليها الشبهة الموضوعية، و ان الشك فيها تارة: يكون لأجل الشك في تحقق ما يعتبر في التذكية شرعا، كالشك في تحقق التسمية، فأصالة عدم التذكية محكمة. و أخرى: يكون لأجل الشك في طروء ما يعلم مانعيته للتذكية كالشك في تحقق الجلل على تقدير مانعيته، فأصالة قبوله للتذكية محكمة. هذا ما أفاده (قدس سره) «١».

و قد عرفت الكلام في الصورة الأولى من صور الشبهة الحكمية و صورتي الشبهة الموضوعية.

أما الصورة الثانية من صور الشبهة الحكمية ..

فقد أورد عليه المحقق الأصفهاني بان الخصوصية المفروضة في الحيوان تختلف بحسب الأثر. فتارة: يترتب عليها الطهارة و الحلية كما في الغنم. و أخرى:

يترتب عليها الطهارة فقط دون الحلية كما في السباع. و ثالثة: يترتب عليها الحلية دون الطهارة كما في السمك، فان ميته طاهرة، فلا ترتبط الطهارة بتذكيته، و هذا مما يكشف ان الخصوصية المؤثرة في الطهارة غير الخصوصية المؤثرة في الحلية.

و عليه، فالشك في الحلية ينشأ من الشك في ثبوت الخصوصية المؤثرة فيها، و ان علم بثبوت الخصوصية المؤثرة في الطهارة، و معه لا مجال لأصالة الحل، بل تجرى أصالة عدم تلك الخصوصية الحاكمة على أصالة الحل كالصورة الأولى.

(١) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٤٨- طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥١٢

هذا بناء على مسلك صاحب الكفاية من فرض خصوصية وراء الأفعال الخاصة و ذات الحيوان، يصطلح عليها بقابلية التذكية.

و هكذا الحال بناء على مسلكتنا- الضمير يرجع إلى المحقق الأصفهاني- من إنكار فرض القابلية و الالتزام بأن التذكية عبارة عن أمر اعتباري بسيط يترتب على الأفعال الخاصة، و أثره الطهارة و الحلية أو أحدهما، لأنه يشك في تحققه في هذا المقام فيجري الأصل في نفيه. إذن فأصالة عدم التذكية هو المحكم في هذه الصورة «١».

و أما الصورة الثالثة: فيرد عليه:

أولاً: ان ظاهر كلامه هو إجراء الأصل في الحكم التعليقي مع انه له مجال في نفس الموضوع بان يجرى في نفس القابلية، لأنها محرزة الثبوت سابقاً فتستصحب، فكما أجرى استصحاب عدم التذكية في الصورة الأولى كان عليه ان يجرى استصحاب التذكية في هذه الصورة. مضافاً إلى ما في استصحاب الحكم التعليقي من كلام طويل بين الاعلام، فقد وقع الكلام في أصل جريانه و في معارضته بالاستصحاب التنجيزي دائماً. فاختياره للاستصحاب التعليقي في غير محله.

و ثانياً: انه فرض ان المورد من موارد وجود الأصل الموضوعي بالنسبة إلى أصالة عدم التذكية. فان أراد إجراء أصالة قابلية الحيوان للتذكية، فهو ليس في موضوع عدم التذكية، بل هو الطرف النقيض لعدم التذكية، و الأصل الجاري في الوجود لا- يكون أصلاً موضوعياً بالنسبة إلى الأصل الجاري في العدم. و إن أراد إجراء الاستصحاب التعليقي، فهو لا يكون أصلاً موضوعياً، بل هو أصل حكمي كما لا يخفى.

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٢١٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥١٣

و من هنا يعرف الحال في نظير هذه الصورة من الشبهة الموضوعية. فتدبر.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥١٨

«التسامح في أدلة السنن»

إشارة

و من هنا ظهر: انه لو قيل بدلالة اخبار من بلغ على استحباب العمل الذي بلغ عليه الثواب لما كان ينفع ذلك في جريان الاحتياط في تلك الموارد، بل كان الفعل مستحباً كسائر ما قام الدليل على استحبابه.

و بما أنه قد وردت الإشارة إلى وجود ما يدل على استحباب العمل البالغ عليه الثواب، و يعبر عنه ب: «اخبار من بلغ». فقد جرت عادة الاعلام على تفصيل الكلام في ذلك.

و إن كان أجنياً عن المقام.

و نحن نجرى على ما نهج عليه من سبقنا، فنوقع البحث في ذلك، فنقول- و على الله الاتكال و منه نستمد العصمة و السداد-

انه قد وردت نصوص متعددة تتضمن ان من بلغه ثواب على عمل أو شيء من الثواب فعمله كان له ذلك الثواب و ان لم يكن الأمر كما بلغه ..

فمنها: صحيحة هشام بن سالم المحكية عن المحاسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من بلغه عن النبي صلى الله عليه و آله شيء من الثواب فعمله كان أجر ذلك له و إن كان رسول الله صلى الله عليه و آله لم يقله» «١».

و قد استفاد المشهور منها- على ما قيل- حجية الخبر الضعيف في إثبات الاستحباب للفعل. كما ذهب البعض إلى انها تدل على استحباب الفعل الذي قام على استحبابه خبر ضعيف، و إن لم يكن الخبر حجةً.

و هذا الاختلاف الراجع إلى ان المستفاد من النصوص مسألة أصولية أو

(١) وسائل الشيعة ١- باب: ١٨ من أبواب مقدمة العبادات.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥١٩

مسألة فقهية، و إن لم يكن عديم الأثر كما ستعرف في بعض تنبيهات المسألة، و لكن لا نوقع البحث فيه، إذ الالتزام بإفادتها مسألة أصولية لا يستند على أساس وجيه حتى يحرر البحث فيه، فالبحث إنما يقع في أنها هل تدل على استحباب العمل الذي دل الخير على استحبابه، أو أنها لا تدل على شيء من ذلك، بل غاية ما تدل عليه هو حسن الانقياد شرعا و ترتب الثواب عليه كما هو مذهب طائفة من الأعلام؟.

و قبل الشروع في بيان جهة الاختلاف و منشئه و ترجيح أحدهما على الآخر، ينبغي ان ننبه على شيء و هو: أنه لدينا كبرى مسلمة، و هي انه إذا ورد دليل يتكفل ترتيب الثواب على عمل لا اقتضاء فيه في حد نفسه للثواب، كان ذلك الدليل كاشفا عن ثبوت الأمر و تعلقه بذلك العمل، و لذا يقع كثيرا بيان الأمر ببيان ترتب الثواب على العمل.

كما أنه لا يستظهر تعلق الأمر بالعمل إذا كان له اقتضاء في نفسه لترتب الثواب كالانقياد.

و هذه الكبرى غير قابلة للمناقشة. إذا عرفت ذلك فاعرف ان البحث فيما نحن فيه صغروي، يقع في ان موضوع ترتب الثواب في هذه النصوص من أي النحويين؟.

فالوجه في الاختلاف هو: ان النصوص المزبورة هل تتكفل ترتيب الثواب على ذات العمل الذي بلغ الثواب عليه، أو تتكفل جعله على العمل الخاص و هو المأتمى به بداعي احتمال الأمر- بهذا القيد-؟.

فعلى الأول تدل على استحباب العمل لعدم الوجه في ترتب الثواب على ذات العمل سوى تعلق الأمر به، فيكون نظير: «من سرح لحيته فله كذا» في استفادة استحباب تسريح اللحية.

و أما على الثاني، فلا تدل على استحباب العمل، لوجود المقتضى للثواب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٠

مع قطع النظر عن الأمر، و هو الانقياد، و لو فرض استظهار الاستحباب منها كانت دالة على استحباب الاحتياط لا نفس العمل.

و الوجه الموجب لدعوى ان الثواب مرتب على العمل المقيد بداعي احتمال الأمر لا ذات العمل، هو ظهور الفاء في قوله: «فعمله» في كونه تفريرا على بلوغ الثواب، و هو ظاهر في داعوية تحصيل الثواب لتحقيق العمل.

و ناقشه المحقق الأصفهاني رحمه الله: بان التفرع على قسمين:

أحدهما: تفرع المعلول على علته الغائية، و معناه هنا انبعث العمل عن الثواب المحتمل.

و الآخر: التفرع بمعنى ترتيب أحدهما على الآخر، بلا ان يكون المرتب عليه علته غائية للمرتب نظير قول القائل: «سمع الأذان فبادر إلى المسجد»، فان الداعي للمبادرة هو تحصيل فضيلة المبادرة لاستماع الأذان. و ما نحن فيه قابل للحمل على ذلك بلحاظ ترتب

العمل على بلوغ الثواب لتقوم العمل المترتب عليه الثواب ببلوغ الثواب.

و عليه، فمجرد كون الفاء للتفرع لا يعين القسم الأول، فلا وجه لاستظهار أخذ داعوية الثواب في موضوع ترتب الثواب «١».

و فيه: ان ما أفاده من تقسيم التفرع إلى قسمين متين، لكن الذي يظهر من مثل هذا التعبير هو كون الاندفاع نحو العمل لأجل تحصيل الثواب، فالظاهر من التفرع هاهنا هو القسم الأول منهما.

و المثال المذكور لا يصلح نقضا لعدم تصور داعوية سماع الأذان للمبادرة، إذ الداعي ما يكون بوجوده العيني مترتبا على العمل، و بوجوده الذهني سابقا عليه، و سماع الأذان لا يترتب خارجا على المبادرة.

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٢٢١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢١

و أما ما حكى عن الشيخ من إنكار كون الفاء للتفريع و السببية، بل هي عاطفة «١». فقد ردّه الأصفهاني: بأنه خلاف الاصطلاح لعدم التقابل بين السببية و العطف، بل العاطفة تارة للسببية. و أخرى للترتيب. و ثالثة للتعقيب «٢».

و بالجملة: لا يسعنا إلا الالتزام بأن الفاء في النص ظاهرة في تفرع العمل عن الثواب بنحو يكون داعياً للعمل. و مقتضى ما تقدم الالتزام بان الثواب مترتب على العمل المقيد، فلا دلالة له على الاستحباب.

لكن المحقق صاحب الكفاية ذهب إلى: أن ظاهر النص ترتب الثواب على ذات العمل، و لو كانت الفاء للتفريع و ظاهرة في داعوية الثواب إليه، و لا منافاة بينهما، و من هنا التزم بدلالة النص على استحباب ذات العمل «٣».

و قد قرّبهُ المحقق الأصفهاني بما لا- يخلو عن إشكال بل منع، فقد ذكر في مقام تقييده: ان الظاهر من الثواب البالغ هو الثواب على العمل بذاته لا بداعي الثواب المحتمل، لأن مضمون الخبر الضعيف هو ذلك، كمضمون الخبر الصحيح، و هذا الطور لا ريب فيه.

كما أن الظاهر من أخبار من بلغ هو كونها في مقام تقرير ذلك الثواب البالغ و تثبيته، و مقتضى ذلك ثبوته لنفس العمل، لأنه هو الذي بلغ الثواب عليه، فلو ثبت الثواب- بأخبار من بلغ- لغير ذات العمل لزم أن يكون ثواباً آخر لموضوع آخر، و هو يناهض ظهور الاخبار في إثبات نفس ذلك الثواب البالغ المفروض كون موضوعه هو ذات العمل.

و لا يناهض هذا الظهور ظهور الفاء في التفريع الظاهر في داعوية الثواب

(١) رسالة التسامح للشيخ الأنصاري.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٢٢١- الطبعة الأولى.

(٣) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول- ٣٥٣- طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٢

للعمل. بيان: أن الداعي إلى العمل يمتنع أن يصير من وجوه و عناوين ما يدعو إليه، بحيث يتعنون العمل المدعو إليه بعنوان من قبل نفس الداعي، إذ الفرض ان العنوان ينشأ من دعوة الشيء، فيمتنع ان يكون مقوماً لمتعلق الدعوة و للمدعو إليه كما هو واضح جداً.

و عليه، فما يدعو إليه الثواب هو ذات العمل، و يستحيل ان يكون هو العمل الخاص المتخصص بخصوصية ناشئة من قبل دعوة الثواب، كخصوصية كونه انقياداً أو احتياطاً، فما يدعوا إليه الثواب ليس هو الانقياد، و انما الانقياد يتحقق بإتيان ذات العمل بداعي احتمال الأمر، فهو متأخر عن دعوة احتمال الأمر فيمتنع أن يؤخذ في متعلق دعوته.

و عليه، فالثواب المترتب إنما رتب على ما دعي إليه احتمال الأمر، و هو ذات العمل لا العمل المقيد بالاحتمال و لا ما يتعنون بعنوان الانقياد. فالالتزام بظهور الفاء في إتيان العمل بداعي احتمال الثواب لا يناهض ظهور النصوص في ترتب الثواب على ذات العمل المدعو إليه، بعد ان لم تكن الدعوة موجبة لتغير عنوان المدعو إليه من قبل نفس دعوة احتمال الأمر.

هذا تقريب كلام صاحب الكفاية بحسب ما أفاده الأصفهاني (قدس سره) «١».

و هو كما أشرنا إليه غير خال عن الإشكال، لأنه بنى الاستدلال على ظهور النصوص في وحدة الثواب المجعول مع الثواب البالغ، و هو يقتضى وحدة الموضوع.

و هذا هو مركز إشكالنا، فان ظهور الكلام في وحدة الثواب لا- يعني إرادة الوحدة الشخصية المتحققة بالمحافظة على تمام الخصوصيات البالغة من حيث

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ١٢١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٣

المتعلق وغيره، بل يراد به الوحدة من حيث الجنس، بمعنى ان نفس ذلك الثواب يحصله المكلف سواء كان على نفس ذلك العمل أم على أمر آخر ملازم له، فالمنظور إثبات الثواب البالغ بكمه و كيفه لا أكثر. فتدبر. و التحقيق في توجيه مرام الكفاية: أن يقال: إن تمامية ما أفاده تبنتى على مقدمات غير موضحة بتمامها في الكفاية، بل قد طوى بعضها و هي:

أولاً: ان الظاهري في موارد العطف بفاء التفريع على مدخول أداة الشرط، هو ارتباط الحكم الثابت في الجزء بمدخول الفاء، و ان ما قبله ذكر توطئة و تمهيدا، كما لو قال: «إذا رأيت زيدا فاحترمه كان لك كذا»، فان ظاهر الكلام ان رؤية زيد ذكرت توطئة لذكر موضوع الحكم.

و ثانياً: ان ظاهر الكلام في مثل ذلك أن ما يكون مدخول الفاء هو تمام الموضوع بلا دخل لغيره فيه.

و ثالثاً: ما تقدم من أن متعلق الداعي يمتنع ان يكون معنونا بعنوان من قبل الداعي، و قد أوضحنا ذلك فلا نعيد.

إذا تمت هذه المقدمات نقول: ان مقتضى المقدمة الأولى هو دخالة العمل في ترتب الثواب الذي هو مدخول الفاء. و مقتضى المقدمة الثالثة ان مدخول الفاء هو ذات العمل لا العمل الخاص، لأن الخصوصية ناشئة من قبل الداعي فلا يعقل ان تكون مأخوذة في متعلق الداعي. و مقتضى المقدمة الثانية هو كون الثواب مترتباً على ذات العمل و إن جىء به بداعي الأمر، لتمحض مدخول الفاء في الموضوعية بلا دخل لغيره. و المفروض ان مدخول الفاء هو ذات العمل.

و إذا ثبت ظهور الاخبار في جعل الثواب على ذات العمل، كان كاشفاً عن تعلق الأمر به بمقتضى الكبرى التي عرفت أنها مسلمة.

و ما ذكرناه هو غاية ما يمكن به تقريب استفادة الاستحباب من الأخبار.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٤

و هو قابل للمنع. و مرجع ما نريد أن ندعيه في مقام المنع إلى ان الجهة التي بها يستفاد الأمر من قبل جعل الثواب غير متوفرة فيما نحن فيه، فالإشكال في انطباق الكبرى المسلمة على ما نحن فيه.

و بيان ذلك: ان بيان الأمر ببيان الثواب أمر لا يقبل الإنكار- كما تقدم-، و الشواهد العرفية عليه كثيرة، و مثله بيان النهي ببيان العقاب، فان شواهد العرفية و الشرعية كثيرة.

و السر في استفادة الأمر و استكشافه من ترتب الثواب أحد أمرين:

الأول: دلالة الاقتضاء و الدلالة الالتزامية العرفية. بيان: ان العمل- في موارد جعل العقاب- لا اقتضاء فيه بنفسه، لثبوت العقاب، فإثبات العقاب عليه كاشف عن تعلق النهي به ليكون الفعل معصية له، و هي موضوع ثبوت العقاب، فثبوت النهي في موارد جعل العقاب يستكشف بحكم العقل و دلالة الاقتضاء.

و أما جعل الثواب في مورد، فهو ليس بمستلزم عقلاً- لثبوت الأمر لتحقق الثواب مع الإتيان به رجاء، لكنه عرفاً مستلزم للأمر، فان العرف يفهم من جعل الثواب جعل الأمر في المورد الذي لا- يقتضى ثبوت الثواب في حد نفسه، و هذا المعنى غير بعيد في اللغة العربية، فان بيان الملزوم ببيان اللازم ليس بعزيز، و الاستعمالات الكنائية منه.

إذن فاستفادة الأمر من جعل الثواب بالملازمة العرفية.

الثاني: ان جعل الثواب في مقام الترغيب على العمل و الحث عليه كاشف عن محبوبة العمل، و هي ملازمة للأمر، مع عدم العلم بثبوت الأمر سابقاً.

وإلا- فلا دلالة له إلا على الترغيب على إطاعة الأمر السابق، وذلك كترغيب الوعّاظ على فعل الواجبات ببيان الثواب عليها، ففي غير هذا المورد يكون الترغيب كاشفا عن المحبوبة و هي تلائم الأمر، لأنها مقتض له و المانع مفقود، لفرض كون المولى فى مقام الترغيب الكاشف عن عدم المانع.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٥

و هذان الوجهان لا يتأتیان فيما نحن فيه:

أما الأول: فلأن العمل المأتى به بداعى احتمال الثواب- كما هو الفرض- يكون معنونا بعنوان الاحتياط و سببا لتحقق الانقياد، و فى مثله لا ظهور للكلام عرفا فى ثبوت الأمر بالعمل لقوة احتمال رجوع الثواب إلى الثواب على الانقياد أو الاحتياط، و هو ثابت فى نفسه مع قطع النظر عن الأمر.

و أما الثانى: فلأن أساسه على فرض المولى فى مقام الترغيب. و هذا غير ثابت فيما نحن فيه، لأن الظاهر من ترتيب الثواب هاهنا انه فى مقام التفضل و الإحسان و بيان ان المولى الجليل لا يخيّب من أمّله و رجاه، و لا يضيّع تعب من تعب لأجل الثواب الذى تخيله أو رجاه تفضلا منه و منه، فلا ظهور له فى الترغيب نحو العمل- و ان حصلت الرغبة فيه بعد ملاحظة هذا الوعد- و هذا كثيرا ما يصدر عرفا فيقول القائل: «ان من قصد دارى بتخيل وجود الطعام فيه لا أحرمه من ذلك و أطعمه»، فانه فى مقام بيان علو همته و طيب نفسه و كمال روحيته، و ليس فى مقام الترغيب إلى قصد داره، بل قد يكون كارها له لضيق ما فى يده، و لكنه يتحلى بنفسية تفرض عليه عدم حرمان من أمّله و قصده.

و لو لم نجزم بظهور الأخبار فيما ذكرناه بملاحظة ما يشابهها من الأمثلة العرفية، فلا أقل من الشك الموجب لإجمال الأخبار فلا تتم دلالتها على الاستحباب.

و هذا كما يكون إشكالا على الوجه الثانى يكون إشكالا على الوجه الأول، لأنه إذا كان فى مقام التفضل و الإكرام، فلا دلالة عرفية و لا عقلية على ان الثواب على العمل من جهة تعلق الأمر به، إذ لا ملازمة عرفا و لا عقلا بين الثواب التفضلى و الأمر. و إنما يستكشف الأمر إذا فرض كون ترتيب الثواب بعنوان الجزاء و الاستحقاق. فلاحظ.

فعمدة الإشكال على استفادة الأمر من هذه الاخبار هو، انها مسوقة فى

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٦

مقام بيان تفضل الله سبحانه و تعالى على العباد و هو، لا يلزم ثبوت الأمر عقلا و لا عرفا. فتدبر.

و لعله إلى ما ذكرنا أشار الشيخ (قدس سره) فى رسائله فى آخر كلامه:

بان الاخبار المتكفلة لإثبات الثواب الخاص الذى لا يحكم به العقل، لأنه إنما يحكم بأصل الثواب، انما تتكفله من باب التفضل، و انه من قبيل قوله تعالى:

مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَثْمَالِهَا (١)، فى كونه فى مقام تفضل الله سبحانه و تعالى. و الآية الكريمة لو كانت وحدها أمكن دعوى كونها فى مقام الترغيب فى الحسنه، لكنها مقترنة بقوله تعالى: وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا (٢)، و هو لا- يتناسب مع كونه فى مقام الترغيب، لأن لازم كونه فى مقام الترغيب فى الحسنات كونه فى مقام الترهيب فى السيئات. و الآية لا تتكفل الترهيب كما لا يخفى. و عليه فتحمل الآية على انه فى مقام بيان تفضل الله سبحانه و تعالى فى باب الحسنات و عدله فى باب السيئات (٣).

و بعد أن عرفت ما ذكرناه، تعرف أنه لا- وجه لما أورده المحقق الأصفهاني على الشيخ: بان ثواب الله سبحانه مطلقا تفضل منه و إحسان، إذ كونه تفضلا لا استحقاقا لا ربط له بما ذكرناه من وروده مورد بيان التفضل لا الترغيب فى العمل.

كما ان ما أفاده (قدس سره) من ظهور النصوص فى جعل الأمر لتكفلها ترتيب الثواب الخاص و هو مما لا يستقل العقل به إذا غاية ما يستقل به العقل هو أصل الثواب (٤). غير سديد، فان الشيخ رحمه الله التفت إلى ذلك كما

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٦٠.

(٢) سورة الأنعام، الآية: ١٦٠.

(٣) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٢٣٠ - الطبعة الأولى.

(٤) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢ - ٢٢٣ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٧

عرفت عند نقل كلامه، ولكنه حمل الثواب هاهنا على التفضل، وقد عرفت عدم ملازمته للاستحباب.

و خلاصة الكلام: انه لا يمكننا استفادة الأمر أصلا من ترتب الثواب على العمل بعد ظهورها في مقام التفضل لا مقام الترغيب.

و أما ما أفاده المحقق النائيني (قدس سره):

أولا: من ظهور قوله: «فعمله» في الأمر بالعمل بلحاظ انها جملة خبرية واقعة في مقام الإنشاء، فتنفيذ الأمر، فهي بمنزلة قوله: «فاعمل».

و ثانيا: من كون الاخبار في مقام جعل حجية الخبر الضعيف في موارد الاستحباب، و استشهد على ذلك بفهم المشهور، إذ قد اشتهر

على الألسنة التعبير بقاعدة التسامح في أدلة السنن «١».

ففيه: انه غير سديد.

أما الأول: فهو غريب في مثل هذا المثال، لا يساعده الفهم العرفي أصلا و لا شاهد عليه من الاستعمالات الشرعية أو العرفية، و لعل

السرف فيه ان الفاء هاهنا عاطفة لا للجزاء فقوله «فعمله» من توابع الشرط و ليس جزءا للشرط، و إلا لم تدخل عليه الفاء، فلا دلالة على

الأمر، إذ الجملة الخبرية انما تفيده الدلالة على الأمر إذا وقعت موقع التحريك و البعث، و الشرط بشئونه ليس كذلك، إذ هو بمنزلة

الموضوع للحكم.

و من الواضح ان الموضوع بما هو موضوع يؤخذ مفروض الوجود بلا ان يكون المولى في مقام الدعوة إليه. نعم قد يصير المولى في

هذا المقام بالنسبة إلى الموضوع فيأخذ الموضوع جزءا لشرط آخر. فتدبر جيدا فانه لا يخلو عن دقة.

و أما الثاني: فلا وجه له أصلا. و فهم المشهور لا حجية له. مع ان تعبيرهم

(١) الكاظمي الشيخ محمد علي. فرائد الأصول ٣ - ٤١٢ - طبعة مؤسسة النشر الإسلامي.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٨

بالتسامح في أدلة السنن يلتزم مع الالتزام باستحباب العمل البالغ عليه الثواب، بل ما جاء في بعض النصوص من أخذ العمل مقيدا برجاء

قول النبي (صلى الله عليه و آله ظاهر في عدم الحجية، إذ الحجية تلازم الجزم لا التردد، فلا معنى لأن يؤخذ في موضوعها العمل

المقيد بالرجاء.

كما أنه مما ينفي احتمال الحجية ما جاء في بعض النصوص أيضا من ترتب الثواب و ان لم يكن رسول الله صلى الله عليه و آله قد

قاله، إذ الحجية ترجع إلى ما يساوق جعل الخبر طريقا إلى الواقع، و هذا لا يتناسب مع فرض عدم الواقع في موضوعها. فلاحظ.

و المتحصل: أن هذه النصوص لا تدل على الاستحباب، و لا على حجية الخبر الضعيف القائم على الاستحباب، فما بنى عليه المشهور

لا أساس له.

و لو فرض الالتزام بظهور هذه النصوص في استحباب العمل الذي بلغ عليه الثواب فهو بملاحظة النصوص المطلقة التي لم يقيد

موضوع الثواب فيها بالإتيان التماسا للثواب الموعود و نحوه.

و حينئذ قد يدعى رفع اليد عنها بواسطة ما دل على ترتيب الثواب على العمل المقيد باحتمال الثواب و التماسه حملا للمطلق على

المقيد. و هذا إيراد آخر على استفادة استحباب العمل البالغ عليه الثواب.

و قد تفصي عن ذلك بوجهين:

الأول: ما أشار إليه المحقق النائيني - و إن لم يلتزم به - من أن حمل المطلق على المقيد لا يلتزم به في المستحبات، بل يلتزم باستحباب ذات المطلق و استحباب المقيد بما هو مقيد، بدعوى تعدد مراتب الاستحباب «١».

و هذا منه مبني على فهم الاستحباب من الروايات المقيدة، لا الحكم

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم أجود التقريرات ٢- ٢١٠- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٢٩

الإرشادي كما ذهب إليه صاحب الكفاية. فلا ينبغي الإيراد على ما أفاده بما يبتنى على فهم الحكم الإرشادي، بل إن كان هناك إيراد فينبغي ان يكون في المبني.

الثاني: ما أشار إليه في الكفاية من عدم التنافي بين المطلق و المقيد، إذ المقيد يتكفل حكما إرشاديا إلى ما يحكم به العقل من حسن الانقياد و الاحتياط، فلا ينافي ما دلّ على استحباب ذات العمل كى يستلزم التصرف فيه و رفع اليد عنه «١».

و هذا منه مبني على فهم الحكم الإرشادي من الدليل المقيد.

و يرد على كلا الوجهين بنحو الاشتراك ان الظاهر عرفا من ملاحظة النصوص بمجموعها المطلقة و المقيدة كونها في مقام بيان أمر واحد و شيء فارد، فإذا فرض تحكيم المقيد لأقوائيه ظهوره في دخل القيد، فلا بد من الحكم باستحباب العمل المقيد خاصة - على مبني النائيني - و الحكم بأن المراد من المطلق في المطلقات هو العمل الخاص، فتدل على حكم إرشادي على مبني صاحب الكفاية. فتدبر.

(١) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٥٣- طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٠

و ينبغي التنبيه على أمور: مبتنية على فهم الاستحباب من الأخبار المزبورة.

تنبيهات المسألة:

التنبيه الأول

: بناء على كون المستفاد من هذه الأخبار حكما فرعيا و هو استحباب العمل البالغ عليه الثواب، فموضوعه واقعا يتقوم بمن بلغه الثواب على العمل، فتشكل فتوى المجتهد باستحباب العمل الذي بلغه الثواب عليه بقول مطلق بلا تقييد موضوع الاستحباب بمن بلغه الثواب، لعدم توفر الموضوع لدى مطلق المقلدين، و لا تنفع أدلة التقليد و تنزيل المجتهد منزلة المقلد، فانها انما تفيده في ثبوت الحكم للمقلد إذا توفرت شروطه فيه، و من شروط هذا الحكم بلوغ الثواب على العمل، فإذا أراد المجتهد ان يفتي بالاستحباب فلا بد عليه ان يقيد موضوع الاستحباب بالبالغ إليه الثواب، أو يتكفل بإبلاغ مقلديه أولا بثبوت خبر ضعيف دال على رجحان العمل ثم يفتي باستحبابه.

و أما بناء على كون المستفاد حكما أصوليا و هو حجية الخبر الضعيف على الاستحباب، فيصح للمجتهد ان يفتي بالاستحباب بقول مطلق عند قيام الخبر، إذ بقيام الخبر لديه تقوم الحجية عنده على الحكم الشرعي، و ليس موضوعه مقيدا بشيء، فيكون كما لو قام لديه خبر صحيح السند على استحباب عمل خاص، فيفتي بمضمون الخبر الضعيف لقيام الحجية لديه عليه، و هو كاف في مقام الإفتاء،

كسائر موارد قيام الحجة لديه دون المقلد. فلاحظ.

التنبيه الثاني

: فى شمول النصوص لفتوى الفقيه باستحباب عمل، فهل يصح للفقيه الآخر الالتزام باستحبابه أو لا؟. و التحقيق: ان الفتوى تارة يقال: انها عبارة عن الرأى و النظر و الاعتقاد.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣١

و أخرى يقال: انها عبارة عن الاخبار عن الحكم الشرعى لكن بتوسط حدس المجتهد و استنباطه لا بطريق الحس أو ما يلزمه عادة. و بناء على الأول، يمتنع البقاء على تقليد المجتهد إذا مات لانقطاع رأيه و نظره بالموت لتقومه بالحياة و الإدراك، فهو مما لا رأى له فعلا، فلا فتوى له فعلا و إن صدق أن رأيه كان كذا.

و أما على الثانى، فلا- يمتنع البقاء لعدم تقوم الخبر بالحياة، بل الخبر باق بعد الموت، و لذا يصدق الخبر فعلا على اخبار صاحب الوسائل رحمه الله مع أنه ميت و تحقيق ذلك فى محله من الفقه.

فعلى الالتزام بالأول، لا- يصدق بلوغ الثواب على الفتوى إذ البلوغ يتحقق بالأخبار، و المفروض ان المجتهد لا- يخبر عن الواقع بل يقول: «رأى كذا» و قد لا يطابق رأيه الواقع، فلا يصدق البلوغ على قوله المذكور.

و على الالتزام بالثانى، يصدق البلوغ لتحقيق الاخبار، فيكون مشمولاً لأخبار من بلغ.

و أما ما ادعى من ظهورها فى الأخبار عن حس لا عن حدس فهو مما لا نرى له وجهاً عرفياً، فلا يمكننا الالتزام به. فالتفت.

التنبيه الثالث

: هل تشمل هذه الأخبار الخبر القائم على الأمر الضمنى أو لا؟ و على تقدير شمولها له هل تتكفل إثبات الأمر الضمنى أو لا؟ و فائدة ذلك فيما لو تكلفت إثبات الأمر الضمنى هو ترتب أثر الأمر الضمنى على ما قام على جزئيته خبر ضعيف كغسل مسترسل اللحية، فيجوز المسح ببلله، لأنه من أفعال الوضوء.

بخلاف ما إذا لم تشمل الأخبار الاخبار بالأمر الضمنى، أو لم تتكفل سوى إثبات استحبابه النفسى فى ضمن العمل للأمر الضمنى، فانه لا يجوز المسح ببلله لأنه ليس ببلل الوضوء.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٢

إذن فجواز المسح ببلل مسترسل اللحية يتوقف على مقدمتين: إحداهما:

شمول الأخبار للأمر الضمنى. و الأخرى: إثباتها له.

و غاية ما يمكن أن يقال فى إثبات ذلك هو: ان الظاهر من الأخبار هو استحباب الشيء على النحو الذى دلّ عليه الخبر الضعيف من كونه نفسياً استقلالياً أو جزء واجباً أو مستحباً لأمر واجب أو مستحب.

و هذه الدعوى مردودة لوجه:

الأول: ان بلوغ الثواب لا يصدق ببلوغ الأمر الضمنى، إذ لا ثواب عليه، بل الثواب واحد على الكل و لا يتوزع.

الثانى: لو فرض ان الثواب يتوزع بحيث تلحق كل جزء حصه من الثواب، فظاهر النصوص - بملاحظة تنكير الثواب فيها- هو كون الموضوع بلوغ ثواب خاص من حيث الكمية أو النوعية، أما بلوغ ترتب أصل الثواب، فلا أثر له.

و من الواضح ان بلوغ الثواب على الأمر الضمنى - بعد الفرض المزبور- من قبيل الثانى لا الأول فلا تشمله الأخبار.

و هذه نكتة دقيقة توجب التوقف في الحكم باستحباب كثير من الأمور التي قام على استحبابها خبر ضعيف، إذ الأخبار بالاستحباب أخبار بأصل الثواب لا بخصوصيته، فلا تشمل أخبار من بلغ، فالتفت إليها و لا تغفل عنها.

الثالث: انه لو فرض شمولها للأخبار بالأمر الضمني، فلا ظهور لها في أكثر من استحباب العمل في ضمن المركب، و هو أعم من كونه جزء له أو مستحبا نفسيا في ضمنه، إذ ما يلزم ترتب الثواب هو أصل ثبوت الأمر - بالوجهين السابقين -، أما خصوصية كونه ضمينا، فلا طريق إلى إثباتها بواسطة ترتب الثواب. فكيف يدعى تكفل الأخبار إثبات استحباب الشيء بالنحو الذي قام عليه الخبر الضعيف؟.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٣

و عليه، فلا تترتب آثار الأمر الضمني على ما قام الخبر على جزئيته، بل انما تترتب آثار استحبابه بقول مطلق.

نعم، يمكن سلوك طريق آخر لإثبات جزئية ما قام الخبر الضعيف على جزئيته، و هو أن يقال: إن الخبر الدال على الأمر الضمني بعمل يدل بالملازمة على ترتب الثواب على العمل المركب من هذا الجزء و سائر الاجزاء، و مقتضى ذلك ثبوت استحباب المركب من هذا الجزء و غيره مما هو معلوم الجزئية. فتثبت جزئية المشكوك بهذه الوسيلة. فلاحظ.

التنبيه الرابع

: في شمول الاخبار للخبر الضعيف القائم على الوجوب أو الحرمة أو الكراهة.

و تحقيق ذلك:

أما مورد القيام الخبر على الوجوب، فقد يدعى شمول الاخبار له فيثبت به استحباب العمل بتقريب: ان الاخبار بالوجوب اخبار بترتب الثواب على العمل بالملازمة، لأنه راجح فلا يختلف عن الاخبار بالاستحباب. فيصدق بلوغ الثواب على العمل فيكون مستحبا بمقتضى هذه الاخبار.

هذا بناء على استفادة الاستحباب من الأخبار. أما بناء على استفادة الحجية فقد يشكل الأمر، لأن الخبر الضعيف الثابت حجيته بأخبار من بلغ يدل على الوجوب، و مقتضى ذلك ثبوت الوجوب به لا الاستحباب.

و قد تفصي عن ذلك بالالتزام بالتبعيض في مدلوله، بان يكون حجة على إثبات أصل الرجحان لا الرجحان الخاص، بنحو اللزوم لقيام الإجماع على عدم حجية الخبر الضعيف في إثبات الوجوب. فتدبر.

و لكن الحق عدم شمول أخبار من بلغ لهذا المورد لظهورها في كون الداعي إلى العمل هو تحصيل الثواب، بمعنى أن موضوعها ما يتفرع العمل فيه على بلوغ الثواب طبعاً و عادة، بحيث يكون الداعي هو الثواب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٤

و الأمر في الواجبات ليس كذلك، إذ الداعي إلى فعل الواجب عادة و طبعاً هو الفرار عن مفسدة تركه و هو العقاب، لا الوقوع في مصلحة فعله و هو الثواب. فلا يكون الاخبار بالوجوب مشمولاً لهذه القاعدة، لما عرفت من اختصاص موضوعها بما يؤتى به بداعي الثواب عادة، و هو خصوص المستحبات، لعدم الإتيان بالواجب عادة بداعي الثواب و إن أمكن حصوله أحياناً. فالتفت.

و أما مورد قيام الخبر الضعيف على حرمة عمل، فانه قد يقال انه يدل على ترتب الثواب على تركه، فيثبت استحباب الترك بمقتضى أخبار من بلغ.

و لكن الحق عدم شمول أخبار من بلغ للمحرمات لوجهين:

أحدهما: ما تقدم في الواجبات من ظهور الاخبار في كون موضوعها ما يؤتى به بداعي الثواب عادة و هو لا ينطبق على المحرمات، إذ الامتثال فيها لا يكون بداعي حصول الثواب عادة، بل بداعي الفرار عن العقاب.

و الآخر: التوقف في صدق بلوغ الثواب في موارد التحريم بالأخبار به.

أما على القول بان النهى عبارة عن الزجر عن الفعل - كما هو المشهور - فواضح، إذ لا ظهور في الزجر عن الفعل إلا في الصدّ عن معيئة العمل و مفسدته، بحيث يستحق اللوم و العقاب على الفعل، فالأخبار بالزجر لا يكون اخبارا بترتب الثواب على الترك، و ان ترتب عليه بحكم العقل لأجل الامتثال، لكنه أجنبي عن ظهور اللفظ عرفا في الوعد على الثواب.

و أما على القول بأنه عبارة عن طلب الترك - كما هو المختار تبعا لصاحب الكفاية «١» - فقد يتوهم انه ظاهر في رجحان الترك، و هو ملازم لترتب الثواب.

و لكن نقول: ان طلب الترك في المحرمات انما هو بملاك وجود المفسدة

(١) الخراسانيّ المحقق الشيخ محمد كاظم كفاية الأصول - ٣٦٩ - طبعه مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٥

في الفعل لا المصلحة فيه، و إلا كان واجبا، و لم ترد أدلة تدل بالمطابقة على ترتب الثواب على ترك المحرمات - حتى يستلزم ذلك الملازمة العرفية بين الحرمة و ترتب الثواب على الترك - بخلاف فعل الواجبات فقد يبين ترتب الثواب عليها كثيرا -.

نعم، دلّ الدليل على ترتب الثواب على جهاد النفس و الصبر على المحرم، و لكنها فعلا و وجوديان مستحبان أو لازمان، فلا ربط لذلك بالثواب على ترك الحرام. و قد تعارف بيان المحرمات بترتيب العقاب على الفعل.

و عليه، فلا ظهور لطلب الترك - بنحو اللزوم بملاك المفسدة في الفعل - إلا في التحرز عن مفسدة الفعل، فلا ظهور له عرفا في ثبوت الثواب عليه. و مجرد ترتب الثواب عقلا على الامتثال لا يلزم الظهور العرفي للدليل الموجب لصدق البلوغ كما عرفت. فتدبر.

و أما مورد قيام الخبر الضعيف على الكراهة فقد يقال في وجه شمول الأخبار له: ان داعوية الأمر إلى العمل و محركته نحوه بما هو أمر و طلب لا - تتحقق إلا - بلحاظ ما يترتب على المخالفة من أثر شيء مكروه أو ما يترتب على الموافقة من أثر حسن مرغوب فيه. و الأول ثابت في الأمر الوجوبيّ و النهى التحريمي.

و الثاني في الأمر الاستحبابي و النهى التنزيهي المعبر عنه بالكراهة، إذ لا يترتب على مخالفة الكراهة العقاب، فلا بد أن يترتب على موافقته الثواب، ليصح النهى بلحاظه، لصلاحيته للداعوية بذلك.

و الإتيان بالعمل أو تركه بلحاظ الأثر الوضعي لا يصحح داعوية الأمر أو النهى، إذ الأثر الوضعي لا يرتبط بالأمر و النهى و موافقتهما و مخالفتهما بما هما أمر أو نهى.

و عليه، فهناك تلازم عقلا بين الكراهة و ترتب الثواب على الموافقة، فيكون الاخبار بالكراهة إخبارا بترتب الثواب بالملازمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٦

و لكن الحق هو عدم شمول أخبار من بلغ لموارد الكراهة، إذ لا ظهور عرفا للدليل الدال على الكراهة في ترتب الثواب، و إنما التلازم عقلي على ما بين، و هو لا يصحح الظهور العرفي الذي يستند إلى فهم العرف للملازمة لا إلى حكم العقل بها.

و الغالب في مواقع بيان الكراهة هو بيانها بترتب المفاسد الوضعية على الفعل، و قلّ مورد - ان لم ينعدم - بين فيه النهى التنزيهي بعنوان ترتب الثواب على الترك مطابقة.

فإذا ثبت ذلك، يظهر عدم صدق بلوغ الثواب عند الاخبار بالكراهة، فلا تشمله أخبار من بلغ.

و هذا هو العمدة في منع شمول الاخبار للخبر القائم على الكراهة.

فانتبه.

: ذكر المحقق العراقي (قدس سره): انه يعتبر في صدق البلوغ ظهور اللفظ في المعنى، فمع إجماله لا يصدق البلوغ، و عليه فيعتبر عدم اتصاله بقرينة توجب سلب ظهوره.

و أما قيام القرينة المنفصلة على الخلاف، فلا يضر في صدق البلوغ، كما لو قام خبر ضعيف على استحباب إكرام كل عالم، و قام خبر آخر على عدم استحباب إكرام النحويين، فانه بمقتضى اخبار من بلغ يحكم باستحباب إكرام الجميع، لأن المخصص المنفصل لا يستلزم انثلام ظهور العام في العموم، و إنما يستلزم عدم حجته فيه، مع بقاء ظهوره على حاله، فيصدق بلوغ استحباب إكرام الجميع مع قيام المخصص المنفصل، و هكذا الحال في ما إذا كان نسبة المعارض المنفصل نسبة التباين.

هذا في فرض كون الخبر القائم على خلاف الاستحباب غير معتبر في نفسه.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٧

أما إذا كان حجة في نفسه، فقد يتوهم عدم شمول القاعدة- أعني قاعدة التسامح- حينئذ للخبر الدال على الاستحباب، باعتبار ان دليل الحجية يتكفل بتتيم الكشف الراجع إلى إلغاء احتمال الخلاف، فيقطع تعبدا بعدم استحبابه.

و عليه، فلا يصدق البلوغ الذي هو موضوع الحكم بالاستحباب، فيكون دليل الحجية حاكما على أخبار من بلغ.

و لكنه توهم فاسد، لعدم التنافي بينهما لعدم ورود النفي و الإثبات فيهما على موضوع واحد، فان مفاد أخبار من بلغ هو استحباب العمل بعنوان ثانوي، و هو عنوان بلوغ الثواب، و مفاد الخبر المعتبر عدم استحباب العمل بعنوانه الأولي، فلا- تنافي بينهما كما هو واضح.

هذا خلاصة ما أفاده (قدس سره) مما يهمننا ذكره، بتوضيح منّا «١».

أقول: مقتضى التحقيق أن يجعل محل البحث في مورد قيام القرينة المنفصلة، هو ما إذا كان كل من دليلي العموم و الخصوص حجة في نفسه، فيبحث في أنه هل يتمسك بأخبار من بلغ في إثبات استحباب ما قام الدليل المعتبر الخاص على عدم استحبابه، أو لا يتمسك بها لعدم شمولها لمثل هذا المقام؟.

و ذلك لأن المورد الذي يرد فيه حديث انقلاب الظهور العمومي و انثلامه بورود المخصص المنفصل فلا يصدق البلوغ و عدمه فيصدق البلوغ، هو ذلك المورد، دون ما إذا كان كلا الدليلين غير معتبرين أو كان أحدهما كذلك. و ذلك لأن مناط حمل المطلق على المقيد- ظهورا أو حجية- فيما إذا استند الكلامان إلى متكلم واحد. و أما مع عدم صدورهما من متكلم واحد، فلا تنافي بينهما كى يكون أحدهما قرينة على الآخر، فهل هناك تناف بين أمر زيد عمرا بشيء عام، و نهى عمرو خالدا عن بعض افراد ذلك الشيء؟. و هل يتخيل أحد التصرف في

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٣- ٢٨٣- طبعة مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٨

العام الصادر من زيد لأجل صدور الخاص من عمرو.

و لا يخفى أنه مع عدم حجية الدليلين أو أحدهما، لا يثبت صدور الكلامين من واحد، فلا وجه لحمل أحدهما على الآخر، فكيف يتوهم التصرف في ظهور العام مع عدم ثبوت صدور الخاص من الإمام عليه السلام؟. كما أنه لا يتوهم التصرف في ظهور العام الذي لا تعلم حجته و صدوره من الإمام عليه السلام بواسطة الخاص المعلوم الصدور؟.

و هذا هو الوجه في التوقف لا ما يتخيل من أنه لا مجال لأصالة الظهور مع عدم اعتبار السند، كما لا مجال لاعتبار السند مع إجمال الدليل، و لذا يلتزم بعدم شمول أدلة حجية الخبر للخبر الصحيح المجمل في ظهوره، فانه تخيل فاسد لأن عدم التعبد بصدور الخبر المجمل إنما هو لعدم ترتب أثر عليه.

أما حجية الظهور في مورد ضعف الخبر، فلا محذور فيها بعد ترتب أثر عملي على تشخيص الظهور ومعرفة مراد المتكلم، وهو صدق بلوغ الثواب المذمى عرفت أنه موضوع الحكم بالاستحباب، إذ ما لم تكن للكلام كاشفية عن مراد المخبر وجدانا أو تعبدا لم يتحقق صدق البلوغ، فلا مانع من إجراء أصالة الظهور في كلامه بلحاظ الأثر المزبور، ولذا يتمسك بأصالة الظهور مع العلم بكذب المخبر، فينسب له الكذب على الإمام عليه السلام استنادا إلى حجية ظهور كلامه في تشخيص مراده لترتيب آثار الكذب على الإمام عليه السلام.

و إذا ظهر ما ذكرناه فيقع الكلام في حكم الصورة التي بينها.

و الحق عدم شمول أخبار من بلغ لمورد الخاص، لأن تقديم المقيد على المطلق الراجع إلى بيان قصر المراد الجدى للعام على غير مورد الخاص موجب لعدم صدق بلوغ الثواب بالنسبة إلى مورد الخاص، إذ صدق البلوغ يتوقف على كاشفية الكلام عن المراد الجدى - و لو لم يكن حجة -.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٣٩

أما إذا لم يكن كاشفا عن المراد الجدى - كما لو صرح المتكلم بان مرادى الجدى ليس على طبق ما تكلمت و لم أكن في مقام بيانه - فلا يصدق البلوغ.

و عليه، فمع تقديم المقيد - بضميمة أن الكلام المتعدد الصادر من الأئمة عليهم السلام بمنزلة كلام واحد يفسر بعضه بعضا - يكشف ذلك عن أن المخبر عن الإمام عليه السلام بالمطلق أو العام لم يكن قصده الاخبار عن المطلق أو العام جذاً. و لم يكن قاصدا الحكاية عن ان المراد الجدى هو العموم، فلا يصدق بلوغ الثواب على مورد التخصيص.

و أما مورد التعارض، و كون الخبر المعارض حجة كما إذا قام خبر ضعيف على الاستحباب و قام خبر صحيح على عدم الاستحباب، و ما يدخل فيه ما إذا قام الخبر الضعيف على الاستحباب بنحو العموم و قام الخبر الصحيح على عدمه في مورد خاص - إذ عرفت انه ليس من موارد الجمع الدلالي -، فقد يتخيل دعوى الحكومة بالتقريب السابق المذكور في كلام العراقي (قدس سره).

و لكن فيه: ان البلوغ يساوق الاخبار. و من الواضح ان العمل بأحد الدليلين لحجتيه سندا الراجع إلى إلغاء احتمال الخلاف سندا، لا ينتفى به صدق الاخبار بالاستحباب جدا في موارد الخبر الضعيف، فيصدق البلوغ و بالجملة: في مورد تقديم الخاص من حيث الدلالة لا يصدق البلوغ. و أما في مورد تقديمه سندا بلا تصرف في مدلول العام أو الدليل الآخر، فيصدق البلوغ لتحقق الاخبار بالثواب جدا. و أما ما أفاده (قدس سره) في دفع الحكومة بعدم التنافي لتعدد الموضوع فهو عجيب منه (قدس سره)، إذ لا يفرض التنافي بين الحاكم و المحكوم، و لذا يقدم الحاكم على المحكوم، كما أن الدليل الحاكم المتصرف في الموضوع لا يرد على ما يرد عليه المحكوم، بل هو يستلزم التصرف في موضوعه.

و بالجملة: دليل حجية الخبر الصحيح - بمقتضى الدعوى - يستلزم رفع

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٤٠

صدق البلوغ. فالجواب عنه بان الخبر الصحيح يتكفل بالاستحباب بالعنوان الأولى فلا - ينافي اخبار من بلغ. غير جار على الأسس الصناعية في جواب مثل الدعوى، فان المدعى فرض حكومة دليل الاعتبار على اخبار من بلغ لاستلزامه رفع موضوعها، فأى ربط لذلك بيان مدلول الخبر المعبر؟! فالتفت و لا تغفل.

التنبيه السادس

: في شمول اخبار من بلغ للاخبار بالفضائل التي يتحلى بها الأئمة صلوات الله عليهم) و مناقبهم. و الاخبار بالمرائد الشريفة. و قد حكى عن الشهيد الثانى نسبتة إلى الأكثر «١». و حكى عن الشيخ رحمه الله الذهاب إليه في رسالته «٢».

و تقريب الشمول: هو ان العمل بكل شىء على حسب ذلك الشىء فالعمل بالخبر القائم على الفضيلة نشرها، و العمل بالخبر القائم على ان هذا المكان مرقد الإمام عليه السلام هو الحضور عنده، فيكون الاخبار بالموضوع إخبارا بالملازمة عن استحباب العمل المتعلق به من فعل أو قول، فتشمله أخبار من بلغ بلحاظ المدلول الالتزامى من استحباب النقل أو الحضور عنده أو غيرهما. و إلا فنفس الموضوع المخبر به لا معنى لأن يكون مما بلغ فيه الثواب، إذ الثواب على العمل لا على الموضوع. أقول: لا يخفى أن هذه الأخبار لا تشمل ما إذا كان المورد فى نفسه و مع قطع النظر عنها قبيحا عقلا أو عقلا و شرعا. و السرّ فيه هو ظهورها فى كون مجرد بلوغ الثواب محركا للمبلغ نحو العمل و داعيا إليه.

(١) الشهيد الثانى زين الدين - الدراية - ٢٩ طبعه النجف.

(٢) المحقق الشيخ محمد حسن الأشتياني - بحر الفوائد ٢ - ٧١. الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٤١

و من الواضح أن بلوغ الثواب على ما هو قبيح عقلا أو شرعا لا يكون محركا للعبد نحو العمل، و لا يصدر العمل منه بداعى الثواب بمجرد بلوغه، فالأخبار لا تشمل مثل هذا المورد.

و عليه نقول: إذا كان العمل المتعلق بالموضوع المخبر به من مقولة القول، كنشر الفضيلة و نقل المصيبة و نحوهما. أشكال شمول اخبار من بلغ للأخبار باستحبابه، و ذلك لأن النقل و الاخبار بما لا يعلم مطابقته للواقع قبيح، لأنه كذب محرم شرعا و عقلا، بناء على ان الكذب هو الاخبار بما لا يعتقد مطابقته للواقع لا ما يعتقد مخالفته فيكون التقابل بينه و بين الصدق تقابل العدم و الملكة. و أما بناء على ان الكذب عدم مطابقة المخبر به للواقع و الصدق هو المطابقة - فيكون التقابل بينهما تقابل التناقض أو التضاد، أن أريد من عدم المطابقة المخالفة للواقع -، فما لا - يعلم أنه مطابق لا يعلم أنه صدق أو كذب، فلا يحرم شرعا لأصالة البراءة، لأنه شبهة موضوعية، و لكنه قد يقال بقبحه عقلا بدعوى ان الأخبار بما لا يعلم مطابقته يقبح عقلا.

و قد يذكر ذلك بدعوى ان الشىء ما لم يرجع إلى الظلم لا - يكون قبيحا عقلا، و لا يصدق الظلم على مجرد الاخبار بما لا يعلم مطابقته إذا لم يترتب عليه ضرر على نفسه أو غيره.

و الصحيح ان يقال فى وجه حرمة و قبحه عقلا: إن كل ما لا يعلم انه كذب يكون طرفا لعلم إجمالى بحرمة الاخبار به أو بنقيضه أو ضده للعلم بعدم مطابقة أحدهما للواقع فيكون كذلك، فإذا لم يعلم بمجىء زيد، يعلم إجمالا بان الاخبار به أو الاخبار بعدم مجيئه حرام واقعا لخلو الواقع عن أحدهما، فهو يعلم ان الكذب لا يخرج عن أحدهما. و هو علم إجمالى منجز فيستلزم حرمة كل من الطرفين عقلا. فلاحظ و تدبر.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٤، ص: ٥٤٢

هذا تمام الكلام فى قاعدة التسامح. و به ينتهى الكلام عن التنبيه الثانى من تنبيهات مسألة البراءة.

قمى، سيد محمد حسينى روحانى، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

[الجزء الخامس]

«قاعدة الميسور»

إشارة

و أما فيما يرتبط بالدليل الاجتهادى، فقد ادعى ثبوت الاخبار الدالة على وجوب الباقي عند تعذر بعض الاجزاء. واستفيد من هذه الاخبار قاعدة يصطلح عليها ب: «قاعدة الميسور». وهذه الاخبار ثلاثة مروية في غوالى اللثالى:

الأول- النبوى الشريف و هو:- انه خطب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال: «ان الله كتب عليكم الحج. فقام عكاشة أو سراقه بن مالك فقال: فى كل عام يا رسول الله؟ فأعرض عنه، حتى أعاد مرتين أو ثلاثا، فقال:

و يحك و ما يؤمنك أن أقول نعم، و الله لو قلت نعم لوجب و لو وجب ما استطعتم، و لو تركتم لكفرتم، فاتركونى ما تركتكم، و انما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم و اختلافهم إلى أنبيائهم، فإذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم و إذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه» (١).

و الثانى- العلوى الشريف و هو:- قول على عليه السلام: «الميسور لا يسقط بالمعسور» (٢).

و الثالث- العلوى الشريف أيضا و هو:- قوله عليه السلام: «ما لا يدرك كله لا يترك كله» (٣).

و يقع الكلام فى كل واحد من هذه الاخبار على حدة.

أما النبوى: فمحل الاستشهاد به هو قوله صلى الله عليه وآله: «إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم». فانه ظاهر فى وجوب الإتيان بالاجزاء التى يتمكن منها،

(١) عوالى اللثالى ٤- ٥٨.

(٢) عوالى اللثالى ٤- ٥٨.

(٣) عوالى اللثالى ٤- ٥٨.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٨٧

مع تعذر الباقي.

و قد استوضح الشيخ رحمه الله دلالتها على المدعى جدا، و بنى ذلك على ظهور لفظ: «من» فى التبعض (١).

و توضيح ذلك كما أشار إليه المحقق الأصفهاني (قدس سره): ان لفظ:

«شئ» اما ان يراد منه المركب أو العام أو الكلى و الطبيعة. و لفظ: «من» إما ان يراد بها معنى التبعض أو تكون بيانية أو بمعنى الباء.

و من الواضح انها انما تفيد المدعى لو أريد من الشئ المركب و كانت:

«من» تبعية، فانها تكون ظاهرة فى انه إذا تعلق الأمر بمركب ذى اجزاء فأتوا بعضه الذى تستطيعونه.

أما إذا أريد من: «من» معنى الباء، فتكون ظاهرة فى إرادة انه إذا تعلق الأمر بشئ فأتوا به مدة استطاعتكم، و من الواضح انه أجنبي

عما نحن فيه.

كما أنه إذا كان المراد من: «من» البيان، كانت ظاهرة فى انه إذا تعلق الأمر بكلى فأتوا من افراده ما استطعتم. و ذلك أجنبي عن

المدعى بالمرء.

و قد أفاد المحقق الأصفهاني فى تقريب كلام الشيخ: انه لا معنى لكون «من» بيانية فى خصوص الرواية، ضرورة ان مدخولها لا يصلح

بيانا للشئ، لأنه الضمير و هو مبهم.

و أما كونها بمعنى الباء، فالذى يوهمه عدم تعدى الإتيان بنفسه، و انما يتعدى بالباء، فيقال: «أتيت به» بمعنى أوجدته و لكن الأمر

ليس كذلك، إذ الإتيان يتعدى بنفسه تارة كقوله تعالى: وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ (٢) و قوله تعالى: وَلَا يَأْتُونَ الْبَأْسَ إِلَّا قَلِيلًا (٣). و

يتعدى بالباء أخرى كقوله تعالى:

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٢٩٤ - الطبعة الأولى.

(٢) سورة النساء الآية: ١٥.

(٣) سورة الأحزاب الآية: ١٨.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٨٨

يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ «١». و عليه فلا يتعين كونها بمعنى الباء في الرواية.

و أما لفظ: «الشيء»، فلا يراد به العام الاستغراقي، لأنه يعبر به عن الواحد و لا يعبر عن المتعدد، و انما يعبر عنه بأشياء، فلو أراد العام لناسب أن يعبر بأشياء.

كما ان إرادة الطبيعة و الكلى في: «منه» ممكنة في حد نفسه، إلا ان إرادة الكلى في المقام ممتنعة، الا انه لا يناسب التبعض، إذ الفرد مصداق للكلى لا بعضه، فيتعين ان يراد به المركب ذو الاجزاء. فتكون دالة على المدعى «٢».

هذا تقرب دلالة الرواية على المدعى.

لكن هاهنا إشكالا نبه عليه في الكفاية «٣» و تبعه عليه غيره «٤» و هو: أن مورد الرواية لا- يتلاءم مع المركب ذي الاجزاء، بل يلائم الكلى ذي الافراد، إذ المسئول عنه هو وجوب تكرار الحج و عدمه بعد تعلق الأمر به، و بمقتضى البيان المزبور للجواب لا يكون الجواب مرتبطا بالسؤال، و لأجل ذلك ذهب البعض إلى إجمال الرواية أو التصرف في لفظ: «من» بحمله على معنى الباء أو كونها بيانية، إذ يرتفع التنافي بذلك كما لا يخفى.

و اما المحقق الأصفهاني، فقد ذهب إلى كون مقتضى التحقيق: ان: «من» ليست بمعنى التبعض بعنوانه كى لا يتلاءم مع إرادة الكلى من الشيء، بل هي لمجرد اقتطاع مدخولها من متعلقه، و هذا الاقتطاع قد يوافق التبعض أحيانا، و بما ان الفرد منشعب من الكلى لانطباقه عليه، صح اقتطاع ما يستطاع منه، فلا يتعين مع ذلك إرادة المركب، بل يراد من: «الشيء» الكلى و يراد من لفظ: «منه»

(١) سورة النساء الآية: ١٩.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٢٩٨- الطبعة الأولى.

(٣) الخراساني المحقق محمد كاظم كفاية الأصول - ٣٧٠- طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

(٤) الكاظمي الشيخ محمد علي فرائد الأصول ٤- ٢٥٤- طبعة مؤسسة النشر الإسلامي.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٨٩

من افراده، و تكون ما موصولة لا مصدرية ظرفية. فيتلاءم مع مورد الرواية و السؤال «١».

أقول: ما أفاده (قدس سره) و ان استلزم حل المشكلة، لكن كون: «من» بمعنى الاقتطاع لا بمعنى التبعض لا طريق إلى إثباته، و انما هو مجرد تصور و فرض، فلا نستطيع الجزم به كما لا نجزم بعدمه، و مثله لا يكفينا في حل المشكلة.

فالمتمين أن يقال في معنى الرواية: انه لا- يحتمل ان يكون المراد من قوله صلى الله عليه و آله: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم» هو الأمر بتكرار المأمور به قطعاً إذ ظاهر الصدر انه ليس بواجب- بملاحظة قوله: «ويحك...». و بذلك يظهر غفلة الاعلام (قدست أسرارهم) عن هذا الأمر الواضح، إذ تصوروا دلالة الرواية على التكرار لو حملت: «من» على معنى الباء أو البيانية، فلاحظ كلماتهم- مضافا إلى ان عدم وجوب تكرار الحج من القطعيات، بل الذي يراد به هو الأمر به في حال الاستطاعة.

و لا يخفى ان عدم عموم قوله المزبور- على هذا التفسير-، للأمر بالطبيعة و الأمر بالمركب إنما ينشأ من تخيل ان مقتضى حمله على المركب يقتضى تقييد الموضوع بصورة تعذر بعض اجزائه، و مقتضى حمله على الكلى يقتضى عدم تقييده، إذ المفروض تعلق الأمر به و البعث نحوه بلا نظر لمرحلة تعذر بعض اجزائه. و لكنه تخيل فاسد، إذ لا داعي لهذا التقييد لو أريد به المركب، إذ ليس المراد هو

الأمر بالمستطاع من الأجزاء مع تعذر البعض، بل المراد هو الأمر بالمركب بمقدار ما يستطيعه المكلف منه، فإن كان مستطاعاً على الكل وجب الجميع، وإلا وجب البعض.
و هذا نظير ان يقول المولى لعبده بعد أمره بمجموعة أجزاءه: «أنت

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٢٩٩- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٠

بالذى تستطيعه» فإذا استطاع على الكل وجب عليه الكل. إذن فقوله: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»، يمكن ان يعم حالتى التعذر و عدمه، فيمكن ان يعم الكلى و هو مورد الرواية، و انه يلزم الإتيان به، و يعم المركب الذى تعذر بعض أجزائه مع التحفظ على ظهور «من» فى التبعض.

و بالجملة: يكون قوله المزبور كناية عن ان الأمر بالمركبات بنحو تعدد المطلوب. إذن فهذه الجملة قابلة للدلالة على المدعى مع عدم منافاتها لمورد الرواية.

يبقى شىء و هو: ان هذا الجواب بهذا المقدار لا يرتبط بالسؤال عن وجوب التكرار فى الحج و عدمه، إذ وجوب الإتيان بالمأمور به معلوم لدى السائل، و لزوم الإتيان ببعض أجزائه مع تعذر غيرها لم يقع مورداً للسؤال.

فنقول: ان الجواب مرتبط بالسؤال بلحاظ إفادته الحصر الدال على نفي التكرار، فان النبى صلى الله عليه و آله بعد ما ويخ السائل على تطفله و إلحاحه و طلب منه الانصراف عن كثرة السؤال، ذكر له انه عند الأمر بشىء يلزم الإتيان به خاصةً و بهذا المقدار و لا يلزم شىء آخر.

و هذه الجهة- أعنى: جهة الحصر- لا بد من ملاحظتها على أى تقدير، سواء أريد من: «من» التبعض كما قربناه، أم كونها بمعنى الباء أو غير ذلك، إذ لو كانت بمعنى الباء كان معنى قوله: «إذا أمرتكم...» هو انه يجب الإتيان بالشىء المأمور به عند الاستطاعة، و هذا ليس محل سؤال بل مما لا يجهله السائل، فلا يرتبط الجواب بالسؤال، إلا بتضمين الجواب جهة الحصر. نعم لو احتمل كونه فى مقام لزوم التكرار بمقدار الاستطاعة لم نحتاج إلى الحصر، إذ الجواب يرتبط بالسؤال بوضوح. و لكن عرفت انه لا مجال لتوهم إرادة ذلك، بل الجواب اما يتكفل الأمر بالشىء حال الاستطاعة لو أريد من لفظ: «من» معنى الباء أو يتكفل ما ذكرناه لو أريد من لفظ: «من» التبعض. و على أى تقدير لا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩١

يرتبط بالسؤال إلا بتضمينه معنى الحصر. فهذه الجهة مما نحتاج إليها على كل تقدير بملاحظة السؤال، و هى مستفادة على ما عرفت من كيفية الجواب و مقدماته، و ليست أمراً خفياً فى الكلام.

و محصل ما ذكرناه: ان الرواية تتكفل بيان أمرين:

أحدهما: لزوم الإتيان بالشىء خاصةً عند الأمر به و عدم لزوم شىء آخر وراءه.

و الآخر: ان الأمر بالشىء المركب بنحو تعدد المطلوب و المراتب.

و بلحاظ هذه الجهة الثانية تكون دالة على المدعى بوضوح.

و ما ذكرناه واضح بنظرنا من الرواية و ظاهر بقليل من التأمل، و بذلك تنحل المشكلة، و نجتمع بين تكفل الرواية لما نحن فيه مع ارتباطها بمورد السؤال.

فالتفت و تدبر، فانه لم يسبق بيانه فيما تقدم.

و أما قوله عليه السلام: «الميسور لا- يسقط بالمعسور». فجهة الاستدلال بها واضحة، لكن نوقش فى دلالتها: بان المراد بها ان حكم

الميسور لا- يسقط بسبب سقوط حكم المعسور. و ذلك لأن السقوط لا- يحمل على نفس الميسور، لأنه فعل المكلف، و لا معنى لسقوطه و بقاءه، و انما المذمى يقبل السقوط هو الحكم، فيراد من النص ما عرفت. و لا يخفى ان مرجع ذلك إلى الحكم ببقاء الحكم الثابت للميسور و استمراره.

و من الواضح ان النص بهذا المعنى لا يشمل المركب المذمى يتعذر بعض اجزائه، إذ الحكم المذمى كان ثابتا للميسور من الاجزاء هو الأمر الضمنى، و هو مرتفع قطعاً بتعذر الكل لسقوط الأمر بالكل، فلا مجال للحكم بعدم سقوطه.

و بيان آخر: ان الأمر المذمى كان ثابتا للميسور من الاجزاء هو الأمر الضمنى، و هو مرتفع بارتفاع الأمر بالكل، فإذا فرض ثبوت أمر للميسور بعد التعذر كان أمراً استقلالياً، و هو لا يعد بقاء للأمر الأول. و قد عرفت ان مفاد النص هو الحكم القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٢ بقاء الحكم الأول و عدم سقوطه.

و عليه، فلا بد ان تحمل الرواية على موارد الأحكام المستقلة التى يتوهم سقوط بعضها بسقوط الآخر، كما إذا كانت منشأةً بدليل واحد، نظير: «أكرم كل عالم» مع تعذر إكرام بعض افراد العالم، فتحمل على مورد العموم الأفرادى. و الجواب عن هذه المناقشة بما ذكره الشيخ رحمه الله:

أولاً: من إمكان التحفظ على اسناد السقوط إلى الميسور نفسه بلا حاجة إلى تقدير الحكم، بان يراد من عدم سقوطه بقاءه فى العهدة و فى عالم التشريع و الجعل، فانه وظيفة الشارع، فيدل على تعلق الأمر به بقاء، و لو كان أمراً آخر غير الأول، إذ تعدد الأمر لا يغير ثبوت المتعلق فى العهدة و يصدق معه بقاء المتعلق فى العهدة حقيقةً. و عليه، فتكون الرواية شاملةً للمركب إذا تعذر بعض اجزائه.

و ثانياً: لو سلم ان المسند إليه السقوط هو الحكم بتقديره فى الكلام، فهى تشمل المركب أيضاً، لأن بقاء الحكم صادق عرفاً عند ارتفاع الأمر الضمنى عن الميسور من الاجزاء و تعلق الأمر المستقل بها، لمسامحة العرف فى النفسية و الغيرية، فلا يرونهما إلا من حالات الوجوب لا من مقوماته، و لذلك يعبرون عن تعلق الوجوب بالميسور ببقاء وجوبه و عن عدم تعلقه بارتفاع وجوبه. و قد تقدم نظير هذا الكلام فى استصحاب الوجوب «١».

و الحاصل: ان الرواية ظاهرة فى بقاء الميسور فى عهدة المكلف، لا- بهذا اللفظ- أعنى: لفظ العهدة كى يدعى عدم شمولها للمستحبات، لأنها لا عهدة لها، و إن كان هذا الكلام محل نظر- بل بما يساوقه من كونه مجعولاً على المكلف و نحو ذلك، فيدل على بقاءه بما له من الحكم سابقاً من وجوب أو استحباب، فيعم

(١) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٢٩٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٣

الواجبات و المستحبات.

و لوضوح الكلام فى هذه الرواية تماماً لا بد من التنبيه على جهتين:

الجهة الأولى: قد عرفت فى مقام بيان معنى الرواية تفسير السقوط و عدمه بما يساوق الارتفاع و البقاء الظاهر فى لزوم تحقق الحكم حدوثاً كى يرتفع أو يبقى، نظير مفاد دليل الاستصحاب.

هذا و لكن المراد بالسقوط هاهنا عدم الثبوت أعم من الارتفاع بعد الحدوث و من عدم الحدوث، نظير ما يقال فى حديث الرفع من ان المراد بالرفع أعم من الدفع و الرفع، فلا يراد من عدم السقوط هو الحكم بالبقاء، بل أعم من الحكم بالبقاء و من الحكم بالحدوث. و ذلك لوجهين:

الأول: ان السقوط عرفا يستعمل في الأعم من الارتفاع بعد الحدوث و من عدم الحدوث رأسا، فيقال للنائم قبل الوقت إذا استغرق نومه جميع الوقت ان التكليف بالصلاة عنه ساقط- بلا أى مسامحة في التعبير-، مع انه لم يسبق حدوث التكليف في حقه. و هكذا للمسافر قبل الوقت، يقال له إن التكليف بالتمام عنه ساقط مع انه لم يحدث في حقه. و يقال للحائض ان التكليف بالصلاة ساقط عنها، مع عدم حدوثه في حقتها. و الأمثلة على ذلك كثيرة مما يدل على ان السقوط بنظر العرف أعم من الارتفاع بعد الحدوث و من عدم الحدوث رأسا.

الثاني: ان العلماء جميعا يتمسكون بالقاعدة في موارد تحقق التعذر من أول الوقت و لم يعهد من أحد منهم تخصيص النص بما إذا طرأ العذر بعد دخول الوقت، و التوقف فيه فيما إذا تحقق العذر من أول الوقت، و هذا الأمر أوضح من أن يخفى. فيدل على ان المرتكز في أذهانهم ما ذكرناه من عموم السقوط، و إن جاء في كلماتهم في مقام بيان معنى الرواية حملها على إفادة الحكم بالبقاء كدليل الاستصحاب. فتدبر.

هذا، و لكن مجرد عدم الحدوث لا يصح صدق السقوط، إذ كثيرا ما لا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٤

يصدق السقوط عند عدم حدوث التكليف، بل انما يصدق السقوط على عدم الحدوث فيما كان هناك مقتضى للثبوت، سواء كان مقتضيا بلحاظ مقام الثبوت أم بلحاظ مقام الإثبات، و انما لا يثبت الحكم لوجود مانع - مثلا-.

أما مع عدم المقتضى فلا يصدق السقوط على عدم ثبوت الحكم، كما لا يخفى على من لاحظ الأمثلة العرفية.

و من هنا قد يشكل صدق السقوط على عدم ثبوت التكليف بالاجزاء الميسورة مع تعذر بعضها، لعدم إحراز المقتضى ثبوتا فيها و هو الملاك، إذ لا يعلم انها واجدة لملاك الوجوب أو لا. و عدم وجوب المقتضى إثباتا و هو الدليل، إذ الموجود من الدليل على ثبوت الحكم هو الدليل على الأمر بالكل و هو مرتفع قطعاً بالتعذر، فلا دليل على ثبوت الحكم في الميسور كي يكون عدم ثبوته سقوطاً. و لكن يمكن التفصي عن هذه المشكلة بوجهين - بعد الجزم بصدق السقوط و عدمه بالنسبة إلى الاجزاء في هذا الحال عند عدم ثبوت التكليف بها أو ثبوته:-

أحدهما [١]: الالتزام بالاكْتفاء بالمقتضى على تقدير عدم التعذر و عدم لزوم وجود المقتضى الفعلي، فان ملاك الحكم في الاجزاء الميسورة ثابت عند عدم تعذر غيرها. و هذا الملاك الثابت يصح صدق السقوط عند حصول التعذر. و الآخر: ان نفس المقتضى لثبوت التكليف بالكل المصحح لصدق سقوطه، يكون مقتضيا لثبوت التكليف بالميسور من الاجزاء، بنحو من المسامحة

[١] لعله إلى ذلك ينظر الشيخ في قوله (يعنى ان الفعل الميسور إذا لم يسقط). خصوصا بملاحظة قوله عند التكلم في الشروط: «و اما الثانية فاختصاصها كما عرفت سابقا بالميسور الذي كان له مقتضى للثبوت...» إذ لم يسبق منه ما يشير إلى ذلك غير تلك العبارة. و ان كان بعيدا لعله ينظر إلى ما رامه السيد الأستاذ في تعميم القاعدة لصورة التعذر من أول الوقت فتأمل في كلامه. منه.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٥

في متعلق الحكم النفسى و فرضه الأعم من الواحد و الفاقد - كما تقدم نظيره في الاستصحاب -.

و الفرق بين هذين الوجهين من الناحية العملية، هو انه ان بنينا على الثانى و صححنا صدق السقوط بناء عليه، لم تجر القاعدة إلا فى ما كان الميسور معظم الاجزاء، بحيث تصح المسامحة فيه عرفا بفرضه نفس الواجب النفسى، دون ما كان الباقي اجزاء قليلة من المركب، إذ لا يرى العرف وحدته مع الكل، فلا يثبت له المقتضى لثبوت الحكم فيه.

و أما إن صححنا صدق السقوط بناء على الوجه الأول، كانت القاعدة جارية و لو مع كون الميسور قليلا جدا، لثبوت المقتضى

التقديرى فيه، فيصح نسبة السقوط و عدمه إليه.

و بما انا نرى صدق السقوط عرفا على الأجزاء الميسورة و لو كانت قليلة، كان ذلك كاشفا عن كون الملحوظ فى المصحح هو الوجه الأول لا الثانى. فانتبه.

الجهة الثانية: قد عرفت تقريب دلالة الرواية على بيان عدم سقوط الميسور من الاجزاء عند تعسر بعضها. و قد ناقشها صاحب الكفاية باحتمال إرادة عدم سقوط الميسور من افراد العام بالمعسور منها «١».

و هذه المناقشة بهذا المقدار خارجة عن الأسلوب العلمى، و مجرد الاحتمال لا ينفع فى قبال الظهور المدعى، فمع الاعتراف بالظهور لا معنى للتوقف لمجرد الاحتمال. و لو كان هو فى مقام التشكيك فى الظهور- كما يظهر من كلامه- فكان يلزمه أن يبين جهة التشكيك و يتب عليها و لا معنى للاكتفاء بإلقاء الاحتمال فقط.

ثم إنه لا مانع من شمول النص لكلا الموردين، فيدل على عدم سقوط

(١) الخراسانى المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول- ٣٧١- طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٦

الميسور من الاجزاء بمعسورها، كما يدل على عدم سقوط الميسور من افراد العام بالمعسور منها، فلا وجه لترديده بينهما و توقفه عن الجزم بأحدهما.

و كيف كان لا بد من تحقيق هذه الجهة- أعنى الالتزام بعموم النص للمركب الذى تعذر بعض اجزائه و للطبيعة التى يتعذر بعض افرادها. و بعبارة أخرى: للأحكام المستقلة التى يتعذر بعضها- بنحو يرتفع الغموض عن بعض جهاتها. فنقول: إنه كما يتأتى احتمال سقوط الأجزاء الميسورة عند تعذر غيرها، كذلك يتأتى هذا الاحتمال لبعض فى الأحكام الاستقلالية، بأن يكون هناك حكمان استقلاليان مجعولان بنحو يتوهم الارتباط بينهما فى الثبوت و السقوط.

و هذا لا ينافى استقلاليتها إذ الارتباط بين الحكمين لا يلزم الارتباط فى متعلقيهما، بل يكون لكل منهما إطاعة و عصيان على حدة، لكن لا يثبت أحدهما بدون الآخر لمصلحة تقتضى جعلهما كذلك، فإذا تعذر امتثال أحدهما جاء احتمال سقوط الآخر.

و إذا تصورنا هذا ثبوتا فى الأحكام الاستقلالية. فنقول: ان الحكم الميسور امتثاله من الحكمين إن كان له دليل إثباتى بعد التعذر واضح، فهو يدفع احتمال سقوطه، فلا تكون القاعدة ناظرة إليه.

و ذلك نظير الأحكام التى يتكفلها دليل واحد بنحو العموم- مثل: «أكرم كل عالم»-، فانه مع تعذر إكرام بعض العلماء يكون العام حجة و دليلا على ثبوت الحكم للباقي، و حجيته فى الباقي عرفا لا تقبل التشكيك و الإنكار، و إن اختلف العلماء فى وجهها، من كونه أقرب المجازات، أو بالدلالة الضمنية، أو غير ذلك على ما تقدم تحقيقه فى محله.

ففى مثل ذلك يستبعد جدا نظر الرواية إليه، لعدم توهم السقوط بلحاظ الدليل الإثباتى الواضح على عدمه، فلا نقول بأنه ممتنع- كما جاء فى كلمات

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٧

المحقق الأصفهاني «١»-، بل نقول بأنه مستبعد جدا.

و أما إذا لم يكن له دليل إثباتى بعد التعذر، فالرواية ناظرة إليه، نظير ما لو قال: «أكرم العشرين عالما» بنحو يكون كل فرد محكوما بحكم مستقل و تعذر إكرام زيد العالم منهم، فاحتمل سقوط الباقي، فان لفظ: «العشرين» ليس من ألفاظ العموم كى يكون حجة فيما بقى، بل هو عنوان يعبر عن المجموع، فلا يمكن ان يصدق على الأقل منه.

و عليه، فلا يكون حجة فيما بقى كما حققناه فى مبحث العموم و الخصوص.

ولذا التزمنا هناك، بان الدليل الدال على عدم إكرام أحد العشرين يكون معارضا للدليل الدال على إكرام العشرين لا مخصصا له. إذن فتوهم السقوط لا دافع له في مثل ذلك، فالرواية تنظر إليه و تفيد عدم سقوط الميسور من الافراد بسبب المعسور. و مثله ما لو قال: «صم شهر رجب» فتعذر صوم بعض أيامه، و كان صوم كل يوم ملحوظا واجبا مستقلا، لا ان المجموع محكوم بحكم واحد. فظهر مما حققناه: ان الرواية كما تشمل المركبات إذا تعذر بعض اجزائها، تشمل موارد الأحكام الاستقلالية التي يتكفلها دليل واحد بعنوان يعبر عن عدد خاص لا بعنوان عام. فالتفت و تدبر.

و أما العلوي الآخر، و هو قوله عليه السلام: «ما لا يدرك كله لا يترك كله». فجهة الاستدلال به على المدعى واضحة، و قد نوقش الاستدلال به بمناقشات تعرض إليها الشيخ و أجاب عنها فلا يهمننا التعرض إليها (٢).
و إنما المهم تحقيق المراد بالرواية، و هو يظهر بمعرفة المراد من الموصول و لفظ: «كل» في الموضعين. فنقول:

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين نهاية الدراية ٢- ٢٩٩- الطبعة الأولى.

(٢) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٢٩٥- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٨

أما الموصول، فهو- كما أفاد الشيخ- لا يكتفى به عن المتعدد، و انما يكتفى به عن الواحد، فيراد به الفعل الواحد لا الأفعال المتعددة كى يدعى انه يكون دالا على ان الأفعال المتعددة لا يسقط بعضها إذا تعذر البعض الآخر، فيكون مختصا بمورد تعلق الحكم بافراد العام بنحو العموم الاستغراقي، فلا يشمل صورة تعذر بعض أجزاء المركب الذى هو موضوع الكلام فيما نحن فيه. فالمراد بما هو فعل المكلف، أعم من الطبيعة و المركب، فيكون النص دالا- على عدم سقوط بعض افراد الطبيعة عند عدم إدراك البعض الآخر، كما يكون دالا على عدم سقوط بعض اجزاء المركب إذا تعذر البعض الآخر.

و اما لفظ: «كل». فقد ذكر الشيخ رحمه الله ان المراد به المجموع، و لا- يمكن ان يحمل على العموم الاستغراقي، إذ إرادة العموم الاستغراقي منه تقتضى ان يكون المفاد: ان الافراد و الاجزاء التي لا يدرك شىء منها لا يترك كل واحد واحد منها، و هذا مما لا معنى له، إذ مع عدم التمكن من كل فرد فرد كيف يؤمر بكل فرد فرد؟.

و لكن نقول: انه كما لا- يمكن ان يراد ب: «كل» ما أفاده الشيخ (رحمه الله) لا يمكن ان يراد به المجموع أيضا، إذ بعد فرض عدم التمكن من المجموع كيف يؤمر به؟، فانه متعذر على الفرض.

و حل المشكلة بما أفاده المحقق العراقي و توضيحه: ان الامتناع إرادة العموم الأفرادى من لفظ: «كل» انما يتم لو فرض ان العموم وارد على السلب- المعبر عنه اصطلاحا بعموم السلب- بحيث يراد سلب القدرة عن كل فرد فرد، و معه لا معنى للنهى عن ترك كل فرد فرد- كما أفاد الشيخ-. و ليس الأمر كذلك بل السلب وارد على العموم، فالمراد هو سلب العموم الذى يتحقق بانتفاء بعض الافراد، نظير قولنا: «ليس كل عالم عادل»، فان النفي لم يتوجه للمجموع، إذ العدالة ليست من صفات المجموع، كما انه لا يراد نفي العدالة القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٢٩٩

عن كل فرد فرد من افراد العالم، بل المقصود بيان نفي العدالة عن عموم الافراد و بيان انها ليست ثابتة لكل فرد فرد.

و عليه، فالمراد فى قوله: «ما لا يدرك كله» عدم إدراك عموم الافراد أو الاجزاء بنحو سلب العموم. و هكذا المراد بقوله: «لا يترك كله» يراد به النهى عن الترك بنحو سلب العموم الراجع بحسب الظهور العرفى إلى النهى عن الجمع بين التروك، فلفظ: «لا» متعلق بالترك بنحو سلب العموم لا عموم السلب.

و مثل هذا الاستعمال كثير عرفا، و يراد به ما ذكرناه من انه إذا لم يدرك المكلف إتيان جميع الافراد و الاجزاء فلا يترك الجميع بنحو لا يأتى بأى فرد أصلا.

وقد عرفت ان أساس ذلك على توجه النفي إلى ترك الجميع، و نفي ترك الجميع يتحقق بالإتيان ببعض. فالتفت و لا تغفل «١». و كيف كان فقد عرفت دلالة النص على المدعى بحسب الظهور العرفي. و قد استشكل فيه صاحب الكفاية: بأنه لا ظهور له في حرمة الترك لعموم الموصول للمستحبات، و تخصيص الموصول بالواجبات ليس بأولى من حمل النهي على الكراهة أو مطلق الطلب «٢». و قد تعرض الشيخ رحمه الله إلى هذا الإشكال، و دفعه: بان الموصول في نفسه يشمل المباحات بل المحرمات، و انما خصصناه بالراجح بقريته قوله: «لا- يترك»، فإذا كان قوله: «لا يترك» قرينه على المراد بالموصول لزم حمل الموصول على خصوص الواجبات عملاً بظهور القرينة، و لا مجال لتخيل تقدم ظهور

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار - ٣ - ٤٥٧ - طبعه مؤسسة النشر الإسلامى.

(٢) الخراسانى المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٧٢ - طبعه مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٠

الموصول، إذ ظهور القرينة هو المحكم و المقدم عرفاً «١». و هذا الكلام للشيخ متين جداً. لكن الذى نستظهره من الرواية عموم الموصول للمستحبات، مع التحفظ على ظهور: «لا يترك» فى الوجوب. بيان ذلك: ان الإنسان قد يطلب منه شىء و تعرض حالة يتوهم فيها المأمور عدم لزوم العمل، فيقول له القائل لا تترك العمل فى هذه الحالة، أو لا يسوغ لك ترك العمل لأجل هذه الجهة، و مقصود القائل ليس إنشاء الأمر و الإلزام، بل قد لا يكون ممن شأنه الأمر و الإلزام، بل مقصوده الكناية عن بقاء الأمر السابق و عدم سقوطه فى هذه الحالة، و يتأتى هذا حتى فيما كان الأمر السابق هو الاستحباب لا الوجوب، فيقول له - مثلاً - ان التعب لا يسوغ لك ترك صلاة الليل، أو لا تترك صلاة الليل لأجل التعب، إذا تخيل المكلف سقوط استحبابها لأجل التعب. و من الواضح ان: «لا يسوغ» صحيح فى الإلزام. لكن قد عرفت ان هذا الالتزام لا يعدو مجرد اللفظ و ليس القصد إنشاء الإلزام حقيقة فى هذا الكلام، و انما القصد إلى بيان بقاء الأمر و عدم سقوطه. و ما نحن فيه من هذا القبيل، فان قوله: «لا يترك كله» و ان أنشئ به الإلزام لكن ليس المراد الأصلي به فى هذا الكلام هو الإلزام بعدم الترك كى يختص بالواجبات، بل يراد به بيان ان تعذر بعض الاجزاء لا يسوغ ترك المطلوب بالكلية و هو كناية عن بقاء الأمر الأول، فلا مانع من عمومه للمستحبات، فيكون مثل العلوى الأول الذى يعم الواجبات و المستحبات. و بالجملة: الأمر هاهنا لا يراد به إلا المدلول الكنائى و هو لازمه من بقاء الأمر الأول على ما كان و عدم سقوطه، فلا مانع من استعماله فى الوجوب و عموم

(١) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى فرائد الأصول - ٢٩٥ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠١

الموصول للمستحبات، فهو نظير الأمر الواقع عقيب الحظر أو توهمه، أو النهى الواقع عقيب الأمر أو توهمه، فى عدم إرادة المدلول المطابقى منهما، بل يراد الكناية عن ارتفاع التحريم فى الأول و ارتفاع الإيجاب فى الثانى. فتدبر. هذا تمام الكلام فى دلالة الروايات على المدعى، و قد عرفت تقريب دلالتها بأجمعها، فهى من حيث الدلالة لا كلام فيها. و أما من حيث السند، فهى ضعيفة السند، و لكن ادعى انجبارها بعمل المشهور.

أقول: لو ثبت شهرتها بين القدماء كشهرتها بين المتأخرين حتى قيل ان القاعدة مما يعرفها الأطفال و النسوان، كان ذلك موجبا لليقين بصحتها، و لو لم ين على انجبار الضعف بعمل المشهور كليه، إذ التسالم على هذه النصوص يزيد على الشهرة. و بما انه لم يثبت

ذلك لدينا، و هو محتاج إلى مزيد فحص، فالاحتياط في مواردنا مما لا بأس به.

يبقى التنبيه على أمرين:

التنبيه الأول: في عموم القاعدة لتعذر الشرط أو الركن

، و في اختصاصها بصورة القدرة على معظم الأجزاء.

و تحقيق الكلام في ذلك: ان الميسور تارة: يراد به الميسور من المراتب، بان يكون الشيء ذا مراتب متعددة فيقال ان الميسور من المرتبة لا- يسقط بالمعسور منها. و أخرى: يراد به الميسور من الاجزاء. و الفرق بين اللحاظين، انه يعتبر على الأول ان يكون الميسور مصداقا من مصاديق الطبيعة، و إلا لم يكن من مراتبها.

و ليس الأمر كذلك على الثاني، إذ جزء الشيء لا يلزم ان يكون مصداقا له و فردا من أفراده. ثم إنه ..

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٢

تارة: يلتزم بتقدير أمر في قوله: «الميسور لا يسقط بالمعسور»، فيلتزم ..

إما بإضافة الميسور إلى عنوان: «شيء»، فيكون المراد ميسور الشيء لا- يسقط بمعسوره، من باب إضافة الصفة إلى الموصوف مع وحدته، فكأنه قال:

«الصلاة الميسورة لا تسقط بالصلاة المعسورة» فيكون المراد بالميسور و المعسور شيئا واحدا.

و إما بتقدير: «من الشيء» بعد الميسور و المعسور، فيراد: الميسور من الشيء لا يسقط بالمعسور منه، على ان تكون: «من» تبعيضية، فيكون المراد من الميسور غير المراد بالمعسور، فيراد من الميسور اجزاء و من المعسور اجزاء أخرى، فلا- تسقط الاجزاء الميسورة بواسطة الاجزاء المعسورة من العمل الواحد.

و أخرى: لا يلتزم بالتقدير أصلا، بل يراد كل ما هو ميسور لا يسقط بسبب ما هو المعسور.

فالاتاحتمالات المتصورة ثلاثة:

و على الاحتمال الأول، يختص جريان القاعدة بما إذا كان الباقي المقدر مما ينطبق عليه عنوان العمل، إذ المفروض لحاظه مقسما ليسر و العسر، فتكون القاعدة مساوقة لبيان الميسور بلحاظ المراتب، فلا تشمل فاقد الركن إذا فرض تقوّم المسمى به، كما لا تشمل فاقد المعظم لعدم صدق الصلاة- مثلا- عليه. كما انها تشمل فاقد الشرط مع صدق المسمى عليه على إشكال يأتي دفعه.

و على الاحتمال الثاني، فيمكن ان يراد بها الميسور من الاجزاء و المراتب.

و عليه فتعم فاقد الركن أو المعظم و ان لم يصدق المسمى عليه، لأنه ميسور من اجزاء العمل، و ان لم يكن من مراتبه.

نعم لا يشمل فاقد الشرط إلا بتصور التبعض فيه عرفا، و كون فاقد الشرط و واجده من قبيل الأقل و الأكثر و البعض و الكل، و هو على تقديره انما

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٣

يتصور في بعض الشروط كما سننبه عليه.

و على الاحتمال الثالث، تشمل فاقد الركن و المعظم، إذ هو ميسور في نفسه كما تشمل فاقد الشرط أيضا، فانه ميسور في نفسه، فلا يسقط بواسطة المعسور و هو واجد الشرط، و لا يتوقف ذلك على تصور التبعض لعدم أخذه فيها.

نعم هنا شيء، و هو انه قد عرفت ان السقوط لا- يصدق الا- في مورد يكون للميسور مقتضى للثبوت فلا يثبت، فلا يصدق في مطلق

موارد عدم الثبوت. و من الواضح ان فاقد الشرط بما انه يباين واجد الشرط فلا يكون له مقتضى للثبوت، فلا يصدق سقوط الفاقد على عدم ثبوت الحكم له.

و الجواب عن هذا الإشكال: ان الشروط على قسمين ..

فمنها: ما يكون مقوما لذات المشروط، بحيث يكون الفاقد للشرط مباينا بالمرء لواجد الشرط، و المصداق الواضح لذلك ما كان مثل الناطقية للحيوان، فإذا تعذر الحيوان الناطق، كان الحيوان غير الناطق مغايرا لمتعلق الحكم عرفا.

و منها: ما لا يكون مقوما لذات المشروط عرفا، بل يرى انه من حالاته و زوائده و كمالاته، نظير الصلاة مع الاستقبال، فان الصلاة بدون الاستقبال لا تكون مغايرة عرفا للصلاة معه، بل يرى ان الصلاة بدون صلاة ناقصة و الصلاة معه صلاة و زيادة.

و الإشكال المزبور انما يتم في النحو الأول من الشروط لا النحو الثاني، إذ يقال: ان الصلاة المتعذر فيها الاستقبال، كان لها مقتضى للثبوت لو لا التعذر، و يشهد لذلك صدق السقوط عرفا في مثل ذلك بلا إشكال أصلا في الموارد العرفية كما لا يخفى على من لاحظها.

التنبيه الثاني

: قد عرفت ان موضوع الكلام في الأصل العملي ما إذا لم يكن الدليل الجزئية إطلاق و لم يكن للدليل المأمور به إطلاق، بل كان كلا الدليلين

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٤

مجملين.

و لا يخفى انه مع تمامية قاعدة الميسور لا مجال للأصل العملي المتقدم.

و هذا لا إشكال فيه.

انما الإشكال فيما إذا كان للدليل الجزئية إطلاق يقتضى ثبوتها في حالتها التمكن و التعذر، نظير قوله: «لا صلاة الا بفاتحة الكتاب»، فهل يتأتى في مثله الالتزام بقاعدة الميسور أو لا؟.

و منشأ الإشكال هو وجود التنافي بين دليل الجزئية و القاعدة، لأن مقتضى دليل الجزئية المطلقة هو سقوط الأمر عند التعذر، و مقتضى القاعدة ثبوت الأمر بالباقي عند التعذر.

و قد يتخيل حكومة القاعدة على دليل الجزئية. بيان: ان القاعدة ناظرة إلى دليل الجزئية و تفيد تقييدها بحال التمكن، فتكون حاكمة على أدلة الجزئية و مقدمه عليها. و لكن هذا ممنوع [١]، فان تفرع قاعدة الميسور على ثبوت الأمر بالمركب ذى الاجزاء مسلم لا يقبل الإنكار.

و هذا لا يلزم سوى انها متفرعة عن الدليل الدال على الأمر بالمركب في الجملة، فتفيد عدم سقوطه بتعذر بعض اجزائه، فهي حاكمة عليه.

لكن دليل الجزئية المطلقة- مثل لا صلاة إلا بطهور- أيضا حاكم على دليل الأمر بالصلاة، و يفيد سقوطه بتعذر الطهور، و لا حكومة لقاعدة الميسور عليه لعدم تعرضها بمدلولها إليه و عدم تفرعها عليه، بل هما متعارضان بلحاظ المدلول الالتزامى لكل منهما و منافاته للمدلول المطابقى للآخر، فدليل الجزئية يثبت الجزئية المطلقة و لازمه سقوط الأمر بالمركب عند تعذره. و قاعدة الميسور

[١] ذكر السيد الأستاذ دام ظلّه في مجلس البحث وجها آخر للمنع لكنه صار محلا للإشكال و الرد و البديل، و بعد المذاكرات المتعددة اختار هذا الوجه و ان لم يظهر منه العدول عن ذلك الوجه لكنه لا يبعد ذلك و لأجل ذلك لم نذكره هاهنا. (منه عفى

عنه).

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٥

تثبت عدم السقوط عند التعذر ولازمه الجزئية المقيدة. بل يمكن ان يقال: انهما متعارضان بلحاظ مدلولهما المطابقي في مثل: «لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب أو بطهور»، إذ المدلول المطابقي لهذا الدليل هو سقوط الأمر و عدم ثبوته بدون الفاتحة، و هو ينافي مدلول القاعدة رأساً.

و بالجملة: هما متعارضان بلا حكومة لأحدهما على الآخر لعدم تفرع أحدهما عن الآخر فلاحظ و لا تغفل.

ثم ان الشيخ رحمه الله بعد تمامية القاعدة تعرض إلى ذكر فرعين من فروع قاعدة الميسور «١»:

الفرع الأول: ما لو دار الأمر بين ترك الجزء و ترك الشرط، فهل يتعين ترك الشرط أو يتخير بينهما؟.

و الذي يظهر من الشيخ فرض المورد من موارد القاعدة و لزوم الإتيان بالباقي، و انما يدور الأمر بين ترك الجزء أو ترك الشرط.

و لكن يخطر في الذهن إشكال في ذلك سواء في ذلك دوران الأمر بين ترك الجزء أو الشرط، أو دورانه بين ترك أحد جزءين.

و ذلك، لأن كل جزء جزء مقدور في نفسه فلا يقال انه معسور، و ما هو المعسور- و هو الجمع بينهما- ليس متعلق الحكم الشرعي، و

ظاهر النص إرادة المعسور مما كان متعلقاً للحكم الشرعي، فرواية: «الميسور لا يسقط بالمعسور» لا تشمل هذا المورد، و مثلها رواية:

«إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»، لأن كلا من الجزئين في حد نفسه متعلق الاستطاعة.

نعم، رواية: «ما لا يدرك كله» تشمل هذا الفرض.

و كيف كان، فمع الغض عن هذا الإشكال الصناعي، فيرد على الشيخ

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٢٩٦- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٦

رحمه الله:

أولاً: ان المورد ليس من موارد التزاحم كي تلاحظ فيه الأهمية، بل من موارد التعارض لما تقدم من ان موارد تراحم الواجبات الضمنية خارجة عن أحكام التزاحم، بل هي من موارد التعارض. فراجع.

و ثانياً: انه لو فرض ان المورد من موارد التزاحم، فالالتزام بتقديم الجزء على الشرط بقول مطلق ليس كما ينبغي، إذ قد يكون من الشروط ما هو أهم بنظر الشارع و العرف من بعض الاجزاء، فالكليّة ممنوعة.

و اما ما ذكره من التعليل العرفي من ان فوات الوصف أولى من فوات الموصوف، فهو أجنبي عما نحن فيه، لأنه يرتبط بما إذا دار الأمر

بين الشرط و المركب بتمامه، و العمل العرفي غالباً على تقديم ترك الشرط لأنه مفقود على كل حال، و ذلك نظير دوران الأمر بين

تحصيل دار مبنية بالإسمنت لا الطابوق و بين عدم الدار بالمرّة، فان البناء العرفي على القناعة بفقد الشرط، و ما نحن فيه دوران الأمر

بين ترك الشرط و ترك الجزء، نظير ما لو دار الأمر بين دار من الإسمنت ذات ست غرف و دار من الطابوق ذات خمس غرف. و لم

يثبت من العرف تقديم الأولى على الثانية. فانتبه.

الفرع الثاني: ما لو كان لكل بدل اضطراري كالتيميم في باب الوضوء، فهل يقدم على العمل الناقص، أو يقدم الناقص عليه؟.

ذكر الشيخ في وجه الأول: ان مقتضى البدلية كونه بدلا عن التام في جميع آثاره، فيقدم على الناقص كما يقدم التام عليه.

و ذكر في وجه الثاني: ان البديل انما يجب عند تعذر التام، و الناقص بمقتضى قاعدة الميسور تام لانتفاء جزئية المفقود فيقدم على

البديل.

أقول: في كلا الوجهين ما لا يخفى، فان دليل التيمم ليس فيه لعنوان البدلية عين و لا أثر كي يتمسك بإطلاقه بلحاظه في ترتيب جميع

الآثار. كما ان

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٠٧

قاعدة الميسور لا تفيد ان الميسور تام كالواجد، بل غاية ما تفيد تعلق الأمر به لا غير.

فالتحقيق ان يقال: ان دليل التيمم ..

تارة: يكون مفاده تشريع التيمم عند تعذر المرتبة العليا التامة للوضوء.

و أخرى: يكون مفاده تشريع التيمم عند تعذر الوضوء بجميع مراتبه المأمور بها. و بعبارة أخرى: يفيد مشروعية التيمم عند تعذر

الوضوء المشروع، و ما هو الوظيفة الفعلية للمكلف لو لا التعذر.

فعلى الثانى: تكون قاعدة الميسور حاكمة على دليل التيمم، لأنها تتكفل تشريع الوضوء و توظيف المكلف به فعلا، فيرتفع موضوع

مشروعية التيمم.

و على الأول: يتصادم دليل التيمم مع قاعدة الميسور، إذ دليل التيمم يثبت مشروعية التيمم عند تعذر الوضوء التام، و قاعدة الميسور

تثبت مشروعية الوضوء الناقص، و بما انه يعلم بعدم مشروعية الجمع بينهما، إذ الطهارة إذا حصلت بأحدهما لا مجال لتحصيلها بالآخر

يتحقق التصادم.

و علاج التعارض هو الالتزام بالتخير، و ذلك لأن منشأ التصادم هو ظهور إطلاق الدليلين فى مشروعية كل منهما بنحو التعيين، و

مقتضى تعارض الإطلاقين هو تساقطهما، فيرتفع اليد عن ظهور كل من الدليلين فى التعيين، و ينحفظ على ظهور كل منهما فى أصل

المشروعية و الوجوب. و نتيجة ذلك هو التخير بينهما.

فتدبر. هذا تمام الكلام فى قاعدة الميسور بشئونها.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨١

«قاعدة نفي الضرر»

إشارة

لا يخفى انه لا أهمية للبحث عن كون هذه القاعدة أصولية أو فقهية، فانه ليس بنى جدوى.

و إنما المهم تحقيق الحال فى ثبوت القاعدة و حدودها و قيودها. و لا بد من سرد

الاخبار التى تكفلت نفي الضرر بنحو العموم

إشارة

، ثم البحث عن الاستفادة من متونها.

و هى متعددة ..

فمنها: رواية عبد الله بن بكير عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «ان سمرة بن جندب كان له عذق فى حائط لرجل من

الأنصار، و كان منزل الأنصارى بباب البستان، فكان يمر إلى نخلته و لا يستأذن، فكلمه الأنصارى ان يستأذن إذا جاء فأبى سمرة فلما

تأبى جاء الأنصارى إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم فشكا إليه و خبره الخبر. فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه و آله و

سلم و خبره بقول الأنصارى و ما شكا، و قال: إذا أردت الدخول فاستأذن. فأبى. فلما أبى ساومه حتى بلغ به من الثمن ما شاء الله، فأبى

ان يبيع.

فقال: لك بها عذق يمد لك في الجنة. فأبى ان يقبل. فقال رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم للأَنْصَارِي: اذهب فاقْلَعْهَا وارم بها إليه فانه لا ضرر ولا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٢

ضرار» (١).

ومنها: رواية عبد الله بن مسكان عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام نحو ما تقدم، إلا انه قال: «فقال له رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: انك رجل مضار ولا ضرر ولا ضرار على مؤمن. ثم قال: ثم أمر بها فقلعت ورمى بها إليه. فقال له رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: انطلق فاغرسها حيث شئت» (٢).

ومنها: رواية أبي عبيدة الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام نحو ما تقدم، ولكن في آخرها قال صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «ما أراكم يا سمره الا رجلا مضارا، اذهب يا فلان فاقْلَعْهَا- فاقطعها- واضرب بها وجهه» (٣).

ومنها: رواية عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم بين أهل المدينة في مشارب النخل انه لا يمنع نفع الشيء، وقضى بين أهل البادية أنه لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كلاً، فقال: لا ضرر ولا ضرار» (٤).

وفي الكافي، بدل قوله: «فقال» قوله: «وقال لا ضرر...».

ومنها: رواية عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمسكن وقال: لا ضرر ولا ضرار. وقال: إذا أُرْفَت الأُرف وحدث الحدود فلا شفعة» (٥).

(١) الكافي ٥- ٢٩٢، حديث: ٢.

التهذيب ٧- ١٤٦، حديث: ٣٦. من لا يحضره الفقيه ٣- ٢٣٣، حديث: ٣٨٥٩.

(٢) الكافي ٥- ٢٩٤، حديث: ٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣- ١٠٣، حديث: ٣٤٢٣.

(٤) الكافي ٥- ٢٦٣، حديث: ٦.

(٥) الكافي ٥- ٢٨٠، حديث: ٤.

التهذيب ٧- ١٦٤، حديث: ٤. من لا يحضره الفقيه ٣- ٧٦، حديث: ٣٣٦٨.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٣

ومنها: رواية الصدوق في الفقيه في مقام بيان ان المسلم يرث من الكافر ولا يرث من المسلم قال: «وان الله عز وجل انما حرّم على الكفار الميراث عقوبة لهم لكفرهم، كما حرّم على القاتل عقوبة لقتله، فاما المسلم فلا يجرم وعقوبة يحرم الميراث؟! وكيف صار الإسلام يزيد شراً؟! مع قول النبي (صَلَّى الله عليه وآله وسلم): الإسلام يزيد ولا ينقص، ومع قوله عليه السلام: لا ضرر ولا إضرار في الإسلام. فالإسلام يزيد المسلم خيراً ولا يزيد شراً» (١). ومع قوله عليه السلام: الإسلام يعلو ولا يعلى عليه...» (٢).

ومنها: ما حكى عن المستدرک عن دعائم الإسلام عن أبي عبد الله (عليه السلام): «انه سئل عن جدار الرجل وهو ستره بينه وبين جاره سقط عنه فامتنع من بنائه، قال: ليس يجبر على ذلك إلا ان يكون وجب ذلك لصاحب الدار الأخرى بحق أو بشرط في أصل الملك، ولكن يقال لصاحب المنزل اشتر على نفسك في حقك إن شئت. قيل له: فإن كان الجدار لم يسقط ولكنه هدمه أو أراد هدمه إضراراً بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه؟ قال: لا يترك، وذلك ان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم قال: لا ضرر ولا ضرار، وان هدمه كلف أن يبنيه» (٣).

وهذه جملة من النصوص الواردة في هذا المقام.

و يقع الكلام فيها تارة من ناحية السند و أخرى من ناحية المتن.

أما ناحية السند: فالظاهر انه لا يحتاج إلى إتيان النفس لأن السند في بعض ما تقدم و إن لم يكن تاما، لكن يحصل من المجموع مما رواه الخاصة و العامة الوثوق بصدور هذا المضمون من الرسول صلى الله عليه و آله و سلم.

(١) من لا يحضره الفقيه ٤-٣٣٤، حديث: ٥٧١٨.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤-٣٣٤، حديث: ٥٧١٩.

(٣) دعائم الإسلام ٢-٥٠٤، حديث: ١٨٠٥.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٤

و اما ناحية المتن فالكلام فيها من جهات عديدة:

الجهة الأولى

ان كثيرا من النصوص المتقدمة المروية بطرقنا و مثلها المروى بطرق العامة ورد فيها قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا ضرر و لا ضرار» من دون تقييد بكلمة: «في الإسلام» و إنما ورد التقييد بذلك في رواية الصدوق خاصة، و نقل أيضا عن نهاية ابن الأثير من كتب العامة «١».

فيقع الكلام في انه هل يمكن البناء على ورود هذا القيد أم لا؟.

و لا يخفى ان للبناء على ثبوته و عدمه أثرا عمليا في ما يستفاد من الهيئة التركيبية لنفي الضرر.

فقد جعله الشيخ من القرائن على ما استفاده من تكفل الرواية نفي الحكم المستلزم للضرر من باب نفي السبب بلسان نفي المسبب، و من مبعديات احتمال إرادة النهي عن الضرر من نفي الضرر «٢».

و كيف كان، فالحق انه لا يمكننا البناء على ثبوت هذا القيد و صدوره من الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم.

و لا يخفى أن محور الكلام هو رواية الصدوق دون مرسله ابن الأثير في النهاية، إذ لا يحتمل ان يستند إلى رواية النهاية في البناء على صدور هذا القيد، بعد ان كانت مرسله لعامي.

و الذي نستند إليه في التوقف عن العمل برواية الصدوق (رحمه الله) هو وجهان:

الوجه الأول: الوثوق أو قوة احتمال كون كلمة: «في الإسلام» زيادة من الصدوق لا قولاً للنبي صلى الله عليه و آله.

(١) ابن الأثير. النهاية ٣-٨١- الطبعة الأولى.

(٢) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٣١٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٥

و الوجه الثاني: عدم تمامية السند.

أما الوجه الأول: فلنا عليه قرائن و مؤيدات:

أولاً: ان النقل ..

تارة يكون باللفظ مع قطع النظر عن معناه، بل قد لا يفهم الناقل معنى اللفظ و انما ينقله بنصه لغرض هناك.

و أخرى: يكون بالمضمون و المعنى فلا يلحظ فيه نقل النص اللفظي للمنقول عنه، بل نقل ما يفهمه الناقل من كلام المنقول عنه. و من الواضح ان الصدوق (رحمه الله) في روايته ليس في مقام النص اللفظي لكلام النبي صلى الله عليه و آله و سلم، بل في مقام حكاية المضمون و المعنى، لأنه في مقام الاستدلال على إرث المسلم من الكافر، و هو يرتبط بمفاد قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم لا بنفس اللفظ.

و إذا اتضحت هذه الجهة نضم إليها جهة أخرى، و هي: ان صاحب القانون و التشريع إذا شرع حكماً بإنشاء معين صح ان ينقل عنه تشريع ذلك الحكم في القانون و لو لم يكن لفظ - في القانون - وارداً عند تشريعه.

فيصح ان يقال: ان الله حرم الغيبة في الإسلام مع ان إنشاء تحريم الغيبة لم يكن مشتملاً على كلمة: «في الإسلام».

كما يصح ان يقال: ان الحكومة شرعت السجن في العراق، و لو لم يكن الإنشاء مشتملاً على كلمة: «في العراق».

و يصح أن يقال: ان زيادا يقول لا أرضى باللعب في بيتي، و الحال انه لم ينه الا عن اللعب بلا ان يقول: «في بيتي»، و لكن كان ظاهر حاله باعتبار سلطنته على بيته كون تحريمه بلحاظ بيته.

و لا يعد مثل هذا خيانه في النقل، بل هو أمر يجرى عليه الكل بعد ان كان النقل بالمعنى لا بنص اللفظ. و الناقل للمعنى لا يتقيد بخصوص اللفظ

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٦

و حدوده، بل له ان ينقل المعنى بما يستفيده من ملاحظة الحال.

و بما أن الشارع بما هو شارع انما ينفي الضرر بلحاظ تشريعه و دينه، فنسبته نفي الضرر في الإسلام إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما تتلاءم مع نطقه بها كذلك تتلاءم مع عدم نطقه بها بملاحظة حاله و شأنه.

فبملاحظة هاتين الجهتين لا يثبت ظهور لنقل الصدوق (رحمه الله) في انه يريد بيان ان كلمة: «في الإسلام» جزء قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم، بل يمكن ان يكون نقلاً بحسب ملاحظته ظاهر حال الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و شأنه.

و ثانياً: ان ارتكاز الأشباه و النظائر قد يوقع في الغفلة، و بما ان لهذه الجملة أشباها كثيرة مثل «لا رهبانية في الإسلام»، و «لا مناجشة في الإسلام»، و «لا أخصاء في الإسلام»، فقد يكون ذلك منشئاً لاشتباه الصدوق (رحمه الله) في رواية: «لا ضرر» لأنها شبيهة بتلك النصوص.

و أصالة عدم الغفلة لا يبنى عليها إذا كان احتمال الغفلة معتداً به عرفاً كما في المورد، فيكون نظير مورد معلومية كثرة الغفلة من الناقل، فانه لا يبنى على أصالة عدم الغفلة في نقله.

و ثالثاً: ان كلمة: «في الإسلام» لو كانت جزء من كلام الرسول صلى الله عليه و آله و سلم، فلا يصح إلا بتقدير، إذ الظرفية لا تصح بلحاظ نفس الضرر إذ لا معنى له كما لا يخفى. كما لا تصح بلحاظ نفي الضرر، لأن النفي هاهنا مفاد الحرف و هو لا يصلح لأن يكون طرفاً للربط، فلا بد من تقدير. بخلاف ما لو كانت راجعة إلى كلام الصدوق، بحيث يكون: «في الإسلام» مرتبطاً ب: «قوله» فيكون المراد: «و قوله في الإسلام لا ضرر...» و يراد من القول التشريع و الجعل.

و رابعاً: ان الظاهر ان هذه الجملة - أعني: «لا ضرر و لا ضرار» - غير مستقلة بالبيان، بل هي من ذيول قصة سمره أو غيرها، و لا ظهور لكلام الصدوق في انها

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٧

واردة ابتداءً، لأنه ليس في مقام نقل الرواية، بل في مقام الاستدلال بهذه الفقرة فلا ينافي كونها من ذيول واقعة معينة كواقعة سمره.

و لا يخفى ان رواية سمره بجميع صورها لم ترو بهذا النحو - أعني:

بإضافة قيد: «في الإسلام» -، و هكذا غير رواية سمره المذيلة بنفي الضرر.

و عليه، فيدور الأمر بين احتمال النقص فيها و احتمال الزيادة في رواية الصدوق. و الثابت في محله و ان كان تقديم أصالة عدم الزيادة مع التعارض، لقوة احتمال الغفلة الموجبة للنقص من الغفلة الموجبة للزيادة. إلا ان تظافر النقل مع النقيضة، مع قوة احتمال الزيادة بملاحظة الوجوه الثلاثة المتقدمة يبعد جريان أصالة عدم الزيادة. و الحاصل: انه بملاحظة هذه الوجوه لا يبقى مجال للبناء على ثبوت هذا القيد في كلام الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و عدم كونه من كلام الصدوق، لعدم الاطمئنان بذلك و عدم ما يصح البناء عليه تعبدا. و أما الوجه الثاني: فان رواية الصدوق (رحمه الله) و ان لم تكن مرسله كأن يقول: «روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم...»، لأنه أسند القول إلى الرسول صلى الله عليه و آله و سلم بصورة باتة جزمية، و هكذا يكشف عن بنائه على صدور هذا الكلام من النبي صلى الله عليه و آله. إلا ان هذا لا ينفع في صحة البناء على حكايته، و ذلك لأنه لم يظهر من حكايته انه قد اعتمد على رواية تامة السند كي يكون ذلك منه شهادة على صحة السند، إذ يمكن ان تكون الرواية الواصلة إليه غير تامة السند لكنه اطمئن بصورها اعتمادا على قرائن قد لا توجب الوثوق لنا لو عثرنا عليها. فلا يمكن الاعتماد على حكايته. فالتفت.

الجهة الثانية

: في إمكان البناء على ثبوت قيد: «على مؤمن» بعد قوله:

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٨

«لا ضرر و لا ضرار» و عدم إمكانه.

و لا يخفى عليك ان جميع الروايات التي نقلناها خالية عن هذا القيد ما عدا رواية ابن مسكان عن زرارة الواردة في قصة سمرة بن جندب.

و لكنها لا تصلح للاستناد إليها، فانها مضافا إلى ورود الوجه الرابع الذي ذكرناه بالنسبة إلى رواية الصدوق المتكفلة لإضافة قيد: «في الإسلام» ضعيفة السند، لأن بعض أفراد سلسلة السند مجهول للتعبير عنه ب: «بعض أصحابنا»، فلا تكون حجة. و من الغريب ان الشيخ (رحمه الله) في الرسائل ذكر هذه الرواية و جعلها من أصح ما في الباب سندا «١». فانتبه.

و الذي يتحصل لدينا من مجموع ما تقدم: ان الشيء الثابت من النصوص هو خصوص جملة: «لا ضرر و لا ضرار» بلا زيادة كلمة: «في الإسلام» أو: «على مؤمن».

الجهة الثالثة

: في ان جملة: «لا ضرر و لا ضرار» هل وردت مستقلة كما وردت جزء، أو انها لم ترد إلا جزء كلام آخر؟.

و الحق: انه لا يمكن الالتزام بورودها مستقلة لوجهين:

الأول: انه لا طريق إلى إثبات ذلك لا من طرق العامة و لا من طرق الخاصة.

أما العامة، فانهم و إن أوردوها في أحاديثهم مستقلة فقط، فلم يرووا سوى هذه الجملة فقط، لكننا نعلم بأنهم حذفوا مواردنا للقطع بورودها في بعض الموارد الخاصة، و منها واقعة سمرة بملاحظة نصوصنا، فانه يكشف عن إغفالهم لمواردنا سهوا أو عمدا.

و عليه، فلا يمكن ان يعتمد على نقلها مستقلة في إثبات انها وردت كذلك.

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٣١٤ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٨٩

نعم، لو رويت بطرقهم بنحوين مستقلة و غير مستقلة، لأمكن دعوى ظهور ذلك فى الاستقلال.
و أما الخاصة، فلم ترد فى الروايات مستقلة إلا فى رواية الصدوق و رواية دعائم الإسلام المتقدمتين.
و لكن لا ظهور لرواية الدعائم فى كونها مستقلة الورود، لأنه ليس فى مقام الحكاية ابتداء، بل فى مقام الاستدلال على الحكم الذى بينه، فمن الممكن ان يكون نظره عليه السلام إلى ورود هذه الفقرة فى رواية سمره مثلاً، فذكرها شاهداً.
و أما رواية الصدوق (رحمه الله)، فقد عرفت انه فى مقام الاستدلال على فتواه، فلا ظهور لحكايته فى ورودها مستقلة كما لا يخفى.
الثانى: انه لا يظهر لهذه الجملة بنفسها و ابتداء معنى محصل من دون سابق و لاحق كما لا يخفى على العارف بأساليب الكلام. نعم لو كانت ملحقة بقيد: «فى الإسلام» أو: «على مؤمن» لكانت ذات معنى، إلا انك عرفت عدم ثبوت أحد هذين القيدين. فتدبر.

الجهة الرابعة

: فى تطبيق قاعدة: «لا ضرر و لا ضرار» فى مورد الحكم بالشفعة و مورد النهى عن المنع عن فضل الماء ليمنع فضل كلاً، فى روايتى عقبه بن خالد.

فقد وقع البحث فيه من ناحيتين:

الناحية الأولى: فى صحة تطبيق نفي الضرر و الضرار فى هذين الموردين.

و عمدة الإشكال فى صحة ذلك فى مورد الحكم بالشفعة وجهان:

أحدهما: عدم تحقق الضرر فعلاً فى بيع حصه الشريك لغير شريكه. نعم قد يتحقق الضرر فى المستقبل، كما إذا كان الشريك الجديد ساء الخلق و غير ذلك، فالبيع يكون مقدمة إعدادية للضرر التى قد يترتب عليها الضرر، و قد لا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٠

يترتب و فى مثله لا- يصدق الضرر فعلاً كى يصح نفيه بالقاعدة، فهل يقال لبيع السكين أو إمضائه انه ضررى لأنه مقدمة إعدادية للإضرار بالغير بالجرح؟!.

و الآخر: ان نفي الضرر لا- يتكفل على تقدير انطباقه سوى نفي اللزوم و إثبات الجواز الحكمى من دون أن يثبت حقاً للشريك على حد سائر الحقوق، مع ان الثابت فى مورد الشفعة هو الجواز الحقى، فان الشفعة تعد من الحقوق.

و اما الإشكال فى صحة تطبيق نفي الضرر على مورد منع فضل الماء، فهو وجهان أيضاً:

أحدهما: ان منع المالك فضل مائه عن الغير لا يعدّ إضراراً به، بل هو عدم إيصال للنفع إليه، فلا ربط له بنفي الضرر.

و الآخر: ان الملتزم به فى هذا المورد هو كراهة المنع لا حرمة.

و من الواضح ان مقتضى نفي الضرر هاهنا هو حرمة منع الماء، إذ الضرر- على تقديره- انما يترتب على الجواز بالمعنى الأعم لا خصوص الإباحة.

و لو ادعى ان مفاد نفي الضرر تحريم الضرر. فالإشكال من هذه الجهة أوضح.

و بالجملة: هذان الموردان لا- يصلحان لتطبيق نفي الضرر فيهما بأى معنى فرض له من المعانى التى سيأتى البحث فيها إن شاء الله تعالى.

و من هنا التجأ البعض إلى دعوى: ان ذكر لا ضرر في كلتا الروايتين من باب الجمع في الرواية لا في المروي «١». كما التجأ المحقق النائيني إلى حمل تطبيق نفى الضرر في المورد من باب الحكمة لا العلة «٢».

(١) الواظ الحسینی محمد سرور، مصباح الأصول ١- ٥٢١- الطبعة الأولى.

(٢) الخوانساری الشیخ موسی. قاعدة لا ضرر- ١٩٥- المطبوعه ضمن غیة الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩١

و التحقیق: إنا لا نرى إشكالا في صحة تطبيق نفى الضرر في هذين الموردین بنحو العلیة، فلا تصل النوبة إلى ما أشرنا إليه بیان ذلك: أما في مورد الشفعة ..

فالوجه الأول من الإشكال یندفع: بان بیع الحصه من شخص آخر یكون معرضا لترتب الضرر علی مشارکته للشریک الأول، للجهل بحاله و خصوصياته و ما یترتب علی اشتراكه فی الملك و التصرف. مثل هذا البیع یوجب نقصا فی مالیه حصه الشریک الأول بلا إشكال، و هو ضرر واضح. فالضرر مترتب مباشرة علی البیع بملاحظه ان المعرضیه للابتلاء بشخص آخر مجهول الحال ینتزم نقص المالیة و هو ضرر فعلی، و لیس بملاحظه ترتب الضرر الخارجی، کی یقال ان نسبة البیع إلیه نسبة المعدل لا السبب.

فالإشكال نشأ من ملاحظه الضرر الصادر من الشریک نفسه، و الغفلة عن الضرر الحاصل من الشریکة نفسها، فانتبه. و هذا بیان و ان تأتي نظیره فی موارد القسمة بلحاظ ان جوار مجهول الحال أيضا یوجب نقص المالیة، لكن بعد قیام الدلیل الخاص علی عدم الشفعة فیها، و لو بملاحظه اختلاف مرتبة الضرر فیها عن مرتبته فی مورد الشریکة، لتوقف تصرف الشریک الأول علی إذن الشریک الجدید، بخلاف مورد القسمة.

لا یبقى مجال لدعوى تأتي نفی الضرر فی موارد القسمة.

و أما الوجه الثانی، یندفع: بان ثبوت الحق فی مورد الشفعة لیس بدلیل نفی الضرر، بل هو بواسطة دلیل منفصل بملاك آخر و دلیل نفی الضرر لم یتكفل سوى إثبات الجواز، و لا ینافی ان یقوم دلیل آخر علی ثبوت الحق. و لا دلیل علی ان السائل استظهر من كلام الإمام علیه السلام ثبوت الحق بلا ضرر.

و بالجملة: لا ظهور للتعلیل فی كونه تعلیلا للحق، بل هو تعلیل للجواز

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٢

و كونه حقا ثابتا بملاك آخر و بدلیل آخر.

و أما فی مورد منع فضل الماء ..

فالوجه الأول من الإشكال یندفع: بان الروایة واردة فی مورد یكون للشخص ماء و یكون فی جنبه كلاً للرعی، فإذا رعت أغنام الغیر فی الكلاء عطشت فاحتاجت إلى الماء، فإذا منع المالك ماءه عنها كان ذلك سببا لعدم رعیها فی الكلام لأنها تموت عطشا، فیضطر مالك الغنم إلى ترك هذا المرعى إلى مرعى آخر.

و هذا أوجه ما قیل فی معنی الروایة.

و علیه، فمنع الماء یكون سببا لمنع الانتفاع بالمرعى، فیکون سببا للضرر، لأن عدم النفع و ان لم یعدّ ضررا بقول مطلق، لكنه فی مورد قیام المقتضى للانتفاع یكون المنع عنه معدودا عرفا من الإضرار. إذن فمورد الروایة هو ما یكون المنع من فضل الماء موجبا للضرر. فیصح تطبيق نفی الضرر علیه.

و أما الوجه الثانی، یندفع: بأنه لا مانع من الالتزام بالتحريم كما نسب إلى جمع من المحققین، و لیس فیه مخالفة لضرورة فقهية.

و الذى یتحصل انه لا إشكال فی تطبيق لا ضرر فی كلا الموردین. و لو لا ما ذكرناه لأشکل الأمر علی ما سلكه المحقق النائینی فی

الالتزام بان الملحوظ في تطبيق نفى الضرر هو بيان الحكمة لا العلة، فان مقتضاه التوقف في ظهور نفى الضرر في رواية سمره في العلية، إذ لا محذور في أخذ الضرر بنحو الحكمة في مورد و بنحو العلة في مورد آخر. لكن بعد وحدة التعبير في جميع النصوص يبعد ان يختلف المراد منه، بل الظاهر ان المراد به واحد، بان يكون علة في الجميع، أو حكمة في الجميع. فتدبر.

الناحية الثانية: في ان حكاية قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» في روايتي عقبه المزبورتين في موردى الشفعة و منع فضل الماء، هل هو

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٣

من باب الجمع في الرواية، بمعنى انه صدر في غير هذين الموردين و منفصلا عن قضائه فيهما، و لكن جمع الراوى بين روايته و رواية قضائه في موردى الشفعة و منع فضل الماء؟، أو انه من الجمع في المروى، بمعنى انه جزء من قضائه في مورد الشفعة و من قضائه في مورد منع فضل الماء؟. و لا يخفى ان البحث في الناحية الأولى متفرع على الثانى، و لا مجال له على الأول الذى قد أصر عليه المحقق شيخ الشريعة الأصفهاني (رحمه الله) في رسالته الصغيرة، بتقريب: ان عبادة بن الصامت نقل أفضية النبي صلى الله عليه وآله وسلم و هي كثيرة، و نقل من جملتها نفى الضرر و الضرار، و الشفعة، و النهى عن منع فضل الماء ليمنع فضل كلاً. و نقله ظاهر في انفصال قضائه صلى الله عليه وآله وسلم بنفى الضرر عن قضائه بالشفعة و عدم منع فضل الماء.

و بملاحظة التشابه بين نقل عبادة و نقل عقبه بعض تلك الأفضية- و منها ما نحن فيه- في الألفاظ، بل ربما تكون بلفظ واحد، يحصل الاطمئنان بان ما يروم نقله عقبه هو ما يروم نقله عبادة، و انهما يتقلان وقائع واحدة، و بملاحظة وثاقه عبادة و تثبته في النقل يحصل الاطمئنان بان عقبه في اختلافه مع عبادة في تذييله قضائه صلى الله عليه وآله وسلم في موردى الشفعة و منع فضل الماء كان قد جمع بين الرواية لا المروى «١».

و لكن ما أفاده (قدس سره) لا يمكن الالتزام به، فان ظهور رواية عقبه في كلا الموردين في كون قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» جزء من قضائه بالشفعة أو بعدم منع فضل الماء، و انه صلى الله عليه وآله وسلم في مقام تعليل قضائه بهما بنفى الضرر و الضرار، ببيان كبرى كلية مما لا يكاد ينكر و لا يخفى، خصوصاً روايته الواردة في الشفعة، لتعقيبه نقل لا ضرر ببيان حكم

(١) الأصفهاني العلامة شيخ الشريعة، قاعدة لا ضرر - ٢٠ - طبعه مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٤

ما إذا وقعت القسمة و انه لا شفعة بعدها. فان ذلك ظاهر غاية الظهور انه لم ينتقل في حكايته قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» إلى بيان قضاء آخر صدر منه صلى الله عليه وآله وسلم في واقعة أخرى، بل هو في مقام بيان ما صدر من الأحكام في مورد بيع الشريك.

و بالجملة: رواية عقبه بمقتضى ظهورها تأبى عن حملها على الجمع في الرواية.

و مجرد رواية عبادة قضاؤه صلى الله عليه وآله وسلم في هذين الموردين بلا تذييل بنفى الضرر و الضرار، لا يصلح ان يكون قرينه على رفع اليد عن هذا الظهور بل الصراحة.

مع ان وثاقه عبادة لا تدعو إلى ذلك، بعد ان كانت سلسلة السند إليه ليست بتلك المرتبة من الوثاقه.

مضافاً إلى العلم بان عبادة لم يكن بصدد نقل موارد ورود نفى الضرر، بل بصدد نقل الكبرى الكلية لا غير بقطعها عن موردها، إذ من الواضح ورود نفى الضرر في واقعة سمره و لم ينقلها عبادة أصلاً. فلا يكون نقله: «لا ضرر ولا ضرار» منفصلاً عن القضاء بالشفعة دليلاً على عدم وروده في ذلك المورد.

خصوصاً بملاحظة ما تقدم منا في الجهة الثالثة من عدم تصور معنى محصل لهذه الجملة إذا وردت مستقلاً. فراجع.

و لعل منشأ الالتزام بان المورد من موارد الجمع في الرواية هو الإشكال الذي عرفته من الناحية الأولى - كما صرح به بعض - . لكن عرفت اندفاعه بحذافيره فلا مقتضى للتكلف، والله سبحانه العالم.

الجهة الخامسة

: في معنى مفردات هذه الفقرة، أعنى: «لا ضرر و لا ضرار».

أما لفظ: «الضرر»، فلا شبهة في انه يصدق على مطلق النقص في المال و العرض و البدن.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٥

و هل يصدق على عدم النفع؟ لا شبهة في عدم صدقه على عدم النفع إذا لم يكن في معرض الوصول بتمامية مقتضية.

إنما الإشكال في صدقه على عدم النفع إذا كان في معرض الوصول، كما لو كان مقتضى النفع و شرطه تاما فممنوع من تحققه.

و لا يخفى ان هذا النحو يتصور على نحوين:

أحدهما: ان يكون النفع في معرض الوصول إلى هذا الشخص كزيد - مثلا -، و لكن لا بخصوصيته و بما أنه زيد، بل بما انه فرد من افراد العنوان الكلي المنطبق عليه الذي يصل إليه النفع عادة. غاية الأمر ان العنوان انحصر فرده بزيد. مثلا، إذا كان في بلد النحف خبازا واحدا، فعند حلول موسم الزيارة يكون مقدار بيعه للخبز كثيرا جدا، و لكن شراء الزوار منه لا - لخصوصيته بل بما انه خباز، و انما يقصدون الشراء منه خاصة لانحصار الكلي به. و الأمثلة على ذلك كثيرة.

و الآخر: ان يكون النفع في معرض الوصول للشخص الخاص بخصوصيته.

كما إذا كان الناس يشاؤون زيدا و يتركون غيره من مماثليه من جهة حسن خلقه و مساهلته في باب المعاملة.

و لا - يخفى ان العرف يطلق لفظ الضرر على عدم النفع في كلا - هذين الموردين. ففي المثال الأول لو فتح شخص آخر دكانا لبيع الخبز، و انه قد ضرني، كما يقال في الفارسية: «ضرر به من زده».

و هكذا في المثال الثاني لو صرف شخص آخر الناس عن زيد إليه بأفضل من أخلاق زيد، يقول زيد انه تضرر بذلك و ان فلانا ضرره. و بالجملة: صدق الضرر عرفا في هذه الموارد لا ينبغي الإشكال فيه. إلا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٦

ان الالتزام بانطباق قاعدة نفي الضرر في الأول - بأى معنى من المعانى المفروضة لها من النهى أو نفي الحكم أو غيرهما - مما لا يقول به أحد، و يستلزم تأسيس فقه جديد.

فهل يلتزم أحد بحرمة فتح الآخر دكانا يوجب تقليل الشراء من الأول؟ فهو و ان كان ضررا موضوعا، لكن ليس له حكمه الذي نبحت عنه في قاعدة نفي الضرر. و أما الثاني: فهو مما لا يمكن الالتزام بانطباق القاعدة المبحوث عنها عليه بقول مطلق و ان أمكن الالتزام به في بعض الموارد، إذ لا أظن ان أحدا يلتزم بحرمة فتح دكان في قبال زيد و صرف الناس عن زيد و وجوههم إليه، أو بحرمة صرف المشتري من زيد لخصوصيته إلى عمرو.

نعم، في مثل ما لو كان ماء جار كان بمقتضى طبع جريانه يمرّ بدار زيد، يمكن الالتزام بحرمة تحويل مجراه عن دار زيد.

و مما ذكرناه في تحقيق معنى الضرر يظهر ان تقابله مع النفس ليس بتقابل التضاد لصدقه على عدم النفع. و ليس بتقابل العدم و الملكة لصدقه على النقص و هو أمر وجودي، بل هو أعم من النقص المضاد للنفع و من عدم النفع في المورد الذي فيه اقتضاء للنفع المقابل للنفع بتقابل العدم و الملكة.

و كيف كان فهذا ليس بمهم فيما نحن بصدده، و انما المهم تحقيق معنى الضرر و تحديده و انه خصوص النقص أو أعم من عدم

التفّع في موارد وجود المقتضى للنفع، وقد عرفت تحقيق ذلك.

وهذا أولى من صرف البحث إلى الكلام في صحة دعوى ان التقابل بينهما تقابل التضاد، كما هو ظاهر أهل اللغة «١». أو العدم و الملكة كما هو ظاهر صاحب الكفاية «٢»، و عدم صحتها بعد فرض ان الضرر بمعنى النقص. لأنه بحث

(١) الضرر و الضرر: ضدّ التفّع، اقرب الموارد و النهاية- الضرر: ضدّ التفّع، الصحاح.

(٢) الخراسانيّ المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول- ٣٨١- طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٧

اصطلاحى صرف لا أهمية له فيما نحن فيه، بل كان ينبغي تحقيق معنى الضرر و حدوده كما عرفت.

و بذلك تظهر لك المسامحة في حاشية المحقق الأصفهاني. فراجع «١».

و أما لفظ: «الضرار»: فقد قيل في معناه: انه فعل الاثنيين و انه الجزاء على الضرر. و لعل الوجه في ذلك ما اشتهر ان مصدر باب

المفاعلة يدل على تحقق المبدأ من اثنين كالقتال و الضراب. و الضرار منها لأنه مصدر من المضارة.

و لكن تصدى المحققون و المتتبعون «٢» إلى إنكار هذا الأمر المشهور بسرد الشواهد الكثيرة من الكتاب و السنة و الاستعمالات

العرفية مما لا يراد بها فعل الاثنيين من المصدر. فراجع تعرف. و ذلك يكفي تشكيكا أو منعا لهذا القول.

هذا مضافا إلى انه لم يرد به ذلك في رواية سمرة قطعا، لأنه طبق عنوان:

«المضار» على سمرة مع انه لم يتحقق الضرر من الأنصاري، بل كان سمرة منفردا به.

مع أن المنفى ان كان فعل الاثنيين الحاصل في زمان واحد، فنفس نفي الضرر يتكفل بنفيه فلا يزيده نفي الضرار شيئا. و ان كان المنفى

فعل الثانى الحاصل بعنوان الجزاء، فهو يتنافى مع مفاد قوله تعالى: فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْنَا فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ «٣» فلا

يمكن الالتزام به.

إذن فتحقيق صحة هذا القول في معنى الضرار و عدم صحته لا أهمية له فيما نحن فيه.

كما انه لا أهمية لتحقيق صحة ما أفاده بعض المحققين بعد ردّ هذا القول.

من: ان مصدر باب المفاعلة يدل على نفس المبدأ و لكن بضميمة ملاحظة تعديده

(١) الأصفهانيّ المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٣١٧- الطبعة الأولى.

(٢) الأصفهانيّ المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٣١٧- الطبعة الأولى.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٨

إلى المفعول و تعلقه بالغير، فالضرار يدل على الضرر الملحوظ وقوعه على الغير، بخلاف الضرر، فانه يدل على نفس المبدأ بلا

ملاحظة جهة تعديده إلى الغير.

و ذلك لأن مرجع هذا القول إلى كون معنى الضرار هو حصه خاصه من الضرر، و من الواضح انه يكفي في نفيه نفي الضرر، فالالتزام

به لا يزيدينا شيئا.

كما ان الالتزام بان الضرار بمعنى التصدى إلى الضرر «١»، ان أريد به مجرد التصدى و لو لم يتحقق الضرر، فلا يلتزم بنفيه و حرمة

قطعا. و ان أريد به التصدى المقارن للضرر، فهو مما يكتفى فيه بنفى الضرر. فلا أثر لتحقيق هذا القول أيضا.

كما انه لا أثر لتحقيق ما أفاده المحقق النائيني في معناه من: انه قصد الضرر و تعمده، و تطبيقه على سمرة بهذه الملاحظة «٢».

و ذلك لاندراجه فى الفقرة الأولى - أعنى: نفى الضرر-، خصوصا إذا كان المقصود بنفى الضرر النهى عنه، لاختصاص متعلق النهى بما إذا كان عن قصد و إرادة.

و بالجملة: جميع ما ذكر فى معنى الضرر لا أهمية لتحقيقه و معرفة الصحيح منه، فلا داعى إلى إعتاب النفس فى ذلك، بل الأولى صرفها فى ما هو أهم.

و أما لفظ: «لا»: فلا يخفى انها نافية لا ناهية، لأن: «لا» الناهية لا تدخل على الاسم، بل تدخل على الفعل المضارع. فانتبه.

الجهة السادسة

: فى ما هو المراد من الهيئة التركيبية - أعنى: «لا ضرر»- و المحتملات المذكورة فيها أربعة:

(١) الأصفهانى المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٣١٨- الطبعة الأولى.

(٢) الخوانسارى الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر- ١٩٩- المطبوعه ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٣٩٩

الأول: ان يكون المقصود بها النهى عن الضرر و تحريمه، و هو المنسوب إلى العلامة شيخ الشريعة (قدس سره) «١».

و يمكن أن يبين هذا المدعى بنحوين:

أحدهما: ان تكون الجملة خبرية مستعملة فى مقام الإنشاء، فيكون الداعى إلى الاخبار عن نفي الضرر هو إنشاء النهى عن الضرر، نظير استعمال الجملة الخبرية الموجبة بداعى إنشاء الوجوب، مثل: «يعيد صلاته» و: «يغتسل».

وقد ذكر فى محله: ان الجملة الخبرية الإيجابية فى مقام الإنشاء تكون فى الدلالة على الوجوب أكد من الجملة الطليئة، لكشفها عن شدة المحبوبة بنحو يرى الطالب حصول مطلوبه فيخبر عنه.

و نظير هذا البيان يتأتى فى الجملة الخبرية السلبية المستعملة فى مقام إنشاء الحرمة.

و الآخر: ان تكون الجملة خبرية مستعملة فى مقام الاخبار عن عدم الضرر حقيقة، لكن المقصود الأصلي لهذا الاخبار هو الاخبار عن الملزوم، و هو وجود المانع الشرعى من الضرر الخارجى، و هو الحرمة، بملاحظة ان العدم يكون لازما للمنع الشرعى و النهى الصادر من الشارع المتوجه للمكلف المطيع.

و مثل هذا النحو من الاستعمال كثير فى العرفيات، فكثيرا ما يخبر- رأسا- عن عدم المعلول، و يكون المقصود الأصلي الاخبار عن وجود المانع، فيقال انه لا يتحقق احتراق الثوب فى البيت، و يكون المقصود بيان رطوبته المانعة عنه.

و نحو ذلك كثير. فلاحظ.

الثانى: ان يكون المقصود نفي الحكم الشرعى المستلزم للضرر، فينفى

(١) الواعظ الحسينى محمد سرور. مصباح الأصول ٢- ٥٢٦- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٠

المسبب و يراد نفي السبب، و هو الذى قرّبه الشيخ (رحمه الله) «١».

و هو مما يمكن ان يبين بنحوين أيضا:

أحدهما: ان يكون المراد بالضرر فى قوله: «لا- ضرر» سببه، و هو الحكم، فيكون إطلاق الضرر عليه إطلاقا مسامحا ادعائيا من باب

إطلاق لفظ المسبب و إرادة السبب، نظير إطلاق لفظ: «الإحراق» على إلقاء الثوب في النار و إطلاق لفظ: «القتل» على الرمي أو الذبح. وبالجملة: يكون ما نحن فيه من استعمال لفظ المسبب في السبب ادعاء، فيراد من: «لا ضرر»: «لا حكم ضررى». و الآخر: ان يكون المراد نفى نفس الضرر حقيقة، و لكن المقصود الأصلي هو الاخبار عن نفى سببه و هو الحكم الشرعى. و الأخبار عن ثبوت المسبب أو نفيه بلحاظ ثبوت السبب أو نفيه كثير عرفا، نظير الاخبار عن مجيء المرض و يكون الملحوظ بيان مجيء سببه، أو الاخبار عن عدم مجيء العدو للبلد و يكون المقصود بيان عدم توفر أسباب المجيء لديه، أو الأخبار بمجيء الهلاك و المراد بيان مجيء سببه. و نحو ذلك.

الثالث: ان يكون المقصود نفى الضرر غير المتدارك، و هو مما يمكن ان يبين بنحوين أيضا. أحدهما: ان يكون المنفى رأسا هو الحصه الخاصة، و هى الضرر غير المتدارك، بان يراد من الضرر: الضرر الخاص، و يكون المقصود بيان لازمه، و هو ان كل ضرر موجود متدارك فيدل على ثبوت الضمان، كما يقال: ان كل مجتهد يلبس العمامه، فى مقام بيان عدم اجتهاد شخص لا يلبس العمامه. و الآخر: ان يكون المنفى هو الطبيعه بلحاظ تحقق التدارك فى الأضرار

(١) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٣١٤ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠١

الواقعة خارجا، فان الضرر و ان كان يصدق بحسب الدقة فى مورد التدارك، لكن لا يصدق عرفا، فيصح نفى الضرر إذا تحقق تداركه، و لذا يقال لمن غصب منه مال و عوض بمثله: انك لم تتضرر لأنك أخذت مثله. ففىما نحن فيه يكون المنفى هو الضرر بلحاظ تشريع التدارك الموجب لعدم صدق الضرر عرفا. و لا يخفى ان النص على هذا الاحتمال يختص بنفى الضرر على الغير لا الضرر على النفس، إذ لا معنى للتدارك بلحاظ ضرر النفس. و على هذا الأساس تنحل مشكله عدم ثبوت خيار الغبن مع العلم بالغبن، بناء على كون مدرك الخيار هو قاعدة نفى الضرر، إذ وجهه الاعلام بما لا يخلو من مناقشه، كدعوى عدم شمول القاعدة على مورد الإقدام لعدم الامتتان و نحو ذلك. و لكن على هذا الاحتمال يتضح وجهه، لأن الضرر الواقع على المشتري بالغبن لم يكن من البائع خاصه، بل هو مشترك بين البائع و المشتري نفسه، لعلمه بالغبن و اقدمه، و قد عرفت عدم شمول القاعدة لضرر النفس. فلاحظ و تحقيق الكلام موكول إلى محله. الرابع: ان يكون المقصود نفى الحكم الثابت للموضوع الضررى، فيراد من نفى الضرر نفى أحكام الموضوع الضررى من باب نفى الحكم بلسان نفى موضوعه نظير: «لا شك لكثير الشك» و: «لا صلاة الا بفاتحه الكتاب» و نحو ذلك. و هذا الوجه مما بنى عليه صاحب الكفاية رحمه الله فى نفى الضرر و شبهه من نفى العسر و الحرج «١». و تظهر الثمرة بين ما أفاده و بين مختار الشيخ فى بيان نفى الاحتياط بأدله

(١) الخراسانى المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٨٢ - طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٢

نفى العسر و الحرج فى مقدمات دليل الانسداد. فراجع تعرف.

هذه هى المحتملات الأربعة المذكورة، و قد عرفت ان لكل منها شواهد و أمثلة عرفية.

فيقع الكلام فى أن أيها المرجح؟ فنقول و على الله سبحانه الاتكال:

ان ما أفاده صاحب الكفاية لا يقبل القبول، لأن نفى الحكم بلسان نفى الموضوع و ان تعارف فى الاستعمالات العرفية و الشرعية، لكن

المتعارف توجه النفي إلى نفس موضوع الحكم الشرعي، و يراد نفي الآثار المترتبة عليه شرعا، نظير: «لا- شك لكثير الشك». فان الشك في الصلاة له أحكام خاصة فيقصد نفيها عن شك كثير الشك بهذا اللسان.

و النفي في ما نحن فيه تعلق بنفس الضرر، و هو مما لا- أثر له يراد نفيه بنفيه، و لو كان له أثر فلا- يقصد جزما نفيه و رفعه، بل هو يترتب على تحقق الضرر مع انه أجنبي عن مدعى صاحب الكفاية.

و قياس المورد على مورد رفع الاضطرار بحديث الرفع قياس مع الفارق، لأن الرفع في حديث الرفع تعلق بالفعل في حال الاضطرار لا بنفس الاضطرار، فيكون مقتضاه نفي الآثار المترتبة عليه في حال الاضطرار. و ليس كذلك فيما نحن فيه، لأن المنفى هو الضرر نفسه لا الفعل الضرري.

ثم إن نظر صاحب الكفاية ..

إن كان إلى دعوى ان لسان الحديث و ما شابهه هو تنزيل الموجود منزلة المعدوم بلحاظ عدم ترتب أثره عليه، فينفي ادعاء و مسامحة.

فيرد عليه إشكال آخر: و هو ان الذي يتوخاه صاحب الكفاية هو الالتزام بعدم ترتب الأثر على الموضوع الضرري و انتفاء حكمه أيضا من وجوب أو حرمة أو غيرهما.

و من الواضح ان تنزيل الموجود منزلة المعدوم انما يصح بلحاظ عدم ترتب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٣

أثره المترقب عليه. كعدم ترتب الصحة أو اللزوم على البيع الضرري، فيقال انه لا بيع.

و لا يصح ذلك بلحاظ عدم ثبوت حكمه له، فلو لم يجب الوضوء الضرري لا يصح ان يقال إنه لا وضوء.

و بالجملة: لا يصح التنزيل المزبور بلحاظ انتفاء الحكم التكليفي المتعلق بالفعل الضرري، فلا يتوصل صاحب الكفاية إلى ما يبغيه بما التزم به.

نعم، إذا كان نظره إلى دعوى تكفل الحديث و ما شابهه نفي الموضوع حقيقة في عالم التشريع، فيدل على انتفاء اثره و انتفاء حكمه، لم يرد عليه هذا الإيراد، إذ يصح نفي الفعل عن عالم التشريع إذا كان حكمه التكليفي منفيًا، كما هو واضح. و كيف كان، فالعمدة هو الإيراد الأول الذي ذكرناه، و قد كنا نتخيل أنه مغفول عنه في الكلمات لكن اطلعنا على تعرض غير واحد «١» له و في مقدمتهم شيخ الشريعة رحمه الله «٢».

و أما احتمال كون المقصود نفي الضرر غير المتدارك.

فقد أورد عليه بوجوه عمدتها ثلاثة:

الأول: ما أفاده الشيخ رحمه الله في رسالته من ان التدارك المانع من صدق الضرر عرفا هو التدارك الخارجي لا مجرد الحكم بالضمان أو وجوب التعويض و نحو ذلك، فانه لا يمنع من صدق الضرر حقيقة «٣».

و عليه، فالتدارك الجعلي التشريعي لا يصحح نفي الضرر كما يحاول المدعى إثباته.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله من ان مقتضى هذا الوجه

(١) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٢-٥٢٧- الطبعة الأولى.

(٢) الأصفهاني العلامة شيخ الشريعة. قاعدة لا ضرر- ٢٤- طبعة مؤسسة النشر الإسلامي.

(٣) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٣١٥- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٤

تكفل الحديث لتشريع الضمان، مع انه لم نر من العلماء من استدل على ثبوت الضمان في مورد ما بحديث نفى الضرر مع ورود بعض النصوص في باب الضمان المأخوذ في موضوعها الضرر الموجب لتنبههم إلى ذلك على تقدير الغفلة عنه، مما يكشف عن عدم فهم العلماء ذلك من الحديث، و بما انهم أهل عرف و لسان، يكشف ذلك عن ان هذا الوجه بعيد عن الفهم العرفي، فلا يمكن أن يصار إليه (١).

الثالث: ما أفاده في الكفاية من استهجان التعبير بالضرر و إرادة خصوص حصه منه، فيراد من لفظ الضرر: «الضرر غير المتدارك» (٢). هذا محصل الإيرادات على هذا الوجه.

و لا يخفى عليك ان الأخير منها انما يتوجه على التقريب الأول للاحتمال المذكور.

أما على التقريب الثاني، فلا يتوجه عليه، لأن المنفى - بالتقريب الثاني - هو طبعي الضرر.

و من الغريب ان المحقق الأصفهاني يقرر بدائيا إشكال الكفاية بلا إيراد عليه، ثم يتبته في آخر كلامه بمناسبة أخرى على هذا التقريب السالم عن ورود الإشكال، فراجع كلامه (٣).

و أما ما أفاده الشيخ رحمه الله، فيمكن دفعه بما أشار إليه المحقق الأصفهاني من: أن الحكم الوضعي بالضمان يجبر النقص المالي بنفسه، لأنه حكم باشتغال ذمه الضامن للمضمون له، فيملك المضمون له في ذمه الضامن قيمة ما أضره به، فلا يفوته شيء بذلك، فلا يتحقق الضرر.

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر - ٢٠٠ - المطبوعه ضمن غنية الطالب.

(٢) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٨١ - طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

(٣) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢ - ٣٢٠ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٥

و أما ما أفاده المحقق النائيني رحمه الله، فيمكن التفصي عنه: بأن حديث نفى الضرر ..

إن كان متكفلا لإنشاء التدارك و الضمان في مورد الضرر، تم ما ذكره من انه لازمه كون الضرر من أسباب الضمان، مع انه لم يذكر ذلك في كلمات العلماء و الفتاوى.

و اما ان كان متكفلا للاخبار عن عدم ترتب الضرر لتشريع التدارك و الضمان في موارد لكن لا بعنوان الضرر بل بعنوان أخرى ملازمة له كالإتلاف و التغيرير و نحوهما - نظير ما ذكرناه في رواية مسعدة بن صدقة المذكورة في أخبار أصالة الحل من انها لا تتكفل جعل أصالة الحل، بل تتكفل الإخبار عن جعل الحلية في موارد الشك بعنوانين مختلفه من يد و استصحاب و نحوهما - فلا يكون مقتضى ذلك كون الضرر من أسباب الضمان بل سببه هو العنوان الآخر الملازم له كالإتلاف، فعدم ذكر الضرر من أسباب الضمان في كلمات العلماء لا ينافي تكفل الرواية ببيان تشريع الضمان في موارد الضرر، لذكرهم الأسباب المأخوذة في الحكم بالضمان في أدلة تشريعه، و لا معنى لذكرهم الضرر بعد أن لم يكن بعنوانه سببا.

نعم، عند الشك في ثبوت الضمان في مورد من موارد الضرر لعدم دليل.

خاص يساعد عليه يمكن التمسك بهذا الحديث لإثبات تشريع الضمان فيه و لو كان موضوعه مجهولا. و لعل من تلك الموارد مورد تفويت المنفعة الذي وقع الكلام في ترتب الضمان عليه. و قد بنى البعض على الضمان لأنه من مصاديق الإتلاف.

فتدبر جيدا.

ثم انه قد أورد على هذا الوجه بوجه رابع و هو: ان كل ضرر في الخارج ليس مما حكم الشارع بتداركه تكليفا أو وضعيا، فلو تضرر تاجر باستيراد تاجر آخر أموالا كثيرة لم يجب تداركه لا تكليفا و لا وضعيا، و الالتزام بوجود التدارك

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٦

في أمثاله يستلزم تأسيس فقه جديد «١».

و هذا الإيراد لا يختص به هذا الوجه بل هو وارد على جميع الوجوه الأربعة، لأن الاستيراد إذا كان ضروريا فيلزم ان يبنى على تحريمه كما هو مقتضى الوجه الأول، أو على عدم صحة البيع أو عدم لزومه، كما هو مقتضى الوجه الثاني و الرابع. مع انه لا يلتزم به. فلا بد من التصدي لدفعه، و قد أشرنا إلى بعض الكلام فيه في تفسير:

«الضرر»، و سيجيء توضيح الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

و الذى تحصل ان شيئا مما ذكر من هذه الإيرادات غير وارد.

و الذى يبدو لنا ان هذه الإيرادات التماس لوجه الارتكاز الموجود فى النفس، فان الارتكاز العرفى و الذوق الفقهى لا يساعد على هذا الوجه، فصار كل منهم إلى بيان سبب ذلك بوجه خاص قد عرفت ما فيه.

و العمدة فى دفع هذا الوجه أن يقال: إن الضرر له نسبتان و ارتباطان نسبة إلى الفاعل الصادر منه الضرر و نطلق عليه الضار، و نسبة إلى المفعول الواقع عليه الضرر و نطلق عليه المتضرر. و من الواضح ان التدارك ينفى صدق الضرر عرفا بالنسبة إلى المتضرر، فيقال له إنك لم تتضرر، و لا ينفى صدقه على الضار، فانه لا يقال له عرفا إنك لم تضر زيدا بل يقال له انك أضرت فتدارك. كيف؟

و موضوع التدارك هو صدور الضرر منه، و التدارك فرعه كما لا يخفى. و من الظاهر ان الملحوظ فى الحديث - خصوصا بملاحظة تطبيق المضار على سمره - هو نفي الضرر بلحاظ نسبتته إلى الضار لا المتضرر، فلا يناسب حملها على تشريع التدارك.

و بيان آخر: ان المنفى فى الحديث هو الضرر بقول مطلق، و هو لا يصح

(١) الواعظ الحسينى محمد سرور. مصباح الأصول ٢ - ٥٢٩ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٧

لو كان بملاحظة جعل التدارك، لأنه بهذه الملاحظة لا بد ان يقيد بالضرر بالنسبة إلى المتضرر نفسه لا ان ينفى مطلقا. فلاحظ.

و الذى يتحصل مما ذكرنا هو بطلان الاحتمالين الثالث و الرابع فيبقى لدينا الاحتمال الأول و الثانى.

أما الثانى، فقد استشكل فيه:

أولاً: بان إطلاق لفظ المسبب على السبب و ان تعارف فى الاستعمالات، إلا انه انما يصح فى الأسباب و المسببات التوليدية كالإلقاء و الإحراق، و الرمي و القتل. فيقال عن الإلقاء إنه إحراق، و يقال عن الرمي إنه قتل.

أما فى مثل المقدمات الإعدادية، فلا يطلق عليها اسم المسبب و ذى المقدمه، فلا يقال لبيع السكين انه قتل إذا ترتب عليه ذبح المشتري لشخص بالسكين الذى اشتراه.

و من الواضح ان نسبة التكليف إلى الفعل الضررى ليست نسبة السبب التوليدى إلى مسببه، بل نسبة المعد، لتخلل الإرادة و الاختيار من المكلف، كيف؟

و الفعل لتحريك الإرادة من المكلف.

و عليه، فلا يقال عن التكليف إنه ضرر، إذا كان مما يترتب عليه الضرر.

فلا وجه لدعوى كون المراد من نفي الضرر نفي الحكم الضررى.

و قد يجاب عن هذا الإشكال: بأنه و إن كانت الإرادة تتخلل بين الفعل و التكليف، لكن هذا لا ينافى نسبة الفعل إلى المولى المكلف إذا كانت له قوة قاهرة تلزم المكلف بامتنال حكمه بنحو يكون تجاه مولاه ضعيف الإرادة، و لذا ينسب القتل إلى السلطان إذا أمر جنده بقتل أحد، فيقال: إن السلطان قتله، لأجل ان إرادة الجندى تجاه أمر السلطان كلا إرادة.

و عليه، فمن الممكن ان يكون الملحوظ في نفي الضرر مقام الطاعة و امتثال العبد أمر مولاه، بحيث يكون الأمر هو الجزء الأخير للإرادة و التحرك

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٨

نحو العمل، فيصح بهذا اللحاظ إطلاق الضرر على الحكم و نفي الحكم بلسان نفي الضرر.

و ثانيا: ان الضرر اما اسم مصدر أو هو مصدر لم تلحظ فيه جهة الصدور، بل هو تعبير عن نفس المبدأ، و ليس كالإضرار يحكى به عن المبدأ بملاحظة جهة الصدور فيه، فالضرر كالوجود و الإضرار كالإيجاد، و مثله لا يصح إطلاقه على سببه التوليدى، بل الذى يصح هو اسم المسبب الملحوظ فيه جهة الصدور، فمثل الإحراق يصح إطلاقه على الإلقاء، أما لفظ الحرقه فلا يصح إطلاقه على الإلقاء.

و عليه، فلا يقال للحكم انه ضرر و إن صح ان يقال انه إضرار. و إلى هذا أشار المحقق الأصفهاني رحمه الله في حاشيته على الكفاية «١». و هو إشكال متين لا دافع له.

هذا و لكن لا يخفى عليك ان هذين الإيرادين انما يتوجهان على هذا الاحتمال بالتقريب الأول.

أما على التقريب الثانى الراجع إلى دعوى كون المنفى نفس الضرر حقيقة و جدًا و انما المقصود الأصلي بيان لازمه من رفع الحكم الضررى باعتبار نشوء الضرر منه، فلا مجال لهذين الإشكاليين، إذ لم يطلق الضرر على الحكم بل استعمل فى معناه الحقيقى و أريد نفي الحكم بالملازمة، بل يكون هذا الاحتمال بالتقريب الثانى احتمالا- و جيهها ثبوتها لعدم إشكال فيه، و إثباتها لأن له نظائر فى الاستعمالات العرفية كما تقدم.

و أما الأول:- و هو احتمال تكفل الحديث النهى عن الضرر- فقد أورد عليه:

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٣٢٠- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٠٩

أولا: بعدم معهودية استعمال مثل هذا التركيب و إرادة النهى منه جدا.

و هذا الإيراد ذكره فى الكفاية «١».

و ثانيا: أنه بعيد كما أفاده المحقق النائينى، و لعله لأجل انه خلاف الظاهر فلا يصار إليه إلا إذا قامت قرينة عليه أو انحصر المراد به- كما فى مثل: «لا يعيد صلاته»- و ليس الأمر فيما نحن فيه كذلك «٢».

و لا- يخفى ان هذين الإيرادين- لو تمّا- لا- يردان إلا- على التقريب الأول لهذا الاحتمال. أما على التقريب الثانى الراجع إلى دعوى استعمال الجملة فى نفي الضرر حقيقة بداعى الاخبار و يكون المقصود الأصلي بيان إيجاد المانع من الضرر و هو النهى عنه، فلا مجال لهذين الإيرادين، إذ لم يستعمل فى مقام النهى كى يقال انه لم يعهد ذلك فى مثل هذا التركيب، أو انه خلاف الظاهر، لأن الجملة خبرية فلا يصار إليه إلا بدليل، بل استعمل فى معناه الحقيقى و أريد جعل الحرمة بالملازمة، و لا بعد فيه بعد ان عرفت ان له نظائر عرفية فى مقام المحاوره.

و المتحصل: ان الوجهين الأولين فى حديث نفي الضرر بالتقريبين المزبورين لا محذور فيهما.

و لا يخفى عليك انهما بملاك واحد و ملاحظة جهة واحدة، و هى بيان عدم المعلول مع كون الغرض الأصلي هو بيان عدم تحقق أحد اجزاء علته غاية الأمر ان الملحوظ فى الاحتمال الثانى، هو بيان عدم المعلول- و هو الضرر- من جهة عدم تحقق مقتضية، و هو الحكم المستلزم للضرر، فيدل على رفع الحكم الضررى.

و الملحوظ فى الاحتمال الأول بيان عدم المعلول من جهة تحقق مانعه، و هو الحرمة المانعة من تحقق الضرر، فيدل على تحريم

الضرر.

(١) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول. - ٣٨٢- طبعه مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

(٢) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر - ٢٠٠- المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٠

وقد عرفت ان كلا الاستعمالين متداول عرفا، فمثلا إذا توجه سيل ماء على بيت شخص بحيث يشكل خطرا عليه، فقد يقول القائل انه لا خطر على صاحب البيت و يكون قصده بيان تفرق السيل و تبدده في الرمال فلا مقتضى للخطر. و قد يقول انه لا خطر على صاحب البيت و يكون قصده بيان وجود مانع يصدّ السيل عن الوصول إلى البيت فيرتفع الخطر، و هو في كلا الاستعمالين أخير عن ارتفاع الخطر حقيقة و كان في نفس الوقت يقصد بيان لازمه من عدم المقتضى أو وجود المانع. فلا مخالفة للظاهر في هذا الاستعمال.

و لأجل ما ذكرنا كان الاحتمالان الأول و الثاني كفرسي رهان لا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر، لعدم وجود ما يعينه.

نعم قد يقال بترجيح الثاني بملاحظة تطبيق القاعدة في بعض الروايات على مورد لا يحرم الضرر فيه، بل الثابت فيه ارتفاع الحكم الضرري، و هو مورد الأخذ بالشفعة، فان بيع الشريك حصته من غير شريكه ليس محرما، بل لا لزوم له لأجل الضرر، فالالتزام بالوجه الأول يتنافى مع تطبيق الحديث في مورد الشفعة.

و لكن في قبال هذا الإشكال إشكال آخر على الوجه الثاني نظيره، فان الحديث طبق أيضا في مورد لا حكم فيه من الشارع يستلزم الضرر فلا بد ان يحمل فيه على إرادة النهي و الحرمة، و هو مورد قضية سمرة بن جندب.

و توضيح ذلك: ان الحكم الشرعي على نحوين اقتضائي كالوجوب و الحرمة، و غير اقتضائي كالإباحة. و الحكم الذي يستلزم الضرر و يكون منشئا لتحقيق الضرر خارجا هو الحكم الاقتضائي، لأنه يكون داعيا للمكلف نحو العمل و يتحرك المكلف نحو الفعل بملاحظة وجوده. و أما الحكم الترخيصى مثل الإباحة، فبما انه لا اقتضاء فيه و لا تحريك، فلا يكون منشئا للضرر، لأن مرجع الإباحة إلى بيان عدم المانع من قبل الشارع و بيان عدم الملزم من قبله، فهو لا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١١

اقتضاء بالنسبة إلى الفعل و بالنسبة إلى الترك، و مثله لا يصحح استناد الضرر إلى المولى، إذ ما لا اقتضاء فيه بالنسبة إلى الفعل كيف يصحح نشوء الفعل من قبله؟ و مجرد التمكن من المنع و عدم التصدي له لا يصحح اسناد الفعل إليه، فلو رأيت شخصا يريد قتل زيد و كنت متمكنا من منعه و صدّه فلم تصدّه فقتله، فهل يصح ان يسند القتل إليك؟ لا إشكال في عدم صحته.

و إذا اتضح ذلك، فمن الواضح انه في قضية سمرة لا- إلزام من قبل الشارع لسمرة في العبور على بيت الأنصاري بدون إذنه، كى يكون هذا الحكم مرتفعا لأجل الضرر، بل غاية ما هناك هو جواز العبور، و مثله لا يستلزم الضرر كما عرفت، فتطبيق نفى الضرر بلحاظ نفى الحكم الضرري في هذا المورد غير صحيح، فلا بد ان يكون الملحوظ فيه جهة إيجاد المانع و هو تحريم الضرر. إذن، فكل من الوجهين لا يخلو عن إشكال.

نعم، لو التزم ان الضرر في موارد الإباحة يستند إلى الاذن الشرعي و الإباحة الشرعية، لم يكن في تطبيق الحديث في قضية سمرة بلحاظ رفع الإباحة إشكال. و عليه فلا- إشكال في الالتزام بالوجه الثاني، و يكون لازما للتحريم في بعض الموارد مما كان الحكم المرتفع فيه هو الجواز. و نتيجته تكون ملازمة لنتيجة الالتزام بتكفلها النهي عن الضرر، لأنها تثبت حرمة الضرر، مضافا إلى رفع الحكم الإلزامي على تقدير ثبوته.

لكن عرفت ان الإباحة لا- تصلح ان تكون منشئا للفعل الضرري، لأن مرجعها إلى عدم الملزم، و الاقتضاء بكل من طرفي الفعل و الترك، فلا يصح ان يستند إليها أحد الطرفين. فالإشكال متوجه.

والذي نختاره- بعد جميع ما تقدم- في معنى قوله: «لا ضرر ولا ضرار» هو: كون المراد الاستعمالي والجدي نفى الضرر والضرار في الخارج حقيقة، والقصد الأصلي من ذلك بيان تصدى الشارع إلى لازم ذلك وهو رفع مقتضى

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٢

الضرر وإيجاد المانع منه، فإن عدم المعلول لازم لأمرين كما عرفت، فالكلام بصدد بيان كلا الأمرين من عدم المقتضى ووجود المانع.

وقد عرفت كثرة مثل ذلك في الاستعمالات العرفية كما تقدم بيان بعض الشواهد.

ولا يخفى ان هذا لا يرجع إلى استعمال اللفظ في أكثر من معنى، إذ: «لا ضرر» لم يستعمل الا في معناه وهو نفى الضرر.

يبقى لدينا سؤالان يدوران حول تحديد المختار وتوضيحه:

السؤال الأول: انه هل الملحوظ بيان ثبوت كلا- اللازمين في عرض واحد، أو ان الملحوظ بيان ثبوتها بنحو الطولية، بان يكون المقصود بيان ارتفاع الضرر برفع مقتضىه شرعا، فإذا لم يكن له مقتضى شرعى يجعل المانع، ففي المورد الذي يكون فيه حكم ضررى، فنفي الضرر لا يتكفل سوى بيان رفعه من دون جعل تحريم، وانما يتكفل جعل الحرمة في مورد لا يكون فيه حكم ضررى؟.

والجواب عن هذا السؤال: ان بيان ثبوت اللازمين بنحو الطولية وإن كان لا محذور فيه ثبوتا ولا إشكال فيه، إلا انه يحتاج إلى مئونة زائدة في مقام الإثبات وإلى قرينة تقتضى ذلك، وهى غير موجودة. فمقتضى إطلاق النفي كون المراد ثبوت كلا- اللازمين في عرض واحد، ففي موارد الضرر كما يرتفع الحكم الضررى يثبت تحريم الضرر، وذلك لأن نفي الضرر خارجا لا يحصل بمجرد رفع الحكم، بل لا بد من إيجاد المانع منه، وهو الحرمة، لأن مجرد ارتفاع وجوب الوضوء مثلا لا يمنع من تحققه خارجا، فقد يأتي به المكلف. نعم ارتفاع الضرر لا يمكن ان يكون إلا برفع منشئه وهو الحكم.

وبالجملة يكون مفاد الحديث كلا- الأمرين من نفي الحكم وحرمة الفعل الضررى معا في عرض واحد ولا محذور في الالتزام بذلك.

نعم بعض الموارد قد لا تكون قابلة لكلا الأمرين فلا يثبت فيها إلا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٣

أحدهما فقد لا يقبل المورد لرفع الحكم لعدم ثبوت الحكم الضررى القابل للرفع كما فى مثل قضية سمره، فلا يثبت فيها سوى تحريم الإضرار وهذا لا ينافى التعميم فى المورد القابل.

وقد يشكل بناء على ذلك بان مقتضى ما ذكر من التعميم ثبوت الحرمة فى مورد الشفعة مضافا إلى رفع الحكم الضررى، والمفروض عدم الحرمة. ولذا جعل تطبيقها فى مورد الشفعة من موارد الإشكال على كون المراد بالقاعدة النهى عن الضرر- كما تقدم- فالإشكال بعينه وارد على المختار أيضا.

ويندفع هذا الإشكال بان ما ينشأ منه الضرر لا يقبل تعلق التحريم به ويمتنع ثبوت الحرمة له، فهو من الموارد التى لا تكون قابلة لكلا اللازمين بيان ذلك:

ان بيع أحد الشريكين حصته من شخص ثالث مجهول الحال لا ضرر فيه إلا بلحاظ لزوم البيع وعدم قابليته للفسخ. و الا فلو فرض كونه مترزلا وأمره بيد الشريك الآخر، فلا تعد شركة الشخص الجديد ضررا.

إذن فما يستلزم الضرر هو لزوم البيع، فهو مرتفع لأنه حكم شرعى قابل للرفع، لكن لا معنى للنهى عنه لأنه ليس من أفعال المكلف بل من أفعال الشارع نفسه فيمتنع تعلق الحرمة به. إذن فمورد الشفعة نظير مورد قصة سمره مما لا يقبل ثبوت كلا اللازمين. فتدبر.

السؤال الثانى: ان استعمال «لا ضرر» فى نفي الضرر هل هو من باب الاستعمالات الكنائية التى لا يكون المراد الاستعمال فيها مرادا جدا بل يكون المراد الجدى هو اللازم مثل قول القائل: (زيد كثير الرماد) وهو يريد واقعا انه كريم فهو لم يقصد الاخبار عن كثرة رماده و

انما أخبر عن كرمه، بل قد يستعمل ذلك ولا رماد له أصلاً كما إذا كانت وسائل طبخه على الكهرباء التي لا تخلف رماداً أو أنه ليس من ذلك الباب بل المدلول الاستعمالي مراد جداً و حقيقة، وفي الوقت

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٤

نفسه يقصد الاخبار عن الملازم؟.

و الجواب: ان الالتزام بأنه من باب الاستعمالات الكنائية و ان لم يكن فيه محذور و يتم المطلب به أيضاً لكن الظاهر من نظائره كما في الاستعمالات العرفية هو الثاني، فمثل قول القائل: «لا خطر عليك»، بملاحظة دفعه مقتضى الخطر أو إيجاد المانع منه، كما يقصد بيان ارتفاع المقتضى جداً، بقصد نفي الخطر حقيقة لأجل تهديئه باله تسكين اضطرابه، و ليس قصده مجرد بيان رفع المقتضى من دون بيان ارتفاع الخطر، نظير «زيد كثير الرماد».

و عليه، فالظاهر ان نفي الضرر الوارد في كلام الشارع نظير نفي الخطر الوارد في كلام أهل العرف يراد منه بيان عدم الضرر واقعا إظهاراً للامتنان و الرحمة، فان في بيان عدم المسبب من مظاهر الامتنان و العطف ما لا يوجد في بيان عدم السبب.

نعم قد يشكل الالتزام بذلك بان مقتضاه هو كون الحديث يتكفل الاخبار عن عدم الضرر خارجاً بملاحظة عدم المقتضى أو وجود المانع، نظير اخبار المخبر بزوال الخطر لحدوث مانع من السيل.

و من الواضح ان هذا يصح لو فرض ان الشارع تكفل جعل المانع التكويني من حدوث الضرر أو رفع المقتضى التكويني له، و الحال انه لم يتكفل ذلك، بل تكفل رفع المقتضى التشريعي و جعل المانع التشريعي، و هو الحرمة، و غير خفي ان ذلك لا يلزم عدم الضرر. لفرض حصول العصيان من العبيد، و ما أكثره، فيكون اخباره بعدم الضرر حقيقة مخالفاً للواقع و هو مما يستحيل عليه تعالى.

فيتعين ان يحمل على كونه استعمالاً كنايةاً لم يقصد به جداً إلا الاخبار عن لازمه من دون الاخبار عن المدلول الاستعمالي.

و يمكن الجواب عن ذلك: بأنه يمكن ان يكون الملحوظ في نفي الضرر

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٥

مقام الطاعة و المكلف المطيع، بان يراد انه لا يتحقق الضرر من مثله، و هو لا ينافي جعل المانع بالنسبة إلى جميع المكلفين، إذ جعل الحرمة لجميع المكلفين يلزم عدم تحقق الضرر خارجاً من المطيع.

و الداعي إلى الالتزام بهذا التقييد ما عرفت ان الظاهر من: «لا ضرر» بملاحظة نظائرها في الاستعمالات العرفية هو الاخبار عن المدلول المطابق بنحو الجدد، فلا وجه لرفع اليد عنه مع إمكان الالتزام به و لو بارتكاب التقييد.

و المتحصل: ان قاعدة نفي الضرر تتكفل معنى عاماً شاملاً جامعاً بين نفي الحكم المستلزم للضرر و بين حرمة الضرر في آن واحد، و لا نرى في ذلك محذوراً، و لا يرد عليه أي إشكال.

و هي بذلك تكون قاعدة عامة سارية في جميع الموارد من عبادات و معاملات.

لكن قد يتوقف عن الالتزام بذلك لجهتين أشار إليهما الشيخ رحمه الله في كلامه:

أما الجهة الأولى: فهي ما ذكره في كتاب الفرائد من: ان هذه القاعدة موهونة بكثرة التخصيص الوارد عليها بنحو يكون الخارج عنها أضعاف الباقي تحتها، بل لو التزم بالعمل بعموم القاعدة لزم منه فقه جديد.

قمي، سيد محمد حسيني روحاني، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)؛ ج ٥، ص: ٤١٥

و بما ان تخصيص الأكثر يكون مستهجناً عرفاً فلا يمكن الالتزام بما هو ظاهرها لاستلزامه تخصيص الأكثر، بل يكون هذا التخصيص

قرينه على كون المراد منها معنى لا يلزم منه ذلك.

و عليه، فلا يمكن التمسك بها في قبال أدلة الأحكام إلا في مورد يتمسك فيه الأصحاب بها ليكون ذلك منهم معيناً للمراد بها بناء على كفاية مثله.

ثم انه بعد ما ذكر هذا الإشكال دفعه بوجهين:

أحدهما: منع أكثرية الخارج و ان كان كثيراً في نفسه، و مثل ذلك لا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٦

استهجان فيه.

و الآخر: إن الموارد الكثيرة الخارجة عن العام إنما خرجت بعنوان واحد جامع لها و إن كان مجهولاً لدينا. و قد ثبت في محله ان تخصيص الأ-كثراً إذا كان بعنوان واحد لا-استهجان فيه، كما إذا قيل: «أكرم الناس» و دل دليل آخر على خروج الفاسق منهم و هو يشمل أكثر أفراد الناس، فانه لا استهجان فيه عرفاً. هذا ما أفاده الشيخ رحمه الله «١».

و قد أورد عليه صاحب الكفاية في حاشيته على الرسائل: بأن خروج الأكثر بعنوان واحد إنما لا يكون مستهجاناً فيما إذا كان الافراد التي استوعبها العام هي العناوين التي يعمها لا الأشخاص المندرجة تحتها، لعدم لزوم تخصيص الأكثر بإخراج أحد العناوين حينئذ، لأنه أحد افراد العام لا أكثر افراده.

و أما إذا كان الملحوظ في العموم هو الأشخاص المندرجة تحت العناوين المنطبقة عليها، كان إخراج أكثرها بعنوان واحد مستهجاناً، لأنه تخصيص للأكثر، و هو مستهجن مطلقاً.

هذا ما أفاده في الحاشية، و كأنه يحاول أن يقول: إن نفي الأحكام الضرورية بحديث: «لا ضرر» من قبيل الثاني، و هو ما كان الحكم فيه على ذوات الأشخاص لا على العناوين، فلا يندفع محذور تخصيص الأكثر بوحدة عنوان الخارج كما أفاده الشيخ رحمه الله «٢». و للمحقق النائيني رحمه الله تحقيق في المقام يحاول فيه التفصيل بين القضية الحقيقية و القضية الخارجية و الالتزام بان تخصيص الأكثر بعنوان واحد إنما لا يستهجن في القضايا الحقيقية لا الخارجية، ثم يختار ان عموم نفي الضرر

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٣١٦ - الطبعة الأولى.

(٢) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. حاشية فرائد الأصول - ١٦٩ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٧

من قبيل القضايا الخارجية. و هو بذلك ينتهي إلى موافقة صاحب الكفاية (رحمه الله) «١».

و نحن لا نرى أنفسنا بحاجة إلى نقل كلامه.

بل نذكر ما نراه هو القول الفصل في هذا المقام، فنقول - بعد الاتكال عليه سبحانه -: ان العموم الشامل لجميع أفراد قد يكون له جهتان من العموم:

إحدهما: العموم بحسب الأنواع و الأصناف المندرجة تحته، كالنحو و الفقيه و الطبيب و المتكلم و العادل و الفاسق بالنسبة إلى العالم، فقد يلحظ جميع هذه الأصناف و غيرها في الحكم على العالم، فيراد به الطبيعة السارية في جميع هذه الأصناف، كما أنه قد يلحظ بعضها و يخرج البعض الآخر.

و الأخرى: العموم بحسب الافراد من جميع الأصناف، فيكون الملحوظ كل فرد فرد من افراد الأصناف المختلفة للعالم، فيراد به الطبيعة السارية في جميعها، كما انه قد يريد بعض تلك الافراد مع المحافظة على العموم الأنواعي.

و في مثل هذا العموم الحاوي لكنتا الجهتين إذا ورد تخصيصه بعنوان واحد جامع لكثير من الافراد، فانما يصطدم دليله مع العموم الأنواعي للعموم فيخرج منه النوع الخاص.

و من الواضح انه لو كان ذلك العنوان جامعا لأكثر الافراد، لا يكون تخصيص العام به مستهجنا، لأن المخصص به هو جهة العموم الأنواعي، و هو بالنسبة إليه ليس تخصيصا للأكثر. و إما إذا ورد دليل أخرج أكثر الافراد بنحو يصطدم مع العموم الأفرادي كأن يقول- مثلا- لا يجب إكرام هؤلاء التسعين من أفراد العالم، و كان مجموع افراده مائة، كان ذلك من تخصيص الأكثر المستهجن.

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر- ٢١٠- المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٨

و بذلك يظهر لك وجه كلام الشيخ رحمه الله في التزامه بعدم الاستهجان لو كان المقدار الخارج بعنوان واحد. كما انه يظهر لك وجه كلام صاحب الكفاية، فان الإخراج بعنوان واحد انما لا يكون مستهجنا إذا كان الملحوظ فيه تخصيص العموم الأنواعي.

و هذا في المورد الذي يكون العام مشتملا فيه على كلتا الجهتين من العموم.

أما إذا كان متمحضا في العموم من حيث الافراد بحيث أخذ العنوان العام طريقا لإثبات الحكم على أفراده بلا ملاحظة جهة الأنواع، فان الدليل المخصص يصطدم رأسا مع العموم الأفرادي، فإذا كان ما يندرج تحته أكثر الافراد كان من تخصيص الأكثر المستهجن. و قد يفرق بين هذين القسمين من العموم، فيلتزم بان مثال القسم الأول هو العموم الملحوظ بنحو القضية الحقيقية. و مثال القسم الثاني هو العموم في القضايا الخارجية، نظير: «قتل من في العسكر».

و نحن بعد أن بينا جهة الفرق و نكتته لا يهمننا التسمية و لا نقيدها بها. إنما المهم هو. تحقيق أن عموم نفى الضرر من أي النحويين؟. و عليه يبتنى تحديد رجحان ما أفاده الشيخ أو ما أفاده صاحب الكفاية.

و الذي نراه هو ان عموم نفى الضرر من النحو الثاني- أعنى: ما لوحظ فيه الحكم على الافراد بلا ملاحظة الأصناف- فهو مما يتمحض في جهة العموم الأفرادي، فهو أشبه بالقضية الخارجية و إن لم يكن منها، كما سنشير إليه.

بيان ذلك: ان المفروض هو كون دليل: «لا ضرر» موجبا للتصرف في أدلة الأحكام و مقيدا لها بصورة عدم الضرر، فالملحوظ فيه هو الأحكام المجعولة بأدلتها من قبل الشارع، كوجوب الوضوء و وجوب الصلاة و وجوب الصوم و حرمة التصرف في مال الغير و لزوم المعاملة و نحو ذلك.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤١٩

و من الواضح ان كل حكم من أحكام الشريعة ينشأ بمفرده و شخصه لا- بعنوان جامع، فلم ينشأ وجوب الصلاة و وجوب الصوم و وجوب الحج بعنوان جامع بل كل جعل بمفرده. إذن فالجامع بين هذه الوجوبات ليس حكما شرعيا مجعولا، إذ لم يتعلق الإنشاء به بل تعلق بمصاديقه، و تصنف الأحكام من عبادات و معاملات- مثلا- أو تكليف و وضع أو نحو ذلك، و إن كان ثابتا، لكن العنوان الصنفي أو النوعي الجامع عنوان انتزاعي واقعي ينتزع بعد ورود الأدلة المتكفلة لجزئيات الأحكام في الموارد المختلفة، و ليس أمرا مجعولا شرعا.

و عليه، فيما ان دليل نفى الضرر قد لوحظ فيه تضيق دائرة المجعول الشرعي بغير مورد الضرر، فلا محالة يكون النفي واردا على كل حكم حكم لا على الجامع، إذ ليس الجامع بينها حكما كي ينفي بدليل نفى الضرر.

نعم، قد يلحظ طريقا إلى أفراده، و لكن هذا غير تعلق النفي به، بل النفي متعلق حقيقة بافراد الحكم المجعولة.

و بعبارة أخرى: ان ملاحظة الصنف بما هو انما تكون إما لنفي دخله في الحكم و بيان ان الحكم وارد على الطبيعي الساري بحيث لا

يكون الفرد بما هو ذا خصوصية، بل بما هو فرد للطبيعي. أو لبيان دخله في الحكم بما هو صنف.

وهذا انما يكون في مورد يحتمل دخالة الصنف في ثبوت الحكم و يكون قابلا لورود الحكم عليه، و صنف الحكم مما لا يقبل ورود نفي الجعل عليه، لأنه ليس بمجوعول، فكيف يؤخذ موردا للنفي و الإثبات؟، بل غاية ما هناك يؤخذ طريقا إلى افراده و يكون النفي و الإثبات متعلقا مباشرةً بالأفراد، فلا يكون العموم في دليل: «لا ضرر» إلا أفراديا. فتدبر.

و ما ذكرناه لا ينافي الالتزام بعدم اختصاصها بالأحكام الفعلية التي كانت مجعولة قبل ورود نفي الضرر، بل يعم كل حكم يجعل بعد ذلك، إذ ليس ملاك ما بيناه هو كون قضية: «لا ضرر» خارجيةً ينظر فيها إلى الأفراد المحققة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٠

الوجود، كما قد يتوهم فيرد عليه ما عرفت، بل الملاك هو كون المنظور هو افراد الحكم و لو التقديرية، لا الجامع الصنفي.

و إذا تبين لك ما ذكرناه، يظهر لك كون الحق في جانب صاحب الكفاية في إيراده على الشيخ رحمه الله.

لكن لا يخفى عليك ان أصل الإيراد على القاعدة يبتنى على مقدمتين:

إحداهما: كبرى استهجان تخصيص الأكثر. و الأخرى: صغرى ثبوت تخصيص الأكثر بالنسبة إلى دليل نفي الضرر.

و المقدمة الأولى محل كلام ليس محله هاهنا، و لعلنا نتوقف لإيضاح الحق فيها في مجال آخر، و ما تقدم منّا من البيان السابق انما هو يبتنى على المفروغية عن أصل الكبرى و التسليم بها.

و لأجل ذلك يكون الإيراد على هذه القاعدة من ناحية الكبرى مركزا.

فالمهم في دفع الإيراد هو إنكار الصغرى.

فان الموارد التي ذكرت شاهدا على ثبوت تخصيص الأكثر هي موارد الدييات و القصاص و الحدود و الخمس و الزكاة و النفقات و الحج و نجاسة المانع المضاف المسقط له عن المالية، و الضمان و غير ذلك.

و قد تصدى الاعلام إلى إنكار الصغرى و إثبات ان أكثر هذه الموارد ليست خارجةً بالتخصيص، بل بالتخصص فلا استهجان فيه. و قد قيل في ذلك وجوه لا نطيل الكلام بذكرها.

و عمدة ما يمكن ان يقال في هذا المجال: ان دليل نفي الضرر انما يكون الملحوظ فيه هو خصوص الأحكام الثابتة للأشياء بعناوينها الأولية بحيث تكون له حالتان، فيتقيد بخصوص حالة عدم الضرر بمقتضى الدليل.

و أما الأحكام الواردة في مورد الضرر فلا نظر للدليل إليها فيكون خروجها عنه بالتخصص.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢١

و عليه، فمثل الأحكام في باب الخمس و الزكاة و الضمان و الحدود و الدييات و القصاص كلها واردةً مورد الضرر فلا تكون مشمولةً للحديث رأسا.

و أما غير ذلك من الموارد كمورد نجاسة المائع المضاف و نحوه، فعلى تقدير ثبوت الحكم الضرري جزما و لم يمكن العمل فيه بقاعدة نفي الضرر، فلا مانع من الالتزام بخروجه عن القاعدة بالتخصيص. إذ هي موارد قليلة لا يلزم من خروجها تخصيص الأكثر، فلاحظ.

و ما ذكرناه في حديث نفي الضرر، هو نظير ما يذكر في حديث رفع الخطأ و النسيان من انه ناظر إلى الأحكام الثابتة للموضوع الأولى دون ما هو ثابت للخطأ بعنوانه، فيكون خروجه بالتخصص لا بالتخصيص. فراجع.

هذا تمام الكلام في الجهة الأولى من الإشكال.

أما الجهة الثانية، فهي ما أشار إليها الشيخ في رسالته الخاصة المعمولة في قاعدة نفي الضرر.

و هي عدم انطباق الحكم بنفي الضرر على الأمر بقلع العذق في رواية سمرة، فقال (قدس سره): «و في هذه القصة إشكال من حيث

حكم النبي صلى الله عليه وآله بقلع العذق مع ان القواعد لا تقتضيه، ونفى الضرر لا يوجب ذلك، لكن لا يخل بالاستدلال» (١).
و تحقيق الكلام في ذلك: ان محصل الإشكال في رواية قصة سمرة- و هي عمدة الروايات- هو: ان الأمر المستتبع للضرر في الواقعة هو دخول سمرة في البستان من دون استئذان من الأنصاري، لأنه يلزم منه الاشراف على عرضه و هو ضرر عليه، فالحكم المستتبع للضرر هو جواز الدخول بدون إذن، أو سلطنته على الدخول بلا إذن لو قيل بجعل السلطنة.

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. رساله في قاعدة نفي الضرر- ٣٧٢- المطبوعه ضمن المكاسب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٢

و من الواضح ان نفي الضرر لم يجعل في الرواية علة لحرمة الدخول بدون إذن و وجوب الاستئذان عند الدخول، بل جعل علة للأمر بالقلع و هو لا يرتبط بنفي الضرر كما عرفت، إذ ليس في بقاء العذق ضرر، بل الضرر ينشأ من الدخول بلا إذن، فأى ربط للأمر بالقلع بنفي للضرر و الضرر الوارد في الحديث؟.

و قد أجاب المحقق النائيني رحمه الله عن هذا الإشكال بوجهين:

الأول: ان قوله صلى الله عليه وآله و سلم: «لا ضرر» ليس علة لقلع العذق، بل هو علة لوجوب الاستئذان عند الدخول، و الأمر بقلع العذق كان مترتباً على إصرار سمرة على إيقاع الضرر على الأنصاري و عدم اهتمامه بأمر النبي صلى الله عليه وآله، لأنه بذلك أسقط احترام ماله فأمر صلى الله عليه وآله و سلم بقلع العذق من باب الولاية حسماً للفساد.

الثاني: و قد أطال فيه، و محصله: انه يمكن ان يفرض كون نفي الضرر علة لقلع العذق. بيان: ان حديث نفي الضرر حاكم على قاعدة السلطنة التي يتفرع عليها احترام مال المسلم الذي هو عبارة عن سلطنته على منع غيره عن التصرف في ماله، فإذا تكفلت القاعدة نفي السلطنة فقد جاز قلع العذق لعدم احترام ماله حينئذ.

و قد نفى دعوى كون السلطنة ذات جزئين، و وجودي، و هو سلطنته على التصرف في ماله. و عدمي، و هو سلطنته على منع غيره من التصرف في ماله.

و الضرر الوارد على الأنصاري انما هو بملاحظة الجزء الوجودي لا السلبي، فغاية ما ترفعه قاعدة: «لا ضرر» هو الجزء الوجودي، و أما سقوط احترام ماله رأساً فلا وجه له، و لذا لا إشكال في جواز بيعه و هبته. نفي هذه الدعوى: بأن التركيب المدعى تحليل عقلي. و الضرر و ان نشأ من الدخول بلا استئذان، إلا انه حيث كان متفرعاً على إبقاء نخلته في البستان فالضرر ينتهي إليه لأنه علة العلل،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٣

فيرتفع حق الإبقاء بمقتضى نفي الضرر.

و ليس التفرع هاهنا نظير تفرع اللزوم على الصحة، كي يورد: بان الضرر الناشئ من اللزوم انما يرفع خصوص اللزوم دون الصحة، إذ التفرع في باب اللزوم و الصحة لا يراد به إلا مجرد الطولية في الرتبة، و إلا فهما حكمان مستقلان.

و أما التفرع هاهنا بين جواز الدخول و حق بقاء النخلة، فهو من قبيل تفرع وجوب المقدمه عن وجوب ذبيها، يكون تفرعاً تكوينياً بحيث يعد الفرع من آثار الأصل، فالضرر في الحقيقة ينتهي إلى الإبقاء، فيرتفع الحق فيه بقاعدة: «لا ضرر». هذا خلاصه ما أفاده (قدس سره) (١).

و لكن في كلا الوجهين منع:

أما الأول: فهو انما يمكن تأتية في رواية ابن مسكان، فقد ورد الأمر بالقلع فيها بعد بيان: «لا ضرر»، فيمكن ان يقال: ان الأمر بالقلع حكم مستقل لا من باب نفي الضرر إذ لم يطبق عليه نفي الضرر بل من باب آخر. و لكن رواية ابن مسكان ضعيفة السند كما عرفت فلا يعتمد عليها.

و إنما الرواية المعتمدة هي رواية ابن بكير. وقد ورد فيها الأمر بالقلع ثم علله بنفى الضرر بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «فانه لا ضرر ولا ضرار».

وهي ظاهرة في كون التعليل للأمر بالقلع، وليس في الرواية للحكم بتحريم الدخول عليه بلا- استئذان عين ولا- أثر كى يقال إن التعليل راجع إليه- ولو بارتكاب خلاف الظاهر-. كما انه لو كان الحكم بتأديب من فعل محرما أمرا ارتكازيا في الإذن، أمكن ان يقال إن قوله: «فانه لا- ضرر» تعليل للتأديب الحاصل من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ. ببيان صغراه وهو ارتكابه محرما وهو الإضرار بالغير، فكأنه قال: «تقلع نخلته لأجل التأديب بعد فعله المحرم وهو

(١) الخوانسارى الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر- ٢٠٩- المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٤

الإضرار بالغير»، نظير ما يقال: «يجوز تقليد زيد لأنه أعلم»، فانه ظاهر في كون تقليد الأعم أمرا ارتكازيا فيعمل به جواز تقليد زيد. ولكن الأمر ليس كذلك، إذ لم يسبق ارتكاز في الأذهان لثبوت تأديب كل شخص يرتكب المحرم. وبالجملة: لم يظهر من الرواية ولا بنحو الإشارة إلى كون المنظور في التعليل هو حرمة الدخول بغير الإذن، فمن أين نستفيد منها رفع الحكم الضررى؟.

و أما الثانى: فمع الغرض عن بعض خصوصيات كلامه والتسليم بأن الإبقاء ضررى، باعتبار انه علة العلل. فغاية ما يقتضيه هو ارتفاع حق الإبقاء لا حرمة التصرف فى ملك الغير، لأنه ليس مقتضى ارتفاع حق الإبقاء جواز تصرف كل أحد فى المال، بل لا بد من رفع الأمر إلى الحاكم فإمره بالقلع بنفسه، فإذا امتنع جاز ان يخول غيره من باب ولايته على الممتنع. وهذا المعنى لم يظهر تحققه من الرواية، بل الظاهر منها هو أمره (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) للأنصارى بالقلع بمجرد إباطه- أى سمره- عن المعاوضة.

و علله بلا ضرر و لم يأمر سمره بذلك. وقد عرفت ان ذلك لا ينسجم مع تطبيق «لا ضرر» فى نفي حق الإبقاء، إذ ليس للأنصارى التصرف فى مال سمره بمجرد ارتفاع حق الإبقاء.

و الذى يتحصل: انه لم يظهر لنا وجه تطبيق: «لا ضرر» على الأمر بالقلع بوجه من الوجوه.

و بذلك تكون الرواية مجملة لدينا، و لا يمكن ان يستفاد منها قاعدة كلية لنفى الحكم المستلزم للضرر، إذ مقتضى ذلك عدم انطباقها على المورد، و تخصيص المورد مستهجن.

و من هذا يظهر النظر فيما أفاده الشيخ (رحمه الله) من: ان عدم العلم

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٥

بكيفية الانطباق لا يضر بالاستدلال.

بل ما ذكرناه فى تقريب الإشكال يقرب كونها بيانا لملاك الحكم و حكمته لا بيانا للعلة التى يستفاد منها قاعدة عامة فى كل مورد وجدت فيه. فتدبر.

و إذا سقطت هذه الفقرة فى رواية قصة سمره عن قابلية الاستدلال بها سرى الإشكال إلى الفقرة الواردة فى غير هذا المورد، لأن التعبير واحد لا اختلاف فيه، فيبعد ان يراد منه معنى مختلف، فيرتفع ظهوره فى التعليل فى تلك الموارد.

هذا، مع ان فى تطبيق: «لا ضرر» فى مورد الشفعة بنحو العلية والكبرى العامة ما لا يخفى. فان ما هو ثابت فى باب الشفعة من وجوب البيع على المشتري الثالث، أو ولاية الشريك على تملك الحصه المبيعه- على اختلاف فى ذلك بين الفقهاء- لا يرتبط بنفى الضرر الذى لا يتكفل سوى النفي كنفى اللزوم لا الإثبات، و المفروض ان ظاهر الرواية هو تطبيق: «لا ضرر» على القضاء بالشفعة.

هذا، مع ان الحكم لا يسرى مع تعدد الشركاء و في غير المساكن و الأرضين و بعد القسمة، مع ان الملاك- و هو الضرر- ثابت في الجميع، بل قد يثبت بالنسبة إلى الجوار كما نبهنا عليه سابقا. مضافا إلى ثبوت الشفعة و لو لم يكن ضرر أصلا في الشركة الجديدة. ثم إن في الشفعة خصوصيات لا ترتبط بنفي الضرر بالمرّة كما لا يخفى على من لاحظ أحكام الشفعة.

و بالجملة: بملاحظة مجموع ما ذكرناه بعد استظهار كون تطبيق: «لا ضرر» في مورد الشفعة من باب العلة و القاعدة العامة، بل يقرب انها ذكرت كتقريب للحكم من باب الملاك و الحكمة، أضف إلى ذلك كله أن الأصحاب في موارد تطبيقها لا يلتزمون بالضرر في كل فرد من افراد مورد التطبيق، كمورد خيار الغبن، فانهم يلتزمون به من باب الضرر مع انهم يلتزمون به مطلقا و لو لم

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٦

يكن شخص المعاملة ضروريا. كما أشار إليه في كلامه.

و هذا يصلح تأييدا- و ان لم يصلح دليلا- لما ذكرناه من قرب كون ذكر «لا ضرر» من باب بيان الحكمة لا ضرب القاعدة العامة، و يتأكد ذلك بملاحظة ان الأقدمين من الأصحاب «قدس سرهم» لم يوردوا تطبيقها في كثير من موارد العبادات و المعاملات، و إنما ذكروها في موارد خاصة.

و جملة القول: ان ملاحظة ما ذكرناه بمجموعه ترفع من النفس الاطمئنان بكون: «لا ضرر» قاعدة عامة تتكفل نفى الأحكام الضرورية في جميع موارد الشريعة، بل قد توجب الاطمئنان بالعدم، و كون ذكرها من باب بيان حكمه التشريع. فلاحظ.

ثم إن الذي يظهر من نفى الضرر في موارد في النصوص: كون الملحوظ نفى الضرر و الإضرار بين الناس، فتنفى جواز إضرار أحدهم بالآخر.

□
أما ارتكاب الشخص فعلا يستلزم الإضرار به نفسه، فلا تعرض لها إليه، و لذا لم يفهم الصحابة- جزما- عند ما قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لا ضرر و لا ضرار» نفى الضرر المتوجه من قبل الشخص على نفسه، بل المفهوم منها لديهم المنع عن إضرار أحدهم بالآخر.

و على هذا الاستظهار، فلو سلم انها قاعدة عامة كلية، فهي لا تشمل موارد العبادات كالوضوء و الصوم و الحج و الصلاة و غير ذلك. كما انه يظهر بذلك ان إنكار كلية القاعدة لا يلزم منه محذور، لأن موارد تطبيقها في المعاملات قليلة، و كثيرا ما يتوفر دليل في الموارد الخاصة يكون بديلا لها و يغنى عن الرجوع إليها.

و لعل ما أوضحناه هو الوجه في عدم معاملة القدماء مع: «لا ضرر» معاملة القاعدة الكلية العامة ذات السعة و الشمول بالنحو الذي حققه المتأخرون.

ثم إنه بملاحظة هذا الاستظهار الأخير يتضح لدينا سر عدم شمول

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٧

القاعدة لموارد الإقدام على الضرر، كالإقدام على المعاملة مع العلم بالغبن، إذ قد عرفت عدم شمولها لغير الإضرار بين الناس. و قد تمحل البعض في تعليل عدم شمول القاعدة لمورد الإقدام، فذهب إلى تعليله بأنها قاعدة امتثالية و لا امتنان في نفى الضرر في صورة الإقدام.

و هذا الوجه مما لا دليل عليه، إذ لا ظهور و لا قرينة على ان نفى الضرر بملاك الامتثال بحيث يدور مداره.

نعم، نفى الضرر عموما يكون فيه تخفيف و منه على العباد، و لكن هذا غير كون النفي بملاك الامتثال، فلاحظ و لا تغفل.

هذا تمام الكلام فيما استفاد من النصوص في معنى الهيئة التركيبية.

و قد عرفت عدم استفادة قاعدة عامة منها.

و على تقدير الالتزام بكون مؤداها قاعدة عامة تتكفل نفى الحكم المستلزم للضرر و تحريم الضرر يقع الكلام في أمور تتعلق بالقاعدة

ذكرت بعنوان

تنبيهات:

التنبيه الأول

: في بيان طريقة الجمع بين القاعدة و أدلة الأحكام الشاملة بعمومها أو بإطلاقها مورد الضرر. بيان ذلك: ان نسبة هذه القاعدة مع دليل كل حكم نسبة العموم من وجه، فمثلا دليل لزوم البيع يدل على لزومه مطلقا في مورد الضرر و مورد عدم الضرر، و قاعدة: «لا ضرر» تنفي الحكم الضرري سواء كان هو اللزوم أو غيره.

و مقتضى القواعد في تعارض العامين من وجه هو تساقطهما في مورد الاجتماع. و لكن الملتزم به في ما نحن فيه هو العمل بما يوافق قاعدة نفي الضرر.

و قد ذكر في توجيه ذلك وجوه يجمعها العمل على طبق قاعدة: «لا ضرر»، و إن لم يكن عملا بنفس دليل: «لا ضرر». و إليك بيانها:

الأول: ان مقتضى تعارض دليل القاعدة مع أدلة الأحكام و عدم المرجح

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٨

لأحدهما هو تساقطهما في المجمع، فيرجع إلى الأصول العملية، و هي غالبا توافق مؤدى نفي الضرر، لجريان أصالة البراءة في موارد الأحكام التكاليفية الضررية، و جريان أصالة الفساد في موارد الأحكام الوضعية الضررية.

الثاني: ان دليل القاعدة بما انه يتكفل نفي جميع الأحكام الضررية، فتلحظ جميع أدلة الأحكام بمنزلة دليل واحد و نسبة دليل نفي الضرر إليه نسبة الخاص إلى العام فيخصص جميع الأدلة.

الثالث: ان نسبة دليل نفي الضرر إلى دليل كل حكم و إن كانت هي العموم من وجه، إلا انه يتعين تقديم دليل نفي الضرر، لأن تقديم أدلة الأحكام على دليل نفي الضرر يستلزم إلغاء بالمرّة، لعدم مورد له أصلا، و تقديم بعضها خاصة ترجيح بلا مرجح لأن نسبتها إليه على حد سواء. بخلاف تقديم دليل نفي الضرر، فانه لا يستلزم إلغاء أدلة الأحكام لشمولها لموارد عدم الضرر.

و قد تقرر في محله انه إذا دار الأمر بين العامين من وجه و كان العمل بأحدهما مستلزما لآخر بالمرّة كان الآخر هو المقدم و يرجح على غيره.

الرابع: ان دليل نفي الضرر حاكم على أدلة الأحكام، فيقدم عليها، و لا تلاحظ النسبة بين الحاكم و المحكوم. و هذا الوجه بنى عليه الشيخ (رحمه الله) «١».

الخامس: ان العرف يجمع بين كل دليلين يتكفل أحدهما ببيان الحكم الثابت للأشياء بعناوينها الأولية، و يتكفل الآخر ببيان الحكم الثابت للأشياء بعناوينها الثانوية، بحمل الأول على بيان الحكم الاقتضائي و الثاني على بيان الحكم الفعلي.

و بما ان دليل نفي الضرر يتكفل ببيان الحكم لعنوان ثانوي، فيجمع العرف بينه و بين أدلة الأحكام الأولية بحمله على بيان الحكم الفعلي و حمل أدلة

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى فرائد الأصول - ٣١٥ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٢٩

الأحكام على بيان الحكم الاقتضائي.

و هذا ما بنى عليه صاحب الكفاية في دليل: «لا ضرر» و نحوه كدليل نفي الحرج، و اصطلح عليه بالتوفيق العرفي «١».

هذه زبدة الوجوه المذكورة في هذا المقام.

أما الأول: فهو فرع تحقق التعارض بنحو لا يمكن الجمع بينهما، فهو في طول سائر الوجوه و سيتضح لك ان النوبة لا تصل إليه. و أما الثاني: فهو لا- وجه له، إذ لا- مجال لملاحظة جميع الأدلة دليلا- واحدا، بعد ان كانت الأحكام مبيّنة بأدلة مستقلة، و مجرد الملاحظة لا يصيرها دليلا واحدا كي تتغير النسبة.

و أما الثالث: فهو وجه متين يلتزم بنظائره في موارد متعددة من الفقه.

و يمكن تصويره بنحو أكثر صناعة و أبعده عما يدور حوله من إشكال، بأن يقال: إنه بعد الجزم بصدور: «لا ضرر» و إرادة نفي الضرر في الجملة بنحو تكون:

«لا ضرر» نضا في بعض الموارد على نحو الإجمال.

و هذا ينافي إطلاق أدلة الأحكام و عمومها، و يكون العمل بأدلة الأحكام موجبا لطرح ما يكون دليل: «لا ضرر» نضا فيه لا مجرد ظهوره فيه، لأنها نصّ في بعض الموارد بنحو الموجبة الجزئية، و مقتضى ذلك حصول العلم الإجمالي بتقييد و تخصيص بعضها، فلا يمكن العمل بكل واحد منها لعدم جريان أصالة العموم بعدم العلم الإجمالي بتخصيص البعض، فتسقط أصالة العموم في الجميع. و لكن لا يخفى عليك ان هذا الوجه إنما تصل النوبة إليه بعد عدم إمكان الجمع العرفي بين دليل نفي الضرر و أدلة الأحكام، إما بنحو الحكومه أو بنحو التوفيق العرفي الذي يبنى عليه صاحب الكفاية، لأنه فرع المعارضة.

(١) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٨٢ - طبعه مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٠

و إلا فمع إمكان الجمع عرفا و إمكان الأخذ بعموم دليل نفي الضرر في حد نفسه، لا تصل النوبة إلى هذا الوجه و ان كان وجيها في نفسه.

فالعمدة إذن تحقيق الوجهين الأخيرين.

أما الرابع: و هو دعوى الحكومه، فقد عرفت تبني الشيخ لها. و قد ناقشه صاحب الكفاية: بأن الحكومه تتوقف على كون الدليل الحاكم بصدد التعرض لحال الدليل المحكوم.

و دليل نفي الضرر لا نظر له إلى أدلة الأحكام و لا تعرض له إلى حالها، بل يتكفل بيان ما هو الواقع من نفي الضرر، و هذا المقدار لا يصح الحكومه، بل هو كسائر أدلة الأحكام «١».

و قد ردّه المحقق النائيني - بعد أن فهم من كلامه تخصيص الدليل الحاكم بما يكون متعرضا للدليل المحكوم بالمدلول اللفظي المطابق، نظير أن يقول:

أعني، أو أردت بذلك الدليل كذا، و نحو ذلك. و قد تأملنا في صحه هذه النسبة إلى صاحب الكفاية في أول مباحث التعادل و الترجيح - بتصوير الحكومه و انطباق ضابطها على المورد.

و البحث في ضابط الحكومه بتفصيل يأتي الكلام فيه في مجال آخر.

و لكن نتعرض له هاهنا بنحو الإجمال و نوكل تحقيقه التفصيلي إلى مجاله.

و الأولى التعرض إلى ما ذكره المحقق النائيني هاهنا، ثم نعقبه بما نراه صوابا. فنقول: ذكر (قدس سره): ان القرينة على قسمين: قرينة المجاز و قرينة التخصيص و التقييد. و الفرق بينهما ان قرينة المجاز تكون بيانا للمراد الاستعمالي من اللفظ، و تبين المدلول التصديقي

للفظ، نظير لفظ: «يرمي» في قول القائل:

«جاء أسد يرمي»، فانه يكون بيانا لكون المراد من: «أسد» هو الرجل الشجاع.

(١) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول - ٣٨٢ - طبعه مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣١

و أما قرينة التخصيص، فهي ليست بيانا للمراد الاستعمالي، بل هي بيان للمراد الواقعي الجدي، فتكون مبيّنة لما هو موضوع الحكم واقعا، و ان عنوان العام ليس تمام الموضوع بل جزؤه.

و بعد أن ذكر ذلك بعنوان المقدمة، أفاد (قدس سره): أن الحكومة بنظر الشيخ (رحمه الله) لا تختص بما إذا كان الحاكم من قبيل قرينة المجاز مبيّنا للمراد الاستعمالي من المحكوم، بان يتكفل الحاكم التفسير للدليل المحكوم بمثل كلمة: «أعني» أو: «أي» أو: «مرادى كذا» و نحو ذلك، بل هي بنظره ان يكون أحد الدليلين بمدلوله اللفظي متعرضا للدليل الآخر. و هذا أعم من كون التعرض للدليل الآخر بالنصوصية بمثل كلمة:

«أعني»، أو التعرض للمراد الواقعي للدليل الآخر بظهور الحال أو السياق بنحو يفهم كون النظر في هذا الدليل للدليل الآخر، نظير ان يرد دليل يتكفل الحكم على موضوع عام، ثم يأتي دليل آخر يتكفل إخراج بعض افراد الموضوع عنه، أو يتكفل إثبات عنوان العام لفرد خارج عنه واقعا، مثلا- يأتي دليل يتكفل إثبات وجوب الإكرام لكل عالم، ثم يأتي دليل يقول: «ان زيدا ليس بعالم» و هو عالم واقعا، و يكون المنظور فيه نفى حكم العام عنه، فيتكفل هذا الدليل تضييق موضوع حكم العام، فيشترك مع التخصيص في الأثر و في كونه بيانا للمراد الواقعي، إلا- ان الفرق بينه و بين التخصيص، هو ان في التخصيص لا- يكون في اللفظ إشعار بالحكم الثابت للعام بحيث لا- يفهم بحسب المدلول اللفظي انه متعرض لحال دليل آخر، نظير قوله في المثال المتقدم: «لا تكرم زيدا» فانه لا تعرض له بحسب المدلول لحكم العام، و لذا يتم هذا الكلام و لو لم يكن هناك دليل عام أصلا.

نعم، بعد العلم بصدور العام و المفروغية عن عدم جواز صدور حكيمين متنافيين من العاقل الملتفت، يحكم العقل بملاحظة أظهرية الخاص أو نصوصيته

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٢

بعدم إرادة هذا الفرد الخاص من العموم، فيكون الخاص بيانا للمراد الواقعي من الدليل العام، لكن بحكم العقل و من باب الجمع بين الدليلين.

و هذا بخلاف الدليل الحاكم، فان بيانيته بمدلوله اللفظي لا بتوسط حكم العقل، بحيث يفهم من مدلوله اللفظي انه بيان لحال دليل آخر فيضيّق دائرته أو يوسّعها.

و لأجل ذلك كان الدليل الحاكم متفرعا على الدليل المحكوم، فيتوقف على ورود المحكوم أولا ثم يرد الحاكم. بخلاف الخاص فانه لا يتفرع على ثبوت حكم العام أصلا كما عرفت.

ثم ذكر: ان الحكومة على أقسام:

فمنها: ما يتعرض لموضوع المحكوم، كما إذا قيل: «زيد ليس بعالم» بعد قوله: «أكرم العلماء».

و منها: ما يتعرض لمتعلق الحكم الثابت في المحكوم، كما لو قيل ان الإكرام ليس بالضيافة.

و منها: ما يتعرض لنفس الحكم، كما لو قيل: «ان وجوب الإكرام ليس في مورد زيد».

ثم ذكر أن الوجه في تقدم الحاكم على المحكوم هو انه لا تعارض بين الدليلين أصلا، لأن الدليل المحكوم يتكفل الحكم على تقدير ثبوت الموضوع، فلا تعرض له لثبوت ذلك التقدير و عدمه، و الدليل الحاكم يتكفل هدم تقدير ثبوت الموضوع و بيان عدم تحققه، و في مثله لا تنافي أصلا بين الدليلين.

و على هذا الأساس صحح الترتب بين الأمر بالصددين، ببيان عدم المنافاة بين تعلق الأمر بالأمر مطلقا و تعلق الأمر بالمهم على تقدير

عصيان الأهم، فان امتثال الأمر بالأهم يدعو إلى هدم موضوع الأمر المهم، فلا يصادمه و لا ينافيه، بل هو كالحاكم بالنسبة إلى الدليل المحكوم.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٣

و بعد هذا البيان ذكر أن دليل نفي الضرر يكون حاكما على أدلة الأحكام الواقعية الأولية، سواء قلنا بمقالة صاحب الكفاية من تكفله نفي الحكم بنفي الموضوع. أو قلنا بمقالة الشيخ من تكفله نفي الحكم الضروري. لأنها ناظرة إلى أدلة الأحكام الواقعية على كلا المسلكين، و انما الفرق انها على مسلك صاحب الكفاية تكون شارحة لموضوع الأحكام. و على مسلك الشيخ تكون شارحة لأصل الحكم.

هذا ما أفاده (قدس سره) نقلناه مع توضيح و تلخيص «١».

و الكلام معه في مقامين:

المقام الأول: في ضابط الحكومة و بيان حكومته دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام.

أما ضابط الحكومة، فقد أسهبنا القول فيه في غير هذا المقام. و الذي نختاره يتعارض مع ما ذكره (قدس سره).

و مجمله: ان يكون الدليل الحاكم متعرضا و ناظرا بمدلوله اللفظي للدليل المحكوم، سواء كان تعرضه بالتفسير و الدلالة المطابقة، كما إذا تكفل التفسير بمثل كلمة: «أعنى». أو كان تعرضه بالظهور السياقي و نحوه، نظير قوله: «لا شك لكثير الشك» بالنسبة إلى أدلة أحكام الشك. و لا يختلف الحال فيه بين ان يكون متعرضا للموضوع فيزيقه أو يوسعها، و بين أن يكون متعرضا للحكم مباشرة، نظير أدلة نفي الحرج المتكفلة لنفي الأحكام الحجية.

و من هنا كان الدليل الحاكم متفرعا على الدليل المحكوم، بحيث يكون الحاكم لغوا بدون المحكوم لارتباطه به و نظره إليه.

و اما حكومته دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام، فهي تكون واضحة بعد

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر- ٢١٣- المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٤

بيان هذا الضابط للحكومة، بناء على مختار الشيخ و مختار صاحب الكفاية.

إذ هي على مختار الشيخ تكون ناظرة إلى نفي الأحكام المستلزمة للضرر، فتكون متفرعة عن أدلة الأحكام الأولية. كما أنها على مختار صاحب الكفاية تكون موجبة للتصرف في موضوع أدلة الأحكام الأولية بإخراج الموضوع عنها.

و منه اتضح حكومتها على مختارنا في مدلولها من تكفلها نفي الضرر حقيقته، و نظرها الأصلي إلى نفي الحكم أو إثبات التحريم. فلاحظ.

□

و أما على المسلك القائل بان مفادها النهي عن الضرر فقط، فلا تستلزم الحكومة، و سيأتي البحث فيه إن شاء الله تعالى عند التعرض لمورد تعارض دليل نفي الضرر مع دليل يتكفل الحكم بالعنوان الثانوي كدليل نفي الحرج، و مورد تعارض الضررين. فانتظر.

المقام الثاني: في بيان بعض المؤاخذات على كلامه (قدس سره). و هي عديدة:

الأولى: فيما أفاده من ان بيانية الخاص للعام بحكم العقل، بحيث يكون تقدمه عليه بحكم العقل بعد ملاحظته التنافي بين الحكمين. فانه يرد عليه.

أولاً: انه لا- دخل للعقل في تقديم أحد الدليلين على الآخر، و ليس ذلك من مهماته، فهل يختار العقل تقديم الخاص و لا يختار تقديم العام؟

و ثانياً: انه التزم في مبحث التعادل و الترجيح ان الخاص مقدم على العام بالقرينية و مقتضاه عدم ملاحظة أقوائيه ظهور الخاص، بل

يقدم الخاص ولو لم يكن ظهوره أقوى من ظهور العام بل كان أضعف، نظير تقديم ظهور: «يرمى» في رمى النبل على ظهور: «أسد» في الحيوان المفترس، لأجل أنه قرينه، ولو كان ظهوره في معناه أضعف من ظهور أسد في معناه.

وما التزم به هناك مناف لما أفاده هاهنا من تقدم الخاص بحكم العقل أو بالأظهرية، فلاحظ.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٥

الثانية: فيما أفاده من لزوم تأخر الدليل الحاكم عن الدليل المحكوم زمانا.

فانه يرد عليه: ان الضابط الذي تقدم بيانه للحكومة وإن اقتضى تفرع الحاكم على المحكوم. لكنه لا يقتضى تفرعه عليه تفرع المعلول عن العلة والمسبب عن السبب كى لا يصح تقدمه زمانا، بل انما يقتضى كون الحاكم من شئون الدليل المحكوم و توابعه، وهذا لا ينافى تأخر المحكوم وجودا.

نعم، غاية ما يلزم هو ثبوت المحكوم و تحققه و لو فى زمان متأخر، إذ من الممكن ان يكون الشىء من توابع شىء آخر مع تقدمه زمانا، كتهيئة الطعام للضيف قبل الظهر مع انه من شئون مجيئه للدار المتأخر زمانا. فتدبر.

الثالثة: فيما أفاده فى وجه تقدم الحاكم على المحكوم من عدم المعارضة بينهما. فانه يرد عليه:

أولا: ان الدليل الذى يتكفل هدم موضوع الدليل الآخر، انما لا ينافيه إذا كان تصرفه فيه تكوينيا، نظير تصرف الأمر بالأهم فى موضوع الأمر بالمهم فى باب الترتب، لا ما إذا كان تصرفه فيه تعبديا، لأن مرجع النفي التعبدى للموضوع إلى نفي الحكم نفسه، فيتناهى مع دليل إثبات الحكم لذلك الفرد، و الدليل الحاكم كذلك، لأنه يتكفل نفي الموضوع تعبدا و تنزيلا لا حقيقة.

و ثانيا: ان الدليل الحاكم لا- ينحصر فيما يتكفل نفي الموضوع، بل من الأدلة الحاكمة ما يتكفل نفي الحكم مباشرة، بل قد جعله (قدس سره) من أوضح افراد الحكومة.

و مثل هذا الدليل يصادم الدليل المحكوم فى مدلوله و ينافيه. فما أفاده (قدس سره) لا يمكن الاعتماد عليه.

و المذى ينبغى ان يقال فى وجه تقديم الحاكم على المحكوم، هو: ان تقدمه عليه للقرينية، إذ بعد ثبوت نظره للدليل المحكوم و تعرضه له يعد عرفا قرينه

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٦

على تشخيص المراد بالمحكوم.

و بالجملة: انه لا إشكال فى كون الدليل المتكفل لتفسير الدليل الآخر بكلمة: «أعنى» و نحوها، يكون مقدا على الدليل الآخر عرفا لقرينته عليه، و لا يرى العرف أى تناف بينهما و لا حيرة فى الجمع بينهما.

و مثل هذا الدليل الذى يكون ناظرا إلى الدليل الآخر بدون كلمة التفسير، لأنه أيضا يعد قرينه عرفا. فكلا نحوى الحاكم يكون مقدا بملاك القرينية. غاية الأمر أن قرينية النحو الأول بالنص و قرينية النحو الثانى بالظهور، و هو لا يكون فرقا فارقا، فتدبر. هذا تمام الكلام فى الحكومة.

و أما الخامس: و هو دعوى التوفيق العرفى التى بنى عليها صاحب الكفاية. فتوضيح ما أفاده (قدس سره): انه ذكر ان دليل نفي الضرر انما يتكفل فى حال الضرر نفي الحكم الثابت للفعل بعنوانه الضرر، و ذلك لأن ظاهر دليل نفي الضرر كون الضرر علة للنفي و مانعا من ثبوت الحكم المنفى، فلا يمكن ان يشمل الموارد التى يكون الضرر مقتضيا لثبوت الحكم، إذ المقتضى للحكم يمتنع ان يكون مانعا عنه.

و من هذا البيان انتقل إلى تقدم دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام بلا ملاحظة النسبة بينهما، إذ بعد استظهار العرف من دليل نفي الضرر كون الضرر مانعا من ثبوت الحكم و أنه يرتفع بالضرر، يوفق بين الدليلين بحمل الأدلة الأولية على بيان الحكم الاقتضائى و ان الضرر مانع عن فعليه الحكم.

ثم قال بعد كلام له: «هذا، و لو لم نقل بحكومة دليله على دليله لعدم ثبوت نظره إلى مدلوله كما قيل» و يمكن أن يرجع قوله: «كما قيل» إلى نفي الحكومة، و انه ليس، امرا تفردنا به بل قيل به. كما يمكن ان يرجع إلى نفس الحكومة، و هي المنفى، فيكون إشارة إلى دعوى الشيخ (رحمه الله)، و الأمر سهل.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٧

و كيف ما كان فما أفاده (قدس سره) في بيان تقدم دليل نفي الضرر على أدلة الأحكام الأولية يبتنى على كون المستفاد من دليل نفي الضرر ان الضرر مانع من ثبوت الأحكام، فتكون مرتفعة بثبوته لوجود المانع.

و لا يخفى عليك ان ما أفاده (قدس سره) يرجع في الحقيقة إلى دعوى نظر دليل نفي الضرر إلى أدلة الأحكام و تعرضه لها، فينطبق عليه تعريف الحكومة على رأى الشيخ، فيتقدم دليل نفي الضرر بهذا البيان بالحكومة.

نعم، لما كان (قدس سره) لا يلتزم بان الحكومة هي مطلق النظر، بل هي النظر بالشرح و التفسير المطابق، مثل ان يقول: «أعنى» لم يعلل التقدم هاهنا بالحكومة بل علله بالتوفيق العرفي

فهو في ملاك التقديم يشترك مع الشيخ (رحمه الله) و لكنه يختلف معه في عنوان التقدم، فالاختلاف بينهما لفظي اصطلاحى، و لا مشاحة في الاصطلاح.

هذا فيما يرجع إلى جهة السلب في كلامه - أعنى: تكفل دليل نفي الضرر نفي الأحكام الأولية و عدم ثبوتها -.

و أما ما يرجع إلى جهة الإيجاب و هي حمل العرف لأدلة الأحكام الأولية على بيان الحكم الاقتضائى في مورد الضرر.

فقد وقعت مورد النقض و الإبرام ممن تأخر عنه، و بحث في معقوليّة الحكم الاقتضائى و ما المراد منه؟. و في مقدمته من تعرض لذلك بإسهاب المحقق الأصفهاني (رحمه الله) «١».

و بما انه لا أثر عمليا للبحث في ذلك فعلا فالأولى ترك التعرض له إلى مجال آخر.

و الخلاصة: هي ان أدلة نفي الضرر حاكمه على أدلة الأحكام الأولية بناء

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٢- ٣٢٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٨

على تكفلها نفي الحكم بلسان نفي الموضوع الضررى، أو تكفلها نفي الحكم المستلزم للضرر.

و أما دعوى التوفيق العرفى، فهي في واقعها و لبها ترجع إلى دعوى الحكومة بحسب مصطلح الشيخ (رحمه الله) و انما الاختلاف اصطلاحى.

ثم ان ما أفاده صاحب الكفاية في وجه التقدم من ظهور دليل نفي الضرر في مانعية الضرر، انما هو متفرع على ما استفاده من كون الحديث متكفلا لنفي الحكم بلسان نفي موضوعه.

و لا يتأتى على سائر الأقوال في مفاد حديث نفي الضرر، إذ لا ظهور في نفي الحكم المستلزم للضرر في كونه مانعا من الحكم و علّة للنفي، إذ لم يؤخذ الضرر في موضوع النفي كى يستظهر عليته له، كما هو الحال على مسلك صاحب الكفاية. فانتبه و لا تغفل و الله سبحانه العالم.

التنبيه الثانى

: فى ان الضرر المنفى بحديث نفي الضرر هل يراد به الضرر الواقعى، سواء علم به المتضرر أم لم يعلم، أو يراد به الضرر المعلوم؟. الذى ذكره المحقق النائينى (رحمه الله) فى هذا المقام، هو: ان مقتضى وضع الألفاظ للمعاني الواقعية لا المعلومه كون المراد بالضرر

المنفى الضرر الواقعي لا المعلوم» (١).

لكن يظهر من الشيخ (رحمه الله) في باب الوضوء اشتراط علم المكلف بكون الوضوء ضروريا في جريان دليل نفي الضرر، فلو توضحاً و هو يعتقد عدم الضرر فبان الضرر بالوضوء كان وضوءه صحيحاً (٢).
كما انه يظهر من غير واحد في المعاملة الغبية اشتراط الجهل بالغبن

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر - ٢١٥ - المطبوعه ضمن غنية الطالب.

(٢) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. كتاب الطهارة - ١٥١ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٣٩

في جريان دليل نفي الضرر لإثبات الخيار، فلو علم بالغبن لم يثبت الخيار.

كما انه في غير هذين الموردین سلکوا مسلکاً آخر، فجعلوا المدار على الضرر الواقعي علم به أم لم يعلم، ولذا حكموا بأنه ليس للمالك حفر البئر في داره إذ استلزم ضرر الجار و لو لم يعلم الجار بالضرر.

و من هنا يحير الإنسان، و يقع الإشكال في اعتبار العلم بالضرر في مورد الوضوء، و اعتبار الجهل به في مورد البيع الغبني، و عدم اعتبار العلم و لا الجهل في مورد ثالث. هذا ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله).

ثم إنه تصدى لحل الإشكال في باب الوضوء، و ان أخذ العلم ليس من جهة كون المراد بالضرر هو الضرر المعلوم، كي يتصادم هذا الالتزام مع الالتزام بعدم اعتبار العلم في غير مورد، بل أخذ العلم بالضرر في مورد الوضوء منشؤه وجهان:

الأول: ان قاعدة نفي الضرر قاعدة امتنانية واردة بملاك الامتنان، فلا تجرى فيما كان إجراؤها خلاف المنه، بان استلزم إيجاد كلفة على المكلف.

و هذا هو المانع من إجرائها في مورد الوضوء المتقدم، لأن إجراء حديث نفي الضرر فيه يستلزم الحكم بطلان وضوئه السابق و صلواته لو فرض أنه صلى به، فتجب عليه إعادة الوضوء و الصلاة، و هو إيقاع للمكلف في الكلفة، و هو ينافي التسهيل و الامتنان.

الثاني: ان حديث نفي الضرر انما يرفع الحكم إذا كان موجبا للضرر، بحيث يكون هو الجزء الأخير للعللة التامة للضرر، و فيما نحن فيه ليس الحكم بوجود الوضوء كذلك، فان الضرر لا يستند إليه، بل منشأ الضرر هو جهل المكلف و اعتقاده عدم الضرر، و لذا لو فرض انتفاء الحكم في الواقع لوقع المكلف في الضرر لجهله بترتبته على الفعل. و بعبارة أخرى: انك قد عرفت ان الحديث يتكفل نفي الحكم بلسان نفي الضرر من باب ان نفي السبب ملازم لنفي

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٠

المسبب، و هذا المعنى لا يتأتى في المورد، لأن نفي الحكم فيه لا يستلزم نفي الضرر، بل المكلف يقع في الضرر على كل حال كان الحكم بالوضوء ثابتاً أم لم يكن. إذن فلا يتكفل الحديث نفي الحكم في مثل هذه الصورة.

نعم، لو كان مفاد الحديث نفي الحكم عن الموضوع الضرري، فلا وجه للتقييد بالعلم بالضرر فيما نحن فيه، إذ الوضوء ضرري و يستند إليه الضرر بلا كلام، فينتفى حكمه بمقتضى حديث نفي الضرر. و لكن هذا المذهب غير صحيح كما تقدم.

هذا ما أفاده (قدس سره) في حل الإشكال. و مقتضاه اعتبار الأمرين في عدم وجوب الوضوء، الضرر الواقعي و العلم به، و من هنا قد يتوجه إشكال، و هو:

ان لازم ذلك انه لو اعتقد الضرر و لم يكن ضرر في الواقع لم يسقط عنه وجوب الوضوء، فلو كان صلى عن تيمم لزمه إعادة الصلاة، لعدم انتقال فرضه إلى التيمم. مع ان المشهور عدم وجوب الإعادة، مما يكشف عن كون اعتقاد الضرر ذا موضوعية بنفسه.

و قد دفع (قدس سره) هذا الإشكال: بان ظاهر عدم الوجدان في الآية الكريمة: فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا... * (١) هو الأعم من الواقعي و

العلمي، و اعتقاد الضرر يدرج المكلف في من لم يجد الماء، إذ المراد من عدم الوجدان عدم التمكن من استعمال الماء، إما لعدم وجوده و إما لعدم القدرة على استعماله لمانع شرعي أو عادي، و لذا لو اعتقد عدم وجود الماء في راحلته و صلى متيمما ثم تبين وجود الماء أفتوا أيضا بصحة الصلاة، و ليس ذلك إلا من باب ان عدم الوجدان أعم من عدم الوجود واقعا أو اعتقادا. ثم إنه (قدس سره) تعرض لمطلب استطرادي، و هو: انه إذا انقلب

(١) سورة النساء، الآية: ٤٣، و سورة المائدة، الآية: ٦.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤١

الفرض إلى التيمم كما لو كان الوضوء ضروريا و علم به، فهل يصح وضوءه لو أراد أن يتوضأ أم لا؟. ذهب (قدس سره) إلى عدم صحته، إذ ما يمكن تصحيح الوضوء به إما دعوى اشتمال الوضوء على الملاك. و اما دعوى تعلق الأمر به بنحو الترتب و أما دعوى ان الأمر بالتيمم رخصة لا عزيمة. و إما دعوى ان حديث نفى الضرر يرفع اللزوم لا الجواز. و الجميع باطل.

أما الأول: فلأن مقتضى الحكومة خروج الفرد الضروري عن عموم أدلة المشروعية، فلا يثبت فيه الملاك، لعدم وجود كاشف له.

و أما الثاني: فلما ثبت في محله من عدم جريان الترتب في الواجبين المشروطين بالقدرة شرعا.

و أما الثالث: فلأن التخصيص بلسان الحكومة يكشف عن عدم شمول العام للفرد الخارج، فلا معنى لاحتمال الرخصة.

و أما الرابع: فلان الحكم بسيط لا تركب فيه، فلا معنى لرفع اللزوم دون الجواز.

و قد ذكر (قدس سره) بعد ذلك: انه لو لا توهم بعض الأعاطم و حكمه بصحة الوضوء الحرجي - لورود نفى الحرج مورد الامتتان فلا يكون الانتقال إلى التيمم عزيمة - لما كان للبحث عن صحة الوضوء في مورد الضرر مجال، و لا فرق بين نفى الحرج و نفى الضرر في ذلك، لاشتراكهما في كونهما حاكمين على أدلة الأحكام.

هذا مجموع ما أفاده (قدس سره) في مسألة الوضوء.

و لنا على كلامه ملاحظات:

الأولى: ان نفى وجوب الوضوء و إيجاب التيمم أجنبي عن حديث نفى الضرر بالمرّة، و لا تصل النوبة إلى تحكيم: «لا ضرر» فيه، كي يقع الكلام في حدود تطبيقها و مورد جريانها.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٢

و الوجه في ذلك: ان المعلوم ضرورة من الأدلة فرض المكلف على قسمين، واجد للماء بمعنى متمكن منه، و فاقد له بمعنى غير متمكن منه. و الأول موضوع وجوب الوضوء. و الثاني موضوع وجوب التيمم. بحيث يعلم انه لا يشرع التيمم أصلا في حق المتمكن، كما لا يشرع الوضوء في حق غير المتمكن.

و عليه، فنقول: إن الضرر الناشئ من استعمال الماء سواء أ كان واقعا أم معلوما، إما ان يكون مستلزما لصدق عدم التمكن من استعمال الماء فلا يشرع الوضوء لعدم موضوعه، فلا معنى لتحكيم: «لا ضرر» في نفيه، إذ لا وجوب له كي ينفي ب: «لا ضرر». و اما لا يستلزم ذلك، بل يصدق التمكن من استعمال الماء فيشرع الوضوء و لا مجال لنفيه ب: «لا ضرر» و إثبات وجوب التيمم، لما عرفت من ان الواجد موضوع للوضوء مطلقا و لا يكون موضوعا لوجوب التيمم.

و بالجملة: إدراج مسألة التيمم و الوضوء في مصاديق قاعدة نفى الضرر غير وجيه، إذ لا مجال لتحكيمها في حال من الأحوال.

و بعد ان تعرف هذا، لا يهمننا تحقيق الوجهين اللذين ذكرهما لعدم تطبيق:

«لا ضرر» و مقدار صحتها، و إن كنا قد أشرنا سابقا إلى عدم صحة الأول منهما.

فراجع.

و أما حلّ الإشكال - بناء على ما سلكناه - فهو بان يقال: انه مع اعتقاد عدم الضرر يصدق التمكن عرفا من استعمال الماء و لو كان مضرا واقعا، فيندرج في موضوع وجوب الوضوء فيكون صحيحا. كما أنه مع اعتقاد الضرر و ليس في الواقع كذلك يكون الوضوء حرجيا، إذ الإقدام على ما يعتقد إضراره حرجي، فيصدق عدم التمكن العرفي، فيصح تيممه و إن لم يكن الماء مضرا له واقعا. الثانية: ان ما ذكره في مقام حلّ الإشكال الثاني، و هو مورد التيمم مع اعتقاد الضرر بلا ان يكون الوضوء ضروريا واقعا، من ان عدم الوجدان المأخوذ

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٣

في الآية أعم من الواقعي و الاعتقادي، و إن كان تاما بالبيان الذي عرفته من كون اعتقاد الضرر مستلزما لصدق عدم التمكن من الماء للحرج فيشرع التيمم. إلا انه من المحقق النائي ليس كما ينبغي، إذ موضوع كلامه تطبيق قاعدة نفي الضرر و عدمه، و ان المأخوذ في الموضوع هو الضرر مع العلم به أو غير ذلك، فنقل الكلام إلى مدلول الآية الكريمة لا يخلو من خلط. و مفاد: «لا ضرر» لا يعين مفاد الآية الكريمة كما لا يخفى.

و قد عرفت انه مع العمل بالآية الكريمة و نحوها من الأدلة لا مجال لقاعدة نفي الضرر بالمرّة، فانتبه.

الثالثة: و مركزها الجهة الاستطراذية التي أشار إليها، و هي ما لو توضحاً مع كون الوضوء ضروريا و كان عالما بذلك، فانه حكم بطلان وضوئه لعدم المصحح.

و لكن ما أفاده غير تام على مبناه من الالتزام بان حديث نفي الضرر وارد مورد الامتنان و بملاكه، و ذلك لأن مقتضى كون رفع التكليف امتنانا و إرفاقا هو ثبوت الملاك للحكم، و انما لم يجعله المولى امتنانا على عبده، إذ لو لم يكن للحكم ملاك، فعدم جعله يكون لعدم ملاكه لا لأجل الامتنان، فلا منته في رفعه حينئذ. إذن فكونه في مقام الامتنان قرينه على ثبوت الملاك، فيمكن تصحيح العمل بذلك.

نعم، ما أفاده يتم على ما اخترناه من عدم ظهور كون الرفع بملاك الامتنان و الإرفاق، و إن كان رفع الحكم بنفسه إرفاقيا، لكنه غير كونه بملاك الإرفاق. فانتبه.

ثم انه (قدس سره) ذكر في صدر كلامه ثبوت الإشكال في الصوم المضر أيضا، إذ كان معتقدا عدم الضرر فيه، فانهم حكموا بصحة الصوم مع ثبوت الضرر فيه واقعا.

و لا- يخفى عليك ان باب الصوم يختلف عن باب الوضوء، إذ ليس لدينا في باب الصوم تكليفان و عملان يبحث في أجزاء أحدهما عن الآخر. فلا يتأتى

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٤

فيه الإشكال الثاني - أعني لو اعتقد الضرر فأفطر و لم يكن في الواقع مضرا-، إذ لا يحتمل أجزاء الإفطار عن الصوم كى يبحث في صحته.

نعم، هو يشترك مع الوضوء في الإشكال الأول. و حلّه بوجوه:

منها: ان المأخوذ في موضوع الصوم خوف الضرر لا نفسه. و من الواضح انه مع اعتقاد عدم الضرر لا خوف في الوقوع في الضرر، فيكون مشروعا.

و منها: ما أشار إليه المحقق النائي من ورود الحديث مورد الامتنان، و نفي مشروعية الصوم و الحال هذه خلاف المنه كما لا يخفى. و تحقيق ذلك في محله في كتاب الصوم. فراجع.

هذا كله فيما يرتبط بأخذ العلم بالضرر في بعض الموارد كالوضوء و الصوم.

و أما ما يرتبط بأخذ الجهل بالضرر، كمورد المعاملة الغبية التي اعتبر في ثبوت الخيار بمقتضى: «لا ضرر» الجهل بالغبن. فقد تصدى

المحقق النائيني إلى حل الإشكال فيها، وان سبب التقييد بالجهل لا يرجع إلى عدم أخذ الضرر الواقعي موضوعا، بل إلى جهة أخرى يقتضيها المقام بالخصوص. و هي: انه إذا وقع المعاملة مع العلم بالغبن و تفاوت الثمن، فقد أقدم على الضرر، و مع اقدمه على الضرر لا يكون الضرر مستندا إلى الحكم الشرعي بنحو يكون هو الجزء الأخير لعل الضرر، بل يستند الضرر إلى اقدم المشتري، و يكون الحكم الشرعي من المقدمات الإعدادية للضرر، فلا يرتفع بحديث نفي الضرر، لأن ما يرتفع به هو الحكم الذي يستند إليه الضرر استناد المعلول إلى الجزء الأخير من علته.

و هذا الوجه قابل للمنع، فان الضرر لا يترتب على اقدم المشتري على الشراء، و إنما يترتب على حكم الشارع بعد الإقدام على الشراء، بصحته أو لزومه، فانه مترتب على الإقدام و إيقاع المعاملة، فيكون هو الجزء الأخير لعل القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٥

الضرر، فيكون مرفوعا بحديث نفي الضرر.

و قد وجه التفصيل بين صورتى العلم بالغبن و الجهل به: بان الحكم بعدم اللزوم في مورد العلم بالغبن خلاف المنه و التسهيل. و فيه: ما أشرنا إليه من عدم ثبوت كون الحديث واردا بملاك الامتنان بنحو يكون علّة للنفي يدور مداره وجودا و عدما. فالصحيح ان يقال في وجه التفصيل هو ما أشرنا إليه في مقام تحقيق معنى الحديث من: أن المستفاد من الحديث هو نفي الضرر الصادر من خصوص الغير، و مع العلم بالضرر في المعاملة لا يستند الضرر إلى البائع خاصة، كما هو الحال في صورة جهل المشتري، بل يستند إلى كل من البائع و المشتري بنحو الاشتراك، فلا يكون مرفوعا بالحديث «١». فراجع تعرف. هذا تمام الكلام في هذه الجهة.

و المتحصل: ان الضرر المنفى بحديث: «لا ضرر» هو الضرر الواقعي بلا ان يتقيد بجهل أو بعلم، و إنما يكون الجهل أو العلم دخيلا في تطبيق القاعدة في بعض الموارد لأجل خصوصية في المورد. فالتفت.

يبقى الكلام فيما تعرض له أخيرا من الفروع التي قد يتوهم التنافي بينها بأنفسها أو بين بعضها، و ما ذكره من ان الإقدام على الضرر في التكاليفيات لا يوجب عدم حكومة القاعدة عليها، و في الوضعيات موجب لذلك، و هي:

أولا: لو أقدم على موضوع يترتب عليه حكم ضررى، كمن أجنب نفسه متممدا مع كون الغسل ضروريا، إن هذا الإقدام لا يوجب عدم جريان قاعدة لا ضرر بالنسبة إلى الغسل. و مثله ما لو شرب دواء يتضرر معه بالصوم، فان الصوم يسقط عنه لأجل الضرر.

(١) مقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار في صورة جهل البائع أيضا إذ لا يستند الضرر إلى كل منهما (المقرر).

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٦

و ثانيا: ما لو غصب لوحا من شخص و نصبه في سفينته، فانه يقال بجواز نزع مالك اللوح لوحه من السفينة و ان تضرر مالكها بلغ ما بلغ ما لم يؤد إلى تلف نفس محترمة. فالإقدام في هذا الفرع يمنع من جريان: «لا ضرر» في حق الغاصب.

و ثالثا: ما لو استأجر أرضا إلى مدة و بنى فيها بناء أو غرس فيها شجرا يبقى بعد انقضاء زمان الإجارة فانه يقال: ان لمالك الأرض هدم البناء أو قلع الشجر و إن تضرر به المستأجر.

و قد ذكر (قدس سره) انه لا تنافي بين هذه الفروع و ما تقدم، كما ان هنا فرقا بين الفرع الأول منها و بين الفرعين الآخرين، و ذلك فان المجنب نفسه أو شارب الدواء لم يكن مكلفا بالغسل و الصوم حال الإجناب و شرب الدواء، بل التكليف بهما بعد الإجناب و شرب الدواء. و من الواضح ان الغسل و الصوم ضرريان، فيكون الضرر مستندا إلى الحكم الشرعي، و الإقدام على الإجناب و شرب الدواء لا ينفي الاستناد المذكور، لأن فعله بمنزلة المقدمه الإعدادية لثبوت الحكم الضررى، و فعله في ظرفه مباح لا ضرر فيه. و أما غاصب اللوح، فهو مأمور قبل النصب بالرد، و لم يكن الرد في حقه ضروريا قبل النصب لكنه بعصيانه و مخالفته التكليف بالرد أقدم

على إتلاف ماله، بإقدامه وإرادته هي الجزء الأخير لعلّة الضرر، و ليست إرادته واقعة في طريق امتثال الحكم كى يستند الضرر إلى الحكم- كما هو الحال فى الغسل و الصوم- بل هى واقعة فى طريق عصيان الحكم و مخالفته، فالضرر يستند إلى إقدامه لا إلى الحكم الشرعى بوجوب الرد. و مثله الكلام فى مسألة الغرس فى الأرض المستأجرة، فانه مع علمه بعدم استحقاقه للغرس بعد مضى مدة الإجارة، فبغرسه قد أقدم على الضرر، و لا يستند الضرر إلى الحكم الشرعى بل إلى إقدامه.

ثم إنه أضاف فى مسألة غضب اللوح و نصبه فى السفينة إلى ما ذكره فى

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٧

عدم شمول: «لا ضرر» وجهين آخرين:

الأول: ان كسر السفينة ليس ضررا على صاحبها، لأنه مع كون اللوح مغصوبا فصاحب السفينة لا يكون مالكا لتركيب السفينة، و إذا لم تكن الهيئة الخاصة مملوكة له لم يكن رفعها ضررا عليه، لأن الضرر هو النقص فى المال الذى يملكه، فحال نزع اللوح بعد النصب حال انتزاعه من الغاصب قبل النصب.

الثانى: انه قد دل دليل على انه ليس لعرق ظالم حق «١»، فيدل على عدم ثبوت الحرمة لماله، فلا تشمل القاعدة تخصصا، لأنها انما تنفى الضرر الوارد على المال المحترم.

و قد أطال (قدس سره) فى تحقيق الفرق بين هذه الفروع، و لا يهمننا نقل غير ما ذكرناه من كلامه فانه العمدة.

و لكنه لا يخلو عن إشكال، بيان ذلك: ان محل الكلام فى مسألة اللوح المغصوب ما إذا كان نزع اللوح يوجب تضرر مالك السفينة بغرق سفينته أو تلف متاعه المحمول عليها لدخول الماء فى السفينة. و أما إذا لم يلزم منه سوى خراب نفس هيئة السفينة، كما لو كانت على الأرض، فلا- يستشكل أحد فى جواز أخذ مالك اللوح لوحه، و انه يجوز له ذلك كما كان يجوز له أخذ لوحه قبل التركيب و النصب.

و بعد ذلك نقول: إنه (قدس سره) ذكر وجوها ثلاثة فى عدم جريان: «لا ضرر» فى هذا الفرع.

و جميعها محل منع:

أما الأول: و هو دعوى استناد الضرر إلى إقدامه و عصيانه التكليف بالرد الثابت قبل النصب ففيه:

(١) و مسائل الشيعة ١٧- ٣١١، حديث: ١.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٨

أولا: ان التكليف بالرد يتعدد بتعدد الأزمنة و ينحل إلى تكاليف متعددة بتعدد الأزمنة، ففى كل آن يكون هناك تكليف بالرد، و لأجل ذلك يتعدد العصيان.

و عليه، فالتكليف بالرد قبل تحقق النصب غير التكليف بالرد بعد تحققه، و هو بالنصب لم يتحقق منه سوى عصيان عن التكليف بالرد السابق، و هو ليس بضررى.

و أما التكليف بالرد بعد النصب فهو ضررى. و النصب ليس عصيانا له كى يكون إقداما على المخالفة و الضرر، بل الضرر يستند إليه لا إلى إرادة المكلف، بل إرادة المكلف الأول للنصب تكون بمنزلة المقدمة الإعدادية لثبوت الحكم الشرعى بالرد بعد النصب، و هذا التكليف ضررى، إذ إرادة الرد معلولة له و الرد فى هذا الحال يستلزم الضرر، فيستند الضرر إلى الحكم لوجوبه.

و بهذا البيان ظهر أنه لا فرق بين هذا المثال و الفرع الأول فى كون الإقدام ليس على الضرر و انما هو مقدمة إعدادية لثبوت الحكم الضررى، و ان أساس الفرق كان يبتنى على ملاحظة التكليف بالرد تكليفا واحدا، و قد عرفت انه غير صحيح.

و ثانيا: ان الإقدام على الضرر فى مثال المثال لا يرفع نسبة الضرر إلى الحكم لأنك قد عرفت فى مسألة المعاملة الغبية، ان الجزء

الأخير لعل الضرر هو الحكم الشرعي، فلا فائدة في الأقدام.

و ثالثا: ان الإقدام على الضرر انما يصدق بحيث يستند الضرر إلى الأقدام لا إلى الحكم، فيما إذا فرض عدم شمول حديث «لا ضرر» لمورد الإقدام، وإلا فلا ضرر كى يقال انه أقدم عليه، وعدم شمول «لا ضرر» يتوقف على ثبوت الإقدام على الضرر بحيث يصح اسناد الضرر إلى الإقدام لا إلى الحكم، وهذا دور واضح.

و بعبارة أخرى: ان الإقدام على الضرر انما يصدق إذا كان المكلف عالما

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٤٩

بعدم رفع الحكم الضررى، أما إذا لم يعلم ذلك بل هو أقدم على العمل موطنا نفسه على ما يحكم به الشارع بعد ذلك، فلا يكون ذلك إقداما على الضرر بل هو إقدام على الضرر على تقدير حكم الشارع عليه لا له، فلا يمكن ان يحكم الشارع عليه استنادا إلى إقدامه على الضرر فانه خلف.

و قد أشار إلى بعض هذا الإشكال المحقق الأصفهاني في بعض كتاباته الفقهية فراجع حاشية المكاسب مبحث خيار الغبن «١».

و أما الوجه الثانى: و هو دعوى ان نزع اللوح من السفينة لا يوجب ضررا على مالكة لعدم ملكيته الهيئة التركيبية الحاصلة من نصب اللوح.

ففيه ما عرفت من: ان محل الكلام ما إذا استلزم النزع ضررا زائدا على فوات الهيئة التركيبية للسفينة.

و أما الوجه الثالث: و هو التمسك بما ورد من انه ليس لعرق ظالم حق، ففيه: ان ذلك يقتضى عدم احترام مال الظالم و الغاصب و المرتبط بنفس المغصوب كأن يوجد عملا- فى المغصوب، كما لو غصب فضة فصاغها خاتما، فانه لا يحكم بشركته فى الخاتم أو بثبوت الأجرة له كما هو الحال لو صاغها غير الغاصب. و لا يقتضى عدم احترام جميع أمواله، لجميع آلات الصياغة، فانه مما لا قائل به و لا يقتضيه الدليل المزبور.

و عليه، فغصب اللوح لا- يقتضى عدم احترام الألواح الراجعة إليه أو المال المحمول على السفينة، كى يجوز الإضرار به، فانتبه و لا تغفل.

و الذى يتحصل: ان ما أفاده (قدس سره) من الوجوه الثلاثة فى مسألة اللوح المغصوب غير تام.

و عليه، نقول إذا تم ما يقال من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، فقد

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. حاشية المكاسب ٢-٥٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٠

يستظهر منه جواز نزع المالك اللوح و ان أوجب ضررا على الغاصب. و تحقيق ذلك موكول إلى مبحث الغصب من كتب الفقه.

و أما مسألة الغرس الباقى بعد انقضاء مدة الإجارة، فقد حققنا الكلام فيه بإسهاب فى مبحث خيار الغبن فى مسألة تصرف الغابن فى العين تصرفا موجبا للزيادة. فراجع. و الله سبحانه العالم.

التنبيه الثالث: فى شمول الحديث للأحكام العدمية، كما انه شامل للأحكام الوجودية

. و توضيح ذلك: انه لا إشكال فى ان حديث نفى الضرر يوجب التصرف فى الأحكام الوجودية فيخصصها بغير مورد الضرر. و إنما الإشكال فى شمولها للأحكام العدمية إذا ترتب عليها الضرر. مثال ذلك: ما إذا حبس حرا غير أجير ففات عمله، فان قواعد الضمان لا تشمل مثل ذلك، لعدم كونه إتلاف مال- نعم لو كان المحبوس عبدا أو حرا أجيرا، يكون الحبس إتلافا لمال المالك و المستأجر، فيكون الحابس ضامنا-. و عليه يقال: إن عدم الضمان حكم ضررى لاستلزامه الضرر على الحر لفوات عمله، فهل يشمله حديث نفى

الضرر، و مقتضاه ثبوت الضمان و التدارك هاهنا؟. و مثله ما لو كان بقاء الزوجة على الزوجية مضرا بها، و كان الزوج غائبا، فان عدم كون الطلاق بيدها أو بيد الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين يكون ضروريا. و نحوه ما إذا كان العبد تحت الشدة، فيكون عدم عتقه ضروريا. فيقع الكلام في شمول: «لا ضرر» لمثل ذلك، فيقتضى ثبوت حق الطلاق للزوجة أو لغيرها في مثال الزوجة، و ثبوت الحرية للعبد في مثاله.

□

و قد ذهب المحقق النائيني (رحمه الله) إلى عدم شمول الحديث للأحكام العدمية، و قد أطال في تحقيق ذلك و الاستدلال عليه، و الذي يتلخص من كلامه وجوه ثلاثة:

الأول: ان حديث: «لا ضرر» انما يشمل الأحكام المجعولة شرعا، لأنه

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥١

ناظر إلى ما ثبت بالعمومات من الأحكام الشرعية، و عدم الضمان و نحوه من الأمور العدمية ليست أحكاما شرعية مجعولة من قبل الشارع.

و ما يدعى من: ان العدم حدوثا و ان لم يستند إلى الشارع، لأنه ناش من عدم علّة الوجود لا وجود علّة العدم إلا انه بقاء يستند إليه، و لذا صح تعلق النهي بمجرد الترك و عدم الفعل بلحاظ ان عدم الفعل بقاء يستند إلى المكلف.

يندفع: بان ذلك و إن كان موجبا للقدرة على العدم و هي المصححة للتكليف، لكن لا يصح اسناد العدم إلى الشارع ما لم يتعلق به جعل شرعي.

الثاني: ان لازم الالتزام بشمول الحديث للحكم العدمي، ثبوت الضمان في المثال المتقدم، و هذا يعني تكفل الحديث لنفي الضرر غير المتدارك، و هذا المعنى قد تقدم بطلان استفادته من الحديث و توهينه، و أنه أردأ الوجوه.

الثالث: ان لازم الالتزام بعموم الحديث للأحكام العدمية تأسيس فقه جديد، لاستلزامه في مثال الزوجة ثبوت حق الطلاق للحاكم الشرعي و هو مما لا يلتزم به «١».

و هذه الوجوه بأجمعها غير تامة:

أما الأول: فلأنه بعد فرض القدرة على العدم بحيث يكون تحت الاختيار، كيف لا يستند العدم إليه؟، فان نفي استناد العدم إليه و عدم صدوره منه مساوق لنفي القدرة عليه، و هو خلف فرض القدرة على الوجود.

و أما الثاني: فلأن المستهجن هو ان يكون مفهوم الحديث هو نفي الضرر غير المتدارك بهذا المفهوم كما تقدمت الإشارة إليه.

أما ان يكون مفهوم الحديث نفي الحكم الضروري الذي يتفق في النتيجة و الأثر مع نفي الضرر غير المتدارك، لإثباته التدارك في بعض الموارد، فهذا مما لا

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر - ٢٢٠ - المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٢

استهجان فيه أصلا. و الذي يستتبعه الالتزام بعموم الحديث للأحكام العدمية هو ذلك، لا كون معنى الحديث هو نفي الضرر غير المتدارك، فلا استهجان فيه.

و أما الثالث: فلأن ما جعله مثلا- واضحا لتأسيس الفقه الجديد و هو مثال الزوجة، مما يلتزم فيه- أخيرا- بثبوت الحق للحاكم في الطلاق عملا ببعض النصوص «١».

□

و قد صرح (قدس سره): بالترام السيد صاحب العروة (رحمه الله) به «٢» محتجا عليه بقاعدة نفي الحرج و نفي الضرر، فكيف يكون الالتزام بثبوت حق الطلاق للحاكم الشرعي من تأسيس فقه جديد؟.

فما أفاده في الاستدلال على عدم شمول الحديث للأحكام العدمية لا نراه تاما سديدا. والتحقيق: هو صحة ما أفاده من أصل الدعوى، فنحن لا نلتزم بشمول الحديث للأحكام العدمية. و تقرب ذلك: ان استناد الضرر انما يتحقق بالتسبب إليه و إيجاد ما يستلزمه. و أما عدم إيجاد المانع عن الضرر، فهو لا يحقق اسناد الضرر، فمثلا إذا فعل شخص ما يستلزم ورود الضرر على آخر استند إضراره إليه، و أما إذا رأى ضررا متوجها إلى الآخر و كان قادرا على دفعه فلم يدفعه، لم يستند الضرر إليه أصلا. و عليه فيما ان الضرر المنفى هو الضرر المستند إلى الشارع، فيختص النفي بما إذا كان مترتبا على الحكم الوجودي، فانه يصحح اسناد الضرر إلى الشارع. أما المترتب على عدم الحكم، بحيث كان الشارع متمكنا من جعل الحكم الوجودي المانع منه، فلا يستند إليه، فلا يتكفل الحديث رفعه. و لا يهمنا بعد ذلك ان يكون عدم الحكم مستندا إلى الشارع أو ليس

(١) وسائل الشريعة ١٥-٣٨٩، باب ٢٣.

(٢) اليزدي الفقيه السيد محمد كاظم. ملحقات العروة الوثقى ١- ٧٠- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٣

بمستند.

و لا معنى لقياس المورد بمورد استصحاب عدم الحكم، لاختلاف الملاك في الاستصحاب و نفي الضرر. و يمكن ان يقرب أيضا: بان مفاد حديث نفي الضرر ليس الانفي الأحكام المجعولة المستلزمة للضرر، لا انه يجعل ما ينفي الضرر. و بعبارة أخرى: كأن الشارع يقول: «انا لم أجعل الحكم المستلزم للضرر». و لا يقول: «انا جعلت ما ينفي الضرر» و فرق واضح بين المفادين.

و لا يخفى ان الحكم العدمي و ان استند إلى الشارع بقاء، لكن استناده من باب عدم جعل الوجود لا من باب جعل العدم. إذن فالعدم ليس من المجعولات الشرعية.

كما انه يمكن ان يقال: ان مفاد: «لا ضرر» هو نفي الحكم خاصة، فلا تتكفل إثبات الحكم، فلسانها لسان نفي صرف لا لسان إثبات، و العمدة في هذه التقريبات هو ما ذكرناه أولا. فتدبره.

و أما مسألة الزوجة تحت الضيق مع غياب الزوج أو امتناعه عن الطلاق، فالحكم المستلزم للضرر فيها وجودي لا سلبي عدمي. فان الموجب لوقوع الزوجة في الضيق - بعد المفروغية عن عدم زوال العلقة الزوجية بغير الطلاق - هو حصر حق الطلاق بالزوج، و هو أمر ثبوتي منتزع من جعل حق الطلاق للزوج و عدم جعله لغيره، و قد بينه الشارع بمثل: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» «١»، و مثله و إن لم يكن حكما مجعولا، إلا انه لما كان منتزعا من الحكمين المجعولين أمكن نفيه شرعا بحديث لا ضرر.

فلو قيل: إنه يلزم منه تأسيس فقه جديد، لم يكن إيرادا على شمول

(١) عوالي اللثالي ١-٢٣٤، حديث: ١٣٧.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٤

الحديث للأحكام العدمية، لأن المنفى أمر وجودي. فتدبر.

ثم انه قد يوجه عدم شمول الحديث لمورد الحكم العدمي: بأنه قد تقدم ان الحديث لا نظر له إلى الأحكام الواردة مورد الضرر، كالضمان و الحدود و الدييات. و بما ان الحكم العدمي في مورد ضرري، كعدم الضمان فانه ضرري على الحر المقوت عمله. و لم يثبت بإطلاق دليل كى تكون له حالتان، بل ثبت بالإمضاء الثابت في كل مورد بخصوصه، فهو ثابت في مورد الضرر رأسا. و فيه: أولا: انه ليس مطردا في جميع أمثلة الحكم العدمي. فمثل نفي حق الطلاق لغير الزوج ثابت مطلقا بمثل: «الطلاق بيد من أخذ بالساق».

أعم من مورد الضرر و عدمه، فيمكن أن يكون مشمولاً لحديث نفي الضرر، بناء على أن المنفى أمر عدمي لا ثبوتي. و ثانياً: إن الحكم الذي لا يكون لحديث نفي الضرر نظر إليه هو الحكم الثابت بعنوان الضرر، كقتل النفس و إعطاء الزكاة و نحوها. أما الحكم الذي يثبت في مورد الضرر لا بعنوان الضرر، بل بعنوان آخر يلازم حصول الضرر، فهو خارج عن عموم حديث نفي الضرر بالتخصيص لا بالتخصيص.

و عليه، ففي مورد توهم مثل ذلك الحكم يرجع إلى عموم حديث نفي الضرر، كما هو الحال في كل مورد يشك فيه في التخصيص. و الحكم العدمي المتوهم على تقدير ثبوته من قبيل الثاني، إذ لم يثبت بعنوان الضرر، بل بعنوان مستلزم للضرر. فتدبر.

التنبيه الرابع: في كون المراد بالضرر هل الضرر الشخصي أو النوعي؟.

و المراد بالضرر النوعي إما ما يترتب بالنسبة إلى غالب المكلفين، أو ما يترتب على غالب أفراد الفعل. فتارة يراد به نوع المكلف. و أخرى يراد به نوع الفعل. و على كل فالمراد به ما يقابل الضرر الفعلي الوارد على كل شخص.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٥

و لا- يخفى عليك أن المتعين الالتزام بان المراد به هو الضرر الشخصي، لأن الضرر كسائر الألفاظ موضوع للمفاهيم الواقعية، و هو ظاهر في الفعلية دون الاقتضائية أو النوعية. فحين يتكفل الحديث نفي الضرر عن المكلف، فظاهرة نفي الضرر الفعلي الوارد عليه. و لا وجه لحمل الكلام على خلاف ظاهره. و هذا المطلب واضح جداً لا يحتاج إلى مزيد بحث.

و أما استدلال المحقق النائيني (رحمه الله) على كون المراد هو الضرر الشخصي بورود الحديث مورد الامتنان، و بكونه حاكماً على أدلة الأحكام الأولية «١». فلم أعرف وجهه، إذ من الممكن أن يقال: إن الحديث و إن كان وارداً مورد الامتنان، لكن الملحوظ هو الامتنان بحسب النوع. كما أنه حاكم على أدلة الأحكام إذا ترتب عليها الضرر نوعاً.

و بالجملة: الالتزام بإرادة الضرر النوعي لا ينافي الالتزام بالحكومة و الامتنان، فتدبر جيداً.

التنبيه الخامس: في تعارض الضررين و ما يتناسب معه من فروع.

ذكر المحقق النائيني (قدس سره) في التنبيه السادس: أن مقتضى ورود الحديث في مقام المنية عدم وجوب تحمل الإنسان الضرر المتوجه إلى الغير لدفعه عنه، و لا وجوب تدارك الضرر الوارد عليه، بمعنى أنه لا يجب رفعه عن الغير كما لا يجب دفعه. و هكذا لا يجوز توجيه الضرر الوارد إليه إلى الغير، فلو توجه سيل إلى داره، فإن له دفعه و لا يجوز توجيهه إلى دار غيره، لتعارض الضررين و عدم المرجح لأحدهما على الآخر.

و مقتضى ذلك أنه لو دار الأمر بين حكيمين ضريرين بحيث يلزم من رفع أحدهما الحكم بثبوت الآخر، هو اختيار أقلهما ضرراً، و لا يختلف الحال بالنسبة

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر- ٢٢٢- المطبوعه ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٦

إلى شخص واحد أو شخصين، فإن المفروض أن نفي الضرر من باب المنية على العباد و لا ميزة لأحد على أحد في هذه الجهة، فإن الكل عبيد الله سبحانه.

فكما يختار الشخص الواحد أخف الضررين لو تعارضا بالنسبة إليه، كذلك الأمر إذا تعارض الضرران في حق شخصين، فإنه مع عدم

المرجح يحكم بالتخيير، إذ المورد من موارد تراحم الحقيين لا من موارد التعارض، كي يحكم بالتساقط و الرجوع إلى سائر القواعد. إلا ان يدعى الفرق بين توجه الضررين إلى شخص واحد، و بين توجههما إلى شخصين، بأنه .. إذا توجهها إلى شخص واحد يختار أخفهما لو كان و إلا فالتخيير.

و أما إذا توجهها إلى شخصين، كالتولى من قبل الجائر الذي يكون تركه ضرراً على المتولى، و الإقدام عليه ضرراً على الغير، فلا وجه للترجيح أو التخيير، إذ هو من موارد تحمل الضرر المتوجه إلى الغير، و قد عرفت عدم وجوبه إذ الضرر متوجه أولاً و بالذات إلى الغير فلا يجب على المكره دفعه عنه و تحمله.

نعم، لو أكرهه الجائر على دفع مقدار من المال لم يجز له ان ينهب من أموال الناس و يدفع الضرر عن نفسه بذلك، فانه من موارد توجيه الضرر الوارد عليه إلى الغير، و قد عرفت عدم جوازه. و مسألة الولاية من قبل الجائر من قبيل الأول.

و على هذا، فما أفاده الشيخ (رحمه الله) في المكاسب في مسألة التولى من قبل الجائر من الفرق بين الفرضين هو الصواب «١». لا ما ذكره في رسالته المعمولة لهذه المسألة من لزوم ملاحظة أخف الضررين بالنسبة إلى الشخصين، كالضررين المتوجهين إلى شخص واحد «٢».

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. المكاسب - ٥٨ - الطبعة الأولى.

(٢) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. رسالة في قاعدة لا ضرر - ٣٧٤ - المطبوعة ضمن المكاسب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٧

نعم، لو أريد من عبارة الرسالة صورة ورود ضرر من السماء يدور أمره بين شخصين، كما إذا أدخلت الدابة رأسها في القدر من دون تفريط أحد المالكين، و دار الأمر بين كسر القدر أو قتل الدابة كان حسناً. إذ يمكن الالتزام هاهنا باختيار أقل الضررين.

هذا ما أفاده (قدس سره) في هذا التنبيه مع بعض تلخيص «١».

و كلامه (قدس سره) يبدو مجملاً و لا يخلو من ارتباك. و يتضح ذلك بالتعرض لكل فرض من الفروض المزبورة و التكلم فيه على حدة.

الفرض الأول: تحمل الضرر المتوجه إلى الغير لدفعه عنه.

و لا يخفى أنه لا مجال لتحكيم قاعدة: «لا ضرر» في هذا الفرض، لإثبات وجوب تحمل الضرر، لا من جهة ما أفاده (قدس سره) من ورود الحديث مورد المنه فلا يجرى في مورد يستلزم منه الضرر، بل من جهة عدم الموضوع لجريانها، و ذلك لأن القاعدة ناظرة - كما عرفت - إلى الأحكام الضرورية فتتكفل رفعها.

و من الواضح انه ليس لدينا في هذا الفرض و مع قطع النظر عن قاعدة:

«لا ضرر» حكم ضررى كى يقال ان رفعه خلاف المنه، إذ الثابت هاهنا انه لا يجب على الإنسان دفع الضرر عن الغير أو رفعه و لو لم ينشأ منه ضرر عليه، فلو رأى ضرراً متوجهاً إلى غيره كسيل متوجه إلى داره يستلزم خرابها، فلا يجب عليه أن يدفع السيل حتى لو لم يستلزم ضرراً عليه.

و بعبارة أخرى: ان الثابت فيما نحن فيه ليس الا عدم لزوم دفع الضرر، و هو أمر عدمى، و قد عرفت ان الحديث لا نظر له إلى الأمور العدمية الشرعية.

إذن فلا مورد للقاعدة هاهنا أصلاً.

و بالجملة: لم نعرف وجهاً لإثبات وجوب تحمل الضرر عن الغير بقاعدة:

(١) الخوانساري الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر - ٢٢٢ - المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٨

«لا ضرر» كى يتأتى فيها الكلام الذى ذكره المحقق النائنى، فالتفت و لا تغفل.

الفرض الثانى: توجيه الضرر الوارد عليه إلى الغير، كما لو كان السيل بطبعه متوجها إلى داره، فيجعل له سدا يدفعه به إلى دار الغير، أو يدفعه بيده أو بألئه عن داره إلى دار الغير.

وقد عرفت ان المحقق النائنى (قدس سره) ذهب إلى عدم جوازه لتعارض الضررين.

و الذى نراه: ان المورد ليس من موارد التعارض، فان مورد التعارض هو ما إذا كان لدينا حكمان متنافيان يترتب عليهما كل منهما الضرر، بحيث لا يمكن تطبيق القاعدة بالنسبة إليهما، كمورد إدخال الدابة رأسها فى القدر الذى يأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى عن قريب.

و لا يخفى أنه ليس لدينا فيما نحن فيه حكمان كذلك، بل ليس هنا إلا حكم واحد و هو حرمة توجيه السيل إلى دار الغير من جهة انه إتلاف لماله و إضرار به.

و الذى نلتزم به فى هذا المورد بمقتضى الصناعة هو جواز توجيه السيل إلى دار الغير مع ثبوت الضمان عليه. بيان ذلك: ان حرمة الإتلاف أو إضرار الغير ضرورية على الشخص، فترفع بالقاعدة، فيثبت هاهنا جواز توجيه السيل.

نعم «١» قد يقال: ان حرمة الإتلاف و ان كانت ضرورية، إلا ان رفع الحرمة يستلزم الضرر على الغير بإتلاف ماله.

و من المعلوم ان حديث: «لا ضرر» لا يتكفل نفى الحكم فى مورد يستلزم النفى الضرر على الغير، إما لأجل الامتنان أو لغير ذلك مما هو ملاك نفى

(١) هذا ما أفاده الأستاذ (دام ظله) فى مجلس الدرس، لكنه عدل عنه إلى ما ذكرناه أخيراً فى قولنا: (لكن نقول).

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٥٩

الضرر.

و بعبارة أخرى: انه من الواضح ان نفى الضرر انما هو بملاك واقعى فى إعدام الضرر و عدم تحققه، فلا يشمل مورداً يستلزم من شموله ترتب الضرر.

نعم مع كون الضرر الواقع على الشخص أكثر من ضرر الغير لم يمنع ضرر الغير من تطبيق القاعدة بلحاظ ضرر الشخص، فيثبت الجواز فى خصوص هذه الصورة.

و لكن نقول: إن المفروض أن ضرر الغير المترتب على رفع الحرمة متدارك بالضمان، و التدارك يرفع صدق الضرر - كما تقدم -، و لو لم يرفع صدقه، فمثل هذا الضرر المتدارك لا يمنع من شمول الحديث مع استلزامه له، إذ لا ينافى ملاك رفع الضرر من امتنان أو غيره.

ثم لا- يخفى عليك انه لا- مجال لرفع الضمان الثابت بالإتلاف بحديث: «لا ضرر» لما أشرنا إليه غير مرة من ان الحديث لا يشمل الحكم الوارد فى مورد الضرر كالضمان. إذن فالضمان ثابت على كل حال.

وقد يقال: إن الحكم بالضمان و ان ورد مورد الضرر، لكن يمكن تحكيم القاعدة فيه، لا بلحاظ ضرر نفس الضمان، بل بلحاظ ضرر آخر غير مترتب عليه دائماً.

توضيح ذلك: ان الملحوظ - نوعاً - فى تشريع الحكم بالضمان و جعله هو ردع المكلفين عن إتلاف مال الغير، إذ بعد التفات العاقل إلى ورود الخسارة عليه عند إتلاف مال غيره لا يقدم على إتلافه، و نظير هذا الحكم تشريع الحدود و القصاص، فان الداعى فيه نوعاً

منع المكلفين من إيجاد موضوعاتها.

و مثل هذا أثر من آثار الحكم، نظير الارتداع المترتب على المنع التكليفي، فلو ترتب على الارتداع ضرر، صح اسناد ذلك الضرر إلى الحكم لأنه من آثاره بلحاظ كون الارتداع من آثار مثل هذا التشريع.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٠

و عليه، فنقول: ان الحكم بالضمان ضررى هاهنا، بلحاظ انه يترتب عليه الارتداع عن إتلاف مال الغير، و يترتب على الارتداع حصول الضرر للشخص من السبل المتوجه إليه. فيمكن تحكيم القاعدة في الضمان بلحاظ هذا الضرر، و بالنتيجة يرتفع الضمان لو أقدم على إتلاف مال الغير.

و لكن يمنع هذا القول: بان رفع الضمان هاهنا يستلزم ورود الضرر على الغير، و هو النقص في ماله. و قد عرفت ان حديث نفى الضرر لا يشمل موردا إذا كان يستلزم من شموله ورود الضرر، لأنه خلاف ملاك نفى الضرر. و عليه، فلا يكون الضمان موردا للقاعدة. فيبقى ثابتا بمقتضى دليبه. فانته.

الفرض الثالث: التولى من قبل الجائر.

و هو ذو صورتين:

الأولى: ان يكون المكروه عليه هو الإضرار بالغير، بحيث يكون الضرر أولا- و بالذات متوجها من قبل المكروه على الغير، كما لو أمره الوالى بضرب شخص أو هدم داره و توعده على تركه بإضراره.

الثانية: ان يكون المكروه عليه أمرا ضرريا بالنسبة إلى المكروه، لكن كان يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بإضرار الغير. كما لو أمره بدفع عشرة دنانير و توعده على ترك العطاء بالضرب، و كان يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بأخذ عشرة دنانير من الغير و دفعها إليه.

أما الصورة الأولى: فهي على نحوين:

فتارة: ينحصر ظلم الغير بالمكروه بحيث لو تركه لا يقوم به أحد غيره.

و أخرى: لا ينحصر به، بل يتحقق على يده غيره.

أما الأول، فلا إشكال في ارتفاع الحكم التكليفي فيه، و هو حرمة إتلاف مال الغير أو التصرف فيه بدون رضاه و غير ذلك بحسب اختلاف الموارد، لعموم

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦١

أدلة رفع الإكراه و دليل نفى الضرر. و أما الحكم الوضعي، و هو ضمان التالف الثابت بمقتضى دليل: «من أتلف مال غيره فهو له ضامن».

فقد يقال: بارتفاعه عن المكروه، لأن تشريع مثل هذا الحكم يستلزم ارتداع المكلف عن الإتلاف، و الارتداع هاهنا ضررى، لأنه مخالفة للجائر المتوقع- و قد تقدم توضيح ارتفاع الضمان بلحاظ مثل هذا الضرر في الفرض الثاني-.

و لكن يدفعه: ان رفع الضمان أيضا يستلزم الضرر على الغير، و هو من أتلفت داره، و في مثله لا تجرى قاعدة نفى الضرر كما أشرنا إليه في الفرض المتقدم. إذن فيتعين الالتزام بالضمان هاهنا أخذا بعموم دليبه.

و أما الثاني، فلا إشكال أيضا في ارتفاع الحكم التكليفي فيه لدليل نفى الإكراه على نحو ما تقدم، و أما الضمان فهو مرتفع، لأن جعله ضررى على المكروه لترتب الارتداع عليه المستلزم لا ضرر الجائر به، و لا يعارضه الضرر الواقع على الغير، إذ هو واقع على كل حال منه أو من غيره ممن لا يكون بصدد التعويض كنفس الوالى، فلا يكون تركه مستلزما لدفع الضرر عن الغير كما هو الحال في النحو

الأول، لعدم انحصار الأمر به، فقد يقوم بالهدم من لا دين له ولا يهتم بدليل الضمان، وفي مثله لا يكون جعل الضمان مستلزماً لعدم الضرر، ومثل هذا الضرر لا يعارض الضرر المتوجه إلى المكروه لو ترك العمل المكروه عليه. فالتفت.

و أما الصورة الثانية: فلا وجه للالتزام بجواز نهب مال الغير لدفع الضرر عن نفسه، لأن دفع الضرر عن نفسه معارض بإضرار الغير. وهو واضح.

الفرض الرابع: ما إذا أدخلت الدابة رأسها في القدر بحيث دار الأمر بين كسر القدر و تخليص الدابة، أو قتل الدابة و تخليص القدر. و هاهنا صور ثلاث: الأولى: ان لا يكون ذلك عن فعل شخص، بل يتحقق بدون اختيار. الثانية: ان يكون بفعل أجنبي. الثالثة: ان يكون بفعل أحد المالكين.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٢

أما الصورة الأولى: فتارة: يكون القدر و الثور متساويين في الثمن، و لنفرض ان قيمة كل منهما عشرة دنانير. و أخرى: يكونان مختلفين فيه، كما لو كان ثمن القدر عشرة و ثمن الثور مائة.

أما إذا كانا متساويين، فنقول: ان لدينا حكيم أحدهما حرمة إتلاف صاحب القدر ثور الغير لتخليص قدره. و الآخر حرمة إتلاف صاحب الثور قدر الغير لتخليص ثوره.

و بما أن كلا من الحكيمين ضررى بالنسبة إلى المكلف، فهما مرتفعان، و ترتب الضرر على الغير بواسطة رفع كل منهما، يندفع بثبوت الضمان على المتلف المخلص لماله، فلا يعارض الضرر الناشئ عن تحريم التصرف، فيرتفع بلا ضرر، و لا تعارض بين إجراء: «لا ضرر» في أحدهما و إجراءاته في الآخر، كما ان الضمان لا يمكن الالتزام برفعه بالبيان المتقدم في الفرض الثاني، لأن في رفعه إضراراً بصاحب المال التالف. إذن فلكل منهما التصرف في مال الغير لأجل تخليص ماله مع ضمان مال الغير.

هذا، و لكن لا يخفى أنه مع الحكم بالضمان لا يقدم أحدهما على تخليص ماله - بحسب الموازين العقلائية - لأنه يفكر أنه سيخسر ما يساوي قيمة ماله الذي يريد تخليصه، فأى داع عقلائي يدفعه إلى تخليص ماله؟ فيبقى كل منهما مكتوف اليد.

و في مثل ذلك يقطع بان الشارع جعل طريقته لتخليص أحد المالكين. و عدم بقائهما محجوزين عن الانتفاع. و لا طريقته إلا بأن يلتزم بتوزع الضرر عليهما بالسوية لقاعدة العدل و الإنصاف المستفادة و المتصيدة من بعض النصوص، فإذا خلص أحدهما ماله يدفع إلى الآخر نصف قيمة ماله و هو خمسة دنانير في الفرض. و أما من يقوم بذلك، فذلك قد يرجع في تعيينه إلى القرعة أو الحاكم الشرعي و قد يتولى الحاكم ذلك بنفسه حسباً.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٣

و أما إذا كانا مختلفين في الثمن، فلا معنى لأن يحتمل صاحب القدر نصف قيمة الثور لو فرض قتله، إذ نصف قيمته يزيد على قيمة قدره بأضعاف. بل يقال: إن الضرر الوارد على كل حال و على التقديرين بمجرد وضع الثور رأسه في القدر هو ما يكون قيمة القدر و هو عشرة، و أزيد منه لم يرد فعلاً، فيوزع ذلك بينهما بالسوية.

و طبيعة هذا الأمر تقتضى إتلاف القدر و تخليص الثور، و دفع خمسة دنانير لصاحب القدر، إذ في إتلاف الثور إضرار بصاحبه بلا تعويض، فلا وجه له.

و أما الصورة الثانية: فالأجنبي لا بد ان يخسر قيمة إحدى العينين و هو عشرة - مع التساوي - و ليس الوجه فيه: أنه أضر بكل منهما، إذ لم يتحقق بعمله إتلاف مال كل منهما، كما انه لم يتحقق منه إتلاف الواحد المررد بينهما، إذ لا مالمية للمررد.

و إنما الوجه فيه: انه بملاحظة مقتضى قاعدة العدل و الإنصاف من توزيع الخسارة الواردة على كلا الشخصين بحيث يلزم ان يخسر كل منهما نصف قيمة ماله إذا خلص ماله و أتلّف مال الغير، تهبط قيمة كل منهما قبل الإتلاف إلى النصف، بمعنى أن كلا من العينين لا يبذل بإزائه سوى خمسة بملاحظة تعيينه بعمل الأجنبي، فوجه خسارة الأجنبي هو انه أورد في كل من العينين عيباً أو جب نقص

قيمته، فيؤخذ منه مقدار التفاوت. و عليه فتوزع العشرة المأخوذة من الأجنبي على كلا المالكين يأخذ كل منهما خمسة. ثم انه بعد إتلاف أحدهما و تخليص الآخر يدفع من خالص ماله نصف قيمة ماله إلى من أتلف ماله كما تقدم في الصورة الأولى، فيحصل أحدهما على ماله و يحصل الآخر على قيمة ماله و هي عشرة. و أما الصورة الثالثة: فقد يقال: إن أحد المالكين و هو المسبب قد أورد على صاحبه عيبا في عينه بحيث استلزم نقص قيمتها إلى النصف، فيلزمه أن يخسر

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٤

قيمة هذا الوصف و هو خمسة. ثم بعد تخليص عينه مثلا و إتلاف مال غيره يلزمه ان يدفع خمسة أخرى بمقتضى ما تقدم من توزيع الخسارة الواردة من التلّف على كليهما بالسوية. و نتيجة ذلك: ان الخسارة كلها تصير عليه. و من هنا قد يشكل: ان المالك المسبب إنما دفع الخمسة أولا بملاحظة النقص الوارد على مال الآخر من جهة توزع الخسارة بمقتضى قاعدة العدل و الإنصاف، فدفع خمسة أخرى بعد الإتلاف يتنافى مع العدل و الإنصاف، إذ مقتضاه ثبوت الخسارة كلها على المالك المسبب لا التوزيع.

و بعبارة أخرى: ان المالك المسبب قد عوّض عن الخسارة التي يستحق صاحبه التعويض عنها و هي النصف، فأى وجه لأخذ خمسة أخرى منه؟.

و هذا الحكم - أعنى تضمين المالك المسبب جميع الخسارة - و إن كان موافقا للذوق و السليقة الفقهية، لكن تخريجه على القواعد الصناعية مشكل.

و من هنا ينقدح الإشكال في الصورة الثانية، فان الأجنبي بعد ما دفع الخسارة الواردة على كل من المالكين بملاحظة قاعدة العدل و الإنصاف، يكون أخذ نصف القيمة الآخر من أحد المالكين و دفعه إلى صاحبه بلا وجه، إذ الخسارة التي يستحق عوضها هي النصف و قد حصل عوضه، و أما النصف الآخر فهو مما لا يعوض بمقتضى توزيع الخسارة على المالكين بمقتضى قاعدة العدل و الإنصاف. نعم، الحكم الذي تقدم قريب بحسب الذوق الفقهي و إن كان إثباته بحسب القواعد مشكلا.

نعم، قد يقال: ان الأجنبي لما أورد الضرر بمقدار عشرة دنانير، فيأخذ الحاكم الشرعي منه المال، ثم هو يختار في إتلاف إحدى العينين و تخليص الأخرى ثم يدفع العشرة إلى صاحب العين التالفة.

و هذا القول فقهيًا و جيه، لكن لا يمكن تحقيقه على طبق القواعد في باب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٥

الإتلاف و الضمان. فتدبر.

و بالجملة: ان الحكم باستحقاق من أتلفت عينه تمام العشرة مسلم لكن الإشكال في وجهه.

هذا تحقيق الكلام في هذه الفروض.

و قد أفاد السيد الخوئي في الصورة الثالثة من الفرض الرابع: ان اللازم إتلاف مال المسبب، معللا ذلك بلزوم رد المال إلى صاحبه «١».

و فيه: ان مفروض الكلام هو مورد لا يكون مال الغير تحت اليد بحيث يكون مضمونا على ذى اليد، إذ الكلام في ما يترتب على فعله من هذه الجهة خاصة دون سائر الجهات، فيفرض الكلام في مورد يكون مسببا في إدخال الثور رأسه في القدر من دون ان يجعل يده على القدر كى يكون ضامنا.

كما انه أفاد: ان الضرر المردد الوارد في الفرض الرابع ليس ضررا من جهة الحكم الشرعي بل هو ثابت مع قطع النظر عن الحكم الشرعي.

وفيه: انك عرفت ان الضرر فيما نحن فيه ينشأ من الحكم الشرعى بحرمة تصرف كل منهما فى مال الآخر و إتلافه، فلاحظ تعرف. هذا تمام الكلام فى ما يتعلق بما أشار إليه المحقق النائينى من الفروض فى التنبيه السادس. و بقيت صورة واحدة من صور تعارض الضررين، عقد لها المحقق النائينى التنبيه السابع. و هى: صورة تعارض ضرر المالك مع ضرر غيره كجاره، كما لو كان تصرف المالك فى ملكه موجبا لتضرر جاره، و ترك تصرفه موجبا لتضرره نفسه «٢».

(١) الواعظ الحسينى محمد سرور. مصباح الأصول ٢-٥٦٣- الطبعة الأولى.

(٢) الخوانسارى الشيخ موسى. قاعدة لا ضرر- ٢٢٢- المطبوعة ضمن غنية الطالب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٦

و قد أفاد الشيخ (رحمه الله) فى هذا المقام: ان المرجع عموم: «الناس مسلطون على أموالهم»، و لو عدّ مطلق حجره عن التصرف فى ملكه ضررا لم يعتبر فى ترجيح المالك ضرر زائد على ترك التصرف فيه، فيرجع إلى عموم التسلط. و يمكن الرجوع إلى قاعدة نفى الحرج، لأن منع المالك لدفع ضرر الغير حرج و ضيق عليه، إما لحكومته ابتداء على نفى الضرر و إما لتعارضهما، و الرجوع إلى الأصول. هذا ما ذكره الشيخ (رحمه الله) فى المقام «١».

و قد ناقشه المحقق النائينى (رحمه الله) فى بعض نقاطه.

و قبل التعرض لذلك ذكر صور تصرف المالك فى ملكه المستلزم للضرر على جاره و هى أربعة:

الأولى: ان يكون التصرف فى ملكه لدفع ضرر يتوجه عليه بترك التصرف.

الثانية: ان يكون التصرف فى ملكه لجلب نفع من دون أن يكون هناك ضرر بتركه.

الثالثة: ان يكون التصرف فى ملكه عبثا و لغوا لا لدفع ضرر و لا لجلب نفع مع قصد الإضرار بالجار.

الرابعة: ان يكون التصرف عبثا من دون قصد الإضرار.

و نوقع الكلام فى كل صورة على حدة:

أما الصورة الأولى: فقد ذكر المحقق النائينى: ان ظاهر كلمات الأصحاب رعاية ضرر المالك، فيجوز تصرفه و لو كان ضرر الجار أعظم بل يجعلونه من مصاديق عدم وجوب تحمل الضرر لدفعه عن الغير. و قد عرفت كلام الشيخ (رحمه الله) فيها.

(١) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٣١٧- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٧

و الذى ذهب إليه المحقق النائينى هاهنا هو: انه لا معنى لتعارض ضرر المالك و ضرر الجار، لأنه لا يمكن ان يصدر حكمان متضادان من الشرع. فالحكم المجعول منه إما جواز تصرف المالك فى ملكه، و إما عدم جوازه.

فإذا كان الحكم هو جواز التصرف، كما هو مفاد عموم: «الناس مسلطون على أموالهم»، فلو كان ضرريا على الغير، كان مرفوعا بقاعدة: «لا ضرر»، و لو كان ذلك مستلزما لورود الضرر على المالك، إذ الضرر الناشئ من قبل حكومة:

«لا ضرر» على قاعدة السلطنة لا يمكن ان يكون مشمولا لقاعدة: «لا ضرر».

و إن كان الحكم هو حرمة تصرف المالك، فهو بما انه ضررى على المالك مرتفع عنه بقاعدة: «لا ضرر» و لو استلزم رفعه الضرر على الجار، لعدم شمول عموم: «لا ضرر» للضرر الناشئ من قبل تحكيمها.

و السر فى ذلك: ان قاعدة: «لا ضرر» حاكمة على الأحكام الثابتة فى الشريعة، فهى ناظرة إلى أدلتها و موجبة لقصرها على غير موارد

الضرر. و من الواضح انه يقتضى فرض الحكم فى مرحلة سابقة على القاعدة لتقدم المحكوم رتبة على الحاكم. و عليه فلا يمكن ان يكون دليل: «لا ضرر» شاملا للضرر الناشئ من قبل تحكيمه، لأنه يقتضى ان يكون ناظرا إليه و متأخرا عنه، و المفروض ان هذا الضرر متأخر عن دليل لا ضرر، فكيف يكون محكوما لدليل: «لا ضرر»، فانه يلزم منه الخلف.

و هذا الإشكال ثابت، و لو قيل بشمول مثل قوله: «كل خبرى صادق» أو: «كل خبرى كاذب» لنفس هذه القضية بتنقيح المناط أو بوجه آخر، كما فى شمول مثل: «صدق العادل» للخبر المتولد من تحكيمه على ما مر فى مبحث خبر الواحد. هذا ما أفاده المحقق النائيني (رحمه الله) و المذى قربه بحسب الصناعة حكومة: «لا ضرر» على قاعدة السلطنة، و مقتضاها عدم جواز تصرف المالك،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٨

لكن فى آخر كلامه ذكر وجه لتقديم قاعدة السلطنة، و هو ان ورود القاعدة مورد الامتنان يقتضى ان لا يكون رفع الضرر موجبا للوضع، فسلطنة المالك لا ترتفع بضرر الجار إذا كان ترك التصرف موجبا لوقوعه فى الضرر. و عليه، فالمورد لا يدخل فى عموم القاعدة، فتبقى قاعدة السلطنة بلا مخصص. و قد ناقش الشيخ (رحمه الله) فى بعض نقاط كلامه المتقدم: منها: ما ذكره (قدس سره) من شمول دليل نفي الحرج لعدم السلطنة، باعتبار ان منع المالك عن التصرف فى ملكه حرج و ضيق عليه. فقد ناقشه: بان الحرج المنفى فى دليل نفي الحرج هو الحرج الطارئ على الجوارح لا على الجوانح، فالمرفوع ليس هو الحرج النفسى و المشقة الروحية، بل الحرج الخارجى البدنى. و منها: ما ذكره من احتمال حكومة دليل نفي الحرج على قاعدة نفي الضرر. فقد ناقشه بوجهين:

أحدهما: ان دليل نفي الحرج كدليل نفي الضرر لا نظر له إلا إلى الأحكام الوجودية دون الأحكام العدمية، فهو لا يتكفل سوى الرفع دون الوضع. و عليه فإذا تكفل دليل نفي الضرر رفع السلطنة، فدليل نفي الحرج لا يعارضه، لأنه لا نظر له إلى عدم السلطنة لأنها حكم عدمى.

و الآخر: ان الحكومة تتقوم بنظر الدليل الحاكم إلى الدليل المحكوم، و ليس الأمر كذلك بالنسبة إلى دليل نفي الحرج، فانه فى عرض دليل نفي الضرر، فلا معنى لفرض نظر دليل نفي الحرج إلى دليل نفي الضرر، بحيث يؤخذ دليل نفي الضرر متقدما على دليل نفي الحرج، بل هما دليلان فى عرض واحد ناظران إلى الأحكام الثابتة فى الشريعة، فكل منهما يعارض الآخر، و ليس القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٦٩

هنا حاكم و محكوم. أو فقل: إن كلا منهما فى نفسه ناظر إلى الدليل الآخر، فيتحقق التحاكم المستلزم للتعارض.

هذا ملخص ما أفاده (قدس سره) فى هذا المقام. و هو بجميع جهاته قابل للمنع.

و لنبدأ بمناقشته للشيخ (رحمه الله)، فنقول:

أما ما ذكره من ان الحرج المنفى فى دليله لا- يشمل الحرج الطارئ على الجوانح، فهو دعوى لا نعرف لها دليلا واضحا، و مقتضى إطلاق لفظ الحرج فى دليل نفيه إرادة الأعم من الحرج الطارئ على الجوارح و الحرج الطارئ على الجوانح، فكل ما يطلق عليه لفظ الحرج كان منفيا. و لا وجه لدعوى عدم صدق مفهوم الحرج على الحرج الجوانحى. فلاحظ.

و أما ما ذكره فى مناقشة دعوى الحكومة من الوجهين: □

فالوجه الأول، يندفع: بان مفروض كلام الشيخ (رحمه الله) كون المورد من موارد تعارض الضررين، بحيث فرض المورد من موارد

جريان: «لا- ضرر» في حكمين فيتحقق التعارض، و جعل: «لا- حرج» جاريةً بمكان: «لا- ضرر». وهذا يعنى فرض كلا- الحكمين وجوديين.

و حل المشكلة، ان مجرى لا- حرج ليس هو عدم السلطنة، بل منع المالك من التصرف في ملكه. و بعبارة أخرى: حرمة التصرف المؤدى إلى ضرر الجار، و هو حكم وجودى لا عدوى.

و أما الوجه الثانى: فلأن كلا من دليل نفي الضرر و دليل نفي الحرج و ان كان دليلاً موضوعه العنوان الثانوى و مقتضى ذلك كونهما في عرض واحد، لكن نقول: إن دلالة أحدهما على عموم موضوعه لمورد الآخر إذا كانت أقوى من دلالة الآخر على العموم كان عموم الأقوى هو المقدم. و يلتزم بعدم عموم الآخر، و تكون النتيجة هي حكومة القوى دلالة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٠

و ذلك نظير ما إذا كان الدليل المحكوم في بعض الافراد نصاً في دلالتة، فانه يقدم على الدليل الحاكم و ان كان ناظراً إلى الدليل المحكوم. فان النصوصية بنظر العرف تقدم على جهة النظر، فمثلاً لو كان: «أكرم كل عالم» نصاً في زيد الفاسق العالم لأنه مورده- مثلاً- ثم ورد ان العالم الفاسق ليس بعالم، فانه لا يشمل زيدا، و إن كان ناظراً إلى دليل: «أكرم كل عالم»، و النظر إليه يوجب تقديمه عليه بحسب العرف، لكن لكونه نصاً في ذلك الفرد، فالنصوصية تكون مقدمة على كون الحاكم ناظراً.

و نظير ذلك- و ليس منه- ما نحن فيه، فان عموم دليل نفي الضرر لجميع الأحكام ليس بالتصريح، و انما هو من باب ان حذف المتعلق يفيد العموم، أو من باب عدم البيان في مورد البيان.

و أما عموم دليل نفي الحرج لجميع الأحكام فهو بالنص و التصريح.

لقوله تعالى: **مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**، و الدين اسم لمجموع الأحكام و القواعد المجعولة. فيكون نظره إلى موارد الضرر بالنصوصية.

و أما نظر دليل نفي الضرر إلى موارد الحرج فهو بالإطلاق و نحوه. و لا يخفى ان عموم دليل الحرج أقوى فيكون مقدماً، و يلتزم بعدم شمول دليل الضرر لموارد الحرج. و نتيجة ذلك حكومة قاعدة: «لا حرج» على قاعدة: «لا ضرر».

فما أفاده الشيخ (رحمه الله) من احتمال الحكومة ليس بعيداً عن الصواب.

و أما ما ذكره الثائني (قدس سره): من ان مورد تعارض ضرر المالك مع ضرر الجار ليس من موارد تعارض الحكمين الضررين، بل ليس هنا إلا حكم واحد ضررى و رفعه و ان استلزم الضرر لكن الضرر الناشئ من قبل تطبيق قاعدة نفي الضرر لا يمكن ان يكون مشمولاً لدليل نفي الضرر للزوم الخلف.

فهو بظاهره و إن كان محل منع واضح، إذ يمكن حل الإشكال المزبور

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧١

بالالتزام بانحلال نفي الضرر إلى افراد متعددة بعدد افراد الأحكام الضررية، فيكون النفي المتعلق بالحكم الناشئ من قاعدة: «لا ضرر» غير النفي الذى نشأ منه الحكم الضررى فلا خلف. نظير حل الإشكال في شمول دليل حجية الخبر لخبر الواسطة.

و لكن يمكن أن يكون مراده وجهاً آخر غير ما هو ظاهر العبارة، و هو:

ان دليل نفي الضرر إذا تكفل نفي السلطنة و جواز تصرف المالك لكونه ضرورياً على الجار، ثبت بذلك حرمة التصرف في الملك. فإذا أريد تطبيق: «لا ضرر» بالنسبة إلى هذه الحرمة باعتبار انها ضررية على المالك، كان معنى ذلك نفي: «لا ضرر»، لأن الحرمة ثابتة بالقاعدة، فإذا فرض نفيها كان معناه عدم جريان القاعدة و عدم تماميتها، و هو معنى نفي قاعدة: «لا ضرر». و هذا يقتضى ان يلزم من وجود القاعدة عدمها.

و بما ان منشأ ذلك هو إطلاق: «لا ضرر» بحيث يشمل الضرر الناشئ من تطبيقها، كشف ترتب هذا المحذور عن عدم وجود الإطلاق،

بحيث يشمل الضرر الناشئ من قبل نفس القاعدة، و يترتب على ذلك ان الحرمة الناشئة من قبل تطبيق: «لا ضرر» في قاعدة السلطنة لا تكون مشمولة للقاعدة و إن كانت ضرورية، إذ الإطلاق يلزم منه أن يكون تطبيق: «لا ضرر» في قاعدة السلطنة- بما انه يهيم موضوعا آخر للقاعدة- مستلزما لعدمه و هو محال، فيرتفع الإطلاق لأنه منشأ المحذور العقلي.

و هذا المحذور يشابه المحذور من شمول مثل: «كل خبري كاذب» للقضية نفسها و نحوه مما يتكفل حكما سلبيا. و لا يتأتى مثل هذا في مثل: «كل خبري صادق» في شموله لنفسه، أو مثل: «صدق العادل» في شموله لخبر الواسطة، بل المحذور فيه ليس الا محذور الطولية و التأخر و التقدم الرتبي الذي يندفع في محله بالالتزام بالانحلال أو بتنقيح المناط و نحو ذلك.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٢

و لكن لا يخفى عليك انه يمكن منع ما ذكره بهذا التقريب الذي ذكرناه:

بأنه انما يلزم إذا كان موضوع نفي الضرر هو الحكم الضرري المحقق، نظير قوله: «كل خبري كاذب» في كون موضوعه الخبر المتحقق خارجا.

و لكن الأمر ليس كذلك، إذ يمتنع ان يكون المنفى بلا ضرر هو الحكم الثابت المحقق، إذ نفيه خلف تحققه، لأن المراد بنفي الضرر نفي حدوثة لا نفي بقاءه، كي لا يتنافى مع فرض ثبوته.

و انما المنفى بقاعدة: «لا ضرر» هو الحكم الضرري المقدر، بمعنى ان كل حكم إذا فرض وجوده كان ضروريا، فهو مرتفع و غير ثابت. و إذا كان الحال كذلك لم يمتنع ان يشمل أحد افراد نفي الضرر حكما ضروريا ناشئا من فرد آخر، و لا يلزم منه المحذور المتقدم. و ذلك لأن شموله لذلك الحكم ليس متفردا على تحققه كي يكون نفيه مستلزما لانتفاء نفس ذلك الفرد، فيكون الفرد محققا لموضوع ما ينفيه، بل يكون شموله متفردا على فرض وجوده و تقديره، فيقال: الحرمة إذا ثبتت هاهنا تكون ضرورية فتنفى ب: «لا ضرر». فنفيه بهذا الفرد يكون منافيا لإثباته بالفرد الأول فيتحقق التعارض بينهما، فان الفرد الأول لعموم: «لا ضرر» يستلزم ثبوت هذا الحكم، و الفرد الآخر يستلزم نفيه، و لا- يكون الفرد الثاني من آثار الفرد الأول كي يقال ان الفرد الأول يستلزم ما ينفيه فيلزم من وجوده عدمه.

و أما ما ذكره من الوجه الفقهي لعدم شمول قاعدة نفي الضرر لعموم السلطنة، فسيعلم ما فيه من مطاوى ما ذكره في تحقيق المختار في المسألة.

و تحقيق الحال في هذا الفرع، هو: ان قاعدة السلطنة و جواز تصرف المالك في ملكه لا يكون مشمولا لقاعدة نفي الضرر لوجهين: أحدهما: ان الجواز و الإباحة ليس من الأحكام المستتبعة للضرر، فلا يلزم من جعلها للضرر، كما لا يلزم من رفعها للضرر، فعدم جعل الإباحة لا يعني

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٣

التحريم، بل يعني ان المولى لا دخل له في الفعل نفيًا و إثباتًا. نعم عدم اللزوم يمكن ان يقال ان في رفعه رفعا للضرر، لكنه أمر عدمي لا يشمل عموم نفي الضرر.

الثاني: ان عموم السلطنة لا يشمل مورد ترتب الإضرار على الغير من التسلط. فهل يدعى أحد أن عموم السلطنة يقتضى جواز تصرف المالك في سكينته بذبح شاء الغير؟ فهو لا يتكفل سوى جعل السلطنة في الجملة. إذن فدليل السلطنة يقصر عن شمول ما نحن فيه كي يكون مشمولا لنفي الضرر.

و عليه، فالحكم الذي يكون موردا للقاعدة ليس إلا حرمة الإضرار بالغير أو إتلاف ماله، و بما ان حرمة الإتلاف ضرري على المالك فترتفع ب: «لا ضرر»، فيثبت جواز التصرف له، فليس المورد من موارد تعارض الحكمين الضررين.

و دعوى: ان رفع الحرمة يستلزم الضرر على الجار فكيف يرفع التحريم ب: «لا ضرر»؟.

تندفع بما أشرنا إليه غير مرة من أن ضرر الغير متدارك بالضمان، فلا يزاحم ضرر المالك. وكون جعل الضمان ضروريا بلحاظ اثره قد عرفت انه لا يصحح جريان: «لا ضرر» فيه، فراجع الفرض الثاني.

و عليه، فالذى نلتزم به: انه يجوز للمالك التصرف في ملكه مع ضمانه التلف الوارد على مال الغير.

هذا إذا كان الضرر الوارد على الغير مضمونا كالضرر المالى.

أما لو لم يكن مضمونا، كالضرر العرضى أو الأذى النفسى. فنلتزم بارتفاع حرمة الإيذاء لأنها ضرورية على المالك.

و دعوى: كون ذلك خلاف ملاك دفع الضرر، لاستلزامه الضرر على الغير.

تندفع: بأن الشيء الثابت كون الملحوظ فى نفي الضرر هو الضرر المالى

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٤

و ما يشابهه، لا مثل الإيذاء الروحى. فترتب الأذى النفسى على تحكيم: «لا ضرر» ليس منافيا لملاك نفي الضرر. نعم «١» إذا ترتب الضرر فى العرض أمكن الالتزام بعدم ارتفاع التحريم.

و أما الصورة الثانية: فالحكم فيها هو الحكم فى سابقتها، لو قلنا بان عدم التفع ضرر مشمول لحديث نفي الضرر. و هو مشكل على إطلاقه و قد تقدم الكلام فيه فى أوائل البحث فى بيان معنى الضرر.

و أما الصورة الثالثة: فلا وجه لارتفاع حرمة إتلاف مال الغير أو إضراره فيها، لعدم كونها ضرورية على المالك. و منه يظهر الحكم فى الصورة الرابعة، فلاحظ و تدبر.

هذا تمام الكلام فى حديث نفي الضرر و شؤونه.

و يقع الكلام بمناسبة الضرر فى

حرمة الإضرار بالنفس

إشارة

. و الكلام فى مقامين:

الأول: فى ثبوت حرمة الإضرار بالنفس كإضراره ببدنه أو بماله.

الثانى: فى نسبة دليل حرمة الإضرار بالنفس - لو تم - مع أدلة الأحكام الثابتة الشاملة بعمومها مورد الضرر مع التعارض.

أما الكلام فى المقام الأول

، فقد أهمله السيد الأستاذ (دام ظله)، باعتبار ان عمدة ما يمكن ان يستدل به على حرمة الإضرار بالنفس هو حديث نفي الضرر، بناء على استفادة جعل تحريم الضرر منه، فيشمل بعمومه ضرر النفس.

و لكن الظاهر من حديث نفي الضرر إرادة ضرر الغير لا النفس، فلا يكون دليلا على حرمة ضرر النفس.

فلا بد فى استفادة حرمة الضرر من مراجعة الأدلة فى الأبواب المختلفة،

قمى، سيد محمد حسينى روحانى، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)؛ ج ٥، ص: ٤٧٤

(١) لعل وجهه أن مورد رواية سمرة الضرر العرضي.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٥

فلعله يمكن ان يستنبط منها تحريم إضرار النفس.

و هذا مما لا يسعه المجال فعلا. و من هنا نقل الكلام رأسا إلى ..

المقام الثاني

إشارة

: و تحقيق الحال فيه: ان الكلام تارة في الأحكام الترخيضية.

و أخرى في الأحكام الإلزامية.

أما الحكم الترخيضي

، فالإباحة ثبوتا تتصور على أنحاء ثلاثة:

الأول: ان يكون ملاك الإباحة هو كون الفعل لا اقتضاء فيه بنفسه للإلزام بأحد طرفيه، بل كان وجوده و عدمه على حد سواء.

الثاني: ان تكون الإباحة لأجل وجود مصلحة اقتضائية في عدم الإلزام بأحد الطرفين و إباحة الفعل له. و لكن كان موضوع ذلك هو

الفعل الذي لا اقتضاء فيه للإلزام، بمعنى: ان المصلحة الملزمة في جعل الإباحة انما تكون في خصوص هذا المورد.

الثالث: ان تكون الإباحة لأجل وجود مصلحة ملزمة في جعلها، بلا ان يتقيد موضوعها بما لا اقتضاء فيه للإلزام، بل كانت المصلحة

الملزمة في جعل الإباحة في مطلق موارد الفعل.

فان كان دليل الإباحة يدل على الإباحة بالنحو الأول، فلا يعارض دليل حرمة الإضرار بالنفس، بل دليل الحرمة هو المحكم، إذ ما يدل

على عدم اقتضاء الفعل بنفسه للإلزام بأحد طرفيه لا يتنافى مع الدليل الذي يدل على اقتضاء الترك فيه لأجل الضرر. و لذا قيل ان ما لا

اقتضاء فيه لا يتنافى مع ما فيه الاقتضاء.

و إن كان الدليل يدل على الإباحة بالنحو الثاني، فالأمر كذلك، لأن دليل حرمة الإضرار بالنفس يثبت وجود المقتضى للإلزام بالترك

في مورد الضرر، فيخرج المورد عن موارد مصلحة جعل الإباحة.

و إن كان الدليل يدل على الإباحة بالنحو الثالث، كان معارضا لدليل

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٦

حرمة الضرر كما لا يخفى.

هذا بحسب مقام الثبوت.

و أما بحسب مقام الإثبات، فالظاهر عرفا من دليل الإباحة كونه من النحو الأول، و لذا لا يرى هناك تعارض عرفا بين دليل السلطنة

على النفس أو المال و بين دليل تحريم إضرار الغير أو النفس، بل قد عرفت ان العرف لا يرى ان دليل السلطنة يشمل موارد الإضرار

بالغير، فلاحظ.

و من هنا يظهر الحكم فى تعارض دليل الاستحباب مع دليل حرمة الضرر بالنفس.

و أما الحكم الإلزامى

، كالوجوب، فهو على نحوين، لأن عموم الدليل تارة يكون بدلًا، و يكون الضرر فى أحد افراده، كالصلاة بالكيفية المخصوصة. و أخرى يكون شموليًا أو بدلًا، و يكون الضرر فى أصل الطبيعة، كالوضوء الضررى أو الصوم الضررى الواجب كصوم شهر رمضان أو الصوم المنذور.

ففى الأول: لا تعارض بين دليل التحريم الشامل لهذا الفرد و بين دليل الواجب، لأن دليل الواجب يتعلق بالطبيعة، و يترتب على ذلك الترخيص فى تطبيق الواجب على كل فرد من أفرادها، فالتعارض فى الحقيقة بين دليل الترخيص فى تطبيق الطبيعة على هذا الفرد الضررى، و بين دليل تحريم الضرر، و قد عرفت حكم تعارض دليل الترخيص مع دليل حرمة الضرر.

و بعبارة واضحة: ان الترخيص فى تطبيق الطبيعة على كل فرد انما هو بلحاظ تساويها فى تحصيل الواجب بلا مانع. و مع وجود ملاك التحريم فى أحدها- لأجل الضرر- لا يكون دليل الترخيص شاملًا له لوجود مفسدة ملزمة فى هذا الفرد، فلا معنى للترخيص عقلاً أو شرعاً فيه فلاحظ.

و فى الثانى: يتحقق التعارض بين الدليلين، إذ مقتضى إطلاق الواجب ثبوت الحكم حتى فى مورد الضرر، و لو بلحاظ ذات الواجب. و مقتضى إطلاق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٥، ص: ٤٧٧

الحرمة ثبوت الحرمة فى مورد الواجب، فيتعارضان للتنافى بين الواجب الثابت للشيء و لو بلحاظ ذاته و بين الحرمة الثابتة له بلحاظ عنوان ثانوى طارئ.

و ليس كذلك الحال فى دليل الإباحة لأنه و ان شمل بإطلاقه مورد الضرر، الا انه يدل على إباحة الشيء بلحاظ نفسه. و من الواضح انه لا تنافى بين إباحة الشيء بعنوانه الأولى و بين حرمة بعنوان ثانوى. فتدبر.

لكن يهون الخطب ان المثال المذكور للمعارضه خارج عن ذلك، لأن وجوب الوضوء يرتفع رأساً بمجرد خوف الضرر لا من جهة عدم التمكن عرفاً من استعمال الماء مع ترتب الضرر عليه، أو فقل: إن دليل تحريم الضرر رافع لموضوع وجوب الوضوء لأخذ القدرة العرفية فيه و الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً، فلا تصل النبوة إلى المعارضه، و هكذا الحال فى الصوم الواجب الرمضانى أو النذرى إذ أخذ فى موضوع وجوب الصوم القدرة، كما انها مأخوذة فى موضوع وجوب الوفاء بالنذر كما حقق فى محله. فلاحظ. و تدبر. و الله سبحانه و لى التوفيق و هو حسبنا و نعم الوكيل. انتهى مبحث نفي الضرر- الأربعاء ١٣- ٢- ١٣٩٢ هـ.

قّمى، سيد محمد حسينى روحانى، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

[الجزء السابع]

قاعدة اليد

إشارة

لا- إشكال فى تقدم القاعدة المذكورة على الاستصحاب و ان لم تكن من الإمارات، بل كانت من الأصول، لأنها واردة فى موارد

غالبا، فيلزم من تخصيص دليل الاستصحاب لدليلها عدم بقاء مورد لها إلا نادرا، فيوجب ذلك لغوية اعتبارها كقاعدة كلية كما لا يخفى.

ثم أنه لا- أهمية في البحث عما يتعلق بلفظ «اليد» من كونه لفظا حقيقيا أو كناية أو غير ذلك، بعد معرفة المراد منها و هو الاستيلاء الخارجي. كما لا أهمية في الكلام في كون مسألة اليد مسألة أصولية أو فقهية.

و إنما يقع المهم من الكلام فيها في جهات:

الجهة الأولى: في حجية اليد على الملكية.

إشارة

و هي من المسلمات في الجملة لدى الأعلام و استدل لها ببناء العقلاء و السنة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨

أما السنة: فهي روايات أربع:

الأولى: موثقة حفص بن غياث

التي فيها: «أ رأيت إذا رأيت شيئا في يد رجل أ يجوز لي أن أشهد انه لا؟. قال عليه السلام: نعم. فقال الرجل: اشهد انه في يده و لا اشهد انه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أ فيحل الشراء منه؟. قال: نعم. فقال عليه السلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك ان تشتريه و يصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هو لي و تحلف عليه، و لا يجوز ان تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك. ثم قال عليه السلام: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق» «١» و وجه الاستدلال بها: انه عليه السلام أجاز الشهادة على الملك باعتبار أن الشيء المشهود به في يد المشهود له، كما أجاز الشراء بهذا الاعتبار.

يؤكد استنفهام الإمام عليه السلام التقريرى للسائل و نقضه عليه حين توقف من أداء الشهادة على أنه له، فانه يدل على ان هذا الأمر من الارتكازيات العقلانية التي لا تقبل الإنكار، و لذلك اقتنع السائل بنقض الإمام عليه السلام.

و لكن التحقيق عدم دلالة الرواية المذكورة على حجية اليد على ملكية المال الذي يكون باليد، و ذلك لأن جواز الشراء و الحكم بملكية المشتري للمبيع لا- يتوقف على كون البائع مالكا للمبيع، بل يكفي فيه كونه مالكا للتصرف فيه. و عليه فما ذكره الإمام عليه السلام نقضا على السائل في توقفه من جواز الشراء من ذي اليد لا يدل على جواز الشهادة على الملكية باعتبار اليد، إذ لا ملازمة بين جواز الشراء و جواز الشهادة على الملك. نعم، بينه و بين جواز الشهادة على ملك التصرف ملازمة. فمن اقتنع السائل بالنقض يستكشف ان المسئول عنه هو جواز الشهادة على ملك التصرف، و أن المال له تصرفا و ولاية أعم من أن يكون مملوكا

(١) وسائل الشيعة: ١٨- ٢١٥ باب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩

له أو لا يكون. و إلا لم يقتنع السائل إذ لا ملازمة كما عرفت.

فالرواية- بمقتضى ظاهر النقض و اقتناع السائل به- لا تدل إلا على جواز الشهادة على ملكية التصرف لا ملكية نفس المال.

و هذا و إن كان خلاف ظاهر التعبير ب «أشهد انه له» بدوا، إذ ظاهره كونه الشهادة بالملكية، إلا أنه كثيرا ما يقع استعمال مثل هذا التعبير فيما يشابه ما ذكرناه في لسان أهل العرف، كما لا يخفى على الملتفت إلى موارد الاستعمال.

و يدل عليه قوله عليه السلام في النقض: «ثم تقول بعد الملك هو لي»، فانه ظاهر في ان: «هو لي» و شبهه ليس مفاده بيان الملكية، بل ما يترتب عليها من ولاية التصرف، فيدل على ان الكلام بين الإمام و السائل دائر حول الشهادة بولاية التصرف لا الملكية، و إلا لكان الأنسب ان يقول «ثم تقول بعد الشراء هو لي» لا بعد الملك، فالتفت.

و أما التزام ان المفروض كون الدوران في المورد المسئول عنه بين يد الملك و يد الغصب، بحيث إذا انتفى احتمال الغصبي يعلم بأنها يد ملك لا ولاية- مثلا- و حينئذ فتكون هناك ملازمة بين جواز الشراء و بين جواز الشهادة، لأن الشراء انما يكون باعتبار الحكم بالملكية لليد، و هو يلزم جواز الشهادة.

فهو مما لا شاهد عليه في الرواية، لأن المسئول عنه قضية حقيقية مطلقة قد يتفق وقوعها للسائل بلا تقييد لها بنحو خاص. و لو سلم ذلك. فلا يدل على المدعى أيضا، بعد البناء على ان جواز الشراء انما يستند إلى ملكية التصرف بالمال لا ملكية نفس المال. فان اليد حينئذ انما تدل على الملكية في خصوص المورد باعتبار العلم بالملازمة بين ملكية التصرف و ملكية المال، لأن المفروض ان الدوران بين الملكية و الغصبي، فإذا جاز التصرف فقد انتفى احتمال الغصب فيثبت احتمال الملكية، فاليد إذا دلت على ملكية التصرف بالمال- كما هو ظاهر النقض- فقد دلت بالملازمة على ملكية المال لدى اليد، فجواز الشهادة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠

بالملكية- الذي يدعى استظهاره من السؤال و الجواب في الرواية، و ان ناقشنا فيه و استظهرنا كون السؤال عن الشهادة بملكية التصرف بقرينة النقض و قناعة السائل به- يختص بالمورد باعتبار الملازمة الاتفاقيه المذكورة، فمع ثبوت ملكية التصرف و جواز الشهادة عليها بلحاظ اليد تثبت ملكية نفس المال فتجوز الشهادة عليها.

و بالجملة: فدلالة اليد على الملكية في المورد باعتبار الملازمة، غير دلالتها على الملكية مطلقا و مطابقتها كما هو المدعى.

و على هذا، فلا دلالة للرواية المذكورة على حجية اليد على الملكية.

الثانية:

ما عن أمير المؤمنين عليه السلام في حديث فدك حيث قال (عليه السلام) لأبي بكر: «أ تحكم فينا بخلاف حكم الله؟ قال: لا. قال عليه السلام: فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ادعيت انا فيه، من تسأل البينة؟ قال: إياك كنت أسأل البينة على ما تدعيه. قال عليه السلام: فإذا كان في يدي شيء فادعي فيه المسلمون تسألني البينة على ما في يدي ..» (١) الخبر.

و تقريب الاستدلال بها: أن الإمام عليه السلام جعل نفسه منكرا و مدعى عليه بما انه ذو يد، و جعل أبا بكر مدعيا باعتبار مخالفته قوله للحجة- فاستنكر على أبي بكر مطالبته له بالبينة- و لا حجة في المقام سوى اليد، و الدعوى المفروضة هي الملكية، فاليد حجة عليها.

و لكن الإنصاف عدم دلالة الرواية على المدعى، لأن المعنى العرفي للمدعى و الذي عليه المشهور هو: «من لو ترك ترك»، و الخلاف بين الإمام عليه السلام و أبي بكر إنما هو في تطبيق حكم من أحكام القضاء، و هو مطالب المدعى بالبينة دون المدعى عليه، و استنكار الإمام عليه السلام على أبي بكر انما هو في مطالبته بالبينة، لأنه ليس مدعيا، بل مدعى عليه، لأنه ذو يد، و مقتضى اليد صيرورته

(١) وسائل الشيعة: ١٨- ٢١٥ باب: ٢٥ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١

مدعى عليه و صيرورة أبي بكر مدعيا فعليه البيئنة، لأنه بترك أبي بكر الدعوى يجرى كل أمر على ما كان عليه و يستمر على حاله السابق. فاحتجاج الإمام (عليه السلام) لنفى وجوب البيئنة عليه بأنه ذو يد لا يدل على كون اليد حجة، بل لصيرورة ذهاب مدعى عليه. و لا يلزم ان يكون للمدعى عليه حجة كى يقال انها هاهنا منحصرة فى اليد فتكون حجة على الملكية. نعم، لو قيل بان المدعى هو من خالف قوله الحجة ثم الاستدلال بالرواية، لكنك عرفت ان المشهور على تفسيره بغير ذلك.

الثالثة: رواية حمزة بن حمران:

«أدخل السوق فأريد ان أشتري جارية تقول أنى حرة. فقال عليه السلام: اشتريها إلا ان تكون لها بيئنة» (١).
و وجه الاستدلال بها: انه عليه السلام أجاز شراء الجارية مع ادائها الحرية الا ان تقوم البيئنة على حريتها، فلا بد ان يستند الشراء إلى حجة و هى اليد لا سبب آخر كالبيئنة، لأنه لو كان مصحح الشراء هو قيام البيئنة على المملوكية لما اتجه الحكم بعدم جواز الشراء عند قيام البيئنة على الحرية، لأنها معارضة بالبيئنة القائمة على الرقية، فلا بد ان تكون هى اليد- لأنها لا تعارض البيئنة- فتكون حجة على الملكية.

و التحقيق: عدم سلامة الاستدلال بها من الإشكال، لأن ظاهر المورد هو سبق الرقية على الجارية- لامتياز الجوارى فى ذلك الزمان عن غيرهن- فترجع دعواها للحرية حينئذ إلى دعوى انقلابها عن الرقية إلى الحرية، و مقتضى الاستصحاب- مع عدم البيئنة- بقاء الرقية، ففعل الحكم بجواز الشراء مستند إلى الاستصحاب و هو مورد للبيئنة- كما لا يخفى- و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بعدم ظهور المورد فى سبق الرقية لعدم الامتياز، بل

(١) وسائل الشيعه: ١٣- ٣١ باب: ٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٢

الظاهر دعواها للحرية مطلقا و عدم الرقية أصلا. فلا ظهور للرواية فى استناد جواز الشراء إلى اليد، إذ لم يفرض سائل معين يدعى الملكية و له يد على الجارية، بل قد يكون البائع مجهول الحال، بل لا يدعى الملكية بل يدعى عدمها- كما لا يخفى على من لاحظ أسواق بيع الجوارى، فان البائع غالبا لا يكون المالك- و لكنه فى نفس الوقت يدعى المسوغ الشرعى لبيع هذه الجارية، فقد يكون جواز الشراء مستندا إلى أصالة الصحة فى عمل الغير و هى الحجة التى تسوغ الشراء، و ترتفع بالبيئنة. فلا دليل على إناطة الشراء باليد كى يكون الحكم بحجيتها حكما بملكية ذى اليد للجارية.

الرابعة: موثقة يونس بن يعقوب:

«عن أبي عبد الله عليه السلام فى امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة. قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما. و من استولى على شىء منه فهو له» (١).

و تقريب الاستدلال بها: انه عليه السلام قال: «و من استولى على شىء منه فهو له» فحكم بالملكية بمجرد الاستيلاء و هو معنى اليد، و بإلغاء خصوصية المورد يتعدى إلى باقى الموارد و يحكم فيها بحجية اليد على الملكية.

و لكنه غير تام، لأن الظاهر من السؤال عدم وجود حجة شرعية فى المورد توجب ثبوت شىء من المتاع إلى أحدهما، و ان الورثة فى مقام الحيرة و التردد، و لأجل ذلك حكم الإمام عليه السلام بملكية المتاع الخاص بالمرأة للمرأة استنادا إلى ظاهر الحال لأن اختصاص المرأة بالمتاع يوجب الظهور فى ملكيتها للمتع، لا من جهة اليد، إذ قد لا يكون لأحدهما يد معين على متاعه الخاص، و مع ذلك يحكم بملكيتها له من باب الظهور الحالى.

و منه يظهر انه يمكن ان يكون الحكم بالملكية في صورة الاستيلاء لا من جهة

(١) وسائل الشيعة: ١٧- ٥٢٥ باب: ٨ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٣.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣

اليد، بل من جهة كون الاستيلاء مرجحا لملكية المستولى للمستولى عليه، لأنه يوجب ظهور ذلك، بل بقرينه ما ذكرناه أولا من ان مفروض المقام عدم الحجة على التعيين، و حكمه في صورة الاختصاص بملكية ذى الاختصاص، و بالاشتراك في الملكية في المتاع المشترك يمكن الجزم بهذا الاحتمال، و ان التقسيم انما هو بلحاظ الظاهر الحالى للمتاع.

و لو سلمنا دلالة الرواية على ان الحكم بالملكية في صورة الاستيلاء باعتبار اليد، فلا دليل على التعدى إلى سائر الموارد، لأنه يمكن ان يكون للمقام خصوصية أوجب اعتبار اليد فيه دليلا على الملكية، بل هو الظاهر من الحكم الأولى في الرواية، فانها لا تجرى في غير المورد مما يكشف عن خصوصية فيه. فالتفت.

و قد تبين من جميع ما ذكرنا: انه لا دلالة لهذه الروايات على حجة اليد على الملكية أصلا. و كأن استظهار الفقهاء حجة اليد منها مبنى على ما ارتكز في أذهانهم من حجيتها. فتدبر جيدا.

و اما بناء العقلاء:

فقد يقرب: بان العقلاء بانون على التعامل مع ذى اليد فى الأسواق بلا توقف و تردد حتى قيام الحجة على ملكية ذى اليد لما فى يده. و ما ذلك إلا لأجل اعتبارهم اليد حجة على ملكية ذىها.

و لكن هذا التقريب لا يفى بحجيتها على الملكية، لأنه انما يكشف عن اعتبارهم اليد حجة على ملكية ذى اليد للتصرف فى المال الذى فى يده لا ملكية نفس المال، لأنهم لا يعتنون فى كون البائع مالكا أو وليا أو غير ذلك و لا يهمهم ذلك، و انما المهم لديهم هو كون البائع مالكا للتصرف، فلا يدل عدم توقفهم فى التعامل على اعتبارهم اليد حجة على الملك، بل حجة على ولاية التصرف لا أكثر، و ليس المهم فى مقام التعامل كون البائع مالكا للمال كى يكون عدم توقفهم دليلا على حجة اليد على الملكية عندهم.

و يمكن الاستشهاد على ذلك بتعليل الإمام عليه السلام فى رواية حفص

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤

المتقدمة التى قربناها فى حجة اليد على ملكية التصرف، بأنه: «لو لا ذلك لما قام للمسلمين سوق»، فانه تعليل لحجة اليد على ملكية التصرف، فيكشف عن أن توقف قيام السوق انما هو على اعتبار اليد حجة على ملكية التصرف. لا على اعتبارها حجة على ملكية المال، إذ لا يتوقف قيام السوق على ذلك، لأن صحة التعامل لا تبنى على ملكية كلا الطرفين للمال.

فبناء العقلاء بهذا التقريب لا يكون دليلا على حجة اليد على الملكية.

نعم، يمكن التمسك على حجيتها بنائهم فى بعض الموارد الجزئية، كما لو مات شخص و كان فى بيته مال كثير، و قد يكون أكثر من شأنه، فانهم يحكمون بملكته للمال لأنه تحت استيلائه و تصرفه و لو لم تقم حجة عليها، و لذا لو ادعى شخص بعض تلك الأموال يطلب منه إقامة البينة، و لا يعتبر انه مدع بلا معارض. و كما لو كان بيد شخص مال يتصرف فيه و ادعى آخر انه ولى المال لا مالكة. فأنكر ذو اليد و ادعى ملكيته للمال، فإنه يحكم له بالملكية لأنه ذو يد ما لم تقم البينة على عدمها.

فمن مثل هذه الموارد يستكشف بناء العقلاء على ملكية ذى اليد لما فى يده من المال لأجل اليد. و إذا ثبت بناء العقلاء على حجيتها، فعدم الردع من الشارع كاف فى صحة العمل بها، و لو لم يكن فى البين إضفاء صريح. فيتحصل: ان اليد حجة على الملكية فى

الجملة.

الجهة الثانية: في أن اليد هل تكون أمانة أو أصلا.

ولا يخفى ان هذا البحث علمي صرف لا أثر عملي له، لأن الحال لا يفترق في اليد سواء كانت أمانة أو أصلا، لأن الأثر المختلف فيه من هذه الناحية انما يدور في محورين:

الأول: في إثبات اللوازم، فانها إذا كانت أمانة كانت حجة على لوازم الملكية بخلاف ما إذا كانت أصلا.

الثاني: معارضتها مع الأمانات والأصول، فإنها إذا كانت أمانة فهي تعارض

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥

الأمانات الأخرى و تتقدم على الأصول، بخلاف ما إذا كانت أصلا فانها تؤخر عن الأمانات و لا تتقدم على الأصول.

ولكن الحال فيها لا يختلف في كلا المحورين:

أما الأول: فلما بينا سابقا من أنه لا فرق بين الأمانة والأصل في عدم تكفل دليل اعتبارهما لإثبات لوازم مؤداهما بهما، فالأمانة بدليل اعتبارها ليست حجة على اللازم كما أن الأصل كذلك.

نعم، بعض الأمانات يكون لسانها الكشف عن المؤدى و لآزمه، و إثباتهما واقعا في مرتبة سابقة عن دليل اعتبارها، فيتكفل دليل اعتبارها إثبات حجيتها فيه.

كما هو الحال في خبر الواحد، فان الاخبار بالمؤدى إخبار عرفا بلازمه، فيكون بمنزلة قيام خيرين خبر على المؤدى و خير على اللازم، فليل اعتبار الخبر يتكفل لا اعتبره في اللازم و المزموم. و هذا غير متحقق في اليد لأن اليد على الملكية ليست يدا على لوازمها، فلوازم الملكية لا تثبت باليد. و لو فرض ان اليد على الملكية يد على لوازمها، فلا يختلف الحال في كونها أمانة أو أصلا، لأن دليل الاعتبار على كلا التقديرين يشملها لأنها من قبيل اليدين لا اليد الواحدة كما في الخبر.

و أما المحور الثاني: فلما عرفت من انه لا كلام في تقدم اليد على الاستصحاب و باقى الأصول، كما انه لا إشكال في تقدم الأمانات الأخرى عليها كالبينه، سواء كانت أصلا أم أمانة. فمن هنا يعلم عدم الأثر العملي للكلام في هذه الجهة، فالبحث فيها علمي بحث، و تحقيق الكلام في ذلك يستدعى بيان الفرق بين الأمانة والأصل، و المراد من الأصل هاهنا.

فنقول: الوظائف العملية المتبعة في مقام الظاهر و عدم انكشاف الواقع على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يلحظ فيه الجهل بالواقع و يفرض الواقع مجهولا و مستورا. و أن

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦

هذه الوظيفة وظيفه للجاهل مع غض النظر عن كون الواقع ما هو و مثل هذا يعبر عنه بالأصل كالبراءة.

الثاني: ما يلحظ فيه الواقع، بمعنى أن مفاده يكون هذا هو الواقع، لا أن يفرض مستورا. و مثل هذا يعبر عنه بالأمانة.

الثالث: ما كان وسطا بين القسمين و برزخا بينهما بان كان وظيفه للجاهل و عدم العلم بالواقع، و لكن كان فيه نظر إلى الواقع و جهة كشف عنه. فهو يشارك الأول في كونه وظيفه للجهل و عدم العلم و بهذا يفترق عن الثاني. و يشارك الثاني في كونه ذا جهة كشف و نظر إلى الواقع و بهذا يفترق عن الأول. و مثل هذا يعبر عنه بالأصل المحرز.

و المراد بأصلية اليد في قبال أمانيتها انما هو النحو الثالث - أعنى انها من الأصول المحرزة - لا النحو الأول. لا من جهة أن حجية اليد ثبتت ببناء العقلاء، و ليس للعقلاء أحكام ظاهرية يتبعون بها، بل نظرهم دائما إلى الواقع، لأن هذا غير تام، إذ يمكن ان يكون لهم أحكام ظاهرية تعبدية يعملون بها عند استتار الواقع حفظا للنظام و رعاية للشئون، بل من جهة أن بناءهم على اعتبار اليد لما فيها من نظر إلى الواقع و كشف عنه.

فالكلام يقع في أن اليد أمانة أو أصل محرز- و ان كان الظاهر من الاعلام في المقام إرادة الأصلية بالنحو الأول- و غاية ما يمكن ان يقال في تقريب الأمانية ثبوتاً: ان الاستيلاء الخارجى لازم بالطبع لملكية المال و لازم لملكية التصرف، فهو لازم أعم لملكية المال. لكن لزومه لملكية المال أقوى من لزومه لملكية التصرف، من جهة غلبة ملكية المال و كون الاستيلاء الخارجى ناشئاً عنه، لغلبة نشوء ملكية التصرف عن ملكية المال.

فمن جهة اللزوم الطبعى و الغلبة المذكورة يكون لزوم الاستيلاء لملكية المال أقوى، فيكون فيه نحو كشف عن الملكية، و هو المعبر عنه بالكشف الناقص، فتكون طريقاً

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧

للواقع و أمانة عليه.

و اما إثباتاً: فلا دليل على تعيين أحد الأمرين فيها، إذ غاية ما هو ثابت ان فيها نظراً إلى الواقع و كشفاً عنه. أما ان اعتبارها كان بهذا النحو فقط، أو بنحو أخذ الواقع مجهولاً فلا دليل عليه.

نعم، يرجح جانب الأمانية بالاستظهار و استبعاد الأصلية، و ان الارتكاز العرفى ظاهر فى كون التعبد بها لأجل طريقتهما إلى الواقع. و إلا فلا برهان على تعيين أحد النحويين.

و على كل فليس ذلك بمهم، لما عرفت من عدم الثمرة العملية. و إنما دخلنا فى هذا المبحث جرياً على طريقة الاعلام.

الجهة الثالثة: فى ان اليد هل تكون حجة مطلقاً

، بمعنى انها حجة على الملكية و لو علم حال اليد سابقاً فى أنها غير مالكية، بل كانت يد عادية أو إجارة مثلاً. ثم شك فى تبدلها إلى المالكية؟ أو تختص حجيتها فى صورة الجهل بعنوان اليد السابق، بحيث كان يحتمل أن تكون يد مالكية عند الاستيلاء؟. اختار كل من المحقق الأصفهاني و النائيني و العراقي اختصاص حجيتها بصورة جهل العنوان و عدم حجيتها مع العلم بعنوان السابق و هو كونها غير مالكية.

و وجه كل منهم ذلك بوجه يختلف عن توجيه الآخر.

فاما ما ذكره المحقق الأصفهاني، فحاصله: انه بناء على أن اليد حجة من باب الطريقة فلا يصح التمسك بها فى المقام- إلا على القول بان الطريقة من باب اللزوم الطبيعى، لأنه متحقق فى المقام، إذ لا يتقيد تحققه بعدم المانع، لأن عدم المانع شرط فعليه اللزوم لا تحققه، فلا يمنع العلم بالحال من تحققه، فملاكها متحقق ثبوتاً- لأن اعتبارها من باب الطريقة يستدعى وجود ملاك الطريقة فيها كى يصح اعتبارها من هذه الناحية، و إلا فلا يصح.

و فى المقام ينتفى ملاك الطريقة، لأن طريقة اليد إلى الواقع: ان كان من باب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨

غلبة الملكية فى اليد، فهذا فى المقام معارض بغلبة بقاء اليد على ما كانت عليه لغلبة بقاء الحادث على ما وجد عليه.

و حينئذ تتقيد الغلبة الأولى بالغلبة الثانية، فيكون الغالب من افراد اليد ان تكون مالكية إلا إذا وجد الفرد النادر، فان الغالب فيه بقاؤه على عنوانه. فالغلبة الأولى ضيقة الدائرة، فلا يلحق مثل هذا المشكوك بالأيدى المالكية، و يتمتع اعتبارها طريقاً حينئذ لانتهاء ملاك الطريقة.

و ان كان من باب ان الاحتواء الاعتبارى يتقوى جانبه بالاحتواء الخارجى- كما قرب (قدس سره) الطريقة بذلك- فكذلك يجرى فيه ما تقدم، فان تقوى الاحتواء الاعتبارى بالاحتواء الخارجى انما هو فيما إذا لم يكن ثبوت خلافه مرتكراً فى الذهن بواسطة تقوى بقاء الحال على ما كان عليه، فالمعارضه أيضاً حاصلة و نتیجتها التقييد المذكور.

نعم، لو قلنا بان اعتبارها من باب الأصلية لا الأمازية، جاز التمسك بإطلاق دليل اعتبارها- لو كان له إطلاق و تم- في اعتبارها في المورد المزبور. هذا ملخص ما أفاده (قدس سره) «١» بتوضيح.
و لكن [١] هذا منه غريب جدا، لأن الطريقة الملحوظة في الإمارات انما يقصد

[١] هذا وقد أورد عليه (دام ظلّه) في الدورة الثانية: أن المقصود من تضيق الغلبة الثانية ان كان انتفاء الغلبة الأولى فهذا باطل جزماً، لأن الفرد النادر لو كان جميعه على خلاف الغلبة الأولى لا ينافي تحقق الغلبة الأولى فضلاً عن كون أغلبه كذلك. فلو فرض ان أغلب أهل بلد كانوا شجعاناً الا أغلب أهل شارع واحد منه فانه لا ينافي ان يقال: ان أغلب أهل البلد شجعاناً. و إن كان أريد من ذلك تحقق المزاحمة بين الغلبتين و سقوط اليد عن الأمازية لأجل التزام. فيدفعه: ان غلبة مالكية اليد مزاحمة دائماً للغلبة الاستصحابية سواء كان في عنوانها- كما فيما نحن فيه- أو في متعلقاتها- كما في سائر الموارد فكيف تكون حجة في مورد دون آخر؟

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٢٩- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩

بها الطريقة النوعية الشأنية لا الشخصية الفعلية، بحيث يختص اعتبار الأمازة في مورد تكون كاشفة عن الواقع فعلاً دون غيره، و لذلك يقال بحجية الظاهر و لو كان الظن الشخصي على خلافه.

و السر فيه: ان المناط في اعتبار الشيء طريقاً و إماراً ليس متمحضاً في الطريقة و الكشف عن الواقع، بل في الأمازة المعتبرة مصلحة خاصة أوجبت اعتبارها، و لكن الاعتبار كان بعنوان الطريقة و الكشف لا بملاكه، فالطريقة حكمة للاعتبار لا ملاك و علة، و لذلك لو تخلف في بعض الموارد لا- يخرج الدليل عن الحجية، كما انها لو وجدت في موارد آخر ليست موضوع دليل الاعتبار، لا يكون ذلك موجبا لحجية تلك الموارد، و من هنا يعلم بان الاعتبار لا يدور مدار تلك الطريقة وجوداً و عدماً.

و لأجل ذلك يلتزم بان في الأمازة جهة الموضوعية، بمعنى ان اعتبارها كان بلحاظ مصلحة خاصة فيها، و ليست متمحضة في جهة الطريقة.

و عليه، فما أفاده من انه في المقام لا يكون ملاك الطريقة في اليد لانتفائه بالمعارضة المذكورة، فلا يصح اعتبارها فيه. ينافي ما يلتزم به من كون الظن في الإمارات نوعياً لا- شخصياً، و وجود جهة الموضوعية في الأمازة. فما ذكره مساوق لإنكار ذلك، فالمعارضة المذكورة لا تنافي اعتبار اليد في المقام، كما لا ينافي الظن الشخصي على الخلاف لاعتبار الظاهر. و الاستحسان الظني المنعقد على خلاف مؤدى خبر الواحد لاعتبار الخبر، مع ان كلا منهما يوجب رفع الكشف و الطريقة.

فمن هنا يعلم ان المراد بالكاشفية النوعية أن الأمازة لو خليت و طبعها كانت كاشفة نوعاً عن الواقع، و هذا متحقق فيما نحن فيه، لأن اليد مع قطع النظر عن العلم بحالها السابق كاشفة نوعاً عن الملكية، و الا فلو اعتبرت الكاشفية الفعلية للزم

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠

خروج الخبر القائم على خلافه الاستحسان، فانه يوجب رفع كاشفيتها النوعية الفعلية، مع انه لا يلتزم به أحد، فلا بد من كون المراد بالكاشفية النوعية معنى لا ينافي ذلك و هو ما ذكرناه، فالتفت و تدبر جيداً.

و اما ما ذكره المحقق النائيني فهو: ان اليد انما تكون أماراً بما انها مشكوكه الحال، فاستصحاب عدم تبدل حالها و بقائها على ما كانت عليه يكون حاكماً عليها، لأنه يخرجها عن كونها مشكوكه الحال بإثباته عدم كونها يد ملك، فهو يحقق الغاية و هي العلم بالحال، فيرفع موضوع اعتبار اليد «١».

و تحقيق الكلام بنحو يتضح الإشكال عليه، و عدم تمامية ما ذكره: ان العلم المأخوذ غاية لاعتبار اليد. إما ان يضاف إلى نفس الواقع - أعنى: الملكية و عدمها - فيكون اعتبار اليد مشروطا بعدم العلم بالملكية أو عدم الملكية. و اما ان يضاف إلى عنوان ينطبق على اليد من دون لحاظ الواقع من كونها يد عادية أو ولاية أو مالكية. و هذا العنوان الذى جعل العلم به غاية لاعتبار اليد: تارة: يكون امرا منتزعا عن الواقع، يعنى انه ينتزع عن تحقق الملكية و عدمها. و أخرى: لا يكون كذلك، بل كان امرا حقيقيا لا يرتبط بتحقيقه بالواقع. فالصور ثلاث:

أما الصورة الأولى - و هى ما أخذ العلم [الغاية] متعلقا بالملكية و عدمها - فلا إشكال فى تقدم اليد على الاستصحاب، لأن مجرى الاستصحاب حينئذ هو عدم الملكية. و مجرى اليد هو الملكية. فهما واردان على موضوع واحد، فتقدم اليد لا محالة

(١) الكاظمى الشيخ محمد على. فوائد الأصول ٢ - ٢٢٥ - الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١

كما لا يخفى.

و أما الصورة الثانية - و هى ما أخذ العلم متعلقا بعنوان اليد المنتزع عن الملكية و عدمها -: فالأمر فيه أوضح، لأن مورد الاستصحاب و ان كان هو العنوان، لكن نسبة العنوان - حسب الفرض - إلى الملكية - الواقع - و عدمها ليست نسبة الموضوع إلى الحكم كى يقدم على ما يجرى فى الواقع، بل نسبة المعلول إلى العلة، فما يكون جاريا فى نفس الواقع كاليد يكون مقدا على الاستصحاب، لأنها تجرى فى مرحلة منشأ انتزاعه.

و الذى يظهر من كلامه (قدس سره) إرادة هذه الصورة لأنه أخذ الجهل بالحال - أعنى: بحال اليد - موضوعا لاعتبار اليد. و معلوم انه يريد من حالها كونها يد عادية أو مالكية أو شبهه لا غير ذلك.

و من الواضح ان اليد العادية تنتزع عن عدم الملكية، لأن الغصب هو التصرف فى مال الغير بدون إذنه، و ان اليد المالكية تنتزع عن الملكية.

فإذا كان الحال المأخوذ قيدا للعلم و الجهل، عنوانا منتزعا عن الملكية أو عدمها، فالاستصحاب الجارى فيه لا يكون حاكما على اليد، لأن نسبة العنوان الذى هو موضوع الاستصحاب إلى مفاد قاعدة اليد ليست نسبة الموضوع إلى الحكم، بل نسبة المعلول إلى العلة، فتكون اليد مقدمة عليه.

نعم، لو أخذ العنوان بالنحو الثانى - كما هو فى الصورة الثالثة - بان كان امرا حقيقيا لا انتزاعيا عن الواقع، و كان نسبته إلى الواقع نسبة الموضوع إلى الحكم، فيكون الاستصحاب حاكما على اليد لأنه يجرى فى موضوعها.

و لكنه مجرد فرض لا تحقق له فى الخارج، لأن هذه العناوين المتصورة التى يمكن أخذها فى متعلق العلم و الجهل - كعنوان العادية و المالكية و غيرها - عناوين انتزاعية كما بينا، و غيرها لا وجه لأخذها فى متعلق العلم و الجهل إذ لا دليل عليه

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢

و قد اعترض [١] المحقق العراقى (قدس سره) - كما فى بعض تقريراته - على ما ذكره

[١] و قد ذكر فى ضمن اعتراضه: ان الجهل بعنوان اليد ان أخذ فى الموضوع كان الاستصحاب واردا لعدم نظر نفس اليد إلى موضوعها، و الا لزم من وجود حجيتها عدمها لأنها إذا رفعت الجهل فقد رفعت موضوع الحجية. و أما إذا كان مأخوذا بنحو المورديّة

كانت اليد حاكمه على الاستصحاب لأن الاستصحاب لا يتصرف في موضوع اليد و لكن اليد تثبت عنوانها ظاهرا و كونها يد ملك لا غضب فتقدم على الاستصحاب.

و ما أفاده (قدس سره) ممنوع بكلا شقيه، أما الثاني: فلان الدليل كما لا يمكن أن يتصرف في موضوعه و ينفيه كذلك لا يمكن أن يتصرف في موردته بنفيه، إذ كما ان الدليل لا يمكن أن ينفك عن موضوعه كذلك لا يمكن أن ينفك عن موردته، و الفرق انما هو في أخذ الموضوع في رتبة سابقة دون المورد. و عليه فكيف تصور نفى اليد للجهل بالعنوان و إثبات انها يد مالكية لا عادية و بذلك كانت حاكمه على الاستصحاب و لم يتصور ذلك فيما إذا كان الجهل مأخوذا موضوعا لليد مع أن المحذور مشترك؟ و أما الأول فلان اليد إذا لم يمكن إحرازها في تحقيق موضوعها أو نفيه فكيف يجرى الاستصحاب و يكون واردا على اليد و الحال أن مورد الاستصحاب و اليد واحدة فيلزم ان يرفع الاستصحاب الجهل المأخوذ في موضوعه فان لدينا شكوا واحدا مورد الاستصحاب من جهة و مورد اليد من جهة.

فإذا لم يجر فيه اليد للمحذور المزبور لم يجر فيه الاستصحاب أيضا. فلاحظ. فما أفاده (قدس سره) في مقام الاعتراض غير وجهه. و التحقيق في مقام الإشكال على المحقق النائيني ان يقال: ان المتيقن في الأدلة و الأمارات هو اعتبارها في مورد لا يعلم بمتعلقها، و ليس ذلك من جهة امتناع التعبد في مورد العلم، بل لأن اعتبارها من باب الكشف و الطريقيه و هو ظاهر في كونه في مورد الجهل إذ المعلوم لا معنى لجعل الطريق إليه. و لا يخفى أن هذا الملاك انما يقتضى ملاحظة الجهل بنفس المؤدى و ذى الطريق و المنكشف. أما الجهل بعناوين ملازمة لذلك فلا مقتضى للمحظها بالمره.

فمثلا- يلحظ في حجيه الخبر الجهل بالواقع المخبر عنه، أما الجهل بمطابقه الخبر للواقع الذى هو ملازم للجهل و بالواقع فلا وجه لملاحظته بنحو الموضوع أو المورد.

و ما نحن فيه كذلك فان المتيقن ملاحظة الجهل بالواقع في حجيه اليد، اما الجهل بعنوان اليد

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٣

المحقق النائيني من أخذ الجهل بالحال في موضوع اعتبار اليد: بان الجهل بالحال مأخوذ بنحو المورديه لا الموضوعيه كما هو الحال في باقى الأمارات، و إلا لكانت اليد من الأصول لا الأمارات.

و على هذا، فلا مجال لجريان الاستصحاب في عرض اليد، فضلا عن تقدمه عليها، لأن لازم أماريه هذه اليد كونها بدليل اعتبارها رافعه للجهل عن ملكيه ما في اليد لصاحبها، و لازم تطبيق يد الملك عليها هو الحكم بعدم كونها يد غضب ظاهرا، فيرتفع حينئذ موضوع الاستصحاب لحكومتها عليه «١».

و ما ذكره بظاهره غير تام، لأن الجهل الذى يقال بأخذه في الأماره بنحو المورديه و فى الأصل بنحو الموضوعيه- تخلصا عن الإشكال بلزوم حكومه الأصل على الأماره لو أخذ الجهل فى موضوعها- انما هو الجهل بالواقع، و ليس متعلق الجهل فيما نحن فيه هو الواقع كى يورد عليه بهذا الإيراد العام، و انما متعلقه هو حال اليد، و هذا لا ينافى كون الجهل بالواقع مأخوذا فى الأماره بنحو المورديه لا الموضوعيه، فالفرق ان الجهل المأخوذ فى موضوع اليد هو الجهل بواقع اليد لا بالواقع الذى تثبتته اليد و تكون أماره عليه. فالإشكال المذكور على المحقق النائيني أجنبي عن مفاد كلامه.

الا أن يرجع ما ذكره إلى بيان: ان ملاك أخذ الجهل بحال اليد فى موضوعها ليس هو إلا لأن العلم بحالها علم بالواقع و الجهل بحالها جهل به، فمرجع أخذ الجهل بحالها فى موضوعها إلى أخذ الجهل بالواقع فى اعتبارها. و هذا هو المنفى بالإيراد العام من أن أخذ الجهل فى مورد الأماره لا فى موضوعها.

و بهذا يتجه ما أفاده إيرادا على المحقق النائيني.

- الملازم للجهل بالواقع فلا مقتضى لملاحظته و لا دليل عليه فالالتزام بتقييد حجية اليد بالجهل بالعنوان مما لا وجه له أصلاً فتدبر. فانه لا يخلو عن دقة.

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار: ٤- ٢٣- طبعه مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٤

و اما ما ذكره المحقق العراقى، فهو: ان الظاهر من أدلة اعتبار اليد اختصاص اعتبارها بغير هذه الصورة. بل مجرد الشك فى شمول دليل الاعتبار لهذه اليد كاف فى عدم ثبوت حجيتها، لأن الدليل على اعتبار دليل لى و هو بناء العقلاء، و الدليل اللبى لا إطلاق له كى يتمسك به فى مورد الشك.

و أما الأدلة اللفظية، كالأخبار، فهي واردة فى مقام تقرير سيرة العقلاء و بنائهم على اعتبار اليد، لا فى مقام التأسيس كى يصح الأخذ بإطلاقها فى إثبات حجية هذه اليد، بل المتبع ما ثبت من السيرة من مقدار حجيتها «١».

و لا يخفى ان ما ذكره (قدس سره) أولاً من كون الدليل لياً و يكفى فى عدم الاعتبار، الشك فى شموله لمثل هذه اليد لو لم نقل بظهوره فى غيره و انصرافه عنه. مما لا إشكال فيه.

و لكن ما ذكره أخيراً من عدم إمكان التمسك بالأخبار مع تسليم دلالتها على الحجية لأنها فى مقام الإمضاء لا التأسيس. لا وجه له.

و تحقيق ذلك: ان الدليل المتكفل لبيان حكم مماثل لحكم موجود متحقق الاعتبار، يمكن ان يكون على أحد أنحاء ثلاثة:

لأنه تارة يكون إخبارياً. و أخرى يكون إنشائياً.

فالأخبارى: ما تكون صورته إنشاء الحكم، و لكن يكون المقصود منه هو الاخبار عن تحقق متعلقه و هو الحكم، نظير الأوامر الإرشادية التى تتصور بصورة الإنشاء و لكن يكون واقعها الاخبار عن تحقق متعلقها فى الخارج.

و الإنشائى: تارة: يكون منبعثاً عن إرادة إيصال حكم الغير العام الذى يكون هو على صفته، و ذلك كالأوامر التبليغية، فان أمر الأب ابنه بالصلاة أمر حقيقى المقصود منه البعث، و ليس من الأخبار فى شىء، و لكن الغرض منه إيصال أمر الله

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤- ٢٢- طبعه مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٥

تعالى لولده، و الملحوظ فيه الأمر على طبق ذلك الأمر العام المأمور به كلى المكلف.

و هذا فى العرفيات كثير.

و أخرى: لا- يكون كذلك، بان لم يلحظ فيه إيصال الحكم الآخر و لا الاخبار عنه، بل لو حظ فيه إنشاء الحكم صرفاً. غاية الأمر ان هذا الحكم مماثل لذلك الذى اعتبره الغير لا أكثر.

و من هذا الدليل بأنحائه الثلاثة ينتزع عنوان الإمضاء و التقرير لحكم الغير، و هو واضح الوجه.

و لا- يخفى ان الدليل ان كان على النحوين الأولين، فالتمسك بإطلاقه من دون لحاظ الحكم المعتبر من الغير و مقدار دائرته ممنوع، لأن الملحوظ فى الإنشاء هو ذلك الحكم، اما بنحو الاخبار عنه أو إيصاله، فلا استقلال لهذا الحكم المنشأ أصلاً.

و اما إذا كان بالنحو الأخير، فلا- مانع من التمسك بإطلاقه لو كان له إطلاق بلا لحاظ الحكم المماثل له، لعدم ارتباطه به فى مقام الجعل و الإنشاء لعدم لحاظه فيه أصلاً. بل هو حكم مستقل. غاية الأمر انه مماثل لذلك الحكم.

و الأدلة الشرعية التى تتكفل بإنشاء الأحكام المماثلة للأحكام العقلية العرفية كلها من النحو الثالث، فان الدليل لم يلحظ فيها الا إنشاء الحكم و جعله على المكلف بلا لحاظ إيصال حكم العقلاء للمكلف أو الاخبار عنه.

و من هنا يتمسك بإطلاق قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فِي إِبْطَاتِ حَلِيَّةٍ بَعْضِ الْبَيْعِ غَيْرِ الْمَعْتَبَرَةِ عَرَفًا، لأن لسانه إنشاء حكم مستقل لم يلحظ فيه إيصال حكم العقلاء و لا الاخبار عنه. غاية الأمر انه يفيد حكما مماثلا لما عليه العقلاء، و هذا لا يضر في التمسك بإطلاقه. و حينئذ فلا وجه لمنع التمسك بإطلاق الاخبار الواردة في اعتبار اليد حجة على الملكية.

و دعوى: ان مثل هذا الدليل لا ينتزع عنه عنوان الإمضاء، لأن الظاهر من

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٦

الدليل الإمضائي ما كان ملحوظا فيه حكم الغير، و المفروض عدم لحاظ حكم الغير في هذا الدليل، فلا يكون دليلا إمضائيا، مع ان الأدلة الشرعية يصطلح عليها بأنها إمضائية واردة في مقام تقرير أحكام الغير، فلا بد ان لا تكون على هذا النحو.

مندفعة: بان إطلاق لفظ الإمضاء على الأدلة الشرعية المذكورة ليس باعتبار لحاظ حكم الغير فيها، فان لسانها يأبى عن ذلك، بل باعتبار كون الحكم المنشأ بها مماثلا لما عليه العقلاء لا أكثر. فهي في واقعها تأسيسية و ان كان عنوانها إمضائية.

فالمراد بالإمضاء ما يساوق عدم الردع و الموافقة لا إنفاذ ما عليه الآخرون حتى يتوهم لزوم ملاحظة ذلك في الموضوع. أو فقل: ان الإمضاء هنا بلحاظ مقام الثبوت لا الإثبات، و ما يضر بالتمسك بالإطلاق هو الثاني لا الأول، فتأمل تعرف.

و التحقيق في أصل المسألة: ان سيرة العقلاء دليل لبي، و قد عرفت ان مجرد التشكيك في قيامها يكفي في عدم جواز التمسك بها. و أما الأخبار فليس لها إطلاق من هذه الجهة، لكون المسوق له البيان أمر آخر، كما لا يخفى على من لاحظها هذا مع قطع النظر عن التشكيك في أصل دلالتها على حجية اليد. فتدبر.

الجهة الرابعة:

لا- يخفى ان اليد كما لا إشكال في ترتيب آثار الملك عليها، كذلك لا شبهة في وجوب ترتيب آثارها في مقام الدعوى، فيطالب المدعى على ذي اليد بالبينه، و يكون هو منكر، سواء ثبت للمدعى ملكية المال سابقا أم لم تثبت.

و لكن الكلام في انه لو أقر ذو اليد بملكية المدعى للمال سابقا، فهل تنقلب الدعوى إلى دعوى انتقال المال إليه فيكون هو مدعي فعليه الإثبات و يكون الغير منكرا أو لا تنقلب؟ المشهور على الانقلاب.

و لا- يخفى ان موضوع الدعوى الثانية المبحوث عنها ينبغي ان يكون هو تحقق السبب الناقل، كالبيع و الهبة و غيرها و عدمه، لا الانتقال و عدمه، لأن الانتقال أمر انتزاعي ينتزع عن ملكية الغير في اللاحق و عدم ملكية المالك السابق في اللاحق، فهو متأخر عن الملكية فلا كلام فيه، لأن الكلام فيما هو سابق عن الملكية، و هو

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٧

تحقق السبب الناقل - و لذلك يدعى حصول الانقلاب و تترتب عليه آثاره بالنسبة إلى الملكية الفعلية لدى اليد.

قد ذهب المحقق الأصفهانى إلى انه بالإقرار بالملكية السابقة لا تتشكل دعوى أخرى. و لو قلنا بتشكيل دعوى أخرى فلا انقلاب، بل المدعى في الدعوى الأولى مدع في الدعوى الثانية و المنكر منكر.

اما الأول: فقد قربه: بان الدعوى من الدعاء و طلب الشيء، فهي من المعاني الإنشائية، فما لم يقع الشيء موضوعا للطلب لا يقع في

مصعب الدعوى، و الإقرار بالملكية السابقة للمدعى مع دعواه الملكية الفعلية [و ان كان اخبارا بتحقيق السبب الناقل خ ل] بالانتقال منه بالالتزام، و لكنه ليس الاخبار بالالتزام بالملازمة يكون موجبا لتشكيل دعوى به، بل لا بد في ذلك من وقوعه في مصعب الدعوى و

إنشاء الطلب به و لذلك لو وقع النزاع بين اثنين في ان المعاملة الواقعة بينهما هل كانت هبة أو بيعا، فادعى كل منهما إحدى

المعاملتين، فان لكل من البيع و الهبة لوازم يختلف حالها من حيث الدعوى و الإنكار، فلا بد من صيرورتها مصعب الدعوى كي يتعين

المدعى و المنكر، و إلا فمجرد ادعاء البيع لا يوجب ادعاء لوازمه، و كذلك ادعاء الهبة، فإذا كان موضوع الدعوى هو البيع و الهبة بما

هما بيع و هبة من دون لحاظ لوازهما المختلفه كان الشخصان متداعيين. و لو كان مصب الدعوى البيع و الهبة و لكن بما هما معرفان لثبوت العوض و عدمه، كان مدعى البيع مدعيا لأن الأصل على خلاف قوله، و مدعى الهبة منكرًا. و لو كان مصبها البيع و الهبة من حيث الجواز و اللوازم، كان مدعى الجواز مدعيا، لأن الأصل على خلافه، إذ الأصل عدم الجواز. فدعوى الملزوم لا تستلزم تشكيل دعوى باللازم قهرا ما لم تنشأ دعوى مستقلة فيه، و الانتقال هاهنا لم يقع مصب الدعوى و ان وقع موضوع الاخبار بالملازمة.

و اما الثاني - يعنى نفى الانقلاب - فقد قرّبه: بان المعروف ان اليد أماره،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٨

و الأماره على المسبب أماره على السبب، فاليد كما تكون حجة على المسبب، و هو الملكية الفعلية، كذلك تكون حجة على السبب الناقل. و حينئذ فمدعى الانتقال ذو حجة و هى اليد، فيكون منكرًا لا مدعيا و يكون مقابله مدعيا، فلا يتحقق الانقلاب «١».

و فى كلا تقريبيه ما لا يخفى:

أما تقريبه لعدم تشكيل دعوى ثانية، فأساسه: ان الدعوى من الأمور الإنشائية المتقومة بالإنشاء و الجعل، فالأخبار بشيء لا يكون دعوى به ما لم ينضم إليه طلبه.

و لا يخفى انه بملاحظة الاستعمالات العرفية للدعوى و الادعاء غير المسامحة، يعلم بان الدعوى نوع من أنواع الاخبار، و هو الاخبار فى ظرف التردد و الشك، و لا يتوقف تحققها على إنشاء طلب، بل كثيرا ما يستعمل «المدعى» فى المخبر بخبر فى ظرف الشك مع عدم تحقق أى إنشاء منه، فالمخبر بالهلال يقال له مدعى رؤية الهلال، لأن المقام مقام شك.

و عليه، فحيث ان الانتقال من الأمور المشكوكة الواقعة موضوعا للتردد، فالأخبار بها و لو بالملازمة يشكل دعوى به بلا كلام. و أما ما استشهد به من مثال البيع و الهبة فلا- يصلح للنقض، لأن مصب الدعوى فى العوض انما هو فى العوض الخاص من كونه شخصا أو كليا فى الذمة.

و مدفوعا أو غير مدفوع. و أحدها ليس من لوازم البيع كما لا يخفى، و انما لازم البيع ثبوت عوض، و لكنه لا يكون محط الدعوى. و أما اللزوم و الجواز، فهما من اللوازم الشرعية للبيع و الهبة لا اللوازم العرفية، فليس الاخبار بالبيع اخبارا باللزوم عرفا، كما ان الاخبار بالهبة ليس اخبارا

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٣٧- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٩

بالجواز عرفا.

و أما تقريبه لعدم الانقلاب بأن اليد أماره، و الأماره على المسبب أماره على السبب. فهو غير وجيه على مذهبه فى ان الأماره ليست حجة فى لوازمها، و انها كالأصل فى ذلك و ليس تحقق السبب الناقل ملزوم أعم للملكية الواقعية و الظاهرية كى يثبت بثبوت الملكية الفعلية باليد، و انما هو ملزوم للملكية الواقعية، و لا ملازمة بين الحكم بالملكية ظاهرا و تحقق السبب الناقل ظاهرا.

و عليه، فلا- حجة لدى اليد على تحقق السبب الناقل، فيحصل الانقلاب لموافق قول المدعى الأول للأصل و هو استحباب عدم السبب الناقل، فله المطالبة بالبينه عليه و يكون ذو اليد مدعيا.

ثم لا يخفى ان الأصل المذكور- أعنى: أصالة عدم تحقق السبب الناقل- انما يتعبد به بلحاظ ما يترتب على نفس التعبد من أثر شرعى من جواز المطالبة بالبينه لمن وافقه قوله و هو المقر له بمقتضى الإقرار، لا- بلحاظ ما يترتب على نفس المتعبد به من أثر و هو بقاء ملكية المقر له لأن ذلك ينافى مفاد اليد من ملكية ذى اليد، و المفروض بقاؤها على حجيتها بالنسبة إلى الملكية الفعلية، و لا يكون

الإقرار موجبا لارتفاع حجيتها، بل لازم الإقرار هو جعل المدعى طرفا للأصل المذكور فيكون منكرا بمقتضاه لا أكثر، كما هو شأن جميع الأصول الجارية في طرف الدعوى، لأن المفروض ان المدعى يدعى العلم بعدم تحقق مفاد الأصل و انقلاب الحالة السابقة، فلا يجرى الأصل في حقه كي يثبت قول المنكر. نعم، انما يجرى الأصل في حق المنكر، بل هو لا- يجرى في حقه أيضا لأنه يعلم بالبقاء، و الحاكم لا يحق له خصم الدعوى بإجراء الأصل، لأن القضاء لا بد ان يكون بالبينات و الأيمان كما هو مقتضى النبوى المشهور «١»، فلا فائدة في الأصل إلا

(١) دعائم الإسلام ٢- ٥١٨، الحديث ١٨٥٧.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٠

كون الموافق له منكرا. فالتفت.

و لذلك يترتب آثار ملكية ذى اليد قبل خصم الدعوى، كما انه لو لم يحلف المقر له على عدم تحقق السبب الناقل في صورة عدم إقامة ذى اليد للبينة على التحقق لا يصح له التمسك به في إثبات ذلك، مما يكشف عن ان الإقرار انما استلزم صحة تمسك المقر له بالأصل من ناحية صحة مطالبته ذى اليد بالبينة على تحقق الناقل لا غير.

و هذا- أعنى: الانقلاب- على القول بعدم حجية اليد في اللوازم و الملزومات- كما هو الحق- واضح، لأن اليد لا تثبت بالملازمة تحقق السبب الناقل، فلا يرتفع موضوع الأصل، فيصح جريانه و يترتب عليه آثار التعبد بمقتضى الإقرار لا آثار المتعبد به كما عرفت. و كذلك لو قلنا بان اليد من الأصول لا الأمارات كما لا يخفى.

و لكنه على القول بان الأمانة حجة في اللوازم، فيشكل تصوير الانقلاب حينئذ، لأن اليد- بناء على انها أمانة- على هذا تثبت تحقق السبب الناقل، فلا يبقى لجريان الأصل مجال.

و لكنه- مع هذا- يمكن تصوير حصول الانقلاب بنحو لا- يتنافى مع أمارية اليد و حجيتها على الملكية، و ذلك بتقريب: ان موافقة الأصل المقتضية لكون الشخص منكرا لا مدعيا ليس المراد منها الموافقة للأصل الفعلي الجارى مع وجود الحجة واقعا، بل المراد منها موافقة الأصل الجارى في نفسه و مع قطع النظر عن وجود الحجة من بينه و أمانة رافعة لموضوعه تكوينيا، و لا إشكال في وجود هذا الأصل في المقام، و هو أصالة عدم تحقق السبب الناقل.

و حينئذ فمع وجود اليد فحيث انها حجة في الملزوم و هو تحقق السبب الناقل- بدعوى ان الأمانة تثبت الملزومات الواقعية- فحجيتها فيه توجب ارتفاع موضوع الأصل المذكور- و هو عدم الطريق- فلا مجال لجريانه أصلا.

أما مع إقرار ذى اليد للمدعى بملكيتها السابقة الملازم لدعوى تحقق السبب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣١

الناقل، فحيث ان اثره هو الاعتراف بطرفية المدعى للأصل و ارتباطه به، كانت اليد حجة في خصوص مدلولها المطابقى و هو الملكية دون الالتزامى- أعنى: تحقق السبب الناقل- لأن اليد لا تكون حجة مع الإقرار، و حجيتها تضيق بمقدار الإقرار، بحيث تنتفى حجيتها في مفاد الإقرار و اثره، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم نافذ و جائز، و إقرار ذى اليد بملكيتها السابقة- الذى لازمه دعوى تحقق السبب الناقل- مفاده ارتباط المدعى المقر له بالأصل المذكور، و هذا ينافى حجية اليد على تحقق السبب الناقل، فيصح له التمسك به في هذه الدعوى و يكون له المطالبة بالبينة لصيرورته منكرا، فاليد حجة على خصوص الملكية الفعلية، أما على ملزومها فلا، لمنافاتها حينئذ مع الإقرار [١].

و بالجملة: فبالإقرار تنقلب الدعوى و تشكل دعوى ثانية موضوعها تحقق السبب الناقل و عدمه، و هى غير الدعوى الأولى التى موضوعها الملكية و عدمها

[١] لا يخفى أن الإقرار بالملكية السابقة ليس إقرارا بعدم تحقق السبب الناقل إذ لا ملازمة كما لا يخفى مضافا إلى أنه لو كان كذلك لكان دعواه تحقق السبب الناقل منافيا لإقراره فيؤخذ بإقراره و تخصم الدعوى، و إذا لم يكن الإقرار بالملكية السابقة إقرارا بعدم تحقق السبب الناقل فلا ينافى حجية اليد على تحقق السبب الناقل، فلا وجه لنفى حجيتها عليه، لعدم منافاتها للإقرار.

و هذا لا ينافى كون مفاده جواز التمسك بالأصل في المطالبة بالبينه، لأن المفروض أن موافقة الأصل عبارة عن موافقة الأصل الجارى في نفسه لا- بالفعل. و عليه فيكون المقام من باب التداعى لأن كلا من الشخصين يوافق قوله الحجة، لو لم نقل بان مفاد الإقرار جواز التمسك بالأصل بنحو التعليق يعنى لو كان هناك أصل فلا مانع من التمسك به، و قيام الحجة على المدعى و هى اليد يرفع موضوع الأصل تكويننا، فلا- أصل كى يجوز التمسك به فلا يتحقق الانقلاب و ذلك لا ينافى الإقرار أصلا كما لا يخفى. و على كل فالأمر سهل بعد أن عرفت عدم حجية اليد فى ملزوم مفادها- إذ لا- يأتى هذا الكلام بناء عليه- كما ان ما ذكرناه فى مقام توجيه فتوى المشهور بالانقلاب بنحو لا يتنافى مع ما استعرفه، كما سيتضح مع غرض النظر عن صحته و عدمها. مضافا إلى أنه لم يعلم بناء المشهور على أماره اليد بل يمكن أن تكون أصلا عندهم. فالتفت.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٢

لأن مفاد الإقرار جعل المقربة هو الأصل الجارى فى نفسه.

و لو لا- الإقرار لما انقلبت الدعوى و لما تشكلت دعوى أخرى، لأن عدم السبب الناقل و ان كان موضوع الأصل، الا أنه لا يصح للمدعى التمسك به إذ لا حجية له على كونه طرف الملكية السابقة، بل لا دعوى لذى اليد بتحقيق السبب الناقل، إذ لا يدعى سوى الملكية، لأنه لم يخبر مع عدم الإقرار بالسبب الناقل و لو بالملازمة كما لا يخفى.

ثم لا يخفى عليك ان الدعوى الثانية انما تشكلت و يحصل الانقلاب إذا كان المدعى منكرا لتحقيق السبب الناقل. أما مع عدم كونه منكرا و انما يقول بجهالة الحال و انه مالك المال الآن بمقتضى الأصل فلا تشكلت دعوى ثانية، لعدم وجود قول للمقر له فى تحقق السبب الناقل مقابل ذى اليد كى تكون هناك دعوى ثانية، و يكون قوله موافقا للأصل فيكون منكرا، بل الدعوى موضوعها الملكية و عدمها، و المدعى يدعى الملكية بحسب القواعد، و حينئذ فلذى اليد التمسك بيده فى إثبات ملكيته الفعلية و نفى الأصل بها. و لا مجال لجريان الأصل و ثبوت مؤداه فى قبال اليد، لما عرفت من ان الأصل المذكور انما يجرى بلحاظ أثر التعبد من جواز المطالبة بالبينه و صيرورة طرفه منكرا، لا بلحاظ أثر المتعبد به من بقاء الملكية السابقة.

و لا يذهب عليك أن تشكلت الدعوى الثانية و حصول الانقلاب لا يفرق فيه بين أن يكون المقر له هو المدعى أو المورث أو الموصى لنفس الملاك.

و لكنه يقيد بصورة كون المدعى أو الوارث أو الموصى له منكرا لتحقيق السبب الناقل كما عرفت.

و بهذا يندفع الإشكال على المشهور- فى فتواهم: بأنه لو أقر ذو اليد للمدعى أو لمورثه بالملكية السابقة لما فى يده انقلبت الدعوى و صار ذو اليد مدعيا و المدعى منكرا، لأن إقراره للمدعى بالملكية السابقة مساوق لدعوى الانتقال منه إليه،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٣

فيكون مدعيا و عليه البينه، و يكون المدعى منكرا لموافقة قوله الأصل- بان الفتوى بالانقلاب تنافى اعتراض الإمام عليه السلام على أبى بكر فى مطالبته البينه من الزهراء (عليها السلام)، لأنها اعترفت بملكية رسول الله صلى الله عليه و آله سابقا، و هذا يساوق دعوى الانتقال منه صلى الله عليه و آله إليها (عليها السلام)، فتكون الزهراء (عليها السلام) مدعيا و أبو بكر- باعتبار ولايته على المسلمين- منكرا، لأن ملكية الرسول لفدك لو بقيت لانتقلت إلى المسلمين بعد وفاته بمقتضى الرواية المخلوقة: «نحن معاشر ..» المفروض تسليمها من قبل الزهراء (عليها السلام). و عليه فالبينه تكون على الزهراء (عليها السلام) لا على أبى بكر، فكيف استنكر عليه الإمام

عليه السلام و نسب إليه الحكم بغير حكم الله؟

وجه الاندفاع واضح، لأن أبا بكر لم ينكر على فاطمة (عليها السلام) دعوى تحقق السبب الناقل و هو النحلة، و انما ادعى جهالة الحال و ان المال باق على ملك رسول الله صَلَّى الله عليه و آله بمقتضى القواعد الشرعية حتى يثبت خلافه، فلا دعوى أخرى، بل الدعوى موضوعها الملكية و عدمها لا تحقق السبب الناقل و عدمه، فلفاطمة (عليها السلام) التمسك بيدها فى إثبات الملكية- كما فعلت- و لا منافاة بين ذلك و بين إقرارها لأن إقرارها لم يرفع اليد عن حجيتها على الملكية- كما عرفت- و لا يصح لأبى بكر مطالبتها بالبينة. و مما يدل على عدم إنكار أبى بكر لدعوى النحلة هو: أنه حين رد البينة التى أقامتها الزهراء (عليها السلام) لم يطالب الإمام عليه السلام باليمين على عدم النحلة، مما يكشف عن انه لم يدع عدم النحلة، بل كان يدعى جهالة الحال، و لذلك كان استنكار الإمام عليه السلام موضوعه المطالبة بالبينة لا عدم الحلف.

و بالجملة: ففتوى المشهور بالانقلاب فى صورة لا- تطبق على مسألة فدك، و هى صورة إنكار المقر له لدعوى السبب الناقل، فلا إشكال على المشهور.

و قد أفاد المحقق النائيني (قدس سره) فى دفع الإشكال المذكور على المشهور

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٤

ما حاصله: ان الملكية إضافة و علقه قائمة بالطرفين المالك و المملوك، الا انها تختلف فى ظرف التبدل باعتبار موارده. ففى مثل البيع يكون التبدل فى ناحية المملوك، بمعنى ان طرف العلقه الرابطة بين المال و المالك من ناحية المالك على حاله. و انما الطرف من ناحية المال قد حلّ و ربط بمملوك آخر غير ذلك، فالإضافة على حالها، و انما التبدل بين المالكين، و هو طرف الإضافة. و فى مثل التوريث بالعكس يكون التبدل فى ناحية المالك، فان طرف العلقه من ناحية المالك يحل بموته و يربط بمالك آخر مع بقاء الإضافة و ارتباطها بالمال على حالها، و قد يكون التبدل فى نفس العلقه كما فى الهبة فانها تتضمن إعدام إضافة المال للمالك و إيجاد إضافة أخرى بين المال و الموهوب له.

و مثل الهبة الوصية التمليكية الموجبة لانتقال المال إلى الموصى له بعد الموت.

و أما الوصية العهديه، فهى خارجة عن تمام الأقسام، لأنها لا توجب التمليك، بل تتكفل تعيين مصرف المال بعد الموت.

و على هذا، فالاعتراف بملكية المورث حيث انه اعتراف بملكية الوارث لعدم التبدل فيها- كما عرفت- فيكون كالاقرار بملكية نفس المدعى فى انقلاب الدعوى.

بخلاف الاعتراف بملكية الموصى لأنها أجنبية عن ملكية الموصى له، فالاعتراف له كالاقرار للأجنبي، فلا يوجب الانقلاب.

و المقام من هذا القبيل، لأن المسلمين ليسوا بوارثين بل الانتقال إليهم من قبيل الانتقال بالوصية التمليكية.

و عليه، فلا يكون الاعتراف بملكية الرسول صَلَّى الله عليه و آله السابقة موجبا لانقلاب الدعوى، فلا تخرج الزهراء (عليها السلام) عن كونها منكراً و أبو بكر عن كونه مدعياً. مضافاً إلى ان كون المقام من قبيل الوصية التمليكية ممنوع، بل الظاهر انه من قبيل الوصية العهديه فالمسلمون لا يدعون ملكية المال أصلاً.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٥

و حينئذ فلا يكون الاعتراف بملكية الموصى المرتفعة يقينا مع عدم الانتقال إلى المدعى- ذى اليد- موجبا لانقلاب الدعوى، لعدم الأثر فى الاعتراف بها مع ارتفاعها يقينا. هذا حاصل ما أفاده (قدس سره) «١».

و يرد عليه:

أولاً: ان علقه الملكية من الأمور الاعتبارية المتقومة بالطرفين بنحو يستحيل وجودها بدون الطرفين، كاستحالة وجود العرض بدون معروضه.

و عليه، فيستحيل بقاء العلقه مع تبدل أحد الطرفين، بل بارتفاع أحدهما ترتفع هي، فإذا حصلت علقه بين المال و مالك آخر، أو بين المالك و مال آخر، فهي علقه ملكيه أخرى. فما ذكره (قدس سره) من إمكان بقاء العلقه على حالها مع تبدل أحد الطرفين لا مجال له.

و عليه، فلا فرق بين الموصى له و الوارث في كون تملكهما بملكيه ثانيه.

و ثانيا: ان مركز الدعوى الثانيه إنما هو الانتقال في حياة الرسول صَلَّى الله عليه و آله، و ان الملكيه المعترف بها هل استمرت إلى حال الوفاة أو انقطعت أثناء الحياة، فلا ربط لذلك بسنخ ملكيه المسلمين بعد الوفاة و انها استمرار لتلك الملكيه أو سنخ آخر من الملكيه، بل بقاء ملكيه الرسول صَلَّى الله عليه و آله إلى وفاته هي مركز الدعوى و النزاع القائم، بحيث لو ثبت البقاء لكانت «فدك» للمسلمين قطعا و بلا ترديد، لأن المفروض تسليم الروايه المخلوقه.

و ملكيه الرسول لفدك في حياته ترتبط بالمسلمين، فالاعتراف بها سابقا يوجب كون المسلمين ممن لهم الحق في المطالبه بالبينه على الانتقال و يعدون منكرين في قبال فاطمه (عليها السلام)، سواء كانوا ورثه أم موصى لهم، إذ لا علاقته بالدعوى بما بعد الوفاة، بل مركزها ما قبل الوفاة و كونهم طرف الدعوى

(١) الكاظمي الشيخ محمد علي، فوائد الأصول ٢- ٢٢٩- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٦

لارتباطها- أعني الملكيه- بهم- كما عرفت- و عليه، فلا- وجه لتعليل اعتراض الإمام عليه السلام على أبي بكر في طلبه البينه: بان الملكيه المعترف بها ليست عين الملكيه المدعاه، فلا يحصل الانقلاب، لأن المفروض ان مركز الدعوى بقاء ملكيه الرسول صَلَّى الله عليه و آله لإبقاء الملكيه مطلقا، و ملكيه الرسول صَلَّى الله عليه و آله أجنيه عن ملكيه المسلمين على التقديرين- أعني: الوراثة و الوصايه- اما لاختلاف الإضاافه أو لاختلاف سنخ الملكيه.

و بالجملة: فلا يظهر لما ذكره المحقق النائيني وجه وجيه. فتدبر.

و اما المحقق العراقي، فقد ذهب إلى: ان مقتضى القاعدة عدم انقلاب الدعوى بالإقرار للمدعي بالملكيه السابقه لحكومته اليد على الأصل.

و لكن قام الإجماع على الانقلاب في صورة الإقرار بملكيه المدعي أو المورث. و اما في صورة الإقرار بملكيه الموصى فلا إجماع على الانقلاب، فمقتضى القاعدة عدمه، و الإجماع المذكور يقتصر فيه على مورده لأنه دليل لبي لا إطلاق له.

و حيث ان الإقرار في مسأله فدك للموصى لا للمورث لم يلزم منه انقلاب الدعوى، فيتجه اعتراض الإمام عليه السلام على أبي بكر في مطالبته إياه بالبينه مع انه ذو يد.

و لا يخفى ان هذا- مع غض النظر عن كون الانقلاب مقتضى القاعدة كما عرفت، و كون الإجماع في مورده ليس تعبدا محضاً، بل الفقهاء يعللون الانقلاب، فلا وجه للتمسك به مع كونه على خلاف القاعدة- ليس اعتذارا عن المشهور دفعا للإشكال عليهم. فالتفت. فالأولى في الاعتذار ما عرفته فتدبره فانه بالتدبر حقيق و الله سبحانه و تعالى ولى التوفيق.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٧

الجهة الخامسة: في ان اليد هل تكون حجة على الملكيه مطلقا

و لو شك في قابليه ما عليه اليد للملكيه و النقل و الانتقال، كما لو شك في كون من باليد عبدا أو حرا، أو تختص في صورة العلم بالقابليه، فتكون حجة على إضاافه الملكيه إلى ذي اليد.

و على الأول: يقع الكلام فى مسألتين:

الأولى: ما إذا علم حال العين فى انها ليست قابلة للنقل و الانتقال و اليد سابقا، بان كانت العين وقفا و اليد يد ولاية أو إجازة أو نحوهما، ثم شك فى مالكية ذى اليد للعين لا حقا.

الثانية: ما إذا علم حال العين فقط و لم يعلم حال اليد، بل احتمال ان تكون اليد من أول حدودها مالكية.

و لا يخفى ان الكلام فى هاتين المسألتين فى طول ثبوت حجيتها المطلقة، و إلا فمع ثبوت اختصاص حجيتها بما له القابلية، فلا إشكال فى عدم حجية اليد فى المسألتين للشك فى القابلية كما لا يخفى.

أما الكلام فى المسألة الأولى، فيعلم من الكلام فى الجهة الثالثة الذى مر مفصلا، و عرفت فيه عدم حجية اليد، لأن القدر المتيقن غير هذا فراجع.

و أما الكلام فى المسألة الثانية فهو يقع فى مرحلتين:

الأولى: مرحلة الثبوت. و التكلم فيها فى تحقق ملاك الطريقة و الكاشفة الناقصة فى اليد، بناء على اعتبارها من باب الطريقة.

و ليس الكلام فيه بمهم فى المقام، لأن الطريقة بالمعنى الذى ذكرناه سابقا- و هى الطريقة النوعية غير المنتفية بوجود المزاحم- متحققة هاهنا، إذ اليد طريق بنفسها إلى الملكية لو لا بعض الحالات التى تكتنفها. و بالمعنى الذى قرره المحقق الأصفهاني هناك من الطريقة النوعية الفعلية أيضا متحققة، لأن غلبة بقاء العين على ما كانت عليه- لغلبة بقاء الحادث- انما تزاحم- فى المقام- غلبة كون الأموال

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٨

ملكا طلقا لا وقفا.

و أما غلبة اليد المالكية فلا تزاحم بها، فالطريقة الفعلية متحققة لتحقق ملاكها بلا مزاحم و مقيد- كما قرره (قدس سره) هاهنا- و هو يخالف المسألة السابقة، لأن غلبة البقاء هناك فى حال اليد لا فى نفس العين كما فى هاهنا. و قد تمسك المحقق الأصفهاني لحجية اليد فيما نحن فيه بالإطلاق.

و لا يخفى ان أصح ما استدل به- عنده- من الأدلة اللفظية هو قوله (عليه السلام) فى رواية يونس: «و من استولى على شىء منه فهو له»، و هى بدلالتها اللفظية لا- إطلاق لها لاختصاصها بالمورد، لمفاد: «منه»، و التمسك بها فى غير المورد انما كان من باب إلغاء خصوصية المورد.

لا- يخفى انه إذا كان للمورد خصوصيات متعددة و علم بعدم دخل بعض خصوصياته فى الحكم يكون مطلقا من ناحية هذه الخصوصية دون غيرها.

و الخصوصية الملقاة فى مورد الرواية انما هى خصوصية كون المال من متاع الرجل و المرأة و موت أحدهما- بتقريب حصول العلم بعدم دخل هذه الإضافة فى الحكم بالملكية لليد و ان عرفت ما فيه- فالإطلاق فيها من هذه الناحية.

و لكنه توجد فى المورد خصوصية أخرى يحتمل دخلها فى الحكم بالملكية لليد، و هى: كون المال قابلا- للملكية و التردد فى المالك، و هى منتفية فيما نحن فيه للشك فى قبول المال للملكية، فلا يمكن التمسك بالإطلاق، إذ لا إطلاق للرواية من هذه الناحية.

و عليه، فيقع الكلام فى معارضة اليد بأصالة عدم حصول السبب المسوغ و عدمها.

و قد قرب المحقق الأصفهاني عدم تعارض الأصل مع اليد و حكومة اليد عليه: بان اليد لما كانت حجة على الملكية فهى حجة على ملزومها و هو حصول السبب المسوغ للبيع. و عليه فتكون اليد حاكمة على الأصل.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٣٩

و لا يخفى ما فيه، لما عرفت من ان اليد ليست حجة فى اللوازم و الملزومات، و لو كانت أمارة، بل هى حجة فى نفس مفادها لا أكثر.

فالأولى التمسك في المقام بأصالة الصحة في عمل الغير، فنصح العقد الحاصل بها، و هي مقدمة على استصحاب عدم حصول السبب المسوغ.

و قد يقال: ان مثل المورد هو مورد اليد الذي وقع التسالم على اعتبارها فيه، لأن أصالة عدم حصول السبب المسوغ، كأصالة عدم حصول السبب الناقل مع العلم بعدم الملكية السابقة، فكما ان اليد لا تتعارض مع هذا الأصل فكذلك لا تتعارض مع ذلك. ولكنه يقال: فرق بين المقامين، لأن القدر المتسالم عليه هو عدم معارضة أصالة عدم تحقق السبب الناقل لليد. و اما مع العلم بتحقق السبب و لكن الشك في تحقق المؤثر لسببته و المسوغ له، فلا يعلم تقدم اليد على الأصل الجارى لنفى تحقق المسوغ. و يمكن إجراء هذا الإشكال في جميع صور الشك في الصحة من جهة الشك في تحقق بعض شروطها كالعلم بالعوضين و غيره. و قد أفاد المحقق النائيني (قدس سره) في المقام: ان اليد قد أخذ في موضوع حجيتها قابلية المحل للملكية و النقل و الانتقال، لأن مفادها: ان المال قد انتقل من مالكة الأول إلى ذى اليد بأحد الأسباب الناقلة، و ذلك انما يكون بعد الفراغ عن كون المال قابلا للنقل و الانتقال، و الوقف ليس كذلك، لأن الانتقال فيه انما يتحقق بعد عروض السبب المسوغ للنقل، و اليد لا تتكفل ذلك. بل استصحاب عدم طرو المسوغ يقتضى سقوط اليد لأنه يرفع موضوع اليد، فيكون حاكما عليها «١». و قد أورد المحقق العراقي (قدس سره) - في بعض تقريراته - ان أخذ القابلية الواقعية في موضوع اليد - مضافا إلى عدم تماميته - يستلزم سقوط اليد عن الحجية

(١) الكاظمي الشيخ محمد علي. فوائد الأصول ٤-٢٦٦- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٠

بمجرد الشك في القابلية و عدمها، لأنه شك في تحقق الموضوع، فلا تصل النوبة إلى جريان الاستصحاب و حكومته على اليد. فكلامه مع المحقق النائيني في جهتين:

الأولى: عدم أخذ القابلية في موضوع اليد.

الثانية: انه لو أخذت، فلا حاجة الاستصحاب، بل مجرد الشك كاف في سقوط اليد عن الحجية.

أما الجهة الثانية: فهي غير تامة، لأنه لا إشكال في ان لجريان الاستصحاب في عدم تحقق المسوغ - مع قطع النظر عن اليد - أثرا شرعيا كعدم جواز بيعه و غيره من أحكام الوقف، فيمكن أن يكون جريانه بلحاظ أثره الشرعي.

و أما التعبير بالحكومة، فيمكن توجيهه: بان الدليل الحاكم لا يختص بما كان مخرجا لفرد كان مشمولاً فعلا للدليل المحكوم لو لا الدليل الحاكم، بحيث كان للدليل المحكوم اقتضاء فعلى لشمول هذا الفرد.

بل هو يعم ما كان كذلك و ما كان مخرجا لفرد يتوهم شمول الدليل الآخر له، و ان لم يكن فيه مقتضى الشمول فعلا.

و الاستصحاب هاهنا أثبت عدم تحقق قابلية العين للملكية، و هي - أى العين - مما يتوهم شمول دليل اليد لها في حد نفسها و مع قطع النظر عن كونها مشكوكه الحال و ان الشبهة موضوعية، و ان كان ليس فيه اقتضاء الشمول فعلا باعتبار الشك.

و عليه، فالاستصحاب جار و يكون حاكما على اليد بهذا اللحاظ، و هذا لا ينافي سقوط اليد عن الحجية للشك. فلا إشكال على المحقق النائيني من هذه الناحية.

نعم، لو كان مراده (قدس سره) أن سقوط اليد عن الحجية انما هو لأجل الاستصحاب، بحيث لولاه لكانت اليد حجة - كما لعله الظاهر من كلامه فتأمل -

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤١

اتجه عليه الإيراد: بأنه لا حاجة إلى الاستصحاب في ذلك، بل بمجرد الشك تسقط اليد عن الحجية، لأن الشبهة مصداقية كما لا

يخفى.

و أما [١] الجهة الأولى- و هي العمدة في المقام كما أشرنا إليه- فتحقيق الكلام

[١] تحقيق الحال في المسألة باختصار: ان اليد الحادثة على العين تارة يشك في انها حدثت عن تملك بعقد أو غيره أو حدثت لا عن تملك. و مثل ذلك هو المتيقن من بناء العقلاء على الحجية و أخرى يعلم بأنها حدثت عن عقد أو نحوه و شك في صحة العقد و عدم صحته، و في مثل ذلك يمكن ان يقال ان بناء العقلاء على غض النظر عن اليد و ملاحظة السبب الناقل فيرى أنه صحيح أو ليس بصحيح و يحكم بالملكية و عدمها بملاحظته. و لا أقل من التشكيك في حجية اليد في مثل هذه الصورة.

و قد يقال انهم يحكمون بحجية اليد ما لم يثبت لديهم بطريق معتبر بطلان العقد، و لا يحكمون بالملكية استنادا إلى اليد جزما، و ليس بناؤهم على ترتيب أثر الملكية قطعا. و بالجملة مع العلم بالسبب الناقل و الشك فيه إما أن يقال بقصر نظرهم عليه و سقوط اليد عن الحجية مطلقا و يقال بسقوطها في مورد ثبوت بطلان السبب.

و مفروض كلام النائيني (قدس سره)، من هذا القبيل فان المفروض العلم بسبق الوقف و احتمال عروض المصحح لبيعه. و في مثله لا تكون اليد حجة بل لا بد من ملاحظة السبب الناقل فيتمسك له مثلا بأصالة الصحة أو غيرها. و مع الغض عن ذلك فلا يشك في أنه مع ثبوت بطلان السبب تسقط اليد عن الحجية و هذا كما ذكرناه ما ادعاه النائيني (قدس سره) فان استصحاب عدم طرد المسوغ يترتب عليه بطلان البيع فيثبت بطلانه بواسطة الاستصحاب فيرتفع موضوع حجية اليد و تسقط عن الاعتبار. و بهذا البيان للمسألة و توجيه كلام النائيني (قدس سره) لا يتم ما جاء في كلام المحقق الأصفهاني من قياس هذا الاستصحاب باستصحاب الملكية الجارية في مطلق موارد اليد، فان استصحاب الملكية لا- ينفي موضوع اليد و لا- يترتب عليه شرعا بطلان العقد بخلاف هذا الاستصحاب.

كما أنه لا وجه لما جاء في كلام العراقي في البحث في ان المأخوذ هو القابلية الواقعية أو الجهل بها و تفصيل الكلام في ذلك، في مقام الإيراد على النائيني، إذ عرفت أن محل الكلام لا يرتبط

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٢

فيها يستدعى بيان المراد من القابلية المبحوث عنها هاهنا. فنقول: ليس المراد من القابلية، القابلية بمعناها الفلسفي الذي هو عبارة عن الاستعداد الذاتي للعين.

لوضوح حصول التبدل في العين من هذه الناحية، فتارة تكون ذات قابلية. و أخرى لا تكون كذلك مما يكشف عن عدم إرادة ذلك المعنى منها، بل المراد منها تأثير السبب الناقل في العين. فإذا حكم الشارع بان السبب الناقل يؤثر في هذه العين الانتقال كان لها قابلية. و ان حكم بعدم التأثير لم يكن لها قابلية. فالقابلية و عدمها ينتزعان عن حكم الشارع بتأثير السبب في نقل العين و عدمه.

و على هذا، فقد يقال: بان محققات القابلية و شروطها- في العين المسبوبة بعدم القابلية- تكون شروطا في تأثير العقد في هذه العين، نظير العلم بالعوضين و طيب النفس، فيقال: العقد مؤثر و ناقل لهذه العين إذا كان قد حصل الأول إلى الخراب- مثلا. فمرجع الشك في بقاء عدم القابلية و عدمه إلى الشك في حصول السبب الناقل و عدمه- إذ عدم حصوله أعم من عدم وجوده بالمرءة أو حصوله غير صحيح- و لا إشكال في عدم استلزام ذلك لسقوط اليد عن الحجية، فلا ثمره في الكلام حينئذ.

و لكنه و إن سلم ذلك، الا ان هذا النوع من الشروط- و هو شرط القابلية للنقل و الانتقال- له خصوصية عن غيره، و لذلك وقع محل الكلام دون غيره.

و على كل، فليس هذا بهمهم و ضائر، لأن الكلام في أخذ القابلية للملكية في موضوع اليد مطلقا مع غض [١] النظر عن سبق القابلية أو عدمها و تحقق عقد

- بأخذ القابلية و نحوها بل يرتبط بملاحظة السبب الناقل و لا يخفى عليك ان محل الكلام هو مورد العلم بسبق عدم القابلية اما مع عدم فرض ذلك بلا- شك رأسا في ان ما تحت اليد ملك أو وقف فلا إشكال في حجية اليد و عدم توقف العقلاء في البناء على ملكية ذى اليد و معاملته معاملة المالك.

[١] فيه تأمل يظهر من ملاحظة تحقيق كلام النائيني (قدس سره) في الحاشية.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٣

و عدمه. بل موضوع الكلام ما إذا كانت عين في يد شخص و كانت مشكوكة القابلية، فهل اليد تكون دليلا على الملكية أو لا. لا إشكال في ذلك- أعنى كونها دليلا على الملكية- إذ لا إشكال في عدم اعتبار القابلية في موضوع اليد، لما نراه من بناء العقلاء على عدم ملاحظة قابلية ما في اليد للملكية، بل يعاملون ذا اليد معاملة المالك و يبنون على ما في يده ملكا و ان كان لديهم شك في قابلية المحل للملكية، و يتأكد ذلك بملاحظة التعليل لاعتبار اليد الوارد في رواية حفص من توقف قيام السوق للمسلمين على ذلك، إذ لا ريب في انه مع اعتبار القابلية و عدم حجية اليد مع الشك فيها يأتي المحذور السابق لأن أغلب ما في سوق المسلمين مشكوك القابلية، فالتفت.

يبقى الكلام في اعتبار عدم العلم بعدم القابلية في موضوع حجية اليد.

و قد قرّبه المحقق العراقي: بأنه لا- إشكال في ان دليل اعتبار اليد دليل لى يقتصر فيه على القدر المتيقن، و القدر المتيقن من بناء العقلاء هو اعتبار اليد مع عدم العلم بعدم القابلية.

اما مع العلم بعدمها فلا يبنون على حجية اليد على الملكية، فيختص موضوع اعتبار اليد بعدم العلم بعدم القابلية. و حينئذ فمع الشك و سبق العلم بعدم القابلية يكون استصحاب عدم القابلية مقدّما على اليد على قول و معارض لها على قول آخر، فانه على القول بان دليل الاستصحاب مفاده التعبد ببقاء اليقين و تنزيل الشك منزلة اليقين، يكون الاستصحاب مقدّما على اليد لأنه يحقق العلم تنزيلا بعدم القابلية فيرتفع به موضوع اليد. و على القول بان مفاد دليل الاستصحاب تنزيل المشكوك منزلة المتيقن، و ان اليقين مأخوذ مرآتا للمتيقن لا يكون مقدّما، لأن الاستصحاب لا يرفع الجهل بالقابلية و لو تنزيلا، بل يكون معارضا لليد «١».

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار: ٤- ٢٧- طبعه مؤسسه النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٤

و فى كلامه- بشقيه- نظر:

أما حديث التفرقة بين القولين فى جريان الاستصحاب و تقدمه على اليد.

ففيه ما سيأتى من تصحيح تقدم الأصل السببى على الأصل المسببى مطلقا و على كل تقدير، حيث ان نسبة الأصل المذكور إلى اليد كنسبة الأصل السببى إلى الأصل المسببى، فان الأصل الجارى فيما كان الجهل فيه أو فى عدمه موضوعا لمجرى أصل آخر يكون سببا، و ذلك الأصل الآخر مسببا كما سيتضح فيما بعد إن شاء الله تعالى.

و أما حديث أخذ الجهل بعدم القابلية فى موضوع اليد شرعا. فيتضح عدم تماميته بما عرفت من ان الجهل قد يؤخذ موردا و قد يؤخذ موضوعا. و ان الفرق بين الأصول و الأمارات ان الجهل فى الأولى مأخوذ بنحو الموضوعية، و فى الثانية الأصول و الأمارات ان الجهل فى الأولى مأخوذ بنحو الموضوعية، و فى الثانية مأخوذ بنحو الموردية. و إلا فهما لا يفترقان فى عدم جريانهما فى صورة العلم بالواقع، و اختصاص جريانهما فى صورة الجهل بالواقع، فاليد و ان كان اعتبارها مختصا بما إذا كان عدم القابلية مجهولا، الا انه لا يعلم كون الجهل قد أخذ بأى النحويين، فقد يكون مأخوذا بنحو الموردية و لا دليل على كونه مأخوذا بنحو الموضوعية، فتدبر جيدا.

ثم أنه (قدس سره) ذهب إلى عدم أخذ القابلية بوجودها الواقعي في موضوع حجية اليد، لاستلزام سقوط اليد عن الحجية في كثير من الموارد، مما يؤدي إلى اختلال النظام المشار إلى نفيه في رواية حفص بقوله عليه السلام: «و لو لم يجز ذلك لم يقيم للمسلمين سوق». ولا يخفى ان ظاهر ما أفاده (قدس سره) هو خلط في موارد الشك في القابلية بين سبق عدم القابلية و عدم السبق بذلك. وقد عرفت ان محل الكلام الأول دون الثاني. ثم ان الاستدلال باختلال النظام غير مسلم إذ ليس من موارد الشك في القابلية بذلك الموجبة لاختلال النظام، مع أنها لو تمت فانما تتم في موارد العلم بسبق عدم القابلية، إذ الالتزام بعدم حجية اليد في موارد العلم بسبق عدم القابلية لا يستلزم الاختلال قطعاً، لعدم كونها القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٥.

يحد من الكثرة بحيث يلزم سقوط اليد اختلال النظام، فلاحظ.

الجهة السادسة: في ان اليد كما تكون دليلاً على ملكية العين

هل تكون دليلاً على ملكية المنفعة أم لا؟

و أساس الكلام على ان الاستيلاء الذي هو معنى اليد هل يمكن ان يحصل على المنفعة، كما يمكن ان يكون على نفس العين أم لا؟

وقبل الخوض في تحرير المسألة لا بد من ان نعرف الثمرة من البحث فيها.

ولا يخفى ان الغرض إثبات ملكية المنفعة باليد، كما تثبت ملكية العين بها، بحيث تكون اليد طريقاً إلى إثبات ملكية المنفعة.

فقد يقال: ان ملكية المنفعة تابعة لملكية العين، فاليد على العين طريق لملكية العين و بها تثبت ملكية المنفعة، فلا يحتاج في إثبات ملكية المنفعة إلى إثبات تحقق الاستيلاء عليها و حجيتها على ملكيتها، فلا ثمرة حينئذ.

و لأجل ذلك قيل: بان الثمرة تظهر في صورة اختصاص الاستيلاء على المنفعة دون العين، و ذلك كالتصدي لإجارة الدار و الصلح على المنفعة، فان له استيلاء على المنفعة باعتبار تصديه للمعاملة عليها دون العين، إذ العين بيد الغير، فثبوت ملكية المنفعة منحصر باليد عليها إذ لا يد لمالكها على العين كي تثبت ملكيتها بتبع ملكية العين.

و يشكل هذا: بان الاستيلاء على المنفعة لا يعقل انفكاكه عن الاستيلاء على نفس العين، و التصدي للإجارة و الصلح لا يحقق الاستيلاء، و إلا لكان الفضولي المتصدي لإجارة الدار فضولياً له استيلاء على المنفعة، مع انه ليس كذلك.

فالأولى ان يقال: بان الثمرة تظهر في صورة ما إذا كان الشخص له استيلاء على العين و المنفعة و علم بعدم ملكيته العين، كالمستأجر للوقف أو لدار غيره، فان المستولي على المنفعة - في هذا الفرض - و ان كان له استيلاء على العين، لكنه ليس مالكا لها - كما هو المفروض - فلا يمكن استكشاف ملكية المنفعة بالاستيلاء على

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٦.

العين.

إذا عرفت ذلك: فالمنسوب إلى الفاضل النراقي (قدس سره) تخصيص حجية اليد بالأعيان دون المنافع، ثبوتاً و إثباتاً.

أما ثبوتاً: فلأنه لا يتصور تحقق الاستيلاء الخارجي على المنافع، لأنه انما يتحقق في الأمور القارة التي لها ما يازاء في الخارج كالأعيان.

أما الأمور التدريجية، فلا يتصور تحقق الاستيلاء عليها، لأن موضوع الثمرة و المهم في المقام هو الاستيلاء على المنفعة المستقبلية الحدود. أما الاجزاء الموجودة، فلا أهمية و لا غرض في الاستيلاء عليها. و المنفعة المستقبلية عبارة عن الاجزاء الأخرى التي بعد لم تحصل، و انما يكون حصولها بعد هذا الآن، فهي معدومة الآن فلا يتحقق الاستيلاء بالنسبة إليها، إذ لا استيلاء على المعدوم. و المنفعة من الأمور التدريجية الحاصلة بالتدرج فلا يتحقق الاستيلاء عليها.

و أما إثباتاً: فلأن الأدلة على حجية اليد لا إطلاق لها إلا روايتي يونس و حفص.

و الأولى: موضوعها الأعيان، لرجوع الضمير في: «منه» إلى متاع البيت و هو من الأعيان.

و الثانية: و ان كانت بحسب صدرها عامة للتعبير بالشىء، و هو أعم من العين و المنفعة، إلا ان فى الكلام ضميرا يرجع إلى بعض افراد العام و هو الأعيان، و ذلك فى قوله: «تثريه» فان الشراء يتعلق بالأعيان لا بالمنافع. فيدور الأمر بين ان يكون المراد من العام هو هذه الافراد، أو يكون استعمال الضمير من باب الاستخدام، فلا أقل من صيرورة الكلام مجملا، و هو كاف فى عدم جواز التمسك به فى إثبات المطلوب «١».

(١) المحقق النراقى ملا أحمد. مستند الشيعة ٢- ٥٧٨ الموضوع السادس من الفصل الخامس الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٧

و قد أورد عليه السيد الطباطبائى (قدس سره) فى كتاب القضاء «١»، بوجهين:

الأول: انه يمكن تصور الاستيلاء على المنافع مستقلا على الاستيلاء على الأعيان كالمزرعة الموقوفة على العلماء و السادة مع كون العين بيد المتولى و صرف حاصلها و منافعها فيهم، فان لهم الاستيلاء على المنافع المرسله إليهم.
الثانى: النقض عليه بحق الاختصاص، فكما يتصور الاستيلاء على حق الاختصاص كما فى العين الموقوفة المختصة بأربابها، كذلك يتصور الاستيلاء على المنافع.

و قد أورد على الوجه الأول: بان المراد من المنافع التى هى موضوع البحث ما يقابل الأعيان، و هى التى تكون تدريجية التحقق و معدومة الوجود فعلا، و المنافع المذكورة المستوفاه من المزرعة الموقوفة داخله فى الأعيان، و ان أطلق عليها لفظ المنفعة باعتبار استخراجها من عين أخرى.

و أورد على الوجه الثانى: بان الاستيلاء على الأعيان تختلف آثاره باختلاف الأعيان، و الاستيلاء على الدار اثره ملك العين و على الموقوفة اختصاصها بالمستولى، و على الأرض الحجره أولويته بها فالكل من باب الاستيلاء على الأعيان لا الاستيلاء على العين تارة و على الحق بأنحائه أخرى.

أما الإيراد على الوجه الأول فلا شبهة فيه كما هو واضح.

و لكن الإيراد على الوجه الثانى لا يمكن الالتزام به، لأنه (قدس سره) يصرح فى أوائل كلامه بمضمون الإيراد، فلا وجه للإيراد به عليه، إذ منه يعلم إرادة شىء آخر من نقضه لا يتوجه عليه هذا الإيراد.
و يمكن ان يريد من كلامه: ان حق الاختصاص نوع من أنواع الملكيه

(١) الطباطبائى الفقيه السيد محمد كاظم. العروة الوثقى ٣- ١٢٢- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٤٨

كملكية العين و ملكية المنفعة و ملكية الانتفاع. فمتعلق حق الاختصاص من سنخ متعلق ملكية المنفعة. و بعبارة أخرى: ان الاختصاص من سنخ المنفعة، فكما يثبت حق الاختصاص باليد على العين الموقوفة- مثلا- فكذلك تثبت ملكية المنفعة بالاستيلاء على العين، إذ لا فرق بينهما.

و قد ذكر صاحب البلغة (قدس سره)- كما حكى عنه «١»:- ان قبض المنافع بقبض العين، بدليل جواز مطالبه الموجه للمستأجر بالأجرة بمجرد القبض، فما لم يقبضه المنفعة لم يكن له المطالبة بالأجرة، لأن المعاملة قد وقعت على المنفعة.

و فيه:- كما ذكره المحقق الأصفهاني (قدس سره)- كما حكى عنه- ان مقتضى القاعدة جواز المطالبة بالأجرة بمجرد المعاملة، لأن الموجه يملك العوض بالمعاملة، كما ان المستأجر يملك العوض- و هو المنفعة- بها أيضا. فالحكم بعدم جواز المطالبة بالعوض فى

سائر المعاملات قبل الإقباض حكم على خلاف القاعدة و ليس على وفقها، من باب الالتزام الضمني من كلا المتعاقدين على ان التسليم بعد الإقباض.

فيقتصر فيه على مورده و هو غير الإجارة، فانهم حكموا فيها بعدم جواز المطالبة بالأجرة قبل التمكين من استيفاء المنافع لا قبل قبض المنفعة.

فصححة المطالبة بالأجرة حين قبض العين انما هو من جهة حصول التمكين على الاستيفاء لا من جهة إقباض نفس المنفعة. بل هذا الوجه جار في سائر المعاوضات، فان صححة المطالبة بالعوض فيها متوقفة على التمكين من استيفاء المعوض لا على قبضه، فالتفت.

و قد أفاد المحقق الأصفهاني في رد ما ذكره الفاضل التراقي: ان منافع الأعيان حيثيات و شئون قائمة بها و موجودة بوجودها على حد وجود المقبول بوجود القابل، و اما السكنى بالمعنى الفاعلى، فهى من أعراض الفاعل لا من منافع الدار.

(١) بحر العلوم بلغة الفقيه ٣-٣١٥- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٤٩

فحيثية المسكنية هى منفعة الدار، و ما دامت الدار على هذه الصفة تكون المنفعة مقدرة الوجود عند العقلاء، فتقبل كل صفة اعتبارية من الملك و الاستيلاء.

و لا- يخفى ان المراد من المسكنية التى تكون هى منفعة الدار إن كان هو قابلية الدار للسكنى، فهم لا يلتزمون بكون المنفعة هى القابلية، و ان كان هو المسكنية الفعلية فهى مضافا إلى انها من شئون الفاعل تدريجية الحصول، فتكون معدومة.

و التحقيق ان يقال: ان بناء العقلاء على ملكية المنفعة عند الاستيلاء على العين بحيث يعدونها من شئون الاستيلاء على العين مما لا إشكال فيه و لا ريب يعتريه، سواء فى ذلك كون العين مملوكة للمستولى أو غير مملوكة له.

فلا يهمننا كثيرا معرفة قبول المنفعة للاستيلاء و تصوير المنفعة بشكل يقبله بعد البناء المذكور من العقلاء.

و قد يكون هذا البناء منهم لبنائهم على تحقق الاستيلاء على المنفعة، أو لأجل غلبة ملكية المنفعة عند الاستيلاء على نفس العين فتدبر جيدا و لا تغفل.

الجهة السابعة: فى جواز الشهادة على الملك استنادا إلى اليد.

و لا بد أولا من بيان ثمره الكلام، إذ قد يتوهم عدم الثمرة لأنه لا يختلف الحال فى الشهادة على اليد أو على الملك فى ترتب الأثر المطلوب، و هو ثبوت ملكية المشهور له بل قد يقال: بان الاحتياج إلى الشهادة فى مقام الدعوى، و لا تنفع البيئنة المستندة إلى اليد مع وجود بيئنة معاكسة لها، إذ البيئنة المستندة إلى اليد لا تزيد على نفس اليد و اليد لا تعارض البيئنة على الخلاف. هذا مع ان البيئنة المستندة إلى اليد، مع التفاتها إلى البيئنة المخالفة تسقط عن الحجية، لأجل استنادها إلى غير الحجية و هو موجب للفسق.

فنقول: الثمرة تظهر فى ما لو كان المطلع على استيلاء المشهور له واحدا و كان هناك شخص آخر مطلعاً على ملكية المشهور له السابقة، فانه بناء على قيام الطرق و الأصول مقام العلم تكون شهادة كل من الشخصين بالمسبب- أعنى: الملكية-

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٥٠

بلحاظ وجود الطريق لكل منهما و ان كان مختلفا، مجدياً فى المقام لتامية البيئنة على الملكية. بخلاف ما لو شهد بالسبب الذى يعلمانه، لأن كلا منهما يشهد بسبب غير السبب الذى يشهد به الآخر، فلا تتم البيئنة على أحد السبيين كى يترتب عليه الأثر. فالشهادة على اليد فى الفرض لا أثر لها بخلاف الشهادة على الملك، لأنها جزء البيئنة، فبضميمتها إلى الشهادة الأخرى على الملك تتم البيئنة و

يترتب الأثر.

و الذى يقرب فى النظر عدم جواز الشهادة استنادا إلى اليد، و ذلك لأن الإخبار الجائر هو الخبر الصادق فى قبال الخبر الكاذب. و الصدق و الكذب عنوانان ينتزعان عن مطابقتة الخبر للواقع و عدم مطابقتة، و مع الشك فى المطابقة لا يجوز الإخبار قطعا و لو لأجل التجرى لكونه طرف العلم الإجمالى.

و عليه، فإذا قامت اليد على الملكية لا يحرز أن الإخبار عن الملكية مطابق للواقع، فلا يحرز أنه صدق.

نعم، لو كان اليد حجة فى اللوازم كانت حجة فى مطابقتة الخبر للواقع، و لكن عرفت منع ذلك.

و بالجملة: الحكم الشرعى غير مترتب على مؤدى اليد مباشرة، بل متعلق بعنوان ملازم له، و هى غير حجة فى لوازمها بخلاف البيئنة، فانها إذا قامت على الملكية كان لها دلالة التزامية، على ان الإخبار عنها مطابق للواقع، و هى حجة فى الدلالة المطابقتية و الالتزامية.

و إذا ظهر عدم جواز الإخبار بمقتضى اليد تكليفا، ظهر عدم جوازه وضعاء، فلا يكون الإخبار حجة لفسق المخبر به جزما.

و هذه الجهة مما غفل الأعلام عنها، و لم أجد من تنبه لذلك، و انما أوقعوا الكلام فى اعتبار العلم فى جواز الشهادة و قيام اليد مقام العلم، فتدبر.

و كيف كان فالمشهور- على ما حكى - على المنع عن الشهادة استنادا إلى اليد، لأخذ العلم الوجدانى فى موضوع جواز الشهادة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥١

و تحقيق الكلام فى هذه الجهة يستدعى البحث فى نواح ثلاث:

الأولى: فى أخذ العلم موضوعا لجواز الشهادة.

الثانية: فى انه على تقدير موضوعية العلم فهل هو مأخوذ بنحو الصفية أو الطريقية؟.

الثالثة: فى قيام الأمارات مقام القطع الموضوعى.

أما موضوعية الأولى - أعنى العلم لجواز الشهادة - فلا إشكال فيها و لا ارتياب لدلالة الاخبار الكثيرة عليها. هذا و لكن يقرب جدا: ان يكون المنظور فى الاخبار النهى عن الشهادة استنادا إلى التخمين و الحدس الظنى الذى كثيرا ما يستند إليه المخبرون، و لا نظر لها إلى اعتبار العلم بالمخبر به، كما لا يخفى على من لاحظها و الأمر هين.

و أما الناحية الثانية - و هى كيفية أخذه و انه بنحو الصفية أو الطريقية، فالكلام فيها يبتنى على القول بإمكان أخذ العلم موضوعا بأحد النحوين.

أما من لا يرى إمكان أخذه بنحو الصفية و انحصاره فى جهة الطريقية، فهو فى سعة عن الكلام فيها.

و ذلك كالمحقق الأصفهاني (قدس سره)، فانه أفاده فى تقريب ذلك بان: أخذ العلم فى الموضوع معناه أخذه بميزاته عن الصفات الأخرى.

فالملاحظ فيه هو الجهة المميزة له عن غيره، و الا- فلو أخذ بلحاظ بعض الجهات المشتركة بينه و بين غيره، لا- يكون أخذا له فى الموضوع، بل أخذا للجامع المشترك بينه و بين غيره.

و لا يخفى ان الجهة المميزة للعلم التى هى بمنزلة الفصل له هى جهة الطريقية و الكشف التام. فان بها يكون العلم علما و يكون مبينا للظن و غيره من الصفات.

فمعنى أخذ العلم فى الموضوع أخذه بهذه الجهة، إذ لا جهة أخرى تميزه عن باقى الصفات.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٢

و قد تقدم منا فى مباحث القطع: ان هذا التقريب غير مانع من إمكان أخذ العلم بأحد النحوين.

و محصل ما ذكرناه هناك: ان العلم و ان كان فيه جهة واحدة هى المميزة له عن سائر الصفات النفسية و بها صار علما، و هى جهة

الطريقة والكشف التام.

إلا- ان هذه الجهة تارة: يترتب عليها الأثر بما هي هي و مع غض النظر عن الواقع المرآتى بها و المنكشف بواسطتها. و أخرى يكون الأثر مترتبا عليها بلحاظ الواقع المنكشف بها. فالانكشاف فى كلا الموردین موضوع للأثر، لكنه بنفسه و بلحاظ ذاته يكون كذلك فى مورد و بلحاظ الواقع المنكشف به يكون كذلك فى المورد الآخر.

و عليه، فأخذ العلم فى الموضوع بما هو صفة خاصة معناه أخذ الجهة المميزة له بنفسها و بما هي. و أخذه بما هو طريق هو لحاظ الجهة المميزة فيه باعتبار كشفها عن الواقع، فكأن الواقع هو الملحوظ فيه و ان كان العلم هو الموضوع حقيقة. و إذا اتضح إمكان تصور أخذ العلم بهذين النحويين و لو كان المميز للعلم جهة واحدة، فلا بد من تعيين انه على أى النحويين قد أخذ موضوعا لجواز الشهادة.

و المذى يظهر من مساق الروايات الواردة فى اعتبار العلم فى موضوع جواز الشهادة هو أخذه بنحو الطريقة. فان الظاهر منها كون المنظور هو حفظ الواقع عن التغيير و التبديل، و ان أخذ العلم انما هو للمحافظة على حقوق الناس و ان الشهادة لا بد ان تكون على أساس و مستند و لا تكون مجازفة فى القول و تهور كى تحفظ الحقوق عن الضياع.

و أما الناحية الثالثة- و هى قيام الطرق مقام القطع الموضوعى-: فهو انما يتحقق بناء على القول بان دليل الأمانة يتكفل تنزيلها منزلة العلم، لما تقدم من التمسك بإطلاق دليل التنزيل فى ترتيب جميع آثار العلم عليها. لكنك عرفت عدم ثبوت التنزيل المذكور لعدم وفاء الأدلة به. خصوصا فى مثل اليد التى لا يعرف انها

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٣

أمانة أو أصل، فكيف يستطيع ان يشخص مفاد دليلها على احتمال كونها إمانة؟
فلاحظ.

أما على الأقوال الأخرى فى ما يتكفله دليلها، فلا تقوم مقام القطع المأخوذ فى الموضوع.

أما على ما ذكره الشيخ- و اخترناه أخيرا- من تكفل دليلها تنزيل المؤدى منزلة الواقع «١»، فعدم القيام واضح و يتلخص وجهه بما بينه صاحب الكفاية (قدس سره) فى أوائل مباحث القطع فى مقام الإيراد على الشيخ من: ان دليل الاعتبار إذا كان متكفلا لتنزيل المؤدى منزلة الواقع، فالملحوظ فيه استقلالاً هو المؤدى و الواقع، و الأمانة و القطع ملحوظان فى هذا التنزيل باللحاظ الآلى المرآتى. و قيام الأمانة مقام القطع الموضوعى يستدعى لحاظ الأمانة و القطع بالاستقلال فى دليل التنزيل، فلا يمكن ان يتكفل دليل الأمانة لتنزيل المؤدى منزلة الواقع و تنزيل الأمانة منزلة العلم، لاستلزامه اجتماع لحاظين أحدهما آلى و الآخر استقلالى و هو ممتنع «٢».

و أما على ما ذهب إليه المحقق الخراسانى من جعل المنجزية و المعذرية. فقد يتوهم قيامها مقامه باعتبار كون الدليل يتكفل تنزيلها منزلة العلم فى ذلك.

و لكنه غير صحيح لوجهين:

الأول: ان جعل المنجزية و المعذرية يقتضى لحاظ الواقع بالاستقلال، لأن مفاده ان الواقع يتنجز بالأمانة، فقيامها- حينئذ- مقام القطع الموضوعى يقتضى لحاظ نفس الأمانة بالاستقلال، فيلزم اجتماع اللحاظين.

(١) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤- الطبعة القديمة.

(٢) الخراسانى المحقق الشيخ محمد كاظم. كفاية الأصول- ٢٦٤- طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٤

الثانى: ان دليل التنزيل هاهنا ليس لفظيا ذا إطلاق كى يتمسك به فى ترتيب جميع الآثار، إذ هو متترع عن ترتيب أثر خاص للعلم و

هو المنجزية و المعذرية على الأمانة، فيؤخذ بالقدر المتيقن، و هو التنزيل بلحاظ هذا الأثر الخاص لا بلحاظ جميع الآثار- كما مر ذلك في بيان حكومة الأمانة على الاستصحاب- و أما على المختار سابقا من كون دليل الأمانة يتكفل اعتبارها علما و جعلها كذلك، المعبر عنه بجعل الوسطية في الإثبات و تميم الكشف- كما عليه المحقق الثاني «١»- فلأن دليل الاعتبار انما يقتضى ترتيب آثار العلم الموضوعى عليها فيما إذا لم يكن للأمانة بهذا الاعتبار أثر خارجي لا- يوجب تصرفا بدليل، فانه يحكم حينئذ بدلالة الاقتضاء، بان موضوع الحكم فى ذلك الدليل الظاهر فى الفرد الحقيقى أعم من الفرد الحقيقى و الاعتبارى، كى يترتب الأثر على هذا الفرد المعبر، و إلا لكان الاعتبار لغوا.

و المفروض ان للأمانة بهذا الدليل القائم على اعتبارها علما أثرا يترتب عليها، و هو المنجزية و المعذرية، لأن موضوعها أعم من العلم الحقيقى الوجدانى و العلم الاعتبارى.

فلا تتم دلالة الاقتضاء بالنسبة إلى الآثار الأخرى، لعدم لغوية الاعتبار الترتب أثر عليه بلا تصرف تقتضيه دلالة الاقتضاء، كما لا يصح التمسك بإطلاق دليل الاعتبار لاحتياجه إلى مثنوئة زائدة، و هى التصرف فى موضوع الآثار و جعله أعم من الفرد الحقيقى و الاعتبارى- و قد تقدم بيان ذلك فى حكومة الأمانة على الاستصحاب فراجع- هذا، و لكن لصاحب المستند (قدس سره) تقريبا لوفاء الأمانة بتحقيق موضوع جواز الشهادة، على الأقوال الأخرى فى الأمانة.

(١) الكاظمى الشيخ محمد على. فوائد الأصول ٢-٧- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٥

و قد ذكره المحقق الأصفهاني (قدس سره) فى رسالته فى اليد. و حاصله: ان الملكية ليست من الموضوعات الواقعية كى يكون مرجع التعبد بها إلى التعبد بحكمها، فهى لا تكون معلومة بل المعلوم حكمها. و انما هى من الأحكام الاعتبارية المجعولة أو الأمور الانتزاعية المنتزعة عن الأحكام الشرعية- كما عليه الشيخ- و عليه، فعند قيام الأمانة على الملكية تثبت هناك ملكية ظاهرية إما اعتبارية أو انتزاعية، و يتعلق بها العلم الوجدانى، فتصح الشهادة بالملكية لتحقق موضوعها حقيقة تكويننا ببركة الأمانة.

أما تحقق الملكية الظاهرية بقيام الأمانة، فهو بناء على جعل المؤدى واضح، لأن المفروض ان المجعول حكم ظاهرى و هو الملكية أو ما ينتزع عنه الملكية من الأحكام الموجب لثبوتها فى مرحلة الظاهر «١».

و لكنه قد لا- يتضح بناء على جعل المنجزية أو جعل الوسطية فى الإثبات، لأجل انها على هذين البناءين أجنبية عن ثبوت حكم ظاهرى بها.

إلا- أنه يمكن تصويره على هذين البناءين. بأنه عند قيام الأمانة، ففى مقام العمل و الوظيفة العملية تترتب آثار الملكية الواقعية، فللملكية نحو ثبوت، و هو معنى الملكية الظاهرية.

نعم، يبقى فى المقام شىء، و هو: ان مصب الدعوى هو الملكية الواقعية و الثابت بالأمانة المعلوم بالعلم الوجدانى، هو الملكية الظاهرية، فما هو المعلوم الذى تصح الشهادة به غير مصب الدعوى، فلا يجدى ما ذكر من التقريب.

و لكنه (قدس سره) أجاب عنه: بأنه لما كان إحراز الملكية الواقعية صعبا جدا بل غير ميسور عادة- لأن ثبوت ملكية الشخص انما تكون بأسبابها، و الحكم بملكية الأسباب و صحتها انما يكون بإجراء الأصول و القواعد الظاهرية- كان

(١) أصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣-٣٤٠- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٦

المدار فى الدعاوى و النزاعات ثبوت الملكية الفعلية المتحققة بحسب الأدلة و القواعد الشرعية المتعارفة، لا على الملكية الواقعية. و

الملكية الفعلية ثابتة بالأماره- كما عرفت- و هي معلومة بالعلم الوجداني فتصح الشهادة بها.

و قد حكى المحقق الأصفهاني عن المحقق في الشرائع «١»، كلاما لمنع الشهادة بمقتضى اليد مضمونه: انه لو أوجبت اليد الملك لم تسمع دعوى من يقول الدار التي في يد هذا لى، كما لا تسمع لو قال ملك هذا لى. انتهى. و قد استظهر منه المحقق الأصفهاني انه فى مقام إنكار ثبوت الملكية باليد، و الا لكان الاعتراف بها مساوقا للاعتراف بالملكية، فيكون كالاقرار بالملكية فى عدم سماع دعوى المعترف حينئذ.

فحكم بسخافته- و هو عجيب منه جدا لما عرف منه من التحفظ على الموازين العرفية و الآداب العقلانية فى تعبيراته بالنسبة إلى من هو أصغر من المحقق الحللى شأننا و أقصر باعا.

و أورد عليه بوجهين:

الأول: انه إنكار لحجية اليد على الملكية مع انه مسلم و محل الكلام غير هذا، فانه جواز الشهادة بمقتضى اليد بعد الفراغ عن حجيتها، لا كونها توجب الملكية.

الثانى: ان الفرق بين الدعويين موجود، حيث ان الأولى تتضمن الإقرار بالسبب- لأن معنى كون اليد حجة كونها طريقا و سببا ظاهريا للملكية و هو يقبل الفساد- و هو لا يكون منافيا و مكذبا لدعواه بملاحظة المناقشة فى شرائطه، كما إذا قال هذا الذى اشتراه زيد من عمر- و هو لى فانه يجمع فساد الشراء، بخلاف الثانية، فانها تتضمن الإقرار بملك المدعى عليه، و هو مناف لدعواه الملك، فلا يقبل

(١) المحقق الحللى جعفر بن الحسن. شرائع الإسلام- ٣٣٩- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٧

منه كما لا يخفى «١».

و لكن الذى يظهر من كلام المحقق الحللى انه ليس فى مقام إنكار حجية اليد على الملكية الذى هو خارج عن محل الكلام. بل هو فى مقام إنكار حجية اليد على الملكية التى هى موضوع التخاصم و النزاع و محل النفى و الإثبات- كى تجوز الشهادة بالملك استنادا إليها- فى فرض تمامية شروط حجية اليد على الملكية من جهل العنوان و القابلية و غيرهما.

فمراده: ان هذه اليد المفروض كونها حجة على الملكية الظاهرية فى المقام لو كانت موجبة للملك الذى هو محل النزاع و موضوع الخصام، لكان الاعتراف بها اعترافا بالملكية المتنازع فيها، فمقتضى القاعدة عدم سماع دعوى المعترف حينئذ، لأنه أقر لى اليد بما يدعى، فيكون كإقراره الصريح بملكية المدعى عليه فى عدم سماع دعواه حينئذ.

فاليد و ان كانت تفيد ملكية ذبها، لكن الملكية الثابتة بها لا تنفع فى خصم الدعوى، و الإقرار بها ضمنا لا يجدى المدعى عليه نفعاً أصلاً.

و بعبارة مجملية: المراد كون الملكية التى هى موضوع الدعوى غير الملكية الثابتة بمقتضى اليد، و الا لكان الإقرار باليد موجبا لعدم سماع دعوى المعترف و اللازم منتف.

و عليه، فلا- مورد للإشكالين المذكورين عليه، لأنه ليس فى مقام إنكار أصل حجية اليد على الملكية، بل كلامه لا ينافى حجيتها عليها، و ان الثابت بها ملكية ظاهرية و لكنها لا تنفع.

كما انه لا فرق بين الدعويين- من جهة ان الاعتراف فى إحداهما بالسبب و هو يقبل الفساد- إذ ليس المراد ان إيجاب اليد الملكية الظاهرية موجب لعدم

(١) الأصفهاني الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٤١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٨

سماع الدعوى بالإقرار، كى يقال: إن الإقرار هاهنا بالسبب بذاته و هو يقبل الفساد لا بالسبب بما هو سبب، إذ المفروض كون الإقرار بالسبب بما هو سبب، هو العلة التامة لثبوت الملكية ظاهرا الذى هو محل الكلام فى جواز الاستناد إليه فى الشهادة و لا جوازه. بل المراد ان الملكية الثابتة باليد ان كانت هى الملكية التى تكون موضوع الدعوى و مصبها بالإقرار بها لزم ما هو منتف، و هو عدم سماع دعوى المعترف بها لأن إقراره يكون مكذبا لدعواه، فلا بد ان تكون ملكية أخرى غير ما هى مصب الدعوى. و بهذا التوجيه لكلام المحقق لا- يتوجه عليه شىء أصلا، إلا- ما قد يقال- كما عرفت من كلام صاحب المستند- من: ان موضوع الدعوى ليس إلا الملكية الظاهرية لعدم ثبوت الملكية الواقعية خارجا، لأن إحراز الملكية بأسبابها انما يكون بتوسط الأصول و الطرق، فالثابت هو الملكية الظاهرية و اليد تثبتها.

فيأتى الإشكال و هو: لزوم عدم سماع الدعوى بالإقرار بها مع انه يناقش فيه. فلا بد من رجوع كلامه إلى نفى حجية اليد على الملكية بالمرء لا نفى حجيتها على الملكية التى تكون موضوع الخصام لعدم تماميته حينئذ. و لكن يمكن التخلص عنه: بان الطرق و الأصول الجارية فى إثبات الملكية ليست كلها فى عرض واحد، بل هى طولية، لأن بعضها يجرى فى أصل السبب كأصالة القصد الجارية عند الشك فى تحقق قصد الإنشاء فى البيع، و اليد الجارية عند الشك فى ملكية البائع و غيرهما. و بذلك تتحقق الملكية من ناحية السبب. ثم الدليل على هذه الملكية انما هو اليد و البينة و الاستصحاب و شبهها، و الملكية الثابتة بهذه الطرق كلها ظاهرية و ليست واقعية. فعند دعوى المدعى ملكية المال و إقراره باليد يعلم منه بقريته الإقرار باليد بان موضوع دعواه ليست الملكية الظاهرية مطلقا و لو كانت الثابتة باليد- لأنه تكذيب لدعواه-، بل الملكية الظاهرية التى تكون فى القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٥٩

مرحلة سابقة على اليد و فى مرتبة الأصول فى السبب- مثلا- و كذلك لو لم يقر باليد و لكن كانت اليد معلومة له. و عليه، فموضوع الدعوى غير الملكية الثابتة باليد، فيشكل جواز الشهادة استنادا إلى اليد، لأن المشهود به غير مصب الدعوى. فلا إشكال على المحقق فى كلامه.

نعم، فى صورة عدم إقراره باليد و عدم وضوحها له، لا مانع من جواز الشهادة لمن يعلم باليد. لأن دعواه انما هى الملكية الظاهرية مطلقا- ان لا قريته على إرادة الملكية الظاهرية فى المرحلة السابقة على اليد- و هى معلومة بالوجدان بمقتضى اليد، فتجوز الشهادة بها. فالمتحصل: انه لا بد من التفصيل بين صورة الإقرار باليد أو العلم بها و صورة عدمها. ففى الأولى لا تجوز الشهادة بمقتضى اليد، لأن المشهود به غير مصب الدعوى. و فى الثانية لا مانع منها لاتحاد مصب الدعوى مع المشهود به. فالتفت و تدبر. و أما الاستدلال على جواز الشهادة بمقتضى اليد برواية حفص بن غياث المتقدمة فى أدلة حجية اليد و روايته معاوية بن وهب التى ذكرها فى الوسائل مستشهدا بها على جواز الشهادة بمقتضى الاستصحاب، ففيه منع: أما رواية حفص، فهى مضافا إلى ما تقدم من مناقشة دلالتها على حجية اليد على الملكية ضعيفة السند لا يمكن الاعتماد عليها فى إثبات الحكم.

و أما رواية ابن وهب، فهى غير دالة على المطلوب، لأن ظاهر السؤال فيها ان الشخص يرى استحقاق الورثة للمال بمقتضى الموازين الظاهرية، لكن القاضى لا يعمل بذلك تعنتا بل متوقف على الشهادة، كما هو ظاهر قوله: «و لا تقسم»، فسأل الإمام عليه السلام عن جواز الشهادة فى مثل ذلك لأجل إيصال الحق إلى أصحابه.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٠

فالحكم بجواز الشهادة هنا لا يستلزم صحة الشهادة فى كل مورد حتى المورد الذى يتوقف ثبوت الحق ظاهرا على الشهادة، إذ الحق فى مورد الرواية ثابت ظاهرا مع قطع النظر عن الشهادة لعدم المدعى فى مقابل الورثة المعلومين، فانتبه و لا تغفل.

الجهة الثامنة: في الأبدى المتعددة على العين الواحدة.

لا شبهة ولا إشكال في الحكم بالملكية المشتركة المشاعة عند تعدد الأبدى عن العين الواحدة. إلا ان الإشكال في ان الحكم بالملكية المشاعة هل هو من جهة تحقق اليد على الحصه المشاعة أو من جهة أخرى، فالبحث علمي صرف، و هو يقع في جهات ثلاث:

الجهة الأولى: في إمكان تحقق الاستيلاء و اليد على الحصه المشاعة.

الجهة الثانية: في وجود ما يدل على تحققها عليها فيما نحن فيه بعد الفراغ عن إمكان الاستيلاء ثبوتاً.

الجهة الثالثة: في جهة الحكم بالملكية المشاعة على القول بعدم تحقق الاستيلاء على الحصه المشاعة ثبوتاً أو إثباتاً.

أما الجهة الأولى و هو- مقام الثبوت- فتحقيق الكلام فيه يتوقف على بيان الاحتمالات في معنى ملكية المشاع و معنى الاستيلاء الذي هو معنى اليد.

أما ملكية المشاع، فقد قيل - كما هو المختار- بأنها ملكية واحدة طرفها متعدد، و هو طرف المالك. فأحد طرفي العلقه الملكية مشدود بالمال و الآخر مشدود بذوى الأبدى، فكل فرد له انتساب إلى هذه الملكية، بحيث تترتب آثار الملكية المستقلة عند انضمام الجميع.

و قيل بأنها ملكيات متعددة بتعدد الحصص، فكل فرد له ملكية مستقلة لخصته الخاصة به. و هذه الملكيات المتعددة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦١

تارة يقال: بأنها متعلقة بأمر شخصي خارجي، و يعبر عنه بالكسر المشاع، بحيث تكون كل حصه من كل جزء يمكن فرضه للعين مملوكة للفرد، فالمملوك جزء خيالي فرضي.

و أخرى يقال: بأنها متعلقة بأمر كلي من قبيل الكلي في المعين- لامتناع تحقق السريان و الشيع في الأمر الجزئي- بان يكون المملوك هو الحصه الخاصة من العين المتحققة في ضمن هذا المعين و هو العين.

ثم ان الاحتمالين في الكلي في المعين، و هما كونه امراً خارجياً من قبيل الفرد على سبيل البدل، و كونه أمراً كلياً من قبيل الكلي في الذمة، فالمملوك أمر كلي في الذمة يتصوران هاهنا.

و ان كان الاحتمال الثاني فيه لا مجال له فيما نحن فيه، بل لا معنى له كما لا يخفى [١]. فمن يقول بان الكلي في المعين من مصاديق الكلي في الذمة لا وجه له لأن يقول بان ملكية المشاع بنحو ملكية الكلي في المعين. فالاحتمالات في ملكية المشاع- على هذا- ثلاثة:

و أما الاستيلاء، فليس المراد منه قطعاً خصوص الاستيلاء الخارجي المقولي، كالأستيلاء على الخاتم بلبسه و على الدائيه بركوبها، لصدق اليد على الأراضى الواسعة مع عدم تحقق الاستيلاء الخارجي عليها.

فلذلك ذكر المحقق الأصفهاني: بان المراد منه أعم من الاستيلاء المقولي و الاستيلاء الاعتباري، كالأستيلاء على الأعيان الواسعة، فانه بالبناء العرفي يعتبر الاستيلاء عليها و ان لم يكن بمستول عليها حقيقة «١».

و لكن الإنصاف ان الاستيلاء امر انتزاعي ينتزع عن التصرفات الخارجيه

[١] وجهه ان مقتضى ذلك كون العين مملوكة لصاحبها الأول و الشريكان لهما في ذمته- لأن الملكية لم تتعلق بأمر خارجي في المعين أصلاً- و لا يظن وجود قائل بذلك فالتفت.

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٣١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٢

فى العين، حتى فى مثل لبس الخاتم و ركوب الدآبئة، فالاستيلاء الحاصل على الأعيان الواسعة و غيرها استيلاء انتزاعى لا اعتبارى قائم بوجود المعبر، بل له وجود حقيقى، غاية الأمر انه انتزاعى و لا حقيقى مقولى. ففى الاستيلاء احتمالان.

ثم ان الاستيلاء الحقيقى المقولى فى مورده لا يمكن تصوره على الحصصة المشاعة بأى معنى من المعانى التى ذكرناها لملكية المشاع، لأنه يكون على العين كلها، إذ لا وجود للحصصة المشاعة متعينا كى يتحقق الاستيلاء عليه خارجا.

و أما الاستيلاء الاعتبارى، فهو خفيف المئونة، إذ لا- يحتاج إلى مئونة خارجة أصلا، لتقومه بنفس المعبر و ليس له ما يزاء فى الخارج، فيمكن تحقيقه على الحصصة المشاعة بأى تصوير ذكر لملكيتها، و يكون شأنه شأن ثبوت الملكية لها الذى هو ثبوت اعتبارى، فكما يتصور ملكية الحصصة المشاعة و اعتبارها على جميع الاحتمالات، كذلك يمكن تصور اعتبار الاستيلاء عليها.

و أما الاستيلاء الانتزاعى، فتصوره بالنسبة إلى الحصصة المشاعة على الاحتمال الأول لملكيتها ممكن، لأن العقلاء ينتزعون من تصرف الشخصين بالعين تصرفا خارجيا مع استئذان كل واحد منهما من الآخر و بلا مزاحمة ثالث لهما، استيلاؤهما على العين بنحو يناسب ملكيتهما للعين، بحيث يكون استيلاء كل منهما ناقصا و بانضمامهما يكون استيلاؤهما استيلاء تاما، فهو يناسب الملكية بالمعنى الذى اخترناه.

و أما على الاحتمال الثانى، فانتزاع الاستيلاء على الحصصة المشاعة من التصرفات الخارجة لا يمكن تحقيقه، لأن التصرفات الخارجة لا تكون فى الكسر المشاع، لأنها انما تكون فى الأمور المفروزة المتعينة، فهى تقع على العين كلها.

نعم، التصرفات المعاملية كالبيع و الهبة و الصلح يمكن تحقيقها بالنسبة إلى الكسر المشاع. فمنها يمكن انتزاع تحقق الاستيلاء على الكسر المشاع.

و مثله- فى الكلام- الاحتمال الثالث الذى هو جعل الحصصة المشاعة بنحو الكلى فى المعين، و لكنه أمر خارجى على سبيل البدل.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٣

هذا كله فى مقام الثبوت.

و أما الجهة الثانية- و هو مقام الإثبات- الذى يكون الكلام فيه فى تحقق الاستيلاء على الحصصة المشاعة خارجا و عدم تحقيقه.

فأما على الاحتمال الأول فى ملك المشاع، فلا إشكال فى انتزاع الاستيلاء خارجا و الحكم بالتنصيف من جهة اليد، إذ لا يحتاج ذلك إلى أكثر من موضوع المسألة المفروض، و هو كون العين بيد شخصين أو أكثر يتصرفان فيها. كما ان اعتبار الاستيلاء أيضا متحقق.

و أما على الاحتمالين الأخيرين، فحيث لا تصرفات خارجة واقعة على الحصصة المشاعة تكشف عن اعتبار الاستيلاء عليها، أو ينتزع عنها الاستيلاء، لأنها تقع على العين كلها فلا تحقق لليد على الحصصة المشاعة، بل اليد على العين بمجموعها.

نعم، إذا رؤى منهما التصرفات المعاملية الواقعة على الحصصة المشاعة يحكم باستيلاؤهما على الحصصة أو ينتزع عنها ذلك.

و لكنه فرض زائد على موضوع المسألة- كما لا يخفى.

ثم انه فى صورة عدم ثبوت الاستيلاء على الحصصة المشاعة إثباتا أو ثبوتا، فلا- بد من بيان الوجه فى الحكم بالملكية المشتركة المشاعة- و هو الجهة الثالثة من جهات البحث:-

و قد ذكر للحكم بالتنصيف و الملكية المشاعة وجوه:

الوجه الأول: ما فى المستند من دلالة رواية يونس بن يعقوب- الواردة فى المتاع- على ذلك، لقوله عليه السلام: «و من استولى على شىء منه فهو له»، فانها تدل على ان المستولى على شىء فهو له، و هذان الشخصان قد استوليا على هذا المال فهو لهما، و بمقتضى قاعدة التساوى فى الشركة المبهمه انه بينهما نصفين.

و يعضده الروايات الدالة على الحكم بالتنصيف فما لو تداعى شخصان مالا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٤

و كان بيدهما و لم يكن لأحدهما بينة أو كانت لكليهما «١»، ثم انه نفى دلالة رواية حفص على ذلك، فانه بعد ما ذكر توهم دلالتها باعتبار انها تدل على الملازمة بين جواز الشراء ممن بيده المال و الشهادة بملكيتها، فكلما جاز الشراء جازت الشهادة بالملكية، و لا إشكال في جواز شراء العين من هذين الشخصين، فمقتضى الرواية الدالة على الملازمة هو الحكم بملكيتها للعين. ذكر: ان هذا غير تام، لأن الرواية إنما تدل على ان هذا المال الذى بيدهما بينهما دون غيرهما، فملكيتها لا تتعداهما إلى ثالث، اما انه لكليهما أو لأحدهما فذلك لا تدل عليه الرواية و أجنبى عن مفادها «٢».

و لا يخفاك ان ما ذكره بجهاته الثلاثة غير تام.

أما رواية يونس بن يعقوب، فهي انما تدل على المدعى لو قلنا بأن لهما استيلاء واحدا يرتبط بهما معا، كما قررناه على الاحتمال الأول لملكية المشاع، فانه يكون مشمولاً للرواية، لأن هذا المال يكون لهما استيلاء عليه فهو لهما، لاندراجهما تحت: «من استولى» أما لو قلنا بان لكل منهما استيلاء مستقلاً تاماً - كما عليه صاحب المستند - فلا يتم ما ذكره من دلالتها على المدعى، لأن كلا منهما يكون مشمولاً للرواية - لا كليهما معا - لأن له استيلاء على المال كله، و مقتضى الرواية ثبوت المال له، فيتعارضان.

و أما ما ذكره من انه تعضده الروايات الواردة في مقام التداعى، فلا وجه له، لما ستعرفه من أن محل الكلام ما لم يكن أى دعوى و تداع فى البين و وجود الفرق بين الصورتين.

و أما ما ذكره بالنسبة إلى رواية حفص، فالوجه الذى يركز عليه ما ذكره

(١) وسائل الشريعة ١٨ - ١٨٨ باب: ١٢ - من أبواب كيفية الحكم، الحديث: ٣.

(٢) المحقق النراقى ملا أحمد. مستند الشريعة ٢ - ٥٧٩ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٥

بحيث يخرج عن كونه دعوى جزافية، هو انه لاحظ بان الحكم بملكية ذى اليد انما هو بلحاظ نفى ملكية الغير باليد، و استفادة ملكية الشخص ذى اليد تكون بالملازمة، فمصب الرواية انما هو على نفى ملكية الغير كما يشهد به قول السائل: «فلعله كان لغيره».

و لكنه غير سديد، فان الظاهر من الرواية كون الملحوظ هو الحكم بملكية ذى اليد بلا لحاظ نفى ملكية الغير. و أما قول السائل المذكور، فهو لبيان وجود الشك فى ملكية ذى اليد، إذ لو لم يشك فى انه لغيره لا وجه للتوقف فى ملكية ذى اليد، فالحكم بالملكية لا يرجع أولاً إلى نفى ملكية الغير، بل إلى إثبات ملكية ذى اليد و عدم الاعتناء بالشك.

و على أى حال فليس تحقيق ذلك بمهم بعد ضعف سند الرواية و عدم دلالتها على حجية اليد على الملكية.

الوجه الثانى: قاعدة العدل و الإنصاف. الاستفادة من الروايات الواردة فى الموارد الجزئية، و مقتضاها الحكم بالتنصيف و الشركة فيما لو دار المال بين شخصين مع عدم المرجح لملكية أحدهما بالخصوص، لأنه مقتضى الإنصاف، فان الترجيح بدون مرجح ينافيه.

و لكن الإنصاف عدم تامة الاستدلال بها فيما نحن فيه، لأنها - على تقدير تسليمها - انما تتم فى صورة العلم بعدم ملكية غير هذين الشخصين، و دوران ملكية العين بينهما فقط، فلا بد فى الاستدلال بها على المدعى من فرض العلم بعدم ملكية غير من بيدهما المال، أو ادعاء ان اليد من الإمارات و ان الأمانة تثبت اللوازم و حجة فى الدلالة الالتزامية فاليد حجة فيها. و قد تقرر فى محله انه فى صورة وقوع المعارضة بين الأمارتين يسقط عن الحجية خصوص مورد المعارضة من الدلالات و يبقى الباقي على حجيتها، فيسقط فى المقام خصوص الدلالة المطابقة التى موضوعها ملكية ذى اليد للمال لكل من اليمين لمعارضتها بالدلالة الالتزامية لليد الأخرى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٦

أما الدلالة الالتزامية على نفى ملكية غير ذوى اليمين فهي باقية على حجيتها، لعدم كونها موضوع المعارضة.

و كلا الفرضين ممنوعان.

أما فرض العلم، فلأنه خلاف الفرض و محل الكلام، لأن المفروض تردد الملكية بينهما و بين غيرهما، لا بينهما بالخصوص. مضافا إلى ان المدعى ثبوت الحكم المذكور لهذه الصورة مطلقا، و القاعدة لا تشملها بجميع افرادها.

و أما الفرض الثانى، فقد عرفت عدم ثبوت أمارية اليد، كما عرفت انها لو كانت فلا تكون حجة فى الدلالة الالتزامية، لأن الأمارات ليست حجة فيها بقول مطلق.

و أما الحكم بعدم ملكية الغير فى صورة الحكم بملكية شخص، فهو ليس لأجل الدلالة الالتزامية، بل لأجل الملازمة الظاهرية بين ثبوت ملكية الشخص و عدم ملكية غيره، و هى غير متحققه فيما نحن فيه، لأن اليد سقطت عن الحجية على الملكية بالمعارض فلا يترتب عليها ما هو أثر الملكية الظاهرية.

الوجه الثالث: الاستدلال بالخبر المرسل الدال على التنصيف فى ما لو تداعى فى عين اثنان و لا يد لهما عليها «١». ففى الفرض لما كانت يد كل منهما حجة على ملكيته فيتساقطان لمزاحمة كل منهما الأخرى، إذ لا يمكن اجتماع سببين متزاحمين على مسبب واحد، لاستحالة اجتماع ملكيتين مستقلتين لعين واحدة، و إذا سقطت اليدان عن الحجية تكون العين كما لو لم يكن للمتداعيين عليها يد فيشملها المرسل الحاكم بالتنصيف.

و هذا الوجه - كأخويه - غير وجيه، لأن مورد الخبر صورة التداعى و وجود الدعوى على الملكية. و المفروض فى المقام عدم وجود شىء من ذلك غير اليد،

(١) سنن البيهقى ١٠-٢٥٥، إلا ان فيها (ليس لأحدهما بينة).

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٧

بحيث يكون الشك فى ملكيتهما أو عدم ملكيتهما و ملكية غيرهما، لا فى ملكيتهما أنفسهما و انه أيهما المالك.

و عليه فلا يتجه الاستدلال بالخبر المذكور، إذ الحال يفترق بين وجود الدعوى و عدمه، لأن الدعوى لما كانت بمنزلة الاخبار، فدعوى كل منهما الملكية كما تكون إخبارا بها تكون إخبارا بلازمها و هو عدم ملكية غيره - لأن الاخبار بالشىء اخبار بلازمه - فدعواهما بالنسبة إلى نفى ملكية غيرهما معا دعوى بلا معارض. و من المعلوم الحكم على طبقها، فملكية الغير معلومة العدم حكما فى صورة الدعوى، فيكون الفرض من موارد قاعدة العدل و الإنصاف التى يحكم فيها بالتنصيف المشاع مع عدم المرجح لأحد المتداعيين.

و هذا بخلاف صورة عدم الدعوى، لعدم العلم بعدم ملكية الغير. و المفروض فيما نحن فيه ذلك. فتعدية الحكم من تلك الصورة إلى هذه بلا ملاك و مستند.

و من هنا ظهر عدم صحة التمسك بالروايات الدالة على الحكم بالتنصيف فى صورة التداعى و كون العين بيد المتداعيين و عدم المرجح - كما فعل صاحب المستند كما مر عليك.

و على هذا يتضح عدم صحة التمسك بأحد هذه الوجوه.

فالذى ينبغى أن يقال: انه على الاحتمال الأول فى ملكية المشاع حيث انه لا إشكال فى تحقق الاستيلاء على الحصه المشاعه، فالحكم بملكيتها لأجل اليد و شمول دليل اعتبارها.

و أما على الاحتمالين الأخيرين، فقد عرفت عدم تحقق الاستيلاء على الحصه المشاعه.

فان قلنا: بان الاستيلاء على تمام العين و ان كان استيلاء مستقلا، الا انه استيلاء ناقص ضعيف بحيث يكون استيلاؤهما بمنزلة استيلاء واحد تام - بتقريب ان التصرف إذا خرج عن الاختيار و كان قهريا لم ينتزع عنه عنوان الاستيلاء،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٨

و التصرف منهما و ان لم يكن في نفسه قهريا بل باختيارهما، لكنه حيث يتوقف على الاذن من الطرف الآخر كان قهريا من هذه الجهة، فيكون استيلاء كل منهما استيلاء ضعيفا لأن فيه جهة غير اختيارية- أمكن دعوى وجود بناء العقلاء على ملكيتهما للمال دون غيرهما من دون تعيين الحصء، و بمقتضى قاعدة التساوى فى الشركة المبهمة يكون الحكم هو التنصيف.
و ان قلنا: بان استيلاء كل منهما استيلاء مستقل تام- كما عليه صاحب المستند فانه ذكر انه لا مانع من تحقق استيلاءين كذلك على عين واحدة- بحيث لو كان وحده لدل على ملكية المستولى وحده للعين، فلا محيص عن القول بسقوط اليدين عن الحجية للتراحم. و لا وجه حينئذ للحكم بالتنصيف و الملكية المشتركة المشاعة، فتدبر جيدا.

الجهة التاسعة: فى الحجية اليد مع شك ذبها فى الملكية.

و قد حررت هذه المسألة على نحوين:

الأول: يرتبط بتكليف نفس ذى اليد بالنسبة إلى ما فى يده لو شك فى ملكيته له، فهل يترتب آثار الملكية بملاك اليد أو لا؟
الثانى: يرتبط بتكليف الغير بالنسبة إلى ما فى يد الشاك المصرح بعدم العلم، فهل يترتب على ما فى يده آثار ملكيته له مع تصريحه بعدم علمه بملكته للمال، أو تختص حجية اليد بصورة دعواه الملكية أو سكوتة.
و قد حرر المسألة بهذا النحو صاحب المستند (قدس سره). كما حررها بالنحو الأول المحقق الأصفهاني (قدس سره). و لا يختلف الحال فيما هو المهم على التقديرين.

و العمدة فى ثبوت دعوى الاختصاص- كما عليه صاحب المستند- خيرا جميل بن صالح و إسحاق بن عمار.

أما صحیحة جميل بن صالح: «رجل وجد فى بيته ديناراً. قال: يدخل منزله

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٦٩

غيره؟ قلت: نعم كثير. قال: هذه لقطعة. قلت: فرجل وجد فى صندوقه ديناراً؟ قال:

يدخل أحد يده فى صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا. قال: فهو له» (١)، فقد قرب صاحب المستند الاستدلال بها على المدعى- بعد ان بين قصور أدلة اعتبار اليد عن شمول هذه الصورة- بأنه عليه السلام حكم فيما هو فى داره الذى لا يعلم انه له مع كونه فى يده على ما مر و مستولياً عليه أنه ليس له. و أيضاً علل كون ما وجد فى الصندوق له بما يفيد العلم بأنه ليس لغيره.

فالمصدر يدل على عدم حجية اليد بالنسبة إلى ذى اليد فى صورة التردد (٢).

و يرد عليه ما أفاده السيد الطباطبائي (قدس سره) فى ملحقات العروة من:

ان عدم إدخال شخص غيره يده فى صندوقه لا يلزم منه ارتفاع الشك فى كون الدينار له أو لغيره، و لا يوجب العلم بعدم كونه لغيره، إذ يمكن ان يكون الشك من جهة كونه عارية أو أمانة أو غيرهما، أو من جهة وضع غيره للدينار فى صندوقه اتفاقاً، و لا ينافى ذلك ما هو المفروض من عدم إدخال شخص غيره يده عادة (٣).

فالذيل يدل على عدم الاختصاص، لأنه حكم بملكية ذى اليد مع تحقق الشك لديه فى ان الدينار له أو لغيره.

و لكنه (قدس سره) أورد على استدلال صاحب المستند بالمصدر: بأنه لم يصرح فيه بأنه لا يعلم انه له أو لغيره، بل الظاهر علمه بأنه ليس له، فهو أجنبي عما نحن فيه.

و لكن ما ذكره رحمه الله غير واضح الوجه، إذ لا ظهور فى الرواية و لا قرينة على ما ادعاه من فرض العلم بعدم كون الدينار له، بل الموارد الغالبة على خلافه، فان الغالب فيما لو وجد الشخص فى داره مالا حصول الشك فى كونه له أو

(١) وسائل الشيعة ١٧-٣٥٣ باب ٣ من أبواب اللقطة، الحديث: ١.

(٢) المحقق النراقي ملا أحمد. مستند الشيعة ٢- ٥٧٧- الطبعة الأولى.

(٣) الطباطبائي الفقيه السيد محمد الكاظم. العروة الوثقى ٣- ١٢٠- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٠

لغيره، و العلم بعدم ملكيته انما يكون في موارد خاصة- ليس في الرواية ما يدل على المورد منها- كما لو كان صاحب الدار عارفا بمقدار ما يملكه من المال، أو كان ما وجده نحو من المال يخالف نحو ما يملكه عادة.

وقد أورد المحقق الأصفهاني رحمه الله على الاستدلال بصدر الرواية على المدعى بما يرجع إلى ان عدم حكم الإمام عليه السلام في المورد بملكية ذي اليد انما كان لأجل معارضة غلبة اليد المالكية بغلبة أخرى.

و ذلك لأنه مع كثرة الداخلين يكون احتمال كون المال لدى الدار معارضا بالاحتمالات الكثيرة التي موضوعها كون المال لغيره، يكون ضعيفا، فلا غلبة في صورة وجود الداخل، فينتفى ملاك حجية اليد على الملكية «١».

ولكن ما ذكره (قدس سره) عجيب، لأنه جار في جميع موارد الشك في ملكية ذي اليد التي يدور الأمر بين ملكيته و ملكية غيره غير المعين، لتعدد الاحتمالات المعارضة لاحتمال كون المال لدى اليد و كثرتها، كما لا يخفى.

و أما احتمال انه مع تعدد الداخل للدار أو الواضع في الصندوق يتعدد الاستيلاء على الدار و على الصندوق، و معه تكون اليد معارضة بيد أخرى، دون صورة التفرد.

فهو و ان لم يبعد بالنسبة إلى الصندوق، إذ قد يتعارف إذن صاحب الصندوق لغيره في الاستفادة من صندوقه بوضع المال، لكنه بعيد بالنسبة إلى الدار، إذ دخول الناس في دار الغير و لو كان كثيرا لا يحقق الاستيلاء على الدار.

و الذي ينبغي ان يقال: ان الاستيلاء كما عرفت منتزع عن التصرف الخارجى الاختيارى، فإذا لم يكن وضع الشيء في دار إنسان بعلمه و اختياره لم يعد عرفا مستوليا على ذلك المال.

(١) الأصفهاني المحقق محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٣٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧١

نعم، إذا وضعه بنفسه أو بإذنه كان مستوليا عليه و ان غفل بعد ذلك عنه.

فمع عدم إحراز استيلائه و ان هذه العين التي يشك في ملكيتها الآن هو كان قد وضعها في هذا المكان ليكون مستوليا عليها عرفا، أو وضعها غيره بلا علمه و اختياره فلا يكون مستوليا عليها لعدم تحقق منشأ الاستيلاء عليها منه أصلا.

لا يصح الحكم بملكته لعدم إحراز يده على المشكوك فلا ملاك للحكم بملكته.

و من هذا القبيل مورد الصدر- أعنى: الدينار الموجود في الدار- فانه بعد ان كان يدخل إلى الدار غيره كان استيلائه على الدينار الموجود فيها غير محرز، لاحتمال كونه من غيره و لم يكن وجوده في الدار عن اختياره، فلا يكون مستوليا عليه. فلذلك لم يحكم عليه السلام بملكية صاحب الدار للدينار، بل حكم بأنه لقطعة.

و أما مع إحراز استيلائه كان الحكم بملكية المشكوك متعينا لتحقيق ملاكه.

و منه مورد الدليل، و هو الدينار الموجود في الصندوق، لأنه إذا لم يكن أحد غيره يدخل يده في الصندوق يتعين كون الواضع للدينار صاحب الصندوق، فيكون الدينار بيده و تحت استيلائه، فالحكم بملكته على طبق قاعدة اليد.

فالمتمين في المقام التفصيل بين صورة إحراز الاستيلاء فيحكم بملكية ذي اليد- إذ لا يبعد بناء العقلاء على ذلك- و بين عدم إحرازه فلا يحكم بالملكية لعدم تحقق ملاكها.

و التفصيل في الرواية بين صورة دخول غيره الدار و عدمه و بين إدخال غيره يده في الصندوق و عدمه، إنما هو لأجل ما ذكرناه.

هذا، و لكن الإنصاف ان ذيل رواية جميل لا دلالة له على حجية اليد على ملكية ذى اليد نفسه، إذ هي ظاهرة في انحصار الاستيلاء بذى اليد بنحو يطمئن بكون المال له و عدم احتمال كونه لغيره احتمالاً معتداً به، إذ المراد من وضع أحد شيئاً

قمي، سيد محمد حسيني روحاني، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)؛ ج ٧، ص: ٧٢

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٢

في الصندوق ليس وضعه من دون علمه و باستيلاء خاص به، بل وضعه فيه بواسطته و بطريقه بحيث يكون الواضع مباشرة هو صاحب الصندوق، و ذلك بقرينة تقابل وضع شيء مع إدخال أحد يده في الصندوق. و حينئذ فإذا نفى إدخال أحد يده في الصندوق مع نفى وضع صاحب الصندوق مال الغير فيه، يتعين بحكم العادة كون المال لصاحب الصندوق و كون التردد في غير محله و أشبهه بالسوسه، فقولها (عليه السلام): «فهو له» ليس حكماً تعدياً، بل هو اخبار عن نتيجة نفى الأمرين. فتدبر.

و أما رواية إسحاق بن عمار الموثقة: «عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيها نحواً من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: فاسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها. قلت: فان لم يعرفوها.

قال: يتصدق بها» (١)، فقد قرب صاحب المستند دلالتها على ما ذهب إليه: بأنه لا شك ان الدراهم كانت في تصرف أهل المنزل على ما عرفت، و لو انهم قالوا لا نعلم انها لنا أو لغيرنا فيصدق انهم لا يعرفونها فلا يحكم بملكيتها لهم (٢).

و المهم في رد الاستدلال بها أمران:

الأول: عدم وضوح تحقق الاستيلاء على المدفون.

و الثاني: ورودها في الكنز، و هو ذو أحكام خاصة لا ترتبط بالقواعد الكلية و الأصول العامة. فلا يتجه الاستدلال بها على الاختصاص. و الحاصل: أن الظاهر تحقق بناء العقلاء على حجية اليد بالنسبة إلى ذى اليد نفسه مع إحراز استيلائه و يده، و إلا فلا ملاك للحكم بملكيتها خارجاً. فتدبر.

الجهة العاشرة: في حجية يد المسلم على التذكية.

و ثمرة الكلام انما تظهر في ما لم تكن على المشكوك تذكيته أمانة على التذكية

(١) وسائل الشيعة ١٧- ٣٥٥ باب ٥ من أبواب اللقطة، الحديث: ٣.

(٢) المحقق النراقي ملا أحمد. مستند الشيعة ٢- ٥٧٨- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٣

من سوق المسلمين أو أرض الإسلام أو تصرف المسلم بل لم يكن إلا في يد المسلم من دون انضمام تصرفه المتوقف على التذكية إليها، أو سوق المسلمين أو غير ذلك من الأمارات الدالة على التذكية، كما لو وجد اللحم في يد المسلم و هو في الطريق و لم يعلم انه ذاهب به ليأكله أو ليلقيه و ينبذه.

فان قلنا: بأمرية يد المسلم بنفسها جاز ترتيب آثار التذكية على هذا اللحم، و إلا فلا يجوز ترتيبها ما لم ينضم إليها التصرف المتوقف على التذكية.

و حيث تعين محل الكلام، فعدم أمرية اليد على التذكية- بحيث تكون أمانة في قبالة أرض الإسلام و سوق المسلمين و تصرف

المسلم واضح، لعدم الدليل عليها أصلاً، لأن الاخبار واردة في بيان أمارية سوق المسلمين و أرض الإسلام، و أما يد المسلم فلا دليل على أماريتها.

نعم، هناك خبر واحد وارد في يد المسلم و هو خبر إسماعيل بن عيسى الآتي - إلا أن الحكم بالحلية فيه مرتب على تحقق التصرف المتوقع على التذكية من المسلم دون مجرد كونه في يده، و كون التصرف مورداً و لا يخصص الوارد، فلا يدل أمارية اليد بما هي يد.

و على هذا، فلا حاجة إلى صرف الكلام إلى مرحلة الثبوت و تحقيق وجود ملاك الأمارية في يد المسلم و غير ذلك مما يتعلق بهذا الشأن.

نعم، لا بأس في التعرض إلى أمرين:

الأمر الأول: ان حجية سوق المسلمين و أرض الإسلام و تصرف المسلم على التذكية، هل مرجعه إلى أصالة الصحة في فعل المسلم أو أنه جعل مستقل لأمارات مستقلة لا يرتبط بأصالة الصحة؟.

ذهب صاحب الجواهر (قدس سره) إلى ان مرجع الجميع إلى أصالة الصحة في فعل المسلم. و لأجل ذلك حكم بعدم أمارية اليد المجردة عن التصرف المتوقع

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٤

على التذكية «١».

و يورد عليه بما أفاده المحقق الهمداني (قدس سره) في مصباحه من: أن أصالة الصحة في فعل الغير المسلم انما تثبت صحة العمل الصادر من المسلم المشكوك في صحته للشك في وجود بعض شرائطه - مثلاً - و لا تثبت وجود المشكوك و تحققه خارجاً، فهي في المقام تثبت صحة البيع أو صحة الصلاة بمشكوك التذكية، أما أنها تثبت التذكية المشكوك كى تصح صلاة المشتري فيه فلا، فلا وجه لإرجاع أمارية هذه الأمور إلى أصالة الصحة.

و لا يخفى ان البحث المذكور بحث علمي صرف، و لا أثر له في مقام العمل.

الأمر الثاني: ان اليد على تقدير ثبوت أماريتها على التذكية، فهل هي أماره مستقلة منفصلة عن سوق المسلمين، أو ان سوق المسلمين أماره على التذكية باعتبار أماريته على يد المسلم لا باعتباره نفسه، فهو أماره على الأماره؟.

و الأثر العملي في هذا الكلام ظاهر، فانه لو كان سوق المسلمين أماره مستقلة على التذكية للحكم بما في يد الكافر الموجود في سوق المسلمين بالتذكية.

بخلاف ما لو لم يكن أماره مستقلة، بل كان أماره على الأماره للعلم بعدم تحقق يد المسلم التي هي الأماره في الفرض، فلا أثر لسوق المسلمين. نعم، في صورة الشك بتحقيق يد المسلم بان شك في كون ذي اليد مسلماً أو كافراً يحكم بمسئله بمقتضى السوق، و هذا معنى أمارية سوق المسلمين.

و قد ذهب المحقق الهمداني (قدس سره) إلى الثاني مستظهراً ذلك من رواية إسماعيل بن عيسى (موسى خ): «عن الجلود الفراء يشترها الرّجل في سوق من أسواق الجبل، أي يسأل عن ذكاته إذا كان البائع مسلماً غير عارف؟. قال (عليه السلام): عليكم أنتم ان تسألوا عنه إذا رأيتم المشترين يبيعون ذلك. و إذا رأيتم

(١) النجفي الشيخ محمد حسن. جواهر الكلام ٨-٥٦- الطبعة الحديثة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٥

يصلون فيه فلا تسألوا عنه».

و وجه الاستظهار: انه عليه السلام في فرض الشراء من السوق فصل في مقام وجوب السؤال عن ذكاة الجلد بين كون البائع مشركا فيجب السؤال و كونه مسلما فلا يجب، مما يكشف عن ان السوق بنفسه لا عبرة فيه، بل انما يعتبر باعتبار كشفه عما هو أماره و هو يد المسلم و لذلك لم يعتبر في صورة العلم بيد الكافر في مورد الرواية، إذ لا موضوع لأمارية السوق حينئذ «١».

و فيه ما لا يخفى، فانه لا ظهور و لا قرينة في الرواية المذكورة على كون المورد من موارد سوق المسلمين، و كون الملحوظ فيها أماريته و عدمها، بل ذيل الرواية الذي يقتضى إيكال عدم وجوب السؤال إلى رؤية تصرف المسلم بالصلاة يدل على عدم لحاظ السوق أصلا، و إلا لكان المناسب إيكال عدم وجوب السؤال إلى رؤية بيع المسلمين لإحراز يدهم و تصرفهم.

فالإنصاف ان هذه الرواية لا تدل على ما ذهب إليه الفقيه الهمداني (رحمه الله)، فتبقى عمومات اعتبار سوق المسلمين في الحكم بالتذكية سالمة عن المخصص.

و بذلك يكون السوق أماره بنفسه على التذكية.

الجهة الحادية عشرة: في أمارية يد الكافر على عدم التذكية

. و يلحق بهذا البحث الكلام في أمارية أرض الكفر و سوق الكفار على عدم التذكية.

فهل أن يد الكافر بنفسها أماره على عدم التذكية، أو انها ليست بأماره، و الحكم بعدم التذكية في موردها لأصالة عدم التذكية؟ و مثلها أرض الكفر و سوق الكفار.

و الثمرة في هذا الكلام تظهر في موارد:

منها: ما لو تعارض سوق المسلمين و يد الكافر، بان كان اللحم بيد كافر بائع

(١) الفقيه الهمداني الشيخ آغا رضا مصباح الفقيه - ١٤١ - كتاب الطهارة - الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٦

في سوق المسلمين، فانه بناء على ان الحكم بعدم تذكية ما في يد الكافر لأجل أمارية يده على عدم التذكية، تتعارض الأمارتان - أعنى سوق المسلمين و يد الكافر - و بناء على ان الحكم المذكور من جهة أصالة عدم التذكية يكون السوق مقدما على اليد، لأنه إماره و هي واردة على الأصل كما لا يخفى.

و منها: ما لو اجتمعت يد الكافر و يد المسلم و يتصور ذلك فيما لو كانت يد الكافر على جزء من الحيوان و يد المسلم على جزء آخر، لأن الحكم بالتذكية أو عدمها إنما يكون بالنسبة إلى مجموع الحيوان لا إلى خصوص الجزء الموجود في اليد إذ التذكية التي تكون اليد أماره عليها أو على عدمها إنما هي تذكية الحيوان كله لا تذكية هذا الجزء خاصة الذي تحت اليد. فتدبر - فانه على القول بأمارية يد الكافر تتعارضان. و على القول بعدم أماريتها تكون يد المسلم مقدمة على أصالة عدم التذكية.

و منها: ما لو كانت الذبيحة فعلا بيد كافر و كانت قبلا بيد مسلم فانه بناء على أمارية يد الكافر تكون متعارضة مع يد المسلم لأنها حين حدوثها كانت أماره على التذكية حدوثا و بقاء، فتعارض الأمارتان. و بناء على عدم أماريتها تكون يد المسلم مقدمة على الأصل.

و قد استدلل لأمارية يد الكافر و أرض الكفر و سوق الكفار بأمور:

الدليل الأول: مصحح إسحاق بن عمار: «لا بأس في الصلاة في الفراء اليماني و فيما صنع في أرض الإسلام. قلت: فان كان فيها غير أهل الإسلام؟ قال (عليه السلام): إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس» «١».

و الاستدلال بها على المدعى من وجوه:

الوجه الأول: مفهوم الشرط، حيث انه عليه السلام علق عدم البأس على

(١) وسائل الشيعة ٢- ١٠٧٢ باب: ٥٠ من أبواب النجاسات، الحديث: ٥.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٧

كون الغالب على الأرض المسلمين، فيدل التعليق على ثبوت البأس عند عدم غلبة المسلمين و بذلك يثبت المدعى. ولكنه كما ترى، فان ثبوت البأس عند عدم غلبة المسلمين بمقتضى التعليق أجنبي عن أمارية سوق الكفار الذي هو المدعى، فانه موضوع آخر و غاية ما يقتضيه التعليق هو ثبوت البأس في هذا المورد، أما ملاكه فلا تتكفل بيانه الرواية، فقد يكون الملاك هو أصالة عدم التذكية لتحقق موضوعها و عدم الأمانة على خلافها، لكون المفروض عدم غلبة المسلمين، فلا سوق لهم كي يرد على الأصل المذكور. فترتيب البأس على ارتفاع الغلبة قد يكون لأجل ارتفاع الرفع لموضوع الأصل.

الوجه الثاني: مفهوم الوصف، حيث انه عليه السلام علق الحكم بنفى البأس على الغلبة الموصوفة بغلبة المسلمين، و مقتضاه ثبوت البأس عند الغلبة الموصوفة بغلبة غير المسلمين. فيكون المراد: إذا كان الغالب عليها غير المسلمين ففيه بأس. و ظاهر ذلك استناد ثبوت البأس إلى غلبة غير المسلمين لا إلى أمر آخر، لأن موضوع ثبوت البأس و عدمه في المورد هو الغلبة، و الاختلاف في الحكم انما كان من جهة الاختلاف في الوصف.

و هذا الوجه غير سديد، لما حقق في محله من عدم حجية مفهوم الوصف و عدم اعتباره شرعا.

الوجه الثالث: ان الظاهر كون الإمام عليه السلام في مقام إعطاء الضابط في الطرفين - أعني: التذكية و عدمها- لا أنه في مقام بيان حكم طرف دون آخر.

و حيث انه جعل المناط في الحكم بالتذكية هو غلبة المسلمين يكون ذلك قرينه منه على اعتبار الغلبة في الطرف الآخر، فان المناط ثبوتا في التذكية و عدمها هو الغلبة.

فاستفادة اعتبار غلبة الكفار في الحكم بعدم التذكية ليس من جهة المفهوم، كي يقال بان الوصف غير المعتمد على موصوف لا مفهوم له، بل من جهة قرينه المقام، و هي

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٨

كونه عليه السلام في مقام إعطاء الضابط في الطرفين لا إعطاؤه في طرف، و إيكال السائل إلى جهله في طرف آخر.

و هذا الوجه - كأخويه - لا- يجدي لإثبات المدعى، لأن ما يرتكز عليه من كون الإمام عليه السلام بصدد بيان الضابط للطرفين غير مسلم لأن المسئول عنه و الذي كان الإمام بصدد بيان حكمه ليس الا ما كان مصنوعا في أرض الإسلام. أما ما كان في أرض الكفر أو سوق الكفار، فلا ظهور في الخبر على انه عليه السلام كان بصدد بيان حكمه. فجعل الضابط في طرف هو الغلبة لا يستفاد منه كونه هو الضابط في الطرف الآخر لقرينه المقام. فالتفت.

الدليل الثاني: رواية إسماعيل بن عيسى المتقدمة.

و قرب المحقق الأصفهاني (قدس سره) دلالتها على أمارية يد الكافر: بأنها- بمقتضى الأمر بالسؤال- تدل على وجوب الاجتناب عما كان بيد الكافر، فيدور الأمر بين ان يكون منشأ ذلك أصالة عدم التذكية، أو عدم الأمانة الراجعة و هي يد المسلم أو يد الكافر. و حيث ان الظاهر كون المنشأ هو الثالث تحفظا على ظهور كون الإسناد إلى ما هو له، كان ذلك دليلا على أماريتها، لأنها لا تكون بنفسها حجة على عدم التذكية الا إذا كانت أمانة «١».

و لكن الإنصاف انها لا تدل على المدعى، لأن الظاهر ان وجوب السؤال هو الذي تدل عليه الرواية و هو وجوب شرطي لا نفسى. فيرجع مفادها إلى انه إذا أريد ترتيب آثار التذكية على هذا اللحم الذي هو بيد المشرك فلا بد من الفحص، و لا يكفي في ترتيب

الآثار كونه بيد المشرك. بخلاف ما إذا كان بيد المسلم فان ترتيب آثار التذكية جائر بمجرد كونه بيد المسلم بلا فحص و سؤال. فينتزع من هذا حجية يد المسلم و أماريته دون يد المشرك، و لا ينتزع منه أمارية يد المشرك على

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٤٤- الطبعة الثانية.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٧٩

العدم، لأن مرجع وجوب السؤال إلى عدم الاعتناء بيد المشرك و عدم ترتيب آثار التذكية عليها، و هذا لا يدل الا على عدم الأمارية لا على الأمارية على العدم.

و بالجملة: حيث كان الأمر في الرواية بالسؤال و ظهور ذلك في كون وجوبه شرطياً- بمعنى انه شرط لترتيب آثار التذكية- لا يكون في الرواية أي دلالة على أمارية يد الكافر، بل انما تدل على عدم أماريته.

نعم، لو كان الحكم في الرواية بوجوب الاجتناب، لأمكن ادعاء ظهور استناده إلى يد الكافر، فيدل على حجيته على العدم.

و لكن الأمر ليس كذلك، إذ الحكم بوجوب السؤال، و وجوب الاجتناب مستلزم له، و هو- أعنى: وجوب السؤال- لا يدل الا على عدم الاعتناء بيد الكافر في مقام ترتيب آثار التذكية.

و هذا انما ينفي الأمارية على التذكية، لا انه يثبت الأمارية على عدمها.

كما يقرر مثل هذا الكلام في وجوب التبين عند اخبار الفاسق المستفاد من آية النبأ، فانه يقال: انه وجوب شرطى مرجعه إلى عدم جواز ترتيب آثار الواقع المخبر به عند اخبار الفاسق الا بعد السؤال و العلم بصحته و هذا انما يدل على عدم حجية خبر الفاسق لا على حجيته على عدم وقوع المخبر به.

الدليل الثالث: انه من المسلم عند الأصحاب انه إذا كانت الذبيحة بيد الكافر في سوق المسلمين أو أرضهم، فهي محكومة بعدم التذكية.

و هذا دليل على اعتبارهم يد الكافر أماراً بحيث تعارض أمارية السوق، فيتساقطان و يرجع إلى أصالة عدم التذكية. و الا فنفس أصالة عدم التذكية لا تجدى، لأنها محكومة للسوق لأنه أماراً بلا معارض.

و فيه: ان تسليمهم ليس بحجة بحيث يمكن التمسك به في قبال القواعد المقررة، لأنهم بين.

من لا يرى السوق و الأرض أماراً مستقلة، بل هما أماراً على الأماره- كما

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٠

عرفت عن الفقيه الهمداني- ففي صورة العلم بيد الكافر تنتفى أمارية السوق أو الأرض.

و من يرى رجوع هذه الأمارات إلى أصالة الصحة في فعل المسلم كما عرفت عن صاحب الجواهر- و هي غير جارية في صورة العلم بكون اليد يد كافر.

و من يرى تخصص عموم أمارية السوق بيد الكافر، لرواية إسماعيل بن عيسى، فلا يكون تسليمهم بذلك حجة على من لا يرى رأيهم- بل ليس بناء منهم على أمارية يد الكافر- فيلتزم بعدم الاعتناء بيد الكافر في سوق المسلمين.

هذا، مضافاً إلى ان تسليمهم لا يدل على بنائهم على أمارية يد الكافر، بل يمكن أن يكون لأجل انتفاء ملاك أمارية سوق المسلمين بالنسبة إلى يد الكافر و هو الغلبة- و ستأتى الإشارة إليها عن قريب. كما يلتزمون بسقوط خبر الواحد عن الحجية عند معارضته للشهرة مع التزامهم بحجية الخبر و عدم حجية الشهرة.

بتوجيه: ان الشهرة توجب عدم الوثوق بصدق الخبر الذي هو ملاك حجيته- و ان أورد عليهم بان الملاك خبر الثقة لا الخبر الموثوق به.

و بالجملة: فمن الممكن ثبوتاً تصور التزام الأصحاب بتقديم اللاحجة على الحجة لبعض الوجوه.
و المتحصل: انه لا دليل على أمارية يد الكافر و أرض الكفار و سوقهم على عدم التذكية، و ليس الثابت إلا عدم حجيتها.

الجهة الثانية عشرة: في ان يد المسلم نفسها أو مع اقترانها بالتصرف

، هل هي حجة على التذكية مطلقاً أو تختص بغير المستحل للميتة بالدباغ؟
قد ذكر المحقق الأصفهاني «١»: ان الكلام يكون تارة في مقام الثبوت. و أخرى

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٤٧- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨١

في مقام الإثبات.

أما الكلام في مقام الثبوت، فمحصله: ان الحكم بالتذكية إما أن يكون لأجل توقف حفظ النظام عليه و التسهيل على المؤمنين به. أو لأجل الغلبة- أعني: غلبة كون ما في أيدي المسلمين من ذبائهم- و إما لأجل ظهور حال المسلم في إحراز التذكية عند تصرفه المتوقف على التذكية.

فعلى الأول: فهو متحقق بالنسبة إلى ذبيحة المستحل، لأن غالب المسلمين من أهل السنة، و هم يستحلون ذبيحة الكتابي، فالتحرز عن ذبائهم يوجب العسر و الاختلال غالباً.

و على الثاني: فكذلك، لأن معنى الغلبة كون الغالب مما في أيدي المسلمين مذكي لا غيره، و هو متحقق بالنسبة إلى المستحلين، إذ الغالب مما في أيديهم كونه مذكي بالذبح لا بالدباغ.

و على الثالث: فالامر مشكل، لأن ظهور حال المسلم بالنسبة إلى المستحل غير جار، للعلم بأنه يحرز التذكية بالدباغ، فظهور حاله في إحراز التذكية لا يكشف عن التذكية بالذبح دون الدباغ.

و على كل، ففي الوجهين الأولين لإحراز ملاك الأمارية كفاية.

و أما مقام الإثبات: فالإطلاقات الدالة على أمارية اليد على التذكية مطلقاً تامه، و لا يتوهم وجود مقيد لها الا خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام:

«كان على بن الحسين عليه السلام رجلاً- صرداً فلا- تدفيه فراء الحجاز لأن دباغها بالقرظ. فكان يبعث إلى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه. فإذا حضرت الصلاة ألقاه و ألقى القميص الذي يليه، و كان يسأل عن ذلك فيقول: ان أهل العراق يستحلون لباس الجلود الميتة و يزعمون ان: دباغه ذكاته» «١». و الاستدلال بها على

(١) وسائل الشيعة ٣- ٣٣٨ باب: ٦١ من أبواب لباس المصلي، الحديث: ٢.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٢

التقييد واضح.

و لكنه يشكل بضعف سندها، و عدم صراحتها في الإلزام- إذ يمكن ان يكون فعله عليه السلام للنتزه اللائق منه بمثل الصلاة أو الاحتياط فانه حسن- بحيث يمكن معارضتها للإطلاقات الواردة في هذه الموارد و تقييدها لها.

و أما ما ذكر: من أنها كما يستدل بها على المنع كذلك يستدل بها على الجواز، للإجماع القائم على عدم جواز الانتفاع بالميتة مطلقاً، و عدم التفكيك بين الاستعمال في الصلاة و غيرها، فلبس الإمام عليه السلام لفرو العراق في غير الصلاة مع استحلالهم الميتة بالدباغ

دليل على الجواز، فلا بد ان يحمل نزعه في الصلاة على التنزه.

فغير سديد، إذ لم يعلم قيام الإجماع بنحو يصح الاعتماد عليه، كيف؟ وقد خالف في ذلك بعض مستدلا بهذه الرواية على حلية استعمال الميتة أو ما في حكمها في غير الصلاة.

مضافا إلى ما تشير إليه بعض الاخبار من الفرق بين الاستعمال في الصلاة وغيرها، حيث يسأل السائل عن الصلاة فيما اشتره من السوق. مما يكشف عن ان جواز الشراء للمشكوك و ما يترتب عليه من استعمال مفروغ عنه لدى السائل، و انما الإشكال في جواز الصلاة فيه.

و على أى حال، فلا إشكال في عدم نهوض هذه الرواية للتقييد فتبقى الإطلاقات على حالها.

الجهة الثالثة عشرة: في أمارية اليد على غير الملكية من الاختصاصات كالزوجة والنسب.

فهل يثبت بالاستيلاء على المرأة زوجيتها له، و على صبي بنوته له أم لا؟.

و البحث في هذه الجهة ليس بمهم، إذ لا يتصور الاستيلاء على الزوجة و الابن خصوصا في زماننا هذا. مضافا إلى عدم الدليل على أمارية اليد في الموردين، الا ما يتوهم من شمول إطلاق قوله عليه السلام: «و من استولى على شيء منه فهو له».

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٣

و لكن شمولها للمدعى - بعد تسليم دلالتها على أمارية اليد مطلقا بإلغاء خصوصية الموردين - يستلزم فروضا [١]، بعيدة عن الظاهر و الذوق السليم كما لا يخفى.

و عليه، فلا إشكال في عدم أمارية اليد بالنسبة إلى إثبات الزوجية و النسبية، و ان نسب إلى العلامة «١»، السيد الطباطبائي (قدس سرهما) «٢» ظهور أماريتها على البنوة من كلاميهما. فتدبر.

و قد يستدل لثبوت الزوجية بأصالة الصحة، بتقريب: ان المسلم حيث لا- يجوز له النظر و سائر العلاقات إلى الأجنبية، فظاهر حاله يقتضى زوجية المرأة التي ينظر إليها و يباشرها.

إلا انه يشكل: بأن الثابت بها ليس إلا حلية نظره و غيره و عدم حرمة، و أما نفس الزوجية المقصود ثبوتها لترتيب آثارها، فلا تثبت إلا بالملازمة، و ستعرف عدم تكفل أصالة الصحة لإثبات اللوازم.

الجهة الرابعة عشرة: «في قبول قول ذي اليد و إخباره بطهارة ما في يده أو نجاسته و نحوهما مما يكون من شؤون العين.

و قد حكى عن الحدائق ظهور الاتفاق عليه من الأصحاب، و ادعى عليه السيرة المستمرة «٣».

[١] منها: ان يفرض كون المراد من اللام في «له» أعم من الاختصاص بالملك و الاختصاص بالحق ليشمل مثل الزوجية. و منها: الالتزام بعموم: «شيء» للإنسان فانه و ان صح إطلاقه عليه بحسب اللغة، إلا انه يندر عرفا ذلك في الاستعمالات فلا يستفاد من لفظ: «شيء» ما يعم الإنسان.

(١) العلامة الحلي. قواعد الأحكام - ٢٣٠ - كتاب القضاء - الطبعة القديمة.

(٢) الطباطبائي الفقيه السيد محمد كاظم. العروة الوثقى ٣ - ١٩٦ - الطبعة الثانية.

(٣) البحراني الفقيه الشيخ يوسف. الحدائق الناضرة ٥ - ٢٥٢ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٤

وقد استدلت على ذلك بروايات عديدة:

منها: رواية محمد بن الحسين الأشعري - الواردة في التذكية - « كتب بعض أصحابنا إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: ما تقول في الفرو - يشتري من السوق؟ قال عليه السلام: إذا كان مضمونا فلا بأس » (١). فان الظاهر من الضمان هو اخبار البائع بالتذكية. ويشكل الاستدلال بها ..

أولاً: بان الظاهر كون موردها سوق المسلم و يده، و كلاهما حجة على التذكية، فلا وجه لتوقف جواز الشراء على أخباره، فالرواية غير واضحة المفاد.

و ثانياً: بأنه لو حمل المورد على غير وجود الحجة، بان حمل على الشراء ممن يستحل الميتة بالدباغ - مثلاً - فلا ظهور في إرادة اخبار البائع بالتذكية من الضمان، فيحتمل ان يراد منه توصيف البائع الراجع للغرر، لأن اختلاف الجدل بين المذكي وغيره يوجب تفاوته من حيث السعر و القيمة السوقية، فشراء الجدل مع الجهالة يكون شراء غريباً، بخلاف ما إذا وصفه البائع و كان الشراء للموصوف بالتذكية، فان الغرر يرتفع بذلك و هذا لا ينافي عدم حجية اخبار البائع. أو يراد من الضمان هو الالتزام بكونه مذكي و التعهد بذلك، و هو لا ينافي عموم حجية أخباره - كما أشار إليه المحقق الأصفهاني (٢).

و منها: ما ورد في بيع الدهن المتنجس من لزوم إعلام المشتري (٣). فانه لو لا - حجية خبره و لزوم الأخذ به لما كان وجه لوجوب إعلامه.

و يشكل الاستدلال بها ..

أولاً: بان الغالب حصول الاطمئنان بصحة المخبر بالنجاسة، لأنه اخبار عن

(١) وسائل الشيعة ٣ - ٣٣٨ باب ٦١ من أبواب لباس المصلّي، الحديث: ٣.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣ - ٣٤٩ - الطبعة الأولى.

(٣) وسائل الشيعة ١٢ - ٦٦ باب ٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث: ٣ و ٤.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٥

نقص في ماله المبيع، و هو سبب للاطمئنان بصحة الخبر.

و ثانياً: بان الاخبار في الشبهة المصدقية غير لازم، و انما يجب فيما إذا كان عدم الاعلام منشأ لتسبب ارتكاب النجس - مثلاً - كأكله - لما دل على حرمة التسبب. و ما نحن فيه من هذا القبيل، فانه بدون الاعلام يكون البائع مسبباً إلى شرب النجس، فوجوب الاعلام انما هو لأجل دفع التسبب، و هذا لا يرتبط بحجية قوله و اخباره - كما لا يخفى.

و منها: رواية ابن بكير الواردة فيمن أعار ثوباً لا يصلّي. فيه حيث قال (عليه السلام): « لا يعلمه بذلك. قلت: فان أعلمه؟ قال عليه السلام: يعيد (١) »، فان الأمر بالإعادة دليل على حجية خبره و إعلامه، و إلا فلا وجه للأمر بالإعادة.

و للمناقشة فيه مجال، لأن الطهارة شرط بوجودها العلمي لصحة الصلاة لا بوجودها الواقعي، فمع علمه بوقوع صلاته في النجس مع عدم سبق علمه بالنجاسة قبل الفراغ من الصلاة لا تجب عليه الإعادة فضلاً عن اخباره بذلك، فالأمر بالإعادة لا يكشف عن حجية إعلامه بالنجاسة، فلا بد من حمل الأمر بالإعادة على الاستحباب و الاحتياط، و هو غير ملازم لحجية خبره، بل يكفي فيه الاحتمال.

و منها: ما ورد من أمر الإمام عليه السلام باشتراء الجبن من السوق و النهي عن السؤال من البائع (٢). فانه يدل على حجية خبره، إذ لو لا حججته لما اتجه النهي عن السؤال.

و الاستدلال بها غير وجه لوجهين:

الأول: انه من المعلوم ان كون الجبن من الميتة أو فيه الميتة لا يضر بطهارته و جواز استعماله، للاتفاق على استثناء الإنفحة و اللبن في الضرع من ما لا يجوز

(١) وسائل الشيعه ٢- ١٠٦٩ باب ٤٧ من أبواب النجاسات، الحديث: ٣.

(٢) وسائل الشيعه ١٧- ٩١ باب ٦١ من أبواب الأطعمة المباحه، الحديث: ٤ و ٨.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٦

استعماله من الميتة، فالنهي عن السؤال و لو كان خير البائع حجة غير واضح الوجه كما لا يخفى.

الثاني: انه على تقدير القول بحرمة استعمال الجبن الذي فيه الميتة، فمن المحتمل ان يراد من السؤال المنهى عنه الفحص عن حاله، نظير السؤال المأمور به في قوله عليه السلام: «عليكم أنتم ان تسألوا إذا رأيتهم المشركين يبيعون ذلك» (١).

ومنها: ما ورد في اخبار البائع بالكيل و الوزن الدال على تصديقه في ما يدعيه من الكيل (٢).

ولكنه لم يظهر منه ان ذلك من باب تصديقه فيما يدعيه و حجة اخباره، إذ يمكن ان يكون من باب ارتفاع الجهل بتوصيفه، فيرتفع به الغرر، و هذا لا يلزم حجة خبره.

و من الأمور التي استدل بها على حجة قول ذي اليد: السيرة المستمرة القائمة على ان ذا اليد إذا أقر لأحد المتداعيين فيما في يده به كان المقر له بمنزلة ذي اليد منكرا و يكون الآخر مدعيا فيطالب بالبينه، و ليس هذا أثر الإقرار، لأن اثره خصوص نفيه عن نفسه، اما ثبوته لغيره المعين فليس من مقتضيات الإقرار، فلا بد أن يكون ذلك لحجة قول ذي اليد، فيكون المقر له منكرا لموافقة قوله بالحجة.

و يشكل الاستدلال بها، لأنه لم يعلم كون الاتفاق المذكور انما حصل لأجل حجة قول ذي اليد، بل ظاهر المستند- بل صريحه- التمسك لهذه الفتوى بالمستفيضة الدالة على ان لو أقر ذو اليد بما في يده لغيره فهو له (٣). و لصدق انه ذو يد عرفا بالإقرار له. و كلاهما أجنبى عن حجة قول ذي اليد كما لا يخفى.

و اما الاستدلال بالمستفيضة الدالة على ان من أقر لعين لأحد فهي له،

(١) وسائل الشيعه ٢- ١٠٧٢ باب ٥٠ من أبواب النجاسات، الحديث: ٧.

(٢) وسائل الشيعه ١٢- ٢٥٧ باب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث: ٦.

(٣) المحقق النراقي ملا أحمد. مستند الشيعه ٢- ٥٨٠- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٧

بدعوى ان ذلك يرجع إلى حجة الاخبار، إذ أثر الإقرار انما هو نفي الملكية عن نفسه لا أكثر.

ففيه: انه يمكن ان الحكم المذكور الذي تدل عليه المستفيضة من باب نفوذ الإقرار في حق الغير- بملاك: من ملك شيئا ملك الإقرار به- مضافا إلى كون موردها ما لم يكن المقر له طرفا للتداعي مع آخر، فاستفاد كون الحكم بالملكية بالإقرار لا لخصوصية الإقرار بل لحجة الاخبار. و إلغاء خصوصية موردها بحيث يستفاد حجة الاخبار مطلقا مشكل جدا. فتدبر.

فالمتعين هو الاستدلال بالسيرة المستمرة على الأخذ بقول ذي اليد و اعتباره مطلقا من دون اعتبار شروط حجة خبر الواحد فيه. و يسندها خبر معاوية بن عمار: «عن الرجل من أهل المعرفة بالحق يأتيني بالبختج (١)»، و يقول: قد طبخ على الثلث: و انا أعرفه انه يشربه على النصف فأشربه بقوله و هو يشربه على النصف؟.

فقال عليه السلام: لا تشربه. قلت: فرجل من غير أهل المعرفة ممن لا نعرفه انه يشربه على الثلث و لا يستحله على النصف يخبرنا أن عنده بختجا على الثلث قد ذهب ثلثاه و بقى ثلثه يشرب منه؟. قال عليه السلام: نعم (٢). فان ذيلهما بقرينة الصدر يدل على جواز

الاعتماد على قول ذي اليد مع انتفاء ما يوجب اتهامه في خبره، فتدبر. و بالله الاعتصام. هذا تمام الكلام في قاعدة اليد (٣).
و الكلام بعدها في أصالة الصحة.

(١) العصير المطبوع.

(٢) وسائل الشيعة ١٧- ٢٣٤ باب ٧ من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث: ٤.

(٣) تم الفراغ منها: في ٢٢- ٦- ١٣٨٢ هـ

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٨٩

أصالة الصّحة

إشارة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩١

أصالة الصحة [١] و الكلام فيها في جهات ثلاث:

الأولى: في موارد جريانها.

الثانية: في مقدار الآثار المترتبة عليها.

الثالثة: في نسبتها مع الأصول و الأمارات.

[١] لا يخفى ان ما ذكره المحقق الأصفهاني من تقريب وحدة قاعدة الفراغ و أصالة الصحة بإرجاعهما إلى أصالة الصحة في عمل نفسه و عمل غيره لا يخلو عن منع. و ذلك لاختلاف القاعدتين موضوعاً، لأن موضوع قاعدة الفراغ هو الشك الحادث بعد العمل، و اما موضوع قاعدة الصحة هو الشك في عمل الغير و لو في أثناء مباشرته للعمل مع اختلافهما مورداً، لأن الغالب في موارد قاعدة الفراغ ما إذا كان الشك في الصحة ناشئاً عن الشك في الغفلة. و الغالب في موارد قاعدة الصحة ما إذا كان الشك في الصحة ناشئاً عن الشك في مبالاة العامل و تسامحه و بينهما فرق بعيد. فتدبر. و الأمر سهل لعدم الأثر العملي الواضح لهذه الجهة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٢

و يتضح الكلام فيها بعد معرفته دليل اعتبارها و حجيتها.

و لا بد قبل التعرض إلى ذكر الدليل من بيان أمرين:

الأمر الأول: ان لحمل الصحة مقامات ثلاثة:

المقام الأول: حسن الظن و الاعتقاد بان يكون الشخص حسن الظن بعمل غيره و يعتقد صحته بلا لحاظ الأثر الخارجي المترتب عليه أصلاً.

و هو- أعنى: الظن و الاعتقاد- و ان كان أمراً غير اختياري، الا ان مقدماته من تصفية النفس و تمرينها اختياريه، فالتكليف به بلحاظ أسبابه. ان لم نقل بان الاعتقاد أمر اختياري، لأنه عبارة عن عقد القلب، فيصح تعلق التكليف به.

المقام الثاني: مقام المعاشرة، بمعنى ترتيب آثار الصحيح على عمل الغير و قوله في مقام المعاشرة. فيعاشره معاشرة القائل للصحيح واقعا.

و هذان المقامان يرتبطان بعالم الأخلاق و تحسين الحالة الاجتماعية و حفظ التحاب بين الافراد.

المقام الثالث: مقام ترتيب الأثر الخارجى العملى، بمعنى ترتيب الآثار الخارجيه العملية للعمل الصحيح على عمل الغير.
 الأمر الثانى: ان هناك حسنا و قبيحا، و صحيحا و فاسدا. و هما يختلفان، بمعنى ان الفساد لا يساوق القبح، و الصحة لا تساوق الحسن - لا يخفى ان المراد من الحسن عدم القبح - فقد يكون العمل فاسدا و لكنه ليس بقبيح، لمعدورية العامل فى عمله الفاسد. كما أنه قد ينعكس الفرض فيكون العمل قبيحا و ليس فاسدا، كما فى المعاملات التى ينطبق عليها عنوان محرم.
 و لا- يخفى ان المقام الأول يرتبط بعالم الحسن و القبح لا الصحة و الفساد، كما لا يخفى عليك ان ما نحن بصدده هو المقام الثالث من مقامات الحمل على الصحة المرتبط بالصحة و الفساد لا بالحسن و القبح.
 إذا عرفت هذين الأمرين، فاعلم: انه قد استدل لاعتبار أصالة الصحة فى القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٣
 الجملة

بالأدلة الأربعة:

اما الكتاب: فقد استدل منه بآيات:

الأولى:

قوله تعالى وَ قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا «١». و وجه الاستدلال بها: انه قد جاء تفسيرها فى الكافى: «لا تقولوا الا خيرا حتى تعلموا»، و المراد بالقول هو الظن و الاعتقاد، و بما انهما ليسا من الأمور الاختيارية كى يصحح التكليف بهما، فلا بد ان يراد ترتيب آثار الاعتقاد الصحيح، و معاملته الناس فى أفعالهم معاملته الصحيح. و يشكل الاستدلال بها ..

أولا: ان الظاهر انها فى مقام النهى عن السب و اللعان و الأمر بالقول الطيب الحسن، كما فسرت فى رواية أخرى بذلك [١].
 و ثانيا: انه لو سلم إرادة الاعتقاد من القول، فقد عرفت إمكان تعلق التكليف به فلا حاجة إلى تقدير الآثار.
 و ثالثا: انه لو سلم دلالتها على الأمر بترتيب الآثار، فهى انما تدل على ترتيب آثار الحسن لا الصحيح، و قد عرفت الفرق بينهما.

الثانية:

قوله تعالى إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ «٢». حيث يراد من الظن الإثم هو ظن السوء قطعا لا ظن الخير، و حيث ان الظن غير قابل لتعلق التكليف به فلا بد ان يكون المتعلق ترتيب آثار الظن السوء، فهو منهى عنه، فلا بد من الحمل على الصحة.

[١] عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى: (وَ قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا) قال (عليه السلام): قولوا للناس أحسن ما تحبون ان يقال لكم فان الله يبغض اللعان السباب الطعان على المؤمنين الفحاش المتفحش السائل الملحف و يحب الحليم العفيف المتعفف.

(١) سورة البقرة، الآية: ٨٣.

(٢) سورة الحجرات الآية: ١٢.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٤

و الإشكال في الاستدلال بها يعلم مما تقدم، فان الظن قابل لتعلق التكليف به باعتبار أسبابه الاختيارية. مضافا إلى انها لو دلت على حرمة ترتيب الآثار، فهي انما تدل على حرمة ترتيب الآثار، فهي انما تدل على حرمة ترتيب آثار العمل السيئ لا الفاسد.

الثالث:

إشارة

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١). حيث تدل على وجوب الوفاء بكل عقد واقع، و معناه ترتيب آثار العقد الصحيح عليه، و الخطاب للناس جميعا.

فهى تدل على وجوب ترتيب آثار الصحة من كل أحد على المعاملة الواقعة.

و يمنع الاستدلال بها لوجوه:

أحدها: ان الخطاب فيها لخصوص المتعاملين لا لجميع المكلفين.

ثانيها: ان المفروض كون مورد الحمل على الصحة مشتبه بالشبهة المصدقية، إذ لا يعلم ان الواقع هل هو العقد الصحيح أو العقد الفاسد الذى خرج عن العموم بالتخصيص، و لا يصح التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ثالثها: انها أخص من المدعى، لأن المدعى جريان أصالة الصحة في جميع الأعمال لا في خصوص العقود كما تدل عليه الآية.

الأول: في اعتبار التجاوز عن المحل وتعيينه.

لا- إشكال في اعتبار التجاوز عن المحل في جريان قاعدة التجاوز، فانه من مقومات موضوعها، لما عرفت من ان التجاوز عن نفس المشكوك مع فرض الشك غير متصور إنما الإشكال في تعيين المحل الذى لا بد من تحقق التجاوز عنه، فهل هو خصوص المحل الشرعى الذى قرره الشارع، أو هو أعم منه و من غيره من العقلى و العادى؟- فان المحل.

تارة: يكون مقررا من قبل الشارع، كمحل اجزاء الصلاة، فان الترتيب الخاص بينها من مقررات الشارع.

و أخرى: يكون مقررا من قبل العقل بمقتضى الوضع أو غيره و ليس مقررا من قبل الشارع، نظير تقدم: «الله» على «أكبر» في التكبير، أو تقدم حروف الكلمة بعضها على بعض، فان ذلك ليس من مجعولات الشارع بحيث يكون العكس إتيانا بالمأمور به من غير ترتيب، بل من مقررات العقل، فلو عكس لم يتحقق المأمور به بالمرّة بنظر العقل.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٠

و ثالثة: يكون بمقتضى العادة و الالتزام العادة و الالتزام النوعى أو الشخصى، كما لو كان من عادة شخص الصلاة في أول الوقت أو الموالاة في الغسل أو نظير ذلك.

أما التجاوز عن المحل الشرعى فمما لا كلام فيه أصلا.

و انما الكلام في التجاوز عن المحل العقلى أو العادى، فهل تجرى قاعدة التجاوز مع حصوله أو لا.

أما التجاوز عن المحل العقلى، فالتحقيق كفايته في جريان القاعدة لإطلاق الأدلة، إذ لم يقيد التجاوز فيها بالمحل المقرر شرعا بل أخذ مطلقا، و يصدق على الدخول في الغير مطلقا تجاوز عن محل الشيء، و لو كان الترتيب غير شرعى، فيكون مشمولاً للأدلة.

هذا مع انه يمكن ان يقال: ان المحل العقلى معتبر شرعا، فيكون محلا- شرعيا، و ذلك لأن الأمر يتعلق بالكلمة بكيفية الخاصة لا بذات الحروف كيف ما تحققت.

و بعبارة أخرى: ان الأمر متعلق بالكلمة الخاصة، و هي عبارة عن الحروف بالكيفية الخاصة، فالترتيب بين حروف الكلمة ملحوظ في متعلق الأمر، فيكون شرعياً.

هذا مع ما تقدم من عدم جريان قاعدة التجاوز في مثل الكلمة و التكبيره مع الشك في جزئها مع قطع النظر عن كون المحل عقلياً أو شرعياً. و على هذا فالبحث المزبور يخلو عن الفائدة، فالتفت.

و أما التجاوز عن المحل العادي، فقد بنى الشيخ رحمه الله على التأمل في كفايته في جريان القاعدة، لإطلاق الأدلة و عموم التعليل في قوله: «هو حين يتوضأ أذكر منه حين يشك»، فانه ظاهر في تقديم الظاهر على الأصل، فالمدار على الظهور النوعي و لو كان من العادة، و لأنه يلزم من جريانها تأسيس فقه جديد و مخالفة إطلاقات كثيرة «١».

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٤١١ - الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦١

و لكن الإنصاف ان ما ذكره من شمول إطلاق الأدلة للفرض و عموم التعليل له غير ثابت، و ذلك لأن الظاهر من الأدلة ان الشيء المتجاوز عنه مما له محل بالنظر إلى ذاته و بقول مطلق، بحيث لا يختلف فيه مكلف عن آخر.

و هذا غير متحقق بالنسبة إلى ما له محل عادي، فان كون محل الشيء هو هذا ليس بلحاظ ذاته بل بالإضافة إلى الشخص أو النوع، فمثل هذا لا يكون مشمولاً للأدلة من رأس.

و نظير هذا ما يقال من عدم شمول ما دل على حرمة الصلاة في اجزاء محرم الأكل لما كان محرماً بالعرض بالنسبة إلى مكلف خاص - كما لو كان لحم الغنم مضراً له فيحرم أكله عليه -، باعتبار ظهور الدليل في إرادة محرم الأكل بقول مطلق و بالنظر إلى ذاته.

و أما التعليل، فهو لا يقتضى التعميم، لأن ظاهره انه مقام تقديم خصوص ظهور حال المسلم في انه في مقام أداء الوظيفة الشرعية لا يترك ما هو جزء أو شرط على الأصل لا مطلق ظهور حاله، فلا يشمل تقديم ظهور حاله في عدم ترك ما اعتاده النوع أو بشخصه بلحاظ الاعتياد النوعي أو الشخصي كما ذكره (قدس سره)، لعدم دخله في مقام أداء الوظيفة الشرعية، لعدم ارتباطه بها، كما لا يخفى.

الثاني: في اعتبار الدخول في الغير و تعيينه.

لا إشكال في اعتبار الدخول في الغير في جريان قاعدة التجاوز، لأخذه في الرواية في موضوع القاعدة. و إنما الإشكال في أن الغير المذى لا بد من الدخول فيه هل هو مطلق الغير و لو لم يكن مترتباً شرعاً على المشكوك كما هو مقتضى إطلاق الغير في النصوص، كمقدمات الأفعال، نظير الهوى إلى السجود بالنسبة إلى الركوع؟

أو خصوص الغير المترتب شرعاً، كالسجود بالنسبة إلى الركوع، فلا يدخل ما كان من قبيل المقدمات؟. فان كان المراد هو مطلق الغير، كان قيد الدخول في الغير المأخوذ في الرواية قيداً توضيحياً للتجاوز و الخروج عن الشيء، لأن التجاوز لا

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٢

يتحقق الا بالدخول في الغير، و لا يكون قيداً احترازياً.

و من هنا لا يتضح المراد من ما ذكره الشيخ في الموضوع الثالث من أن الدخول في غير المشكوك تارة: يكون محققاً للتجاوز. و أخرى: لا يكون، بل يكون التجاوز حاصلًا بدونه، لأن التجاوز مطلقاً لا يتحقق إلا بالدخول في الغير «١».

و قد ذهب المحقق العراقي (قدس سره) إلى: ان مقتضى الإطلاقات الدالة على اعتبار التجاوز عن المحل هو اعتبار الدخول في الغير المترتب شرعاً، لعدم تحقق التجاوز عن المحل بدونه، و ان أخذه في لسان النصوص لأجل كونه محققاً للتجاوز عن المحل لا لخصوصية فيه «٢».

أقول: ان التجاوز عن المحل لا يتحقق إلا بالاشتغال بما يكون بينه وبين المتجاوز عنه طولية و ترتب، فلاشتغال بالذكر في أثناء القيام لا يعد تجاوزا عن محل القراءة لعدم الترتب و الطولية بينهما، بخلاف ما إذا دخل في الركوع.

و بما ان الركوع عن قيام لا يمكن بدون الهوى إليه عقلا- فاعتبار القراءة عن قيام و اعتبار الركوع بعدها مستلزم لترتب الهوى إلى الركوع على القراءة، و تأخره عنها إما بحكم الشرع بدعوى ان اعتبار ذى المقدمه- و هو الركوع- مستلزم لاعتبار مقدمته. و اما بحكم العقل بلحاظ توقف الركوع على الهوى، فإذا فرض تأخر الركوع عن القراءة كان الهوى إليه متأخرا عنها أيضا. و عليه فالدخول في الهوى مستلزم للتجاوز عن محل القراءة و هو القيام غاية الأمر التجاوز عن محله العقلي لا الشرعي، لعدم أخذ الهوى متعلقا للأمر.

و عليه، فلا بد من البحث في ان المحل الذي يعتبر التجاوز عنه هو المحل الشرعي، كالدخول في الركوع بالنسبة إلى القراءة، أو ما يعم المحل العقلي كالدخول

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤١١- الطبعة القديمة.

(٢) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤- ٥٤- طبعة المؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٣

في الهوى بالنسبة إليها.

و أما الالتزام باعتبار الدخول في الغير المترتب شرعا لأجل تقوم التجاوز به فهو، مصادرة و أول الدعوى، إذ عرفت ان التجاوز عن المحل يتحقق بالدخول في مثل الهوى. نعم، التجاوز عن المحل الشرعي لا يكون الا بالدخول في الغير المترتب شرعا، فينبغى إيقاع الكلام في هذه الجهة كما عرفت.

هذا مضافا إلى ما أشار إليه المحقق الأصفهاني من: ان عنوان التجاوز عن المحل لم يؤخذ في لسان النصوص، بل المأخوذ التجاوز عن الشيء المشكوك، و المراد به التجاوز بالعناية و المسامحة، لأن التجاوز الحقيقي لا يصدق إلا إذا فرض وجود الشيء. و من الواضح صدق التجاوز عن القراءة مسامحة إذا دخل في الهوى، و لا يعتبر فيه الدخول في المترتب شرعا.

إذن، فالمطلقات لا تقتضى اعتبار الدخول في الغير المترتب شرعا، بل يكفي مطلق المترتب، و يقع الكلام بعد ذلك في وجود ما يقيد هذه العمومات أو المطلقات ظاهره اعتبار الدخول في المترتب شرعا.

و قد ذهب الشيخ رحمه الله إلى ذلك و أفاده في بيانه: ان الظاهر من صحيحة إسماعيل بن جابر- المتقدمة- هو ذلك، و ذلك لظهور انه عليه السلام ذكر الأمثلة المذكورة في الصدر توطئة و تحديدا للقاعدة الكلية المذكورة في الذيل، فمقتضاه ان الغير الذي لا بد من الدخول فيه في جريان القاعدة ما كان من قبيل السجود بالنسبة إلى الركوع و القيام بالنسبة إلى السجود، و ان ما كان من قبيل الهوى و النهوض لا يعد غيرا، يكون الدخول فيه محققا لموضوع القاعدة، و الا لقبح ذكر السجود و القيام في مقام التحديد و التوطئة.

«انتهى» (١).

و قد نفاه المحقق الأصفهاني (قدس سره): بان الظاهر ان الأمثلة المذكورة في

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤١١- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٤

الصدر من باب التمثيل لا التحديد، و الا للزم الأخذ بجميع خصوصيات الصدر فيقتصر فيها على مورده و هو الشك في الركوع بعد الدخول في السجود و الشك في السجود بعد الدخول في القيام.

و القول بالتفكيك بين موضوع الشك و الغير، بحمل ذكر الأول على التمثيل و ذكر الثانى على التحديد تحكمت بحت. و عدم تعرض

الإمام عليه السلام للانتصاب و الهوى ليس من جهة عدم اعتبار الدخول فيهما، بل لأجل ان الغفلة الموجبة للشك لا تحصل - عادة - في حالهما لقربهما من الفعل المشكوك «١».

و لكن ما ذكره لا يمكن الالتزام به، لظهور ان ذكر الخصوصيات في رواية إسماعيل انما هو في مقام تحديد الغير. و اما ما ذكره من استلزام ذلك للالتزام بجميع خصوصيات الصدر المستلزم للاقتصار على خصوص مورد الرواية. فهو ممنوع، للعلم بأن خصوصية الركوع و السجود لم تؤخذ في موضوع الشك، و إلا لكان تعقيب الصدر بالقاعدة الكلية لغوا محضاً - كما لا يخفى - فبالجملة: ان الصدر ظاهر في كونه في مقام التحديد و التوطئة للقاعدة الكلية، و هو يشتمل على جهتين: موضوع الشك.

و الغير الذي لا بد من الدخول فيه.

و مقتضى القواعد الأولية هو الأخذ بكلتا الجهتين بخصوصياتهما، الا انه حيث كان هناك مانع من الأخذ بخصوصيات الجهة الأولى لاستلزامه لغوية ذكر القاعدة الكلية اقتصر على الأخذ بخصوصيات الجهة الثانية حيث لا مانع منه. فالتفكيك في الصدر بالقول بأنه تحديد من جهة و تمثيل من جهة مما لا بد منه

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣ - ٣٠٩ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٥

فتدبر.

و أما السنة: فروايات:

منها: ما في الكافي عن أمير المؤمنين عليه السلام: «ضع أمر أخيك على أحسنه حتى يأتيك ما يقربك عنه، و لا تظن بكلمة خرجت من أخيك سوء و أنت تجد لها في الخير سيلاً» «٢».

و لا يتجه الاستدلال بها لجهتين:

الأولى: ان ظاهرها انها في مقام الأمر بحسن الظن و الاعتقاد، خصوصاً بملاحظة ذيل الرواية حيث يقول فيها: «و لا تظن بكلمة خرجت ..»

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) الكافي: باب التهمة و سوء الظن، الحديث: ٣. إلا ان فيها كلمة محملاً بدل سيلاً.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٥

الثانية: انه لو سلم دلالتها على وجوب ترتيب الآثار - و لا - دلالة لصدرها على خصوص وجوب الظن الحسن -، فهي انما تدل على وجوب ترتيب آثار العمل الحسن لا الصحيح. فهي على كلتا الجهتين لا ترتبط بما نحن بصدده.

و منها: قول الصادق عليه السلام لمحمد بن الفضل: «يا محمد كذب سمعك و بصرك عن أخيك، فان شهد عندك خمسون قساماً انه قال و قال لم أقل فصدقه و كذبهم» «١».

و لكنها انما تدل على وجوب حمل الأخ المؤمن على الصحة في مقام المعاشرة و ترتيب آثار الصدق على دعواه، فان موردها ذلك و موضوعها موردها.

و لا يخفى انها لا ترتبط بمقام القلب و حسن الظن، إذ يبعد ان يأمر بالظن بصحة قول فرد مؤمن و تكذيب خمسين قساماً. فلا بد من

حملها على التكذيب العملي و الأمر بعدم ترتيب ما يترتب على الكذب و شبهه.
و منها: ما ورد أن المؤمن لا- يتهم أخاه المؤمن، و انه إذا اتهم أخاه انماث الإيمان في قلبه كانميث الملح في الماء «٢». و تقريب الاستدلال بها: ان حمل المعاملة الصادرة من المؤمن على الفاسدة اتهام له بعدم المبالاة و المعرفة بشئون المعاملات الدينية، فهو منهي عنه، فلا بد من الحمل على الصحيح، و ترتيب آثار الصحيح عليها.
و لكنه محل تأمل و منع، فان الرواية تحتمل وجوها أربعة:
الأول: انها واردة في مقام عقد القلب على كون الواقع من المؤمن صحيحا، فلا ترتبط بمقام الخارج أصلا.
الثاني: انها واردة في مقام ترتيب آثار الصحيح في مقام المعاشرة.

(١) وسائل الشيعة ٨- باب: ١٥٧ من أبواب أحكام العشرة، الحديث: ٤. و فيها عن محمد بن فضيل عن أبي الحسن موسى عليه السلام.
(٢) الكافي، باب التهمة و سوء الظن، الحديث: ١.
القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٩٦
الثالث: انها واردة في مقام ترتيب آثار الصحيح الخارجية.
الرابع: انها واردة في النهي عن اتهام المؤمن في أقواله بالكذب.
و إذا كانت تحتمل وجوها أربعة و لا معين لأحدها، فلا يتجه الاستدلال بها على المدعى، بل القرينة معينة لغير ما نحن بصددده.
و ذلك لأنه لو حملت على الاحتمال الثالث لشملت أقوال المؤمن، لأن لسانها آب عن التخصيص، و ذلك يقتضى ترتيب آثار الصديق على أقواله، و هو مما لا يمكن الالتزام به، لأنه يرجع إلى حجية قول المؤمن بحيث يترتب عليه ما يترتب على الواقع.
كما ان الظاهر ان الاتهام انما هو بحمل فعل المؤمن على السوء لا على الفاسد.
هذا لو قلنا بان الاتهام من الأفعال الخارجية، اما مع القول بأنه من الأفعال القلبية، فنحن في غنى عما ذكر كما لا يخفى.

و أما الدليل العقلي:

فهو لزوم اختلال النظام من ترك الحمل على الصحة، و هو واضح بالوجدان- و عليه فيدل على اعتبارها فحوى التعليل الوارد في خبر حفص المتقدم- و تفيده بان تخلفها في موارد الحاجة لا- يستدعى ذلك. فاسد، لأن أظهر موارد العقود النكاحية، و الإيقاعات الطلاقية، فلو لا أصالة الصحة لاختل نظام الزواج بلا ارتياب.

و اما الإجماع:

فالقول منه لا وجود له، إذ تحرير المسألة كان متأخرا زمانا.
و أما العملي، المعبر عنه بالسيرة و بناء العقلاء، فلا- إشكال في انعقاده- على ترتيب آثار الصحة على العمل الصادر من الغير- و لا ارتياب. و عدم الردع في صحة التمسك بها.
و دعوى: كون البناء قد يكون لوجود الأمارات أو الأصول الخاصة. واضحة البطلان، ضرورة ان البناء حاصل في صورة انتفاء الأماره و الأصل.
إذا تبين ذلك

إشارة

. و لكن يجمعها الجهات
القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٧
الثلاث التي ذكرناها آنفا.

المقام الأول: في ان المحمول عليه الفعل هل هو الصحة الواقعية أو الصحة عند الفاعل؟

. فإذا صدر من شخص عمل فهل يحمل على انه صحيح واقعا، فيرتب عليه آثار الواقع. أو يحمل على انه صحيح باعتقاد الفاعل و نظره، فيرتب عليه آثاره ان كانت له آثاره بالنسبة إلى الحامل؟

و تظهر ثمرة ذلك: انه لو بنينا على إجراء أصالة الصحة عند الفاعل، فلا تجدى في ترتيب الآثار على علمه إلا في موارد اتفاق الحامل مع الفاعل في الرأى اجتهادا أو تقليدا. أو الموارد التي يكون الحكم الظاهري في حق أحد نافذا واقعا في حق الآخرين، و محل ذلك مما لا- نعهده. أو الموارد التي يكون الحكم الظاهري في حق الشخص موجبا لصحة عمله واقعا لديه أيضا كمتعقد الجهر في مورد الإخفات، فان صلاته صحيحة واقعا في حقه للنصوص الخاصة أو لحديث لا تعاد. و اما في غير ذلك، فلا يمكن ترتيب آثار العمل الصحيح على ما أتى به. بخلاف ما إذا بنينا على إجراء أصالة الصحة الواقعية، فانه يترتب الأثر على عمله مطلقا. كما ان لازم الحمل على الصحيح عند الفاعل انه يختص بمن يعرف الصحيح و الفاسد، اما من لا يكون عالما بالصحيح و الفاسد فلا معنى للحمل على الصحيح عنده، إذ هو جاهل على الفرض، فلا صحيح عنده و في علمه. فانتبه.

و لا- بد في تحقيق الكلام أن يقال: ان الحامل تارة: يعلم علم الفاعل بالصحيح و الفاسد. و أخرى: يعلم بجهله بهما. و ثالثة: يجهل حاله و لا يعلم بأنه عالم بالصحيح و الفاسد أم جاهل بهما.

و في صورة علمه بأنه يعلم الصحيح و الفاسد تارة: يعلم موافقته اجتهادا أو تقليدا. و أخرى: يعلم مخالفته. و ثالثة: يجهل الحال من موافقته له و مخالفته. فالصور خمس.

أما صورة علمه بعلم الفاعل بالصحيح و الفاسد و موافقته له اجتهادا أو

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٨

تقليدا، فلا أثر في الخلاف في الحمل على الصحة الواقعية أو الصحة عند الفاعل، إذ الأثر المرغوب يترتب على كلا الحالين.

و أما صورة مخالفته له في الصحيح و الفاسد، فالمخالفة تارة: تكون بالتباين، كما لو اعتقد أحدهما وجوب الجهر في ظهر يوم الجمعة و الآخر وجوب الإخفات.

و أخرى: تكون بالعموم المطلق، كما لو اعتقد أحدهما صحة العقد بالفارسي و الآخر فساده و اختصاص الصحيح بالعربي.

فعلى الأول: لا إشكال في الحمل على الصحة عند الفاعل، لأن الحمل على الصحة الواقعية في الفرض حمل للفاعل على خلاف ما يعتقد و يدين به، و لا إشكال في عدم صحة ذلك.

نعم، على الثاني للحمل على كلا المعنيين مجال، فمع حمله على الصحة الواقعية تترتب عليه آثار الواقع. و اما مع حمله على الصحة عند الفاعل فلا يمكن ترتيب آثار الواقع عليه، إذ يمكن ان يكون الصادر منه ما هو فاسد بنظر الحامل، فكيف يترتب عليه آثار الواقع؟ و هكذا الحال في صورة جهله بموافقته له و مخالفته كما لا يخفى.

و أما صورة العلم بجهله بالصحيح و الفاسد، فلا- معنى لحمله على الصحيح عند الفاعل، إذ المفروض كونه جاهلا لا اعتقاد له. فلو فرض جريان أصالة الصحة في المورد، فلا إشكال في كونها الصحة الواقعية.

و مثل هذه الصورة في الحكم صورة الجهل بحاله، و انه هل يعلم الصحيح و الفاسد أو يجهلها؟ هذه هي شقوق المسألة المحررة.

و تعيين الحكم بالنسبة إلى الموارد مشكل جدا بعد أن لم يكن دليل الأصل المزبور لفظيا، كي يتمسك بإطلاقه، بل كان دليلا ليا. و لذلك اختلفت فيه كلمات

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٩٩

الاعلام. و المذى يظهر من المحققين العراقي في تقارير بحثه «١»، و الأصفهاني في رسالته «٢»، العموم ما عدا صورة اختلافهما بنحو التباين. و المنسوب إلى الفقيه الهمداني العموم حتى لهذه الصورة.

و الكلام يقع في مرحلتين:

الأولى: في ان المحمول عليه الفعل ما هو- و هو عنوان البحث-؟

و التحقيق ان يقال: انه ان استند في أصالة الصحة إلى ظاهر حال المسلم و انه لا يأتي إلا بما يوافق الموازين، فهو لا يقتضى أكثر من الصحة عنده، لأن هذا هو ما يقتضيه ظاهر حاله. و ان استند فيها إلى السيرة، فهي تقتضى الحمل على الصحة الواقعية لقيامها على ذلك.

الثانية: في عموم جريان الأصل للموارد المذكورة و عدمه.

و الأقرب هو العموم، لقيام السيرة على جريان الأصل بلا توقف و تردد في جميع الموارد. نعم، لا يمكن الجزم بقيام السيرة على جريان أصالة الصحة في مورد العلم بجهل العامل بالصحيح و الفاسد، بحيث تكون مطابقة عمله للصحيح الواقعي من باب الصدقة و الاتفاق، و لذلك يكون الحكم بجريانها في هذا المورد محل إشكال و توقف و ان كان ليس ببعيد، فان كثيرا من العوام يجهلون الصحيح و الفاسد، مع ان السيرة على حمل عملهم على الصحيح.

المقام الثاني: في أصالة الصحة في العقود.

و محل الكلام- كما أشار إليه الشيخ «٣»- هو جريان أصالة الصحة عند الشك في صحة العقد و فساده قبل استكمال أركانه و انعقاده- بأن كان منشأ الشك الشك في تحقق أحد الأركان-، و عدم جريانه قبل الاستكمال.

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار: ٤- ٨٠- طبعة مؤسسة النشر الإسلامى.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣١٢- الطبعة الأولى.

(٣) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤١٨- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٠

و الذى نقله الشيخ عن المحقق الثانى (قدس سره) هو القول الثانى مستدلا على ذلك بوجهين:

الأول: ان نسبة الأصل إلى العقد نسبة الحكم إلى موضوعه، لأن مؤداه صحة العقد و موضوعه الشك في الصحة و الفساد، و ذلك في مرتبة متأخرة عن تحقق العقد كى يتصف بالصحة و البطلان. و مع الشك في تحقق بعض أركان العقد يكون الشك في وجود العقد لا في صحته، فلا مجال لجريان أصالة الصحة.

الثانى: ما ذكره بعنوان التفرع على دعواه، و لكن الظاهر من تفسى الشيخ عنه انه وجه مستقل، و هو: الفتوى بتقديم قول من يدعى وقوع المعاملة على الحر فيما لو ادعى أحد المتعاقدين بيع العبد و ادعى الآخر بيع الحر. و لو كانت أصالة الصحة جارية في المقام لما توجهت هذه الفتوى.

و أجاب الشيخ عن الأول: بأنه ان كان المراد من وجود العقد وجوده الشرعى، فهو عين الصحة، إذ العقد غير المؤثر ليس عقدا شرعا. و ان كان المراد منه وجوده العرفى، فهو متحقق مع الشك، بل مع القطع بالعدم، إذ العقد الواقع على الحر عقد عرفا و ان كان فاسدا، فالحال لا يختلف بالنسبة إلى جميع الشروط غير العرفية على كلا التقديرين.

و أما الثانى: فالجواب عنه بما قرره الفقيه الهمدانى (قدس سره) فى حاشيته على الرسائل، و بيانه: ان عدم جريان أصالة الصحة فى المورد المذكور ليس من أجل عدم تحقق موضوعها و هو العقد، و الا للزم ان لا تجرى فى صورة كون موضوع الدعوى هو الثمن، بأن ادعى البائع البيع بعبد و المشتري بحر، لأن نسبة الثمن و المثلن إلى وجود العقد متساوية، مع انه قد أفتى جملة من الفقهاء بان القول قول مدعى الصحة للأصل. فلا بد ان يرجع تقديم قول مدعى الفساد و عدم إجراء أصالة الصحة فى مورد كون الموضوع للدعوى هو المثلن إلى وجه آخر غير ما تخيله المحقق الكركى و استدلل به على دعواه.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠١

و لعل الوجه هو: انه لما كان موضوع الأثر فى هذه الصورة هو وقوع العقد الصادر على العبد، إذ لا أثر لوقوعه على الحر أصلا، لأنه يكون حينئذ بمنزلة العدم، فجريان أصالة الصحة فى العقد الواقع لا يثبت كون المبيع هو العبد فلا أثر لجريانها، فلا تجرى، فتكون أصالة عدم السبب الناقل بلا حاكم.

و هذا بخلاف صورة ما إذا كان موضوع الدعوى هو الثمن، و انه حر أو عبد، لأن مورد الأثر صحة العقد الواقع على المثلن المعين و تحقق النقل و الانتقال به، فجريان أصالة الصحة يجدى فى ترتب الأثر و يلزمه ثبوت الثمن فى ذمة المشتري و ان لم يكن معينا- لأن الأصل المزبور لا يعينه.

و ان كان قد يرد على هذا التوجيه: بأنه فى الصورة الأولى يمكن جريان أصالة الصحة باعتبار طرف الثمن فانه يشك فى ثبوت الثمن فى ذمة القابل بواسطة العقد الواقع فتجرى أصالة الصحة فيه، فتأمل. و لكنه ليس بهمهم إذا المهم هو إثبات ان عدم إجراء أصالة الصحة فى المثال لم يكن لما ادعاه المحقق (قدس سره) من عدم تمامية الأركان لإجرائها فيما لو كان الخلاف فى الثمن. أما توجيه الفرق بما ذكر فليس إثبات صحته بهمهم.

و عبارة الشيخ (قدس سره)- فى بعض النسخ- فى مقام الجواب لا تخلو عن إبهام.

و الذى يظهر منها التفريق بين صورة التملك المجانى و العوضى.

أما الأول: فحيث ان المالك بدعواه تملك الحر لا يدعى على الآخر شيئا و لا يطالبه بشيء، و انما الأثر على ثبوت دعوى تملك العبد، كان موضوع الدعوى و أحكامها هو دعوى ثبوت تملك العبد- أما دعوى تملك الحر، فهى ساقطة عن الاعتبار لعدم الأثر- فيكون القول قول منكر التملك المذكور فعليه اليمين إن لم تقم بينة على خلافه. و لا مجال لأصالة الصحة للشك فى تحقق موضوعها لعدم العلم بتحقيق التملك كى تجرى فيه أصالة الصحة. أما التملك الواقع فجريان أصالة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٢

الصحة فيه لا يثبت وقوعه على العبد كما لا يخفى.

و أما الثانى: فهو داخل فى المسألة المعنونة فى كلام الأصحاب. و قد أجرى بعضهم أصالة الصحة. و لا يفرق فيه- كما يظهر من تعبيره بالعوضين- بين أن يكون الاختلاف فى الثمن أو المثلن، و إن كان ظاهر عنوان المسألة كون الاختلاف فى الثمن. لكن الملا-ك فى كلتا صورتين واحد. فالتفت و تدبر. فعبارته و مقابله لا تخلو من غموض، و أكثر نسخ الكتاب قد حذف فيها الشق الأول من التردد.

و على كل فليس الأمر بهذه المثابة من الأهمية.

و أعلم ان الأعلام المتأخرين (قدس سرهم) عدلوا عن تحرير محل النزاع بنحو ما ذكره الشيخ رحمه الله إلى نحو آخر و هو: ان أصالة

الصحة هل يختص جريانها في ما إذا كان الشك في صحة العقد ناشئا عن الشك في شرائط العقد بما هو عقد، كالمأذوية والعربية وغيرهما. أو يعم ما إذا كان الشك ناشئا عن الشك في شرط شرعي يعتبر في العقد أو المتعاقدين أو العوضين مع إحراز شرائطه العرفية.

أو يعم ما إذا كان الشك ناشئا عن الشك في شرط شرعي أو عرفي مع إحراز إنشاء البيع؟ وجوه وأقوال ..

وقد ذهب المحقق النائيني إلى الأول، واستدل عليه: بان معقد الإجماع القولي على أصالة الصحة هو أصالة الصحة في العقود، و ظاهره تعلق الصحة والفساد بالعقد بما هو عقد، وذلك انما يتحقق فيما إذا كان الشك في أحد شرائط العقد بما هو عقد. أما إذا كان الشك في أحد شرائط المتعاقدين أو العوضين، فالشك في الصحة والفساد لا يتعلق بالعقد ابتداء، بل هو يتعلق بأمر آخر، و لازمه تعلق الشك بالعقد، فاتصاف العقد بالصحة حينئذ من باب الوصف بحال متعلق الموصوف، و الا فالعقد بما هو لا قصور فيه و انما القصور من جهة المتعلق أو العاقد «١».

(١) الكاظمي الشيخ محمد علي. فوائد الأصول ٢- ٢٤٥- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٣

وقد دفعه المحقق الأصفهاني (قدس سره) بوجوه ثلاثة:

الأول: بان قصور معقد الإجماع غير ضائر بعد قيام السيرة العملية على إمضاء المعاملات المشكوكة و لو كان منشأ الشك هو الشك في الإخلال بشرط من شرائط العوضين أو المتعاقدين.

الثاني: ان الصحة والفساد في أي حال تضافان إلى العقد دون غيره. وهذا لا يرتبط بإضافة الشرط إلى غيره، فكون الشرط لغيره لا يضر في إضافة الفساد للعقد عند انتفاء هذا الشرط. و معقد الإجماع هو البناء على صحة العقد عند الشك لا البناء على وجود شرط العقد، كي لا يكون شاملا لمورد يكون الشك فيه في شرط المتعاقدين أو العوضين.

الثالث: ان الدعوى المذكورة تبني على انعقاد إجماعين قولين أحدهما في باب العبادات و الآخر في باب العقود و الإيقاعات بعنوانها. و أما مع انعقاد الإجماع على البناء على صحة كل عمل له أثر- سواء كان عباديا أم معامليا- فلا وجه للدعوى المذكورة، لأن الصحة في معقد الإجماع لم تسند إلى العقد بما هو عقد، بل إلى العمل العبادي أو المعاملي، و ظاهر أن جميع الشرائط دخيلة في ترتب الأثر على المعاملة بما هي معاملة «١».

ولا يخفى أنه يمكن توجيه ما أفاده المحقق النائيني بنحو لا يرد عليه الوجهان الأخيران، بيان: ان المتداول في تعبيرات الفقهاء هو إطلاق الصحة على العقد بمجرد تمامية شرائطه الراجعة إليه، مع عدم إطلاقهم الصحة على مثل العوضين و المتعاقدين، بل يطلقون القابلية على العوضين و الأهلية على المتعاقدين فيقولون عقد صحيح وقع من أهله و في مورد قابل. الا ان الذي يهون الخطب اننا لا نعتزف بحجية مثل هذا الإجماع كما عرفت، و الدليل الذي لدينا على أصالة الصحة هو

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣١٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٤

السيرة خاصة، فلا بد من ملاحظة موردها، و على هذا فالأمر في صحة ما ذكره النائيني و عدمه سهل.

وقد ذهب المحقق العراقي إلى ما نتيجته توافق ما ذهب إليه الشيخ- و هو جريان الأصل عند الشك في أي شرط مع إحراز الشرائط العرفية للعقد الذي هو الوجه الثاني- فانه بعد أن ذكر أمرين:

أحدهما: ان الشرائط المعبرة في صحة العقد و تأثيره الفعلي لترتب الأثر ليست على نمط واحد.

فمنها: ما يرجع اعتباره إلى دخله في السبب، و هو العقد، كالموالة بين الإيجاب و القبول، و الماضوية و غيرهما. و منها: ما يرجع اعتباره إلى دخله في قابلية المسبب للتحقق، و هذه الطائفة بين ما يكون محله المتعاقدين كالبلوغ و العقل و غيرهما. و بينما يكون محله العوضين كالمعلومية و المالية. و بين ما يكون محله نفس المسبب كعدم الربوية و الغررية في البيع. و ثانيهما: ان صحة كل شيء بحسبه، لكونها بمعنى التمامية، و تمامية كل شيء انما هي بلحاظ وفائه بالأثر المرغوب عنه في قبال فاسدة الذي لا يكون كذلك فصحة الإيجاب بمعنى أنه لو تعقبه قبول صحيح لحصل أثر العقد. و صحة العقد عبارة عن تماميته في نفسه، بحيث لو ورد على محل قابل لأثر فيه النقل و الانتقال و ترتب عليه الأثر المرغوب. فهي - أعنى: الصحة - في العقد عبارة عن مفاد قضية تعليلية لا تنجزية، و هو كونه بحيث لو ورد على محل قابل لا تصف بالمؤثرية الفعلية. بعد أن ذكر هذين الأمرين. أفاد: ان الشك في الصحة و الفساد. ان كان مسببا عن الشك في وجود بعض الشرائط العرفية للسبب أو المسبب، كالشك في التوالى بين الإيجاب و القبول المعتبر عرفا، و مطلق المالية في

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٥

العوضين، فلا تجرى أصالة الصحة لا في السبب و لا في المسبب، لرجوع هذا الشك إلى الشك في مجرى أصالة الصحة، مع انه لا بد من إحراز عنوان موضوعه عرفا.

و ان كان مسببا عن الشك في وجود بعض الشرائط الشرعية مع إحراز الشرائط العرفية، فان كان الشرط المشكوك فيه من شرائط العقد جرت أصالة الصحة في العقد، لأنه عقد عرفي مشكوك الصحة و الفساد شرعا. و ان كان من شرائط المسبب كالباع، فلا تجرى أصالة الصحة في العقد لإحراز صحته، لأنها مفاد قضية تعليلية و هي محرزة و لو مع القطع بانتفاء شرط المسبب، و انما تجرى في نفس المسبب و هو البيع مثلا، لأنه بيع عرفي مشكوك الصحة و الفساد شرعا. و ان كان من شرائط السبب و المسبب، بان كان الشك من الجهتين، جرت أصالة الصحة في السبب و المسبب «١».

هذا محصل ما ذكره المحقق العراقي (قدس سره)، و هو نتيجة يوافق الشيخ و ان كان يختلف عنه بحسب المقدمات. و قد استدلل على ذلك بالسيرة و لزوم اختلاف النظام، و انهما يقتضيان التعميم لجميع صور الشك مع إحراز عنوان موضوع الصحة عرفا، و لا بد حينئذ من التفصيل بين موارد الأصل من كونه السبب أو المسبب.

و لكن السيد الخوئي - كما في بعض تقارير بحثه - لم يرتض هذا الاستدلال، و لذلك التزم بما التزم به المحقق الثاني و العلامة و أستاذه النائيني من اختصاص جريان أصالة الصحة في مورد الشك في شروط العقد دون غيره، إذ اعتبر في جريانها إحراز قابلية الشرعية و العرفية في الفاعل و المورد.

فانه بعد ما حرر موضوع المسألة، و بين صور الشك، و ذكر ان المحقق الثاني و العلامة (قدس سرهما) ذهبا إلى عدم جريان أصالة الصحة عند الشك في قابلية

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤- ٨٢- طبعه مؤسسه النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٦

الفاعل أو المورد العرفية و الشرعية. حكم بصحة ما ذهب إليه متمسكا لذلك بعدم وجود دليل لفظي لأصالة الصحة كى يتمسك بعمومه و إطلاقه، بل دليلها ليس سوى السيرة و لم يحرز قيامها على ترتيب آثار الصحيح عند الشك في القابلية - و هو كاف في الحكم بعدم جريان أصالة الصحة - بل المحرز قيامها على عدم ترتيب الآثار، و ضرب لذلك مثالين: أحدهما: ما لو باع زيد دار عمرو مع اعترافه بكونها دار عمرو، و شك في كونه و كيلا عن عمرو أو لا.

و الثاني: ما لو طلق زيد زوجته عمرو و شك في كونه و كيلا عنه.

فان العقلاء لا يرتبون آثار البيع الصحيح أو الطلاق الصحيح على ما صدر من زيد، و هذا لا يرجع إلا لعدم ترتيب آثار الصحة عند الشك في القابلية. ثم أشار إلى ما ذكره الشيخ من قيام السيرة على ترتيب آثار الصحة على المعاملات الصادرة من الناس في الأسواق مع عدم إحراز قابلية الفاعل. و ذكر ان ترتيب الآثار ليس من جهة أصالة الصحة بل من جهة قاعدة اليد و إحراز القابلية باليد، و لذلك لا تجرى أصالة الصحة فيما تقدم من المثالين لعدم كونه موردا لقاعدة اليد «١».

و للمناقشة فيما ذكره مجال، فان السيرة قائمة على إجراء أصالة الصحة في الموارد التي لا يكون هناك أصل أو أماره يستند إليها، كالشك في البلوغ، أو الرشد، أو في مجهولية العوضين، أو زيادة أحدهما على الآخر في المعاملة الربوية، أو وقوع الطلاق في أيام الطهر، أو حضور عدلين عند إنشائه، و غير ذلك مما لا طريق إلى إثباته من يد أو غيرها. و اليد انما تثبت المالكية، أما بلوغ البائع أو رشده فلا تقتضى شيئا منهما، فلا وجه لما ذكره من أن قابلية الفاعل تحرز بقاعدة اليد. مع أن الشك لا ينحصر في قابلية الفاعل، إذ قد يكون في قابلية المورد.

(١) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣-٣٢٧- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٧

و أما ما ذكره من النقض، فهو لا يدل على المدعى من جهتين:

الأولى: ان استناد العقد أو الإيقاع إلى المالك مما هو مأخوذ في موضوع أصالة الصحة، لأن مفاد أصالة الصحة مفاد: (أوفوا) في قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ظاهر أنه قد أخذ في موضوع الوفاء استناد العقد إلى المالك كما أخذ في موضوعه العقد، لظهور الكلام في ذلك عرفا بحيث لا يكون ما يدل على عدم نفوذ بيع غير المالك مخصصا لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و عليه، فعدم جريان أصالة الصحة انما هو لأجل عدم إحراز موضوعها و هو العقد المستند إلى المالك، لا من جهة قيام السيرة على عدم جريانها عند الشك في القابلية.

الثانية: أن حصول الأثر و ترتيبه في المثالين يتوقف على إحراز المالك أو الزوج استناد المعاملة إليه، لا من جهة كون الاستناد مأخوذا في موضوع النفوذ، بل من جهة أن المالك انما يجب عليه تسليم الدار للمشتري إذا صدر منه العقد، و هكذا الزوج. و أصالة الصحة في العقد الواقع لا تثبت خصوصية استناد العقد إلى المالك كي يجب على المالك ترتيب الآثار، بل هي أجنبيه عن المالك.

و بالجملة: عدم جريان أصالة الصحة في المثالين ليس لأجل قيام السيرة على عدم ترتيب الآثار عند الشك في القابلية، بل هو من جهة خصوصية في المقام، فلا يرد النقض بهما.

و على هذا، فالالتزام بجريان الأصل المزبور عند الشك في مطلق الشروط الشرعية المعتبرة في العقد أو في غيره مع إحراز الشروط العرفية للعقد مما لا إشكال فيه، لتامية الدليل، و هو السيرة و اختلال النظام، سواء قلنا بان صحة العقد مفاد قضية تعليقية- كما هو شأن المقتضيات أجمع- و ان الأصل يجري في المسبب- كما ذهب إليه المحقق العراقي على ما عرفت. أو قلنا بان للعقد صحة أخرى هي التي تكون مجرى الأصل لا تلك، و هي صحة فعلية منتزعة عن تأثيره و ترتب الأثر

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٨

عليه- فانه و إن كان مقتضيا للأثر لا علة تامه، و الشروط متممات التأثير و شرائط تأثيره، لكنه هو المباشر للتأثير، فانه هو المؤثر و الأثر يترتب عليه، كمباشرة النار للإحراق مع كونها مقتضية له لا علة تامه، فصحته يراد بها هذا المعنى و هي فعلية- فالأصل دائما يجري في العقد و لو كان الشك في شرائط غيره، لأنه سبب للشك في صحته- كما سيتضح لك ذلك عن قريب إن شاء الله تعالى- و لا يجري في المسبب اما لعدم الحاجة إلى ذلك، أو لعدم قابليته للاتصاف بالصحة و الفساد، كما يذكر ذلك في مبحث الصحيح و

الأعم، و تحقيقه ليس هذا موضعه.

كما انه لا يمكن الالتزام بما التزم به المحقق الأصفهاني (قدس سره) من جريان أصالة الصحة مع الشك في الشروط العرفية، لما سذكروه في بعض التنبيهات إن شاء الله تعالى. فانتظر.

ثم ان السيد الخوئي (حفظه الله) بعد كلامه المزبور نسب إلى الشيخ (قدس سره) جريان أصالة الصحة- مع التنزل و الالتزام بعدم جريان الأصل مع الشك في القابلية- فيما إذا شك في صحة عقد من جهة الشك في قابلية أحد المتعاقدين مع إحراز قابلية الآخر. بتقريب: انه مع إحراز قابلية الموجب- مثلا- و كان الشك في صحة العقد من جهة الشك في قابلية القابل تجرى أصالة الصحة في الإيجاب، فيحكم بتأثير الإيجاب و هو معنى صحة العقد. و أورد عليه بان صحة كل شيء بحسبه، فصحة الجزء معناها قابليته للجزئية و لا يثبت بها وجود الجزء الآخر و لا صحته، فجريان أصالة الصحة في الإيجاب لا يثبت وجود القبول و لا صحته فلا وجه لما ذكره.

و لكن ما نسبه إلى الشيخ و أورد عليه بما عرفت أجنبي عن ظاهر كلام الشيخ. فانه في مقام الإيراد على المحقق الثاني الذي ادعى ان ظاهر حال المسلم لا يصح ان يتمسك به المضمون له- فيما إذا اختلف مع الضامن في وقت الضمان- و انه كان قبل بلوغ الضمان أو بعده- لأنه لا يتم إلا مع استكمال العقد للأركان التي

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٠٩

منها شروط المتعاقدين. و ان كلامه على إطلاقه ممنوع لإمكان التمسك به في صورة و تعدد طرفي العقد و إحراز قابلية أحد الطرفين لأن الظاهر انه لا يتصرف فاسدا.

و أين هذا من جريان أصالة الصحة في الإيجاب و ترتب الأثر عليه؟ بل هو أجنبي عن أصالة الصحة بالمرء. فالتفت و لا تغفل.

المقام الثالث: في اختلاف الصحة بحسب مواردها

. و بيان ذلك: ان الصحة على نحوين تأهلية، و فعلية.

فالأولى عبارة عن قابلية الشيء لترتب الأثر عليه لو انضم إليه غيره مما له الدخول في ترتب الأثر.

و الثانية: تنتزع عن ترتب الأثر الخارجي فعلا على الشيء و الصحة التأهلية انما يتصف بها أجزاء المؤثر و لا تتصف بغيرها لأن الأثر لا يترتب فعلا- على كل جزء بل على المجموع، فالصحة في الجزء عبارة عن كونه بحيث لو انضم إليه سائر الاجزاء و الشروط لترتب الأثر، فالصحيح ما كان بهذه الحثية، كالإيجاب بالعربي فانه جزء العقد المؤثر، و الفاسد ما لم يكن بهذه الحثية، كالإيجاب بالفارسي على القول باعتبار العربية فيه.

و عليه، فجريان أصالة الصحة في الجزء لا يثبت الجزء الآخر، لعدم توقف صحته عليه، و لا يقتضى ترتب الأثر المتوقف على المركب عليه.

و الصحة الفعلية انما يتصف بها المجموع المركب المؤثر. و هو لا يتصف بغيرها كما لا يخفى.

و من هنا تبين أن صحة كل شيء بحسبه، إذ الأشياء ليست على حد سواء في الصحة، فالجزء لا يتصف الا بالصحة التأهلية، و الكل بالنسبة إلى اثره على العكس لا يتصف إلا بالصحة الفعلية.

و به يندفع ما قد يتوهم من: ان جريان أصالة الصحة في الإيجاب- مثلا- تكفي في ترتيب آثار الصحة و لو لم يحرز القبول، إذ لا وجه لتخصيص دليل أصالة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٠

الصحة بغير المورد، و مع جريانها يترتب الأثر، لأنه معنى: الصحة الفعلية. و وجه الاندفاع واضح، فان جريان أصالة الصحة في الإيجاب لا تجدى في المطلوب، لأن صحته تأهلية و الأصل يجري بمقدارها، فلا تخصيص لدليل الأصل، كما انه لا يترتب الأثر على جريانها

فيه، فالتفت.

و هذا الأمر هو الذي عقد له الشيخ فصلا مستقلا، و هو واضح لا غبار عليه و لا إشكال فيه.

و إنما الإشكال فيما فرعه الشيخ عليه من الموارد التي ذكر أن جريان أصالة الصحة فيها لا تثبت المشكوك المتوقف ترتب الأثر عليه و ان جريان أصالة الصحة في العقد في عدم ثبوت المشكوك بها نظير جريانها في عدم ثبوت القبول بها، و هي ما لو شك في تحقق القبض في الهبة أو في الصرف أو السلم بعد العلم بتحقيق الإيجاب و القبول، أو شك في إجازة المالك لبيع الفضولي، أو كان العقد في نفسه مبنيا على الفساد كبيع الوقف بحيث يكون المصحح من الطوارئ، أو شك في وقت بيع الراهن الرهن مع إذن المرتهن و رجوعه و انه كان قبل الرجوع أو بعده، فانه أفاد: ان جريان أصالة الصحة في الهبة أو الصرف أو السلم لا تثبت تحقق القبض، كما أن جريانها في بيع الفضولي لا- يثبت إجازة المالك، و الأولى بعدم الجريان مورد بيع الوقف مع الشك في وجود المسوغ له، و ان جريانها في الاذن لا يثبت وقوع البيع صحيحا و جريانها في الرجوع لا يقتضى فساد البيع، لأن صحة كل منهما تعليقية تأهلية، فهي في الاذن كونه بحيث لو وقع البيع بعده و قبل الرجوع كان صحيحا، و في الرجوع كونه بحيث لو وقع البيع بعده لكان فاسدا، و هي محرزة وجدانا. كما ان جريانها في نفس البيع لا- يجدى، لأنه لا- يثبت بها رضا المالك المرتهن، لأنه بظاهره يوهم المنافاة، لما ذكره في الفصل السابق من الالتزام بجريان أصالة الصحة عند الشك في شرط من شروط المتعاقدين أو العوضين، إذ الموارد المذكورة كلها من هذا القبيل.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١١

فالمهم: بيان مراد الشيخ و نظره و التوفيق بين ما ذكره أولا و أخيرا، بنحو يرتفع توهم التنافي و يتضح الحال للمستشكل.

و الذي ينبغي أن يقال: أما في مسألة الهبة و الصرف و السلم و توقفهما على القبض، فالوجه في عدم جريان أصالة الصحة يمكن أن يكون هو: ان الشك في الصحة الفعلية للعقد في مرحلة البقاء لا في مرحلة الحدوث لأن العقد حين تحققه كان متصفا بالصحة التأهلية، و يشك بقاء في صحته الفعلية و عدمها، و أصالة الصحة لا تجرى فيما إذا كان الشك بين الصحة و البطلان بقاء، بل يختص جريانها فيما إذا كان الشك من حين حدوث العقد- لأنه هو المناسب لدليل أصالة الصحة ثبوتا- و هو في المقام غير متحقق إذ لا شك حين حدوثه في صحته، كما لا يخفى.

و أما مسألة بيع الفضولي، أو الراهن بلا إجازة المرتهن، فالسبب في عدم جريان أصالة الصحة فيه يمكن أن يكون أحد وجوه ثلاثة:

الأول: ما ذكر في مسألة الهبة و أخويها، لأن الشك في الصحة و البطلان بقاء لا حدوثا، لأن صحة العقد التأهلية محرزة حين حدوثه.

الثاني: أنه على تقدير جريان أصالة الصحة في مرحلة البقاء، فهي انما تجرى لو كان الشك بين الصحة و الفساد رأسا- إذ هو ظاهر أدلتها- أما مع كون الشك في الصحة التأهلية و الصحة الفعلية، فلا دليل على جريانها و تعيينها المعنى الثاني و المقام من هذا القبيل، لأن الشك في إجازة المالك يوجب الشك في بقاء العقد على صحته التأهلية، أو صيرورته صحيحا فعليا بالإجازة.

الثالث: ما أشرنا إليه سابقا من أن موضوع الصحة هو العقد المضاف إلى المالك، و أصالة الصحة انما تجرى مع إحراز موضوع الصحة، و هو غير محرز في الفرض للشك في إجازة المالك، فلا مجال لجريانها. بل تكون صحة العقد تأهلية لأنه جزء المؤثر.

و أما مسألة بيع الوقف، فلا يعرف لها وجه خصوصا مع كون الشك في

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٢

الصحة الفعلية و الفساد رأسا.

الا أن يكون نظر الشيخ إلى انه بعد ان كان العقد الواقع على الوقف بنفسه فاسدا، و كان طرو المسوغ مصححا له كان طرو المسوغ جزء الموضوع للأثر بحيث يكون موضوع الصحة هو العقد و المسوغ، فالعقد جزء المؤثر، فصحته تأهلية، فلا تجدى في إثبات الجزء الآخر و هو المسوغ، فتأمل.

و أما مسألة بيع الراهن الرهن و الاختلاف بينه و بين المرتهن فى وقت البيع، فعدم جريان أصالة الصحة يمكن أن يكون الوجه فيه هو دوران صحة العقد حين صدوره بين التأهيلية و الفعلية - لأنه ان كان قبل الرجوع، فصحته فعلية. و ان كان بعده، فصحته تأهيلية، لأنه يكون كبيع الفضولى - و قد عرفت أنه غير مورد أصالة الصحة.

و لكن ظاهر الرسائل كون الوجه فيه: كون العقد بدون إجازة من له الحق - و هو المرتهن - جزء الموضوع، فصحته تأهيلية لا فعلية نظير العقد بالنسبة إلى إجازة المالك فى بيع الفضولى، فالتفت.

نعم، قد يستشكل فى هذا الفرع: بأنه لم لا - يجرى الأصل فى نفس المسبب - و هو البيع - مع ان المفروض كون الشك فى صحته الفعلية و فساده، و يمكن الجواب عنه: بان الأمر فى المسبب أيضا دائر بين الصحة الفعلية و الصحة التأهيلية، كما فى نفس العقد حرفا بحرف، فلا تجرى أصالة الصحة فيه. فتدبر جيدا.

المقام الرابع: فى وجوب إحراز عنوان موضوع الأثر.

و بيان ذلك: انه لا - بد فى ترتيب آثار الصحة على العمل الصادر من إحراز عنوانه الذى به يكون موضوعا للأثر، فمع عدم إحراز عنوانه لا تجرى أصالة الصحة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٣

و قد عقد الشيخ رحمه الله لذلك فصلا مستقلا «١». و لكنه ذكره فقط بلا ان يبين الوجه فيه و الدليل عليه، و لعله [١] لوضوحه، لأن العمل إذا لم يكن بنفسه

[١] تحقيق الكلام فى هذه الجهة بإجمال: انه لا إشكال فى انه يعتبر فى جريان أصالة الصحة من كون الفاعل فى مقام الإتيان بالعمل الذى هو موضوع الأثر، فما لم يكن الشخص فى مقام التطهير لا يحمل عمله على الصحة، و كذا إذا لم يكن فى مقام البيع و النكاح و غيرهما من المعاملات، لا يحمل ما يصدر منه على الصحة. إنما الإشكال فى انه إذا أحرز انه فى مقام الإتيان بالعمل ذى الأثر الخاص، و لكن شك فى تحقق ما هو مقوم عقلا لتحقيق موضوع الأثر كالقصد فى العقود الإنشائية و كإزالة النجاسة فى غسل الثوب أو العصر بناء على تقدم الغسل به، فهل تجرى أصالة الصحة أو لا؟ قد يقال: ان أصالة الصحة تتكفل ترتب الأثر على العمل، و لا تتكفل تحقق نفس العمل، فمع الشك فى نفس العمل لا مجال لأصالة الصحة.

و يمكن الإشكال فى ذلك: بان الأثر يترتب على إجراء الماء - مثلا - و لكن بواسطة تعونه بعنوان الغسل أو ترتب الغسل عليه بنحو المسببية التوليدية، و كذا يترتب على الإيجاب و القبول بواسطة القصد.

و عليه، فينبغى ان يبحث فى أن أصالة الصحة هل تتكفل ترتب الأثر المترتب على الفعل بلا - واسطة، أو الأعم منه و من المترتب بواسطة؟ و لا بد فى ذلك من ملاحظة ما عليه السيرة و بناء العقلاء، لا سلوك طريقة الاستدلال العقلى - كما أشير إليه - ثم ان بعض من ذهب إلى إجراء أصالة الصحة مع عدم إحراز القصد المقوم، كمثال التطهير، التزم فى إجراء أصالة الصحة فى عمل الغائب مع عدم إحراز قصد النيابة فى عمله.

فقد يورد عليه: ان ذلك ينافى مبناه من جريان أصالة الصحة مع عدم إحراز القصد المقوم.

و يمكن ان يدفع الإيراد: بان أصالة الصحة إنما تلغى احتمال الفساد فى العمل الصادر، و هذا يختص بما إذا كان الشك راجعا إلى جهة دخيلة فى الصحة. و ليس قصد النيابة دخيلا فى صحة العمل، إذ العمل صحيح حتى إذا لم يقصد النيابة، نعم، لا يقع عن المنوب عنه، و هذا أجنبي عن الصحة.

و بعبارة أخرى: ان العمل إذا فرض انه صحيح قصد فيه النيابة أم لم يقصد، لم تكن أصالة

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٤١٩ - الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٤

و بذاته موضوع الأثر بل بما هو معنون بالعنوان الكذائي، فلا بد في إجراء أصالة الصحة من إحراز موضوع الصحة و هو العمل المعنون بعنوان كذا لا مجرد نفس العمل، إذ الأثر غير مترتب عليه بنفسه، فمع عدم إحرازه لا يحرز موضوع الصحة، فلا تصل النوبة إلى إجراء أصالة الصحة.

و بعبارة أخرى: ان الوجه فيه هو وجوب إحراز موضوع الصحة عرفا في ترتيب آثار الصحيح، إذ مع عدم إحرازه لا يعقل ترتبها، فإذا كان الموضوع هو العمل المعنون، فلا- بد من إحراز العنوان الذي به يكون العمل موضوعا، كعنوان الصلاة في الأفعال الخاصة، أو التعظيم في القيام، أو الخضوع في السجود، أو غير ذلك.

و عليه، فبلا إحراز موضوع الصحة عرفا، لا مجال لجريان أصالة الصحة.

و قد يستشكل: بان ما ذكر يتم بالنسبة إلى ترتيب آثار الصحة الشرعية عند الشك في الشرائط الشرعية، فانه مع إحراز الشرائط العرفية يحرز الموضوع العرفي «الصحة الشرعية خ ل» لأصالة الصحة. أما بالنسبة إلى الشرائط العرفية عند الشك فيها فلا يتم، إذ لا يحرز موضوع الصحة عرفا عند الشك فيها، فيلزم ان لا تجرى أصالة الصحة عند الشك في الشرائط العرفية، مع انه لا إشكال في جريانها، كيف؟! و السيرة العرفية و بناء العقلاء قامت على جريانها- غير السيرة المتشعبة- و معناه إجراء العرف الأصل عند الشك في بعض شرائط العمل عندهم، و هو لا يتفق مع ما ذكر في توجيه لزوم إحراز العنوان العرفي في جريان الأصل.

- الصحة متكفلة لإثبات النيابة مع الشك، نظير ما إذا دار أمر الصلاة بين كونها نافلة الصبح أو فريضة، فأصالة الصحة لا تثبت قصد الفريضة بها.

ثم انه يقع الكلام في جهة أخرى، و هي انه إذا أحرز قصد النيابة، و لكن احتمال فساد العمل من جهات أخرى، فهل ينفع إجراء أصالة الصحة في العمل لإثبات براءة ذمّة المنوب عنه أم لا؟ و هذا ما يأتي تحقيقه، فلاحظ.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٥

و الجواب عن الإشكال المذكور: ان المراد من الموضوع الواجب إحرازه هو ما كانت نسبة الأثر إليه نسبة العرض إلى معروضه، و المسبب إلى سببه، و المقتضى إلى مقتضيه، و الأثر إلى ذي الأثر إذ لا يخفى انه ليس كل ما له دخل في ترتب الأثر يكون دخيلا في التأثير و سببا للأثر، و يتضح ذلك في العلل و المقتضيات التكوينية، فان مجرد النار ليست علة تامّة للإحراق، بل يبوسه المحل و الملافاة شرط في ترتب الأثر- أعنى الإحراق- و لكن الإحراق انما يستند إلى النار و نسبتته إليها نسبة العرض إلى معروضه، فانها هي المؤثرة فيه، و الشرائط من الملافاة و يبوسه المحل دخيلة في تأثير النار لا أنها بنفسها مؤثرة. فالشرط العرفي ان كانت نسبتته إلى الأثر نسبة المعروض إلى العروض و المقتضى إلى المقتضى بحيث يكون جزء المؤثر، و جب إحرازه عند إجراء أصالة الصحة شرعا و عرفا. و ان لم تكن نسبتته كذلك بل كانت من قبيل الشرط و عدم المانع لم يلزم إحرازه في إجراء أصالة الصحة شرعا و عرفا، لعدم دخالته في موضوع الأثر و هو مورد جريان أصالة الصحة التي قامت عليها السيرة العرفية كما في الإشكال.

فجملة القول: انه لا بد في إجراء أصالة الصحة من إحراز الموضوع للصحة، و هو ما كان مباشرا للتأثير، و لا يلزم إحراز جميع الشرائط العرفية و لو لم تكن دخيلة في الموضوعية.

و عليه، فلا- يرد الإشكال المذكور. إلا- ان يدعى قيام السيرة على جريان أصالة الصحة بمجرد إحراز صورة العنوان و لو لم يحرز

العنوان أو غيره من اجزاء الموضوع، كجريانها بالنسبة إلى الغسل مع الشك في وصول الماء إلى بعض الاجزاء، مع انه مقوم للموضوع عقلا، كما ذهب إلى هذا المحققان الخراساني «١»

(١) الخراساني المحقق الشيخ محمد كاظم. حاشية فرائد الأصول - ٢٤٥ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٦

و الأصفهاني «١». (قدس سرهما).

ولكن ثبوت ذلك محل نظر و شك، و هو كاف في منع هذه الدعوى.

وقد مثل الشيخ رحمه الله لصغرى المقام - أعنى: ما يشترط فيه إحراز العنوان - بالغسل، و انه لا تجرى فيه أصالة الصحة ما لم يحرز كون الفاعل بعنوان التطهير، لأن الغسل بظاهره ليس فيه صحيح و لا فاسد.

و هذا بظاهره قد يستغرب وقوعه من الشيخ، لأن الطهارة انما هي من آثار نفس الغسل، إذ لا يشترط في حصولها كونه بعنوان التطهير كما لا يخفى.

و لم أجد من المحققين من تعرض لتوجيه كلام الشيخ.

و غاية ما يمكن ان يقال في هذا المجال: ان اتصاف الشيء بالصحة و الفساد لا يدور مدار ترتب الأثر و عدم ترتبه فقط، فلا يقال للغسل الحاصل بواسطة قوة الريح و إلقائها الثوب في الماء انه صحيح لو طهر الثوب أو فاسد لو لم يطهر.

و انما يدور مدار ترتبه و عدم ترتبه مع كون الفعل صادرا بداعى ترتب الأثر، فالغسل إذا كان صادرا بعنوان التطهير يتصف بالصحة و الفساد، أما إذا لم يكن متحققا بهذا الداعى فلا يتصف بهما، فمع عدم إحراز العنوان لا تحرز قابلية الفعل للاتصاف بالصحة و الفساد.

ثم ان الشيخ بعد ان تعرض إلى هذه الجهة ذكر أمرا آخر، و هو: بيان الفرق بين مثل الصلاة على الميت، و الصلاة عنه تبرعا أو استنجارا، أو الحج عن العاجز، حيث حكم الأصحاب بإجراء أصالة الصحة في الأول و رتبوا عليها سقوط الوجوب عن الغير، و عدم إجرائها في الثانى حيث اشترطوا الثقة و العدالة في النائب و المستأجر مما يكشف عن عدم اعتبارهم أصالة الصحة فيه.

و قد ذكر (قدس سره) لتوجيه التفريق وجهين:

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣ - ٣١٨ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٧

الأول: انه في صلاة النائب لا يعلم كونه في مقام إبراء ذمة الميت في صلاته أو لا يعلم كونه في مقام الصلاة، و إلا فمع العلم بحاله و انه في مقام الإتيان بالصلاة إبراء لذمة الميت يلتزم بالحمل على الصحة و جريان الأصل في العمل عند الشك، و الطريق إلى الوصول إلى ذلك هو العدالة بحيث يوثق بقوله و دعواه انه في مقام الإبراء.

الثانى: ان لفعل النائب الصادر بعنوان النيابة حيثيتين: إحداهما: حيثية كونه فعلا للنائب. و الأخرى: حيثية كونه منتسبا إلى المنوب عنه بلحاظ جهة التسبب، و يترتب على الفعل باعتبار كل من حيثيتين ما لا يترتب عليه باعتبار الأخرى.

و الصحة من حيثية الأولى لا تثبت الصحة من حيثية الثانية التى هي موضوع الأثر و هو فراغ الذمة و عدم وجوب الإعادة.

و هذا بخلاف مثل الصلاة على الميت مما يكتفى في إسقاط الذمة بتحقيق الفعل من الغير.

و قد صار هذا الكلام محلا للنقض و الإبرام بين المحققين الأعلام.

و التحقيق: انه لا - محيص عن الالتزام به. و ذلك لأن هاتين حيثيتين عرضيتان، فالفعل - بمعناه الاسم المصدرى - بذاته ينتسب إلى النائب باعتباره المباشر له، و ينتسب إلى المنوب عنه بلحاظ التسبب بالاستنجار، فإذا شك المنوب عنه في صحة هذا الفعل المتحقق

فى الخارج باعتبار انتسابه إليه، فلا مجال له لإجراء أصالة الصحة فيه كى يترتب عليه آثار الفعل الصحيح المنتسب إليه من فراغ الذمة، لأنه بهذا اللحاظ فعل منوب نفسه، و أصالة الصحة موضوعها فعل الغير لا فعل الشخص نفسه.

نعم، لو شك المنوب عنه فى صحة الفعل باعتبار انتسابه إلى النائب بلحاظ ترتيب آثاره من استحقاق الأجرة و غيره، أمكنه إجراء أصالة الصحة فيه، لأنه بهذا الاعتبار فعل الغير، و لكن الصحة من هذه الحيثية لا تثبت الصحة من

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٨

الحيثية الأخرى. إلا بأحد وجوه ثلاثة:

الأول: ان يكون مفاد أصالة الصحة ثبوت المشكوك تكويناً و خارجاً حقيقة، فمع جريانها بالاعتبار الأول يثبت المشكوك تكويناً فيرتفع شك المنوب عنه حقيقة و يحصل له العلم الوجدانى باجتماع الاجزاء و الشرائط.

الثانى: ان يكون أثر الصحة بالاعتبار الثانى فى طول أثر الصحة بالاعتبار الأول، بان يكون هذا موضوعاً لذاك شرعاً، فإذا ثبت بأصالة الصحة أثر الصحة بالاعتبار الأول يترتب جزماً أثر الصحة بالاعتبار الثانى.

الثالث: ان تكون الإضافة الثانية فى طول الإضافة الأولى - فالطولية بين الإضافتين لا بين الأثرين - بان يكون الفعل الصادر من النائب هو موضوع الإضافة إلى المنوب عنه لا نفس الفعل بذاته، و يكون موضوع الأثر هو فعل النائب الصحيح. و عليه فبجريان أصالة الصحة فى فعل النائب يترتب الأثر المرغوب.

و جميع هذه الوجوه منتفية:

أما الأول: فواضح، لأن مفاد أصالة الصحة هو التعبد بصحة العمل الصادر لا إثبات تحقق المشكوك تعبداً فضلاً عن إثباته تكويناً و حقيقة.

و أما الثانى: فلأن دعوى كون فراغ الذمة - أعنى: ذمة المنوب عنه الذى هو أثر الصحة بالاعتبار الثانى - حكماً من أحكام استحقاق الأجرة الذى هو من آثار الصحة بالاعتبار الأول، واضحة المنع.

و أما الثالث: فلأن موضوع الإضافة هو نفس العمل الخارجى، فهو بنفسه مضاف إلى النائب، كما انه بنفسه مضاف إلى المنوب عنه، فالإضافتان غير طوليتين بل عرضيتين.

فإذا ثبت التعبد بصحة العمل باعتبار إضافته إلى النائب التى مرجعها إلى ثبوت آثار عمل النائب الصحيح لا غير، لا تترتب آثار عمل المنوب عنه الصحيح، كما لا يخفى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١١٩

و لكن هذا انما يتم فى صورة حياة المستناب كالنيابة فى الحج عن العاجز.

أما فى صورة استئجار الولى أو الوصى، فلا مانع من جريان أصالة الصحة فى العمل بلحاظ إضافته إلى المنوب عنه، لأن الاستئجار يكون من الولى أو الوصى، و عمل المنوب عنه بالنسبة إليهما فعل الغير، فيكون مورداً لأصالة الصحة و تترتب آثار الصحيح بالنسبة إليهما.

ثم لا يخفى ان هذا كله مبنى على تفسير النيابة، بأنها تنزيل الفاعل نفسه منزلة المنوب عنه فى فعله، بحيث يكون الفاعل وجوداً تنزلياً للمنوب عنه فيكون للفعل انتسابان عرضيان.

أما لو قيل: بان النيابة ليست سوى فعل الشخص عملاً لنفسه، غاية الأمر ان نتيجة هذا العمل ترجع إلى الغير، فيكون منوباً عنه، فلا إشكال فى كون جريان أصالة الصحة فى فعل النائب بما هو فعل للنائب كافياً فى فراغ ذمة المنوب عنه، لأن فراغ ذمته أثر للعمل الصحيح الصادر من الغير، فالتفت.

المقام الخامس: فيما يثبت بأصالة الصحة من الآثار.

و التحقيق: ان الثابت بها ليس الا- آثار العمل الصحيح الشرعية، دون لوازمه و ملزوماته العقلية و العادية، كما لا- يثبت بها الجزء المشكوك كى تترتب عليه آثاره.

و لا- يفترق الحال فى هذا بين أن نقول بأن قاعدة الصحة إماره أو أصل- كما هو الأقرب، لاعتبارها فى مورد ينتفى فيه ملاك- الأمارية، و هو مورد جهل الفاعل بالصحيح و الفاسد- لما ذكرناه آنفا من أن الأماره بنفسها ليست حجة فى لوازم مفادها و ملزوماته- نعم، قد يكون قيام الأماره على الملزوم أو اللانزم منشئا لقيام إماره من فصيلتها على اللانزم أو الملزوم، كما فى الخبر، لأن الاخبار بالملزوم اخبار باللانزم و بالعكس، فيثبتان بالأماره الثانية، و لكن هذا ليس من حجية الأماره فى اللوازم و الملزومات- كما لا يخفى- و هذا مما لا إشكال فيه.

و انما الإشكال فيما فزع الشيخ رحمه الله على هذا من: أنه إذا شك فى ان

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٢٠

الشراء الصادر من الغير كان بما لا- يملك كالخمر و الخنزير أو بعين من أعيان ما له، فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته، بل يحكم بصحة الشراء و عدم انتقال شىء من تركته إلى البائع، لأن كون الثمن خلا أو شاء- مثلا- ليس مفاد أصالة الصحة، كما انه ليس من آثار الصحة شرعا، بل هو من اللوازم العقلية، لأن صحة البيع متوقفه عقلا على ان يكون الثمن هو هذا، فلا يثبت بأصالة الصحة.

و قد ذكر فى مقام الإشكال على هذا التفريع و جهان:

الأول: انه ان جرت أصالة الصحة فى العقد الواقع بلا ان يترتب عليها انتقال المثلن إلى المشتري، كان جريانها بلا أثر- إذ أثرها هو حصول النقل و الانتقال و هو غير متحقق كما هو الفرض- فلا معنى لجريانها. و ان ترتب عليها انتقال المثلن إلى المشتري بلا انتقال العين من تركته إلى البائع، كان البيع بلا عوض و هو خلاف مفهوم البيع.

الثانى: العلم الإجمالى بكون أحد العينين ليس ملكا له، لأنه ان وقع البيع بالخل- مثلا- فقد خرج عن ملكه. و ان وقع بالخمر فالبيع ليس ملكه. فإجراء الأصلين- أعنى: أصالة الصحة، و أصالة بقاء العين على ملكيتها للمشتري- يستلزم مخالفة قطعية للعلم الإجمالى، و هى غير جائزة.

و لكن هذين الوجهين لا ينهضان لمنع جريان أصالة الصحة فى المورد المزبور.

أما الأول: فيدفع بان الحكم بعدم انتقال الخل لا يستلزم الحكم بوقوع البيع بلا عوض، بل يقتضى عدم ثبوت العين الخاصة ثمنا، أما عدم ثبوت الثمن بالمره فهذا أجنبى عن ذلك، بل ثمن المثل ثابت فى الذمه.

و أما الثانى: فهو أجنبى عن عدم قابلية الأصل للجريان، إذ عدم جريان الأصل فى الفرض يكون لأجل وجود المانع، لا لأنه فى نفسه غير قابل- الذى هو محل الإشكال- و لذلك فلا مانع من جريانه فيما لو لم يكن العلم الإجمالى منجزا، كما

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٢١

لو كان أحد الطرفين خارجا عن محل الابتلاء، فالتفت و تأمل جيدا و الله سبحانه ولى التوفيق.

المقام السادس: فى معارضة أصالة الصحة مع غيرها من الأصول.

و الكلام.

تارة: يكون فى حكم الأصل بالنسبة إلى الأصل الحكمى الجارى فى نفسه فى جميع موارد، و هو أصالة عدم ترتيب الأثر و تحقق

النقل و الانتقال فى العقود.

و أخرى: يكون فى حكمها بالنسبة إلى الأصل الموضوعى الجارى فى نفسه فى بعض الموارد، كأصالة عدم البلوغ عند الشك فى صحة العقد و فساده من جهة الشك فى البلوغ، فان البلوغ أمر حادث فالأصل عدمه.

ثم انه حيث لم يثبت أمارية القاعدة أو أصليتها- و ان لم يكن فرق بينهما من حيث عدم ثبوت اللازم و الملزوم بها كما أشرنا إليه- لا بد من الكلام من الجهتين، فيتكلم فى حكمها بناء على الأمارية، كما يتكلم فى حكمها بناء على الأصلية.

أما نسبتها مع الأصل الحكيمى، فهما فى رتبة واحدة لاتحاد موردهما، فأصالة الصحة معناها ترتب الأثر، كما ان أصالة الفساد معناها عدم ترتب الأثر.

فان قلنا بأنها أماره، سواء أثبتت اللازم أو لم تثبت، تكون مقدمة على الأصل الحكيمى بالورود- كما حققناه- و الا فبال تخصيص لا بالحكومة، و ان كانت قول المشهور. و على كل فهى مقدمة عليه لا محالة، لأنها رافعة لموضوعه اما تكويننا- كما هو مبنى الورد- أو تنزيلا- كما هو مبنى الحكومة.

و ان قلنا بأنها أصل، فمقتضى القاعدة التى تقتضيها الصناعة هو تعارضهما و تساقطهما، لكن الاتفاق تم على تقدم أصالة الصحة، إما للزوم اللغوية- لأن أكثر مواردها بل كلها يوجد فيها أصل حكيمى، فيلزم من سقوطها تخصيص الأكثر و هو قبيح- أو للزوم اختلال النظام، أو لقيام سيرة المتشعبة على جريانها فى مثل هذه الموارد.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٢٢

و أما حكمها بالنسبة إلى الأصل الموضوعى.

فان قلنا بأنها إماره و هى تثبت اللازم و الملزوم، كانت حاكمه على الأصل أو وارده عليه- على الخلاف الذى عرفته- لأن قيامها على الصحة يثبت تحقق الموضوع المشكوك، فلا يبقى مجال للأصل النافى لقيام الأماره فى مورده.

و ان قلنا بأنها أماره، و لكن لا تثبت للوازم و الملزومات.

فقد يتوهم: تقدم الأصل عليها، حيث أنه أصل موضوعى و هى أماره حكمية، و ما هو فى رتبة الموضوع- و لو كان أصلا- مقدم على ما هو فى رتبة الحكم- و لو كان أماره.

و لكنه توهم فاسد، لأنه انما يتم إذا كان مفاد الأماره ثبوت الحكم على تقدير ثبوت الموضوع- أعنى: ثبوت الحكم للموضوع بنحو القضية الحقيقية- فان الأصل الجارى فى رتبة الموضوع ينقح الموضوع فيتقدم عليها.

أما إذا كان مفاد الأماره ثبوت الحكم فى مورد الشك فى الموضوع- كما فيما نحن فيه- لم يكن الأصل الجارى فى الموضوع مقدما عليها، لأنه و ان رفع الشك تعبدا، و لكنه- أعنى: الشك- لم يؤخذ فى موضوع الأماره كى ينتفى موضوعها بجريانه، بل هو مأخوذ بنحو المورديه.

و عليه، فالأماره فى نفسها لا- مانع من جريانها. كما ان الأصل الموضوعى يترتب عليه نفى ترتب الأثر، فيتعارضان و النتيجة هى التساقط.

و ان قلنا بأنها أصل لم يكن شك- بمقتضى القواعد الصناعية- فى تقدم الأصل الموضوعى عليها لرفعه لموضوعها كما لا يخفى.

و لكن الصناعة و ان كانت على هذين القولين تقتضى عدم جريان أصالة الصحة فعلا- و لكن الالتزام بها فى هذه الموارد قول الأصحاب، و علوه: بلزوم اللغوية و السيرة العقلانية. و كلا التعليلين غير صالحين لإسناد القول المذكور.

أما لزوم اللغوية فلأن دليل أصالة الصحة ليس لفظيا كى يقال بأنه يلزم من

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٢٣

نفى أصالة الصحة فى هذه الموارد استعمال المطلق فى الفرد النادر.

و أما السيرة العقلائية، فلأنها انما تكون حجة لو لم يردع عنها. و يمكن ان يكون الشارع قد اكتفى في مقام الردع بهذه الأصول النافية للترتب الأثر، فلا دليل على حجيتها. نعم، الذى يمكن التمسك به فى إثبات القول المذكور هو قيام سيرة المتشعبة بما هم متشعبة على التمسك بأصالة الصحة فى هذه الموارد. فتدبر.

هذا بالنسبة إلى أصل المطلب. يبقى الكلام فى كلام الشيخ بالنسبة إلى الأصل الموضوعى، فقد اضطربت نسخ الرسائل فى نقل كلام الشيخ و وقع الخلط فيها بين كلامه و كلام السيد الشيرازى (قدس سرهما). و الذى نقله المحقق الأصفهاني عن الشيخ يخالف ما فى النسخ بالمرء، فقد نقل كلاما له و السيد الشيرازى و ذكر ان الشيخ صحح كلام السيد الشيرازى كما رآه بخطه الشريف. أما ما نقله عن الشيخ، فمحصله: ان أصالة الصحة تقتضى صحة العقد، بمعنى جامعته للشرائط التى منها البلوغ- مثلا- فيترتب عليها النقل و الانتقال.

و الاستصحاب يقتضى - بضميمة الجزء الآخر المحرز بالوجدان و هو العقد - عدم ترتب الأثر لتمايمه موضوع الفساد، و هو العقد الصادر من غير البالغ. فيتعارض الأصلان.

ثم اعترض على هذه المعارضة: بأن الأثر يترتب على العقد الصادر من البالغ، فنفى هذا الأثر بإثبات ضد السبب يكون بالملازمة، لأن عدم الأثر بعدم السبب لا بوجود ضد السبب، فيبقى الاستصحاب بلا أثر فلا يجرى فتبقى أصالة الصحة بلا معارض. ثم عدل عن هذا الأصل - أعنى: أصالة عدم البلوغ - إلى أصل آخر و هو أصالة عدم السبب الناقل، أو أصالة عدم صدور العقد من البالغ الذى هو موضوع عدم الأثر - كما مر - فتتحقق المعارضة بين الأصلين، لأن أحدهما ينفي الأثر و الآخر يشبته. و لكنه (قدس سره) أجاب عن هذه المعارضة: بان أصالة عدم السبب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٢٤

بالنسبة إلى نفي الأثر من باب اللاقتضاء، لأن عدم السبب انما لا يقتضى وجود المسبب لا انه يقتضى عدمه. و أصالة الصحة بالنسبة إلى إثبات الأثر من باب الاقتضاء، لأنها تثبت مقتضى الأثر، و لا مزاحمة بين ما له الاقتضاء و ما لا اقتضاء له. و عليه فتجرى أصالة الصحة بلا مزاحم و لا معارض و تتقدم على الأصل الموضوعى. هذا ما نقله عن الشيخ (قدس سره) «١».

و الإشكال على ما ذكره أخيرا واضح، لأن ما يتكفل لبيان شىء بنحو اللاقتضاء و ما يتكفل لبيان ضده بنحو الاقتضاء لم يثبت كون تنافيهما من باب التزاحم، كى يقال بعدم المزاحمة، بل سيأتى انه من باب التعارض. و على تقدير كونه من باب التزاحم فهما انما لا يتزاحمان فيما لو لم يكن فى الدليل الدال على الأمر اللاقتضائى اقتضاء للاقتضاء. أما مع وجود المقتضى للاقتضاء يحصل التزاحم طبعاً. و ما نحن فيه كذلك، لأن التعبد بالأصل انما يكون بلحاظ وجود المصلحة فى المتعبد به و المقتضى لثبوته، فالامر اللاقتضائى الثابت بالاستصحاب له مقتضى قهراً فيحصل التزاحم.

و اما ما ذكره عن السيد الشيرازى «٢»، فحاصله: ان المراد بالصحة فى أصالة الصحة إن كان نفس ترتب الأثر، فلا إشكال فى تقدم أصالة عدم البلوغ عليها، لأن الشك فى ترتب الأثر يكون ناشئاً عن الشك فى بلوغ العاقد، و الأصل المذكور يرفعه تعبداً كما هو شأن كل أصل سببى مع الأصل المسببى. و ان كان بمعنى استجماع الشرائط التى منها البلوغ، يحصل التعارض بين الأصلين بلا حكومه لأحدهما على الآخر، لأن أصالة الصحة مقتضاها صدور العقد من البالغ، و مقتضى الاستصحاب - بضميمة الجزء الآخر - صدوره من غير البالغ.

و بعد ان ذكر هذا اعترض على هذه المعارضة: بان مفاد أصالة الصحة هو

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٢٣- الطبعة الأولى.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣-٣٢٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٢٥

التعبد بوجود العقد الصحيح، و مفاد الاستصحاب التعبد بعدم سبب العقد الموجود، و لا تقابل الا بين وجود العقد الصحيح و عدمه، أو بين سبب العقد الموجود و عدمها.

و هذا الاعتراض مجمل المفاد و يحتمل فيه وجوه ثلاثة:

الأول: ما ذكره الشيخ من كون الاستصحاب من الأصول المثبتة، لأن نفي الأثر المترتب على الضد يثبت الضد الآخر يكون بالملازمة.

الثاني: ان الأثر انما يترتب على وجود العقد الصحيح، فنفي صحة العقد الواقع لا تستلزم نفي ترتب الأثر، بل المذى يستلزم هو نفي العقد الصحيح، و هو غير مفاد الاستصحاب.

الثالث: اختلاف مورد الأصلين، فان المعارضة بين الأصلين انما تكون إذا كان موردهما واحدا، و أما مع تعدد موردهما، فلا يحصل بينهما التعارض. و مورد الاستصحاب هو عدم سبب العقد الموجود، و مورد أصالة الصحة هو وجود العقد الصحيح، فمورد كل منهما يختلف عن الآخر، فلا تعارض بينهما.

و هذا الوجه هو الذى حمل عليه المحقق الأصفهاني عبارة السيد، مستشهدا على ذلك بما ذكره السيد فى مقام دفع هذا الاعتراض، بان مفاد أصالة الصحة ليس هو التعبد بوجود العقد الصحيح، بل هو التعبد بصحة العقد الواقع، فيتحد مورد النفي و الإثبات، فيحصل التعارض.

و عليه، فالسيد التزم بالمعارضة بين أصالة الصحة و الاستصحاب الموضوعى الجارى فى المقام.

و عليه، فمقتضى الصناعة تساوق الأصلين، و لكن سيرة المشرعة قائمة على العمل بأصالة الصحة فى هذه الموارد كما ذكرنا. فتدبر جيدا و الله ولى التوفيق. انتهى الكلام فى أصالة الصحة «١» و الكلام بعده فى:

(١) و ذلك فى يوم الأربعاء ١٩-٨-٨٢.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٢٧

قاعدة الفراغ و التجاوز

إشارة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٢٩

قاعدة الفراغ و التجاوز

و الكلام فيها فى جهات:

الجهة الأولى: فى أنها قاعدة أصولية أو قاعدة فقهية.

لا إشكال فى كونها قاعدة فقهية، لأن جميع التعاريف للمسألة الأصولية بشتى أنواعها تشترك فى كون مورد المسألة الأصولية هو الشبهة الحكمية، و مورد القاعدة التى نحن بصددنا انما هو الشبهة الموضوعية كما لا يخفى، فلو انطبقت جميع خصوصيات المسألة الأصولية على القاعدة لما استلزم كونها مسألة أصولية لكون موردها هو الشبهة الموضوعية.

هذا و لكن تقدم تعريف المسألة الأصولية بما لا يختص إجراؤه بالمجتهد، بل بما يعم حكمه الشبهة الموضوعية، فراجع.
 الا ان يراد من بيان ضابط المسألة الأصولية بيان الضابط لمسائل معينة
 القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٠
 حررت لغرض الاستنباط، فلا تشمل مسائل الشبهة الموضوعية و الأمر سهل.

الجهة الثانية:

ان الشك تارة: يكون متعلقا بوجود الشيء، و أخرى: يتعلق بصحة العمل الموجود و الأول مورد قاعدة التجاوز و الثاني مورد قاعدة الفراغ فما يتكفل الإلغاء حكم هذين الشكين هل هو قاعدة واحدة أو قاعدتان؟. وقع الكلام، في ذلك، و هو يقع في مرحلتين: مرحلة الثبوت، و مرحلة الإثبات.
 أما مرحلة الثبوت فالكلام فيها يقع في إمكان كون ما يتكفل إلغاء الشكين قاعدة واحدة.
 و قد بين في وجه عدم إمكان كونه قاعدة واحدة تقريبات متعددة:
 أحدها: ان متعلق الشك الأول وجود الشيء، و هو مفاد كان التامة، و متعلق الشك الثاني صحة الموجود، و هو مفاد كان الناقصة. و هما- أعنى: نسبة كان التامة و نسبة كان الناقصة- نسبتان متغايرتان لا جامع بينهما، كى يمكن بيان حكمهما بدليل واحد.
 و لكن نسب إلى الشيخ (قدس سره) المناقشة في هذا التقريب ببيان: انه يمكن إرجاع الشك في صحة العمل الموجود إلى الشك فيها بمفاد كان التامة، و ذلك بان يكون الشك في وجود العمل الصحيح، و هو مفاد كان التامة، فكلا المتعلقين بهذه النسبة، فيمكن بيان حكم الشكين بدليل واحد، لإمكان الجامع «١».
 و لكن المحقق العراقي رحمه الله [١]، أورد على الشيخ: بان مورد الأثر

[١] التحقيق ان ما أفاده قابل للمناقشة، فان الأثر العملى يترتب على مجرد وجود العمل الصحيح، سواء كان ذلك في العبادات أم في المعاملات.
 اما العبادات، فلأنه يكفى في فراغ الذميمة و حكم العقل بالبراءة إحراز تحقق العمل الصحيح، و لو لم يعلم صحة هذا المأتي به، لأن الامتثال يتحقق بإتيان المأمور به.
 و أما في المعاملات:

(١) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤١٤- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣١

يختلف، فتارة: يكون موضوعه وجود الشيء بمفاد كان التامة. و أخرى: يكون اتصاف شيء بشيء بنحو مفاد كان الناقصة. فإرجاع الشك في الصحة إلى الشك بنحو مفاد كان التامة لا يجدى في ترتب الأثر المرغوب، حيث أخذ مورد الأثر الشك في اتصاف العمل بالصحة، و هو مفاد كان الناقصة «١».

كما أورد عليه المحقق الأصفهاني (قدس سره): بان العمل الصحيح المأخوذ وجوده في موضوع الشك إما ان يكون بالإضافة إلى الصحة مطلقا، بمعنى انه لا- يلحظ فيه كونه صحيحا، بل يلحظ الشك في وجوده فيرجع إلى القسم الأول من الشك. و اما ان يكون بالإضافة إليها مقيدا، بان يلحظ العمل المتصف بالصحة

- فقد يشكل بان إحراز وقوع العقد الصحيح لا ينفذ في ترتب الأثر، بل لا بد من إحراز ان هذا العقد صحيح. وفيه: انه يكفي في ترتب الأثر إحراز وقوع البيع الصحيح على العين الكذائية بين الشخصين، لأن مقتضاه انتقال كل من العينين إلى مالك الأخرى. ولا حاجة إلى إحراز صحة العقد الواقع.

و اما ما ذكره (قدس سره) من مثال قضاء السجدة المنسية و بيان ترتب الأثر فيه على إحراز صحة العمل الواقع، و لا يكفي مجرد وقوع العمل الصحيح.

ففيه: ان دليل لزوم قضاء السجدة لم يقيد بما إذا كانت الصلاة صحيحة، بل هو مطلق من هذه الناحية، و انما اعتبر صحة العمل في لزوم القضاء من جهة استظهار ورود الأمر بالقضاء لتصحيح العمل، فلا يثبت الأمر به مع فساد العمل للغويته.

و لا يخفى ان اللغوية ترتفع في ما إذا ترتب على القضاء فراغ الذمة و القطع بالامتثال و لو لم يحرز ان هذا العمل صحيح، و ما نحن فيه كذلك، فانه إذا ثبت بالقاعدة المبحوث عنها وجود الصلاة الصحيحة و جاء المكلف بالسجدة بعد العمل الذي في يده، يحرز فراغ ذمته. بخلاف ما إذا ترك القضاء، فانه لا يقطع بفراغ الذمة، فالأثر لا ينحصر بصورة إحراز صحة العمل الموجود بمفاد كان الناقصة، بل يترتب على إحراز وجود الصحيح بمفاد كان التامة.

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤-٣٨- طبعة مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٢

فيكون بنحو مفاد كان الناقصة. كما انه لا يمكن ان يكون مهملاً، لامتناع الإهمال في مقام الثبوت.

و لكنه (قدس سره) أفاد في مقام التفصي عن هذا الإشكال - أعنى: إشكال اختلاف النسبتين - مع التزامه بان مورد الأثر الشك في الصحة: ان الصحة المشكوكة تارة تلحظ بمفاد كان التامة. و أخرى تلحظ بمفاد كان الناقصة. فان لو حظ في مورد الشك وجود الصحة بلا لحاظ اتصاف عمل خاص بها، كان ذلك بمفاد كان التامة. و ان لو حظ وجود اتصاف عمل بها، بان لو حظت وصفا لعمل خاص كانت بمفاد كان الناقصة. و عليه فلا ملزم للالتزام بان الملحوظ في هذا القسم هو اتصاف العمل بالصحة، بل ليس هو الا صحة العمل فانه مورد الأثر، فيمكن لحاظه بمفاد كان التامة.

و عليه، فلا مانع للجمع بين القاعدتين من جهة تباين نسبتهما، لاتحادهما ذاتا «١».

ثانيها: ما ذكره المحقق الأصفهاني بعد تفصيه عن إشكال تباين النسبتين بما عرفت و هو: انه لا جامع بين الشك في وجود الشيء و الشك في صحة الشيء كى يتكفل بيان حكمهما دليل واحد «٢».

و ربما يقال: انه يمكن تصوير الجامع بان يكون عنوان المشكوك، فيتكفل الدليل إلغاء الشك، و البناء على تحقق المشكوك و ثبوته أعم من نفس العلم و صحته.

و يشكل على هذا: بان موضوع الكلام تصوير الجامع في مرحلة متقدمة على الشك، فالمطلوب تصوير الجامع في متعلق الشك، بحيث يكون الدليل متكفلاً لبيان إلغاء الشك فيه فيعم القسمين، و هو لا يتصور بين الصحة و الوجود.

و للمحقق الأصفهاني بيان لإمكان تصوير الجامع و عدم مانعية ما ذكره من

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣-٢٩٦- الطبعة الأولى.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣-٢٩٦- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٣

اختلاف متعلق الشك و عدم الجامع له، محصله: ان الصحة التي تكون متعلقاً للشك و يكون الشك فيها مورداً للقاعدة، تارة: تكون

بمعنى ترتب الأثر. و أخرى: تكون بمعنى استجماع العمل للأجزاء و الشرائط و الثالثة: تكون عنوانا انتزاعيا للاستجماع. فإن كان المراد بها الأول و الثالث، كان ما ذكر من عدم تصور الجامع بين المتعلقين مسلما كما لا يخفى. و لكن الأمر ليس كذلك، إذ ليس مفاد القاعدة المتكفلة لإلغاء الشك ترتب الأثر و لا العنوان الانتزاعي، إذ ليس هو موضوعا للأثر، بل مفادها استجماع العمل للشرائط و الأجزاء المذمومة هو موضوع الآثار الشرعية و العقلية، فيرجع الشك في الصحة إلى الشك في وجود الكل، فيكون متعلق الشك بقسميه هو الوجود- و ان اختلف موضوعه، حيث انه تارة يكون الكل و أخرى يكون الجزء- و ذلك كاف في تحقق الجامع (١).

و لكن ما أفاده (قدس سره) لا يجدى شيئا، لما أشار إليه المحقق العراقي (٢) من: ان موضوع الأثر قد يكون صحة العمل الخارجي لا وجود العمل التام و تحققه في الخارج، فرجوع متعلق الشك إلى وجود الكل، بحيث يكون مفاد القاعدة وجود الكل لا- كلية الموجود. لا يتلاءم مع ما ذكرناه من كون موضوع الأثر في بعض الموارد تامة الموجود لا وجود التام. هذا، و لكن بعد ان أرجعت الصحة إلى مفاد كان التامة، بحيث اتحد المتعلقان نسبة، فما ذكر من عدم تصور الجامع بالتقريب الثاني لا مجال له، إذ يمكن تصور جامع عنواني يشار به إلى كلتا صورتين- لأنه لا يلزم كونه جامعا حقيقيا ذاتيا- كلفظ الموصول، أو لفظ: «شيء»، فيقال مثلا: «إذا شككت في وجود شيء فابن على وجوده» أو: «كل ما شككت في وجوده فابن عليه»، فانه يعم الشك في وجود

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٢٩٦ الطبعة الأولى.

(٢) البروجردى الشيخ محمد حسين. نهاية الأفكار ٤- ٣٨- طبعة مؤسسة النشر الإسلامي.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٤

ذات العمل و وجود صحة العمل فانها شيء من الأشياء.

ثالثها: ان متعلق أحد الشكين أصل وجود الشيء و متعلق الآخر صحة الشيء مع الفراغ عن أصل وجوده. فالشيء في أحدهما مفروض الوجود و في الآخر ليس بمفروضه، و لا جامع بين ما هو مفروض الوجود و ما هو ليس بمفروضه. و لكن هذا التقريب غير تام كأخويه السابقين، لأنه بعد ان عرفت ان إمكان أخذ متعلق كلا الشكين بمفاد كان التامة، فلا ملزم حينئذ لأخذ فرض الوجود في أحدهما بل هو غير ملحوظ أصلا، لأنه فرع كون المأخوذ مفاد كان الناقصة، بحيث يكون أصل الوجود مفروغا عنه و الشك فيما يتعلق به من الصحة. أما مع أخذ المتعلق هو الصحة بمفاد كان التامة، فلا تصل النوبة إلى أخذ فرض الوجود في المتعلق، إذ لا معنى له.

نعم، العمل في المورد مفروض الوجود، و لكن ذلك أجنبى عن متعلق الشك.

رابعها و خامسها: ان الجزء لما كان في مرحلة جزئية مندكا في الكل فلا يلاحظ مع لحاظ الكل الا بنحو الاندكاك و باللحاظ الآلى، و انما يلاحظ بالاستقلال في مرحلة سابقة عن لحاظ الكل، فلحاظه الاستقلالى سابق رتبة على لحاظه الآلى.

فإذا أريد بيان حكم الشك في الكل و الجزء بدليل واحد، فلا بد من لحاظهما معا بنحو الاستقلال، فيلزم حينئذ اجتماع لحاظين للجزء أحدهما آلى و الآخر استقلالى، كما و يلزم تأخر المتقدم رتبة و هو اللحاظ الاستقلالى كما لا يخفى. و كلا هذين الأمرين ممتنعان.

و قد تفصى المحقق النائيني (قدس سره) عن ذلك بما محصله: ان الشك في الأجزاء لم يلاحظ في جعل القاعدة الواحدة كما لو حظ نفس المركب، و انما المجمعول ابتداء هو عدم الاعتناء بالشك بعد التجاوز عن العمل، ثم قامت الأدلة الخاصة على اعتبار القاعدة في موارد الشك في الأجزاء، فهي حاكمة على الأدلة الأولية.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٥

فلو لا قيام الأدلة الخاصة لاختصاص مورد القاعدة بالشك بعد الفراغ، و لذلك يقتصر في التعدي إلى الاجزاء بمقدار ما قام الدليل بالنسبة إليه.

و من هنا يظهر الوجه في خروج اجزاء الطهارات الثلاث عن موضوع القاعدة، لاختصاص الأدلة باجزاء الصلاة، فلا يتعدى منها إلى غيرها لعدم الدليل على إلحاقها بها، كما انها ليست بداخله «تحت خ ل» في ضمن الدليل الأولى.

و لا حاجة بعد هذا إلى تعليل خروجها بورود تخصيصها بالأخبار أو الإجماع.

هذا ملخص ما أفاده المحقق المذكور (قدس سره). و وجه التفصي به واضح بين، إذ الملحوظ ابتداء ليس الا الكل فلا يجتمع لحاظان كما لا يلزم تأخر المتقدم «١».

و لكنه غير تام، لأن الدليل الحاكم المتكفل لبيان اعتبار القاعدة في الاجزاء.

ان كان لسانه و مفاده هو الكشف عن أن المراد بموضوع الحكم في الدليل الأولى أعم من الجزء و الكل، فيكون مفاده إخبارياً، و يثبت للجزء نفس الحكم الثابت للكل بدليله، عاد المحذور بالنسبة إلى الدليل الأولى - كما لا يخفى - و ان كان مفاده تنزيل الجزء منزلة الكل في الحكم بجعل حكم مماثل له، كان ذلك التزاماً بتعدد القاعدة، و هذا يعني الالتزام بالمحذور.

و بالجملة: فما ذكره (قدس سره) إما لا يجدى في دفع المحذور، أو يرجع إلى الالتزام بالمحذور.

فالأولى في التفصي عنه أن يقال: ان المحذور انما يرد لو كان الملحوظ عند جعل القاعدة نفس الجزء و الكل، و لكن لحاظ المصاديق بخصوصياتها في جعل الحكم عليها غير لازم - كما هو الحال في القضايا الحقيقية - بل هو غير ممكن

(١) الكاظمي الشيخ محمد علي. فوائد الأصول ٢- ٢٣٢- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٦

بالنسبة إلى بعض الموارد لعدم تنامي المصاديق أو تميزها فيها، بل يكفي في جعل الحكم على المصاديق من لحاظها بعنوانها المنطبق عليها - كما يقرر ذلك في بيان الوضع العام و الموضوع له الخاص - و الحكم عليها بواسطة العنوان، فيكون موضوع الحكم هو العنوان و هو الملحوظ دون المصاديق.

و على هذا فلا ملزم للحاظ الجزء و الكل بأنفسهما عند جعل القاعدة، بل مع لحاظ جامعتهما العنوانى و هو لفظ: «الشيء» مثلاً و جعله موضوع الحكم فيها.

و عليه، فلا يبقى لما ذكر مجال، لوحدة اللحاظ و عدم تعدده، كى يلزم ما ذكر من اجتماع اللحاظين و تأخر السابق لعدم لحاظ الجزء و لا الكل بأنفسهما.

سادسها: ما ذكره الشيخ في التنبيه الرابع لا بعنوان المحذور «١»، و لكن المحقق النائيني ذكره محذورا يتحقق من وحدة القاعدة، و هو محذور التدافع.

و محصل ما ذكره (قدس سره): انه إذا شك في الإتيان بالجزء في أثناء العمل بعد التجاوز عن محله، فباختبار لحاظ الجزء بنفسه يصدق انه تجاوز عن محله فلا يعتنى بالشك و باعتبار لحاظ المركب بما هو يصدق انه لم يتجاوز فيه عليه التدارك. فيلزم التدافع في مفاد القاعدة بلحاظ الاعتبارين.

و بعد ان ذكر هذا، أورد على نفسه: بان التدافع حاصل على القول بتعدد القاعدة، فانه بمقتضى قاعدة التجاوز لا يعتنى بالشك لحصول التجاوز عن محل المشكوك، و بمقتضى قاعدة الفراغ يعتنى بالشك لعدم حصول التجاوز عن المركب.

و أجاب عنه: بأنه مع تعدد الجعل تكون قاعدة التجاوز حاكمة على قاعدة الفراغ، لأن الشك في صحة العمل و فساده مسبب عن الشك في الإتيان بالجزء، و المفروض ان الشك السببي يلغى بقاعدة التجاوز فينتفى موضوع قاعدة الفراغ تعبدًا، و هو الشك في

الصحة و الفساد.

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤١٢- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٧

ثم أورد على نفسه: بأنه لا فرق في حكومة أحد الأصليين على الآخر بين ان يكونا مجعولين بجعلين - كما هو الحال في الاستصحاب و البراءة- أو بجعل واحد- كحكومة أحد الاستصحابين على الآخر. فمع شمول القاعدة لمورد قاعدة التجاوز- و هو الشك في الجزء بعد التجاوز عنه- تتحقق الحكومة بلا فرق بين الجعل الواحد و الجعلين.

و أجاب عنه: بان حكومة أحد الأصليين على الآخر- المجعولين بجعل واحد- تتوقف على تحقق موردهما في حد أنفسهما، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأن جريان قاعدة الفراغ يتوقف على الانتهاء من العمل، و هو غير متحقق لفرض الشك في الأثناء، فلا موضوع لقاعدة الفراغ كى يقال بحكومة قاعدة التجاوز عليها، بل المتحقق فيه عكسها. فالمورد باعتبار يدخل في القاعدة، و باعتبار آخر يدخل في عكسها، و لا وجه لدعوى الحكومة في مثل هذا.

قمي، سيد محمد حسيني روحاني، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ ه ق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)؛ ج ٧، ص: ١٣٧

هذا ملخص ما أفاده في تقريب المحذور «١».

و لكنه لا يرجع إلى محصل، لأن التدافع المدعى.

ان كان بين قاعدة التجاوز و قاعدة الفراغ، فالمفروض انه لا موضوع لقاعدة الفراغ، لكون الشك في أثناء العمل- و بذلك قرر عدم الحكومة- فليس في البين الا قاعدة التجاوز.

و ان كان التدافع بين منطوق القاعدة و مفهومها بلحاظ الاعتبارين، فإذا كان المورد- بلحاظ الجزء- مشمولاً للقاعدة الواحدة المجعولة- لأنه مورد قاعدة التجاوز المفروض شمول القاعدة لمواردها لأنها قاعدة جامعة- يندفع التدافع بالحكومة، لأن الشك في الصحة مسبب عن الشك في وجود الجزء كما عرفت، فجريان القاعدة بلحاظ الجزء يوجب انتفاء الشك بلحاظ الكل تبعداً.

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢- ٤٦٥- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٨

هذا، مع انه يمكن ان يقال: بعدم وصول النوبة إلى الحكومة، و ذلك لأنه سيأتى في دفع المحذور السابع: انه قد أخذ التجاوز في مورد القاعدة- بناء على وحدتهما- بالمعنى الأعم من الحقيقي- المتحقق في الشك في الصحة- و الادعائى المسامحى- المتحقق في الشك في الوجود على ما سيظهر- فمورد الحكم بالتعبد هو التجاوز بالمعنى الأعم، و مقتضى ذلك انه إذا تحقق التجاوز بأى معنى كان يتحقق موضوع التعبد و الحكم بإلغاء الشك، و المفروض ان التجاوز بأحد معنييه- و هو المسامحى- متحقق في الفرض فيتحقق موضوع القاعدة، و تجرى بلا إشكال و لا تدافع. فالتفت.

سابعها: ان اسناد التجاوز إلى الشيء في مورد قاعدة التجاوز اسناد مجازى مسامحى، لأن الشيء لا يعلم تحققه كى يتجاوز عنه، و انما يسند حقيقة في هذا المورد إلى المحل. و اسناده إلى الشيء في مورد قاعدة الفراغ اسناد حقيقى لتحقيق العمل خارجاً فيصدق التجاوز عنه حقيقة، فنسبة التجاوز إلى الشيء في أحد الموردين مجازية و فى الآخر حقيقية، و حيث لا جامع بين النسبتين- لأن النسبة من

المعاني الحرفية- امتنع تكفل دليل واحد لبيان حكم الموردین بالنسبة إلى المتجاوز عنه. و يمكن التخلص من محذور هذا التقريب بان اختلاف النسبتين انما يتحقق في صورة ما إذا أريد من التجاوز في كلا الموردین معناه الحقيقي الموضوع له، فان اسناده إلى الشيء يختلف حقيقة و مجازا باختلاف الموردین. اما إذا أرجعنا المسامحة في الإسناد المتحققه في مورد قاعدة التجاوز إلى المسامحة في الكلمة، بان التزنا في التجاوز بمعنى أعم، بحيث يكون اسناده إلى الشيء في هذا المورد بهذا المعنى حقيقيا. لم تختلف النسبتان حينئذ. و بالجملة: التخلص عن المحذور يكون بالالتزام بمعنى للتجاوز أعم من معناه الحقيقي، بحيث يكون اسناده إلى الشيء في كلا الموردین بهذا المعنى حقيقيا، فيرجع

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٣٩

المجاز إلى الكلمة لا الإسناد، فانه بذلك لا اختلاف بين النسبتين، فيمكن تكفل دليل واحد لحكهما معا. و بهذا جميعه تبين انه لا مانع ثبوتا من الجمع بين القاعدتين و وحدتهما، إذ لم يتم شيء من هذه المحذورات المذكورة كما عرفت. و في قبال القول بعدم إمكان وحدتهما ثبوتا القول بلا بديء وحدتهما ثبوتا، و رجوع قاعدة الفراغ إلى قاعدة التجاوز. بتقريب: ان الشك في صحة العمل ينشأ دائما عن الشك في وجود جزء أو شرط في ذلك العمل باعتبار ان الصحة عبارة عن الوصف الانتزاعي المنتزع عن مطابقة المأتي به للمأمور به. و قاعدة التجاوز تتكفل إلغاء الشك في وجود الشيء بعد تجاوز محله، فيرتفع الشك في الصحة تعبدا، فاعتبار قاعدة الفراغ على هذا يكون لغوا «١».

و لكنه محل نظر، لأن قاعدة الفراغ تجرى في موارد لا- تجرى فيها قاعدة التجاوز، كما لو شك بعد الفراغ من الصلاة في تحقق الموالاة بين حروف الكلمة أو كلمات الآية، فان مثل هذا الموالاة لا تعد عرفا وجودا مستقلا يتعلق به الشك و يكون الشك فيه موضوعا للتعبد بإلغائه، كي يكون الشك فيها من موارد قاعدة التجاوز، بل الشك فيها يرجع في نظر العرف إلى الشك في صحة الكلمة أو الآية- لأنها بنظره من شئونها و أطوارهما- ففي مثل هذا المورد لا يكون الشك في صحة الصلاة مسببا عن الشك في وجود شيء كي يكون محكوما بقاعدة التجاوز و مرتفعا بها تعبدا.

و أيضا: يعتبر في قاعدة التجاوز- كما سيتضح- الدخول في الغير المترتب على المشكوك، و هذا لا يعتبر في قاعدة الفراغ، بل المعتبر فيها هو البناء النفسى على الانتهاء من العمل، سواء دخل في الغير أم لم يدخل. و بذلك يتعدد موردهما أيضا

(١) الواعظ الحسينى محمد سرور. مصباح الأصول ٣- ٢٧١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٠

و لا يتحد كي ترجع الثانية إلى الأولى للحكومة و لزوم اللغوية، و ذلك كما يظهر في مثل ما لو شك بعد الفراغ من العمل في الجزء الأخير منه و لم يكن قد دخل في عمل آخر مترتب عليه، فانه لا مجال في مثل هذا لجريان قاعدة التجاوز لعدم توفر شرطها مع انه مورد لقاعدة الفراغ.

و المتحصل: ان ما ذكر انما يتم لو كانت موارد قاعدة الفراغ كلها أو الأغلب منها قابله لجريان قاعدة التجاوز، و لكن الأمر ليس كذلك، فان هناك موارد جمه تكون مجرى لقاعدة الفراغ دون قاعدة التجاوز، فاعتبار قاعدة الفراغ على هذا لا يكون لغوا. هذا، مع أن الحكومة انما تثبت في موارد السببية و المسببية الشرعية و ليس ما نحن فيه كذلك، لأن الصحة ليست من الآثار الشرعية لوجود الجزء بل هي معنى انتزاعي يحكم به العقل، و ليس مجعولا- شرعيا فالأصل الجارى في إثبات الجزء لا- يكون حاكما على الأصل الجارى في إثبات الصحة، فلاحظ و لا تغفل.

هذا كله في مقام الثبوت، الذى بقين منه: انه يمكن ثبوتا أن يكون كل من القاعدتين قاعدة مستقلة بنفسها، كما يمكن كونهما قاعدة

واحدة، كما يمكن رجوع قاعدة التجاوز إلى قاعدة الفراغ- كما عليه المحقق النائيني- و هناك احتمال آخر و هو عدم وجود قاعدة التجاوز بالمرّة و انه ليس إلا قاعدة الفراغ، فالاحتمالات أربعة.

و أما الكلام في مقام الإثبات، فهو حول ما يتكفله الدليل من تعيين أحد هذه الاحتمالات الأربعة، فنقول- و بالله الاعتصام. □
أما الاحتمال الثاني- و هو كونهما قاعدة واحدة- فلا- يساعد عليه الدليل، لأنه مبني- كما عرفت- على الالتزام بالتوسع في معنى التجاوز و كونه أعم من المعنى

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤١

الحقيقي، و هذا لا- مجال له بالنسبة إلى بعض النصوص «١»، مما يمكن ان تكون نسبة التجاوز و المضى فيها إلى الشيء بمعناه الحقيقي نسبة حقيقية، فانه مع إمكان حمل اللفظ على ظاهره اللغوي لا وجه للتصرف فيه و حمله على غير معناه الموضوع له.
و أما الاحتمال الثالث- و هو رجوع قاعدة التجاوز إلى قاعدة الفراغ بالتقريب السابق الذي ذكرناه في دفع المحذور الرابع من كون المجعول أولاً هو قاعدة الفراغ ثم نزل الشك في وجود الجزء منزلة الشك في الكل في خصوص باب الصلاة- فهو ممتنع من جهتين.
الأولى: عدم اختصاص قاعدة التجاوز مورداً بالصلاة، بل تجرى في غيرها كما ستعرف.

الثانية: انه مع تسليم الاختصاص بالصلاة، فلا دليل على ان ذلك- أعني عدم الاعتناء بالشك في الجزء فيها- كان من باب التنزيل أو الحكومة، كما قرره (قدس سره)، كى يرجع الجعل إلى قاعدة واحدة هي قاعدة الفراغ، إذ لا ظهور من لفظ النصوص في ذلك.
هذا، و يمكن ان يقرب ما أفاده (قدس سره): ان الروايات الواردة في إلغاء الشك في اجزاء الصلاة مذيلة بحكم عام، كقوله عليه السلام في رواية زرارة الآتية: «إذا خرجت من شيء و دخلت في غيره فشككك ليس بشيء» «٢»، و قوله في رواية إسماعيل الآتية: «كل شيء شك فيه مما قد جاوزه و دخل في غيره فليمض عليه» «٣». و هذا الحكم العام ظاهر في كون موضوعه الشك في الصحة لا الوجود، كما هو مقتضى لفظ التجاوز و المضى على المشكوك و الخروج منه فان جميع ذلك ظاهر في كون الشيء مفروغا عن وجوده، و إنما الشك في شأن من شئونه و هو

(١) كقوله عليه السلام: كل شيء شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو.

(٢) وسائل الشريعة ٥- ٣٣٦ باب: ٢٣ من أبواب الخلل، الحديث: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٤- ٩٧١ باب: ١٥ من أبواب السجود، الحديث: ٤.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٢

الصحة.

و إذا تم هذا، يظهر ان تطبيق هذا الحكم على المصاديق المذكورة في الصدر لا يكون إلا من باب تنزيل الشك فيها منزلة الشك في الصحة، و هو مما يقتصر فيه على مورده المتيقن و هو خصوص اجزاء الصلاة.

هذا غاية ما يمكن ان يوجه به ما أفاده (قدس سره)، لكن يرد عليه: ان الذيل إذا كان ظاهراً في كون الموضوع هو الشك في الصحة فالتحفظ عليه يستلزم التصرف في ظهور الصدر و حمل المصاديق المذكورة فيه على بيان مصاديق الشك في الصحة لا الوجود، إذ ليست دلالتها على إرادة الشك في الوجود بنحو النص الذي لا يمكن التصرف فيه.

فتكون الروايات ظاهرة صدرها و ذيلها في بيان قاعدة الفراغ كما سنقره.

و لو لم يمكن الجمع بذلك، فما أفاده من الجمع بحمل الرواية على التنزيل ليس جمعاً عرفياً و نتيجة ذلك إجمال النصوص و عدم استفادة شيء منها. فلاحظ.

و أما الاحتمال الأخير (الرابع)- و هو عدم الأساس لقاعدة التجاوز، و ان المجعول ليس الا قاعدة الفراغ، فلا يلغى الشك في الوجود

شرعا- فهو و ان كان احتمالا في قبال الفتاوى و الإجماع، لكنه مما يمكن الجزم به عند لحاظ روايات الباب المستدل بها على ثبوت القاعدة، فان عمدتها روايتا زرارة «١»، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل شك في الأذان و قد دخل في الإقامة؟ قال عليه السلام: يمضى. قلت: رجل شك في الأذان و الإقامة و قد كبر؟. قال عليه السلام: يمضى. قلت: رجل شك في التكبير و قد قرأ؟. قال عليه السلام: يمضى. قلت: شك في القراءة و قد ركع؟. قال عليه السلام: يمضى، قلت: شك في الركوع و قد سجد؟. قال عليه السلام: يمضى على صلاته. ثم قال: يا زرارة إذا خرجت من شيء ثم دخلت

(١) وسائل الشيعة ٥- ٣٢٦ باب: ٢٣ من أبواب الخلل الحديث: ١.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٣

في غيره فشكك ليس بشيء- و إسماعيل بن جابر «١»- عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث قال: ان شكك في الركوع بعد ما سجد فليمض، و ان شكك في السجود بعد ما قام فليمض، كل شيء شك فيه مما قد جاوزه و دخل في غيره فليمض عليه. و قبل الكلام فيهما لا بد من بيان شيء، و هو: ان الشك في الشيء قد يطلق و يراد به الشك في أصل وجود الشيء. و قد يطلق و يراد به الشك في شأن من شأن الشيء مما يرجع إلى صحته مع تسليم وجوده، فهو قابل لكلا الإطلاقين، الا انه مع عدم القرينة ظاهر عرفا في الأول- أعني الشك في وجود الشيء- إذا عرفت هذا فنقول:

أما رواية زرارة، فصدرها و ان كان يشتمل على التعبير بالشك في الشيء الظاهر عرفا في الشك في وجوده، الا ان ذيلها الوارد بنحو تطبيق كبرى كلية على الموارد الجزئية المذكورة في الصدر ظاهر في كون الشك في صحة الشيء، لقوله فيه: «يا زرارة إذا خرجت من شيء و دخلت في غيره فشكك ليس بشيء»، فان الخروج من الشيء ظاهر عرفا في كون أصل الشيء موجودا، لأنه مع عدم وجوده لا يتحقق الخروج عنه.

فلو لم نقل بان ظهور الذيل في الشك في الصحة مع الفراغ عن أصل الوجود موجب لتغيير ظهور الصدر في الشك في الوجود، بأن يكون المراد من الشك في صحة الشيء، فان التعبير قابل لذلك، لأنه وارد مورد التطبيق، و أقوائية ظهوره في مؤداه من ظهور الصدر. فلا أقل من تصادم الظهورين، فتكون الرواية مجملة لا يعتمد عليها في شيء من القاعدتين. و أما رواية إسماعيل، فالكلام فيها كالكلام في سابقتها، فان قوله: «شك فيه»

(١) وسائل الشيعة ٤- ٩٧١ باب: ١٥ من أبواب السجود، الحديث: ٤.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٤

ظاهر- كما عرفت- في الشك في الوجود، و لكن قوله: «جاوزه» ظاهر في التجاوز عن نفس الشيء، و هو يقتضى تحقق وجود الشيء، فيتصادم الظهوران، لدوران الأمر بين حمل: «جاوزه» على خلاف ظاهره و التصرف فيه بإسناده إلى المحل، أو حمل: «شك فيه» على الشك في صحته. و لا مرجح لأحدهما على الآخر، بل إبقاء ظهور لفظ التجاوز على اسناده الحقيقي أولى، لظهور قوله: «فليمض عليه» في ان تحقق أصل الشيء مفروغ عنه و الا فلا يتحقق المضى عليه، كما لا يخفى.

فالمحصل: عدم إمكان الاعتماد على هاتين الروايتين في إثبات قاعدة التجاوز، فلا يثبت لها أساس في النصوص، فلا يبقى الا قاعدة الفراغ.

و على هذا فلو شك في الصلاة في جزء سابق و قد دخل في غيره، ينبغي له العود للإتيان به، الا إذا كان قد دخل في ركن لفوات محل التدارك حينئذ، حتى مع العلم بترك الجزء. و عليه فان كان الجزء المشكوك من غير الأركان، كالقراءة أو التشهد فلا يبطل عمله بمقتضى حديث: «لا تعاد». و ان كان من الأركان، كالركوع بعد دخوله في السجدة الثانية حكم بطلان عمله و لزوم الإعادة.

و لو انتفى هذا الاحتمال أو لم يمكن الالتزام به، فلا- محيص عن الالتزام بتعدد القاعدتين، وان أحدهما- و هي قاعدة التجاوز- موضوعها الشك في وجود الشيء بعد التجاوز عن محله. و الأخرى- و هي قاعدة الفراغ- موضوعها الشك في صحة الشيء بعد فرض وجوده، و على هذا البناء يقع الكلام في الجهات الأخرى للبحث.

الجهة الثالثة: في عموم قاعدة التجاوز لجميع صور الشك في الوجود

، أو اختصاصها بالصلاة، كما ذهب إليه المحقق النائيني على ما عرفت. و قد استدلل للعموم بإطلاق لفظ: «شيء» في رواية زرارة، و عموم لفظ: «كل شيء» في رواية إسماعيل. فانهما غير ظاهرين في خصوص شيء دون آخر، فلا محيص عن الالتزام بالعموم، لدلالتهما على ذلك. و لكن من خص جريانها باجزاء الصلاة قرب عدم دلالة الروايتين على القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٥

العموم، بان: «شيء» في رواية زرارة لفظ مطلق و دلالة المطلق على الإطلاق انما هو بتمامية مقدمات الحكمة، و إحداها عدم وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب، و هي منتفية في المقام لوجود القدر المتيقن في مقام التخاطب و هو اجزاء الصلاة- باعتبار كونها مورد الرواية- فلا- يمكن التمسك بإطلاق لفظ: «شيء» لعدم انعقاده. و اما لفظ: «كل شيء»، فهو كسابقه، لأن، «كل» لا تدل على العموم بنفسها و انما بلحاظ دلالة مدخولها، و بعبارة أخرى: ان: «كل» تدل على عموم ما يراد من مدخولها، و الا فهي بنفسها غير دالة على الاستغراق و العموم، فتوقف دلالتهما على العموم على انعقاد مقدمات الحكمة في لفظ: «شيء» الذي هو مدخولها، و إحداها- و هي عدم القدر المتيقن في مقام التخاطب- منتفية، لوجوده و هو مورد السؤال.

و لكن هذا التقريب انما يتجه صدوره ممن يقول باعتبار عدم القدر المتيقن في مقام التخاطب من مقدمات الحكمة- كالمحقق الخراساني- اما من لا يقول بتوقف انعقاد الإطلاق على عدم وجود القدر المتيقن- كالمحقق النائيني-، فصدور هذا التقريب منه غير واضح الوجه.

مع ان نفس المبنى مناقش فيه، إذ لا- يلتزم أحد بحمل المطلقات على خصوص موارد-ا- حتى المحقق الخراساني- فلا وجه لاعتبار عدم القدر المتيقن في مقام التخاطب في التمسك بالمطلقات.

و لو تنزل على ذلك، فما ذكر في الرواية الثانية من ان لفظ: «كل» لا تدل على العموم بالوضع، بل بمقتضى دلالة مدخولها، فالمتبع هو عموم المدخول، و هو يكون بتمامية مقدمات الحكمة، و هي غير تامة كما عرفت.

غير وجيه، لما حقق في محله من ان: «كل» من ألفاظ العموم بحيث تدل عليها بالوضع، فلا يحتاج في دلالتها عليه إلى تمامية مقدمات الحكمة. و كلام المحقق الخراساني مختلف من هذه الناحية.

و بالجملة: فما ذكر في التخصيص باجزاء الصلاة انما يتم بتمامية أمرين

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٦

أحدهما: اعتبار عدم القدر المتيقن في مقام التخاطب من مقدمات الحكمة.

و الاخر: عدم دلالة: «كل» على العموم بالوضع، بل باعتبار ما يراد من مدخولها.

أما قاعدة الفراغ، فهي عامة لجميع الأعمال، لأنه و ان كانت بعض رواياتها واردة في الطهور و الصلاة، الا ان هناك روايتين يتمسك بهما للعموم:

إحداهما: رواية: «كل ما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو» فان: «كل» دالة على العموم و لا ظهور لها في فرد دون آخر.

و الأخرى: رواية باعتبار ما ذكر فيها من قوله عليه السلام: «فانه حين يتوضأ أذكر منه حين يشك»، فانه و ان لم يكن تعليلاً- كما قيل-

لكنه أشبه به، و لسانه لا- يختص بالوضوء- و ان كان موضوعه- بل هو ظاهر في ان الشخص حين يتوجه للعمل أو حين يشتغل فيه يكون أكثر التفاتا إلى خصوصيات العمل و جزئياته المعتبرة فيه من وقت شكه، و هذا لا يختص بعمل دون آخر. فالمتحصل مما ذكرناه: ان كلتا القاعدتين تجريان في جميع الموارد التي تنطبقان عليها.

الجهة الرابعة: في عموم قاعدة التجاوز للشك في جزء الجزء

، كما لو شك في الآية السابقة و هو في اللاحقة، أو في الكلمة السابقة في الآية و هو في اللاحقة، أو في الحرف السابق من الكلمة و هو في اللاحق.

و قد قرب عدم عمومها و اختصاصها بجزء العمل بوجوه ثلاثة:

الأول: ما قرره المحقق النائيني من: انه لا وجود لقاعدة التجاوز كي يتمسك بعموم دليلها أو إطلاقه، و انما هي من باب تنزيل الجزء منزلة الكل، و إلحاقه حكما بالكل، فلا بد من الاقتصار على المقدار المنزل منزلة الكل، و ليس في أدلة التنزيل ما يتكفل تنزيل جزء الجزء منزلة الكل، بل هي مقتصرة في التنزيل على خصوص الاجزاء كما لا يخفى على من لاحظ الروايات.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٧

و هذا الوجه قد عرفت ما فيه من عدم الدليل إثباتا على تكفل الدليل تنزيل الجزء منزلة الكل، بل ظاهره- لو تم- بيان قاعدة كلية عامة.

الثاني: ان المعتمد في قاعدة التجاوز، التجاوز عن محل المشكوك، فلا بد من فرض محل له قد جعله الشارع و قرره، بحيث يكون فرض المحل امرا زائدا على المأمور به لا- أمرا يتقوم به المأمور به، فمع عدم وجود محل مقرر له شرعا لا- يتحقق موضوع قاعدة التجاوز، فلا- وجه لجريانها، و جزء الجزء لا- محل له كي يقال تجاوز عنه، فمثلا: امر الشارع بتكبيره الإحرام في الصلاة و هي: «الله أكبر»، فسبق كلمة:

«الله» على كلمة: «أكبر» ليس امرا ملحوظا لدى الشارع و مأمورا به، بل ليس المأمور به الا التكبير لا أجزاءها، و السبق المذكور من مقوماتها، فلا- يقال لمن عكس و قال: «أكبر الله» انه جاء بالمأمور به (التكبيره خ ل) من غير ترتيب، بل يقال انه لم يجئ بالمأمور به، فالترتيب المذكور من مقومات المأمور به لا أمر زائد عليه تعلق به الأمر الشرعي.

و هذا الوجه غير تام، لأنه لا دليل على ما ذكره فيه من فرض كون المحل امرا زائدا على المأمور به مقرر من قبل الشارع، بحيث يلحظ الترتب الشرعي، بل الأدلة بالنسبة إلى المحل عامة فهي تدل على انه لو تجاوز عن محل الشيء المقرر له مطلقا سواء كان التقرير شرعيا- كأجزاء الصلاة- أو غيره- كما في آيات السورة و كلمات الآية و أحرف الكلمة- فانه يصدق التجاوز عن المحل بالنسبة إلى كل هذه الأمور.

الثالث: دعوى الانصراف ببيان: ان لفظ: «الشيء» في الروايات منصرف إلى الأجزاء بخصوصها دون أجزائها، فعليها يحمل اللفظ، فتختص القاعدة بها. و هذا كانصراف لفظ: «الحيوان» في أدلة عدم جواز الصلاة في اجزاء غير المأكول منه عن الإنسان إلى غيره.

و قد ذهب المحقق الأصفهاني إلى تمامية هذه الدعوى بالنسبة إلى أحرف

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٨

الكلمة، لأنها و ان كانت شيئا بالدقة، لكن لفظ: «الشيء» في الرواية لا يشملها عرفا و ينصرف عنها.

و هذه الدعوى لا تبني على برهان كي يناقش فيه، بل هي دعوى وجدانية يسهل لكل أحد المناقشة فيها بدعوى عدم الانصراف.

و التحقيق: ان المعتمد في جريان قاعدة التجاوز هو الدخول في الغير المترتب، بحيث تكون ذات الغير المأمور بها محرزة، و ان لم يحرز بكونها امتثالا لفرض الشك في الجزء السابق.

و عليه، نقول: ان المركب المؤلف من اجزاء.

تارة: يكون الإخلال بأحد اجزائه لا يوجب سلب وصف الجزئية عن سائر الاجزاء بحيث يكون ذات الجزء متحققه، كما لو لم يجرى بالركوع و أتى بالسجود، فانه يصدق على السجود انه ذات الجزء المترتب عليه، فمع الشك في الركوع و هو في السجود يكون الشك بعد الدخول في غير المترتب.

و أخرى: لا يكون كذلك، بل يكون الموجود من الاجزاء في ظرف فقدان البعض الاخر مابيننا عرفا للموجود مع وجود البعض الآخر، و في مثله لو شك في بعض الاجزاء و قد دخل في غيرها لا- يصدق انه دخل في الغير المترتب على المشكوك لاحتمال فقدان المشكوك، فيكون هذا الجزء مابيننا للمأخوذ في العمل بذاته، فلا يكون قد دخل في الغير المترتب- و لو كان ترتيبه عقليا- و هذا نظير اجزاء الكلمة الواحدة فان الراء من: «أكبر» لا تتصف بأنها جزء: «أكبر» الا إذا جرىء بالكلمة بتمامها، فالانضمام كما هو شرط للامثال يكون مقوما لصدق عنوان المأمور به و صيرورة كل حرف جزء لذات المأمور به.

و عليه، فمع الشك في التلطف بالكاف و قد دخل في الراء لا يصح إجراء قاعدة التجاوز، لعدم إحراز الدخول في الغير. و مثله التكبير المتقوم بكلمة: «الله أكبر».

بالنحو الخاص، فان انضمام الكلمتين مقوم لصدق عنوان التكبير على اجزائه، و كل

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٤٩

كلمة بمفردها لا- تكون جزء للتكبير، فمع الشك في قول: «الله» و هو في: «أكبر» لا- مجال لإجراء قاعدة التجاوز. و لعل مثله اجزاء الآية، و كل عنوان واقعى يتقوم بالمجموع كالحمد و الشهادة و نحو ذلك.

و الضابط: هو ما عرفت من عدم تحقق ذات الجزء مع الإخلال بالجزء الآخر، بحيث يعد المتحقق مابيننا بذاته لجزء المأمور به المنضم إلى غيره و قد يقع الإشكال في تشخيص بعض المصاديق.

فالتفصيل في جريان قاعدة التجاوز في جزء الجزء بالنحو الذى عرفت هو المتعين.

ثم إن ثمره هذا المبحث تكون كثيرة لو لم نقل بجريان قاعدة الفراغ في مورد الشك في صحة الجزء بعد الفراغ منه، فانه مع البناء على جريان قاعدة التجاوز بالنسبة إلى جزء الجزء لو شك بعد الفراغ من الجزء في جزء الجزء لا تجب الإعادة، و مع البناء على عدم جريانها تجب.

أما مع القول بجريان قاعدة الفراغ في الجزء بعد الفراغ منه، فلا يختلف الحال عملا في مورد الشك بعد الفراغ عن الجزء في جزئه باختلاف البناءين، لجريان قاعدة الفراغ في الجزء نفسه، لأن الشك المذكور يرجع إلى الشك في صحته بعد الفراغ منه، و هو مورد القاعدة. فظهور الثمرة العملية ينحصر- على هذا القول- في مورد الشك في أثناء العمل.

الجهة الخامسة: في عموم قاعدة التجاوز للشك في الشرط في أثناء المشروط.

و قد ذكر الأصفهاني لمنع العموم وجوها و أجاب عنها.

الأول: ان نسبة الشرط إلى جميع الاجزاء نسبة واحدة، فمع الشك في تحققه في الجزء السابق يشك قهرا بتحقيقه في الجزء اللاحق الفعلى، فإحرازه بالقاعدة بالنسبة إلى الجزء السابق لا يجدى شيئا، لعدم إمكان إحرازه بها بالنسبة إلى الجزء

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٠

الفعلى، لعدم تحقق التجاوز عنه، فيكون اعتبار قاعدة التجاوز في الفرض لغوا، للتلازم بين الشك في شرط الجزء السابق و شرط الجزء الفعلى اللاحق.

و الجواب: ان هذا الوجه انما يتم بالنسبة إلى ما لا يمكن تبديله (حدوثة خ ل) في الأثناء كالطهارة، أما ما يمكن تبديله كالستر، فلا يتم

هذا الوجه فيه، و مثاله: لو لبس في أثناء الصلاة ما يستره قطعاً و شك بعد ذلك في ان ما كان لابسه سابقاً كان ساتراً أو لم يكن، فانه لا- ملازمة في مثل الفرض كما لا يخفى، فاعتبار قاعدة التجاوز لا يكون لغوا لجريانها في هذه الموارد، و هو كاف في رفع اللغوية، فإطلاق المنع لا يخلو عن الخدش.

الثاني: انه يعتبر في قاعدة التجاوز ان يكون الشيء ذا محل، و الشروط لا محل لها كي يتحقق التجاوز عنه.
و الجواب: انه ..

ان أريد بعدم المحل ان المشروط ليس ظرفاً و محلاً للشروط، كما ان الكل ليس محلاً للجزء، فهذا لا يختص بالشرط المقارن بل يعمه و يعم السابق و اللاحق، فكما تجرى القاعدة بالنسبة إلى الشرط السابق- كالوضوء على القول بشرطية نفسه- باعتبار كون محله هو الزمان السابق، فكذلك فلتجر بالنسبة إلى المقارن باعتبار كون محله الزمان المقارن و قد تجاوز عنه الفاعل.

و ان أريد بان الشرط انما هو شرط للمجموع لا- لكل جزء جزء، فلا محل له، و انما المجموع محله. ففيه: انه قد حقق في محله ان الشرط انما هو للمركب، و ثبت بان المركب هو عين الاجزاء بالأسر، فهو شرط للاجزاء بأسرها فيكون شرطاً لكل جزء جزء.
و استشهد على ذلك: بأنه لو انتفى الشرط في بعض الاجزاء دون بعض و أمضى العمل، لا يقال بتبدل الشرط و انه شرط جديد باعتبار ان الشرط الواقعي للمجموع و هذا للبعض، بل يقال بانتفائه في بعض دون آخر. فالتفت.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥١

الثالث: ان الشروط من الكيفيات و الحالات للمشروط، فلا يتحقق التجاوز عنها لا بالحقيقة و لا بالمسامحة، بل التجاوز بكلاً معنيه يتحقق بالنسبة إلى المتكيف بها دونها، فلا مجال حينئذ لجريان قاعدة التجاوز فيها، لعدم صدق موضوعها.

و الجواب: ان الشروط على قسمين: قسم له وجود مستقل، كالستر و الاستقبال و الطهارة، و قسم لا يكون كذلك، بل يكون كيفاً للغير، كالترتيب و الموالات. فالقسم الأول يتحقق بالنسبة إليه التجاوز، فلا يكون مشمولاً لهذا التقريب. نعم يبقى القسم الثاني، فان الكلام فيه تام، لأنه من كيفيات المشروط فلا وجود له إلا بتبع مشروطه.

إلى هنا يظهر ان المحقق الأصفهاني يلتزم بالتفصيل بين ما له وجود مستقل من الشروط و بين ما لا وجود له كذلك، فتجربى القاعدة في الأول دون الثاني.

و قد سبقه إلى ذلك الشيخ و تقريره واضح، لأخذ الشيء موضوعاً للشك الذي هو مورد القاعدة، و واضح عدم صدقه عرفاً على ما لا وجود له بنفسه.

إلا أنه (قدس سره) ذكر بيانا آخر يحقق فيه عدم جريان القاعدة في مطلق الشروط، و محصله: ان التجاوز قد فسر في بعض النصوص بالخروج عن الشيء و الدخول في غيره، و هذا يستدعي المغايرة بين المتجاوز عنه و المتجاوز إليه، و لا إشكال في عدم صدق هذا المعنى عرفاً في الشروط. فان الاستقبال- مثلاً- واحد مستمر، لأنه متعدد بحيث يصدق على الاستقبال في الركعة الثانية انه غير الاستقبال في الأولى، و مع عدم المغايرة لا يتحقق الخروج و الدخول في الغير كما لا يخفى، فلا موضوع لقاعدة التجاوز في الشروط، فلا مجال لجريانها «١».

و هذا التقريب و ان كان بحسب النظر الأولى و غيرها، الا انه يمكن المناقشة فيه بما ذكر في باب استصحاب الأمور التدريجية، من: ان الأمر التدريجي و ان كان

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣- ٣٠٢- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٢

مستمر و متصل و واحداً دقة الا انه قد يعد عرفاً متعدداً بلحاظ طرو بعض الحالات عليه، كما بالنسبة إلى الليل و النهار، فانهما يعدان

عرفا أمرين، مع ان الزمان مستمر لا انقطاع فيه.

وعليه، فالاستقبال - مثلا - وان كان مستمرا غير منقطع، الا انه بلحاظ اعتبار الشروط للمركب - وهو الاجزاء بالأسر - يعد شرطا لكل جزء، فيرى متعددا بنظر العرف بهذه الجهة وان كان واحدا بالنظر الدقي، فتتحقق المغايرة عرفا بين الاستقبال في جزء والاستقبال في جزء آخر، فيصدق الخروج عن الشيء والدخول في غيره.

هذا كله بالنسبة إلى الشروط التي تكون بنفسها متمحضة في الشرطية وليس فيها جهة أخرى غير جهة الشرطية.

وبعد يقع الكلام في الشروط التي تكون فيها جهة أخرى غير جهة الشرطية، بأن تكون بنفسها متعلقا للأمر و موضوعا للأثر ما، نظير صلاة الظهر، فانها شرط في صحة صلاة العصر مع انها بنفسها متعلق للأمر و موضوعا للأثر، فهل مثل هذه الشروط يكون الشك فيها مجرى قاعدة التجاوز بعد الفراغ والبناء على جريانها في الشروط الأخرى.

ووجه تخصيصها بالكلام جهتان:

الأولى: احتمال اختصاص أدلة القاعدة بموارد الشك في القسم الأول من الشروط مضافا إلى الاجزاء.

ويدفعه: ان الأدلة عامة لجميع موارد الشك في الوجود مما كان المشكوك، له محل مقرر و لو كان مركبا تاما، فيتمسك بعمومها، و لا وجه لاحتمال اختصاص الأدلة بموارد دون أخرى.

و يؤيده ورود إلغاء الشك في النص بالنسبة إلى الأذان والإقامة، مع انها ليست جزءا للصلاة، و هي مأمور بها بالاستقلال، لكن لها جهة ارتباط بالصلاة،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٣

ومثلها الأذان.

الثانية: ان مفاد قاعدة التجاوز ليس هو ترتيب الأثر على وجود المشكوك، بل هو البناء على تحقق المشكوك و وجوده، بحيث لا يلزم الإتيان به بعد هذا.

وعليه، فجرى القاعدة في صلاة الظهر في أثناء العصر أو بعدها يقتضى عدم لزوم الإتيان بالظهر بعد تمام العصر، لأن مفادها هو البناء على تحقق المتجاوز عنه، فمقتضاها تحقق الإتيان بالظهر، فلا - وجه حينئذ لوجوب الإتيان بها بعد العصر، مع انه لا يلتزم به أحد. فالالتزام بجريان قاعدة التجاوز يلزم منه ما ذكر، كما ان عدم الالتزام به يستلزم تخصيص دليلها بلا وجه.

و التحقيق في رفع هذه الشبهة، و التوفيق بين عدم الالتزام بعدم لزوم الإتيان بالظهر و جريان القاعدة فيها: ان قاعدة التجاوز و ان كان مفادها هو البناء على وجود المشكوك و تحققه، الا انها انما تقتضى التبعد بالمشكوك بمقداره.

و المشكوك الذي يكون موردا للقاعدة هاهنا ليس هو صلاة الظهر بقول مطلق، لأنها بنفسها و بلحاظها ذاتها، لم يتجاوز عن محلها، و انما يكون التجاوز عن محلها بلحاظ جهة شرطيتها لصلاة العصر. فالمشكوك الذي يكون مورد القاعدة في الفرض انما هو صلاة الظهر بهذا الاعتبار - أعني باعتبار شرطيتها للعصر و دخالتها في صحة العصر - لا بلحاظها نفسها و ذاتها، فجرى قاعدة التجاوز في صلاة الظهر لا ينافي الالتزام بوجوب الإتيان بها بعد العصر.

ثم إن الشيخ رحمه الله فصل - احتمالا لا اختيارا - بين الشروط التي يكون محل إحرازها قبل العمل - كالوضوء - و الشروط التي يكون محل إحرازها أثناء العمل - كالأستقبال - فأجرى قاعدة التجاوز في الأول مع الشك في أثناء العمل دون الثاني، لأنه لا بيد من إحرازه للاجزاء المستقبلية.

فلا بد من الكلام في هذه الجهة، كما لا بد من دفع توهم سراية ما ذكر بالنسبة إلى صلاة الظهر بالإضافة إلى اجزاء العمل، لأن فيها جهة شرطية للاجزاء

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٤

اللاحقة- لارتباطيتها- فإحراز الإتيان بالجزء يجدى لما سبق من الاجزاء دون ما لحق لعدم التجاوز عن محله.

و توضيح الكلام على وجه يتضح به الحال يتوقف على بيان أقسام الشروط- بلحاظ جهة ارتباطها بالعمل التي هي شرط له- و أحكامها.

فنقول: الشروط على أقسام أربعة:

الأول: ان يكون فيه جهة زائدة على جهة الشرطية، كأن يكون موضوعا لحكم بنفسه مضافا إلى جهة شرطية، كأجزاء الصلاة، فان كلا منها مأمور به بنفسه، كما انه شرط لغيره.

الثاني: ان يكون متمحضا في جهة الشرطية، و كان بوجوده الواحد المستمر أو بوجوده المجموعى شرطا لكل جزء من أجزاء العمل، كما لعله يظهر من أدلة اعتبار الاستقبال انه كذلك و أنه أمر واحد معتبر في جميع أجزاء الصلاة.

الثالث: ما كان كذلك و كان شرطا لكل جزء في ظرفه، كالتستر.

الرابع: ما كان كذلك، و لكنه كان مما لا بد من إحرازه قبل العمل، كالوضوء- على قول- أما النحو الأول، فلا إشكال في ان جريان قاعدة التجاوز فيه في الأثناء مجد، لأنه بذاته له محل مقرر شرعا قد تجاوز عنه، فإذا جرت قاعدة التجاوز فيه بلحاظ جهة جزئية تحقق هذا الجزء تعبدا، فيتحقق شرط الاجزاء اللاحقة تعبدا.

فلا وجه حينئذ لأن يقال بعدم إجرائه لعدم تحقق التجاوز عن المحل بالنسبة إلى ما لحق من الاجزاء، لأن إجراءها فيه لا يكون بلحاظ جهة شرطية كى يتأتى ما ذكر، بل لحاظه نفسه و جهة جزئية.

و أما النحو الثاني، فلا مجال لقاعدة التجاوز فيه في الأثناء مع فرض إحرازه بالنسبة إلى الاجزاء اللاحقة لوجهين.

الأول: إن الشرط انما هو الشرط المستمر لا كل جزء منه، فجريان قاعدة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٥

التجاوز فيه بالنسبة إلى الاجزاء السابقة لا يثبت الشرط الا بالملازمة- كما لا يخفى- و هو بنفسه لا أثر له شرعا، لأن الأثر يترتب على وجوده المستمر.

و قد يقال: بأنه يمكن إجراء قاعدة التجاوز فيه و يضم إليها الاستصحاب، بان يستصحب فيثبت استمراره بالاستصحاب، لأنه موضوعه، فيترتب الأثر لأن الشرط هو موضوع الاستصحاب، و لا مانع من استصحاب الشرط كيف ما كان.

لكنه يشكل: بان الاستصحاب يتوقف على ثبوت اليقين السابق بالمستصحب إما الوجداني، أو التعبدي، و كلاهما منتف.

أما الأول: فواضح، لأنه الفرض.

و أما الثاني: فلأنه انما يثبت بقاعدة التجاوز، و جريانها يتوقف على كون موضوعها مما يترتب عليه الأثر بنفسه، و قد عرفت ان لا أثر له مطلقا، فلا تجرى بنفسها فيه.

الثاني: انه يعتبر في جريانها تحقق التجاوز عن محل المشكوك، و إذا كان الشرط هو المجموع أو المستمر لا يتحقق التجاوز عنه ما دام في الأثناء، كما لا يخفى.

و أما النحو الثالث، فلا يرى هناك مانع لجريانها بالنسبة إلى الاجزاء السابقة، لأن المفروض كونه شرطا لكل جزء في ظرفه، فقد تحقق التجاوز عنه بالتجاوز عن نفس الجزء.

و أما النحو الرابع، و هو موضوع الكلام الشيخ، فالحق فيه عدم جريانها فيه في الأثناء، لعدم إجرائها. و ذلك لأن ذات الشرط لا يكون مأمورا به بنفسه، و الا- لكان دخيلا في المركب فيكون جزءا، و هو خلاف الفرض، و انما أخذ التقييد به دخيلا، و جزءا في الصلاة، فالشرطية تنتزع عن أخذ التقييد بالعمل. و معنى التقييد في هذا النحو من الشروط، هو كون العمل المركب مسبوqa بالعمل و هو الوضوء، فحيث ان العمل المركب عبارة عن اجزائه، فكل جزء أخذ فيه مسبوقيه بالوضوء، فإحراز المسبوقية بالقاعدة بالنسبة إلى الاجزاء

السابقة لا يجدى بالنسبة إلى اللاحقة، لأنها القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٦ لم يتجاوز عن محلها، فلا يتحقق موضوع القاعدة بالنسبة إليها. وهذا الكلام بعينه جار في مورد الشك في صلاة الظهر في أثناء العصر، لأن الصورتين بملاك و نحو واحد. هذا تمام الكلام في جريان قاعدة التجاوز في الشروط، فتدبر جيدا.

الجهة السادسة: في عموم قاعدة الفراغ للإجزاء

، بمعنى انه إذا شك في صحة الجزء بعد الفراغ عنه، فهل تجرى قاعدة الفراغ فيه فيبنى على صحته، أو لا بل تختص بمورد الشك في صحة الكل؟. المذمى يقتضيه عموم رواية زرارة: «كل ما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو» هو جريانها في مورد الشك في صحة الجزء، إذ لا- وجه لاختصاصها بالكل. و ان كانت الرواية الثانية موضوعها الصلاة و الطهور. و التمسك بالعموم على التعميم كاف في المطلوب، فلا- حاجة حينئذ إلى الاستدلال بفحوى قاعدة التجاوز، من انه إذا كان الشك في وجود الجزء ملغى في نظر الشارع فالغاء الشك في صحته أولى.

مضافا إلى انه لم يعلم كون هذه الأولوية من أى نوع هي، هل هي من الأولوية القطعية أو الظنية التي ترجع إلى القياس؟ نعم، يستثنى من ذلك ما إذا كانت جهة الشك مقومة لتحقيق الجزء كالموالات في حروف الكلمة، أو الترتيب بين حروفها، فانه مع الشك فيها لا يمكن إجراء القاعدة لإثبات صحة الكلمة لعدم إحراز الكلمة كى يتعبد بصحتها، فتدبر.

الجهة السابعة: في ان قاعدة الفراغ هل تتم ما إذا كان منشأ الشك في الصحة هو الشك في الشرط أو لا؟

و الحق العموم، لمقتضى عموم رواية زرارة السابقة، إذ لا ظهور فيها في كون المنشأ هو الشك بالإخلال بجزء دون شرط. ثم ان للشيخ رحمه الله كلاما في الموضع السادس يرتبط بهذه الجهة من الكلام، و هذا نصه: «ان الشك في صحة المأتى به حكمه حكم الشك في الإتيان، بل هو هو، لأن مرجعه إلى الشك في وجود الشيء الصحيح، و محل الكلام ما لا يرجع القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٥٧

فيه الشك إلى الشك في ترك بعض ما يعتبر في الصحة، كما لو شك في تحقق الموالات المعبرة في حروف الكلمة أو كلمات الآية. لكن الإنصاف ان الإلحاق لا يخلو عن إشكال، لأن الظاهر من اخبار الشك في الشيء انه مختص بغير هذه الصورة ..». و هذه العبارة لا- تخلو عن غموض، و هي مع قطع النظر عن التعليل المذكور يمكن حملها على أن قاعدة الفراغ محكومة لقاعدة التجاوز، لأن نسبتها إليها نسبة الأصل المسببي إلى الأصل السببي، لأن الشك في الصحة ينشأ من الشك في وجود جزء أو شرط، و يمكن إحرازه بقاعدة التجاوز، فلا يبقى لقاعدة الفراغ موضوع تعبدا. و بذلك يكون حكم الشك في الصحة حكم الشك في الإتيان. و هذا انما يتحقق فيما إذا كان منشأ الشك مما له وجود مستقل بحيث يصدق التجاوز عنه و يكون قابلا للتعبد بنفسه، أما ما لا يكون كذلك، كالموالات بين حروف الكلمة و الترتيب بين الكلمات، فلا يتم ما ذكر، لعدم جريان قاعدة التجاوز في مثل هذه الأمور لعدم استقلاليتها في الوجود فلا يتحقق التجاوز عنها فهذه الفروض تكون محل إشكال.

و لكن هذا التفسير لا يتلاءم مع التعليل المذكور لأن ظاهره رجوع مورد قاعدة الفراغ إلى مورد قاعدة التجاوز لا انتفاء موضوعها تعبدا بجريان قاعدة التجاوز الظاهر في تعدد المورد نوعا.

و على هذا تكون العبارة غير واضحة المراد، لأن ما ذكره بعد التعليل من كون محل الكلام ما لم يرجع الشك فيه إلى الشك في

ترك بعض ما يعتبر في الصحة كالموالة. غير تام- بحسب النظر البدوي- لأن المنشأ إذا كان هو الشك في مثل الموالة يرجع الشك إلى الشك في وجود العمل الصحيح أيضا. فالجمع بين التعليل و ما ذكره بعده مشكل [١].

[١] يمكن ان يكون نظره (قدس سره) إلى التفصيل بين الشرائط المعتمدة شرعا في الصحة مما

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٥٨

و يمكن ان يقال في مقام التوفيق: ان ما يعتبر في الصحة عنوانا تارة: يكون في نفسه خارجا عن حقيقة الشيء، كالطهارة و الاستقبال، فانهما من شروط الصلاة و لكنهما خارجان عن حقيقتهما، إذ صدق الصلاة لا- يتقوم بهما. و أخرى: يكون مقوما، كالموالة بين الحروف و الكلمات، فانها مقومة عقلا لصدق الكلمة و الآية و بدونها لا تصدقان، و لذلك كانت من الشروط العقلية، فإذا وجد الشك في الموالة حصل الشك في وجود نفس الكلمة أو الآية.

و من هنا يتضح المراد من كون محل الكلام ما لم يكن من هذا القبيل - أعنى:

من قبيل الشك في الموالة-، فان ما كان من هذا القبيل تجرى فيه قاعدة التجاوز رأسا، فلا إشكال فيه.

فالمراد: ان محل الكلام في السراية- أعنى: سراية أدلة قاعدة التجاوز إليه باعتبار رجوع الشك فيه إلى الشك في الوجود- هو النحو الأول. أما النحو الثاني فلا إشكال فيه لأن الشك فيه شك في الوجود، فلا يتكلم في السراية بالنسبة إليه لشموليته لقاعدة التجاوز بلا كلام.

- لا- يتقوم بها العمل المشروط كالطهارة و الاستقبال بالنسبة إلى اجزاء الصلاة، و بين الشرائط المقومة عقلا للعمل و ليست معتبرة شرعا في صحته، و لا وجود لها مستقل عن وجود المشروط كالموالة في الكلمة، فان فقدانها يستلزم عدم صدق الكلمة على الحروف الملفوظة. ففي الأول تجرى القاعدة مع الشك في الشروط لأنها ذات وجود مستقل و متعلقة للأمر الشرعي.

و اما في الثاني فيشكل جريانها في نفس الشرط لعدم تعلق الأمر به و لا في المشروط لظهور الأدلة في كون موضوع القاعدة هو الشك في أصل الوجود لا- ما إذا علم وجود شيء و شك في انه هو الجزء أو غيره. فمراده ان محل الكلام في إلحاقه بالشك في الوجود هو القسم الثاني لا- الأول لأن الأول، مجرى القاعدة بنفسه بلا حاجة إلى الإلحاق. كما انه يشكل الإلحاق في القسم الثاني للاستظهار المتقدم، فلا بد من التماس دليل آخر على إثبات صحة العمل مع الشك فيه. فتدبر.

و قد تحمل بعض الاعلام في توجيه كلام الشيخ رحمه الله و الله سبحانه العالم.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٥٩

و بهذا لا يكون هناك تناف بين التعليل و ما ذكره بعده، إذ ليس المفاد ما قد يستظهر من ان ما كان من قبيل الموالة محل إشكال في إرجاعه إلى مورد قاعدة التجاوز كي تشمله أدلتها، بل المفاد انه من مواردها فلا كلام فيه، و انما الكلام في غيره.

و عليه، فلا وجه لما ذكره المحقق الأصفهاني من: انه ان أراد عدم جريان قاعدة الفراغ في الفرض فهو وجيه، لأن موردها الشك في صحة الموجود لا في الموجود. و ان أراد عدم جريان قاعدة التجاوز في نفس الموالة فهو وجيه أيضا، لعدم استقلالها في الوجود، الا انه يمكن جريان القاعدة في نفس الجزء للشك في وجوده (انتهى). فانه لا مجال حينئذ إلى مثل هذا كما لا يخفى.

الجهة الثامنة: فيما يعتبر في قاعدة التجاوز

و الكلام في موضعين:

إلحاق:

أفتى صاحب المدارك (قدس سره) بعدم الاعتناء بالشك في الركوع لو كان في حال الهوى إلى السجود، و بالاعتناء بالشك في السجود في حال نهوضه إلى القيام «١».

و قد أشكل عليه صاحب الحدائق رحمه الله، بان هذه الفتوى أشبه بالفتوى بالمتناقضين «٢».

و قد أورد على صاحب الحدائق: بان هذا الكلام مما لا يصلح صدوره من الفقيه، لأن قاعدة التجاوز ليست من القواعد العقلية التي لا تقبل التخصيص و التقييد، بل هي من القواعد التعبدية التي يقتصر فيها على مورد الدليل، فكما لا تجرى القاعدة بالنسبة إلى اجزاء الوضوء لورود النص، فكذلك يمكن ان لا تجرى في مورد الشك في السجود في حال النهوض لورود النص أيضا «٣».

و لكنه يمكن الاعتذار عنه، بان نظره إلى ان قاعدة التجاوز من القواعد العامة، فاما أن يكون دليها شاملا لمورد الشك في الشيء بعد الدخول في مقدمة الفعل الآخر فيكون عاما لجميع الموارد. و اما ان لا يكون شاملا فيكون عالما لجميع الموارد أيضا. فالتفكيك بين الموارد غير ظاهر.

و على كل، فالظاهر استناد صاحب المدارك في فتواه إلى روايتي عبد الرحمن الواردتين في كلا الموردین المتضمنتين لمضمون الفتوى.

أما الأولى فهي: «قلت لأبي عبد الله: رجل أهوى إلى السجود فلم يدر أ ركع أم لم يركع؟. قال عليه السلام: قد ركع» «٤».

(١) العاملی الفقيه السيد محمد. مدارك الأحكام ٤- ٢٤٩- طبعه مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

(٢) البحرانی الفقيه الشيخ يوسف. الحدائق الناظرة ٩- ١٧٧- الطبعة القديمة.

(٣) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣- ٣٠٢- الطبعة الأولى.

(٤) وسائل الشيعة ٤- ٩٣٧ باب: ١٣ من أبواب الركوع، الحديث: ٦.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٦

و أما الثانية، فهي: «قلت لأبي عبد الله رجل رفع رأسه عن السجود فشك قبل أن يستوي جالسا فلم يدر أ سجد أم لم يسجد؟. قال عليه

السلام: يسجد قال: فرجل نهض من سجوده فشك قبل ان يستوي قائما فلم يدر أ سجد أم لم يسجد؟. قال عليه السلام: يسجد» «١».

و هاتان الروايتان غير متباينتين منطوقا لاختلاف موردهما.

و انما الكلام في نسبتهم مع رواية إسماعيل بن جابر. فمن يذهب إلى اعتبار الدخول في مطلق الغير بمقتضى الإطلاق- كالمحقق

الأصفهاني- كان في سعة، لأن غاية ما يترتب على قوله هو خروج الدخول في النهوض عن الاعتبار بمقتضى الرواية الثانية بالتقييد،

لأن المستفاد من رواية إسماعيل قاعدة كلية يقيد إطلاقها في هذا المورد.

و لا محذور فيه و لا التواء. هذا مع ان التأمل في الرواية الثانية يقرب حملها على قاعدة الفراغ، و ذلك لأنه في سؤاله الأول فرض رفع

رأسه عن السجود ثم تحقق الشك، و هو ظاهر في وقوع السجود منه، فشكه في السجود و عدمه لا بد ان يرجع إلى الشك في انه

سجد واحدة أو اثنتين، و لكنه لا يتلاءم مع تقييد الشك بما قبل الاستواء جالسا، إذ لا يختلف الحال في ذلك بين كونه قبل الجلوس

أو بعده. مع ان ظاهر النص كون المشكوك فيه نفس ما رفع رأسه عنه.

و عليه، فاما ان تحمل الرواية على إرادة رفع رأسه عن السجود متخيلا- ذلك ثم شك فيه، أو تحمل على إرادة الشك في صحة

سجوده الواقع، و يمكن ان ينفي السجود بانتفاء بعض خصوصياته المعبرة فيه- فالشك فيها يصحح قوله: «أ سجد أم لم يسجد»- كما

ورد في بعض النصوص انه لا سجود لمن لم يصب أنفه بما يصيب جبينه، و هو مستعمل عرفا و ليس ببعيد، و في مثله يحتمل الفرق بين الجلوس و ما

(١) وسائل الشيعة ٤- ٩٧٢ باب: ١٥ من أبواب السجود، الحديث: ٦.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٧

قبله باعتبار ان الجلوس حالة أخرى و السائل يشك في ان النهوض للجلوس هل هو حالة أخرى أو لا؟. و قد ورد في بعض روايات قاعدة الفراغ اعتبار الدخول في حالة أخرى و حمل النص على هذا الاحتمال اقرب عرفا [١]، فيكون أجنيا عن قاعدة التجاوز فتدبر. و مثله سؤاله الآخر، لوحدة السياق و اتحاد التعبير في السؤالين.

و أما من يرى دلالة الرواية على اعتبار الدخول في خصوص الغير المترتب شرعا، فالتنافي بين هذه الرواية- أعنى: رواية إسماعيل - و الرواية الأولى عنده حاصل، لأن رواية إسماعيل بصدرها تقتضى - بمقتضى ورودها للتحديد- إلغاء الدخول في الهوى عن الاعتبار، و هذه الرواية- أعنى: رواية عبد الرحمن- تدل على اعتباره، فالتنافي ظاهرا حاصل بينهما. أما الرواية الثانية فهي واردة على مقتضى القاعدة المستفادة من رواية إسماعيل. فلا بد من علاج هذا التنافي و حله.

و قد قرب المحقق النائيني عدم التنافي و العلاج بما بيانه: ان السجود تارة: نقول بأنه من الأفعال. و أخرى: نقول بأنه من الهيئات. فعلى الأول: لا بد من القول باعتبار آخر مرتبة الهوى المتصل بالهيئة الساجدية أو تمام الهوى بعد الركوع في حقيقة السجود، فإذا تحقق أول جزء منه فقد تحقق السجود.

و على هذا لا- تكون هناك منافاة بين الروایتين، لأنه على الاعتبار الثاني- أعنى: اعتبار تمام الهوى في حقيقة السجود- تكون رواية عبد الرحمن موضوعها الشك في الركوع بعد السجود، لأن المفروض انه دخل في السجود بمجرد تحقق الهوى منه، و هذا الموضوع هو بنفسه موضوع رواية إسماعيل.

[١] لم يظهر وجه الأقربية، بل الأقرب هو الأول، فيكون المورد من موارد قاعدة التجاوز قبل الدخول في الغير المترتب و هو الجلوس بعد السجود. فلاحظ (منه عفى عنه).

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٨

و على الاعتبار الأول- أعنى: اعتبار آخر مراتب الهوى في حقيقة السجود- تحمل رواية عبد الرحمن على هذه المرتبة بقرينة رواية إسماعيل الواردة في مقام التحديد، فيتحد موردهما، فلا منافاة بينهما بل بينهما تمام الوفاق.

و على الثاني: فيخرج الهوى عن حقيقة السجود، فيحصل التعارض بين الروایتين، الا انه يمكن علاجه بالالتزام بتقييد رواية إسماعيل لرواية عبد الرحمن، و ذلك لأن دلالة رواية عبد الرحمن على كفاية مطلق الدخول في الهوى انما كانت بالإطلاق، فيمكن تقييده و حمله على خصوص الهوى المنتهى إلى السجود بواسطة رواية إسماعيل الدالة على اعتبار الدخول في السجود «١».

و لكن [١] ما أفاده في بيان تقييد رواية عبد الرحمن عجيب منه، و ذلك لما تقرر من ان التقييد إنما يقتضى تخصيص موضوع الحكم بالطبيعة الملازمة للقيود.

و بعبارة أوضح انه عبارة عن تقييد موضوع الحكم في الدليل المطلق، و هو الطبيعة السارية بحصة خاصة منه مع المحافظة على موضوعية الطبيعة للحكم، فأحد الدليلين انما يكون مقيدا للآخر فيما كان مفاده أن موضوع الحكم ليس هو الطبيعة على الإطلاق بل الطبيعة المقررة في الفرد الخاص منها.

أما إذا كان مفاد أحد الدليلين أن موضوع الحكم هو الحصة الخاصة لا الطبيعة المتخصصة، فلا يكون هذا مقيدا للدليل الآخر الدال

على ان موضوع الحكم

[١] يمكن ان يناقش أيضا: ان دلالة رواية إسماعيل على الاعتناء بالشك قبل السجود إنما هي بالمفهوم- على ما يأتي- و من الواضح ان المفهوم بالنسبة إلى رواية عبد الرحمن مطلق لشموله لحالتي القيام والهوى، و اختصاص رواية عبد الرحمن بحالة الهوى و مقتضى القواعد الصناعية تقييد المفهوم برواية عبد الرحمن و الالتزام بتعدد الشرط في إلغاء الشك في الركوع. و يحتمل ان إلغاء الشك حال الهوى يستلزم إلغاء خصوصية الشك حال السجود، لأنه متأخر عن الهوى، فيتحقق التعارض بين النصين، فلاحظ. (منه عفى عنه).

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢-٤٧٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٦٩

هو الطبيعة السارية، بل يكون متعارضا معه و منافيا له.

فحمل المطلق على المقيّد انما يصلح لو كان لسان المقيّد بالنحو الأول لا الثاني. فمثلا لو ورد: «أكرم العالم» ثم ورد: «أكرم العادل»، فتارة: يستفاد من الدليل الثاني تقييد موضوع الحكم و هو العالم بالعادل. و أخرى: يستفاد منه ان موضوع الحكم هو العادل بلا دخل للعلم فيه.

فعلى الأول: يحمل المطلق عليه. و على الثاني: لا- يحمل لتنافيهما في مقام الدلالة- كما لا يخفى- و ما نحن فيه من قبيل الثاني، و ذلك لأن مفاد رواية عبد الرحمن على ما ذكره الاعتبار بالشك الحادث حال الهوى مطلقا سواء تعقبه السجود أو لم يتعقبه. و مفاد رواية إسماعيل الاعتبار بالشك الحادث في خصوص السجود، فقد أخذ حدوثه في حال السجود موضوعا للحكم فيها. و أما بقاؤه إلى حال السجود مع كون حدوثه حال الهوى فهو غير معتبر في هذه الرواية.

و بالجملة: ليس مفاد رواية إسماعيل على اعتبار الشك الحاصل في السجود و لو بقاء كى يقيّد به إطلاق رواية عبد الرحمن لعدم المنافاة بينهما حينئذ، بل مفادها ان موضوع الاعتبار هو الشك الحادث في السجود دون الحادث في حال الهوى، فهما متنافيان مفادا، و لا- وجه لحمل إحداهما على الأخرى، إذ مقتضى كونها مقيدا للإطلاق كون مفادها هو عدم الاعتناء بالشك الحاصل حال الهوى المتعقب بالسجود، و هو أجنبي عن مفادها بالمرّة كما هو واضح جدا.

كما أن أعجب منه إيراد السيد الخوئي عليه: بان التنافي بين المنطوقين غير حاصل، و إنما هو بين مفهوم رواية إسماعيل و منطوق رواية عبد الرحمن، و لا مفهوم لرواية إسماعيل الا بنحو السالبة بانتفاء الموضوع لأخذ الشك في مدخول الشرط،

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٠

فلا تصلح للتقييد حينئذ «١».

و وجه العجب: ان الاستدلال برواية إسماعيل على نفى اعتبار الدخول في الهوى لم يكن باعتبار مفهوم الشرط كى يقال بأنه هنا سالبة بانتفاء الموضوع كمفهوم آية النبأ. بل كان باعتبار مفهوم التحديد الذى قيل عنه بأنه أقوى المفاهيم و ان لم يذكر في كتب الأصول، و هو تام هاهنا كما لا يخفى. فالإيراد بما ذكر خروج عن الفرض.

مع انه يمكن الالتزام بمفهوم الشرط هاهنا و عدم كون الشرط لبيان تحقق الموضوع، كى يكون المفهوم بنحو السالبة بانتفاء الموضوع. بتقريب ان موضوع الكلام في الحديث هو الشاك و المقام مقام بيان حكمه، فقوله عليه السلام: «ان شك في الركوع بعد ما سجد» تفصيل في الشاك، فالموضوع المقسم هو الشاك في الركوع، فيكون المفهوم انه ان شك قبل ما سجد يعتنى بشكه، و ليس الموضوع هو الشاك في الركوع بعد السجود، فانتبه.

هذا، مع ان الشرط المسوق لبيان تحقق الموضوع إذا كان مقيدا بما لا يكون دخيلا في الموضوع عقلا- كما فيما نحن فيه و آية النبأ- قد يلتزم بثبوت المفهوم فيه إذا انتفى ذلك القيد، و ان ناقشناه في محله، فراجع مبحث الاستدلال على حجية خبر الواحد بمفهوم آية النبأ، و قد تقدم ان من جملة القائلين بالمفهوم السيد الخوئي.

ثم أنه (حفظه الله) أجاب عن الصحيحة بقصورها عن إثبات المدعى بنفسها.

بتقريب: انه قد عبر فيها بلفظ: «أهوى» بصورة الماضي، و هو يدل على تحقق الهوى و مضيه، فيكون موردها هو الشك بعد الوصول إلى السجود، و لا دلالة فيها على عدم الاعتناء بالشك في الركوع حال الهوى. نعم، لو عبر بلفظ المضارع لدلت على المدعى، و استشهد لما ذكر بمراجعة

(١) الواعظ الحسيني. محمد سرور. مصباح الأصول ٣-٣٠٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧١

الاستعمالات العرفية و ان قولنا: «زيد يصلي» يختلف مفادا عن: «زيد صلى»، فالأول يدل على اشتغاله في الصلاة و الثاني يدل على انتهائه منها و تحققها منه.

و هذا التقريب منه غير تام، فان لفظ: «أهوى» و ان دل على تحقق الهوى و مضيه، إلا انه لا ينافي إرادة الشك حال الهوى، نظير قوله عليه السلام في بعض النصوص: «بعد ما سجد» و شبهه، فانه لا إشكال في إرادة الشك حال السجود منه مع دلالة اللفظ على تحققه بعد تحقق السجود.

نعم، ما ذكره في مثل: «صلى» و «يصلي» تام، و نكتة الفرق: ان اللفظ تارة يكون موضوعا لمجموع اجزاء العمل بحيث لا يصدق على كل جزء بخصوصه.

و أخرى يكون موضوعا للمجموع و لكن يصدق على كل جزء من أجزائه. فالأول نظير لفظ: «الصلاة»، فانها موضوعه لمجموع الاجزاء و لا يصدق على كل جزء لفظ: «الصلاة»، و لا تصدق الصلاة قبل الإتيان بالمجموع. و الثاني نظير لفظ السجود، فانه يصدق على كل جزء من هذه الهيئة الخاصة بسجود، و يصدق السجود بتحقيق أول جزء منه.

فما كان من قبيل الأول لا يصح التعبير به بلفظ الماضي بعد تحقق مجموع الاجزاء، و لذلك كان التعبير بلفظ: «صلى»، دالا على تحقق الصلاة منه و مضيتها، و التعبير بلفظ: «يصلي» دالا على الاشتغال بها.

أما ما كان من قبيل الثاني، فيصح التعبير به بلفظ الماضي بعد الإتيان بأول جزء منه و لو لم ينته منه، فيقال: «زيد سجد» إذا تحقق منه السجود و لو كان حين الاخبار عنه مشغولا بعد بالسجود. و من قبيل: «السجود» لفظ: «الهوى» فانه لم يوضع لمجموع اجزاء العمل الخاص بل يصدق على كل جزء منه لفظ الهوى، فلا مانع من التعبير بلفظ: «أهوى» الدال على تحقق الهوى و مضيه مع إرادة حال الهوى، و لا منافاة بين الأمرين و يشهد له التعبيرات الكثيرة الواردة في لسان

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٢

النصوص، فراجع.

و عليه، فلا ظهور في الرواية في كون موردها هو الشك في الركوع بعد الوصول إلى السجود.

فالأولى في الجمع بين الروايتين أن يقال: أن رواية عبد الرحمن تدل على إلغاء الشك الحاصل بعد تحقق الهوى، و هذا مطلق يحتمل

فردين:

الأول: الشك حال الهوى.

الثاني: الشك بعد الانتهاء منه و الوصول إلى السجود.

فان كلا منهما يصدق عليه شك بعد الهوى. و رواية إسماعيل تدل على إلغاء خصوص الفرد الثاني من الشك دون الأول، فيقيد بها إطلاق رواية عبد الرحمن. و لا يرد على هذا الحمل الإشكال المزبور الذي ذكرنا وروده على ما ذكره المحقق النائيني، لأن المطلق لم يؤخذ هاهنا هو الشك حال الهوى، كى يقال بان رواية إسماعيل منافية مفادا لتلك الرواية، لأن مفادها كون موضوع الحكم هو الشك الحادث حال السجود فقط، فالطبيعة السارية غير مأخوذة في موضوع الدليل المقيد، بل أخذ هاهنا الشك بعد الهوى، و هو مأخوذ في موضوع رواية إسماعيل، لأن موضوعها هو الشك الحادث حال السجود، و هو شك بعد الهوى كما لا يخفى.

هذا، مع ان التحقيق عدم تصور تحقق التجاوز عن الركوع بالهوى إلى السجود، لأن الهوى إذا لم يكن قد وصل إلى حد الركوع و شك في الركوع لم يكن متجاوزا عن محل الركوع لتمكنه من الركوع فعلا بلا أى شىء، بل هذا الهوى من مقدمات الركوع. و ان كان الهوى متجاوزا حد الركوع، فهو ليس بنفسه مما يترتب على الركوع بل المترتب هو مجموع الهوى بين القيام و السجود. إذن فلا يتصور تحقق التجاوز عن الركوع بتحقيق الهوى، لأنه بكلا- حديه غير محقق للتجاوز، لأنه ليس من الدخول في الغير المترتب و لو بالترتب غير الشرعى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٣

وعليه، فاما ان تحمل الرواية على بيان حكم تعبدى بإلغاء الشك في الركوع إذا وجد الإنسان نفسه مشغولا بالهوى إلى السجود و لو لم يكن من مصاديق قاعدة التجاوز. و اما ان تحمل على تحقق الشك بعد السجود لا قبله و يكون المراد بقوله: «أهوى إلى السجود» هو الكناية عن سجوده. و الاحتمال الأول بعيد جدا بل يقطع بخلافه فيتعين الثانى [١].

[١] ثم انه يقع الكلام في موردين:

المورد الأول: في جريان قاعدة التجاوز مع الدخول في جزء مستحب كالشك في القراءة بعد الدخول في القنوت. و تحقيق الكلام: انه إما ان نلتزم بان القنوت جزء مستحب بالتصوير المتقدم في أواخر مبحث الصحيح و الأعم، و اما ان لا- نلتزم بذلك، و نقول باستحالته كما ذهب إليه بعض و نلتزم بأنه مستحب في واجب.

فعلى الأول: تجرى قاعدة التجاوز في القراءة.

و على الثانى لا تجرى. و ذلك لأن التجاوز عن المحل المعتبر في قاعدة التجاوز لا يتحقق إلا إذا فرض أخذ المشكوك سابقا على المدخول فيه بان اعتبر سابقته عليه كما اعتبر تأخر المدخول فيه عنه.

و إلا- فمجرد الدخول في الغير المترتب المعتبر تأخره عن المشكوك لا- يوجب صدق التجاوز عن محل المشكوك، لعدم أخذ المشكوك سابقا عليه، فلم يفت محله، و لا يصدق التجاوز عنه.

و لذا يتبين ان قاعدة التجاوز لا تجرى في صلاة الظهر مع الشك فيها بعد الدخول في صلاة العصر، لعدم اعتبار سابقتها على صلاة العصر فيها و ان اعتبر ذلك في صلاة العصر، نعم، بمقدار شرطيتها لصلاة العصر تجرى فيها قاعدة التجاوز.

و على هذا فإذا كان القنوت جزء للواجب بحيث يشمل الأمر المؤكد على ما قربناه، كان يعتبر في القراءة المتعلقة لهذا الأمر ان تكون سابقة على القنوت، فإذا دخل في القنوت تحقق التجاوز عن القراءة فمع الشك فيها تجرى القاعدة.

و أما إذا لم يكن القنوت جزء، بل كان مستحبا ظرفه الصلاة. فهو و ان اعتبر فيه ان يكون

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٤

- مسبوqa بالقراءة. لكن لم يؤخذ في القراءة ان تكون سابقة على القنوت و لذا لو تركه لا يلزم إخلال في القراءة. و مقتضاه ان الدخول في القنوت لا- يحقق التجاوز عن القراءة لعدم فوات محلها، فلا تجرى قاعدة التجاوز فيها مع الشك إلا بمقدار تصحيح القنوت بها،

لأنها بهذا المقدار مما تحقق التجاوز عنه، كما في مثل صلاة الظهر و صلاة العصر. فتدبر.

المورد الثانى: فى جريان قاعدة التجاوز فى مثل السجدة إذا شك فيها و هو فى القيام للثالثة مع علمه بنسيان التشهد.

و الحق عدم الجريان و وجهه: ان المعتبر فى التجاوز الدخول فى ذات الغير المترتب - كما عرفت. و من الواضح ان القيام المترتب على السجود هو القيام المسبوق بالتشهد لا مطلق القيام. فمع العلم بعدم تحقق التشهد يعلم بان هذا القيام ليس هو القيام المترتب بذاته على السجود، فلا يتحقق به التجاوز عن محل السجدة.

و هذا الوجه هو العمدة. لا- ما ورد فى بعض الكلمات من لغوية القيام شرعا فى تنزيله منزلة العدم، أو انه بالعود إلى التشهد يكون الشك شكا فى المحل. فتدبر. هذا حكم ما لو علم بترك التشهد.

أما لو شك فيه أيضا بان شك فى الإتيان بالسجدة و التشهد فله صورتان:

إحدهما: ان يشك فيهما بنحو التلازم و بشك واحد، بان كان يدور أمره بين الإتيان بهما معا و تركهما معا.

و الأخرى: ان يشك فى كل منهما بشك مستقل بلا تلازم بينهما.

أما الصورة الأولى: فالحكم فيها انه لا تجرى فيها قاعدة التجاوز لا فى السجدة و لا فى التشهد.

أما فى السجدة، فلأنه مع الشك فى تحقق التشهد لا يعلم ان القيام الذى هو فيه المترتب على السجود أو غيره، كما أشرنا إليه، فلا يجوز تحقق التجاوز، فيكون من موارد الشبهة المصدقية لعموم القاعدة.

و أما فى التشهد، فلعدم إحراز تجاوز المحل بالنسبة إليه و ذلك لأن المعتبر فى التشهد ان يكون بعد السجود و قبل القيام، فمحل ما بين السجدة و القيام، فمع الشك فى تحقق السجدة لا يحرز تجاوز محل التشهد عند الدخول فى القيام، لأن تجاوز محله يتوقف على تحقق السجدة، و المفروض

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٥

تذنيب: [١] فى الشك فى الجزء الأخير من العمل

، و هو يتصور على وجوه:

- تحقق الشك فيها.

و من هنا يظهر الحال فى الصورة الثانية و انه لا مجال لجريان قاعدة التجاوز فى السجدة و لا فى التشهد.

[١] تحقيق الكلام فى جريان قاعدة التجاوز عند الشك فى الجزء الأخير: ان الاحتمالات أو الأقوال فيها أربعة:

عدم الجريان مطلقا سواء دخل فى امر مرتب شرعا كالتعقيب، أو دخل فى المنافى السهوى و العمدى كالاستدبار. و الجريان مطلقا.

و التفصيل بالجريان فى الأول دون الثانى.

و التفصيل بالعكس.

و هذا هو الأقوى. و بيانه: ان التجاوز عن المحل يعتبر فيه أخذ المتجاوز عنه سابقا على المدخول فيه و لا- يكفى فيه مجرد أخذ المدخول فيه متأخرا عن المشكوك كما عرفت فى القنوت و القراءة و صلاة الظهر و صلاة العصر. و بعبارة أخرى، يكون السبق مأخوذا فى صحة السابق، و لا يكفى أخذه فى صحة اللاحق.

و عليه، فمثل التعقيب و ان أخذ متأخرا عن التسليم، إلا أنه لم يؤخذ فى التسليم ان يكون قبل التعقيب، بل يصح و لو لم يتعقبه تعقيب.

فلو قدم التعقيب لم يبطل التسليم، بل يبطل التعقيب لفقدان شرطه. و عليه فلا يتحقق التجاوز عن التسليم بالدخول في التعقيب - كما ادعى لأجل انه دخول في الغير المترتب شرعا-، نظير الوضوء لو أخذ بنفسه شرطا للصلاة فانه قد عرفت ان قاعدة التجاوز انما تجرى فيه بمقدار ما يصحح به الصلاة لا بإتيانه بقول مطلق و هكذا في مثل صلاة الظهر لو شك فيما بعد الدخول في العصر. و من الغريب ان من يذهب في تلك الموارد إلى عدم إجراء قاعدة التجاوز الا بمقدار تصحيح المشروط بالمشكوك، يذهب في ما نحن فيه إلى جريان القاعدة لإثبات التسليم، مع انهما من واد واحد. فتدبر. فظهر بهذا البيان وجه عدم جريان القاعدة عند الشك في التسليم بعد الدخول في التعقيب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٦

- و أما جريانها عند الشك فيه بعد الدخول في المنافى السهوى و العمدى، فقد ينفي بان المنافى ليس أمرا مترتبا على التسليم كى يكون الدخول فيه محققا للتجاوز.

و لكن التحقيق: ان التسليم و ان لم يؤخذ سابقا على المنافى في لسان الأدلة. إلا انه من ملاحظة دليل مانعية المنافى إذا وقع أثناء الصلاة يستفاد اعتبار تعقب التسليم للتشهد بلا فصل بالمنافى، فيعتبر في التسليم ان يقع عقيب التشهد بلا ان يفصل المنافى بينهما. فمحل التسليم بعد التشهد بلا- فصل، فإذا فرض تحقق المنافى في الأثناء لزم من ذلك فوات محل التسليم و تجاوزه، فالشك فيه و الحال هذه يكون من الشك بعد التجاوز، فيكون من موارد القاعدة.

هذا تحقيق الحال في هذه المسألة و قد ظهر مما ذكرناه وجوه الأقوال الأخرى و مناقشتها. هذا بالنسبة إلى قاعدة التجاوز.

و أما جريان قاعدة الفراغ عند الشك في الجزء الأخير فتحقيق الكلام فيه بإجمال: ان الشك في الجزء الأخير تارة: يكون مع عدم الدخول في الغير أصلا، بل هو بعد على هيئة المصلى و لكن يشك انه جاء بالجزء الأخير أو لم يجئ. و فى مثله لا تجرى قاعدة الفراغ لعدم العلم بتحقيق المضى و الفراغ من العمل لاحتماله ان يكون سكوته من الآنات المتخللة بين أفعال الصلاة، لا- الآن المتعقب للتسليم، فلا يحرز موضوع القاعدة. و أخرى: يكون مع الدخول في المنافى السهوى كالأستدبار. و محل الكلام ما إذا وجد نفسه فى حالة غير صلاتية، بمعنى انه لم يكن ناويا للصلاة و شك فى أن ذلك كان منه قبل التسليم سهوا أو انه كان منه بعده، و مثل له بما إذا أفاق فرأى نفسه فى السجود و شك فى انه سجود الشكر بعد الصلاة أو انه سجود الركعة الأخيرة، فان حالته الفعلية حالة غير صلاتية، و قد اعتبر المحقق النائنى فى جريان القاعدة بتحقيق معظم الاجزاء.

و نوقش بان تحقق معظم يلحظ فى تحقق عنوان الصلاة فى قبال عدمه لا فى كون الشك بعد الفراغ فى قبال كونه فى الأثناء الذى هو المقصود فيما نحن فيه.

و التحقيق: ان المراد من لفظ الفراغ ما يقابل الاشتغال بالعمل فان مفهومه يساوق ذلك فانه بمعنى الخلو، و من الواضح ان تحقق المنافى السهوى بالنحو الذى فرضناه يحقق عدم الاشتغال بالعمل و الخلو عنه لعدم كونه ناويا للصلاة فعلا، فيصدق به الفراغ فيكون من موارد القاعدة.

و ليس المراد بالفراغ هو الإتمام و الانتهاء من العمل فى قبال كونه فى الأثناء، بل صدق الفراغ على

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٧

- الإتمام من باب استلزامه للخلو و عدم الشغل.

و لو سلم كون المراد منه هو إتمام العمل و الانتهاء منه، فلا يخفى ان المراد بالعمل ما يعم الصحيح و الناقص لا خصوص الصحيح التام، لأنه ينافى فرض الشك فى الصحة. و من الواضح انه يصدق بتحقيق المعظم، فإذا تحقق المعظم صدق الفراغ عن العمل و الانتهاء

منه بعد الدخول في القاطع، فان الدخول في القاطع دخول في حالة مباينة للصلاة، و المفروض تحقق الصلاة بتحقيق المعظم، فقد صدق الانتهاء من الصلاة- بالمعنى الأعم- و لعل هذه النكته هي السبب في اعتبار المحقق النائيني تحقق المعظم في جريان القاعدة، فلا يتوجه عليه النقاش المزبور.

هذا مع انه ليس في روايات الباب ما ورد فيه التعبير بالفراغ الا رواية زرارة الواردة في الوضوء المتكفلة للتفصيل بين الشك في أثناء الوضوء و الشك بعده و هي واضحة الدلالة بملاحظة صدرها على كون المراد بالفراغ ما يقابل الاشتغال بالعمل و عدم الخلو منه. فلا فلاحظها.

هذا كله بالنسبة إلى عنوان الفراغ.

و أما لفظ المضى، فقد ذهب السيد الخوئي إلى انه بمعنى الفوات و عدم إمكان التدارك و لذا لم يلتزم بجريان القاعدة إذا كان الشك بعد الدخول في المنافى العمدي خاصة كالتكلم لاحتمال كونه سهويا فيمكن التدارك.

و لكن فيه: انه لا- قرينة على هذا الظهور بل الظاهر انه بمعنى التحقق في الزمان الماضي و السابق، و عليه، فلا يختلف الحال فيه بين الدخول في المنافى السهوى أو العمدي، بعد تحقق معظم الاجزاء لصدق مضى الصلاة إذا وجد نفسه فعلا في حالة غير صلاتية. كما هو محل الكلام.

ثم لا- يخفى انه بناء على ما ذكرناه من كون المراد بالفراغ ما يقابل الاشتغال بالعمل، لا يتحقق الفراغ إلا بالبناء على تمامية العمل، فيكون الفراغ المقصود هو الفراغ البنائي، لكن لا- من باب استعمال لفظ الفراغ في الفراغ البنائي دون الحقيقي كى يقال انه لا دليل عليه بعد كونه خلاف الظاهر، بل الفراغ مستعمل في الفراغ الحقيقي، لكن الفراغ الحقيقي بالمعنى الذى عرفته لا يتحقق إلا بعدم نية العمل و بنائه على تماميته، إذ ما دام ناويا للعمل يكون مشغلا به.

نعم، الفراغ بمعنى الإتمام و الانتهاء في مقابل الأثناء يتحقق حقيقة و لو بدون بناء إذ العمل يتم

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٧٨

الأول: أن يكون الشك فيه مع عدم الاشتغال بشيء أصلا و عدم تحقق السكوت الطويل الموجب لفوات محل التدارك، و لا إشكال في عدم كون مثل هذا الشك موردا لقاعدة التجاوز، لعدم تحقق التجاوز عن المحل و الدخول في الغير المعبر في جريان القاعدة. الثاني: ان يكون الشك بعد الاشتغال بأمر غير مرتب على الجزء الأخير و لكنه كان منافيا له بوجوده العمدي، كما لو شك في التسليم و هو مشغول في الكلام.

و قد بنى السيد الخوئي (حفظه الله)- في مصباح الأصول- على عدم جريان قاعدة التجاوز في مثل هذا الفرض، لعدم التجاوز في مثل هذا الفرض، لعدم التجاوز عن المحل و إمكان التدارك لكون المفروض انه ليس منافيا للجزء الأخير بوجوده المطلق بل بوجوده العمدي، فيمكن التدارك لاحتمال كون الكلام صدر عن سهو «١».

و فيه:

أولاً: ان فوات محل التدارك ليس مقوماً لتحقيق التجاوز عن المحل و إلا- للزم أن يخص جريانها في موارد الشك في الشيء مع الدخول في الغير الركن، فلا تشمل مورد الشك في التكبير و هو في القراءة و الشك في السجود و هو في التشهد أو في القيام، و لا ملتزم بذلك، كيف؟ و هذه الموارد مورد النصوص.

و ثانياً: انه لم يؤخذ في لسان الرواية التجاوز عن المحل من مقومات قاعدة التجاوز كى يقال بأنه في مثل هذا الفرض لا تجرى القاعدة لعدم التجاوز عن المحل، بل المقوم لجريان القاعدة هو صدق التجاوز عن الشيء بالعناية، سواء تجاوز عن المحل أم لم يتجاوز، لأنه هو المأخوذ في لسان الرواية موضوعاً للقاعدة.

- و لو فرض انه بعد بانيا على عدم التمامية اشتباها و سهوا. و اما الاشتغال فلا حقيقة له الا نية العمل لأن الصلاة معنى قصدي يتقوم بالقصد فما دام ناويا للصلاة فهو بعد مشتغلا بها و لو كان اشتغاله سهويا، فلاحظ تعرف.

(١) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣-٢٩٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٧٩

و في مثل الفرض يصدق التجاوز بالعناية باعتبار أن الملتفت إلى العمل لا يترك الجزء الأخير و يأتي بالمنافى، فمع إتيانه بالمنافى يصدق لا محالة التجاوز عن التسليم بالعناية، فيتحقق موضوع القاعدة.

و هذا الوجه مأخوذ مما أفاده المحقق الأصفهاني في مقام تحقيق معنى الغير الذي لا بد من الدخول فيه، و به جزم بان المراد به مطلق الغير مما لا يجتمع مع ترك المشكوك حال الالتفات «١».

و مما ينبغي ان يعلم ان هذا الكلام في هذا الفرض مبني على اعتبار الدخول في مطلق الغير، و إلا فمع اعتبار الدخول في الغير المترتب شرعا بالخصوص لا إشكال في عدم جريان القاعدة حينئذ.

الثالث: ان يكون الشك فيه بعد الاشتغال بأمر مرتب عليه شرعا، و لكنه غير مانع من تداركه، كالشك في التسليم بعد الدخول في التعقيب.

و قد بنى المحقق النائيني (قدس سره) في هذا المثال بالخصوص على جريان قاعدة التجاوز لصدق الدخول في الغير، و استشهد على ذلك بإلغاء الشك في الأذان بعد الدخول في الإقامة الوارد في رواية زرارة السابقة. بتقريب: ان الحكم بعدم الاعتناء بالشك في الأذان بعد الدخول في الإقامة يشرف الفقيه على القطع بعدم الاعتناء بالشك في التسليم بعد الدخول في التعقيب، لاتحادهما في الخروج عن حقيقة الصلاة «٢».

و أورد عليه السيد الخوئي (حفظه الله) بإيرادين:

الأول: انه لا- ملازمة بين الموردین في جريان قاعدة التجاوز، لأنه منوط بالتجاوز عن المحل، و هو لا- يصدق الا فيما كان محل المشكوك سابقا بحسب الجعل

(١) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣-٣٠٩- الطبعة الأولى.

(٢) الكاظمي الشيخ محمد علي. فوائد الأصول ٢-٢٣٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ١٨٠

الشرعي على الغير الذي صار الشك بعد الدخول فيه، و كان محل الغير مؤخرا عن المشكوك فيه.

و هذا المعنى موجود في الأذان و الإقامة دون التسليم و التعقيب فان الأذان قد أخذ محله شرعا سابقا على الإقامة أخذ محلها متأخرا عن الأذان و لو بلحاظ أفضل افرادها.

و التعقيب و ان أخذ مؤخرا عن التسليم، لكن التسليم لم يؤخذ شرعا سابقا على التعقيب، إذ لا يشترط في التسليم وقوعه قبل التعقيب كما لا- يخفى، فالتجاوز عن المحل صادق عند الشك في الأذان حال الاشتغال بالإقامة، و غير صادق عند الشك في التسليم حال الاشتغال بالتعقيب، فجريان قاعدة التجاوز هناك لا يستلزم جريانها هنا.

الثاني: بالنقض بما لو شك في إتيان الصلاة حال الاشتغال بالتعقيب، فانه مع الالتزام بجريان القاعدة في الشك في التسليم مع الاشتغال بالتعقيب باعتبار الدخول في الغير المترتب شرعا، لا بد من الالتزام بجريانها في الشك في الصلاة مع الاشتغال بالتعقيب بنفس الاعتبار، لأن التعقيب مترتب شرعا على الصلاة. مع انه لا ملزم بذلك من الفقهاء بل المتفهمين «١».

و هذان الإيرادان وجيهان في الجملة، و لكنه يمكن مناقشتها في أنفسهما.

أما الأول: فهو تام لو لم يلتزم بما أفاده المحقق الأصفهاني الذي ذكرناه في الوجه الثاني، لتقوم صدق التجاوز عن المحل باعتبار السابقة على الغير شرعا.

أما مع الالتزام بما أفاده (قدس سره) من عدم اعتبار صدق التجاوز عن المحل في جريان القاعدة، بل المعتبر هو صدق التجاوز بالعبارة، فلا يبقى فرق فارق بين صورتين - أعني: صورة الشك في الأذان و صورة الشك في التسليم - لتحقيقه في

(١) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣- ٢٩٤- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨١

صورة الشك في التسليم حال الاشتغال بالتعقيب بنفس الاعتبار السابق، و هو ان الملتفت لا يترك التسليم و يأتي بالتعقيب، فمع إتيانه بالتعقيب يصدق التجاوز عن التسليم بالعبارة.

فالفرق الذي ذكره مع الالتزام بهذا القول لا يكون فارقا.

و أما الثاني: و هو النقص، فحل بناء على الالتزام بهذا الرأي بان صدق التجاوز المسامحى عن الشيء غير المترتب شرعا انما يتحقق بملاك ان الملتفت لا يجمع بين الأمر الداخل فيه و ترك المشكوك عمدا. و هذا الملاك انما يوجب الصدق المسامحى فيما لو كان عدم ترك المشكوك لأجل امتثال الأمر المتعلق به، أما لو كان عدم تركه ليس لأجل امتثال الأمر المتعلق به، بل لأجل امتثال الأمر المتعلق بالغير الداخل فيه، فلا يكون هذا الملاك موجبا لصدق التجاوز المسامحى عن المشكوك، فلا يكون المورد مجرى لقاعدة التجاوز.

بيان ذلك فيما نحن فيه: ان عدم ترك التسليم و الدخول في التعقيب عمدا من الملتفت انما يكون لأجل امتثال الأمر المتعلق بالتسليم، و لأن تركه يوجب بطلان الصلاة و ليس هو لأجل تحقق مشروعية التعقيب - لأنه غير مشروع قبل انتهاء الصلاة - و ان كان بعدم الترك يصير مشروعاً. أما عدم ترك الصلاة عمدا من الملتفت و الدخول في التعقيب، فهو ليس إلا لأجل تحقق مشروعية التعقيب و حتى لا يكون الإتيان به بدون الصلاة لغوا، و ليس لأجل امتثال الأمر المتعلق بالصلاة، إذ بالترك لا يتحقق شيء و لا يفوت محلها. و لأجل ذلك لا يصدق التجاوز عن الصلاة فلا تكون موردا لقاعدة التجاوز، بخلاف التسليم فانه يصدق التجاوز عنه فتجرى فيه قاعدة التجاوز. فالفرق بين صورتين بجريان قاعدة التجاوز في الأولى دون الثانية هو هذه الجهة، فالتفت و لا تغفل.

ثم انه قد يشكل على جريان القاعدة في التسليم بعد الدخول في التعقيب.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٢

بان رواية إسماعيل لما كانت واردة في مقام التحديد، فهي كما تدل على تحديد الغير بالغير المترتب شرعا كذلك تدل على تحديد موضوع الشك و الغير بالجزء الشرعي، بحيث يكون كل من المشكوك المتعبد به و الغير الداخل فيه جزء للعمل، فلا تشمل القاعدة ما كان الشك في جزء مع الدخول في غير الجزء المترتب كالتسليم و التعقيب. و لو تنزل عن ظهورها في ذلك، فلا أقل من احتمالها و مع احتمال ذلك يلزم إجمال العموم المذكور في الذيل من هذه الجهة، لاحتفافها بما يصلح للقرينية، فلا يصح التمسك به على التعميم، بل يقتصر فيه على القدر المتيقن، و هو ما ذكرناه من كون المشكوك و المدخول فيه جزءين لعمل واحد.

و الجواب: منع ظهورها في ذلك، فانه لا دلالة في الكلام على ذلك كى يؤخذ به بمقتضى مفهوم التحديد. و أما احتمالها فهو و ان كان موجبا لإجمال العام المذكور في الذيل، الا ان ذلك لا يضر بالتعميم لعموم رواية زرارة، و إجمال رواية إسماعيل لا يضير بظهور عموم رواية زرارة في التعميم.

الرابع: ان يكون الشك فيه بعد الدخول في المنافي المطلق - أعني: العمدي و السهوى - كالأستدبار و الحدث.

ولا إشكال في عدم جريان قاعدة التجاوز لو التزم باعتبار الدخول في الغير المترتب، لأن المنافي غير مترتب كما لا يخفى. وأما مع الالتزام بكفاية الدخول في مطلق الغير، فلا مانع من جريان القاعدة فيه لصدق التجاوز المسامحي بالملاك السابق الذكر. وقد بنى السيد الخوئي على عدم جريانها، لعدم صدق التجاوز عن المحل لأن التسليم غير مأخوذ سابقا على المنافي (١). ولكنه يرد عليه ما عرفت من عدم اعتبار صدق التجاوز عن المحل، بل ليس

(١) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣-٢٩٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٣

المعتبر إلا صدق التجاوز العنائي. وقد عرفت صدقه.

وقد ذكر المحقق النائيني (قدس سره) في المقام: بان مختاره في الدورة السابقة كان جريان القاعدة حيث يصدق الدخول في الغير المترتب شرعا، لأن المنافي مباح بعد الصلاة لقوله: «تحليلها التسليم» فيكون مترتبا على الصلاة، لأن التسليم محلل للمنافيات. إلا انه عدل عنه في هذه الدورة باعتبار اختصاص أدلة القاعدة بما كان الغير المدخول فيه من اجزاء المركب أو من ملحقاته لا مطلق الغير و لو كان أجنيا، فلا تكون الصورة مجرى للقاعدة، لأن الغير المدخول فيه أجني عن المركب (١).

ولكن ما ذكره أخيرا يندفع بإطلاق النصوص و عدم ظهورها في الاختصاص بمورد خاص.

و أما ما ذكره أولا- و الظاهر ارتضاؤه له بنفسه و عدم عدوله عنه بذاته، بل انما عدل عن نتيجته- من ترتب المنافي على التسليم باعتبار كون التسليم محللا فلا نعرف له وجهها ظاهرا، لأن المنافي كالأستدبار لا معنى لترتبه بلحاظ ذاته على التسليم، و انما يتصور ترتبه باعتبار حكمه، و هو ذو أحكام أربعة: الحرمة التكليفيه، و الحرمة الوضعيه- و هي القاطعية و المنافاه- و الجواز التكليفي و الجواز الوضعي.

و الأولان يترتان عليه إذا حصل في الأثناء، و الأخير- ان يترتان عليه إذا حصل بعد الفراغ. فإذا كان المنافي محكوما بهذه الأحكام بالاعتبارين، فلا يتصور ترتبه بنفسه على الصلاة كي يكون الدخول فيه محققا للدخول في الغير المترتب، و انما هو بأحد صورته مترتب و هو الفرد المحلل، و لكن الواقع حيث لا- يعلم حاله فلا- يمكن الجزم بأنه الفرد المترتب أو غيره فلا- يعلم بتحقق الدخول في الغير المترتب. نعم، لو كان بجميع أحكامه ملحوظا بعد الفراغ كان مترتبا شرعا و لكنه ليس كذلك، فتصور ترتب مثل الاستدبار على التسليم غير واضح. فتدبر.

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢-٤٧٢- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٤

تنبيه:

قد يقال: بان اعتبار الدخول في الغير المترتب شرعا يستلزم عدم جريان قاعدة التجاوز في جزء الجزء، لما عرفت من ان الترتيب بين أجزاء الجزء ليس بشرعي، بل هو مقوم للمأمور به بحيث يكون الإخلال به إخلالا بنفس الجزء المأمور به لا إتيانا به بغير ترتيب، كما تقدم تقريبه في تكبيره الإحرام. و عليه فمع الشك في جزء الجزء مع الدخول في الجزء الآخر للجزء، كالشك في كلمة: «الله» مع الدخول في كلمة: «أكبر» لا يتحقق الشك بعد الدخول في الغير المترتب شرعا لعدم ترتب كلمة: «أكبر» على كلمة: «الله» شرعا، بل الترتيب بينهما عقلي، فلا مجال لجريان قاعدة التجاوز.

و لكنه يمكن التفصي عن هذا الإشكال بأحد وجهين:

الأول: أن الترتيب و ان كان مقوما للمأمور به عقلا إلا ان هذا لا ينافي تعلق الأمر به، و ذلك لأن المأمور به إذا كان متقوما بالترتيب كان مركبا من مادة و صورة، فالمادة هي نفس الألفاظ الخاصة كلفظ: «الله» و: «أكبر» في التكبير، و الصورة هي الهيئة الخاصة التي يؤتى بالألفاظ عليها. و حينئذ فالأمر بهذا المركب أمر بمادته و صورته، لأن معناه الإتيان بهذه الألفاظ بالنحو الخاص من التقديم و التأخير، فالصورة التي هي عبارة أخرى عن الترتيب مأمور بها كما أن المادة مأمور بها، و ذلك لا يتنافي مع تقوم المأمور به بالترتيب. فمثلا بيت الشعر عبارة عن الألفاظ الخاصة على الهيئة المخصوصة بحيث إذا كان الإتيان بالألفاظ لا على الهيئة المخصوصة لا يعد ذلك شعرا، فالوزن مقوم لصدق الشعر، فالأمر بالشعر لما كان معناه الأمر بالألفاظ الموزونة يكون في الواقع أمرا بالوزن كما هو أمر بنفس الألفاظ.

و عليه، فإذا كان الترتيب مأمورا به شرعا كان الدخول في الجزء الآخر للجزء دخولا في الغير المترتب شرعا.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٥

الثاني: انه لو تنزل عن هذا و قيل بعدم تعلق الأمر بالترتيب، فرواية إسماعيل لا دلالة لها على عدم إلغاء الشك في جزء الجزء بعد الدخول في غيره غير المترتب شرعا، و ذلك لأن غاية ما تدل عليه بمقتضى مفهوم التحديد هو عدم اعتبار الدخول في المقدمات عند الشك في الجزء، أما عدم اعتبار كون المشكوك جزءا مستقلا للعمل فهو و ان كان محتملا إلا انه لا دلالة لها بوجه على ذلك، كما لا دلالة لها على اعتبار كون المشكوك و ظرف الشك جزءين لعمل واحد على ما عرفت. و عليه، فيمكن التمسك على تعميم القاعدة لجزء الجزء برواية زرارة فالتفت. هذا تمام الكلام فيما يعتبر في جريان قاعدة التجاوز.

الجهة التاسعة: في اعتبار الدخول في الغير في جريان قاعدة الفراغ.

و الكلام في هذه الجهة في مقامين:

المقام الأول:

فيما إذا كان الشك في صحة العمل ناشئا عن الشك في غير الجزء الأخير، بحيث يتحقق الفراغ بمجرد الإتيان بالجزء الأخير. فهل يعتبر الدخول في الغير مطلقا، أو لا- يعتبر مطلقا بل يكتفى بمجرد الفراغ، أو يفصل بين الوضوء و غيره فيعتبر في الأول دون الثاني؟ و جوه و أقوال.

و مقتضى إطلاق الأدلة الدالة على اعتبار القاعدة عدم اعتبار الدخول في الغير، إذ لم يؤخذ في موضوعها سوى تحقق المضى عن العمل، و هو يتحقق بمجرد الفراغ و لو لم يدخل بعد في غير العمل.

و قد قيل بتقييد هذه المطلقات برواية زرارة الواردة في باب الوضوء عن أبي جعفر عليه السلام: قال عليه السلام: «إذا كنت قاعدا على وضوئك فلم تدر أغسلت ذراعيك أم لا فأعد عليهما و على جميع ما شككت فيه أنك لم تغسله أو لم تمسحه مما سمي الله ما دمت في حال الوضوء، فإذا قمت من الوضوء و فرغت منه و قد صرت إلى حال أخرى في الصلاة أو غيرها فشككت في بعض ما سمي الله مما

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٦

أوجب الله عليك فيه وضوءه لا شيء عليك فيه.» (١).

بتقريب: انه أخذ في إلغاء الشك بعد الفراغ الصيرورة في حال أخرى و لم يكتف بمجرد الفراغ. و هي و ان كان موضوعها الشك في الوضوء الا انه بضميمة عدم القول بالفصل بين الوضوء و غيره من الأعمال تدل بالالتزام على اعتبار الدخول في الغير عند الشك في غير الوضوء بعد الفراغ عنه، فيبني حينئذ على تقييد المطلقات بهذه الرواية كما هو شأن كل مطلق و مقيد.

الا ان هذا القول غير وحيه، إذ لم يثبت عدم الفصل بين الوضوء و غيره، فيحتمل ان يكون الوضوء له خصوصية تقتضى اعتبار الدخول في الغير في جريان قاعدة الفراغ فيه، و هي لا توجد في غيره من الأعمال، بل ثبت بعدم قاعدة التجاوز في اجزاء الوضوء و جريانها في غير اجزائه، وجود الفرق بين الوضوء و غيره، فلا يبعد ان يعتبر الدخول في الغير في جريان قاعدة الفراغ فيه دون غيره.

ثم انه قد استشكل في دلالة الرواية على أصل المدعى - أعنى: اعتبار الدخول في الغير - من وجوه:

الأول: أن موضوع الشك بعد الفراغ لم يبين في الرواية، فيمكن ان يحمل على الجزء الأخير فيكون الدخول في الغير من محققات الفراغ عن الوضوء لا أمراً زائداً عليه.

و وجه الحمل: هو ظهور المطلقات في كفاية مطلق الفراغ، فوجه الجمع بينهما حمل الرواية على كون موضوع الشك هو الجزء الأخير، فلا يكون هناك تباين و تناف بينهما حتى بالإطلاق و التقييد، بل تكون الرواية واردة في بيان إحدى صغريات الكبرى الدالة عليها المطلقات، لما عرفت ان المضى عن العمل لا يتحقق مع الشك في الجزء الأخير الا بالدخول في الغير.

(١) وسائل الشيعة ١- ٣٣٠، باب ٤٢ من أبواب الوضوء، الحديث: ١.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٧

و فيه ما لا يخفى: فان هذا انما يتجه ان يقال لو لم يذكر في الصدر مورد الشك، فيقال الرواية مجمله من هذه الجهة فتحمل على إرادة الشك في الجزء الأخير جمعاً بينهما، و بين المطلقات. أما بعد ان ذكر صريحاً في الصدر بكون موضوع الشك هو جميع اجزاء الوضوء من غسل و مسح، فلا وجه لهذا القول حينئذ، و ذلك لأن الظاهر من الرواية هو المقابلة بين حال القعود على الوضوء و حال القيام عنه في الحكم المترتب على الشك في الاجزاء، و هي تقتضى ان يكون موضوع الشك الذي أخذ في حال القعود عنه موضوعاً للشك الحاصل في حال القيام، و إلا لانتفت المقابلة، لأن المقابلة انما تتحقق بين الحكمين، إذا كانا واردين على موضوع واحد، أما إذا تعدد موضوعهما و اختلف فلا مقابلة بينهما كما لا يخفى.

و بالجملة: فموضوع الشك بعد القيام هو عين موضوع الشك حال القعود و هو جميع الأجزاء.

الثاني: أن ظاهر الرواية كون الدليل بيانا لمفهوم الصدر، و هو: «إذا كنت قاعداً..»

لا- لخصوصية فيه بنفسه، فالظاهر حينئذ كون المدار هو الشك في الأثناء كما هو مقتضى المنطوق، و الشك بعد الفراغ كما هو مقتضى المفهوم، سواء دخل في الغير أو لم يدخل.

و عليه، فلا منافاة بين هذه الرواية و بين المطلقات، بل هما بمفاد واحد.

و الجواب: ان الدليل ليس كذلك، لأن المذكور فيه موضوع وجودي، فلا معنى لكونه مفهوماً للصدر، لأن المفهوم عبارة عن انتفاء الحكم عند انتفاء الأمر المترتب عليه فلا بد ان يؤخذ فيه موضوع عدمي يترتب عليه عدم الحكم، كما ان مفهوم الشرط فيما نحن فيه: «إذا لم يكن قاعداً» بنحو السالبة بانتفاء الموضوع و ليس هو «إذا كنت قائماً» عن الوضوء أو نحوه من التعبيرات.

و بالجملة: ترتيب الحكم على موضوع وجودي أجنبي عن بيان المفهوم، و كون الحكم المترتب عليه باعتبار كونه محققاً لمفهوم الشرط، فالتفت.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٨

الثالث: ان الفراغ عن العمل ملازم مع الكون على حال أخرى و لو كانت هي السكون، و إلا لما صدق الفراغ. و ليس المذكور في

الرواية الا الصيرورة في حال أخرى و هو ليس بأمر زائد عما يقتضيه صدق الفراغ و المضى، فليس في الرواية قيد زائد على نفس الموضوع و هو الفراغ و المضى. فلا دلالة لها على التقييد.

و هذا الوجه انما يتجه لو لم تفسير الحال الأخرى في الرواية و ذكرت مطلقة، إذا يمكن حملها على ما لا يزيد على تحقق الفراغ، إلا انها فسرت في الرواية بالدخول في ما يغير العمل الذى كان فيه، كما يدل عليه قوله: «و صرت إلى حال أخرى في الصلاة و غيرها»، فلا يتجه هذا القول حينئذ، فالتفت.

فالمحصل: ان هذه الوجوه غير ناهضة لنفى دلالة الرواية على التقييد مطلقا.

فلا بد من الالتزام بدلالاتها على التقييد بالدخول في الغير لكن لا مطلقا بل في خصوص الموضوع.

و قد ذهب المحقق النائيني (قدس سره) إلى اعتبار الدخول في الغير مطلقا سواء في ذلك الموضوع و غيره.

بيان: ان الأدلة الدالة على حجية القاعدة منها ما يدل على التقييد بالدخول في الغير كرواية زرارة، و منها ما لم يعتبر في أكثر من المضى و التجاوز كموثقتي ابن بكير و ابن أبي يعفور. فيدور الأمر بين حمل المطلق على الفرد الغالب، فان الغالب من موارد الشك موارد الدخول في الغير. و بين حمل القيد على الغالب، فلا يظهر في كونه قيذا احترازيا. و الأول هو المتعين، لا من جهة اقتضاء الدليل المقيد للمفهوم و لا- لحمل المطلق عليه، و انما هو لأجل انصراف المطلق في نفسه إلى الفرد الغالب باعتبار كون الماهية تشكيكية بحيث يكون شمولها للفرد النادر خفيا بنظر العرف، فان ذلك يوجب انصراف المطلق عنه إلى الفرد الغالب لا باعتبار نفس الغلبة فانها لا توجب الانصراف. و لو تنزل عن ذلك فلا أقل من كونه قدرا متيقنا في مقام

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٨٩

التخاطب، فالمطلق في نفسه قاصر عن شمول مورد عدم الدخول في الغير (١).

و هذا الذى ذكره لا تمكن الموافقة عليه بجميعه، لوجوه:

الأول: انه عدّ رواية زرارة من أدلة قاعدة الفراغ، مع انك عرفت انها تعد من أدلة قاعدة التجاوز- و ان ناقشنا في دلالتها على ذلك- الثانى: أنه جعل وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب مانعا عن انعقاد الإطلاق، مع انه: (قدس سره) لا يرى ذلك في مبحث المطلق و المقيد، و يورد على المحقق الخراساني في اختياره ذلك (٢).

الثالث: ان ما ذكره من إيجاب التشكيك للانصراف مناقش فيه كبرويا و صغرويا.

أما كبرويا، فلأنه قد حقق في محله بان نظر العرف انما يتبع في تعيين المفاهيم و تشخيصها من حيث السعة و الضيق، أما نظره في تشخيص المصداق فهو مردود لا يعتمد عليه، فعدم صدق المطلق على الفرد النادر بنظر العرف لخفائه غير قادح في التمسك بإطلاقه و لا يوجب صرفه عنه بعد ان كان يصدق عليه حقيقة.

و أما صغرويا، فلان التشكيك انما يوجب الانصراف- لو سلم كبرويا- فيما كان التفاوت بين الافراد من حيث الظهور و الخفاء. أما فيما كان التفاوت بينها من حيث الأظهرية و الظهور، بمعنى ان صدق الطبيعة على هذا الفرد كان أظهر من صدقها على ذلك فلا يتحقق الانصراف. و ما نحن فيه كذلك، فان صدق الطبيعة (الفراغ) على مورد الدخول في الغير أظهر من صدقه على مورد عدم الدخول في الغير كما لا يخفى، لا ان صدقه على مورد عدم الدخول في الغير خفى و صدقه على مورد الدخول ظاهر. فتدبر.

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢- ٤٧١- الطبعة الأولى.

(٢) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ١- ٥٣٠- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٠

و إذا لم يثبت القول بالتقييد مطلقا و لم يثبت القول بعدم التقييد مطلقا، فالالتزام بالتفصيل بين باب الموضوع و بين غيره باعتبار الدخول

فى الغير فيه دون غيره هو المتعين.

والمقام الثانى:

فيما كان الشك فى صحة العمل ناشئا عن الشك فى الجزء الأخير.

و لا بد من تحقق الدخول فى الغير- فى الجملة- فى جريان القاعدة لتوقف صدق الفراغ عن العمل و المضى عنه بالدخول فى الغير، لأنه مع عدم الدخول فى الغير و بقاء محل التدارك لا- يتحقق مضى العمل، إذ يمكن ان لا يكون قد أتى بالجزء الأخير المحقق للمضى و الفراغ.

و قد ذكر بعضهم ان الشك فى الجزء الأخير تارة: يكون بعد الدخول فى الغير.

و أخرى: يكون قبل الدخول فى الغير الا انه كان قد حصل اليقين آنا ما يتحقق الفراغ عن العمل. و ثالثة: يكون قبل الدخول فى الغير و عدم حصول اليقين بتحقيق الفراغ. فالقاعدة فى صورتين الأولتين تجرى دون الصورة الثالثة «١».

و أورد الشيخ (قدس سره) عليه فى ذهابه إلى جريان القاعدة فى الصورة الثانية: بأن الفراغ لا يصدق باليقين به آنا ما، و نفس اليقين الآنى السابق المتبدل إلى الشك لا موضوعية له، بل هو طريق إلى الواقع، فلا دليل على حجته بعد تبذله بالشك إلا أحد أمرين .. قاعدة اليقين، و هى غير ثابتة. و ظهور حال اليقين فى كونه مطابقا للواقع، و هذا الأمر لا دليل عليه و غير ثابت.

و أما جريان القاعدة فى الصورة الأولى و عدم جريانها فى الثالثة، فملاكه واضح لا يحتاج إلى بيان و لا إشكال فيه «٢».

(١) النجفى الفقيه الشيخ محمد حسن. جواهر الكلام ٢- ٣٦١- الطبعة الحديثة.

(٢) الأنصارى المحقق الشيخ مرتضى. كتاب الطهارة- ١٦٢- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩١

و لكن ما ذكره الشيخ رحمه الله يمكن الخدشه فيه بتقريب: ان صدق الفراغ و المضى عن العمل المركب يكون بأحد أمرين .. الإتيان بالجزء الأخير منه. و قطعه و الاقتصار على بعض أجزائه بعد مضى قسم منه يصدق عليه لفظ المركب فى نفسه، فانه بالإتيان بهذا المقدار لا- يصدق الفراغ عرفا ما دام مشغولا بباقي الاجزاء، و لكنه مع قطعه و عدم المضى فى باقى الاجزاء يصدق تحقق العمل و الفراغ منه. و هذا واضح و لا إشكال فيه.

و لما كانت وحدة المركبات الاعتبارية- و منها الصلاة- انما هى بالقصد و النية- إذ لا وحدة لها حقيقية لاختلاف اجزائها ماهية و مقولة- كان اليقين بالفراغ و لو آنا ما سببا لتحقيق الفراغ، لأنه موجب لتبدل القصد و النية فيتحقق الانقطاع، و بذلك يصدق العمل و الفراغ عنه.

فجريان القاعدة فى هذه الصورة ليس من جهة موضوعية اليقين فى نفسه، بل لأجل تحقق الانقطاع بحصوله الموجب لصدق موضوع القاعدة، و هو الشك فى صحة العمل بعد الفراغ عنه.

و بذلك يظهر انه لا- محيص عن الالتزام بما ذكره صاحب الجواهر من جريان القاعدة فى صورتين الأولتين، و انه لا وجه لما ذكره الشيخ فى مقام الإشكال عليه.

و لبعض الفقهاء تقريب لتصحيح كلام الجواهر و الخدشه فى كلام الشيخ بيانه:

انه مع اعتبار تحقق الفراغ فى جريان القاعدة يدور الأمر بين إرادة الفراغ الحقيقى، و إرادة الفراغ الادعائى، و إرادة الفراغ البنائى- يعنى البناء على تحقق الفراغ عن العمل- لا يمكن الالتزام بإرادة المعنى الحقيقى و المعنى الادعائى للفراغ.

أما الأول، فلأنه انما يصدق عند الإتيان بالعمل بجميع أجزائه و شرائطه، فاعتباره يلزم تعطيل قاعدة الفراغ، لأن موردها الشك فى

صحة العمل لفقد جزء أو شرط، و الفراغ الحقيقي غير صادق مع هذا الشك.

و أما الثاني، فلأنه يصدق بالإتيان بمعظم الاجزاء، فاعتباره يستلزم صحة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٢

جريان القاعدة مع الشك في الصحة بعد الإتيان بالمعظم و قبل الانتهاء من العمل، مع انه لا إشكال في عدم صحة ذلك، لعدم صحة جريان القاعدة في أثناء العمل.

و إذا لم يمكن الالتزام بإرادة الفراغ الحقيقي و لا- الفراغ الادعائي تعين الالتزام بإرادة الفراغ البنائي، و هو يحصل باليقين بالتمام. فجريان القاعدة مع تحقق اليقين الآني بالفراغ ليس لأجل حجية اليقين بعد زواله أو لأجل ظهور الحال كى ينفي بعدم الدليل عليه بل لأجل صدق الموضوع المأخوذ في لسان الدليل، و هو الفراغ البنائي «١».

و لكن ما ذكره لا تمكن الموافقة عليه لوجهين:

الأول: انه يمكن الالتزام بإرادة الفراغ الحقيقي بلا استلزام للمحذور المذكور- أعنى: محذور التعطيل- و ذلك بالالتزام بكون متعلق الفراغ العمل الجامع بين الصحيح و الفاسد- لا خصوص العمل الصحيح كى يلزم ما ذكر- و بذلك يتحقق الفراغ الحقيقي بلا عناية و لا تكلف مع الشك في فقد جزء أو شرط كما لا يخفى.

و توهم: أن الأمر يدور حينئذ بين التصرف في لفظ الفراغ و التصرف في متعلقه بحمله على الأعم فما هو المرجح؟ كى يلتزم بالأخير. فاسد، فان التصرف في المتعلق بحمله على الأعم مما لا بد منه على القولين، بل هو صريح الروايات، لأن فيها اسناد الفراغ إلى العمل مع الشك فيه مما يكشف عن إرادة الأعم، فالالتزام بإرادة المعنى الحقيقي للفراغ لا يستدعى مئونه زائدة بخلاف العكس.

الثاني: ان اعتبار تحقق الفراغ البنائي في جريان قاعدة الفراغ مطلقا يستلزم عدم جريان القاعدة مع الإتيان بالجزء الأخير و الشك في الإتيان بما قبله بلا فصل، كالإتيان بالتسليم مع الشك في التشهد، فانه في حال الشك لا يقين له بالفراغ، إذ

(١) الحكيم الفقيه السيد محسن، مستمسك العروة الوثقى ٢- ٥١٨- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٣

يحتمل ان يكون إتيانه بالتسليم عن غفلة لا أنه عن التفات و بعد الإتيان بالتشهد، و فى تلك الحال كان غافلا، فلم يتحقق منه الفراغ البنائي أصلا. مع أنه لا إشكال في جريان القاعدة فى هذه الصورة.

فالمحصل: ان ما ذكره هذا القائل لا يعرف له وجه ظاهر، فالمتعين هو ما ذكرناه.

بقى الكلام فى جريان قاعدة الفراغ فى الصور الأربع التى ذكرناها للشك فى الجزء الأخير عند الكلام فى جريان قاعدة التجاوز فيه. فالتحقيق: ان جريان القاعدة فى الصورتين الأوليتين- و هما: صورة تحقق الشك مع عدم الاشتغال بشىء مناف أصلا و عدم تحقق السكوت الطويل الماحى لصورة الصلاة. و صورة تحقق الشك مع الإتيان بالمنافى العمدى كالقوله بالنسبة إلى الصلاة- انما يصح لو تحقق فى الحالين اليقين بالفراغ و لو آنا ما. أما مع عدم تحققه فنفس الحالين لا يحققان المضى و الفراغ كما لا يخفى.

و أما الصورتان الأخيرتان- و هما: صورة تحقق الشك مع الاشتغال بأمر مرتب على العمل، كالتعقيب بالنسبة إلى الصلاة. و صورة تحقق الشك مع الاشتغال بالمنافى العمدى و السهوى- فالقاعدة جارية فيهما.

أما جريانها فى الأخيرة فواضح، لانقطاع العمل بالاشتغال بالمنافى و تحقق الفراغ عنه و صدق مضيه كما لا يخفى.

و أما جريانها فى الثلاثة، فلأن الاشتغال فى الأمر المترتب بعنوانه الخاص- كالاتغال فى التعقيب بما انه تعقيب لا بما انه دعاء أو ذكر مثلا- لا يكون إلا بعد البناء على الفراغ و اليقين بالانتهاء من العمل، و ذلك موجب لصدق المضى، لانقطاعه بتبدل القصد. هذا تمام الكلام فى جريان قاعدة الفراغ عند الشك فى الصحة للشك فى الجزء.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٤

الجهة العاشرة [١]: في تحقق جريان قاعدة الفراغ

لو كان منشأ الشك هو

[١] تحقيق الكلام في جريان قاعدة التجاوز أو الفراغ عند الشك في الشرط، ان يقال: ان الشرط على أقسام: ما يكون شرطاً مقوماً للمأمور به عقلاً بحيث يتقوم به صدق عنوان المأمور به كقصد الصلواتية في تحقق عنوان الصلاة، و قصد الظهريه في تحقق عنوان الظهر. و ما يكون شرطاً مقوماً للجزء، كقصد الركوع في تحقق الركوع، إذ ليس كل انحناء ركوع بل الانحناء الركوعي هو المأتي بعنوان الركوع. و كالموالاة بين الحروف في تحقق الكلمة. و ما يكون شرطاً شرعياً للكل، كالاستقبال بالنسبة إلى الصلاة. و ما يكون شرطاً شرعياً للجزء، كالجهر بالنسبة إلى القراءة. أما الشرط المقوم عقلاً للمأمور به كاليه، فقد التزم البعض بجريان قاعدة التجاوز فيه إذا تحققت شرائطها. و ذهب البعض إلى عدم جريانها فيه، كما يظهر من مراجع الفرع الأول من فروع العلم الإجمالي من العروة و ما كتب حوله. و التحقيق: ان متعلق الأمر هو عنوان الصلاة أو الظهر، و قصد الصلواتية أو الظهريه محقق لعنوان المأمور به. من دون ان يلحظ في متعلق الأمر جزء أو شرطاً و انما هو شرط تكويني. و على هذا فلا معنى لإجراء القاعدة فيه، إذ لا يقع مثله مورد التعبد الشرعي لعدم دخله شرعاً في المأمور به، فالتعبدية لا يجدي شيئاً و لا يترتب عليه أثر شرعي مترقب، و ترتب عنوان المأمور به عليه ترتب عقلي لا ينفع فيه التعبد. و بهذا يظهر انه لا وجه يقتضى جعله مورداً للكلام كما ارتكبه الاعلام. و لعله إلى ذلك ينظر المحقق العراقي في منعه جريان القاعدة فيه معللاً بان المعتبر في العمل نشوؤه عنه لا نفسه، فانه يمكن ان يكون نظره إلى ما ذكرناه من عدم اعتباره في العمل و انما المعتبر هو عنوان الصلواتية أو الظهريه. و لو تنزلنا عن هذه الجهة فنقول: ان القصد المعتبر إما يكون قصداً واحداً مستمراً و عليه يبتنى مبطلية نية القطع أو القاطع، كما التزم به بعضهم، و اما يكون متعدداً بتعدد الاجزاء فهو معتبر في كل جزء و لذا لا تبطل الصلاة بنية القطع. القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٥

- و لا يخفى ان قاعدة التجاوز انما تجرى في القصد إذا كان اعتباره بالنحو الثاني لصدق التجاوز عنه بتجاوز الجزء. أما إذا كان اعتباره بالنحو الأول، فلا مجال لجريان القاعدة فيه لأن المفروض انه امر واحد مستمر و محله جميع العمل، فلا يتحقق التجاوز عنه في الأثناء. هذا بالنسبة إلى جريان قاعدة التجاوز في النية. و أما بالنسبة إلى قاعدة التجاوز في نفس العنوان المأمور به، فتحقيق الحال فيه: انه يتصور على أنحاء. فتارة يقال: انه امر واحد مستمر يعنون به مجموع العمل.

و أخرى يقال: انه متعدد بتعدد الاجزاء، و هو تارة: يكون متقوماً بمجموع الاجزاء بحيث لا ينطبق إلا على المجموع، نظير الحمى القائمة باجزاء البدن فان كل جزء لا يقال انه محموم، بل مجموع البدن محموم. و أخرى: يكون متقوماً بكل جزء فكل جزء ينطبق

عليه انه صلاة أو ظهر.

و لا يخفى انه لا مجال لتوهم جريان قاعدة التجاوز في العنوان بناء على الاحتمالين الأولين، لعدم تحقق التجاوز عنه بعد تقومه بالكل. نعم، لتوهم جريان القاعدة فيه مجال على الاحتمال الثالث لتجاوز محله بتجاوز الجزء، و ان وقع محل الإشكال من جهات أخرى. و أما الشرط المقوم للجزء عقلا، كقصد الركوعية في الركوع، فقد ظهر الحال فيه مما ذكرناه في شرط الكل، إذ عرفت انه لا مجال لتوهم جريان القاعدة في الشرط العقلي التكويني لعدم ترتب أثر شرعي عليه.

و أما إجراء القاعدة في وصف الركوعية، فللمنع عنه مجال، لأن الانحناء الركوعي مبين عرفا للانحناء غير الركوع و الذاتان متباينان، و المطلوب هو الذات المعنونة بعنوان الركوع. و من الواضح ان إثبات تحقق الركوعية لا يثبت تحقق الذات المعنونة و هي الركوع إلا بالملازمة.

و أما إجراء القاعدة في نفس الركوع فقد تقدم الاستشكال فيه بدعوى انصراف اخبار القاعدة إلى الشك في أصل الوجود لا في اتصاف الموجود بعنوان الجزء.

نعم، يمكن إجراء قاعدة الفراغ في الانحناء و إثبات صحته بناء على عدم اعتبار إحراز العنوان في جريانها. و سيجيء البحث فيه.

و أما الشرائط الشرعية المعتبرة في الكل، فالحق فيها هو التفصيل بين ما هو معتبر حال

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٦

– العمل كالاستقبال و الستر و نحوهما، و ما هو معتبر سابقا على العمل كالوضوء على قول، فتجرى القاعدة في الثاني دون الأول. و الوجه في ذلك – على سبيل الإجمال – أن التجاوز عن المحل بالنسبة إلى ما هو معتبر في حال العمل لا يصدق و لو مع دخول المكلف في الجزء اللاحق، إذ غاية ما يمكن تصوير تحقق التجاوز عن محل الشرط مع الدخول في الجزء اللاحق هو ما يقال: من ان المعتبر في كل جزء تقيده بالشرط المفروض، فمع التجاوز عن الجزء يتحقق التجاوز عن التقييد المأخوذ فيه فتجرى القاعدة في تقيده بالشرط، و يترتب الأثر مع إحراز التقييد بالنسبة إلى الاجزاء اللاحقة.

و لكن هذا المطلب لا يمكن الالتزام به، فان التقييد من شأن المفاهيم و العوارض و لا يتصور في المعاني المتباينة مثل الطهارة و الركوع، فان كلا منهما يباين الآخر فلا معنى لأن يكون أحدهما مقيدا بالآخر إذ الطهارة من عوارض المكلف لا الركوع.

نعم، يتصور أخذ التقييد بنحو آخر، و هو ان يكون الواجب هو الركوع المقارن للطهارة، فيؤخذ القيد وصف المقارنة للطهارة.

و لكن هذا مما لا يلتزم به، و إلا لأشكل الأمر في استصحاب الطهارة، فانه لا يثبت الوصف الملحوظ المأخوذ في الواجب و هو وصف المقارنة.

و عليه، فالذي يلتزم به في باب الشروط هو أخذ الشرط بنحو المعية في الوجود مع الجزء، نظير نفس الاجزاء فيما بينها إلا ان الفرق تعلق الأمر بالجزء دون الشرط.

و من الواضح ان أخذ الشرط بهذا النحو لا يستلزم كون الجزء محلا له و ظرفا بحيث يكون التجاوز عنه تجاوزا عن الشرط، بل بالإتيان بالجزء دون الشرط لم يفت محل الشرط و يمكن الإتيان به مع الجزء في كل وقت و لو بإعادة الجزء.

و قد يلتزم في باب الشروط بوجه آخر و هو اعتبار الإضافة إلى الشرط بمعنى ان الواجب هو إيقاع الجزء في ظرف الشرط، فيلحظ الجزء مضافا إلى الزمان الخاص و هو زمان الشرط.

و لكن لو تم هذا لم ينفع في المطلوب، لأن طرف الإضافة هو نفس الزمان دون الخصوصية، فالشك في الخصوصية – أعني الشرط – لا يستلزم الشك في طرف الإضافة بل في خصوصيته.

و الوجه فيه:

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٧

- ان طرف الإضافة لو كان هو الزمان الخاص لا شكل الأمر في مثل استصحاب الشرط كالطهارة، لعدم إثباته إضافة الجزء للطهارة حتى يتحقق طرف الإضافة، فكيف يجدى في الامتثال؟ فمقام الثبوت و الإثبات يساعدان على كون طرف الإضافة نفس الزمان و الخصوصية للزمان نفسه لا مأخوذة في الإضافة، فيعتبر ان تكون الصلاة في زمان فيه طهارة، فيصح إجراء استصحاب الطهارة لإثبات خصوصية الزمان، نظير استصحاب الخمرية لإثبات حرمة شرب المائع المشكوك، فانه لا يثبت كون شرب هذا المائع شرب خمر، و لكن يثبت به انه شرب مائع هو خمر، و ليس الملحوظ في الحكم أزيد من ذلك، فليس المحرم الشرب المضاف إلى الخمر بل الشرط المضاف إلى مائع هو خمر.

و عليه، فإذا ثبت ان طرف الإضافة هو الزمان، و الشرط لوحظ كخصوصية للزمان لا- طرفا للإضافة، فالمشكوك لا يكون طرف الإضافة بل خصوصية الطرف، و هي مما لم يفرض لها محل.

هذا مع أخذ الشرط طرفا للإضافة لا يظهر منه سوى كون الشرط طرفا للجزء لا العكس، فاعتبار كون الركوع في حال الطهارة ظاهر بحسب لسان الدليل في كون الطهارة طرفا للركوع لا كون الركوع طرفا للطهارة فانتبه.

فتبين من جميع ذلك انه لا مجال لجريان قاعدة التجاوز في الشرط المقارن.

و أما الشرط السابق على العمل، فالقاعدة تجرى فيه إذا شك فيه بعد الدخول في العمل لتجاوز محله بعد الدخول، لأن ظرفه هو الزمان السابق على العمل. و هذا مما لا إشكال فيه. إنما الإشكال في انه هل يعتبر إحرازه للاجزاء اللاحقة أو لا؟ ذهب المحقق العراقي إلى لزوم ذلك، و ان القاعدة لا- تنفع إلا- في ما مضى من الاجزاء، إذ ما يأتي من الاجزاء لم يتجاوز عنه، و دليل القاعدة انما يتعبد بها بمقدار ما تحقق التجاوز عنه، و هذا منه مبنى على اعتبار التجاوز عن نفس المشروط لا خصوص المشكوك، و هو مما لا دليل عليه، إذ غاية ما يدل عليه الدليل اعتبار التجاوز عن المشكوك، و هو فيما نحن فيه حاصل، إذ الشرط إذا كان مأخوذا سابقا على العمل فمع الدخول في العمل يتحقق التجاوز عن محله حتى بالنسبة إلى الاجزاء اللاحقة لأن شرطها هو الفعل السابق عن العمل.

نعم، بالنسبة إلى الأعمال المستقلة الأخرى كصلاة ثانية لا تنفع، لأن قاعدة التجاوز

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٨

الشك في الشرط، و ذلك يتوقف على بيان أقسام الشروط.

و قد ذكر المحقق العراقي (قدس سره) أقساما عديدة للشروط و ذكر حكمها مما يرتبط بما نحن بصدده من جريان قاعدة الفراغ، مع ذكره حكمها بالنسبة إلى جريان قاعدة التجاوز.

و محصل ما أفاده: ان الشروط.

منها: ما يكون شرطا عقليا في تحقق عنوان المأمور به من الصلواتية و الظهرية و نحوهما، كالنية، فان هذه العناوين لما كانت أمورا قصديّة فلا تتحقق إلا بالقصد و النية.

و منها: ما يكون شرطا شرعيا لصحة المأمور به بعد الفراغ عن تحقق عنوانه، كالطهور و الستر و الاستقبال و نحوها.

و منها: ما يكون شرطا عقليا لنفس الجزء، بمعنى كونه مما يتوقف عليه وجود الجزء عقلا، كالموالاة بين حروف الكلمة.

و منها: ما يكون شرطا شرعيا للجزء، كالجهر و الإخفات بناء على القول بكونهما شرطا للقراءة، لا للصلاة في حال القراءة.

ثم ما كان شرطا شرعيا إما أن يكون مما له محل مقرر شرعا، بان يكون قبل

- انما تتعبد بالمشكوك بمقدار التجاوز عنه، و الوضوء للصلاة الأخرى لم يتجاوز عن محله بالدخول في هذه الصلاة.

نعم، هو تجاوز عن محل الوضوء لهذه الصلاة، فلا تثبت القاعدة إلا وضوء هذه الصلاة لا غير، فيلزمه الوضوء للصلوات الأخرى. و من هنا ظهر الحال ما إذا شك في صلاة الظهر بعد دخوله في صلاة العصر، فإن قاعدة التجاوز في صلاة الظهر انما تثبت تحقق صلاة الظهر بمقدار تأثيرها في صحة العصر، و اما صلاة الظهر بما هي واجبة مستقلا فلم يتجاوز عن محلها، إذ لا يعتبر فيها ان تكون قبل العصر بل المعبر ان تكون العصر بعدها فيلزمه على هذا الإتيان بالظهر بعد العصر. هذا تمام الكلام في الشروط

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ١٩٩

الدخول في المشروط كصلاة الظهر بالنسبة إلى العصر، و كالطهارة على قول. أو لا يكون له محل مقرر، كالستر و الاستقبال. فالأقسام خمسة.

أما ما كان شرطا عقليا لعنوان المأمور به، بمعنى أنه مقوم لتحقيقه عقلا كالنية، فلا إشكال في عدم جريان قاعدة التجاوز فيه مع الشك، و ذلك لأنه مضافا إلى عدم وجود محل له مقرر شرعا مع اختصاص القاعدة بذلك، لا تكون القاعدة تجدى في إحراز عنوان المشروط، فان جهة نشوء الأفعال عن قصد الصلاتية و نحوها من اللوازم العقلية للقصد و النية، فالتعبد بوجود القصد لا يجدى في إثبات هذه الجهة. و كذلك لا تجرى قاعدة الفراغ في المشروط مع الشك، لاختصاصها بما إذا كان العمل محرزا بعنوانه و كون الشك في صحته و فساده، نظير قاعدة الصحة في عمل الغير- فانهما من سنخ واحد- و مع فرض الشك في القصد يشك في تعنون العمل بعنوانه المطلوب، فلا مجال لقاعدة الفراغ.

هذا بالنسبة إلى النية المقومة لعنوان المأمور به.

أما بالنسبة إلى النية بمعنى قصد القربة، فمع الشك فيها في الأثناء لا تجرى قاعدة التجاوز- و ان قلنا بكونها مأخوذة في المأمور به شرعا لا عقلا- لعدم كونها ذات محل مقرر شرعا كي يصدق عليها عنوان التجاوز من المحل.

و أما قاعدة الفراغ فهي تجرى بناء على كونها شرطا شرعيا و لو بنحو التقييد. و أما بناء على القول بكونها شرطا عقليا فلا تجرى، لعدم الشك في صحة المأتي به الشرعية، بمعنى استجماع المأتي به للاجزاء و الشرائط الشرعية، فانه محرز مع القطع بعدم اقترانه بقصد القربة فضلا عن الشك.

و أما ما كان شرطا شرعيا للصلاة مع عدم وجود محل له شرعي كالستر، فلا تجرى فيه قاعدة التجاوز لعدم صدق التجاوز عن المحل بالدخول في المشروط.

و أما قاعدة الفراغ: فتجرب في المشروط للشك في صحته بالشك في الشرط.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٠

هذا بعد الفراغ منه. أما إذا كان الشك في الأثناء، فقاعدة الفراغ انما تجرى إذا كانت الاجزاء الماضية بنحو يكون لها بنظر العرف عنوان مستقل كالركعة، دون غيره مما لا يعد كذلك كالأية. إلا ان قاعدة الفراغ انما ينفع جريانها في الأثناء لو كان الشرط محرزا حال الشك بالنسبة إلى الاجزاء اللاحقة، أما مع الشك فيه حتى بالإضافة إلى الاجزاء اللاحقة و الحالية، فلا ينفع جريانها فيما مضى من الاجزاء، فلا مجال على هذا لجريانها.

قمي، سيد محمد حسيني روحاني، القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ٣ جلد، چاپخانه امير، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)؛ ج ٧، ص: ٢٠٠

و أما الشرط الشرعي ذو المحل، كصلاة الظهر بالنسبة إلى صلاة العصر و نحوها، فما ذكره (قدس سره) مما يرتبط بالمقام من جريان قاعدة التجاوز و قاعدة الفراغ لا يزيد عما ذكرناه سابقا نتيجة فراجع.

و أما ما يكون شرطاً عقلياً للجزء كالموالاته بين حروف الكلمة، فلما كان الشك فيه يرجع إلى الشك في وجود الكلمة، تجرى فيها-
أى: فى الكلمة- قاعدة التجاوز.

و أما ما يكون شرطاً شرعياً للجزء، كالجهر و الإخفات- لو قيل بكونهما شرطاً للقراءة- فلا تجرى فيه قاعدة التجاوز لعدم صدق الشيء
على مثله، فالأدلة منصرفه عنه.

و أما المشروط، فهو و ان صدق عليه الشيء إلا ان الشك ليس فى وجوده بل فى صحته، فهو مورد لقاعدة الفراغ. إلا ان البحث عنه
قليل الجدوى لورود النص على عدم الإعادة مع نسيان الجهر و الإخفات فضلاً عن صورة الشك، و لم نعثر على مثال للفرض غير هذا.
هذا ملخص ما أفاده (قدس سره) «١»، و لكن فى كلامه مواقع للنظر.
الأول: ما ذكره من عدم جريان قاعدة التجاوز مع الشك فى تحقق القصد

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤-٦٣- طبعه مؤسسه النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠١

بتقريب: أن موضوع الأثر ليس هو القصد، بل ما يلازم القصد عقلاً من تعنون العمل بعنوان المأمور به أو جهه نشوء الأفعال عن قصد
العنوان المأمور به- كما قد يظهر من كلامه- أعنى: التردد فى موضوع الأثر فإثبات تحقق القصد بالقاعدة لا يقتضى ثبوت الجهه
المرغوبه.

و وجه النظر فيه: أن الشك فى تحقق القصد ملازم للشك فى تعنون العمل بعنوان المأمور به أو نشوء الأفعال عن قصد العنوان، فلا
ملزم حينئذ لإجراء قاعدة التجاوز فى نفس القصد كى يتأتى ما ذكره، بل يمكن حينئذ إجراء القاعدة فى نفس موضوع الأثر- و هو
أحد الأمرين- لتحقق الشك فيه بالشك فى تحقق القصد، فلا يرد ما أفاده كما لا يخفى.

الثانى: ما ذكره من عدم جريان قاعدة الفراغ فى الفرض نفسه لعدم إحراز عنوان العمل مع اعتباره فى جريانها قياساً على أصالة الصحة
فى عمل الغير، لأنهما من سنخ واحد و الاختلاف فى مورد جريانها.

و وجه النظر فيه: ان هذا- على تقدير تسليمه- انما يتأتى فى صورة الشك فى تحقق أصل قصد العنوان كالشك فى تحقق قصد
الصلاية، لعدم إحراز العنوان. أما مع العلم بقصد الصلاية و الشك فى خصوصية القصد من الظهيره و العصريه و نحوهما، فلا مجال
لما ذكره من منع جريان قاعدة الفراغ، لإحراز عنوان العمل من كونه صلاه و الشك فى صحته و فساده.

مع ان ما ذكره من لا- بديهه إحراز عنوان العمل فى جريان قاعدة الفراغ، كاعتباره فى قاعدة الصحة غير مسلم لأن اعتباره فى أصالة
الصحة لم يكن لقيام دليل عليه، بل لعدم الدليل على عدم اعتباره، حيث ان دليل أصالة الصحة- كما عرفت- دليل لبي لا لفظى، و هو
السيرة العقلية، و معه يقتصر على القدر المتيقن بمجرد الشك، فمع الشك فى اعتبار إحراز عنوان العمل و عدمه، يبنى على الاعتبار
من باب عدم الدليل على عدمه و الأخذ بالقدر المتيقن من دليل الأصل، و هو غير

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٢

صورة عدم الإحراز.

و ما نحن فيه ليس كذلك، لأن دليل قاعدة الفراغ ليس دليلاً لبياً بل هو دليل لفظى، يمكن التمسك بعمومه مع الشك و لم يقم دليل
آخر على اعتبار إحراز العنوان، فلا وجه لتخصيص القاعدة بصورة إحرازه، بل الوجه تعميمها بصورة عدم الإحراز تمسكاً بالعموم.
و عليه، فيصح جريانها فيما نحن فيه للشك فى أن هذا العمل المأتى به مطابق للمأمور به أو غير مطابق، فتجربى فيه قاعدة الفراغ و
ثبتت صحته و لو لم يحرز العنوان، فتدبر.

و بالجملة: لا دليل صناعياً على ما أفاده، فلا وجه لرفع اليد عن العموم لأن الشك فى الصحة يجامع الشك فى العنوان فيشمه الدليل.

إلا- ان يدعى انصراف لفظ الشيء في قوله: «كل ما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو» (١)، إلى كونه مشيراً إلى الأفعال بعناوينها المأخوذة في ترتب الأثر لا إلى ذات العمل، و هي غير سهلة الإثبات.

الثالث: ما ذكره من عدم جريان قاعدة الفراغ مع الشك في تحقق قصد القربة، بتقريب: انه لا شك في صحة المأني به بمعنى مطابقتها للاجزاء و الشرائط المأمور بها شرعاً، للعلم بالمطابقة مع اليقين بعدم تحقق قصد القربة فضلاً عن صورة الشك فيه.

و وجه النظر فيه: انه بعد عدم معقولية أخذ قصد القربة في متعلق الأمر بالعمل أو في متعلق أمر آخر، و حكم العقل بوجوب الإتيان بالعمل مقارنة لقصد القربة، لتوقف تحقق الغرض عليه و تحصيله واجب في مقام الامتثال، لا- يمتنع على الشارع الاكتفاء في مقام الامتثال بالإتيان بما يحتمل معه تحقق الغرض، إذ لا- مانع من ذلك عقلاً، إذ أي محذور في ان يقول الأمر بأني اكتفى في مقام الامتثال باحتمال تحقق الغرض دون الجزم به.

(١) وسائل الشيعة ٥- ٣٣٦ باب ٢٣ من أبواب الخلل، الحديث: ٣.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٣

و إذا ثبت ذلك في نفسه، فيمكن أن يثبت فيما نحن فيه، بان يكفي الشارع بالإتيان بما يحتمل تحقق الغرض به في الامتثال، فيكتفى بما يحتمل مقارنته لقصد القربة.

و يكون الدليل المتكفل لذلك هو عموم دليل قاعدة الفراغ، فانه يدل على عدم الاعتناء بالشك و الاكتفاء بالمأني في مقام الامتثال، و منه ما نحن فيه، فيكون من الاكتفاء بما يحتمل تحقق الغرض به، و قد عرفت انه لا مانع منه، و انه من صلاحيات الشارع. فالتفت.

الرابع: ما ذكره من عدم جريان قاعدة الفراغ في الأثناء مع الشك في الشرط الشرعي للعمل، إلا إذا كان ما مضى من الاجزاء بنحو يعد عملاً من الأعمال.

فانه غير وجيه، لأنه إن كان لأجل استفادته من بعض النصوص كقوله عليه السلام: «كل ما مضى من صلاتك و طهورك ..»- فانه يستفاد منه كون مجرى القاعدة أمراً ذا عنوان مستقل كعنوان الصلاة و الطهور- فذلك يدفعه إطلاق قوله عليه السلام: «كل ما شككت فيه مما مضى فشككك ليس بشيء»، فانه بإطلاقه يشمل الكل و الجزء و ذا العنوان و غيره.

مضافاً إلى ان ما ذكره هاهنا يناهض ما ذكره في آخر كلامه من كون الجزء المشكوك في شرطه مورداً لقاعدة الفراغ في نفسه، إلا انها لا تجرى لانتفاء الأثر.

و أما ما ذكره من عدم جريان قاعدة التجاوز عن ما لا محل له من الشروط الشرعية كالستر و الاستقبال و قصد القربة- على أحد القولين- فيعرف صحته بإطلاقه و عدم صحته مما نقضناه سابقاً. فراجع.

الجهة الحادية عشرة: في جريان قاعدة التجاوز في الطهارات الثلاث.

و التحقيق: انه لا إشكال في عدم جريان قاعدة التجاوز عند الشك في فعل من افعال الوضوء بعد الدخول في غيره و قبل الفراغ من الوضوء فقد انعقد الإجماع على ذلك، و ادعى الشيخ ورود الاخبار الكثيرة في ذلك (١).

(١) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول- ٤١٢- الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٤

و قد ألحق الأصحاب الغسل و التيمم بالوضوء في عدم جريان قاعدة التجاوز، فأدلة قاعدة التجاوز مخصصة بالأخبار و الإجماع. هذا كله مما لا- كلام فيه، و انما الكلام في موثقة ابن أبي يعفور: «إذا شككت في شيء من الوضوء و قد دخلت في غيره فليس

شكك بشيء. انما الشك إذا كنت في شيء لم تجزه» (١)، حيث ان ظاهرها إلغاء الشك في أحد الاجزاء الوضوء مع الدخول في الجزء الآخر، و هو يقتضى جريان قاعدة التجاوز في أجزاء الوضوء.

و ذلك ينافى معقد الإجماع و دلالة الاخبار على خروج أفعال الوضوء عن عموم القاعدة.

و قد تخلص الشيخ من هذه المناقشة بإرجاع الضمير في: «غيره» إلى الوضوء، فيكون مفاد الصدر إلغاء الشك في جزء الوضوء مع الدخول في غير الوضوء لا غير الجزء من الاجزاء الأخرى. و هذا لا يتنافى مع معقد الإجماع و الأخبار، لأن مفادهما عدم إلغاء الشك ما دام في الأثناء.

ثم أنه (قدس سره) أفاد: ان الظاهر من الموثقة كون هذا الحكم - و هو عدم إلغاء الشك في أثناء الوضوء - ليس حكما تعديدا صرفا خارجا عن مقتضى القاعدة و ثبت بالتخصيص، و انما هو حكم على طبق القاعدة، بمعنى انه حكم جزئي لقاعدة كلية تنطبق موردا على الوضوء، كما هو مقتضى ذيلها، فان ظاهره انه حكم كلي طبق على المورد، فالمستفاد من الرواية قاعدة كلية مقتضاها عدم إلغاء الشك في جزء العمل، ما دام في أثناء العمل و اختصاص الإلغاء بما إذا دخل في غير العمل (٢).

و من هنا يتوجه عليه إشكالان:

أحدهما: ان هذا يستلزم إلغاء الشك في جزء من اجزاء الوضوء باعتبار

(١) وسائل الشيعة ١- ٣٣٠، باب: ٤٢ من أبواب الوضوء، الحديث: ٢.

(٢) الأنصاري المحقق الشيخ مرتضى. فرائد الأصول - ٤١٢ - الطبعة القديمة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٥

الشك في جزئه بعد الدخول في غيره، كالشك في غسل بعض اليد بعد الفراغ منها و الدخول في غيرها من أعمال الوضوء، لأنه يصدق عليه انه شك في جزء العمل بعد الفراغ عن العمل و الدخول في غيره، مع ان إلغاء هذا الشك خلاف الإجماع لانعقاده على الاعتناء بمطلق الشك في الأثناء.

و الآخر: هو حصول التعارض بين هذا الخبر و بين الأخبار الدالة على إلغاء الشك في الشيء بعد التجاوز عنه، فيما إذا شك في جزء من أجزاء الوضوء بعد الدخول في غيره من الاجزاء و قبل الفراغ من الوضوء، إذ باعتبار انه شك بعد تجاوز المحل يكون مشمولاً لاجزاء قاعدة التجاوز. و باعتبار انه شك في جزء العمل قبل الفراغ عن العمل يكون موردا لهذا الخبر.

و قد يستشكل: بان التعارض المذكور حاصل دائما بين منطوق دليل قاعدة التجاوز و مفهوم قاعدة الفراغ عند الشك في الجزء بعد تجاوزه و قبل الفراغ عن العمل، إذ مفاد قاعدة التجاوز عدم الاعتناء بالشك و مفهوم قاعدة الفراغ الاعتناء به لأنه في الأثناء.

و لكنه فاسد جدا، لما عرفت ان هذا التعارض البدوي ينحل بحكومة دليل قاعدة التجاوز على دليل قاعدة الفراغ، لأن الشك في الصحة مسبب عن الشك في الجزء، فيرتفع بجريان قاعدة التجاوز فيه.

و هذا غير ما نحن فيه، لأن المورد واحد لكلتا القاعدتين، و موضوع إحداهما عين موضوع الأخرى، إذ لا شك الا شك واحد تنطبق عليه كلتا القاعدتين.

و قد تفصي الشيخ رحمه الله عن هذين الإشكاليين: بان الوضوء بأجزائه كلها فعل واحد بنظر الشارع، بمعنى: ان هذا الأمر المركب في الحقيقة اعتبره الشارع أمرا واحدا، فلم يلحظ كل جزء منه فعلا مستقلا بل لو حظ المجموع فعلا واحدا.

و المصحح لهذا الاعتبار هو وحدة المسبب و هو الطهارة، فانها أمر بسيط غير مركب يترتب على الوضوء، و هذا أمر ليس بالغريب المستبعد لارتكاب المشهور مثله

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٦

بالنسبة إلى افعال الصلاة، فانهم لم يجروا قاعدة التجاوز في كل جزء من اجزاء الفاتحة أو الآية أو الكلمة، بل الظاهر كون الفاتحة - بل القراءة - بنظرهم فعلا واحدا، بل القرينة على هذا الاعتبار والشاهد له هو إلحاق المشهور الغسل والتيمم بالوضوء في هذا الحكم، إذ لا وجه له بحسب الظاهر إلا ملاحظة كون الوضوء أمرا واحدا باعتبار وحدة مسببه، فيطرد في الغسل والتيمم. وإذا ثبت هذا الأمر و تقرر، فلا وجه حينئذ لكلا الإشكاليين، لأن اجزاء الوضوء لم تلحظ بنظر الشارع أفعالا مستقلة كي يتحقق التجاوز عنها والدخول في غيرها - فتكون موردا للتعارض - أو يتحقق الشك في اجزائها بعد الفراغ عنها - فيشملها الذيل فيلزم مخالفة الإجماع - بل لوحظ مجموعها فعلا واحدا، فالتجاوز عنها لا يتحقق الا بعد الفراغ من الوضوء، فالاعتناء بالشك في الأثناء انما كان لعدم صدق التجاوز بنظر الشارع.

ومن الغريب ما جاء في تقارير السيد الخوئي (دام ظله) من حمل كلام الشيخ في نفى جريان قاعدة التجاوز في الوضوء على: ان المطلوب في باب الوضوء هو الطهارة، وهي أمر بسيط لا اجزاء له، وأما الوضوء فهو مقدمة للمأمور به وليس متعلقا للأمر الشرعي، فلا تجرى فيه قاعدة التجاوز. ثم أورد عليه بإيرادين «١». ووجه الغرابة: ان كلام الشيخ في المقام لا غموض فيه، بل هو صريح فيما بيناه ولا إشارة فيه إلى ما جاء في التقارير. فلاحظه تعرف.

وقد أورد المحقق العراقي (قدس سره) على الشيخ في تقريره المزبور بوجهين:

الأول: ان وحدة الوضوء الاعتبارية (لا تجتمع مع) تنافي التصريح في صدر الرواية بالشك في شيء من الوضوء الذي يفيد كون الوضوء عملا ذا أجزاء.

الثاني: انه لو كان الملاك والعلّة في هذا الاعتبار وحدة الأثر المترتب على العمل، لا طرد ذلك في سائر العبادات من الصلاة وغيره، فان الصلاة مما يترتب

(١) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول - ٣ - ٣١٤ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٧

عليها أثر واحد بسيط وهو النهي عن الفحشاء ونحوه، مع انه لا إشكال في عدم اطراده لعدم الاعتناء بالشك في جزء الصلاة بعد التجاوز عنه وقبل الفراغ من الصلاة، بلا ريب ولا إشكال. وذلك دليل عدم اعتبار الوحدة، والا لما جرت قاعدة التجاوز في الأثناء «١».

وكلا الوجهين مخدوش فيهما:

أما الأول: فلأن الواحد بالاعتبار لا بد وان يكون مركبا في نفسه و واقعه، وإلا لما احتجج إلى اعتبار وحدته.

وعليه، فهو ذو مرتبتين: مرتبة الاعتبار، وهو فيها أمر واحد بسيط. والمرتبة السابقة على الاعتبار، وهو فيها أمر مركب ذو أجزاء. ولا إشكال في صحة إطلاق المركب عليه باعتبار المرتبة السابقة على الاعتبار، بل لا إشكال في صحته مع التصريح باعتبار الوحدة، بان يقول المعبر: «هذا الأمر ذو الاجزاء قد اعتبرته واحدا»، فمع قيام الدليل وثبوت اعتبار الوحدة يحمل التعبير الدال على التركيب على لحاظ المرحلة السابقة على الاعتبار، ومنه ما نحن فيه، فالتعبير في الصدر بالشك في شيء من الوضوء لا ينافي اعتبار الوحدة لو ثبت وتم الدليل عليه.

وأما الثاني: فلأن الأثر الذي يترتب على العمل تارة: يكون تكوينيا.

وأخرى: يكون جعليا. والأثر الشرعي تارة: تكون نسبتته إلى ذي الأثر نسبة الحكم إلى الموضوع. وأخرى: تكون نسبتته إلى ذيه نسبة المسبب إلى السبب - والفرق بين السبب والموضوع ليس محل بيانه هنا بل يذكر في مبحث النهي عن المعاملة - والأثر المترتب على الوضوء وأخويه أثر شرعي نسبتته إلى ذيه نسبة المسبب إلى السبب. فملاكية وحدة المسبب لاعتبار وحدة الوضوء انما تقتضى اطراد

ذلك في كل أمر يترتب عليه أثر نسبته إليه نسبة المسبب إلى السبب دون كل أمر

(١) البروجردى الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤-٤٩- طبعه مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٨

يترتب عليه أثر ما.

و هذا انما يكون فى العقود، لأنها سبب فى ترتب آثار عليها. أما الصلاة و نحوها من العبادات فأثارها تكوينية لا جعلية، فلا تصلح مادة للنقض على الاطراد، لعدم اعتبار الوحدة فيها، بل النقض انما يتوجه بباب العقود.

و لكن لم يثبت الالتزام بجريان قاعدة التجاوز فى اجزائها قبل تمامها كى يكون ذلك دليلا- على عدم اعتبار الوحدة مع وحدة المسبب. كما ان عدم الالتزام بها فى هذا الباب لا يستلزم أى محذور.

ثم أنه (قدس سره) ذكر تقريبا للتخلص عن منافاة الموثقة للأدلة الخاصة، و محصله: انه يلتزم برجوع الضمير فى: «غيره» إلى الموضوع بقرينة الإجماع و النص و قرب المرجع، و ذلك يرجع إلى الالتزام بتقييد التجاوز عن المشكوك فيه فى خصوص اجزاء الموضوع بالتجاوز الخاصّ المساق للتجاوز عن الموضوع مع إبقاء التجاوز فى الذيل على إطلاقه و ظهوره فى مطلق التجاوز عن الشيء، و مرجع الالتزام بتقييد التجاوز فى باب الموضوع إلى التوسعة فى محل الجزء و انه لا يتحقق التجاوز عن محله الا بعد الفراغ من الموضوع.

و بالجملة: الموثقة صدرا و ذيلا- ظاهرة فى اعتبار القاعدة، إلا أن موضوعها- و هو التجاوز- مقيد بنحو خاص فى خصوص مورد الرواية و هو الموضوع. و لا- محذور فى تقييد المورد، بل هو واقع، مثل تقييد مورد مفهوم آية النبأ المفروض كونه فى الموضوعات الخارجية بصورة انضمام خبر عدل آخر، مع إبقاء الكبرى على شمولها لقبول خبر العادل بلا- ضميمه خبر عدل آخر إليه فى غير المورد.

و بهذا البيان يندفع ما ذكر من الإشكال على الموثقة.

و قد ذكر الإشكالات و بيان اندفاعها بهذا التقريب. و لا حاجة لنا ببيانها.

و ما ذكره (قدس سره) من توجيه الرواية و ان كان أمرا دقيقا و جيبها فى نفسه، الا ان إرادته من مثل هذا التعبير لا يساعد عليه الذوق العرفى لأساليب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٠٩

الكلام، و ذلك لأن لفظ الموضوع و ان كان اقرب إلى الضمير من لفظ: «شىء»، لكن المسوق له الكلام هو: «شىء»، و الموضوع ملحوظ من متعلقات ما هو المسوق له الكلام، و ذلك يقتضى كون مرجع الضمير هو: «شىء»، لا الموضوع. مضافا إلى ان تقييد مورد العام، أو المطلق ب قيد و إثبات حكم العام له بلسان ثبوت الحكم لسائر افراد العام- كما لو قال: «أكرم زيدا العالم إذا كان عادلا» لوجوب إكرام العالم- مستهجن عرفا و ان رجع إلى أخذ الموضوع فى المورد بنحو خاص، كما لا يخفى على من له مرانة فى كلام العرب.

و أما ما ذكره بالنسبة إلى آية النبأ ففيه: ان مورد الآية لم يطرأ عليه تقييد، إذ ليس المورد هو الموضوع الخارجى، بل موردها خبر الفاسق فى الموضوع الخارجى. و المفروض ان الآية نفت حجيتها بلا تقييد.

و المتحصل: ان ما أفاده الشيخ (قدس سره) فى مدلول الرواية و توجيهه بنحو لا يرد عليه الإشكالات و ان كان فى نفسه متينا و لكنه احتمال لا دليل عليه. كما ان ما ذكره المحقق العراقى و جيه لو لا بعده عن الذوق العرفى.

فالأولى فى حل إشكال معارضة الإجماع و النص أن يقال: [١] ان الضمير فى

[١] ان ضمير «غيره» يرجع إلى الجزء المشكوك فيه، و لكن المراد بالشك فيه ليس الشك فى وجوده- كما هو ظاهره الأولى مثل

الشك في صحته- فتكون الرواية ناظرة إلى إهمال الشك في صحة الجزء بعد الدخول في غيره، فلا تنافي بما دل على الاعتناء بالشك في وجود الجزء إذا كان في أثناء الوضوء، كرواية زرارة المتقدمة، والقرينة على حمل الشك في الشيء في رواية ابن أبي يعفور على الشك في الصحة هي الذيل الوارد مورد التطبيق، وذلك لأن تجاوز الشيء لا يصدق إذا لم يكن نفس الشيء موجودا. فقولته و «انما الشك إذا كنت في شيء لم تجزه» ظاهر في المفروغية عن تحقق الشيء، فيكون قرينة على كون المراد بالشك فيه هو الشك في صحته لا في وجوده، وقد تقدم صحة إرادة الشك في الصحة من الشك في الشيء، وان كان خلاف الظهور الأول لكن يحمل الكلام عليه مع القرينة.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٠

«غيره» وان كان بالظهور البدوي راجعا إلى الشيء المشكوك فيه، الا- ان إرجاعه إلى الوضوء بقرينة الإجماع والنص على عدم جريان قاعدة التجاوز في اجزاء الوضوء، وقرب المرجح لا يكون فيه مخالفة صريحة للظاهر، فإذا أرجع الضمير في: «غيره» إلى الوضوء، كان الصدر ظاهرا في عدم جريان قاعدة التجاوز في اجزاء الوضوء، وان عدم الاعتناء بالشك انما يكون بعد الفراغ من الوضوء، وحينئذ يرتفع التنافي بين الصدر وبين الإجماع والنص كما لا يخفى.

يبقى تطبيق الحصر في الذيل على الصدر، والأفضل ان يقال فيه: ما أشرنا إليه سابقا في روايات الباب، وهو: ان الذيل ليس ظاهرا في ضرب قاعدة كلية بمفاد قاعدة التجاوز- كما أفاده العراقي- بل يمكن ان يكون لضرب قاعدة كلية بمفاد قاعدة الفراغ، وذلك بقرينة اسناد التجاوز إلى نفس الشيء الظاهر في كون أصل الشيء مفروغا عن وجوده والشك في صحته، وان كان الشك في الشيء ظاهرا بدوا

- ويمكن ان يحل الإشكال في الرواية بوجه آخر وهو أن يقال: بان المراد من ضمير: «غيره» هو الوضوء والملحوظ في الرواية نفى الشك في الصحة لا في الوجود، بأن يكون المراد بالشك في الشيء ليس مدلوله المطابق بل المدلول الالتزامي بنحو الكناية وهو الشك في الصحة، لأن الشك في وجود بعض الأجزاء يلازم الشك في صحة الوضوء، فتكون رواية ناظرة بصدرها وذيلها إلى بيان جريان قاعدة الفراغ في الوضوء إذا كان الشك بعد الانتهاء عنه، وعدم جريانها إذا كان الشك في الأثناء.

وبهذا البيان نتخلص عن إشكال تقييد المورد الذي تقع فيه إذا كان المنظور في الصدر جريان قاعدة التجاوز. ولكن هذا الوجه انما نلتزم به ونرفع اليد عن الوجه الأول الذي هو أقرب للظاهر إذا فرض ان رواية زرارة الدالة على الاعتناء بالشك في أثناء الوضوء تشمل مطلق الشك الأعم من الشك في صحة الجزء أو وجوده، فتكون قرينة على التصرف في هذه الرواية وحمل صدرها على إرادة الدخول في غير الوضوء واما لو فرض استظهار كون موردها خصوص الشك في وجود الجزء- كما هو القريب- فلا وجه لرفع اليد عن توجيه الأول وحمل الرواية على بيان جريان قاعدة الفراغ في أثناء الوضوء مع الشك في صحة الجزء، فتدبر.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١١

في الشك في أصل وجود الشيء، الا انه يحمل على الشك في الصحة بقرينة اسناد التجاوز، وكونه تطبيقا على الصدر الذي عرفت انه من موارد قاعدة الفراغ.

وحمل الذيل على ما أفاده الشيخ خلاف الظاهر، لأنه يستلزم ان يكون متعلق الشك غير متعلق التجاوز، وهو خلاف ظاهر الكلام، كما انه يلزم منه التأويل المذكور للتخلص عما يرد عليه من الإشكال وهو مئونة زائدة غير ظاهرة من الكلام.

فالحاصل: ان الرواية أجنبية بالمرّة عن جريان قاعدة التجاوز في اجزاء الوضوء، بل هي متكلفة صدرا وذيلا لبيان جريان قاعدة الفراغ فيه، فلا منافاة بينها وبين الإجماع والنص فالتفت.

ثم انه لا- وجه لإلحاق الغسل والتيمم بالوضوء في عدم جريان قاعدة التجاوز بعد اختصاص الإجماع والنص بالوضوء، لشمول

مطلقات القاعدة لهما بلا مخصص و مقيد. فتدبر [١].

[١] قد عرفت عدم جريان قاعدة التجاوز في أجزاء الوضوء. فهل تجرى قاعدة الفراغ فيها مع الشك في صحتها أو لا؟. فمثلا إذا دخل في غسل اليد اليسرى و شك في صحة غسل اليمنى أو الوجه لفقده بعض شرائطه، فهل تجرى قاعدة الفراغ لإثبات صحة الغسل أو لا؟. ولا- يخفى ان البحث في ذلك بعد الفراغ عن جريان القاعدة في الشك في صحة الجزء بعد الفراغ منه بقول مطلق و في سائر المركبات.

و التحقيق: ان مقتضى العموم كقوله عليه السلام: «كل شيء شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو» هو جريان القاعدة في الوضوء. و انما الشبهة من جهة رواية زرارة الآنفه الذكر الدالة على الاعتناء بالشك في الأثناء. لكن عرفت انها ظاهرة في كون موضوعها خصوص الشك في وجود الجزء فلا تشمل الشك في صحة الجزء المشكوك.

هذا و قد استثنى السيد الخوئي - كما في مصباح الأصول - من ذلك ما إذا كان الشك فيما سماه الله سبحانه في كتابه كما لو شك في الغسل بالماء المطلق أو المضاف، فانه لا تجرى قاعدة الفراغ في الجزء المشكوك لكون الشك فيما سماه الله كما يظهر من قوله: «فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ..» بضميمه

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٢

الجهة الثانية عشرة:

هل يختص جريان قاعدة الفراغ بصورة الشك في الغفلة و الذكر حال العمل أو يعم صورة ما إذا علم بالغفلة و لكنه احتمال الإتيان بالمشكوك من باب الاتفاق؟.

الترم المحقق النائيني «١»، بالتعميم لعموم الأدلة. و خالفه السيد الخوئي «٢»،

- «فان لم تجدوا ماء»، و إذا كان الشك فيما سماه الله سبحانه كان مشمولاً لرواية زرارة الدالة على الاعتناء بالشك فيه. و ما ذكره حفظه الله تعالى لا- يخلو عن كلام و ذلك: لأن الاستفادة من رواية زرارة إن كان الاعتناء بالشك في خصوص وجود الاجزاء غسلًا أو مسحًا بحيث كان قوله عليه السلام فيها:

«مما سماه الله ..» قيدها توضيحياً، لأن جميع الغسلات و المسحات مما ذكرت في الكتاب الكريم، فلا نظر للرواية حينئذ إلى الشك في مثل الغسل بالماء أو من الأعلى أو غير ذلك مما يرتبط بصحة الجزء.

و إن كان الاستفادة منها هو الاعتناء بالشك في كل ما يرتبط بالوضوء من اجزاء و شرائط بقول مطلق، فيكون قوله عليه السلام «مما سماه الله» قيدها احترازياً.

و من الواضح ان مقتضاها حينئذ تخصيص قاعدة الفراغ أيضاً فلا تشمل مورد الشك في أثناء الوضوء، لكن لا يخفى ان التقييد بما سماه الله كما يستلزم طرح قاعدة الفراغ في اجزاء الوضوء في خصوص ما إذا رجع الشك فيه إلى الشك فيما سماه الله كذلك يستلزم تقييد إلغاء قاعدة التجاوز في خصوص ذلك المورد، فالالتزام بعدم جريان قاعدة التجاوز في اجزاء الوضوء و شرائطه بقول مطلق، و تخصيص عدم جريان قاعدة الفراغ بخصوص ما إذا رجع الشك إلى الشك فيما سماه الله ليس بصحيح. فما أفاده لا يخلو عن إشكال، و بعبارة أوضح نقول: ان القدر المتيقن من الرواية هو نظرها إلى إلغاء قاعدة التجاوز في الوضوء بلا إشكال لدى الكل، و عليه فيكون التقييد المزبور راجعاً إلى تقييد إلغاء قاعدة التجاوز لا خصوص قاعدة الفراغ. فانتبه.

ثم أنك قد عرفت ان الرواية تختص بالشك في خصوص وجود الغسلات و المسحات و لا نظر لها إلى غير ذلك. و عليه فلا مانع من

جريان قاعدة الفراغ في اجزاء الوضوء بقول مطلق. فتدبر.

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢- ٤٨١- الطبعة الأولى.

(٢) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣- ٣٠٦- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٣

فالتزام بالتخصيص، بمقتضى التعليل المذكور في الرواية، و لكون مرجع القاعدة إلى أصالة عدم الغفلة، و هي انما تجرى مع الشك في الغفلة، اما مع العلم بها فلا وجه لجريانها.

و التحقيق ان يقال: ان القاعدة إن كانت من الأصول التعبدية، فمقتضى عموم دليلها هو تعميم جريانها للصورتين لتحقق موضوعها و هو الشك في الصحة.

و ان [١] كانت من الأمارات، فالأمر يختلف باختلاف ملاك الأماية، فقد ذكر لها ملاكات ثلاثة:

الأول: ما ذكره المحقق النائيني، و هو الملازمة النوعية بين الإرادة المتعلقة بالمركب و الإتيان بالجزء، فان إرادة المركب هي المحركة لكل واحد من الاجزاء في محله و ان كان الجزء حال الإتيان به مغفولاً عنه الا ان الإتيان به ناش عن الإرادة الإجمالية الارتكازية و لا يحتاج إلى تعلق الإرادة التفصيلية به «١».

الثاني: ان العاقل إذا أراد الإتيان بعمل ما فمقتضى القاعدة عدم غفلته عن الإتيان بخصوصياته و اجزائه، فهذا الوجه في الحقيقة يرجع إلى أصالة عدم الغفلة.

الثالث: ان العاقل إذا اعتاد على عمل ما، و أراد الإتيان به فهو بمقتضى طبعه و عادته لا يترك اجزاء العمل و خصوصياته.

[١] تحقيق الحال في ذلك بإجمال: ان ما ذكر لكون قاعدة الفراغ أمانة وجوه استحسانية لا دليل عليها، مع ان الأول يرتبط بقاعدة

التجاوز و لا يشمل قاعدة الفراغ، لأن من مواردها المتيقنة مورد احتمال الغفلة من حين العمل، و لا يتأتى فيه الملاك المزبور.

و اما استفادة الأماية من التعليل المذكور في رواية الوضوء، و هو قوله عليه السلام: «هو حين يتوضأ اذكر من حين يشك» فسيأتي الكلام فيه و بيان اختصاصه بصورة خاصة، فلا يصلح لتقييد المطلقات.

اذن، فالعمل على طبق مطلقات الباب الشاملة بصورة العلم بالغفلة متعين.

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢- ٤٦٣- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٤

فعلى الملاك الأول، يختص جريان القاعدة بصورة العلم بتحقيق الالتفات أول العمل المركب و ان احتمال تبدله إلى الغفلة في الأثناء، إذ مع عدم العلم بالالتفات لا يحرز تحقق ملاك جريان القاعدة، و هو الملازمة بين إرادة المركب و الإتيان بالجزء، إذ لا يعلم بتحقيق الإرادة للمركب.

و على الملاك الثاني: تشمل القاعدة صورة الشك في الغفلة و الذكر من أول العمل لأصالة عدم الغفلة من العاقل عن خصوصيات العمل الذي يشرع فيه.

و لكنها لا تشمل صورة العلم بالغفلة و ان احتمال تبدلها إلى الذكر في الأثناء لمزاحمة استصحاب الغفلة لهذا الأصل العقلائي في أماريته و كشفه.

و على الملاك الثالث: فالقاعدة تشمل جميع الصور حتى صورة العلم بالغفلة و استمرارها إلى ما بعد محل المشكوك فيه، لثبوت

الملاك في هذه الصورة- وهو اقتضاء الطبع و العادة للإتيان بالجزء و ان كان مغفولا عنه بالمرء- نعم، يستثنى منها صورة ما إذا كانت الغفلة عن الجزء أو الشرط ناشئة عن الجهل بحكمه فان العادة لا تقضى بالإتيان به لعدم تحققها بالنسبة إليه، كما لو لم يكن يعلم بوجود السورة و لم يكن يخطر على باله وجوبها و شك بعد الإتيان بالعمل في أنه جاء به مع السورة أو بدونها. فالتحصّل ان الصور أربع:

الأولى: العلم بتحقيق الالتفات حال العمل و الشك في تبدله في الأثناء إلى الغفلة.

الثانية: الشك في تحقق الغفلة أو الذّكر حال العمل.

الثالثة: العلم بالغفلة حال العمل و الشك في تبدله إلى الالتفات في الأثناء.

الرابعة: العلم بالغفلة و استمرارها.

فالقاعدة بالملاك الأول تجرى في خصوص الصورة الأولى.

و بالملاك الثاني تجرى في صورتين الأولتين.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢١٥

و بالملاك الثالث تجرى في جميع الصور إلا ما عرفت استثناءه من الصورة الأخيرة.

و قد يستدل على جريان قاعدة الفراغ في صورة العلم بالغفلة عن المشكوك فيه برواية الحسين بن أبي العلاء: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخاتم إذا اغتسلت؟ قال: حوّله من مكانه. و قال: في الوضوء تديره فان نسيت حتى تقوم في الصلاة فلا آمرك ان تعيد الصلاة» (١)، فانها تدل على عدم الاعتناء بالشك في وصول الماء إلى البشرة بعد الفراغ مع العلم بالغفلة عن ذلك و عدم الالتفات إليه لسيان تحريك أو تحويل الخاتم.

و قد نوقش الاستدلال بها: بان الظاهر من الخبر ان التحويل و الإدارة مطلوبان في أنفسهما لا باعتبار وصول الماء إلى البشرة المخفية بالخاتم، إذ لا وجه لذكر التحويل في الغسل و الإدارة في الوضوء لو كانا مطلوبين لا لإيصال الماء لكفاية العكس في ذلك، بل كل منهما كاف في ذلك في الوضوء و الغسل. فهذا التفريق بينهما شاهد في مطلوبيتهما في أنفسهما، غاية الأمر علم من الخارج عدم وجوبهما، بل نفس الخبر يدل على ذلك لقوله: «فان نسيت فلا آمرك ان تعيد الصلاة»، فانه يدل على انهما ليسا شرطين لصحة الغسل و الوضوء، بل هما امران راجحان فيهما. و على كل فالخبر أجنبى عن المدعى.

و لكن هذه المناقشة لا تخلو من إشكال، فانه مما لا يخفى على من له أدنى ذوق ان سؤال السائل عن الخاتم في الغسل ليس الا لما يترتب عليه من منع لوصول الماء أو شك في ذلك، أما السؤال عن الخاتم لاحتمال خصوصية فيه فهذا بعيد عن ظاهر السؤال. فتوجيه الجواب بما ذكر بعيد عن ظاهر السؤال.

فالتحقيق في الإشكال على الاستدلال بهذه الرواية، أن يقال: ان طريق العلم

(١) وسائل الشيعة ١- ٣٢٩، باب ٤١ من أبواب الوضوء، الحديث: ٢.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢١٦

بوصول الماء إلى البشرة تحت الخاتم و عدمه موجود غالبا، و ذلك بملاحظة الخاتم من ناحية الضيق و السعة، و لو وصل إليه الماء فهو بغير الشرط الشرعي من الترتيب، فلا بد من حمل الرواية على صورة العلم بعدم وصول الماء- لا الشك فيه لعدم تحققه غالبا- فيكون غرض الإمام عليه السلام هو الأمر بإيصال الماء و لزوم غسل ما تحت الخاتم، و الإدارة و النزاع طريقان إليه و الاختلاف بينهما تفنن في التعبير لا لخصوصية فيهما و الإشارة إلى كفايتهما معا. ثم ما ذكره من عدم الأمر بالإعادة عند النسيان يحمل على العفو عن عدم وصول الماء إلى بعض البشرة في صحة الصلاة بعد فراغها و يكون مقيدا لحديث: «لا تعاد» ان الترمنا بشموله لصورة الإخلال

بغسل بعض البشرة، و لم نقل بظهوره فى الاختصاص بصورة ترك أصل الطهارة و لا يشمل صورة الإخلال بها.

الجهة الثالثة عشرة: فى جريان القاعدة مع الشك فى الصحة مع كون صورة العمل محفوظة.

و توضيح الحال: ان الشك فى الصحة تارة: يكون ناشئا عن الشك فى أمر اختياري للمكلف، كالإتيان بالجزء أو الشرط. و أخرى: يكون ناشئا عن الشك فى أمر غير اختياري له، كما لو صلى إلى جهة معينة، ثم يشك فى ان هذه الجهة هى القبلة أو لا؟ فان كون هذه الجهة هى القبلة ليس بأمر اختياري للمكلف. و يعبر عن هذه الصورة بالشك فى الصحة مع كون صورة العمل محفوظة.

فالقسم الأول، هو القدر المتيقن من موارد قاعدة الفراغ.

و أما القسم الثانى، فهو محل الكلام.

و قد اختار المحقق النائى عدم جريان القاعدة فيه، لأن الأدلة انما تشمل صورة الشك فى انطباق المأتى به على الأمور به. أما صورة الشك فى انطباق الأمور

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٧

به على المأتى به - كما فيما نحن فيه - فلا تشمل الأدلة «١».

و لم يذكر وجه عدم شمول الأدلة له.

و لا يخلو الحال فى الوجه فيه عن أحد أمور ثلاثة:

اما إجمال الأدلة فيقتصر فيها على القدر المتيقن، و هو غير هذه الصورة.

و اما انصرافها إلى غير هذه الصورة.

و اما دعوى: ان سياق الكلام يدل على ان مورد القاعدة ما إذا كان الشك راجعا إلى العمل بحيث يكون محله العمل لا ان يكون المشكوك فيه أمرا خارجا عنه و ان ارتبط به.

و الأول: لا يعترف به (قدس سره)، إذ لا يقول بإجمال الأدلة.

و الثانى: ممنوع فى نفسه، مضافا إلى أنه لا يقول بالانصراف الا فى موارد خاصة - و هى موارد التشكيك فى الصدق - ليس ما نحن فيه منها.

و الثالث: لا يخلو عن المغالطة، لأن الشك و ان تعلق أولا، و بالذات بالأمر الخارج عن العمل، لكنه يسبب الشك فى صحة العمل باعتبار تحقق الشرط بالموجود، فيكون موردا للقاعدة.

و بهذا البيان يندفع ما يظهر منه (قدس سره) من: ان الشك هاهنا راجع إلى وجود الأمر، و مجرى قاعدة الفراغ هو الشك فى الامتثال، و وجه اندفاعه: ان أصل وجود الأمر لا شك فيه، إذ لا شك فى شرطية الاستقبال، و انما يشك فى موافقه ما أتى به لما هو الأمر به، و هو مجرى القاعدة.

فالتحقيق ان يقال: ان بنى على أصلية القاعدة، فالقول بجريانها فى هذه الصورة متعين، لإطلاق الأدلة، و لا - دليل يعتد به على التخصيص، الا ان يدعى انصرافها إلى ما إذا كان الشك فى الموافقة و عدمها إلى ما يرجع إلى اختياره بحيث

(١) المحقق الخوئى السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢ - ٤٨٢ - الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٨

يكون عدم مطابقه المأتى به للمأمور به ناشئة عن تركه الاختياري، لا عن امر آخر، فتأمل.

و أن بنى على الأمارية بمقتضى التعليل بالأذكية، أو بغيره من الملاكات، فلا وجه لجريانها، لأن الأذكية انما هى بالنسبة إلى ما

يمكن صدوره منه و تحققه باختياره، أما بالنسبة إلى ما هو خارج عن اختياره فلا يتحقق ملاك الأذكريه، إذ الشك في الصورة لا يرجع إلى الغفلة و عدم الالتفات و لا يرتبط بها أصلاً، إذ هو حاصل حتى مع العلم بالاتجاه إلى هذه الجهة و الالتفات إليه. فتدبر.

الجهة الرابعة عشرة: فيما إذا كان الشك في الصفة ناشئاً عن الشبهة الحكمية

، كما لو صلى و شك في ان صلاته كانت مع السورة أو بدونها مع الجهل بوجود السورة. و قد ذكر المحقق النائيني (قدس سره): ان الشك تارة: يكون في مطابقتها عمله لفتوى مجتهده الذي تحقق منه تقليده. و أخرى: يكون في مطابقتها عمله للمأمور به الواقعي مع عدم تحقق تقليد منه. ففي الشك الأول تجرى القاعدة، لكون الشك في مطابقتها المأتي به للمأمور به المعين، فيكون كالشبهة الموضوعية. و أما الشك الثاني، فلا تجرى فيه القاعدة، لأن التكاليف الواقعية تكون منجزة بواسطة العلم الإجمالي، فيجب الخروج عن عهده اما بإحراز إتيانه أو بإتيان بدله الظاهري، كما في صورة الانحلال بالتقليد. و قاعدة الفراغ لا تثبت انطباق الأمر الواقعي المجهول على المأتي به «١».

و ما أفاده في كلا الشقين ممنوع.

أما الشك الأول، فلا بد من التفصيل بين الأمارية و الأصلية، فتجربى على

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢- ٤٨١- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢١٩

الثاني دون الأول، لعدم تحقق ملاكها مع الجهل بالحكم حال العمل كما تقدم.

مع ان ما ذكره من كونه من الشبهة الحكمية عجيب، لأنه بعد تقليده تعين لديه المأمور به و انه مع السورة- مثلاً- فالشك يرجع حينئذ إلى انه جاء بالمأمور به أو لا، و هذا شك في الموضوع كما لا يخفى. نعم، قبل التقليد كان جاهلاً حكماً، إلا أنه في حال إجراء القاعدة بعد التقليد يرتفع جهله الحكمي، فالشك المذكور من صور الشبهة الموضوعية.

و أما الشك الثاني، فما ذكره من عدم انحلال العلم الإجمالي و تنجزه، ان كان تمهيداً لبيان عدم جريان القاعدة، فلا كلام فيه، و اما ان كان تتمه للاستدلال على عدم جريانها، فلا يعرف له وجه، لأن قاعدة الفراغ مؤمنة في صورة العلم التفصيلي بالتكليف، فضلاً عن صورة العلم الإجمالي، فلا فرق في الانحلال بين التقليد و عدمه.

الجهة الخامسة عشرة: هل يعتبر في جريان قاعدة الفراغ ان يكون الشك حادثاً بعد العمل أو لا

، فتجربى و لو كان الشك قد حدث في الأثناء؟

التحقيق: هو الأول.

أما على القول بان القاعدة أماره، فواضح: لأنه إذا فرض ان الشك كان في أثناء العمل فلا تتحقق أذكريته، بل لا معنى لها، إذ حاله قبل الفراغ كحالها بعد الفراغ لأنه شاك في الحالين.

و أما على القول بأنها أصل، فلظهور الروايات في كون موضوع الإلغاء هو الشك المتعلق حدوثاً بالعمل الماضي المفروغ عنه لا الشك الحادث قبل الفراغ المستمر إلى ما بعد الفراغ كما لا يخفى [١].

[١] وقد تعرض بعض الاعلام فى هذا المبحث إلى فرع تقدم تحقيق الكلام فىه فى أوائل الاستصحاب و هو ما إذا شك الإنسان قبل صلاته فى الطهارة و الحدث و كانت حالته السابقة هى الحدث فاستصحبه ثم غفل و صلى، و بعد صلاته تنبه، و حصل له الشك فى صحة صلاته لاحتمال الطهارة واقعا.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢٢٠

- و لهذا الفرع صورتان: إحداهما: ان يعلم بأنه لم يتوضأ بعد الاستصحاب و انما يتمحض احتمال الصحة باحتمال الطهارة الواقعية، و الأخرى: ان يحتمل أنه توضأ بعد الاستصحاب كما يحتمل ان يكون غفل و صلى بدون وضوء رافع للحدث الثابت بالاستصحاب. و قد التزم المحقق النائنى بجريان قاعدة الفراغ فى الصورة الثانية دون الأولى، و وجه جريانها بان حكم استصحاب الحدث لا يزيد على حكم اليقين الوجدانى به و لا شك انه مع اليقين بالحدث قبل الصلاة ثم شك بعد الصلاة فى أنه توضأ ثم صلى أو غفل و صلى تجرى فى حقه قاعدة الفراغ، فكذلك ما إذا كان مستصحب الحدث.

و أما عدم جريانها فى الصورة الأولى، فلأجل الاستصحاب الجارى قبل العمل و عدم احتمال انتقاضه، و قاعدة الفراغ ناظرة إلى الاستصحاب الجارى بعد العمل بلحاظ الشك الحاصل بعد العمل، و لا نظر لها إلى الاستصحاب الجارى قبل العمل بلحاظ الشك الحاصل قبل العمل.

و قد ناقشه المحقق العراقى: بأنه لا-وجه للتفكيك بين الصورتين، فإن القاعدة لا تجرى فى كلتا الصورتين، و ذلك لأن المعبر فى القاعدة ان لا-يكون الشك فى الصحة مسبقا بشك آخر قبل العمل من سنخه أو غير سنخه. و بما ان الشك فى كلتا الصورتين مسبق بشك آخر قبل العمل لم يكن من موارد القاعدة.

كما انه ناقش ما أفاده فى الصورة الأولى من عدم حكومة قاعدة الفراغ على الاستصحاب الجارى قبل العمل، بان الاستصحاب بما أنه حكم مجعول بلحاظ التنجيز و التعذير فلا يجرى إلا مع الالتفات، اما مع الغفلة كما هو المفروض فيما نحن فيه فلا مجال لتأثيره لامتناع التنجيز فى حق الغافل، إذن فلا استصحاب أثناء العمل كى يكون مقدما على قاعدة الفراغ.

أقول: قد تقدم منا تقريب جريان استصحاب الحدث مع الغفلة ببيان: ان الاستصحاب إنما يتكفل بالتنجيز فى الأحكام التكميلية دون الوضعية كالحدث و الطهارة و الملكية و الزوجية و نحو ذلك، فلا-مانع من جريانه مع الغفلة، فكما أن وجودها الواقعى لا يرتفع بالغفلة كذلك وجودها الظاهرى، و لذا تترتب آثار الملكية و نحوها من الأحكام الوضعية مع الغفلة عنها.

و أما ما أفاده فى مناقشة جريان قاعدة الفراغ فى الصورة الثانية، من عدم جريان قاعدة الفراغ فى الشك المسبوق بشك آخر من سنخه أو من غير سنخه.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢٢١

- فيمكن التأمل فىه بأن أصل الكبرى التى فرضنا و ان كانت لا تخلو عن قرب بعد حملها على ان يكون المراد من إرادة الشك غير المسانخ ما لو نحو ارتباط بالشك فى الصحة لا مطلق الشك غير المسانخ و لو كان أجنيا بالمرءة عن الشك فى الصحة إذ لا وجه له محصل.

و وجه قرب ذلك: ان الشك فى الصحة و ان كان حادثا بعد العمل إلا ان المرفوع بقاعدة الفراغ هو الشك فى أداء الوظيفة و الخروج عن العهدة، و مع وجود الشك السابق، لا يرجع الشك فى الصحة إلى الشك فى أداء الوظيفة لأن الشك السابق معين لوظيفة خاصة على المكلف و المعلوم عدم أدائها.

لكن الإشكال فى تطبيقها على ما نحن فيه، فانها تختص بما إذا كان الشك السابق حادثا حين العمل لا ما إذا كان قبل العمل بمدته و

احتمل الالتفات حال العمل، و العمل بما هو مقتضى وظيفة الشاك من الوضوء و رفع الحدث الاستصحابي، فان أداء الوظيفة مشكوك في هذا الحال لا معلوم العدم. فلا مانع من جريان القاعدة.

و على هذا فالتفصيل بين صورتين كما أفاده المحقق النائيني وجيه. فتدبر.

ثم ان المحقق العراقي تعرض إلى البحث في جهتين آخريتين:

الجهة الأولى: في ان المضى على المشكوك فيه في مورد قاعدة التجاوز رخصة أو عزيمة، و قد ذهب (قدس سره) إلى انه عزيمة، فلا يجوز الإتيان بالمشكوك و لو برجاء الواقع و يكون الإتيان به من الزيادة العمديّة بالنسبة إلى المشكوك و الغير المذى دخل فيه و ذلك يوجب البطلان، و استند في ذلك إلى ظهور الأمر بالمشكوك في اخبار الباب و قوله عليه السلام: «بل قد ركعت» في وجوب البناء على وجود المشكوك فيه و تحققه في محله، فلا يشرع الاحتياط لعدم الموضوع له بعد حكم الشارع بوجود المشكوك. هذا ما أفاده (قدس سره).

و يمكن المناقشة في استدلاله و ما رتبته من الأثر على مدعاه.

أما استدلاله، فلأنه من الواضح ان قوله عليه السلام: «بلى قد ركعت» لا يراد به الاخبار عن تحقق الركوع واقعا، و انما هو تعبد ظاهري بتحقيق الركوع و من البين ان الحكم الظاهري لا يمنع من الاحتياط فيما نحن فيه، لأنه مسوق مساق التأمين و التعذير فهو رخصة لا عزيمة.

و أما الأمر بالمشكوك، فهو أمر واقع مورد توهم الحظر يعنى: حظر المضى و لزوم العود و إتيان

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٢

- المشكوك، فلا يفيد سوى عدم الحظر و عدم لزوم العود لا لزوم المضى و حرمة العود، فالتفت.

و أما ما رتبته من الثمرة، و هو ان الإتيان بالمشكوك يكون من الزيادة العمديّة، فيرد عليه: انه لا يتم في الاجزاء التي يتقوم صدق زيادتها بإتيانها بقصد الجزئية كالقراءة و التشهد و نحو ذلك، إذ بالإتيان بها رجاء لا تصدق الزيادة لعدم قصد الجزئية.

نعم، في مثل السجود و الركوع بناء على القول بتحقيق زيادتهما بمجرد الإتيان بهما بذاتهما و لو لم يقصد بهما الجزئية يتأتى ما ذكره. مع إمكان الرجوع إلى أصالة عدم زيادة الركوع في نفي عروض المبطل على الصلاة الواقعية. فتأمل.

الجهة الثانية: في انه إذا دار امر الجزء الفاتت بين ما يستلزم فواته البطلان كالركن و ما لا يستلزم فواته البطلان كغير الركن، فهل تجرى قاعدة التجاوز في كلا الجزئين و تسقط بالمعارضة أو لا؟ كما لو علم إجمالا بفوات الركوع منه أو التشهد فانه قد يقال ان كلا من الركوع و التشهد مجرى القاعدة و مقتضى ذلك التساقت. لكنه «قدس سره» ذهب إلى عدم جريان القاعدة في مثل التشهد، و ذلك لأنه يعتبر في قاعدة التجاوز ان يكون المشكوك على تقدير وجوده واقعا مما يجزم بأنه مأتى به على طبق أمره، فلو لم يكن المشكوك كذلك لم تجر القاعدة لعدم ترتب أثر عملي على التعبد بالمشكوك عليه، و ما نحن فيه كذلك، لأن وجود التشهد ملازم لفوات الركوع و هو مستلزم لبطلان صلاته، فلا يترتب على وجوده أثر عملي حتى يثبت بالقاعدة.

و ببيان آخر يقال: انه في الفرض يعلم تفصيلا بعدم الإتيان بالتشهد موافقا لأمره، إما لعدم الإتيان به رأسا و اما للإتيان به في صلاة باطله. و مع العلم التفصيلي المزبور لا مجال لجريان القاعدة فيه. فتكون قاعدة التجاوز في الركوع بلا معارض.

و قد تلقى ما أفاده بالقبول و طبق في فروع متعددة من فروع العلم الإجمالي في العروة الوثقى.

و هو بيان علمي رصين، لكنه لا يخلو عن مناقشة و ذلك: لأن قاعدة التجاوز إما ان يكون مفادها الصحة الفعلية للصلاة بحيث يكون مقتضى جريانها إثبات الأمر بغير المشكوك فيكون العمل المأتى به موافقا للأمر، و اما ان يكون مفادها الصحة من جهة المشكوك خاصة فهي تتكفل التأمين من ناحية المشكوك من دون إثبات أمر ظاهري آخر غير الأمر بالمقام.

فعلى الأول: لا يمكن إجراء القاعدة مع تعدد الجزء المشكوك ركنًا كان أم غير ركن، لأن

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٣

الجهة السادسة عشرة:

في جريان قاعدة الفراغ فيما إذا كان منشأ الشك احتمال عدم صدور الأمر من المولى، كما لو صلى ثم شك في دخول وقتها حين الإتيان بها و عدمه، فإن الشك في الصحة هاهنا ناشئ عن الشك في تعلق الأمر بالصلاة. و كما لو اغتسل للجنازة ثم شك في انه كان جنبًا فيصح غسله أو لا؟.

وقد ذكر السيد الخوئي - كما في مصباح الأصول - انه لا إشكال في عدم جريان قاعدة الفراغ، لأن قاعدة الفراغ أماره على وقوع الفعل من المكلف باجزائه و شرائطه، فلا كاشفية لها بالنسبة إلى ما هو من فعل المولى و صدور الأمر منه. و يدل عليه ما ورد من التعليل بالأذكريه، فانه من المعلوم ان كونه أذكر حال العمل

- إجراءها في كل واحد منهما يقتضى إفادة الصحة الفعلية و إثبات أمر ظاهري بغير المشكوك و هذا يمتنع مع فرض الشك في إتيان الجزء الآخر المستلزم للشك في الصحة، و ليس لدينا قاعدة واحدة تجرى في كلا الجزئين المشكوكين معاً، لأن كل جزء مشكوك موضوع مستقل لعموم دليل القاعدة.

و على الثاني: فلا مانع من جريان القاعدة في التشهد في نفسه لعدم العلم بتركه و المفروض انهما تتكفل التأمين من ناحية عدم الإتيان به خاصة و هو غير معلوم، فلا- يتجه ما ذكره من العلم بعدم امتثال أمره إما لتركه أو لترك الركن الموجب للبطلان، فانه يتم لو فرض تكفل القاعدة للتأمين الفعلي لا التأمين من جهة كما هو الفرض.

نعم، يبقى إشكال اللغوية و ان التأمين من ناحية التشهد لا أثر له مع عدم صحة العمل.

و يندفع: بان قاعدة التجاوز الجارية في الركوع تثبت الصحة و تنفى البطلان. فلا يكون جريانها في التشهد بلا أثر و لغوا.

نعم، لمكان العلم الإجمالى بتحقيق المعارضه بين القاعدتين، و بعبارة أخرى: يكفى في رفع اللغوية ترتب المعارضه على جريانها لأن اللغوية ترتفع بأدنى أثر. و لا وجه لطرح قاعدة التجاوز في التشهد خاصة. فتدبر و الله سبحانه العالم.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٤

بالنسبة إلى ما يصدر منه من الأعمال دون ما هو من أفعال المولى «١».

و لكن التحقيق أن هذا التقريب لعدم الجريان غير واف فيه، فان الشك في كلا المثاليين يرجع إلى ما هو من أفعال المكلف، فالتعليل بالأذكريه يشمل بلا توقف.

أما مثال الصلاة، فلأن صحة الصلاة لا تدور مدار تعلق الأمر بها فعلاً، كما يدل على ذلك صحة صلاة الصبي بعد دخول الوقت و قبل بلوغه لو بلغ في أثناء الوقت، مع انه لم يكن مأموراً بها فريضه. بتقريب: ظهور دليل وجوب الصلاة كون المقصود تحققها بشرائطها المعبته فيها، فلا يشمل الدليل من تحققت منه الطبيعه التي تكون متعلقاً للأمر و لو كان ذلك بلا أمر، بل المدار هو تحقق ما هو قابل في نفسه لتعلق الأمر به- و بعبارة أخرى: تحقق فرد الطبيعه التي تعلق بها الأمر و ان لم يشمل الأمر هذا الفرد- و هو الصلاة بشرائطها و منها الوقت. فالشك يرجع إلى الشك في كون الصلاة في الوقت أو لا، و هذا من أفعال المكلف، و ان لازم الشك في صدور الأمر من المولى. فالمورد مشمول للتعليل كما هو ظاهر.

نعم، هاهنا شيء و هو ان الظاهر من لسان أدلة قاعدة الفراغ و إلغاء الشك في العمل بعد مضيه، ان الإلغاء يكون في مقام لولاه لوقع المكلف في كلفه الإعادة، فهي بلسان رفع الكلفه. أما في غير هذه الصورة فلا تجرى القاعدة و لا يتحقق الإلغاء.

و على هذا فلا بد اتباع السيد الطباطبائي «قدس سره» «٢» في التفصيل فيما نحن فيه بين ما إذا كان الشاك في صحة الصلاة للشك في دخول الوقت جازما بدخول الوقت حال الشك فتجربى القاعدة. و ما إذا لم يكن جازما بدخول الوقت حال الشك، بل كان شاكا أيضا، فلا تجربى القاعدة. اما جريانها في الأول، فلأنه مع

(١) الواظ الحسینی محمد سرور. مصباح الأصول ٣-٣٠٨- الطبعة الأولى.

(٢) الطباطبائي الفقيه السيد محمد كاظم. العروة الوثقى - المسألة الخامسة في أحكام الأوقات.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٥

عدم الحكم بإلغاء الشك يكون المكلف مأمورا بالصلاة حال الشك لدخول الوقت، فيقع في كلفة الإعادة، و هذا مما تنفيه أدلة القاعدة.

و أما عدم جريانها في الثاني، فلأنه لو لم يحكم بصحة الصلاة لا يقع المكلف في الكلفة لفرض الشك فعلا بدخول الوقت الملازم للشك في صدور الأمر، و بمقتضى استصحاب عدم دخول الوقت يثبت عدم الأمر تعبدا، فيكون هذا المورد خارجا عن الأدلة في نفسه.

و أما مثال الغسل، فلأن الشك فيه شك فيما يرجع إلى المكلف، و هو الكون جنبا، فهو مشمول للتعليل بالأذكريه، فيكون من موارد القاعدة في نفسه. لكن المشهور و المسلم عدم جريانها فيه.

و لعل السرف فيه ما يقال من: أن عدم وجوب الوضوء للصلاة لا يترتب على صحة الغسل، بمعنى ان صحة الغسل موضوع لعدم وجوب الوضوء، حتى يكون إجراء قاعدة الفراغ في الغسل ذا أثر شرعى و هو رفع وجوب الوضوء و جواز الدخول في الصلاة بدونه، لأن وجوبه يترتب على أمرين - بنحو الجمع - و هما:

تحقق الحدث الأصغر، و عدم الكون جنبا، فمع تحققهما يجب الوضوء.

و لا- يخفى انه بجريان القاعدة في الغسل مع الشك في أصل الجنابة لا يثبت تحقق الجنابة كى ينتفى موضوع وجوب الوضوء، فانه أجنبي عن مفاد القاعدة، فباستصحاب عدم الجنابة يثبت موضوع وجوب الوضوء، فلا- يجدى إثبات صحة الغسل في رفع كلفة الوضوء، فتبقى القاعدة بلا أثر، فلا يتجه جريانها من جهة عدم الأثر.

الجهة السابعة عشرة: في كون القاعدة من الأصول أو الأمارات.

و قد ذكرنا انه قد ذكر للأمارية ملاكات ثلاثة:

أحدها: ما ذكره المحقق النائيني من الملازمة النوعية بين إرادة المركب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٦

و الإتيان بالجزء في محله و لو مع الغفلة حال الجزء «١».

و الثاني: ما أشار إليه المحقق الأصفهاني من كون الإتيان بالاجزاء و الشرائط أمرا بمقتضى العادة و الطبع المستند إليها «٢».

و الثالث: ما قرره السيد الخوئي، من الأصل في العاقل القاصد للإتيان بالمركب عدم الغفلة عن الإتيان بأجزائه و شرائطه «٣».

و كل من هذه الملاكات غير صالح لاعتبار قاعدة الفراغ من باب الأمارية و الكشف.

أما الأول: فلعدم ثبوت الملازمة النوعية بين إرادة المركب و الإتيان بالجزء في ظرفه و لو مع الغفلة- بلا استناد إلى العادة- إلا في

صورة كون الاجزاء من سنخ واحد كالمشى و القراءة المتكررة و نحوهما. أما ما كانت الاجزاء فيها ليست من سنخ واحد بل متغايرة،

فالملازمة مع الغفلة لا تثبت إلا مع الاعتياد، بحيث يكون الإتيان به مستندا إلى العادة لا إلى الملازمة.

و أما الثاني: فهو مختص بصورة الاعتقاد على العمل، فلا ينبغي - مع اعتبار القاعدة بلحاظه - أن تجرى في صورة عدم الاعتقاد، ككثير من المعاملات و بعض العبادات كالحج لغير المعتاد و كالصلاة في أول الإسلام أو التكليف إذا لم يسبق منه الاعتقاد على الصلاة.

و أما الثالث: فهو يقتضى إلغاء قاعدة الفراغ بالمرّة، لأن أصله عدم الغفلة من الأصول العقلانية المسلمة فاعتبار القاعدة بلحاظه لا يكون إلا إمضاء للعمل به لا تأسيساً لقاعدة مستقلة.

مضافاً إلى أنه لم يعلم من حال العقلاء العمل بهذا الأصل في عمل الشخص

(١) المحقق الخوئي السيد أبو القاسم. أجود التقريرات ٢-٤٦٣- الطبعة الأولى.

(٢) الأصفهاني المحقق الشيخ محمد حسين. نهاية الدراية ٣-٣٠٥- الطبعة الأولى.

(٣) الواعظ الحسيني محمد سرور. مصباح الأصول ٣-٢٦٢- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٧

نفسه بل المتيقن هو العمل به في عمل الغير، فلا يصلح للملاكية لظهور كون موارد القاعدة عمل الشخص نفسه. فتدبر جيداً.

فالمتحصل: ان شيئاً من هذه الملاكات لا يصلح ملاكاً لأما رية قاعدة الفراغ.

يبقى الكلام في التعليل بالأذكية الوارد في بعض الروايات و هو قوله «عليه السلام»: هو حين يتوضأ أذكر منه حين يشك». و هو يحتمل معان ثلاثة:

الأول: التعبد بالواقع من باب غلبة الذكر نوعاً.

الثاني: التعبد بالذكر الشخصي من باب غلبة الذكر النوعي، فيثبت الواقع بالملازمة.

الثالث: التعبد بالذكر الشخصي رأساً بلا لحاظ شيء فيه، فيثبت الواقع بذلك.

فمع حمل التعليل على الوجه الأول يكون شاملاً لصورة العلم بالغفلة الشخصية. بخلاف ما إذا حمل على الوجهين الأخيرين، فإنه لا يكون شاملاً لهذه الصورة، إذ يمتنع التعبد بالذكر الشخصي مع العلم بالغفلة.

و الظاهر منه هو الوجه الأخير، فإنه عليه السلام يسند الأذكية إلى نفس الشاك بلا تعليل بشيء من غلبة الذكر نوعاً و نحوه.

ثم انه لا يخفى ان الالتفات و الذكر غير قابل للتفضيل مع اتحاد موضوعه، فان الشخص إما أن يكون ملتفتاً أو غير ملتفت، فالتفاضل في الالتفات و الذكر لا يكون إلا بنحو المسامحة.

و عليه، فلا بد من أن يكون التفضيل المسند إلى الذكر بلحاظ موجباته، فيكون المراد أن موجبات الذكر في حال العمل أكثر منها في حال الشك، و إنما جعل التفضيل في نفس الذكر تسامحاً و تجوزاً.

ثم أن المشهور في معنى التعليل: ان المكلف في حال العمل أذكر منه في حال

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٨

الشك، فهو يأتي بالعمل في محله و ظرفه لالتفاتة إليه.

و لكن الوجه المذكور أجنبى عن مدلول الكلام، لأن الشاك ملتفت إلى نفس الجزء في حال شكه، فليس هو في حال العمل أكثر التفاتاً منه في حال الشك.

كما أنه ليس الملحوظ في حال الشك هو الإتيان فعلاً بالجزء، كي يقال بأنه في حال العمل أذكر منه فيأتي به دون حال الشك لعدم التفاتة، بل متعلق الشك انما هو تحقق إيقاع العمل المشكوك في محله، و انه هل جاء به أو لا؟ فمورد التفضيل انما هو هذا الأمر.

فيكون مفاد الرواية [١]: ان المكلف في حال العمل تكون موجبات الالتفات إلى تحقق جزء العمل منه بالنسبة إليه أكثر منها في حال الشك، لقربه من محل الجزء حال العمل و بعده منه حال الشك، و لوجود بعض القرائن من حس أو حال قد يغفل عنها بعد عمله،

فاستمراره في العمل و بناؤه على الإتيان بالجزء، يكون كاشفا

[١] التحقيق في مفاد الرواية: انها ناظرة سؤالاً و جواباً إلى صورة خاصة، فلا تصلح للتقييد، لأن المسئول عنه صورة خاصة لا مطلق الشك بعد الفراغ كي يكون التعليل مقيداً.

و توضيح ذلك: ان المراد بالأذكريه هاهنا هو توفر موجبات الذكر و الالتفات لا التفاضل في نفس الذكر، فانه لا يقبل التفاضل - كما أشير إليه في المتن.

و عليه، فالمراد ان الإنسان حين وضوءه تكون موجبات ذكره أزيد مما إذا كان في حالة أخرى، و ذلك لأنه يستطيع أن يرى ما غسل و ما لم يغسل من أعضائه، بخلاف حالة شكه، فان الأعضاء تيبس فلا يستطيع التمييز، و هذا أمر يقال في حق الوسواسي الذي يكثر من التأمل و الغسل ثم يحصل له الوسوسة بعد الشك فلا يستطيع ان يتميز ما غسله عما لم يغسله، فيقال له:

انك حين العمل تستطيع المعرفة أكثر من حال الشك، فالرواية واردة في مثل هذا الشخص، و القرينة على ذلك نفس السؤال بلفظ المضارع: «رجل يشك بعد ما يتوضأ»، فانه ظاهر في كونه أمراً استمرارياً لا من باب الصدفة، و هذا إنما يكون عند الوسواسي. و إذا كان المسئول عنه صورة خاصة، كان الجواب مختصاً بها، و لا نظر له إلى مطلق الشك بعد الفراغ فتدبر.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٢٩

عن تحقق الجزء منه، فيلغى الشك فيه و لا يعتنى به، لأن بناءه على الإتيان به في حال كثرة موجبات الالتفات يكون مقدماً على الشك فيه في حال قلتها.

و لا يخفى ان هذا يختص بصورة تحقق الالتفات منه حال العمل و البناء على تحقق المشكوك، ثم حدث عنده الشك بعد العمل. أما صورة العلم بالغفلة أو التردد فيها، فلا- يشملها التعليل، لعدم تحقق الظاهر المقدم على الشك لديه- و هو البناء على تحقق المشكوك في حال كثرة موجبات الالتفات- أو عدم إحرازه.

و من هنا يمتنع القول بكون هذا الكلام وارداً للتعليل بحيث يدور الحكم مداره وجوداً و عدماً و ضابطاً و ملاكاً للأمارية، ضرورة أن صورة الشك في الغفلة و عدمها من الموارد المتيقنة لجريان قاعدة الفراغ، مع أنها تخرج بمقتضى هذا الكلام.

مضافاً إلى عدم ظهور ذلك من نفس اللفظ- كما لا يخفى- فلا محيص عن الالتزام بكونه من قبل الحكمة لا العلة، و بهذا يثبت عدم الدليل على لحاظ جهة الطريقية و الكشف في جعل قاعدة الفراغ، بل لو ثبت ذلك لم يكن دليلاً على كونها من الأمارات، بل تكون من الأصول المحرزة التي تتفق مع الأماره بلحاظ جهة الطريقية فيها، و تختلف عنها بكون الشك مأخوذاً في موضوعها- كما هو الحال في قاعدة الفراغ- دون الأماره.

فالحاصل: انه لا دليل على أمارية القاعدة و لو ثبت لحاظ جهة الطريقية في اعتبارها، فيتعين كونها من الأصول.

الجهة الثامنة عشرة: في شمول القاعدة لصورة احتمال الإخلال العمدي.

و المقصود بالكلام ليس هو احتمال الإخلال العمدي في الأثناء، إذ العاقل لا يستمر بالعمل عادة إذا أحلّ به عمداً، و انما الفرض هو ما إذا رأى نفسه خارجاً عن العمل و احتمال ان يكون لانتهائه عن العمل، أو لرفعه اليد عنه عمداً لغاية من الغايات. و على هذا، فالتعليل الوارد في رواية الوضوء لا يشمل المورد بالتقريب

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٣٠

الذي أفاده الشيخ و تبعه عليه العراقي، و هو ان مفاد التعليل ان احتمال الترك السهوي خلاف فرض الذكر، و احتمال الترك العمدي خلاف إرادة الإبراء، لأنه يحتمل انه عدل عن قصد الإبراء. نعم، المطلقات تشمل المورد.

وقد تقدم المراد من التعليل وانه بنحو لا يصلح لتقييد المطلقات. فلاحظ.

الجهة التاسعة عشرة: في نسبتها مع الاستصحاب.

ولا إشكال في تقدمها عليه.

أما مع فرض الأمارية أو كونها من الأصول المحرزة دون الاستصحاب، فواضح.

و أما مع فرض تساويهما في الأصلية، فتقدمها عليه بالتخصيص، إذ ما من مورد قاعدة الفراغ إلا والاستصحاب جار فيه موضوعا، فيلزم من تقدم الاستصحاب عليها إلغاؤها بالمرء، فتدبر جيدا و تأمل.

وقد تقدم- بحمد الله- الكلام في قاعدتي الفراغ و التجاوز في يوم الأحد الموافق ١-٢-١٣٨٣.

و الكلام بعده في

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢٣١

القرعة

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢٣٣

القرعة و قد وردت فيها روايات مختلفة المؤدى- كما قيل- فمورد: «القرعة لكل أمر مجهول» «١»، و: «القرعة لكل أمر مشتبه» «٢»، و: «القرعة لكل أمر مشكل» «٣».

وقد أفاد المحقق العراقي: بان دليل القرعة.

ان كان هو الأخير، لم يكن هناك علاقة للقرعة بأى أصل من الأصول، لظهور المشكل فيما لا تعين له في الواقع، كما لو أعتق أحد عبيده، و ما لا تعين له في الواقع- و بعبارة أخرى الأمر المردد- لا يكون موردا لأصل من الأصول.

و أما لو كان دليلها الروايتين الأوليين، فتكون موردا للتعارض مع الأصول، ولكنه في خصوص موارد الشبهة الموضوعية المقرونة بالعلم الإجمالى دون الشبهة الحكمية مطلقا و الشبهة الموضوعية البدوية، لظهور المشتبه و المجهول في كونه وصفا لذات الشيء المعنون من جهة تردده بين الشئين أو الأشياء، لا وصفا لحكمه و لا

(١) وسائل الشيعة ١٨-١٨٩ باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث: ١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨-١٨٩ باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث: ١١.

(٣) عوالمى اللثالى ٢-١١٢- الطبعة الأولى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج٧، ص: ٢٣٤

عنوانه، فلا يشمل موارد الشبهات الحكمية لأن الاشتباه فيها في حكم الشيء لا في ذاته، و لا الشبهات الموضوعية لأن الاشتباه في انطباق عنوان ما هو موضوع الحكم على الموجود الخارجى لا فيما قد انطبق عليه العنوان بعد الفراغ عن تحقق الانطباق خارجا، بل يختص في المشتبه موضوعا المردد.

ثم أنه في هذا الحال.

تارة: يكون المشتبه متعلقا لحكم الله، فلا تجرى القرعة لوجود المانع، و هو العلم الإجمالى المنجز غير المنحل بالقرعة. ثم استقرب انحلاله بها، لكونها من باب جعل البدل، فالعمدة في المنع هو الإجماع على عدم جريانها في المورد.

و أخرى: يكون متعلقا لحق الناس، فلا بد فيه من الاحتياط التام أو الناقص- ان لم يمكن التام- للعلم الإجمالى، و مع عدم إمكان كلا

النحوين من الاحتياط كالولد المردد كان المورد من موارد القرعة، و ان احتمل العمل بقاعدة العدل و الإنصاف في بعض هذه الموارد. ثم يتعرض بعد ذلك إلى نسبتها مع الاستصحاب «١».

هذا فهرست ما أفاده (قدس سره)، و لكنه لا يخلو من نظر في أغلب مقطوعاته.

فما ذكره من تفسير المشكل، و تفسير المشتبه بنحو يختص بالشبهة الموضوعية المقرونة بالعلم الإجمالي، و من عدم انحلال العلم الإجمالي بها. كل ذلك موضوع المناقشة، و ليس المورد محل الكلام فيها، لأنه لا أثر يترتب عليه.

و انما المذموم لا بد ان يقال: هو أن القرعة بمقتضى رواياتها عامة لجميع موارد الاشتباه البدوية و المقرونة بالعلم الإجمالي الحكيم و الموضوعية.

و لكن الاستصحاب التزموا بها في موارد خاصة و لم يلتزم بها أحد في جميع الموارد.

فلا بد من رفع اليد عن ظاهر الأدلة، لأن إبقائها يستلزم تخصيص الأكثر

(١) البروجردى. الشيخ محمد تقى. نهاية الأفكار ٤-١٠٤- طبعه مؤسسة النشر الإسلامى.

القواعد الفقهية (منتقى الأصول)، ج ٧، ص: ٢٣٥

المستهجن.

و بهذا يظهر انه لا يتجه البحث عن نسبتها مع الاستصحاب، لأنه إذا قام الدليل من إجماع أو رواية على العمل بها في خصوص مورد، فلا يتوهم حينئذ تقدم الاستصحاب أو غيره من الأصول أو الأمارات عليها، بل يكون الدليل مخصصا لعموم أدلة الأصول و الأمارات.

و مع عدم قيامه على العمل بها في خصوص مورد لم يكن مجال أن يعمل بها فيه كى تلاحظ نسبتها مع الأصول الجارية في ذلك المورد. فتدبر و التف و الله الموفق [١].

و قد تم البحث فيها في يوم الثلاثاء ٣-٢-١٣٨٣.

[١] الكلام في القرعة من ناحيتين:

الناحية الأولى: في تحقيق مواردها، و الضابط العام لمجراها، و هى ناحية فقهية ليس المقام محل ذلك الناحية الثانية: فى نسبتها مع الاستصحاب و سائر الأصول، و هى محل الكلام فيما نحن فيه.

و قد يتوهم معارضتها للأصول باعتبار ورود قوله عليه السلام: «كل مجهول ففيه القرعة» الظاهر فى جريان القرعة هى جميع موارد الجهل. و لكن التحقيق انه توهم فاسد، لأن أدلة الأصول أخص منها، لأن كل أصل يشبه دليله فى مورد خاص من موارد الجهل.

حتى الاحتياط، فانه و ان كان عقليا، لكن ورد فى موارد تقرير الشارع له و عدم إيجاب القرعة.

فالالتزام بالقرعة يوجب طرح جميع الأصول و هو مما لا معنى له، فلا بد من حمل القول المزبور على تقدير صحة سند الرواية، اما على إرادة المجهول المطلق، من حيث الواقع و الظاهر المساوق للمشكل، فتكون موارد الأصول خارجة موضوعا، أو على بيان أصل

تشريع القرعة فى المجهول و عدم تشريعها فى غير موارد الجهل، ردا على احتمال جريانها مطلقا. الذى يمكن ان يكون جاء فى ذهن السائل و السؤال مجمل من هذه الناحية، فيكون الجواب مما لا إطلاق له، فلاحظ. و الحمد لله رب العالمين.

انتهى مبحث القرعة فى هذه الدورة الثلاثاء ٢٥-١١-١٣٩٤ هـ.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهاذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه وطريقة لم ينطفي مصباحها، بل تتبّع بأقوى وأحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامى - دام عزه - ومع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقكين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتي المتبدله أو الرديئه - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعه، و...

- منها العداة الاجتماعيه: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانيه - في أنحاء العالم - من جهه أخرى.

- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كمشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيه المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفترق" و "فائى" / بنايه "القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية والمبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيّة، تبرّعية، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنّها لا تُوفى الحجم المتزايد و المتسعّ للامور الدينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركز صاحب هذا البيت (المُسمّى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَلَّ اللهُ تعالى فرجه الشريف) أن يُوفّق الكلّ توفيقاً مترائداً لإعانتهم - في حدّ التمكنّ لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء اللهُ تعالى؛ و اللهُ وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

