



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

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

مکتبہ برکت
پلازما، لاہور

مِشَارِقُ الْأَحْكَامِ

العلامة المولى محمد النراقي

(المتوفى ١٢٩٧ ق)

مکتبہ برکت پلازما لاہور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مشارك الاحكام

كاتب:

ملا محمد بن احمد نراقى

نشرت فى الطباعة:

كارخانه مير محمد باقر

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريرات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٥	مشارك الاحكام
١٥	اشاره
١٦	اشاره
١٦	[المدخل]
١٧	[المشرق الأول] [فى بيان ما يقتضيه الأصل فى المعاملات من الصّحه أو الفساد]
١٧	اشاره
١٧	المطلب الأول: فيما يقتضيه الأصل الأولى الحكمى من الصّحه و الفساد فى المعاملات.
١٩	المطلب الثانى: فى بيان ما ثبت خروجه من الأصل الأولى و انقلب فيه بالأصل الثانوى المقتضى للصّحه.
٢٨	المطلب الثالث: فى بيان ما يقتضيه الأصل من لزوم الصيغه أو عدمه فى المعاملات.
٢٨	اشاره
٢٨	البحث الأول: فى أنه هل يلزم الصيغه أو يكفى المعاطاه.
٢٨	اشاره
٣٧	تتميمات:
٤٤	البحث الثانى: فى بيان ضابطه صيغ العقود اللازمه على ما يقتضيه الأصول و عموم الأدله.
٤٩	[المشرق الثانى] [فى بيان حكم العقد الفضولى]
٤٩	اشاره
٥٣	تتميمات:
٥٣	الأول: قد اختلفوا فى أنّ الإجازة على صحتها، هل هى كاشفه عن الانتقال من حين العقد، أو ناقله من حينها.
٥٥	الثانى: لا يكفى فى الإجازة السكوت مع الحضور،
٥٥	الثالث: إذا باع الغاصب لنفسه فأجاز المالك لنفسه.
٥٧	الرابع: إذا لم يجز المالك فله أن يرجع إلى المشتري بعين ماله و نمائه.
٦٢	[المشرق الثالث] [فى حكم العقود المتبعضه الصادره بصيغه واحده]
٦٦	[المشرق الرابع] [فى شروط ضمن العقد]

٦٦	اشاره
٦٦	المطلب الأول: في بيان معنى الشرط.
٦٧	المطلب الثاني: في بيان مشروعيه الشرط الواقع في ضمن العقد و صحته،
٧٠	المطلب الثالث: في أنّ انعقاد الشرط يختصّ بالمذكور في متن العقد،
٧١	المطلب الرابع: في حكم الشرط إذا امتنع عنه المشروط عليه،
٧٢	المطلب الخامس: في حكم ما إذا تعذر الشرط لفوات وقته و نحوه،
٧٣	المطلب السادس: في بيان الشروط الفاسده.
٨٤	المطلب السابع في حكم العقد إذا فسد الشرط
٨٨	المشرق الخامس] [في بيان حكم المعاملات الإضراريه]
٨٨	اشاره
٩١	تتميمات:
٩١	الأول: هل له صرف جميع ماله في بعض الديون أو في الكلّ من غير رعايه النسبه؟
٩١	الثاني: هل يلحق بالعقود الناقله الإبراء،
٩١	الثالث: إذا أقرّ المديون المذكور بدين آخر أو بما في يده للغير فالظاهر قبوله
٩١	الرابع: هل يختصّ ما ذكرناه بالديون العاجله، أو يعمّ الأجله؟
٩٢	المشرق السادس] [في بيان حكم المال المجهول مالكه]
٩٦	المشرق السابع] [في أحكام الأراضي الخراجيه]
٩٦	اشاره
٩٦	البحث الأول: في بيان المعنى المقصود من الأرض الخراجيه و شرائطها،
٩٧	البحث الثاني: لا خلاف في أنّ قبالة الأراضي الخراجيه لعموم المسلمين، و لا يختصّ بها المقاتلين،
٩٨	البحث الثالث: توليه أرض الخراج و النظر فيها مع ظهور الإمام عليه السلام و استقلاله،
١٠١	البحث الرابع: المعروف بين الأصحاب أنّ ما يأخذه السلطان الجائر باسم الخراج و المقاسمه و الزكاه يحلّ أخذه
١٠٦	البحث الخامس: اختلفوا في جواز بيع الأراضي الخراجيه على أقوال:
١٠٩	البحث السادس: إذا علم أنّ الأرض مفتوحه عنوه حال عمارتها بخبر متواتر أو مقترن بقرينه علميه فهو،
١١١	المشرق الثامن] [فيما يتعلّق بالعداله الشرعيه]
١١٢	اشاره

- المطلب الأول: في بيان حقيقتها و ما يعتبر فيها، ١١٢
- اشاره ١١٢
- البحث الأول: اختلفت كلمات العلماء في بيان حقيقه العدالة، ١١٢
- اشاره ١١٢
- تتميم: لا خلاف في أنّ الفسق ضدّ العدالة الشرعيه، ١١٧
- البحث الثاني: قد علمت أنّ اجتناب المعصيه جزء العدالة أو لازمها. ١١٧
- اشاره ١١٧
- تتميمات: ١٢٣
- الأول: اختلفوا في تفسير الكبائر تحديدا و تعديدا على مذاهب شتى، ١٢٣
- الثاني: قد علمت من خبر الفضل أنّ من الكبائر الإصرار على الصغائر. ١٢٧
- البحث الثالث: اختلفوا في توقّف العدالة الشرعيه على المروه على قولين. ١٣٢
- اشاره ١٣٢
- تتميمات: ١٣٦
- الأول: عدّوا من منافيات المروه الموجبه لسقوطها أمورا كثيره، ١٣٦
- الثاني: قال في الروضه ، و الروض ، و الذخيره : لا يقدح في المروه فعل السنن و إن استهجنها الناس، ١٤٠
- الثالث: ترك جميع المستحبات ما لم يبلغ حدّ التهاون ليس منافيا للمروه من حيث ترك الاستحباب، ١٤٠
- البحث الرابع: يتوقّف العدالة الشرعيه على صحّه المذهب، فيشترط فيها الإسلام و الإيمان، ١٤٢
- البحث الخامس: قالوا: لا يقدح الذنب إذا تاب عنه، و هذا في قبول الشهاده لعلّه لا خلاف فيه، ١٤٣
- المطلب الثاني: في بيان ما يكشف عن العدالة و كيفيه البحث عن ثبوتها. ١٤٤
- تلخيص و تتميم: ١٤٨
- المشرق التاسع [في أحكام الغناء] - ١٤٩
- اشاره ١٤٩
- البحث الأول: في بيان حقيقته و موارده. ١٤٩
- البحث الثاني: في بيان حكمه. ١٥٢
- اشاره ١٥٢
- تتميم: كما يحرم التغنى، يحرم استماعه اجماعا، له، ١٦٦

- المشرق العاشر] [فى صحه صلح الزوج عن حق رجوعه فى العده الرجعيه] ١٦٦
- المشرق الحادى عشر] [فى بيان تعارض الاستصحابين و أقسامه] ١٧٢
- اشاره ١٧٢
- تتميمات: ١٧٨
- الأول: إذا تعارض استصحاب مع استصحابين أو أكثر، ١٧٨
- الثانى: إذا كان حكم مسبوقا بوجوده و وجوده بعدمه، ١٧٩
- الثالث: قالوا: أصل البراء لا يعارض الاستصحاب. ١٨٠
- المشرق الثانى عشر] [فى أن الأحكام تابعه للأسماء] ١٨٠
- المشرق الثالث عشر] [فى تداخل الأسباب الشرعيه] ١٨٢
- المشرق الرابع عشر] [فى بيان قاعده نفي الضرر] ١٨٤
- اشاره ١٨٤
- البحث الأول: فى مدرك القاعده، ١٨٥
- البحث الثانى: فى بيان موارد صحه الاستدلال بقاعده نفي الضرر، ١٩٠
- البحث الثالث: فيما إذا تعارض قاعده الضرر مثلها، ١٩٧
- المشرق الخامس عشر] [فى بيان قاعده نفي الغرر] ٢٠٥
- اشاره ٢٠٥
- البحث الأول: فى دليل القاعده و معنى الغرر المنهى عنه. ٢٠٥
- اشاره ٢٠٥
- و إنما يجب التنبيه على تفصيله فى أمور: ٢٠٩
- الأول: فى متعلق الجهل ٢٠٩
- الثانى: فى كيفية الخطر ٢٠٩
- الثالث: فى مقدار الخطر من جهة العرف ٢١٠
- البحث الثانى: كما أن الغرر يحصل فى البيع الجزئى الشخصى، ٢١١
- البحث الثالث: قد عرفت أن صدق الغرر مشروط بثبوت الخطر و الجهل به، ٢١١
- البحث الرابع: و حيث علمت أن مناط الخطر و الجهل بالضرر فى الغرر إنما هو من حيث المعامله و المعاوضه ٢١٢
- البحث الخامس: هل يلحق بالبيع فى بطلانه بالغرر غيره من عقود المعاوضات؟ ٢١٣

- ٢١٣ اشارة
- ٢١٥ فرعان:
- ٢١٥ الأول: هل يصح الصلح عما يملك مع جهل المصطلحين أو أحدهما بقدره أو جنسه أو صفته كما قد تداول بين الناس أم لا.
- ٢١٥ الثاني: هل يلحق بالصلح الشرط الواقع في قيمته، فدار مداره في الصحة كما في فساده أم لا؟
- ٢١٦ تتميم: و حيث علمت أن دليل عموم المنع عن الغرر فيما يمنع هو الإجماع،
- ٢١٦ [المشرق السادس عشر] [في خيار المجلس]
- ٢١٦ اشارة
- ٢١٨ تتميم: يسقط هذا الخيار بأمور:
- ٢١٨ أحدها: اشتراط عدمه في ضمن العقد.
- ٢١٩ و ثانيها: الإسقاط بعد العقد،
- ٢٢٠ و ثالثها: التصرف على النحو الآتي في خيار الحيوان.
- ٢٢٠ و رابعها: افتراق المتبايعين،
- ٢٢٠ [المشرق السابع عشر] [في خيار الحيوان]
- ٢٢٠ اشارة
- ٢٢٢ تتميمات:
- ٢٢٢ الأول: مدّه هذا الخيار مقدار ساعات ثلاثه أيام من النهار و لو ملقفاً،
- ٢٢٢ الثاني: يسقط هذا الخيار- أيضا- بالشرط، و لو بالنسبه إلى بعضه،
- ٢٢٥ [المشرق الثامن عشر] [في خيار الشرط]
- ٢٢٥ اشارة
- ٢٢٥ المسأله الأولى: لا خلاف في صحه هذا الشرط في العقود في الجملة،
- ٢٢٦ المسأله الثانيه: يشترط في صحه شرط الخيار ضبط المدّه،
- ٢٢٧ المسأله الثالثه: يجوز تقييد الفسخ المشروط خياره بالمدّه المعيّنه بشى ء يقترن به،
- ٢٢٨ المسأله الرابعه: يصح أن يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدّه معيّنه،
- ٢٢٩ المسأله الخامسه: إذا لم يقبض البائع الثمن في بيع الخيار حتى انقضت المدّه،
- ٢٢٩ المسأله السادسه: إذا امتنع في بيع الخيار ردّ الثمن في زمانه إلى المشتري بنفسه أو وكيله أو وليه لغيبته اختيارا أو اضطرارا أو نحوها،
- ٢٣٠ المسأله السابعه: يجوز شرط البائع في بيع الخيار الفسخ في كل جزء بردّ ما يخضه من الثمن كما صرح به بعض الأجلّه،

- المشرق التاسع عشر] [فى خيار الغبن] ٢٣١
- ٢٣١ اشاره
- المسأله الأولى: الغبن، تمليك ماله بما يزيد على قيمته عادة مع جهل الآخر. ٢٣١
- المسأله الثانيه: يثبت الخيار مع الشرطين على المعروف بين الأصحاب و المحكى عليه الإجماع مستقيضا. ٢٣٢
- المسأله الثالثه: الظاهر: أنّ الخيار منوط بالغبن واقعا ٢٣٢
- المسأله الرابعه: يسقط خيار الغبن بأمر: ٢٣٣
- الأول: التصرف، بلا خلاف فيه فى الجملة. ٢٣٣
- الثانى: من مسقطات خيار الغبن إسقاطه بعد العقد، ٢٣٧
- الثالث من المسقطات: إسقاط حق الخيار بالشرط فى ضمن العقد. ٢٣٩
- المسأله الخامسه: اختلفوا فى كون هذا الخيار فوريا، ٢٤٠
- ٢٤٠ اشاره
- تتميمان: ٢٤٢
- الأول: هل الفور محموله على الفوريه الحقيقيه، ٢٤٢
- الثانى: لا شك أنّ الجاهل بالخيار معذور فى ترك المبادره، ٢٤٢
- المسأله السادسه: يثبت خيار الغبن فى غير البيع من المعاضات أيضا، ٢٤٣
- المشرق العشرون] [فى الأحكام الملحقه بالخيارات] ٢٤٤
- ٢٤٤ اشاره
- المسأله الأولى: الفسخ كما يحصل باللفظ يحصل بالفعل أيضا، ٢٤٤
- المسأله الثانيه: إذا باع ذو الخيار أو أعتق أو أوجد غير ذلك من الأسباب الناقله ٢٤٥
- ٢٤٥ اشاره
- فرع: لو اشترى عبدا بجاريه فقال: أعتقتها فعن [بعض]: انعتاق الجاريه دون العبد، ٢٤٨
- المسأله الثالثه: لا ينافى تلف العين بقاء الخيار، ٢٤٩
- المسأله الرابعه: اختلفوا فى جواز التصرف الناقل لغير ذى الخيار، ٢٤٩
- المسأله الخامسه: منفعه العين فى زمان الخيار قبل الفسخ فى بيع الخيار و غيره مال المشتري، ٢٥١
- المسأله السادسه: إذا أذن ذو الخيار فى التصرف الناقل، ٢٥٢
- المسأله السابعه: الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف، ٢٥٣

- ٢٥٣ اشاره
- ٢٥٧ فرع: إذا كان الخيار لأجنبي فمات، ففي انتقاله إلى وارثه أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه وجوه.
- ٢٥٧ [المشرق الحادى و عشرون] [فى الشبهه الموضوعيه التحريميه]
- ٢٥٧ اشاره
- ٢٥٧ المقام الأول: فى الشبهه المحصوره.
- ٢٥٨ اشاره
- ٢٦٦ تنبيهات:
- ٢٦٦ الأول: ما ذكرنا من حليته ما عدا مقدار الحرام تخييرا -
- ٢٦٦ الثانى: قال بعض الفائلين باجتنب الجميع: لو كان المشتبهان مما يوجد تدريجا.
- ٢٦٨ الثالث: لا فرق فى حكم الشبهه المحصوره فى اتحاد حقيقه المشتبهات و اختلافها موضوعا أو فعلا متعلقا به.
- ٢٦٨ الرابع: آثار الحرام الواقعى و أحكامه الشرعيه لا يترتب عليه إلّا باستيعاب الجميع دون البعض على ما اخترناه.
- ٢٦٩ الخامس: إذا لاقى أحد المشتبهين شىء ثالث، لم يحكم بنجاسته على المختار معيناً.
- ٢٧٠ السادس: إذا فقد بعض المحتملات، لم يحرم ارتكاب الباقي على القولين:
- ٢٧١ المقام الثانى: فى الشبهه الغير المحصوره.
- ٢٧٢ [المشرق الثانى و عشرون] [فى بيان كيفية الاحتياط]
- ٢٧٢ اشاره
- ٢٧٥ تنبيهات:
- ٢٧٥ الأول: هل يصح الاحتياط قبل الفحص عما يوجب الظنّ المعترف الاجتهادى مع اليأس عن التمكن من تحصيل العلم بالواقع.
- ٢٧٥ الثانى: مقتضى ما ذكرنا صحه الاحتياط فيما إذا دار الأمر بين الوجوب و الاستحباب مطلقاً.
- ٢٧٥ الثالث: هل يصح الاحتياط قبل الفحص مع إمكانه فى مثل كلمات القرآن و الأدعيه.
- ٢٧٦ الرابع: إذا كان الشك فى جزئيه شىء للعباده أو شرطيته مع احتمال مانعيته.
- ٢٧٦ [المشرق الثالث و عشرون] [فى حكم الإعراض عن الملك]
- ٢٧٦ اشاره
- ٢٨١ فرع: إذ انبتت الحبوب المتشبهه فى شقوق الأرض حتى صارت زرعاً.
- ٢٨١ [المشرق الرابع و عشرون] [فى بيان قاعده الضمان]
- ٢٨١ اشاره

- ٢٨١ البحث الأول: في إثبات اليد الموجب للضمان،
- ٢٨٢ اشاره
- ٢٨٣ تكميل و تفريع:
- ٢٨٥ البحث الثاني: في المباشرة و التسبب،
- ٢٨٥ اشاره
- ٢٩٢ تتميم: اختلفوا في الضمان في موارد من باب الشروط ذكروا أمثلتها.
- ٢٩٤ [المشرق الخامس و عشرون] [في الوكالة]
- ٢٩٤ اشاره
- ٢٩٤ مسأله: ظاهر الأصحاب: كون الوكالة من العقود،
- ٢٩٤ اشاره
- ٢٩٥ فروع:
- ٢٩٥ الأول: إذا قال: بع فرسى، أو طلق زوجتي، فلا شك أنه ليس من المعاطاة:
- ٢٩٥ الثاني: يتحقق قبول الوكالة بنفس الفعل الموكّل فيه، و لا يلزم كونه أجنبيا،
- ٢٩٦ الثالث: يجوز تأخر القبول الفعلي و لو إلى سنه إجماعا،
- ٢٩٦ الرابع: للموكّل عزل الوكيل، بشرط إعلامه بالعزل،
- ٢٩٦ مسأله: يشترط في الوكالة وقوعها منجزه، كسائر العقود،
- ٢٩٦ اشاره
- ٢٩٧ فروع:
- ٢٩٧ الأول: لا خلاف ظاهرا في جواز تعليق الموكّل فيه،
- ٢٩٧ الثاني: اختلفوا في صحه التصرف في الوكالة المعلقه عند حصول المعلق عليه
- ٢٩٨ الثالث: إذا علمت بطلان التوكيل بتعليقه على شرط أو زمان متجدد،
- ٢٩٩ الرابع: لو وكله في بيع شيء معلقا بكونه ملكا له،
- ٢٩٩ مسأله: تبطل الوكالة بأمر:
- ٢٩٩ منها عزل الوكيل نفسه:
- ٣٠٠ و منها: انقطاع تسلط الموكل على التصرف حين تصرف الوكيل،
- ٣٠١ و منها: عزل الموكّل الوكيل،

- ٣٠١ اشارة
- ٣٠١ فرع: يختص حكم بقاء الوكالة بما قبل العلم بالعزل به دون سائر المبطلات،
- ٣٠١ مسأله: يشترط فى متعلق الوكالة أمور:
- ٣٠١ منها: أن يكون الموكل فيه مما يقبل النيابة شرعا،
- ٣٠٢ اشارة
- ٣٠٤ فرعان: - - - - -
- ٣٠٤ الأول: ربما يظهر الخلاف منهم بعد الاتفاق على عدم صحته توكيل المحرم غيره
- ٣٠٤ الثانى: لا شك- كما عليه السيره المستمزه - - - - -
- ٣٠٥ ومنها: كون متعلق الوكالة مما يملكه الموكل، - - - - -
- ٣٠٦ ومنها- كما فى جامع المقاصد -: ما لو قال: طلق زوجتى ثلاثا، - - - - -
- ٣٠٦ اشارة
- ٣٠٨ فرع: لو وكله فى جميع أموره المتعلقة به من الموجوده و المتجدده،
- ٣٠٨ [المشرق السادس و عشرون] [فى اقتضاء اليد الملكيه] - - - - -
- ٣٠٨ اشارة
- ٣٠٩ المقام الأول: فى المراد من اليد. - - - - -
- ٣١١ المقام الثانى: فى بيان الشروط المعبره فى اقتضاء اليد للاستحقاق.
- ٣١١ اشارة
- ٣١١ الأول: عدم اعتراف ذى اليد بما ينافى ملكيته. - - - - -
- ٣١١ اشارة
- ٣١١ فرع: - - - - -
- ٣١٢ الثانى: أن لا يعارض اليد دليل كاشف عن الواقع، - - - - -
- ٣١٢ الثالث: أن لا يعارض اليد استحباب ما يزيل حكم اليد و رافعه. - - - - -
- ٣١٥ الرابع: أن لا يعارض اليد الحاليه استحباب نفس اليد،
- ٣١٥ الخامس: احتمال كون اليد ناشئه عن جهه مقبوله فى ظاهر الشرع،
- ٣١٥ السادس: ما أفاده فى المستند، أن لا يزاحم اليد يد أخرى،
- ٣١٦ السابع: ما عسى أن يجرى فيه الكلام من اختصاص الاقتضاء بكون متعلق اليد الأعيان دون المنافع،

المشرق السابع و عشرون] أفي وجوب ترتب الحواضر على الفوائت] - ٣١٧ -----

إشاره ----- ٣١٧ -----

تتميمان: ----- ٣٤٢ -----

الأول: على عدم وجوب الترتيب، كما اخترناه، فهل يرجح تقديم الفائته، أو الحاضره؟ ----- ٣٤٢ -----

الثاني: لو كان عليه صلاه فائته فصلّى الحاضره، فعلى المختار صحت، و لا حرج. ----- ٣٤٣ -----

تعريف مركز ----- ٣٤٤ -----

شماره بازیابی : ۳۲۶-۶

شماره بازیابی : ۱۷۹۰-۶

شماره بازیابی : ۴۳۵۴-۶

شماره بازیابی : ۳۳۲۹۰-۶

شماره کتابشناسی ملی : ۳۲۶/۱/۱/۱/۱

سرشناسه : نراقی، محمد بن احمد، ۱۲۱۵؟ - ق ۱۲۹۷

عنوان و نام پدید آور : مشارق الاحكام (منتخب - فهرستی) [چاپ سنگی] محمد النراقی کاتب محمد حسن ابن محمد علی الکلپایگانی. مصحح: سید حسن وحدتی شبیری

وضعیت نشر : [تهران] باهتمام اسدالله الطاهر آبادی الملقب به امین الاجله و معتمد الشریعه ۱۲۹۴ق. ([تهران]: کارخانه میر محمد باقر)

مشخصات ظاهری : ۳۶۹ ص ۲۵X۱۷س م

یادداشت استنساخ : دارای فهرست مندرجات در ابتدای کتاب

مشخصات ظاهری اثر : نسخ

موضوع: فقه استدلالی

زبان: عربی

(۳۲۶) مقوایی، روکش کاغذ ابره قهوه ای رنگ. (۱۷۹۰)، مقوایی، روکش تیماج مشکی

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

شماره بازیابی : ۳۲۶.ث ۱۷۲۴

۱۷۹۰-۶ : ث ۲۵۳۹۷۹ (مقوایی، روکش تیماج مشکی، مجدول مضاعف ضریبی؛ ازهم گسیختگی شیرازه از جلد)

۴۳۵۴-۶ (مقوایی، روکش تیماج عنابی، مجدول ضربی؛ آسیب دیدگی جلد و ازهم گسیختگی مختصر شیرازه از جلد)

۳۳۲۹۰-۶ (مقوایی، روکش تیماج قرمز، مجدول مضاعف ضربی؛ ابتدای نسخه ممهور به مهرستطیل «کتابخانه و مجموعه ده هزار جلدی بهمن عنایتی» و ص. ۲ و ۳۶۹ ممهور به مهرستطیل «کتابخانه و آرشیو خصوصی بهمن عنایتی»؛ آسیب دیدگی جلد و ازهم گسیختگی مختصر شیرازه از جلد)

ص: ۱

اشاره

ص: ۲

ص: ۳

ص: ۴

ص: ۵

ص: ۶

ص: ۷

ص: ۸

ص: ۹

[المدخل]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله، فياض عوارف المعارف و المتفضل بفوائد الأيادي و حقائق اللطائف، المتوخد في ذاته فلا يدركه انسان (۱) كل عارف، و المتجلى بصفاته فلا يغيب عن المشاهد و المواقف، و الصلاه على من أرسله بالكتاب المبين و نسخ به الصحائف محمد صلى الله عليه و آله الطاهرين، الذين فضلهم على العالمين و خصهم بما لا يلحقه لاحق و لا سالف.

و بعد فيقول الفقير إلى ربّه الباقي عبد الصاحب محمّد بن أحمد بن محمّد مهدي النراقي، أنالهم الله سبحانه من فضله يوم التلاقي:

هذه فوائد جمّه و مطالب مهمّه في تنقيح نبد من الضوابط الكليه الشرعيّه، و تحقيق مدارك لجمله من أمّهات المسائل الفرعيّه

التي لا مناص عنها للفقهاء الراشد و الطالب المسترشد، مما زلت فيه أقوام و اتسع فيه ميدان النظر لفرسان الكلام، و ضاق منه المخرج على من دخله و دار المقام، استطرفتها من غنائم الدهر و اقتطفتها من ثمار عوائد الأيام.

١- انسان العين: ما يرى في سواد العين أو هو سوادها. (المنجد)

ص: ١٠

و أرجو من الله تعالى أن يكون بيانا لكنوز حقائقها و تبيانا لرموز دقائقها، و إن كنت معترفا- و الصدق منجاه- بأنّ الباع قصير و البضاعة مزجاء، جعلتها تذكره لنفسى و تبصره لمن أراد، و سميتها بمشارك الأحكام و الله الموفق للسداد.

ص: ١١

[المشرق الأول] [في بيان ما يقتضيه الأصل في المعاملات من الصحه أو الفساد]

إشارة

مشرق: في بيان ما يقتضيه الأصل في المعاملات من الصحه أو الفساد، و تعيين مواردهما و ما يتبع ذلك، و في هذا البحث تحقيق أمور:

الأول: ما يقتضيه الأصل الأوّلى من الصحه و البطلان في الشبهه الحكميه، سواء كان الشكّ في شرعيه أصل المعامله أو في شرائطها و موانعها.

الثاني: ما ثبت خروجه منه و انقلب إلى أصل ثانويّ شرعيّ، و فيه تحقيق معنى آيه أوفوا بالعقود (١).

الثالث: ما يتحصّل من الأصليين، من لزوم الصيغه أو عدمه في العقود، و شرائط الصيغه فيما تحقّق لزومها، فهنا مطالب ثلاثه:

المطلب الأوّل: فيما يقتضيه الأصل الأوّلى الحكمى من الصحه و الفساد في المعاملات.

فاعلم أنّه قد استمرّت بين الناس منذ استقرّت العادات و وضعت السياسات، معاملات بينهم في العقد و الحلّ و الربط و الفكّ فيما يحتاجون إليه في تمدّنهم و انتظام معاشهم، من التجارات و المناكحات و العطيّات و العهود و الموائيق

١- المائده (٥): ١.

ص: ١٢

و أشباهها، و أكثرها غير مختصّه بالشرائع و الديانات، فضلا عن شريعه الإسلام، بل تعمّ الأديان و العادات، و اختلف حكمها فيها في بعض الخصوصيات و الشرائط و أسباب الانعقاد و الآثار و الأحكام المترتبه عليها، كالبيع الشائع في الكلّ المختلف أحواله

فيها بالانعقاد بالصيغ أو بالصفقه أو بمثل الملامسه أو المنابذه أو الحصاه، و الاشرط بعدم الغرر و عدمه و نحو ذلك، فهيات أمثال تلك العقود غير مخترعه و لا موضوعه بالأصل فى شريعتنا، بل أمضاها الشارع بشرائط قررها. نعم، يختص بعضها بالشرائع أو بشريعتنا.

و جمله تلك المعاملات و العقود المعتره هى المعهوده المتداوله المدونه التى ضبطها الفقهاء سلفا و خلفا فى كتبهم و مسفوراتهم، و وضعوا لها أبوابا و لها أسماء معروفه، كالبيع و الصلح و الرهن و الإجاره و المزارعه و المضاربه و الضمان و الحواله و الكفاله و الوكاله و النذر و الوقف و النكاح و الطلاق و الظهار و اللعان و غيرها.

ثم إن ماهيات تلك المعاملات كيفيات خاصه و روابط معهوده فى الشرع و العرف و العاده متميزه بأنفسها، سواء كانت متباينه بالآثار المترتب عليها أيضا، كالبيع و الإجاره و النكاح و الطلاق، أو متناسبه بالعموم و الخصوص المطلقين، كالبيع و الصلح، أو من وجه كالصلح و الضمان، أو بالتساوى كالبيع و الهبه المعوضه.

و يظهر ثمره الفرق حينئذ بالاختلاف فى بعض الأحكام المتفرعه عليها، بل قد يتفق بحسب تعاهد المتعاقدين فى القيود و الشروط توافق اثنين منها فى فرد فى جميع الآثار و الأحكام المترتب عليها، فتميزها حينئذ بمجرد نفس مفهوم المعنى المعهود من المعامله الحاكي عنه اسم المعامله المخصوص بها، بحيث لا يصح و لا ينعقد أحدهما بقصد معنى الآخر منه.

و من هذا ينقدح عدم كفايه قصد إنشاء مجرد الآثار المترتب عليها بالألفاظ

ص: ١٣

و القرائن الداله على تلك الآثار، بل يجب قصد مفهوم العقد المعهود ماهيته. و حيث إن الدال على تلك الماهيه هو اللفظ المخصوص الذى يسمّى به فينعقد به. و يظهر منه اختصاص انعقاده به، دون مطلق ما دلّ على ما يفيد أثره و أحكامه، من التجارات الغير المتداوله فيه و لو مع القرائن المنضمه، و سيجىء تفصيله إن شاء الله تعالى.

ثم العقد إن علم صحته شرعا فهو، و إن شك فيها سواء لم يعلم كونه مما تداول بين الناس، أو علم و لم يعلم كونه من الموظفه الشرعيه، أو علم و لم يعلم اشتراطه بما وقع فيه الشك، فمقتضى الأصل الأولى فساده بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود منه شرعا، لأنّ الصحه من الأمور الشرعيه المتوقفه على التوظيف الذى هو أمر حادث، ينفيه الأصل إلى أن يثبت بدليل.

و ما أفاده بعض المحققين من تصحيح المعامله بأصل البراءه، باعتبار اقتضاء إباحه ما تعاقد عليه المتعاملان و إن لم يفد اللزوم، من الغرائب، فإنّ الإباحه الشرعيه هنا فرع ترتب الأثر شرعا المتوقف على الجعل الشرعى المسبوق بالعدم، و لو هو إمضاء الشارع ما تداول عليه عاده الناس فى ترتب الأثر عليه، و الاستصحاب يقتضى عدمه، و لا يعارضه أصل البراءه، لأنّ متعلقه نفى السبب و متعلقها ثبوت السبب، و الأول مزيل للثانى و مقدّم عليه، بل لا تعارض بينهما حقيقه كما حقّقناه فى الأصول و يأتى الإشاره إليه هنا فى بعض الفوائد، و عليه عمل الفقهاء و سيرتهم فى الفقه حتى الفاضل القائل و إن خالفه قولاً فى أصوله.

و نظيره فى الشك الموضوعى ما إذا شكّ فى إذن المالك، فلا يجوز حينئذ تناول مال الغير بأصل الإباحه، أو شكّ فى التطهير

أو التذكيه فلا يتناوله بأصل الطهاره أو البراءه.

و لا يتوهم أنّ الإباحه الشرعيه فى كلّ مورد يتمسك بها بالأصل حكم شرعى

ص: ١٤

مسبوق بالعدم، فيعارضه الاستصحاب فلم يبق للأصل مورد أصلاً، إذ ليس تعارض الاستصحاب أب لأصل البراءه بالمزيليه فى جميع صور التعارض، كما إذا شك فى الإباحه الاستقلاليه الغير المترتبّه على حدوث سبب، فإن مقتضى الاستصحاب ليس هنا نفي السبب بل يمكن القول بكون الأصل حينئذ مزيلاً للاستصحاب، نظراً إلى ثبوت التوظيف للإباحه الاستقلاليه الظاهريه بمثل قوله عليه السلام: «كلّ شىء مطلق حتى يرد فيه نهى» (١) و «الناس فى سعه مما لا يعلمون» (٢)، و غيرهما من أدلّه البراءه المقتضيه للعلم الشرعى الرافع للاستصحاب كما بيّناه فى مقامه.

المطلب الثانى: فى بيان ما ثبت خروجه من الأصل الأولى و انقلب فيه بالأصل الثانوى المقتضى للصحة.

فاعلم أنّ ظاهر أكثر الأصحاب بل المعروف منهم، انقلاب أصل الفساد فى أغلب صور الشك فى اشتراط شىء أو مانعيته لمعامله من المعاملات الموظفه، إلى أصل ثانوى اجتهادى يقتضى صحه جميع ما صدق عليه اسم تلك المعامله الموظفه عرفاً، بل ربما يظهر من بعضهم أصاله الصحه عند الشك فى شرعيه أصل المعامله و توظيفها بالخصوص أيضاً، و بها يستدل على تأسيس عقد المعاوضه المطلقه بلفظ «عاوضت». و منشأ هذا الأصل فى المشهور عموم قوله سبحانه فى سوره المائده:

١- الفقيه ١: ٣١٧.

٢- لم نظفر على روايه بهذا التعبير فى الجوامع الروائيه، بل الوارد فيها تعبيران آخران: أحدهما روايه السكونى بهذا التعبير: «هم فى سعه حتى يعلموا»، (المحاسن للبرقى: ٤٥٢؛ وسائل الشيعه ٣: ٤٩٣، الباب ٥٠ من أبواب النجاسات، الروايه ٤٢٧٠). و الآخر ما نقل مرسلًا عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم بهذا التعبير: «الناس فى سعه ما لم يعلموا». (مستدرک الوسائل ١٨: ٢٠، الباب ١٢ من أبواب مقدمات الحدود، الروايه ٢١٨٨٦).

ص: ١٥

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، فيستدلون به على صحه العقود أو لزومها، و تداولوا عليه حتى قيل أنه المجمع عليه بينهم و قد يتأمل فيه.

و جمله القول فى الاستدلال بالآيه أنّهم بين من يستدل بها على تأسيس العقود مطلقاً، أى كلّما كان عقداً لغه و عرفاً سواء كان من الموظفه الشرعيه بخصوصها، كالعقود المدوّنه فى كتب الفقه، أو غيرها فيتمسك بها على ترتّب الأثر المقصود من وضعه عليه، و على تصحيح العقود الموظفه إذا شك فى اشتراط شىء أو مانعيته فيها إلّا ما ثبت فساده من أصل كالمغارسه أو لفقدان شرط معلوم كالرباء و المحاقله و الشغار و مشاركه الأبدان و نحوها، و بين من يستدل بها على تصحيح الموظفه خاصه حملاً للعقود عليها، فيستدل بها على نفي اشتراط ما شك فيه، و بين من ترك الاستدلال بها على الصّحّه مطلقاً، سواء كان من الموظفه

أم لا، زعما لإجمال العقود فى الآيه، و هو الظاهر من والدى العلامه (٢)، و يظهر منهم خلاف آخر فى دلالتها على لزوم العقد و عدمه يأتى الإشاره إليه، وجه استدلال الأول:

دلالة الجمع المحلى باللام على العموم حقيقه الشامل لكل ما صدق عليه العقد لغه أو عرفا، فثبت توظيفه فى الشرع بهذا العموم. و استشكل باستلزامه خروج الأ-كثر إذا أكثر ما يسمى عقدا فى اللغه أو العرف مما لا يجب الوفاء به إجماعا، و الباقي فى جنب المخرج كالمعدوم.

١- المائده (٥): ١.

٢- مستند الشيعة ٢: ٣٦٦.

ص: ١٦

و أجب عنه بأنّ تخصيص الأ-كثر إنّما يلزم لو كان المقصود من عموم العقود العموم النوعى و هو خلاف التحقيق، بل المراد العموم الأفرادى فإذا لوحظ الأفراد فلا-شكّ أنّ أفراد العقود المتداوله أكثر من أفراد غيرها، سيما فى مثل البيع و الإجاره و النكاح و أمثالها.

و فيه أنّ المناط فى الأكثرية إنّما هو بالنسبه إلى أفراد المدلول الوضعى من حيث كونها أفرادا له، فإنّها مورد تعلق الحكم، و لا شكّ أنها غير مختصه بالأفراد الواقعه فى زمان الخطاب، بل يعمّ المتوقّعه الفرضيه، بل كلّها أو أكثرها متوقّعه من وقت الصدور، و أكثريتها بأكثرية الأنواع و الأصناف التى هى تحتها، إلّا أن يقال بأنّ الجبهه المقتضيه لأكثرية وقوع الأفراد الواقعه مطّرده و حاصله بحكم الحدس و الوجدان للمتوقّعه أيضا، كما يشهد به العيان فى الأفراد المتجدّده بعد نزول الآيه، و لكنه غير مفيد أيضا، لأنّ أكثرية وقوع تلك المعاملات الموظفه إنّما هى باعتبار فساد غيرها شرعا، فلا يناط بها الاستعمال الموجب لتلك الكثره الذى به تأسيس الصحه، مع أنّ أكثرية المتداوله الشرعيه بالنسبه إلى غيرها من الواقعه بين جميع فرق الأنام فى العالم فى أزمنه الخطاب و قبلها و بعدها إلى الآن غير مسلّمه، بل خلافها معلوم.

وجه استدلال الثانى:

بطلان الحمل على العموم لما ذكر، فيتعين حمل اللام على العهد و الإشاره إلى جنس العقود المتداوله فى زمان الصدور التى هى المدوّنه فى الكتب، لا-خصوص أشخاص كلّ عقد متداول فيه بكيفياتها المخصوصه، فيصحّ الاستدلال بها على الأفراد المشكوكه لدخولها فى الجنس.

و يرد عليه أنّه لو سلّم صحّه الإشاره بلام العهد إلى أنواع الجنس دون فرد،

ص: ١٧

فدعوى كونه المعهود فى الآيه يطالب بالدليل، لاحتمال كونها الأفراد الصحيحه بكيفياتها المخصوصه، بل هى أقرب بمعنى

العهد المعروف في كتب الأدب. و حيث يحتمل كان متعينا في الاستدلال، اقتصارا على القدر المتيقن، مضافا إلى احتمال كون المعهود غير ذلك من المعاني الآتية.

و بهذا يظهر وجه ترك الثالث للاستدلال بالآية على الصحة رأسا، و هو مشكل أيضا بملاحظه مخالفته لسيره العلماء و متفاهمهم قديما و حديثا، بحيث يكاد أن يكون إجماعا منهم على الاستدلال بها، بل صار من المسلمات بين جمهور الأصحاب. فاللازم تحقيق الحال و تصحيح الاستدلال على وجه لا يرد عليه الإشكال، فأقول فاستمع و كن من الشاهدين:

و ليعلم أولا أن العقد أصله لغة و عرفا الجمع بين الشئين بحيث يعسر الانفصال، كما ذكره غير واحد، و هو يشمل الحسى كعقد الحبل و شدّ العناج، و غير الحسى و هو الذى يطلق عليه العهد الموثق المتناول لمثل عقود المعاملات.

قال الجوهرى (١): عقدت الحبل و العهد و البيع و انعقد. و فى القاموس (٢): عقد الحبل و البيع و العقد يعقده اشتدّه. و فى المصباح (٣): عقدت الحبل فانعقد، و العقد ما يمسكه و يحبسه و يوثقه، و منه قيل عقدت البيع و نحوه و عقدت اليمين، و الفرق بين العقد و العهد كما فى المجمعين و آيات الأحكام و غيرها أن فى العقد معنى الاستيثاق و الشده، فلا يكون إلّا بين اثنين، و العهد قد يتفرد به الواحد.

و منه يعلم أن إطلاق العقد على العهد الموثق من باب الحقيقة لا المجاز، و ما

١- صحاح اللغة: ٥١٠.

٢- القاموس المحيط ١: ٣٨٣.

٣- فى «س»: شدّه؛ مصباح اللغة: ٤٢١.

ص: ١٨

يشعر به فى الكشاف (١) فى قوله: «و العقد العهد الموثق شبه بعقد الحبل و غيره» من اختصاص الحقيقة بالأول (٢) إنّما هو إبداء للمناسبة بين الاستعمالات الحقيقية و ربط الخفى بالجليّ، كما هو دأب علماء اللغة فى ربط المعانى المستعمله فيها تصاريف اللفظ بعضها إلى بعضها. ثم الظاهر اتفاق أئمه التفسير و غيرهم على أن المراد بالعقد فى الآيه العهد الموثق، صرح به فى الكشاف (٣) و البيضاوى (٤) و الطبرسى (٥) و الطريحي (٦) و المحقق الأردبيلي فى آيات الأحكام (٧) و المحدث الكاشانى فى الصافى (٨) و غيرهم، و فى تفسير على بن إبراهيم (٩) بعد ذكر الآيه عن الصادق عليه السلام: «أى العهود» و يشعر به الأمر بالإيفاء به، فإنّه لا يناسب غير العهد، نظير قوله تعالى وَ الْمُؤَفُّونَ بِعَهْدِهِمْ (١٠).

ثم العهد الذى هو من معانى العقد من المعاهده، ما فيه شدّ و ربط و توثيق بين اثنين، كما دلّ عليه كلام من ذكر و شهد به العرف، لا من سائر إطلاقات العهد كالتقدم بالأمر و المعرفه و الالتقاء و الإصلاح و الوصيه. نعم، بعض ما يطلق عليه

١- الكشاف ٣: ٥.

٢- أى الحسى.

- ٣- الكشاف ٣: ٥.
 ٤- تفسير البيضاوى ١: ٤٠٧.
 ٥- مجمع البيان ٢: ١٥٠.
 ٦- مجمع البحرين ٣: ١٠٣.
 ٧- زبده البيان فى أحكام القرآن: ٤٦٢.
 ٨- تفسير الصافى ٢: ٥.
 ٩- تفسير القمى ١: ١٦٠.
 ١٠- البقره (٢): ١٧٧.

ص: ١٩

كالضمان و اليمين و الأمان داخل فيما هو المراد من العهد الموثق. و قال أمين الإسلام فى المجمع (١) بعد تفسير العقود بالعهود: اختلف فى هذه العهود على أقوال:

الأول: أن المراد بها العهود التى كان أهل الجاهليه عاهد بعضهم بعضا فيها على النصره و الموازره و المظاهره على من حاول ظلمهم أو بغاهم سوء، و ذلك هو معنى الحلف عن ابن عباس و مجاهد و الربيع و قتاده و الضحاك و السدى (٢).

الثانى: أنها العهود التى أخذ الله سبحانه على عباده للإيمان به و طاعته فيما أحلّ لهم و حرّم عليهم، عن ابن عباس فى روايه أخرى قال: هو ما أحلّ و حرّم و ما فرض و حدّ فى القرآن كلّه، فلا تتعدّوا فيه و لا تنكثوا، و يؤيده قوله سبحانه:

الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ* (٣) الآية.

الثالث: أن المراد بها العقود التى يتعاقدها الناس بينهم و يعقدها المرء على نفسه كعقد الأيمان و النكاح و عقد العهد و عقد البيع و عقد الحلف، عن ابن زيد و زيد بن أسلم.

الرابع: أن ذلك أمر من الله سبحانه لأهل الكتاب بالوفاء بما أخذ به ميثاقهم بالعمل بما فى التوراه و الإنجيل فى تصديق نبينا و ما جاء به صلى الله عليه و آله و سلّم من عند ربّه، عن ابن جريح و أبى صالح.

ثم قوى من هذه الأقوال القول الثانى، و قال: يدخل فى ذلك جميع الأقوال الأخر فيجب الوفاء بجميع ذلك إلّا ما كان عقدا فى المعاونه على أمر قبيح، فإن ذلك محذور بلا خلاف، انتهى.

و مثله فى مجمع البحرين (٤)، و هو كما ترى ظاهر بل صريح فى أن المراد بالعقود

١- مجمع البيان ٢: ١٥٠.

٢- مجمع البيان ٢: ١٥٠.

٣- البقره (٢): ٢٧.

٤- مجمع البحرين ٣: ١٠٣.

ص: ٢٠

التي يتعاقد بها الناس بينهم، أى عقود المعاملات فى القول الثالث ليس كَلِّمًا يعقده المرء و لو اختراعاً منه، بل العقود المجوّزه الموظّفه فى الشرع مثل البيع و النكاح و اليمين و النذر، كما استشعره والدى العلامه من كلامه (١)، إذ ليس ما يخترعه المرء داخلًا فى القول الثانى الذى قواه و جعله جامع الأقوال أعنى عقود الله التى أوجبها على العباد، و لا ينافيه استثناءه المعاملات المحظوره عنه لأنّه استثناء ما فيه المنع للمعاونه على أمر قبيح من المعاملات الشرعيّه الموظّفه كالبيع للظلمه و بيع الخمر و آلات اللهو و النذر فى المعاصى و نحوها، فالعقود المخترعه الغير الموظّفه بخصوصها خارجه عن تلك الأقوال.

نعم، لو أريد من العقود العموم أى مطلق العهود الموثقه أو مطلق عهود المعاملات خاصّه كانت الغير الموظّفه داخله فيها. و الإيراد عليه (٢) باتفاقهم على اشتراط الاستيثاق و الشدّه فى معنى العقد و لا يثبت ذلك إلّا بعد ثبوت اللزوم الشرعى، إذ مجرد بناء المتعاقدين ليس إلّا نفس العهد، و التوثيق محتاج إلى موجب، و ليس فى أمثال المقام إلّا إلزام الشرع، فلا يكون المعاملات الغير الموظّفه داخلًا فى العموم.

و يمكن المناقشه فيه بأنّ مجرد بناء المتعاقدين و إن لم يكف فى صدق التوثيق بل هو نفس العهد، إلّا أنّ تسجيله بما تداول بينهم و تصافقا به عليه من لفظ أو فعل لتوثيق العهد و أحكامه عند قصدهم به تأكيدا للعهد و تقرّره كاف فى صدق التوثيق العرفى. و بالجمله مفاد هذا القول الذى اختاره الطبرسى هو الذى ذكره سائر من ذكر من المفسرين.

١- مستند الشيعة ١: ٢٨٢.

٢- كذا، و الظاهر هكذا: و يمكن الإيراد عليه.

ص: ٢١

و كيف كان فما يحتمل أن يكون مرادا من العهود الموثقه التى هى معنى العقود فى الآيه، إمّا أحد الأقوال الأربعة المذكوره فى المجمع، أو خصوص عقود المعاملات، و عليه إمّا مطلق ما يعم الشرعيه و العرفيه و صدق عليه المعاملات عرفا، أو خصوص جنس المعاملات الموظّفه أو أفرادها المشتمله على جميع شرائط الصّحّه، أو المراد غير ذلك من معانى العهد المناسب لصدق العقد عليه كالوصيه أو الأمر أو الضمان أو اليمين.

و ما يفيد المدعى من الاستدلال به من تلك الاحتمالات، إمّا الحمل على العموم أو على خصوص عقود المعاملات مطلقا أو أجناسها الموظّفه من باب العهد، كما استظهره بعض الأجلّه فى توجيه الاستدلال بالآيه.

و الأوّل و إن كان مقتضى الحقيقه إلّا أنّ فيه ما تقدّم من لزوم تخصيص الأكثر، و الآخر غير معلوم بحجّه، مع قيام احتمال غيره من المحتملات المذكوره، بل بمقتضى لزوم الاقتصار على المتيقن حينئذ يتعين احتمال الأفراد الصحيحه، إلّا أنّ هنا دقيقه غفلوا

عنها، مقتضاها الحمل على المعنى الثانى الذى قوّاه الطبرسى أو ما يقرب منه.

وبها يتم الاستدلال بالآية. وهو مطلق العهود الموثقه الشرعيه، سواء كانت بيننا وبين الله كالنذور ونحوها، أو من الله إلينا كالإيمان به المعقود فى عالم الذرّ وبعده فى أداء أمانه التكليف التى حملها الإنسان كما قال الله تعالى **أَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ** (البقره (٢): ٢٧).

(٢) **وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ*** (٣) الآيه، أو بين أنفسنا بعضنا مع بعض كالبيع والنكاح والصلح وغيرها من عقود المعاملات، ومعنى الأمر وجوب الوفاء بكلّ عهد من تلك العهود الموثقه الشرعيه.

١- البقره

٢- : ٤٠

٣- البقره (٢): ٢٧

ص: ٢٢

و لبيان ذلك نذكر مقدّمه هى أنّ تخصيص الحكم المتعلق فى الجمع المحلّى ببعض الأفراد لدليل مخرج لغيره يمكن على وجوه ثلاثه:

الأولى: حمل اللام على الاستغراق وإخراج البعض من باب التخصيص.

الثانيه: حملها على العهد والإشاره بها إلى الباقي إذا كانت هناك قرينه على العهد.

الثالثه: كون اللام للاستغراق من غير تخصيص و لكن خروج البعض من باب تقييد المدخول بالثانى لا بتخصيص العموم.

و فرق الأخير مع الثانى ظاهر، لكون اللام هنا للاستغراق و فيه للعهد.

و أمّا مع الأوّل فهو أنّ التجوّز عليه فى الهيئه المركبه الموضوعه للعموم و على الأخير فى المدخول خاصّه باستعماله فى بعض أفراد الماهيّه، و دخول اللام عليه بمعناها الاستغراقى فهى لاستغراق جميع ما استعمل فيه المدخول من غير تخصيص، فلا تجوّز فى اللام و لا فى الهيئه التركيبيه، فإنّ حقيقه اللام المحلّى بها الجمع استغراق جميع أفراد المعنى المستعمل فيه المدخول، سواء كان حقيقيا أو مجازيا، حتى أنه لو كان من غير جنس معناه الحقيقى، فهى لاستغراق أفراد هذا المعنى المجازى، نحو: «الله ولىّ الأيادى» أى النعماء، فلا تجوّز فى العموم و لا تخصيص بل التجوّز فى المدخول، بل لو أريد بالمدخول ما يعمّ معناه الحقيقى، فاللام الداخله عليه يفيد التعدى عن أفراد الحقيقه.

و بهذا القياس ما إذا أريد به بعض أفراد الحقيقه، كقوله تعالى **فَإِنَّهُ كَانَ لِلأَوَّابِينَ غُفُوراً** (١)، فإنه لاستغراق التّوّابين الذين هم بعض أفراد المعنى الحقيقى، و من هذا قولهم جمع الأمير الصاغه، أى صاغه بلده أو مملكته، فلا تجوّز فى الاستغراق بل التقييد فى الصاغه بقرينه العاده.

فالوجه الأخير يشارك الأول في استغراق أفراد ما استعمل فيه المدخول و استدعاء إخراج المشكوك فيه عن الاستغراق الدليل، على خلاف الثاني، فإن إدخاله يطالب الدليل اقتصارا على القدر المعلوم من العهد. وإذا كان المعهود نوعا يقتصر فيه على النوع المعلوم، إلا أنه يفيد العموم بالنسبة إلى النوع المعلوم، ولكنه أيضا عموم إطلاقي لا وضعي.

و يشارك الثاني في جواز خروج أكثر أفراد معنى المدخول، نظرا إلى كونه من باب التقييد الغير الممتنع منه ذلك لا التخصيص، على خلاف الأول.

ثم إن تشخيص كون إرادته البعض من لفظ الجمع المحلى من أى تلك الوجوه يمكن بملاحظته الدليل المخرج على حسب فهم العرف.

فإنه على العهد لا بد أن يكون ذلك عهدا بين المتكلم و السامع، بحيث يصلح لانصراف اللفظ إليه مع متفاهم أهل العرف و الإشارة باللام إليه، سواء كان هو حضور المعهود نحو اليَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ (١)، أو ذكره صريحا كقوله تعالى:

الْمُضْبَحُ فِي زُجَاجِهِ (٢)، أو مكتيا عنه كقوله تعالى لَيْسَ الذَّكْرُ كَالْأُنْثَى (٣)، و العهد الذكرى يعم المتصل و غيره.

و منه ما إذا قال المولى لعبده: اكنس كل يوم البيت الفلاني و الفلاني إلى خمسه مثلا و في داره عشرون بيتا، ثم قال له يوما: اكنس البيوت فاذهب إلى السوق، فإنه ظاهر في الخمسه المعهوده، و المناط فهم العرف، فلو لم يفهم منه العهد و إن سبق ذكره لا ينصرف إليه، كقوله تعالى لَجَاءَ الْحَقُّ وَ زَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا

١- المائدة (٥): ٣.

٢- النور (٢٤): ٣٥.

٣- آل عمران (٣): ٣٦.

(١)، باعتبار ظهوره في العله المناسبه للعموم.

و على التقييد يلزم أن يكون عله خروج البعض عدم انصراف لفظ المدخول إليه عرفا عند الإطلاق، إما مطلقا، كما إذا غلب استعماله في البعض الآخر، و لو مع وقوعه في صيغ العموم باعتبار شذوذ غيره، أو في خصوص المورد، كما في جمع الأمير الصاغة، فإن المفهوم منه عرفا صاغة بلده أو مملكته لا جميع أهل الدنيا، و لعله لهذا يسميه أهل البيان بالاستغراق العرفي.

و في غير صورتين يكون خروج البعض من باب التخصيص.

و لو شكّ في مورد أنّ خروج البعض من باب العهد أو تقييد المدخول فمقتضى الأصل كونه من الثاني، لاشتراكهما في تجوّز لفظ المدخول و لزوم التجوّز في اللام على العهد أيضا دون التقييد.

و إذ علمت ذلك نقول: فقد عرفت أنّه لا يصحّ البناء على العموم و التخصيص في الآيه، لاستلزامه تخصيص الأكثر، فلا بدّ إمّا حمل اللام على العهد أو على الاستغراق و ارتكابه التقييد في المدخول، و الظاهر كما ذكره والدى العلامه، أنّ تقدّم طلب بعض أفراد الجمع المحلّي على إظهار الطلب ثانيا باللفظ الدال على الجميع ممّا يظنّ معه إرادته الأفراد المتقدّمه، و لا أقلّ من صلاحية كونه قرينه لإرادتها، كما في الأمر بكنس البيوت في المثال المتقدّم، و الآيه من هذا الباب، لأنّها في سورة المائدة و هي على ما ذكره المفسّرون آخر السور المنزله، أو المنزله في أواخر عهد النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم.

و قد علم من الشارح قبل نزولها في جملة عهود الله سبحانه عقود مقرّره منه تعالى بين الناس بعضهم مع بعض من معاملاتهم المتداوله، فتقدم طلب الوفاء بتلك العقود يورث الظن بإرادتها خاصه من بين مطلق العقود، و لا أقلّ من كونه قرينه

١- الإسراء (١٧): ٨١.

ص: ٢٥

لتعيين المعنى المجازي بعد صرف اللفظ عن العموم المحذور فيه، سيما مع تعاضدها بقرينه تعقبها بقوله تعالى أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ (١)، الآيه، فإنّه يشعر كون المراد بالعقود أمثال تلك الأحكام المنفصله الموظفه قبل الخطاب، كما في الكشاف.

و يؤيّده أيضا عدم ذكر عقد آخر في الروايات المرويّه عن الحجج الطاهره من بعد النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم غير ما هو المتداول عند الفقهاء الموظف بخصوصه، فبملاحظه أمثال ذلك يتعين حمل العقود بعد تعذّر الحقيقه على ما تقدّم توظيفه قبل الآيه.

فأمّا أنّه هل هو من باب التقييد و اللام على الاستغراق، أو من باب العهد، فيه احتمالان، و القرينه العرفيه المذكوره صالحه للأمرين، حسب ما مرّ، لإمكان جعل اللام إشاره إلى هذا البعض بقرينه سبق العهد، أو كونها على حقيقتها أى الاستغراق و تقييد المدخول بقرينه انصراف اللفظ إليه، إلّا أنّ أصل الحقيقه في اللام يرجح التقييد، و يكون معنى الآيه وجوب الوفاء بجميع أفراد العهود الموثقه المقرره قبل الخطاب، فصحّ الاستدلال بها على نفي ما شكّ في اشتراطه أو مانعيته في العقود الموظفه، دون غير معلوم التوظيف.

فإن قلت: الموظفه هي الجامعه للشرائط فلا يتمّ تقريب الاستدلال.

قلت: توظيف الشرائط لا- يمنع عن توظيف الماهية أعني جنس الموظفه، فيرجع الشكّ إلى أنّ المراد جنس الموظفه أو هي منضمّه إلى الشرائط المقرّره، فليقتصر على القدر المتيقّن من القيد، و هو الأوّل على البناء على التقييد الذي عرفت أنّه مقتضى الأصل، و القرينه العرفيه لا يقتضى أزيد منه، فمقتضى الأمر الوفاء بجميع أفرادها، إلّا ما ثبت خروجه بدليل.

فإن قلت: لا شك في حصول العلم بكثير من الأفراد الصحيحه قبل نزول الآيه،

١- المائده (٥): ١.

ص: ٢٦

و لازمه حمل الأمر بالنسبه إليها على التأكيد، من قبيل الأمر بالمعروف، و إلى غيرها من سائر الأفراد على التأسيس، فيلزم استعمال الأمر في المعنيين، و هو غير معلوم الرخصه، بل صرح بعضهم بعدم جوازه من قبيل استعمال المشترك في معنييه.

قلت: تجدد الأمر و لو من باب التأكيد لا يوجب خروج الأمر عن حقيقته، و لا ينافيه تعلق الطلب به سابقا، فلا يتعدّد المعنى بتعلق الأمر به و غيره ثانيا، و هل تجد محذورا في قول الآمر: أكرم زيدا و عمروا، بعد ما قال قبله: أكرم زيدا.

و اختلاف جهه التعلق بهما من التأسيس و التأكيد لا يوجب تعدّد المستعمل فيه و اختلافه، و لا يثبت منعه، و مقتضى الأصل صحه الاستعمال على مقتضى الوضع، مع أنه يمكن الحمل على التأسيس بالنسبه إلى المعلوم، فيكون كلّ من باب التأسيس.

هذا و يمكن تصحيح الاستدلال على نفي الاشتراط في محلّ الخلاف على حمل اللام على العهد أيضا، بأن يقال: مجرد التوظيف قبل الخطاب غير كاف لكونه قرينه العهد، بل يشترط علم جميع المخاطبين بالآيه بالمعهد، ليصلح للقرينه، و هو غير معلوم إلّا بالنسبه إلى أجناس تلك العقود الموظفه في الجملة، لا- بجميع كفياتها المخصوصه و شرائطها الواقعيه، بل الظاهر بحكم الحدس و الاعتبار مضافا إلى الأصل عدم علم الجميع بها، كيف و هي بعد معركة الآراء و مختلف العلماء، و لو كانت شائعه عند جميع الناس من العوام و الخواص لكانت معروفه في الأنظار المتلاحقه و متداوله في الأيدي المتواصله من الأصحاب فالتابعين فالعلماء إلى الآن، و اشتهرت في الأخبار الوارده عن الأطهار، مع توفرّ الدواعى على النقل و الانتشار، و لم يكن موردا للخلاف بين الأسلاف و الأخلاف.

فالقدر المعهد من العقود الذى صحّت الإشاره إليه باللام هو أجناسها الموظفه، دون الكيفيات و الخصوصيات، و تعلق الأمر بها لا يوجب حملها على الصحيحه،

ص: ٢٧

كجواز تعلق الأمر بالأعمّ و بيان الشرط في خطاب آخر. كما هو الجواب عن اعتراض الصحيحى على القائل بالأعمّ فى أسامى العبادات و المعاملات المتعلقة للأوامر الشرعيه، فإنّ صدق العام لا ينافى ثبوت الخاصّ، فيستدلّ بالأمر بها على صحه جميع أفراد الماهيته.

فإن قلت: يصحّ ذلك فى الماهيته العامه لا المجله المبهمه، فلا يمكن الاستدلال بها على الفرد المشكوك فيه.

قلت: نعم، و لكنّ الماهيته المبهمه داخله فى مطلق الماهيته لصدقه عليها، كما يصدق على المطلقه و المشروطه، فلا ينافى صدق الماهيته على المبهمه مع عدم ملاحظه الشرط، و إن كانت مشروطه فى الواقع، كما يصدق قولنا: جاء الرجل، أى ماهيته إذا جاء

زيد، و حيث إن المفروض تعلق الأمر في الآيه بالمعهود، و هو مجرد الجنس دون الخصوصيات و الشروط، و إن احتمل ثبوت الشرط و بيانه في خطاب آخر، فمقتضاه بضميمة أصل عدم الاشتراط، تأسيس صحه جميع ما صدق عليه الجنس المعهود، و صح الاستدلال به على مورد الشك، فليتأمل.

و كيف كان فحاصل الكلام مما تلوناه صحه الاستدلال بالآيه على صحه العقود الموظفه إذا شك في شرطيه شيء أو مانعيته، إلّا إذا رجع الشك إلى المعنى الأعم و صدق نفس الماهية، فلم يصح الاستدلال حينئذ.

تتميم: ما ذكرنا هو الكلام في كيفية الاستدلال بالآيه على صحه العقود، و أمّا على لزومها باعتبار الأمر بالإيفاء، فيظهر منه الاختلاف فيه أيضا من كلام جماعه، فعن بعضهم تفسير الأمر بالإيفاء على لزوم نفس العقد و وجوب الالتزام به إلّا ما ثبت خروجه بدليل، فيكون منافيا لجواز العقد، و عن آخر بالعمل على مقتضى العقد ما دام باقيا، فلا ينافي جواز بعض العقود، كالشركه و المضاربه و غيرهما، و عن

ص: ٢٨

ثالث بوجوب اعتقاد لزوم اللازم و جواز الجائز، و عن رابع حملة على الرخصه و نفى الحظر.

أقول: قد علمت أن المراد بالعقود أجناس العقود الموظفه بخصوصها، فمعنى الوفاء بها الذي تعلق به الأمر ترتب الأثر على العقد على حسب توظيفه، فقد يكون الأثر مقيدا بمدّه معينه كالإجاره و النكاح المنقطع، و قد يكون مستداما بحيث لا ينقطع بسبب متجدد، كالتحريم و الوقف على الجهه، و قد يكون مستداما إلى أن يتجدد السبب، فقدره (١) على أن يزول به، و هذا السبب إمّا مما هو ليس لقصد المتعاقدين مدخل في زوال الأثر به، كالارتداد للزوجيه في النكاح الدائم، أو له مدخل، إمّا من أحدهما كالطلاق و الفسخ من ذى الخيار، أو بشرط توافقهما كالإقاله، فمعنى الوفاء بالعقد ترتب الأثر على حسب ما قدر في الشرع من أحد هذه الوجوه، فلا ينافي وجوب الوفاء بمقتضى العقد لشرعيه السبب الراجع و زوال الأثر به، و ينقدح من هذا أن الآيه لا تدلّ على لزوم العقد، بل على مجرد تأسيس الصحه، و إن أفاده الاستصحاب عند الشك في السبب المزيل، و أنّ الصواب هو التفسير الثاني مع ما في الأخيرين من تجوّز بعيد يدفعه الأصل.

المطلب الثالث: في بيان ما يقتضيه الأصل من لزوم الصيغه أو عدمه في المعاملات،

إشاره

ثم ما يقتضيه على تقدير اللزوم في شرائطها من الخصوصيات و الكيفيات الخاصه، فهنا بحثان:

البحث الأوّل: في أنه هل يلزم الصيغه أو يكفى المعاطاه.

إشاره

فنقول: قد تبين في المطلب الأوّل أصاله فساد العقود و المعاملات أولا، و في الثانى انقلاب هذا الأصل في العقود الموظفه

١- كذا.

ص: ٢٩

إلى نفس الماهية و صدقها على محلّ الشكّ يحكم بالفساد، لعدم ما يخرج به عن الأصل الأولى، و إن رجع إلى الخصوصيات و الكيفيات الزائده يحكم بالصحه.

فالمعامله الشرعيه، إمّا يكون ممّا علم مدخليه الصيغه المخصوصه فى انعقاده كالنكاح و الطلاق و نحوهما، أو يعلم عدمها كالعاريه و نحوها، فلا كلام. و إن شكّ فيها أو فى مطلق اللفظ، فإمّا يعلم أن ماهيته الموظفه غير معناه اللغوى كاللعان و الظهار و نحوهما، سواء علم لها حقيقه شرعيه أم لا، أو لا يعلم ذلك. و على الثانى، فإمّا ليس هنا إطلاق لفظى من الكتاب أو الأخبار دلّ على شرعيته، أو فيه إطلاق كذلك.

مقتضى الأصل فى جميع الصور الفساد عدا الأخيره، إذا الشكّ فى غيرها يرجع إلى نفس الماهية و صدق الموظفه على المجرد عن الصيغه، سيما على قول من يجعل المعامله نفس الإيجاب و القبول، و فى إطلاق العقد على المعامله فى عرف المتشرعه إشعار بالمدخليه، فإنّ الصيغه بمنزله عقده الحبل يشدّ به عهد المتعاملين، و لذا شاع استعمال العقد فى الصيغه.

و يؤيده ما ذكره بعض المحققين فى حكمه بتوقف انعقاد المعاملات عليها، من قصور الأفعال عن المقاصد الباطنيه، كالتمليك و التملك و الإنشاء و الرضا، و غايتها إفاده مطلق الظنّ، و لا يعنى (١) بعموم المنع (٢) و الاتفاق على توقف الأسباب الشرعيه على العلم أو الظنّ المعترف شرعا، و من أنّ المعاملات شرعت لنظام أمر المعاش، و هى مثار الاختلاف و منشأ التنازع و التراجع، فيجب ضبطها بالأمر الظاهر الكاشف عما فى الضمير، و إن كان نقضا للغرض الداعى إلى وضعها فى الشريعه، و القيم بذلك هو البيان المعترف عمّا فى الضمير بسهولة دون غيره، و لذا قرن سبحانه هذه النعمه بنعمه الإيجاد فى محكم الكتاب و قد جرت عادته الشارع فى جميع المواضع

١- مطلق الظنّ (خ).

٢- أى بسبب عموم المنع.

ص: ٣٠

بإناطه الأحكام بأسبابها الظاهره، و الكشف عنها فى مقام الالتباس بالطرق المعهوده الميسّره لعامة الناس، و جعل المدار فى المعاملات على العقود، انتهى.

و أمّا فى الأخيره فمقتضى أصل الحقيقه الحمل على المعنى اللغوى على كون بيان الشرع بتقرير ما تداول بين الناس قبل الشرع، كما تقدّم بيانه، فيقتضى الإطلاق عدم اشتراط الصيغه إلّا أن يدلّ دليل على الاشتراط فى الصحه أو اللزوم، كما لعله الإجماع فى

اللزوم، كما سنشير إليه، و ذلك كالبيع الذى دلّ على شرعيته إطلاق قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و نحوه، المحتمل لكونه باقيا على معناه اللغوى و العرفى، الذى يعمّ مجرّد التقابض لقصد البيع الخالى عن الصيغه، للتبادر و عدم صحّه السلب المثبت للغه، بضميمه أصل عدم النقل.

و من هذا نشأ الخلاف المشهور فى صحّه المعاطاه فى البيع و عدمها، بل مال بعض المحققين إلى لزومها، و حيث طال فيها التشاجر و التنازع، رأيت أن أبين جليّه الحال فيها، فنقول: اختلفوا فى التقابض و المعاطاه على وجه المعاوضه من دون صيغه على أقوال:

الأول: أنه بيع لازم نسب إلى المفيد فيما قال: «و ينعقد البيع على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و رضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان» (١).

و فى المسالك (٢) إلى بعض معاصريه إلا أنه اشترط كون الدال على الرضا لفظا.

و اختاره من متأخري المتأخرين المحقق الأردبيلي (٣) و والدى العلامة (٤)، وفاقا

١- المقنعه: ٥٩١.

٢- مسالك الأفهام ٣: ١٤٧.

٣- مجمع الفائده و البرهان ٨: ١٣٩.

٤- مستند الشيعة ٢: ٣٤١.

ص: ٣١

من أهل الخلاف لأحمد بن حنبل و مالك مطلقا، و لبعض الحنفيه و الشافعيه و ابن شريح فى الحقير (١).

و أنكر بعضهم كونه قول المفيد ناقلا- هو و غيره الإجماع بل ظاهر المذهب على خلافه، بل و ربما نسب إليه اعتبار اللفظ المخصوص فى البيع و عدم كونه بيعا عنده.

و فى المختلف (٢): «للمفيد قول يوهم الجواز»، ثم حكى كلامه المتقدّم، و قال:

«ليس فى هذا تصريح بصحّته إلا أنه يوهم». و الإنصاف أنه غير خال عن الظهور فى الصحّه و إن لم يكن صريحا.

الثانى: أنه بيع غير لازم، ذهب إليه المحقق الكركى (٣) و جماعه (٤)، بل ظاهر الأوّل الإجماع عليه، حيث قال: «المعروف بين الأصحاب أنها أى المعاطاه بيع، و إن لم يكن كالعقد فى اللزوم، خلافا لظاهر عباره المفيد، و لا يقول أحد من الأصحاب أنه بيع فاسد سوى المصنف فى النهايه (٥) و قد رجع عنه فى كتبه المتأخره عنها، و قول الله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** (٦) يتناولها، لأنها بيع، للاتفاق حتى من القائلين بفسادها، و عليه يتنزل القول بإفادتها الإباحه لوجوه ذكرها فى جامع المقاصد (٧).

- ١- الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ١٥٦؛ الروضة للنووي ٣: ٣٣٦؛ فتح القدير ٦: ٢٥٢؛ المغنى لابن قدامة ٣: ٥٦٢؛ حليه العلماء فى معرفه مذاهب الفقهاء ٤: ١٣.
- ٢- مختلف الشيعة ٥: ٥١.
- ٣- جامع المقاصد ٤: ٥٨.
- ٤- تحرير الأحكام ١: ١٦٤.
- ٥- نهايه الإحكام ٢: ٤٤٩.
- ٦- البقره (٢): ٢٧٥.
- ٧- جامع المقاصد ٤: ٥٨.

ص: ٣٢

الثالث: أنه ليس بيعا وإنما يفيد إباحه محضه، اختاره فى المبسوط (١) و الخلاف (٢) و السرائر (٣) و التنقيح (٤) و الغنيه (٥) و المسالك (٦) و الدروس (٧) و الروضه (٨) و فى الخامس:

الإجماع عليه، و فى المستند (٩): المشهور عدم كونه بيعا، و فى الأولين: كاد أن يكون إجماعا، و إن لم يتحقق منهم منع إفادته الملك.

الرابع: أنه بيع فاسد، نسب إلى الفاضل فى النهايه (١٠).

الخامس: أنه معامله مستقله مفيده للملك المترزل، مال إليه بعضهم و هو محتمل به.

هذا ما تحقق لى من الأقوال، و قال بعض مشايخ من عاصرناه: «إن محلّ النزاع غير محرّر، و كلماتهم فيه مشتبهه أو مختلطه، بل ربما ترى منهم نقل الإجماع على طرفى الضدّ حتى من فقيه واحد، فإنّ النزاع إن كان فى المعاطاه مع قصد البيع، فهى على القول باشتراط الصيغه معامله فاسده، كما نسب القول بها إلى النهايه (١١)، لأنها

- ١- المبسوط ٢: ٧٦.
- ٢- الخلاف ٣: ٧.
- ٣- السرائر ٢: ٢٤٤.
- ٤- التنقيح الرائع ٢: ٢٢.
- ٥- غنيه النزوع ١: ٢١٤.
- ٦- مسالك الأفهام ١: ١٣٣.
- ٧- الدروس الشرعيه ٣: ١٩٢.
- ٨- الروضه البهيه ٣: ٢٢٢.
- ٩- مستند الشيعة ٣: ٣٦١.

١٠- نهايه الأحكام ٢: ٤٤٩.

١١- نفس المصدر.

ص: ٣٣

تابعه بما اتفقاه، فلا يفيد الإباحه، كما أشار إليه الكركي (١) في نفى الاشتراط، قائلا: «بأن المقصود من المتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسده، و لم يجز التصرف في العين، و كافه الأصحاب على خلافه». انتهى.

و على القول بعدم اشتراط الصيغه كانت بيعا صحيحا، فلم يبق للقول بالإباحه المشهور بينهم محلّ في المسأله.

و إن كان الخلاف فيها مجردا عن قصد البيع فهي ليست بيعا قطعيا، و يفيد الإباحه قولنا واحدا، إذ الظاهر عدم الخلاف في مشروعيتها حينئذ و لو على وجه المبادله، و أيضا لم يتحقّق منهم أنّ الخلاف في المعاطاه هو فيما يتحقّق فيه سائر شرائط البيع عدا الصيغه، كما هو صريح المسالك (٢). و لازم كونه بيعا، أو يعمّ غيره، كما هو لازم تعليقهم الإباحه بحصول التراضي، مضافا إلى ما نقل عنهم من عدم اشتراط قبض المجلس في معامله التقدين في المعاطاه.

و عن الشهيد في القواعد (٣) تجوز جهاله العوضين فيها، و أيضا قولهم بأنّ المعاطاه بيع صحيح أو فاسد أو إباحه مطلق في المقام، مع أنّ جماعه ذكروا فيه و غيرهم في غيره: أنها تأتي في غير البيع أيضا من العقود المعوضه العينيه كالصلح و الهبه المعوّضه، و نحوهما. انتهى كلامه. أقول: هذه الإشكالات لا محلّ لها، فإنّ النزاع في إمكان إيقاع البيع على وجه المعاطاه و عدمه، فمن قال بالأوّل، و هو من لم يشترط الصيغه، يقول باشتراط قصد البيع و سائر الشروط عدا الصيغه عند إرادته البيع بها، و من قال بالثاني لا يجوز قصده منها، و يقول: لا يصلح لغير الإباحه، و إن لم يستجمع شرائط البيع فلا يقصد منها البيع، و هكذا في سائر العقود.

١- جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٢- مسالك الأفهام ٣: ١٤٧.

٣- لم نقف عليه، و لكن بحث عن الغرر في القواعد و الفوائد ٢: ٦١.

ص: ٣٤

نعم، هنا كلام آخر، هو أنّه على كفايه التقابض في البيع، فهل يلزم قصد البيع منه، أو ينصرف إليه مجردا عن القصد؟ و سنشير إليه في آخر البحث. و كيف كان، فالأقوى عدم اشتراط الصيغه في الصحّه، و إفاده مطلق الملك، و اشتراطها في اللزوم.

أمّا الأوّل، فلو جوه:

أحدها: إطلاق البيع في العرف و العاده على التقابض بقصد التمليك بغير الألفاظ المخصوصه المقصوده بها إنشاء البيع إطلاقا شائعا لا يصحّ سلبه عنه، فيثبت به الحقيقه عرفا، و بضميمه الأصل، لغه، فيحمل عليه ما في الكتاب و السنّه، لعدم ثبوت الحقيقه

الشرعيه، بل الظاهر كما عليه الإجماع فى المصاييح عدمها، فيتناوله عموم قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١) لم نقف عليه بهذه العبارة.

(٢) و نحوه، مثل ما فى صحيح جميل و غيره:

«من ابتاع شيئاً فهو له» (٣).

و ثانيها: جريان السيره القطعيه المستمره على معاملة المأخوذ حسب المعاطاه معاملة الأملاك عينا و ثمنا فى جميع التصرفات التى منها ما لا- يصح وقوعه إلّا من المالك، كالنقل و العتق و وطء الجاربه و نحوها، و غير التصرفات، كالإرث و الفقر و الغنى و استطاعه الحج و الزكاه و الخمس و غيرها، معتضدا بنقل الإجماع المتقدم عن الكركى (٤) و الظاهر من غيره على كونه بيعا.

و ثالثها: الإجماع القطعى على إباحه التصرف بها، و لم ينقل الخلاف فيها إلّا عن الفاضل فى النهايه (٥)، و قد رجع عنه فى كتبه المتأخره (٦).

١- البقره

٢- : ٢٧٥.

٣- لم نقف عليه بهذه العبارة.

٤- جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٥- نهايه الأحكام ٣: ٤٤٩.

٦- مختلف الشيعة ٥: ٣٤٨.

ص: ٣٥

و الإباحه هنا دليل الملك، إذ المالك إنما أباحه بقصد الملك، فلو لم يحصل الملك لم يبق الجواز.

و احتمال كونها معاملة مستقله يدفعه الأصل، كما ستعلم، مضافا إلى عدم قصده المتعاطى، بل المعلوم من أحوال الناس فى المعاملات المتداوله بينهم على سبيل المعاطاه فى الأسواق و غيرها قصدهم التمليك على جهه المبايعه.

و من هذا يظهر وجه آخر، و هو أنّ الصيغه لو كانت شرط الصّحّه شرعا كانت تلك المعاملات المعاطاتيه بيوعا فاسده غير مجوّزه للتصرف، لعدم كون الصيغه دخيلا- فى تحقّق المسمى اللغوى، كما تبين، و لا له حقيقه شرعيه، و كونها كذلك غير منقول من أحد من العلماء كما مرّ.

و رابعها: أنّه لو لم تفد المعاطاه الملك مع ما فيها من الشيوخ و اشتهاار العمل على الملك بما لا مزيد له فى جميع الأعصار و الأمصار قديما و حديثا لوجب صدور المنع عنه من الأئمه، بل تكرّره و توافره، و لو صدر لوصل إلينا، لتوفر الدواعى، فعدمه دليل العدم، بل الثابت منهم بتقريرهم المعلوم لنا قطعا خلافه.

و خامسها: أنّه لو كانت المعاطاه للإباحه المحضه دون الملك لما اشترط فيها تعيين المبتاع، كما فى الإباحه المجانيه، مثل نثار

العرس، و الظاهر أنّهم لا يقولون به، و يؤيد المطلوب بل لا يبعد جعله دليلاً اتفقهم على اللزوم بعد التصرف المتلف، لاستبعاد كون تلف المال مملّكا للعوض المسمّى، خصوصا مع حصرهم النواقل المملّكه فيما ليس هو منه.

و أما الثانى، أى اشتراط الصيغه فى اللزوم، فلوجهين:

أحدهما: ظهور الإجماع المعتضد بسيره الأصحاب فى المحافظه على ذكر الصيغ الخاصّه و ضبط ألفاظها و المداقه فيها و اهتمامهم فى ذكر الخلاف فى

ص: ٣٦

خصوصيات الصيغه، من غير إشاره إلى الخلاف فى أصلها، و لا ذكر دليل عليه، المشعر بكونه منزلا عندهم منزله المسلّمات القطعيه، بل قيل أنّه من الضروريات التى استغنت بذلك عن ذكرها فى النصوص و غيرها، كما يؤمى إليه خلّوه عن ذكره فيما لا إشكال فى اعتبارها فيه، كالنكاح و الطلاق و نحوهما.

و لم ينقل الخلاف فيمن تأخّر إلّا عمّن ذكر (١)، و الإجماع منعقد من قبله، و عن بعض معاصرى الشهيد الثانى، و هو مع شرطه مطلق اللفظ محافظه على حصر التملك و التحريم بالكلام، للخبر الآتى القاصر عن إفادته، لا- شريك له ظاهرا، و متروك بالشذوذ فيمن تقدّم عن غير المفيد، و كلامه كما ترى غير صريح فيه لظهوره فى بيان شرائط صحّه البيع و لزومه ما لا ينعقد به (٢)، و ترك تعرّضه للتعويل على معلوميه اعتبارها، كما لم يتعرّض لها فى مثل النكاح و الطلاق أيضا، و يقوى ذلك نقل بعضهم (٣) عنه اعتبار اللفظ فى البيع.

و ثانيهما: استصحاب عدم اللزوم، فإنّ اللزوم قيد و جودى زائد على مطلق الملك ينفيه الأصل، و لا هكذا تنزل الملك، فإنّه لازم الماهيّة أعنى مطلق الملك، من قبيل الماهيّة فى مسأله المره و التكرار فى الأمر الموافقه للمرّه.

لا- يقال: إنّ الملك بنفسه مقتض لبقائه، لا يرتفع إلّا برفع، فارتفاعه به- و هو معنى التزلزل- أمر جديد يحتاج إلى جعل شرعى ينفيه الأصل.

لأننا نقول: زوال الملك و انفساخه برجوع المالك، قد يكون من جهه تزلزل الملك و عدم تماميته و عدم ارتفاع سلطنه المالك بالمره فى مقابل المستقر، فكان

١- المقنعه: ٥٩١.

٢- لا ما ينعقد به (صح ظ).

٣- مسالك الأفهام ٣: ١٤٧.

ص: ٣٧

بحيث له الرجوع متى شاء، كما فى محل البحث، و يؤمى إليه إطلاق التزلزل عليه دون الخيار، و إلى ما ذكرنا ينظر ما قيل من أنّ

الملك مقول بالتشكيك قابل للشده و الضعف، و قد يكون لدليل خارج عن مقتضى المعامله من شرط أو جبر ضرر أو تعبد، كما فى الخيارات.

و المقتضى لجواز الرجوع فى الأوّل هو نقصان الملك، فليس بأمر زائد عن مطلق الملك، و إن كان زواله من أثر الرجوع، بخلاف الثانى.

فإن قلت: لا شبهه فى أنّ زوال مطلق الملك أمر متجدّد مسبّب عن الرجوع و مقتضى الاستصحاب بقاؤه و عدم زواله به عند الشك.

قلت: حيث ثبت بالاستصحاب المتقدّم اقتضاء الملك المستفاد من المعاطاه جواز الرجوع و زواله به، ينتقض به استصحاب البقاء، و يكون تعارض الاستصحابين من باب تعارض المزيل و المزال، إذ الأوّل سبب لزوال مقتضى الثانى دون العكس، بل هو على تقدير ثبوته كاشف عن خلاف السبب مقدّم على الكاشف كما حقّقناه فى مقامه، فهو من قبيل ما إذا وجدت رطوبه فى الثوب محتمله للقله التى يتجفّف فى ساعه، و الكثره التى لا- يتجفّف فيها، فشكّ بعد الساعه فى حصول الجفاف، فإنّه يبنى فيها على استصحاب عدم الكثره المقتضى للجفاف، لا استصحاب الرطوبه الكاشفه عن الكثره.

و احتجّ من اشترط الصيغه لمطلق الملك بوجوه:

منها: ما فى عده أخبار باختلاف سير، إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام (1).

و الجواب: أنّ المقصود بالاستدلال، إن كان مطلق الحلّ، فهو يحصل بالإباحه

١- وسائل الشيعه ١٨: ٤٨، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الروايه ٢٣١١٤؛ الكافى ٥: ٢٠١؛ التهذيب ٧: ٥٠.

ص: ٣٨

التي يكتفى فيها بالأفعال و إذن شاهد الحال إجماعا، و إن كان الحلّ على وجه الملك فلا يساعده اللفظ، و موارد التعليل به فى الأخبار غير دالّه عليه، بل هى فى إرادته دوران اللزوم بالكلام دون الصحه، كما فهمه صاحب الوافى (1) أوفق و أظهر، مضافا إلى أنّ مطلق الكلام أعمّ من الصيغه الشرعيه، و تخصيصه بها ليس أولى من التقييد بما إذا انحصر طريق فهم المراد و القصد باللفظ، و يمكن أن يكون ذكر الكلام من باب التغليب، و المقصود ما يفهم منه القصد و الرضا.

و منها: ظهور الاتفاق على جريان حكم البيع الفاسد على البيع بالصيغ الباطله، و لو أنّ المعاطاه كانت يبيعا لزم كونه صحيحا بالصيغه الباطله، لخروج الصيغه عن حقيقته.

و الجواب: أوّلا أنّ إفاده المعاطاه الملك على القول بها إنّما هى إذا قصد بالتقايض البيع، فإذا اقترن بالصيغه لم يقصد به إنشاء البيع فلا يحصل الملك بالتقايض حينئذ قولاً واحداً، سيما إذا تأخّر التقايض عن الصيغه، فإنّه يكون حينئذ من باب تسليم مال الغير إليه، بل يقصد البيع حينئذ بنفس الصيغه، فإذا فسدت لم يؤثر هى فى الملك أيضاً، فلا يحصل الانتقال أصلاً.

و الحاصل: أنّ البيع عند القائل بالمعاطاه قسمان:

قسم فيه إنشاء النقل بالصيغه و آخر بالتقابض، فإذا قصد الإنشاء بالأوّل لزم كون الصيغه صحيحه.

و ثانياً أنّه لو سلّم ذلك فهو يرد على القول بالملك اللازم، إذ على القول بالمتزلزل كان اللزوم أثر الصيغه، فإذا فسدت لم يلزم، و حيث إنّ المقصود بالمعامله إذا اقترنت بها، الملك اللازم و عليه التراضى، فإذا بطلت بطل أصل المعامله.

١- الوافى ١٨: ٧٠٠، الروايه ١٨١٤٤.

ص: ٣٩

و منها: إطلاق كلامهم فى تحقّق البيع بإشاره الأخرس و نحوه على وجه يكون كالبيع بالصيغه من غير إشاره إلى تبعيتها للعقد كالمعاطاه.

و الجواب أنّ إشاره الأخرس تابعه لقصدّه، فإن قصد بها العقد يتبعه حكمه، و يكون البيع لازماً، و إلّا يتبع المعاطاه، و غرضهم من الإطلاق بعد ذكر العقد هو الأوّل.

و منها: فحوى ما دلّ على عدم جواز المعاطاه فى النكاح و الطلاق.

و الجواب أنّه قياس باطل، كما أنّه يجوز شرط الخيار فيه دونهما، مع أنّه يعارضه القياس بالعقود الجائزه.

و منها: ما فى الدعائم (١): «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فى البيع و الشراء و النكاح و الخلع و الصدقه».

و الجواب قصوره عن المدعى سندا و دلالة من وجوه لا تخفى.

و منها: معلوميه اشتراط الصيغه من سيره الأصحاب على ما أشرنا إليه.

و الجواب أنّ المعلوم منها اشتراطها فى البيع اللازم دون الصحيح المتزلزل.

حجّه من ذهب إلى إفاده المعاطاه اللزوم، و لم يشترط الصيغه صدق البيع و التجاره عن تراض على المعاطاه فى قوله عزّ و جلّ
أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٢) و إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٣) وسائل الشيعه ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠١٣.

(٤).

و إطلاق الأخبار النافيه للخيار، منطوقاً و مفهوماً عما يصدق عليه البيع، كقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» و قوله: «و إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما»، أو «فقد وجب البيع» (٥) و نحوها من أخبار خيار الشرط و العيب.

١- دعائم الإسلام ٣: ٥٣، الفصل ٥ من كتاب البيوع والأحكام فيها.

٢- البقره (٢): ٢٧٥.

٣- النساء

٤- : ٢٩.

٥- وسائل الشيعة ١٨: ٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠١٣.

ص: ٤٠

و الجواب عن الآيتين عدم الدلاله على الزوم، بل على مجرد الصّحه، و عن إطلاق الأخبار بظهوره في إرادته الخيار من حيث المجلس أو الشرط أو العيب، و بالجمله هو في بيان سببيه تلك الأسباب للخيار، و هو لا ينافي ثبوته في بعض أفراد البيع لجهه أخرى، فهو من قبيل إن قبضت في المجلس صحّ الصرف، مع أنّه يمكن فساده من جهه أخرى، فإنّ غرض المتكلم من مثل هذا الكلام على ما هو المتبادر و المنساق إلى الأذهان من السياق بيان مجرد شرطيه الأوّل للثاني، مع الفراغ عن وجود سائر أجزاء العلّه.

تتميمات:

الأوّل: المعاطاه يمكن تصويرها على وجوه:

أحدها: أن يقصد بها الإباحه بعوض و التسليط على التصرف كيف شاء، و لو بالإتلاف من غير تضمين، دون الملك و لا شبهه في مشروعيتها حينئذ على وجه المبادله، لعموم «الناس مسلطون» (١) و حليّه مال المرء بطيب نفسه، و لا- خلاف فيه ظاهرا، و لا في عدم إفادتها الملك، و لا في عدم ضمان العوض مع التلف، كما في الإباحه المجانيه في نثار العرس، و مقتضاها عدم صحه التصرفات المتوقفه على الملك، كالعق و الوطاء و البيع لنفسه و نحوها، فإنّ مجرّد تسليط المالك و لو على أمثال تلك التصرفات لا- يوجب صحّتها شرعا، بل يتوقف على التوقيف الشرعيّ، و اتفاهم على صحّته في المعاطاه لا يوجبها في محلّ الفرض، فإنّ من المجمعين من يقول بإفادتها الملك لكونه بيعا أو معامله مستقلّه، و هو مناط صحّحه هذه التصرفات الملكيه عنده، فلا يقول بصحّتها في مثل تلك المعاطاه التي لا تفيده اتفاقا.

١- بحار الأنوار ٢: ٢٧٢؛ عوالي اللآلي ١: ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

ص: ٤١

و توجيه الجمع بين صحّحه هذه التصرفات في المعاطاه على القول بعدم إفادتها الملك، و بين ما دلّ على أن لا بيع و لا عقق إلّا في ملك، بتقدير الملك ضمنا، كما يقدر في: اعتق عبدك عني، و اعتاق العمودين على المشتري لا شاهد له أصلا، بل مقتضى الأصول و انحصار النواقل الشرعيه في كتب الجماعه فيما ليس منه إرادته التصرف الناقل في مثل محل البحث يدلّان على خلافه، مع عدم انصراف الملك في قوله: «لا بيع إلّا في ملك» إلى مثل هذا الملك الضمني الذي تقديره بمجرد التقدم الذاتي، بل

المتبادر منه الملك المتعارف في العرف و العاده.

و ثانيها: أن يقصد البيع بالمعاطاه أى إرادته النقل البيعى تفصيلا، كما إذا وقعت المساومه عليه، أو إجمالا على ما هو المعهود المركز في المقصود غالبا في معاملات الناس المتداوله في الأسواق على سبيل المعاطاه، و المتجه حينئذ كونها بيعا صحيحا غير لازم، على ما اخترناه بالأدله المتقدمه، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع، لعموم ما دلّ عليه الشامل لمحل الفرض، و بيعا فاسدا على المحكى عن الفاضل في النهايه (1)، بل هو لازم قول جميع القائلين بمدخله الصيغه في صحه البيع، فإطلاق كلام هؤلاء في إفادتها الإباحه الشامل للفرض، خصوصا على تسليم بعضهم صدق البيع عليها لغه و عرفا، غفله واضحه، بل عليهم حجه صريحه، كما مرّت إليه الإشاره. فإنّ حرمة التصرف في المأخوذ بالمعامله الفاسده و ضمان ما يقبض بها من المسائل الإجماعيه، و التعاطى مع تقييده بقصد البيع لا- يفيد الإذن المطلق المجوّزه للتصرف، مع فرض عدم حصول المقصود، سيما مع الجهل بالفساد.

و من هذا يظهر فساد ما قيل، بل نسب إلى المتأخرين من أنّ محل النزاع و مجرى الأقوال من الإباحه و البيع المتزلزل و البيع الفاسد ما قصد به البيع، مع وجود جميع شرائطه عدا الصيغه.

١- نهايه الأحكام ٣: ٤٤٩.

ص: ٤٢

و ثالثها: ما قصد به المعاوضه على وجه مطلق، من غير قصد البيع أو الإباحه المحضه، بمعنى عدم الالتفات إليهما لا تفصيلا و لا إجمالا و الظاهر أنّ حكمه حكم الأوّل، فيحصل به الإباحه دون الملك، أمّا على عدم اشتراط الصيغه في الصحه، فلحصول الإباحه على الوجهين، و توقّف الملك على قصد البيع، و أمّا على اشتراطها، فلحصول الإذن المجوّز للتصرف و المنافى له عند المشترط قصد البيع و لم يقع، و إن لم يقصد عدمه أيضا، و من هذا يظهر عدم اشتراط وجود سائر شرائط البيع حينئذ في حصول الإباحه مطلقا.

و رابعها: أن يقصد بها الملك المطلق، و هو كما قيل لا ريب في فسادها عند من يشترط الصيغه الخاصه في تلك المعاوضه لإفاده الملك، لانتفاء الشرط، فينتفى به المشروط، فلا- يحصل به الإباحه أيضا حسب ما مرّ، و أمّا عند من لم يشترطها، ففي صحته و تنزيله على البيع بناء على أنّه الأصل في نقل الأعيان، و لا- يخرج عنه إلّا بقصد غيره، كما أنّ الإجاره أصل في نقل المنافع مقدمه على الصلح و الجعالة، كما عن بعضهم، أو تنزيله على الهبه المعوضه، كما عن آخر، أو هو معاوضه ناقله مستقله ليست تحت شىء من المعاوضات المعروفه، كما يظهر عن ثالث. أو إفادته الإباحه دون الملك، أو فسادها مطلقا، احتمالات، أظهرها الأخير، لإمكان المناقشه؛ في الأوّل: بمنع الأصل و خلوه عن الدليل، فلا ينزل العام على الخاص إلّا بقصده، و لذا لا يكتفى في صيغه البيع بمثل ملكتك.

نعم، لما كانت المعاملات العينيه المعاطاتيه بين الناس يقصد بها البيع غالبا في عاداتهم، كما أشير إليه إذا قصد بالنقل ما تداولت عليه تلك المعاملات جريا على عاداتهم، و إن لم يلتفت إلى خصوص البيع تفصيلا، أمكن التنزيل عليه، و ما ذكرناه من الفساد

فى تلك الصورة إنما هو إذا لم يمكن تطبيق القصد، و لو جريا على العاده المتداوله فى المعاطاه على البيع، فكان القاصد كالمتردد بين خصوصيات المعاوزات.

ص: ٤٣

و من هذا يظهر فساد الثانى أيضا.

و فى الثالث: باستدعائه التوظيف الشرعى و الدليل عليه، بل قيل: حصر الأصحاب النواقل فى ما ذكره من الأمور المخصوصه يقتضى خلافه، و الاستناد إلى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يندفع بما عرفت من كونه محمولا على العهد، و مع ذلك صدق العقد على المعاطاه محلّ إشكال، و دعوى السيره المستمره على استقلال المعاطاه فى التمليك واهيه، لما عرفت من صدق البيع عليها مع القصد لغيره و عرفا، فالسيره لو كانت، فمن تلك الجهة، و إلا فلا سيره على الملك.

و فى الرابع: بكونها مقتيده بقصد الملك فينتفى بانتفائه.

الثانى: هل يختصّ المعاطاه بالبيع، أو يعمّ سائر العقود اللازمه، عدا مثل النكاح و الطلاق و أشباههما المتفق على بطلانها فيها؟

صرّح بالعموم المحقق القمى (١) لدخولها فى عموم [□]إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٢) حاشيه الإرشاد للمحقق الثانى (مخطوط): ٢١٦.

(٣) و «الناس مسلطون على أموالهم» (٤).

و قد يلحق به بعض ما هو إيقاع كالشفعه و الإبراء و فسخ الخيار و نحوها مما يصدق على المعاطاه فيها اسم تلك المعامله، لإلحاق المعاطاه بها حينئذ بصدق الاسم، فيلحقها حكمها عدا ما كان من لوازم الصيغه كاللزم.

و حكى عن تعليق الإرشاد (٥): أنّ من المعاطاه الإجاره و نحوها، بخلاف النكاح و الطلاق و نحوهما، فلا يقع أصلا، و به صرح فى الإجاره بعض أجله من عاصرناه.

١- جامع الشتات ١: ١٧٣.

٢- النساء

٣- : ٢٩.

٤- عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

٥- حاشيه الإرشاد للمحقق الثانى (مخطوط): ٢١٦.

ص: ٤٤

و عن جامع المقاصد (١): أنّ فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره، و كذا فى الهبه، و ذلك إذا أمره بعمل

على عوض معين عمله و استحقَّ الأجره، و لو كانت هذه إجاره فاسده لم يجز له العمل و لم يستحقَّ أجره، مع علمه بالفساد.

و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فإنَّ ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبه فاسده لم يجز، بل يمنع عن مطلق التصرف.

و فى المسالك (٢)، بعد نقل ذلك: لا بأس به، إلا أنَّ فى مثال الهبه نظرا من حيث إنَّ الهبه لا يختصَّ بلفظ.

أقول: دعوى جواز المعاطاه فى جميع العقود عدا ما استثنى مشكله، فإنَّ صدق التجاره و السيره المعبره- و هما العمده من أدلّه المعاطاه فى أكثرها- ممنوع، و عدم القول بالفصل غير معلوم، بل فى المحكّي عن الجامع (٣)- كما رأيت- تخصيصها بالإجاره و الهبه، و عموم: «الناس مسطون»، لا يفيد أزيد من الإباحه دون الملك و اللزوم بالتلف، فعدم العموم أقرب، اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد الدليل، و هو ما صدق عليه اسم التجاره، أو علمت فيه السيره، أو استحقت المعاطاه اسم المعامله فى العرف و اللغه، مع وجود ما يقتضى صحّه مطلق تلك المعامله، كما فى معاطاه الهبه، فإنَّ صحّتها مقتضى الدليلين الأخيرين (٤)، فيجوز فيها العمل بمقتضى الملك، كوطء الجاربه، كما فى هدايا السلاطين لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم، و منها الماريه القبليه، و نحوها القرض و الإجاره على احتمال قوى، فيستحقُّ بها الأجره المسّماه،

١- جامع المقاصد ٤: ٥٩.

٢- مسالك الأفهام ٣: ١٥٢.

٣- جامع المقاصد ٤: ٥٩.

٤- و هما ما علمت فيه السيره أو استحقت المعاطاه اسم المعامله فى العرف و اللغه.

ص: ٤٥

كما عليه السيره فى الأجره و الأكره (١)، و لو كانت إجاره فاسده لم يستحقَّ الأجره مع علمه بالفساد، و لا المسّماه مطلقا، و كذا معاطاه الصلح و الهبه المعوضه و الرهن و نحوها، مما يصدق عليه اسم التجاره أو المعامله عرفا، على إشكال فى الأخير، بل لا ينبغى ترك الاحتياط فى الجميع، و فى مثل الوقف و نحوه يتّجه العدم، و تفصيل الحال فى كيفية الاستدلال فى كلّ معامله موكول إلى بابها فى الفقه.

و كيف كان، فالظاهر عدم اللزوم فى جميع ما صحّت المعاطاه فيه، للأصل المتقدّم.

الثالث: لا- خلاف ظاهرا، تحقيقا و نقلا- فى لزوم المعاطاه بتلف العين من الجانبين، و أمّا من جانب فهو صريح جماعه، منهم المحقق الكركى (٢)، بل قيل: لا أجد فيه مخالفا.

و جعله فى المسالك (٣) أقوى، مشعرا بوقوع الخلاف فيه، و منعه والدى العلّامه (٤) و فضّيل الفاضل القمى (٥) بلزومها على القول بإفادتها الملك المترزل دون الإباحه.

و فى المسالك (٤) و الروضه (٧) كغيرهما فيما حكى عنه: أنّ فى معنى التلف نقلهما عن الملك بوجه لازم، بل مطلقا كما للوالد الماجد و الفاضل المتقدم (٨) و غيرهما ممن عاصرناه.

١- جمع الأكار، بمعنى الحرّاث.

٢- جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٣- مسالك الأفهام ٣: ١٥١.

٤- مستند الشيعة ٢: ٣٦١.

٥- جامع الشتات ١: ١٧٥.

٦- مسالك الأفهام ٣: ١٥١.

٧- الروضه البهيه ٣: ٢٢٢.

٨- جامع الشتات ١: ١٧٥.

ص: ٤٦

و فى إلحاق تلف بعض العين بالكلّ كما عن جامع المقاصد (١) و تعليق الإرشاد احتمالات فى المسالك (٢)، ثالثها اللزوم من العين الآخر فى مقابل التالف، و بقاء الباقي على أصل الإباحه، و فى الروضه (٣) مال إلى الأوّل.

أقول: الذى يقتضيه النظر لزوم المعاملات المعاطيه المتداوله بتلف العوضين، أو الكلّ من البعض، أو البعض من الكلّ، و لكن فيما يقتضيه من الملك أو الإباحه على اختلاف القولين.

بيان ذلك: أنّ شرعيه تلك المعاطاه على ما وقعت عليه المراضاه معقد إجماع الفريقين، و معنى شرعيته ترتّب الأثر من الإباحه أو الملك شرعا عليها، على حسب ما تعاهد المتعاطيان عليه و حيث إنّ مقصودهما الواقع عليه المراضاه، تسليط كلّ منهما الآخر على التصرف فيما صار إليه كيف شاء، و إتلافه على ضمان العوض المسمّى، و كلّ من العوضين مأخوذ بهذا العنوان، فيقتضى شرعيته كونه المتعّين فى مقابل الآخر دون عوضه، مثلا- كان أو قيمه، مع أن التسلط على المطالبه بالعوض، مع كون التلف بتسليطه، ينفيه الأصل، و على هذا يصير الملك أو الإباحه على الخلاف لازما بالتلف.

نعم، إن ثبت الإجماع على حصول الملك بالتلف على القول بالإباحه أيضا، كما عساه يظهر من القائلين بها، فيصير ملكا لازما أيضا، و إلّا فلزم الإباحه.

و من هنا ينقدح أنّ التصرف المغيّر للعين، كالمزج و الطحن و قصر الثوب و أمثالها يوجب اللزوم أيضا من الجانبين، إن تغيرت العينان، و من جانب من تغيّرت عنده إن

١- جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٢- مسالك الأفهام ٣: ١٥١.

كانت من جانب، سواء كان التغيير موجبا للنقص أو لا، لقضيه الشرط بينهما المقتضى للزوم، و أصاله بقاء الملك للمالك الأول على الإباحه، و بقاء تزلزله على الملك لا تستلزم بقاء سلطنه الرجوع المنافى لغرضهما.

و ما عسى ما يتوهم من الإشكال فى المجال، أمّا على الإباحه فهو أنّها مجرد الإذن فى التصرف و الإلتلاف على المبادله، و هو لا يقتضى رفع التسلط على مطالبه ملكه، غايه الأمر رجوع صاحب التالف إلى عوضه دفعا للضرر، و شرعيته لا يقتضى أزيد من جواز التصرف و الإلتلاف.

و يندفع بأنّ الإباحه الحاصله من المعامله المعاطاتيه المتداوله عند القائل بها ليست على حدّ مطلق الإذن فى التصرفات الثابت جوازه بمثل: «الناس مسلطون»، بل هى بمعنى صحّحه ما وقع بينهما التراضى عليه فى المعامله من آثار الملك و ملك النماء و غيرهما، غير ملك العين و لذا يشترط فى صحّحتها تعين العوضين و نحوه، و هو غير لازم فى مطلق الإذن، و الدليل على شرعيّتها بهذا الوجه هو الإجماع القطعى و السيريه المعلومه فى جميع الأعصار و الأمصار فى تلك المعاملات المعاطاتيه المتداوله بين الناس، فإنّهم يعاملون فيها معاملة الأملاك من غير نكير، غايه الأمر الخلاف فى حصول ملك العين أو الإباحه المخصوصه على هذا الوجه، و منه اتفاهم على حصول الملك بالتلف، و التجأ بعضهم فى توجيهه على القول بالإباحه بحصول الملك الضمنى، من قبيل ملك من ينعق عليه، فلا- مجال لإنكار شرعيّتها و ترتّب الآثار عليها، حسب ما اشترطه إلّا على القول بكونها بيوعا فاسده، و عرفت شذوذها و لا- هكذا مطلق الإذن، فإنّنه لا- يفيد غير الحلّ فى التصرف، دون ملك الآثار، و صحّحه ما وقع عليه المراضاه.

و من هذا يظهر أنّ الإباحه التى ذكرناها فى الصوره الأولى من صور المعاطاه،

أى ما إذا قصد بالتعاطى مجرد الإباحه على المبادله بغير ملك هى من مطلق الإذن، و المتجه فيها عدم الزوم مع بقاء أحد العينين أو بعضهما، و إن علم من قصد المتعاطيين فيها التسليط على التصرف فى ماله على ضمان العوض المسمّى، لعدم ثبوت شرعيّتها بهذا الوجه، و لا- صحّحتها على حسب جميع ما وقع الإذن عليه، إذ ليست معدوده من وجه المعاملات الشرعيه، و لا إجماع و لا سيره فيها، فإنّنها من الفروض النادره.

و أمّا على الملك فالإشكال من وجهين:

الأوّل: أنّه كيف يلزم الملك بالتصرف الناقل و يسقط تسلط المالك على الرجوع مع فرض بقاء العينين، فيرجع إلى المشتري الثانى بعين ملكه.

و هو مندفع بأنّ المراضاه فى المعاطاه وقعت على تسليط كل منهما الآخر على جميع التصرفات حتى التصرف الناقل اللازم، كما

هو المعلوم من الرجوع إلى أنفسنا، و المفروض صححتها و شرعيتها كما مرّ، كيف و إلّا لم يحصل أصل النقل بوقوع الرضا به على هذا الوجه، مع أنّه خلاف الإجماع و السيره، و لازم ذلك على القول بالملك لزوم النقل الثانى.

الثانى: أنّه كيف يلزم الملك المتزلزل بالتلف أو نحوه مع أنّ غايه الأمر أنّ المعاطاه حينئذ كالبيع بالخيار من الجانبين، و من المعلوم عدم اللزوم فيه بذلك و لذا ربما يجعل هذه الأحكام المسلمه فى المعاطاه من أقوى الشواهد على أنّها للإباحه دون البيع.

و هو مدفوع (١) بأنّ شرعيه المعاطاه كما أشرنا إليه إنّما هى على ما وقع عليه التراضى و التعاطى، و هو المراضاه بعين على عين، فعلى إفادته الملك المتزلزل إذا

١- عبارته النسختين هنا مختلفه و ما أثبتناه فى المتن موافق لنسخه «س».

ص: ٤٩

تلف أحدهما، فتجوز الرجوع، إمّا مع ضمان عوض التالف، أو بدونه، و أيّهما كان فهو خلاف المراضاه و المواضعه من كون العين فى مقابل العين لا العوض أو بدونه فالخيار فى المعاطاه تابع للعوضين، و يبقى ما بقيا، نظير الرجوع فى الهبه المتنتفى بتلف الموهوب بخلاف سائر الخيارات، فإنّها تابعه للعقد، و لازمه رجوع كل من المتعاقدين إلى ماله، أو ضمان العوض عند وقوع الفسخ المزيل لأثر العقد من حين وقوعه، و بعبارته أو وجه آخر أثر المعاطاه هو الملك المتزلزل، بمعنى عدم زوال تمام حقّ المالك من العين، و لذا قلنا مقتضى الأصل فيها عدم اللزوم و عدم حصول الملكيه التامه المنافيه لبقاء حقّ المالك، غير أنّ العين فى مقابل العين، و مقتضى ذلك عدم جواز رجوع صاحب التالف، لفوات محلّه، و لا صاحب الباقي لفوات ما يقابله الموضوع عليه، بخلاف خيارات العقود، فإنّ أثر العقد الملك التامّ و إنّما الخيار فى فكّ العقد بدليل خارج عن مقتضى العقد، من شرط أو تعبد أو جبر ضرر و نحوها، و لازمه سقوط الأثر من حين الفسخ و رجوع كلّ إلى ماله عند بقاءه و ضمان من عنده عند تلفه، فإنّ دليل هذا الخيار لا يختصّ بصوره وجود العين بل يتبع العقد.

الرابع: المحكّى عن الشهيد (١) و الكركى (٢) و صريح غيرهما كفايه قبض أحد العوضين بالفعل فى حصول المعاطاه، و هى كذلك، لصدق البيع و التجاره، فيجرى حكم البيع على قبض أحدهما، بل قيل بجوازها بالألفاظ المقصود بها إنشاء البيع، غير الصيغه المخصوصه و إن لم يقع قبض من أحدهما، فيجرى فيها حينئذ حكم البيع الغير المقبوض.

١- الروضه البهيه ٣: ٢٢٢.

٢- جامع المقاصد ٤: ٥٨.

ص: ٥٠

و فيه إشكال، لعدم ظهوره من الدليل المذكور، و فى المسالك (١) و الروضه (٢) التأمّل فيها عند عدم التقابض، لعدم صدق المعاطاه، لأنّها معامله يتوقّف على الإعطاء من الجانبين، و ردّ بعدم وجود هذا اللفظ فى النصوص، فلا يتبعه الحكم، مع أنّه يكفى فى صدق المفاعله المشاركه فى الجملة، و إن لم يتحقّق المبدأ فى كل منهما مستقلا، كما فى المتابعه و المرابحه، فإنّ الفعل

يحصل باجتماعهما، بل لا يبعد القول بحصول التعاطى بمقابله ما فى ذمه أحدهما الملتزم به للمدفع.

البحث الثانى: فى بيان ضابطه صيغ العقود اللازمه على ما يقتضيه الأصول و عموم الأدله.

و ليعلم أولاً أنّ العقد صيغه شرعيه لا بدّ لها من متخاطبين و لو حكما يترتب عليها نقل ملك أو سقوط حقّ أو حلّ فرج أو تسلّط على تصرف، و هو على ثلاثه أصناف:

لازم من الطرفين باعتبار أصله، و هو الذى لا- يتسلّط على فسخه إلّا لسبب أجنبيّ من شرط أو جبر ضرر أو تعبد على وجه مخصوص، و ذلك البيع و الإجاره و الصلح و الضمان و الكفاله و الحواله و السبق و الرمى و المزارعه و المساقاه و الصدقه و العمرى و الحبس و الوقف و النكاح و الهبه على بعض الوجوه و المكاتبه على الأشهر.

و لازم من أحدهما خاصّه بالأصله، و هو الذى لا يتسلّط على فسخه من طرف اللزوم إلّا بسبب أجنبيّ، و ذلك الرهن، فإنّه لازم من طرف الراهن جائز من طرف المرتهن، و يوافق الخلع و المباره، حيث إنّ للزوجه الرجوع فى البذل، و معه كان للزوج الرجوع فى النكاح، فهو فى قوه الفسخ لازم من طرفه جائز من طرفها.

١- مسالك الأفهام ٣: ١٥١.

٢- الروضه البهيه ٣: ٢٢٢.

ص: ٥١

و غير لازم من أحد منهما، و هو الجائز فى أصله، و حكمه تسلّط كل منهما على الفسخ، و لا يعرضه اللزوم إلّا بنذر أو شرط و هو القرض و الوديعه و العاريه و الوكاله و الجعاله و الشركه و المضاربه و الوصيه و الهبه على وجه.

و الإيقاع صيغه شرعيه يكفى فيها الواحد، يترتب عليها قطع أو صلح أو نقل ملك أو استحقاق حقّ أو عقوبه أو سقوط حقّ و هى الطلاق و الرجعه و الظهار و الإيلاء و اللعان و العتق و التدبير و الأيمان و النذور و العهود و الحجر و الشفعه و الحكم.

و فى مقابل العقد المعاطه فيما صحّت فيه من المعاملات، فينعقد بمجرد التقابض و القبض من طرف على ضمان العوض من الآخر، فمن لم يقل بإفادتها أثر المعامله، كالقول بالإباحه المحضه فى البيع، فعنده ليست من تلك المعامله؛ و من يقول بإفادتها مفاد العقد لزوماً أو جوازا فحكمها عنده حكمه، و من يقول بإفادتها الملك المترلزل، كما هو المختار، فهو من أقسام المعامله فى مقابل العقد، و فرقها حينئذ مع العقد اللازم ظاهر و أمّا مع الجائز، فهو أنّ أثر الجائز هو الملك المستقر، و للمالك الفسخ، لدليل خارج، و أثر المعاطه الملك المترلزل و لا يستقرّ إلّا بتلف العين كما تبين.

ثم الظاهر الإجماع على أنّ العقد الجائز لا يتعين له لفظ، بل كل لفظ دال على معناه كاف فيه، و إن لم يكن عربيا و ماضيا و لا من الألفاظ الصريحه فى بابه، و يكفى فيه القبول الفعلى و لا يشترط فيه الاتصال و الفوريه و نحوها، و لعلّه يتأتّى فيه الخلاف المتقدم من كفايه المعاطه و عدمها، و إن اكتفى بها فى الحلّ على اشتراط الصيغه أيضا فيما يفيد التسليط على التصرف أو

الانتفاع مطلقاً أو مع بقاء العين، كالوكالة والعارية والهبة الجائزه والقرض ونحوها، لحصول مطلق الإذن، وإن لم يترتب عليه سائر ثمرات العقد ولم يشترط بشروطه، كما في الوكالة، فإنها حيث كانت عقداً يشترط فيها التنجيز والقدرة على المؤكل فيه عند التوكيل وغيرهما، ولا

ص: ٥٢

يشترط في الإذن المطلق، وفي الفرض فلا يفيد المعاطاه فيه الملك، كما لعلة المشهور، وإن أفادت الإباحه.

وإذا علمت ذلك نقول: النظر في صيغ العقود اللازمه، تارة في مواد الألفاظ، وأخرى في الهيئات والتراكيب المعبره فيها.

أما الأول: فكلماتهم فيه في جليل النظر لا يخلو عن إجمال، بل تدافع حتى من فقيه واحد، كما ستطلع عليه.

قال العلامة رحمه الله في التذكرة (١): «من شروط الصيغه الصراحه، فلا يقع بالكنايه بيع البته، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو خذه مني، أو سلطتك عليه بكذا، عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأن المخاطب لا تدرى بم خوطب»، انتهى.

و نحوه عن غيره.

قيل مستظهما من آخرين: إن المراد بالصريح ما كان موضوعاً لعنوان ذلك العقد لعه أو شرعاً، ومن الكنايه ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادته نفسه بالقرائن، وقد يبدل الصريح والكنايه بالحقيقه والمجاز، بل ينسب ذلك إلى العلماء أو أكثرهم، فيقال: لا ينعقد بالمجازات، وعن بعضهم عدم الفرق في الجميع بين المجاز القريب والبعيد، ومقتضى ذلك اشتراط الدلاله الوضعيه في انعقاد الصيغه، وربما يعلل ذلك بأن تشريع العقود لكشف القصود، بحيث لا يبقى معها مجال التخالف والتجاذب في المعنى المراد، ولا يتأتى هذا الفرض إلا بإيراد الألفاظ الصريحه دون المجاز والكنايه، كالدفع والإعطاء والتسليم والتسليط وأمثالها في البيع، وإن قصد بها البيع، وقعت عليه المساومه ودلت عليه القرينه، وأنت خير بأن المجاز مع القرينه الصريحه سيما اللفظيه قد يبلغ في الصراحه حد الحقيقه.

١- تذكرة الفقهاء ١: ٤٦١.

ص: ٥٣

نعم، إن توقّف في مورد تمايز المعاملات المتشابهه بألفاظ مهيأتها الموضوعه لها وأسماءها المتداوله فيها، كما إذا فرض اشتراكها لغيرها في جميع الآثار المترتبه عليها، كما أشرنا إليه فيما تقدّم، كان المتعين حينئذ المعامله بمقصوده، إلا أنه ليس كلياً، فيمكن الإشاره في غيره إلى المقصود بآثاره المختصه.

و ربما يظهر من بعضهم بل كثيرهم الاكتفاء في كثير من العقود- بل عن قائل في جميعها- بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، وانعقادها بالمجازات والكنايات مع القرائن الداله.

وقال في التحرير (١): «الإيجاب اللفظ الدال على النقل، مثل بعتك أو ملكتك أو ما يقوم مقامهما»، ونحوه المحكي عن التبصره (٢) والإرشاد (٣) و شرحه لفخر الإسلام (٤)، و ظاهره كما قيل حصول النقل بكلّ لفظ دال عليه، مثل نقلته إلى ملكك وجعلته ملكا لك بكذا، فيشمل الكنايات، و قد سبق منعه عنها في التذكرة.

و في المحكي عن المحقق أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص (٥)، و عن الشهيد في بعض تعليقاته أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل أسلمت إليك و عاوضتك (٦)، بل قد يدعى أنّه ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول اللفظي من دون لفظ خاص، كالشيخ و أتباعه.

- ١- تحرير الأحكام: ١٦٤.
- ٢- تبصره المتعلمين: ٣١٦.
- ٣- إرشاد الأذهان: ٣٥٩.
- ٤- الظاهر أنّ المراد من شرح الإرشاد ما هو لبعض تلاميذ فخر المحققين ينقل فيه عن شيخه فخر المحققين. راجع الدرعيه ١٣: ٧٥، و هذا الشرح مخطوط حتى الآن.
- ٥- حكاة عنه في كشف الرموز ١: ٤٤٦.
- ٦- حكاة عنه في مفتاح الكرامه ٤: ١٥٠.

ص: ٥٤

و عن ظاهر جماعه في الفرض الذي هو عقد لازم عدم اختصاصه بلفظ خاص، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فيه و انتفع به و عليك ردّ عوضه»، أو «خذه بمثله».

و عن جماعه في الرهن أنّ إيجابه يؤدّي بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله هذه وثيقه عندك أو أمسكه بمالك، و في الضمان بلفظ تعهدت المال و تقلدته و شبه ذلك، و المزارعه بكلّ لفظ تدلّ على تسليم الأرض للمزارعه.

و عن مجمع البرهان (١): «لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ يدلّ عليه مع كونه ماضيا»، و عن المشهور جوازها بلفظ الأمر، نحو: ازرع، و الوقف بلفظ حرمت و تصدّقت، مع القرينه الدالّه على إرادته الوقف، مثل أن لا يباع و لا يورث، مع أنها من الكنايات، و غير ذلك مما هو ظاهر في الاكتفاء بغير الحقائق في العقود.

و جعل بعض أفاضل من عاصرناه، الضابط في جميع العقود اللازمه الحقيقه، و لكن ما تعمّم (٢) لفظ المعامله و لفظ قرينه المجاز، و جعله وجه الجمع بين اعتبارهم الحقائق و عدمه، فيكون المعبر الدلاله اللفظيه الوضعيه، سواء كان اللفظ الدال على إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينه لفظ موضوع آخر ليرجع الإفاده بالآخر إلى الوضع؛ إذ لا يعقل الفرق في الموضوع الذي هو مناط الصراحه بين إفاده لفظ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمه لفظ آخر يدلّ بالوضع على إرادته المطلب من ذلك، و هذا بخلاف الذي يكون دلالتة على المطلب لمقارنه حال أو سبق مقال خارج عن العقد، فإن الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين- و إن كان من المجازات القريبه جدّا- رجوع عما بنى عليه من عدم العبره بغير الأقوال في إنشاء

المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاه و لو مع سبق مقال أو اقتران حال يدلّ على إرادته البيع جزماً، انتهى.

١- مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٩٦.

٢- كذا.

ص: ٥٥

و استشكل به الاقتصار على المشترك اللفظي، اتكالا على القرينه الحاليه المعينه و كذا المشترك المعنويّ، لأنّ الانكشاف بغير الأقوال لا يؤثر في النقل و الانتقال فلم يحصل هنا عقد لفظي يقع التفاهم به.

أقول: لا يخفى ما فيه.

أمّا أولاً: فلأنّ أكثر ما ذكره من أمثله الكنايات الممنوعه يأبى عن هذا الجمع و الإناطه بما ذكر، كيف و قد سمعت من التذكرة التفرع على عدم الانعقاد بالكنايه عدم وقوع البيع بقوله أدخلته في ملكك أو جعلته لك.

و من التحرير و غيره وقوعه بملكك أو ما يقوم مقامه، و في غير البيع انعقاده بما هو أدون من ذلك دلالة عليه، مع أنّ عبارات المشترطين ظاهره في كون العبره بالصراحه و الحقيقيه باللفظ المستعمل في نفس المعامله المقصوده الذي يلزم و يقع الإنشاء به، و كونه دالا عليه بنفسه لا بمعونه قرينه و لو كانت لفظيه.

و أمّا ثانياً: فلأنّ الفرق بالانعقاد و عدمه في المجازات بكون القرينه لفظيه أو حالیه مما لا يساعده دليل، فإنّ المناط في الانعقاد، إن كان إنشاء المعامله باللفظ الموضوع لها، فهو غير ما قيل في شىء منهما، لتجوز اللفظ المستعمل فيهما، و إن كان فهمه في الأوّل بمعونه القرينه اللفظيه و في الثاني بالحاليه، و إن كان حصول إنشاء المعنى المقصود باللفظ دون مجرد التيه، فهو ما قيل فيهما، لحصوله بما استعمل فيه اللفظ واقعا، لا بما هو طريق فهم المخاطب إياه، فلا ينتقض بالمعاطاه، إذ الإنشاء فيها بالفعل دون القول.

ثم أقول: تحقيق الحال على ما يخلج بالبال أنّه لا شك و لا خلاف في أنّ صيغ العقود من الأسباب الشرعيه لانعقاد المعاملات و ترتب الآثار و الأحكام عقبيها، و كذا لا خلاف في اعتبار ظهور اللفظ فيها في المعنى المقصود، و إن اختلفوا في

ص: ٥٦

الاكتفاء بكلّ لفظ دلّ عليه، كالمحكّي عن جماعه، أو لزوم لفظ أو ألفاظ مخصوصه، كما في المشهور، بل لعلّه الظاهر من مطاوى كلمات الأصحاب في أبواب العقود، و إن اختلفوا في بعض الشروط، بل بعض العقود معقد الإجماع في ذلك، و كيف كان فمقتضى الأصول فيها كما تقدّم في أوائل البحث الاقتصار على موارد الدليل، استصحابا لعدم السبب و عدم ترتب الأثر، و ليس في النصوص ما يعمّ السببيه لمطلق الألفاظ المفهمه و لو بالقرينه، عدا ظاهر عموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و قد علمت أنّه محمول على استغراق أجناس العقود الموظفه المعهوده، من باب اختصاص مدخول اللام بالمعهود، أو إشاره اللام إلى العهد بها،

مثل: جمع الأمير الصاغة، المستغرق في صاغة ملكه أو بلده، و ما يصلح قرينه للعهد لعموم المخاطبين في زمان الخطاب هو شيوع الاستعمال، و هو مختص بالألفاظ الخاصه الموضوعه لتلك المعاملات لغه أو شرعا، أو المتداوله فيها بحسب الاستعمال في ألسنه العرف و لو مجازا، فيقتصر في الاستدلال بالآيه على تلك الألفاظ.

و لعله يشير إلى ذلك ما حكى عن المحقق الثاني (1) في باب السلم و النكاح في الجمع بين كلمات المانعين عن المجازات و المجوزين لها، بحمل المجازات الممنوعه على المجازات البعيده.

و أظهر منه ما عن المسالك من أنه يجب الاقتصار في العقود اللازمه على الألفاظ المنقوله شرعا، المعهوده لغه، و الظاهر أن مراده بالمنقوله شرعا هي المأثوره في كلام الشارع.

و عن المحقق الأردبيلي في باب النكاح أنه حكم شرعى حادث، فلا بد له من دليل يدل على حصوله، و هو العقد اللفظي المتلقى من النص، ثم ذكر لإيجاب

١- جامع المقاصد ٤: ٢٠٧.

ص: ٥٧

النكاح ألفاظا ثلاثه، و عللها بورودها في القرآن.

و على هذا فالضابط وجوب إيقاع العقد بإنشاء الألفاظ الدائره في عرف المتشرّعه في زمان الشارع، تبعا للسان الشرع، و هي بعينها عنوانات تلك المعاملات، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس مما يختص به، و الظاهر أنه المقصود من الصريح الذى اشتراطه، و تتضح منه أنه لا ينعقد مثلا بيع المنفعه أو الإعاره، و لا البيع بالهبه المعوضه، و لا الوقف بالصدقه و أشباه ذلك، و لا ينعقد معامله بما دل على لوازمها المختصه، و لا بالألفاظ المشتركه، و لو مع القرينه اللفظيه المعينه، إلا مع تداوله و شيوع استعماله فيه.

و لا يبعد جواز الضمان بالتعهد و ما يشبهه، و بهذا الضابط يتميّز الصريح المعهود، و الذى يتوقف عليه الانعقاد فى كل عقد من غيره.

و يمكن الاستدلال على ما قلناه، أيضا بما ذكرناه فيما تقدّم، من أن تمايز مهيات المعاملات التى جعل الشارع كلاً منها بالأصالة موردا لأحكام كثيره،- و إن اتفق اشتراكه فى مورد لمعامله أخرى منها، على حسب شرط المتعاملين و تعاهدهما- يعرف بتمايز ألفاظها المختصه و عنواناتها المعروفه، فانعقادها بحقائقها يطلب بإنشاء تلك الأسماء و العنوانات المختصه بها.

و أما الثانى: أعنى الكلام فى هيئات الصيغ و تراكيبها، كالعربيه و الماضويه و تقدم الإيجاب و أمثالها، فمجمّل القول فيها، أن ما شك منها فى مدخليته فى ماهيته الأعمّ لجنس ما تداول عليه فى زمان الخطاب، لزم الحكم باشتراطه، اقتصارا بالمتيقن و عملا بالأصل، و ما علم عدم مدخليته فى نفس ماهيته، بل كان من الخصوصيات و المقارنات الزائده المحتمله لكونه شرطا للصحة، و

كان اسم الماهيه صادقا على فاقده منفى اشراطه؛ لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا يختلف باختلاف العقود

ص: ٥٨

و الشروط، و لا عنايه لنا هنا لخصوص أفراد العقود، بل هو موكول إلى أبوابها.

و الظاهر أنّ ماضويه اللفظ من القسم الأول، فيكون شرطا، إلّا فيما ثبت خلافه بإجماع و نحوه؛ لجريان العاده باستعمال الماضى فى الإنشاء فى العقود، و صراحته فيه؛ فإنّ قصد الإنشاء بالمستقبل خلاف المتعارف.

و عن بعضهم الإجماع على عدم الوقوع بالمضارع و الاستفهام، و فى التذكرة (١) الإجماع على عدم وقوع البيع بلفظ أبيعك أو اشتر منى. و كذا يشترط النطق، فلا ينعقد بالكتابه و الإشاره، و قيل يصحّ مع العجز، و لا دليل عليه.

و لا- يبعد اشترط العرييه فى أكثر العقود أيضا، لما ذكر، و عدم اللحن فى الإعراب، بل عرييه جميع أجزاء العقد الداخلة فى أجزاءه فى الإيجاب و القبول، لأنّ غير العرييه كالمعدوم، فكأنّه لم يذكر، فكان العقد غير تامّ، و من يكتفى بظهور اللفظ فى المعنى المقصود يلزمه القول بعدم اشراطه.

و هل يعتبر علم المتكلم تفصيلا بمعنى الكلام و لو بتلقين غيره و عدم كونه من أهل اللسان، فيكون فارقا بين معنى أبيع و بعت و أوجدت البيع و غيرها؛ أو يكفى مجرد علمه بأنّ هذا اللفظ لإنشاء المعامله المقصوده، فيقصد إنشاءها به؟ الظاهر الأول، لأنّ التلفظ بالعقد ليس من باب التعيّد من قبيل تلاوه القرآن، كالتلفظ بمعجمات أوائل السور مثلا، لأنّ المقصود من تشريع العقد استعمال المتكلم هذا اللفظ المخصوص فى معناه المقصود، و إرادته منه، و لا يتمّ ذلك إلّا بفهم المعنى و انطباقه للفظ، فلا يقال للجاهل بالمعنى المستعمل فيه أنه استعمل اللفظ فيه و أراده منه.

١- تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٢.

ص: ٥٩

[المشرق الثانى] [فى بيان حكم العقد الفضولى]

إشاره

مشرق: فى بيان حكم العقد إذا صدر عن غير المالك و من فى حكمه أعنى الفضولى و بعض ما يتعلّق بالمقام، و اختلفوا فى صحّته و لزومه بالإجازة على قولين:

المشهور جوازه فى النكاح، بل عن المرتضى (١) و غيره الإجماع عليه و الأخبار فيه مستفيضه، و هو الأشهر فى البيع بين من تأخر، بل عن جماعه مطلقا، بل قيل كاد أن يكون إجماعا.

و فى التذكرة (٢): عندنا، مشعرا بالإجماع، و قيل به فى سائر العقود أيضا، بل يظهر من الشهيد فى الروضه (٣) عدم القائل بالفرق

حيث قال: ولا- قائل باختصاص الحكم بهما أى بالبيع و الشراء و النكاح فإذا ثبت فيهما ثبت في سائر العقود. نعم، قيل باختصاصه بالنكاح و له وجه لو نوقش في حديث عروه. انتهى. و قيل باختصاصه بالنكاح و حيث إنّ غرضنا بيان ما تقتضيه القاعده في عموم العقود، فلا

١- الانتصار: ١٢٢.

٢- تذكره الفقهاء ١: ٤٨٦.

٣- الروضه البهيه ٥: ١٤١.

ص: ٦٠

بحث لنا هنا عن خصوص عقد إلاً فيما صحّ التعدى عنه بعدم القول بالفصل، فنقول: الأظهر صحته في العقود مطلقاً، لوجوه:

أحدها: أنه لا- شك في عدم توقف صدق اسم المعامله على مباشره المالك بنفسه للعقد، بل يكفى النيابة كما في الولي و الوكيل. غايه الأمر اشتراط إذنه في الصحه أو في الصدق و هو حاصل بالإجازة و لا فرق في صدق الماهيه على فعل النائب في تقدم الإذن و تأخره، و حيث ثبت صدق الماهيه عليه و لو بعد الإجازة كان مقتضى الأصل المتأصل فيما سبق صحته إلى أن يخرج عنه دليل دلّ على الاشتراط.

و ثانيها: أنه يصدق عليه تجاره عن تراض فيندرج تحت عموم الآيه (١)، و يتم المطلوب في غير عقود التجاره بالإجماع المركب، لظهور عدم قائل بالفصل و إن قلنا به في خصوص البيع، بل عرفت من كلام الشهيد عدمه مطلقاً. و الإيراد عليه بأن مدلول الآيه كون التجاره ناشئه عن التراضى فيلزم سبقه عليها، بل ربما يجعل الآيه باعتبار الحصر المستفاد من الاستثناء دليلاً على البطلان مردود، بمنع ذلك و صدق التجاره عن تراض على العقد بعد لحوق الإجازة عرفاً؛ إذ نقول التجاره هي مجموع العقد و الإجازة، لكونها من أجزاء علّه الانتقال و إن كانت مؤثره له بعد حصولها من حينه لا من حينها، كما تقف عليه عند بيان معنى الكشف، و لا- شك أنّ المجموع المركب مسبق بالتراضى و منه يظهر فساد الاستدلال بالحصر على الفساد مع أنّ الاستثناء منقطع فلا يفيد الحصر.

و ثالثها: خبر عروه البارقي (٢) المنجبر ضعف سنده بالشهره روايه و فتوى تحصيلاً و نقلاً، و هو أنّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم أعطاه دينارا ليشتري به شاه، فاشترى شاتين، ثم باع

١- النساء (٤): ٢٩.

٢- سنن الترمذى ٣: ٥٥٩، الحديث ١٢٥٨؛ سنن أبى داود ٣: ٢٥٦، الحديث ٣٣٨٤؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١ من أبواب عقد البيع، الروايه ١٥٢٦٠.

ص: ٦١

أحدهما بدينار في الطريق. قال: فأتيت النبي صلى الله عليه و آله و سلم بالدينار و الشاه فقال صلى الله عليه و آله و سلم:

«بارك الله لك في صفقه يمينك» و تجوز كون الشراء لنفسه و الدينار مأخوذاً على وجه القرض اتكالا على الفحوى كما في الإقباض، أو كون عبارته التوكيل ما يفيد الوكالة العامّة و لم ينقل إلينا مع أنّ الفحوى مجزيه في الوكالة مردود، بظهور كون الشراء بالوكالة سيما بملاحظته تفرّيع شرائه على توكيل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

و لو لا الاستناد بأمثال هذا الظهور لانسدّ باب الاستدلال بظواهر الكتاب و السنّه، إذ لا يمكن استقصاء الاحتمال، و به يظهر ما في الثاني أيضاً، فإنّ الظاهر كون المحكى تمام ما وقع بين النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و عروه، مع أنّا لو أغمضنا عنه في البيع الأوّل أو الاكتفاء بالفحوى في التوكيل فالبيع الثاني لا يحتمله، و العلم بالرضا لا يخرج عن الفضولى على ما هو المعروف بين الأصحاب، و إن استشكله بعضهم. نعم، يكتفى به في جواز الإقباض، و أما قبض عروه الدينار فهو من جهة استنائه المشتري.

و ربما يناقش بظهور وقوع تلك المعامله على وجه المعاطاه، و المناط فيها مجرّد المراضاه و وصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبيّاً أو حيواناً. و إذا جعل التقابض بين فضولين أو فضوليّ و غيره مقروناً برضى المالكين، ثم دخل كل من العوضين الى صاحب الآخر، كفى في صحّه التصرف، و ليس هذا من معاملة الفضولى، لأنّ الفضولى صار آله في الإيصال، و العبره برضى المالك المقرون به.

و فيه أنّ وصول العوض إلى صاحب الآخر جزء السبب الناقل في المعاطاه، كما اعترف به المناقش قبل حصول العوض إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مع المعاطاه، لم يتحقّق بيع (١)، و هو يناهى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «بارك الله لك في صفقه يمينك» الظاهر في حصوله قبل

١- في العبارة إبهام كما لا يخفى.

ص: ٦٢

الوصول، و عدم كون عروه مجرّد آله الإيصال، بخلافه على البناء على الفضولى، سيما على القول بكون الإجازة كاشفه فيه، كما هو الحق المشهور.

ثمّ هذا الدليل يختصّ بالبيع، إلّا أن يعمّم بالفحوى، سيما مع ما تقدّم من الروضه من عدم القائل بالفرق بينه و بين سائر العقود مؤيداً بما دلّ عليه النصوص و الفتاوى في النكاح.

و يدلّ على البيع أيضاً ظاهر الموثق أو الصحيح في قضاء أمير المؤمنين عليه السّلام في وليده باعها ابن سيدها، خلافاً للمحكى عن الشيخ في المبسوط (١) و الخلاف (٢) و الحلّي (٣) و الحلبي (٤) و ابن زهره (٥) و فخر الإسلام (٦) و مولانا الأردبيلي (٧) و الحرّ العاملي (٨) و صاحب الحقائق (٩) و والدى العلّامة (١٠) و غيرهم للأصل و الإجماع المنقول عن الخلاف (١١) و الغنيه، و قبح التصرف في ملك الغير، و اشتراط قدره على التسليم في البيع المنتفيه هنا، و الظواهر الناهيه عن بيع ما ليس عنده و عن ما لا يملك.

- ٢- الخلاف ٢: ١٦٨.
- ٣- السرائر ٢: ٢٧٤.
- ٤- الكافي في الفقه: ٣٥٤.
- ٥- غنية النزوع ١: ٢٠٧ و ٢٠٨.
- ٦- إيضاح الفوائد ١: ٤١٦.
- ٧- مجمع الفائده و البرهان ٨: ١٥٨.
- ٨- حيث ذكر في عنوان الباب الأول من أبواب عقد البيع و شروطه: «اشترط كون المبيع مملوكا أو مأذونا في بيعه و عدم جواز بيع ما لا يملكه».
- ٩- الحدائق الناضره ١٨: ٣٧٧.
- ١٠- مستند الشيعة ٢: ٣٦٦.
- ١١- الخلاف ٢: ١٦٨.

ص: ٦٣

و خصوص صحيح صفار، كتب إلى أبي الحسن عليه السّلام رجل باع قريه فيها قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك و قد أقر له بكلّها؟ فوَّع عليه السّلام: «لا يجوز بيع ما ليس عندك و قد وجب الشراء على ما يملك».

و صحيح محمد بن القاسم: «سألت أبا الحسن الأوّل عليه السّلام: رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليها كتابا بأنّها قد قبضت المال و لم يقبض فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها (١) أشدّ المنع، فإنها باعت ما لم تملكه (٢)» (٣). و المستفيضه الناهيه عن شراء السرقة و الخيانه.

و حيث ثبت بتلك الأدله فساد الفضولّى في البيع، ثبت في غيره بالإجماع المركب.

و يضعّف الأوّل بما مرّ.

و الثاني بندره القائل، بل انحصاره في الناقل، و قليل ممّن تأخّر عنه، بل الشيخ نفسه على خلافه في النهايه (٤)، كجماعه ممن تقدم عليه من عظماء الطائفة كالمفيد (٥) و الإسكافي (٦) و غيرهما.

و الثالث بمنع كون مجرّد الصيغه المعلقه على إذن المالك تصرفا في ملك الغير، مع أنّ التحريم، حيث لم يتعلّق بنفس المعامله من حيث هي، كما في الفرض غير مقتضى للفساد على الحقّ.

١- يمنعها (خ).

٢- ما لا يملك (خ).

٣- وسائل الشيعة ١٧: ١٣٤، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شرائطه، الروايه ٢٢٦٩٣.

٤- النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى: ٣٨٥.

٥- المقنعه: ٥٩١.

٦- مجموعه فتاوى ابن الجنيدي: ١٧٠.

ص: ٦٤

و الرابع بوجود القدره على التسليم بالقوه القريبه بتحصيل الإجازة فيما إذا علم إمكانه، و هى كافيه، كبيع الطائر المعتاد عوده، و يتم بعدم القول بالفصل، مع أنّ القدره إنّما يشترط فى البائع الذى بيده السلطنه و الإقباض، لا فى من يجرى العقد، و إلّا لزم بطلان عقد الوكيل المجمع على صحته، و عليه ينزل النهى عن بيع ما ليس عنده.

و يجاب به عن الخامس، فيحمل على بيع ما قطعت عنه يد مالكة، أو على عدم كونه ملكا لمن له البيع، سواء كان عينا شخصا أو كليا غير مقدور التحصيل عادة، كما هو ظاهر أكثر ما اشتمل على تلك العبارة، كالصحيح المتقدم، و بالجمله المشروط له بحكم التبادر و ملاحظه مظانّ الأخبار و سياقها هو من له السلطنه و الإقباض، لا من يصدر عنه لفظ العقد، فلا يشمل الفضولى المتوقف على إجازة المالك.

و به يضعف السادس أيضا لقوه ظهوره فى اشتراط الملك لمن له البيع، لا للعاقد عنه، بل لا يبعد اختصاص بعضه كقوله عليه السلام: «و لا بيع إلّا فيما يملك» (١) فى بيع مثل الخمر و الخنزير، مع احتمال بعضه نفى اللزوم، لا مجرد استعداد الصحة.

و منه يظهر ضعف دلالة الصحيحين و النهى عن شراء السرقة و نحوها عن إفاده المنع فى محلّ الفرض، فإنّها ظاهره فى منع بيع مال الغير لنفسه، مع أن الممنوع فى صحيح محمد دفع المال قبل الإجازة، و لا كلام فيه.

تتميمات:

الأول: قد اختلفوا فى أنّ الإجازة على صحتها، هل هى كاشفه عن الانتقال من حين العقد، أو ناقله من حينها.

١- كتر العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٧٩؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٠، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شرائطه، الروايه ١٥٢٠٩ و ١٥٢١٠.

ص: ٦٥

المحكى عن الأكثر الأول، لأنها رضى بمقتضى العقد الذى قصده الفضولى، و هو النقل من حينه لا حينها، فلو كان النقل يحصل بالإجازة لما كانت إمضاء لمقتضى العقد.

و حاصله: أنّ حكم الإجازة اللاحقه حكم التوكيل السابق، و السبب الناقل هو ما تعلقت به الإجازة، أعنى العقد، كما فى التوكيل، فالانتقال يحصل من حينه لا من حينها، و يكشف بالإجازة كون العقد تام الشرائط مؤثرا حين ما وقع، فيكون كاشفه عن وقوع النقل لا ناقله.

و اعترض عليه بتوقّف التأثير عليها، فهي جزء السبب الناقل، و أنّه لو لا الرضا جزئه لزم العلم بالصحة بدون الرضا.

أقول: الاستدلال و الاعتراض كلاهما محل نظر؛ لإمكان المناقشه في الأوّل بأنّ كون الإجازة رضى بمقتضى العقد لا ينافى كونها جزء عله للانتقال و حصول الأثر من حينها، فلا- يمنع عن كونها ناقلة، كما أنّ القبول رضى بمقتضى الإيجاب، مع أنّه جزء السبب.

و الحاصل أنّ مقتضى العقد إنشاء النقل، و هو لا يستلزم حصول الانتقال شرعا، لجواز اشتراطه في التأثير بشرط متوقّع، فإذا وقع يترتب عليه الأثر، كما في قبض الوقف، فإنّه شرط الانتقال، مع أنّ العقد قبله صحيح في نفسه.

و في الثاني بأنّ توقّف تأثير العقد على الإجازة لا يستلزم حصول الأثر من حينها، لإمكان توقّف تأثيره من حينه على حصولها بعده، فإذا حصلت حصل الأثر من حينه، و لا استحاله في تأخر شرط التأثير في الأسباب الشرعيه، كما في اشتراط صحه غسل المستحاضه بأغسالها الليلية الآتية، و تقديم غسل الجمع قبلها عليها، فالكشف هنا ليس كشفا علميا كما توهمه كلام بعضهم، ضروره مدخليه الإجازة في حصول الانتقال في نفس الأمر، و لا خلاف فيه، بل هو كشف وجودي.

ص: ٦٦

و حيث علمت إمكان اعتبار كلّ من المعنيين في الإجازة، مع توقّف تأثير العقد عليها، فلا يصحّ الاستناد لإثبات أحدهما بما ذكر في إبطال الآخر، بل اللازم طلب الدليل على المطلوب.

و الذي يظهر من مطاوى الأخبار كونها كاشفه، كما عليه المعظم، لا لاطلاقات حليه البيع و جواز النكاح- كما قيل- لأنها مع عدم انصرافها إلى الفضولي قاصره عن إفادته، إذ لا كلام في مدخليه الإجازة في الانتقال من العقد على القولين، و لا إشعار في الإطلاقات بشيء منهما.

و منه يظهر عدم صحه التمسك بعموم أوّفوا بالعقود مع ما فيه من الإجمال في المقام، بل لظهور خبر عروه فيه؛ فإنّه على كونه ناقلة من حينها لما حصل له ملك الشاه قبلها، فكان بيعها الثاني الذي هو قبل إجازة الأوّل باطلا فإنّه من بيع ما لا يملكه من له البيع، بل يشعر به خبر الوليده أيضا، حيث لم يرجع السيد عليه بعد الإمضاء بأجره خدمتها.

و يدلّ عليه أيضا صححه أبي عبيده في نكاح الصغيرين المشتمله على أنه لو بلغ أحدهما و أجاز و مات، ثم بلغ الآخر و أجاز ورث منه، و عمل بها الأصحاب، و لا يتمّ التقريب إلّا على القول بالكشف.

ثمّ إنّ فائده الخلاف يظهر في النماء المتخلّل، و فيما لو ترتّب العقود على أحد العوضين أو كليهما فضولا، فإنّه يختلف حكم الصحة و البطلان على الكشف و النقل بتنجز الكلّ أو البعض أو بإجازة المبيع أو الثمن.

و قيل: يظهر الثمره في عدم جواز فسخ الآخر قبل إجازة المالك على الكشف دون النقل. و ردّ بوروده على النقل أيضا؛ استصحابا لقابليه العقد على وجه لا يرتفع بفسخه.

و الظاهر جواز الفسخ على تقديري الكشف و النقل معا، لاختصاص دليل صحّحه الإجازة، أعنى الخبرين المسطورين بصوره عدم الفسخ، فغيرها يطالب دليلا آخر، و يرجع الشكّ إلى وجود المقتضى الثانوى، و لا يجرى (١) فيه الاستصحاب.

و منه يظهر المناقشه أيضا فيما قيل من ثمره الخلاف، فيما إذا انسلخت قابليه الملك من أحدهما بموته قبل إجازة الآخر، أو بعروض ارتداد إذا كان المبيع مسلما أو مصحفا، و صحّته على الكشف دون النقل، و فيما إذا انسلخت قابليه المبيع بنقله أو انتقاله (٢) إلى النجاسه و تنجسه مائعا و نحو ذلك، و فيما إذا تجددت القابليه قبل الإجازة بعد فقدانها حال العقد، كتجدد الثمره بعده و قبلها، لمنع شمول دليل الصحّحه لذلك كلّه.

نعم، صحيح أبى عبيده يفيد الأوّل، إلّا أنّه يختصّ بالنكاح، و عدم القول بالفصل غير معلوم.

و قال بعضهم: يظهر الثمره أيضا فى تعلّق الخيارات و الشفعه و مبدأ زمان الخيار و مفترقه فى مجلس الصرف و السلم، و أنت خبير بأنّ أمثال تلك الثمرات مبيته على جعل مبدأ تلك الأحكام مبدأ الملك، و أما على كونه مبدأ حدوث الانتقال فلا يختلف الحال ظاهرا، لأنّه بعد الإجازة على القولين.

الثانى: لا يكفى فى الإجازة السكوت مع الحضور،

و فى التذكرة الإجماع عليه، إلّا فى سكوت البكر فى إجازة النكاح، كإذنها فيه، لدليل يختصّ به، و كذا مع الغياب لو علم به، و لا- يكفى فيهما العلم بالرضا، بل يجب اللفظ، و قوفا فيما خالف الأصل على مورد النصّ، فلا- يخرج بالعلم بالرضا قبله من الفضولى.

١- الذى لا يجرى (خ).

٢- فى الأصل: إلقائه.

و هل يشترط اللفظ فى الفسخ، صرّح به بعض الأجله، و فيه إشكال. نعم، لا يبعد عدم الاكتفاء بمجرد العلم بالكراهه الباطنيه، ما لم يفدها قول أو فعل.

و لو فسخ المعقود له بعد الاطلاع بطل العقد، و لا ينفع إجازته ثانيا للأصل و عدم الخلاف ظاهرا و لا يفسخها الترديد و لا تأخير الإجازة، كما هو ظاهر خبر الوليده، و خلاف بعضهم فى الأخير ليس بشىء.

الثالث: إذا باع الغاصب لنفسه فأجاز المالك لنفسه.

فالمحكى فى الإيضاح (١) عن الأكثر صحّته إمّا مطلقا كما عن الدروس (٢) و شرح القواعد (٣)، أو مع جهل المشتري كما عن

المختلف (٤) و الإيضاح (٥) و الشهيد فى حواشى القواعد (٦) و العلامه الرازى (٧). و عن القواعد (٨) و التذكره (٩) التردد فى العالم، و عن ظاهر جماعه منهم صاحب المدارك فى كتاب الزكاه (١٠) البطلائن، و هو لا- يخلو عن قوه للأصل و اختصاص أخبار الصحه بغير محلّ الفرض، و ظهور آيه التجاره فى تجاره المالك، إذ المتبادر منها وقوع العقد للمالك من حينه، و لعموم النهى عن بيع ما لا يملك، الظاهر بما مرّ فى وقوعه لغير المالك، كما فى الفرض، و نحوه النهى عن بيع

١- إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

٢- الدروس الشرعيه ٣: ١٩٢.

٣- جامع المقاصد ٤: ٦٩.

٤- مختلف الشيعه ٥: ٥٥.

٥- إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

٦- حاشيه القواعد المعروفة بالحاشيه النجاريه للشهيد الأول (مخطوطه): ٥٧.

٧- لم نقف عليه، و فى نسخه: العلامه الراضى.

٨- قواعد الأحكام ٢: ٢٤٢.

٩- تذكره الفقهاء ١: ٤٨٦.

١٠- مدارك الأحكام ٥: ٥، كتاب الزكاه.

ص: ٦٩

السرقه و الخيانه، فيكون فاسدا لتعلق النهى بنفس المعامله، و لو لوصف خارج، كتعلقه ببيع الغرر، فمنعه بملاحظه كون الوصف خارجا غفله واضحه، مضافا فى صورته علم المشتري إلى قصده تملك الثمن للغاصب دون المالك، فكيف يقع فى ملك ربّ العين بإجازته.

نعم لو جهل أمكن تصويره بأنّ غرض المشتري تملك البائع من حيث هو مالك باعتقاده، فالمالك هو المقصود بالملك حقيقه، كما فى بيع الوكيل إذا زعمه المشتري مالكا، فإنّ الظاهر عدم الخلاف فى صحته، بل الظاهر أنّ مع العلم لا قصد للمشتري بالتملك مطلقا، و إنّما قصده مجرد التسليط على التصرف دون الملك، لأنّه غير معقول مع العلم بعدم وقوعه، فما تصدى به بعض العلماء للتوفيق بين تسليط المشتري الغاصب على الثمن، و بين حصول المعاوضه على الثمن فى مقابل العين المتوقّف عليه تأثير الإجازة، من أنّ تسليط المشتري عليه لا ينافى كونه عوضا عن المبيع بمقتضى البيع، فإنّ المراد بالعوضيه هو العوضيه بمقتضى ظاهر العقد لا يصححه الإجازة (١).

و من هنا يظهر اشتراط كون البيع بقصد النقل عن المالك فى بيع ملك الغير مطلقا و لو فى غير الغصب، كما أنه إذا باع باعتقاد كون المبيع لنفسه، فظهر أنه لغيره، فلا- يفيد صحته إجازة المالك، إذا انتقل إلى البائع الفضولى قبل الإجازة، ثمّ أجازة البائع أو مات المعقود له قبلها و أجازة الوارث.

و هل يشترط قصد المشتري للمعقود له أيضا.

الظاهر لا، كما لا- يشترط في بيع الوكيل علم المشتري بكونه للموكل وقصده إيّاه، ولعله لا خلاف فيه، ويدلّ عليه السيره القطعيه. نعم، لو علم أنّ المبيع للغير

١- في «م»: فلا يصححه الإجازة.

ص: ٧٠

يعتبر قصده نقل الثمن إليه و لو إجمالاً لا إلى الفضولي أو الوكيل، و على هذا لو سكت البائع عن تسميه الغير مع جهل المشتري بما قصده، يقع البيع له باطنا مع الإجازة، و لنفسه ظاهراً مع عدمها، إلّا إذا صدقه المشتري فيقع باطلاً، بل نقل عنهم في باب الوكالة أن الوكيل لو اشترى بنيه الموكل بدون تسميته، ثم أنكر الموكل الوكالة، يقع على الوكيل ظاهراً و باطناً، و إن كان فيه إشكال، كما نبّه عليه بعض الأجلّه.

الرابع: إذا لم يجز المالك فله أن يرجع إلى المشتري بعين ماله و نمائه،

متصلاً أو منفصلاً، مع بقائهما، أو بمثلهما أو قيمتهما مع التلف بنقل أو غيره، و بعوض منافعها المستوفاه و غيرها، و بأرش النقص و العيب، عالماً كان المشتري أو جاهلاً، إجماعاً ظاهراً في جميع ذلك، تحقيقاً و نقلاً له و لمستفيضه الأخبار في خصوص أكثر تلك الأحكام، مضافاً في غير عوض المنافع إلى عموم «الناس مسلطون» (١) مع بقاء العين، و إلى قوله عليه السّلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٢) مطلقاً.

و لا- كلام في ذلك كله، إنما هو في رجوع المشتري بما أغرم على البائع، و تحقيقه أنّ المشتري، إن كان عالماً بكونه مغصوباً في يده، لم يرجع بما اغترم بغير الثمن إلى البائع، قولاً- واحداً؛ للأصل و وقوع التلف في يده العاديه، مع أنّ من الفرض ما لم يسبق بتصرف البائع فيه و إثبات يده عليه، و أمّا بالثمن؛ فإن كان موجوداً بعينه رجوع به، وفاقاً لجماعه منهم الفاضل في المختلف (٣) و التذكرة (٤)

١- عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

٢- مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الروايه.

٣- مختلف الشيعه ٥: ٥٦.

٤- تذكرة الفقهاء ١: ٤٨٦.

ص: ٧١

و الشهيدان (١) و المحقق الثاني (٢)؛ لعدم موجب للانتقال بعد فرض بطلان البيع و استصحاب الملك، فيتسلط عليه؛ للعموم المشار إليه، مع أنّه لم يدفع إليه مجاناً، بل عوضاً عن شيء لم يسلم له؛ و إن لم يكن موجوداً؛ فإن دفعه المشتري ليسلم [إلى] المالك توقعاً لإجازته، فله الرجوع أيضاً بعوضه، و وجهه ظاهراً؛ و إلّا كما في بيع الغاصب لنفسه، فالمشهور عدم الرجوع، بل في المختلف (٣) و التذكرة (٤) الإجماع عليه ظاهراً، و ربما يتأمل في كونه إجماعياً، و ينسب الرجوع إلى المحقق في بعض

تحقيقاته، وقواه في الروضه (٥)، و في المسالك (٦)، لو لا الإجماع على خلافه، و علل بتحريم تصرف البائع فيه لأنه أكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه.

و في المسالك (٧) جمع بين تحريم التصرف في الثمن و عدم جواز الرجوع على تقدير وقوع الإجماع، بأنه «من الجائز أن يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبه له، حيث دفع إليه ماله معاوضا له على محرّم، فلم يجوز له مطالبه العوض و إن كان له في ذمه البائع، و وجبت عليه دفعه إليه، نظير ما لو حلف المنكر على عدم المال في ذمته»، انتهى.

و فيه من البعد غايته، بل التحقيق منع استلزام حرمة التصرف في محل الفرض الضمان؛ فإن حرمة التصرف في مال الغير قد يكون منشأها عدم إذن المالك، و قد

١- الشهيد الأوّل في الدروس ٣: ١٩٢؛ و الشهيد الثاني في الروضه ٥: ١٤١.

٢- جامع المقاصد ٣: ٦٩.

٣- مختلف الشيعه ٥: ٥٦.

٤- تذكره الفقهاء ١: ٤٨٦.

٥- الروضه البهيه ٣: ٢٢٦.

٦- مسالك الأفهام ٣: ١٦١.

٧- نفس المصدر.

ص: ٧٢

يكون عدم إذن الشارع، و إن كان مأذونا من قبل المالك، كمن أذن في صرف ماله في المعصيه و أكل طعامه في نهار رمضان، و الضمان إنما يحصل في الأوّل، و أمّا على الثاني، فغير مسلم، بل مقتضى الأصل مع إذن المالك البراءة عن العوض، و صرفه على الوجه المحرم لا يوجب الضمان، و المفروض من الثاني، لحصول الأذن من المشتري في التصرف في ماله و إتلافه على هذا الوجه، غايه الأمر كونه مشروطا بالمعاوضه المحرّمه، و قد أتى بها و إن كانت معصيه، فحصل به شرط الإذن، فلا ضمان، و إن لم يحصل به الملك الشرعي و الآيه لا تدلّ على الضمان، بل على مجرد حرمة الأكل بالباطل.

و ما قيل من أنّ المشتري أذن في التصرف بشرط عدم استرداد العوض منه و لو من قبل غير البائع، و حيث انتفى الشرط ينتفى المشروط و يتحقّق الضمان، مدفوع بمنع هذا الشرط، فإنّ غرض المشتري العالم بالغصب و بعدم حصول الملك الشرعي له من دفع الثمن إلى البائع هو مجرد تسليط البائع إياه على المبيع و رفع يده عنه من غير رجوع منه إليه، لا من المالك، إذ التقدير علمه بعدم رضی المالك و انتظاره الفرصه، و بالتمكن عن أخذه، فكيف يكون شرطه الضمني عدم رجوعه عند التمكن.

و كون إذنه مشروطا بالضمان على تقدير رجوع المالك إليه- لو سلّم صحّه مثل هذا الضمان- غير معهود بينهما، مع فرض العلم، مع أنّ الأصل ينفيه.

فالأقوى عدم الضمان مع التلف في الصورة المزبوره.

و إن كان المشتري جاهلا- فله الرجوع إلى البائع بالثمن، عينا مع بقاءه، و عوضا مع تلفه، قولاً واحداً، و له الرجوع عليه بكل ما اغترم، و لم يحصل في مقابله نفع من نقص قيمه، و عوض النماء التالف، و الأجره، و قيمه الولد المستولد من الأمه- حيث يجب على والده فكاكه ببذل قيمته إلى المالك- و ما صرفه في المبيع.

ص: ٧٣

و جاز له كل ذلك بظهور الإجماع و موثقه جميل (١) في الرجل يشتري الجاربه من السوق، فيولدها، ثم يجيء مستحق الجاربه، فقال: يأخذ الجاربه المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من بايعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التي أخذت منه، و قريب منهما خبر زراره (٢).

و يتم المدعى بالإجماع المركب، بل يدل عليه عموم التعليل للرجوع بالتدليس في روايه رفاعه (٣)، المطابق لقاعده رجوع المغرور إلى من غره، المعروفه بينهم في أبواب كثيره.

و أمّا ما اغترمه بما حصل له في مقابله نفع، كعوض الثمن و أجره السكنى، فالرجوع به عليه لا يخلو عن قوه أيضا، للتغريير في الانتفاع و الإلتاف مجانا، كما في إطعام الغاصب الضيف المالك بما له مع جهله، وفاقا للمحقق في تجاره الشرائع (٤) و التنقيح (٥) خلافا للشيخ في جملة من كتبه (٦)، و الحلّى (٧) للأصل المقدوح بما ذكر.

نعم، لا يبعد تخصيص الرجوع بما إذا كان البائع عالما، كما استظهره بعض المحققين، لظهور اختصاص صدق التغريير و التدليس به، و عدم ثبوت الإجماع المركب.

و في حكم جهل المشتري علمه إذا ادعى البائع إذن المالك و كان متصرفا فيه،

١- وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٥، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الروايه: ٢٦٩٠٤.

٢- نفس المصدر ٢١: ٢٠٤، الباب ٨٨، الروايه: ٢٦٩٠٣.

٣- نفس المصدر ١٨: ٧٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الروايه ٢٣١٧٨.

٤- شرائع الإسلام ٢: ١٤، كتاب التجاره.

٥- التنقيح الرائع ٤: ٧٥.

٦- المبسوط ٣: ٨٨.

٧- السرائر ٢: ٤٨٦.

ص: ٧٤

لكونه مسموعا منه شرعا، فيحصل به التغريير، بل يشمله عموم الأخبار المتقدمه، فيرجع عليه بجميع ما اغترمه.

و في رجوعه بغير عوض الثمن في هذه الصورة إذا لم يكن في تصرف البائع إشكال. نعم، إذا حصل العلم للمشتري من قوله كان له وجه.

ثم إنَّ المالك له أن يرجع إلى البائع في جميع ما ذكر من الغرامات إذا كان غاصبا و لو في مجرّد دفعه إلى المشتري، و وجهه ظاهر، و لو لم يكن الدفع منه بل كان بتغيره، ففيه وجهان، و الرجوع إليه مع حصول العلم للمشتري من تغيره بكونه المالك أو مأذونا فيه غير بعيد، و حيث رجع المالك إلى البائع فيما له أخذه منه، فالمشتري إن كان عالما بالحال رجع البائع إليه بالمبيع عينا أو عوضا، و بعوض النماء و النقص و غيرهما مما كان للمالك الرجوع إليه لكون التلف في يده العاديه، فيغرم البائع المعتزم مقام المالك فيما اغترمه؛ و إن كان جاهلا بالحال لم يرجع البائع إليه، لما تقدم، إلّا في عوض المنافع المستوفاه، ففيه قولان.

بقي الكلام في كيفية الغرامه و تقدير قيمه. و تفصيله: أنّ التالف، إن كان مثليا، فلا خلاف في ضمان المثل إلّا باتفاقهما على قيمه.

و هل يعتبر زمان الغصب و مكانه في دفع المثل إذا اختلف بهما قيمه، له وجه قوى إذا كان الاختلاف معتدا به، كما إذا غصب الماء في فلاه قفر، و الثلج في الصيف، فلا يدفع مثل الماء في شاطئ البحر، و مثل الثلج في الشتاء، إذ المقصود من المثل عوض التالف، و لا يعدّ ذلك عوضا عرفيا، و عموم حكم الإجماع الشامل لمثل المقام غير معلوم و لا مظنون، و إن أعوز المثل فلم يوجد في البلد و ما حوله يبدّل بالقيمه. و في كونها قيمه يوم البذل، أو يوم الإعواز، أو أعلى القيم من حين الغصب إلى دفع العوض، أو من حينه إلى وقت الإعواز، أو من حين الإعواز إلى

ص: ٧٥

الدفع، أقوال: أشهرها و أقواها الأول، إذ بالإعواز إلى قيمه تبرأ الذمه عن المثل، و يعدل إليها بقيمه حال الإعواز و التبديل تكون معتبره.

و القول بأنّ التبديل يحصل وقت الإعواز، فهو المعتبر، مردود، بأنّ الإعواز لا يوجب البراءه عن المثل، و إنّما يبيح مطالبه عوض المثل، فمتى طلبه يعاوض بالقيمه، و هو وقت الدفع.

و إن كان قيميا ففي قيمه المعتبره أقوال أيضا، المحكيّ في الشرائع (١) عن الأ-كثر اعتبار قيمه يوم الغصب، و هو لموضع من المبسوط (٢) و النافع (٣)، و اختاره والدى العلّامة في المستند (٤)، و عن القاضي (٥) و المختلف (٦) اعتبار قيمه يوم التلف، و في الدروس (٧) عزّاه إلى الأ-كثر، و قوّاه المحقق القمي (٨) و اختار الشهيدان في الدروس (٩) و اللمعه و الروضه (١٠)، و السبزواري أعلى القيم من التصرف إلى التلف و نسبه في

١- شرائع الإسلام ٢: ١٨٩.

٢- المبسوط ٣: كتاب الغصب، حكم في الصفحه ٦٠ بضمان قيمه يوم التلف و في الصفحه ٨٨ و ٨٥ و ٧٠ حكم بأكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف.

٣- المختصر النافع: ٢٥٦.

٤- مستند الشيعة ٢: ٣٦٨.

٥- المهذب البارع ٤: ٢٥١.

٦- مختلف الشيعة ٦: ٨١.

٧- الدروس الشرعية ٣: ١١٣.

٨- جامع الشتات ٣: ٤٦٩.

٩- الدروس الشرعية ٣: ١١٣.

١٠- الروضة البهية ٧: ٤٤.

ص: ٧٦

المختلف (١) إلى الأكثر، و عن بعض المتأخرين أعلاها من التصرف إلى الدفع، و الأظهر الأول، لصحيح أبي ولاد (٢) في حكاية كرايه البغل، و فيها أنّ أبي ولاد بعد تعيين كرى البغل و المسافه خالف و جاوز الحد، سأل مولانا الصادق عليه السلام عن حكمه، فقال عليه السلام: إنّه ضامن للكرى، فقال: أ رأيت لو عطب البغل أو لغى أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم، قيمه بغل يوم خالفته. فقلت: إن أصاب البغل كسرا أو دبرا أو عقرا. قال: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك. قال: أنت و هو إمّا أن يحلف على قيمه فيلزمك، و إن ردّ اليمين عليك فحلفت على قيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين أكرى كذا و كذا، الحديث.

موضع الدلاله قوله عليه السلام: نعم، قيمه بغل يوم خالفته.

و استشكل بأنّ ذلك إنّما يتمّ لو كان المراد من القيمه قيمه يوم المخالفه، و أمّا إن جعلنا الظرف لغوا متعلّقا بقوله عليه السلام يلزمك المستفاد من قوله: نعم، يعنى أنّ اللزوم فى يوم المخالفه، فلا يتمّ التقريب، لأنّ حدّ القيمه على هذا غير معين يجب الرجوع فيه إلى ما يقتضيه الدليل.

و يندفع بأنّ الضمان بالقيمه لم يتحقق يوم المخالفه، بل هو بعد التلف، و اعتبار التعلق به فيه ينافى إطلاق اللفظ، فلا يلائم الإجمال، مع أنّه على احتمال المستشكل يلزم حمل الضمان فى الجواب على الضمان التعليقى المسبب عن المخالفه، أى عليه يوم المخالفه قيمته متى حصل بعده التلف، و هو مع بعده فى نفسه لا يطابق

١- مختلف الشيعة ٦: ٨١.

٢- وسائل الشيعة ١٩: ١٧، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الروايه ٢٤٢٧٢؛ و ٢٥: ٣٩١، الباب ٧ من أبواب الغصب، الروايه ٣٢١٩٩.

ص: ٧٧

السؤال عن الضمان التنجيزى بعد التلف، بل قوله: قيمه بغل، مبين لقوله عليه السلام: نعم، المصدّق للمسئول عنه الآن من الضمان

بعد التلف، فلا- يلائم ما ذكره على أنّ تنكير بغل على جعل يوم ظرفاً لغواً ركيكاً في الغايه، بل بعيد عن المقصود، إذ المعتبر قيمه البغل المكترى بخصوصه، بل الظاهر أنّه مضاف إلى يوم، من باب التخصيص، إشاره إلى اختلافه بحسب قيمه فى الأزمان، وإنّ المعتبر قيمه بغل يوم المخالفه دون سائر الأحوال، والأوقات.

و يدلّ على المطلوب أيضاً قوله عليه السّلام أخيراً، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا، فيلزمك؛ فإنّه يفيد لزوم حين الكرى دون وقت التلف أو الدفع أو أعلى القيم، و الاعتماد عليه مع كونه قبل المخالفه الغير المعتبر إجماعاً، إنّما هو باعتبار عدم فاصله معتدّ بها بين وقتى الإكراء و المخالفه، كما يومئ إليه صدر الحديث، و يقضى العاده و المشاهده بعدم تفاوت قيمه سوقيه لمثل البغل فى هذه المده القليله غالباً، خصوصاً مع التأييد بالاستصحاب.

و حجج سائر الأقوال وجوه ضعيفه، عدا ما يقتضيه الاعتبار للثانى، إلّا أنّه كغيره محجوج بالخبر الصحيح المذكور هذا.

ثم إنّ ما ذكرناه من اعتبار قيمه السوقيه على الخلاف المزبور، إنّما هو فى تلف العين، و أمّا مع بقاءها، فالواجب ردّ العين من غير ضمان للتفاوت إجماعاً. و كذا قيمه يوم الغصب على ما اخترناه مع التلف، إنّما هو إذا لم يتفاوتت قيمه باعتبار زياده عينيه كسمن، أو وصفيه كتعلم صنعه، و لو هى بفعل الغاصب، و أمّا معها، فيضمن قيمه الأصل يوم الغصب، و إن كانت أقلّ من قيمه يوم التلف (1) أو الدفع،

١- الغصب (صح).

ص: ٧٨

و قيمه الزيادة معاً، فلو كان فرساً مهزولاً، قيمته يوم التلف ثلاثون، فسمن و تلف، و كان قيمته السوقيه عند التلف عشرين، عشره منها للسمن، لزمه أربعون.

ص: ٧٩

[المشرق الثالث] [فى حكم العقود المتبعضه الصادره بصيغه واحده]

مشرق: فى تحقيق العقود المتبعضه.

إذا انتقل ماله و لغيره صفقه، بيع أو نحوه.

قالوا: يقف البيع أو نحوه فى غير مملوكه على الإجازة، على القول بصحّه الفضولى، و هو بإطلاقه على اشتراط قصد الفضولى كما مرّ غير سديد، بل يقتصر على صورته.

و الظاهر عدم الإشكال و الخلاف فى صحّته فى المملوك، على تقدير الإجازة، و صحّه الفضولى.

و هل يصحّ فى المملوك على تقدير بطلانه فى غير المملوك، لعدم الإجازة، أو ظهور فساد له لجهه أخرى؟ الظاهر عدم الخلاف

فيه في خصوص البيع، وإن تأمّل فيه أيضا بعض من تأخر، و عن الغنيه (1) و التذكرة (2) الإجماع عليه، و عن بعضهم نفى الخلاف فيه.

١- غنيه النزوع ١: ٢٠٩.

٢- تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦٣.

ص: ٨٠

و يدلّ عليه صحيح صفار (1)، في رجل له قطاع من أرضين، و عرف حدود القرية، فقال للشهود: اشهدوا أنّي قد بعت من فلان جميع القرية، و إنّما له بعض هذه القرية، و قد أقر له بكلّها، فوَقَّع عليه السّلام: لا يجوز بيع ما لا يملك، و قد وجب الشراء على البائع على ما يملك، الدال على صحّحه البيع فيما يملك، و لو بعموم ترك الاستفصال.

و أمّا في سائر العقود، فلم أر من تعرّض بقول صريح يشمل الجميع، و إن تعرّضوا لبعض، كوقف ما يملك و ما لا يملك، و يظهر من الأكثر الحكم بالصحة فيه، و لعلّ مأخذه يعمّ الجميع، و كيف كان فلنبيّن ما يقتضيه الأصل و عموم الدليل على وجه كلي ينضبط به حكم التبعض في جميع العقود.

فنقول: العقد إمّا يكون مما لا يقبل أثره التجزّي، كالنكاح و الطلاق، فلا تبعض، أو يقبل التجزّي، بأن يتعلق أثره بكلّ جزء من المتعلّق، كالبيع و الصلح و الهبة و الإجاره و أمثالها، حيث إنّ الانتقال بها يتعلّق بكلّ جزء من متعلقاتها، فمقتضى النظر الدقيق فيه عدم استلزام فساد بعضه فساد الآخر، لوجود مقتضى الصحّح و عدم المانع. أمّا الأوّل، فللدلاله عموم دليل شرعيه المعامله عليه، كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (2) وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٣، الباب ٣ من أبواب الصلح، الروايه ٢٤٠١١ و ٢٤٠١٠؛ «الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا».

(٣) و بِنِجَارَةٍ عَنْ نِجَارِضٍ (٤) البقره (٢): ٢٧٥.

(٥) و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٦) و «كلّ صلح جائز» (٧) و «الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها» (٨)، و غير ذلك، لصدق معنى المعامله على كلّ

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الروايه ٢٢٧٠٤.

٢- المائده

٣- : ١.

٤- النساء

٥- : ٢٩.

٦- البقره (٢): ٢٧٥.

٧- وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٣، الباب ٣ من أبواب الصلح، الروايه ٢٤٠١١ و ٢٤٠١٠؛ «الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحا أحلّ

حراماً أو حَرَم حلالاً».

٨- نفس المصدر ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الرواية ٢٤٣٨٧.

ص: ٨١

جزء، فيقال: إنّه باع أو وهب أو وقف، فإنّ البيع مثلاً ليس إلّا نقل الملك، و هو يحصل بالنسبه إلى كلّ جزء، و إلّا لم يحصل له به الانتقال. و أمّا الثانى، فلأنّ ما يتصوّر كونه مانعاً، انضمام غير المملوك إليه، و هو لا يصلح للمنع، فإنّ ما يستظهر به للمنع لا يكاد أن يتمّ و هو وجوه:

منها: أنّ دلالة العقد على الجزء دلالة تبعيه، و هى فرع بقاء المتبوع، أعنى الكلّ و حيث انتفى ينتفى التابع.

و منها: أنّ العقود تابعه للقصد، و القصد تعلق بالعقد على المجموع دون الجزء.

و منها: أنّ التراضى الذى هو شرط الصحّ حصل على المجموع، و هو لا يستلزم حصوله فى الجزء.

و منها: أنّ الجزء لم يقع عليه المعامله، فلا يوصف بها.

و منها: أنّ اللفظه الواحده، أعنى العقد لا- يمكن تبعضها، فإمّا يغلب الصحيح على الفاسد، أو بالعكس، و الثانى أولى، لأنّ تصحيح العقد فى الفاسد ممتنع، و إبطاله فى الصحيح غير ممتنع.

و منها: أنّ أسماء العقود موضوعه للمعانى الشرعيه، و هى توظيفيه لا- نعلم دخول المركّب من الصحيح و الفاسد فيها، فيجب الاقتصار فى تحققها على ما علم كونه منها شرعاً.

و يرد على الأوّل: إنّ التبعيه فى الدلاله اللفظيه لا يستلزم التبعيه فى تعلق الحكم، كما إذا قال: أكرم عشره، أو صم شهراً، فالدلاله على كلّ واحد تبعيه، و الحكم الثابت منها له أصلى، لا ينتفى عنه بانتفاء الكلّ، إلّا لدلاله خارجه دلّت على قصد الارتباط، و مثله ما إذا قال: اكس الدار، و تعدّر كنس بيت منها، فلا يتأمل فى الباقي، و يصحّ أن يقال: بعث دارى، و إن باع كلّ جزء منها ببيع مستقلّ، مع أنّ من

ص: ٨٢

الفرض ما كان الدلاله اللفظيه على الأبعاض مطابقه، كما إذا قال: بعث أو وهبت أو وقفت هذا و هذا.

و على الثانى: أنّ المراد إن كان عدم تعلق القصد بالجزء مطلقاً، ففساده ظاهر، و إن كان عدم تعلقه به أصاله، بل على الوجه الجزئيه و الارتباط، فهو غير معلوم، لا- من اللفظ، كما عرفت، بل هو أوفق لعدمه نظراً إلى صدق نسبه اسم المعامله كالبيع و الصلح و غيرهما حينئذ إلى الأجزاء، و لا من غيره، لفرض عدم القرينه.

و لا يتوهم أنّ إيقاع العقد كالبيع مثلاً على المجموع صفقه، مقتضاه إنشاء نقل واحد متعلق بالمجموع بما هو مجموع بحيث يعد

فى العرف بىعا واحدا فاللفظ ىدلّ على قصد إنشاء بىع المجمع بالأصالة، و ىجب حل قصد المتكلم على ما ىقتضيه اللفظ، فىبنى على قصد البائع إنشاء النقل كذلك، و لازمه قصد الجزئى فى أجزاء البىع.

لاندفاعه بتسلىم كون اللفظ دالّا على إنشاء واحد متعلق بالمجمع، و أنّه ىعدّ فى العرف بىعا واحدا، و لكن إنشاء نقل الكلّ و بىعه ىتحلل إلى إنشاءات و بىوع متعددة، بالنسبه إلى أجزاء البىع، و وحدته وحده نوعيه بالنسبه إليها، لا تأبى عن صدقه على كلّ فرد، و تعلق حكم هذا الواحد النوعى بأحاد الأفراد، تعلقا أصليا استقلاليا ارتباطيا تبعيا، لا وحده شخصيه، من قبيل المركب الشخصى بالنسبه إلى أجزائه، فهو كسائر الصفات أو الأفعال التى ىصحّ نسبتها إلى كلّ جزء من أجزاء متعلقاتها، كالغصب مثلا، فإنّ من غصب دارا و لو بغصب واحد، ىصحّ نسبه الغصب إلى كلّ بيت منها، و ىقال: إنّّه مغصوب، و ىترتب عليه آثار الغصب و أحكامه، أصاله و استقلالا، لا ارتباطا بسائر البيوت، بحيث إذا خرج بعضها عن الغصبه خرج الكلّ، و نحوه الطهاره و النجاسه و التطهير و التنجيس و غيرها.

ص: ٨٣

نعم، وحده اللفظ الدال على الإنشاء شخصيه لا تصدق على أبعاضه، و أين هو من المدلول بالنسبه إلى مصاديقه.

و من هذا ىظهر إمكان التجزئه فى أحكام إنشاء واحد، فىما علم فى فساد البعض، و إن كان اللفظ الدال على إنشاء الكلّ واحدا غير قابل للتجزئه.

فإن قلت: قصد إنشاء الكلّ كيف ىتصور مع فرض العلم بفساد البعض.

قلت: قصد الإنشاء لا ىستلزم العلم بالصحه الشرعيه و ترتب الأثر، و لا ىنافى العلم بعدمه، كما فى إنشاء الفضولى الذى ىجب أن ىقع على البتّ و الجزم دون التعليق، و إلّا كان باطلا اتفاقا، مع احتمال عدم إجازة المالك، و بالجمله إنشاء فعل العاقد، و لىس هو إلّا إيقاع اللفظ بالقصد و الالتفات إلى معناه على وجه السببيه، و الانتقال أمر شرعى، و لا ىلزمه العلم بحصوله غايه الأمر علمه حينئذ بكونه عبثا.

و على الثالث: أنّ ما ىناط به العقد هو الرضا بما تعلق به الإنشاء الذى دلّ عليه لفظ العقد، و قد سمعت أنّه تعلق بكلّ بعض على وجه الاستقلال، تعلق حكم الكلّى و أميا الرضا الخارج عن ذلك، فهو من الدواعى، لا ىؤثر فى بطلان العقد، مع أنّ وقوع التراضى على المجمع من حيث هو مطلق. ممنوع، فقد ىعلم من مساومه المعامله أو شاهد الحال أو اعتراف العاقد خلافه.

و على الرابع: ما عرفت مفصّلا، و كفاك شاهدا ما تكرر ذكره من صحّحه توصيف كلّ جزء باسم المعامله و نسبتها إليه، كمن باع قطيعه غنم ىصدق على كلّ غنم أنّه باعه و اشتراه المبتاع.

و على الخامس: أنّ وحده اللفظ لا ىستلزم وحده المدلول، و وحدانيه السبب لا ىستلزم وحدانيه الأثر، كما مضى، فوجود المانع عن تأثيره فى بعض المسببات لا ىمنع عن تأثيره فى غيره.

ص: ٨٤

و على السادس: بأنه مبنى على ثبوت الحقيقه فى أسماء العقود ثم كونها موضوعه للمعاني الصحيحه، و الأول غير معلوم، و الثانى خلاف التحقيق.

ثم مما ذكرنا يتضح حكم ما إذا كان فساد بعض العقود عليه لا لعدم الملك، بل لجهه أخرى فى نفسه، كما لو باع مع ماله ما لا يملكه المسلم كالخمر، أو مطلقا كالحز، و ما لا يصح بيعه كالمنفعه، أو فى متعلقه كما لو وقف على حرّ و مملوك أو حرّ و مَيّت، فإنّه يحكم فى جميع ذلك بالصحة فى البعض الصحيح، دون الفاسد، ممّا صدق اسم المعامله بمعناه الأعمّ على الجملة، و إلّا فيتّجه فساد الكلّ لعدم تناوله حينئذ مقتضى الصحّ من الأدله.

ص: ٨٥

[المشرق الرابع] [فى شروط ضمن العقد]

إشاره

مشرق: فى البحث عن شروط ضمن العقد و فيها مطالب:

المطلب الأول: فى بيان معنى الشرط.

اعلم أنّ للشرط فى العرف إطلاقين:

أحدهما: ما ينتفى المشروط بانتفائه، و توقف عليه وجود المشروط، سواء استلزم وجوده الوجود أيضا كما هو مفاد القضييه الشرطيه، أم لا، كما هو مصطلح أصحاب الأصول.

و ثانيهما: ما يلزم و يلتزم به، كما هو معناه المعروف من اللغه، قال فى القاموس:

الشرط إلزام الشىء و التزامه فى البيع و نحوه، و المراد به فى المقام - على ما نصّ به جمع من المحققين - هو المعنى الثانى، فإنّه المناسب لاستدلالهم عليه بمثل:

«المؤمنون عند شروطهم» (١) و لأنّ الأول يوجب التعليق فى العقد، بخلاف الثانى، و إن قلنا فيه بتوقّف لزوم العقد على الوفاء بالشرط، و ثبوت الخيار للمشروط له مع عدمه، كما فى المشهور، إلّا أنّه غير التعليق فى نفس العقد، فلا محذور فيه، و أمّا

١- وسائل الشيعه ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الروايه ٢٧٠٨١.

ص: ٨٦

التعليق فى نفسه، كما يرد على الفرض، فهو مبطل له بلا خلاف فى أكثر فروضه، و تفصيله أنّ التعليق إن كان بصفه متوقعه، و إن كانت متيقّن الحصول، كمجىء رأس شهر، فالظاهر من كلامهم الاتفاق على بطلانه، و إن أنكر الدليل عليه فى المسالك

(١) والكفايه (٢)، وإن كان على أمر واقع، كقوله: بعث إن كان اليوم الجمعة، ففيه الخلاف، وفي الكفايه (٣) وبعض آخر صحته إذا كان عالما بوقوعه، والحق أنه مبطل أيضا مطلقا، كما صرح به بعضهم.

بيانه: أن هنا أموراً ثلاثة، مقتضى النظر اشتراط الجميع في صحه العقود.

أحدها: استقلال العقد في سببيه الأثر المترتب عليه من حين وقوعه، ووجهه - بعد الأصل المقتضى للاقتصار على معلوم الصحه، والإجماع عليه، محققا (٤) و منقولا (٥) - كونه مفاد الأدله الداله على سببته للآثار، و لازم ذلك بطلان تعليقه على أمر متوقع بعد حين، وإن كان معلوم الوقوع، لأنه خروج عن مقتضى السببيه المستفاده من تلك الأدله، ولا ينافيه قولهم بأن الشرط بمعنى الالتزام بما سيوجد المتفق على صحته في حكم جزء العقد، لأن الجزء هو الالتزام والإلزام، وهو أمر واقع حين العقد، وإن كان متعلقه أمرا خارجا عنه، بل ينقذ من ذلك - مضافا إلى الأمرين الآتين - عدم صحه التعليق على أمر واقع أيضا، لاستلزامه إدخال ما ليس من العقد في السببيه، في غير ما دلّ على صحته دليل، كالتدبير والنذر ونحوهما.

١- مسالك الأفهام ٥: ٢٣٩.

٢- كفايه الأحكام: ٨٨.

٣- نفس المصدر.

٤- المبسوط ٢: ٣٩٩؛ الخلاف ٢: كتاب الوكاله، المسأله ٢٣: تحرير الأحكام: ٢٣٢؛ تذكره الفقهاء ٢: ١١٤.

٥- مسالك الأفهام ٥: ٢٣٩؛ المكاسب للشيخ الأنصاري: ٩٩.

ص: ٨٧

و ثانيها: قصد إنشاء أثر العقد، كإنشاء النقل في البيع، والتزويج في عقد النكاح، وغيرهما، لكونه جزء السبب المؤثر إجماعا، و لازم ذلك اشتراط البتّ و القطع في العقد، والترديد يضاد الإنشاء القطعي، فلا يصحّ التعليق على أمر واقع غير معلوم الوقوع، لمنافاته الإنشاء البتّي، و به صرح جماعه كثيره من أساطين الفقه، مضافا إلى كونه معقد الإجماع.

و ثالثها: دلالة لفظ العقد على هذا الإنشاء القطعي، لغه و عرفا، و لا يكفي مجرد القصد الخالي عن اللفظ الدال عليه، ضروره و جوب مطابقه صوره اللفظ للمعنى المقصود و لازم ذلك عدم صحه التعليق على أمر واقع و إن كان معلوم الوقوع للعاقده لأنّ مدلول اللفظ على ما يتبادر منه عرفا و لغه (١)، الترديد و عدم القطع في الإنشاء.

المطلب الثاني: في بيان مشروعيه الشرط الواقع في ضمن العقد و صحته،

بمعنى استحقيقه المشروط له، و لزوم الوفاء به على المشروط عليه إلّا ما استثنى.

و الأصل فيه - بعد الإجماع عليه، المتطافر نقله (٢) في الجملة [الأخبار] المعتبره المستفيضه.

منها الصحيح (٣): «من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عزّ و جلّ، فلا يجوز له، و لا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون

عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عزّ و جلّ».

و نحوه الصحيح الآخر (٤): «المسلمون عند شروطهم إلّا كل شرط خالف كتاب

١- فى بعض النسخ: و لغه فلا يكفى إلّا بعد القطع بل مفاده التردد.

٢- جامع المقاصد ٤: ٤٣١: كفايه الأحكام: كتاب البيع، الفصل الخامس فى الشروط:

٣- وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٤٠.

٤- نفس المصدر: الروايه ٢٣٠٤١.

ص: ٨٨

الله تعالى فلا يجوز».

و الحسن (١) عن الشرط فى الإماء أن لا- يباع و لا يوهب، قال: «يجوز ذلك فى غير الميراث، فإنّها يورث، و كل شرط خالف كتاب الله عزّ و جلّ فهو ردّ».

و مرسل جميل (٢): فى رجل اشترى جاريه و شرط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث، قال: «نعم، ذلك لهم إلّا الميراث».

و نحوه مرسل آخر منه (٣).

و موثق ابن عمار (٤): أنّ عليا عليه السّلام كان يقول: «من شرط لامرأته شرطا، فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم، إلّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما».

و موثق منصور (٥): المتضمن لوجوب الوفاء بشرط الرجل للمرأة على عدم طلاقها و عدم التزويج عليها، معلّلا بأنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «المسلمون عند شروطهم».

و خبر عمّار (٦): قلت: جاء رجل إلى امرأه، فسألها أن يزوّجها نفسه، فقالت:

أتزوّجك على أن تلمس منى ما سألت من نظر أو التماس، و تنال: منى ما ينال الرجل من أهله، إلّا أنّك لا تدخل فرجك فى فرجى، و تلذذ بما شئت، فإنى أخاف الفضيحة، قال: «لا بأس، ليس له إلّا ما شرط».

و المصرحه بأنّه لا يخرج الرجل امرأته من بلدها إذا شرط لها.

و الدالّه على وجوب الوفاء بالوعد.

١- وسائل الشيعه ١٨: ٢٦٧، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الروايه ٢٣٦٤٦.

٢- نفس المصدر ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الروايه ٢٧١٢٨.

٣- نفس المصدر ١٨: ١٧، الباب ٦ من أبواب الخيار، الرواية ٢٣٠٤٤.

٤- نفس المصدر ٢١: ٣٠٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الرواية ٢٧١٢٩.

٥- نفس المصدر ٢١: ٧٣، الباب ٣٦ من أبواب المتعه، الرواية ٢٤٥٤٥.

٦- نفس المصدر ٢١: ٢٩٥، الباب ٣٦، الرواية ٢٧١١٧.

ص: ٨٩

و المستفيضة (١) المصرّحه بأنّ رسول صلّى الله عليه وآله و سلّم نصّ بأنّ من باع نخلا قد أبره، فثمرته للذّي باع، إلّا أن يشترط المبتاع.

إلى غير ذلك.

وجه دلالة تلك الأخبار من وجهين:

أحدهما: إنها تدلّ على مشروعيه كل شرط على حسب ما اشترط، و منه المأخوذ في ضمن العقد، لصدقه عليه، و حيث إنّه مأخوذ فيه على وجه الاستحقاق، و انعقد العقد عليه، فحكمه حكم أحد العوضين، لعدم رضی المشروط له بما يعطى عوضا عن متاعه إلّا مع هذا الشرط، و وقع إنشاء العقد على كونه منه و جزءا لما هو بإزاء متاعه، و لا فرق في ذلك بين ما إذا باع بدينارين، أو بدينار و شرط عليه ديناراً، أو أن يفعل كذا. نعم، يفترق عن الثمن و المثل في أحكام آخر، كجواز كونه منفعه في البيع دونهما، و اغتفار بعض الجهالات، و نحو ذلك.

و بالجمله، فلازم مشروعيته في ضمن العقد- على حسب ما اشترط- كونه لازما كنفس العوضين لعين ما دلّ على لزوم العقد بأجزائه، كالأمر بالوفاء به، و خصوص العموم الوارد في كلّ عقد.

و من هذا يظهر ما في كلام بعض الأفاضل، من كون الشرط بمنزلة الداعي، و قسم من الملزمات مستقلّ برأسه، و إن اعتبر في إلزامه وقوعه في ضمن عقد لازم، و العجب منه استدلاله- مع ذلك- على وجوب ضبط المدّه، بحيث لا- يحتمل الزيادة و النقصان، كقدوم الحاجّ في الخيار المشترط، بأنّ للشرط قسطا من الثمن، فيدخل فيما نهى عنه من الغرر.

١- وسائل الشيعه ١٨: ٩٢، الباب ٣٢ من أبواب أحكام العقود، الرواية ٢٣٢٢٣ و ٢٣٢٢٤.

ص: ٩٠

و ثانيهما: إنها تدلّ على وجوب الوفاء بما التزم به المسلم، إلّا ما استثنى، للتبادر المعتضد بفهم العلماء في جميع الأعصار، في أبواب الفقه، من غير نكير، و لكونها جملة خبريه مستعمله في الإنشاء بقريته الاستثناء، و لزوم الكذب لولاه، و ظاهرها الوجوب، و لاستدلال الإمام عليه السّلام على وجوب الوفاء، بكون المسلمين عند شروطهم، في جملة منها، و تصريح بعضها بالوجوب، كما في قوله عليه السّلام في موثق عمار: «فليف به»، فالاستشكال في دلالتها على الوجوب لا وجه له.

المطلب الثالث: في أن انعقاد الشرط يختص بالمذكور في متن العقد،

لا بما لا يقع في العقد أصلا، أو المذكور في أحد طرفيه قبله أو بعده.

أما الأول: فلاختصاص دلالة الأخبار بالوجهين المذكورين به دون غيره.

أما بالوجه الأول: فلأن الاستحقاق له عليه من جهة جزئيه العقد، فلا يتناول الفاقد للعقد.

و أما بالثاني: فلأن مقتضاه مجرد وجوب الوفاء، و هو حيث لا يتعلق بما في ضمن المعامله لا يفيد غير مطلق التكليف و العصيان في الترك، لا- اشتغال الذمه بحق الغير، على سبيل سائر الحقوق الماليه التي يمكن استيفاؤها من ماله مع المخالفه، و هذا غير المبحوث عنه في المقام، بل الظاهر الاتفاق على أن وجوب الوفاء في باب الشرط من القسم الثاني، مضافا إلى إمكان منع صدق الشرط على مجرد القول الخالي عما يوجب اللزوم من سبب شرعي أو عرفي، و لا- أقل من الشك في صدقه القادح في الاستدلال بها على مطلق الوجوب أيضا، بل القدر المتيقن في الصدق كونه مقترنا بعقد و نحوه، و معه يحصل الاستحقاق للمشروط له- أيضا- بما مر من وقوع الالتزام على هذا الوجه. و الظاهر أن هذا سرّ تخصيصهم الشرط بما في ضمن العقد، دون الواقع في خارجه، و منه ينقدح وجه عدم لزوم الوفاء بالشرط الواقع في ضمن العقد الفاسد أو المنفسخ بالتقاييل؛ لانتفاء حكم الجزئيه الموجب للزوم بانتفاء الكلّ.

ص: ٩١

و أما الثاني: أي المذكور في أحد طرفي العقد، فعدم لزومه ظاهر عبائر الأكثر، من التعبير عنه بالمذكور في ضمن العقد، و قد يصرح بما يذكر بين الإيجاب و القبول، فلا يعتد بما ذكر قبله، و إن بنى العقد عليه أو بعده، بل نفى عنه الخلاف- ظاهرا- بعض الأجله.

نعم، يظهر من بعض من عاصرناه الاعتداد بما بنى عليه، و إن لم يذكر في العقد، و من الشيخ في النهايه (١) الاكتفاء بما ذكر بعد العقد.

و كيف كان، فوجه عدم الاعتداد به ما ذكرنا آنفا و سابقا، من أن انعقاد الشرط و لزومه باعتبار جزئيته للعقد و تقريب دلالة الأخبار، فلا- يتناول الخارج عن العقد، و وجه القول بشموله للبعد غير معلوم، خصوصا مع الاختصاص دون القبل، و لذا ربما يتكلف في توجيهه بتزيله بما بعد الإيجاب خاصه، و للقول بما قبل العقد بأنه في حكم المذكور في العقد، فلا يصح بدونه.

و يضعف بأن ما يحصل به الرضا بالعقد على وجهين:

أحدهما: ما هو مجرد الداعي، بحيث لو لم يثق به لم يبادر بالعقد.

و ثانيهما: ما تعلق به إنشاء العقد، مضافا إلى كونه داعيا.

و ما يختلف به صحه العقد و فساده هو الثاني لتعليق إنشاء العقد عليه، من قبيل العوضين بخلاف الأول، فإنه ليس متعلق الإنشاء

إيجاباً و قبولاً، فلا تأثير له في العقد، و تقدّم البناء عليه لا يوجب جزئيته له (٢)، مع عدم دلاله لفظ العقد عليه بوجه،

١- النهاية و نكتها ٢: ١٣٥.

٢- و لا يتوهم أنّ المراضاه و المساومه فيهما وقع على الشرط و إقدام المشروط له إنّما حصل لوعده الشرط و تقرير المشروط عليه فمع التخلف يحصل الضرر، و هو منفيّ في الشريعة، فيجب عليه الوفاء به أو ثبوت الخيار للآخر. لاندفاعه بأنّ التقرير الموجب للضرر، إنّما يحصل عند اعتقاد المشروط له لزوم الوفاء على المشروط عليه و هو غير معلوم له، فإقدامه على ما لا يؤمن ضرره حصل بتقصيره و هو غير منفيّ كما سنتبه عليه في بعض المشارق الآتية. منه - دام ظله.

ص: ٩٢

غايه الأمر كونه قرينه لوقوع التراضي لغه بوفائه عليه، و مجرد ذلك بدون المراضاه الإنشائية بينهما، الحاصله بنفس العقد، غير كاف في التأثير على وجه الجزئيه.

نعم، لو أشعر به في العقد على وجه صحّ تعلق إنشائه بما يتركب منه، كان دخيلاً في العقد، و مجرد التيه الخاليه عما دلّ على إنشاء المنويّ في عقد المعامله غير مفيد.

المطلب الرابع: في حكم الشرط إذا امتنع عنه المشروط عليه،

و فيه أقوال:

الأول: وجوب الوفاء به على المشروط عليه، و إن امتنع أجبر عليه، كسائر أجزاء العقد، و ليس لأحدهما الفسخ قبل تعدّر الشرط و فواته، إلّا برضى الآخر، و الظاهر أنّه المشهور، و اختاره في السرائر (١) و الغنيه (٢) و المسالك (٣) و الكفايه (٤)، بل في الأولين الإجماع عليه.

الثاني: وجوب الوفاء، و إن امتنع فللمشروط له التخيير بين الإيجاب و لو بالرفع إلى الحاكم، و الفسخ.

الثالث: وجوبه، و إن امتنع فللمشروط له الفسخ، دون الإيجاب، نقل عن ظاهر الدروس (٥) بقوله: يجوز اشتراط سائغ في عقد البيع، فيلزم الشرط من طرف المشروط عليه، فإنّ أحلّ به، فللمشترط الفسخ؛ و هل يمكن إجباره عليه؟ فيه نظر. انتهى.

١- السرائر ٢: ٢٤٣.

٢- غنيه النزوع ١: ٩٧.

٣- مسالك الأفهام ٣: ٢٧٤.

٤- كفايه الأحكام: ٩٧.

٥- الدروس الشرعيه ٣: ٢١٤.

ص: ٩٣

الرابع: عدم وجوب الوفاء على أحد منهما، وإنما فائده الشرط جعل العقد عرضه للزوال عند فقد الشرط و لزومه عند الإتيان به.

الخامس: التفصيل المنقول عن الشهيد و هو أنّ الشرط الواقع في العقد اللازم، إن كان العقد كافياً في تحقيقه، و لا يحتاج بعده إلى صيغته، فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في عقد الرهن و نحوه، و إن احتاج بعده إلى أمر آخر، كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً.

و الأظهر الأول، لتعلق الحقّ عليه، بل لوقوعه جزء العقد، فحكمه حكم أحد العوضين، فعلى المشروط عليه أدائه لذي الحقّ، و على المشروط له مطالبه حقه، و لو بالإجبار عليه و رفع الأمر إلى الحاكم، و ثبوت الخيار مع كون العقد لازماً يحتاج إلى دليل ينفيه الأصل، و يحتاج إلى دليل، مع كون الفرض لزوم العقد من أصله، و يتضح من ذلك ضعف سائر الأقوال.

و الاستدلال الأخير بأنّ اشتراط ما العقد كاف في تحقيقه، كجزء من الإيجابين، فهو تابع لهما في اللزوم و الجواز، و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل من العقد، و قد علقّ عليه العقد، و المعلق على الممكن ممكن، مخدوش بمنع التعليق، بل هو التزم في نفس العقد بأمر مقدور، و إن كان الملتزم به منفصلاً، فله الإجبار عليه.

المطلب الخامس: في حكم ما إذا تعذر الشرط لفوات وقته و نحوه،

و إن لم يكن بتقصير من المشروط عليه، كما إذا شرط تسليم العوض في يوم معين، و لم يف به، أو سكنى دار في مدّة معينة، فانهدمت قبلها، أو منعه ملك آخر، فانطمس بالسييل و نحو ذلك.

و المشهور تخيير المشروط له بين فسخ العقد و إمضائه، بل عن جماعة الإجماع عليه، بل بلا خلاف فيه يعرف، و هذا الذي سمّوه في الخيارات بخيار الاشتراط، و صرّحوا به في كثير من صور التدليس في النكاح، كتزويج المرأة على أنّها بنت

ص: ٩٤

مهيره (١) فبانت بنت سريه، و على أنّها بكر فبانت ثيبه، و غير ذلك.

و استدّلوا عليه بأنّ الخيار مقتضى الشرط، و لعلّ وجهه أنّ التراضي على سبيل اللزوم وقع على هذا الشرط، فإذا انتفى كان له الرجوع إلى ماله.

و منعه بأنّ الظاهر من العقد الرضا بالانتقال مع التزم الشرط، و قد وقع الالتزام، و أمّا تحقيقه فهو أمر خارجيّ لا دخل له بالعقد، بل قد لا يلتفت في العقد على عدم تحقيقه، و إن كان باعثاً على العقد، فهو من قبيل سائر دواعي العقد المتخلفه عنه، مخدوش بأنّ تقييد العقد بالشرط - أي الإلزام - يدلّ ظاهراً على تعليق رضی المشروط له عليه.

و حيث إنّ مقصود المشروط له من الإلزام ليس مجردة، بل إيجاد الملتزم به و حصوله، فلفظ الشرط المقيد به العقد يدلّ بالدلاله العرفيه الالتزاميه على تعليق رضاه على تحقق الملتزم به، و لما كان تعليق رضاه بنفس العقد على تحقيقه غير معلوم، لحصول

الغرض بالتعليق في مجرد اللزوم و استمرار العقد، على أنه لو لم يحصل كان له الفسخ، فهو القدر المحقق من التعليق، سيما بملاحظه أن التعليق في نفس العقد يوجب البطلان، فلا موجب لحمل اللفظ على المعنى الفاسد، مع عدم ما يقتضيه، بل يتعين الحمل على تعليق اللزوم الذي لا يوجب البطلان، و يعمل بمقتضاه، لأدله جواز الشرط المقتضى لصحة لوازمه التي منها انتفاء اللزوم بانتفاء الملتزم به، فيأذن، فالمعتمد ما عليه المعظم من ثبوت الخيار بتعدّد الشرط، مضافا إلى أدله نفي الضرر المقتضى للخيار في غالب موارد الفرض، كما استدّلوا بها على كثير من الخيارات.

١- بنت مهيره على فعيله بمعنى مفعوله: بنت حرّه تنكح بمهر و إن كانت متعه على الأقوى، بخلاف الأمه فإنّها قد توطأ بالملك.

ص: ٩٥

المطلب السادس: في بيان الشروط الفاسده.

قد استثنيت من الشروط الجائزه شرائط، اختلفت كلماتهم في تحريرها، و جمله ما ذكره خمسه: الشرط المنافي لمقتضى العقد، و الشرط المخالف للكتاب و السنه، و الشرط الذي أحلّ حراما أو حرّم حلالا، و الشرط المؤدّي إلى جهاله أحد العوضين، و الشرط الغير المقذور.

و ربما يرجع بعضها إلى بعض، فيقتصر به عن ذكره، كما يقال: إن المخالف للكتاب و السنه، يغني عن المؤدّي إلى الجهاله، لكونه معامله غريبه منهى عنها في السنه، و كما عن جماعه من تفسير المخالف لهما بما يخالف مقتضى العقد، نظرا إلى مخالفته لما جعله الشارع مقتضاه.

و نحن نبين جليته الحال في كلّ منها بعنوانه، و نكشف حجاب الارتباب عما هو المعنى المقصود منه، الذي وقع فيه الإشكال و الخلاف بين الأصحاب. فنقول:

أمّا الأول: فالمراد به الشرط المنافي لمدلول العقد لذاته، أي لما هو ماهيته عرفا أو شرعا، أو لماله مدخليه في صحته شرعا، أو لما يلزمه كذلك، بحيث لا ينفكّ منه، فإنّ جميع ذلك مناف لما هو مقتضى العقد بذاته الغير المتخلف عنه.

و وجه بطلانه ما سمعت من أنّ استحقاق الشرط و لزومه إنّما هو باعتبار وقوعه جزء العقد، و هذا فرع بقاء العقد على مقتضاه الذي هو معنى صحته و ترتّب الأثر الموضوع له عليه، فإذا كان الشرط مخالفا له، كانت صحه الشرط مقتضيه لفساد العقد المقتضى لفساد الشرط، فيلزم من صحته عدمها، فيكون باطلا، فعلى هذا لو شرط عدم تملك العوضين، أو عدم تسليمه، كان باطلا، لأنّ العوض من أركان ماهيته البيع، فإذا انتفى ينتفى.

و من أمثلته ما ذكره من شرط عدم الانتفاع به أو كون المنفعة للبائع، و ربما

ص: ٩٦

يناقض ذلك بما اتفق على صحته من شرط المنفعة، كسكنى الدار للبائع في مدّه معينه، و شرط المرأه على زوجها أن لا يخرجها

من بلدها، كما هو المنصوص عليه، مع أنّ مقتضى البيع ملك المنفعة مطلقا، و مقتضى الزوجية تسلط الزوج على السكنى.

و منه اشتراط سقوط خيار المجلس و خيار الحيوان، مع أنّ عقد البيع يقتضيها.

و اختلفوا فى بعض الشروط، كشرط أن لا يبيع المبيع، أو لا يعتقه، أو لا يطأها، فقد يذكرونها فى أمثله كون الشرط منافيا لمقتضى العقد، لأن مقتضاه الملك و هو يقتضى جواز أنحاء المتصرفات، فالملك الذى هو مقتضى العقد ينافى هذا الشرط.

و استشكله فى التذكرة (1) فى شرط عدم البيع و عدم العتق، بل فى جملة من الصحاح (2) - بعد السؤال عن الشرط فى الأمه لا يباع و لا يوهب، فقال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث، لأنّ كل شرط خالف الكتاب باطل - كما فى بعضها - و مردود، كما فى آخر.

و ربما يذبّ عن هذه الإشكالات بوجه قاصره غير حاسمه لماده الإشكال، و الذى يختلج ببالى فى تحقيق المقام أن مقتضى العقد على قسمين:

أحدهما: ما كان داخلا فى حقيقته و ماهيته، بحيث لا يتحقق العقد بدونه، شرعا أو عرفا، من غير توسط جعل آخر فى ترتيبه عليه، كالعوضين للبيع و النقل بالمعاوضه.

و ثانيهما: ما ليس داخلا فى حقيقته، و لكن رتبته الشارع على مقتضاه بتوسط دليل غير دليل شرعيه العقد، بواسطه أو وسائط، كالسلط على المبيع الذى جعله

١- تذكره الفقهاء ١: ٤٨٩.

٢- وسائل الشيعه ١٨: ١٦، الباب ٦ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٤٢؛ و ٢٦٧، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الروايه ٢٣٦٤٦.

ص: ٩٧

الشارع أثر الملك الذى هو مقتضى البيع، بقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم»، و نحوه، و خيار المجلس الذى رتبته على النقل الحاصل بالبيع، و جواز الوطاء المترتب على الزوجية الحاصله من النكاح، و التسلط على سكنى الزوجية المترتب عليها، و نحو ذلك.

فما كان من الأوّل فلا شبهه و لا خلاف فى بطلان المنافى له، و وجهه ظاهر مما مرّ. و أمّا الثانى، فاللازم فيه ملاحظه الدليل المقتضى لترتبته على مقتضى العقد، فإن علم بإجماع أو نحوه عدم انفكاكه و عدم تخلفه عنه مطلقا، كحرمه أمّ الزوجه اللازم للزوجيه و نحوها، فالشرط المنافى له باطل أيضا، لعين ما مرّ، و إن علم تخلفه بسبب الشرط، و إن لزمه عند الإطلاق، كخيار المجلس و خيار الحيوان الذى دلّ الإجماع على تخلفه عنه بالشرط، كما يتخلف عنه بغيره أيضا، كإسقاطه بعد العقد و التصرف، فلا كلام فيه أيضا، و يصحّ الشرط، و إن لم يعلم شىء منها، سواء علم إمكان التخلف بسبب غير الشرط لدليل دلّ عليه بخصوصه، أو لم يعلم ذلك أيضا، فهو على حسب نظر الفقيه، فإن لم يثبت له دليل عامّ على سبب العقد لهذا الأمر، و احتمال

اختصاص اقتضاء العقد خلافه بالمجرد عن الشرط، فيحكم بصحة الشرط عملاً بعموم أدلّه الوفاء به، وإن ثبت له دليل كذلك، فمقتضى النظر بطلان الشرط، خصوصاً مع اعتضاده بأصل الفساد، مضافاً إلى كون الشرط - حينئذٍ - مخالفاً للسنه المقتضيه للترتب والسببيه، ولا يلاحظ فيها التعارض مع أدلّه الشرط، لاختصاص الأخير بما لا ينافي مقتضى العقد، حسب ما مرّ، وعلى الفقيه تدقيق النظر في كلّ مجال، لكي لا يشتبه عليه حقيقه الحال.

وبهذا يرتفع الإشكال عن الأمثله التي ذكروها، من عدم جواز شرط عدم انتفاع المشتري بالمبيع، و جوازه في زمان معين، و عدم جواز شرط عدم الوطاء في

ص: ٩٨

النكاح الدائم، و جوازه في المتعه، و جواز أن لا يخرج الزوجه عن بلدها، و أمثال ذلك، لكون الإجماع هو الفارق بينهما.

و يشبه أن يكون مبنى الإجماع ما يقتضيه الاعتبار، من أنّ غرض الشارع من البيع حصول الملك، و الغرض منه الانتفاع به و لو في الجملة، فشرط عدمه مطلقاً ينافي الغرض من وضعه، و منه النهى عن بيع الغرر، ممّا يعدّ سفهاً، بخلاف شرط في زمان معين، و به يوجه المنع فيما ذكروا من اشتراط أن لا يبيعه و لا يعتق و لا يطأها و استشكله في التذكرة، و ورد جوازه في الإماء، و كذا الغرض من وضع النكاح الدائم التوالد و التناسل، فشرط عدم الوطاء ينافيه، بخلاف المتعه، فإنّ المقصود من وضعها مطلق التمتع، و هو يحصل بغير الوطاء أيضاً، و لذا لا يجوز شرط عدم التمتع مطلقاً فيها.

فإن قلت: قوله عليه السّلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (١)، يدلّ على جواز جميع التصرفات في جميع الأحوال في الملك الذي هو مقتضى البيع، فلا يصحّ شرط عدم التسلط و لو على بعضها، كعدم العتق أو سكنى الدار في زمان معين، و هو خلاف ما ذكروه.

قلت: صحه الإلزام و الالتزام بالشرط في ترك بعض التصرفات من مقتضى عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» - أيضاً - و لسبقه يقدم، كمن أوجب على نفسه بنذر أو شبهه أن يبيع أو لا يبيع ملكه، مع أنّ دلالة الإطلاق المذكور على جواز جميع أنحاء التصرفات في جميع الأحوال غير ظاهره، و لذا لا يستدلّ به على جواز الوطاء في دبر الأمه، في مقابل أدلّه المنع (٢) و كيف كان فلس المقصود في

١- عوالى اللآلى ١: ٤٥٧، الحديث ١١٨؛ بحار الأنوار ٣: ٢٧٢، الحديث ٧.

٢- و أيضاً مدلول خيار الشرط وارد و مزيل لمدلول قاعده التسليط على الملك، فإنّ الثانى في مقام بيان الحكم الأصلى، و الأوّل في بيان تشريع السبب المزيل لبعض السلطنه، من قبيل ما ورد من حرمة الأكل من ماله في التخمة في مقابل القاعده المذكوره و سنّبه على تفصيل ذلك في بعض المشارق الآتية منه - دام ظلّه.

ص: ٩٩

المقام خصوص الموارد، بل تعيين المناط فيما ليس له دليل خاصّ، و هو ما بينا.

و أما الثاني: أى الشرط المخالف للكتاب و السنه، فلا خلاف فى عدم الاعتداد به، - أيضا- و استفاضت عليه النصوص:

منها، مضافا إلى كثير مما تقدم روايه ابن فضال (1)، فى امرأه نكحها رجل، فأصدقته المرأه، و اشترطت عليه أن بيدها الجماع و الطلاق، قال: «خالف السنه، و ولى الحق من ليس أهله، و قضى أن على الرجل الصداق، و أن بيده الجماع و الطلاق، و تلك السنه».

و قريب منها روايه محمد بن قيس (2)، و مرسله مروان بن مسلم (3)، عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: ما تقول فى رجل جعل أمر امرأته بيدها؟ قال: فقال: «و لى الأمر من ليس أهله، و خالف السنه، و لم يجز النكاح».

و فى الصحيح (4): قضى على عليه السلام فى رجل تزوج امرأه، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهى امرأته، و إن لم يجىء بالصداق فليس له عليها سبيل، شرطوا بينهم حيث أنكحوا، فقضى أن بيد الرجل بضع امرأته، و أحبط شرطهم.

و غير ذلك من مستفيضة الأخبار، فلا شبهه فى عدم جواز هذا الشرط، و إنما الكلام فيما يراد منه، فإنه لا يكاد يسلم ظاهره عن مناقشه و مناقضه بأمثله اتفاقه،

١- وسائل الشيعة ٢٢: ٩٨، الباب ٤٢ من أبواب مقدمات الطلاق، الروايه ٢٨١٢٢.

٢- نفس المصدر ٢٢: ٩٣، الباب ٤١ من مقدمات الطلاق و شرائطه، الروايه ٢٨١٠٧.

٣- نفس المصدر ٢١: ٢٦٥، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الروايه ٢٧٠٥٢.

٤- المصدر السابق مع اختلاف فى العبارة، فراجع.

ص: ١٠٠

فإنه إن أريد بمخالفته مخالفه لزومه، فالشروط السائغه كلها غير لازمه، قبل الشرط بمقتضى الكتاب و السنه، و لزمت من جهه الأمر بالوفاء بعد الشرط، فلا معنى لاستثنائها، و إن أريد مخالفه متعلق الشرط، لما ثبت من الكتاب و السنه، سواء كان ثبوته منهما بأصل الشرع، كما قيل، كشرط استرقاء الحرّ، و استباحه بضع محرّم و شرب الخمر و ترك التزويج و التسرى و نحوها، أو بتوسط العقد، كشرط عدم انتفاع المشتري من المبيع، و عدم انتقاله بالإرث، و كون الطلاق بيد الزوجه، و أمثالها، فينتقض بشروط أخرى جائزه، إجماعا و نصّا، كشرط سقوط خيار الحيوان و المجلس، و ثبوت الخيار و المنفعه للبائع إلى زمان معلوم، و عتق المبيع، و عدم إخراج الزوجه عن بلدها، و غير ذلك مما لا يحصى، فلا يتحصّل مناط التفرقه بذلك بين الشرط الجائز و غير الجائز، و لم يتّضح الفرق بين تعيين المدّه و عدمه فى شرط المنفعه.

و قد تصدّى جمع من المحققين دفعا لهذه الإشكالات، و ضبطا لمناط الفرق بينهما لتوجيه الحديث و تنزيله إلى محامل بعيده، و هى - مع بعدها - غير حاسمه لمدّه الإشكال.

فمنهم من جعل الضابط فى الشرط الجائز ما لا يخالف مقتضى السنه بأصل الشرع، لا بتوسط العقد، استشهادا له باتفاقهم على صحه شرائط يخالف مقتضى السنه بتوسط العقد، كشرط عدم الانتفاع مدّه معينه، و شرط سقوط خيار المجلس، و نحوهما.

و هو منتقض بصحة شرط عدم الانتفاع من مال آخر له غير المبيع مدّه معلومه، و عدم تزويج امرأه معينه، و نحوهما المتفق على صحته مما لا يحصى.

و قال آخر: الفارق بين الجائز و غير الجائز ورود النصّ بخصوصه على جواز

ص: ١٠١

خلاف الشرط، فلا يجوز شرط عدمه، كتزويج الزيادة على الواحد، بقوله تعالى:

فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ (١) عوائد الأيام: ١٤٤.

(٢)؛ أو بالعموم، فيجوز، كتزويج المرأة الفلانية، و هو كما ترى مجازفه صرفه.

و قال المحقق القمي (٣): المناط في مخالفه السنه اشتراط ترك مباح على وجه القاعده الكليه دون خصوصيه فرد، نظرا إلى أنّ متعلّق الحكم الشرعي هو الكلّي، و تعلّقه بالجزئيات باعتبار تحقق الكلّي في ضمنها، فشرط ما يخالف الكلّي يخالف السنه، مثل ترك التزويج و التسرى و جعل الخيره في الطلاق و الجماع بيد الزوجه، المخالف لقوله تعالى الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (٤) عوائد الأيام: ١٤٤.

(٥)؛ و أما ما يخالف الجزئي، كعدم تزويج امرأه معينه، فليس مخالفا لما تعلّق به الكتاب و السنه.

و فيه المناقشه - أيضا -: أما أولا، فلاّنه لا شاهد للفرق بهذه الاعتبارات مع التساوى في صدق تعلّق الحكم الشرعي بهما لغه و عرفا، و لو هو بواسطه الكلّي أيضا، و أما ثانيا فلاّنّ انتفاء الحكم عن الجزئي بالشرط ينافي كليه الحكم الشامله له الثابته بالشرع، فيخالف الشرط الحكم الكلّي - أيضا -، و أما ثالثا، فلاّنّ كلّ شرط لا ينفكّ عن خصوصيه لم يعتبر في الحكم الكلّي، و لو هي خصوص المشروط له، فلم يبق مورد للاستثناء، و التفرقه بين الخصوصيات تحكّم.

و قال والدى العلّامه (٦): إنّ المراد بالشرط المخالف للكتاب و السنه أن يشترط حكما خالف حكمها، سواء كان من الأحكام الطلبيه أو الوضعيه، و ذلك كما أنّه

١- النساء

٢- : ٣.

٣- رساله الشروط المطبوعه مع غنائم الأيام: ٧٣٢.

٤- النساء

٥- : ٣٤.

٦- عوائد الأيام: ١٤٤.

ص: ١٠٢

ثبت منهما أنّ أمر المرأة ليس بيدها، فشرط كونه بيدها، و ثبت أن الطلاق بيد الزوج، فيشترط أن لا يكون بيده، و ثبت أنّ الناس مسلطون على أموالهم، فيشترط أن لا يكون مسلطا على أمواله أو على مال معين، و ثبت أنّ الخمر حرام، فيشترط أن يكون حلالا، إلى غير ذلك، و أمّا اشتراط أن لا يتصرّف المشتري في المبيع مدّه معلومه، فهو ليس مخالفا للكتاب أو السنه، إذ لم يثبت منهما تصرّفه، بل إنّما ثبت جواز تصرّفه، و المخالف له عدم جواز تصرّفه، فلو شرطه كان باطلا.

فإن قلت: شرط عدم تصرّفه يستلزم عدم جواز تصرّفه، فيخالف السنه - أيضا.

قلت: لا نسلم أنّ الشرط يستلزم عدم جوازه. نعم، إيجاب الشارع للعمل بالشرط يستلزم عدم جواز التصرف، و ليس المستثنى شرطا خالف إيجابه أو وجوبه الكتاب أو السنه، انتهى خلاصه ما أوردناه.

و حاصله: أنّ المراد من الاستثناء بطلان شرط كان متعلّقه حكما طلبيا أو وضعيا خالف ما ثبت قبله من الكتاب و السنه، لا نفس الفعل، و إن صار بعد إنفاذ الشرط مخالفا لحكمه السابق، و به فسّر الشرط الآتى - أيضا - أى، ما حلّ حراما أو حرّم حلالا، كما سنشير إليه، و هذا التفسير و إن كان أقرب بالاعتبار، و أوفق بأكثر الأخبار من غيره، إلّا أنّه غير مسلم عن بعض المناقضة أيضا، لانتقاضه طردا بمثل شرط سقوط خيار المجلس أو الحيوان، و ثبوت الخيار مدّه معلومه، المجمع على صحّته، و نحو ذلك، مما ليس بفعل العبد، و عكسا بشرط فعل ثبت حرّمته بالكتاب أو السنه، أو ترك ما ثبت وجوبه، كشرط شرب الخمر، و استرقاق الحرّ، و ترك فريضه، و أمثالها، و بشرط فعل مباح أو ترك مباح كان لزومه و لو بالشرط مخالفا للسنه، كشرط عدم التزويج و التسرى، فإنّه غير جائز على ما تكرّر عليه نقل الإجماع.

ص: ١٠٣

و دفعه بأن شرط فعل الحرام و ترك الواجب ليس من جهه مخالفه السنه أو تحليل الحرام و عكسه، بل بوقوع التعارض - حينئذ - بين ما دلّ على حرّمه الفعل أو الترك، و بين أدلّه وجوب الوفاء بالشرط.

يمكن المناقشه فيه بأنّ هذا التعارض واقع غالبا فى المباحات - أيضا - كشرط عدم تزويج امرأه مدّه معينه، دلّ على إباحته قوله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ، و نسبة التعارض بين أدلّه وجوب الوفاء بالشرط و بينه مثل النسبه بينها و بين أدلّه الوجوب و الحرّمه فى الأوّل، و كون الإجماع مرجّحا فى الأوّل لا ينضبط به القاعده الكلّيه، بل يقتصر به على مورد اليقين، فلا يرتفع به الإشكال، بل وجب الرجوع فى الثانى فى غير ما علم صحّته بالخصوص بالإجماع إلى ما يقتضيه الأصل، لكون التعارض بين الدليلين بالعموم من وجه، فلا يحصل بذلك الضابط الكلّى فى الشروط الجائزه و غير الجائزه، و التفرقه بين الأمور المحرّمه، إلّا أن يجعل الإجماع مناطا فيهما، و هو - مع كونه منافيا لمقتضى الخبر - غير مطرد فى موارد الخلاف و الشبهه، و مع ذلك كلّه فحمل المخالفه للكتاب أو السنه على معنى اشتراط حكم يخالف حكمها مما يستدعى الدليل.

هذا ما وقفت عليه من كلماتهم فى توجيه الحديث، و هو - مع بعده غالبا - لا يهتدى إلى أمر محصّل مضبوط حاسم لمادّه الإشكال، و الذى يختلج ببالي و أظنه أسلم، بل سالما عن النقض و الإيراد، أنّ فائده الشرط المقصود من قولهم:

المؤمنون عند شروطهم، ما تعاهد عليه المشترطان، و حيث إنّ هذا يعمّ جميع ما تعلّق به الشرط و وقع عليه الإلزام، استثنى عليه

السلام منه ما يخالف مقتضى الشرع من الأفعال والأحكام.

و تفصيل ذلك: أن ما يلتزم به بالشرط: إما من باب الأفعال والتروك، أو من قبيل

ص: ١٠٤

الأحكام الطلبية أو الوضعية. والأول: إمّا عمل سائغ شرعاً أو محرّم، من فعل معصية كشراب الخمر، أو ترك فريضة كترك الصوم، أو تشريع حكم يلتزم بفعله بعد الشرط، ونحو ذلك، والثاني: أى اشتراط الحكم إمّا يكون مما يتحقّق شرعاً باشتراط الفعل الجائز، ويلزمه كاشتغال الذمه بالمبلغ للمشروط له اللازم للالتزام بإعطائه، وعدم تسلط الزوج على إخراج الزوجه من بلدها اللازم للالتزام بعدم إخراجها، وسقوط الخيار اللازم بشرط عدم الفسخ، والخيار اللازم بشرط الفسخ متى شاء، ووجوب الكون اللازم بشرط ترك الحركة، وحرمة الإقامة اللازم للالتزام بالسفر، وأمثال ذلك، من الأحكام التى يكفى فى تحققها شرعاً مجرد الالتزام بالفعل الجائز، أو لا يترتب شرعاً على مجرد الإلزام بالفعل السائغ، بل هو إمّا لا يتغيّر عما هو فى أصل الشرع باختيار من المكلف، كالتوريث والطهارة والنجاسة ونحوها، أو يتغيّر بسبب اختيارى من المكلف فى الكتاب والسنة، غير مجرد الشرط، كحرية الرقّ المسببه شرعاً عن تحريره بالعتق، والرقية المسببه عن الاختلاس من دار الحرب، والوقف المسببه عن صيغته الوقف، وأمثال ذلك.

فهذه اقسام أربعة لا شك فى دخول الأول- أى الفعل السائغ- فى المستثنى منه، وكونه شرطاً جائزاً. نعم، إذا كان الفعل واجبا كصلاة الفريضة، كان الشرط يؤكّد وجوبه، ولا- ضير فى الواجبات الشرعية، كما فى نذر الواجب، ولا ينافى لزوم الشرط مقتضى الكتاب والسنة الدال على عدمه قبل الشرط، كقوله تعالى:

فَمَا نَكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١)؛ المنافى للزوم عدم تزويج امرأه بالشرط، وَالرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (٢)؛ المنافى لشرط عدم إخراجها من البلد ونحو

١- النساء (٤): ٣.

٢- النساء (٤): ٣٤.

ص: ١٠٥

ذلك. لأن لزومه ليس متعلق الشرط، بل هو مقتضى دليل وجوب الوفاء به، والمفروض هو ترجيحه على ما ينافيه، والفراغ عنه بما مرّ فى المطلب السابق، بل لا- تعارض بينهما حقيقة؛ فإنّ الأحكام الشرعية يتغيّر بتجدد الأسباب، كحكم إباحة الفعل قبل الشرط، فإنّه كان حكمه الأصلي، و صار لازماً بسبب الشرط، و هل النسبه بينهما إلّا كنسبه «الناس مسلّطون على أموالهم»، و «أحلّ الله البيع»، الراجع للتسلط، فلا يلاحظ الترجيح فى خصوص الموارد، بل هما من باب الوارد والمورود.

و كذا لا شكّ فى دخول الأخير فى المستثنى، أى المخالف للكتاب أو السنة، كشرط عدم الإرث، و رقيه الحرّ، و حرّيه العبد.

و الظاهر أنه لا ينبغي الشك في دخول الثاني- أى شرط فعل الحرام- في المستثنى- أيضا- و لكونه المتبادر بالأذهان و متفاهم الأصحاب، فإنه يصدق على شرب الخمر المتعاهد فعله و الإلزام به كونه مخالفا لمقتضى الكتاب و السنه.

و أما الثالث: أى شرط نفس الحكم المترتب على إلزام فعل جائز، كشرط اشتغال الذمه و سقوط الخيار و نحو ذلك، فالظاهر جوازه- أيضا-؛ لعموم أدله الشرط، و عدم مخالفته للكتاب أو السنه، بل هو موافق للسنه الواضحه لحكم الشرع بالسببيه الرافعه للحكم السابق، كما علمت، و منع اشتراط قدره على نفس متعلق الشرط، بل يكفي قدره على سببه الذى هو الإلزام الذى هو المقدور له، فهو من قبيل التعبير عن الملزوم باللازم، فلا يخرج الحكم المشروط عن قدرته حقيقه.

و لا- يتوهم أن اشتغال الذمه إنما يحصل بعد الشرط و الإلزام و اعتبار المتعلق قبله، فجعله متعلقا لا يخلو عن دور، لأن ذلك يستحيل فيما كان من باب الأخبار و القضايا، دون ما هو من الإنشاء الذى يعتبر فى العقود الشرعيه، فإن تحقق المتعلق إنما هو بنفس الإنشاء كما فى الرهن بنحو جعلته مرهونا، و فى الطلاق بقوله هي

ص: ١٠٦

طالق، و فى الضمان بأنا ضامن، و غير ذلك، و الشروط الشرعيه من باب الإنشاء أيضا.

و أما الشرط الثالث، أى الذى أحلّ حراما أو حرّم حلالا، فقد وقع التصريح بعدم الاعتداد به فى موثق إسحاق بن عمار (١)، بل لا كلام فى عدم جوازه، و الإشكالات الواردة فى الشرط السابق يتأتى هنا أيضا، نظرا إلى أن بناء الشرط على تحريم ما استبيح و إباحه ما حرّم، لكونه مقتضى الإلزام، فإنه يحلّ للمشروط له المطالبه بالشرط و لو جبرا، و يحرم على المشروط عليه الامتناع عنه على عكس حكمهما قبل الشرط، و كذا يرد عليه ظاهرا النقض بكثير من الأمثله المتقدمه، و تكلفوا فى تفسيره بما تكلفوا به فى الشرط السابق، و لا يخلو شىء منه عن النقض و الإشكال. و الصواب ما حققنا فيه من أن المراد به الإلزام بفعل محرّم كاسترقاق الحرّ و شرب الخمر و تزويج الخامسة، أو بترك حلال لا يجوز فى الشرع الإلزام بتركه، كترك وطء الزوجه، أو الالتزام بحكم يستلزم العمل بأحد هذين المحذورين، و يظهر لك بالتأمل الصادق تطبيق ذلك على التفصيل السابق فى فقه الحديث.

و أمّا الرابع: أى الشرط المؤدى إلى جهاله أحد العوضين، و فى حكمها الجهل الغير المغتفر فى العقد و إن لم يؤد إليها، فالتحقيق فيها أن الجهل المتعلق بالشرط على وجوه:

أحدها: كونه مؤديا إلى جهاله أحد العوضين، بمعنى تردده بحسب الواقع فى أحد الأمرين أو أكثر سواء كانت فى عينه، كأن يبيع بدينار عراقى و شرط: «إن حدث كذا كان الثمن فرس كذا»، أو فى قدره، كأن شرط: «إن حدث كذا كان الثمن دينارين»، أو فى صفه، كأن شرط: «إن حدث كذا، كان الدينار روميا»،

و هذا الشرط باطل اجماعا، و وجهه- مضافا إلى استلزامه في الأكثر الغرر المنهى عنه غالبا- أمران:

أحدهما: كونه منافيا لمقتضى العقد، و قد عرفت فساد.

و الثاني: أنه يوجب عدم تعين العوض حال العقد، و توقف تعيينه على أمر سيوجد، و هو ينافي استقلال العقد في السببه، الذي هو مقتضى الأدله، حسب ما تقدم.

و منه ما إذا باع إلى سنه و شرط: «إن حدث كذا كان الثمن معجلا عنده» لمدخله المدّه في العوض، و لا يذهب عليك أنه أن شرط هبه بعض الثمن أو إعطاء دينار مضافا إليه إذا حدث كذا، أو إعطاؤه معجلا عنده، ليس هو مما يؤدى إلى جهاله العوض.

و لا يتوهم اتحاد مآل الشرطين بما تقدم بيانه في تفصيل الشرط المخالف للكتاب، فلازمه بطلان الثاني- أيضا.

لأنّ وجوب الإعطاء أو الإبراء بالشرط في الثاني، لازمه اشتغال الذمه بالمشروط به أو التزامه عنه، لا صيروره الثمن زائدا أو ناقصا، و المبطل هو التردد و التعليق في الثمن، لا في حصول المشروط به.

و كون الشرط قسطا من العوض لا يوجب الجهل به، إذ القسط منه هو الاشتراط، و هو الإلزام بالمبلغ أو نحوه عند حدوث كذا، لا نفس المبلغ، و شتان ما بينهما.

و ثانيها: كون الجهل مستلزما للغرر المنهى عنه، و إن لم يرجع إلى الجهل بأحد العوضين بعينه، بل إلى ما يتعلّق بالعقد، مما يتفاوت به النفع و الضرر، و يختلف فيه الأغراض عرفا المجهول (١) عند المتعاقدين، و إن تعين بحسب الواقع، و سيجىء تحقيق القول في الغرر و الشرط الغررى، و دليل فساد في بعض المشارق الآتية-

١- في نسخه: عرفا أو المجهول.

ص: ١٠٨

إن شاء الله تعالى- (١).

و من هذا الباب ما اتفقوا على بطلانه من شرط الخيار في مدّه مجهوله أو محدوده بحدّ غير مضبوط يحتمل الزيادة و النقصه، كقدوم الحاجّ و إدراك الثمرات، و نحوه التحديد بما لم ينضب به مبدأ الخيار، كإتيانه إلى سنه من حين التفرق. نعم، إذا كانت المدّه مضبوطه، و لكن علّق الخيار على اقتران الفسخ بأمر لا- نعلم وقت حصوله في أثناء المدّه المعينه، سواء كان من فعل المشروط له أو غيره، صحّ الشرط، كقسط (٢) المدّه إلى سنه و نحوها، بشرط أداء الثمن فيها، كما ورد في النصوص المستفيضه (٣).

و منه يظهر الفرق بين تعليق الفسخ على قدوم الحاجّ إلى سنه، أو على حياه المشروط له فيها فصّح الشرط، و بين تحديد المدّه بقدومه أو حياه و نحوها فبطل، و إن اشتركا في الجهل بزمانه، و سندكر وجه الفرق بينهما في البحث الآتى- إن شاء الله تعالى-

و أنّ الجهالة فى أصل المدّة يرجع الغرر فيه إلى نفس العقد، بخلاف الثانى، فانتظر.

و ثالثها: كون الجهل واقعيًا، بمعنى عدم تعيين المشروط المجهول فى نفس الأمر، و إن لم يرجع إلى أحد العوضين، كأن يبيع بمائه و شرط له سكنى هذا الدار، من غير تعيين المدّة.

١- عبارات هذا المشرق مختلفه فى النسختين فى بعض المواضع و ما أثبتناه فى المتن موافق لنسخه «س».

٢- كبسط (خ).

٣- كروايه سعيد بن يسار؛ أنظر وسائل الشيعة ١٨: ١٨، الباب ٧ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٤٥.

ص: ١٠٩

و التحقيق فيه: أنّ الجهل - حينئذ - إن كان مؤديًا إلى العوض أو الغرر، فحكمه ما مضى من البطلان، و إلّا فالمشروط: إمّا نفس الفعل الملتزم به، كإعطاء دينار أو إسكان دار و نحوهما، فالمتّجه فيه الصحّة، لعدم احتمال مانع سوى لزوم تعيين متعلق الشرط على ما سيجىء، و هو مدفوع بتعيينه على الوجه الكلى، و هو ما صدق عليه فعل الشرط على حسب ما تعلق به لفظ الشرط، و لزوم تعيينه بالفرد عند الوفاء به من باب المقدمه، و هو موكول بحسب دلالة اللفظ إلى خيره الفاعل.

و بالجملة متعلق الشرط - حينئذ - غير متعلق الفعل، و الأوّل متعين، و الثانى غير لازم التّعين فى الشرط، و الفرق بينهما ظاهر، و لذا لا يصحّ الرهن بما يعادل من ماله الدين من غير تعيين، و يصحّ ذلك فى الشرط، كأن يقول: بعتك هذا بعشره دنانير، و شرطت عليك أن تجعل لى مرهونا يعادلها من مالك.

أو يكون متعلق الشرط غير فعل الشرط، و هو: إمّا كلى تساوت أفرادها، كأن يشترط له دينارًا عراقيا أو رطلا من الحنطه، فالوجه فيه الصحه - أيضا - لتعيين الحقّ الذى تعلق به الشرط، و هو الكلى بما هو كلى، و عرفت أنّ لزوم التّعيين بالفرد عند الوفاء به إنّما هو من باب المقدمه، و حيث لا اختلاف فى خصوصيات الأفراد المختلف به الأغراض، لا يضرّ عدم تعيينه فى الشرط، بل على الشرط الواجب عليه الوفاء تعيينه بواحد منها، كما لا يضرّ عدم تعيينه فى العقد إذا كان أحد العوضين، كبيع رطل من الحنطه بهذا، أو بيع هذا بدينار.

أو هو كلىّ مختلف الأفراد، كأن يشترط له فرسا، فلا يبعد فيه البطلان، فمتعلق غرض المتعاقدين فى مثل ذلك إلى الخصوصيه - أيضا - عادة، و هى غير متعينه، و ليس فى لفظ الشرط ما دلّ على كونه بتعيين الشرط، فيستحيل تعلق الحقّ بها.

نعم، لو فرض كون المقصود مجرد الماهية بأى فرد تحققت و لو على تفاوت مراتبها،

ص: ١١٠

لم يبطل بذلك، و إن بطل من جهه الغرر.

أو جزئىّ مردّد بين شيئين أو أكثر، كأن يشترط له أحد هذين العبدين، فإنّه ظاهر فى عدم تعلق الشرط بالمفهوم الكلى، بل

بالخصوصية الغير المتعينة، فيتَّجه فيه البطلان لما ذكر، كما يبطل العقد إذا جعل ذلك أحد العوضين.

و رابعها (١) أن يكون الجهالة بغير ما ذكر من الوجوه الثلاثة مقتضى عموم الأدلّة صحة الشرط حينئذ و عدم بطلانه بها إلّا إذا ثبت بطلانه بها بدليل فيقتصر على موردته كما فى وجوب ضبط آخر المدّة فى خيار الشرط بما لا يحتمل الزيادة و النقصان الثابت بالإجماع و بطلانه بالتحديد بقدم الحاجّ و ادراك الثمرات و نحوهما و لا هكذا ضبط أوّل المدّة كما فى شرط حصول اختيار للبائع برّد الثمن و دلّ عليه النصوص كالموثق عن رجل مسلم احتاج إلى بيع و لو لا مشى إلى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه و تكون لك أحبّ إلىّ من أن يكون لغيرك على أن تشرط لى أن جئتك بثمانها إلى سنه أن تردّها علىّ. قال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنه ردّها عليه.

و نحوه الصحيح.

و ينقدح من هذا أنّه لو شرط الخيار إلى مدّة حياه أحدهما أو ثالث بطل و لو شرط إلى عشرين سنه بشرط حدوث كذا أو بشرط موت فلان يصحّ و لو شرط إلى عشرين بشرط حياته ففيه إشكال لوقوع (٢) الجهل إلى آخر المدّة حقيقه حيث يفيد تحديد الغايه بأمرين:

أحدهما مجهول هو ثبوت المشروط له، و الأخرى معيّن هو انقضاء العشرين.

-
- ١- ليس فى النسخه المطبوعه و نسخه «س» قوله: «رابعها» إلى قوله: «و أمّا الخامس»، و أوردناه من نسخه «م» فى المتن.
 - ٢- لرجوع (خ).

ص: ١١١

نعم، إن قصد من شرط الحياه عدم الانتقال إلى الوارث يبطل من جهه أخرى هى مخالفته للسّنّه. و لو شرط الفسخ بلفظه إلى عشرين ففيه وجهان: من انقطاع اللفظ بالموت الذى هو مجهول فرجع الجهل إلى الغايه و من عدم تقييد المدّة به، بل هو قيد للشرط. و لعلّ الأوجه فيه الصحة و مراعاة الاحتياط أولى، بل ينبغى الاحتياط بالاحتراز عما كان الجهل فيه مثار النزاع مطلقا و إن لم يكن منع الغرر فيه ثابتا، بل قيل بالمنع، لأنّه لم يعهد نظيره فى الشرع بل المعلوم منه خلافه.

و أمّا الخامس: أى الشرط الغير المقذور، فلا خلاف فى بطلانه و اشتراط القدره عليه و لو فى بعض المدّة بقدر ما أمكن الوفاء به. و وجهه- مضافا إلى الإجماع و ظهور الأخبار فيه- أنّ المراد بالشرط- كما عرفت- هو الإلزام و الامتزام، و معنى شرعيته تحقّق اللزوم، و وجوب الخروج عن عهده مطلقا، أو إنشاء بقاء لزوم العقد على المشروط له، كما ربما يظهر عن بعضهم، من أنّ فائدته جعل العقد اللازم جائزا، كما سيجىء، و هو فرع القدره عليه أو على سببه، كان يكون فعلا مقدورا أو حكما يكفى فى ثبوته مجرد الالتزام به حسب ما مرّ، فلا ينعقد اللزوم بما ليس بمقدور.

ثمّ عدم المقدوريه إمّا من جهه تعدّد الفعل مطلقا، أو بالنسبه إلى المشروط عليه، أو من جهه كونه فعل الغير، كمجىء زيد يوم كذا، من غير أن يكون سببه مقدورا لمن شرط عليه، و منه بيع الزرع على أن يجعله الله تعالى أو المشتري سنبلًا، و الرطب على

أن يجعله تمرا، إلما أن يقصد به إبقائه إلى بلوغه سنبلًا أو تمرا، مع أنه لا يخلو عن شناعه- أيضا- لخروجه عن صورته الشرط المقدور، و عن المطابقيه بين اللفظ و المقصود، على ما أشرنا اليه فى بعض ما تقدّم، و لا بأس به مع وضوح المراد، أو كونه من الأحكام المخالفه للكتاب و السنه، أو المتوقّفه على سبب خارج من الشرط، كاشتراطه حليه بضع أو فرقه زوجته أو حرّيه عبده،

ص: ١١٢

من غير قصد سبب إيجاد سببهما من الشرط، فهذه كلّها من الشروط الغير المقدوره، و تكون باطله.

و يقع الإشكال فى بعض الأمثله، إلا- أنه بعد ما اتضح المناط يمكن دفعه بتأمّل دقيق فيه، كما إذا اشترط البيع من ثالث باعتبار توقّفه على رضاه، فهو من غير المقدور، و الظاهر أنه يبنى على الخلاف فى معنى البيع، فإن قلنا أنه نفس العقد المركّب من الإيجاب و القبول، لم يصحّ الشرط، لأنّ المركّب من فعله و فعل الغير ليس من فعله، فليس مقدورا، و تنزيله على الإيجاب خاصّه خروج عن حقيقه اللفظ، و إن قلنا بأنّه نقل الملك بعوض معلوم- كما هو المشهور- صحّ، لكونه من فعله، و إن كان من شرط تحقّقه قبول الغير. نعم، يتوقّف صدق القدره على العلم أو الظنّ بحصول القبول من الغير مطلقا، إن لم يعين المشتري أو خصوص شخص إن عينه، فإذا اتفق أن لا يرضى بالقبول كان للمشروط له الخيار.

المطلب السابع فى حكم العقد إذا فسد الشرط

المطلب السابع (١) فى حكم العقد إذا فسد الشرط

و فيه قولان: الصحه و البطلان، و الحقّ الثانى، وفاقا للمحكى عن الأكثر.

و لنبيّن:

أولا لتحقيق المرام، ما تداول بينهم من أنّ العقود تابعه للقصود، و ما اشتهر من أنّ الأصل فى المعاملات الصحه، و التوفيق بينه و بين أصل الفساد الذى هو معقد الإجماع.

فنقول: العقود أسباب شرعيه لآثار مخصوصه جعلها الشارع مترتبه عليها، و اللازم على الفقيه فى ذلك معرفه أمور ثلاثه: العقد الذى هو السبب و الأثر المسبّب له، و شرائط تأثيره و كيفيه ترتبه عليه، فإن علم الثلاثه بدليل خاص، أو عام فهو،

١- فى الأصل: المطلب الثامن، و الصحیح ما أثبتناه.

ص: ١١٣

و إلّا يجب الاقتصار فى كلّ منها على المعلوم، عملا بأصل الفساد المتفق عليه، و استصحاب عدم ترتّب الأثر، و قد يكون الأثر الثابت من الشرع مما يختلف كيفيته باختلاف إطلاق العقد، أو تقييده بشرط، أو خصوصيه للعوضين أو أحدهما، ككونه حيوانا أو نقدا و نحوهما، كما أن نقل الملك الذى هو أثر البيع يختلف لزوما و تزلزلا إلى مدّه من طرف أو الطرفين، و مستتبعا للمنافع

أو مجردا عنها إلى مدّه معينه، إلى غير ذلك من الوجوه والاعتبارات، و اللازم في جميع ذلك الاقتصار في الصحة على القدر الثابت بالأدلة الشرعيه.

ثمّ إنّه مما ثبت بالإجماع و يطابقه الأصل المذكور، اشتراط قصد إنشاء الأثر الذي ربّته الشارع عليه، فلو صدر بلا قصد، أو بقصد الإخبار أو إنشاء أثر آخر، كان باطلا.

و يعتبر في هذا القصد أمران:

أحدهما: أن يكون من لفظ العقد، فقصد به إنشاء الأثر المترتب عليه، فلا أثر لقصد لم يتعلّق بإنشاء العقد به، وإن كان الرضا بالعقد معلقا عليه، و كان من العلل الداعيه عليه، سواء كان هو من بعض الأحكام المترتبة على أثر العقد، كأن يكون غرضه من التزويج مجرد حليّه النظر إلى أمّ الزوجه، أو من الأمور الخارجه، كأن تزوّجها طمعا في مالها أو استخدامها، أو من بيع داره شراء دار المشترى باعتقاد كونه وسيله له، بل و إن وقعت المساومه بينهما عليه، فأمثال هذه الأغراض و القصود لا دخل لها بقصد الإنشاء المعترف في العقود، و لا- يتبعها العقد، و إن كان الرضا معلقا عليها، بل لا يؤثر في العقد، و إن كان اعتقاد المتعاقدين أو أحدهما ترتبه على العقد شرعا، على خلاف الواقع، كما إذا رضيت المتمتعه بعقد الانقطاع، بظنّ استحقاقها القسم و النفقه كالدائمه، بحيث لو لا هذا الاعتقاد لما رضيت بالتمتع.

ص: ١١٤

و لعلّه لم يتأمل في ذلك أحد من أهل العلم، فما قد يستشكل - بأنّ العقود تابعه للقصود، و ما قصد به هو التزوّج حال كونها مستحقه للقسم و النفقه، فلا يصحّ العقد - مردود، بأنّ مرادهم من تلك العبارة، هو المقصود من العقود، أى القصد المعترف في لفظ العقد الذي يتحقّق به الإنشاء، لا مطلق القصد.

و توهم أنّ الرضا بالعقد يتوقف عليه، فمع عدمه لا مرضاه، و لا هو تجاره عن تراض، و لأجله يكون باطلا، مدفوع بأنّ الرضا الفعليّ حاصل على الفرض، و هو كاف في صدق التراضى المشروط في العقد، و حصول الإنشاء على الرضا، و ما ليس فيه هو الرضا الفرضي، و حصول الضرر في بعض الفروض غير مانع عن الصحة، بل عن اللزوم أيضا، لإقدام نفسه عليه، و مثله غير منفيّ، و إن كان للجهل بالمسأله، كما في نظائر الفرض من موارد الأحكام، و قد أشبعنا الكلام فيما يتعلّق بذلك في مسأله نفى الضرر، في بعض الفوائد الآتيه.

و ثانيهما: قصد إنشاء الأثر الذي جعله الشارع بالأصالة مسببا له، فلو قصد إنشاء غيره بالعقد - و إن كان من لوازم هذا الأثر - كان العقد باطلا، لخروجه عن السببيه الشرعيه التي وضعها الشارع، و هو من مقتضى قولهم: العقود تابعه للقصود، فإن المراد عموم السببيه في الصحة و البطلان، فلو قصد بعقد النكاح إنشاء محرّمه أمّ الزوجه، و بعقد البيع استحقاق المنفعه، كان باطلا و بالجملة صحة العقد تابعه لما قصد إنشاؤه.

و لو كان العقد بإطلاقه سببا لأثر شرعا، و بتقييده بشيء سببا لأثر يخالف الأوّل نوعا أو وصفا (١)، و إطلاقا و تقييدا، أو بغير

ذلك من الاعتبارات و جب تطبيق العقد (٢)

١- فى «م»: وضعاً.

٢- فى النسخه المطبوعه: القصد.

ص: ١١٥

عليه، و مع تخلفه لم يكن صحيحاً، كأن يقصد بالنكاح المجرّد عن ذكر المدّة الزوجيه المنقطعه، أو بالعكس، و بالبيع المطلق إنشاء الملك المتزلزل بالخيار، و فى بيع الحيوان إنشاء الملك اللانزم، من غير ذكر الخيار فى الأوّل، و سقوطه فى الثانى، فمقتضى قاعده السببيه الموافق للأصل المتقدّم فساد العقد إلّا فيما خرج بدليل، لأن الأثر المقصود غير ما يقتضيه العقد شرعاً.

ثمّ العقد إن كان مدلوله اللغوىّ و العرفىّ متعيّنا و لو بتوسط القرائن المنضمّمه، لزم كونه المقصود بالإنشاء، و لا يصحّ لو قصد به غيره، للأصل المذكور، و لعلّه لا- خلاف فيه أيضاً، و إن لم يكن متعيّناً، بل قابلاً بحسب الدلاله اللفظيه لوجه أو أفراد مختلفه، كان تعيّن أحدهما منوطاً بقصد العاقد، فترتّب الأثر الشرعىّ للعقد عليه- حينئذ- موقوف على تعيّنه فى القصد، و إلّا بطل العقد، لاستحاله تعلق الحقّ بغير المعين و بطلان الترجيح بلا مرجّح، كما إذا قال: زوّجتك ابنتى، و لم يعيّنهما من بين بناتها، و إن عيّنهُ فهو المتعيّن، و يلزم عدم التدافع بين قصدى المتعاقدين.

و هل يشترط اطلاع القابل على ما قصده الموجب؟

لا شك فى الاشتراط فيما يكون الغرر فيه منها عنه، و أمّا فى غيره ففيه إشكال، من كون القبول واقعا على ما قصده الموجب، و هو متعيّن و إن لم يعلمه بعينه، و من كونه مشار النزاع المرغوب عنه فى الشريعه فى أكثر نظائر الفرض، و على الجملة فمما بيناه فى المقامين تبين ما هو المراد من قولهم: العقود تابعه للقصود.

و إذا اختلف المتعاقدان فى ما قصدا به، فالمعتبر، و إن كان قول القاصد، لأنّ القصد من الأمور القليه التى لا يطّلع عليها غيره، إلّا أنّ اللفظ إن كان له دلالة ظاهره بحسب العرف و اللغه، و لو لأجل القرينه، كما فى القسم الأوّل، نقدم قول من يطابق دعواه مدلول اللفظ، لأنّ الشارع أقام الألفاظ الظاهره فى معانيها مقام العلم

ص: ١١٦

به إجماعاً، و إن كان مقتضى أصل الفساد فيما يخالفه عدم ترتّب الأثر إلّا مع العلم بقصده ذلك الأثر، و إلى هذا ينظر قولهم: الأصل فى المعاملات الصحه، فلو قال:

بعتك هذا و ادعى قصد الإجاره، لم يسمع دعواه بمجردّها إلّا بقرينه شاهده عليه، مثله ما إذا قال: بعتك هذا بدرهم على أن تكرينى دايتك هذه يوماً، فظهرت الدابّه مستحقّه للغير، فمقتضاه نقل الملك منضمّاً مع الإكراء، فيبطل باستحقاق الدابّه للغير، فلو ادعى قصده إطلاق البيع لم يسمع، و إن احتمل صدقه إلّا إذا فرض تساوى الاحتمالين بحسب الدلاله، و القول بعدم سماع دعواه مع فرض التساوى- أيضاً- مدفوع بما ذكرناه.

و اذا عرفت هذا، فلنرجع إلى المقصود، أعني بطلان العقد بفساد الشرط، و نقول:

قد عرفت أنّ الشرط المأخوذ في ضمن العقد جزء له، و العقد هو المركب منه، و عرفت أنّ اللفظ يحمل على مدلوله، و كونه مقصود اللفظ، فهذا التركيب ظاهر في قصد إنشاء الأثر، مقيداً بالالتزام بالشرط، فالالتزام جزء الأثر المقصود بإنشاء في هذا التركيب، فإذا ظهر فساد الجزء فسد الكلّ، لتعلق القصد على وجه الجزئي، فلم يبق الباقي مقصوداً بالانفراد، فلا يترتب على العقد التركيبي أثر شرعيّ، بل على ما سمعت، من لزوم تطابق المدلول للقصد لو قصد الصحيح منفرداً من مثل هذا التركيب، لقلنا بفساده أيضاً (1).

فإن قلت: ذكرت في بعض ما تقدم عدم فساد العقد بفساد بعض العوض، بل لعلّه المتفق عليه في البيع، مع أنّ متعلق القصد فيه المركب أيضاً.

قلت: ما ذكرنا ثمه، لا تتأتى في الشرط، لأنّ وجهه فيما مرّ أنّ دلالة لفظ العقد

١- عبارات هذا المشرق مختلفه في النسختين في بعض المواضع و ما أثبتناه في المتن موافق لنسخه «س».

ص: ١١٧

على الأبعاض- و إن كانت تبعيه ارتباطيه- إلّا أنّها لا يستلزم التبعيه في الحكم المدلول بها، كما في قولنا: أكرم عشره، فإنّ دلالة العشره على الوحدات بالتبعيه التضمينيه، و لا هكذا تعلق وجوب الإكرام بها، بل كلّ واحد منها مقصود بإنشاء الحكم عليه منفرداً مستقلاً، و لذا لا- ينتفى حكم الكلّ بانتفاء البعض، و هو من قبيل قول الأمر: اكنس الدار، و هي موضوعه للماهيه المركبه من البيوت، فلا يسقط الحكم عن بعضها بانهدام بعض، إلّا مع قرينه ظاهره.

و كون المراضاه على الكلّ- لو سلّم- لا يستلزم قصد الجزئي في إنشاء نفس النقل و الانتقال- مثلاً- في مثل البيع و الصلح و نحوهما، غايه الأمر حصول المقصود بوقوع الخيار عند ظهور التبعض، لا- بطلان العقد، و كيف كان، فلا يبطل البيع- مثلاً- بالنسبه إلى الجزء الصحيح بما يقابله من العوض.

و أمّا الشرط، فإنّ الإلزام بما اشترط ليس مقصوداً بالانفراد قطعاً، و ليس (1) في مقابله للمشروط عليه عوض، فكيف يلتزم به مجاناً، و بالجمله ظاهر اللفظ كون المعاوضه مقيده و مرتبطه بالإلزام بالشرط فينتفى بانتفاء القيد، و لو قصد منه إنشاء النقل لا على وجه التقييد، فهو خروج عن مقتضى اللفظ. و به يحصل إشكال آخر في صحه العقد.

فالفرق بين جزء العوض و الشرط كالفرق بين قولنا: أكرم زيدا و عمروا، و قولنا أكرم زيدا بشرط أن يكون معه عمرو، فإنّه لا ينتفى حكم إكرام زيد بفقدان عمرو في الأول، بخلافه في الثاني.

و اتضح مما ذكرناه فساد الاحتجاج للقول الأول، بأنّ كلّ واحد من العقد و الشرط مستقلّ في إفاده معناه.

ص: ١١٨

ثم إن ما ذكرناه من فساد العقد و الشرط إنما هو من باب الأصل و القاعده، فلا ينافيه ما إذا ثبت فى مورد صحه العقد مع فساد شرطه، كما هو المشهور فى شروط عقد النكاح، مثل أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو شرط تسليم المهر إلى أجل، عدم كون العقد باطلا- مع التخلف، بل فى المسالك ظاهرهم - هنا- الاتفاق على صحه العقد، و ورد فيه أخبار معتبره، و قيل لا يتم فى النكاح أيضا قاعده يعتمد عليها فى هذا المطلب، و الله العالم بحقائق أحكامه.

ص: ١١٩

[المشرق الخامس] [فى بيان حكم المعاملات الإضراريه]

إشاره

مشرق: فى بيان حكم المعاملات الإضراريه، و أعنى بها الانتقالات المحاباتيّه الصادره عمّن له دين لا يفى ماله به، و إن كان الدين من قبيل المظالم.

فنقول: لا- إشكال فى صحه تملكاته بعوض المثل، لعدم المانع مع وجود المقتضى، و هو الملك. و كذا تملكه بأقل منه أو مجانا، إذا تمكّن من تحصيل ما يؤدى به دينه و لو بالاستدانه، إنما الكلام فى تملكه كذلك، أو إباحته، مع عدم العلم أو الظن المعتدّ به بالتمكّن منه، و لو بعد حين.

و تحقيق المقام، أنّ الكلام إمّا فى جواز إتلاف المالك ماله بنفسه زائدا على قدر مؤنته، أو إباحته للغير و تسليطه على الإتلاف، أو فى حصول الحليه للغير بإباحه المالك، و جواز قبول جائزته و تصرفاته و إتلافه له، أو فى صحه العقد الناقل و حصول الانتقال الشرعى به، فهنا مطالب ثلاثه:

أمّا الأول: فلا ينبغى الريب فى حرمة، لوجوب أداء الدين عليه، و انحصار مقدمته على الفرض بصرف ما فى يده من المال فيه، و ما لا يتم الواجب إلّا به واجب، فيحرم ضده، و هو إتلافه و صرفه فى غيره، و كونه ضدا خاصا و لا يقتضى

ص: ١٢٠

الأمر النهى عنه،- على ما هو المختار المشهور- غير نافع، لاندفاعه باختصاص ذلك بما إذا لم يكن الضدّ الخاصّ رافعا للتمكّن من فعل المأمور به ثانيا مع بقاء وجوبه، و إلّا- كما فى محلّ الفرض- فمقتضى التحقيق حرمة، كما بيناه فى الأصول، و لا يعارضه عموم الناس، لأنّ حرمة عقليه لا- ينفكّ عن وجوب أداء الدين، فلا- ينتفى إلّا بانتفائه الباطل بالإجماع القطعى، فلا يخصّص به، و مع ذلك فالعموم المذكور ظاهر فى الجواز الذاتى الأصليّ، و هو لا ينافى الحرمة العرضيه المسيبه عن سبب متجدّد، كما فى نظائر المقام مما لا يحصى، و يأتى بيانه فيما سيأتى.

و أما الثاني: فتفصيله أنّ من أباح له المالك، إمّا يعلم عدم تمكّن المالك عن أداء الدين من غير هذا المال، و مع هذا يحتمل صرفه فيه إن لم يقبل منه، أو أخذ الدائن عنه جبراً أو تقاضياً، أو لا يعلم ذلك، و إن علم لا يحتمل صرفه في الدين أو اقتدار صاحب الدين عن استيفائه منه.

فعلى الأوّل: فالظاهر أنّه لا- يحلّ له قبوله و إتلافه من غير التزام عوضه للدائن، لا لما استدللنا به على المنع على المالك، لعدم وجوب ذى المقدمه على غيره حتى يحرم عليه ضدّ مقدمته، بل لصدق كونه مضاراً على الدائن- حينئذ- بإتلاف ما ينحصر أخذ حقه فيه، و تفويت تمكّنه من وصول الحقّ، و تمكّن المالك عن إيصاله، و شهادته العرف بكون ذلك ضرراً للدائن، و الضرر منفيّ و محرّم بعموم أدلته.

نعم، لو عصى- حينئذ- و أتلف بإذن المالك فمقتضى النظر عدم ضمانه، لعدم اقتضائه نفى الضرر، كما يأتي تفصيله في قاعده نفى الضرر، و لأنّ قاعده الإلتلاف بعدم الضمان مع إذن المالك، و إن كان التصرف محرّماً، كما في أكل طعامه بإذنه في نهار رمضان.

ص: ١٢١

فإن قلت: في الأخبار الكثيره تجويز أخذ جوائز السلطان و مظالمه مستوعبه لما له عادة، و لا أقلّ من شموله له، و كذا دلّت عليه السيره المستمرّه المعلومه في قبول الناس جوائز السلاطين و الحكام و أضرابهم من غير نكير، و بهما يخصّص عموم نفى الضرر، لكونهما أخصّ منه مطلقاً.

قلت: أوّلاً، تلك الأخبار منساقه لبيان حليّه أموالهم و جوائزهم باعتبار الشبهه في أعيانها، و لا دخل له بمحلّ الفرض الذي يرتفع المانع عنه بالتزام العوض، و ثانياً أنّ موارد تلك الأخبار و السيره من القسم الثاني الذي نذكر حليّته.

و على الثاني: فمقتضى النظر حليّته له بإباحه المالك، و له إتلافه حيث يشاء، أمّا مع عدم علمه بعدم تمكّن المالك فظاهر، و احتمالاً غير كاف، إذ غايته احتمال الضرر و هو غير منفيّ، و أمّا مع عدم احتمال صرف المالك إيّاه في الدين و لا تمكّن صاحب الدين عن أخذه، فلعدم استناد الضرر- حينئذ- إليه بل إلى المالك، فلا يتوجّه إليه النهي، و غالب موارد الفرض سيما بالنسبه إلى أرباب المظالم من هذا القسم.

و لا- يتوهم حرمه الإلتلاف من جهه كونه تفويتاً للواجب أو عدم تأثير إباحه المالك في الحلّ، لعدم جواز تسليطه الغير عليه و ترخيصه كما مرّ، لاندفاع الأوّل بعدم دليل على حرمه تفويت الواجب عن الغير، بل عليه وزره إن كان بتقصيره، كما في الفرض، و الثاني بأنّ الموجب للحليّه في المقام رضى المالك و إذنه في التصرف المتلف، نظراً الى كونه صاحب المال و عدم حقّ للدائن فيه بعد لا جواز إباحته و ترخيصه، و لا ملازمه بينهما، كما في من شرط على نفسه بنذر و شبهه أن لا يأذن زيدا في أكل طعامه فأذنه، فإنّه يعصى بالإذن دون المأذون فيه في الأكل.

و أما الثالث: فلم أر من تعرّض لبيانه و تحقيقه عدا والدى العلّامه في بعض

إفاداته (١)، حيث حكم ببطلان العقود الناقله بأقل من عوض المثل عمّن له دين مستوعب، و هو مقتضى التحقيق، لا لما استدلّ به على مختاره من اقتضاء النهي فى المعامله الفساد، نظرا إلى حرمة صرف المال فى غير الدين - حينئذ - على المالك على ما عرفت، لعدم استقامته - على ما اخترناه (٢) - من اختصاص الاقتضاء بما إذا تعلّق النهي بنفس المعامله أو جزئه أو وصفه لأجل المعامله الظاهر فى المانع دون غيره، كما فى محلّ البحث، حيثما (٣) يتعلّق بها كذلك، بل بمطلق الإضرار أو سببه الحرام، مضافا إلى أنّ الفساد - على هذا التقدير - يختصّ بصوره العلم و العمد، لعدم العصيان فى غيرهما.

بل لأنّ صحه العقود المملّكه بغير عوض كالأوقاف و الهبات و نحوهما، أو بأقلّ من العوض كالعقود المعوّضه المحاباته، ممن استوعب دينه ماله الغير المتمكن عن أدائه بغيره، إضرار على صاحب الدين، و تفويت لما يمكن له أدائه، و يصدق عليه أنّه ضرر عرفا على صاحب الدين، لزوال تمكّنه به عن أداء حقّه، و هو ضرر على ذى الحقّ قطعاً، ألا ترى أنّ صاحب الفاقه إذا استدان ألف دينار ليكتسب به فوهبه لغيره يقال فى العرف أنّه أضّرّ بصاحب المال، و هبته ضرر عليه، و الضرر منفى فى الإسلام، بمعنى عدم تشريع حكم يتضمّنه، وضعياً كان أو طلبياً، كما يأتى بيانه، و لا يعارضه عموم «الناس مسلّطون» لما ستعرف من تقدّم نفي الضرر. نعم، يعارضه إطلاق أدلّه تلك العقود، و هو بالعموم من وجه، فيرجع إلى الأصل و مقتضاه الفساد.

و يشعر بما قلناه بعض النصوص المعتمده الوارده فى صدقه من استوعب دينه

١- مستند الشيعة ٢: ٣٦٣.

٢- فى «م»: لعدم تماميه هذا القول عندى و اختصاص الاقتضاء ..

٣- حيث لا (خ).

ص: ١٢٣

ماله، الدال على عموم المدعى، لعدم القول بالفصل، كمكاتبه أحمد بن حمزه (١) إلى أبى الحسن عليه السلام: مدين أوقف، ثم مات صاحبه و عليه دين لا يفى ماله، فكتب عليه السلام:

«يباع وقفه فى الدين». و نحوها مكاتبه أخرى، رواها ابن محبوب (٢) إلّا أنّه فيها إذا وقف، بعد قوله: و عليه دين لا يفى ماله.

و فى روايه أخرى فى عتق من عليه دين (٣).

و أمّا ما فى خبر عجلان (٤)، من صحّه عتق من عليه دين، فهو عمّن من استيعاب الدين، فيخصّص بما سبق.

فإن قلت: تعليق الفقهاء ممنوعيه المفلس عن التصرف فى أمواله على حجر الحاكم يقتضى جوازه قبله، بل هذا فائده الحجر.

قلت: الأحكام الشرعيه تختلف باختلاف العوانات، فلا يدافع بعضها بعضاً، و ما ذكره الفقهاء فى باب الحجر إنّما هو للمنوعيه من جهه منع الحاكم عن التصرف و رفع سلطنته مطلقاً، و هو يعمّ جميع التصرفات، سواء كانت من العقود المعوّضه بعوض المثل

أو بأقلّ منه، بل و بما زاد عنه أو غيرها، كدفع المال إلى بعض الديان أو إلى الجميع، من غير ملاحظه النسبه، و كذا لا يحلّ معه تصرف الغير بإباحه المالك مطلقا.

و أما الممنوعيه فيما ذكرناه إنّما هي من جهه الضرر على الديان، من قبيل منع المالك من التصرف المضرّ بالجار، فلا يمنع به عن مطلق التصرف، و لا عن مطلق

١- وسائل الشيعه ١٩: ١٨٩، الباب ٦ من أبواب الوقوف و الصدقات، الروايه ٢٤٤١١.

٢- نفس المصدر.

٣- نفس المصدر ١٩: ٣٥٤: الباب ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا، الروايه ٢٤٧٥٢.

٤- نفس المصدر ٢٣: ٩٠، الباب ٥٤ من أبواب العتق، الروايه ٢٩١٧٠.

ص: ١٢٤

النقل، و لا عن الإباحه، و لا يمنع عن صرفه في بعض الديون دون بعض، كما سننبه عليه، فلا يختصّ فائده الحجر بما يفيد نفى الضرر.

تتميمات:

الأول: هل له صرف جميع ماله في بعض الديون أو في الكلّ من غير رعايه النسبه؟

الظاهر: نعم، لأنّ وجوب أداء كلّ دين غير مرتبط بالآخر، فلا منع له عن امتثال بعضه، سيما مع عدم إمكان امتثال الجميع، كما على الفرض، و إيجابه الضرر على الآخر يعارضه ضرر الأول، فيتعارض الضرران، و يبقى السلطنه المالكيه بلا معارض. نعم، مقتضى ما سنذكر في تعارض الضررين من ترجيح الأخفّ، منعه عن اختيار الأكثر، فهو الأشبه لو لا- الإجماع على خلافه- قبل الحجر، و كيف كان فالأولى بل الأحوط ملاحظه النسبه.

الثاني: هل يلحق بالعقود الناقله الإبراء،

فلم يجز إن كان عليه دين يستوعب إبراء حقّه على من عليه و لم تبرأ ذمّته؟

فيه إشكال، و لا يبعد الإلحاق، لاتحاد المناط و أصله بقاء الحقّ.

الثالث: إذا أقرّ المدينون المذكور بدين آخر أو بما في يده للغير فالظاهر قبوله

قبل الحجر لظهور الإجماع، و لأنّ الإقرار ليس سببا ناقلا بل إخبار عن الواقع، و هو مسموع بالأدله القطعيه فيما يتعلّق بالضرر على النفس أصله، و إن كان من لوازمه ما يؤدّي إلى ضرر الغير، كما في نظائر المقام من الأقارير النافذه.

الرابع: هل يختصّ ما ذكرناه بالديون العاجله، أو يعمّ الآجله؟

الظاهر: الثاني، إذا علم عدم التمكن من أدائه عند الأجل، لصدق الضرر على المدين ياتلافه عرفاً، كما إذا استدان من له بضاعه مائه ألف دينار إلى شهر أو سنة،

ص: ١٢٥

فوجب المجموع لغيره، فيشمله أدله نفي الضرر، بل تقتضيه دليل المقدمه بالتقريب المتقدم أيضاً، لوجوب إبقاءها لعين ما دلّ على وجوب إتيانها إذا كان ذو المقدمه واجبا مطلقاً، كما في الفرض، فإنّ اشتغال ذمه المديون بالدين غير مشروط بحلول الأجل، بل ولا- وجوب أدائه، فإنّه واجب مطلق، وإنّما الأجل وقت امتثال الفعل، لا وقت تعلّق الوجوب، و فرق بين بينهما، كما في قول الأمر: أوجبت عليك أن تفعل غدا كذا، وقوله: سأوجبت عليك أو يجب غدا عليك أن تفعل كذا.

و ما نحن فيه من الأوّل، حسب ما يقتضيه الأدله، فيجب عليه بعد تعلّق الوجوب قبل حلول الوقت تحصيل مقدمات الفعل في وقته، أو إبقاء المقدمه الموجوده مما يعلم فوته في الوقت و لم يتمكّن منه، فهو من قبيل الأمر بضيافه زيد في المساء، المتوقّفه على تحصيل القرى أو إبقاءها في النهار، والله العالم.

ص: ١٢٦

ص: ١٢٧

[المشرق السادس] [في بيان حكم المال المجهول مالكة]

مشرق: في بيان حكم المال المجهول مالكة.

اعلم أنّ المال إن كان له مالك معروف فهو، وأسباب الملك كثيره، كالإحياء و الحيازه، و الإرث، و العقود الناقله و الاختلاس من أهل الحرب، و الاغتنام، و الاصطياد، و الوصيه، و الوقف، و الصدقه، و النذر، و قبض الزكاه، و الخمس، و الدين، و تحليل الإمام عليه السّلام و إقطاعه، و غير ذلك. و لا يجوز التصرّف فيه إلّا بإذنه، إلّا فيما ورد الإذن فيه من الشرع قهراً، كالشفعه، و المقاصه للمماطل، و بيع مال الممتنع عن الحقّ الواجب، و رجوع البائع في عين ماله للتفليس مقدّماً على سائر الديان، و نحو ذلك، و إن لم يكن له مالك معروف فله أقسام كثيره أكثرها مضبوطه في كتب الفقهاء بعنواناتها الخاصه، لها أحكام مخصوصه، كاللقطه، و الكنز و المال المختلط بالحلال و الحرام و غيرها، و لا كلام لنا هنا فيها، بل المقصود هنا بيان ما ليس له عنوان خاصّ من تلك العنوانات، و هو الذي يعبر عنه بالمجهول المالك على وجه الإطلاق. و النظر إمّا في من يملكه، أو في مصرفه.

أمّا الأوّل: ففي بقائه على ملك مالكة المجهول، أو كونه للفقراء، أو للإمام عليه السّلام

ص: ١٢٨

وجوه بل أقوال، أوجهها الأوّل؛ للاستصحاب و عدم الدليل المخرج، و الأخبار الأمره بالتصدّق به غير منافيه له، كما لا ينافيه في

اللقطه مع بقاءها على ملك مالکها على المعروف بينهم، بل فى روايه على بن حمزه (١) الأمر بالتصدق للمالك إشعار بقاءه على ملكه كأكثر كلمات القوم، و دلالة ظاهره على عدم كونه للإمام عليه السلام.

و القول بأن الأمر بالتصدق لا يلزمه، لاحتمال كونه من باب التصرف بالمالكيه، لأن له أن يضع ملكه حيث يشاء- مع ما فيه من أن الاحتمال لا يرفع حكم الاستصحاب- مخدوش بأن الأصل فى الأوامر و تصرفات النبى صلى الله عليه و آله و سلم و الحجج فى الخطابات الشرعيه، سيما فى أمثال أجوبه المستفتين كونها على سبيل التبليغ و الفتوى، دون الإمامه و الرئاسة أو القضاء و الحكومه، كما صرح به الشهيد فى قواعد (٢)، لأنه الأغلب فى الخطابات، و قل ما يتفق خلافه فيها، و هو المعهود من طريقه السلف من أصحابهم و تابعيهم و من لحقهم من العلماء فى فهم مرادهم و بناء عملهم عليه فالأغلبه- خصوصا بملاحظه طريقه الحاضرين و سيره العلماء- قرينه ظاهره على إرادته التبليغ، فحيث لا قرينه بالخصوص يحمل الخطاب عليه. و كون القرينه ظنيه لا ضير فيه، لصدق كونه ظنا مستفادا من كلام المعصوم عليه السلام، و صلاحية الغلبه المذكوره لاستناده إليها فى تفهيم مراده، و هو حجه. بل لا يبعد القول بأن إرادته خلافه مع ظهوره فى الفتوى إغراء قبيح.

١- الظاهر أنه روايه على بن أبى حمزه الذى استأذن من أبى عبد الله عليه السلام لصديق له من كتاب بنى أمية؛ راجع الوسائل ١٧: ١٩٩، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتب به، الروايه ٢٢٣٤٣.

٢- القواعد و الفوائد ١: ٢١٥.

ص: ١٢٩

و لأمر ما أفرط بعضهم (١) و قال: قوله عليه السلام: «من أحيأ أرضا ميتة فهى له» (٢)، تبليغ أو إفتاء، فيجوز الإحياء لكل أحد فى زمان الحضور، أذن الإمام عليه السلام فيه أم لا.

و أوجب عنه بأن اشتراط الإذن يعلم من دليل خارج، لا من هذا الدليل. و قال آخر:

قوله عليه السلام لهند بنت عتبة امرأه أبى سفيان- حيث قالت له: إن أبى سفيان رجل شحيح لا يعطينى و ولدى ما يكفينى:- «خذى لك و لولدك ما يكفيك بالمعروف» (٣). افتاء.

فيجوز المقاصه للمماطل و لو بغير إذن الحاكم.

و مما يؤيد بل يدل على عدم كونه مال الإمام عليه السلام عدم ذكره فى كلماتهم فى عداد الأنفال، المشعر باتفاقهم عليه، سيما مع عدم إشعارهم فى الحكم بالتصدق به لكونه له عليه السلام، كما ذكروه فى إرث من لا وارث له، و منه ينقدح ظهور النصوص الحاصره للأنفال بغير المال المجهول فى خروجه عنها.

و ما فى جملة منها من الأرض التى جلى أو باد أهلها، فالمراد به ما من الأرضين التى انقطعت عنها أيدي الكفار، كما يدل عليه سوق الأخبار، فإن منها ما يعم المسلمين، و هى المأخوذه عنهم قهرا و عنوه، و منها من الأنفال المختص بالنبى صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام عليه السلام، و هى ما لم يكن فيها هراقه دم و لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب، بأن جلى أهلها أو صولحوا

و أعطوا بأيديهم. فمقتضى النصوص أنّ تلك الأرض بهذا العنوان من الأنفال، لا من حيث كونه مجهول المالك، و لذا اختصت

١- كذا، و الظاهر: و لهذا الأمر أفرط بعضهم؛ و القائل على ما فى حاشيه القواعد و الفوائد (المصدر السابق) هو ابن سعيد الحلى فى الجامع.

٢- وسائل الشيعه ٢٥: ٤١١: الباب ١ من أبواب إحياء الموات، الروايه ٣٢٢٤٠ و ٣٢٢٤٤.

٣- بحار الأنوار ٧٥: ٢٣١.

ص: ١٣٠

بالأرض، و يعتم معروف المالك، و يومئ إليه تقييدها بعدم حمل خيل و لا ركاب عليها، أو بعدم هراقه دم فيها، و العطف عليها فى أكثرها بقوله: «أو قوم صولحوا و أعطوا بأيديهم»، و نحو ذلك مما هو ظاهر بل صريح فى كون المقصود منها أرض الكفار، فلا يتم الاستدلال بتلك الأخبار على كون مال المجهول المالك من الأنفال.

و نحوه التمسك عليه بروايه داود بن أبى زيد (١) عن أبى عبد الله عليه السّلام: إني قد أصبت مالا، و إني قد خفت فيه على نفسى، فلو أصبت صاحبه دفعته إليه و تخلّصت منه، فقال عليه السّلام: «لو أصبته كنت تدفعه إليه؟» قلت: أى و الله، فقال عليه السّلام: «و الله ما له صاحب غيرى»، قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره، قال: «فحلف» قال:

«فاذهب و قسّمه فى إخوانك و لك الأمن مما خفت فيه»، قال: فقسّمه بين إخوانه، نظرا إلى عمومته بترك الاستفصال الشامل لمجهول المالك.

و يضعف بشموله اللقطه أيضا، و هى ليست للإمام عليه السّلام اتفاقا، فيحتمل قريبا أن يكون المراد منه ما هو العائد إليه من ديوان السلاطين و الولاة الذين كانوا فى عصر الإمام عليه السّلام، أو كان ينتهى إليه على ما يقتضى الاعتبار من شيوعه فى أزمنتهم، و هو غالبا للإمام عليه السّلام لكونه من الأحماس أو الأنفال أو مال الخراج الذى ولايته له عليه السّلام بل فى عدّه من المعتمره أنّ كلّما فى يد الناصب مال الإمام عليه السّلام.

و أما الثانى: فالمعروف بين الأصحاب أنّه يتصدّق به على فقراء الشيعة بعد الجهد فى طلب المالك و اليأس عنه، للمستفيضه من الأخبار (٢).

و منها صحيحه يونس؛ كنا مرافقين لقوم بمكّه و ارتحلنا عنهم و حملنا ببعض متاعهم بغير علم، و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم و قد بقى المتاع

١- وسائل الشيعه ٢٥: ٤٥٠، الباب ٧ من أبواب اللقطه، الروايه ٣٢٣٣١.

٢- الكافي ٥: ٣٠٩، الروايه ٢٢.

ص: ١٣١

عندنا فما نضع به؟ قال: فقال: «يحملونه حتى يلحقوهم بالكوفه». قال يونس:

فقلت له: لست أعرفهم ولا ندرى كيف نسأل عنهم، فقال عليه السّلام: «نعم وأعط ثمنه أصحابك» قال: فقلت: جعلت فداك، أهل الولاية؟ قال: «نعم».

و روايه على بن حمزه (١)، وفيها: إنني كنت في ديوان هؤلاء القوم - يعني بنى أمية - فأصبت من دنياهم مالا كثيرا، وأغمضت من مطالبه - إلى أن قال عليه السّلام: «فاخرج من حيث اكتسبت من ديوانهم، فمن عرفت منهم رددت عليه ماله، ومن لم تعرف تصدقت له» الحديث. وغيرهما.

وما في جملة من الأخبار من الأمر بتركه على حاله، فهو ظاهر فيما لم يعلم له مالك، وهو للإمام عليه السّلام من باب ميراث من لا وارث له، يفعل به ما يشاء، أو فيما لم يحصل اليأس عن مالكة بعد عاده، وتلك الأخبار وإن اختصت بغير الأرض ولكن يتم العموم بالإجماع المركب في جواز التصدق.

وهل يشترط التصدق في زمان الغيبة بإذن الحاكم وتعيينه المستحق؟

مقتضى الأصل وإطلاق الأمر في غير الأراضي عدمه، كما في اللقطة، وإن كان الأحوط كونه بتعيينه أو إذنه مطلقا، بل لا يبعد المصير إليه فيما ليس عليه يد أحد، لخروجه عن موارد الأمر.

ومستحقه جنس الفقير، كما في الزكاة والوقف العام، لا الكل على الإشاعة، فلا بد من تعيينه للدفع إليه، ولا دليل على جوازه للفقير نفسه، ولا لأحد آخر غير الفقيه المأمون، لكونه المتيقن، فيقتصر عليه.

ومن هذا يظهر قوه احتمال اشتراط إذن الحاكم في الأراضي العامرة المجهول مالكة مطلقا، وإن كانت في تصرف غيره، لخروجه عن موارد الأخبار، وعدم

١- وسائل الشيعة ١٧: ١٩٩، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، الرواية ٢٢٣٤٣.

ص: ١٣٢

ثبوت الإجماع المركب هنا، فيقتصر على موضع اليقين، وهو التصدق بإذن الحاكم.

وهل للحاكم أو المتصرف استرباح المال وإجارته والتصديق بالمنفعة؟

مقتضى النظر عدم جوازه في غير الأراضي والعقار، بل يجب المبادرة بالتصدق بالعين، بعد بذل الجهد في طلب المالك و حصول اليأس عنه، إلّا لضروره، كعدم وجود المستحق ونحوه، لا للأمر بالتصدق، لعدم اقتضائه الفور، بل لأن إبقاء اليد على مال الغير والتصرف فيه زائدا على قدر ما يتصدق به من المده يحتاج إلى إذن المالك أو الشارع، والأول متعذر، والثاني غير ثابت.

و أما الأرض المجهول المالك فالأخبار خاليه عن ذكرها، و الإجماع البسيط أو المركب لم يثبت إلّا على جواز التصدّق به دون وجوبه، فما لم يتصدّق به كان للحاكم، بل عليه حكمه أو ولايه إيجارها و نحوها من وجوه الاستنفاع و التصدق بالمنفعه، صونا عن فوتها، و حفظا عن ضياع المال المحترم.

ثم إن تصدّق بالعين و ظهر المالك، فإن رضى بما فعل فهو، و إلّا ففي الضمان و عدمه قولان، أحوطهما الأول، و أشبههما الثاني.

ص: ١٣٣

[المشرق السابع] [في أحكام الأراضي الخراجيه]

إشاره

مشرق: في أحكام الأموال الخراجيه، و هي من مهمّات المسائل و فروعها سيما بالنسبه إلى زمان الغيبه كثيره، و الحاجه إليها شديده، و وقع في كثير منها الخلاف بين أصحابنا، و قلّ منهم من استقصاها، فرأيت أن أبين جليه الحال فيها.

فنقول: المراد بالخراج ارتفاع تلك الأراضي، و كثيرا ما يطلق و يراد به خصوص ما يضرب عليها من المال، كالطسق و القبالة، و بالمقاسمه الحصّه المعينه من الحاصل، كالعشر و نحوه، و هما بمنزله الأجره يضربان على الأرض الخراجيه و أشجارها.

و في المقام أبحاث:

البحث الأول: في بيان المعنى المقصود من الأرض الخراجيه و شرائطها،

و هي المفتوحه أى المأخوذه عنوه و قهرا عن الكفار، أو المأخوذه بالصلح من أيديهم، بأن يكون الأرض للمسلمين و لهم السكنى، و حكمها أنّها من المسلمين قاطبه، يصرف ارتفاعها في مصالحهم، كما سيأتى. و يشترط في المفتوحه عنوه أمران

ص: ١٣٤

أحدهما: كون الأرض عامره وقت الفتح، صرح به أكثر الأصحاب، و لعلّ من أطلق أراد العامره، تعويلا على بيان الباقيين، أو تنزيلا على الغالب مما فى اليد، و عن بعضهم نفى الخلاف عنه و وجه التخصيص أنّ البائره من الموات، فلا هى قبل الفتح ملك الكفار، و لا بعده للمسلمين، بل هى من الأنفال المختصّه للإمام عليه السّلام مطلقا، حلّها لمن أحيّاها.

و ثانيهما: كون القتال و الاستغنام بإذن النّبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم أو الإمام الحقّ، و إلّا فهى من الأنفال. حكى عن المبسوط (١) و الفاضل و نجله لروايه مرسله (٢).

و استشكله فى الكفايه (٣) لضعف المستند، مع أنّه لو سلّم أنّ المفتوح بغير إذنه للإمام، فهو أباحه لشيّعه.

و قال والدى العلّامه (٤): إنّ الأصل فيما فتح بغير إذن الإمام، و إن كان كونه من الأنفال، إلّا أنّ الإمام عليه السّلام المالك

للأنفال، أجرى على الأراضى المفتوحة عنوه بعد زمان رسول الله صَلَّى الله عليه وآله و سلم بأجمعها حكم المفتوحة بإذنه، كما فى الصحيح عن سيره الإمام عليه السلام (٥) فى الأرض التى فتحت بعد رسول الله صَلَّى الله عليه وآله و سلم فقال: إنَّ أمير المؤمنين عليه السلام قد سار فى أهل العراق بسيره، فهى إمام لسائر الأرضين بضميمه ما فى صحيح الحلبي عن السواد: ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، و لمن

١- المبسوط ٢: ٣٤.

٢- قال فى المبسوط (نفس الموضوع): «و على الروايه التى رواها أصحابنا أنَّ كلَّ عسكر أو فرقه غزت بغير أمر الإمام فغنمت يكون الغنيمه للإمام خاصه ..» و نقل روايه بهذا المضمون فى التهذيب ٤: ١٣٥، الروايه ٣٧٨.

٣- كفايه الأحكام: ٧٥، كتاب الجهاد.

٤- مستند الشيعة ٢: ٣٥٤.

٥- وسائل الشيعة ١٥: ١٥٣، الباب ٦٩ من أبواب جهاد العدو، الروايه ٢٠١٩٣.

ص: ١٣٥

دخل فى الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق. الحديث (١).

و ربما ينزل على هذا قولهم بأنَّ أرض السواد مفتوحة عنوه، أى فى حكمها بترخيص الإمام و بإباحته، لا أنَّها مفتوحة بإذنه.

و استظهر فى الكفايه كون الفتح بإذنه عليه السلام، لأنَّ الفتوح التى وقعت فى زمن عمر، كان بإذن أمير المؤمنين عليه السلام، فإنَّ عمر كان يشاور الصحابه- خصوصا أمير المؤمنين عليه السلام- فى تدبير الحروب و غيرها، و كان لا يصدر (٢) عن رأى على عليه السلام، و نقل مصاحبه الحسين عليهما السلام للعسكر. و كيف كان، فالظاهر بمقتضى النصِّ الصحيح، أنَّ حكم تلك الأراضى المفتوحة بغير إذن الإمام عليه السلام حكم المفتوحة عنوه، سواء قلنا باشتراط إذنه فى صدق العنوان أم لا.

البحث الثانى: لا خلاف فى أنَّ قبالة الأراضى الخراجيه لعموم المسلمين، و لا يختص بها المقاتلين،

بل يشاركهم غيرهم، يصرف فى مصالحهم العامه، أى الجبهه الغير المقصوره على أحد أو طائفه منهم، و إن لم يستوفها الجميع، كسدِّ الثغور و تقويه المجاهدين و بناء القناطر و المساجد و مؤثونه القضاء و تعمير المدارس و أمثال ذلك، مما لم يتعلَّق الغرض فيه بمصلحه أعيان طائفه دون أخرى.

و به صرَّح مرسله حماد (٣) الطويله، و هذا هو المراد من قولهم: يختص تلك الأراضى بالمسلمين فى الأخبار المستفيضه و كلمات الطائفة، كما صرَّح به بعضهم قائلًا- بأنَّ المراد بكونها للمسلمين أنَّ الإمام عليه السلام يأخذ ارتفاعها و يصرفه فى مصالحهم على حسب ما يراه، لا أنَّها ملك الجميع بالإشاعه ضروره بطلانها، و لا أنَّها من قبيل

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شرائطه، الروايه ٢٢٧٦٧.

٢- الظاهر كلمه «لا يعدو» بدل كلمه «لا يصدر».

ملك الزكاه للفقراء فيملكها من عينه الإمام عليه السّلام؛ لمنافاته لظاهر الإجماع و ظواهر الأخبار، و لا من قبيل الوقف على الفقراء الذي يملكها الجنس، فتعيينه للناظر في ضمن من شاء من الأفراد، لجواز تخصيصه المنفعه للبعض كيف شاء، و لا هكذا مورد البحث، بل يشبه أن يكون نظير الوقف على الجبهه، كالوقف على المسجد و على المشاهد المقدّسه و نحوهما، على ما هو مختارنا فيه، من عدم كونه ملكا لأحد، بل هو محبوس على صرف منفعته على الجبهه الموقوفه عليها العائده لعامة المسلمين.

و هل يجب الخمس في ارتفاع تلك الأراضي، كما في المحكى عن ظاهر جماعه و صريح الحلّي (١) و خمس الشرائع (٢) و الفاضل في المنتهى (٣) و المحقق الأردبيلي (٤) و والدى العلامة (٥) فيه وجهان.

البحث الثالث: توليه أرض الخراج و النظر فيها مع ظهور الإمام عليه السّلام و استقلاله،

له عليه السّلام يصنع فيها على حسب ما يراه، و يقبلها من يريد بالإجماع و النصوص، كصحيحى البزنطى و محمد (٦)، و روايه صفوان (٧) و غيرها.

١- السرائر ١: ٤٧٧.

٢- شرائع الإسلام ١: ٢٠٥.

٣- المنتهى ٢: ٩٣٨.

٤- مجمع الفائده و البرهان ٧: ٤٧١.

٥- مستند الشيعة ٢: ٣٥٩.

٦- وسائل الشيعة ١٥: ١٥٧، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو، الروايه ٢٠٢٠٤؛ و ١٥٦، الباب ٧١: الروايه ٢٠١٩٨.

٧- نفس المصدر: الروايه ٢٠٢٠٣.

و أمّا في زمان الغيبه أو عدم استقلال الإمام الحقّ عليه السّلام، ففي توقّف التصرف على إذن السلطان الجائر مطلقا، كما قيل، بل في الكفايه (١) عن بعضهم اتّفاق الأصحاب عليه، و على تولّى الجائر لأخذ الخراج و المقاسمه و التصرف فيهما، أو عليه مع عدم الإمكان و التمكن بدون إذنه كما في المسالك، أو جواز التقييل بإذنه مطلقا كما هو ظاهر الأكثر، أو جوازه كذلك مع عدم الإمكان بدون إذنه، بحيث لا يمكن الاستنقاذ من أيديهم و التخلّص من ذمتهم، و إلّا فيحرم، كما عن بعضهم، أو عدم جواز ذلك في حال، كما مال إليه مولانا الأردبيلي (٢).

ثمّ على القول بعدم التوقّف على إذنه أو عدم جوازه مطلقا، أو مع عدم الإمكان ففي توقّفه على إذن الحاكم نيابه عن الإمام عليه السّلام مطلقا أو مع تمكّنه في صرفها على وجهها، كما ذهب إليه الشهيد الثانى (٣) و غيره، أو عدم التوقّف عليه، و لكن جاز له

و لكل من الشيعة خاصه التصرف فيها و تقيلها مع الامكان و إلا فللشيعة التقييل من الجائر أيضا، كما اختاره والدى (٤)، و نقل جواز تصرف الشيعة مطلقا عند استتار الإمام عليه السلام عن ظاهر الشيخ في التهذيب (٥) - أقوال.

و حق المقال في تحقيق الحال: أنه لا شك و لا خلاف في أن النظر و التولية لهذه الأملاك حق الإمام الحق عليه السلام أصاله. و يدل عليه - مضافا إلى الإجماع - ما في المعتبره، كصحيح البنزطي (٤): «ما أخذ بالسيف، فذلك للإمام عليه السلام، يقبله بالذى يرى،

١- كفايه الأحكام: ٧٥.

٢- مجمع الفائده و البرهان ٧: ٤٨٨.

٣- مسالك الأفهام ٣: ١٤٢.

٤- مستند الشيعة ٢: ٣٥٤.

٥- التهذيب ٤: ١٤٣.

٦- وسائل الشيعة ١٥: ١٥٧، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو، ٢٠٢٠٤.

ص: ١٣٨

كما صنع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بخبير قبل سوادها و بياضها، و غيره.

و كذا لا شك، بل لا خلاف - ظاهرا - في أن الأصل فيما فيه الولاية للإمام عليه السلام إذا دعت الضروره إلى مداخلة غيره في غيبته، كونها للفقيه العدل بحق النيابة، إلا ما خرج بدليل، بل في تضاعيف كلمات أكثرهم عدم الاستثناء.

و يدل عليه - مضافا إليه - عمومات النيابة و لو بتراكمها و تعاضد بعضها بعضا، ككونه وارث الأنبياء (١) و أمين الرسل (٢) و خليفه الرسول (٣)، و حصن الإسلام (٤) و مثل الأنبياء و بمنزلتهم (٥) و الحاكم (٦) و القاضي (٧) و الحجج من قبلهم (٨)، و أنه المرجع في جميع الحوادث (٩)، و أن على يده مجارى الأمور و الأحكام (١٠)، و أنه الكافل لأيتامهم (١١)، و أمثال ذلك. كل ذلك في الروايات المتكثرة التي أكثرها معتبره، و الباقي بالشهره منجره.

فينقدح من هذين الأمرين: أن الأصل كون التولية و التقييل للنائب العام في غيبه

١- وسائل الشيعة ٢٧: ٧٨، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الروايه ٣٣٢٤٧.

٢- الكافي ١: ٤٦، الحديث ٥.

٣- وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الروايه ٣٣٤٢٢.

٤- بحار الأنوار ٨٢: ١٧٧، الباب ٢٠، الحديث ١٨.

٥- «علماء أمتي كأنبياء بنى إسرائيل»؛ عوالى اللآلى ٤: ٧٧، الحديث ٦٧؛ و عنه البحار ٢: ٢٢، الحديث ٦٧؛ و نقله في المستدرک ١٧: ٣٢٠، الحديث ٢١٤٦٨؛ نقلا عن العلامه الحلى في التحرير.

٦- وسائل الشيعة ٢٧: ١٣٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الرواية ٣٣٤١٦.

٧- نفس المصدر: ١٣٩، الرواية ٣٣٤٢١.

٨- نفس المصدر: ١٤٠، الرواية ٣٣٤٢٤.

٩- نفس المصدر.

١٠- تحف العقول: ٢٣٨؛ و عنه البحار ١٠٠: ٨٠، الحديث ٣٧.

١١- مستدرک الوسائل ١٧: ٣١٨، الرواية ٢١٤٦١؛ و ٣٢٠، الرواية ٢١٤٦٦.

ص: ١٣٩

الإمام عليه السّلام، إلّا إذا ثبت الإذن لغيره بدليل، و من يحتمل له الإذن بملاحظه أقوال المسأله، إمّا آحاد الشيعة أو السلطان الجائر، و الأوّل غير ثابت لعدم دليل معتبر عليه، و إن قلنا بكون من فى يده أحقّ من غيره كما سيجى ء. و به صرّح فى المسالك (١) قائلا: و ليس هذا من باب الأنفال التى أذنوا لشيعتهم فى التصرف فيها حال الغيبه، لأنّ ذلك حقّهم، فلهم الإذن فيه مطلقا، بخلاف المفتوحه عنوه، فإنّها للمسلمين قاطبه، و لم ينقل منهم الإذن فى هذا النوع.

و الاعتراض عليه بأنّ ما للمسلمين هو منافع هذه الأرضيين أو مع رقبتها، و أمّا التصرف و التقييل فحقّ الإمام عليه السّلام، و يكون له الإذن فى هذا الحقّ للشيعة، و ثبت الإذن منهم بالعمومات الدالّه على أنّ ما كان لنا فهو لشيعتنا (٢)، و أنّ كلّ من والى آبائى فهم فى حلّ ممّا فى أيديهم من حقّنا، و أنا أحلّلنا شيعتنا من مظلمتنا التى يعيش الناس فى فضلها (٣)، و نحو ذلك، حيث إنّ التصرف فى تلك الأراضى كان لهم و حقّ لهم، و تقييل الناس بها مظالم للأئمه عليهم السّلام، فىكون حلالا للشيعة بمقتضى تلك النصوص.

يندفع بأنّه لو سلّم جواز الإذن لهم لجميع آحاد الشيعة فى مثل هذا الأمر الذى هو من باب الرئاسة و الولاية العامّه، فيما يتعلّق بمصلحه جميع المسلمين، فتلك العمومات قاصره عن إفاده هذا الإذن، لظهورها بحكم التبادر فى الحقوق المالىه من الأعيان و المنافع، لا فيما يشمل حقّ الولاية و الرئاسة.

١- مسالك الأفهام ١: ١٢٢.

٢- الكافي ١: ٤٠٩، الرواية ٥.

٣- وسائل الشيعة ٩: ٥٣٩، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الرواية ١٢٦٦٨؛ و ٥٤٩، الباب ٤، الرواية ١٢٦٨١ و ١٢٦٨٢.

ص: ١٤٠

و أمّا السلطان الجائر، فلا ينبغى الريب فى حرمه تصرّفه و تقييله، و لعلّه إجماعى، كما حكاه بعضهم، كيف و هو حقّ الإمام، و قد تولّاه غضبا و عدوانا، مانعا لمستحقّه و أهله عنه، فما فى الكفايه- من منع الحرمة بعدم ثبوتها إذا كان غرضه جمع حقوق المسلمين- فى غايه الحزازه، فإنّ أصل الجمع حقّ إمام المسلمين أيضا، لا يجوز لغيره التصدّى له إلّا بإذنه، بل لو سلّم الإذن، فالحكم بجواز عمل الجائر مشكل أيضا، لاختلاف وجوه العمل و أحكامه باختلاف التّيات، و من الظاهر أنّ عمل الجائر ليس

من باب الوكالة و الرخصة من صاحب الحق، بل من جهة الاستحقاق و الاستخلاف، فهو متفرع على الخلافه المغصوبه، و جواز التقبيل منه فى غير صورته الاستنقاذ و تخليصه من يد الغاصب غير مسلم، و لو سلم فهو لا يستلزم جواز التقبيل له، كما فى إطعام الغاصب الطعام المغصوب لمالكه مع جهله به، فهو خارج عن عموم حرمة المعاونه على الإثم، مع أن إبقاء الجائر يده عليه إثم أيضا، فالإثم واقع على كل حال.

و أما التقبيل من الجائر مع إمكان التصرف لمن له الحق أو لنائبه، فالحكم بجوازه مشكل أيضا، بل الظاهر عدمه، للأصل و عدم ثبوت المخرج، كما قاله جمع من الأجله، و فى بعض الصحاح حرمة كسب غير الشيعة ممّا فى يده من الأرض (١). و ما فى عدّه من الروايات (٢) من جواز أخذ الخراج منه بالبيع و الشراء و الحواله و غيرها، المشعر بجواز التقبيل منه، ظاهر الاختصاص بصوره عدم التمكّن، كما ستعرف.

و مثلها الأخبار المجوّزه المطلقه ظاهرا بشهاده الواقع فى زمن الأئمه، بصوره عدم تمكّن الغير، مع أن فى دلاله أكثرها على العموم تأمل، لعدم كون الإطلاق فيها

١- التهذيب ٤: ١٣٧.

٢- نفس المصدر ٦: ٣٣٦، الروايه ٩٣٢ و ٩٣٣؛ و ٣٧٥، الروايه ١٠٩٢ و ١٠٩٤.

ص: ١٤١

منساقا لبيان جواز التقبيل من السلطان، بل وقع فى جواب السؤال عن حكم الإجاره بعد الاستيجار من السلطان و نحوه، فلا يفيد العموم.

و بالجمله ما دلّ على عموم التقبيل من الجائر و لو مع الإمكان عن أهله غير معلوم الثبوت، فلا يجوز المصير إليه، مع مخالفته للأصول القطعيه، سيما مع ما فيه من المعاونه على المعصيه و إعانه الظالم و قبح إقامه الباطل.

و أما مع عدم إمكان التصرف بدون التقبيل منه فالظاهر أنه جائز، بل لعلّه معقد الإجماع، و فى الأخبار المتكثره عليه دلاله ظاهره.

و دلّ عليه تقريرهم عليه المعلوم من الآثار، بل صحيح الحلبي (١) و روايه عبد الله بن محمد (٢) تدلّان عليه بتقرير الإمام عليه السلام. و يؤيده، بل يدلّ عليه أنه لولاه لوقع الشيعة غالبا فى الحرج و ضاع حقوقهم، كما ذكروه.

فالمعتمد فى المسأله أن توليه هذا الأراضى و النظر فيها حال الغيبه للنائب العامّ مع تمكّنه و إمكان التصرف بدون إذن الجائر، فيتوقّف التصرف على إذنه، و للجائر مع عدم التمكّن بدون إذنه فيمضى - حينئذ - تقبيله، و حكم تصرّفه فيها حكم تصرف الإمام العادل عليه السلام بالنسبه إلى الرعيه.

البحث الرابع: المعروف بين الأصحاب أنّ ما يأخذه السلطان الجائر باسم الخراج و المقاسمه و الزكاه يحلّ أخذه

و تناوله و شراؤه منه، و إن كان ظالما فى أخذه و محرما عليه التصرف فيه. و هو فى الجمله لا خلاف فيه ظاهرا، كشفا و نقلا

١- التهذيب ٧: ١٤٧، الرواية ٦٥٢.

٢- عبد الله بن محمد هو أبو عبيده الحذاء و الرواية في التهذيب ٦: ٣٧٥، الرواية ١٠٩٣.

ص: ١٤٢

الأردبيلي (١) مندفع به، مضافا إلى لزوم العسر و الحرج للشيعة لولاه، و ظهوره من فحوى الأخبار و مطاوى الآثار و خصوص النصوص.

منها: صحيح الحذاء (٢) عن الرجل منّا يشتري عن السلطان من إبل الصدقه و غنمها، و هو يعلم أنّهم يأخذون منهم أكثر من الحقّ الذي يجب عليهم، قال: فقال:

«ما الإبل و الغنم إلّا مثل الحنطه و الشعير و غير ذلك، لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه» قيل له: فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ صدقات أغنامنا، فنقول بعناها فيبيعناها، فما ترى في شرائه منه؟ قال: «إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس» فقيل له: فما ترى في الحنطه و الشعير، يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا فيأخذ حظه فيعزله بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه فقال: «إن كان قد أقبضه بكيل و أنتم حضور ذلك فلا بأس به منه بغير كيل».

و الإيراد: بعدم دلالة قوله: «لا بأس حتى تعرف الحرام بعينه» (٣) على جواز شراء الصدقه، بل غايته جواز شراء غير معلوم الحرمة فلا يفيد المطلوب، مدفوع؛ بظهور رجوع الضمير إلى شراء إبل الصدقه المسؤول عنه، مع أنّه لولاه لم يطابق الجواب السؤال.

و ربما يناقش أيضا، باختصاصها بالزكاه، فلا- يشمل الخراج، و منع ظهور لفظ القاسم في المقاسمه، سيما بقريته المقابله للمصدق، لتحقّق القسمة في صدقات الغلات أيضا، و احتمال اختصاص لفظ المصدق عندهم بمن أخذ صدقات الأنعام،

١- مجمع الفائدة و البرهان ٧: ٤٧.

٢- وسائل الشيعة ١٧: ٢١٩، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، باب جواز شراء ما يأخذه الظالم، الرواية ٢٢٣٧٦.

٣- الكافي ٥: ٢٢٨، الرواية ٢.

ص: ١٤٣

أو كون المأخوذ مال مقاسمه مالك الأرض، حيث قاسمها الزارع لا السلطان، و السؤال باعتبار البيع، اعتمادا على الكيل السابق، و باحتمال كون المصدق من قبل الإمام العدل أو هو الفقير المستحقّ.

و يضعف الأوّل: بأنّه لو لم نقل بتبادر القاسم سيما في أزمنة المعصومين عليهم السّلام، بحكم الحدس و الاعتبار في المنصوب من قبل السلطان لأخذ المقاسمه، فيشمله قطعا، فيعمّه الحكم بترك الاستفصال، مع أنّ الظاهر عدم القائل بالفصل بين الزكاه و

و الثاني: بكونه بعيدا- كما قيل- بملاحظه حال الأئمة عليهم السلام في زمان صدور الروايه، لاشتداد التقيّه، مع أنّ عموم اللفظ كاف في الدلاله.

و منها: الحسن (1) «و ما منع ابن أبي سمان أن يخرج شباب الشيعة فيكفونهم ما يكفى الناس و يعطيهم ما يعطى الناس» ثم قال للراوى: «لما تركت عطاءك؟»

قلت: مخافه على ديني، قال: ما منع ابن أبي سمان أن يبعث عليك بعطائك، أما علم أنّ لك في بيت المال نصيبا؟ (2) دلّ على جواز أخذ الراوى من بيت المال الذى فى أيديهم، الغالب فيه اجتماع وجوه الخراج و المقاسمه، و إنكاره على ابن أبي سمان من منعه عنه.

و منها: ما دلّ على احتساب ما يأخذه السلطان من الزكاه الدال على حكم الخراج بعدم القول بالفصل، كصحيح يعقوب بن شعيب (3)، عن العشور التى يؤخذ من الرجل أ يحتسب به من زكاته؟ قال: «نعم، إن شاء الله».

١- التهذيب ٦: ٣٣٦، الباب ٢٢، الروايه ٥٤.

٢- وسائل الشيعة ١٧: ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب المستحقين، الروايه ٢٢٣٦١.

٣- نفس المصدر ٩: ٢٥١، الباب ٢٠ من أبواب المستحقين، الروايه ١١٩٥٢.

ص: ١٤٤

و صحيح الحلبي (1): عمّا يأخذه السلطان من صدقه المال، فقال: «لا أمرك أن تعيد».

و مرسل محمد (2): عن الرجل يؤخذ منه هؤلاء زكاه ماله أو خمس غنيمته أو خمس ما يخرج له من المعادن، أ يحسب ذلك فى زكاته و خمسه؟ قال: «نعم».

و غير ذلك من النصوص.

و منها: موثق سماعه (3)، عن شراء الخيانه و السرقة، قال: «إذا عرفت أنه كذلك فلا، إلّا أن يكون شيئا تشتريه من العمال».

و خروج أفراد معلوم السرقة و الخيانه من العمل أيضا غير ضائر للباقي، بل الظاهر أنّ مفروض البحث هو الفارق الموجب للتفصيل، و إلّا كان الفصل خاليا عن التحصيل، و منع صدق الخيانه على المفروض سخيف، فإنّه لا خيانه أعظم من التصرف فى حقّ الإمام بغير حقّ و مال جميع المسلمين.

و منها: حسن محمّد و أبى بصير (4)، قال له: هذه الأرض التى تزارع أهلها، ما ترى فيها؟ فقال: «كلّ أرض دفعها إليك سلطان فما حرثته لها، فعليك فيما أخرج الله تعالى منها الذى قاطعك عليه، و ليس على جميع ما أخرج الله سبحانه فيها العشر، إنّما

العشر عليك، فيما تحصل في يدك بعد مقاسمته لك».

و منها: روايه محمد (٥) عن الرجل يتكاري الأرض من السلطان بالثلث أو

- ١- وسائل الشيعه ٩: ٢٥٣، الباب ٢٠ من أبواب المستحقين، الروايه ١١٩٥٦.
- ٢- نفس المصدر: ٢٥٤، الروايه ١١٩٥٨؛ و ٥٠٨، الباب ١٢، الروايه ١٢٥٩٩.
- ٣- الفقيه ٣: ٢٢٧، الباب ٢، الروايه ٣٨٤١.
- ٤- وسائل الشيعه ٩: ١٨٨، الباب ٧ من أبواب زكاه الغلات، الروايه ١١٨٠٦.
- ٥- التهذيب ٧: ٢٠٢، الباب ٢٢، الروايه ٣٥.

ص: ١٤٥

النصف، هل عليه في حصّته زكاه؟ قال: «لا»، دلّ على خروج ما قاطعه عليه السلطان من ملكه، و إلّا كان عليه زكاته.

و منها: صحيح الحلبي (١): لا بأس أن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان.

و قريب منه ما رواه الثلاثة مسندا إلى إسماعيل بن فضيل و غيره.

و قد يستدلّ أيضا بإطلاق ما دلّ على جواز الشراء من الظلمه، و خصوص الموثق: عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم، فقال: «يشتري منه ما لم يعلم أنّه ظلم فيه أحدا» (٢) حملا للظلم على الزائد عن المتعارف عرفا، و إطلاق المستفيضه (٣) الدالّه على إباحه جوائز الظلمه.

و يضعّف بأنّ الحمل المذكور و الصرف عن الظاهر، مع ما فيه من الركاه، لا وجه له، فهي ظاهره في غير معلوم الحرمة.

ثم إنّ الاستفادة من تلك الأدلّه حليّه المأخوذ من الجائر من مال الخراج في الجملة. و يقع الإشكال في مقامات:

منها: أنّ جواز رفع المالك مال الخراج إلى الجائر، هل هو مخصوص بصوره عدم التمكّن من المنع، أو يجب عليه مطلقا، فلا يجوز له جحد شيء منه، و لا منعه و لا سرقة.

نقل المحقق الثاني في رساله الخراجيه (٤): القول بالإطلاق عن كثير من معاصريه،

١- التهذيب ٧: ٢٠١، الروايه ٣٤.

٢- نفس المصدر ٦: ٣٧٥، الباب ٢٢، الروايه ٢١٤.

٣- وسائل الشيعه ١٧: ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب المستحقين، الروايه ٢٢٣٥٩ و ٢٢٣٦٠.

٤- رسائل المحقق الكركي ١: ٢٦٧.

و هو ظاهر جمع آخر.

و فى الكفايه (١) عن بعضهم: الاتفاق عليه، و تأمل هو فيه.

و عن آخرين براءه الذمه بالدفع إجباراً، و مقتضاه عدم جوازه مع التمكن، و به صرح الشيخ إبراهيم القطيفى فيما نقل عنه، و اختاره والدى العلماءه و المحقق القمى؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل و النقل على ما ثبت فيه الإجماع و النص، و هما فى الفرض غير معلومين، بل معلوم العدم.

أمّا الأول: فظاهر، بل عن ظاهر الشيخ المتقدم دعوى الضروره الدينيه على خلافه. و إطلاق كثير من الفتاوى محمول على صورته عدم التمكن بحكم الغلبه بل الأطراد، و لا أقل من عدم ثبوت الاتفاق به، سيما مع مخالفه هؤلاء.

و أمّا الثانى: فلعدم الدلاله إلما باعتبار ظاهر العموم المستفاد من ترك الاستفصال فى بعضه، و إفادته فى المقام بعد ظهور المسؤل عنه فى صورته الخوف و عدم التمكن، بل انحصار الواقع فيها ممنوعه، مع أنّ صحيح العيص (٢) فى الزكاه الدالّه على حكم الخراج بعدم القول بالفصل على ما ذكره بعض الأجلّه «ما أخذ منكم بنو أميه فاحتسبوا به و لا تعطوهم شيئاً ما استطعتم» يخصّصه بها على فرض العموم، كما يخصّص به عموم صحيح الشحام (٣) المانع عن الاحتساب - مطلقاً - بصوره التمكن.

و هل يجوز الأخذ من الجائر بعد دفع المالك إليه اختياراً؟ فيه إشكال، و إن كان مقتضى ما ذكر عدمه ظاهراً، و لعلّه لا إشكال فى جوازه إذا كان المالك متديّناً بدين

١- كفايه الأحكام: ٧٥.

٢- وسائل الشيعه ٩: ٢٥٢، الباب ٢٠ من أبواب المستحقين، الروايه ١١٩٥٤.

٣- نفس المصدر: الروايه ١١٩٥٧.

ص: ١٤٧

الجائر، أو لم يعلم حال المالك من الاختيار و الاضطرار و التمكن من الجحد و عدمه.

و منها: أنّه هل يشترط رضى المالك و الاستيدان منه؟

الظاهر لا فيما يحتسب لخروجه عن ملكه فى مال الخراج، و إلّا لم يحصل له البراءه منه.

و منها: أنّه هل يختصّ جواز الأخذ و الحلّ بغير الشراء لمستحقّ الخراج، كما هو صريح الوالد و الفاضل المتقدم و محتمل بعضهم، أو يعمّ غيره كما هو ظاهر جماعه؟ (١) المعتمد الأول، للأصل و عدم الدليل، و الحسن المتقدم ليس بذلك الصريح، بل و لا الظاهر فى العموم فى مقابل ما دلّ على خصوص مصارفه، و أمّا بالشراء فيعمّ المستحقّ و غيره من غير خلاف.

و منها: أنه هل يقتصر في الحكم بالصحة بالشراء من الجائر الذي هو مورد النصوص و بما بعد قبضه أو قبض و كيله الذي اشترطه في صحيح الحذاء المخصّص لإطلاق غيره، و احتمله المولى الأردبيلي، و توقف فيه بعضهم، أو يعمّ غير الشراء من المعاضات و ما قبل القبض، كما هو ظاهر جماعه؟

مقتضى الأصل الأوّل، إلّا إذا ثبت الإجماع على العموم، كما عزّاه بعضهم إلى الأصحاب من غير خلاف، و آخر إلى إجماع علمائنا و روايات أصحابنا.

و كيف كان فالأحوط الأوّل، نعم، في حكم القبض الحوالة و الدلالة على المالك في الإعطاء بغير معاوضه، لإطلاق الحسنه الأولى و غيرها، لكن بشرط استيلاء الجائر و عدم تمكّن المالك من منعه عنه.

و منها: أنه هل يجوز أخذ الزائد على القدر المعتاد في ذلك الزمان أو المعتبر في

١- مستند الشيعة ٢: ٣٥٨.

ص: ١٤٨

أصل الشرع أم لا، بمعنى حرمة الجميع، كما يظهر من جماعه، لخروجه بالزياده عن المسّمى فيحرم الجميع أو يحرم القدر الزائد خاصه، و هو الأشبه.

و منها: أنه هل يشترط أن يكون الجائر مخالفا لمذهب الحق، كما مال إليه الشهيد الثاني (١) و جماعه أو يعم الموافق كما للآخرين؟

الأصحّ الأوّل، اقتصارا فيما خالف الأصل على مورد النصوص، و هي مخصوصه بالمخالف، لأنّه المسؤول عنه و المدلول عليه بالقرائن التفاتا إلى ما وقع في الواقع أو الغالب.

البحث الخامس: اختلفوا في جواز بيع الأراضى الخراجيه على أقوال:

أحدها: صحّته للمتصرّف مطلقا، حكى عن الشيخ في التهذيب (٢)، لتحقق القسمة فيها للبائع، لأنها أراضى المسلمين.

و ثانيها: عدمها كذلك، نسب إليه في المبسوط (٣) قائلا فيه: لا يصحّ بيع شىء من هذه الأراضين و لا هبته و لا معاوضته و لا تملكه و لا وقفه و لا رهنه و لا إجارته و لا إرثه و لا يصحّ أن يبنى عليها دور و منازل و مساجد و سقايات و غيرها من أنواع التصرف الذي يتّبع الملك، و متى فعل شىء من ذلك كان التصرف باطلا و هو باقيا على الأصل.

و ثالثها: صحّته في بنيانها و حقّ تصرّفها لا- في نفس رقبته، لا- مستقلة و لا- تبعا لآثار المتصرف، اختاره الحلّي و يظهر من الفاضلين، و اعتمده والدى العلامه (٤)، إلّا

١- مسالك الأفهام ٣: ١٤١.

٢- التهذيب ٧: ١٤٧، الحديث ٦٥٢.

٣- المبسوط ٣: ٣٤.

٤- السرائر ١: ٤٧٨؛ المنتهى ٢: ٩٣٤؛ إيضاح الفوائد ١: ٣٦٥؛ الشرائع ١: ١٨١؛ مستند الشيعة ٢: ٣٥٨.

ص: ١٤٩

أنه قال: يملك المشتري بتبعيته بيع الآثار حق التصرف فيها إذا تبعت (١) الآثار كائنه فيها، و كان مقصودهما بقاء الآثار فيها.

و رابعها: صحته في نفس الرقبه تبعاً لآثار المتصرف من بناء أو غرس أو زرع و نحوها، لا مستقله بل مستدامه بدوامها فإذا ذهبت انقطع حق المشتري في البيع و الموقوف عليه في الوقف و غيرهما، استقواه الشهيد الثاني (٢) و نسبه إلى جمع من المتأخرين.

و خامسها: منع البيع و الوقف و غيرهما فيها حال ظهور الإمام عليه السلام و جوازها في الغيبه. ذهب إليه الشهيد في الدروس (٣).

و يظهر من تلك الأقوال وقوع الخلاف في جواز وضع الآثار فيها أيضاً، و منشأ اختلاف الأقوال اختلاف الروايات و إجمال كثير منها ظاهراً.

و الذي يظهر لى من تضاعيف الأخبار أن تلك الأراضي و إن كانت للمسلمين كافه، إلا أنه يملكها المتصرف بالتعمير و القيام عليها و وضع الآثار فيها، نظير أرض الموات التي هي ملك الإمام عليه السلام و يملكها المحيى، لكن ملكيتها للمتصرف ليست على حد ملكيه سائر الأملاك، بل هي ممتده إلى زمان العماره، فإذا زالت انقطع حقه، و هو ما صرح به شيخنا الشهيد، و عليه خراجها ما دام في يده و لو بعد التملك، فيجوز له بيعها و شراءها.

١- بيعت (خ).

٢- مسالك الأفهام ٣: ٥٦.

٣- الدروس الشرعيه ٢: ٤١؛ و أيضاً جامع المقاصد ٧: ١٠.

ص: ١٥٠

فمن الأخبار الظاهره في ذلك صحيح محمد (١) عن الشراء من أرض اليهود و النصرارى فقال: «ليس به بأس، و قد ظهر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على أرض أهل خيبر فخارجهم على أن يترك الأرض في أيديهم يعملونها و يعمرونها، و ما بها بأس إذا اشترت شيئاً منها، و أيما قوم أحيوا شيئاً و عملوها فهم أحقّ بها و هي لهم».

و صحيح آخر (٢) عن شراء أرضهم فقال: «لا بأس أن يشتريها، فيكون إذا كان ذلك بمنزلتهم يؤدى منها كما يؤدون منها».

و عن أبى بصير (٣) في الصحيح عن شراء الأرضين من أهل الذمه، فقال: «لا بأس أن يشتري منهم إذا عملوها و أحيوها فهي لهم، و قد كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حين ظهر على خيبر و فيها اليهود و خارجهم على ترك الأرض في أيديهم

يعملونها و يعمرونها».

و روايه محمد بن شريح (٤) عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه، و قال:

«إنما أرض الخراج للمسلمين»، فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها، قال: «لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك».

و عن محمد بن مسلم و عن عمر بن حنظله (٥) قال: سألته عن ذلك فقال: «لا بأس بشرائها، فإنها إذا كانت بمنزلتها في أيديهم يؤدى عنها كما تؤدى عنها».

١- وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الروايه ٢٠١٩٩، مع اختلاف يسير في الألفاظ.

٢- نفس المصدر ١٧: ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شرائطه، الروايه ٢٢٧٧٠.

٣- نفس المصدر ٢٥: ٤١٦، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات، الروايه ٣٢٢٤٨.

٤- نفس المصدر ١٧: ٣٧٠، الباب ٢١، الروايه ٢٢٧٧٢.

٥- نفس المصدر ١٥: ١٥٦، الباب ٧١، الروايه ٢٠١٩٩.

ص: ١٥١

و عن حريز (١) رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل مسلم اشترى أرضا من أراضي الخراج، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «له ما لنا و عليه ما علينا، مسلما كان أو كافرا، له ما لأهل الله سبحانه و عليه ما عليهم».

و روايه أبي بردة (٢): كيف ترى في شراء أرض الخراج؟ قال: «و من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين؟» قال: قلت: يبيعه الذى فى يده؟ قال: «و يصنع بخراج المسلمين ما ذا؟» ثم قال: لا بأس أن يشتري حقه منها و يحول حق المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم لله تعالى».

و روايه الهاشمى (٣) المتضمنه لتقرير الإمام عليه السلام عن رجل اشترى أرضا من أراضي الخراج، فيبنى فيها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمه نزلوها أله أن يأخذ منهم أجور (٤) البيوت إذا أدوا جزية رءوسهم؟ قال: «يشارطهم فما أخذ بعد الشرط؛ فهو حلال».

و صحيح الحلبي (٥) عن السواد ما منزلته، فقال: «هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد»، فقلنا: الشراء من الدهاقين، قال: «لا يصلح إلا أن يشتري منها على أن يجعلها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر يأخذها أخذها»، قلنا: فإن أخذها منه، قال: «يرد إليه رأس ماله و له ما أكل من ثمنها».

١- وسائل الشيعة ١٥: ١٥٧، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الروايه ٢٠٢٠٢.

٢- نفس المصدر: الروايه ٢٠١٩٤.

٣- نفس المصدر ١٧: ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شرائطه، الروايه ٢٢٧٦٧.

٤- فى الوسائل: أجره البيوت.

٥- نفس المصدر ١٧: ٣٧١، الباب ٢١، الروايه ٢٢٧٧٣؛ و ٢٥: ٤٣٥، الباب ١٨ من أبواب إحياء الموات، الروايه ٣٢٢٩٣.

ص: ١٥٢

و المناقشه فى الصحيح الأخير و أمثاله بل جعلها دليلا للمنع بأنّ المستثنى ليس شراء حقيقيا مملكا للرقبه و إلّا لم يجز لولّى الأمر أخذها منه، و لم يجب جعلها للمسلمين، فهما قرينتان على عدم إرادته الشراء الحقيقى؛ مخدوشه بأنّ الشراء الشرعى لا ينافى سلطنه الإمام عليه السّلام على أخذه منه و قطع ملكه عنه، فإنّ له السلطنه الكبرى يتصرّف كيف يشاء، و فى النصوص ما له أعظم من ذلك من السلطنه و الاستيلاء على تمام الأرضين و خصوص الأرض المحياه.

و يظهر من الأخبار أنّ للقائم- عجل الله تعالى فرجه- بعد ظهوره أن يأخذ الأراضى التى أحيها الناس من أيديهم و يأخذها (١) من أيدي المخالفين و يترك ما فى أيدي الشيعة تفضلا عليهم، مع أنّها لهم بالإحياء، كما فى النصوص و الفتاوى، فلا يصلح ذلك قرينه لصرف الشراء عن معناه الحقيقى، و كذا قوله عليه السّلام: «على أن يجعلها للمسلمين» لظهوره بعد التصريح بجواز شراء الرقبه فى كون المراد منه قصد أداء خراج المسلمين منها، سيما بملاحظه موافقه لروايات كثيره أخرى.

البحث السادس: إذا علم أنّ الأرض مفتوحه عنوه حال عمارتها بخبر متواتر أو مقترن بقرينه علميه فهو،

و إلّا فالطريق فى إثباته منحصر فى الخبر المعتبر أو شهاده عدلين.

و منه إقرار ذى اليد نظرا إلى أنّ من أقرّ له فى حكم ذى اليد عرفا و شرعا بمقتضى المستفيضه الداله على أنّ من أقرّ بعين لأحد فهو له (٢).

و قول ذى اليد فى دعواه الاختصاص لنفسه ملكا أو ولايه معتبر.

١- مستند الشيعة ٢: ٣٥٩.

٢- لم نقف عليه بهذه العبارة و لكن هناك روايات يمكن الاستدلال بها، راجع وسائل الشيعة ١٩: ٣٢٦، الروايه ٢٤٧٠١؛ و ٢٣: ١٨٤، الروايه ٢٩٣٤١ و ٢٩٣٤٢.

ص: ١٥٣

و ذكر بعضهم من طرق الثبوت ضرب الخراج من الحاكم و إن كان جائرا، حملا لتصرّف المسلم على الصحه، و ردّ بأنّ هذا يتم إذا كان الحكم بكونه خراجيا مصحّحا لتصرّفه و أخذه، و ليس كذلك.

و قال والدى العلّامة (١): الحمل على الصحه- لو سلّم- فإنّما هو فى أفعال الشيعة خاصه، و مع تسليم المطلق لا يثبت إلّا كون الأراضى خراجيه عند من يأخذ الخراج أو مع من تقبله عنه، و هذا غير كاف للثبوت عند مجتهد آخر أو معتقد طائفه غير معتدّ به غيرهم.

نعم، لو كانت الأرض في يد السلطان يتقبلها أو يوجرها لمن يشاء، فهذا من باب اعتراف ذي اليد بكونها خراجيه، وهو كاف في الثبوت، ولا حاجة الى تحمل الحمل على الصَّحَّة، وكذا إذا كانت في يد الرعيه و يعطون الخراج معترفين بكونها حقًا، و أمَّا إذا أعطوا كرها من غير اعتراف منهم بالحقيَّة، فالحمل على الصَّحَّة في عمل السلطان يعارض حمل كراهه الرعيه عليها.

أقول: و هاهنا أمر آخر غير حمل الفعل على الصَّحَّة و إقرار ذي اليد، و هو استمرار العمل في ظاهر الحال و لو من السلطان المخالف في الأرض، على وجه كونها خراجيه من تقييلها لمن يشاء على هذا الوجه، و أخذ طسقتها و إقدام الرعيه على تقبلها منه، و بالجملة: جريان الأمر و استمراره على آثار الخراجيه، فإنَّه دليل للخراجيه. و إن لم يظهر من ذي اليد إقرار أصلا، بل هو نفس الخراجيه الظاهره كما في غيرها من الأوصاف الشرعيه كالملكيه و الزوجيه و الوقفيه.

فإنَّها قسمان: واقعيه؛ و هي الثابته في نفس الأمر مسببه عن أسبابها الواقعيه، و ظاهريه؛ و هي الحاله الظاهره بحسب الآثار و الأعمال، و الجرى عليها مع عدم

١- مستند الشيعة ٢: ٣٥٩.

ص: ١٥٤

العلم بمخالفتها للواقع، و عدم كونها ناشئه عن أسبابها النفس الأمريه، نظير الحكم الظاهري في مقابل الحكم الواقعي في الأحكام الشرعيه.

و تلك الظاهريه في أمثال ذلك متبعه في ظاهر الشرع، بل هي مناط الشهادات غالبا في الأملاك و المناكح و الأنساب و الأوقاف و الولايات و غيرها، فيشهد بالزوجيه بالاطلاع على كونها في حباله الزوج و توافقهما في آثار الزوجيه مدته طويله، و يقطع الدعوى و حقَّ الحلف بمثل تلك الشهاده، و إلَّا فكيف يمكن للشاهد غالبا الشهاده مع عدم علمه بأسبابها الواقعيه، فضلا عن كونها منتهيه إلى حسه المشروط في الشهاده. و معلوم أنَّ هذا غير مجرّد اليد الموجهه، لتقدّم القول الغير المسقط للدعوى و حقَّ الحلف، و إن علمها، بل و إن علم منه الجهل بالحال.

و قد يجعل مطلق الظنّ - كالحاصل من كتب السير و التواريخ - من طرق الثبوت أيضا؛ لدوران الأمر بين كونها مفتوحه عنه أو صلحا على كونها للمسلمين أو لمن في أيديهم من الكفار، فإنَّما يحكم - حينئذ - بانتفاء الخروج و كونها على سبيل الثاني فيما يخالف الظنّ، ففيه ترجيح حكم بلا مرجح، أو يرجع الى الظنّ فهو المتعين.

و فيه أنَّ هنا احتمالا ثالثا هو كونها مواتا أحيائها المسلمون إذا أسلم (١) أهلها طوعا و نحو ذلك، و أنَّ الأصل فيما يقتضى عدم كونها خراجيه دليل شرعيّ مقدّم على الظاهر في أمثال تلك الموضوعات.

نعم، فيما انتفى فيه الأصل و انحصر الأمر في الاحتمالين المزبورين أمكن الترجيح بالظن.

ثمَّ إذا انتفى الطريق المعبر لإثباتها، فإن كان على الأرض يد تملك من مسلم أو

١- في «م»: أو أسلم.

ص: ١٥٥

مسالم يلزمها حكمها، وإن كان ذو اليد غير عالم بحقيقته الحال كما في غيرها.

و في الكفايه (١) المنع من اقتضاءها الاختصاص الملكي في أمثال تلك الأراضي، حيث لا يعلمه المتصرف ولا يدعيه، بل لو ادعى العلم، مع علمنا بعدم علمه لا يصدق.

و يضعف بأنه إن أراد نفي الاقتضاء رأسا فعموم أدله اليد يدفعه، وإن أراد نفيه ملكا لكون اليد أعم منه، فمع فرض وقوع التصرفات المالكية فيها كالمعاملات الاستقلالية لا وجه للمنع، و علم المتصرف بالواقع غير لازم في الاقتضاء، و إلا لما دلت اليد على الملك إلا في نادر.

و إن لم يكن عليها يد كذلك، فصور الشك ثلاث:

إحداها: أن لا يعلم وقوع الفتح عليها مطلقا و حينئذ يعمل بالأصل و يلزمها حكم مجهول المالك أو بلا مالك.

و ثانيها: أن يعلم كون البلده مفتوحا عنوه و هذه الأرض منه، و شك في كونها عامره حين الفتح، و يلزمه حكم ما تقدم أيضا لأصالة تأخر الحادث.

و ثالثها: الصورة بحالها و اشتبه العامر المعلوم وجوده إجمالا حين الفتح بين موضع هذه الأرض و غيره من الأراضي التابعه أو القرينه إلى البلد، و الحكم - حينئذ - بكونه مجهول المالك مشكل؛ لتعارض أصل تأخر الحادث مع أصالة بقاء العامر و عدم تغييره بما عليه حال الفتح، فإن كان - حينئذ - مرجح ظني فهو كما مر، و إلا فالوجه التوقف و الاحتياط ببذل الخراج، و لعل كثيرا من الأراضي العامره اليوم في البلاد المفتوحه عنوه من هذا القبيل.

فإن قلت: مقتضى تعارض الأصلين فيه الجهل بمالكه، فيلزمه حكم مجهول المالك أيضا.

١- كفايه الأحكام: ٧٦.

ص: ١٥٦

قلت: أخبار مجهول المالك لا ينصرف إلى مثل هذا المتردد بين كونه مفتوحا عنوه أو لمالك معين، لظهورها فيما له مالك مخصوص و لم يعلم به.

ص: ١٥٧

[المشرق الثامن] [فيما يتعلّق بالعدالة الشرعيه]

إشارة

مشرق: فيما يتعلق بالعدالة الشرعية التي اشترطها الشارع في الشهادة والإمامه وغيرهما. والنظر إما في معناها و حقيقتها و ما يتألف منه من الأجزاء و الشروط، أو في كيفية البحث عن ثبوتها و ما يكشف عن حصولها شرعا، فهنا مطلبان:

المطلب الأول: في بيان حقيقتها و ما يعتبر فيها،

إشارة

و فيه أبحاث:

البحث الأول: اختلفت كلمات العلماء في بيان حقيقه العدالة،

إشارة

أى فيما هو المقصود منه فى الشرع فى المقامات المذكوره، لا- فى أمر وضعى ضروره أن ليس هو وضعاً لغوياً أو عرفياً فإنه بمعزل عن مختلف الفقهاء فى المقام و مطرح آرائهم و أقوالهم، و لا الوضع الشرعى، لأنه فرع ثبوت الحقيقه الشرعيه، و هى غير معلومه، و على الجملة فتفاسيرهم و تعاريفهم للعدالة الشرعيه مختلفه الأجناس، و جملتها أربعة:

أحدها: أنها الملكة الراسخه النفسانيه الباعثه على ملازمه التقوى و المروءه.

ص: ١٥٨

ذكرها فى المختلف (١) و القواعد (٢) و الإرشاد (٣) و التحرير (٤) و المهذب (٥) و نهايه الأصول (٦) و المنيه (٧) و الدروس (٨) و الذكرى (٩) و التنقيح (١٠) و الروضه (١١) و الروض (١٢) و جامع المقاصد (١٣) و الرياض (١٤)، و نسبه مولانا الأردبيلي إلى المشهور فى الفروع و الأصول (١٥)، و الفاضل الهندي (١٦) إلى المشهور بين العامة و الخاصه، و الذخيره (١٧) إلى المتأخرين، و فى التنقيح (١٨) إلى الفقهاء، مشعرا بدعوى إجماعهم عليه و بها عرفها جماعه من محققى

١- مختلف الشيعة ٨: ٤٨٤.

٢- قواعد الأحكام ٢: ٢٣٦.

٣- إرشاد الأذهان ٢: ١٥٦.

٤- تحرير الأحكام ١: ٢٠٨.

٥- المهذب البارع ٢: ٥٥٦.

٦- لم نقف عليه.

٧- غنيه النزوع ١: ٢٨٩.

٨- الدروس الشرعيه ١: ٢١٨.

- ٩- ذكرى الشيعة ٤: ٣٩١.
- ١٠- التنقيح الرائع ٤: ٢٨٩.
- ١١- الروضة البهية ٣: ١٢٨.
- ١٢- روض الجنان: ٣٦٣.
- ١٣- جامع المقاصد ٢: ٣٦٢.
- ١٤- رياض المسائل ٢: ٣٨٦.
- ١٥- مجمع الفوائد و البرهان ١٢: ٣١١.
- ١٦- كشف اللثام ٢: ١٩٢.
- ١٧- ذخيره المعاد: ٣٠٥.
- ١٨- التنقيح الرائع ٤: ٢٨٩.

ص: ١٥٩

العامة كالغزالي و الحاجبي و العضدى و الآمدى (١).

و ثانيها: نفس الأفعال و التروك، بأن لا يكون مرتكبا للكبائر و لا مصرا على الصغائر، و هو ظاهر أكثر المتقدمين. و فى البحار أنه الأشهر فى معناها و هو ظاهر الكفايه (٢).

و ثالثها: المعروفيه بتلك الأوصاف و التروك ظاهرا. فسرها به الشيخ فى النهايه (٣)، و الحلّى فى السرائر (٤)، و عزى إلى أكثر متأخري المتأخرين (٥).

و فرقه مع سابقه اعتبار الواقع فيه، و المعروفيه الظاهريه هنا.

و هذا القول هو المعروف بحسن الظاهر، على كون الظاهر فى مقابل الواقع، فهو فى مقابل القول الثانى.

و لو أريد به المحسوس فى قبال الباطن، أى السريره و الملكة النفسانيه، يرجع إلى الثانى، و كان فى مقابل القول الأوّل.

و رابعها: عدم ظهور خلاف المذكورات مع ظهور الإسلام.

نسب إلى المفيد فى الإشراف (٦) و الإسكافى (٧)، و الشيخ فى المبسوط (٨) و الخلاف (٩).

١- الغزالي فى المستصفى ١: ١٥٧؛ العضدى فى شرح المختصر: ١٦٧؛ الآمدى فى الإحكام فى أصول الأحكام ١: ٣٠٨.

٢- كفايه الأحكام: ٢٧٨.

٣- النهايه: ٣٢٥.

٤- السرائر ٤: ١١٨.

- ٥- الهدايه (الجوامع الفقيهه): ٥٢؛ المقنعه: ٧٥٢.
 ٦- حكاه عنهم السبزواري في ذخيره المعاد: ٣٠٥.
 ٧- المصدر السابق.
 ٨- المبسوط ٨: ٢١٧.
 ٩- الخلاف ٦: ٢١٨.

ص: ١٦٠

ثمّ الظاهر أنّ مراد القائلين بالأخير الحكم بالعداله من باب الأصل، لا أنّه نفس حقيقتها، كما نبّه عليه في البيان (١) و الدروس (٢) و الذكرى (٣) و الجعفريه (٤) و المسالك (٥) و الكفايه (٦)، و جدّى الأمد في المعتمد، و والدى العلّامه في المستند (٧)، و غيرهم (٨)، فإنّ كلمات القائلين به في غايه الظهور، بل الصراحه في مغايره حقيقه العداله لذلك، كقول الشيخ في المبسوط عند ذكره أقسام المعرفه و الجهل بالعداله:

«الثانى: أن يعرف إسلامهما دون عدالتهما، لم يحكم بشهادتهما حتى يبحث من عدالتهما»، إلى أن قال [ما ملخصه]: و به قال قوم إن كان في قصاص أو حدّ، و إن كان غير ذلك حكم بشهادتهما بظاهر الحال، و لم يبحث عن عدالتهما بعد أن تعرف إسلامهما.

و قوله في الخلاف (٩): الأصل في المسلم العداله، فإنها لو كانت نفس ظاهر الإسلام لم يصح جعلها أصلا فيه، بل كان نفسها. و يؤمى إلى المغايره أيضا كلام المفيد (١٠) و الإسكافي (١١).

- ١- البيان: ١٣١.
 ٢- الدروس الشرعيه ١: ٢١٨.
 ٣- ذكرى الشيعة ٤: ٣٩١.
 ٤- رسائل المحقق الكركي ١: ١٢٦.
 ٥- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.
 ٦- كفايه الأحكام: ٢٧٨.
 ٧- مستند الشيعة ٢: ٦١١.
 ٨- بحار الأنوار ٨٨: ٢٥؛ ذخيره المعاد: ٣٠٤؛ الكافي في الفقه: ٤٣٥؛ الوسيله: ٢٣٠؛ و حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٣: ٨١؛ جواهر الكلام ١٣: ٢٨١.
 ٩- الخلاف ٦: ٢١٨.
 ١٠- حكاه عن المفيد في الحدائق الناضره ١٠: ١٨؛ و رياض المسائل ٢: ٣٩٠.
 ١١- مجموعه فتاوى ابن الجنيد: ٣٢٨.

ص: ١٦١

و كذا الظاهر أنّ القول الثالث أيضا مبنيّ على أنّ التعويل على حسن الظاهر و المعروفيه بالستر و العفاف، من باب الكشف عن العدالة و الدلاله عليها، لا كونه نفسها تنزيلا لحسن ظاهر الحال في المعاشرات منزله الواقع، أعني الاجتناب الواقعي عن القبائح الذي هو القول الثاني، كما لا يخفى على المتأمل في كلام القائلين به. فيبقى الاحتمال في أصل معنى العدالة و حقيقتها بين أحد الأوّلين، أعني الملكة النفسانيه المشتهره بين المتأخرين، و نفس تقوى الجوارح من الأفعال و التروك المعروفه بين المتقدمين.

ثمّ من الظاهر أن ليس المراد من الثاني مجرّد الفعل و الترك من حيثهما، و لو لعدم المقتضى أو وجود المانع، كالعينين التارك للزنا و اللواط، و الأخرس و الأعمى و الأصمّ بالنسبه إلى معاصي تلك الجوارح، و غيرهم ممّن لم يتمكّن من آلات المعاصي، بل المراد كونه لتقوى الله عزّ و جلّ و غرض ديني، لا للرياء و السمعه أو الخوف من الناس أو مصلحه دنيويه أخرى، لعدم كونه ممدوحا- حينئذ- فليس من العدالة المأمور بها المثاب عليها إجماعا، بل العمل- حينئذ- في بعض تلك الوجوه بنفسه معصيه يخالف العدالة، فلا بدّ أن يكون العمل المزبور منوطا بتّيه خالصه و فضيله نفسانيه.

و كذا ليس المراد مجرّد التلبس بهذه الأوصاف الصادق على مثل ساعه أو يوم أو على زمان الشهاده، بل مرادهم التلبس بها دائما أو في زمان طويل، كشهرك بل أكثر، من غير تخلف عنه فيه.

و لعلّه إجماعيّ أيضا، بل هو مدلول كلمات القائلين به، فإنّه لا يصدق عرفا تلك الأوصاف التي ذكرها على الإطلاق إلّا على المواظب المداوم عليها.

ص: ١٦٢

ألا ترى أنّ من قال: اشترى لي عبدا عفيفا ورعا مجتنبيا عن مجالسه الأراذل، أو عابدا مصليا ساعيا إلى المساجد، و أمثال ذلك من التروك و الأفعال، لا يفهم منه عرفا إلّا المواظب الملازم لها.

و حيث إنّ المواظبه على تلك الأوصاف في المده الكثيره بالتّيه الخالصه، لا بدّ و أن يكون لها مبدأ في النفس باعته على النيه و استعمال الجوارح أو كفّها، فلا ينفكّ عن صفه حسنه ثابتة نفسانيه يمنع ما دام وجودها عن التخلف عن تلك الآثار، سواء بلغت تلك الصفه الكامنه حدّ الملكه بالمعنى المذكور في القول الأوّل أم لا.

فبين هذين القولين عموم من وجه؛ لاختصاص الأوّل بكون تلك الملكه مما يقتدر به على ترك المعاصي و ملازمه التقوى بسهوله، و لكن لا- ينافيها التخلف أحيانا بفعل معصيه دفعه أو أكثر، فإنّ تلك الملكه مما لا يحصل إلّا بمجاهده و تكرير و مزاوله، و بعد حصولها لا تزول بفعل خلافها مرّه أو مرّات عديده، و اختصاص الثاني بكون الصفه النفسانيه الباعته على التقوى بحيث لم يتخلف عنها الأثر، فينافيها المعصيه، كأن يكون خوفا من الله عزّ و جلّ أو طمعا في ثوابه أو إجلالا له، فإنّها يزول عند المعصيه، و إلّا لم يتخلف عن أثرها الذي هو ترك المعصيه، و إن عادت ثانيا، و لكن لا ينافيها كون ترك المعصيه بمشقه و مجاهده، حيث لم يحصل بعد التكرار للبالغ حدّا يوجب حصول الملكه و سهوله التقوى، نظير الخوض في الأحوال و المعارك المنبعث عن غيره أو حميّه أو حبّ شخص أو بغضه، لا عن ملكه الشجاعه و الجراءه.

فيشترك القولان في كون الآثار منبعثه عن صفه راسخه في النفس، و يختلفان في أنّ العدالة هل هي نفس تلك الآثار المنبعثه

عن الهيئه النفسانيه، فينقضها التخلف في الآثار، أو هي نفس الملكه الباعثه على سهوله الآثار، فلا ينقضها

ص: ١٦٣

المخالفة أحيانا على حدّ لا تزول به الملكه بل ينقضها زوال نفسها.

فالاختلاف في القولين من وجهين.

و هل الترجيح للأوّل أو الثاني؟

مقتضى عدّها في فنّ الأخلاق من الصفات و الملكات- بل عرفوها فيه بما يناسب الملكه المذكوره كقولهم إنّها ملكه لزوم الاقتصاد في كلّ شيء من الأعمال و الصفات من غير ميل إلى طرفى الإفراط و التفريط، أو هي ملكه يقتدر بها العقل العمليّ على ضبط جميع القوى تحت إشاره العقل النظريّ- كونها الأوّل، إلّا أنّ الملكه- كما عرفت- لا ينافيها التخلف مرّه في العمل أو مرتين، و لا- تزول به، و هو مناف للعداله المعتره في الشرع إجماعا، و جعل عدم التخلف شرطا زائدا عن نفس العداله ينافيه ظاهر كلماتهم بل صريحها، من سقوط العداله بفعل الكبيره إلى أن يحصل العلم بعودها بالتوبه. و هذا يقوى كون الثاني عداله، مع أنّه أيضا يرجع إلى صفه راسخه نفسانيه هي منشأ ظهور الآثار في الجوارح- كما سمعت- مع أنّه يستبعد في العقول إسقاط من تحمل نفسه على ترك محارم الله تعالى بالجهد و المشقّه طول السنه خوفا من الله سبحانه بحيث لا يبادر إليها، عن حكم العداله، و جعله من عداد الفساق، مع أن مثله قد يعدّ أعلى مرتبه و أكثر ثوابا و أعظم درجه من ذى الملكه المذكوره، على أنّ الأخبار الوارده في الباب مفسره بها بنفس الأفعال و التروك، ككلمات أكثر القدماء.

و قول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الله بن أبي يعفور، في جواب قول السائل: بم يعرف عداله الرجل؟: «أن تعرفوه بالستر و العفات و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان» (١) و قوله: «يعرف باجتناّب الكبائر» (٢) لا ينافي كون حقيقه العداله نفس

١- بحار الأنوار ٨٨: ٣٧، الباب ٢، الحديث ١.

٢- نفس المصدر.

ص: ١٦٤

العمل، بل دلالتة على المطلوب أشبه، فإنّه من قبيل أن يقال: نعرف الكتاب الفلانيّ بالمسائل الفلانيه.

و بالجملة بملاحظه الشواهد المذكوره تقوى القول الثاني.

و يوافق في المعنى التفسير بالصفه الراسخه في النفس المقرونه بتلك الأعمال و التروك، كما عرفت، فمعنى العداله مركّب منهما.

و كيف كان، فهو غير الملكه، و القول بها لا شاهد له من لغه أو حديث، و التبادر العرفيّ الذي ادّعاه جمع من القائلين له ممنوع.

و إن سلّم كونها من الصفات فى المتفاهم العرفىّ، فغايتها كونها صفه راسخه باعته على التقوى، و لو هى الخوف من الله سبحانه.

نعم، يستلزم ذلك بعد تكزّر العمل حصول الملكة غالبا.

تتميم: لا خلاف فى أنّ الفسق ضدّ العدالة الشرعيه،

كما أنّ العدالة بالمعنى المصطلح عند أئمه الحكمه- أعنى تعديل الملكات النفسانيه- ضدّها الجور بمعنى الميل إلى أحد طرفى الإفراط و التفريط، فلا يجتمعان.

و هل بينهما واسطه؟

و التحقيق أنّ الفسق إن فُتير بما يخالف العدالة، فلا واسطه بينهما، لكون التقابل بالوجود و العدم، و إن فُتير بالخروج عن طاعه الله سبحانه و ارتكاب الكبيره و الإصرار على الصغيره، أو بملكه ذلك و إن لم يتفق له المعصيه لمانع، من تعذر أسباب المعصيه أو خوف أو مرض و نحوها لا لورع دينى، فعلى القول بكون العدالة ملكه، ففاقد الملكتين المجتنب عن الذنوب و لو طاعه لله واسطه بينهما.

ص: ١٦٥

و كذا على القول بحسن الظاهر يكون غير ذى ملكه الفسق، المجتنب عن الذنوب و المعاصى لعذر، واسطه.

و حيث إنّ الظاهر المتبادر من الفسق أحد الأخيرين، بل الأوّل منهما، فالظاهر وجود الواسطه هذا بحسب الواقع، و أمّا بحسب الحكم فى الظاهر فسيأتى الإشاره إلى ما يقتضيه الأصل منهما.

البحث الثانى: قد علمت أنّ اجتناب المعصيه جزء العدالة أو لازمها.

إشاره

و اختلفوا فى أنّ المعتبّر هو الاجتناب عن جميع المعاصى من الكبائر و الصغائر، أو من الكبائر فقط. و هذا الخلاف بعد اختلافهم فى تقسيم الذنوب إليهما.

و المعروف بين أكثر المتأخّرين بل عامتهم الانقسام إليهما. و إليه ذهب كثير ممّن تقدم، بل عن الصيمرى و البهائى الإجماع عليه. و عن جماعه من القدماء كالحلبى و القاضى و الشيخ فى العده و الطبرسى أنّ الذنوب كلّها كبائر، بل عن الأخير نسبتته إلى الأصحاب، مشعرا بدعوى الإجماع عليه (١).

و الظاهر أنّ مراد هؤلاء أن ليس للذنوب معيارا معيّنا محدّدا يعدّ به الكبائر و الصغائر على الإطلاق و يختلف بهما الأحكام الشرعيه، كالقدح فى العدالة و نحوه، لا أن ليس لها اختلاف فى الشده و الضعف و زياده العقاب و نقصانه، فإنّ من الضرورى أن ليس عقاب ترك ردّ السلام كقتل النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و هدم الكعبه.

و بهذا يختلف الذنوب فى الكبر و الصغر بإضافه بعضها إلى بعض، كما تبه به

١- الحلبي فى الكافي: ٤٣٥؛ و القاضى فى المهذب البارع ٣: ٥٥٢؛ و الشيخ فى العده:

ص: ١٦٦

الحلى (١) بعد نفيه التقسيم و دعواه عدم الخلاف فيه بقوله: لأنه لا صغائر عندنا فى المعاصى إلا بإضافه إلى غيرها.

و عن بعضهم جعل الإضافه على أقسام ثلاثه:

أحدها: الإضافه إلى الطاعه، فإن زاد عقابها على ثواب تلك الطاعه فهى كبيره بالنسبه إليها، و إن نقص فهى صغيره.

و ثانيها: بالإضافه إلى معصيه أخرى، فهى كبيره بالنسبه إلى ما هى أشدّ عذاباً منه، و صغيره بالنسبه إلى ما هى أقلّ منه.

و ثالثها: بالنسبه إلى فاعلها، فإن صدرت عن شريف عالم فهى كبيره، و إن صدرت عن دونه فهى صغيره.

و ربما قيل: إن الصغيره لا- تطلق على الذنوب إلا على القول بحبط الطاعه الكبيره (٢)، و أنت خبير بأن القسمه معروفه بين

أصحابنا، و القول بالإحباط خلاف المعروف بينهم، فكيف يناط به عند أرباب القسمه؟

و الحقّ فى المسأله ما عليه المعظم، لظاهر الآيتين إن تَجَنَّبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نَكَفَرْنَا عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ (٣) الشورى (٤٢): ٣٧.

(٤) وَ الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَوَاحِشَ (٥).

و النصوص المستفيضه المتضمنه للتقسيم بهما، و إيعاده للكبائر بطائفه من

١- السرائر ٢: ١١٨.

٢- فى «م» هكذا: و ربما قيل: إن الصغيره قد يطلق على الذنب إلا على القول بالإحباط، و هو موازنه العمل الصالح و المعصيه،

فكلّ ذنب يحبط بالطاعه فهى صغيره و كلّ ذنب يحبط بالطاعه فكبيره.

٣- النساء

٤- : ٣١.

٥- الشورى (٤٢): ٣٧.

ص: ١٦٧

المعاصى، و المصرّحه ببعض الأوصاف للكبائر، كمرسله الفقيه: «من اجتنب الكبائر كفر الله عنه جميع ذنوبه» (١).

و فى خبر آخر: «الأعمال الصالحه يكفر الصغائر» (٢) و فى ثالث: «لا صغيره مع الإصرار و لا كبيره مع الاستغفار» (٣). و أمثال

ذلك ممّا دلّ على القسمه على الإطلاق.

و استدلال النافون باشتراك الجميع في مخالفه أمره سبحانه و نهيّه، و بالاستشهاد بظهور بعض الأخبار فيه، مثل ما دلّ على أنّ كلّ معصيه شديده، و ما دلّ على أنّ كلّ معصيه قد توجب لصاحبها النار، و ما دلّ على التحذير من استحقاق الذنب و استصغاره (٤)، و نحو ذلك.

و يضعف الأول بأنّه مبنيّ على كون الكبر و الصغر باعتبار مجرّد المخالفه التي هي غير قابله للشدّه و الضعف، و ليس كذلك، بل مناط الافتراق بهما المفسده التي أوجب النهي، و هي قابله للشدّه و الضعف بتفاوت العقاب كما أشرنا إليه- و إن اشتركا في النهي- كما يشاهد هذا الفرق في النواهي العرفيه.

و الثاني بعدم دلالة شيء من تلك الأخبار على الاشتراك فيما عنوا به من معنى الكبيره، و هو كونه غير مكفّر بالأعمال الصالحه، أو ما يوعد عليه النار مطلقا، أو قادحا في العدالة.

و حيث تبين أنّ الذنوب ينقسم إلى الكبائر و الصغائر، على ما سنّبّه على تفصيل

١- وسائل الشيعه ١٥: ١٦، الباب ٥ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٦٢٢.

٢- لم نقف عليه بهذه العبارة.

٣- وسائل الشيعه ١٥: ٣٣٨، الباب ٨ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٦٨١.

٤- الكافي ٢: ٢٦٩، الحديث ٧؛ وسائل الشيعه ١٥: ٢٩٩، الباب ٤٠ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٥٦٧؛ و ٣١٠، الباب ٤٣، الروايه ٢٠٦٠٤.

ص: ١٦٨

كلّ منهما، فاعلم أنّه لا خلاف في توقّف العدالة على اجتناب الكبائر.

و اختلفوا في توقّف اجتناب غيرها أيضا و ترك الجميع. اختاره المفيد (١) و الحلّي (٢) و الحلبي (٣) و القاضي (٤) و الشيخ في العده (٥) و الطبرسي (٦) في المحكّي عنهم، بل عن ظاهر الثاني و الأخيرين كونه مجمعا عليه بين الطائفه.

و ذهب جمهور المتأخّرين، بل عاقتهم و أكثر المتقدّمين- بل قيل عليه اتفاق كلّ من قسّم الذنوب إلى قسمين- إلى عدم قدح فعل الصغيره فيها إلّا مع الإصرار الموجب لصيرورتها كبيره، و هو الحقّ، لدلاله صحيح ابن أبي يعفور الآتي عليه في قوله: «و يعرف باجتناب الكبائر التي أوعده الله سبحانه عليها النار» (٧) الظاهر في عدم توقّفها على غيرها، باعتبار كونه في مقام التحديد و التعريف، بل لو لا الاختصاص كان التخصيص به إغراء قبيحا، مع أنّ مقتضى الأصل عدم تقييده بوصف غيره.

فإن قلت: قوله عليه السلام في جواب السائل: بم يعرف عداله الرجل؟ «أن تعرفوه بالستر و العفاف و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان» يعمّ جميع الذنوب، و حصول القدح في العدالة، سيما الصادره عن الجوارح الأربعة، و إن كانت صغائر، و نحوه قوله

عليه السّلام بعده، و الدلالة على ذلك كلّه أن يكون ساترا لجميع عيوبه الشامل للصغير.

قلت: كلامه عليه السّلام مقتضى للمتعلّق، ضروره أن ليس المراد ما صدق عليه الستر

١- مختلف الشيعة ٨: ٤٩٨.

٢- السرائر ٢: ١١٨.

٣- الكافي في الفقه: ٤٣٥.

٤- المهذب البارع ٢: ٥٥٦.

٥- عدّه الأصول: ٣٧٩.

٦- مجمع البيان ٣: ٣١.

٧- وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩١، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الرواية ٣٤٠٣٢.

ص: ١٦٩

و كفّ الأعضاء، فلا عموم له.

و الحمل على العموم عند حذف المتعلّق فيما يحمل عليه، إنّما هو لدليل الحكمه، من عدم المرجّح و لزوم الإغراء لولاه، و هي هنا منتفيه، لأنّ قوله عليه السّلام عقيب ذلك:

«و يعرف باجتنب الكبائر التي أوعد الله عليها النار» قرينه ظاهره بل صريحه مبيّنه للمتعلّق، و إلّا لما صحّ التخصيص، خصوصا مع ما فيه من التفصيل.

مضافا إلى أنّ فعل الصغيره مرّه أو مرتين لا- ينافي صدق وصف المعروفيه بالستر و العفاف و الكفّ على وجه الإطلاق، كما سنشير إليه.

و لعلّ هذا وجه تخصيص اجتناب الكبائر بالذكر ثانيا، تنبيها على قدحها في العدالة مطلقا و لو مرّه، مع أنّه جعل في الصحيحه الستر و الكفّ معرفا لاجتناب الكبائر، و المعرّف يعتبر حيث لم ينكشف المعرّف- بالفتح- فلو فرض العلم بالاجتناب عن الكبائر لم يكن المعرّف معتبرا، و لو مع صدور الصغيره.

مضافا إلى أنّ اشتراط ستر العيب و لو كان صغيره لا يستلزم قدح فعل الصغيره، فإنّهم جعلوا من أسباب صيروره الصغيره كبيره عدم المبالاه بإعلانها، و استدلّوا على المطلوب- أيضا- باستلزام قدح الصغيره في العدالة للجرح العظيم، و سقوط الشهادات، و تعطيل الأحكام المسببه لوجود العدل، و تضييع الحقوق.

و ردّه الحلّي (١) بإمكان الرفع بالتوبه. و اعترض عليه في المختلف (٢): بأنّ من شرط التوبه العزم على ترك المعاوذه، و لا شكّ أنّ الإنسان لا ينفكّ عن الصغائر، فلا يصحّ هذا العزم منه غالبا.

و أورد عليه بأنه ينافى وجوب التوبه عنها على كل أحد.

١- شرائع الإسلام ٢: ١١٨.

٢- مختلف الشيعة ٨: ٤٨٤.

ص: ١٧٠

أقول: إمكان العزم و صحه التكليف به لا يرفع المحذور، فإنّ المعترض مستظهر بعدم وقوعه غالباً، و المحذور ناش عن عدم الوقوع فى الغالب، لا- عن عدم التكليف به، إلما أن يمنع غلبه عدم وقوع العزم على الترك، و إن لم ينفك الإنسان غالباً عن الصغائر، فإنّ حاله حصول العزم المصحح للتكليف بالتوبه ممكن الوقوع للإنسان كثيراً، و إن كان النقض له متكثر الوقوع أيضاً. كيف و إلما لم يقع التكليف بترك الصغائر، و بطلانه ظاهر.

و كيف كان، فالاستدلال المذكور لا يخلو عن تأييد و اعتضاد للأولين من وجوه:

منها: الأصل و الاستصحاب.

و فيه الخروج عنهما بما مرّ من الدليل، مع أنّ فى جريان الأصل مطلقاً، تأمل.

و منها: فحوى ما دلّ على اشتراط المروّه التى لا إثم فيها.

و فيه منع الأولويه، لعدم العلم بالعلّه.

و منها: أنّ فعل المعصيه خروج عن طاعه الله سبحانه، و هو فسق، كما فى مجمع البيان (١) و كتر العرفان (٢) و القاموس (٣)، و الفاسق يضادّ العادل، للاتفاق على عدم صدقه على من صدق عليه العادل.

و فيه منع كون الفسق مطلق الخروج عن الطاعه، و احتمال إرادته من ذكر [ه] الخروج المطلق، لا- مطلق الخروج، بل لعلّه الظاهر، لظهور العبارة المطلقة فى الاستمرار، كما أشرنا إليه فى نحو الستر و الاجتناب، مع أنّ التعويل فى المقام على ظاهر كلام من ذكر، مع معارضته بتخصيص غيره الفسق بفعل معصيه مخصوصه

١- مجمع البيان ٣: ٣١.

٢- كتر العرفان ٢: ٣٨٤.

٣- القاموس المحيط ٣: ٣٩٩.

ص: ١٧١

كظاهر السيورى و الشهيد الثانى غير مقبول، سيما بملاحظه مصير المعظم إلى عدم كون الصغيره قاده، مع كونها منافية عندهم

للفسق، خصوصا بملاحظه تبادل الغير و صحه سلب الفاسق عن المطيع الصالح الصادر عنه صغيره في عرض سنه.
و منها: أنّ فعل الصغيره تعدّ عما حدّه الله تعالى، و المتعدّي عنها ظالم، و الظالم غير مقبول الشهاده، فهو غير عادل.
أمّا الأوّل، فظاهر.

و أمّا الثاني، فلقوله تعالى وَ مَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (١) هود (١١): ١١٣.
(٢).

و أمّا الثالث، فلقوله تعالى وَ لَا تَزْكُورُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا (٣)، و الركون مطلق الاعتماد.
و أمّا الرابع، فللتفاق عليه.

و فيه منع كون كلّ متعدّ ظالما، و الآيه تدلّ على صدق الظالم بالتعدّي عن جميع حدود الله سبحانه، فهو بالمفهوم دلّ على خلاف المدعى، و منع صدق الركون على مجرّد قبول الشهاده ما لم يتضمّن الميل و الرضا بالفعل الغير المرضي، كما نصّ به بعض اللغويين.

و منها: أنّ المقصود من جعل العداله شرطا ليس إلّا حصول الاطمئنان، و هو لا يحصل مع ظهور المعصيه.
و فيه منع اطراد القضيتين.

و منها: مفهوم ما روى في عرض المجالس: «من لم تره بعينك يرتكب ذنبا، و لم يشهد عليه بذلك شاهدان، فهو من أهل العداله و الستر، و شهادته مقبوله، و إن كان

١- البقره

٢- : ٢٢٩.

٣- هود (١١): ١١٣.

ص: ١٧٢

في نفسه مذنبا» (١).

و فيه ضعفه سندا، مع خلّوه عن الجابر، سيما مع تضمّنه لما ليس له قائل، و دلّاله، لأنّها بالمفهوم و هو نكره مثبتة غايتها الإطلاق، و هو في المقام غير مفيد للعموم، لظهوره في بيان حكم آخر، و هو عدم العلم بالذنب، فتأمل.

و مع التسليم فهو أعمّ مطلقا من الصحيح المتقدّم، فيخصّص به.

الأول: اختلفوا في تفسير الكبائر تحديداً و تعديدا على مذاهب شتى،

أكثرها خال عن الدليل. و المشهور بين أصحابنا: أنها ما توعد عليه بالخصوص.

و النصوص الواردة في المقام بين قسمين:

أحدهما: المفسر بها بالوصف، و هو ما أوعده الله سبحانه عليه بالنار، كصحيح ابن أبي يعفور (٢) الآتي، و فيه: «يعرف باجتنب الكبائر التي أوعده الله عزّ و جلّ عليها بالنار، من شرب الخمر و الزنا و عقوق الوالدين و الفرار من الزحف و غير ذلك».

و رواه الحلبي (٣) في قوله تعالى **إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ** الآية.

قال: «الكبائر التي أوجب الله عليها النار».

و صحيح أبي بصير (٤) في بيان من يؤتى الحكمه، قال: «عرفه الإمام عليه السلام و اجتناب الكبائر التي أوعده الله سبحانه عليها النار».

١- بحار الأنوار ٧٠: ٢، الباب ٣٩، الحديث ٤.

٢- وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩١، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الرواية ٣٤٠٣٢.

٣- نفس المصدر ١٥: ٣٢٦، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الرواية ٢٠٦٤٨ (الرواية عن عليّ بن جعفر).

٤- نفس المصدر ١٥: ٣١٥، الباب ٤٥، الرواية ٢٠٦١٩.

ص: ١٧٣

و صحيح السزاد (١) عن الكبائر كم هي و ما هي؟ فكتب: «الكبائر ما أوعده الله عزّ و جلّ عليها النار، و كفر عنه سيئاته إذا كان مؤمناً، و السبع الموجبات: قتل النفس الحرام، و عقوق الوالدين، و أكل الربا، و التعرّب بعد الهجره، و قذف المحصنه، و أكل مال اليتيم، و الفرار من الزحف».

و صحيح محمّد (٢): «الكبائر سبع: قتل المؤمن متعمّداً، و قذف المحصنه، و الفرار من الزحف، و التعرّب بعد الهجره، و أكل مال اليتيم ظلماً، و أكل الربا بعد البيّنه، و كلّما أوجب الله سبحانه عليه بالنار».

و رواه عباد (٣) عن الكبائر قال: «كلّما أوعده الله تعالى عليه بالنار».

و ثانيهما: ما اشتمل على عدّها من غير تحديد بوصف، كصحيح عبيد (٤): و فيه أنها الكفر و القتل و العقوق و أكل الربا و أكل مال اليتيم و الفرار من الزحف و التعرّب.

و موثق أبي بصير (٥) و روايه عبد الرحمن (٤)، على اختلاف يسير في بعض المعدودات. و نحوها روايه مسعده (٧)، إلّا بزياده القنوط من رحمه الله تعالى و الأمن من مكر الله. و فيما رواه الصدوق في العيون (٨) عن الفضل بن شاذان، فيما كتب به مولانا الرضا عليه السلام للمأمون في عدّ الكبائر ما يزيد عن ذلك إلى ما بلغ ثلاث و ثلاثين

١- نفس المصدر ١٥: ٣١٨، الباب ٤٦، الروايه ٢٠٦٢٨.

٢- وسائل الشيعه ١٥: ٣١٥، الباب ٤٥ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٦٢٠.

٣- نفس المصدر: الروايه ٢٠٦١٩.

٤- نفس المصدر: الروايه ٢٠٦٢٨.

٥- نفس المصدر: الروايه ٢٠٦٥٤.

٦- نفس المصدر.

٧- نفس المصدر: الروايه ٢٠٦٤٠.

٨- نفس المصدر: الروايه ٢٠٦٦٣.

ص: ١٧٤

آخرها الإصرار على الصغائر، و خبر عبد العظيم (١) المشتمل على ما تجاوز العشرين، و نحوهما.

و يمكن الجمع بين القسم الأوّل و الأوّل من الثاني، بحمل الأخير على إرادته أعظم الكبائر، بشهادته الأخبار الأخيره المعتضده بصحيح السّراد و محمّد المتقدّمين المصرّحين للسبع بالخصوص، بعد ذكر تعريف الكبيره أو قبله، بما أوعده الله سبحانه عليه النار، و صحيح عبيد المصرّح بأنّ هذا السبع أكبر المعاصي، نظرا إلى ظهوره في الأكبريه الإضافيه.

و يدلّ على ذلك صريحا روايه أبي الصامت (٢): «أكبر الكبائر سبع: الشرك بالله العظيم، و قتل النفس التي حرّم الله عزّ و جلّ إلّا بالحقّ، و أكل مال اليتيم، و عقوق الوالدين، و قذف المحصنات، و الفرار من الزحف، و إنكار ما أنزل الله تعالى».

و يخصّص (٣) عموم النفي المستفاد من الحصر في تلك الأخبار بالأخبار المفسره بما أوعده الله، و بإيعاده لها بأزيد من ذلك، و بهذا يرتفع التعارض، و يكون المناط في الكبيره ما عليه المعظم، من كونه ما أوعده الله عزّ و جلّ عليه.

نعم، يبقى الإشكال فيما هو المراد من هذه العبارة، و في شموله لجميع ما ذكر في روايه العيون و غيرها من الذنوب. و كلماتهم مختلفه في بيان كيفيه هذا الإيعاد.

ففي النهايه (٤) و القواعد (٥) و الإرشاد (٦) و المسالك (٧): إنّها ما أوعده الله عليها بالنار.

١- نفس المصدر: الروايه ٢٠٦٢٩.

٢- وسائل الشيعه ٩: ٥٣٦، الباب ٢ من أبواب الأنفال، الروايه ١٢٦٦١.

٣- في «م»: أو بتخصيص.

- ٤- نهاية الأحكام: ٣٢٥.
 ٥- قواعد الأحكام ١: ٢٢٤.
 ٦- إرشاد الأذهان ٢: ١٥٦.
 ٧- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

ص: ١٧٥

و في التنقيح (١)- نفلا- عن الأ-كثر- إنه ما يوعد عليه بعينه و بخصوصه. و في الدروس (٢): كل ذنب يوعد عليه بخصوصه العقاب. و في قواعد الشهيد (٣): كلما توعد الشرع عليه بخصوصه. و قريب منه ما في الروضة (٤).

و في الكفايه: إنها كل ذنب أوعده الله عزّ و جلّ عليه بالعقاب في الكتاب العزيز، و نسبه إلى المعروف بين أصحابنا، قائلًا بعدم وجدان اختيار قول آخر في كلامهم.

و عن بعض المحققين أنّ ما ذكره في الكفايه هو مراد الكلّ.

و ظاهر تلك الكلمات يشير إلى الاختلاف في اشتراط كون الإيعاد منه- سبحانه- أو بما يعتمّ إيعاد الحجج.

و على الأوّل، هل يعتبر إيعاده بما في كتابه العزيز خاصة، أو بما يعتمّ كلامه مطلقاً، أو به و بإخبار الحجج عليهم السّلام- عنه سبحانه و تعالى- بأنّ الله أوعده كذا؟

و على الأوّل، هل يعتبر إيعاده فيه- سبحانه- بالخصوص، أو بما يعتمّ العموم مثل قوله تعالى وَ مَنْ يَعَصِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا (٥).

و على التقادير، هل يعتبر الإيعاد بالنار أو بمطلق العقاب أو مطلقاً؟

و التحقيق: أنّ ما في الأخبار المفسّره بالإيعاد هو ما أوعده الله سبحانه عليه النار، فهو المناط في ذلك. اللازم بيان ما يصدق عليه تلك العبارة.

فقول: الظاهر منها الإيعاد بالخصوص، كما هو المتبادر المتفاهم للأصحاب فلا

١- التنقيح الرائع ٤: ٢١٩.

٢- الدروس الشرعيه ٢: ١٢٤.

٣- القواعد و الفوائد ١: ٢٢٤.

٤- الروضة البهيه ٣: ١٢٩.

٥- الجنّ (٧٢): ٢٣.

يشمل ما أُوعد عليه عموماً، كيف وجميع المعاصي من الكبائر والصغائر داخل في عموم قوله تعالى وَ مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ. و كذا الظاهر أنّ الإيعاد بالنار يعمّ الإيعاد بها صريحاً أو التزاماً و ضمناً، فيشمل ما دلّ عليه بالالتزام، كما جعل الله سبحانه و تعالى العقاب جَبَّاراً شَقِيحاً (١) و أُوعد الشقيّ بالنار في قوله عزّ و جلّ فَأَمَّا الَّذِينَ شَقُّوا فِي النَّارِ لَهُمْ فِيهَا زَفِيرٌ وَ شَهِيقٌ (٢). أو بالظهور الإطلاقيّ، كالعذاب و العقاب و نحوهما.

بل لا يبعد جعل أكثر إيعادات الكتاب في الآخرة من هذا الباب، كاللعنه و سوء الدار و الخسران و بئس المصير و نحوها، إذ الغالب على ما يستفاد من مطاوى الأخبار كون الجزاء بالسوء في الآخرة بالنار، فينصرف إليه الإطلاق.

و يشهد به الاستشهاد في روايه عبد العظيم إيعاده للكبائر التي هي بالنار في حدّ الكبائر على ما في مستفيضه الأخبار بالآيات الدالّة على مطلق الذمّ عليها.

نعم، مثل قوله تعالى وَ مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ (٣) غير ظاهر في الإيعاد.

و أما كون الموعد هو الله تعالى، فالظاهر أنّه لا يصدق هذا على إيعاد.

الرسول صلّى الله عليه و آله و سلّم أو الإمام عليه السّلام و لو بالإخبار عن الله عزّ و جلّ، أو في السنّه المتواتره - كما عن بعضهم - أو مطلق الحديث الصحيح، كما عن آخر. إذ المتبادر من تخصيص ذلك به سبحانه، مع أنّ جميع الشرائع صدرت منه، كون الإيعاد بالنار المذكوراً في كلامه، بل في كتابه فارقاً بذلك بين الكبائر و الصغائر، كيف و الصغيره كثيراً ما يوعد بالنار في كلام النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم أو الإمام عليه السّلام، بل هو لازم العصيان، غايه الأمر كونها

١- مريم (١٩): ٣٢.

٢- هود (١١): ١٠٦.

٣- الزلزال (٩٩): ٨.

ص: ١٧٧

مكفّره بترك الكبائر.

و من هذا صار المعظم إلى ذلك، و في الكفايه (١) ظهور الاتفاق عليه، و عرفت من بعضهم إرجاع الكلّ إليه.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من كون الإيعاد بالنار يلزم أن يكون على الوجه الذي بيّناه من التصريح به في الكتاب أو التعريض، إنّما هو على التعويل على متفاهمنا منه، و إلّما فإذا استنبطه الإمام عليه السّلام منه على وجه لا نعلمه ظاهراً و دلّ عليه خبر معتبر فهو المتبع، و يعمل به، كشرب الخمر المعلّل في روايه عبد العظيم، لكونه كبيره بأنّ الله سبحانه نهى عنها كما نهى عن عباده الأوثان، استنباطاً له من مقارنته لها في النهى موافقته لها في العقوبه، و حيث إنّها النار في الشرك في موضع آخر من الكتاب، فكانت له أيضاً.

بل لو دلّ حديث معتبر على أنّ الذنب الفلاني كبيره، من غير ذكر علّه، و لم نجد مصرّحا عليه بالإيعاد بالتدبّر في الكتاب، لزم اتّباعه تعويلا- على ثبوت الوعيد بها فيه على وجه لا نعلم، للتوفيق بينه و بين الأخبار المتقدمه المعرّفه للكبائر بالتوعيد بالنار في الكتاب، أو تخصيصا به بعموم مفهوم حصر تلك الأخبار النافى للكبيره عن غير ما أوعد الله تعالى.

و على هذه الجملة، فالصواب جعل المتّبّع في معرفه الكبائر ما عدّ في حديث الفضل الذي أشرنا إليه، المروى في عيون الأخبار بأسانيد متعدّده، فيما كتب به مولانا الرضا عليه السّلام: أنّ الكبائر هي: قتل النفس التي حرّم الله تعالى، و الزنا، و السرقة، و شرب الخمر، و عقوق الوالدين، و الفرار من الزحف، و أكل مال اليتيم ظلما، و أكل الميتة و الدم و لحم الخنزير و ما أهلّ لغير الله به من غير ضروره، و أكل الربا بعد

١- كفايه الأحكام: ٢٧٨.

ص: ١٧٨

البئنه و السحت، و الميسر و هو القمار، و البخس في المكيال و الميزان، و قذف المحصنات، و اللواط، و شهاده الزور، و اليأس من روح الله، و الأيمن من مكر الله، و القنوط من رحمه الله، و معونه الظالمين، و الركون إليهم، و اليمين الغموس (١)، و حبس الحقوق من غير عسر، و الكذب، و الكبر، و الإسراف، و التبذير، و الخيانه، و الاستخفاف بالحجّ، و المحاربه لأولياء الله سبحانه، و الاشتغال بالملاهي، و الإصرار على الذنوب (٢).

و في بعض النسخ (٣): و الإصرار على الصغائر من الذنوب، فإنّ هذه الروايه أكثر جمعا من غيرها، فيخصّص بها عموم النفي المفهوم من الحصر في غيرها، أو يبنى على كون الجميع مما أوعد عليه بالنار في القرآن، و إن لم نعلمه. و في روايه أبي خديجه (٤) المعلّله للكبائر بذكر آيات التوعيد لها، بعض ما ليس في تلك الروايه، و هو السحر، معلّلا بقوله تعالى وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَرَاهُ مَا لَهُ فِي الآخِرَةِ مِنْ خَلَقٍ (٥) و ترك الصلاه متعمّدا، أو شيئا مما فرض الله سبحانه، و كتمان الشهاده.

و في مرسله الفقيه (٦): إنّ الحيف في الوصيه من الكبائر.

فيعدّ (٧) بذلك كلّه.

الثاني: قد علمت من خبر الفضل أنّ من الكبائر الإصرار على الصغائر.

و يدلّ

١- اليمين الغموس (بفتح الغين)، أي الكاذبه التي يتعمّدها صاحبها.

٢- وسائل الشيعه ١٥: ٣٢٩، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٦٦٠.

٣- نفس المصدر ١٥: ٣٢٤، الروايه ٢٠٦٤٠.

٤- نفس المصدر ١٥: ٣١٨، الروايه ٢٠٦٢٩.

٥- البقره (٢): ١٠٢.

٦- نفس المصدر ١٥: ٣٢٧، الروايه ٢٠٦٥٠.

٧- فيعتمد (خ).

ص: ١٧٩

عليه- أيضا- ما فى روايه الحسين (١): لا كبيره مع الاستغفار، و لا صغيره مع الإصرار.

و صرح به كثير من أعيان الطائفه، بل قال مولانا الأردبيلي (٢): لا خلاف فيه. و به يجبر قصور سند الخبرين.

و اختلفوا فى حدّ الإصرار، فعن بعضهم: أنّه المداومه على نوع واحد.

و عن الذخيره (٣) و البحار (٤) و الرياض (٥): أنّه المناسب للمعنى المفهوم من الإصرار.

و عن آخر: أنّه الإكثار من جنس الصغائر بلا- توبه، سواء كان من نوع واحد أو أنواع مختلفه، و به صرح فى المسالك (٦) و

الروضه (٧) و كشف الرموز (٨)، قائلين بتحقيق الإصرار به.

و فى الكفايه (٩) و الروض (١٠)، و عن الذخيره (١١) و البحار (١٢)، و كونه قادحا فى العدالة، بل فى المحكى عن الأول،

الإجماع عليه.

و عن الثانى: عدم الخلاف فيه.

١- بحار الأنوار ٨٨: ٣٠؛ أصول الكافى ٢: ٢٨٨، كتاب الإيمان و الكفر،

٢- مجمع الفائده و البرهان ٢: ٣٥١، كتاب القضاء، الشروط العامه للشاهد.

٣- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

٤- بحار الأنوار ٨٨: ٣٠.

٥- رياض المسائل ٢: ٣٩٠.

٦- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

٧- الروضه البهيه ٣: ١٣٠.

٨- كشف الرموز ٣: ٥١٧.

٩- كفايه الأحكام: ٢٧٩.

١٠- روض الجنان: ٢٨٩.

١١- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

١٢- بحار الأنوار ٨٥: ٢٥.

و كلام هؤلاء لا يدلّ على كونه داخلا فى معنى الإصرار، بل فى التحرير (١): ما يدلّ على التغير و اشتراكهما فى القدح، حيث قال: و عن الإصرار على الصغائر و الإكثار منها.

و عن ثالث: حصوله بالعزم على فعل الصغيره بعد الفراغ. صرّح بتحقيق الإصرار به المحقق الأردبيلي (٢)؛ حاكيا إياه عن الأكثر. و صرّح بدخوله فيه فى المسالك (٣) و الروضه (٤) و الكشف (٥)، و قواه فى البحار (٦).

و عن رابع: تحقّق الإصرار بالثلاثه، ذهب إليه الشهيد فى قواعده (٧)، جاعلا للأولين إصرارا فعليا، و الأخير حكما.

و عن خامس: أنّ المراد بالإصرار عدم التوبه، نقله فى الذخيره (٨) و غيره عن بعضهم.

للاؤلّ، تصريح أهل اللغه. قال فى الصحاح: صررت على الشىء: أى أقمت و دمت عليه، نحوه ما فى النهايه الأثيريه (٩) و القاموس.

و للثانى صدق الإصرار عليه عرفا، بل صدق المداومه على الإكثار.

١- تحرير الأحكام: ٢٠٨.

٢- مجمع الفائده و البرهان ٢: ٣٥١.

٣- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

٤- الروضه البهيه ٣: ١٣٠.

٥- كشف الرموز ٣: ٥١٧.

٦- بحار الأنوار ٨٨: ٢٩.

٧- القواعد و الفوائد ١: ٢٢٧.

٨- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

٩- النهايه لابن الأثير ٢: ٢٢.

و للثالث تبادره من الإصرار. و فى البحار: و يقال فى العرف: فلان مصرّ على هذا الأمر، إذا كان عازما على العود إليه، مضافا إلى فحوى خبر الجابر الآتى.

و للرابع ما للثالثه.

و للخامس روايه جابر عن الباقر عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ وَ لَمْ يُصِرُّوا عَلَيَّ مَا فَعَلُوا (١) تحرير الأحكام: ٢٠٨.

(٢) قال: «الإصرار أن يذنب و لا- يستغفر و لا يحدث نفسه بالتوبه» (٣)، مضافا إلى أن ترك التوبه معصيه أيضا، فيتحقق به الإصرار بعد المعصيه.

أقول: و للنظر في الكلّ مجال:

أمّا الأوّل: فلمنع انحصار الإصرار به، و منع لزوم كون متعلّق الإصرار نوعا واحدا، حيث لا يساعده عرف و لا لغه، بل مقتضى كون المتعلق جنسا، أى مطلق الصغيره حصول الإصرار على الجنس بأفراده، و لو من أنواع مختلفه.

و أمّا الثانى: فلمنع صدق الإصرار على مطلق ما يصدق عليه الإكثار، و لذا جعله فى التحرير (٤) مغايرا للإصرار.

نعم، إن أريد من الإكثار حدّا كاملا من الكثره، كما لعلّه الظاهر من ظاهر لفظ الإكثار من الذنوب. و جعل تحديده فى الذخيره (٥) و الكفايه (٦) و البحار (٧) و الرياض (٨)،

١- آل عمران

٢- :١٣٥.

٣- وسائل الشيعه ١٥: ٣٣٩، الباب ٤٨ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٦٨٢؛ بحار الأنوار ٦: ٣٢، الباب ٢٠، الروايه ٤٠.

٤- تحرير الأحكام: ٢٠٨.

٥- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

٦- كفايه الأحكام: ٢٨٠.

٧- بحار الأنوار ٨٨: ٣٠.

٨- رياض المسائل ٩: ٤٤٧.

ص: ١٨٢

فيما لم يكن من نوع واحد، بكون ارتكابه للذنب أغلب من اجتنابه عنه من غير توبه، لم يكن بعيدا.

و أمّا الثالث: فلأنّ صدق الإصرار عليه عرفا غير معلوم، كما يظهر التأمل فيه من الذخيره و الرياض و المستند، و لو قلنا بقده فى العداله، فليس من جهه صدق الإصرار. و منه يظهر ما فى الرابع.

و أمّا الخامس: فلما فى الحجه الأولى من مخالفه الروايه للشهره العظيمه و ندره القول به، بل قيل بعدم معلوميه القائل به، فيسقط به عن الحجّيه، و مع ذلك مخالف للعرف و العاده، بل فى الحديث المشهور (١): «لا- صغيره مع الإصرار و لا- كبيره مع الاستغفار» إيماء بأنّ الإصرار لا- يحصل بعدم الاستغفار، و بقرينه المقابله، فلعلّ الخبر فى تفسير الآيه و الإشاره باللّام إلى خصوص الإصرار المذكور فيها.

و فى الثانى، فإن ترك التوبه بنفسه معصيه أخرى، لا- دخل له بفعل الصغيره، و صيرورتها كبيره. مع أنّ الظاهر المتبادر من

الإصرار على الذنوب أو الصغائر المذكور في الروايه تكرر فعلها و تجددّه، فلا يصدق على الاستمرار على ترك التوبه عن ذنب، لعدم صدق تعدّد الترك على الترك المستمرّ، كما لا تعدّ ترك إزاله النجاسه عن المسجد في كلّ آن ذنبا على حدّه، فكان استمراره في نصف يوم مثلا كبيره باعتبار كونه إصرارا.

و بالجملة: الظاهر اعتبار تعدّد متعلّق ترك التوبه من الذنوب المتعدّده في صدق التعدّد و التكرّر على الترك، لا مجرد الاستمرار على ترك واحد، و هذا هو المستفاد من كلمات القوم.

نعم، لا يبعد القول به في الأفعال الوجوديه، كلبس الرجل الحرير المحض طول

١- بحار الأنوار ٨٨: ٣٠.

ص: ١٨٣

النهار، و إدامه النظر على أجنبيه في ساعه أو أكثر، و إن كان فيه تأمل أيضا، لاحتمال عدّه في العرف فعلا واحدا، إلّا إذا انقطع ثم فعل ثانيا، و لذا لو ورد أن عقاب لبس الحرير كذا، أو النظر إلى الأجنبيه كذا، فالظاهر عدم تعدّد الجزاء بفعل أحدهما ممتدا في زمان، فلا يجعل فعله في كل آن معصيه مستقلة، بخلاف ما إذا انقطع و تجدد.

و اختلاف الأمر الشرعيّ بأمثال تلك الاعتبارات غير مستبعد، كما في غسل الثوب مرّتين، فإنّه لا يعدّ امتداد وقوعه في الماء بقدر المرّتين غسلتان، و لا يحصل به التطهير فيما يشترط فيه التعدّد.

و كيف كان، فلا يحصل الإصرار بامتداد فعل صغيره واحده، فلا يصير لأجل الإصرار كبيره.

نعم، لا يبعد كونه - حينئذ - قادحا للعداله و صيرورتها كبيره، إذا كان البقاء عليه ناشئا عن عدم المبالاه، و استصغار الذنب، و العزم على بقائه، كما عسى أن يظهر دعوى الاتفاق من بعض الكلمات.

و في الذخيره (١) و الرياض (٢)، بعد منع كون العزم على العود إلى فعل الصغيره إصرارا، قالوا: ففي كونه قادحا تأمل، إن لم يكن اتفاقيا.

و قال بعض الأجلّه: و يستفاد من جماعه حصول القدح ببعض ما لا يصدق عليه الإصرار حقيقه، و يستفاد من بعضهم دعوى الإجماع عليه، انتهى.

و التحقيق: أنّ مناط معرفه معنى الإصرار العرف و اللغه، و الظاهر منهما أنّ مطلق الإكثار غير كاف في صدقه، فلا يكتفى بمجرّد فعلها مرات عديده كثلاثه، بل

١- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

٢- رياض المسائل ٩: ٤٤٧.

يشترط فيه الملازمه و المداومه العرفيه فى الإكثار، بل الظاهر اعتبار بقاء الحاله الباعثه على الملازمه له فى النفس أيضا، أى التيه الحكيمه الكائنه فيها، و إن لم نقل باشرط العزم الفعلى على العود إليه، فلا يصدق ظاهرا مع العزم على الترك، و إن لم يكن توبه شرعيه، كما إذا كان لمصلحه دنيويه.

و كذا الظاهر عدم اشترط كون الإصرار على نوع واحد على ما أشرنا إليه من صدق الإصرار على الصغار أو الصغيره على المداومه على جنسها، و مراعاة الاحتياط فى مطلق الإكثار، بل فى المره مع العزم على العود أولى، بل جعل الشهيد فى قواعده (١) الثانى إصرارا، و إن كان فيه تأمل.

البحث الثالث: اختلفوا فى توقّف العدالة الشرعيه على المروه على قولين.

إشاره

و مرادهم من التوقف عليها، يحتمل كونه على وجه الجزئيه و دخولها فى الماهيّه، كالمعاصي، أو على الشرطيّه، لا بمعنى كونها شرطا لمشروط العدالة، فكانت شرطا آخر لقبول الشهاده فى قبال العدالة، كما ربما يحكى عن بعضهم، بل شرطا لمقبوليه العدالة، و ترتّب الأثر عليها فى مشروط العدالة. و جعلهم الفسق فى مقابل العدالة، و اتفاهم على عدم كون التخلف عن المروه فسقا يوافق الثانى.

و على الجملة، فالقول الأوّل للشيخ فى المبسوط (٢)، و الحلّى (٣) و الفاضل (٤) فى كتبه

١- القواعد و الفوائد ١: ٢٢٧.

٢- المبسوط ٨: ٢١٧.

٣- السرائر ٢: ١١٧.

٤- مختلف الشيعة ٧: ٧١.

فى الفروع و الأصول، و الشهيد الأوّل (١)، و المحقّق الثانى (٢)، و صاحب المعالم (٣)، و عن البحار (٤) و الرياض (٥): أنّه المشهور.

بل عن الكشف (٦) أنّه المشهور بين الفريقين، و عن الذخيره (٧) و المدارك (٨) نسبته إلى المتأخرين، مشعره باتفاهم عليه، و عن كثر العرفان (٩) إلى الفقهاء.

و القول الثانى للمحكّى عن المفيد (١٠)، و الشيخ فى العدّه (١١)، و الروض (١٢)، و المحقّق الأردبيلي (١٣)، و الذخيره (١٤)، و

- ١- القواعد و الفوائد ١: ٢٢٧.
- ٢- جامع المقاصد ٢: ٣٧٢.
- ٣- معالم الأصول: ٢٠٤.
- ٤- بحار الأنوار ٨٥: ٣٠.
- ٥- رياض المسائل ٢: ٤٩٢.
- ٦- كشف اللثام ٢: ٣٧٤.
- ٧- ذخيره المعاد: ٣٠٥.
- ٨- مدارك الأحكام ٤: ٦٨.
- ٩- كنز العرفان ٢: ٣٨٤.
- ١٠- المقنعه: ٧٢٥.
- ١١- العده: ٣٧٩.
- ١٢- روض الجنان: ٣٦٣.
- ١٣- مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٣١٢.
- ١٤- نفس المصدر: ٣٠٤.
- ١٥- مدارك الأحكام ٤: ٦٨.
- ١٦- بحار الأنوار ٨٥: ٣٠.
- ١٧- رياض المسائل ٢: ٤٩٢.

ص: ١٨٦

و قواه والدى العلامه (١) و بعض من عاصره، بل قيل: يمكن استفادته من نهايه الشيخ (٢) و الحلّى (٣) و القاضى (٤).

ثمّ المراد بالمرّوه على ما هو المتحصّل من عباراتهم المختلفه المتقاربه فى تفسيرها، كونه مجتنباً عمّا لا يليق بأمثاله، مما يؤذّن بخسه النفس و الدناءه، من المباحات و الصغار من المحرّمات التى لا يبلغ حدّ الإصرار المسقطه للعزّه من القلوب، و منه ما يستهزء و يستسخر به لأجله.

استدلّ الأولون بالأصل و الشهرة و توقف المقصود من اشتراط العداله عليها، إذ عدمها إمّا لخبيل أو ضعف عقل أو لقله حياء، و عدم الوثوق مع الأوّل ظاهر. و مع الثانى، فلأنّ من لا حياء له يصنع ما يشاء، كما فى الخبر المروى (٥) عن الكاظم عليه السّلام:

«لا دين لمن لا مرّوه له، و لا مرّوه لمن لا عقل له».

و يضعف الأوّل بإطلاق ما مرّ من إطلاق الأخبار المفسّره للعداله بما ليس فيه إشعار بمدخليه المروه فيها، لا شطرا و لا شرطاً.

و الثاني بعدم الحجّيه، سيما مع خلو الأخبار عنه، مع وجود الداعى، و قبح تأخير البيان الموجب لقوه الظن بعدم الاشتراط المنافى للظنّ الحاصل من الشهره الذى هو مناط الحجّيه عند القائل بها.

و الثالث بمنع كليه المقدمه الأولى، و منع الثانيه، إذ المفروض وجود ما يقتضى

١- مستند الشيعة ٢: ٦٢٩.

٢- النهايه: ٣٢٥.

٣- مختلف الشيعة ٧: ٧١.

٤- المهذب البارع ٢: ٥٥٦.

٥- بحار الأنوار ١: ١٤١؛ و ٧٨: ٣٠٣.

ص: ١٨٧

التكليف من العقل و الورع عن المعصيه المانع عن الكذب، و إلّا فأصل العداله كان منتفيا.

و الرابع بضعفه سندا و دلالة، لعدم العلم بما هو المراد من المرؤه فيه، بل قيل: إنّ استعمال المرؤه بالمعنى الذى ذكره الأصحاب غير معروف فى كلامهم، و حينئذ فالأظهر حملة على بعض المعانى المرويّه عنهم فى تفسيرها. انتهى.

قال والدى العلّامه (١): ورد تفسيرها فى الأخبار بغير هذا المعنى، ففى مرسله الفقيه (٢) عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّ المرؤه استصلاح المال».

و فى أخبار آخر (٣): إنّها إصلاح المعيشه. و فى ثالث (٤): إنّها ستّه، ثلاثه فى الحضر: تلاوه القرآن، و عماره المساجد، و اتّخاذ الإخوان، و مثلها فى السفر، هى:

بذل الزاد، و حسن الخلق، و المزاح فى غير معاصى الله سبحانه.

و فى رابع (٥): إنّها أن يضع الرجل خوانه بفناء داره، إلى غير ذلك. و ليس فى شىء من هذه المعانى المرويّه ما يوافق ما ذكره الأصحاب فى معنى المرؤه. انتهى.

نعم، روى فى الموتى (٦): «من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممن كملت مرؤته، و ظهرت عدالته، و وجبت أخوته، و حرمت غيبته» إلّا أنّ غايته الدلاله على توافق العداله و كمال المرؤه فى حصولهما باجتناب تلك المعاصى الثلاث.

فإن قلنا: بكونها جميعا من الكبائر، فهى من تلك الجبهه قاده فى العداله، و أين

١- مستند الشيعة ٢: ٦٢٩.

- ٢- وسائل الشيعة ١١: ٤٣٦، الباب ٤٩ من أبواب آداب السفر، الرواية ١٥١٩٣.
- ٣- روضه الكافي: ٢٤١، معنى الشرف و المروه و العقل، الحديث ٣٣١.
- ٤- وسائل الشيعة ١١: ٣٢٠، الباب ٤٩، الرواية ١٥١٨٤.
- ٥- نفس المصدر: الرواية ١٥١٩٦.
- ٦- نفس المصدر ٨: ١١٦، الباب ١١ من أبواب صلاة الجماعة، الرواية ١٠٧٧٢.

ص: ١٨٨

هو من معنى المروءة الذى ذكره الأصحاب.

و إن لم نقل به فمقتضى مفهومه أن من لم يجمع الثلاثة لا يجمع الأربعة و منها كمال المروءة، و أين هو من اشتراطها فى العدالة؟
و استدلل الآخرون بوجوه:

منها: الأصل. قال فى مجمع الفائده (١): دخول المروه فى العدالة غير بين؛ للأصل، و لعدم ثبوتها معها، لا شرعا و لا لغه.

و منها: خلو الأخبار عن بيان توقّف العدالة على المروءة.

أشار اليه فى مجمع الفائده (٢)، و المدارك (٣)، و الذخير (٤)، و الكفايه (٥)، و الرياض (٦).

و منها: أن عدم قدح ارتكاب الصغائر فى العدالة يستلزم عدم قدح ارتكاب خلاف المروءة فيها بطريق أولى.

أقول: حقّ المقام أنّ مراد القائلين بتوقّف العدالة على المروءة، إن كان بحسب نفس الأمر، فهو مجرد دعوى لا- دليل عليها، و إطلاق الأدلّه حجّه عليها، بل عدم الدليل مع توفر الدواعى و قبح ترك البيان فى الأخبار المفسّره مع تكثر الحاجه يؤمى إلى عدمه واقعا.

مضافا إلى الفحوى المشار إليها فى الدليل الأخير، فى أقل ما يصدق عليه خلاف المروءة بالمعنى الذى ذكره، الذى يتعدّى عنه إلى غيره بعدم القول بالفصل.

١- مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٣١٢.

٢- نفس المصدر.

٣- مدارك الأحكام ٤: ٦٨.

٤- ذخيره المعاد: ٣٠٥.

٥- كفايه الأحكام: ٢٧٩، كتاب الشهادات.

٦- رياض المسائل ٩: ٤٥٢.

و إن كان مرادهم كون المرؤه متوقفا عليها في طريق معرفه العدالة، فعلى القول بحصول الكشف بحسن الظاهر أو عدم ظهور الفسق، فعدم التوقف ظاهر، و على القول بالاختبار الباطنى العلمى عن الملكة، فاطراد التوقف - أيضا - ظاهر العدم.

نعم، يمكن التوقف فى بعض الموارد باعتبار عدم حصول العلم بملكه الاجتناب عن المعاصى مع عدم المبالاه، فلأن المرؤه و [عدم] ارتكاب القبائح العرفيه المنافيه للحياء ممدوح فى الشريعة، كما أنه يقدر خلافها على الأولين - أيضا - إذا بلغ حدًا يوجب ارتكاب ما هو مخالف للشرع أو ينبئ عن جنون، أو يقدر فى معرفه صفه الستر و العفه.

و كيف كان، فالتوقف ليس كلياً، فلا يناط العدالة بها، بل بعدم العلم بالفسق، أو بما ينافى حسن الظاهر على الأولين، و بما يزول معه العلم بالملكه على الأخير، فإذن فالمعتمد عدم اشتراط المرؤه فى العدالة، و مراعاة الاحتياط أولى.

تتميمات:

الأول: عدوا من منافيات المرؤه الموجبه لسقوطها أموراً كثيره،

كالأكل فى الطرقات، و مدّ الرجلين فى مجالس الناس، كما عن المبسوط (١) و المدارك (٢).

و لبس الثياب المصنعات للنساء، كما عن الأول.

و الأكل فى السوق، كما عن الفاضل فى القواعد (٣) و فخر الإسلام (٤) و الشهيدين (٥).

١- المبسوط ٨: ٢٧.

٢- مدارك الأحكام ٤: ٦٨.

٣- قواعد الأحكام ١: ٢٣٧.

٤- إيضاح الفوائد ٤: ٣٢١.

٥- الدروس الشرعيه ٢: ١٢٥؛ الروضه البهيه ٣: ١٣٠.

ص: ١٩٠

و الكركى (١) و الأردبيلى (٢) و الخراسانى (٣) و المجلسى (٤) على اختلاف فى التقييد له بالغالب، أو فى أكثر البلاد، أو بغير سوقى أو بدوى، إلّا إذا غلبه العطش.

و الأكل فى المجامع، كما عن الروض (٥).

و اللعب بالحمام، كما فى القواعد (٦).

و لبس الفقيه لباس الجندي أو بالعكس مطلقاً، أو بحيث يستسخر منه، أو في البلاد التي لم تجر عادة الفقهاء لبس هذا النوع من الثياب، كما في الدروس (٧) و المسالك (٨) و الذخيره (٩) و البحار (١٠).

و لبس التاجر لباس الحمالين و نحوهم، بحيث يصير مضحكه، كما في المسالك (١١).

و في القواعد (١٢): لبس الفقيه من القباء (١٣) و القلنسوه غالباً في غير محلّ العاده.

١- جامع المقاصد ٢: ٣٧٢.

٢- مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٣١٢.

٣- ذخيره المعاد: ٣٠٣.

٤- بحار الأنوار ٨٥: ٣٠.

٥- روض الجنان: ٣٦٣.

٦- قواعد الأحكام ١: ٢٣٧.

٧- الدروس الشرعيه ٢: ١٢٥.

٨- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

٩- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

١٠- بحار الأنوار ٨٥: ٣٠.

١١- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

١٢- قواعد الأحكام ١: ٢٣٧.

١٣- العباء (خ).

ص: ١٩١

و كشف الرأس بين جمهور الناس، أو عند من ليس كذلك، كما في الإيضاح (١) و الروض (٢) و المسالك (٣) و الروضه (٤) و مجمع الفائده (٥).

و السخريه أو كثرتها، كما في الدروس (٦) و التنقيح (٧) و الروضه (٨).

و كشف العوره التي يتأكد استحباب سترها في الصلاة، كما في الدروس (٩) و المفاتيح.

و البول في الشوارع وقت سلوك الناس، كما في جامع المقاصد (١٠) و الروض (١١) و الذخيره (١٢) و البحار (١٣) مطلقاً، أو فيمن يوجب انحطاط مرتبته عاده.

و كثره الحكايات المضحكه، كما في المسالك (١٤) و الروضه (١٥) و الذخيره (١٦).

- ١- إيضاح الفوائد: ٤/٤٢١.
- ٢- روض الجنان: ٣٦٣.
- ٣- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.
- ٤- الروضة البهيه ٣: ١٣٠.
- ٥- مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٣١٢.
- ٦- الدروس الشرعيه ٢: ١٢٥.
- ٧- التنقيح الرائع ٤: ٣٢٩.
- ٨- الروضة البهيه ٣: ١٣٠.
- ٩- الدروس الشرعيه: ١٩٠.
- ١٠- جامع المقاصد ٢: ٣٧٢.
- ١١- روض الجنان: ٣٦٣.
- ١٢- ذخيره المعاد: ٣٠٤.
- ١٣- بحار الأنوار ٨٥: ٣٠.
- ١٤- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.
- ١٥- الروضة البهيه ٣: ١٣٠.
- ١٦- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

ص: ١٩٢

و مجمع الفائده (١).

و تقبيل أمته و زوجته في المحاضر و بين الناس أو حكاية ما يجرى بينه و بينها في الخلوه للناس، كما في أكثر الكتب المذكوره.
و المضايقه في اليسير الذي لا يناسب حاله، كما في الذخيره (٢).

و أن يخرج من حسن العشره مع الأهل و الجيران و المعاملين، كما في المسالك (٣) و مجمع الفائده (٤)، و في الثاني مثل ذلك مع مخالطيه و معامليه، بأن يضايق معهم في الطعم القليل، و يأكل وحده أطعمه طيبه يطعمهم أقل ما يجزى شرعا و له مال كثير و لا- يلتفت إلى الجيران بإطعام و ماء و نار و يضايقهم في الأمور المشتركه، و يضايق معامليه في الشىء الدون الذي لا ينبغي المسامحه عن مثله من مثله. و نحو ذلك أن يفعل مالا يليق بأمثاله بالنسبه إلى الناس. انتهى.

و أن يتنذل الرجل المعزّ بنقل الماء و الأطعمه إلى بيته، إذا كان ذلك عن شحّ و ظنّه، و لو كان عن استكانه أو اقتداء بالسلف لم يقدح ذلك في المرؤه، كما في المسالك (٥) و مجمع الفائده (٤).

ثم إنّ سقوط المرؤه بأمثال ذلك على ما صرّح به جماعه و يشير إليه كلام جمع من هؤلاء الأجلّه يختلف باختلاف الناس، و

تفاوت مراتبهم و أزمتههم و أمكنتهم، و عادات البلاد و الأعصار، فقد يكون شىء مطلوباً فى وقت، مرغوباً عنه فى وقت

١- مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٣١٢.

٢- ذخيره المعاد: ٣٠٤.

٣- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

٤- مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٣١٢.

٥- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

٦- مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٣١٢.

ص: ١٩٣

آخر، و كذا بالنسبه إلى شخص دون غيره و فى بلد دون غيره فالمناط هو استهجان الفعل فى نظر أهل الشرف و الديانه و ذوى العقول الصافيه.

نعم، بعض ما ذكره مما اتفقت عليه العادات فى جميع الأحوال، فيسقط به المروه مطلقاً، إلّا إذا كان لعذر، كتقبيّل الزوجه فى المحاضر، و حكايه الخلوه فيها، و نحو ذلك.

و مما يختلف به الحال، اختلاف القصد و النيه، كما سمعت فى بعض ما ذكر، مثل نقل الماء و الأطمهه إلى بيته إذا كان ذلك عن شخّ دون الاستكانه و الاقتداء بالسلف.

قال المقدّس الأردبيلى بعد ذكر عدم منافات قصد الاستكانه فيه للمروه، فذلك ليس من ترك المروه فى شىء، بل من الطاعات و القربات و الامتياز بالقصد، و يعرف ذلك من أفعال الناس و أعمالهم و أخلاقهم، مثل أن يكون عادته أن يأكل ما يجد و يلبس كذلك، و يفعل ما تيسّر، و يجلس على الأرض و التراب، و يأكل عليها من غير سفره، و يجلس جلسه العبيد، و يأكل أكلهم، كما نقل عن فعل النبىّ (١) و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى جواب من سأل عن ذلك: «ويحك من أولى منى بالعبوديه حتى لا أفعل أنا فعل العبيد، و لا أجلس جلستهم، و لا آكل أكلهم» (٢)، انتهى.

و من هنا يظهر ما فى تعليل المحدّث المجلسى لنفى اشتراط المروه مطلقاً، بظهور خلافه من الأخبار، بقوله: و من كان أشرف من رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و كان يركب الحمار العارى، و يردف من خلفه، و يأكل ماشياً إلى الصلاه، كما روى (٣)، انتهى.

فإنّ فعله المنزّه عن القبائح لا يقاس عليه فعل غيره، مع إمكان الاختلاف فى الحسن و القبح عن مثله مطلقاً.

١- وسائل الشيعه ٢٤: ٣٧٢، الباب ٦٨ من أبواب آداب المائده، الروايه ٣٠٨١١.

٢- مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٣١٤.

٣- بحار الأنوار ١٦: ٢٨٥، الباب ٩، الحديث ١٣٦؛ و ٨٨: ٣٠، الباب ٢، الحديث ١.

الثاني: قال في الروضة ، و الروض ، و الذخيره : لا يقدر في المروه فعل السنن و إن استهجنها الناس،

الثاني: قال في الروضة (١)، و الروض (٢)، و الذخيره (٣): لا يقدر في المروه فعل السنن و إن استهجنها الناس،

كالكلحل و الحناء و الحنك في بعض البلاد، و إنما العبره بغير الراجح شرعا.

أقول: هذا مع قصد الامتثال و القربه، كما لعلّه ظاهر كلامهم لا شبهه فيه و أمّا إذا قصد بها غيره، فالظاهر أنّه كذلك أيضا، لوجوب اشمالها للحسن الخالي عن القبح و المهانه قبل تعلّق الأمر و حصول القربه به.

و اختلاف الحسن و القبح باختلاف التيات في غير السنن - كما سمعت - لا يقاس به السنن، لوجوب ثبوت الحسن فيها قبل النيه، بل قبل الأمر، و إلّا لزم الدور.

نعم، إذا كان معه نيه زائده قبيحه ظاهره يستهجن معها، كالرياء في الحنك مثلا، أمكن القول بكونه معها خلاف المروه.

الثالث: ترك جميع المستحبات ما لم يبلغ حدّ التهاون ليس منافيا للمروه من حيث ترك الاستحباب،

فلا يسقط بها العداله عند مشروطها، كما نصّ به جماعه، بل عليه ظاهر الإجماع، كما في الكفايه و غيره له (٤)، و لإطلاق الأدلّه و فحوى ما دلّ على أنّ الصغيره ليست قادحه و عموم أدلّه قبول الشهاده و إن بلغ حدّ التهاون، فعن صريح الشرائع (٥) و التحرير (٦) و الدروس (٧)

١- الروضه البهيه ٣: ١٣٠.

٢- روض الجنان: ٣٦٣.

٣- ذخيره المعاد: ٣٠٥.

٤- في الأصل: الإجماع، كالکف و غيره له.

٥- شرائع الإسلام ٤: ١٢٩.

٦- تحرير الأحكام ٢: ٢٠٨.

٧- الدروس الشرعيه ٢: ١٢٥.

و الروضه (١) و الكشفين (٢) قدحه فيها، بل عن المسالك (٣) قدح ترك صنّف منها كالتوافل منها أيضا، استنادا إلى كونه خلاف المروه، كما في الروضه (٤)، بل ربما يحتمل كونه معصيه، لدلالته على قله المبالاه بأمر الدين، فيكون قادحا، و فيه نظر. و

الأمر سهل، إذ لا يتفق عادة ترك جميع المستحبات، كما نبه عليه بعضهم.

و من هذا يظهر عدم قدح ترك خصوص الجماعه فى العداله أيضا، إلّا إذا بلغ حد الاستهانه و الاحتقار و الاستخفاف.

و عن السبزوارى و الأردبيلى و المجلسى قدحه فيها للخبرين:

أحدهما: رواه ابن أبى يعفور (٥) عن الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا غيبه لمن صلى فى بيته و رغب عن جماعتنا، و من رغب عن جماعه المسلمين و جب على المسلمين غيبته، و سقط عندهم عدالته، و وجب هجرانه، و إذا رفع إلى إمام المسلمين أنذره و حذره، فإن حضر جماعه المسلمين، و إلّا أحرق عليه بيته، و من لزم جماعتهم حرمت عليهم غيبته، و ثبتت عدالته».

و الآخر المروى فى البحار (٦) عن الشهيد الثانى عن الباقر عليه السلام: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من سمع النداء فلم يجبه من غير علّه فلا صلاه له» (٧)، و قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا صلاه لمن لا يصلّى فى المسجد مع المسلمين، إلّا من علّه، و لا

١- الروضه البهيه ٣: ١٣٠.

٢- كشف اللثام ٢: ١٩؛ و كشف الغطاء ١: ٢٦٦.

٣- مسالك الأفهام ٢: ٣٢١.

٤- الروضه البهيه ٣: ١٣٠.

٥- وسائل الشيعة ٨: ٣١٩، الباب ١١ من أبواب صلاه الجماعه، الروايه ١٠٧٧٨.

٦- بحار الأنوار ٨٥: ٥.

٧- وسائل الشيعة ٨: ٢٩١، الباب ١١، الروايه ١٠٦٩٤.

ص: ١٩٦

غيبه إلّا لمن صلى فى بيته، و رغب من جماعتنا و من رغب عن جماعه المسلمين سقطت عدالته، و وجب هجرانه، و إن رفع إلى إمام المسلمين أنذره (١)، الحديث.

و هما مدفوعان: أوّلا بضعف السند، مع عدم الجابر، سيما مع ندره القائل، و اشتمالها على ما لم يقل به أحد.

و ثانيا بضعف الدلاله، ضروره أنّهما ليسا على ظاهرهما، للإجماع على عدم كون ترك الجماعه فسقا و مجوّزا للغيبه و سببا يوجب الهجران، مضافا إلى ما فى الأوّل من التعذيب و الحرق فى جوف بيته المنافى للاستحباب، و فى الثانى من نفي الصلاه عن من لم يجب النداء و لم يصلّ فى المسجد مع المسلمين من غير علّه.

فلا بدّ من تنزيلهما، إما على الاستهانه و الإعراض و الاحتقار، كما أشار إليه الشهيد فى الذكرى (٢)، و يشعر به سياق الخبرين،

من قوله: «رغب عن جماعتنا و عن جماعه المسلمين» و ظهور ذيلهما سيما الأول- في المداومه على الترك الناشئه غالبا عن الاستهانه و التبغض، أو تقيدهما بترك الجماعه الواجبه، كالجمعه و العيدين. و حمل الأخير على مجرد المداومه على الترك، و حمل نفى الصلاه على نفى الكمال، و وجوب الهجران و الإنذار على مجرد المبالغه، لا يخرججه عن الإجمال المنافى للاستدلال.

و ثالثا بمعارضتهما لبعض ما تقدّم، كموتق سماعه (٣): «من عامل الناس فلم يظلمهم»، الحديث، بالعموم من وجه، و الترجيح للأخير بوجه شتى.

١- وسائل الشيعه ٨: ٣١٧، الباب ١١ من أبواب صلاه الجماعه، الروايه ١٠٧٧٦.

٢- ذكرى الشيعه ٤: ٣٧٢.

٣- وسائل الشيعه ٨: ٣١٩، الباب ١١، الروايه ١٠٧٧٨.

ص: ١٩٧

البحث الرابع: يتوقف العدالة الشرعيه على صحه المذهب، فيشترط فيها الإسلام و الإيمان،

كما صرح به العلّامة (١)، و صاحب المعالم في المنتقى (٢)، و والدى العلّامة (٣) و غيرهم، و إن لم نقل بتوقف معناها المعروف في علم الأخلاق- أعنى تعديل القوى النفسانيه- عليه، مع أنّ فيه كلاما أيضا، إذ من القوى القوّه العاقله، و تعديلها بحصول ملكه العلم الذي هو الاعتقاد المطابق. و الدليل عليه من وجوه:

منها: الأصل، فإنّ العدالة بهذا المعنى أمر توقيفي يقتصر فيه على موضع الاتفاق و النصّ، و الأوّل ظاهر الاختصاص بالمسلم و المؤمن، و كذا الثاني، لاختصاص الأخبار المتقدمه- باعتبار تضمّنها لوجوب الأخوه و قبول الشهاده- بأهل البصيره في الدين، و يمكن إجراء الأصل في المشروط له أيضا.

و منها: أنّ فعل الكبيره قادح في العدالة، و أيّ كبيره أعظم من الكفر، أو متابعه الإمام الجائر، و الردّ على المنصوب من قبل الله سبحانه، مع تواتر الكتاب و السنه في خلود المتّصف بهما في النار، بل يدلّ عليه خصوص ما في جملة من الأخبار من عدّ الشرك و الكفر بالله سبحانه من الكبائر التي أوعده الله تعالى عليها النار، بل من أكبر الكبائر، و ما في روايتي أبي الصامت المرويّه في التهذيب (٤)، و عبد الرحمن بن كثير المرويّه في الفقيه (٥)، من عدّ إنكار حقوقهم، من الكبائر السبع.

١- مختلف الشيعه ٨: ٤٩٨.

٢- منتقى الجمان ١: ٥ و أيضا في معالم الأصول: ٢٠٤.

٣- مستند الشيعه ٢: ٢٢٦.

٤- التهذيب ٤: ١٥٠، الباب ١، الروايه ٣٩.

٥- الفقيه ٣: ٥٦١، الباب ٢، الروايه ٤٩٣١؛ و رواه في الوسائل ١٥: ٣٢٦، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الروايه ٢٠٦٤٩.

ص: ١٩٨

و ما يقال: إنَّ كونه معصيه كبيره، إنما هو على فرض التقصير فى التحقيق و عدم حصول العلم، و إلَّا فلا يكلف الله نفسا فوق معلومها، مدفوع، بأنَّ قول الإمام عليه السلام بكونها على الإطلاق كبيره أوعده الله سبحانه عليها النار، و استفاضه الآيات و الأخبار على عقوبه المتَّصف بهما و خلوده فى النار، مع ضروره العقل بعدمه عند عدم التقصير و العلم بالخلاف، منبئ عن عدم تخلف البصيره فى الإيمان و حصول الاعتقاد الصحيح عن بذل المجهود فى تحقيق الدين، و لا يتبئك مثل خير، سيما مع اعتضاد ذلك بمثل قوله تعالى وَ الَّذِينَ لَجَّاهَدُوا فِيْنَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا (١) و سائر الاعتبارات العقلية و الشواهد الذوقية، فليس لتعرض عدم التقصير و حصول الجزم بالخلاف الخالى عن شبهه التردد، مع تذكر الخلاف مورد أصلا. و ثانيا بما ذكره والدى العلامة (٢) بأنَّه لا يقول أحد بعداله غير المؤمن أو الكافر الذى لم يعلم فى حقِّه بذل الجهد فى تحقيق الدين، بحيث لم يمكن فوق ذلك، و حصول العلم لنا فى حقِّ المخالف أو الكافر أنَّه باذل جهده و سعيه، و حصل له العلم بحقِّه دينه، إمَّا غير ممكن، أو نادر جدًّا.

و منها: أنَّ مقتضى كثير مما تقدّم من الأخبار، سيما صحيح ابن أبى يعفور، فى قوله عليه السلام (٣): «و يعرف باجتنب الكبائر التى أوعده الله تعالى، عليها النار و كفّ الجوارح» الظاهر فى الكفّ عن محرّمات دين الإسلام «و بتعاهد الصلوات الخمس و حفظ مواقيتها» اشتراط الإسلام، لعدم شموله للكافر و قوله عليه السلام فيه: «و إذا سئل عنه فى قبيلته و محلّته قالوا ما رأينا منه إلَّا خيرا» اشتراطه و اشتراط الإيمان أيضا

١- العنكبوت (٢٩): ٦٩.

٢- مستند الشيعة ٢: ٦٢٦.

٣- بحار الأنوار ٨٨: ٣٧، الباب ٢، الحديث ١.

ص: ١٩٩

ضروره أن ليس الكفر و الردّ على الإمام و متابعه الإمام الغاصب خيرا قطعًا.

البحث الخامس: قالوا: لا يقدح الذنب إذا تاب عنه، و هذا فى قبول الشهاده لعله لا خلاف فيه،

بل عليه الإجماع عن غير واحد. و يدلّ عليه المعتبره المستفيضه المصرحه بقبول شهاده الفاذف و السارق و المحدود بعد التوبه. و يتمّ المطلوب بعدم القول بالفصل، بل قال المولى الأردبيلى (١) بإمكان التعميم بتنقيح المناط.

و قد يستدلّ عليه بالصحيح المزبور و نحوه مطلقا، حتّى فى الساعه التى تاب فيها. و فيه تأمّل، لما أشرنا إليه من توقّف صدق الاجتناب عن الكبائر و الستر و العفاف و نحوها على الإطلاق على تمادى زمان و استمرار مدّه عليه.

و أمّا فى حصول العداله فصرّح به- أيضا- جماعه، بل فى مجمع الفائده (٢) لا يبعد أن يكون إجماعيا. و فى إطلاقه على القول بكون العداله ملكه راسخه إشكال، لأنّ التائب إن كان مسبوقا بالملكه، فإن لم يزل ملكته بالذنب لا يسقط عدالته، إلّا بجعل عدم المفارقة للذنب شرطا زائدا، كما أنّ الظاهر كونه إجماعيا، و سنشير إليه. و إن لم يسبق بالملكه، أو سبق و زالت بالتمادى فى الذنب، فلا يحكم بمجرد التوبه بعود العداله مطلقا، إلّا بعد مزاوله الآثار و تكريرها إلى أن تمدّدت و عادت الملكه. و حيث إنّ ظاهر كلماتهم الاتفاق على عود العداله بمجرد التوبه، فهذا حجّه أخرى على القائل بالملكه، كما أشار إليه فى مجمع الفائده (٣)

١- مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ٣٢١.

٢- نفس المصدر.

٣- نفس المصدر.

٤- مستند الشيعة ٢: ٦٣٤.

ص: ٢٠٠

يقال باختصاص الاتفاق المذكور بصورة سبق الملكة، كما يشعر به قولهم فى المقام بعود العدالة و قضاء العاده بعدم زوالها بمجرد الذنب، و لكن يتجه عليه ظهور الإجماع على قبول الشهاده بعد التوبه مطلقا، و تفكيكه عن أصل العدالة ينافى إطلاق كلماتهم. و أما على القول بحسن الظاهر، فيصح القول به.

و توقّف صدق الأوصاف المذكوره فى الصحيحه على وجه الإطلاق، كالاختناج عن الكبائر و الستر و العفاف على الاستمرار، حسب ما ذكر و سنذكر، فلا يصدق بمجرد التوبه، غير متجه هنا، إذ الظاهر صدقه عرفا، مع العلم بالتوبه الصحيحه، و حصول الهيئه الصالحه فى النفس الباعثه على العزم على الاستمرار على تلك الأوصاف، كما تبّه عليه المقدّس الأردبيلي، و والدى العلامه و هذا هو الدليل على ثبوت العدالة بالتوبه، على القول بحسن الظاهر، المختار عندنا فيما سيأتى، لكونه المعيار لها فى الصحيحه.

ثمّ إنّه هل يكتفى فى ثبوت التوبه بمجرد إظهاره، كقول المذنب: تبت، أو أستغفر الله و أتوب إليه، أم يشترط العلم بتحقيق شرائطها القليه، من الندامه عن المعاصى (١) و العزم على الآتى و غيرهما بظهور آثارها فى الخارج فى مدّه أمكن العلم بها و الاجتناب عنها؟

الظاهر الثانى، و حمل فعل المسلم على الصحه لا يكتفى به فى مثل المقام، و إلا اكتفى فى الشاهد بقوله: أنا عادل، بل لم أجد مصرّحا به، فإنّ السبب المتوقّف عليه العدالة هو التوبه، و هى الندامه و العزم القليبان، فيجب العلم بهما، دون قوله: تبت أو أستغفر الله.

المطلب الثانى: فى بيان ما يكشف عن العدالة و كيفيه البحث عن ثبوتها.

قد

١- فى «م»: عن الماضى.

ص: ٢٠١

علمت اختلافهم في حقيقه العدالة في أنها الملكه أو نفس التقوى. و أشرنا إلى أنه على الأول يشترط مقارنة الملكه لعدم التخلف في العمل عن الاجتناب عن الكبيره أيضا. ثم اختلفوا ثانيا فيما يكشف شرعا عن ثبوت هذا المعنى على أقوال ثلاثه:

أحدها: أنه البحث عن الباطن و المعاشره التامه، و الصحبه المتأكده الموجه لمعرفه الحقيقه، حتى أنه على القول بالملكه يلزم الاختبار العلمى عنها المميز بين الخلق و التخلق، و الطبع و التكلف، أو ثبوتها بالشياع العلمى أو شهاده العدلين، اختار ذلك أكثر المتأخرين، بل نسبه في المسالك (1) إلى المشهور.

و ثانيها: الاكتفاء في ذلك بحسن الظاهر؛ ذهب إليه جمع من المتأخرين، و في الذكرى (2) عن بعض الأصحاب، و حكى عن الشيخ (3) أيضا. و المراد به كما عرفت ما هو في قبال الواقع، فلا يلزم البحث عن الباطن، كما على الأول، بل يكتفى بمعرفه الظاهر المشهود للناس.

و ثالثها: الاقتصار فيه على ظهور الإسلام، و عدم ظهور الفسق؛ حكى عن الإسكافي (4) و المفيد في الإشراف (5) و الشيخ في الخلاف (6) و المبسوط (7) و الاستبصار (8).

و الظاهر أن مراد هؤلاء أن ظهور الإسلام و عدم ظهور الفسق من الأمارات التبعديه

١- مسالك الأفهام ٤: ١٦٥.

٢- ذكرى الشيعة ٤: ٣٧٢.

٣- المقنعه: ٧٣٠.

٤- مجموعه فتاوى ابن الجنيد: ٣٢٨.

٥- المقنعه: ٧٢٦.

٦- الخلاف ٦: ٢١٧.

٧- المبسوط ٨: ٢١٧.

٨- الاستبصار ٢: ١٤، كتاب الشهادات، الباب ٩، الحديث ٣.

ص: ٢٠٢

التي جعلها الشارع دليلا للعداله، من قبيل اليد للملك، لا من باب الأصل و الاستصحاب، كما اشتبه الأمر على بعضهم من نسبه أصاله العدالة إلى الشيخ في الخلاف (1)، لأن الكلام فيما يقتضيه الأصل من العدالة أو الفسق بحث آخر، و مقتضى النظر فيه كونهما على خلافه، لتوقف كل منهما على صفه وجوديه.

و كيف كان، فالأوسط القول الوسط، لا لما استدلل عليه من النصوص الداله على ثبوت العدالة بوجود الأوصاف العمليه ككونه خيرا و معلوما بخير و عفيفا أو عدم الخلف عن الوعد و عدم الكذب، أو عدم الظلم في المعامله، كما في الموثق المصرح بأن من له تلك الأوصاف الثلاثه كان ممن حرمت غيبته و ظهر عدله و وجبت أخوته، لأنها ظاهره في الأوصاف و الأعمال النفس

الأمرية، وإن كانت من أعمال الجوارح، فيجب العلم بها، ولا يحصل العلم إلما باختبارها الواقعي، مضافا إلى عدم انحصار الوصف المعبر في العدالة بما وصف في أكثرها إجماعا، وعدم دلالة الموثق على توقّف العدالة خاصّه عليها، بل هي مع وجوب الأخوه، بل للمعتبره المصرّحه بالاكتفاء في ثبوت العدالة بمأمونيه الظاهر، كمرسله يونس (٢):

«خمسه أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحال: الولايات، و المناكح، و الموارث، و الذبائح، و الشهادات، فإذا كان ظاهره مأمونا جازت شهادته، و لا يسأل عن باطنه» أو بالمعروفه بالصلاح في نفسه، كصحيحه ابن المغيرة (٣): «كلّ من ولد على الفطره و عرف بصلاح في نفسه جازت شهادته» أو بالمعروفه بالستر

١- الخلاف ٦: ٢١٨.

٢- وسائل الشيعه ٢٧: ٢٨٩، الباب ٢٢ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى، الروايه ٣٣٧٧٦.

٣- نفس المصدر ٢٧: ٣٩٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الروايه ٣٤٠٥٢.

ص: ٢٠٣

و العفاف، و كفّ الأعضاء، و الساتريه للعيوب، و التعاهد لأوقات الصلاه، كصحيحه ابن أبي يعفور.

و يؤيد بل يدلّ على المطلوب ما رواه مولانا العسكري عليه السّلام (١)، عن آبائه، عن أمير المؤمنين عليه السّلام، في كيفيه قضاء رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، و اكتفائه في استركاء الشاهدين إذا لم يعرفهما بالرجوع إلى قبائلهما، فإن أثنوا عليهما بجميل ذكر صالح، قضى بشهادتهما، فلم يكتف بمجرّد الإسلام، و لم يبالغ في معرفه الحقيقه الواقعيه و الاختبار الباطني، لظهور أنّ مجرّد هذا النبأ لا يوجب العلم بالواقع و وجود الملكه.

استدلّ الأولون بوجوه:

أحدها: أنّ العدالة أمر واقعي، و وصف نفس أمرى، و مقتضى تعلق الحكم عليه لزوم مراعاته، و البحث عن ثبوتّه و عدمه في نفس الأمر.

و ثانيها: أنّ العدالة خلاف الأصل، و كذا المشروط بها، فلا يكتفى فيها بغير العلم.

و ثالثها: أنه لا يجوز الاتّكال على شهاده من لا يفيد قوله العلم، للعمومات المانع عن العمل بغير علم، خرج معلوم العدالة بالإجماع، و لا دليل على خروج غيره.

و رابعها: ما رواه محمّد بن هارون (٢): «إذا كان الجور أغلب من الحقّ، لا يحلّ لأحد أن يظنّ بأحد خيرا حتّى يعرف ذلك منه».

و الجواب عن الأوّل: أنّ هذا يصحّ، لو لا الدليل على الاكتفاء في المعرفه بالصلاح

١- الاستبصار ٣: ٢٤٠، كتاب القضاء، الباب ٦ من أبواب كيفيه الحكم، الروايه ٣٣٦٧٨.

ص: ٢٠٤

الظاهري، وقد سمعته. و تعليق الحكم على العدالة النفس الأمريه لا ينافيه، إذ الاكتفاء بالظاهر فيما دلّ عليه ليس من حيث هو، حتّى ينافيه التعليق بالواقع، بل من حيث كونه طريقا له، كما لا ينافى الاكتفاء فى معرفه العدالة بشهاده العدلين.

غايه الأمر أنّ الأوّل يقتضى التعليق على نفس الأمر مطلقا، و الثانى بما إذا أصاب الطريق المذكور، و يطابقه الصلاح الظاهري، فيقتد به للزوم تقديم المقتد على المطلق عند التعارض.

و عن الثانى: بالخروج عن الأصل بما مرّ من الدليل.

و عن الثالث: بعد الإغماض عن بعض ما يرد عليه: أنّ النصوص المتقدمه ظاهره فى عدم حصول العلم بما يكتفى به فيها من دليل العدالة، بل بعضها صريحه فيه، كمرسله يونس، فيخصّص بها العمومات المانع عن غير العلم.

و عن الرابع: أنّ النهى عن الظنّ فى مثل مورد الروايه، إنّما هو للإرشاد و التنبيه على عدم الاغترار بموجب الظنّ فى بدو النظر عند غلبه الجور، حملا- لفعل المسلم على الصّحّه، و إلّا فليس متعلق الاختبار عند موجهه، و لزم الانتقال من سبب الشكّ إلى سبب العلم، و هو كما ترى.

و احتجّ الآخرون بالإجماع المحكّيّ فى الخلاف (١)، و المستفيضه من الأخبار المكتفيه فى معرفتها بظاهر الإسلام، كصحيحه حريز، و فيها: «و على الوالى أن يجيز شهادتهم، أى المسلمين، إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق» (٢) و حسنه العلاء،

١- الخلاف ٦: ٢١٨؛ انظر فى الأخبار الكافى ٧: ٣٩٥، باب ما يردّ من الشهود؛ الفقيه ٣: ٢٥، باب ما يجب ردّ الشهاده؛ التهذيب ٦: ٢٤٢، الحديث ٥٩٨؛ دعائم الإسلام ٢: ٥٠٩، الحديث ١٨٢٠.

٢- وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٧، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الروايه ٣٤٠٤٩.

ص: ٢٠٥

من شهاده من يلعب بالحمام: «لا بأس إذا لا يعرف بفسق» و روايه سلمه (١): «و اعلم أنّ المسلمين عدول بعضهم على بعض، إلّا مجلودا فى حدّ لم يتب عنه، أو معروفا بشهاده زور، أو ظنينا».

و المروىّ فى عرض المجالس: «كلّ من كان على فطره الإسلام، جازت شهادته» إلى أن قال: «فمن لم تره بعينك يرتكب ذنبا»، أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان، فهو من أهل العدالة و الستر، و شهادته مقبوله» و ما فى الأخبار المتكثره من الأمر بوضع أمر أخيك على أحسنه، و عدم اتّهام أخيك.

و الجواب عن الإجماع المحكّيّ: كونه موهونا بمصير المعظم على خلافه، بل يظهر من أكثر من نسب هذا القول إليهم ما يوافق

المشهور، بحيث يمكن دعوى شذوذه.

و أما الأخبار: فهي مع ضعف أكثرها سندا، و عدم الجابر، و دلالة بوجوه لا يخفى على المتدبر، يعارضها ما تقدم من المعتبره المستفيضه المشترطه لأوصاف صالحه وجوديه في تعريف العدالة، و هي أخصّ مطلقا منها، فيخصّص بها. و على فرض تساوى النسبه، فهي أرجح بكونها أكثر عددا، و أصحّ سندا، و أظهر دلالة و أشهر فتوى، و لأهل الخلاف خلافا، و للأصل وفاقا. و مع فرض التكافؤ و عدم الترجيح، فلموافقه الأصل يتعين العمل به أيضا.

تلخيص و تميم:

الأخبار الدالّة على الاكتفاء في معرفه العدالة بحسن الظاهر على ما تراه مختلفه في الأوصاف المعتبره فيه زياده و نقصانا، و المشتمل على الأكثر لما كان أخصّ من المكتفى بالأقلّ، يقدم الأول، و يخصّص غيره به، و حيث إنّه صحيح عبد الله بن أبي يعفور المشتمل على قيود ليست في غيره، و اشتهر الاعتماد عليه في الباب عند

١- وسائل الشيعه ٢٧: ٣٩٩، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الروايه ٣٤٠٥٤.

ص: ٢٠٦

الأصحاب، فهو المعوّل عليه، و المناط في معرفه العدالة و دليلها.

و ربما يظهر منهم الاختلاف في فهم الضابط المستفاد منه. و الذي أراه على ما هو ظاهر سياق الحديث و ذيله، أنّه لما سأله الراوى عن طريق معرفه عداله الرجل التي هي هيئه راسخه نفسانيه غير محسوسه، و أجاب عليه السّلام: بمعرفته بالستر و العفاف، و كفّ الجوارح الأربع، و اجتناب الكبائر، تعويلا على لازمها في الأعمال الحسنه، ثم هي - أيضا - لما كانت أمورا واقعيه نفس أمريه يصعب العلم بها، و إن كان طريق دركها الحسّ، فأخذ في بيان الاكتفاء في معرفه هذا اللازم بظاهر الحال، و عدم لزوم البحث عن العلم بها بقوله عليه السّلام: «و الدلاله على ذلك كله: أن يكون ساترا لجميع عيوبه، على حدّ يحرم التفتيش لما ورائه على المسلمين، و كونه بحيث إذا سئل عنه في قبيلته و محلّته، قالوا: ما رأينا فيه إلّا خيرا، فلم يطلّعوا على ظاهر معاشرتهم له على فسق منه» مضافا إلى تعاوده و مواظبته للصلوات و حفظ مواقبتها، تعليلا له بأنّها ستر و كفاره للذنوب.

و جعل السبيل إلى معرفه التعاهد لها كذلك الحضور إلى جماعه المسلمين، و عدم التخلّف عنها إلّا من علّه، مشيرا إلى وجهه، بأنّ تشريع الجماعه و الاجتماع للصلاه لمعرفه من يصلّى ممّن لا يصلّى، و من يحفظ مواقبتها ممّن يضيع.

فحاصل مدلول الصحيح في دليل عداله مجهول الحال بحسب الواقع اجتماع أمور ثلاثه:

أحدها: الساتريه للعيوب على حدّ يحرم التفتيش لما ورائه.

و ثانيها: كونه بحيث إذا سئل عن قبيلته و محلّته، قالوا: ما رأينا منه إلّا خيرا، أي كان معروفا بالصلاح و التقوى في المعاشره الظاهريه.

و ثالثها: التعاهد للصلوات الخمس و المواظبه عليها.

ص: ٢٠٧

فيجب العلم بتلك الثلاثه في معرفه العداله. و أما عدم التخلف عن الجماعه، فالظاهر من سياق الخبر الموافق لظاهر الإجماع: أن لزومه إنما هو عند توقّف العلم بالمواظبه على الصلاه و حفظ المواقيت عليه، لا لدرك فضيله الجماعه من حيث هي، فلو علم بها من حال شخص لا من جهته، يكتفى به. نعم، لو ترك الجماعه على حدّ ينبئ عن الإعراض و الاستخفاف، فهو كما أشرنا إليه فيما تقدّم معصيه موبقه.

و هل يشترط الساتريه لجميع العيوب أو الكبائر؟ الظاهر الأول، وفاقا لصريح والدى العلامه في المستند (١). و المراد بها عدم رضاه بظهور معصيه منه، و اتصافه بصفه الحياء، و هو أمر غير ترك المعصيه في الواقع، فلا يوجب نقض الصغيره إياها.

و ربما يظهر من الرياض (٢) عدم التنافى بين القول باشتراط المعرفه بالمعاشره الباطنيه، و القول بالإناطه بحسن الظاهر، لعدم حصول المعرفه بكونه ساترا مواظبا إلّا بعد نوع معاشره و اختبار يطلع على باطن الأحوال، و هو كذلك إن أراد الغالب، و إلّا فهو غير مطرد، و يمكن التخلف.

فالظاهر- حيث لا ينكشف الواقع- حصول الظنّ بالهيئه النفسانيه الباعثه على استمرار التقوى بحسن الظاهر بالمعنى المتقدم.

ثمّ إنّ البحث عن خصوص المعاصى القادحه في العداله لما كان خارجا عن مقصودنا من الكتاب، فلنطوه طيّا. نعم، لما كان الغناء كثيرا ما مما يشتهه حقيقه الأمر فيه حدّا و حكما، و زلّت فيه أقدام أقوام، و لم أر من الأعلام من استوفى فيه المرام، رأيت البحث عنه في مشرق، لكشف الحجاب عن مشكلاته، مع ما له من عموم البلوى أهمّ و أحرى.

١- مستند الشيعة ٢: ٦٢٨.

٢- رياض المسائل ٢: ٣٩٢.

ص: ٢٠٨

ص: ٢٠٩

[المشرق التاسع] [في أحكام الغناء]

إشارة

مشرق: في أحكام الغناء، و الكلام إمّا في ماهيته، أو في حرمة. فهنا بحثان:

البحث الأول: في بيان حقيقته و موارده.

اختلفت كلمات الفقهاء واللغويين في تفسير الغناء.

و هو بالكسر والمدّ، ككساء. فعن بعضهم (١): أنّه هو مدّ الصوت.

و في محكى النهايه (٢): أنّ كلّ من رفع صوتا و والاه، فصوته عند العرب غناء.

و عن الشافعي: أنّه تحسين الصوت، و في معناه ما عن جماعه: أنّه تزيين الصوت.

و في شهادات القواعد (٣)، و بعض كتب اللغه، أنّه ترجيع الصوت و مدّه، و قريب منه ما عن آخر: أنّه الصوت المشتمل على الترجيع.

١- لم نظفر على قائله و جعله المحقق النراقي ثامن الأقوال من دون إسناد إلى قائل معين، انظر المستند ٢: ٣٤.

٢- النهايه ٣: ٣٩١.

٣- قواعد الأحكام ٢: ٢٣٦.

ص: ٢١٠

و عن التحرير (١) و الإيضاح (٢): أنّه الصوت المطرب. و نحوه ما في القاموس (٣): أنّه من الصوت ما طرب به.

و قال جماعه (٤): أنّه الصوت المشتمل على الترجيع المطرب، أو مدّه المشتمل عليهما. و عزاه مولانا الأردبيلي (٥) إلى الأشهر. و قيل ما يسمّى في العرف غناء، و اختاره الشهيد الثاني (٦)، و استحسنته بعض المحققين.

و ربما اعتبر في صدق الغناء لهو الكلام، فقليل: من يقرء القرآن أو المرثيه لا يقال: أنّه يغنى، بل يقال: إنه يقرء القرآن، أو يقرء المرثيه.

و التحقيق: أنّ شيئا من هذه التفاسير غير واف لحقيقه المعنى، بل لا- يخلو عن إيراد و إشكال أو إجمال، لظهور أنّ مجرد مدّ الصوت و رفعه ليس غناء، فضلا عن كونه محرّما، و كذا مطلق تحسين الصوت المتناول لمثل حسن الجوهر و الرعونه و حسن اللحن و طيب اللهجه، كيف و كان الأئمه أحسن الناس صوتا بالقرآن.

ففي روايه النوفلي (٧) عن أبي الحسن عليه السلام قال: ذكرت الصوت عنده، فقال: «إنّ عليّ بن الحسين عليهما السلام كان يقرء القرآن، فربما يمرّ به المارّ، فصعق من حسن صوته» و عن الصادق عليه السلام (٨): «كان عليّ بن الحسين عليهما السلام أحسن الناس صوتا بالقرآن، و كان

١- تحرير الأحكام ١: ١٦٠.

٢- لم نجد هذا التعبير فيه و لكنه بحث عن الغناء في المجلد الأوّل: ٤٠٤.

٣- القاموس المحيط ٤: ٣٧٢.

٤- مفاتيح الشرائع ٢: ١٢.

٥- مجمع الفوائد و البرهان ٨: ٥٧.

٦- الروضة البهية ٣: ٢١٢؛ و مسالك الأفهام ٣: ١٢٦.

٧- بحار الأنوار ٤٦: ٧٠، الحديث ٤٥.

٨- نفس المصدر.

ص: ٢١١

السَّقَاوُونَ يَمْزُونَ، فيقومون ببابه يسمعون قراءته» و نحوه عنه في أبي جعفر عليه السلام.

و ورد في الأخبار مدح الصوت الحسن و الترغيب فيه في قراءه القرآن، كما في روايه عبد الله بن سنان (١) عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «إِنَّ مِنْ أَجَلِّ الْجَمَالِ الشَّعْرَ الْحَسَنَ، وَ نَعْمَةَ الصَّوْتِ الْحَسَنَ» و في روايه (٢): «لِكُلِّ شَيْءٍ حَلِيهِ، وَ حَلِيهِ الْقُرْآنُ الصَّوْتِ الْحَسَنَ» و في أخرى (٣): «مَا بَعَثَ اللَّهُ نَبِيًّا، إِلَّا حَسَنَ الصَّوْتِ» و في أخرى (٤) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله سبحانه وَ رَتَّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (٥) قال: «أَنْ تَمَكَّثَ فِيهِ، وَ تَحَسَّنَ بِهِ صَوْتُكَ» و عن الرضا عليه السلام: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «حَسَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ، فَإِنَّ الصَّوْتِ الْحَسَنَ يَزِيدُ الْقُرْآنَ حَسَنًا» إلى غير ذلك.

فلا- ينبغى تعريف الغناء المشتهر حرمة مطلقا بتحسين الصوت و تزيينه، إلّا أن يراد به تحسينا خاصا موكولا إلى ما هو المعهود في العرف.

و نحوه مطلق الترجيع الحسن، فإنّ الحكم بكونه غناء مما لا شاهد له، و لا دليل يساعده من لغه أو عرف أو حديث، بل في قوله عليه السلام في روايه ابن سنان (٦): «اقْرءُوا الْقُرْآنَ بِالْحَانَ الْعَرَبِ وَ أَصْوَاتِهَا، وَ إِيَّاكُمْ وَ لِحُونَ أَهْلِ الْفَسْقِ وَ الْكِبَاثِرِ، فَإِنَّهُ سَيَجِيءُ بَعْدِي أَقْوَامٌ يَرْجَعُونَ الْقُرْآنَ تَرْجِيعَ الْغَنَاءِ» دلالة ظاهره على أنّ مطلق الترجيع ليس غناء، بل هو كيفية خاصه من الترجيع و الألحان يستعملها أهل الفسوق.

كيف و قد اشتهر حرمة مطلق الغناء عند العلماء، بل ربما ادّعى عليه الإجماع،

١- و مثله في البحار ٥٩: ١٥٥، الباب ٢٣.

٢- وسائل الشيعة ٦: ٢١١، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن، الروايه ٧٧٥٦.

٣- بحار الأنوار ١١: ٦٦، الحديث ١٢.

٤- وسائل الشيعة ٦: ٢٠٧، الباب ٢١، الروايه ٧٧٤٦.

٥- المزمّل (٧٣): ٤.

٦- وسائل الشيعة ٦: ٢١٠، الباب ٢٤، الروايه ٧٧٥٤.

ص: ٢١٢

مع عدم خلوّ غالب الأصوات في قراءه القرآن و الخطب و المناجاة و تعزیه الحسين عليه السّلام، في جميع الأعصار و الأمصار، من العلماء و غيرهم، عن تحسين و ترجيع في الجملة، بل هو من المهيج غالبا لما يقصد منها من الشوق إلى العالم الأعلى، و الاستشعار لعظمه ربّه و توحیده، و الرغبه إلى الخيرات و الجنّه و الحزن و البكاء، فيظهر من ذلك أنّه ليس كلّ ترجيع و تحسين صوت عندهم غناء.

و أما الترجيع المطرب: فإن أريد به مطلق التلذذ و الملائمة للطبع، فهو لازم مطلق حسن الصوت، و قد سمعت فساده. و إن أريد به ترجيع خاصّ و طرب مخصوص، فلا بدّ من بيانه.

و أما التفسير بما يسمّى في العرف غناء، فلا يفيد معنى محصّلا، إذ لا عرف للعجم فيه، و مرادفه في لغة الفرس غير معلوم، و لو كان كالتعبير عنه ب «سرود» كما في الصحاح (1)، أو «خواندگی و آوازه و دو بيتی» و نحو ذلك، فهو كعرف العرب فيه غير مضبوط. غايه الأمر حصول القطع بالصدق العرفي في بعض الموارد، كبعض الألحان الذي يستعمله أهل الفسوق غالبا في المعازف و الملاهي.

و أمّا ما قيل أخيرا من اختلاف صدق ماهيّة الغناء باختلاف الكلام، كالقرآن و غيره، فلا- محصّل له، فإنّ الغناء من مقوله الأصوات باعتبار كفيّاتها من الألحان، لا متعلّقاتها من الألفاظ و أنواع الكلام، كما يشهد به كلام أهل اللغة و الفقهاء. و كفاك شاهدا ما مرّ من الأمر بقراءة القرآن بألحان العرب، دون ترجيع الغناء الذي هو من لحن أهل الفسق و الكبائر. فلا- مدخل لخصوص الألفاظ الباطلة في ماهيّة الغناء، و إن قلنا بإباحته في بعض الكلمات، كما لا مدخل لخصوص مجالس الملاهي و اقترانه بمحرّم خارجي، كضرب العود و التكلّم بالباطل فيه، و إن احتمله كلام بعضهم.

١- صحاح اللغة: ١٧٢.

ص: ٢١٣

فالتحقيق في المقام، أنّه لا شكّ و لا خلاف ظاهرا في مدخلية الترجيع المطرب في حقيقة الغناء و دخوله فيها، كما سمعت، بل لا- ينفكّ حسن الصوت عنهما غالبا، كما ذكره في الكفاية، و كذا الظاهر، بل لا ينبغي الشك فيه، أنّ كلّ ترجيع حسن ليس غناء، كما أشرنا إليه أيضا، بل هو كما تبه عليه بعض المحقّقين: كفيه خاصّه من التراجع و الألحان، مثيره لسرور و وجد و انشراح أو حزن و انقباض، و هي غالبا متداولة بين أهل الطرب في العصيان، يستعملونها في الملاهي و العيدان.

ثم هذا الأثر الحاصل منها في القلوب يختلف غالبا، صلاحا و فسادا، خيرا و شرا، باختلاف الكلمات و التيات و المقامات، فإذا كان متعلّقا من غير الفضائل سيما من الأباطيل، و مثل ذكر القدود (1) و الخدود و وصف النساء بهيج القوى الحيوانيه، و يثير جدا شهوانيا، و يفسد القلب، و ينبت النفاق، و ينجذب النفوس إلى الميل إلى اللهو و العشره (2)، و يضمّر خواطر السوء، سيما بالنسبة إلى البواطن المملوءه بالهوى، من قبيل حاله السكر الذي يفعل المسكر، و يشتدّ تلك حاله إذا كان مقترنا بمحرّم خارجي من الخمر و الفجور و ضرب الدفّ و القصب و المزامير، بل لاختلاف أوزان الكلام، و بحور العروض من قبيل التصانيف المتداولة بين أهل الطرب، و الأوزان التي يستعملها الناس في المعازف مدخل تامّ فيها أيضا.

و إن كان متعلقه من الفضائل، كذكر توحيد سبحانه، و نعوت جلاله و جماله، و تذكير قربه و حبه و أنسه، و وصف الجنه و النار و الكلمات المشوقه إلى دار القرار، و توصيف نعم الملك الجبار، و الترغيب بالخيرات و العبادات، يثير غالبا ما لم يبلغ هذا الترجيع حد الإفراط بحيث يستهلك فيه المقرّ حزننا دينيا و شوقا إلهيا و فرحا

١- القدود بضمّ القاف جمع القدّ بالفتح، أى قامه الرجل.

٢- العثره (خ).

ص: ٢١٤

روحانيا لأهل الإيمان و أرباب القلوب و الإيقان، فإذا أثار هذه الصفات و أصاب حرارتها برد اليقين، فتاره يظهر أثره فى الجسد و يقشعر منه الجلد، قال الله تعالى:

تَقَشَّرُ مِنْهُ جُلُودُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ (١) و تاره يعظم وقعه، و يتصوّب أثره إلى الدماغ، فيندفق منه العين. و تاره يتصوّب أثره إلى الروح، فيتموّج منه الروح موجا يكاد يضيق عنه يطاق (٢) القلب، فيكون من ذلك الصياح و الاضطراب، و يختلف هذه الأحوال شده و ضعفا باختلاف مراتب الإيمان و صلاح القلب.

و حاصل الكلام، أن الألحان على وجوه ثلاثة:

منها: ما يعلم أنه من تلك الكيفيه الخاصه من الترجيع، فيعلم كونه غناء و يصدق عليه عرفا، فلا كلام فى حرمة فى غير ما اختلف فيه من المستثنيات من الفضائل أو غيرها، كما سيأتى.

و منها: ما يعلم عدمه، فلا بحث فى إباحته.

و منها: ما يضطرب فيه متفاهم العرف، فيشكّ فى كونه من الكيفيه المخصوصه، لاشتباه بينه و بين غيره من الصوت الحسن، و هو يلحق بالثانى أيضا، فيكون مباحا.

البحث الثانى: فى بيان حكمه.

اشاره

و لا خلاف بين أصحابنا، بل بين المسلمين، فى حرمة فى الجملة، بل عدّ من ضرورى الدين. و يدلّ عليه الآيات و الأخبار المستفيضه التى سنتبه على جملة منها، بل عليه الإجماع ظاهرا، تحقيقا و نقلا مستفيضا، فيما عدا المستثنيات الخلافيه، و هى الحداء للإبل، و غناء المغنيه لرفّ العرائس، و التغنى بالفضائل، سواء اقترن باللعب بالملاهى و ضرب العيدان و نحو ذلك من المحرّمات، أم لا.

و تخصيص الحرمة بالأول، كما يظهر من المحدث الكاشاني في الوافي (١)، بل فيه استفادة ذلك من عبارته الاستبصار (٢)، شاذّ جدّاً، والإجماع منعقد قبله، و كلام الاستبصار غير دال عليه، بل الظاهر منه: اختصاص حرمة الغناء بالمقترن بالملاهي في خصوص زفّ العرائس، لا- مطلقاً، فإنّه قال بعد نقل أخبار حرمة الغناء و كسب المغنّيه: و الوجه في هذه الأخبار، الرخصه فيمن لم يتكلّم بالأباطيل، و لا- يلعب بالملاهي و العيدان أو أشباهها، و لا- بالقصب و غيره، بل كان ممن يزفّ بالعروس، و يتكلّم عندها بإنشاد الشعر و القول البعيد عن الفحش و الأباطيل، و أمّا ما عدا هؤلاء ممن يتغنى بسائر أنواع الملاهي، فلا يجوز في حال، سواء كان في العرائس و غيرها. انتهى.

و أما في المستثنيات المذكوره فظاهر جماعه كالمفيد (٣) و الحلبي (٤) و الديلمي (٥):

التحريم مطلقاً، من غير استثناء، بل عن ظاهر الأول: دعوى الإجماع عليه، و المشهور سيما بين من تأخر ذلك فيما عدا الأولين، خلافاً فيهما لجماعه، بل في الكفايه نسبه الخلاف في الحداء إلى المشهور، و عن غيره في زفّ العرائس.

و ممن صرّح بالإباحه في الثاني، ما سمعت من كلام الشيخ في الاستبصار، و نحوه ما في النهايه (٦)، و أحلّ فيه أجره المغنّيه فيه، اذا لم يقرء فيه بالباطل، و لا

١- الوافي ٧: ٢١٨-٢٢٣.

٢- الاستبصار ٢: ٦٢.

٣- المقنعه: ٥١٨.

٤- الكافي في الفقه: ٢٨١.

٥- المراسم: ١٧٠.

٦- النهايه: ٣٦٧.

يدخلن على الرجال، و لا- الرجال عليهنّ. و المحقق في النكت (١)، و الفاضل في المختلف (٢) و كرهه ابن البراج. و قال ابن إدريس (٣): لا بأس بأجر المغنّيات في الأعراس، إذا كان لم يتغنّ بالباطل، على ما روى، و هو مختار جمع آخر.

و أمّا في غيرهما مما استثنى، فيظهر من بعضهم: دعوى الإجماع على الحرمة، و من آخر وقوع الخلاف فيه أيضاً. قال في الكفايه (٤) بعد نقل كلام عن الشيخ الطبرسي في مجمع البيان: إنّ هذا يدلّ على أنّ تحسين الصوت بالقرآن و التغنّي به مستحبّ عنده، و أنّ خلاف ذلك لم يكن معروفاً عند القدماء، و قال: كلام سيّد المرتضى في الغرر و الدرر لا يخلو عن إشعار واضح بذلك، و يظهر منه نسبه عدم التحريم في القرآن إلى الكليني أيضاً.

و في مجمع الفوائد (٥)، جعل ترك الغناء في مراثي الحسين عليه السلام أحوط، مشعرا بميله إلى الجواز. و في كفايه الأحكام: و في عدّه من الأخبار الدالّة على حرمة الغناء (٦) إشعار بكونه لهوا باطلا، و صدق ذلك في القرآن و الدعوات و الأذكار المقروءه بالأصوات الطيبه المذكوره للآخره المجتمعه للأشواق إلى العالم الأعلى، محل تأمل - إلى أن قال: - فإذن، لا ريب في تحريم الغناء على سبيل اللهو و الاقتران بالملاهي و نحوها.

ثم إن ثبت الإجماع في غيره، كان متبعا، و إلّا ففي حكمه على أصل الإباحه.

١- النهايه و نكتها ٢: ٩٩.

٢- مختلف الشيعة ٥: ٤٩.

٣- المراسم: ١٧٠.

٤- كفايه الأحكام: ٨٥.

٥- مجمع الفوائد و البرهان ٨: ٤١-٦٣.

٦- وسائل الشيعة ٦: ٢١٠، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن، الروايه ٧٧٥٤.

ص: ٢١٧

و قال في موضع آخر: و استثنى بعضهم مراثي الحسين عليه السلام إلى أن قال: و هو غير بعيد.

و قال صاحب الوافي (١) في باب كسب المغنّيه و شراءها: لا بأس بسماع النغني بالأشعار المتضمنه ذكر الجنّه و النار، و التشويق إلى دار القرار، و وصف نعم الله الملك الجبار، و ذكر العبادات، و الترغيب في الخيرات، و الزهد في الفانيات، و نحو ذلك.

بل ربما يظهر منه اختصاص الحرمة بما اقترن على فعل محرّم، دون ما سوى ذلك، كما أشرنا إليه.

و اختار والدي العلامة (٢)؛ إباحته في جميع ما ذكر من المستثنيات، من القرآن و الذكر و المناجاة و الدعاء و الرثاء.

و نحن نبحت أولا- عما استدّلوا به على حرمة مطلق الغناء، ثمّ عما هو حقّ القول في المستثنيات، فقد استدّلوا على حرمة الغناء مطلقا بوجوه:

منها: الإجماع المحكّي عن المفيد (٣) و غيره.

و منها: قوله تعالى وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَ يَتَّخِذَهَا هُزُوًا أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ (٤) بضميمه ما ورد في تفسير القمي (٥) عن الباقر عليه السلام: أنّه الغناء، و شرب الخمر، و جميع الملاهي. و في معاني الأخبار (٦) عن جعفر بن محمد عليهما السلام: عن قول الله تعالى وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ

١- الوافي ٧: ٢١٨-٢٢٣.

٢- مستند الشيعة ٢: ٣٤٤.

٣- المقنعه: ٥٨٨؛ قال: «و كسب المغنّيات حرام و تعلم ذلك و تعليمه محظور في شرع الإسلام».

٤- لقمان (٣١): ٦.

٥- تفسير القمي ٢: ١٦١.

٦- معاني الأخبار: ٣٤٩، الحديث ١.

ص: ٢١٨

قال: الغناء. و في صحيح محمد (١): الغناء ممّا قال الله تعالى وَ مِنَ النَّاسِ * الحديث. و نحوها رواه مهراّن بن محمد (٢)، و رواه الوشاء (٣)، عن الغناء، قال: هو قول الله عزّ و جلّ وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي و رواه الحسن بن هارون: «الغناء مجلس لا ينظر الله تعالى إلى أهله، و هو ممّا قال الله وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي الآيه و في الكافي (٤)، عن الباقر عليه السلام: «الغناء ممّا أوعد الله سبحانه عليه النار» و تلى هذه الآيه. و قريب منه الرضوى (٥).

و منها: قوله تعالى وَ اجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ (٦) و المراد به الغناء، كما في رواه أبي بصير (٧) و الشحام (٨)، و ابن أبي عمير (٩).

و منها: قوله تعالى وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ (١٠) و فسر بالغناء في صحيح محمد (١١).

و منها: الأخبار المستفيضة المانعه عن بيع المغنّيات و شرائهنّ و تعليمهنّ، كروايه

١- وسائل الشيعة ١٧: ٣٠٥، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢٥٩٩.

٢- نفس المصدر: الروايه ٢٢٦٠٠.

٣- نفس المصدر: الروايه ٢٢٦٠٤.

٤- نفس المصدر: الروايه ٢٢٥٩٩؛ و في الكافي ٦: ٤٣١، الحديث ٥.

٥- نفس المصدر: الروايه ٢٢٦٠٤.

٦- الحجّ (٢٢): ٣٠.

٧- نفس المصدر: الروايه ٢٢٦٠٢.

٨- نفس المصدر: الروايه ٢٢٥٩٤.

٩- نفس المصدر.

١٠- الفرقان (٢٥): ٧٢.

١١- نفس المصدر: الروايه ٢٢٥٩٨.

ص: ٢١٩

الطاطري (١)، عن بيع الجوار المغنّيات، فقال: بيعهنّ و شراؤهنّ حرام، و تعليمهنّ كفر، و استماعهنّ نفاق. و قريب منها خبر ابن

أبى البلاد (٢)، و في معناه ما ورد من اللعن على المغنّيه، و على من أكل من كسبها أو ثمنها (٣).

و منها: الروايات الدالّة على ذمّ فاعل الغناء و مستمعه و بيته و مجلسه، كصحيح الشحام (٤): بيت الغناء لا يؤمن فيه الفجيعة، و لا يجاب فيه الدعوه، فلا يدخله الملك» و مرسله المدني (٥): سئل عن الغناء و أنا حاضر، فقال: «لا تدخلوا بيوتا لله معرض عن أهلها» و روايه الشحام (٦): «الغناء مثير النفاق» و الخبر (٧): «استماع الغناء ينبت النفاق في القلب» و في الخصال (٨): «الغناء يورث النفاق و يعقّب الفقر» و في جامع الأخبار، عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «يحشر صاحب الغناء من قبره أعمى و أخرس و أبكم» و فيه عنه عليه السّلام: «ما رفع أحد صوته بغناء إلّا بعث الله سبحانه شيطانين على منكبه، يضربون بأعقابهما على صدره حتّى يمسك» و روايه يونس (٩): أنّ العياشي

١- وسائل الشيعه ١٧: ١٢٤، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به. الروايه ٢٢١٥٥.

٢- نفس المصدر: الروايه ٢٢١٥٢.

٣- نفس المصدر.

٤- نفس المصدر ١٧: ٣٠٥، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢٥٩٤.

٥- نفس المصدر.

٦- نفس المصدر.

٧- نفس المصدر.

٨- الخصال: ٢٤، الحديث ٨٤؛ و رواه في الوسائل ١٧: ٣٠٩، الروايه ٢٢٤١٦.

٩- و نقل في حاشيه الوسائل عن عيون الأخبار هكذا: إذا جمع الله تعالى بين الحقّ و الباطل مع أيّهما يكون الغناء؟ فقال الرجل: مع الباطل، فقال أبو جعفر عليه السّلام: حسبك فقد حكمت على نفسك، فهكذا كان قولي له. (وسائل الشيعه ١٢: ٢٢٧ و ٢٢٨- طبع تهران، المكتبة الإسلاميه-).

ص: ٢٢٠

ذكر أنّك ترخص الغناء، قال: كذب الزنديق، ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء، فقلت له: إنّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السّلام، فسأله عن الغناء، فقال: يا فلان إذا ميّز الله تعالى الحقّ من الباطل، فأين يكون الغناء؟ فقال: مع الباطل، فقال: قد حكمت.

و مرسله الفقيه (١): سأل رجل عليّ بن الحسين عليهما السلام عن شراء جاريه لها صوت، فقال:

«ما عليك لو اشتريتها، فذكرت الجنه، يعنى بقراءه القرآن و الزهد و الفضائل التي ليست بغناء، و أمّا الغناء فمحظور» و روايه ابن سنان (٢): «اقرأوا القرآن بألحان العرب و أصواتها، و إيّاكم و لحون أهل الفسق و الكبائر، فإنّه سيّجىء بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و النوح و الرهبانيه لا يجوز تراقبهم قلوبهم مقلوبه» الحديث.

أقول: في دلاله تلك الأدلّه على حرمة الغناء مطلقاً نظر:

أمّا الإجماع، فالمحقق منه غير ثابت في المستثنيات المذكورة، بل كلام المقدّس الأردبيلي (٣)، و المحقق الخراساني (٤)، و والدي العلّامة (٥) كما عرفت، يشعر بل يدلّ على وقوع الخلاف فيها، بل سمعت نقل الشهره في إباحته في الحداء، و مخالفه جمع من أعيان الطائفة في زفّ العرائس، و اشتهاه فعله في مراثي سيّد الشهداء، في جميع الأعصار و الأمصار من غير نكير غالبا، حدّا يحصل الجزم بعدم وقوع مثل ذلك الاشتهار، مع عدم الاستنكار في خلاف الإجماعات، بل كان ينبغي أن يكون في الاستنكار مثل ضرب العيدان و القصب و المزامير في مجالس المؤمنين

١- الفقيه ٤: ٦٠، الباب ٢، الروايه ٥٠٩٧.

٢- الكافي ٢: ٦١٤، الحديث ٣؛ كان في الأصل: «قلوبهم مقلوبه» و في الكافي كما أثبتناه و في بعض المصادر: «قلوبهم مفتونه» مكان «قلوبهم مقلوبه».

٣- مجمع الفائدة و البرهان ٨: ٦١.

٤- كفايه الأحكام: ٨٦.

٥- مستند الشيعة ٢: ٣٤٤.

ص: ٢٢١

و المساجد و المنابر.

و كيف كان، لا- يحصل - بملاحظه جميع ما ذكر- العلم بالاتّفاق على حرمة في مثل المراثي و الفضائل و غيرهما، إلّا إذا بلغ حدّا خرج عن هذا العنوان، و صدق عليه الله المستعمل عند أهل الفسوق و الطرب.

و منه يعلم حال المنقول من الإجماع، على تسليم حجّيته أيضا، مع أنّ نقله غير معلوم، و على ثبوته فمع ما عرفت من وقوع الإجماع و الخلاف في معنى الغناء، لا- يعلم مراد القائل الناقل منه، بحيث يشمل جميع موارد الكلام. و أما الآيه الأولى، فمع تعارض الأخبار المفسّره لها بالغناء، مع ما روى في مجمع البيان (١)، عن الصادق عليه السّلام: إنّ لهو الحديث في الآيه: الطعن بالحقّ، و الاستهزاء به بقوله تعالى:

لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بَعْضَ عِلْمٍ وَ يَتَّخِذَهَا هُزُوًا (٢) يدلّ على كون الفعل بقصد الإضلال و الاتخاذ هزوا، فلا يدلّ على حرمة ما يتخذ لترقيق القلب، لتذكر الجنه، و تهيج الشوق إلى العالم الأعلى، و تأثير الدعاء و القرآن و المناجاة في القلوب.

و لا ينافيه التفسير بالغناء- مطلقا- في الأخبار المتقدمه، لأنّه إمّا تفسير للمقيّد، فلا ينافيه التقيّد في الحكم أو للمجموع، فالتقيّد إمّا مأخوذ في أصل المعنى، فيكون مطلق الغناء ما استعمل في مقام اللهو، كما عسى يلوح من بعض الأقوال أو في المعنى المراد في الآيه، فيكون مأخوذا في الغناء المحرّم، و يكون التفسير مخصوصا به.

مضافا إلى أنّ لهو الحديث لا يصدق لغه و عرفا على التغنّي بالقرآن و الدعاء و مراثي سيّد الشهداء عليه السّلام و أمثالها، إذا اتّخذ للتشويق إلى الله سبحانه، و الترغيب

١- مجمع البيان ٤: ١٦٢.

٢- لقمان (٣١): ٦.

ص: ٢٢٢

للخيرات، و الإبكاء، لأنّ الإضافة إن كانت بمعنى من، كما قيل، أى: باطل الحديث، و ما يلهى عن ذكر الله تعالى، فظاهر أن القرآن و نحوه ليس منه مطلقا، أو بمعنى فى، أى: اللهو الواقع فيه، أعنى الغناء، فإطلاق اللهو الذى هو بمعنى الغفلة و التشاغل عن الله سبحانه و الآخره، على ما يوجب التذکر لهما، مجاز قطعاً. و نحوه ما إذا أريد بلهو الحديث مطلق الأفعال الملهيه، كما فى تفسيره فيما رواه القمى (١) بالغناء و شرب الخمر و جميع الملاهى.

و هذا التجوّز ليس بأدنى من تخصيص الغناء فى الأخبار المفسره ببعض أفراد، و هو المستعمل فى الباطل، بل الترجيح للثانى، لشيوع استعماله فى زمن المعصومين، فيما استعمله بنو أميه و بنو العبّاس و أتباعهم و أذناهم فى مجالس الخمر و الفجور، حتى أنّ المغنّى و المغنّيه كانا ظاهر الاختصاص فى من اتّخذ شغله و حرفته التغنّى فى أمثال تلك المحافل، من الجوارى و الغلمان، و لأنّ مدلول أكثر الأخبار المفسره كون الغناء فردا من لهو الحديث، و أنّه بعض المراد ممّا قال سبحانه، كروايات القمى، و محمّد، و مهران، و الحسن بن هارون.

و فى هذا إشعار بأنّ المراد من لهو الحديث معناه اللغوى و العرفى الذى فرد منه الغناء المستعمل فيه، بل فى الأخيره زياده إيما به، لظهوره فى أنّ الغناء الذى أريد من لهو الحديث مجلس، و هو ظاهر فى محافل المغنّيات.

و نحوه الأوّل المفسّر بالغناء و شرب الخمر و جميع الملاهى، الظاهر فى كون الأخير من باب عطف العام على الخاصّ، و كون الأوّلين من أفراده مع ما فى روايه الوشاء من احتمال كونها تفسيراً لمعنى الغناء، لا بيانا لحكمه، فلا يتناول ما لا يصدق عليه لهو الحديث عرفاً. و لما فى روايه أبى بصير، فى كسب المغنّيات،

١- التفسير القمى ٢: ١٦١.

ص: ٢٢٣

فقال: «التي دخل عليهنّ الرجال حرام و التي تدعى إلى الأعراس ليس به بأس و هو قول الله عزّ و جلّ و من الناس من يشتري- الآيه- من كونه قرينه مرجّحه للثانى، فإنّها ظاهره فى أنّ لهو الحديث هو غناء المغنّيات التي يدخل عليهنّ الرجال» (١) لا مطلقاً.

و من هذا يظهر ضعف التمثّل بإطلاق ما فى المروى فى الكافى، المذكور أخيراً، على حرمة مطلق الغناء، لكونه منزلاً على ما فيه من التعليل بالآيه، حسب ما عرفته.

مضافاً إلى قوه احتمال نفى إطلاقه بظهوره فى بيان حكم كون المحرّم من الغناء كبيره أوعد الله سبحانه عليها النار، لا فى بيان تحريمه. و نحوه الكلام فى الرضوى.

و أمّا الآيه الثانيه: فمع أنه لا يبعد كون الغناء المقصود من قول الزور على التفسير به هو الغناء بالباطل أيضا، كما يشعر به لفظ الزور الذى هو بمعنى الكذب و الباطل، يعارض المفسّره لها بالغناء، مع ما تفسيرها بشهاده الزور المعتضد باشتهاره بين المفسرين، و مع ما رواه الصدوق فى معانى الأخبار (٢) عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن قول الزور، قال: «منه قول الرجل للذى يغنى أحسنت» فإنه ينافى ما دلّ على اختصاصه بالغناء، بل فيه إشعار بكون المراد منه معناه اللغوى، أى:

الكذب و الباطل الغير الصادقين على مثل القرآن و الخطب و الدعاء و الرثاء.

و أمّا الأخبار: فالروايات المانعه عن بيع المغنّيات و شرائهنّ غير داله على حرمه مطلق الغناء. ضروره أن ليس مطلق بيع من يقدر على التغنى - و إن علم وقوع التغنى منه - حراما، إلّا بتقييد البيع بقصد التغنى، استظهارا بإشعار وصف الموضوع بالغلبه، و هو ليس دلالة وضعيه، بل مجرد ظهور عرفى، و هو ليس بأكثر من ظهور

١- فقه القرآن ٢: ٢٥، باب المكاسب المحظوره.

٢- معانى الأخبار: ٣٤٩، باب المغنّى.

ص: ٢٢٤

المغنّى و المغنّيه بحكم الغلبه فى أزمنه الخطاب، على ما سمعت فى من يعدّ للتغنى بالباطل من الجوارى و الغلمان فى مجالس اللهو من الأعراس و غيرها، بل كان تداول فيها دخول الرجال على النساء، و تعارف فيها التكسب بها، كما يظهر من الآثار و الأخبار، و خصوص الصحيح: «أجر المغنّيه التى تزفّ العرائس ليس به بأس، ليست بالتى تدخل عليها الرجل» المشعر بمعهوديه دخول الرجال عليهنّ.

فالكلام ظاهر فى بيع من ذكر، بقصد تغنّيه بالباطل فى مجالس اللهو.

و أما سائر الأخبار الدائمه للغناء، فغير الثلاثه الأخيره بكثرتها، خاليه عما دلّ على الحرمة، و أمثال ما فيها من الذم يذكر كثيرا ما فى المكروهات.

و أمّا الثلاثه: فأما روايه يونس، فوجه الدلاله: إمّا تكذيب الإمام عليه السلام نسبه الرخصه فى الغناء إليه، أو جعله الغناء من قسم الباطل، و الأوّل لا يستلزم المنع، لاحتماله عدم الإذن، و الإجمال فى الجواب لمصلحه، و لو سلّم، فغايتة الدلاله على المنع فى الجملة، فإنّ نقيض الإيجاب الكلى السالبه الجزئيه، و الثانى غير صريح فى الحرمة، لصحّه إطلاق الباطل على مطلق الهزل، بل اللغو.

و أما مرسله الفقيه، فمدلول ذيله و إن كان حرمه المطلق، إلّا أنّ قوله عليه السلام قبله:

«و الفضائل التى ليست بغناء» الظاهر فى كون الوصف سيما باعتبار تعبيره بلفظ الماضى - توضيحيا، خصوصا مع عدم وجه لتخصيص التجويز بالفضائل لولاه، قرينه على أن المراد بالغناء الذى فى مقابله هو الغناء بالباطل، لا مطلقا.

و منه يظهر ما في روايه ابن سنان (١)، فإنها ظاهره في أنّ المراد بالغناء المنهَى عنه في القرآن، بعض أفراده، و هو لحن أهل الفسق و الكبائر، المتداوله في الملاهى الغير المذكوره للآخره، بل المخرجه لها عن صدق التلاوه، و يشعر به آخر الحديث،

١- الكافي ٢: ٦١٤.

ص: ٢٢٥

سيما بملاحظه ما ورد من استحباب الترجيع بالقرآن، بل يدلّ عليه الأمر بالقراءه بألحان العرب، فإنّ اللحن كما في اللغه هو التطريب و الترجيع و الغناء. قال في النهايه الأثيريه: اللحن و الألحان جمع اللحن، و هو التطريب و ترجيع الصوت، و تحسين القراءه و الشعر، و الغناء (١).

و قال في الصحاح: و منه الحديث «اقرأوا القرآن بلحن العرب»، و قد لحن في القراءه، إذا طرب و غرّد. و هو ألحن الناس، إذا كان أحسنهم قراءه و غناء (٢).

و فيه: الغرد بالتحريك، التطريب في الصوت و الغناء (٣).

فالنهي في الروايه عن لحن أهل الفسق، و ذمّ أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و الرهبانيه، تحذير عن الغناء المتداول بين أهل الطرب و الفسق لا مطلقه. فالروايه أشبه بخلاف المدعى.

فتبين من جميع ما ذكرناه، أنّ القدر الثابت من تلك الأدله حرمه الغناء في الجملة، و أنّه لو سلّم إطلاق بعضها، فشيوع استعمال الغناء في الأخبار، فيما يستعمله الفساق في أزمته في الملاهى و التغنى بالباطل في مجالس الفجور، كما نبهنا عليه، و قال في الكفايه (٤) و المفاتيح و يشعر به بعض الصحاح، حسب ما أشرنا إليه، و أمثال ذلك مما يمنع التمسك بإطلاقه.

و إنّها لو لم يكن قرينه لحمل الغناء،- حيث يستعمل مطلقا- على المستعمل في الملاهى، فهي مانعه لا محاله عن جريان أصل الحقيقه في الإطلاق.

١- النهايه لابن الأثير ٤: ٢٠٢.

٢- صحاح اللغه ٦: ٢١٩٣.

٣- صحاح اللغه ٢: ٣١٦.

٤- كفايه الأحكام: ٨٦.

ص: ٢٢٦

نعم، الظاهر ثبوت الحرمة من تراكم الجميع في غير الفضائل، و القرآن، و المراثى، و نحوها، مما يذكر الآخره، و يرغب في الخيرات مطلقا، و إن لم يقترن بمحرّم خارجي، و لم يكن تكلمًا بالأكاذيب و الأباطيل. و أما فيها فلا، سيما مع معارضه أدله

الحرمة، مع ما رواه الحميرى فى قرب الإسناد- الذى نفى البعد فى الكفايه عن إلحاقه بالصحيح- عن عليّ بن جعفر، عن أخيه، قال: سألته عن الغناء، هل يصلح بالفطر والأضحى والنوح؟ قال: «لا بأس، ما لم يعص به» (١) و ما دلّ على جوازه فى بعض المستثنيات، كما سنّبه عليه.

و أما الكلام فى حرمة ما استثنى من الغناء، فتفصيله: أنّ ما وقع الخلاف فى استثنائه أمور:

منها: غناء المرأة فى زفّ العرائس. و الحقّ جوازه للأصل، و الصحيح المتقدّم فى حلّيه أجر المغنيه التى تزفّ العرائس، و الخبرين: أحدهما عن كسب المغنّيات.

فقال: «التي يدخل عليهنّ الرجال حرام، و التى تدعى إلى الأعراس، ليس به بأس» (٢) و الآخره: «المغنّيه التى تزفّ العرائس لا بأس بكسبها» (٣).

و الإيراد عليها بالمعارضه بإطلاق أدلّه الحرمة، و نفى الملازمه بين الإباحه و ثبوت الأجره، مدفوع، بتخصيص الإطلاق بتلك الأخبار المشتمله على الصحيح و غيره، و الملازمه ثابتة بعدم القول بالفرق مع أنّ المنفّى عنه البأس فى الأخيرين، نفس الكسب، و هو عين المدعى.

١- قرب الإسناد: ٢٩٤، ح ١١٥٨.

٢- التهذيب ٦: ٣٥٨، الحديث ١٠٢٤؛ وسائل الشيعة ١٧: ١٢٠، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢١٤٤.

٣- التهذيب ٦: ٣٥٧، الحديث ١٠٢٣؛ وسائل الشيعة: نفس الموضوع.

ص: ٢٢٧

هل يتعدّى الحكم إلى المغنّى؟ الظاهر لا، كما هو ظاهر كلمات المجوزين، لاختصاص أدلّه الاستثناء بالمغنّيه. و التمسك بعموم العلّه فى الصحيح مخدوش، باختصاصها بالمرأه المسؤول عنها و إلّا جاء (١) تفصيل الحلّ و الحرمة فى الرجل أيضا فى عدم دخوله على الرجال (٢) دخولهم (٣) عليه، و هو كما ترى.

و منه يظهر اختصاص الحكم بالزفاف أيضا، كما هو ظاهرهم، نظرا إلى ظهور العلّه فى أفراد المسؤول عنها، التى هى من تزفّ العرائس، فمفادها تقسيم من يزفّ إلى من يدخل عليها الرجال و من لم يدخل، بل الظاهر الإجماع على الحرمة فى غير الأعراس.

و منها: الحداء، و هو سوق الإبل بالغناء، و اشتهر استثناءؤه، إلّا أنّى لم أقف على دليل دلّ عليه، سوى الخبر العامّى (٤) المرسل، و هو غير صالح للحجّيه، فلا موجب للخروج عن الإطلاق فى حرّمته، وفاقا لصريح جماعه.

و منها: الغناء فى مراثى سيد الشهداء، و غيره من الحجج عليهم السّلام و أولادهم، و أصحابهم و الحقّ فيه الإباحه، ما لم يخرج عن حدّ الرثاء، و صدق المرثيه، و قصد الحزن و البكاء، و التخزين و الإبكاء، بوقوعه فى الملاهى، و الإفراط فى الترجيع، حدّا يخرج عن الإعانه على البكاء، و صدق الرثاء للأصل و قصور أدلّه الحرمة عن الإطلاق الشامل له، حسب ما مرّ مع معارضتها

١- كذا في النسخة المطبوعه و في نسخه «م»: «و الأخبار» بدل «و إلاً جاء».

٢- النساء (خ).

٣- و دخولهنّ (خ).

٤- عوالى اللآلى ١: ٢٦١؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٢١٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ١٥١٥٩.

٥- قرب الإسناد: ١٢١؛ وسائل الشيعه ١٧: ١٢٢، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢١٤٨.

ص: ٢٢٨

الفقيه (١)، مضافا إلى كونه إعانه على البرّ، و رجحانها ثابت بالكتاب و السنه.

و الاعتراض عليه أولا: بمنع كون الغناء معينا على البكاء، و إن سلّم إعانه الصوت عليه، و لو لاشتماله عليه، لكونه غير الغناء.

و ثانيا: لو سلّم فكونه على البكاء على شخص معيّن غير مسلّم، و إنّما هو لأجل تذكّر أحواله، و لا دخل للغناء فيه.

و ثالثا: لو سلّم، فعموم رجحان الإعانه على البرّ- و لو بالحرام- غير ثابت.

و رابعا: لو سلّم، فيعارض أدلته أدلّه حرمه الغناء، و الترجيح للثانيه بالأظهرية و الأكثرية، بل ربما يظهر من بعض أفاضل معاصرنا، نفى أضلّ التعارض، و بقاء دليل الحرمة سالما عما يعارضه، قائلا بعدم وقوع المعارضه في أمثال تلك العنوانات المختلفه، و لذا لا يتعارض ما دلّ على استحباب قضاء حاجه المؤمن، لما دلّ على حرمه الزنا و اللواط، إذا طلبه المزنى بها.

مدفوع، أمّا الأوّل: فلمخالفته الوجدان، و ظهور الفرق في الإبكاء بين الأصوات و الألحان. و وجه ما أشرنا إليه من أنّ الغناء في مثل ذلك يثير حزنا، إذا أضاءت أثره إلى الدماغ، يدمع العين، و يحصل البكاء، و إذا أضاءت الى الروح، يتموّج و يظهر منه الصياح و الاضطراب. فالغناء له مدخل في البكاء، و هو كاف في صدق الإعانه عليه، و إن لم يكن سببا تامّا.

و منه يظهر ما في الثانى: فإن تذكّر الشخص الخاصّ، و إن لم يكن لأجل الغناء، و لكن كونه تذكّره موجبا للبكاء، قد يحصل بإعانه الغناء المرقّق للقلب، المهيج للحزن على من يرثى عليه.

و أمّا الثالث: فرجحان الإعانه على البرّ أمر معلوم الإجماع و الكتاب و السنه،

١- وسائل الشيعه ١٧: ١٢٢، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢١٥٠.

ص: ٢٢٩

عموما و خصوصا، في المقام، بما ورد في متظافره الأخبار، من استحباب البكاء و الإبكاء على الحسين عليه السّلام، غايه الأمر،

يعارض دليله دليل الحرمه، حيث وقع معينا، فيرجع إلى الراجح.

و أمّا الرابع: فقد عرفت منع وجود دليل على عموم الحرمه الشامل لمحلّ البحث، فضلا عن الأظهرية و الأكثرية بالنسبه إلى ما استفاض من استحباب الإعانه على البرّ، عموما و خصوصا.

و أما ما قاله الفاضل المعاصر، فهو من الغرائب. و التمثيل بما ذكره غير صحيح.

بيان ذلك: أنّ اختلاف العنوان في الأمر و النهي، لا يرفع التعارض، إلّا إذا كان الرجحان توصليا تبعيّا، من باب المقدمه لواجب أو مندوب، فهو لا يعارض الحرمه الأصليه، كما في العبور عن ملك الغير إلى المسجد.

و وجهه: أنّ رجحان المقدمه من باب التوقف العقلي للمأمور به بحكم العقل، و هو يكون حيث لم يكن المقدمه مع إمكان حصول الغرض لغيرها، لعدم الدليل - حينئذ - على رجحانها. و أمّا إذا كان الحكمان أصليين فالتعارض حاصل في مورد التخالف، و إن اختلف العنوان، لعدم إمكان الجمع بين الامتالين.

و التعارض بالعموم من وجه، كلّ من هذا الباب، سواء كان مورد التعارض فردا لموضع كلّ من الدليلين المتعارضين، أو لأحدهما و لازما للآخر، كالأمر بالذهاب إلى المسجد، و النهي عن التصرف في ملك الغير.

نعم، إذا كان إطلاق الأمر منساقا لبيان حكم آخر، تقدّم جانب الحرمه، كالأمر بالمسافره، و النهي عن ركوب الدابّه المغصوبه، و الأمر بالإفطار، و النهي عن أكل المتنجس أو مال الغير، فلا تعارض - حينئذ - أيضا، لعدم انصراف إطلاق الأمر إلى محلّ النهي، فلا يحصل امتثال الأمر بالإتيان بالمنهّي عنه، إلّا إذا كان المقصود

ص: ٢٣٠

من الأمر مجرد حصول الأثر، كالأمر بتطهير الثوب، و إنقاذ الغريق، فيسقط الأمر بفعل المحرّم، لحصول الغرض، و إن لم يترتب عليه الثواب.

و كيف كأن، فمن البين: أنّ محلّ البحث ليس من صورتى عدم التعارض، بل هو من باب تعارض الحكيمين الأصليين بالعموم من وجه، إذ الأمر بالإعانه على البرّ، هو الأمر بإيجاد ما توقّف عليه، و هو في الفرض من أفراد الغناء المعين على البكاء أو الإيبكاء، فيحصل التعارض.

نعم، لا يبعد الفرق بين الأمر بالإيبكاء و الإعانه، بكون النظر في الأوّل حصول الأثر، فلا ينصرف الإطلاق إلى خصوصيات أفراد السبب، بخلاف الثاني، لظهوره في كون المقصود منه الأمر بإيجاد أسباب البرّ و شرائطه، و لا أقلّ من عدم ظهوره في غيره الكافي في صحّه التمسك بإطلاقه.

و أمّا التنظير بالزنا، في حصول قضاء حاجه المؤمن، به فلا- مناسبه له بالمقام، فإنّ أصل الحاجه- و هى الزنا- محرّمه على المحتاج، فكيف يحسن قضاؤها؟ بل يحسن من الغير الإعانه على منعها، بخلاف البكاء.

و منها: الغناء في قراءة القرآن، و هو كسابقه دلّ على جوازه ما مرّ، من الأصل، و قصور الأدلّة المانعه من شمولها له، مضافا إلى المعبره المستفيضة المتقدّمه. جمله منها المعتضده بالأصل الأمره بقراءة القرآن بالصوت الحسن، الشامل للغناء، بل هو أظهر أفراده أو بخصوص الترجيع، كروايه أبي بصير الصحيحه (١)، عن السّراد، المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه، و فيها: «و رجّع بالقرآن صوتك، فإنّ الله سبحانه يحبّ الصوت الحسن، يرجّع به ترجيعا».

و الإيراد على الأوّل: بأنّ الغناء هو الترجيع، و هو وصف عارض للصوت الحسن،

١- الكافي ٢: ٦١٦، باب ترتيب القرآن بالصوت الحسن، الحديث ١٣.

ص: ٢٣١

يوجد بإيجاد مغاير لإيجاد الصوت، فلا يدلّ الترغيب به على الترغيب به. و على الثاني: بمنع كون مطلق الترجيع غناء. و عليهما: بمعارضتهما للأخبار المانعه، كخصوص روايه عبد الله بن سنان المتقدمه، الناهيه عن لحون أهل الفسوق، الذاّمه لترجيع الغناء و الرهبانيه في القرآن (١).

مدفوع بما في الأوّل، من أنّ الغناء في كلام جماعه من أصحاب اللغه، هو الصوت المشتمل على الترجيع. و لو سلّم، فتحسين الصوت غالبا بالترجيع، و لا- أقلّ من كون المشتمل عليه من أفراده، فالأمر بالصوت الحسن أمر بالمركبّ من العارض و المعروض، و هو ينافي حرمة العارض، مع أنّ في بعض الأخبار الأمر بتحسين الصوت، و الترجيع من أفراده.

و بما في الثاني، من شموله للغناء قطعا، لو لم يتحد معه، و هو كاف في الاستدلال.

و بما في الثالث، أوّلا: فيما مرّ من ضعف دلالة المعارض في مورد البحث، بل دلالة الخبر المذكور على الترغيب بنوع منه، فلعلّ النهى عن نوع آخر مستعمل عند أهل المعصيه، من جهه خروج القراءه به عن صدق التلاوه عرفا، كما أشرنا إليه.

و ثانيا: على تسليم دلالة العمومات المانعه من التعارض مع المجوّزه بالعموم من وجه، فيرجع إلى الأصل المقتضى للجواز أيضا.

و موافقه الأولى للكتاب، بضميمه الأخبار المفسّره، لو أغمضنا عما فيه من المناقشات السابقه، معارضه لموافقه الثانيه له- أيضا- في قوله تعالى وَرَتَّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلاً (٢) بضميمه تفسيره في روايه أبي بصير: بأنّه المكث فيه، و تحسين الصوت به.

و منها: الغناء في سائر الفضائل، من الخطب و المناجاه و الدعاء و غيرها من الكلمات

١- الكافي ٢: ٦١٤، باب ترتيب القرآن بالصوت الحسن، الحديث ٣.

٢- المزمّل (٧٣): ٤.

ص: ٢٣٢

الحقّه، مما يقصد به الترغيب إلى الله تعالى، و السوق الى الجنه، و مذاكره نعم الله سبحانه و فناء الدنيا و أمثال ذلك. و الأوجه فيه الجواز أيضا للأصل السالم عن المعارض المعلوم، مضافا إلى ظهور مرسله الفقيه المتقدمه (١) فيه بالتقريب المذكور.

تتميم: كما يحرم التغنى، يحرم استماعه اجماعا، له،

و للمستفيضة المانعه عن بيع المغنّيات، و شرائهن، المحمول على قصد التغنى به، حسب ما مرّ.

و ظاهر أنّ المقصود - حينئذ - استماع الغناء منهنّ، لا التغنى لأنفسهنّ، لحصوله قبل البيع أيضا، و خصوص روايه الطاطرى (٢) المتقدمه، بما فى آخرها من قوله عليه السلام:

و استماعهنّ نفاق. و قريبه منها الأخرى، و مرسله المدنى (٣)، سئل عن الغناء، و أنا حاضر. فقال: «لا تدخلوا بيوتا الله سبحانه معرض عن أهلها، فإنها ظاهره فى كون النهى باعتبار استماع الغناء، فى بيوت يتغنى فيها.

و يؤيده روايه عنبه: «استماع الغناء و اللهو ينبت النفاق فى القلب» (٤) و الخبر العامى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «من ملأ مسامعه من الغناء، لم يؤذن له أن يسمع صوت الروحانيين يوم القيامة» قيل: و ما الروحانيون يا رسول الله؟ فقال: «قراءه أهل الجنه» (٥).

و لا- يشترط فى حرمه استماع الغناء حرمة على المغنى، فلا- يجوز استماعه من غير المكلف، و إن لم يكن عليه إثم، لصدق الغناء، فيعمّه دليله.

١- قرب الإسناد: ٢٩٤، الحديث ١١٥٨.

٢- وسائل الشيعة ١٧: ١٢٤، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢١٥٥.

٣- نفس المصدر ١٧: ٣٠٦، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢٦٠٥.

٤- الكافي ٦: ٤٢٤، باب الغناء، الحديث ٢٣.

٥- مجمع البيان ٨: ٣١٤، ذيل الآيه ٦ من سوره لقمان.

ص: ٢٣٣

[المشرق العاشر] فى صحه صلح الزوج عن حق رجوعه فى العده الرجعيه

مشرق: قد اشتهر بين جمع من أفاضل من عاصرناه، صّحه صلح الزوج عن حق رجوعه فى العده الرجعيه، فيصير به الطلاق بائنا. و لم أر فى كتب الفقهاء من تعرّض لهذه المسأله بخصوصها، عدا الفاضل الكامل القمى (١)، حيث أفتى بصحّته، و تبعه غيره ممن جوّز. و أنكره والدى العلّامه و هو فى محلّه.

و لبيان جليّه الحال، لا بدّ من بيان حقيقه الصلح و أقسامه، و تحقيق المناط لما صحّ فيه الصلح. فنقول: الصلح عقد دلّ على شرعيته إجماع المسلمين، و استفاضت عليه أخبار المعصومين عليهم السلام، ففى النبويّ، و المرسل من طريق الخاصّه فى الفقيه

(٢)، المنجبرين بالشهره العظيمه، روايه و عملا: «الصلح جائز بين المسلمين، إلما صلحا أحل حراما، أو حرّم حلالا» و نحوهما الصحيح، بغير استثناء (٣). و فى معناها غيرها من الصحاح و غيرها.

١- جامع الشتات ٣: ١٥٣.

٢- الفقيه ٣: ٥٢.

٣- وسائل الشيعه ١٨: ٤٤٣، الباب ٣ من أبواب الصلح، الروايه ٢٤٠١١.

ص: ٢٣٤

و بيان معنى الاستثناء، و دفع ما أورد عليه من الإشكال، ليطلب مما حَقَّقناه فى استثنائه فى الشرط، فلا نعيده.

ثمّ الصلح لا يتوقّف على سبق الدعوى، و لا توقعه إجماعا منا، و إن كان فى الأصل شرّع لدفع الخصومه، فأطرد فى غيره، مثل المشقّه فى حكمه القصر، و نقص قيمه فى الرّدّ بالعيب، و استبراء الرحم للعدّه، و نحوها، فيحكم به فى غير مورد الحكمه، مضافا إلى الإجماع بعموم النصّ.

و ما قيل: باختصاص الإطلاقات بما تحقّق فيه التنازع، و لو متوقعا، و التعميم بعدم القائل بالفرق غير متجه، لأنّ معنى الصلح الواقع فى إيجاب العقد، المحمول عليه الإطلاقات، يوافق المصطلحين، بما تسالما و اصطلحا عليه، و هو يشمل غير صورته التشاجر و التجاذب أيضا.

و كيف كان، فهو عقد لازم، يشترط فيه الصيغه الخاصه من الإيجاب و القبول اللفظيين بشرائطهما، كسائر العقود اللازمه، كما مضى فى بعض ما تقدّم، و إن قلنا بجواز المعاطاه فى صلح المعاوضه، على غير وجه اللزوم.

و إيراد المحقق الأردبيلي (١) فى اشتراط الصيغه، بمخالفته للأصل و ظاهر الأخبار، غير مقبول. ضروره أن ليس المراد بالصلح فيها مجرّد التسالم على ما اتفقا عليه، الذى هو معناه اللغوى، بل ما يعمّ الإنشاء العقدى، و لذا كان من العقود إجماعا، فهو محمول على المعامله المعهوده فى الشرع، فلا يصحّ التمسك فى صحّه مطلق ما صدق عليه معناه لغه بالإطلاق، و إن صحّ ذلك بالنسبه إلى سائر الشرائط، حسب ما تقرر فيما مضى. مضافا إلى أنّ مدلول الإطلاقات، مجرّد الصحه، دون اللزوم.

ثمّ الصلح عقد مستقلّ لا يتفرّع على غيره من العقود، و إن أفاد فائدته، كما هو

١- مجمع الفائده و البرهان ٩: ٣٣٥.

ص: ٢٣٥

المشهور، بل عن التذكرة (١) و التحرير (٢): الإجماع عليه، بل من غير خلاف بيننا، عدا المحكّي عن الشيخ (٣)، وفاقا له للشافعى، من أنّه بيع، أو اجاره، أو هبه غير معوّضه، أو عاريه، أو إبراء فهو الحجّه.

مضافا إلى أن الاستقلال مقتضى أدله الصلح بضميمة الأصل، بل ظهور كثير منها فيه. نعم، هو عقد واسع يقع في موارد أكثر العقود، و مع ذلك متّسع باحتماله ما لا يحتمل غيره، مما يفاد مفاده من وجوه كثيرة.

منها: أنه يصحّ مع الإقرار و الإنكار، ففي الأول ظاهرا و باطنا، و في الثاني ظاهرا، فيحرم على المبطل ما يدفعه إليه المحقّ، أو بقى من ماله عنده، و لو مقدار ما دفع إليه من العوض في المصالحة عن العين، بفساد المعاوضه واقعا.

و إنّما يحكم بالصّحّه في ظاهر الشرع، إلّا على فرض رضی المحقّ بالصلح باطنا اجماعا في الجميع، مضافا إلى أدله الصلح المعتضده بعموم قوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فِي الصّحّه الظاهرية، و خصوص صحيح عمر بن يزيد (٤) و روايه علي بن حمزه (٥) في الفساد الواقعي في صورته الإنكار.

و ربما يناقش تاره: في صحّته ظاهرا بأنّها غير متصوّره، مع القطع بكون أحدهما مبطلا، فلا يكون الفساد الواقعيّ مشتبهًا، فكيف يحكم بصحّته ظاهرا.

و أخرى: في فساده باطنا، بأنّه إذا توجّهت الدعوى بالتهمة، يتوجّه اليمين على المنكر، من غير ردّ، و لو كانت الدعوى مستنده إلى قرينه، فصالحه على إسقاطها

١- تذكره الفقهاء ٢: ١٧٧.

٢- تحرير الأحكام ١: ٢٢٩.

٣- المبسوط ٢: ٢٨٨ و ٢٨٩.

٤- وسائل الشيعه ١٣: ١٦٤، الباب ٣ من أبواب أحكام الصلح، الروايه ٢٤٠١٤.

٥- نفس المصدر: الروايه ٢٤٠١٦.

ص: ٢٣٦

بمال، أو على قطع المنازعه، فاليمين حقّ للمدّعي، يصحّ الصلح لإسقاطه. و من هذا قوَى صحّته - مطلقا- في المسالك (١) و احتمله في جامع المقاصد (٢).

و يندفع الأوّل: بأنّ شرعيه الصلح، أوجبت صحّته الظاهرية، عند عدم تعيّن المبطل. و الثاني: بأنّ حقّ الدعوى و حقّ اليمين، من الحقوق الظاهرية، فلا ينافى وقوع الصلح على إسقاطه الفساد باطنا، و لذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرار و نحوه، يحكم بفساد الصلح ظاهرا أيضا. و لا يتوهم ذلك في الصلح، في صورته الإقرار، إذا انكشف أحد العوضين مستحقا، كما في البيع و نحوه في المفروض، لتسليم الفساد الواقعي فيه أيضا.

نعم، في صورته التعيّد بالدعوى الكاذبه، كما هي الغالب في الصلح الإنكارى، لا يحلّ التصرّف للمدّعي عند نفسه، فيما بينه و

بين الله أيضا، وإن جرى على الصّحّه في ظاهر الحال، بخلاف صورته خروج العوض مستحقًا، مع جهل المتعاقدين.

و لعلّ هذا هو مقصودهم في المقام من الباطن في مقابل الظاهر دون الواقع.

و منها: أنّه يصحّ الصلح عن عين بعين أو بمنفعه أو عن منفعه كذلك، و عن الحقوق، كحقّ الحيازه، و حقّ التحجير، و حقّ الشفعه، بحقّ مثله أو بعين أو منفعه.

كلّ ذلك بالإجماع و العمومات، لصدق عقد الصلح على ما يفيد إنشاء ما توافقا عليه من الأمور المذكوره.

و منها: أنّه يصحّ مع العوض، فيكون عقده معاوضه، و بدونه، كما عرفت من قول الشيخ: من صحّ قيامه مقام الهبه و العاريه، لصدق معنى الصلح على المجرد عن العوض، حسب ما ذكر، فيشملة العمومات.

١- مسالك الأفهام ٤: ٢٦٢.

٢- جامع المقاصد ٥: ٤٣٧.

ص: ٢٣٧

قال بعض الأجله: و الظاهر أن المسأله إجماعيه، و يشعر بالإجماع ما في التذكره، حيث قال: لو قال: صالحني بنصف دينك عليّ، أو بنصف دارك هذا، فيقول: صالحتك بذلك، صحّ عندنا، و هو قول أكثر الشافعيه، ثم قال: و إنّما يقتضى لفظ الصلح المعاوضه، إذا كان هناك عوض، و أمّا مع عدمه فلا. و إنّما معنى الصلح الرضا و الاتفاق، و قد يصلح من غير عوض. انتهى.

و لا ينافيه الاتفاق على بطلان الصلح المعوّض، إذا بان أحد العوضين مستحقا الظاهر في كون العوض من أركان الصلح، و لذا لا يفسد النكاح بفساد المهر، نظرا إلى عدم كونه ركنا له، إذ غايته كون العوض ركنا للصلح الواقع بقصد المعاوضه، و لا يقتضى ذلك كونه ركنا لمطلق الصلح. و أمّا النكاح، فليس المهر ركنا له مطلقا، و لذا يصحّ بدون ذكره، و يرجع إلى مهر المثل.

و من هذا صلح الدين على بعضه أو العين كذلك، و يسمّى صلح الحطيظه، بأن يقال: صالحتك نصف ديني على أن تعطيني نصفه، أو صالحتك داري على نصفها.

و منها: أنّه يصحّ الصلح مع جهاله العوضين، بلا- خلافاً فيه في الجملة، بل عن المسالك (١) و غيره: الإجماع عليه لإطلاق الأدلّه، و خصوص الصحيح، في رجلين كان لكلّ واحد طعام عند صاحبه، لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي. فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا، و طابت به أنفسهما» (٢) و في معناه غيره.

١- مسالك الأفهام ٤: ٢٦٣.

٢- الكافي ٥: ٢٥٨، الحديث ٢؛ الفقيه ٣: ٢١، الحديث ٥٣؛ التهذيب ٦: ٢٠٦، الحديث ٤٠٧؛ وسائل الشيعه ١٨: ٤٤٥، الباب ٥ من

و احتمال كون المراد منه الإبراء، كما قد يناقش به عليه، مدفوع، بظهوره في المعاوضه الظاهره في الصلح، كما فهمه الأصحاب.

و مقتضى إطلاق العبائر، كعموم الأخبار: عدم الفرق بين الجهل بالقدر و الجنس و العين و الدين، بل عن التذكرة (١): نسبة عدم اشتراط العلم بشيء منهما في الصلح إلى علمائنا أجمع، بل صرح فيها حاكيا عليه إجماع الإماميه عدم الفرق في تعذر العلم مطلقا، أو في الحال لعدم مكيال أو ميزان أو نحوهما من أسباب المعرفة و عدمه.

و لا إشكال، بل قيل: لا خلاف في الأول، كما اقتضاه النصوص.

و كذا لا إشكال ظاهرا في الثاني، لما ذكر، كما عن الشهيدين (٢) و الفاضل المقداد (٣)، حيث تمسك بتعذر العلم في الحال، مع قضاء الضروره و الحاجه بوقوعه، و الضرر بتأخيره.

و أمّا الثالث: فقد استشكل فيه في الرياض (٤)، من عموم الأدله المعتضده بإطلاق كثير من العبائر، و من حصول الغرر، مع إمكان التحرز عنه، و لذا قيد الصحه في المسالك (٥) و التنقيح (٦)، بما إذا تعذر تحصيل العلم بالحقّ و المعرفة الكليه، ثمّ قدم الثاني، ترجيحا لعموم النهي عن الغرر على أدله الصلح، باعتضاده للاعتبار، و رجحانه عند الأصحاب في كثير من المعاملات، كالبيع و الإجاره و نحوهما. و مع الإغماض عنه، فالرجوع إلى أصل الفساد.

١- تذكرة الفقهاء ٢: ١٧٨.

٢- مسالك الأفهام ٤: ٢٦٣.

٣- التنقيح الرائع ٢: ١٩٩.

٤- رياض المسائل ٥: ٤٢٥.

٥- مسالك الأفهام ٤: ٢٦٣.

٦- التنقيح الرائع ٢: ١٩٩.

و أنت خبير بأن لا عموم للنهي عن الغرر، بحيث يشمل المورد، بل هو مختصّ بالبيع، و نحوه الإجاره الملحقه به، لظاهر الإجماع. مع أنّ الصحيح المتقدم و نحوه، يختصّ بصوره الجهل و الغرر، فيخصّص به عموم النهي لو كان. و مساس الحاجه الشامل له الصحيح بإطلاقه، لا يمنع عن صدق الغرر.

ثم على تسليم التعارض، فالترجيح لأدله الصلح، لاعتضادها بالإجماع المحكيّ في التذكرة (١) و إطلاق الأكثر.

ثم إنّ الجهل المغتفر في الصلح، إنّما هو إذا لم يرجع إلى الواقع، و أمّا معه و إن خلى عن الغرر، كصلح أحد العبدین المتشابهين

المتحدين في قيمه، فهو يمنع الصحة، لمنافاته الإنشاء التنجيزى الذى هو شرط العقود مطلقا حسب ما تقدم فى الشرط.

و منها: أنه يصح الصلح عن الحق إسقاطا، كصلح حق الدعوى للمدعى عليه، و حقوق الخيار لمن عليه الخيار، و نقلا كصلح حق التحجير، إلا أنه يجب الاقتصار فيما يصح الصلح عنه مما يطلق عليه الحق بهما دون غيرهما.

بيان ذلك: أن ما يطلق عليه الحق على أقسام:

منها: الحق المالى بلا واسطه، كحق الملك لعين أو منفعه أو دين، أو بواسطه، كحق الخيار و حق الشفعه و حق التحجير و حق الدعوى و أمثالها، فإن متعلق الحق فيها ليس نفس المال ابتداء، بل هو التسلط على ما يوجب حصوله.

و منها: حق الانتفاع لغير المال بلا واسطه، كحق الزوجيه و ملك البضع و حق الجلوس للسابق فى المسجد و نحوها، أو بواسطه، كحق الرجوع فى الطلاق الذى هو التسلط على ما يوجب الانتفاع.

١- تذكره الفقهاء ٣: ١٧٨.

ص: ٢٤٠

و قد يطلق الحق على غير ذلك- أيضا- مما يؤول إلى هذا المعنى، كحق المؤمن و حق الجار، من التعظيم و الإحسان و الإجابة و الإعانه.

و حيث إن مورد الصلح- كما أشرنا إليه- يختص بما يصلح للإسقاط أو النقل باختيار العبد، بل لا معنى للصلح فى غيره، و القدر الثابت من الإجماع و غيره، إن القابل لهما ما كان من الأولين، أى الحقوق المالىه دون غيرهما، بل صرح جمع من الفقهاء فى وجه صحه صلح حق الشفعه بأنه من الحقوق المالىه، فيصح الصلح عنه و ظاهر كلامهم هذا عدم صحته فى الحقوق الغير المالىه. و دليل الصلح مع ما فيه من الاستثناء بقوله: «إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا» غير معلوم الشمول و لا مظنونه لأمثال ذلك التى متعلق الصلح فيها حقيقه الحكم الشرعى، بل الثابت من مدلوله، صحته فيما ثبت من الشرع صلاحيته للنقل و الإسقاط، بأن كان للمكلف الخيره فيهما، لا من قبيل الأحكام السنّه الوضعيه و الولايات القهريه الشرعيه، فيصطلحا على عدمها. و لذا لا يصح صلح الوصى عن وصايته، و الولى عن ولايته، بل لا يجوز صلح المؤمن أو الجار عن حقوقهما الثابته لهما فى الشرع، من الإحسان و التكريم و المواساه و حسن المعاشره.

و بالجملة: كلما يطلق عليه لفظ الحق، أو أمكن التعبير عنه به، كحق الصلاه فى المسجد و الجلوس فى الأرض المباحه و أمثال ذلك من وجوه الانتفاعات، لا يلزم صحه الصلح عنه، بل يجب أن يكون متعلقه مما يثبت من الشرع قابليته للنقل أو الإسقاط. و عموم «كل صلح جائز»، لا يدل على صلاحيه مورد الشك لهما، كما لا يدل عموم «أحل الله البيع على قابليه العين للملك و التمليك، مما يشك فيه ذلك». و لو أبيت عن ذلك، فالاستثناء المتعقب له دل على عدم صلاحيه ما يثبت له حكم شرعى- و لو بعموم أو إطلاق لفظى- لتغييره بنقل أو إسقاط بالصلح، فاللازم

- أولاً- ثبوت تلك القابليه من خارج أدلّه الصلح، ثم الاستدلال بها على صحّه وقوعهما بالصلح. و من ذلك ينقدح عدم جواز الصلح عن حق الرجوع فى الطلاق الرجعى، لعدم ثبوت اختيار الزوج شرعا فى إسقاطه، بل يقتضى أدلّه الرجوع من الكتاب و السنه عدمه، لأنها تدلّ على سببيه رجوع الزوج فى الطلاق الرجعى بأسبابه من الأفعال الدالّه عليه، كالنظر إلى الزوجه و لمسها و تقبيلها و وطئها و إنكار الطلاق و نحوها، لعود الزوجيه على نحو تحقّقها بعقد النكاح، و ليس حقّ الرجوع غير هذا الحكم الوضعى الشرعى، فلا- يقع مورد الصلح حسب ما عرفت. و مجرد إطلاق لفظ الحقّ لا- يصحّ صلحه، و لا- يؤثر فى الحكم الشرعى.

و هل تسلط الزوج على الرجوع إلّا كالتسلط على إحياء أرض الموات؟ فكما لا يصحّ صلح حقّ الإحياء قبل فعله، و نحوه غيره من الأفعال التى جعلها الشارع أسبابا لآثار عائده إلى الفاعل، كذا لا يصحّ صلح حقّ الرجوع.

و إلحاقه بحقّ الخيار و حقّ الشفعه و نحوهما، مما يصحّ الصلح عنه إجماعا، قياس مع الفارق، لما سمعت من كونهما من الحقوق الماليه دونه، مضافا إلى الإجماع الفارق بينهما.

[المشرق الحادى عشر] [فى بيان تعارض الاستصحابين و أقسامه]

إشاره

مشرق: فى بيان تعارض الاستصحابين و أقسامه، و حيث إنّ المقام من مزلات أقدام، و اختلاف سهام نقض و إبرام من أقوام، و منشأ ذلك- غالبا- عدم تنقيح مناط التعارض، فينبغى أن نفضّل الكلام فيما يضبط به محلّ التعارض و ما يرجح به أو يعمل بهما، أو يتساقطان.

و لنبيّن أولاً: ضابطه فى بيان ما يتبع استصحاب المستصحب من الأحكام و الآثار و ما لا يتبعه.

فقول: ما يستلزم الحكم المستصحب الواقعى- وجوديا كان أو عدنيا- على وجوه ثلاثه، لأنّه إمّا يكون من توابعه و لوازمه فى الوجود عقلا أو شرعا أو عادة، فكان المستصحب مقدّما عليه ذاتا و ملزوما له، كأن يكون علّه له أو جزءه أو تميمه لعلته، أو يكون عكس ذلك. فكان المستصحب لازما و مسبوقا له، أو هما متلازمان فى الصدق، لجهه خارجه عن ذاتهما، أو لكونهما لازمين لملزوم واحد.

فإن كان الأوّل، فإذا أثبت الملزوم بالاستصحاب، فالظاهر- بل لا ينبغى الريب فيه- وجوب الحكم به بتبعيه اللوازم للملزوم، و المستصحب يستتبعه، سواء كان

الاستصحاب جاريا فى نفس اللازم أيضا، أم لا.

ففى استصحاب الملكيه يحكم بتوابعها، كصحّه البيع و الإجاره و الإعاده و الانتقال إلى الوارث، و غير ذلك مما يترتب على الملك. و باستصحاب طهاره الماء، بجواز شربه و صحّه الوضوء منه و تطهر ما يغسل به، و غيرها من آثار الطهاره و توابعها الشرعيه.

و الظاهر وقوع الإجماع عليه، كما استفاد من سيره العلماء فى الفقه و الأصول، و إن غفل عنه بعضهم فى بعض صور تعارض الاستصحابين، كما سنّبّه عليه.

و من تتبع كتب الأصحاب و روال طريقتهم فى استنباط الأحكام، لم يبق له تأمل فى اتفاهم عليه. و وجهه - مضافا إلى الإجماع - أنه إذا علم سببيه شىء لأمر و استتباعه له و ترتبه عليه، فعند الحكم بثبوته شرعا - و لو بدليل تعبدى - يحكم بالسبب - و لو تعبدا - أيضا، تحقيقا لمعنى السببيه و المتبوعيه، بل معنى استصحابه تعبدا ليس إلّا ترتيب آثاره و لوازمه عليه، بناء على بقائه.

ألا ترى أنه إذا قال الشارع: الماء الطاهر يرفع الحدث، و إذا شككت فى طهاره الماء و نجاسته فابن على طهارته، يفهم منه كل أحد ثبوت الرافعيه المذكوره له عند البناء على بقاءها.

و يدلّ عليه - أيضا - جمله من أخبار الاستصحاب، كالمتمضمّن لصحه الصلاه مع الثوب الذى شكّ فى نجاسته بعد العلم بطهارته، مع أن مقتضى الاستصحاب بقاء اشتغال الذمه بالصلاه، و سيجىء مزيد بيان فيه إن شاء الله.

و إن كان الثانى، فالذى يقتضيه النظر عدم ثبوته باستصحاب اللازم، فلا يحكم بالملزوم بمجرد، إلّا إذا أمكن الاستصحاب فى نفس الملزوم - أيضا - فإذا نذر أن لا يجلس فاسقا، صحّ استصحاب جواز المجالسه مع مجهول الفسق، و لكن لا

يحكم به بكونه عدلا مقبول الشهاده، و جائز الاقتداء فى الإمامه، و إن دار الاحتمال فى حقّه فى كونه عادلا أو فاسقا فى الواقع. و الظاهر كونه إجماعيا أيضا. و سرّه:

أنّ وجود التابع اللازم ليس سببا لوجود المتبوع، حتى يترتب عليه، بل دلالة اللازم على الملزوم، إنّما هى باعتبار تابعيته له فى الوجود، و كون وجوده مسببا عن وجوده و فرعا له، تحقيقا لمعنى الملازمه و التابعيه المقتضيه للدلاله، فيكشف وجوده عن سبق وجوده كشف الأثر عن سبق وجود المؤثر.

و هذا يستقيم فى الوجود النفس الأمري، لا فى وجوده الظاهرى الاستصحابى المسبب عن دليل تعبدى، فإنّه بهذا الاعتبار ليس وجوده باعتبار لزومه و تبعيته للملزوم و ترتبه على وجوده، بل هو محكوم فى الظاهر بثبوته استقلالا، تعبدا شرعا، بملاحظه نفسه من حيث هى مع قطع النظر عن لوازمه.

فجهه اللزوم النفس الأمرى مرتفعه بينهما باعتبار هذا الوجود التبعدى، و لا دليل على ملازمه أخرى بينهما فى هذا الوجود، فلا يكشف وجوده التبعدى الاستقلالى عن وجوده، ففى المثال المذكور، جواز مجالسه الناذر لمجهول الفسق، ليس باعتبار عدالته النفس الأمريه، و لا لعدالته التبعديه، حتى يكشف عنها، بل لكونه غير معلوم الفسق. و الجواز بتلك الجبهه ليس لازما للعداله، فلا يكشف عنها.

و نحو الحكم الاستصحابى ما ثبت بأصل البراءه، فلا يثبت به ملزومه الواقعى، فلا يحكم بأصالة طهاره ما يشك فى كونه ماء أو خمرا، بصحة الوضوء منه و التطهير به، فإن تلك الطهاره ليست لازمه لمائته، بل يعم الماء و المشتبه بالخمير، فلا يكشف عنه، لعدم دلالة العام على الخاص، بخلاف الطهاره الواقعيه.

فإن قلت: الموضوع لا يخلو، عن كونه ماء أو خمرا، فحيث يحكم بكونه طاهرا يلزمه الحكم بعدم كونه خمرا، لمنافاته الطهاره، فيكون ماء لعدم احتمال ثالث.

ص: ٢٤٦

قلت: لا يلزمه الحكم بعدم كونه خمرا، بل يلزم عدم الحكم بكونه خمرا، و هو يجتمع مع عدم الحكم بكونه ماء أيضا، و ما هو كذلك محكوم بالطهاره شرعا بحكم الأصل، لا من جهه كونه ماء.

و إن كان الثالث، أى كانا متلازمين فى الوجود من غير ترتب و سببيه بينهما، فإن تلازما بحسب المفهوم، بحيث لم يتعقل انفكاك أحدهما عن الآخر مطلقا، حتى فى الوجود التبعدى الظاهرى، كعدم المنع من الترك المدلول عليه بالأصل للاستحباب، فيما دار الأمر بينه و بين الوجوب الذى يعلم فيه مطلق الرجحان، أو ثبت التلازم فى الوجود بينهما بدليل خارجى واقعا و ظاهرا، كما فى القصر و الإفطار، يحكم بثبوت أحدهما باستصحاب ثبوت الآخر، لفرض الدليل على التلازم بينهما بحسب الوجود الظاهرى أيضا.

و إن لم يثبت ذلك، فلا يحكم به، كما فى الثوبين المشتبهين بالنجاسه، فلا يحكم باستصحاب طهاره أحدهما بنجاسه الآخر. و كما فى جواز مجالسه مجهول الفسق فى المثال المذكور، فلا يحكم به بقبول شهادته، لعدم دليل على الملازمه فى الوجود الاستصحابى التبعدى أيضا.

و إذا تحققت ذلك نقول: التعارض بين الاستصحابيين يقع حيث كان مقتضى أحدهما مستلزما لخلاف الآخر، إمّا لذاتها شرعا أو عقلا أو عرفا، أو بسبب خارجى، كما إذا علم إجمالا زوال أحد المستصحبين المشتبهين و بقاء أحدهما، كنجاسه الثوبين.

ثم الاستلزام: إمّا بالسبب من جانب، كاليد القذره إذا شك فى زوال نجاستها و لاقت ثوبا طاهرا يحصل الشك به فى نجاسه الثوب، فيعارض - حينئذ - استصحاب طهاره الثوب استصحاب نجاسه اليد، أو بالسبب من الجانبين، كما إذا

ص: ٢٤٧

وقع الكثر تدريجا على الماء القليل المنتجس، فشك فى حصول الطهاره للثانى أو النجاسه للأول، نظرا إلى الخلاف فى اشتراط

الدفعه العرفيه، فإنّ طهاره الكثر التي هي مقتضى استصحابها، يزيل بعد اتصال المائين نجاسه القليل التي هي مقتضى الاستصحاب المعارض، و بالعكس، أو بالتلازم من غير سببيه من الجانبين. فوجه التعارض ثلاثه:

أمّا على الأول، فالاستصحابان إمّا حكمان، أى: متعلقهما أمر شرعى كالمثال المتقدم، أو أحدهما حكمي و الآخر موضوعي، كما في الذبابة القذره الرطبه التي طارت على الثوب الطاهر، إذا شكّ في جفافها حين الملاقاه، فيعارض - حينئذ - استصحاب الرطوبه مع استصحاب الطهاره، و الصيد المجروح إذا وقع في الماء القليل، و علم موته، و لم يعلم أنّه قبل الوقوع، فكان مستندا إلى الجرح، أو بعده فمستند إلى الماء. و منه استصحاب عدم التذكيه، و استصحاب الطهاره في الجلد المطروح، لو قلنا بجريان استصحاب الطهاره.

نسب إلى بعض الفضلاء القول بالعمل بالاستصحابين في صورتين. و يظهر من الفاضل القمّي، ذلك في صورته الثانيه ساكتا عن الأول، و عن بعضهم التوقف فيها.

و عن آخر دعوى الإجماع على العمل بالموضوعي.

و اختار والدى العلامة تقديم استصحاب الملزوم مطلقا، و عبّر عنه باستصحاب المزيل، و وافقه جمع من المحقّقين. و هو مقتضى التحقيق، لوجه:

الأوّل: ما سمعت من ثبوت اللوازم و المسبّبات باستصحاب الملزوم دون العكس، فيكون استصحابه دليلا شرعيا على خلاف مقتضى الآخر. و معه لا يجرى فيه الاستصحاب، لانتقاضه باليقين الشرعي. و لا ينعكس لعدم ثبوت الملزوم باستصحاب اللازم، فلا ينتقض به.

ص: ٢٤٨

فإن قلت: لا نسلم حجّيه استصحاب الملزوم حينئذ، فلا يكون دليلا شرعيا، لاستلزامه نقض اليقين بالشك في اللازم، فلا يشمل أخبار الاستصحاب، إذ يلزم - حينئذ - من ثبوت مدلولها عدمه، و هو باطل.

قلت: المنهى عنه في قوله عليه السّلام: «لا- تنقض اليقين بالشكّ» نقض اليقين، استنادا إلى الشكّ، أو بشي ء باعتبار الشكّ في مزيلته، لا باعتبار دليل شرعي دلّ على مزيلته و لو تعبّدا.

فإن قلت: من الأخبار ما دلّ على المنع عن النقض عند الشكّ مطلقا، و لو بغيره، كقوله عليه السّلام في روايه ابن عمار: «إذا شككت فابن على اليقين» (١) و هو يشمل النقض بسبب استصحاب المزيل.

قلت: أوّلا سياق الكلام ظاهر و متبادر في النهي عن هدم اليقين بسبب الشكّ، كما في مثل قوله: «إذا سافرت للصيد فلا تفرط أو ابن على الصوم» أى: لا تجعل سفر الصيد ناقضا للصوم، فلا يدلّ على حرمه الإفطار فيه لمرض و نحوه.

فلا يدلّ الخبر على البناء على اليقين عند الشكّ بسبب تعبدّي آخر، سيما بملاحظه سائر أخبار الباب، الناهيه عن النقض بسبب

الشكّ أو عدم الاعتناء بالشكّ، كصحيح زراره (٢)، وروايه الخصال (٣)، وغيرهما (٤).

و ثانيا: أنه لو سلّم فيه الإطلاق، فهو يعمّ ما إذا كان هنا مزيل مسبوق بالعلم

١- الفقيه ١: ٣٥١، الروايه ١٠٢٥.

٢- وسائل الشيعة ١: ٢٤٥، الباب ١ من أبواب نواقض الوضوء، الروايه ٦٣١.

٣- الخصال ١: ١٦٠ و ١٦٥ (في حديث الأربعمائه)؛ و رواها عنه في الوسائل، نفس الموضوع، الروايه ٦٣٦.

٤- وسائل الشيعة ٤: ٢٢٢، الباب ٨ من أبواب القبلة، الروايه ٥٢٤٠.

ص: ٢٤٩

بمزيليته أم لا، فيخصّص بسائر الأخبار، كالصحيح المزبور الدال على استصحاب المزيل دون المزال، بالتقريب المذكور في مورد التعارض.

و ثالثا: أنّ غايه الأمر عدم شمول هذا الخبر لشيء من الاستصحابين المتعارضين، لئلا يلزم التناقض و التدافع في مدلوله، و حملة على غير صورته التعارض، فيرتفع من البين في الفرض، و يبقى ما أشرنا إليه من الصحيح و غيره، الدال على استصحاب المزيل دون المزال، عن المعارض.

الثاني: الاتفاق الظاهر من طريقه الأصحاب لمن جاس خلال الديار، على العمل بمقتضى المزيل، كما تقدمت الإشارة إليه.

و خلاف بعض من تأخّر في مورد أو موارد عديده، كمسألة الصيد و الجلد المطروح، لشبهه حصلت له فيه، غفله عن قاعده الاستنباطيه الاتفاقيه، غير قادح.

ألا ترى اتفاقهم على حصول الامتثال بالصلاه مع الطهاره الاستصحابيه، و التطهّر من الحدثين بالماء الطاهر الاستصحابي، و البراءة عن العباده في الوقت الاستصحابي، و صحّه التصرفات الناقله التي على خلاف الاستصحاب في الملك الاستصحابي إلى غير ذلك مما لا يحصى من موارد مثل هذا التعارض.

فمن تتبع في أمثال ذلك، يحصل له القطع بأن تقديم استصحاب المزوم قاعده مسلمه بينهم، و سرّه ما أشرنا إليه في المقدمه.

الثالث: أنّ كثيرا من الأخبار الدالّه على حجّيه الاستصحاب متضمّنه لتقديم المزيل، كما أشرنا اليه، كصحيح زراره (١) الذي هو العمده في الباب، المصرّح لصحّه الصلاه باستصحاب الطهاره، مع أنّ الشكّ في الطهاره يوجب الشكّ في صحّه الصلاه المنافيه لاستصحاب الاشتغال. و نحوها صحيحته الأخرى، و صحيح ابن سنان،

١- وسائل الشيعة ١: ٢٤٥، الباب ١ من أبواب نواقض الوضوء، الروايه ٦٣١.

ص: ٢٥٠

و موثق ابن بكير. و التفريق بين الموارد تحكّم محض.

هذا، و يظهر مما اخترناه، و أصيّلناه تقدّم استصحاب الموضوع على استصحاب الحكم، و الأصول اللفظية على الأصول الشرعية، كما هو المعمول به عندهم، لمكان المزليه و الملزوميه.

و أما على الثانى، فيسقط الاستصحابات عن الحجّيه، إذا لم يكن لأحدهما مرجح، و يبنى الحكم على ما يقتضيه أصل البراءة إن أمكن، و إلّا فعلى ما يقتضيه الاستصحاب فى خصوص نفس اللوازم و الأحكام، فلا يلاحظ فيها ترتبها على استصحاب الملزوم، بل المناط استصحاب أنفسها مستقلا.

أما طرحها، فلأنّ الترجيح ممتنع، و الجمع غير ممكن، و التخيير فرع الحجّيه التى هى موقوفه على شمول الأدلّه لمورد الفرض، و هو مع لزوم التدافع غير متصوّر.

و أما العمل بمقتضى الاستصحاب فى نفس اللوازم، فلخلوّه عن المعارض، و لا يثبت باثبات اللازم بالاستصحاب وجود الملزوم الممنوع بالمعارض، لما عرفت فى المقدّمه.

و أما على الثالث، أى التعارض بالتلازم من غير سببيه، فالظاهر الموافق لجماعه العمل بالاستصحابين فيما يترتب على أحدهما خاصّه، أى: البناء على بقاء كل من المستصحبين فى جميع الأحكام المختصّه به، دون ما يترتب على اجتماعهما، سواء كان التنافى فى موضوع واحد، كملكيه المال المتردّد بين كونه لزيد أو عمرو، أو موضوعين، كطهاره أحد الثوبين المشتبهين. و سواء كان الثانى ذاتيا، كما فى الأوّل، أو بسبب خارجي، كما فى الثانى.

أما وجه العمل بهما فى الأحكام المختصّه، فلانتفاء السببيه و الملزوميه بين

ص: ٢٥١

مدلول أحدهما و خلاف الآخر، فلا- يوجب استصحاب أحدهما ثبوت الآخر، لما مرّ من منع التلازم بينهما فى الوجود الاستصحابيّ التعبدىّ.

و أمّا وجه ترك العمل بالأحكام المترتبه على ثبوتها مجتمعا، فللعلم بانتفائها اللازم للعلم بانتفاء أحدهما فى الفرض، ففى المائين المشتبهين يحكم بطهاره ما لاقى أحدهما، دون ما لاقيهما معا. و فى المشتبهين بالإضافه يحكم بعدم صحّه الوضوء من أحدهما دون الجميع. و فى المال المرّدّد بين زيد و عمرو يحكم بصحّه بيعهما معا. و هكذا.

و لا يتوهم النقض بالحكم بالاستصحاب فيما دار الأمر بينه و بين الوجوب، مع أنّ كلّا منهما خلاف مقتضى الاستصحاب، إذ ليس هو من باب ترجيح أحد الاستصحابين، بل لثبوت الرجحان المشترك بينهما، حسب ما مرّ، و يحكم بخصوص الاستصحاب- حينئذ- من باب أصاله البراءة عن حرمه الترك، إذ الرجحان الغير الممنوع عن الترك هو معنى الاستصحاب.

و من هذا القبيل- المتفرّع على ما ذكرناه- الحكم بوجوب الأمرين المشتبهين المرّدّد بينهما الواجب، فإنّه بالاستصحاب ينفى

الوجوب الأصليّ المخصوص بكلّ منهما، من حيث خصوصيته في الظاهر، و لكن لا يمكن نفى وجوبه في الواقع، لعدم العلم به، وعدم كون الاستصحاب ناظرا إليه، بل المعلوم من الواقع وجوب أحدهما معينا فيه، غير معين عندنا، و ما هو المعلوم كذلك لم يثبت سقوط التكليف عنه، بل مقتضى الأدلّه الشرعيه المحموله على مدلولاتها النفس الأمريه بقاء التكليف به و وجوب الأمرين معا (١) من باب المقدمه، تحصيلا للبراءه اليقينيّه عن الشغل المعلوم. و لا ينافي هذا نفى وجوب كلّ منهما أصاله، إذ الوجوب المحكوم به من

١- في الأصل: تبعا.

ص: ٢٥٢

باب المقدمه ليس الوجوب الأصليّ، للعلم بأنّ الواجب الأصليّ في نفس الأمر أحدهما خاصّه، لا الأمران معا.

و تظهر الفائده في الآثار الخاصه المترتبه على الوجوب الأصليّ، فلا يحكم به في شىء منهما. فإذا نذر أحد أن يكرم زيدا العادل، و اشتبه بين رجلين، يجب إكرامهما معا، من باب أصاله الاشتغال لرفع البراءه اليقينيّه، و لكن لا يقبل شهاده واحد منهما، إلّا إذا شهدا معا، فيقبل عدلا واحدا.

تتميمات:

الأول: إذا تعارض استصحاب مع استصحابين أو أكثر،

فإن كان الأقل مشتركا، فهو المتعين، و هو ظاهر، و إلّا- كما إذا علم وقوع معامله و لم يعلم أنها البيع أو الصلح أو الإجاره، أو قدوم المسافر و لم يعلم أنه زيد أو عمرو أو بكر، فظاهر جماعه ممن عاصرناه تقديم الأكثر، لأقلّيه خلاف الأصل فيه، و لأنّ الأقلّ يعارض ما يساويه من الأكثر، و يبقى الزائد بلا معارض، فيعمل به.

و ضعّفه والدى العلّامه و وجهه أنّ الفرار عما يخالف الأصل (١) ليس لقبح ذاتي و مفسده عقليه، حتى يقدر بقدر الضروره، بل لمجرّد التعبد الثابت من أخبار الاستصحاب، و نسبتها إلى الجميع نسبه واحده، و لا يمكن شمولها للمتعارضين الذي لا يمكن العمل بها حسب ما مرّ لاستلزامه التناقض في مدلولها، فإنّ قوله:

«لا- تنقض اليقين بالشكّ»، مخصوص- قطعا- بغير ما يوجب عدم نقض يقين آخر بالشكّ يساويه في النسبه و الجهه، فلا دليل على حجّيه كلّ من الأقلّ و الأ-كثر في محلّ الفرض، إلّا إذا كان الترجيح لأحدهما بالمزيليّه، أو أمكن العمل بالجميع على ما عرفت.

١- في «م»: و هو في محلّه، لأنّ الاجتناب عما يخالف الأصل.

ص: ٢٥٣

فلا شك في جريان استصحاب حال الوجود المتصل بزمان الشك، فهو استصحاب حال الشرع.

و هل يصح استصحاب حال العقل، أي العدم السابق عليه المنفصل من الحال، فتعارض الاستصحابان، أم لا؟

التحقيق: أن الفرض على ثلاثة أقسام، لأن العدم السابق: إما هو بحيث لا يعود من حيث هو في السابق، بحيث لو فرض حصوله بعد الوجود اللاحق كان أثراً لمؤثر متجدد، كما في الشك في بقاء الطهارة بخروج المذي، لأنه لو فرض عدمها- حينئذ- فليس هو من الحدث السابق، بل أثر خروج المذي، أو يكون هو السابق على فرض حصوله، بأن علم انقطاعه في مقدار زمان، ثم كان على حاله العدم السابق.

و على الثاني، فالفرض على وجهين أيضاً، لأن الحكم الوجودي المتيقن بعد العدم السابق، إما يكون متقوماً و مقيداً بالزمان الثابت فيه، كما في الشك في بقاء مدّة الإجاره، فإن الثابت في زمان اليقين بعد العدم السابق، هو ملكيه منفعه تلك المده من العين المستأجره، بحيث لو فرض بقاء الإجاره في الحال، فالثابت في الزمان المتقدم، غير ما هو الثابت في الحال، فإن الزمان جزء مفهوم المنفعه المقصوده من التمليك في الإجاره، و منفعه كل زمان متقومه و متشخصه بنفس الزمان الحاصل فيه، فلا يمكن بقاؤها في الزمان المتأخر عنه، بل لو كانت ثابتة فيه كانت منفعه أخرى.

أو لا- يكون متشخصاً بنفس الزمان، بل كان- على فرض بقائه في الزمان اللاحق- هو عين الموجود في السابق، كالشك في الخيار المرّد بين الفور و الاستمرار.

ص: ٢٥٤

أما على الأول: فلا ينبغي الشك في عدم جريان استصحاب العدم المتقدم على الوجود، لانقطاعه رأساً.

و على الثاني: فالظاهر تقديم العمل باستصحاب العدم، لإمكان بقاء العدم السابق على الوجود في زمان الشك حسب ما ذكر، و عدم صلاحية الحكم الوجودي الثابت في زمان اليقين للبقاء في الزمان اللاحق، لتقومه بنفس الزمان السابق، فلا- يجرى فيه الاستصحاب. و على هذا، إذا وقع الخلاف بين المالك و المستأجر في مدّة الإجاره في الزيادة و النقصان، يقدم الناقص، و على مدعى الزيادة الإثبات.

و على الثالث: ففيه وجهان:

من جريان الاستصحابين، لإمكان بقاء كل من المستصحبين على حسب ما ثبت في زمان حصوله، فيتعارضان، فيتساقطان، لامتناع العمل بمقتضى الوجود و العدم بالنسبه إلى حكم واحد.

و من قوه احتمال عدم انصراف الأخبار إلى اليقين المنفصل عن زمان الشك بيقين آخر يخالفه، و ظهوره في اليقين المتصل به، ففي الخيار المتردد بين الفور و الاستمرار يعمل بمقتضى استصحاب الخيار بعد الفور، دون استصحاب عدمه السابق على وجوده.

الثالث: قالوا: أصل البراءة لا يعارض الاستصحاب.

و الظاهر: أنّ مرادهم منه في غير ما إذا كان الأصل مزيلا للاستصحاب على التقرير الذي ذكرناه، وإلّا فلا خلاف في البناء على مقتضى الأصل، و تقدّمه على مقتضى الاستصحاب، كما إذا حصل للمكلف مال يوجب استطاعته للحجّ به لو لا الدين عليه، و شكّ في الدين، فإنّه يبنى - حينئذ - على أصل البراءة من الدين، و لا يعمل باستصحاب عدم الاستطاعه.

و وجهه ما تقدّم بعينه في تعارض الاستصحابين.

ص: ٢٥٥

و أما في غير الصورة، فظاهرهم الاتفاق على تقديم الاستصحاب، استنادا إلى أن العمل بالأصل إنّما يكون إذا لم يعلم الشغل بدليل شرعيّ.

و فيه: أنّه يعارض بالمثل. اللهمّ إلّا بإرجاع التعارض بينهما بالمزيل و المزال، نظرا إلى أنّ مقتضى الاستصحاب - و هو بقاء شغل الذمّه - رافع للبراءة الأصليه السابقه، و لا عكس، لعدم كون البراءة الأصليه سببا لزوال الحكم و ارتفاع الشغل، بل يكشف عنه كشف اللازم عن الملزوم.

و لبعض المحققين توجيهه: بأنّ دليل الاستصحاب أخصّ من دليل الأصل، لأنّه استصحاب كل شىء بخصوصه، و عدم نقض اليقين بالشك دليل الدليل، فعموم «لا- تنقض بالقياس إلى أفراد الاستصحاب» كعموم: «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ»، بالنسبه إلى آحاد الأخبار، فكما أن ذلك لا ينافى كون الخبر خاصّا إذا اختصّ مورده، لكون العبره في العموم و الخصوص بنفس الأدلّه، لا بأدلّه الأدلّه، فكذا هذا. انتهى. و فيه نظر يظهر بالتأمل.

ص: ٢٥٦

ص: ٢٥٧

[المشرق الثاني عشر] [في أنّ الأحكام تابعه للأسماء]

مشرق: قد اشتهر بينهم: أنّ الأحكام تابعه للأسماء، بمعنى أنّ الأحكام يتبدّل بتبدّل أسماء موضوعاتها. و إلى هذا ينظر قولهم باشرط بقاء الموضوع في جريان الاستصحاب. و فرّعوا عليه (١) طهاره الخمر إذا انقلب خلّا، و العذره إذا صارت دودا، و الميتة ترابا، و الكلب ملحا، و نحو ذلك.

و اعترض عليه (٢): بالنقض بما إذا تبدّل اللبن المتنجس بالسمن.

و أوجب عنه: بأنّ المناط تبدّل اسم الموضوع بما هو موضوع، و في اللبن المتنجس ليس موضوع النجاسه اللبن من حيث هو لبن، بل من حيث كونه جسما لاقي النجاسه، و هو باق. و لهذا حكموا (٣) بالفرق بين الأعيان النجسه و المتنجسه، و قالوا بزوال النجاسه في الأولى بتبدّل اسم الموضوع، نظرا إلى عدم بقاء موضوع

١- منهم: المولى أحمد النراقى فى عوائد الأيام: ٢٠٦.

٢- السيد بحر العلوم فى فوائده: ١١٦، الفائده ٣٤.

٣- منهم الميرزا القمى فى قوانين الأصول ٢: ٧٤؛ و صاحب الفصول الغرويه فيها ٣: ٣٨٧.

ص: ٢٥٨

ما جعله الشارع موضوعا للحكم، دون الثانيه، فيحكم بطهاره العذره المتبدله بالرماد، دون الخشب المتنجس المتبدل به.

أقول: ما ذكره المجيب، إن صحَّ فى موارد، لا نسلم فى أخرى، إذ للمعترض أن لا يسلم بقاء النجاسه فى رماد الخشب النجس، قائلا: بأنَّ موضوع تلك النجاسه فى خصوص المورد هو حقيقه الخشب، و إن كان من جهه كونه جسما لاقى النجاسه، فبتبدل الحقيقه يرتفع الحكم، بل هو معلوم البطلان فى موارد كثيره، كالغذاء المتنجس إذا صار جزء للحيوان الطاهر كالغنم، فإنه يصير طاهرا بالضروره.

و كذا الماء المتنجس إذا شربه و صار بولا- و نحوه: البقوليات و المطايخ الحاصله من المياه المتنجسه، فلا- يحسم به ماده الإشكال، و لم ينضبط به القاعده المشهوره المذكوره.

و قد يجعل المعيار تبدل الحقيقه العرفيه، و هو- مع كونه غير منطبق على تلك القاعده، لعدم أطراد كون الاسم دائرا مدار الحقيقه، بل قد يتبدل بتبدل الوصف، كالخمر إذا صار خلا- غير سديد جدا، لانتقاضه بالخمير المنقلب بالخل، كما ذكر، فإنه يطهر، دون العنب المتنجس المنقلب به، فليس تغير اسم الحقيقه معيارا كليا مطلقا، نفا و إثباتا، إلا أن يدعى الكليه فى منطوق القضيه دون مفهومها.

و التحقيق فى المقام على وجه ينضبط به قاعده الموضوع الذى يتبدل به الحكم و يرجع إليها عند حصول الاشتباه فى الموضوع: أنَّ الشارع إذا أثبت حكما كليا، كقوله: الجسم الملاقى للنجاسه يتنجس و الخمر نجس، فهذا الحكم يثبت لكل فرد شخصي موجود يصدق عليه هذا الموضوع الكلي. فموضوع هذا الحكم على الوجه الكلي - أعنى المفهوم - أمر واحد، و هو العنوان الذى جعله الشارع عنوان الموضوع، ككونه جسما أو خمرا. و على الوجه الجزئي أمور كثيره، هى الأفراد

ص: ٢٥٩

الشخصيه الموجوده، و موضوعيه كلَّ منها إنما هى بوجود نفسه من حيث كونه مصداقا لهذا العنوان الكلي، فيشترط فى بقاء موضوعيته أمران:

أحدهما: وجود نفسه. و ثانيهما: بقاء وصف العنوان له.

و حيث إنَّ كل شىء موجود، فتشخصه و بقاء نفسه إنما هو بحقيقته النوعيه، دون مجرد مادته الهولائيه، كما دلَّت عليه الحكمه العقلية، و يساعده الصدق العرفي، فارتفاع الموضوع الذى تدور به الحكم فى كل فرد، إمَّا بارتفاع عنوان الموضوع الكلي، و إن

لم يتبدّل به حقيقه الفرد، كصيروره الخمر خلماً، أو تبدّل الحقيقه الفرديه، و إن كان العنوان الكلّي باقياً، كصيروره الحطب المنتجس رمادا، أو الغذاء المنتجس لحم الحيوان الطاهر.

و أمّا إذا لم يتبدّل الحقيقه، و لا العنوان المذكور، و إن انقلب له وصفاً آخر إلى غيره، كصيروره اللبن النجس إقطاً أو سمناً، و الحنطه النجسه دقيقاً، فالموضوع باق و الحكم تابع له.

و من هذا يظهر وجه الفرق بين الاستحاله و الانقلاب المطهّرين، فإنّ المقصود من الأوّل تبدّل الحقيقه، و من الثاني تبدّل الوصف الدخيل في الموضوعيه.

و ينقدح من هذا- أيضاً- وجه الفرق في الحكم بقاء النجاسه في تبدّل لبن نجس العين سمناً، و زوالها بتبدّل عظمه رمادا، كما عليها الاتفاق، و ليس الفارق إلّا تبدّل الحقيقه، و إلّا فعنوان خصوص اللبنيه أو العظميه غير دخيل في العنوان الكلّي من غير فرق بينهما.

و لعلّ قولهم: الأحكام تابعه للأسماء، كان ناظراً إلى خصوص تغيير الموضوع، بالاعتبار الأوّل، أعنى اسم ما جعل عنواناً للموضوع الكلّي. و كيف كان، فهو غير مناف لتبعيه الحكم للجهه الثابته أيضاً، و القاعده الجامعه لهما، ما اتّفقوا عليه من

ص: ٢٦٠

اشتراط عدم تغيير الموضوع في الاستصحاب، و عدم جريانه عند تغييره، فإنّه يأتي في القسمين.

ص: ٢٦١

[المشرق الثالث عشر] [في تداخل الأسباب الشرعيه]

مشرق: اختلفوا في أنّ الأصل تداخل الأسباب الشرعيه أو عدمه، بمعنى أنّه إذا جعل الشارع أمراً واحداً مسبباً لسببين مستقلين أو أكثر، فهل يكتفى به مرّه عند ورود تلك الأسباب المتكثّره دفعه أو بالتعاقب، أم لا؟

حكى الأوّل عن جماعه (١)، و اختاره والدى العلّامه (٢)، و نسب الثاني إلى غيرهم، و لعلّه الأكثر (٣).

و ربما فصل بين اتحاد السببين نوعاً، كوقوع كليين في بشر، فالأوّل. و اختلفاهما بوقوع كلب و انسان فيه، فالثاني.

و ليعلم أنّ الكلام في هذا المقام، غير البحث عن تكرّر الأمر بتكرّر الشرط، فإنّ

١- منهم: المحقق الخوانساري في المشارق: ٦١.

٢- مستند الشيعة ١: ١١٠، الفرع العاشر من فروع الوضوء.

٣- العلّامه في قواعد الأحكام ١: ٣؛ و تحرير الأحكام ١: ١٢؛ و إرشاد الأذهان ١١: ٢٢؛ ابن فهد في الموجز (الرسائل العشر): ٥٤؛

المحقق الكركي في جامع المقاصد ١: ٨٧؛ الشهيد الثاني في روض الجنان: ١٨؛ الفاضل الهندي في كشف اللثام ١: ١٢.

الكلام ثمه فى أمر لفظى هو اقتضاء القضية الشرطيه استمرار السببيه و عدمه، و الحقّ فيه اقتضاؤها الاستمرار، إذا كانت الأدوات مما يقتضى العموم و الدوام، نحو مهما و أنى و حيثما و كيفما و أشباهها، و عدمه إذا كانت من أداه الإهمال نحو إن و لو و إذا و ما فى معناه من الأسماء المتضمّنه لمعنى الشرط، نحو من و ما و غيرهما.

و أما هنا، ففيما علم استمرار السببيه إن كان واحدا، و تعدّد السبب إن كان مختلفا.

و كذا الخلاف فيما لم يتخلّل المسبّب بين السببين، و إلّا فعدم التداخل اتفاقى، كما إذا وقع الكلب فى البئر، فنزح، ثم وقع فيه ثانيا.

و كذا الظاهر: اختصاص الخلاف بما كان المسبّب فعل المكلف، كالكفارات و الأغسال و المنزوحات و نحوها لا من قبيل الأوصاف الشرعيه، كالزوجيه و الملكيه و الرقيّه و الطهاره و النجاسه و أمثالها، فإنّه إذا حصل مثل ذلك بسبب، يمتنع تأثير السبب اللاحق فيه، فإذا تملك بالبيع مثلا، لا يملك بالصلح ثانيا، بل يكون اللاحق لاغيا.

فالمسبّب هو الوصف عن عدمه لا- عن وجوده، فإنّ البول ينجس الطاهر لا- المتنجس، كما أنّ الغسل يطهر النجس لا الطاهر. فالسببيه- حينئذ- يتبعه شرعا، و لا هكذا الفعل، كما سنتبه عليه.

و إذا علمت ذلك، فقد استدللّ على التداخل بالأصل و البراءه عن الإتيان بفعل المسبّب ثانيا. و فيه: أنّ الأصل قد يقتضى التكرّر، كما إذا كان وجوب المسبّب لرفع أمر واقع، كما فى المنزوحات، على القول بكونها لتطهير البئر، فالدليل أخصّ من المدعى، مع أنّ الأصل لا يقاوم الدليل، و الخصم مستظهر به.

و احتجّ الآخرون بوجوه:

الأول: أنّ المتبادر من السببيه عدم التداخل، و اختصاص كل سبب بمسبّب لخصوص نفسه. و فيه: أنّ التبادر- لو سلّم- ففيما كان دليل السببيه قضيه شرطيه، و المقصود فى المسأله ما يعمّ ذلك، فقد يكون الدليل غير اللفظ، كالإجماع و نحوه، أو اللفظ، و هو غير القضية الشرطيه، مع أنّ دعوى أطراد التبادر فى أمثال القضايا الشرطيه ممنوع جدا، بل لا يبعد تبادر التداخل فيما إذا كانت الأسباب مختلفه و تواردت دفعه، كما إذا قال: إن جاء زيد فصم، و إن جاء عمرو فصم.

نعم، دعوى التبادر فيما إذا اتّحد السبب و تكرر بالتعاقب- كما إذا قال: كلّما جاء زيد فأعطه درهما، أو صم يوما- غير بعيد.

الثانى: أنه لو تداخل السببان، كإفطار يوم رمضان، و مخالفه النذر فى وجوب الكفاره، فالسبب الثانى، إمّا يوجب الكفاره التى أوجبها الأول بعينها، فيلزم إيجاب الواجب، و هو باطل، أو لا يوجب سببا، فهو خروج عن سببته المعلومه، أو يوجبان معا كفاره واحده، فهو خلاف مقتضى السببيه التامه المستقله لكلّ منهما.

و فيه اختيار الأول، و لا استحاله فيه، فإنّ الأحكام الشرعيه المسيبه عن أسبابها ليست بمثابة المعلومات المترتبه على العلل العقليه التي يمنع تواردها على معلول واحد، لجواز أن يكون شىء مطلوباً من جهتين متعلقتين (1)، كما فى نذر الواجب، أو مبعوضاً كذلك، كحرمة وطء الأجنبيه فى نهار رمضان، و نجاسه دم الكلب.

الثالث: أنّ مقتضى كل سبب الإتيان بمسببه، لأجل أنّه سببه، أى: لقصدّه، و لازمه عدم التداخل. و فيه منع اللازم، لإمكان جمع القصدين فى فعل واحد، و حصول الامتثالين به، كما فى تداخل الأغسال، و هو جائز اتفاقاً.

١- كذا.

ص: ٢٦٤

الرابع: اتفاق الفقهاء بحيث ربما تركوا لسببه الظاهر. و فيه: منع الاتفاق على الكليّه، و إن عملوا بمقتضى عدم التداخل فى موارد كثيره.

و منه يظهر ضعف التمسك باستقراء الشرعيات، و كون المدار فيها على تعدّد المسببات بتعدّد الأسباب، كما فى أسباب الصلاه و الصوم و الزكاه و الحجّ و الديات و الحدود و غيرها.

و إذا عرفت ضعف أدلّه الطرفين، فمقتضى النظر: أنّ مقتضى السببيه ترتّب المسبب على السبب، فالمسبب إن كان من الأحكام الطليه- و فى حكمها ما يؤول إليها من الأحكام الوضعيه، من الشرطيه و المانعيه و غيرهما- أمكن حصول هذا المقتضى للسببين بمسبب واحد، و يكفى فى الترتّب عليهما تعدّد الجهه، كما فى نذر الواجب، و تداخل الغسلين لإمكان مطلوبيه فعل واحد و مبعوضيته من جهتين. و كذا مانعيته أو شرطيته، فالأصل فيه التداخل، لإمكان الامتثال لهما بفعل واحد، و أصاله البراءه عن الزائد، و لا يوجب التداخل إسقاط المؤثر عن التأثير، فكان على خلاف الأصل، كما توهمه بعض الأجله.

و إن كان من غيرها، فلم يكن موضوعه من فعل المكلف، بل من قبيل الأوصاف الشرعيه، كالملكيه و الزوجيه و الرقيه، و اشتغال الذمّه بحق الغير، و نحوها مما يمتنع توارده العلل المتكثره عليه، و لا يتعقل تعدّد السببيه و التأثير إلّا بتعدّد الموضوع، فالأصل فيه عدم التداخل تحقيقاً لمعنى السببيه المستقله لها، فإن قلنا بالتداخل فيه، كان هذا إسقاطاً للمتأخر عن التأثير، و هو محتاج إلى دليل، لكونه خروجاً عما دلّ على سببيه كلّ واحد منهما مستقلاً.

ص: ٢٦٥

[المشرق الرابع عشر] [فى بيان قاعده نفى الضرر]

إشاره

مشرق: فى بيان قاعده نفى الضرر (1)، و هى من الأصول المهمه الاجتهاديه المعموله بين الفقهاء، يستدلّون بها على أحكام كثيره، طليه و وضعيه، نفياً و إثباتاً، كحرمة السحر و الغشّ و التدليس، و الاحتكار مع حاجه الناس، و تفريق الأمّ عن الولد، و

ثبوت خيارات الغبن و العيب و التدليس و التصريه و تبعض الصفقه، و شرعيه التقاص، و أمثال ذلك مما لا تحصى.

و قد كثر الكلام بين كثير من الأعلام، في اندراج خصوص بعض الأحكام في تلك القاعده، و في تعارض المضارّ، و تعارض القاعده مع قاعده تسلط الناس على أموالهم.

و نحن نبيّن أولاً- مدرك القاعده، ثم ما يصح الاستدلال عليه بها من الأحكام و ما لا يصحّ، ثم تعارض الضررين، و تعارض قاعده نفى الضرر لقاعده الناس مسلطون.

١- قد جاء هذه القاعده في نسخه «م» بعد المشرق الرابع مع اختلاف كثير، و نحن التزمنا بالنسخه المطبوعه و قابلناها مع نسخه «س».

ص: ٢٦٦

فهنا أبحاث ثلاثه:

البحث الأول: في مدرك القاعده،

و بيان معناه المراد. و هو- بعد إجماع الأمه عليها في الجملة، بين الخاصه و العامه- الأخبار المستفيضه، بل عن فخر الإسلام (١) دعوى تواتر الأخبار على نفى الضرر و الضرار.

منها: ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في حكاية سمره بن جندب، و روى عنه بألفاظ مختلفه في أسانيد متكثره.

ففي موثقه ابن بكير (٢)، عن زراره، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إنّ سمره بن جندب كان له عذق (٣) في حائط لرجل من الأنصار، و كان منزل الأنصارى بباب البستان، و كان يمرّ به إلى نخلته، و لا يستأذن، و كلمه الأنصارى أن يستأذن إذا جاء فأبى سمره، فلما أبى، جاء الأنصارى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فشكى إليه، فأخبر الخبر، فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و خبر بقول الأنصارى و ما شكاه، و قال صلى الله عليه و آله و سلم: «إذا أردت الدخول فاستأذن!» فأبى، فلما أبى، ساومه حتى بلغ من الثمن إلى ما شاء الله، فأبى أن يبيعه، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: «لك بها عذق منذل في الجثّه» فأبى أن يقبل، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للأنصارى: اذهب، فاقلعه و ارم بها، فإنّه لا ضرر و لا ضرار».

و في روايه ابن مسكان (٤)- و هى قريبه من الموثقه- قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنّك رجل مضارّ، و لا ضرر على مؤمن».

و في روايه الحذاء (٥)، عن أبي جعفر عليه السلام، مثل ذلك، إلّا أنّه ليس فيها لفظ الضرر

١- إيضاح الفوائد ٢: ٤٨.

٢- وسائل الشيعه ٢٥: ٤٢٨، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الروايه ٣٢٢٨١.

٣- العذق: النخلة بحملها.

٤- الفقيه ٣: ٥٩، ح ٢٠٨.

٥- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٢٧، الرواية ٣٢٢٧٩.

ص: ٢٦٧

و الضرار، بل فيها: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ما أراك إلا مضارًا، اذهب يا فلان، فاقطعها واضرب بها وجهه».

و في أمره صلى الله عليه وآله وسلم بقلع العذق إشكال معروف، لأنه خلاف ما يقتضيه القواعد، و نفي الضرر لا يوجب، مع أنه لو أوجبه يتعارض الضرران، فما وجه الترجيح؟

و ذكروا في توجيهه وجوها لا- يخلو عن المناقشه. و ما أظنه سالما عنها أن يقال: [دار] الأنصاري، و إن كانت طريق عذقه، و له حق الاستطراق، إلا أنه يحرم على ذى الحق تصرفا مضرا للجار لم يكن فى تركه ضرر على نفسه، كما سنتبه عليه.

و من الظاهر أن فى الإعلام بالدخول، لتوقى أهل الدار عن الأجنبي، لا ضرر على سمره، و يضّر على أهل الدار، فلا يجوز له هذا التصرف، و حيث أبى بعد أمر النبى صلى الله عليه وآله وسلم إلا على هذا الوجه المحرّم، فقطع عنه ما بعثه على هذا التصرف بقلع العذق و غرسه فى موضع آخر، كما يشعر به بعض الروايات، دفعا لتضرر الأنصاري. و كيف كان، فهذا الإشكال لا يخل بالاستدلال.

و منها: ما رواه عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم -مرسلا- فى التذكرة (١) و النهايه الأثيريه: «لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام».

و منها: روايه هارون بن حمزه الغنوى (٢)، عن أبى عبد الله عليه السلام، رجل يسمد بعيرا مريضا يباع، فاشتره رجل بعشره دراهم، فجاء و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أن البعير برئ، فبلغ ثمنه دنانير. فقال: «لصاحب الدرهمين خمس

١- الفقيه ٤: ٢٤٣ و ٢٧٧؛ تذكره الفقهاء ١: ٥٢٢؛ النهايه لابن الأثير ٣: ٨١.

٢- الكافي ٥: ٢٩٣، الحديث ٤؛ التهذيب ٧: ٧٩، الحديث ٣٤١؛ و ٨٠، الحديث ٣٥١؛ وسائل الشيعة ١٨: ٢٧٥، الباب ٢٢ من أبواب بيع الحيوان، الرواية ٢٣٦٥٩.

ص: ٢٦٨

ما بلغ، فإن قال: أريد الرأس و الجلد، فليس له ذلك هذا الضرار، قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس».

و منها: روايه عقبه بن خالد (١)، عن الصادق عليه السلام: «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين و المساكن، و قال: لا ضرر و لا ضرار».

و منها: روايته الأخرى عنه عليه السّلام (٢)، فيما قضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، قال في آخره: «لا ضرر ولا ضرار».

و منها: مكاتبه محمد بن الحسين (٣)، و فيها فوقع عليه السّلام: «يَتَّقَى اللهُ عَزَّ وَجَلَّ، و يعمل في ذلك بالمعروف، و لا يضارَ بأخيه المؤمن».

و منها: صحيحه البزنطي (٤): «من أضرَّ بطريق المسلمين شيئاً فهو ضامن».

و منها: صحيحه الكناني (٥): «من أضرَّ بشيء من طريق المسلمين، فهو له ضامن».

١- الكافي ٥: ٢٨٠، الحديث ٤؛ الفقيه ٣: ٤٥، الحديث ١٥٤؛ التهذيب ٧: ١٦٤، الحديث ٧٢٧.

٢- الكافي ٥: ٢٦٣، الحديث ٦؛ وسائل الشيعة ٢٥: ٤٢٠، الباب ٧ من أبواب إحياء الموات، الرواية ٣٢٢٥٧.

٣- الفقيه ٣: ١٥٠، الحديث ٦٥٩؛ الكافي ٥: ٢٩٣، الحديث ٥؛ التهذيب ٧: ١٤٦، الحديث ٦٤٧؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤١، الباب ٧ من أبواب إحياء الموات، الرواية ٣٢٢٥٨.

٤- التهذيب ٩: ١٥٨، الحديث ٦٥١؛ وسائل الشيعة ١٩: ٢٣٨، الباب ٦ من أبواب أحكام الهبات، الرواية ٢٤٤٩٧.

٥- الكافي ٧: ٣٥٠، الحديث ٣؛ الفقيه ٤: ١١٥، الحديث ٣٩٥؛ التهذيب ١٠: ٢٣١، الحديث ٩١١، و ٢٣٠، الحديث ٩٠٥؛ وسائل الشيعة ٢٩: ٢٤٣، الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان، الرواية ٣٥٥٤٠.

ص: ٢٦٩

ثمَّ إنّ معنى الضرر معلوم عرفاً، و يوافق المعلوم فيه ما ذكره اللغويون، كما في الصحاح (١)، الضرر خلاف النفع. و قد ضرّه و ضارّه بمعنى. و الاسم: الضرر.

و في القاموس (٢): ضرّ به و أضرّه و ضارّه مضاره و ضرارا.

و في المصباح (٣): الضرّ - بالفتح - مصدر ضرّه يضرّه، من باب قتل، إذا فعل به مكروهاً و أضرّ به، يتعدّى بنفسه ثلاثياً و رباعياً. و الاسم: الضرر. و قد يطلق على نقص في الأعيان. و ضارّه مضاره و ضرارا بمعنى ضرّه.

و في النهاية الأثيرية (٤): لا ضرر و لا ضرار في الإسلام. الضرّ: ضدّ النفع، - إلى أن قال: - فمعنى قوله لا ضرر، أي: لا يضرّ أخاه، ينقصه شيئاً من حقّه. و الضرار:

فعال من الضرّ، أي: لا يجازيه على إضراره. و الضرر: فعل الواحد، و الضرار: فعل الاثنين. و الضرر: ابتداء الفعل، و الضرار: الجزاء عليه. و قيل: الضرر ما تضرّ به صاحبك، و تنتفع أنت به، و الضرار أن تضرّه من غير أن تنتفع. و قيل: هما بمعنى.

و التكرار للتأكيد. انتهى.

و التباس الفرق بين الضرر و الضرار و الإضرار، لا- يخلّ بالمقصود في المسألة، بل المستفاد من مجموع ذلك كون الضرر ما

يقابل النفع، فكما أنّ النفع حصول الفائده، فالضرر فوتها، من نقص في المال، عينا أو منفعه، أو في حق انتفاع، أو في البدن، من مرض أو بطوئه أو ألم، أو في العرض، من هتك حرمة محترمه في نفسه أو عياله أو من ينتسب إليه، بحيث كان إيذاء عليه و استخفافا له عرفا، و أشباه ذلك.

١- صحاح اللغة ٢: ٧١٩.

٢- القاموس المحيط ٢: ٧٧.

٣- المصباح المنير ٢: ٣٦٠.

٤- النهايه لابن الأثير ٣: ٨١.

ص: ٢٧٠

و هل يصدق على عدم حصول منفعه متوقعه، أو على ضرر يتوقع منه منفعه أو دفع مفسده؟

أما الأول: فالتحقيق أنها إن كانت من توابع الملك عاده، كثمره البستان و ماء البئر المتجدد و نحوهما، فنقصها ضرر قطعاً، و يصدق عليه، فإنه فوات أمر موجود، هو قابليه النفع، و يعدّ مانعه مضاراً، سواء كان منعه بإثبات اليد على الملك، أو إحداث حدث فيه مانع عن النفع، كهدم بئر القنوات، أو سدّ مجراها، أو منعه عن تعمیر ملكه الدائر كإصلاح خرابه الغير المنافى لصدق كونه ذا منفعه عرفاً و أما إذا لم يصدق عليه - لخرابه - كونه ذا منفعه، كقناه باثره، فليس منعه عن تعمييره ضرراً، لعدم كونه تفويتاً للمنفعه، كما لا يعدّ منه حبس المالك عن الانتفاع بملكه، كحبسه عن الزرع و سكنى الدار إضراراً، فإنه تفويت لمنفعه المالك لا الملك.

نعم، لو حبسه من تسقيه سنبله حتى فسد، أو ترك زرع ملكه المعدّ له، الذي فات به استعداده الفعليّ، فالظاهر كونه ضرراً أو إتلافاً، كمنفعه الملك، بل لا يبعد صدقه على حبسه عن ترك الزرع، قصداً لفواته، بل مطلقاً، إذا كان المالك قادراً و عازماً عليه، و عدم امكان الاستنابه له عند حبسه عنه، لصدق تفويت نماء ملكه.

و بالجملة: المناط الصدق العرفي في تفويت نفع ملكه التابع له عاده.

و منه يظهر أنّ نقصان القيمة السوقية، أو ذهاب المشتري لحبسه، أو تغرير، أو تدليس، ليس إضراراً من الحابس، لعدم نقص في شيء موجود، و لذا لا يضمنها الغاصب.

و أما الثاني: أي ما في مقابله نفع أو رفع ضرر، ففي صدق الضرر عليه و جهان، بل قولان. و الذي يشهد به الاعتبار، أنّ العوض الذي في مقابل الضرر، إن كان من الآثار القهريه، كظهور الماء لحفر البئر، و خروج السنبل لزرع البذر، أو كان الضرر

ص: ٢٧١

مقدمه لتحصيله، كالمسافره للتجاره و نحوها، مما يرتكبه العقلاء في معاشهم و مكاسبهم، فلا يعدّ تلف المال أو تحمل المشاق

فيه من أصله ضررا، و خارج عن موضوعه عرفا، و إن لم نقل بخروج العسر عن موضوعه حينئذ و به يفترق العسر عن الضرر.

و إن كان العوض تداركا و جبرا للضرر الواقع، فالظاهر عدم خروجه به عن موضوع الضرر، و لو بعد درك العوض لظهور الفرق بين المنع عن الضرر و جبره، كيف و إلّا لم يبق مورد لتحريم الإضرار عند تعلق الضمان، فلا تغفل.

ثم لا شك في أن قوله عليه السّلام: «لا ضرر و لا ضرار» ليس على معناه الحقيقيّ، ضروره وقوع الضرر فوق ما لا يحصى، فهو مقيد بما يرجع إلى الدين، كما يرشد إليه قوله عليه السّلام: «في الإسلام» في بعض الروايات. و توجيه الخبر - حينئذ - بأحد احتمالات، قال بكلّ قائل.

أحدها: إرادته التحريم بحمل النفي على النهي أو نفي الجواز الأقرب إلى الحقيقيه. قيل به لكون الخبر في مقام الحكم، لا الإخبار عن صفة الإسلام.

و ثانيها: إرادته نفي الضرر المجرد عن التدارك الخارج به عن صدق الضرر عرفا، تنزيلا لإلزام الشارع بتداركه منزله وقوعه الراجع لصدق الضرر، فالمعنى لا ضرر، لم يلزم الشارع تداركه.

و ثالثها: إرادته نفي ماهية الضرر في دين الإسلام، بمعنى أنه لم يشرع فيه حكم يوجب الضرر، فكان الإسلام ضارّا أو مضارّا. و بعبارة أخرى: نفي الحكم الشرعي الذي يوجب الضرر على العباد، أي: يلزم من العمل به ضررهم، سواء كان طليبا أو وضعيا، كما أنّ حكم الشارع بلزوم البيع مع الغبن ضرر على المغبون، فهو منفيّ في الشريعة في حقّ الجاهل، و أمّا العالم به، فليس منشأ الضرر حكم الشارع.

ص: ٢٧٢

و الأول: فيه تجوّز أو تقدير، لا دليل عليه. مع أنّ النهي لا يناسب قوله: «في الإسلام» المذكور في بعض الروايات، الذي يصلح لكونه قرينه لتقييد غيره من المطلقات به، مضافا إلى منافاته - سيما على النهي - لاستدلال الفقهاء، بحيث يظهر منهم الاتفاق بنفي الضرر على ما يعمّ إضرار العباد بعضهم على بعض، كعدم وجوب الحجّ مع خوف الطريق، و نحوه.

و توهم تعميم التحريم بما يشمل صدقه على فعل الله سبحانه غير معقول، سيما إذا قلنا بكون الخبر في مقام بيان الحكم لا الإخبار، كما زعمه المتوهم. و كذا ينافي استدلالهم به على الأحكام الوضعيه المجردة عن الحكم التحريمي، كثبوت الخيار للمغبون. و توجيه التحريم فيه بحرمة امتناع الغابن عن الردّ بعد فسخ المغبون غير صحيح، إذ ليس هو للضرر، بل لكونه من لوازم صحّ الفسخ، و إلّا كان إقدام الغابن على البيع مع علمه بالتفاوت، و عدم إعلامه المغبون الجاهل أولى بالتحريم. مع أنه لا قائل به.

و كذا الثاني، بل هو أبعد من الأول، في اشتماله على التقييد البعيد، فالمعنى الأخير أظهر المحامل، كما نصّ به والدى العلامة (1) و تبعه غيره، بل لعله يوافق الحقيقيه. و لا تجوّز فيه أصلا، لأنّ جعل الإسلام ظرفا للضرر المنفيّ ليس إلّا لعدم كون الإسلام مضرا، و عدم تشريع حكم ضرريّ فيه، فهو المتعيّن لما فيه نفي الضرر من الأخبار.

نعم، قد يستلزم هذا المعنى الحكم التحريمي و قد يستلزم الحكم بالضمان خاصه، كما ستمسح. و أما سائر الأخبار، فظاهر بعضها التحريم كالمكاتبه: «يتقى الله، و يعمل في ذلك بالمعروف، و لا يضارّ بأخيه المؤمن» و بعضها تدلّ على مجرد

١- عوائد الأيام: ٤٩.

ص: ٢٧٣

الضمان، كالصحيحين الأخيرين.

البحث الثاني: في بيان موارد صحّة الاستدلال بقاعده نفي الضرر،

من الأحكام الشرعيه و الوضعيه، نفيًا و إثباتًا.

قد علمت أنّ معنى نفي الضرر نفي الحكم الإضرارى فى الإسلام، و عدم تشريعه، و صدق هذا المعنى المنفى مشروط بأمر ثلاثة:

الأول: أن لا يكون الحكم الإضرارى مسببا عن فعله الجائر مع علمه بالضرر، أو عن فعله المحرّم مطلقا، إذ عليها كان الضرر بتقصيره، لعلمه به فى الأول، و عصيانه فى الثانى، فلا اضطرار عليه من الشرع ابتداء، لاستناد المعلول إلى الجزء الأخير من العله، و هو فعل نفسه، فضرر المغبون مع علمه بالغبن صادر عن اختياره، و إن كانت السببيه للزوم بحكم الشارع. نعم، مع الجهل يضعف المباشر، و يقوى السبب، و كذا ضرر الجانى بالقصاص أو الديه، و الغاصب بالعرض، مع علمها بحرمة الفعل، عن فعله المقصّر فيه، لا بإضرار الشارع، فحكمه حكم الضرر السماوى. و الاشتغال الفعلى بحق الغير، الذى هو المناط فى صدق الضرر، حصل بفعله و اختياره، مع علمه به.

و منه يظهر خروج أحكام القصاص و الديات و الحدود و الضمانات و الكفّارات و أشباهها عن قاعده نفي الضرر، بل يمكن إخراج الأحكام الإضراريه الجزائيه عن موضوع القاعده بالشرط الآتى أيضا، أعنى عدم كون الإضرار الحكمي لرفع ضرر أقوى، نظرا إلى أنّ الحكم بتلك المضار لرفع مفسده العصيان، أو تحقيقها الواقعه من نفسه على نفسه، و ما كان الله ليظلمهم و لكن كانوا أنفسهم يظلمون (١).

الثانى: أن لا يقصد من الضرر جلب منفعه، أو رفع مضرّه، مساويه أو أقوى،

١- العنكبوت (٢٩): ٤٠.

ص: ٢٧٤

كما تقدّم و النفع المقصود يعم المنفعه الأخرويه المتوقعه بمقتضى وعده سبحانه:

مَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ * (١) البقره (٢): ٢٦١.

(٢) منه، بل النفع الأخرى أهم من الدينوييه، و أجل و أبقى، و ببذل المال في تحصيله أحمق و أحمق، و مَنْ ذَا الَّذِي يُفْرِضُ اللَّهُ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعَفْ لَهُ * (٣)، مَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنبُلَةٍ مِائَةٌ حَبَّةٍ (٤) فلا يعد مثله ضررا و إتلافا للمال.

و بهذا تصدّى والدى قدس سرّه للتفصيلى عن النقض بالتكاليف الكثيره الضرريه الثابته فى الإسلام، كالجهد و الحجج و الزكاه و الخمس و الصوم و غيرها، حيث إنها فى مقابل المثوبات الأخرى، فلا يكون ضررا (٥).

و أورد عليه بعض أفاضل المعاصرين (٦) بأن المراد بالضرر المنفى: الضرر الدينوى، لا غير. و أما النفع الحاصل فى مقابل الضرر الدينوى، فهو إنما يوجب الأمر بالضرر، لا- خروجه عن كونه ضررا، فالأمر به مختص و مخصص لعموم الضرر، لا- دافع لموضوعه، فجميع ما أثبت التكاليف الضرريه مخصص لهذه القاعده، كيف و لو كان الأمر كذلك، لغت القاعده، لأن كل حكم شرعى ضررى لا بد أن يترتب على موافقته الأجر، فإذا فرض تدارك الضرر و خروجه بذلك من الضرر، فلا وجه لنفيه فى الإسلام. إلى أن قال بعد تخصيصه الضرر بالدينوى:- و قد رفع الشارع الحكم فى موارد امتنانا، فيكون القاعده حاكمه على جميع العمومات المثبته للتكليف. نعم، لو قام دليل خاص على وجوب خصوص تكليف ضررى، خصص به عموم القاعده.

١- آل عمران

٢- : ٧٦.

٣- البقره (٢): ٢٤٥.

٤- البقره (٢): ٢٦١.

٥- عوائد الأيام: ٥٥.

٦- هو الشيخ الأنصارى قدس سرّه فى رساله لا- ضرر؛ راجع المكاسب (الطبعه الحجريه): ٣٧٣؛ و أيضا رسائل فقهيه من منشورات المؤتمر المئوى للشيخ الأعظم الأنصارى: ١٢١.

ص: ٢٧٥

أقول: لا- يخفى ما فيه، أما أولا: فلأن تخصيص الضرر بالدينوى، مع عموم اللفظ و صدقه على الأخرى لغه و عرفا، يستدعى الدليل، فكما يخرج الضرر المطلق عن موضوعه لداعى النفع الدينوى، فلا- يعد ضررا بعنوان الإطلاق عرفا، كذا يخرج عنه لداعى النفع الأخرى، و لا يعد ضررا عرفا، و إن صدق عليه الضرر الدينوى، كما يصدق على الأول الضرر الأخرى و المطلق يتبع الغالب فى صحه النفى و الإثبات فى مثل ذلك.

قوله: لو كان كذلك لغت القاعده، فيه: أن مورد القاعده لا ينحصر فيما بإزائه الأجر الأخرى، كما فى المعاملات الضرريه و الضمانات و الغرامات، بل غير العبادات من الواجبات.

و أما ثانيا: فلأنّ التكليف الشاقّه الدينيه التى عليها أساس الإسلام، على حدّ من الكثره، يبعد- غايه البعد- أن يكون نسبتها إلى قاعده نفى الضرر المسلمه على التعارض و الترجيح و التخصيص، بل يستلزم خروج أكثر أفراد العام، سيما إذا قلنا بدخول التكليف الاستجابيه الضرريه التى أفضلها أحمرها فى عموم النفى. و ما أبعد هذا التخصيص- على كثرتها- عن دعواه، و ورود حديث نفى الضرر حاكما على عمومات التكليف الضرريه الشاقّه من غير حاجه إلى المرجح.

و أما ثالثا: فلكونه خلاف ما جرت عليه طريقه الأصحاب فى الاستدلال بتلك القاعده، فإنه لم يعهد من أحد أن تمسك بنفى الضرر على عدم وجوب العباده فى محلّ الخلاف، كعدم تعلق الزكاه بالتمر و الزبيب، أو فى مقدار النصاب، أو فى طهاره عرق الجنب من الحرام، و أمثال ذلك. كما أنّك تريهم يستدلون به على سقوط العباده، فيما كان الضرر بغير نفس العباده أو جزئها الذى فى مقابله- من حيث كونه واجبا- نفع أخرويّ، كمقدّمه خارجه أو خصوصيه زائده، فى مثل

ص: ٢٧٦

سقوط الحجّ بخوف الطريق، و الصوم بحدوث المرض، و وجه الفرق ما ذكرنا.

و إن شئت تفصيل ذلك نقول: ربما يستصعب الأمر فى جليل النظر، بأنا نرى الشارع لم يرض لنا فى بعض التكليف بأدنى مشقّه أو ضرر، كما فى الرخصه فى التيمّم بخوف طريق الوصول إلى الماء، و سقوط الحجّ كذلك، و إفتار المريض بأدنى مشقّه أو طول براء، و القعود و الاضطجاع فى الصلاه، و الرخصه فى التقيه بأدنى ضرر، و يرضى بالمضارّ الكثيره الشاقّه فى مثل الزكاه و الخمس، و الحجّ و صرف المال فيه، و الصوم فى الصيف الحارّ، و الجهاد الذى فيه مظنّه تلف النفس، و كفّ النفس عن المعاصى مع تراحم دواعيها، و التولّى عن أديان الآباء، و إنفاق الأقارب و غير ذلك مما لا يحصى.

و البناء على التعارض و التخصيص فى الثانى دون الأوّل- كما زعمه الفاضل المعاصر- مع ما فيه مما مرّ- لا- يحسم ماده الإشكال، و لا يظهر منه سرّ فرقه بين القسمين، مع أن الضرر الخارج بالتخصيص أفحش و أكثر من الثانى.

و ربما تكلف بعض الأجلّه فى حلّه، بأنّ المراد بنفى العسر و الضرر، نفى ما هو زائد على ما هو لازم طبائع التكليفات، بالنسبه إلى طاقه أوساط الناس المبرّئين عن المرض، و العذر الذى هو معيار مطلقات التكليف. و لا يخفى ما فيه من النظر- أيضا- من وجوه.

و الذى يختلج ببالى فى وجه الفرق، هو دقيقه لطيفه يرجع إلى ما ذكرناه، من اختلاف جهات الوجوب فى قسمى التكليف الضرريه، فإنّ الضرر إن كان نفس العباده الموضوعه التى يستحق بها الأجر الأخرويّ، فهو خارج عن موضوع الضرر المنفى، و إن كان غيرها، كالمقدمات الخارجيه و المقارنات و اللواحق الغير الموضوعه، فداخل فى عموم النفى.

ص: ٢٧٧

و توضيح ذلك: أنّ الواجب قسمان: ما لا يشترط فيه نيه القربه و لا المباشره، بل المقصود منه التوصل إلى غيره، كردّ الوديعه، و إنقاذ الغريق، و مقدمات الواجب النقليه، و نحوها. و ما يشترط فيه القربه، و هو العباده.

أما الأول: فلا يخرج عن صدق الضرر عرفا. فينفيه القاعده إذا كان متضمنا للضرر، إذ ليس له بما هو واجب عوض مقدر و أجر مقدر، إذ الثواب فيه في مقابل القربه، و هي غير واجبه على الفرض، و وجوبه لأمر غير الثواب الأخرى، و إلا لم يحصل الغرض بأى وجه حصل، مع أنه يحصل به، فليس تشريعه بما هو واجب معوضا بأجر آخرى، فيكون حكما ضرريا ينفيه القاعده، مثلا: مقدمه الواجب، من حيث كونها واجبه ليس في مقابلها نفع آخرى، بل وجوبها للتوصل إلى ذيها، و لذا يحصل بدون القربه. و كذا ردّ الوديعه و إنقاذ الغريق، حيث إن المقصود من وجوبها وصول الوديعه إلى المالك و نجاه الغريق، فلا يعصى بفعلها على غير جهه القربه، و إن لم يكن له أجر آخرى. فهما بما هما واجبان، ليس في مقابلهما نفع آخرى.

فإن قلت: تركه حرام يوجب العذاب، و دفع العذاب - أيضا - منفعه يقابل الضرر، كجلب النفع، فيخرج الموضوع عن صدق الضرر.

قلت: حرمه الترك فرع وجوب الفعل، و حيث إنه منفى، لكونه حكما ضرريا ليس في مقابله ثواب، كما عرفت - فلا عذاب على تركه.

و الحاصل: أن الواجبات التي لا يشترط فيها القربه يسقط وجوبها إذا تضمنت الضرر، كمقدمه الواجب و نحوها، و لازمه سقوط وجوب ذى المقدمه أيضا، إذا انحصرت مقدميته في الضرريه، لاستلزام جواز تركها جواز تركه، و إلا لما استلزم وجوبه وجوبها.

ص: ٢٧٨

نعم، لو أتى بها المكلف إقداما على ضرر نفسه، و لو محرما، تعلق الوجوب بذى المقدمه، لعدم توقفه - حينئذ - عليها.

فإن قلت: المقدمه وسيله إلى ذيها، و هي إلى النفع الأخرى، فهي موصله إليه، و لو بالواسطه. قلت: المقدمه موصله إلى التمكن من ذيها، لا - إلى نفس فعله، و الثواب للفعل لا للتمكن عنه، و مجرد التمكن ليس نفعا مانعا عن صدق الضرر، و تحمل العقلاء مثله في معاشراتهم، كضرر المسافر للتمكن من تجاره، إنما يخرج به من موضوع الضرر إذا قصد بها تجاره و فعلها، و ما نحن فيه ليس كذلك، لعدم اشتراط قصد الواجب من المقدمه، و لا فعلية الواجب بعد الوصول إليه في وجوبها، فليس لها ثواب مقدر إلا بتي القربه، و هي بهذا الوجه ليست بواجبه، بل حكمها حكم سائر المستحبات الضرريه التي لا تقتضى نفيها قاعده الضرر، كما سنشير إليه.

و أما الثانى: أى: العباده الواجبه الضرريه، المشروطه بالقربه، فلاستتباع فعله الثواب يخرج عن موضوع الضرر، و إن تضمن الضرر الدينوى، و الله سبحانه رضى به لعباده، لما فى مقابله من المثوبات، فلا يكون وجوبه حكما ضرريا كما عرفت، بل لله المنه عليهم، بما أعد لهم مما تقرّ به أعينهم من النعيم الباقى.

نعم، إذا اقترنه أمر يتضرر به، من وصف أو حال خارج عن ماهية العباده الواجبه و أوصافها اللازمه، كمرض أو مشقه شديده، عرضيه أو نفسيه، صح الاستدلال بقاعده الضرر على سقوط أصل الواجب المقترن بتلك الحاله، التي ليس في مقابلها ثواب مقدر، لأن وجوب العباده بعين ما تقدم في المقدمه التوضيحيه الضرريه، و ترتب الثواب على تحمل هذا الضرر، زائدا على ثواب أصل العباده، إنما هو على تقدير قصد القربه به، و هو غير واجب، و إنما الواجب قصدها في نفس العباده بما

هى واجبه خاصه، فالصوم الواجب- مثلا- له من حيث كونه واجبا ثواب مقرّر ليس لحاله المرض مدخل فيه، فإذا اقترنه المرض، فالضرر الزائد الحاصل لأجل المرض من الصوم ليس له أجر مقرّر مقتض لوجوب تحمّله وإلا لاشرط [فى] تحمّله قصد القربه أيضا زائدا على القربه المشترطه فى ماهيته نفس الصوم، مع قطع النظر عن الخصوصيات العارضة اللاحقه، فصحّ نفى وجوب تحمل هذا الضرر المسبّب عن المرض بالقاعده، و بانتفائه يتنفى وجوب نفس الصوم. و هكذا الحال فى الخوف للتقيّه و نحوها، فتدبّر جيدا، و اجعلها ضابطه كليّه تقتضيها القاعده و يوافقها عمل الفقهاء فى مثل استدلالهم بنفى وجوب إخراج الزكاه عن المؤمن، دون نفى وجوب أصلها فى الأجناس الخلافيه و نحوه، إلا إذا دلّ دليل خاصّ فى مورد على خلافه فى كلّ من القسمين، كما فى وجوب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، مع ما فيه من الضرر، مع أنه لا يجب تحصيله مع خوف ضرر أقلّ فى طريق الوصول إليه، لصدق وجدان الماء فى الأول، فيخرجه النصّ عن القاعده، دون الثانى.

الثالث من شرائط صدق الحكم الإضرارى: كونه بإضرار الشارع، أو بتجويزه ضرر بعض العباد على بعض من غير جابر له. و أمّا الضرر الحاصل من غير الوجهين، فليس عدم رفعه حكما ضروريا يقتضى القاعده نفيه بإثبات حكم رافع له.

و لا يتوهم أنّ تجويزه للمكلفين عدم رفعه حكم ضررى، لأنّ منشأ الضرر- حينئذ- ليس من جانب الشارع، و بقاؤه ليس ضررا متجدّدا مستندا إلى الإسلام.

غايه الأمر عدم إفادته النفع له.

و اذ علمت ما يصدق به الحكم الضررى، نقول: كليات الأحكام الوجوديه و العدميه التى تقتضيها قاعده نفى الضرر، و صحّ الاستدلال بها عليها، خمس

الأول: عدم حكم إلزامى يتصرّر بامثاله المكلف، من غير أجر أخروى مقرّر له، من وجوب ما فى فعله [ضرر]، أو حرمة ما فى تركه ضرر، و لا- عوض، لأنّ الضرر- حينئذ- و إن كان مستندا إلى فعله الاختيارى، إلّا أنّ إلزام الشارع بجعله محصورا بين ضررى المخالفه و الامتثال، يوجب استناد الضرر إلى الشرع.

و من خصّ الضرر بالدنيوى، يلزمه عدم نفيه بقاعده الضرر، و هو لا يقول به، لأنّه بفعل المكلف نفسه، لا من حكم الإسلام، إلا بتعميم الضرر بما يشمل العقوبه الأخرويه، فيجعل العذاب الأخرى ضررا، و لا يجعل الثواب الأخرى نفعا جابرا، و هو تحكّم و مجازفه صرفه.

و هل يشمل القاعده نفى الطلب التنزيهى الضررى؟

فيه وجهان: من عموم النفى، و استناد الضرر- حينئذ- إلى اختيار المكلف، من غير إلزام الشارع، فلا يقع به محصورا بين ضررين و لعل الثانى أوجه.

و هل يعمّ الحكم الضرري المنفي ما صار المكلف نفسه سببا له، كما إذا أحدث بنفسه مرضا مضرًا لصومه، أو عدوا في طريق حجّه؟

الظاهر: نعم، لأنّ إيجاده السبب لا يوجب الضرر، بل فعل الواجب بعده، واضطراره بجعل الشارع.

الثاني: نفي حكم وضعي يتضرر به، كلزوم بيع المغبون الجاهل و نحوه.

الثالث: نفي جواز ما يتضرر به الغير، سواء قصد به إضراره أم لا، لأنّه حكم ضرري ينفيه القاعده.

و ربما يتوهم أنّ تضمين الشارع يمنع عن صدق الضرر. و هو خطأ، لأنّ الضمان جابر للضرر الواقع، لا كاشف عن عدم وقوعه، مع أنّ الجابر بذل العوض، لا الحكم بالضمان، فلا يكون مجرد الحكم رافعا لكون التجويز حكما ضرريا. و أيضا

ص: ٢٨١

كلّ ضرر ليس مما يقابله ضمان المال.

و يدلّ على نفي الجواز أيضا، الأخبار الناهية عن الإضرار، كقوله عليه السلام: «لا يضرّ المؤمن أخاه المؤمن» (١) و قوله في مقام تهديد سمره: «أنت رجل مضارّ. فقلعه و اضربه على وجهه» هذا إذا لم يعارضه ضرر نفسه، و إلّا فهو من تعارض الضررين، و يأتي حكمه.

الرابع: نفي حكم وضعي يتضرر به غيره، لتساويهما في نفي الضرر عند الشارع، كعامله إضراره للغير، كهبه المديون جميع ما يملكه لغيره، فرارا عن أداء دينه، فيما إذا لم يتمكّن عنه بطريق آخر، من استقراض و نحوه كما بيناه مفصّلا في بعض مباحثنا (٢).

الخامس: ضمان المضارّ بما أضرّ بغيره صرح به بعضهم، قائلا: بأنّه يقتضيه قاعده الضرر، كما يقتضيه قاعده الإلتلاف. بل الظاهر اتفاقهم على ضمان من أخرج نارا، أو أرسل ماء في ملكه، زائدا على قدر الحاجة، مع ظنّ التعدي، كما سيأتي فهو في غير التصرف في ملكه أولى.

و اختصاص الضمان عندهم بصوره حرمة الفعل غير معلوم، و عن بعضهم اختصاصه بما إذا كان الفعل محرّما و خصّه آخر بما إذا كان ظلما و ربما يدعى إفاده القاعده نفي الضمان، لأنّه ضرر على المضارّ. قال به بعض الفحول.

و مقتضى التحقيق - ثبوت الضمان، لكن لا على إطلاقه، بل التفصيل: أنّ المضارّ

١- ورد ذلك في مكاتبه محمد بن الحسين عن أبي محمد عليه السلام؛ وسائل الشيعه ٢٥: ٤٢٢، الباب ١٥ من أبواب إحياء الموات، الروايه ٣٢٢٨٦؛ في نقل الوسائل: «لا يضرّ»، و لكن في الفقيه (٢: ١٥٠، الحديث ٦٥٩): «لا يضرّ».

٢- راجع المشرق الخامس في المعاملات الإضرارية.

إمّا يعلم أو يغلب على ظنّه ضرر الغير بفعله، أو يعلم عدمه، أو لا يعلم شيئاً منهما.

فإن علم، فهو إضرار محرّم عليه، كما علمت، سواء كان بالمباشرة أو بتوليد الفعل بالتسبيب، بإيجاد ما يوجد معه عليه الضرر عادة، و مضمون عليه، لو لا- يعارضه مباشر أقوى، لأنّ بقاء الضرر- كحصوله- أثر فعل المضارّ أيضاً، و يدفعه بذل العوض، فتجوز الشارع عدم رفعه به حكم ضررى على المتضرر، ينفى القاعده، كما هو المتفاهم منها عرفاً.

و أما إلزام المضارّ برفعه، و إن كان ضرراً عليه أيضاً، إلّا أنّه من أثر فعل نفسه عالماً به، و قد [لا] يقتضى القاعده نفيه، من قبيل الدية على الجاني، و لزوم البيع على المغبون العالم، مضافاً إلى صحیحه الكنانى، و ما فى معناها، المصرّحه بضمان المضارّ بطريق المسلمين، الشامل بعمومها بالإضرار الواقع منه بالطريق، من غير تصرّف له فيه، المتعدى إلى غير الطريق، بعدم القائل بالفصل.

و إن لم يحتمل الضرر، فعدم حرمة الفعل من جهة الضرر- حينئذ- ظاهر.

فإن كان محرّماً من جهة أخرى، ككونه تصرّفاً فى ملك الغير، فلا يبعد الضمان للمتضرر أيضاً، لوقوع الضرر بعصيانه و تقصيره فى مخالفه النهى، و إن لم يكن جهة النهى علمه بالضرر، لعدم الفرق بذلك بينهما فى نسبة الضرر إلى تقصيره، و عدم اغتفاره فى الحكم الضررى.

و إن لم يكن محرّماً، فمقتضى قاعده نفي الضرر- مضافاً إلى الأصل- عدم ضمانه، لكونه معذوراً فى الحكم التكليفيّ بالجهل المقتضى للجواز، و فى الوضعى بعدم التقصير، فإثبات الضمان عليه حكم ضررى منفيّ بالقاعده، إلّا إذا خرج بدليل، كما فى تلف النفس، و تضرر المتضرر، حيث لم يكن بحكم شرعى، و لا بتقصير مضارّ لا يلزم على الشارع رفعه، كما تكزّر ذكره. و لا يقتضيه عموم: «من

أضرّ بطريق المسلمين» لظهوره فى العلم بالضرر.

و إن شكّ فى الضرر، فهو فى جواز الفعل كالسابق، للأصل.

و أما الضمان، ففيه وجهان. و الأوجه ثبوته، لعدم اقتضاء الجهل- مع فرض الاحتمال- معذوريته، فوجب عليه رفعه ببذل العوض، بقاعده الضرر، كما مرّ، و أصل عدم الضرر لا ينفى الضمان على تقدير ثبوته فى الواقع، لأنّ المناط فى صدق اللفظ المقتضى للضمان هو الواقع، فيما لا مانع لصدقه، فإنّ ترخيص الشارع إضرار الغير من غير ضمان مع عدم كونه غافلاً حكم ضررى على المتضرر، و جواز الفعل لا ينافى الضمان، لتوقف الحرمة على العلم، دون الضمان.

فإن قلت: تجوز الفعل بمقتضى الأصل ليس مقيداً بالضمان فى الأول، على تقديره، و تضمينه بعد ظهوره رفع ضرر لا يقتضيه

القاعده، إذ ليس عدم تضمينه حكما ضروريا، بل عدم حكم.

قلت: تقييد الجواز بالضمان على تقدير الضرر لا يستدعى العلم بالضرر و لا بالضمان، بل يكفي الاحتمال في ثبوته واقعا. هذا كله إذا لم يتضرر المضار بترك الفعل، و إلا فيأتي حكمه.

البحث الثالث: فيما إذا تعارض قاعدة الضرر مثلها،

فتعارض الضرران أو تصرف المالك في ملكه المسلط عليه، بقوله عليه السلام: «الناس مسلطون على أموالهم» (1).

فهنا مقامان:

المقام الأول: في تعارض الضررين، بأن دار الأمر بين حكيمين ضريرين، بحيث كان الحكم بأحدهما مستلزما للحكم بثبوت الآخر.

فنقول: الضرران إما يكونان بالنسبة إلى شخص واحد، فمع التساوي في مقدار

١- بحار الأنوار ٢: ٢٧٢؛ عوالي اللآلي ١: ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

ص: ٢٨٤

الضرر، و عدم المرجح، يحكم بالتخير و مع الاختلاف في القلّه و الكثره، فمقتضى القاعده نفى الأكثر، لحصول الضرر الأقلّ على التقديرين، سواء كان داخلا في الأكثر، كما في الشكّ في مقدار الديه على العاقله أنّه عشره دنانير أو خمسه، أو مبينا له، كالشكّ في كونه عشره دنانير أو عشره دراهم.

فإن قلت: لا مرجح للأقلّ مع التباين، مع صدق القاعده عليهما.

قلت: المنفَى هو ماهيته الضرر من حيث هو ضرر، لا- خصوصيات المضارّ، فالاعتبار في القلّه و الكثره بنفس الماهية دون الخصوصيات، و الأقلّ بهذا الاعتبار داخل في الأكثر، و إن باينه بحسب الخصوصيه.

فإن قلت: المنفَى في الحديث الأفراد، لكونه عاما أفراديا، فالعبره بها دون الماهية، و هي في الفرض متباينه.

قلت: الجنس الصادق على الجزء و الكلّ من الأعيان، كالماء الصادق على حوض، و على كلّ غرفه و قطره منه، أو من الأوصاف، كالمرض و الضرر و نحوهما، يكون فرض أفراده بالاعتبار، فإنّ كلّ فرد منه يمكن فرض جزئه فردا أيضا، فكثره أفراده و قلته يرجع إلى كثره الجنس و قلته، فالعبره فيهما به لا بالخصوصيات الزائده.

أو يكون الضرران بالنسبة إلى شخصين، بأن دار الحكم الضررى بينهما.

فكلماتهم فيه مختلفه، بل لا- يخلو كثير منها عن اضطراب، قال في التذكرة (١): لو غصب ديناراً، وقع في محبره الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله، كسرت لردّه، و على الغاصب ضمان المحبره، و إن كان كسرهما أكثر ضرراً من تبقيه الواقع فيها ضمنه الغاصب، و لم يكسر. انتهى.

و وجه التفصيل بأكثرية الضرر و عدمها، مع فرض الغصب غير ظاهر.

١- تذكرة الفقهاء ٢: ٣٩١.

ص: ٢٨٥

و قال في الدروس (١): لو أدخل ديناراً في محبرته، و كانت قيمتها أكثر، و لم يمكن كسره، لم يكسر المحبره، و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكة، انتهى.

و حمل على كون إدخال الدينار بإذن المالك، على وجه يكون مضموناً، إذ لو كان بغير إذنه تعين كسر المحبره، و إن زادت قيمتها. و إن كان بإذنه على وجه لا يضمن، لم يتجه تضمين صاحبها الدينار.

و قال بعض أجلة من عاصرناه (٢) في خصوص المثال المذكور و غيره مما تعارض فيه الضرران: «يمكن أن يقال: بترجيح الأقل ضرراً، إذ مقتضى نفي الضرر عن العباد في مقام الامتنان، عدم الرضا بحكم يكون ضرره أكثر من ضرر الحكم الآخر، لأن العباد كلهم متساوون في نظر الشارع، بل بمنزلة عبد واحد. إلى أن قال: - لكن مقتضى ذلك ملاحظه الضررين الشخصيين المختلفين، باعتبار الخصوصيات الموجوده في كل منهما، من حيث المقدار و من حيث الشخص، فقد يدور الأمر بين ضرر درهم و دينار، مع كون ضرر الدرهم أعظم بالنسبه إلى صاحبه من ضرر الدينار بالنسبه إلى صاحبه. و قد يعكس حال الشخصين في وقت آخر. انتهى.

و لا يخفى ضعفه، أما أولاً: فلأن هذا لا يتم فيما إذا كان الضرر الحكمي من مجرد تشريع الشارع، فدار في أن المحكوم عليه به هذا أو ذاك، كما إذا شك في العاقله الملزمه بالديه شرعاً، هل هو هذا أو ذاك بدرهم (٣)، فإنه لا يختلف الحكم حينئذ قطعاً باختلاف الأزمان و الأحوال المتجدده، بل إذا رجح أحدهما بدليله لا- يتعكس فيه الضرر، و لا- يختلف باختلافها الحكم الضرري.

١- الدروس الشرعية ٢: ١١٠.

٢- هو الشيخ الأنصاري قدس سره في رساله لا- ضرر؛ راجع المكاسب (الطبعة الحجرية): ٣٧٤؛ و أيضاً رسائل فقيهيه من منشورات المؤتمر المئوي للشيخ الأنصاري: ١٢٥.

٣- كذا.

ص: ٢٨٦

و أما ثانيا: فلأن مقتضى تساوى العباد فى نظر الشارع، التعديل بينهما، و ينافى تعيين الضرر الأقل، لأن جعل الضرر كله على صاحب الأقل دون صاحب الأكثر خلاف التسويه، بل مقتضى العدل تشريكهما فى القدر الأقل، و نفي الزائد، مثلا: إذا وقع ديناره فى مجرّه غيره، فإن كان ضرر الكسر نصف الدينار، فهذا النصف يقسم بينهما، و يكسر المجره، و إن كان بالعكس يتعكس. إلّا أن يقال: تجزئه الضرر عليهما إحداث قول ثالث.

و لكن الإنصاف: إنّ عدم القول بالفصل فى أمثال ما ليس له عنوان مخصوص فى المدارك الشرعيه غير معلوم، بل كلّ من حكم فيه بشىء يدخله تحت قاعده و أصل شرعى بزعمه، كيف و ليس هو أولى فى إخراجة عن مقتضى القواعد، بدعوى عدم الفصل، من البناء على اختلاف الحكم الضررى و التعاكس فيه باختلاف الأحوال و الأشخاص و الخصوصيات المتجدده، بملاحظه قاعده نفي الضرر.

و أما ثالثا: فلأنه لا يتم فى المثال المتقدم الذى جعله من أمثله المقام، مما يتعارض فيه الضرر الواقع لأحدهما و المتوقع للآخر عند دفعه، فإنّ تجويز كسر المجرّه - مضافا إلى كونه تصرفا فى مال الغير - ينفى بقاعده الضرر، دون دفع ضرر صاحب الدينار، لعدم وجوبه على الشارع، كما تقدّم. بل اعترف الفاضل المذكور فى مقام آخر بذلك، حيث قال: لا يجوز لأحد إضرار انسان لدفع الضرر المتوجه إليه.

ثم أقول: الذى يقتضيه النظر، أنّ تعارض الضررين بالنسبه إلى شخصين، إن كان فى الضرر الحكمى الناشئ عن الشرع، المخصّص لقاعده الضرر، كما فى التريدي فى العاقله، فظاهر عدم الترجيح باعتبار قاعده الضرر، و إن كان أحدهما أقل، لتباينهما بتباين المتعلّقين.

ص: ٢٨٧

إلّا ان يقال: مقتضى حديث نفي الضرر نفيه من حيث هو فى الإسلام، من غير ملاحظه خصوص من يتضرر به، فإنّ الأقل بهذا الاعتبار داخل فى الأكثر، و إن تباين المتعلّقات، و هو مشكل.

و إن كان باعتبار ضرر خارجى، دار الحكم بالزامه بين شخصين، فهو على وجهين:

أحدهما: أن يكون الضرر المفروض واقعا على إنسان، و أمكنه دفعه عن نفسه بإضرار غيره.

و ثانيهما: أن يكون متوجّها إلى أحدهما لا بعينه، فدفع عن نفسه ما يوجبه، فتوجه إلى الآخر.

أمّا فى الأوّل: فالظاهر أنّه لا يجوز له إضرار الغير، بل عليه تحمل الضرر، لأنّ تجويزه حكم ضررى، فيفيه القاعده. و أمّا ضرر نفسه الواقع عليها ليس من حكم الشرع، بل حكمه ترك ضرر الغير، و استلزامه بقاء الضرر ليس بسبب حادث، و لا هو ضرر متجدّد، و لا مدخل للشرع فيه. غايه الأمر عدم حكمه بما يدفعه، و علمت أنّه ليس بواجب. و من ذلك ما فى المشهور، من عدم جواز إسناد الحائط المخوف وقوعه على جذع الجار، خلافا للشيخ. و حمل على ما إذا خاف من وقوعه تلف نفس محترمه، لوجوب حفظها. غايه الأمر لزوم أجره المثل، للاستناد كأخذ الطعام لسد الرمق.

و أما في الثاني: فالظاهر جوازه، و لا ضمان عليه، لأن منعه الضرر عن نفسه ليس شيئاً محدثاً لضرر الآخر، بل هو مستند إلى علته الخارجة التي لا دخل له فيها، و إنما فعله منع ما يحدث الضرر عن نفسه، كما إذا سدّ طريق السيل عن داره، فمال إلى دار جاره.

ص: ٢٨٨

نعم، لو أطرقة إليها، سيما إذا كان طريقه أولاً إلى دار نفسه، فهو من التسبب المحرّم المتقدّم بيانه، و ظهر من ذلك: أنه لا يجب على الإنسان دفع ضرر الغير بإضرار نفسه، و لعله لا خلاف فيه.

المقام الثاني: في تعارض قاعده الضرر مع قاعده التسليط، الثابته بالحديث النبويّ المشهور المرويّ في كتب الأصحاب، المعمول به عندهم. و هو قوله:

«الناس مسلّطون على أموالهم» كما إذا تصرف المالك في ملكه فاستلزم تضرّر جاره، فالمشهور جوازه. صرّح به الشيخ في المبسوط (١)، في باب إحياء الموات في حفر المالك بالوعه أو بئر كنيف يقرب بئر الجار، و إن أدى إلى تغيير ماء البئر.

و في السرائر (٢) في باب حريم الحقوق، قائلاً: بجواز حفر الإنسان في ملكه بئراً يقرب بئر الغير، و إن نقص به ماء الغير.

و الفاضل في التحرير (٣) و القواعد فيه، و في اتخاذ ملكه حماماً أو موطناً للقصار و الحداد و المدبغ و أمثالها، قائلاً: بأن لكلّ أحد أن يتصرف في ملكه على العاده ما شاء، و إن تضرر صاحبه، و لا ضمان، و الشهيد في الدروس (٤) نافياً للضمان. و اختاره في الرياض (٥)، بل في الأوّل نفى الخلاف فيه. و في الكفايه (٦) نسبه إلى الأصحاب، مؤذناً بدعوى الإجماع، إلّا أنه استشكل في الضرر الفاحش.

و الظاهر أنّ إطلاق كلامهم، سيما كلام النافى للخلاف، محمول على صورته حاجه

١- المبسوط ٣: ٢٧٢.

٢- السرائر ٢: ٣٧٤.

٣- تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

٤- الدروس الشرعية ٣: ٦٠.

٥- رياض المسائل ٢: ٣٢٠.

٦- كفايه الأحكام: ٣٤٠.

ص: ٢٨٩

المالك، و تضرّره بترك التصرف، و لو بفوات المنفعة المقصوده منه عاده، فإن منعه منه أيضاً ضرر عظيم، كما ذكره العلامة (١) و غيره.

و يشعر به تقييد العلامة و الشهيد التصرف بما جرت به العاده، و تصريح الشهيد (٢) - في غير الموضوع - بالضمان في تأجيج النار

زائدا على قدر الحاجة، مع ظنّ التعدي، و إن كان منافيا للتصريح السابق.

و أصرح من ذلك كلام المحقق الثاني (٣) قائلا: فإذا دعت الحاجة إلى إضرار نار أو إرسال ماء جاز فعله، و إن غلب على ظنه التعدي إلى الإضرار.

و كيف كان، فهذا أحد الأقوال في المسألة.

و الثاني: تقديم قاعده الضرر مطلقا، يظهر من المحقق القمي (٤)، و بعض آخر.

و الثالث: تقديم الضرر إذا كان فاحشا، و التسليط في غيره، مال إليه في الكفايه (٥).

الرابع: منع التصرف المتضمن لضرر الغير في ماله، إذا كان فعله توليدا للتصرف في مال الغير و إتلافه، بمعنى أن يسرى فعله في ملكه إلى ملك صاحبه، كإرسال الماء في ملكه، الموجب لسرايه النداهة أو الهدم في حائط الجار، أو تأجيج النار الموجب لاحتراق متاعه، لا في مثل رفع جدران داره المانع عن الشمس و القمر في دار الجار. مال إليه بعض مشايخ من عاصرناه.

١- تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٤.

٢- الدروس الشرعية ٣: ١٠٧.

٣- جامع المقاصد ٧: ٢٦.

٤- جامع الشتات ٢: ٥٦١.

٥- كفايه الأحكام: ٣٤٠.

ص: ٢٩٠

الخامس: البناء على التعارض، و الرجوع إلى ما يقتضيه الأصل، و هو المعروف من جماعه.

و أقول: و التحقيق في المقام، بعد بيان مقدمه، هي: أنّ تعارض الأحكام الشرعيه التي لا- يجتمع منها اثنان في موضوع، و لو بعنوانين مختلفين بينهما عموم من وجه، إنما هو إذا كان تشريعهما في رتبه واحده، بحيث كان عموم أحدهما منافيا لعموم الآخر، كقوله: يجب إكرام العلماء، و لا- يجب إكرام الفاسق، المتعارضين في العالم الفاسق. و أما إذا كان أحدهما واردا على الآخر، و سببا مزيلا- لمقتضاه، فلا- تعارض بينهما حقيقه، بل يعمل بالمزيل، نظير تعارض المزيل و المزال في الأصول العمليه، على ما بيناه مستوفى في محلّه، و سيحىء مزيد بيان فيه، كما إذا لاقى اليد المستصحبه النجاسه للماء الطاهر، فحصل الشكّ في طهارته، فإنّه يقدم استصحاب نجاسه اليد على استصحاب طهاره الماء [و] يحكم بزوال طهارته بسبب التلاقي، بل هو مقتضى سببه الأسباب الشرعيه، سواء كانت من الأصول الظاهريه، أو الأحكام الواقعيه، كعروض النجاسه للطعام المزيل لإباحته، أو وجود مرض أو شبع- كذلك- و غليان العصير الموجب لحرمته، و صيروره المباح واجبا إذا صار مقدمه، و إباحه الميته بحصول المخمصه، و أمثال ذلك.

و قد يتوارد على موضوع واحد أحكام مختلفه متعاقبه، فلا تعارض بين دليليهما، لعدم اجتماع الحكامين فى وقت واحد.

نعم، قد يحصل الإشكال فى اختلاف المدلولين: أنه من باب التعارض أو السببيه، فإن دلّ على السببيه دليل، أو كان هو المنساق من دليل السبب، فهو، وإلّا يلىتمس الترجيح لأحدهما، ثم يرجع إلى الأصول.

و إذ علمت ذلك نقول: المنساق من حديث نفى الضرر كونه واردا على قوله

ص: ٢٩١

«الناس مسلّون» و ورود الثانى فى مقام بيان مجرّد السلطنه المالكه الغير المنافيه (١) لعروض سبب مانع لبعض التصرفات، مزيل للرخصه اللازمه للسلطنه، سيما بملاحظه نظائره من الأسباب المحرّمه الطاربه على الجواز الأصلى، كأمثال ما ذكر، و بملاحظه استدلالات الفقهاء، فإنهم يستدلّون بنفى الضرر على خيار الغبن، فى مقابل عموم: «الناس مسلّون» الدال على لزوم العقد، و عدم تسلّط المغبون على إخراج ملك الغابن عن ملكه، فالضرر يوجب تحريم الفعل الجائر، كاقضاء الواجب و جوب مقدّمته المباحه، و الإسراف حرمة ماله المباح.

كيف و إضرار الغير ليس بأهون فى نظر الشارع من إضرار الشخص نفسه، فكما لا يعارض عموم: «الناس مسلّون» دليل حرمة تضييع مال نفسه، كذا لا يعارض دليل حرمة تضييع مال الغير.

ثم نقول لتفصيل صور المقام: تصرف المالك فى ملكه الموجب لضرر الغير، إمّا لا يوجب تركه ضررا على نفسه، و لو بفوات منفعه ملكه المقصوده منه عاده، فإنّه ضرر أيضا، كما مرّ. أو يوجهه.

فإن لم يوجهه و كان من قبيل اللغو، فهو على وجهين:

أحدهما: أن يعلم أو يغلب على ظنه ضرر الغير، فالمتّجه - حينئذ - حرمة التصرف، و تعلق الضمان، كما صرح به جماعه، و يظهر من العلّامه (٢) و الشهيد (٣) و المحقّق الثانى (٤)، حيث قيّدوا جواز التصرف بالضرر بالجار بما جرت به العاده، أو

١- غير منافيه (ظ).

٢- تذكره الفقهاء ٢: ٤١٣.

٣- الدروس الشرعيه ٣: ٦٠.

٤- جامع المقاصد ٧: ٢٥.

ص: ٢٩٢

دعاء الحاجه، بل هو المستفاد من ظهور اتفاهم على ضمان من أجب نارًا زائدا على قدر الحاجه مع ظن التعدى.

و الدليل عليه: ما تبين من تقدّم قاعده الضرر المقتضيه للحرمة و الضمان - حسب ما مرّ - على قاعده التسليط، و ورودها عليها.

فان قلت: مع الضمان لا ضرر، فلا تحريم.

قلت: بذل العوض - فضلا عن مجرّد الحكم بالضمان - جبر للضرر الواقع، فلا يخرج الفعل عن صدوره إضرارا، فيكون محرما، كما أشرنا إليه فيما تقدّم، مضافا إلى أنّ مقاصد الناس غير منضبطه، فقد يكون عين ما فاته أعود له من عوض المثل. مع أنّه يمكن أن نقول: إطلاق قوله «الناس مسلّطون»، في مقام بيان حكم جهه المالكيه، فلا ينصرف إلى تعميم الجواز باعتبار سائر الجهات.

و يدلّ عليه أيضا، أنّه على تسليم التعارض، فحديث نفى الضرر - أيضا - أخصّ مطلقا من عموم الثانى، لاختصاص مورد حديث سمره بالضرر الناشئ عن التصرف في ملكه، فيخصّص به.

و ما قد يتوهم من أنّ الضرر المنفّى فيه ليس لتصرف سمره في ملكه، بل لتعديه بدخوله من غير إخبار و استئذان، و لا مدخل له في التصرف في الملك، ضعيف، لأنّ دار الأنصارى طريق عدقه، فهو تصرف في حقه، غير أنه تصرف إضرارى، و لو لا ذلك لما تمسك للمنع بالإضرار، بل بدخول ملك الغير بغير إذنه.

و يؤيد ترجيح حديث الضرر - بل يدلّ عليه - أظهريته دلالة، فإنّه بالعموم الاستغراقى الوضعى، و الآخر بالإطلاق الحملى، فهو من باب تعارض النصّ و الظاهر الموجب لحمل الظاهر على ما يوافق النصّ بقريته النصوصيه.

و ربما يعلّل تقديم نفى الضرر بظهور الفتاوى، و دلالة الاستقراء على غلبه الحرام

ص: ٢٩٣

على الحلال، و بأنّ قاعده الضرر ساريه مسرى العقليات الغير القابله للتخصيص.

و يضعف الأوّل بمنع الاتفاق، مع تصريح جماعه من أعيان الأصحاب بجواز تصرف المالك حيث شاء على ما مرّ، الظاهر في عموم الحكم، بل قد يشعر من بعضهم دعوى الإجماع عليه.

و الثانى: بمنع غلبه الحرمة عند التعارض إذا لم يكن وارده على الحلّ، بل يعمل - حينئذ - بمقتضى الترجيح، كما إذا قال: يحرم إكرام الناس، و يجوز إكرام العالم.

و الثالث: بمنع كون قاعده الضرر من قبيل العقليات. و كفاك شاهدا ورود التخصيص عليها في موارد كثيره إجماعيه، و لا يتبيّنك مثل خبير.

و ثانيهما: أن لا يعلم و لا يغلب على ظنّه ضرر الغير بتصرّفه في ملكه، فاتّفق فيه الضرر، فلا إشكال في جواز التصرف، كما مرّ، للجهل المقتضى لنفى التكليف بالأصل.

و أمّا الضمان، ففيه تفصيل ما تقدّم، من أنّه إن لم يحتمل الضرر أولا، فلا ضمان عليه، لأنّ تضمينه مع جواز الفعل و عدم

تقصيره عرفا في إضرار الغير، حكم ضررى منفى بالقاعده، كما علمت، مضافا إلى الأصل، فلا يخرج عنها إلا بدليل.

و بفرض استيفائه المنفعه بهذا التصرف، لا- يجبر ضرر الضمان، لأنها نفع ملكه الغير المضمون عليه، مع أنه قد يكون عوض الضرر أضعاف المنفعه المستوفاه، كإرسال الماء في ملكه الموجب لانهدام عماره عاليه للجار.

و لا يعارضه ضرر الغير، لعدم كونه مستندا إلى تقصيره، و لا واقعا من الشرع، فليس على الإسلام رفعه، بل حكمه حكم سائر المضارّ الاتفاقيه السماويه.

و إن احتمل الضرر، فالظاهر ضمانه، مثل ما تقدّم، و كون فعله تصرفا في ملكه لا يتفاوت به الحال، بعد ما علمت من ورود قاعده الضرر على عموم «الناس

ص: ٢٩٤

مسلّتون»، و اقتضاءها الضمان بما أشرنا إليه، من أنّ ترخيص الشارع في إضرار الغير من غير ضمان- مع صدق التقصير العرفي باعتبار عدم غفلته و عدم تضرره بتركه- حكم ضررى على المتضرر.

و إن كان تصرف المالك لدفع ضرر يتوجّه إليه، و لو هو فوات المنفعه المقصوده منه عرفا، فالظاهر جوازه، بل لعلّه لا خلاف فيه، لأنّ حبسه عن ملكه و إلزامه بتحمّل الضرر لثلا يتضرر الغير حكم ضررى، مضافا إلى عموم «الناس مسلّتون».

فإن قلت: قد تقدّم في تعارض الضررين، أنّ مقتضى قاعده الضرر عدم جواز إضرار الغير لدفع الضرر عن النفس.

قلت: ما ذكر ثمّه كان باعتبار صدق الحكم الإضرارى على تجويز إضرار الغير و عدم صدقه على بقاء ضرر الآخر، لعدم حصوله بحكم الشارع، و عدم وجوب دفعه عليه، و هذا يتم في غير صورته التصرف في ملكه، و أمّا فيها، فمنعه عن التصرف في حقه لدفع الضرر عن نفسه، و حبسه عن ماله ضرر عظيم، و حكم إضرارى منفى بالقاعده. غايه الأمر تعارض الضررين فيها، و سقوط قاعده الضرر من البين، لاستلزامها التدافع، فيرجع إلى عموم «الناس مسلّتون»، مضافا إلى أصل الإباحه.

و ما قيل: يعارضه أصل إباحه المنع، يدفعه ما مرّ، من كون الأوّل مزيلا للثانى.

و عن بعضهم: وجوب ملاحظه مراتب ضرر المالك و الغير، فإن أريد به في حكم جواز التصرف و إباحته، فيخالف كلمات الفقهاء، و لعلّ اتفاقهم عليه، إلا إذا كان ضررا فاحشا يجب تحمّل الضرر لدفعه على كلّ أحد، ما لم ينجز إلى الحرج، كإهلاك النفس المحترمه.

و إن أريد به في الضمان فغير بعيد، و لعلّه مراد القائل به و عليه يحمل إطلاق قول الشهيد في موضع من الدروس، بالضمان في تأجيج النار في ملكه على قدر الحاجه، مع ظنّ التعدى.

ص: ٢٩٥

و استظهره الفاضل القمّي و رجّح أقوى الضررين مطلقا، إلّا أنّ ترجيح جانب الغير في نفي الضرر مطلقا، إذا كان ضرره أكثر- و تحميل الأقلّ كلّ على صاحب الملك، مع كونه تصرفا في ملكه- ترجيح بلا مرجّح.

فما تقدّم من أنّ مقتضى العدل توزيع الأقلّ عليهما، و نفي الزائد، و قسمه المتساويين عليهما. فإن لم يثبت الإجماع على خلافه، كما لعلّه الظاهر في أمثال تلك المسائل الراجعة إلى الأصول و القواعد، و لا نصّ عليها بخصوصها، فهو المتبع، و إلّا فترجيح أقوى الضررين في الضمان لا يخلو عن قوه، و لا ينبغي ترك الاحتياط، عصمنا الله سبحانه عن الزلّه في الصراط.

ص: ٢٩٦

ص: ٢٩٧

[المشرق الخامس عشر] [في بيان قاعده نفي الغرر]

إشاره

مشرق: من القواعد المسلّمه بين الفقهاء، قاعده نفي الغرر، يستدلّون بها على فساد البيع الغرريّ، بل ربما يستدلّ بها على فساد سائر المعاملات الغرريه.

و لتحقيق مدرّك القاعده و معنى الغرر و سائر ما يتعلق بها نذكر أبحاثا:

البحث الأوّل: في دليل القاعده و معنى الغرر المنهى عنه.

إشاره

أمّا الأوّل: فالأصل فيها الخبر المشتهر بين الخاصّه و العامّه، المرويّ عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم، أنّه نهى عن بيع الغرر (١)، بل قال بعض الأجلّه (٢): إنّهُ المتفق عليه بين

١- و من طريق الخاصّه: وسائل الشيعه ١٢: ٣٣٠، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الروايه ٢٢٩٦٥، و ١٧: ٣٥٨، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع، الروايه ٢٢٧٤٧؛ مستدرّك الوسائل ١٣: ٢٨٣، الباب ٣٣ من أبواب آداب التجاره، الروايه ١٥٣٦٣؛ دعائم الإسلام ٢: ١٩؛ عيون أخبار الرضا ٢: ٤٥، الروايه ١٦٨.

٢- لعلّه صاحب الجواهر في جواهر الكلام ٢٢: ٣٨٦.

ص: ٢٩٨

العلماء كافّه، و أنت تراهم في مقامات غير عديده يتمسّكون و يعملون به من غير تكبير، بحيث إنّهُ مقبول عند الكلّ (١) فلا يقصر عن الخبر الصحيح، بل في العوائد (٢):

أنه أقوى منه.

ثم النهي - لتعلقه بنفس المعامله الظاهر في المانع، في قبال الأمر بما يتعلق بها الظاهر في الشرطيه - يوجب الفساد، على ما قررناه في محله، فهو الدليل عليها.

مضافا إلى الإجماع على نفس القاعده الظاهر من استدلال أصحابنا - بل الفريقين - بنفي الغرر على بعض شروط المعامله كالتدره على التسليم في البيع و نحوها، فإنك تراها قاعده مسلّمه عند الجميع.

و قد صرح بخصوص الإجماع عليه بعضهم (٣)، بل عن كلام الشهيد في شرح الإرشاد، الإشعار بكونه من الضروريات.

و أما الثاني: ففي كلمات كثير من أهل اللغة و الفقهاء، تفسيره بعبارات متقاربه و معان متوافقه.

ففي الصحاح: «الغَرَّة: الغفله، و الغاز: الغافل». و قال: اغترّ بالشيء، أي: خدع به. و الغرر: الخطر. و نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر، و هو مثل بيع السمك في

١- فإن ابن إدريس الحلّي مع أنه لم يعمل بالخبر الواحد، قد قبل هذا الحديث و ردّ روايات معتبره أخرى لمخالفتها مع مضمون الحديث؛ راجع السرائر ٢: ٣٢٥.

٢- عوائد الأيام: ٨٥.

٣- لعله ابن زهره في كتاب غنيه النزوع ١: ٢١١.

ص: ٢٩٩

الماء، و الطير في الهواء.

و في القاموس (١): غَرَّه غَرًّا و غرورا و غرّه بالكسر فهو مغرور و غرير، خدعه و أطمعه في الباطل، إلى أن قال: غرّ بنفسه تغريرا و تغرّه، أي: عرّضها للهلكه.

و الاسم: الغرر، محرّكه.

و عن النهايه (٢): بعد تفسير الغرّه - بالكسر - بالغفله: أنه نهى عن بيع الغرر، و هو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول. و قال الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهده، و لا ثقه، و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول، و قد تكرر في الحديث.

و حكى - أيضا - عن المصباح و المغرب و الأساس و المعجم و المجمع: تفسير الغرر بالخطر (٣)، و يمثله الأكثر بيع السمك في الماء، و الطير في الهواء.

و في التذكرة (٤): أن أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين، و مراده من التفسير - كما قيل - التوضيح بالمثال.

و فيها أيضا الاستدلال على اشتراط قدره على التسليم في البيع، و عدم صحه بيع الطير في الهواء، للنهي عن الغرر.

و في موضع آخر: يجب العلم بالقدره ثمنا كان أو مثمنا، للغرر.

و في آخر: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر، كبيع عسيب الفحل و بيع ما ليس

١- القاموس المحيط ٢: ١٠٠.

٢- النهاية ٣: ٣٥٥.

٣- المصباح المنير: ٤٤٥، مادّه «الغَرَّة»؛ المغرب: ٣٣٨؛ أساس البلاغه: ٣٢٢، مادّه «غرر»؛ مجمل اللغة (لابن فارس): ٥٣٢، مادّه

«غَرٌّ»؛ مجمع البحرين ٣: ٤٢٣، مادّه «غرر»، و الحاكي هو صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٨٦.

٤- تذكرة الفقهاء ١: ٤٨٥.

ص: ٣٠٠

عنده و بيع الحمل في بطن أمه، لأنه غرر، لعدم العلم بسلامته و صفته.

و فيها أيضا: و من الغرر جهاله الثمن، و تقدّم عليه الصدوق، في معاني الأخبار:

نهى صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع جبل الجبله و معناه ولد ذلك الجنين الذي في بطن الناقه، و ذلك غرر.

و السيد في الانتصار، مصرّحا فيه بصحه بيع العبد الآبق مع غيره، لخروجه عن الغرر، و جعله مما انفردت به الإماميه، خلافا لباقي

الفقهاء، حيث ذهبوا إلى أنه لا يجوز بيع الآبق على كلّ حال، تعويلا على أنه بيع غرر.

و ابن ادريس في السرائر (١)، قال بعد ذكر حلب بعض اللبن و بيعه مع ما في الضروع أو يجعل عوض اللبن شيئا من العروض: و

الأقوى عندي المنع من ذلك كلّ، لأنه غرر و بيع مجهول، و الرسول صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن بيع الغرر (٢).

و قال الشهيد في قواعده (٣): يشترط كون المبيع معلوم العين و القدر و الصفه، فلو قال: بعثك عبدا من عبيد، بطل، لأنه غرر.

و عنه في شرح الإرشاد: التصريح بما يعترف بذلك في مواضع منه، و في بعضها:

الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف، بحيث لو ترك و بّخ عليه.

و قال المحقق الثاني في شرح القواعد (٤) في بيان صحه بيع الصاع من الصبره المجهول الصيعان: و ذلك لأنّ البيع أمر كلّى و

الأجزاء متساويه فلا غرر، بخلاف ما لو باع النصف، فإنّه مع الجهاله لا يعلم قدره، فيلزم الغرر.

١- السرائر ٢: ٣٢٢.

٢- وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، الرواية ٢٢٩٦٥.

٣- القواعد و الفوائد ١: ٢٩٤.

٤- جامع المقاصد ٤: ١٠٥.

ص: ٣٠١

و من التنقيح، بعد نقل عدم صحه بيع ما يراد طعمه و ريحه من غير اختبار عن أبي الصلاح و القاضي و سائر: لأنه مجهول، فهو بيع غرر، و قد نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ عن بيع الغرر، إلى غير ذلك من كلمات المتقدمين و المتأخرين في موارد مختلفه.

و يظهر من كلمات هؤلاء الأعلام و اللغويين و غيرهم: أنهم متفقون على أخذ الجهالة و الخطر في معنى الغرر، بل لولاه وجب الوقوف (١) عليهما أيضا، أخذا بالمتيقن من النهي، مضافا إلى تبادره فيهما. إذ لا غرور و لا خداع مع الأمن من الضرر أو العلم به فيما علم البناء على التغاين فيه.

فإن قلت: فعلى هذا يلزم صحه بيع الضال و الآبق و الطير في الهواء عند العلم بعدم حصولها، مع أنّ الظاهر اتفاق كلماتهم الشامله بإطلاقها لصوره العلم في اشتراط قدره على تسليم المبيع، استنادا إلى نفى الغرر.

قلت: بطلان البيع فيما ذكر مسلم، و لكنّه مع العلم ليس لكونه غررا، بل لأنّه من باب أكل المال بالباطل، فإنّ مع العلم بعدم الحصول يخرج عن كونه مالا- و إن كان ملكا، و يكون في حكم عدمه و خلوّ الثمن عن العوض. نعم، لو فرض له منفعه كعتق الآبق للكفار، فلا نسلم بطلانه مع العلم.

و أمّا إطلاق تمسّكهم بنفى الغرر فيما ذكر، فهو مبنيّ على الغالب من عدم انسداد باب الاحتمال.

و بالجملة: فلا غرر مع العلم بالضرر، و لا مع الجهل بالمبيع و عدم المخاطره، كبيع أحد عبيدين متساويين في قيمه و الصفه، و إن كان باطلا باعتبار الجهالة الواقعيه، و الإطلاق في بطلان المجهول بنفى الغرر في بعض الكلمات مبنيّ على الغالب أو الغفله و التسامح.

١- كذا.

ص: ٣٠٢

و من هذا يظهر صحه بيع صاع حنطه معيّنه مردّده بين كونها من إحدى القريرتين مع عدم اختلافهما في الوصف و القيمه. نعم، إذا كان المبيع المعين مردّدا بين جنسين مختلفين و إن تساويا في القيمه، كحنطه و حمص أو دهن و عسل، فيشكل الحكم بالصحه، لحصول الغرر، لعدم انحصار الخطر في اختلاف القيمه، بل يحصل - أيضا - باختلاف النوع و الصنف و صفاتهما المقصوده

باختلاف الأغراض والأعراض.

و بالجمله: لا إشكال في اشتراط الجهل و الخطر في حصول الغرر،

و إنما يجب التنبيه على تفصيله في أمور:

الأول: في متعلق الجهل

و الظاهر أنه يعمّ الجهل بوجوده، كبيع الغائب المتردد في وجوده و بيع الحمل، أو بحصوله في يد من انتقل إليه، كالأبق و الضال و المجهود و المغصوب، أو بصفاته كَمَا و كيفاً، لصدق الغرر في جميع ذلك.

و ربما يحكى عن بعضهم اختصاصه بالجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الشامل له في تسليمه، لحصوله في بيع كلّ غائب، بل هو أوضح في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و يضعف: بأن تقييد الخطر في كلام أهل اللغة بما ذكر، مع أنّ الخطر أظهر بالنسبة إلى عدم الحصول مما لا وجه له، سيما مع اشتهاار التمثيل ببيع الطير في الهواء و السمك في الماء، و خصوصاً مع شيوع استدلال الخاصّه و العامّه باشتراط القدره على التسليم بنفى الغرر كما عرفت.

و عن الشهيد في قواعده (1) عكس ذلك، فخصّه بمجهول الحصول دون مجهول

١- القواعد و الفوائد ٢: ١٣٧، القاعده ١٩٩؛ غايه المراد في شرح الإرشاد ٤: ٣١.

ص: ٣٠٣

الصفه المعلوم الحصول، و قال: و ليس من الغرر كحجر لا يدري أنه ذهب أو فضّه أم نحاس أم صفر. و هو- أيضاً- ضعيف و تقييد بلا دليل عنه غريب. و عن شرحه على الإرشاد ما يظهر منه التعميم.

الثاني: في كيفية الخطر

فيظهر من بعض الأساطين: أنه باعتبار نقصان ما انتقل إليه عما يقابله من حيث ذاتهما بحسب قيمه، فلو باع المتردد بين الزائد و الناقص قدراً أو صفه أو قيمه، كالمجهول المتردد بين كونه ذهباً أو نحاساً بقيمه النحاس، أو اشترى العبد الأبق بثمان قليل للعتق في الكفّاره، لم يكن غرراً، لخلوّه عن المخاطره للجاهل.

و لا يخفى أنّ إطلاق كلماتهم في بطلان بيع مجهول الصفه أو القدر أو العبد الأبق تمسكاً بلزوم الغرر يعمّ بطلان جميع ذلك، فضلاً من مجهول الجنس، كبيع ما في الصندوق المتردد بين أجناس مختلفه متفاوتة قيمه بقيمه الأقلّ. بل الظاهر عدم الخلاف في فساده و كونه غريباً، فالتحقيق في توجيه المقام و سرّه أنّ مناط الخطر ليس نقصان ما يازاء المنتقل إليه من العوض قدراً و

قيمه، بل العبره بهما من حيث تعلق العقد بهما و قصد المتعاقدين من عقد المعاوضه. و لا شك أنه إذا اشترى ما يتردد بين الجيد و الردي أو القليل و الكثير و لو بأقل من الثمن، فهو من حيث كونه مبيعا و مقصودا من العقد محلّ الخطر لجهاله قدره و صفته، و إن كان الثمن الذي يبذله يكون أقلّ الاحتمالات و سالما عن الضرر من حيث هو، مع قطع النظر عن تعلق القصد به من العقد، فلا يخرج به عن الغرر، كما أن الجهل بالقيمه مع العلم بالقدر و الصفه لا يوجب الغرر، و لا يبطل به البيع، و إن كان متضمنا للغرر فيجبر بالخيار، لدليل آخر يقتضيه لعدم كونه من حيث القيمه متعلقا للعقد. فتفطن و لا تغفل.

ص: ٣٠٤

الثالث: في مقدار الخطر من جهه العرف

و اختلف في المعيار المعترف في صدقه عرفا، ففي المحكي عن الشهيد في شرح الإرشاد: أن الغرر احتمال مجتنب عنه في العرف، بحيث لو تركه و بّخ عليه.

و اعترض عليه: أن مقتضاه أنه لو اشترى الآبق و الضال المرجو الحصول بثمان قليل لم يكن غررا، لأنّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير، و كذا لو اشترى المجهول المرّد بين النحاس و الذهب بقيمه النحاس و مجهول المقدار بثمان المتيقن منه، فإنّ ذلك كلّه مرغوب فيه عند العقلاء، مع إطباق كلماتهم و إطلاق عباراتهم في كونه غررا منهيا عنه، إلّا أن يحمل كلامه على الاجتناب الراجح (١) باعتبار الجهل به في نفسه لا- الفعلي المرغوب فيه أحيانا لجهه خاصه به، و لا عبره بمسامحه العرف في بعض المقامات و إقدام العقلاء عليه أحيانا، و لذا لا يغتفر شرعا في مده الخيار الجهل و لو بساعه و ساعتين المعلل عندهم بنفي الغرر، مع أن العرف لا يدأقون في مثل تلك الجهالات غالبا.

و ربما يظهر من بعضهم أنّ الجهاله التي لا يرجع الأمر معها غالبا إلى التشاّخ، بحيث يكون النادر كالمعدوم لا- يعدّ غررا، كتفاوت المكاييل و الموازين، و هو- أيضا- لا يخلو عن إجمال و إبهام.

و التحقيق: أنّ معيار الغرر في العرف هو الخطر الذي يجتنب عنه مطّردا أو غالبا كان خلافا نادرا في حكم المعدوم، فلا عبره بمجرد المسامحه في بعض المقامات لجهه عارضه شخصيه.

و توضيح ذلك: أنّ تسامح العرف بالجهل على وجوه:

أحدها: أن يكون متعلقه أمرا يسيرا لا يتعلّق به قصد يقيني به، و لا يترتب عليها فائده معتده كتفاوت الكيل و الوزن.

١- في الأصل الرابع و هو تصحيف ظاهرا.

ص: ٣٠٥

و ثانيها: أن يكون مما يتعدّر أو يتعسّر معرفته إلّا نادرا، فلا يعتبرها العرف في معاملاتهم و مكاسبهم، كتفاوت أساس الجدران و بواطن العمارات في كونها من الطين أو الجصّ و الساروج، و أعماق منابت الأشجار و البساتين في كونها حجرا أو ترابا.

و ثالثها: أن يكون التسامح دائرا مدار عدم فائده مهمه، و هذا يختلف باختلاف الأغراض و المصالح، كتفاوت يوم- بل ساعه- في اختلاف مدّه الخيار، فقد يدأقون فيه بملاحظه لزوم البيع و عدمه به و المتسامح به المغتفر في الشرع، فهو الأولان دون الأخير، لما عرفت. و من ذلك اتّفاقهم على اشتراط تعيين مدّه الخيار، بحيث لا يحتمل زياده و لا نقيصه و لو بزمان قليل تمسّكا بنفي الغرر.

البحث الثاني: كما أنّ الغرر يحصل في البيع الجزئي الشخصي،

يحصل في الكلّي - أيضا- إذا كان مبهما في أنواعه و أقسامه و أفراده المختلفه قيمه أو صفه يختلف بها الأغراض و الفوائد، فيفسد به البيع، كما صرّح به غير واحد، لعموم الدليل.

فإن قلت: الكلّي الطبيعي إذا كان متعيّنا بمفهومه فمشخصاته النوعيه أو الفرديه غير داخله في المبيع، فلا يحصل بعدم تعينها الغرر في البيع، و لزوم التخصص بواحد فيها عند الإقباض من باب المقدمه، و هي على اختيار البائع، و إلّا لم يصحّ بيع الكلّي مطلقا.

قلت: المبيع الكلّي و إن كان متعيّنا في نفسه، إلّا أنّ تعلق القصد ببيعه و شرائه لا ينفكّ عن تعينه بمشخصاته الخارجيه المقومه لوجوده الخارجيّ، ضروره أنّ الموجود الخارجيّ هو مقصود المتبايعين بالمعاوضه حقيقه، فلا يتسامح بتفاوته الفاحش لسائر أفراد الكلّي، و إن كان بحسب الدلاله اللفظيه مدلولا تبعا، فيصدق عليه الغرر و الخطر عرفا إذا لم يتعيّن الشخص، كما في بيع فرس كلّي صادق على

ص: ٣٠٦

ما يسوى العشره و ما فوقها إلى مائه و نحوها.

نعم، إذا كانت الكلّي خصوصياته الفرديه متشابهه لا يختلف بها الأغراض و الأوصاف المختلفه بها القيمه و الرغبات يصحّ بيعه بإطلاقه، لانتفاء الخطر، و يكون التعيين - حينئذ- باختيار البائع من باب المقدمه.

البحث الثالث: قد عرفت أنّ صدق الغرر مشروط بثبوت الخطر و الجهل به،

و مجرد الجهل من غير خطر غير كاف في صدقه. نعم، إذا كان الجهل واقعا، بمعنى عدم تعين المبيع في الواقع، كان العقد باطلا و لو مع عدم الخطر، لا لأجل الغرر، بل لعدم إحراز الموضوع و المبيع و عدم تعلق الإنشاء - حينئذ- بمبيع معين، فلا يؤثر العقد في مقتضاه كالمملك في البيع، و تفويض تعيينه بعد العقد إلى اختيار العاقد ينافي سببه العقد المستقلّ بأدلته.

لا يقال: إنّ مفهوم أحدهما الصادق على كلّ واحد معيّن منهما أمر كلّي متعيّن في نفسه، فصحّ بيعه كسائر الكليات.

لأننا نقول: الخصوصيه غير داخله في بيع الكلّي، بخلاف محلّ الفرض، فإنّها داخله فيه مردّده بين فردين مبهمين.

و صرّح بذلك المحقق الثاني في شرح قوله في القواعد: و لو قال: بعتك صاعا من هذه الصيعان مما يتماثل أجزاءه صحّ. و لو فرّق الصيعان و قال: بعتك أحدهما لم يصحّ. و الفرق بين هذين الصورتين: أنّ المبيع في الثانيه واحد من الصيعان المتميزه

المتشخصه غير معيّن، فيكون تعيينه مشتملا على الغرر، و في الأولى المبيع أمر كلى غير متشخص ولا متميّز بنفسه يتشخص بكل واحد من صيعان الصبره و يؤخذ به.

و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين، و لو باع ربعا قبل القسمة

ص: ٣٠٧

صحّ، و نزل على واحد منها مشاعا، لأنّه - حينئذ - أمر كلى.

فإن قلت: المبيع في الأولى - أيضا - أمر كلى. قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصه منها، فهو بحسب صوره العبارة يشبه الأمر الكلى، و بحسب الواقع جزئى غير متعین و لا معلوم، و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلا على شخص منها غير معلوم، و لو أنه قال: بعتك صاعا من هذه، شائعا في جملتها، لحكمنا بالصحة.

انتهى.

و هو في غايه الجوده، إلّا أنّ جعله الصوره الثانيه من الغرر - مطلقا - ليس في محله، بل لما أشرنا إليه من إبهام الموضوع.

البحث الرابع: و حيث علمت أن مناط الخطر و الجهل بالضرر في الغرر إنما هو من حيث المعامله و المعاوضه

و إن كان مأمونا عنه بحسب الخارج، يتضح لك أن اشتراط الخيار في مجهول الصفه الذى لم يبتن العقد فيه على الوصف لا ينتفى به الغرر، كما هو ظاهر كلماتهم، فيبطل به البيع و إن كان ضرره مجبورا بالخيار، و لا يلام عليه عرفا. و مثله الخيار بعد ظهور العجز عن تسليم المبيع و الانفساخ بالتلف قبل القبض، فلا يدفع بهما الغرر المبطل.

و توهم سقوطه بالخيار و عدم لوم العرف بعد اطلاعهم على الحكم الشرعى اللاحق للبيع من ضمان البائع و عدم التسلط على مطالبه الثمن، مدفوع، بأنّه حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى لم يكن فى نفسه غررا، و لا يندفع به الغرر الذاتى المشتمل عليه البيع، و لذا لا يصحّ شرط عدم هذا الخيار، و لا يصحّ الإلزام (١).

١- الالتزام (خ).

ص: ٣٠٨

بالخطر و الضرر الغررى، كما فى بيع الضال، و كلما لا يقدر على تسليمه.

و يظهر - أيضا - عدم انتفاء الغرر بوجود مصلحه أخرى فى بيع المجهول الجابر لخطره و ضرره على تقدير وجوده.

و كذا يظهر عدم الغرر فى مجهول القيمه، فلا يبطل به البيع، لعدم كونه متعلقا للبيع كما مرّ، و الضرر الحاصل متبعضا بها يجبر

بختيار الغبن بعد ظهوره، وكذا عدم الغرر في مجهول الوصف مع البناء على الوصف في البيع، فيجبر بالخيار- أيضا- بعد ظهور المخالفه، لأن متعلق البيع متعين- حينئذ- لا جهاله فيه من حيث كونه مبيعا.

البحث الخامس: هل يلحق بالبيع في بطلانه بالغرر غيره من عقود المعاوضات؟

اشاره

فيه وجهان: من عموم أدلتها الدالّة على صحّتها واختصاص الغرر المنفّى في الخبر بالبيع، و من أنّ الدائر في ألسنه الأصحاب و كلماتهم نفى الغرر على سبيل الإطلاق من غير اختصاص بالبيع، و به يستدلّون على اشتراط تعيين العوض و المده في الإجاره و المزارعه و الجعالة و غيرها. بل قد ترسل في كلماتهم عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْغُرْرِ، وَ قَدْ بَحَثُوا بِالْخُصُوصِ عَنِ الْخِلَافِ فِي ذَلِكَ فِي الصَّلْحِ، وَ لَعَلَّهُ إِشْعَارُ بَعْدِ الْخِلَافِ فِي غَيْرِهِ وَ اخْتِصَاصُهُ بِهِ، لَكُونَهُ أَوْسَعُ مِنْ غَيْرِهِ.

و لا إشكال في بطلانه إذا كان الجهل واقعا كصلح أحد الحقّين أو أحد العبدین و إن لم يكن فيه غرر كما مرّ، سواء كان فيه خطر أم لا. و أمّا إذا كان الجهل ظاهريا و عند المصطلحين أو أحدهما فما وقع عليه الصلح و كان من الحقوق السابقه، و تعدّر العلم به فلا خلاف ظاهرا- تحقيقا و نقلا- في صحّته وقوعه مورد الصلح ظاهرا و باطنا مع استحقاق المدعى و ظاهرا خاصه مع كونه مبطلا، سواء كان

ص: ٣٠٩

المجهول المصالح عنه أو المصالح به أو كلاهما، و يدلّ عليه عمومات الصلح و الوفاء و التجاره.

و عن التذكرة: الإشكال فيما كان المصالح به مجهولا. و لعلّه في غير مقام التجاذب، بل صدق الغرر عرفا مع تعدّر العلم مشكل، و كذا إذا تعسّر العلم أو لم يمكن العلم في الحال مع الحاجة الحاليه في قطع الدعوى، كما عن صريح الشهيدین، لعمومات الصلح بل نفى الغرر، و في بعض المعتبره ما يدلّ عليه أيضا، كالمروى في الرجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، لك ما عندك ولى ما عندى، فقال: «لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت به أنفسهما» (١) و هو بإطلاقه يعمّ الدين، بل لعلّه فيه أظهر من العين، و ظاهر أنه لا- يستقيم ذلك في العين إلّا بالصلح، مضافا إلى ما في الصحيح في الرجل يكون عليه الشىء فيصالح، فقال: «إذا كان بطيب نفس من صاحبه فلا بأس» (٢).

و إن أمكن المعرفة بالفعل من غير عسر، ففيه إشكال، من إطلاق أدلّه الصلح المقتضى للصّحه، منها الخبر المتقدّم، و من لزوم الغرر.

و لا يبعد ترجيح الأوّل، كما صرّح به بعض المحقّقين، لعدم انصراف إطلاق كلماتهم في نفى الغرر إلى الدعوى القديمه، سيما بملاحظه تصريحهم بالصّحه عند تعدّر العلم أو الحاجة، مع أنّهم لا يفرّقون في البطلان بينهما في غير ذلك، و ضعف إطلاق المرسل في المورد مع عدم الجابر.

و إن كان مورد الصلح ابتدائيا، سواء كان العوضين معا كصلح قبه من الحنطه

١- وسائل الشيعة ١٨: ٤٤٥، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الرواية ٢٤٠١٢.

٢- نفس المصدر: الرواية ٢٤٠١٤.

ص: ٣١٠

مجهول القدر بقبه مجهوله من الحمص، أو أحدهما كالصلح من دعوى حق سابق بقبه مجهوله، ففي اشتراط معلوميه ما وقع عليه الصلح الابتدائي وجهان، و أقوالهم فيه مختلفه، بل بظاها متدافعه، فإنك تراهم يحكمون بصحة الصلح الابتدائي في المجهول الذي لا يجوزونه في البيع، كالصلح عن لبن غنم في مدّه معلومه بغير اللبن و البعض فعلا كما أفتى به الشيخ، مع أنه غير معلوم المقدار، سيما إذا كانت المده طويله تختلف مقاديره في أحيانها.

و مال إليه الشهيد في الدروس، حاكيا عن الحلّي المنع عنه، و جوّز فيه أيضا الصلح على سقى زرعه أو استيجاره بشرط معلوميه المدّه، و الصلح عن إبقاء أغصان شجره و أصوله في ملك الغير بعوض معيّن، مع أنّه يختلف في إحاطه هواء صاحب الأرض بحسب قوّه نمائه و عدمها.

و قال العلّامة في الإرشاد: و يصحّ الصلح على الإقرار و الإنكار ما لم يغيّر المشروع، و مع علم المصطلحين و جهلها بقدر المال المتنازع عليه دينا كان أو عينا، لا ما وقع عليه الصلح، و يكفي المشاهده في الموزون، و هو ظاهر في عدم تجويزه الجهاله في وجه المصالحه.

و قال المحقق الأردبيلي في شرحه: «و أمّا معلوميه ما يقع عليه الصلح، فالظاهر أنّه لا نزاع فيه إذا لم يكن هو مما يصالح عنه، مثل ما تقدّم في صحيحتي محمد و منصور، لأنّه طرف لعقد مقدور المعلوميه فلا بدّ أن يكون معلوما ليندفع به الغرر كما في سائر العقود» قال: «و لكن الظاهر أنّه يكفي العلم في الجملة إمّا بوصفه أو مشاهدته و لا- يحتاج إلى الكيل و الوزن و معرفه أجزاء الكرباس و القماش و الثياب و ذوق المذوقات و غير ذلك مما هو معتبر في البيع و نحوه للأصل و عدم دليل واضح على ذلك و عموم أدله الصلح المتقدّمه، و لأنّ الصلح شرّع للسهوله و الإرفاق بالناس

ص: ٣١١

لتسهيل إبراء ذمتهم، فلا- يناسبه الضيق، و لأنّه مبنيّ على المسامحه و المساهله، و إليه أشار بقوله: (و يكفي المشاهده في الموزون)، و إن خالف فيه البعض، قال في الدروس: و الأصحّ أنه يشترط العلم في العوض إذا أمكن و قال في موضع آخر: و لو تعذر العلم بما صولح عليه جاز، إلى قوله: و لو كان تعذر العلم لعدم المكيال و الميزان في الحال، و مساس الحاجه إلى الانتقال، فالأقرب الجواز. و هو مختار شارح الشرائع أيضا، و لا نعرف له دليلا، و ما تقدّم ينفيه، و يؤيده التجويز عند التعذر، فإنّ ذلك لا يجوز في البيع عندهم، فتأمل». انتهى كلام الأردبيلي (١).

قوله: إذا لم يكن هو مما يصالح عنه، مثل ما تقدّم في صحيحتي محمد و منصور، مراده: الحقّ السابق المجهول، كما هو مورد الصحيحين، و عرفت أنّه لا إشكال و لا خلاف ظاهرا في صحّ الصلح عنه، و إلّا فلا فرق في الصلح الابتدائي بين المصالح عنه و

المصالح به.

ثم أقول: الظاهر من تتبع كلمات الفقهاء و صريح المحقق المذكور في عدم الخلاف و عدم تخصيصهم اشتراط تعيين المدّ بالبيع و أمثال ذلك عدم الخلاف منهم في اشتراط العلم في الجملة في الصلح الابتدائي، و بطلانه بالجهل المطلق، و إن اختلفوا في حدّ العلم المشروط فيه.

و سمعت من الشهيد، اشتراطه على حدّ البيع، إلّا إذا تعدّر، مع مسيس الحاجه في الحال، فهو الدليل عليه، مضافا إلى نفى الغرر المطلق فيما قد يرسل عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم، المنجبر في المورد بالشهره المذكوره لو لا الإجماع المخصّص لعمومات الصلح، لوروده عليها كورود دليل نفى الضرر على أدله المباحات الشرعيه.

و تجويز الشيخ و غيره الصلح عن لبن الغنم في مده معلومه مع جهاله مقداره و لو

١- مجمع الفائده و البرهان ٩: ٣٣٨.

ص: ٣١٢

بالمشاهده و إبقاء الأغصان و نماءها في هواء الغير و أمثال ذلك، فليس من المجهول المطلق من قبيل الصلح عن لبن عشره أغنام من قطيعه غنم، و ما أظنّ أن يجوّزه أحد، بل هو مما يناط بالاستعداد و القوه الممكنه معرفتها بالعرف و لو تقريبا، كمعالميه قوه الشجره في الأرض المستأجره.

و أما اشتراط العلم التفصيلي كما في البيع، فلا دليل عليه و إن تمكّن عن تحصيله، لضعف المرسل المزبور، و عدم الجابر له في المقام، و عدم الإجماع لو لا- على خلافه، فيتعيّن العمل بعمومات الصلح و نحوها، و خصوصا الأخبار الخاصه الشامله لمحلّ الفرض كما صرّح به جمع من المحقّقين.

فرعان:

الأول: هل يصحّ الصلح عما يملك مع جهل المصطلحين أو أحدهما بقدره أو جنسه أو صفته كما قد تداول بين الناس أم لا.

مقتضى ما ذكرنا من اشتراط العلم الإجمالي و إن كان الثاني، إلّا أنّ الظاهر كونه في غير مقام المحاباه، إذ لا- دليل على الا- اشتراط- حينئذ- مخصّص لعمومات الصلح و الأخبار الخاصه المشار إليها، بل عدم صدق الغرر العرفي- حينئذ- و إن قلنا ببطلانه في البيع للإجماع، بل صدق الغرر فيه بالخصوص لوضعه على المعاوضه المحضه و التبادل المبني على التعادل، و أما في غير مقام المساهله و المحاباه، فالظاهر عدم الصحه، كصلح ما في الصندوق بما قصد به المعاوضه الماليه.

الثاني: هل يلحق بالصلح الشرط الواقع في قيمته، فدار مداره في الصحه كما في فساده أم لا؟

فيه وجهان: من كونه تابعا له، بل هو على ما اشتهر في ألسن الفقهاء قسط من العوض، فحكمه في ذلك حكمه، و من إطلاق

المشترطه و لو فى ضمن الصلح المحتمل لتلك الجهالات.

و الأشبه البطلان، لأن الشرط و إن كان فى حكم قسط من العوض الذى ربما يفتقر فيه الغرر، إلّا أنّه بنفسه معامله شرعيه غير تابع فى جميع أحكامه للعقد المشترط فى ضمنه، و لا- هو شرع للسهوله و الإرفاق، فيلاحظ فيه بنفسه الغرر كسائر المعاوضات الممنوعه عنه، لإطلاق الروايه النافيه الجابر فى المورد بإطلاق كلماتهم.

و مسامحه العرف فى عدم تعيين فرد من موارد الشرط لا يقتضى الأطراد، بل قد يتفق وقوعه مثارا للتشاجر المؤدى إلى الفساد، و إن كان المشروط صلحا عن الحقّ السابق أو مبتيا على المحاباه، فتأمل جيدا و لا تترك الاحتياط.

تتميم: و حيث علمت أنّ دليل عموم المنع عن الغرر فيما يمنع هو الإجماع،

و المرسل المطلق فيما حصل فيه الانجبار، فيلاحظ ذلك فى غير الصلح من عقود المعاوضات، فكلّ معامله غرريه دلّ على المنع فيه أحدهما بطل، و لعلّ الشهره متحققه فى أكثرها، و إلّا فإن كانت معامله ممّا اقتضى شرعيته دليل يعمّه يحكم بصحتها، و إلّا بفساده، عملا بالأصل.

مشارك فى نبد من مهمات مباحث الخيارات و معضلاتها

[المشرق السادس عشر] [فى خيار المجلس]

إشاره

مشرق: من الخيارات خيار المجلس، أى موضع العقد، و يختصّ بالبيع، و يرتفع بانقضائه، و انعقد عليه الإجماع، إلّا فيما استثنى، كالبيع المنعق على المشتري.

و مع ذلك فالنصوص به مستفيضه، كالمتمضمّن لقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» (١).

و فى بعضها: «إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (٢).

«و المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (٣).

و قوله عليه السلام: «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا، فَهَمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا، فَإِذَا افْتَرَقَا فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ» (٤).

ثم لا إشكال في ثبوت الخيار إذا كان المالكان متبايعين، و أما إذا باع وكيلهما،

١- وسائل الشيعة ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الرواية ٢٣٠١١؛ الكافي ٥: ١٧٠.

٢- نفس المصدر ١٨: ٦، الباب ١، الرواية ٢٣٠١٤؛ الكافي ٥: ١٧٠.

٣- نفس المصدر ١٨: ١٠، الباب ٣، الرواية ٢٣٠٢٥؛ التهذيب ٧: ٢٣.

٤- نفس المصدر ١٨: ٦، الباب ١، الرواية ٢٣٠١٤؛ الكافي ٥: ١٧٠.

ص: ٣١٦

فهل يكون الخيار لهما، أو للمالكين، أو للجميع، أو ليس لأحدهم؟ فيه أقوال، و منشأ الخلاف غالباً، الاختلاف في مصداق المتبايعين، هل هما الوكيلان اللذان أجرى منهما العقد، أو المالكان.

و لعلّ الخلاف فيما اجتمع الجميع في المجلس، و إلّا فلا خلاف ظاهراً في عدم ثبوته للمالكين عند غيابهما، لقوله عليه السلام: «حتى يفترقا» المستلزم للاجتماع.

و قد يقال: الخيار تابع للملكية، و إرفاق للمالك، و لا حقّ لو كُيِّلَ مجرد العقد حتى كان له الخيار أصاله إلّا بتوكيل المالك، فهذا قرينه لإرادته المالكين من المتبايعين، و إن قلنا بكون البائع حقيقه مجرى العقد، غايه الأمر اشتراط حضورهما، لظاهر النصوص.

و لا يخفى أنّ مقتضى ذلك نفى الخيار عن الوكيل، لا إثباته للمالك، مع عدم تلبسه بالعقد، و تسليم ظهور البائع في المتلبس.

و التحقيق أنّ ما يمكن إرادته من البائع أحد المعاني الأربعة:

الأول: العاقد من حيث تلبسه بالصيغه.

الثاني: المالك من حيث كونه مالكا.

الثالث: من بيده البيع، و دار على مشيئته أمره، وجوداً و عدماً و بقاء و زوالاً، سواء كان بالملك أو الولاية أو الوكاله المطلقه المستقله، نظير العامل في المضاربه.

الرابع: من له الوكاله في مجرد المعاوضه، و لو مع تعيين الثمن و المثلن، و توكيل الغير في إجراء العقد، كما إذا قال: اشتر لي فرساً (١).

ثمّ الظاهر: عدم كون الأوّل مراداً، بل لعلّه لا ينصرف لفظ البائع إليه، لظهوره فيمن له سلطنه النقل الشرعيّ، و مجرد التلفظ بالعقد

١- كذا.

ص: ٣١٧

فيه، و إنما هو من قبيل الآله دون المؤثر، كالقلم للكاتب و المنشار للتجار، فلا ينسب الفعل المؤثر للانتقال الشرعي إليه، كما لا ينسب المكتوب إلى القلم و هيئه السرير إلى المنشار إلا توسعا، و يرشد بذلك ملاحظه بعض أخبار الباب المقترن هذا الخيار فيه بخيار الحيوان الذي ليس للعاقده قطعا.

و كذا الثاني، لأن مجرد المالكه الصادقه على مثل المولى عليه و المفلس، لا يوجب ملك البيع الذي يناط به - بحكم التبادر - صدق البائع.

و من هذا يظهر بعد إرادته الرابع أيضا، لعدم استقلال الوكيل بالمعنى المذكور فى البيع، مع أن الخيار لو كان له، فالظاهر كونه من باب النيابة أيضا، إذ لا سلطنه له فيه من حيث نفسه. و كون تلك النيابة تابعه لنيابه البيع ممنوع جدا.

فتعين المعنى الثالث، فإن الظاهر صدق البائع عليه، و إن لم يجر الصيغه، فإن من بيده زمام البيع، و على اختياره أمره و تعيينه و القبض و الإعطاء و نحوها، فهو قائم مقام المالك المتصرف، فى صدق ما يصدق عليه من النقل عرفا، و أما بدون ذلك فيشكل صدقه، كما صرح به والدى العلامه (١). و لذا لا يقال لمن كان ماله بيد عامله فى بلد آخر و يبيع و يشتري، أنه باع ملكه و اشتراه، بل ينسب البيع و الشراء إلى العامل، و يتبادر هو من البائع، و إن لم يجر الصيغه و وكل غيره فيه. فالمناط فى الصدق العرفي، السلطنه فى التصرف فى النقل و الانتقال و الرد و الإبقاء و غيرها، سواء كان مالكا أو وكيلا أو وليا.

نعم، يشترط اجتماعهما فى المجلس، لما مرّ، و معه لا - خيار للمالك، و إن حضر المجلس، لاستقرار الأمر على يده خاصة، و المالك - حينئذ - فى حكم الأجنبي.

ثم إنه ليس للمالكين فيما ليس لهما الخيار، توكيل العاقد من قبل العقد أو بعده

١- مستند الشيعة ١٤: ٣٦٦.

ص: ٣١٨

فى الفسخ، لأنه فرع ثبوت الخيار لهما.

تتميم: يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: اشتراط عدمه فى ضمن العقد.

و لا خلاف فيه ظاهر. و عن الغنيه (١):

الإجماع عليه، لعموم أدله الشرط.

و اعترض على الاستدلال بها، أولاً: بمعارضتها لأدله الخيار، و ثانياً: بكون هذا الشرط مخالفاً للسنة، فيدخل فيما استثني من الشروط. و ثالثاً: بكونه خلاف مقتضى العقد، أعني الخيار. و رابعاً: باستلزامه الدور، لتوقف لزوم الشرط على لزوم العقد، فيدور على العكس. و خامساً: بأنه إسقاط ما لم يجب، إذ لا خيار قبل تمام البيع. نقل هذا عن بعض الشافعية.

و الجواب عن الأول: ما مرّ في بحث الشرط، من أنه ليس هذا من التعارض، بل من باب السببيه الطاريه المزيله للخيار.

و منه يظهر ما في الثاني: فإن مقتضى السنة، التسلط على الفسخ عند الإطلاق، و هو لا ينافي إلزام عدم الفسخ على نفسه، لشرط الذي هو من الأسباب الشرعيه الوارده عليه.

و عن الثالث: بما حققناه في البحث المذكور أيضاً، من أن الممنوع الشرط المنافي لماهية العقد أو لازمه الذي علم من الشرع عدم انفكاكه عنه بالأسباب الملحقه، بل كان في حكم الجزء.

و عن الرابع: بأن لزوم الشرط ينافي بقاء العقد على الجواز، حيث إنهما لا يجتمعان، و هذا إذا كان متعلق الشرط غير نفس اللزوم، و أمّا إذا كان نفس اللزوم

١- غنيه النزوع ١: ٢١٧.

ص: ٣١٩

الثابت وجوب الوفاء به بأدلته، فلا يبقى الجواز الذي ينافيه، فلا دور.

و عن الخامس: بأن فائده الشرط إبطال المقتضى، لا إثبات الموانع بعد تمام العله، كما هو حال أكثر الشروط.

و ثانياً: الإسقاط بعد العقد،

اتفاقاً له، و لعموم العله في بعض أخبار خيار الحيوان، بقوله: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه، فذلك رضا منه، فلا شرط له» (١).

و يمكن الاستدلال عليه- أيضاً- بأن صحه إسقاطه و الالتزام به بالشرط يقتضى جوازه له و تسلطه عليه، و الإسقاط تستلزم السقوط، فلا يعود لمنافاه بقائه للإسقاط. و بالجمله بعد ملاحظه أمثال ذلك و الإحاطه على أقوال العلماء و سيرهم، لا يبقى شبهه في أنه من الحقوق القابله لإسقاطها من ذى الحق، لا من الأحكام، فيصح وقوعه مورد الشرط و الصلح عليه، بما دلّ عليهما و تقتضيه القاعده المسلمه، من أن لكل ذى حق إسقاط حقه.

و ثالثها: التصرف على النحو الآتي في خيار الحيوان.

ذكره جمع من أعيان الأصحاب، بل عن المتأخرين اتفقهم عليه، لعموم العله المشار إليها.

و رابعها: افتراق المتبايعين،

و إن لم يظهر منه رضاهما بالبيع، بما يسمّى افتراقاً، و ربما يعبر عنه بخطوه و لو لإحدهما. و في بعض المعتمده ما يدلّ عليه بالخصوص، لإطلاق الأدله. و لا اعتبار بافتراق لا عن اختيار، لظهور الفعل المستند إلى الفاعل في كونه بالاختيار.

نعم، الإكراه بالاختيار لا ينافيه، فمع عدم المنع من التخاير يقوى السقوط. و أما

١- وسائل الشيعه ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٣٣؛ الكافي ٥:

ص: ٣٢٠

مع المنع منه ففيه إشكال، و لعل عدمه أقوى.

و تفصيل فروع المسأله، كسقوط خيارهما بإكراه أحدهما و عدمه، و امتداد الخيار بامتداد المجلس، فخيارهما لا يسقط (١)، أو كونه على الفور، و غير ذلك ليس مما نقصده هنا، بل هو موكول إلى كتب الفقه.

١- في الأصل: فهما لا يسقط.

ص: ٣٢١

[المشرق السابع عشر] [في خيار الحيوان]

إشارة

مشرق: و منها خيار الحيوان: و هو ثابت في كل ذى حياه، حتى الجراد و الزنبور و العلق و السمك و دود القز و نحوها، ثلاثه أيام إجماعاً.

و في اختصاصه بالمبيع المعين، أو شموله للكلى الذى فى الذمه و جهان: من أنّ المنساق من الإطلاقات و المناسب للحكمه التى ذكرها فى التذكرة (١)، و هى كون الخيار للإطلاع على خفايا الحيوان، الأوّل، و من إطلاق النصوص و الفتاوى الشامله للقسمين.

و المشهور اختصاصه بالمشتري. و عن الغنيه (٢) الإجماع عليه اقتصاراً فى الخروج من عموم الوفاء بالعقود الدال على اللزوم، مما ليس فيه خيار المجلس و ما فيه، بعدم القول بالفصل، بالقدر المتيقن، و استناداً إلى ظهور النصوص فى الاختصاص، كصحيحه

الفضيل، قال: قلت: ما الشرط في الحيوان؟ قال: « [إلى] ثلاثه أيام للمشتري». قلت: و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما

١- تذكره الفقهاء ١: ٥٩١.

٢- غنيه النزوع ١: ٢١٩.

ص: ٣٢٢

لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا (١) [منهما].».

و التعميم للخيار في غير الحيوان فيها بالنسبه إلى المتبايعين، و التخصيص في الحيوان بالمشتري، كالنص في الاختصاص. مع أنّ القيد مع إطلاق الحكم فيما ليس فيه نكته جليه قبيح.

و نحوها سائر الأخبار من الصحاح و غيرها. بل في صحيحه ابن رثاب، المرويه في قرب الإسناد (٢)، التصريح بنفيه عن البائع، خلافا للسيد المرتضى (٣)، و المحكّي عن ابن طاوس (٤)، فثبوتها للبائع أيضا.

و عن الانتصار (٥): الإجماع عليه، لصحيحه ابن مسلم (٦): «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا»، و المحكّي عن جماعه من المتأخرين، فثبوتها لمن انتقل إليه الحيوان ثمنا أو مئنا، لعموم صحيحه محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام».

أقول: مقتضى الصحيحه الأخيره، أنه لو كان العوضان حيوانين، كان لهما الخيار. و دعوى ظهورها في اتحاد صاحب الحيوان، فيتعين المشتري لكونه المتيقن، ممنوعه، لظهور المفرد المضاف في العموم الجنسي، مضافا إلى أنه يتعين المشتري فيما فرض كون الثمن حيوانا. و كذا الاعتراض بمعارضتها للأخبار

١- الكافي ٥: ١٧٠؛ التهذيب ٧: ٢٤؛ وسائل الشيعه ١٨: ٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠١١.

٢- قرب الإسناد: ٢٤١.

٣- الانتصار: ٢٠٧.

٤- لم نقف عليه و لكن حكاه عنه الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧.

٥- الانتصار: ٤٣٣.

٦- وسائل الشيعه ١٨: ١٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٢٥.

ص: ٣٢٣

المستفيضه المشار إليها، الظاهره بالتقريب المتقدم في اختصاص الخيار بالمشتري، الراجحه عليها بالأكثرية و الأشهرية، بل الأصرحيه، بملاحظه ما في موثقه ابن فضال، من تقييدها الحيوان بكونه للمشتري، لظهورها بحكم الغلبه في كون صاحب

الحيوان المشتري، خصوصاً بما لحظه الصحيحه المثبتة لصاحب الحيوان، و الموثقه المصرحه بكون المشتري صاحب الحيوان، بل نقول: لو لا- تنزيل الموثقه على مورد الغالب، مع دعوى اختصاص الخيار فيه بصاحب الحيوان المشتري، لزم نفيه رأساً، حيث لم يكن هو صاحب الحيوان، بل كان الثمن حيواناً، و هو إحداث قول حادث.

مضافاً إلى إمكان دعوى ظهور سياق الأخبار المتقدمه المثبتة للمشتري، في كون جهه الخيار انتقال الحيوان إليه، لا مجرد كونه مشترياً. و بهذا يظهر ضعف القول المشهور، مضافاً إلى تعارض أخباره الصحيحه.

و أما القول الثانى، فمع ندره قائله، يضعف بأن إطلاق قوله: «المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام» منساق إلى بيان مده الخيار، في مقابل خيار المجلس، فشموله لجميع موارد الإطلاق غير ظاهر، بل غايته الدلاله على الخيار لهما في الجملة، الذى يتحصّل ثبوته لهما، فيما كانا كلاهما صاحبي الحيوان، أو هو خاصه صاحبه، فلا ينافى القول الثالث. نعم ينافى القول الأول، لاقتضائه عدم بقاء مورد لخيار البائع أصلاً، مضافاً إلى أنّ تلك الصحيحه أعمّ مطلقاً من الصحيحه الأخيره، فيخصّص بها. و إذن، فالأظهر القول الثالث، و إن كان الأسلم رعايه الاحتياط، بملاحظه عمومات اللزوم و غيرها.

تميمات:

الأول: مدّه هذا الخيار مقدار ساعات ثلاثه أيام من النهار و لو ملقاً،

للتبادر، كما

ص: ٣٢٤

في نظائره، و يتبعها الليالى المتوسّطه و ليله العقد، لا لاستعمال اليوم فيما يتركب منهما في النصوص، حتى يلزم اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد عند صدور العقد أول النهار، بل للإجماع على عدم انقطاع الخيار بالليل في خلال الأيام الثلاثه، و اتصاله بالعقد.

الثانى: يسقط هذا الخيار - أيضاً - بالشرط، و لو بالنسبه إلى بعضه،

و بالإسقاط بعد العقد، و بالتصرّف في الحيوان إجماعاً في الجملة، مضافاً إلى النصوص، ففي صحيحه ابن رثاب (١): «و إن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثه أيام، فذلك رضا منه، و لا شرط له، قيل: و ما الحدث؟ قال: «أن لامس أو قبل أو نظر إلى ما كان محرّماً عليه قبل الشراء».

و صحيحه الصفار (٢)، كتبت إلى أبى محمد عليه السّلام في الرجل اشترى دابّه من رجل، فأحدث فيها من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، له أن يردها في ثلاثه الأيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدثها، أو الركوب الذى يركبها، فوقع عليه السّلام: «إذا حدث فيها حدث فقد وجب الشراء إن شاء الله، و في الصحيحه المرويه في قرب الإسناد (٣)، قلت: أ رأيت إن قبلها المشتري أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع.

و هل التصرف المسقط مطلقه أى كلّمًا لا- يجوز لغير المالك إلّا برضاه، فيعمّ الدال على الرضا باللزوم و غيره، كما هو ظاهر إطلاق أكثر الفتاوى و صريح التذكرة (٤) فى

١- وسائل الشيعه ١٨: ١٣، الباب ٤ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٢٣؛ الكافى ٥:

٢- نفس المصدر.

٣- قرب الإسناد: ٢٦١.

٤- تذكرة الفقهاء ١: ٥١٩.

ص: ٣٢٥

بيان تصرف المسقط للردّ بالعيب الذى هو مع ما فى المقام من باب واحد، حيث جعل استخدامه بشىء خفيف مثل: اسقنى، أو ناولنى الثوب، أو أغلق الباب، مسقطا للردّ. و ضعّف قول الشافعى بعدم المنع من الرد، معللاً بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك، بأنّ مطلق التصرف مسقط، تعليلاً له فى موضع آخر بأنّه استعمال و انتفاع.

أو المسقط التصرف الدال على الرضا باللزوم فعلاً و شخصاً، كما عن الدروس (١) و ظاهر بعض كلمات الآخرين أو نوعاً، بمعنى اختصاص التصرف المسقط بما دلّ بنوعه غالباً على التزام العقد، و إن لم يدلّ فى شخص المقام، مقيداً بعدم قرينه يوجب صرفه عن الدلاله، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار أو اشتباهاً بعين أخرى. صرح به بعض أفاضل من عاصرناه. أو مطلق التصرف الذى كان لمصلحه نفسه دون ما للاختبار أو الحفظ، كما عن المحقّق (٢) و الشهيد الثانى (٣). و ربما يظهر من الأوّل التردّد فى مورد الاستثناء و فى التعدّى عنه.

و منشأ الخلاف و وقوع الاختلاف فى مفاد الأخبار.

من إطلاق لفظ الحدث المنوط به الحكم فى الصحاح المتقدّمه الشامل لجميع التصرفات، سيما بملاحظه الأمثله المذكوره فيها الدالّه على الرضا بمطلق الملك دون اللزوم كلمس الجارىه و نحوه، و خصوصاً ما فى صحيحه ابن رثاب، من التفسير بما كان محرماً عليه قبل الشراء، فيفيد كون السقوط بالتصرف حكماً شرعياً تعدياً، و إن لم يكن التزاماً عرفاً.

١- الدروس الشرعيه: ٣/٢٧٢.

٢- جامع المقاصد ٤: ٢٩١.

٣- مسالك الأفهام ٣: ٢٠٠.

ص: ٣٢٦

و من ظهور التعليل فى صحيحه بأن ذلك رضى منه فى تقييد إطلاق الحكم بما دلّ عليه، كما فى قوله: لا تأكل الرمان لأنّه حامض، نظراً إلى بعد كونه من باب إبداء الحكمه التى لا- يجب فيها الاطراد، بل ظهوره فى العليه المتعيّنه (١)، فيفيد إناطه السقوط بما يدلّ على الالتزام.

و من حمل التعليل على الدلاله الذاتيه النوعيه، أى: لو خلى و طبعه، و إن لم يدلّ فى شخص المقام، حذرا عن مخالفه معاهد الإجماع و عموم الأمثله المذكوره فى النصوص و كلمات القوم، فلا يشترط الدلاله على الالتزام الفعلى، إلّا أنّه يجب التقييد بما لا- يدلّ دليل على وقوع التصرف بغير الرضا بالزوم، بل لاختبار و نحوه، كما سمعته ممن أشرنا إليه، نظير حمل الألفاظ على معانيها الحقيقه الظاهره فيها لو خليت و طبعها، فلا يصرف عنها إلّا بدليل.

و عليه حمل قولهم بسقوط الخيار بما أحدث حدثا يدلّ على الرضا، كما صرح به كثير من الفحول، نظرا إلى عدم اقتضاء أكثر الأمثله التى ذكرها هؤلاء الأعلام فى المقام العلم بالرضا الفعلى، فيكون المعتمد عندهم الدلاله النوعيه على الرضا.

و الأقرب عندى، القول الأوّل الموافق لإطلاق كلام الأكثر، و سقوط الخيار بمطلق التصرف الغير المجوّز لغير المالك، كما هو صريح النصّ، إلّا ما تعارف للاختبار فى مقام المساومه قبل العقد الذى يشهد الحال برضى البائع به، لعموم النصوص و إطلاق الحديث. و لا ينافيه التعليل، سيما بملاحظه التمثيل فيه بالتصرّفات الغير الدالّه على الالتزام بوجه، بل غايتها الدلاله على التملك الأعمّ من الزوم، فإنّ التنافى مبنى على جعل متعلّق الرضا بالزوم، و لا دليل عليه، بل إناطه الحكم فيه بمطلق الحدث و تفسيره المذكورات يشهد بخلافه، فالظاهر كون متعلّق

١- فى الأصل كلمه يمكن أن تقرأ هكذا.

ص: ٣٢٧

الرضا الملك، إذ لولاه لما جاز له التصرف، و هو من باب الإمضاء الفعلى للملك بعد العقد اللفظى الدال عليه.

بيان ذلك: أنّ العقد يفيد الملك المطلق الشامل لما يكون للمشتري فسحه و رفع اليد عنه، و لا بقاءه [و] استعمال لوازم الملك و إجراء آثاره و تقبل أحكامه، و التصرف المذكور من آثار الملك، فهو إمضاء فعلى و قبول عملى للملك بعد العقد، فهو التزام بأحد طرفى الخيار، من قطع الملك و إبقائه، و لو فى حال هذا التصرف الذى لا يجوز لغير المالك، فهو ملتزم بالملك، بل لزومه فى يده فى حال هذا التصرف المقصود، فلا يعود التزلزل.

أو نقول: جعل الشارع هذا الالتزام بالملك الذى فسره بالتصرف المحرم على غير المالك قبل العقد مزيلا للخيار، من قبيل إجازة الفضولى التى لا يعود بعدها التزلزل، فالمعيار فى التصرف المسقط للخيار ما لا يجوز لغير المالك إلّا برضاه، و أما ما جاز له و لو بشاهد الحال بإذنه و رضاه من غير جهه الملك، فلا يسقط به، لعدم كونه من آثار الملك، فليس إمضاء له و لا رضى بالملك. و من الثانى: التصرف للحفظ و التعليف مع الضروره و الحاجه، و ما وقع اشتباها بدابه نفسه، و نحو ذلك.

و هل يسقط بعرضه على البيع؟ الأقرب لا، لعدم وقوع التصرف إلّا إذا دلّ على الالتزام بالزوم، فيكون من قبيل إسقاطه الخيار باللفظ.

ص: ٣٢٨

[المشرق الثامن عشر] [في خيار الشرط]**إشارة**

مشرق: و من الخيارات خيار الشرط، أى الثابت بسبب العقد لأحدهما أو لكليهما أو لأجنبي عن أحدهما أو عنهما، مع أحدهما أو معهما.

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: لا خلاف في صحه هذا الشرط في العقود في الجملة،

بل عليه الإجماع، محققاً و محكياً مستفيضاً، لعموم أدله الشرط، كقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» (١).

و ربما استشكل في الاستدلال به، بأنّه من باب شرط حكم يخالف الكتاب و السنه، و يحلّل الحرام، و هما مستثنيان عن أخبار الشروط، لأنّه تسليط على نقض سببيه العقد الثابتة في الشرع.

١- التهذيب ٧: ٣٧١ و ٣: ١٥٠؛ الاستبصار ٣: ٢٣٢، الحديث ٨٣٥؛ وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الرواية ٢٧٠٨١؛ سنن البيهقي ٦: ٧٩ و ٧: ٢٤٩؛ كنز العمال ٤: ٣٦٤؛ بدايه المجتهد ٢: ٢٩٦؛ البحر الزخار ٥: ٧٦، باب الضمان.

ص: ٣٣٠

و يندفع بأنّ هنا أمرين: الأول: قبول العقد للفسخ شرعاً، و قابليته له بالتراضى و التقايل.

الثانى: تراضى المتعاقدين فى العقد على سلطنه أحدهما أو كليهما على الفسخ بمعنى الالتزام بكون أمره بيده، و ما لا يصح الاستدلال عليه بأدله الشرط هو الأول، لأنّه تشريع حكم ليس بجعلهما (١)، فلا- يقع مورد الشرط، كجعل الخيار فى النكاح- إجماعاً- و الوقف- على المشهور- و الإيقاعات، و أما الثانى فحيث علم من الخارج شرعيه التقايل فيه بالتراضى، و صحته بعد العقد، جاز بالشرط الالتزام به بجعله باختيار أحدهما، كما فى أمثال البيع و الإجاره و نحوهما القابله للتقايل.

و الحاصل: أنّ مشروعيه الفسخ لا بدّ له من دليل خارج من أدلّه الشرط، و حيث علم مشروعيه الفسخ فيه بالمراضاه بعد العقد، صحّ التراضى فى العقد بجعله باختيار أحدهما بأدله الشرط.

و من هذا سيظهر أنّ الاستدلال بأدله الشرط على صحه شرط الخيار فى مطلق العقود إلّما ما خرج بدليل، ليس كما ينبغى، لاختلاف العقود فى قابليتها للفسخ بالتقايل، فمنها ما يمتنع فيه شرعاً، كالنكاح و غيره مما أشرنا إليه، فلا يصحّ الشرط فيه، و منها ما ثبت فيه و جاز قطعاً، و منها ما اختلف فيه، كالوقف- على قول- و الصلح المتضمّن لمعنى الإبراء و نحوهما. و لا يصحّ الاستدلال بأدله الشرط فيه أيضاً، إلّا بإثبات (٢) قبوله الفسخ اختياراً.

المسألة الثانية: يشترط في صحة شرط الخيار ضبط المدّة،

فلو تراضيا بمدّه مجهوله بطل، بلا خلاف، بل نقل عليه الإجماع غير واحد، فهو الحجّة. مضافا إلى

١- كذا.

٢- لعلّ الصحيح: أيضا لإثبات قبوله.

ص: ٣٣١

لزوم الغرر و صيروره المعامله غرريه، بل نفس الشرط مع قطع النظر عن غرر المعامله يشمله دليل نفى الغرر أيضا، كما تقدّم.

ولا عبره بمسامحه العرف في بعض المعاملات، كتحديدهم إلى الحصاد و نحوه، إذ ليس هو على الكليّه، ولذا يداقون في مقام الحاجة و حصول الفائده بساعه و ساعتين، و لا إشكال في ذلك.

و إنّما يختلط الأمر في حدّ انضباط المدّه، فإنّك تريهم يجوزون التحديد بشهر أو سنه، كما هو مدلول أخبار بيع الخيار، و لا خلاف فيه ظاهرا، مع أنّها يحتمل الزيادة و النقيصه بيوم أو أكثر، و لا يجوزون التحديد بقدوم زيد. و لو كان التفاوت المحتمل فيه هذا المقدار، فما الفارق بينهما؟ بل الظاهر عدم تجويزهم التحديد بيوم معيّن لا يعرف، كعيد المولود، و يوم دحو الأرض، مع اشتراك الجميع في التعيّن الواقعي و الجهل الظاهري الذي يناط به الغرر.

و يمكن دفعه: بأنّ ضبط المدّه لا ينحصر في تعيّن الامتداد الزمانيّ، و إلّا لزم أن لا يصحّ التقدير باليوم إذا لم يعلم عدد ساعاته، بل بمطلق ما يقدر به المده عرفا و يضبطونها به، سواء كان من الساعات أو الأيام أو الشهور أو الأعوام، فإنّ كلّ ذلك من مقادير المده عرفا، و يتسامحون في التفاوت الذي قد يتفق بينها، و به ينتفى الغرر الذي مناطه العرف أيضا.

و أمّا تعيّن سائر الأحوال، كالعيد و وقت الكسوف و نحوهما، فلا يصحّ إلّا مع العلم بوقتها من الشهر، إذ لا فرق بينها و بين ما وقع الاتفاق على المنع فيه بقدوم حاج البلد و إدراك ثمراته.

ثم إنّه كما لا- يصحّ ذكر المدّه المجهوله لا يصحّ إهمال المدّه أيضا على الأظهر الأشهر بين من تأخر، لاشتراكهما في الغرر، خلافا لكثير من القدماء، تنزيلا لها

ص: ٣٣٢

بثلاثه أيام، لوجوه قاصره.

و كما يشترط تعيّن آخر المده يشترط تعيّن مبدأها أيضا، و لو مع الفصل عن العقد الذي يقتضى صحّته عموم الأدلّه. و إن أطلق، كان مبدأ الخيار من حين العقد، لكونه المتبادر من الإطلاق. و عن الشيخ (١) و الحلّي (٢): أنّ مبدأه في البيع من حين التفرّق، و لا دليل عليه، مع كونه مجهولا مؤدّيا إلى جهاله المدّه.

و ثبوت خيار المجلس قبله غير مانع من ثبوته أيضا، كما في اجتماع الخيارين في الحيوان المتفق عليه، مضافا إلى أنه حكم على المتعاقدين على خلاف قصدهما.

المسألة الثالثة: يجوز تقييد الفسخ المشروط بخياره بالمدّة المعيّنه بشىء يقترن به،

و إن جهل وقت حصول القيد في أثناء المدّة، و لا يتوهم استلزامه الجهل بمدّة الخيار، إمّا بدوا كشرط الخيار إلى سنه عند وقوع أمر كذا فيها، أو غايه كشرطه إليها إذا لم يتفق الأمر فيها، فلا- يعلم متى يحصل الخيار أو ينقضى فيها، لعدم الجهل بالمدّة المقدّره على حسب الشرط.

نعم، يكون متعلّقه المختار فيه فسخ مقيّد بوصف مخصوص، فمتى حصل الوصف في المدّة صحّ فسخه، بخلافها على الأوّل. و فرق بين المقامين. و كم يختلف الأحكام الشرعيه بموضوعاتها باختلاف العنوانات، و يكفيك شاهدا على صحّته، أخبار بيع الخيار بردّ الثمن إلى مدّة سنه و نحوها، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في بطلان تعليقه بأداء الثمن من غير ضبط المدّة، و تصریحهم ببطلان جعل مبدأ الخيار من حين التصرف إلى سنه، مع أنّه لا ينبغي التأمل في صحّحه جعله من

١- الخلاف ٣: ٣٣.

٢- السرائر ٢: ٢٤٧.

ص: ٣٣٣

حين العقد إلى سنه بشرط التفرّق أو كون الفسخ بمحضّر زيد الغائب الذى لا يعلم وقت حضوره فيها.

و كون القيد في مثل ردّ الثمن المنصوص على صحّته في الفتاوى و الأخبار، و نحوه فعل ذى الخيار نفسه، لا يتفاوت به الحال، لإمكان عدم علمه بزمان قدرته، و عدم تعيينه من الأزمنه المقدوره، مع أنّه غير مقدور للمشروط عليه الذى هو أحد طرفى العقد، و لا يعلم متى تؤدّيه المشروط له.

و من هذا يظهر الفرق بين تقييد الفسخ بقدم الحاجّ في المدّة المضبوطة كسنه، و بين ضبط المدّة بقدمهم، فيصحّ الأوّل دون الثانى.

و ينقدح- أيضا- عدم صحّحه جعل الخيار إلى حياه المشروط له، و يصحّ جعله إلى عشره أو عشرين بشرط حياه، و لازمه عدم انتقال الخيار- حينئذ- إلى الوارث.

فإن قلت: منشأ البطلان في عدم ضبط المدّة كقدم الحاجّ مثلا حصول الغرر، و هو بعينه حاصل مع الجهل بوقت حصول قيد الفسخ، كقدمه في السنه.

قلت: المنهى عنه هو البيع الغررى، و هو فيما تعلّق بالمجهول، و لو هو شرطه في الجهل بالمدّة، كما فى الأوّل. و فى الثانى تعلق بأمر معلوم و شرط معلوم بوصف معيّن، فلا غرر فى نفس البيع و شرطه المقرّر، و إن لم يعلم حصول أصل هذا الوصف، فضلا

عن وقت حصوله في المدة المعينه المعلومه. ألا ترى أنه لا يصح بيع الفرس الشارد، و يصح بيع فرس موصوف بمثل وصف هذا الفرس، و إن لم يعلم قدره البائع على تحصيله أو زمان حصوله له.

المسأله الرابعه: يصح أن يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدّه معينه،

بأن يردّ فيها الثمن، أو في آخرها، و يرجع المبيع. و يسمّى البيع المضاف إليه مع الخيار، لما

ص: ٣٣٤

أشرنا إليه من العمومات (١)، مضافاً إلى خصوص النصوص (٢) المستفيضه الناطقه برجوع المبيع بردّ الثمن في المدّه المعينه إذا اشترط ذلك في العقد.

و الأخبار المصرّحه (٣) بهذا الشرط لا يخلو في جليل النظر عن إجمال في حملها على كون الردّ شرطاً لحصول الخيار، فيتوقف الرجوع إلى المبيع على الفسخ بعد الردّ، أو فسحاً فعلياً، أو قيماً للفسخ، بمعنى أنّ له الخيار في المده المقرّره على وجه مقارنه الفسخ لردّ الثمن أو تأخّره عنه.

و لعلّ ظاهرها الأخير كما فهمه أكثر الأصحاب. و حملها بعضهم على الثاني (٤)، استظهاراً لدلاله عود المبيع بمجرد ردّ الثمن الذي هو مدلول الأخبار، على كونه فسحاً فعلياً. و هو غير بعيد، بل على جعل الردّ شرطاً لحصول الخيار يمكن القول بتحقيق الفسخ بالفعل أيضاً، و هو قبض المبيع بعد الردّ.

و كيف كان، فقيل: لا يكفي مجرد ردّ الثمن في الفسخ في بيع الخيار. بل ربما نسب ذلك إلى ظاهر الأصحاب (٥)، فإن أريد به الخيار المشروط بالردّ، فله وجه، إلّا أن يختصّ ذلك بما إذا جعل ثبوت الخيار مشروطاً بالردّ. و أمّا إذا جعل قيماً مقترناً بالفسخ، فلا، لحصول الفسخ - حينئذ - بنفس الردّ الذي هو فسحاً فعلياً، فيتحقّق المقيد و القيد بوجود واحد، كما عرفت، سيما مع التصريح بذلك في شرط الخيار، بأنّه من بيع الخيار قطعاً.

١- التهذيب ٧: ٣٧١، الحديث ١٥٠٣؛ الاستبصار ٣: ٢٣٢، الحديث ٨٣٥.

٢- جواهر الكلام ٢٣: ٣٦.

٣- وسائل الشيعه ١٨: ١٨، كتاب التجاره، الباب ٧ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٤٥، و الباب ٨ من هذه الأبواب.

٤- جواهر الكلام ٢٣: ٣٨.

٥- نفس المصدر.

ص: ٣٣٥

و إن أريد أنّ مجرد الردّ لا يدلّ على الفسخ مطلقاً، فهو من أغرب الأقاويل، سيما مع دعوى ظهور اتّفاقهم عليه، لا-اعترافهم بحصول الفسخ بفعل أخفى منه دلالة عليه، فكيف يدعى النفي مطلقاً، سيما إذا اقترن الحال بما يشهد بقصد الفسخ منه.

و مع ذلك يدلّ عليه الأخبار المشار إليها، كروايه معاوية بن ميسره (١)، الناطقه بعود الملك بمجرد ردّ الثمن، فإنّه لا يصحّ توجيهه إلّا بجعله فسخا فعليا.

نعم، إذا كان المقام مما لا يدلّ فيه مجرد الردّ على الفسخ عرفا أمكن منع حصول الفسخ به، بل و إن علم قصده الفسخ به من غير دلالة ظاهره عرفيه له عليه، لاشتراط كون الفعل الفاسخ كاشفا عنه بالقرينه الظاهره، و إلّا لاكتفى في الفسخ بالتيه، إذا علم منه ذلك، من غير توقّف على الفعل الكاشف عنه، و هو خلاف ما اتفقوا عليه.

و بالجمله: حكم الفعل في ذلك حكم ألفاظ العقود و الإيقاعات التي صرّحوا باشتراط كونها داله على المعامله المقصوده و كاشفا عنها دلالة ظاهره لغويه أو عرفيه، و لا يكفي مجرد القصد بمطلق الألفاظ، و إن علم ذلك، و بالجمله: المانع عن حصول الفسخ بغير ما ذكر من الفسخ الفعلّي ستظهر (٢)، كما هو كذا في الفسخ القولّي.

المسألة الخامسة: إذا لم يقبض البائع الثمن في بيع الخيار حتى انقضت المده،

معينا كان الثمن أو كليًا في الذمه، فهل له الخيار في المده أو مطلقا، أو ليس له خيار؟

فيه وجهان: من كون عدم القبض في حكم الردّ، لاشتراكهما في الفائدة المقصوده، فله الخيار، و من أنّ الخيار شرط على تقدير الردّ المستلزم للقبض

١- وسائل الشيعه ١٨: ٢٠، الباب ٨ من أبواب الخيار، الروايه ٢٣٠٤٩.

٢- كذا في النسخ.

ص: ٣٣٦

و معلق عليه، و حيث لم يتحقّق حتى انقضت المده فلا خيار له.

و يشكل الوجهان بأنّ لازم الأول ثبوت الخيار منجزا للبائع من حين وقوع العقد، حيث لم يقبض الثمن بعد، فيكون مسلطا على عدم قبول المثلث، و فسخ البيع و إن أقبضه المشتري، و هو خلاف التعاهد منهما المعقود عليه، و استلزم الثاني كون ثبوت الخيار للبائع بعد العقد بيد المشتري، لاستلزامه لزوم البيع على البائع إذا لم يقبضه المشتري، و هو كما ترى.

و الأوجه: أنّ له الخيار، لكن لا خيار الشرط بل خيار الاشتراط بعد انقضاء المده، نظرا إلى أنّ المتبادر- بل المعلوم- من قصد المتبايعين من إثبات الخيار للبائع بعد ردّه الثمن إرفاقا له التزام المشتري بهذا الشرط على إعطاء الثمن إياه في المده المقرره التي يتوقّف عليه الخيار، و دلالته عليه التزاما لفظيا و مع عدم وفاء المشتري به كان للبائع بعد المده خيار تخلفه عن الشرط.

المسألة السادسة: إذا امتنع في بيع الخيار ردّ الثمن في زمانه إلى المشتري بنفسه أو وكيله أو وليه لغيبته اختيارا أو اضطرارا أو نحوها،

فهل يحصل الشرط برده إلى الحاكم، كما يظهر من المحقق القمي، في أجوبه مسائله، أم لا- كما عن بعض معاصريه في المناهل (١).

و ربما يظهر من بعضهم كونه أمانه في يد البائع، بل ادعى اتفاقهم عليه. و الأقوى أنه إن صرح في الشرط برد الثمن إلى بدل المشتري كوكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، فهو، و يحصل الفسخ برده إليه، و إن لم يصرح به، فالمعتبر قصد المتبايعين بملاحظه قرائن المقام و شواهد الحال، فإن كان خصوص المشتري بنفسه، كما عند التصريح به، فلا يقوم غيره مقامه في حصول الشرط برده إليه،

١- المناهل: ٣٢٤.

ص: ٣٣٧

و تضرر البائع بسقوط خياره- حينئذ- حصل بإقدامه عليه، و إن كان المقصود رجوع الثمن إلى ملك المشتري كيف اتفق، كما هو الظاهر من حال الناس في المبيعات الخياريه غالباً، فيقوم الولي مقامه عند تعذر الرد إليه، إذ له التصرف في حفظ مال الغائب.

قيل: إن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب على وجه المصلحه، و قبض الثمن الموجب لرفع تسلط الغائب خلاف مصلحته.

و أجيب عنه: بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحه، بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن، حتى يقال: إن ولايته في القبول متوقفه على المصلحه، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا جعل الفسخ.

و يمكن المناقشه فيه بأن الفسخ لا يحصل إلا بقبض الولي الذي هو في حكم الرد المتوقف عليه الفسخ، و ما لم يتحقق لا يصير الثمن مال الغائب، حتى كان على الولي حفظه بصيرورته ملكاً له بعد تمكين الولي من قبضه، و هو خلاف مصلحه الغائب.

اللهم إله أن يقال: إن قيام الحاكم مقام الغائب في اختيار قبضه ليس من باب ولايته على مصلحه الغائب و حفظ ماله، حتى كان باختياره اللازم عليه رعايه المصلحه فيه، بل لنفي الضرر عن البائع، فكما وجب على المشتري التمكين من القبض، كذا يجب على الحاكم عند غيبته. و اختصاصه بتلك النيابة الشرعيه القهريه لكونه المتيقن ممن احتمال نفوذ عمله شرعاً في أمثال ذلك.

و منه يظهر أنه مع عدم التمكين من الحاكم يصح من غيره من عدول المؤمنين، حذراً عن المحذور المذكور.

ص: ٣٣٨

المسأله السابعه: يجوز شرط البائع في بيع الخيار الفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن كما صرح به بعض الأجله،

لعموم أدله الشرط.

و لا- يتوهم عدم تجزى العقد فلا يفسخ بعضه و يبقى بعض آخر، لأن العقد و إن كان واحدا إلا أن متعلقه أمور متعدده غير ارتباطيه، يستقل كل منها فى حصول أثر العقد فيه، كما أشرنا إليه آنفا و بسطنا الكلام فيه سالفاً، عند بيان عدم فساد العقد بفساد بعضه و حصول التبعض منه، فلا يستلزم حلّ العقد بالنسبه إلى بعض حلّ الكلّ، فيصحّ وقوع الشرط عليه.

نعم، عند إطلاق الشرط ينصرف إلى فسخ الكلّ، فالتجزئه- حينئذ- خلاف مقتضى الشرط. و الظاهر صحّحه التجزئه بالنسبه إلى شروط سائر العقود، إلا إذا منعه مانع.

ص: ٣٣٩

[المشرق التاسع عشر] [فى خيار الغبن]

إشاره

مشرق: و من الخيارات خيار الغبن، و فيه مسائل:

المسأله الأولى: الغبن، تمليك ماله بما يزيد على قيمته عادة مع جهل الآخر.

و يسمّى المملّك غابنا، و الآخر مغبونا.

فيشترط فى تحقّقه أمران:

الأول: صدق الزيادة عرفاً و عادة، بحيث لا يتسامح به فى العرف، بل كان التفاوت فاحشاً، كما صرّحوا به. و فرع عليه أنّ الواحد بل الاثنين فى العشرين لا- يوجب الغبن، و وجهه، أنّ المناط فيه الغرر، و هو غير منضبط فى الأغراض و المعاوضات عرفاً باختلافات سيره فما يتسامح الناس فيه لا يبنى عليه الغبن.

و قد يختلف القيم بلحوق بعض العوارض المتجدّده فى أشخاص الوقائع، فهى أيضاً معتبره فى تشخيص الغبن و عدمه، كشرط خيار أو ضروره ملجئه للمغبون و لو كانت شرعيه، كشراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، و العبره فى ذلك بالضرر العرفى.

الثانى: عدم علم المغبون بالقيمه، فلا خيار- بل لا غبن- مع العلم، لكونه فيما فيه الانخداع، كما هو مفهومه لغه، و هو منتف إذا أقدم على ضرر نفسه.

ص: ٣٤٠

و لا- يتفاوت فيه الجهل البسيط و المركّب و الغفله مع سبق العلم به. و قد يستشكل فى الشاك، لأنه إذا أقدم كان بانياً على تحمله، فهو فى حكم العالم.

و فيه- مضافاً إلى منافاته لإطلاق كلماتهم- أنه إذا أقدم عليه رجاء التساوى أو النفع، واثقاً بثبوت الخيار له على ظهور الخلاف، فليس مثل العالم. نعم، لو صرّح فى العقد بالإلزام- و لو على ظهور الغبن- كان هذا إسقاطاً للغبن.

والمعتبر: القيمة حال العقد، فلا عبره بالزيادة بعده، ولا يسقط بها خياره، ولو قبل اطلاعه بالغبن.

و احتمال سقوطه لحصول تدارك الضرر الموجب للخيار قبل الرد مدفوع: بأنه حصل في ملكه، لا من تملك الغابن الذي هو منشأ الخيار.

ثم الجهل يثبت بإقرار الغابن، و البينة، و بقول مدّعيه مع احتمال، و لو يمينه:

لأصالة عدم العلم، و لا يعارضه أصل اللزوم، لكونها موضوعيه، فهي وارده عليه و مزيله له، و هو حكمي كما قررناه في محلّه.

المسألة الثانية: يثبت الخيار مع الشرطين على المعروف بين الأصحاب و المحكّي عليه الإجماع مستفيضا.

و في التذكرة احتجّ عليه بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (١)**.

و فيه تأمل لكونه حقيقه في التراضي الفعليّ الحاصل عند العقد.

و ربما يستدلّ بقوله تعالى **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ (٢)** و هو مشكل أيضا، بل الأصل في المسألة- كما علّل به في التذكرة (٣) و غيره- لزوم الضرر المنفيّ

١- النساء (٤): ٢١.

٢- النساء (٤): ٢٩.

٣- تذكره الفقهاء ١: ٥٥٢.

ص: ٣٤١

لولاها فإنّ لزوم المعامله الغبنيه مع جهل المغبون حكم ضرريّ منفيّ في الإسلام، و نفيه وارد على حكم لزوم البيع، حسب ما تقرّر في مقامه و ليس له إلزام الغابن بردّ الزائد، لأنه ضرر عليه مع تمكنه الردّ. و إمكان نقض البيع و هل هو إلّا كإجبار الإنسان على بيع ماله و رفع تسلطه عنه؟

نعم، مع بذله الأرش اختيارا يشكل الحكم بثبوت الخيار للمغبون، لانجبار ضرره به، كما عليه جماعه منهم والدى العلامه (١).

و ما في الإيضاح (٢) و جامع المقاصد (٣) من الاستدلال على عدم سقوط خياره مع الأرش، بالاستصحاب، و بأنّ بذل التفاوت لا يخرج المعامله عن كونها غبنيه، لأنها هبه مستقلّه، حتى أنّه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحلّ أخذه، يضعف بمنع ثبوت الخيار أوّلا حتّى يستصحب، لأن الضرر الموجب له يختصّ بصوره امتناع الغابن عن بذل التفاوت، فالشكّ يرجع إلى المقتضى الثانويّ الممنوع عنه الاستصحاب، و يمنع كون البذل هبه مستقلّه، كما ليس جزء للعوض، بل كما قيل يمكن كونه غرامه لما فات على المغبون و تداركا لما فات عنه، لثلا يحصل الخيار الناشئ منه.

المسألة الثالثة: الظاهر: أنّ الخيار منوط بالغبن واقعا

و إن كان قبل ظهوره للمغبون و توقف سلطنته الفعلية، و تدارك هذا الحقّ الواقعي على ظهوره.

و ما يظهر من بعض العبارات من أنّ ثبوته بعد ظهور الغبن، يمكن حمله على التسلط الفعلي المشروط بالعلم، من قبيل العلم بحكم خيار الحيوان، و يشعر به

١- مستند الشيعة ٢: ٣٨٥.

٢- إيضاح الفوائد ١: ٤٨٤.

٣- جامع المقاصد ٤: ٢٩٥.

ص: ٣٤٢

تعليلهم المنع من التصرفات الناقله قبل ظهور الخيار بكونها مفوته لحق ذى الخيار.

و يظهر الثمره فى صحّه إسقاطه فى ضمن العقد.

المسألة الرابعة: يسقط خيار الغبن بأمر:

الأول: التصرف، بلا خلاف فيه فى الجملة.

و تفصيله: أنّ التصرف إمّا من الغابن، فيما وصل إليه، أو من المغبون.

أمّا تصرف الغابن: فالظاهر بقاء خيار المغبون معه و لو مع تلف العين، للاستصحاب، و لنفى الضرر الذى هو مناط الأصل. و لا ينافيه التلف، لما سيأتى فى البحث الآتى.

و دفع الضرر بإجبار الغابن على الأرش ضرر عليه، كما مرّ، فلا يصار إليه.

ثمّ تصرفه إمّا بإخراجه عن ملكه، أو بتغييره العين، أو بإتلافه، أو بتلفه بآفه فى يده.

فإن كان بإخراجه عن ملكه، كالوقف و العتق و البيع اللّازم و نحوها، ففى تسلّط المغبون بخياره على إبطال المعامله المتجدّده، كما فى الرهن و الشفعة، نظرا إلى تعلق حقّ الغير بالعين، فيوجب تزلزله من رأس أو من حين ظهور الخيار، أو على رجوعه إلى البدل، و جهان: أجودهما الثانى، لوقوع العقد الثانى فى ملكه.

و تعلق حقّ الغير بالعين إنما هو مع بقاءها على ملكه عند الفسخ، و مع عدمه يتعلق حقه بالبدل الذى لا ينافيه الخيار، كما أشرنا إليه، و يأتى بيانه.

و لا- يتوهم: أن حقه إعادته العين إلى ملكه، لأنّه لو سلم ذلك، فهو فى الخيارات التعبدية، لا الغررية، مع أنه فيها على الإطلاق محل كلام أيضا.

و أما فى الخيار الذى منشأه نفي الضرر، كما فى الفرض فلا يقتضيه، لحصول جبره بالبدل، فلا يعارض دليل الخيار أدله لزوم تلك المعاملات اللاحقه، مع أن

ص: ٣٤٣

لازم الخيار رجوع العين عن ملك الغابن إلى المغبون لا المشتري الثانى.

نعم، عند بقاء العين، لا يجبر ضرر المغبون بالبدل، لأنه ضرر على الغابن، إلا إذا أقدم نفسه عليه، فيجبر بالأرش لا بالخيار، كما سمعت.

و من هنا يظهر احتمال قوى للرجوع إلى البدل أيضا، فيما إذا خرج بالعقد الجائر عن ملك الغابن، و إن أمكن له تحصيل الغبن بفسخ الجائر و ردها إلى المغبون، نظرا إلى عدم اقتضائه الخيار عند خروجه عن ملكه، و ملكه البدل.

و يحتمل وجوبه عليه - حينئذ - باعتبار دلالة شرط الخيار عليه دلالة التزامه عرفيه، فكان من قبيل الشرط الضمنى. نعم، قبل فسخ المغبون [لا] يتعين عليه رد العين بلا إشكال.

و إن كان تصرف الغابن بتغيير العين، فإن لم يكن له أرش يرد العين، و وجهه ظاهر، و إن تغيرت بنقيصه أو زياده أو مزج، ففى النقيصه يرد العين بالفسخ و يعوض النقص؛ لأن العين ترد إلى المالك بالفسخ الموجب للتملك. و الفئات مضمون على الغابن، لأنه الجزء الفئات، كما كان عليه عوض الكل عند تلف الكل.

و هل من ذلك ما لو آجره قبل فسخ المغبون؟ يظهر من بعض الأفاضل عدمه، و لزوم الصبر على الفاسخ إلى انقضاء بقيه مده الإجاره، من غير وجوب بذل عوض المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المده بعد الفسخ، مستدلا عليه بأن المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ، فهى ملك للمفسوخ عليه، و المنفعه الدائمه تابعه للملك المطلق، فإذا تحقق فى زمان ملك منفعه العين بأسرها، انتهى.

و يظهر من المحقق القمى انفساخ الإجاره بفسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع، لأن ملك منفعه الملك المترزل مترزل، و منعه الأول بمنع تزلزل ملك المنفعه.

ص: ٣٤٤

و عن العلامه فى القواعد (١)، فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين: أنه إذا وجد البائع مستأجره كانت الأجره للمشتري الموجود، و وجب عليه للبائع أجره المثل للمده الباقية بعد الفسخ.

و عن شراح الكتاب تقريره.

أقول: يمكن دفع الأول بأنه لو سلم تبعيه ملك المنفعه الدائمه للملك المطلق، لا يستلزم عدم وجوب بذل عوض المنفعه

المتجدده بعد الفسخ، بل غايه ذلك صحه تملكها، كما صح تملك العين، و كون متعلق الإجاره بالنسبه إلى منافع بقيه المده، من المنافع المتخلله بين العقد و الفسخ، التي هي غير مضمونه على الغابن ممنوع جدا، كيف و خلو العين من المنفعه بعد الفسخ من النقص الحكمي للعين، فيكون مضمونا على الغابن، و يقتضيه ما يقتضى ضمان نفس العين من نفى الضرر حسب ما مرّ.

نعم، بما ذكره يمكن المناقشه على ما أفاده الثاني من بطلان الإجاره للغابن و ضمانه للمغبون بأجره المثل للمدّه الباقية.

و أمّا الزيادة: فإن كانت حكميه محضه، كقصاره الثوب و تعليم الصنعه، فقال الفاضل المتقدم: الظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزيادة، بأن يقوّم معها و لا معها، و يؤخذ النسبه.

و لا- يخفى أنه، إن أراد الشركه في العين على حسب النسبه، يرد عليه: أنّ الزيادة في الفرض ليست جزءا عينيا، بل هي من أوصاف العين. و إن أراد الشركه في قيمه، فله وجه.

و يحتمل قويا كون الوصف تابعا للموصوف، فيملكه المغبون بالفسخ، من قبيل النماء المتصل.

١- قواعد الأحكام ١: ١٤٣.

ص: ٣٤٥

نعم، إن كان ذلك بعمل الغابن لا يبعد استحقاقه الأجره، لنفي الضرر، كما احتمله والدى العلامه (١).

و إن كانت عينيه فهي للغابن، و عليه تخليه العين عنها. فإن استلزم تفكيكها عنها ضررا عليه في عين الزيادة، كالغرس، ففيه وجوه بل أقوال:

من تسلط المغبون على القلع بلا أرش، كما عن المختلف (٢) في الشفعه، نظرا إلى أن صفه كونه منصوبا المستلزمه لزياده قيمته عباره عن كونه في مكان صار ملكا للغير، فلا حق للغارس، مضافا إلى أنّ الفاتئ لما حدث في ملك معرض للزوال، لم يجب تداركه.

و من عدم تسلطه عليه مطلقا، كما عن المشهور، فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشتري استنادا إلى أنّ الغرس المنصوب الذي هو للمشتري مال مغاير للمقلوع عرفا.

و من تسلط عليه مع الأرش، كما عن المسالك (٣)، لكون الغرس وقع في ملك مترزل، و لا دليل على استحقاق الغارس البقاء على الأرض.

أقول: لا- شبهه في أنّ مال الغارس هو الغرس بهيئته المنصوبه، لأنه ملكه شرعا بتلك الهيئته قبل الفسخ، فلا وجه لخروج الهيئته الموجه لزياده قيمه عن ملكه بعد الفسخ، و كذا الظاهر أنّ الأرض الفارغه عن الغرس مال صاحب الأرض، لأنها بتلك الهيئته ملكه سابقا الذي يعود إليه بالفسخ، و لا- تنافى بين الملكين، لأنّ استحقاق البقاء المنافي لملكيه الأرض الفارغه غير الهيئته

١- مستند الشيعة ٢: ٣٨٥.

٢- مختلف الشيعة ٥: ٩٣.

٣- مسالك الأفهام ٣: ٢٠٧.

ص: ٣٤٦

المستحدث عدوانا فى أرض الغير، فإن هيئة البناء مال الثانى، وإن كان صاحب الأرض مسلطاً على تخريبه وإعدامها، غير أنه فيما نحن فيه إحداث الهيئة بإذن الشرع، ويكون كغرس المستأجر فى العين المستأجره المالك لمنفعتها عند انقضاء مده الإجاره، فهو من باب تداخل شيئين يكون تخليص أحدهما من الآخر من غير بذل الأرض موجبا للضرر، فيتعارض الضرران، فلا بد من الحكم ببذل صاحب الغرس أجره المغرس لصاحب الأرض وإبقائه لهيئه المنصوبه، أو بذل صاحب الأرض أرش قيمه و قلع الغرس، إلما أن إلزام الثانى بالأررش ضرر عليه، لا- نفع له فى مقابله، لاستحقاقه الأرض الفارغه كما كانت قبل البيع، و لا هكذا الأول، لأن الأجره عوض المنفعه التى يستوفىها بإبقاء ملكه، أعنى الهيئه المنصوبه، لما عرفت أنها لا يستلزم استحقاق البناء، و عدم التنافى بينهما، فلازم ذلك تخيير صاحب الأرض فى القلع مع تحمل ضرر الأرش، و أخذ الأجره و إبقاء الغرس.

و التخيير بين الحكم الضررى و غيره ليس ضررا منفيًا، لأنه منوط باختياره و إقدامه.

و هل على صاحب الغرس قبول الأرش إن بذله صاحب الأرض؟

الظاهر: نعم، لحصول جبر ضرره- حينئذ- بالأررش، و رجوع منفعه البقاء إلى المالك بالفسخ، فلا خيره له فى الإبقاء.

و إن كان التغير بالامتراج، فإن كان بغير الجنس مع الاستهلاك فى مال الغابن، كما متراج ماء الورد بالسمن، فالظاهر: أن حكمه حكم التلف، و مع عدم الاستهلاك، فلا يبعد كونه كذلك أيضا، كما قال والدى العلامة (١)، لأنه طبيعه ثانیه، و يحتمل الشركه بنسبته قيمه على إشكال.

١- مستند الشيعة ٢: ٣٨٥.

ص: ٣٤٧

و إن كان بالجنس، فبالمساوى يثبت الشركه، و بالأردإ يحتملها و يحتمل التسلط على الأرش قيمه أو مثلا، و بالأجود يثبت الشركه، و على المغبون ما سياتى فى تصرفه بالزيادة.

و إن كان تصرف الغابن بالإتلاف، أو حصل التلف عنده بآفه، فالظاهر بقاء الخيار و الرجوع إلى قيمه، و إن كان بإتلافه الأجنبي، فللمغبون الفسخ بعد ظهور الغبن، سواء أتلفه قبله أو بعده، و له الرجوع إلى الغابن، و للغابن الرجوع إلى المتلف، و يرد

ما أخذه المغبون من المتلف، و يرجع الغابن عليه بقيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و إن كان المغبون أبرأه من العوض قبل الفسخ، فلا يبعد كونه مضمونا عليه للغابن - أيضا - بعده، لأنَّ إبرائه في حكم القبض.

و هل يعتبر في البذل قيمته يوم التلف أو الفسخ.

لعل الأوّل أظهر، كما عن الأكثر.

و أمّا تصرف المغبون: فإن كان بعد العلم بالغبن و الخيار، فيسقط خياره، كما صرّح به غير واحد، لعموم العله المستفاده من النصّ في خيار الحيوان، من كون التصرف رضى فيه (1) و لو بمجرد الملك، على ما عرفت وجهه و بيانه، و به يرتفع الاستصحاب.

و الاستدلال عليه بأنّ دليل هذا الخيار إن كان الإجماع، فليس هنا، أو نفى الضرر فلا يجرى مع الرضا به، كما لا يجرى مع الإقدام، مع أنّه يعارضه ضرر الغابن فيما يوجبه ضمان البذل: مخدوش بأن الخلاف لا ينافى انسحاب حكم الإجماع بالاستصحاب، كما تقرّر في الأصول. و دلالته على الرضا بلزوم العقد يتمّ كما تقدم،

١- لعلّ الصحيح: رضى به.

ص: ٣٤٨

فليس كالإقدام على الضرر، سيما بالنسبة إلى التصرفات الغير المتلفة و المغيره و غير الموجه لاختلاف قيمه. و حصول الضرر على الغابن بعد الفسخ يجبر بضمان المغبون المتصرف له بالتفاوت الذى حصل التصرف (1) او العوض عند التلف.

و إن كان تصرفه قبل العلم بالغبن فلا يسقط به خياره، و إن كان بإتلافه العين، لما عرفت من عدم استلزام الخيار التدارك برّد العين، فعند الفسخ - حينئذ - يأخذ ماله من الغابن و يردّ على الغابن بدل التالف أو العين مع أرش النقص إن نقصت، و مع الزيادة فحكمه ما مرّ في حصول الزيادة بتصرّف الغابن.

الثانى: من مسقطات خيار الغبن إسقاطه بعد العقد،

و هو على وجوه، لأنّه إمّا بعد العلم بالغبن أو قبله، و على التقديرين فإسقاطه إمّا لا بعوض أو بعوض صولح به.

فإن كان بعد العلم لا بعوض، فلا إشكال فى سقوطه مع العلم بمقداره أو إسقاطه بجميع مراتبه كيف ما كان من درجات الغبن، و مع الجهل بالمقدار و الإطلاق، زعما بكونه عشره فظهر مائه، فاحتمل فيه الوجهان: من كونه بغير طيب نفسه و من كون الخيار أمرا واحدا مسببا عن مطلق التفاوت الغير المتسامح به، و لا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط.

و الأشبه: الأوّل، فلا يسقط لنفى الضرر الموجب لأصل الخيار ابتداء، بل يمكن القول بعدم تعلق الإسقاط به واقعا؛ لأنّ الغبن الذى تعلق به العقد و وقع عليه إنشاء الإسقاط فى الإطلاق - حينئذ - هو العشره، باعتقاد كونها الغبن الواقعى المصروف إليه

الإطلاق بزعمه، القابل لكونه محمولا عليه لغه و عرفا. و بعبارة أخرى تعلق بالغبن الواقعي على كونه عشرة، فإذا انكشف الخطاء و ظهر كونه مائه تبين عدم قصده.

١- بالتصرف (خ).

ص: ٣٤٩

و بالجمله: المقصود من اللفظ المطلق و إن كان هو الغبن الواقعي، لكن بوصف كونه عشرة، لا على كون الوصف تعليليا، من قبيل الدواعي التي لا أثر لها في العقد، بل على جهة كونه قيّدا للواقع، فلا يسقط به باقيه و ذلك بخلاف ما إذا صرح بالمائه أو بما يشمله صريحا، و إن كان اعتقاده أنه عشرة، بحيث لولاها لما أسقط، كقوله: أسقطت الغبن و إن كان مائه، أو: و إن بلغ أعلى المراتب، فإن ما استعمل فيه اللفظ - حينئذ - هو الكثير أو ما يشمله قطاعا، فتعلق به الإنشاء، و إن كان إقدامه عليه من جهة اعتقاد كونه الأقل، فإنه - حينئذ - من باب الداعي الغير المعبر في القصد.

و ما قيل: إن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الغير المتسامح به، فيسقط بمجرد الإسقاط، فهو كذلك بحسب الحكم الكلّي الشرعي، و أما في خصوص الموارد، فهو منوط بالتفاوت المنظور للعاقد.

ثم لو وقع التشاجر و تنازعا، فادّعى ذو الخيار: أسقطت خيارى لعشره قصده، فظهر كونه عشرين مثلا، فإن كان هذا المقدار داخلا في المقادير المحتملة من الغبن في تلك المعاوضة، بحسب المتعارف بين الناس، قدم قول الغابن، عملا بإطلاق الإسقاط المقتضى للسقوط، و إن كان زائدا عن الحدّ المتعارف لم ينصرف إليه الإطلاق، فيقدم قول المغبون.

و إن كان الإسقاط بعد العلم بالغبن بعوض صولح عنه به، فإن علم مقدار التفاوت، أو صرح بعموم المراتب، فلا إشكال في السقوط و لزوم المصالحة، و إن لم يعلمه و لم يصرّح بالعموم، فإن لم يتجاوز عن الحدّ المتعارف في صلح خيار مثل هذا الغبن بهذا العوض، يلزم الصلح، كما إذا وقع الصلح عن الخيار بدرهمين، و ظهر التفاوت ثلاثة. و إن كان أزيد من الحدّ المتعارف في مثله، كما إذا كان التفاوت

ص: ٣٥٠

عشرين و وقع الصلح بأربعه، فالظاهر ثبوت خيار الغبن في تلك المصالحة أيضا، لعين ما دلّ عليه في خيار أصل المعاملة.

و إن كان إسقاط الغبن عند العقد قبل ظهور الغبن، فالظاهر جوازه أيضا، كما صرح به غير واحد.

و لا- يتوهم كونه من إسقاط ما لم يجب، لما أشرنا و سنشير إلى أنّ ظهور الغبن كاشف عن الخيار، لا محدث له. و لا هو من باب التعليق الممنوع في العقود و الإيقاعات، لأنّ الممنوع ما كان من ألفاظ العقود و الإيقاعات و صيغها، سواء كان على أمر واقع أو متوقع، و لا مانع منه في غيرها، كطلاق مشكوك الزوجيه، و إعتاق مشكوك الرقيّه، و بيع مشكوك الملكيه، ما لم يوقع الصيغه فيها بصوره التعليق، بل لا نسلم المنع أيضا في اللفظي في مثل الإسقاط و الإبراء و الإذن، بل الفسخ و نحوها، مما كان

اشتراطها من جهة الإخبار عما في الضمير و الإرادة القلبية، لا من باب الأسباب التعديديه، و لذا يصحّ الإبراء بقوله: أبرأت ذمتك إن كانت مشغولة لى، و لا- يصحّ أن يقال: بعثك إن كان ملكى، و سرّه ما ستعرف [من] أنه لا يعتبر في أمثال ما ذكر الإنشاء اللفظى، كما يشترط في الصيغ الشرعيه، بل مطلق ما يكشف عن الإرادة الفعلية القلبية التي هي السبب المؤثر، غايه الأمر اشتراط مقارنتها بقول أو فعل دال عليها، و هذا هو التوجيه الصحيح لحصول الفسخ و التمليك معا بلفظ واحد في مثل بيع ذى الخيار، كما مضى و ستعرفه مما يأتى.

ثمّ الكلام في شمول الإسقاط لجميع مراتب الغبن حيث لم يصرح بها، مثل ما تقدّم في صورته الإسقاط بعد ظهور الغبن.

و إن كان إسقاط الخيار قبل العلم بالصلح عنه بعوض، فقد يستشكل فيه بأنّ المصالحة العوضيه لا بدّ لها من ثبوت شىء بإزاء المصالح بها و هو غير معلوم.

ص: ٣٥١

و يمكن دفعه بأنّ الغبن المحتمل الموجب للخيار على تقدير كونه مما يبذل في مقابله عرفا، فالمقابل للعوض هو الحقّ المحتمل، و هو بهذا الاعتبار حقّ محقق، فيصحّ الصلح عنه، بل لو تبين بعده عدم الغبن لا يستردّ العوض أيضا، لأنّه حين المصالحة كان مما يبذل عنه، و لم يكن مراعى، فتفتن.

نعم، لو ضمّ شىء إلى المصالح عنه المجهول، أو ضمّ سائر الخيارات إليه، كان أولى، و يكون دخول المجهول- حينئذ- على تقدير ثبوته، لا متنجزا باعتبار الوجود.

الثالث من المسقطات: إسقاط حق الخيار بالشرط في ضمن العقد.

و الإشكال في كونه مخالفا للسنة، و العدول عنه إلى شرط عدم الفسخ، لثلا يرجع الشرط إلى نفي الحكم الشرعى، قد تقدّم دفعه في بحث الشروط، مع أنّ سقوطه بشرط عدم الفسخ مبنّى ظاهرا على اقتضاء النهى فى المعامله الفساد، و هو محلّ الكلام فيما لم يكن متعلّق النهى نفس المعامله، فتأمل.

و عن الصيمرى فى غايه المرام (١): بطلان العقد و الشرط و عن المحقق الكركى (٢) التردّد فيه مستظها للصحة.

و استظهر الشهيد فى الدروس (٣) بطلان العقد: للزوم الغرر، و فيه: أنّ الجهل بالقيمه لا يوجب الغرر، لأنّ الغرر المنفى إنما هو فيما إذا رجع الجهل بنفس المعاوضه فى المتعاضين، كالبيع (٤) وجودا أو صفه أو حصولا و إلّا كان الجهل بالقيمه مبطلا للبيع

١- غايه المرام ٢: ٣٣.

٢- جامع المقاصد ٤: ٣٠٢.

٣- الدروس الشرعيه ٣: ٢٧٥.

٤- كالبيع (ظ).

من أصله، مع أنه لو كان غريباً لم يخرج الخيار عن موضع الغرر حتى كان اسقاطه موجبا لثبوته، ولعله لذا احتتمل ثانياً الصحة.

المسألة الخامسة: اختلفوا في كون هذا الخيار فورياً،

إشاره

كما عن المشهور، لعموم أدله اللزوم، فيقتصر على المخرج بالقدر المتيقن، أو على التراخي، للاستصحاب.

و نظر بعض أفاضل من عاصرناه في مستندى القولين: أما في الأول: فبأنّ الاقتصار على المتيقن عند الشكّ إنّما هو إذا كان الشكّ في عدد الأفراد المخرجه. لا- في كيفية افراد الخارج، و ما نحن فيه من الثاني، لأنّ الزمان ليس من أفراد العموم، بل هو ظرف لحكم الفرد الخارج، فلا يعلم كونه آتياً أو مستمرّاً فيستصحب، و ليس من تعارض الاستصحاب و العموم.

نعم، لو فرض إفاده الكلام العموم الزمانى على وجه يكون الزمان يتكثر أفراد العام، كقوله: أكرم العلماء فى كلّ يوم، بحيث كان إكرام كلّ عالم فى كلّ يوم واجبا مستقلا غير إكرام ذلك العالم فى اليوم الآخر، فيقتصر فى إخراج عالم على اليوم المعلوم من خروجه، فيرجع الشكّ فى المورد فى استمرار حكم واحد و انقطاعه، فيستصحب. و فى الثانى إلى خروج أحكام مستقلة متكثره، فعمل بالعموم.

و فيه نظر، لأن أفراد العموم إن كانت متعيّنه بحسب المعنى اللغوى و العرفى فهو، و يقتصر فى تخصيصه على المتيقن منها، كما فى إكرام العلماء، فإنّ أفراد العلماء:

زيد و عمرو، لا زيد فى يوم و زيد فى يوم آخر، و لا مدخل للزمان فى فرديه أفرادها، أو تكون اعتباريه، بمعنى صلاحية العام بحسب مدلوله تشخيص الأفراد له بعنوانات، كما فى كلّ ماء ظاهر، فإنّ أفراد الماء قد تعتبر بعنوان المقدار، كصاع و صاعين و ثلاثه أصوع، و هكذا الماء الكثير و القليل، و قد تعتبر باعتبار الاجتماع و الاتصال فى محلّ، كما فى حوض كذا و غدير كذا و هكذا، و بهذين الاعتبارين يكون

الأفراد متداخله. و قد تعتبر باعتبار بعض الصفات العارضة، كماء البئر و الماء الجامد و الجارى و ماء البحر و هكذا.

و الجهات التى يصحّ اعتبار الفرديه بها تختلف باختلاف العمومات، فلفظ العام بحسب مدلوله قد يكون صالحا لاعتبار العموم له بجهات كثيرة، كما فى عموم الخيار، فقد يعتبر باعتبار السبب و أفراده خيار الغبن و خيار العيب و خيار الشرط، و هكذا. و قد يعتبر باعتبار الزمان، فالخيار الفورى فرد منه، و الخيار المستمرّ فرد.

و قد يعتبر باعتبار أشخاص ذوى الخيار، فخير البائع فرد و خيار المشتري فرد، و هكذا.

و المناط فى ذلك كله ملاحظه دليل العموم فى الجهه الصالحه للعموم فيه، من أنها واحده أو أكثر بحسب مدلوله المستعمل فيه اللفظ.

و إذ عرفت ذلك فنقول: دليل عموم اللزوم فيما نحن فيه: إما مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) فلا مدخل للزمان فى تكثير الأفراد، بل هى أشخاص العقود، أو مثل قوله عليه السّلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» بعموم مفهومه الدال على اللزوم، كما يصلح بالنسبه إلى الأسباب من خيار الغبن و الرؤيه و العيب و نحوها، و بالنسبه إلى البيع، كبيع الحيوان و الصرف و الثمره و ما يفسد ليومه و نحوها، كذا يصلح عمومه بالنسبه إلى الزمان المشخص للأفراد من الخيار الفورى و الاستمرارى، و إن كان أحد الفردين داخلا فى الآخر، كما فى عموم الماء بالنسبه إلى أفرادها باعتبار الاتصال و الانفصال حسب ما مرّ.

و اتحاد السبب كظهور الغبن لا ينافى تعدّد المسبّب باعتبار الجهات المذكوره.

و أما اعتراضه على مستند القول الثانى. أعنى: الاستصحاب، فحاصله: أن

١- المائده (٥): ١

ص: ٣٥٤

الاستصحاب يتبع بقاء الموضوع، فلا بدّ من تشخيصه أولاً حتى يستصحب حكمه، و المتيقّن سابقا فيما نحن فيه ثبوت الخيار لمن يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا ينسحب فى الآن اللاحق، مع كون الشخص قد يتمكن من التدارك و لا يفعل، فإنّ هذا موضوع آخر.

و فيه: أنّ هذا مسلم فيما كان الموضوع مشخصا بحدوده و قيوده فى دليل الحكم، فلا ينسحب بالاستصحاب بعد تغير بعض قيوده، لرجوع الشكّ - حينئذ - إلى المقتضى الثانوى، كما إذا قال، الماء المتغير نجس، فإنّه لا يجرى استصحاب النجاسه بعد زوال هذا القيد، مع عموم أدلّه حجّيته. و إن علم اشتراط هذا القيد فى حدوث الحكم أولاً، مع فرض الشكّ فى اشتراطه للبقاء، كما إذا قال: إذا تغير الماء فهو نجس، فزال التغير من قبل نفسه، فإنّه يصحّ الاستصحاب - حينئذ - و قد بيّنا ذلك مستوفى فى الأصول، و مورد البحث من الثانى، إذ للقائل منع كون العجز عن تدارك الضرر شرطا لبقاء الخيار، و إن كان شرطا لحدوثه.

نعم، يمكن المناقشه فى الاستصحاب لو كان مستند الحكم بالخيار فى الأوّل مجرد أدلّه الضرر، إذ مدلولها نفى الضرر الواقع بحكم الشارع، فالدليل مقيد بالضرر الشرعى لا الاختيارى، فحيث لم يتدارك المغبون ضرره بالفسخ مع تمكّنه عنه، كان بقاؤه باختياره، فالشكّ فى بقائه كان فى المقتضى الثانوى. و لعلّه إلى هذا ينظر ما فى الرياض (١) من أنّ المستند فى هذا الخيار: إن كان الإجماع المنقول، أتجه التمسك بالاستصحاب، و إن كان نفى الضرر، و جب الاقتصار على الزمان الأوّل، إذ به يندفع الضرر. انتهى. فتأمل.

و كيف كان، فالاستصحاب - و لو سلّم جريانه - لا يعارض عموم دليل اللزوم

الذى قد تبين تقريبه و تحريره، فيقتصر فى التخصيص على مورد اليقين. فإذا المعتمد كون الخيار فورياً.

و الاستدلال عليه بأصالة فساد الفسخ و بقاء الملك كما قاله الفاضل المتقدم، صحّ لو لم يصحّ الاستصحاب كما زعمه، حسب ما مرّ، و أمّا على صحّته فلا يبقى استصحاب الفساد لزواله باستصحاب السبب أعنى: الخيار.

تتميمان:

الأول: هل الفور محموله على الفوريه الحقيقيه،

اقتصاراً على المتيقن، أو العرفيه، دفعا للخرج الحاصل على الاقتصار على الحقيقيه، أو ما هو أوسع من العرفى، كما يستفاد من التذكرة فى خيار العيب، حيث وسّعه فيما لو اطّلع عليه حين دخل وقت صلاه أو أكل أو قضاء حاجه، فاشتغل بها إلى أن يفرغ عنها إجماعاً، أو اطّلع على العيب ليلاً، فله التأخير إلى أن يصبح، و إن لم يكن له عذر؟

إشكال: إذ الإناطه بالأولين كليه مخدوشه بإمكان عدم الحرج و الضرر فى بعض الموارد، و بالثالث بعدم دليل عليه، فان تمّ الإجماع الذى ذكره فى التذكرة فهو، و إلّا فمقتضى الاعتبار: الاقتصار على الأول إلّا لحرج أو ضرر أو عذر آخر.

و منه: إعلام الخصم بوقوع الاختلاف و قضاء المصلحه تقديم المحاكمه على الفسخ أو لاحتمال بذله الأرش المتقدم على الخيار على المختار و منه التروى و الاختيار من غير تفكر و تدبر منه ينافى التخيير، بل يؤدى إلى ضرره.

الثانى: لا شك أنّ الجاهل بالخيار معذور فى ترك المبادره،

فله الخيار متى علم، لنفى الضرر: و ترك الفحص عن الحكم ليس منافياً للمعذوريه، كما ليس منافياً لها فى الجهل بالغبن.

و هل الجاهل بالفوريه معذور فى تركه المبادره أيضاً. الظاهر: نعم، كما عن بعضهم.

و الاستشكال بعدم جريان نفي الضرر هنا لتمكّنه من الفسخ و تدارك الضرر:

مدفوع، بأنّ الاغترام بعدم العلم بالفوريه من الأعذار، و أئى عذر أقوى من الجهل.

و لو ادّعى الجهل بالخيار، فالظاهر: القبول، إلّا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعىّ إلّا لعارض. و لو ادّعى النسيان ففيه إشكال.

المسألة السادسة: يثبت خيار الغبن في غير البيع من المعاوضات أيضا،

كما عن فخر الإسلام (١) و التنقيح (٢) و إيضاح النافع و جامع المقاصد (٣) في الإجاره، لعموم المدرك، أعنى: نفي الضرر، و إن اختصّ الإجماع المحكّي بالبيع.

و عن المهذب (٤) عدم جريانه في الصلح.

و عن غايه المرام (٥): التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه، فيجرى فيه، و بين الواقع على إسقاط الدعوى أو على ما في الذمه، ثم ظهر الغبن فيهما.

و عن بعضهم: التفصيل بين عقد وقع على وجه المسامحه و عدم الالتفات إلى النقص و الزيادة، بيعا كان أو صلحا أو غيرهما، و لعلّه لكون المعامله - حينئذ - مبنية على عدم المغابنه و المكايسه.

و الذى يقتضيه الاعتبار: أنّ صور الفرض أربع، إذ المعامله: إمّا وقعت على وجه المعاوضه، أو على إسقاط الدعوى في مقام التشاجر.

و على الأوّل: فإمّا على محض المالىه، أو على التغابن و المحاباه، أو على

١- إيضاح الفوائد ٢: ٤٨.

٢- التنقيح الرائع ٢: ٤٧.

٣- جامع المقاصد ٧: ٨٦.

٤- المهذب البارع ٢: ٥٣.

٥- غايه المرام ٢: ٢٢١.

ص: ٣٥٧

المسامحه، و إن لم يعلمه المغبون، حيث علم من الخارج أنّ بناء المغبون عليه، و إن فرض علمه بالغبن، لحاجه عظيمه منه.

ففى الأوّل: يثبت الخيار. و فى الثانيه: لا يثبت، و إن كان الغبن زائدا عن المعلوم، لأنه فى حكم الإسقاط، إلّا إذا كان فاحشا زائدا عن المتعارف فى مثله فى مقام المحاباه، كما مضى فى حكم الإسقاط.

و كذا فى الثالثه على إشكال: من كونه إقداما على الضرر، لبنائه عليه و لو على فرض علمه، إلّا إذا كان زائدا عن المتعارف فى مثل مصلحته المقصوده، و من عدم القول بالفصل عند الجهل بالغبن.

و فى الرابعه: لا خيار مع عدم ظهور الغبن، و معه فيه وجهان: من عدم كونه معاوضه مالىه، بل هو إسقاط على عوض، فلا تزلزل لظهور الغبن، و من كونه ضررا منفيًا. و لا يبعد التفصيل بين ما فيه الغبن زائدا على المتعارف فى الإسقاط عند الجهل فى مقام

التشاجر، فيجرى فيه الخيار، و بين ما لا يزيد عليه، فلا خيار. و الله العالم.

ص: ٣٥٨

ص: ٣٥٩

[المشرق العشرون] [في الأحكام الملحقه بالخيارات]

إشارة

مشرق: في جملة من الأحكام الملحقه بالخيارات. و فيه مسائل:

المسألة الأولى: الفسخ كما يحصل باللفظ يحصل بالفعل أيضا،

بلا خلاف ظاهرا، سواء كان عمليا، كتقيل الجارية، أو قوليا كالبيع. و يشترط كون الفعل دالًا على إرادته الفسخ عرفا أو شرعا، و إلّا فلا عبره به.

و في التذكرة (١): لو قبل الجارية بشهوه أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوه، فالوجه عندنا أنه يكون فسخا، لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختار الإمساك لكان مقدا على المعصية. ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم. و يظهر من تعليقه بالصون: اشتراط إرادته الفسخ، بل يشعر قوله: عندنا، بالإجماع عليه.

و قريب منه: التعليل المحكى عن جامع المقاصد (٢). و لا بدّ من تقييده في الدلالة على العلم و العمد لإمكان وقوعه نسيانا عن البيع أو اشتباها بغيرها، فلا يلزم الصون عن القبيح إرادته الفسخ.

١- تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٨.

٢- جامع المقاصد ٤: ٣٠٤.

ص: ٣٦٠

إلّا أن يقال: أمثال تلك التصرفات ظاهره بنوعها في العمد و العلم بالغلبة العادية، فبضميمة حمل فعل المسلم على الصحة يدلّ على إرادته الفسخ، و إن كانت بأشخاصها محلّ الشك في موارد، لعروض ما يصرفها عن الظهور فيها.

و بالجملة: المعيار في الظهور هو النوعي دون الشخصي، فإنّ حكم الفعل في ذلك كاللفظ، فكما أنّ الظهور المعتبر في الألفاظ عرفا و شرعا هو الظهور الشأني، ما لم يصرفها عنه قرينه صارفه إلى ظهور شخصي، كما في حمل الألفاظ على الحقائق ما لم يظهر القرينه الصارفه، فكذا الظهور المعتبر في الأفعال بالنسبة إلى مدلولاتها العرفية فيما يتعلّق به من الأحكام الشرعية، لأنّ الشرع يتبع العرف و ما جرت عليه عادة الناس في مقام التفهيم و التفاهم، و لا شكّ أنّ العرف في إظهار مقاصدهم و إعلام ضمائرهم يقفون على ما يقتضيه الدوال بأنفسها، قولا كانت أو فعلا، و لا يخرجون عنه إلّا بدليل صارف.

و كيف كان، فيشترط في الفعل الفاسخ دلالة على الرضا بالانفساخ، ولا هكذا التصرف المسقط للخيار، بل يكتفى فيه بالدلالة على الرضا بالملك دون لزومه، كما يظهر من إطلاق الفتاوى والنصوص، على ما بينا سرّه وتوجيهه في خيار الحيوان.

فما عن جماعه كالشيخ (١) و ابني زهره (٢) و إدريس (٣) و العلامه (٤) و غيرهم أنّ التصرف: إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخا، و إن وقع فيما انتقل إليه كان إجازه، الظاهر بحكم المقابله [فى] أنّ كلّ تصرف يحصل به الإجازة يحصل به الفسخ ليس

١- المبسوط ٢: ٨٣ و ٨٤.

٢- الينابيع الفقيهيه ١٣: ٢١٤.

٣- الينابيع الفقيهيه ١٤: ٢٩٥.

٤- تذكره الفقهاء ١: ٥٣؛ الينابيع الفقيهيه ١٤: ٥٣٥.

ص: ٣٦١

كما ينبغي. نعم، لا فرق في التصرف الفاسخ بين ما يحرم فعله لغير المالك، و بين ما لا ينفذ عن غيره، كالبيع و العتق و الإجازة و النكاح، فإنّ تلك العقود تكشف ظاهرا عن إرادته الانفساخ بها، دون وقوعها فضولا أو لغوا، بل الظاهر وقوعه بمجرد العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن الغير المقبوض و الهبة الغير المعوضه. فالأقرب: أنّها من البائع فسخ و من المشتري إجازة، لدلالاتها على طلب المبيع و استيفائه. انتهى. و نحوه عن جامع المقاصد (١).

المسألة الثانية: إذا باع ذو الخيار أو أعتق أو أوجد غير ذلك من الأسباب الناقله

إشاره

أو وطأ الجارية أو قبلها بشهوه أو أكل المنتقل إليه و نحوها من التصرفات المحرّمه في ملك الغير، فلا شكّ و لا خلاف في حصول الفسخ الفعلى بها كما مرّ.

و هل يحصل النقل بتلك النواقل، و يجوز تلك الأفعال المتوقفه على الملك أم لا.

ظاهرهم وجود الخلاف فيه، و يرجع إلى الاختلاف في كون نفس التصرف فسخا و سببا للانفساخ، فلا يحصل النقل و لا الحلّ قبله، كما هو ظاهر كلام الفاضل (٢) في التحرير في وطء الأمه بقوله: يحصل الفسخ بأوّل جزء منه. و لازمه عدم وقوعه قبله، بل هو - كما قيل - لازم قول كل من قال بعدم صحّه عقد الواهب الذى يتحقّق به الرجوع، كما عن الشرائع (٣) و المبسوط (٤) و الجامع (٥)، أو كون التصرف كاشفا عن الفسخ و حصوله قبله، كما هو ظاهر التذكرة (٦) و غيره، من تعليل حصول

١- جامع المقاصد ٤: ٣٠٩ - ٣١٢.

٢- تحرير الأحكام: ١٦٨.

٣- شرائع (الينابيع الفقيهيه) ١٤: ٤٠٢.

٤- المبسوط (ينابيع الفقيهه) ٣٥: ١٥٧.

٥- جامع الشرائع (الينابيع الفقيهه) ١٤: ٤٨٤.

٦- تذكره الفقهاء: ٥٣٤.

ص: ٣٦٢

الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح المستلزمه لوقوعه قبله، بل عن المحقق (١) و الشهيد الثانيين: الجزم بالحلّ، نظرا إلى حصول الفسخ قبله، و هو بالقصد المقارن له.

و في المسالك (٢) و الكفايه (٣): صحه هبه ذى الخيار.

و استدللّ على الأوّل: بظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسحا أو إجازة و أنّه فسخ فعلى في مقابل القولى، و ظهور اتفاقهم. على أنّ الفسخ - بل مطلق الإنشاء، لا- يحصل بالنيه، بل لا بدّ من حصوله بالقول أو الفعل، و اتفاقهم على توقف الفسخ على الفعل، فالفعل إذا كان بيعا لم يحصل به النقل، لتوقفه على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن البيع.

و نحوه الفعل المحرم المتوقّف حلّه على الفسخ المتأخر عنه.

و على الثانى: بأنّ الفسخ إنما يتحقّق بالكراهه و عدم الرضا ببقاء العقد، و يكشف عنه التصرف بحكم مقابلتها للرضا الموجب لسقوط الخيار، كما صرّح به فى المبسوط و غيره، و دلّ عليه الأخبار المعلّله بسقوط الخيار بالتصرف بكونه دالّا على الرضا، فالعبره بالرضا فى بقاء العقد و سقوط الخيار و عدمه فى وقوع الفسخ.

أقول: و يضعّف الأوّل؛ بأنّ غايه ما يستفاد من الاتفاق، لزوم وجود الفعل فى وقوع الفسخ، و لا يدلّ ذلك على كونه نفس الفسخ و سببا للملك المتجدّد، لما ستعرف من إمكان تحقّق هذا المعنى بدون سببته. و حكم المقابله لا يفيد أزيد من وجوب كون الفعل دالّا على الفسخ، كما يجب هذا فى الإجازة، دون موافقتهما فى كيفية الدلاله.

١- جامع المقاصد ٤: ٣١٨.

٢- مسالك الأفهام ٣: ٢١٣.

٣- كفايه الأحكام: ٩٢.

ص: ٣٦٣

و دعوى عدم حصول الإنشاء بالنيه مسلّمه إذا كانت محضه غير مقارنه بفعل كاشف عنها، و إلّا فهى ممنوعه.

و الثانى: بمنع كون مجرد الكراهه الباطنيه فسحا بحيث لا مدخل للفعل فى تحقّقه واقعا، بل هو كما ستعرف شرط لوقوع الفسخ واقعا على وجه الكشف لا السببيه و النقل، بخلاف الرضا المسقط للخيار، فإنّه يكفى فيه مجرد الرضا بالملك، و إن لم يدلّ على الالتزام بلزومه دائما، كما تقدم بيانه فى توجيه التعليل للزوم فى بعض الأخبار بالرضا بمجرد التصرفات الغير الدالّه على الالتزام

بالزوم.

ثم إنَّ بعض أفاضل من عاصرناه وافق الأوّل في سببهِ التصرف للفسخ و تأخر الملك الحادث في التصرف الناقل عنه، و مع ذلك قوّى صحّهُ النقل، قائلاً بأنّ الفسخ يتحقّق بأوّل جزء منه، و الناقل هو تمام الفعل، و لا يشترط ملكيه البائع للمبيع في تمام العقد، بل الممنوع وقوع تمام السبب في ملك الغير، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأوّل جزء منه.

و لا يخفى ما فيه من التحكّم بأنّ السبب المؤثر هو مجموع الهيئه المركّبه، و هو أمر واحد ينثلم بخروج جزء منه، و لا تفاوت بين أجزائه في المدخلية في التأثير و اعتبار الشرائط فيها، سواء قلنا بأنّ البيع نفس العقد أو النقل المسبّب عنه، فما يشترط به البيع يكون شرطاً للمجموع الذي لا يصدق البيع إلّا عليه، و أيّ دليل يقتضى اختصاص الاشتراط لبعض الأجزاء؟

مضافاً إلى كونه خلاف الأصل، و ظاهر كلماتهم في عدّ شرائط البيع، و ما يستفاد من ظواهر الأخبار، كقوله عليه السّلام: «لا بيع إلّا في ملك، و لا عتق إلّا في ملك» (1).

١- ورد عن طريق الإماميه، عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، بهذه العبارة: «لا بيع إلّا في ما تملك»؛ راجع عوالى اللآلى ٢: ٢٤٧، الحديث ١٦؛ و مستدرک الوسائل ١٣: ٢٣٠، الروايه ١٥٢٠٩؛ و عن الصادق عليه السّلام، عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، أنّه قال: «لا عتق إلّا بعد ملك»؛ و سائل الشيعة ٢٣: ١٥، الباب ٥ من أبواب العتق، الروايه ٢٨٩٩٨.

ص: ٣٦٤

و مع ذلك كله لا- يستقيم هذا التوجيه في مثل الوطاء و الأكل من التصرفات المحرّمه على غير المالك، مع عدم ظهور قائل بالفرق من الحليّه و الصحّحه.

و الذى يقوّى في نظرى في تحقيق المقام: أنّ الفسخ يحصل بالإراداه الفعلية العرفيه المتصله بالفعل الكاشف عن تلك الإراده، بشرط مقارنتها للفعل.

بيان ذلك: أنّ معنى خيار الفسخ على ما هو مفهومه عرفاً، بل مدلوله لغه، هو التسلط على ترك مقتضى العقد و اختيار ملكه السابق و الجرى عليه، و ليس للفسخ حقيقه شرعيه و توقيف شرعىّ يتعبد به، بل يشعر به التعبير عنه في الأخبار بلفظ الخيار مجرداً عن المضاف إليه، كقوله عليه السّلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (1) و لا شك أنّ هذا المعنى يتحقّق عرفاً بالعزم القلبيّ و الإراده الباطنيه المقدمه على الفعل و الاعتبار باللفظ أو الفعل، من جهه الدلاله عليها و الكشف عنها.

نعم، لما جرت عادته الشارع في ترتيب الآثار على القصود في المعاملات إلى اعتبار ما دلّ عليها، إمّا على كونه أسباباً مجعوله، كما في أكثر العقود و الإيقاعات التى ثبت سببيتها لآثارها بالأدله الخارجيه، كالنكاح و الطلاق و نحوهما، أو على كونها لمجرد الكشف عن الإراده، قولاً- كان أو فعلاً- فإنّه يكتفى إجماعاً في الفسخ بمثل عقد ناقل أو فعل محرّم على غير المالك، مع أنّ مدلولهما ليس فسخ العقد، فالعبره بهما من باب كونهما قرينه للإراداه التى هى المؤثر، لا من باب السببيه الشرعيه، من قبيل الرجوع في طلاق ذات العده الرجعيه بكشف القناع و التقييل في حصول الزوجيه، و سقوط الخيار في ركوب الدابه.

و إلى هذا أشار شيخنا الشهيد في المسالك (١) في الاستدلال على صحة بيع من له الرجوع في الهبة بقوله: العقد يدل على إرادته الفسخ، والغرض من الألفاظ المعتبرة في العقود: الدلالة على الرضا الباطني، لأنه هو المعتبر، ولكن لما لم يمكن الاطلاع عليه، نصب الشارع الألفاظ الصريحة الدالة عليه و اعتبرها في صحة العقد- و حينئذ- فالعقد المذكور يدل على تحقق إرادته الفسخ قبل العقد، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع. انتهى.

إلّا أنّ تعميمه ذلك بالنسبة إلى ألفاظ العقود التوقيفية غير جيّد، لكونها من باب الأسباب قطعاً، كما عرفت. و كيف كان، فالسبب المؤثر في الانفساخ هو الإرادة المقدمه على الفعل، فيكون الفعل الناقل صادراً عنه في ملكه.

و من هذا يظهر سقوط القول الأوّل.

و أما توجيه حصول الفسخ بالإرادة مع عدم الخلاف- ظاهراً- في توقفه على وجود الفعل، بحيث لو اتفق حصول المانع عن الشروع في الفعل اضطراراً بعد تحقق الإرادة لم يتحقق الانفساخ، فهو أنّ التوقف على التصرف ليس من باب السببية المستلزمه لتأخر الملك عنه، بل هو من قبيل الاشتراط بالشرط المتأخر، بمعنى أنّ تأثير الإرادة في الانفساخ و سببها مشروط باقترانها بالفعل، و هو نظير الإجازة في العقد الفضولي على القول بكونها كاشفه كما هو المشهور المنصور.

و فرعوا عليه ملك النماء المتخلل بين العقد و الإجازة للمشتري.

فرع: لو اشترى عبداً بجاريه فقال: أعتقتهما فعن [بعض]: انعتاق الجارية دون العبد،

لتقدم الفسخ على الإجازة.

و ردّ بالمنع فيما وقع الفسخ و الإجازة من طرف واحد، و لو لعدم الدليل.

و عن آخر: يعتق العبد دون الجارية، لأنّ الإجازة إبقاء للعقد و الأصل بقاؤه، و يعارضه اصل عدم العتق.

و الحقّ: بقاء الخيار و عدم حصول عتق أحد منهما، كما عن الفاضل (١) و المحقّق الثاني (٢)، لأنّ المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل، لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن ملكه، فلا ينفذ عتقهما، لتدافعهما، مضافاً إلى استصحاب بقاء الخيار و عدم حصول العتق.

المسألة الثالثة: لا ينافي تلف العين بقاء الخيار،

بلا- خلاف أجده، و إن تأمل فيه بعض الأساطين، و به صرح الفاضل (٣) في القواعد، إلّا فيما أوجب التلف انفساخ العقد، فلا خيار، إذ لا عقد حينئذ، كما في خيار التأخير و الخيار قبل القبض.

و وجه ما ذكر: كون العقد قابلا- للفسخ بعد تلف العين، و لذا قالوا بشرعيه الإقاله- حينئذ- و حكى عليه الإجماع، فإنّ معنى الفسخ ليس ردّ كلّ عوض إلى مالكة الأول الذى يحصل بعقد جديد أيضا، بل هو حلّ العقد السابق الناقل للعوضين، و مقتضى حلّه عود العوضين مع بقائهما إلى مالكيه و استحقاقهما البديل عند تلفهما.

و لما كانت العين لتزلزلها بالخيار مضمونه على المنتقل إليه، فإذا تلف عنده يرجع الآخر إليه ببدله، و إن قلنا بعدم جواز إتلافها لغير ذى الخيار، نظرا إلى تعلق حق ذى الخيار بالعين أصاله.

و التمسك فى سقوط الخيار بأصل البراءة عن العوض: مدفوع بزوال الأصل باستصحاب الخيار المقتضى لضمائه المزيل للبراءة عنه.

١- تحرير الأحكام ١: ١٦٨.

٢- جامع المقاصد ٤: ٣١٣.

٣- قواعد الأحكام (الينابيع الفقهية) ١٤: ٥٣٦.

ص: ٣٦٧

نعم، إذا كان موجب الخيار مقيدا بردّ العين، كما عند اشتراطه كذلك، أمكن القول بسقوطه. و لعله لذا تردّد العلماء فى المراهبه، فيما لو ظهر كذب البائع فى إخباره برأس المال بعد تلف المتاع (١).

بل عن المبسوط (٢) و بعض آخر الجزم بالعدم، نظرا إلى أنّ الردّ إنّما يتحقق مع بقاء العين. و عن المسالك (٣) و جامع المقاصد (٤): ثبوت الخيار، لعدم المانع مع وجود المقتضى. و قد عرفت فيما تقدم خلافهم فى بقاء خيار المغبون بتلف المغبون فيه.

المسألة الرابعة: اختلفوا فى جواز التصرف الناقل لغير ذى الخيار،

كنقل المشتري المبيع فى بيع الخيار، على أقوال ثلاثه:

الأول: عدم جوازه، و هو المحكى عن الشيخ (٥) و ابن سعيد و ظاهر الفاضل فى القواعد (٦) و المحقق و الشهيد الثانين، بل نسب إلى الأ-كثر، و عن جامع المقاصد (٧) و الدروس (٨): نفى الخلاف عنه. و ربما يظهر من بعض كلمات العلماء و الشهيد خلافه.

- ١- لم نقف عليه و لكن بحث قدس سرّه عن أحكام المرابحة فى تحرير الأحكام ١: ١٨٦؛ و فى مختلف الشيعة ٥: ١٨٥.
- ٢- المبسوط ٢: ٨٦.
- ٣- مسالك الأفهام ٣: ٢١٧.
- ٤- جامع المقاصد ٣: ٣٠٩.
- ٥- جواهر الكلام ٢٣: ٧٠ و ٧١.
- ٦- قواعد الأحكام ١: ١٤٤.
- ٧- جامع المقاصد: ٣١١/٤.
- ٨- الدروس الشرعية ٣: ٢٧١.
- ٩- تحرير الأحكام ١: ١٦٨.
- ١٠- تذكرة الفقهاء ١: ٥٣٨.

ص: ٣٦٨

و جعله كالتلف، فيرجع البائع بعد الفسخ إلى المثل أو قيمه، و ظاهره تخصيص الجواز بالعتق.

الثانى: صحّه التصرف الناقل لكن على التزلزل، فإنّ فسخ ذو الخيار رجع العين إليه من المنتقل إليه الثانى، و إن سقط خياره بأحد مسقطاته، لزم. و ربما يخصّص ذلك بما يقبل التزلزل كالبيع و الهبة، و أمّا ما لا يقبل كالتق و الوقف، فيبطل التصرف.

الثالث: صحّته على وجه اللزوم و عدم تسلط ذى الخيار على استرجاع العين، بل ربما أفرط فى ذلك بعدم الفرق بين النواقل اللازمه و الجائزه.

ثمّ إنّه لم يظهر من القائلين بالجواز بقاء الخيار بالرجوع إلى البدل من المثل أو قيمه، إلّا فى مسأله العتق أو الاستيلاء.

و كيف كان، فالحقّ هو الأوّل، لأنّ الخيار متعلّق بسبب العقد إلى العوضين بإرجاع عينهما بحلّ العقد إلى ملكهما السابق، فلا يجوز أن يتصرّف فى العين بما يبطل ذلك الحقّ بنقلها إلى غيره، و هذا يعمّ الخيارات الأصليه و المجعلوه بالشرط، و إن كان فى الثانى أوضح، لظهور إرادته إبقاء الملك من اشتراطه ليستردّه عند الفسخ، و كونه حكمه فى أصل الخيار.

و ما أورده بعض أفاضل من عاصرناه عليه، من أنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد الممكن فى حالتى وجود العين و بعدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازا و منعا، فالمرجع فيه أدلّه سلطنه الناس على أموالهم مخدوش بأنّ مقتضى حقّ الخيار أمران: السلطنه على حلّ العقد، و أخذ العين بالفسخ، و لذا لا يجوز بذل البدل مع بقاء العين.

ص: ٣٦٩

نعم، عند عدم إمكان الثاني للتلف لا يسقط الأول، فيرجع إلى القيمة من قبيل الرجوع في المغصوب التالف على عوضه، و أما مع بقاء العين، فلا تسقط حقه عنها، فليس للأخر إتلاف هذا الحق عنه.

و تسلطه على ماله بحديث السلطنة محجوج بسبق حق غيره فيه المنافي للإتلاف اختياراً، فلا يعارض أدله الخيار على ما بيناه في قاعده نفى الضرر، مضافاً إلى استلزامه جواز إتلاف العين رأساً، ولعله لا يقول أحد بهذا الضرر، و إلى ظهور إرادته ذى الخيار بقاءها فى الخيار المجعول بالشرط، و الشارع فى حكمه تشريعه فى الخيار الأصلى. و من هذا ينقدح حجه القول الثالث بضعفها. و أما حجة القول الثانى:

أمّا على جوازه مترزلاً فقاعده التسليط و عمومات حليّه البيع. و أمّا على تسلط ذى الخيار على الرجوع إلى العين بعد الفسخ ممن انتقل إليه، فاستصحاب خيار البائع اقتضائه جواز الرجوع إلى العين ما دامت باقيه، مع أن البيع و نحوه ليس إلّا نقل الملك الثابت للناقل، و ليس للمشتري فى زمن الخيار إلّا الملك المترزل، فلا يترتب على بيعه إلّا حصول الملكيه المترزله الثابته للمشتري، و لا ينافيه لزوم البيع، فإن مقتضاه لزومه على حسب حاله، و هو ما يرتفع بفسخ ذى الخيار، فهو لازم على المشتري الأول و الثانى دون البائع الأول.

و الجواب: أنّ الفسخ عباره عن حل العقد الأول، و مقتضاه إرجاع المبيع عن ملكيه المشتري الأول، فإنّه المشروط عليه الملتزم به، و بهذا فرع بقاء الملكيه له، و فى المفروض ارجاع عن ملكيه المشتري الثانى بالعقد الثانى، و لم يكن له خيار بالنسبه إلى هذا العقد، إذ لا شرط بينهما، فلا بدّ إما من القول بعدم جواز إخراج المشتري الأول العين عن ملكه إبقاء لحق خيار البائع كما هو الصواب، أو القول

ص: ٣٧٠

بسقوط خيار البائع عن العين و نقله إلى الغير.

المسألة الخامسة: منفعة العين فى زمان الخيار قبل الفسخ فى بيع الخيار و غيره مال المشتري،

كالأصل، فله صرفه كيف يشاء، و أخذ العوض عليها و مطالبه أجره المثل و لو من ذى الخيار إذا تصرّفه، فلو آجره فى زمان الخيار صحّت الإجاره، لكن ما دام تملكه للعين، و تنفسخ بفسخ العين، كما أفتى به المحقق القمى و والدى العلّامة (١).

و القول بأنّ صحّه الإجاره تبطل تسلط الفاسخ على أخذ العين، لاستحقاق المستأجر لتسلّمه لأجل استيفاء منفعة فى مده الإجاره: يضعف بأنّ الفسخ من قواطع الإجاره، نظير قطع إجاره البطن الأول فى الوقف بموتهم، و انتقال العين الموقوفه إلى البطن الثانى.

و استظهر بعض أفاضل من عاصرناه بقاء الإجاره للمشتري و عدم بطلانها بفسخ العين، استناداً إلى أنّ المشتري ملك العين ملكيه مطلقه مستعده للدوام، و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمه، فإذا استوفاه المشتري بالإجاره فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يرجع إليه الملك مسلوب المنفعة فى مده الإجاره بعد الفسخ، كما إذا باعه بعد الإجاره.

و يفترق هذا عن إجاره البطن الأوّل فى الوقف المنقطعه بانقضائهم، بأنّ البطن الثانى لا يتلقّى الملك عن البطن الأوّل حتى يتلقّاه مسلوب المنفعه، بل عن الواقف، فالملك ينتهى بانتهاه استعداده.

و يضعّف هذا أيضا.

أوّلا: بأنّ حق ذى الخيار كما تعلق بالعين قبل الفسخ بتسلطه على إرجاعها إلى

١- مستند الشيعة ٢: ٣٩١.

ص: ٣٧١

نفسه بالفسخ، تعلق بالمنفعه أيضا تبعا للعين بإرجاعها إليه كذلك، فيبطل ما ينافيه.

و كون الملك مستعدا للدوام لو لا الرفع لا يكفى فى ملك المنفعه الدائمه فعلا قبل حلول الرفع، بل هو معلق على عدم حلوله، كملك العين.

و بالجملة: تسلطه على هذا التصرف و التمليك المستمرّ ينافى حقّ الخيار الآخر المتعلق بالعين و المنفعه.

و التفريق بينه و بين اجاره الموقوف، بأنّ البطن الثانى تتلقّى الملك من الواقف لا- من البطن الأوّل مستجمع المنفعه ينتهى استعداد ملك البطن الثانى بانقراضه:

مخدوش بأنّ المستأجر فيما نحن فيه، و إن تلقّى الملك عن المشتري، لكن على حسب ما تلقّاه من البائع، و هو المترنزل المنتهى استعداد بالفسخ على حسب الشرط.

و ثانيا: بأنّه على تقدير بقاء الإجاره بعد الفسخ: إن كانت الأجره المسماه إلى انقضاء مدّه الإجاره للفاسخ، فلا يكاد يصلح، بل هو خلاف قصد الموجر، و لعله لم يرض به الفاضل المعاصر و لم يفت، و إن كانت للمشتري، فهو ضرر بين على البائع، سيما إذا كانت مدّه الإجاره زائده عن زمان الخيار بمدّه طويله كعشرين سنه أو خمسين، إذ يدور أمر البائع - حينئذ - بين الالتزام ببقاء المبيع و بين الفسخ و ردّ الثمن و تملك العين مسلوب المنفعه فى يد المستأجر إلى انقضاء مدّه الإجاره، و أيّهما كان، فهو ضرر فاحش و خلاف ما انعقد عليه قصد المتعاقدين فى الخيارات المجعوله، و الحكمه فى الخيارات الأصلية. و هل هو إلّا تضيق على ذى الخيار لا إرفاق و تسهيل له؟

المسأله السادسه: إذا أذن ذو الخيار فى التصرف الناقل،

فلا شك و لا خلاف فى نفوذ إذنه و صحّحه التصرف و عدم انفساخه بفسخ العقد الأوّل، و إن قلنا بعدم منافاه الإذن فى التصرف لإرادته الفسخ و أخذ قيمه، لتوافق حقيهما عليه.

ص: ٣٧٢

و كذا لا إشكال- ظاهرا- في أنّ هذا الإذن ليس فسخا موجبا لعود الملك إلى الفاسخ، لاستلزامه وقوع الفعل المأذون فيه لدى الخيار، مع أنّه يقع وكاله عنه، و لا تعلق قصدهما به على الفرض.

و كذا الظاهر، عدم بقاء الخيار بعد هذا الإذن بحيث يرجع ذو الخيار به إلى البدل، لأنّ حقّ الخيار متعيّن بالعين، و لا ينتقل إلى البدل إلّا إذا تلفت على كونها محلا لحقّه، و إذنه لغير ذى الخيار فى التصرف الناقل لنفسه عند بقاءها على ملكه، إسقاط لحقّ خياره عن العين، فلا يرجع إلى البدل، بل هو التزام بالعقد.

و من هذا يظهر [أنّ] سقوطه بمجرّد الإذن، و إن لم يتصرّف المأذون، كما عن القواعد (١) و التذكرة (٢)، بل عن المشهور، منع دلالة الإذن المجرد عن التصرف المحكّي عن جامع المقاصد (٣) و المسالك (٤) خلافاً للظاهر، و توجيهه بظهور الإذن- حينئذ- فى الفسخ بحكم العرف لا فى الإسقاط، و الحكم بالسقوط فى التصرف عن إذنه ليس لأجل تحقّق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن، بل لأجل تحقّق المسقط، نظرا إلى وقوع التصرف صحيحا و عدم التسلط على البدل كما تقرّر، خال عن التحصيل، لأنّ الإذن لو كان فسخا لم يتفاوت به الحال بتعقب التصرف المأذون فيه من غير ذى الخيار و عدمه.

هذا، و يظهر مما بيّناه حكم الإذن فى الإتلاف و أنّه إسقاط للخيار، فليس له الفسخ و أخذ البدل، و لا هكذا لو تلف فى يده أو أتلف بدون إذنه، لما تقدم من انتقال الحق- حينئذ- من العين المضمونه عليه إلى البدل.

١- قواعد الأحكام ١: ١٤٤.

٢- تذكرة الفقهاء ١: ٥١٧.

٣- جامع المقاصد ٤: ٣١١.

٤- مسالك الأفهام ٣: ٢١٣.

ص: ٣٧٣

فرع: لو أذن فى الإجاره إلى آخر زمان الخيار أو أكثر، فلا شكّ فى صحّتها كما مرّ، و ليس فسخا كما عرفت، و كذا ليس هنا إسقاطا للخيار أيضا، لأنّ متعلّقه العين و المنفعه تابعه، فتقع الإجاره المأذون ما لم يفسخ الإذن، و يبطل بفسخ العين، لما مرّ.

فإن قلت: الإذن فى الإجاره إذن فى تملك المنافع المتجدّده لغير ذى الخيار، فلا يرجع إليه بعد فسخ العين.

قلت: الإذن إذا لم يكن فسخا لا يكون لازما، بحيث لا يمكن تعقبه البطلان القهرى بفسخ العين، بل الإذن- حينئذ- لا ثمره فيه و لا يفيد شيئا لاستحقاقه الإجاره ما دام ملك العين من غير توقف على إذن ذى الخيار.

نعم، إذا اقترن المقام بقريته حاله داله على قصده من الإذن إسقاط خياره كان له حكمه.

المسألة السابعة: الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف،

إشاره

كما صرح به جماعة.

و عن الغنية (١): الإجماع عليه في خيار المجلس و الشرط، و في التذكرة (٢): إنَّ الخيار عندنا موروث، لأنَّه من الحقوق، كالشفعة و القصاص في أنواعه، و به قال الشافعي: إلَّا في خيار المجلس، فهو الدليل عليه، مضافا إلى عموم النبوى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ (٣) المنجبر بما ذكر، «و ما ترك الميِّت من حقِّ فلوارثه».

و أورد عليه أؤلا: بمنع كونه حقا بل حكما شرعيا، كالإجازة لعقد الفضولي و جواز الرجوع في الهبة، فإنَّ الحكم لا يورث.

١- غنية النزوع ١: ٢٢١.

٢- تذكرة الفقهاء ١: ٥٢٦.

٣- سنن ابن ماجه ٢: ٩١٤، الرقم ٢٧٣٨؛ مسند أحمد ٢: ٤٥٣ بتفاوت.

ص: ٣٧٤

و ثانيا: بمنع كونه ما ترك الميِّت، لأنَّه فرع ثبوت كونه حقا قابلا للانتقال، فلا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له.

و يمكن الجواب عن الأوَّل: بكونه حقا للإجماع بسقوطه بالإسقاط، و كونه في أحد العوضين في خيار الشرط، و نحوهما من خصائص الحقوق المنافية لمجرّد الحكم، مضافا إلى خصوص الإجماع على كونه من الحقوق.

و عن الثاني: بأنَّ المتبادر من الخبر كونه في مقام بيان حكم الانتقال لمطلق الحقوق، و كون ما يسمّى حقا داخلا في المتروكات المنتقلة، لا- في بيان من ينتقل إليه، لظهور كونه لوارثه لا- لغيره. كيف و لو كان الإطلاق مناسقا لبيان الثاني لكان اللازم بيان أعيان الورثة و أشخاصهم.

و كيف كان، فالإجماع يغني عن تطويل الكلام في ذلك، بل المهمّ بيان كيفية إرث الخيار إذا تعدّد الورثة.

و تفصيله: أنّهم إذا اتّفقوا على الفسخ أو الإجازة فلا- إشكال، و إن اختلفوا فيهما ففيه أقوال ثلاثة، منشأها الخلاف في كيفية استحقاق الورثة للخيار:

أحدها: تقدم الفسخ، فيفسخ الجميع بفسخ البعض و إن أجاز الباقون، فكل من الورثة يستحق خيارا مستقلا كمورثته، نظير حدّ القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين و حق الشفعة على المحكّي عن المشهور، نسب هذا القول في الرياض (١) إلى بعض و نظر فيه.

و عن الحدائق (٢) تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة دون المجيز.

و دعواه اتفاق الأصحاب مع ظهور خلافه عن أعيانهم غريبه.

١- رياض المسائل ١: ٥٢٧.

٢- الحدايق الناضره ١٩: ٧١.

ص: ٣٧٥

نعم، في التذكرة (١) ذلك في خيار المجلس، قال: إن فسخ بعضهم و أجاز الآخر، فالأقوى أنه يفسخ في الكل كالمورث لو فسخ في حياته في البعض و أجاز في البعض، و استدلل على هذا القول بالنبوي المتقدم الظاهر في ثبوت الحق لكل وارث خرج منه المال القابل للتجزئه، و ينزل فيه على الاشتراك إجماعاً، بخلاف محل البحث الذي لا يتجزى. و لا يخفى أن الخبر بظاهره في مقام بيان انتقال المتروك إلى ماهية الوارث من غير نظر إلى كونه واحداً أو متعدداً، اشتراكاً أو استقلالاً، بل لو فرض كونه عاماً كالورثه، كان اللازم حمله على العموم الجنسي، ليشمل صورته وحده الوارث و تبعض المتروكات المتبعضه على الورثه، مع أنه لو أريد منه العموم الإفرادى أو الإطلاقي، لزم استعمال الكلام في معنيين، من الاشتراك في المال و التعدد في مثل هذا الحق. و تخصيص الحق بغير المال ليس بأولى من تنزيهه على الاشتراك باعتبار محله، أعنى المنتقل إليه، فكان لكل خياره في نصيبه.

و ربما أورد عليه: بأن القرينه العقلية قامت على عدم إرادته ثبوته لكل واحد مستقلاً، و هي استحاله تعدد الواحد الشخصى الذى كان للمورث.

و فيه: منع استحاله سلطنه كل واحد على هذا الواحد وراثه، نظير الوكلاء المستقلين فى الموكل فيه و الأوصياء فى الموصى به. و قيام هذا الواحد لشخص واحد هو المورث لا يجب كونه كذلك فى الإرث حيث لا يتجزى، بل المنتقل إليه مجرد السلطنه على الفسخ، و لازمه سقوط الحق بإسقاط كل واحد، و هل يستحيل العقل تصريح الشارع به.

و كيف كان، فلا دليل يعتمد عليه على انتقاله إلى كل واحد مستقلاً فى الكل، مضافاً إلى استلزامه - كثيراً ما - وقوع الضرر على سائر الورثه، كما سنشير إليه،

١- تذكرة الفقهاء ١: ٥٢٦.

ص: ٣٧٦

و يتعدى إلى نفيه فى غير مورد الضرر بعدم القول بالفصل.

القول الثانى: أنه يستحق جميع الورثه مجموع الخيار، فلا يفسخ إلا باجتماع الكل على الفسخ.

اختاره جماعه منهم العلماء فى القواعد (١)، مع احتمال القول الآتى، و نجله فى الإيضاح (٢)، و الشهيدان فى الدروس (٣) و المسالك (٤)، و والدى العلماء فى المستند (٥)، و بعض من عاصرناه، استناداً إلى أن مقتضى أدله الإرث كون مجموع المتروك لمجموع الورثه، إلا أن التقسيم فى الأموال لما كان ممكناً، كان لكل واحد حصه مشاعه، كسائر الأموال المشتركة، بخلاف الحقوق التى لا تتجزى، فهى باقيه على الاشتراك للجميع، فليس أحدهم مستقلاً فى فسخ، لا فى الكل و لا فى البعض، و إلى أن

القدر المتيقن من الأدلة ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع، فإن اتفقوا على الفسخ انفسخ، وإلا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه.

وفيه، أن أدلة الإرث لا يقتضى كون مجموع التركة للكل المجموعى، بحيث كانت للهيه الاجتماعيه مدخليه فى استحقاقهم، وإلا لما صحّ التقسيم فى الأموال، فإنها من باب واحد، بل ظاهرها كونها مشتركه بينهم بحيث كان لكل واحد حقّ فيها، ولازمه تجزى هذا الشىء المتروك، مالا- كان أو حقًا، ولذا لو مات بعض هؤلاء الورثه انتقل حقه إلى وارثه، مع أن حقه ليس كلّ الخيار.

و اشتراط موافقته بالاستحقاق لسائرهم فى حصول الفسخ الشرعى بالخيار

١- قواعد الأحكام ١: ١٤٣.

٢- إيضاح الفوائد ١: ٤٨٧.

٣- الدروس الشرعيه ٣: ٢٦٦.

٤- مسالك الأفهام ٣: ٢١٤.

٥- مستند الشيعة ٢: ٣٨٩.

ص: ٣٧٧

الوحدانى المتروك، ليس من أجزاء الخيار، ولا هو من الحقوق المتروكه، بل هو حقيقه تجزئه فى الوارث لا الموروث.

و بالجمله، مقتضى الاشتراك الثابت من الأدله أن يكون لكلّ منهم نصيب فى المتروك، فإن كان المتروك من الأعيان يتجزى العين، وإن كان من الأوصاف والأعراض، فالتجزى يعتبر فى محلها، لأنّ الانفساخ المسبب عن الخيار يقع على كلّ جزء، وإن كان السبب واحدا، كما أن الملك المسبب عن البيع إذا ظهر بعض المبيع مستحقا، و ستعرف مزيد بيان فيه مع ما فى هذا القول ما أشرنا إليه من استلزامه الضرر غالبا على الورثه، كما إذا كان بقاء العقد و لزومه ضررا عليهم، كالبيع الخياريه بأقلّ الثمن الواقعه ابتداء باستظهار شرط الخيار، فيحصل الضرر عليهم بمواطاه أحدهم لغير ذى الخيار فى عدم موافقته للباقيين فى الفسخ.

القول الثالث: استحقاق كلّ من الورثه خيارا مستقلا فى قدر نصيبه، اختاره بعضهم، واحتمله جماعه، ولا يخلو من قوه.

و ينجر التبعض على من عليه الخيار عند اختلافهم فى الفسخ والإمضاء بالخيار، إذ الاشتراك مقتضى ظاهر أدله الإرث كسائر الأموال، و حيث إنّه بنفسه غير قابل للتجزئه فيعتبر التجزى فى متعلقه كما بيناه.

و عدم ثبوت خيار البعض للمورث أصاله، وإن تعلق بالأبغاض فى ضمن الكلّ، لا يمنع من حصوله مستقلا فى البعض لكلّ وارث، باعتبار عروض التجزى فى متعلقه كما أشرنا إليه آنفا.

و توضيحه تفصيلا: أن الحقّ المملوك، إما أن يتبعض فى نفسه، فحكمه عند الاشتراك ظاهر أو لا يتبعض، لا فى نفسه ولا فى

متعلقه، كالقصاص، فمقتضى الاشتراك فيه اجتماع المحققين على استيفائه، و مع الاختلاف بالرجوع إلى ما جعله

ص: ٣٧٨

الشارع و هو بذل المستوفى حصّه الباقيين من الدين التي هي بدل حقهم شرعا، أو يتجزى بحسب المتعلق دون نفسه، كما في محل الفرض، فإذا انتقل بالإرث إلى كثيرين، فلا بدّ من توجيهه: إمّا بكونه للهيئه الاجتماعيه، أو لكلّ واحد مستقلا في المجموع أو في نصيبه خاصّه.

و لا يصحّ الأوّل، لأنّ المركب من الكلّ ليس وارثا، بل هو كلّ واحد منهم، فلا مدخل للاجتماع في الوراثه و الاستحقاق، و كذا الثاني، لما فيه - مضافا إلى ما عرفت من كونه خلاف مقتضى أدلّه الإرث - من أنّه غير ما استحقّه المورث، لأنّ ما للمورث هو حقّ الخيار على رجوع المال إلى نفسه لا - إلى غيره، و بعبارة أخرى: له التسلّط على إرجاع المفسوخ إلى نفسه بالفسخ، و في الفرض يملكه غيره بفسخ من له الخيار.

فإن قلت: للمورث السلطنه على حل العقد و جعل المال كما كان قبله، و تلك السلطنه تنتقل بالإرث إلى كلّ وارث، فهو في ذلك في حكم النائب و الوكيل في الفسخ، فإذا انفسخ صار المال في حكم مال المورث كما كان قبل العقد، فيرث كلّ وارث قدر سهمه منه.

قلت: الفسخ ناقل العقد من حينه، فليس ملك المفسوخ عين ما كان للمورث، بل هو لمن ملك الخيار، كما كان للمورث، فلا يصار إليه أيضا، مضافا إلى استلزامه الضرر كما عرفت، و حيث لا يصحّ المصير إلى هذين الاحتمالين، تعيين الأخير، أعني اعتبار التبعض في السهام.

فرع: إذا كان الخيار لأجنبيّ فمات، ففي انتقاله إلى وارثه أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه وجوه،

بل أقوال: أقواها الأخير لعدم دليل من إجماع أو نصّ ظاهر على حصول الانتقال حينئذ. و احتمال مدخله نفس الأجنبيّ فيه، و الله العالم.

ص: ٣٧٩

[المشرق الحادي و عشرون] [في الشبهه الموضوعيه التحريميه]

إشاره

مشرق: في الشبهه الموضوعيه التحريميه المرادّه بين أمرين أو أكثر.

و محل التردد إمّا محصور، و يسمّى الشبهه المحصوره، أو غير محصور، فهنا مقامان:

المقام الأوّل: في الشبهه المحصوره،

و قبل البحث نقدم أمرين:

الأول: كما يشترط في صحه التكليف قدره المكلف على الامتثال و الإتيان بالمكلف به، كذا يشترط فيها قدرته على تحصيل العلم بامتثاله و لو بالاحتياط، فلا يجوز البناء في الامتثال على إصابه الواقع أحيانا و المطابقه الاتفاقيه، لعدم كونه معقولا، بل كونه ممنوعا عقلا، لاستواء الاحتمالين عند عدم العلم في نظر المكلف فمع عدم القدره على كليهما معا بالاحتياط، لو عوقب على مخالفه أحدهما المطابق للواقع دون الآخر، لزم التكليف بما لا يطاق.

و منه يظهر أيضا أنّ مع قدره المكلف على تحصيل العلم و صحه تعلق التكليف لا يجديه الامتثال الاحتمالي، بل يتوقف الامتثال على حصول العلم به، إذ مع عدمه يستوى المأتى به عنده للمحتمل الآخر.

ص: ٣٨٠

و لو ترتب ثواب الطاعه و عقاب المعصيه عليه لا على الآخر لزم إناطه التكليف بالإصابه الاتفاقيه للواقع، و قد علمت بطلانه، بل استحالته.

و كذا يظهر أنّ تكليف الجاهل بما في نفس الأمر، سواء كان الجهل بنفس الحكم، كما عليه الأخباريون في الشكّ الحكمي في الحرمة، أو بالمكلف به، كما عليه المشهور، لا ينفك عن التكليف بالاحتياط الموجب للعلم بامتثال الواقع، فالأول تكليف بدوي له، و الآخر تكليف ثانوي واقع في الطريق من باب المقدمه العلميه.

الثاني: أنّ الأحكام الشرعيه، كما تقرر في محله، منوطه بالحكم و المصالح الكامنه في ذوات الأشياء و خصوصيات الأفعال، على ما اتفق عليه أهل المعقول و المنقول من العدليه، و لازمه ثبوت تلك الأحكام لها قبل تعلق علم المكلف بها، و إلّا لزم الدور.

و الخطابات الشرعيه المتوجهه إلى المكلفين منساقه لبيان تلك الأحكام الواقعيه و مستعمله فيها، إلّا أنّها بالإضافة إلى أحوال المكلفين ليست على إطلاقها، لمنافاته في كثير من صور الجهل، لما تقرر في الشرع من القواعد الشرعيه و الأصول العدميه (١) من التوسع و الترخيص في مخالفه الأحكام الواقعيه، بل إبقاؤها مطلقا على الإطلاق يؤدى إلى التكليف بما لا يطاق، فهو مقيد بغيرها على معنى عدم العقوبه على المخالفه الواقعيه لعذر الجهل، و كونه مانعا لها، لا على تساويها للمطابقه في الآثار المسببه عن الحكمه الذاتيه الباعثه لتشريع الحكم.

فمحطّ البحث هو الأول، و هو المسمّى بالحكم الظاهري، فلا يصحّ النقص باحتمال حصول مفسده الحرمة في إباحه ما يحتمل الحرمة.

نعم، لا يصحّ الخروج عن الإطلاقات المقتضية للتكليف بالواقع، إلّا فيما ثبت تقييدها به.

و إذ تمهّد ذلك، فنقول صرّح جماعه من الأصوليين، بل عن المشهور: وجوب الاجتناب عن الجميع في الشبهه المحصوره، و لزوم الموافقه القطعيه. و ذهب جمع من الأجله، منهم المحقق القمّي، و والدى العلامه (١) إلى حليّه غير ما يساوى الحرام تخيرا، فلا يجب القطع بالموافقه، بل يحرم المخالفه القطعيه، و عن بعضهم حليّه الجميع تدريجا و عدم حرمة المخالفه القطعيه، و نسب ذلك إلى العلامه المجلسي.

و الحقّ هو الثاني.

لنا على عدم وجوب الموافقه القطعيه و جهان:

أحدهما: انتفاء التكليف بالمعلوم الإجمالي الواقعي بعينه بالنسبه إلى الجاهل، لأدله البراءه عما لا يعلم حرمة، كقوله عليه السلام: «كلّ شىء حلال حتى تعلم أنّه حرام بعينه» (٢). و قوله عليه السلام: «كلّ شىء فيه حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه» (٣)، المخصّصه لعموم دليل تحريم العنوان المشتبّه، كقوله: «اجتنب عن الخمر مثلا»، المطلق بالنسبه إلى علم المكلف و جهله، فيقيد بما ذكر.

و خصوصيه موضوعه في الخطاب بالنسبه إلى موضوع أدله البراءه لا يرفع حكم التقييد بها لعدم مدخليه خصوصيه العنوان في ذلك.

قيل: هذه الأخبار و أمثالها لا يصلح للمنع، لأنها كما تدلّ على حليّه كلّ واحد من المشتبّهين، كذلك تدلّ على حرمة ذلك المعلوم الإجمالي، لأنه شىء يعلم حرمة.

١- مستند الشيعة ٢: ٣٩١.

٢- لم نقف عليه.

٣- وسائل الشيعة ٢٤: ٢٣٦، الباب ٦٤ من أبواب الأطمعه المحرّمه، الروايه ٣٠٤٢٥.

ص: ٣٨٢

قلنا: أوّلا أنّ المعلوم الإجمالي ليس إلّا الموضوع الخاصّ الواقع المجهوله بشخصه عندنا، المرّد بين أحد المشتبّهين، فيصدق على كلّ منهما أنّه لا يعلم حرمة بعينه، و لازمه عدم التكليف باجتناّب الموضوع الواقعي، و تقييد خطاب اجتناب عن الخمر- مثلا- بصوره العلم بصدقه على الموجود الخارجيّ، لما عرفت في المقدمه، أنّ التكليف بشىء لا ينفكّ عن التكليف بما هو طريق العلم بامثاله.

فإذا حكم الشارع بإباحته يلزم الحكم بعدم حرمة الموضوع الواقعي - حينئذ - بخصوصه، و إن علم حرمة بحسب مفهومه الكلّي، كيف و إلّا لزم الحكم بحرمة الشبهه المجرّده عن العلم الإجمالي أيضا، كما إذا وقع شكّ في كونه خلّا أو خمرا.

إذ العلم بحرمة الخمر الواقعي الكلي الصادق على جميع أفراده لا- ينفك عن وجوب الاجتناب عما يحتمل كونه الواقع، كما مرّ. وإلا لزم جواز التخلف عنه، وهو خلف.

و من هذا ظهر أنّ أخبار التوسعة في الموضوع المشتبه تقدّم على دليل حرمة ما في الواقع و تقييده، دون العكس، و إلا لم يبق مورد لأدله البراءة، مضافا إلى كونها أخصّ منها، كما علمت.

و بالجمله إن أريد بالمعلوم الإجمالي موضوع الخطاب الشرعي المعين في الواقع، حيث يعلم حرمة، فينتقض بالشبه المجزّده، و إن أريد خصوص المعلوم في مورد الشكّ المرّد بين المشتبهين، فليس هو عنوانا لموضوع الحرام في الخطاب، حتى يستدلّ بتحريمه بالخطاب.

و ثانيا منع كون المعلوم الإجمالي شيئا يعلم حرمة بعينه حيث كان خارجا عن موضوع الأخبار المذكوره، لصحّه سلبه عنه عرفا.

و القول بأنّ قوله: «بعينه» في الخبر الأوّل، أعنى كلّ شيء حلال حتى تعلم أنّه

ص: ٣٨٣

حرام بعينه، تأكيد للضمير للاهتمام في اعتبار العلم، كما يقال: رأيت زيدا بعينه، لدفع توهم الاشتباه في الرؤيه، فالمعّين الواقعي المرّد بينهما يصدق عليه أنّه معلوم الحرمة بعينه، مدفوع، بأنّ هذا مبنيّ على إرادته «بنفسه»، من قوله: «بعينه» و هو خلاف الظاهر في المقام، سيما مع ملاحظه الخبر الثاني و إطلاق الأمثله المذكوره في بعض هذه الروايات، مثل الثوب المحتمل للسرقة، و المملوك المحتمل للحريه، و المرأه المحتمل للرضيعه، فإنّ إطلاقها يشمل الاشتباه مع العلم الإجمالي، بل الظاهر أنّ المراد به ما يرادف بشخصه الخارجى أى يتميز عند العالم عن غيره فى مقابل لا بعينه، فإنّه يصدق على الحرام الواقعي المجهول بشخصه أنّه غير معلوم بعينه، و أنّ الحرام منهما معلوم لا بعينه.

و إن كنت فى ذلك متأملا- فانظر إلى متفاهم العرف فى نظائر ما نحن فيه، من الخطابات العرفيه الصادره عن الموالى، فإنّه إذا قال المولى لعبده: لا- تشتري اليوم لحم البقر، و اشتر ما لم تعلم أنه لحم البقر، إذا اشترى أحد المشتبهين خاصه، مع علمه بكون أحدهما لحم البقر، لا يعدّ عاصيا، و لو عاقبه عليه يلام قطعا، مع رخصته فى شراء المجهول.

هذا، و يدلّ أيضا، على حليّه البعض خصوص بعض الأخبار فى الشبهه المحصوره، مثل: موثقه سماعه (١)، قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل أصاب مالا من عمّال بنى أميه، و هو يتصدّق منه و يصل قرابته و يحج ليغفر له ما اكتسب، و يقول إنّ الحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ (٢)، فقال عليه السّلام: «إِنَّ الْخَطِيئَةَ لَا يَكْفُرُ

١- وسائل الشيعه ١٧: ٨٨، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ٢٢٠٥١.

٢- هود (١١): ١١٤.

ص: ٣٨٤

الخطيئه و إنّ الحسنه يحبط الخطيئه»، ثمّ قال: إن كان خلط الحرام حلالا، فاختلطا جميعا، فلم يعرف الحرام من الحلال، فلا بأس، فإنّ ظاهره عدم صرف الجميع، بل بعضه المشتبه بالاختلاط، فلا يدلّ على جواز صرف الكلّ.

و أورد عليه: بأنّ ظاهره جواز التصرف فى الجميع بصرف بعضه فى القربات المذكوره و إمساك الباقي، فقد تصرف فى الجميع، فلا بدّ من صرفه عن ظاهره، لئلا يلزم المخالفه القطعيه. و لا ينحصر المصروف إليه فى ترك ما يساوى مقدار الحرام، بل يحتمل حمل الخبر على غيره. و فيه منع الظهور جدّا، إذ ليس الباقي محل السؤال، بل هو مسكوت عنه، مع أنّ الأخبار الآمره بإخراج الخمس فى المختلط بالحرام قرينه ظاهره لصرفه عن الظهور المدعى.

و ثانيهما: أنّه لو سلّم التكليف بالمعنى الواقعي، فثبوته لا يقتضى الاجتناب عن كلا المشتبهين، إلّا بقاعده استدعاء الشغل اليقيني البراه اليقينيّه، كما تقدّم فى المقدّمه، و هى تعمّ التعيّن الشرعى الثابت بالاستصحاب، لقيامه مقام التعيّن الوجداني فى الشرعيّات، و لما كان الامتثال هنا بالترك و هو معلوم الثبوت أوّلا، فالاستصحاب يقتضى بقائه إلى أن يعلم العصيان، و هو بفعلهما جميعا.

و بهذا يحصل الفرق بين الواجب و الحرام، فإنّ الاستصحاب فى الواجب بين المشتبهين تقتضى عدم الإتيان به إلى أن يحصل اليقين به الحاصل بإتيانها معا.

فإن قلت: استصحاب عدم الإتيان بالحرام الواقعي المشتغل به يعارض استصحاب عدم الآخر، كما فى المانع المرّد بين الخمر و الخلّ، فلا يحصل بالاستصحاب هنا العلم الشرعى بالامتثال، فوجب تحصيل العلم الوجداني به.

قلت: مقتضى تعارض الاستصحابين و تساقطهما، الرجوع فى خصوص الآثار و اللوازم إلى ما يقتضيه الاستصحاب فى أنفسها، كما بيّناه فيما أسلفنا فى محلّه، كما

ص: ٣٨٥

إذا علم حدوث عقد مرّد فى كونه إجاره بعشره أو ييعا بمائه، فإنّه بعد تعارض استصحابى عدم كلّ منهما، يرجع إلى استصحاب عدم اشتغال ذمّه المتعاقدين له بالزائد عن العشره لعدم العلم بموجبه.

ففيما نحن فيه نقول: إذا تناول أحد المشتبهين، و إن لم نحكم بعدم تناول الخمر، نظرا إلى معارضته لاستصحاب عدم تناول الخلّ، إلّا أنّه يستصحب عدم حصول العصيان و عدم حدوث استحقاق العقاب، و تلازمه للخلّ إنّما هو بحسب الوجود الواقعي لا الظاهري الاستصحابى، فلا يستلزم الحكم بعدم العصيان الحكم بكونه خلّا.

و من فروع ذلك فى المقام أمور كثيره هى معاهد الإجماع - ظاهرا - عند القائلين بالاجتناب عن الجميع، فلا يحكم بوجود الحدّ لشرب أحد المشتبهين فى المثال المذكور، و لا باشتغال الذمه بحق الغير إذا اشبه ماله بمال الغير فأتلف أحدهما.

و منها ما إذا لاقى أحد المشتبهين بالنجاسه شيئا ثالثا، فمقتضى التحقيق: عدم تنجس الملاقي و لو على البناء على وجوب الاجتناب عنهما. صرّح به بعض القائلين به، كما هو ظاهر غيرهم.

و بهذا يظهر الفرق بين الاجتناب عن النجس الاستصحابى المنجس للملاقى إجماعا، و الاجتناب عن أحد المشتبهين فى الشبهه المحصوره، فإنّ الأوّل من جهه الحكم بالنجاسه شرعا، فيترتب عليها آثارها، و الثانى من باب المقدمه، و سنيته على مزيد بيان فى ذلك.

و بالجمله نظر القوم فى الشبهه المحصوره تحريما و جوازا، من جهه نفس المشتبه من حيث كونه مشتبهها، مع قطع النظر عن الآثار الخارجيه، فإنّها موكوله إلى ما يقتضيه الأصل باعتبار نفس الآثار.

ص: ٣٨٦

فإن قلت: فعلى هذا لزم القول باستصحاب اشتغال الذمه بالصلاه فى أحد الثوبين المشتبهين، و لو على المختار فى المسأله من عدم وجوب الاجتناب عن الجميع، مع أنّه لا يقال به.

قلت: وجهه أنّ الثابت من الشرع كون النجاسه مانعه للصلاه، لا أنّ الطهاره مبيحه لها، فالحكم بالبطلان يستدعى اليقين بوجود المانع و لو بالاستصحاب.

و لنا على حرمة المخالفه القطعيه التى هى بارتكاب الجميع و لو تدريجا وجهان:

أحدهما: أنّ الجمله المشتمله على الحرام اليقيني حرام قطعا، و إن لم يعلم الحرام منها بشخصه، فيحرم ارتكاب الجميع.

فإن قلت: على ما ذكرت سابقا من جواز ارتكاب أحد المشتبهين خاصه لعدم العلم بحرمة بخصوصه، جاز ارتكاب الآخر أيضا، لاستواء حاله فى ذلك مع الأوّل، و حصول العلم بارتكاب محرّم بعد فعله غير ضائر، لعدم اتصاف الفعل بالحرمة بعد العمل، مع فرض كونه محكوما بالجواز عند ارتكابه.

قلت: حكم المجموع غير حكم كلّ واحد كما مرّ و هو يحصل بارتكاب الأخير، فهو مقدّمه وجوديه للحرام حقيقه لا علميه.

فإن قلت: أدلّه البراءه النافيه لحرمة كلّ واحد يستلزم عدم حرمة المعلوم الإجمالى الواقعي، بالتقريب المتقدم، فلا يكون المشتمل عليه حراما.

قلت: كلّ واحد له جهتان: جهه خاصه فى نفسه، و هو محكوم بالحليه، و جهه اجتماعيه تحصل من تداركهما الجميع (١)، فهو محرّم، من قبيل ارتكاب أجزاء الحرام، فإنّ المجموع - حينئذ - حرام بعينه، فلا تشمله أدلّه البراءه و تعين شخص الحرام من بين الجمله المشتمله عليه غير لازم اتفاقا. و حيث إنّ تلك الجهه، أعنى

الهيئة المركّبه تحصل بالأخير، فهو محكوم بالحرمة.

و أمّا الأوّل، فإن قصد به اقترانه بالأخير أيضا، فلا يبعد الحكم بحرّمته مع هذا القصد أيضا، بل هو الظاهر، فإذن المشهور في أحدهما إنما هو بعد الأمر بالاجتناب عن الآخر، لئلا يلزم ارتكاب الجميع، فيكون الحلال الظاهريّ هو أحدهما على التخيير، و هو من قبيل التخيير الاستمراري في تقليد أحد المجتهدين المتخالفين فيما يقلّد فيه.

فإن قلت: عنوان المجموع من حيث هو ليس عنوانا للحرام الواقعي المقصود من الخطاب الشرعي، بل هو أحدهما بخصوصه، و حيث إنّه حلال ظاهريّ بسبب الجهل، فيسقط التكليف عن الحرام الواقعي، فلا يضّرّ العلم بالمخالفة القطعية، كما وقع نظائرها في الشرعيات فوق الإحصاء، كما في الرجوع في التقليد في المثال المذكور، و كما في إقرار ذي اليد لزيد و قيام البيّنه لعمره، فتؤخذ المال منه لعمره و قيمته لزيد، أو قال هذا لزيد بل لعمره بل لخالد، حيث يغرم لكلّ من الأخيرين تمام القيمة، مع أن حكم الحاكم في الجميع مخالف للواقع، و أمثال ذلك من صور الأقارير و التحالف و غير ذلك.

قلت: نعم، ليس المجموع عنوان الحرام الواقعي، بل هو أحدهما الخاص، إلّا أنّه لاشتماله عليه و عدم العلم بالخاصّ بعينه صار عنوانا له في الظاهر، و حليّه كلّ واحد بالخصوص بدليل البراءة لا يقتضى حليّته مقترنا بالآخر، و لا يساعده دليل البراءة كما عرفت. و النقض بالمخالفة القطعية في أمثال ما ذكر غير متّجه.

أمّا التقليد الذي يتبدّل بتقليد مجتهد آخر، فلأنّ التقليد لكونه طريق الواقع في حقّ المقلّد، و لو تعبّدا، فهو من باب تغيير الواقع في حقّه، نظير تغيير رأى المجتهد لنفسه.

ص: ٣٨٨

و أمّا في غيره، فلا يلزم جواز المخالفة القطعية في حكم شخص واحد، من قبيل واجد المنى في ثوب مشترك.

و أمّا الحاكم، فوظيفته أخذ ما يستحقّه المحكوم له على المحكوم عليه بالأسباب الظاهرية كالإقرار و الحلف و البيّنه و غيرهما، فهو قائم مقام المستحقّ في أخذ حقّه، و لا عبره بعلمه الإجمالي بالنسبه إلى غيره.

و ثانيهما: بناء العرف على ما ذكرناه، كما يشاهد في نظائر ما نحن فيه من الأحكام الصادره عن الموالى و حكمهم به، فإنّه إذا قال المولى لعبده: لا- تشر اليوم لحم البقر و يجوز لك شراء ما لم يعلم كونه لحمه، إذا اشترى المشتبهين و لو بصفتين، يعد عاصيا و يعاقب عليه، كما لا يعاقب إذا اقتصر على أحدهما كما أشرنا إليه، و ما هو إلّا لكونه لازم الخطابين معا، و هو حجّه في الشرع، بل يحكم بذلك القوه العاقله.

احتجّ القائلون بحرّمه الجميع بوجهين:

الأوّل: إنّ أدلّه تحريم المحرمات شامله للمعلوم الإجمالي، فلزم بحكم العقل التحرز عن ارتكاب ذلك المحرّم بالاجتناب عن كلا- المشتبهين، و إلّا لزم تجويز ارتكاب ما هو الحرام الواقعي إذا اتفق كونه المرتكب به و عدم العقاب، إذ المفروض ثبوت التكليف هنا بما هو في الواقع، لمكان العلم به.

و الجواب عنه: أولًا: إنّ المراد بالمعلوم الإجمالي، إن كان ما هو موضوع الخطاب الشرعي، أعني الماهية الكليّة، فلا كلام في كونه مكلفًا به، لكن بشرط العلم بمصداقه الخارجي، و أمّا مع عدمه فلا.

و لا فرق في ذلك بينه و بين الشبهه الابتدائية الموضوعية، فإنّ نسبه الجهل إلى كلّ واحد من المشتبهين، كنسبته إلى المشتبه الابتدائيّ.

ص: ٣٨٩

و إن كان هو الفرد الواقعي المرّد بينهما، فهو أوّل الكلام، و شمول الخطاب المحمول على المعنى النفس الأمرّي له و إن كان مسلمًا، إلّا أنّ تكليفنا به مقيّد بالعلم بنفس الحكم و موضوعه بملاحظه أدلّه البراءة، كما تقدم بيانه. و لا فرق في ذلك- بالنسبه إلى مصاديق الموضوع الخارجي- بين الشبهه المحصوره و الابتدائية، مع صدق العلم فيهما بنفس الحكم الثابت من الخطاب الشرعيّ.

و إن كان المراد، المجتمع من المشتبهين المشتمل على المعلوم الإجماليّ، فحرمته مسلمه، بل هو حرام تفصيليّ لا يجوز تناولهما جميعًا، فإنّ المركّب من الحرام حرام كما بيّناه، و أين هو من كلّ واحد وحده.

و ثانيا: أنّه لو سلم التكليف التحريمي بالنسبه إلى أحدهما المعين الواقعي، فغايه الأمر و جوب تحصيل العلم الشرعيّ بامثاله الشامل للعلم الاستصحابيّ.

و قد علمت: أنّ مقتضى الاستصحاب عدم حصول العصيان و استحقاق العقاب بفعل أحدهما، و إن تعارض الاستصحابان فيهما بملاحظه نفس الموضوعين.

و من هذا يظهر أنّ الاستناد بحال العبد إذا قال له المولى: اجتنب عن الخمر المرّد بين الإثنين، حيث لا يرتاب في وجوب الاحتياط حينئذ، ليس كما ينبغي، فإنّه لو سلم كون المبحوث عنه من هذا القبيل، مع أنّه غير مسلمّ كما عرفت، فهو إذا لم يقترن به قول المولى: إذا شككت في وقوعك في العصيان، فلا حرج عليك.

الثاني: الأخبار الدالّه على اجتناب الجميع.

و منها المرسل (١): «أتركوا ما لا بأس به حذرًا عمّا به البأس». و منها الخبر

١- في مستدرک الوسائل ١١: ٢٦٧، عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلّم: أنّه قال: «إنّما سمّى المتّقون المتّقين، لتركهم عما لا بأس به حذرًا ممّا به البأس».

ص: ٣٩٠

المنجبر بالشهره (١): «ما اجتمع الحرام و الحلال إلّا غلب الحرام على الحلال».

و منها روايه ضريس (٢)، عن السمن و الجين فى أرض المشركين: قال: أمّا ما علمت أنه قد خلطه الحرام فلا يحلّ، و ما لم تعلم فكل، و الخلط يصدق مع الاشتباه.

و منها روايه ابن سنان (٣): «كلّ شىء حلال حتى يجيئك شاهدان أنّ فيه الميته»، فإنّه يصدق على المجموع لحمان فيه الميته.

و الجواب عن الأوّل: إنّ اجتماع الحلال و الحرام، إن كان محمولا- على معنى الاشتباه، فينقض بالشبهه الابتدائيه و غير المحصوره، و مع ذلك مجاز لا- يصار إليه إلّا بدليل، و إن كان على الحقيقه، فالمراد بالغلبه، إن كان بالنسبه إلى كلّ جزء فينتقض بمعلوم الحليه فى المجتمع منهما، و مع ذلك فخلافاً الظاهر أيضاً، و إن كان بالنسبه إلى الكلّ فهو كذلك، و لا يحصل إلّا بتناول الأخير، فلا يتم المدعى.

و عن الثانى: إنّ المراد منه، إن كان صورته الشكّ، فهو كسائر أدلّه الاحتياط محمول على الاستحباب، لمعارضتها لأدلّه البراهه الراجحه عليها، على ما تقرّر فى محلّه، و إن كان المراد منه صورته العلم بالبأس، فلا يصدق إلّا على المجموع كما ذكرنا.

١- عوالى اللآلى ٢: ١٣٢، الحديث ٣٥٨؛ مستدرک الوسائل ١٣: ٦٨، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الروايه ١٤٧٦٨.

٢- وسائل الشيعه ٢٤: ٢٣٥ الباب ٦٤ من أبواب الأطمعه المحرمه، الروايه ٣٠٤٢٤؛ مع اختلاف يسير.

٣- وسائل الشيعه ٢٥: ١١٨، الباب ٦١ من أبواب الأطمعه المباحه، الروايه ٣١٣٧٧؛ الروايه عن عبد الله بن سليمان، عن الصادق عليه السلام فى الجنبه قال: «كلّ شىء لك حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان أنّ فيه الميته».

ص: ٣٩١

و إرادته المعلوم الإجمالى المرّد بين المشتبهين ليست بأظهر من حملة على المباح المعد لارتكاب الحرام، ككثير من الشهوات النفسانيه، و استلزام حمل الأمر على الاستحباب من باب الإرشاد و الوعظ الوارد أمثاله فى الأخبار بما لا يحصى، ليس بأدون من التجوّز الحاصل على الحمل على المبحوث عنه، فيما إذا ارتكب أحد المشتبهين خاصه.

و عن الثالث: أنّ الخلط حقيقه فى الامتراج دون الاشتباه، فهو على خلاف المقصود أدلّ. و من هذا و ما تقدم يظهر ما فى الرابع أيضاً.

حجّه القول بحليه الجميع تدريجاً يظهر مما قدمنا مع جوابه، و مع ذلك يمنع بعض ما تقدّم من الأخبار، مضافاً إلى كونه خلاف ظاهر الأصحاب، و لم يجترأ على القول به صريحاً من مال إليه، بل يترتب عليه من المفاسد ما لا ينبغى الشبهه فيه.

و حجّه القول بالقرعه: أنّ الحرام المشتبه يتخلّص بها، لما ورد أنها لكلّ أمر مشكل، و خصوص الخبر الحاكم بالقرعه فى قطع غنم نزى (١) الراعى على واحده منها ثم أرسلها فى الغنم فاشتبه بغيرها.

و الجواب عن الأوّل: أنّه لا إشكال بعد ما عرفت من الأدلّه.

و عن الثانى: أنّه لا يدلّ على الوجوب، بل غايته الاستحباب، كما احتمله بعض الأصحاب، سيما مع عدم صراحتة فيه و ندره

القول بها بل شذوذه، فلا ينهض حجّه. و احتمال بعضهم اختصاص العمل به فى مورد الخير مع عدم ما يفيد العموم فيه.

تنبيهات:

الأول: ما ذكرنا من حليته ما عدا مقدار الحرام تخيرا

إنما هو فيما لا يقتضى

١- نزا، ينزو: وثب، و الذكر على الأنثى: سفدها.

ص: ٣٩٢

الاستصحاب حرمتها أو حرمة أحدهما بخصوصه، و إلّا فينبى على ما يقتضيه الاستصحاب.

أمّا الأول: فلرجوعه إلى تعارض الاستصحابين فى موضوعين لا نسبه بينهما بالسببيه، فإنه يجب الاجتناب - حينئذ - عنهما على القول بالعمل بهما، كما هو غير بعيد على ما تقرر فى محلّه، كما إذا اشتبه المغسول من المتنجسين.

فإن قلت: فكيف لا يعمل باستصحابى الطهاره إذا علم تنجس أحدهما لا بعينه.

قلت: الممنوع - حينئذ - الجمع بينهما و ارتكاب الجميع، لحصول العلم به - حينئذ - بارتكاب الحرام، بخلاف استصحابى الطهاره، إذ غاية ما فى الباب - حينئذ - العلم بترك الحلال المردّد بينهما، و لا محذور فيه.

و من ذلك ما إذا اشتبهت زوجته بالأجنبيه فى امرأتين، فيحرم وطؤها، مضافا إلى ظهور الإجماع فيه، فإذا طلقت إحدى زوجته ثم اشتبهتا، فمقتضى ما اخترناه و إن كان حليّه أحدهما، إلّا أنّه لا يبعد الإجماع على حرمتها فى خصوص المورد، كما فى الإنائين المشتبهين.

و أمّا الثانى: فلتعين الحرام من بينهما بالاستصحاب الذى هو دليل شرعى، كما إذا دار الأمر بين تنجس هذا و زوال نجاسه ذلك، فينبى على استصحابى النجاسه و الطهاره فيهما.

الثانى: قال بعض القائلين باجتناب الجميع: لو كان المشتبهان مما يوجد تدريجا،

كما إذا كانت زوجة الرجل مضطربه فى حيضها بأن نسيت وقتها و إن حفظت عددها، فتعلم أنها حائض فى الشهر ثلاثه أيام مثلا، فهل يجب على الزوج الاجتناب عنها فى تمام الشهر، و يجب على الزوجه أيضا الإمساك عن دخول المسجد و قراءه العزيمه تمام الشهر أو لا.

ص: ٣٩٣

التحقيق أن يقال: أنه لا فرق بين الموجودات فعلا و الموجودات تدريجا في وجوب الاجتناب عن الحرام المرّد بينهما إذا كان الابتلاء دفعه و عدمه، لا اتحاد المناط في وجوب الاجتناب.

نعم، قد يمنع الابتلاء دفعه في التدريجات كما في مثل الحيض، فإن تنجز تكليف الزوج بترك وطء الحائض قبل زمان حيضها ممنوع، فإن قول الشارع:

فَاعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَ لَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ (١) ظاهر في وجوب الكف عند الابتلاء بالحائض، إذ الترك قبل الابتلاء حاصل بنفس عدم الابتلاء، فلا يطلق بهذا الخطاب.

و يشكل الفرق بين هذا و بين ما إذا نذر أو حلف ترك الوطء في ليله خاصه، ثم اشتبهت بين ليلتين أو أزيد، و لكن الأظهر هنا وجوب الاحتياط.

إلى أن قال: فحيث لا يجب الاحتياط في الشبهه التدريجيه، فالظاهر جواز المخالفه القطعيه، لأن المفروض عدم تنجز التكليف الواقعي بالنسبه إليه، فالواجب:

الرجوع في كل مشتهه إلى الأصل الجارى في خصوص ذلك المشتهه إباحه و تحريما، فيرجع في مثال المضطربه إلى استصحاب الطهر إلى أن يبقى مقدار الحيض، فيرجع فيه إلى أصله الإباحه، لعدم جريان استصحاب الطهر، انتهى.

أقول: و للنظر فيه مجال، لأن الابتلاء بالمعلوم الإجمالى لا يتفاوت فيه الحال بين الدفعى و التدريجى مع العلم بحصوله، بل تناول الدفعيات أيضا تدريجى حقيقه، فإن قطع غنم في الشبهه المحصوره لا يمكن أكل كله دفعه.

و بالجمله أى فرق فيما إذا علم وجود شخص كافر في جملة عدد محصور يأتيك متعاقبا، و حيض ناسيه الوقت في الشهر، فكيف يمنع تنجز التكليف بترك

١- البقره: ٢٢٢.

ص: ٣٩٤

وطء الحائض قبل زمان حيضها، و تجوز المخالفه القطعيه فيه استنادا إلى استصحاب الطهر في غير مقدار زمان الحيض، و فيه إلى أصله الإباحه، و لا يمنع تنجزه بترك ملاقاه الكافر قبل وصوله و حضوره، و قد يقتضى الاستصحاب في التدريجى ترك الجميع و تحصل الموافقه القطعيه، كما إذا شك في صيوره أحد الخمرين خلا، ثم شك في صيوره الآخر كذلك، مع العلم الإجمالى بصيوره أحدهما خلا، فلا ينبغى الحكم - مطلقا- بجواز المخالفه القطعيه في التدريجات، و كيف تبنى الزوجه على الطهر في تمام الشهر مع العلم باشتغال ذمتها بقضاء صوم الثلاثه. اللهم إلا أن يستثنى ذلك عن حكمه (١) المخالفه. بل التحقيق، أن مقتضى تأخر الحادث، الحكم بتجدد موضوع الحرمة في آخر الأزمنه المشتهه، كما في مثال حيض الناسيه، و هكذا (٢) في غير صورته تجدد موضوع الحرام، أيضا، نظرا إلى تجدد الحكم التكليفى فيه، فيعمل أيضا، بأصل التأخر بناء على القول بهذا

الثالث: لا فرق في حكم الشبهه المحصوره في اتحاد حقيقه المشتبهات و اختلافها موضوعا أو فعلا متعلقا به.

و ما قد يستظهر من صاحب الحدائق في جواب صاحب المدارك في قوله: إنَّ المستفاد من قواعد الأصحاب أنه لو تعلق الشك بوقوع النجاسه في الإناء و خارجه لم يمنع من استعماله، من التفصيل بين الصورتين و تخصيص الاجتناب عن المشتبهين بالأولى دون الثانيه، لا- عبره به، لعموم المناط، فلا- يختلف حكم المشتبه في تردد النجس بين الماء و مائع آخر، أو بين ماء و ثوب، أو بين السجده في خارج الإناء و شرب الماء في مثال المدارك، و التلبس بالثوب و الشرب عند التردد في

١- حليّه (خ).

٢- في الأصل: و كذا هذا.

ص: ٣٩٥

نجاسه أحدهما، بل و لو كان المحرم على كلّ تقدير عنوانا غيره على التقدير الآخر، كما لو دار الأمر بين كون أحد الثوبين نجسا و كون الآخر مال الغير، لاندراج ذلك كله في وجوب الاجتناب عن الحرام، و النواهي الشرعيه كلها مشتركه فيه، فلا يتفاوت الحال في ذلك باختلاف العنوانات.

الرابع: آثار الحرام الواقعي و أحكامه الشرعيه لا يترتب عليه إلّا باستيعاب الجميع دون البعض على ما اخترناه.

و أمّا على القول باجتنب الجميع، فصريح بعض من عاصرناه عدم ترتبها أيضا، بل ظاهر إطلاقه على الاستيعاب أيضا، لأنّ وجوب الاجتناب على مختارهم من باب المقدمه للمعلوم الإجمالي الواقعي، و لا ينهض ذلك في الآثار، فيرجع فيها إلى الأصول الجاربه في كلّ واحد بخصوصه، و أنت خبير بأنّ الآثار تابعه للحرام الواقعي، و حيث التزم القائل به بثبوت التكليف به و إيجاب الجميع من باب الاحتياط و تحصيل العلم بامثاله، فيجرى هذا الكلام بعينه في الآثار التكليفيه له أيضا، مثلا: إذا علم نجاسه أحد المائين، و حكم بوجوب الاجتناب عنهما تحصيلاً للعلم بدرك الواقع، فكذا يلزمه بذلك الحكم ببطان الصلاه بإصابه أحدهما إلى الثوب، و حصول الحنث بلبس الملقى له إذا كان مندورا و بطلان بيعه، و هكذا.

و تخصيص التكليف بمجرد الاجتناب عن العين تحكم محض، بل نقول: الأثر الواقعي، أيضا، معلوم إجمالي، و بقاء التكليف به يقتضى الاحتياط في أمثاله، و التحقيق: أنّ التكليف المعلوم أمر وجداني حقيقه، هو البناء على نجاسه المعلوم الإجمالي أو حرمة، و الجرى عليه و جعله بمنزله المعلوم التفصيلي، كما عساه يظهر من كثير من القائلين باجتنب الجميع.

فإن قلت: التكليف باجتنب العين منجز غير مشروط بشيء، و أمّا بالآثار،

ص: ٣٩٦

فمعلق بوجود المعلوم الإجمالي الذي يتفرع عليه، ولا علم بها بوجود أحدهما.

قلت: نعم، هذا اعتراض وارد على أصل هذا القول وإلا فعلى البناء على كون المعلق عليه كنجاسه المشتبه محكوما بوجوده، لزمه الحكم بوجود ما علق عليه.

فإن قلت: لا يحكم بنجاسه كل منهما في حقه، بل بوجوب الاجتناب عنه من باب المقدمه للاجتناب عن النجس الواقعي.

قلت: وجوب الاجتناب، أيضا من أحكام النجس والحرام وآثارهما الشرعيه، كما أنّ بطلان الصلاه فيه و وجوب تطهيره عند الضروره و بطلان البيع و حرمة التصرف و أمثالها من آثارهما، فلا- وجه لتخصيص التكليف عند العلم الإجمالي بالاجتناب خاصه.

و بالجمله، ما استظهروا به للتكليف بالواقع المعلوم إجمالا، يقتضى التكليف بنفس المتبوع المستتبع لآثاره و أحكامه الشرعيه، أى وجوب البناء و الجرى عليه، لا- خصوصا بعض مقتضياته، فالعلم بامثال المتبوع الواجب بحكم المقدمه لا يحصل إلا بالبناء عليه فى كل منها.

نعم، من الآثار الوضعيه ما يشترط فى ثبوته مصادفه المأتى به للواقع، فلا يحكم فى خصوص مثله باعتبار وجوب المقدمه العلميه الذى هو حكم ثانوى، كاشتغال الذمه بحق الغير إذا اشتبه ماله بماله نفسه، فإثباته متوقف على العلم بحصول السبب، و هو عند ارتكابهما جميعا.

و من ذلك استحقاق خصوص العقاب المقرّر للحرام الواقعي، فلا يستحقه إلا بمصادفه المأتى به للواقع أو بارتكابهما جميعا، و إلا فمع عدم المصادفه كان عليه عقاب المخالفه (1) للحكم الثانوى التوصلى.

١- فى الأصل: عصيان المخالفه.

ص: ٣٩٧

الخامس: إذا لاقى أحد المشتبهين شىء ثالث، لم يحكم بنجاسته على المختار معينا،

سواء كان قبل استعمال أحدهما أو بعده، لعدم حصول العلم بها و لو بعد استعمال الجميع، و إنما يحكم بالآثار المشتركه.

نعم، لو كان الحكم بنجاسه أحدهما من باب التخيير الناشئ عن عدم المرجح، فلا يبعد القول بنجاسه ما لاقاه إذا اختاره المكلف من بينهما، و كذا على القول بالقرعه.

و يظهر ممّا ذكرناه، عدم جواز الجمع بين ملاقى أحدهما مع عين الآخر، و كذا بين ملاقيهما، و وجهه ظاهر.

و أما على القول بالاجتناب عن الجميع، فقال بعض من عاصرناه، فيه وجهان، بل قولان، و اختار عدم التنجس الملاقى، استنادا

إلى أن الاجتناب عن النجس لا- يراد به إلما الاجتناب عن العين، و تنجس الملاقي للنجس حكم وضعى سببى يترتب للعنوان الواقعى من النجاسات، فإنه إذا شكك فى ثبوته للملاقي جرى فيه أصل الطهاره.

و بعد الإحاطه بما تقدم بيانه، يظهر لك ضعفه جدًا، فإن ما يترتب للعنوان الواقعى هو التنجس الواقعى للملاقي، و لا نغنى به، كما لا نحكم به لغير الملاقي- بالفتح- أيضا. و أما التنجس الظاهري، فيترتب على تنجس العين ظاهرا، كتنجس الملاقي للنجس الاستصحابي، و المفروض كون الملاقي- بالفتح- محكوما بالنجاسه، و إن كان من باب المقدمه، و يلزمها نجاسه ما لاقاه كما تبين.

ثم اعترض على نفسه، بأن وجوب الاجتناب عن ملاقي المشتبه، و إن لم يكن من حيث ملاقاته، إلّا أنه يصير كملاقاته فى العلم الإجمالى بنجاسته أو نجاسه المشتبه الآخر، فلا فرق بين المتلاقيين فى كون كل منهما أحد طرفى الشبهه.

ص: ٣٩٨

و أجاب عنه بما حاصله: أن الاستصحاب بين المتعارضين إذا كانا فى مرتبه واحده من غير سببيه أحد المستصحبين لخلاف (١) الآخر، يتساقطان و يرجع فى الأحكام و المسببات فى كل منهما بما يقتضيه الأصل و الاستصحاب فى أنفسهما، ففى المورد يتعارض أصلا الطهاره فى الملاقي- بالفتح- و المشتبه الآخر و يسقطان، و يبقى أصاله الطهاره فى الملاقي- بالكسر- التى هى من المسببات سليما عن معارضه أصاله طهاره المشتبه الآخر.

و فيه، أن القاعده المذكوره مسلّمه مقبوله، كما حقّقناه فى مقامه و أشرنا إليه، إلّا أنها لا يتم المدعى على القول المذكور، لأنه (٢) يرد عليه- مضافا إلى منع تساقط الاستصحبين المتعارضين فى موضوعين مختلفين مع انتفاء السببيه- أن تنجس الملاقي إنّما نشأ من تنجس الملاقي- بالفتح- شرعا، سواء كان لاستصحابه أو لجهه كونه مقدّمه، و تخصيص حكم المقدمه بمجرد اجتناب العين دون البناء على نجاسته فقد عرفت ضعفه، بل لعلّ خلاف ظاهر أكثر القائلين بحرمة الجميع فى الشبهه المحصوره.

السادس: إذا فقد بعض المحتملات، لم يحرم ارتكاب الباقي على القولين:

أمّا على قولنا فظاهر.

و أمّا على القول الآخر، فلعدم العلم بالتكليف الواقعى، إذ لعلّ المفقود هو المعلوم الإجمالى، فالتكليف به معلق على وجوديهما و تحقق شرائط التكليف به، و لذا لو اضطرّ إلى ارتكاب بعض المحتملات، فالظاهر على المختار، عدم حرمة المختار فيه، لعدم دليل على حرمة ضمّه إلى المضطرّ فيه، و على القول الآخر ففيه تفصيلات و فروع يستبعدا الأنظار السليمه.

١- كذا.

٢- فى الأصل: «إلّا أنه كما» مكان «لأنه».

ص: ٣٩٩

المقام الثاني: في الشبهه الغير المحصوره.

و العبارات في تفسيرها مختلفه غير منتظمه، كجعل المناط فيها لزوم المشقه في الاجتناب عنها أو عدم إمكان ارتكاب الجميع عاده، أو تعسير عدّه مطلقا أو في زمان قصير أو ما يعد غير محصوره عرفا، أو استهلاك العلم الإجمالي بالحرام فيها لكثرة المحتملات، و أمثال ذلك فإنّ كلّ ذلك يختلف باختلاف الوقائع و مقدار المعلوم الإجمالي و الفعل المتعلّق بها دفعه أو تدريجا، و كذا باختلاف الأشخاص، كصحراء و سيعه يتنجس بعضها بالنسبه إلى من يزاولها برطوبه و احتاج إلى مزاولتها، و من لا يزاولها و لا يحتاج إليها و أقواها اعتبارا، ما ذكره الشهيد و المحقّق الثانيان و غيرهما، من كونها ما يعسر عدّه، إلّا أنّه لا ينبغي التقييد بذلك بالنسبه إلى الفعل المتعلّق بها.

و كيف كان، فالخطب سهل، بناء على عدم الفرق في الحكم بين الشبهتين كما هو الحقّ، فيحلّ ما عدا مقدار الحرام، و يحرم ما يساويه، لما تقدّم من الأدلّه، مضافا إلى ظهور الإجماع هنا على حلّ ما عدا مقدار الحرام المصرّح به في كلام غير واحد، بل عن بعضهم دعوى الضروره عليه في الجمله.

و ظاهر أكثرهم إطلاق القول بعدم وجوب الاجتناب إلى آخر الأفراد.

و استدلّوا عليه بوجوه قاصره، منها: الإجماع، و هو في غير مقدار الحرام مسلم، و أمّا فيه فغير ثابت، كما اعترف به بعض القائلين به، بل الظاهر عدمه، و إن كان في إطلاق قولهم بعدم وجوب الاجتناب فيها ظهور شموله له، إلّا أنّه يحتمل - قويا - أن يكون مراد المصرّحين به، عدم وجوب الاجتناب فيها، في مقابل القول بوجوبه.

و منها: لزوم المشقه المنفيه في الشريعه في الاجتناب عن المشتبهات الغير

ص: ٤٠٠

المحصوره، لظهور عدم اطّرادها في موارد تلك الشبهه.

تكلّف في توجيهه بعضهم باحتمال كون المراد لزومها في أغلب أفراد هذه الشبهه لأغلب أفراد المكلفين، فيشملة عموم قوله تعالى يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ (١) بضميمه ما ورد من إناطه الأحكام الشرعيه وجودا و عدما بالعسر و اليسر الغالبين.

و فيه أولا: أنّه لا مشقه في ترك مقدار الحرام كما هو المفروض، فلا يتم المدعى.

و ثانيا: أنّ الشبهه الغير المحصوره ليست عنوانا للحكم في الأخبار حتى يلحق النادر منها بالغالب في حكم العسر، بل هو عنوان مخترع في كتب الفقهاء لموضوعات متعدده في أحكام مختلفه يتفاوت أغلبها في استلزامه المشقه لأغلب أفرادها بالنسبه إلى أغلب المكلفين و عدمه، و ليست هي واقعه واحده، فلو سلّم ملاحظه الأغلب في لزوم العسر، فالمناط ملاحظته في كلّ موضوع بعنوانه المختصّ به، بالنظر إلى اجتناب الحرام المراد بين أفرادها، لكونه المقتضى للاجتناب عنها على القول به، لا كثره الأفراد و قلّتها، و هذا يختلف باختلاف مواضع الشبهه و أحوال المكلفين فيها و الأفعال المحرّمه المتعلّقه بها، كما أشرنا إليه، بل قد يكون

الاجتناب عن الشبهه المحصوره موجبا للمشقه، فعلى ذلك لزمه جعل العنوان الكلى للزوم المشقه الغالبه مطلق الشبهه.

و ثالثا: أنّ المبحوث عنه فى الشبهه هو الحكم الثانوى الظاهرى فى الحليه و الطهاره و الملكيه، فحليتها أو حرمتها مبنيه على أصل البراءه أو وجوب الاحتياط من باب المقدمه، فهو رفع لحكم ثابت لا تأسيس حكم واقعى.

١- البقره: ١٨٥.

ص: ٤٠١

و التمسك بنفى العسر فى مثل ذلك لا يفيد أزيد من جواز الارتكاب، من قبيل الاضطرار فى أكل الميتة و تناول مال الغير فى المخمسه، لا الطهاره و الملكيه، و عدم النجاسه و عدم الاشتغال بحق الغير أو صحه البيع و أمثال ذلك. و مع ذلك يختص الرخصه المستفاده منه بموارد تلك المخمسه و تدور مدارها، لا مطلقا.

و ليس من قبيل تمسك بعضهم لطهاره الحديد بنفى العسر و الحرج، فإنه تعليل و إبداء حكمه لتأسيس حكم واقعى لا لرفع حكم ثابت، و بينهما فرق بين.

و منها: أصاله البراءه. و الخروج عن مقتضاها فى الشبهه المحصوره، إنّما هو لإمكان ارتكاب الجميع عاده، فيحصل اليقين باستعمال الحرام إذا تنجس، بخلاف غير المحصور، فلا يتحقق العلم به عاده.

و فيه: أنّ هذا يجرى فى غير مقدار الحرام فى المحصور أيضا، فلا يحصل به الفرق بينهما، و أمّا فى مقداره، فعدم إمكان وقوع موضوعه فى غير المحصور لا يوجب الحكم بالحليه، لتعلقها على وجوده.

و ربما يوجّه: بأنّ وجوب الاجتناب عن الكل إنّما هو مع تنجز التكليف بالحرام الواقعى، و هو حاصل فى المحصور، للعلم بوقوعه فيما يمكن ارتكابه، أعنى:

الجميع، بخلاف غير المحصور، فإنّ ما يمكن من المحتملات فيه لا يعلم منه الحرمة، فلا تكليف به حتى يستدعى اليقين بالبراءه، و ما علم وقوعه منه غير ممكن الاستعمال، فلا يتعلّق التكليف بالمعلوم الإجمالى الواقع منه حتى يستدعى البراءه. و ضعفه يظهر مما تقدّم.

ص: ٤٠٢

ص: ٤٠٣

[المشرق الثانى و عشرون] [فى بيان كيفية الاحتياط]

إشاره

مشرق: فى بيان كلفه الاحتياط فىما وجب أو ندب.

فاعلم: أنّ الاحتياط على ما اصطلىح عليه هو العمل بما يحصل القطع به بدرك الواقع و إحرازه على ما عليه فى نفس الأمر عند الشكّ، و لو بتكرير العمل، سواء كان الشكّ فى نفس التكليف، أو فى المكلف به.

و هذا مما لا شكّ فى صحّته، و لا يحتاج إلى تجسّم الدليل عليه على شرعيته، لمكان القطع بمطابقه العمل لما فى الواقع، و الضروره قاضيه بخروج العهده حينئذ، إلّا أنّ تحقّق الاحتياط بهذا المعنى لا يتصوّر مع حصول الشكّ فى الواقع فىما يفتقر إلى النيه، كالعبادات، لمنافاه الشكّ لقصد ما فى الواقع على ما هو عليه، فىما دار الأمر بين متنافيين، أو على وجهه من الوجوب و عدمه، فىما كان الشكّ بين الأقلّ و الأكثر، كما فى جزء العباده و شرطها.

و مجرد إخطار القربه أو خصوص الوجوب مع عدم الإذعان به ليس من النيه المعتره فى العباده، فمرادهم من الاحتياط المجمع على رجحانه وجوبا أو استحبابا فى العبادات المؤكّد به فى الأخبار إنّما هو فى غير النيه، بل هو إحراز

ص: ٤٠٤

الواقع بالنسبه إلى سائر الأجزاء و الشروط، فإذا شكّ فى القصر أو الإتمام على رأس أربعة فراسخ لم يعلم شرعيه أحدهما بالخصوص و تعلق الأمر به بحسب الواقع، فكيف يتصوّر قصد التقرب به بحسب الأمر الواقعى.

و حيث لا ينطبق العمل الاحتياطى على ما هو عليه فى الواقع، يحتاج الحكم بصحّه الاحتياط و شرعيته إلى إقامه الدليل عليه.

فقول: لا خلاف و لا كلام فى صحّته بهذا المعنى و شرعيته بعد الفحص عن الواقع، و لعلّه إلى هذا تنظر المحكّي عن المشهور بين أصحابنا من أنّ عباده تارك طريقى الاجتهاد و التقليد غير صحيحه، و إن علم إجمالا مطابقتها للواقع، للإجماع على صحّته بعد الاجتهاد الكاشف عن الواقع بالدليل الظنىّ المعتر، كالخبر الصحيح، و إن كان فى إطلاق هذا قبل الفحص، أيضا نظر سترى وجهه، و كيف كان، فالتحقيق: أنّ ما يحتاط فيه، إمّا يفتقر صحّته و خروج العهده عنه إلى نيه القربه، كالعبادات البدنيه، أو لا، كالواجبات الماليه، مثل المندور و المحلوف عليه و الزكاه و الخمس، بالنسبه إلى اشتغال الذمّه بحق الغير، بحيث يحصل البراءه عنه و لو بالإجبار عليها، و كالواجبات التوصلية التعبدية، كتطهير النجس.

أمّا الأوّل: فالشكّ إمّا بين الأقلّ و الأكثر، كوجوب السوره فى الفريضة، فإحراز الواقع - حينئذ - بإتيان الأكثر، أو بين متنافيين، كالظهر و الجمعه، و القصر و الإتمام، فهو بتكرير العمل.

أمّا على الأوّل، فالأصحّ صحّه الاحتياط قبل الفحص بإتيان الأكثر، بناء على عدم اشتراط نيه الوجه، كما هو الأقوى، لمطابقه العمل للواقع - حينئذ - على الاحتمالين، بمجرد نيه القربه، فيحصل به الاحتياط المجمع على صحّته و رجحانه، لعدم توقّفه على شرط آخر.

ص: ٤٠٥

نعم، على اعتبار نيه الوجه- بل على الشكّ في اعتباره- فالظاهر عدم تحقق الاحتياط بإتيان الأكثر قبل الفحص عن وجه العمل بالدليل المعبر، لمقام الشكّ في حصول الإطاعة الموجه للخروج عن العهد، و الشكّ في شرعيه هذا الاحتياط.

و أما بعد الفحص، فقد عرفت الدليل عليه من الإجماع، بل الضروره. بل منه يظهر أنّ المعبر في الاحتياط المطلوب المرغوب فيه هو العلم بالخروج عن العهد في الواقع، و إن لم يقطع بمطابقه العمل للمأمور به الواقعيّ، فإذا دار الواجب بين أمرين، أحدهما غير مقدور، فالاحتياط- حينئذ- بإتيان الآخر خاصه و إن لم يعلم كونه الواقعي، و بالجمله فالدليل على صحّحه الاحتياط في العبادات [يختصّ] بما بعد الفحص عن الواقع، و أمّا قبله مع إمكانه، فلا دليل على شرعيه الاحتياط- حينئذ- على القول باعتبار نيه الوجه.

فإن قلت: عدم اعتبار نيه الوجه محلّ الاختلاف، بل عن المشهور، كما قيل اعتباره فلا يتحقّق الاحتياط قبل الفحص على القول المختار من عدم اعتبارها أيضا.

قلت: هذه المسأله مقطوع بها لنا بملاحظه الإطاعه العرفيه الدائره عليها الإطاعه الشرعيه، و نحن نتكلّم في البحث على زعمنا، فمن وافقنا في هذا الجزم حصل له الاحتياط قبل الفحص بنيه القربه في التريّد بين الأقلّ و الأكثر، و من خالفنا لم يحصل له.

و أمّا على الثاني، فالأصحّ عدم حصول الاحتياط- مع التمكن عن العلم التفصيلي أو الظنّ المعبر بالفحص- بالترار.

و استظهر من الحدائق (1) دعوى الاتفاق على عدم مشروعيه التكرار- حينئذ-

١- الحدائق الناضره ١: ٦٩.

ص: ٤٠٦

و تابع فيه الحلّي في السرائر.

و وجهه: استدعاء العباده نيه القربه، و هو فرع العلم بالأمر به، و الفرض عدم العلم بالنسبه إلى كلّ واحد بخصوصه ليطاق العمل الواقعي، و عدم دليل آخر على شرعيه هذا الاحتياط الناقص الغير المحصّل للقطع بإحراز الواقع، كما سمعت. و نيه القربه بقصد الاحتياط فرع الدليل على صحته و الخروج به عن العهد. و منه يظهر فساد عباده الجاهل التارك لطريقي الاجتهاد و التقليد.

و أمّا الثاني: فالظاهر صحّحه الاحتياط و لو بتكرار العمل، بمعنى حصول البراءه عن الواجب، إذ المفروض تحقق إحراز الواقع، و عدم توقف البراءه منه على نيه الامتثال.

نعم، ترتّب الثواب يحتاج إلى قصد القربه، فلا- يترتّب بدونها، كما إذا أجب الممتنع عن الزكاه على أخذها منه، إلّا أنّه يلزم تخصيص منع الثواب بما إذا لم يقصد من الفعل تحصيل البراءه عن حقّ المستحقّ، إذ المفروض حصولها بدون العلم التفصيلي أيضا، و لو مع التمكن منه، و قصد إبراء الذمّه من الحق المعلوم إجمالا ممدوح مشكور قطعاً، فيصحّ قصد التقرب بكلّ منهما، كما إذا لم يعلم أنّ الواجب عليه في الزكاه، الإبل أو الغنم، فيبذل كليهما، سواء كانت الشبهه حكميه أو موضوعيه، حصلت من

نسيان و نحوه.

و من هذا يظهر حكم الاحتياط في الشبهه الابتدائيه الاستقلاليه أيضا و لا شبهه في صحته - مطلقا - فيما لا يحتاج حصول البراءه فيه إلى النيه، و صحته بعد الفحص كذلك مطلقا و عدمها ظاهرا قبله مع احتمال صحته أيضا في شبهه الموضوع مطلقا قبل الفحص لمظنه الإجماع كما إذا شك في وجوب فائته معينه عليه لنسيان و نحوه.

ص: ٤٠٧

تنبيهات:

الأول: هل يصح الاحتياط قبل الفحص عما يوجب الظنّ المعتمد الاجتهادي مع اليأس عن التمكن من تحصيل العلم بالواقع،

فيه وجهان:

من أنّ مناط المنع إمكان تحصيل العلم التفصيلي بالواقع كما عرفت، و مع اليأس عن تأثير الفحص في حصوله لم يكن ممنوعا، و لذا يصح اتفاقا مع حصول الظن الاجتهادي على خلافه، كما تقدّم.

و من عدم الدليل على شرعيته مع عدم إحراز الواقع، خرج صورته ما بعد الاجتهاد في تحصيل الظنّ المعتمد، و بقي الباقي.

و يوافق ما حكى عن المشهور، من بطلان عباده الجاهل التارك للطريقين، ضروره عدم حصول العلم من الاجتهاد و التقليد. و المسأله لا تخلو عن إشكال.

الثاني: مقتضى ما ذكرنا صحه الاحتياط فيما إذا دار الأمر بين الوجوب و الاستحباب مطلقا.

سواء كان قبل الفحص أو بعده، للعلم بالقربه، و كفايه نيه التقرب في إحراز الواقع على كلّ تقدير.

الثالث: هل يصح الاحتياط قبل الفحص مع إمكانه في مثل كلمات القرآن و الأدعيه -

إذا اشتبه كلمه منها أو إعرابها بين شيئين - بتكريرهما أم لا؟

لا شك في عدم صحه ذلك في قراءه الصلاه و أدعيته، للعلم الإجمالي ببطلان أحدهما، فالتكلم به فيها غلط يبطل الصلاه، و أمّا في غيرها فالظاهر: الصحه، بإحراز الواقع بالتكرير، إذا كان يسيرا لم يخرج بزياده غير الواقع عن القراءه و الدعاء عرفا، سواء كانت واجبه بنذر أو مندوبه، لعدم اشتراط نيه القربه الفعلية التفصيليه في كلّ جزء، بل يكفي الحكميه الإجماليه في ضمن نيه الكلّ، و هذا القدر من نيه القربه يحصل بإحراز الواقع بتكرير كل ما يحتمل كونه جزء له. و أمّا نيه

ص: ٤٠٨

الجزئيه فلو سلّم اشتراطها فهو لا ينافي التردد بإحراز الجزء الواقعي، في غير ما يخلّ الزائد بالعباده.

الرابع: إذا كان الشك في جزئيه شيء للعباده أو شرطيته مع احتمال مانعيته،

فيرجع إلى الشك بين المتباينين، فلا يحصل الاحتياط بتكريرها خاليه عنها و مشتمله عليها قبل الفحص مع إمكانه، لما حررنا من عدم حصول نيه القربه في كل واحد- حينئذ- سواء كانت الشبهه حكميه أو موضوعيه، فإذا شك في القبله في إحدى الجهتين أو أكثر، مع التمكن من الفحص عنها، لا يخرج عن عهده التكليف بإتيانها في كل جهه، أو انحصر لباس الساتر في النجس، مع إمكان تطهيره، و شك في أن تكليفه- حينئذ- صلاحه العريان أو مع ثوب النجس، و أمّا إذا شك في مقدار الساتر، أن الواجب ستر ما بين الركبه و السره، أو مجرد المخرجين و الخصيتين، فإنه يتحقق الاحتياط بستر الزائد، لما أشرنا من عدم اشتراط النيه التفصيليه في الشرائط.

ص: ٤٠٩

[المشرق الثالث و عشرون] [في حكم الإعراض عن الملك]

إشاره

مشرق: إذا أعرض المالك عن ماله، فهل يوجب الخروج عن ملكه؟ و على خروجه هل يتملكه من أخذه.

قل من تعرض لعموم حكمه بهذا العنوان. نعم، يستفاد منهم حكمه في موارد خاصه:

منها: مسأله البعير التي بقيت في فلاه لأجل كلاله.

فحكى عن الأصحاب مشعرا بالإجماع- أنه يتملكه الآخذ، و استدلوا عليه بصحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من أصاب مالا أو بعيرا في فلاه من الأرض، قد كَلَّت و قامت و نسيها صاحبها لما لم ينفعه، فأخذها غيره، فأقام عليه و أنفق نفقه حتى أحيها من الكلال و من الموت، فهي له، و لا سبيل له عليها، و إنما هي مثل الشيء المباح» (١) و في معناها غيرها.

و منها: مسأله تراب الصياغه، قال في المسالك (٢) و لو دلت القرائن على إعراض

١- وسائل الشيعه ٢٥: ٤٥٧، الباب ١٣ من أبواب اللقطه، الروايه ٣٢٣٤٨.

٢- مسالك الأفهام ٣: ٣٥٢.

ص: ٤١٠

مالكه عنه، جاز للصانع تملكه، كغيره من الأموال المعرض عنها.

و في الكفايه (١): تراب الصياغه: إن علم بالقرائن المفيده للعلم أن صاحبه أعرض عنه، جاز للصانع تملكه، كسائر الأموال المعرض عنها، خصوصا إذا كانت مما يتسامح فيها عاده، و لا يبعد الاكتفاء بالظن مع عدم قضاء العاده على خلافه، و إلّا، فإن كان أربابها معلومين، استحلتهم أو ردّه إليهم، و لو كان بعضهم معلوما فلا بدّ من الاستحلال، و إلّا، فالظاهر جواز بيعه و الصدقه

و استدلل عليه بروايته علي بن ميمون الصائغ، حملا لإطلاقه على ما لم يعلم إعراض المالك عنه.

و منها: مسأله السفينه المنكسره فى البحر. فعن المشهور: أن ما يخرج بالغوص فهو لمن أخرجه، و ما أخرجه البحر فهو لصاحبه، لروايه الشعيرى (٢): سئل أبو عبد الله عليه السلام عن سفينه انكسرت فى البحر، فأخرج بعضه بالغوص، و أخرج بعض ما غرق فيها. فقال: «أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله أخرجه، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم، و هم أحق، و فى السرائر (٣) بعد نقل هذه الروايه فى كتاب القضاء:

وجه الفقه فى هذا الحديث: أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه، و ما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن أخذه و غاص عليه، لأنه صار بمنزله المباح. و مثله من ترك بعيره من جهد فى غير كلاء و لا ماء، فهو لمن أخذه، لأنه خلاه آيسا منه، و رفع يده عنه، فصار مباحا. و ليس هذا قياسا، لأن مذهبنا ترك القياس، و إنما هذا على جهه المثال و المرجع فيه إلى الإجماع و تواتر النصوص، دون القياس و الاجتهاد، و على الخبرين إجماع أصحابنا. انتهى.

١- كفايه الأحكام: ٩٩، كتاب المتاجر.

٢- وسائل الشيعة ٢٥: ٤٥٥، الباب ١١ من أبواب اللقطه، الروايه ٣٢٣٤٣.

٣- السرائر ٢: ١٩٥.

ص: ٤١١

و الظاهر أن مراده من القياس المتوهم فيه: كونه من باب استنباط عله الإباحه للتملك من الروايه الصحيحه المتقدمه، معتذرا للعليه (١) بكونه معقد الإجماع و النصوص.

و منها: مسأله اطلاق الصيد بعد التملك و قصد الخروج عنه، حيث اختلفوا فيه، و الأكثر على عدم الخروج كما فى المسالك (٢). و ذهب بعضهم إلى الخروج. نسبة فى الكفايه (٣) إلى الأكثر. و يتفرع عليه جواز اصطياده للغير بقصد التملك و عدمه.

و كيف كان، فاستدل المحقق القمى، فى المسأله فى أجوبه مسائله لما اختاره من كون الإعراض موجبا للخروج عن ملك المالك و تملك الآخذ، سيما فى الشىء الدون، بوجوه:

أحدها: الإجماع العملى، بملاحظه عمل الناس فى كل عصر و مصر، من التقاط السنابل بعد الإعراض، من الصلحاء و المتدينين و غيرهم، و لم ينكر عليهم أحد من العلماء فى جميع الأعصار و الأمصار، و التقاط جلات البعير و الأغنام فى المفاوز و الصحارى، و يجرون فيها أحكام الملك للملتقط، من البيع و الشراء، ضروره أن ليس بيع الملتقط بالنيابه عن المالك، و لا بالإجازه منه، فإنهم يبيعون لأنفسهم، فليس الإعراض منزله الإباحه المحضه، و مجرد رضى البائع بأخذه و بيعه لنفسه ليس كافيا فى انعقاد العقود، بل يحتاج إلى الإنشاء، و لو بالمعاطاه.

و ثانيها: الإجماع المحكّي في كلام ابن إدريس (٤)، مضافا إلى شواهد الموارد المذكوره في كلمات العلماء.

١- كذا.

٢- مسالك الأفهام ١١: ٥٢٣.

٣- كفايه الأحكام: ٢٤٦.

٤- السرائر ٢: ٨٢.

ص: ٤١٢

و ثالثها: العله المستفاده من صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه (١)، و ملاحظه الأخبار الوارده في خصوص مواردھا.

أقول: الظاهر من إطلاق كلامه - أعلى الله مقامه - أنّ مقصوده من الأدله: خروج المعرض عنه عن الملك بمجرد الإعراض، و لو قبل أخذ الغير و تملكه، بحيث لا يسعه الرجوع عن إعراضه، و منعه الغير عن أخذه، و حصول التملك للغير فيما يعم الأموال العظيمة و العقار و الضياع. و في دلالتها على جملة ذلك نظر جدّا.

أمّا على خروج الملك بمجرد الإعراض قبل التقاط الغير: فلأنّ غايه ما يستفاد من تلك الأدله: الدلاله على حصول الملك للأخذ، و أنّى هو و الخروج عن ملك المالك قبل التقاط المتملك.

و تعليل الصحيحه بكونه مثل الشئ المباح، إنّما هو لملك من أخذه، لا للخروج قبله، إذ المراد من المباح: المباح الأصلي الذي لم يجر عليه ملك أحد، و لذا قال عليه السلام: «مثل الشئ المباح» حيث إنّ ظاهر التشبيه كونه في تملك الآخذ، لا للخروج عن يد المالك، إذ لا يستقيم ذلك في المباح المالكى، إلّا في الإعراض، و هو عين المشبه به.

و أمّا على عموم هذا الحكم بالنسبه إلى الأموال الخطيره: فلعدم إفاده السيره - علما و لا ظنا - إياه، إذ لم يعهد من الناس في سيرتهم في عصر أو مصر - فضلا عن الأمصار و الأعصار - إجراء حكم الملك لمن تصرّف في الدار المعموره أو المزرعه الدائره بمجرد إعراض مالکها عنها، و الإجماع المحكّي عن الحلّي غير مصرّح و لا

١- وسائل الشيعه ٢٥: ١١٨، الباب ٦١ من أبواب الأتعمة المباحه، الروايه ٣١٣٧٧؛ الروايه عن عبد الله بن سليمان، عن الصادق عليه السلام في الجنبه قال: «كل شئ لك حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان أنّ فيه الميتة».

ص: ٤١٣

ظاهر في العموم، بل لو عمّ فهو بالنسبه إلى المال الآيس عنه صاحبه، كالواقع في البحر، لا مطلقا، و نحوه الصحيحه، مع أنّ البعير المسؤول عنها لكلالها في فلاه الأرض و عجزها عن السير من الأموال الحقيه التي لا يعتنى بها صاحبها، و لذا قيد الأصحاب حكمه بما إذا كانت متروكه في غير كلاء و لا ماء، بحيث كانت في حكم التالفه.

و خصوص الموارد المتقدمه لا يشهد بالعموم، خصوصا بملاحظه اختصاص الوفاق و الخلاف فى كلماتهم بها، فإنك تريهم لا يتجاوزون عن حكم البعير المتروكه فى فلاه عن جهد إلى الشاه و سائر الدواب بحكم النص. و سمعت من المسالك فى إطلاق الصيد مع الإعراض و قصد الخروج عن التملك، نسبه القول بعدم الخروج إلى الأكثر. و عرفت الحكم بالتفصيل فى السفينه المنكسره، بين ما أخرجه البحر و ما أخرجه بالعوض، من جهه النص.

ثم أقول: الذى يترجح عندى فى تحقيق المسأله: أن رفع المالك يده عن ماله:

إما اختيارى، بإعراضه عنه و قصده عدم تملكه، أو اضطرارى، بأن يحصل له اليأس عنه عاده، كالواقع فى البحر، و فرار الطير عن القفس.

ثم الكلام: إما فى خروجه عن ملك المالك بمجرد الإعراض أو اليأس، أو فى ملكه للآخذ بقصد التملك.

أمّا فى الأموال: فمقتضى النظر بقاؤه على ملك المالك، و إن خرج عن المالىه، للاستصحاب، فإنّ الملك أمر شرعى و حكم وضعى، فكما يحتاج فى حدوثه و ثبوته إلى سبب شرعى، كذا يحتاج فى خروجه إلى ناقل شرعى، و لم يثبت من الشرع أنّ نيه الخروج عن الملك أو اليأس عنه من القواطع الشرعيه، و إن قلنا بصيرورته بها مثل المباحات التى يجوز أخذه بقصد التملك، لما عرفت من ضعف ما استدللّ به.

ص: ٤١٤

و يظهر الثمره فى رجوع المالك عن نيه الخروج قبل تملكه الغير، و لو بشهاده الحال، كما إذا اتفق اجتماع الحبوب بهبوب الرياح و نحوه، حتى صارت كثيره لا يتسامح عنها عاده، أو ارتفع اليأس عنه و حصل الرجاء قبل أخذه الغير، كما إذا أخرجه البحر.

و أما فى الثانى: ففى الصوره الأولى، أعنى: الإعراض اختيارا، فالظاهر:

التفصيل بين الأشياء الحقيه التى يتسامح بها الملاك عاده، و لو لتوقف ماليتها على مشقّه لا يتحمل فى مثلها غالبا، أو لجريان العاده عليه، كالحبوب المتشبهه الملقاه فى الأرض عند الحصاد، و جلات البعير و الأغنام فى المفاوز، و الحشيشات و قشور الفواكه و الجوزات فى الشوارع و من ذلك البعير التى كَلّت من جهد فى فلاه فى غير كلاء و لا ماء، و أمثال هذه، فيتملكها الآخذ، و بين الأموال العظيمة، فلا يتملك بأخذ الغير، لاستمرار سيره القطعيه فى الأمصار و الأعصار فى الأوّل على كونه ملكا لآخذه، مضافا إلى ظاهر التعليل فى صحيح ابن سنان، دون الثانى، فنقتصر فى الحكم المخالف للأصل على مورد الدليل.

و هل يلزم العلم بإعراض المالك و إباحته لمن يتملك؟

لا شكّ فى عدم اشتراط التلفظ به منه، بل و لا الالتفات و الشعور به و لا بالمعرض عنه، بل يكفى شاهد الحال المعلوم بالسيره العاديه، فلا يتوقف إباحته على إنشاء لفظى و لا فعلى، بل لنا أن نقول: بعدم اشتراط العلم برضى المالك ما لم يعلم عدمه، اكتفاء بحكم السيره بالشهاده الحاليه النوعيه فى عموم الحكم، و إن فقدت الشهاده الشخصيه فى مورد مشخّص لمانع، فإنّ

اكتفاء الشارع في عموم الحكم في خصوص الأشخاص بما يقتضيه النوع- مع قطع النظر عن العوارض الشخصية المانعه عند عدم العلم بها- غير عزيز، بل كثير في الأحكام الشرعيه،

ص: ٤١٥

كالخبر الصحيح المنوط حجيته بالظن المخصوص أو المطلق، فإنه لا يتأمل أحد في حجيته، و لو تعارضه القياس الظنى، و زال به الظن الشخصي.

فالمناطق في جواز التملك للغير، بعد قطع المالك يده عنه، كونه متسامحا فيه و سبيلا على الإطلاق غالبا في العرف و العاده. نعم، يشترط عدم العلم بكراهه المالك و قصده بقائه لنفسه.

و بهذا يصح توجيه مناطق جواز الأخذ و التملك في مال الصغار، و لا يتفحص في السيره المستمره عن كونه من الصغير أو المجنون أو الكبير الرشيد، لجريان هذا الحكم في السيره في مال الصغار أيضا، و لا يجب على الولي المنع رعايه لمصلحه مال المولى عليه، لأنه حكم شرعى، و إن كان منعه بيد الولي، كما يستحب له الزكاه في مال الصغير، و إن كان خلاف مصلحته، و له المنع عنها.

و مما ذكرناه يظهر ضعف المحكى عن ظاهر الأكثر من اشتراط بقاء العلم بالرضا، بشاهد الحال، و هو مبنى على كون الإعراض موجبا للإباحه، دون الخروج عن الملك.

و ما اعترض عليه المحقق القمى، بأنه لو فرض أن أحدا جمع السنابل في مزرعه أحد بعد الإعراض عنه على سبيل التدرج، حتى بلغ ثلاثمائة منّ من الحنطه، ففي الآن، لو علم المالك أنه لم يخرج عن ملكه بالإعراض، لا يحصل العلم برضاه، مع أنه خلاف ما يقتضيه الإجماع المستنبط من سيره الناس، فيشهد ذلك بخروجه عن الملك بمجرد الإعراض، و أنّ المعتبر هو العلم بالرضا حين الإعراض خاصه، فتأمل جدّا.

و أما في الصورة الثانيه، أعنى: الإعراض اضطرارا من جهه اليأس عن المعرض

ص: ٤١٦

عنه عاده، كالواقع في البحر، و الطائر عن القفس، فمقتضى روايه الشعيرى (١) الدال على خروج ما غرق عن ملك المالك إلى ملك من أخرجه بالغوص، و عدم سبيل المالك عليه: كونه كالمعرض عنه اختيارا في تملكه للأخذ، غير أنّ الأوّل يختصّ بالحقير، كما عرفت، و هذا يعمّ الحقير و الخطير.

و الروايه و إن كانت مختصّه بموردها، إلّا أن الظاهر كون العله صيروره ما غرق بمنزله المباح، كما استشعره منها الحلّى (٢)، مستدلا له بالأخبار المتواتره و النصوص.

[و] يدلّ على إطلاق الحكم عموم العله المستفاده من صحيحه ابن سنان.

لا يقال: يلزم من ذلك جواز تملك المغصوب المتعدّر للمالك أخذه عن الغاصب، إذا أخذه عنه غير المالك، و جواز تملك المفقود في المفاوز، مع أنّه يجب ردّهما إلى المالك إجماعاً.

لأننا نقول: المراد باليأس الموجب لتمكنك الواحد: ما هو كذلك في العادة، بالنسبة إلى جميع الناس، فكان مأیوساً عنه في نفسه، لا بالنسبة إلى المالك خاصّه أو أمثاله، بحيث عدّ المال هالكا و تالفا عرفاً على سبيل الإطلاق، فلا يردّ النقض بما ذكر.

فرع: إذ انبت الحبوب المتشته في شقوق الأرض حتى صارت زرعاً،

فمقتضى ما ذكرناه أنّه لمالك الأرض، و لا يجوز لأحد حيازته و هو ظاهر الفاضل في القواعد (٣) حيث قال في باب المزارعه: و لو تناثر من الحاصل حبّ فنتبت في العام الثاني، فهو لصاحب البذر، و لو كان من مال المزارعه فهو لهما. انتهى.

١- وسائل الشيعه ٢٥: ٤٥٥، الباب ١١ من أبواب اللقطه، الروايه ٣٢٣٤٣.

٢- السرائر ٢: ١٠١.

٣- قواعد الأحكام ٣: ٣١٤.

ص: ٤١٧

نعم لو أخذها غيره قبل صيرورتها زرعاً، و ربّاه في أرضه، فهو للمربّي، و عليه أجره الأرض.

و ربما يقال بكون الزرع لمالك الأرض، من جهه كونه شيئاً مباحاً دخل في أرضه و تولد منه زرع، و ليس بشيء، و الله العالم.

ص: ٤١٨

ص: ٤١٩

[المشرق الرابع و عشرون] [في بيان قاعده الضمان]

إشاره

مشرق: في بيان قاعده الضمان، و الضابطه الكلّيه لما يوجبه.

قالوا: أسباب الضمان ثلاثه: إثبات اليد الغير المحقّقه، و المباشره للإتلاف، و التسيب. و حيث إنّ كلماتهم في ضبط الأخيرين و تفسيرهما و ما يفترق به بين السبب و العله و الشرط غير محرّره غالباً، أردنا ضبط قاعده كليّه مستفاده من أدلّه الضمان، ينكشف بها موارد الضمان، و ما هو المراد من الموجبات المذكوره و الفرق بينها.

و نشير- أولاً- إلى قاعده إثبات اليد و دليلها. فهنا بحثان:

البحث الأوّل: في إثبات اليد الموجب للضمان،

و هو عبارته عن الاستيلاء على مال الغير، عينا أو منفعه، بغير إذن من ذي الحق، و لا استحقاق في التصرف فيه، عمدا و عدوانا كان، و هو المسمى بالغصب، أو جهلا، فلا يشمل ما فيه إذن المالك، من الأمانات المالكية لزوما أو جوازا، بالعقود اللازمة أو الجائزه، كالإقراض و الوكالة و العاربه و الوديعة و نحوها، أو إذن الشارع من الأمانات الشرعيه، كالملتقط و المأخوذ من الغاصب لإيصاله إلى المالك، و ما ليس فيه استيلاء، كوضع اليد على

ص: ٤٢٠

ثوب لابسه، و العبور عن ملك الغير بدون إذنه، و إن كان آثما، و ما فيه استيلاء على مال نفسه و فيه حق الغير، كالمرهون، أو في غير المال، و إن كان فيه حق الانتفاع لآدمي، كالبضع، و مكان الجلوس في المسجد.

و الأصل في اقتضاء اليد الضمان، بعد الإجماع عليه: الخبر النبوي المشهور:

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١) و اشتهاه في كتب الأصحاب روايه و عملا، و تلقّهم بالقبول، و استدلالهم به في موارد من غير نكير، الجابر لضعفه بالإرسال، يكفي عن ثونه البحث عن سنده، بل لا يقصر عن الصحيح.

و وجه دلالتة كونه متبادرا، سيما بملاحظه فهم العلماء سلفا و خلفا في ضمان عهده المال، بإرادته ذي اليد من اليد، من باب تسميه الكل باسم جزئه، المناسب للمقام، نظرا إلى كون الأخذ غالبا باليد كتسميه الجاسوس بالعين، و الترجمان باللسان، و بإرادته الضمان من كلمه «على» المتضمنه للضرر، فإن استعمال «على» في ضمان العهده إذا كان متعلقه مالا، شائع متعارف في محاوره أهل اللسان، كقولك: على فلان عشره دراهم، المتفق على كونه إقرارا، و حصول الضمان بقوله:

دين فلان على.

فاحتمال كونه إنشاء في إيجاب الردّ أو الحفظ، بتقدير أحدهما، بملاحظه الغايه، خروج عن ظاهر اللفظ، بل هو من قبيل: عليك الصلاه حتى تصلى، إلّا على كونه إخبارا عن الوجوب، و هو أيضا- مع بعده- يحتاج إلى التقدير المخالف للأصل، بل التقييد بالعلم، إذ لا تكليف مع الجهل.

فالمعنى المراد من الحديث المنساق المتفاهم للأصحاب و غيرهم: كون العين مضمونه على صاحب اليد ما لم يردّ إلى صاحبه، و معنى ضمانها: كونها بحيث لو

١- سنن الترمذى ٢: ٣٦٨، الحديث ١٢٨٤؛ سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢، الحديث ٢٤٠٠.

ص: ٤٢١

تلفت لزمه العوض.

و إطلاقه يشتمل صورتى العلم و الجهل، كما هو معقد الإجماع و إن رجح الجاهل على من غزّه على القاعده الآتية. نعم، يقيد بغير الإذن إجماعا.

تكميل و تفریح:

فزعوا على عموم على اليد، ضمان الكلّ فى الأيدى المتعاقبه، سواء علموا جميعا الغصب أم جهلوه، أو بالتفريق، لاشتراك الكلّ فى تصرف مال الغير بغير إذن مالكة، فيدخل فى العموم غير أنّ الجاهل غير آثم.

و المالك يتخير فى تضمين من شاء منهم بالعين و المنفعه، أو الجميع بالتقسيط، و لو بالتفاوت، و له تقسيط أكثر من واحد و ترك الباقي، و تضمين بعضهم بالعين و الآخر بالمنفعه.

و يرجع الجاهل منهم بالغصب إذا رجح عليه المالك على من غزّه و سلّطه على العين أو المنفعه و لم يعلمه بالحال، و هكذا الآخر، إلى أن يستقر الضمان على الغاصب العالم، و إن لم تتلف فى يده.

و يرجع المالك فى الزيادة على من تلفت عنده قبل وصول العين إلى الآخر.

هذا إذا لم يكن يد الجاهل الذى تلفت عنده يد ضمان، بل يد أمانه، كالوديعة و الرهن و الوكاله، و إلّا كما فى العاربه المضمونه، فلا يرجع على غيره، و يستقرّ عليه الضمان.

ثم استثنى من رجوع الجاهل الأمين إلى العالم، ما لم يكن الجاهل متلفا، و إلّا فيستقرّ عليه، استنادا إلى أنّ مباشره الإلتلاف أقوى من إثبات اليد العاديه، إلّا إذا كان المتلف مغرورا، كما إذا قدمه ضيافه فأكله، حيث إنّه أوهمه أنّه لا تبعه عليه، فلو رجح المالك على الآكل، رجح هو على الغاصب على الأشهر، لتغيره الآكل

ص: ٤٢٢

على كون الأكل مجانا لا يتعقبه الضمان، و أقامه (١) على إلتلاف الطعام على كونه ملكه، فى احضاره عنده. و مثله تغيره فى الأمر بذبح الشاه.

و هذه الأحكام اكثرها معقد الإجماع، بل لم ينقل خلاف فيما عدا الأخير، و إن تأمل بعضهم فى بعضها. و أثبتوها بوجوه لا يخلو بعضها عن مناقشه.

و تفصيل المقام: أنّ صور تعدّد الأيدى و رجوع المالك على بعضها عند التلف، على وجوه ثمانية، لأنّه إما يرجع المالك على الثانى الذى تلفت العين عنده، أو على الأوّل. و على التقديرين: إمّا يكونان عالمين، أو جاهلين، أو الثانى عالما و الأوّل جاهلا، أو بالعكس. فظاهرهم الاتفاق على استقرار الضمان على من تلفت عنده، إلّا إذا كان جاهلا، فيرجع - لو رجح المالك عليه - على من غزّه عالما، إلّا إذا كان هذا الجاهل متلفا للعين من غير تغير.

و تحقيق الحال فى تلك الصورة على ما يقتضيه الأدلّه: أنّ المالك، إن رجح على الثانى، و هما عالمان، لم يرجع الثانى على

الأول إجماعاً، لاشتراكهما في إثبات اليد و العلم بالغصب، فلا يغرم ما غرم للمالك، مع حصول التلف عنده.

و كذا لو كان الأول جاهلاً و هو عالم بطريق أولى. و كذا مع جهلها، لتساويهما في الجهة المقتضية لتخير المالك في الرجوع على ما شاء منهما، و اختصاص الثاني بحصول التلف في يده، الموجب الانتقال العين إلى البدل في ذمته قطعاً، و عدم استحقاق المالك إلّا بدلاً واحداً استوفاه.

و جواز رجوع الثاني إلى الأول - حينئذ - غير معلوم، و مقتضى الأصل براءته.

و إن كان الأول عالماً و الثاني الغارم جاهلاً، فإن كان التلف سماوياً و يده أمانه، كالوديعة و الوكالة، دون يد ضمان، الموجه للرجوع مطلقاً، كالعاريه المضمونه،

١- كذا.

ص: ٤٢٣

يرجع فيما غرم على العالم، لتغريره و سببته عدواناً لضمانه، إلّا إذا كان الجاهل متلفاً غير مغرور، فلا يرجع بلا خلاف يعرف.

و إن اغترّ في إتلافه، كما إذا قدمه ضيافه، فأكله، فيرجع أيضاً على الغارّ، على الأشهر الأظهر.

و وجه الفرق بينهما: أنّ إتلافه على الأول، كان على كون العين لنفسه و ضرره عليه، فالمباشر هنا أقوى، و إن كان جاهلاً من اليد العاديه، و على الثاني: فإقدامه على الإتلاف لتغريير الغاصب إيّاه على كونه مجاناً لا يلحقه به ضرر، كما في إطعام الضيف المغرور بأنّ أكله غير موجب لضرره، فالعهد على العالم الغارّ.

و إن رجع المالك على الأول: فإن كانا جاهلين، فالظاهر: جواز رجوعه على الثاني الذي تلفت عنده. و قرار الضمان عليه، و إن كان التلف سماوياً، و اليد أمانه.

لا لما قيل من اشتغال ذمته. بعد تلف العين عنده بالبدل، بحكم ضمان إثبات اليد. و جواز أخذه المالك من الأول باعتبار إثبات يده، مجرد خطاب شرعي، لا ذمّي، إذ لا دليل على شغل ذم متعده بمال واحد، فحينئذ يرجع المالك على الأول بما اشتغلت ذمه الثاني، فيملك بأدائه ما للمالك على الثاني بالمعاوضه القهرية الشرعية، لإمكان المناقشه فيه بأنّ ما في الذمه عند التلف بدل العين، و لا ينافي وحدته اشتغال ذمتهما به على البديله. و تخير المالك في استيفائه عمّن شاء منهما، فإذا أداه أحدهما يسقط عن الآخر. و قرار الضمان على الثاني، مع تساويهما في الجهل و إثبات اليد المضمون به و حصول التلف لا عن اختيار، يحتاج إلى الدليل.

بل لاستصحاب الاشتغال في الثاني المعلوم - أولاً - و لو في الجملة، إلى اليقين بالفراغ عنه، الحاصل بأدائه البدل إلى المالك، أو إلى من أدّى إليه، بخلاف الأول، لعدم العلم باشتغاله أولاً، و احتمال كون ما أداه إلى المالك من باب الخطاب الشرعي لا الذمّي.

فإن قلت: اشتغال ذمّه الثاني بالبدل المعلوم أولاً، إنّما هو للمالك، و هو فرع بقاء حقّه، و قد ارتفع باستيفائه من الأوّل، فلا يجرى الاستصحاب، لتغير موضوعه.

قلت: من له الحقّ أوّلاً- على الثاني مردّد بين كونه المالك خاصه، أو هو و من في حكمه، أعنى: الأوّل، عند أدائه للمالك، فالشغل المعلوم أوّلاً مجمل بين أحد الاحتمالين، فهو من قبيل ما إذا تردّد صاحب الحقّ على زيد بين كونه عمروا مطلقاً، أو بكراً مع فقدانه، فلا يحصل يقين الفراغ له بسقوط حق أحدهما.

فإن قلت: يعارض هذا الاستصحاب، استصحاب عدم اشتغال ذمّته للأوّل قبل رجوع المالك إليه.

قلت: التعارض بينهما بالمزيليّه و السببيه، و المزاليه و الكاشفيه، فإنّ بقاء الشغل المعلوم مجملاً للثاني، سبب لتعلّق وجوب الأداء عليه على الأوّل، عند استيفاء المالك منه، و انتقال الحقّ المشتغل به له، و لا هكذا عدم شغل الأوّل قبل استيفاء المالك، فإنّه ليس سبباً لزوال الشغل المعلوم الإجمالي، بل كاشف عنه.

و استصحاب السبب مقدم على استصحاب الكاشف، كما حققناه في محلّه. و لا يمكن إجراء هذا الاستصحاب في حق الأوّل الذي لم يتلف العين عنده، لعدم العلم باشتغال ذمّته بالبدل عند تلفها عند الثاني. غايه الأمر كونه مخاطباً بالخطاب الشرعي، متعيّداً بالأداء إلى المالك عند مطالبته عوض العين، بإثبات يده عليه، فلا يمكن استصحاب الشغل المجمل في حقّه، بخلاف الثاني المعلوم على كل تقدير اشتغال ذمّته بالبدل بعينه أو بالبدليه.

و من هذا ثبت جواز رجوع الأوّل على الثاني فيما اغترم، في صورتى: جهل الأوّل و علم الثاني، و علمهما. و أما في صورته علم الأوّل و جهل الثاني: فمقتضى نفي الضرر عنه، لتغيره العالم في إثبات اليد جواز رجوعه فيما اغترم على الأوّل العالم.

و به ينتقض استصحاب الاشتغال في الثاني.

البحث الثاني: في المباشرة و التسبيب،

إشاره

فيما له مدخل في التلف.

و لنذكر- أوّلاً- أدلّه الضمان، عموماً و خصوصاً، ظهوراً و صراحه. ثم نبين منها قواعد الضمان، فيما ذكره من العلّه و السبب و الشرط، عدا ما يختصّ بموارد خاصّه، مثل الأمانه عند التعدّي عن الإذن أو التفريط و المقبوض بالعقد الفاسد، و نحوهما، مما هو خارج عما نحن بصددّه هنا. و تلك الأدلّه كثيره، نشير إليها:

منها: الإجماع بل الضروره فى الجملة.

و منها: عمومات نفى الضرر.

و منها: ما دلّ على رجوع المغرور على من غرّه.

و منها: الأخبار الواردة فى ضمان إتلاف النفس.

و منها: ما دلّ على تسبب الإكراه.

و منها: خصوص النصوص المستفيضة فى موارد كثيره:

كروايه السكونى (١)، عن الصادق عليه السّلام: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: «من أخرج ميزابا أو كنيفا، أو أوتد وتدا، أو أوثق دابته، أو حضر شيئا فى طريق المسلمين، فأصاب فعطب، فهو له ضامن».

و صحيحه الحلبي (٢) عنه عليه السّلام: سألته عن الشىء يوضع على الطريق، فتمرّ به الدابّه، فتنفر بصاحبها، فتعقره. فقال: «كلّ شىء يضرب بطريق المسلمين، فصاحبه ضامن لما يصيبه».

و خبر أبى الصباح الكنانى (٣) عنه عليه السّلام: «من أضرب بشىء من طريق المسلمين، فهو له ضامن».

١- وسائل الشيعه ٢٩: ٢٤٥، الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان، الروايه ٢٥٥٤٧.

٢- نفس المصدر ٢٩: ٢٤٣، الباب ٩، الروايه ٣٥٥٤٣.

٣- نفس المصدر ٢٩: ٢٤٣، الباب ٨، الروايه ٣٥٥٤٠.

ص: ٤٢٦

و صحيحه زراره (١) عنه عليه السّلام: قلت له: رجل حفر بئرا فى ملكه، فمرّ عليها رجل، فوقع فيها، فقال عليه السّلام: «عليه الضمان، لأنّ كلّ من حفر بئرا فى غير ملكه كان عليه الضمان».

و موثقه سماعه (٢) عنه عليه السّلام، عن الرجل يحفر البئر فى داره، فقال: «ما كان حفر فى داره و ملكه ليس عليه الضمان، و ما حفر فى الطريق أو فى غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها».

إلى غير ذلك من النصوص كالمعتبره المستفيضة الدالّه على غرامه الشاهد إذا رجع عن شهادته، بعد ما يغرم بها للأول قدر ما أتلفه من مال الرجل (٣).

و على أنّه يقتل إذا قتل بشهادته (٤).

و على غرامه ديه اليد لو شهد عليه بالسرقه و رجح (٥).

و على غرامه المهر إذا شهد بطلاق زوجته، ثم تزوّجت أو يموت زوجها، ثم جاء زوجها (٦).

إلى غير ذلك، المفهوم عرفاً، بل إجماعاً، عدم خصوصيه ما فى تلك النصوص من جزئيات الأمثله، فى الضمان، و إن ذكرها على سبيل المثال و القياس و الحاجه، ككونه فى الطريق، أو حفر البئر، أو رجوع الشاهد، و غيرها، بل يتعدى منها إلى ما هو من نسخها فى سببها الإضرار على الوجه الذى اعتبر فيها.

١- وسائل الشيعه ٢٩: ٢٤٣، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان، الروايه ٣٥٥٣٩.

٢- نفس المصدر ٢٩: ٢٤٣، الباب ٨، الروايه ٣٥٥٤١.

٣- نفس المصدر ٢٧: ٣٢٧، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الروايه ٣٣٨٥٤.

٤- نفس المصدر ٢٧: ٣٢٨، الباب ١٢، الروايه ٣٣٨٥٨.

٥- نفس المصدر ٢٧: ٣٣٢، الباب ١٤، الروايه ٣٣٨٦٤.

٦- نفس المصدر ٢٧: ٣٣٠، الباب ١٣، الروايه ٣٣٨٦١.

ص: ٤٢٧

ثم الاستفادة من تلك الأدله و النصوص و غيرها، مما صرح فيها بالضمان:

حصوله للعين أو المنفعه بأحد الوجوه الثلاثه، بشرائطها الآتية: إيجاد علّه التلف، أو إيجاد سببه، أو إيجاد شرطه.

أما الأول- و هو المعبر عنه بمباشره الإتلاف-: فإن المراد بالعلّه ما هو المؤثر فى التلف، و هو أثره، فهو قسمان:

أحدهما: إيجاد العلّه بلا واسطه، كقتل الحيوان بالسيف، و إهراق اللبن، و خرق الثوب، و سكنى الدار، و ركوب الدابّه.

و الثانى: إيجاد علّه علّه التلف، بأن كان فعله علّه مؤثره له، كالجرح المولّد للمرض المولّد للموت، و إيجاد السمّ فى الحلق، و الصياح على الطفل، و سدّ مجرى النفس، و الرمى بالسهم، و إغراء الكلب العقور، و أمثال ذلك، فإنه يصدق على القسمين المباشره عرفاً، و لا يصحّ سلب الإهلاك عنه، باعتبار أنّ مناط الصدق كون التلف أثر فعل المباشره أو أثر أثره، و عدم مشاركته غير فعله أو أثر فعله فى التأثير، و إن توقف التأثير على شرط، كحراره الهواء فى الجرح، و غفله الطفل فى الصياح عليه.

و الدليل على الضمان فى القسمين: الإجماع بقسميه: إذ لا خلاف بين المسلمين، أن من باشر الإتلاف عمداً أو خطأ، بشرط صدور الفعل عنه عن قصد، كما فى الأمثله المذكوره، ضمن، و إن لم يكن هناك غضب و استقلال يد مطلقاً و يدلّ عليه أيضاً- مضافاً إلى فحوى إطلاق أكثر ما ذكر-: قاعده الضرر المقتضيه لنفيه عن المالك شرعاً، المثبت بالإجماع المركّب لضمان المباشره، دون نفيه عن المباشره، لصدور الفعل عن نفسه، و لو مع جهله، لكونه عند الجهل بالنسبه إليه كالآفه السماويه الغير المنفيه ضررها، سيما إذا استفاد بالإتلاف، كالأكل و الاستعمال، أو

قدم عليه على كونه ضررا عليه، زعما له أنه من مال نفسه، أو مأذون فيه من مالكة، أو عدم مالكيته، و أمثالها.

و أمّا الثاني: أى: إيجاد سبب التلف، و المراد به ما يستلزم وجود علّة التلف عقبيه عادة، لا- بعليته، بل بعلة أخرى، فهو أيضا قسما:

أحدهما: ما لا يدخله مباشرة غيره، كالقاء الثوب فى النار، و تلهيب النار قرب متاع الغير، فى الرياح العاصف المهيج للإحراق عادة.

و من ذلك رفع المانع عن العلّة الموجوده أو المتوقعه، كحبس الحيوان عن الطعام و الشراب، و القائه فى المسبحة مع عجزه عن الخلاص، و فتح باب القفس عن الطير، و فتح رأس و كاء المائع.

و ثانيهما: أن يكون التلف بمداخله مباشرة الغير، بحيث كان السبب له أثر فى توليد مباشرته، كإقدام الطعام المسموم عند الضيف الجاهل، و الإكراه على التلف، و شهادة الزور عند القاضى، و تغطيه رأس البئر فى معبر الغير.

و مقتضى أكثر ما تقدم من الأدلّة، ضمان فاعل السبب فى القسمين، لصحّه إسناد التلف عرفا إلى الفاعل، مع جهل المباشر، باعتبار كونه مستندا إلى ما لا ينفك عادة عن فعله فى المفروض. و ظهور الإجماع- كما حكى صريحا- على أنّ من أتلف شيئا كان ضامنا.

و به يثبت القود فى النفس عند العمد، و يعقل العاقله عند الخطاء، فإنّ الجهل لا يقدر الضمان فى حكم الوضع، إذا كان التلف مستندا إلى الفاعل.

و اختصاص أكثر النصوص السابقه بمثل الطريق و حفر البئر، قد عرفت كونه منساقا للمثال. و مع ذلك يتمّ بعدم القول بالفرق.

و نفى الضرر لا يقتضى عدم ضمان الجاهل، بل لضمانه حجّه أخرى، لما أشرنا

آنفا، و فضّلنا سابقا، من أنّ الضرر المسبب عن فعل الشخص نفسه غير منفيّ عنه فى الشرع، و لازمه بالإجماع المركّب ثبوت الغرامه، لضرر المالك المنفيّ عنه قطعا.

نعم، فى القسم الثانى، الذى حصل التلف منه بفعل المباشر الجاهل، إذا كان فاعل السبب أيضا جاهلا، كإحضاره الطعام المسموم- مع جهله- عند الضيف الجاهل، فالظاهر: عدم ضمان الفاعل، لعدم حصول التغيرير منه، و عدم مباشرته للإتلاف، فالضرر يلحق بالمباشر المتلف، مثل ما تقدم فى الأيدى المتعاقبه. مع أنه لو سلّم تساوى نسبتها إلى عمومات نفى الضرر، فيخرج المفروض عنها، لاستلزامه عدمه، فالمرجع إلى البراءة.

و من ذلك ما إذا قدم الضيف مال نفسه مع جهلها، بل هو أولى بالبراءة. و لو علم المقدم حينئذ، دون الضيف، فلا يبعد الضمان، لقوه السبب، إلا إذا غلب على الظن كونه بحيث يأكله، و لو مع علمه بأنه من نفسه، ففيه تردد.

و أما الثالث: أى: إيجاد الشرط، و هو ما لولاه لما حصل التلف، و لكن لم يكن له تأثير و لا استلزام له، فالمعروف بينهم كونه متعقبا للضمان بالمال دون النفس، إذا كان عاديا فى فعله، كحفر البئر فى الطريق المسلوك أو ملك الغير، و وضع السكين فيه، و عدمه، إذا كان سائعا، كحفره فى ملكه، أو وضع شىء فى الطريق، مما لا يضر غالبا، فاتفق أحيانا ضرره، كطرح قشر فاكهه فيه، فحصل به العثار لأحد، لما تقدم من الأخبار المقتضى للعموم، بتقريب كون الخصوصيه من باب التمثيل، كما ذكره غير واحد، و لعدم القائل بالفصل، إلا إذا كان الواقع فيه عالما، أو دفعه فيه غيره، لكون المباشر أقوى إجماعا، و لأصل البراءة و إباحه التصرف، فلا يتعقبه الضمان.

و المتداول فى كتبهم، التمثيل بحفر البئر، لتفصيل الضمان له فى غير الملك

ص: ٤٣٠

و عدمه فى الملك مطابقا لإطلاق بعض ما ذكر من الأخبار.

و الظاهر: أن مرادهم من نفي الضمان فى الملك، إنما هو فى غير ما علم كونه سببا لتلف النفس المعصومه، و إلا فيتجه الضمان فى النفس فضلا عن المال، و لعله لإيجاده - حينئذ - ملزوم العله الذى تقدم أن حكمه الضمان، كما إذا حفر البئر فى معبر داره، و دخل المأذون، فوقع فيه، لكونه أعمى، أو لكون الموضوع مظلما، أو لتغطيه رأس البئر فى دهليز داره. و ربما نسب الضمان فيه إلى جماعه من المتأخرين، الظاهر فى اتفاق غيرهم على عدمه.

و الظاهر: أن مراد الناقل ما كان من شأنه حصول التلف واقعا فى مظنته لا مع العلم به، لأن إذنه فى المدخول حينئذ، و لو لعموم العابرين، بل و لو بشاهد الحال، و عدم اخبارهم بالكيفيه، من باب التغيرير القولى أو الفعلى الموجب للضمان، كما مرّت الإشارة إليه، الصادق عليه الظلم المحرّم، بل الظاهر انعقاد الإجماع عليه، و يكون من قبيل الصياح على الطفل الغافل، و تقديم الطعام المسموم عند الضيف فى ملكه.

و أما ما وقع فيه الخلاف فى الضمان، فى تأجيج النار، أو ارسال الماء فى ملكه، المؤدى إلى ضرر الجار، و لو مع العلم بالضرر، فهو فيما تضرر المالك بترك التصرف أيضا، و إلا فلا خلاف فى الضمان مع عدمه و علمه بالضرر.

و ربما يعارض فى مثله قاعده نفي الضرر بقاعده التسليط على المال، و حققنا فيما تقدم تقدّم الأولى على الثانية، و كونها وارده عليها بالسببيه الطاربه.

نعم، لو تضرر نفسه - أيضا - بترك التصرف، تعارض الضرران، و مضى تفصيله فى محله.

و الظاهر: إلحاق الظن الغالب المعتبر عاده بالعلم فيما ذكر، فلو وضع الطعام

المسموم في مكان مباح، فيه مظنه أكل الجاهل، لم يبعد الضمان، نظرا إلى حصول التغير عرفا.

و هل يلحق بذلك فعل ما يحتمل فيه ذلك قصدا للتلف؟

فيه وجهان: من كونه فعلا سائغا، فلا يتعقبه ضمان. و من قصده الهلاك، فيشبهه المباشره بآله غير قتاله.

و قد تحصل مما فصلناه من مفاد الأدلة: أنّ موجبات الضمان على الضابطه الكليه، في غير إثبات اليد الغير المحقه، ثلاثه:

الأول: إيجاد علّة التلف بلا واسطه، أو بواسطه معلولها، و هذا يسمّى بقسميه بالمباشره.

و الثاني: إيجاد ما يستلزم علّة التلف عاده من غير علّة مطلقا، أو بتأثيره في مباشره غيره المختار في فعله لجهله، و هذا بقسميه يسمّى بالتسبب بالمعنى الأخصّ و يسمّى الملزوم بالسبب.

و في هذين القسمين يصحّ إضافه التلف عرفا إلى المباشر أو ذى السبب، و لو اتّسعا شائعا في الثاني، و لذا يوجب القود عمدا في النفس و الغرامه في المال مطلقا، على ما مضى.

و الثالث: إيجاد ما يتوقف تأثير علّة التلف على وجوده من غير تأثير و لا استلزام، و يسمّى بالشرط. و هو يوجب الضمان المالي، إذا كان عاديا مطلقا، نفسا كان التالف أو مالا، و لا يوجب الضمان مطلقا، إن لم يكن عاديا.

ثم إنك ترى كلماتهم غالبا مختلفه في تعريف السبب، و في الفرق بينه و بين الشرط، حتى من مصنّف واحد في كتاب واحد، كما وقع للعلامة، في القواعد (١)

١- قواعد الأحكام ٢: ٢٢٢.

تفسيره السبب في كتاب الغصب بما يعمّ القسمين الأخيرين، حيث قال: التسبب إيجاد ما يوجد التلف عنده لعلّه أخرى، إذا كان مما يقصد به التلف. و مثل له بحفر البئر في الطريق، و فتح رأس الظرف، و الإكراه على التلف.

و الظاهر أنّ مراده مما يقصد به التلف، ما كان من شأنه و محتملا له (١) عاده، كما فهمه من تأخر عنه، احترازا عما لا يحتمل كذلك، كوضع حجر صغير، أو طرح قشر فاكهه في الطريق، فانفق العثار به لأحد أحيانا، فإنّه لا ضمان فيه.

و لعلّه لذا نشأ الخلاف في الصياح على العاقل البالغ في حصول الضمان به و عدمه، نظرا إلى عدم توقع الإلتلاف منه، بخلاف الطفل أو المريض.

و فى قضااص القواعد (٢) خصّه بالقسم الثانى، حيث مثله بعد حكمه بثبوت القضااص ياتلاف النفس المعصومه ظلما بالمباشره، أو التسبب بالاختناق بالحبل، و سدّ الفم عن جريان النفس، و الرمى بالحجاره، و الحبس عن الماء و الطعام، و تقديم الطعام المسموم.

ثم عدّ الأسباب المهلكه ثلاثه الشرط، و العله، و السبب. فقال: الشرط ما يتوقّف تأثير المؤثر عليه، و لا مدخل له فى العله، كحفر البئر، و لا قضااص فيه، بل الديه و العله ما أسند إليه الفعل، كالجراحات المولده للسرايه المولده للموت. و السبب ما له مدخل فى التأثير فى الجملة، كالعله، و يشبه الشرط فى عدمه، و له مراتب ثلاثه:

الإكراه بالقتل، و شهاده الزور فى القتل، و إطعام المسموم.

و تخصيصه هنا مراتب السبب بكل ما يتوسّط بمباشره الغير لا وجه له.

و كيف كان، فوجه اختلاف تفسيريه للسبب فى كتاب القضااص و غيره، لعله

١- محتملاته (ظ).

٢- قواعد الأحكام ٣: ٥٨٣.

ص: ٤٣٣

ملاحظه اتحاده مع الشرط العادى فى حكم الضمان فى الغضب و الديات، فسماهما بعنوان واحد، بخلاف ضمان النفس فى القضااص، فأفرده بتسميه السبب، فى مقابل الشرط الذى لا يتعقّبه القضااص.

و فى الإيضاح (١)، عن بعض الفقهاء: السبب فعل ما يحصل الهلاك عنده لعله سواه.

و زاد آخرون: و لولاه لما أثرت العله، و جعله أولى، و هو يعمّ ظاهر السبب و الشرط.

و فى غايه المراد (٢)، عن الفقهاء: السبب إيجاد ملزوم العله قاصدا لتوقع تلك العله.

و لا يخفى أن القيد الأخير غير منطبق على شىء من إطلاقاته، إلّا أن يكون مراده السبب فى قضااص النفس، أو لعدم تخلف العلم بالملازمه عن توقع العله، فيختصّ بالعمد.

و فيه نظر، ظهر ممّا سبق.

و فى مجمع البرهان (٣): إنّ السبب إيجاد ملزوم العله المتلفه، و هو ظاهر فيما تقدّم فى مقابل الشرط.

و فى المسالك (٤): السبب ما لا يضاف إليه الهلاك، و لا يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه، و لا يمكن تطبيقه بما مرّ من القسم الثانى.

و أوضح منه ما فسره الشهيد في شرح الإرشاد (٥): أنّ السبب إيجاد ملزوم العله الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العله.

١- إيضاح الفوائد ٣: ٨٠.

٢- غايه المراد ٤: ٣٠٧.

٣- مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٤٩٦.

٤- مسالك الأفهام ١٢: ١٦٣.

٥- غايه المراد في شرح الإرشاد ٢: ٣٩١.

ص: ٤٣٤

تتميم: اختلفوا في الضمان في موارد من باب الشروط ذكروا أمثلتها.

و منشأ الخلاف فيها أمور:

منها: كون الباعث للضرر تصرف المالك في ملكه، كما في تأجيح النار و إرسال الماء فيه الموجبين لضرر الجار، و فتح باب داره الموجب لخروج دابه الغير، و أمثال ذلك، نظرا إلى تعارض قاعده الضرر- حينئذ- لقاعده التسلط على المال.

و لا يذهب عليك عدم منافاه هذا الخلاف لاتفاقهم على عدم الضمان في حفر البئر في ملكه، لأنّ السبب القريب لضرر الوقوع في البئر فعل المتضرر نفسه، و هنا نفس الشرط، بل لا يبعد كون الضرر هنا من المباشره أو الساريه، و لذا لو علم ضرر الجار مع كون التصرف زائدا عن الحاجه حصل الضمان قولاً واحداً، إمّا من جهه كونه من باب مباشره الإلتلاف، كما ذكر أو كونه من إيجاد السبب المستلزم لعله التلف، و أيهما كان يوجب الضمان بلا خلاف معروف، كما عرفت.

و أما مع عدم العلم بضرر الجار، أو تضرر المالك بترك التصرف، فقد اختلفوا فيهما، باعتبار تعارض القاعدتين، و قد تقدّم منا مرارا تقدّم قاعده الضرر، و كونها وارده على قاعده التسليط، و نشير إلى وجهه هنا أيضاً، و هو ظهور حديث: «الناس مسلطون» في كونه منساقاً في مقام بيان السلطنه المالكيه بالأصالة، لا تشريع الآثار المترتبة على الملك، من اللوازم الشرعيه، و عدم احتمال له للعوارض اللاحقه المانع و الأسباب الطارويه الناسخه لآثاره، و قاعده الضرر في بيان السبب العارض المزيل لبعض الآثار و التصرفات الأصليه، نظير التخمه الموجه لحرمة أكل مال نفسه، و تنجس طعامه المزيل لحليته، مضافاً إلى أنّ: «الناس مسلطون» في بيان الإباحه الشرعيه و هي لا تنافي الضمان في الحكم الوضعي.

ص: ٤٣٥

نعم، لو علم ضرر الجار، مع العلم أو غلبه الظنّ بضرر نفسه في ترك التصرف، تعارض الضرران، و قد تقدم في بيان القاعده تفصيل حكمهما حينئذ.

و منها: تعارض السبب للمباشره، فاختلفوا في بعض الموارد فيما هو الأقوى منها، كفكّ القيد عن العبد الآبق، فإنه لا خلاف

ظاهرا في الضمان في حلّ القيد عن العبد المجنون، لأنه في حكم حلّه عن فرس فشرد، وفتح قفس عن طائر فطار، و لضعف المباشر لعدم التمييز. و في المبسوط (١) و ظاهر التذكرة: الإجماع عليه.

و أما العبد العاقل إذا فكّ و أبق، فالمعروف بينهم عدم الضمان، لقوه المباشر بالعقل و الاختيار، و استناد التلف إلى فعل العبد باختيار نفسه. و لا يخفى أنّ المال الفائت عن المالك هنا هو العبد نفسه و اختياره الفرار مسبب عن حلّ قيده، فيكون مضمونا على فاعله المولد لإرادته، كإحضار الطعام المسموم عند الجاهل.

نعم الظاهر: اختصاص ذلك بما إذا كان العبد مما يتوقع منه ذلك، و لو احتمالا يعتنى به، كالعبد الآبق، كما أفتى بالضمان- حينئذ- بعض مشايخ والدى بعد نقله عن غيره أيضا، نافيا لشمول الإجماع المحكي عنهم له.

و أمّا إذا لم يتوقع منه ذلك، و اتفق إبقاه أحيانا بعد الفك، فهو من الشرط الذي لا يوجب الضمان، و لو عصي، لعدم إذن المالك، كما مر. و لعل هذا القسم منظور القوم في نفي الضمان.

و منها: كونه مما استشكل في كونه مما يتوقع منه الضرر، فيوجب الضمان أم لا؟

كما إذا فتح رأس ظرف لا- يضيع ما فيه بفتحه متى كان في محله، فاتفق سقوطه بهبوب ريح أو هبوط طائر، فضاء ما فيه، فاختلف في ضمان الفاتح، و لعل الأجود عدمه، كما اختاره الفاضل، لعدم كونه ممّا يتوقع منه و يقصد به التلف، إلّا إذا كان

١- المبسوط ٣: ٨٩.

ص: ٤٣٦

في مظنه هبوب الريح و نحوه، فيضمن.

و من ذلك: ما إذا حصل الضرر بمنع المالك عن ضبط ماله، كمنعه عن حفظ دابته المرسله، و القعود على بساطه، و حفظ ماشيته، فتلفت. ففي ضمانه قولان:

المحكي عن الأكثر عدمه.

و في المسالك (١) و الكفايه (٢) و غيرهما: الضمان، إذا كان المنع سببا للتلف.

و الحقّ هو التفصيل المتقدم، فإنّ المنع إن كان مما يتوقع منه السبب بملاحظه المكان و الوقت يضمن، و إلّا فلا، فإذا منعه عن التوقف في داره في ليله مثلا فاتفق لقيامه وقوع النار على بساطه و احتراقه لا يضمن، لأنّه من الشروط النادره التي لا يستند الضرر و الإضرار إلى منعه عرفا.

و منه: ترك المالك حفظ حيوانه عمّا يجنيه، كما إذا أكلت بهيمته حشيش آخر.

ففى التذكرة (٣): إن كان صاحبها معها ضمن الحشيش مطلقا، و إن لم يكن معها ضمن إن كان ليلا و لم يضمن إن كان نهارا، لأن على صاحب حفظها فى الليل، فإذا لم يحفظ يضمن ما يجنيه، و على صاحب الزرع حفظه نهارا. انتهى.

و الصواب: إناطه الضمان بصدق الإضرار عرفا، كما سمعت، و هو منوط بصدق التقصير فى الحفظ فيما تعارف فيه، المختلف باختلاف الأحوال و الأزمان و البلدان و الدواب. نعم، يتأتى الكلام فى وجوب الحفظ المتعارف على المالك، و عدم التقصير فيه، و لعله إجماعى.

و منها: كون الفائت القيمة السوقية، كما إذا حبس إنسانا عن شراء، فنقصت قيمته.

١- مسالك الأفهام ١٢: ١٧٢.

٢- كفايه الأحكام: ٢٥٦.

٣- تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥، كتاب الضمان.

ص: ٤٣٧

و الأشهر: عدم الضمان، لأن الفائت ليس بمال، بل اكتسابه.

و قيل: يضمن. و قواه الشهيد، فى بعض فتاويه، و لا- يخلو عن وجه، إذا كان حصول النقص متوقفا فى العاده على الحبس، لإمكان المناقشه فى ما اشتهر.

أولا: بكون الاكتساب- أيضا- فى المفروض منفعه فائته، متعلقه بالمال عرفا، و الحبس سبب لفواته، فيوجب الضمان دفعا للضرر.

و ثانيا: أن زياده القيمة من أوصاف العين، و إن لم تكن عينيه، و هى مرغوبيته فى العرف و العاده، و المضمون عليه الفائت أعم من العين و الوصف، و ينبغى ملاحظه الاحتياط فيه. و الله العالم.

ص: ٤٣٨

ص: ٤٣٩

[المشرق الخامس و عشرون] [فى الوكاله]

اشاره

مشرق: فى نبد من مسائل مهمه متعلقه بالوكاله.

مسأله: ظاهر الأصحاب: كون الوكاله من العقود،

اشاره

و لذا أدرجوها فى أبوابها، فتفتقر إنشاؤها إلى إيجاب لفظى بأى لفظ دلّ على القصد، و إن لم يكن من الصيغ المعتره، و قبول، و لو كان فعليا دلّ على الرضا، لكونها عقدا جائزا، لا مجرد الرضا النفسانى، كما عن الشافعيه (١)، لافتقار العقد إلى إنشاء ما دلّ عليه من فعل أو لفظ، إلّا أن صريح المحقّق (٢) و غيره: كفايه الإشاره المفهمه فى الإيجاب أيضا، بل فى الرياض (٣) عدم وجدانه الخلاف، فيرجع إلى المعاطاه.

و عن بعضهم دعوى الإجماع على صحّتها، فيكون مرادهم من عقد الوكاله ما هو بالمعنى الأعمّ الشامل للمعاطاه. و تكون الوكاله قسمين: عقديه لفظيه، و معاطاتيه.

١- الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ١٦٨.

٢- شرائع الإسلام ٢: ١٥١، كتاب الوكاله.

٣- رياض المسائل ١٠: ٥٤.

ص: ٤٤٠

بل قيل: بكونها معاطاه، حيث كان القبول فعلا، المتفق على صحّته، و إن كان الإيجاب لفظيا، لو لا الإجماع على كونها عقدا حينئذ.

فروع:

الأول: إذا قال: بع فرسى، أو طلق زوجتى، فلا شك أنه ليس من المعاطاه:

فهل يكتفى بالأمر فى الإيجاب اللفظى؟ الظاهر: نعم، بل لا إشكال فيه على ما تقدّم من الاكتفاء بكلّ لفظ دلّ عليه.

و استدلالهم على مشروعيه الوكاله بالعمومات المتضمنه للأمر ظاهر فى اتّفاقهم عليه. و نفى عنه الإشكال المحقق القمى.

و فى الرياض (١) عدم ظهور الخلاف فيه، فما يظهر من المحكّى عن التذكره، و صريح بعض الأجلّه: من منع كونه إيجاب الوكاله، بل هو إذن يترتب عليه ما يترتب على الوكاله، من صحه البيع و نحوه، و إن لم يكن و كيلا، ليس فى محلّه.

و ينافى اطلاقهم فى الاكتفاء فى إيجاب الوكاله بكلّ لفظ دلّ عليه.

الثانى: يتحقّق قبول الوكاله بنفس الفعل الموكّل فيه، و لا يلزم كونه أجنبيا،

كما هو ظاهر الأصحاب. و الاستشكال فيه باستلزام الدور، موجه للصحّه - حينئذ - بما نقل عن الشافعيه (٢): من كفايه الرضا القلبى فى القبول.

و أنت بعد ما أحطت بما أجنبناه عن إشكال لزوم الدور فى حصول الفسخ الفعلى، بنقل ما فيه الخيار، كما هو المشهور، من أنّ

الفسخ هو الإرادة القلبية، بشرط مقارنتها للنقل إلى الغير، يرتفع عنك المحذور، فإنَّ القبول هنا- أيضا- هو إرادته الفعل، بشرط مقارنته للفعل، فلا يكون مجرد الرضا القلبي قبولا، ولا نفس الفعل

١- رياض المسائل ١٠: ٥٤.

٢- الفقه على المذاهب الأربعة ٣: ١٨٣.

ص: ٤٤١

سببا أو جزء سبب، حتى يلزم الدور، بل هو شرط متأخر. ومثله غير عزيز في الشرع، من قبيل غسل صلاه المغرب للمستحاضه لصحّه صومها المتقدم.

الثالث: يجوز تأخر القبول الفعلي و لو إلى سنه إجماعا،

كما في المسالك (١) و الروضه (٢) في جواز توكيل الغائب، و يدلّ عليه خصوص روايات كثيره.

و منعه للقياس بعدم جواز تأخر القبول اللفظي، كقوله: قبلت بعد سنه، فيجرى مجرى الإذن المطلق، لا التوكيل، مدفوع: بأنّ تأخير القبول اللفظي في مخاطبه الإيجاب خلاف وضع المخاطبه في العرف و المحاورات، بخلاف الفعل، فيجرى مجرى الغلط.

و إفادته فهم الرضا بقبوله الوكاله غير كافيه، لمنع حصول الإنشاء المعتبر في العقد بمثله، و مجرد فهم الرضا لو كان كافيا لاكتفى بفهمه بشهاده الحال، كما عن الشافعيه، و قد عرفت ما فيه.

الرابع: للموكل عزل الوكيل، بشرط إعلامه بالعزل،

فلو لم يعلمه لم ينزل. و إن تعذر إعلامه أشهد به على الأصح الأشهر، للمعتبره المستفيضه (٣).

مسأله: يشترط في الوكاله وقوعها منجزه، كسائر العقود،

اشاره

فلا تصحّ معلقه على شرط متوقع، كقدوم الحاج، أو صفه مترقبه، كطلوع الشمس، أو وقت متجدد، إجماعا محققا و محكيا، فهو الدليل، مضافا إلى منافاته للسببيه المستقله للعقد الثابته من الشرع لثرتب الأثر عقبيه، و تركب السبب من غيره، و قصد الإنشاء بهما خلاف جعل الشارع.

١- مسالك الأفهام ٥: ٢٣٩.

٢- الروضه البهيه ٤: ٣٦٨.

٣- وسائل الشيعه ١٩: ١٦٢، الباب ٢ من أبواب الوكاله، الروايه ٢٤٣٦٨.

و توهم كون الإنشاء بنفس العقد إلما أنّ اثره وكاله الزمان المتأخر، عملا بالشرط المشروع، لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» فاسد، لأنّ المتحصّل من ذلك: صحّه ما لو جعل متعلّق الوكاله، - أعنى: الموكل فيه - متأخرا عن وقت العقد، لا أصل الوكاله، و شتان ما بينهما، فإنّه إخراج السبب الشرعى عن سببته، فيكون مخالفا للسنه المستثنى من الشروط السائغه.

و من هذا يظهر قوّه بطلان التعليق على أمر واقع، كقوله: وكّلت إن طلعت الشمس، لدلالته على إدخال ما ليس من السبب فى السبب، و إنشاء العقد بهما، فيخالف السنّه.

و استشكل فى بطلان الأخير بعضهم. و نقله جماعه فى مطلق العقود، نظرا إلى وقوع المقارنه المطلوبه لترتب الأثر على العقد، و قد علمت عدم انحصار جهه المنع فيه.

فروع:

الأول: لا خلاف ظاهرا فى جواز تعليق الموكل فيه،

أى: تقييده بشرط أو زمان، إذا لم يكن تعليق فى نفس الوكاله.

و فى التذكرة (١) و المسالك (٢) و شرح المفاتيح: الإجماع عليه، و هو الحجه. مضافا إلى عمومات الوكاله.

الثانى: اختلفوا فى صحّه التصرف فى الوكاله المعلقه عند حصول المعلق عليه

- بعد اتفاهم على بطلان الوكاله على قولين:

من أنّ الوكاله إذن خاصّ، و يبطلان الخصوصيه لا ينتفى الإذن المطلق، و هو

١- تذكرة الفقهاء ٢: ١١٤.

٢- مسالك الأفهام ٥: ٢٤٠.

كاف فى صحّه الاستنابه. و إنما الثمره فى استحقاق الجعل المسمّى، نحو ما قالوه فى القراض الباطل الذى حكموا فيه بأجره المثل.

و من أنّ الإذن حصل فى ضمن الوكاله، و بانتفاء الفصل ينتفى الجنس.

و أورد عليه: بأنّه يفهم من ذلك عرفا بقاء الأذن، و إن بطلت الوكاله الشرعيه، و لم يترتب عليه آثارها المختصّه بها.

و الحاصل: أنّ خصوصيه العقد الوكالى هنا من العوارض الزائده للإذن، لا مقوماته الوجوديه، فلا ينتفى بانتفائها.

قال المحقق القمى (١) بما خلاصته: قول القائل: أنت وكيلى، أو مأذون عنى غدا فى بيع دارى، يدلّ على إذنه و رضاه بالبيع غدا قطعا، و له جهات: جهه التوكيل الشرعى المحتاج إلى الإنشاء، و جهه غير التوكيل. و الجهتان تعليلتان، لا يستلزم بطلان إحداهما انتفاء الأخرى.

و استجوده والدى العلّامه، إلّا أنّه منع صحه النيابة شرعا، إلّا بالتوكيل، اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقّن، و هو الإذن التوكيلى، دون مطلقه، و هو المعتمد، لأنّ صحّه العمل نيابه، و ترتّب الأثر عليه للمنوب عنه شرعا، كوقوعه من نفسه، يحتاج إلى توظيفه من الشرع، و الثابت منه حصوله بمطلق الإذن قولاً أو فعلاً، و هو معنى التوكيل، كما تبه عليه شيخنا الشهيد، فى المسالك (٢) و غيره، إلّا أنّه مشروط بعدم التعليق، فإذا اقترن لم يصحّ المأذون فيه، و إن دلّ على الرضا القلبي، فإنّ تلك الدلاله لا تؤثر فى الصحه إلّا على الاكتفاء بالرضا القلبي، و هو غير كاف فى صحّه الاستنابه.

١- جامع الشتات ٣: ٥١٩.

٢- مسالك الأفهام ٥: ٢٣٩.

ص: ٤٤٤

و من هذا يظهر أنّ التفصيل فى ذلك بين ما إذا علم من الموكل انحصار إذنه فى كونه على جهه الوكاله، فيبطل، و إلّا يصحّ، لا محصل له.

و الحاصل: أنّه لا يتصوّر الصحه مع تسليم بطلان التعليق، إلّا بجعل الإذن الدال على الرضا قسمين: يسمى أحدهما توكيلا، و الآخر غيره. ثمّ دعوى حصول صحّه المأذون فيه بأيّهما حصل و كلاهما فى محلّ المنع جدا.

الثالث: إذا علمت بطلان التوكيل بتعليقه على شرط أو زمان متجدد،

فلا يختلف الحال فى بطلان المعلق بعدم اتصاله بالمنجز، أو باتصاله به و انقطاعه عنه مطلقا، أو تجدده ثانيا، فيصحّ الأوّل المنجز و يبطل الثانى، و إن كان الموكل فيه متّحدا فى الجميع، كما إذا قال: أنت وكيلى غدا فى بيع دارى، أو وكيلى اليوم فى بيعها، و غدا فى بيعها، أو وكيلى فى اليوم فيه، و فيما بعد الغد فيه.

و لو وكلّه منجزا لليوم و لما بعد الغد، فإنّ رجوعه إلى تعليق الموكل فيه لما بعد الغد دون نفس الوكاله، بأن كانت الوكاله ثابتة فى الأيام الثلاثه، و لكن كانت مقتيده بفعل الموكل فيه فى غير اليوم الثانى، فلا- ضير فيه، و إن كانت منجزه للأوّل و الثالث، و منقطعه عن الثانى، كما إذا قال: وكلّتك الآن فى بيع الدار فى اليوم و فيما بعد الغد، و لست وكيلى غدا، ففيه إشكال، من حصول التنجز للأوّل و الثالث، غايه الأمر عدم اتصال الوكاله فيهما. و من أن رجوعهما فى الثالث بعد انقطاعهما فى الثانى فى حكم و كالتين، إحداهما منجزه، و الأخرى معلقه، و هو الأوجه، مضافا إلى ما ستعرف من بطلان الوكاله بعد عروض ما يفسدها، و إن زال المانع بعده، كجنون أو إغماء، و أنّها لا تعود إلّا بإيجاب متجدد.

الرابع: لو وكله في بيع شيء معلقا بكونه ملكا له،

فيما فرض عدم علمه بكونه ملكه، صحح، لأن التعليق - حينئذ - تعليق للموكل فيه بما هو شرط صحته، لا

ص: ٤٤٥

إدخال شيء زائد في سبب العقد، فلا ينافي تنجز الإنشاء، كما لا ينافيه قوله: أنت وكيل في بيع داري إذا حضر زيد، أي: عند حضوره.

مسألة: تبطل الوكالة بأمر:

منها عزل الوكيل نفسه:

لأنها عقد جائز مركب من قبوله الذي له الرجوع عنه، ولا خلاف في ذلك. إنما الكلام في أمرين:

أحدهما: في جواز التصرف له بعد ذلك، عملا بالإذن العام الضمني المسوغ للتصرف، وقد عرفت ما فيه.

فما عن المسالك (١) من أن الحكم به هنا لا يخلو من رجحان، مع منعه هناك، لأن الإذن هنا صحيح جامع للشرائط، بخلاف السابق، فإنه معلق، غير مقبول.

و عن التذكرة (٢) عكسه، وإن جزم في القواعد (٣) بصحته هنا، وفي السابق احتمالا.

وفي السرائر (٤) تردّد فيهما.

و كيف كان، فالصحة مبنيه على كفايه الإذن المطلق في النيابة من غير اقتران بقصد قبول الوكيل لفظا أو فعلا. و هو ممنوع، إلّا إذا ثبت إجماع على خلافه.

و ثانيهما: في أن بطلان العقد بعزل الوكيل نفسه هل يوجب بطلان الإيجاب، فلا ينعقد بقبوله ثانيا، أو ينعقد كذلك؟

الأشهر: الأوّل.

و قال المحقق القمي (٥)، ببقاء حكم الإيجاب في جواز إطلاق الوكيل بعد عزل

١- مسالك الأفهام ٥: ٢٤٠.

٢- تذكرة الفقهاء ٢: ١١٤.

٣- قواعد الأحكام ١: ٢٥٨.

٤- السرائر ٢: ٨٨.

٥- جامع الشتات ١: ٣٣٨ (الطبع الحجري).

نفسه بدون إذن جديد، ناسبا له لبعض آخر، لاستصحاب حكم الإيجاب، و عدم لزوم مقارنته للقبول، فلا مانع من رجوع عقد الوكالة بوقوع القبول ثانيا.

و ربما يتمسك له ببعض الأخبار، كصحيحه هشام بن سالم (١): «الوكالة ثابتة حتى يعلم الخروج منها، كما أعلمه بالدخول» و هو كما اعترف به المحقق المذكور ظاهر في حكم عزل الموكل عند علم الوكيل به، لا عزل الوكيل نفسه، للإجماع على بطلان وكالته و انتقاضه بالرد، و إنما المدعى عوده ثانيا بمجرد القبول.

و كيف كان، فيضعف ما أفاده:

أولاً: بأن تجدد الوكالة ثانيا يستدعى الدليل، و الإطلاقات ظاهره في غير صورته. و لو سلم إطلاق بعضها، فهو مصروف عنه بحكم التبادر. و الاستصحاب غير جار. لأن الإيجاب المتقدم المؤثر للوكالة قد بطل أثره بالعزل على الفرض، فهو تجديد لوكالة جديدة مستأنفه، فيرجع الشك في الإيجاب إلى الشك في المقتضى الثانوى الذى لا يجرى فيه الاستصحاب.

و ثانيا: أن تأثير الإيجاب الأول للوكالة الثانويه المتجدده بعد الانقطاع، يستلزم التعليق على انقضاء مده العزل، لأنها غير الأثر المنجز، بل هو فى قوه أن يقول:

وكلتك بعد العزل.

فإن قلت: بطلان التعليق للإجماع، و لا إجماع هنا.

قلت: مع أن الدليل عليه غير منحصر فيه - كما عرفت - فعدم الدليل على الصحة كاف فى البطلان، كما تقدم.

و منها: انقطاع تسلط الموكل على التصرف حين تصرف الوكيل،

فينقطع بسقوطه، لأن تصرفه متقوم بإذنه و ملكه له، فينتفى بانتفائه. و تأثير السلطنة السابقه

١- التهذيب ٦: ٢١٣، الحديث ٥٠٢.

يحتاج إلى الدليل للأصل، فتبطل الوكالة بموت الموكل و جنونه و لو أدوارا، و إغمائه و لو ساعه، و حجره فيما و كل فيه لسفه أو فلس. و كذا يشترط بقاء أهليه الوكيل فينتفى بانتفائها بعروض موته، و انتقالها إلى الورثة، خلاف المأذون فيه، و بجنونه و إغمائه.

الظاهر: اتفاهم فى المقامين على البطلان كما فى التذكرة (١) و المسالك (٢).

ولا- يتوهم تنافيه لبقاء الوكالة في الطلاق بعد عروض الحيض، و في النكاح في الإحرام، و صحه العمل بعد زوال المانع، إذ المانع- ثمه- شرط الموكل فيه، لا الوكالة و أهليه الوكيل أو الموكل، فهو من قبيل شرط تأخيره الذي صح معه الوكالة، و هنا من قبيل التعليق لنفس الوكالة على زوال المانع.

ثم أنه يتأتى الخلاف السابق هنا في صحه العمل بعد زوال المانع بالإذن العام الضمني. و الظاهر: عدمه، لما تقدّم.

و منها: عزل الموكل الوكيل،

إشاره

إلا أنه يشترط إعلامه بالعزل، فإن لم يعلمه لم يعزل، وفاقا لغير الفاضل في القواعد.

و إن تعذر الإعلام و أشهد به فالمشهور كذلك، خلافا لجماعه من القدماء، للمعتبره المستفيضه، كصاح ابن وهب، و هشام بن سالم، و العلاء بن سيبه، و قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في امرأه استعدته (٣).

و إطلاق الجميع- بل ظهور بعضها- يشمل صورته الإشهاد أيضا، فلا استدلال في

١- تذكره الفقهاء ٢: ١٢٥.

٢- مسالك الأفهام ٥: ٢٤٧.

٣- وسائل الشيعة ١٩: ١٦١ و ١٦٣، الباب ١ من أبواب الوكالة، الروايه ٢٤٣٦٦؛ و الباب ٢، الروايه ٢٤٣٦٧ و ٢٤٣٦٩.

ص: ٤٤٨

مقابلتها ببعض الاعتبارات اجتهاد في مقابل النصوص الصحيحه المعترضه بالشهره المحققه.

و كون الوكالة من العقود جائزه من الطرفين غير مانع للبقاء، مع عدم بلوغ المنع، فكم من عقد جائز يلزم ببعض العوارض اللاحقه، كشروع العامل في الجعالة.

فرع: يختص حكم بقاء الوكالة بما قبل العلم بالعزل به دون سائر المبطلات،

كموت الموكل و جنونه و حجره اتفاقا للأصول الشرعيه، و اختصاص المخرج به.

و في بعض المعتبره التصريح به في خصوص موت الموكل.

مسألة: يشترط في متعلق الوكالة أمور:

منها: أن يكون الموكل فيه مما يقبل النيابة شرعا،

فإنّ الأفعال المترتبة عليها الآثار الشرعية، منها: ما تعلق بها غرض الشارع بنفس الفعل دون خصوصية المباشر، كأكثر المعاملات من البيع و النكاح و الطلاق و الصلح و الإجاره و غيرها، و التطهير من النجاسات و استيفاء القصاص و أمثالها.

و منها: ما تعلق غرضه بصدوره عن خصوص الشخص، كعباده الأحياء، فإنّ الداعي إلى تشريعها غالباً حصول مشقه المكلف في العمل للامثال و تذللّه و تقرّبه بنفس العمل، و من غير العباده كالظهار و الجنائيات و نحوها.

نعم، لو كان المقصود بالأصالة من العباده بذل المال، كأداء الزكاه، صحّت نيابه فيها. و مثل ذلك ما إذا تعذر للمكلف نفسه، كغسل الأعضاء للمريض، و الحجّ عن العاجز.

و قد يحصل الشكّ في صحّه نيابه و الوكاله فيها شرعاً. و المهمّ بيان الأصل في ذلك، لمجال الشكّ.

صرّح بعض أجله من عاصرناه: أنّ الأصل جواز الوكاله مطلقاً إلّا ما خرج

ص: ٤٤٩

بالدليل، بل ربما جعله مستفاداً من كلام الأصحاب، بملا حظّه ذكرهم الدليل من النصّ و غيره، فيما لا يصحّ على وجوب المباشره دون ما صحّت فيه.

و استدللّ على عمومها بعموم قول الصادق عليه السّلام في صحيحه ابن سالم (١): «من وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور، فالوكاله ثابتة أبداً، حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها».

و لا يخفى: أنّ دعوى إفاده كلامهم أصالة الجواز مجرّد دعوى خال عن التحصيل و تعليل المباشره بدليل في مقام لا دلالة له عليه، و كم شاع إقامه الأدلّه على ما يوافق الأصول، و الأخبار المذكوره غير ناهضه للمدعى، لظهورها في بيان دوام الوكاله حتى يعلم العزل، لا تعميم الموكل فيه، سيما الصحيح الأوّل الذي لا ذكر لمتعلق الوكاله فيه، بل هو بالنسبه إليه من قبيل المقتضى، و كون المقصود ترتّب الجزاء على نفس الوكاله من حيث هي، من غير نظر إلى متعلقها.

و الأخيران و إن تضمّنا لفظ العموم إلّا أنه منصرف إلى بيان ما ذكرناه، و إلّا لزم تخصيص الأكثر الممنوع في تخصيص العموم.

و بالجملة: فللمنع عن الوكاله فيما لم ينعقد الإجماع عليه، كما اتفق في أكثر المعاملات، أو فيه نصّ خاصّ، كما يمكن الاستدلال عليها في البيع و نحوه بقوله تعالى «إلّا أنّ تكون تجارّة عن تراضٍ (٢) مجال واسع. و الأصل يقتضى العدم، كالظهار و اللعان و النذور و الأيمان و العبادات المندوبه و استيفاء الحدود في حقوق الله و أمثالها. و من هذا يظهر وجه صحّه إطلاق كلام جماعه من المنع من الاستنابه

فى العبادات مطلقا، و إن كانت مندوبه. و جعله فى المسالك (١) أصلا إلّا ما خرج بالدليل.

بل لنا أن نقول: مقتضى الاعتبار عدم قبولها التوكيل، و عدم قيام فعل الوكيل مقام فعل الموكل، فإنّ المقصود من العباده تكميل النفس و تصفيه القلب و تذكىه الأخلاق و تبديل الأحوال، و الظاهر أنّ عباده الوكيل غير مؤثره فيها بالنسبه إلى الموكل، فما يستفاد من النصوص من صحّه العباده المندوبه و التلاوه و نحوها بنيه الغير، فهو من باب إهداء الثواب، لا من باب الوكاله، و لذا يصحّ ذلك بالنسبه إلى الأموات، و لا يشترط فيها إذن المهدي إليه، و لا يسقط خطاب الندب عن المنوب عنه.

و الاعتضاد بشرعيه العباده الوكاليه بأنّ المعترف فى العباده ليس إلّا الفعل بقصد القربه، و جعل الشارع ذلك سببا لترتب الثواب عليه، و هو غير مناف للنيابه، فيندرج فى عمومات الوكاله له.

يضعّف - مضافا إلى العموم كما مرّ - بأنّ المستفاد من الآيات و الأخبار: أنّ الحكمة فى شرعيّتها حصول التقرب إلى الله تعالى لفاعله، و ظهور آثار العبوديه لعاملها، و أنّ ذلك من قبل الغير.

و هل يحتمل أحد أن من أحيا ليله القدر بالعباده و التضرع و الابتهاال نيابه عن غيره المشغول بالملاهى و المناهى و لو بإذنه، أدرك الغير فضل ليله القدر و الفوز بثواب إحياءها و آثاره؟

و هل مواظبه النوافل و العبادات استنابه عن فاسق مجاهر بالملاهى منغمر فى دركات الدنيا و حطامها، يوجب وصوله إلى درجات النعيم التى أعدت للمتقين و لا

١- مسالك الأفهام ٥: ٢٥٥.

يجزون إلّا ما كانوا يعملون. و نعم ما قيل فى الفارسيه:

«نام حلوا بر زبان رانندن نه چون حلوا بود».

إن هو إلّا كاستنابه الأكل للجوعان و شرب الماء عن العطشان.

و من هنا يظهر الإشكال فى جعل مواضع الاستثناء فى العبادات من باب الوكاله و لو فى مثل نيابه الحجّ عن العاجز. و إطلاق الوكاله عليه من باب المجاز، كما حمل عليه فى المسالك (١) قول المحقق الثانى: و يصحّ التوكيل فى الحكم و القضاء بين الناس، قائلا بأن مراده نصب الإمام أو نائبه الخاصّ توليه القضاء للغير، و تسميته و كاله مجاز، و أمّا عن النائب العام فى الغيبه فلا

يجوز إلاً للفقهاء الجامع، و هو متأصل فيه، فلا يتصور فيه النيابة.

فرعان:

الأول: ربما يظهر الخلاف منهم بعد الاتفاق على عدم صحته توكيل المحرم غيره

فى إيقاع النكاح و ابتياع الصيد حال الإحرام- فى صحته فى إيقاعهما حال الإحلال.

فى المسالك (٢): ظاهر العبارة منعه، و الأولى: الجواز.

و عن جامع المقاصد (٣): ظاهرهم عدم الجواز، محتجاً بعدم كونه مالكا لمباشره هذا التصرف الآن، و هو شرط، فهو كما لو وكل فى طلاق امرأه سينكحها.

و فى الروضة (٤): منع الظاهر، بل الظاهر كونه كالتوكيل فى طلاق الحائض بعد

١- مسالك الأفهام ٥: ٢٥٦.

٢- نفس المصدر.

٣- جامع المقاصد ٨: ١٧٧.

٤- الروضة البهية ٤: ٣٦٧.

ص: ٤٥٢

الطهر، و قد عرفت صحته، فمقتضى القاعده المذكوره صحته إلاً إذا ثبت الإجماع و غيره على خلافه، و البحث عنه موكول إلى محلّه.

الثانى: لا شك - كما عليه السيره المستمره

- فى صحته نصب الحاكم الشرعى من يتولّى أمر الوقف الفاقد للناظر الخاص من قبل الواقف، و تعيين من يقوم بأمر الصغير الفاقد لمن يتولاه. فهل هو من النيابة التوكيلية عن الحاكم، فيلزمه اشتراط شرائط الوكاله مما ذكر و يذكر، و يبطل بموت الحاكم الموكل، أو من باب توليه القضاء حيث جاز، فلا يجوز التصرف لغيره قبل عزله أو انعزاله فيه؟

وجهان: من عدم دليل على ولايه الحاكم و تسلطه على نصب من ذكر توليه و وصايه، و من اقتضاء الوكاله اقتصار الوكيل على التصرف السائغ للوكيل، مع أن السائغ فى أمثال ما ذكر التجاوز (١) عنه من غير نكير، و قيامه فيما يتولاه بكل ما يتولّى فيه الحاكم.

و الأوجه الأول، اقتصارا في ولاية الحاكم على ما يقتضيه الدليل، و منع شمول عمومات الولاية لتفويض ما هو شأنه المقرّر في الشرع لغيره.

و دعوى السيره القطعيه المعبره فيما اقتضاه ممنوع جدّا. و لم تتحقّق في مظان عنوانات ولاية الحاكم في كلماتهم ما يتناول مثل ذلك. فعلى هذا فلا يجوز للمتصرّف لقيام أمر الطفل من الحاكم بيع ماله المنتقل إليه بعد حال النصب بإرث أو هبه، بل باشتراء الحاكم و نحو ذلك، مما لا يملكه الحاكم للطفل حال التوكيل، كما ستعرف تفصيله و تحقيقه.

و نحوه في الوقف، فيما يتفرّع على تصرّف الحاكم نفسه و نحوه، و انزاله بموت الحاكم لبطان الوكاله بموت الموكل.

١- كذا.

ص: ٤٥٣

و منه يظهر: أنه لا يجوز للحاكم نصب أحد على قيام أمور الصغار مطلقا حيث اتفق، و إن لم يتولّه بعد حال النصب، أو لم يتولّه الحاكم بعد حياه الوصيّ و نحوه على قيام أمور الأوقاف العامه كذلك.

و في حكم القيم للصغير و الناظر للوقف، نصب الحاكم من يأخذ سهم الإمام عليه السلام من خمس ما سيوجد، و التصرف في مجهول المالك مما سيحصل، و غير ذلك مما للحاكم الولاية فيه.

نعم، ليس لغير الحاكم الموكل من سائر الحكام عزل من نصبه، لأنّ توكيله تصرف حكوميّ و ولائيّ، فلا يجوز نقضه لغيره، بل في جواز تصرف حاكم آخر أو مأذونه في أمر من أمور من وكله فيها، إذا كان مقصود الحاكم من استنابه المنصوب من قبله حصر المتصرف فيها وجهان: من أنه كان لحاكم آخر مشاركة الأول قبل توكيله، و الوكيل نائبه، فلا يزيد على الأصل، و من أنّ مقتضى ولايته العامه نفوذ هذا التصرف منه، فلا يجوز نقضه لغيره. و المسأله محلّ إشكال، ينبغي الاحتياط فيه.

و منها: كون متعلّق الوكاله مما يملكه الموكل،

فلا تصحّ فيما لا يملكه، كالمستحيل عقلا و المحرّم شرعا، كالغصب و السرقة و القتل و سائر المعاصي.

و أحكامها تلزم المباشر إجماعا.

و المشهور: اشتراط ذلك من حين التوكيل إلى وقت التصرف.

و عن جامع المقاصد (١) و التذكرة (٢): الإجماع عليه، فلا يجوزون التوكيل في طلاق من سينكحها، و بيع ما سيملكه، و عتق عبد سيشتريه.

و استشكل إطلاق القول بذلك، بأنّ الظاهر: أنّهم يجوزون التوكيل في الطلاق في

١- جامع المقاصد ٨: ٢٠٧.

٢- تذكره الفقهاء ٢: ١٣٤.

ص: ٤٥٤

طهر المواقعه و فى الحيض، و يجوزون التوكيل فى تزويج امرأه و طلاقها، و شراء عبد و عتقه، و استدانه دين و قضاءه.

و فى التذكرة (١): صح ذلك كله.

و منها- كما فى جامع المقاصد -: ما لو قال: طلق زوجتى ثلاثا،

اشاره

و منها- كما فى جامع المقاصد (٢)-: ما لو قال: طلق زوجتى ثلاثا،

فإنه يكون وكيلا- فى الرجعتين بينهما. قال: و لكن يرد عليه أن ذلك توكيل فى تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل. فإن الرجعه يملكها بعد الطلاق، فحقه أن لا يصح.

ثم أجاب بأنه ليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل فى مثل هذا جائز، لأنه وقع تابعا لغيره، و نحوه ما لو و كله فى شراء شاتين و بيع إحداهما، أما لو و كله فيما لا يملكه استقلالا، كما لو و كل فى طلاق زوجه سينكحها لم يصح.

و الفرق بين وقوع الشىء أصلا و تبعا كثير، لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحة الوكالة و استكمال أركانها.

و عن التذكرة (٣) إيماء إليه أيضا.

و اعترض بعض أجله من عاصرناه بمنع الفرق بين التابع و المستقل، مع تناول أدله الوكالة للقسمين، بل مشروعيه المضاربه حجه عليه، فإنها من الوكالة أيضا، فلا بد أن يقال: ما يرجع منها إلى معنى التعليق باطل، باعتبار اقتضاء تأخر متعلقها تأخر [ها]، أما ما لا يرجع إلى ذلك، بأن جعله وكيلا عنه فيما هو أهل له، و لو بإيجاد سببه المتأخر عن حال العقد صح، و إن لم يجعله تابعا فى وكالة شخص خاص، بل و كل شخصا على الشراء و أخرى على بيع ما يشتريه.

١- تذكره الفقهاء ٢: ١٣٤.

٢- جامع المقاصد ٨: ٢٠٧.

٣- تذكره الفقهاء ٢: ١٣٤.

ص: ٤٥٥

ثم قوى لذلك القول بمشروعيه الوكالة فى الجميع، من غير فرق بين الموجود المتجدد، حتى ما لا يملكه يارث و هبه و غيرهما،

و قال: إنّ العنوان المزبور فى الشرط المذكور ليس فى محلّه.

أقول: بل ما أفاده خبط ليس فيه رشاد، و هل يجتمع أصحاب الفقه على ما لا أصل له؟

و لتحقيق ذلك نقول: إنّ من الأمور الضرورية عدم صحّحه التوكيل إلّا فيما يملكه الإنسان و يجوز له التصرف فيه شرعا، حتى ينعقد النيايه عنه فيه، فلا- يجوز أن يوكله فى طلاق امرأه أجنبيّه و بيع مال زيد، ففى توكيل طلاق امرأه سينكحها، إن أريد به الوكاله فى الطلاق بعد النكاح، بأن يكون متعلّق الوكاله بعد النكاح، فهو تعليق و تأخير لنفس الوكاله، و هو باطل، و إن أريد الوكاله فى الحال، فالموكل فيه مما لا خيار له فيه و لا يملكه قبل النكاح، فكيف جعله متعلّقا للوكاله الحالیه؟

و اقتدار الموكل على إيجاد السبب لا دخل له فيما وكلّ فيه الوكيل من حيث تعلق الوكاله عليه إلّا بإرجاعه إلى تعليق الوكاله و تأخيره بما بعد وجوده.

و بهذا يظهر الفرق بينه و بين التوكيل فى النكاح ثم الطلاق، فإنّ هذا الترتيب ملكه الموكل حين العقد، و قد جعله و كيلا فى هذا الترتيب، فهو من قبيل المركّب الذى تأخّر بعض أجزائه عن بعض.

و الحاصل: أنّ الضابط فى الفرق فيما يصحّ و ما لا يصحّ، ملاحظه الفعل الذى وكلّ فيه، من حيث كونه متعلق الوكاله، لا من حيث كونه مقدورا للموكل أو موكولا على الاتفاق أحيانا، لعدم مدخليته- حينئذ- فى الوكاله التى تعلق بها العقد إلّا بإرجاعها إلى التعليق الباطل.

و من ذلك يظهر: أنّ ما ذكره الشيخ المعاصر من صحّحه توكيل شخص خاصّ فى

ص: ٤٥٦

الشراء و آخر فى بيع ما يشتره غير متّجه.

فإن قلت: لا ينحلّ بذلك الإشكال بالنقض بصحّحه الوكاله حال الحيض أو طهر المواقعه، لعدم صحّحه الطلاق حين العقد للموكل، و لا سبب صحّته باختياره، مع أنّ صحّتها لعلّها محلّ الإجماع.

قلت: فرق بين عدم الصحّحه لعروض مانع- سواء كان فى حال العقد أو بعده، حيث لا- ينتقض به الوكاله لو عرض فى الأثناء أيضا- و بين عدم مملوكيته للمالك بالذات، و عدم المقتضى له حال التوكيل، و لذا جعلوا عنوان الشرط ملكه للموكل فيه، لا صحّته منه، نظير الفرق بين صحّحه إيجاب الصلاه على البالغ العاقل قبل الوقت و عدم صحّته قبل بلوغه، و لذا يصحّ أن يقال للزوج حال حيض زوجته: أنّه مالك لطلاقها و مالك لبضعها، و لا يصحّ أن يقال له ذلك بالنسبه إلى الأجنبيّه، فالتأخر اللازم هنا إلى زوال العذر مما يرجع إلى الموكل فيه لا الوكاله، فلا ضير فيه، و لذا لا تبطل الوكاله بعروض الحيض الواقع فى الأثناء، و تبطل و كاله بيع فرسه إذا باعه نفسه ثم اشتراه فى الأثناء، و هذا عساه أن لا يشكّ فيه.

و ربما يحصل الشكّ فى أنّ المورد من أى القسمين، كالتوكيل فى نكاح صغيره بعد بلوغها، و لعلّه كان صحيحا لأنّه مالك

لنكاحه، و لذا يصحّ أن يزوّجها وليّها دائماً، لمانع عدم نفوذ قبولها قبل البلوغ، لحجرها بالصغر، بخلاف التوكيل في تزويج المزوّج بعد طلاقها. و نحوها المعتدّه بالعدّه الرجعيه، لأنّها في حكم الزوجه، و أما المعتدّه البائنه، فلا يبعد الصّحّه و توكيل ما يتعلق بما سيورث أو سيوهب، كما صحّحه الشيخ المعاصر، و الظاهر: عدم صحّته، فاجعل ما حققناه ضابطاً للمقام، و افهم و اغتنم.

ص: ٤٥٧

فرع: لو وكله في جميع أموره المتعلقة به من الموجوده و المتجدده،

فمقتضى الضابطه المقرّره: صحّه المتجددات المترتبه على الموجوده، كبيع ماله ثم اشتراؤه به مالا آخر ثم بيعه ثانياً و هكذا، و شراء ملك و إجارته و دعوى الغبن و الفسخ به إذا كان مغبوناً، و نكاح امراه له و طلاقها و طلاق امرأته الموجوده، و أمثال ذلك.

و لو نكح الموكل نفسه امرأه بعد التوكيل المزبور أو [أعتق] عبداً، فالوجه عدم صحّه طلاقها و عتقه بالوكالة العامه السابقه، لا بوكاله متجدده. و الله العالم.

ص: ٤٥٨

ص: ٤٥٩

[المشرق السادس و عشرون] [في اقتضاء اليد الملكيه]

اشاره

مشرق: من القواعد المتداوله بل المسلمه عند الفقهاء: اقتضاء اليد للملكيه أو الاختصاص في ظاهر الشرع، إلى أن يخرج عنها بدليل كاشف عن الواقع، من بينه أو إقرار و نحوهما.

و عن بعضهم: كونها إجماعيه.

و عن آخر: أنّها ضروريه.

و عليها استفاضت الأخبار في موارد غير عديده. بل قيل: إنّها متواتره معنويه.

و من أدلتها على الإطلاق و الضابطه الكليه، روايه حفص بن غياث، المرويّه في الكتب الثلاثه (١)، المنجبره بعمل الكلّ، و فيها: رأيت إذا رأيت في يد رجل شيئاً أ يجوز أن أشهد أنّه له؟ قال: «نعم» قلت: فلعلّه لغيره: قال: «و من أين جاز لك أن تشتريه و صار ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لى، و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه إليك من قبله؟» ثم قال: «و لو لم يجز هذا ما قام سوق للمسلمين».

ص: ٤٦٠

و منها: المروى فى تفسير القمى (١) صحيحا، و فى الاحتجاج مرسلا، عن مولانا الصادق عليه السلام، فى حديث فدك لمولانا أمير المؤمنين عليه السلام قال لأبى بكر: «تحكم فىنا بخلاف حكم الله فى المسلمين»؟ قال: لا. قال: «فإن كان فى يد المسلمين شىء يملكونه ادّعت أنا فيه، من تسأل البيّنه؟» قال: إياك أسأل البيّنه على من تدّعيه.

قال: «فإذا كان فى يدى شىء فادّعى فيه المسلمون، تسألنى البيّنه على ما فى يدى و قد ملكته فى حياه رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم، و بعده، و لم تسأل المؤمنين على ما ادّعوا علىّ، كما سألتنى البيّنه على ما ادّعت عليهم».

و منها: موثقه يونس بن يعقوب (٢): المرأه تموت قبل الرجل، أو رجل قبل المرأه.

قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأه، و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما، و من استولى على شىء منه فهو له».

و لا شك أنّ ما فى اليد يصدق عليه الاستيلاء.

و غير ذلك من الإطلاقات، و ما ورد فى موارد خاصه، يعلم من تراكمها كون الجهه المقتضيه للاستحقاق هى اليد.

و لا إشكال فى ذلك، إنّما يقع الكلام تاره: فى معنى اليد و ضبط مصاديقها التى قد يتطرق فيها الإبهام، و أخرى فى شرائط اقتضاءها الملكيه و ما فيه من الخلاف.

فهنا مقامان:

المقام الأوّل: فى المراد من اليد.

لا- شبهه أنّه ليس المراد منها العضو المخصوص، بل المعنى المتفاهم منه عرفا و ما فهمه الأصحاب، هو كونه تحت اختيار الشخص و تصرّفاته و الاستنفاع منه،

١- تفسير القمى: ٥٠١.

٢- التهذيب ٩: ٣٠٢.

ص: ٤٦١

حيث إنّه المتبادر منه فى العرف، و لا يصحّ السلب عنه، سيما بملاحظه القرائن المعينه لإرادته فى الأخبار، سواء قلنا بكونه معنى مجازيا مشهورا مقترنا بالقرينه الشائعه العرفيه فى مثل المقام، أو كون هذا التركيب، أعنى: ما فى اليد حقيقه عرفيه فيه.

و لعلّ الأوّل أوجه، نظرا إلى حصول الاختلاف فى الظهور العرفى باختلاف المقامات و تغاير المتعلق، فيكون مستندا إلى قرينه المقام، ففى مثل كون الدار فى يده يتبادر ذلك و لا يصحّ السلب، دون كون الخاتم و الدرهم فى يده. و لو أمر بوضع الدرهم فى يد زيد، صحّ العتاب بوضعه عنده بترك الامتثال.

و كيف كان، فالخطب فى ذلك بعد ظهور المراد سهل و إنما يتأتى البحث فى صدق هذا المعنى فى مواضع:

منها: ما إذا اختلفت آثار الاختصاص فيما بين اثنين، ككون المتاع فى بيته و مفتاحه فى يد آخر، فاشتبه كون المتاع فى يد أيّهما؟

و الظاهر: أنّه إن علم أنّ صاحب البيت وضعه فيه، فهو محكوم بكونه فى يده، و إن علم أنّ صاحب المفتاح وضعه، فهو فى يده، و إن لم يعلم شىء منهما أشكل الأمر، إلّا إذا علم استيلاء أحدهما عليه.

و منها: ما إذا لم يشاهد التصرفات المتجدّده فيه. فالظاهر: عدم اشتراطها فى صدق اليد، كما صرّح به الوالد العلّامه، فإنّ اليد شىء و التصرف شىء آخر، و لذا تراهم يقولون: اليد المنفردة من التصرف هل تصحّ الشهاده لها بالملك؟ فيجدون اليد عن التصرف، و يختلفون فى صحّ الشهاده بالملك بمجردّها، بحيث كانت هى مستند الشاهد.

نعم، قد يكون تجدد التصرف و تكرّره دليل ظهور اليد، فيشترط - حينئذ - فى

ص: ٤٤٢

صدقها، كالعبور و الاستطراق فى الطريق الواقع فى دار الغير، فلا يحكم باليد بمجرد عبورهم ساعه أو ساعتين، و نحوه سكنى الدار.

و منها: الاستيلاء عليه، بحيث كان تحت اختياره بتصرف فيه كيف يشاء من البيع و الشراء و الخراب و العماره و الانتفاع منه و نحو ذلك من وجوه التصرفات.

فهل يشترط صدق اليد عليه أم لا؟

الظاهر عدم صدقها مع ظهور خلافه، و لكن لا يشترط العلم به، و لذا يحكم بملكه ما فى يد الرجل و انتقاله الى وارثه بعد موته، و إن لم يعلم منه هذا الاستيلاء.

و منها: جزئيته و تابعيته للمتصرف فيه، و إن لم يظهر منه تصرف أو استيلاء عليه بخصوصه، كقطعه أرض فى داره.

و من هذا يظهر: أنه لو كان مجرى ماء أحد فى دار غيره أو طريق له فيها. لا يخرج عن صدق يد صاحب الدار، بل يد صاحب الماء، و العبور فيها لم يثبت عدا المنفعة، و غايه ما فى الحال صدق يد المنفعة عليها، لا ملكه العين، فليس لهما التصرفات العينيه أو استنفاع منفعه أخرى منهما.

و منها: ما إذا لم يكن المالك بنفسه مباشرا للتصرف، بل كان وكيله أو مستعيره أو أمينه أو مستأجره أو المتعدّي عليه بغصب. ففي صدق ذى اليد على ما ملكه باعتراف هؤلاء الوسائط، فى مقابل دعوى الثالث إشكال. و الظاهر: قبوله باعترافهم، بكون أيديهم نيابيه، و حكم يدهم يد المنوب عنه.

المقام الثانى: فى بيان الشروط المعبره فى اقتضاء اليد للاستحقاق.

إشاره

و هى أمور:

الأول: عدم اعتراف ذى اليد بما ينافى ملكيته.

إشاره

و تفصيل ذلك: أنّ صاحب اليد إمّا يدعى استحقاقه، أو يعترف بعدمه، و يقول: لا أدرى كونه لى، أو لم يظهر منه شىء منها.

ص: ٤٦٣

لا إشكال فى اقتضائه فى الأول، و عدمه فى الثانى، لتقدّم الإقرار على اليد إجماعا. و الظاهر: عدمه - أيضا - على اعترافه بالجهل، كما صرّح به والدى، لعدم دليل صالح على الاقتضاء حينئذ، لاختصاص تحقق الإجماع بغير الصورة، و كذا النصوص المتقدمه، و منع صدق الاستيلاء فى الموثقه على ذلك، لظهوره فى الاقتدار على التصرف فيه كيف شاء و كيف جاز له، و هو لا يعلم أنه له. و لا ينافى ذلك عدم اشتراط علمه بكونه لمورّثه أو لمن اشتراه منه، لعلمه بملكيتة الظاهريه لمن انتقل منه إليه، و كونه محكوما له فى ظاهر الشرع كما مرّ.

نعم، لو علم اعتراف صاحب اليد الناقله منها إليه بعدم علمه أنه له، فالظاهر:

عدم تملكه - حينئذ - بالإرث أو الاثراء أيضا.

و إن لم يظهر من ذى اليد دعوى الملك أو عدمه و لا جهله به، فالظاهر: كونه محكوما له عند غيره، كما إذا كان فى يد مورّثه فمات عنه، لإطلاق موثقه يونس، و كذا صدر روايه حفص، باعتبار عموم ترك الاستفصال، و إن لم يكن له ذلك الظهور، لاختصاص تعليله بفعل ما يشير باعترافه.

فرع:

الأول: يظهر مما بيناه دقيقه هى: أنه لو كان فى دار أحد طريق مستحدث يعبر فيه الناس مع اعترافهم بعدم تملكهم الطريق أو عدم علمهم بالاستحقاق الشرعى ظاهرا عدا واحد منهم، مدّعيًا للملكيه أو حقّ العبور، فلا يحكم له بذلك، لأنه إن ادّعى الاختصاص به، فليس يده بخصوصه عليه فى جملة العابرين، و إن ادّعى الجهه العامه للعامة، فيتوقف على عدم اعترافهم بالجهل،

كما سمعت.

نعم، إذا كانت يده منفردة بالغه في تكثّر العبور و تكرره إلى حيث صدق يده بالخصوصيه عليه عرفا، يحكم له شخصا.

ص: ٤٦٤

الثاني: أن لا يعارض اليد دليل كاشف عن الواقع،

فيقدم الدليل، لما علمت في المشرق السابق: أن الأصول العمليه و الاجتهاديه، بل مطلق الأحكام، بعضها وارد على بعض، و يقدّم الوارد على المورد، بل لا- تعارض بينهما حقيقه، و أن الورود بأحد الوجهين: إما يكون موضوع أحدهما مرتفعا بوجود الآخر، كإباحه ما لا يعلم حرمة عند ظهور دليل حرمة الواقعيه، أو يجعل الشارع أحدهما سببا رافعا للآخر، كزوال حليه العصير بالغليان، ثم زوال حرمة بعده بنقصان الثلثين.

و أشرنا ثمه إلى أن البيئه و الإقرار و نحوهما كذلك بالنسبه إلى اليد، فيرتفع حكمها بوجود الرفع، كما أن اليد وارده على الاستصحاب، كما ستعلم.

الثالث: أن لا يعارض اليد استصحاب ما يزيل حكم اليد و رافعه.

بيان ذلك: أن تعارض اليد و الاستصحاب يقع على وجوه:

منها: أن يكون مقتضى الاستصحاب عدم الملكيه، و لكن لم يكن في مقابل ذى اليد مدّع يدعى خلافه، كما إذا ادّعى صاحب اليد اشتراءه أو استيجاره من مالكة و لم يكن هناك من يدعيه، فليس لأحد أن يزاحمه، و لا يجوز أخذه منه، و له التصرف فيه كيف يشاء، لصدق اليد عليه، و شمول الأخبار له.

و منها: أن يدعى الاستيجار أو الانتقال، و في مقابله المدّع ينكره. و الظاهر: أنه لا خلاف- حينئذ- في تقديم قول المدّع و استصحاب عدم الانتقال و عدم اعتبار اليد، لأنه يدعى اليد المقيده بالاستيجار أو الابتياح و هو في دعوى القيد مدّع يطالب بالبيئه، و الاستصحاب يقتضى عدمه.

فإن قلت: اقتضاء اليد للاستحقاق ليس لقيدها المختلف فيه المطالب بالثبوت، بل لمجرد نفسها، أعنى: الاستيلاء، و الاستصحاب لا يقاوم اليقين الشرعى الذى هو مقتضى اليد.

ص: ٤٦٥

قلت: المقتضى للاستحقاق هو اليد المطلقه لا مطلق اليد، فإنّ اليد لا يقتضى الاستيجار، فلا يعارض استصحاب عدمه، فحيث دلّ الاستصحاب على عدمه صارت اليد يدا غير استيجاريه، و هى تنافى دعوى ذى اليد، فلا يعتنى بيده.

و بوجه آخر أو عبارته أخرى: تقدّم اليد على الاستصحاب إنّما هو باعتبار جعلها الشارع سببا للملكيه الظاهريه، كما تقدّم،

فمقتضاها يقين شرعى مزيل للحاله السابقه، و يعارضهما بالمزليه و المزاليه، و فيما نحن فيه ينعكس الأمر، فإن عدم الاستيجار الذى هو مقتضى الاستصحاب سبب لعدم حصول اليد الاستيجاريه، فإن وجود المعلول كما هو مؤخر بالذات عن وجود العله، كذا عدمه مؤخر عن عدمه، فعدم حصول النقل سبب لعدم حصول اليد المملكه، و لا هكذا الملكيه الاستيجاريه، فإنها كاشفه عن حصول الاستيجار، و علمت كرارا: أن الأصل المثبت للسبب مقدّم على المثبت للكاشف.

و منها: الصوره السابقه، غير أن استناد اليد بالانتقال من المدعى عليه علم من الخارج، من غير اعتراف ذى اليد به، بمعنى أنه علم أنه لو ملكه كان بانتقاله منه إليه.

و فى تقديم الاستصحاب أو اليد- حينئذ- إشكال:

من كون اليد- حينئذ- معلوم التقيّد بسبب ينكره المدعى، فعلى ذى اليد إثباته كالصوره السابقه.

و من أن صاحب اليد لا يدّعيه حتى كان مأخوذا بالإثبات، و علم الحاكم بسبب دعواه لا يوجب صدق المدعى عليه، فاليد يبقى على اقتضائهما الملكيه، فيكون من قبيل صوره تعارض الملكيه السابقه و اليد الحاليه، و ستعرف تقدّم اليد فيها، و لعله الأقوى.

ص: ٤٦٦

فإن قلت: استصحاب عدم النقل- بضميمه العلم الخارجى بانحصار سبب المدعى به فيه- يقتضى بطلان اليد و ورود الاستصحاب عليها كالسابق.

قلت: إنّما يعارضه و يزيله لو كان هو محل الدعوى، كما فى صوره الإقرار، و إلّا فلا محلّ لهذا الاستصحاب- حينئذ- فى مقابل قول ذى اليد، فلا يخرج اليد عن مقتضاه شرعا.

و منها: أن يتعارض [اليد] الحاليه الملكيه السابقه أو اليد السابقه، مع احتمال استناد اليد إلى غير نقل المالك الأوّل على تقدير صحتها.

و قد اختلفوا فى تقديم الحاليه أو القديمه على قولين، كلاهما عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف (١).

و الأوّل عن الأكثرين: و عن الشرائع: الثانى.

و عن محتمل الفاضل فى التحرير: التساوى.

و استدللّ على كلّ منها بوجوه قاصره لا جدوى للتعرض لها، بعد ما تبين لك مما تلوناه من مناط الحقّ فى المقام، من أن اليد دليل شرعى وارد على استصحاب الملكيه السابقه ناقض لمقتضاه من قبيل سائر الأسباب الشرعيه الطاريه، و لا كذلك العكس، فإنّ بقاء الملكيه السابقه ليس سببا مزيلا لملكيه اليد، بل على تقدير بقاءها كاشفه عن عدم اقتضاءها الملكيه اللاحقه.

و الظاهر: أنه ينظر إليه كلام بعض المحققين، من أن احتمال كون اليد الباقيه عاريه أو غيرها لا يلتفت إليه مع بقاء اليد على

حالتها، فإنَّ المقصود الأصلي من إعمال اليد هو إبقاء تسلطها على ما فيها (٢)، أو عدم جواز منعها عن التصرفات .. (٣).

١- المبسوط ٨: ٢٦٩ و ٢٩٩؛ الخلاف ٦: ٣٣٩، المسأله ١١؛ و ٣٤٥، المسأله ١٩.

٢- فى الأصل: «بأقيها» مكان «ما فيها».

٣- هنا كلمه لا تقرأ.

ص: ٤٦٧

بسبب احتمال الغصب أو العاربه أو غيرهما، فيحكم عليها بما يحكم على ملك الملاك، و ليس هذا معنى الحكم بأنه ملك. انتهى.

و بعد الإحاطه بما قدّمناه، تعلم صحّحه الحكم بكونه ملك ذى اليد، كما هو مقتضى روايه حفص بن غياث المتقدمه الشامل للمورد.

و الظاهر: أنّ عدوله عن الحكم بالملك، إلى الحكم بلوازمه، باعتبار معارضه حكم الملك لاستصحاب ملك الآخر، و قد علمت أنّ الاستصحاب لا يعارض اليد.

و منها: أن يعارض يده الحاليه إقراره أمس بأنّ الملك للمدعى، أو شهدت البيّنه بإقراره أمس له، أو أقر بأن هذا له أمس.

قال فى الكفايه (١): و فى كلامهم القطع بأنّ صاحب اليد لو أقرّ بأحد الوجوه المذكوره قضى له به. و فى إطلاق الحكم بذلك إشكال.

و فى القواعد و السرائر (٢) أيضا: فالقضاء للمدعى، بإقرار ذى اليد له أمس، أو أقرّ أمس به، أو شهدت بإقراره البيّنه.

و فى مجمع الفائده للمحقق الأردبيلي (٣) قال: فى صورته إقراره بالأمس، أو بالشهاده بإقراره أمس، و جعل الأقرب فى الأوّل ذلك، مودنا بوقوع الخلاف فيه.

و قال: إنّه غير واضح الدليل، إلّا أن يكون إجماعا.

و يظهر وقوع الخلاف من شيخنا الشهيد، فى تمهيد القواعد، فى صورته الإقرار له أمس، و اختار الأخذ بإقراره، كما لو شهدت البيّنه بأنه أقرّ أمس.

أقول: للنظر فى إطلاق الحكم بتقديم قول المدعى بإقرار ذى اليد بأحد الوجوه

١- كفايه الأحكام: ٢٧٧.

٢- السرائر ٢: ١٦٩.

المذكوره مجال واسع. و الإشكال فيه- كما فى الكفايه و ظاهر الأردبيلى،- فى مورده، إلا أن يثبت الإجماع فيه، لأن إقراره بأنه كان له أمس، أو ثبوت إقراره كذا أمس بالشهاده، أعمّ من كونه اعترافا بانتقاله إليه من المدعى، و هو الصوره الأولى التى يقدم فيها قول المدعى، و من انتقاله عن غيره إليه.

و لعلّ المقصود من المجمع عليه هو الأوّل، فهو من باب تعارض الملك السابق و اليد الحالىه، و قد عرفت تقدم اليد فيه، فتدبر.

الرابع: أن لا يعارض اليد الحالىه استصحاب نفس اليد،

كما إذا أثبت المدعى أنّ مبدأ يده كان يد غضب أو عاربه أو إعاره، و ادعى صاحب اليد ملكيته الحالىه، فإنّه لا إشكال- حينئذ- فى تقديم الاستصحاب، لأنّ يده بالاستصحاب يد غير مملّكه لا يقتضى التقديم، و استصحاب الموضوع مقدّم على الأصل الحكمى إجماعا و اعتبارا.

الخامس: احتمال كون اليد ناشئه عن جهه مقبوله فى ظاهر الشرع،

فلو علم كونها بانتزاع ما فى اليد من تصرّف المالك عنفا، من غير جهه مجوزه شرعيه ظاهرا، بل بمجرد ادعاء الملكيه و لو مع احتمال صدقه الواقعى- و منه ما إذا أخذه فى حضورنا عنه عند ادعاء ملكيته- لم يكن معتبره إجماعا، و لعدم كون ملك اليد سائغه فى ظاهر الشرع، و وجب الحكم بتخليه يده عنه و رده إلى ذى اليد الأوّل حتى أثبت حقه و أقام البيئه.

السادس: ما أفاده فى المستند، أن لا يزاحم اليد يد أخرى،

كما إذا ركب اثنان دابّه رديفين، و أكلا من إناء واحد دفعه، و جلسا على بساط كذلك، فلا أثر لليد- حينئذ- لأحدهما بالنسبه إلى الآخر لتعلق يد كلّ واحد بالجميع، حيث إنّ اليد ليست كالمملك الذى لا يتزاحم فيه غير الواحد و لذا لو قطع أحدهما يده عنه، كان يد

الآخر عليه كما كان، فالحكم بتنصيف ملكيه كل واحد خلاف مقتضى اليد، و تمامه لكلّ واحد من المحال، و لو احد ترجيح ممتنع، فإذن لا حكم ليد أحدهما لنفى الآخر.

نعم، تؤثر اليدان لنفى دعوى الثالث.

أقول: و يمكن المناقشه بمنع اليد المستقله لكلّ واحد منهما، فإنّه لو اعتبر فيها الاستيلاء هنا، فالتأمّ منه فى الكلّ ممنوع، إذ ليس له البيع و الإجاره و العاربه و نحوها، و إن اعتبر فيها الانتفاع، فهو ينقسم بينهما، لأنّ المنفعه العائده منه لكل واحد غير العائده

للآخر، و حيث إنّ يد الثالث مسلوبه عنه، فحكم اليد منقسم بينهما لا محاله.

و إطلاق قوله في الموثقة: «و كلّ من استولى على شىء فهو له» ظاهر في الاختصاص لهما اشتراكا، لا لأحدهما منفردا، و لا لثالث، كما قلنا. فإن كان لأحدهما شاهد، و إلّا فيقف و يتحالفان.

و لعله إجماعى، و به اعترف الوالد الماجد في العوائد (١).

السابع: ما عسى أن يجرى فيه الكلام من اختصاص الاقتضاء بكون متعلق اليد الأعيان دون المنافع،

كما أفاد والدى القمقام للأصل، و عدم ثبوت الإجماع، و ظهور الأخبار في الأعيان، حتى الموثقة، لمكان الضمير في قوله عليه السلام: «من استولى على شىء منه - أى: المتاع - فهو له» مضافا إلى منع صدق اليد على المنافع، لأنّ الآتيه غير متجدّده بعد، و الماضيه منقضيه.

أقول: و للكلام فيه مجال، و الذى يقتضيه نظر العبد، أنّ اليد على المنفعة و التصرف فيها قسمان:

أحدهما: أن يكون التصرف فيها موقوفا على وقوع اليد على العين عرفا،

١- عوائد الأيام: ٧٤٩.

ص: ٤٧٠

بحيث صدق عليه كون العين في يده، و لو لاستيفاء منفعته، كتصرف المستأجر في العين المستأجره، و جريان مائه من ملك الغير و الاستطراق فيه، و حمل السقف على جداره، و أمثال ذلك.

و الثانى: أن لا يتوقف عليه، كالاستظلال بجداره، و الاستضاءه بسراجه، و الانتفاع بهواء عرصته و نحوها.

أمّا الثانى: فهو كذلك، و لا اعتبار لليد عليه، بل لم أتحقّق قائلا به و الأخبار غير شامله له بظهورها في كون متعلق اليد العين، و لو سلم إطلاق بعضها، كحديث فذك، فهو أيضا، بحكم التبادر ظاهر في العين.

و أمّا الأوّل: فالظاهر اعتبار اليد عليها ما دام يده على العين، و ظننى أنّه لا خلاف فيه، و لذا لو كان في يده عين بعنوان الاستيجار، فادعى غيره الإجاره من مالكة، يقدّم قول الأوّل، و ما هو إلّا ليده عليها، و إلّا كانا سواء، و لصدق المدعى على خارج اليد عن المنفعة، فإنّ من ادعى على من استمرّ جريان مائه من ملك الغير في منع جريانه، يصدق عليه «أنّه لو ترك ترك الدعوى»، فيطالب البيئه عملا بمقتضى أخبار الدعوى، بل يشمله قوله عليه السلام في الموثقة: «من استولى على شىء منه فهو له» فإنّ الضمير و إن رجع إلى المتاع و هو عين، إلّا أنّه يعمّ اللام مطلق الاختصاص، فيشمل ما إذا ادعى المتاع، لاختصاص منفعته له باستيجار و نحوه.

ص: ٤٧١

مشرق: اختلفوا فى وجوب ترتب الحواضر على الفوائت ما لم يتضيق أوقاتها، و فوريه و جوبها.

و ظاهر جماعه، بل صريح بعض المحققين: أن كلاً- من الأمرين مسأله منفرده فى الخلاف، و إن كان قول الأكثر متوافقاً فيهما نفيًا و إثباتًا.

و كيف كان، ففي المسأله أقوال:

الأول: أنه لا يعتبر فى صحه الحاضره تأخرها عن الفائته مطلقاً، و لا فى صحه غيرها من العبادات، و لا يجب فعل الفائته فوراً متى ذكرها، و لا يجب العدول عن الحاضره إليها فى الأثناء، فيجوز التشاغل بسائر ما ينافيها من العبادات الواجبه و المندوبه الموسعه و المباحات و غيرها.

و هو المحكى عن كثير من الأجله الأقدمين من مشايخ الشيعه و فقهاء الطائفه، منهم: من نقل عنهم السيد الأجل رضى الدين على بن طاوس (١) كالشيخ الجليل

١- حكاه فى الحدائق الناضره ٦: ٣٥٩؛ و جواهر الكلام ١٢: ٣٥.

ص: ٤٧٢

الفقيه عبيد الله بن على الحلبي (١) فى أصله الذى أثنى عليه الصادق عليه السّلام عند عرضه عليه، و عدّه الصدوق (٢) من الكتب المشهوره التى عليها المعول و إليها [المرجع].

و الحسين بن سعيد الأهوازي (٣)- الذى هو من أصحاب الرضا و الجواد و الهادى عليهم السّلام- و عن المحقق فى المعبر أنه من جملة الفقهاء المعبرين الذين اختار النقل عنهم ممن اشتهر فضله و عرف تقدّمه فى نقل الأخبار و صحه الاختبار و جوده الاعتبار.

و الشيخ النبيل أبى الفضل محمد بن أحمد بن إبراهيم بن سليمان الجعفى فى كتابه الفاخر (٤) الذى ذكر فى أوله أنه لا يروى فيه إلّا ما أجمع عليه و صحّ من قول الأئمه عليهم السّلام.

و الشيخ العظيم أبى عبد الله الحسين بن أبى عبد الله اللّواسطى أستاذ الكراچكى قال فى كتابه على ما نقل عنه السيد فى بعض رسائله: أن سأل سائل و قال:

أخبرونا عن ذكر صلاه و هو فى أخرى، ما الذى يجب عليه؟ قال: يتم الذى هو فيها و يقضى ما فاتته، ثم ذكر خلاف المخالفين (٥).

و منهم من حكاه الشهيد، عنهم كقطب الدين الراوندى و نصير الدين حمزه

- ١- غنيه النزوع ١: ٩٨؛ حكاه السيد بن طاوس فى رسالته: ٣٤٠؛ و مفتاح الكرامه ٣: ٣٨٦؛ و جواهر الكلام ١٣: ٣٣.
- ٢- الفقيه ١: ٣٥٥، ذيل الحديث ١٠٢٩.
- ٣- حكاه السيد بن طاوس فى رسالته: ٣٤١؛ و كشف الرموز ١: ٢٠٨.
- ٤- الجعفى صاحب الفاخر المعروف فى كتب الرجال بأبى الفضل الصابونى، حكاه السيد بن طاوس فى رسالته: ٣٣٩؛ و بحار الأنوار ٨٨: ٣٢٧؛ و مفتاح الكرامه ٣: ٣٨٨؛ و جواهر الكلام ١٣: ٣٤.
- ٥- انظر مفتاح الكرامه ٣: ٣٨٨؛ و جواهر الكلام ١٣: ٣٤؛ و رساله ابن طاوس: ٣٤٣.

ص: ٤٧٣

الطوسى و سديد الدين محمود الحمصى و يحيى بن سعيد جدّ المحقق و نجيب الدين بن يحيى بن محمد و السيد ضياء الدين بن فاخر و الشيخ أبى على الحسن بن طاهر الصورى و على بن عبيد بن بابويه منتجب الدين (١)، و فى المصايح عن عماد الدين محمد بن على، و فى رساله ابن إدريس (٢) التى عملها فى المسأله عن طائفه من العلماء الخراسانيين، و عن محتمل كلام العميانى، و اختاره السيد بن طاوس من المتأخرين و العلماءه فى جملة من كتبه و والده و ولده و أكثر من عاصره، نقله فى المختلف (٣) و الشهيدان فى اللعه و الروضه (٤)، و عن المقداد و تلميذه محمد بن شجاع القطان و أبى العباس أحمد بن فهد (٥) و على بن هلال الجزائرى تلميذه و الصيمرى و المحقق الكركى (٦) و ولده و الميسى و ابن أبى جمهور الأحسائى، و الأردبيلى و صاحب المعالم فى الاثنى عشرية و ولده الشيخ محمد و الشيخ أبى طالب شارح الجعفرية و شيخنا البهائى (٧) و والده و تلميذه الشيخ جواد الكاظمى و المحدث الكاشانى، و ابن أخيه الهادى و الفاضل السبزوارى و السيد ماجد و الشيخ سليمان البحرانيين و العلّامة المجلسى و والده و المدقق الشيروانى و الفاضل الماحوزى و المحقق البهبهانى و العلّامة الطباطبائى.

و إليه ذهب والدى العلّامة و صاحب الجواهر و جماعه من مشايخه. و بالجملة هو

- ١- انظر مفتاح الكرامه ٣: ٣٨٨؛ و جواهر الكلام ١٣: ٣٤؛ و رساله ابن طاوس: ٣٤٣.
- ٢- السرائر ١: ٢٧٤.
- ٣- مختلف الشيعة ٢: ٤٣٥.
- ٤- مفتاح الكرامه ٣: ٣٨٧؛ روض الجنان: ١٨٨؛ الروضه البهيه ١: ٧٣٣.
- ٥- الرسائل العشر: ١٠٩.
- ٦- جامع المقاصد ٢: ٤٩٣.
- ٧- نسبه صاحب مفتاح الكرامه إلى كتاب جبل المتين ٣: ٣٨٧.

ص: ٤٧٤

المشهور بين المتأخرين، بل عليه أكثرهم، و استفاض عليه نقل شهرتهم، بل فى الذخيره (١): أنه مشهور بين المتقدمين أيضا، و

إن نسب فيه القول بالمضايقة إلى أكثرهم.

و في مصابيح السيد الأجل الطباطبائي نسبة إلى أكثر الأصحاب على الإطلاق، بل المستفاد من صاحب الفاخر من قوله في خطبه الكتاب، أنه ما روى فيه إلا ما أجمع عليه و صحّ من قول الأئمة عليهم السلام، كما سمعت أنه إجماعى، بل عن الفاضلين في المعبر و المختصر النافع و المختلف ظهور دعوى إجماع المسلمين عليه في الجملة.

الثانى: وجوب الترتيب بمعنى تقديم الفائته على الحاضره مطلقا ما لم يتضيق وقتها. نسب إلى القديمين و الشيخين و السيدين و القاضي و الحلّي (٢) و الحلبي (٣) و بعض المحدثين.

و صرح أكثر هؤلاء بل غير واحد منهم - كما قيل - بفوريه القضاء، حتى حكى عنهم المنع من الأكل و الشرب و النوم إلا ما لا بدّ منه و التكبّ و الاشتغال بغيرها فى غير ضيق وقت الأداء، بل عن الحلّي و ابن زهره (٤) الإجماع عليه.

و عن بعضهم تلازم الفوريه و الترتّب.

و عن ابن فهد (٥) التصريح بأنّ الترتّب هو القول بالمضايقة، و عدمه هو القول

١- ذخيره المعاد: ٣٨٤.

٢- الرسائل العشر: ١٠٩.

٣- غنيه النزوع ١: ٩٨.

٤- نفس المصدر.

٥- الرسائل العشر: ١٠٩.

ص: ٤٧٥

بالمواسعه، و لذا لم يذكروا إلا مسأله واحده، و استدّلوا بما يدلّ على كلّ واحد منهما للآخر. و أنكره بعض المحققين، و جعلهما مسألتين، و قال: من حكم بوجوب تقديم الفائته فإنّما هو من حيث هو مع قطع النظر عن الفوريه.

و استشعر من كلام الفاضل فى التذكره (١) حيث قال: إنّ أكثر علمائنا على وجوب الترتيب، ثمّ قال: و جماعه من علمائنا ضيقوا الأمر فى ذلك و شدّدوا الأمر على المكلف غايه التشديد. فإنّ نسبه الترتيب إلى الأكثر و التضييق إلى الجماعه مشعره باختلاف المسألتين.

و نسب والدى العلامه إلى بعض مشايخه القول بوجوب الترتيب مع اختياره المواسعه.

و ربما يستشعر من التفصيل بين الفائته الواحده و المتعدّده و فائته اليوم و غيرها أنّ الكلام فى مسأله الترتيب غير الكلام فى التضييق و الفوريه.

و من هذا يظهر أنّ شهره الترتيب- لو سلمت- لا- يوجب شهره المضايقه، بل لعلّ شهره المواسعه لا- كلام فيها بين أكثر المصنفين.

ثمّ إنّ أكثر من قال بالترتيب أو الفوريه صرّحوا بطلان الحاضره المقدمه على الفائته فى السعه، بل عن الغنيه الإجماع عليه، كالمرتضى و ابن البراج (٢) و أبى الصلاح و الشيخ فى المبسوط (٣) و ابن إدريس. و منهم من لم يصرّح بذلك، و لكن لم يظهر منه صحتها، كالمفيد و القديمين و الشيخ فى النهايه (٤) و الخلاف (٥).

١- تذكره الفقهاء ١: ٨١.

٢- المهذب ١: ١٢٦.

٣- المبسوط ١: ١٢٥.

٤- النهايه و نكتها ١: ٣٦٣.

٥- الخلاف ١: ٥٩٧.

ص: ٤٧٦

و ربما قيل بتلازم بطلانها للقول بالترتيب و الفوريه.

و نحوه و جوب العدول فى الأثناء عند التذكّر، و عن المرتضى و الشيخ و القاضى و الحلبيين و الحلّى التصريح به، بل عن الأخير الإجماع عليه، و جعله الفاضل فى المختلف (١) لازم القول بالمضايقه.

الثالث: التفصيل بالترتيب فى الفائته الواحده و عدمه فى المتعدده، اختاره المحقق فى كتبه الثلاثه و صاحب الكفايه و قوّاه الشهيد فى غايه المراد (٢).

الرابع: الفرق بين فائته اليوم و غيره و هو للفاضل فى المختلف خاصه دون سائر كتبه، و لم ينقل عن غيره أيضا، عدا ما يحكى عن بعض شارحى الإرشاد.

الخامس: و جوب الترتيب فى الفائته الواحده فى يوم الذكر دون غيرها، نقل عن ابن أبى جمهور.

السادس: الفرق بين الفائته نسيانا و عمدا، فيتضيق للأولى دون الثانية، و هو المحكى عن ظاهر ابن حمزه فى الوسيله (٣).

السابع: التفصيل بين المعين عدده من الفائت فالتضييق، و مجهوله فعدمه. نقل عن الديلمى (٤). و ربما نقل عنه القول الثانى. و ربما استظهر منه رجوعه إلى الغالب.

و يحكى عنهم تفصيلات آخر لا عناه لذكرها.

و الحقّ هو الأوّل، لوجوه:

١- مختلف الشيعة ٢: ٤٣٧.

٢- غايه المراد ١: ٢٠٣.

٣- الوسيله: ٨٤.

٤- المراسم: ٨٧.

ص: ٤٧٧

و هو تاره باعتبار البراءة عن وجوب التعجيل و حرمة التأخر، لأنّه تكليف زائد على وجوب نفس الفعل، فيصحّ نفيه بالأصل.

فإن قلت: الوجوب الموسع يضاّد المضيق، و هو - أيضا - تكليف صحّ نفيه بالأصل، فيعارض الأوّل.

قلت: ليس غرضنا إثبات الوجوب الموسّع بالأصل حتى يعارض فيه الأصلاّن، بل المقصود نفي وجوب التعجيل و عدم حرمة التأخير، و لا - معارض له في نفسه من حيث هو فعل مجهول الحكم، إلّا أنّه يفيد منضمّا إلى ما هو المعلوم إجمالا من الوجوب المردد بينهما فائده الموسّع، من قبيل نفي حرمة الترك التي هي فصل الوجوب فيما علم الرجحان و الطلب مرددا بين الوجوب و الاستحباب، فإنّه و إن لم يثبت منه الاستحباب، لعدم كونه مقتضى الأصل، فإنّ مقتضاه ليس إلّا مجرد جواز الترك لا الاستحباب المأخوذ في ماهيته جوازه قيّدا للرجحان، إلّا أنّ جميع هاتين القضيتين و اعتبار تركيبهما يفيد فائده الاستحباب.

و من ذلك ما إذا علم انتقال عين من أحد إلى آخر، مردّدا بين كونه بالبيع أو الإجاره، فإنّ نسبه الأصل إلى نفيهما على السواء فيتعارضان، فيرجع إلى ما يقتضيه الأصل في لوازمهما، و هو بقاء الملكيه الموافق لعدم البيع دون الإجاره لانتقال المنفعه على التقديرين.

و أخرى باعتبار البراءة عن الواجبات المتعدّده اللّازمه للقول بالمضايقه، فإنّ القائل بالتضييق لا ينكر الوجوب في الآن الثاني عند العصيان بتركه في الأوّل، و هكذا ثالثا و رابعا و ظاهر أنّ الوجوب الثاني الذي لم يحصل المخالفه فيه بعد غير الأوّل الذي حصل فيه المخالفه و العصيان.

و أمّا على الموسعه، فالواجب واحد، و هو نفس الفعل.

ص: ٤٧٨

و القول بأنّ الواجب في الموسع هو الأوّل أيضا، و التأخير من جهه إذن الشارع في البدل سخيّف جدّا، كما حقّق في محلّه، فالمجعول بحكم الشرع ليس إلّا أمرا واحدا محدودا بزمان معيّن موسع يتّجه عليه.

و لا يتوهم أنّ ترجيح الموسع به مبنيّ على ترجيح ما يخالف الأصل الأقلّ على ما يخالف الأكثر، و إن لم يكن الأقلّ داخلا في الأكثر، و هو خلاف التحقيق على ما حرّراه في الأصول.

لاندفاعه بما سبق من عدم كون المقصود إثبات الموسع بالأصل عند التردد بينه وبين ما يتضيق فوراً ففوراً، بل إثبات جواز التأخير وإن أفاد ضمّه إلى المعلوم الإجمالي فائده الموسع كما عرفت.

و ثالثه باعتبار البراءة عن وجوب تأخر الحاضره و اشتراطها بالترتيب على الفائته، لأنّ الحقّ ترجيح أصل البراءة على أصل الاشتغال في شروط العباده و أجزاءها، لكونه مزيلاً على ما بيناه في محلّه، و هذا الأصل حجه على من يقول ببطلان الحاضره من أصحاب المضايقه عند البدأ بها.

الثانى: الاستصحاب، فإنّ مقتضاه جواز الحاضره المعلوم قبل تذكر الحاضره بعده و عدم وجوب العدول عليه إذا كان الذكر فى الأثناء، و يتمّ بعدم القول بالفصل.

الثالث: العمومات (١) الدالّه بإطلاقها على جواز فعل الحاضره فى سعه وقتها و إن كانت عليه فائته، كقوله سبحانه **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ (٢)**.

و الإيراد عليه بأنّه لو تمّ لدلّ على تقديم الحاضره و لا قائل به، مدفوع بكون الأمر للوجوب التخييري قطعاً، إذ لا معنى للوجوب العينى إلى غسق الليل.

١- وسائل الشيعة ٨: ٢٥٦، الباب ٢ من أبواب قضاء الصلاة، الروايه ١٠٥٧٤.

٢- الإسراء (١٧): ٧٨.

ص: ٤٧٩

و نحوه قوله فى صحيحه سعد (١): إذا دخل الوقت عليك فصلّهما.

و الإيراد بدلالته على وجوب المبادرة بالحاضره حين دخول الوقت، و هو خلاف الإجماع، و كذا إطلاقه على حمله على الرجحان، لأنّ القائلين بالمواسعه لا يقولون برجحان تقديم الحاضره على من عليه فائته، فلا بدّ من تخصيصها بغير من عليه الفائته.

مردود أيضاً، بمنع الدلاله على المبادرة، إلّا على القول بإفاده الأمر الفورى، و هو ممنوع، و على تسليمه فالإجماع قرينه على عدم إرادته للوجوب و لا الندب لو سلم الإجماع على عدمه أيضاً، و يكون محمولاً على الوجوب التخييري، مع أنّ الإجماع على عدم رجحان الحاضره أوّل الوقت ممنوع، بل لعلّه غير بعيد، كما نصّ عليه بعض المحققين.

و استحباب تقديم الفائته من باب الاحتياط و الخروج عن شبهه الخلاف لا تنافى الرجحان الذاتى للحاضره الذى ينظر إليه الأخبار، مع أنه لو سلم تساويهما فى التقديم- بل و رجحان الفائته- فلا ينافى رجحان أوّل الوقت و فضيلته من حيث هو للحاضره دون الفائته، ضروره أنّ ليس لخصوص أوّل وقت الحاضره فضيله مخصوصه لفعل الفائته فيه، فهو من قبيل ما ورد من الأعمال و الأدعية المخصوصه فى أزمنه خاصه، كما فى الشهور المباركه، و يزاحمها أعمال راجحه أخرى مطلقاً، أو بأسباب اتفق توافقها

لها فى الزمان، فحينئذ إن ثبت دليل على أرجحيه إحدى الجهتين فهو، وإلا حكم بالتخير، و لكلّ فضله المخصوص به.

و إطلاق ما دلّ على فضيله أوّل الوقت للحاضره و مطلوبيه المبادره إليها فى أوائل أوقاتها.

و توهم عدم الرجحان مع وجوب الفائته، مدفوع بما علمت.

١- وسائل الشيعه ٤: ١١٩، الباب ٢ من أبواب المواقيت، الروايه ٤٦٧٤.

ص: ٤٨٠

و إطلاق ما ورد من استحباب الرواتب و قضاءها و غيرها من الصلوات الكثيره و الأعمال المخصوصه (١)، سيما ما ورد فى أزمنه خاصه (٢)، و ما ورد عموما و خصوصا فى قضاء الرواتب و خصوص صلاه الليل مصرّحا فيه بأى وقت شاء (٣).

و ما ورد فى جواز قضاء صلاه النهار متى شاء، كصحيحه ابن أبى يعفور و صحيحه ابن أبى العلاء (٤) و غيرهما.

و قد يستدل أيضا بإطلاق النصوص الموقّته للحواضر، كقوله عليه السّلام (٥): «إذا زالت الشمس دخل وقت الظهر و العصر» الدال على صحّتها فى أوائل أوقاتها و لو مع اشتغال الذّمه بالفائته.

و إطلاق ما دلّ على وجوب قضاء الحاضره إذا مضى من الوقت مقدار ما يسع الفعل (٦)، إذ على المضايقه لا يتحقّق ذلك لمن عليه فوائت، إلاّ بمضىّ زمان يسع الجميع و إدراك ضيق الوقت و ترك الأداء، لأنّ صحّه الحاضره مشروطه بفعل الفائته، فلا بدّ من مضىّ زمان يسع الشرط [و] المشروط فى تحقّق القضاء.

و فى الاستدلال بهما إشكال:

أمّا الأوّل: فلأنّ شرطيه الوقت لا- تنافى شرطيه غيره و إن توقف على صرف بعض الوقت فى تحصيله كالطهور و اللباس و نحوهما، أو ترتبه على فعل موقت آخر كالظهر و العصر فى الوقت المشترك.

١- وسائل الشيعه ٨: ٢٦٤، الباب ٤ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ١٠٦٠٥.

٢- نفس المصدر ٨: ٢٦٣، الباب ٣، الروايه ١٠٦٠٠.

٣- نفس المصدر ٨: ٢٧٤، الباب ١٠ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ١٠٦٤٢.

٤- نفس المصدر ٤: ٢٤٣، الباب ٣٩ من أبواب المواقيت، الروايه ٥٠٤١ و ٥٠٤٢.

٥- نفس المصدر ٤: ١٣٠، الباب ٤ من أبواب المواقيت، الروايه ٤٧١٣.

٦- نفس المصدر ٢: ٢٥٩، الباب ٤٨ من أبواب الحيض، الروايه ٢٣٦٠.

ص: ٤٨١

و أمّا الثاني: فلابتناؤه على مانعيه القضاء لوجوب الأداء، وقد عرفت ما فيه، كما في الناسي و النائم، سيما إذا كان تأخير الفائته إلى وقت الحاضره بتقصيره.

الرابع: أنّ القول بالترتيب سيما على المضايقه التي هي رأى أكثر القائلين به- لو لا الجميع- يتضمّن حرجا عظيما و عسرا كثيرا مثله منقّى في الشريعة السهله السمحه بنصّ الآيه (1) وسائل الشيعة ١: ١٦٧، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق، الروايه ٤٠١ و ٤٠٤؛ و ٢١٢، الباب ٩ من أبواب الماء المضاف، الروايه ٥٤٣.

(٢) و غيرها من السنّه و أخبار الأئمه عليهم السّلام (٣)؛ سيما على الوجه الذي ذكره عمدهم كالسيّد و الحلّي و أضرا بهما من حرمة جميع الأضداد إلّا ما يقوم به الحياه، لأنّ من عليه فوائت كثيره لا- يسعها يوم و ليله، لزمه على الترتيب ضبط الأوقات و صرف الساعات و المرصد لآخر كل صلاه و حفظ بقيه الوقت عن الزيادة بفعل الفريضه الحاضره و ضبط أنصاف الليل و معرفتها و معرفه طلوع الشمس و غروبها و ضبطها، و على الفوريه صرف جميع الوقت في القضاء و التشاغل به و حرمة تركه في كل وقت، و على حرمة الأضداد تحريم جميع المباحات من الأكل و الشرب و مجالسه الناس و زياره الإخوان و التكبّ و السفر و أمثال ذلك مما لا يحصى إلّا بقدر الضروره الملجئه، و كذا حرمة الأذكار و العبادات و بطلانها، كلّ ذلك مشقّه شديده و حرج عظيم و حيث إنّ الصلوات على وجه صحتّها فائته من أكثر الناس بل جميعهم إلّا نادرا، إذ قلّ من لم يتعلّق بذمّته فوائت كثيره و لو لإخلال شرط و تسامح في دقائق صحتّها، أو ترك تقليد سيما في عنفوان الشباب و أوائل البلوغ، خصوصا النساء و العوامّ، كما هو المشاهد في العيان، فهذا الحرج الشديد يعمّ غالب البريه من الرجال و النسوان و الخدام و أهل الحرف و الصناعات، و لم يبق

١- الحج: ٧٧، و المائده (٥): ٩، و البقره

٢-: ١٨٥.

٣- وسائل الشيعة ١: ١٦٧، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق، الروايه ٤٠١ و ٤٠٤؛ و ٢١٢، الباب ٩ من أبواب الماء المضاف، الروايه ٥٤٣.

ص: ٤٨٢

أهل بيت و لا- أهل بلد غالبا إلّا لزمهم الاشتغال دائما بفعل الفوائت و ترك المشاغل، بل ينجز ذلك إلى تعطيل أمور جميع الناس و اختلال معاشهم و معادهم و شرائعهم و فوات مقاصدهم، و هل يجوز ذو بصيره وقوع مثل تلك البليّه العامه و الداهيه العظيمه في عموم الأنام، مع أنّ الله سبحانه يريد منهم اليسر و لا يريد بهم العسر.

و إناطه الأمر إلى قدر ما يلزم منه الحرج سخيّفه بل غير معقوله، لعدم انضباطه، خصوصا باعتبار الحرج الحاصل من كثره المشتغلين.

ثمّ يؤكّد ذلك و يعاضده بل يدلّ عليه عمل المسلمين من السلف و الخلف من غير نكير في جميع الأعصار و الأمصار من العلماء و أتباعهم و سائر الناس، مع اشتغال ذمّه أكثرهم بفوائت كثيره بل غير محصوره، كما سمعت، و مع ذلك ينمون و

يتحاورون و يكتسبون و يسافرون و يصلون في سعه الأوقات و يقيمون الجماعات في أوائلها و يزدحم عموم الناس فيها و يتفنون، مع اشتهاار كون الأمر يقتضى النهى عن الضدّ بينهم، و ما هذا إلّا لاشتهاار المواسعه فى عصر الأقدمين من أصحابنا.

و هكذا كلّ خلف عن سلف و متأخر عن متقدّم إلى زماننا كما عرفت فى تحرير الأقوال، و نصّ عليها فى أصل الحلبي الذى رواه عنه جماعه كثيره من أساطين الأصحاب و المشايخ بطرقهم المتكثره، و لعمري أنّ دعوى بعضهم الإجماع على المضايقه مع تلك الحال من أغرب الدعاوى، كما ستسمعه، إن شاء الله.

الخامس: الأخبار الدالّه بالخصوص على نفى المضايقه أو الترتيب:

منها: صحيحه عبد الله بن سنان (1)، عن أبي عبد الله عليه السّلام: إن نام رجل أو نسي أن يصلّى المغرب و العشاء الآخره، فإن استيقظ قبل الفجر قدر ما يصليهما كليهما فليصلهما، فإن خاف أن تفوته إحداهما فليبدأ بالعشاء، و إن استيقظ بعد الفجر

١- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٨، الباب ٦٢ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٨٢.

ص: ٤٨٣

فليصلّ الصبح ثمّ المغرب ثمّ العشاء قبل طلوع الشمس.

و منها: صحيحه أبي بصير (١) عنه عليه السّلام، و هى كالسابقه بزياده ما فى آخرها: «فإن خاف أن تطلع الشمس و تفوته إحدى الصلاتين فليصلّ المغرب و يدع العشاء الآخره، حتى تطلع الشمس و يذهب شعاعها، ثم ليصلّها».

و المناقشه فيها بدالتهما على امتداد وقت العشاءين إلى الفجر و هو مذهب العامّه، فيقوى احتمال ورودهما مورد التقيّه، و به يتطرق الوهن بما اشتملت عليه من الأحكام، و على مرجوحه قضاء الفرائض عند طلوع الشمس، و هو أيضا موافق لأكثر العامّه، و على وجوب تقديم الحاضره فى سعه الوقت، و هو خلاف الإجماع، تدفع بما فى الأوّل- مضافا إلى أنّ ورود جزء من الخبر مورد التقيّه لا توجب خروجه عن الحجيه فى غيره- من أنّ القول بامتداد وقت العشاءين إلى الفجر ليس مختصّا بالعامّه، بل عليه جمع كثير من أصحابنا، و هو الأظهر فى الوقت الاضطرارى لها، كما فى مورد الصحيحين.

و فى الثانى مما عرفت، مضافا إلى أنّ ترك القضاء فى الأوقات المكروهه قد يرجح بمصلحه و هى هنا الاتّقاء عن العامّه و عدم جعله من علائم الرفض، فالكراهه مع تلك المصلحه محموله على الواقع.

و بما فى الثالث من أنّ الإجماع قرينه الاستحباب، و لو دلّ دليل على انتفاء الاستحباب أيضا، فهو قرينه على الجواز، دفعا لتوهم الحظر.

و منها: مرسله جميل (٢) التى رواها ابن عيسى عن الوشاء عن رجل عن الصادق عليه السّلام قال: قلت له: يفوت الرجل الأولى و العصر و المغرب و ذكرها عند العشاء

١- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٨، الباب ٦٢ من أبواب المواقيت، الرواية ٥١٨١.

٢- نفس المصدر: الرواية ٥١٨٤.

ص: ٤٨٤

الآخـره، قال: «يبدأ بالوقت الذى هو فيه، فإنه لا يأمن الموت، فيكون قد ترك صلاه فريضه فى وقت قد دخلت، ثم يقضى ما فاته، الأولى فالأولى».

و الروايه معتبره، مع أنّ مراسيله منجره بما حكى عن عليّ بن عبيد الله بن بابويه صاحب العصره (١): أنّ ابن عيسى فى نوادره- التى عن الصدوق عدّها من الكتب المشهوره التى عليها المعوّل وإليها المرجع- رواه عن رجاله عن جميل عن الصادق عليه السّلام، بل عن البحار (٢): روايته عن المحقق فى المعتبر بإسناده عن جميل دلّت على عدم الترتيب و عدم المضايقه، و الأمر بتقديم الحاضره مع عدم صراحتـه فى الوجوب محمول فى المورد بحكم الإجماع على الرجحان المحتمل فى المقام كما مرّ.

و حمـله على آخر وقت العشاء الآخـره لا وجه له، مع أنّه فى غايه البعد، و لا يناسبه التعليل المذكور.

و مشاركه المغرب للعشاء فى الوقت الاختيارى ممنوع على مختارنا، من ذهاب وقت المغرب بذهاب الحمـره، كما عن جمع من أهل المضايقه، مع أنّه على الاشتراك حمل المغرب على الليله السابقه أقرب من حمـله على آخر وقت العشاء، بملاحظه التعليل حينئذ.

و منها صحيحه الحلبي عن رجل فاتته صلاه النهار متى يقضيها؟ قال: «متى شاء، إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء».

و تخصيصه بالنوافل مجرد دعوى لا شاهد له، و مقايستها بصلاه الليل المعروف بإرادته النافله منها باطله. و اختصاص النافله ببعض النوافل الليليه دون نافله المغرب و العشاء، لا دليل عليه.

١- راجع جواهر الكلام ١٣: ٢٣.

٢- بحار الأنوار ٨٨: ٣٢٥، الباب ٣، الحديث ٤.

ص: ٤٨٥

و نحوها صحيحه ابن مسلم، قال: سألتـه عن الرجل تفوته صلاه النهار، قال:

«يقضيها إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء».

و منها: موثقه عمار (١) عن الصادق عليه السّلام عن رجل تفوته المغرب حتى تحضر العتمه فقال: «إذا حضرت العتمه و ذكر أنّ عليه صلاه المغرب فإن أحبّ أن يبدأ بالمغرب بدأه، و إن أحبّ بدأ بالعتمه، ثم صلّى المغرب بعد».

و تقريب الاستدلال على مختارنا ظاهر كما مرّ، و على القول بالاشتراك لا بدّ من الحمل على المغرب السابق.

و منها ما رواه السيد الجليل على بن طاوس - رضوان الله عليه - في رسالته في المسألة عن كتاب الصلاة للحسين بن سعيد ما هذا لفظه: عن صفوان عن عيص بن القاسم (٢)، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نسي أو نام عن الصلاة حتى دخل وقت صلاة أخرى، فقال: «إن كانت صلاة الأولى فليبدأ بها، و إن كانت صلاة العصر فليصلّ العشاء ثمّ يصلّي العصر».

و الروايه معتبره، بل قال بعض الأفاضل هو في أعلى درجات الصحه.

و عدم وجوب تقديم العشاء الحاضره على العصر الفائته إجماعا قرينه الاستحباب، مع ما في الفرق بين الظهر و العصر الفائتين في وجوب التقديم و التأخير على الحاضره من مخالفته للإجماع أيضا، و أمّا في مجرد الرجحان فالمخالفة غير معلومه.

و ربما يوجّه الفرق بتعميم الوقت الذي خرج لوقتي الفضيله و الإجزاء، و حمل

١- وسائل الشيعه ٤: ٢٨٩، الباب ٦٢ من أبواب جواز قضاء الفرائض في وقت الفريضة، الروايه ٥١٨٣.

٢- مستدرک الوسائل ٦: ٢٤٩.

ص: ٤٨٦

و وجوب تقديم الأولى على الأوّل بالنسبه إلى العصر و العشاء الحاضره على العصر الفائته على الثاني، و فيه بعد لا يخفى، بل ركاكه من وجوه.

و قد يقال: إنّ بعض الروايه شاهد للمواسعه و بعضها للمضايقه، و الواجب بعد ملاحظه عدم القول بالفصل من الطرفين الحمل على التخيير و مآله: ابدأ بالحاضره ابدأ بالفائته، و هو أيضا بعيد.

و ربما ذكر وجوه آخر كلّها مشتركة في جواز تقديم الحاضره على الفائته.

و منها: ما رواه السيد بن طاوس عن قرب الإسناد للحميري، عن علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام، سألته عن رجل نسي المغرب حتى دخل وقت العشاء، قال:

«يصلّي العشاء ثمّ المغرب» و سألته عن رجل نسي الفجر حتى حضرت الظهر، قال: «يبدأ بالظهر ثمّ يصلّي الفجر، كذلك كلّ صلاة بعد صلاه» (١).

و الأمر محمول على الاستحباب إجماعا، مع أنّه ظاهر في الوجوب و رجحان تقديم العشاء الفائته على الفجر خاصه، و لعلّ وجهه خوف طلوع الشمس في بعض الصور الراجح تأخرها عنه إلى بعد شعاعها اتّقاء عن العامه، فيفوته رجحان تعجيل الفائته، بخلاف الفجر، إذ الفرض عدم ضيق وقته، فلا يخاف فوته، و إلّا و جب تقديمها إجماعا.

و منها: ما نقله ابن طاوس فى الرساله (٢) عن أمالى السيد أبى طالب على بن الحسين الحسنى بسنده إلى جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «و كيف أفضى؟» قال: «صل مع كل صلاة مثلها».

١- وسائل الشيعه ٨: ٢٥٥، الباب ١ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ١٠٥٧٣.

٢- رساله السيد ابن طاوس: ٣٤٤؛ مستدرک الوسائل ٦: ٤٢٩، الباب ١ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ٧١٥٣.

ص: ٤٨٧

و دلالتة كما عن السيد صريحه على الموسعه.

و منها: موثقه عمّار فى حديث طويل (١) عن الرجل يكون عليه صلاه فى الحضر، هل يقضيها و هو مسافر، قال: «نعم، يقضيها بالليل على الأرض، فأما على الظهر فلا».

و لفظه «على» ظاهره فى الوجوب فيختص بالفريضة دون النافله، مضافا إلى النهى عنها على الظهر، و تبادل الفريضة قطعاً من الوحده المستفاده من التنكير عند التريديد بينها و بين النافله، بل لعل وجه السؤال - كما عن بعضهم - اختلاف كيفية فريضه الحاضر الفائته و المسافر فى الإتمام و القصر، فيتخيل حرمه إتمام الواجب عليه قضاء فى السفر.

و دلالتها على الموسعه ظاهره، لأنه على التضييق إن كان المشى ضروره فيجوز فعل القضاء - حينئذ - على الراحله كالأداء، و إذا كان وجب عليه النزول أو الإقامة حتى يفرغ عن القضاء.

و لعل أمره بالقضاء بالليل مطلقاً - كما قاله بعض الأجله - لعدم تيسر النزول غالباً للمسافر فى النهار، أو لأن فى الليل من الأفعال ما ليس فى غيره، فهو محمول على المرجوحه.

و عليها ينزل أيضا خبر آخر لعمّار (٢)، الذى رواه الشيخ و السيد من أصل محمد بن على بن محبوب، قال: سألته عن الرجل ينام عن الفجر حتى تطلع الشمس و هو فى سفر، كيف يصنع؟ أ يجوز له أن يقضى بالنهار؟ قال: «لا يقضى صلاه نافله و لا فريضه بالنهار، و لا يجوز و لا يثبت له، و لكن يؤخرها فيقضيها بالليل».

١- وسائل الشيعه ٨: ٢٤٨، الباب ٦ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ١٠٦٢٢.

٢- نفس المصدر ٤: ٢٧٨، الباب ٥٧ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٥٩.

ص: ٤٨٨

إلا أنه عن الشيخ بعد روايته نسبتة باعتبار صراحته فى الحرمة إلى الشذوذ بمخالفته الكتاب و إجماع الأمة.

و منها: ما فى صحيحه زراره: «فإن خشيت أن تفوتك الغداه إن بدأت بالمغرب، فصل الغداه ثم صل المغرب و العشاء، ابدأ بأولهما، لأنهما جميعاً قضاء أيهما ذكرت فلا تصلهما إلا بعد شعاع الشمس». قال: قلت: لم ذاك؟ قال: «لأنك لست تخاف

بناء على إرادته ذهب شعاعها من تلك العبارة في الأخبار المصرّحة بكرائه التنقل عند طلوع الشمس و قبل ذهاب شعاعها، و سمعت بعضها، إلا أنّ المشهور - كما قيل - استثناء قضاء الصلاة بل ذوات الأسباب - مطلقاً - من حكم الأوقات المكروهة، و لعلّ النهى عنها محمول على تفاوت مراتب الرجحان و أولويه التأخير كما قيل.

و منها: ما دلّ على جواز النافلة على من عليه فائته، كصحيحه أبي بصير عن الصادق عليه السلام (٢)، سأله عن رجل نام حتى طلعت الشمس، فقال: «يصلّي ركعتين، ثمّ يصلّي الغداة».

و في حديث رقوط رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم الآتى تقديمه قضاء ركعتي النافلة على قضاء الفريضة.

و الخدش في الأول بعدم القائل باستحباب تقديم ركعتين على القضاء، ردّ بعدم ثبوت الإجماع على عدم استحباب ذلك، و عدم ذكره لا يدلّ على العدم، و لا استبعاد في ذلك في المندوبات.

١- وسائل الشيعة ٤: ٢٩١، الباب ٦٣ من أبواب المواقيت، الرواية ٥١٨٧.

٢- نفس المصدر ٤: ٢٨٤، الباب ٦١ من أبواب المواقيت، الرواية ٥١٧١.

ص: ٤٨٩

و منها: ما ورد في رقوط رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم في بعض أسفاره بالليل عن صلاة الفجر لغلبه النوم عليه و على أصحابه، ففي صحيحه ابن سنان (١): «إنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم رقد فغلبته عيناه فلم يستيقظ حتّى آذاه حرّ الشمس، ثمّ استيقظ فعاد ناديه» أى مكانه الذى كان فيه أصحابه، «فمكث ساعه».

و في مضمرة سماعه (٢): «تنجّيه عنه قبله».

و فى الصحيح (٣): مخاطبته قبل القضاء لبلال، و استماع جوابه و أمر الأصحاب بالتنجى عن مكان الغفلة، فإنّ فيه عند نزوله فى بعض أسفاره: من يكلّونا، فقال بلال: أنا فنام و ناموا حتى طلعت الشمس، فقال: «يا بلال ما أرقدك؟» فقال: يا رسول الله أخذ بنفسى الذى أخذ بأنفاسكم، فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: قوموا فنحوا عن مكانكم الذى أخذتكم فيه الغفلة، و قال: يا بلال! أذن. فأذن، فصلّى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم ركعتي الفجر، و أمر أصحابه، فصلّوا ركعتي الفجر، ثم قام فصلّى بهم الصبح» الحديث.

و فى آخر (٤)، قال: تنحّوا من هذا الوادى الذى أصابتكم فيه هذه الغفلة، فإنّكم نتمم بوادى الشيطان، ثم توضحاً، - إلى آخره.

١- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٣، الباب ٦١ من أبواب المواقيت، الرواية ٥١٧٠؛ و فى الاستبصار (١: ٢٨٦، الرواية ١٠٤٩) نقل الرواية هكذا: أنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم رقد فغلبته عيناه فلم يستيقظ حتّى آذاه حرّ الشمس ثم استيقظ فرجع ركعتين ثمّ

صَلَّى الصَّبْحَ فَقَالَ: يَا بِلَالُ مَا لَكَ؟ فَقَالَ بِلَالٌ: أَرَقَدَنِي الَّذِي أَرَقَدَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: وَكَرِهَ الْمَقَامَ وَقَالَ: نَمْتَمُ بِوَادِي الشَّيْطَانِ.

٢- وسائل الشيعة ٨: ٢٦٧، الباب ٥ من أبواب قضاء الصلوات، الرواية ١٠٦٢٠.

٣- نفس المصدر ٤: ٢٨٥، الباب ٦١ من أبواب المواقيت، الرواية ٥١٧٥.

٤- مستدرک الوسائل ٣: ١٦٠، الباب ٤٦ من أبواب المواقيت، الرواية ٣٢٦٤.

ص: ٤٩٠

إلى غير ذلك، مما يظهر منه أنّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لم يبادر إلى القضاء زياده على ما فيه من تقديم قضاء النافله. و كل ذلك تنافي المضايقه.

و ربما يستند بأمره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالأذان و الإقامه أيضا.

و فيه أنّهما من مقدمات الصلاة، و لا بأس بها عند أهل المضايقه و لو ندبا.

و القدح في تلك الأخبار بأنها توجب القدح في النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، فيجب طرحها، كالأخبار المتضمنه للسهو منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أو من أحد الأئمه عليهم السّلام (١)، و ربما علّل ذلك - كما في الجواهر (٢) و غيره - بما دلّ من الآيات (٣) و الأخبار على طهاره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و عترته عليهم السّلام من جميع الأرجاس و القبائح و العيوب، و عصمتهم من العثار و الخطل في القول و العمل، و بلوغهم إلى أقصى مراتب الكمال، و أفضليتهم ممن عداهم في جميع الأحوال و الأعمال، و أنّهم تنام عيونهم و لا تنام قلوبهم (٤)، و أنّ حالهم في المنام كحالهم في اليقظه، و أنّ النوم لا يغيّر منهم شيئا من جهه الإدراك و المعرفه، و لا يصيبهم لّمه الشيطان (٥)، و أنّ ملائكه الليل و النهار كانوا يشهدون مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ صلاة الفجر، و أنّهم ما من يوم و لا - من ساعه و لا وقت صلاة إلّا و هم يتبّهونهم ليصلّوا (٦)، و أنّهم كانوا مؤيدين بروح القدس يخبرهم و يسدّدهم و لا يصيبهم

١- وسائل الشيعة ٨: ٢٠١، الباب ٣ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، الرواية ١٠٤٢٤ و ١٠٤٢٨ و ١٠٤٢٩.

٢- جواهر الكلام ١٣: ٧٠.

٣- إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً الْأَحْزَابَ (٣٣): ٣٣.

٤- عيون أخبار الرضا عليه السّلام ١: ٢١٣؛ و صحيح البخارى ٤: ٢٣١، باب كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ تنام عينه و لا ينام قلبه.

٥- كشف الغمّه ٣: ٣٠٢.

٦- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٥، الباب ٦١ من أبواب المواقيت، الرواية ٥١٧٥.

ص: ٤٩١

الحدثان (١)، وأنهم ليسوا أقل من الديكة التي تصرخ في أوقات الصلاة و في أواخر الليل، لسماعها صوت تسييح ديك السماء الذي هو من الملائكة، و آخر تسييحه في الليل بعد طلوع الفجر: ربنا الرحمن لا إله غيره» إلى غير ذلك، سيما مع تضمّن بعض أخبار الرقود قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إِنَّمَا نَمْتُمْ بِوَادِي الشَّيْطَانِ (٢)، و قد دلّ على أنّ منشأ نومهم تسلّط الشيطان، و هو تعالى عنه علوًا كبيرًا.

مخدوش جدًا، لمنع كون رقوده قدحا فيه، بل قال بعض المحقّقين هو رحمه للأئمّه، كما ورد في بعض هذه الأخبار، لئلا يعيّر العباد بعضهم بعضًا، نظير تزويجه لزينب في قوله تعالى زَوَّجْنَا كَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ (٣).

و بالجمله: إنامته سبحانه له لا يوجب قدحا فيه، سيما إذا كانت لمصلحه و طرف المصلحه كثيره لا يحصيها، و عدم علمنا بها بعينها في المقام لا يبيح طرح الأخبار المعتمده.

و الوجوه المذكوره غير متّجهه، لأنّ غلبه النوم الطبيعي الغير الاختياري ليست من الأرجاس و القبائح، و لا من العثار و الخطل، إذ لا تكليف معه، فلا عصيان فلا قبح و لا رجس، و هل هو إلّا كحال عدم تشريع الصلاة.

و لا- ينافي رقوده بلوغهم أقصى مراتب الكمال و إلّا كان اللانزم تزوّجهم عن مطلق النوم المانع عن العبادات و الصلوات المندوبات، و لا أفضليتهم ممّن عداهم في مشاركتهم إيّاهم في صفه طبيعيه، و قياس النوم بالسهو باطل.

١- بصائر الدرجات ٢: ٩٤.

٢- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٣، الباب ٦١ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٧٠.

٣- الأحزاب (٣٣): ٣٣.

ص: ٤٩٢

و منه كما قيل ظهور الفرق عند الأصحاب بينهما برّدّهم أخبار السهو و عدم تجويزه الإماميه، عدا ما في المحكّي عن أبي علي الطبرسي عن بعضهم من تجويزه السهو و النسيان على الأنبياء في غير ما يؤدّونه عن الله تعالى مطلقًا، ما لم يؤدّ ذلك إلى الإخلال بالعقل، كما جوزوا عليهم النوم و الإغماء الذين هما من قبيل السهو، و لم يرّد أحد أخبار النوم عن الصلاة، و في الذكرى لم أقف على رادّ لهذا الخبر من حيث توهم القدح في العصمه، بل عن صاحب رساله نفى السهو و هو السيّد المرتضى التصريح بالفرق بين السهو و النوم، بل ربما يظهر منه نفى ذلك كذلك بين الإماميه، كما عن والد البهائي في بعض المسائل المنسوبه إليه أنّ الأصحاب تلقّوا أخبار نوم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن الصلاة بالقبول.

و لا يستلزم تيقظ قلبه عدم إحساسه الوقت في النوم و لا استواء حالتي النوم و اليقظه و عدم تغيّر شيء له و لو من جهه الإدراك، و إن ورد فيه خبر، فهو على معنى عدم تغيّر ما في عاده الناس من نوم قلوبهم و استيلاء الخيال الاضطراري عليها و غفلتها عن شئون تلك النشأه، فإنّ حاله النوم و لو للحجج المعصومين غير حاله اليقظه، و إلّا لم يسترح به البدن، و ليس هو مجرد عدم إبصار المحسوسات و عدم سماع الأصوات اللذان يحصلان في اليقظه أيضا، بغضّ العينين و سدّ الأذنين، بل هو تعطيل النفس

عن التصرفات البدنيه و الإدراكات الحسيه، و فرقههم عن غيرهم فى عدم تعطّل نفوسهم القدسيه عن تصرفاتها و عدم غفلتهم عن الأعمال القليه و الإدراكات العقليه دون غيرهم، و هو معنى: ينام عينه و لا ينام قلبه.

و الالتفات إلى وقت الصلاه من المدركات الحسيه، فلا- ينافى عدم نوم قلبه عدم التفاته إليه، و إن كان على خلاف عادتهم بمشيئته سبحانه.

و ما دلّ على شهود الملائكه معهم عند وقت كلّ صلاه غايته الدلاله عليه عند

ص: ٤٩٣

انتباههم، و ليس نصّا على ذلك و لو فى حال نومهم فى جميع الأوقات، بحيث يعارض صريح مدلول أخبار الرقود.

و النقص بحكايه الديكه أعجوبه، فإنّ كل مخلوق تيسّر لما خلق له، و إلّا لزم فضلها على المؤمنين الذين يتفق لهم ذلك أحيانا بلا كلام و لا استبعاد.

و أما قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّما نتم بوادى الشيطان» فلا يدلّ على أنّ منشأ نومهم تسلط الشيطان، مع أنّ سلطانه على الذين يتولّونه، بل هو إخباره بنحوسه هذا الوادى، لارتباط له بالشيطان، من قبيل ما ورد من نحوسه بعض البلاد كالبصره، لعدم قبولها الولايه، و تأثير نحوسه الذاتيه فى أصحابه غير إغواء الشيطان لهم و تسلطه عليهم.

احتج أصحاب المضايقه بوجوه:

الأول: الإجماع المحكى نقله عن الشيخ و الحلّى و ابن زهره (١)، و أنت بعد الإحاطه على ما حرّرت من تعداد القائلين بالمواسعه من القدماء و المتأخرين و ذكر مخالفتهم بعد الاستقراء و الاستقضاء و اشتهاى القول بالسعه بين الأوائل و الأواخر من أعيان الإماميه و عظماء الأصحاب، و سمعت من صاحب الذخيره نقل الشهره المتقدمه كالمتأخره المحقّقه عليه، و عن صاحب المفاتيح نسبته إلى أكثر الأصحاب على الإطلاق، و عن الفاضلين ظهور دعوى إجماع المسلمين عليه فى الجملة، و عن صاحب العصره أن ادّعاه الشيخ الإجماع العجيب تراه لم يقيد بقول الشيخين المتقدمين أى الصدوقين و سلفهما، إذ لم يعدّهما من الأصحاب، أو لم يبلغه قولهما أو قول سلفهما، و عن المحقق الشيخ عبد العالى فى تعليق الإرشاد أنّه قال: كلام ابن إدريس غير صريح فى دعوى الإجماع على المضايقه، لأنّه يحتمل أن يراد به الإجماع على أنّ الأدله التى ذكرها حجه، لا أنّ ما استدلّ عليه من هذه المسأله

١- راجع جواهر الكلام ١٣: ٧٧.

ص: ٤٩٤

انعقد الإجماع عليه، و استجوده بعض الأفاضل.

و ربما يطعن عليه أنه مخط لا يعتمد على تصنيفه، و ربما يدعى الدعوى و يذكر فيها الإجماع، ثم ينقضها في مكان آخر قريب منه و يدعى فيها الإجماع، و عدّ منه مسائل كذلك، و نحوه إجماع ابن زهره، إذ لا يخفى على الخبير حاله و حال غيره من إجماعاته.

و بالجمله: ترى دعوى الإجماع في مثل تلك المسألة مع اختلاف من ذكرناهم، على عظم أقدارهم و شهره آثارهم ممن تقدّم و تأخّر، من أغرب الدعاوى، بل كما قيل: كثره القائلين بالمواسعة أقرب إلى دعوى الإجماع من المضايقه، إذ أرباب المضايقه المقطوع بفتواهم بها بالنسبه إلى الأولى نذر قليل، بل لم يعرف عن بعضهم إلّا بالنقل كالقديمين و ليس هو كالعيان، سيما مع ملاحظه السيره الجاربه في الأعصار و الأمصار على المواسعه كما مضى.

الثاني: أصاله الاشتغال و الاحتياط في البراءه في الفائته و الحاضره.

و الجواب أنّ أصل البراءه و عدم اشتراط العباده (١) يزيل أصل الاشتغال على ما حرّرهنا في الأصول، مع أنّ أصل الاشتغال غير جار في الفائته على القول به أيضا.

الثالث: قوله سبحانه أقيم الصلّاء لذكرى (٢)، فإنّه ورد في الفائته، حكاه في الذكرى (٣) عن أكثر المفسرين لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «من نام عن صلاه أو نسيها يقضها إذا ذكرها، إنّ الله تعالى قال أقيم الصلّاء لذكرى» (٤).

١- كذا.

٢- طه (٢٠): ١٤.

٣- ذكرى الشيعه ٤: ٢٠٥.

٤- مسند أحمد ٣: ١٠٠؛ سنن الدارمي ١: ٢٨٠؛ صحيح مسلم ١: ٤٧١، الحديث ٦٨٠؛ سنن ابن ماجه ١: ٢٢٨، الحديث ٦٩٨؛ سنن أبي داود ١: ١١٩، الحديث ٤٣٥؛ سنن النسائي ١: ٢٩٤؛ السنن الكبرى ٢: ٢١٨.

ص: ٤٩٥

و دلّت عليه صحيحه زواره المتقدّمه في رقاد النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم و غيرها، فالمراد بالذكر في الآيه التذكّر من النسيان، و يكون معناها: «أقم الصلاه وقت ذكر صلاتي»، على أن يكون المضاف مقدرًا أو وقت ذكر الصلاه، بناء على أنّ المذكر هو الله، كما ورد أنّ الذكر و النسيان مما لا صنع للعباد فيهما، فدلّ على الفور، سيما مع استدلال الإمام عليه السّلام به على الفوريه، كما في صحيحه زواره عن الباقر عليه السّلام: «إذا فاتتك صلاه فذكرتها في وقت أخرى، فإن كنت تعلم أنّك إذا صلّيت التي فاتتك كنت عن الأخرى في وقت، فابدأ بالتي فاتتك، فإنّ الله عزّ و جلّ يقول أقيم الصلّاء لذكرى».

و الجواب: أنّ حمل الآيه على المعنى المذكور، أى الذكر بعد النسيان، خلاف الظاهر و أبعد المعانى الذى ذكرها المفسّرون، ككونه بمعنى العباده، أى لعبادتي من باب عطف الخاصّ على العامّ الذى قبله، و هو قوله تعالى فأعبدني، لما في الصلاه التى هى عمود الدين من شدة الاهتمام، أو لما فيها من ذكرى، كقوله تعالى:

فَاسْعُوا إِلَيَّ ذِكْرَ اللَّهِ (١)، وقوله تعالى فَإِذَا أُمْتُّمُ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم (٢)، وقوله تعالى يَذْكُرُونَ اللَّهَ هَيَامًا وَقُعُودًا (٣)، أو بمعنى القربه، أو لذكرى خاصه غير مشوب برياء، أو ليكون ذكرا لي، أو لذكرى لها و أمرى بها فى الكتب، أو لأذكرك بالمدح والشاء و أجعل لك لسان صدق، أو بالمغفره، أو بالمعونه و نحوها، كما قال عزّ و جلّ فَادْكُرُونِي أَذْكُرْكُمْ (٤)، فهو من إضافه المصدر إلى الفاعل.

١- الجمعة (٦٢): ٩.

٢- البقره (٢): ٢٣٩.

٣- آل عمران (٣): ١٩١.

٤- البقره (٢): ١٥٢.

ص: ٤٩٦

و عن الطبرسى (١) تعميم الصلاه فى الآيه للحاضره و الفائته، حاكيا له عن أكثر المفسرين، راويا له عن الباقر عليه السلام، كما حكى عن الشيخ الذى هو من أصحاب المضايقه فى تبيانه (٢)، و نسبته معنى التذكر بعد النسيان إلى قيل: تمرىضا له.

و الاستشهاد لإيراده الفائته بتعليل النبوى صلى الله عليه و آله و سلم و سائر الأخبار بها غير متجه، لأنه على بقاء الصلاه على عمومها بالنسبه إلى الحاضره و الفائته يتم التعليل على أحد المعانى المذكوره بإطلاق الأمر بها فى الآيه و لو خرج وقتها، و عدم اختصاصها بما دام الوقت.

سلمنا اختصاصها بالفائته، فلا يدلّ على أنّ الذكر فيها بمعنى الذكر بعد النسيان، لإمكان كون المراد بها إيجاب القضاء الذى هو بفرض جديد، فلا يدلّ على المضايقه، سلمنا أنّه بمعنى الذكر بعد النسيان، فلا يدلّ على التوقيت، بل يمكن إرادته بيان سببيه الذكر للوجوب، و ابتداء حصوله فيه، كقولهم: إذا شككت فى المغرب فأعد، و إذا أفطرت اقض صومك، فلا يفيد الفور أيضا.

سلمنا أنّه يدلّ على التوقيت، فلا يدلّ على المضايقه أيضا، بل مفادها وجوب القضاء فى زمان التذكّر، لا فى أوله، بل لو سلم أنّ التوقيت من لفظه «إذا»، و هو فى قوه أقم الصلاه إذا ذكرت، فلا يدلّ على الفوريه أيضا، كما ستعرف.

قيل: التعليل بالآيه فى صحيحه زواره و غيره لوجوب البدأ بالفائته، دلّ على أنّ المراد توقيت وجوب القضاء أول أزمنه الذكر فى الآيه.

قلنا: صرف الآيه عن ظاهرها ليس بأولى من حمل الخبرين على كون التعليل لمجرّد وجوب الفائته و كونها غير موقته بوقت خاصّ، كما ورد مثله فى أخبار

١- مجمع البيان ٤: ٦.

٢- التبيان ٧: ١٦٥.

كثيره، مع أنّ صحيحه زراره المتضمنه لهذا التعليل مصرّحه بعدم تعجيل النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالقضاء، و تحوّله من مكانه و تنفّله و تكلمه ثم إتيانه بالقضاء، فهو قرينه ظاهره للحمل المذكور.

مضافا إلى أنّ الصلاة تشمل النوافل، و تعجيل قضاءها ليس بواجب، و ليس حمل الأمر على الاستحباب مع شيوعه فيه في الكتاب و السنّه بحيث جعل مجازا مساويا للحقيقه، و إبقاء العموم على حقيقته من غير ارتكاب تخصيص بعيدا، بل و لا أبعد من التخصيص، فيحمل الأمر في الخبر المعلّل بالآيه على الرخصه أو مطلق الطلب الأعمّ من الوجوب اليقيني في البدأه بالفائته وقت الحاضره، دفعا لتوهم منع الجواز و توهم الرجحان الحاصل من تراكم الأخبار في فضيله أول الوقت.

الرابع: أنّ الأمر بالقضاء يقتضى الفور، كما حكى المرتضى عليه الإجماع في أوامر الكتاب و السنّه.

و الجواب منعه، كما عليه المعظم و تبين في محلّه، مضافا إلى أنّ أدلّه الموسعه في المقام تدلّ على إرادته المطلق.

الخامس: الأخبار المتكثره الدالّه على وجوب القضاء عند حصول التذكّر أو التيقّظ، و في جمله منها أنّه وقته، و هو ظاهر في أوّل زمان الذكر، كصحيحه زراره (١): أربع يصلّيها الرجل في كلّ ساعه، صلاه فاتتك [ف] متى ذكرتها أدّيتها، و صلاه ركعتي طواف الفريضة، و صلاه الكسوف، و الصلاه عن الميت، هذه يصلّيهنّ [الرجل] في الساعات كلّها.

و صحيحه ابن عمار: خمس صلوات لا يترك على كلّ حال، إذا طفت بالبيت، و إذا أردت أن تحرم، و صلاه الكسوف، و إذا نسيت تصلّي إذا ذكرت، و صلاه الجنازه.

١- التهذيب ٢: ٢٧٠ بتفاوت.

ص: ٤٩٨

و روايه يعقوب التي وصفها بعضهم بالصحيحه عن الرجل ينام عن الغداه حتى تبرز الشمس، أي يصلّي حين يستيقظ أو ينتظر حتى تبسط الشمس؟ قال: يصلّي حين يستيقظ. قلت: يوتر أو يصلّي الركعتين. قال: يبدأ بالفريضة (١).

و الصحيحه الأخرى لزراره: إذا نسي الرجل صلاه أو صلّاها بغير طهور و هو مقيم أو مسافر فذكرها. فليقض الذي وجب عليه و لا يزيد، و لا ينقص، من نسي أربعا فليقض أربعا حين يذكرها، مسافرا كان أو مقيما (٢).

و صحيحته الثالثه في قول الله تعالى إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْقُوتًا (٣) وسائل الشيعة ٤: ٢٤٤، الباب ٣٩ من أبواب المواقيت، الروايه ٥٠٤٥.

(٤)، قال: يعنى مفروضا، و ليس يعنى وقت فوتها، إن جاز ذلك الوقت ثم صلّاها لم يكن صلاه مؤداه، و لو كان ذلك كذلك لهلك سليمان بن داود، حين صلّاها لغير وقتها، و لكّنه متى ما ذكرها صلّاها»، إلى أن قال: «فإن استيقنت فعليك أن تصلّيها في أيّ حال كنت».

و خبر نعمان الرازي (٥) عن رجل فاته شيء من الصلوات، فذكر عند طلوع الشمس و عند غروبها، قال: «فليصل حين ذكره».

و موثقه ابن عمار (٦) عن رجل صلى بغير طهور، أو نسي صلاه لم يصلها، أو نام عنها، قال: «يصلها، إذا ذكرها في أي ساعه ذكرها ليلا أو نهارا».

و النبوي: «من نام عن صلاه أو نسيها فليقضها إذا ذكرها» و في بعض الروايات

١- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٤، الباب ٦١ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٧٣.

٢- نفس المصدر ٨: ٢٦٩، الباب ٦ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ١٠٦٢٤.

٣- النساء

٤- : ١٠٣.

٥- وسائل الشيعة ٤: ٢٤٤، الباب ٣٩ من أبواب المواقيت، الروايه ٥٠٤٥.

٦- التهذيب ٢: ٢٧١ بتفاوت.

ص: ٤٩٩

زياده: «فذلك وقتها»، و في بعضها (١): «من فاتته صلاه فوقتها حين يذكرها».

و الجواب عنها [أولاً]: إن توقيت فعل القضاء بالتذكر، بقولهم يصلّى إذا ذكرها، أو حين ذكرها، أو حين يستيقظ، و أمثال ذلك، غايته كون أزمه الذكر وقت الفعل، و أما أنه أولها فلا، إلّا على القول بكون الأمر للفور الممنوع و هل هو إلّا كقوله تعالى وَ سَبِّحْهُ إِذَا رَجَعْتُمْ (٢). و قول الأمر: اشتر اللحم إذا دخلت السوق أو حين دخلته، و أكرم زيدا إذا جاء أو متى جاء، كيف و إلّا لزم عدم صدق الذكر على التذكّر الثاني في الآت المتأخره، و عدم دلاله تلك الأخبار على وجوب القضاء لو أخلّ في أول الأزمه، و هو كما ترى، بل كان قوله: «فذلك وقتها» بعد قوله: «يصلّى إذا ذكرها» تحديد وقته بالآن الأوّل، و خروج وقت القضاء و انقضائه الذي هو خلاف الضروره.

و يعارضها ما دلّ على بقاء وجوبه في جميع الأوقات، كخبر أبي بصير (٣):

«خمس صلوات يصلّيهنّ في كلّ وقت: صلاه الكسوف و الصلاه على الميت و صلاه الإحرام و الصلاه التي تفوت و صلاه الطواف من الفجر إلى طلوع الشمس و بعد العصر إلى الليل».

و المحكي عن أصل الحلبي (٤): «خمس صلوات يصلّيهنّ على كلّ حال، متى

١- صحيح مسلم ١: ٤٧٧، الحديث ٣١٥؛ سنن الدارمي ١: ٢٨٠؛ مسند أحمد ٣: ١٠٠؛ سنن البيهقي ٢: ٢١٨ بتفاوت.

٢- البقره (٢): ١٩٦.

٣- وسائل الشيعة ٤: ٢٤١، الباب ٣٩ من أبواب المواقيت، الروايه ٥٠٣٣.

٤- مستدرک الوسائل ٣: ١٤٨، الباب ٣١ من أبواب المواقيت، الروايه ٣٢٣١؛ تمام الحديث هكذا: السيد علي بن طوس في رساله الموسعه و المضايقه نقلًا عن أصل عبيد الله بن علي الحلبي المعروف على الصادق عليه السلام، قال: «خمس صلوات يصلهن على كل حال، متى ذكره و متى أحب: صلاه فريضة نسيها، يقضيها مع غروب الشمس و طلوعها و صلاه ركعتي الإحرام، و ركعتي الطواف، و الفريضة، و كسوف الشمس، عند طلوعها و عند غروبها».

ص: ٥٠٠

ذكرت و متى وجب صلاه فريضة نسيها». الحديث.

و أصرح منها ما في آخر صحيحه زاراه (١) بطريقه الآتيه الأمره بصلاه الفجر الحاضره و تأخير العشاءين إلى بعد شعاع الشمس، تعليلا بأنك لست تخاف فوتها.

فالإجماع و الأخبار المتقدمه قرينه على عدم إرادته التوقيت بأول الزمان، و لو على فرض دلالتة عليه، بل المراد جميع أزمته الذكر، بل من تلك الأخبار الموقته ما تضمن التصريح بالتوسعه، كصحيحه يعقوب (٢)، فهو قرينه واضحه على إرادته خلاف ما ذكره، و يؤكده ما ورد في قضاء الصلاه و الصوم معا بهذه اللفظ الذي لا يمكن إرادته أول الزمان منه، بملاحظه قضاء الصوم الغير المعجل إجماعا، كما روى في من أجنب في رمضان، فنسى أن يغتسل حتى خرج رمضان: أن عليه أن يقضى الصلاه و الصوم إذا ذكر.

و يحتمل قويا- بل لعله الظاهر- أن تلك الأخبار منساقه لبيان عدم اختصاص وقته بزمان، بل هي كسائر الصلوات الغير الموقته التي عدّها معها في الصحيحين الأولين كغيرهما مما أشرنا إلى بعضه.

و يؤمى إليه ما في الصحيحه الأولى، من تعميم الأوقات بالساعات كلها. و ما في الصحيحه الثالثه: «بأي حال كنت»، و في موثقه ابن عمار: «بأي ساعه ذكرها ليلا و نهارا، و إشعار قوله: «و ذلك وقتها و وقتها حين يذكرها».

١- وسائل الشيعه ٤: ٢٩١، الباب ٦٣ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٨٧.

٢- نفس المصدر ٢: ٢٥٨، الباب ٣٩ من أبواب الجنابه، الروايه ٢٠٩٩؛ و ١٠: ٦٥، الباب ١٧ من أبواب ما يمسك عنه الصائم، الروايه ١٢٤١.

ص: ٥٠١

مضافا إلى ظهور بعض تلك الروايات في كونه في بيان الرخصه في عموم الأوقات حتى المكروهه، دفعا لتوهم الحظر فيها، كروايه الرازي المتضمنه للسؤال عن فعل القضاء عند طلوع الشمس الممنوع عند أبي حنيفه على ما حكى عنه، و صحيحه يعقوب، و ظهور بعضها في بيان كيفية القضاء قصرا و إتماما، سفرا و حضرا، على مثال المقضى عنه، كالصحيحه الرابعه.

و ثانيا: أن أخبار الموسعه قرائن ظاهره لإرادته الاستحباب من تلك الأوامر على تسليم دلالتها، كما يشهد به فهم العرف، سيما مع

شمول كثير منهما لقضاء المندوبه المانع عن حمله على الوجوب، و المخصّص بالفريضة مع تمام الشواهد المقدمه (١).

و ترجيحه على الحمل على النذب ممنوع جدًا، سيما مع ورود الطلب فى جمله منها بلفظ الخبر الذى نسا فى الوجوب، بل منعه مطلقا و لو ظهورا بعض المحققين.

و ثالثا: أنّ ما ذكرنا من أخبار المواسعه يعارضها، و هى راجحه عليها بوجه سنشير إليها.

هذا، و يرد على الاستدلال بأخبار المضايقه على بطلان الحاضره عند تقديمها على الفائته، كما هو ظاهر أكثر أصحاب التضييق: أنّه مبنى على اقتضاء الأمر بالمضيق فساد الواجب الموسّع، لو أتى به، و هو خلاف التحقيق، لا لتعارض الأمرين، بل لأنّ فوريه الواجب لا ينافى طلب ضده موسىعا عند العصيان بترك المضيق عرفا، ألا ترى أنّه إذا أمر السيد عبده بشراء ثوب فى سعه شهر، ثم أمر به مضيقا فى يوم منه بفعل يضاده، فيتركه و اشترى الثوب فى هذا اليوم عدّ ممثلا فى المطلوب الموسّع، و إن كان عاصيا و معاقبا بترك المضيق، و قد أشبعنا الكلام فيه فى كتابنا المراصد.

١- فى الأصل: «لم تعدّ به» مكان «المقدمه».

ص: ٥٠٢

السادس: الأخبار الدالّه على وجوب البدأ بالفائته قبل الحاضره ما لم يتضيّق وقتها، كصحيحه زراره عن الباقر عليه السّلام عن رجل صلّى بغير طهور أو نسى صلوات لم يصلّها أو نام عنها، فقال: «يقضيها إذا ذكرها فى أىّ ساعه ذكر من ليل أو نهار فإذا دخل وقت الصلاه و لم يتمّ ما قدمه فاته، فليقض ما لم يتخوّف أن يذهب وقت هذه الصلاه التى حضرت، و هذه أحقّ بوقتها، فليصلّها، فإذا قضاها فليصلّ ما قد فاته مما قد مضى، و لا يتطوّع بركعه حتى يقضى الفريضة كلّها» (١).

و صحيحته الأخرى الطويله (٢): «إن كنت قد صلّيت الظهر و قد فاتتك الغداه فذكرتها، فصلّ الغداه أىّ ساعه ذكرتها و لو بعد العصر، و متى ذكرت صلاه فاتتك صلّيتها، و قال: إذا نسيت الظهر حتى صلّيت العصر فذكرتها و أنت فى الصلاه أو بعد فراغك، فانوها الأولى ثم صلّ العصر، فإنما هى أربع مكان أربع، فإن ذكرت أنك لم تصلّى الأولى و أنت فى صلاه العصر و قد صلّيت منها ركعتين، فانوها الأولى فصلّ الركعتين الباقيتين و قم فصلّ العصر، و إن كنت ذكرت أنك لم تصلّ العصر حتى دخل وقت المغرب و لم تخف فوتها فصلّ العصر ثم صلّ المغرب، و إن كنت قد صلّيت من المغرب ركعتين ثم ذكرت العصر فانوها العصر، ثم قم فأتمّها بركعتين، ثم سلّم، ثم تصلّ المغرب، إلى أن قال: «و إن كنت قد نسيت العشاء الآخره حتى صلّيت الفجر فصلّ العشاء الآخره، و إن كنت ذكرتّها و أنت فى الركعه الأولى أو فى

١- وسائل الشيعه ٤: ٢٨٧، الباب ٦٢ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٧٩؛ التهذيب ٢: ١٧٢، الحديث ٦٨٥، ٢٦٦: الحديث ١٠٥٩؛ و ٣: ١٥٩، الحديث ٣٤١؛ الاستبصار ١: ٢٨٦، الحديث ١٠٤٦.

٢- وسائل الشيعه ٤: ٢٩٠، الباب ٦٢ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٨٧؛ التهذيب ٣: ١٥٨، الحديث ٣٤٠؛ الكافي ٣: ٢٩١، الحديث ١.

الثانيه من الغداه فانوها العشاء ثم قم فصل الغداه و اذن و اقم، و إن كانت المغرب و العشاء قد فاتتاك فابدأ بهما قبل أن تصلّي الغداه، ابدأ بالمغرب ثم العشاء، فإن خشيت أن تفوتك الغداه إن بدأت بالمغرب فصل الغداه ثم صل المغرب و العشاء، ابدأ بأولهما، لأنهما جميعا قضاء أيهما ذكرت، فلا تصلّها إلّا بعد شعاع الشمس، قال: قلت: لم ذلك؟ قال: لأنك لست تخاف فوتها.

و صحيحته الثالثه المتقدمه المتضمنه لقوله عليه السلام: فابدأ بالتي فاتتک (١). و روايه الحلبي (٢) عن رجل نسي الأولى إلى أن قال: «و إن خاف أن يفوته فليبدأ بالعصر، و لا يؤخرها فيفوته، فيكون قد فاتتاه جميعا، و لكن يصلّي العصر فيما بقي من وقتها، ثم ليصلّ الأولى بعد ذلك على أثرها»، حيث أمر بالأولى على أثر العصر قبل المغرب الحاضر.

و صحيحه صفوان (٣) عن أبي الحسن عليه السلام عن رجل نسي الظهر حتى غربت الشمس و قد كان صلّى العصر، فقال: كان أبو جعفر عليه السلام أو كان أبي يقول: إن أمكنه أن يصلّيها قبل أن يفوته المغرب بدأ بها، و إلّا صلّى المغرب ثم صلّاها.

و خبر أبي بصير (٤) المرويّ في الكافي عن رجل نسي الظهر حتى دخل وقت العصر، قال: يبدأ بالظهر و كذلك الصلوات تبدأ بالتي نسيت إلّا أن تخاف أن يخرج وقت الصلاه فتبدأ بالتي أنت في وقتها، ثم تقضى التي نسيت. و في روايه التهذيب بدل «يبدأ بالظهر» يبدأ بالمكتوبه.

- ١- وسائل الشيعة ٤: ٢٨٧، الباب ٦٢ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٨٠.
- ٢- نفس المصدر ٤: ١٢٩، الباب ٤ من أبواب المواقيت، الروايه ٤٧٠٩.
- ٣- نفس المصدر ٤: ٢٨٩، الباب ٦٢ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٨٥.
- ٤- نفس المصدر ٤: ٢٩٠، الروايه ٥١٨٦؛ و في الكافي ٣: ٢٩٢، الحديث ٢.

و خبر عبد الرحمن (١) عن رجل نسي صلاه حتى دخل وقت صلاه أخرى، فقال:

إذا نسي الصلاه أو نام عنها صلّي حين يذكرها، فإذا ذكرها و هو في صلاه بدأ بالتي نسي و إن ذكرها مع إمام في صلاه المغرب أتمّها بركعه ثم صلّى المغرب ثم صلّى العتمه بعدها. الحديث.

و خبر عمرو بن يحيى (٢) عن رجل صلّى على غير القبله، ثم تبيّن القبله و قد دخل وقت صلاه أخرى، قال: «يعيدها قبل أن يصلّي هذه التي قد دخل وقتها إلّا أن يخاف فوت التي قد دخل وقتها».

و المرويّ في قرب الإسناد (٣) عن رجل نسي العشاء ثم ذكر بعد طلوع الفجر، كيف يصنع؟ قال: يصلّي العشاء ثم الفجر.

و مثله (٤) عن رجل نسي الفجر حتى حضرت الظهر، قال: يبدأ بالفجر ثم يصلّي الظهر كذلك كلّ صلاه بعدها صلاه.

و عن دعائم الإسلام (٥): من فاتته صلاه أخرى فإن كان فى الوقت سعه بدأ بالتي فاتته و صلى التي هو فيها فى وقت و إن لم يكن فى الوقت إلّا مقدار ما يصلى التي هو فى وقتها بدأ بها و قضى بعدها الصلاه الفاتته.

و المروى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم مرسلا فى كتب أصحابنا (٦): «لا صلاه لمن عليه صلاه».

١- نفس المصدر ٤: ٢٨٩، الباب ٦٣ من أبواب المواقيت، الروايه ٥١٨٨.

٢- نفس المصدر ٤: ٣١٣، الباب ٩ من أبواب القبله، الروايه ٥٢٤٤.

٣- نفس المصدر ٨: ٢٥٥، الباب ١ من أبواب قضاء الصلوات، الروايه ١٠٥٧٢؛ قرب الإسناد: ٩١.

٤- نفس المصدر ٤: ٣١٣، الباب ٩ من أبواب القبله، الروايه ٥٢٤٤.

٥- دعائم الإسلام ١: ١٣١، كتاب الصلاه.

٦- مستدرک الوسائل ٣: ١٦٠، الباب ٤٦ من أبواب المواقيت، الروايه ٣٢٦٤.

ص: ٥٠٥

و الجواب: أولًا- أنّ تلك الأخبار أكثرها مختصّه بالفائته الواحده أو فائته اليوم، و هما من أقوال المسأله، فلا- ينتهض حجه لأصحاب الإطلاق المستدلّين بها على مدعاهم.

و ثانيا أنّها فى مقابله أخبار الموسعه المتكثره، مع قصور جمله منها سندا أو دلالة، و اعتضاد الثانيه من الشواهد و الإمارات، لا بدّ من حملها على خلاف ظاهرها مما يقرب إلى الأذهان، غير التقابل و التعارض.

فقول: أمّا الروايه الأولى، فذيلها محموله على الاستحباب، مع عمومها بالنسبه إلى النافله كما مرّ، أو على أنّ المراد بها دخول وقت الحاضره و هو فى أثناء الفائته، و يؤيّدّه ما فى بعض مواضع التهذيب من قوله عليه السّلام: «فليمض» بدل «فليقض» (١) و صدرها غير دال أصلا، و على التسليم محمول على الندب أيضا.

و نحوها فى الحمل عليه ذيل الثانيه، سيما بقريته آخرها الدال على الموسعه، و عدم دلالة صدرها كما مرّ، و خروج وسطها عن المدعى، و كونه محمولا على نسيان الأولى عن وقت الفريضه، و إلّا تعيّن تقديم العصر إجماعا.

و منهما يظهر معنى الثالثه.

و أمّا الرابعه فقوله عليه السّلام فيها: «على أثرها» محمول على مطلق التأخر، و لو بعد المغرب الحاضره، بل لا- دلالة له على الاتصال، و غايته التبعية القريبه، أو على إرادته مطلق الرجحان من الأمر، مع عدم كونه صريحا فى الوجوب، بل الظاهر فيه فى مثل المقام بملاحظه المعارضات فى الوجوب.

و نحوه الكلام فى الخامسه.

و ربما يناقش فيها بأن جعل المغرب غايه النسيان يقتضى حصول التذكّر عنده

ص: ٥٠٦

بعده قبل زوال الحمرة، لا قبيل الانتصاف الذي هو آخر الوقت، فلا يتصور فيه التقسيم بالقسمين، بل يؤمى إلى أنّ المراد فوات وقت فضيلتها.

و فيه أنّها ظاهره في كون المغرب الذي به يخرج وقت الظهرين غايه الترك، لا النسيان، مع بعد كونه قرينه لصرف فوت الوقت، الظاهر في الأجزاء إلى وقت الفضيله.

و أمّا السادس، فعلى روايه التهذيب، يراد بالمكتوبه العصر، كما هو الظاهر، و بوقت العصر، الوقت المختصّ بها، و بقوله: «و كذلك الصلوات المشتركة في الوقت إذا نسيت أولهما» فتقدم على اللاحقه، بل هو مقتضى التشبيه.

و على روايه الكافي فالمراد بوقت العصر الذي خرج بدخوله وقت الظهر وقت الفضيله، بل لا مناص عنه، و مفاد التشبيه ذلك أيضا.

و أمّا السابع، فمحموله على الندب أيضا، مع عدم صراحتها في الوجوب.

و مثلها الثامن، مع أنّ ظاهرها خلاف ما هو الصواب من عدم وجوب القضاء خارج الوقت عند الخطاء في القبلة، إلّا أن يحمل على العمد، و هو خلاف الظاهر، و بهذا يتعيّن الحمل على الندب أيضا، و على الحاضره بعد الفراغ و عدم خروج الوقت الخارج عمّا نحن فيه.

و ينقدح أيضا، مما ذكر وجه التأمل في التاسعه و العاشره و الحاديه عشر، مع عدم صراحتها في الوجوب.

و أما الثانيه عشر، و هي النبويه، فمع إرسالها و عدم روايتها في كتب أحاديث أصحابنا و موافقتها للعامة، محموله على نفى الكمال، كما هو الشائع في نظائرها المصروفه عن الحقيقه التي هي نفى الحقيقه، و حملة على نفى الصّحّه بقرينه القرب إلى الحقيقه ليس بأولى من حملة على نفى الكمال بقرينه ما تقدم من أدلّه الموسعه.

ص: ٥٠٧

و الاعتراض بمعارضتها بالمثل مع روايه على بن جعفر لا صلاه في وقت صلاه (١)، مخدوش بالإجماع على صحه الفائته قبل الحاضره نعم، ربما نسب إلى ظاهر الصدوقين و وجوب تقديم الحاضره، كما مرّت إليه الإشاره، إلّا أنّ النسبه غير معلومه، و حملة بعضهم على الاستحباب.

و كيف كان، فالخبر لشذوذ القول به شاذّ لا يصلح للاستناد إليه إلّا بحمله على التطوّع، فيوافق قول من منعه وقت الفريضة، كما في النبويّ، إذا دخل وقت مكتوبه فلا صلاه نافله حتى تبدأ بالمكتوبه.

و ثالثاً مع الإغماض عن جميع ما ذكر فالتعارض واقع بينها وبين أخبار الموسعة، و هي راجحه عليها بوجوه كثيرة، كموافقته لإطلاق الكتاب في الأمر بها في سعه الوقت الموجب للإجزاء.

و القول بموافقته الثانية، أيضاً، لقوله تعالى **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِ الْمَسْجِدِ الْمَقَامِ** في المعتبره بما يوافق المضايقه، مدفوع بما مرّ من عدم دلاله تلك الأخبار المفسّره عليها، و مع تسليمها فهذا في الحقيقه موافقه للخبر الظنى و العرض عليه لا على الكتاب المأمور به لأجل القطع به عند التعارض، لأنّ أخبار الموسعه كما تعارض أخبار المضايقه، تعارض الأخبار المفسّره للآيه المقتضيه لها أيضاً، و موافقتها للسنة النبويه القطعيه الداله على سهوله المله و سماحه الدين، بل يدلّ عليها الكتاب أيضاً، بقوله تعالى **يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ (٢)**، و مخالفتها للمحكى عن جمهور العامه، كما نصّ به غير واحد من أصحابنا، و موافقتها للسيره الجاريه المستمره الشائعه، و أكثريتها و أصحيتها سندا و أظهرتها دلاله و أشهريتها مقابله.

١- وسائل الشيعه ٣: ١٢٤، الباب ٣١ من أبواب صلاه الجنازه، الروايه ٣١٩٤.

٢- البقره (٢): ١٨٥.

ص: ٥٠٨

و مع الإغماض و تسليم التساوى و عدم المرحح، فالعمل إمّا بالتخير الذى دلّ عليه قولهم: بأيهما أخذت من باب التسليم وسعك. أو بالأصل، و مقتضاهما الموسعه و عدم وجوب الترتيب. هذا حجّه أصحاب الإطلاق من أهل المضايقه المشتهر بينهم. و أمّا الأقوال التفصيليه، فحجّه بعضها غير معلومه، و نقضها يظهر مما ذكرناه من أخبار المضايقه، كالتفصيل المحكّى عن المحقق فى الفائته الواحده و فى المتعدده فى فائته اليوم و نحوها، و أنت بعد ما سمعت ضعف الكلّ دلاله و مقاومه للأخبار الأوّله، تعلم عدم حجّه معتبره بها، بل قال بعض الأجله: إنّ ملاحظه سياق أخبار الترتيب تأبى عن إرادته التفصيل و كون البناء عليه، كما لا يخفى على البصير المتأمل.

تتميمان:

الأول: على عدم وجوب الترتيب، كما اخترناه، فهل يرجح تقديم الفائته، أو الحاضره؟

المحكى عن أكثر القائلين بعدم الترتيب من المتأخرين الأوّل.

و عن الصدوقين و بعض من تأخر، الثانى. و مال إليه والدى العلّامه، بل ربما نسب إلى الأوّلين الوجوب، و هو كما أشرنا إليه غير معلوم.

و التحقيق: أنه لا شك أنّ تعجيل كلّ منهما فى نفسه له فضيله لا تنافيه فضيله التعجيل لضده، فإن درك فضيله لا ينافى فقدان فضيله أخرى، و إن كان سببا له، لعموم الأمر بالاستباق و المسارعه إلى الخيرات، و إنّما الكلام فى مزيه فضيله تعجيل إحداهما على فضيله الأخرى، و اختصاص الحاضره بخصوص فضل أوائل أوقاتها، و الحثّ عليها بكونها رضوان الله، و آخره بأنّه غفران الله يوجب فضيله خاصّه للحاضره، مضافا إلى الفضيله المشتركه.

نعم، خصوص الرجحان من حيث الترتيب لا- دليل عليه بعد حمل أخبار البدأه بالفائته على الوجوب التخييري لأجل تعارض الأخبار من الطرفين، فلزم القول بالتساوي من جهة الترتيب، إلمّا أنّ مقتضى الخروج عن محل الخلاف يوجب رجحانا ظاهريا احتياطيا للفائته.

الثاني: لو كان عليه صلاه فائته فصلّي الحاضره، فعلى المختار صحّت، و لا حرج.

و على المضايقه، فعن صريح الشيخ (١) و السيدين (٢) و القاضي و الحلبي و الحلّي و غيرهم (٣)، بطلان الحاضره إن كان عن عمد، بل قال بعضهم: إنّه الظاهر عند أصحاب الترتيب، و إنّ المستفاد من كلامهم شرطيته في صحّه الأداء و صحتها عندهم إن كان عن نسيان إلى الفراغ عن الحاضره.

و عن المختلف (٤) و غيره: الإجماع عليه.

و وجه الفساد في الأول، كونه مقتضى النهي عن الضدّ المقتضى لفساد العباده، و ظهور النصوص السابقه في شرطيه الترتيب، و اختصاص الوقت ما لم يتضيق بالفائته، فتكون الحاضره في غير وقتها.

و وجه الصحّه في الثاني: انتفاء النهي مع النسيان.

أقول: الفرق بين العمد و النسيان في الصحّه و البطلان خلاف التحقيق، لأنّ مبني

١- المقنعه: ٢١١؛ المبسوط ١: ١٢٧.

٢- جوابات المسائل الرسيه الأولى، ضمن رسائل الشريف المرتضى ٢: ٣٦٤: جمل العلم و العمل: ٧٢.

٣- المهذب البارع ١: ١٢٦؛ الكافي في الفقه: ١٤٩؛ السرائر ١: ٢٧٢.

٤- مختلف الشيعة ٢: ٤٣٥.

الدليل على وجوب الترتيب على القول به إن كان الأخبار الدالّه على الفوريه المستلزمه للترتيب، فهي غير مقتضيه لبطلان الحاضره مطلقا، عمدا أو سهوا، و إن جعل العصيان بتأخير الفائته عنها، لما بينا في مقامه من عدم منافاه الأمر بالمضيق للأمر الموسع بضدّه الخاصّ المقتضى للإجزاء، على تقدير العصيان بترك المضيق في أول الوقت المشترك، كما أشرنا إليه آنفا، و كذا الحال على البناء في الاستدلال على الترتيب بالأخبار الآمره بالبدأه بالفائته، باعتبار استفاده الفوريه منها.

و أمّا إذا كان بناء الاستدلال على الأخبار المصرّحه بوجوب الترتيب، فالظاهر اقتضائه بطلان الحاضره، عمدا كان تقديمها أو نسيانا، لأنّ الأمر المتعلّق بوصف العباده يفيد شرطيه المقتضيه لفساد العباده بدونه مطلقا، كما حقّق في محلّه، و من المعلوم، أنّ تلك الشرطيه ليست مما يرجع إلى الفائته، لصحّتها بعد الحاضره، و يعم صورتى العمد و النسيان، و يوجب الإعادة مع بقاء

الوقت، إلّا أن يجعل الإجماع المحكّي في المختلف وغيره من صحه الحاضره عند النسيان و التذكّر بعد الفراغ، دليلاً مخرجا للقاعده في المقام، كما في الحاضرتين المترتبتين المشتركتين في الوقت إذا حصل التذكّر بعد الفراغ عن اللاحقه قبل السابقه. و الله العالم بحقائق أحكامه.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائميّة للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجري في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائميّة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائميّة للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوي تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات
الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً في الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



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

